Interdisciplinary Legal Research
Special Issue on Arabic-Language Articles
Sep 2026, 7(4): 201-221
Available online on: www.ilrjournal.ir
e-ISSN:2717-1795

ORIGINAL RESEARCH PAPER

Obligations of The Parties in a Public-Private Partnership Contract under Iraqi and Egyptian Legislation

Shahram Rahmani*[*1], Abbas Yasser Ghazi Al-Faisal[2]

Keywords:
Public Sector Obligation, Private Sector Obligation, Partnership Contract.

Abstract

The conclusion of a public-private partnership (PPP) contract gives rise to various consequences following its execution—whether related to the performance of contractual obligations or a breach thereof. The implications of a breach vary depending on whether the failure to fulfill obligations is attributable to one of the contracting parties or to an external cause beyond the control of either party. Consequently, it is essential to delineate these obligations and the specific effects resulting from them, as the impact of the PPP contract is determined by the rights and duties incumbent upon the contracting parties. It should be noted at the outset that, like other contracts, a PPP contract is subject to the principle of the relative effect of contracts; rights and obligations are established for and borne by the contracting parties. Furthermore, the completion of pre-contractual procedures and the finalization of the contract yield effects that safeguard rights and ensure the continued, regular, and uninterrupted functioning of public services, irrespective of any disputes.

1[*] Assistant Professor, Faculty of Law, University of Payame Noor, Tehran, Iran.
2 PhD Student, Faculty of Law, University of Qom, Qom, Iran.

Please Cite This Article As: Rahmani, Sh & Al-Faisas, A (2026). "Obligations of The Parties in a Public-Private Partnership Contract under Iraqi and Egyptian Legislation". Interdisciplinary *Legal Research*, 7(4): 201-221.

This is an open access article distributed under the terms of the Creative Commons Attribution (CC BY 4.0)

مقاله بحثیه

(الصفحه ۲۰۱-۲۲۱)

التزامات الاطراف في عقد الشراكة بين القطاعين العام والخاص في التشريع العراقي والمصري

شهرام رحمانی*[۱]، عباس یسر غازي ال فیصل [۲]

۱. استاذ المساعد، کلیه القانون، جامعه بیام نور، طهران، ایران.

۲. طالب دکتوراه، کلیه القانون، جامعه قم، قم، ایران.

المخلص

عند انعقاد عقد الشراكة بين القطاعين العام والخاص فإنه ينجم عنه العديد من الآثار وذلك بعد ابرام العقد سواء لغايات تنفيذه وذلك من خلال الالتزامات المترتبة على العقد او الاخلال بتنفيذ هذه الالتزامات وهذه الاثار عند الاخلال بتنفيذ الالتزامات المترتبة على العقد تختلف اذا كان سبب تخلف هذه الالتزامات يعود الى احد اطراف التعاقد او الى سبب اجنبي خارج عن ارادة اي من طرفي العقد مما يترتب الاخلال بهذه الالتزامات فيجب بيان هذه الالتزامات والاثر المترتب عليها يختلف أثر عقد الـ شراكة بين القطاعين العام والخاص وفقاً للحقوق والالتزامات المترتبة على أطراف العقد. تجدر الإ شارة ابتداءً إلى أن عقد الـ شراكة بين القطاعين العام والخاص يخ ضع، كما هي الحال مع بقية العقود، لمبدأ ن سبية أثر العقد تجاه المتعاقدين، فلهذه الحقوق لأطرافه، وتترتب الالتزامات وتُقع على عاتقهم اضافة الى ذلك يترتب على الانتهاء من الاجراءات السابقة على التعاقد والوصول الى ابرام العقد اثار من خلالها نستطيع حف الحقوق وضمان استمرار المرافق العامة على اداء دورها بشكل منتظم ومتواصل بعيدا عن الاختلافات .

الكلمات المفتاحية: التزام القطاع العام ، التزام القطاع الخاص ، عقد الشراكة .

المقدمه

ان الكثير من الدول بدأت تلجأ الى القطاع الخاص للمشاركة ببناء وتشغيل المرافق العامة المهمة ويكون ذلك عند عدم كفاية الميزانية العامة ويتميز عقد الشراكة بطول مدته وتكاليفه الباهظة حيث بدأ الاهتمام بعقد الشراكة بالعقدين الماضيين حتى تطور بالوقت الحالي واصبح عقدا من العقود المهمة .

اضافة الى ذلك يهدف عقد الشراكة بين القطاعين العامة والخاص الى خلق تمويل لازم لقيام انشطة لدى القطاع الخاص وتحقيق الرفاهية الاقتصادية للجمهور وتحسين الظروف المالية وهذا ما يشجع الاستثمار وتداول الاموال في السوق ويؤدي الى نمو الاقتصاد وعدم ظهور مشاكل خاصة بنص التمويل واستخدمت الدولة عقد الشراكة بين القطاع الخاص هو لغرض سداد وانخفاض الديون العامة ولغرض تمويل مشاريع مهمة دون ان تتحمل ميزانية الدولة اي اعباء او مبالغ طائلة تجعل الدولة تقوم بالاقتراض .

ومن وجهة نظر الباحث ان نظام الشراكة بين القطاع العام والخاص جعل الدولة تقوم بانجاز الكثير من المشاريع والمرافق المهمة والحيوية تعتبر وسيلة من وسائل نقل التكنولوجيا وبتكلفة بسيطة لكون ان المتعاقد مع الدولة يكون ملتزم بتمويل وانشاء وصيانة المرفق العام ونتيجة القصور الذي ظهر من نظام الخصخصة من طرف وظهور عجز الموازنات ونقص الخبرات والامكانيات الفنية والاقتصادية ظهرت عقود سميت بالبوت تعتبر نموذج جديد ونظام متطور للشراكة .

واحد صور الاستثمار ان البوت هو مختصر لكلمات البناء والتشغيل ونقل الملكية وطورت اللجنة الخاصة بالقانون التجاري الدول في الامم المتحدة تنظيما متكاملا وان السبب وراء هذا الاهتمام لطول مدتها والحاجة لاموال ضخمة لانشاء المرافق العامة وما تولدها من خاطر تكاد تكون جسيمة عن التنفيذ حيث سمح للدولة بأن توجه مواردها بشكل اكبر الى القطاع الانتاجي الذي ليس له مردود اقتصادي او ربح مباشر مثل التعليم والصحة وهذا يساعد الدولة على بناء مرافق عامة وجديدة رغم ان ما يتميز به عقد الشراكة من مميزات تجعله الافضل من بين اقرانه الا انه لا يعتبر من افضل الخيارات المتوفرة في بعض الاحيان لها يجب على الدولة ان تتعامل بحذر ودراسة شاملة من جميع النواحي ذات العلاقة عندما تريد التعاقد

المبحث الاول: التزامات الشريك العام او الجهة الادارية

يتمتع القطاع العام بجملة حقوق مستمدة من طبيعة عقد المشاركة وصلته الوثيقة بانشاء وادارة مشروعات البنية الاساسية وما سواها من المشاريع وبالمقابل فان عليه التزامات ناتجة عن قيامه بالتعاقد مع المتعاقد من القطاع الخاص ولقد تحول التزام المرفق العام وتغير كثيرا بتأثير التحولات الاقتصادية والاجتماعية وقد تمثل التحول في أمور عديدة من أهمها تغيير الملتزم ،الذي كان قبل الحرب العالمية الثانية شخصا خاصا أو شركة خاصة ، في حين انه قد يكون مؤسسة عامة وفي بعض الاحيان شركة ذات اقتصاد مختلط . وهذا التحول لم ينشا فجأة ولكن بالتدرج في حركة على مراحل جزئية بوساطة المشرع نفسه واستنادا الى ذلك تم تقسيمنا لهذا المبحث الى مطلبين حيث جاء في المطلب الاول التزام القطاع العام بتنفيذ العقد وتطرقنا في المطلب الثاني الى التزام القطاع العام بتبسيط الإجراءات القانونية لتنفيذ العقد

المطلب الاول : التزام القطاع العام بتنفيذ العقد

يعد التزام الجهة الادارية أحد الالتزامات الرئيسة الذي تقع على عاتقه في عقد المشاركة و يقوم بتنفيذ عملية البناء بنفسه كما يمكنه أن يقوم بذلك من خلال مطور فرعي و يشترط على المطور العقاري أو المقاول الفرعي أثناء تنفيذه لهذه المقاولة فضلا عن إنجاز العمل المطلوب منه أن ينفذ العقد وفقا لمقتضيات حسن النية و حسب الشروط المدرجة فيه و يجب أيضا احترام التصاميم الهندسية أثناء تنفيذه لهذه الالتزامات مع مراعاة الأصول الفنية المتعارف عليها و التقيد في ذلك بالتعليمات التي تصدر من المهندسين أثناء تنفيذ العمل و إلا اعتبر مسؤولا عن الضرر الناتج عن وجود خلل في البناء .

اولا : مدة تنفيذ البناء في عقد المشاركة

يعتبر عقد المشاركة من العقود الملزمة للجانبين فهو ينشئ التزامات متقابلة في ذمة عاقديه أي أن محل الالتزامات من جانب البائع هو المبيع أي العقار و من جانب المشتري محلها الرئيس هو الثمن [1] .

و يكون الالتزام الجوهري لمالك المشروع في عقد المشاركة هو تنفيذ البناء ضمن المدة المحددة في العقد حتى يتمكن المشتري من تملك العقار المتعاقد عليه وفق الشروط و المواصفات المنصوص عليها في العقد و هذا يستلزم أن يكون محل الالتزام ممكنا أي أن يكون البائع قادرا على تنفيذ التزامه تجاه المشتري فإذا تبين بعد ذلك أن البناء لا يمكن إتمامه لاستحالة مطلقة كالبناء على أرض لا تصلح أن تكون سكنية فهنا يبطل العقد [2] .

و هذا ما أكدته المادة ١٢٧ من القانون المدني العراقي المرقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ التي نصت على أنه (إذا كان محل الالتزام مستحيلا استحالة مطلقة كان العقد باطلا) [3] .

أما إذا لم تحدد مدة صريحة للتنفيذ و لم يكن بالمقدور استخلاصها من ظروف التعاقد فعلى مالك المشروع إنجاز البناء خلال مدة معقولة تراعى فيها طبيعة أعمال البناء و إمكانية مالك المشروع و يسأل مالك المشروع أيضا عن التأخر في التنفيذ إلا إذا أثبت أن التأخير يعود لسبب أجنبي كالقوة القاهرة أو خطأ الغير كأن يخل المشتري بالتزامه بدفع الأقساط التي تغذي استمرار العمل في المشروع و يبقى مالك المشروع مسؤولا عن التأخر حتى لو أثبت أن المدة المتفق عليها في العقد لم تكن تكفي لإنجاز البناء ذلك أنه كان من الواجب ألا يقبل تحديد مدة لا يستطيع إنجاز البناء خلالها [4] .

---

[1] – الفضلي ، جعفر ، الوجيز في العقود المدنية البيع والإيجار والمقاولة ، ط١ ، دار العاتك لصناعة الكتاب ، القاهرة ، ٢٠١٢ ، ص٥٧ .

