



دولة ليبيا

جامعة الزاوية

إدارة الدراسات العليا والتدريب

كلية القانون

قسم القانون العام

سلطة الإدارة التقديرية في تصرفاتها القانونية

- العقود الإدارية نموذجاً -

إعداد الطالبة: ابتسام خميس محمد الزروق

إشراف الدكتور: أسعد طاهر أحمد

الدرجة الأكاديمية: أستاذ

(2023 / 2022)

قدمت هذه الرسالة استكمالاً لمتطلبات الإجازة العالية (الماجستير) بتاريخ 2023/12/26

الموافق 13/جمادي الثاني/ 1445 هـ - قسم القانون العام/ كلية القانون/ جامعة الزاوية



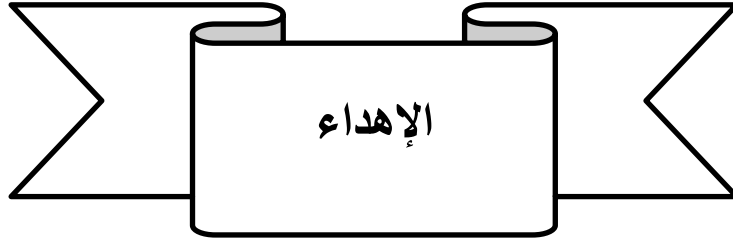
استهلال

بِسْمِ اللّٰهِ الرَّحْمٰنِ الرَّحِیْمِ

﴿تَلْكَ الدَّارُ الْآخِرَةُ نَجْعُهَا لِلَّذِينَ لَا يُرِيدُونَ عُلُوًّا فِي الْأَرْضِ وَلَا فَسَادًا ۖ وَالْعَاقِبَةُ لِلْمُتَّقِينَ﴾
..... صدق الله العظيم

سورة القصص ، الآية 83





إلى من هيباً لي أسباب النجاح ، إلى اليد التي شقت الظلام وارتفعت
عالياً في السماء، وعانت والتقطت لي باقة من الزهور، فهنيئاً لك والدي
فهاهي بذورك تطرح

....إلى رجل المبادئ والشرف والوفاء وعزة النفس

...إلى من غرس في قلبي حبَّ العلم وروح المطاولة والمثابرة

إلى تاج رأسي

...إلى أبي الغالي العزيز

إلى المرأة التي أحاطتني بدفئها وحنانها وعطائها..... بصبر وكران ذات

إلى الغالية التي قدمت ولم تبخل، وأعطت دون أن تكل

...إلى أمي الغالية العزيزة

....إلى من منزلتهم في نفسي كمنزلة هارون لموسى

إلى سند ظهري، إخوة أشد بهم أزي

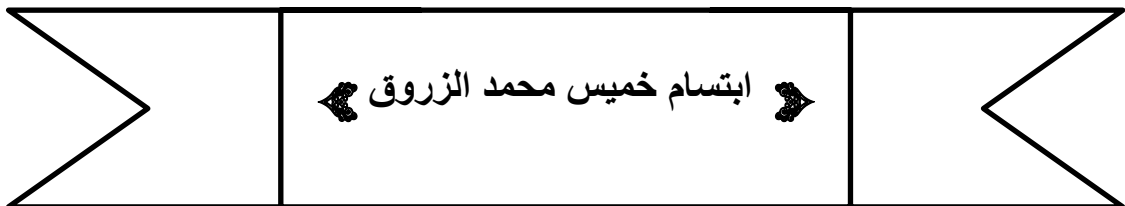
إلى إخوتي الأعزاء

إلى نسيمات الربيع، إلى من اعتبرهم أركى من نسيم الورد في حياتي

إلى أخواتي العزيزات

إلى رفقاء دربي الأعزاء

ولكل من ساهم في إتمام هذا العمل المتواضع من زملائي الموظفين
إلى جميع هؤلاء أهدي ثمرة جهدي المتواضع، الذي أرجو من العلي القدير
أن يكون في مستوى طموحنا إليه.



شكر وتقدير

بسم الله الرحمن الرحيم

﴿رَبِّ أَوْزَعْنِي أَنْ أَشْكُرَ نِعْمَتَكَ الَّتِي أَنْعَمْتَ عَلَيَّ وَعَلَىٰ وَالِدَيَّ وَأَنْ أَعْمَلَ صَالِحًا تَرْضَاهُ وَأَدْخِلْنِي بِرَحْمَتِكَ فِي عِبَادِكَ الصَّالِحِينَ﴾ « النمل الآية 19 » .

الحمد لله كما ينبغي لجلال وجهه، وعظيم سلطانه، حمدا عظيما كعظمته، لما أتمه عليّ من فضله بإنجاز هذا الجهد المتواضع، وإتمام هذه الرسالة على هذا النحو، و أصليّ وأسلم على سيدنا وشفيعنا (محمد)، وعلى آله الطيبين الطاهرين وأصحابه أجمعين ، ومن دعا بدعوته وسار على سنته إلى يوم الدين ، وبعد :—

أتقدم بخالص ووافر شكري وتقديري إلى والدي الذي كان له أياد بيضاء، ولما أبداه من رعاية ونصح وتوجيهات سديدة، حيث كان لسديد آرائه قيمة، أدام الله في عمره ومتعه بموفور الصحة والعافية.

كما أتوجه بعظيم والشكر والتقدير والامتنان إلى أظهر القلوب بحياتي والدتي العزيزة، وإلى إخوتي الأعمام على رعايتهم لي ومساندتي طوال فترة الدراسة جزاهم الله عني خير الجزاء.

إلى صاحب الفضل عليّ بعد الله عز وجل، واعترافا بالفضل والجميل، فإنني لا يسعني في هذا المقام إلا أن أتقدم بجزيل شكري وخالص تقديري، وعظيم امتناني، إلى أستاذي الفاضل ، والعالم الجليل - الأستاذ الدكتور/ أسعد طاهر احمد - أستاذ القانون الإداري والمالي بكلية القانون بجامعة الزاوية لقبوله الإشراف على رسالتي أولاً، والذي سار معي طوال مشواري في إعداد الرسالة، وأرشدني لإنجاز هذا العمل بأخلاقه الطيبة وحكمته السديدة، فكان نعم الموجه الذي أنار لي الطريق لإنجاز هذا العمل، والذي لم يتوان أبدا في تقديم يد العون والمساعدة ثانيا، وهذا دأبه في عمله مع طلابه ، فلا يسعني أن أوفيه حقه من كلمات الشكر والتقدير والامتنان، فجزاه الله خير جزاء على كل ما قدمه لطلاب العلم، ونفع به أمثالي من طلاب العلم.

كما يسرني أن أتقدم بجزيل الشكر والتقدير لعضوي لجنة المناقشة اللذان تفضلا بقبول مناقشة هذه الرسالة، ولم يبخلا عليّ بنصائحهما القيّمة، وإسهاماتهما المفيدة :

الدكتور محمد الكامل شلغوم

والدكتور علي أبوبكر القديمي

فلهما كل الثناء على ذلك.

كما أتقدم بالشكر الجزيل، والعرفان بالجميل لأساتذة كلية القانون، وزملائي من طلبة الدراسات العليا، والموظفين بالكلية، و أخص منهم بالشكر والتقدير وعظيم امتناني كلا من :

- أ. نجم الدين محمد الطيف

- أ. محمد مصطفى مرتاح

- أ. عبد الوهاب المبروك

لتكرمهم بمساعدتي، ومساندتهم ودعمهم المستمر أثناء دراستي، مما ترك أثراً في نفسي لا يمكن أن تمحوه ذاكرة الأيام، جزاهم الله خيراً في الدنيا والآخرة.

أتقدم أيضاً بالشكر الجزيل والعرفان بالجميل لكلية القانون بجامعة الزاوية، التي أعطتني الفرصة الطيبة لدراسة الماجستير، والتي لمست فيها طعم النجاح، كما لا يفوتني أن أتقدم بالشكر والتقدير إلى الاستاذ الفاضل الدكتور عزالدين الذيب الذي قام بمراجعة وتصحيح هذه الدراسة لغويا، ولكل من ساهم في إتمام هذا العمل ولو كان ذلك بالكلمة الطيبة، خالص شكري وتقديري.

أرجو من الله سبحانه وتعالى أن يجعلها من صالح الأعمال المنتفع بها.

أسأل الله التوفيق

ملخص الدراسة

سلطة الإدارة التقديرية في تصرفاتها القانونية

(العقود الإدارية نموذجاً)

إعداد:

ابتسام خميس محمد الزروق

إشراف:

الأستاذ الدكتور / أسعد طاهر أحمد

يُعدّ موضوع السلطة التقديرية للإدارة من أكثر الموضوعات إثارة للنقاش بين الفقهاء، وإن الإدارة تسلك حال مباشرتها لصلاحيتها أحد السبيلين، إما أن تكون سلطتها مقيدة وإما تقديرية، فتظهر السلطة التقديرية التي يترك لها المشرع حرية التصرف أثناء ممارستها لصلاحيتها التي أقرها القانون.

كما يحتلّ العقد الإداري مكانة متميزة من بين الوسائل القانونية التي تلجأ إليها الإدارة لغرض إدارة وتنظيم وتسيير المرافق العامة، باعتبارها إحدى الوسائل القانونية الرامية إلى تحقيق المصلحة العامة والنفع العام، من خلال إشباع الحاجات الضرورية للأفراد.

ركزت هذه الدراسة على جانب مهم من جوانب النشاط الإداري للإدارة وهو موضوع (سلطة الإدارة التقديرية في تصرفاتها القانونية " العقود الإدارية نموذجاً ")، فمن الأهمية بمكان اعتبار أن العقود الإدارية إحدى الوسائل التي تستخدمها الإدارة للقيام بنشاطاتها المختلفة من أجل المصلحة العامة ، حيث تناول هذا الموضوع وفق خطة بحثية من فصلين، بحيث يكون الفصل الأول بعنوان سلطة الإدارة التقديرية في إبرام العقود الإدارية ، ومقسم إلى مبحثين الأول بعنوان سلطة الإدارة التقديرية في شروط العقد الإداري ، والثاني بعنوان سلطة الإدارة التقديرية في

طرق إبرام العقود الإدارية. والفصل الثاني بعنوان سلطة الإدارة التقديرية في تنفيذ العقود الإدارية بعنوان سلطة الإدارة التقديرية في سحب وتعديل وإنهاء العقد الإداري.

ولقد تمّ الاستعانة بالدراسات السابقة في الموضوع والمراجع من كتب ورسائل علمية حديثة، وأبحاث علمية منشورة في الدوريات العلمية المحكمة. وبعد تأصيل الدراسة والتحقق من موضوع البحث بكافة تقسيماته وعناصره خلصت لنتائج أهمها: أن السلطة التقديرية هي وسيلة قانونية تهدف إلى الحد من التطبيق الحرفي لمبدأ المشروعية، والمتضمن ضرورة استناد الإدارة في كل تصرف من تصرفاتها على نص قانوني معين. ومن ضمن النتائج التي توصلت إليها أيضا فهي: أن المناقصة العامة تعد الأصل والأساس في توفير احتياجات الإدارة من سلع وخدمات ومقاولات، على الرغم من وجود أساليب أخرى، نظرا لما تحققه من ضمانات أكثر للمصلحة العامة والمرفق العام بالوصول إلى أفضل العطاءات ماليا وفنيا، لقيامها على مبدأ حرية المنافسة والمساوات ونزاهتها، ولما لها من مزايا في صون المال العام ، وهي ما تسعى الإدارة إلى تحقيقه بإبرامها للعقود الإدارية.

ثم خلصت لتوصيات جديرة أن تكون موضع اهتمام المشرع الليبي، أهمها ضرورة الاهتمام بالقائمين على إبرام العقود الإدارية، وذلك بإحاطتهم بجميع التشريعات القانونية التي لها علاقة بموضوع العقد، مع إقامة دورات تدريبية لرفع كفاءاتهم علميا وعمليا ، حتى يكونوا على بصير وبصيرة بالأهمية والمسؤولية التي يُرتبها العقد الإداري، خاصة إذا تضمن شروطا استثنائية غير مألوفة، إذا أساء استخدامها قد يترتب عليها عواقب وخيمة على جهة الإدارة، وجعل منهم كوادر فنية تحترم المشروعية. كما أوصيت أيضا بأن يتم إعادة دراسة لائحة العقود الإدارية المعمول بها حاليا من الجهات المعنية، وتصحيح ما قد يكون قد شابها من قصور، ويُسن قانونا جديدا للعقود الإدارية، وليس لائحة على نحو ما هو مطبق الآن، على أن يشمل كافة أنواع العقود الإدارية التقليدية والحديثة. والله ولي التوفيق

كلمات مفتاحية : السلطة التقديرية للإدارة، شروط التعاقد الإداري، طرق التعاقد الإداري، المناقصات العامة، المزايدات العامة، الممارسة، التكليف المباشر، الجزاءات، تعديل العقد الإداري، إنه
د الإداري.

المقدمة

تمارس الإدارة في سبيل تسيير المرافق العامة وحسن دوامها واستمرارها في تقديم خدماتها أعمالاً مادية وأخرى قانونية. وقد أطلق الفقه الإداري عليها تصرفات الإدارة المادية والقانونية، وهذه التصرفات سواء أكانت مادية تباشرها الإدارة من خلال المرفق العام، أو العاملين والموظفين المسؤولين عن إدارة وتسيير هذه المرافق، أو ما تملكه الإدارة من آلات ومعدات لازمة لإدارة وتسيير المرافق العامة، فجميعها تندرج تحت تصرفات الإدارة المادية.

أما تصرفات الإدارة القانونية، فهي محددة بتصرفات تتم بإرادتها المنفردة، في شكل القرارات الإدارية التي تتخذها الإدارة لتسيير وإدارة المرافق العامة، وأخرى تقوم بها الإدارة من خلال تلاقي إرادتها مع إرادة طرف آخر متعاقد مع الإدارة، ويطلق عليها العقود الإدارية. وتبعاً لذلك يشغل العقد الإداري موقِعاً متقدماً بين الوسائل القانونية التي تختارها الإدارة في معرض قيامها بنشاطها الإداري لتلبية الحاجات العامة من خلال الخدمات التي تقدمها المرافق العامة. وفي هذا الشأن منح المشرع للإدارة سلطات وامتيازات عديدة، بوصفها سلطة عامة ذات سيادة تلتزم بتحقيق الصالح العام. ومن هذا المنطلق ولدت فكرة السلطة التقديرية للإدارة في القيام بتصرفاتها، مادية كانت أم قانونية، بهدف تسيير وإدارة المرافق العامة، و تحقيق الصالح العام. ويعني ذلك أن المشرع انطلقاً من فكرة الصالح العام منح الإدارة سلطة تقديرية في إدارة وتسيير المرافق العامة، ويقصد بالسلطة التقديرية حرية الإدارة الواسعة في اتخاذ التصرفات القانونية، فالإدارة تملك وفقاً لهذه السلطة اتخاذ هذا القرار، أو ذلك، كما أنها تملك حرية اتخاذ القرار الذي تراه مناسباً وملائماً، وبمعنى آخر، يمكن القول بأنه تتمتع بالسلطة التقديرية في الأحوال التي لا يفرض القانون لها قيوداً مسبقة. وهذه السلطة هي التي وسعت من سلطات الإدارة في القيام بالتصرفات المادية والقانونية المناسبة، وفي الوقت المناسب لتحقيق هذا الهدف. وخشية المشرع من إساءة الإدارة لسلطتها والأضرار بالغير، فقيّد هذه السلطة بعدة قيود قانونية، وأطلق عليها الفقه الإداري السلطة التقديرية المقيدة للإدارة، بحيث إذا خالفت الإدارة الشروط والقيود المحددة سلفاً من المشرع عند القيام بأعمالها وتصرفاتها، تخضع لرقابة القضاء طبقاً لمبدأ المشروعية وسيادة القانون، بحيث تتحقق مسؤولية الإدارة عن مخالفتها للشروط والقيود التي وضعها المشرع على الإدارة سواء بإلغاء

ويطلان هذه التصرفات، وتقرير تعويض للغير عن الأضرار التي سببتها تلك التصرفات الباطلة. وكذلك منح المشرع للإدارة سلطة تقديرية مطلقة، تملك الإدارة القيام بالتصرفات من عدمها في حال أن رأَت الإدارة في القيام بهذه التصرفات، أو عدم القيام بها تحقيق الصالح العام، والإدارة تكون بعيدة عن الرقابة القضائية إلا في حدود مخالفتها للصالح العام، وتغليب الاعتبارات الشخصية، أو التشفي والانتقام، حيث يتدخل القضاء ليبطل ويلغي هذه التصرفات، ويقضي بالتعويض عن الأضرار المادية و الأدبية التي أصابت الغير، نتيجة قيامها بممارسة التصرفات التي تتعلق بالسلطة التقديرية المطلقة بالمخالفة للصالح العام، والخروج عن الأهداف التي حددها المشرع للمرفق العام مسبقاً، لتسعى الإدارة في تحقيقها وعدم الحياد عنها.

وتشغل السلطة التقديرية للإدارة مكانة هامة في النظام القانوني للعقود الإدارية في كل مراحلها، وذلك لطبيعتها وارتباطها بالمصلحة العامة والمال العام، إذ لا تخضع العقود الإدارية لقوة الإلزام التي تتمتع بها عقود القانون الخاص. ومن المعلوم أن العقد الإداري يمرّ بمرحلتين أساسيتين هما: مرحلة إبرام العقد، ومرحلة تنفيذه. وتختلف ممارسة السلطة التقديرية للإدارة ضيقاً واتساعاً تبعاً لهاتين المرحلتين. ففي مرحلة إبرام العقد تتمتع الإدارة بهامش ضيق من السلطة التقديرية، وتمارس إختصاصها بطريقة مقيدة، وذلك بهدف حماية المال العام وصونه، وتحقيق المصلحة العامة. ويشترط القانون على الإدارة المتعاقدة القيام بالإعداد الاقتصادي، والفني، والمالي للعقد، والحصول على الموافقات المسبقة من الجهات المختصة والشفافية في الإجراءات، ومراعاة مبادئ حرية المنافسة والمساوات بين المتعاقدين. وتتسع ممارسة السلطة التقديرية في مرحلة تنفيذ العقد نظراً لما تملكه من امتيازات السلطات العامة والتنفيذ المباشر، بإعتبارها توجد في مركز يسمو على مركز المتعاقد معها. وتتجلى هذه السلطة خاصة من خلال الرقابة على تنفيذ المتعاقد لالتزاماته التعاقدية، وتوقيع الجزاءات التعاقدية المختلفة في حالة إخلاله بالتزاماته. ولأهمية السلطة التقديرية للإدارة سواء في مجال تصرفاتها المادية، أو القانونية لاسيماً تصرفاتها القانونية، خاصة في إبرام العقود الإدارية وتنفيذها، فلقد اهتم المشرع ومن ورائه القضاء والفقهاء الإداري بوضع الأسس والأحكام المتعلقة بسلطة الإدارة التقديرية عند إبرامها للعقود الإدارية، وتمتد هذه السلطة إلى مرحلة تنفيذ المتعاقدين مع الإدارة لالتزاماتهم

الواردة بالعقد الإداري وبسط الإدارة رقابتها على كافة مراحل تنفيذ العقود الإدارية، بدءاً من الإشراف والرقابة والتوجيه، وتوقيع الجزاءات المالية ومصادرة التأمين، وتعديل العقد وفسخه وصولاً الى انهائه وغيرها من السلطات والامتيازات التي تمارسها الإدارة بإرادتها المنفردة، فكان لازماً أن يكون إختياري لهذا الموضوع ليكون رسالة للماجستير في القانون العام، بحيث تقتصر الدراسة على سلطة الإدارة التقديرية في تصرفاتها القانونية — العقود الإدارية نموذجاً — سائلة الله تعالى أن يوفقني في هذا العمل العلمي، ويكون علماً نافعاً بإذن الله تعالى.

أولاً: أهمية البحث

لموضوع هذا البحث أهمية قانونية خاصة، حيث إن:

- 1- السلطة التقديرية التي منحها المشرع للإدارة تعدّ إستثناء من مبدأ المشروعية لاسيّما تلك السلطة المطلقة التي منحها المشرع للإدارة في القيام بتصرفاتها المادية أو القانونية.
- 2- يترتب على تصرفات الإدارة القانونية آثاراً هامة، الأمر الذي يلزم التعمّق في مجال السلطة التقديرية التي منحها المشرع للإدارة في العقود الإدارية والوقوف على ايجابياتها وسلبياتها.
- 3- تعدّ السلطة التقديرية للإدارة في القيام بالتصرفات القانونية هي في الأصل، إمتيازات منحها المشرع للإدارة بوصفها سلطة عامة ذات سيادة، وصاحبة الولاية في تقدير الصالح العام، لذلك تكون دراستها والتعمق فيها أمراً جديراً بالاهتمام والدراسة.
- 4- مما لا شك فيه أن إدارة المرافق العامة والمحافظة على مبدأ حسن سير ودوام المرفق العام لتحقيق أهدافه المعدة مسبقاً من المشرّع للمرافق العامة، أمر يقتضى بالضرورة إعطاء الإدارة إمتيازات السلطة التقديرية للمحافظة على هذا المبدأ، وتحقيق أهدافه.
- 5- لا مناص من أن الاعتراف بالسلطة التقديرية للإدارة بالقيام بتصرفاتها لحسن سير المرافق العامة وتحقيق الصالح العام ليست على حساب المشروعية و سيادة القانون. وإن خفّت حدة الرقابة القضائية على تصرفات الإدارة المتعلقة بالسلطة التقديرية، خاصة المطلقة، إلا أنه في

النهاية يكون هناك خضوع ولو بسيط للإدارة، لرقابة القضاء على تصرفاتها القانونية المتعلقة بالسلطة التقديرية عن تصرفاتها القانونية، خاصة تلك الامتيازات المقررة للإدارة في ابرام وتنفيذ العقود الإدارية، ومن هذا المنطلق تقدر إشكالية البحث على النحو الآتي :

ثانياً: إشكالية البحث

نظراً لأهمية موضوع البحث على النحو المفصل في البند الأول السابق الإشارة إليه، بوصف السلطة التقديرية للإدارة للقيام بتصرفاتها القانونية، والمتمثلة في القرارات والعقود الإدارية، تظهر إشكالية هذا البحث في وضع ملامح وحدود هذه السلطة، سواء في سلطة الإدارة في إصدار القرارات الإدارية، أو في إبرام العقود الإدارية. فهذه السلطة فُررت لتحقيق أهداف المرافق العامة، وابتغت الإدارة من ورائها تحقيق الصالح العام، وما مدى خضوع الإدارة للقضاء لفرض المشروعية، وسيادة القانون على هذه السلطة.

ثالثاً: أهداف البحث

لمعالجة الإشكالية التي أثارها هذا البحث على النحو السابق بيانه في الفرضيات التي أثارها هذه الإشكالية، أصبح من الضروري أن يكون هدف البحث على النحو الآتي:

1. التعمق بالدراسة في حدود السلطة التقديرية في العقود الإدارية، التي منح فيها المشرع للإدارة تقدير مقتضيات الصالح العام، وخاصة تلك القرارات المتعلقة بتقديم الخدمات للجمهور للمنفعة العامة، أو تلك القرارات المتصلة، أو المنفصلة عن العقود الإدارية.
2. التعرض لإمكانيات الإدارة في العقود الإدارية، باعتبار أنها منحت لها لتحقيق الصالح العام، والوقوف على حدود ممارسة الإدارة للسلطة التقديرية، سواء أكانت في مرحلة إبرام العقد الإداري أو تنفيذه.
3. بيان الحدود التي تقضي بتطبيق مبدأ المشروعية، و سيادة القانون، وخضوع الإدارة لرقابة القضاء عن سلطتها التقديرية، لاسيما السلطة التقديرية المطلقة، سواء أكانت بالإلغاء، أم بالتعويض.

4. تقديم الرأي فيما إتخذه المشرع، أو قامت به الإدارة في مجال السلطة التقديرية، لاسيماً تلك المتعلقة بالقرارات والعقود الإدارية (تصرفات الإدارة القانونية)، وإمكانية التوسع فيها، أو التقييد منها.

رابعاً: نطاق البحث

الدراسة في هذا البحث محددة بنطاق معين، حيث إن السلطة التقديرية للإدارة منحها المشرع في جميع تصرفات الإدارة المادية والقانونية معاً بهدف حسن سير المرافق العامة، وتحقيق الصالح العام، إلا أن دراستي في هذا البحث تكون السلطة التقديرية للإدارة في مجال تصرفاتها القانونية فقط وليست المادية. ولما كانت السلطة التقديرية للإدارة نوعين: الأولى السلطة التقديرية المقيدة، والثانية السلطة التقديرية المطلقة، فإن دراستي ستقتصر على حدود ونطاق معمق وهو السلطة التقديرية للإدارة على التصرفات القانونية، خاصة في إبرام العقود الإدارية وتنفيذها، وحدود خضوعها لمبدأ المشروعية ورقابة القضاء عليها إلغاءً، أو تعويضاً.

خامساً: الدراسات السابقة

يوجد العديد من الدراسات السابقة، إلا أنها تناولت موضوع السلطة التقديرية للإدارة، ومن جانبها العام في كل تصرفات الإدارة المادية، والقانونية، ومنها من تناول الرقابة على سلطة الإدارة التقديرية، خاصة الرقابة القضائية، وأوضح أهم هذه الدراسات بإيجاز على النحو الآتي:-

1- أيمن سيد توني أحمد جمعة- (السلطة التقديرية لجهة الإدارة - دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والتشريعات المعاصرة ، رسالة دكتوراه كلية الحقوق، جامعة بني سويف- مصر 2014). ركز الباحث على المقارنة بين الشريعة الإسلامية والتشريعات المعاصرة في فرنسا ومصر، حيث تناول السلطة التقديرية وآثارها على مبدأ المشروعية في الشريعة والقانون الوضعي، بينما سوف يتركز موضوع دراستي على سلطة الإدارة التقديرية في إبرام وتنفيذ العقود الإدارية.

2- وليد بن سليمان ابن سعيد الحديدي - (دور الرقابة القضائية على سلطة الإدارة التقديرية- دراسة مقارنة، رسالة ماجستير في القانون جامعته جرش، 2016)، حيث تناولت

هذه الرسالة الرقابة القضائية على سلطة الإدارة التقديرية، سواء بتحديد الاختصاص القضائي، أو آليات وطرق وأسباب الطعن على تصرفات الإدارة من دون أن تتعرض للسلطة التقديرية وحدودها في تصرفات الإدارة القانونية، خاصة العقود الإدارية، وهو ما سوف أتعرض له تفصيلاً في موضوع هذه الدراسة.

3- سامر رزق الله عقلة الشрман - (رقابة القضاء الإداري على السلطة التقديرية للإدارة، رسالة ماجستير في القانون العام جامعة عمان، 2014). أيضا ركزت هذه الدراسة على رقابة القضاء على سلطة الإدارة التقديرية، وإن كانت خصصت هذه الدراسة رقابة القضاء الإداري فقط، وليست القضاء بشقيه المدني والإداري، بخلاف الرسالة السابقة، ولم تتعرض هذه الرسالة لحدود وآليات ممارسة الإدارة لسلطتها التقديرية في العقود الإدارية موضوع هذه الدراسة إن شاء الله تعالى.

4- بو عكة شهيناز - (السلطة التقديرية للإدارة ، رسالة ماجستير كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة قاصدي مرباح - ورقلة الجزائر . 2014). حيث تناولت هذه الرسالة السلطة التقديرية للإدارة في كافة أعمالها المادية والقانونية على وجه العموم، أما موضوع هذا البحث فسوف أركزه وأعمقه في السلطة التقديرية للإدارة في العقود الإدارية ابراماً وتنفيذاً.

سادسا: صعوبات الدراسة

لم أكن أوفر حظا من زملائي من طلبة الدراسات العليا بكلية القانون / جامعة الزاوية، وغيرها من الجامعات الليبية الأخرى، الذين خاضوا العديد من الدراسات العلمية في شتى فروع القانون والمعرفة، إلا أن لكل دراسة صعوبات بحسب توجهها، وهدفها، ومجالها. لقد توقعت من خلال فهمي لحدثة تطبيق السلطة التقديرية، وصدور التشريعات المنظمة للعقود الإدارية في ليبيا، وما يترتب على هذه السلطة من مخاطر على الحريات العامة، إنه سيتطلب مني جهدا كبيرا ومعاناة في رحلة هذه الدراسة. لقد تجلت عند القيام بهذه الدراسة عدّة صعوبات يمكن أن أذكر منها:

1 قلة الكتابات في مضمون هذه الدراسة بشكل كاف وواضح، خاصة في التصرفات القانونية، حتى وإن وجدت هذه الكتابات فإنها لم تكن جامعة لموضوع دراستي.

2. عدم وجود قوانين كافية في ليبيا تحدد موضوع الدراسة تحديداً دقيقاً وتُسرع، وكذلك أحكاماً قضائية صادرة عن المحاكم الإدارية تفصل في المنازعات الناشئة عن العقود الإدارية بين جهة الإدارة والمتعاقد معها.

3. افتقار المكتبة الليبية إلى المصادر والمراجع المتخصصة في دراسة هذا الموضوع.

4. ضعف خدمات شبكة الاتصالات الدولية، والتي تُعدّ من أكثر الوسائل مساعدة للباحث للحصول على المراجع العلمية ، أضف إلى ذلك عدم اشتراك الجامعات الليبية في بعض المواقع والمكتبات الدولية؛ لتزويد الباحث بالمراجع العلمية عن طريق شبكة الاتصالات الدولية، ومع ذلك حاولت مستعينة بالله أولاً وأخيراً، ومرتكزة على العزيمة في إكمال هذه الدراسة لتكون مساهمة متواضعة، لا سيما في المكتبة القانونية الليبية، رغبة مني في إيجاد تراكم معرفي يستفيد منه كل مهتم بهذا الصنف من الدراسات، وليكون باكورة لدراسات أكثر عمقا لباحثين يأتون من بعدي لإثراء هذا الموضوع، وإكمال ما نقص. إنني ألتمس العذر من القارئ الكريم إذا اكتشف من خلال صفحات هذه الدراسة عن نصاً فاتني، أو فكرة لم أمرّ بها إلا مرور الكرام، أو مشكلة لم أخطّ بأبعادها الحقيقية، فأنا أرى وأنت ترى وذلك يرى، وهذا دليل على نقص البشر، إذ أن الكمال لله وحده.

سابعاً: منهج البحث

نظراً لأهمية هذا البحث وما يثيره من إشكالية خاصة ومميزة، في إمتيازات الإدارة وسلطتها التقديرية في تصرفاتها القانونية "العقود الإدارية نموذجاً، الأمر الذي جعلني أتعرض بالدراسة للموضوع برمته، وأتبع المنهج الاستقرائي التحليلي ، مع تناول الجانب التطبيقي الذي تمارس فيه الإدارة السلطة التقديرية في مجال إبرامها وتنفيذها للعقود الإدارية، مع التعرض للمنهج النقدي بحسب معطيات الموضوع.

ثامناً: خطة البحث:

سوف تتناول هذه الدراسة بالبحث موضوع : سلطة الإدارة التقديرية في تصرفاتها القانونية " العقود الإدارية نموذجاً ". وفي هذا الصدد سعيت إلى أن تكون الرسالة إسهاماً علمياً متواضعاً في موضوع بالغ الأهمية والخطورة. ولاعتبار موضوع سلطة الإدارة التقديرية

في العقود الإدارية ذات جانبيين، الأول يتعلق بمرحلة إبرام العقد، والثاني يتعلق بمرحلة تنفيذ العقد، فقد ارتأيت تقسيم هذا البحث على فصلين، تسبقهما مقدمة، ويليهما الخاتمة والنتائج والتوصيات، كالآتي:

الفصل الأول: سلطة الإدارة التقديرية في إبرام العقود الإدارية

المبحث الأول: سلطة الإدارة التقديرية في شروط إبرام العقد الإداري

المطلب الأول: سلطة الإدارة التقديرية في الشروط السابقة لإبرام العقد الإداري

المطلب الثاني: سلطة الإدارة التقديرية في الشروط المعاصرة لإبرام العقد الإداري

المبحث الثاني: سلطة الإدارة التقديرية في طرق إبرام العقود الإدارية

المطلب الأول: سلطة الإدارة التقديرية في المناقصات والمزايدات العامة

المطلب الثاني: سلطة الإدارة التقديرية في الممارسات العامة والتكيف المباشر

الفصل الثاني: سلطة الإدارة التقديرية في تنفيذ العقود الإدارية

المبحث الأول: سلطة الإدارة التقديرية في الرقابة وتوقيع الجزاءات المالية

المطلب الأول: سلطة الإدارة التقديرية في الرقابة وتوقيع الغرامات المالية

المطلب الثاني: سلطة الإدارة في مصادرة التأمين ووقف تنفيذ العقد

المبحث الثاني: سلطة الإدارة التقديرية في سحب وتعديل وإنهاء للعقد الإداري

المطلب الأول: سلطة الإدارة في سحب العمل وتعديل العقد الإداري

المطلب الثاني: سلطة الإدارة في فسخ وإنهاء العقد الإداري

وأنهت هذه الدراسة بخاتمة تتضمن أهم النتائج المتوصل إليها، وأهم التوصيات التي أهدف من خلالها إلى معالجة أهم ما رأيته من نقائص وثغرات موجودة في لائحة العقود الإدارية المعمول بها حالياً في ليبيا.

أما فيما يخص جمع المادة سيكون ذلك عن طريق ما يتوفر من المراجع والأوراق والرسائل العلمية، وما جرى عليه العمل في ليبيا والتشريع المقارن، خاصة في مصر مهد القانون الإداري العربي، ولا غنى عنها في كل دراسة تتعلّق بالقانون الإداري، ولضخامة الإرث الفقهي والإداري، والقضائي في هذا المجال، كلّما أمكن ذلك.

والله تعالى نسأل أن يوفّقنا إلى ما فيه الخير، ويهدينا إلى صراطه المستقيم... كما أسأل الله تعالى أن أكون قد أسهمت بهذه الدراسة في تحقيق غاية، وأسأل الله أن يهديني والباحثين إلى سواء السبيل، إنه ولي ذلك والقادر عليه.

الفصل الأول

سلطة الإدارة التقديرية في إبرام العقود الإدارية

تقديم:

تعد السلطة التقديرية للإدارة من أهم الامتيازات التي منحها المشرع لها في مجال العمل الإداري بصفة عامة، ولتسيير مرافق الإدارة، خاصة في إصدار القرارات الإدارية، وإبرام العقود لتسيير وإدارة المرافق العامة، بما يتفق والصالح العام، الأمر الذي يقتضي منح الإدارة سلطة، وتحريرها من بعض القيود، تاركا لها قدراً من حرية التقدير في مباشرة نشاطها الإداري، بحيث يُرخص لها في إدارة بعض شؤون المرافق العامة، لعجز المشرع عن إيجاد كافة الحلول، والتنبؤ بكافة المتغيرات التي قد تطرأ على حسن سير المرافق العامة، ودوام استمرارها، وتقديم خدماتها للمواطنين، لذلك يترك للإدارة جانب من السلطة التقديرية في إدارتها، وتسيير المرافق العامة لاستحالة أن يضع المشرع كافة القواعد المنظمة لتسيير هذه المرافق، وحسن إدارتها، ولقدرة الإدارة على تكييف الأمور، وإصدار القرارات المناسبة، التي تحقق العدل والمساواة في تعامل الأفراد مع المرافق العامة، حيث تتمتع الإدارة بحرية في تقدير الظروف الإدارية، فيكون لها الحق بأن تتدخل، أو لا تتدخل، وزمن تدخلها، بناء على تلك الظروف والمستجدات الطارئة وملاءمة إتخاذ الإجراءات، وممارسة الاختصاصات، سواء أكان في أعمالها القانونية أم المادية، بعيداً عن تقييد سلطتها للإجراءات المحددة سلفاً، التي قد تتعارض في بعض الأمور مع مبدأ دوام واستمرار المرافق العامة، وحسن أدائها لوظيفتها.

ولما كانت العقود الإدارية هي أهم وسيلة منحها المشرع للإدارة في إدارة وتسيير مرافقها العامة، بما يحقق الصالح العام، فقد منح المشرع للإدارة امتيازات وشروطاً غير مألوفة في العقود المدنية الأخرى بهدف تحقيق الصالح العام، وحسن إدارة المرافق العامة، والبعيد عن التقييد بالمبادئ والأحكام والنصوص القانونية التي قد تعرقل إبرام وتنفيذ هذه العقود، فتقديراً من المشرع لأهمية هذه العقود، منح الإدارة سلطة تقديرية وامتيازات غير عادية في إبرام هذه العقود، سواء أكانت تلك الامتيازات ناشئة عن سلطة الإدارة التقديرية في شروط العقد

وإجراءاته، أو طرق إبرامه، بحيث يجعل من العقد الإداري عقداً ذا صفة خاصة، يختلف كلياً عن العقود المدنية الأخرى، بحيث يتلاءم مع متطلبات سير المرافق العامة بانتظام، وضمان تحقيقها لأهدافه، ويأتي في مقدمتها تحقيق النفع العام والصالح العام، الذي يُعدّ أساساً جوهرياً في منح الإدارة سلطة تقديرية عند إبرام العقود الإدارية.

قسمت هذا الفصل على مبحثين، بحيث يكون المبحث الأول خاصاً بسلطة الإدارة التقديرية في شروط العقد الإداري. وأتكلّم في المبحث الثاني عن سلطة الإدارة التقديرية في طرق إبرام العقود الإدارية، وذلك وفقاً للآتي:

المبحث الأول : سلطة الإدارة التقديرية في شروط إبرام العقد الإداري

المبحث الثاني: سلطة الإدارة التقديرية في طرق إبرام العقود الإدارية

المبحث الأول

سلطة الإدارة التقديرية في شروط إبرام العقد الإداري

تتمتع الإدارة بسلطة تقديرية عندما لا يملي عليها القانون شروطاً معينة، أو ظرفاً اتخاذ تصرف معين، وإنما يكون عليها الاختيار من بين عدة خيارات أو حلول، فتكون للإدارة سلطة تقديرية للقيام بهذا العمل، وقد يضع المشرع الشروط والأحكام الملزمة للإدارة، للقيام بعمل معين، ويترك لها السلطة التقديرية والحرية في إتخاذ الإجراءات المناسبة، أو تقرير القيام بالعمل من عدمه، أو سلطة التصرف بما يناسب الصالح العام، بشرط عدم مخالفة الأحكام والقواعد والشروط المنصوص عليها قانوناً، إلا أنه ترك للإدارة سلطة تقديرية للقيام بهذه الإجراءات، وتطبيق تلك الشروط، أو الرجوع عنها في حدود مراعاة الصالح العام. ولبيان ذلك تفصيلاً يتعين أن نحدد ماهية الشروط التي اشترطها المشرع في إبرام العقود الإدارية المنصوص عليها في لائحة العقود الإدارية، و ماهي الإجراءات التي يجب على الإدارة الالتزام بها عند إبرامها لعقودها، ثم نبين حدود السلطة التقديرية للإدارة في مرحلة تطبيق الشروط السابقة لإبرام العقد الإداري، أو تلك المعاصرة لإبرامه.

وعلى ذلك سوف أقسم هذا المبحث على مطلبين، بحيث يتناول المطلب الأول سلطة الإدارة التقديرية في شروط إبرام العقود الإدارية، في حين خُصَّص المطلب الثاني لبيان أهم الشروط المعاصرة التي على الإدارة الالتزام بها عند إبرامها للعقود الإدارية، وحدود سلطتها التقديرية إزاء هذه الإجراءات، وذلك وفقاً للتقسيم الآتي:

المطلب الأول: سلطة الإدارة التقديرية في الشروط السابقة لإبرام العقد الإداري

المطلب الثاني: سلطة الإدارة التقديرية في الشروط المعاصرة لإبرام العقد الإداري

المطلب الاول

سلطة الإدارة التقديرية في الشروط السابقة لإبرام العقد الإداري

أخضع المشرع الإدارة وهي تعمل لشروط وإجراءات معينة لا بُدَّ من توافرها، بدءاً من فكرة إبرام العقد، وقبل الإعلان عن رغبتها في التعاقد، وانتهاءً بطرق إبرام العقد الإداري وإنهائه، والتي لا يقابلها الأفراد أو أشخاص القانون الخاص عند إبرامهم لعقودهم الخاصة. وهذه الإجراءات تكفل إبرام وتنفيذ العقد الإداري على نحو يحقق أهدافها، ويحقق مبدأ سير المرافق العامة، ودوامها بانتظام واضطراد، من خلال الصّون والاقتصاد في أموال الدولة، وكذلك الكفاءة في أدائها وسلوكها لصالح الجميع، من خلال الوصول إلى أفضل العقود من جهة، وتمكّن المتعامل من جهة أخرى على المحافظة على مصالحه، ومساعدته في تنفيذ العقد طبقاً للشروط المنصوص عليها في العقد من دون تعسّف.

وتعدّ أبرز الشروط الإجرائية الواردة على حرية الإدارة في التعاقد، تلك المتعلقة بالإجراءات التمهيديّة التي تسبق ميلاد العقد الإداري، وتهيئ لمولده، يطلق عليها الإجراءات التمهيديّة السابقة على التعاقد. وعلى ضوء ذلك يجب على الإدارة وهي بصدد إبرامها لعقودها، مراعاة تلك الشروط العامة التي رسمها لها المشرع، وقبل البدء في اتخاذ أيّ إجراء من إجراءات التعاقد ودون الخروج عنها، حتى تُضفي على أعمالها الطابع الرسمي. وتتجلى الشروط السابقة لإبرام العقود الإدارية في دراسة موضوع العقد الإداري المزمع إبرامه، من خلال موضوعه وتقدير الاحتياجات المالية والاقتصادية له، واستشارات جهات معينة، والحصول على الموافقة المسبقة والإذن المسبق من الجهات المعنية بالعقود. إلّا أن هذه الشروط ليست جميعها تؤثر في صحة إبرام العقد الإداري من عدمه، فهناك شروط لا تؤثر في صحة إبرام العقد، مثل دراسة الجدوى الاقتصادية، وتوفير الغطاء المالي للعقد، وشروط أخرى أهمها الإذن المسبق لإبرام العقد، يترتب عنها بطلان العقد بطلاناً مطلقاً.

وأتعرض لذلك تفصيلاً على النحو الآتي:

الفرع الأول: السلطة التقديرية للإدارة في موضوع التعاقد ودراسات الجدوى

أوجب المشرع على جهة الإدارة في كثير من الدول ومنها ليبيا، أن تدرس موضوع التعاقد

ومتطلباته، وأن يكون التعاقد في حدود الاحتياجات الفعلية للمشروع، وكذلك دراسة جدواه والاستشارة وفق اللائحة التنفيذية للعقود، وهو ما سأتناوله بالدراسة على النحو الآتي:

أولاً: سلطة الإدارة التقديرية في دراسة موضوع العقد ومحلّه

يُعدّ التحديد الصادق والموضوعي للمتطلبات والاحتياجات الفعلية لموضوع العقد خطوة غاية في الأهمية، حيث على ضوء نتائج هذه الدراسة، تتحدد معالم هذا العقد، بما في ذلك إجراءات الإعلان عنه، وموضوعه، ومبلغه، بقصد ترشيد وضبط الإنفاق من المال العام في حدود ما يقتضيه العمل من دون إسراف أو تبذير، وحتى لا تتدفع الجهات العامة في عقود تستنزف المال العام من دون أن تكون في حاجة إليها⁽¹⁾، قد يلحق الضرر به في حال ما تم التعاقد على مواد أو أشغال عامة غير مطلوبة، أو ليس في حاجة إليها. لذلك يتعين على الجهة العامة تحديد احتياجاتها الفعلية، وإعداد المواصفات الفنية والتقنية لها، وتحديدتها تحديداً دقيقاً، وبكل عقلانية. كما أن مخالفة القواعد المتعلقة بتحديد الاحتياجات سيؤدي إلى آثار اقتصادية بالغة، تتمثل في استنزاف المخصصات المالية، وقانونية تُعرض القائمين على تحديد تلك الاحتياجات للمسؤولية التأديبية⁽²⁾.

كما يُعدّ تحديد احتياجات الجهة العامة المتعاقدة مرتبطاً بمرحلة أخرى أكثر أهمية، وهي مرحلة تحديد المواصفات الفنية بشكل واضح ودقيق، من خلال لجان من الفنيين والمتخصصين، تشكلها الجهة العامة لهذا الغرض، من ذوي الخبرة بالأصناف والأعمال المطلوبة، وإدراج تلك المواصفات بصورة دقيقة ومفصلة للصنف الذي ترغب في توريده، و في حدود الاحتياجات التي تم تحديدها بالكمية الفعلية والضرورية التي تضمن دوام حسن سير العمل بالمرفق العام، أو العمل المطلوب القيام به، والمواصفات التي يتم طرح العقد على أساس ما ورد بها، فهي تمثل السلطة التقديرية للإدارة في وضع الشروط

(1) سامال اسكندر محمد الباجلان: سلطات الإدارة في العقود الإدارية والقيود الواردة عليها : دراسة مقارنة بين التشريعات العراقية والمصرية، رسالة لنيل شهادة الماجستير في القانون العام، كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، مصر، 2016، ص: 38.

(2) حمدي عطية مصطفى عامر: الأعمال القانونية للسلطة الإدارية - القرار الإداري - العقد الإداري - دراسة مقارنة الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2015، ص: 365.

والمواصفات التي تحدّد محل العقد وموضوعه من دون رقابة القضاء عليها، إلاّ فقط في حالة إساءة الإدارة لهذه السلطة، وخروجها عن مقتضيات الصالح العام. ومنح المشرع جهة الإدارة قدرا كبيرا من حرية التصرف، تستطيع بموجبها الاستعانة بالمكاتب الاستشارية المحلية أو الدولية، والمعتمدة لدى الجهات الرسمية، وخاصة في عقود الأشغال العامة، حيث يكون لجهة الإدارة تصميم الأعمال والرسومات الفنية اللازمة، وإعداد المقاييس والمواصفات الفنية والتقنية بدقة، استنادا على كفاءة يتعيّن بلوغها، أو متطلبات وظيفية أو خدمية، ولو كانت هي التي أعدتها بالفعل، فمن سلطاتها أن تقوم بمراجعتها، والاستيثاق من مطابقتها للأصول الفنية، سواء بنفسها، أو الاستعانة بمكاتب الخبرة المعتمدة لذلك (1).

ومن حيث الوضع في ليبيا، فقد نصت المادة (11) من لائحة العقود الإدارية الصادرة بقرار اللجنة الشعبية العامة سابقا رقم (563) لسنة 2007 على أن تقوم الجهات التي تسري عليها أحكام هذه اللائحة قبل البدء في اتخاذ أي إجراء من إجراءات التعاقد، بدراسة موضوع التعاقد، ومتطلباته، دراسة شاملة ومن نواحٍ عدة. وفي هذا الشأن يتحمّم على جهة الإدارة تشكيل لجان لدراسة موضوع ومحل العقد، واحتياجاته، أو الخدمات التي ترغب الجهة العامة الحصول عليها من المتعاقد، بواسطة المختصين من الفنيين والاستشاريين. كما نصت المادة رقم (12) من اللائحة سألقة الذكر: أنه يجوز للجهة الطالبة للتعاقد أن تستعين بالمكاتب الاستشارية المتخصصة في إعداد الدراسات سألقة الذكر.

كما قيدها المشرع أيضا في المادة رقم (11) من لائحة العقود الإدارية رقم (563) لسنة 2007 بحدود مالية يجب الالتزام بها، ولا يجوز استعمال الأموال المخصصة لشراء أصناف معينة لشراء أصناف أخرى، كما لا يجوز أيضا التعاقد على أشياء يوجد منها بالمخازن أنواع مماثلة لها، أو بديلة عنها تفيء بالغرض. أضف إلى ذلك أنه يجب مراعاة القدرات التخزينية، وبالقدر الذي يكفل حاجة الاستهلاك ومعدلات الصرف.

وقام المشرع الليبي حديثاً بإصدار لائحة تنظم عقود المشتريات (2)، والتي قال عنها أن

(1) بيو خلاف: حدود السلطة التقديرية للإدارة في العقود الإدارية، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في الحقوق كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر، بسكرة، الجزائر، 2020، ص: 89.

(2) لائحة المشتريات الحكومية الصادرة بقرار وزراء حكومة الوحدة الوطنية رقم 12 لسنة 2023.

أحكامها جزء لا يتجزأ من لائحة العقود الإدارية الصادرة بموجب القرار رقم (563) لسنة 2007 م سالفه الذكر، وأن من بين أهدافها تنظيم الإجراءات المتعلقة بالمشتريات والأعمال، ومنع استغلال النفوذ وتأثير المصالح الشخصية فيها، وذلك لحماية المال العام المادة رقم (3). وقد أكد في المادتين رقم (6 و 7) من هذه اللائحة، على أن يكون طرح أعمال المشتريات والتعاقد في حدود الاحتياجات الفعلية للجهة الحكومية، وبالأسعار السائدة في السوق، والتخطيط المسبق لأعمالها ومشترياتها.

ومما لا شك فيه أن المشرع الليبي بذلك يسير على نهج المشرع المصري والفرنسي، ودول أخرى سبقته في هذا المجال، محاولاً اللحاق بها، حيث للجهة العامة المتعاقدة سلطة تحديد الاحتياجات الواجب تلبيتها بدقة، قبل أي إجراء لإبرام العقد، وذلك بهدف ترشيد استعمال المال العام، واجتتاب الإسراف فيه، وضبط الجهة العامة المتعاقدة في حدود اختصاصها من حيث مبلغ قيمة العقد المالية، والمبلغ المعتمد له في الميزانية العامة.

ومن ذلك يتضح أن حسن دراسة وتقدير جهة الإدارة لمتطلبات واحتياجات موضوع ومحل العقد، يؤدي إلى انضباط العقد، سواء في مرحلة إبرامه، أو في مرحلة تنفيذه.

ولجهة الإدارة المتعاقدة سلطة تقديرية أيضا في تحديد المواصفات الفنية في كراسة الشروط والمواصفات، حيث يتم تحديدها على أساس مقاييس، أو كفاءة تهدف الإدارة إلى بلوغها، أو متطلبات خدمية ووظيفية معينة، يقتضيها موضوع العقد وأصول تنفيذه؛ غير أن المشرع لم يحدد هذه المواصفات الفنية، ولم يحدد معناها، مما يعطي الإدارة سلطة تقديرية في اختيار المواصفات، ووضع المعايير والمقاييس التي تُأسس عليها احتياجات المشروع محل التعاقد. كما ترك المشرع أيضا لجهة الإدارة سلطة تقديرية في تخصيص الصفقات، لتلبية حاجتها في شكل حصة واحدة، أو في شكل حصص متعددة ومنفصلة، وكذلك تخصيص الحصص المتعددة إلى متعاقد واحد، أو أكثر. وفي هذا الشأن أيضا، أفسح المشرع المجال للسلطة التقديرية للجهة الإدارية العامة، وفق المادة رقم (99) من لائحة العقود الإدارية، رقم (563) لسنة 2007 سالفه الذكر، في تعديل حجم وكميات عقودها بالزيادة أو النقصان، في حدود (15%) بالنسبة إلى كل بند بذات الشروط والأسعار، من دون أن يكون للمتعاقد مع هذه الجهات الحق في المطالبة بأي تعديل في الأسعار. كما يجوز في

حالات الضرورة الطارئة، وبموافقة المتعاقد تجاوز النسبة السابقة. وفي جميع الحالات يجب موافقة الجهة المختصة، ولها أيضا السلطة التقديرية في تصحيح أي خطأ أو سهو قد يقع على الرسومات، أو المواصفات، أو البيانات التي تقدمها الجهة المتعاقدة، وليس للمتعاقد الحق بالتعويض عن ذلك. وفي عقود مقاولات الأعمال التي تقتضي فيها الضرورة الفنية تنفيذ بنود أعمال مستجدة، بمعرفة المقاول القائم بالعمل دون غيره، فأجاز لجهة الإدارة وفق سلطتها التقديرية أيضا، أن يتم التعاقد معه على تنفيذها دون غيره، بعد موافقة السلطة المختصة بطريق الاتفاق المباشر، بشرط مناسبة أسعار هذه البنود لسعر السوق، ووفقا للنسبة السابقة لتعديل العقد (1).

ومن الواضح أن هذه السلطة التقديرية جاءت لمعالجة أي قصور للإدارة في تحديد متطلبات واحتياجات موضوع العقد ومحلته قبل التعاقد، وتجنباً لأي عراقيل قد تواجه حسن سير العمل، وتنفيذ العقد على الوجه الصحيح لتحقيق الأهداف المنشودة من وراء إبرامه.

ثانيا : سلطة الإدارة التقديرية في دراسة الجدوى والاستشارة السابقة على إبرام العقد

تُعدّ دراسة جدوى المشروع ذات أهمية بالغة قبل إبرام العقد، في كَوْن أنها تختص بتقييم موضوع ومحل التعاقد، في ضوء توقعات تكاليفه وعوائده وانعكاساته المالية والاقتصادية المباشرة وغير المباشرة على الإدارة وعلى عامة الجمهور المستفيد، طوال مدة دوام المشروع المتوقعة. وإلى جانب أهميتها في التعرف على جدوى المشروع وأهميته، فإنها أيضا توفر البيانات والمعلومات الكافية والدقيقة لكافة الجوانب البيئية والفنية للمشروع، ومن ثم فهي تحدد مدى نجاح المشروع والمضي قدماً في تنفيذه، أو فشله والتوقف عنه (2).

لقد قيّد المشرع الليبي الجهات الإدارية العامة بأن يكون من ضمن إجراءات إبرام العقود الإدارية التمهيدية قبل البدء في اتخاذ أي إجراء من إجراءات التعاقد أيضا ب - دراسة جدوى المشروع - ، وهو ما يفهم من نص المادة رقم (11)، الفقرة (ب)، و (ج)، و (د) من لائحة العقود الإدارية، رقم (563) لسنة 2007. وجدير بالذكر أن المشرع في مصر قد

(1) المادة رقم 109 من لائحة العقود الإدارية رقم 563 لسنة 2007، مرجع سابق.

(2) سامال اسكندر محمد الباجلان: مرجع سابق ، 2016، ص: 58.

منح الجهات الإدارية حق دراسة الجدوى، وأن تستشير جهات معينة ومكاتب استشارية متخصصة في موضوع العقد قبل القيام بالتعاقد (1) .

أما المشرع في الجزائر فإنه منح الجهة الإدارية الراغبة في التعاقد سلطة تقديرية، تتيح لها اللجوء إلى إجراء " دراسة وإنجاز " عندما تكون هناك أسباب ذات طبيعة فنية وتقنية خاصة، تبرر ضرورة إشراك المقاول المتعاقد في دراسات التصاميم الخاصة بالمشروع. كما تمكنها أيضا من اللجوء إلى ما يعرف بصفقة " دراسة، وإنجاز واستغلال، أو صيانة" لأسباب اقتصادية تقدرها الجهة الإدارية، وتبرر ذلك، على غرار ما تضمنته لوائح المقارنة لتنفيذ العقود. وأجاز للجهة الإدارية تضمين كراسة الشروط متطلبات نجاعة محددة، يتعين الوصول إليها وتحقيقها. كما يفهم من هذا أيضا أن للجهة الإدارية المتعاقدة سلطة تقديرية في إعداد دراسة الجدوى الاقتصادية للمشاريع التي يتطلب موضوعها مثل هذه الدراسات، قبل البدء في إجراءات التعاقد (2) .

أما الاستشارة فتعدّ تعبيراً عن رأي جهة إدارية مختلفة عن تلك الجهة الإدارية المختصة أصلاً صاحبة المشروع، أو الجهة المختصة أصلاً باتخاذ قرار الإذن بالتعاقد، وذلك بهدف تنويرها بالأساليب والتقنيات، التي تضمن لها حسن ممارستها لسلطتها، وتكفل أيضا حسن سير العمل بالمشروع المزمع التعاقد عليه. ولها أهمية بالغة، كونها تُمكن الجهة الإدارية طالبة التعاقد قبل البدء في إبرام العقد، من التأكد من الجهات المحلية والمكاتب الاستشارية المختصة في النواحي الفنية والتقنية والقانونية لمشروع التعاقد، وعما إذا كانت هناك أي اعتبارات، أو مخاطر فنية، أو تقنية، أو اقتصادية، أو قانونية، تترتب على إبرام العقد، وبهذا تؤدي إلى تفادي الكثير من المعوقات، التي قد تعترض وتعرق سير عمل المصالح المتعاقدة ، والتقليل أو تجنب الأخطاء وتفادي المخاطر التي قد تعترض المشروع أثناء تنفيذه (3) .

