



جمهورية العراق
وزارة التعليم العالي والبحث العلمي
معهد العلمين للدراسات العليا

المتطلبات

القانونية لعقبات التشغيل المشترك

رسالة قَدَمها الطالب
عيسى عبد الجبار إسماعيل
الى مجلس معهد العلمين للدراسات العليا
وهي جزء من متطلبات نيل درجة الماجستير في القانون العام

بإشراف
الدكتور غازي فيصل مهدي
أستاذ القانون الإداري

قال الله سبحانه وتعالى في القرآن الكريم

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ
{ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ ... }

[المائدة : 1]

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ
{ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ ... }

[النساء : 29]

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ
{ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا تَدَايَنْتُمْ بِدِينٍ إِلَى أَجَلٍ مُسَمًّى فَاكْتُبُوهُ وَلْيَكْتُبَ بَيْنَكُمْ كَاتِبٌ بِالْعَدْلِ ... }

[البقرة : 282]

قال نبينا محمد (ص)

{ المسلمون عند شروطهم إلا شرطاً حرم حلالاً أو أحل حراماً }

{ لا إيمان لمن لا أمانة له ولا دين لمن لا عهد له }

صدق رسول الله

الشكر والامتنان

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

{...قَالَ رَبِّ أَوْزِعْنِي أَنْ أَشْكُرَ نِعْمَتَكَ الَّتِي أَنْعَمْتَ عَلَيَّ وَعَلَى وَالِدَيَّ وَأَنْ أَعْمَلَ صَالِحًا تَرْضَاهُ وَأَصْلِحْ لِي فِي ذُرِّيَّتِي إِنِّي تُبْتُ إِلَيْكَ وَإِنِّي مِنَ الْمُسْلِمِينَ}

[الأحقاف : 15]

صدق الله العلي العظيم

الحمد لله على سبوغ نعمائه حمداً يوافق رضاه , والحمد لله الذي من عليّ بفضلله ونعمته وعلى عونه لي وتوفيقه إياي في إعداد هذا البحث , وقد زادني اعتزازاً أن يكون تحت إشراف أستاذي الفاضل الدكتور غازي فيصل مهدي الذي كان لأرائه السديدة ولسعة صدره الأثر الواضح في إثراء هذا البحث بخبرة السنين وإعداده ليبصر النور بشكله الحالي , واني أتقدم تقديراً وإجلالاً لشخصه الكريم للجهود العلمية التي بذلها وجاه الله عن خير جاء المحسنين .

كما لا يفوتني في هذا المقام إلا ان أتقدم بخالص شكري وتقديري الى جميع أساتذتي الأفاضل في معهد العلمين للدراسات العليا الذين بذلوا جهودهم وأناروا طريقنا بعلومهم ولم ييخلوا علينا المعلومة تيمناً بحديث الرسول الأكرم (ص) ((زكاة العلم تعليمه)) .

ختاماً أتقدم بالشكر الى جميع من كان له الفضل عليّ ولمن كان عوناً لي في إتمام هذه الرسالة وساعدني بالحصول على المصادر واخص بالذكر الأستاذ كريم غنام والأستاذ نزار محمد والأستاذ عامر عبد الجبار والله الحمد أولاً وآخراً .

ج الإهداء

إلى والديّ الأعزاء...

إلى من رباني وعلمني...

إلى الأم العطوف والأب الرؤوف...

إلى من تعلمت منهم الحرف الأول...

أتقدم لهما بهذا العمل البسيط عرفانا مني وشهادة عز و فخر بانتمائي اليهم فهم سبب وجودي وما حصلت عليه وما وصلت اليه إلا بجهودهم وسهرهم وتضحياتهم فهم من علمني الحرف الأول وأعطاني من دروس الحياة ما كانت سراجا منيرا أضاءت لي طريق الهداية ...

الى زوجتي وأولادي ...عائلتي الجميلة التي من الله علي بها وجعلهم امتدادا وبقاءً لذكري في هذه الدنيا ...

الى كل من ساعدني وأعانني وسهل لي مهمتي ...

أتقدم للجميع بإهداء هذا العمل البسيط عرفانا مني لهم

عيسى عبد الجبار إسماعيل

J.

