

## **نطاق وحدود سلطة الإدارة في مفاوضات عقود المشاركة**

المبألثة

أسماء سعد أبوالمكارم محمد

مدرس مساعد بقسم القانون العام

كلية الحقوق – جامعة أسبوط



## نطاق وحدود سلطة الإدارة في مفاوضات عقود المشاركة

### مقدمة :

الدولة هي القائمة في الأساس على إشباع الحاجات العامة والقيام بالدور القيادي وإقامة بنية تحتية تساعد على تسهيل الحياة للمواطنين ومع مرور الوقت وإزدياد الأعباء على القطاع العام أصبحت الميزانية العامة محملة بنفقات ضخمة فلجأت الإدارة إلى القطاع الخاص من أجل تخفيف العبء عن الميزانية العامة وذلك من خلال عقود المشاركة بين القطاع العام والقطاع الخاص التي تعد من أضخم العقود من ناحية التمويل حيث يشترط أن لا يقل رأس المال في هذه المشروعات عن مليون جنيه وهذا تبعاً للتشريع المصري.

ونظراً لأن الإدارة دائماً ما تسعى لتحقيق المصلحة العامة نجد أنها تتبع أساليب إستثنائية تمددها بخصوصية عن المتعاقد معها وهذا ما سندرسه هنا في عقود المشاركة تحت مسمى السلطة الإدارية. ونظم المشرع المصري إبرام عقد المشاركة بالقانون رقم ٦٧ لسنة ٢٠١٠م فهو الأساس الذي تسيّر عليه الجهة الإدارية بالنسبة لعقود المشاركة ثم أعقبه القانون ١٨٢ لسنة ٢٠١٨م المنظم لإبرام العقود الإدارية بوجه عام.

- وعرفت المادة الثانية من القانون رقم ٦٧ لسنة ٢٠١٠م عقود المشاركة بأنها " عقود تعهد بمقتضاها الحكومة إلى شركة المشروع لتمويل أو إنشاء أو تجهيز مشروعات البنية التحتية والمرافق العامة وإتاحة خدماتها أو تطوير هذه المرافق مع الإلتزام بصيانة ما تم إنشاؤه أو تطويره وتقديم الخدمات والتسهيلات للزمة لكي يصبح المشروع صالح للإستخدام في الإنتاج أو تقديم الخدمات بانتظام وإضطراد طوال فترة العقد. <sup>(١)</sup>

وبهذه العقود تستطيع الإدارة أن تنتقل العبء والمخاطر من ميزانيتها إلى القطاع الخاص.

(١) المادة رقم (٢) من القانون رقم ٦٧ لسنة ٢٠١٠م

**أهمية البحث:**

إن إختيار موضوع البحث " نطاق وحدود سلطة الإدارة في مفاوضات عقود المشاركة " نابع من أن مرحلة المفاوضات في حد ذاتها مرحلة شائكة ويزيد الأمر تعقيداً عندما تكون المفاوضات بين الجهة الإدارية والقطاع الخاص ونظراً لأن الإدارة تدخل عقد المشاركة بإعتبارها سلطة عامة فيكون لها العديد من المميزات التي تجعلها في مكانة أعلى من المتعاقد معها ولذلك فإن دراسة حدود ونطاق هذه السلطة أمر غاية في الأهمية.

ووضع إطار لهذه السلطة يحتاج إلى دراسة موضوعية بهدف إستجلاء غوامضه وتوضيح مصادره ومدى التقيد أو الإطلاق لهذه السلطة التي ترتبط أولاً وأخيراً بالمصلحة العامة إلا أن المصلحة العامة لا يمكن الإعتماد بها للإضرار بالقطاع الخاص الذي يبقى له سلك سبل التقاضي إذا لحقه ضرر من تصرفات الإدارة.

**مشكلة البحث :**

منح المشرع في العديد من دول العالم للإدارة سلطة تميزها عن المتعاقد معها نظراً لإعتبار أن الإدارة هي الأمانة على المصلحة العامة ولكن هذا لا يعني تجردها من أي إلتزام في مواجهة المتعاقد معها حيث أن السلطة المطلقة هي أم منافي للعدالة ويجعل القطاع الخاص يُحجم عن الدخول في أي تعاقدات مع الإدارة ، أضف إلى ذلك صعوبة تحديد مرحلة المفاوضات بدقة خصوصاً إذا تمت المفاوضات بدون إتفاق تفاوض فيصبح الأمر أكثر تعقيداً فأصبح هناك ضرورة بحثية لدراسة حدود ونطاق سلطة الإدارة في مرحلة المفاوضات.

**منهج البحث :**

المنهج الاستقرائي: تجميع كافة المعلومات من خلال الدراسة التطبيقية لمرحلة المفاوضات في عقود المشاركة وما ينتج عنها من حالات ومشكلات.

المنهج التحليلي: عرض القواعد القانونية العامة المتعلقة بإنشاء العقد باعتباره عقد ذو طبيعة خاصة حتى نوضح الهدف من الاهتمام بمرحلة المفاوضات وإظهار دورها في نجاح العقد.

**خطة البحث :**

ترتيباً على ما تقدم سوف يكون ملائم تقسيم البحث إلى بابين نعرض في الأول لمفهوم المفاوضات وأنواعها أو مفهوم السلطة الإدارية ومظاهر هذه السلطة. وفي الثاني ندرس الإلتزامات الناتجة عن المفاوضات والقيود التي تجد من سلطة الإدارة عند البدء في التعاقد وذلك على النحو التالي :

الباب الأول : مفهوم سلطة الإدارة في مفاوضات عقود المشاركة

الباب الثاني : الإلتزامات المترتبة على الدخول في المفاوضات

## الباب الأول

### مفهوم سلطة الإدارة في مفاوضات عقود المشاركة

#### تمهيد وتقسيم :

تتمتع الإدارة بمميزات عديدة في مواجهة المتعاقد معها نظراً لأن الإدارة تدخل في العقود الإدارية بوجه عام بوصفها سلطة عامة تسعى لإنشاء أو صيانة أو إدارة مرفق عام ونظراً لأن المرافق العامة تؤدي خدمات للجمهور أضفى المشرع على الإدارة وضع خاص ، وأعطاه أساليب إستثنائية تميزها ولكن هذه الأساليب الممنوحة للإدارة لا تعني أن نرفع عن الإدارة كل قيد وأن تصبح حرة طليقة تفعل ما تشاء فالسلطة المطلقة مُفسدة وخصوصاً عندما يتعلق الأمر بعقد من العقود المهمة كعقد المشاركة الذي تسعى فيه الإدارة إلى إنشاء أو ترميم وصيانة مرفق عام وإتاحة خدماته للجمهور والأصل أن منح الإدارة هذه السلطة يرجع لإرتباط العقد محل التفاوض بمرفق عام . ولذلك سوف نبدأ بعرض مفهوم المفاوضات وأحكامها في الفصل الأول ثم نعقبه بدراسة مفهوم السلطة الإدارية الممنوحة للإدارة وبيان مظاهر هذه السلطة في الفصل الثاني.

#### الفصل الأول : مفهوم المفاوضات في عقود المشاركة

#### الفصل الثاني : مفهوم السلطة الإدارية

## الفصل الأول

### مفهوم المفاوضات في عقود المشاركة

#### تمهيد وتقسيم

التفاوض علم تتمازج فيه علوم الاجتماع واللغويات وعلم النفس والإدارة لإتصاله بقضايا حيوية وإرتباطه بالتفاعل بين بني البشر سواء على مستوى الأفراد أو المؤسسات أو الدول وبما أننا نتحدث بخصوص سلطة الإدارة في مرحلة المفاوضات فيجدد بنا أن نتعرف على ماهية المفاوضات ولذلك سوف نبدأ في توضيح المفاهيم الأساسية لعملية التفاوض ونعقبه بأهم أحكام عملية التفاوض وكيف يمكن لنا أن نجعل من المفاوضات عقداً أي أن نتوج المفاوضات بالنجاح في النهاية لذلك سنخصص المبحث الأول لدراسة مفهوم المفاوضات والثاني لدراسة أحكامها لذا أقول والله الموفق.

المبحث الأول : تعريف المفاوضات وخصائصها

المبحث الثاني : أحكام المفاوضات

#### المبحث الأول

##### تعريف المفاوضات وخصائصها

الإنسان كائن اجتماعي لا يمكن أن يعيش وحده ودائماً ما يسعى إلي تكوين روابط وعلاقات بمن حوله ومع إتساع العلاقات تظهر المشكلات والتعاملات من بيع وشراء وغيرها فظهرت الحاجة إلي التفاوض كوسيلة للتواصل بين الافراد ومن هنا فالمفاوضة طريقة قديمة بقدم الحياة الانسانية علي الارض وتثبت المفاوضات دورها في شتي المجالات ومن أهم مجالات المفاوضات ، المفاوضات في إنشاء العقود وبخاصة العقود الإدارية التي تنصب في الأساس علي نفع عام يقدمه مرفق عام ولأن الإدارة تسعى لتحقيق الصالح العام من ناحية والقطاع الخاص في عقود مشاركته يسعى إلي تحقيق مصلحته فإن المفاوضات هي الحل لهذا التضارب حتي يستطيع الطرفان التعبير عن ما يسعيان لتحقيقه ومحاولة الوصول إلي أقرب

حل وسط وسوف أقسم بحثي هنا إلي مطلبين الأول ندرس فيه تعريف المفاوضات والثاني خصائصها .

المطلب الاول : تعريف المفاوضات

المطلب الثاني : خصائص المفاوضات



## المطلب الأول

### تعريف المفاوضات

عند دراسة أي موضوع لابد في البداية أن نفهم معناه سواء في اللغة أو في الاصطلاح ولذلك سوف أقسم هذا المطلب إلي فرعين لكي ندرس في الاول التعريف اللغوي للمفاوضات ثم نعقبه بالتعريف الاصطلاحي في الفرع الثاني .

### الفرع الأول

#### التعريف اللغوي للمفاوضات

المفاوضة في اللغة هي المشاركة والمساومة وهي صيغة مفاعلة من التفاوض التي أصلها فاوض - يفاوض - مفاوضة - وتفاوضوا في الامر أي تشاركوا فيه .

ومفاوضة اسم مفرد والجمع مفاوضات وهي مصدر : فاوض

- المفاوضة تبادل الرأي مع ذوي الشأن فيه بغية الوصول إلي تسوية أو إتفاق

- فوض - يفوض - تفويضاً فهو مفوض والمفعول مُفَوَّض

- فوضت المرأة زوجها - تزوجت بلا مهر

- فاوضه في الحديث - بادله القول

- فوض فلاناً - أنابه في الامر ووكله وأقامه مقامه

- فوض الامر إليه - وكله به وجعل له حرية التصرف فيه وسلمه إليه أرد وأسلم<sup>(١)</sup>

- فوض: فوض الامر إليه : رده إليه<sup>(٢)</sup>

وجاء في حديث معاوية قال لأغفل بن حنظلة " بم ضبطت ما أري ؟ قال : بمفاوضة العلماء

؟ قال كنت إذا لقيت عالماً أخذت ما عنده وأعطيته ما عندي.<sup>(١)</sup>

(١) معجم المعاني الجامع

(٢) المعجم الوسيط

فهي الإشتراك في الأمر وتعني المساواة والمشاركة والمحاورة في الأمر.<sup>(٢)</sup>  
 المفاوضات لغة مصدر فوض وهي مفاعلة من التفويض كل طرف رد ما عنده إلي صاحبه.<sup>(٣)</sup>  
 وهي مشتقة من الفعل الثلاثي فوض وهي كلمة مشتقة من أصل لاتيني وتعني العمل والتفاوض هو عملية التواصل تقدماً وتراجعاً لمناقشه القضايا والتوصل إلي إتفاق مبدئي بين الطرفين ، حيث أنه عملية لادارة الخلافات بغية تحقيق بند تعاقدى للاحتياجات وهي في اللغة اللاتينية لها معنيان الاول التجارة والثاني التفاوض.<sup>(٤)</sup>  
 ومعني المفاوضات في اللغة الفرنسية Negociation وأصلها لاتيني Negotiatio الذي يعني كما سبق وذكرنا التجارة أي عملية الشراء أو البيع لقيمة مقبولة أو عملية تداول الاوراق التجارية والمعني وتبادل وجهات النظر وبذل العديد من المساعي من الطرفين بهدف التوصل إلي إتفاق بشأن صفقة معينة ومرادف كلمة Negociation أي إتفاق هو كلمة pourparles.<sup>(٥)</sup>

- المفاوضات : هي التحوار مع الطرف الآخر من أجل الوصول لإتفاق معه أو معهم.<sup>(٦)</sup>

(١) د/ محمد صلاح احمد الزهري ، الاساس القانوني للمسؤولية عن المفاوضات العقود الادارية ، رسالة دكتوراة ، جامعة أسيوط ، بدون سنة نشر ، ص ٤

(٢) قاموس مجمع اللغات ويقابلها بالانجليزية Negociation

(٣) لسان العرب المحيط للعلامة ابن منظور

(٤) د/ علي حمزة عباس الغانمي ، عطاء العقد وعطاء التفاوض ، بدون دار نشر ، سنة ٢٠١٠م ، ص ١٠٠

(٥) د/ تغريد عبد الحميد ، الإلتزام بالاعلام في عقود نقل التكنولوجيا ، بدون دار نشر ، سنة ٢٠٠٧م ، ص ١٣٢

The process of discussing something with someone in order to (٦) Negotiation reach an agreement with them \ or discussions themselves.

<https://dictionary.cambridge.org/us/dictionary/english/negotiation>

## الفرع الثاني

### التعريف الاصطلاحي للمفاوضات

تعد عملية التفاوض من أكثر العمليات تعقيداً ومراوغة وكر وفر وإقبال وإدبار حيث يحاول كل متفاوض الخروج من المفاوضات بأقل قدر من التنازلات وكل متفاوض يستعرض قدراته ومهاراته في فن الإقناع حتي يصل في النهاية إلي إبرام العقد مع الوصول لأقصى قدر من أهدافه المبتغاة من وراء التعاقد وهو بالتالي عملية مركبة.<sup>(١)</sup>

#### وتعددت التعريفات للمفاوضة

- عرفها د/ وليام اوري بأنها عملية التقاهم والأخذ والعطاء بهدف الوصول إلي إتفاق مع الآخرين الذين تجمعنا بهم المصالح بينما تتعارض بعض مصالحنا الاخرى فالتفاوض لا يعني فقط العملية الرسمية التي يجلس فيها المتفاوض حول مائدة كمناقشة الموضوع المتنازع عنه ، فهي نشاط يومي غير رسمي تقوم به كلما حاولت الحصول علي أحد إحتياجاتك من شخص آخر.<sup>(٢)</sup>

وعرفها د/ احمد عبدالكريم " هي التماور والمناقشة وتبادل الافكار والاراء والمساومة بالتفاعل بين الاطراف من أجل الوصول إلي إتفاق معين حول مصلحة أو حل مشكلة إقتصادية أو قانونية أو تجارية أو سياسية".<sup>(٣)</sup>

وعرفها د / إبراهيم الدسوقي بأنها " المناقشة المشتركة بين طرفين متقابلين بصدد عناصر عقد مستقبل".<sup>(١)</sup>

(١) د / محمد حسام محمود لطفي ، المسؤولية المدنية في مرحله التفاوض ، القاهرة، ١٩٩٥، ص ٣

(٢) د / وليام اوري ، فن التفاوض

Network google,7:29 pm ,1\9\2019

(٣) د / احمد عبدالكريم سلامة ، النظرية العامة للنظم الودية لتسوية المنازعات ، دار النهضة العربية ، سنة

٢٠١٣م ، ص ٧

وعرفت أيضاً بأنها " حدوث اتصال مباشر أو غير مباشر بين شخصين أو أكثر بمقتضي إتفاق بينهم بأن يتم خلاله تبادل العروض والمقترحات وبذل المساعي المشتركة بقصد التوصل إلي إتفاق مباشر بشأن عقد معين تمهيداً لإبرامه في المستقبل ". (٢)

وعرفت بأنها " حوار يجري بين متعاقدين احتماليين من أجل البحث عن إمكانية توافق الارادات تجاه الحقوق والالتزامات محل العقد "

ذهب رأي آخر أنها " محاولة التوفيق بين التعارض في مصالح الاطراف إذ أن كل طرف يسعى لترجيح مصلحته علي حساب الطرف الآخر ". (٣)

وعرفها د/ حسام الأهواني بأنها " تبادل الاقتراحات والمساومات والمكاتبات والتقارير والدراسات الفنية بل والاستشارات القانونية التي تتبادلها اطراف التفاوض ليكون كل منهما علي بينة من أفضل الاشكال القانونية التي تحقق مصلحة الاطراف وللتعرف علي ما سيسفر عنه الاتفاق من حقوق والتزامات لطرفيه ". (٤)

وتختلف المفاوضات علي حسب القائمين بها وعلي حسب الهدف المرجو منها فالمفاوضات التي تبحث بشأن تنظم العقد ومراحل إبرامه وتنفيذه وانقضائه هي المفاوضات الفنية وقتها يتعرف كل طرف علي ما يريده الطرف الاخر فإذا ما تم الاتفاق علي النواحي الفنية ينتقل الطرفان الي بحث النواحي القانونية من شروط التعاقد وأحكامه .... الخ

(١) د / محمد ابراهيم دسوقي ، الجوانب القانونية في إدارة المفاوضات وإبرام العقود ، بدون دار نشر ، سنة ١٩٩٥م ، ص ١٩

(٢) د / تغريد عبدالحميد ، الإلتزام بالاعلام في عقود نقل التكنولوجيا ، المرجع السابق ، ص ٣٥

(٣) د/ علي حمزة عباس الغانمي ، عطاء العقد وعطاء التفاوض ، المرجع السابق ، ص ٩٧ وما بعدها

(٤) د / حسام الدين كامل الاهواني ، المفاوضات في الفترة قبل التعاقدية ومراحل ابرام العقد الدولي ، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية ، السنة (٣٨) ، يوليو ١٩٩٦م ، ص ٣٩٤

والمفاوضة الفنية تتعلق بالدراسة الفنية للمشروع وعمل المخططات بالدراسة الفنية للمشروع وعمل المخططات ودراسات الجدوي والتجارب العملية والفنية والبحث عن المعدات المتاحة ومدى الحاجة الي معدات جديدة.....الخ من النواحي الفنية للمشروع. أما المفاوضات القانونية فهي تتعلق بإبرام العقد وكيفية ابرامه وشروطه والمسؤولية الناجمة عنه من غرامات مالية...الخ حتي طريقة تنفيذ العقد النهائي<sup>(١)</sup>

ونشر موسوعة Webster البريطانية إلي أن المفاوضات هي عملية يتم بموجبها اجتماع طرفا المفاوضات أو أكثر لاجراء مباحثات بهدف التواصل لاتفاق حول مسأله معينة أو بالاحري عملية مساومة ومناوره من أجل الوصول إلي اتفاق.<sup>(٢)</sup>

وهناك بعض الشراح الذين ذكروا تعريف علمي للتفاوض فقالوا أنه عملية اتصال بين شخصين أو أكثر يدرسون فيها البدائل للتواصل لحلول مقبولة لديهم أو بلوغ أهداف مرضية لهم فهو موقف يتباري فيه تعبيرياً طرفان أو أكثر من خلال مجموعة من العمليات لا تخضع لشروط محددة سلفاً حول موضوع من الموضوعات المشتركة من خلال اللجوء لكل الطرق للوصول إلي موائمة الآراء والوصول إلي نتائج مقبولة للطرفين.<sup>(٣)</sup>

وعرفها د/ أحمد فهمي " عملية المباحثات التي تقوم بين طرفين أو أكثر يتخذ كل منها للاخر علي أنه متحكم في مصادر إثباغات الآخر ويهدفان منها بلوغ الاتفاق علي تغير الأوضاع.<sup>(٤)</sup> وعرفه د / فؤاد موسي بأنه : المناقشة المشتركة بين طرفين متقابلين بصدد عناصر عقد مستقبل.<sup>(١)</sup>

(١) د / ابراهيم الشهاوي ، ثقافة التفاوض والحوار ، الشركة القومية للطبع والتوزيع ، الطبعة الأولى ، سنة ٢٠١٠م ، ص ٢٣٦

(٢) (<https://www.marriam-webster.com>)

(٣) د/ محمد احمد عبد القادر ، د/ ابراهيم احمد ، مهارات التفاوض ، دار التعليم الجامعي ، سنة ٢٠١٦م ، ص ١١

(٤) د/ احمد فهمي جلال ، مهارات التفاوض والحوار ، بدون دار نشر ، سنة ٢٠٠٧م ، ص ١٧

وتعددت التعريفات نظراً لأهمية هذه العملية المفاوضة ووضع كل فقيه قانوني العناصر التي يراها مهمة لتميز عملية التفاوض في تعريفه وأن كانت كل التعريفات تدور في فلك واحد حول الحوار والمحاولة للوصول لحل يوفق بين الطرفين ويحقق مصالحهم معاً من خلال الوصول لنقطة مشتركة ومن هنا يمكننا تعريف المفاوضات علي النحو التالي:

### تعريفنا

هي تبادل وجهات النظر بالتفاعل بين الأطراف من أجل الوصول إلي إتفاق حول مصلحة أو حل أمثل يحقق مصلحة كل الأطراف من خلال أن يتنازل كل طرف عن الأمور الثانوية ويصل إلي المصلحة الجوهرية من وراء إبرام العقد".

---

(١) د/ فؤاد موسي ، التنظيم الاتفاقي للمفاوضات في العقود الإدارية ، دارالنهضة العربية ، سنة ٢٠٠٢م ،

## المطلب الثاني

### خصائص المفاوضات

#### (١) الخضوع لمبدأ الرضائية :

الرضا هو أساس التفاوض لدرجة أنه حتي في التفاوض بين الرسل والأمم السابقة كان الرسل يهدفون إلي الوصول بأهمهم إلي الرضا للدخول في مفاوضة حتي يتمكنوا من إقناعهم بالرسالة السماوية فقال تعالي في كتابة العزيز: بسم الله الرحمن الرحيم

" أَدْعُ إِلَى سَبِيلِ رَبِّكَ بِالْحُكْمَةِ وَالْمَوْعِظَةِ الْحَسَنَةِ ۗ وَجِدْ لَهُم بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ ۗ إِنَّ رَبَّكَ هُوَ أَعْلَمُ بِمَنْ ضَلَّ عَنْ سَبِيلِهِ ۗ وَهُوَ أَعْلَمُ بِالْمُهْتَدِينَ " (١)

صدق الله العظيم

وفي مجال العقود وخصوصاً في مرحلة ما قبل إبرام العقد لا يتصور إجبار شخص علي الدخول في المفاوضات وإذا بدأت المفاوضات فلا يتصور إجبار طرف علي الاستمرار فيها فتخضع العملية التفاوضية للحرية التامة سواء في الدخول في المفاوضة من البداية دون إجبار على الاستمرار في المفاوضات وذهب البعض إلي القول بوجود عقد مفاوضة من الطرفين سواء كان عقد صريح مكتوب او عقد ضمني وأميل لهذا الجانب وبناء عليه فإن محل العقد هنا هو التفاوض ومن ثم لا يمكن إجبار أحد الطرفين علي التفاوض دون رضاه ولقد رأينا أن قانون مجلس الدولة الفرنسي طبق علي العقود الادارية فيما يتعلق بموضوع الرضا أحكام القانون الخاص بحذافيرها. (٢)

(١) سورة النحل آية (١٢٥)

(٢) د/ سليمان الطماوي ، الأسس العامة للعقود الإدارية ، مطبعة جامعة عين شمس ، سنة ١٩٧٥م ، ص

٢٣ ، د/ احمد عبدالكريم سلامة ، النظرية العامة للنظم الودية لتسوية المنازعات ، المرجع السابق ، ص

ولا يمكن إجبار أحد على التفاوض فهو أمر إختياري فهو تصرف إداري يحدث بإتفاق مشترك سواء كان هذا الاتفاق صريح أو ضمني<sup>(١)</sup> وإن كانت حرية الافراد في المفاوضات ليست مطلقة إذا تنقيد حريتهم بالقواعد القانونية الآمرة وإعتبرات النظام العام الاقتصادي.<sup>(٢)</sup>

ووفقاً للمواد ٦، ٧ من القانون ١٨٢ لسنة ٢٠١٨ بشأن التعاقدات الادارية والتي ذكرت مبادئ التعاقد وذكرت القاعد العامة واستثنائها فان الاصل في العقود الادارية هو الرضائية فالدولة تطرح المزايدة أو المناقصة ولا يوجد في نص المادة ما يوحي علي امكانية اجبار أي حد علي الدخول في التعاقد فإن كان الامر هكذا بالنسبة للتعاقد فإن الرضائية تمتد من باب أولي الي مرحلة المفاوضات التي لا يحكمها اي التزام من جهة الادارة أو المتعاقد معها.<sup>(٣)</sup>

ونص المعني موجود في القانون السابق رقم ٦٧ لسنة ٢٠١٠ في المواد رقم ٢٩ ، ٣١ حيث تفهم من نصوص المواد ان لا اجبار من أحد الطرفين للآخر علي ابرام العقد.<sup>(٤)</sup>

فالاساس أن عملية التفاوض يجب أن تتم برضائية تامة أياً كانت الطريقة التي ستبرم بها العقد فإذا كان العقد مبرم عن طريق المناقصة مثلاً فإن المفاوضات يسري عليها مبدأ حرية التقدم للمناقصة وحرية المنافسة بين المتقدمين وترتيب علي ذلك :

(١) لا يجوز للادارة أن تحرم الافراد من التقدم للمناقصة<sup>(٥)</sup>

(٢) لا يجوز للموظف الامتناع عن قبول الاوراق مادام الشخص مستوفي شروط المناقصة

(١) د / أبو العلا علي النمر ، مفاوضات عقود التجارة الدولية ، دار النهضة العربية ، سنة ٢٠٠٢م ، ص

(٢) د / محمد حسين عبدالعال ، التنظيم الاتفاقي للمفاوضات العقدية ، المرجع السابق ، ص ١٤

(٣) القانون رقم ١٨٢ لسنة ٢٠١٨ م ، الجريدة الرسمية ، العدد (٣٩) مكرر (د) في ٣ أكتوبر ٢٠١٨م

(٤) راجع نص المواد (٢٩،٣١) من القانون ٦٧ لسنة ٢٠١٠م ، الجريدة الرسمية ، العدد (١٩) مكرر (أ) في

١٨ مايو ٢٠١٠م

(٥) راجع نص المادة (٦ و٧) من القانون ٦٧ لسنة ٢٠١٠م



(٣) لا يتعارض مع المناقصة الحرة استبعاد بعض المنافسين فيما يعد لأسباب تتعلق بمصلحة المرفق

(٤) يجوز للإدارة أن تطلب عدة ضمانات ممن يتقدم بعطائه وهذه الضمانات في مقابل مبدأ حرية المنافسة المعترف به للأفراد في مواجهة السلطة الإدارية.<sup>(١)</sup>

وبذلك فإن عقد المفاوضة يخضع لنظرية القوة الملزمة في العقود وهي وفقاً للمادة رقم ١٤٧ من القانون المدني المصري "العقد شريعة المتعاقدين" وكما قال تعالي (يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ)<sup>(٢)</sup>

## (٢) عدم حتمية النتائج :

أي ما كانت نوع وطبيعة العملية التفاوضية ومهما نجحت طريقة سيرها فإنه في النهاية لا يمكن إجبار أحد الأطراف علي إبرام عقد المشاركة سواء الجهة الإدارية أو المتعاقد معها أي أن المفاوضات قد تبوء بالفشل فلا ينعقد عقد المشاركة وقد تبوء بالنجاح وينعقد العقد . ويرجع ذلك إلي أن العقد بطبيعته هو نتاج الإرادة المشتركة لطرفيه فإذا انتهت المفاوضات ولم تتجه إرادة أحد الطرفين أو إرادتهما معاً لإبرام عقد فلا مجال لإجبارهم عليه<sup>(٣)</sup> فهو عقد تمهيدي أو تحضيري حيث أنه لا يهدف لإبرام العقد النهائي ويتم تهيئة علاقات طرفي التفاوض علي نحو يقود الي إتمام ذلك الاتفاق ومن هنا نخلص إلي أنه بالرغم من كون عقد التفاوض عقد قائم بذاته إلا أنه غير ملزم<sup>(٤)</sup>.

(١) د/ محمد أنس قاسم جعفر ، العقود الإدارية ، دار النهضة العربية ، سنة ٢٠٠٠م ، ص ٣٤ ، ٣٥

(٢) سورة المائدة ، آية رقم (١)

(٣) د / محمد ابراهيم الدسوقي ، الجوانب القانونية في إدارة المفاوضات وإبرام العقود ، المرجع السابق ، ص ٢٢

(٤) د/ احمد عبد الكريم سلامة ، النظرية العامة للنظم الودية تسوية المنازعات ، دار النهضة ، سنة ٢٠١٣

أن عقد المفاوضات لا يولد التزاماً بإبرام العقد النهائي وإنما يولد التزاماً بالتفاوض بغرض التوصل الي ابرامه وعليه وهو من قبيل العقود التي تبرم لمرحلة تمهيدية تنسق هذا العقد النهائي وتؤدي إليه.<sup>(١)</sup>

### ٣) المفاوضات عملية مؤقتة :

إن المستقر عليه أن المفاوضات مربوطة بالهدف منها ولذلك فهي عملية مؤقتة تنتهي بإنهاء الهدف منها سواء بالوصول إلي التعاقد أو العدول عن التعاقد بشكل كلي ، والمفاوضات أداة يلجأ إليها للمحافظة علي المصالح المشتركة ولكن وجود تلك المصالح من الأصل هو أساس عملية التفاوض.<sup>(٢)</sup>

فعملية المفاوضات تنتهي إما بإبرام عقد المشاركة أو فشلها وذلك نظراً لتأثرها بالظروف الخارجية.<sup>(٣)</sup>

Contrat provisoire فهو لم يوجد الا لمده محدوده وهي المده التي تستغرقها المفاوضات بين الطرفين فإن إنتهت المفاوضات سواء بإبرام العقد أو عدمه زال كأثر لعقد المفاوضات مع عدم الإضرار لحقوق الغير الذين إعتقدوا حسن نيه تعلق الأمر بالعقد النهائي.<sup>(٤)</sup>

### التمييز بين التفاوض والمساومة :

التفاوض ينشأ عندما يكون هناك هدف يسعى إليه طرفان ولكن لا يستطيع طرف واحد الاستئثار به لأسباب متنوعة فهو موقف يستدعي الإئتلاف والإختلاف في نفس الوقت ويؤدي إلي ما نسميه بالحل الوسط .