[2] – المعموري ، يوسف سعدون ، حماية المشتري في عقد بيع عقار تحت الإنشاء ، ط١ ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، ٢٠١٦ ، ص٩٩ .

[3] – القانون المدني العراقي المرقم ٤٠ ، بغداد ، ١٩٥١ ، المادة ١٢٧ .

[4] – مبارك ، سعيد وآخرون ، الموجز في العقود المسماة ، ط١ ، دار الحكمة للطباعة والنشر ، بغداد ، ١٩٩٣ ، ص٤٢٦ .

حيث نصت المادة ٨٦٨ من القانون المدني العراقي المرقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ على أن (تأخر مالك المشروع عن الابتداء بالبناء أو تأخره عن إنجازه تأخرا لا يرجى معه مطلقا أن يقوم به كما ينبغي في المدة المتفق عليها يجيز للمشتري فسخ العقد دون انتظار حلول أجل التسليم) [١].

حيث أن مبدأ حسن النية يوجب على مالك المشروع أن يبدأ في تنفيذ أعمال البناء في وقت يسمح له بالانتهاء منه في الموعد المحدد ، فإذا تبين من تأخره عن البدء بالتنفيذ أنه لا يرجى مطلقا بحسب طبيعة البناء و إمكانيات مالك المشروع أن ينتهي من التنفيذ في موعده فإن ذلك يعد جحودا مبتسرا للعقد و إخلالا بواجب مراعاة حسن النية في تنفيذ الالتزام [٢].

حيث نصت المادة ١٥٠ من القانون المدني العراقي المرقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ على أنه (يجب تنفيذ العقد طبقا لما اشتمل عليه و بطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية) [٣].

و في التشريع المصري فقد نصت المادة ٨٠٣ من القانون المدني المصري المرقم ١٣١ لسنة ١٩٤٨ على أن (١- مالك الشيء يملك كل ما يعد من عناصره الجوهرية بحيث لا يمكن فصله عنه دون أن يهلك أو يتلف أو يتغير . ٢- و ملكية الأرض تشمل ما فوقها و ما تحتها إلى الحد المفيد في التمتع بها ، علوا أو عمقا. ٣- و يجوز بمقتضى القانون أو الاتفاق أن تكون ملكية سطح الأرض منفصلة عن ملكية ما فوقها أو ما تحتها) [٤].

فتنفيذه انشاءات مرحلة أساسات العقار هو تمديد يتم إلى الحد المفيد في التمتع بملكيته لعقار بطبيعته عمقا و تحويله صورة الأرض كعقار بطبيعته إلى صور عقار سكني أما استكماله الإنشاءات بعد ذلك فهو يعد امتداد لالتزامه بالعقد بتمدد الحد المقيد في التمتع بملكية الأرض ارتفاعا و لذلك يلتزم البائع بإنجازه كثمار للمبيع و نماؤه [٥].

ثانيا : إتمام تنفيذ البناء في عقد المشاركة

يلتزم بائع العقار في عقد المشاركة طبقا لما ورد في العقد ببناء العقار خلال مدة معينة سواء قام هو بالبناء أو عن طريق غيره فالبائع يكون ملزما أمام المشتري بإنهاء عملية البناء حتى اكتمال وجود العقار وجودا فعليا فيكون البائع هنا ملزم أمام المشتري بتسليم العقار خلال المدة المحددة في العقد و ذلك لان الالتزام بالبناء ما هو إلا وسيلة لتنفيذ الالتزام بالتسليم و نقل الملكية و لكن ما يحصل في هذا العقد أن البائع قد لا يسلم البناء في الموعد المحدد أي أنه قد يتأخر في تسليم العقار أو ربما لا يتمكن من تنفيذ التزامه على الرغم من أن المشتري قد يكون

---

[١] – القانون المدني العراقي المرقم ٤٠ ، بغداد ، ١٩٥١ ، المادة ٨٦٨ .

[٢] – شنب ، محمد لبيب ، دروس في نظرية الالتزام مصادر الالتزام ، ط١ ، دار النهضة العربية للنشر والتوزيع ، القاهرة ، ١٩٨٩ ، ص٩٥ .

[٣] – القانون المدني العراقي المرقم ٤٠ ، بغداد ، ١٩٥١ ، المادة ١٥٠ .

[٤] – القانون المدني المصري المرقم ١٣١ ، القاهرة ، ١٩٤٨ ، المادة ٨٠٣ .

[٥] – أبو العزم ، محمود محمد ، النظام القانوني لبيع الوحدات السكنية تحت الإنشاء دراسة مقارنة ، أطروحة دكتوراه ، جامعة طنطا ، كلية الحقوق ، القاهرة ، ص٣٩٨ .

دفع جزءا من الثمن و مع غياب التنظيم التشريعي لهذا العقد يتم الرجوع إلى القواعد العامة لتنفيذ العقود الملزمة للجانبين أي إما بالمطالبة بتنفيذ العقد أو المطالبة بفسخه مع التعويض في كلا الحالتين ( )[1].

و تلعب فكرة تمام البناء دورا بارزا في عقد المشاركة بين القطاعين العام والخاص إذ يتوقف على تمام البناء اكتساب المشتري لملكية المبنى فضلا عن أن إثبات الانتهاء من البناء يحدد وقت تسليم المبنى أو أن تمام البناء هو نفسه تسليم المبنى( )[2].

لذلك يعد البناء قد تم إذا انتهى مالك المشروع بالفعل من إقامة العناصر الجوهرية اللازمة للاستعمال بحسب الغرض المخصص له المبنى فالعناصر اللازمة لاستعمال شقة سكنية تختلف عن العناصر اللازمة لإقامة فندق أو معرض و من الممكن أن يحدد القاضي ما يعد من العناصر الجوهرية و ما يعد من العناصر الثانوية التي لا تأثير لها على استعمال المبنى و ذلك في كل حالة على حدة ، فما يكون جوهريا قد لا يكون كذلك في حالة أخرى تبعا لاختلاف الغرض الذي يخصص له المبنى ( )[3].

و في التشريع العراقي نصت المادة ١٧٧ من القانون المدني العراقي المرقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ على أنه (١ – في العقود الملزمة للجانبين إذا لم يوف أحد العاقدين بما وجب عليه بالعقد جاز للعاقد الآخر بعد الأعذار أن يطلب الفسخ مع التعويض إن كان له مقتضى على أنه يجوز للمحكمة أن تنظر المدين إلى أجل، كما يجوز لها أن ترفض طلب الفسخ إذا كان ما لم يوف به المدين قليلا بالنسبة للالتزام في جملته)[4].

و يتبين من خلال نص المادة أن المشرع العراقي قد أعطى للمحكمة أن تنذر المدين بالالتزام إلى أجل معين و هذا الأمر يكون في حالة ما إذا كان البائع قد نفذ الجزء الأكبر من التزامه حيث تقوم بالمحكمة بإعطائه مهلة لتنفيذ ما بذمته من التزام ( ) .

و بهذا الصدد قضت محكمة التمييز العراقية بأن المدين بالالتزام قد أنجز ٨٠% من مجموع مفردات العقد المبرم بين الطرفين و بذلك تكون نسبة ما أنجزه المدين كبيرة بالنسبة للالتزام في جملته إذ إن في العقود الملزمة للجانبين يجوز للمحكمة أن ترفض طلب الفسخ إذا كان ما لم يوف به المدين قليلا بالنسبة لكامل الالتزام ( )[6] .

و أما في التشريع المصري فقد نصت المادة ١٠١ من القانون المدني المصري المرقم ١٣١ لسنة ١٩٤٨ على أن (١- الاتفاق الذي يعد بموجبه كلا المتعاقدين أو أحداهما بإبرام عقد معين في المستقبل لا ينعقد ، إلا إذا عينت جميع المسائل الجوهرية للعقد المراد إبرامه و المدة التي يجب إبرامه فيها. ٢- وإذا اشترط القانون لتمام العقد استيفاء شكل معين ، فهذا الشكل تجب مراعاته أيضا في الاتفاق الذي يتضمن الوعد بإبرام هذا العقد)( )[7].

---

[1] – زهرة ، محمد المرسي ، بيع المباني تحت الإنشاء دراسة مقارنة ، ط١ ، منشورات جامعة الكويت ، الكويت ، ١٩٩٩ ، ص١٥٧ .

[2] – علي ، عقد بيع المباني تحت الإنشاء دراسة قانونية مقارنة ، ط١ ، منشورات زين الحقوقية ، بيروت ، ٢٠١٨ ، ص١١١ .

[3] – علي ، عقد بيع المباني تحت الإنشاء دراسة قانونية مقارنة ، ص١١٢.

[4] – القانون المدني العراقي المرقم ٤٠ ، بغداد ، ١٩٥١ ، المادة ١٧٧.

[5] – المعموري ، حماية المشتري في عقد بيع عقار تحت الإنشاء ، ص١٠٦ .

[6] – عجيل ، لفتة هامل ، المختار من قضاء محكمة التمييز الاتحادية ، مطبعة الكتاب للنشر والتوزيع ، بغداد ، ٢٠١٣ ، ج٤ ، ص١٥٤ ؛ ينظر : قرار محكمة التمييز العراقية المرقم ١٠٤ ، بغداد ، ٢٠١٣ .

[7] – القانون المدني المصري المرقم ١٣١ ، القاهرة ، ١٩٤٨ ، المادة ١٠١ .

حيث أنه في هذه الحالة يلتزم البائع بالقيام بالإنشاء وفق اتفاق متمم لعقد البيع كالتزام مبدئي يتم بمقتضاه تعهد البائع بإنشاء المبيع بنفسه أو بالغير لصالح المشتري الذي تعاقد معه لموضوع بيع الوحدة بصورة مستقبلية بعد تنفيذ إنشائها بمعرفة البائع بحيث يتم نقل ملكيته بحالتها في عقد المشاركة بين القطاعين العام والخاص الموصوفة بالعهد الوارد عليه البيع ليقوم المشتري بإتمام أعمال الوحدة بعد نقل ملكيتها له حتى تصل للحالة السكنية المرغوبة [1].

فضلا عن ذلك فإن من أبرز الالتزامات التي ينبغي على الجهة العامة احترامها في عقود المشاركة هو شرط عدم المنافسة مع القطاع الخاص إلا اذا تغيرت الظروف وتطلبت مقتضيات المصلحة العامة خروج الجهة العامة على هذا الشرط كما لو تغيرت الوسيلة الفنية في اشباع الخدمة العامة [2].

ويدخل في تنفيذ هذا الالتزام وجوب احترام الجهة العامة للمدد الواردة في عقد المشاركة من ذلك سداد المقابل النقدي للمتعاقد معها لما ينفذه من اعمال في المواعيد المستحقة الواردة في العقد [3].

