Print ISSN: 2791-2248
Online ISSN: 2791-2256
مَجلّةُ تَسْنِيمِ الدَوليّة
للعُلومِ الإنسانيّةِ والاجتمَاعيّةِ والقانونيّةِ

الطبيعة القانونية لعقود الإدارة الدولية – عقد بناء المدارس الصينية أنموذجاً

المدرس الدكتور ماجد حامد حمود الصراف [1]

[1] المديرية العامة للتربية في محافظة النجف الأشرف - العراق

Majedhamed203@gmail.com

الملخص. بعد أن تناولنا موضوع (الطبيعة القانونية لعقود الإدارة الدولية – عقد بناء المدارس الصينية أنموذجاً) نجد أن العقود الإدارية ذات الطابع الدولي لا تختلف بطبيعتها عن العقود الإدارية الداخلية (الوطنية)، وذلك لتوافر كافة عناصر العقد الإداري في العقود الإدارية ذات الطابع الدولي والتي تتمثل بالإدارة المتعاقدة و المرفق العام وتضمين العقد لامتيازات السلطة العامة، وإن ما يميز العقد الإداري الدولي عن العقد الإداري الوطني هو وجود طرف أجنبي في العقد وعارة ما يتمثل بـ (دولة أجنبية أو شخصية معنوية أجنبية)، بالإضافة إلى منح بعض الامتيازات للطرف الاجنبي في العقد، وقد توصل الباحث إلى أن عقد بناء المدارس الصينية الذي تم إبرامه بين العراق وأحدى الشركات التي تحمل الجنسية الصينية ما هو إلا عقد إداري دولي وإن كان ذلك العقد يخضع في تنفيذه وتطبيقه إلى القوانين العراقية ويكون القضاء العراقي هو القضاء المختص في نظر المنازعات التي قد تحدث من جراء تنفيذ العقد، وهذا ما تم تأكيده والإشارة إليه في بنود العقد ذاته، وإن إخضاع العقد الإداري الدولي لقوانين الدولة المتعاقدة وقضائها الإداري لا يلغي الصفة الدولية للعقد، وما يؤكد ذلك هو إمكانية أطراف العقد اللجوء إلى التحكيم في المسائل الخلافية بشرط أن يكون العقد قد تضمن النص على شرط اللجوء الى التحكيم وتحديد جهات التحكيم المعتمدة بموافقة طرفي العقد.

Abstract. Having discussed the legal nature of international administrative contracts – using the Chinese school construction contract as a model – we find that international administrative contracts are not fundamentally different from domestic (national) administrative contracts. This is because all the elements of an

Print ISSN: 2791-2248
Online ISSN: 2791-2256
مَجلّةُ تَسْنِيمِ الدَوليّة
للعُلومِ الإنسانيّةِ والاجتمَاعيّةِ والقانونيّةِ

administrative contract are present in international administrative contracts, namely: the contracting authority, the public utility, and the inclusion of public authority privileges in the contract. What distinguishes an international administrative contract from a domestic one is the presence of a foreign party, usually a foreign state or a foreign legal entity, in addition to granting certain privileges to the foreign party in the contract, The researcher concluded that the contract for the construction of Chinese schools, which was concluded between Iraq and a company holding Chinese nationality, is nothing but an international administrative contract, even though that contract is subject in its implementation and application to Iraqi laws, and the Iraqi judiciary is the competent judiciary to consider disputes that may arise as a result of the implementation of the contract. This is what was confirmed and indicated in the clauses of the contract itself. Subjecting the international administrative contract to the laws of the contracting state and its administrative judiciary does not negate the international character of the contract. What confirms this is the possibility of the contracting parties resorting to arbitration in disputed matters, provided that the contract included a clause to resort to arbitration and specified the approved arbitration bodies with the agreement of the contracting parties.

أولاً: المقدمة

تعتبر العقود الإدارية الدولية أحدى الوسائل الحديثة والادوات القانونية المتطورة التي تعتمد عليها الدول في تنفيذ مشاريعها الاستراتيجية الكبرى كـ (بناء المدارس أو المستشفيات أو المصانع)،حيث تمتاز تلك العقود بطبيعة خاصة تجمع بين خصائص العقد الإداري الوطني وبين قواعد القانون الدولي الخاص، ويبرز عقد بناء المدارس الصينية ضمن الاتفاقية الاستراتيجية التي تم توقيعها بين العراق والصين نموذج تطبيقي يتداخل فيه الاختصاص القانوني الوطني مع الاتفاقيات الدولية الاطارية، مما يمنح العقد تكييفاً قانونياً يتأرجح بين السيادة القانونية للدولة المتعاقدة وبين الالتزامات الدولية الناشئة عن الشركات الاقتصادية الاجنبية، ويقتضي ذلك أن يقوم الباحث بدراسة وتحليل بنود العقد لمعرفة الطبيعة القانونية له والقانون الواجب التطبيق والقضاء المختص في نظر المنازعات التي قد تطرأ أثناء تنفيذ العقد.

ثانياً: أهمية البحث

تبرز أهمية موضوع البحث من عنوان البحث ذاته، حيث يركز البحث على عقود الإدارية ذات الطابع الدولي التي تكون الدولة طرفاً فيها إلى جانب أحدى الشخصيات الأجنبية الامر الذي يتطلب منا البحث عن النظام القانوني الذي يحكم هذا النوع من العقود وما هي القوانين واجبة التطبيق، هل هي القوانين الوطنية للدولة المتعاقدة أم قواعد القانون الدولي الخاص، وما هو القضاء المختص بنظر المنازعات التي تحدث أثناء تنفيذ العقد.

ثالثاً: أهداف البحث:

يهدف الباحث من خلاله تناوله لموضوع (الطبيعة القانونية لعقود الإدارة الدولية) إلى بيان الآتي:

1-بيان مفهوم العقد الإداري الدولي، وما هي المعايير التي تميزه عن العقود الإدارية الوطنية.