المكتبة
الحديثة

الفصل الأول

التعريف بعقد التشغيل المشترك

الموضوع	الصفحة
الفصل الأول	التعريف بعقد التشغيل المشترك ٥٧ - ٦
المبحث الأول	تعريف عقد التشغيل المشترك ٢٤ - ٦
المطلب الأول	تعريف عقد التشغيل المشترك لغةً واصطلاحاً ٧
الفرع الأول	التعريف اللغوي لعقد التشغيل المشترك ٧
الفرع الثاني	التعريف الاصطلاحي لعقد التشغيل المشترك ٨
المطلب الثاني	أنواع عقد التشغيل المشترك ١٤
الفرع الأول	عقود التشغيل المشترك مع شركاء محليين ١٤
الفرع الثاني	عقود التشغيل المشترك مع شريك أجنبي ١٦
المطلب الثالث	أهمية عقد التشغيل المشترك ١٩
الفرع الأول	أهمية عقد التشغيل المشترك للدولة المضيفة ٢٠
الفرع الثاني	أهمية عقد التشغيل المشترك للشريك الملتزم (المستثمر) ٢٣
المبحث الثاني	الطبيعة القانونية لعقد التشغيل المشترك ٤٢ - ٢٤
المطلب الأول	عقد التشغيل المشترك عقد إداري ٢٤
الفرع الأول	نشأة العقود الإدارية ٢٤
الفرع الثاني	معياري تمييز العقد الإداري ٢٦
المطلب الثاني	مدى اعتبار عقد التشغيل المشترك من العقود الإدارية الدولية ٣٥
الفرع الأول	تعريف العقد الإداري الدولي ٣٦
الفرع الثاني	دولية العقد بين المعيار القانوني والمعيار الاقتصادي ٣٨
الفرع الثالث	مدى تطابق معايير دولية العقد على عقد التشغيل المشترك ٤١
المبحث الثالث	خصائص عقد التشغيل المشترك وتمييزه عن العقود المشابهة ٥٧ - ٤٢
المطلب الأول	خصائص عقد التشغيل المشترك ٤٢
الفرع الأول	عقد التشغيل المشترك من العقود الإدارية والرضائية والملزمة للجانبين ٤٣
الفرع الثاني	عقد التشغيل المشترك من العقود القائمة على الاعتبار الشخصي وقصير المدة ٤٥
الفرع الثالث	عقد التشغيل المشترك من العقود المركبة والاستثمارية ٤٧

التنظيم القانوني لعقد التشغيل المشترك

المطلب الثاني	تميز عقد التشغيل المشترك عن العقود المشابهة	٥٠
الفرع الأول	عقد التشغيل المشترك وعقد التزام المرافق العامة	٥١
الفرع الثاني	عقد التشغيل المشترك وعقد البوت	٥٣
الفرع الثالث	عقد التشغيل المشترك وعقد المشاريع المشتركة وعقد PPP	٥٦

الفصل الثاني

إجراءات التعاقد بنظام التشغيل المشترك وآثاره

الصفحة	الموضوع	
١٠٠ - ٥٨	إجراءات التعاقد بنظام التشغيل المشترك وآثاره	الفصل الثاني
٧١ - ٥٨	إجراءات التعاقد بنظام التشغيل المشترك	المبحث الأول
٥٩	التحضيرات والمراحل التمهيدية قبل البدء بإجراءات التعاقد	المطلب الأول
٦٠	الدوافع للتعاقد بنظام التشغيل المشترك	الفرع الأول
٦٢	تحديد المشروع القابل للتعاقد بنظام التشغيل المشترك	الفرع الثاني
٦٤	المراحل السابقة على إبرام العقد	المطلب الثاني
٦٤	مرحلة دراسة الجدوى الاقتصادية والفنية	الفرع الأول
٦٦	مرحلة المفاوضات	الفرع الثاني
٦٨	اختيار الشريك الملتزم (المتعاقد)	الفرع الثالث
١٠٠ - ٧١	آثار عقد التشغيل المشترك على أطرافه	المبحث الثاني
٧٢	آثار عقد التشغيل المشترك بالنسبة للسلطة المتعاقدة	المطلب الأول
٧٣	حقوق السلطة المتعاقدة (الإدارة) في عقود التشغيل المشترك	الفرع الأول
٨٦	التزامات السلطة المتعاقدة (الإدارة) في عقود التشغيل المشترك	الفرع الثاني
٨٧	آثار عقد التشغيل المشترك بالنسبة للشريك الملتزم	المطلب الثاني
٨٨	حقوق المتعاقد مع الإدارة في عقود التشغيل المشترك	الفرع الأول
٩٥	التزامات المتعاقد مع الإدارة في عقود التشغيل المشترك	الفرع الثاني

