ISSN: 2519 – 6138 (Print)
E-ISSN: 2663 – 8983(On Line)

TUJR
مجلة جامعة تكريت للحقوق
Tikrit University Journal for Rights

IRAQI Academic Scientific Journals
العراقية المجلات الاكاديمية العلمية

Tikrit University Journal for Rights
Journal Homepage : http://tujr.tu.edu.iq/index.php/t

كلية الحقوق
College of Rights

Settement of disputes arising form the inemational tender conder contract

Assist. Lect. Mahmood Thamer Jumaa
College of Rights, Tikrit University, Salahaddin, Iraq
Mhmwdalbydy172@gmail.com

Article info.

Article history:
- Received 16 Oct 2022
- Accepted 6 Nov 2022
- Available online 1 Dec 2022

Keywords:
- Settlement.
- Disputes.
- Emerging.
- A necklace.
- Tender.
- The international.

Abstract: This study deals with the settement of disputes arising form the inemational tender conder contract, it shows that there on many ways to settlement these disputes, the plan of the study was divided into two sections,the first section dealt with the concept of the intemational tender contract,while the second section dealt with the methods settlement of disputes arising from the intemational tender contract, and the study concluded a set of them tge araqi legislator did not organize a mediation in a sepecial and separate legislation, but ratherincluded it as a method of methods for resoiving disputes, and concluded with a set of recommendations, the most important of wgich is that the araqi legislator should organize medliation with a special and separate legislation that can be referred to when aconficlict occurs between the administration and the foreigncontractor.

© 2022 TUJR, College of Right, Tikrit University

تسوية المنازعات الناشئة عن عقد المناقصة الدولي

م.م. محمود ثامر جمعة
كلية الحقوق، جامعة تكريت، صلاح الدين، العراق
Mhmwdalbydy172@gmail.com

معلومات البحث :

تواريخ البحث:
- الاستلام : ١٦ / تشرين الاول / ٢٠٢٢
- القبول : ٦ / تشرين الثاني / ٢٠٢٢
- النشر المباشر : ١/ كانون الأول /٢٠٢٢

الكلمات المفتاحية :
- تسوية.
- المنازعات.
- الناشئة.
- عقد.
- المناقصة.
- الدولي.

الخلاصة: تناولت هذه الدراسة تسوية المنازعات الناشئة عن عقد المناقصة الدولي، وقد تبين من خلالها ان هناك عدة طرق يمكن من خلالها تسوية تلك المنازعات، وقد تم تقسيم خطة الدراسة الى مبحثين، تناولت في المبحث الاول مفهوم عقد المناقصة الدولي، اما المبحث الثاني فقد تناول طرق تسوية المنازعات الناشئة عن عقد الماقصة الدولي، وخلصت الى مجموعة من الاستنتاجات اهمها، ان المشرع العراقي لم ينظم الوساطة في تشرع خاص ومنفصل وانما اوردها كاسلوب من اساليب حل المنازعات، كما خلصت الى مجموعة من التوصيات اهمها، على المشرع العراقي تنظيم الوساطة بتشريع خاص ومنفصل يمكن الرجوع اليه عند حصول نزاع ما بين الادارة والمتعاقد(المناقص) الاجنبي.

© ٢٠٢٢، كلية الحقوق، جامعة تكريت

المقدمة :

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على سيد الاولين والاخرين نبينا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين. وبعد:

ان سلطة الادارة في ابرام عقد المنافصة الدولي له اهمية كبيرة في تطوير المرافق العامة، ومما لاشك فيه ان هذا النوع من العقود يساهم وبشكل كبير في حل مشاكل البنى التحتية للدول النامية، وبما ان الشركات الاجنبية المتخصصة تتمتع بقدرات مالية عالية وتكنلوجيا متقدمة، جعل من هذه البلدان تسعى الى تبني مثل هذا النوع من اساليب التعاقد، بهدف تحريك عجلة التنمية الاقتصادية فيها، وان العراق من احوج الدول الى تبني مثل هذا النوع من العقود من اجل النهوض بواقعه التنموي التي حالت الظروف ومنذ عقود من الزمن دون قيامها، ولكن بعد التغيير الذي حصل عام ٢٠٠٣ اخذ العراق يتخذ خطوات مشجعة ساهمت في توفير البيئة المناسبة لأستقطاب الشركات الاجنبية المتخصصة، فبادر المشرع العراقي الى تشريع قانون الاستثمار رقم (١٣) لسنة ٢٠٠٦المعدل، الذي وفر من خلاله العديد من المزايا والضمانات التي تساعد على جذب المستثمر الاجنبي، ومن ثم اصدار تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم (١) لسنة ٢٠٠٨، الذي بين فيه اساليب التعاقد واجراءاتها.

ومن اجل الاحاطة باشكالية الدراسة والاجابة على ما تثيره من تساؤلات فقد قمنا بتقسيم خطة الدراسة الى مبحثين وخاتمة تضمنت اهم الاستنتاجات التي تم التوصل اليها، ومجموعة من التوصيات التي نأمل ان تجد طريقا للتطبيق .

أولاً: أهمية الدراسة :

تبرز أهمية الدراسة بما يشهده العراق من تحولات على كافة المستويات ومن انفتاح اقتصادي وتشجيع التعاقد مع الاجنبي لتنفيذ المشاريع الاساسية للبنى التحتية، وتحقيق التنمية الاقتصادية، وهذا ما دفع الادارة الى ابرام العديد من العقود مع الطرف الاجنبي، ومن ضمنها عقد المناقصة الدولي، ومن خلال التنظيم القانوني لمثل هذه العقود يمكن توفير الضمانات اللازمة لحماية حقوق ذلك المتعاقد ، وذلك عن طريق ايجاد وسائل بديلة عن الوسائل القضائية تتسم بسرعة الاجراءات وقلة التكاليف في تسوية المنازعات، وهذا ما سيبعث الطمأنينة لدى المتعاقد الاجنبي بأنه سوف يحصل على جميع حقوقه وبفترة زمنية قصيرة، بالنتيجة فان ذلك سيؤدي الى استقطاب الشركات المتخصصة وتحقيق التنمية الاقتصادية للدولة.