والاستشارة السابقة نوعان (4) ، هما:

(1) حمدي عطية مصطفى عامر: مرجع سابق، 2015، ص: 372.

(2) بيو خلاف: مرجع سابق، 2020، ص: 95.

(3) سامال اسكندر محمد الباجلان: مرجع سابق ، 2016، ص: 58.

(4) حمدي عطية مصطفى عامر: مرجع سابق، 2015، ص: 372.

1. استشارة سابقة ملزمة (إجبارية): وهي تلك الاستشارة التي جعلها المشرع ملزمة على جهة الإدارة المتعاقدة، حيث يتعيّن عليها طلب استشارة من جهة معينة قبل البدء في إجراءات التعاقد. وهذه الاستشارة قد تكون إجبارية من حيث اللجوء إليها، ولكن يبقى للجهة الإدارية الراغبة في التعاقد سلطة تقديرية، من حيث الأخذ بمضمونها، أو الاستغناء عنها. وقد تكون الجهة الإدارية ملزمة ليس فقط بأخذ استشارة جهة معينة، وإنما بضرورة التقيّد بما جاء في هذه الاستشارة. وفي هذه الحالة الأخيرة تُعدّ الاستشارة للجهة الراغبة في التعاقد شرطاً أساسياً وملزماً لصحة العقد، ولا تستطيع مخالفته، وإلا كان العقد مشوباً بمخالفته القانون، ومن ثمّ بطلانه، من دون أن يخل ذلك بحق التعاقد مع الإدارة في المطالبة بالتعويض، وفقاً لقواعد المسؤولية العقدية.

ويجب أن يفهم مضمون هذه الاستشارة بأنّها ليست مشاركة في الاختصاص من طرف الجهة المستشارة للجهة المستشيرة الراغبة في التعاقد، وإنما يعني المشاركة في وضع مضمون التصرف، وأن الهدف من الأخذ بمضمونها هو المساهمة الجوهرية في تكوين التصرف الفني التقني والقانوني (1).

2. استشارة غير ملزمة (اختيارية): ويطلق عليها أيضاً استشارة اختيارية أو حرة، وهي الأصل في كل حالة لا ينص المشرع على غير ذلك. وهذا النوع من الاستشارة تطلبه الجهة الإدارية الراغبة في التعاقد بمحض إرادتها، من دون أن يفرضها عليها المشرع. وفي هذا الحال يكون المشرع قد ترك للجهة الإدارية سلطة تقديرية، ولها حرية طلب، أو عدم طلب هذه الاستشارة، وكذلك الالتزام أو عدم الالتزام بنتائج تلك الاستشارة (2).

على ضوء القانون في مصر، فُيِّدت مصالح الدولة تشريعياً بمبدأ الاستشارة السابقة، فلا يجوز لمصالح الدولة أن تبرم أيّ عقد تزيد قيمته عن (5000) جنيه من دون استشارة الإدارة المختصة " إدارة الفتوى"، بحيث يتولى مجلس الدولة دور المراجعة القانونية للعقود، في حين يقوم الجهاز المركزي للحاسبات بمراجعة النواحي الفنية والمالية

(1) محمد مهدي شعيب: السلطة التقديرية للإدارة بين النظامين المصري والعراقي، رسالة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق، كلية الحقوق، جامعة المنصورة، مصر، 2016، ص: 110.

(2) بيو خلاف: مرجع سابق، 2020، ص: 95.

للمشروع، ويخالف ذلك تعد إجراءاتها غير قانونية، ويُعدّ إبرام العقد باطلاً لأنها لم تُعْتَبَر بحكم أخذ الإذن بالتعاقد (1).

وأولى المشرع الليبي اهتماماً بالغاً بالاستشارة السابقة على إبرام العقد الإداري، وجعلها إلزامية فُرضت بموجب نص لائحي، أوردته في لائحة العقود سالفه الذكر، رقم (563) - المادة (12) على جهة الإدارة الراغبة في التعاقد، حيث يتوجب عليها الاستعانة، وطلب رأي جهة استشارية مختصة في موضوع العقد، قبل إبرام عقد إداري معيّن.

ومراعاة منه لاعتبارات عدة، وفي نفس المادة سالفه الذكر المادة رقم (12) من اللائحة رقم 563 لسنة 2007، منح الجهة المتعاقدة سلطة تقديرية في الاستعانة بمكاتب استشارية لإعداد دراسات والإشراف على تنفيذ بعض المشاريع نظراً لأهميتها أو ضخامتها، وطلب رأي استشاري، فنياً كان، أو قانونياً، أو مالياً، لاعتبارات معينة تقدرها الجهة الإدارية، قد تكون لاعتبارات قانونية تستدعي ضرورة اللجوء إلى جهة متخصصة، قادرة على صياغة العقد صياغة قانونية محكمة، وخاصة في العقود التي يكون طرفها الآخر أجنبياً، أو المشاريع الاستراتيجية، أو لاعتبارات فنية، تستلزم اللجوء إلى جهة متخصصة في موضوع العقد. وخير مثال على ذلك، عندما استعانت الدولة الليبية بأكبر المكاتب الاستشارية في العالم، على تنفيذ مشروع النهر الصناعي لتوصيل المياه الوفيرة بالجنوب الليبي إلى مناطق الساحل، التي تعاني من ندرة المياه، وكذلك مشروع السكك الحديدية، الهادف لربط كافة أنحاء البلاد مع بعضها البعض.

مما سبق يتضح أن الاستشارة السابقة تُعدّ أحد القيود التي فرضها المشرع على الجهة الإدارية قبل البدء في إجراءات التعاقد الإداري، حيث يحال موضوع العقد سواء أكان عقد مقاولات أم توريد، على المتخصصين لإعداد دراسة استشارية في موضوع العقد، وتقديم تقرير حوله. وبذلك تصبح الجهة الإدارية ملزمة باستيفاء هذه الاستشارة، وإذا أغفلتها أصبح العقد التي أبرمته الإدارة باطلاً لتعلّق هذا الشرط بصحته، إضافة إلى أن الإخلال به يترتب عنه مسؤولية الإدارة.

(1) عبد العزيز عبد المنعم خليفة: الأسس القانونية للعقود الإدارية، المركز القومي للإصدارات القانونية الطبعة الأولى، 2008، ص: 17.

وتؤيد الباحثة رأي المشرع المصري، والليبي، اللذان ارتقيا بالاستشارة السابقة لموضوع العقد الإداري إلى مرتبة حكم التصريح، أو الإذن بالتعاقد – كما سنأتي على ذلك لاحقاً – ، ويجعل أمر عدم الأخذ به مبطلاً، لما أبرمته الجهة الإدارية من عقود حفاظاً على المال العام والمصلحة العامة، وذلك لأن هذه الاستشارات عادة ما تكون فنية وقانونية، وتعود دائماً بالفائدة الكبيرة على موضوع التعاقد، ومن ثم على الجهة الإدارية المتعاقدة، والمشروع موضوع التعاقد.

الفرع الثاني: السلطة التقديرية للإدارة في توافر الاعتماد المالي والإذن بالتعاقد

يجب أن يكون هناك اعتمادات مالية تسمح لجهة الإدارة بإبرام العقود الإدارية، التي هي بحاجة إليها لتغطية الإلتزامات المالية المترتبة عن تلك العقود، وأن يكون التعاقد في حدود الاعتمادات المالية المخصصة لتلك المشاريع. وهذا هو محض تطبيق عام، والذي يتضمن عدم إمكان التزام جهة الإدارة بنفقة مالية إذ هي لم تستند على اعتماد مالي مخصص في الميزانية العامة. كما يُعدّ وجوب حصول جهة الإدارة على إذن بالتعاقد من الجهات المختصة شرطاً لازماً قبل البدء في إجراءات التعاقد، يترتب عن إغفاله البطلان المطلق للعقد.

وسأتناول ذلك تفصيلاً على النحو الآتي:

أولاً: توافر الاعتماد المالي لتغطية التزامات الإدارة تجاه المتعاقد معها:

يُعدّ توافر الاعتماد المالي الكافي لمواجهة الإلتزامات المالية اللازمة تجاه المتعاقد معها لتنفيذ العقد قيداً على جهة الإدارة يستوجب الوفاء به، إلى جانب القيود السابقة، قبل أن تستطيع البدء في إجراءات إبرام العقد، وذلك من خلال التأكد من أن المشروع موضوع العقد وارد في الميزانية العامة، أو خطة التحول التي يقرها مجلس النواب، ويصدر بربطها قانون يسمى بقانون الميزانية العامة. وهذا القيد وإن كانت تُوجِبُهُ المصلحة العامة التي يتنافى معها إرباك الميزانية العامة للدولة بالإنفاق على عقود ليس هناك حاجة ملحة إلى البدء في تنفيذها، والصرف عليها من ميزانية الدولة، إلا أنه يرتبط بمصلحة المتعاقد مع الجهة الإدارية، حيث سيوفر له الاطمئنان إلى استيفاء مستحقاته المالية عمّا ينجزه من أعمال

بالمشروع (1) .

وفي التشريع الليبي، قضت المادة (11)، الفقرة (د) من لائحة العقود الإدارية رقم (563) لسنة 2007، أنه "يستوجب على كل جهة من الجهات التي تسري عليها أحكام هذه اللائحة قبل إبرام أيّ عقد التأكد من أن المشروع مدرج في خطة التحول، أو في الميزانية..... ومبلغ الاعتمادات المالية اللازم لتنفيذ المشروع". وبذلك يكون شرط توافر الدعم المالي اللازم لتنفيذ العقد ضرورياً قبل إبرام العقد الإداري، ويُشكّل قيدا عليه.

وهذا التخصيص المالي هو محدّد ومعلوم المقدار في الميزانية، ومدرج للإنفاق تحت الباب الذي يتعلق به تنفيذ العقد من أبواب الميزانية العامة. وتطبيقاً لهذا الشرط يتعين على الجهة العامة المتعاقدة قبل إبرام أي عقد الحصول على ترخيص كتابي من الجهة المسؤولة عن نظام الارتباطات، البند المختص الجائز الخصم عليه قانوناً بقيمة الارتباط المالي المترتب عن هذا العقد، وضمان توفّر التمويل اللازم لصرف قيمة مستخلصات الأعمال في مواعيدها المقررة قانوناً، ولا يتم الصرف إلا في حدود الاعتمادات الخاصة للجهة المتعاقدة. وفضلاً عن ذلك يجب عليها اتباع القواعد القانونية التي تحدّد كيفية استخدامها، كما يُعدّ الاعتماد المالي المحدد لمشروع ما من قبل البرلمان هو بمثابة ترخيص من السلطة التشريعية في استخدام هذه المخصصات المالية في الغرض التي خصّصت له (2) .

ولقد أوجب المشرع المصري على الجهات العامة أن يكون التعاقد في حدود الاعتمادات المالية المتاحة بميزانيتها، ولا يجوز الأمر بالتعاقد إلا في حدود الاعتماد الخاص بالجهة الإدارية، وفي ذات الأغراض الميزانية العامة التي يخصص لها كل بند من بنود الميزانية العامة (3) .

وفي ليبيا فإن القواعد القانونية المتعلقة بالإدارة المالية للعقود الإدارية لا يختلف عما هو متبع في مصر، حيث نصت المادة رقم (6) من لائحة العقود الإدارية رقم (563) لسنة 2007،

(1) عبد العزيز عبد المنعم خليفة: مرجع سابق، 2008، ص: 109.

(2) بيو خلاف: مرجع سابق، 2020، ص: 44.

(3) سامال اسكندر محمد الباجلان: مرجع سابق، 2016، ص: 45.

على أنه لا يجوز للإدارة الارتباط مع الغير بعقد إداري، إلا بعد التأكد من أن الاعتماد المالي الكافي وارد في الميزانية العامة للدولة، قبل التعاقد لمواجهة الأعباء المالية المترتبة عن هذا التعاقد.

ومما تقدم يتضح أنه لا يجدر بالجهة العامة التعاقد على تنفيذ أي مشروع إلا بعد التأكد من توافر المخصصات المالية اللازمة لالتزاماتها التعاقدية، وهذا هو الأصل، ولكن يمكن لها في بعض الأحيان، ولمبررات اقتصادية، أو بيئية، أو طارئة تقتضيها المصلحة العامة، أن تلجأ إلى التعاقد من دون وجود المخصصات المالية، ولم يتم إدراجه في الخطة العامة، أو كان التخصيص غير كاف. وفي مثل هذه الحالة تلجأ الإدارة إلى أسلوب المناقلة بين البنود لتسديد ما بذمتها من التزامات مالية (1).

والباحثة لا تؤيد لجوء الجهات العامة إلى هذا الأسلوب؛ لما له من تأثير سلبي على مشاريع أخرى، وترى أن التخطيط السليم والدقيق هو الأسلوب الأنسب والناجع في التعاقد الإداري.

وعلى الرغم من أهمية توافر المخصصات المالية كإجراء تمهيدي لإبرام العقد، إلا أن القضاء الفرنسي والمصري منذ زمن طويل، قرر بأن العقد المبرم دون اعتماد مالي، أو الذي تم فيه تجاوز الاعتماد المحدد يكون عقداً صحيحاً ومنتجاً لآثاره القانونية، ولا يمكن للإدارة أن تتلمّص من المبالغ المالية المترتبة عنه عن طريق القضاء، أو التسوية. كما اعتبر أن هذه المخالفات لو وجدت من جانب الإدارة لا تمسّ صحة العقد ولا نفاذه؛ ويبزّر ذلك أن هذه العقود الإدارية التي تبرمها الجهة العامة مع الغير هي روابط فردية ذاتية، وليس تنظيمية عامة، ويجب من ناحية حماية هذا الغير ومن ناحية أخرى عدم زعزعة الثقة في الإدارة، فليس في مقدور المتعاقد معه أن يعرف مقدماً ما إذا كانت قد حُصّصت مبالغ مالية أو لم تخصص لهذا المشروع، بما يسمح بإبرام العقد، أو لا يسمح بذلك، وكذلك ما إذا كان المشروع محل التعاقد في حدود المبلغ المخصص له، أو ليس في حدوده. كل ذلك من دقائق الأمور التي يتعدّر على المتعاقد معها التعرف عليها. وبذلك إن وجود المخصصات المالية من عدمه أمر لا يتصل بصحة العقد أو نفاذه، ولا يعدو تخلف المخصصات المالية أن تكون مخالفة إدارية

(1) حمدي عطية مصطفى عامر: مرجع سابق، 2015، ص: 371.

خارج نطاق العقد، يتحملها المسؤول عنها⁽¹⁾. وفي هذا الشأن، قررت المحكمة الإدارية العليا في مصر، والتي كثيرا ما يسير القضاء الإداري في ليبيا على نهجها - ذلك بحكمها " الثابت في فقه القانون الإداري: أن العقد الإداري الذي تبرمه الإدارة مع الغير كعقد الأشغال العامة أو التوريد مثلا، ينعقد صحيحا، وينتج آثاره حتى ولو لم يكن البرلمان قد اعتمد المال اللازم لهذه الأشغال، أو حتى لو تجاوزت الإدارة حدود هذا الاعتماد، أو لوخالفت الغرض المقصود منه، أو لو فات الوقت المحدد لاستخدامه، فمثل هذه المخالفات - لو وجدت من جانب الإدارة - لا تمس صحة العقد ولا نفاذه، وإنما قد يستوجب المسؤولية السياسية"⁽²⁾.

وترى الباحثة أن على الجهة الإدارية أن تلتزم بما رسمه المشرع في هذا الشأن، حيث لا تستطيع الجهة الإدارية أن تتعاقد ما لم تتوافر لديها المخصصات المالية اللازمة للمشروع، كما يجب عليها أيضا عدم تجاوز حدود هذا التخصيص المالي، وفي ذات الأغراض التي يخصص لها كل بند من بنود الميزانية العامة، ويترتب عن مخالفتها لهذا القيد التشريعي تحمّل مسؤوليتها القانونية، والمتمثلة في المسؤولية التأديبية للمختصين بذلك، وكذلك حق المتعاقد في الحصول على المقابل المالي المقرر في العقد، بالإضافة إلى غرامة التأخير، التي تمثل 0.05% (خمسة في المئة من المئة) عن كل تأخير في سداد مستحقاته المالية .

ثانيا : سلطة الإدارة التقديرية في الحصول على الإذن المسبق بالتعاقد من الجهات المختصة

لم يكتف المشرع بالقيود الواردة فيما سبق على حرية الإدارة في إجراءات العقود الإدارية عند ذلك الحد، بل اشترط في ليبيا، وفي مصر، وكثير من الدول الأخرى لطائفة من العقود الإدارية ضرورة حصول الإدارة على إذن أو تصريح مسبق بالتعاقد من جهات مختصة حددها القانون، بحيث لا تستطيع الإدارة التعاقد من دون الحصول على هذا الإذن⁽³⁾ .

ويتضمن هذا الإذن اعتماد مكونات المشروع، ويحدد كذلك الطريقة الواجب اتباعها

(1) سامال اسكندر محمد الباجلان: مرجع سابق، 2016، ص: 48.

(2) حكم المحكمة الإدارية العليا، مصر، الطعن رقم 175 لسنة 1 ق، جلسة 11 / 2 / 1956.

(3) حمدي عطية مصطفى عامر: مرجع سابق، 2015، ص: 371.

في التعاقد. ومبرر هذا الإذن مبعثه الأهمية الخاصة للعقود التي تبرمها الجهات العامة، وآثارها على تحسين المرافق والخدمات العامة، وما قد يترتب عنها من آثارا مهمة تؤدي إلى إنفاق مبالغ مالية من الخزنة العامة، وتمسّ بالموارد المالية والثروات الطبيعية بالبلاد، والمصالح العليا والأمن القومي للدولة. كما أنه يحول دون الوقوع في مشروعات يتم التعاقد عليها لا تحقق مصلحة عامة، ولا ترضي السلطات العليا للدولة. كما يجد مبرره أيضا في أنه على الرغم من استقلالية الوحدات الإدارية إلا أنها تبقى مع ذلك جزءاً من الدولة، وترتبط معها برابطة التبعية⁽¹⁾.

والإذن بالتعاقد ليست له صفة مالية، وهو إذن للجهة المتعاقدة بإبرام العقد. وبهذا فإنه يختلف على قيد توافر المخصصات المالية، إذ أن المخصصات المالية ليس شرطاً لصحة وسلامة العقد كما سبقت الإشارة إليه، في حين الإذن بالتعاقد يُعدّ شرطاً من شروط صحة العقد، ويترتب عن عدم وجوده بطلان العقد المبرم بطلاناً مطلقاً؛ نظراً لأن المشرع اشترط الحصول على هذا الإذن مسبقاً، ومن ثم يكون هذا الإذن ضرورياً لقيام هذه الرابطة التعاقدية، ولا يستطيع المتعاقد التمسك بالعقد، وذلك لعدم قيام رابطة تعاقدية حقيقية بينه وبين الإدارة⁽²⁾، وهو ما سأوضحه لاحقاً.

ويأخذ الإذن بالتعاقد صوراً متعددة؛ فقد يستلزم الدستور أخذ الإذن المسبق من مجلس النواب في صورة قانون يصدر عنه، لتحقيق مبدأ الرقابة النيابية على مصروفات وموارد الدولة، وخاصة في العقود التي تتعلق بالمصلحة العليا، أو تمس الأمن القومي للبلاد، أو تلك العقود التي يترتب عنها الإنفاق من خزنة الدولة لفترة لاحقة طويلة، وكذلك المشاريع الاستراتيجية للدولة، وهي تُعدّ أقوى صور الإذن على الإطلاق. كما قد يكون الإذن بالتعاقد في صورة قرار جمهوري، أو قرار من مجلس الوزراء، أو من الوزير المختص، أو من أي جهة أخرى حددها المشرع، ومن المسلم به أن الحكم واحد في جميع الصور السابقة، وهو البطلان

(1) عماد خليل ابراهيم : المبادي والأحكام الخاصة بإبرام العقد الإداري في العراق رسالة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق، كلية الحقوق، قسم القانون العام، جامعة الإسكندرية، مصر، 2019، ص: 48.

(2) سامال اسكندر محمد الباجلان: مرجع سابق، 2016 ، ص: 53.

المطلق للعقد الإداري في حالة عدم الحصول على الإذن المسبق لإبرام العقد (1).

وعلى ضوء ذلك سأتناول هذا القيد المفروض على جهة الإدارة المتعاقدة، وفقاً لما يتطلبه المشرع الليبي، وأثر مخالفة الجهة الإدارية لشرط الإذن المسبق بالتعاقد.

لقد أكد المشرع الليبي قيد الحصول على الإذن المسبق من الجهات المختصة، بنص المادة رقم (9) في شأن حالات العقود بطريق المناقصة، والممارسة، والمزايدة من لائحة العقود الإدارية (563) لسنة 2007، والذي جاء فيها أنه يجب على الوحدات الإدارية قبل طرح المشروع للتعاقد الحصول على الموافقات والتراخيص اللازمة ذات الصلة، بموضوع التعاقد من الجهات المعنية وفقاً للقوانين التي تقضي بذلك.

وجزاء مخالفة هذا الشرط هو بطلان العقد الذي تم إبرامه بطلاناً مطلقاً، حيث تكون الجهة الإدارية قد أبرمت العقد على خلاف ما يقضي به القانون.

وخولت لائحة العقود الإدارية سالفه الذكر هذا الإذن المسبق للوزير المختص في كل وزارة، إذا كان محل العقد يدخل في اختصاص وزارته، أو لكل عميد بلدية يدخل في اختصاصه محل العقد. أما العقود الإدارية التي تتصل بالمصلحة العليا للبلاد، وتترتب عنها التزامات مالية كبيرة، وكذلك التعاقد مع المنظمات الدولية أو الجهات الحكومية الأجنبية تنفيذاً لاتفاقيات نافذة، فنظراً لما تنسم به مثل هذه العقود من أهمية خاصة، فإنه وعلى نحو ما جاء بالمادة رقم (10) من اللائحة سالفه الذكر، فإن هذا الإذن بالتعاقد يصدر من رئيس الوزراء، أو من يفوض من وزرائه، أو عميد البلدية وفقاً لحدود مالية معينة، حيث قيّدت هذه المادة الإذن بالتعاقد للوزير المختص، أو عميد البلدية فيما لا يجاوز مليون دينار (100000)، وفي حال ما تجاوزت قيمة العقد هذا الحد، يكون هذا الإذن من اختصاص رئيس الوزراء. كما اشترط المشرع الليبي أنه يجب ألا تتجاوز قيمة العقد الإداري بطريقة التكاليف المباشر مبلغ خمسين ألف دينار (50000)، وفي حال ما تجاوزت قيمة العقد بطريقة التكاليف المباشر مبلغ خمسين ألف دينار، وحتى خمسمئة ألف دينار (500000)، فإن الأمر يستوجب الحصول على إذن مسبق يصدره رئيس مجلس الوزراء، وفي حال التعاقد عن طريق

(1) عماد خليل إبراهيم: مرجع سابق، 2019، ص: 48.

الممارسة المباشرة، وتجاوزت قيمة العقد مائتين وخمسين ألف دينار (250000)، فيشترط الحصول على إذن مسبق أيضا من رئيس الوزراء (1) .

وقد عدلت لائحة المشتريات الصادرة بالقرار رقم (12) لسنة 2023 في مادتها رقم (14)، فقرة "2"، القيمة التقديرية لتكلفة الأعمال والمشتريات سألقة الذكر، التي يجوز للجهة الإدارية التعاقد بشأنها، ورفعها إلى مبلغ لا يتجاوز (100000) مئة ألف دينار، وأن لا يزيد حجم التعاقد السنوية على (200000) مائتي ألف دينار. كما أكدت الفقرة "3" من نفس المادة رقم (14) على أنه يمنح الإذن بطريقة التكليف المباشر من قبل الوزير المختص، أو من يفوضه، أو رئيس الوحدة الإدارية، بشرط أن لا تتجاوز القيمة التقديرية (200000) مئتي ألف دينار.

وفي هذا الشأن، ووفقا لنص المادة رقم 24 من قانون ديوان المحاسبة رقم 19، لسنة 2013، فإن عقود التوريد والمقاولات والالتزام، وغيرها من العقود التي تكون أي من الجهات الخاضعة لديوان المحاسبة طرفا فيها، ويكون من شأنها أن ترتب حقوقا والتزامات مالية، تزيد كل منها على خمسمئة ألف (50000) دينار، تخضع لرقابته. وتكون العبرة في تحديد هذه القيمة بالقيمة الإجمالية للأصناف والأعمال موضوع التعاقد، ولا يجوز تجزئة العقد بقصد إنقاص قيمته إلى الحد الذي ينأى به عن رقابة الديوان. كما يستوجب على جميع الجهات الإدارية التي تخضع عقودها للمراجعة المسبقة من ديوان المحاسبة، أن ترسل إلى الديوان صورا من رسائل التعاقد، والمستندات، والدراسات الفنية والاقتصادية والقانونية، وغيرها من المستندات التي يرى الديوان أهمية الاطلاع عليها، ومراجعة مستندات التعاقد للتأكد من أن الالتزام عند التعاقد قد تم وفقا لأحكام التشريعات النافذة بشأن التعاقد، وفي ضوء الميزانية المعتمدة، ومن ثم تقديم تقريره وملاحظاته بشأنها إلى الجهة المتعاقدة، وكذلك نسخة إلى الجهة المختصة بالاعتماد (2). ويلاحظ أن هذه المادة جاءت خلافا لقانون الرقابة الشعبية السابق رقم (2) لسنة 2007، الذي نص أيضا على عقوبة الحبس لمدة لا تتجاوز ثلاثة

(1) أسعد طاهر أحمد: نظرية العقد الإداري في الفقه والقضاء، دار الكتب الوطنية، بنغازي، ليبيا، 2014 ص: 7.

(2) قانون رقم 19 لسنة 2013 في شأن إعادة تنظيم ديوان المحاسبة.

أشهر لكل من يخالف أحكام هذه المادة، لغرض حماية هذه الإجراءات، وعدم مخالفتها من قبل الجهات الإدارية .

وبذلك لم يقتصر هذا الإذن المسبق على عائق جهة واحدة فقط، بل على جهات متعددة تختلف فيما بينها، وكذلك بحسب وسيلة إبرام العقد الواجبة الاتباع، وتبعاً إلى قيمته المادية⁽¹⁾.

فيما يتعلق بأثر مخالفة الجهة الإدارية لقواعد الإذن بالتعاقد، فإن الجهة الإدارية تستطيع بعد حصولها على الإذن بالتعاقد على المشروع، وتوافر المخصصات المالية له، بأن لا تتعاقد متى قررت بسلطانها التقديرية أنه لم تُعد هناك جدوى من المشروع، وليس هناك حاجة الآن إلى إتمام هذا التعاقد، وأن المصلحة العامة تقتضي منها اتخاذ مثل هذا القرار، فإنها على عكس من ذلك، لا تتمتع بأي سلطة تقديرية، ولا تستطيع بحال من الأحوال أن تتعاقد من دون هذا الإذن المسبق، ومن دونه يكون العقد معدوماً، ولا يجوز تصحيح ذلك بإذن لاحق⁽²⁾ .

وفي ذات المجال، قضت المحكمة العليا الليبية في حكم جاء فيه " إنه من المتفق عليه في الفقه الإداري، أنه حينما يشترط القانون استئذان جهة معينة لإبرام تعاقد ما، فإن الحصول على هذا الإذن المسبق يصبح شرطاً ضرورياً لقيام الرابطة التعاقدية أصلاً، وإلا كان العقد باطلاً، ومما لا جدال فيه أن هذا الشرط لم يوضع عبثاً، وإنما يقوم على أسباب جوهرية تتصل بالصالح العام اتصالاً وثيقاً " ⁽³⁾. وهذا الحكم يوضح ضرورة الحصول على الإذن المسبق لقيام الرابطة التعاقدية بين الجهة الإدارية والمتعاقد الذي سبقت الإشارة إليه، وليكون العقد الإداري صحيحاً.

ووفقاً لمبدأ عدم الإضرار بطرف حسن النية، يملك المتعاقد مع الجهة العامة المطالبة بالتعويض في حال ما لحقه ضرر جراء تصرف الجهة العامة على أساس المسؤولية

(1) الفقرة ج من المادة رقم 9، والفقرة ب من المادة رقم 12 من لائحة العقود الإدارية رقم 563 لسنة 2007.

(2) بيو خلاف: مرجع سابق، 2020، ص: 129.

(3) طعن إداري رقم 1/ 26 قضائية جلسة 8 الموافق 24 / 11 / 1982، مجلة المحكمة العليا، السنة 19، عدد 3 إبريل 1983، ص: 32.

التقصيرية، باعتبار أن الإدارة قد أخطأت في عدم الحصول على الإذن، وأن خطأها قد حمّل المتعاقد أضراراً مادية أو معنوية، أو على أساس قاعدة الإثراء بلا سبب، إذا أثبت أن الإدارة قد استفادت من جراء إبرام العقد المعدوم، ولا تتم هذه المطالبة بالتعويض على أساس الرابطة التعاقدية التي هي في الأصل غير موجودة؛ بسبب غياب الإذن المسبق على التعاقد (1).

وتأسيساً على ما سبق يُعدّ ضرورة الحصول على الإذن قبل التعاقد من القيود المتعلقة بالنظام العام، والتي لا تقبل الإجازة، أو الإتفاق على مخالفتها. كما يتبين أنه من دون هذا الإذن المسبق للإدارة على التعاقد لا يجوز لها مباشرة أي إجراء من إجراءات التعاقد، ويترتب على ذلك أن يكون العقد الذي تبرمه الإدارة دون أخذ الإذن بذلك باطلاً من الناحية القانونية، ولا يجوز تصحيح ذلك بإذن لاحق، إلا أن المشرع ترك للجهة الإدارية سلطة تقديرية تمكّنها بعد حصولها على الإذن بالتعاقد على المشروع، وتوفير المخصصات المالية له، بأن لا تتم التعاقد متى قررت بسلطتها التقديرية أنه لم تُعدّ هناك جدوى من المشروع، وفق تقديرها للمصلحة العامة.

(1) حسن عطية مصطفى عامر: مرجع سابق، 2015، ص: 377.

المطلب الثاني

سلطة الإدارة التقديرية في الشروط المعاصرة لإبرام العقد الإداري

تشهد الدولة تطوراً هائلاً في مجال تدخلها واتساع سلطتها، لاسيما في النواحي الاقتصادية والبنية التحتية والمرافق العامة، وأصبحت تقوم بدور المنظم والمخطط والموجه في كافة المجالات، حيث تحولت وظائف الدولة الحديثة من مجرد الأمن والدفاع والعدالة، إلى التدخل في كافة مناحي الحياة؛ بهدف تحقيق رفاهية مواطنيها، واتخذت العديد من الدول وسيلة قانونية لإدارة تلك الوظائف، وهي العقود الإدارية لإنشاء وإدارة مرافقها العامة. ولأهمية هذه العقود في تحقيق أهداف الدولة ووظائفها، حرص المشرع ومن ورائه القضاء والفقهاء على وضع شروط وضوابط لها، حتى يتسنى تحقيق الهدف المنشود منها، والتمثل في حسن سير المرافق العامة وتحقيق النفع العام. لذلك حرصت كافة النظم القانونية على وضع شروط في العقد الإداري عامة، وشروط أخرى في المتعاقد مع الإدارة، وأعطت للإدارة بشأنها سلطة تقديرية يحكمها دائماً وأبداً الصالح العام وحسن سير المرافق العامة، وقد انتهج المشرع والقضاء الليبي نفس النهج المتبع في النظم القانونية الحديثة، وأبين ذلك تفصيلاً على النحو الآتي:

الفرع الأول: شروط العقد الإداري في النظم الحديثة وموقف المشرع والقضاء الليبي منها

قيد المشرع في كافة التشريعات ومنها لائحة العقود الإدارية الليبية رقم (563) لسنة 2007، وكذلك لائحة عقود المشتريات رقم (12)، لسنة 2023، العقد الإداري بمجموعة من الشروط وأساليب محددة ليس لها نظير في عقود القانون الخاص؛ ضماناً لحماية مصالح المجتمع، ويلزم تحقُّقها فيما يعرف بالعقد الإداري، إلا أنه ترك للإدارة سلطة تقديرية للقيام بهذه الإجراءات، وتطبيق تلك الشروط أو الرجوع عنها في حدود مراعاة الصالح العام. وسوف أتناول في هذا الفرع أوجه شروط العقد الإداري، وموقف المشرع والقضاء الليبي من شروط العقد الإداري على الترتيب كالتالي :

أولاً: - شروط العقد الإداري في النظم الحديثة

من المستقر عليه في الكثير من النظم القانونية الحديثة أن العقد الإداري يقوم على ثلاثة شروط أساسية، إذا توافرت يُعدّ إدارياً، وإذا تخلّف شرط لا يكون إدارياً، بل يكون عقداً مدنياً

من عقود القانون الخاص (1) .

سأتناول دراسة كل شرط من تلك الشروط للوقوف على أهميتها، ولإضافة الصفة الإدارية على العقد وجعله عقدا إداريا، وذلك وفقا للتفصيل الآتي:

أ - **الشرط الشكلي:** - أن يكون أحد طرفي العقد شخصا من أشخاص القانون العام

يُعدّ هذا الشرط من الشروط المميزة للعقد الإداري، الذي يستند في المقام الأول على صفة المتعاقدين، ويحتمه كَوْن القواعد الإدارية إنما وجدت لِتَحْكَمَ نشاط السلطات الإدارية، لا نشاط الأفراد والمؤسسات الخاصة (2) . إن العقد الذي لا يكون أحد طرفيه شخصا من أشخاص القانون العام لا يمكن أن يُعدّ على الإطلاق عقدا إداريا، وإذا كان من الجائز والمقبول أن تكون الإدارة طرفا في عقد مدني غير إداري، فإنه ليس من المقبول أن يوصف عقد بأنه إداري في حال أن جميع أطرافه من أشخاص القانون الخاص (3) .

مع ذلك ذهب القضاء المصري في حالة استثنائية وعدّ أن العقد المبرم بين شخصين أشخاص القانون الخاص عقدا إداريا في حكم قديم، يعد بمثابة مبدأ قضائي مستقر في القانون الإداري، وهي حال ما إذا كان أحد طرفي هذا العقد قد أبرم العقد ليس لحسابه الخاص، وإنما لحساب شخص معنوي عام. فهنا يُعدّ العقد إداريا على أساس أن المتعاقد الخاص كان بمثابة وكيل عن الشخص العام ومتى توافرت بقية الشروط الأخرى، وهذا الأمر ليس باستثناء حقيقي؛ لأن العقد لن يرتب آثاره في ذمة المتعاقد ، وإنما سيرتبه إيجابيا أو سلبيا في ذمة الشخص العام الذي أبرم العقد لحسابه (4) .

أما من حيث زمن توافر الصفة الإدارية، فإنه يستوجب توافر الصفة الإدارية للإدارة بوصفها سلطة عامة وقت التعاقد، بمعنى أن تتمتع حال إبرامها للعقد بحقوق وامتيازات السلطة العامة التي يفتقدها المتعاقد معها، فإذا أبرمت جهة إدارية عقدا من العقود، فإن صفته هذه يُعَوَّل

(1) بشير علي باز: السلطات الاستثنائية لجهة الإدارة في العقد الإداري - دراسة مقارنة، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، 2018، ص: 26.

(2) حمدي عطية مصطفى عامر: مرجع سابق، 2015، ص: 305.

(3) سامال اسكندر محمد الباجلان: مرجع سابق، 2016، ص: 18.

(4) حكم المحكمة الإدارية العليا - مصر في الطعن رقم 74 لسنة 12 ق، جلسة 16 / 1 / 1963.

عليها وقت التعاقد، فإذا تغيرت هذه الصفة بعد التعاقد، وتحول إلى شخص من أشخاص القانون الخاص بعد ذلك، كأن حُلت الجهة الإدارية أو دُمجت مع جهة إدارية أخرى، أو استقال، أو أُحيل على التقاعد الموظف الإداري المخول قانوناً بإبرام العقود الإدارية، فالعبرة بصفته وقت إبرام العقد فقط، أي أن التكييف القانوني لصفة العقد يتحدد على ضوء الإدارة لحظة إبرامه وتوقيعه للعقد. وهذا ما أكدته محكمة القضاء الإداري المصرية، بمناسبة عقد أبرمته مؤسسة الأبنية، وهي شخص من أشخاص القانون العام، ثم تحولت فيما بعد إلى شركة مساهمة، وقد اعتبرت المحكمة العليا العقد إدارياً بناء على صفة المؤسسة وقت إبرام العقد، بصرف النظر عن وصفها النزاع (1).

وفي ليبيا جاءت المحكمة العليا ودوائر القضاء الإداري بمحاكم الاستئناف وأكدت من حكمها على هذا الشرط الشكلي، والمتمثل في ضرورة أن تكون الجهة التي أبرمت العقد متمتعة بالشخصية الاعتبارية العامة. فهذه المحكمة العليا تشترط في حكمها الصادر بتاريخ 20 / 6 / 1971 في عقد التوريد لكي يكون العقد إدارياً " أن يكون أحد المتعاقدين فيه الحكومة، أو أي شخص معنوي آخر من أشخاص القانون العام، وأن يكون متعلقاً بتسيير مرفق عام، ومتضمناً شروطاً غير مألوفة في القانون الخاص. أما دائرة القضاء الإداري بمحكمة استئناف بنغازي فتقرر هي أيضاً وعلى سبيل المثال في الدعوى رقم 19 لسنة 2 قضائية بجلسة 18 / 3 / 1974 " العقد الإداري حسبما استقر عليه القضاء الإداري هو توافق إرادتين، إحداهما إرادة الدولة، أو إحدى الأشخاص الاعتبارية العام، ويتعلق بمرفق عام، ويعتمد في إبرامه على أساليب القانون العام، ويحتوي على شروطاً استثنائية عامة.

ب - الشرط الموضوعي: - أن يكون محل العقد مرفقاً عاماً

المرفق العام له مدلولان مختلفان، أحدهما مدلول عضوي أو شكلي، ويقصد به المنظمة، أو الهيئة التي تمارس النشاط، وتتولى إشباع الحاجات العامة، والثاني مدلول مادي أو موضوعي، ويقصد به الخدمة ذاتها التي تؤدي للجمهور. والمرفق العام الذي يجب أن يتصل به العقد يأخذ التعريف، أو المعنى المحدد له في القانون الإداري كمشروع تنشئه الدولة

(1) حكم المحكمة الإدارية العليا - مصر في الطعن رقم 287 لسنة 18 ق، جلسة 16 / 3 / 1969.

أو تشرف على إدارته، ويعمل بانتظام وباستمرار، ويستعين بسلطات الإدارة لتزويد الجمهور بالحاجات العامة للدولة، وعلى أيّ معنى أو مدلول للمرفق العام، عضوبيا كان أم موضوعيا، وباختصار أنه النشاط الذي يمارس لتحقيق النفع العام وإشباع الحاجات العامة للأفراد (1) .

وبغض النظر على مدلول المرفق العام عضوبيا كان أم معنويا، أن هناك ثلاثة عناصر أساسية تحدّد المرفق العام، وهي: أولها: أن تُنشئه السلطة العامة، وثانيا، أن يهدف إلى تحقيق نفع عام، وآخرها خضوعه لإرادة السلطة العامة. فقد يكون المرفق العام إداريا كمركز الشرطة، أو اقتصاديا كالجمعيات الزراعية والجمعيات الاستهلاكية، أو مرفقاً خدمياً كمستوصف صحي، أو مكتب البريد والاتصالات الهاتفية وشبكة الاتصالات الدولية (2) .

ويتعلق هذا الشرط في أن موضوع العقد يجب أن يتصل بمرفق عام، وحكّمة هذا الشرط أن مقتضيات المرافق العامة وسيرها بانتظام وباضطراد هي التي تبرز النظام القانوني الاستثنائي، أي أن المتغير للعقود الإدارية ذلك النظام الذي يختلف عن القانون الخاص في كثير من نواحيه، سواء في حقوق الإدارة المتعاقدة، أم في حقوق والتزامات المتعاقد معها. كما يكفي لإضفاء الصفة الإدارية على العقد من دون النظر إلى احتواء العقد على شروط استثنائية غير مألوفة من عدمه، أن يكون موضوعه متصلاً بالمرفق العام على أيّة صورة من الصور التالية المستقاة من أحكام القضاء الإداري، حيث يكفي توفر واحد منها ليكون العقد إداريا، ولا يشترط أن يكون الاتصال وثيقاً، وهذه الصوّر هي (3) :

1. أن يعهد للمتعاقد بمهمة تنفيذ المرفق العام على النحو المتمثل في عقود الأشغال العامة.

2. اشتراك المتعاقد مع الإدارة في إدارة مرفق عام، ويتمثل ذلك في عقد الالتزام، حيث

(1) نصر الدين مصطفى الكاسح: سلطة الإدارة في تعديل وإنهاء العقد الإداري بالإرادة المنفردة - دراسة مقارنة - دار الفكر والقانون، المنصورة، 2022، ص: 31.

(2) سامال اسكندر محمد الباجلان: مرجع سابق، 2016، ص: 18.

(3) توركان إبراهيم علي: سلطة الإدارة في إنهاء العقد الإداري والرقابة القضائية عليها، دار الجامعة الجديدة الإسكندرية، 2019، ص: 43.

يشارك المتعاقد الإدارة في إدارة المرفق، مع احتفاظ الإدارة بحقها في السيطرة على المرفق.

3. اشتراك المتعاقد مع الإدارة في تسيير المرفق عام، من دون أن تصل هذه المشاركة إلى حد اضطراره وحده بكل جوانب تنفيذ المرفق العام. وصور هذا الاشتراك تتمثل في عقود التوريد وعقود النقل، المتمثل بتوريد آلات ومواد لازمة لسير المرفق العام بانتظام واطراد.
4. التزام الإدارة أمام الجمهور بتقديم سلعة، أو خدمة معينة، وذلك بموجب عقود يبرمها المرفق مباشرة مع المنتفعين بخدماته.

وفي هذا الشأن قد استقرت محكمة القضاء الإداري في مصر منذ زمن بعيد " على أنه يكفي لكي يَصْحَى العقد إدارياً أن يتصل موضوعه بنشاط المرفق العام على أية صورة من الصور، سواء من حيث تنظيم المرفق (مثل عقود الامتياز)، أو تسييره (مثل عقود التوريد، أو عقود تقديم الخدمات)، أو استغلاله، أو المساهمة في ذلك إذا ما توافرت بقية شروط العقد الإداري⁽¹⁾.

وهذا ما أكدت عليه أيضا المحكمة العليا في ليبيا في العديد من قراراتها. ففي قرارها الصادر بتاريخ 13 / 11 / 1983، حيث اشترطت لكي يكون عقد التوريد الذي تبرمه الجهات الإدارية عقداً إدارياً أن يكون " متعلقاً بمرفق عام ومحتوياً على شروط استثنائية غير مألوفة في العقود الخاصة، أو متضمناً لما يُفيد أن نية الإدارة قد اتجهت في إبرامه إلى الأخذ بأسلوب القانون العام، فإن فقد إحدى هذه الخصائص التي تتميز بها العقود الإدارية، فإنه لا يكون عقد توريد إداري " (2).

على ضوء ما تقدم يُعدّ عنصر تعلق العقد بمرفق عام من أهم شروط إلحاق الصفة الإدارية بالعقد؛ وينتجب على ذلك أنه لا تُعدّ العقود التي تبرمها الإدارة عقوداً إدارية ولا يتصل موضوعها بتسيير مرفق عام. فإذا ما انقطعت صلة العقد بالمرفق العام يُعدّ عقداً مدنياً.

ج - الشرط الاستثنائي: - أن يتضمن العقد شروطاً استثنائية غير مألوفة في العقود الأخرى

(1) حكم المحكمة الإدارية العليا - مصر في الطعن رقم 1184 لسنة 14 ق، جلسة 25 / 6 / 1967 مجموعة الأحكام، ص: 270.

(2) حكم المحكمة الإدارية العليا الليبية في الطعن رقم 16 لسنة 27 ق، جلسة 13 / 11 / 1983.

لا يُعدّ كون الإدارة أحد أطراف العقد كافياً وحده ليكون العقد إدارياً، حيث يمكن لها أن تتعاقد بأساليب القانون الخاص، وتخضع نفسها لعقدها لقواعد وأحكام القانون الخاص. كما لم يعدّ اتصال العقد بمرفق عام يصلح وحده كذلك للقول بأن يكون العقد عقداً إدارياً، وذلك للتطور الكبير الذي تعرض له القانون الإداري، والذي أدى إلى العدول عن الفكرة التي اتخذت من المرفق العام أساساً لكل علاقات ومبادئ وأفكار ونظريات القانون الإداري، وذلك بعد ما دخل في عداد المرافق العامة التقليدية، ومرافق عامة اقتصادية، فرضت طبيعتها على الإدارة أن تديرها بأحكام ومبادئ القانون الخاص المدني. ولهذا استقر القضاء الإداري في كل من مصر وفرنسا، وأخذ به المشرع الليبي، على أنه ينبغي بالإضافة إلى الشرطين السابقين أن تعمل الإدارة بوسائل القانون العام وأساليبه، وهذا يعني تضمّن العقد لشروط استثنائية غير مألوفة في مجال القانون الخاص، تكشف نية المتعاقدين في اتباع أسلوب القانون العام وإخضاع العقد لقواعده وأحكامه. وهذه الشروط الاستثنائية متعددة المظاهر، وليست محددة المعالم⁽¹⁾.

ولقد اختلف الفقه الإداري في وضع تعريف محدد للشروط الاستثنائية، وظهرت تعريفات غامضة ومختلفة إلى حد كبير، ولذا سأكتفي بالتعريف الأكثر دقة ووضوحاً، والذي عرفها بأنها هي الشروط المتسمة بطابع السلطة العامة، والتي لا يمكن إدراجها في عقود الأفراد، وإنها تمثل أيضاً الشروط غير المألوفة في القانون الخاص⁽²⁾.

ويُعدّ إطلاق وصف الشروط الاستثنائية غير المألوفة في القانون في مجال العقود الإدارية لا يكون صحيحاً، إلّا حال قياسها بالشروط المألوفة في عقود القانون الخاص. فمن وجهة نظر القانون الخاص، تُعدّ من قبيل الغبن والاستغلال الذي يرتب البطلان النسبي للعقد⁽³⁾.

لعلّ حكمة تضمين العقد الإداري لشروط استثنائية هي أن محل العقد مرفق عام، وهي التي تطلق عليه صفة العقود الإدارية، ومن ثم إذا لم يتضمن العقد الذي تبرمه الإدارة أية شروط استثنائية، فإن الأصل أن يعتبر عقداً مدنياً، ولو كان محله مرفق عام. وليس بالضرورة

(1) بشير علي باز: مرجع، 2018، ص: 26.

(2) نصر الدين مصطفى الكاسح: مرجع سابق، 2022، ص: 25.

(3) حمدي عطية مصطفى عامر: مرجع سابق، 2015، ص: 312.

أن يتضمن العقد عدة شروط غير مألوفة أو استثنائية، إذ أنه من الممكن أن يكفي وجود شرط واحد غير مألوف (1). كما أنه لا يلزم في الشروط الاستثنائية أن يتضمنها نفس العقد، وإن كان غالباً ما يتضمنها العقد نفسه، إلا أنه تكفي الإحالة بشأنها على كراسات شروط معينة، أو تكون موجودة خارجة من قانون أو لائحة، إذا كان العقد يشير إلى ذلك القانون، أو تلك اللائحة، ومثال ذلك أن يشير العقد إلى أحكام قانون المناقصات والمزايدات أو لائحته التنفيذية (2).

وإضافة إلى ما تقدم، فإن تلك الشروط الاستثنائية غير المألوفة في العقد، والتي من شأنها تغليب المصلحة العامة على مصلحة الأفراد، تلعب دوراً مهماً في السلطة التقديرية للقاضي، فالأصل في عقود الأفراد أن مصالح طرفي العقد متساوية، وإن كانت غير ذلك يستطيع القاضي المدني إنقاص التزامات الطرف المغبون، أما في مجال العقد الإداري، فالأصل أن مصالح الطرفين غير متساوية، ولا للقاضي الإداري أية سلطة تقديرية في إنقاص التزامات المتعاقد مع الإدارة، على اعتبار أن تحقيق مصالح عامة كبرى تعلق عن مصالح الأفراد الخاصة، والأجدي والأولى بالرعاية (3).

وتعدّ تلك الشروط الاستثنائية المرتبطة بامتيازات السلطة العامة الصورة المثلى لسلطة الإدارة التقديرية في شروط العقود الإدارية، ومن أمثلتها تلك التي تمنح الإدارة امتيازات تخرج عن مبدأ المساواة بين طرفي العقد، و تعطئها الحق في تعديل العقد وشروطه في أي وقت، والحق في توقيع جزاءات على المتعاقد معها في بعض الحالات من دون اللجوء إلى القضاء، وحق الإدارة في توقيع الجزاءات التعاقدية من دون اشتراط إثبات الضرر، وكذلك حق الإدارة في توقيع الجزاء التعاقدية من دون نص يقرره، والحق في إلغاء العقد في أي وقت ومن دون إنذار أو حتي من دون تعويض. ومن هذه الشروط أيضاً تلك

(1) جاسم خلف جواد المهدي: سلطة الإدارة في إنهاء العقد الإداري، رسالة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق، كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، مصر، 2018، ص: 25.

(2) توركان إبراهيم علي: مرجع سابق، 2019، ص: 44.

(3) الفيتوري سالم محمد سالم : سلطة لإدارة التقديرية في سحب قراراتها الإدارية، دراسة مقارنة بين التشريع المصري والليبي، رسالة للحصول على درجة الدكتوراه في القانون العام، كلية الحقوق، جامعة عين شمس مصر، 2016، ص: 236.

التي تعطي جهة الإدارة الحق في تبديل التزامات المتعاقد معها بإرادتها المنفردة، وتلك التي تخضع المتعاقد معها لسلطة الإشراف والتوجيه من قبلها. وهذه الشروط لا يجوز للأفراد إدراجها في عقودهم الخاصة، كما أنه يجب أن يفهم أن الإدارة تهدف إلى ضمان حسن سير المرافق العامة بانتظام واضطراد، ولا يعني تعسف الإدارة في هذه الشروط، وإنما يكون استخدامها بالقدر الذي يحقق هذه المصلحة العامة المرجوة. فعلى سبيل المثال سلطة الإدارة في تعديل العقد الإداري بالإرادة المنفردة، نجد أن الهدف منها هو ضمان مواكبة المرفق العام للتطور الذي يطرأ على المرفق العام مع مرور الوقت، والتطور التكنولوجي المستهدف تزويد المرفق به (1)، كما سأعرض لذلك لاحقاً.

ونُلخّص من ذلك أن للعقد الإداري طبيعة خاصة، مردّها احتياجات المرفق العام، وتحقيق المصلحة العامة في هذه العقود التي تعلق دائماً على مصلحة الأفراد الخاصة، وذلك بتضمين العقود الإدارية شروطاً استثنائية غير موجودة في طائفة العقود الأخرى، جعلت من إرادة الجهة الإدارية تعلقاً عن إرادة المتعاقد معها، وتعطي الإدارة قدراً من السلطة التقديرية تخولها حق مراقبة تنفيذ عقودها الإدارية، وتوجيه المتعاقد معها نحو الأسلوب الأمثل لتنفيذها.

ثانياً: - موقف المشرع والقضاء الليبي من شروط العقد الإداري

تعد نظرية العقد الإداري في ليبيا حديثة النشأة مقارنة بفرنسا ومصر، إذ ظهرت أول بوادر إرساء القانون الإداري ونظرية العقود الإدارية، بصدور قانون المحكمة العليا عام 1953، حيث حدّد المشرع اختصاص القضاء الإداري بالنظر في مجال منازعات العقود الإدارية. وكان للمشرع والقضاء الليبي موقف خاص من شروط العقد الإداري الثلاثة سالفة الذكر، والواردة بالنظرية العامة للعقود الإدارية في النظم المقارنة، وتفصيل ذلك على النحو الآتي:

أ - موقف المشرع الليبي من شروط العقد الإداري :

اختلف موقف المشرع الليبي في قانون المحكمة العليا لعام 1953، والقانون رقم 88 لعام 1971، بشأن القضاء الإداري، وذلك على النحو الآتي :

(1) جاسم خلف جواد مهدي: مرجع سابق، 2018، ص: 24.

1. الوضع في ظل قانون المحكمة العليا لعام 1953 :

حدّد المشرع في المادة 24 من هذا القانون اختصاص القضاء الإداري، مقتصرًا على ثلاثة عقود على سبيل الحصر، وليس على سبيل المثال، وهي: - عقود التوريد، و عقود الامتياز، وعقود الأشغال العامة، واعتبرها عقود إدارية، بشرط أن تكون الحكومة أحد أطراف العقد. أضيف إلى ذلك أن هذا الاختصاص لم يكن مقتصرًا على القضاء الإداري فقط، وإنما كان اختصاصاً مشتركاً بين القضاء الإداري والقضاء العادي.

وبذلك يكون القضاء الإداري أخرج من نطاقه باقي العقود الأخرى التي تيرمها الجهات العامة، ولو كانت من العقود الإدارية. وبهذا المسلك من المشرع يكاد يأخذ بالمعيار الشكلي⁽¹⁾. وسلك أيضا اتجاها مغايرا للاتجاه الذي صار عليه القضاء الفرنسي والمصري، بتحديد اختصاص القضاء الإداري في العقود الثلاثة سالفه الذكر، ويكون بذلك قد حدّد المعيار الذي يميز العقد الإداري الخاضع للقضاء الإداري، وهو المعيار الشكلي، حيث اشترطت المادة سالفه الذكر أن تكون الحكومة أحد أطراف العقد.

2. الوضع في ظل القانون رقم 88 لعام 1971 بشأن القضاء الإداري:

حدد المشرع في المادة الرابعة منه على اختصاص القضاء الإداري مجال المنازعات الخاصة بالعقود الإدارية على سبيل الحصر، وهي: - عقود التوريد، والامتياز، والأشغال العامة، من دون أن ينص المشرع على شرط أن تكون الجهة العامة أو الأشخاص العامة طرفًا فيها، باعتبار أن هذه العقود تهدف إلى الصالح العام غالبًا، يوحي ذلك بأن المشرع الليبي يكاد يأخذ بالمعيار الموضوعي في تحديد العقد الإداري. ويتبيّن من هذا النص أن المشرع أراد أن يحدد اختصاص المحاكم الإدارية بنظر العقود التي تيرمها جهة الإدارة تحديداً مانعاً، بحيث يمنع على القضاء المدني النظر في مثل هذه العقود⁽²⁾.

(1) أسعد طاهر أحمد: مرجع سابق، 2014، ص: 7 .

(2) محمد عبد الله الحراري: الرقابة على أعمال الإدارة في القانون الليبي، الطبعة الرابعة، 2017 ص: 18.

ب - موقف القضاء الليبي ممثلاً في المحكمة العليا من شروط العقد الإداري :

قررت المحكمة العليا في ليبيا الأخذ بالمعيار الشكلي في تحديد العقد الإداري أن يكون أحد العقود الثلاثة التوريد، والأشغال، والامتياز، وأن يكون أحد أطرافه شخصاً اعتبارياً عاماً، إلا أنها استبعدت العقود المبرمة من قبل الشركات العامة والقطاع العام، مثل الخطوط الجوية الليبية، وشركة المستلزمات الزراعية، وشركة تأمين ليبيا، وشركة الكهرباء، والبريد، وكذلك شركة البريقة لتسويق النفط والغاز الطبيعي، والشركة العامة للأثاث، باعتبارها ليست من أشخاص القانون العام، طبقاً لقانون إنشائها رقم (5) لسنة 1975، ولا تسعى إلى تقديم خدماتها للنفع العام، وتخرج المنازعات الناتجة عن عقود تلك الشركات من دوائر القضاء الإداري باعتبارها ليست عقوداً إدارية⁽¹⁾.

