كلية الحقوق
قسم القانون العام

النظام القانُوني لِعَقد التّصميمِ والبناءِ والتشغيلِ(D.B.O) في ضوء عقود الفيديك "دراسة مقارنة"

رسالة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه فى الحقوق

من الباحث

محمد أحمد رحيل عفتان

لجنة المناقشة والحكم على الرسالة:

أ.د/ ربيع أنور فتح الباب (مشرفاً ورئيسا)

أستاذ القانون العام ووكيل كلية الحقوق الأسبق – جامعة عين شمس

أ.د / صبري محمد السنوسي (عضواً)

أستاذ القانون العام وعميد كلية الحقوق– جامعة القاهرة

أ.د / محمد سعيد حسين أمين (عضواً)

أستاذ ورئيس قسم القانون العام بكلية الحقوق – جامعة عين شمس.

أ.د / أحمد خورشيد حميدي (مشرفاً وعضواً)

أستاذ القانون العام بكلية القانون – جامعة كركوك.

١٤٤٠هـ – ٢٠١٩ م

كلية الحقوق

قسم القانون العام

صفحة العنوان

اسم الباحث : محمد أحمد رحيل عفتان

عنوان الرسالة : النظام القانُونيُّ لِعَقد التّصميمِ والبناءِ والتشغيلِ (D.B.O) في ضوء عقود الفيديك (دراسة مقارنة)

الدرجة العلمية : الدكتوراه

القسم : القانون العام

الكلية: الحقوق.

الجامعة: جامعة عين شمس.

سنة التخرج:

سنة المنح: ٢٠١٩

كلية الحقوق
قسم القانون العام

رسالة دكتوراه

اسم الباحث : محمد أحمد رحيل عفتان

عنوان الرسالة : النظام القانُونيُّ لِعَقد التّصميمِ والبناءِ والتشغيلِ (D.B.O) في ضوء عقود الفيديك (دراسة مقارنة)

الدرجة العلمية : الدكتوراه

لجنة المناقشة والحكم على الرسالة:

أ.د/ ربيع أنور فتح الباب (مشرفاً ورئيسا)

أستاذ القانون العام ووكيل كلية الحقوق الأسبق – جامعة عين شمس

أ.د / صبري محمد السنوسي (عضواً)

أستاذ القانون العام وعميد كلية الحقوق– جامعة القاهرة

أ.د / محمد سعيد حسين أمين (عضواً)

أستاذ ورئيس قسم القانون العام بكلية الحقوق – جامعة عين شمس.

أ.د / أحمد خورشيد حميدي (مشرفاً وعضواً)

أستاذ القانون العام بكلية القانون – جامعة كركوك.

الدراسات العليا

ختم الإجازة: **أُجيزت الرسالة:** **بتاريخ / /**

موافقة مجلس الكلية **موافقة مجلس الجامعة**

﴿ أَفَمَنْ أَسَّسَ بُنْيَانَهُ عَلَى تَقْوَى مِنَ اللّهِ
وَرِضْوَانٍ خَيْرٌ أَم مَّنْ أَسَّسَ بُنْيَانَهُ عَلَىَ شَفَا
جُرُفٍ هَارٍ فَانْهَارَ بِهِ فِي نَارِ جَهَنَّمَ
وَاللّهُ لاَ يَهْدِي الْقَوْمَ الظَّالِمِين ﴾

صدق الله العظيم

(سورة التوبة – الآية ١٠٩)

اهداء

إلى سيدِ الكائِنات وأفضل الخَلق أجمعين الرحمة المهداة . . .النبي محمد (ﷺ) .

إلى من أوصاني بهم ربي واضاء نور الدرب لأجل أن أكون:

أبي الغالي مثلي الأعلى في الحياة . . . حباً واحتراماً

أمي الغالية يامن كانت رمزاً للحنان والمحبة. . . أجلالا وتكريماً

إلى من لا تتواصل الحياة من دونها ولن تطيب، التي ساندتني وتحملتني وآزرتني في جميع الأوقات حلوها ومرها . . . زوجتي الغالية.

إلى فلذة كبدي ونور عيني حفظهم الله من كل سوء و يسّر لهم طريق الإيمان والعلم والمعرفة . . . ابنائي تبارك ورحمة وجنة وعبد الرحمن.

إلى كل من سار معي على هذا الطريق الطويل ومنحني العلم والأمل أساتذتي الاجلاء . . .شكراً واحتراماً

إلى من حصدت أرواحهم رياح الغدر . . . شهداء العراق.

أهدي جهدي المتواضع

الباحث

شكر وتقدير

لا يسعني إلا أن اعبر عن أسمى آيات الشكر والامتنان للعالم الجليل الأستاذ الدكتور/ **ربيع أنور فتح الباب** أستاذ القانون العام ووكيل كلية الحقوق الأسبق بجامعة عين شمس، لتفضل سيادته بالموافقة على الإشراف على هذه الرسالة، والذي أعانني بغزير علمه وحسن تواضعه وحسن توجيهاته على انجاز هذه الرسالة، متعه الله بوافر الصحة والعافية وزاده بسطة في العلم والرزق.