ثانياً: إشكالية الدراسة :

تكمن إشكالية هذه الدراسة في تحديد الكيفية التي يمكن من خلالها تسوية المنازعات التي تنشأ بين الادارة والمتعاقد الاجتبي في عقد المناقصة الدولي هذا من جهة، ومن جهة اخرى بيان الاليات التي يمكن بموجبها تحديد القانون الواجب التطبيق في هذا النوع من العقود.

ثالثاً: اسئلة الدراسة :

يمكن ابراز اهم التساؤلات في موضوع الدراسة بالنقاط الاتية:-

١- ما هو المقصود بعقد المناقصة الدولي؟ وما هو الفرق بينه وبين عقد المناقصة الداخلي؟

٢- ماهي الوسائل الودية والوسائل شبه القضائية والوسائل القضائية التي يمكن من خلالها تسوية المنازعات التي قد تنشأ عن عقد المناقصة الدولي؟

رابعاً: هدف الدراسة :

هدفت هذه الدراسة الى بيان الطرق او الوسائل التي يمكن من خلالها تسوية المنازعات التي تنشأ بين الادارة والمنعاقد الاجنبي في عقد المناقصة الدولي، وكذلك تحديد القانون الواجب التطبيق على تلك المنازعات في ضوء التشريع العراقي، علاوة على ذلك ان نسبة الدراسات والابحاث القانونية في هذا الموضوع قليلة جدا، لذا جائت هذه الدراسة لأثراء المكتبات القانونية بهذا الموضوع.

خامساً: فرضية الدراسة :

بما ان عقد المناقصة الدولي له اهمية كبيرة في تطوير المرافق العامة، وانه يساهم وبشكل كبير في حل مشاكل البنى التحتية للدولة، فينبغي وجود نظام قانوني دقيق يحكمه.

سادساً: منهج الدراسة :

تتبع هذه الدراسة ومن أجل تحقيق الهدف منها المنهج الوصفي من خلال تحليل الإطار التشريعي والفقهي لموضوع الدراسة.

المبحث الأول

مفهوم عقد المناقصة الدولي

من اجل الاحاطة بمفهوم عقد المناقصة الدولي ينبغي علينا اولا بيان تعريفه (المطلب الأول)، ومن ثم تمييز عقد المناقصة الدولي عن عقد المناقصة الداخلي(المطلب الثاني).

المطلب الأول / تعريف عقد المناقصة الدولي

للوقوف على تعريف عقد المناقصة الدولي سنشير اولا الى التعريف اللغوي، ومن ثم الى التعريف الاصطلاحي وعلى النحو الاتي:-

اولا: التعريف اللغوي :

المناقصة للغة مشتقة من الفعل الثلاثي (نقص)، نقص الشئ ينقص نقصاً ونقصاناً ونقيصة ونقيصه وانقصه اي انقصه وتنقصه بمعنى اخذ منه قليلاً[١]، ونقص الشئ نقصاً، اي بمعنى خسر وقل، ويكون النقص بمعنى الحط ايضاً، كقولنا استنقصت من ثمن السلعة اي حططت من ثمنها [٢]، وهذا المعنى الاخير هو المقصود من المناقصة لانها الوسيلة التي يمكن من خلالها معرفة اقل الاسعار المدفوعة لاجرة عمل ما او ثمناً لسلعة ما.

ثانيا: التعريف الاصطلاحي :

لم يعطي المشرع العراقي تعريفا للمناقصة الدولية في التشريعات التي تنظم اجراءات المناقصة وانما ترك المجال للفقه تولي هذه المهمة، وقد اكتفى بالاشارة اليها في المادة (٣) من تعليمات تنفيذ

---

[١] محمد بن احمد الازهري، تهذيب اللغة، تحقيق: محمد عوض مرعب، ج٨، ط١، دار احياء التراث العربي، بيروت،٢٠٠١، ص٢٨٨.

[٢] اسماعيل بن حمار الجوهري، تاج اللغة، صحاح العربية، ج٣، ط٤، دار العلم للملايين، بيروت، ١٩٩٠، ص١٠٥٩.

العقود الحكومية رقم ٢ لسنة ٢٠١٤ بقوله " لرئيس جهة التعاقد أو من يخوله وبأقتراح من رئيس التشكيل الاداري للعقود اعتماد احد الاساليب لتنفيذ العقود العامة وذلك اما وطنياً او دولياً عند تحقيق شروطه ".

وقد وردت للمناقصة بصورة عامة تعريفات متعددة لبعض الفقهاء والباحثين المعاصرين، منها " المناقصة هي مجموعة من الاجراءات التي تلتزم الادارة بمقتضاها باختيار افضل المتقدمين شروطا واقلهم سعراً لانجاز اعمال مطلوبة "[١]، وعرفت ايضاً على انها " طريقة بمقتضاها تلتزم الادارة باختيار افضل من يتقدمون للتعاقد معها شروطاً، سواء من الناحية المالية أو من ناحية الخدمات المطلوب اداؤها"[٢]،

ومما تقدم يتضح بأن الفقه لم يقدم تعريفاً للمناقصات الدولية، وانما عرف المناقصة بصورة عامة، وعليه يمكن تعريف عقد المناقصة الدولية بأنه: وسيلة من الوسائل التي تلجأ اليها الادارة لابرام عقودها، وتلتزم بمقتضاها باختيار افضل المتعاقدين الاجانب شروطاً واقلهم سعراً، للقيام بالاعمال المطلوبة محل التعاقد.

المطلب الثاني / تمييز عقد المناقصة الدولي عن عقد المناقصة الداخلي

تنقسم المناقصات من حيث اعتبار بلد المناقصين أو جنسياتهم الى مناقصات خارجية (دولية)، ومناقصات داخلية(محلية)، وهذا ما سيتم بيانه وعلى النحو الاتي:-

الفرع الأول / المناقصات الخارجية (دولية) :-

وهي المناقصات التي يشترك فيها موردون من خارج البلاد، اي انها لا تقتصر فقط على الموردين المحليين وانما تمد الى الموردين الذين يحملون جنسيات دولة اخرى، بحيث يتم الاعلان عنها داخل وخارج البلاد، ويتم اللجوء الى هذا النوع من المناقصات عندما تبلغ قيمة المناقصة حداً كبيراً، كما في عقود الانشاءات الضخمة التي تستلزم امكانيات كبيرة على مستوى الشركات العالمية[٣].