وقد انتقد الفقه⁽²⁾ المسلك السابق للمحكمة العليا الليبية، حيث سجل عليه الكثير من المآخذ ويؤيده فيما ذهب إليه من انتقادات على النحو الآتي:

1. المخالفة الصريحة لنص المادة 4 من القانون 88 لعام 1971، بشأن القضاء الإداري، والتي لم تشترط في العقود الإدارية الخاضعة للاختصاص القضاء الإداري شرط أن يكون أحد أطرافها شخصاً اعتبارياً عاماً، واكتفى المشرع بتحديد العقود بثلاث أنواع فقط، هي عقود التوريد، والأشغال، وعقود الامتياز، باعتبار أنها تهدف دائماً إلى الصالح العام.
2. أنكرت صراحة المحكمة العليا على الشركات السابقة صفة النفع العام، واعتبرتها شركات لا تهدف لتحقيق النفع، وأن نشاطها بشأن هذه العقود تجاري صرف، ينطبق بشأنه أحكام القانون المدني، وهذا الأمر يخالف الواقع، إذ أن هذه الشركات جميعها يخضع لإدارة وإشراف الدولة، وتهدف إلى تحقيق الصالح العام .
3. خالفت المحكمة النهج الذي اتبعته منذ تأسيسها، وهو حُدِّي المشرع والقضاء المصري، حيث اعتبر هذا الأخير أن كافة العقود التي تكون أحد أطرافها شخصاً اعتبارياً عاماً تعدّ عقوداً إدارية، تخضع لأحكام القانون الإداري، ويختص بها القضاء الإداري.

(1) نصر الدين مصطفى الكاسح: مرجع سابق، 2022، ص: 30.

(2) أسعد طاهر أحمد: مرجع سابق، 2014، ص: 7.

وجدير بالذكر أن المحكمة العليا الليبية اعتبرت عقود الأشغال العامة والامتياز عقوداً دائمة، ودائماً تتعلق بالصالح العام، وتحقيق النفع العام، وتتضمن شروطاً استثنائية غير مألوفة، وتعد عقوداً إدارية إذا ما أبرمتها الدولة أو أحد الأشخاص الاعتبارية العامة، أما عقد التوريد إذا ما كان محله مالاَ عاماً مملوكاً للدولة فيعتبر عقداً إدارياً يخضع للقانون الإداري، أما إذا كان محله مالاَ خاصاً مملوكاً للدولة فيعد عقداً مدنياً، يخضع لأحكام القانون المدني واختصاص القضاء المدني⁽¹⁾، ويعد هذا المسلك من المحكمة العليا منتقداً أيضاً؛ لمخالفته صريح نص المشرع في القانون 88 لسنة 1971، بشأن القضاء الإداري، حيث لم يخصص المشرع عقد التوريد، وجاء النص عاماً من دون توضيح لعقد بعينه، فكيف تخصص المحكمة العليا نصاً تشريعياً عاماً دون سند، أو تفسير صحيح .

هذا بالإضافة إلى التضارب الذي يمكن أن يحدث في الاختصاص القضائي، إذ يعتبر عقد التوريد الذي يرد على مال عام مملوك للدولة من اختصاص القضاء الإداري، أما عقد التوريد الذي يرد على مال خاص مملوك للدولة من اختصاص القضاء المدني، فما هو الحل إذا كان العقد الواحد يشمل توريد ما يعد مالاَ عاماً ومالاَ خاصاً للدولة ؟

الفرع الثاني: شروط المتعاقد مع الإدارة وحدود سلطة الإدارة التقديرية فيها

كافة العقود الإدارية أو المدنية لا تخرج عن كونها توافق إرادتين على إحداث أثر قانوني معين لطرفيها، ولها شروط عامة يجب توافرها في المتعاقدين، أهمها الأهلية، وصحة الرضى، ومشروعية المحل، والسبب في العقد، والعقد خصّ المتعاقد مع الإدارة شروطاً غير واردة في العقود الأخرى، واشترط المشرع في جهة الإدارة شروطاً محدّدة أتناولها تفصيلاً على النحو الآتي :

أولاً : - الشروط الواجب توافرها في المتعاقد مع الإدارة

يعدّ العقد الإداري الذي تبرمه الإدارة بهدف تسيير المرافق العامة مثل العقد المدني من كونه توافقاً بين إرادتين، ويقوم على أساس إحداث أثر قانوني محدد، يتمثل في إنشاء التزام، وعليه فإن هناك أوجه اتفاق توجد في العقود المدنية والإدارية، حيث تسري على العقود الإدارية ذات

(1) محمد عبد الله الحراري: مرجع سابق، 2017، ص: 118.

الشروط العامة، وذلك على اختلاف النظام القانوني الذي يخضع له كل منهما، وتوضيح هذه الشروط على النحو الآتي (1) :

أ- الشروط العامة في المتعاقد مع الإدارة : -

حدّد المشرع شروطاً عامة في المتعاقد سواء أكان عقداً مدنياً، أم إدارياً، وهي الأهلية وصحة الرضا وتبينانها على النحو الآتي:

1. الأهلية :

ويقصد بها القدرة على القيام بالتصرفات القانونية الملزمة، وتسمى بأهلية الأداء. وقد شبه بعض الفقهاء قواعد الأهلية في القانون الخاص بقواعد الاختصاص في القانون العام؛ لأن كليهما يقوم في الأساس على القدرة على ممارسة عمل قانوني ما، على الرغم من اختلاف كل منهما من حيث المقصود. فالاختصاص هو تحديد مسؤولية كل من القائمين عن العمل، بقصد تنظيمه وبما يحقق المصلحة العامة، أما الأهلية فالهدف منها هو حماية الشخص ذاته، ويكتسبها الشخص الخاص والطبيعي الخالي من الأمراض العقلية ببلوغه سن الرشد وهي ثمانية عشر سنة. كما تطبق أحكام الأهلية على الشخص الاعتباري بالنسبة إلى الشركات التي تبرم عقوداً إدارية مع الإدارات العامة، وتثبت لممثلها القانوني حسب عقد تكوين الشركة و نظامها القانوني، سواء أكان مديراً أم رئيس مجلس إدارة (2) .

2. صحة الرضا :

يعد التراضي من الشروط الأساسية في التعاقد، لأنه يعبر عن تطابق الإرادتين عند إبرام العقد. ويقصد به تبادل التعبير عن إرادتين متطابقتين، بحيث يتخذ هذا التعبير صورة الإيجاب من جانب أحد الطرفين، والقبول من الطرف الآخر، ويتم إبرام العقد بمجرد أن يتبادل الطرفان التعبير عن إرادتين مختلفتين، وهو ما يعني اتجاه تلك الإرادة إلى إحداث أثر قانوني. وهذا الرضا يجب أن يكون سليماً، بحيث يصدر عن الجهة الإدارية أو الشخص العام المخول قانوناً من حيث الاختصاص والشكل، وأن يكون المتعاقد معه أهلاً للتعاقد، وأن يكون رضاه

(1) بشير علي الباز: مرجع سابق ، 2018، ص: 34.

(2) أسعد طاهر أحمد: مرجع سابق، 2014، ص: 9.

خاليا من عيوب الرضا، وهي الغلط، والتدليس، والإكراه، والغبن. وهكذا نجد أن العقد يقوم على التراضي الخالي من العيب بتوافر ثلاثة عناصر، هي: الإيجاب، والقبول، وتطابق إرادتين، ومن دون هذه العناصر لا ينعقد العقد، وفقدان أيّ عنصر من العناصر الثلاثة يترتب عنه عدم صحة العقد وبطلانه (1).

ب- الشروط الخاصة في المتعاقد مع الإدارة :-

اشترط المشرع شروطا خاصة في المتعاقد مع الإدارة، أهمها: سابقة الأعمال، وحسن السيرة والسلوك، وتبيانها على النحو الآتي:

1. سابقة الأعمال:

هذا الشرط دائما تطلبه الجهة الإدارية في المتعاقد معها، وإلى جانب توافر الخبرات السابقة للمتعاقد لإثبات حسن السمعة، والقدرة الفنية اللازمة على تحمل التزامات العقد، وعدم الإخلال بها، وقد تطلب الإدارة في بعض الأحيان ما يثبت امتلاك المتعاقد لمعدات وآلات معينة، أو قدرات فنية خاصة لتنفيذ المشروع، إلى جانب ما تراه الجهة الإدارية من شروط ثانوية أخرى قد تلجأ إليها الإدارة في حال تنفيذ مشروعات ذات مواصفات خاصة، من أجل المفاضلة بين المتعاقدين معها، خصوصا أن المتعاقد يُعدّ بمثابة معاون لها في تنفيذ مشاريعها، ومن ثم يتعين عليه أن يكون أهلا للثقة لتنفيذ المشروع أو تقديم الخدمة العامة (2).

2. حسن السيرة والسلوك للمتعاقد مع الإدارة :

هذا الشرط دائما ما تشترطه الإدارة في المتعاقد معها، وخاصة في عقود الامتياز التي تتعلق بتسيير المرفق العام، باعتبار أن المتعاقد سيحل محل الإدارة في تسيير المرفق العام، وكذلك عقد الاستغلال، حيث يحل المتعاقد مع الإدارة محلها، ويتعين عليه أن يكون أميناً على المصلحة العامة، وأهلا للثقة والأمانة، وحريصا على تقديم الخدمة العامة للجمهور في أفضل صورها. ولتحقيق ذلك يجب أن يكون المتعاقد متمتعا بسيرة وسمعة حسنة، ولم يسبق الحكم عليه بأحكام جنائية أو جنحة مخلة بالشرف، ويشهد له أيضا التمتع

(1) حمدي عطية مصطفى عامر: مرجع سابق، 2015، ص: 299.

(2) بشير علي الباز: مرجع سابق، 2018، ص: 34.

بحسن سيرة وسلوك، والنزاهة والسمعة الطيبة، كما لم يسبق له الإخلال بالتزاماته في عقد مع جهة إدارية أخرى، ترتب عنه فسخ ذلك العقد⁽¹⁾.

وإن كان المشرع قد أحاط الجهة الإدارية المتعاقدة بقيود في التعاقد وفقا للإجراءات السالف ذكرها؛ حفاظا على المصلحة العامة والمال العام، إلا أنه ترك لها قدرا من السلطة التقديرية عند لجوئها إلى التعاقد في اختيار أفضل عروض المتعاقدين من جانب، وأكفأهم لأداء الخدمة من الناحية الفنية من جانب آخر. وتُعدّ حرية الدخول في التنافس على العقد الإداري من المبادئ الأساسية التي كفلها القانون، إلا أنه من جهة أخرى ترك لها الحرية في الاستناد على وقائع مادية معينة وموجودة، حتى تُشكّل سببا مشروعاً في تقدير صلاحية المتقدمين للتعاقد وكفاءتهم. وعلى ضوء مقتضيات المصلحة العامة منحها أيضا الحق لتقدير تلك الوقائع، وفقا لسلطانها التقديرية لاتخاذ قرار بحرمان واستبعاد غير الأكفاء وغير المؤهلين، ومن يقتضي الصالح العام استبعادهم من المشاركة في المنافسة. ويُعدّ هذا الحرمان من مظاهر السلطة التقديرية التي تتمتع بها الإدارة في مرحلة تكوين العقد؛ بهدف تهيئة الجو المناسب للمنافسة وحسن اختيار المتعاقدين معها لضمان حسن التنفيذ وسرعة الإنجاز⁽²⁾.

ومثال ذلك أن تستبعد بعض المتعاقدين ذوي السمعة السيئة، والذين سبق لهم الإخلال بالتزاماتهم في عقود سابقة مع الجهة الإدارية أو جهات أخرى، مثل التنفيذ المعيب لعقد سابق، أو استعمال الغش والتدليس والتلاعب للحصول على العقد والتعاقد مع الإدارة، وقد يكون الاستبعاد لعدم سابقة الخبرة التي تمكنه من القيام بعبء العقد الإداري، أو غير ذي قدرة وتمكّن في موضوع التعاقد، حيث من الطبيعي والحال كذلك، أنه يحق للجهة الإدارية بسلطانها التقديرية، وحرصا منها على الصالح العام، وحسن سير المرفق العام، أن تستبعد العطاء الذي لا تتوفر فيه سابقة الخبرة التي تمكنه من النهوض بعبء العقد الإداري⁽³⁾، كما سنأتي على ذلك في المبحث القادم من هذا الفصل. وفي هذا المعنى أكدت محكمة القضاء الإداري في مصر بأنه " لا تثريب في استبعاد مقاول صاحب شركة صغيرة، لا يزيد رأس مالها عن مئات الآلاف من الدنانير، بالدخول في منافسة لإبرام عقد لإنشاء محطة توليد كهرباء

(1) أسعد طاهر أحمد: مرجع سابق، 2014، ص: 10.

(2) بيو خلاف : مرجع سابق، 2020، ص: 41.

(3) بشير علي الباز : مرجع سابق، 2018، ص: 115.

بتكلفة ملايين الدولارات (1).

وهكذا يتضح أنه إذا كان للجهة الإدارية السلطة التقديرية في استبعاد بعض المتنافسين من الدخول في المنافسة على العقد، فإن لهؤلاء الحق في الطعن أمام محاكم القضاء الإداري لإساءة استعمال السلطة.

ثانيا : - الشروط الواجب توافرها في القائم بالتعاقد من جهة الإدارة

تمثل هذه الشروط أساسا لإبرام العقد وصحته، بحيث لا يجوز للإدارة مخالفتها، وإلا يكون العقد المبرم مخالفا للقانون، ومن ثم تعرضه للبطلان، وتبيان هذه الشروط تفصيلاً على النحو الآتي:

أ- الصفة القانونية :

أوجب المشرع أن يكون القائم بإبرام العقد وتوقيعه من جهة الإدارة موظفا عاما، حتي يكون العقد صحيحا ومنتجا لآثاره، مالم يكن مشوبا بعيب من عيوب المشروع. وتقتضي القواعد العامة في القانون الإداري أن الموظف العام المختص هو ذلك الشخص الذي يشغل وظيفته طبقا لقرار صحيح صدر بتعيينه، وتقول المحكمة العليا في ليبيا في تعريف الموظف العام " إن قضاء المحكمة العليا استقر على أن الموظف العام: هو الشخص الذي يُعهد إليه بعمل دائم في خدمة مرفق عام، تديره أو تشرف عليه الدولة، ومن ثم تسري عليه جميع قوانين ولوائح الخدمة المدنية؛ بما فيها من حقوق وواجبات " (2). كما حددت المحكمة العليا في ليبيا العناصر الأساسية لمفهوم الموظف العام، حيث يجب أن تتوفر في الشخص ثلاثة شروط حتي يُعدّ موظفا عاما (3)، وهي:

الشرط الأول: ديمومة الوظيفة التي يشغلها الشخص، ويقصد بالديمومة أن يكون العمل ذاته دائما ولازما في المرفق العام، ولا يعد دائما إذا كان فجائيا أو عارضا، أو مؤقتا، أو موقوفاً

(1) حكم محكمة القضاء الإداري- مصر في الدعوى رقم 246 ق جلسة 25 / 5 / 1961.

(2) حكم المحكمة العليا الليبية، طعن إداري رقم 131 لسنة 54 ق جلسة الأحد الموافق 11 / 5 / 2008.

(3) عمر رمضان المريري: الموظف العام وعلاقته بالإدارة في القانون الليبي، مجلة جامعة صبراتة العلمية، المجلد 4، العدد 2، 2020، ص: 109.

على شرط، وتعد الوظيفة دائمة إذا كانت مدرجة في القادر الوظيفي، ويشغلها الموظف بصفة دائمة، ولا يؤثر في ديمومته كونه يوميا، أو أسبوعيا، إذا كانت طبيعة الوظيفة تقتضي ذلك.

الشرط الثاني: أن يكون العمل في خدمة مرفق عام تديره الدولة أو أحد أشخاص القانون العام، سواء أكان يدار بالطريق المباشر أم بطريقة الهيئات اللامركزية الإقليمية، أو أن يكون هذا العمل الدائم لدى مؤسسة عامة. ويتضمن هذا الشرط عنصرين: أن يكون العمل بخدمة مرفق عام، وأن يدار المرفق العام بطريقة معينة، فإذا كان يدار عن طريق الدولة، أو أحد أشخاص القانون العام، يُعدّ القائم بالعمل موظفا عاما، أما إذا كان المرفق يدار بطريقة أخرى، كالمرافق التجارية والصناعية، فإن العاملين فيها تنطبق عليهم أحكام القانون الخاص.

الشرط الثالث: أن يُعيّن الموظف في وظيفة عن طريق السلطة التي تملك تعيينه قانونا، أي أن يتم تعيين الموظف بالأداة المقررة قانونا لإجراء هذا التعيين، بواسطة قرار تعيين، أو عقد إداري.

والشروط السابقة هي ما تميز الموظف العام عن غيره من الموظفين الفعليين، ومغتصبي السلطة.

ويعدّ من الناحية القانونية أن كل شخص من أشخاص القانون العام، الذي اعترف له المشرع بالشخصية الاعتبارية العامة الممثل للجهة الإدارية، أو من ينوب عنه، أو من يوكله، وفق اللوائح أو القوانين السائدة في هذا الشأن، مثل رئيس الوزراء، باعتباره الرئيس الأعلى للجهاز الإداري للدولة، والوزراء المختصين، أو من ينوب عنهم، أو من يوكلوا، هم من لهم الحق القانوني للقيام بإبرام العقود الإدارية، ويكونوا أحد طرفيها، ونكون أمام عقد إداري. كذلك وفي حدود معينة، المدراء العموميون للإدارات العامة المخولين بامتلاك الصفة القانونية بالقيام بالتعاقد. أمّا في حال لم يعترف المشرع لشخص إداري بالشخصية القانونية العامة، أو اعترف له بالشخصية القانونية، ولكنه لم يحدد صفتها، فإن العقود التي يبرمها هؤلاء لا تعد عقود إدارية، ويكون ذلك في حدود معينة، ووفق التفويضات المقررة ممن يملك الصفة القانونية، ووفقا للتفويضات المالية المحددة في لائحة العقود الإدارية⁽¹⁾.

(1) المادة رقم 5، و6، و7، و رقم 80 من لائحة العقود الإدارية رقم 563 لسنة 2007.

ب- الاختصاص القانوني:

يتم تحديد الاختصاص وفقاً لمعايير معينة لحسن سير المرافق العامة، ولسهولة المواطنين في التعامل معها، بالإضافة إلى اتباع النظم الحديثة في تخصيص العمل، ومن ثم نجد أن الاختصاص يأخذ بمعايير عديدة، منها الاختصاص المكاني، والنوعي، والولائي، المقرر في النظم القانونية الحديثة. وتبحث التشريعات في مجال إبرام العقود على الاختصاص في إبرام العقد للوزراء، أو مَنْ يفوضون مِنْ وكلاء لهم بحسب تخصصهم، وجعلت تلك التشريعات الاختصاص في إبرام العقود الإدارية ذات الصبغة القومية أو الوطنية لرئيس الوزراء. ولقد اتبع المشرع الليبي نهج ما أقرته التشريعات المقارنة، إلا أنه قيّد هذا الاختصاص بالنصاب المالي. وفي هذا الشأن تقول لائحة العقود الإدارية رقم (132) لسنة 2005: أن إبرام العقود التي تزيد قيمتها عن عشرة ملايين دينار هي من اختصاص رئيس وزراء الدولة (أمين اللجنة الشعبية العامة سابقاً)، ولا يجوز لمدير عام إدارة عامة إبرام العقود التي تزيد قيمتها على خمسين ألف دينار، في حين أن لوكلاء الوزارات المختصة حق إبرام العقود التي لا تزيد قيمتها على نصف مليون، وما زاد على ذلك وبما لا يتجاوز عشرة ملايين دينار يكون من اختصاص الوزير المختص (1) .

وحتى عندما قام المشرع الليبي بإلغاء لائحة العقود الإدارية سالفه الذكر، لتحل محلها لائحة العقود الإدارية رقم (563) لسنة 2007، أكد على بقاء إبرام العقود الإدارية ذات الطبيعة الخاصة والاستراتيجية، أو التي تقوم بتنفيذها شركات أجنبية ، والمشاريع التي تخدم أو تدخل في نطاق أكثر من قطاع المادة رقم (5) هي من اختصاص مجلس الوزراء حالياً. أمّا المادة السادسة والسابعة من ذات اللائحة، فقد حدّدتا نطاق اختصاص كل من الوزارات المختصة للقطاعات، ونطاق اختصاص الوحدات الإدارية .

كما أن الاختصاص هو ركن من أركان القرار الإداري، فإنه أيضاً شرط أساسي لصحة إبرام العقود الإدارية، ويترتب على تخلفه بطلان العقد الإداري المبرم بين الإدارة والمتعاقد معها

(1) نصر الدين مصطفى الكاسح: مرجع سابق، 2022، ص: 33.

لعيب عدم الاختصاص⁽¹⁾ . والأخير هو انعدام القدرة والأهلية أو الصفة القانونية على إبرام عقد إداري معين لحساب الإدارة؛ بمعنى أنه قد أبرم ممن لا يملك الحق في إبرامه، ويصبح من ثم غير مشروع، وقابلًا للإلغاء أيًا كان نوع العيب الذي شابهه⁽²⁾ . وقد يكون عيب عدم الاختصاص جسيما، وهو ما يطلق عليه " اغتصاب السلطة "، وهو تعدي سلطة على اختصاص سلطة أخرى في إبرام العقد الإداري، أو بسيطا؛ موضوعيا كان، أم مكانيا، أم زمنيا⁽³⁾ ، وتفصيل الأمر على النحو الآتي:

1. عيب الاختصاص الموضوعي: ويقصد به إبرام العقد الإداري من شخص، أو جهة إدارية ليخرج ذلك الاختصاص عنها بموجب القانون.
2. عيب الاختصاص المكاني: ويقصد به إبرام العقد الإداري من شخص، أو جهة إدارية خارج نطاقها الجغرافي المحدد قانونا.
3. عيب الاختصاص الزمني: ويقصد به إبرام العقد الإداري من شخص أو جهة إدارية بعد أن تنتهي علاقته بالجهة الإدارية، كتقاعده، أو بعد انقضاء المدة القانونية التي حددها القانون لإبرام العقد الإداري.

وهكذا نجد أنه لا يخلو أي تنظيم إداري من تنظيم شرط الاختصاص القانوني في العقد الإداري بقواعد أمره ملزمة ، إذ ليس هناك من قاعدة قانونية منظمة لأحد أوجه النشاط الإداري، إلا وَّحددت الجهة الإدارية، أو الشخص الإداري المختص بإبرام العقد الإداري، أو إصدار قرارات متعلقة به، وتلتزم الإدارة بالغاية المقررة لها عند إبرام العقد الإداري، ألا وهي المصلحة العامة، التي لا يمكن لها أن تحيد عنها مهما كانت الأسباب. فالقاعدة العامة أن يُبرم العقد الإداري من جهة إدارية عامة، أو شخص خوله القانون حق إبرامه ، وليس للجهة الإدارية أي تقدير في مجاله، ولكن بحكم سلطتها العامة، تكون هناك

(1) حسن عبد الزهرة موسى الدلفي: السلطة التقديرية للإدارة ومدى رقابة القضاء الإداري - دراسة مقارنة - دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2019، ص: 115.

(2) مصطفى محمود شريف الزكنة : القرار الإداري بين الإختصاص: المقيد والسلطة التقديرية، الطبعة الأولى، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، 2017، ص: 145.

(3) عماد خليل ابراهيم: مرجع سابق، 2019، ص: 47.

استثناءات على هذه القاعدة في الحالات الآتية (1):

- التفويض : ويقصد به قيام الرئيس الإداري بتفويض بعض اختصاصاته المخولة له قانوناً، لشخص، أو أكثر من المرؤوسين، من دون أن يتخلى عن مسؤوليته عن هذه الاختصاصات وفقاً لتنظيمه القانوني .

- الحلول : وهو حلول مرؤوس محل رئيسته صاحب الاختصاص الأصلي إذا غاب عن العمل، أو لم يستطع القيام بمهامه لأسباب طارئة، فيحل محله في ذلك مرؤوسه بحسب نصوص القانون، ويخضع الحلول للأحكام والقواعد المنظمة له .

- الإنابة: صدور قرار من السلطة الأعلى في حالة غياب الأصلي صاحب الاختصاص عن عمله، يتضمن إنابة شخص آخر ذات المستوى الأصلي، أو أعلى، أو أدنى منه مرتبة؛ للقيام بمهام وظيفة الأصلي، وفقاً للأحكام والقواعد الخاضعة لها.

ومن أمثلة هذه الاستثناءات لشرط الاختصاص، يرى الفقه المقارن في العراق أن شرط الاختصاص في إبرام العقود الإدارية شرط مقيّد ، ولا توجد للإدارة في مجاله أيّة حرية في التقدير، حيث قواعدها محددة في النظام العام، وعلى الجهات الإدارية الالتزام بحدوده كما رسمها المشرع ، ويترتب على عدم مراعاتها بطلان العقد الإداري المبرم خلافاً لقواعد الاختصاص، وهو ما يعني أن الإدارة أو الشخص العام، إمّا أن يكونا مختصان، فيحقّ لهما إبرام العقد، وإما ألا يكونا كذلك فيمتنع عليهما، وليس لهما في ذلك حرية التقدير والاختيار. واستثنى الموقف العراقي من هذه القاعدة العامة للاختصاص حالة التفويض؛ حيث تتمتع الإدارة بحرية تقدير من تفوضه لإبرام العقد الإداري، وهو ما أقر به حكم مجلس شؤون الدولة العراقي (2).

أما في مصر فإن جهة الإدارة لا تتمتع بسلطة تقديرية في شرط الاختصاص القانوني، إلا في حالة الإنابة، فتمتّع الجهة الإدارية بحرية تقدير ضرورة تعيين من ينوب عن

(1) محمد مهدي شعيب: مرجع سابق، 2016، ص: 110.

(2) أحكام وفتاوي مجلس شؤون الدولة العراقي، قضية رقم 420/ انضباط / تمييز / 2012، المؤرخ في 6 / 12 / 2012، مطبعة الوقف الحديثة، العراق، ص: 265.

الأصيل، الذي يحول مانع مؤقت بينه وبين مباشرة اختصاصه⁽¹⁾.

وفي ليبيا، وعلى اعتبار أن الاختصاص يعدّ من النظام العام، فإن اللائحة المنظمة لأوجه العقود الإدارية رقم (563) لسنة 2007، حدّدت الشخص المختص، والذي يملك ولاية اختصاص إبرام العقد الإداري وتوقيعه وفق نص المادة رقم (80) منها، وأعطت حق سلطة توقيعه للوزير حاليا أمين اللجنة الشعبية للجهة المتعاقدة سابقا)، أو من له صلاحيات التوقيع على العقود الإدارية، و تمديدها نيابة عنه. ويلاحظ في شأن هذه المادة، أن المشرع الليبي قد استعمل في نصها كلمة (أو) ولم يستعمل واو العطف (و)، ما ذلك إلا دليل على أن الاختصاص الأصيل في إبرام العقود الإدارية وتوقيعها هو للوزير المختص، ومنحه سلطة تقديرية تُجيز له إنابة من يراه عنه في هذا الاختصاص عند توافر أسباب تبرّر ذلك، و تقتضي المصلحة العامة تقديرها. وبهذا يكون التشريع الليبي قد سلك مسلك التشريع المصري في هذا الشأن. وهذا جزء ضئيل من سلطة التقدير في شرط الاختصاص القانوني.

وجدير بالذكر أنه يستثنى من شرط صفة الاختصاص في إبرام العقود الإدارية، أن يتم إبرامها من الموظف الفعلي، أو الموظف الظاهر، حيث يعتد بصحتها إذا توافرت شروط الموظف الفعلي والظاهر*، ذلك استثناءً إلى احترام الظاهر، الذي أملاه فكرة استمرار المرفق العام بانتظام واضطراد بحسب ما قرره الفقه والقضاة⁽²⁾.

وهكذا تبين لنا أنه نظرا لطبيعة العقود الإدارية، وارتباطها بالمصلحة العامة، نجدها مقيدة بشروط وإجراءات في إبرام العقود، ضمانا لحماية مصالح المجتمع والمال العام من احتمالات

(1) سامي جمال الدين: قضاء الملاءمة والسلطة التقديرية للإدارة، دار الجامعة الجديدة، 2013، ص: 171.
* يعرف **الموظف الفعلي** بأنه الشخص: الذي يقوم بمباشرة الوظيفة العامة من دون تأهيل قانوني، أو يكون التأهيل القانوني الذي يتمتع به الشخص: معيبا، بل أوجدته الظروف الاستثنائية في العمل، أما **الموظف الظاهر** هو ذلك الشخص: الذي لا يعتبر موظفا عاما أصلا أو غير مختص: بممارسة العمل الوظيفي، إما لعدم توليه الوظيفة أو بطلان توليته للوظيفة أو الاستمرار غير المشروع في الوظيفة، أو ممارسة الاختصاص: الظاهر للغير حسن النية من موظف قانوني، لمزيد من التفاصيل انظر عمر رمضان المريري: مرجع سابق، 2020، ص: 109.

(2) محمد رحيم امحمد السائح البوسيفي: نظرية الموظف الفعلي، رسالة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق، كلية الحقوق، قسم القانون العام، جامعة الإسكندرية، مصر، 2018، ص: 25.

تعسف الإدارة، من خلال ضبط شروط العقود الإدارية وإجراءات إبرامها. إلا أنه تبين لنا أن ذلك لم يجعل من الإدارة سلطة تنفيذ فقط بحرمانها من أية قدرة على حرية التصرف وفق مقتضيات المصلحة العامة، بل تجلى لنا أنها تتمتع بقدر من السلطة التقديرية في هذه المرحلة، كاختصاص سلطة إبرام العقد الإداري وتوقيعه، وإصدارها لقرارات متعددة لا لوم فيها، كالقرار المتعلق باستبعاد المنافسين لعدم قدرتهم وكفاءتهم الفنية والمالية، والذين لا تتوفر فيهم سابقة الخبرة مثلاً.

المبحث الثاني

سلطة الإدارة التقديرية في طرق إبرام العقود الإدارية

يعدّ اختيار طريقة التعاقد على جانب كبير من الأهمية في العقود الإدارية، حيث إن الإدارة لا تملك حرية واسعة عند التعاقد، مثلما هو الحال في العقود الخاصة للأفراد الذين لهم الحرية التامة في اختيار من يرغبون التعاقد معهم، بشرط عدم مخالفة القانون، والنظام العام، والآداب، بل أن الوضع يختلف في العقود الإدارية، ففي العقود الإدارية يجب على الإدارة التقيّد باتّباع أسلوب التعاقد الذي رسمه المشرع في عقودها الإدارية، تحقيقاً للمصلحة العامة، ومستهدفاً بذلك تقييد سلطة جهة الإدارة المتعاقدة تفادياً لاستعمالها في غير الأغراض المخصصة لها، وحتى لا تكون مرتعاً للكسب غير المشروع، والحفاظ على المال العام وترشيده، وتمكينها من اختيار أفضل المتعاقدين. أمّا في حال لم يقيّد المشرع الإدارة بشيء من ذلك، فلها حرية اختيار أسلوب التعاقد الملائم.

ولقد حددت لائحة العقود الإدارية رقم (563) لسنة 2007، طريقة المناقصة والمزايدة كقاعدة عامة لإبرام العقود الإدارية، وطرق استثنائية تقتصر على الممارسات العامة والتكليف المباشر.

وتتمتع الإدارة بسلطة تقديرية واسعة في التفضيل بين المتقدمين للمناقصة، أو الممارسة العامة في التعاقد، والذي يكون أساسه طبيعة وظروف العقد المزمع إبرامه، وأيضاً بسلطة تقديرية في اختيار المتعاقد معها في التكليف المباشر. وعلى ذلك سوف أقسم هذا المبحث إلى مطلبين على النحو الآتي:

المطلب الأول: سلطة الإدارة التقديرية في المناقصات والمزايدات العامة.

المطلب الثاني: سلطة الإدارة التقديرية في التكليف المباشر والممارسات العامة.

المطلب الأول

سلطة الإدارة التقديرية في المناقصات والمزايدات العامة

تُعدّ كل من المناقصة والمزايدة العامة في ليبيا وفي كثير من الدول العربية القاعدة العامة في إبرام العقود الإدارية.

وتعرف المناقصات والمزايدات العامة بأنها مجموعة الإجراءات، تقرر القوانين واللوائح العامة اتباعها بقصد الوصول إلى التعاقد، الذي يقدم ويحقق أفضل الشروط المالية والفنية للإدارة. إلا أن معنى المناقصات يختلف عن إصطلاح المزايدات العامة، والهدف من كل منهما. فالمناقصات العامة تطلق على الحالات التي تكون فيها الجهة الإدارية مشتريّة، أو ملتزمة بدفع أجر قيمة عمل يقدم لها، والهدف هو الحصول على أقل الأسعار من دون المساس بالمسائل الفنية. في حين المزايدات العامة هي وسيلة تتبعها الإدارة في بيع المنقولات، وتأجير ممتلكات الدولة، وتهدف إلى الحصول على أعلى سعر ممكن. وتسري كافة الأحكام والإجراءات على كل من المناقصات والمزايدات العامة، وعلى ذلك، سأتناول سلطة الإدارة التقديرية في المناقصات والمزايدات العامة بالتفصيل على النحو الآتي:

الفرع الأول: سلطة الإدارة التقديرية في طرح المناقصات والمزايدات العامة

تتمثل هذه الإجراءات في إعلان الإدارة عن المناقصة أو المزايدة العامة، الذي يعقبه تقدم الراغبين في التعاقد مع الإدارة بعطاءاتهم وتلقيها، وعلى إثر ذلك تشكل جهة الإدارة لجنة لفتح المظاريف، والبت تمهيدا لاختيار المتعاقد مع الإدارة. وتوضيح ذلك على النحو الآتي:

أولاً: الإعلان عن المناقصات والمزايدات العامة

تقوم كل من المناقصة والمزايدة العامة على أساس المنافسة الحرة والمساواة بين المتنافسين، ولتحقيق ذلك، تقرر كقاعدة عامة مبدأ الإعلان عن المناقصات والمزايدات العامة، وعدم التفرقة بين المتنافسين، وحرية المنافسة⁽¹⁾. وبذلك يُعدّ الإعلان عن المناقصة أو المزايدة العامة أحد الإجراءات الأساسية التي تقوم عليها. فهو يضع المنافسة بين الراغبين

(1) بشير علي الباز: مرجع سابق، 2018، ص: 112.

في التعاقد مع الإدارة موضع التطبيق الفعلي؛ لأنها تؤدي إلى إثارة المنافسة ضمن مناخ المساواة والشفافية، وبذلك يكون هناك مجال حقيقي للمنافسة بين الراغبين في التعاقد.

وتعرف مرحلة الإعلان عن المناقصة أو المزايدة هذه بمرحلة طرح العطاء، وهي تهدف إلى ضمان معرفة وعلم الكافة برغبة الإدارة في التعاقد، سواء أكان العقد شراءً، أم القيام بشغل، أم بيعاً... وتوجيه الدعوة إلى كافة المتعاقدين الراغبين في التعاقد مع الإدارة، وبيان الشروط الموضوعية التي يتم بموجبها التقدم بالعرض إلى الجهة الإدارية، وكذلك بيان نوعية المواصفات المطلوبة، ومكان وزمان إجراء المناقصة أو المزايدة، بهدف تقديم العروض المطابقة للشروط خلال المدة المحددة..... ولا يصح أن تكون إجراءات العقد الإداري بطريقة سرية في أجواء يشوبها الريبة ويحوم حولها الشك، فالعلانية دليل على الشفافية والنزاهة من قبل الإدارة، والوقاية من الفساد (1).

ونظراً لأهمية الإعلان عن المناقصات والمزايدات العامة، فإن لائحة العقود الإدارية رقم (563) لسنة 2007، قد أكدت على خضوعها للمبادئ الأساسية التي تخضع لها المناقصات والمزايدات العامة في النظم المقارنة، وذلك عندما نصت المادة رقم (80) منها، أنه يجب أن تخضع المناقصة العامة لإعلان الجميع. ومن جهة أخرى أكدت أيضاً اللائحة التنظيمية للمشتريات الحكومية في ليبيا الصادرة بموجب القرار رقم (12) لسنة 2023 لمجلس الوزراء في مادتها رقم (11، و 12)، على أنه يتوجب على الإدارة عند قيامها بإبرام العقود الإدارية الإعلان رسمياً عن المناقصات والمشتريات الحكومية من خلال المنصة ما لم يتعذر ذلك لأسباب فنية، أو لأسباب تتعلق بالأمن القومي. كما أوجب المشرع أيضاً طرح جميع الأعمال والمشتريات الحكومية في مناقصة عامة يتم الإعلان عنها في المنصة. إلا أن المادة رقم (13) من اللائحة سألقة الذكر أشارت إلى الحالات التي يجوز فيها للإدارة اللجوء إلى التعاقد بطريق المناقصة المحدودة، وهي على النحو الآتي:

- أ- الأعمال والمشتريات التي تتميز بطابع الاستعجال.
- ب- الأعمال والمشتريات التي لا توجد إلا لدى أشخاص، أو شركات معينة.

(1) حمدي عطية مصطفى عامر: مرجع سابق، 2015، ص: 96.

ج- الأعمال والمشتريات التي لا تتجاوز قيمتها التقديرية مبلغ 350000 دينار.

وللإعلان عن المناقصات والمزايدات العامة له أحكام وشروط عدة، وتوضيحها علي النحو الآتي:

1. **موضوع الإعلان :** يُعدّ الإعلان عن المناقصة أو المزايدة العامة الخطوة الأولى في إجراءات التعاقد المؤدية إلى إعلام كافة العاملين بالنشاط موضوع التعاقد، برغبة الإدارة في إبرام عقد ما، ومن ثم فهي بمثابة وسيلة الاتصال الأولى بين الإدارة والمتعاقدين⁽¹⁾. لذا يجب أن يكون هذا الإعلان على درجة من الشمولية والوضوح، وتفصح الإدارة عن الأمور التي تحتاجها، وتوفر لراغبى التعاقد معلومات كافية عن موضوع العقد، وبما يحقق الطمأنينة؛ حتى يتسنى لهم في ضوءها تحديد موقفهم من المناقصة العامة أو المزايدة العامة، بالتقدم بعطاءاتهم أو الإحجام عن ذلك. ولأهمية الإعلان عن التعاقد كإجراء أولي لإبرام العقد الإداري أُوجِبَت التشريعات في كثير من الدول إجراءات وشروطاً للإعلان وهي على النحو الآتي⁽²⁾ :

1) يتمّ الإعلان بإحدى طرق الإعلان المتعارف عليها، كالإعلان في الصحف ووسائل الإعلان المرئي والمسموع، وكذلك يتم الإعلان عن طريق شبكة الإنترنت على المواقع الإلكترونية للجهات الإدارية والحكومية، أو في لوحة الإعلانات الداخلية للإدارة.

2) يجب أن يشمل الإعلان على البيانات والشروط الخاصة بمحل العقد بوضوح، نافياً كل جهالة، مثل تضمُّنه⁽³⁾ :

أ- اسم الجهة التي تقدم إليها العطاءات.

ب- تحديد مدة محددة لتقديم العطاءات، بما لا يقل عن خمسة عشر (15)

يوماً، ولا تزيد على ثلاثين (30) يوماً، وكذلك آخر موعد لتقديم الطلبات.

(1) زرنوح أمباركة : السلطة التقديرية للإدارة في مرحلة إبرام العقد الإداري في التشريع الجزائري ، رسالة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق ، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة زيان عاشور، الجلفة ، الجزائر 2020، ص: 54.

(2) أسعد طاهر أحمد: 2014، مرجع سابق، ص: 19.

(3) المادة رقم 12 من اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات والمزايدات في مصر رقم 89 لسنة 1998.

ت- ومبلغ التأمين الابتدائي، ومبلغ التأمين المؤقت، ونسبة التأمين النهائي، وكذلك ثمن كراسة الشروط وملحقاتها.

ث- أية بيانات أخرى تراها جهة الإدارة مهمة لصالح العمل .

(3) لا يجوز للإدارة خلال فترة الإعلان إضافة، أو حذف، أو تعديل أي شرط في مستندات المناقصة أو المزايدة العامة، إلاّ عند الضرورة القصوى⁽¹⁾ .

وسار المشرع الليبي على نفس النهج الذي سار عليه المشرع في مصر، وكذلك في مثل كثير من دول المقارنة الأخرى في موضوع الإعلان، حيث نظمت لائحة العقود الإدارية رقم (563) لسنة 2007 هذا الإجراء، وأشارت في مادتها رقم (27) إلى أهم البيانات الجوهرية الواجب أن يتضمنها الإعلان، بخصوص موضوع العقد والعمل المطلوب إنجازه، وبطبيعة الحال تحديدا للمدة الزمنية الكافية لإيداع العروض، والجهة التي ستتولى تلقي العطاءات، والمدة التي يظل مقدم العطاء ملتزما خلالها بعطاءه، ومبلغ التأمين الابتدائي، وقيمة التأمين النهائي عند الترسية.

كما جاءت لائحة تنظيم المشتريات رقم (12) لسنة 2023 السالفة الذكر، مؤكدة أيضا في مادتها رقم (3، و5) على " تعزيز النزاهة والمنافسة، وتحقيق المساواة، وتوفير معاملة عادلة للمنافسين وتحقيق مبدأ تكافؤ الفرص، وضمان الشفافية في جميع إجراءات الأعمال والمشتريات الحكومية، وكذلك توفير معلومات واضحة ودقيقة ومحددة للمنافسين عن الأعمال والمشتريات المطلوبة، وتمكينهم من الحصول عليها في وقت محدد، وخضوع المناقصة العامة لمبادئ العلانية، والشفافية، وتكافؤ الفرص .

وترى الباحثة أن جملة البيانات السابقة التي أوردها المشرع الليبي، والتي أوجب أن يحتويها الإعلان، لا تشكل كل ما يجب معرفته حول موضوع العقد، بل تمثل المعلومات الجوهرية، وتشكل الحد الأدنى من المعلومات لتكوين فكرة أولية عامة عن طبيعة التعاقد ومحل العقد، لذلك نص المشرع على وجوب أن يتضمنها الإعلان، وترك مجالاً للإدارة أن تضيف إليها ما تشاء بسلطتها التقديرية، بنصها في الفقرة (ح) من المادة رقم (27) من

(1) سامال اسكندر محمد الباجلان : مرجع سابق، 2016، ص: 80.

لائحة العقود الإدارية رقم (563) لسنة 2007، على الآتي: " غير ذلك من البيانات، التي ترى لجنة العطاءات فائدة في تضمينها للإعلان".

كما يُعدّ تضمين الإعلان عن العطاء بيانات تفصيلية فيه مصلحة للإدارة صاحبة الإعلان، حيث سيجتنبها جهداً ووقتاً في فحص عطاءات غير مناسبة، فُدمت عن جهل من أصحابها بشروط العطاء التفصيلية، التي لم يتضمنها الإعلان الصادر عن جهة الإدارة الراغبة في التعاقد⁽¹⁾.

2. **كيفية الإعلان**: يُعدّ الإعلان عن المناقصة أو المزايدة العامة بمثابة دعوة للتعاقد، ولكي تؤدي تلك الدعوة إلى توسيع دائرة المعرفة بموضوع المناقصة، أو المزايدة العامة، فقد أوجب القانون أن يتم الإعلان عنها بكيفية معينة، تتصل بميعاده، ويعدد مراته، وبمكان النشر، واللغة التي ينشر بها.

يعتبر ميعاد الإعلان المدة الجوهرية في نطاق الإعلان، وهو يعرف بالفترة الزمنية التي يمكن لراغبي التعاقد خلالها تقديم عروضهم، ويجب أن تكون هذه المدة كافية؛ تسمح لراغبي التعاقد دراسة موضوع التعاقد، وإمكانياتهم في تنفيذ المشروع، وأوضاع السوق بدقة، ومن ثم تقديم عروضهم على درجة عالية من الوضوح والدقة. ولذلك يجب أن تحدد مدة معقولة لكي يدرس فيها الراغبون في العطاء ظروفهم دراسة وافية⁽²⁾.

وفي ليبيا حدّدت المادة رقم (28) من لائحة العقود الإدارية رقم (563) لسنة 2007، مدة ثلاثين يوماً على الأقل لتقديم العطاءات في المناقصات العامة، من تاريخ أول إعلان، وترك للإدارة سلطة تقديرية في تقصير هذه المدة إن وجد مقتضى لذلك، مثل العقود التموينية، والأدوية، واللقاحات، والمستلزمات الطبية التي لا تحتل التأخير، أو تكون أصناف عقود التوريد محتكرة من قبل عدد محدود من الشركات العالمية. وبذلك أعطى المشرع الليبي سلطة تقديرية واسعة للجهات الإدارية في تحديد المدة بحسب ما تطلبه المصلحة العامة.

وقد اختارت لائحة العقود الإدارية في ليبيا رقم (563) لسنة 2007، في مادتها رقم (30)

(1) حيدر محمد زيدان التميمي: مرجع سابق، 2015، ص: 59.

(2) عبد العزيز عبد المنعم خليفة: مرجع سابق، 2014، ص: 128.

من النشر في الصحف المحلية وسيلة لذلك، وذلك فيما يتعلق بالمناقصات العامة المحلية. ويجوز بالإضافة الى ذلك الإعلان على المناقصات العامة المحلية في لوحة للإعلانات بمقر الإدارة تُعدّ لهذا الغرض .

أما ما يتعلق بالمناقصات العالمية، فيتم الإعلان عنها عن طريق النشر في وسائل الإعلان المحلية، والعالمية، والاتصال بالسفارات الليبية في الخارج وما في حكمها، وتزويدها بعدد كافٍ من نسخ الإعلان، وشروط المناقصة، والمواصفات، وغيرها من البيانات، ويطلب منها إخطار المشتغلين بنوع النشاط موضوع التعاقد بتلك الدول، وتسليمهم تلك المستندات لمن يرغب الإشتراك في العطاء مقابل ثمن محدد .

ومن حيث عدد مرات النشر، فيلاحظ أن المشرع الليبي قد ترك الخيار لسلطة الإدارة المختصة، لتحديد ذلك بحسب أهمية المناقصة، من حيث قيمتها، وغير ذلك من الاعتبارات الأخرى، وبذلك يكون المشرع الليبي قد أعطى سلطة تقديرية واسعة للجهة الإدارية في تحديد المدة بحسب ما تقتضيه المصلحة العامة .

كما يلاحظ من نص المادة رقم (30) الخاصة بطرق الإعلان عن المناقصات العامة المحلية، أن المشرع اكتفى بأن يتم الإعلان بوسائل الإعلام المحلية، ولم يتعرض إلى تحديد تلك الوسائل، أو يُقيدَها بأسلوب معيّن، وبذلك يكون المشرع قد أتاح للإدارة صاحبة العلاقة أيضا سلطة تقديرية واسعة في اختيار أساليب نشر الإعلان عن العطاء، وأباح لها أن تعلن عن عطائها في أيّة وسيلة للإعلان تراها، مثل الصحف اليومية، ووسائل الإعلام المسموعة والمرئية، والإعلان الإلكتروني.

وعلى الرغم من أن المشرع في لائحة العقود الإدارية رقم (563) لسنة 2007، لم يتعرّض إلى لغة الإعلان، ولكن الباحثة ترى مسترشدة في ذلك، وقياسا على ما نص عليه المشرع بالنسبة إلى لغة كتابة العقد (المادة 82 من نفس اللائحة)، وما جرى عليه العمل في الجهات الإدارية، هو أن يكون الإعلان باللغة العربية في العطاءات المحلية، وفي حالة العطاءات العالمية، يكون الإعلان باللغة الإنجليزية إلى جانب اللغة العربية. ولا ترى الباحثة مانعا من إضافة لغات أخرى إذا تطلب الأمر، عند توقع تقديم عطاءات عن طريق شركات

من دول لا تتحدث اللغة الإنجليزية.

وقررت الفقرة (أ) من المادة رقم (31)، من لائحة العقود الإدارية في ليبيا رقم (563) لسنة 2007، أن يتم الإعلان عن المناقصة في الوقت المناسب، بحيث يكون هناك وقت كاف لإعادة المناقصة إذا اقتضى الأمر ذلك. وبهذا النص لم يلزم المشرع الإدارة بوقت معين يتم فيه الإعلان عن العطاء، بل منح الإدارة سلطة تقديرية في تحديده، بحسب ما تقتضيه المصلحة العامة. غير أن الفقرة (ب) من المادة (31) نصت على أن يتم الإعلان بالنسبة إلى مناقصات التوريد السنوية قبل بداية السنة المالية بثلاثة أشهر على الأقل، أما بالنسبة إلى مناقصات التوريد الموسمية، فيجب أن يتم الإعلان في وقت يسمح بتوريدها في الموعد المحدد لها، ومن دون تأخير.

3. إعادة الإعلان: فيما يتعلق بالحالات التي يتم فيها إعادة الإعلان، فقد نص المشرع الليبي في المادة رقم (53) من لائحة العقود الإدارية رقم (563) لسنة 2007، على إعادة الإعلان عن مناقصة جديدة، أو تحويلها إلى أسلوب آخر من أساليب التعاقد في حال ما أوصت لجنة العطاءات بإلغاء المناقصة العامة متى توافرت الشروط التي تجيز ذلك، والواردة في نص هذه المادة.

أما بخصوص الأثر المترتب من مخالفة إجراءات الإعلان عن المناقصة العامة أو المزايدة العامة، فتُعدّ القواعد السابقة التي تنص على وجوب الإعلان على المناقصة العامة، أو المزايدة العامة من القواعد الآمرة، وحكمة ذلك أن الالتزام بها هو ضمان اتصال علم الكافة بالمناقصة، أو المزايدة، ويؤدي كذلك إلى أن يتقدم أكبر عدد من راغبي التعاقد، الذين توفرت فيهم شروطها، وبذلك يمكن للإدارة الوصول إلى أفضل العروض، سواء أكان ذلك من الناحية الفنية، أم من حيث الناحية المالية، وأكثر تحقيقاً للصالح العام. ومن ثمّ إذا أغفلت الإدارة البيانات التي يتطلبها المشرع في الإعلان، سيصيب إجراءات المناقصة العامة، أو المزايدة العامة بعيب شكلي، يترتب عنه بطلان المناقصة العامة أو المزايدة العامة (1).

وترتيباً على ما سبق، فقد جرى مجلس الدولة المصري على بطلان إجراءات المناقصة

(1) حيدر محمد زيدان التميمي: مرجع سابق، 2015، ص: 67.

في حالة عدم الإعلان عنها، أو عدم صحة البيانات الواردة في الإعلان، أو في حالة عدم التزام الإدارة بمواعيد الإعلان؛ حيث يمسّ ذلك بمبدأ حرية المنافسة (1) .

وقد ذهب بعض الفقه في مصر إلى أنه يجب التفرقة بين حالتين في حالة إبرام العقد، على الرغم من وجود مخالفة في الإعلان، حيث أساس هذه التفرقة يقوم على أساس التمييز بين الشكليات الجوهرية وغير الجوهرية (2) ، وذلك على النحو الآتي:

□ **الحالة الأولى:** إذا لم يتضمن الإعلان البيانات التي حددها القانون، وتعدّ جوهرية مثل المواصفات الفنية، والمدة التي حددها القانون لتقديم العروض، أو مكان النشر، وكان لتخلف هذه البيانات كلها أو بعضها أثر واضح في عدد المتقدمين للمناقصة أو المزايدة، وعدم تحقق الغاية من الإجراء، فإن قرار ترسية المناقصة أو المزايدة يُعدّ باطلاً، من منظور كون قرار الترسية منفصلاً عن العقد - وإن كان يسهم في تكوين العقد - ، ولكن بطلان هذا القرار ليس له أن يؤثر في صحة العقد الذي أبرم بناء عليه، ويظل العقد قائماً وصحيحاً وملزماً لطرفيه. وإذا كان العقد لم يبرم، فإنه يجب إلغاء المناقصة أو المزايدة، وإعادة الإعلان عنها وفقاً للإجراءات المحددة .

□ **الحالة الثانية:** وهي تتحقق في حال ما كانت مخالفة ضوابط الإعلان غير جوهرية، ولم تؤثر في عدد المتقدمين بعروضهم، وتبيّن للإدارة وجود عدد كبير من العطاءات، مثل وجود خطأ مطبعي في الأرقام من السهل أن ينتبه إليه الراغب في الاشتراك، أو عدم تضمين السلطة التي ستجري المناقصة أو المزايدة، فإن تخلفها لا يترتب البطلان للإجراء .

ويُعدّ ما ذهب إليه قسم الفتوى بمجلس الدولة المصري تطبيقاً لما يذهب إليه القضاء الإداري المصري، من أنه لا يحكم بالبطلان - وإن نص عليه القانون صراحة - إذا ثبت تحقق الغاية

(1) فتوى لجنة الفتوى بمجلس الدولة المصري رقم 122 بتاريخ 31 / 1 / 1988، جلسة 4 / 1 / 1988
ملف رقم 31 / 9 / 86.

(2) حمدي عطية مصطفى عامر: مرجع سابق، 2015، ص: 403.

من الإجراء (1) * .

ولو أن الباحثة لم تعثر على أحكام قضائية للقضاء الإداري الليبي، تؤيد ما ذهب إليه نظيرها المصري من تفرقة بين البيانات الجوهرية وغير الجوهرية في دعاوي تتعلق بصحة الإعلان عن المناقصة أو المزايدة العامة، إلا أنها تعتقد بأن القضاء الإداري الليبي سيسير على ذلك النسق وذلك قياساً على ما فعله بالنسبة إلى شروط العقد الإداري .

ونستنتج أن الإعلان عن المناقصات والمزايدات العامة يعد ضماناً لحرية المشاركة لكافة الموردين والمقاولين المؤهلين، والوقاية من الفساد، وتجسيد مبدأ الشفافية، ومن ثم احترام القانون، لذلك يُعدّ الإعلان عن رغبة الإدارة في التعاقد شرطاً ضرورياً يوجب على الإدارة إتباعه.

ثانياً : تلقي العطاءات

بعد علم كافة الراغبين في التعاقد بالإعلان، وعلمهم بوجود المناقصة، أو المزايدة العامة، ودراسة موضوعها وشروطها، وقرروا الإشتراك فيها، يتقدمون بعطاءاتهم إلى جهة الإدارة التي ترغب في التعاقد، ضمن الأجل المحدد للتعاقد المعلن عنه، وفي حال المخالفة يكون من حق لجنة العطاءات المختصة استبعاد العرض، وعدم قبوله، وإعادته إلى مصدره مُغلقاً⁽²⁾. وتُدْرَسُ العطاءات من قبل لجنة مختصة لتُعدَّ رأياً حول إرساء العطاء على أحد المتعاقدين. وفي الواقع فإن طريقة تقديم العروض يتم تحديدها من جهة الإدارة المتعاقدة في كراسة الشروط، أو في الإعلان عن المناقصة العامة أو المزايدة العامة⁽³⁾ .

(1) ★هاني عبد الرحمان غانم: أساليب التعاقد الإداري دراسة مقارنة ، رسالة مقدمة لنيل الماجستير معهد البحوث والدراسات العربية ، القاهرة ، 2007. ولقد جرى مجلس الدولة الفرنسي على التفرقة بين الإجراءات الجوهرية والإجراءات غير الجوهرية ، فالمناقصة تعد مشوبة ببيع جوهرية إذا لم تلتزم المدد القانونية للإعلان، أو إذا كان هناك خلل كبير في البيانات التي يجب أن يحتويها الإعلان، ولكنها لا تعاب ولا تبطل إذا كانت بيانات الإعلان يعترتها نقص غير مخل .

(2) محمد حارث حسين السامرائي: الرقابة القضائية على سلطة الإدارة في إبرام العقد الإدارية بطريق المناقصات في القانون العراقي دراسة مقارنة " ، رسالة لنيل درجة الماجستير في القانون، كلية الحقوق جامعة الإسراء، العراق، 2019، ص: 17.

(3) بيو خلاف: مرجع سابق، 2019، ص: 12.

وأوجبت التشريعات الخاصة بتنظيم المناقصات والمزايدات على راغبي التعاقد تقديم عطاءاتهم في المناقصات العامة وفقا للشروط الآتية (1) :

■ **الشرط الأول:** يقدم العطاء من صاحب الشأن ضمن مطروفين مغلقين إلى الجهة المحددة في الإعلان لتلقي العطاءات. ويكون أحد المطروفين للعرض الفني، والآخر للعرض المالي ومُبيّنًا على كل منهما اسم المؤسسة الراغبة في التعاقد، ومرجع طلب العروض، وموضوعه ويتضمن عبارة عرض فني أو عرض مالي بحسب الحالة، ويوضع الظرفان داخل مطروف مغلق بإحكام، وتكتب عليه عبارة " لا يفتح إلا من قبل لجنة فتح وتقييم العروض، وكذلك طلب العروض رقم، وموضوع طلب العروض.....

■ **الشرط الثاني:** يقدم العطاء في الظرف المغلق مباشرة لدى الجهة الراغبة في التعاقد، مقابل إيصال يثبت عليه تاريخ التسليم ووقته، أو وضعها داخل الصندوق الخاص بوضع العطاءات بالجهة الإدارية. كما أجاز المشرع وفقا للتطور الحديث في تقنيات الاتصال، إرسال هذه العطاءات عن طريق البريد الموصي عليه خالصة الأجر (2) .

