الرقم الدولي: ISSN 2075-7220

الرقم الدولي الالكتروني: ISSN 2313-0377

مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية

مجلة علمية فصلية

محكمة تصدر

عن كلية القانون

بجامعة بابل

بعض البحوث التي وردت ضمن هذا العدد:

- مفهوم الضمانات الواردة على المنقول (دراسة مقارنة)
- الضمانات الدستورية الخاصة للعدالة الاجتماعية.
- التزامات المنفذ البحري.
- دور القانون الجنائي الدولي في تنظيم استخدام الذكاء الاصطناعي وعدم استغلاله في انتهاك حقوق الأقليات.

- أ.د. سلام عبد الزهرة زينب حسين يوسف
- أ.د. حسين جبار عبد النائلي سجاد فؤاد كاظم
- أ.د ميثاق طالب عبد حمادي محمد عباس كتاب السلطاني
- أ.د. براء منذر كمال عبداللطيف أ.م .د. نغم حمد علي موسى

السنة الخامسة عشر

العدد الثاني

٢٠٢٣

رقم الايداع في دار الكتب والوثائق ببغداد ١٢٩١ لسنة ٢٠٠٩

ISSN :2075-7220

ISSN ONLINE: 2313-0377

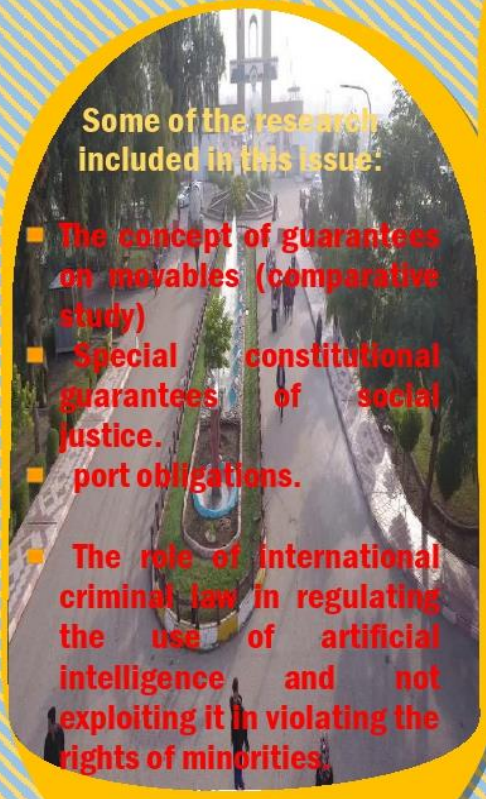
AL-Mohaqiq Al-Hilly Journal

For Legal and political science

Quarterly Refereed and Scientific Journal

Issued By

College of Law in Babylon University



Some of the research included in this issue:

- The concept of guarantees on movables (comparative study)
- Special constitutional guarantees of social justice.
- port obligations.
- The role of international criminal law in regulating the use of artificial intelligence and not exploiting it in violating the rights of minorities.

- Prof. Dr. Salam Abdul Zahra Zainab Hussein Youssef
- Prof. Dr. Hussein Jabbar Abdul Naeli Sajjad Fouad Kazem
- Prof. Dr. Mithaq Talib Abd Hammadi Al-Jubouri Muhammed Abbas Sultani Kitab
- Prof. Dr. Baraa Munther Kamal Abdul Latif
- Prof. Assist. Dr. Nagham Hamad Ali Musa

Second Issue 2023 fifteenth Year

No. Deposit in the Archives office-office 1291 for the national Baghdad in 2009

الفهارس

ت	الموضوع	الباحث	الصفحة
١	مفهوم الضمانات الواردة على المنقول (دراسة مقارنة)	أ.د. سلام عبد الزهرة زينب حسين يوسف	٩-١٦
٢	الجهة المختصة بتسجيل الضمانات الواردة على المنقول (دراسة مقارنة)	أ.د. سلام عبد الزهرة زينب حسين يوسف	١٧-٤٧
٣	الضمانات الدستورية الخاصة للعدالة الاجتماعية	أ.د. حسين جبار عبد النائلي سجاد فؤاد كاظم	٤٨-٧٦
٤	حقوق اللاجئ السياسي	أ.د. حسين جبار عبد النائلي مريم غالب سحاب	٧٧-١١٤
٥	التزامات المنفذ البحري	**أ.د ميثاق طالب عبد حمادي الجبوري** محمد عباس كتاب السلطاني	١١٥-١٤٣
٦	دور القانون الجنائي الدولي في تنظيم استخدام الذكاء الاصطناعي وعدم استغلاله في انتهاك حقوق الأقليات.	أ.د. براء منذر كمال عبداللطيف أ.م .د. نغم حمد علي موسى	١٤٤-١٧٨
٧	حق المتهم في توكيل محامي في الوثائق الدولية وتشريعات الدول الاسلامية ((دراسة مقارنة))	ا.د.روح الله اكرمي علي جاسم محمد السعدي	١٧٩-٢٢٩
٨	جريمة اخفاء ادلة الجريمة (دراسة مقارنة)	أ.م.د. نافع تكليف مجيد	٢٣٠-٢٨٣
٩	المفهوم القانوني للكاتب العدل (دراسة مقارنة)	أ . م د إيناس مكي عبد نصار حسن سامي حسن	٢٨٤-٣٢٠
١٠	متطلبات الترخيص لممارسة اعمال وكالات الاعلان التجاري	أ٠م٠د ماهر محسن عبود الخيكاني عباس احمد كاظم	٣٢١-٣٥٢
١١	المركز القانوني لوكالات الاعلان التجاري	أ٠م٠د ماهر محسن عبود الخيكاني عباس احمد كاظم	٣٥٣-٣٨٩
١٢	اهمية التفاوض في العقود الادارية	أ.م.د .فرقد عبود العارضي	٣٩٠-٤١٧
١٣	دور الشركة ذات الغرض الخاص في إصدار صكوك التمويل (دراسة مقارنة)	أ.م .د. نهى خالد عيسى	٤١٨-٤٤٨
١٤	العقد الرياضي بين الخضوع للمبادئ العامة والحاجة الى تنظيم تشريعي خاص	أ.م .د. ضرغام فاضل حسين	٤٤٩-٤٨٣
١٥	جريمة التحايل على عنوان بروتوكول الانترنيت (ip) -دراسة مقارنة -	أ.م.د دلال لطيف مطشر الزبيدي	٤٨٤-٥١٨
١٦	اشكاليات قانون العمل العراقي النافذ رقم ٣٧ لسنة ٢٠١٥	م.د. حسن ضعيف حمود	٥١٩-٥٤٣
١٧	اليات الحماية الدستورية والقانونية للمرأة من العنف الالكتروني في العراق.	م. د انعام مهدي جابر خفاجة	٥٤٤-٥٧٥
١٨	المركز القانوني لمراقب الافلاس	م.د. احمد صبري كاظم عبد	٥٧٦-٦٠٣
١٩	التنظيم القانوني للجان التدقيقية في العراق	م. د. احمـد حمنـدي يحيى	٦٠٤-٦٣٨

اهمية التفاوض في العقود

الادارية

أ.م.د .فرقد عبود العارضي

جامعة القادسية كلية القانون

الملخص :

تبرز أهمية التفاوض في العقود الادارية من حيث هدفه في الوصول الى افضل الاوضاع القانونية والواقعية من اجل تحقيق المنفعة العامة والمحافظة على اموال الدولة في الوقت ذاته. وهذا يقودنا الى القول بأن مرحلة التفاوض لم تعد مجرد اعمال مادية قائمة على حرية التعاقد فقط, فهي بالتأكيد عملية إرادية رضائية, بل اصبح لها نظامها القانوني الخاص بها والذي يؤثر على ما قد يتم التعاقد عليه مستقبلا من خلال فرض قيود معينة على طرفي التفاوض لتجنب ما قد ينجم عن العقد المستقبلي من مشاكل, وتتمثل تلك القيود بمراعاة احكام النظام العام ومبدأ حسن النية. وقد نظم المشرع الفرنسي وكذلك المشرع المصري احكام التفاوض في العقود الادارية من خلال الاخذ بأساليب معينة تظهر فيها حرية الادارة في اختيار المتعاقد معها وفقا لشروط معينة. اما المشرع العراقي فلم ينص صراحة على التفاوض في العقود الادارية الا استثناءا في المادة (٦/٥/ب) من تعليمات تنفيذ ومتابعة مشاريع واعمال خطط التنمية القومية لعام ١٩٨٨ الملغية, وكذلك في القسم (٥) من امر سلطة الائتلاف رقم (٨٧) لسنة ٢٠٠٤. وعلى ذلك تظهر اهمية واشكالية الموضوع بالنسبة للقانون العراقي من خلال التأكيد على ضرورة تنظيم التفاوض بنصوص صريحة لما في ذلك من تحقيق افضل للمصلحة العامة والحفاظ على اموال الدولة.

المقدمة:

تعد المفاوضات من المراحل التمهيدية او التحضيرية التي تجري فيها المناقشات والحوارات بين الادارة والطرف الاخر الراغب في التعاقد حول مسألة معينة من المسائل التي يراد التعاقد بشأنها بحيث يتم تبادل وجهات النظر بين الطرفين والتقريب بينها من اجل الوصول الى نقاط الالتقاء والتفاهم التي تتعلق بالمحاور الاساسية للعقد المراد ابرامه. فالتراضي ركن اساسي واعتباري في التفاوض لابد من وجوده من اجل الوصول الى تحقيق المصلحة العامة والحفاظ على الاموال دون اغفال مصلحة المتعاقد مع الادارة. وعلى ذلك تعد المفاوضة عملا اداريا غير فردي بحيث ان الجهة الادارية وان كانت تتمتع بسلطات واسعة في ابرام العقد الاداري فإنها لا تستطيع ممارستها الا بعد ابرامه وانتاج اثاره القانونية الملزمة بحيث لا يمكنها ممارسة تلك السلطات في مرحلة التفاوض التي ترتكز على رغبة وارادة الطرفين في اجرائها. وتعد مرحلة التفاوض من المراحل المهمة والخطرة في الوقت ذاته كونها تحدد حقوق والتزامات اطراف العقد المراد ابرامه.

إن موضوع المفاوضات في اطار العقود الادارية من المواضيع التي لم تلق الا اهتماما متواضعا في العراق, فلم يتم اعارة الموضوع كثيرا من الاهمية بحيث ان ما كتب في هذا الشأن من القلة لا يرتقي الى مستوى خطورة الموضوع واهميته وبالخصوص بالنسبة للتعاقد الاداري.

اهمية البحث: تأتي أهمية التفاوض في العقود الادارية من اهمية التفاوض في مختلف المجالات الانسانية وبالخصوص فيما يتعلق بالمجال القانوني, حيث يقوم التفاوض على اساس الرضائية بين طرفيه او اطرافه وبالتالي قبولهم رضائيا وبمليء إرادتهم ما ينجم عنه من اثار قانونية او التزامات تقع على جميع اطرافه. وهذا ما يعزز ويدعم المسألة او القضية التي تم التفاوض بشأنها والتي تم ابرام العقد من اجلها. وبالتالي سينعكس هذا الامر بالتأكيد على مسائل وقضايا العقد الاداري. وعلى ذلك فان التفاوض سيسهم في حل اي خلاف متنازع عليه يحصل بعد ابرام العقد او قد يتم التنازع عليه في المستقبل كون التفاوض يمثل وسيلة وقائية لمرحلة ابرام العقد الاداري.

اشكالية البحث : ان بعض العقود الادارية والتي قد تتعلق بمشاريع عملاقة او مهمة للبلد تحتاج الى خبرات معينة او وسائل فنية او تقنية محددة وقد تحتاج الى مفاوضة معينة حول السعر او الكمية او حتى النوعية المطلوبة لذلك يجب اختيار العطاء الافضل من بينها وضمان عدم انحرافها عن غاية التعاقد الاداري الا وهو اشباع الحاجات العامة وبالتالي تحقيق المصلحة العامة. وبما ان المفاوضة لها هذه الاهمية الكبيرة في العقود الادارية لذلك فان تنظيمها القانوني يعد امرا لابد منه تحقيقا للمصلحة العامة وللمحافظة على اموال الدولة معا وفي الوقت ذاته. وبناء على ذلك فإن الاشكالية الاساسية للموضوع تتمثل في عدم وجود نظام قانوني خاص بمرحلة المفاوضة في العقود الادارية. بحيث ان كثير من التشريعات في العراق لم تنظم هذا الاجراء الضروري لمعظم العقود الادارية.

منهجية البحث: تعتمد منهجية البحث على الاسلوب التحليلي الاستقرائي لنصوص القانون المتعلقة بموضوع البحث والتطرق الى دورها في معالجة محاور البحث من اجل التوصل الى معالجة مشاكله بأفضل الطرق القانونية وابلغها. بالإضافة الى التطرق الى الآراء الفقهية التي تناولت الموضوع بالتحليل من اجل التوصل الى بيان اهمية التفاوض في مجال العقود الادارية.

خطة البحث : وعلى ذلك فإن خطة البحث يقتضي ان تتمحور على مبحثين اساسيين يتضمن الاول منهما ماهية التفاوض في العقود الادارية وذاتيته, في حين ان الثاني يتناول حالات التفاوض في العقود الادارية وأهميته.

المبحث الاول : ماهية التفاوض في العقود الادارية وذاتيته

يعد التفاوض مرحلة تمهيدية مهمة جدا بالنسبة لبعض العقود الادارية التي تبرم بوسيلة تسمح بممارسة مثل هذا الاجراء المهم. فالتطور العلمي والتكنولوجي المتسارع في الوقت الحاضر قد افرز العديد من العقود الادارية المتسمة ببعض التعقيد مما يجعل ابرامها مباشرة بالإيجاب والقبول امرا صعبا, وبالتالي فإنها تحتاج قبل ابرامها الى مرحلة تمهيدية تسبق وتسهل عملية ابرام العقد النهائي وتحديد ملامحه الرئيسية من اجل ان يتم التوصل الى افضل النتائج التي تحقق مصالح الاطراف ومعرفة حقوقهم والتزاماتهم بموجب العقد المزمع ابرامه[١], وبالتالي ان يتم بقدر الامكان تجنب ما قد يحصل من ابرام العقد من منازعات بين طرفيه[٢]. ولكن ليس بشرط ان تتم عملية التعاقد بعد مرحلة التفاوض اذ ان أهم ما يميز مرحلة التفاوض هو عنصر الاحتمال, فقد تنتهي مرحلة التفاوض الى ابرام العقد الاداري, او قد تصل الى طريق مسدود لا يؤدي الى ابرام مثل هذا العقد. وعلى العموم فإنه اذا كانت للإدارة الحرية في اختيار المتعاقد معها وفقا لشروط ومعايير معينة ترد في القوانين او التعليمات المنظمة لأسلوب واجراءات التعاقد, فإن هذه الحرية ليست مطلقة, فهي حرية نسبية لأنها محكومة بتلك القوانين والتعليمات. وتعتمد على هذه الحرية الادارة في اختيار الطرف الذي سيتعاقد معها, ومن ابرز طرق التعاقد التي يمكن ان تسبقها عملية تفاوض وتتمتع فيها الادارة في العراق بهذا القدر من الحرية وبالتالي تتمتع بسلطة تقديرية هي طريقة الدعوة المباشرة وطريقة التعاقد المباشر وطريقة العطاء الوحيد (العرض الوحيد) وطريقة الشراء المباشر من الشركات المصنعة الرصينة, وهذه الطرق منصوص عليها في تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم (٢) لسنة ٢٠١٤[٣].