(١) د/ محمد أبو زيد ، المفاوضات في الاطار التعاقدية وصورها وأحكامها، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، العدد الأول ، السنة (٤٧)، يناير ٢٠٠٥ م ، ص ٨

(٢) <https://gestionictapp-blogspot.com/2015/og/blog-post-75.html?m=1>

(٣) د/ احمد فهمي جلال، مهارات التفاوض ، المرجع السابق ، ص ٧

(٤) د/ احمد عبد الكريم سلامة ، النظرية العامة للنظم الواردة لتسوية المنازعات ، المرجع السابق ، ص ١١٢

وتختلط عبارة تفاوض مع عبارة مساومة ويرى الكثيرون أنه لا فارق بين العبارتين وفي إعتقادنا ان المساومة وهي لب عملية التفاوض وسواء كان الأمر مفاوضة أو مساومة فلا بد من وجود أكثر من طرف ووجود تفاعل بينهما ينتهي بالوصول إلي تسوية .

التفاوض إذن علاقة بين طرفين فيها محاوره ومدورة لكي يحقق كل منهما أهدافه بأقل الخسائر أو التنازلات الممكنة ، لذلك فيها الكثير من الكفاءة الشخصية فهي مهارة تختلف من فرد لآخر وتعتمد علي أسلوب الاقناع للوصول إلي مطالبك.<sup>(١)</sup>

وهذا جدير بنا أن تميز بين المفاوضة والمساومة فالمفاوضة Negetiation والتساوم bargaining على العكس حيث يبنى كل منهما على مايعرف في علم اللغويات الاجتماعية على مبدأ التنازع في عمليات الاتصال ففي حال وجود اجراءات أو مطالب متنازعه أو متصارعه بين الاطراف يتطلب هذا أن يقوم الأطراف بإدارة الاختلافات فيما بينهم ويحتاج الأمر إلى التعرف على متطلبات وآليات إدارة تلك الاختلافات أو الإجراءات غير المتوقعة والأمر من هذه الاحداث المتصارعة تتبعه وجود مصالح متضاربة على الأطراف المعنية وإدارة الاختلاف فيما بينهم ويحتاج الأمر التعرف على المتطلبات وآليات إدارة مثل تلك الخلافات فإذا كان مفهوم التفاوض والتساوم ينتميان إلى المبدأ التنازعي في الحوار ولا نفرق الأدبيات التفاوضية الشائعة بينهما والمتمثل في أن كل منهما يتشابه تماما مع الاتصال وتبادل التحريات بين أطراف عملية الاتصال communication وصولا لإدارة هذه ولكن التساوم رسمي وشفهي وغير مرن ولا يعتد به قانوناً أما التفاوض رسمي ويتضمن الحرص على ادارة الجلسات<sup>(٢)</sup> . إن أفضل المتفاوضون غير مهتمون فقط بالأخذ بل بالعطاء أيضاً وهم قادرون على معادلة قيمة للوصول لحل وسط<sup>(٣)</sup>

(١) أ. د/ عبدالرحمن توفيق ، مهارات التفاوض واتمام العقود ، بدون دار نشر ، بدون سنة نشر ، ص ١

(٢) د / حسن وجيه ، التفاوض في عهد الاستقزاز كيف تحاور وكيف تفاوض ، نهضة مصر للطباعة والنشر ، بدون سنة نشر ، ص ٨٩

(٣) د / جبرارد. إنيرنبرج ، ترجمة د/حازم عبدالرحمن ، أسس التفاوض ، المكتبة الاكاديمية ، سنة ١٩٩٨ م

## المبحث الثاني

### أحكام المفاوضات

يقصد بعملية التفاوض عملية التقاهم والأخذ والعطاء بهدف الوصول إلى إتفاق مع الآخرين الذين تجمعنا بهم بعض المصالح بينما تتعارض بعض مصالحنا الأخرى.

فالتفاوض نشاط يومي لا يقتصر على الجلوس حول مائدة التفاوض.

في مجال المفاوضات تعتبر المفاوضات من الأمور المنطقية فالعقد يعد وليد للإرادة المشتركة بطرفيه ، مما يتيح مجالاً للتنافس والتفاوض بقصد الوصول لأفضل الأوضاع التي تحقق مصلحة الإدارة دون إغفال لمصلحة المتعاقد معها.

فالمفاوضة عملية إرادية سواء كانت المبادرة من جانب الإدارة أو من جانب الطرف الآخر فلا مجال للقول بأنها مسألة مفروضة على أنها تحكم القانون فإذا كانت الإدارة من حيث الواقع تتفرد بوضع شروط العقد فلا مانع من إبداء الطرف الآخر لبعض التحفظات في هذا الشأن فلا مانع رفض مبدأ المفاوضات.

ولتوضيح الأحكام العامة لعملية التفاوض لابد أن نذكر أولاً عناصر هذه العملية وطبيعتها وذلك في مطلب أول على أن يتبعه عوامل نجاح العملية التفاوضية وأخيراً الأهمية العملية للتفاوض ولذلك سوف أقسم هذا المبحث على النحو التالي :

(١) المطلب الأول : عناصر العملية التفاوضية وطبيعتها

(٢) المطلب الثاني : أهمية المفاوضات

(٣) المطلب الثالث : عوامل نجاح المفاوضات

## المطلب الأول

### عناصر العملية التفاوضية وطبيعتها

ينقسم هذا المطلب إلى فرعين الأول عناصر العملية التفاوضية والثاني طبيعتها

### الفرع الأول

#### عناصر العملية التفاوضية

للعملية التفاوضية عديد من العناصر وسوف أقتصر علي ذكر أهم عناصر العملية التفاوضية وهي

١. الموقف التفاوضي

٢. الأطراف

٣. وجود مشكلة تفاوضية.

٤. الهدف التفاوضي

الموقف التفاوضي: يقوم التفاوض علي ديناميكية الفعل ورد الفعل إيجاباً وسلباً وتأثيراً وتأثراً ولذلك فهو عمل مؤقت مرن ويتطلب قدرات هائلة للتكيف السريع وللمواءمة مع التغيرات المحيطة بالعملية التفاوضية.<sup>(١)</sup>

وكل ذلك من أجل الوصول إلي حل وإنهاء الخلافات أو من أجل القيام بعمل أو الامتناع عن عمل وكل هذا في إطار علاقات الارتباط بين أطرافه ومن هنا فهو حركي . ديناميكي . يقوم علي مهارات خاصة<sup>(٢)</sup>

ومن هنا فإن الموقف التفاوض يتصف بعدة صفات:

١. موقف حركي : يعتمد علي الفعل ورد الفعل ايجاباً وسلباً تأثراً وتأثيراً.

---

(١) <https://Cte.Univ-setif.dz>

(٢) د/ إبراهيم الشهاوي، ثقافة التفاوض والحوار ، المرجع السابق ص١٣ ، محمد احمد عبد القادر ، ابراهيم

احمد ، مهارات التفاوض ، المرجع السابق ، ص ٢٥

٢. مترابط : فالقضية محل التفاوض تكون مترابطة أو متصلة فيما بين أجزائها فيكون التفاوض علي المستوي الكلي للقضية المتفاوض بشأنها.
٣. مرن : يعتمد علي قدرة المفاوضة علي التوائم والتعبير وحل المشكلات وتجاوز العقبات ويعتمد علي التعبير من خلال الحملة والإشارة والكتابة بطريقة توضح قدرات العقل البشري.
٤. معقد: يتفاعل داخل الموقف التفاوضي مجموعة من العوامل ويتشكلها العديد من الأبعاد والجوانب التي يجب الالمام بها جميعاً حتى يتسني التعامل من خلالها مع هذا الموقف ببراعة .

٥. الغموض: وهو الذي يدفع الأفراد إلي الدخول في العملية التفاوضية من أجل الاستيلاء عن العناصر الأساسية التي تجعل الطرف الآخر يقدم أو يحجم عن العقد.<sup>(١)</sup> وبذلك تدور خطوات التفاوض بعدة مراحل :

١. مراحل جمع المعلومات.

٢. مرحلة تقديم معلومات (خارجية . داخلية كاملة)

٣. مرحلة تبادل المقترحات .

٤. مرحلة الاتفاق المبدئي علي التصور العام للمقترحات ,

٥. مرحلة الرفض.

٦. مرحلة اختيار صحة الفهم المتبادل والتوضيح.<sup>(٢)</sup>

٧. مرحلة التلخيص.

٨. مرحلة الاتفاق النهائي<sup>(٣)</sup>

٢. أطراف التفاوض.

يشمل التفاوض في العادة علي طرفين وقد يتسع ليشمل عدة أطراف وقد يكون التفاوض مباشر وقد يكون غير مباشر

- مباشر : بين أطراف تجلس معاً علي مائدة المفاوضات .

- غير مباشرة : كالتفاوض عبر الانترنت والتفاوض بين غائبين.<sup>(٤)</sup>

(١) <https://Cte.Univ-setif.dz>

(٢) ابراهيم الشهاوي ، ثقافة التفاوض والحوار ، المرجع السابق ، ص ٢٥

(٣) د/ احمد فهمي جلال ، مهارات التفاوض ، بدون دار نشر ، سنة ٢٠٠٧م ، ص ٦

(٤) د/ ابراهيم الشهاوي ، ثقافة التفاوض والحوار ، المرجع السابق ، ص ٢٥ ، د/ محمد احمد عبد القادر ، د/

ابراهيم احمد ، مهارات التفاوض ، المرجع السابق ، ص ١٤

بين غائبين لأن الدخول في عملية التفاوض لا يستلزم الحضور المادي من جميع الأطراف بل يمكن أن يتم ذلك بين غائبين عن طريقة المراسلة<sup>(١)</sup> فلا يتصور بدء المفاوضات دون وجود طرفين علي الأقل في التفاوض بدور في إطار تفاعلي بقصد تقريب وجهات النظر أو الإعداد لموضوع معين أو في المرحلة السابقة علي التعاقد الإداري تجري بين الإدارة متمثلة في لجنة البث المكونه من عناصر فنية وقانونية<sup>(٢)</sup> ومن هنا تكون المفاوضات بين طرفين علي الأقل فقد يكون الطرفين فردين أو جماعيتين أو شركتين أو دولتين<sup>(٣)</sup>

وتبدأ مرحلة التفاوض بناء علي قبول مسبق من جانب الأطراف لمبدأ التفاوض إذ يقوم كل طرف بجمع المعلومات والبيانات المتعلقة بالمفاوضة وتحليلها ووضع خطة للتفاوض و تحتل مسألة الإعداد للمفاوضات مكانة كبيرة كونها تقلل الوقت والجهد وتوجه مبادرات المفاوضات نحو النجاح وتحقيق الأهداف المبتغاة ولاسيما لو نصت علي عقود ذات مبالغ مالية كبيرة والتي يتم بين جهات تتعامل للمرة الأولى ، إذ تعد المفاوضات عند بدأ الاجتماع الاول للتعبير عن مصداقية كلا الطرفين ووضع أسس التفاهم المهني المستقبلي.<sup>(٤)</sup>

٣. وجود مشكلة تفاوضية : يقصد بها محل النزاع أو الاختلاف وهي النقطة التي يتجاذب طرف المفاوضات الحوار شأنها ويعرض كل منهما وجهة نظره بصدها.<sup>(٥)</sup>

(١) د/ ميثاق طالب عبد حمادي الجبوري ، شرط إعادة التفاوض ، دار الجامعة الجديدة ، سنة ٢٠١٧م ، ص٥٤٧

(٢) د/ محمد احمد عبد النعيم ، مرحلة المفاوضات في العقود الإدارية ، دار النهضة العربية ، سنة ٢٠٠٠م ، ص٤١

(٣) أ. د/ عبدالرحمن توفيق ، مهارات التفاوض واتمام العقود ، بدون دار نشر ، بدون سنة نشر ، ص١

(٤) د / علي حمزة عباس الغانمي ، عطاء العقد وعطاء التفاوض ، المرجع السابق ، ص١٢

(٥) د / محمد احمد عبد النعيم ، مرحلة المفاوضات في العقود الإدارية ، المرجع السابق ، ص١٤



وينص علي التكتيكات والأدوار المتعين استخدامها وتوزيع الأدوار المعين استخدامها وتوزيع الأدوار علي الفريق التفاوضي.<sup>(١)</sup>

والمشكلة هي النقطة التي يتجاذب طرفا المفاوضة الحوار بشأنها ويعرض كل واحد منها وجهة نظره بصددها ويساهم هذا في تحديد المشكلة وتحديد اطار المفاوضات من جانب فضلاً عن أي هذا التحديد يساعد علي جدوي عملية التفاوض ذاتها.<sup>(٢)</sup>

وتتم المفاوضة مباشرة أو بطريق المراسلة عن طريق تبادل الرسائل بالبريد الالكتروني أو العادي أو التلكس أو الفاكس وكل الأطراف يتبع طريقة لنفسه أو استراتيجية معينة يعتمد عليها في طرح آرائه وعروضه علي الطرف الآخر تماشياً مع أهدافه.<sup>(٣)</sup>

ولحل المشكلة يبدأ التفاوض وأثناء التفاوض هو الأخذ والعطاء وشئ مقابل شيئاً مهماً . وهو نوع من أنواع المفاوضة ويتم التفاوض علي حلقات إذا تقدم أحد الطرفين مطالبة ومقترحاته علي ذلك دراسة الطرف الأخير لهذه المقترحات ثم يقدم رده بالقبول أو الرفض او تقديم مقترحات للوصول لحل.

٤. هدف المفاوضة : لا تتم عملية التفاوض بدون هدف اساسي تسعى لتحقيقه أو الوصول إليه وتوضع له الخطط والسياسات بناء علي الهدف التفاوضي ثم قياس مدي تقدم الجهود التفاوضية في جلسات التفاوض وتعمل الحسابات الدقيقة وتجري التحليلات العميقة لكل خطوة ويتم تقسيم الهدف التفاوضي العام أو النهائي إلي أهداف مرحلية وجزئية وفقاً لمدي أهمية كل منهما ومدي اتصالها وتحقيق الهدف الاجمالي أو العام النهائي<sup>(٤)</sup>

في مجال المفاوضات العقدية تسعى الإدارة الراغب في التعاقد معها إلي ما يحقق مصلحة كل طرف فالإدارة دائماً تسعى لتحقيق صالح المرفق بالوصول إلي أفضل العطاءات والعروض

(١) د / ابراهيم الشهاوي ، ثقافة التفاوض والحوار ، المرجع السابق ، ص ١٤

(٢) د / محمد صلاح احمد الزهري ، الأساس القانوني للمسئولية ، المرجع السابق ، ص ١٧

(٣) أ. د / عبدالرحمن توفيق ، مهارات التفاوض واتمام العقود ، المرجع السابق ، ص ١

(٤) د / محمد احمد عبدالقادر ، ابراهيم احمد ، مهارات التفاوض ، المرجع السابق ، ص ٢٥

المقدمة وغاية الطرف الآخر إلي الحصول علي أكبر قدر من التسهيلات ويمكن أن يسعياً إلي تحديد شروط العقد<sup>(١)</sup>

والهدف من المفاوضة هو التعرف علي العناصر الجوهرية للعقد المزمع إبرامه ففي المفاوضات يسعى كل طرف إلي عرض وجهة نظره بصدد تفاصيل العقد تستهدف المناقشات في النهاية عن صورة واضحة لكل عناصر العقد حيث تصبح صالحة للقبول دون حاجة لمزيد من المناقشة أو أي إيضاح آخر ومن ثم يجب أن تدار هذه المرحلة بما يحقق الهدف المرجو منها<sup>(٢)</sup>

وبذلك فإن هدف المفاوضات هو الوصول إلي حل مفيد لجميع الأطراف حتى يصل الطرفين إلي درجة من تحقيق المصالح لا تتعارض مع مصالح الطرف الآخر<sup>(٣)</sup>

ولذلك فإن وجود القيود علي الإدارة في مرحلة المفاوضات ودرجة هذه القيود تتحدد تبعاً للهدف الذي تجري المفاوضات من أجله والذي تريد الإدارة تحقيقه وهو اكبر وفر مالي للخزينة العامة فإن العطاء المقدم إلي الإدارة يجب أن يكون مستوفياً لعدد من الخصائص تمنحه صفة عطاء العقد إذا كان هدف الإدارة هو ضمان صفة عطاء العقد إذا كان هدف الإدارة هو ضمان تنفيذ العقد بأفضل الشروط الفنية والموارد العقدية فإن العطاء المقدم يكون عطاء تفاوض وقد زادت حجم العقود التي تبرمها الإدارة بأسلوب المشاركة في ظل التطور التكنولوجي والصناعي وما واكبه من ظهور الاحتكارات وتطور وسائل المواصلات أيضاً وظهور الاقتصاد الحر وايضاً من أجل تحقيق المصلحة العامة والحصول علي عروض كثيرة<sup>(٤)</sup>

(١) د / محمد احمد عبد النعيم ، مرحلة المفاوضات في العقود الإدارية ، المرجع السابق ، ص ٢٣

(٢) د / محمد ابراهيم الدسوقي ، الجوانب القانونية في إدارة المفاوضات وايرام العقود ، بدون دار نشر ، سنة ١٩٩٥ م ، ص ١١

(٣) د / فؤاد موسي ، التنظيم الاتفاقي لمفاوضات العقود الإدارية ، دار النهضة العربية ، سنة ٢٠٠٢ م ، ص ٤٨

(٤) د / علي حمزة الغانمي ، عطاء العقد وعطاء التفاوض ، بدون دار نشر ، سنة ٢٠١٠ م ، ص ٣

تستهدف المفاوضات إلي ازدياد الفهم المشترك والتعاون بين الأطراف من أجل توسيع رقعة أو مجال الاتفاق حتى يعطي العقد أو القضية محل الخلاف<sup>(١)</sup>

فإذا الهدف هو تضيق مساحة الاختلاف وتوسع المقترحات ومنطقة الاشتراك من خلال المناقشة والتضحية والحجة والاقناع والاعتراض للتوصل إلي اتفاق مقبول من الطرفين بشأن موضوع التفاوض<sup>(٢)</sup>

وتهدف المفاوضات إلي تحقيق ازدهار مالي من خلال اجتياز العروض المالية ، وعلي المستوي الفني تختار الإدارة من خلال التفاوض أفضل العروض الفنية ، ناهيك عن اتضاح العناصر الجوهرية للتعاقد من خلال دراستها ومعرفة مدي جدوي العقد ككل.

## الفرع الثاني

### الطبيعة القانونية للمفاوضات

اختلف الفقه حول الطبيعة القانونية للمفاوضات ولعل سبب هذا الخلاف يرجع إلي تحديد الطبيعة القانونية للمسئولية الناشئة في مرحلة المفاوضات إذ ذهب رأي إلي القول بأن المفاوضات هي وقائع مادية لا يترتب عليها أي أثر قانوني في حين ذهب رأي آخر إلي أن المفاوضات لها طبيعة عقدية تعبر عن وجود تصرف قانوني بقدر وجود الارادة فيها وذهب رأي ثالث إلي أن المفاوضات نظام قانوني<sup>(٣)</sup>.

ذلك لأن المفاوضات هي مرحلة وسط بين تقديم العروض وقبل الترسية فإنها لا تمثل رابطة عقدية فهي لا تتجاوز كونها إجراءات تمهيدية لابرام العقد وتحديد إطاره أو ما تتعلق شروط تنفيذها بيد أن المسألة لا تكون دائماً بهذه البساطة فقد تكون هناك عقد للتفاوض أو إتفاق مبدئي

(١) أ. د / عبدالرحمن توفيق ، مهارات التفاوض واتمام العقود ، الطبعة السادسة ، بدون دار نشر ، بدون سنة نشر ، ص ١٨

(٢) د / ابو العلا علي النمر ، المفاوضات في عقود التجارة الدولية ، المرجع السابق ، ص ٢

(٣) د / علي حمزة عباس الغانمي ، عطاء العقد وعطاء التفاوض ، المرجع السابق، ص ١٠٦

على التفاوض أو عقد لتنظيم المفاوض وهي هذه الحالات في أن هناك إلتزامات عقدية تقع على عاتق أطراف المفاوضات متى أمكن القول بوجود أركان عقد بين طرفين<sup>(١)</sup> أما على الصعيد القضائي نجد القضاء المصري ينظر إلى المفاوضات على أنها مرحلة تحضيرية تسبق إبرام العقد الاداري وتمهد وتهيء لمولده وهذه المرحلة لا تولد بذاتها رابطة قانونية ملزمة وتعتبر ذلك أن المفاوضات تتم قبل اكتمال الرابطة العقدية ذاتها فالمفاوضة إذا نظر إليها كمرحلة تمهيدية لإجراء المفاوضات التي لم تسفر عن إرساء الامر على أحد مقدمى العروض بذاته واعتباره بداية لإجراء ممارسة يعتمد على المناقشات والمباحثات بين الادارة ومقدمى العطاءات<sup>(٢)</sup> بداية وحقيقة الأمر أن الخلاف بصدد المفاوضات لا يثور إلا في المفاوضات غير المصحوبة بإتفاق تفاوض أما المصحوبة بإتفاق تفاوض فهي مفاوضات عقدية وهذا ما سوف نتعرض له بالتفصيل في الباب الأول من الرسالة بإذن الله .

(١) د / فؤاد موسى ، التنظيم الاتفاقي للعقود الإدارية ، المرجع السابق ، ص٤٧

(٢) د / محمد احمد عبد النعيم ، مرحلة المفاوضات في العقود الإدارية ، المرجع السابق، ص٧١

## المطلب الثاني

### أهمية المفاوضات

إن المفاوضات أداة لتقريب الاجراءات والوصول لوجهات نظر متوافقة

- المساهمة في حل النزاعات والخلافات

- هي وسيلة لإعادة التوازن العقدى عند طروء ظروف غير متوقعة

- فهي الأداة الفنية لإنقاذ العقود<sup>(١)</sup>

تسعى المفاوضات لتقريب أسباب النزاع المستقبلي بين المتعاقدين وذلك من خلال إيجاد حلول مسبقة للأمور التي قد تسبب نشوب خلاف في المستقبل من خلال دراسة هذه المسائل في فترة المفاوضات ووضع خطة لتقاديها وطريقة علاج لأسوء الفروض وبذلك يتخلصون من اسباب الشقاق قبل البدء في العقد من خلال تقريب وجهات النظر<sup>(٢)</sup>

وتعد المفاوضات العنصر الاساسي لنجاح العقد فإذا تمت المفاوضات بصورة جيدة فإن العقد يكون معبراً عن المصلحة المشتركة لطرفيه وخالياً من أوجه الخلاف وهو ما يغلق الباب أمام الخلافات في المستقبل وكما يقال " مفاوضات فاشلة خير من عقد فاشل حيث أنها تحول دون إتمام العقد إذا لم يكن محقق للمصلحة المتوازنة لطرفيه وتعد أيضاً المفاوضات مرجعيه بيده بعد إبرام العقد حيث يمكن الرجوع إليها لتبين النية الحقيقية للاطراف<sup>(٣)</sup>

(١) د / احمد عبدالكريم سلامة ، النظرية العامة للنظم الودية لتسوية المنازعات ، دار النهضة العربية ، سنة ٢٠١٣م ، الطبعة الاولى ، ص٤٨ ومابعدها

(٢) د / ابوالعلا على النمر ، مفاوضات عقود التجارة الدولية ، المرجع السابق ، ص٩

(٣) د / على حمزة عباس الغانمي ، عطاء العقد وعطاء التفاوض ، المرجع السابق ، ص٩٩ ، د / محمد صلاح احمد الزهري ، الأساس القانوني عن مفاوضات العقود الإدارية ، المرجع السابق ، ص ٥٨

والتفاوض هو أحد المداخل الانسانية التي يستخدمها البشر لتجاوز نزعات الشر في النفوس ويساعد في الوصول إلى النتائج المرجوة بأكثر الطرق فهو ينشأ الوسائل الودية والأرضيات المشتركة للتفاهم بين البشر على اختلاف ثقافتهم وعقائدهم وتوفير الوقت والمال<sup>(١)</sup> وجميعنا في حاجة إلى التفاوض بشكل يومي فلا يمر يوم دون أن تعيش العديد من المواقف التي تحتاج إلى تفاوض وتلعب المفاوضة دوراً هاماً في العقود فهي أحد الطرق التمهيديّة لإنشاء العقد وتساعد في تحديد حقوق والتزامات الاطراف<sup>(٢)</sup> فهي أداة لحل النزاعات ولإبرام العقود أيضاً.

وهي وسيلة الإدارة للتعرف على العروض الفنية الجيدة وتبرز أهمية المفاوضة في العقد الإداري من جانبين الأول هو أن المفاوضة هي وسيلة تلجأ الإدارة من خلالها إلى مفاوضة مقدمي العروض لتحقيق هدف مادي وفني والثاني أن المفاوضة مرحلة تعاقد حيث أنها إحدى مراحل حل المشكلة محل النزاع ومن ثم فهي تقود الاطراف غالباً في حالة نجاحها إلى توثيق النتائج المتفق عليها في صور إتفاق أو عقد<sup>(٣)</sup> وهي تساعد في إتخاذ القرار وخاصة في المجالات المتخصصة لأنها شهدت في الاوقات الراهنة تغيرات واسعة وملحوظة في أساليب ومناهج وطرق العمل فيها مما أدى إلى زيادة الوعي والادراك وأثر ذلك إيجاباً في أساليب إتخاذ القرارات لتصبح أكثر نضجاً وتكاملاً إستناداً إلى ما تم الكشف عنه أو التوصل إليه أثناء المفاوضات كالحصول على معلومات جديدة وقيمة تدعم إتخاذ القرار الهام.<sup>(٤)</sup> ولأن الواقع العملي أكد على تراجع دور المناقصة كأسلوب شائع للتعاقد الإداري فإن التشريع فتح الباب للتفاوض في المناقصات في حالات معينة إعترافاً منه بأهمية دور المفاوضات في

(١) د / حسام الدين كامل الأهواني ، المفاوضات في الفترة قبل التعاقدية ، المرجع السابق ، ص ٣٩٤

(٢) د / محمد احمد عبدالقادر ، د/ابراهيم احمد ، مهارات التفاوض ، المرجع السابق ، ص ٤١

(٣) د / علي حمزة عباس الغانمي ، عطاء العقد وعطاء التفاوض ، المرجع السابق ، ص ١٠٤

(٤) د / نيكولا اشرف شالي ، الجوانب القانونية للمفاوضات في المعاهدات الدولية ، بدون دار نشر، سنة

إبرام العقد لأنها تقوم على أساس المفاضلة وغيرها من العناصر التي تساعد في اختيار العطاءات والمفاوضات أسلوب عمل للحياة وتقع تقريباً في كل المجالات إذ أن التفاوض سمة أساسية من سمات الحياة فهو أسلوب للحياة يتبعه الانسان العادى طوال يومه وفي كل المواقف فالانسان يتفاوض مع كل شخص يتعامل معه بل يتفاوض في كل المواقف ولذلك فإن التفاوض لا يقتصر تحديداً على الالتقاء حول مائدة المفاوضات لمناقشة أى قضية أو عمل<sup>(١)</sup> أضف إلى ذلك أنها مرجع هام لتفسير إرادة الاطراف عند إبرام العقد لما تتضمن من مناقشات ودراسات متبادلة بين الطرفين فيتبادل الكلمات والاحاديث ليعرض حاجته فيلبي الطرف الآخر أو يرفض<sup>(٢)</sup> ويدل على ذلك ما جاء في التوصية رقم ٤١ للاونيسترال حيث نص على أن " في عقود (PPP) يكون الغرض هو تسليط الضوء على أفضل الممارسات لاستخدام الشراكات بين القطاعين العام والخاص ولاتفاقات الدولية وما يترتب عليها من تخطيط للتنفيذ وتوفر التوصية المبادئ التوجيهية وارشادات للحكومات وأصحاب المصلحة في القطاع الخاص بأن الشراكات بين القطاع العام والقطاع الخاص يمكن أن تسهل التجارة في بنية تحتية محددة وأنظمة داعمة مثل نظام النافذة الواحدة وهيئة تيسير التجارة الوطنية ودعم البنية التحتية لمجتمعات الموانئ وممرات التجارة بما في ذلك تعزيز السوق المفتوحة والشفافية وزيادة المنافسة والاستثمار الاجنبي والوصول إلى مهارات وموارد القطاع الخاص وزيادة المرونة وتحسين هيكل النظم العامة<sup>(٣)</sup>

(١) د/ابوالعلا على النمر ، مفاوضات عقود التجارة الدولية ، المرجع السابق ، ص ٩

(٢) د / ابوالعلا على النمر ، مفاوضات عقود التجارة الدولية ، المرجع السابق ، ص ٤ ، د / أحمد عبدالكريم ،

تسوية المنازعات الدولية ، المرجع السابق ، ص ١٧

(٣) التوصية رقم ٤١ - المؤلف : (unececP2017 ece./trade/1430)

**الخلاصة :**

ترتبط المفاوضات بالإنسان منذ بداية الحياة البشرية وتظهر أهميتها سواء كأداة لإبرام العقود أو كأداة لحل النزاعات وفي كلا الوظيفتين تظهر أهميتها على الصعيد الفردي أو على صعيد الحكومات.