---

[١] عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني المصري، ط٣، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ١٩٩٨، ص٢٢٦.

[٢] سليمان الطماوي، الاسس العامة للعقود الادارية، ط٤، دار الفكر العربي، ص٢٢٦.

[٣] ابراهيم محمد شاشو، احكام المناقصة في الفقه الاسلامي، بحث منشور في مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، المجلد ٢٧، العدد الرابع، ٢٠١١، ص٤٤٥.

الفرع الثاني / المناقصات الداخلية (محلية) :-

وهي المناقصات التي يقتصر فيها الاشتراك على الموردين المحليين المتواجدين داخل الدولة، اي الذين يحملون جنسيتها، ويكفي الاعلان عنها في الصحف المحلية، ويتم اللجوء الى مثل هذا النوع في الحالات التي لا تزيد فيها قيمة المناقصة على حد معين، وهذا يختلف من دولة الى اخرى[١].

ويتضح مما تقدم ان ما يميز عقد المناقصة الدولي عن عقد المناقصة الداخلي هو جنسية المتعاقد(المناقص)، فاذا كان المتعاقد يحمل جنسية دولة اجنبية فأننا سنكون امام عقد مناقصة دولي، اما اذا كان المتعاقد يحمل جنسية الدولة المعلنة عن المناقصة فأننا سنكون امام عقد مناقصة داخلي أو محلي .

المبحث الثاني

طرق تسوية المنازعات الناشئة عن عقد المناقصة الدولي

قد تحدث منازعات في عقد المناقصة الدولي لامناص من تسويتها، وعليه سوف نتناول في هذا المبحث الطرق التي يمكن من خلالها تسوية تلك المنازعات، فهناك طرق عديدة يمكن من خلالها تسوية المنازعات التي قد تنشأ بين طراف العقد، الطريقة الاولى: التسوية الودية للمنازعات الناشئة عن عقد المناقصة الدولي (المطلب الاول)، اما الطريقة الثانية: التسوية شبه القضائية للمنازعات الناشئة عن عقد المناقصة الدولي (المطلب الثاني)، والطريقة الثالثة: التسوية القضائية للمنازعات الناشئة عن عقد المناقصة الدولي (المطلب الثالث).

المطلب الاول / التسوية الودية للمنازعات الناشئة عن عقد المناقصة الدولي

يعد التوفيق والوساطة من الطرق أو الوسائل الودية التي يتم من خلالها فض المنازعات التي قد تتخلل عقد المناقصة الدولي، وهذا ما سيتم بيانه على النحو الاتي:-

الفرع الأول / التوفيق

يعد التوفيق من الطرق الودية التي تساهم في فض المنازعات التي قد تنشأ بين الاطراف، قوامه اختيار احد الاغيار(الموفق) بتسوية النزاع من خلال تقريب وجهات النظر المختلفة دون ان يمتد دوره

---

[١] المصدر ذاته، ص٤٤٥.

الى اصدار قرار ملزم لاطراف النزاع[١]، ومن خلال هذا التعريف يمكن ابراز اهم العناصر التي ينطوي عليها التوفيق بالنقاط الاتية:-

١- التوفيق ليس من الوسائل القانونية او القضائية التي يركن اليها اطراف النزاع لحسم ما يثور بينهم من خلاف، وانما هو وسيلة ودية تقوم على اساس التوفيق بين الاطراف وارضائهم[٢].

٢- التوفيق طريق اختياري يلجأ اليه الاطراف لتسوية النزاع الحاصل بينهم، وهو يعتمد بصورة اساسية على ارادتهم ومن ثم لايمكن فرضه عليهم.

٣- ان العنصر الاساسي الذي تقوم عليه الوسائل الودية ومنها التوفيق، هو تدخل طرف ثالث مهمته التقريب بين وجهات النظر المتباينة وتقديم المساعدة وتبادل المعلومات من اجل الوصول باطراف النزاع الى نقطة التقاء تتحقق فيها مطالبهم، أو ان يتوسع عمله بعض الشئ فيمتد الى امكانية اقتراح بعض الحلول على الاطراف قد يسفر بعضها عن شئ يرتضيانه دون ان يملك امكانية الانفراد بتقرير الحل او فرضه عليهم، وطبقاً لذلك فأن مايصدره من توصيات أو قرارات لا ترقى الى مرتبة الاحكام او القرارات الملزمة [٣]، فيحق لطرفي النزاع الاخذ بها او ردها.

اما من حيث موقف المشرع العراقي من التوفيق، فانه لم ينظمه في تشريع خاص ومنفصل وانما اورده كاسلوب من اساليب حل المنازعات، وقد نص على ذلك بقوله " يتم يتم تسوية المنازعات بعد توقيع العقد بالتوافق (ودياً) ويكون من خلال تشكيل لجنة مشتركة بين طرفي النزاع المتمثلين بجهة التعاقد والمتعاقد معها وفق احكام القانون والتعليمات المعنية وبنود العقد ويعد محضر بذلك الاتفاق بين الطرفين يصادق عليه من رئيس جهة التعاقد" [٤].

الفرع الثاني / الوساطة :

الوساطة هي احدى الوسائل الودية المتبعة في تسوية المنازعات سواء المدنية أو التجارية، وتعرف بانها نظام يهدف الى فض المنازعات بين الاطراف، وتقييم المراكز القانونية لاطراف النزاع تحت غطاء السرية كحل اتفاقي بديل الى جانب الحل القضائي الاصلي والتركيز على المشتركات بين الخصوم

---

[١] محمد ابراهيم موسى، التوفيق التجاري الدولي والنظرة السائدة حول سبل التسوية في منازعات التجارة الدولية، دار الجامعة الجديدة للنشر، ٢٠٠٥، ص٢٣.

[٢] رواء يونس محمود النجار، النظام القانوني للأستثمار الاجنبي (دراسة مقارنة)، دار الكتب القانونية، مصر، ٢٠١٢، ص٣١١.