---

[١] ان مفهوم المفاوضة كإجراء مرحلي والسابقة على العقد المدني لا تختلف كثيرا مفهومهما في مجال العقد الاداري وان كان الاخير يتميز بمفهومه الخاص كونه بصفة جوهرية وسيلة قانونية لإشباع الحاجات العامة وبالتالي تحقيق المصلحة العامة.

[٢] نود الاشارة هنا باننا سننأى بأنفسنا عن التطرق الى التفاصيل الواردة بفقه القانون المدني بخصوص كون التفاوض هل يعد عملا ماديا محضا وبالتالي لا تنشأ عن الاخلال به الا المسؤولية التقصيرية ام هو عقد تفاوض تترتب على الاخلال به المسؤولية العقدية, كون بحثنا يقتصر على التعرف على اهمية التفاوض بالنسبة للعقود الادارية وفقا لبعض وسائل ابرامها. للتفصيل حول آراء الفقه بصدد طبيعة المفاوضات ينظر/ د. حسام الدين كامل الأهواني, النظرية العامة للالتزام, ج١ – مصادر الالتزام- , ط٢, بدون ناشر, ١٩٩٥, ص ٨٠. د. محمد حسين عبد العال, التنظيم الاتفاقي للمفاوضات العقدية, القاهرة, دار النهضة العربية, ١٩٩٨, ص ٩٢.

[٣] تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم (٢) لسنة ٢٠١٤, الوقائع العراقية ذي العدد ٤٣٢٥ في ٢٠١٤/٦/١٦. ولكن هذا لا يعني بأن طريقة المناقصة لا تتمتع فيها الادارة بسلطة تقديرية او بحرية نسبية في اختيار المتعاقد منها, حيث ان الادارة ليست ملزمة بقبول اقل العطاءات بل انها بصورة عامة تختار افضل العطاءات, ينظر على سبيل المثال الفقرات (ثانيا/أ, ثالثا/ب, رابعا/أ) من المادة (٣) من تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم (٢) لسنة ٢٠١٤. ففي المناقصة يمكن للجنة البت في العطاءات اجراء التفاوض مع المتقدمين للمناقصة خلال مدة سريان العطاء او حتى مع اصحاب العطاءات المقبولة فيما بعد, على سبيل المثال ينظر/ الفقرة (ثالث عشر/ب) من الضوابط رقم (٣) والمعنونة بـ مهام لجان فتح وتحليل العطاءات صادرة من وزارة التخطيط, منشورة في الوقائع العراقية ذي العدد ٤٣٢٥ في ٢٠١٤/٦/١٦. المواد (٢٩, ١١١) من قانون تنظيم المناقصات والمزايدات المصري رقم (٨٩) لسنة ١٩٩٨ الملغي, منشور في الوقائع المصرية العدد ١٩(مكرر) في ٨ مايو ١٩٩٨. ويلاحظ بان قانون تنظيم التعاقدات التي تبرمها الجهات العامة المصري النافذ رقم (١٨٢) لسنة ٢٠١٨ لم يشر صراحة الى التفاوض المذكور اعلاه, بل اشار الى التفاوض بصورة ضمنية بما يتضمنه من وجود التحفظات و المناقشات بين الجهة الادارية والمتعاقد الآخر حسب الاحوال, على سبيل المثال ينظر/ المادتان (٣٧, ٥٨) من قانون تنظيم التعاقدات التي تبرمها الجهات العامة المصري رقم (١٨٢) لسنة ٢٠١٨ , منشور في الجريدة الرسمية العدد ٣٩ مكرر(د) في ٣ اكتوبر ٢٠١٨. والشيء نفسه ينطبق على اللائحة التنفيذية لقانون تنظيم التعاقدات التي تبرمها الجهات العامة المصري الصادرة عام ٢٠١٩, على سبيل المثال ينظر/ المادتان (٧٦, ١٢٧) من قرار وزير المالية رقم (٦٩٢) لسنة ٢٠١٩ بإصدار اللائحة التنفيذية لقانون تنظيم التعاقدات التي تبرمها الجهات العامة الصادر بالقانون رقم (١٨٢) لسنة ٢٠١٨, القرار منشور في الوقائع المصرية العدد ٢٤٤ تابع (ب) في ٣١ اكتوبر ٢٠١٩.

فالتفاوض لم يعد مجرد عمل مادي غير ملزم للطرفين[١], بل غدى نظاما قانونيا قائما على اساس احترام القواعد القانونية الآمرة ومراعاة النظام العام ومبدأ حسن النية, وبالتالي فإن حرية اطراف التفاوض مقيدة بهذا الامر وليست مطلقة[٢]. وعلى ذلك سنتطرق الى الموضوع في مطلبين, نستعرض في الاول منهما مفهوم التفاوض وخصائصه, في حين نتناول في الثاني ذاتية التفاوض, وذلك وفقا لما يلي:

المطلب الاول: مفهوم التفاوض وخصائصه

يقتضي منا الالمام الكافي بالموضوع ان نستعرضه في فرعين, نبين في الاول منهما مفهوم التفاوض, ونتطرق في الثاني الى بيان خصائصه, ووفقا لما يلي:

الفرع الاول: مفهوم التفاوض

ان التفاوض لغة ((مأخوذة من مادة (ف و ض): تفاوض القوم الحديث: اخذوا فيه, اي فاوض بعضهم بعضا))[٣]. ((ويقال :تفاوض يتفاوض, تفاوضا, فهو متفاوض, تفاوض الرجلان: تبادلا الرأي بغية التوصل الى تسوية او اتفاق))[٤].

اما اصطلاحا فعلى الرغم من ايراد مصطلح التفاوض في بعض القوانين, الا انها لم تورد تعريفا خاصا بالتفاوض[٥]. وكذلك الحال بالنسبة لما تمكنا من الاطلاع عليه من بعض الاحكام القضائية. لذلك فقد ترك امر تعريف التفاوض الى الفقه. وعلى ذلك يعرف بعض الفقه الفرنسي التفاوض بأنه مرحلة تمهيدية يتم فيها مناقشة ودراسة شروط العقد ولا يتم العقد في هذه المرحلة, بحيث لا يكون هناك ايجاب يمكن قبوله

وفيما يتعلق بالتفاوض في القانون الفرنسي, ينظر على سبيل المثال المواد الآتية :-
Voy. par exemple les articles (L. 2124-3, L. 3121-1, L.3124-1, R. 2122-6, R. 2123-5, R. 2124-3, R. 2124-4, R. 2131-4, R. 2152-1, R. 2161-5, R. 2161-11, R. 2162-17, R. 2161-18, R. 2161-20, R. 2162-35, R. 2172-2, R. 2172-11, R. 2172-30, R. 2361-11 et R. 2361-12) du Code de la commande publique, édition 2022. Ce code a été créé par : ordonnance n°2018-1074 du 26 novembre 2018 portant partie législative du code de la commande publique (J.O. n° 0281 du 5 déc. 2018, texte n° 20), Décret n° 2018-1075 du " décembre 2018 portant partie réglementaire du code de la commande publique (J.O. n° 0281 du 5 déc. 2018, texte n° 21).

[١] ومن ارشيف الاحكام القضائية التي تقرر مادية اعمال المفاوضات حكم محكمة النقض المصرية الصادر في ١٩٦٧/٢/٩ التي قررت فيه بأن ((المفاوضات ليست الا عملا ماديا لا يترتب عليها بذاتها اي اثر قانوني فكل متفاوض حر في قطع المفاوضات في الوقت الذي يريد دون ان يتعرض لأية مسؤولية او يطالب ببيان المبرر لعدوله, ولا يرتب هذا العدول اية مسؤولية على من عدل الا اذا اقترن به خطأ تتحقق معه المسؤولية التقصيرية))، أشار اليه/ د. محمد حسين منصور, احكام البيع التقليدية والالكترونية والدولية وحماية المستهلك, الاسكندرية, دار الفكر الجامعي, ٢٠٠٦, ص٤٥.

[٢] د. محمد حسين عبد العال, المصدر السابق, ص ١٥.

[٣] زين الدين ابو عبد الله الرازي, مختار الصحاح, ط٥, بيروت , الدار النموذجية, ١٩٩٩, ص ٢٤٤.

[٤] د. أحمد مختار عمر عبد الحميد, معجم اللغة العربية المعاصرة, ط١, ج٣, القاهرة, عالم الكتب, ٢٠٠٨, ص ١٧٥٢.

[٥] على سبيل المثال ينظر/ في فرنسا : .(Code du travail, Partie législative, ordre public (Articles L2242- 1 à L2242-9
هذه المواد معدلة بجملة من القوانين اخرها Loi n° 2021-1018 du 2 août 2021 pour renforcer la prévention en santé au travail. في العراق : المادة (٦/٥/ب) من تعليمات تنفيذ ومتابعة مشاريع واعمال خطط التنمية القومية لعام ١٩٨٨ الملغية, وكذلك في القسم (٥) من امر سلطة الائتلاف رقم (٨٧) لسنة ٢٠٠٤.

بل يوجد عروض وعروض مضادة فحسب[١]. ويعرف بعض الفقه التفاوض بأنه ((تبادل الاقتراحات والمساومات والمكاتبات والتقارير والدراسات الفنية بل والاستشارات القانونية التي يتبادلها اطراف التفاوض ليكون كل منهما [او منهم] على بينة من افضل الاشكال القانونية التي تحقق مصلحة الاطراف, وللتعرف على ما قد يسفر عنه الاتفاق من حقوق والتزامات لطرفيه او [لأطرافه]))[٢]. ويعرفه آخرون بأنه كل تشاور او اتصال او تحاور بين الطرفين بغية الوصول الى اتفاق نهائي بشأن ابرام العقد[٣]. واشار بعض الفقه العراقي بان التفاوض هو عملية تتضمن مجموعة من المحادثات وتبادل وجهات النظر بالإضافة الى بذل مزيد من المساعي بين طرفي التفاوض من اجل الوصول الى اتفاق بشان صفقة معينة[٤]. وعلى ذلك فإن التفاوض ليس الا تبادلا للآراء والعروض والمقترحات وبذل المساعي المشتركة بناءا على اتصال مباشر او غير مباشر بين شخصين او اكثر بمقتضى اتفاق بينهم من اجل التوافق حول عقد معين تمهيدا لإبرامه في المستقبل[٥]. ومرحلة التفاوض قد تأتي نتيجة دعوة للتفاوض من احد الطرفين موجهة الى الطرف الاخر وهي دعوة بعيدة بقدر ما عن تحديد اركان العقد وشروطه الاساسية, وقد تحدث المفاوضات بعد توجيه ايجاب بات لا يرضى به الموجه اليه فيرد معدلا منه دون ان يتقدم بإيجاب من جانبه وبالتالي يسقط الايجاب ويدخل الطرفان في مرحلة المفاوضات حتى نهايتها[٦]. وتجدر الاشارة الى ان المفاوضات لم تعد مجرد عمل عمل مادي يتم من خلاله تبادل وجهات النظر, بل تحولت الى مرحلة مهمة لها نظامها القانوني بحيث يتقرر فيها وجود العقد النهائي ومصيره[٧].

---

[١] Voy. Jean Carbonnier, Droit civil (Les obligations), 20e édition, Paris, PUF, 1996, p. 72.
فالتفاوض ليس الا تعاملا مع شخص او شخصين محددين بحيث تتم مناقشة عروضهم على نحو محدد حتى تكون متلائمة مع مصلحة المتعاقدين, فطرفا او اطراف التفاوض يشتركون في التفاوض على العرض من جميع الوجوه حتى يكون مقبولا منهم,
En ce sens voy. Jean-Eudes Martin-Lavigne, Négociation des concession et délégations : attention aux embûches !, Disponible sur le lien : https://www.lagazettedescommunes.com/554380/negociation-des-concessions-et-delegations-attention-aux-embuches/ (dernière visite le 20 décembre 2022).

[٢] د. حسام الدين كامل الأهواني, المفاوضات في الفترة قبل التعاقدية ومراحل إعداد العقد الدولي, مجلة العلوم القانونية والاقتصادية, كلية الحقوق – جامعة عين شمس, ع ٢, س ٣٨, يوليو ١٩٩٦, ص ٣٩٤. وعرفه آخرون بأنه ((تلك المرحلة التي تجري فيها مناقشة شروط العقد ودراسة جدواه من الناحية الاقتصادية بهدف التوصل الى اتفاق بشأنه)), د. عبد العزيز المرسي حمود, الجوانب القانونية لمرحلة التفاوض ذو الطابع التعاقدي, القاهرة, دار النهضة العربية, ٢٠٠٥, ص ٧.

[٣] ينظر/ حمدي محمود بارود, القيمة القانونية للاتفاقات التي تتخلل مرحلة التفاوض قبل التعاقدية في مجال عقود التجارة الدولية, مجلة الجامعة الاسلامية (سلسلة الدراسات الانسانية), المجلد ١٣, كلية الحقوق – جامعة الازهر, ع ٢, يونيو ٢٠٠٥, ص ١٢٧.

[٤] د. عباس العبودي, التعاقد على طريقة وسائل الاتصال الفوري وحجيتها في الاثبات المدني – دراسة مقارنة - (رسالة دكتوراه), عمان, دار الثقافة للنشر والتوزيع, ١٩٩٧, هامش ص ٨٣ و ص ٨٤.

[٥] ينظر/ د. رجب كريم عبد اللاه, التفاوض على العقد, القاهرة, دار النهضة العربية, ٢٠٠٦, ص ٦٥. ويعرفه بعضهم بأنه ((قيام اطراف العلاقة العقدية المستقبلية بتبادل الاقتراحات والمساومات والدراسات والتقارير الفنية والاستشارات القانونية ومناقشة الاقتراحات التي يضعانها سوية او ينفرد بوضعها احدهما ليكون كل منهما على بينة مما يقدمان عليه وللوصول الى افضل النتائج التي تحقق مصالحهما, وللتعرف على ما يسفر عنه الاتفاق بينهما من حقوق لهما والتزامات عليهما)), د. ياسين محمد الجبوري, المبسوط في شرح القانون المدني, مج ١, ج١ – مصادر الحقوق الشخصية, ط١, عمان-الاردن, دار الثقافة للنشر والتوزيع, ٢٠١٠, ص ٩٤.

[٦] ينظر/ مصطفى محمد الجمال, السعي الى التعاقد في القانون المقارن, ط١, بيروت, منشورات الحلبي الحقوقية, ٢٠٠٢, ص ٣٨. حمدي محمود بارود, المصدر السابق, ص ١٢٧.

[٧] ينظر/ أكرم محمود حسين البدو و محمد صديق محمد عبد الله, أثر موضوعية الارادة التعاقدية في مرحلة المفاوضات, مجلة الرافدين للحقوق, س ١٦, ع ٤٩, كلية الحقوق - جامعة الموصل, ٢٠١١, ص ٤٢٧.

الفرع الثاني : خصائص التفاوض

يمكن التماس خصائص التفاوض من خلال الوقوف على تعريفه. حيث يرى الباحث بأن التفاوض في العقد الاداري هو مرحلة تحضيرية او تمهيدية تجري فيها المناقشات والحوارات والتفاهمات والمشاورات والمساومات المتعلقة بمسائل العقد الاداري بين الجهة الادارية والطرف او الاطراف الراغبة في التعاقد معها لتحقيق تقارب في وجهات النظر وتذليل الصعوبات وبيان الحقوق والالتزامات وصولا الى اتفاق نهائي لإبرام العقد الاداري.