**المطلب الثالث****عوامل نجاح المفاوضات**

إن المفاوضات عملية أزلية بدأت مع بداية وجود الإنسان نفسه من أجل التواصل بين البشر ومن أجل حل النزاعات الناشئة بينهم فكان فشلها يؤدي إلى مفاوضات السيوف لدرجة أن الحروب نفسها كانت تعد أحد وسائل الحوار.

وبعد الحرب العالمية الثانية التي فقدت فيها البشرية حوالي ٢٠ مليون إنسان ماتوا ضحية عدم الوصول لحلول سلمية وما أعقبها من حروب صغيرة كحروب الهند الصينية والحروب الباردة بين الكتلة الشرقية والكتلة الغربية والحرب الكورية إتضح أنه وسيلة الحرب وسيلة فاشلة بكل المعايير فقدان الأرواح لا يعادلة أى مكسب فإتجهت معظم الدول إلى الحلول السلمية كالمفاوضات لأن المفاوضات تلعب دوراً عظيم ليس فقط فى الداخل من إبرام العقود وغيره بل وأيضاً لحل النزاعات على المستوى الدولى<sup>(١)</sup> ومن هنا نحاول أن نحدد أهم العوامل التى تؤدى إلى نجاح عملية المفاوضات بوجه عام وببشئى الطرق فنن التفاوض هو ترك الفرص للآخرين لتحقيق أهدافهم باستراتيجياتك أنت.<sup>(٢)</sup>

وهناك العديد من العوامل التى تتداخل من أجل نجاح عملية التفاوض:

**١. التحضير المسبق لعملية التفاوض**

(١) أ. د / عبدالرحمن توفيق ، مهارات التفاوض وإتمام العقود ، بدون دار نشر ، الطبعة السادسة ، بدون

سنة نشر ، ص ١٥

(٢) د / محمد عبدالرحيم ، فن التفاوض ، دار الفكر الجامعى ٢٠٠٧م ، ص ٢١٤



٢. اختيار المفاوض بعناية
٣. اختيار أسلوب التفاوض
٤. تحديد وقت لبداية ونهاية العملية التفاوضية
٥. إتباع مبادئ التفاوض الفعال (١)

### (١) التحضير المسبق لعملية التفاوض :

التفاوض الناجح هو الذي لا يكون بشكل عشوائي بل يجب أن يكون كل طرف على علم ودراية بمدى قدرته على التنازل لإتمام هذا العقد وما هي الشروط الجوهرية للعقد التي لا يمكن الاستغناء عنها وأن يجد لدراسة الجدوى خاصة الوقت الكافي قبل البدء في عملية التفاوض. ويحتاج التفاوض الناجح إلى جهد تخطيطي كبير حتى يصل الأفراد في النهاية إلى نقطة مشتركة والأرضية المشتركة لا تعنى الضغط على أحد الأطراف في مقابل إبرام العقد بل يجب أن يجد كل طرف ما يدفعه للمواصلة وإبرام هذا العقد لوجود مصلحة مشتركة. (٢)

### (٢) اختيار المفاوض بعناية :

يعتمد نجاح المفاوضات على مهارة المفاوض بشكل كبير ولذلك يجب إعداده بشكل جيد وتنمية مهاراته. (٣)

### ومن أهم صفات المفاوض ما يلي :

- ١- الخبرة : لا بد أن يكون على علم بكيفية الإقناع وأن يبدأ بالموضوعات المقبولة لدى الطرف الآخر وأن يكون على علم بالنقاط الجوهرية للعقد. (١)

(١) د / احمد فهمي جلال ، مهارات التفاوض ، المرجع السابق ، محمد احمد عبدالنعيم ، مرحلة المفاوضات

في العقود الإدارية ، المرجع السابق ، ص ٤٥

(٢) أ . د / عبدالرحمن توفيق ، مهارات التفاوض وإتمام العقود ، المرجع السابق ، ص ٩

(٣) د / محمد احمد عبد النعيم ، مرحلة المفاوضات في العقود الإدارية ، المرجع سابق ، ص ٤٩

فإن من يختار لهذه المهمة لا بد أن يتمتع بالحكمة والخبرة واللباقة فالإنسان محاور بطبعة ويحتاج إلى كلمات طيبة وملائمة للموقف فمثلاً الداعية يغرس بكلمة حب الخير في قلوب الناس ، ويقول رسول الله صلى الله عليه وسلم : " مَنْ دَعَا إِلَى هُدًى كَانَ لَهُ مِنَ الْأَجْرِ مِثْلُ أُجُورِ مَنْ تَبِعَهُ لَا يَنْقُصُ ذَلِكَ مِنْ أُجُورِهِمْ شَيْئًا " .<sup>(٢)</sup>

فالخبرة أساسية لأن كل موقف يحتاج إلى طرق معينة وأساليب في الرد وبالتالي لا يوجد تفاوض متطابق مع تفاوض آخر ولكن الخبرة تنتج رد الفعل الملائم.<sup>(٣)</sup>

فالخبرة مهمة كما يقال إن الرجل الحكيم يعرف أن :

" من يرغب في التنبؤ بالمستقبل عليه أن يراجع الماضي " حيث أن البشر متشابهون والأحداث الإنسانية متشابهة لأن أهوائهم ورغابتهم واحدة.<sup>(٤)</sup>

لذلك فإن المفاوضات بمهارته وحنكته وتجربته وخبرته وإستعداده الذهني ومقدرته العقلية تتحكم كلاهما في المحصلة أو النتيجة النهائية ، لذلك فإن إختيار المفاوضات ذو الخبرة والكفاءة له دور عظيم في نجاح المفاوضات.<sup>(٥)</sup>

٢- الذكاء : لا بد أن تتوافر في المفاوضات قدر مناسب من الذكاء . حتى يمكن الإحاطة بخطة المفاوضات وأن يبين نقاط ضعفه وقوته ومشاكله في المفاوضات السابقة وأسباب نجاحه أو إخفاقه فيها.<sup>(١)</sup>

(١) د / محمد صلاح احمد الزهرى ، الأساس القانوني للمسئولية عن المفاوضات في العقود الإدارية ، المرجع

السابق ، ص ٧٣ ، د/احمد عبد الكريم سلامة ، النظرية العامة للنظم الودية لتسوية المنازعات ، دار

النهضة العربية ، الطبعة الاولى ، سنة ٢٠١٣م ، ص ٨٧

(٢) د / ابراهيم الشهاوى ، ثقافة التفاوض والحوار ، المرجع السابق ، ص ١٦

(٣) د / نيكولا اشرف شالى ، الجوانب القانونية للمفاوضات في المعاهدات الدولية ، المرجع السابق ، ص

٣٦٤

(٤) د / جبرارد. إنيرنبرج ، أسس التفاوض ، المرجع السابق ، ص ٥٢

(٥) د / احمد ابو الوفا ، الجوانب القانونية في المفاوضات الدولية ، المجلة المصرية للتفاوض الدولي ،

المجلد التاسع والخمسون ، ص ٢٠٠

ولأن الحوارات غير المنتجة ترجع إلى عدم التكافؤ بين المتحاورين قال الشافعي " ما جادلت عالماً إلا وغلبته وما جادلني جاهل إلا وغلبني".

والكلام مناوئة لا مناهبة إذا ينصت المعترض حتى يفرغ المستدل من تقديم دليله وللمحاور أن يقدم اعتراضه ولا يقطع كلامه أحد فالمعاني المرتبطة تدل بعضها على بعض.<sup>(٢)</sup> والذكاء له أساسان (١) التفكير المنطقي

### ٢) طريقة وضع وإلقاء الأسئلة

فالتفكير المنطقي هو الوصول للحقيقة وتجنب الوقوع في الخطأ ، قد يخطئ الفرد في الوصول للحقيقة نظراً لقصور قدراته العقلية أو لعدم إختصاص المفاوض بموضوع هذه المفاوضة أو لأنه من النوع الذي يغلب عواطفه ومشاعره أو متحيزاً لمنفعة شخصية أو لعقيدة أو أنه شخصاً متحيز أو قياس مدى قابليته للإستهواء التي تختلف من شخصاً لآخر معاً لإختلاف خبراته وثقافته وسنه ..... إلخ.<sup>(٣)</sup>

وأن يكون قادر على الاستماع لأن القدرة على الاستماع أمر هام قال الحسن لإبنيه على "يا بني إذا جالست العلماء فكن أحرص على أن تسمع منهم على أن تقول وتعلم حسن الاستماع كما تتعلم حسن الكلام ، ولا تقطع على أحد حديثاً حتى يمسك وإن طال".<sup>(٤)</sup> أن يتمتع بمهارة توجيهية الأسئلة المهمة والمناسبة والتي تفيد موضوع التفاوض وأن يعرف كيف يجيب بدقة على ما يوجه إليه من أسئلة وأن يقدم المعلومات بشكل مدروس وليس عشوائي وأن يتمتع بالقدرة على الإقناع بعرضه . من خلال إظهار مزايا هذا العرض.<sup>(٥)</sup>

(١) صلاح احمد الزهرى ، الأساس القانوني للمسئولية عن المفاوضات في العقود الإدارية ، المرجع السابق ، ص ٣٢ ،

(٢) د / ابراهيم الشهاوى ، ثقافة التفاوض والحوار ، المرجع السابق ، ص ٤٥

(٣) أ. د / عبد الرحمن توفيق ، مهارات التفاوض وإتمام العقود ، المرجع السابق ، ص ٣

(٤) د / ابراهيم الشهاوى ، ثقافة التفاوض والحوار ، المرجع السابق ، ص ١٩

(٥) د / نيكولا اشرف شالى ، الجوانب القانونية للمفاوضات في المعاهدات الدولية ، المرجع السابق ، ص ٢

فالمفوض الناجح يتوفر فيه شروط المرونة والقدرة على اختراع الحلول والصبر والذكاء وقوة التمهّل.<sup>(١)</sup>

وقسم د / محمود عبد المحسن خصائص المفاوض الناجح إلى:

(أ) خصائص موضوعية : كالقدرة على التحليل والمعرفة الاقتصادية والقانونية والمعرفة اللغوية والنفسية والثقافة العامة.

(ب) خصائص شخصية : كالصبر وقوة التحمل ونضج الشخصية والذكاء وسعة الأفق ، وحسن وسرعة التصرف، وإجادة فن الاستماع والانصات واللباقة والكياسة والإدراك وسرعة الملاحظة والالتزان الانفعالي والجمع بين الدقة وسرعة البديهة والرد دون الإطالة والثرثرة في الحديث.<sup>(٢)</sup>

إن مهارة المفاوض سوف تمكنه من عقد أفضل الصفقات سواء كانت عقوداً أو صفقات كبيرة القيمة أم كانت تتعلق بالصفقات التي تعقد يومياً على تأمين موقفه وضمان تقدمه وهذا كله مزايا الإدارة التي يعمل المفاوض المتمرس لصالحها ، حيث سيكون قادر على تمثيل الإدارة في المفاوضات العقدية بطريقة أكثر مهارة وفعالية في مواجهة العملاء أو الزبائن أو الموردين وغيرهم.<sup>(٣)</sup>

وبذلك فالتفاوض يتأثر بشخصية المفاوض كما يتأثر بالقوة والموارد المتاحة له ليس فقط من زاوية المحتوى المادي والموضوعي لتلك القوة والموارد وإنما من زاوية ما يدركه الأطراف من تلك القوى والموارد والقدرة على استخدامها بذكاء.<sup>(٤)</sup>

(١) د / احمد ابو الوفا ، الجوانب القانونية للمفاوضات الدولية ، المرجع السابق ، ص ٣٦٤

(٢) د/ محمود عبد المحسن البحيري ، المفاوضات الجماعية ، دار الفكر الجامعي ، إسكندرية، سنة ٢٠١٠م ، ص ٣ ، د/ اياد ياسين حسين ، المفاوضات الدولية ودورها في حل المنازعات الدولية في اطار القانون الدولي العام ، بدون دار نشر، سنة ٢٠٠٨م ، ص ٧٥

(٣) د / على حمزة عباس الغانمي ، عطاء العقد وعطاء التفاوض ، المرجع السابق ، ص ١٠٢

(٤) <https://gestionictapp.blogspot.com//og/blog-post-15-htm m/?=1>

## إختيار أسلوب التفاوض بعناية :

تشمل المفاوضات على تبادل الأفكار بين الناس بهدف تغيير علاقة ما وتجتمع على مائدة المفاوضات بالأفراد يتمتعون بشخصيات مختلفة ولذلك فإن طرقهم مختلفة ولذلك فإن أسلوب التفاوض أمر هام للغاية من أجل نجاح المفاوضات. (١)

ويقول علماء النفس أن الطريقة هي المنهج أو ما يعرف بإسم الاستراتيجية وهي مجموعة من الخطوات التي يجب إتباعها للوصول إلى هدف معين أو للتدليل على حقيقة وهي طريقة منظمة بعيدة عن العشوائية وبذلك يكون الطرفان على علم بما يجب إتباعه أثناء تسيير المفاوضات. (٢)

توجد العديد من الاستراتيجيات التي يمكن تقسيمهم إلى مجموعة من التكتيكات مثل تكتيك العرض والمناقشة الذي تم فيه تبادل وجهات النظر ، وتكتيك الإنسحاب الظاهري من خلال إيهام الطرف الآخر بالإنسحاب أو تكتيك الصمت المؤقت تجنب معرفة ما يفكر فيه الطرف الآخر أو تكتيك الضغوطات وهو عبارة عن وسائل تؤثر على الطرف الآخر فيغير موقفه وبذلك يمكن القول أن إتباع استراتيجيات وتكتيكات التفاوض من شأنها أن تساعد في نجاح عملية التفاوض بها نحدد الخطوط العريضة للتفاوض وتحدد المدة الزمنية التي تسيير خلالها المفاوضات. (٣)

(١) د / جيارد. إنيرنبرج ، ترجمة حازم عبد الرحمن أسس التفاوض ، المكتبة الاكاديمية ، سنة ١٩٩٨ م ، ص ٥٢

(٢) د / احمد عبد الكريم سلامة ، الأصول المنهجية لإعداد البحوث العلمية ، الطبعة الاولى ، دار الفكر العربي ، القاهرة ، ص ٣٥

(٣) د / نيكولا اشرف شالي ، الجوانب القانونية للمفاوضات في المعاهدات الدولية ، المرجع السابق ، ٣٩٢

تحديد وقت بداية ونهاية العملية التفاوضية وذلك من خلال حصر التفاوض حول النقاط الجوهرية والأساسية لكل طرف دون الدخول في تفضيلات لا داعي لها ونعمل على إطالة وقت التفاوض دون فائدة وذلك من خلال إستراتيجية يتوفر فيها :

(أ) عنصر الشمول وهي الخطوط العريضة للقصة التفاوضية

(ب) عنصر الزمن وهي الفترة الزمنية المطلوبة لتحقيق الهدف العام والنهائي للتفاوض

وأيضاً من خلال أن يعرف رجل التفاوض التكتيك المناسب للفترة الزمنية المحددة لعملية التفاوض وليس فقط لعرض وجهات النظر لإبداء الاعتراضات.<sup>(١)</sup>

أمثلة الاستراتيجيات : استراتيجية التعاون وتسمى استراتيجية العدالة أو المصالح المشتركة وهي في الأساس استراتيجية دولية ولكنها موجودة في المجال العقدي وأنه لم يكن بنفس المسمى ولكن بنفس الأسلوب حيث أنها تستهدف توسيع دائرة المصالح المشتركة وتحقيق المنافع لجميع الأطراف المتفاوضة أي أن المتفاوضون يحاولون الوصول إلى قاسم مشترك لتحقيق المصالح المتبادلة من خلال دمج مجال التعاون والثقة بعيداً عن فكرة التسلط أو التهديد أو أي نوع ضغط من أي طريق.<sup>(٢)</sup>

إتباع مبادئ التفاوض الفعال وهي مبادئ من شأنها أن تسهل عملية التفاوض وأن تحقق الهدف منها بسرعة مثل مبدأ المنفعة وهي مبادئ مصاغة بلغة سليمة لا تدع مجالاً للتردد والتأويلات فلا بد من معرفة عناصر العملية التفاوضية وتركيباتها وربط أسبابها بنتائجها والعمل على التخطيط الكلي.<sup>(٣)</sup>

(١) د/ احمد عبد الكريم سلامة ، النظرية العامة للنظم الودية لتسوية المنازعات ، دار النهضة العربية ، سنة

٢٠١٣م ، الطبعة الاولى ، ص ٦٧

(٢) د / اياد ياسين حسين ، المفاوضات الدولية ودورها في حل المنازعات الدولية في اطار القانون الدولي

العام ، المرجع السابق ، ص ٨٧

(٣) د / محسن احمد الخضيرى ، مبادئ التفاوض ، مجموعة النيل العربية ، القاهرة ، سنة ٢٠٠٣م ، ص ١

، ص ١٥٧ وما بعدها

والسير على قواعد المنطق حتى توضع الحدود بين الصحيح والفاقد فى الحدود المعرفية للمعاهدات والحجج المبشرة للتصديقات.<sup>(١)</sup>

ومن هذه المبادئ مبدأ العلاقات المتبادلة وهو مبدأ يعنى الإهتمام بأطراف التفاوض وخارجه فى الحالات التى تتكرر فيها العملية التفاوضية وتكون هناك مصالح مشتركة بين الطرفين والمحافظة عليها فى المستقبل أى أن التفاوض ونتائجه لا يجب أن يضحى باستمرارية العلاقات المتبادلة المستقلة من الطرفين وأيضاً مبدأ القدرة الذاتية الذى يعتمد على كفاءة المفاوضات وحنكته كما سبق الشرح.<sup>(٢)</sup>

---

(١) مقدمة ابن خلدون ، دار الفكر العربى ، بيروت ، بدون سنة نشر ، ص ٤٨٩

(٢) د / الشيماء فؤاد جاد الكريم ، دور المفاوضات فى تسوية المنازعات الدولية ، جامعة أسيوط ، رسالة دكتوراة ، سنة ٢٠١٨م ، ص ٣٤

## الفصل الثاني

### ماهية السلطة الإدارية في مفاوضات عقود المشاركة

#### تمهيد وتقسيم

السلطة هي القدرة على فرض الرأي وظهور فكرة السلطة بوجه عام قديم بقدم التجمعات البشرية وظل في التطور إلى أن وصل للحالة التي عليها في عصرنا الحالى ولتوضيح ماهية السلطة الإدارية. جدير بالذكر أن نبدأ بتحديد مفهوم السلطة في حد ذاته سواء من الناحية اللغوية أو من ناحية الاصطلاح وبعدها نبين المقصود بالسلطة الإدارية في مفاوضات عقود المشاركة من خلال توضيح مظاهر هذه السلطة وذلك من خلال مبحثين الأول للتعرف بالسلطة والثانى لمظاهر السلطة.

المبحث الأول : التعريف بالسلطة

المبحث الثانى : مظاهر السلطة الإدارية في مفاوضات عقود المشاركة

#### المبحث الأول

##### التعريف بالسلطة

لكى نستطيع أن نبين تعريف السلطة علينا أن نبدأ بتعريفها اللغوي ثم نعقبه بتعريفها الإصطلاحى وصولاً لتعريف السلطة الإدارية وذلك من خلال ثلاث مطالب:

المطلب الأول : التعريف اللغوى للسلطة

المطلب الثانى : التعريف الإصطلاحى للسلطة

المطلب الثالث : تعريف السلطة الإدارية



## المطلب الأول

### التعريف اللغوي للسلطة

هي التسلط والسيطرة والتحكم ، وتسلط عليه أى تحكم وتمكن وسيطر ، والسلطة هي الحق في أن توجه الآخرين وأن تأمرهم بالإستماع إليك وطاعتك .

\_ ويجدر بالذكر أن ما تعنيه كلمه *autorité* فى اللغة الفرنسية حيث تختلط هذه الكلمة بكلمة أخرى تحمل نفس المعنى وهى كلمة *Pouvoir* إلا أن هذه الأخيرة يقصد بها السلطة العامة بمعناها العام أو المجرد سواء المستمدة من اعتبارات رسمية كالسلطة التشريعية *Pouvoir constitue* أو السلطة التنفيذية والمستمدة من اعتبارات غير رسمية كتلك المستمدة من المكناات الخاصة كالقدرة أو القول فنقال *Pouvoir d'achat* للتعبير عن القدرة العشوائية أما مصطلح *autorité* فيثبت بصفة خاصة إلى سلطة الوظيفة العامة فيقال سلطة إدارية *autorité administrative*.<sup>(١)</sup>

والسلطة اسم والجمع سلطات وهى السيطرة والتحكم والسيادة فمثلاً يقال السلطة الزمنية على الأمور المتعلقة بالأحوال الدنيوية.<sup>(٢)</sup>

سلطه الله فتسلط عليهم : أى جعل له عليهم قوة وقهراً وفى التنزيل الحكيم قال تعالى بسم الله الرحمن الرحيم " ولو شاء الله لسلطهم عليكم فلقاتلوكم " صدق الله العظيم.<sup>(٣)</sup> وبذلك فإن المفهوم اللغوي يتمثل فى المعانى الآتية القوة ، القهر ، الغلبة ، القدرة ، الملك ، السلطان والتسلط والتغلب والتمكن والتحكم والسيطرة.<sup>(٤)</sup>

(١) د/ عبد الله حنفى ، السلطات الإدارية المستقلة ، دراسة مقارنة ، دار النهضة العربية ، سنة ٢٠٠٠م ، ص ١٠،١٢

(٢) معجم المعانى الجامع

(٣) سورة النساء ، الآية ٩٠

(٤) <https://arab.ency.com.sy/law/detail/164989>

## المطلب الثاني

### التعريف الإصطلاحي للسلطة

السلطة اصطلاحاً : هي قدرة شخص معين أو منظمة على فرض أنماط سلوكية لدى شخص ما وهي أحد أسس المجتمع البشري وهي مناقضة لمبدأ التعاون حيث أن تبنى أنماط العمل نتيجة فرض السلطة يسمى الانصياع والسلطة كمصطلح يشمل غالبية حالات القيادة. (١)

فالسلطة authority هي التمكن والإستئثار بالقوة والقدرة على التوجيه والإجبار نحو إتجاه معين من السلوك الإجتماعي والسلطة هي ثمرة القوة والقدرة على الإجبار بهدف توجيه سلوك الآخر.

كما تدل السلطة على ظاهرة الأمر والخضوع التي تؤدي إلى وجود علاقات غير متكافئة inégalitaire بين الحاكمين والمحكومين وتعتبر السلطة من المعطيات المباشرة للوجدان العام الذي يتكلم الفلاسفة عن وجود ميل فطري لدى الأشخاص في المجتمع نحو الخضوع لقوة منظمة ويمكن تحليل مفهوم السلطة إلى ثلاثة مستويات تتكامل فيما بينها.

١- وتتمثل أول هذه المستويات بالقوة la farce أى القدرة على الإكراه.

٢- أما ثانيهما فيتمثل بالقانون la droit إذ يجب أن تخضع القوة التي تحملها السلطة إلى

قاعدة قانونية تقننها وتحدد الأشخاص الذين يمارسونها وخضوع القوة التي تُجيزها

ممارسة السلطة إلى قاعدة القانون إنما تمثل المنطلق الأول في تحديد مفهوم دولة

القانون l'etat de droit

٣- أما المستوى الثالث فيتمثل في الشرعية l'égimité التي تدخل مبدأ الرضا العام

ضمن معطيات السلطة وقد تبلور مفهوم السلطة في توزيع وظائف الدولة على عدة

هيئات وإلى السلطات التي يملكها كل فرد حيث ممارسة إختصاصه. (١)

(١) <https://arm.wikipedia.org/wiki/D8%D9%89%D8%D7%D8%ASg>

وقد عرفها الفقيه الفرنسي جورج بيردو بأنها " قدرة شخص على أن يحصل من آخر على سلوك ما كان ليأتيه هذا الأخير بشكل عفوي (من تلقاء نفسه) " وعرفها قاموس اكسفورد الانجليزي "الحق والقدرة على إعطاء الأوامر وإتخاذ القرارات وفرض الطاعة".

### المطلب الثالث

#### تعريف السلطة الإدارية

لقد مرت السلطة بعدة مراحل وتطورت مع تطور الجماعات الانسانية ففي البداية كانت السلطة مستقرة وتتمثل في رغبة الفرد في الانصياع إلى قواعد الجماعة التي إرتضتها لنفسها والمتمثلة في الاعراف والتقاليد وكانت هذه الاعراف تحكم كل مجالات الحياة الدينية والإجتماعية والثقافية والاقتصادية غير أن هذا الوضع مع مرور الزمن لم يعد كافياً فبدأ في الظهور تجسيد السلطة في صورة الحاكم ولكن على نطاق يسمح له بفرض بعض القواعد فمثلاً رب الأسرة أو كبير العائلة الذي تطور بعد ذلك حتى وصلنا إلى السلطة الفردية ووصلنا إلى مجتمع الدولة بهيئاتها وأجهزتها المختلفة التي تملك كل واحدة منها جزء من السلطة.<sup>(٢)</sup>

#### تعريف السلطة الإدارية:

إذا كان أساس معرفة الشيء هو الإحاطة به وفهمه بصورة سليمة حتي يمكن بعد ذلك بيان دوره في الواقع المطروح وحين نقدم علي دراسة السلطة الإدارية لابد أن نحدد تعريفها فيقال هي " الإطار الذي يحيط بالإدارة ويمنحها الاتساق والتناسق والهدف والغاية والحيوية إضافة إلى الفاعلية والسلطة الإدارية بهذا المعنى هي المحور القانوني الذي يشعب التصرفات القانونية ويتلقى ويتحمل آثارها.<sup>(٣)</sup>

(١) <https://m.marefa.org>

(٢) <https://arab-ency.com.sy/law/detail/164989>

(٣) د / برهان زريق ، السلطة الادارية

<https://www.foulabook.com>

وبذلك فإن السلطة الإدارية هي ذلك الحق المكتسب الذي تمنحه الوظيفة لشاغلها وهي تعني الصلاحيات وهي إشتقاق المسؤولية ، والمحاسبة هي إشتقاق السلطة حيث أنها هي الحق الذي يعطيه المنصب ذاته في التصرف الإداري فهي العنصر الذي تمثل قوة التنفيذ حيث أن تعطي القدرة للموظف علي إصدار الأوامر والنواهي وإتخاذ القرارات. (١)

حيث أن السلطة الإدارية هي جزء من السلطة العامة التي تضفي القدسية علي العقود الإدارية وتميزها عن العقود الأخرى وفي البداية اختلطت فكرة السلطة العامة بفكرة السيادة ولكن الأمر لم يكن متماشياً مع دخول الإدارة في عقود تتمتع فيها بسلطة تعلق بها علي الافراد وظهرت بعدها فكرة السلطة العامة كفكرة مستقلة تنطبق في مجال العقود الإدارية لتحقيق الصالح العام ومن ثم فإن السلطة الإدارية هي مجموعة من الإمتيازات التي تتمتع بها الإدارة وتستخدمها في تنفيذ أحكام القانون العام وإشباع الحاجات الجماعية. (٢)

وبذلك تقوم السلطة الإدارية بمهمة أساسية في المجتمع ذات شقين إذ تتمثل من ناحية في إقامة وصيانة النظام العام ومن ناحية أخرى في إدارة وتسيير المرافق العامة وفي قيامها بهذه المهمة تتمتع الإدارة بسلسلة من الوسائل البشرية (الموظفين العموميين) والمادية (الأموال العامة) والقانونية (حقوق وإمتيازات السلطة العامة) كما تتجسد بصفة خاصة من خلال القرار الإداري والعقد الإداري اللذان يخضعان لنظام قانوني خاص يختلف عن ذلك الذي يحكم علاقات أشخاص القانون الخاص وذلك يبرره مبدأ حماية المصلحة العامة الذي يضعه المشرع. (٣)

(١) <https://educationtechno.yoo7.com>

(٢) د/ أحمد عثمان عياد ، مظاهر السلطة العامة في العقود الإدارية ، دار النهضة العربية ، سنة ١٩٧٣ م ، ص ب وما بعدها

(٣) د / محمد فؤاد عبدالباسط ، نشاط الإدارة ووسائلها ، دار زمزم للطبع والتوزيع ، لسنة ١٩٨٥ م ، ص ٣

## المبحث الثاني

### مظاهر السلطة الإدارية في مفاوضات عقود المشاركة

في الماضي كانت مظاهر السلطة الإدارية تتمثل في أن الوزير أو الملك له حق إصدار القرارات وإبرام العقود والتصرفات ولا يمكن الحد من سلطته هذه وكان يطلق علي هذا السلطة إمتيازات التاج ومع مرور الوقت وتغير الوضع وظهور مبدأ الفصل بين السلطات.<sup>(١)</sup> تم الحد من السلطة الإدارية إلى أن وصل الأمر إلى وجود قواعد قانونية تحكم الإدارة وتحد من سلطتها وقبل الدخول في مظاهر السلطة الإدارية في مفاوضات عقود المشاركة لابد أن نبدأ بذكر أنواع مفاوضات عقود المشاركة حتي يتسني لنا أن نحدد مدى توفر مظاهر السلطة الإدارية في كل نوع من أنواع المفاوضات. ولذلك سوف نوضح أولاً أنواع المفاوضات في عقود المشاركة في المطلب الأول ثم نعقبه بمظاهر السلطة الإدارية.

- المطلب الأول : أنواع المفاوضات في عقود المشاركة
- المطلب الثاني : مظاهر سلطة الإدارة في مفاوضات عقود المشاركة .