[٣] احمد عبد الكريم سلامة، قانون التحكيم الدولي والداخلي تنظير وتطبيق مقارن، القاهرة، ٢٠٠٣، ص٤٦.

[٤] (م٨/ اولاً) من تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم(٢) لسنة ٢٠١٤.

وتقويتها وانهاء النزاع من قبل شخص ثالث يسمى الوسيط [١]، وعرفها اخرون على انها محاولة رضائية لتسوية النزاع عن طريق حلول نابعة من الاطراف المتنازعة بمساعدة شخص ثالث محايد يسمى الوسيط، يسهل عملية التفاوض بين الاطراف في جلسات خاصة ومشتركة، بغية التوصل الى تسوية نهائية أو جزئية مقابل ما يقدمه الاطراف من تنازلات[٢].

ومن خلال التعاريف انفة الذكر يتضح بأن هناك تشابه كبير مابين الوساطة والتوفيق ويمكن ابراز هذا التشابه بالنقاط الاتية:-

١- ان كلاهما من الوسائل الودية والعاجلة لتسوية المنازعات ، لما تتسما به من سرعة في انهاء النزاعات، لاسيما ان التأخير في حسم المنازعات وخاصة التجارية قد يلحق الضرر باطراف النزاع او يفوت عليهم فرصاً بسبب المتغيرات الاقتصادية[٣].

٢- وجود طرف ثالث يسمى (الوسيط) يختاره اطراف النزاع مهمته تقريب وجهات النظر فيما بينهم[٤].

٣- ان كلاهما يتسم بالمرونة كونهما غير مقيدان باجراءات وشكليات معينة مقارنة بالدعاوى القضائية[٥].

٤- انحفاض تكاليف كل منهما مقارنة بتكاليف المحكمة التي تستغرق وقتا طويلا وتحتاج الى الكثير من النفقات كالرسوم واتعاب المحاماة وغيرها[٦].

ولقد تطور نظام الوساطة وبلغ حداً يحتاج معه الى تنظيم قانوني وقضائي متطور، وهذا ما حدا بالدول المتقدمة في هذا المجال الى جعله نظام قضائي بنفرد بأحكام خاصة وينظمه قانون خاص يسمى قانون الوساطة لتسوية النزاعات، وقد اهتمت الدول المتقدمة كالولايات المتحدة والصين واليابان اهتماماً

---

[١] ابراهيم هزاع سليم، الوساطة التجارية كحل بديل في المنازعات التجارية، مجلة كلية القانون للعلوم القانونية والسياسية، كلية القانون والعلوم السياسية، جامعة كركوك، المجلد ٩، العدد ٣٢، ٢٠٢٠، ص١٦٥- ١٦٦.

[٢] ايمان منصور، و شريف عبد، الوساطة وفن التفاوض، دار النهضة العربية، القاهرة، ط١، ٢٠١٧، ص٥٠.

[٣] ايمان منصور، و شريف عبد، المصدر ذاته، ص٥٤.

[٤] خيري عبد الفتاح السيد البتانوني، الوساطة كوسيلة بديلة لفض المنازعات المدنية والتجارية، ط٢، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١٢، ص٩٩.

[٥] محي الدين القيسي، الوساطة والمصلحة والمفاوضات. وسائل بديلة لحل الخلافات التجارية، الملتقى العربي الاول للتحكيم والوسائل البديلة لتسوية المنازعات(التوفيق-الوساطة-الخبرة الفنية) بالتعاون بين المنظمة العربية للتنمية الادارية والمركز اللبناني للتحكيم ببيروت، ٢٠١٠، ص٤.

[٦] ابراهيم هزاع سليم، الوساطة التجارية كحل بديل في المنازعات التجارية، مرجع سابق، ص١٧٥.

كبيراً في هذا النظام[١]، وكذلك الاردن فقد حذا حذوهم حينما شرع قانون الوساطة لتسوية النزاعات المدنية رقم (٣٧) لسنة ٢٠٠٣ ، اذ استحدث ادارة تدعى ادارة الوساطة في مقر محكمة البداءة في بعض المحاكم يعينها الوزير المختص [٢]، ومن هنا ندعو المشرع العراقي ان يحذو حذو الاردن وندعوه الى تنظيم الوساطة في تشريع خاص بها ليسهل الرجوع اليه في حل المنازعات التي قد تنشأ عن عقود المناقصات.

المطلب الثاني / التسوية شبه القضائية في المنازعات الناشئة عن عقد المناقصة الدولي

يعد التحكيم من الوسائل شبه القضائية في حل المنازعات التي قد تنشأ بين الاطراف، ولهذا سيكون الكلام في هذا المطلب عن مفهوم التحكيم كأداة لتسوية المنازعات الناشئة عن عقد المناقصة الدولي وموقف المشرع العراقي منه، وذلك في فرعيين مستقليين وعلى النحو الاتي:-

الفرع الاول / مفهوم التحكيم

للإحاطة بمفهوم التحكيم ينبغي علينا ان نشير اولاً الى التعريف اللغوي ومن ثم الى التعريف الاصلاحي وعلى النحو الاتي :-

اولاً: تعريف االتحكيم لغة

التحكيم في اللغة هو كلمة مشتقة من الفعل (حكم) ومصدره الحكمة، وهي معرفة افضل الاشياء، ويقال حكمنا فلانا بيننا، اي اجزنا حكمه[٣]، والمعنى الاخير هو المقصود.

ثانياً: تعريف التحكيم اصطلاحاً

عرف بعض الفقهاء التحكيم بأنه " الاتفاق على طرح النزاع على محكم أو اكثر (بشرط ان يكون عددهم وتراً) ليفصلوا فيه بدلا من المحكمة المختصة "[٤]، اما التحكيم الاداري فيقصد به " عقد يتم بين طرفين يكون احدهما الادارة بصفتها صاحبة السيادة وسلطان، والطرف الاخر شخص معنوي أو طبيعي،

---

[١] محمد علي عبد الرضا عفلوك، وياسر عطيوي عبود الزبيدي، الوساطة في حل النزاعات بالطرق السلمية في التشريع العراقي(دراسة مقارنة)، بحث منشور في مجلة رسالة الحقوق.جامعة كربلاء، السنة السابعة، العدد الثاني،٢٠١٥، ص١٩٧.