الفصل الثالث

نهاية عقد التشغيل المشترك وآلية تسوية المنازعات الناشئة عنه

الموضوع	الصفحة
الفصل الثالث	نهاية عقد التشغيل المشترك وآلية تسوية المنازعات الناشئة عنه ١٤٧ - ١٠١
المبحث الأول	نهاية عقد التشغيل المشترك ١١٧ - ١٠١
المطلب الأول	نهاية عقد التشغيل المشترك بالطرق الطبيعية (الاعتيادية) ١٠٢
المطلب الثاني	نهاية عقد التشغيل المشترك بالطرق غير الطبيعية (المبتسرة) ١٠٥
الفرع الأول	استرداد المرفق العام (الالتزام) في عقد التشغيل المشترك ١٠٥
الفرع الثاني	فسخ عقد التشغيل المشترك ١٠٩
الفرع الثالث	إسقاط الالتزام في عقد التشغيل المشترك ١١٤
المبحث الثاني	آلية تسوية المنازعات الناشئة عن إبرام وتنفيذ عقد التشغيل المشترك ١٤٧ - ١١٧
المطلب الأول	الطرق البديلة لتسوية منازعات عقد التشغيل المشترك ١١٨
الفرع الأول	التفاوض (المفاوضات) ١٢٠
الفرع الثاني	التوفيق (الصلح) والوساطة ١٢٢
المطلب الثاني	التحكيم طريقة لتسوية منازعات عقد التشغيل المشترك ١٢٧
الفرع الأول	مفهوم التحكيم وتمييزه عن الأنظمة المشابهة له ١٢٨
الفرع الثاني	أساس التحكيم وطبيعته القانونية ١٣٢
الفرع الثالث	مدى مشروعية التحكيم في منازعات العقود الإدارية (الامتياز) ١٣٤
المطلب الثالث	التسوية القضائية لمنازعات عقود التشغيل المشترك ١٤٠
الفرع الأول	اختصاص القضاء الإداري بمنازعات عقود الامتياز ١٤٠
الفرع الثاني	ولاية المحاكم العراقية في منازعات عقود الامتياز ١٤٤

المقامة
الفرحانية

المقدمة

إن الإدارة عندما تبأشر نشاطها بغية تحقيق أهدافها فالمعروف إنها تستعمل الأدوات اللازمة لذلك ، ومن هذه الأدوات هي التصرفات القانونية التي تجريها الإدارة وتقصد بها إحداث آثار قانونية ، ومن هذه التصرفات ما تقوم به الإدارة من جانب واحد وإرادتها المنفردة وتشمل القرارات الإدارية ، أو أن تتمثل بالأعمال القانونية الصادرة عن الإدارة بالاشتراك مع الغير والتي تجد الإدارة نفسها مضطرة لتحقيق ما تسعى إليه إلى أن تتحد إرادتها مع إرادة أو إرادات أخرى لينتج عن ذلك عقد بين الإدارة وغيرها ، بحيث تتوافق الإرادتان وتتجهان نحو إحداث أثر قانوني معين ، ولجوء الإدارة إلى اتباع هذا الأسلوب لتحقيق هدفها في تسيير المرافق العامة وإشباع الحاجات العامة وهذا ما يطلق عليه بالعقود الإدارية .