ويشكل تنفيذ عقد المشاركة بحسن نية اهمية خاصة في تشجيع وجذب الاستثمار وزيادة الثقة في الجهة العامة لذا يجب عليها القيام بجميع ما هو ضروري لتمكين المتعاقد معها من تشييد المشروع وإنجازه ومن ذلك ايضا التزامها بتسليم موقع المشروع خاليا للمتعاقد معها بغية تمكينه من تنفيذ العقد ونشير بهذا الصدد الى ما ورد في قرار محكمة التمييز الاتحادية في العراق ذي العدد (١٢٠) الصادر بتاريخ ٢٠١٥/١/١٣ بخصوص الدعوى المقامة من قبل شركة الابرار للمقاولات على وزارة الشباب والرياضة بشأن عقد المشاركة المبرم بينهما ذي العدد (١٨٢) في ٢٠١١ وذلك لتشييد ملعب سعة (خمسة الاف متفرج) في قضاء تلعفر ، اذ تتلخص وقائع الدعوى في انه بعد قيام الشركة المذكورة بالسير في العمل وانجاز نسبة (٧%) من جدول الكميات تبين ان التربة وقطعة الارض غير صالحتين لتثبت المباني عليها كونها كلسية ، لذلك طالبت الشركة وقتئذ بالتوقف عن العمل واللجوء الى تغيير الموقع بموقع اخر بديل ،الا ان المدعى عليه لم يقم باختيار موقع بديل لغاية تاريخ اقامة الدعوى ونتيجة لذلك فقد رفع المدعي دعوى مطالبا فسخ العقد وتعويض قدره (مليار دينار) بيد ان محكمة التمييز قررت رد الدعوى لعدم وجود سند قانوني لها مستندة في قرارها بقيام المدعي قبل تقديم عطائه وتوقيع العقد باجراء الكشف والتحري عن موقع العمل ، وقد سبق وأن وافق على واقع حال الارض واقتنع بطبيعة الموقع وما يحيط به وسبل الوصول اليه ، وقد أيدت المحكمة بذلك حكم محكمة البداءة ذي العدد (١٢٠) لسنة ٢٠١٤ وكذلك حكم محكمة استئناف بغداد ، الرصافة بتاريخ ٢٠١٤/١٢/٣ بخصوص الدعوى اعلاه [4].

ومن الجائز ان ينص عقد المشاركة على التزام الجهة العامة بشراء المنتج الذي تقوم شركة المشروع بإنتاجه عندها يتعين عليها شراء المنتج واستكمال مهمات وحدات نقله خلال المواعيد المتفق عليها ، وهذ ما نصت عليه المادة (الثالثة) من قانون المشاركة المصري رقم ٦٧لسنة

---

[1] – أبو العزم ، النظام القانوني لبيع الوحدات السكنية تحت الإنشاء دراسة مقارنة ، ص٤٠٩ .

[2] – عبد الرحمن ، هدى محمد ، حقوق والتزامات طرفي عقد الشراكة ، مجلة العلوم القانونية ، المجلة ٣٨ ، العدد ١ ، جامعة بغداد ، بغداد ، ٢٠٢٣ ، ص٣١٩ .

[3] – قاسم ، صافي احمد ، الطبيعة القانونية لعقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص ، ط١ ، دار النهضة العربية للنشر والتوزيع ، القاهرة ، ٢٠١٦ ، ص٥ .

[4] – قرار محكمة التمييز الاتحادية المرقم ١٢٠ ، بغداد ، ٢٠١٥ ؛ ينظر : قرار محكمة استئناف بغداد الرصافة المرقم ١٢٠ ، بغداد ، ٢٠١٤ .

٢٠١٠ ، بانه يجوز ان يتضمن عقد المشاركة فضلا عما منصوص عليه في المادة (٢) من هذا القانون قيام شركة المشروع بتشغيل المشروع وتقديم الخدمة او المنتج الى الجهة الادارية لتتولى تقديمه لجمهور المستهلكين او المنتفعين [١] .

كما ينبغي ان يتم الاتفاق في العقد على سعر بيع المنتج او مقابل اداء الخدمة التي يقوم عليها المشروع واسس وقواعد تحديدهما ، واسس وقواعد تعديلهما بالزيادة او النقصان ، وكيفية معالجة التضخم وما يرتبط بتغيير اسعار الفائدة ان كان لذلك مقتضى ومن التطبيقات الاخرى لمبدأ حسن النية في تنفيذ عقد المشاركة هو ما كان عليه العمل في مصر قبل صدور قانون التحكيم رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ ، إذ كانت الجهات العامة تقبل التحكيم عند إبرام عقودها مع القطاع الخاص وعند حدوث نزاع بشأنها تقوم باللجوء الى القضاء بحجة عدم جواز اللجوء الى التحكيم في العقود التي تكون الجهة العامة طرفا فيها ، فالادارة كان بإستطاعتها رفض شرط التحكيم منذ البداية فاذا ما قبلته عند ابرام العقد وتمسكت ببطلانه عند نظر النزاع فإنه يصدق عليها القاعدة الفقهية القائلة من سعى الى نقض ما تم من جهته فسعيه مردود عليه ولأن ذلك يعد اخلالا بمبدأ تنفيذ العقود بحسن نية [٢] .

المطلب الثاني : التزام القطاع العام بتبسيط الإجراءات القانونية لتنفيذ العقد

تتطلب عقود المشاركة من شركة المشروع الحصول على التراخيص والموافقات اللازمة لانشاء وتشغيل المشروع ، لذلك تلتزم الجهات العامة بتقديم الحدود المعقولة التي تطلبها شركة المشروع لمساعدتها في الحصول على الموافقات والتراخيص المذكورة ، وقد لا يقتصر الأمر على تبسيط الاجراءات القانونية والادارية فقط بل قد يصل الأمر في بعض العقود الى الاتفاق على ان تتحمل وحدها الحصول على جميع هذه الموافقات والتراخيص واعفاء القطاع الخاص (شركة المشروع) كلية من القيام بذلك ، وفي هذه الحالة تعفى شركة المشروع من هذه الاجراءات ويلتزم بها الشريك العام [٣] .

ويجب على السلطة توفير الثقة اللازمة للمستثمر الاجنبي لغرض استقطابه للعمل في مشاريع البنية التحتية داخل البلاد ولا يتحقق ذلك الا بتوفير بيئة استثمارية جيد واطار تشريعي قانوني يشجع الاستثمار الاجنبي الخاص ويحمي عائداته ويوفي بالالتزامات المتفق عليها ويكون هذا الاطار على شكل قانون يدين أي معوقات لمشاركة القطاع الخاص في المشاريع الخاصة بالمرافق العامة ويجعل السلطة من محتكر الى منظم وبالاضافة الى تحديث التشريعات [٤] .

ويجب على الدولة ان تقوم بتسليم موقع العمل للشركة وحيازته من دون ان يتدخل الغير واذا كان لا يوجد نص في العقد المبرم يجب على الدولة ان تقوم بنقل ملكية الارض لصاحب المشروع وعند الانتهاء يقوم صاحب المشروع باعادتها لكن نقل الملكية ليس في جميع عقود

---

[١] – قانون المشاركة المصري المرقم ٦٧ ، القاهرة ، ٢٠١٠ ، المادة ٢-٣

[٢] – مشتت ، جنان جاسم ، النظام القانوني لعقود المشاركة بين القطاعين العام والخاص دراسة مقارنة ، اطروحة دكتوراه ، جامعة بغداد ، كلية القانون ، بغداد ، ٢٠١٦ ،، ص١٩٦ ، ينظر : قانون المشاركة المصري المرقم ٦٧ ، القاهرة ، ٢٠١٠ ، المادة ٣٤ .

[٣] – حمادة ، حمادة عبد الزراق ، التنظيم القانوني لعقود المشاركة في مشروعات البنية الأساسية والمرافق العامة ، دار الجامعة الجديدة ، الإسكندرية ، ٢٠١٣ ، ص٢٣٩ .

[٤] – حصايم ، سميرة ن عقود الشراكة اطار لاستقبال القطاع الخاص في مشاريع البنية التحتية ، رسالة ماجستير ، جامعة مولود معمري ، كلية الحقوق ، الجزائر ، ٢٠١١ ، ص٩٠ .

الشراكة ايضا هناك عقود لا تتطلب تحويل او نقل الملكية الى صاحب المشروع وانما فقط تكتفي بتجديد وتحسين المرافق العامة وايضا لا تتطلب نقل ملكية الارض في عقود الادارة والخدمات والتزام المرافق العامة ( ) .[1]

ونشير بهذا الخصوص الى ان تبسيط الاجراءات القانونية يعد من قبيل توفير المناخ القانوني الملائم للاستثمار وهذا يتطلب ضرورة التنسيق بين الجهات الادارية التي تتعامل مع المستثمر وذلك من خلال انشاء هيأة مختصة بتذليل العقبات التي قد تواجه المستثمر في مراحل ألمشروع كافة . اذ تقوم هذه الهيأة بدراسة المشروع المزمع اقامته واصدار التراخيص اللازمة للانشاء فضلا عن مد المستثمر بالمعلومات القانونية اللازمة عن قانون الاستثمار حتى يكون على بينة من امره ( ) .[2]

وتبسيط الاجراءات على النحو السابق الاشارة اليه قد حظي باهتمام قانون المشاركة المصري رقم (٦٧) لسنة ٢٠١٠ من خلال تحديده لاختصاصات اللجنة الوزارية المختصة برسم سياسات ومعايير المشاركة ، فضلا عن انشاء الوحدة المركزية للمشاركة مع القطاع الخاص ( ) .[3]

اضافة الى ذلك إن القاعدة العامة في تنفيذ العقود تقضي بأنها تنفذ طبقا لما أشترط عليه المتعاقدين . أما من حيث الإلزامية فإن المشرع العراقي وبنص المادة (١٧٧) من القانون المدني قد نص صراحة على ذلك : (١- في العقود الملزمة للجانبين اذا لم يوف احد العاقدين بما وجب عليه بالعقد جاز للعاقد الآخر بعد الاعذار أن يطلب الفسخ مع التعويض ان كان له مقتضى على انه يجوز للمحكمة ان تنظر المدين الى اجل، كما يجوز لها ان ترفض طلب الفسخ اذا كان ما لم يوف به المدين قليلا بالنسبة للالتزام في جملته) ( ) .[4]

يوجد خياران يمكن للدائن اللجوء إليهما في حالة عدم تنفيذ الطرف الآخر لالتزامه وهما طريق الفسخ، وطريق التعويض، فالطريق الأول دائما متاح مقارنة مع الطريق الثاني وهو التعويض الذي يسد في بعض الحالات كحدوث قوة القاهرة مثلا نظرا لانتفاء المسؤولية العقدية نتيجة لانقطاع العلاقة السببية بين الفعل والنتيجة، وعندها لا يتبقى أمامه سوى خيار الفسخ بقوة القانون ( ) .[5]

وكذلك يجب على الإدارة أن تلتزم عند تنفيذ عقد المشاركة باحترام كل ما يتضمنه العقد من شروط وتعهدات قبلتها الإدارة عند التعاقد مثال ذلك: تمكين المتعهد المتعاقد معها من دخول مواقع عمل الأجهزة والمعدات وتسهيل مأموريته ومهمته في إنجاز أعمال الصيانة والإصلاح واداء جميع الإختيارات البارومترية والقياسية لكل جهاز ومعدة ومثال ذلك أيضا اعتماد جهة الإدارة شهادات الصلاحية الفنية الدورية بواسطة مندوبها المشرف على المتعهد المتعاقد معها ( ).[6]

ولا يقتصر التزام الإدارة باحترام شروط العقد على الالتزامات الصريحة المنصوص عليها في العقد، وإنما يشمل أيضا ما يعد من مستلزمات العقد وفقا للقانون والعرف والعدالة بحسب طبيعة الالتزام، مثال ذلك ضمان: ضمان الإدارة عدم منافسة المتعهد في أعمال الصيانة والاصلاح عن طريق مكاتب العاملين بالمشروع موضوع العقد والذين لديهم بعض الخبرة الفنية المكتسبة في مجال عمل الأجهزة والمعدات. وضمان

---

[1] – البهجي ، عصام ، عقود الشراكة الطريق لبناء الدولة الحديثة ، ط١ ، دار الجامعة الجديدة للنشر والتوزيع ، الاسكندرية ن ٢٠٠٨ ، ص٨٩٦ .