[٢] (م٢/أ) من قانون الوساطة المدنية الاردني المؤقت رقم(٣٧) لسنة ٢٠٠٣.

[٣] ابن منظور، لسان العرب، دار المعارف، مادة (حكم)، ص٩٥١.

[٤] احمد ابو الوفا، التحكيم في القوانين العربية، ط١، منشأة المعارف، الاسكندرية، ص١١.

ويتم الاتفاق بين طرفي العقد على انه في حال نشوب نزاع يتصل بتفسير العقد أو تنفيذه أو تطبيقه، يتم اللجوء الى التحكيم بدلاً من القضاء المختص، وقد يكون هذا التحكيم اما اجبارياً أو اختيارياً "[١].

الفرع الثاني / موقف المشرع العراقي من التحكيم

قد يتفق الاطراف في عرض المنازعات التي قد تنشأ بينهم على التحكيم مقدماً، ويطلق على هذا الاتفاق ب(شرط التحكيم)، او ان يتم الاتفاق على التحكيم بعد قيام حالة النزاع ويسمى هذا الاتفاق ب(مشارطة التحكيم)، وفي هذا الصدد نصت المادة (٢٥١) من قانون المرافعات العراقي بقولها:(يجوز الاتفاق على التحكيم في نزاع معين. كما يجوز الاتفاق غلى التحكيم في جميع المنازعات التي تنشأ من تنفيذ عقد معين) [٢]، ولا يثبت الاتفاق على التحكيم الا بالكتابة ويحدد فيها موضوع النزاع [٣]، فاذا اتفق الخصوم على التحكيم فلا يحق لهم رفع الدعوى امام القضاء الا بعد استنفاذ طريق التحكيم، الا في حال لجأ احد الطرفين رقع الدعوى دون اعتداد بشرط التحكيم ولم يعترض الطرف الاخر في الجلسة الاولى، وفي هذه الحالة يعتبر شرط التحكيم لاغياً، اما اذا اعترض الخصم فالمحكمة تعتبر الدعوى مستأخرة حتى يصدر قرار التحكيم [٤].

ومما تقدم يتضح بأن المشرع العراقي قد نص صراحة على جواز اللجوء الى التحكيم في حل المنازعات بشرط ان يكون هذا الاتفاق مكتوباً ومحدداً فيه موضوع النزاع، وبهذا تكون الادارة مقيدة بهذا الاتفاق في مسألة فض المنازعات التي قد تنشأ عن عقد المناقصة الدولي.

المطلب الثالث / التسوية القضائية في المنازعات الناشئة عن عقد المناقصة الدولي

يلجأ اطراف النزاع في عقد المناقصة الدولي بعد استنفاذ الطرق الودية الى القضاء لتسوية المنازعات التي تنشأ بينهم، والتي يمكن من خلالها الوصول الى احكام ملزمة يتم تنفيذها ضد الطرف الاخر، لذا سوف نستعرض من خلال هذا المطلب القضاء الوطني كوسيلة لتسوية المنازعات الناشئة عن عقد المناقصة الدولي، ومن ثم القضاء الدولي، وذلك في فرعيين مستقليين وكما يلي:-

---

[١] نورهان جبر شحادة، التحكيم في العقود الادارية(دراسة مقارنة)، رسالة ماجستير، جامعة الشرق الاوسط، الاردن، ٢٠١٥، ص٢٩.

[٢] ادم وهيب النداوي، المرافعات المدنية، العاتك لصناعة الكتاب، القاهرة، بدون سنة، ص٢٩٠.

[٣] ينظر (م/٢٥٢) من قانون المرافعات المدنية العراقي رقم(٨٣) لسنة ١٩٦٩المعدل.

[٤] ينظر (م/٢٥٣) من قانون المرافعات المدنية العراقي رقم(٨٣) لسنة ١٩٦٩المعدل.

الفرع الاول / القضاء الوطني كوسيلة لتسوية المنازعات الناشئة عن عقد المناقصة الدولي

يعتبر القضاء الوطني صاحب الاختصاص الاصيل في الفصل بالمنازعات الناشئة عن عقد المناقصة الدولي، حيث يمكن اللجوء الى محاكم الدولة المضيفة للنظر في القضية، ومن ثم اصدار الحكم في موضوع النزاع[١]، ولكن السؤال الذي يطرح هنا: هل يمكن لاطراف النزاع اللجوء الى محاكم دولة المتعاقد الاجنبي (المناقص) أو محاكم دولة ثالثة غير طرف في العقد؟

الجواب على هذا السؤال: الاصل هو عدم جواز طرح المنازعات الناشئة عن عقد المناقصة الدولي امام محاكم دولة المتعاقد الاجنبي أو محاكم دولة ثالثة، الا اذا كان هناك اتفاق ما بين الاطراف يقضي بخلاف ذلك، وهذا ما اكدته المؤسسات الدولية، ومعظم التشريعات الوطنية، فقد نصت الجمعية العامة للأمم المتحدة في العديد من قراراتها على اختصاص القضاء الوطني مهمة البت في منازعات الاستثمار[٢]، اما التشريعات الوطنية فقد نص التشريع العراقي في قانون الاستثمار النافذ على ان " المحاكم الوطنية هي المختصة بالنظر في منازعات الاستثمار الناشئة بين الاطراف ما لم يتفقون على خلاف ذلك" [٣].

وفي حقيقة الامر ان ما نص عليه قانون الاستثمار العراقي، وقرارات الجمعية العامة للأمم المتحدة ما هو الا تقرير للأمر الواقع المتمثل قي سيادة الدولة على اقليمها، والذي يعطي الحق لقضائها الوطني مهمة الفصل في المنازعات الناشئة عن الاستثمارات الاجنبية الا اذا كان هناك اتفاق يقضي بخلاف ذلك [٤]، فاذا وجد هذا الاتفاق فليس من حق الدولة المضيفة ان تلزم المستثمر الاجنبي بتسوية المنازعات التي قد تنشأ من استثمار امواله فيها امام محاكمها الوطنية، وفي المقابل لا يحق لها ان تمنعه من اللجوء الى قضائها الوطني اذا اراد ذلك والا عرضت نفسها للمسائلة الدولية، لانها بذلك قد تكون ارتكبت جريمة انكار العدالة بموجب العرف الدولي الذي يلزمها بموجب تأمين العدالة للجميع وفقاً للفقرة الثالثة من المادة (٢٣) من اتفاقية لاهاي الرابعة لسنة ١٩٥٧[٥].