---

(١) اللورد دينيغ ، ترشد الفكر القانوني في التعسف في استعمال السلطة الإدارية ، ترجمة هنري رياض ، دار الجيل بيروت ، سنة ١٩٨٠م ، ص ٥

## المطلب الأول

### أنواع المفاوضات

تتمتع الإدارة بسلطات واسعة في كل مراحل إبرام العقد منذ مرحلة المفاوضات حتى تنفيذ العقد نظراً لأن الإدارة تمثل السلطة العامة وهي تسعى لتحقيق الصالح العام ولذلك تقوم الإدارة بالإشراف علي المشروع منذ اللبنة الأولى وحتى آخر خطواته<sup>(١)</sup> وفي الغالب تكون شركة المشروع في عقود B.O.T بوجه عام عدة شركات نظراً لأن معظم عقود B.O.T تكون عقود بنية تحتية وهي تحتاج إلى تكاليف باهظة يصعب علي شركة واحدة توفيرها ونظراً لضخامة هذه المشروعات فهي تحتاج إلى المفاوضات قبل إبرامها<sup>(٢)</sup> وهذا ما جاء النص عليه المادة (٣١) من القانون رقم ٦٧ لسنة ٢٠١٠م " يجوز أن تجري مفاوضات مع صاحب العطاء الفائز في شأن بعض الايضاحات والتفصيلات الخاصة بالاشتراطات الفنية والمالية . ولا يجوز أن تتناول هذه المفاوضات أية شروط تعاقدية اعتبرت دعوة تقديم العطاءات شروطاً غير قابلة للتفاوض ، أو لم يبد صاحب العطاء أية تحفظات عليها في العطاء المقدم منه - كما لا يجوز إجراء أي تعديل في الشروط الفنية والمالية بما يقل عن الشروط التي تضمنها العطاء وتم تقييمه علي أساسها.<sup>(٣)</sup> وتنقسم إلى نوعين الأول هو المفاوضات المصحوبة بإتفاق تفاوض والثاني هو المفاوضات غير المصحوبة بإتفاق تفاوض لذا سوف أقسم هذا إلى قسمين :

- الفرع الأول : المفاوضات المصحوبة بإتفاق تفاوض
- الفرع الثاني : المفاوضات غير المصحوبة بإتفاق تفاوض

(١) د/ عبد المنعم العماري علي أبو بريق ، حق الإدارة في تعديل عقود البوت ، المرجع السابق ، ص ١١

(٢) د/ دويب حسين صابر ، الإتجاهات الحديثة في عقود الإلتزام ، المرجع السابق ، ص ٧٤

(٣) مادة (٣١) من القانون رقم ٦٧ لسنة ٢٠١٠م الجريدة الرسمية العدد ١٩ مكرر (أ) في ١٨ مايو ٢٠١٠م

## الفرع الأول

### المفاوضات المصحوبة باتفاق تفاوض

هي المفاوضات التي تستند في تنظيم مسارها الإداري إلى عقد أو إتفاق يحدد التزامات كل طرف في شأن عملية التفاوض من ناحية بدأها ومدتها وإدارتها وكيفية تقسيم نفقات التفاوض.<sup>(١)</sup>

ولأن عملية التفاوض عملية سابقة علي إبرام عقد المشاركة نجد أن الأطراف غالباً ما يسعيان إلى وجود وسيلة مضمونة تثبت مرحلة المفاوضات وتقيم الحجة إذا أخل أحد الطرفين بمقتضيات حسن النية.<sup>(٢)</sup> وهذه الكتابة تتخذ شكلاً من عدة أشكال علي سبيل المثال :

- عقد تنظيم المفاوضات .
- عقد الإطار العام .
- العقود الجزئية .
- البرتوكولات العقدية .
- خطابات النوايا

وكل هذه العقود هي عقود تمهيدية والعقود التمهيدية تعد عقوداً كاملة ولكن غاية ما في الأمر هو أنها تمهد لإبرام عقود أخرى ويحدد مصيرها أمرين إما أن يعقبها عقد المشاركة أو أن تنتفض دون إبرامه.<sup>(٣)</sup>

١- عقد تنظيم المفاوضات : تعددت تعريفات عقد تنظيم المفاوضات وإن كانت كلها تدور في فلك واحد فعرفها البعض بأنها عبارة عن إتفاق يتعهد بموجبه أحد الطرفين أو كلاهما بالدخول

(١) د/ محمد صلاح أحمد الزهري ، الأساس القانوني للمسئولية عن المفاوضات في العقود الإدارية ، المرجع

السابق، ص ٢١٤

(٢) د/ أبو العلا علي النمر ، مفاوضات عقود التجارة الدولية ، المرجع السابق ، ص ٤٦

(٣) د/ محمد حسين عبد العال ، التنظيم الإتفاقي للمفاوضات العقدية ، المرجع السابق ، ص ٨٥

في المفاوضات والإستمرار فيها بشأن عقد معين بهدف الوصول إلى إبرام هذا العقد وقد تم الإتفاق علي التفاوض في عقد قائم كشرط أو كبند من بنوده وفي الحالة الأولى يمثل الإتفاق رابطة عقدية تنفذ في مواجهة الأطراف أما في الحالة الثانية فإن إتفاق التفاوض يعد جزء لا ينفصل عن العقد الذي ورد به ويشكل إلتراماً بالتفاوض حول تنفيذ هذا العقد. (١)

وعرف أيضاً بأنه عقد يرسم المبادئ الأساسية للمفاوضات ويسهل إجراء التفاوض ويفرض إلترامات خاصة علي كل طرف أثناء سير المفاوضات من حيث تحديد وقت بدء المفاوضات وكيفية سير المفاوضات وكيفية أقتسام نفقات التفاوض وعادة ما يفرض إلترامات علي عاتق الطرفين بمراعاة الأمانة والنزاهة فيما يتعلق بالتزود بالمعلومات من قبل حائزها أو أستغلالها وعادة ما تنتهي هذه العقود بنجاح المفاوضات أو فشلها ، وهنا لا يتم إبرام هذا العقد شفاهية بل لا بد أن يكون مكتوباً وهذا يكون بتلاقي إيجاب وقبول صريحين. (٢)

ويلاحظ هنا أن عقد تنظيم المفاوضات لا ينشئ إلتراماً بإبرام العقد النهائي وإنما ينشئ إلترام بالدخول في المفاوضات .

٢- خطابات النوايا : لا يمكن وضع تعريف محدد لخطابات النوايا فهي تشمل كل وثيقة مكتوبة قبل العقد النهائي تعكس الإتفاقات أو الفهم المبدئي لطرف أو أكثر من أطراف العقد للدخول في عقد مستقبلي وتتعدد صور خطابات النوايا فقد تكون تحوي أقترحات بخصوص العقد المستقبلي أو حتي دعوه إليه. (٣)

٣- البرتوكولات الإتفاقية : هي عبارة عن إتفاقات مبدئية تسبق العقود وهي تستعمل في إطار التعامل التجاري للدلالة علي الإتفاقات التمهيدية التي تسبق العقود التجارية المهمة والكبيرة

(١) د/ فؤاد موسي ، التنظيم الإتفاقي للمفاوضات في العقود الإدارية ، المرجع السابق ، ص ٥٦ ومابعدھا

(٢) أنظر د / محمد صلاح أحمد الزهري ، المرجع السابق ، ص ٢٤١ ، د/ علي حمزة عباس الغانمي ، عطاء

العقد وعطاء التفاوض ، المرجع السابق ، ص ٣٠

(٣) مشار إليه في د / صالح عبدالله بن عطاق العوفي ، " المبادئ القانونية في صياغة عقود التجارة الدولية

مركز البحوث والدراسات الإدارية ، معهد الإدارة العامة ، الرياض ، سنة ١٩٩٨م ، ص ٦٨



القيمة كعقود دمج الشركات وجدير بالذكر أن البرتوكولات الإتفاقية في أحيان كثيرة تعد إتفاق تفاوض وخصوصاً إذا كانت تحتوي تصور مشترك لعقد مستقبلي ويتم من خلالها تبادل وجهات النظر.<sup>(١)</sup>

٤- عقد الإطار العام : هو ذلك العقد الذي يبرمه الطرفان عندما يكون بينهما تعاملات مستمرة ويكون بين هذه الصفقات شروط متكررة وهنا يتم الإتفاق بين الأطراف على إبرام عقد تمهيدي يطلق عليه عقد الإطار ويكون منصوص فيه على جميع الشروط المشتركة بين هذه العقود وبعد ذلك يتم الإتفاق في المستقبل على الشروط الخاصة لكل صفقة.<sup>(٢)</sup> ويمكن تعريف عقد الإطار العام بأنه " مجموعة عقدية تتألف من إتفاق يتضمن قواعد عامة تحدد مقدماً كيفية إبرام وتنفيذ عقود أخرى لاحقة وبمقتضاه يلتزم الطرفان بمراعاة هذه القواعد وإن كان لا يتناول سائر جوانب هذه المعاملات المستقبلية ولكنه يعمل على تبسيط المعاملات وتيسيرها ".<sup>(٣)</sup>

٥- العقد الجزئي : هو ذلك العقد الذي يتم الإتفاق فيه على نتائج التفاوض أول بأول أي أنه كلما تم التوصل إلى نتيجة في جزء من أجزاء العقد يتم تدوينها في العقد الجزئي وهذا العقد الجزئي أكبر دليل على وجود المفاوضات.<sup>(٤)</sup> وكل هذه الصور هي صور لعقد المفاوضة الذي يلتزم بموجبه الطرفين بالتفاوض حول إبرام عقد مستقبلي لم يتم تحديد شروطه بعد.<sup>(٥)</sup>

(١) د/ فؤاد موسى ، التنظيم القانوني للمفاوضات في العقود الإدارية ، المرجع السابق ص ٢٠

(٢) د/ فؤاد موسى ، التنظيم القانوني للمفاوضات في العقود الإدارية ، المرجع السابق ، ص ٥٨

(٣) عقد الإطار دراسة تحليلية د/ جعفر جواد الفضلي ، الوافدين للحقوق ، ٢٠٠٦م السنة ١١ العدد ٢٨ الصفحة ١٤-١

(٤) د/ فؤاد موسى ، التنظيم القانوني للمفاوضات في العقود الإدارية ، المرجع السابق ، ص ٩٥

(٥) د/ محمد أبو زيد ، المفاوضات في الإطار التعاقدى ، المرجع السابق ، ص ٧

ووجود هذا الإتفاق يزيل التعقيد والغموض من خلال الحيطة والحذر فى التعامل مع الطرف الآخر والعمل على تقليل دائرة عدم التأكد عن طريق جمع كافة المعلومات والبيانات التى تكفل توضيح عملية المفاوضات والتخلص من الشك والغموض الذى يرتبط بنوايا ودوافع وإتجاهات ومعتقدات الأطراف والأهداف المعلن عنها وغير المعلن عنها ويتم ذلك كتابة لتسهيل الأمر على الطرفين.<sup>(١)</sup>

وقد ثار خلاف فقهي حول الطبيعة القانونية لعقد التفاوض نظراً لأنه يمهد لعقد لاحق فذهب اتجاه آخر نؤيده إلى أنه عقد قائم بذاته وبعيداً عن عقد المشاركة فهو عقد وله نتائجه سواء كانت نتيجته إيجابية وإنتقلنا إلى إبرام عقد المشاركة أم كانت سلبية وتم غض النظر عن إبرامه فهو عقد كسائر العقود ويتوفر فيه الأركان الأساسية للعقد من رضا ومحل وسبب ، وذلك على النحو التالى :-

- **الرضا :-** العقد الإدارى أصلاً - إتفاق رضائى - لا يعدو أن يكون توافق إرادتين بإيجاب وقبول لإنشاء إلتزامات تعاقدية تقوم على التراضى بين الطرفين ولهذا الرضا شروط وهى أن يتم الإعلان عن الرضا ويكون ناتج عن إرادتين متطابقتين ويكون صحيح وصادر من ذو أهلية وخالى من عيوب الإرادة (الغلط - الإكراه - والتدليس).
- **المحل :-** وهو قيام الطرفين بعمل وهو الدخول فى المفاوضات والإستمرار فيها بحسن نية ، أى أنه العملية القانونية التى تراضى الطرفان على تحقيقها.<sup>(٢)</sup>
- **السبب :-** وهو الباعث إلى التعاقد وهو الغرض المباشر الذى يقصده المتعاقد من وراء التعاقد وهو بذلك يتميز عن محل العقد حيث يقصد بالأخير الباعث أو الدافع وبشرط فى سبب التعاقد أن يكون مشروع وغير مخالف للنظام العام والآداب العامة

(١) د/ نيكولا أشرف شالى ، الجوانب القانونية للمفاوضات الدولية ، المرجع السابق ، ص ١٤٥

(٢) د/ إبراهيم الفياض ، العقود الإدارية ، المرجع السابق ص ١٤٦

وإلا غداً باطلاً بطلاناً مطلقاً أما إذا وقع غلط في السبب فإن ذلك يرتب البطلان النسبي.<sup>(١)</sup> والسبب هو الغرض أما المحل فهو الباعث أو الدافع.<sup>(٢)</sup>

ويجوز التفاوض بين الأطراف في فترة الإعداد للعقد التي تم فيها الاقتراحات والمساومات والتقارير والدراسات حتى يكون كل طرف على بينة من أمره ومن أفضل الأشكال القانونية للإتفاق وبذلك للمفاوضات دوراً وقائياً بحسبانها صمام أمان يحمل بين طياته قيام عقد لا تتور منازعات بصدده إبرامه وتنفيذه وإنقضائه فذلك خير من إبرام عقد يفتح باب المنازعات ويكبد الأطراف الكثير من الجهد والنفقات ويميز هذه المرحلة عنصر الاحتمال لأن المفاوضات قد يسفر عنها إتفاق أو عدم إتفاق ويجد كل طرف في استمرار البحث عن أكثر من متعاقد.<sup>(٣)</sup>

#### - طبيعة الإلتزام العقدي بالتفاوض :

يمثل الإلتزام العقدي بالتفاوض إلتزام مكون من شقين :

**الشق الأول :-** هو بدء التفاوض أى المبادرة ويقع هذا الأداء عادة على عاتق طرف واحد فقط يتضمن الإتفاق المبدئى على البدء فى عملية التفاوض.  
**والشق الثانى :-** هو الاستمرار فى المفاوضات بحسن نية وإن كان هذا لا يترتب عليه ضرورة إبرام العقد النهائى بل تكفى محاولة التوصل لإبرامه.<sup>(٤)</sup>

(١) د/ محمد انس قاسم جعفر ، العقود الإدارية ، المرجع السابق ، ص ٤٨

(٢) د/ أحمد سلامة بدر ، العقود الإدارية وعقود البوت ، دارالنهضة العربية ، سنة ٢٠٠٣م ، ص ١٧

(٣) د/ إبراهيم الشهاوى ، ثقافة التفاوض والحوار ، المرجع السابق ، ص ٤٩

(٤) د/ محمد حسين عبدالعال ، التنظيم الإتفاقي للمفاوضات العقدية ، المرجع السابق ، ص ١١٥

## الفرع الثاني

### المفاوضات غير المصحوبة بإتفاق تفاوض

الدخول في عملية المفاوضات دون إتفاق واضح وصريح ببدء عملية التفاوض غالباً يكون ناتج عن قرار إدارى مركب أى قرار متصل بعمل إدارى آخر كقرار الإدارة بتحديد بنود كراسة الشروط الذى يتبعه تقدم الراغبين في التعاقد.<sup>(١)</sup>

وهنا نجد الطرفين يتفاوضان بشأن عقد المشاركة دون أن يتم تنظيم ذلك بإتفاق مكتوب بل يدل على التفاوض الواقع العملى فمثلاً يتم عقد جلسات تفاوضية أو تبادل للمكاتبات والإتصالات حيث يتسع مفهوم المفاوضات ليشمل كل المناقشات والحوارات وكلاشات المعلومات والدراسات الفنية والإقتصادية المتبادلة من الطرفين ويخرج من ذلك سائر الأعمال التى يحررها أحد الطرفين دون أن تكون متصلة بعلم الطرف الآخر مثل دراسات الجدوى وهى هنا تكون عملاً مادياً.<sup>(٢)</sup>

والمفاوضات تسبق عقد المشاركة بإعتبارها من العقود التمهيدية حيث توجه الإدارة الدعوة للمتعاقدين الاحتماليين من أجل فتح الباب لإبرام العقد النهائى.<sup>(٣)</sup>

ويمر العقد الإدارى بمراحل متشابهة لإنشاءه أولاً المرحلة التمهيدية يليها مرحلة التعاقد وأخيراً مرحلة تنفيذ العقد وعادة ما تكون المفاوضات فى المرحلة الأولى والثانية وليس كل ما يصدر عن أحد الطرفين قبل العقد يعد مفاوضات فالمفاوضات لا بد لها من طرفين لكى يصلوا إلى تصور مشترك للعقد.<sup>(٤)</sup>

(١) د/ محمد محمود حافظ ، معيار تميز العقد الإدارى ، دار النهضة العربية ، بدون سنة نشر ، ص ٧٦

(٢) د/ محمد صلاح الزهرى ، المرجع السابق ، ص ٩٤ ، د / أحمد محمد محرز ، المفاوضات فى العقود

التجارية الدولية ، مجلة الأحكام ، سنة ١٩٩٦م ، ص ٥٩

(٣) د/ على حمزة عباس الغانمى ، عطاء العقد وعطاء التفاوض ، المرجع السابق ، ص ٢٦

(٤) د/ فؤاد محمد موسى عبدالكريم ، التنظيم القانونى للمفاوضات فى العقود الإدارية ، المرجع السابق ، ص ٩

وتكمن الصعوبة في هذا النوع من المفاوضات أنه يصعب إثباته نظراً لعدم وجود إتفاق مكتوب ينص على التفاوض وعند قيام المسؤولية عنه تكون مسؤولية تقصيرية وفقاً للقواعد العامة .

## المطلب الثاني

### مظاهر سلطة الإدارة في مفاوضات عقود المشاركة

تتميز الإدارة دائماً بإمكانيات تجعلها في مركز متميز عن المتعاقد معها وذلك نظراً لما لها من حق في استعمال الشروط الإستثنائية في إبرام وتنفيذ العقود وأيضاً لا تلتزم بقواعد المساواة بين المتعاقدين فدائماً ما تكون في مركز متميز عن المتعاقد معها وهذا ما يعرف بنظرية " السلطة الإدارية " التي لها مكاناً بارزاً في القانون الإداري نظراً لأن الإدارة في معظم أعمالها تتميز بالأوامر والنواهي وإن أوامرها قابلة للتنفيذ المباشر ولا تنتظر بحيث يتدخل القضاء ولذلك فإن القرار الإداري على قدر بالغ الأهمية فهو صادر بإرادة الإدارة المنفردة وملزم لجميع الأطراف.<sup>(١)</sup>

- ومن أهم مظاهر السلطة الإدارية في مفاوضات عقود المشاركة :-

(١) تغليب مصلحة الإدارة .

(٢) حق الإدارة في تعديل إتفاق التفاوض أو إنهائه بإرادتها المنفردة .

(٣) الحرمان من التقدم للعطاءات .

(٤) الإستبعاد .

وسوف اشرح كل مظهر من هذه المظاهر على حدا على النحو التالي :-

(١) تغليب مصلحة الإدارة على مصلحة المتعاقد معها :- القاعدة في العقود الإدارية هي قاعدة سمو جهة الإدارة على المتعاقد معها وعلى الرغم من أن العقد الإداري شأنه شأن العقد

(١) د/ طعيمة الجرف ، القانون الإداري ونشاط الإدارة العامة وأساليبه ووسائله ، دار النهضة العربية ، القاهرة

، سنة ١٩٨٥ م ، ص ١٣٩

المدنى فى العناصر الأساسية لتكوينه وهى الإيجاب والقبول حيث وجود تراضى الطرفين ولكن العقد الإدارى يتميز بوجود الإدارة بوصفها سلطة عامة وما يتبع ذلك من وجود شروط استثنائية سواء كانت هذه الشروط واردة فى عقد التفاوض أو مستمدة من القوانين واللوائح أو حتى بمنح المتعاقد مع الإدارة حقوق لا مقابل لها فى القانون الخاص بسبب أنه لا يعمل لمصلحة فردية وإنما يعمل لإدارة مرفق عام وتسييره واستغلاله لتحقيق النفع العام.<sup>(١)</sup>

لأن الإدارة تدخل فى العقود لتحقيق الصالح العام فإن ذلك يجعلها تسمو على المتعاقد معها.<sup>(٢)</sup> تنص المادة (٣٧) من القانون رقم ١٨٢ لسنة ٢٠١٨م على أن " تلغى المناقصة أو الممارسة بجميع أنواعها قبل البت فيها بقرار مسبب من السلطة المختصة إذا استغنى عنها نهائياً أو اقتضت المصلحة العامة ذلك ".<sup>(٣)</sup>

٢- حق الإدارة فى تعديل عقد التفاوض وإنهاءه بإرادتها المنفردة : تغلب فكرة المرونة فى العقود الإدارية على قاعدة القوة الملزمة للعقد التى تعتبر من القواعد الأساسية التى يقوم عليها القانون الخاص فتكون للإدارة الحق فى تعديل شروط العقد وفى إنهائه بإرادتها المنفردة على خلاف القاعدة المستقرة فى القانون الخاص التى تقتضى بأن العقد شريعة المتعاقدين فالإدارة لا ترتبط بعقودها بنفس المدى الذى يلتزم به الأفراد فى العقود المدنية حيث تعتمد الإدارة على إخضاع المصلحة الخاصة للمصلحة العامة وتتميز الإدارة بقدرتها على إنهاء العقد بإرادتها المنفردة عن طريق إصدار قرارات تنفذها على المتعاقد معها رغماً عنه<sup>(٣)</sup> وبمقتضى هذه السلطة يكون بإمكان الإدارة أن تقوم بتعديل شروط العقد وطريقة تنفيذه بما يتضمن زياده أو

(١) د/ محمد صلاح عبدالبديع السيد ، سلطة الإدارة فى إنهاء العقد الإدارى ، كلية الحقوق ، جامعة الزقازيق ،

ط١، سنة ١٩٩٣ م ، ص ١٠

(٢) د/ طعيمة الجرف ، القانون الإدارى ونشاط الإدارة العامة وأساليبه ، المرجع السابق ، ص ٢٠٠

(٣) د/ أحمد عثمان عياد ، مظاهر السلطة العامة فى العقود الادارة ص ب وما بعدها

إنقاص إلتزاماتها ولها إنهاء العقد دون الرجوع للمتعاقد معها ويخضع ذلك لرقابة القضاء<sup>(١)</sup> وهذه هي نظرية " عدم ثبات العقد الإداري " فالثبات المطلق الموجود في العقود العادية يحل محله عدم الثبات في العقود الإدارية الذي يشمل كل أنواع التعديلات أو التغييرات التي يمكن للإدارة إدخالها على القوة الملزمة للعقود ولكن هذا لا يعنى القضاء بصفة كلية على القوة الملزمة للعقود الإدارية وإنما يحد منها.<sup>(٢)</sup> وهذا يعني أن المصلحة العامة هي الإعتبار الأهم في العقود الإدارية بوجه عام.

و قد ذهب غالبية الفقه الفرنسى والمصرى إلى حرية الإدارة فى إنهاء العقد بالإدارة المنفردة دون أى خطأ من المتعاقد معها لدواعى المصلحة العامة<sup>(٣)</sup> وحتى إذا كان العقد مبرم بطريق المناقصة العامة يكون الإدارة الحق فى العدول عن العقد حتى بعد صدور قرار الترسية من قبل لجنة البت وبهذا تستعمل الإدارة سلطتها التقديرية ولا يبرم العقد وذلك من منطلق كونها مسئولة عن حسن سير المرفق العام الذى تديره<sup>(٤)</sup> وكل هذه القواعد هى تطبيق لعدم المساواة القانونية بين الفرد صاحب المصلحة الخاصة وبين الإدارة الأمانة على المصلحة العامة وهى ما أطلق عليها الفقه القانونى نظرية عمل الأمير<sup>(٥)</sup> أما الإلغاء فهو كقاعدة عامة يمارسهُ من تقرر لمصلحته بإرادته المنفردة فى بعض الحالات التى أجازها القانون ويتقرر الإلغاء بالنسبة للمستقبل أى أن الإدارة لا تتخلص من آثار الإلتزام ككل حيث تبقى ملتزمة تجاه المتعاقد معها ببعض الإلتزامات كالإلتزام بالمحافظة على سرية المعلومات ويقوم الإلغاء دون أن يكون

(١) د/ محمد فؤاد عبدالباسط ، أعمال السلطة الإدارية ، المرجع السابق ، ص ٤٠٣ ، د/ أحمد عثمان عياد ، المرجع السابق ، ص ٢٣٧

(٢) د/ على الفحام ، سلطة الإدارة فى تعديل العقد الإدارى ، دار الفكر العربى ، سنة ١٩٧٦ م ، ص ٥٥

(٣) د/ محمد صلاح عبد البديع السيد ، سلطة الإدارة فى إنهاء العقد الإدارى ، دراسة مقارنة ، جامعة الزقازيق ، سنة ١٩٩٣ م ، ص ٤٢٤

(٤) د/ مال الله جعفر عبدالملك الحمادى ، ضمانات العقد الإدارى ، المرجع السابق ، ص ٣٦٠

(٥) د/ أحمد عثمان عياد ، مظاهر السلطة العامة فى العقود الإدارية ، المرجع السابق ، ص ٥٥

المتعاقد الآخر قد أخطأ من جانبه بل يكفي أن يكون ذلك لمصلحة الإدارة. <sup>(١)</sup> والإلغاء هنا يختلف عن السحب فالسحب يتضمن العودة باتجاه الماضي من خلال فحص القرار الأعلى وبيان العيب الذي إحتواه وبالتالي سحبه أما الإلغاء فهو يأخذ في الحسبان الأوضاع التي تقررت فيلغي بالنسبة للمستقبل . <sup>(٢)</sup> ويستفاد من تحليل قضاء مجلس الدولة المصري إقراره لمبدأ العدول عن المفاوضات أو الانسحاب منها وذلك قياساً على تأكيده للحق في رفض مبدأ المفاوضات دون أى عواقب أو مسئوليات فمن باب أولى يجوز لأطراف المفاوضات العدول عنها فالرفض يفوق العدول <sup>(٣)</sup> وترتيب على أن للإدارة الحق في إنهاء العقود الإدارية فيكون لها الحق من باب أولى في إنهاء المفاوضات بنوعيتها سواء كانت مصحوبة بإتفاق تفاوض أو غير مصحوبة. <sup>(٤)</sup>

٣- الحرمان والاستبعاد: الأصل أن يتم فتح باب التزاحم الشريف أمام من يود الإشتراك في المناقصة فأى شخص يأنس في نفسه القدرة على أداء المناقصة المعلنة يستطيع التقدم بعطائه إلى الجهة الإدارية. <sup>(٥)</sup> وهو ما نصت عليه المادة رقم (٢) من قانون المناقصات والمزيادات المصري رقم ٨٩ سنة ١٩٩٨م " تخضع كلا من المناقصة العامة والممارسة العامة لمبادئ العلانية وتكافؤ الفرص <sup>(٦)</sup> ومع ذلك فإن المستقر عليه في القضاء الإدارى هو تخويل الإدارة

(١) د/ مراد مليكة ، إلغاء التصرف القانونى ، دار الجامعة الجديدة ، سنة ٢٠١٧م ، ص ٦٠ وما بعدها

(٢) د/ رحيم سليمان الكبيسي ، حرية الإدارة في سحب قراراتها ، دراسة مقارنة في النظم الفرنسية والمصرية والعراقية ، دار النهضة العربية ، سنة ٢٠٠٠م ، ص ٢٩

(٣) د/ محمد أحمد عبدالنعيم ، مرحلة المفاوضات في العقود الإدارية ، المرجع السابق ، ص ٦٩

(٤) د/ حمادة بدرى احمد حسان ، مظاهر الاختلال بين المتعاقدين في نظرية العقد الإدارى ، المرجع السابق ، ص ٢٠

(٥) د/ حسن درويش عبدالعال ، وسائل تعاقد الإدارة المناقصات والمزيادات والممارسة ، مكتبة الانجلو المصرية ، سنة ١٩٦٥م ، ص ٤٥ ، أ.د / محمد سعيد حسين أمين ، فكرة العقود الإدارية وأحكام إبرامها ،

دار النهضة العربية ، سنة ١٩٩٢م ، ص ٣٣٢

(٦) المادة رقم (٢) من القانون رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨م



سلطة حرمان أى من المتقدمين أو استبعاده من الدخول للمناقصة بإرادتها المنفردة كما خولها سلطة العدول عن الدعوة للتعاقد<sup>(١)</sup> وتتمتع الإدارة بسلطة استبعاد بعض العطاءات تنفيذاً لقرارات عامة صادرة بجرمان مقدمى العطاءات من الدخول فى المناقصات الحكومية أو كإجراء وقائى لتهيئة الجو الصالح للمنافسة أو بسبب عدم إستيفائها للشروط المطلوبة بل أن للإدارة حتى بعد أن يتم إرساء المناقصة أن ترفض إبرام العقد إذا قدرت عدم مناسبة العقد للمصلحة العامة وفقاً لسلطتها التقديرية دون التعقيب عليها<sup>(٢)</sup> وكل هذا يخضع للسلطة التقديرية لرجل الإدارة الذى يهدف إلى الصالح العام فإذا ما خرج عن هذا المبدأ وسعى إلى تحقيق نفع شخصى أو إتباع نزوة من نزواته فإنه يفقد حقه كفرد من أفراد الإدارة ويصبح عمله عملاً مادياً ولا يرقى إلى العمل الإدارى.<sup>(٣)</sup>

- إن الحرمان من التقدم للعطاءات أو الاستبعاد لبعض المتقدمين غير الأكفاء على ضوء مقتضيات المصلحة العامة فالإدارة تتمتع بسلطة تقديرية فى استبعاد غير الأكفاء وغير الصالحين للتعاقد ويمكنها استعمال ذلك الحق فى كافة مراحل التعاقد سواء قبل التقدم بالعطاءات أو بعد التقدم بها وخلال مرحلة فض المظاريف والبت فى المناقصة<sup>(٤)</sup> وكما قلنا : إن الأصل العام هو أنه لا يجوز للإدارة أن تحرم أحد الأفراد من التقدم للمناقصة وأنه لا يجوز إمتناع الموظف عن قبول الأوراق طالما استوفى الشخص شروط المناقصة ولكن إستثناءً تستطيع الإدارة حرمان بعض الأشخاص من التقدم ولأسباب تتعلق بالمصلحة العامة وهو إما

(١) د/ حمدى على عمر ، المسؤولية التعاقدية للإدارة المجلة القانونية والاقتصادية كلية الحقوق ، جامعة

الزقازيق ، العدد الثامن ، سنة ١٩٩٦م ، ص١٦٦

(٢) د/ أحمد عثمان عياد ، مظاهر السلطة العامة ، المرجع السابق ، ص.ب

(٣) د/ سليمان الطماوى ، نظرية التعسف فى استعمال السلطة ( الإنحراف بالسلطة دراسة مقارنة ) ، سنة

١٩٦٦م ، ط٢ ، دار الفكر العربى ، ص٧٠

(٤) د/ محمد فؤاد عبدالباسط أعمال السلطة الإدارية ، بدون دار نشر ، سنة ١٩٨٩م ، ص ٨٩

حرمان جزائي بسبب التنفيذ المعيب لإلتزام سابق أو حرمان وقائي لحماية المصلحة العامة (١) وتباشر الإدارة سلطتها في الحرمان عن طريق قرارات تصدر بمنع أحد الأفراد أو المنشآت من التقدم للمناقصات العامة التي تتعلق بوزارة أو بمصلحة معينة وقد تكون لمدة أو لمدد محدودة أو غير محددة والحرمان نوعان جزائي أو وقائي وهذا يختلف عن الاستبعاد للقطاعات التي لم تستوفى الشروط ، فالحرمان إجراء شخصي ينصب على شخص معين بالذات سواء طبيعي أو معنوي أما الاستبعاد إجراء موضوعي يلحق عطاء معين وليس شخص من الأشخاص أي عطاء معين في مناقصة معينة غير مستوفى الشروط فالاستبعاد ينصب على العطاء ذاته أي مثلاً عدم استيفاء الشروط الواردة في كراسة الشروط وقد يكون تنفيذ القرار صادر بالحرمان. (٢)

٤- سلطة الإدارة في اقتضاء التعويض وهو أن تحدد الإدارة في العقد مقدماً مبلغ من المال تتقضاه متى أخل المتعاقد معها بالتزاماته فإذا وقع الإخلال وقعت الإدارة بنفسها العقوبة المالية المنصوص عليها دون الحاجة إلى إثبات أنها قد أصابها ضرر ما. (٣)

(١) د/ محمد أنس قاسم جعفر ، العقود الإدارية ، دار النهضة العربية ، سنة ٢٠٠٠م ، ص ٣٦

(٢) د/ أحمد عثمان عياد ، مظاهر سلطة الإدارة في العقود الإدارية ، المرجع السابق ، ص ١٥١

(٣) د/ طعيمة الجرف ، القانون الإداري ، نشاط الإدارة العامة وأساليبه ووسائله ، دار النهضة العربية ، سنة

## الباب الثاني

### إبرام عقد المشاركة والإلتزامات الناتجة عن المفاوضات فيه

#### تمهيد وتقسيم:

نص قانون الشراكة المصري رقم (١٨٢) لسنة ٢٠١٨م حدد طريقتين لإبرام عقود المشاركة الأولى أصل عام وهي المناقصة والثانية إستثناء في حالات محددة وهي الإتفاق المباشر ولذلك سوف أخصص الفصل الأول لبيان موقع مرحلة المفاوضات في عقد المشاركة تبعاً لطريقة إبرامه على أن أعقبه ببيان الإلتزامات الناتجة عن المفاوضات بالنسبة لجهة الإدارة والمتعاقد معها.