[2] – شرف الدين ، احمد ، طرق ازالة المعوقات القانونية للاستثمار ، ط١ ، دار النهضة العربية للنشر والتوزيع ، القاهرة ، ١٩٩٣ ، ص٦ .

[3] – قانون المشاركة المصري المرقم ٦٧ ، القاهرة ، ٢٠١٠ ، المادة ١٤-١٦ .

[4] – القانون المدني العراقي المرقم ٤٠ ، بغداد ، ١٩٥١ ، المادة ١٧٧ .

[5] – غانم ، اسماعيل ، النظرية العامة للالتزام احكام الالتزام والاثبات ، ط١ ، مكتبة عبد الله وهبة للنشر والتوزيع ، القاهرة ، ١٩٩٩ ، ج٢ ، ص١٢١ .

[6] – السعيدي ، باسم محمد خضر ، النظام القانوني لعقد تسليم المفتاح ، رسالة ماجستير ، جامعة بابل ، كلية القانون ، بابل ، ٢٠١٠ ، ص١٦٢ .

الإدارة بعدم منافسة المتعهد المتعاقد معها إنما يكون لحماية سمعته الفنية في سوق العمل بما يتطلب من جهة الإدارة أن تحترم التزامها التعاقدي وتفسح المجال للمتعهد المتعاقد معها لأن ينهض بما هو متعاقد عليه من التزامات تقع على عاتقه ومن أبرز التزامات الإدارة التي تعد من مستلزمات عقد الصيانة والاصلاح إصدارها القرارات الإدارية اللازمة لتسهيل تنفيذ المتعهد المتعاقد معها لالتزاماته التعاقدية وبصفة عامة القرارات اللازمة لتسهيل حصوله على المواصفات الفنية للأجهزة والمعدات ومعاينتها بمواقع عملها قبل إبرام التعاقد والقرارات الخاصة بحصول المتعهد وطاقمه الفني على التأشيرات والتصريحات الأمنية لدخول مواقع عمل الأجهزة والمعدات ( ).

وفي التشريع العراقي قد نصت المادة ١٧٧ من القانون المدني العراقي المرقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ على ان (١ – في العقود الملزمة للجانبين اذا لم يوف احد العاقدين بما وجب عليه بالعقد جاز للعاقد الآخر بعد الاعذار ان يطلب الفسخ مع التعويض ان كان له مقتضى على انه يجوز للمحكمة ان تنظر المدين الى اجل، كما يجوز لها ان ترفض طلب الفسخ اذا كان ما لم يوف به المدين قليلا بالنسبة للالتزام في جملته) ( ).

ويتبين من خلال نص المادة ان المشرع العراقي قد اعطى للمحكمة ان تنذر المدين بالالتزام الى اجل معين وهذا الامر يكون في حالة ما اذا كان البائع قد نفذ الجزء الاكبر من التزامه حيث تقوم بالمحكمة باعطائه مهلة لتنفيذ ما بذمته من التزام ( ) .

وبهذا الصدد قضت محكمة التمييز العراقية بأن المدين بالالتزام قد انجز ٨٠% من مجموع مفردات العقد المبرم بين الطرفين وبذلك تكون نسبة ما انجزه المدين كبيرة بالنسبة للالتزام في جملته اذ ان في العقود الملزمة للجانبين يجوز للمحكمة ان ترفض طلب الفسخ اذا كان ما لم يوف به المدين قليلا بالنسبة لكامل الالتزام ( ) .

المبحث الثاني: التزامات الشريك الخاص او شركة المشروع

تتميز نظرية العقود الإدارية بأنها تتضمن بالإضافة إلى القواعد والأحكام التي لا مقابل لها في القانون الخاص بقواعد وأحكام أخرى لا تختلف إن لم تتطابق مع قواعد القانون الخاص نفسها أهمها أن عقود الصيانة والإصلاح تتفق مع العقود المدنية من حيث المضمون فهي عبارة عن تلاقى إرادتين أو أكثر وتطابقهما على ترتيب آثار قانونية معينة تتمثل عادة في إنشاء التزامات متقابلة في ذمة كل من جهة الإدارة والمتعاقد معها. ولا تختلف عقود الصيانة والإصلاح عن العقود المدنية من حيث الأركان وشروط الصحة الواجب توافرها لتكوين العقد إلا إنها تختلف عنها اختلافا جوهريا من حيث الآثار الناجمة عن التنفيذ وخاصة من حيث الالتزامات الصارمة التي تقع على عاتق المتعاقد مع الإدارة وان عقد الصيانة يرتب على الصائن جملة من الالتزامات والحقوق التعاقدية التي يتعين على الصائن القيام بها ضمانا لانجاح هذا العقد بلوغا به الى نهايته وتمتاز هذه الالتزامات بتعددها بدءا من مرحلة الانشاء مرورا بمرحلة التشغيل انتهاء بانتقال الملكية واستنادا الى ذلك تم تقسيمنا

---

[١] – شرف الدين ، احمد ، اصول الصياغة القانونية للعقود ، ط١ ، دار الجامعة الجديدة للنشر والتوزيع ، الاسكندرية ، ٢٠٠٠ ، ص٧٤ .

[٢] – القانون المدني العراقي المرقم ٤٠ ، بغداد ، ١٩٥١ ، المادة ١٧٧.

[٣] – المعموري ، يوسف سعدون ، حماية المشتري في عقد بيع عقار تحت الانشاء ، ط١ ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، ٢٠١٦ ، ص١٠٦ .

[٤] – عجيل ، لفتة هامل ، المختار من قضاء محكمة التمييز الاتحادية ، مطبعة الكتاب للنشر والتوزيع ، بغداد ، ٢٠١٣ ، ج٤ ، ص١٥٤ ؛ ينظر : قرار محكمة التمييز العراقية المرقم ١٠٤ ، بغداد ، ٢٠١٣ .

لهذا المبحث الى ثلاثة مطالب حيث جاء في المطلب الاول التزام المتعاقد بتنفيذ العقد بنفسه وفقا للمواصفات المتفق عليها وتطرقنا في المطلب الثاني الى التزام المتعاقد بتشغيل المشروع وصيانته وجاء في المطلب الثالث التزام المتعاقد بنقل التكنولوجيا للمرفق .

المطلب الاول : التزام المتعاقد بتنفيذ العقد بنفسه وفقا للمواصفات المتفق عليها

مقتضى هذا الالتزام هو وجوب ان يقوم المتعاقد بتنفيذ عقد المشاركة بنفسه وذلك استنادا لخاصية الاعتبار الشخصي التي يتميز بها عقد المشاركة وما يستتبع ذلك من عدم جواز تنازل المتعاقد عن العقد للغير او التعاقد من الباطن الا بموافقة الجهة العامة ، وحيث ان المتعاقد في عقود المشاركة يقوم بمهمة شاملة تتضمن تصميم وتمويل وانشاء احد مشروعات البنية الاساسية وما سواها من المشروعات مقابل مبالغ دورية تلتزم الجهه العامة بدفعها اليه طيلة مدة العقد ( )[١] .

لذا ينبغي ان يلتزم المتعاقد بتنفيذ العقد بنفسه خلال كل مرحلة من مراحل تنفيذ العقد والتي تبدأ بالتصميم ، وتمتاز مرحلة تصميم المشروع بانها تكتسب اهميتها من خلال كونها هي الاساس في تنفيذ عقد المشاركة ، لذلك يتعين ان تكون هذه التصميمات متفق عليها بين اطراف العقد حتى يتم تنفيذ العمل وفقا لها وتقع مهمة اعداد التصميمات النهائية للمشروع – من حيث الاصل – على عاتق شركة المشروع ايا كان شكلها القانوني اذ بمجرد ان يتم الانتهاء من تكوينها فانها تبدأ باعداد دراسة وافيه متخصصة عن المشروع واثاره الاقتصادية والبيئية كما تشمل الدراسة إعداد الدراسات الفنية التفصيلية لكل عنصر من عناصر المشروع ، كما تلتزم ( ) .

بالتصميم الاولي والنهائي للمشروع ويجب ان تقدم الشركة المذكورة التصميمات الى الشريك العام في المواعيد التي يتم الاتفاق عليها وذلك لمراجعتها ، ولا يحق للقطاع العام اجراء تعديلات او تغييرات في التصميم المقدم من الشركة دون ان يكون هناك اتفاق مسبق مع الشركة المذكورة ( )[٣] .

لذلك ينبغي ايلاء ما يكفي من اهتمام وتخصيص ما يلزم من وقت لمرحلة التصميم لما تشكل من اهمية بالغة ولأن الاخطاء في التصميم يترتب عليها رد فعل قد يؤثر على جميع المراحل اللاحقة في المشروع المنفذ عن طريق المشاركة ، كما ان موقف القطاع العام سيتأثر بصورة ملحوظة فيما لو تسربت هذه الاخطاء الى ثنايا المشروع ووصلت الى مرحلة تقديم الخدمة ( ) .

واذا كان الاصل العام هو أن يقوم المتعاقد او شركة المشروع بإعداد التصميمات المتعلقة بالمشروع غير انه يجوز ان يتفق الطرفان على ان يقوم الشريك العام بوضع التصاميم الخاصة بالمشروع وتلتزم شركة المشروع بتنفيذها ، وكثيرا ما يحدث في عقود المشاركة ان تحيل في انشاء التصميم الى عقود الاتحاد الدولي للمهندسين الاستشاريين (فيديك) وهي صيغ معدة سلفا بواسطة الاتحاد الدولي للمهندسين الاستشاريين ، وفي هذا

---

[١] – عيسى ، حسان ، نقل التكنولوجيا دراسة في الآليات القانونية للتبعية الدولية ، ط١ ، دار الشروق للنشر والتوزيع ، القاهرة ، ٢٠٠٤ ، ص٢٤ .

[٢] – البريكي ، مطر بن حمد ، الاطار القانوني لعقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص والتحكيم في منازعاتها ، ط١ ، دار النهضة العربية للنشر والتوزيع ، القاهرة ، ٢٠٢٢ ، ص١٨٦ .

[٣] – النعيمي ، الاساليب الحديثة لمشاركة القطاع الخاص في تنفيذ مرافق البنية التحتية ، ص٨٧ .

[٤] – حمادة ، التنظيم القانوني لعقود المشاركة في مشروعات البنية الأساسية والمرافق العامة ، ص٣٢٠

الاطار ينص البند الفرعي (١/٨) من هذه الصيغ على ان " يزود المهندس المقاول بنسختين من الرسومات بلا مقابل ويتحمل المقاول كلفة اي عدد اخر يحتاجة من النسخ ( )[١] .