■ **الشرط الثالث:** يقدم العطاء خلال المدة المحددة في الإعلان ، ولا يعتدّ بالعطاءات المقدمة بعد انتهاء المدة المحددة للتقديم.

■ **الشرط الرابع:** يجب تسجيل العطاءات المقدمة بسجل خاص، ويدون فيه البيانات الخاصة بصاحب العطاء، وموعد تقديمه، ويُسلم إيصال استلام العطاء من الجهة المستلمة.

■ **الشرط الخامس:** يجب على صاحب العطاء سداد قيمة التأمين الوارد في الإعلان، وتقديم ما يفيد السداد عند تقديم العطاء.

■ **الشرط السادس:** يعتبر العطاء إيجابا مصدره الإرادة المنفردة، وينتج آثاره من وقت تصديره بمعرفة مقدم العطاء.

وفي ليبيا لم يختلف مسلك المشرع عن اتجاه المشرع في مصر في تلقي العروض، فقد نصت المادة رقم (39) من لائحة العقود الإدارية رقم (563)، لسنة 2007، على أن تقدم العطاءات موقعة من أصحابها على نموذج العطاء المختوم بخاتم

(1) أسعد طاهر أحمد: مرجع سابق، 2014، ص: 20.

(2) المادة رقم 54 من قانون تنظيم المناقصات والمزايدات المصري رقم 89 لسنة 1998.

الجهة الإدارية طالبة التعاقد، والمؤشر عليه برقم إيصال تحصيل الثمن، وتاريخه، وجدول الفئات المرافق له. كما يجب أن يكتب على مظروف العطاء من الخارج عبارة - (عطاء عن) (الجلسة) -، وعنوان لجنة العطاءات المختصة، ثم يوضع هذا المظروف داخل مظروف خارجي، ويغلق بطريقة محكمة، ويختتم بالشمع الأحمر، يكتب عليه اسم وعنوان الجهة الإدارية طالبة التعاقد، وأن تكتب عليه من الخارج عبارة - بداخله (عطاء عن الجلسة). ويقدم العطاء لأمين سر لجنة العطاءات مباشرة، بموجب إيصال يثبت فيه تاريخ التسليم، وساعته؛ لحفظها في خزانة خاصة إلى حين موعد فتح المظاريف، ويجوز تسليمه بالبريد المسجل. وجدير بالذكر أن الغاية من تقديم العطاءات في مظاريف مغلقة ومختومة بالشمع الأحمر، هي الحفاظ على سرية العطاء المقدم للجهة الإدارية؛ لضمان حرية المنافسة بين المشاركين، من حيث قيمة العرض، والإمكانات الفنية الخاصة بكل عطاء.

والى جانب ذلك، ذهب المشرع الليبي في لائحة العقود الإدارية - سالفه الذكر - رقم (563) لسنة 2007، إلى تنظيم المرفقات التي يجب إرفاقها بالعطاء، وهي وجوب إرفاق عطاء الأشغال العامة ببيان بالأعمال السابقة، ونوعها، وقيمتها، وتاريخه في الأعمال المماثلة، وبرنامج المبدئي لإدارة وتنفيذ العقد مادة رقم (35). ونصت المادة رقم (40) على أنه من ضمن شروط تنظيم تقديم العطاءات أيضا يجب أن يؤدي تأميناً ابتدائياً مع العطاء، بقيمة 0.05 % (خمسين في المئة من المئة) من قيمة العطاء، نقداً أو بصك مصدق عليه من أحد المصارف العاملة في ليبيا، أو عن طريق خطاب ضمان بشروط حددتها المادة رقم (41). وجزء تخلف التأمين الابتدائي يتمثل في عدم قبول هذا العطاء واستبعاده، وأساس ذلك ما قرره القواعد العامة من بطلان، لإغفال إجراء جوهرى أوجبت التشريعات مراعاته، - والتي من ضمنها التأمين الابتدائي - في شأن المناقصات، والمزايدات العامة⁽¹⁾. وقد منح المشرع جهة الإدارة سلطة تقديرية، تتيح للجنة العطاءات النظر في العطاءات غير المصحوبة بتأمين ابتدائي، شرط أن تقدم من المصرف ما يفيد بمباشرته إجراءات إصدار التأمين الابتدائي.

(1) حكم المحكمة العليا - مصر في الطعن الإداري رقم 3174 لسنة 29 قضائية، جلسة 31 / 3 / 1990.

وأختم هذا الفرع بالقول: إن مبادئ حرية المنافسة، والعلانية، والمساواة بين المتنافسين، التي أشرت إليها سلفاً، والتي تقوم عليها المناقصة والمزايدة العامة، وتؤدي إلى الشفافية وحرية الوصول للطلبات، لا تعني تقيّد الإدارة في تقدير صلاحية راغبي التعاقد وكفاءتهم المالية والفنية على ضوء مقتضيات المصلحة العامة، وفضلاً عن المناقصة المحدودة التي أجاز المشرع للإدارة اللجوء إليها، فالإدارة وفق سلطتها الاستثنائية وسلطتها التقديرية، يتاح لها قدر من الحرية في التصرف عندما تباشر اختصاصها، بحيث يكون لها الحق في تقرير إرادتها⁽¹⁾، وتقرير شروط معينة ترى وجوب توافرها في من يتقدم للمناقصة العامة، وتمكنها أيضاً من حرمان بعض مقدمي العطاءات الذين يثبت لها عدم قدرتهم المالية والفنية للقيام بتلك الأعمال، وكذلك استبعاد بعض العروض التي قدمت في المناقصة ذاتها، أو إلغاء المناقصة والإحالة على مناقص آخر لعدة أسباب، من دون الرجوع عليها بأدنى مسؤولية قانونية⁽²⁾. وتتمتع الإدارة في مرحلة الإعلان وتلقي العطاءات بسلطة تقديرية مطلقة، في وضع الشروط التي تراها تتماشى مع المصلحة العامة في الإعلان عن المناقصة العامة، أو من خلال كراسة الشروط، في حين تنتقيد بمواعيد الإعلان والإجراءات الأخرى في تلقي العطاءات، كما سيتبين لنا في الفرع القادم من هذا المطلب.

الفرع الثاني : سلطة الإدارة التقديرية في العطاءات وارساء المناقصات والمزايدات

يُعدُّ فتح وفحص وفض العطاءات إجراءً تمهيدياً للتعاقد، من خلال لجان عمل مختصة، تقوم بأعمال مادية وقانونية، الغرض منه التأكد من مطابقة العطاء المقدم للمواصفات الفنية، وللشروط المعلن عنها للمناقصة العامة، حتى يتم التفاضل بينها للتعاقد مع أفضل العقود من الناحية الفنية والمالية.

وقد حدّدت المادة رقم (20) من لائحة العقود الإدارية الليبية، وكذلك قرار مجلس الوزراء رقم (492) لسنة 2013 م، والقرار رقم (12) لسنة 2023 م، بشأن تنظيم عمل لجان العطاءات، كيفية تشكيلها، واختصاصاتها، وتفصيل الأمر على النحو الآتي:

(1) صلاح أحمد السيد جودة: التطبيق القضائي والفقهى لنظرية السلطة التقديرية لأعمال الإدارة - دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي، دار النهضة العربية، القاهرة، 2016، ص: 40.

(2) بشير علي الباز: مرجع سابق، 2018، ص: 112.

أولاً: تشكيل لجنة لفحص وفض العطاءات

نصت المادة رقم (6) من قرار رئيس الوزراء رقم (492) لسنة 2013، وكذلك المادة رقم (8) من قرار رقم (12) لسنة 2023 ، أن تتشكل لجنة من خمسة أعضاء فما فوق، على أن يكون رئيسها لا يقل عن الدرجة العاشرة وأعضاؤها عن الدرجة التاسعة، ومن ذوي الخبرة والاختصاص، والمشهود لهم بحسن السيرة والسلوك. ويتعين أن يكون من بينهم عضو قانوني وعضو فني، وعضو مالي، وأمين سر لعمل اللجنة يختاره رئيسها. وأجيز للجنة وفق سلطتها التقديرية أن تستعين بمن تراه من ذوي الخبرة من دون أن يكون لهم حق التصويت، في حين نجد أن المشرع قد أوجب حضور مندوب عن الإدارة صاحبة المشروع اجتماعات لجنة العطاءات أيضاً، ولا يكون له حق التصويت في اتخاذ قرار الإرساء (المادة رقم 12 من القرار سالف الذكر).

ثانياً : إجراءات فحص وفض العطاءات

تختص لجنة فحص وفض العطاءات بإنفاذ الإجراءات الآتية التي حدّتها لائحة العقود الإدارية رقم (563) لسنة 2007، بنص موادها رقم (44، و45، و46)، وكذلك لجنة المشتريات في قرار لائحة تنظيم المشتريات رقم (12) لسنة 2023، في مواده (17، و 18)، عند فتح الأظرف المقدم فيها العطاءات وفقاً للإجراءات الآتية (1) :

أ- فتح محضر اللجنة، وإثبات العطاءات بدقة وتفصيل، وإثبات كافة بياناتها بكل دقة في سجل يعدّ لهذا الغرض، وفي جلسة علنية أمام كافة المتقدمين للمناقصة العامة، وبعد التأكد من صحة وضمّان الأظرف مغلقة، وعدم العبث بها، أو فتحها من قبل. وتدّون لجنة فحص وفض العطاءات أيضاً من قاموا بتقديم التأمين الابتدائي كاملاً، ومن قدّمه ناقصاً، وكذلك العطاءات التي لم ترافقها هذه التأمينات والعطاءات غير المستوفات الشروط .

ب- استبعاد العطاءات الواردة بعد الموعد المحدد في الإعلان، وذلك بعد إثبات تاريخ التقدّم بالعطاء، والتأكد من تقديمه بعد الموعد.

(1) أسعد طاهر أحمد: 2014، مرجع سابق، ص: 20.

ج- استبعاد العطاءات التي تخالف الشروط والمواصفات المطلوبة، سواء في كراسة الشروط، أو الإعلان عن المناقصة العامة، مع بيان أوجه مخالفة العطاء لتلك المواصفات، وإثباته كتابة في المحضر.

د- ترشيح العطاء الأقل سعرا في بداية التسلسل، ثم الذي يليه طبقا لهذا التسلسل، أي يتم ترتيب العطاءات بحسب أقلها سعرا، وفقا لتسلسل يتبع فيه العطاء الأقل سعرا، ثم الذي يليه، وهكذا .

هـ- يتم قفل المحضر بمعرفة اللجنة، وتحديد العطاء الأقل سعرا، وترشيحه للتعاقد معه وعرضه على الجهة المختصة لتصدر قرارها بإرساء المناقصة من عدمه، حيث إن الجهة الرئاسية المختصة تتمتع بسلطة تقديرية مطلقة في حال ما رأت إلغاء المناقصة لمقتضيات الصالح العام، تطبيقا لنص المادة رقم (22) من لائحة العقود الإدارية رقم (563) لسنة 2007، فلها الحق في إلغاء المناقصة قبل أو بعد فتح مظاريف العطاءات، ولا يحق للمناقصين المطالبة بأيّ تعويض، وللجهة الإدارية أيضا سلطة تقديرية والحق في حرمان واستبعاد لأيّ شخص قدّم عطاءه في المناقصة العامة، إذا رأت ذلك لمقتضيات الصالح العام، مثل عدم تمتّعه بالسمعة الفنية والكفاءة، أو استبعاد العطاءات غير المطابقة للمواصفات، أو لأيّ سبب تراه الجهة الإدارية لاستبعاد وحرمان مقدم العطاء في المناقصة .

ويلاحظ أنه يستوجب إثبات إجراءات فتح المظاريف كتابة باعتبارها إجراءات جوهرية ومقيّدة، يتعين اتباعها، وبترتب عن مخالفتها بطلان العقد (1) .

ثالثا : إرساء المناقصة العامة وإبرام العقد الإداري

يُعدّ ترشيح لجنة المناقصات للعطاء الأقل سعرا بمجرد توصية، ولا يُعدّ قرارا تعاقديا، حيث الجهة التي لها حق اتخاذ قرار إرساء المناقصة هي الجهة المختصة، فيكون لها إصدار قرار بإرساء المناقصة على العطاء الأقل سعرا، باعتباره أفضل المتقدمين للمنافسة. وبعدّ هذا القرار قرارا إداريا، شأنه في ذلك شأن جميع القرارات الصادرة قبل إبرام العقد، سواء أكان قرارا

(1) محمد حارث حسين السامرائي: مرجع سابق، 2019، ص: 14.

بإرساء المناقصة العامة أم قرارا بتشكيل لجان تلقي العطاءات، أو بفحصها تُعد قرارات إدارية نهائية منفصلة عن العقد، يجوز الطعن عليها أمام القضاء الإداري استقلالا عن العقد .

وبعد صدور قرار إرساء المناقصة، يتعين على الجهة الإدارية خلال أسبوع إخطار الشخص الذي رست عليه المناقصة العامة بذلك، ويجب أن يلتزم هذا الشخص خلال ثلاثين يوما بإيداع مبلغ التأمين النهائي؛ استكمالاً لمبلغ التأمين الابتدائي، وهو 2 % من قيمة مقاولات الأشغال العامة ، و 15 % من قيمة عقود المشتريات الحكومية، وفق ما نصت عليه المادة رقم (60) من لائحة العقود الإدارية رقم (563) لسنة 2007، والمادة رقم (24) من اللائحة التنظيمية للمشتريات الحكومية رقم (12) لسنة 2023، على التوالي. وتحفظ الجهة الإدارية بهذا التأمين إلى حين التسليم النهائي لعقد الأشغال العامة، وإنهاء العقود الأخرى، ثم يردّ التأمين لضمان جودة التنفيذ والتنفيذ في الميعاد (1) .

(1) أسعد طاهر أحمد: مرجع سابق، 2014، ص: 21.

المطلب الثاني

سلطة الإدارة التقديرية في الممارسات العامة والتكليف المباشر

تقدّم في المطلب السابق أن المناقصات والمزايدات العامة تمثل القاعدة العامة في إبرام العقود الإدارية، بحيث تلتزم الجهة الإدارية عند إبرام أيّ عقد إداري بها، ولا تلجأ إلى طريق آخر، إلاّ في الحدود والشروط التي نص عليها المشرع في لائحة العقود الإدارية، كطرق استثنائية لإبرام العقود الإدارية. وتعدّ الممارسات العامة والتكليف المباشر طريقتين استثنائيتين لإبرام العقود الإدارية، حرصت كافة التشريعات المقارنة على النص عليهما، وكذلك المشرع الليبي في لائحة العقود الإدارية رقم (563) لسنة 2007، ووضعت لكل منهما أحكاما وشروطا على الجهة الإدارية الالتزام بها وعدم مخالفتها؛ تطبيقا للقاعدة العامة، فإن الاستثناء لا يجوز القياس عليه، أو التوسع فيه .

ولتوضيح أهمية إبرام العقود عن طريق الممارسات العامة والتكليف المباشر، سأتناول دراستهما بالتفصيل من خلال التعرض للأحكام والشروط القانونية لكل منهما، وذلك على النحو الآتي:

الفرع الأول: الممارسات العامة

نصّت الفقرة (ب) من المادة رقم (9) من لائحة العقود الإدارية رقم (563) لسنة 2007، أن يكون التعاقد على تقديم الخدمات، والمقاولات، والأشغال العامة، والتوريدات عن طريق مناقصات عامة يعلن عنها، ويجوز استثناءً التعاقد عن طريق الممارسة العامة وفقا للشروط والحدود المنصوص عليها .

ويمكن التعرض للممارسات العامة على النحو الآتي:

أولاً: تعريف الممارسة العامة

تعرف الممارسة العامة بأنها أسلوب استثنائي لإبرام العقود الإدارية استثناءً على المناقصات العامة، تتبعها الإدارة وفقا للحدود والشروط المنصوص عليها، كطريقة خاصة لشراء وتنفيذ الأعمال، حيث يتمّ بمقتضاها دعوة المقاولين والموردين لتقديم عروضهم، ومفاوضاتهم علناً

على ما يقدمونه من أسعار وشروط من أجل الوصول إلى أقل الأسعار وأفضل الشروط الفنية، تمهيدا لاختيار متعاقد من بينهم يقبل بها، فيُبرم العقد معه (1).

تُعَدُّ الممارسة أسلوباً للتعاقد الإداري، وفيها يتم التعاقد بإجراءات أقل من تلك التي تنمُّ بها المناقصات العامة، وتكون فيه للإدارة مرونة كبيرة في إبرام عقودها الإدارية، من خلال سلطتها التقديرية تلتزم الإدارة بأن تستعملها في حدود الصالح العام، ولاختيار من ترغب في التعاقد معه، وتخضع في ذلك لرقابة القضاء الإداري (2). ويعتمد على أسلوب الممارسة في حالات عدّة، منها عدم تحقيق الغرض من المناقصة العامة في بعض الأحوال، وتكون في حالة الاستعجال بطيئة، وفي بعض الأحوال تفقد جدواها والحكمة من وجودها في حالة الاحتكار، أو عدم توفر المنافسة قانوناً، بالإضافة إلى أن هناك بعض العقود الإدارية لا تتفق مع طبيعة المناقصات العامة، وعلى سبيل المثال التوريدات ومقاولات الأعمال، وتقديم الخدمات التي تتصف بالاستعجال، أو التي تقتضي طبيعتها أو الغرض المرغوب في الحصول عليها من أجله، أن يكون اختيارها وشراؤها من أماكن إنتاجها، أو تنفيذها أو التي تقتضي المصلحة العامة أن تتم بطريقة دقيقة وسريّة، حيث تخص الأمن والدفاع الوطني، فهذا النوع من العقود يميّز بطابعه السري، الذي يتنافى مع مبدأ الإعلان، وحرية المشاركة والمساواة بين المتنافسين، أي أن لها خصوصية معينة في نوع العمل، أو الوقت أو التي لم تقدم عنها أيّ عطاءات في المناقصات العامة، أو قدمت عنها عطاءات بأسعار تزيد على أسعار السوق، وكانت الجهة الطالبة في حاجة عاجلة لا تسمح بإعادة طرحها في مناقصة عامة من جديد، وكذلك في الحالات التي تتطلب استعجالاً لدوام سير المرفق العام، أو في ظروف اضطرارية أو طارئة، حيث لا تتحمل الإدارة إجراءات المناقصة من إعلان، وفتح للمظاريف، والبيث في العطاءات، ولكن يتم العقد عن طريق الممارسة، بناء على ترخيص من السلطة المختصة بذلك (3).

(1) أسعد طاهر أحمد: مرجع سابق، 2014، ص: 22.

(2) عماد خليل إبراهيم: مرجع سابق، 2019، ص: 8.

(3) سامال اسكندر محمد الباجلان: مرجع سابق، 2016، ص: 75.

ثانيا: حالات وشروط الممارسة العامة

نصت المادة رقم (9) و رقم (67) من لائحة العقود الإدارية، على حالات وشروط وإجراءات التعاقد بالممارسة العامة على النحو الآتي :

أ- حالات التعاقد بالممارسة العامة

بيّن المشرع الليبي في المادة رقم (9) من لائحة العقود الإدارية رقم (563) لسنة 2007 الحالات التي يجوز فيها للجهة الإدارية التعاقد بطريقة الممارسة العامة، وأعطى للجهة الإدارية سلطة تقديرية في اللجوء إلى التعاقد عن طريق الممارسة العامة، وعدم اتخاذ إجراءات المناقصة العامة إذا توافرت تلك الحالات. وهذه الحالات، وحسب ما يفهم من استقراء تلك المادة هي:

1. الحالات العاجلة التي يكون التعاقد فيها خلال مدة زمنية لا تسمح باتخاذ إجراءات المناقصة العامة والممارسة، وذلك لضمان سلامة وكفالة سير العمل بالجهة الإدارية، وأن لا يكون ذلك ناجما عن سوء إدارة أو تقدير، أو تأخر في اتخاذ الإجراءات.
2. الحالات الطارئة الناجمة عن الظروف الفجائية التي لم يكن في الإمكان توقعها، أو التنبؤ بها، أو التي تتطلب ضرورة التعامل معها بشكل فوري، ولا تتحمل إجراءات المناقصة العامة، أو الممارسة العامة، مثل توريد الأمصال واللقاحات والعقاقير الطبية، ذات الطبيعة الخاصة والاستراتيجية.
3. الأعمال والتوريدات المحتكر صنعها أو استيرادها، أو التي لا توجد إلا لدى أشخاص، أو شركات معينة، ولديها الحق الحصري والاحتكاري لموضوع التعاقد .
4. وجود أشخاص أو شركات معينة لها القدرة المالية والفنية على تلبية متطلبات التعاقد.
5. الخدمات الاستشارية.
6. عندما يكون موضوع التعاقد غير مشمول في عقد قائم، وتقتضي الضرورة الفنية تنفيذه بمعرفة المتعاقد القائم بالتنفيذ.
7. غير ذلك من الأحوال التي لا تسمح فيها طبيعة العقد أو ظروف إبرامه باتباع طريق المناقصة العامة، (مثل التوحيد القياسي مع ما هو قائم، أو التكامل مع مشروع قائم، أو

توسعته)، ويجري تحديد هذه الأحوال بقرار مسبب من الجهة المختصة بإصدار قرار الترسية والإذن بالتعاقد.

والحالات السابقة التي بيّنها المشرع الليبي، والتي أجاز فيها للإدارة اللجوء إلى أسلوب الممارسة، لا لشيء، إلا أن أسلوب المناقصة العامة غير ذي جدوى، حيث تتعلق بأمور يحتكر صناعتها أو توريدها بعض الأشخاص دون غيرهم، ومن ثم فإن الإعلان عنها لن يأتي إلاّ بهؤلاء فقط، أو حالات الاستعجال والطواري، لذا حفاظاً على الوقت، وتوفيراً للنفقات العامة، يتم اللجوء إلى الممارسة. كما اشترط دعوة عدد كاف من أدوات التنفيذ لا يقل عن ثلاثة.

ب- شروط وإجراءات الممارسة العامة

نصت المادة رقم 9 من لائحة العقود الإدارية على شروط وإجراءات الممارسة العامة، التي يتعين على الجهة الإدارية التقيد بها نبيئها علي النحو التالي :

1. يتعيّن ألاّ تتجاوز قيمة العطاء في الممارسة العامة مبلغ مئتين وخمسين ألف (250000) دينار، وإذا زادت قيمته على ذلك، فعلى الإدارة أن تلجأ إلى التعاقد عن طريق المناقصة العامة.
2. الحصول على إذن مسبق باللجوء إلى التعاقد بطريقة الممارسة العامة من الجهة المختصة بإصدار الإذن.
3. توجيه الدعوة لتقديم العطاءات وللتعاقد بطريقة الممارسة العامة لعدد من المقاولين والموردين المشتغلين، والمتخصصين في موضوع العقد والمسجلين في السجلات الخاصة بالجهة الإدارية، ثم يتم الاجتماع معهم والتفاوض حول موضوع العقد والمواصفات الفنية، وتطلب الإدارة منهم تقديم عطاءات مكتوبة بشأن الأعمال المطلوب التعاقد عليها.
4. تعقد لجنة العطاءات (التي سبق التعرض لتشكيلها وضوابط عملها في المطلب السابق لهذا المبحث)، جلسة علنية يحضرها مقدموا العروض، أو مندوبيهم، وتقوم بفتح المظاريف الفنية كمرحلة أولى من إجراءات الممارسة العامة، ودراسة العروض المقدمة للتحقق من مدى مطابقتها للشروط والمواصفات الفنية المطروحة والمنصوص عليها بكراسة

المواصفات، واتخاذ ذات الإجراءات المنصوص عليها بهذه اللائحة والمتبعة بالنسبة إلى فتح المظاريف الفنية في المناقصة العامة، ثم ترفع تقريرها للسلطة المختصة، متضمناً توصياتها بشأن قبول واستبعاد ورفض أيّ من العروض المقدّمة، وأسباب ذلك بصورة مفصّلة ودقيقة، توضح عمق ودقّة دراستها الفنية لجميع العروض المقدّمة (1).

5. بعد اعتماد السلطة المختصة لنتيجة الدراسة الفنية للعروض المقدّمة التي توصلت لها لجنة العطاءات في توصياتها السابقة، تتولى لجنة العطاءات إخطار مقدمي العروض المقبولة فنياً بموعد ومكان انعقاد لجنة العطاءات في مرحلة ثانية لفتح المظاريف المالية السابق تقديمها منهم، ليتسنى لهم حضور الممارسة. ومن الأهمية هنا الإشارة إلى أن لائحة العقود الإدارية الحالية رقم (563) لسنة 2007، أعطت الحق للجنة العطاءات بدراسة العروض المقدّمة فنياً ومالياً، ومفاوضة مقدميها، والإعلان عن آخر الأسعار المقدّمة من كل منهم، وتحفظاتهم وشروطهم، سواء الإضافية أو المعدلة (2).

ويجب أن تكون هناك فترة زمنية كافية بين تاريخ الإخطار وموعد جلسة فتح المظاريف المالية، حتى يتسنى لكافة أصحاب العروض المقبولة فنياً من الحضور والتنافس في الأسعار والشروط لتحقيق الهدف المنشود من الممارسة.

6. تقوم لجنة العطاءات في هذه المرحلة الثانية من إجراءات الممارسة العامة، وفي جلسة علنية بحضور مقدمي العروض أو مندوبيهم بفتح المظاريف المالية للعروض المقبولة فنياً فقط، ثم قراءة محتويات تلك المظاريف، واتخاذ كافة الإجراءات المنصوص عليها بلائحة العقود الإدارية بشأن فتح المظاريف الفنية والمالية، المعمول بها في المناقصة العامة، والتي سبق تناولها .

7. تتولى لجنة العطاءات وبعد توحيد أسس المقارنة بين العروض المقبولة فنياً من جميع النواحي الفنية والمالية ، وإجراء ممارسة مقدمي العروض المقبولة فنياً في جلسة علنية

(1) تنص: المادة رقم 67 من لائحة العقود الإدارية رقم 563 لسنة 2007 على: " تسري على الممارسة أحكام المناقصة العامة وإجراءاتها ومحضر الترسية وقرار الترسية وذلك بالقدر الذي لا يتعارض مع طبيعتها ومع أحكام هذا الفصل " .

(2) لمزيد من التفاصيل ينظر في المادة رقم 65 والمادة رقم 66 والمادة رقم 67 من لائحة العقود الإدارية رقم 563 لسنة 2007.

للوصول إلى أفضل الشروط وأقل الأسعار⁽¹⁾. ويجب أن لا يقف عمل اللجنة عند الأخذ بأقل العطاءات المقدمة سعرا، وإنما يتعين عليها مفاوضة المتمرسين بأسعارهم، حيث يعدّ التفاوض إجبارياً، ويتيح للإدارة المتعاقدة الوصول إلى أقل العطاءات سعرا، وأنسبها شروطاً، مُسترشدةً في ذلك بأسعار السوق. ولكنه لا يسمح بإجراء تعديلات على السمات الرئيسية للعقد، مثل الغرض من العقد، أو معايير اختيار المرشحين والعروض. كما يجب أن لا يؤدي التفاوض إلى التخلي عن أيّ معيار من هذه المعايير. ولكن يوجد قدر من السلطة التقديرية للإدارة، تمكّنها من التفاوض بحرية حول مضمون الخدمات، وتكييف السعر مع الخدمات التي يتم في النهاية اختيارها.

8. يتم إعلان مقدمي العروض عن آخر الأسعار المقدمة من كل منهم في جلسة علنية، وتمنح المقدمين مهلة زمنية لتقديم إقرارات مكتوبة، تتضمن أسعارهم وشروطهم.

9. ترفع لجنة العطاءات محضراً بتوصياتها، موقعا من جميع أعضائها ورئيسها للسلطة المختصة، يتضمن توصياتها من حيث قبول أو رفض أيّا من تلك العروض، وأسباب ذلك، وتحديد العطاء الأكثر فائدة من الناحية الاقتصادية، وفق المعايير المتبعة في المناقصة العامة لتقرير ما تراه.

ووفقاً للمادة رقم (67) من لائحة العقود الإدارية رقم (563) لسنة 2007، فإنه عدا الأحكام السابق إيضاحها، تخضع الممارسة العامة لكافة أحكام المناقصة العامة. وللإدارة - كشأن بقية طرق التعاقد - أن تستبعد من افتقر إلى شروط التعاقد، ولا يحدّها في ذلك إلا قيد عدم التعسف في استعمال السلطة⁽²⁾.

الفرع الثاني: التكليف المباشر

يعد التكليف المباشر الأسلوب الاستثنائي الثاني لإبرام العقود الإدارية، الذي أقرته كافة التشريعات المقارنة، ولائحة العقود الإدارية رقم 563 لسنة 2007، حيث أجازت للإدارة التعاقد بطريقة التكليف المباشر في المادة رقم (8) الفقرة (د). وأكدت عليه أيضاً لائحة تنظيم المشتريات الصادرة بقرار رقم (12) لسنة 2023 م، في المادة رقم (14)، وذلك

(1) المادة رقم 48، والمادة رقم 49 من لائحة العقود الإدارية رقم 563 لسنة 2007.

(2) عماد خليل إبراهيم: مرجع سابق، 2019، ص: 70.

وفقا للحدود والشروط المحددة التي تضبطها وتصون المال العام، والتي تُبَيِّنُها على النحو الآتي:

أولاً: تعريف التكاليف المباشر وحالاته: يعدّ التكاليف المباشر في الوقت الحالي خاصة في الظروف التي تمر بها البلاد أكثر الطرق في إبرام العقود الإدارية، وأتعرض له تفصيلاً على النحو الآتي:

أ- تعريف التكاليف المباشر وأهميته

لقد عرّف الفقه التكاليف المباشر بأنه " تقنية استثنائية لتبادل الإيجاب والقبول في العقد الإداري تقوم على التفاوض، شأنها في ذلك شأن الممارسة، بخلاف أن التكاليف المباشر لا يتم من خلال العلنية والشفافية (1) . وقد ذهب آخرون إلى تعريف التكاليف المباشر بأنه قيام جهة الإدارة بالتعاقد مباشرة مع شخص معيّن، بغير إجراءات طريقي المناقصة العامة أو الممارسة، متمنّعة في ذلك بحرية كبيرة في اختيار المتعاقد معها، ولا يقيدّها في ذلك سوى، إعتبارات الصالح العام، والقانون لا يُرَخِّص به إلاّ على سبيل الاستثناء، وفي مجالات وحالات معينة (2).

ومن جانبي كباحثة فإنه يمكن القول وباختصار: إنه يقصد بالتكاليف المباشر تعاقد الإدارة مع المتعاقد التي تُريد إبرام عقد إداري معه بشكل مُباشر، وفي حالات مبرّرة قانوناً، من دون التقيد بضوابط وإجراءات محددة، ومن دون المرور بإجراءات لجنة العطاءات، كما هو الحال بالنسبة إلى المناقصة العامة والممارسة العامة.

ويُتيح التعاقد بطريق التكاليف المباشر سلطة تقديرية للإدارة في اختيار المتعاقد معها، ويعدّ وفقاً للفقه الغالب قراراً إدارياً مثل قرار إرساء المناقصة العامة والممارسة العامة، يخضع للطعن

(1) مهند مختار نوح: الإيجاب والقبول في العقد الإداري دراسة مقارنة ، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، 2005، ص: 593.

(2) محمد فؤاد عبد الباسط: الأعمال الإدارية القانونية، الكتاب الثاني، العقد الإداري، دار النهضة العربية القاهرة، 2012، ص: 332.

عليه أمام القضاء الإداري، باعتباره قراراً إدارياً منفصلاً عن العقد الإداري (1).

ويوفر التكاليف المباشر فوائد عدة لعملية إبرام العقود الإدارية، ومن الممكن تلخيصها فيما يأتي:

1. توفير المصروفات والوقت المترتب على تنفيذ التعاقد بطريقة المناقصة العامة، حيث كما سبق القول لا تحتاج طريقة التكاليف المباشر الالتزام بأيّ مصروفات، أو فترة زمنية مما يساهم في توفير المال والوصول إلى النتيجة المطلوبة من دون الحاجة إلى إجراءات ولجان.
2. تعتمد هذه الطريقة على التعاقد مع صاحب الخبرة من دون أيّ قيود، مقارنة بطريقة المناقصة العامة التي تعتمد على الأحكام القانونية في الإرساء واختيار العرض الذي يقدم أقل سعراً؛ مما يُغيب القدرة على التحقق من الخبرة، وينتج عن ذلك زيادة الخطر على الإدارة المتعاقدة .
3. نظراً لطبيعة التعاقدات التي تقوم على اعتبارات الأمن القومي، فقد تضمنت بعض التشريعات المقارنة على نصوص صريحة تنظم التعاقدات التي تبرمها الجهات المختصة بالدفاع والإنتاج الحربي. ففي مصر مثلاً، نصت المادة رقم (8) من القانون رقم (98) لسنة 1998، للمناقصات والمزايدات على جواز تعاقد وزارتي الدفاع والإنتاج الحربي بطريق الاتفاق المباشر. كما أجازت لرئيس الوزراء أن يصرح لجهة بعينها لاعتبارات يقدرها، ترتبط بطبيعة عمل ونشاط تلك الجهة بالتعاقد بطريق الاتفاق المباشر. ويبدو أن هذه الحالة هي ما قصدها المشرع الليبي، والتي نص عليها في الفقرة (1/ أ) من المادة رقم (10) - الحالات التي تقتضيها متطلبات الأمن الوطني، أو حالة الطوارئ بحسب ما تقرره اللجنة الشعبية العامة سابقاً، (مجلس الوزراء حالياً) .

ويتبين مما سبق أن التكاليف المباشر يعطي للإدارة مرونة كبيرة في إبرام العقود الإدارية، من خلال سلطتها التقديرية في اختيار من تتعاقد معه، والتي تراه الأقدر على تحقيق الصالح العام من دون التقيد بآلية الإرساء في المناقصات العامة، وهي قبول أقل العطاءات

(1) أسعد طاهر أحمد: مرجع سابق، 2014، ص: 23.

المقدمة، شأنها في ذلك شأن العقود الخاصة للأفراد العاديين. إلى جانب ذلك يكون لها الحق في أن تتفاوض على كل شيء من دون قيد أو شرط، إلا القيود العامة التي ترد على جميع طرق التعاقد⁽¹⁾. ولكن ذلك كله عند توفر الحالات المحددة بنص في التشريعات المنظمة للتعاقد، لأن الأصل أن لا يتم اللجوء إلى أسلوب التكاليف المباشر بشكل دائم تحاشياً للسلبيات التي قد تنتج عنه، سيما شبهات الفساد والتلاعب بين الإدارة المتعاقدة والمتعاقد معها.

ب- حالات التكاليف المباشر

تتحدد حالات التكاليف المباشر في كثير من التشريعات، مثل ما في مصر بحالات واردة على سبيل الحصر، أبينها على النحو الآتي⁽²⁾:

- 1 . حالة الاستعجال: أي في الحالة التي لا تتحمل اتباع إجراءات المناقصة العامة أو الممارسة.
- 2 . حالة الاحتكار لبعض الأعمال لدى عدد محدود جداً من المصدرين.
- 3 . حالة استخدام براءة الاختراع، أو الحق الذي تقرره لمالك واحد.
- 4 . الحالة التي تلتزم بطبيعتها خبرة فنية متخصصة لا يمكن أن يعهد بها إلا لمقاول محدد.
- 5 . الحالات التي تقتضي المصلحة العامة تقريرها بسرية الاتفاقيات المباشرة لشراء الأسلحة ومستلزماتها، من ذخيرة وغيرها.
- 6 . حالات شراء بعض السلع الأساسية أو المستلزمات الأولية التي تحتاج إلى اختصاص عال جداً، ومبالغ مالية ضخمة لا تملكها إلا أعداد محصورة من الشركات المهيمنة على ذلك المجال.
- 7 . في حالة ما يكون رأس المال اللازم لتنفيذ المشروع لا يملكه إلا أحد المقاولين، فيجري تكليفه بتنفيذه لتقادي التعاقد مع مقاول ليس قادراً على إتمام تنفيذه.

(1) محمد رفعت عبد الوهاب: مرجع سابق، 2019، ص: 78.

(2) حمدي عطية مصطفى عامر: مرجع سابق، 2015، ص: 456.

وتجدر الإشارة إلى أنه في جميع الحالات السابقة يجب صدور ترخيص مُسبق من الجهة المختصة قبل اللجوء إلى التعاقد بالتكليف المباشر.

وفي ليبيا أوردت لائحة العقود الإدارية رقم (563) لسنة 2007 في مادتها رقم (8) الفقرة د)، التكليف المباشر كطريقة من طرق التعاقد الإداري. كما أجازت المادة رقم (10) من لائحة العقود الإدارية سالفه الذكر، والمادة رقم (14) من لائحة تنظيم المشتريات، الصادرة بقرار رقم (12) لسنة 2023 للإدارة التعاقد بطريقة التكليف المباشر لتنفيذ التوريد، والمقاولات العامة، وحددت حالات لجوء الإدارة إلى التعاقد بطريقة التكليف المباشر، وشروط وضوابط محددة، منها ما يتعلق بالحصول على موافقة جهات معينة، ومنها ما يتعلق بالصلاحيات المالية المعتمدة للتعاقد، حرصاً منها على عدم فتح المجال واسعاً أمام الإدارة لاتباع هذه الطريقة، فلا تلجأ إليه الإدارة إلا عند توافر إحدى حالاته التي يقع على عاتقها عبء إثبات توافرها، مع ملاحظة أن هذه الحالات لا تقبل القياس، وهو ما يجعلها طريقاً استثنائياً من الأصل العام في التعاقد الإداري، وهو المناقصة العامة⁽¹⁾. ومن القيود التي حددها المشرع الليبي الخاصة بالتكليف المباشر ما يأتي:

1. لا يجوز اللجوء إلى التعاقد بالتكليف المباشر، إلا في حالات الاستعجال والضرورة القصوى، حيث تلجأ الإدارة إليه في الحالات التي لا يمكن معها انتظار إجراءات المناقصة أو الممارسة العامة، أو في حال عدم جدوى هذين الأسلوبين الأخيرين، بسبب استحالة المنافسة أصلاً.
2. عقود متطلبات الأمن القومي التي ترغب الإدارة في إبرامها، وتقتضي المصلحة العامة إحاطتها بالسرية، كعقود توريد الأسلحة وذخائرها .
3. حالة ما تكون التوريدات، أو الخدمات الاستشارية، أو المقاولات ذات طبيعة تخصصية واحتكارية، ومتوفرة لدى جهة معينة محتكرة تملك براءة الاختراع، أو الإجازة، أو الحقوق الحصرية لها.
4. المشتريات والأعمال العادية ومقاولات النقل والصيانة العادية.

(1) بيو خلاف: مرجع سابق، 2020، ص: 158.

ويلاحظ عن الحالات التي أجازت فيها التشريعات المختلفة التعاقد بالتكليف المباشر، نجد فيها معيار الاستعجال في ظل الظروف المحيطة لدفع ضرر محتمل قد ينجم فيما لو تأخر إبرام العقد إلى الأجل الذي تستلزمه الإجراءات الأخرى، أو الاحتكار، أو سرية العمل، أو دفع الضرر الناجم في التأخير عن التعاقد، فهي معايير موضوعية تقدرها الإدارة وفق سلطتها التقديرية، كما أنها تحت رقابة القضاء⁽¹⁾. لذا وجب التقيّد بالحالات المبررة لاتباع هذا الطريق التعاقدية، فإذا لم يكن هناك مبرر لاتباعه، أو كان المبرر ضعيفاً وواهباً وغير مقنع، فإنه لا بد من تحقيق مبدأ المساءلة القانونية، وتحميل الشخص، أو الجهة المعنية المسؤولية القانونية⁽²⁾.

ثانياً: شروط أحكام التعاقد بالتكليف المباشر

تضمنت التشريعات المختلفة المتعلقة بالعقود الإدارية نصوصاً خاصة، تتعلق بتوضيح الحالات التي تخول الإدارة حق إبرام العقد بطريقة التكليف المباشر، ومنها لائحة العقود الإدارية الليبية سألقة الذكر. فإلى جانب كونها حددت الحالات التي تلجأ فيها الإدارة إلى التكليف المباشر من خلال مادتها رقم (10)، والمادة رقم (68)، أخضعتها لأحكام تهدف في مجملها إلى الحفاظ على صالح الخزانة العامة للدولة. كما حددت لائحة تنظيم المشتريات الصادرة بقرار رقم (12) لسنة 2023 في مادتها رقم (14)، الحالات التي يجوز للإدارة التعاقد بطريقة التكليف المباشر لتنفيذ أعمالها وتأمين مشترياتها. وسأتناول فيما يلي الأحكام التي تخص التعاقد بالتكليف المباشر:

1. يكون التعاقد بالتكليف المباشر بناء على قرار مسبب ترخيص) من الجهة المختصة للتعاقد عن طريق التكليف المباشر. وتمثل هذه السلطة المختصة المرتبطة بحدود مالية محددة بحسب ما جاء في الفقرة (ب) من المادة رقم (9) من اللائحة سألقة الذكر، وعلى النحو الآتي:

أ . الوزير المختص (أمين اللجنة الشعبية للجهة المتعاقدة)، يأذن بالتعاقد بطريق

(1) عماد خليل ابراهيم: مرجع سابق، 2019، ص: 78.

(2) حيدر محمد زيدان التميمي: مرجع سابق، 2015، ص: 174.

التكليف المباشر، وذلك فيما لا تتجاوز قيمته (1,000,000) مليون دينار، وموافقة رئيس مجلس الوزراء (أمين اللجنة الشعبية العامة سابقاً)، في حالة ما تجاوزت القيمة ذلك لشراء المشتريات العادية، ومقاولات النقل، وأعمال الصيانة العادية، وتلقي الخدمات أو الدراسات الفنية.

ب . رئيس مجلس الوزراء (أمين اللجنة الشعبية العامة سابقاً)، أجازت اللائحة له اعتماداً لتعاقد بطريق التكليف المباشر في حالة الضرورة، بعد صدور الإذن من الجهة المختصة، وذلك فيما يجاوز الحدود المقررة للوزير المختص، وفي حالة ما تجاوزت قيمة العقد (2,000,000) مليوني دينار ، بالنسبة إلى حالات الصيانة العاجلة، وشراء مواد لحالة من حالات الاستعجال، أو المواد المحنكرة، أو شراء قطع غيار من المصنع الأصلي، أو وكيله المعتمد.

2. تتولى إجراءات التعاقد بالتكليف المباشر لجنة تتكون من رئيس وثلاثة أعضاء من ذوي الخبرة والتخصص، تشكلها الجهة التي أصدرت الإذن بالتعاقد بالتكليف المباشر، وتعرض نتائج أعمالها في صورة تقرير مُعدّ من قبلها على الجهة المُصدرة للإذن لاعتماد التعاقد.

3. تسري على التعاقد بالتكليف المباشر الأحكام المنظمة للمناقصة العامة، وأحكامها بما لا يتعارض مع طبيعته وأحكامه.

وقد لاحظ ديوان المحاسبة الليبي في تقريره السنوي لعام 2021 نقشي ظاهرة التعاقد بالتكليف المباشر كبديل عن المناقصة العامة انحرافاً عن مبادئ النزاهة والشفافية، وبالمخالفة للوائح والتشريعات المنظمة. وفي هذا الشأن أصدر رئيس ديوان المحاسبة بتاريخ الموافق 2022/3/7 المنشور (رقم 1) لسنة 2021 بشأن الالتزام بإجراءات التعاقد، والذي نبّه فيه الجهات الخاضعة لرقابة الديوان إلى التقيد بالقوانين واللوائح المنظمة لإجراءات التعاقد بشكل عام، وإجراءات التعاقد بطريقة التكليف المباشر بشكل خاص، وأوصى بالآتي:

- أ- الإلتزام بالحالات المنصوص عليها في المادة رقم (10) من لائحة العقود الإدارية.
- ب- الإلتزام بالإجراءات المنصوص عليها في المادة رقم (68) من لائحة العقود الإدارية.
- ج- الإلتزام بالمادة رقم (23) من اللائحة الموحدة للتعاقد بالشركات النفطية.

د- إدراج الأسباب التي جعلت الجهة تلجأ إلى التعاقد بطريقة التكليف المباشر، واعتماد الإجراءات من رئاسة الوزراء، لأنها المعنية دون غيرها بتقدير حالات التعاقد بطريقة التكليف المباشر في الحالات التي يتطلب موافقتها.

وخلاصة ما تقدم، وفي ضوء ما سبق عرضه، يمكن القول: إن عملية إبرام العقود الإدارية تخضع لنظام قانوني متميز، حيث اعتمد المشرع الليبي في كل النصوص المنظمة لها، تحديد آليات إبرامها تحقيقاً للمصلحة العامة، ومستهدفاً بذلك تقييد سلطة الجهة المتعاقدة؛ تفادياً لاستعمالها في غير الأغراض المخصصة لها، وحتى لا تكون محل كسب غير مشروع وفساد، وتحقيقاً للمصلحة العامة، وترشيداً للمال العام، خاصة في وجود قانون مكافحة الفساد. ويبقى تحديد طريقة إبرام العقد من أهم الضمانات التي من شأنها ضمان حسن التنفيذ، من خلال اختيار أحسن العروض من حيث الشروط، وأقلها سعراً. ونقترح على المشرع الليبي أن يواكب التشريعات الحديثة المتعلقة بالعقود الإدارية، حيث لم تقم بالأخذ بقاعدة تجميع النقاط مثلاً كآلية للإرساء في المناقصات العامة، وكذلك تدخله لحصص وضبط حالات اللجوء للممارسة، والتكليف المباشر بشكل واضح، وذلك للحد من لجوء الإدارة إليهما إلا في الحالات المبررة قانوناً.



الفصل الثاني

سلطة الإدارة التقديرية في تنفيذ العقود الإدارية

تقديم

تتميز العقود الإدارية عن عقود القانون الخاص - كما سبق القول بالفصل الأول - بطابع خاص، حيث تخضع لقواعد القانون العام، وتظهر فيه امتيازات الإدارة كسلطة عامة، تسعى إلى تحقيق المصلحة العامة، ذلك أن الهدف من إبرام الإدارة للعقد الإداري، لا يكون بقصد تحقيق ربح مالي كما هو الحال في عقود القانون الخاص، بقدر ما يهدف إلى تحقيق مصلحة عامة، وتسيير مرفق عام، والذي أبرم من أجله العقد الإداري بانتظام واضطراد لإشباع حاجة المواطنين. وبعدم تنفيذ هذا الالتزام، أو تنفيذه بشكل غير مطابق لما تم الاتفاق عليه، سيؤدي بالضرورة إلى اختلال وعدم انتظام المرفق العام، وهذا سيؤدي بدوره إلى اختلال أساسي في حياة المجتمع، ومن ثم حصول نتائج لا يمكن تداركها، إذ أن ضرورة الحرص على سير المرفق العام يستلزم التشدد في التعامل مع المتعاقد مع الإدارة، لإجباره على تنفيذ شروط العقد بدقة. ومن هنا كانت التزامات أطرافه ليست على قدم المساواة، وترتب عن ذلك ضرورة منح الإدارة الوسائل التي تكفل لها انتظام وسير العمل بالمرفق العام، ومن ثم حماية المصلحة العامة. ومن أهم مظاهر هذه السلطات التي تلجأ إليها الإدارة في مواجهة المتعاقد معها، هو حقها في الرقابة والإشراف، وحقها في توجيه الأعمال لتتأكد من التزام المتعاقد بشروط العقد، وأيضاً حقها في إدخال تعديلات على شروط العقد بإرادتها المنفردة، عندما يتبين لها أنه أكثر اتفاقاً مع الصالح العام، وكلما تطلبت ظروف ومصلحة المرفق العام ذلك، وحقها في توقيع جزاءات على المتعاقد معها من دون اللجوء إلى القضاء في حال إخلاله بالتزاماته. كما لها سلطة تقديرية في فسخ العقد الإداري بإرادتها المنفردة قبل نهاية المدة المحددة له، سواء اكان بخطأ من المتعاقد معها، أم من دون خطأ منه، وإنما لدواعي المصلحة العامة. ولدراسة هذا الموضوع سأقسمه على مبحثين على النحو الآتي:

المبحث الأول: سلطة الإدارة في الرقابة وتوقيع الجزاءات المالية.

المبحث الثاني: سلطة الإدارة التقديرية في سحب وتعديل وفسخ وإنهاء العقد الإداري.

المبحث الأول

سلطة الإدارة في الرقابة وتوقيع الجزاءات المالية

يعدّ العقد الإداري في هذا العصر جزءاً أساسياً من التنظيم الاقتصادي، وذلك لارتباطه الوثيق بتسيير المرافق العامة، وتلبية الحاجات العامة، ومن أجل ضرورة استمرارية سير هذه المرافق العامة بانتظام واطراد، حيث إنه بقيامه، ويتحقق أركانه الخاصة، وشروط إبرامه، يصبح للإدارة في النظرية العامة للعقد الإداري ونظامها القانوني جملة من الحقوق لا نظير لها في عقود القانون الخاص، والتي توجب تغليب المصلحة العامة على المصلحة الخاصة للمتعاقد مع الإدارة، وتتمثل هذه الحقوق في منح الإدارة العديد من السلطات والامتيازات الاستثنائية، التي تتمكّن الإدارة بواسطتها من تنفيذ عقودها الإدارية، من خلال إجبار المتعاقد معها على القيام بما تأمره به من أعمال، من أجل سير المرفق العام من دون أن يكون له اعتراض على ممارسة الإدارة لهذه السلطات ما دامت في إطار المشروعية. ولعلّ أهم وأبرز تلك الامتيازات وأخطرها سلطة توقيع الجزاءات على المتعاقد معها، والتي تختلف عن نظيراتها في عقود القانون الخاص، التي تخضع لقاعدة العقد شرعية المتعاقدين، وتقوم على المساواة، وذلك للضغط أكثر على المتعاقد معها للاحترام وللإيفاء بشروط العقد الإداري، وبمواعيد التنفيذ.

وعلى ذلك، فإن دراسة هذا المبحث تقتضي منّي تقسيمه على النحو الآتي:

المطلب الأول: سلطة الإدارة التقديرية في الرقابة وتوقيع الغرامات المالية.

المطلب الثاني: سلطة الإدارة في مصادرة التأمين ووقف تنفيذ العقد.

المطلب الأول

سلطة الإدارة التقديرية في الرقابة وتوقيع الغرامات المالية

مما لا شك فيه أن الإدارة تملك أثناء تنفيذ العقد الإداري سلطات متعدّدة ومتنوعة لا مثيل لها في عقود القانون الخاص، تجعلها في مركز قانوني متميز في مواجهة المتعاقد معها عن أيّ إخلال بالتزاماته التعاقدية، حتى وإن لم ينصّ عليها صراحة في العقد.

ومن هذه السلطات، نجد سلطة الإدارة في الرقابة على تنفيذ العقد الإداري، وسلطتها على توقيع الغرامات (الجزاءات) المالية على المتعاقد معها المخل بالتزاماته التعاقدية. وتعد هاتان السلطتان على قدر كبير من الأهمية في دفع المتعاقد مع الإدارة على الوفاء بالتزاماته التعاقدية على الوجه الأمثل، وضمان تنفيذ المرتبط به بدقة، بقصد تحقيق مصلحة عامة، وتسيير مرفق عام لسد حاجة المواطنين. بالإضافة إلى ذلك، فهما يعدان في الوقت نفسه من أخطر وأدق الأمور التي يثيرها العقد الإداري، ومن ثم لا بد أن يتمتع المتعاقد بضمانات تحميه من تعسف الإدارة في ممارسة هاتين السلطتين، وتحت رقابة القضاء الإداري. ولعلّ من أهم الأسباب لتعالي الأصوات المنادية بمكافحة الفساد في العقود الإدارية في الآونة الأخيرة، هو نتيجة لتراجع سلطات بعض الجهات الإدارية في تنفيذ عقودها الإدارية، وبخاصة لتجاهلها الرقابة، والإشراف، والتوجيه، وفرض الجزاءات على الأطراف المتعاقدة معها، التي تتراخي، أو تعجز على تنفيذ التزاماتها التعاقدية، ومن ثم فإن مركز ووضعية الإدارة، وتمتعها بامتيازات السلطة العامة، يخولها ممارسة الآتي:

الفرع الأول: سلطة الإدارة في الرقابة

منح القانون جهة الإدارة سلطات واسعة في نطاق تنفيذ العقود الإدارية، لما لها من سلطة عامة مسؤولة عن إدارة مرفق عام، ومن هذه السلطات حق الإدارة في الرقابة، والإشراف والتوجيه في أثناء تنفيذ العقود الإدارية؛ وأوضح ذلك تفصيلا على النحو الآتي:

أولاً : مفهوم حق الإدارة في الرقابة وأساسها القانوني :

يعدّ حق الإدارة في الرقابة والتوجيه حقا أساسيا من حقوقها، وامتيازاً من امتيازاتها في العقود

الإدارية. ولهذا الحق أساس قانوني مستمد من التشريعات المنظمة للعقد الإداري، وذلك على التفصيل الآتي :

أ - مفهوم حق الإدارة في الرقابة على تنفيذ العقد الإداري

يختلف مدى سلطة الإدارة المتعاقدة في الرقابة من عقد إلى آخر، حيث يجمع معظم الفقه أن لسلطة الإدارة في الرقابة على المتعاقد أثناء تنفيذ العقد الإداري مفهومين مختلفين⁽¹⁾، وذلك على النحو الآتي:

1. **المفهوم الضيق:** تقتصر سلطة الإدارة وفق هذا المفهوم الضيق لسلطة الإدارة في الرقابة على الإشراف في تنفيذ العقد فقط. وينحصر حق الإدارة في الرقابة على المتعاقد في أثناء تنفيذ العقد بهذا المعنى، في التحقق من أن تنفيذ العقد يتمّ طبقاً للشروط والمواصفات المتفق عليها؛ أي أنه وفقاً لهذا المفهوم الضيق تكون سلطة الرقابة من جانب الإدارة مرادفة لمعنى الإشراف⁽²⁾. وتمارس الإدارة حق الرقابة بهذا المعنى بإحدى الصورتين الآتيتين أو كليهما معاً⁽³⁾ :

– الصورة الأولى: أعمال مادية، وتتم الرقابة عن طريق الطرق الآتية:

– مهمات ميدانية تقوم بها فرق متخصصة من مهندسي الإدارة؛ من أجل معاينة التنفيذ بالنتقيش والمراجعة، وطلب الإحصائيات والبيانات.

– بأخذ العينات من المواد المستعملة، وإرسالها للمختبرات المتخصصة لتحليلها إذا تطلب الأمر، وذلك للتأكد من سلامتها وجودتها.

– بدخول أماكن استغلال المرفق العام والورش والمخازن.

– عن طريق تلقي الشكاوي من المنتفعين والبت فيها، أو عن طريق التقارير التي يرسلها

(1) بيو خلاف: مرجع سابق، 2020، ص: 259.

(2) توركان إبراهيم علي: مرجع سابق، 2019، ص: 55.

(3) علي يوسف الشكر ومحمد سالم عبد الكاظم: سلطة الإدارة في الرقابة على تنفيذ العقد الإداري، مجلة الكوفة للعلوم القانونية والسياسية، جامعة الكوفة، المجلد 8، العدد 25، 2015، ص: 7.

كل من المتعاقد ومكتب الإشراف إلى الإدارة، عن تقدم الأعمال في المشروع، والعراقيل المادية والتقنية التي قد تعترض حسن سير العمل به.

– وكذلك عن طريق تعيين مندوبين عنها بقصد الإشراف على تنفيذ العقد، والتحقق من صلاحية المواد التي ينفذ بها المقاول التزاماته، ومدى مطابقتها للشروط التعاقدية.

كما أجازت لائحة العقود الإدارية في ليبيا رقم (563) لسنة 2007 في مادتها رقم (12)، الاستعانة بالمكاتب الاستشارية المتخصصة للإشراف على تنفيذ المشروعات.

وجدير بالذكر أن هذه الرقابة لا تقتصر على طريقة التنفيذ ومواعيدها فحسب، وإنما تشمل أيضاً الوسائل، والمواد، والمنتجات المستعملة لتنفيذ العقد.

— **الصورة الثانية:** أعمال قانونية، وقد تتم الرقابة من خلال أعمال قانونية في شكل تعليمات، أو أوامر قانونية، أو إنذارات توجهها الإدارة للمتعاقد معها، بهدف التأكد من أن كل شيء في تنفيذ المشروع يسير وفقاً للصالح العام، وتكون رقابة الإدارة وتدخلها مُمهّداً لاستلام المشروع عند اكتماله، ومُكملاً لرقابة الفحص اللاحقة عند الاستلام النهائي للمشروع.