---

[١] رواء يونس محمود النجار، مصد سابق، ص٣١٧.

[٢] ينظر قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة رقم (١٨٠٣) في عام ١٩٦٢، والقرار رقم (٢٩/٣٢٨١) في عام ١٩٧٤.

[٣] ينظر(م/٢٧/ ف/١) من قانون الاستثمار العراقي رقم (١٣) لسنة ٢٠٠٦ النافذ.

[٤] عصام الدين مصطفى بسيم، النظام القانوني للاستثمارات الاجنبية الخاصة في الدول النامية، اطروحة دكتوراه، جامعة عين شمس، كلية القانون، ١٩٧٥، ص١٦٧.

[٥] عبدالله سليمان، المقدمة الاساسية في القانون الدولي الجنائي، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ١٩٩٢، ص١١٩ وما بعدها.

الفرع الثاني / القضاء الدولي كوسيلة لتسوية المنازعات الناشئة عن عقد المناقصة الدولي

قد يتعذر على المتعاقد الاجنبي الحصول على الحماية القضائية عند لجوئه للقضاء الوطني للدولة المضيفة في حال حصول ضرر ناشئ عن عقد المناقصة الدولي مما يدفعه الى اللجوء الى دولته ، وعندها ستثار المسؤولية الدولية للدولة المضيفة ومن ثم مقاضاتها دولياً لتمكين المتعاقد الاجنبي من الحصول على حقه، وتعرف المسؤولية الدولية بأنها " نظام قانوني يكون بمقتضاه على الدولة التي تنتهك مصلحة مشروعة طبقاً للقانون الدولي الالتزام باصلاح ما يترتب على ذلك الفعل حيال الدولة التي ارتكبت هذا الفعل ضدها او ضد رعاياها"[1]، ومن خلال هذا التعريف يتضح بأن المسؤولية الدولية في اطار القانون الدولي لاتتحقق الا بتوفر الشروط الاتية:-

١- وجود اخلال بالتزام دولي.

٢- اسناد هذا الاخلال الى الدولة.

٣- ان يترتب على هذا الاخلال ضرر يلحق بشخص من اشخاص القانون الدولي أو بأحد رعاياه.

وطبقاً لذلك فأن المسؤولية الدولية هي علاقة بين اشخاص القانون الدولي، والمتعاقد الاجنبي بوصفه شخص عادي لا يتمتع بالشخصية الدولية، وبالتالي فهو لا يمتلك حق المطالبة الدولية باصلاح ما لحقه من ضرر، وهذا ما اكدته الفقرة الاولى من المادة (٣٤) من النظام الاساسي لمحكمة العدل الدولية بقولها " الدول وحدها يمكن ان تكون اطارفاً في القضايا التي تنظر فيها المحكمة "، مما يترتب على ذلك ان المتعاقد الاجنبي لا يحق له المثول بصورة مباشرة امام هذه المحكمة، ولا سبيل له باللجوء الى القضاء الدولي الا من خلال الدولة التي يحمل جنسيتها لكي تتبنى المطالبة بحقه دولياً، اذ يعترف الفقه والعديد من احكام القضاء بأن لكل دولة حق ثابت ومصلحة مؤكدة في مراعاة حقوق ومصالح رعاياها، وبصورة محترمة ومكفولة من جانب الدول الاخرى، ويطلق على الوسيلة التي تتولى دولة ما تحريك المسؤولية الدولية في مواجهة دولة اخرى الحقت الضرر برعاياها بمصطلح (الحماية الدبلوماسية) والتي يقصد بها " وسيلة قانونية من وسائل القانون الدولي بمقتضاها تقوم الدولة التي لحق الضرر برعاياها بتحريك المسؤولية الدولية تجاه الدولة التي سببت هذا الضرر بعملها غير المشروع دولياً وذلك

---

[1] حفيظة السيد الحداد، الموجز في النظرية العامة في التحكيم التجاري الدولي، ط١،منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠٠٤، ص١٧١.

حماية برعاياها اذا لم يتمكنوا من الحصول على حقوقهم بالطرق القضائية الداخلية "[١]، وتعتبر محكمة العدل الدولية هي المختصة بالنظر في المنازعات الدولية، والاحكام التي تصدر عنها تكون ملزمة لأطراف النزاع [٢].

وتأسيساً على ما سبق فان الحماية الدبلوماسية بهذا المفهوم تقوم على اساس ان ما يلحق الفرد من اضرار بمصالحه أو حقوقه انما في الوقت نفسه يمثل اضراراً بمصالح الدولة التي يحمل جنسيتها سواء من الناحية الاقتصادية أو السياسية أو المعنوية، وبهذا يشترط لرفع دعوى الحماية الدبلوماسية ان يكون المتعاقد الاجنبي المتضرر متمتعاً بجنسية الدولة التي ترغب بممارسة الحماية الدبلوماسية، وان يكون قد استنفذ طرق التقاضي الداخلية المنصوص عليها في قانون الدولة المضيفة [٣].

ومما تقدم يمكن القول بأن سلطة الادارة تكون مقيدة بنصوص العقد بالنسبة لولاية القضاء الوطني أو الدولي في مسألة حل المنازعات التي قد تنشأ بين الاطراف في عقد المناقصة الدولي

الخاتمــة :

لقد عالجت هذه الدراسة موضوع تسوية المنازعات الناشئة عن عقد المناقصة الدولي، وقد توصلت الدراسة إلى مجموعة من الاستنتاجات والتوصيات تتلخص بما يلي:

أولاً: الاستنتاجات

خلص الباحث من خلال هذه الدراسة إلى مجموعة من الاستنتاجات أهمها :

١- فيما يتعلق بتعريف عقد المناقصة الدولي فقد توصلت الدراسة الى ان الفقه لم يعطي تعريفا لهذا النوع من العقود.