على الجهة العامة الاحتفاظ بعدد كاف من النسخ لهذه التصميمات والرسوم الهندسية للمشروع وذلك حتى يتسنى لها مراقبة الانشاء والتشغيل واجراء الصيانة اللازمة كما يشترط أن يتوافر لدى الجهات العامة الكفاءات الفنية القادرة على تقييم التصميمات وبيان مدى مطابقتها للمواصفات العالمية فضلا عن ذلك فانه ينبغي ان يتم اعداد تلك التصاميم على نحو لا يثير ثمة مشكلات واقعية عند التنفيذ او قانونية لمخالفة هذه التصاميم لإشتراطات البناء وقوانينه بالمنطقة التي يتم بها تنفيذ الاعمال كما وننوه بهذا الخصوص الى ماورد بقرار محكمة التمييز ذي العدد (١٣) الصادر بتاريخ ١٩٧٨/٨/٢٤ من أنه " لرب العمل رفض البناء المخالف للمواصفات الفنية والخرائط المنظمة دون أن يتحمل ثمنه مادام قد اشترط ذلك في عقد المقاولة وأيد الخبراء المخالفة . ( )[٢] .

والاصل ان الالتزام بالتصاميم هو التزام بتحقيق نتيجة ، فيجب تصميم المرفق وانشائه على النحو الذي يمكنه من تحقيق الاغراض الذي انشأ من اجلها ، فتقوم مسؤولية شركة المشروع اذا لم تتحقق النتيجة المتفق عليها ولا يكفي ان تثبت انها قامت ببذل العناية الكافية لتنفيذ الاعمال ( )[٣] .

وبالنظر لضخامة هذه العقود فان شركة المشروع نادرا ما تقوم باتمام اعمال التصميم بنفسها ونشير بهذا الصدد الى ما ورد في حكم محكمة استئناف بغداد /الرصافة الاتحادية ذي العدد (٤٨ /ب/٢٠١٤) الصادر بتاريخ ٢٠١٤/٩/١١ (قرار غير منشور) في قضية تتلخص وقائعها بقيام المدعي (شركة اماسي التركية) بالتعاقد مع احد الاشخاص لغرض وضع تصاميم لعدة مشاريع منها مشروع استثمار مدينة الحبانية ، مشروع أنشاء الدور السكنية في محافظة البصرة ، مشروع بناية التقييس والسيطرة النوعية في بغداد ، مشروع انشاء مسقفات جامعة بابل وقد اقام دعوى على الشركة المذكورة للمطالبة بمستحقاته من هذه المشاريع بيد ان المحكمة المذكورة قررت رد الدعوى لعدم قيام المدعي بسلوك طريق فسخ العقد مع الشركة المذكورة بعد اعذارها ومن ثم المطالبة القضائية للمستحقات ( )[٤] .

لذا يحدث في الغالب ان تلجأ الشركة الى تصميم المرفق وتشييده من خلال نموذج عقد تسليم المفتاح والذي يشار اليه احيانا بـ(عقد الهندسة والتنفيذ) ، إذ يؤدي اتباع هذا النظام الى القاء تبعة المخاطر المرتبطة بتشييد المرفق بشكل اساسي على المقاول اذ سيكون هذا الاخير مسؤولا عن تصميم المرفق وتشييده فهو الذي يتولى اعداد التصميم ،فضلا عن ذلك فانه سيكون مسؤولا عن العيوب التي تظهر في تشييد المرفق ( )[٥] .

---

[١] – اسماعيل ، المشكلات القانونية التي يثيرها عقد البوت وكيفية حل المنازعات الناشئة عنها ، ص١٨١ .

[٢] – المشاهدي ، ابراهيم ، المبادئ القانون في قضاء محكمة التمييز ، مطبعة العمال المركزية للنشر والتوزيع ، بغداد ، ١٩٨٨ ، ص٦٦٠ ؛ ينظر : قرار محكمة التمييز الاتحادية المرقم ١٣ ، بغداد ، ١٩٨٧ .

[٣] – سري الدين ، هاني صلاح ، التنظيم القانوني والتعاقدي لمشروعات البنية الأساسية الممولة عن طريق القطاع الخاص ، ط١ ، دار النهضة العربية للنشر ، القاهرة ، ٢٠٠١ ، ص٢٥١

[٤] – قرار محكمة استئناف بغداد الاتحادية المرقم ٤٨ ، بغداد ، ٢٠١٤ .

[٥] – الكيلاني ، محمود ، عقود التجارة الدولية في مجال نقل التكنولوجيا دراسة مقارنة ، منشأة المعارف للنشر ، الاسكندرية ن ١٩٨٨ ، ص٢١٩ .

وقد اشار قانون الاستثمار العراقي رقم (١٣) لسنة ٢٠٠٦ (المعدل) الى ضرورة هذا الالتزام وذلك في المادة (١٤) منه بمناسبة تحديد التزامات المستثمر ومنها ما ورد في البند (سابعا) من المادة المذكورة أنفا بقولها :- يلتزم المستثمر بتطابق جداول تقدم العمل الذي يقدمه مع الواقع على ان لايكون التفاوت الزمني اكثر من (ستة اشهر) [١] .

ولكي يتم تحفيز المتعاقد مع الجهة العامة بالقيام بتنفيذ التزاماته في المهل المحددة في العقد فأن هناك عدة اساليب للجهة العامة سلوكها بغية تحقيق ذلك اهمها : إن تلجأ الى استخدام مايسمى بـ(حوافز التنفيذ) وهي عبارة عن مبالغ اجمالية يتم دفعها مرة واحدة في حالة نجاح شركة المشروع في تنفيذة وتسليمة بالكامل وبالشروط والمواصفات ذاتها المحددة مسبقا ولكن قبل الموعد النهائي المنصوص عليه في العقد [٢] .

ونشير بهذا الصدد انه لما كانت شركة المشروع هي المسؤولة – من حيث الأصل – عن اعداد الدراسات والتصميمات النهائية للمشروع ومن ثم فان مخالفة شركة المشروع للتصميم المتفق علية يسفر عنه قيام مسؤليتها ، وقد فصل المشرع العراقي المسؤولية الناشئة عن عيوب التصميم على النحو الذي اوردته المادة (٨٧١) من القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١ (المعدل) والتي قضت بأنه اذا اقتصر المهندس المعماري على وضع التصميم دون ان يكلف بالرقابة على التنفيذ ، يكون مسؤولا عن العيوب التي اتت من التصميم دون العيوب التي ترجع الى طبيعة التنفيذ واذا عمل المقاول باشراف مهندس معماري او باشراف رب العمل الذي اقام نفسه مقام المهندس المعماري فلا يكون مسؤولا الا عن العيوب التي تقع في التنفيذ دون العيوب التي تأتي من الغلط او عدم التبصر في التصميم ، اما الفقرة (الثانية) من المادة ذاتها فقد قضت بأنه اذا كان كل من المهندس المعماري والمقاول مسؤولا عما وقع في العمل من عيب كانا متضامنين المسؤولية [٣] .

وتأتي بعد مرحلة التصميم مرحلة تهيئة موقع العمل تمهيدا لمرحلة البناء والتشييد اذ تعتبر مرحلة تهيئة الموقع بداية التنفيذ الفعلي ، اذ يتعين على الجهة العامة تهيئة موقع المشروع وتسليمه للمتعاقد معها وذلك بموجب محضر رسمي مكتوب يوقع عليه الطرفان لما له من اهمية وذلك لتمكين اطراف العقد من الوفاء بالتزاماتهم[٤] .

وقد جرى العمل على ان يقتصر دور الجهة العامة في تحديد المواصفات العامة والغاية النهائية من المشروع كطاقته الانتاجية وكفاءته الفنية والمواصفات البيئية ، على ان تترك كافه التفاصيل الاخرى لشركة المشروع مما ينقل مخاطر التصميم في مثل هذه الحالة على عاتق شركة المشروع كما يحق للجهة العامة مراقبة عملية الانشاء ولها في سبيل تحقيق ذلك تعيين مهندسين استشاريين لمتابعة هذا التنفيذ فضلا عن ذلك فلها حق رفض اي تغيير في الرسومات او قواعد التنفيذ المتفق عليها كذلك لها حق مراقبة اي تعديل في مواصفات البناء يقلل من الاستفادة من المشروع [٥] .

---

[١] – قانون الاستثمار العراقي المرقم ١٣ ، بغداد ، ٢٠٠٦ ، المادة ١٤ .

[٢] – نصار ، جاد جابر ، عقود البوت والتطوير الحديث لعقد الالتزام دراسة نقدية للنظرية التقليدية ، ط١ ، دار النهضة العربية للنشر ، القاهرة ، ٢٠٠٢ ، ص١٤٣ .

[٣] – القانون المدني العراقي المرقم ٤٠ ، بغداد ، ١٩٥١ ، المادة ٨٧١ .

[٤] – الدوري ، محمد جابر ، مسؤولية المقاول والمهندس في مقاولات البناء والمنشآت الثابتة بعد انجاز العمل وتسليمه دراسة مقارنة ، ط١ ، المكتبة المركزية للنشر والتوزيع ، بغداد ، ١٩٨٥ ، ص٢٨٣ .

[٥] – قبلان ، علي عبد الامير ، اثر القانون الخاص على العقد الإداري ، ط١ ، مكتبة زين الحقوقية ، بيروت ، ٢٠١١ ، ج٢ ، ص٣٧٣ .

اضافة الى ذلك إن النهاية الطبيعية لعقد المشاركة تتمثل بالتنفيذ أي تنفيذ العقد ملزم ضمن المدة المتفق عليها و غالبا ما تكون هذه المدة طويلة أي أنها تنتهي مع انتهاء هذه المشروعات [۱].

و إذا تجاوز تنفيذ العقد المدة المحددة فلا يخرج الأمر عندئذ عن أحد الأمرين و هما ، الأمر الأول هو أن يكون التأخير راجعا إلى البائع و هنا هو من يتحمل سبب التأخير و ما يترتب عليه من غرامات و بالتالي هو أن يكون التأخير من المشتري و في هذه الحالة يجب عليه أن يعوض المتعاقد معه ، و إذا كان سبب التأخير راجعا إلى سبب أجنبي فهنا لا تترتب أية مسؤولية [۲].

و عليه لابد أن يقوم كل طرف من أطراف العقد بتنفيذ التزاماته كأن يقوم البائع بتهيئة كل مستلزمات العمل أي من أجل تسليم المشروع إلى المشتري و تمكنه من تنفيذ المشروع كما تنفذ شركة المشروع التزاماته الناشئة عن العمل و المتمثلة ببناء المباني وفقا للمواصفات المتفق عليها و في المدة المحددة في العقد [۳].

و لكن لا بد من اعتماد جملة من المعايير في تحديد مدة البناء التي يجب أن تؤخذ في الاعتبار عند تحديد مدة العقد فكلما كان استخدام هذه المباني أكثر كلما زادت مدة البناء و هذا كله مرتبط بالفترة الزمنية التي ينبغي مرورها إلى أن يكون هناك طلب على البناء [۴].