2-بيان مدى إمكانية الجهة المتعاقدة استخدام امتيازات السلطة العامة في هذا النوع من العقود.

3-معرفة النظام القانوني الذي يخضع له هذا النوع من العقود والقضاء المختص بنظر المنازعات التي تحدث بين أطراف العقد أثناء التنفيذ.

رابعاً: إشكالية البحث:

تكمن الإشكالية في عدم معرفة القواعد القانونية التي يمكن تطبيقها على العقود الإدارية ذات الطابع الدولي، وذلك بسبب تعدد الآراء الفقهية التي تناولت تكييف النظام القانوني للعقود الإدارية ذات الطابع الدولي، الامر الذي يتطلب منا البحث المستفيض في القوانين المنظمة للعملية التعاقدية في العراق لمعرفة توجه المشرع العراقي من تكييف العقود الإدارية الدولية.

خامساً: منهج البحث:

أعتمد الباحث المنهج التحليلي المقارن كونه الاسلوب الامثل لمحل الدراسة، أما المنهج التحليلي فسيكون من خلال تحليل النصوص القانونية التي تتعلق بالعقود الإدارية ذات الطبيعة الدولية، كما تم الاخذ بالمنهج المقارن وذلك من أجل المقارنة بين عقود الإدارة الوطنية والعقود الإدارية الدولية للوقوف على أهم خصائص تلك العقود وماهي المعايير التي يمكن الاعتماد عليها للتمييز بين تلك العقود.

سادساً: هيكلية البحث:

مَجلّةُ تَسْنِيمِ الدَوليّة
للعُلومِ الإنسانيّةِ والاجتمَاعيّةِ والقانونيّةِ
Print ISSN: 2791-2248
Online ISSN: 2791-2256

تناول الباحث موضوع (الطبيعة القانونية لعقود الإدارة الدولية – عقد بناء المدارس الصينية أنموذجاً) في مطلبين، خصصنا المطلب الاول لدراسة ماهية العقود الإدارية الدولية حيث تم تناوله في فرعين تطرقنا في الفرع الأول إلى تعريف العقود الإدارية الدولية، أما الفرع الثاني فتناولنا من خلاله ذاتية العقد الإداري الدولي وعناصره، وفي المطلب الثاني تناول الباحث الطبيعة القانوني لعقود الإدارة الدولية وذلك في فرعين أيضاً، تطرقنا في الفرع الاول إلى النظام القانوني للعقود الإدارية الدولية، أما الفرع الثاني فتناولنا النظام القانوني لعقد بناء المدارس الصينية باعتباره أنموذجاً تطبيقياً للعقود الإدارية ذات الطابع الدولي.

سابعاً: حدود البحث والمصطلحات:

حدود البحث: سيقتصر الباحث دراسته في إطار عنوان البحث، وذلك من خلال بيان ماهية العقود الإدارية الدولية وذاتيتها، وكذلك الطبيعة القانونية للعقود الإدارية ذات الطابع الدولي والتركيز على عقد بناء المدارس الصينية في العراق باعتباره نموذجاً تطبيقياً للعقود الإدارية الدولية.

مصطلحات البحث:

أما المصطلحات التي سيتم التركيز عليها في البحث تتمثل بالآتي: (العقود الإدارية، الوطنية، الدولية، الطبيعة القانونية، المدارس الصينية).

1 .المطلب الأول: ماهية العقود الإدارية الدولية

تعد فكرة العقود الإدارية ذات الطابع الدولي وخصوصاً في مجال الاستثمار وتطوير البنى التحتية فكرة حديثة العهد مقارنة بالعقود الإدارية الداخلية، حيث بدأ نطاق تلك العقود يتسع شيئاً فشيئاً وخصوصاً في الدول التي تفتقر إلى الخبرات والمهارات المتطورة في الصناعات الحديثة وكذلك في مجال العمران للمشاريع الكبيرة، لذا فإن اللجوء إلى إبرام العقود الدولية أصبح أحدى أهم الوسائل التي تلجئ إليها تلك الدول من أجل تحقيق أهدافها في مجال الصناعة ودعم القطاع الاقتصادي وكذلك ف مجال البنى التحتية، ولأهمية هذا النوع من العقود أخذ العديد من الفقهاء في الآونة الأخيرة يركزون في دراساتهم البحث في مفهوم وطبيعة تلك العقود وما يميز العقد الإداري الدولي عن غيره.

لذا سنتناول هذا المطلب في فرعين نتناول في الفرع الأول التعريف بالعقد الإداري الدولي، أما الفرع الثاني فسنتناول فيه ذاتية العقود الإدارية ذات الطابع الدولي وعناصره.

مَجلّةُ تَسْنِيمِ الدَوليّة
للعُلومِ الإنسانيّةِ والاجتمَاعيّةِ والقانونيّةِ
Print ISSN: 2791-2248
Online ISSN: 2791-2256

1.1. الفرع الأول: التعريف بالعقود الإدارية الدولية

أشرنا إلى أن العقود الإدارية ذات الطابع الدولي تعتبر عقود حديثة العقد نسبياً، حيث بدأ هذا النوع من الظهور مطلع الخمسينات من القرن الماضي، وكان الهدف من لجوء بعض الدول إلى هذا النوع من العقود حاجة تلك الدول إلى الاسراع بعجلة التنمية في مختلف المجالات الصناعية والزراعية والاقتصادية وكذلك البنى التحتية.

ومن هنا لابد لنا وقبل الدخول بتفاصيل تلك العقود من حيث طبيعتها وأساسها القانوني لابد لنا من الوقوف على معنى العقد الإداري الدولي من حيث اللغة والإصطلاح وما يميزه عن غيره.