إن العقد الذي تبرمه الإدارة مع الغير سواء كان شخصاً طبيعياً أو معنوياً لا يختلف مفهومه عن العقد المدني الذي يبرمه الأفراد فيما بينهم ، إذ أن كلاً منهم يقوم على أساس توافق إرادتين بقصد القيام بالتزامات متقابلة ، والقاعدة أن للإدارة هدفاً متفقاً عليه وتسعى لتحقيقه ألا وهو الصالح العام في حين أن المتعاقد معها وهو في الغالب الأعم أفراد القانون الخاص يسعى لتحقيق صالحه الخاص ، ولما كان المنطق يتجه إلى أن يكون الصالح العام أفضل وأهم وأولى بالرعاية من الصالح الخاص فقد ترتب على ذلك أن تكون إرادة من يسعى لتحقيقه أعلى من إرادة الطرف الذي يسعى لتحقيق صالحه الخاص، ومن هنا جاء الاختلاف بين العقد الإداري والعقد المدني من حيث النظام القانوني الذي يخضع له كل منهما بالرغم من أنه يستلزم في كلا العقدتين توافر الأركان العامة المتمثلة بالرضا والمحل والسبب ، ومرجع هذا الاختلاف أن الإدارة تبرم العقد بوصفها سلطة عامة تتمتع بامتيازات لا تتوافر للمتعاقد معها وذلك بهدف تحقيق أهداف وأغراض المرفق العام الذي من أجله تم إبرام العقد ، والسبب أن الإدارة تمثل جانب الجمهور ولا بد لها من سلطات واسعة اتجاه المتعاقد معها بما يضمن لها سير المرفق العام وتحقيق النفع العام ، ولها في سبيل تحقيق ذلك حق تعديل العقد أو الرقابة والأشراف على تنفيذه ، كما لها الحق في فرض الجزاءات على المتعاقد معها ، وفسخ العقد بإرادتها المنفردة وغيرها من الحقوق التي تستمدّها من المرفق العام نفسه وفكرة السلطة العامة للدولة.

وتسعى الإدارة من أجل تحقيق الرفاهية للمواطنين عن طريق إقامة المشروعات الخدمية العامة لتقديم خدماتها بشكل أفضل ، فقد سعت الدول على اختلاف مذاهبها السياسية والاقتصادية إلى تحقيق التقدم الاقتصادي وتحقيق المنفعة العامة لمواطنيها ، عن طريق إبرام العقود الإدارية مع بعض الشركات سواء الوطنية أو الأجنبية في تنفيذ مشروعاتها العامة ، وتأمين استمرارية المرافق العامة وتحقيق المصلحة العامة.

وتعد عقود الامتياز ، ومن بينها عقد التشغيل المشترك من ابرز وأهم العقود الإدارية ، وقد تحددت طبيعته الإدارية وفقاً لمقوماته الذاتية التي ميزته تماماً عن أي عقد إداري آخر ، سواء لموضوعه أو لاتصاله المباشر بالمرافق العام أو لشروطه المتميزة والتي تهدف الى تحقيق أهداف الإدارة ، ولا سيما أنها تساعد على إنشاء البنية الأساسية للدولة ، وتقدم الخدمة المطلوبة من دون ان تتكبد الدولة نفقات هذه المشاريع ، كما وتساعد على تطوير تلك المشروعات وتحديثها مع إقامتها على أفضل حال لا سيما وان الهدف من إبرام تلك العقود يكون مناطه تحقيق المصلحة العامة.

إن التطور الحاصل في الخطط الاستثمارية للبلدان كافة ، ومنها البلدان النامية دفع حكومات هذه الدول الى اللجوء الى طريقة الامتياز في إنشاء وإدارة وتشغيل المرفق العام او تشغيل وإدارة المرافق القائمة سواء كان هذا المرفق خدمياً يتعلق (بالكهرباء - الصحة - النقل - الاتصالات) أو يتعلق بجانب الاستثمارات للموارد الطبيعية ومنها النفط والغاز وغيرها ، هذا التوجه لعقد الامتياز قد أوجد نظاماً متطوراً آخر لعقد الامتياز ، وهو الامتياز بعقود التشغيل المشترك خاصة عندما لا يكون بمقدور الدول النامية تأسيس البنى التحتية لمؤسساتها لعجزها من الناحية المادية والفنية.