2. **المفهوم الواسع:** وفقاً لهذا المعنى فإن الإدارة تتمتع بسلطات واسعة في الرقابة على تنفيذ المشروع، تتجاوز حق الإشراف على الأعمال المادية، بل يمتد إلى منحها سلطة حق التوجيه، أي حق الإدارة في إصدار أوامر وتعليمات إدارية، تُلزم المتعاقد معها بتنفيذ الإلتزامات التعاقدية المسندة إليه بطريقة معينة وتوقيتها. وتستطيع كذلك تعيين مهندسين مشرفين في مواقع المشروع، لمراقبة ومتابعة تنفيذ الأعمال وفق المخططات، والتصاميم والمواصفات وتوجيه أعمال التنفيذ واختيار أنسب الطرق الفنية، ومواد التنفيذ، وتصنيعها ويحق لها أيضاً مراقبتها في أماكن تصنيعها، ولها أن تعدل منها بما يضمن حسن سير المرفق العام والمصلحة العامة، وفقاً لسلطتها التقديرية⁽¹⁾.

ب- الأساس القانوني لحق الإدارة في الرقابة على تنفيذ العقد الإداري

يرجع الأساس القانوني لحق الإدارة في الرقابة والتوجيه، في تنفيذ العقود الإدارية إلى النص

(1) جاسم خلف جواد مهدي: مرجع سابق، 2018، ص: 32.

الصريح في القوانين واللوائح المنظمة للعقود الإدارية، وإلى ما استقر عليه القضاء في كل من مصر، وليبيا، وأبين ذلك على النحو الآتي:

1. حق الإدارة في الرقابة على تنفيذ العقد في القوانين واللوائح

نصت المادة 79 من اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات والمزايدات في مصر رقم 98 لسنة 1998، على أنه " يلتزم المقاول باتباع جميع القوانين واللوائح الحكومية والمحلية ذات الصلة بتنفيذ موضوع التعاقد، كما يكون مسؤولاً عن حفظ النظام بمواقع العمل، وتنفيذ أوامر الجهة الإدارية، بإبعاد كل من يهمل أو يرفض تنفيذ التعليمات..... ". كما نصت لائحة العقود الإدارية في ليبيا رقم (563) لسنة 2007 في المادة رقم (109) على أنه "يجوز للجهة المتعاقدة في أي وقت، تصحيح أي خطأ أو سهو يقع في الرسومات، أو المواصفات أو البيانات التي تقدمها هذه الجهة، وليس للمقاول أن يطالب بأي تعويض بسبب ذلك".

2. حق الإدارة في الرقابة على تنفيذ العقد الإداري وفقاً لأحكام القضاء

في حالة غياب النص على حق الإدارة في الرقابة والتوجيه في النصوص القانونية للوائح أو كراسات الشروط والمواصفات، أو نصوص العقد الإداري، فإن الرأي الراجح في الفقه والقضاء الإداري، يرى أن حق الرقابة والتوجيه على المتعاقد يبقى حقاً أساسياً وثابتاً، باعتبارها سلطة أصلية قائمة بذاتها، ومقتضيات المرفق العام هي المصدر الذي تستمد منه الإدارة سلطتها في الرقابة والتوجيه، وما يقتضيه حسن سيره وانتظامه، وتظل سلطة الرقابة والتوجيه موجودة طالما وجد المرفق العام ⁽¹⁾.

وفي هذا الشأن، جاء في حكم المحكمة الإدارية العليا في مصر الآتي: " العقود الإدارية تتميز عن العقود المدنية بطابع خاص، مناطه احتياجات المرفق العام، الذي يستهدف العقد تسييره وتغليب وجه المصلحة العامة على مصلحة الأفراد الخاصة، فبينما تكون مصالح الطرفين في العقود المدنية متوازنة ومتساوية، إلا أنها في العقود الإدارية غير متكافئة، إذ

(1) عهود جبار عباس: سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات في العقود الإدارية في العراق " دراسة مقارنة " رسالة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه في الحقوق، قسم القانون العام، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، 2021 ص: 45.

يجب أن يعلو الصالح العام عن المصلحة الفردية الخاصة، وهذه الفكرة هي التي تحكم الروابط الناشئة عن العقد الإداري، ويترتب عن ذلك أن للإدارة سلطة الإشراف والتوجيه على تنفيذ العقود " (1) .

أمّا على صعيد القضاء في ليبيا، فقد استقر القضاء الإداري أيضا على الاعتراف بحق الإدارة في التوجيه والرقابة على تنفيذ العقد، ومتى اقتضت المصلحة العامة ذلك. فعلى الرغم من قلة الأحكام القضائية، التي تمكنت من الاطلاع عليها في هذا الشأن، إلا أن المحكمة العليا في ليبيا أشارت في حكمها الصادر في 16 / 2 / 1978، وبما يدلّ بشكل واضح إلى فكرة الصالح العام، التي تهدف العقود الإدارية إلى تحقيقها، حيث قررت: " إن العقود الإدارية تميّزها عن العقود المدنية بطابع خاص، أساسه احتياجات المرفق العام، الذي يستهدف العقد تسييره وتغليب المصلحة العامة على مصلحة المتعاقد، وأن الأصل فيها ألا تتكافأ مصالح الطرفين المتعاقدين، حيث تعلو المصلحة العامة، وتمثلها الإدارة على مصلحة المتعاقد معها..... " (2) .

ثانيا: حدود سلطة الرقابة: إن سلطة الإدارة في الرقابة على تنفيذ العقود الإدارية ليست سلطة مطلقة، بل مقيدة بمقتضيات الصالح العام، وعدم المغالاة في رقابتها، ونبيّن ذلك على النحو الآتي:

أ- **تقيّد الإدارة بالمشروعية والصالح العام عند ممارستها الرقابة على تنفيذ العقد الإداري:**

تلتزم الإدارة عند ممارستها للحق الرقابي في تنفيذ العقود الإدارية بمشروعية القرارات الرقابية، والتقيّد لتحقيق المصلحة العامة وفقا للتفصيل الآتي :

1. قيد المشروعية : يجب أن تكون القرارات الرقابية للإدارة المتعاقدة، سواء كانت تعليمات، أم أوامر، أم نواهي فردية مشروعة، ومنققة وأحكام القانون، وإلاّ جاز للمتعاقد أن يسلك سبيل التقاضي والطعن في مشروعيتها أمام القضاء الإداري .

(1) حكم المحكمة الإدارية العليا في مصر بتاريخ 1957/4/2، في الدعوى رقم 1520 لسنة 2 ق.

(2) طعن إداري رقم 13 / 23 ق - تاريخ الطعن 16 / 2 / 1978، مجلة المحكمة العليا، سنة 14، العدد 3، 1978، ص: 59.

2. قيد المصلحة العامة: يجب أن تكون غاية الإدارة من وراء كافة ما تقوم به من تصرفات وأعمال رقابية متصلا بسير المرفق العام موضوع العقد، وتلبية احتياجاته، ومن ثم تحقيق المصلحة العامة. ولا يحق للإدارة أن تستخدم هذه السلطة لتحقيق غرض لا يتصل بالمرفق العام موضوع العقد، وإلا كانت أعمالها مشوبة بعيب الانحراف بالسلطة، ومن ثم فإن تراخي الإدارة في ممارسة الرقابة على تنفيذ العقد، شأنه في ذلك شأن التشدد فيها، ولا يحقق الغاية من وراء منح الإدارة امتياز سلطة الرقابة وهو تحقيق المصلحة، إذ أن تفريط الإدارة في الرقابة قد يؤدي بالمتعاقدين إلى مخالفة شروط ومواصفات التعاقد المتفق عليها في العقد، ويحيد عن تحقيق المصلحة العامة المستهدفة من وراء إبرام العقد، ومن جهة أخرى يعدّ التشدد والإفراط في استعمال تلك الرقابة من دون موجب من شأنه عرقلة تنفيذ المشروع، بما يسببه من توتر العلاقات بين الطرفين واللجوء إلى القضاء الإداري وينعكس ذلك سلبا على حسن تنفيذ المشروع.

ب- تقيد الإدارة بالتناسب وعدم الغلو أو التنازل عن الحق الرقابي:

علي الإدارة عند ممارستها الحق في الرقابة على تنفيذ العقد الإداري أن تراعي الآتي:

1. عدم الغلو في القرارات الرقابية: يجب أن لا يؤدي استعمال الإدارة لسلطتها في الرقابة على تنفيذ العقد إلى تعديل شروط العقد الواردة في العقد المبرم بينها وبين المتعاقد معها، أو طبيعته، أو محتواه، أو تتجاوز الحدود الطبيعية المعقولة، والمدة المطلوبة للتنفيذ، وإلا أصبحنا بصدد سلطة التعديل الانفرادي للعقد، ولا بسلطة الرقابة على التنفيذ، وقد يترتب على هذا التجاوز ضرر للمتعاقد، ويحق له المطالبة بالتعويض أمام القضاء الإداري. فمثلا حينما تتخذ الإدارة إجراءات معينة للتأكيد من أن المقاول يستعمل ذات المواد المتفق عليها في العقد، أو حددت المواد التي يجب عليه استعمالها في حالة عدم النص في العقد على تلك المواد، فإنها تباشر هنا سلطة الرقابة بمعناها الواسع، ولكنها إذا قررت إحلال مواد مختلفة محل المواد المتفق عليها. فتكون بذلك تجاوزت حدود الرقابة وأصبحت بصدد تعديل شرط من شروط العقد⁽¹⁾، فحق الإدارة في الرقابة والتوجيه يقف عند الحد الذي يضمن لها التأكد من سلامة تنفيذ المتعاقد لالتزاماته، وإلا اعتبر عملها غير مشروع.

(1) عبد العزيز عبد المنعم خليفة: مرجع سابق، 2014، ص: 260.

2. عدم تنازل الإدارة عن حقّها في الرقابة على تنفيذ العقد الإداري: يذهب معظم الفقه إلى أن حق الإدارة في الرقابة على تنفيذ العقد والإشراف والتوجيه ثابت ومُعترف به في جميع العقود الإدارية، حتى ولو لم ينص عليه في وثيقة العقد، أو في نصوص تشريعية منظمة للعقود الإداري، أو في كراسات الشروط العامة، أو في أي وثيقة أخرى. ولا يجوز للإدارة التنازل كلياً أو جزئياً عن هذا الحق في توقيع الجزاءات على المتعاقد معها، المستمد من ضرورات سير المرفق العام ومن مقتضيات المصلحة العامة إذا ما وقع أيّ إخلال منه في تنفيذ شروط العقد، وأن أي شرط، أو نص قانوني، أو لائحي، يؤدي إلى تقييد، أو استبعاد هذا الحق يُعدّ باطلاً، ولا يعتد به؛ لأن هذا الحق يتعلق باختصاصات الإدارة التي لا يمكن أن تكون محل تعاقده، أو تصالحه، أو تنازله مع المتعاقد. ولكن هذا لا يمنعها من إعفاء المتعاقد معها من تطبيق الجزاءات كلها أو بعضها، وفقاً لسلطتها التقديرية في تقدير ظروف التنفيذ وظروف المتعاقد معها (1).

وهكذا يتبيّن ممّا سبق أن الرقابة على تنفيذ العقود الإدارية أمر ضروري جداً، وبخاصة في الدول التي تسعى إلى إعادة البناء والتعمير، مثل ليبيا، من خلال وضع برنامج شامل لأعمالها، إذ إن تنفيذ الخطط التنموية باختلافها في الوقت المحدد ووفقاً لمستلزمات المصلحة العامة، يتطلب إشراف ومتابعة الإدارة، وتنفيذ ما تيرمه من العقود التي تدخل في إطار الخطط التي وضعتها. لذا فإن الرقابة على تنفيذ العقد تكون واجبا على الإدارة، وليست رخصة ممنوحة لها، تستطيع استعمالها متى نشاء، و تتنازل عنها متى نشاء؛ لأنها مسألة تتعلق بالصالح العام.

الفرع الثاني: سلطة الإدارة في توقيع الغرامات المالية

يُعدّ توقيع الغرامات من الحقوق المسلم بها فقها وقضاء في معظم الدول، ومنها ليبيا، التي يحقّ للإدارة توقيعها أثناء تنفيذها لعقودها الإدارية على المتعاقد معها، إذا قصر في تنفيذ التزاماته التعاقدية أو بعضها. ويستوي في ذلك أن يكون قد امتنع عن تنفيذ التزاماته بالكامل، أو تأخر في تنفيذها، أو يكون قد نفذها بشكل غير مرض، أو يكون قد أحل غيره

(1) بيو خلاف: مرجع سابق، 2020، ص: 275.

مكانه في التنفيذ من دون الحصول على موافقة الإدارة، وسأتناول ذلك تفصيلا كالآتي:

أولاً: مفهوم وخصائص الجزاء في العقد الإداري

يُعدّ الجزاء في العقد الإداري من أهم امتيازات السلطة العامة، التي منحها المشرع للإدارة في مواجهة المتعاقد معها، ومن ثم يتعين تحديد مفهومه، وأهم خصائصه على الوجه الآتي:

أ - مفهوم الجزاء في العقد الإداري

تعرف الجزاءات في مجال تنفيذ العقود الإدارية بأنها تلك الامتيازات التي تسمح للإدارة المتعاقدة بإرادتها المنفردة، وهي بصدد تنفيذ عقودها الإدارية بتوقيع مختلف الجزاءات التعاقدية وغير التعاقدية، بموجب القانون والتشريعات المخولة بها بموجب القانون بحق المتعاقد معها في حالة إخلاله بتنفيذ شروط العقد الإداري على أيّ وجه من أوجه الإخلال بعد إعداره (1).

وبهذا يتحدّد المقصود بالجزاءات في مجال العقود الإدارية أنها سبيل عقابي، تلجأ إليه الإدارة لمواجهة خلل المتعاقد معها في تنفيذ التزاماته التعاقدية، ليس بهدف تعجيزه أو إعادة التوازن للالتزامات المتبادلة بينهما، وإنما إجراء يحمل بين طياته وسيلة لحمل المتعاقد، وإجباره على تنفيذ ما أخل به من التزاماته التعاقدية، وبما يكفل ضمان دوام استمرارية المرفق العام، وبشكل يجعل المرفق العام يؤدي وظيفته بانتظام وإطراد على الوجه المطلوب، واستبعاد الإخلال بالتنفيذ مهما كانت صورته بالدرجة الأولى (2).

وتتبع سلطة هذه الجزاءات المقررة للإدارة حسب طبيعة العقد الإداري، الذي يهدف إلى تأمين سير المرافق العامة بانتظام واطراد، وما يترتب على هذه المرافق من أضرار

(1) مقداد زينة: سلطة الإدارة في فرض الجزاءات على المتعاقد معها بين مبدأ الفاعلية والضمنان، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم، تخصص: علوم قانونية: قانون عام، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الجبلاني ليايس، سيدي بلعباس، الجزائر، 2019، ص: 19.

(2) خلفان محمد أمين وكمال محمد: سلطة الإدارة في تعديل وتوقيع الجزاءات أثناء تنفيذ العقد الإداري، رسالة لنيل شهادة الماجستير في القانون العام، تخصص: قانون إداري، جامعة ألكلي محند أولحاج، البويرة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم القانون العام، الجزائر، 2019، ص: 50.

في حالة ما أخلّ، أو أهمل، أو امتنع عن تنفيذ التزاماته التعاقدية (1). وقد أخذت المحاكم الإدارية في عدة دول ومنها ليبيا، بهذا المبدأ في العديد من أحكامها. ففي ليبيا نصت المحكمة العليا في حكمها الصادر سنة 1980، أنه " إذا ارتكب المتعهد أيّا من الأخطاء المنصوص عليها في العقد، كان للإدارة أن تسلك أحد طريقتين: إما أن تشتري الأصناف التي لم يتم بتوريدها على حسابه، ويشمل ذلك الأصناف التي لم تورّد أصلاً، أو التي وردت على خلاف المواصفات، وإما أن تنتهي التعاقد، أي تقوم بفسخ العقد، وهذا الفسخ المقرر من المشرع كجزاء لخطأ معين هو حق للإدارة، توقعه إذا أخل المتعاقد بالتزاماته التعاقدية إخلالاً يستلزم هذه العقوبة، كما في حالة قيامه بتسليم بضائع رديئة، أو غير مطابقة للمواصفات، أو إخلاله بشرط من شروط العقد من دون معقّب عليها، فهي لا تخضع في هذه الحالة لرقابة القاضي الإداري، إلا من حيث المشروعية فقط، ولكن ليس له أن يتدخل في مدى ملاءمة الفسخ كعقوبة لخطأ المتعاقد (2).

ب - خصائص الجزاءات في العقد الإداري

تتمتع الجزاءات التي توقعها الإدارة ضد المتعاقد معها بعدة خصائص سواء من جانب سلطتها التقديرية في توقيع الجزاء، أو من حيث نوع الجزاء وتعددته، وذلك على النحو الآتي:

1. سلطة الإدارة التقديرية في توقيع الجزاءات التعاقدية: تتمتع الإدارة بسلطة تقديرية مطلقة في توقيع الجزاءات من تلقاء نفسها، أو باللجوء للقضاء على النحو الآتي:

— حق الإدارة في توقيع الجزاءات التعاقدية بإرادتها المنفردة من دون الالتجاء إلى القضاء: تتمتع الإدارة بحرية التصرف التي لا مقابل لها في العقود الخاصة، حيث تستطيع توقيع الجزاءات الإدارية على المتعاقد المخل بالتزاماته التعاقدية بنفسها، من دون الحاجة إلى اللجوء إلى القضاء مقدماً لاستصدار حكم بالجزاء، حيث تملك حق توقيع الجزاء تلقائياً بمجرد ثبوت وقوع الضرر. وقرارها بالخصوص يخضع لرقابة القضاء الإداري للتأكد من قيامه على سبب

(1) إحسان سليمان خربيط : الإدارة الجزائية في العقود الإدارية- دراسة مقارنة - ، رسالة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه في الحقوق، قسم القانون العام، كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، مصر، 2019، ص: 34.

(2) طعن إداري رقم 34 م 23 ق، جلسة 13 الموافق 1/2/1982، مجلة المحكمة العليا، عدد 3، ص:

بيّره، وخلوه من الغلو والانحراف في استعمال السلطة. وقد سلّم القضاء الإداري المقارن بهذا المبدأ، حيث نجد في قضاء الأحكام العديدة للمحكمة الإدارية في مصر، قد أخذت بهذا المبدأ، ومن ضمنها حكمها الصادر بتاريخ 21/12/2004، والذي جاء فيه: "... أنه من المستقر عليه أن التنفيذ العيني للعقود الإدارية إنما هو وسيلة للضغط على المتعاقد المقصر مع الإدارة، وأنه إنما شرع لحماية سير المرافق العامة بنظام واطراد، ومن ثم تتمتع الإدارة بسلطة تقديرية في اللجوء إليه، فهو ليس شرطاً من الشروط الجزائية المنصوص عليها في القانون المدني، كما أن هذا الجزاء شأنه شأن الجزاءات الأخرى في العقود الإدارية، تملك الإدارة توقيعه من دون حاجة للجوء إلى القضاء ولا يشترط لتوقيعه حدوث ضرر يصيب المرفق العام " (1).

— حق الإدارة في الالتجاء إلى القضاء الإداري لتوقيع الجزاء التعاقدية بدلا منها: الأصل أن تقوم الإدارة بتوقيع الجزاء على المتعاقد معها، الذي يقصر في التزاماته التعاقدية من تلقاء نفسها، إلا أن ذلك، واستثناء من هذه القاعدة العامة، يجوز لها وفقا لسلطتها التقديرية أيضا أن تسلك الطريق الأحوط، باللجوء إلى القضاء المختص، ومطالبته بأن يدين المتعاقد بدفع تعويضات لها، بدلا من أن تقوم باستعمال سلطتها وفرض هذا الجزاء بنفسها، حتى تأمن جانب المسؤولية وعملاً بالأصل، العام أن من يملك الأكثر يملك الأقل. فالأصل في اقتضاء الحقوق يتم عن طريق القضاء، ويكون ذلك بمثابة تنازل طوعي منها في حدود سلطتها التقديرية عن حق كفله القانون (2).

— حق الإدارة في توقيع الجزاءات التعاقدية ولو لم ينص عليها في العقد: ينص العقد الإداري عادة على مختلف الجزاءات التي يجوز للإدارة أن توقعها على المتعاقد معها، عند إخلاله بأيٍّ من التزاماته التعاقدية، ولكن المسلّم به في القضاء الإداري، أن سلطة توقيع الجزاءات هي سلطة مستقلة عن نصوص العقد، وفي حالة ما نصّ العقد على بعضها، فإن

(1) حكم المحكمة الإدارية العليا في مصر في الطعن رقم 2590 لسنة 46 ق، جلسة 2004/4/21، مجلة

هيئة قضايا الدولة، العدد الاول، السنة السادسة والاربعون، يناير 2005، ص: 178.

(2) إحسان سليمان خريبط: مرجع سابق، 2019، ص: 37.

ذلك لا يعني تقيّد حرية الإدارة فيما عدا ما نصّت عليه، بل تستطيع الإدارة وتحت رقابة القضاء أن توقع على المتعاقد معها جميع أنواع الجزاءات المقدرة (1) .

— حق الإدارة في توقيع الجزاءات التعاقدية من دون إثبات وقوع الضرر: أصبح من الثابت والمستقر عليه في قضاء معظم الدول، عدم إلزام الإدارة وهي بصدد استخدامها لسلطتها في توقيع الجزاءات على المتعاقد معها، بإثبات أن إخلال المتعاقد معها بالتزاماته التعاقدية قد أصابها بضرر، كمبرر لذلك (2) . وقد جاءت أحكام القضاء الإداري مؤكّدة لمسلكه المستقر عليه في هذا الشأن، حيث عبّر القاضي الإداري في مصر عن ذلك في حكمه: "... إن الجزاءات التي تملك الإدارة توقيعها على المتعاقد في روابط العقد الإداري، إذا ما خالف شروط العقد أو قصر في تنفيذ الالتزامات المفروضة عليه بموجبه، إنما تستهدف أساسا تأمين سير المرافق العامة، فلا يشترط لتوقيعها إثبات وقوع ضرر أصاب المرفق، إذ أن هذا الضرر مفترض بمجرد تحقق سبب استحقاقها المنصوص عليه في العقد، ذلك أن التراخي في تنفيذ العقود الإدارية ينطوي في ذاته على إخلال بالتنظيمات التي رتبته الإدارة شؤون المرفق، وتأمين سيره على أساسها..." (3) .

2. **سلطة الإدارة في تعدد الجزاءات وتنوعها:** يحق للإدارة تعدد الجزاءات والجمع بينها، واختيار الوقت المناسب في توقيعها على النحو الآتي:

— حق الإدارة في الجمع بين جزاءات تعاقدية متنوعة: إضافة إلى الخصائص السابقة في توقيع الجزاءات في العقود الإدارية، فإن الإدارة تتمتع أيضا بسلطة تقديرية تخولها حق الجمع بين جزاءات إدارية متعددة، تفرضها على المتعاقد معها عند الإخلال بالتزاماته التعاقدية، ما دام السبب الموجب لتوقيع كل منها قد تحقق، إذ أن كل سبب من الأسباب التي تؤدي إلى توقيع هذه الجزاءات يستقل عن الآخر في طبيعته وغايته، وبحسب ما تراه مناسبا لضمان حسن سير المرافق العامة. وقد أصبح الجمع بين جزاءات متعددة في العقود الإدارية

(1) محمد عطية مصطفى عامر: مرجع سابق، 2015، ص: 498.

(2) إحسان سليمان خريبط: مرجع سابق، 2019، ص: 34.

(3) حكمة المحكمة الإدارية العليا المصرية، الطعن رقم 1086، لسنة 7 ق، جلسة 1963/11/30 مجموعة أحكام السنة التاسعة، ص: 161.

مبدأً معترفاً به للإدارة أمام القضاء إن لم يرد بالعقد الإداري نصاً صريحاً لا يجيز للإدارة استعمال هذا الحق. وتأكيداً لهذا المبدأ تقول المحكمة الإدارية العليا في مصر إنه: ".... من الأمور المسلمة في القانون الإداري، أنه إذا أخل المتعاقد مع جهة الإدارة بالتزاماته التعاقدية، فلها أن توقع عليه جزاءات متنوعة منها الجزاءات المالية، ومنها بعض أساليب الضغط..... ووفقاً لهذا التنظيم يحق لجهة الإدارة أن توقع أحد الجزاءين أو كليهما، وفقاً لظروف الحالة، كما يجوز لها أن تجمع بينهما" (1).

وبهذا الصدد قضت المحكمة الإدارية أيضاً بمصر، إذ بينت أنه: "...وغني عن البيان أن الجمع بين مصادرة التأمين والتعويض رهين بالآ يحظر العقد الإداري صراحة هذا الجمع، وأن يكون الضرر لا يزال موجوداً بعد مصادرة التأمين، بمعنى أن يكون قدر الضرر أكبر من مبلغ هذا التأمين" (2).

وفي نفس سياق جواز الجمع بين جزاءات متعددة، وفي حدود السلطة التقديرية التي تتمتع بها الإدارة قضت وبينت المحكمة الإدارية في مصر أنه: ".....غرامة التأخير ليست مرتبطة بإثبات الضرر الذي يقع من جراء التأخير في التنفيذ، بل تعتبر وسيلة للتهديد لمنع التأخير، وجزاء يوقع بسبب التأخير في التوريد. أما الشراء المباشر على حساب المتعهد بالتنفيذ المباشر فيكون بعد أن يثبت عجزه عن التوريد (حالة التقصير اليسير)، في حين إلغاء العقد يكون عن تكرار العجز في التوريد (التقصير الجسيم). فإذا كان الثابت أن نصوص العقد تجيز بعد الأعدار توقيع الغرامة عن التأخير في التوريد، ثم التنفيذ المباشر بالشراء على الحساب إذا لم يورد المتعهد الأصناف المتعاقد عليها، مع اقتضاء فرق الثمن والمصاريف الإدارية، ثم إلغاؤه عند العجز في توريد أكثر من رسالة، فيكون ما أجراه سلاح خدمة الجيش مع المدعى من توقيع الغرامة لتأخيره في التوريد ومن الشراء على حسابه، ثم إلغاء العقد عندما تكرر التأخير متفقاً مع نصوص العقد، ويكون ما يثيره المدعى من عدم جواز الجمع بين هذه

(1) حكم المحكمة الإدارية العليا في مصر، جلسة 1967/4/8، السنة 12 ق، ص: 882.

(2) حكم المحكمة الإدارية العليا في مصر، جلسة 1965/11/27، السنة 10 ق، ص: 52.

الجزاءات غير سديد " (1) .

وقد تناول المشرع في ليبيا مثله مثل المشرع المصري مبدأ منح الإدارة صلاحية توقيع الجزاء على المتعاقد معها، والجمع بين الجزاءات، وتقنينه. فبحسب ما نصت عليه المادة رقم (100) من لائحة العقود الإدارية الصادرة بموجب قرار اللجنة الشعبية العامة (سابقا)، رقم 563 لسنة 2007، فإن الإدارة تمتلك سلطة تقديرية في مواجهة المتعاقد معها، عندما يخل بالتزاماته التعاقدية ، حيث يجوز لها وبقرار منها، وفق ما نصت عليه المادة - سالفه الذكر- أن توقع على المتعاقد معها في حالة مخالفته وإخلاله بالتزاماته التعاقدية الجزاءات الإدارية التي أوردتها تلك المادة (2) . كذلك رخص نص هذه المادة للإدارة الجمع بين غرامة التأخير ومصادرة التأمين، واسترداد ما ترتب في ذمة المتعاقد معها من خسارة لحقت بالإدارة من مستحقاته لديه، أو لدى جهة إدارية أخرى، وإلغاء العقد، وكذلك سحب العمل والتنفيذ على حساب المتعاقد.

- حق الإدارة في اختيار الوقت المناسب لتوقيع الجزاءات التعاقدية والأمر الآخر التي تمتلك الإدارة سلطة تقديرية فيه أيضا، هو أنه بوسعها اختيار الوقت المناسب لفرض الجزاء وتوقيعه على المتعاقد معها، بحسب ما تراه مناسبا لتأمين حسن سير المرفق العام، حيث إنها الأكثر دراية وحرصا على مصلحة المرفق العام، وذلك في حالة عدم نص العقد الإداري على ميعاد معين لتوقيعه. ومن ثم لا تثريب عنها إذا رأت في حدود سلطتها التقديرية التريث في توقيع الجزاء على المتعاقد معها المخل بالتزاماته، حيث قد يكون في هذا التريث تحقيقا للمصلحة العامة. ولا يستطيع المتعاقد معها الاحتجاج في هذا الصدد، بأن الإدارة تراخت في وقت توقيع الجزاء، وأن تراخيها أساء إليه، إذ لا يسوغ للمخطئ أن يستفيد من خطئه أو تقصيره (3) .

(1) حكم محكمة القضاء الاداري، جلسة 1957/11/24 م، القضية رقم 4186، السنة التاسعة قضائية المجموعة، بند 17، ص: 23.

(2) المادة رقم 100 من لائحة العقود الإدارية رقم 563 لسنة 2007 بشأن الجزاءات التي توقع عند الإخلال بالالتزامات التعاقدية.

(3) توركان إبراهيم علي: مرجع سابق، 2019، ص: 60.

وفي هذا الصدد ذهبت المحكمة الإدارية العليا في مصر في حكمها الصادر في 1967/5/20، وقررت أنه: "..... باستثناء حالة النص على إلزام الإدارة بتوقيع الجزاء على المتعاقد معها في وقت معين، فإن الإدارة تترخص في اختيار الوقت المناسب لتوقيع الجزاء بحسب ما تراه صالحاً لضمان سير إيقاع الجزاء بالمتعاقد المقصر، حتي يفيئ إلى الحق من حيث النهوض بالتزاماته، وقد يكون في هذا التريث تحقيق لهذه المصلحة، إذا كان في أحكام العقد ما يكفل حمل المتعاقد على المبادرة على التنفيذ، كأن يتضمن العقد النص على إلزامه بدفع مبلغ معين، ولا يملك المتعاقد المحاجة بأن الإدارة تراخت في توقيع الجزاء عليه، وأن تراخيها قد أساء إليه، إذ يسوغ للمخطئ أن يستفيد من تقصيره " (1) .

- لا تملك الإدارة حق التنازل عن حقها في توقيع الجزاءات على المتعاقد معها، إذا ما وقع إخلال بشروط العقد: استقر القضاء أيضاً على أن سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات ليست حقاً مقررّاً لها فحسب، وإنما هي واجب تتطلبه المصلحة العامة المرتبطة بحسن سير المرافق العامة بانتظام واضطراد، والذي تُعدّ الإدارة مسؤولة عنه، ومن ثم فإنها لا تملك التنازل عن حقها في توقيع الجزاءات على المتعاقد معها، إذا ما وقع إخلال منه في تنفيذ شروط العقد مقدماً، لكونها تُعدّ حقاً لها في مواجهة المتعاقد معها، تستمد ضرورته من سلطتها الدستورية والقانونية في إدارة وتنظيم المرافق العامة، التي هي محور نشاطها. ولكن وفقاً لسلطتها التقديرية، فإنها تملك حق إعفاء المتعاقد من تطبيق الجزاءات المنصوص عليها في العقد كلها أو بعضها، تبعاً لتقديرها لظروف التنفيذ وظروف المتعاقد (2) .

وتفسير الأحكام السابقة يعني أنه إذا أخل المتعاقد مع الإدارة بالتزاماته التعاقدية، فإن للإدارة صلاحية فرض الجزاء عليه، وليس الهدف من هذا الجزاء معاقبة المتعاقد، وإنما لإجبار المتعاقد معها على تنفيذ التزاماته على أفضل وجه، وبما يخدم المرفق العام.

وقد تناول المشرع في ليبيا وفي كثير من التشريعات المقارنة مثل التشريع المصري، مبدأ منح الإدارة صلاحية توقيع الجزاء على المتعاقد معها، والجمع بين الجزاءات وتقنينه.

(1) حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم 988 لسنة 9 ق، مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة في خمسة عشر عاماً، الجزء الثاني، ص: 883.

(2) حمدي مصطفى بن عامر: مرجع سابق، 2015، ص: 498.

وفي ليبيا وبحسب ما نصت عليه المادة رقم (100) من لائحة العقود الإدارية، الصادرة بموجب قرار اللجنة الشعبية العامة (سابقا) رقم (563) لسنة 2007، فإن الإدارة تمتلك سلطة تقديرية في مواجهة المتعاقد معها عندما يخل بالتزاماته التعاقدية، حيث يجوز لها وبقرار منها، وفق ما نصت عليه المادة - سالفه الذكر - ، أن توقع على المتعاقد معها في حالة مخالفته وإخلاله بالتزاماته التعاقدية الجزاءات الإدارية، التي أوردتها تلك المادة (1). كذلك رخص نص هذه المادة للإدارة الجمع بين غرامة التأخير ومصادرة التأمين، واسترداد ما ترتب في ذمة المتعاقد معها من خسارة لحقت بالإدارة، من مستحقاته لديه أو لدى جهة إدارية أخرى وإلغاء العقد، وكذلك سحب العمل والتنفيذ على حساب المتعاقد (2).

ثانيا: أساس سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات وضوابطها:

يرجع الأساس القانوني لسلطة الإدارة في توقيع الجزاءات في التشريع المصري والليبي، وتحديد ضوابط هذه الجزاءات إلى العديد من المبادئ، التي يتعين على جهة الإدارة الالتزام بها، وتبين ذلك على النحو الآتي:

أ- الأساس القانوني لتوقيع الجزاءات التعاقدية:

نظم المشرع المصري في قانون المناقصات والمزايدات رقم (89) لسنة 1998، وكذلك المشرع الليبي في لائحة العقود الإدارية (563) لسنة 2007، سلطة الإدارة وحققها في توقيع الجزاءات على النحو الآتي :

1. توقيع الجزاءات في التشريع المصري

استقر قانون المناقصات والمزايدات رقم (98) لسنة 1998، ولائحته التنفيذية، على تقرير سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات المختلفة في مواجهة متعاقديها، ومن بينها بالطبع سلطة إلغاء العقد، ومصادرة التأمين، وغرامة التأخير، وفسخ العقد، والتنفيذ على حساب المتعاقد

(1) المادة رقم 100 من لائحة العقود الإدارية رقم 563 لسنة 2007 بشأن الجزاءات التي توقع عند الإخلال بالتزامات التعاقدية.

(2) حكم المحكمة الإدارية العليا في مصر في الطعن رقم 2590 لسنة 46 ق، جلسة 2004/4/21، مجلة هيئة قضايا الدولة، العدد الأول، السنة السادسة والاربعون، يناير 2005، ص: 178.

معها، والتعويض. وفي هذا الصدد، نصت المادة رقم (21) من قانون المناقصات والمزايدات على أنه يجوز في حال لم يقدّم صاحب العطاء المقبول بأداء التأمين النهائي في الأجل المحدد، إلغاء العقد الإداري، وتنفيذه بواسطة أحد مقدمي العطاءات التالية لعطائه. أمّا المادة رقم (23)، فقد أجازت للإدارة المتعاقدة لدواعي المصلحة العامة، وفي حال ما تأخر المتعاقد معها في تنفيذ ما التزم به في الموعد المحدد بالعقد، فرض غرامة مالية عن مدة التأخير طبقاً للأسس المحددة، وبالنسبة المحددة في اللائحة التنفيذية. كما حددت المادة رقم (24) الحالات التي يجوز فيها فسخ العقد، وهي الغش وإفلاس المتعاقد معها، في حين أن المادة رقم (25) نصت على أنه يجوز للإدارة فسخ العقد، أو تنفيذه على حساب المتعاقد، إذا أخل بأي شرط من شروطه.

2. توقيع الجزاءات في التشريع الليبي

ذهب المشرع في ليبيا إلى نفس الاتجاه في مصر، حيث أخذت لائحة العقود الإدارية في ليبيا رقم (563) لسنة 2007، بسلطة توقيع الجزاءات على المتعاقد معها عند الإخلال بالالتزامات التعاقدية، ونظمتها في نصوص المادة رقم (100 و 101، و102، و103).

لقد نصت المادة رقم (100) من هذه اللائحة على أنه " إذا أخل المتعاقد بالتزاماته كان للجهة المتعاقدة أن توقع عليه من تلقاء نفسها دون اللجوء إلى القضاء بعض، أو كل من الجزاءات الإدارية الآتية :

(1) غرامة التأخير. (2) مصادرة التأمين.

(3) سحب العمل والتنفيذ على حساب المتعاقد. (4) إلغاء العقد.

أمّا المواد رقم (101، و 102، و103)، فتناولت نصوصها تنظيم إجراءات تلك الجزاءات وقواعدها، وشروطها، وحالات توقيعها.

ب- ضوابط الجزاءات التعاقدية وأنواعها:

استقرت كافة التشريعات المنظمة للعقود الإدارية على ضوابط وأنواع عدة للجزاءات التعاقدية، نوضحها على النحو الآتي:

1. ضوابط الجزاءات التعاقدية: يوجد ضوابط وشروط عدة على الإدارة الالتزام بها عند توقيع الجزاءات ضد المتعاقد معها، وهي (1) :

- لا تستطيع الإدارة توقيع عقوبات جنائية أو تأديبية على المتعاقد معها، مهما كانت جسامة المخالفات التي يرتكبها، حيث يحكمها الأصل العام، والذي يقضي بأنه لا جريمة ولا عقوبة إلاّ بنص.

- يجب على الإدارة قبل توقيع الجزاء على المتعاقد معها التأكد أولاً من تقصيره، ثمّ تقوم بإذاره عن طريق خطاب كتابي مسجل، يتم إرساله إلى عنوان المتعاقد مع الإدارة. والإذار من الضوابط الأساسية، وحتى يكون صحيحاً ومنتجاً لآثاره، يجب أن يكون صادراً من الجهة الإدارية المختصة، ومتضمناً بياناً وشرحاً للمخالفة المنسوبة للمتعاقد، وكيفية إصلاحها، وأن يتضمن مدة زمنية يصلح خلالها المتعاقد ما وقع من تقصير، وأخطاء، ونوع الجزاء المترتب عنها. ولا تُعفى الإدارة من ذلك إلاّ إذا نص العقد صراحة على ذلك، وفي حالة الاستعجال كحالة الحرب.

- يراقب القضاء الإداري الإدارة في استعمالها لهذه الجزاءات، من حيث مشروعية هذه الجزاءات والملاءمة، بمعنى تناسب الجزاء مع الخلل الذي وقع من المتعاقد. غير أن القاضي لا يستطيع إلغاء هذه الجزاءات، وإنما يرتب عنها تعويضات لصالح المتعاقد.

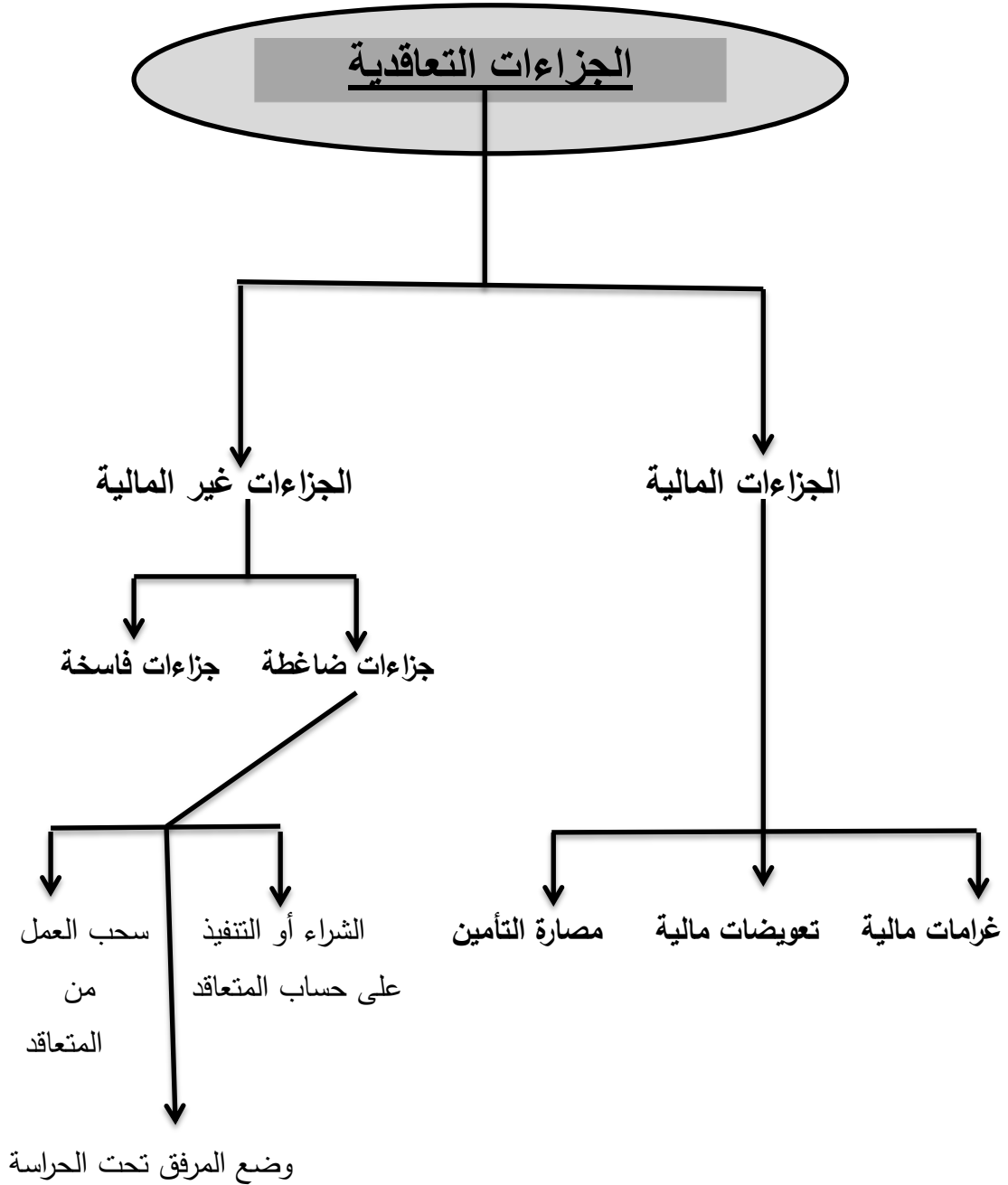
وعليه يمكن القول: إن الضوابط والحدود السابقة لا تشكل فقط ضماناً للمتعاقد في مواجهة سلطة الإدارة بتوقيع جزاءات عليه فقط، وإنما تتعدى ذلك لتشكل حماية لمبدأ المشروعية من جهة، وحماية المصلحة العامة من جهة أخرى، في إطار سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات على المتعاقد معها أثناء تنفيذ العقد الإداري.

يستنتج ممّا سبق أن سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات التعاقدية، هي سلطة تقديرية لا يقيدّها إلاّ القاعدة العامة، التي تُوجب أن يكون تصرف الإدارة بقصد ضمان حسن سير المرفق العام، وتحقيق المصلحة العامة.

(1) عهود جبار عباس: مرجع سابق، 2021، ص: 70.

2. أنواع الجزاءات التعاقدية : تأخذ الجزاءات التعاقدية صوراً عدّة. فقد تتمّ في شكل جزاءات مالية، كما قد تلجأ الإدارة إلى وسائل الضغط لإجبار المتعاقد معها على الوفاء بالتزاماته التعاقدية. وقد تصل الجزاءات إلى فسخ العقد، إذا بلغ التقصير درجة من الجسامة لا يستقيم معها تنفيذ العقد، والشكل الآتي يوضح أنواع الجزاءات، وهو ما سنتناوله بالدراسة لاحقاً.

شكل: أنواع الجزاءات في العقود الإدارية



المطلب الثاني

سلطة الإدارة في مصادرة التأمين ووقف تنفيذ العقد

تأخذ الجزاءات الخاضعة لسلطة الإدارة صوراً وأشكالاً عدة، والتي يحقّ لها توقيعها على المتعاقد معها، المخل بالتزاماته التعاقدية بإرادتها المنفردة كما سبق القول. و بحسب ما استقر عليه غالبية الفقه، يمكن تصنيفها إلى الجزاءات المالية ومنها مصادرة التأمين، والجزاءات غير المالية، التي قد تكون جزاءات ضاغطة وفاسحة، تسمح بإنهاء العقد الإداري، تواجه بها الإدارة حالات الإخلال الجسيم من أجل الضغط على المتعاقد معها لإجباره على تنفيذ التزاماته التعاقدية المنوطة به، إمّا أن يستبعد من خلالها المتعاقد معها بشكل مؤقت، ذلك بأن تحل الإدارة المتعاقدة محله في التنفيذ بنفسها وأموالها، أو أن تعهد بذلك إلى مقاول آخر، والتنفيذ على حساب المقاول، ووضع المرفق تحت الحراسة، أو يستبعد المقاول بشكل نهائي عن التنفيذ. وللإدارة سلطة تقدير الوسيلة المناسبة للجزاء، باعتبارها القائمة على حسن سير المرافق العامة، والقائمة تبعاً على تنفيذ شروط العقد.

ولغرض هذه الدراسة سيتم تقسيم هذا المطلب إلى فرعين على النحو الآتي:

الفرع الأول: سلطة الإدارة في مصادرة التأمين:

يُعدّ مصادرة التأمين من أكثر الجزاءات المالية تطبيقاً لمواجهة المسؤوليات الناتجة عن إخلال المتعاقد مع الإدارة في التزاماته التعاقدية إخلالاً بسيطاً. ونبين ماهيته، وأنواعه على النحو الآتي:

أولاً: ماهية التأمين وأنواعه في العقود الإدارية:

يلتزم المتعاقد مع الإدارة بدفع تأمين عند إبرام العقد مع الإدارة، لضمان تنفيذه لالتزاماته التعاقدية في الميعاد وطبقاً للمواصفات المتفق عليها. ونتعرض لتعريف التأمين، وخصائصه وأنواعه على النحو الآتي:

أ- تعريف مصادرة التأمين وخصائصه في العقود الإدارية: يمكن تحديد تعريفاً للتأمين

وبيان خصائصه على النحو الآتي:

1. **تعريف التأمين في العقود الإدارية:** يمكن تعريفه بأنه مبالغ مالية يودعها المتعاقد لدى جهة الإدارة ككفالة مالية، لتتوقى بها آثار الأخطاء التي يرتكبها المتعاقد أثناء تنفيذ العقد الإداري، ويضمن لها ملاءمته لمواجهة وتحمل المسؤوليات الناتجة عن تقصيره في تنفيذ العقد (1).

ومن منظور آخر، يجسد مبلغ التأمين مدى قدرة المتعاقد المالية على تحمل ما يترتب على تنفيذ العقد من آثار يقتضي مواجهتها مالياً.

أما مصادرة التأمين فهو عبارة عن استحواذ وحجز الإدارة على مبلغ التأمين الذي يودعه المتعاقد، وذلك في حالة إخلاله بتنفيذ التزاماته التعاقدية، وهو شرط جزائي جرى العرف على اشتراطه من شروط العقود الإدارية، ويتم الاتفاق عليه مع المتعاقد، جزاء إخلاله بالتزاماته التعاقدية، ويقرر من الإدارة عن طريق التنفيذ المباشر. إلا أنه يختلف عن الشرط الجزائي في عقود القانون الخاص، في أن الإدارة تملك توقيعه بإرادتها المنفردة وبقرار من جانبها، من غير الحاجة إلى أن تلجأ إلى القضاء للحصول على حكم بذلك، لكونها صاحبة الامتياز في التنفيذ المباشر المعترف به في نطاق العقد الإداري، ولا يشترط لتوقيعه تحقق ضرر ما، ذلك أن الضرر يعدّ مفترضاً، وبهذا يكتسب هذا الشرط طبيعته الإدارية (2).

2. **خصائص مصادرة التأمين:** يتميز جزاء مصادرة التأمين بجملة من الخصائص (3)، يمكن أن نجملها فيما يأتي:

- مصادرة التأمين اتفاقية: إن مصادرة التأمين النهائي هو بمثابة تعويض اتفائي يلتزم المتعاقد بأدائه للإدارة، إذا ما أخل بالتزاماته التعاقدية، إلا أنه يعدّ حداً أدنى لهذا التعويض، بحيث يكون من الجائز للإدارة الجمع بينه وبين التعويض، إذا ما فاق الضرر الذي لحق الإدارة قيمة هذا التأمين. إلا أن جواز جمع الإدارة المتعاقدة بين الجزاءين متوقف على توفر شرطين:

(1) ماجد راغب الطلو: مرجع سابق، 2015، ص: 161.

(2) توركان ابراهيم علي: مرجع سابق، 2019، ص: 60.

(3) حمدي عطية مصطفى عامر: مرجع سابق، 2015، ص: 514.

الشرط الأول: أن يكون الضرر الذي لحق بالإدارة جراء إخلال المتعاقد معها لا يزال موجوداً، ويجاوز التأمين النهائي المودع لديها، لأنه إذا كانت قيمة التأمين قد أجبرت الضرر كله، فلا داعي لاقتضاء الإدارة التعويض، ما لم يوجد اتفاق يقضي بغير ذلك.

الشرط الثاني: ألا يتضمن العقد الإداري ما يمنع الجمع بين جزاء مصادرة التأمين وجزاء التعويض

- أن حق الإدارة في مصادرة التأمين يتحقق بمجرد حدوث إخلال أو تقصير من جانب المتعاقد معها في تنفيذ التزاماته التعاقدية، حتى ولو لم ينص على هذا الحق في العقد الإداري، وإلا ما كان محل أصلاً لاشتراط إيداع قيمة هذا التأمين.

- حق مصادرة التأمين يُوقَّع بمقتضى قرار إداري صريح من السلطة المختصة، تفصح فيه عن نيتها ترتيب هذا الأثر في حق المتعاقد معها، من دون حاجة إلى انتظار حكم القضاء بتوقيعها، وهو إجراء تتميز به العقود الإدارية وحدها، مما يخرج على ما جرى عليه العمل في العقود الخاصة.

- جزاء مصادرة التأمين تلقائياً: وذلك لأن الإدارة تقوم بتوقيع هذا الجزاء بمجرد ثبوت التقصير لديها، وبغير حاجة إلى إثبات وقوع ضرر من جراء إخلال المتعاقد، أو توجيه إنذار مسبق إلى المتعاقد المتضرر، فالضرر مفترض، وبذلك يتميز جزاء مصادرة التأمين كتعويض جزافي مقدر سلفاً باتفاق الطرفين عن التعويض الذي يترتب الشرط الجزائي في عقود القانون الخاص.

- إن جزاء مصادرة التأمين توقعه الإدارة إذا اضطرت إلى فسخ العقد، لعدم قيام المتعاقد بتنفيذ التزاماته، ولكن وفق سلطتها التقديرية، يجوز لها أيضاً أن توقعه من دون فسخ العقد وبعد التنفيذ، إذا لم يكن التنفيذ موافقاً لما تم الاتفاق عليه.

- لا يجوز للإدارة أن تتنازل عن حقها في مصادرة التأمين عندما لا يكون تنفيذ العقد موافقاً للشروط التي تم الاتفاق عليها، باعتبار أن هذا الامتياز تقرر لصالح الإدارة بنص القانون، ووفقاً لقواعد آمرة لا يجوز الاتفاق على خلافها، أو التنازل عنها.

- إن حق الإدارة في مصادرة التأمين يدخل في نطاق سلطتها التقديرية، باعتبارها القائمة على حسن سير المرافق العامة، والقائمة تبعاً على تنفيذ شروط العقد، ومن ثم فهي لا تخضع لرقابة القضاء الإداري، إلا إذا خرجت عن المشروعية، وارتبطت بإساءة استعمال السلطة.

ب — **أنواع التأمين في العقود الإدارية:** للتأمين في العقود الإدارية نوعان⁽¹⁾، الأول: **تأمين مؤقت، والثاني: تأمين نهائي**، أوضحهما تفصيلاً على النحو الآتي:

(1) **التأمين المؤقت:** تتعدّد تسميات هذا النوع من التأمين منها الأولي والابتدائي والمؤقت، وفي جميع الأحوال هو مبلغ مالي يقدم كضمان مالي، وبكامل نسبته المحددة مسبقاً بشروط العطاء يُودعها المتقدم للعطاء ضمن عطائه إثباتاً لجديّة العطاء، وحسن النية في إتمام عملية التعاقد مع الإدارة في حالة إرساء العقد عليه.

ويقدّم التأمين الابتدائي ضمن مستندات تقديم العطاء وقبل الإرساء، حتى لا يسهل على مقدّم العطاء سحب عطائه من جهة، حيث يتمّ استبعاد العطاءات التي لا تحتوي على قيمة التأمين المؤقت. ومن جهة أخرى يُمثّل ضماناً للإدارة في حالة عدم التزام المتعاقد بإتمام إجراءات التعاقد، عند رسو العطاء عليه⁽²⁾.

(2) **التأمين النهائي:** وهو الضمان المالي الذي يقدمه الراسي عليه العطاء بعد إخطاره بقبول عطائه، كضمان منه لحسن قيامه بتنفيذ التزاماته التعاقدية من جهة، وضمان ملاءمته في مواجهة المسؤوليات التي قد يتعرّض لها عند تقصيره في تنفيذ شروط العقد، وذلك بتحصيل قيمة الجزاءات، وغيرها من المبالغ المالية التي تستحق عليه وبحسب نصوص العقد. وهو يُعدّ بمثابة كفالة مالية أو ضماناً مالية لجهة الإدارة، تكفل لها حسن تنفيذ المتعاقد لالتزاماته التعاقدية، وتتوخى به الأخطاء التي قد يقع فيها المتعاقد معها أثناء تنفيذ تعاقد، وهذا كله بهدف سير المرفق العام بانتظام واطراد، ومن ثم فهذا الضمان إنّما شرّع لمصلحة وحماية الجهة المتعاقدة. كما يُعدّ هذا التأمين نهائياً لأن المتعاقد ملزم بتقديمه بعد إرساء العطاء عليه بصورة قطعية؛ ضماناً

(1) بشير علي الباز: مرجع سابق، 2018، ص: 158.

(2) احسان سليمان خريط: مرجع سابق، 2018، ص: 79.

لحسن التنفيذ (1) .

وفي الحاليتين السابقتين لا يتخذ شكلاً معيناً ، فقد يكون مبلغاً يدفع نقداً، وقد يكون أيضاً على شكل خطاب ضمان، أو بالخصم من مستحقات المتعاقد لدى الإدارة (2) .

وفي هذا السياق، نجد أن المشرع الليبي قد ألزم الجهات الإدارية المتعاقدة بأن تحرص على إيجاد الضمانات الضرورية، سواء من الناحية التقنية أو المالية أو التجارية، تضمن وجودها في وضعية مالية حسنة، وبما يكفل لها حسن تنفيذ العقود الإدارية التي تبرمها، وذلك كله بهدف الوصول إلى نتيجة، وهي إبرام العقد مع متعاقد مضمون من جميع الجوانب، وحتى لا يتسبب في تأخيرها، أو تنفيذها بغير الشروط والكيفية المتعاقدة عليها، ولن يتأتى ذلك إلا بفرض ضمانات مالية، ووضعها تحت تصرف الجهة المتعاقدة في دفتر الشروط.

وفي ذلك نصت المادة رقم (4) من لائحة العقود الإدارية في ليبيا رقم (563) لسنة 2007، على أن يكون العطاء مصحوباً بتأمين ابتدائي بقيمة خمسين بالمائة من المئة من قيمة العطاء (0.05 %) . كما نجد المادة رقم (60) من نفس اللائحة، قد نصت على أن يلتزم من يرسو عليه العطاء في عقود الأشغال العامة بتقديم تأمين نهائي، يعادل نسبة اثنين بالمئة 2% من قيمة ما رسي عليه العطاء، لضمان تنفيذ العقد بصورة مرضية. ويمكن تكملة التأمين المؤقت إلى أن يساوي قيمة التأمين النهائي. كما أوجبت المادة رقم (62) من نفس اللائحة بالاحتفاظ بقيمة التأمين بأكملها لدى الجهة الإدارية المعنية، حتى يتم وفاء المتعاقد بكافة التزاماته التعاقدية، بما فيها مدة الضمان، واستلامه بصفة نهائية، ومستوفياً لكافة الشروط والمواصفات المتفق عليها، وعندئذ يتم رده أو رد ما تبقى منه لصاحبه. وقد أكدت لائحة تنظيم المشتريات الصادرة بقرار رقم (12) لسنة 2023، على أهمية تقديم التأمين النهائي من من تمت الترسية عليه كضمان تنفيذ التزاماته التعاقدية ورفعت قيمته إلى 15% (من قيمة العقد ، وعلى أن تدفع خلال فترة لا تتجاوز اسبوع من

(1) مقدار زينة: مرجع سابق، 2019، ص: 219 .