أولاً: تعريف العقد الإداري لغةً:

لقد أشار فقهاء اللغة العربية إلى أن لفظ (العقد) يمكن إرجاعه إلى معان متعددة فقد يقصد به (العهد، أو الشد، أو الربط، أو الضمان، أو العزم، أو التأكيد، أو الجمع، أو الاحكام، أو التوثيق) (منظور، 1994، صفحة 198).

ويقول الراغب في مفردات القرآن الكريم " العقد: يعني الجمع بين أطراف الشيء، ويستعمل في الاجسام الصلبة؛ كعقد الحبل، وعقد البناء، وتتم الاستعانة به أيضاً للتدليل على عدة أغراض نحو: عقد البيع والعهد وغيرهما فيقال عاقدته، وعقدته، وتعاقدنا" (الاصفهاني، 1998، صفحة 576).

ويقول القرطبي "العقود الربوط، وأحدها: عقد، يقال: عقدت العهد والحبل، وعقت العسل، فهو يستعمل في المعاني والاجسام" (القرطبي، 1939، صفحة 32).

وقد ورد لفظ العقد في القرآن الكريم في موارد عدة، حيث ورد في سورة المائدة في قوله تعالى " يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ " (المائدة، صفحة اية 1)، وفي موضع أخر من نفس السورة " لَا يُؤَاخِذُكُمُ اللَّهُ بِاللَّغْوِ فِي أَيْمَانِكُمْ وَلَكِنْ يُؤَاخِذُكُمْ بِمَا عَقَّدْتُمُ الْأَيْمَانَ " (المائدة، صفحة اية89).

ولما تقدم يرى جانب من الفقه أن معنى العقد في اللغة أوسع نطاقاً مع معناه في الاصطلاح (سليم، 1995، صفحة 35).

ثانياً: تعريف العقد الإداري الدولي إصطلاحاً:

قبل الدخول في بيان مفهوم العقد الإداري الدولي لابد لنا من أن بين مفهوم العقد الإداري بصورة عامة كونه يمثل المدخل الاساسي للعقد الإداري الدولي، وقد تعددت التعريفات التي تناولها الفقهاء في بيان مفهوم العقد الإداري، حيث لم يتفق فقهاء القانون سواءً في العراق أو في مصر على تعريف محدد.

مَجلّةُ تَسْنِيمِ الدَوليّة
للعُلومِ الإنسانيّةِ والاجتمَاعيّةِ والقانونيّةِ
Print ISSN: 2791-2248
Online ISSN: 2791-2256

فقد عرفة الدكتور سليمان الطماوي بأنه "العقد الذي يبرمه شخص معنوي عام بقصد تسيير مرفق عام، أو تنظيمه، وتظهر فيه نية الإدارة في الأخذ بأحكام القانون العام، وأية ذلك أن يتضمن العقد شروطاً استثنائية وغير مألوفة في القانون الخاص، أو أن يخول المتعاقد مع الإدارة الاشتراك مباشرة في تسيير المرفق العام " (الطماوي، 1991، صفحة 51).

في حين عرف جانب أخر من الفقه العقد الإداري بأنه " العقد الذي يبرمه شخص معنوي عام بقصد تنظيم مرفق عام، أو تسييره مستخدماً وسائل القانون العام " (الشكيلي، 2019، صفحة 21).

وعلى ضوء تلك التعريفات عرف فقهاء القانون الإداري العقد الإداري الدولي بأنه " العقد الذي يتم إبرامه من قبل الدولة أو أحدى الشخصيات المعنوية فيها والتابعة لها مع دولة أجنبية أخرى أو شخصية معنوية دولية بهدف تنفيذ التزامات تعاقدية قد تستخدم فيها الدولة سلطتها العامة (بكر، 2002، صفحة 58).

وقد عرفها جانب أخر من الفقه الإداري بأنها " العقود التي يتم إبرامها من قبل الدولة بوصفها سلطة عامة أو من قبل شخص معنوي من رعايا الدولة مع دولة أخرى أو شخص طبيعي أو معنوي من رعايا تلك الدولة، ويترتب على تلك العقود انتقال الاموال والخدمات عبر الحدود باعتبارها تتصل بمصالح التجارة الدولية " (سليم، 1995، صفحة 38).

ووفقاً لما تقدم نلاحظ بأن العقد الإداري الدولي لا يختلف عن العقد الإداري الوطني أو الداخلي بأستثناء أشخاص العقد، كون أحد أطراف العقد يتعلق بدولة أخرى أو شخصية معنوية تابعة إلى دولة أخرى، أما مقومات وعناصر العقد الإداري الأخرى فهي ذاتها، فكلا العقدين يتضمن أشخاص معنوية عامة، وكلاهما يتعلقان بمرفق عام، كذلك كلا العقدين العقد الإداري الوطني والعقد الإداري الدولي يتضمنان شروط استثنائية غير مألوفة في العقود المدنية.

ويمثل عقد بناء (1000 مدرسة) في العراق والتي يطلق عليها تسمية (المدارس الصينية) أحدى صور العقد الإداري الدولي، لوجود طرف خارجي والذي يتمثل بالشركة الصينية (*Power China International Group*)، ويمثل هذا العقد بطبيعته أحد بنود الاتفاقية الاستراتيجية التي تم إبرامها بين العراق والصين.