ويمنح عقد التشغيل المشترك عن طريق إحدى الجهات الإدارية التابعة للدولة لإحدى شركات القطاع الخاص سواء كانت وطنية أو أجنبية ، بهدف تشييد احد المرافق العامة من مالها الخاص ثم تشغيله وإدارته ، أو تشغيل وإدارة مرفق عام قائم ، أو تشغيله فقط مع إكمال نواقصه وتجهيزه بالمعدات والآلات والتكنولوجيا الحديثة من أجل استرداد ما أنفقته الشركة من أموال ، وتحقيق الربح من المشروع خلال مدة إدارته ، مع الالتزام بإعادة المرفق العام في نهاية مدة التعاقد بحالة جيدة الى الجهة مانحة الامتياز بغير مقابل ، وبما ان الهدف الأساسي من هذا النوع من العقود هو تحقيق المصلحة العامة كان لابد لها من التمتع بسلطات واسعة اتجاه الشريك الملتزم .

وإزاء الأهمية الخاصة لعقود التشغيل المشترك وتأثيرها الإيجابي على اقتصاد العراق بصورة عامة وتقديم الخدمات للمواطنين بصورة خاصة ، لذا ارتأينا ان نبحث في رسالتنا هذه التنظيم القانوني لهذا النوع من العقود من خلال تجربة وزارة النقل بإبرام عقود التشغيل المشترك على اعتبار إنها صاحبة التجربة الأولى والرائدة باستخدام هذا النوع من التعاقد ، ولنجاح تجربة الوزارة ، اذ تم تحويل اغلب شركاتها من خاسرة الى رابحة مع تقديم افضل الخدمات وأكثرها تطوراً للمنتفعين من المرافق العامة التي تديرها مثل (الموانئ - الطيران - سكك الحديد - النقل البري والبحري والنهري والجوي للبضائع والمسافرين) إذ استطاعت من استقدام اكبر الشركات العالمية المتخصصة وإدخال رؤوس الأموال الأجنبية ، وسوف نركز برسالتنا على المدة ما بين عام ٢٠٠٩ و ٢٠١٠ باعتبار أنها المنطلق الأول لهذا النوع من التعاقد بالبحث في التنظيم القانوني له من خلال العقود التي أبرمتها وزارة النقل في هذه الفترة والضوابط التي أصدرتها

لتسهيل عملية التعاقد واعتبارها المرجع الذي تستند عليه شركاتها العامة بإجراءات التعاقد ومع الاستفادة من العقود التي أبرمتها شركات الوزارة بعد عام ٢٠١٠ والضوابط الصادرة عام ٢٠١٥، للوصول الى التنظيم القانوني الذي يحكم هذا النوع من التعاقد .

أهمية موضوع البحث :

تكمن أهمية موضوع الدراسة في ان عقد الامتياز بنظام التشغيل المشترك يعد من أهم العقود الإدارية التي تبرمها الإدارة لمساسه بحياة المواطنين سواء في مجال الخدمات العامة أو في مجال الاستثمارات الاقتصادية الأخرى ومنها قطاع النقل ،حيث يعد النقل العصب الرئيس للحياة الاقتصادية ومن دون تطور هذا القطاع فإنه ينعكس سلباً على جميع القطاعات ،خصوصاً و ان رغبة الدولة متوجهة حالياً نحو تشجيع الاستثمار في مختلف الجوانب بهدف إعادة بناء الأسس التحتية ، و حاجة العراق لمواكبة التطورات الاقتصادية من خلال فسخ المجال أمام القطاع الخاص ليقوم بدور فعال في عملية التنمية الاقتصادية ،و في الوقت نفسه جذب الاستثمارات الخاصة سواء كانت وطنية أو أجنبية ، وعلى الرغم من افتقار التشريعات الوطنية لتشريع ينظم التعاقد وفقاً لهذا النظام ومعرفة القواعد القانونية التي تحكمه ،فضلاً عن افتقار المكاتب القانونية في العراق لدراسات متخصصة ،إلا ان تجربة وزارة النقل للأعوام ٢٠٠٩ و ٢٠١٠ أثبتت نجاح هذا النوع من التعاقد بما انعكس إيجاباً على تطوير جميع المرافق العامة التابعة لوزارة النقل ويضاف اليها حجم المردودات المالية الضخمة التي حصلت عليها مما جعلها تتحول من شركات خاسرة الى شركات رابحة ، وقياساً على تجربة العراق من خلال هيئة الاستثمار وحجم ما خصص لها من إمكانيات مادية وتشريعات (قانون الاستثمار رقم ١٣ لسنة ٢٠٠٦ وتعديلاته) فإننا لم نر تجربة واحدة لإقامة مشاريع كبرى أو مشاريع استثمارية كبيرة باستثناء بعض المحاولات الخجولة التي أسفرت عن مشاريع لا تتناسب وحجم الإمكانيات التي رصدت لها والتي كلفت موازنة الدولة أموالاً طائلة ، وبالرغم من الاهتمام اللامحدود بهيئة الاستثمار على أمل أن تعود بفوائدها المستقبلية ، وبالرغم من ان هيئة الاستثمار منحت اكثر من ١١٤٠ إجازة استثمارية إلا أننا لم نقطف ثمار ذلك بمشروع استثماري كبير.