(2) المادة رقم 61 من لائحة العقود الإدارية في ليبيا رقم 563 لسنة 2007.

تاريخ إبلاغه بالترسية (1) .

ثانياً: حالات وشروط مصادرة التأمين:

تتخذ أحوال وصور مصادرة التأمين المدفوع من المتعاقد عند إبرام العقد صوراً عدة، أهمها مصادرة التأمين الابتدائي وفقاً لحالات حددها التشريعات المنظمة للعقود الإدارية وبناء على شروط محددة تلتزم الإدارة بها عند مصادرة التأمين، ونبين ذلك تفصيلاً على النحو الآتي:

أ- **حالات مصادرة التأمين:** لا يتم مصادرة التأمين غلاً عندما ينسب خطأ للمتعاقد مع الإدارة، سواء لعدم تنفيذه التزاماته في العقد، أو التأخير في التنفيذ، أو مخالفته المواصفات اللازمة للتنفيذ. ويتخذ صورتين هما:

1) **مصادرة التأمين الابتدائي:** أكد المشرع الليبي حق الإدارة في مصادرة التأمين الابتدائي

في المادة رقم (42، و58، و63) من اللائحة سألقة الذكر كجزء لنكول المتنافس

وإخلاله بشروط العطاء. ويعتبر المنافس ناكلاً في الحالات الآتية:

- عند سحب العطاء قبل الميعاد المحدد لفتح المظاريف.
- عند تقديمه لبيانات غير حقيقية، أو لجوئه إلى طرق غير مشروعة ومخالفة لشروط المناقصة.
- امتناعه عن توقيع العقد بعد رسو العطاء عليه وتبليغه بقرار الإرساء، وبعد إنذاره رسمياً بإيداع التأمين النهائي وتوقيع العقد.

2) **مصادرة التأمين النهائي:** يجب أن يثبت مخالفة وتقصير المتعاقد في تنفيذ التزاماته

التعاقدية مع الإدارة ليكون لها حق مصادرته كاملاً، أو يرد ما تبقى منه بحسب الأحوال.

وهذا ما أكدته لائحة العقود الإدارية في ليبيا، في الحالتين اللتين تكفلت المادة رقم

(62 و96 و103) منها بالإفصاح عليهما:

- عند تنازل المتعاقد عن العقد كله أو بعضه للغير.

- عند إلغاء العقد أو تنفيذه على حساب المتعاقد، والذي يتوجب عند إخلاله بأي

(1) المادة رقم 24 من لائحة تنظيم المشتريات الصادرة بقرار رقم 12 لسنة 2023.

من شروط العقد، سواء بالامتناع عن التنفيذ، أم التنفيذ المخالف للشروط المتفق عليها في العقد. وهناك حالة أخرى لمصادرة التأمين تضيفها التشريعات المقارنة، وهي حالة اقتضاء الإدارة لحقوقها لدى المتعاقد، أي إذا ترتب على المتعاقد في سياق التنفيذ مبلغ ما تطبيقاً لشروط العقد⁽¹⁾.

وفي هذا الصدد يمكن القول إن المشرع الليبي لم يعالج حالات الإعفاء الوجوبي والجوازي من توقيع جزاء مصادرة التأمين بشكل دقيق، بل اقتصر على النص في المادة رقم (105) من اللائحة المنظمة للعقود الإدارية رقم (503) لسنة 2007، أنه يحق للمتعاقد في حال ما طرأت ظروف استثنائية عامة أثناء التنفيذ لا يمكن دفعها، ولم يكن في الوسع توقُّعها، المطالبة بالتعويض بشكل كامل عن قيمة ما تكبده من أعباء لرد التوازن المالي للعقد إلى الحد المعقول. وعليه نقترح على المشرع الليبي أن ينص صراحة على جميع حالات الإعفاء، من مصادرة التأمين النهائي صراحة، ممّا يساعد على إيجاد قواعد موحّدة لمصادرة التأمين، ويساهم في إيجاد ضمانات لحماية حقوق المتعاقد ضد الإدارة، في حال ما شعر بتعسفها في استعمال هذا الحق .

أ- شروط الإدارة لتوقيع جزاء مصادرة التأمين: إن حق الإدارة في توقيع جزاء مصادرة التأمين أثناء تنفيذها لعقودها الإدارية، بدافع إجبار المتعاقد معها على تنفيذ التزاماته التعاقدية حفاظاً على انتظام وحسن سير المرفق العام ليس بصفة مطلقة، ولكن هي مقيدة بمراعاة المصلحة العامة كأمر عام، وبعده شروط، بعضها يرجع للإدارة المتعاقدة، وأخرى ترجع إلى المتعاقد معها، ونبيّنها على النحو الآتي⁽²⁾:

1) شروط مصادرة التأمين التي ترجع للإدارة: تلتزم الإدارة بمراعاة الشروط الآتية عند توقيع جزاء مصادرة التأمين:

(1) عبد العزيز عبد المنعم خليفة: تنفيذ العقد الإداري وتسوية منازعاته قضاءً وتحكيمًا، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2010، ص: 102.

(2) فاطمة ريغي: سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات في العقود الإدارية، رسالة لنيل شهادة الماجستير في القانون الإداري، قسم العلوم الإنسانية، كلية العلوم الإنسانية والاجتماعية، جامعة محمد خيضر، بسكرة الجزائر، 2019، ص: 40.

- أن يكون العقد الإداري قائماً: تُؤَقَف سلطة الإدارة في توقيع جزاء مصادرة التأمين النهائي تلقائياً، ويصبح لا محل لها فور تنفيذ العقد واستلامه مطابقاً للمواصفات المتفق عليها استلاماً نهائياً، ولا يكون لها أيّ سند قانوني في مباشرة توقيع هذا الجزاء.

- التزام الإدارة بتنفيذ التزاماتها المنصوص عليها في العقد: وخاصة في عقود الأشغال، مثل تسليم موقع المشروع خالٍ من الموانع، والتي قد تعيق المتعاقد معها من القيام بتنفيذ المشروع في الموعد المحدد.

- يعدّ قيام الإدارة بتنفيذ العمل على حساب المتعاقد مبرراً لحقّها في مصادرة التأمين.

(2) شروط توقيع جزاء مصادرة التأمين التي ترجع للمتعاقد مع الإدارة: تستند هذه الشروط إلى خطأ المتعاقد أثناء تنفيذه للعقد الإداري، وعدم التقيد بالتزاماته، وأهمها:

- تراخي المتعاقد في تنفيذ العقد خلافاً لما هو متفق عليه في العقد.

- مخالفة المواصفات المنصوص عليها في العقد.

- تنفيذ العقد على نحو سيئ على عكس المتفق عليه في العقد، أو امتناعه عن تنفيذه من أساسه.

الفرع الثاني: وقف تنفيذ العقد ووضع المرفق تحت الحراسة:

يطبّق هذا الجزاء في عقود الإلتزام، أو الامتياز فقط. ولأهمية هذا الجزاء وضرورته في تنظيم المرفق المدار بطريقة الإلتزام سنتعرض لدراسته من خلال النقاط الآتية:

أولاً: ماهية جزاء وقف تنفيذ العقد ووضع المرفق تحت الحراسات:

يظهر هذا النوع من الجزاءات الضاغطة في عقود الإلتزام، كجزاء ضروري في تنظيم المرفق العام المدار بهذه الطريقة. وتلجأ الإدارة إليه حرصاً منها على استمرار سير المرفق العام من دون توقف في حالة ما شعرت بأن هناك ما يهدد سيره بانتظام واطراد. وسأتناول ذلك من خلال الآتي:

أ- مفهوم وقف تنفيذ العقد ووضع المرفق تحت الحراسات وطبيعته القانونية:

يعدّ جزء وقف تنفيذ العقد ووضع المرفق تحت الحراسات نوعاً آخر من الجزاءات ذات طبيعة خاصة، والتي تتخذها الإدارة على شكل إجراءات وتدابير توقعها بإرادتها المنفردة على المتعاقد معها لتكفل سير المرفق العام موضوع الالتزام بالصورة المطلوبة، ولتتوقى به آثار الأخطاء التي يرتكبها بصدد تنفيذه للعقد الإداري. ويختلف عن النوع السابق (مصادرة التأمين)، في أنه لا يهدف إلى تحميل المتعاقد مع الإدارة أعباء مالية جديدة نتيجة إخلاله بالتزاماته التعاقدية، إنما يهدف إلى الضغط عليه لإجباره على تنفيذ العقد بالشروط والمواصفات المطلوبة، والمتفق عليها. وسأتناول ذلك من خلال الآتي:

1. **مفهوم وقف تنفيذ العقد ووضع المرفق تحت الحراسات:** يقصد بجزاء وقف تنفيذ العقد ووضع المرفق تحت الحراسات رفع يد الملتزم المقصر في تنفيذ التزاماته التعاقدية، ووقفه عن إدارة واستغلال المرفق العام محل الالتزام بصفة مؤقتة ولمدة محدودة، ووضعته تحت الحراسة من دون ضياع حقوق الملتزم الأصلي، أو إفساخ للعقد. ويعني ذلك أن العقد يعتبر موقوفاً طيلة مدة وضع المرفق تحت الحراسة، ولكنه محملاً بكافة آثاره القانونية. ويتم ذلك بقيام الإدارة مانحة الالتزام بنفسها بإدارة واستغلال المرفق محل المتعاقد معها، أو عن طريق حارس (متعاقد آخر) تقوم بتعيينه من بين موظفي الدولة أو من غيرها، ويمكن أن يكون من بين عمال الملتزم نفسه، وتعهد له القيام بعمله على حساب المتعاقد الأصلي لإصلاح ما تريد إصلاحه، وإلجبار الملتزم على تنفيذ التزاماته وفق شروط التعاقد، وذلك من أجل الحفاظ على السير المنتظم والمطرد للمرفق العام، حتى تضمن استمرار أداء خدماته لكافة الناس، وإشباع الحاجات العامة على حساب الملتزم الأصلي وتحت مسؤوليته. كما تحتفظ الإدارة بالأدوات والآلات الموجودة داخل المرفق مع عدم الإضرار بالموجودات التابعة للمتعاقد معها. وقد يتحول هذا الجزاء المؤقت إلى إنهاء العقد، عندما ترى الإدارة المتعاقدة بسلطتها التقديرية أن الخطأ الذي ارتكبه المتعاقد معها خطأً جسيماً، وترى الإدارة من خلاله عدم جدوى الاستمرار معه في تنفيذ التزامه، فتسقط التزامه وتنتهي العقد⁽¹⁾.

(1) مريم محمد أحمد: مرجع سابق، 2015، ص: 192.

وتملك الإدارة المتعاقدة سلطة تقديرية واسعة في توقيع هذا الجزاء في أي وقت تشاء، وتقدير الأخطاء والحالات التي تبرر وضع المرفق العام تحت الحراسة، والحلول محله في إدارة المرفق محل الالتزام، أو تعهد به إلى غيره، ويظل الملتزم الأصلي مسؤولاً أمام الإدارة، بأن يتم تنفيذ العقد على حسابه وتحت مسؤوليته (1) .

وباستقراء لائحة العقود الإدارية في ليبيا رقم (563) لسنة 2007، تبين أن هذا الجزاء الضاغط لم تنص عليه لائحة العقود الإدارية في ليبيا رقم (563) لسنة 2007، بصورة واضحة وصريحة، كما نصت على غيره من الجزاءات الضاغطة، عند بيانها لجزاء سحب العمل والشراء على حساب المتعاقد، على الرغم من اختلافهما شكلاً من خلال نوع العقد، واتفاقهما مضموناً من ناحية الفكرة والإجراءات كما هو في مصر، التي جاء قانونها واضحاً في بيان هذا الجزاء والإجراءات المتبعة من قبل الإدارة عند فرضها لهذا الجزاء (2) .

2. الطبيعة القانونية لجزاء وقف تنفيذ العقد ووضع المرفق تحت الحراسات: إن الطبيعة الخاصة بالعقود الإدارية، واتصالها بتسيير المرافق العامة، وسعي الإدارة إلى إشباع الحاجات العامة، تمنح الإدارة سلطة توقيع هذا الجزاء. ويتم ذلك بقيام الإدارة بنفسها بإدارة واستغلال المرفق محل المتعاقد معها، أو عن طريق حارس تقوم بتعيينه، وتعهد له القيام بعمله على حساب المتعاقد الأصلي؛ للمحافظة على السير المنتظم والمطرود للمرفق العام، وبما يضمن استمرار أداء خدماته للعامة للناس وإشباع الحاجات العامة على حساب الملتزم الأصلي، وتحت مسؤوليته (3) .

استقر الفقه والقضاء الإداري على أن من خصائص عقد الالتزام احتوائه على نوعين من الشروط (4) ، هما:

(1) سامال اسكندر محمد الباجلان: مرجع سابق، 2016، ص: 162.

(2) طارق سلطان: سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات على المتعاقدين معها في العقود الإدارية وضوابطها - دراسة مقارنة - ،دار النهضة العربية، القاهرة، 2010، ص: 227.

(3) بيو خلاف: مرجع سابق، 2020، ص: 325.

(4) عهود جبار عباس: مرجع سابق، 2021، ص: 190.

- النوع الأول: شروط عقدية توجب التزامات معينة يقوم بها طرفي العقد، ويتم الاتفاق بشأنها بين الإدارة المتعاقدة والملتزم، تحكمها قاعدة العقود العامة (العقد شريعة المتعاقدين)، ومن ثم فإن كانت سلطة توقيع هذا الجزاء عقدية، فإنه لا يمكن للإدارة ممارسة سلطة توقيع جزاء وضع المرفق تحت الحراسة، إلا في الأحوال ووفقا للشروط التي يتضمنها العقد، كما لا يمكن للإدارة باعتبارها مانحة الامتياز التوسع فيها، إلا بموافقة الملتزم معها.

- النوع الثاني: هي شروط لائحية أو تنظيمية تخص الإدارة ذاتها، وتنظمها الإدارة، وتتعلق بتنظيم سير عمل المرفق العام مسبقا وفقا لسلطتها، ومن دون تدخل من الملتزم، كما يمكن للإدارة إدخال تعديلات على هذه الشروط وفق ما تراه وفق سلطتها التقديرية محققا للمصلحة العامة. فإذا مارست الإدارة وقف العقد، ووضع المرفق تحت الحراسة نتيجة الشروط اللائحية، فإن ذلك يُمكنها من ممارسة هذه السلطة حتى وإن لم ينص عليها في العقد ومن دون موافقة الملتزم، وتمنح الإدارة سلطة تقديرية واسعة تجيز لها حماية المصلحة العامة للمنتفعين من المرفق العام بدوام انتظامه واستمراره .

والسؤال الذي يمكن أن يطرح نفسه هو: تحت أيّ من الشروط يقع وضع المرفق العام تحت الحراسة ؟

لقد استقر الفقه الإداري على إجابة هذا التساؤل على أن وضع العقد تحت الحراسة هو إجراء جزائي من طبيعة لائحية تنظيمية وليست عقدية، و من ثم يسمح للإدارة باعتبارها مسؤولة عن سير المرفق العام، ومن واجبها حماية المنتفعين بخدماتها بممارسة سلطاتها، المتمثلة بفرض الرقابة على نشاط الملتزم، ووقف العقد، ووضع المرفق العام تحت الحراسة في حال عجزه ونقصيره بإرادتها المنفردة، ومن دون موافقة الملتزم، ولا يطعن في ذلك، ويجعله باطلاً غياب النص عليه في العقد. كما لا يمكن للإدارة التخلي عن متابعة ومراقبة العقد، والتدخل في حال عجز الملتزم عن إدارته، ويكون من مسؤوليتها تنظيم سير المرفق المدار بطريق الالتزام على نحو مرض (1) .

والخلاصة إن وقف العقد ووضع المرفق تحت الحراسة كما يرى الفقه ويسلم

(1) مريم محمد أحمد: مرجع سابق، 2015، ص: 192.

به القضاء، هو إجراء جزائي، تمارسه الإدارة المتعاقدة ولو لم يكن منصوصا عليه في العقد، في حال ما توافرت شروطه.

ومن جانبي، أرى أن وقف العقد ووضع المرفق تحت الحراسة هو إجراء ذو طبيعة جزائية عندما تفرضه الإدارة في حال خطأ الملتزم. ومرجع ذلك هو امتياز الإدارة في التنفيذ المباشر، سواء نص العقد على ذلك أم لم ينص، تطبيقا للقواعد العامة لنظام الجزاءات في العقود الإدارية، خاصة إن كانت طبيعة بعض الأخطاء قد يكون تأثيرها جسيما، يستدعي سرعة وضع المرفق تحت الحراسة من دون اللجوء إلى القضاء الإداري، والذي قد تعرقل إجراءاته السير المنتظم والمطرد للمرفق العام.

ب- أسباب وشروط جزاء وقف تنفيذ العقد ووضع المرفق تحت الحراسة وإجراءاته:

سنبين أسباب وشروط وقف تنفيذ العقد ووضع المرفق تحت الحراسة، وإجراءاته وخصائصه على النحو الآتي:

1. أسباب وشروط جزاء وقف تنفيذ العقد ووضع المرفق تحت الحراسة:

من خلال ما تقدم في دراستنا للطبيعة القانونية لسلطة الإدارة في وقف تنفيذ العقد ووضع المرفق تحت الحراسة، يتضح أن الإدارة المتعاقدة تتمتع بسلطة تقديرية واسعة في فرض هذا الجزاء، ولا يحدّ منها إلا اعتبارات المصلحة العامة. ونظرا لخطورة هذا الجزاء، فإنه محدد بأسباب وشروط، والتي على الإدارة أن تلتزم بها وتراعيها قبل وضع المرفق العام تحت الحراسة. ويمكن حصر ما تلجأ إليه الإدارة لإيقاع جزاء وضع المرفق تحت الحراسة في سببين، اللذين يعدّان بمثابة شرطين، في حال ما توافر أحدهما كان للإدارة حق وضع العقد تحت الحراسة (1) :

- **السبب الأول:** ويتمثل في أن يكون الملتزم قد قصر تقصيرا جسيما في تسيير المرفق العام، وذلك بوقوع مخالفات جسيمة، بحيث لا يمكن معه فرض جزاءات مالية، وبما يُعرض المرفق العام للخطر في استمراره، أو المصلحة العامة للخطر، بل لا بد من تدخلها لحسم هذا

(1) فوزية سكران: مرجع سابق، 2017، ص: 108.

التقصير، من خلال وضع المرفق العام تحت حراستها وإدارتها المباشرة؛ حتى تُأمن تسيير المرفق العام بانتظام واستمرار. ومن الأخطاء الجسيمة الموجبة لذلك أن هناك ما يهدد بالتوقف الكلي أو الجزئي للمرفق بسبب عجز الملتزم، أو عدم قدرته وكفايته، أو تنازله عن عقده للغير، أو تعاقد من الباطن، دون تصريح مسبق من الإدارة المتعاقد، وكذلك عدم احترامه لتعليمات وتوجيهات الإدارة بالخصوص، ومخالفته وعدم احترامه للرسوم التي تحددها الإدارة المتعاقدة، وامتناعه عن الكشف عن حساباته الأصلية للإدارة مانحة الامتياز. كذلك توقف الملتزم عن استغلال المرفق، أو تركه للمرفق محل الالتزام من دون أن يقوم بتأمين استمرار تشغيله. فهذه الحالة تخول للإدارة المتعاقدة حقا في أن تضع المرفق موضوع العقد تحت الحراسة، وإدارته على حسابه وتحت مسؤوليته جزاءً لتقصيره.

- **السبب الثاني:** إذا ما حدث ظرف من شأنه أن يهدد المرفق العام بالتوقف الكلي، أو الجزئي عن الاستمرار في عمله، ولأسباب لا علاقة لإرادة الملتزم بها، كما لو كان التوقف راجعا لقوة القاهرة، يستحيل معها ضمان استمرار عمل المرفق العام، كقيام العمال بإضراب، حيث يعلن وقف العقد ووضع المرفق العام تحت الحراسة، حتى وإن لم يكن هناك خطأ منسوب إلى الملتزم مع الإدارة، ففي هذه الحالة تفرض إجراءات وضع المرفق تحت الحراسة كإجراء وقائي، وذلك لضمان استمرار سير المرفق العام وعدم توقفه.

ويجب التمييز بين ما إذا فرضت الحراسة على المرفق العام من دون خطأ منسوب إلى الملتزم الأصلي، وبين ما إذا فرضت الحراسة كجزء إداري على الملتزم نتيجة خطأ منه. ففي الحالة الأولى، لا يتحمل الملتزم المخاطر المالية التي تترتب على إدارة المرفق، حيث يكون وضع المرفق تحت الحراسة مجرد إجراء وقائي، وليس كجزء من جزاءات الضغط المؤقتة كوسيلة لتأمين سير المرفق العام خشية من تعرضه للخطر من دون أن يرجع ذلك لخطأ الملتزم. أمّا في الحالة الثانية فيدار المشروع على حسابه وتحت مسؤوليته (1).

وفي هذا الشأن ذهب الفقه الإداري في مصر إلى القول بأن الجهة الإدارية مانحة الالتزام عند وضعها للمرفق تحت الحراسة، إنّما تهدف إلى حسن سير المرفق العام، ليقوم بدوره في

(1) مقداد زينة: مرجع سابق، 2019، ص: 294.

إشباع الحاجات العامة. ومن ثم، فإن هذا الإجراء لا يعدّ جزءاً، إذ تستطيع الإدارة المتعاقدة فرضه حتى ولو لم يرتكب الملتزم أية أخطاء (1). وبمعنى آخر يكون وضع المرفق العام موضوع العقد تحت الحراسة جزءاً في حال ما ارتكب المتعاقد خطأً، كما يمكن للإدارة أن تلجأ إليه في حال عدم خطأ الملتزم، إذا ما تأكدت أن هناك ما يهدد وقف سير المرفق العام. أمّا الآثار المالية المترتبة عنه كون الملتزم أخطأ تعاقدياً، أو لم يخطئ، هي آثار مختلفة في كلتا الحالتين؛ إذ إنه في الحالة الثانية لا يتحمل المخاطر المالية، على عكس ما هو الوضع في الحالة الأولى، كما سيأتي توضيحه (2).

أمّا بقية الشروط التي يجب توافرها لوضع المرفق العام تحت الحراسة فعلى النحو الآتي:

- أن يتم استغلال المرفق محل عقد الالتزام وفقاً للشروط المنصوص عليها في كراسة الشروط، وذلك على نفقة الملتزم وتحت مسؤوليته، إذ كان الوضع تحت الحراسة قد فرض كجزء، فلا يحق للإدارة مثلاً زيادات غير مبررة، كرفع تكاليف الإنتاج.

- يشترط توافر صفة المصلحة العامة لإسباغ المشروعية على قرار الإدارة بوضع المرفق تحت الحراسة، ولا تستطيع الإدارة أن تمارس سلطتها في هذا الإجراء من أجل باعث خلاف المصلحة العامة. ويحق للملتزم الأصلي اللجوء إلى القضاء الإداري طالبا التحقق من أن قرار الإدارة بوضع المرفق العام تحت الحراسة جاء من أجل تحقيق المصلحة العامة، وليس لدواعٍ أخرى. وجدير بالذكر أن الرقابة القضائية في هذه الحال تشمل رقابة الإلغاء، على خلاف جزاءات الضغط الأخرى التي تملكها الإدارة المتعاقدة، حيث يملك القاضي الإداري إلغاء قرار الإدارة بفرض الحراسة لعدم مشروعيتها، أو لعدم ملاءمة جسامه الخطأ، أو لفقدانه لمبرره القانوني (3).

2. إجراءات وقف العقد ووضع المرفق تحت الحراسة:

يتوجب على الإدارة القيام ببعض الإجراءات قبل إيقاع جزاء وقف العقد ووضع المرفق تحت

(1) طارق سلطان: مرجع سابق، 2010، ص: 227.

(2) عهود جبار عباس: مرجع سابق، 2021، ص: 188.

(3) عبد العزيز عبد المنعم خليفة: مرجع سابق، 2014، ص: 298.

الحراسة، وهذه الإجراءات على النحو الآتي (1) :

- توجيه أعدار للمتعاقد المخل بالتزاماته التعاقدية، وذلك لإثبات قصوره في تنفيذ التزاماته التعاقدية، وتنبهه لأجل العودة للشروط المتفق عليها في تنفيذ العقد قبل توقيع هذا الجزاء ووضع المرفق تحت الحراسة. ونظرا لخطورة هذا الجزاء من جهة، ومن جهة أخرى لمنح الملتزم مدّة معقولة من أجل تنفيذ التزاماته التعاقدية، وإصلاح ما قد يكون قد ارتكبه من خطأ. وبمرور المدة المحددة للأعدار من دون أن يقوم الملتزم بتنفيذ التزاماته التعاقدية أو تدارك أخطائه، فإن ذلك يكفي لاعتباره معذراً ويوقع عليه الجزاء، وما عليه إلا تطبيق قرار الإدارة. وليس لهذه الأعدار شكل محدد، ولكن يجب أن يتضمّن ما حدّدته القواعد العامة بخصوصه.

- تقوم الإدارة بإصدار قرار إداري بوقف العقد ووضع المرفق تحت الحراسة، وذلك وفقا لما تملكه من حق استعمال امتياز التنفيذ المباشر، ومن دون الحاجة إلى اللجوء إلى القضاء. ويجب أن يراعى في قرار وضع المرفق تحت الحراسة الآتي:

① الشكل والإجراءات المقررة قانونا، لكي لا يكون مشوبا بعيب مخالفة الشكل والإجراءات. ومن الأهمية بمكان أيضا تسبب القرار حتى يستطيع الملتزم مواجهة هذا القرار من ناحية، ومن ناحية أخرى حتى يسهل على القاضي رقابة توقيع هذا الجزاء.

② أن يكون متضمنا مدّة وضع المرفق العام تحت الحراسة، والتي قد ينظمها دفتر الشروط. وفي شأن ذلك، يرى الفقه في مصر أنه إذا تمّ الاتفاق على تحديد مدة الحراسة في العقد، فإن هذا التحديد ليس له صفة أمر، ولا تكون الإدارة ملزمة بإنهاء الحراسة بنهاية المدّة المحددة، بل تستطيع تمديدتها إلى فترة أخرى، قد تكون طويلة إلى حد ما، ما لم تر حلاً أفضل.

ثانياً: خصائص جزاء وقف تنفيذ العقد ووضع المرفق تحت الحراسات والآثار المترتبة عنه:

وقف العقد ووضع المرفق العام تحت الحراسة هو إجراء مؤقت بطبيعته، الغرض منه هو

(1) أشرف محمد حمامة: الجزاءات في تنفيذ العقود الإدارية في النظام السعودي، مجلة المنار للبحوث والدراسات القانونية والسياسية، العدد السادس، سبتمبر، 2018، ص: 193.

ضمان حسن سير المرفق العام. وبموجب هذا الجزاء فإن المتعاقد لا يستطيع مباشرة حقوقه الناشئة عن العقد، وله عدّة خصائص، كما يُولد عنه عدّة آثارا مهمة، نتناولها على النحو الآتي:

1. خصائص جزاء وقف تنفيذ العقد ووضع المرفق تحت الحراسات: يتميّز جزاء وقف العقد ووضع العقد تحت الحراسة خصائص عدة، منها (1) :

- إنّه جزاء ضاغط يتم اتخاذه في حال ارتكاب الملتزم خطأً جسيماً، ويخضع لرقابة القضاء الإداري، والذي له حق إلغاء هذا الجزاء إذا تبين له عدم مشروعيته، كما له حق تعويض الملتزم الأصلي عما لحقه من أضرار.

- حق الإدارة في هذا الجزاء مرتبط بالنظام العام، وبذلك تستطيع الإدارة ممارسته حتى ولو لم ينص عليه في العقد من دون أن تكون في حاجة إلى النص عليه في العقد، ولا تستطيع التنازل عنه، ويُعدّ باطلاً كل اتفاق على خلاف ذلك، فجهة الإدارة المتعاقدة هي المسؤولة عن حماية المنتفعين، وبناء عليه لا يمكن أن تتخلى عن مراقبة نشاط الملتزم، أو تتخلى عن وضع المرفق تحت الحراسة عند عجزه، والقيام بإدارة المرفق العام بدلاً عنه بانتظام واطراد، وبطريقة تحمي مصالح المنتفعين.

- إنه إجراء مؤقت، لا يترتب عنه إنهاء العقد، ويتم تنفيذه على نفقة الملتزم الأصلي ومسؤوليته.

- ينتهي إجراء وضع المرفق العام تحت الحراسة بزوال الأسباب التي تم فرضها، شرط أن لا تكون راجعة إلى خطأ الملتزم الأصلي، والذي يكون بإمكانه المطالبة بإنهاء الحراسة على المرفق محل الالتزام، في حال ما استعاد قدرته على استغلال وإدارة المرفق العام. ويجوز للإدارة المتعاقدة أن تمدد فترة الحراسة إذا ما قدرّت أن ذلك ضروري لحسن سير المرفق العام. ويحقّ للإدارة المتعاقدة أيضاً أن تقرر وفق سلطتها التقديرية إنهاء الالتزام، إذا ما تبين لها

(1) مقداد زينة: مرجع سابق، 2019، ص: 296.

عدم قدرة الملتمزم على إدارة المرفق العام مرّة ثانية (1) .

- يخضع قرار الإدارة بوضع المرفق العام تحت الحراسة لرقابة قضاء التعويض وقضاء الإلغاء ، إذ يحق للملتمزم الأصلي اللجوء إلى القضاء للمنازعة في صحة قرار الإدارة بوضع المرفق العام تحت الحراسة، الذي يفرّق فيما يتعلق بقضاء الإلغاء، وبين جزاء وضع المرفق العام تحت الحراسة وبين بقية الجزاءات، على عكس الجزاءات الضاغطة الأخرى؛ الأمر الذي يترتب عنه جواز الحكم بإلغاء قرار الإدارة بوضع المرفق العام تحت الحراسة، وذلك لعدم مشروعيته، أو لعدم ملاءمة الجزاء مع جسامة الخطأ من قبل الملتمزم، فيكون للقاضي في هذه الحال قرار فرض الحراسة على المرفق العام ..

2- الآثار المترتبة عن وقف تنفيذ العقد ووضع المرفق تحت الحراسات:

يترتب على وقف العقد ووضع المرفق العام تحت الحراسة عدّة آثار قانونية مهمة، تتمثل في الآتي (2) :

- استبعاد المتعاقد مؤقتاً من إدارة المرفق العام طوال فترة وضعه تحت الحراسة لضمان سير المرفق واستمراره، حيث تتولى الإدارة إدارته بنفسها بواسطة عمالها، أو بواسطة حارس تعينه لإدارته، سواء أكان من بين موظفي الدولة، أو كان من بين عمال المتعاقد نفسه.

- يجب على الإدارة أو من تعينه كحارس لإدارة المرفق أن يبذل العناية اللازمة والكافية لتسيير المرفق العام محل الالتزام بانتظام، وعلى أحسن وجه ممكن، باعتبار أن الإدارة أو من تعينه بمثابة وكيل عن الملتمزم الأصلي، الذي عليه مراقبة إدارة المرفق. كما يحق له اللجوء إلى القضاء إذا كانت الإدارة أو الحارس لم يقوموا بالعناية الكافية في إدارة المشروع.

- فرض هذا الجزاء من قبل الإدارة المتعاقدة لا ينهي العقد، إذ أن وضع المرفق العام تحت الحراسة من الإجراءات الوقائية، تنتهي بزوال أسبابها، وتعود إدارة المرفق العام إلى الملتمزم بعد انتهاء هذه الفترة، وزوال أسباب فرضها.

(1) مريم محمد أحمد: مرجع سابق، 2015، ص: 199.

(2) فوزية سكران: مرجع سابق، 2017، ص: 109.

- في حال وضع المرفق العام تحت الحراسة بسبب الخطأ الجسيم للمتعاقد، فإن الاستغلال المؤقت للمرفق العام يقع على نفقته وتحت مسؤوليته، وبذلك يتحمل كافة المصروفات لضمان سيره بانتظام. أما في حالة ما كان وضعه تحت الحراسة لأسباب لا ترجع إلى خطأ المتعاقد، فإن الإدارة وحدها تتحمل المصروفات المالية التي يقتضيها استغلال المرفق العام.

- ينوب من يتولى حراسة المرفق العام عن الملتزم الأصلي في جميع التصرفات القانونية والإدارية، وكل ما يقتضيه سير المرفق العام بانتظام، وينصرف عمله إلى الملتزم الأصلي، الذي يبقى مسؤولاً عن المرفق العام.

- لا يسبغ وضع المرفق العام تحت الحراسة وإدارته من قبل الجهة الإدارية، أو من تعينه صفة الشخص العام على الشركة الأصلية المتعاقدة، بل تبقى هذه الأخيرة شخصاً من أشخاص القانون الخاص، ولا تؤثر على عقود العمل المبرمة بين الملتزم الأصلي والعمال، ولا يعتبر العاملون فيها موظفين عموميين، بحيث يبقى الأخير رب العمل بالنسبة إلى العاملين.

- لضمان سير المرفق العام - وهو الهدف من وضعه تحت الحراسة - فإنه من حق الإدارة الاستيلاء على جميع المنشآت، والآلات، والمعدات المملوكة للملتزم، واللائمة لسير واستغلال المرفق العام، ولكنها تبقى من ملكية الملتزم الأصلي، وتُسأل عن أي تلف يحدث لها بسبب أعمال الحارس. لذا على الإدارة الالتزام بالعناية الكافية بهذه المنشآت، والآلات، والمعدات وصيانتها أثناء حيازتها المؤقتة لها، حتى يتم إعادتها في حالة جيدة للملتزم الأصلي عند نهاية فترة الحراسة.

- يكون استغلال المرفق العام وفق الشروط المتفق عليها في العقد، وليس من حق الإدارة خفض رسوم الانتفاع، أو زيادة تكاليف الاستغلال، أو أن تمنح لنفسها زيادات لا مبرر لها.

- من حق الإدارة تحصيل كافة رسوم الانتفاع، وإيرادات المرفق العام طوال فترة الحراسة، وهذه الأموال تعدّ من الأموال العامة على أساس أنها تردّ من مرفق عام، وتخصص لتسيير مرفق عام، ومن ثمّ لا يجوز حجزها بناء على طلب دائني الملتزم الأصلي.

وأخيرا فإنه يلاحظ قلة الأحكام القضائية في مصر، الصادرة بصدد جزاء وقف العقد ووضع المرفق تحت الحراسة، لعلّ العلة في ذلك أن مثل هذه القرارات تصدر بقرارات جمهورية، أو من جهات سيادية عليا، الأمر الذي قد يشعر فيه الملتزمون بالحرص من الطعن على مثل هذه القرارات، ومن أمثلة هذه القرارات في مصر، القرار الجمهوري رقم (154) مكرر، لسنة 1958 بوضع سكة حديد وجه بحري تحت الحراسة، والقرار الجمهوري رقم (2261) لسنة 1960، باستمرار هذه الحراسة إلى نهاية عقد الامتياز.

المبحث الثاني

سلطة الإدارة التقديرية في سحب وتعديل وإنهاء العقد الإداري

تُعدّ العقود الإدارية من أهم الوسائل القانونية التي تلجأ إليها الإدارة في سبيل تسييرها للمرافق العامة، وإشباعها لحاجات المواطنين. وكان لزاماً الاعتراف لجهة الإدارة بامتيازات وسلطات خاصة في عقودها الإدارية غير مألوفة في نطاق القانون العام، الأمر الذي كان له أثره الكبير في التعرض لبعض سلطات الإدارة في مجال تنفيذها العقود الإدارية سلطة تلو سلطة. ومن بين مجموعة السلطات التي تستأثر الإدارة المتعاقدة بها، سلطة سحب العقد، وسلطة تعديل وفسخ وإنهاء العقد الإداري من دون الحاجة إلى النص عليها صراحة في العقد، إذ هي مستمدة من مبادئ القانون العام ذاته، ومن طبيعة العقد الإداري. وتُعدّ هذه السلطات من أهم وأخطر السلطات التي تتمتع بها الإدارة المتعاقدة في مواجهة المتعاقدين معها، وأكثر السلطات خروجاً على القواعد المقررة في العقود الخاصة، والتي تقضي بأن العقد شريعة المتعاقدين، حيث لا يجوز إجراء أيّ تعديل في شروطه إلاّ باتفاق الطرفين. وعليه سيتم تقسيم هذا المبحث إلى مطلبين إلى النحو الآتي:

المطلب الأول: سلطة الإدارة في سحب وتعديل العقد الإداري.

المطلب الثاني: سلطة الإدارة في فسخ وإنهاء العقد الإداري.

المطلب الأول

سلطة الإدارة في سحب وتعديل العقد الإداري

تملك الإدارة في إطار تنفيذ العقود الإدارية سلطات وامتيازات واسعة، من أجل ضمان حسن سير المرفق العام بانتظام واطراد. ومن بين هذه الامتيازات سلطة سحب العقد وتنفيذ العمل من متعاقد آخر، وكذلك تعديله بإرادتها المنفردة ساء نص عليه العقد، أو لم ينص. ويُعدّ جزاء سحب العقد من المقاول في عقود الأشغال العامة ووضعه تحت الإدارة المباشرة لجهة الإدارة، وتنفيذ العمل من متعاقد آخر وتحت مسؤولية المتعاقد المقصر هو من الجزاءات التي تنتمي إلى الجزاءات الإدارية غير المالية الضاغطة، التي تتخذها الإدارة بإرادتها المنفردة على المتعاقد معها، الذي يخلّ بالتزاماته التعاقدية إخلالاً جسيماً للضغط عليه، وحثّه على تنفيذ العقد بالشروط والمواصفات المطلوبة وعلى أكمل وجه. وكذلك حق الإدارة في تعديل العقد وفقاً لمقتضيات الصالح العام، وضوابط معينة، وسأتناول ذلك تفصيلاً على النحو الآتي:

الفرع الأول: سلطة الإدارة في سحب العمل والتنفيذ من متعاقد آخر:

للإدارة الحق في مباشرة سلطتها في توقيع هذا الجزاء على المتعاقد معها في حال إخلاله بتنفيذ التزاماته التعاقدية، وذلك بهدف ضمان استمرار سير المرفق العام بانتظام واطراد، واستبعاد الإخلال بالتنفيذ مهما كانت صورته. وترتبط على ما تقدم، سيتم دراسة هذا الجزاء على النحو الآتي:

أولاً: مفهوم سحب العمل وطبيعته القانونية: يتعين ان نحدد تعريفاً لجزاء سحب العمل وتوضيح الطبيعة القانونية لهذا الجزاء على النحو الآتي:

أ- تعريف الجزاء بسحب العمل والتنفيذ من متعاقد آخر:

يمكن تعريف سحب العمل من مقاول الأشغال العامة بأنه: جزاء توقعه الإدارة أثناء تنفيذ عقود الأشغال العامة، بمقتضاه تحل الإدارة نفسها محل المقاول المخل إخلالاً جسيماً في تنفيذ التزاماته التعاقدية، أو أن تعهد إلى غيره بتنفيذ هذه الأشغال، وذلك على حسابه

وتحت مسؤوليته، أي بمعنى تضع هذه المقولة تحت إدارتها مباشرة؛ لضمان تنفيذها على الوجه الأكمل حرصا منها على استمرار المرفق العام وانتظامه (1).

أما القضاء فقد عرف جزءا سحب العمل والتنفيذ من متعاقد آخر في مجال العقود الإدارية، والذي على الرغم من طابعه المالي، له هدف إكراهي، لذا جرى على تسميته أيضا بالجزاء الضاغط أو جزاء الإكراه، فقد اعتادت على تعريفه أحكام القضاء بأنه: وسيلة للإدارة لتنفيذ الالتزام التعاقدية عينا، إعمالاً لامتيازاتها في التنفيذ المباشر، تقوم به لإرغام المتعاقد معها، وحمله على التنفيذ لالتزاماته التعاقدية وفقا للشروط والمواصفات المتفق عليها، ويتم ذلك عن طريق قيام الإدارة بنفسها في حال الخطأ الجسيم مقام المتعاقد في تنفيذ التزاماته، أو تحل غيره محله في القيام بها بصفة مؤقتة على حساب ومسؤولية المتعاقد، من دون أن تؤدي إلى إنهاء الرابطة العقدية، ويظل المتعاقد مسؤولا أمام الإدارة عما تم تنفيذه، سواء عن طريق الإدارة أو الغير (2).

ومن التطبيقات القضائية في هذا الشأن ما قضت به المحكمة العليا في مصر، حيث قررت: ". إن وسائل الضغط هي من الإجراءات التي تمتلك الإدارة ممارستها، وإنها إجراءات قهرية يبررها أن العقود الإدارية يجب أن تنفذ بدقة؛ لأن سير المرافق العامة يقتضي ذلك، وإن التجاء الإدارة لهذه الإجراءات القهرية لا يتضمن إنهاء العقد بالنسبة إلى المتعاقد المقصر بل يظل هذا المتعاقد مسؤولا أمام جهة الإدارة، وتتم العملية لحسابه وعلى مسؤوليته " (3).

أما سحب العمل والتنفيذ من متعاقد آخر وعلى حساب المتعاقد الأصلي في ليبيا، فباستقراء لائحة العقود الإدارية، نجد أن المشرع سار في نفس اتجاه تشريعات كثير من الدول، حيث أخذ بهذا النظام الذي نصت عليه المادة رقم (100) من لائحة تنظيم العقود الإدارية رقم (563) لسنة 2007 . وفي ذلك نصت الفقرة (9 ج) من المادة (103)، من نفس

(1) عهود جبار عباس: مرجع سابق، 2021، ص: 220.

(2) سلطة الإدارة في توقيع جزاء سحب العمل مقررة في أحكام القضاء الإداري، ومنها حكم المحكمة الإدارية العليا، الطعن رقم 1345 لسنة 8 ق، جلسة 1 / 2 / 1964، السنة 9، البند 48، ص: 572.

(3) حكم المحكمة الإدارية العليا في مصر، جلسة 1963/2/21، الطعن 1354، السنة الثامنة قضائية المجموعة السنة التاسعة، ص: 572.

اللائحة السابقة أيضا، على الحالات التي يجوز فيها للإدارة توقيع جزاء التنفيذ على حساب المتعاقد، وأهمها عدم التنفيذ في الميعاد، ومخالفة شروط العقد، وعدم اتباع التعليمات الصادرة من الإدارة.

ب- الطبيعة القانونية لسحب العمل:

تستند سلطة الإدارة في توقيع هذا الجزاء على امتيازات السلطة العامة التي تتمتع بها، بتوقيعها في العقود الإدارية باعتبارها القائمة على تسيير المرفق العام، وضمان تسييرها بانتظام واطراد. وعلى هذا لا يجوز للإدارة تضمين عقودها للأشغال العامة نصاً يحرم الإدارة من حقها في توقيع هذا الجزاء، في حال ما أحل المتعاقد معها بالتزاماته التعاقدية، وفي حال ما أدرج هذا الشرط فإنه يكون باطلا لمخالفته النظام العام⁽¹⁾.

و تجدر الإشارة إلى أن بعض الفقه لا يعتبر سحب العمل جزاء أو عقوبة توقعها الإدارة على المتعاقد المقصر في تنفيذ بنود العقد المتفق عليها، بل اعتبره إجراءً تستهدف به الإدارة ضمان حسن سير المرفق العام، ومنعاً من تعطيلها، مما قد يعرض المصلحة العامة للضرر والخطر إذا توقف هذا المرفق⁽²⁾. ولكن جانبا آخر من الفقه حدّد طبيعته بأنه جزاء بناء على سبب الالتجاء إليه، ذلك أن القاسم المشترك فيها أنها لا توقع إلا نتيجة مخالفة لشروط العقد، أو خلل قام به المتعاقد مع الإدارة. وباعتبار أن سبب سحب العمل من المتعاقد هو تقصيره في تنفيذ التزاماته التعاقدية بشكل أدى إلى إلحاق ضرر جسيم بالمشروع محل العقد، مما أفضى إلى سحب العمل وإسناد تنفيذه إلى غيره، لذا فإن هذا لا يكون إلا جزاءً، الغاية منه هو تنفيذ باقي الالتزامات التعاقدية التي لم ينفذها المتعاقد، وتصحيح الأخطاء التي وقع فيها أثناء تنفيذ العقد، وذلك تجنباً لما قد يترتب على عدم القيام بذلك من أضرار بالمرفق العام، وهذا الرأي هو ما دفع بالقضاء الإداري بوصفه بالجزاء، شأنه شأن

(1) مقداد زينة: مرجع سابق، 2019، ص: 305.

(2) حمدي عطية مصطفى عامر: مرجع سابق، 2015، ص: 518.

الجزاءات الأخرى في العقود الإدارية (1).

وعلى خلاف التنفيذ العيني في العقود المدنية التي يلجأ فيها الدائن إلى القضاء؛ لطلب ترخيص منه لتنفيذ الالتزام على نفقة المدين، في حال لم يُقْمَ بتنفيذ التزامه، فإن سحب العمل والتنفيذ من متعاقد آخر يكون على حساب ومسؤولية المتعاقد الأصلي المقصر. وفي عقد الأشغال العامة تملك الإدارة وحدها حق توقيعه من دون اللجوء إلى القضاء، ويلزم المتعاقد بفروق الأسعار الناتجة عن التنفيذ، فضلا عن المصروفات الإدارية وقيمة غرامة التأخير، إذ أن سحب العقد وتنفيذه من متعاقد آخر يفترض بقاء العقد قائما، وبقاء المقاول المقصر الأصلي مسؤولا عن تنفيذه (2).

ثانيا: خصائص وشروط التنفيذ من متعاقد آخر وإجراءاته وآثاره القانونية:

لتنفيذ العقد من متعاقد آخر خصائص عدة، وأن سلطة الإدارة في توقيعه غير مطلقة، بل مقيدة، شروط وإجراءات عدة تلتزم الإدارة بمراعاتها عند فرضه على المتعاقد معها، وهي على النحو الآتي:

أ- خصائص وشروط التنفيذ من متعاقد آخر:

يتعين أن يبين خصائص التنفيذ من متعاقد آخر، وأحدد أهم شروطه على النحو الآتي:

1. خصائص التنفيذ من متعاقد آخر: يتميز التنفيذ من متعاقد آخر بخصائص

عدة، نذكرها على النحو الآتي (3):

- إنه جزء إكراهي ومحدد بالأسباب، حيث لا يوقع هذا الجزء إلا في حال ما وقع خلل جسيم من طرف المتعاقد معه في تنفيذ العقد المبرم معه، سواء بعدم التنفيذ، أو تنفيذه بالشكل الذي يعرض المرفق للخطر، أو يهدد المشروع بالتوقف. وأيا ما كان الأمر، فإن القضاء الإداري هو

(1) نورالدين مصطفى كامل البوري: سلطة الإدارة في تعديل العقود الإدارية بإرادتها المنفردة، دراسة في القانون العراقي والمقارن، رسالة لنيل الماجستير في القانون العام، قسم القانون العام، كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، مصر، 2018، ص: 9.

(2) بشير علي الباز: مرجع سابق، 2018، ص: 161.

(3) بيو خلاف: مرجع سابق، 2021، ص: 329.

الذي يقدر خطورة سحب العمل وتنفيذ العمل من متعاقد آخر. ويجوز له في حال ما كان فرض هذا الجزاء غير مبرر إقرار المسؤولية العقدية للإدارة. وقد سبق للقضاء الإداري بأن قضى بأن: " قرار التنفيذ لحساب الحكومة لعقد بسبب التأخير في تنفيذ الأعمال، لم يكن مبرراً طالما أن المدة التعاقدية لم تنته بعد " (1) .

- إجراء وقفي من الناحية القانونية، إن قيام الإدارة المتعاقدة بسحب التزامات المتعاقد المقصر في عقد الأشغال العامة وتنفيذه من متعاقد آخر يكون مؤقتاً، ولا ينهي العقد المبرم بينهما، بل يظل العقد قائماً، ويلتزم المتعاقد بتحمل ما يترتب عن تنفيذه من نفقات لمن عهدت له الإدارة بالتنفيذ. كما يظل المتعاقد المقصر مسؤولاً أمام الإدارة بأن تتم العملية على حسابه ونفقته.

- إنه ذو طبيعة إدارية: إن أعمال الإدارة المتعاقدة لسلطتها في تنفيذ عقد الأشغال العامة المسحوب من متعاقد آخر، أمراً تفرضه اعتبارات الصالح العام، فهو يتعدى في حد ذاته فكرة أنه حق للإدارة المتعاقدة، وامتيازاتها في التنفيذ المباشر، وإنما هو إجراء يجب عليها أن تباشره من دون الحاجة إلى النص عليه صراحة في العقد، وتقرره من جانبها وانفرادياً بحق المتعاقد المقصر من دون أيّ تَنَبُّت قضائي مسبق لخطئه أو تقصيره، وبذلك فهو يتفق مع باقي الجزاءات في العقود الإدارية في هذه الخاصية .

- إنه جزء مرتبط بالنظام العام، باعتباره ضماناً مهمة لإتمام تنفيذ أعمال المشروع محل العقد، ولحسن سير المرفق العام. ويترتب عن ذلك أنه لا يجوز أن يتضمن العقد الإداري نصاً يحرم الإدارة من سحب العمل والتنفيذ من متعاقد آخر، وإذا أُدرج مثل هذا الشرط، فإنه يكون باطلا لمخالفته النظام العام، لأنه يلغي سلطة قانونية تكفل سير المرفق العام.

2. حالات وشروط التنفيذ من متعاقد آخر: نظراً لخطورة حق الإدارة في توقيع

هذا الجزاء على المتعقد معها المقصر في تنفيذ التزاماته التعاقدية، فقد أحاط المشرع بتنفيذه مجموعة من الشروط، يتعين على الإدارة مراعاتها عند توقيعها، وهذه الشروط هي على النحو الآتي (2) :

(1) جاسم خلف جواد المهدي: مرجع سابق، 2018، ص: 46.

(2) بيو خلاف: مرجع سابق، 2019، ص: 342.

الشرط الأول: وقوع خطر جسيم من طرف المتعاقد في تنفيذ العقد: من غير الممكن توقيع جزاء على المتعاقد ما لم يكن قد حدث من جانبه ضرر جسيم في تنفيذ التزامات المشروع بموجب العقد المبرم معه. وبحسب ما استقر الفقه والقضاء عليه، فإن الأخطار الجسيمة التي تبرّر توقيع جزاء سحب العمل والتنفيذ من متعاقد آخر تأخذ حالتين، أولهما: الإخلال بالشروط التعاقدية، وثانيهما: عدم احترامه تعليمات وأوامر الإدارة (1) :

● **الحالة الأولى:** الإخلال الجسيم بالشروط التعاقدية من قبل المتعاقد: إن ارتكاب المتعاقد لمخالفات جسيمة في تنفيذ التزاماته التعاقدية، يكون من شأنها أن تنال من حسن سير وانتظام المرفق العام نتيجة لعجزه، أو عدم كفايته، أو عدم قدرته على إدارة تنفيذ مشروع العقد بالشكل الصحيح. ومن أهم صورها الآتي:

- مخالفة المتعاقد مع الإدارة لأحكام كراسة الشروط والمواصفات والأحكام العامة للعقد.
- توقّف المتعاقد عن تنفيذ التزامه لفترة تُعجزه عن تنفيذ العقد في الموعد المحدد.
- لم يصلح الخلل خلال الفترة التي سمحت له فيها الإدارة بالإصلاح.
- عدم قيام المتعاقد بتنفيذ موضوع العقد في الموعد المحدد .
- تواجد المقاول في مركز مالي سيئ يمنعه من أداء التزاماته، مثل عدم صرف مستحقات العاملين لديه بانتظام.

● **الحالة الثانية:** عدم الاستجابة لتعليمات وتوجيهات الإدارة: إن رفض المتعاقد تنفيذ التعليمات والأوامر الصادرة من الإدارة، والمتعلقة بطريقة تنفيذ العقد، ومخالفة المتعاقد معها لتعليماتها، بشرط أن تكون مكتوبة ومشروعة تأسيساً على أن للإدارة سلطة الرقابة والتوجيه في تنفيذ العقد الإداري، يعطي لها حق التنفيذ على حسابه.

وقد ذُكرت الحالات السابقة لتوقيع جزاء التنفيذ من متعاقد آخر، وعلى حساب ومسئولية المتعاقد الأصلي على سبيل المثال وليس على سبيل الحصر، ذلك أن الإدارة تستمدّ سلطتها في توقيع جزاء سحب العمل والتنفيذ من متعاقد آخر من طبيعة العقد الإداري وصلته بالمرفق

(1) حمدي عطية مصطفى عامر: مرجع سابق، 2015، ص: 518.

العام، ولهذا فإن الإدارة المتعاقدة تملك السلطة التقديرية في سحب العمل والتنفيذ من متعاقد آخر، تحت رقابة القضاء الإداري لتحقيق المصلحة العامة (1).

الشرط الثاني: وجوب إعدار المتعاقد وتحديد أجل لتنفيذ التزاماته قبل توقيع جزاء سحب العمل والتنفيذ من متعاقد آخر. يعدّ الإعدار كقاعدة عامة شرطاً من الشروط الواردة إعمال الإدارة لسلطتها في توقيع الجزاءات أثناء تنفيذ عقودها الإدارية. وعليه يجب على الإدارة المتعاقدة إعدار المقاول قبل سحب العمل منه ليكون على بينة من أمره، فيعلم أن نية الإدارة المتعاقدة تتجه إلى معالجة الأمر بمعرفتها، وهو إثبات قانوني لحالة مخالفة المتعاقد معها لشروط العقد، أو التقصير أو التأخير في تنفيذ العقد، ويهدف إلى إثبات عدم وفاء المتعاقد بالتزاماته. ويجب أن يكون هذا الإعدار مقروناً بفترة زمنية محددة، غايتها إتاحة الفرصة له لتنفيذ التزاماته التعاقدية المقصّر فيها، وفق شروط العقد في المدة التي حدّتها له، ويكون تحت طائلة توقيع جزاء التنفيذ على حسابه. ويذهب أغلب الفقه والقضاء الإداري إلى أن الإعدار يشكل شرطاً حقيقياً لمشروعية جزاء التنفيذ على حساب المتعاقد، ومن ثم يترتب للمتعاقد حقا المطالبة بالتعويض عن الضرر الذي يسببه له توقيع هذا الجزاء في حال عدم مراعاة هذا الشرط من الإدارة.

ويمكن أن يتضمن العقد نصاً على إعفاء الإدارة من الإعدار قبل توقيعها لهذا الجزاء. كما أن الإدارة المتعاقدة تملك سلطة تقديرية، التي في ضوءها تُعفى من هذا الشرط في الحالات الآتية:

- حالة ارتكاب المتعاقد لأفعال الغش والتدليس أثناء تنفيذ العقد، بقصد تحقيق قدر أكبر من المكاسب المالية.

- إذا رأت الإدارة أنه لا فائدة للإعدار في إصلاح المخالفة.

- في حالة الاستعجال كحالة الحرب والقوة القاهرة.

(1) بيو خلاف: مرجع سابق، 2019، ص: 344.

ب- إجراءات وصور وآثار الجزاء بسحب العمل والتنفيذ من متعاقد آخر :

تعددت إجراءات وصور توقيع الجزاء بسحب العمل وتنفيذه من متعاقد آخر، ويترتب عنها آثار عدة نبينها على النحو الآتي :

1. إجراءات الإدارة في جزاء سحب العمل والتنفيذ من متعاقد آخر: تلتزم الإدارة

كقاعدة بضرورة التحقق من استيفاء شروط توقيع هذا الجزاء على المتعاقد معها قبل المباشرة في تنفيذه. ويكون على الإدارة بعد ذلك اتباع الاجراءات الآتية:

- تصدر الإدارة قراراً مسبباً بتنفيذ العقد من متعاقد آخر بإرادتها الحرة لدواعي المصلحة العامة ، وإن كانت كقاعدة عامة، فإن الإدارة غير ملزمة بتسبب قراراتها، إلا استثناء على ذلك، تكون الإدارة ملزمة بتسبب قراراتها ذات الطابع الجزائي تسببها واضحا وصحيحا، ومبرزا معالم القصور المنسوب إلى المتعاقد معها، حتى يتعرّف على أسباب توقيع هذا الجزاء عليه. كما أن من حقّها أن تصدره من دون اللجوء إلى القضاء. وما هذا إلا إجراء مؤقت لا يترتب عنه إنهاء العقد الأصلي، بل تظل الرابطة التعاقدية قائمة، ويظل المتعاقد المقصر ملتزماً أمام الإدارة بتنفيذ كافة الالتزامات الناتجة عن العقد الإداري.