الفصل الأول : أساليب إبرام عقد المشاركة وموقع مرحلة المفاوضات فيها.

الفصل الثاني : الإلتزامات المترتبة على الدخول في المفاوضات.

## الفصل الأول

### أساليب إبرام عقد المشاركة وموقع مرحلة المفاوضات فيها

#### تمهيد وتقسيم:

يُمر عقد المشاركة قبل انعقاده بفترة تسمى الفترة قبل العقدية يكون خلالها في طور التكوين وهذا الفترة تبدأ عادة منذ اللحظة التي يعلن فيها أحد الطرفين عن رغبته في التعاقد إلي الطرف الآخر وتنتهي في اللحظة التي ينعقد فيها العقد النهائي ويدخل في طور التنفيذ ويختلف مضمون الفترة قبل العقدية باختلاف نوع العقد الذي يتم إبرامه فإذا كان العقد يتم دون تفاوض فإنه يمر في الفترة قبل العقدية بمرحلة واحدة وهي مرحلة إبرام العقد وإذا كان يسبقه مفاوضات يمر بمرحلتين المرحلة الأولى مرحلة التفاوض علي العقد ثم مرحلة إبرامه ولكي تحدد مرحلة التفاوض لابد من تحديد بدايتها ونهايتها.

وعادة ما تبدأ المفاوضات بالدعوة إلي التفاوض أو بتقديم إيجاب كامل وقاطع إلي الطرف الآخر سواء كان هذا الإيجاب مشتملاً علي بنود العقد أو يبدأ المفاوضة حول هذه البنود ويمكن أن تبدأ المفاوضات عن طريق الإقتراح المضاد وتقع المفاوضات في مرحلة إبرام العقد الإداري وتشمل المفاوضات كل جلسات التفاوض والمناقشات والحوارات وكل تقديم المعلومات والدراسات القانونية والاقتصادية وتشمل المرحلة التمهيدية إجراءات الإعلان عن التعاقد وتقييم العروض والبت فيها بقصد إختيار أفضل العروض المقدمة من خلال أساليب قانونية معينة وهي المناقصة العامة أو المحدودة كأصل عام وعن طريق الإتفاق المباشر في أحوال معينة وهذا ما نصت عليه المادة (١٣) من اللائحة التنفيذية لقانون مشاركة القطاع الخاص والتي نصت علي أن "يكون التعاقد مع مستشاري الطرح لتنفيذ الأعمال الاستشارية لمشروع أو أكثر من المشروعات التي تم تنفيذها بطريق المشاركة عن طريق مناقصات عامة المبنية في المواد التالية ، ويجوز في الحالات التي تقتضيها اعتبارات الصالح العام ولا تحتمل إتباع إجراءات

المناقصة العامة أو المحدودة وبعد موافقة الوزير المختص بالشؤون المالية يكون التعاقد بالطريق المباشر<sup>(١)</sup> وبذلك يكون الغالب هو إبرام عقد المشاركة عن طريق المناقصة العامة والمحدودة وفي حالات الضرورة من خلال الاتفاق المباشر بعد أخذ إذن الجهة المختصة ولذلك سوف أقسم هذا الفصل إلي مبحثين أتناول في الأول المناقصة وفي الثاني الإتفاق المباشر

---

(١) قرار رئيس مجلس الوزراء رقم ٢٣٨ لسنة ٢٠١١م ، الجريدة الرسمية العدد ٣ مكرر (ب) في ٢٣ يناير ٢٠١١م

## المبحث الأول

### المناقصة

لا غلو في القول أن المناقصات العامة هي الأسلوب الأساسي لإبرام العقود الإدارية لما يتميز به هذا الأسلوب من الشفافية والمساواة بين المتقدمين وإعتمده المشرع المصري ومعظم التشريعات العالمية بإعتباره أصل عام لإبرام العقود الإدارية بما فيها عقود المشاركة بين القطاعين العام والخاص ولذلك لا بد من ذكر مفهوم المناقصة ثم توضيح موقع مرحلة المفاوضات عند إبرام عقد المشاركة بأسلوب المناقصة وذلك في مطلبين

**المطلب الأول: التعريف بالمناقصة**

**المطلب الثاني: موقع مرحلة المفاوضات عند التعاقد بأسلوب المناقصة**

### المطلب الأول

#### التعريف بالمناقصة

كانت المناقصة هي الأسلوب الأوحى لإبرام العقود الإدارية وكانت تقوم علي مبدأ واحد وهو إختيار أقل المتقدمين في السعر وذلك لعدة اعتبارات أهمها تحقيق الصالح للخزانة العامة نظراً للخضوع لشروط موحدة عند إختيار المتعاقدين ومع ذلك فإن هذا الأسلوب لم يستمر وحده لأنه يستبعد تماماً العملية الفنية والكفاءة حيث إعتد هذا الأسلوب علي السعر فقط كمعيار رئيسي ثم تطورت المناقصات فأصبحت تقوم علي مبدئين المبدأ المالي وهو إختيار أقل المتقدمين سعراً والمبدأ الفني وهو مراعاة الكفاءة وحسن السمعة بإختيار أفضل العروض الفنية.

وتخضع العقود الإدارية لبعض المبادئ كما جاء في نص المادة الثانية من القانون رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨ " تخضع كلاً من المناقصة والممارسة العامة لمبادئ العلانية وتكافؤ الفرص والمساواة وحرية المنافسة....." بالنسبة لعقود المشاركة يكون الأصل هو إبرامها بالمناقصة العامة أو المحدودة وإستثناءً يجوز في الحالات التي يقتضيها الصالح العام أن يكون التعاقد

بالطريق المباشر ويتم الإعلان بشكل واسع في الصحف اليومية المحلية والعالمية وعلي موقع بوابة المشتريات الحكومية إذا أمكن الأمر ويكون لدي جهة الإدارة التي تستخدم التعاقد بأسلوب المشاركة سجلات تقيد فيها مستشاري الطرح ممن تتوافر فيهم الكفاءة الفنية وحسن السمعة والخبرة العالمية في هذا المجال من المصريين والأجانب ويتم تقيديهم بناء علي دعوة للتقيد تستجاب منهم وتقوم الإدارة بإرسال دعوة لمستشاري الطرح بالمشروع وحدد القانون إثنين من مستشاري الطرح كحد أدني ترسل لهم الإدارة.

ولذلك سوف نقسم هذا المطلب إلي فرعين الأول لدراسة مفهوم المناقصة والثاني للمبادئ العامة للمناقصات.

## الفرع الأول

### تعريف المناقصات

المناقصة والمزايدة علي حد سواء هي طريقة تلتزم الإدارة بمقتضاها بإختيار أفضل من يتقدمون للتعاقد معها شروطاً سواء من الناحية المالية ومن ناحية الخدمة المطلوب أدائها والمناقصة علي عكس المزايدة فالأولي تستهدف من يتقدم بأقل عطاء ويكون ذلك عادة إذا أرادت الإدارة بأعمال معينة كالأشغال العامة مثلاً أما الثانية فترمي إلي التعاقد مع شخص الذي يقدم أعلى عطاء وذلك إذا أرادت الإدارة أن تبيع شيئاً من أملاكها أو توجره والأحكام القانونية للإثنين واحد ويطلق عليهم اسم adjudication ومعناه الحرية في الإرساء<sup>(١)</sup>

وتقول المحكمة الإدارية العليا " كمبدأ أصيل تعاقد الإدارة عن طريق المناقصة والأخذ بأسلوب الممارسة لا يكون إلا في حالات معينة وفي أضيق الحدود طبقاً للأوضاع والشروط المقررة قانوناً ذلك لأن المناقصة تحقق ضماناً أكثر للمصلحة العامة"<sup>(٢)</sup>

(١) د/ سليمان محمد الطماوي ، الأسس العامة للعقود الإدارية مطبعة جامعة عين شمس ط ٣ ، سنة ١٩٧٥م ، ص ٢٠٩

(٢) د/ مال الله جعفر عبد الملك الحمادي ، ضمانات العقد الإداري ، دار الجامعة الجديدة ، سنة ٢٠١٠م ، ص ٧٠

وتعرف المناقصة بأنها : مجموعة من الإجراءات التي رسمها القانون بقصد الوصول إلي أفضل المتناقصين سعراً أو شروطاً توطئه للتعاقد معه وإنما تخضع لعهده ضوابط اساسية أهمها العلانية وإليه الإرساء وأخيراً إجراءات التصديق والاعتماد من جانب السلطة الإدارية.<sup>(١)</sup> وعرفت أيضاً بأنها " مجموعة من الإجراءات تهدف الإدارة من ورائها إلي إختيار المتعاقد الذي يتقدم بأرخص الأسعار تحقيقاً لمصلحتها المالية<sup>(٢)</sup> وأري تعريفها بأنها" التوصل لأفضل عطاء بأقل تكلفة"

### الفرع الثاني

#### المبادئ العامة للمناقصة

نصت قوانين المناقصات والمزايدات المتعافية علي مبادئ المناقصة وهي في الأغلب مبادئ واحدة مستقر عليها المشرع إلا أن طريقة تعبيره تختلف من قانون لآخر وإن كانت كلها تدور في فلك واحد فنص في المادة (١٩) من القانون (٦٧) لسنة ٢٠١٠م علي أن "يخضع إختيار المستمر لمبادئ العلانية والشفافية وحرية المنافسة وتكافؤ الفرص والمساواة وفقاً للقواعد والإجراءات الواردة في هذا القانون ولائحته التنفيذية<sup>(٣)</sup> ونصت المادة (٦) من القانون رقم (١٨٢) لسنة ٢٠١٨م " تخضع طرق التعاقد والإجراءات المنصوص عليها في هذا القانون لمبادئ الشفافية وحرية المنافسة والمساواة وتكافؤ الفرص.<sup>(٤)</sup> ومن هنا نجد أن القوانين تؤكد علي عدد من المبادئ العامة التي تقوم عليها المناقصة كمبدأ العلانية ومبدأ الشفافية ومبدأ المساواة وتكافؤ الفرص.

(١) د/ محمد احمد عبد النعيم ، مرحلة المفاوضات في العقود الإدارية، المرجع السابق ص٩٨

(٢) د/ محمد ماهر ابو العينين ، قوانين المناقصات والعقود الإدارية ، الكتاب الأول ، إبرام العقد الإداري ، ط٢ ،

بدون دار نشر ، سنة ٢٠٠٤م ، ص ٢٧٠

(٣) مادة (١٩) من القانون ٦٧ لسنة ٢٠١٠م

(٤) مادة (٦) من القانون رقم ١٨٢ لسنة ٢٠١٨م



مبدأ العلانية والشفافية: أكدت فتوي الجمعية العمومية لقسمي الفتوي والتشريع من أن أحكام قانون المناقصات والمزايدات قامت علي أساس تحقيق مبدأي العلانية والشفافية في العلاقة بين كافة المتقدمين للتعاقد مع الجهة الإدارية.<sup>(١)</sup>

ونصت المادة (٦٥) من اللائحة التنفيذية رقم (٢٣٨) علي أن " علي الجهة الإدارية بعد الحصول علي اعتماد الوحدة المركزية لكراسة الشروط والمواصفات للمرحلة الأولى وإصدار هذه الكراسة الشروط وإتاحتها لمقدمي العطاءات من خلال الموقع الإلكتروني للمشروع.

ومن هنا نجد أن هناك ضرورة لإعلام المستثمرين المؤهلين بالمناقصة وهنا يوجد مبدأ الإعلام في كل مراحل المشروع ، عند بداية طلب التأهيل وبعد المرحلة الأولى من النقاش وقبل إصدار الكراسة للمرة الثانية لأن الوضع الغالب في عقود المشاركة هو أن يتم تقديم العروض علي مرتين الأولى تكون غير ملزمة من أجل فتح باب النقاش والتفاوض والثانية ملزمة يتم علي أساسها تقييم العطاءات.<sup>(٢)</sup>

مبدأ المنافسة : تعتبر المنافسة من أهم المبادئ للمناقصات ويتم التوصل إليها من خلال إعلان الجميع بالمناقصة بما يوفره ذلك من إتاحة فرصة متساوية للمقاولين والموردين الراغبين في الدخول في المناقصة ، إضافة إلي ما يوفره الإعلان من تنافس ينعكس بدوره علي المصلحة العامة للدولة وهذا التنافس لا يتأتي إلا إذا علم أولئك المقاولون أو الموردين بحاجة الإدارة إلي التعاقد كما أن الإعلان يجعل الإدارة بعيدة عن الريبة أو الإنتقاد من حيث قصر الاشتراك في مشترياتها علي فئة معينة من المتعاقدين<sup>(٣)</sup>

وبذلك فإن مبدأ المنافسة مبني علي مبدأ العلانية أي أن المبدأين يكمل بعضهما البعض.

(١) ينظر فتواها بالرقم ٣٧ بتاريخ ٢٦/٦/٢٠٠١ ملف رقم ٣٦٦/١/٥٤

(٢) مادة (٦٥) من اللائحة التنفيذية رقم ٢٣٨ الجريدة الرسمية العدد ٣ مكرر (ب) ٢٣ يناير ٢٠١١م

(٣) د/ مال الله جعفر عبد الملك الحمادي ، ضمانات العقد الإداري ، المرجع السابق ، ص ٨٠

والإعلان ضماناً للعلائية الذي يقوم علي ثلاث عناصر وهي الإعلان عن المناقصة وعلائية الإجراءات اللازمة لإختيار المتعاقد وتبين القرار الصادر عن لجان المناقصة ونشرها وبذلك تتم المنافسة من خلال علم المستثمرين لكل هذه التفاصيل<sup>(١)</sup>

مبدأ المساواة وتكافؤ الفرص : المبدأ الذي يحكم المناقصات العامة لكل المقاولين أو المتعهدين أو أصحاب المهن الراغبين في التعاقد مع الإدارة وكل ذلك من أجل تحقيق المصلحة المالية للإدارة والتأكد من مبدأ المساواة من أجل دعم الاقتصاد الحر وأن كان هذا هو المبدأ العام إلا أنه هذا لا يمنع من أن هناك شروطاً للتقدم للمناقصة لا بد من إستيفائها أي أن مبدأ المساواة ليس مطلق ولكن مقيد بالحدود التي ترسمها الإدارة وفق إحتياجاتها<sup>(٢)</sup>

ومن أهم مميزات مبدأ تكافؤ الفرص هو تساوى الجميع أمام المناقصة فكل من يأنس في نفسه القدرة علي الدخول في المناقصة يتقدم بعبائه وهذه هي القاعدة العامة ويرد عليها إستثناءات وهي: ١. الحرمان ٢. الاستبعاد من التقدم للعباءات وقد سبق شرحهم في الفصل السابق لذا نحيل إليه منعاً للإطالة.

- (١) د/ عاطف سعدي محمد ، عقد التوريد الإداري بين النظرية والتطبيق (دراسة مقارنة) رسالة دكتوراة ، كلية الحقوق ، جامعة عين شمس ، سنة ٢٠٠٦م ، ص ٢٠٣ وما بعدها
- (٢) د/ عبد الفتاح صبري أبو الليل ، أساليب التعاقد الإداري بين النظرية والتطبيق ، بدون دار نشر ، سنة ١٩٩٤م ، ص ١٩٦

## المطلب الثاني

### موقع مرحلة المفاوضات عند التعاقد بأسلوب المناقصة

يسبق المناقصة قبل بدأها الحصول على الإذن المالى والترخيص بالتعاقد وبعدها الإعلان أو توجيه الدعوة للتعاقد ثم تقديم العطاءات من جانب راغبي التعاقد فى ضوء ما ورد بكراسة الشروط والمواصفات فمرحلة فتح المظاريف والبت فى العطاءات بمعرفة لجان فنية وقانونية واخيراً صدور قرار من اللجنة المختصة بإبرام العقد أو رفضه وبما أن الإعلان هو أول خطوات ظهور المناقصة للنور فسنبدأ المطلب بدراسة الإعلان بداية من تعريفه وطبيعته القانونية على أن يعقبه موضوع المفاوضات فى عقود المشاركة حال إبرامها بأسلوب المناقصة وذلك على فرعين الأول تعريف الإعلان وطبيعته القانونية , الثانى موضوع المفاوضات عند التعاقد بأسلوب المناقصة .

## الفرع الأول

### الإعلان

#### أولاً :- ماهية الإعلان :-

تنص المادة (٩) من القانون رقم ١٨٢ لسنة ٢٠١٨م على أن " يجب على الجهة الإدارية وضع خطة بإحتياجاتها السنوية بالتزامن مع تقديم مشروع موازنتها لوزارة المالية ، وتتضمن العمليات المتوقع تنفيذها خلال السنة المالية المقبلة وذلك وفقاً للنماذج التي تعدها الهيئة العامة للخدمات الحكومية لهذا الغرض ، ويتم إعتمادها من السلطة المختصة دون غيرها وتنتشر على بوابة التعاقدات العامة بغرض إعلام المتعاملين معها ودون أن يترتب على ذلك أى إلتزامات على الجهة الإدارية ..... ويستثنى من النشر الحالات التي تقتضى إعتبرات الأمن القومي عدم النشر عنها وفقاً لما تقدره السلطة المختصة"<sup>(١)</sup> .

وتنص المادة ( ٢٦ ، ٢٧ ) من اللائحة التنفيذية رقم (٢٣٨) لسنة ٢٠١١م بأن ينشأ عنوان بريد الكترونى خاص بمراسلات الطروح بنظام المشاركة مع القطاع الخاص يدار بمعرفتها وتخطر الجهة الإدارية إلكترونياً بصورة من المراسلات الخاصة بالمشروع وترتيباً على ذلك إذا انتهت الوحدة المركزية المشاركة أن طبيعه المشروع تقتضى دعوه المستثمرين لإبداء مدى اجتماعهم لهذا المشرع كإجراء التأهيل المسبق فيجب على الجهة الإدارية الإعلان عن ذلك الأول فى صحيفة يومية واسعة الإنتشار باللغتين العربية والإنجليزية وعند الإقتضاء فى تلك الصحف أو المطبوعات الأجنبية خارج مصر وعلى المواقع الإلكترونية للجهة الإدارية والوحدة أو الهيئة العامة للإستثمار<sup>(٢)</sup> .

(١) مادة (٩) قانون ١٨٢ لسنة ٢٠١٨ م ، الجريدة الرسمية العدد (٣٩) مكررا (د) فى ٣ أكتوبر ٢٠١٨م،

ص ١٠،١١

(٢) مادة (٢٦) ، (٢٧) من اللائحة التنفيذية رقم ٢٣٨ لسنة ٢٠٠٣م

ويقصد بالإعلان إخطار ذوى الشأن بالمناقصة وإبلاغهم بالشروط العامة للعقد وكيفية الحصول على دفاتر الشروط والمواصفات وقائمة الأسعار وإذا كان الإعلان عن المناقصة المحدودة يتم بموجب كتاب موسى عليه لعلم الوصول يرسل إلى مقاولين أو موردين بعينهم أما المناقصة العامة يعلن عنها بالنشر فى الصحف اليومية وتقوم فيه الإدارة التى ترغب فى التعاقد بالإعلان عن رغبتها فى التعاقد وهو أحد المبادئ الجوهرية للمناقصات<sup>(١)</sup>.

وتنص المادة (١٤) : " يكون الإعلان عن المناقصات العامة المنصوص عليها بالمادة (١٣) من هذه اللائحة من خلال النشر فى الصحف المحلية والعالمية أو فى أى وسيلة أخرى تكفل العلانية وتكون الدعوة للمناقصات المحدودة بكتاب موسى عليه مصحوب بعلم الوصول وبالبريد الإلكتروني أو من خلال أية وسيلة أخرى تكفل علم ذوى الشأن بالدعوة وما تتضمنه من بيانات".<sup>(٢)</sup>

### ثانياً :- الطبيعة القانونية للإعلان :-

هنا يثور التساؤل على بساط البحث هل يعد الإعلان عن العقد دعوة للتعاقد أم أنه إيجاب من قبل جهة الإدارة ينعقد به العقد إذا صادف قبولاً ولذلك يجب أن نتعرض للدعوة للتعاقد ثم نعقبها بالإيجاب حتى نتبين الطبيعة القانونية للإعلان .

١) الدعوة للتعاقد أو التفاوض :- لا تُرتب إلزام على عاتق أحد الطرفين إلا إذا تبين أن أحد الطرفين أدخل فى اعتقاد الآخر الإقتناع بأن توقيع العقد النهائى أمر قريب الاحتمال فى مألوف الأمور وعندها تتحول الدعوة إلى إتفاق على التفاوض له الصفة الإلزامية.<sup>(٣)</sup> فعندما تريد الإدارة أن تتعاقد تقوم بالإعلان عن العقد وشروطه وهذا الأعلان دعوة للتعاقد نظراً لأنه يوجه لمن تتوافر فيهم الشروط لكي يتقدموا بعطائهم.<sup>(١)</sup>

(١) د/ احمد سلامة بدر عبدالكريم ، العقود الإدارية وعقود البوت ، دار النهضة العربية ، لسنة ٢٠٠٣م ،

ص ٧٥ ، د/ علي حمزة عباس الغانمى ، عطاء العقد وعطاء التفاوض ، المرجع السابق ، ص ٢٤

(٢) مادة (١٤) الجريدة الرسمية العدد ٣ مكرر (ب) فى ٢٣ يناير ٢٠١١م

(٣) د/ محمد إبراهيم الدسوقي الجوانب القانونية فى إدارة المفاوضات وإبرام العقود ، المرجع السابق ، ص ٢٦

فمرحلة التفاوض على العقد هي التي يجري فيها مناقشة شروط العقد ودراسة جدواه من الناحية الاقتصادية بهدف التوصل إلى اتفاق بشأنه أما مرحلة العقد هي المرحلة التي يتم فيها انعقاد العقد نهائياً وذلك عن طريق تبادل إيجاب وقبول متطابقين دون الخوض في تفاوض حول شروطه . فالإيجاب يمثل الشروط التعاقدية الناتجة عن التفاوض على العقد فتنتهي في اللحظة التي يصدر فيها الإيجاب أو إعلان الفشل فهناك إذاً فارق بين الدعوة للتفاوض والإيجاب . فالإيجاب هو الحد الفاصل بين المتفاوض والبدء في إبرام العقد<sup>(٣)</sup> .

والدعوة لا تُرتب التزاماً على عاتق أى طرف ولا تعدو عن كونها عملاً مادياً لا يلزم أحد فهي لا تلزم الآخر بقبول التفاوض كما لا تلزمه بالاستمرار في المفاوضات إذا بدأت فعلاً فيستطيع كلاً منهما أن يقطع المفاوضات أو يعدل عنها دون ثمة مسئولية من جانبه ما لم يقترن العدول بخطأ يستوجب مسؤليته<sup>(٣)</sup> .

أى أن الدعوة للتعاقد بمثابة طرح موضوع العقد على الطرف الآخر للنظر في مدى رغبته في الدخول في العقد وتستمر مرحلة الدعوة طالما لم يصدر إيجاب بل ونعود إليها إذا صدر إيجاب ولم يلق قبولاً<sup>(٤)</sup> .

٢) **الإيجاب :-** هو عرض بات نحو اتجاه إرادة الشخص لإبرام عقد معين والأصل أن الإيجاب إذا تضمن كل العناصر الجوهرية للعقد محل التفاوض وتم تبادل التعبير عن إرادتين متطابقتين للعقد بالهدف المرجو منه فلم يعد الطرفان بأن يتحاوران بل أنهم ينتهي الأمر بهم

(١) راجع هذا المعنى في د/ محمد أحمد عبدالنعيم ، مرحلة المفاوضات في العقود الإدارية ، المرجع السابق ،

ص٧٩ ، على حمزة عباس الغانمي ، عطاء العقد وعطاء التفاوض ، المرجع السابق ، ص٢٥

(٢) د/ محمد احمد محمود ابوالهنا ، حماية المستهلك في مرحلة ما قبل إبرام العقد ، بدون دار نشر ، ٢٠١٩م ، ص١١٢

(٣) د/ محمد حسين عبدالعال ، التنظيم الإتفاقي للمفاوضات العقدية ، المرجع السابق ، ص٣٦

(٤) حسام الدين كامل الاهواني ، المفاوضات في الفترة قبل التعاقدية ومراحل إبرام العقد الدولي ، المرجع السابق ، ص٣٩٩

بإتفاق نهائى ووضع للحلول المقترحة فى مرحلة المفاوضات ويجب أن يكون الإيجاب جازماً وبات وواضح<sup>(١)</sup>.

ويتمثل الإيجاب فى العقد الإدارى فى صورة العطاءات المقدمة من الراغبين فى التعاقد لتلبية الدعوة فى التعاقد التى اعلنت عنها جهة الإدارة ويجب أن يتضمن الإيجاب البيانات الجوهرية والأساسية التى تم تحديدها فى الإعلان أو الدعوة للتعاقد فضلاً عما يرد بكراسة الشروط والمواصفات من بيانات بما تمثل مشروعاً للتعاقد<sup>(٢)</sup>.

وبذلك يمكن القول أن الإيجاب أحد مراحل العقد أما الدعوة للتفاوض لا تعدو أن تكون عملاً مادياً تقوم به جهة الإدارة<sup>(٣)</sup>.

وفقاً للقواعد العامة إذا تقدم أحد الطرفين بإيجاب التزم بالبقاء على إيجابه طوال المدة التى اقترن بها الإيجاب أو المدة التى يمكن استخلاصها من الظروف بمعنى أن الموجب يلتزم بعدم الرجوع فى الإيجاب طوال المدة المحددة التى ارتضاها صراحة أو ضمناً لبقاء الإيجاب فإذا انتهت هذه المدة دون صدور قبول سقط الإيجاب والالتزام على الموجب أن يحدد إيجابه ولا يلتزم على الموجب إذا هو رفض الإيجاب المقابل بعد انتهاء مدة إيجابه<sup>(٤)</sup>.

وعرفت محكمة النقض المصرية الإيجاب بأنه هو " العرض الذى يعبر به الشخص الصادر منه على وجه جازم عن إرادته فى إبرام عقد معين بحيث إذا ما اقترن به قبول مطابق انعقد العقد"<sup>(٥)</sup>.