وللأهمية والمكانة البالغة التي يحظى بها عقد التشغيل المشترك كطريقة لتسيير المرافق العامة كونه يعمل على التقليل من أعباء الدولة المالية ، إذ يتحمل صاحب الامتياز إنشاء واستغلال المرفق العام ، كما ان له دوراً في إدخال التقنيات المعلوماتية والتكنولوجية للقطاع العام وتزويده بالوسائل اللازمة لسيره، وفي الوقت نفسه تحسين نوعية الخدمات العامة كماً وكيفاً وجعلها تتناسب مع المتطلبات الكبيرة والمتزايدة للمواطنين ، وبسبب النقص الواضح في التشريعات العراقية الخاصة بمثل هذا النوع من العقود إذ اقتصر على ضوابط صادرة عن وزارة النقل وقرار من مجلس الوزراء بالرقم ٤٩٢ لسنة ٢٠١٣ لتعميم هذه التجربة على شركات وزارة الصناعة وبقية الشركات العامة العاملة في بقية الوزارات مما يتطلب من

الحكومة العراقية إعداد تشريع متكامل وموحد ليحكم مثل هذه العقود ولاسيما ان أغلب هذه العقود يكون طرفها الآخر شريكاً أجنبياً ، مما دفعنا الى بحث هذه العقود لتوضيح النظام القانوني لها مما يساعد الباحثين على التوسع في البحث والتفصيل وكذلك المشرع على وضع تشريعاً ينظمها .

نطاق البحث :

يشتمل بحثنا على دراسة عقد التشغيل المشترك من حيث ماهيته من خلال تعريفه لغاً واصطلاحاً وتمييزه عما يشته به من أوضاع قانونية وبيان أنواعه وأهميته والطبيعة القانونية له وخصائصه التي تميزه عن بقية العقود الإدارية وبيان أسس إبرامه المتمثلة في كيفية اختيار المتعاقد مع الإدارة ،وكيفية إعداد مشروع هذا العقد والأثار التي تترتب على إبرامه والمتمثلة بحقوق والتزامات طرفي التعاقد ونهاية عقد التشغيل المشترك الطبيعية وغير الطبيعية ، وأخيراً طرق حل المنازعات الناشئة عن تنفيذه وبيان الاختصاص القضائي في المنازعات الناشئة عنه ، ومدى ولاية المحاكم العراقية للنظر فيها .

مشكلة البحث :