٢- ان ما يميز عقد المناقصة الدولي عن عقد المناقصة الداخلي هو جنسية المتعاقد(المناقص)، فاذا كان المتعاقد يحمل جنسية دولة اجنبية فأننا سنكون امام عقد مناقصة دولي، اما اذا كان المتعاقد يحمل جنسية الدولة المعلنة عن المناقصة فأننا سنكون امام عقد مناقصة داخلي أو محلي .

٣- توصلت الدراسة الى ان هناك تشابه كبير ما بين الوساطة والتوفيق، الا ان الوساطة تتميز عن التوفيق بمبدأ الالتزام بالسرية الذي يعتبر من اهم خصائصها.

---

[١] احمد عبد الكريم سلامة، نظرات في الحماية الدبلوماسية ودور فكرة الجنسية في المسؤولية الدولية عن الاضرار البيئية، بحث منشور في المجلة المصرية للقانون الدولي ، المجلد الثامن والخمسون،الجمعية المصرية للقانون الدولي، القاهرة، ص٨١-٨٢..

[٢] ينظر (م/٥٩) من انظام الاساسي لمحكمة العدل الدولية.

[٣] رواء يونس اسماعيل محمود النجار، مصدر سابق، ص٣٢٥.

٤- توصلت الدراسة الى ان المشرع العراقي لم ينظم الوساطة والتوفيق في تشرع خاص ومنفصل وانما اوردهما كاساليب لحل المنازعات.

٥- توصلت الدراسة الى عدم جواز طرح المنازعات الناشئة عن عقد المناقصة الدولي امام محاكم دولة المتعاقد الاجنبي أو محاكم دولة اخرى، الا اذا كان هناك اتفاق ما بين الاطراف يقضي بخلاف ذلك. وعليه تكون سلطة الادارة مقيدة بموجب هذا الاتفاق بالنسبة لولاية القضاء الوطني أو الدولي.

ثانياً: التوصيات

بناءً على الاستنتاجات التي ذكرناها آنفاً نوصي بالآتي:

١ نوصي الدراسة على تضمين تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم() لسنة ٢٠١١، تعريفاً خاصاً بعقد المناقصة الدولي، ونقترح التعريف الذي أوردناه في متن هذه الدراسة وهو: وسيلة من الوسائل التي تلجأ اليها الادارة لابرام عقودها، وتلتزم بمقتضاها باختيار افضل المتعاقدين الاجانب شروطاً واقلهم سعراً، للقيام بالاعمال المطلوبة محل التعاقد.

٢- نوصي المشرع العراقي على تنظيم الوساطة بتشريع خاص ومنفصل يمكن الرجوع اليه في حال نشوء نزاع ما بين الادارة والمتعاقد(المناقص) الاجنبي.

قائمة المصادر :

اولا: كتب اللغة

١- ابن منظور، لسان العرب، دار المعارف، مادة (حكم)

٢- اسماعيل بن حمار الجوهري، تاج اللغة، صحاح العربية، ج٣، ط٤، دار العلم للملايين، بيروت، ١٩٩٠، ص١٠٥٩عبدالله سليمان، المقدمة الاساسية في القانون الدولي الجنائي، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ١٩٩٢.

٣- محمد بن احمد الازهري، تهذيب اللغة، تحقيق: محمد عوض مرعب، ج٨، ط١، دار احياء التراث العربي، بيروت،٢٠٠١.

ثانياً: الكتب

١- احمد ابو الوفا، التحكيم في القوانين العربية، ط١، منشأة المعارف، الاسكندرية.

٢- احمد عبد الكريم سلامة، قانون التحكيم الدولي والداخلي تنظير وتطبيق مقارن، القاهرة، ٢٠٠٣.

٣- ادم وهيب النداوي، المرافعات المدنية، العاتك لصناعة الكتاب، القاهرة.

٤- ايمان منصور، و شريف عبد، الوساطة وفن التفاوض، دار النهضة العربية، القاهرة، ط١، ٢٠١٧.

٥- خيري عبد الفتاح السيد البتانوني، الوساطة كوسيلة بديلة لفض المنازعات المدنية والتجارية، دار النهضة العربية، القاهرة، ط٢، ٢٠١٢.

٦- رواء يونس محمود النجار، النظام القانوني للأستثمار الاجنبي (دراسة مقارنة)، دار الكتب القانونية، مصر، ٢٠١٢,

٧- سليمان الطماوي، الاسس العامة للعقود الادارية، دار الفكر العربي، ط٤,

٨- عبدالله سليمان، المقدمة الاساسية في القانون الدولي الجنائي، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ١٩٩٢.

٩- عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرخ القانون المدني المصري، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ط٣، ١٩٩٨.

١٠- محمد ابراهيم موسى، التوفيق التجاري الدولي والنظرة السائدة حول سبل التسوية في منازعات التجارة الدولية، دار الجامعة الجديدة للنشر، ٢٠٠٥.

ثانيا: الاطاريح والرسائل الجامعية

١- عصام الدين مصطفى بسيم، النظام القانوني للاستثمارات الاجنبية الخاصة في الدول النامية، اطروحة دكتوراه، جامعة عين شمس، كلية القانون، ١٩٧٥.

٢- نورهان جبر شحادة، التحكيم في العقود الادارية (دراسة مقارنة)، رسالة ماجستير، جامعة الشرق الاوسط، الاردن، ٢٠١٥.

ثالثا: البحوث والدوريات

١- ابراهيم محمد شاشو، احكام المناقصة في الفقه الاسلامي، بحث منشور في مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، المجلد ٢٧، العدد الرابع، ٢٠١١,

٢- ابراهيم هزاع سليم، الوساطة التجارية كحل بديل في المنازعات التجارية، مجلة كلية القانون للعلوم القانونية والسياسية، كلية القانون والعلوم السياسية، جامعة كركوك، المجلد ٩، العدد ٣٢، ٢٠٢٠.