ولكى نميز بين الإعلان وهل هو دعوة للتعاقد أم إيجاباً يكون من خلال النظر هل العرض ينم عن رغبة صاحبه فى إبرام العقد مباشرة أم مجرد التحضير لإبرامه والتفاوض بشأن شروطه فلو

(١) محمد احمد محمود ابوالهنا ، حماية المستهلك فى مرحلة ما قبل إبرام العقد ، المرجع السابق ، ص ٣١٥

(٢) د/ محمد احمد عبدالنعم ، مرحلة المفاوضات فى العقود الإدارية ، المرجع السابق ، ص ٨٦

(٣) فؤاد موسى ، التنظيم الإتفاقى للمفاوضات العقدية، المرجع السابق ، ص ١٠٣

(٤) د/ محمد ابراهيم الدسوقي ، الجوانب القانونية فى إدارة المفاوضات وإبرام العقود ، المرجع السابق ، ص ١٧

(٥) الطعن رقم ١٨٠١ لسنة ٧٥ قضائية <https://www.cc.gov.eg>

كان العرض مشتمل على كل العناصر وتم الإعلان عن الرغبة النهائية في إبرام العقد كذا بصدد إيجاب وإلا فلا<sup>(١)</sup> .

إن طرح الإدارة للعملية موضوع التعاقد للمزايدة أو المناقصة لا يعد إيجاباً لعدم تحديد كل العناصر الجوهرية للعقد الذى يجرى المزايدة أو المناقصة عليه وإنما يعد مجرد دعوة إلى التعاقد بل أنه لا يعتبر إيجاباً ولو تضمن تقديراً أساسياً للعنصر الذى يجرى المزايدة أو المناقصة عليه كما لو تضمن ثمناً أساسياً لأنه وفق هذا التقدير مجرد تقدير مبدئى تبدأ المزايدة أو المناقصة عليه<sup>(٢)</sup> .

إن أهمية التمييز بين الإيجاب والدعوة إلى التعاقد يكمن فى قبول الدعوة للتعاقد يؤدي لبدأ المفاوضات أما قبول الإيجاب يؤدي لإنعقاد العقد ومع ذلك فلا يوجد معيار حاكم ونهائى يفرق بين الدعوة للتعاقد والإيجاب وفى النهاية الأمر متروك لقاضى النزاع وجوهر التفرقة بين الدعوة والإيجاب وجود منافسة مشتركة بعد الدعوة للتعاقد وقد قضت محكمة النقض المصرية بأن طرح توريد اشياء على اساس الشروط الواردة فى قائمة الاشتراطات لا يعتبر إيجاباً فى صحيح القانون وإنما هو مجرد دعوة إلى التعاقد أما الإيجاب فهو ما يصدر ممن تقدم بعبطائه بالشروط المبينة فيه وتم القبول بالموافقة على العطاء متى صدرت هذه الموافقة ممن يملكها<sup>(٣)</sup> .

### الخلاصة

الإعلان ما هو إلا دعوة للتعاقد نظراً لأن الإدارة لا تضمنه الشروط النهائية لإبرام العقد ويتم بعده التفاوض بين الطرفين .

(١) د/ تغريد عبد الحميد ، الإلتزام بالإعلام فى عقود نقل التكنولوجيا ، المرجع السابق ، ص ١٧٠

(٢) د/ محمد احمد عبدالنعم ، مرحلة المفاوضات فى العقود الإدارية ، المرجع السابق ، ص ٧٩

(٣) الطعن رقم ١٠٥ للسنة الخامسة جلسة ١/٧/١٩٨٥ م ، ص ٣٩ ، قبل ١٩٨٤ م مشار إليه فى د/ مال الله

جعفر عبدالملك الحمادى ، ضمانات العقد الإدارى ، المرجع السابق ، ص ٨١



## الفرع الثاني

### موضوع المفاوضات في عقد المشاركة

سكنت قوانين المناقصات والمزايدات السابقة على القانون الحالي على نهج مفاده أن الأصل هو عدم وجود مجال للتفاوض وأن الإستثناء على ذلك هو حالات معينة على سبيل الحصر فجاء في نص المادة (١٦) من القانون رقم (٤) لسنة ١٩٨٣م أنه " لا يجوز بعد فتح المظاريف الدخول في مفاوضات مع أحد مقدمى العطاءات فى شأن تعديل عطائه ومع ذلك يجوز للجنة البت مفاوضة مقدم العطاء الأقل المقترن بتحفظ أو بتحفظات للنزول عن كل تحفظاته أو بعضها مما يجعل عطاؤه متفق مع شروط المناقصة بقدر الإمكان ، كما يجوز للجنة مفاوضة صاحب العطاء الأقل غير المقترن بتحفظات للنزول بسعره إلى مستوى سعر السوق وتجرى المفاوضة فى الحالتين بقرار من السلطة المختصة<sup>(١)</sup> .

أى أن القانون جعل الأصل هو الحكم على العطاء المقدم كما هو ولا يجوز المفاوضة فيه إلا فى الحالتين المنصوص عليهم بصريح النص وهما :-

(١) إذا كان العطاء الأقل مقترن بتحفظ وكان أقل عطاء غير مقترن بتحفظ تزيد قيمته عن سعر السوق.

(٢) إذا كانت العطاءات كلها مقترنة بتحفظات أو إذا كانت كلها غير مقترنة بتحفظات ولكن العطاءات الأقل يزيد عن سعر السوق .

ولكن الأمر يختلف فى القانون الحالي للمشاركة حيث نجد أنه نص على وجود مفاوضة مع صاحب العطاء الفائز حيث نصت المادة (٣١) منه على أنه " يجوز أن تجرى مفاوضات مع صاحب الفائز فى شأن بعض الإيضاحات والتفصيلات الخاصة بالإشترطات الفنية والمالية ، ولا يجوز أن تتناول هذه المفاوضة أية شروط تعاقدية اعتبرتها دعوة تقديم العطاءات شروطاً غير قابلة للتفاوض ، أو لم يبد صاحب العطاء أية تحفظات عليها فى العطاء المقدم منه كما

(١) مادة (١٦) من القانون رقم (٩) لسنة ١٩٨٣ م

لا يجوز إجراء أى تعديل فى الشروط الفنية والمالية بما يقل عن الشروط التى تضمنها العطاء وتم تقييمه على أساسها. (١)

هنا نجد أن القانون الحالى أجاز مفاوضة

وبذلك نجد القانون سمح بمفاوضه صاحب العطاء الفائز بثلاث شروط :

١. ان لا يتم التفاوض بشأن الأمور الجوهرية للعقد

٢. ان يكون التفاوض بخصوص نقاط سبق ان ابدى مقدم العطاء تحفظ عليها

٣. عدم التغيير في الشروط المالية والفنية في للعطاء الفائز

وبذلك وسع القانون الحالى من دائرة التفاوض وهنا جدير بنا ان نحدد المقصود بالتحفظات فهي " إشتراطات يضمنها مقدم العطاء بعطائه بما يجعلها تمثل قيداً او إضافه بالشروط العامة للمناقصة ويشترط في تلك التحفظات أن تقدم مع العطاء أو في كتاب لاحق قبل البت في المناقصة. (٢)

والقانون رقم ٦٧ لسنة ٢٠١٠م لم يكتفي بهذه المادة بل فتح الباب للتحاور مع المتقدمين للمناقصة حيث سمح للمناقصة أن تتم علي مرحلتين ،مرحلة غير ملزمة لفتح الباب لابداء المقترحات الاولية ومرحلة ثانية ملزمة حيث جاء النص في المادة (٦٣) منه علي أن للسلطة المختصة بعد موافقة الوحدة ثم اللجنة العليا ان تقرر ان يكون طرح المشروع علي مرحلتين ، واجراء الحوار التنافسي كمرحلة اولي بهدف الحصول علي ايضاحات بشأن عناصر العروض الفنية والمالية المقدمة في هذه المرحلة وثم في المرحلة الثانية تقديم العروض النهائية. (٣)

(١) مادة (٣١) من القانون رقم ٦٧ لسنة ٢٠١٠م ، الجريدة الرسمية العدد ١٩ مكرر (أ) ١٨ مايو ٢٠١٠م

(٢) راجع محمد احمد عبد النعيم ، مرحلة المفاوضات في العقود الادارية ، المرجع السابق ، ١٢٢

(٣) المادة (٦٣) من اللائحة التنفيذية رقم ٢٣٨ ، الجريدة الرسمية ، العدد ٣ مكرر (ب) ، ٢٣ يناير ٢٠١١م

وبهذا فتح باب الحوار بشكل أفضل مع المستثمرين المؤهلين للمشروع وبهذا يختلف الوضع في مصر عن الوضع في فرنسا حيث لم يسمح المشرع الفرنسي بأرفاق اي تحفظات بالعطاءات المقدمة وكل عطاء مقدم معه تحفظ يجب استبعاده .

وبناء عليه يكون موضوع المفاوضات هو السعر والتحفظات وفي مصر يكون الوضع الغالب أن تدخل جهة الادارة مع صاحب العطاء الأفضل في مفاوضات قبل إبرام العقد للوصول إلي الصياغة السليمة من الناحية الفنية والقانونية والمالية فيكون الاتفاق علي صياغة خالية من اللبس والغموض.<sup>(١)</sup>

وتستمر مرحلة المفاوضات في عقود المشاركة إلي حين صدور قرار الاعتماد نظراً لان قرار الترسية يعد جزء من مرحلة المفاوضات فلا تنتقل إلي مرحلة إبرام العقد إلا بعد صدور قرار الاعتماد وهو يعد بمثابة القبول من قبل جهة الاداره للتعاقد.<sup>(٢)</sup>

وتقوم الجهة الادارية وفقاً للقانون (٦٧) لسنة ٢٠١٠م بعقد لقاءات واجتماعات تمهيدية لتناقش مواصفات المشروع وشروطه التمهيدية وتقوم من خلاله الاجابه علي كافة الاستفسارات للمستثمرين المؤهلين وبذلك تجمع الجهة الادارية المعلومات وتمنح معلومات وبعدها تستطيع إعادة دراسته مواصفات المشروع من جديد.<sup>(٣)</sup>

### الخلاصة

التفاوض يكون مع صاحب العطاء الفائز بخصوص الامور الثانوية كشروط الدفع ومواعيد التسليم ولو كانت التحفظات المقدمة منه جوهرية لا يجوز الاخذ بها وبدء التفاوض بل يتم استبعاد العطاء .

(١) د / هاني عرفات صبحي ، النظام القانوني لعقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص ، المرجع السابق ،

(٢) د / مال الله جعفر عبدالمك ، ضمانات العقد الاداري ، المرجع السابق ، ص ٣٥٥

(٣) راجع نص المادة ٢١ من القانون ٦٧ لسنة ٢٠١٠ م

## المبحث الثاني

### أسلوب الإتفاق المباشر

يتسم هذا الأسلوب بطابع المرونة وإتاحة الحرية الكاملة للإدارة في إختيار المتعاقد معها إلا أنه له طابع إستثنائي وذلك لإنحصار حالاته في إطار محدد مما دعا أحد فقهاء القانون العام الفرنسي للقول بأن التعاقد بأسلوب الإتفاق المباشر يمكن إعتباره من الأساليب الخاصة بإبرام الصفقات أو الإتفاقيات الخاصة بهدف التبسيط أو المرونة<sup>(١)</sup>

فموضوع المفاوضات من السعة والشمول تشمل موضوعات عديدة تدور بصفة رئيسية حول الشروط والاسعار<sup>(٢)</sup>

- الإتفاق المباشر هو ذلك الذي تلجأ إليه الإدارة وتخطي تجاهه بجدية كاملة في إختيار المتعاقد ، دون تقييد بنظم المناقصة بصورة محددة وهنا نري أن المشرع المصري لم يسلك حذو المشرع الفرنسي في تحديد حالات التعاقد بأسلوب الإتفاق المباشر علي سبيل الحصر فالملاحظ أن المشرع في القوانين المتعاقبة بتنظيم المناقصات والمزايدات قد أكتفي بتحديد الإطار العام والضوابط المنظمة للتعاقد وفقاً لهذا الأسلوب.
- ونصت المادة (٢٩) من القانون رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨م علي أنه " تتولي اللجنة المشار إليها في المادة السابقة مفاوضة مقدمي العروض التي تتلائم وإحتياجات الجهة طالبة التعاقد "

(١) محمد صلاح أحمد الزهري ، الأساس القانوني للمسئولية عن المفاوضات في العقود الادارية ، المرجع السابق ، ص ٥٧

(٢) د / محمد احمد عبد النعيم، مرحلة المفاوضات في العقود الادارية ، المرجع السابق ، ص ١٧ وما بعدها

- وفي حالات شراء وإستئجار العقارات نصت المادة (٢٩) من القانون رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨م " تتولي اللجنة المشار إليها في المادة السابقة مفاوضة مقدمي العروض والتي تلائم واحتياجات الجهة طالبة التعاقد " (١)

مع الوضع في الإعتبار إتفاق الإدارة مع أحد الاشخاص أو الشركات مباشرة لتنفيذ عمل معين تعد طريقة إستثنائية يجوز اللجوء إليها في حالات محددة بموافقة السلطة المختصة. (٢)

أهم ما يميز أسلوب الإتفاق المباشر أنه :

- أسلوب إستثنائي في التعاقد .
- يعطي الإدارة حرية كبيرة في إختيار المتعاقد معها .
- ضرورة موافقة السلطة المختصة علي إتباعه .
- له حدود مالية معينة .

وقد أجاز القانون ٨٩ لسنة ١٩٩٨م في السابقة إمكانية التعاقد بأسلوب الإتفاق المباشر في الأحوال العاجلة مع أخذ ترخيص من أحدي الجهات الأمنية

١- رئيس الهيئة أو المصلحة فيما لا يتجاوز قيمته ٥٠ الف جنيه

٢- الوزير المختص فيما لا يتجاوز قيمته ١٠٠ الف جنيه

٣- رئيس مجلس الوزراء فيما يجاوز ١٠٠ الف جنيه في حالة الضرورة القصوي (٣)

وهنا لا بد أن يصدر قرار مسبب من الجهة المختصة بإمكانية إجراء التعاقد

وجاء النص علي الإتفاق المباشر في القانون رقم ١٨٢ لسنة ٢٠١٨م وذلك في المادة (٧٦) والتي تنص علي أن " في حالات الضرورة يجوز لمجلس الوزراء أن يصرح لجهة إدارية بعينها

(١) مادة ٢٩ من القانون رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨م

(٢) د/ محمد أنس قاسم جعفر ، العقود الادارية ، المرجع السابق ، ص ٤٣

(٣) د/ احمد سلامة بدر ، العقود الادارية وعقود البوت ، دار النهضة العربية ، سنة ٢٠٠٣م، ص ١٢٠

لإعتبارات يقدرها ترتبط بطبيعة عمل تلك الجهة ونشاطها أو طبيعة العملية محل التعاقد. بأي طرق التعاقد المنصوص عليها بالمادة (٧) من هذا القانون وفقاً للشروط والقواعد التي يحددها كما يجوز لمجلس الوزراء أن يرخص لجهة إدارية بعينها بالتعاقد بالإتفاق المباشر مع الشخص الطبيعي أو الإعتباري المصري أو الاجنبي حال تقدمه له مشروع استثماري متكامل شاملاً التمويل إذا كان هذا المشروع يحقق للجهة الإدارية المتعاقدة الأهداف الاقتصادية والتنموية للدولة ، وذلك بناء علي عرضه من الوزير المختص بنتائج الجدوي الفنية والاقتصادية والاجتماعية للمشروع والدراسة التحليلية للهيكل الفني والمالي له وعلي أن يكون ذلك بعد موافقه وزيرى المالية والتخطيط وذلك كله ما لم ينظم التعاقد قوانين أخرى<sup>(١)</sup>

---

(١) المادة ٧٦ من القانون ١٨٢ لسنة ٢٠١٨، الجريدة الرسمية العدد (٣٩) مكرر (د) في ٣ أكتوبر ٢٠١٨م

### الفصل الثالث

#### حدود ونطاق سلطة الإدارة في مرحلة المفاوضات في عقود المشاركة

ليس معني سمو جهة الإدارة علي المتعاقد معها أن تتلخص الجهة الإدارية من كل قيد أو إلتزام فهي تلتزم ببعض الإلتزامات شأنها شأن أي طرف تعاقدى وتتقيد ببعض القيود ويتضح ذلك من خلال مبحثين نوضح في الأول الإلتزامات الناتجة عن عقد التفاوض بالنسبة لكلاً من الجهة الإدارية من ناحية والمتعاقد معها من ناحية أخرى ، ونخصص المطلب الثاني للقيود الواردة علي سلطة الإدارة في الدخول في إبرام أي عقد قبل أن تخطو أي خطوة أو تبدأ في المفاوضات .

**المبحث الأول : الإلتزامات المترتبة علي الدخول في المفاوضات (بالنسبة للإدارة ، والمتعاقد معها)**

**المبحث الثاني : القيود الواردة علي حرية الإدارة في التعاقد .**

#### المبحث الأول

##### الإلتزامات المترتبة علي الدخول في المفاوضات

يترتب علي الدخول في المفاوضات العديد من الإلتزامات فهناك إلتزامات عامة بالنسبة للمفاوضات المصحوبة بإتفاق تفاوض والمفاوضات غير المصحوبة بإتفاق تفاوض ، وهناك إلتزامات خاصة لا تترتب إلا علي المفاوضات المصحوبة بإتفاق تفاوض ولذلك سوف أقسم هذا المبحث إلي مطلبين :

الأول الإلتزامات الخاصة بالمفاوضات المصحوبة بإتفاق تفاوض والثاني للإلتزامات العامة التي تنطبق علي نوعي المفاوضات

**المطلب الأول : الإلتزامات الخاصة**

**المطلب الثاني : الإلتزامات العامة**

## المطلب الأول

### الإلتزامات الخاصة

هي الإلتزامات الناتجة عن دخول مفاوضات مصحوبة بإتفاق تفاوض وهذه الإلتزامات تجد مصدرها في عقد التفاوض ذاته وهي :

(١) الإلتزام بالدخول في المفاوضات .

(٢) الإلتزام بمواصلة التفاوض .

(٣) حظر إجراء مفاوضات موازية .

(١) الإلتزام بالدخول في المفاوضات : ذلك بالمبادرة بإتخاذ الإجراءات اللازمة لإفتتاح عملية التفاوض ومن ذلك توجيه الدعوة إلي الطرف الآخر وتقديم المقترحات حول المسائل والنقاط محل التفاوض وتقديم الدراسات وتبادل البيانات التي يعتمد عليها إيضاح كافة الإستفسارات حول موضوع التفاوض ومن ذلك تحديد مكان المفاوضات ووقت البدء (١)

وإذا كانت القاعدة وفقاً لمبدأ سلطان الإرادة أنه لا يوجد إلتزام قانوني بالتفاوض لإبرام عقد ، فإن الفقه والقضاء استقر في مصر وفرنسا علي أن الإلتحاق المبدئي وينشئ علي عاتق الأفراد إلتزاماً اتقائياً يبدأ عملية المفاوضات وإن كان هذا لا يعني ضرورة إبرام العقد النهائي فالإلتزام هنا بالدخول في المفاوضات وإدارتها بحسن نية وهذا كله أثر فوري للعقد وكما قال carbonnier " من يرتضي المبدأ يتحمل توابعه " (٢)

(١) د/ احمد عبدالكريم سلامة ، النظرية العامة للنظم الودية لتسوية المنازعات ، دار النهضة العربية ، الطبعة

الاولى ، سنة ٢٠١٣م ، ص ١١

(٢) د/ محمد حسين عبدالعال ، التنظيم الاتقائي للمفاوضات العقدية ، المرجع السابق ، ص ١١٢



ويقصد ببداً التفاوض بدأ تلاقي المتفاوضين ومن ثم افتتاح المفاوضات بإجراء الحوار وتبادل الإقتراحات المتصلة بموضوع العقد المأمول إبرامه ، وهذا الشق من الإلتزام بالتفاوض قد يقع علي عاتق الطرفين معاً بحيث يكون كلاً منهما ملتزماً بالحضور في موعد معين لبداً وافتتاح المفاوضات وقد يقع هذا الإلتزام علي أحد الطرفين فيكون عليه واجب توجيه الدعوة إلي الطرف الاخر وتقديم الإقتراحات المتعلقة بالعقد المراد إبرامه أو عرض الدراسات التي يقوم التفاوض علي أساسها ومثال ذلك أن يكون صاحب العمل هو الملتزم ببداً التفاوض مع المتقدم للعمل المعلن عنه (١)

والإلتزام ببداً التفاوض هو إلتزام بتحقيق نتيجة ولا يمكن التحلل منه (٢) والدخول في التفاوض لا يعني بالضرورة إبرام العقد النهائي ولكن التزم التفاوض هو الإلتزام الجوهرى لعقد التفاوض فيدور هذا الإلتزام وجوداً وعدمياً مع عقد التفاوض ويترتب هذا الإلتزام بمجرد إتفاق الطرفين علي التفاوض ودون الحاجة إلي النص عليه صراحة كما يقع باطلاً أي بند بأعفاء أحد الطرفين أو كليهما من الدخول في المفاوضات (٣)

(٢) الإلتزام بالإستمرار في التفاوض : طالما أن التفاوض بدأ وجري في إطار تعاقدى فإنه يلقي علي عاتق الأطراف إلتزاماً عقدياً بالإستمرار فيه ومتابعته ويؤدي الإخلال به إلي تحريك احكام المسؤولية العقدية وقد يقال أن هذا الإلتزام موجود في المفاوضات غير العقدية ولكن هذا الكلام غير سليم نظراً لأن المفاوضات غير العقدية لا تكون مصحوبة بإتفاق تفاوض وبذلك لا يمكن إجبار الأطراف علي الإستمرار فيها وأن كان

(١) د/ محمد ابو زيد ، المفاوضات في الاطار التعاقدى (صورها - احكامها) السنة السابعة والاربعون ، يناير ٢٠٠٥م ، ص ٤٩

(٢) د/ فؤاد موسى ، التنظيم الاتفاقي للمفاوضات في العقود الادارية ، المرجع السابق ، ص ٧٥ وما بعدها

(٣) د / محمد احمد محمود ابو الهنا ، حمايه المستهلك في مرحلة ما قبل التعاقد ، المرجع السابق ، ص ٣٢١

هذا الإلتزام لا يعني ضرورة إبرام العقد النهائي ولا يمنع من قطع المفاوضات بشرط إلا يكون القطع يتعارض مع حسن النية<sup>(١)</sup>

والإستمرار هنا لا يعني الإلجبار علي البقاء في المفاوضات بل يعني عدم الخروج التعسفي من المفاوضات وإتباع مسلك الرجل المعتاد وهنا نجد أن الرجل المعتاد لا يخرج من المفاوضات بطريقه تعسفيه<sup>(٢)</sup>

والإلتزام بالإستمرار في التفاوض هو في الأصل إلتزام ببذل عناية ولا يعني ضرورة التوصل إلي إبرام إتفاق تسوية أو صلح وتبدو أهميته في حالة الإتفاق علي المسائل الأساسية والإتفاق النهائي مع ترك المسائل الثانوية أو التفصيلية لإتفاق لاحق إذا اكتمال مشروع إتفاق التسوية أو الصلح النهائي يستلزم الإستمرار في التفاوض حول تلك المسائل الباقية أو المعلقة ، فإذا إتجهت نية الأطراف إلي إعتبار الإتفاق النهائي منعقداً. حتي ولو لم يصل طرفي التفاوض إلي إتفاق بشأنها كان الأمر يتعلق بالإلتزام بنتيجة علي عكس الأصل العام في أنه إلتزام ببذل عناية<sup>(٣)</sup>

وألصل هنا هو حرية قطع المفاوضات حيث إن القطع هنا مؤاده القانوني عدم وجود تراض على العقد وطبقاً للنظرية العامة للعقود المدنية لم نجد عقداً حلت فيه إرادة القاضى محل إرادة أحد الأطراف فى التفاوض وتم إبرام العقد عن طريق ذلك الحلول فضلاً عن ذلك إذا قبل التفاوض فماهو الإمرالذى يجبر عليه المدين فمن غير المعقول أن تعين المحكمة من يمثل

(١) د/ محمد ابو زيد ، المفاوضات في الاطار التعاقدى ، المرجع السابق ، ص ٥٢

(٢) د/ محمد ابراهيم الدسوقي ، الجوانب القانونية في إدارة المفاوضات وإبرام العقود ، المرجع السابق ، ص

(٣) د/ أحمد عبد الكريم سلامة ، النظرية العامة للنظم الودية لتسوية المنازعات / دار النهضة العربية ، سنة

ذلك المدين في التفاوض على عقد لم يرتضيه أساساً ولو كانت المرحلة التي توقفت عندها المفاوضات مقبولة ويمكن معها إبرام العقود<sup>(١)</sup>

- إذا كان الإلتزام بالإستمرار في التفاوض يعتبر كقاعدة عامة ألتزاماً ببذل عناية غير إنه قد يصبح في بعض الفروض إلتزاماً بتحقيق نتيجة وذلك يتعلق بطبيعة العمل الذي قد يكون المفاوضات ملزماً بالقيام به أو الأمتناع عنه بمقتضى الإلتفاق أو العادات التجارية<sup>(٢)</sup>

- وهنا يكون من دواعى الثقة أن يستمر المتعاقدان في التفاوض حتى نهايته أن يكون هذا الإستمرار بجدية حيث أن العدول عن التفاوض بعدما يكون المتفاوض واصلاً إلى درجة كبيرة من التقاهم يشير فحواه إلى وجود سوء نية من الطرف العادل فقطع المفاوضات قد ترجع إلى أسباب مشروعة أو إلى اسباب غير مشروعة والمشروعية هنا تعنى أن يكون هناك مبرر معقول يتعين معه قطع المفاوضات وعدم الإستمرار فيها كتغير أحوال السوق مثلاً أو وجود قوة قاهرة لعبت دوراً في عدم التوازن العدى<sup>(٣)</sup>

ويعتبر الإعتزال المفاجيء غير المبرر بعد الوصول بالمفاوضات إلى مرحلتها النهائية من الإخلال فقضت محكمة النقض الفرنسية بالرغم من أن الأصل هو حرية العدول عن المفاوضات إلا إنه العدول المفاجيء دون مبرر معقول وبعد أن تكون المفاوضات قد قطعت شوطاً معقولاً وقاربت إلى إتفاق نهائى وقيام أحد الطرفين بعدم تنفيذ كافة متطلبات الطرف يعد مخالف لحسن النية<sup>(٤)</sup>

(١) د/سعيد السيد قنديل ، الوعد بالعقد بين اجتهاد الفقه وتطويع القضاء ، دار الجامعة الجديدة ، سنة ٢٠١٤م ، ص ٣٧

(٢) د/ محمد حسن عبدالعال ، التنظيم الاتفاقى للمفاوضات العقدية ، المرجع السابق ، ص ١١٧

(٣) د/ تغريد عبدالحميد ابو المكارم ، الإلتزام بالاعلام فى عقود نقل التكنولوجيا ، المرجع السابق ، ص ١٥٢

(٤) د/ احمد محمد محرز ، المفاوضات فى العقود التجارية الدولية ، المرجع السابق ، ص ٦١

وهنا لا بد من الإستمرار في العملية التفاوضية لمدة معقولة وعدم الإنسحاب المفاجيء غيرالمبرر<sup>(١)</sup>

ومصدر هذا الإلتزام في أن كل طرف قد بعث في نفس الطرف الآخر أنه سوف يناقش معه بجدية ورغبة صادقة حول بنود العقد المزمع إبرامه وإنه إذا سارت الأمور على ما يرام سوف ينتهي الأمر بإبرام العقد النهائي<sup>(٢)</sup>

(٣) حظر أجراء مفاوضات موازية يسعى المتعاملون في ميدان المعاملات التجارية والمالية عموماً :

إلى الوصول إلى أحسن الصفقات التي تحقق طموحات مشروعاتهم وتوسيع أنشطتهم عبر الحدود وكذلك الحال بالنسبة لمنازعات ومشكلات العقود الدولية الخاصة بتشييد المطارات وأقامة الترع والجسور وإنشاء البنية التحتية حيث تسعى الدول المتعاقدة والسلطات العامة المحلية إلى طرح مناقصاتها على أكبر نطاق لكي تستطيع ليس فقط الوصول إلى المتعاقد الذي يقدم أقل الأسعار وفي الحاليتين قد يفكر أحد الطرفين اجراء مفاوضات موازية مع طرف ثالث حتى يحقق مرادة والقاعدة العامة أن المفاوضات الموازية جائزة ومشروعة عملاً إلا إذا تضمن عقد المفاوضات شرط يحظر المفاوضات الموازية وغالباً ما يتم الإتفاق عليه كما يطلق عليه lock out<sup>(٣)</sup>

ولذلك يعد التفاوض في الإطار التعاقدى محقق للوفاق بين طرفيه ويساعد في الوصول إلى إبرام العقد النهائي حيث من خلاله يتضح الخطى التي ستسير عليها عملية المفاوضات والوصول إلى العقد الذي يرغبان في إبرامه وغالباً ما يتفق الطرفان على شرط حظر

(١) د/ محمد أحمد محمود أبو الهنا ، حماية المستهلك في مرحلة ما قبل إبرام العقد ، المرجع السابق ، ص ٣٣٣

(٢) د/ فؤاد موسى ، التنظيم الاتفاقي للمفاوضات في العقود الإدارية ، المرجع السابق ، ص ٧٤

(٣) د/ احمد عبد الكريم سلامة ، النظرية العامة للنظم الودية ، المرجع السابق ، ص ١١٩

المفاوضات الموازية في عقد التفاوض ويسمى هذا الشرط بشرط القصر وهذا الشرط قد يكون لمصلحة أحد الطرفين أو لمصلحتهما معاً وأحياناً يكون لهذا الشرط مقابل مالى<sup>(١)</sup> أن كان الأصل بالنسبة لعقود المشاركة هو عدم وجود هذا الشرط فقد نص المادة (٢٣) من القانون رقم ٦٧ سنة ٢٠١٠ على أن الجهة الإدارية أن تجرى حواراً تنافسياً مع المستثمرين المؤهلين الذين تقدموا بعروضهم غير الملزمة وذلك بالإشتراك مع الوحدة المركزية للمشاركة بناءً على موافقة مسبقة وتحت رقابة اللجنة العليا لشئون المشاركة بهدف الحصول على إيضاحات بشأن عناصر العطاء الفنى والمالى وتكون هذه الحوارات مع كل صاحب عطاء على حدة . ويجب أن تتم تلك الحوارات فى إطار من المساواة بين المستثمرين المؤهلين ، ولايجوز أفتشاء سرية ما يدور خلالها من مناقشات أو يبدى من معلومات<sup>(٢)</sup>