1.2. الفرع الثاني: ذاتية العقد الإداري الدولي وعناصره

قبل البحث في عناصر العقد الإداري ذات الطابع الدولي لابد لنا من التمييز بين العقد الإداري الداخلي والعقد الإداري الدولي، ويرى غالبية الفقه الإداري سواءً في العراق أو في مصر وكذلك فقهاء

مَجلّةُ تَسْنِيمِ الدَوليّة
للعُلومِ الإنسانيّةِ والاجتمَاعيّةِ والقانونيّةِ
Print ISSN: 2791-2248
Online ISSN: 2791-2256

القانون الإداري في النظم القانونية المقارنة أن العقد الإداري الدولي يتميز عن العقد الإداري الداخلي (الوطني) بعدة معايير تتمثل بالآتي:

أولاً: المعيار القانوني:

يقوم هذا المعيار في التمييز بين العقود الإدارية وإضفاء الصفة الدولية عليها متى ما وجد عنصر أجنبي في أي عنصر من عناصر العلاقة التعاقدية للعقد، ووفقاً لهذا المعيار إذا كانت العناصر القانونية للعقد تتصل بأكثر من نظام قانوني واحد فإن العقد الإداري يكون دولياً، وأن المقصود بالعناصر القانونية التي يتم من خلالها التمييز بين العقود الإدارية الداخلية (الوطنية) والعقود الإدارية الدولية هي جنسية أطراف العقد ومكان إقامتهم ومكان إبرام العقد ومكان التنفيذ.

حيث لا يشترط لإضفاء الصفة الدولية على العقد أن يكون الطرف غير الوطني متمثلاً بدولة أخرى، وإنما يكفي أن يكون شخصية معنوية تتمتع بصفة قانونية، وخير مثال على ذلك العقد المبرم بين الامانة العامة لمجلس الوزراء العراقي وبين شركة (*Power China International Group*) والذي يتعلق ببناء (40) لا مدرسة حكومية في محافظة النجف الأشرف (الهر، 2019، صفحة 29).

وعلى هذا الاساس فإن الطرف الاجنبي في العقد هو من يتحمل المسؤولية القانونية الكاملة عن العقد المبرم سواءً كان الطرف الثاني في العقد دولة أم شخصية معنوية لها مركز قانوني مستقل، وفي حال كان الطرف الثاني في العقد ليس دولة وإنما إحدى الشخصيات المعنوية فإن تلك الشخصية هي من تتحمل المسؤولية الكاملة من جراء ذلك التعاقد دون أن تكون الدولة التي تنتمي لها جنسية تلك الشخصية المعنوية مسؤولة عن تصرفاتها (العقد، 2021، صفحة 1).

ثانياً: المعيار الاقتصادي:

وفقاً لهذا المعيار فإن العقد الإداري يكون دولياً متى ما تعلق موضوع العقد بمصالح التجارة الدولية دون التركيز على جنسية أطراف العقد وذلك بخلاف المعيار القانوني الذي يعتمد بصورة أساسية على جنسية أطراف العقد وضرورة أن يكون أحدهما وطنياً والأخر أجنبياً، ويؤيد جانب من فقهاء القانون الإداري هذا الاتجاه، حيث يرى البعض منهم إلى أن العقد الإداري يكون عقداً دولياً متى ما تضمن العقد حركة بضائع أو خدمات أو أموال عبر الحدود.

ووفقاً لهذا المعيار فإنه لا يشترط أن تكون جنسية أحد أطراف العقد أجنبية عن جنسية الطرف الأول، فقد يكون كلاهما من نفس الدولة ومن ذات الجنسية، إلا أنه يشترط أن يكون موضوع العقد

مَجلّةُ تَسْنِيمِ الدَوليّة
للعُلومِ الإنسانيّةِ والاجتمَاعيّةِ والقانونيّةِ
Print ISSN: 2791-2248
Online ISSN: 2791-2256

متعلقاً بمصلحة تجارية من خارج حدود البلد من أجل إضفاء الصفة الدولية على العقد الإداري (الأسعد، 2010، صفحة 22).

ثالثاً: المعيار القانوني والاقتصادي (المختلط):

ذهب جانب من الفقه إلى أن إضفاء الصفة الدولية على العقد الإداري لا يمكن أن يكون من خلال الاعتماد على أحد المعيارين (القانوني أو الاقتصادي) بصفة مستقلة، وعلى حد قولهم أن المعيار القانوني وحده ليس كافياً، كون اختلاف جنسية أطراف العقد لا تكفي بحد ذاتها من أجل إضفاء الصفة الدولية على العقد الإداري، كما أن المعيار الاقتصادي وحده ليس كافياً، حيث لا يكفي أن يتعلق موضوع العقد بمصلحة تجارية أو اقتصادية من أجل إضفاء الصفة الدولية على العقد.

وبسبب عدم إمكانية الاعتماد على تلك المعايير بشكل منفصل في تحديد دولية العقد من عدمها، برز جانب من الفقه الإداري أخذ على عاتقه تبني الجمع بين المعيارين لتحديد الصفة الدولية للعقد، ووفقاً لرأي هذا الجانب من الفقه لا يمكن أن يكون العقد الإداري ذو طابع دولي ما لم يتوافر فيه المعيارين (القانوني والاقتصادي) (الأهواني، 1996، صفحة 42).

ويؤيد الباحث ذلك الجانب من الفقه الذي يأخذ بالمعيار المختلط الذي يعتمد على الجمع بين (المعيار القانوني) و (المعيار الاقتصادي) في إضفاء الصفة الدولية على العقود الإدارية ذات الطابع الدولي، كونه الأكثر مقبولية بين أوساط الفقه الإداري.

بعد أن تمكنا من بيان ذاتية العقد الإداري الدولي وكيفية التمييز بينه وبين العقد الإداري الداخلي (الوطني) من خلال البحث في المعايير التي أوجدها الفقه والقضاء وهي كلٌ من (المعيار القانوني) و (المعيار الاقتصادي) و (المعيار القانوني الاقتصادي المختلط)، أصبح من الواضح أن نحدد ماهي عناصر العقد الإداري الدولي.

ويمكن تلخيص عناصر العقد الإداري الدولي بالآتي:

1- الإدارة: تمثل الإدارة الطرف الاساسي في العقد الإداري سواءً كان العقد الإداري داخلياً (وطنياً) أو عقداً إدارياً دولياً، وفي إطار العقود الإدارية الدولية غالباً ما يتم إبرام تلك العقود من قبل رئيس الدولة أو رئيس مجلس الوزراء أو من يتم منحه تلك الصلاحية بموجب القانون (الشمري، 2023، صفحة 23).