و غالبا ما تكون مدة عقد المشاركة الإنشاء طويلة أي أنها تنتهي بانتهاء مدة العقد و تنفيذ الالتزامات التي تترتب عليه كاملة و حتى في حال تحديد مدة الإنجاز فلا بد من تحديد نقطة انطلاق هذه المدة أي أنه لا بد من تحديد بدء سريان معياد العمل لهذا العقد لأن تحديد الانطلاق ضروري لتحديد أجل الانتهاء[۵].

و قد نصت المادة ٨٦ من القانون المدني العراقي على أنه (و إذا اتفق الطرفان على جميع المسائل الجوهرية في العقد و احتفظا بمسائل تفصيلية يتفقان عليها فيما بعد و لم يشترطا أن العقد يكون غير منعقد عند عدم الاتفاق على هذه المسائل فيعتبر العقد قد تم، و إذا قام خلاف على المسائل التي لم يتم الاتفاق عليها فان المحكمة تقضي فيها طبقا لطبيعة الموضوع و لأحكام القانون و العرف و العدالة)[۶].

و في التشريع المصري نصت المادة ١٠٦ من القانون المدني المصري على أنه (إذا لم يعلن العاقد وقت إبرام العقد أنه يتعاقد بصفته نائبا ، فان أثر العقد لا يضاف إلى الأصيل دائنا أو مدينا ، إلا إذا كان من المفروض حتما أن من تعاقد معه النائب يعلم بوجود النيابة ، أو كان يستوي عنده أن يتعامل مع الأصيل أو النائب)[۷] .

---

[۱] – المعموري ، يوسف سعدون ، التنظيم القانوني لعقد الصيانة في مشروعات البنية الأساسية دراسة مقارنة ، المركز العربي للدراسات ، القاهرة ، ٢٠٢٠ ، ص٣١٦ .

[۲] – ناصيف ، ألياس موسوعة العقود المدنية والتجارية ، ط١ ، دار النهضة العربية للنشر والتوزيع ، القاهرة ، ٢٠٠٠ ، ص٣٨٢ .

[۳] – حامد ، ماهر محمد ، النظام القانوني لعقد البوت ، ط١ ، دار النهضة العربية للنشر والتوزيع ، القاهرة ، ٢٠٠٥ ، ص٤٠٧ .

[۴] – اللهيبي ، ياسر سبهان ، التنظيم القانوني لعقد التحديث والتملك والتشغيل دراسة مقارنة ، ط١ ، دار الفكر الجامعي للنشر والتوزيع ، الاسكندرية ، ٢٠١٤ ، ص٢٠١ .

[۵] – علي ، جابر محجوب ، خدمة ما بعد البيع في المنقولات الجديدة دراسة مقارنة ، ط١ ، منشورات جامعة الكويت ، الكويت ، ١٠٠٥ ، ص٢٥٩ .

[۶] – القانون المدني العراقي المرقم ٤٠ ، بغداد ، ١٩٥١ ، المادة ٨٦ .

[۷] – القانون المدني المصري المرقم ١٣١ ، القاهرة ، ١٩٤٨ ، المادة ١٠٦ .

المطلب الثاني : التزام المتعاقد بتشغيل المشروع وصيانته

اولا : التزام المتعاقد بتشغيل المشروع :

ابتداء نشير ان مرحلة تشغيل المشروع تعد جوهر عقد المشاركة بالنسبة للمتعاقد مع القطاع العام بحسبان ان مرحلة التشغيل هي التي يمكن ان توفر له المبالغ التي انفقها والتي اقترضها ومن ثم امكن له خلال هذه المرحلة ان يسترد ما انفقه مع تحقيق الربح المخطط له [1].

لذا يلتزم المتعاقد او شركة المشروع بتشغيل المشروع وتقديم الخدمة او المنتج الى الجهة العامة لتتولى تقديمة لجمهور المنتفعين وفي هذا الالتزام تقوم شركة المشروع ببيع الخدمة الى الجهة العامة ويأخذ المقابل المالي لشركة المشروع صورة الثمن وتنتفي العلاقة بين شركة المشروع وجمهور المنتفعين [2].

وهذا هو الاصل العام ولكن استثناء يجوز للمتعاقد القيام باستغلال المشروع . فما هو الاستغلال إذا ؟ ابتداء يمكن القول بأن الاستغلال بوجه عام هو القيام بالاعمال اللازمة للحصول على غلة الشيء وثماره ، فاستغلال الدار يكون بتأجيرها والبستان بالحصول على ثمارها [3].

عودا على بدء فأن الاصل العام في نطاق عقود المشاركة هو عدم قيام المتعاقد أو شركة المشروع بأستغلال المشروع وما يستتبع ذلك من عدم نشوء علاقة مباشرة بين جمهور المنتفعين و شركة المشروع او المتعاقد في عقود المشاركة ، وذلك حسبما ورد في (المادة الاولى) من قانون المشاركة المصري التي عرفت التشغيل بأنه : إدارة المشروع (محل عقد المشاركة) بمعرفة شركة المشروع وذلك من جميع النواحي المالية والفنية والادارية وتوريد المنتج أو تقديم الخدمة التي يقوم عليها المشروع للجهة الادارية نظير المقابل المتفق عليه في عقد المشاركة او طبقا للاسس والقواعد التي يحددها العقد [4].

وأعاد التأكيد على الحكم ذاته وذلك بموجب نص (المادة الثالثة) من القانون نفسه عندما قرر بأنه يجوز ان يتضمن عقد المشاركة فضلا عما هو منصوص عليه في المادة (٢)من القانون المذكور حيث تنص المادة (٢) من قانون المشاركة المصري رقم (٦٧) لسنة ٢٠١٠ بأن للجهات الادارية أن تبرم عقود مشاركة تعهد بمقتضاها الى شركة المشروع تمويل وإنشاء وتجهيز مشروعات البنية الاساسية والمرافق العامة وإتاحة خدماتها أو تمويل وتطوير هذه المرافق مع الالتزام بصيانة ما يتم انشاؤه او تطويره .قيام شركة المشروع بتشغيل المشروع وتقديم الخدمة او المنتج للجهة الادارية لتتولى تقديمة لجمهور المستهلكين او المنتفعين [5].

ويترتب على التزام المتعاقد او شركة المشروع بالتشغيل ان تبدأ في سداد القروض المقدمة من قبل المصارف لتمويل المشروع اذ ان هذه المصارف دائما ما تقدم على تمويل المشروعات بضمان ايراداتها ، لذلك وبعد ان يتم تشغيل المشروع ويتم تحصيل العوائد والرسوم من المنتفعين بالمرفق،

---

[1] – بدران ، محمد محمد ، التنظيم القانوني لمشروعات البوت ، ط١ ، دار النهضة العربية للنشر والتوزيع ، القاهرة ، ٢٠٠٤ ، ص١٥ .

[2] – حمادة ، حمادة عبد الرازق ، عقود الشراكة (PPP) ، ط١ ، دار الجامعة الجديدة للنشر والتوزيع ، الإسكندرية ، ٢٠١٤ ، ص٧٠ .

[3] – البشير ، محمد طه وآخرون ، الحقوق العينية الاصلية ، ط١ ، مكتبة السنهوري للطباعة والنشر ، بغداد ، ٢٠١٢ ، ج١ ، ص٤٦ .

[4] – مشتت ، النظام القانوني لعقود المشاركة بين القطاعين العام والخاص دراسة مقارنة ، ص٢٢٣ ، ينظر : قانون المشاركة المصري المرقم ٦٧ ، القاهرة ، ٢٠١٠ ، المادة ١.

[5] – قانون المشاركة المصري المرقم ٦٧ ، القاهرة ، ٢٠١٠ ، المادة ٢-٣ .

عندئذ يتعين على شركة المشروع البدء في سداد القروض المستحقة والفوائد المتراكمة عليها فضلا عن ذلك فانه يجب على المتعاقد او شركة المشروع القيام بعمل الصيانة الدورية للمرفق [۱].

وفي التشريع العراقي نصت المادة ١٥٠ من القانون المدني العراقي المرقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ على أنه (يجب تنفيذ العقد طبقا لما اشتمل عليه و بطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية)[۲].

ثانيا:– التزام المتعاقد بالصيانة :

تلتزم شركة المشروع او المتعاقد بنقل المشروع وتسليمه في نهاية مدة العقد بحالة جيدة ولضمان تنفيذ هذا الالتزام فان شركة المشروع تكون ملزمة باجراء الصيانة على المرفق طوال مدة التشغيل والى نهاية مدته وينص في العقد على هذا الالتزام ومواعيد اجراء الصيانة [۳].

ويمكن الاشارة بهذا الصدد الى ما ورد في المادة (١/٥٠) من الشروط العامة لمقاولات أعمال الهندسة المدنية التي قضت بأن هناك مدة (الاثني عشر شهرا) التالية لتاريخ اكمال الاعمال وتسمى مدة الصيانة كما أشارت المادة (٥١) من الشروط أنفة الذكر الى ان المقاول يكون مسؤولا عن القيام بأعادة البناء وأصلاح العيوب ، كما اوضحت الفقرة (ب) من المادة ذاتها بأن على المقاول أن يقوم بجميع اعمال الصيانة على حسابه الخاص أذا رأى المهندس أن هذه الاعمال نتيجة استعمال مواد او مهارة عمل لا تتفق وأحكام المقاولة أو نتيجة اهمال المقاول او عجزه عن مراعة اية التزامات منصوص عليها صراحة او ضمنا [٤].

وفي التشريع العراقي قد نصت المادة ١٤٦ من القانون المدني العراقي المرقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ بأنه (اذا نفذ العقد كان لازما ولا يجوز لأحد العاقدين الرجوع عنه ولا تعديله الا بمقتضى نص في القانون او بالتراضي)[٥].

المطلب الثالث : التزام المتعاقد بنقل التكنولوجيا للمرفق

يعتبر الركن الاساسي من الركائز المهمة لهذه العقود حيث ان اغلب الدول النامية تذهب الى القطاع الخاص لغرض تمويل المشاريع في الدولة وتعد من عناصر الانتاج الجوهرية والعنصر الحاسم وان التطور التكنولوجي عامل مهم في التنمية الاقتصادية وان اكثر الشركات العالمية التي تمتلك اكثر من ٨٠% من الاختراعات الحديثة والتكنولوجيا تحتكرها لنفسها [٦].

وتعتمد هذه الشركات تركيز النشاطات والبحث والتطويل في الشركة الام فقط حيث ان هذه الشركات تكون بحيازتها خرائط واسرار الانتاج وكيف عمل صيانة للمشاريع ومستندات مهمة تتعلق بالطريقة التي يجب ان تتبع لتشغيل المشاريع ويكون نقل التكنولوجيا للفنيين من خلال

---

[۱] – النعيمي ، ابو بكر ، عقود البوت ومتطلبات تطبيقها في العراق ، مجلة الرافدين للحقوق ، المجلد ١٠ ، العدد ٣٨ ، جامعة الموصل ، الموصل ، ٢٠٠٨ ، ص٣٧٧ .

[۲] – القانون المدني العراقي المرقم ٤٠ ، بغداد ، ١٩٥١ ، المادة ١٥٠ .

[۳] – مشتت ، النظام القانوني لعقود المشاركة بين القطاعين العام والخاص دراسة مقارنة ، ص٢٢٥ .