ومن التعريف اعلاه يمكن ان نتبين اهم الخصائص الاساسية للتفاوض. حيث انه ليس الا تصرفا ارادیا قائما ومستندا الى ارادة اطرافه[١] وبدونها لا يمكن الحديث عن اي تفاوض وسواء اكانت المبادرة من جهة الادارة ام من جهة الطرف او الاطراف الاخرى[٢]. وكذلك فإن التفاوض لا يمكن ان يوجد الا بين طرفين او اكثر وعلة ذلك تكمن في ان التفاوض ليس الا فكرة تقوم على التفاعل والتشارك والتعاون وتبادل الآراء وتظافر الجهود من اجل ان يؤتي التفاوض ثماره[٣]. وهذا لا يمكن ان يقوم الا بين شخصين في الاقل. الاقل. ويتميز التفاوض على ابرام العقد بوجود اتفاق سابق بين اطراف التفاوض على اجرائه من اجل ابرام عقد معين, سواء اكان الاتفاق صريحا ام ضمنيا مكتوبا او شفويا, وهذا على خلاف العقد الذي ينعقد بإيجاب يلاقيه قبول ويكون معبرا عن ارادة طرفيه في ابرام العقد وليس مجرد الاتفاق عليه[٤]. واخيرا تتميز نتيجة التفاوض بانها احتمالية فقد ينعقد العقد في نهاية المطاف او قد لا ينعقد وذلك بالاعتماد على حرية طرفي او اطراف التفاوض في ابرامه من عدمه , وبالتالي ينعقد العقد المسبوق بالتفاوض (وهو المرحلة التمهيدية لإبرام العقد النهائي) في حالة ما اذا تم الاتفاق بين الاطراف على ابرامه.

[١] فالتفاوض قائم على حرية الاطراف في اجراء التفاوض قبل ابرام العقد لأنه قائم على اساس التعاون والاشتراك وتظافر الجهود ولا يقوم اطلاقا على فكرة الاكراه, فلا يوجد أي الزام قانوني يجبر الاطراف على التفاوض. وعلى ذلك فإنه ليس للقاضي اجبار احد الطرفين على التفاوض او الاستمرار فيه, في تفصل ذلك ينظر/ د. محمد حسام محمود لطفي, المسؤولية المدنية في مرحلة التفاوض : دراسة في القانونين المصري والفرنسي, ط١, القاهرة, دار النهضة العربية, ١٩٩٥, ص ٨٦.

[٢] وبهذا الصدد لابد من التفرقة بين التفاوض الحقيقي وذلك الصوري. فالتفاوض الصوري يتمثل بالمحادثات والحوارات المجردة التي لا تهدف الى احداث اثر قانوني ولا تمهد الى ابرام عقد ما كالتفاوض مع شخص للحصول على معلومات سرية عنه مثلا, فمثل هذا التفاوض لا يعد حقيقيا وذلك لان احد الطرفين قد انعدمت نيته في التفاوض, ينظر/ د. رجب كريم عبد اللاه, المصدر السابق, ص ٦٥-٦٦.

[٣] تقوم فكرة التفاوض على العرض والعرض المقابل, أي على حرية طرفيه او اطرافه في تبادل الآراء والمناقشات والحوارات من اجل التوصل الى الى اتفاق مشترك يسهم كل واحد منهم في تكوينه. اما عندما يتم وضع شروط من قبل احد الطرفين او احد الاطراف وقبول الاخرين بها دون مناقشة فإننا لا نكون امام تفاوض بل امام عقود اذعان, للتفصيل ينظر/ د. محمد حسين عبد العال, المصدر السابق, ص ١٦.

[٤] يختلف التفاوض على العقد عن اللقاءات التي تجري بالصدفة وبدون اتفاق بين الاطراف كالتقاء شخصين او اكثر في طريق عام او في وسائل المواصلات فيتم تبادل الحديث ثم يفترقوا, وكذلك يختلف التفاوض عن مجرد الاعمال المادية التي تقع بالصدفة مثل حوادث الطريق, في تفصيل ذلك ينظر/ د. رجب كريم عبد اللاه, المصدر السابق, ص ٦٨.

المطلب الثاني: ذاتية التفاوض

يمكن تمييز التفاوض على العقد عن غيره من الاوضاع التي قد تكون قريبه منه او قد تشتبه به. ومن ابرز تلك الاوضاع هي مرحلة العقد النهائي وتلك المتعلقة بالدعوة للتعاقد والتي سنتطرق اليهما في فرع اول, ويمكن تمييزه ايضا عن الايجاب والمساومة واللتين سنستعرضهما في فرع ثان, ووفقا لما يلي :-

الفرع الاول: تمييز التفاوض عن مرحلة العقد النهائي والدعوة للتعاقد

يمكن تمييز التفاوض عن مرحلة العقد النهائي وتلك المتعلقة بالدعوة للتعاقد وفقا للنقطتين التاليتين:-

اولا: تمييزه عن مرحلة العقد النهائي

يمكن تمييز التفاوض عن مرحلة التعاقد التي ينعقد فيها العقد بصورة نهائية عن طريق اقتران الايجاب بالقبول دون الخوض اطلاقا في شروط العقد[١]. وبالتالي يظهر الاختلاف واضحا بين التفاوض على العقد وبين ابرامه[٢]. حيث ان مرحلة التفاوض تسبق مرحلة الابرام النهائي دائما من الناحية الزمنية فمرحلة العقد تأتي بعد مرحلة التفاوض. واذا كانت ارادة الطرفين باتة ونهائية في مرحلة العقد فإنها غير ذلك في مرحلة التفاوض حيث تتميز بالتردد وعدم الاستقرار بالنسبة لآراء وقرارات المتفاوضين, فلا يعرف أيا منهم انه سيتعاقد ام لا وتكون حقوقهم وواجباتهم غير واضحة فليس هناك ايجاب يصلح بأن يقترن به قبول في هذه المرحلة بل يوجد عرض وعرض مقابل, والعرض التفاوضي ليس ايجابا البتة بل هو مقترح تفاوضي غير ملزم لصاحبه الذي له ان يعدل فيه او يضيف اليه او ان يلغيه نهائيا. يضاف الى ذلك فإن الوقت الذي تستغرقه المناقشات والحوارات والاستشارات وغيرها في مرحلة التفاوض اكثر بكثير من الوقت الذي يستغرقه اقتران الايجاب بالقبول في مرحلة العقد النهائي حيث يتم قبول الايجاب فور صدوره من صاحبه او بعد صدوره بوقت قصير. كذلك اذا كان يصح ان يتعاقد الشخص مع نفسه بحيث ينعقد العقد بإيجاب وقبول من الشخص نفسه[٣], فان التفاوض لا يمكن ان يوجد بوجود شخص واحد فقط حيث يتطلب شخصين في الاقل كونه يقوم على التحاور والمناقشة والاستشارة وتبادل الآراء التي يتطلب لوجودها شخصين في الاقل.

[١] يمكن تعريف العقد الاداري بانه اتفاق بين طرفين تكون الادارة احدهما او كلاهما بقصد ادارة او تسيير مرفق عام وذلك باستخدام وامتيازات وسائل القانون العام المتضمنة حقها في فرض شروطا استثنائية غير معروفة او غير مألوفة في نطاق القانون الخاص.

[٢] للتفصيل حول الاختلاف بين التفاوض على العقد وبين ابرامه ينظر/ المصدر نفسه, ص٧٤ وما بعدها.

[٣] كما في حالة ان ينفرد شخص بإبرام عقدا ما عن طريق ايجاب وقبول صادر منه اما نيابة عن الطرفين او عن احدهما واصالة عن نفسه, للتفصيل حول هذا الموضوع ينظر/ د. عبد الرزاق السنهوري, الموجز في النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني, ج١ (مصادر الالتزام), بيروت, دار احياء التراث العربي, ١٩٥٢, ص ٦٦.

ثانيا : تمييزه عن الدعوة للتعاقد

يلاحظ بأن التفاوض على العقد يتميز عن الدعوة للتعاقد[١] على الرغم من وجود بعض اوجه الشبه بينهما. فالدعوة للتعاقد ليست الا اعلان عن شروط العقد المراد ابرامه من قبل الادارة[٢], وهي المرحلة التي تبدأ الادارة بها من اجل التعاقد مع الطرف او الاطراف الاخرى[٣]. ويتشابه كل من التفاوض على العقد والدعوة للتعاقد في ان كل منهما بداية للإيجاب في حالة ماذا تم ابرام العقد النهائي بناءا على اي منهما, ولكنهما بذات الوقت لا يمثلان بذاتهما ايجابا للعقد المراد ابرامه كون الطرفين او الاطراف تبقى لهم الحرية الكاملة في عدم اتمام ابرام العقد ولا توجد اية مسؤولية عقدية عليهما, باستثناء حالة المسؤولية التقصيرية اذا توافرت عناصرها[٤]. الا انهما يختلفان من حيث السبق الزمني, حيث ان الدعوة للتعاقد تسبق – في اغلب الاحوال – التفاوض, ولكن لا يوجد مانع يحول دون ان يتم التفاوض على إبرام عقد معين ومن بعد تجري الدعوة للتعاقد عليه[٥]. كذلك فإن الدعوة للتعاقد هي دعوة الادارة للطرف او الاطراف الآخرين الى التعاقد معها وفقا لشروط هذه الدعوة من اجل تقديم العطاءات المتفقة مع هذه الشروط خلال اجل معين وبعدها يتم ابرام العقد النهائي, اما التفاوض فهو المرحلة التي تتم فيها مبادلة الآراء والمناقشات والحوارات والاستشارات والمساومات بين الادارة والطرف او الاطراف الآخرين من اجل الاعداد لإبرام العقد الاداري او التوصل الى حل خلاف معين حول مسألة ما قبل ابرام العقد النهائي.

---

[١] ويمكن ايضا تمييز التفاوض عن الوعد بالتعاقد. حيث يعد الاخير عقدا بكل معنى الكلمة, حيث يعرفه فقهاء القانون المدني بأنه ((عقد يلتزم فيه احد الطرفين (اوكلاهما) بإبرام عقد في المستقبل اذا اظهر الموعود له رغبته في ذلك خلال المدة التي قد يتفق عليها)), د. عبد المجيد الحكيم, د. عبد الباقي البكري, د. محمد طه البشير, الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني العراقي, ج١ (مصادر الالتزام), الموصل, دار الكتب للطباعة والنشر, ١٩٨٠, ص ٤٩. والوعد بالتعاقد يمكن ان يجري في اطار القانون الاداري, حيث من الممكن ان تعهد الادارة الى خبير حاسبات معين بأن يقدم دراسة معينة في مجال اختصاصه بموجب عقد معين على ان تلتزم الادارة بأن تعهد اليه توريد الحاسبات المطلوبة والتي تم اعداد الدراسات من اجلها. واوجه الشبه بين التفاوض والوعد بالتعاقد يكمن في انهما مرحلتان سابقتان للعقد النهائي, كما يمكن ان يكون التفاوض مكملا للوعد بالتعاقد, حيث ان الاخير قد لا يغطي كل المسائل الاساسية للعقد النهائي وبالتالي يجري التفاوض بشأنها كلها او بشأن المسائل الناقصة. الا انهما يختلفان من حيث ان الوعد بالتعاقد هو عقد بإيجاب وقبول مطابق له, في حين ان التفاوض لا يغدو عن كونه اجراءا مرحليا ليس فيه ايجاب يطابقه قبول معين, كذلك الاثر القانوني المترتب على الوعد بالتعاقد هو المسؤولية العقدية في حين لا يرتب التفاوض الا المسؤولية التقصيرية في حال توافر عناصرها, في تفصيل ذلك ينظر/ د. محمد احمد عبد النعيم, مرحلة المفاوضات في العقود الادارية, القاهرة, دار النهضة العربية, ٢٠٠٠, ص ٨٤.

[٢] وقد بينت المحكمة الادارية العليا المصرية وبوضوح بان الاعلان عن المناقصة او المزايدة تمهيدا لإبرام العقد الاداري الخاص باي منهما ما هو الا دعوة للتعاقد وان التقدم بالعطاء وفقا للشروط والمواصفات المعلن عنها هو الايجاب الذي يجب ان يلاقيه قبول الادارة المطابق له لإتمام العقد, وبالتالي فان هذا القبول بوصفه تعبيرا عن ارادة الادارة لا يتحقق وجوده القانوني الا اذا اتصل بعلم من وجه اليه, ينظر/ حكم المحكمة الادارية العليا المصرية رقم (٢٤٨٠) لسنة ٤٦ق, جلسة ١ فبراير ٢٠٠٥, مجموعة المبادئ التي قررتها المحكمة الادارية العليا, س ٥٥, ج ١, من اول اكتوبر ٢٠٠٤ الى آخر مارس ٢٠٠٥, ص ٥١٥.

[٣] نظمت تعليمات تنفيذ الحكومية رقم (٢) لسنة ٢٠١٤ الدعوة للتعاقد في اغلب اساليب التعاقد الحكومي, ينظر/ المادة (٣) من التعليمات المذكورة.

[٤] للتفصيل حول هذا الموضوع ينظر/ د. محمد احمد عبد النعيم, المصدر السابق, ص ٨١. وبهذا الصدد يشير قسم الرأي مجتمعا في مجلس الدولة المصري الى ان ((الإعلان لا يعتبر إيجابا, وإنما هو دعوة الى التعاقد)), اشار اليه/ د. محمد ماهر ابو العينين, القاضي الاداري وتطبيق قانون المزايدات والمناقصات على العقود الادارية (وجيز الاحكام والفتاوى), ط٦, القاهرة, دار ابو المجد للطباعة بالهرم, ٢٠١٣, ص ٢٤.

[٥] وفي ذلك تقول محكمة القضاء الاداري المصرية ((..., ان استناد الشركة في الرجوع على الوزارة بالتعويض الى انها اخلت بالتزام عقدي يكون غير قائم على اساس سليم, والشركة المدعية قد اقدمت على مفاوضة مصلحة السواحل والمصايد وهي تعلم ان هذه المصلحة ليست هي المختصة. ومجرد عدم موافقة الوزارة على السير في اتمام اجراءات التعاقد مع الشركة المدعية لا ينطوي بذاته على خطأ يرتب مسؤوليتها, وهو ما ادعته الشركة دون ان تقيم دليلا اذ ليس في الاوراق ما يفيد ان الوزارة قد انحرفت عن الجادة او انها قصدت بإجراء المزايدة محاباة احد ممن تقدموا اليها,...)), اشار اليه/ المصدر نفسه, هامش ص ٨١.

الفرع الثاني: تمييز التفاوض عن الايجاب والمساومة

يمكن تمييز التفاوض عن الايجاب والمساومة وفقا للفقرتين الآتيتين.