2- الشخص الأجنبي: إلى جانب الطرف الاول المتمثل بالإدارة يجب أن يكون الطرف الثاني أجنبي الجنسية وفقاً للمعيار القانوني، وإلا من غير الممكن أن يكون العقد الإداري دولياً ما لم يتواجد

مَجلّةُ تَسْنِيمِ الدَوليّة
للعُلومِ الإنسانيّةِ والاجتمَاعيّةِ والقانونيّةِ
Print ISSN: 2791-2248
Online ISSN: 2791-2256

العنصر الاجنبي في العقد، وبمعنى أخر يجب أن يكون الطرف الثاني في العقد يحمل جنسية دولة أخرى تختلف عن جنسية الدولة التي أبرمت العقد (الهر، 2019، صفحة 32).

ولابد من الإشارة إلى أن الطرف الاجنبي في العقد الإداري الدولي يكون شخصاً معنوياً وهذا هو الغالب في العقود الإدارية ذات الطابع الدولي، وغالباً ما تكون تلك الشخصية المعنوية متمثلة بالشركات من أجل تطوير أو تسيير مرفق عام، وقد يكون الطرف الأجنبي شخصاً طبيعياً لا يتمتع بالشخصية المعنوية وإن كان هذا نادراً إلا أنه ممكناً، وعادة ما يكون سبب التعاقد مع الاشخاص الطبيعية هو تمتع تلك الشخصيات بالخبرة الفنية أو بسبب امتلاكها لموارد مالية كبيرة قد لا تتوافر عند الشخصية المعنوية.

2. المطلب الثاني: الطبيعة القانونية للعقود الإدارية الدولية

بعد أن تناولنا تعريف العقد الإداري الدولي لغة واصطلاحاً، وتطرقنا إلى المعايير التي تمييز بين العقد الإداري الداخلي (الوطني) والعقد الإداري الدولي وتحديد عناصر العقد الدولي، لابد لنا من البحث في الطبيعة القانونية للعقود الإدارية الدولية، وتحديد النظام القانوني الذي تخضع له العقود الإدارية الدولية، وسنتخذ من عقد بناء المدارس الصينية الذي تم إبرامه بين العراق والصين أنموذجاً تطبيقياً للدراسة لغرض تحديد طبيعة هذا العقد، والنظام القانوني الذي يخضع له هذا النوع من العقود الإدارية الدولية.

حيث سنتناول هذا المطلب في فرعين، نتطرق في الفرع الأول منه إلى النظام القانوني الذي تخضع له العقود الادارية الدولية، أما الفرع الثاني فسنتناول من خلاله البحث في الطبيعة القانونية لعقد بناء المدارس الصينية في العراق والتكييف القانوني له.

2.1. الفرع الأول: النظام القانوني لعقود الإدارة الدولية

إن العقد الإداري الدولي لا يختلف كثيراً عن العقود الإدارية الوطنية، فكلاهما يتم إبرامه من قبل الدولة أو أحد الاشخاص المعنوية فيها، وكلا العقدين يتعلق بمرفق عام ويتضمن شروط استثنائية أو غير مألوفة في عقود القانون المدني، وإن الاختلاف الوحيد في كلا العقدين يتعلق بوجود عنصر أجنبي غير وطني وينصب على مصالح تجارية أو اقتصادية دولية.

وفي هذا الإطار يطرح جانب من الفقه تساؤلاً حول الطبيعة القانونية للعقد الإداري الدولي هل هي ذات الطبيعة القانونية للعقود الادارية الوطنية، وذلك لكون العقد الإداري الدولي يجمع بين مقومات العقد الإداري الوطني من حيث توافر العناصر الاساسية للعقد، وبين مقومات العقد الاداري الدولي التي

Print ISSN: 2791-2248
Online ISSN: 2791-2256

تتعلق بوجود شخص أجنبي وتوافر مصلحة تجارية أو اقتصادية، أم أن العقد الإداري لدولي يخضع لنظام قانوني مختلف عن النظام القانوني الذي تخضع له العقود الإدارية الوطنية (الهر، 2019، صفحة 22).

وقد تعددت الآراء الفقيه في بيان الطبيعة القانونية والنظام القانوني الذي تخضع له العقود الإدارية ذات الطابع الدولي، ويمكن أن نلخص آراء الفقه في ثلاث اتجاهات وهي كما يأتي:

أولاً: اتجاه فقهي يرى أن العقود الدولية عقود إدارية:

ويرى أصحاب هذا الاتجاه من الفقهاء أن العقود التي تبرمها الدولة والتي يكون الطرف الثاني فيها أجنبياً ما هي إلا عقود إدارية، وذلك لتوافر عناصر العقد الإداري برمتها في هذا النوع من العقود، فهذا النوع من العقود يتم إبرامه من قبل الدولة باعتبارها سلطة عامة وتهدف من خلال تعاقدها إلى تحقيق منفعة عامة، كما أن هذا النوع من العقود يتضمن شروط استثنائية غير مألوفة في مجال العقود المدنية (مصطفى، 2008، صفحة 114).

ونستنتج من ذلك أن أصحاب هذا الرأي الفقهي لا يتقبلون فكرة تطبيق أي قانون أخر غير القانون الوطني للدولة المتعاقدة، ووفقاً لوجهة نظرهم لا مجال للتحكيم أو لتطبيق قواعد القانون الدولي على هذا النوع من العقود، على الرغم من اعترافهم بدولية هذا النوع من العقود، حيث يرى أصحاب هذا الاتجاه أن دخول طرف أجنبي في العقد لا يعني إخراج هذا العقد من إطار العقود الإدارية.