- تختار الإدارة الطريقة التي تراها مناسبة لتوقيع هذا الجزاء، وتباشر التنفيذ على حساب المتعاقد، ويتخذ التنفيذ على حساب المتعاقد صورتين⁽¹⁾ :

◆ الصورة الأولى: يتمّ تنفيذ العمل بمعرفة الجهة المتعاقدة نفسها، أي بأموالها وعمالها، ويكون هذا عادة في أحوال الضرورة والاستعجال التي لا تحتل البحث عن متعاقد جديد.

◆ الصورة الثانية: يتمّ بواسطة مقال جديد، عادة أحد مقدمي العطاءات التالية لعطائه بحسب ترتيب أوليتها، ويتحمل المتعاقد المقصر في التنفيذ الفرق في الأسعار المترتبة عن هذا التنفيذ وجميع ما تكبدته الإدارة من مصروفات مع التعويض إذا كان له مقتضى.

وتتملك الإدارة سلطة تقديرية واسعة في توقيع جزاء سحب العمل والتنفيذ من متعاقد آخر في أي وقت تشاء، وفي تقدير القصور والمخالفات التي تبرر توقيع هذا الجزاء، وفي اختيار

(1) حمدي عطية مصطفى عامر: مرجع سابق، 2015، ص: 52.

الصورة المناسبة في تنفيذ الأعمال التي عجز عن تنفيذها بالحلول محله، أو تنفيذها بواسطة مقاولين آخرين، وفي كلتا الحالتين يتعيّن على الإدارة الالتزام بذات الشروط المتفق عليها في العقد الأصلي. كما يظل المتعاقد الأصلي مسؤولاً أمام الإدارة، بأن تتم العملية على حسابه ونفقاته (1).

1. الآثار المترتبة عن سحب العمل والتنفيذ من متعاقد آخر: يترتب عن قرار الإدارة القاضي بسحب العمل والتنفيذ من متعاقد آخر آثار عدة، والتي يمكن حصر أهمها فيما يأتي:
2. جزاء مؤقت: يعدّ جزاء سحب العمل والتنفيذ من متعاقد آخر في عقود الأشغال العامة جزءاً مؤقتاً لا ينتهي به العقد، فيستبعد المقاول مؤقتاً وتستمر مسؤوليته عن تنفيذه (2).
3. تحميل المتعاقد الأصلي كافة المخاطر المالية المترتبة عن تنفيذ العقد من متعاقد آخر: تُحمل الإدارة المقاول المقصر الفرق في الأسعار في أثناء توقيع العقد، وعند التنفيذ من متعاقد آخر. كما تسترد منه جميع الخسائر والنفقات الزائدة عن قيمة العقد المتفق عليها، التي أنفقتها الإدارة لتنفيذ العمل المسحوب من المتعاقد معه، ويتم ذلك بالخصم من قيمة التأمين النهائي الذي أودعه المتعاقد معها لديها. وفي حال عدم كفايتها، لها الحق في أن تلجأ إلى خصمها من أيّ مبالغ مستحقة للمتعاقد لديها، أو لدى جهة إدارية أخرى. كما لها الحق في حجز أيّة مبالغ مالية استحققت له نظير ما قام به من أعمال. كما يحق للإدارة أيضاً اقتضاء الغرامات التأخيرية منه متى كان لها مقتضى. ويجوز لها أيضاً المطالبة بالتعويض عن الأضرار التي تحدث بسبب إخلال المتعاقد معها بتنفيذ المقاول، والتي سحبت من أجله العقد (3).

4. احتجاز ما يوجد بموقع العمل من منشآت وقتية ومبان وأدوات وآلات: يحق للإدارة المتعاقدة بعد إصدارها لقرار سحب العمل من المقاول المقصر وفق سلطتها التقديرية، حجز ما يوجد بالموقع من منشآت وقتية، ومبان، وأدوات، وآلات التي تخصه، على أن تلتزم بجردها. ولا يحق للمتعاقد المقصر المطالبة باستردادها قبل الانتهاء من تنفيذ العمل. كما يكون للإدارة الحق في استعمالها لاستكمال تنفيذ العمل، مع الالتزام بالعناية

(1) بشير علي الباز: مرجع سابق، 2018، ص: 161.

(2) مقداد زينة: مرجع سابق، 2019، ص: 321.

(3) عهود جبار عباس: مرجع سابق، 2021، ص: 233.

بها وصيانتها. ويحق للإدارة أن تلجأ إلى بيع هذه المحجوزات بعد الانتهاء من تنفيذ العمل؛ ضمانا لاستيفاء حقها من المقابل المقصر، وأن تعيد ما تبقى منها بعد أن تسوفي حقوقها بالكامل⁽¹⁾.

وخلاصة القول إن سحب العمل والتنفيذ من متعاقد آخر كما يرى الفقه ويسلم به القضاء، إجراء جزائي مرتبط بالنظام العام، ويتواجد حتى ولم يكن منصوصا عليه في العقد لدفع المتعاقد على الوفاء بالتزاماته التعاقدية حماية للمصلحة العامة.

الفرع الثاني: سلطة الإدارة في تعديل العقد:

تعدّ سلطة الإدارة في تعديل العقد الإداري بإرادتها المنفردة لدواعي المصلحة العامة من أبرز الخصائص التي تميّز العقد الإداري عن غيره من العقود الأخرى، والتي تستطيع الإدارة مباشرتها بإرادتها المنفردة ومن دون حاجة منها إلى النص عليها في العقد. وتستند الإدارة في ذلك على هدفها في تحقيق المصلحة العامة. وأقدم تفاصيل ذلك على النحو الآتي.

أولاً: ماهية سلطة الإدارة في تعديل العقد الإداري وأساسها القانوني:

لقد أجمع الفقه الإداري ومن ورائه أحكام القضاء على سلطة الإدارة في تعديل العقد الإداري، ونظمت أحكام القوانين واللوائح الخاصة بالعقود الإدارية ضوابط هذه السلطة، ونوضح ذلك على النحو الآتي:

أ- تعريف سلطة الإدارة في تعديل العقد :

إن الجهة الإدارية المتعاقدة تملك بإرادتها المنفردة، وعلى خلاف المألوف في معاملات الأفراد فيما بينهم، حق تعديل مدى التزامات المتعاقد معها، وذلك كلما اقتضت حاجة المرفق هذا التعديل من غير أن يحتج عليها بقاعدة الحق المكتسب، أو بقاعدة العقد شريعة المتعاقدين، وسلطة التعديل ليست مطلقة، بل ترد عليها قيود معينة، تقتضيها ضرورة التوفيق بين المصلحة العامة والمصالح الفردية للمتعاقدين معاً، ولا يترتب عن ذلك التعديل أعباء جديدة تتجاوز إمكانات المتعاقد الفنية أو المالية، أو يكون من شأنها أن تقلب اقتصاديات العقد

(1) فوزية سكران: مرجع سابق، 2017، ص: 121.

رأساً على عقب " (1) .

وتمتدّ سلطة تعديل العقود المعترف بها للإدارة، سواءً من الفقه أو القضاء الإداري، لتشمل كافة أنواع العقود الإدارية. كما أن من المستقر عليه أن نطاق حق الإدارة في التعديل إمّا أن يكون في حجم وكمية الأداءات، أو في طرق ووسائل التنفيذ، أو التعديل في مدة التنفيذ (2) .

وعلى ضوء ما سبق، عُرِّفت سلطة الإدارة في تعديل العقد الإداري بأنها: حق ثابت لها بوسع الإدارة استعماله ولو خلا من نص بشأنه، وحتى لو انطوى العقد على نص يحظره، حيث يبطل النص ويبقى هذا الحق قائماً، حتى لو وجد نص في العقد يجيز للإدارة تعديل العقد، فإن هذا النص لا يعدو دوره كاشفاً للحق لا مُنشئاً له (3) .

وقد أقرّ المشرع الليبي سلطة الإدارة في تعديل العقود الإدارية، حيث تناولت أحكام اللائحة المنظمة للعقود الإدارية رقم (563) لسنة 2007 سلطة التعديل الانفرادي للعقود الإدارية، وذلك في المادة رقم (99) ، حيث أعطت الفقرة (أ) من تلك المادة للجهة الإدارية المتعاقدة صلاحية تعديل كميات أو حجم عقدها الإداري بالزيادة أو النقص على موضوع العقد، في حدود نسبة لا تتجاوز خمسة عشر في المئة (15 %) من قيمة العقد الأصلية، بذات الشروط والأسعار ومن دون أن يكون للمتعاقد معها الحق في المطالبة بالتعويض عن ذلك. كما تملك الإدارة المتعاقدة بموجب نص الفقرة السابقة، الإرادة في فرض ذلك التعديل على التزامات المتعاقد معها، فهو مكلف بتنفيذ ما تأمر به الإدارة ما دام في إطار المشروعية، ويخدم المصلحة العامة (الفقرة أ من المادة 99) . كما أجازت (الفقرة ب) من نفس المادة، أنه يجوز للجهة المتعاقدة، وفي حالات الضرورة الطارئة، وبموافقة الجهة المتعاقدة معها تجاوز النسبة السابقة (15 %) ، على أن يتم ذلك بعد موافقة المتعاقد معها، والحصول على موافقة الجهة المختصة بإصدار قرار الترسية، والإذن بالتعاقد، ووجود الاعتماد المالي اللازم، وأن يصدر التعديل خلال فترة سريان العقد ، وأن لا يؤثر ذلك على

(1) حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم 6456 لسنة 46 ق .ع. جلسة 2004/3/30، الدائرة 3

مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة لسنة 2003 الى سبتمبر، المبدأ 66، ص: 531.

(2) نورالدين مصطفى كامل البوري: مرجع سابق، 2018، ص: 22.

(3) خلفان محمد أمين وكمال محمد، مرجع سابق، 2019، ص: 8.

أولية المتعاقد في ترتيب عطاءه. كذلك أقرت الفقرة سالفه الذكر في هذه الحال بحق المتعاقد في المطالبة بتعديل الأسعار في الكميات، أو الأحجام الإضافية.

ب- الأساس القانوني لسلطة الإدارة في تعديل العقد الإداري بإرادتها المنفردة تستمد الإدارة حقها في تعديل العقد الإداري من السلطة العامة، وأن تعديلها لشروط عقدها الإداري لا يكون لها بصفتها متعاقدة، بل باعتبارها سلطة عامة تجاه المتعاقد معها، فلو اعتبرت كطرف متعاقد فقط، لما كان لها الحق في هذا التعديل بإرادتها المنفردة، وغيره من السلطات الأخرى لتحقيق المصلحة العامة، فالإدارة هي صاحبة الاختصاص بتنظيم المرفق العام، وتحديد قواعد تسييره بانتظام واطراد، فلذلك تملك حق تعديل عقدها الإداري بما يلائم ضرورات واحتياجات المرفق العام، ويواكب التطور التكنولوجي، لا سيما وأن بعض العقود التي تبرمها الإدارة يستغرق تنفيذها سنوات طويلة، تحدث فيها كثير من التطورات، وليس بحاجة إلى وجود نص قانوني يؤكد عليها في العقد، ولا يمكنها التنازل عنه. وتأتي هذه الصلاحية بسبب مسؤولية الإدارة عن حسن سير المرفق العام، وتحقيق المصلحة العامة التي تسمو على كل اعتبار قانوني، ومن ثم فإن أي شرط أو اتفاق حول سلب الإدارة حقها في التعديل يُعد باطلاً، ذلك لأنه حق أصيل للإدارة، ومستمد من صفتها كسلطة عامة، وبذلك يتمتع العقد بقدر من المرونة⁽¹⁾. فإذا اقتضت ظروف المرفق العام القيام بتعديل العقد الإداري المبرم، يكون بإمكان الجهة الإدارية المتعاقدة تعديل شروط العقد أثناء تنفيذه، وتعديل مدى التزامات المتعاقد على نحو وبصورة لم تكن معروفة وقت إبرام العقد، فتغيّر من الأعباء الملقاة على عاتق المتعاقد معها بالزيادة أو النقصان لدواعي المصلحة العامة، على خلاف ما تم الاتفاق عليه في العقد المبرم، وذلك بإرادتها المنفردة، ولا تكون الإدارة قد خرجت على مضمون العقد، ومن دون أن يحتج عليها المتعاقد معها بقاعدة القوة الملزمة للعقد، وأن العقد شريعة المتعاقدين المعمول بها في عقود القانون الخاص. كل ذلك لطبيعة العقود الإدارية وأهدافها، وقيامها على فكرة استمرار المرفق العام، وضرورة الوفاء باحتياجاته، وقابليته

(1) توركان ابراهيم علي: مرجع سابق، 2019، ص: 34.

للتغيير، ومواكبة الاحتياجات والتطور (1) .

ثانياً: ضوابط تعديل العقد الإداري:

رغم أن سلطة الإدارة في تعديل العقد الإداري سلطة تقديرية منحها المشرع لها ابتغاء تحقيق الصالح العام، إلا أن المشرع في القوانين واللوائح المنظمة للعقود الإدارية قيد هذه السلطة بعدة ضوابط، أوضحها على النحو الآتي:

أ- الضوابط العامة لحق الإدارة في تعديل العقد بإرادتها المنفردة:

ويقصد بها تلك الضوابط والشروط المتصلة بمشروعية الإجراءات التي تتخذها الإدارة في إجراء التعديل، ويشوب القرارات الصادرة من دون مراعاتها عيب مخالفة القانون، ويحق للمتعاقد اللجوء إلى القضاء الإداري وطلب إلغائها. كما يستطيع الامتناع عن تنفيذ التعديل المخالف للضوابط المتعلقة بالمشروعية. وهذه الضوابط هي (2):

1. أن يقتصر التعديل على الشروط المتصلة بسير المرفق العام ومقتضيات تنظيمه: وذلك لتلبية حاجات المرفق العام ذات الطبيعة غير الثابتة والمتغيرة لإشباع الحاجات العامة التي أبرم العقد من أجلها، مثل أسلوب العمل، والبنود المتعلقة بكميات، أو حجم، أو أنواع المواد، وطرق ووسائل التنفيذ، والجداول الزمنية لمعدلات التنفيذ ومدته، وكلها مسائل خاضعة لسلطة الإدارة التقديرية.
2. يجب أن لا يمس التعديل شروط المصالح المالية للمتعاقد: مثل أسعار الخدمات التي يقدمها للإدارة، أو مقابل تنفيذه لالتزاماته التعاقدية، أو إقراض المتعاقد معها قرصاً مالياً محدداً، فهي غير مرتبطة بسير المرفق العام ولا تؤثر فيه، وتبقى خاضعة لقواعد القانون المدني (العقد شريعة المتعاقدين).
3. أن لا يؤدي التعديل إلى تغيير موضوع العقد: لا تستطيع الإدارة أن تفرض على المتعاقد معها التزامات لا صلة لها بالعقد المبرم معها، أو تؤدي إلى تغيير جوهري

(1) به يمان جلال حسن: سلطة الإدارة في تعديل العقد الإداري دراسة مقارنة، رسالة مقدمة لنيل درجة الماجستير في القانون العام، كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، مصر، 2016، ص: 42.

(2) نور الدين مصطفى كامل الجبوري: مرجع سابق، 2018، ص: 36.

في موضوع العقد، تجعل المتعاقد معها وكأنه أمام عقد جديد، أو تغيير موضوعه، وما كان ليقبله لو عُرض عليه عند الإعلان عن العقد، حيث اتفق معها على معاونتها في موضوع معين لسد احتياجات المرفق العام، ويتوقف التزامه عند هذا الحد، وفي خارج موضوع العقد لا يلتزم بأيّ التزام، ولا يرتبط مع الإدارة بأي رابطة، ولا يجوز أن يُفرض عليه أيّ أمر. فإذا قامت الإدارة بتعديل خارج موضوع العقد وألّزمت به المتعاقد معها، فيحقّ له مطالبتها بالتعويض عن ذلك⁽¹⁾. ومثال ذلك لا يحق تعديل عقد لحفر آبار مياه للشرب لتوريد سيارات، ولكن يجوز لها تعديل عقد لتوريد مضخات لتشغيل الآبار، تعمل بالوقود بمولدات تعمل بالطاقة الشمسية.

4. ضرورة ملاءمة الإمكانيات الفنية والمالية للمتعاقد: يجب أن لا تتجاوز التعديلات التي تقوم بها الإدارة الإمكانيات المالية والفنية للمتعاقد، والنسب المحددة في اللوائح، وكراسة الشروط العامة. فالمتعاقد باعتباره قدّم عطاءه على ضوء ما جاء في الإعلان عن ذلك العطاء، ودراسته على ضوء إمكانياته المادية والفنية، وواضحاً في اعتباره احتمال قيام الجهة المتعاقدة معه بإجراء تعديلات على عقدها، ولكن في حدود النسب المحددة في كراسة الشروط العامة، ومن ثم يجب أن لا يمتدّ التعديل إلى تجاوز تلك النسبة المحددة، والإمكانيات المالية والفنية للمتعاقد معها، فإذا كان لا بدّ من ذلك، فنلزم موافقة المتعاقد على ذلك، وينشأ له حق التعويض عن ذلك. وفي حال ما وصل التعديل إلى حد قلب الإمكانيات المالية والفنية رأساً على عقب، يكون من حق المتعاقد الطلب من القاضي فسخ العقد، وطلب التعويض عن الضرر الذي ترتّب عن إجراء الإدارة ذلك التعديل، تأسيساً على أن التعديل تجاوز الإمكانيات الفنية والمالية للمتعاقد، وأن التعويض الذي تلتزم به الإدارة مقابل حقّها في التعويض غير كافٍ لإصلاح الضرر الذي ترتّب عن التعديل، ويسمح للمتعاقد بتفادي النتائج الخطيرة والمرهقة، التي قد تنشأ من تعديل الإدارة لعقدها، والذي تجاوز إمكانيته التنفيذية⁽²⁾.

5. أن تستجد ظروف بعد إبرام العقد تبرّر التعديل: يجب أن يكون هناك ظروف قد استجدت بعد إبرام العقد ومغايرة لتلك التي أبرم العقد في وقتها، بحيث تصبح شروط العقد

(1) بيو خلاف: مرجع سابق، 2020، ص: 369.

(2) به يمان جلال حسن: مرجع سابق، 2016، ص: 100.

والتنفيذ في ظلها لا تحقق المصلحة العامة، أو أقل تحقيقاً لها، أو متعارضاً معها في ظل الظروف الجديدة، الأمر الذي يبرر أهمية تدخل الإدارة لإجراء التعديل على مضمونه؛ لتمكين الإدارة من التكيف مع الظروف المستحدثة لتحسين المرفق العام. وللإدارة سلطة تقديرية في تقييم مستجدات هذه الظروف، ولتمكين العقد من أن يحقق المصلحة العامة في الظروف الجديدة⁽¹⁾. ومن أمثلة ذلك قيام الإدارة باستبدال إنارة الشوارع بالكهرباء بإنارتها الطاقة الشمسية، وهو تطور تقني حديث طرأ بعد إبرام العقد، ورأت الإدارة المتعاقدة فيه أنه سيوفر كميات كبيرة من الطاقة، ويساهم في تقليص الضغط على الحمولة الكهربائية، فيكون من حقها إجراء ذلك التعديل.

وبناء على ذلك، فإن عدم تغيير الظروف يمنع الإدارة من استعمال حقها في التعديل الانفرادي لعقدها الإداري، وعلى ذلك تكون سلطة الإدارة في إجراء تعديل على عقودها الإدارية بإرادتها المنفردة ليست تقديرية، يترتب عنها حرمتها في أن تعدل من التزاماتها كيف ما تشاء، ولكنها سلطة تفرض تغيير الظروف بعد إبرام العقد، تبرر استخدام الإدارة لهذه السلطة.

6. أن يصدر قرار التعديل في حدود القواعد العامة للمشروعية الإدارية: يعدّ قرار تعديل العقد قراراً إدارياً، ومن ثم يجب على الإدارة وهي تُقبّل على تعديل عقدها الإداري، أن يكون قرارها بالخصوص مستوفياً لمقومات وأركان القرار الإداري صيانة لمبدأ المشروعية. كما يجب أن يصدر قرار التعديل من صاحب الصلاحية الذي وقّع العقد الأصلي، أو من يفوضه تفويضاً صحيحاً، وإلا كان مخالفاً لهذه القواعد ووقّع باطلاً، ويجوز الطعن عليه أمام القضاء الإداري. لذا يجب على الإدارة في الحالات التي تستوجب تعديل العقد، أن تحترم قواعد الاختصاص، التي تقضي بصدور القرار من الجهة المختصة بالتعديل، ويكون صادراً وفق الإجراءات الشكلية والأوضاع المقررة وفقاً للقوانين واللوائح .

ب- الضوابط الخاصة بحق الإدارة في تعديل العقد:

حددت بعض التشريعات في الدول، ومنها لائحة العقود الإدارية الليبية رقم (563) لسنة

(1) عبد الشافي آصف العفيش: مرجع سابق، 2017، ص: 12.

2007 الإجراءات التي تلتزم بها الإدارة عند استعمالها لحقها في تعديل العقد الإداري نبيتها على النحو الآتي:

1. الحصول على موافقة الجهة المختصة بالتعديل: يمكن للإدارة المتعاقدة بإرادتها المنفردة تعديل العقد الإداري بالزيادة والنقصان، إذا ما اقتضت المصلحة العامة ذلك، في حدود (15 %) من الكمية أو الحجم المتعاقد عليه، تطبيقاً لنص المادة (99) من لائحة العقود الإدارية رقم (563) لسنة 2007. وفي حال ما أرادت الإدارة تجاوز تلك النسبة، فإنه يتعين عليها أخذ موافقة المتعاقد معها على ذلك التعديل، فيما زاد على 15 % من الأعمال الإضافية، التي يجب أن تكون من نفس نوع وجنس الأعمال المتعاقد عليها. ويجب أيضاً الحصول على موافقة الجهة المختصة بإصدار قرار الترسية والإذن بالتعاقد، وأن يصدر التعديل من السلطة المختصة بذلك وفقاً للإجراءات المقررة في القوانين واللوائح، ومن ثم فإنه لا يحقّ لشخص آخر أو جهة أخرى غير الشخص المختص، أو الجهة المختصة بالتعاقد إجراء تعديل على العقد، واستحداث التزامات مالية على عاتق الجهة الإدارية.

2. توافر الاعتماد المالي لتمويل التعديل: أوجبت لائحة العقود الإدارية رقم (563) لسنة 2007، على الإدارة الالتزام بتوفير الاعتماد المالي الكافي لمواجهة الأعباء المالية لتنفيذ العقد، لتتمكّن من الوفاء بالتزاماتها المالية تجاه المتعاقد معها. وهذه الحكمة ذاتها تسري على تعديل العقود الإدارية، باعتبار أن هذا التعديل يترتب عنه زيادة في التزامات المتعاقد المالية مع الإدارة، الأمر الذي يُوجب عليها توفير اعتماد مالي كافٍ لمواجهة النفقات المستجدة الناجمة عن التعديل، وبأن لا يكون التعديل إرهاباً لخزينة الدولة⁽¹⁾.

لذلك أُلزمت الجهة الإدارية بموجب نص المادة رقم (99) من اللائحة السابقة قبل طرح التعديل الحصول على إقرار من المسؤول المالي بالجهة المختصة، بوجود الاعتماد المالي المخصص، وضمان توفّر التمويل اللازم لأصرف قيمة المستخلصات المالية في مواعيدها المقررة.

(1) بيو خلاف: مرجع سابق، 2020، ص: 103.

وقد سبق وأن بيّنت في الفصل الأول أن الشرطين السابقين هما من ضمن الشروط التي تلتزم الجهة الإدارية بتوفيرهما عند إبرامها لعقودها الإدارية، والقيود التي تُرد على سلطة الإدارة في الشرطين السابقين، وما يترتب عن مخالفتها من آثار، وحدود السلطة التقديرية للإدارة فيهما.

3. أن يكون التعديل في حدود النسبة المحددة وموافقة المتعاقد في حالة تجاوزها:

يشترط أن يكون التعديل في حدود النسبة المقررة قانوناً، ويكون التعديل في كمية أو حجم التزامات المتعاقد مع لإدارة بالزيادة أو النقص، وتكون قابلة للتنفيذ والمحاسبة عليها عن ذات الصفات والأسعار الخاصة بكل نوع من الأعمال الإضافية المماثلة لأعمال العقد الأصلية المتفق عليها. أما إذا كانت الأعمال الإضافية غير ذات الصلة بالأعمال الأصلية، ولا يقتضيها حسن سير المرفق العام، أو تجاوزت النسبة المحددة، أو ترهق المتعاقد مالياً وفنياً، أو تجعله وكأنه أمام عقد جديد، فلا مناص من طرحها في مناقصة جديدة ومنفصلة عن العقد المبرم، وإلا كان للمتعاقد حق الطلب بفسخ العقد قضائياً⁽¹⁾.

4. أن يتم التعديل خلال فترة سريان العقد: المقصود بفترة سريان العقد: هي فترة قيام

العقد، ولا تعني المدة المتفق عليها في العقد، بل تعني مدة تنفيذ العقد، فقد يتأخر المتعاقد في التنفيذ، ويتمّ التعديل في مدة تنفيذه، فطالما العقد لم يُكتمل تنفيذه، أو يتم فسخه، فإن الإدارة تستطيع تعديله، إذ إن سريان المدة هو عكس الانقضاء، ولا ينقضي العقد إلا باكتمال تنفيذه أو فسخه. أمّا في حال طلب أعمال إضافية بعد انتهاء العقد أو تسليم الأعمال الأصلية، فإن ذلك لا يُعدّ تعديلاً بل عقد جديد⁽²⁾. كما لا يجوز إنقاص الأعمال بعد تمام التنفيذ لجميع الأعمال الأصلية المتفق عليها⁽³⁾.

وعليه، واستناداً إلى الضابط السابق، فإنه يتوجب على الإدارة إن رأت وفق سلطتها التقديرية أن المصلحة العامة تتطلب تعديلاً في عقدها الإداري، يجب أن تقوم بذلك أثناء تنفيذ العقد. وإذا رأت اسناد أعمالاً إضافية بعد تمام استلام الأعمال الأصلية، فإن ذلك لا يعد تعديلاً

(1) توركان ابراهيم علي: مرجع سابق، 2019، ص: 71.

(2) بشير علي الباز: مرجع سابق، 2018، ص: 134.

(3) مبارك عوض المطيري: تعسف الإدارة في استعمال صلاحيتها في تعديل العقد الإداري دراسة مقارنة، رسالة لنيل شهادة الماجستير في القانون العام، جامعة الشرق الأوسط، 2011، ص: 76.

للعقد، بل تعاقدًا جديدًا⁽¹⁾.

5. أن لا يؤثر التعديل في أوليات المتعاقد في ترتيب أعماله: يجب أن لا يؤثر تعديل العقد في حدود النسبة المحددة في أولوية المتعاقد في ترتيب عطائه بالنسبة إلى غيره من مقدمي العطاءات معه، فيما يتعلق بالمقابل المادي نظير ما قام به من أعمال إضافية، بحيث يبقى عطاؤه على الرغم من التعديل هو أقل عطاء من حيث السعر، والأفضل من حيث الشروط التعاقدية.

(1) نور الدين مصطفى كامل الجبوري: مرجع سابق، 2018، ص:22.

المطلب الثاني

سلطة الإدارة في فسخ وإنهاء العقد الإداري

يُعدّ فسخ العقد وإنهاؤه أهم امتيازات الإدارة وحقوقها التي منحها المشرع لها في العقود الإدارية، بل و أشد الشروط الاستثنائية غير المألوفة في العقد الإداري، حيث تستطيع الإدارة بموجب هذا الحق إنهاء الرابطة التعاقدية بإرادتها المنفردة، ومن دون الرجوع إلى القضاء، إذا رأت ذلك وتطبيقاً لدواعي المصلحة العامة، إلا أن فسخ العقد يختلف عن إنهائه، فالفسخ تتخذه الإدارة في حال ارتكاب المتعاقد خطأً جسيماً في تنفيذ التزاماته التعاقدية، أو نتيجة عجزها عن إدارة المرفق، أو لم يُعدّ قادراً على الوفاء بالتزاماته التعاقدية على الوجه المطلوب، ولا جدوى من تقويم المتعاقد وإعادته للطريق الصحيح، فتقرر الإدارة فسخ العقد مع حقها في المطالبة بالتعويض. أما إنهاء العقد فهو سلطة تقديرية للإدارة، منحها المشرع لها مراعاة للصالح العام، وتتخذ الإدارة قرار الإنهاء من دون أي خطأ أو تقصير من المتعاقد معها في تنفيذ العقد، ويحق للمتعاقد طلب التعويض من الإدارة في حال إنهاء العقد من قبلها، ويكون التعويض عن الخسارة إذا كان الإنهاء للصالح العام، أما إذا كان الإنهاء لغير الصالح العام فيستحق المتعاقد التعويض الكامل، والمتمثل في تعويضه عن الخسارة، وما فاته من كسب، ولذا سأتناول فسخ العقد الإداري وإنهاءه بالتفصيل على النحو الآتي:

الفرع الأول: سلطة الإدارة في فسخ العقد الإداري :

يُعدّ فسخ العقد الإداري الجزاء الذي توقعه الإدارة على المتعاقد معها، نتيجة الخطأ الجسيم في تنفيذ العقد، وعدم التزامه بالمواصفات المتفق عليها، أو عجزه وعدم قدرته عن الوفاء بالتزاماته، وأصبح لا جدوى هناك من توجيه المتعاقد للتنفيذ الصحيح لالتزاماته بالعقد الإداري وهو الأمر الذي يستجوبه الصالح العام، وحسن سير وانتظام وإطراد المرفق العام. وأبين مفهوم فسخ العقد، وخصائصه، وأنواعه، وشروطه، والآثار المترتبة عنه على النحو الآتي:

أولاً: تعريف وخصائص فسخ العقد الإداري وأنواعه:

أعرض لتحديد مفهوم فسخ العقد وبيان خصائصه، وتحديد أهم أنواعه تفصيلاً على النحو الآتي:

أ- تعريف وخصائص فسخ العقد الإداري

لفسخ العقد الإداري تعريفات وخصائص عدة، وأساساً قانونياً يستند إليه باعتبار الفسخ امتيازاً من امتيازات الإدارة في العقود الإدارية، وتوضيح الأمر على النحو الآتي:

1. تعريف وخصائص العقد الإداري: تعدد تعريفات الفقه الإداري لفسخ العقد الإداري، وإن

اختلفت في صياغتها إلا أن مضمونها واحد. ومن أهم هذه التعريفات :

- ذهب جانب من الفقه إلى القول: إن فسخ العقد الإداري " أخطر الجزاءات التي يمكن لجبهة الإدارة أن توقعه على المتعاقد معها، وهو يفترض ارتكاب المتعاقد خطأ جسيماً أو إخلالاً خطيراً بالتزاماته التعاقدية، فتقوم الإدارة المتعاقدة معه بفسخ العقد كجزاء له عن ذلك التقصير الشديد أو الخطأ الجسيم. وينتج عن ذلك أن يفقد المتعاقد كل حقوقه المستمدة من العقد، بما في ذلك فقدانه التأمين الذي دفعه " (1) .

- كما عرفه جانب آخر من الفقه بأنه: " إجراء توقعه الإدارة المتعاقدة على المتعاقد معها في حال لم يعد قادراً على الوفاء بالتزامه التعاقدية على نحو ما ينبغي، حيث تُنهي الإدارة بهذا الجزاء التعاقد معه بصورة مبتسرة، أي ينتهي نهاية غير طبيعية وقبل أوانه تفرضها موجبات تحقيق المصلحة العامة في دوام سير المرفق العام بانتظام " (2) .

وترى الباحثة أن فسخ العقد الإداري هو جزاء توقعه الإدارة على المتعاقد معها في حال الخطأ الجسيم أو المتكرر، الذي يفقد الإدارة المتعاقدة الأمل في قدرته على تنفيذ التزاماته التعاقدية، على نحو ما ينبغي، حيث تُنهي الإدارة بهذا الجزاء التعاقد معه بإرادتها المنفردة قبل انتهاء أجله، وبصورة نهائية تفرضها موجبات تحقيق المصلحة العامة، وانتظام واطراد سير المرفق العام. وفقاً للتعريفات السابقة يمكن أن نستنتج خصائص فسخ العقد الإداري، وهي:

- إن الفسخ في عقود الأشغال العامة تعلنه الإدارة المتعاقدة، ولا يتم بحكم من القضاء الإداري كما هو مقرر في عقود القانون الخاص، وإنما بالإرادة المنفردة للإدارة.

- للإدارة المتعاقدة بما تملكه من سلطة تقديرية كامل التقدير في فسخ العقد في أي وقت

(1) إحسان سليمان خريط: مرجع سابق، 2019، ص: 181.

(2) عبد العزيز عمر خليفة: مرجع سابق، 2008، ص: 307.

نشأ، وكذلك في تقدير الأفعال المبررة لتقرير ذلك الفسخ، وهو الأمر الذي لا يوجد له نظير لأي من الطرفين المتعاقدين في عقود القانون الخاص، أو أن يمنح المُدِين مهلة زمنية محددة للتنفيذ، أو إصلاح ما ارتكبه من خطأ أثناء تنفيذه للعقد، في حال ما رأى في ظروف التنفيذ ما يبرر ذلك، أمّا العقود الإدارية فهي على خلاف ذلك، إذ لا يملك القاضي الإداري أن يمنح المتعاقد المقصر أجلاً للتنفيذ أو لإصلاح خطأه، بسبب أنه غير مختص في تقدير احتياجات المرفق العام (1).

إن سلطة الإدارة في توقيع جزاء فسخ العقد ليست بالضرورة أن تستند إلى نص قانوني، وإنما تجد أساسها في الطبيعة الإدارية الخاصة بالعقود الإدارية، وتعلّقها بانتظام واطراد سير المرفق العام الذي من أجله أبرم العقد. لذلك فإن الإدارة لا تهدف من فسخ العقد إلى معاقبة المتعاقد معها المخل بالتزاماته التعاقدية فقط، وإنما المحافظة على المصلحة العامة التي يقدمها المرفق العام لعامة الناس، في حين في عقود القانون الخاص الهدف من فسخ العقود هو الحصول على تعويضات من الطرف الآخر المقصر في تنفيذ ما عليه من التزامات (2).

2. الأساس القانوني لجزاء فسخ العقد الإداري :

وقد نظمت القوانين في كثير من الدول سلطة الإدارة في فسخ عقد الأشغال العامة أو التوريد، ونصت على ذلك صراحة. ففي مصر مثلاً، نظم قانون تنظيم التعاقدات أحكام وحالات فسخ العقد، وأورد في المادة رقم (2 / 49) من القانون السابق مصطلح فسخ العقد صراحة، كجزاء توقعه الإدارة المتعاقدة على المتعاقد معها إذا ما ثبت استعماله الغش بنفسه، أو بواسطة غيره، أو تلاعبه مع الإدارة للحصول على العقد بالتواطؤ أو ممارسات فساد، أو احتيال، وكذلك في حال إفلاسه أو إفساره. كما أجازت للإدارة فسخ العقد، أو تنفيذه على حساب المتعاقد معها عند إخلاله بالتزاماته التعاقدية. كما جاء فيها أيضاً أن فسخ العقد المبرر يمكن أن يكون بسيطاً، وعلى حساب المقاول ومسؤوليته (3).

أمّا في ليبيا، وبالرجوع إلى لائحة العقود الإدارية رقم (563) لسنة 2007، فيلاحظ

(1) عهود جبار عباس: مرجع سابق، 2021، ص: 240.

(2) فوزية سكران: مرجع سابق، 2017، ص: 60.

(3) المادة 2 / 49 من اللائحة التنفيذية لقانون المزايدات والمناقصات المصري رقم 89 لسنة 1998.

أن المشرع لم يتعرض إلى مصطلح - فسخ العقد - صراحة، وبذلك النص كجزء توقعه الإدارة، بل استعمل كلمة إلغاء بدلا عن الفسخ. فمثلا نجد نص المادة (16) من تلك اللائحة لم يذكر صراحة فسخ العقد أو الخطأ الجسيم للمتعاقد، بل اكتفت بالنص على أنه يجوز في حال ثبوت مخالفة الالتزام الخاص بما تقرره الجهات المختصة، بشأن إخضاع أي دولة للمقاطعة، أو حظر التعامل بإلغاء العقد بعد إخطار المتعاقد بخطاب مسجل والمطالبة بالتعويض. كما يكون لها حق سحب العقد والتنفيذ على حساب المتعاقد، إذا اقتضت المصلحة العامة بدلا من إلغاء العقد. أمّا المادة رقم (100) من اللائحة سالفه الذكر الخاصة بالجزاءات التي يمكن توقيعها على المتعاقد في حال الإخلال بالتزامات العقد من قبل المتعاقد مع الإدارة، فكان من بينها إلغاء العقد، ولم يرد مصطلح فسخ العقد أيضا كجزء من بين تلك الجزاءات. كذلك المادة (103) التي تعرضت للحالات التي يجوز فيها للإدارة إلغاء العقد بعد موافقة الجهة المختصة بإصدار قرار الترسية والإذن بالتعاقد، والتي تشابه تماما الحالات التي أوردها المشرع المصري في اللائحة سالفه الذكر، فنجد أن المشرع الليبي حدّد تلك الحالات، ولم يستعمل أيضا مصطلح الفسخ أو الخطأ الجسيم، بل استعمل الإلغاء.

إن نية المشرع الليبي فيما تبدو لي من خلال نص المواد السابقة، أنها تتجه نحو ترك الحرية كاملة للإدارة المتعاقدة بتكليف تلك الأخطاء، هل تستوجب الإلغاء أم الفسخ بعد الإخطار أم لا وفقا لسلطتها التقديرية.

أنواع فسخ العقد الإداري :

لفسخ العقد الإداري نوعان، هما:

1. الفسخ القضائي: وهو حق للمتعاقد مع الإدارة، فيحق أن يستخدمه أو لا يستخدمه⁽¹⁾. وفي هذه الحال يكون الفسخ بناء على طلب من المتعاقد مع الإدارة أمام القضاء الإداري، عندما تتجاوز الإدارة نطاق التعديل الذي حددته اللوائح المحددة بالعقد أو كراسة الشروط الذي من شأنه قلب التوازن المالي والفني للعقد تماما، وبذلك يصبح تنفيذ المتعاقد لتلك الالتزامات التي تفوق إمكانيته، أو تكون مسألة باهظة التكاليف و ربحها قليل، ولكن لا تصل

(1) نورالدين مصطفى كامل الجبوري: مرجع سابق، 2018، ص: 117.

إلى درجة استحالة التنفيذ، وإما أن تؤدي إلى إرهاب المتعاقد مع الإدارة، وتجعل من تنفيذ العقد مستحيلا بصفة نهائية. وترتيباً على ذلك، يجوز للمتعاقد اللجوء إلى القضاء الإداري، وطلب فسخ العقد، مع التعويض إذا تحققت عناصره، تأسيساً على أن تنفيذه أصبح مرهقا ومستحيلا، ولم يكن يتوقعه عند إبرام العقد. ومن شروط هذه الحالة أيضا، أنه يجب على المتعاقد أن يلتزم بالاستمرار في العمل ولا يتوقف قدر استطاعته، حتى لا يؤثر توقفه على حسن سير المرفق العام، ويلحق في النهاية الضرر بالمصلحة العامة.

2. **الفسخ الإداري:** وهو الفسخ بالإرادة المنفردة للإدارة المتعاقدة، ويكون كجزاء توقعه الإدارة على المتعاقد معها، مقابل ما صدر عنه من خطر جسيم بشأن تنفيذ التزاماته التعاقدية، وقد أطلق الفقه الإداري عليه مصطلح الفسخ الجزائي⁽¹⁾.

لقد ذهب الفقه إلى التفريق بين نوعين منه، وذلك تبعا لمدى جسامته وخطورة خطأ أو تقصير المتعاقد في تنفيذ التزامه التعاقدية، وكذلك لمدى آثار كل من هذين النوعين على مركز المتعاقد مع الإدارة. وللإدارة المتعاقدة سلطة تقديرية في تقييم جسامته وخطورة خطأ أو تقصير المتعاقد معها في تنفيذ شروط العقد، ومن ثم تقرير نوع الفسخ الذي توقعه ومن دون اللجوء إلى القضاء، وهو يتخذ أيضا صورتين⁽²⁾ :

- **الصورة الأولى: الفسخ الجزائي المجرّد البسيط:** ويطلق عليه أحيانا الفسخ الجوازي، حيث تمارس الإدارة سلطتها في استبعاد المتعاقد المقصر، وحل الرابطة التعاقدية بصفة نهائية بإرادتها المنفردة تحقيقا للمصلحة العامة. والإدارة بهذا النوع من الفسخ للعقد، فإنها تمارس سلطتها على المتعاقد معها من دون أن تُحمّل المتعاقد المستبعد أيّ تبعيات مالية قد تترتب عن عملية التعاقد مع متعاقد جديد لتنفيذ العقد الجديد الذي تبرمه، ولكن يكون لها الحق في توقيع غرامة التأخير من أجل جبر الضرر الذي لحق بها، أو المطالبة بالتعويضات عن الأضرار التي لحقت بها بسبب خطأ المتعاقد الجسيم. وعادة ما يتم ممارسة هذه الصورة من الجزاء في الحالات التي لا يصل فيها تقصير المتعاقد معها إلى قدر كبير من الجسامته، وهنا منحت الإدارة سلطة تقديرية لتقييم مدى جسامته الخطأ المرتكب من المتعاقد

(1) جاسم خلف جواد مهدي: مرجع سابق، 2018، ص: 51.

(2) إحسان سليمان خريبط: مرجع سابق، 2019، ص: 199.

معها في تنفيذ العقد، وكذلك مدى ضرورة اللجوء إلى توقيع هذه الصورة الجزائية وفق ظروف الحال، وفي ضوء ما تقتضيه المصلحة العامة، فيكون الفسخ جوازيًا، تترخص الإدارة المتعاقدة بما تملكه من سلطة تقديرية في تقديره، وتكون بموجبه مُخيرة بين توقيع جزاء الفسخ، أو العدول عنه بالتنفيذ على حساب المتعاقد، وهذا يخضع لرقابة القضاء (1).

الصورة الثانية: الفسخ الجزائي الجسيم : وتعدّ هذه الصورة من الفسخ الجزائي أشدّ وطأة وجسامة على المتعاقد المستبعد، ويطلق عليه أحيانًا الفسخ الجزائي على حساب ومسئولية المتعاقد، ويسمى أيضًا بالفسخ الوجوبي: وهو قمة الجزاءات التي يمكن للإدارة أن توقعه على المتعاقد معها، حيث تنهي به الإدارة المتعاقدة بإرادتها المنفردة للعقد القائم بينها وبين المتعاقد معها، على تنفيذه لإخلاله بالتزاماته التعاقدية بعد أن تكون قد أجرت معه كافة الوسائل لإصلاحه، وتيقنت أن المتعاقد معها في ضوء سلوكه في تنفيذ العقد من شأنه أن يلحق الضرر بالمصلحة العامة، التي لأجل تحقيقها أبرم العقد، وليس للإدارة المتعاقدة أية سلطة تقديرية فيه (2).

وقد نظمت المادة رقم (103) من لائحة العقود الإدارية في ليبيا رقم (563) لسنة 2007، الصورة السابقة من هذا الفسخ الجزائي، وإن كانت قد عبرت عنه بإلغاء العقد حين أشارت الفقرة رقم (9 ب) منها إلى أنه يتعيّن في حال إلغاء العقد مصادرة التأمين واقتضاء غرامة التأخير المستحقة، وكذلك المطالبة بالتعويض إذا كان له مقتضى مع استمرارية المتعاقد الأول عن الأعمال التي قام بتنفيذها.

ثانيا: شروط فسخ العقد وآثاره المترتبة عنه:

لفسخ العقد الإداري شروطا وضوابط حددها المشرع، وكذلك آثارا تترتب على الفسخ أوضحها في الآتي:

(1) مريم محمد أحمد: سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات على المتعاقد، رسالة مقدمة للحصول على درجة الماجستير في الحقوق، قسم القانون، كلية الحقوق، جامعة المنصورة، 2015، ص: 140.

(2) توركان ابراهيم علي: مرجع سابق، 2019، ص: 75.

أ- **شروط فسخ العقد الإداري**: سأتناول الشروط الضوابط التي حددها المشرع في القوانين واللوائح لحق الإدارة في فسخ العقد على النحو الآتي:

1. **شروط الفسخ البسيط للعقد الإداري**: نظمت أحكام هذا الفسخ المادة رقم (16، و 63، و 103) من لائحة العقود الإدارية رقم (563) لسنة 2007. ومن خلال الرجوع إلى أحكامها، نجد أن المشرع قد حدد الحالات التي تعطي الإدارة الحق في فسخ العقد جوازيًا، ووفقا لسلطتها التقديرية، ومن دون الحاجة إلى حكم قضائي بذلك، وهي على سبيل المثال لا الحصر:

- عدم التزام المتعاقد بما تقرره الجهات المختصة بالدولة بشأن إخضاع أيّة دولة أجنبية للمقاطعة أو عدم التعامل معها.

- إذا لم يقدّم صاحب العطاء المقبول بدفع التأمين النهائي في المهلة المحددة،، جاز للإدارة فسخ العقد، أو تنفيذه عن طريق أحد مقدمي العطاءات التالية لعطائه، ويصبح التأمين الابتدائي من حقها.

- وبصفة عامة، إذا أخلّ المتعاقد بأيّ شرط من شروط العقد، أو أهمل، أو أغفل القيام بأحد التزاماته المقررة في العقد.

- يكون الفسخ الجزائي بموجب قرار صريح يصدر من الإدارة المختصة بإرادتها المنفردة ويخطر به المتعاقد معها بكتاب موصي عليه بعلم الوصول، ومن دون الحاجة إلى اتخاذ أيّ إجراء آخر.

وتجدر الإشارة إلى أن المقصود بالفسخ الجوازي هو ليس سلطة تقديرية للإدارة أن تختار بين فسخ العقد من عدمه، ولكن المقصود منه منح الإدارة الخيار لمواجهة المتعاقد معها بشروط العقد، أمّا بفسخ العقد، أو سحب العمل وتنفيذه على حسابه، طالما أن أسباب الفسخ لا تختلف عن سحب العمل، وتنفيذ العقد على حساب المتعاقد. وهذه مسألة خاضعة لسلطة الإدارة التقديرية، باعتبارها هي المسؤولة على حسن سير المرفق العام (1).

2. **شروط توقيع الفسخ الجسيم للعقد الإداري**: للإدارة الحق في توقيع جزاء الفسخ الجسيم للعقد، يكون بإصدار قرار أحادي صريح ومكتوب، وبالإرادة المنفردة من الجهة

(1) إحسان سليمان خريبط: مرجع سابق، 2019، ص: 202.

المختصة، ومن دون الحاجة إلى أن يكون منصوصاً عليه في العقد، أو الحاجة إلى لذهاب للقضاء الإداري للحصول على حكم بذلك (1). وتتمثل هذه الشروط في الآتي:

- **الشرط الأول:** ثبوت ارتكاب المتعاقد الخطأ الجسيم عند تنفيذ التزامه التعاقدية: وهو يتمثل في ارتكاب المتعاقد مع الإدارة إخلالاً على قدر من الجسامة الكافية بالالتزام جوهرية فرضه عليه العقد، أو عدم إصلاحه لتقصيره في الأجل التي حدده له الإخطار، بحيث لا تُجْدَى في إصلاحه، أو مواجهة آثاره الضارة استخدام الإدارة لوسائل الضغط المتوافرة لديها، من أجل حمله على تنفيذ التزاماته التعاقدية، ليكون مبرراً تستند إليه الإدارة في توقيع الجزاء الجسيم على المتعاقد (2). ولذا لا يعتبر كل خطأ مرتكب ضد المرفق العام سبباً مبرراً لتوقيع هذه الصورة من جزاء فسخ العقد، ولكن لا بدّ أن يكون خطأ جسيماً. فما هو إذن الخطأ الجسيم؟ إنّه كل إخلال صادر من المتعاقد بالالتزام تعاقدية أو قانونية جوهرية. ويتحقّق هذا الخطأ الجسيم عندما يكون هناك سوء نية من قبل المتعاقد مع الإدارة، أو إهمال، أو سوء تبصّر يبلغ من الجسامة حدّاً، ودرجة تؤثر على حسن سير المرفق العام. وتمتلك الإدارة سلطة تقديرية واسعة لتقدير مدى جسامة الخطأ، وكيفيته لتوقيع جزاء الفسخ الجسيم، والذي بدوره يخضع لرقابة القضاء الإداري، الذي يراقب مدى جسامة هذا الخطأ وتناسبه مع الجزاء الموقع (3).

وتجدر الإشارة إلى أن بمقدور الإدارة المتعاقدة توقيع الجزاء الجسيم، وعلى مسؤولية المتعاقد عن نفس الإخطاء التي تبرر توقيع الجزاء البسيط، والتي منها ما سبق ذكره (4).

وتأسيساً على ما سبق، تناولت لائحة العقود الإدارية في ليبيا رقم (563) لسنة 2007، في موادها رقم (96، و 98، و 99، و 103، و 104) عدّة حالات للأخطاء الجسيمة التي توافرها يبرر توقيع الإدارة جزاء الفسخ الجسيم على المتعاقد معها، ويكون وجوباً لاعتبارات الصالح العام، وهي:

- قيام المتعاقد مع الإدارة بالإخلال بأحد شروط العقد، ولم يصلح ذلك خلال المدة المحددة

(1) بشير علي الباز: مرجع سابق، 2018، ص: 186.

(2) فوزية سكران: مرجع سابق، 2017، ص: 60.

(3) احسان سليمان خريط: مرجع سابق، 2019، ص: 199.

(4) جاسم خلف جواد مهدي: مرجع سابق، 2018، ص: 98.

بالإخطار.

- قيام المتعاقد معه بالتنازل على العقد للغير من دون موافقة الإدارة المتعاقدة.
- إفلاس المتعاقد أو إعساره.
- إذا ثبت أنه استعمل بنفسه، أو بواسطة غيره الغش، أو التلاعب في تعامله مع الإدارة المتعاقدة في حصوله على العقد، أو شرع في رشوة أحد موظفي الإدارة.
- عدم التزام المتعاقد بتنفيذ الأوامر الصادرة عن الإدارة المتعاقدة في الأجل المحدد بالإخطار، أو رفضه للتعديلات المفروضة عليه أثناء التنفيذ.
- في حالة وفاة المتعاقد مع الإدارة، أو انقضاء الشخص الاعتباري.
- عدم مطابقة المواد الموردة للمواصفات المتفق عليها في العقد.

وترى الباحثة أن حالات الأخطاء الجسيمة السابقة، قد حُددت على سبيل المثال لا على سبيل الحصر، مما يترك المجال أمام سلطة الإدارة التقديرية واسعاً لتقدير مدى أهمية وجسامة الخلل بشروط التعاقد، وحسن تنفيذ العقد بالصورة التي تجعل منه غير مُرضٍ، وعلى ضوء ذلك، تقرر الفسخ الجسيم للعقد، أو اللجوء إلى وسيلة أخرى من وسائل الضغط الإداري التي تملكها لمواجهة المتعاقد معها، وإجباره على تنفيذ التزاماته التعاقدية على النحو المتفق عليه في العقد المبرم.

- **الشرط الثاني:** التزام الإدارة بإخطار المتعاقد قبل صدور قرار الفسخ الجسيم: تشترط المادة رقم (103) من لائحة العقود الإدارية رقم (563) لسنة 2007، على إخطار المتعاقد معها، مسببة الفسخ الجزائي قبل توقيعه عليه، مع ضرورة إعطائه مهلة زمنية محدودة ومعقولة لتنفيذ التزاماته، وقد أوردت المادة رقم (102) من هذه اللائحة استثناءات على هذا الشرط يترتب عن توافر إحداها إعفاء الإدارة المتعاقدة من شرط إخطار المتعاقد معها، ومنها تفاقم الضرر باستمرار الخلل، وقد سبق تناول هذا الشرط فيما سبق.
- **الشرط الثالث:** تسبب قرار الفسخ: تلتزم الإدارة بذكر الوقائع المادية التي أدت إلى فسخ العقد، وإلا كان قرارها مشوباً بالبطلان بعبء الشكل (1) .

(1) حسن عبد الزهرة موسى الدلفي: مرجع سابق، 2019، ص: 115.

ب- آثار جزاء فسخ العقد الإداري: يترتب على جزاء الفسخ سواء البسيط منه، أو الجسم عذّة آثاراً هامة نذكر منها بإيجاز الآتي (1) :

1. إنهاء العلاقة التعاقدية بين طرفي العقد.
2. إخلاء المتعاقد المستبعد لكافة أماكن العمل في المواعيد المحددة، وفي حال رفضه لذلك، تقوم الإدارة بعملية الإخلاء على حسابه ونفقته، ويخصم المبلغ المستحق عن ذلك من قيمة التأمين، أو بيع ما لديه من معدات بموقع المشروع.
3. مصادرة التأمين النهائي، بالإضافة إلى حق الإدارة في خصم ما تستحقه من غرامة التأخير والتعويض، عمّا لحق بها من ضرر من مستحقات المتعاقد معها لدى جهة الإدارة المتعاقدة، أو لدى أيّ جهة إدارية أخرى في حال عدم كفاية الأولى.
4. استكمال تنفيذ المشروع على حساب المتعاقد في حال الفسخ البسيط للعقد، وتلتزم الإدارة بتسوية الحسابات، وتسليم المتعاقد المستبعد قيمة ما نفذه من أعمال. أمّا في حال الفسخ الجسم، فيتم إعادة طرح العطاء في مناقصة جديدة، بنفس الشروط التي أبرم في ظلها العقد الأصلي على حساب المتعاقد المستبعد في عقد الأشغال العامة، وتحمله كافة النتائج المالية المترتبة عن عملية الإرساء الجديدة، بما في ذلك أيّة زيادات ناتجة عن ارتفاع الأسعار، وعلى مسؤولية المورد الأول في عقد التوريد. وفي حال ما كانت الأسعار أقل، فالفرق يعود للإدارة المتعاقدة، ولا يحق للمتعاقد المستبعد المطالبة بأيّة مبلغ منه.
5. حظر التعامل مع المتعاقد المستبعد بشكل مؤقت أو نهائي، وإقصاؤه من المشاركة في العطاءات العامة مستقبلاً على اعتبار أن الفسخ الجزائي الذي وُقِع عليه كشف عدم امكانية إسناد الأعمال إليه لعدم كفايته على تنفيذ العقد.

وفي ضوء ما سبق، يتضح أن للإدارة حقاً أصيلاً في فسخ العقود الإدارية بإرادتها المنفردة، ومن دون الرجوع للقضاء الإداري إذا ثبت لها أنه ليس في وسع المتعاقد معها تنفيذ العقد على الوجه الصحيح، وأخل بتنفيذ التزاماته التعاقدية، خاصة وإن كانت تلك الالتزامات تؤثر بالسلب على سير المرفق العام بانتظام واطراد، ومنحها المشرع سلطة تقديرية واسعة في تقييم الحالات التي تلجأ فيها إلى توقيع جزاء فسخ العقد.

(1) بيو خلاف: مرجع سابق، 2021، ص: 452.