اولا: تمييزه عن الايجاب :

بطبيعة الحال فان التفاوض يتميز عن الايجاب[١] من حيث ان الاخير هو تعبير بات عن ارادة شخص معين يتوجه به الى شخص آخر او مجموعة اشخاص وبه يعرض عليهم التعاقد وفق اسس وشروط معينة, بحيث ينعقد العقد باقتران الايجاب بقبول مطابق له[٢]. وبالتالي فإن التفاوض والايجاب يتماثلان من حيث انهما يعدان خطوة سابقة على التعاقد النهائي, كما ان التفاوض قد يكون مقدمة ضرورية للإيجاب بحيث اذا نجح التفاوض فإنه سيؤدي الى وجود الايجاب الذي يعد الخطوة الاساسية والجوهرية لاكتمال العقد النهائي. الا انهما يختلفان من حيث الارادة وتضمين شروط العقد[٣]. حيث ان ارادة المتفاوضين ليست اكيدة وينتابها التردد والحيرة وعدم الجزم او اليقين, في حين ان ارادة المتعاقدين قد اتجهت بصورة اكيدة ونهائية وجازمة الى ابرام العقد النهائي بإيجاب من احد الطرفين او الاطراف يلاقيه قبول الاخر او الاخرين. وفي الايجاب فان شروط العقد قد تحددت وتبلورت ولا يحتاج ابرام العقد النهائي الا الى قبول من وجه اليه هذا الايجاب, اما التفاوض فليس بالضرورة ان يتضمن شروط العقد, بل ان التفاوض يكون هدفه الاساس هو مناقشة هذه الشروط من اجل التوصل الى اتفاق بشأنها.

ثانيا: تمييزه عن المساومة

قد يتشابه التفاوض مع المساومة[٤] في كثير من الاحيان, بحيث يصعب التمييز بينهما كحالة ما اذا التجأ احد اطراف التفاوض الى المساومة كإجراء مرحلي فعال في مرحلة التفاوض نفسها. الا انهما يختلفان من عدة نواحي[٥]. فالمساومة دائما نشاط يجريه طرف واحد, بينما التفاوض يجري بين شخصين في الاقل. والمساومة ترد على عنصر واحد من عناصر العقد وهو الثمن او المقابل المالي, بينما التفاوض في العقد

[١] يتمثل الايجاب في العقد الاداري (المناقصة) بالعطاءات التي يقدمها الراغبين بالتعاقد مع الادارة, ويجب ان يحدد الاعلان او الدعوة للتعاقد البيانات الجوهرية والاساسية التي ينبغي ان يتضمنها الايجاب, هذا بالإضافة الى البيانات التي ترد في كراسة الشروط والمواصفات, وبالتالي فإن الايجاب ليس الا شروعا بالتعاقد.

[٢] ينظر/ د. عبد المجيد الحكيم, د. عبد الباقي البكري, د. محمد طه البشير, المصدر السابق, ص ٣٨.

[٣] للتفصيل ينظر/ د. رجب كريم عبد اللاه, المصدر السابق, ص ٨٧.

[٤] تعرف المساومة بأنها النشاط الذي يقوم به احد الطرفين من جانب واحد خلال مرحلة التفاوض على العقد او عند ابرام عقد من عقود الاذعان والذي يهدف به الى الضغط على الطرف الآخر من اجل زيادة او تخفيض الثمن او المقابل, فالطرف المذعن (العميل) قد يضطر الى المساومة مع الموجب في عقود الاذعان ليس في مناقشة شروط العقد, بل من اجل الحصول من الموجب على تخفيض في الثمن, ينظر/ د. المصدر نفسه, ص ١١٤, ص ١١٧.

[٥] للتفصيل في هذه الاختلافات ينظر/ المصدر نفسه, ص ١٢٠-١٢١.

يرد على كل عناصر العقد. كذلك فإن التفاوض لا يرد الا بشأن العقود القابلة للتفاوض, بينما ممكن اجراء المساومة في كل العقود سواء اكانت قابلة للتفاوض ام عقود اذعان.

المبحث الثاني: حالات التفاوض في العقود الادارية وأهميته

يجري الحديث في التفاوض دائما عن مدى حرية الادارة في اختيار المتعاقد معها. وهذه الحرية في الواقع تتوفر للإدارة في كافة الاساليب التي تتبعها للتعاقد مع الطرف او الاطراف الآخرين الراغبين بالتعاقد معها. ولكن اذا كانت هذه الحرية موجودة في كل اساليب التعاقد, الا ان مداها بالتأكيد يختلف من اسلوب الى آخر, فنجدها ضيقة نوعا ما في اسلوب المناقصة كون الادارة ملزمة باختيار افضل العطاءات[١], في حين نجدها تتوسع في اساليب اخرى مثل الدعوة المباشرة او العطاء الوحيد او التعاقد المباشر. ومن ناحية اخرى فان للتفاوض اهمية بالغة على المستوى القانوني بصورة عامة وعلى مستوى العقود الادارية بوجه الخصوص.

لذلك كان حريا بنا التطرق الى هذ الموضوع في مطلبين, نتطرق في الاول منهما الى حالات التفاوض في العقود الادارية, في حين نبين في ثانيهما دور التفاوض في التعاقد, ووفقا لما يلي :-

المطلب الاول: حالات التفاوض في العقود الادارية

من المستقر عليه في فقه القانون الاداري بان الادارة العامة بما تتمتع به من امتيازات السلطة العامة تستقل مسبقا بوضع شروط التعاقد عند ابرام العقود الادارية بحيث لا يكون امام الطرف الآخر الا القبول بكل ما اشترطته الادارة او الاحجام عن دعوتها للتعاقد[٢]. الا ان ذلك من الممكن ان ترد عليه بعض الاستثناءات فيما يتعلق بإمكانية انعقاد مجموعة من العقود الادارية عن طريق التفاوض.

ومن اجل الالمام الكافي بالموضوع, فإنه يتحتم علينا استعراضه في نقطتين. اولهما حالة التفاوض في اسلوب التعاقد بطريق المناقصة, وثانيهما حالة التفاوض في الاساليب الاخرى للتعاقد الاداري.

---

[١] حيث ان الادارة ليست ملزمة بقبول اقل العطاءات بل انها بصورة عامة تختار افضل العطاءات, ينظر على سبيل المثال الفقرات (ثانيا/أ, ثالثا/ب, رابعا/أ) من المادة (٣) من تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم (٢) لسنة ٢٠١٤. ففي المناقصة ممكن اجراء التفاوض بين لجنة البت في العطاءات وبين اصحاب العطاءات المقبولة, كما اشرنا الى ذلك مسبقا.

[٢] وهذا هو المعنى المتأتي من فكرة عقود الاذعان. وبهذا الصدد تشير المحكمة الادارية العليا المصرية بأن ((لفكرة الاذعان في العقود الادارية معنى يختلف تماما عنه في العقود المدنية. وهو معنى خاص يقوم على ان العقود الادارية – من حيث الشكل – تأخذ شكل عقود الاذعان عندما تنفرد جهة الادارة وضع شروطها سلفا, وبدون ان يناقشها عند وضعها المتعاقد المنتظر, وعلى ان الاذعان فيها لا يعني الا تدعيم مركز الجهة الادارية المتعاقدة والزام المتعاقد معها بان يقبل خضوعه لقانونها. وهذا بالبداهة مشروط باحترام قاعدة حسن النية التي تلتزم بها الجهة الادارية, كما يلتزم بها المتعاقد معها. وان الشروط التي تنفرد بوضعها الجهة الادارية ليست الا مرادفا ان للعقد طبيعة ادارية)), حكم المحكمة الادارية العليا في القضية رقم ٩٨٣ لسنة ٩ قضائية بتاريخ ١٩٥٧/٦/٣٠, اشار اليه/ سمير حنا صادق, العقد الاداري في مبادئ الادارية العليا, القاهرة, الهيئة المصرية للكتاب, ١٩٩١, ص ٤٢-٤٣.

الفرع الاول: حالة التفاوض في اسلوب التعاقد بطريق المناقصة

لم يتطرق القانون العراقي في تعليمات العقود الحكومية رقم (٢) لسنة ٢٠١٤ الى اي تعريف للمناقصة[١]. وهذا على خلاف بعض التشريعات التي تناولتها بالتعريف, حيث اورد المشرع اليمني تعريفا لها بقوله أنها ((مجموعة الاجراءات الادارية والفنية والقانونية التي تتخذها الجهة لتنفيذ اعمالها المختلفة بطريقة تنافسية وفق وثائق المناقصة بهدف الوصول الى افضل العطاءات وذلك استنادا الى معايير ودرجات التقييم المحددة للمناقصة المعلنة بما يتفق واحكام هذا القانون))[٢]. ومن جهة اخرى يمكن ملاحظة عدم وجود قانون خاص بطرق ابرام العقود الادارية ومنها بطبيعة الحال المناقصات والمزايدات في العراق[٣], وهذا نقص كبير ينبغي على المشرع العراقي تلافيه من خلال اصدار قانون خاص بتلك الطرق الادارية متضمنا الاحكام العامة المتعلقة بالموضوع ومن بينها تعريف المصطلحات الواردة فيه ومنها المناقصة بطبيعة الحال, لأنه لا يمكن التذرع اطلاقا في هذا المجال بالقول ان التعريف ليس من مهام المشرع لان المعمول به في اغلب التشريعات بان يقوم المشرع بإيراد تعريفات لمصطلحات التشريع المعني.

[١] وكذلك الحال بالنسبة لقانون تنظيم المناقصات والمزايدات المصري رقم (٨٩) لسنة ١٩٩٨ الملغي, ولائحته التنفيذية الصادرة بقرار وزير المالية رقم ١٣٦٧ لسنة ١٩٩٨(منشورة في الوقائع المصرية العدد ٢٠١ (تابع) في ١٩٩٨/٩/٦) والملغية بموجب اللائحة التنفيذية لقانون التعاقدات التي تبرمها الجهات العامة الصادر بالقانون رقم (١٨٢) لسنة ٢٠١٨ السابق الاشارة اليها. في حين ان لائحة المناقصات والمزايدات الملغية والصادرة عام ١٩٥٨ كانت قد عرفتها بانها ((مجموعة الاجراءات المعلن عنها وفقا للأوضاع المبينة في هذه اللائحة بقصد الوصول الى المتناقص الذي يتقدم بأصلح العطاء وتكون إما داخلية يعلن عنها في جمهورية مصر أو خارجية يعلن عنها في جمهورية مصر والخارج))، المادة (٢) من لائحة المناقصات والمزايدات لسنة ١٩٥٨ الملغاة والصادرة بقرار وزير المالية المصري رقم (٥٤٢) لسنة ١٩٥٧ (منشورة في الوقائع المصرية العدد ١٩ في ١٩٥٨/٣/٣).

[٢] المادة (٢) من قانون المناقصات والمزايدات والمخازن الحكومية اليمني رقم (٢٣) لسنة ٢٠٠٧ الصادر في ١٤ اغسطس ٢٠٠٧ (منشور في الجريدة الرسمية العدد ١٥ لسنة ٢٠٠٧). واورد المشرع السوداني ايضا تعريف للمناقصة بوصفها ((طريقة الشراء التي يتم بموجبها دعوة الموردين المقاولين او الاستشاريين لتقديم عطاءات مسعرة للسلع او الاعمال او الخدمات وذلك بإعلان عام ينشر بوسائل الاعلام المتاحة))، المادة (٣) من قانون الشراء والتعاقد والتخلص من الفائض لجمهورية السودان لسنة ٢٠١٠ والصادر في ٢٠١٠/٦/٣٠ (منشور في الجريدة الرسمية المجلد ١٣ في ٢٠١٠/٦/٣٠).

[٣] ان احكام طرق ابرام العقود الادارية ومنها المناقصات والمزايدات في العراق لم يجمعها تشريع موحد بل تناثرت في قوانين وتعليمات كثيرة. منها على سبيل المثال, المواد (٣٣٦, ٤٦٣-٤٦٤) من قانون العقوبات العراقي المعدل رقم (١١١) لسنة ١٩٦٩/ الوقائع العراقية ذي العدد ١٧٧٨ في ١٩٦٩/١٢/١٥, قانون تنفيذ مشاريع التنمية الكبرى رقم (٦٠) لسنة ١٩٨٥/ الوقائع العراقية رقم ٣٠٥٦ في ١٩٨٥/٧/٢٩, قانون شركات المقاولات رقم (٦٦) لسنة ١٩٨٧/ الوقائع العراقية ذي العدد ٣١٥٦ في ١٩٨٧/٧/٢٠ وتعديله الاول رقم (١٢٥) لسنة ١٩٨٨/ الوقائع العراقية ذي العدد ٣٢٢٧ في ١٩٨٨/١١/٧, قانون العقود العامة وفقا لأمر سلطة الائتلاف المؤقتة رقم ٨٧ لسنة ٢٠٠٤ الملغي/ الوقائع العراقية ذي العدد ٣٩٨٤ في ٢٠٠٤/٦/١, تعليمات تنفيذ ومتابعة مشاريع واعمال خطط التنمية القومية لسنة ١٩٨٨ الملغية بموجب تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم (١) لسنة ٢٠٠٧/ الوقائع العراقية ذي العدد ٤٠٣٩ في ٢٠٠٧/٤/١٨ والملغية بموجب تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم (١) لسنة ٢٠٠٨/ الوقائع العراقية ذي العدد ٤٠٧٥ في ٢٠٠٨/٥/١٩ الملغية بموجب تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم (٢) لسنة ٢٠١٤ النافذة, نظام المزايدات والمناقصات الخاصة بالأوقاف المعدل رقم (٤٥) لسنة ١٩٦٩/ الوقائع العراقية ذي العدد ١٧٧٧ في ١٩٦٩/٩/١٤ وتعديله الثالث وفقا للنظام رقم (٣) لسنة ١٩٨٢/ الوقائع العراقية ذي العدد ٢٨٧٠ في ١٩٨٢/٨/٢ , الشروط العامة لمقاولات اعمال الهندسة المدنية الصادرة عام ٢٠٠٥. قانون بيع الاراضي الاميرية الملغي رقم (١١) لسنة ١٩٤٠/ الوقائع العراقية ذي العدد ١٧٧٩ في ١٩٤٠/٣/١١, قانون بيع وايجار اموال الدولة رقم ٢١ لسنة ٢٠١٣/ الوقائع العراقية ذي العدد ٤٢٨٦ في ٢٠١٣/٨/١٩ وتعديله الاول رقم ٢١ لسنة ٢٠١٦/ الوقائع العراقية ذي العدد ٤٤١٥ في ٢٠١٦/٩/٥.

ولان القضاء الاداري العراقي غير مختص بالنظر في منازعات العقود الادارية[١] لذلك لا نجد اي تعريف من قبله للمناقصة ولا لأي من الاساليب الاخرى للتعاقد[٢]. وهذا على خلاف ما هو عليه الحال بالنسبة للقضاء الاداري المصري الذي ينظر بالدعاوى المتعلقة بالعقود الادارية. وإنه من الممكن اجراء التفاوض في عقود المناقصات[٣].