ثانياً: أتجاه فقهي يرى أن العقود الدولية من عقود القانون الخاص:

يرى أصحاب هذا الاتجاه أن هذا النوع من العقود هو من عقود القانون الخاص، وإن كان أحد أطراف العقد شخصاً من أشخاص القانون العام وذلك لاعتبارات عديدة، منها أن العقود التي تكون ذات طابع دولي وتضم طرفاً أجنبياً توائم دائماً بين مصلحة المتعاقد والمتمثل دائما بالجهة الحكومية وبين مصلحة المستثمر المتمثل بالطرف الاجنبي عن العقد، وذلك على خلاف العقود الإدارية التي غالباً ما تتضمن شروط استثنائية غير مألوفة لصالح المتعاقد (الشمري، 2023، صفحة 35).

وقد حاول أصحاب هذا الاتجاه أثبات رجاحة رأيهم بعدة حجج، حيث يرون بأنه إذا كانت الدولة تستطيع فرض شروط استثنائية في نطاق العقود الإدارية الوطنية بما لها من سيادة فإن ذلك لا يمكن تطبيقه على العقود الإدارية ذات الطابع الدولي، على اعتبار أن العقود الدولية يجب أن تقوم على مبدأ المساواة بين أطراف العقد وهذا من شأنه أن يجعل الطرف الاجنبي أكثر اطمئناناً هذا من جانب، ومن جانب أخر يرى أصحاب هذا الاتجاه أن العقود الإدارية ذات الطابع الدولي غالباً ما تتضمن في بنودها

تحديد الجهات التي تفصل في المنازعات والقوانين واجبة التطبيق، مما يعني أن العقود الإدارية الدولية تخضع لنظام قانوني غير النظام القانوني للدولة المتعاقدة (الشمري، 2023، صفحة 35).

ثالثا: اتجاه فقهي يرى أن العقود الدولية ذات طبيعة مختلطة:

يرى أصحاب هذا الاتجاه أن العقد الإداري الدولي ذو طبيعة قانونية مختلطة، ففي بعض العقود ذات الطابع الدولي نجد أن الدولة المتعاقدة تضمن عقودها الدولية شروطاً استثنائية غير مألوفة في العقود المدنية وتظهر بمظهر السلطة العامة، بينما في عقود أخرى نرى إن الجهة الحكومية المتعاقدة تعطي إمتيازات للطرف المتعاقد الاجنبي كأن تحدد الجهة القضائية المختصة بالفصل في المنازعات التي تنشأ عن تطبيق العقد، أو أن تضمن العقد نصوص تقضي بتحصين المتعاقد الاجنبي من المتغيرات التي تطرأ على الضرائب والجمارك (بكر، 1998، صفحة 239).

ووفقاً لهذا الاتجاه فإن النظام القانوني للعقود الإدارية ذات الطابع الدولي تختلف من عقد إلى أخر حسب ما تذهب اليه نية المتعاقدين وما يتضمنه العقد من شروط، ويرى الباحث أن هذا الاتجاه الفقهي هو الاسلم والاقرب للواقع، لذا فإنه من أجل تحديد النظام القانوني للعقد الإداري الدولي لابد من الرجوع إلى العقد ذاته لمعرفة ما تضمنه من شروط وما تم الاتفاق عليه بين المتعاقدين.

2.2. الفرع الثاني: النظام القانوني لعقد بناء المدارس الصينية في العراق

سبق وأن تمت الإشارة إلى أن النظام القانوني الذي تخضع له العقود الإدارية ذات الطابع الدولي تختلف من دولة إلى أخرى، وذلك حسب الاتجاه الفقهي الذي تتبناه تلك الدول، فبعضها يرى بأن العقود الإدارية الدولية ما هي إلا عقود إدارية عادية وبالتالي يطبق عليها القوانين الوطنية دون أن يعطي اعتباراً للطرف الأجنبي في العقد، في حين نجد جانب أخر من الدول تسمح بتطبيق قواعد القانون الدولي واللجوء إلى التحكيم في فض المنازعات التي قد تطرأ أثناء تنفيذ العقد الإداري ذو الطبيعة الدولية، وذلك من باب الموائمة بين ما تتمتع به الادارة من امتيازات في مواجهة المتعاقد ولأجل جعل الكفة متوازنة ما بين الدولة المتعاقدة والعنصر الاجنبي في العقد، في حين نجد أن جانباً من الدول تأخذ بالمعيار المختلط وذلك من خلال الاعتماد على نية الاطراف المتعاقدة وما تتضمنه بنود العقد الإداري في اختيار النظام القانوني والقانون الواجب التطبيق.

وفيما يتعلق بالعقود الإدارية ذات الطابع الدولي نجد أن القوانين المنظمة لعملية التعاقد والتعليمات الخاصة بإبرام العقود الإدارية في العراق قد أشارت بصورة واضحة وصريحة إلى القانون الواجب التطبيق في مجال العقود الإدارية، حيث أشارت تعليمات تنفيذ العقود الحكومية إلى أن العقود الإدارية والعقود

الدولية المشمولة بتلك التعليمات تخضع إلى القانون العراقي وولاية القضاء العراقي (المادة، 2025، صفحة 4).

وتجدر الإشارة هنا إلى أنه إذا كانت تعليمات تنفيذ العقود الحكومية قد حددت القانون الواجب التطبيق والقضاء المختص بالفصل في المنازعات التي قد تنشأ عند تنفيذ بنود العقد والتي بموجبها أعطت الولاية للقانون والقضاء العراقي فإن ذلك لا يعني عدم إمكانية اللجوء إلى التحكيم وإعمال قواعد القانون الدولي في العقود التي تبرمها الحكومة العراقية والتي يكون أحد أطرافها شخصاً أجنبياً، فقد أشارت تعليمات تنفيذ العقود الحكومية النافذة إلى إمكانية تسويه المنازعات عن طريق التحكيم، ولكن يشترط لذلك أن يتضمن العقد نصاً يقضي بإمكانية اللجوء إلى التحكيم لتسوية المنازعات (المادة(8ماولاً/ثانياً)، 2014، صفحة 3).