[٤] – الشروط العامة لمقاولات اعمال الهندسة المدنية ، منشورات وزارة التخطيط ، بغداد ، ٢٠٠٢ ، ص٥٧ .

[٥] – القانون المدني العراقي المرقم ٤٠ ، بغداد ، ١٩٥١ ، المادة ١٤٦ .

[٦] – عبد السلام ، رضا ، نهاية التاريخ نحو اطار اسلامي عالمي للنشاط الاقتصادي ، ط١ ، دار ومكتبة الاسراء للنشر ، القاهرة ، ٢٠٠٥ ، ص٣٨ .

المعلومات التي تقدمها لهم هذه الشركات ويجب على الشركات تدريب اليد العاملة الوطنية معهم في المشروع ويكون ذلك من خلا تدريسهم على كيفية استخدام الاساليب المتطورة بحيث تستطيع اليد العاملة الوطنية تشغيل المشروع بالتكنولوجيا المتطورة ويلزم صاحب المشروع بأن يستخدم افضل واحدث الطرق في البناء وتدريب العاملين لانها تعتبر عقود لنقل التكنولوجيا [1].

ويدور مضمون عقود نقل التكنولوجيا حول فكرة التكنولوجيا ونقلها والغاية منها بهدف الوصول الى مستوى من التطور ولغرض الوصول الى هذا الهدف كان لابد من ايجاد الوسائل اللازمة لنقل تلك المعرفة بصورة قانونية تتوازن من خلالها حقوق والتزامات الطرفين قدر الامكان وكان عقد نقل التكنولوجيا احد تلك الوسائل واهمها [2].

ويحقق الالتزام بنقل التكنولوجيا لكل من طرفي العقد مصلحة تتجلى بالنسبة للدولة المتعاقدة بانها ستكون مدخلا للحصول على التكنولوجية المتقدمة ،اما بالنسبة لشركة المشروع فتقدم لها مصلحة جدية في نقل التكنولوجيا الحديثة حيث تسهل لها ادارة المرفق وتحصيل اكبر قدر من الفوائد والارباح من خلال تقليل الاعتماد على الايدي العاملة والمساعدة في تقديم خدمة مرتفعة المستوى [3].

ويمكن بيان اهمية تقرير هذا الالتزام بالنسبة للمشاريع المنفذة عن طريق عقود المشاركة من خلال القول بأنه وسيلة يتم من خلالها توظيف المهارات والمعرفة اللازمة لتجهيز الانتاج او انشاء مرافق انتاج جديدة او العمل على توسعتها او تحديث القائم منها [4].

كما تعود اهمية هذا الالتزام الى ان نقل التكنولوجيا يعد احد الركائز الاساسية التي قد تدفع الدول خصوصا النامية منها الى اللجوء الى القطاع الخاص لتمويل وانشاء مشاريعها ازاء احتكار التكنولوجيا المتقدمة من جانب شركات دولية النشاط والتي بدورها تمتلك اكثر من (٨٠%) من الابتكارات التكنولوجية والاختراعات الحديثة ويتمحور مضمون هذا الالتزام بقيام المتعاقد او شركة المشروع بنقل معلومات فنية من شأنها تحقيق تنمية للمشروع وذلك بجلب واستخدام الطرق الفنية الحديثة في تجهيز المشروع وادارته ، وسعيا وراء قيام المتعهد بتنفيذ التزامه كاملا لابد من ضمان توافر شروط معينة في التكنولوجيا المنقولة الا وهي كون المعرفة الفنية الحديثة تتواكب مع احدث التقنيات الموجودة في العالم سواء كان ذلك في المعدات أو وسائل الانتاج او نظم الادارة [5].

كما حرص المشرع العراقي على تأكيد هذا الالتزام في المادة (٢/اولا) من قانون الاستثمار رقم (١٣) لسنة ٢٠٠٦ المعدل وذلك في معرض تحديده أهداف قانون الاستثمار ، اذ ورد في المادة المذكورة بان يهدف هذا القانون الى : اولا:- تشجيع الاستثمارات ونقل التقنيات الحديثة للاسهام في عملية تنمية العراق وتطويره وتوسيع قاعدته الانتاجية والخدمية وتنويعها [6].

---

[1] – عيسى ، نقل التكنولوجيا دراسة في الآليات القانونية للتبعية الدولية ، ص٤٢ .

[2] – المولى ، نداء كاظم ، الاثار القانونية لعقود التجارة الدولية لنقل التكنولوجيا ، اطروحة دكتوراه ، جامعة بغداد ، كلية القانون ، بغداد ، ١٩٩٦ ، ص١٢ .

[3] – نصار ، عقود البوت والتطوير الحديث لعقد الالتزام دراسة نقدية للنظرية التقليدية ، ص١٥١ .

[4] – اسماعيل ، المشكلات القانونية التي يثيرها عقد البوت وكيفية حل المنازعات الناشئة عنها ، ص١٩٩

[5] – البهجي ، عقود الشراكة الطريق لبناء الدولة الحديثة ، ص١٦١

[6] – قانون الاستثمار العراقي المرقم ١٣ ، بغداد ، ٢٠٠٦ ، المادة ٢ .

كما اكدت الفقرة الثانية من المادة (٣٠) من نظام الاستثمار رقم (٢) لسنة ٢٠٠٩ على مراعاة هذا الجانب بقولها "تراعي الهيأة عند منح اجازة الاستثمار للمستثمر ما يأتي ".ثانيا:- استخدم مستوى متطور من التكنولوجيا الحديثة [١] .

أما ضوابط ابرام عقود المشاركة بين الشركات العامة العراقية والشركات الخاصة الاخرى فقد تبنت هي الاخرى النص على هذا الالتزام ، إذ ورد فيها تحديد عدة اهداف للمشاركة منها نقل التكنولوجيا وتطوير امكانيات الشركات العامة في ممارسة نشاطها والدخول في منتجات جديدة [٢] .

مع العرض ان المادة (٨٦) من قانون التجارة المصري رقم (١٧) لسنة ١٩٩٩ قد حملت المعنى المتقدم ذاته ، إذ نصت على أنه "يجوز لكل من طرفي عقد نقل التكنولوجيا بعد انقضاء خمس سنوات من تاريخ العقد أن يطلب انهاء او اعادة النظر في شروطه بتعديلها بما يلائم الظروف الاقتصادية العامة القائمة. [٣].

ويتفرع عن التزام شركة المشروع بنقل التكنولوجيا مسألة تدريب العاملين في الجهة العامة المتعاقدة , ويعد هذا الالتزام مهما في نطاق عقود المشاركة حتى يستطيع العاملون المحليون ان يقوموا مستقبلا بمهمة ادارة وتشغيل هذا المرفق بعد نقل المرفق للدولة في نهاية مدة العقد [٤] .

ومقتضى هذا الالتزام ان تقوم شركة المشروع بتدريب العاملين المحليين فيما يتعلق بالمشروع محل العقد بتزويدهم بالثقافة الفنية والعلمية اللازمة، ويجب البدء في برامج التدريب في مواعيد مناسبة ، ولا يجب ان يقتصر الالتزام بالتدريب على المكلفين بالقيام بوظيفة الاشراف والرقابة فقط[٥] .

الخاتمة

اولا : النتائج

١- تعد عقود المشاركة من الأساليب الحديثة التي يلجأ إليها القطاع العام من خلال إبرام عقد بينه وبين القطاع الخاص بموجبه يتعهد الأخير بتمويل وإنشاء وتشغيل وصيانة احد مشروعات البنية الأساسية وما سواها الموكل في الأصل للقطاع العام القيام بها واقتسام المخاطر الناجمة عن العقد بينهما مقابل مبالغ مالية دورية تلتزم الجهة العامة المتعاقدة بتأديتها إلى المتعاقد معها طوال مدة العقد.

٢- لا يقتصر إبرام عقود المساعدة الفنية المتضمنة نقل التكنولوجيا أو الترخيص باستعمال طريقة معينة للإنتاج على القطاع الخاص الأجنبي وإنما قد تبرم مع القطاع الخاص المحلي إذا ما توافرت لدية الإمكانات والقدرات التكنولوجية اللازمة ، ولا أدل على ذلك من تأكيد قرار

---

[١] - نظام الاستثمار العراقي المرقم ٢ ، بغداد ، ٢٠٩ ، المادة ٣٠ .

[٢] - ضوابط ابرام عقود المشاركة بين الشركات العامة العراقية والشركات الخاصة الاخرى ، بغداد ، ٢٠١٣ .

[٣] - قانون التجارة المصري المرقم ١٧ ، القاهرة ، ١٩٩٩ ، المادة ٨٦ .

[٤] - النعيمي ، الاساليب الحديثة لمشاركة القطاع الخاص في تنفيذ مرافق البنية التحتية ، ص١٦٧ .

[٥] - عشماوي ، شكري رجب وآخرون ، نظام البناء –التشغيل ، نقل الملكية (B.O.T) لتمويل وإدارة وتحديث مشروعات البنية الأساسية ، الدار الجامعية ، الإسكندرية ، ٢٠٠٧ص١٠٤ .

مجلس الوزراء رقم (٤٩٢) لسنة ٢٠١٣ على أهداف المشاركة والتي منها نقل التكنولوجيا وتطوير إمكانيات الشركات العامة سواء كانت المشاركة مع شركات محلية أم عربية أم أجنبية .

٣- تفترق عقود المشاركة عن غيرها من النظم القانونية الأخرى كعقد البوت وعقد الإشغال العامة ومرد هذا الاختلاف يعود بصورة رئيسية إلى المقابل المالي الذي يحصل عليه المتعاقد في عقود المشاركة إذ يحصل الأخير في عقود المشاركة على حقوقه المالية بصورة مجزأة طوال مدة العقد . في حين تؤدي هذه الحقوق المالية في عقود الإشغال في صورة ثمن تدفعه الجهة العامة المتعاقدة للمتعاقد معها نظير تنفيذه للأعمال المطلوب منه انجازها أما الثمن في عقود البوت فيتخذ صورة رسوم يتم تحصيلها من جمهور المنتفعين بخدمات المرفق .

ثانيا : التوصيات

١- نقترح على المشرع العراقي إن ينظم أحكام عقود المشاركة بين القطاعين العام والخاص في قانون خاص بها يضع الأسس العامة التي تقوم عليها هذه العقود من حيث أطرافها وشروط اللجوء إليها ، أثارها وما تتضمنه من حقوق والتزامات لكلا الطرفين فضلا عن طرق انقضاؤها ، إيمانا من إن الوصول إلى الاستفادة القصوى من هذه العقود يرتبط حتما بإيجاد المناخ القانوني الذي يتناسب معها بحسبانها وسيلة مهمة للتمويل في نطاق مشروعات البنية الأساسية والارتقاء بمستوى الخدمات والمرافق العامة .