وقد عرف بعض الفقه الفرنسي المناقصة بأنها ((اجراء يستهدف حماية المصالح المالية للإدارة بما يتيح لها ابرام العقد مع الشخص الذي يتقدم بأفضل عطاء من الوجهة المالية, ويقوم هذ الاجراء بشكل جوهري على المنافسة والعلانية, مع موازنة بين الاسناد التلقائي للمناقصة وبين السلطة التقديرية الممنوحة للجهة الادارية المختصة باعتماد قرار الاحالة))[٤]. وعرفها بعض الفقه العربي على انها ((مجموعة من الاجراءات تهدف الى دعوة الجمهور للاشتراك في العملية التي تطرحها الادارة بقصد الوصول الى المناقص الذي يتقدم بأرخص الاسعار للتعاقد معه))[٥]. اما في العراق فقد عرفها بعضهم بانها ((طريقة تلتزم الادارة بمقتضاها باختيار افضل الشروط ممن يتقدمون للتعاقد معها سواء من الناحية المالية او من ناحية الخدمة المطلوب اداؤها وفي الزمان والمكان الاكثر ملائمة))[٦]. ويرى الباحث بأن المناقصة هي مجموعة

---

[١] وهذا يعني بان المتعاقد مع الادارة اذا ما اراد ان يطعن باي قرار اداري يتعلق بالعقد المبرم سابقا بينه وبين الادارة فان لا يحق له الا اللجوء الى المحاكم المدنية بوصفها القاضي العام للعقد أيا كان نوعه في العراق, ينظر/ حكم محكمة القضاء الاداري رقم ١٨/قضاء اداري في ١٩٩١/١٠/٢٣. ينظر ايضا/ حكم محكمة القضاء الاداري رقم ٢٠١٥/٨٤٤ في ٢٠١٥/٨/١٢, غير منشور. قرار مجلس الدولة رقم ٢٠١٦/٣٤ في ٢٠١٦/٣/٣٠ (منشور في قرارات مجلس الدولة وفتاواه لعام ٢٠١٦). وفي الاتجاه ذاته تقرر محكمة التمييز الاتحادية اختصاصها بنظر العقد المبرم بين الموظف ودائرته, ينظر/ حكم محكمة التمييز الاتحادية بالعدد ٤٦٤٦/الهيئة المدنية/ ٢٠٢١ في ٢٠٢١/٨/١١, غير منشور. بذات الموضوع ينظر/ حكم محكمة بداءة الكرادة رقم ٢١٩٥/ب/٢٠١٩ في ٢٠٢١/٦/٣٠, غير منشور.

[٢] وهنا يكون حريا بنا دعوة المشرع العراقي الى ادخال منازعات العقود الادارية ضمن اختصاص القضاء الاداري العراقي بجعل محكمة القضاء الاداري هي المختصة بالنظر في المنازعات الناشئة عن مثل هذه العقود وذلك بتعديل نص المادة (٧/رابعا) من قانون مجلس الدولة رقم (٦٥) لسنة ١٩٧٩ المعدل وذلك بإضافة نص خاص يجعل النظر في منازعات العقود الادارية راجعا الى اختصاص المحكمة المذكورة. ويأتي التركيز على هذا المقترح خصوصا بعد تأكيد مجلس الدولة العراقي على عدم اختصاصه في منازعات العقود الادارية في القرار رقم ٢٠١٨/١٥ الصادر في ٢٠١٨/٢/٦.

[٣] وبالتالي فقد ذهب القضاء الاداري المصري الى عدم قانونية التفاوض الذي يجري مع احد مقدمي العطاءات (شركة المقاولون العرب) استنادا الى القانون رقم (١٤٧) لسنة ١٩٦٢ بشأن تنفيذ خطة التنمية الاقتصادية من اجل تقليل سعر العطاء, ذلك ان هذا التفاوض قد تم بعد اتمام اجراءات المناقصة من طرح العلميات المراد القيام بها في مناقصة عامة وفقا لقانون المناقصات والمزايدات وقيام الادارة بتلقي العطاءات ومن ثم فتح المظاريف وقيام لجنة البت في العطاءات بدراسة العطاءات المقدمة واختيار الجمعية المطعون ضدها كون عطاءها مقبول فنيا وهو اقل العطاءات سعرا, لذلك فان التفاوض مع الشركة المذكورة اعلاه لتقليل اسعارها لتصبح اقل من اسعار الجمعية المطعون ضدها يعد عملا مخالفا للقانون ولا يصلح سندا سويا للقرار المطعون فيه, ينظر/ حكم المحكمة الادارية العليا المصرية في الطعن رقم (٥٩٢) لسنة ٣٣ ق, جلسة ٣٠ يونيو ١٩٩٢, مجموعة المبادئ التي قررتها المحكمة الادارية العليا , س ٣٣, ع ٢, من اول مارس ١٩٩٢ الى آخر سبتمبر ١٩٩٢, ص ١٧١٩.

[٤] Voy. André De Laubadère, Traité élémentaire de droit administratif, Paris, Librairie Générale de droit et de jurisprudence, 1953, p. 425. Voy. également George Vedel et Pierre Delvolvé, Droit administratif, 12e édition, Paris, Presse universitaire de France, 1993, p. 404.

[٥] د. محمد سعيد حسين امين, فكرة العقود الادارية واحكام ابرامها, القاهرة, دار النهضة العربية, ١٩٩٢, ص ٢٣١. ينظر ايضا/ د. محمد ماهر ابو العينين, قوانين المزايدات والمناقصات والعقود الادارية (في قضاء مجلس الدولة حتى عام ٢٠٠٤), الكتاب الاول/ابرام العقد الاداري, ط٢, بدون مكان نشر, بلا ناشر, ٢٠٠٤, ص ٢٦٩.

[٦] د. خالد خليل الظاهر, القانون الاداري, الكتاب الثاني, ط١, عمان, دار المسيرة للنشر والتوزيع والطباعة, ١٩٩٧, ص ٢٤٠. ينظر ايضا/ د. محمود خلف الجبوري, العقود الادارية, بغداد, بيت الحكمة, ١٩٨٩, ص ٦١. ويذهب آخرون الى تعريف المناقصة بأنها ((طريقة من طرق ابرام العقد الاداري, تهدف الادارة منها الى الوصول الى المتعاقد الذي يقدم افضل العطاءات من الناحية المالية او من الناحية الفنية)), د. فاروق احمد خماس و محمد عبد الله الدليمي, الوجيز في النظرية العامة للعقود الادارية, جامعة الموصل-كلية القانون, ١٩٩٢, ص ٧٨. ونحن نرجح هذا الرأي كونه لا يلزم الادارة باختيار اقل العطاءات بل يجبرها باختيار افضل العطاءات من ناحية السعر او من ناحية نوعية الخدمة وكفاءتها أي الناحية الفنية, وهذا ما ينسجم مع والمنطق كون اوطأ العطاءات قد لا يكون صالحا من الناحية الفنية, وكون التعريف اعلاه منسجما ايضا مع تعليمات تنفيذ العقود

من الاجراءات الادارية والفنية والقانونية والتي من خلالها تتمكن الادارة من التعاقد على شراء مواد او عمل او خدمات معينة من الشخص الذي يتقدم بأفضل العطاءات وفقا لمعايير ودرجات تقييم المناقصة المعلنة وبما يتفق مع الضوابط القانونية.

وقد اوردت تعليمات العقود الحكومية رقم (٢) لسنة ٢٠١٤ الاشارة الى المناقصات في المادة (٣/اولا-رابعا) والتي يتبين منها بان المناقصات في العراق تشمل المناقصة العامة, المناقصة المحدودة, المناقصة العامة بطريقة التأهيل الفني والمناقصة بمرحلتين. والتفاوض في المناقصات يظهر جليا وواضحا خلال فترة تقديم العطاءات ويبدو ذلك منطقيا حيث ان أجراء التفاوض هو من صلاحية لجنة البت في العطاءات والتي تكون مقيدة بإجراء الفحص والتقييم واختيار العطاء الافضل خلال مدة سريان العطاء, ومن ناحية اخرى فان صاحب العطاء يلتزم بعطائه (ايجابه)[١] خلال المدة اعلاه وبالتالي يغدو التفاوض بعد انقضائها في غير محله[٢].

الفرع الثاني: حالة التفاوض في الاساليب الاخرى للتعاقد

يبدو بان الاساليب الاخرى للتعاقد تمنح الادارة حرية اكبر من اسلوب المناقصة في اجراء التفاوض بشأن موضوع العقد المراد ابرامه. وبالتالي فإن تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم (٢) لسنة ٢٠١٤ قد اشارت الى تلك الاساليب والتي تتحدد بالدعوة المباشرة, العطاء الواحد (العرض الوحيد), التعاقد المباشر, الشراء المباشر من الشركات المصنعة الرصينة ولجان المشتريات[٣]. فأسلوب الدعوة المباشرة يتم بتوجيه الدعوة المباشرة مجانا الى ما لا يقل عن (٣) ثلاثة من المقاولين او المجهزين او الاستشاريين المعتمدين لرصانتهم وكفاءتهم الفنية والمالية لتنفيذ مشاريع او تعاقدات الجهات الرسمية وعند توفر مبررات معينة.

اما أسلوب العطاء الواحد او العرض الوحيد فيتم من خلال توجيه الدعوة مجانا الى جهة مختصة واحدة مجهز او مقاول او استشاري لتنفيذ العقد وبموافقة اللجنة المركزية للمراجعة والمصادقة على الاحالة عند توفر شروط معينة. ويتم اسلوب التعاقد المباشر بتوجيه الدعوة مجانا للتعاقد مباشرة الى جهة واحدة لتنفيذ هذا الاسلوب بموافقة اللجنة القطاعية المختصة في مجلس الوزراء وبتوصية من اللجنة المركزية

الحكومية رقم (٢) لسنة ٢٠١٤ التي لم تلزم الادارة باختيار اقل العطاءات وانما الزمتها باختيار افضل العطاءات. وهنا قد تكون الافضلية ليست في السعر بل في نوعية وكفاءة الخدمة من الناحية الفنية ما دام العطاء لم يتجاوز الكلفة التخمينية للمناقصة.

[١] فالإيجاب هنا يتمثل بالعطاء الذي يعرضه المتقدمون للمناقصة (المتناقصون) وهو يعني التزامهم بعطاءاتهم او ايجابهم الى ان ترسو المناقصة على احدهم, فإذا رست على احدهم يبقى ايجابه او عطائه ساري المفعول الى ان يجري اعتماد المناقصة, اما غيره من الاخرين فيتحررون من التزاماتهم التي عرضها ايجابهم, ينظر/ د. احمد عثمان عياد, مظاهر السلطة العامة في العقود الادارية, القاهرة, دار النهضة العربية, ١٩٧٣, ص ١٤٤-١٤٥.

[٢] ينظر/ د. محمد احمد عبد النعيم, المصدر السابق, ص ١١٤.

[٣] ينظر/ المادة (٣/خامسا-ثامنا) من التعليمات المذكورة.

للمراجعة والمصادقة على الاحالة للعقود الاستيرادية او المحلية لتجهيز السلع او الخدمات ذات الطابع التخصصي غير المحتكرة وبتوفر شروط معينة. ويمكن ايضا الشراء المباشر من الشركات المصنعة الرصينة من قبل الشركات العامة التي تمارس النشاط الاستيرادي التجاري الربحي وتخضع التعاقدات الى موافقة مجلس ادارة الشركة. ويتم التعاقد بأسلوب لجان المشتريات من خلال تشكيل لجنة مشتريات في الادارة المعنية لشراء سلع او خدمات او اعمال معينة ووفقا للضوابط الواردة في تعليمات تنفيذ الموازنة الاتحادية للسنة المعنية[١].

وفي هذه الاساليب يمكن الادارة الاتفاق مع المتعاقد بطريقة ما وقد تكون مباشرة وبالتالي فإن الادارة تتمتع بمرونة اكبر في اختيار المتعاقد معها في هذه الاساليب وبالتالي لا تتحدد بإجراءات معينة كتلك التي يجب اتباعها في المناقصات مثل اجراءات ارساء المناقصة وغيرها. وعلى ذلك فأن حرية الادارة في التفاوض مع الراغبين بالتعاقد عبر احد هذه الاساليب تكون اكبر من حريتها في اسلوب المناقصة. وطبيعي بأن الادارة في تعاقدها مع الطرف او الاطراف الاخرين تتبع طرقا تجعلها سيدة الموقف وفقا لامتيازات السلطة العامة التي منحها اياها القانون لتقديم الخدمات العامة وذلك من اجل لإشباع الحاجات العامة وتحقيق المصلحة العامة تبعا لذلك.

ومن الممكن ان يتخذ التفاوض في جميع هذه الاساليب شكل ايجاب تقوم به الادارة عن طريق توجيه دعوة الى شخص معين تدعوه فيها الى ابرام عقد اداري معين وفقا للشروط والاجراءات التي قد يسفر عنها التفاوض, ومن الطبيعي ان هذا الايجاب في التفاوض يتوقف على قبول الشخص المعني. ولا يهم بعد ذلك ان يكون الايجاب والقبول تحريريا او شفهيا او بأية طريقة اخرى عادية او الكترونية يتحقق بها ايجاب الادارة وقبول الطرف الآخر بالتفاوض[٢]. ومن هذا يتضح مدى ما تتمتع به الادارة من مرونة وحرية اكبر في التفاوض في الاساليب المذكورة اعلاه منها في اسلوب المناقصة.

[١] في كل هذه الانواع من اساليب التعاقد فان الادارة لا تتبع اجراءات المناقصة في اختيار المتعاقد معها, بل انها قد تقوم باختياره مباشرة في اساليب العطاء الوحيد, التعاقد المباشر, الشراء من الشركات المصنعة الرصينة ولجان المشتريات. وهذا الامر بالتأكيد لا تقوم به الادارة اعتباطا بل تراعي في ذلك اعتبارات معينة ومهمة جدا منها ان الادارة قد تكون في حالة استعجال (حالات الطوارئ والكوارث الطبيعية مثلا), او ان موضوع العقد يحتاج الى خبرة فنية او قدرة مالية لا تتوفر الا لدى جهة معينة او شخص معين بذاته وبالتالي تغدو اجراءات المناقصة عديمة الجدوى في هذا المجال, او الطبيعة الاحتكارية لبعض السلع والخدمات, وقد تكون هناك بعض الاعمال التي تحتاج الى سرية تامة فيغدو من غير الجائز الاعلان عنها للمتعاقدين, او ربما القانون نفسه يجيز التعاقد المباشر في العقود ذات القيمة المنخفضة من حيث الاسعار, فوفقا للمادة (١٠/اولا/ع) من قانون شركات المقاولات رقم (٦٦) لسنة ١٩٨٧ المعدل فأنه يجوز التعاقد مباشرة مع المقاولين والمجهزين في الاعمال التي لا تزيد كلفتها عن (٥٠٠٠٠) خمسين الف دينار.

[٢] فقد يكونا متحققين بواسطة رسول يحمل ايجاب الادارة بالتفاوض ويقوم بإرجاع قبول الشخص الآخر, او ان يكونا عن طريق الهاتف المنزلي او الموبايل او البريد العادي او الالكتروني او البرق او الفاكس او التلكس او غير ذلك من وسائل المراسلة, لمزيد من التفاصيل حول هذا الموضوع ينظر/ عباس زبون عبيد العبودي, التعاقد عن طريق وسائل الاتصال الفوري وحجيتها في الاثبات (دراسة مقارنة), اطروحة دكتوراه, جامعة بغداد-كلية القانون, ,١٩٩٤, ص ٧٨ وما بعدها.

المطلب الثاني: دور التفاوض في التعاقد

لا نغالي عندما نقول بأن نجاح الفرد في حياته العامة يعتمد بصورة كلية على نجاحه في ادارة التفاوض مع الاخرين بصدد المشاكل التي قد يتعرض لها والتي تضطره الى التفاوض معهم. فقد تكون هناك مصلحة مشتركة بين الاطراف الا انه يعيقها امر ما وبالتالي يضطر الاطراف الى حسمه وديا بطريق التفاوض. ومما لا شك فيه بان التفاوض في العقود المدنية يختلف عن ذلك الذي يجري في العقود الادارية. فالتفاوض في العقود المدنية ليس ركنا من اركان العقد, بل هو مرحلة ممهدة للتعاقد وسابقة عليه, ووجوده واهميته تتفاوت من عقد لآخر, وينعدم وجوده في عقود الاذعان[١]. وطبيعي بان كل ذلك يتم في اطار قاعدة الرضائية بين اطراف العقد المدني, وبالتالي فان الامر يعود لأطراف العقد من حيث اجراء التفاوض مسبقا او ابرام العقد مباشرة. اما العقود الادارية فان مراحلها, ومن ضمنها جواز التفاوض قبل العقد, تكون محكومة بالقوانين والنظم وبالتالي فان ارادة الادارة ليست مختارة وحرة بل محددة ومقيدة حتى وان كان العقد شريعة المتعاقدين وينبني على الرضا والمحل والسبب. واذا كان للتفاوض هذا الدور المهم في الحياة العامة للأفراد, فإن دوره يبرز بشكل اكبر بالنسبة للعقود بصورة عامة, وللعقود الادارية بشكل اخص. وهذا ما سنستعرضه في الفرعين الآتيين.