ومما تقدم يمكن القول بأن النظام القانوني للعقود الإدارية ذات الطابع الدولي يخضع للقوانين العراقية وإلى ولاية القضاء العراقي، وبذلك فإن القوانين العراقية هي القوانين التي يجب أن تطبق في كل ما يتعلق بالعقود الإدارية الدولية، وأن القضاء العراقي هو القضاء المختص بنظر منازعات العقود الإدارية ما لم يتفق أطراف العقد على تسويه منازعاتهم بأحدى الطرق المنصوص عليها في تعليمات تنفيذ العقود الحكومية سواءً كانت بالتوافق الودي بين أطراف النزاع، أو من خلال اختيار جهة محايدة سواءً كانت شخصية معنوية أو طبيعية أو عن طريق اللجوء إلى التحكيم الوطني أو الدولي.

وبما أن الباحث أخذ من عقد بناء المدارس الصينية في العراق أنموذجاً تطبيقياً لمحل الدراسة، لذا لابد من بيان النظام القانوني الذي يخضع له هذا العقد، والقضاء المختص بنظر المنازعات التي قد تطرأ أثناء تنفيذ بنود العقد، ومن خلال مراجعة بنود العقد المبرم بين مجلس الوزراء العراقي ممثلاً بالسيد (كرار محمد عبد الزهرة / المدير التنفيذي للجنة العليا لبناء المدارس) وبين الشركة الصينية (*Power China International Group*) نجد أنها جاءت متوافقة مع تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم (2) لسنة 2014 النافذة وقت إبرام العقد والملغاة بعد صدور تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم (1) لسنة 2025 والتي أشار كلاهما بصورة صريحة لا تقبل الشك أو التأويل بأن القضاء العراقي هو المختص بنظر منازعات العقود الإدارية وأن القوانين الوطنية هي القوانين الواجبة التنفيذ على جميع العقود الإدارية والعقود الدولية، حيث تضمنت بنود الاتفاقية التأكيد على خضوع الاتفاقية للقوانين العراقية وولاية القضاء العراقي (العقد، 2021، صفحة 2).

مَجلّةُ تَسْنِيمِ الدَوليّة
للعُلومِ الإنسانيّةِ والاجتمَاعيّةِ والقانونيّةِ
Print ISSN: 2791-2248
Online ISSN: 2791-2256

ومما تقدم نخلص إلى أن عقد بناء المدارس الصينية في العراق ما هو إلا عقد إداري دولي، وإن إخضاع بنود هذا العقد لولاية القضاء العراقي والقوانين العراقية لا ينفي الصفة الدولية عنه، لتوافر كافة العناصر والمقومات الاساسية المطلوبة في العقد الإداري الدولي، من حيث توافر العنصر الاجنبي، بالإضافة إلى منح العنصر الاجنبي امتيازات خاصة.

ومن الامتيازات الخاصة التي تضمنها عقد بناء المدارس الصينية والتي لا وجود لها في نطاق العقود الإدارية الداخلية (الوطنية) إعفاء العقد من الضريبة، وكذلك عدم إمكانية فسخ العقد من قبل أحد أطراف العقد دون موافقة الطرف الأخر بأستثناء الحالات الخاصة التي نص عليها العقد والتي تتعلق بالمصلحة العامة واستحالة تنفيذ العقد لأسباب لا علاقة للطرف الثاني فيها (العقد، 2021، صفحة 4).

وتجدر الإشارة إلى أن عقد بناء المدارس الصينية أشار في البند التاسع منه والذي يحمل عنوان (تسوية المنازعات) إلى إمكانية حل الخلافات التي قد تطرأ أثناء تنفيذ العقد وفقاً لأحكام المادة (8) من تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم (2) لسنة 2014، حيث تمت الإشارة بموجب تلك المادة إلى طرق تسوية المنازعات بعد توقيع العقد، ويكون تسويه المنازعات من خلال التوافق الودي بين طرفي العقد من خلال تشكيل لجنة مشتركة بين طرفي النزاع، وفي حال عدم التوصل إلى اتفاق يتم اللجوء إلى أحد الاساليب المنصوص عليها في العقد، وقد حصر المشرع العراقي تلك الاساليب بخيارات محددة، أما عن طريق التحكيم سواءً كان التحكيم وطني أو دولي، أو من خلال احالة النزاع إلى المحكمة المختصة.

كما تجدر الإشارة إلى أنه لا يمكن اللجوء إلى التحكيم في حال حدوث منازعات بين أطراف العقد ما لم يتم النص عليه في بنود العقد.

الخاتمة

بعد أن تناول الباحث موضوع الدراسة (الطبيعة القانونية لعقود الإدارة الدولية – عقد بناء المدارس الصينية أنموذجاً) من جوانبه المختلفة، فقد أتضح لنا مدى اهمية بيان ماهية العقود الإدارية الدولية والعناصر المميزة للعقد الإداري الدولي عن العقود الإدارية الوطنية والتي أشار الباحث من خلالها إلى المعيار الارجح في التمييز بين العقود الإدارية والعقود الدولية، وكذلك ضرورة الوقوف على أهم الآراء الفقهية التي أخذت على عاتقها بيان التكييف القانوني للعقود الإدارية ذات الطابع الدولي لمعرفة النظام

القانوني الذي تخضع له تلك العقود، وقد توصل الباحث بعد الانتهاء من تلك الدراسة إلى جملة من الاستنتاجات والمقترحات والتي تتمثل بالآتي:-

أولاً: الاستنتاجات:

1-لم يتفق فقهاء القانون الإداري على تبني معيار محدد للتمييز بين العقد الإداري الوطني والعقد الإداري الدولي، فمنهم من يرى المعيار القانوني هو الاساس للتمييز، في حين يرى آخرون أن المعيار الاقتصادي هو الاساس للتمييز، إلى أن تبنى جانب أخر من الفقه معيار مختلط يجمع بين (المعيار القانوني والمعيار الاقتصادي) كأساس للتمييز بين العقود الإدارية الوطنية والدولية وهو من وجهة نظرنا الارجح.