وكذلك أتقدم بالشكر الجزيل إلى الأستاذ الدكتور/ **أحمد خورشيد حميدي** أستاذ القانون العام – كلية القانون – جامعة كركوك، فقد تشرفت بقبوله الإشتراك في الإشراف على هذه الرسالة وكان له الفضل بعد الله عز وجل في توجيهي وإرشادي من بداية هذا العمل حتى منتهاه، وما كان لهذا العمل أن يصل لما هو عليه لولا تلك التوجيهات والإرشادات التي رسمت ملامحه وعبدت طريقه، متعه الله بوافر الصحة والعافية .

والشكر موصول إلى الأستاذ الدكتور/ **صبري محمد السنوسي** أستاذ القانون العام – عميد كلية الحقوق– جامعة القاهرة، على تكرم سيادته بالمشاركة في لجنة المناقشة والحكم على الرسالة رغم كثرة مشاغله وتحمله عناء قراءتها، أطال الله في عمره وأسأل الله أن يجزيه عني خير الجزاء .

كما أتقدم بخالص الشكر الجزيل إلى المستشار الدكتور/ **محمد سعيد أمين.** أستاذ ورئيس قسم القانون العام بكلية الحقوق – جامعة عين شمس ، لتفضل سيادته بالمشاركة في لجنة المناقشة والحكم على الرسالة، أرفع إلى سيادته أسمى عبارات الشكر والثناء أمده الله بالصحة والعافية .

وفي الختام نحمد لله حمدا يوافي نعمته وأشكره جل في علاه على أن يسر لي مصادر العلم والمعرفة، ومنحني من فضله سبلاً لبلوغ الغاية بإنجاز هذا العمل العلمي،أسأل الله تعالى أن يجعل ما قدمت من جهد خالصاً لوجهه الكريم وأن ينفع به، وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه أجمعين .

الباحث

المقدمة

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على خاتم النبيين محمد وعلى آله وصحبه وسلم وبعد...

مما لا شكّ فيه أنّ دول العالم تشهد نهضة اقتصادية وعمرانية، وأضحت مسألة المقاولات لبناء المرافق العامة مسألة يومية، وتشعبت وتعقدت نظراً لضخامة المشاريع التي يجري تنفيذها وتعدد الطرائق والاساليب والانظمة التي يتم بموجبها العقد الاداري، إذ أملى تعدد الحاجات المرتبطة بصناعة البناء والتشغيل تعدد نماذج العلاقات العقدية التي يجري من خلالها تقديم الخدمة المطلوبة للمجتمع عن طريق القطاع الخاص، وكما هو واضح فإن عقود البناء والتشييد والتشغيل تشكل أحد عناصر هذه الحزمة العقدية التي يدخل في تكوينها عقود أخرى عديدة مما يؤدي ذلك إلى ظهور علاقات متشابكة بين أطرافها وهو ما يتطلب الاعتناء بتنظيمها تفادياً للمنازعات العقدية التي تنشب نتيجة لتلك العلاقات المتعددة.

والعراق اليوم يُعد من أكثر البلدان حاجة لتطوير صناعة المقاولات نظراً لما تعانيه البنية التحتية فيه من دمار واسع وحاجة كبيرة وماسة لإعادة الأعمار، ويمكن عن طريق ذلك تصور حجم البناء والتشييد، وبالتالي حجم الأموال التي يمكن أن تستثمر في مشاريع التصميم والبناء والتشغيل، هذه المشاريع قد تشكل فرصة عمل ممتازة لشركات المقاولات العالمية بغض النظر عن تحقيق ربح لجانب الإدارة من عدمه كون مهمة الدولة المتمثلة بالمرفق العام هو تحقيق النفع للصالح العام، بل حتى ولو تحملت نفقات ومصاريف باعتبارها المسؤولة عن اشباع الحاجات العامة وحماية حقوق ومصالح الناس، إلا أن تلك المهمات والاهداف التي تسعى اليها الدولة تعترضها مشكلة نقص مواردها وإخفاق الحكومات في الادارة الاقتصادية لهذه المشروعات وتنامي دور القطاع الخاص في البناء، فبدأت الدولة تلجأ في الآونة الاخيرة إلى الانسحاب من هذه المشروعات المرهقة لموازنتها

العامة ومنح القطاع الخاص فرصة الاستثمار ليكون له الفرصة الكاملة للقيام بالجزء الأكبر لتصميم وبناء وتشغيل وتجهيز تلك المشاريع، مما يجنب الدولة مغبة صرف اموالها العامة لمشاريعها الاقتصادية والخدمية ويجنبها أيضاً مغبة اللجوء إلى الاقتراض أو الاستدانة من العالم الخارجي.