الفرع الاول: دور التفاوض في العقود عموما

يعد التفاوض في العقود من الوسائل المهمة في تفسير العقد[٢]. فبعض عبارات او الفاظ العقد قد تكون مبهمة غامضة مما يقتضي معه تفسيرها من قبل القاضي حتى يتمكن من معرفة ما اتجهت اليه ارادة المتعاقدين. ويعد التفاوض الذي تم اجراؤه في مرحلة ما قبل العقد النهائي, وبما يتضمنه من دراسات ومناقشات وتبادل للآراء, من القرائن القضائية التي يلتجأ اليها القاضي لغرض تفسير ارادة المتعاقدين, وبالتالي يعد معبرا عن النية المشتركة للطرفين او الاطراف ويغدو تبعا لذلك مرجعا مهما لتفسير العقد[٣]. ويمنع التفاوض الادعاء بالإذعان والذي يمكن ان نلاحظه في عقد الاذعان والذي بموجبه يفرض احد اطرافه شروطا معينة على الطرف الآخر نتيجة قوته الاقتصادية المتمثلة باحتكاره بعض السلع او الخدمات

[١] Voy. Mona JAMAL, Le contrat d'adhésion: étude comparée des droits français et koweïtien, Thèse de doctorat en droit privé, école doctorale Droit, Science politique et Histoire (101) [Centre de droit privé Fondamental (CDPF) – EA 1351], Université de Strasbourg, 2018, p. 46.

[٢] وبهذا الصدد يمكن القول بان المفاوضات تعد بالنسبة للعقد كالأعمال التحضيرية بالنسبة للتشريع حيث يتم الرجوع في المستقبل الى ماجرى في المفاوضات من مناقشات واراء ومقترحات وغيرها كوسيلة لتفسير العقد اذا ما كانت هناك ضرورة لتفسير العقد, فللمفاوضات بالعموم تاثيرا على حياة العقد لان فيها تقع الامور والاحداث التي من شأنها ان تعيب رضا احد الاطراف كالاستغلال او الغلط او الاكراه, في تفصيل ذلك ينظر/ د. نبيل ابراهيم سعد, النظرية العامة للالتزام, ج١, مصادر الالتزام, الاسكندرية, دار الجامعة الجديدة, ٢٠٠٧, ص ١٤٥. د. عدنان ابراهيم السرحان و د. نوري حمد خاطر, شرح القانون المدني, مصادر الحقوق الشخصية (الالتزامات), ط١, عمان-الاردن, دار الثقافة للنشر والتوزيع, ٢٠١١, ص ٨٨.

[٣] ينظر/ د. عبد الرزاق السنهوري, الوسيط في شرح القانون المدني الجديد, ج١ (مصادر الالتزام), المجلد الاول' القاهرة, دار النهضة العربية, ١٩٥٢, ص ٦٠٧.

مثل مؤسسة الكهرباء او الماء, وهنا يكون الطرف الآخر الضعيف قد اذعن لتلك الشروط متى ما قبلها دون مناقشة[١]. ففي التفاوض على تلك الشروط يفترض بان الطرف الآخر قد ناقشها وقبل التعاقد على الرغم من وجودها وبالتالي لا يجوز له الادعاء بالإذعان في العقد النهائي المبرم فيما بعد.

ولقد ازدادت اهمية المفاوضات في الوقت الحاضر نتيجة التقدم العلمي الهائل في وسائل الانتاج الصناعي والتكنولوجي, بالإضافة الى دور الثورة المعلوماتية في مجال استخدام وسائل الاتصال المتطورة في التفاوض على العقود وابرامها بالشكل النهائي[٢]. وبالتالي فقد اصبحت العقود الالكترونية ذات القيمة الهائلة تنطوي على مخاطر جمة جعلت من عملية التفاوض بالمفهوم التقليدي لا تتلاءم مع التطور التكنولوجي في هذا المجال, حيث ان هذه العقود تحتاج الى مفاوضات طويلة ومكثفة وفي الغالب قد تستغرق وقتا طويلا بقصد الوصول الى تفاهم مشترك ومضمون على شروط العقد المزمع ابرامه, كما هو الحال في عقود نقل التكنولوجيا[٣]. فاطراف التفاوض في العقد الالكتروني المزمع ابرامه لا يرى احدهم الآخر مباشرة, بل يتم كل ذلك عن طريق الواقع الافتراضي عبر وسائل التواصل الاجتماعي. وتبرز اهمية المفاوضات بشكل خاص في مجال التجارة سواء اكانت التقليدية ام الالكترونية وسواء اكانت الداخلية منها او الدولية, فمن خلال التفاوض يتبادل طرفي العقد المزمع ابرامه وجهات النظر واجراء المناقشات والاقتراحات وتبادل الآراء حول مختلف المعطيات من اجل الاتفاق على تحديد مضمون العقد[٤]. فالمساومات[٥] والمفاوضات الممهدة لإبرام العقد النهائي هي في الحقيقة الدافع او المحفز الذي من اجله او

---

[١] ينظر/ د. محمد حسين عبد العال, المصدر السابق, ص ١٤-١٦.

[٢] ينظر/ محمد حسام محمود لطفي, استخدام وسائل الاتصال الحديثة في التفاوض على العقود وابرامها, ط١, القاهرة, دار النهضة العربية, ١٩٩٣, ص ٣٦.

[٣] وقد عرف قانون التجارة المصري رقم (١٧) لسنة ١٩٩٩عقد نقل التكنولوجيا بأنه ((اتفاق يتعهد بمقتضاه (مورد التكنولوجيا) ان ينقل بمقابل معلومات فنية الى (مستورد التكنولوجيا) لاستخدامها في طريقة فنية خاصة لإنتاج سلعة معينة او تطويرها او لتركيب او تشغيل آلات او اجهزة او لتقديم خدمات ولا يعتبر نقلا لتكنولوجيا مجرد بيع او شراء او تأجير او استئجار السلع ولا بيع العلامات التجارية او الاسماء التجارية او الترخيص باستعمالها الا اذا ورد ذلك كجزء من عقد نقل تكنولوجيا او كان مرتبطا به)), المادة (٧٣) من قانون التجارة المصري رقم (١٧) لسنة ١٩٩٩, الوقائع المصرية ذي العدد ١٩ (مكرر) في ١٧ مايو ١٩٩٩. ومن ابرز الامثلة لعقود نقل التكنولوجيا التي يمكن الاشارة اليها بهذا الصدد عقد تسليم المفتاح باليد, وعقد المساعدة الفنية, وعقد الترخيص, في تفصيل ذلك ينظر/ Ph. KHAN, « L'essor du non-droit dans les relations commerciales internationales et le contrat sans loi », L'hypothèse du non-droit, XXXème séminaire organisé à Liège les 21 et 22 octobre 1977, Liège, 1978, p. 240.
وينظر ايضا/ د. نصيرة بو جمعة سعدي, عقود نقل التكنولوجيا في مجال التبادل الدولي, اطروحة دكتوراه, كلية الحقوق - جامعة الاسكندرية, ١٩٨٧, ص ١٧ وما بعدها.

[٤] ان الكم الهائل من المراسلات والمكاتبات والمخاطبات التي تتخللها المفاوضات والتي يضطلع بها في غالب الاحوال اشخاص ليس برجال قانون وبالتالي لا يعلمون ما قد تثيره من منازعات انما يعطي اهمية متزايدة للمفاوضات التمهيدية لابرام العقد النهائي, ينظر/ محمد حسام محمود لطفي, المسؤولية المدنية في مرحلة التفاوض: دراسة في القانونين المصري والفرنسي, المصدر السابق, ص ٢.

[٥] ان المساومات بين الطرفين من ابرز ما يميز مرحلة التفاوض حيث يسعى كل طرف الى اقناع الآخر بما يصبو اليه, لذلك فانها تتضمن عروضا متلاحقة وايضا اتفاقات على احد او بعض تلك العروض ولكنها ليست باتة الا انها تمهد للايجاب البات, وبالتالي اذا انتهت هذه المرحلة الى اتفاق حول المسائل المثارة من الطرفين عندها سيلجأ احدهما الى صياغة مشروعه النهائي وصياغته كأيجاب موجه الى الطرف الآخر فاذا صادفه قبول الاخير انعقد العقد بصيغته النهائية, ينظر/ فؤاد العلواني و عبد جمعة موسى الربيعي, الاحكام العامة في التفاوض والتعاقد (التعاقد عبر الانترنت, عقود البيوع التجارية, على وفق احكام قواعد الانكوتير من العام ٢٠٠٠), ط١, بغداد, بيت الحكمة, ٢٠٠٣, ص ٤٩.

بفضله يتحقق الاتقان والجودة والتوازن الضروري في تحرير ذلك العقد[١]. ليس ذلك فحسب بل ان المفاوضات الجيدة هي خير ضمان لإبرام عقد لا يثير اية مشاكل او منازعات عند تطبيقه, فالمفاوضات ليست الا فترة اعداد للعقد النهائي فكلما كانت رصينة وحقيقية وجيدة كلما كان العقد المزمع ابرامه محققا وملبيا لمصالح اطرافه, حيث انه سيتضمن من الشروط ما يحول بقدر الامكان دون نشوب اي نزاع بينهم.

ويظهر دور التفاوض ايضا من خلال معرفة الاسباب التي تدعوا الى اجرائه, ومن اهمها الاسباب الاقتصادية والاجتماعية والقانونية. فالأسباب الاقتصادية تتمحور حول اهمية وعظم القيمة المالية للصفقة او العقد محل التفاوض[٢], اما الاسباب الاجتماعية فترجع الى ظروف كل مجتمع وما يميزه عن غيره, فمن المجتمعات ما قد اصبحت المساومة والمحاورة فيه من الامور المألوفة كالمجتمعات الشرقية, ومنها ما يجهل ذلك كفرنسا وبريطانيا واستراليا واميركا, اما الاسباب القانونية فترجع الى صعوبة وتعقيد المعاملات التجارية والاليات القانونية المستجدة بشأنها بالإضافة الى وفرة الصيغ العقدية مما ادى الى عدم كفاية الاعتماد على القواعد القانونية المكملة لإرادة اطراف العقود[٣].

الفرع الثاني: دور التفاوض في العقود الادارية

ان التفاوض عموما انما يقوم على التحاور والمناقشة والمساومة التي تحدث بين طرفي او اطراف العقد المزمع ابرامه, لذلك فان كل طرف منهم يحاول ان يضمن مصلحته في العقد المرتقب حتى ولو على حساب الطرف الآخر. وعلى ذلك فان مرحلة التفاوض تعد من المراحل الاستكشافية التي يلتمس فيها كل طرف طريقه الى العقد في جو من التردد والحذر, حيث تعد هذه المرحلة من اعقد العمليات التي تسبق ابرام العقد النهائي ففيها مراوغة ومساومة ومحاورة وكر وفر واصرار ومثابرة واقبال وادبار, فيقوم كل متفاوض باستعراض مهاراته في التفاوض من اجل جس النبض وتحسس المصلحة وتكوين فكرة عن

---

[١] Voy. François TERRE, Philippe SIMLER, Yves LEQUETTE, Droit civil-Les obligations, Paris, Dalloz, 8ème édition, 2002, pp. 181-182.

[٢] وتظهر الحاجة الماسة الى التفاوض في كثير من العقود ذات الاهمية المالية الكبيرة مثل عقود التنقيب عن المعادن (الذهب, البترول .... الخ) وعقود الانشاءات الهندسية الميكانيكية والمدنية والكهربائية وعقود التوريدات الضخمة, ويلاحظ بان معظم تلك العقود تتولاها شركات اجنبية عملاقة متعددة الجنسيات تسعى جاهدة الى جني ثمار تحرير التجارة العالمية, وما صاحب ذلك من تعقيدات كثيرة تتعلق بتشابك دنيا الاعمال نتيجة انفتاح الاسواق العالمية بالإضافة الى العقبات اللغوية والقانونية المترتبة على توقيع بعض المحررات في مرحلة التفاوض والتي يكون بعضها غير ذات اهمية بينما يرتب البعض الآخر التزامات قانونية على الطرفين. وهذا بلا شك يزيد من اهمية التفاوض في ابرام العقود المختلفة وبالخصوص التجارية بين الاطراف. وفي المقابل فان هناك عقودا لا تثير اية اهمية لطرفيها او لاحدهم على الاقل لذلك فهي تنعقد بصورة مباشرة وفورية دون حاجة لإجراء تفاوض بشأنها وهي العقود المألوفة في حياتنا اليومية كالعقد الذي نشتري بموجبه الصحف او الفاكهة او الملابس وعقد النقل بالقطار او الطائرة او السفينة او الباص او كالعقد الذي يتناول بموجبه الاشخاص الشاي في المقهى او الطعام في المطعم ...الخ, فقلة اهمية هذه العقود تصرف من يريد التعاقد عن التفكير في الالتزامات التي سيتحملها وبالتالي يصرف النظر عن التفكير اصلا في التفاوض عليها, في تفصيل ذلك ينظر/ د. عبد الحي حجازي, النظرية العامة للالتزام وفقا للقانون الكويتي, ج ١, المجلد الاول, مصادر الالتزام الارادية (العقد والارادة المنفردة), الكويت, مطبعة ذات السلاسل, ١٩٨٢, ص ٥٩٣. وينظر ايضا/ د. عبد المجيد الحكيم, الكافي في شرح القانون المدني الاردني والقانون المدني العراقي والقانون المدني اليمني في الالتزامات والحقوق الشخصية, ج١, ط١, مصادر الالتزام, عمان-الاردن, الشركة الجديدة للطباعة, ١٩٩٣, ص ١٦٥.

[٣] ينظر/ اكرم محمود حسين البدو و محمد صديق محمد عبد الله, المصدر السابق, ص ٤١٥.

التعاقد مبتغيا تحقيق هدفه بما يضمن له عدم الالتزام بالعقد الا في اللحظة التي يريدها مع تامين التزام الطرف الآخر بأكبر قدر من الالتزامات ليضيق الخناق عليه.