2-إن عقد بناء المدارس الصينية يعد من العقود الإدارية الدولية، وإن تضمن العقد في بنوده شروطاً استثنائية غير مألوفة، إلا أن وجود عنصر أجنبي في العقد متمثل بشركة (*Power China International Group*) الصينية وتضمينه بعض الامتيازات للشركة المتعاقدة والتي منها إعفاءه من الضريبة وكذلك عدم القدرة على فسخ العقد بالإرادة المنفردة للدولة المتعاقدة يعطي لعقد بناء المدارس الصينية الصفة الدولية.

3-إن العقد بناء المدارس الصينية المبرم بين العراق والصين ضمن إطار الاتفاقية الاستراتيجية أشار إلى أن القوانين العراقية هي القوانين الواجبة التطبيق، وقد ضمن ذلك في بنود العقد، كما أشار إلى أن القضاء العراقي هو القضاء المختص بنظر المنازعات التي تتعلق بتنفيذ بنود العقد، وهذا ما تم التأكيد عليه في بنود العقد.

ثانياً: التوصيات:

1-نوصي المشرع العراقي إصدار تعليمات تخص العقود الإدارية ذات الطابع الدولي، إلى جانب تعليمات تنفيذ العقود الإدارية رقم (1) لسنة 2025.

2-نوصي بضرورة أن تكون صياغة بنود العقود الإدارية ذات الطابع الدولي من قبل جهات متخصصة وذلك لتلافي أي إشكالية أو غموض قبل إبرام العقد.

3-نوصي السلطة التنفيذية متمثلة بالأمانة العامة لمجلس الوزراء التوسع بإبرام مثل تلك الاتفاقيات (النفط مقابل الاعمار)، وذلك لنجاح تلك التجربة ولكونها تخدم ظروف البلد الاقتصادية.

تلك هي أهم الاستنتاجات والمقترحات التي توصل إليها الباحث، ونأمل بأن تكون نهاية بحثنا البداية لأعمال وبحوث أخرى تستدرك ما فاتنا أو ما لم نجد مجالاً للتوسع فيه لتكون ثمرة تلك الأعمال إثراء الجوانب القانونية بصورة عامة، كما نأمل بأن نكون قد وفقنا في تناول مفردات ومواضيع البحث من الناحية القانونية، وأخيراً لا يسعني إلا أن أحمد الله كثيراً وأشكره على توفيقه في إتمام هذا البحث.

المصادر:

القرآن الكريم

[1] الأهواني، حسام الدين كامل. (1996).أصول قانون التجارة الدولية. دار النهضة العربية.

[2] الأصفهاني، الراغب. (1998). مفردات ألفاظ القرآن الكريم (صفوت عدنان داوودي، محقق؛ ط2). دار القلم والدار الشامية.

[3] الأسعد، بشار محمد. (2010). عقود الدولة في القانون الدولي(ط1). منشورات زين الحقوقية.

[4] الأمانة العامة لمجلس الوزراء. (2021). العقد المرقم (2021/31) المبرم بين الطرف الأول الأمانة العامة لمجلس الوزراء والطرف الثاني (*Power China International Group*) بتاريخ 2021/12/16.

[5] البدري، ستار جبار. (2018). العقود الإدارية المستحدثة ودورها في تنظيم المرافق العامة الضرورية. مكتبة زين الحقوقية والأدبية. (ملاحظة: تُحذف أرقام الصفحات من قائمة المراجع وتوضع في التوثيق الداخلي فقط).

[6] بكر، محمد عبد العزيز. (2002). نظرية العقد الدولي. دار النهضة العربية.

[7] الشكيلي، يوسف بن مصبح. (2019). الرقابة الإدارية والقضائية على العقود الإدارية "دراسة مقارنة". دار الجامعة الجديدة.

[8] الشمري، حيدر ضياء مهدي. (2023). العقد الإداري الدولي والقانون الواجب التطبيق [رسالة ماجستير غير منشورة]. الجامعة الإسلامية في لبنان.

[9] الطماوي، سليمان. (1991). الأسس العامة للعقود الإدارية. مطبعة جامعة عين شمس.

[10] العراق: وزارة التخطيط. (2017). الضوابط رقم (4) الخاصة بـ (صيغة العقد). جريدة الوقائع العراقية، العدد (4325).

[11] العراق: وزارة التخطيط. (2025). تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم (1) لسنة 2025. جريدة

الوقائع العراقية، العدد (4849).

[12] العراق: وزارة التخطيط. (2025). تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم (2) لسنة 2014 الملغاة. جريدة الوقائع العراقية، العدد (4325).

[13] القرطبي، محمد بن أحمد الأنصاري. (1939). *الجامع لأحكام القرآن (ط3، ج6). دار الكتب المصرية.

[14] مصطفى، علاء محي الدين. (2008). التحكيم في منازعات العقود الإدارية الدولية في ضوء القوانين الوضعية والمعاهدات الدولية. دار الجامعة الجديدة.

[15] ابن منظور، أبي الفضل جمال الدين. (1994). لسان العرب (ط3). دار صادر.

[16] الهاشمي، صلاح مهدي. (2021). النظرية الحديثة للعقود الإدارية الدولية والتحكيم فيها "العراق أنموذجاً" [أطروحة دكتوراه غير منشورة]. الجامعة الإسلامية في لبنان.

[17] الهر، عبد الصاحب إبراهيم. (2023). التنظيم القانوني للعقود الإدارية ذات الطابع الدولي "دراسة مقارنة بين العراق ولبنان" [رسالة ماجستير غير منشورة]. الجامعة الإسلامية في لبنان.