ونظراً لتلك الأهمية في قطاع التصميم والبناء والتشغيل ومع التوسع الحاصل في دخول الشركات الأجنبية لتنفيذ مشاريع وطنية خاصة بعد تشريع قانون الاستثمار العراقي رقم (١٣) لسنة ٢٠٠٦ المعدل، أصبح البحث عن نظام قانوني متطور في ذلك المجال أمراً في غاية الأهمية، كون القواعد القانونية النافذة أصبحت قواعد بدائية وإن كان من الممكن تطبيقها على المقاولات الصغيرة، إلا أنها عاجزة عن تلبية حاجة أطراف العلاقة العقدية بعد الانفتاح الحاصل بين الدول المختلفة ودخول شركات أجنبية إلى السوق لتنفيذ مشاريع أخرى، ولهذا كان نظام الفيديك النموذجي الذي أصدره الاتحاد الدولي للمهندسين الاستشاريين أحد أهم الأنظمة المتعارف عليها التي تمثل انعكاساً للتطور الاقتصادي والاجتماعي والتوسع التقني الحديث في أعمال البناء والتشييد، لذلك سعت أغلب الدول إلى تطبيق هذا النظام من أجل أن يتواءم مع المشكلات القانونية المطبقة في تلك الدول، الذي يمكن عن طريقه تنظيم كافة الأعمال الهندسية المتعلقة بأعمال التصميم والبناء والتشغيل وتطبيقه على الصعيد العملي، هذا النظام كان ولا يزال يقدم مزايا وحلولاً يمتاز بها عن بقية الانظمة المطبقة بالوقت الحاضر وهو ما يمكن أن يبعد الحرج الذي قد يتولد لدى معظم شركات البناء الدولية التي تتوفر فيها الامكانيات الفنية والهندسية لتنفيذ المشاريع الكبيرة، والذي قد ينجم جراء هذا التخوف من تطبيق أحكام القوانين الوطنية لتنظيم تنفيذ تلك المشروعات.

ونتيجة لتلك المميزات يفضل أطراف العقد تطبيق نظام الفيديك بكافة صوره وعقوده ومنها عقد التصميم والبناء والتشغيل موضوع الدراسة، فالمرونة التي يتميز بها هذا النظام وإمكانية تعديل نصوصه بالحذف أو

الإضافة تجعل تلك النصوص صالحة للتطبيق على المستوى المحلي بما يتوافق وأحكام النصوص القانونية الوطنية، لذلك تجري في كثير من الأحيان صياغة عقود الأشغال العامة الداخلية والدولية على نهج هذا العقد في نطاق الإنشاءات والمقاولات الكبرى بعد الاستعانة بضوابط ونصوص نظام الفيديك، وبهذا يعد عقد التصميم والبناء والتشغيل الإطار المؤسسي الذي يطور مجموعة من أهم العقود النموذجية في مجال المقاولات بمختلف أنواعها، الذي يأتي في هذا العقد النموذجي الخاص بشروط عقد مقاولات أعمال الهندسة المدنية والكهربائية والميكانيكية.

والمفترض في عقد البناء التقليدي أن التصميم يكون من صاحب العمل ولكن في عقود التصميم والبناء والتشغيل يكون التصميم من عمل المقاول، وبسبب زيادة أنتشار مشروعات التصميم والبناء والتشغيل والاحتياج إلى عقد نموذجي يقوم بتغطية هذا الشكل من أشكال المشروعات الانشائية قام الاتحاد الدولي للمهندسين الاستشاريين بتطوير عقد نموذجي يحدد المخاطر والمسؤوليات المتعلقة بفترة التشغيل طويلة الاجل وهو ما يكون بصيغة عقد واحد يتم ترسيته إلى المقاول ليقوم بدور التصميم والبناء ثم التشغيل بحيث يعتبر المشروع قد اكتمل عندما يصدر ممثل صاحب العمل شهادة التكليف وانتهاء العقد بعد انقضاء مدة التشغيل.

ونظراً لأوجه التشابه بين مشروعات التصميم والبناء من ناحية ومشروعات التصميم والبناء والتشغيل من ناحية أخرى قامت مجموعة العمل التي صاغت عقد (D.B.O) بعملها اعتماداً على الكتاب الاصفر الخاضع لنظام الفيديك والذي اعتبر من أهم العقود التي تتعاقد بموجبها المرافق العامة في مجالات التصميم والبناء والتشغيل، إلى أن تطور وأصبح له مميزات كبيرة، مما حذا بمؤسسي نظام الفيديك إلى فصله عن الكتاب الاصفر واظهاره بمظهر آخر سمي ب (الكتاب الذهبي).