ويبرز دور التفاوض في العقود الادارية من خلال ضمان مصالح طرفي العقد الاداري, فالتفاوض من جهة يضمن المصلحة العامة ويحافظ على الاموال العامة, ومن جهة اخرى يضمن مصلحة الطرف المتعاقد مع الادارة بحماية حقوقه وتحديد التزاماته بوضوح. وبالجملة فإن الرضائية التي يستند اليها التفاوض تضمن مصلحة طرفي العقد الاداري وتصونها. فعن طريقها سيتم الوصول الى افضل النتائج وارصنها بالنسبة للطرفين وبالتالي تحقيق مصالحهم. وفي هذه النقطة المحورية تظهر اهمية اخرى للتفاوض في العقود الادارية, فمن المعلوم ان الادارة تتمتع بسلطات واسعة منحها اياها القانون في مواجهة الافراد نظرا لما تستهدفه قراراتها وتصرفاتها الادارية ومن ضمنها ابرام العقود الادارية مع الآخرين من تقديم خدمات عامة للجمهور وبالتالي تحقيق النفع العام او المصلحة العامة, وعلى ذلك تكون الادارة هي الطرف الاقوى في العلاقة الادارية التي تنشأ مع الأفراد, وهذا هو السبب الذي من خلاله نلاحظ بان الحماية سواء القانونية منها ام القضائية تكون موجهة للأفراد بوصفهم الطرف الضعيف في مواجهة الادارة التي قد تتعسف في ممارسة سلطتها وبالتالي قد تتجاوز على حقوقهم وحرياتهم. واذا كان هذا الامر يسري على العقد الاداري بعد ابرامه, فإنه لا يسري على مرحلة التفاوض السابقة لإبرامه حيث ان طرفي او اطراف التفاوض يتمتعون بالقوة ذاتها من حيث ابداء الراي والمناقشة والمساومة وغير ذلك من عناصر التفاوض (باستثناء بعض العقود الادارية التي قد يكون فيها اذعان, ففيها اما ان يقبل الطرف الذي يروم التعاقد مع الادارة بكل شروطها او يرفضها جميعا وبالتالي لا يتم العقد), فلا يكون لاحدهم تميز عن الآخر.

ويظهر دور التفاوض في العقود الادارية ايضا بشكل اساسي من حيث تفادي المنازعات الادارية التي قد تحدث مستقبلا الى اكبر قدر ممكن. فالتفاوض ليس الا مرحلة مهمة جدا تسبق ابرام العقد الاداري لذلك فإن السلبيات التي قد تظهر فيها يمكن ان تؤدي الى تجنب المشاكل والمنازعات التي قد تحصل بين طرفي العقد فيما لو ابرم العقد الاداري بدونها. لذلك نرى - مع بعض الفقه[1] - بأن انهاء التفاوض خير من انهاء العقد, ذلك ان انهاء هذا التفاوض سيؤدي حتما الى عدم ابرام عقد معيب من الممكن ان يؤدي الى إثارة منازعات بين اطرافه.

[1] ينظر/ د. محمد حسين عبد العال, المصدر السابق, ص ١٢.

ورغم هذا الدور الكبير للتفاوض في العقود الادارية الا ان المشرع العراقي لم يهتم اطلاقا بوضع نظام قانوني متكامل له, كون المفاوضات بالمعنى العام وفقا لتعريفات فقه القانون الخاص[1] لا تلبي الطموح كون المفاوضات في الجانب المدني لا تستهدف تحقيق المصلحة العامة. علما بان النص الوارد في المادة (٦/٥/ب) من تعليمات تنفيذ ومتابعة مشارع واعمال خطط التنمية القومية لسنة ١٩٨٨ الملغية والتي اجازت التفاوض استثناءا لم يكن كافيا بهذا الصدد, كذلك فإن نص القسم (٥) من أمر سلطة الائتلاف المؤقتة رقم (٨٧) لسنة ٢٠٠٤ الملغي لم يلبي الحاجة الحقيقية لنظام قانوني محدد للتفاوض في مجال العقود الادارية, ويضاف الى ذلك كون تلك التعليمات وذلك الأمر قد تم الغاؤهما. مع ملاحظة قصور النص القانوني الحالي الوارد في المادة (٣/ثامنا/ب) من تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم (٢) لسنة ٢٠١٤. مما يستدعي بالتالي ضرورة التدخل التشريعي بوضع نظام قانوني لمرحلة التفاوض في العقود الادارية ويتسم بالمرونة حفاظا على قدرة الادارة في اختيار العرض الافضل او المتعاقد الافضل من جهة, ومن جهة اخرى لتلافي اي انحرافات او مشاكل في العقد المستقبلي مما يجعل التفاوض بالتالي بمثابة اجراء وقائي للعقد الاداري.

الخاتمة :

تتضمن الخاتمة جملة من النتائج والتوصيات التي توصلنا اليها في نهاية بحثنا والتي يمكن تلخيصها بالآتي:-

اولا: النتائج :

١- يمكن تعريف العقد الاداري بانه اتفاق بين طرفين تكون الادارة احدهما او كلاهما بقصد ادارة او تسيير مرفق عام وذلك باستخدام وامتيازات وسائل القانون العام المتضمنة حقها في فرض شروطا استثنائية غير معروفة او غير مألوفة في نطاق القانون الخاص.

[1] يلاحظ بانه لا يوجد تنظيم تشريعي لمرحلة المفاوضات في اغلب التشريعات المدنية, ومنها القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١. وبصدد المناقصة كعقد اداري فإنه يلاحظ في هذا الصدد بأن أمر سلطة الائتلاف المؤقتة رقم (٨٧) لسنة ٢٠٠٤ الملغي قد اشار الى امكانية التفاوض بصورة عامة بعد طرح المناقصة ولكن بعض الامور المهمة كالأسعار لا يجوز التفاوض بشأنها الا بعد رسو المناقصة على احد المناقصين, ينظر/ المادة (٥) من امر سلطة الائتلاف المؤقتة رقم (٨٧) لسنة ٢٠٠٤ الملغي, الوقائع العراقية ذي العدد ٣٩٨٤ في ٢٠٠٤/٦/١. في حين ان التفاوض اجازته المادة (٣/ثامنا/ب) من تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم (٢) لسنة ٢٠١٤ والخاصة بأسلوب الشراء من الشركات المصنعة الرصينة حيث اشارت الى انه للشركات العامة من اجل تنفيذ مشاريعها او تعاقداتها التفاوض على الاسعار مع الجهات المتعاقد معها بأسلوب الشراء المباشر من الشركات المصنعة الرصينة اذا كان مبلغ العطاء اعلى من الكلفة التخمينية المخصصة للتعاقد. ويلاحظ على هذا النص اجازته بان يقتصر التفاوض على السعر, في حين ان التفاوض كمرحلة لها نظامها القانوني الخاص بها ينبغي ان يتم على كل ما يتعلق بالعقد المراد ابرامه من شروط واجراءات ومن ضمنها الاسعار. وبالتالي كان الاجدر بواضع هذه التعليمات ان ينص على اجازة التفاوض في كل ذلك.

٢- ان مفهوم المفاوضة كإجراء مرحلي والسابقة على العقد المدني لا تختلف كثيرا عن مفهومهما في مجال العقد الاداري وان كان الاخير يتميز بمفهومه الخاص كونه بصفة جوهرية وسيلة قانونية لإشباع الحاجات العامة وبالتالي تحقيق المصلحة العامة.

٣- يرى الباحث بأن التفاوض في العقد الاداري هو مرحلة تحضيرية او تمهيدية تجري فيها المناقشات والحوارات والتفاهمات والمشاورات والمساومات المتعلقة بمسائل العقد الاداري بين الجهة الادارية والطرف او الاطراف الراغبة في التعاقد معها لتحقيق تقارب في وجهات النظر وتذليل الصعوبات وبيان الحقوق والالتزامات وصولا الى اتفاق نهائي لإبرام العقد الاداري.

٤- ان حرية طرفي او اطراف التفاوض في اجراء التفاوض ليست مطلقة بل مقيدة باحترام النصوص القانونية الآمرة وكذلك مراعاة النظام العام ومبدأ حسن النية.

٥- نرجح التعريف الفقهي الذي لا يلزم الادارة باختيار اقل العطاءات بل يجبرها باختيار افضل العطاءات من ناحية السعر او من ناحية نوعية الخدمة وكفاءتها أي الناحية الفنية, وهذا ما ينسجم العقل والمنطق كون اوطأ العطاءات قد لا يكون بالضرورة صالحا من الناحية الفنية, وكون التعريف المشار اليه ايضا منسجما مع تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم (٢) لسنة ٢٠١٤ التي لم تلزم الادارة باختيار اقل العطاءات وانما الزمتها باختيار افضل العطاءات. وهنا قد تكون الافضلية ليست في السعر بل في نوعية وكفاءة الخدمة من الناحية الفنية ما دام العطاء لم يتجاوز الكلفة التخمينية للمناقصة. لذا نرى بأن المناقصة هي مجموعة من الاجراءات المقررة قانونا والتي تستهدف بموجبها الادارة اختيار المناقص الذي يقدم افضل العطاءات واكفأها من ناحية الفن او السعر من اجل التعاقد معه.

ثانيا: التوصيات:

١- على الرغم من اكتمال البنيان القانوني المستقل لمجلس الدولة العراقي وفقا لقوانين ١٩٧٩, ١٩٨٩, ٢٠١٣ و ٢٠١٧, فإن منازعات العقود الادارية في العراق لا زالت تخضع لاختصاص المحاكم العادية, لذلك ندعوا المشرع العراقي الى رفع هذا التناقض بجعل محكمة القضاء الاداري هي المختصة بالنظر في المنازعات الناشئة عن مثل هذه العقود وذلك بتعديل نص المادة (٧/رابعا) من قانون مجلس الدولة رقم (٦٥) لسنة ١٩٧٩ المعدل وذلك بإضافة النظر في منازعات العقود الادارية الى اختصاص المحكمة المذكورة. وهذا الامر يتم التركيز عليه هنا خصوصا بعد تأكيد

مجلس الدولة العراقي على عدم اختصاصه في منازعات العقود الادارية في القرار رقم ٢٠١٨/١٥ الصادر في ٢٠١٨/٢/٦.

٢- ان التفاوض وان كان منصوصا على اجازته في المادة (٣/ثامنا/ب) من تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم (٢) لسنة ٢٠١٤ والخاصة بأسلوب المباشر من الشركات المصنعة الرصينة حيث اشارت بان للشركات العامة من اجل تنفيذ مشاريعها او تعاقداتها التفاوض على الاسعار مع الجهات المتعاقد معها بأسلوب الشراء المباشر من الشركات المصنعة الرصينة اذا كان مبلغ العطاء اعلى من الكلفة التخمينية المخصصة للتعاقد, الا انه يبدو قصوره في شمول معظم جوانب التفاوض في العقود الادارية. حيث يلاحظ على هذا النص اجازته بان يقتصر التفاوض على السعر في حالة ما اذا زاد مبلغ العطاء عن الكلفة التخمينية للتعاقد, في حين ان التفاوض كمرحلة لها نظامها القانوني الخاص بها ينبغي ان يتناول كل ما يتعلق بالعقد المراد ابرامه من شروط واجراءات ومن ضمنها الاسعار. وبالتالي كان الاجدر بواضع هذه التعليمات ان ينص على اجازة التفاوض في كل ذلك.

٣- لم يهتم المشرع العراقي اطلاقا بوضع نظام قانوني متكامل للتفاوض الخاص بالعقود الادارية كون المفاوضات بالمعنى العام وفقا لتعريفات فقه القانون الخاص لا تلبي الطموح كون المفاوضات التي تناولها فقه القانون المدني لا تستهدف تحقيق المصلحة العامة. لذلك ندعوا المشرع العراقي الى وضع تنظيم قانوني لمرحلة التفاوض في العقود الادارية, علما بان النص الوارد في المادة (٦/٥/ب) من تعليمات تنفيذ ومتابعة مشاريع واعمال خطط التنمية القومية لسنة ١٩٨٨ الملغية والتي اجازت التفاوض استثناءا لم يكن كافيا بهذا الصدد, كذلك فإن نص القسم (٥) من أمر سلطة الائتلاف المؤقتة رقم (٨٧) لسنة ٢٠٠٤ الملغي لم يلبي الحاجة الحقيقية لنظام قانوني محدد للتفاوض في مجال العقود الادارية, فضلا عن ذلك فإن تلك التعليمات وذلك الأمر قد تم الغاؤهما. مع ملاحظة قصور النص القانوني الوارد في المادة (٣/ثامنا/ب) من تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم (٢) لسنة ٢٠١٤. مما يستدعي ضرورة التدخل التشريعي بوضع نظام قانوني لمرحلة التفاوض في العقود الادارية ويتسم بالمرونة حفاظا على قدرة الادارة في اختيار العرض الافضل او المتعاقد الافضل من جهة, ومن جهة اخرى لتلافي اي انحرافات او مشاكل في العقد المستقبلي مما يجعل التفاوض بالتالي بمثابة اجراء وقائي للعقد الاداري.

٤- ولا يقتصر الامر على الجانب النظري فحسب والمتمثل بوضع النصوص التشريعية اللازمة للنظام القانوني للتفاوض في العقود الادارية رغم اهمية ذلك, بل ينبغي ان يتعدى الامر الى الاهتمام

بالجانب العملي والتطبيقي والمتمثل بحسن تطبيق وتنفيذ النصوص التشريعية اعلاه, ويتم ذلك من خلال الاهتمام بتأهيل المختصين بإبرام العقود الادارية من خلال الدورات والمؤتمرات المحلية والدولية وان يكون اختيار المرشحين وفقا للأسس الموضوعية وقدراتهم الذاتية بالإضافة الى اختيار المناهج المواضيع المتعلقة بصورة مباشرة بالتفاوض ومتطلباته.

٥- دعوة المشرع العراقي الى اصدار تشريع خاص بشؤون طرق ابرام العقود الادارية على غرار بعض الدول التي اصدرت مثل هذه التشريعات, وان يتضمن التشريع المرتقب كل جوانب الموضوع وبضمنها تعريف المصطلحات الضرورية لذلك.

المراجع :

اولا:- الكتب اللغوية القانونية:

١- د. احمد عثمان عياد, مظاهر السلطة العامة في العقود الادارية, القاهرة, دار النهضة العربية, ١٩٧٣.
٢- د. أحمد مختار عمر عبد الحميد, معجم اللغة العربية المعاصرة, ط١, ج٣, القاهرة, عالم الكتب, ٢٠٠٨.
٣- د. حسام الدين كامل الأهواني, النظرية العامة للالتزام, ج١ – مصادر الالتزام- , ط٢, بدون ناشر, ١٩٩٥.
٤- د. خالد خليل الظاهر, القانون الاداري, الكتاب الثاني, ط١, عمان, دار المسيرة للنشر والتوزيع والطباعة, ١٩٩٧.
٥- د. رجب كريم عبد اللاه, التفاوض على العقد, القاهرة, دار النهضة العربية, ٢٠٠٦.
٦- زين الدين ابو عبد الله الرازي, مختار الصحاح, ط٥, بيروت, الدار النموذجية, ١٩٩٩.
٧- سمير حنا صادق, العقد الاداري في مبادئ الادارية العليا, القاهرة, الهيئة المصرية للكتاب, ١٩٩١.
٨- د. عباس العبودي, التعاقد على طريقة وسائل الاتصال الفوري وحجيتها في الاثبات المدني – دراسة مقارنة - (رسالة دكتوراه), عمان, دار الثقافة للنشر والتوزيع, ١٩٩٧.
٩- عباس زبون عبيد العبودي, التعاقد عن طريق وسائل الاتصال الفوري وحجيتها في الاثبات (دراسة مقارنة), اطروحة دكتوراه, جامعة بغداد-كلية القانون, ,١٩٩٤.
١٠-د. عبد الحي حجازي, النظرية العامة للالتزام وفقا للقانون الكويتي, ج ١, المجلد الاول, مصادر الالتزام الارادية (العقد والارادة المنفردة), الكويت, مطبعة ذات السلاسل, ١٩٨٢.
١١-د. عبد الرزاق السنهوري, الموجز في النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني, ج١ (مصادر الالتزام), بيروت, دار احياء التراث العربي, ١٩٥٢.
١٢-د. عبد الرزاق السنهوري, الوسيط في شرح القانون المدني الجديد, ج١ (مصادر الالتزام), المجلد الاول' القاهرة, دار النهضة العربية, ١٩٥٢.
١٣-د. عبد العزيز المرسي حمود, الجوانب القانونية لمرحلة التفاوض ذو الطابع التعاقدي, القاهرة, دار النهضة العربية, ٢٠٠٥.