٣- احمد عبد الكريم سلامة، نظرات في الحماية الدبلوماسية ودور فكرة الجنسية في المسؤولية الدولية عن الاضرار البيئية، بحث منشور في المجلة المصرية للقانون الدولي ، المجلد الثامن والخمسون،الجمعية المصرية للقانون الدولي، القاهرة.

٤- محمد علي عبد الرضا عفلوك، وياسر عطيوي عبود الزبيدي، الوساطة في حل النزاعات بالطرق السلمية في التشريع العراقي(دراسة مقارنة)، بحث منشور في مجلة رسالة الحقوق.جامعة كربلاء، السنة السابعة، العدد الثاني، ٢٠١٥ .

٥- محي الدين القيسي، الوساطة والمصلحة والمفاوضات. وسائل بديلة لحل الخلافات التجارية، الملتقى العربي الاول للتحكيم والوسائل البديلة لتسوية المنازعات(التوفيق-الوساطة-الخبرة الفنية) بالتعاون بين المنظمة العربية للتنمية الادارية والمركز اللبناني للتحكيم ببيروت، ٢٠١٠.

رابعاً: **التشريعات الوطنية**

١- قانون المرافعات المدنية العراقي رقم (٨٣) لسنة ١٩٦٩العدل.

٢- قانون الاستثمار العراقي رقم (١٣) لسنة ٢٠٠٦ النافذ.

٣- تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم (٢) لسنة ٢٠١٤.

٤- قانون الوساطة لتسوية النزاعات المدنية الاردني المؤقت رقم(٣٧) لسنة ٢٠٠٣.

رابعاً: التشريعات الدولية

١- قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة رقم (١٨٠٣) في عام ١٩٦٢.

٢- قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة رقم (٢٩/٣٢٨١) في عام ١٩٧٤.

Source list:

First: language books

1- Ibn Manzoor, Lisan al-Arab, Dar al-Ma'arif, article (judgment)

2- Ismail bin Hamar Al-Jawhary, The Crown of Language, Sihah Al-Arabiya, Part 3, Edition 4, Dar Al-Ilm for Millions, Beirut, 1990, p.

3- Muhammad bin Ahmad Al-Azhari, Refining the Language, investigation: Muhammad Awad Mereb, Part 8, Edition 1, Dar Revival of Arab Heritage, Beirut, 2001.

Second: books

1- Ahmed Abu Al-Wafa, Arbitration in Arab Laws, 1st Edition, Manshaet Al-Maarif, Alexandria.

2- Ahmed Abdel-Karim Salama, International and Domestic Arbitration Law, Theorizing and Comparative Application, Cairo, 2003.

3- Adam Wahib Al-Nadawi, Civil Procedures, Al-Atak for the Book Industry, Cairo.

4- Iman Mansour, and Sharif Abd, Mediation and the Art of Negotiation, Dar Al-Nahda Al-Arabiya, Cairo, 1st edition, 2017.
5- Khairy Abdel-Fattah Al-Sayed Al-Batanouni, Mediation as an alternative method for resolving civil and commercial disputes, Dar Al-Nahda Al-Arabiya, Cairo, 2nd edition, 2012.
6- Rawa Younis Mahmoud Al-Najjar, The Legal System for Foreign Investment (a comparative study), Dar Al-Kutub Al-Qanani, Egypt, 2012.
7- Suleiman Al-Tamawy, General Foundations of Administrative Contracts, Dar Al-Fikr Al-Arabi, 4th Edition.
8- Abdullah Suleiman, The Basic Introduction to International Criminal Law, University Press Office, Algeria, 1992.
9- Abd Al-Razzaq Al-Sanhouri, The Mediator in the Egyptian Civil Law, Al-Halabi Human Rights Publications, Beirut, 3rd edition, 1998.
10- Muhammad Ibrahim Musa, International Commercial Conciliation and the Prevailing Perspective on Means of Settlement in International Trade Disputes, New University Publishing House, 2005.

Second: Theses and university theses

1- Essam El-Din Mustafa Bassim, The Legal System for Private Foreign Investments in Developing Countries, PhD thesis, Ain Shams University, Faculty of Law, 1975.
2- Nourhan Jabr Shehadeh, Arbitration in Administrative Afoud (Comparative Study), Master Thesis, Middle East University, Jordan, 2015.

Third: Research and periodicals

1- Ibrahim Muhammad Shashu, Rulings on Bidding in Islamic Jurisprudence, a research published in the Damascus University Journal of Economic and Legal Sciences, Volume 27, Issue Four, 2011.
2- Ibrahim Hazza Salim, Commercial Mediation as an Alternative Solution in Commercial Disputes, Journal of the College of Law for Legal and Political Sciences, College of Law and Political Sciences, University of Kirkuk, Volume 9, Issue 32, 2020.
3- Ahmed Abdel Karim Salama, Views on Diplomatic Protection and the Role of the Idea of Nationality in International Responsibility for Environmental Damage, research published in the Egyptian Journal of International Law, Volume Fifty-eighth, Egyptian Society of International Law, Cairo.
4- Muhammad Ali Abd al-Ridha Aflouk, and Yasser Atiwi Abboud al-Zubaidi, Mediation in resolving disputes by peaceful means in Iraqi legislation

(comparative study), research published in the Journal of Rights. University of Karbala, seventh year, second issue, 2015.

5- Muhyiddin Al-Qaisi, Mediation, Interest and Negotiations. Alternative means for resolving commercial disputes, the first Arab forum for arbitration and alternative means for dispute settlement (conciliation - mediation - technical expertise) in cooperation between the Arab Organization for Administrative Development and the Lebanese Center for Arbitration in Beirut, 2010.

Fourth: National legislation

1- Iraqi Civil Procedure Law No. (83) of 1969, Justice.

2- Iraqi Investment Law No. (13) of 2006 in force.

3- Instructions for implementing government contracts No. (2) of 2014.

4- The Jordanian Temporary Mediation Law for Settlement of Civil Disputes No. (37) of 2003.

Fourth: International legislation

1- United Nations General Assembly Resolution No. (1803) in 1962.

2- United Nations General Assembly Resolution No. (29/3281) in 1974.