٢- ندعو المشرع العراقي إلى العمل على تطوير التشريعات الخاصة بالاستثمار من ذلك قانون الاستثمار رقم (١٣) لسنة ٢٠٠٦ (المعدل) بما يوفر إطارا قانونا جاذبا للاستثمار ومحفزا له ، بالشكل الذي يجعله أكثر مواكبة لأساليب الاستثمار الحديثة من ذلك إضافة فقرة إلى ما ورد في المادة (٢) من قانون الاستثمار المذكور أنفا توجب على المستثمر إدخال تكنولوجيا للمشروع المراد تنفيذه بعد انقضاء مدة معينة من تاريخ العقد بما يتلائم مع الظروف الاقتصادية القائمة فضلا عن ذلك نقترح تعديل هذا القانون باتجاه تضمينه أحكاما تعالج موضوع المخاطر التي قد يتعرض إليها أطراف العقد وكيفية توزيعها بالشكل الذي يضمن سلامة تطبيق هذه العقود ومن ثم تحقيق الأهداف المرجوة منها .

٣- نرى من المستحسن النص على اتخاذ شركة المشروع التي تضطلع تنفيذ عقد المشاركة شكل شركة مساهمة نظرا للمزايا العديدة التي يتمتع بها هذا النوع من الشركات لاسيما إذا كانت الشركات الداخلة في المشاركة هي شركات مساهمة فلا يجوز إن تتحول إلى شركات أخرى عملا بأحكام المادة (١٥٣) من قانون الشركات رقم (٢١) لسنة ١٩٩٧ (المعدل) .

قائمة المصادر

1. أبو العزم ، محمود محمد ، النظام القانوني لبيع الوحدات السكنية تحت الإنشاء دراسة مقارنة ، أطروحة دكتوراه ، جامعة طنطا ، كلية الحقوق ، القاهرة .
2. بدران ، محمد محمد ، التنظيم القانوني لمشروعات البوت ، ط١ ، دار النهضة العربية للنشر والتوزيع ، القاهرة ، ٢٠٠٤ .
3. البريكي ، مطر بن حمد ، الاطار القانوني لعقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص والتحكيم في منازعاتها ، ط١ ، دار النهضة العربية للنشر والتوزيع ، القاهرة ، ٢٠٢٢ .

4. البشير ، محمد طه وآخرون ، الحقوق العينية الاصلية ، ط١ ، مكتبة السنهوري للطباعة والنشر ، بغداد ، ٢٠١٢ ، .

5. البهجي ، عصام ، عقود الشراكة الطريق لبناء الدولة الحديثة ، ط١ ، دار الجامعة الجديدة للنشر والتوزيع ، الاسكندرية ، ٢٠٠٨ .

6. حامد ، ماهر محمد ، النظام القانوني لعقد البوت ، ط١ ، دار النهضة العربية للنشر والتوزيع ، القاهرة ، ٢٠٠٥ .

7. حصايم ، سميرة ن عقود الشراكة اطار لاستقبال القطاع الخاص في مشاريع البنية التحتية ، رسالة ماجستير ، جامعة مولود معمري ، كلية الحقوق ، الجزائر ، ٢٠١١ .

8. حمادة ، حمادة عبد الرازق ، عقود الشراكة (PPP) ، ط١ ، دار الجامعة الجديدة للنشر والتوزيع ، الإسكندرية ، ٢٠١٤ .

9. حمادة ، حمادة عبد الزراق ، التنظيم القانوني لعقود المشاركة في مشروعات البنية الأساسية والمرافق العامة ، دار الجامعة الجديدة ، الإسكندرية ، ٢٠١٣ ، .

10. الدوري ، محمد جابر ، مسؤولية المقاول والمهندس في مقاولات البناء والمنشآت الثابتة بعد انجاز العمل وتسليمه دراسة مقارنة ، ط١ ، المكتبة المركزية للنشر والتوزيع ، بغداد ، ١٩٨٥ .

11. زهرة ، محمد المرسي ، بيع المباني تحت الإنشاء دراسة مقارنة ، ط١ ، منشورات جامعة الكويت ، الكويت ، ١٩٩٩ .

12. سري الدين ، هاني صلاح ، التنظيم القانوني والتعاقدي لمشروعات البنية الأساسية الممولة عن طريق القطاع الخاص ، ط١ ، دار النهضة العربية للنشر ، القاهرة ، ٢٠٠١ .

13. السعيدي ، باسم محمد خضر ، النظام القانوني لعقد تسليم المفتاح ، رسالة ماجستير ، جامعة بابل ،كلية القانون ، بابل ، ٢٠١٠ .

14. شرف الدين ، احمد ، اصول الصياغة القانونية للعقود ، ط١ ، دار الجامعة الجديدة للنشر والتوزيع ، الاسكندرية ، ٢٠٠٠ .

15. شرف الدين ، احمد ، طرق ازالة المعوقات القانونية للاستثمار ، ط١ ، دار النهضة العربية للنشر والتوزيع ، القاهرة ، ١٩٩٣ .

16. الشروط العامة لمقاولات اعمال الهندسة المدنية ، منشورات وزارة التخطيط ، بغداد ، ٢٠٠٢ .

17. شنب ، محمد لبيب ، دروس في نظرية الالتزام مصادر الالتزام ، ط١ ، دار النهضة العربية للنشر والتوزيع ، القاهرة ، ١٩٨٩ .

18. ضوابط ابرام عقود المشاركة بين الشركات العامة العراقية والشركات الخاصة الاخرى ، بغداد ، ٢٠١٣ .

19. عبد الرحمن ، هدى محمد ، حقوق والتزامات طرفي عقد الشراكة ، مجلة العلوم القانونية ، المجلة ٣٨ ، العدد ١ ، جامعة بغداد ، بغداد ، ٢٠٢٣ .

20. عبد السلام ، رضا ، نهاية التاريخ نحو اطار اسلامي عالمي للنشاط الاقتصادي ، ط١ ، دار ومكتبة الاسراء للنشر ، القاهرة ، ٢٠٠٥ .

21. عجيل ، لفتة هامل ، المختار من قضاء محكمة التمييز الاتحادية ، مطبعة الكتاب للنشر والتوزيع ، بغداد ، ٢٠١٣ ،

22. عشماوي ، شكري رجب وآخرون ، نظام البناء –التشغيل ، نقل الملكية (B.O.T) لتمويل وإدارة وتحديث مشروعات البنية الأساسية ، الدار الجامعية ، الإسكندرية ، ٢٠٠٧ .

23. علي ، جابر محجوب ، خدمة ما بعد البيع في المنقولات الجديدة دراسة مقارنة ، ط١ ، منشورات جامعة الكويت ، الكويت ، ٢٠٠٥ .

24. علي ، عقد بيع المباني تحت الإنشاء دراسة قانونية مقارنة ، ط١ ، منشورات زين الحقوقية ، بيروت ، ٢٠١٨ .

25. عيسى ، حسان ، نقل التكنولوجيا دراسة في الآليات القانونية للتبعية الدولية ، ط١ ، دار الشروق للنشر والتوزيع ، القاهرة ، ٢٠٠٤ .

26. غائم ، اسماعيل ، النظرية العامة للالتزام احكام الالتزام والاثبات ، ط١ ، مكتبة عبد الله وهبة للنشر والتوزيع ، القاهرة ، ١٩٩٩ .

27. الفضلي ، جعفر ، الوجيز في العقود المدنية البيع والإيجار والمقاولة ، ط١ ، دار العاتك لصناعة الكتاب ، القاهرة ، ٢٠١٢ .

28. قاسم ، صافي احمد ، الطبيعة القانونية لعقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص ، ط١ ، دار النهضة العربية للنشر والتوزيع ، القاهرة ، ٢٠١٦ .

29. قانون الاستثمار العراقي المرقم ١٣ ، بغداد ، ٢٠٠٦ .

30. قانون التجارة المصري المرقم ١٧ ، القاهرة ، ١٩٩٩ .

31. القانون المدني العراقي المرقم ٤٠ ، بغداد ، ١٩٥١ .

32. القانون المدني المصري المرقم ١٣١ ، القاهرة ، ١٩٤٨ .

33. قانون المشاركة المصري المرقم ٦٧ ، القاهرة ، ٢٠١٠ .

34. قانون المشاركة المصري المرقم ٦٧ ، القاهرة ، ٢٠١٠ .

35. قبلان ، علي عبد الامير ، اثر القانون الخاص على العقد الإداري ، ط١ ، مكتبة زين الحقوقية ، بيروت ، ٢٠١١ .

36. قرار محكمة استئناف بغداد الاتحادية المرقم ٤٨ ، بغداد ، ٢٠١٤ .

37. قرار محكمة استئناف بغداد الرصافة المرقم ١٢٠ ، بغداد ، ٢٠١٤ .

38. قرار محكمة التمييز الاتحادية المرقم ١٢٠ ، بغداد ، ٢٠١٥

39. قرار محكمة التمييز الاتحادية المرقم ١٣ ، بغداد ، ١٩٨٧ .

40. قرار محكمة التمييز العراقية المرقم ١٠٤ ، بغداد ، ٢٠١٣ .

41. الكيلاني ، محمود ، عقود التجارة الدولية في مجال نقل التكنولوجيا دراسة مقارنة ، منشأة المعارف للنشر ، الاسكندرية ، ١٩٨٨ .

42. اللهيبي ، ياسر سبهان ، التنظيم القانوني لعقد التحديث والتملك والتشغيل دراسة مقارنة ، ط١ ، دار الفكر الجامعي للنشر والتوزيع ، الاسكندرية ، ٢٠١٤ .

43. مبارك ، سعيد وآخرون ، الموجز في العقود المسماة ، ط١ ، دار الحكمة للطباعة والنشر ، بغداد ، ١٩٩٣ .

44. المشاهدي ، ابراهيم ، المبادئ القانون في قضاء محكمة التمييز ، مطبعة العمال المركزية للنشر والتوزيع ، بغداد ، ١٩٨٨ .

45. مشتت ، جنان جاسم ، النظام القانوني لعقود المشاركة بين القطاعين العام والخاص دراسة مقارنة ، اطروحة دكتوراه ، جامعة بغداد ، كلية القانون ، بغداد ، ٢٠١٦ .

46. المعموري ، يوسف سعدون ، التنظيم القانوني لعقد الصيانة في مشروعات البنية الأساسية دراسة مقارنة ، المركز العربي للدراسات ، القاهرة ، ٢٠٢٠ .

47. المعموري ، يوسف سعدون ، حماية المشتري في عقد بيع عقار تحت الانشاء ، ط١ ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، ٢٠١٦ .

48. المولى ، نداء كاظم ، الاثار القانونية لعقود التجارة الدولية لنقل التكنولوجيا ، اطروحة دكتوراه ، جامعة بغداد ، كلية القانون ، بغداد ، ١٩٩٦ .

49. ناصيف ، ألياس موسوعة العقود المدنية والتجارية ، ط١ ، دار النهضة العربية للنشر والتوزيع ، القاهرة ، ٢٠٠٠ .

50. نصار ، جاد جابر ، عقود البوت والتطوير الحديث لعقد الالتزام دراسة نقدية للنظرية التقليدية ، ط١ ، دار النهضة العربية للنشر ، القاهرة ، ٢٠٠٢ .

51. نظام الاستثمار العراقي المرقم ٢ ، بغداد ، ٢٠٩ .

52. النعيمي ، ابو بكر ، عقود البوت ومتطلبات تطبيقها في العراق ، مجلة الرافدين للحقوق ، المجلد ١٠ ، العدد ٣٨ ، جامعة الموصل ، الموصل ، ٢٠٠٨ .