١٤-د. عبد المجيد الحكيم, الكافي في شرح القانون المدني الاردني والقانون المدني العراقي والقانون المدني اليمني في الالتزامات والحقوق الشخصية, ج١, ط١, مصادر الالتزام, عمان-الاردن, الشركة الجديدة للطباعة, ١٩٩٣.
١٥-د. عبد المجيد الحكيم, د. عبد الباقي البكري, د. محمد طه البشير, الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني العراقي, ج١ (مصادر الالتزام), الموصل, دار الكتب للطباعة والنشر, ١٩٨٠.
١٦-د. عدنان ابراهيم السرحان و د. نوري حمد خاطر, شرح القانون المدني, مصادر الحقوق الشخصية (الالتزامات), ط١, عمان-الاردن, دار الثقافة للنشر والتوزيع, ٢٠١١.
١٧-د. فاروق احمد خماس و محمد عبد الله الدليمي, الوجيز في النظرية العامة للعقود الادارية, جامعة الموصل-كلية القانون, ١٩٩٢.
١٨-د. محمد احمد عبد النعيم, مرحلة المفاوضات في العقود الادارية, القاهرة, دار النهضة العربية, ٢٠٠٠.
١٩-محمد حسام محمود لطفي, استخدام وسائل الاتصال الحديثة في التفاوض على العقود وابرامها, ط١, القاهرة, دار النهضة العربية, ١٩٩٣.
٢٠-د. محمد حسام محمود لطفي, المسؤولية المدنية في مرحلة التفاوض : دراسة في القانونين المصري والفرنسي, ط١, القاهرة, دار النهضة العربية, ١٩٩٥.
٢١-د. محمد حسين عبد العال, التنظيم الاتفاقي للمفاوضات العقدية, القاهرة, دار النهضة العربية, ١٩٩٨.
٢٢-د. محمد حسين منصور, احكام البيع التقليدية والالكترونية والدولية وحماية المستهلك, الاسكندرية, دار الفكر الجامعي, ٢٠٠٦.
٢٣-د. محمد سعيد حسين امين, فكرة العقود الادارية واحكام ابرامها, القاهرة, دار النهضة العربية, ١٩٩٢.
٢٤-د. محمد ماهر ابو العينين, القاضي الاداري وتطبيق قانون المزايدات والمناقصات على العقود الادارية (وجيز الاحكام والفتاوى), ط٦, القاهرة, دار ابو المجد للطباعة بالهرم, ٢٠١٣.
٢٥- د. محمد ماهر ابو العينين, قوانين المزايدات والمناقصات والعقود الادارية (في قضاء مجلس الدولة حتى عام ٢٠٠٤), الكتاب الاول/ابرام العقد الاداري, ط٢, بدون مكان نشر, بلا ناشر, ٢٠٠٤.
٢٦-د. محمود خلف الجبوري, العقود الادارية, بغداد, بيت الحكمة, ١٩٨٩.
٢٧-مصطفى محمد الجمال, السعي الى التعاقد في القانون المقارن, ط١, بيروت, منشورات الحلبي الحقوقية, ٢٠٠٢.
٢٨-د. نبيل ابراهيم سعد, النظرية العامة للالتزام, ج١, مصادر الالتزام, الاسكندرية, دار الجامعة الجديدة, ٢٠٠٧.
٢٩-د. ياسين محمد الجبوري, المبسوط في شرح القانون المدني, مج ١, ج١ – مصادر الحقوق الشخصية, ط١, عمان-الاردن, دار الثقافة للنشر والتوزيع, ٢٠١٠.

الرسائل والأطاريح :-

١- د. نصيرة بو جمعة سعدي, عقود نقل التكنولوجيا في مجال التبادل الدولي, اطروحة دكتوراه, كلية الحقوق - جامعة الاسكندرية, ١٩٨٧.

المجلات :-

١- أكرم محمود حسين البدو و محمد صديق محمد عبد الله, أثر موضوعية الارادة التعاقدية في مرحلة المفاوضات, مجلة الرافدين للحقوق, س ١٦, ع ٤٩, كلية الحقوق - جامعة الموصل, ٢٠١١.
٢- د. حسام الدين كامل الأهواني, المفاوضات في الفترة قبل التعاقدية ومراحل إعداد العقد الدولي, مجلة العلوم القانونية والاقتصادية, كلية الحقوق – جامعة عين شمس, ع ٢, س ٣٨, يوليو ١٩٩٦.
٣- حمدي محمود بارود, القيمة القانونية للاتفاقات التي تتخلل مرحلة التفاوض قبل التعاقدية في مجال عقود التجارة الدولية, مجلة الجامعة الاسلامية (سلسلة الدراسات الانسانية), المجلد ١٣, كلية الحقوق – جامعة الازهر, ع ٢, يونيو ٢٠٠٥.

القوانين والتعليمات واللوائح :-

١- تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم (٢) لسنة ٢٠١٤.
٢- قانون تنظيم المناقصات والمزايدات المصري رقم (٨٩) لسنة ١٩٩٨, منشور في الوقائع المصرية العدد ١٩(مكرر) في ٨ مايو ١٩٩٨ الملغي.
٣- اللائحة التنفيذية لقانون تنظيم المناقصات والمزايدات المصري رقم (٨٩) لسنة ١٩٩٨ والصادرة بقرار وزير المالية رقم ١٣٦٧ لسنة ١٩٩٨, منشورة في الوقائع المصرية العدد ٢٠١ (تابع) في ١٩٩٨/٩/٦ الملغية.
٤- لائحة المناقصات والمزايدات لسنة ١٩٥٨ الملغاة والصادرة بقرار وزير المالية المصري رقم (٥٤٢) لسنة ١٩٥٧, منشورة في الوقائع المصرية العدد ١٩ في ١٩٥٨/٣/٣.
٥- قانون المناقصات والمزايدات والمخازن الحكومية اليمني رقم (٢٣) لسنة ٢٠٠٧ الصادر في ١٤ اغسطس ٢٠٠٧, منشور في الجريدة الرسمية العدد ١٥ لسنة ٢٠٠٧.
٦- قانون الشراء والتعاقد والتخلص من الفائض لجمهورية السودان لسنة ٢٠١٠ والصادر في ٢٠١٠/٦/٣٠, منشور في الجريدة الرسمية المجلد ١٣ في ٢٠١٠/٦/٣٠.
٧- قانون العقوبات العراقي المعدل رقم (١١١) لسنة ١٩٦٩, الوقائع العراقية ذي العدد ١٧٧٨ في ١٩٦٩/١٢/١٥.
٨- قانون تنفيذ مشاريع التنمية الكبرى رقم (٦٠) لسنة ١٩٨٥, الوقائع العراقية رقم ٣٠٥٦ في ١٩٨٥/٧/٢٩.
٩- قانون شركات المقاولات رقم (٦٦) لسنة ١٩٨٧, الوقائع العراقية ذي العدد ٣١٥٦ في ١٩٨٧/٧/٢٠, وتعديله الاول رقم (١٢٥) لسنة ١٩٨٨, الوقائع العراقية ذي العدد ٣٢٢٧ في ١٩٨٨/١١/٧.
١٠- قانون العقود العامة وفقا لأمر سلطة الائتلاف المؤقتة رقم ٨٧ لسنة ٢٠٠٤ (الملغي) والصادر في ٢٠٠٤/٥/١٦, الوقائع العراقية ذي العدد ٣٩٨٤ في ٢٠٠٤/٦/١.
١١- تعليمات تنفيذ ومتابعة مشاريع واعمال خطط التنمية القومية لسنة ١٩٨٨ الملغية بموجب تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم (١) لسنة ٢٠٠٧, الوقائع العراقية ذي العدد ٤٠٣٩ في ٢٠٠٧/٤/١٨ والمغلية بموجب تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم (١) لسنة ٢٠٠٨, الوقائع العراقية ذي العدد ٤٠٧٥ في ٢٠٠٨/٥/١٩ الملغية بموجب تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم (٢) لسنة ٢٠١٤ النافذة, الوقائع العراقية ذي العدد ٤٣٢٥ في ٢٠١٤/٦/١٦.

١٢- نظام المزايدات والمناقصات الخاصة بالأوقاف المعدل رقم (٤٥) لسنة ١٩٦٩, الوقائع العراقية ذي العدد ١٧٧٧ في ١٩٦٩/٩/١٤ وتعديله الثالث وفقا للنظام رقم (٣) لسنة ١٩٨٢, الوقائع العراقية ذي العدد ٢٨٧٠ في ١٩٨٢/٨/٢.
١٣- الشروط العامة لمقاولات اعمال الهندسة المدنية الصادرة عام ٢٠٠٥.
١٤- قانون بيع الاراضي الاميرية الملغي رقم (١١) لسنة ١٩٤٠, الوقائع العراقية ذي العدد ١٧٧٩ في ١٩٤٠/٣/١١.
١٥- قانون بيع وايجار اموال الدولة رقم ٢١ لسنة ٢٠١٣, الوقائع العراقية ذي العدد ٤٢٨٦ في ٢٠١٣/٨/١٩.
١٦- التعديل الاول رقم ٢١ لسنة ٢٠١٦ لقانون بيع وايجار اموال الدولة رقم ٢١ لسنة ٢٠١٣, الوقائع العراقية ذي العدد ٤٤١٥ في ٢٠١٦/٩/٥.
١٧-قانون التجارة المصري رقم (١٧) لسنة ١٩٩٩, الوقائع المصرية ذي العدد ١٩ (مكرر) في ١٧ مايو ١٩٩٩.
١٨-الضوابط رقم (٣) مهام لجان فتح وتحليل العطاءات صادرة من وزارة التخطيط, منشورة في الوقائع العراقية ذي العدد ٤٣٢٥ في ٢٠١٤/٦/١٦.
١٩- قانون تنظيم التعاقدات التي تبرمها الجهات العامة المصري رقم (١٨٢) لسنة ٢٠١٨ , منشور في الجريدة الرسمية العدد ٣٩ مكرر(د) في ٣ اكتوبر ٢٠١٨.
٢٠-قرار وزير المالية رقم (٦٩٢) لسنة ٢٠١٩ بإصدار اللائحة التنفيذية لقانون تنظيم التعاقدات التي تبرمها الجهات العامة الصادر بالقانون رقم (١٨٢) لسنة ٢٠١٨, القرار منشور في الوقائع المصرية العدد ٢٤٤ تابع (ب) في ٣١ اكتوبر ٢٠١٩.

الاحكام القضائية :-

١- حكم المحكمة الادارية العليا المصرية رقم (٢٤٨٠) لسنة ٤٦ق, جلسة ١ فبراير ٢٠٠٥, مجموعة المبادئ التي قررتها المحكمة الادارية العليا, س ٥٥, ج ١, من اول اكتوبر ٢٠٠٤ الى آخر مارس ٢٠٠٥.
٢- حكم المحكمة الادارية العليا المصرية في الطعن رقم (٥٩٢) لسنة ٣٣ ق, جلسة ٣٠ يونيو ١٩٩٢, مجموعة المبادئ التي قررتها المحكمة الادارية العليا , س ٣٣, ع ٢, من اول مارس ١٩٩٢ الى آخر سبتمبر ١٩٩٢.
٣- حكم محكمة القضاء الاداري رقم ١٨/قضاء اداري في ١٩٩١/١٠/٢٣, غير منشور.
٤- حكم محكمة القضاء الاداري رقم ٢٠١٥/٨٤٤ في ٢٠١٥/٨/١٢, غير منشور.
٥- قرار مجلس الدولة رقم ٢٠١٦/٣٤ في ٢٠١٦/٣/٣٠, منشور في قرارات مجلس الدولة وفتاواه لعام ٢٠١٦.
٦- حكم محكمة التمييز الاتحادية بالعدد ٤٦٤٦/الهيئة المدنية/ ٢٠٢١ في ٢٠٢١/٨/١١, غير منشور.
٧- حكم محكمة بداءة الكرادة رقم ٢١٩٥/ب/٢٠١٩ في ٢٠٢١/٦/٣٠, غير منشور.

المصادر الفرنسية :-

١- Jean Carbonnier, Droit civil (Les obligations), 20e édition, Paris, PUF, 1996.
٢- André De Laubadère, Traité élémentaire de droit administratif, Paris, Librairie Générale de droit et de jurisprudence, 1953.

٣- George Vedel et Pierre Delvolvé, Droit administratif, 12e édition, Paris, Presse universitaire de France, 1993.
٤- Ph. KHAN, « L'essor du non-droit dans les relations commerciales internationales et le contrat sans loi », L'hypothèse du non-droit, XXXème séminaire organisé à Liège les 21 et 22 octobre 1977, Liège, 1978.
٥- François TERRE, Philippe SIMLER, Yves LEQUETTE, Droit civil-Les obligations, Paris, Dalloz, 8ème édition, 2002.
٦- Mona JAMAL, Le contrat d'adhésion: étude comparée des droits français et koweïtien, Thèse de doctorat en droit privé, école doctorale Droit, Science politique et Histoire (101) [Centre de droit privé Fondamental (CDPF) – EA 1351], Université de Strasbourg, 2018.
٧- ordonnance n°2018-1074 du 26 novembre 2018 portant partie législative du code de la commande publique (J.O. n° 0281 du 5 déc. 2018, texte n° 20).
٨- Décret n° 2018-1075 du " décembre 2018 portant partie réglementaire du code de la commande publique (J.O. n° 0281 du 5 déc. 2018, texte n° 21).
٩- Loi n° 2021-1018 du 2 août 2021 pour renforcer la prévention en santé au travail (J.O. n° 178 du 3 août 2021, Texte n° 2).

مصادر الانترنت : -

١- Jean-Eudes Martin-Lavigne, Négociation des concession et délégations : attention aux embûches !, Disponible sur le lien : https://www.lagazettedescommunes.com/554380/negociation-des-concessions-et-delegations-attention-aux-embuches/

Abstract:

The importance of negotiation in administrative contracts is highlighted in terms of its goal of reaching the best legal and realistic conditions in order to achieve the public benefit and preserve the state's finances at the same time. This leads us to say that the negotiation phase is no longer just material work based on the freedom of contract, it is certainly a voluntary and consensual process, but it has its own legal system which affects what may be contracted in the future by imposing certain restrictions on the parties to negotiate to avoid what may result of the problem from the future contract. These restrictions are due to the observance of the rules of public order and the principle of good faith. The French legislator, as well as the Egyptian legislator, have regulated the negotiation of administrative contracts by adopting certain methods that show the freedom of the administration to choose the contractor under certain conditions. The Iraqi legislature expressly stipulated that administrative contracts should be negotiated only in article 6/5(b) of the instructions for the implementation and follow-up of the projects and work of the 1988 national development plans, as well as in Section (5) of Coalition Authority Order No. (87) of 2004. Therefore, the importance and problematic of the subject is reflected in the case of Iraqi law by emphasizing the need to organize negotiations in explicit terms, as this involves better the public interest and the preservation of state funds.

The importance of negotiation in administrative contracts

Assistant Professor Dr.

Farqad Abboud Al-Aridi

University of Al-Qadisiyah College of Law