## المطلب الثانى

### الإلتزامات العامة

هى الإلتزامات التى تنتج فى مواجهة الطرفين سواء كانت المفاوضات مصحوبة بإتفاق تفاوض أو غير مصحوبة باتفاق تفاوض وهى إلتزامات متبادلة وهنا نجد أن هذه الإلتزامات نوعين: أولاً : الإلتزام الأساسى الذى يجد مصدره فى القواعد القانونية والعدالة والأخلاق العامة وهو الإلتزام بحسن النية فى التعامل وينتج عنه عدة إلتزامات فرعية سوف نذكر منها البعض على سبيل المثال لا الحصر:

الفرع الأول :- الإلتزام الاساسى (حسن النية)

الفرع الثانى :- الإلتزامات الفرعية

(١) د/ محمد أبو زيد ، المفاوضات فى الاطار التعاقدى ، المرجع السابق ، ص١٦٣

(٢) مادة (٢٣) من القانون رقم ٦٧ سنة ٢٠١٠م الجريدة الرسمية العدد (١٩) مكرر (أ) مايو ٢٠١٠م

## الفرع الأول

### الإلتزام الأساسى

#### (الإلتزام بحسن النية)

الإلتزام الأساسى بالتفاوض الناشئ عنه عقد التفاوض ينتج عنه إلتزام أساسى بحسن النية وشرف التعامل وإذا كان عقد التفاوض كسائر العقود يهيمن عليه مبدأ سلطان الإرادة وقاعدة العقد شريعة المتعاقدين ألا أن الإلتزام بالتعامل وفقاً لحسن النية وشرف التعامل يشكل قيلاً عليهما كما تقول محكمة التحكم بغرفة التجارة الدولية بباريس ١٩٨٧ "يلتزم الأطراف بإحترام مقتضيات حسن النية فى التجارة الدولية ولا يستطيعون استبعاد هذا الإلتزام أو يضيّقوا نطاقه" (١)

- يتعين على كل طرف يقدم مقترحات حادة تكون أوعى للقبول أو الإستمرار فى التفاوض وليست مؤكدة الرفض (٢)

- يقول محكمة باريس فى حكمها الصادر فى ٢٣ مايو ١٩٩٢ إن عقد المفاوضة هو عقد بمقتضاه يلتزم أطرافه ببدء وبمتابعة التفاوض بحسن نية حول شروط عقد يبرم فى المستقبل (٣)

-المفاوضات غير المصحوبة باتفاق تفاوض يلتزم فيها ايضاً بحسن النية حيث نص القانون المصرى على أن السكوت العمدى عن واقعة مؤثرة فى التعاقد يعد تدليساً : الكتمان يعد تدليساً : لا بد من توافر الثقة وحسن النية عبر عنه القضاء الإنجليزى بقوله أن أفضل طريقة لتعريف حسن النية هى القول (بأنها غياب سوء النية) وهو المفهوم العكسى للغش وسوء النية كما ذهب

(١) د/ أحمد عبد الكريم سلامة ، النظرية العامة للنظم الودية ، لتسوية المنازعات ، المرجع السابق ، ص ١١٣

(٢) د/ محمد حسين عبد العال ، التنظيم الاتفاقى للمفاوضاتالعقديه ، المرجع السابق ، ص ١١٧

(٣) د/ محمد أبو زيد ، المفاوضات فى الاطار التعاقدى ( صورها - أحكامها) العدد الاول ؛ مجلة العلوم

القانونية والاقتصادية ، السنة (٤٧) ، يناير ٢٠٠٥م ، ص ٨

غالبية الفقه والقضاء الفرنسي أيضاً إلى إعطاء حسن النية العقدية معنى سلبياً وحيادياً بالأمانة عندهم هي غياب سوء النية

ولكن المعيار الموضوعي لحسن النية مناطه وأساسه أن حسن النية ينظر إليه بمنظار الرجل النزينة ذو الوازع الضميري ويعنى بذلك أن حسن النية في نظرهم هو النزاهة وحسن الأداء وليس غياب سوء النية متعين من وجهة نظر هذا الرأي لإعتبار توافر حسن النية أن تكون هناك نزاهة ودقة في الأداء أن تتوافر الجدية والإعتدال في التفاوض<sup>(١)</sup>

ومن المعروف أن مبدأ حسن النية من المفاهيم الفلسفية ذات الطابع الأخلاقي بهذا لا يوجد معنى دقيق ومحدد ولما أن هذا المبدأ مرتبط بسلوك الأطراف سواء كان سلوك إيجابى كقيامهم بعمل أو سلوك سلبى كضرورة الإمتناع عن عمل وهو مبدأ يفرض على الأفراد ضرورة التصرف بفكر وذهن متفتح مع رغبة حادة في الوصول إلى إتفاق فضلاً عن التحلى بالمرونة اللازمة ومراعاة مصالح الطرف الأخر مع الإبتعاد عن الأنانية والتعسف الناتج عن التعسف في إستعمال الحق<sup>(٢)</sup>

- والإعتدال من مقتضيات حسن النية فلا يطرح أحد الطرفين ما هو مؤكد الرفض وايضاً الجديه ويشمل الإلتزام بالعادات والتقاليد أيضاً حيث إتباع ما درجت عليه الأعراف المهنية<sup>(٣)</sup>

- أن الغش يفسد كل ما يقوم عليه وقد قضت محكمة النقض المصرية بأن الغش وحدة يفسد الرضا ويرتبط مبدأ حسن النية إرتباطاً وثيقاً بالأخلاق وهو ما أدى إلى ظهور مبدأ الغش يفسد كل ما يقوم عليه ويعبر عن هذا من خلال نوعين من الواجبات :

الأول :- سلبى ويفرض عدم غش أو خداع المتعاقد الأخر أو استغلاله أو استغلال ضعفه

(١) د/ تغريد عبد الحميد أبو المكارم ، الإلتزام بالاعلام فى عقود نقل التكنولوجيا ، المرجع السابق ، ص ١٥٥

(٢) د/ ميثاق طالب عبد الحمادى الجبوري ، شرط إعادة التفاوض ، المرجع السابق ، ص ١٤٩

(٣) د/ محمد حسام لطفى ، المسئولية المدنية فى مرحلة التفاوض ، المرجع السابق ، ص ٨٨ ، د/ محسن شفيق

، إتفاقية الأمم المتحدة بشأن البيع الدولى للبضائع ، دراسة مقارنة فى قانون التجارة الدولى ، دار النهضة

العربية ، ص ٣١

الثاني إيجابى : ويلتزم كل طرف بتقديم المعلومات الضرورية حتى يكون رضا الطرف الآخر قائماً على أساس واضح وسليم ؛ وإذا كان الإلتزام ببداء التفاوض إلتزام بتحقيق نتيجة فإن الإلتزام المنفرد عنه والإلتزام وبحسن النية إلتزام ببذل عناية ولكنه أهم إلتزام<sup>(١)</sup>

- حسن النية يقتضى أن يكون المتفاوضون يتميزون بالسلوك القويم والمعقولة والعدالة والأنصاف فضلاً عن الأمانة والحرص والأنصاف<sup>(٢)</sup>

- حسن النية مبدأ أساسى فى العقود لأن سوء النية ليس فقط يفسد العقد بل يبطله إذا كان الهدف منه التوصل إلى مخالفة النظام العام أو الآداب ومعنى ذلك أن يتفاوض كلاً الطرفين بحسن نية ورغبة صادقة ومخلصة من الأطراف للوصول إلى اتفاق فى ذلك باستخدام كافة الوسائل.<sup>(٣)</sup>

أن العقود الإدارية تخضع لأصل عام من أصول القانون يقتضى بأن يكون تنفيذها بطريقة تتفق مع حسن النية وهذا الأصل يطبق فى العقود الإدارية شأنها شأن العقود المدنية.<sup>(٤)</sup>

حسن النية يقتضى استبعاد كل محاولة عبث أو تضليل أو حيلة من الحيل وهذا يعنى أن مبدأ حسن النية يتطلب الإلتزام الأخلاقى والأمانة التامة للتعهدات التى يأخذها الأطراف على عاتقهم.<sup>(٥)</sup>

(١) د/ محمد أحمد محمود ابو الهنا ، حماية المستهلك ، المرجع السابق ، ص ٣٣٥

(٢) د/ ميثاق طالب عبد حمادى الجبوري ، شرط إعادة التفاوض ، المرجع السابق ، ص ٦١٩

(٣) د/ محمود عبد المحسن البحيرى ، المفاوضات الجماعية ، المرجع السابق ، ص ٨

(٤) د/ سليمان محمد الطماوى ، الأسس العامة للعقود الإدارية ، المرجع السابق ، ص ٥٦١ ، الجوانب القانونية للمفاوضات فى المعاهدات الدولية.

(٥) د/ نيكولا اشرف شالى ، الجوانب القانونية للمفاوضات فى المعاهدات الدولية ، المرجع السابق ص ٥٧٨ ، د/ عبد العزيز المرسى حمود ، الجوانب القانونية لمرحلة التفاوض ذات الطابع التعاقدى ، المرجع السابق ، ص ٧٤ ،



وتنص المادة (١٤٨ / ١ م.م) "يجب تنفيذ العقد طبقاً لما اشتمل عليه وبطريقه تتفق مع ما يوحيه حسن النية<sup>(١)</sup> فهذا الإلتزام مفاده التصرف بالأمانة في إطار احترام القانون وصدق التعهدات<sup>(٢)</sup> وإذا كان التفاوض بدون عقد فإنه يتعين أن يتبع القواعد العامة للقانون المدني وهو حسن النية كمبدأ عام لا على أساس تعاقدى.<sup>(٣)</sup>

## الفرع الثاني

### الإلتزامات الفرعية

ينتج عن الإلتزام بحسن النية بإعتباره قاعدة عامة لإلتزامات فرعية عديدة ولذلك سوف أذكر أهمها علي سبيل المثال لا الحصر وهي .

١. الإلتزام بالمحافظة علي سرية المعلومات.
٢. الإلتزام بالتعاون.
٣. الإلتزام بالإعلام.
٤. الإلتزام بالتبصير.

١. الإلتزام بالمحافظة علي سرية المعلومات : يستلزم السير في المفاوضات وصولاً إلي اتفاق الكشف عن العديد من الأسرار من الطرف للطرف الأخر سواء بشأن المسائل الفنية أو التكنولوجية أو الأسرار الخاصة بالموقف المالي وحجم تعاملات أحد الطرفين وسائر الأسرار التي تتصل بالكيان المادي والمعنوي به<sup>(٤)</sup>

وعادة ما يتفق طرفي التفاوض في إتفاق خاص مستقبل أو بإدراج بند في عقد التفاوض على الإلتزام بالحفاظ علي سرية المعلومات التي تم تداولها والكشف عنها خلال المفاوضات سواء

(١) المادة ١٤٨ / ١ مدنى مصرى

(٢) د/ خالد جمال أحمد حسين ، الإلتزام بالاعلام قبل التعاقدى ، المرجع السابق ، ص١٦٠

(٣) د/ سعيد السيد قنديل ، الوعد بالعقد بين اجتهاد الفقه وتطويع القضاء ، دار الجامعة الجديدة ، سنة ٢٠١٤م ، ص٣٦

(٤) د/ احمد عبد الكريم سلامة ، النظرية العامة للنظم الودية ، المرجع السابق ص١٢١.

في حالة نجاح المفاوضات والوصول إلي الإتفاق النهائي أم في حالة أخفاقها لمدة زمنية تتفق علي مدتها وهي بالمعني الأدق الإلتزام بعدم إفشاء الأسرار حيث بهدف هذا الإلتزام إلي منع الأطراف من الإفصاح عن المعلومات والبيانات ويمتنع عليه تسريب هذه المعلومات سواء بمقابل أو بدون مقابل.<sup>(١)</sup>

وفي الواقع العملي توجد عدة صعوبات تواجه الأطراف عند محاولة الإتفاق علي شرط الإلتزام بالسرية في مرحلة التفاوض وفي مقدمة هذه العقبات تعريف المعلومات التي تعد سرية وحدود سرية هذه المعلومات وتحديد الأشخاص الذين يقع علي عاتقهم هذا الإلتزام وتحديد الوقت الذي بدأ منه هذا الإلتزام وخصوصاً حالة أخفاق التفاوض وتحديد الجزاءات التي توقع في حالة المخالفة لهذا الألتزام وهنا نجد أن هناك بعض التشريعات نصت عليه صراحة وقد أوردت القانون المصري أيضاً بشأن عقود نقل التكنولوجيا في المادة (٨٣) ويزيد الإلتزام بتقديم المعلومات وطأة إذا كان الطرف الآخر متخصص بأن بكافة البيانات والمعلومات التي من شأنها أن يدلى تساهم في إيجاد رضاء كامل وسليم مستتير بكافة تفاصيل هذا العقد.<sup>(٢)</sup>

٨٣ من هذا القانون وإلا أنه تم تنظيمه بالنسبة لمفاوضات عقود المشاركة أما القانون الفرنسي فقد جاء بالإلتزام عام مفاده إلزام المفاوض بالإعلام والنصيحة وتقديم المعلومات بشفافية والمحافظة على المعلومات لدرجة أنه وضع بعض الجزاءات على الإخلال به يصل بعضها إلى حد الجزاءات الجنائية.<sup>(٣)</sup>

وهي كل المعلومات التي تتوفر فيها السرية وتعود بمنفعة إقتصادية على حائزها فمثلاً الأسرار التجارية والصناعية والمعارف الفنية السرية والأعمال الإدارية والتنظيمية والخدمية والتي لها قيمة إقتصادية وتسمى في الولايات المتحدة بالأسرار التجارية وفي النظام الإنجليزي المعلومات

(١) د/ احمد محمد محرز ، المفاوضات في العقود التجارية الدولية ، المرجع السابق ، ص٦٥

(٢) د/ حمدي بارود ، دراسة حول المبادئ التي تحكم المفاوضات في عقود نقل التكنولوجيا ، مجلة القانون

والاقتصاد، العدد الرابع والسبعون ، مطبعة جامعة القاهرة ، سنة ٢٠٠٤م ، ص١٤٠

(٣) د / أبوالعلا على النمر ، مفاوضات عقود التجارة الدولية ، المرجع السابق ، ص ١٧ وما بعدها

السرية معظم الدول الأوروبية المعرفة الفنية وفي مصر تسمى المعلومات غير المفصح عنها ويكون على من تصل لعلمه أن يتخذ ما يلزم من إجراءات للحفاظ على سرية المعلومات حتى يمنع تداولها ففي فرنسا لا يكفي أن يكون لدى الحائز نية الحفاظ على المعلومات بل لابد من قيامه بأفعال إيجابية متناسبة مع طبيعة المعلومات بغرض حفظ سريتها .<sup>(١)</sup> ومصدر الحماية هنا ينبع من أن عملية التفاوض هي السبب في أن يدلي كل طرف بمعلومات ذات أهمية عظيمة له إلى الطرف الآخر فإذا فشلت المفاوضات إلترم الطرف الآخر بالألا يستغل ما حصل عليه من معلومات<sup>(٢)</sup> وأن ما وصل لعلمه ما كان ليعرفه لولا وجود العملية التفاوضية.<sup>(٣)</sup> وإذا كان التفاوض مصحوب بإتفاق نجد غالباً ما يتم النص صراحة على ضرورة المحافظة على سرية المعلومات لكي يكون مصدر الإلتزام هو عقد التفاوض حيث يتم أحياناً الإتفاق على إستمرار الإلتزام حتى لو فشلت المفاوضات لمدة معينة كثلاث سنوات مثلاً فيستمر الإلتزام حتى بعد فشل المفاوضات .<sup>(٤)</sup>

٢- الإلتزام بالتعاون : - لابد من تعهد الأطراف بالتعاون فيما بينهم حتى تتحقق الغاية من المفاوضات وعادة لا يتم النص كتابة أو شفاهة على الإلتزام بالتعاون والمساعدة المتبادلة وهو موجود ضمناً بدون نص غالباً .<sup>(٥)</sup> الحقيقة أن واجب التعاون واجب ملح وضروري خلال فترة المفاوضات وتستهدف تحديد المشكلات التي تتعلق بالعقد المراد إبرامه ومن ثم يسعى كل طرف إلى تكوين رضا مستتير

(١) د / محمد عبدالإله عبد الظاهر ، المسؤولية المدنية عن الأضرار الناتجة عن تسريب المعلومات غير المفصح عنها، دار الجامعة الجديدة ، سنة ٢٠٢٠م ، ص ٣٣.

(٢) د / محمد حسام لطفي ، المسؤولية المدنية في مرحلة التفاوض ، بدون دار نشر ، سنة ١٩٩٥م ، ص ١٨

(٣) د / إبراهيم الشهاوي ، ثقافة التفاوض والحوار ، المرجع السابق ، ص ٢٤٠

(٤) د / محمد أبوزيد ، المفاوضات في الإطار التعاقدوي وصورها وأحكامها ، المرجع السابق ، ص ١١٨ وما

بعدها

(٥) د / محمد أحمد عبدالنعيم ، مرحلة المفاوضات في العقود الإدارية ، المرجع السابق ، ص ١١٦

وواع بخصوص هذا العقد ولذا نلاحظ في التفاوض على العقود المهمة ومن صور الإلتزام بالتعاون في مرحلة التفاوض وجوب مشاركة كل طرف الآخر في تحديد مكان وزمان التفاوض وكذلك وضع جدول زمني لسير المفاوضات حيث يتضح في النهاية خلال فترة معقولة وكذلك التشاور حول تعيين الخبير الذي يعهد إليه بتحديد الثمن وهو إلتزام تبعي للإلتزام بحسن النية .  
(١)

- وهنا يكون التعاون من خلال التفاوض وعدم الرفض بشكل غير مبرر لكل المقترحات من الطرف الآخر بالرغم من منطقية هذه الإقتراحات وعدم تقديم إقتراحات غير مقبولة وغير معقولة لأن هذا ينم عن الرغبة في تعطيل المفاوضات أى أن يتم التفاوض بجدية وأحياناً ما تقوم المسؤولية نظراً لعدم جدية أحد الأطراف في المفاوضات ومع أن الأصل هو جدية العدول فإن العدول المفاجئ بعد قطع شوط كبير وبشكل غير مبرر يثير قواعد المسؤولية . (٢)

نصت المادة (٢١) من القانون ٦٧ لسنة ٢٠١٠م " ..... وللمستثمر المؤهل أن يشترط على السلطة المختصة بالجهة الإدارية الإلتزام بعدم إفشاء سرية أى من البيانات الخاصة بتحفظاته أو توقعاته الإقتصادية أو المالية " . (٣)  
ويعرفه البعض بأنه إلتزام بالشفافية في تقديم المعلومات والبيانات حيث تنعقد المسؤولية إذا قدمت معلومات مغلوبة أو مستترة أو مفرطة في التناؤل أو مغرقة في التشاؤم أو بالية أو غير ملائمة لموضوع التفاوض. (١)

(١) د / ميثاق طالب عبد حمادي الجبوري ، شرط إعادة التفاوض ، دار الجامعة الجديدة ، سنة ٢٠١٧م ، ص ٦٨١

(٢) د / محمد صلاح أحمد الزهري ، الأساس القانوني للمسؤولية عن المفاوضات في العقود الإدارية ، المرجع السابق، ص ١١٠

(٣) مادة (٢١) من القانون ٦٧ لسنة ٢٠١٠م

والعبرة هنا بمعيار الرحل المعتاد وهو ما يكفل الوصول إلى نهاية مرضية إما في تحديد محل التفاوض أو غض الطرف عنه كلية فمثلاً عدم التراضي في مواعيد الجلسات ، وعدم التأخير بدون عذر مقبول في حضور الجلسات وعدم الرفض غير المبرر لتعيين خبير.<sup>(٢)</sup> وأكد الفقه على أهمية التعاون في العلاقات التعاقدية بإعتباره مساعد على التوفيق بين المصالح المتعارضة ويعد تطبيقاً ملموساً لمبدأ حسن النية ، ذلك المبدأ الذي لم يعد يقف عند حد المسلك السلبي (التمثل في الإمتناع عن الغش وسوء النية بل تطور الآن وأصبح يفرض سلوكاً إيجابياً بالتعاون).<sup>(٣)</sup>

٣- الإلتزام بالإعلام :- لم يتناول المشرعان المصري والفرنسي تعريف الإلتزام بالإعلام حيث ترك الأمر للفقه فعرفه الفقه الفرنسي بأنه إلتزام قانوني عام سابق على العقد يلتزم فيه المدين بإعلام الدائن في ظروف معينة إعلاناً صحيحاً وصادقاً بكافة المعلومات الجوهرية المتصلة بالعقد المراد إبرامه والتي يعجز عن الإحاطة بها بوسائله الخاصة لئيتسنى رضاه وبالعهق وهذا الإلتزام ينشأ وينتهي في مرحلة التفاوض وهو مستمد من قواعد حسن النية .<sup>(٤)</sup>

وفي حكم صادر من غرفة التجارة الدولية في ١٩٨٥م تعد هيئة التحكيم بأن إلتزام طرفي العقد بالتعاون على حسن النية في تنفيذه يلقي على عاتق كل منهما إلتزامات بالإعلام وتطبيقاً لهذا الحكم يقول بعض الفقه أنه قد يحدث أثناء التفاوض على عقد ترخيص براءة إختراع أن تبتكر معارف تكنولوجية تجعل المعارف محل العقد بالية وقديمة ولذا يرى أن على المرخص أن يبلغ الطرف الآخر بمخاطر قدم المعارف محل العقد .<sup>(٥)</sup> وهو إلتزام ينشأ في مرحلة سابقة على

(١) د / محمد حسام لطفي ، المسؤولية المدنية في مرحلة التفاوض ، المرجع السابق ، ص ١٧

(٢) د / محمد أبوزيد ، المفاوضات في الإطار التعاقدية ، المرجع السابق ، ص ٦٦

(٣) مادة رقم (٢١) من القانون رقم ٦٧ لسنة ٢٠١٠م

(٤) د / محمد أحمد أبو الهنا ، حماية المستهلك في مرحلة ما قبل إبرام العقد ، المرجع السابق ، ص ١٤٥

(٥) د / محمد أبوزيد ، المفاوضات في الإطار التعاقدية ، المرجع السابق ، ص ٦٩

تكوين العقد وضمن الرضا المستتير يستطيع من خلاله أن يبزم العقد أو أن يرفضه ويجعل كل معطيات التفاوض واضحة.<sup>(١)</sup>

وبذلك فهو يختلف عن الإلتزام التعاقدي بالإعلام لأن الإلتزام قبل التعاقد ليس إلتزاماً عقدياً فهو إلتزام مستقل عن عقد المشاركة ويجب الوفاء به قبل تكون العقد سواء تم إبرام عقد المشاركة أو لا وهو إلتزام أساسه ضرورة علم كل طرف بالمعلومات الجوهرية للعقد والإعلام الصريح يحقق نجاح العقد.<sup>(٢)</sup>

وهنا لا بد أن يقدم المتفاوض إلى المتفاوض معه معلومات حقيقية عن مدى ملائمة العملية المطروحة فنياً ومالياً ، فلا يستغل عدم تخصيص المتفاوض في مسائل فنية أو مالية معنية ليزج به في عقد لا يناسبه ويتفاهم هذا الإلتزام وطأة وسعة إذا ما تعلق الأمر بمتخصص أو متمرس في مجاله بطبيعة الحال حيث يكون لديه قدرة على تبصير الطرف الآخر . وهو إلتزام تبادلي بين الطرفين ومن يقع ضحية للتفاوض يكون له الحق في اللجوء إلى القضاء بدعوى المسؤولية أو دعوى الغلط في الرضا.<sup>(٣)</sup>

ويطلق عليه بعض الشراح الإلتزام بالإفشاء وبمقتضاه يتم الإفشاء بالملاسات الواقعية والقانونية المحيطة بالعقد المزمع إبرامه ويلتزم كل طرف بالإفصاح عن أية معلومة تكون من شأنها أن تؤثر على قرار الطرف الآخر بالإستمرار في المفاوضات وإبرام العقد.<sup>(٤)</sup>

- وتنص المادة (٤٣٢) مدني مصري البائع وفق هذا النص يلتزم بتسليم الشئ المبيع

وملحقاته والمعلومات التي يلتزم البائع بالإدلاء بها للمشتري توجد مع الشئ محل

التسليم ذاته لتصبح من ملحقاته.<sup>(١)</sup>

(١) د / حسن عبدالباسط جمعي ، حماية المستهلك الخاصة برضاء المستهلك في عقود الاستهلاك ، كلية

الحقوق ، القاهرة ، دار النشر الذهبي للطباعة ، سنة ١٩٩٦م ، ص ١٧

(٢) د / تغريد عبدالحاميد أبوالمكارم ، الإلتزام بالإعلام في عقود نقل التكنولوجيا ، المرجع السابق ، ص ١٢٨

(٣) د / أحمد محمد محرز ، المفاوضات في العقود التجارية الدولية ، المرجع السابق ، ص ٦١ وما بعدها

(٤) د / إبراهيم الشهاوي ، ثقافة التفاوض والحوار ، المرجع السابق ، ص ٢٤١

وقد أقر الفقه الإسلامي الإلتزام بالإعلام منذ خمسة عشر قرناً في أحكامه العشر التي توصل الفقهاء إلى هذا الإلتزام. عن طريق حكم ألزم الغير بالإلتزام بالإعلان.

الإلتزام بالإعلام في مرحلة ما قبل إبرام العقد موجود في الشريعة الإسلامية وذلك لما رواه وإئلة ابن الاسقع من أن رسول الله (صلى الله عليه وسلم) قال " لا يحل لأحد أن يبيع شيئاً إلا بين ما فيه ولا يحل لأحد يعلم ذلك إلا بينه" صدق رسول الله.<sup>(٢)</sup>

وكذلك نص عليه القانون المدني المصري في المادة (٢/٢٥) تطلب نية التضليل لدى المتعاقد المدلس لأعمال جزاء التدليس وذلك بإشتراطه في السكوت أن يكون عمدياً ، الإلتزام بالإعلام يقع على عاتق كل متفاوض وبصفة خاصة إذا كان مهنيّاً متخصصاً كما هو الشأن بطبيعة الحال للمورد المعلوماتي.<sup>(٣)</sup>

- أهم المعلومات هي المعلومات الجوهرية التي من شأنها أن تجعل المتعاقد إما أن يقدم على إبرام العقد أو يحجم عنه وهذه الشروط هي :

١- أن يكون بسيط ومفهوم وعباراته سهلة وألفاظه مبسطة وميسورة الإدراك واللجوء إلى الأسلوب البسيط في عرض المعلومات .

٢- أن يكون الإعلام كافياً حتى يمكن الدائن من العلم والإحاطة بجميع العناصر الجوهرية المتصلة بالعقد، فالإعلام الناقص مبتور لا يحقق هدفه ولا يصل إلى غايته.

٣- إعلام دقيق يحدد المواصفات بدقة بقدر يساعد الطرف الآخر على إتخاذ قراره

(١) مادة (٤٣٢) مدني مصري.

(٢) حديث شريف ، صحيح البخاري

(٣) د / حسام الدين كامل الأهواني ، المفاوضات في الفترة قبل التعاقدية ومراحل إبرام العقد الدولي ، المرجع السابق، ص ٨٨

- وبذلك يكون على الدائن أن يقدم المعلومات وأن يراعي قدرات هذا الأخير فإذا كان لا يفهم المعلومات إلا بصعوبة فيكون ملزم بإعطائه تفسيرات مفصلة ويبسط العبارات.<sup>(١)</sup>

ويقابل الإلتزام إلتزام بالإستعلام وهنا فالأصل أن يتحرى كل طرف من الظروف والملابسات الفنية والقانونية والواقعية التي تؤثر على موقفه المالي والقانوني في مرحلة التفاوض.<sup>(٢)</sup>

وبذلك أكون قد ذكرت أهم الإلتزامات الناتجة عن الإلتزام بحسن النية وهي الإلتزام بالمحافظة على سرية المعلومات والإلتزام بالتعاون والإلتزام بالإعلام الذي نجد أن بعض الشراح يدرجه تحت نوع من الإلتزامات هو الإلتزام بالتبصير الذي هو أعم وأشمل حيث معناه إضاءة الطريق للشخص وإعطاء معلومات عامة وشاملة.<sup>(٣)</sup>

(١) د / عصام عبدالمعبود ، الشرح الوافي للإلتزام بالتبصير في مجال العقود المدنية والتجارية ، الطبعة الأولى ، دار النهضة العربية، سنة ٢٠١٨م ، ص ٨٧

(٢) د / أحمد محمد محرز ، المفاوضات في العقود التجارية الدولية ، المرجع السابق ، ص ٩٦

(٣) د / عصام عبدالمعبود ، الشرح الوافي للإلتزام بالتبصير في مجال العقود المدنية والتجارية ، المرجع السابق ، ص ٢٠



## المبحث الثاني

### القيود الواردة على حرية الإدارة في التعاقد

#### تمهيد وتقسيم :

أعطى القانون للإدارة سلطات واسعة في مجال العقود الإدارية ولكن هذا لا يعني إعفاء الإدارة من كل القيود فهذه السلطة مقيدة ومنظمة فقد وضع لها القانون العديد من الإشتراطات كضرورة وجود إعتاماد مالي وأن تلجأ الإدارة إلى الإستشارات حول المشروع وأن تحصل على إذن بالتعاقد من الجهة المختصة.