تتجسد مشكلة البحث بعدم وجود نظام قانوني كامل أو تشريع يأخذ على عاتقه تنظيم الأحكام المتعلقة بعقد التشغيل المشترك أسوة بما هو عليه العمل ببقية العقود الإدارية سواء في العراق أو بقية الدول ،فضلاً عن افتقار المكتبات القانونية في العراق لدراسات متخصصة بهذا النوع من التعاقد ،ويضاف اليها مشكلة أخرى تتمثل بعدم إدخال المنازعات الناشئة عن العقود الإدارية ضمن اختصاص محكمة القضاء الإداري ومن المعلوم أن العقود الإدارية لا تخضع كلها لنظام قانوني واحد فمنها ما يخضع لأحكام القانون الخاص ومنها ما يخضع لأحكام القانون العام والضابطة الرئيسة للفرقة بينهما هي خضوع المنازعات الناشئة عنهما للقضاء الإداري أو القضاء العادي ،إذ أن أغلب الدول ذات النظام القضاء المزدوج ذهبت إلى إيكال مهمة الفصل في منازعات العقود الإدارية إلى القضاء الإداري كما هو الحال في فرنسا ومصر ولبنان ، أما في العراق فإن منازعات العقود الإدارية خاضعة لاختصاص القضاء المدني (العادي) وهذا ما نصت عليه المادة (٣) من قانون التنظيم القضائي رقم ١٦٠ لسنة ١٩٧٩ على أنه ((تسري ولاية القضاء على جميع الأشخاص الطبيعية والمعنوية العامة والخاصة ،إلا ما استثنى بنص خاص)) وبالرغم من صدور التعديل الثاني رقم ١٠٦ لسنة ١٩٨٩ لقانون مجلس شورى الدولة والذي استحدث محكمة القضاء الإداري إلا انه قصر اختصاصها بالنظر في صحة الأوامر والقرارات الإدارية التي تصدر من الموظفين والهيئات في دوائر الدولة والقطاع العام.

ولم يتغير الحال حتى بعد صدور التعديل الخامس لقانون مجلس شورى الدولة رقم ١٧ لسنة ٢٠١٣ ، وبذلك فإن العقد الإداري مستثنى من اختصاص محكمة القضاء الإداري ويظل القضاء العادي هو صاحب الاختصاص بالنظر في منازعات العقود الإدارية عموماً وعقد التشغيل المشترك خصوصاً .

منهج البحث :

اعتمدنا في بحثنا على المنهج التحليلي والوصفي من خلال تحليل النصوص القانونية المتعلقة بالموضوع والآراء التي قيلت فيها واخذ الراجح منها ، وكذلك الضوابط والقرارات الصادرة بشأن عقد التشغيل المشترك والعقود المبرمة وفقاً لهذا النوع من التعاقد ، ودراسة ما جرى العمل عليه في الفقه والقضاء العراقيين بهذا الخصوص مع الإشارة قدر الإمكان الى ما هو معمول به في الدول الأخرى .

هيكلية البحث :

من أجل إشباع موضوع البحث بما يستحقه من الدراسة فقد ارتأينا تقسيمه وفقاً للخطة البحثية الآتية :

سنتناولنا في الفصل الأول التعريف بعقد التشغيل المشترك من خلال تعريفه وبيان أنواعه وأهميته والطبيعة القانونية لهذا العقد ومعيار تمييزه عما يشته به من أوضاع قانونية وخصائصه ومقارنته مع العقود المشابهة له ، والفصل الثاني تطرقنا فيه لإجراءات التعاقد بنظام التشغيل المشترك من خلال البحث في التحضيرات والمراحل التمهيدية قبل البدء بإجراءات التعاقد وكيفية اختيار المتعاقد مع الإدارة ، وآثار عقد التشغيل المشترك والمتمثلة في حقوق والتزامات الإدارة كحق الرقابة والإشراف والتوجيه وحق تعديل العقد دون التوقف على إرادة الملتزم وحق توقيع الجزاءات على المتعاقد مع الإدارة ، وآثار عقد التشغيل المشترك بالنسبة للشريك الملتزم وتبيان حقوقه والمتمثلة بحق الملتزم باحترام الإدارة لالتزاماتها الناشئة عن العقد وكذلك بحق الملتزم بالحصول على المقابل المالي وحقه بالحفاظ على التوازن المالي ، بالإضافة الى التزاماته الناشئة عن عقد التشغيل المشترك كالتزامه الشخصي بتنفيذ العقد والتزامه بإدارة وتشغيل وصيانة المرفق العام والتزامه بالقيام بالإنشاءات ونقل التكنولوجيا الحديثة وتدريب العاملين ، أما الفصل الثالث تناولنا فيه نهاية عقد التشغيل المشترك بالطرق الطبيعية وغير الطبيعية ، وأخيراً آلية تسوية المنازعات الناشئة عن إبرامه وتنفيذه وبيان الاختصاص القضائي في المنازعات الناشئة عنه ، ومدى ولاية المحاكم العراقية للنظر فيها .