الفرع الثاني: سلطة الإدارة في إنهاء العقد الإداري

يعدّ حق الإدارة في إنهاء العقد الإداري من أهم الامتيازات التي قررها المشرع لها، حيث منحها السلطة التقديرية المطلقة في إنهاء العقد سواء كان تعويض المتعاقد عن إنهاء العقد بالتعويض عن الخسارة إذا كان الإنهاء للصالح العام والتعويض الكامل إذا كان الإنهاء لغير الصالح العام وأعرض لذلك تفصيلا على النحو الآتي :

أولاً: تعريف إنهاء العقد الإداري وآثاره:

يحق للإدارة في توقيع إنهاء العقد الإداري تأسيساً إلى كَوْن الإدارة دون غيرها هي صاحبة الاختصاص في تنظيم المرافق العامة، فقد تقرر أن العقد أصبح غير ضروري، أو لم يعدّ يتفق مع حاجة المرفق العام الذي أبرم العقد من أجله، فنتهيه ويعد كأنه لم يكن. ونوضح تعريف إنهاء العقد واثاره على النحو الآتي :

1. تعريف إنهاء العقد الإداري :

أقرّ كل من الفقه والقضاء الإداري في ليبيا ومصر، وكثيراً من الدول الأخرى ثبوت هذا الامتياز، على اعتبار أن سلطة الإدارة في إنهاء العقد الإداري لدواعي المصلحة العامة ودون خطأ المتعاقد معها من النظام العام، باعتباره حقاً ثابتاً تتمتع به الإدارة المتعاقدة، ولها سلطة تقديرية واسعة في إنهائه قبل أو ان نهايته الطبيعية. كما أن التسليم بممارسة هذه السلطة، تشمل جميع العقود الإدارية. كما أنها سلطة مستقلة عن نصوص العقد، ولا يشترط لوجودها أن تتضمنها أحكام العقد، بل هي موجودة سواء وجد نص في العقد يجيز لها ذلك، أم لم يرد، وأن يكون الدافع وراء ذلك المصلحة العامة. وتترخص الإدارة في اختيار الوقت المناسب لإنهاء العقد الإداري، بحسب ما تراه وفقاً لسلطتها التقديرية صالحاً لضمان سير المرفق العام ؛ لا يستطيع المتعاقد مع الإدارة رفض قرار الإدارة بإنهاء العقد والتمسك بحقه في استمرار العقد حتى نهايته، غير أنه يمكنه المطالبة بالتعويض الكامل لجبر الضرر الذي سببه هذا الإنهاء، يشمل ما لحقه من خسارة وما فاتته من كسب⁽¹⁾ . وقد تقرر في قضاء المحكمة الإدارية العليا في مصر أن: " للجهة الإدارية الحق في إنهاء عقودها

(1) فوزية سكران: مرجع سابق، 2017، ص: 60.

الإدارية قبل الأوان، حتي وإن لم يرتكب المتعاقد معها أي خطأ، إذا قدرت أن هذا ما تقتضيه المصلحة العامة، وليس للطرف الآخر إلا الحق في التعويضات إن كان لها وجه، وهذا على خلاف الأصل في العقود المدنية (1) .

وقد تناول الفقه الإداري تعريف الإنهاء للعقد الإداري في تعريفات متعددة، إلا أن جميع هذه التعريفات تتبلور حول نقطة جوهرية، وهي أنه يعني إيقاف آثار إنهاء العقد الإداري بالنسبة إلى المستقبل مع بقاء آثاره التي أنتجها في الماضي سليمة (2) .

ولقد استقر الفقه والقضاء الإداري على تعريف إنهاء العقد الإداري بأنه: " حق الإدارة في أن تنهي العقد أثناء سريانه، وقبل انقضاء مدّته، على الرغم من عدم ارتكاب المتعاقد معها لأي خطأ، وذلك متى كانت المصلحة العامة تقتضي ذلك من وجهة نظر الإدارة المتعاقدة " (3) .

وباستقراء الحكم القضائي للمحكمة العليا في مصر، وتعريف الإنهاء للعقد الإداري السابقين، يمكن أن نستنتج بأن إنهاء الإدارة للعقد الإداري بإرادتها المنفردة قبل إتمام العقد ومن دون أن يصدر خطأ من المتعاقد معها، لدواعي المصلحة العامة، يكون في غير الحالات الموجبة للفسخ الوجوبي، الذي سبق دراسته في المطلب السابق.

ويختلف إنهاء العقد عن الفسخ الجزائي كنتيجة لإخلال المتعاقد مع الإدارة بتنفيذ التزاماته التعاقدية، أو صدور خطأ من طرف المتعاقد معها، حيث إن الأخير يعدّ جزءاً قضائياً توقعه الإدارة المتعاقدة على المتعاقد معها؛ بسبب إخلاله الجسيم بشروط العقد المتفق عليها أثناء تنفيذه لالتزاماته التعاقدية، وتستطيع الإدارة أن تطالبه بدفع تعويضات لها إذا كان لها مقتضى. أما الإنهاء للمصلحة العامة، الذي تمارسه الإدارة على العقد لا يعتبر جزءاً منها، بل

(1) حكم المحكمة الإدارية العليا في مصر في الطعن رقم 3567 لسنة 44 ق، جلسة 5/15/2001، مجلة المحاماة، العدد الثاني، 2002، ص: 531.

(2) زهير مصطفى صالح: سلطة الإدارة في الإنهاء الانفرادي للعقد الإداري لدواعي المصلحة العامة، مجلة منازعات الأعمال، العدد 38، 2019، ص: 96.

(3) أشرف عبد الحليم عبد الفتاح: سلطة الإدارة في إنهاء العقد الإداري للمصلحة العامة " دراسة تحليلية مقارنة "، مجلة حقوق دمياط للدراسة القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق، جامعة دمياط، العدد السادس، يوليو، 2022، ص: 1365.

يعتبر كإجراء تقرره الإدارة بإرادتها المنفردة، استجابة لبعض الاعتبارات، ولضرورات تحقيق المصلحة العامة التي دفعت بها نحو مباشرة هذا الإجراء، ويستحق هذا المتعاقد معها جراً هذا الإجراء تعويضاً كاملاً لتغطية ما لحقه من ضرر، وما فاتته من كسب (1) .

وسلطة الإدارة في إنهاء العقد الإداري من جانبها من دون وقوع خطأ من المتعاقد معها، وحتى وإن لم ينص عليها في العقد أو ملحقاته تعد سلطة أصيلة، مستمدة من النظام العام، لا يجوز التنازل عنها أو الاتفاق على ما يخالفها، وتباشرها طبقاً لامتيازها في التنفيذ المباشر من دون الحاجة إلى اللجوء إلى القضاء لتقدير إنهاء العقد (2) .

2. الآثار المترتبة على إنهاء العقد الإداري : يترتب على ممارسة الإدارة لسلطة إنهاء العقد نتائج عدة، وهي على النحو الآتي (3) :

- انقضاء العلاقة التعاقدية بين الإدارة ومتعاقديها، ووضع نهاية حتمية وقاطعة للعقد.
- لا يجوز للمتعاقد مع الإدارة أن يعترض على ممارسة الإدارة لسلطتها في الإنهاء الانفرادي للعقد الذي يربطه بها، والإبقاء عليه ما دامت مصلحته التعاقدية المالية مضمونة ومحمية من خلال تخصيص تعويض له.
- لا يمحو إنهاء العقد الإداري آثاره في الماضي، وإنما تقتصر آثار الإنهاء للمستقبل فقط، وذلك اعتباراً من تاريخ الإنهاء، مع ترك آثاره في الماضي قائمة، ما دام المتعاقد معها سيحصل على التعويض اللازم لما لحقه من خسارة وما فاتته من كسب مشروع، شريطة أن مثل هذا العقد الإداري قد صدر موافقاً لصحيح القانون، ومن ثمّ طرأ عليه عيب لاحق، أدى بالإخلال القانوني له.

- العقد الإداري يخضع للسلطة التقديرية المطلقة للإدارة، سواء أكان الإنهاء للصالح العام أم لغير الصالح العام، ولكن يثبت التعويض للمتعاقد مع الإدارة إذا كان الإنهاء للصالح العام

(1) أشرف عبد الحليم عبد الفتاح: مرجع سابق، 2022، ص: 1365.

(2) جاسم خلف جواد مهدي: مرجع سابق، 2018، ص: 71.

(3) مانع عبد الحفيظ: الآثار المترتبة على قرار إنهاء الصفقة العمومية لدواعي المصلحة العامة ومدى خضوعه للرقابة القضائية، مجلة القانون العام الجزائري والمقارن، مجلد 8، عدد 2، 2022، ص: 169.

يكون التعويض عن الخسارة فقط، أما إذا كان الإنهاء لغير الصالح العام فيكون التعويض عن ما لحقه من خسارة، وما فاتته من كسب (التعويض الكامل).

ثانياً: شروط ممارسة الإدارة لسلطة الإنهاء الانفرادي للعقد الإداري:

على الرغم من أن الإدارة المتعاقدة تملك سلطة تقديرية واسعة في إنهاء العقد الإداري قبل وقته المحدد، حتى وإن لم يرتكب المتعاقد معها أي خطأ، إذا ما قدرت بإرادتها المنفردة أن هذا تقتضيه دواعي المصلحة العامة، فإن سلطتها في ذلك ليست مطلقة، تلجأ إليها متى شاءت، ولا يعطيها حق السمو على القانون، بل هي سلطة تقديرية تُبنى على أسباب جديّة ومشروعة تقرها المصلحة العامة، وهي تخضع للرقابة القضائية⁽¹⁾.

وتختلف الشروط التي توضع لممارسة سلطة الإنهاء بالإرادة المنفردة للإدارة بين حالة عدم ارتكاب المتعاقد مع الإدارة، لخطأ يستوجب الإنهاء للصالح العام، وبين حالة ارتكاب المتعاقد لخطأ جسيم، يستوجب فرض جزاء فسخ العقد بكل ما يترتب عن هذا التفريق من اختلافات، ومن ثمّ سنتعرض فيما يلي لشروط حالة إنهاء العقد من دون خطأ من المتعاقد للصالح العام على النحو الآتي⁽²⁾ :

- **الشرط الأول: الأصل** أن يكون إنهاء العقد الإداري لضرورات المصلحة العامة: لقد أجمع الفقه والقضاء الإداري على أن الإدارة لا يمكنها إنهاء العقد الإداري، إلاّ عند قيام سبب من الأسباب التي تضرّ بالمصلحة العامة، إذ تستدعي المصلحة العامة ومتطلبات تسيير المرفق العام، أن تقوم الإدارة بإنهاء العقد الإداري بإرادتها المنفردة قبل انتهاء أجله، لانعدام الفائدة من الاستمرار فيه، من دون الحاجة الى إثبات صدور أيّ خطأ من جانب المتعاقد معها. ولهذا يكون قرار الإدارة بإنهاء العقد الإداري مشروعاً لا ينازعها فيه، يجب أن تستند الإدارة على باعث وغاية تحقيق صالح المرفق العام ذاته، أو المصلحة العامة الخاضعة لرقابة القضاء. وبعبارة ذلك، لا يحق للإدارة إنهاء العقد الإداري، وإلاّ أصبح قرارها تعسفياً ليس

(1) زهير مصطفى ص:الح: مرجع سابق، 2019، ص: 101.

(2) عبد الحليم مجدوب: سلطة الإدارة في إنهاء العقد الإداري لدواعي المصلحة العامة، المجلة المتوسطة للقانون والاقتصاد، مجلد 2، عدد 2، 2017، ص: 251.

هناك ما يبرره ومشوب بعيب الانحراف باستعمال السلطة (1) .

والاتجاه السابق لإنهاء العقد للمصلحة العامة، ومن دون خطأ المتعاقد، هو نفس الاتجاه الذي تبناه المشرع الليبي في المادة رقم (107) من لائحة العقود الإدارية رقم (563) لسنة 2007، حيث أقر بسلطة الإدارة في إنهاء العقد الإداري بإرادتها المنفردة، من دون أن يكون هناك أيّ تقصير من جانب المتعاقد معها، إذا ما رأت بناء على سلطتها التقديرية أن ذلك من مقتضيات الصالح العام، ومراعاة وإعمالاً لمبدأ الملاءمة، والتكيف للمتغيرات والتطوير الذي يسري على العقود الإدارية (2) . من ثمّ فإن الإدارة تستطيع بإرادتها المنفردة أن تنهي العقد حتي ولو لم يخطئ المتعاقد معها ما دام توافرت صفة الصالح العام، التي تصبغ قرار الإدارة بإنهاء العقد الإداري بإرادتها المنفردة بالمشروعية، وهذا مراعاة للمبدأ السابق الذكر، الذي يعطي للإدارة سلطة تقديرية واسعة في إنهاء الرابطة التعاقدية لما تقتضيه المصلحة العامة (3) .

وقد جاء أيضاً قرار مجلس وزارة حكومة الوحدة الوطنية رقم (12) لسنة 2023 م، بإصداره اللائحة التنظيمية للمشتريات الحكومية، منضماً للحالات التي يحق للإدارة فيها إنهاء العقد الإداري، ومن بين هذه الحالات قيام المتعاقد مع الإدارة بطريق مباشر أو غير مباشر بحصوله على العقد عن طريق الغش، أو التحايل، أو التزوير، أو رشوة أحد موظفي الإدارة ، أو تنازله عن العقد من دون موافقة الإدارة. كما أوضح نص هذه المادة أنه يحق للإدارة أيضاً إنهاء العقد في حال تباطؤ المتعاقد، أو أخل بأحد الشروط في العقد، أو إذا اقتضت المصلحة العامة ذلك (4) .

وإذا كان تحقق المصلحة العامة شرطاً أساسياً، يُبنى عليه صحة قرار الإدارة المتعاقدة

(1) بشير علي باز: مرجع سابق، 2018، ص: 172.

(2) منتصر علوان كريم: أثر سلطة الإدارة التقديرية في ركن الاختصاص: للقرار الإداري، مجلة العلوم القانونية والسياسية، كلية القانون والعلوم السياسية، جامعة ديالي، المجلد الثامن، العدد الأول، 2019، ص: 124.

(3) أشرف جنوي: سلطة الإدارة في توقيع الجزاء على المتعاقدين معها في العقود الإدارية، المجلة المغربية للاقتصاد والقانون المقارن، العدد 54، 2016، ص: 91.

(4) المادة "26" من قرار رقم "12" لسنة 2023، مرجع سابق

بإنهاء العقد الإداري من جانبها ومن دون خطأ المتعاقد، فإن هذا الشرط يخضع لتقييم الإدارة المتعاقدة، إذا ما قدرت بما تملكه من سلطة تقديرية أن ظروفها قد استجبت تستدعي هذا الإنهاء للعقد الإداري، وأيضا إذا أصبح العقد غير ذي فائدة للمرفق العام، أو أصبح لا يحقق المصلحة العامة المبتغاة في ظل تغيير ظروف الحال عنها في وقت التعاقد، إلا أن استخدامهما لهذه السلطة، يتم تحت رقابة القاضي الإداري. ويتحرى الأخير في الأسباب الحقيقية، التي دفعت بالإدارة إلى إنهاء العقد بصورة انفرادية، من دون أن يخطأ المتعاقد معها في تنفيذ التزاماته التعاقدية، وفي حال ما تبين له أن قرار إنهاء العقد كان غير سليم واستهدف غاية غير المصلحة العامة، فإنه ليس هناك ما يبرره، ويعتبر تعسفيا وغير مشروع⁽¹⁾، ويمثل ما رفض القضاء الإداري الاعتراف بالإنهاء الانفرادي للعقد الإداري في حالات كثيرة، بسبب تخلف شرط المصلحة العامة، فإنه قضى في حالات متعددة بتحقيق شرط المصلحة العامة أو مصلحة المرفق العام، التي تبرر إنهاء العقد الإداري من جانبها، واعترف لها بذلك، وهي تأخذ أنواعا كثيرة ومختلفة، ولا يمكن حصرها بدقة. ونذكر منها على سبيل المثال لا الحصر الآتي⁽²⁾ :

- زوال احتياجات المرفق العام الذي أبرم العقد من أجل تحقيقه.
- تغيير الظروف والأحوال بعد التعاقد، أو أثناء تنفيذه، وتبين أن تنفيذ العقد أصبح لا يحقق الغاية المرجوة منه، ومن ثمّ المصلحة العامة، وتنفيذه يكون مكلفا للخزينة العامة.
- الإنهاء بسبب إعادة تنظيم المرفق العام موضوع العقد، وبما يتلاءم مع التطورات العلمية والتقنية الحديثة.
- إنهاء العقد الذي يثقل كاهل الميزانية العامة للدولة، بسبب تغيير الظروف الاقتصادية عن تلك التي كانت سائدة وقت إبرام العقد.
- ويُستخلص من الفقه والقضاء الإداري، أنه لا يجوز للإدارة أن تُنهي العقد الإداري لأسباب

(1) حاحة عبد العالي: الرقابة القضائية على السلطة التقديرية للإدارة، دراسة مدعمة باجتهادات مجلس الدولة الجزائري والمصري والفرنسي، الطبعة الأولى، مكتبة الوفاء القانونية، الاسكندرية، 2018، ص: 67.

(2) توركان إبراهيم علي: مرجع سابق، 2019، ص: 105.

شخصية، لا تتعلق بالمصلحة العامة، مثل العداء الشخصي للمتعاقد، أو تنهي العقد لأسباب عقائدية، أو سياسية لدى المتعاقد، لا تتفق مع نية واتجاهات الإدارة، حيث تعد هذه الأسباب ليست لها علاقة بالمصلحة العامة للمرفق. كما أنه لا يجوز للإدارة أن تنهي العقد لأسباب مالية، حيث اعتبره الفقه انحرافا في استعمال السلطة من جانب الإدارة، إذا أنهت العقد من أجل تحقيق مصلحة مالية فقط (1).

وتطبيقا لما سبق، ذهبت محكمة القضاء الإداري في مصر، في حكم لها، إلى القول: " ولكي يكون قرار الإدارة محققا للمصلحة العامة، يجب أن يكون بعيدا عن الأسباب الشخصية، كالعداء الشخصي للمتعاقد مع الإدارة، أو لأسباب دينية، أو سياسية، أو لاعتبارات تتعلق بالمصلحة المالية، للإدارة كالحصول على زيادة في مورد مالي تتقاضاه الإدارة المتعاقدة من دون أن يكون هناك مصلحة عامة، مثل إلغاء عقود إيجار المحل المؤجر رغبة في زيادة قيمة الإيجار، أو استرداد الالتزام لغرض مالي (2).

وتجدر الإشارة إلى أن مجلس الدولة الفرنسي أقر في أحكامه الاعتراف بسلطة الإدارة في إنهاء عقودها الإدارية بإرادتها المنفردة لأسباب ذات طابع فني، أو بسبب صعوبات تواجه المتعاقد معه في تنفيذه وخارجة عن دواعي المصلحة العامة، والتي يمكن للإدارة المتعاقدة الاستناد إليها في الإنهاء المبكر للعقد، كإنهاء عقد الأشغال العامة بسبب الصعوبات الفنية التي واجهت المتعاقد أثناء التنفيذ (3).

– **الشرط الثاني:** صدور قرار من الإدارة بإنهاء العقد: لا يكفي لصحة مشروعية قرار الإدارة بالإنهاء الانفرادي للعقد الإداري أن يكون الإنهاء لدوافع المصلحة العامة، بناء على سلطة الإدارة التقديرية، بل يشترط أيضا أن يكون قرار الإنهاء صادرا وفقا لقواعد المشروعية. ومن هذا المنطلق، فإنه يجب أن يكون مثله مثل أي قرار إداري آخر، صادر عن الإدارة المختصة، مستكملا لأركانه الشكلية والموضوعية، ولا يكون معيبا بتلك العيوب التي تبطله، خاصة عيب الانحراف بالسلطة، الذي يُعدّ ضابطا مهما لمباشرة الإدارة لسلطتها

(1) جاسم خلف جواد مهدي: مرجع سابق، 2018، ص: 78.

(2) حكم محكمة القضاء الإداري المصرية بتاريخ 6 / 12 / 1970، سنة 25 ق، رقم 26، ص: 173.

(3) توركان إبراهيم علي: مرجع سابق، 2019، ص: 61.

التقديرية، حيث تُنصبُ رقابة القضاء الإداري على نواحي الاختصاص والإجراءات والشكل، وأن يكون قرار الإنهاء للعقد الإداري قائماً على أسباب جدية ومشروعة ومبعتها تحقيق غايات المصلحة العامة. ومن ثم، فإن صحة إجراء قرار الإنهاء يتعلق أساساً بصحة القرار وشرعيته، خاصة فيما يتعلق من الناحية الخارجية الاختصاص والشكل والإجراء، ومن الناحية الداخلية، السبب وهو الدافع في اتخاذ القرار والمحل، إلى جانب ركن الغاية، خاصة بما يتعلق بركن الغاية والسبب: ذلك أن المتعاقد لا تهمه الناحية الإجرائية، بقدر ما تهمه الناحية الموضوعية خاصة سبب القرار الإداري، الذي يرتبط ارتباطاً وثيقاً بمصالح الطرفين، فيضمن هذا الإجراء حماية حقوق المتعاقد مع الإدارة من جهة، والتأكد من سلامة نية الإدارة في تحقيق المصلحة العامة، ويتحدد من خلاله مدى ملاءمة القرار الإداري بإنهاء الأوضاع القائمة من أجل تحقيق الصالح العام، وإذا استعملت الإدارة سلطتها التقديرية في إنهاء العقد الإداري، وانحرفت عنها فإن قرار الإنهاء يكون غير مشروع (1).

ومما تقدم، أخلص إلى أن قرار الإدارة بالإنهاء يكون مشوباً بعيب عدم المشروعية إذا صدر من سلطة غير مختصة، أو إذا صدر من سلطة مختصة ولكنها لم تراعى اتخاذ الإجراءات والشكليات المنصوص عليها في العقد، أو في القوانين أو في اللوائح. وعليه فإن شروط ممارسة سلطة الإنهاء أو شروط صحة قرار الإنهاء باعتباره قراراً إدارياً، تتركز حول صحة ومشروعية قرار الإنهاء وفقاً لصحة ومشروعية أركانه، وأهمها الاختصاص، والشكل، والمحل، والسبب دون عيب إساءة استعمال السلطة، حيث أنه يجوز إنهاء العقد حتى ولو كان لغير الصالح العام، ويحق فقط للمتعاقد عندئذ التعويض الكامل.

(1) بيو خلاف: مرجع سابق، 2020، ص: 463 .

الخاتمة

تناولت بالدراسة موضوع سلطة الإدارة التقديرية وقيودها في مراحل العقد الإداري كافة ابتداءً بإبرامه إلى غاية تنفيذه، والامتيازات الممنوحة لها بموجب القانون الإداري من جوانبها المختلفة، مثل استبعاد بعض مقدمي العطاءات من المناقصات العامة، وسلطتها في توقيع جزاء مصادرة التأمين والتنفيذ على حساب المتعاقد معها، وسلطتها في تعديل وفسخ وإنهاء العقود الإدارية، وهو موضوع نراه بالغ الأهمية في ليبيا، خصوصاً في هذه الظروف التي تمر بها البلاد من حركة نشيطة لإعادة البناء والتعمير، وخلصت إلى النتائج والتوصيات على النحو الآتي.

أولاً: النتائج:

من خلال هذه الدراسة توصلت إلى عدّة نتائج، أوضح أهمها على النحو الآتي:

1. السلطة التقديرية هي وسيلة قانونية تهدف إلى الحد من التطبيق الحرفي لمبدأ المشروعية والمتضمن ضرورة استناد الإدارة في كل تصرف من تصرفاتها على نص قانوني معين. كما يعدّ أعمال الإدارة بسلطتها التقديرية إلزام غاية تحقيق إدارة كفأه وقادرة على إيجاد الحلول المثلى، وتنمية روح التنمية والابتكار والإبداع لدى مسؤوليها.
2. أكدت لائحة العقود الإدارية المعمول بها حالياً في ليبيا ولائحة تنظيم المشتريات الصادرة حديثاً، مثلها مثل القوانين المقارنة على ضرورة التزام الإدارة قبل التعاقد بمراعاة مجموعة من المبادئ والأسس العلانية، والمساواة، والمنافسة الحرة، التي تشكل ضمانات تمنع تحايل الإدارة وتبعث الطمأنينة في نفوس المتنافسين على نزاهة دراسة عروضهم.
3. تعد المناقصة العامة لإبرام العقود الإدارية هي الأصل والأساس في توفير احتياجات الإدارة من سلع وخدمات ومقاولات، على الرغم من وجود أساليب أخرى، نظراً لما تحققه من ضمانات أكثر للمصلحة العامة والمرفق العام، لقيامها على مبدأ حرية المنافسة والمساوات ونزاهتها، ولما لها من مزايا في صون المال العام والمصلحة العامة، بالوصول إلى أفضل العطاءات مالياً وفنياً، وهي ما تسعى الإدارة إلى تحقيقه بإبرامها للعقود الإدارية.

4. بيّنت الدراسة أنه أُعطيت للإدارة عدّة امتيازات وحقوق لإنجاح عملها، وهي: حق المراقبة والتوجيه، وحقها في تعديل عقودها بما يتلاءم مع الصالح العام، وفي فرض الجزاءات على المتعاقد في حال إخلال المتعاقد بشرط عدم الإجحاف بحق المتعاقدين معها، ومن حقها فرض الجزاء حتى دون النص عليه في العقد، أو من دون اللجوء إلى القضاء للحصول على حكم بذلك.

5. أصبح الجزاء التعاقدية طريقاً مألوفاً لتنفيذ العقود الإدارية، والمقصود به الجزاء الذي تفرضه الإدارة المتعاقدة بحق المتعاقد معها في حال مخالفة شروط العقد والتشريعات المخولة بها بموجب القانون. والغاية من توقيعها هو تنفيذ الالتزام المتصل بسير المرفق العام بانتظام واطراد، واستبعاد الاختلال الذي لحق به. وقد اعترف المشرع الليبي للإدارة بسلطة توقيع الجزاءات التعاقدية .

6. تملك الإدارة المتعاقدة سلطة تقديرية واسعة في توقيع الجزاءات التعاقدية على المتعاقد معها، المقصر في تنفيذ التزاماته التعاقدية بإرادتها المنفردة، ومن دون الحاجة للانتظار لصدور حكم من القضاء، ومبرر هذه السلطة، هو ضمان تلبية احتياجات المرفق العام، والمحافظة على انتظام واطراد سير العمل به، وإن هذا الجزاءات عديدة ومتنوعة. فقد تكون جزاءات مالية تستهدف الذمة المالية للمتعاقد معها، أو تكون ضاغطة بهدف إجبار المتعاقد معها على تنفيذ التزاماته التعاقدية على النحو المتفق عليه، أو جزاءات فاسخة تنهي بموجبها العلاقة التعاقدية.

ثانياً: التوصيات:

وعلى ضوء النتائج السابقة التي توصلت إليها، بالإضافة إلى عدّة نتائج أخرى التي لم يتسع لي المقام لعرضها، يمكن تقديم عدد من الاقتراحات والتوصيات للوصول بأحكام العقود الإدارية إلى مستوى التطور الذي وصلت إليه أحكام القانون المقارن، خاصة إذا ما أخذنا بعين الاعتبار أن الأحكام الخاصة بتنفيذ العقود الإدارية في ليبيا قد تكون تعاني من بعض القصور وغير كافية حالياً، في ظل ما تشهده البلد من تنفيذ مشاريع كبيرة وإعادة إعمار، وهي تتمثل في:

1. نقترح أن ينسق مجلس الوزراء التابع لحكومة الوحدة الوطنية مع مجلس نواب الشعب الليبي لإعادة دراسة لائحة العقود الإدارية المعمول بها حالياً، وتصحيح ما قد يكون شابها من قصور، ويسنّ قانون للعقود الإدارية، وليس لائحة على نحو ما هو مطبّق الآن على أن يشمل كافة أنواع العقود الإدارية التقليدية والحديثة، وينظم الأساليب والطرق الحديثة لا سيما فيما يتعلق بإبرام العقود الإدارية ووسائل الرقابة والتوجيه للمتعاقد وفقاً للمبادئ المطبقة بالنظم الحديثة في الإدارة الإلكترونية إسهوة بالتجارب السابقة لبعض نظم المقارنة.
2. ضرورة الاهتمام بالقائمين على إبرام العقود الإدارية، وذلك بإحاطتهم بجميع التشريعات القانونية التي لها علاقة بموضوع العقد، مع إقامة دورات تدريبية لصلقلهم ورفع كفاءاتهم علمياً وعملياً ولو استدعى الأمر إيفادهم إلى بيوت الخبرة المحلية والدولية، حتى يكونوا على بصر وبصيرة بالأهمية والمسؤولية التي يُرتبها العقد الإداري، وجعل منهم كوادِر فنية تحترم المشروعية.
3. تقرير عقوبات رادعة للمسؤولين في الجهات الإدارية إذا خالفوا الشروط والإجراءات القانونية التي حددها المشرع، خاصة المخالفات المتعلقة بطرق إبرام العقود الإدارية والتجاوزات المرتكبة منهم للضوابط الخاصة بالعقود الإدارية، وتجرىم عمل الإدارة الذي ينطوي على انحراف بالسلطة، ليكون ذلك رادعاً لها من أن تتحرف بسلطتها، ولما كان هذا العيب يمتاز بأنه خفي فإن فرض عقوبات صارمة يؤدي إلى ابتعاد رجل الإدارة عن انتهاك حرمة المصلحة العامة .
4. ضرورة التدقيق في تحديد جدول للمتنافسين، من مقاولين وموردين محليين أكفاء للتعاقد معهم، خاصة وأن البلد في مرحلة إعادة بناء وتعمير، بحيث يتم في جداول متخصصة على ضوء سابق أعمالهم وخبراتهم وقدراتهم المالية والتنفيذية، لضمان تنفيذ وإتمام التعاقد مع الجديرين والقادرين منهم لتحقيق المصلحة العامة.
5. ضرورة تشديد الرقابة القضائية وفرضها على تقدير الإدارة لحالات التكليف المباشر المحددة باللائحة، خاصة حالة الاستعجال والضرورة، وذلك للتأكد من صحة توفّر أسباب لجوء الإدارة إلى التعاقد بطريق التكليف المباشر، وتحديد الأضرار المتوقع حدوثها في حال التعاقد بطريق المناقصة العامة، وذلك للحد من توسّع الإدارة في انتهاك هذا الأسلوب الاستثنائي للتعاقد، والابتعاد عن تطبيق مبادئ المناقصة العامة، من علانية، وشفافية، ومساواة، وحرية التنافس.

7. توسيع سلطات جهة الإدارة المتعاقدة في فرض الجزاءات الضاغطة ، فغالبا ما تلجأ الإدارة المتعاقدة إلى فرض الجزاءات المالية، وبالأخص غرامة التأخير، وتتغاضى عن توقيع الجزاءات الضاغطة، أو الفاسخة على المتعاقد معها المخل بالتزاماته التعاقدية، لضمان التنفيذ للمشروع محل العقد، وفق الشروط المتفق عليها.

8. وأخيرا، ومن أجل الرقي بالبحث العلمي في مختلف جوانبه وتخصصاته والجامعات الليبية إلى مراكز متقدمة ومصافي الجامعات المتقدمة، فإنني أدعو وزارة التعليم العالي والبحث العلمي بالعمل حثيثا، لربط المكتبات المركزية بالجامعات الليبية، عن طريق شبكة الإنترنت بجامعات بعض الدول الأخرى، لتسهيل البحث على المراجع العلمية، وتيسيرها، وتقليل تكلفتها على باحثي المعرفة.

وختاما فأحمد الله - تعالى - الذي أعانني على إتمام هذه الرسالة، وأتمني أن أكون قد وفقت في إلقاء بعض الضوء على هذه الدراسة، ولا أزعم أنني بجهدى هذا قد استوفيت الموضوع وأعطيته كل حقه، بل هي مشاركة متواضعة، فإذا كان فيها من نقص أو زلات غير مقصودة ، ولم تنشأ عن تقصير في الجهد، بل لقلّة في الخبرة، وقصور في الممارسة، فعذري أنني بذلت ما بوسعي وحسبي أنني أحسنت القصد، وتوخيت الهدف، وأخلصت النية، والله من وراء القصد والهادي إلى خير السبيل وحسبنا قول المولى عز وجل: ﴿لَا يَكْفُرُ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا وُسْعَهَا ۗ لَهَا مَا كَسَبَتْ وَعَلَيْهَا مَا اكْتَسَبَتْ ۗ رَبَّنَا لَا تُؤَاخِذْنَا إِن نَّسِينَا أَوْ أَخْطَأْنَا ۗ رَبَّنَا وَلَا تَحْمِلْ عَلَيْنَا إصْرًا كَمَا حَمَلْتَهُ عَلَى الَّذِينَ مِن قَبْلِنَا ۗ رَبَّنَا وَلَا تُحَمِّلْنَا مَا لَا طَاقَةَ لَنَا بِهِ ۗ وَاعْفُ عَنَّا وَارْحَمْنَا ۗ أَنْتَ مَوْلَانَا فَانصُرْنَا عَلَى الْقَوْمِ الْكَافِرِينَ ﴾ (البقرة) (286).

أدعو الله العزيز القدير أن يجعلها عملا نافعا، واجتهادا صائبا، ويحقق الفائدة التي كنت أبتغيها.

وعلى الله قصد السبيل

وما توفيقي إلا بالله

والحمد لله رب العالمين، وصلى الله وسلم على سيدنا محمد .

الباحثة

ابتسام خميس محمد الزروق

قائمة المراجع

أولاً : الكتب بعد الكتاب الأعظم القرآن الكريم

1. أسعد طاهر أحمد: نظرية العقد الإداري بين الفقه والقضاء، طبعة 2014، دار الكتب الوطنية بنغازي، 2014.
2. أنس جعفر: العقود الإدارية، دراسة مقارنة لنظم المناقصات والمزايدات وتطبيقية للقانون 89 لسنة 1998 الخاص بالمناقصات والمزايدات في مصر ولائحته التنفيذية وفقا لآخر تعديلات 2006 مع دراسة العقود ال BOT - ، الطبعة الرابعة دار النهضة العربية، مصر، 2007.
3. بشير علي باز: السلطة الاستثنائية لجهة الإدارة في العقد الإداري - دراسة مقارنة - الطبعة الأولى، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، 2018.
4. توركان إبراهيم علي: سلطة الإدارة في إنهاء العقد الإداري والرقابة القضائية عليها، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2019.
5. حاحة عبد العالي: الرقابة القضائية على السلطة التقديرية للإدارة، دراسة مدعمة باجتهادات مجلس الدولة الجزائري والمصري والفرنسي، الطبعة الأولى، مكتبة الوفاء القانونية، الاسكندرية، 2018، .
6. حسن عبد الزهرة موسى الدلفي: السلطة التقديرية للإدارة ومدى رقابة القضاء الإداري - دراسة مقارنة - ، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2019.
7. حمدي عطية مصطفى عامر: الأعمال القانونية للسلطة الإدارية - القرار الإداري - العقد الإداري - دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2015.
8. سامي جمال الدين: مبادئ القانون الإداري - نظرية العمل الإداري -، دار الجامعة الجديدة الإسكندرية، مصر، 2013.
9. صلاح أحمد السيد جودة: التطبيق القضائي والفقه لنظرية السلطة التقديرية لأعمال الإدارة - دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي -، دار النهضة العربية، القاهرة، 2016.
10. طارق سلطان: سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات على المتعاقدين معها في العقود الإدارية وضوابطها - دراسة مقارنة - ، دار النهضة العربية، القاهرة، 2010.

11. عادل السعيد أبو الخير: القانون الإداري (القرارات الإدارية - الضبط الإداري - العقود الإدارية)، (دون دار نشر)، 2007.
12. عبد العزيز عبد المنعم خليفة: الأسس العامة للعقود الإدارية- الإبرام - التنفيذ - المنازعات- دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، 2014.
13. عبد العزيز عبد المنعم خليفة: تنفيذ العقد الإداري وتسوية منازعاته قضاء وتحكيما، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2010.
14. عبد العزيز عبد المنعم خليفة: الأسس القانونية للعقود الإدارية، المركز القومي للإصدارات القانونية، الطبعة الأولى، 2008.
15. عبد الله نواف العنزي: النظام القانوني للجزاءات في العقود الإدارية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2010.
16. ماجد راغب الحلو: العقود الإدارية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2015.
17. محمد حسن مرعي الجبوري: سلطة الإدارة في فرض الجزاءات الجنائية والمالية في العقود الإدارية، دار الجمعة الجديدة ، الإسكندرية، مصر، 2014 .
18. محمد فؤاد عبد الباسط: الأعمال الإدارية القانونية، الكتاب الثاني، العقد الإداري، دار النهضة العربية، القاهرة، 2012.
19. محمد عبدالله الحراري: الرقابة على أعمال الإدارة في القانون الليبي، الطبعة الثالثة، المركز القومي للبحوث والدراسات العلمية، 1999. محمد أبو يونس، أحكام القانون الإداري، القسم الخاص، دار الجامعة الجديد للنشر والطباعة، الاسكندرية، 1996.
20. محمد أبو يونس: أحكام القانون الإداري، القسم الخاص، دار الجامعة الجديد للنشر والطباعة، الاسكندرية، 1996.
21. محمود خلف الجبوري: العقود الإدارية، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الاردن، 2010.
22. محمود عاطف البنا: العقود الإدارية، دار الفكر العربي، القاهرة، 2007 .
23. مصطفى محمود شريف الزنكنة: القرار الإداري بين الاختصاص المقيد والسلطة التقديرية، الطبعة الأولى، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، 2017.

24. مهند مختار نوح: الإيجاب والقبول في العقد الإداري (دراسة مقارنة)، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، 2005.
25. نصر الدين مصطفى الكاسح: سلطة الإدارة في تعديل وإنهاء العقد الإداري بالإرادة المنفردة - دراسة مقارنة - دار الفكر والقانون، المنصورة، 2022.

ثانياً: الرسائل الجامعية

أ - رسائل الدكتوراه

1. إحسان سليمان خريط: الإدارة الجزائية في العقود الإدارية- دراسة مقارنة - ، رسالة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه في الحقوق، قسم القانون العام، كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، مصر، 2019.
2. أيمن سيد توني أحمد جمعة: - رسالة دكتوراه في السلطة التقديرية لجهة الإدارة"، دراسة في الشريعة الإسلامية والدستور والتشريعات المعاصرة"، جامعة بني سويف، مصر، 2014.
3. بيو خلاف: حدود السلطة التقديرية للإدارة في العقود الإدارية، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر، بسكرة، الجزائر، 2020.
4. خضر عبد المولى على : السلطة التقديرية للإدارة العامة ومدى خضوعها للقانون، رسالة لنيل الدكتوراه في القانون، جامعة أم درمان الإسلامية، السودان، 2006.
5. سيف ناصر على الحيمي: السلطة التقديرية للإدارة ومدى رقابة القضاء عليها في الجمهورية اليمنية " دراسة مقارنة"، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون، جامعة عين شمس، مصر، 2016.
6. صفوت عبد الرحيم ريدي إسماعيل: الآثار المترتبة على سلطة الإدارة في تعديل أو إنهاء العقد الإداري "دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي" ، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون، جامعة بني سويف، مصر، 2013.
7. عائشة خلدون: أساليب التعاقد الإداري في مجال الصفقات العمومية (دراسة مقارنة)، رسالة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، الجزائر، 2016.
8. مقداد زينة: سلطة الإدارة في فرض الجزاءات على المتعاقد معها بين مبدأ الفاعلية والضمان، أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم - تخصص علوم قانونية، فرع :

قانون عام، جامعة د. الجيلاني ليايس - سيدي بلعباس، كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2019.

9. عهد جبار عباس : سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات في العقود الإدارية في العراق " دراسة مقارنة " ، رسالة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه في الحقوق، قسم القانون العام، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، 2021.

ب - رسائل الماجستير

1. بلقاسم لخض: حدود السلطة التقديرية للإدارة، رسالة لنيل الماجستير، المركز الجامعي أحمد زبانة، غليزان، الجزائر، 2016.

2. به يمان جلال حسن: سلطة الإدارة في تعديل العقد الإداري (دراسة مقارنة)، رسالة مقدمة لنيل درجة الماجستير في القانون العام، كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، مصر، 2016.

3. بوعكة شهيناز: السلطة التقديرية للإدارة، رسالة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق والعلوم السياسية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة قاصدي مرباح، ورقلة، الجزائر، 2014.

4. جاسم خلف جواد مهدي: سلطة الإدارة في إنهاء العقد الإداري، رسالة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق، كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، مصر، 2018.

5. حيدر محمد علي: نهاية العقود الإدارية، رسالة لنيل شهادة الماجستير، قسم القانون، كلية القانون والعلوم السياسية، جامعة ديالي، العراق، 2018.

6. حيدر محمد زيدان التميمي: النظام القانوني لأساليب إبرام العقود الإدارية في العراق " دراسة مقارنة "، رسالة مقدمة لنيل درجة الماجستير في الحقوق، كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، 2015.

7. خلفان محمد أمين وكمال محمد: سلطة الإدارة في تعديل وتوقيع الجزاءات أثناء تنفيذ العقد الإداري، رسالة لنيل شهادة الماجستير في القانون العام، تخصص قانون إداري، جامعة أكلي محند أولحاج، البويرة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم القانون العام، الجزائر، 2019.

8. زرنوح أمباركة: السلطة التقديرية للإدارة في مرحلة إبرام العقد الإداري في التشريع الجزائري، رسالة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة زيان عاشور، الجلفة، الجزائر، 2020.

9. زينب محمد مقداد: سلطة الإدارة في توقيع جزاء الغرامة - دراسة مقارنة بين القانون الجزائري والقانون الأردني-، رسالة لنيل شهادة الماجستير، كلية الدراسات العليا، الجامعة الأردنية، 2011.
10. سامال اسكندر محمد الباجلان: سلطات الإدارة في العقود الإدارية والقيود الواردة عليها: دراسة مقارنة بين التشريعات العراقية والمصرية، رسالة لنيل شهادة الماجستير في القانون العام، كلية الحقوق ، جامعة الإسكندرية، مصر، 2016.
11. سامر رزق الله عقلة الشрман: رقابة القضاء الإداري على السلطة التقديرية للإدارة، رسالة لنيل شهادة الماجستير في القانون العام، جامعة عمان العربية، الأردن، 2014.
12. طارق منصور أحمد حيدرة: السلطة التقديرية للإدارة وأثرها على الحريات العامة، رسالة لنيل شهادة الماجستير، جامعة عدن، اليمن، 2008.
13. فاطمة ريغي: سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات في العقود الإدارية، رسالة لنيل شهادة الماجستير في القانون الإداري، قسم العلوم الإنسانية، كلية العلوم الإنسانية والاجتماعية، جامعة محمد خيضر، بسكرة، الجزائر، 2019.
14. فوزية سكران: سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات الإدارية على المتعاقدين معها في العقود الإدارية، رسالة لنيل شهادة الماجستير في القانون، كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، مصر 2017.
15. قسوس فاطيمة: السلطة التقديرية للإدارة وحدود رقابة القضاء الإداري عليها، رسالة لنيل شهادة الماجستير، المركز الجامعي أحمد زبانة، غليزان، الجزائر، 2015.
16. مبارك عوض المطيري: تعسف الإدارة في استعمال صلاحيتها في تعديل العقد الإداري (دراسة مقارنة)، رسالة لنيل شهادة الماجستير في القانون العام، جامعة الشرق الأوسط، 2011.
17. محمد رحيم امحمد السائح البوسيفي: نظرية الموظف الفعلي، رسالة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق ، كلية الحقوق، قسم القانون العام، جامعة الإسكندرية، مصر، 2018.

18. محمد حارث حسين السامراني: الرقابة القضائية على سلطة الإدارة في إبرام العقد الإدارية بطريق المناقصات في القانون العراقي "دراسة مقارنة" ، رسالة لنيل درجة الماجستير في القانون ، كلية الحقوق، جامعة الإسرائ، العراق، 2019.
19. محمد مهدي شعيب: السلطة التقديرية للإدارة بين النظامين المصري والعراقي، رسالة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق، كلية الحقوق، جامعة المنصورة، مصر، 2016 .
20. مريم محمد أحمد: سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات على المتعاقد، رسالة مقدمة للحصول على درجة الماجستير في الحقوق، قسم القانون، كلية الحقوق، جامعة المنصورة، 2015.
21. منير الحويل عون ناصر: الاستيلاء الإداري في القانون الليبي، رسالة لنيل درجة الماجستير في القانون، جامعة المنصورة، مصر، 2019.
22. منيرة عمر اليازجي: الرقابة القضائية على السلطة التقديرية للإدارة في فلسطين "دراسة تحليلية مقارنة"، رسالة لنيل درجة الماجستير في القانون، الجامعة الإسلامية، غزة، فلسطين، 2017.
23. عماد خليل إبراهيم: المبادئ والأحكام الخاصة بإبرام العقد الإداري في العراق، رسالة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق، كلية الحقوق، قسم القانون العام، جامعة الإسكندرية، مصر، 2019.
24. مودع فريدة: سلطة الإدارة في إنهاء العقد الإداري، رسالة لنيل شهادة الماجستير في القانون الإداري، قسم الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر، بسكرة الجزائر، 2015.
25. هاني عبد الرحمان غانم: أساليب التعاقد الإداري (دراسة مقارنة)، رسالة مقدمة لنيل الماجستير، معهد البحوث والدراسات العربية، القاهرة، 2007.
26. عبد الشافي آصف العفيش: حدود الرقابة القضائية على السلطة التقديرية للإدارة، رسالة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق، قسم القانون العام، كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، 2017.
27. نورالدين مصطفى كامل البوري: سلطة الإدارة في تعديل العقود الإدارية بإرادتها المنفردة، دراسة في القانون العراقي والمقارن، رسالة لنيل الماجستير في القانون العام، قسم القانون العام، كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، مصر، 2018.
28. وليد بن سليمان بن سعيد الحديدي: دور الرقابة القضائية على سلطة الإدارة التقديرية، رسالة لنيل شهادة الماجستير في القانون العام، جامعة جرش، الأردن، 2016.

ثالثاً: المجلات والبحوث

1. أحمد عبد الكريم سلامة: النظام القانوني لمفاوضات العقود الدولية، مجلة الدراسات الدبلوماسية، العدد 9، 2004.
2. أشرف عبد الحليم عبد الفتاح: سلطة الإدارة في إنهاء العقد الإداري للمصلحة العامة " دراسة تحليلية مقارنة "، مجلة حقوق دمياط للدراسة القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق، جامعة دمياط، العدد السادس، يوليو 2022.
3. أشرف محمد حمامده: الجزاءات في تنفيذ العقود الإدارية في النظام السعودي، مجلة المنار للبحوث والدراسات القانونية والسياسية، العدد السادس، سبتمبر، 2018.
4. أشرف جنوي: سلطة الإدارة في توقيع الجزاء على المتعاقدين معها في العقود الإدارية، المجلة المغربية للاقتصاد والقانون المقارن، العدد 54، 2016.
5. زهير مصطفى صالح: سلطة الإدارة في الإنهاء الانفرادي للعقد الإداري لدواعي المصلحة العامة، مجلة منازعات الأعمال، العدد 38، 2019.
6. عبد الحليم مجدوب: سلطة الإدارة في إنهاء العقد الإداري لدواعي المصلحة العامة، المجلة المتوسطية للقانون والاقتصاد، مجلد 2، عدد 2، 2017.
7. عبد القادر دراج: سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات الإدارية، مجلة المفكر، العدد 10، 2017.
8. عبد الكريم بن منصور: طرق وإجراءات إبرام الصفقات العمومية في القانون الجزائري، مجاميع المعرفة، المجلد 2015، العدد 1، المركز الجامعي تندوف، معهد العلوم الاقتصادية التسيير والعلوم التجارية، جامعة تيزي وزو، الجزائر، 2015.
9. علي يوسف الشكر ومحمد سالم عبد الكاظم: سلطة الإدارة في الرقابة على تنفيذ العقد الإداري، مجلة الكوفة للعلوم القانونية والسياسية، جامعة الكوفة، المجلد 8، العدد 25، 2015.
10. عمر رمضان المريري: الموظف العام وعلاقته بالإدارة في القانون الليبي، مجلة جامعة صبراتة العلمية، المجلد 4، العدد 2، 2020.

11. مانع عبد الحفيظ: الآثار المترتبة على قرار إنهاء الصفقة العمومية لدواعي المصلحة العامة ومدى خضوعه للرقابة القضائية، مجلة القانون العام الجزائري والمقارن، مجلد 8، عدد 2، 2022.

12. منتصر علوان كريم: أثر سلطة الإدارة التقديرية في ركن الاختصاص للقرار الإداري، مجلة العلوم القانونية والسياسية، كلية القانون والعلوم السياسية، جامعة ديالي، المجلد الثامن، العدد الأول، 2019.

رابعاً: القوانين واللوائح والأحكام والفتاوى

أ- القوانين واللوائح

1. قانون رقم (19) لسنة 2013 في شأن إعادة تنظيم ديوان المحاسبة.
2. القانون رقم (492) لسنة 2013 بتنظيم عمل لجان العطاءات وتقرير بعض الأحكام بشأنها.
3. قانون المناقصات والمزايدات رقم (89) لسنة 1998.
4. لائحة العقود الإدارية الصادرة بقرار اللجنة الشعبية العامة سابقا رقم (563) لسنة 2007.
5. لائحة المشتريات الحكومية الصادرة بقرار وزراء حكومة الوحدة الوطنية رقم (12) لسنة 2023.

ب- الأحكام والفتاوى

1. أحكام المحكمة الإدارية العليا - مصر، المدونة العامة للأحكام القضائية مجلس الدولة المصري.
2. أحكام المحكمة العليا الليبية،- مجلة المحكمة العليا الليبية.
3. مجموعة الفتاوى الصادرة من مجلس الدولة المصري .
4. مجموعة آراء وفتاوى إدارة القانون في العراق .

Summary

Title: Discretionary Management Authority in its Legal Actions (Administrative Contracts as a Model)

Submitted by: **Abtisam Khamees Mohamed Al Zarough**, as a Part of the Fulfillment Requirement of a Master Degree in Public Law, .Department of Public Law, Faculty of Law, University of Zawia

Supervised by: **Professor Dr. Asad Taher Ahmed**

The subject of discretionary authority of the administration is considered one of most debate topics among scholars, and that the administration behaves in state of exercising its powers one of two ways, either the authority is restricted, or discretionary, showing discretion in case where the legislator left a measure of discretion in the exercise of powers approved by law.

As such, the administrative contract occupies a distinguished position among the legal letters used by the administrative for the best management, organization and public utilities management as one of legal means to achieve public interest by satisfying the public needs necessary for individual.

This study has focused on a significant aspect of administrative activities, which is the subject of 'The Discretionary Authority of Administration in Its Legal Actions ' Administrative Contracts as a Model ' , Where administrative contracts are deemed to be one of the means used by the administration to carry out its various activities for public interest.

The study subject and research include according to a research plan two chapters .

The first chapter deals with the management discretion In concluding administrative contracts, and was divided into two sections. The first section includes the discretionary authority of administration in terms of administrative contracts, and the second section deals with the discretionary authority of administration in the methods of concluding administrative contracts.

The second chapter deals with the discretionary authority of management in implementation of administrative contracts, where the first section deals with the discretionary authority of administration to impose the penalty on the contractor, and I reviewed its basis, its nature and the conditions of exercising this authority. The second section deals with the discretionary authority of administration in amending and terminating of administrative contracts.

Previous studies on the subject and references have been used from books and recent scientific theses, and scientific research published in refereed scientific journals. After rooting the study and verifying the subject of the research with all its divisions and elements, it concluded the most important results: that discretion is a legal means aimed at limiting the literal application of the principle of legality, which includes the need for the administration to base its actions on a specific legal text. Among its findings are also the following: that the public tender is the origin and basis in providing the needs of the administration of goods, services and contracting, despite the existence of other methods, due to the guarantees it achieves more for the public interest and the public facility to reach the best bids financially and technically, because it is based on the principle of freedom of competition and equality and integrity, and because of its advantages in preserving public money, which is what the administration seeks to achieve by concluding administrative contracts.

I then concluded with recommendations worthy of the attention of the Libyan legislator, the most important of which is the need to pay attention to those in charge of concluding administrative contracts, by informing them of all legal legislation related to the subject of the contract, with the establishment of training courses to raise their competencies scientifically and practically, so that they are aware and insightful of the importance and responsibility of the administrative contract, especially if it includes exceptional conditions that are unusual, if misused, which may entail serious consequences for the administration, and make them technical cadres that respect legitimacy. I also recommended that the regulation of administrative contracts currently in force be re-examined by the concerned authorities, correct any shortcomings that may have been marred and enact a new law on administrative contracts, not a regulation as applied now, to include all types of traditional and modern administrative contracts.

God grant success

.....

Key Words; *Discretionary authority of management, terms of administrative contracting, methods of administrative contracting, public tenders, public auctions, practice, direct commissioning, penalties, amendment of the administrative contract, termination of the administrative contract.*

فهرس المحتويات

| الصفحة | الموضوع | ر.م. |
|--------|--|------|
| ا | استهلال بأية قرآنية | 1 |
| ب | الإهداء | 2 |
| ت | الشكر والتقدير | 3 |
| ج | ملخص الدراسة | 4 |
| 1 | المقدمة | 5 |
| 2 | أهمية البحث | 6 |
| 3 | إشكالية البحث | 7 |
| 3 | أهداف البحث | 8 |
| 4 | نطاق البحث | 9 |
| 4 | الدراسات السابقة | 10 |
| 5 | صعوبات الدراسة | 11 |
| 6 | منهج البحث | 12 |
| 7 | خطة البحث | 13 |
| 10 | الفصل الأول: سلطة الإدارة التقديرية في إبرام العقود الإدارية | 14 |
| 10 | تقديم | 15 |
| 12 | المبحث الأول: سلطة الإدارة التقديرية في شروط إبرام العقد الإداري | 16 |
| 13 | المطلب الأول: سلطة الإدارة التقديرية في الشروط السابقة لإبرام العقد الإداري | 17 |
| 13 | الفرع الأول: السلطة التقديرية للإدارة في موضوع التعاقد ودراسات الجدوى | 18 |
| 21 | الفرع الثاني: السلطة التقديرية للإدارة في توافر الاعتماد المالي والإذن بالتعاقد | 19 |
| 30 | المطلب الثاني: سلطة الإدارة التقديرية في الشروط المعاصرة لإبرام العقد الإداري | 20 |
| 30 | الفرع الأول: شروط العقد الإداري في النظم الحديثة وموقف المشرع والقضاء الليبي منها | 21 |

| | | |
|-----|---|----|
| 40 | الفرع الثاني: شروط التعاقد مع الإدارة وحدود سلطة الإدارة التقديرية فيها | 22 |
| 51 | المبحث الثاني : سلطة الإدارة التقديرية في طرق إبرام العقود الإدارية | 23 |
| 52 | المطلب الأول : سلطة الإدارة التقديرية في المناقصات والمزايدات العامة | 24 |
| 52 | الفرع الأول: سلطة الإدارة التقديرية في طرح المناقصات والمزايدات العامة | 25 |
| 63 | الفرع الثاني : سلطة الإدارة التقديرية في العطاءات وارساء المناقصات والمزايدات | 26 |
| 67 | المطلب الثاني: سلطة الإدارة التقديرية في الممارسات العامة والتكليف المباشر | 27 |
| 67 | الفرع الأول : الممارسات العامة | 28 |
| 72 | الفرع الثاني : التكليف المباشر | 29 |
| 80 | الفصل الثاني: سلطة الإدارة التقديرية في تنفيذ العقود الإدارية | 30 |
| 80 | تقديم | 31 |
| 81 | المبحث الأول: سلطة الإدارة في الرقابة وتوقيع الجزاءات المالية | 32 |
| 82 | المطلب الأول: سلطة الإدارة التقديرية في الرقابة وتوقيع الغرامات المالية | 33 |
| 82 | الفرع الأول : سلطة الإدارة في الرقابة | 34 |
| 88 | الفرع الثاني: سلطة الإدارة في توقيع الغرامات المالية | 35 |
| 99 | المطلب الثاني: سلطة الإدارة في مصادرة التأمين ووقف تنفيذ العقد | 36 |
| 100 | الفرع الأول: سلطة الإدارة في مصادرة التأمين | 37 |
| 107 | الفرع الثاني: وقف تنفيذ العقد ووضع المرفق تحت الحراسة | 38 |
| 119 | المبحث الثاني: سلطة الإدارة التقديرية في سحب وتعديل وإنهاء العقد الإداري | 39 |
| 120 | المطلب الأول: سلطة الإدارة في سحب العمل وتعديل العقد الإداري | 40 |
| 120 | الفرع الأول: سلطة الإدارة في سحب العمل والتنفيذ من متعاقد آخر | 41 |
| 129 | الفرع الثاني: سلطة الإدارة في تعديل العقد الإداري بإرادتها المنفردة | 42 |

| | | |
|-----|---|----|
| 138 | المطلب الثاني: سلطة الإدارة في فسخ وإنهاء العقد الإداري | 3 |
| 138 | الفرع الأول: سلطة الإدارة في فسخ العقد الإداري | 44 |
| 148 | الفرع الثاني: سلطة الإدارة في إنهاء العقد الإداري | 45 |
| 156 | الخاتمة والنتائج والتوصيات | 46 |
| 160 | قائمة المصادر و المراجع | 47 |
| 168 | ملخص الدراسة باللغة الانجليزية Summary of the Study | 48 |
| 171 | فهرس المحتويات | 49 |