وهذا ما جاء النص عليه في المادة الرابعة من القانون رقم (٦٧) لسنة ٢٠١٠م بشأن تنظيم مشاركة القطاع الخاص في مشروعات البنية الأساسية والخدمات والمرافق العامة والإجراءات الواجب إتباعها قبل طرح مشروعات المشاركة وتتمثل هذه الإجراءات فيما يلي:

١- طلب السلطة المختصة للجوء إلى أسلوب المشاركة ويقصد بالسلطة المختصة وفق ما جاء بنص المادة الأولى من هذا القانون " الوزير المختص أو رئيس مجلس إدارة الهيئة أو الممثل القانوني للشخص الإعتباري العام.

٢- إجراء جميع أنواع الدراسات المالية والقانونية بالإضافة إلى دراسات الجدوى الإجتماعية والإقتصادية والبنية من أهل الإختصاص والخبرة تحت إشراف الوحدة المركزية للشراكة لبيان جدوى مشروع المشاركة وضمان مستوى الإنتاج والخدمات وجودة أصول المرفق وصيانتها.

٣- موافقة اللجنة العليا لشئون المشاركة على الطرح وفقاً لنظام المشاركة.

وبناء على ذلك سوف أقسم هذا المبحث إلى ثلاث مطالب :

**المطلب الأول : الإعتاماد المالي**

**المطلب الثاني : الإستشارات السابقة**

**المطلب الثالث : التصريح بالتعاقد**

## المطلب الأول

### الاعتماد المالي

قبل أن تبدأ الإدارة في التعاقد لابد أن يكون لديها اعتماد مالي يتحمل أعباء المشروع المراد ابرامه بأسلوب المشاركة ويقصد بذلك تحديد أوجه الإيراد أو الإنفاق على المشروع بحيث لا تتجاوز الحدود القصوى للإنفاق المقررة في الميزانية ومن ثم يكون كل إنفاق زائد لابد أن يكون بقانون ومع ذلك إذا تعاقدت الإدارة دون توافر الإعتماد المالي فإن هذا لا يبطل التصرف (١)

-ولأن الإدارة يفترض أن لا تتعاقد إلا إذا توافر الإعتماد المالي فإذا هي تجاوزت هذا القيد وتعاقدت فإنها تصبح معرضة للمسؤولية القانونية (٢)

وتنص المادة (١١) من القانون رقم (١٨٢) لسنة ٢٠١٨ م " يجب على الجهة الإدارية قبل البدء في إتخاذ إجراءات الطرح التحقق من توافر الاعتمادات المالية المخصصة لديها لتنفيذ موضوع التعاقد على أن تتضمن شروط الطرح بما يفيد ذلك ويكون التعاقد في حدود الإحتياجات الفعلية الضرورية (٣)

ومما لا شك فيه أن عدم توافر هذا الإعتماد يرتب بالتأكيد مسؤولية إدارية يحسبان أن هذا الإجراء من الأمور الجوهرية التي لا يصح فيها الإهمال أو الإغفال عنها (٤)

(١) د/ أحمد سلامة بدر، العقود الإدارية وعقود البوت ، دار النهضة العربية ، سنة ٢٠٠٣م ، ص٣٦

(٢) د/ علي حمزة عباس الغانمي ، عطاء العقد وعطاء التفاوض ، المرجع السابق ، ص ١٠

(٣) المادة (١١) من القانون رقم ١٨٢ لسنة ٢٠١٨م ، الجريدة الرسمية العدد ٣٩ مكرر (د) في ٣ أكتوبر

٢٠١٨م

(٤) المادة (١١) من القانون رقم ١٨٢ لسنة ٢٠١٨م ، الجريدة الرسمية العدد ٣٩ مكرر (د) في ٣ أكتوبر

٢٠١٨م

ولكى تستطيع جهة الإدارة توفير الإعتماد المالى لابد أن تقوم بدراسة الجدوى للمشروع وتحديد التكلفة التى يحتاجها بالضبط حتى تتأكد من توافرها من عدمه ، من معدات والآلات واراضى... الخ<sup>(١)</sup>

وهذا محض تطبيق للقواعد العامة التى تقضى بأن أى إنفاق عام يستوجب أن يكون له إعتماد مالى وتقرر الإعتمادات المالية بواسطة البرلمان الذى يصدر قانوناً يربط الميزانية ويقتصر دور البرلمان هنا على مجرد الموافقة على الإعتماد المالى دون أن يمتد دوره إلى عقد المشاركة الذى تبرمه جهة الإدارة وتنص المادة (٥١) تشكل بقرار من السلطة المختصة بالجهة الإدارية لجنة تتولى وضع القيمة التقديرية للمشروع وتضم عناصر فنية ومالية وذلك لمراعاة القواعد الآتية:

(أ) أن يتم وضع القيمة التقديرية باقتراض أن الجهة الإدارية ستقوم بتنفيد المشروع بمعرفتها .  
(ب) يجب أن تشمل القيمة التقديرية على إجمالى التكاليف الإستثمارية للمشروع بالإضافة إلى اجمالى تكاليف التشغيل والصيانة طوال فترة العقد و بالأسعار الحالية للسوق وقت وضع القيمة التقديرية .

(ج) أن يتم وضع القيمة التقديرية بمراعاة عدم إضافة أى أعباء تمويلية ومعدلات للتضخم .<sup>(٢)</sup>  
وأن مخالفة القواعد المالية لا يترتب عليه أى أثر بالنسبة للعقود الإدارية فإذا تعاقدت الإدارة بالمخالفة للإعتمادات المالية فإنها تظل ملزمة تجاه من تعاقدت معه نظراً لصعوبة توصل المتعاقد مع الإدارة إلى معرفة مدى توافر الإعتماد المالى من عدمه ولا يمكن أيضاً إجبار

(١) د/ محمد ماهر أبو العنين ، قوانين المناقصات والمزايدات فى العقود الإدارية ، بدون دار نشر ، سنة

٢٠٠٤م ، ط٢ ، ص ٣٥٤

(٢) مادة (٥١) من اللائحة التنفيذية رقم ٢٣٨ لسنة ٢٠١١م الجريدة الرسمية العدد (٣) مكرر (ب) ٢٣ يناير

٢٠١١م

الجهة الإدارية على التعاقد بمجرد حجة وجود إعتقاد مالى فالإدارة تكون حرة فى التعاقد من عدمه حتى مع توافر الإعتقاد المالى (١)

ونصت المادة (٢٥) من القانون رقم (٦٧) لسنة (٢٠١٠) على أن " تشكل بقرار من السلطة المختصة بالجهة الإدارية لجنة من عناصر مالية وفنية تتولى وضع التكاليف الأساسية للمشروع فى حاله تنفيذه من الجهة الإدارية ويطلق عليها القيمة التقديرية وعلى اللجنة إعداد تقرير عن أعمالها يتضمن بيان الأسس التى إتبعها لوضع تلك التكاليف وتحديد هذه القيمة ، يوضع فى مظروف مغلق موقع عليه من جميع أعضاء اللجنة وتتولى الوحدة المركزية للمشاركة مراجعة التكاليف الأساسية للمشروع وتضيف إليها تكلفة التمويل وحساب المخاطر والأعباء التى يتحملها القطاع الخاص لتنفيذ المشروع وترفع بتقريرها الجديد ويطلق عليه المقارن الحكومى تقرير يتم إعتماده من اللجنة العليا لشئون المشاركة يوضع فى مظروف مغلق موقع عليه من رئيس الوحدة المركزية للمشاركة ولا يفتح إلا بعد فتح المظاريف المالية للعطاءات المقبولة فنياً (٢)

-والإعتقاد المالى هو الأصل فى العقود الإدارية بوجه عام أما هنا فنحن بصدد عقد المشاركة فإن الإدارة تدخل فى هذا النوع من التعاقدات نظراً لأنها لا يتوافر لديها الإعتقاد المالى فتلجأ إلى شركات القطاع الخاص لتمويل مشروعاتها وخصوصاً مشروعات البنية التحتية فهنا نجد الإدارة تقوم بإعداد القيمة المالية للمشروع إذا نفذته جهة الإدارة ( المقارن الحكومى ) حتى تستطيع بناء عليه تحديد أفضل المتقدمين إليها من الناحية المالية بحيث يكون الأقدر على مشاركة جهة الإدارة فى تنفيذ المشروع .

وتنص المادة (١٥) من القانون ( ١٨٢ ) لسنة ٢٠١٨ على أن " تشكل بقرار من السلطة المختصة لجنة تضم الخبرات والتخصصات النوعية اللازمة وتتولى إعداد القيمة التقديرية أو

(١) المستشار الدكتور عبد الفتاح صبرى أبو الليل ، أساليب التعاقد الإدارى ، بدون دار نشر ، سنة ١٩٩٤م

، ص ١٥٨

(٢) المادة رقم (٢٥) من القانون رقم ٦٧ لسنة ٢٠١٠م

التمن الأساس للعملية محل التعاقد " (١) ووفقاً لنص المادة (١٥) من القانون تختص اللجنة لشئون المشاركة بما يأتي ٠٠٠٠ متابعة توفير المخصصات المالية لضمان الوفاء بالإلتزامات المالية الناشئة على تنفيذ عقود المشاركة " (٢)

---

(١) المادة رقم (١٥) من القانون رقم ١٨٢ لسنة ٢٠١٨م

## المطلب الثاني

### التصريح بالتعاقد

يستلزم المشرع قبل الإقدام على إبرام العقود الإدارية ضرورة الحصول على تصريح أو إذن بالتعاقد من الجهة الإدارية ويكون له أحد صورتين إما تشريع أو قرار<sup>(١)</sup> ويصدر هذا التصريح على محل مشروع غير مخالف للنظام العام والآداب<sup>(٢)</sup>

-وتنص المادة (٧٦) من القانون رقم ١٨٢ لسنة ٢٠١٨ بأن " في حالات الضرورة يجوز لمجلس الوزراء أن يصرح لجهة إدارية بعينها لإعتبارات تقدرها وترتبط بطبيعة عمل تلك الجهة أو نشاطها أو طبيعة العملية بالتعاقد بأى من طرق التعاقد المنصوص عليها بالمادة (٧)<sup>(٣)</sup> فلا يمكن إبرام عقد المشاركة إلا بالحصول على إذن السلطة المختصة بإبرامه وهنا فإن طرح الفكرة أساساً أمر من إختصاص الوزير أو رئيس الهيئة ولا بد بعد عمل دراسة الجدوى أخذ التصريح من اللجنة العليا لشئون المشاركة وهنا لا يمكن إبرام العقد إلا بهذا الإذن وهذا الإذن يختلف بطبيعته عن ضرورة توافر الإعتماد المالى حيث أنه بدون هذا الإذن يصبح العقد باطلاً وأن كان الحصول على هذا الإذن لا يجبر جهة الإدارة على إبرام العقد<sup>(٤)</sup>

وفقاً لنص المادة(١٤) من القانون رقم ٦٧ لسنة ٢٠١٠ يكون تشكيل اللجنة العليا بشئون المشاركة برئاسة رئيس مجلس الوزراء وعضوية الوزراء المختصين بالشئون المالية والاستثمار والتنمية الاقتصادية والشئون القانونية ورئيس الوحدة المركزية للمشاركة ولرئيس مجلس الوزراء

(١) د/ على حمزة عباس الغانمي ، عطاء العقد وعطاء التفاوض ، المرجع السابق ، ص ٩

(٢) د/ نيكولا اشرف شالى ، الجوانب القانونية للمفاوضات فى المعاهدات الدولية ، المرجع السابق ، ص

(٣) مادة (٧٦) من القانون رقم ٨٢ لسنة ٢٠١٨م

(٤) المستشار الدكتور عبد الفتاح صبري أبو الليل ، أساليب التعاقد الإدارى ، المرجع السابق ، ص ١٦١

ضم من يراه من الوزراء المعنيين إلى عضوية هذه اللجنة . ويدعو رئيس اللجنة الوزير المختص بمشروع المشاركة المطلوب تنفيذه عند نظر إتماد المشروع<sup>(١)</sup> وبذلك فإن القانون حدد اللجنة العليا لشئون المشاركة كجهة الحصول على الإذن المسبق بالتعاقد ويمتد الأمر إلى مرحلة الطرح فلا يمكن طرح المشروع للمشاركة إلا بعد الحصول على موافقة اللجنة العليا لشئون المشاركة وهذا ما جاء النص عليه في المادة رقم (٤) من قانون المشاركة حيث نصت على أن " لا يجوز طرح مشروعات المشاركة إلا بعد موافقة اللجنة العليا لشئون المشاركة المنصوص عليها في المادة(٢٤) من هذا القانون ، بناءً على طلب السلطة المختصة في ضوء الدراسات التي تعد تحت إشراف الوحدة المركزية للمشاركة المنصوص عليها في المادة (١٦) من هذا القانون وبيان جدوى مشروع المشاركة وضمان مستوى الإنتاج والخدمات وجودة أصول المرافق وصيانتها<sup>(٢)</sup>

(١) المادة رقم (١٤) من القانون رقم ٦٧ لسنة ٢٠١٠م

(٢) مادة (٤) من القانون ٦٧ لسنة ٢٠١٠م الجريدة الرسمية ، العدد(١٩) مكرر (أ) مايو ٢٠١٠م

### المطلب الثالث

#### الاستشارات السابقة

والإستشارات نوعان فهناك إستشارات ملزمة وهناك إستشارات تأخذ حكم النصيحة الودية لا أهمية لها

- فإذا كانت الاستشارة ملزمة للإدارة سواء باللجوء إليها أو الوقوف عند حدودها تأخذ حكم الإذن بالتعاقد حيث أن الإدارة فى الأصل غير ملزمة بإستشارة جهة معينة قبل القيام بالتعاقد إلا إذا ألزمها المشرع بذلك لإعتبارات فنية أو مالية أو قانونية يتوخاها وهذا ما نصت عليه المادة ( ٨٥ ) من قانون مجلس الدولة المصرى رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢ بانه لا يجوز لأى وزارة أو هيئة عامة أو مصلحة من مصالح الدولة أو تتجزأ عقد أو صلح أو تحكيم أو تنفيذ قرار محكمين فى مادة تزيد قيمتها عن خمسة آلاف جنيه بغير إستفتاء إدارة الفتوى المختصة (١)

ووفقاً لما ورد بالمادة (١٥) من القانون ٦٧ لسنة ٢٠١٠ تختص اللجنة العليا بشئون المشاركة بإجراء الدراسات واقتراح وسائل توفير وتطوير أدوات الشئون اللازمة لتوفير الهيكل التمويلي المناسب لمشروعات المشاركة (٢)

(١) د/عبد العزيز عبد المنعم خليفة ، الأسس العامة للعقود الإدارية ( الإبرام - التنفيذ - المنازعات ) دار الفكر الجامعى ، الاسكندرية ٢٠٠٧م ، ص ١١٦ وما بعدها  
(٢) المادة (١٥) من القانون ٦٧ لسنة ٢٠١٠م



### التوصيات

ومن خلال البحث توصلت إلى أن عملية المفاوضات عملية حساسة للغاية وشائكة ولذلك أوصي بما يلي:

**أولاً :** ضرورة أن يشمل المشرع المصري مرحلة المفاوضات بالتنظيم التشريعي المصري مرحلة المفاوضات بالتنظيم التشريعي وخصوصاً في العقود الضخمة والمهمة مثل عقد المشاركة وعقود البوت حتى يتسنى للمتعاقد مع الجهة الإدارية أن يعرف ما عليه من التزامات وما له من حقوق في هذه المرحلة.

**ثانياً :** ضرورة أن يتم تقليص سلطة الإدارة في مرحلة المفاوضات منعاً لهروب القطاع الخاص من هذه المشروعات خوفاً من السلطات الواسعة للجهة الإدارية.

**ثالثاً :** ضرورة وضع جزاءات مالية علي المتعاقد الذي يدخل المفاوضات سواء نيه وهو يعلم يقيناً أنه لن يقدم علي إبرام العقد النهائي.

**رابعاً :** الأخذ بأسلوب الممارسة للتعاقد عند إبرام عقد المشاركة لأنه يجعل التفاوض أسهل بكثير ويفتح الباب لأكبر عدد من المنافسين لتقديم مقترحاتهم ونقشاتهم.

**خامساً :** ضرورة أن تقدم جهة الإدارة التعويض المناسب إذا هي عدلت عن التفاوض لدواعي المصلحة العامة وأن ينظم هذا التعويض بنصوص قانونية خاصة مجالاً للتفاوض في عقود المشاركة

## قائمة المراجع

## الكتب العلمية :

- (١) د/ طعيمة الجرف ،القانون الإداري ونشاط الإدارة العامة وأساليبه ووسائله ، دار النهضة العربية ١٩٨٥
- (٢) د/ احمد عثمان عياد، مظاهر السلطة العامة في العقود الإدارية ، دار النهضة العربية ، ١٩٧٣،
- (٣) د/ محمد فؤاد عبد الباسط ، اعمال السلطة الإدارية، بدون دار نشر سنة ١٩٨٩
- (٤) د/ علي الفحام ، سلطة الإدارة في تعديل العقد الإداري ، دار الفكر العربي ١٩٧٦
- (٥) د/ محمد صلاح عبد البديع السيد، سلطة الإدارة في إنهاء العقد الإداري ، دراسة مقارنة ، جامعة الزقازيق ١٩٩٣
- (٦) د/ رحيم الكبيسي ، حرية الإدارة في سحب قراراتها ، دراسة مقارنة في النظم الفرنسية والمصرية والعراقية ،، دار النهضة العربية، ٢٠٠٢
- (٧) د/ مال الله جعفر عبد الملك حمادي، ضمانات العقد الإداري ، دار الجامعة الجديدة سنة ٢٠١٠
- (٨) د/ مراد مليكة . إلغاء التصرف القانوني ، دار الجامعة الجديدة ، ٢٠١٧
- (٩) د/ محمد احمد عبد النعيم ، مرحلة المفاوضات في العقود الإدارية، دار النهضة العربية، ٢٠٠٠
- (١٠) د/ حسين درويش عبد العال وسائل تعاقد الإدارة (المناقصات والمزايدات والممارسة) مكتبة الأنجلو المصرية ١٩٦٥

- (١١) د/ محمد سعيد حسن امين ، فكرة العقود الإدارية وأحكام أبرامها ، دار النهضة العربية  
١٩٩٢
- (١٢) د/ محسن شفيق ، اتفاقية الامم المتحدة بشأن البيع الدولي للبضائع . دراسة مقارنة في  
قانون التجارة الدولي ، دار النهضة العربية سنة ١٩٩٠
- (١٣) د/ سليمان الطماوي الأسس العامة للعقود الإدارية ، مطبعة جامعة عين شمس ،  
١٩٧٥ الطبعة الثانية
- (١٤) د/ سليمان الطماوي : نظرية التعسف في استعمال السلطة (الأنحراف بالسلطة) دراسة  
مقارنة ١٩٦٦ ط٢ دار الفكر العربي
- (١٥) د/ فؤاد موسي ، التنظيم الاتفاقي للمفاوضات في العقود الإدارية، دار النهضة العربية  
٢٠٠٢،
- (١٦) د/ محمد ابو زيد ، المفاوضات في الإطار التعاقدية، دار النهضة العربية ، القاهرة ،  
سنة ١٩٩٥م
- (١٧) د/ نيكولاً أشرف شالي . الجوانب القانونية للمفاوضات في المعاهدات الدولية، بدون دار  
نشر ، ٢٠١٤،
- (١٨) د/ إبراهيم الفياض ، العقود الإدارية، دار النهضة العربية
- (١٩) د/ أحمد سلامة بدر ، العقود الإدارية وعقود البوت ، دار النهضة العربية سنة ٢٠٠٣
- (٢٠) د/ إبراهيم الشهاوي ، ثقافة التفاوض والحوار، الشركة القومية للطبع والتوزيع ، ٢٠١٠
- (٢١) د/ محمد حسين عبد العال، التنظيم الاتفاقي للمفاوضات العقدية، دار النهضة العربية  
١٩٩٨،
- (٢٢) د/ محمد محمود حافظ ، معيار تمييز العقد الإداري دار النهضة العربية، بدون سنة نشر

- (٢٣) د/ محمد صلاح الزهري، الأساس القانوني للمسئولية عن المفاوضات في العقود الإدارية رسالة جامعة أسيوط بدون سنة نشر
- (٢٤) د/ علي حمزة عباس الغانمي ، عطاء العقد ، عطاء التفاوض، بدون دار نشر ،سنة ٢٠١٠
- (٢٥) د/ عبدالله حنفي ،السلطات الإدارية المستقلة دراسة مقارنة ، دار النهضة العربية ، ٢٠٠٠،
- (٢٦) د/ محمد فؤاد عبد الباسط ، نشاط الإدارة ووسائلها ، دار زمزم للطبع والتوزيع ، ١٩٨٥،
- (٢٧) د/ محمد عبدالرحيم ،فن التفاوض ،دارالفكر الجامعي،٢٠٠٧،
- (٢٨) اللورد دينج ، ترجمة هنري رياض ، دار الجيل بيروت، ١٩٨٠، ترشيد الفكر القانوني في التعسف في استعمال السلطة الإدارية
- (٢٩) د/ أبو العلا علي النمر ، مفاوضات عقود التجارة الدولية، دار النهضة ، ٢٠٠٢،
- (٣٠) د/ محمد انس قاسم جعفر ، العقود الإدارية دار النهضة العربية ، ٢٠٠٠،
- (٣١) د/ محمد ماهر أبو العينين ، قوانين المناقصات والمزايدات في العقود الإدارية ، بدون دار نشر ، سنة ٢٠٠٤
- (٣٢) د/ عبد العزيز عبد المنعم خليفة ، الأسس العامة للعقود الإدارية الإبرام . التنفيذ . المنازعات ) دار الفكر الجامعي ، الإسكندرية، ٢٠٠٧،
- (٣٣) د/ محمد عبد الإله عبد الظاهر ، المسئولية المدنية عن الأضرار الناتجة عن تسريب المعلومات غير المفصح عنها ، دار الجامعة الجديدة ، ٢٠٢٠،
- (٣٤) د/ حسن عبدالباسط جميعي ، حماية المستهلك الخاصة برضاء المستهلك في عقود الاستهلاك ، كلية الحقوق . القاهرة ، دار النشر الذهبي للطباعة ١٩٩٦

(٣٥) د/ محمد حسام لطفي ، المسئولية المدنية في مرحلة التفاوض ، القاهرة ، بدون دار نشر ، ١٩٩٥ م

(٣٦) د/ احمد عبد الكريم سلامة ، النظرية العامة للنظم الودية لتسوية المنازعات دار النهضة العربية ، سنة ٢٠١٣ م

(٣٧) د/ احمد عبد الكريم سلامة ، الأصول المنهجة لإعداد البحوث العلمية . الطبعة الأولى ، دار الفكر العربي

(٣٨) د/ محمد إبراهيم الدسوقي ، الجوانب القانونية في إدارة المفاوضات وإبرام العقود ، بدون دار نشر سنة ١٩٩٥

(٣٩) د/ محمد احمد عبد القادر ، د/ ابراهيم احمد ، مهارات التفاوض، دار التعليم الجامعي ، ٢٠١٦

(٤٠) د/ احمد فهمي جلال ، مهارات التفاوض ، بدون دار نشر ، سنة ٢٠٠٧

(٤١) أ.د/ عبدالرحمن توفيق ، مهارات التفاوض و اتمام العقود ، بدون دار نشر ، بدون سنة نشر

(٤٢) د/ حسن وجيه ، التفاوض في عهد الاستفزاز ، كيف تجاور وكيف تفاوض ، نهضة مصر للطباعة والنشر ، بدون سنة نشر

(٤٣) د/ جيرارد.إ.نيرنبرج ، ترجمة د/ حازم عبدالرحمن ، أسس التفاوض المكتبة الأكاديمية ١٩٩٨.

(٤٤) د/ ميثاق طالب عبد حمادي الجبوري ، شرط إعاده التفاوض دار الجامعة الجديدة ، ٢٠١٧

(٤٥) د / محمود عبدالمحسن البحيري، المفاوضات. ٢٠١٠ دار الفكر الجامعي الاسكندرية

- (٤٦) د/ عصام عبد المعبود ، الشرح الوافي للالتزام بالتبصير في مجال العقود المدنية والتجارية ، الطبعة الأولى ، دار النهضة العربية ٢٠١٨
- (٤٧) د/ أياد ياسين حسن ، المفاوضات الدولية ودورها في حل المنازعات الدولية في إطار القانون الدولي العام ، بدون دار نشر سنة ٢٠٠٨
- (٤٨) د/ محسن احمد الخضيرى، مبادئ التفاوض ،مجموعة النيل العربية القاهرة ، سنة ٢٠٠٣
- (٤٩) مقدمة ابن خلدون، دار الفكر العربي ، بيروت ، بدون سنة نشر
- (٥٠) د/ سعيد السيد قنديل ، الوعد بال عقد بين اجتهاد الفقه وتطويع القضاء دار الجامعة الجديدة، ٢٠١٤،
- (٥١) د/ محمد احمد محمود ابو الهنا ، حماية المستهلك في مرحلة ما قبل إبرام العقد ، بدون دار نشر، ٢٠١٩،

#### رسائل الدكتوراة :

- (١) د/ حمادة بدري أحمد حسان ، مظاهر الأختلال بين المتعاقدين في نظرية العقد الإداري، جامعة القاهرة سنة ٢٠١٣
- (٢) د/ عبد المنعم العماري علي ابوبريقة . حق الإدارة في تعديل عقود البوت، رسالة ٢٠١٠ جامعة القاهرة
- (٣) د/ دويب حسين صابر ، الاتجاهات الحديثة في عقود الالتزام ، جامعة أسيوط ٢٠٠٦،
- (٤) د/ عاطف سعدي محمد عقد التويد الإداري بين النظرية والتطبيق ( دراسة مقارنة) رسالة دكتوراة ،كلية الحقوق ،جامعة عين شمس ٢٠٠٦،

(٥) د/ تغريد عبد الحميد ابو المكارم ، الالتزام بالإعلام في عقود نقل التكنولوجيا ، بدون

دار نشر سنة ٢٠٠٧

(٦) د/ الشيماء فؤاد جاد الكريم ، دور المفاوضات في تسوية المنازعات الدولية ، جامعة

اسيوط ، رسالة ، ٢٠١٨

(٧) د/ هاني عرفات صبحي حمدان . النظام القانوني لعقود الشراكة بين القطاعين العام

والخاص ، رسالة جامعة سنة ٢٠١٦ القاهرة

### المجلات العلمية :

(١) د/ حمدي علي عمر . المسؤولية التعاقدية للإدارة ، المجلة القانونية والاقتصادية كلية

الحقوق ، جامعة الزقازيق ، العدد الثامن ١٩٩٦

(٢) د/ جعفر جواد الفضلي عقد الأطار" دراسة تحليلية الوافدين الحقوقيين ٢٠٠٦ السنة ١١

العدد ٢٨

<http://alaw.mosuljomals.com>

(٣) د/ احمد محمد محرز المفاوضات في العقود التجارية الدولية ، مجلة الأحكام ، ١٩٩٦

(٤) د/ احمد ابو الوفا ، الجوانب القانونية في المفاوضات الدولية المجلة المصرية للتفاوض

الدولي ، المجلد التاسع والخامسون

(٥) د/ حمدي بارود، دراسة حول المبادئ التي تحكم المفاوضات في عقود نقل التكنولوجيا

، مجلة القانون والاقتصاد ، العدد الرابع والسبعون ، مطبعة جامعة القاهرة سنة ٢٠٠٤

(٦) د/ صالح عبدالله بن عطف العوفي ، المبادي القانونية في صياغة عقود التجارة

الدولية ، مركز البحوث والدراسات الإدارية ، معهد الإدارة العامة ، الرياض ، ١٩٩٨

- (٧) د/ حسام الدين كامل الأهواني ، المفاوضات في الفترة قبل التعاقدية ومراحل إبرام العقد الدولي ، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية ، السنة ٣٨ يوليو ١٩٩٦
- (٨) د/ محمد ابو زيد المفاوضات في المفاوضات في الإطار التعاقدية ، صورها وأحكامها مجلة العلوم القانونية والاقتصادية ، العدد الأول، السنة ٤٧ ، يناير ٢٠٠٥
- (٩) د/ صالح بن عطاق العوفي ، المبادئ القانونية في صياغة عقود التجارة الدولية ، مركز البحوث والدراسات الإدارية معهد الإدارة العامة الرياض ، ١٩٩٨

### المعجم اللغوية :

- (١) معجم المعاني الجامع
- (٢) معجم الوسيط
- (٣) قاموس مجمع اللغات

### التشريعات

- (١) القانون رقم ١٨٢ لسنة ٢٠١٨ ، الجريدة الرسمية العدد (٣٩) مكرر (د) في ١٣ أكتوبر ٢٠١٨
- (٢) القانون رقم ٦٧ لسنة ٢٠١٠ ، الجريدة الرسمية . العدد ١٩ مكرر (أ) في ١٨ مايو سنة ٢٠١٠
- (٣) قرار رئيس مجلس الوزراء رقم ٢٣٨ سنة ٢٠١١ ، الجريدة الرسمية العدد ٣ مكرر (ب) في ٢٣ يناير ٢٠١١
- (٤) قانون رقم ١٨٨ لسنة ٢٠٢٠ بتعديل أحكام القانون ١٨٢ لسنة ٢٠١٨ الجريدة الرسمية العدد ٣٦ مكرر (ب) ٥ سبتمبر ٢٠٢٠



## القرآن الكريم

(١) سورة النساء

(٢) سورة النحل

(٣) سورة المائدة

## Sites

(١) <https://arab.ency.com.sy//aw/detail/169989>

(٢) <https://arm.wikipedia.org/wiki/D8%D7%D8%Asg>

(٣) <https://m.marefa.org>

(٤) <https://arab-ency.com.sy//aw/detail/169989>

(٥) <https://foulabook.com> د/ بوهان زريق ، السلطة الإدارية

(٦) <https://educationtechno.y007.com>

(٧) <https://dictionary.cambridge.org/us/dictionary/english/negotiation>

on

(٨) <https://www.marriam-webster.com>

(٩) <https://gestionictapp-blogspot.com/2015/09>

(١٠) <https://cte.univ-setif.dz>

(١١) Network google, 7:29 pm, 1\9\2019