

التكيف القانوني لعقود استثمار الطاقة الكهربائية المبرمة مع الشركات

الاستثمار الأجنبية

Legal adaptation of investment contracts of electrical energy concluded with the investment foreign companies

م. جمال الحاج ياسين^(١) Assist. Lect. Jamal AL-Haj Yasseen
احمد زكي يحيى^(٢) Assist. Lect. Ahmed Z. Yaha

لقد اخترنا التكيف القانوني لعقود استثمار الطاقة الكهربائية المبرمة مع الشركات الاستثمار الأجنبية موضوع البحث بسبب الأهمية الكبيرة التي يحظى بها هذا العقد على الصعيد القانوني والاقتصادي، أذ يعد من العقود الاستثمارية التي يقوم عليها اقتصاد البلد وخاصة في العراق وكثرة إبرام العقود من هذه الشاكلة، فضلاً عن عدم تنظيم المشرع لها، مما أدى ذلك بالفقه الى الاختلاف في تحديد التكيف القانوني له، ولقد انقسم الفقه على نفسه بصدد اعتبار عقود استثمار الطاقة الكهربائية بوجه عام من عقود القانون الخاص، او من عقود القانون العام. ولم تقتصر الآراء على هذين المحورين بل ذهب البعض الى اعتباره عقداً ذا طبيعة خاصة، لذلك نرى ان نفصل ذلك في ثلاثة مباحث، نتناول في المبحث الاول التكيف بوصفه عقداً ادارياً، اما المبحث الثاني بوصفه من عقود القانون الخاص اما المبحث الثالث فسنبين به الرأي القائل بانه عقد ذو طبيعة خاصة، وذلك من خلال بيان مضمون كل اتجاه ثم بيان الحجج التي استند عليها، مع الأخذ بالمقارنة لتحديد الأحكام التي يمكن أن تنسجم معه، مع إعطاء نبذة عن ماهية عقود استثمار الطاقة الكهربائية، ثم نختم كلامنا بخاتمة تتضمن ما استنتجناه من البحث، وما نقترحه في تحديد التكيف القانوني الأكثر انسجام مع هذا العقود.

١ - كلية القانون / جامعة اهل البيت (ع).

٢ - كلية القانون / جامعة اهل البيت (ع).

Abstract

We chose legal qualification for decades electric power contracts with foreign investment companies to invest in question because of the great importance attached to this contract, the legal and economic level, as one of the investment contracts on which the country's economy, especially in Iraq and the large number of contracts of this way, as well as the failure to regulate the legislator her, which resulted in jurisprudence to determine the difference in the legal qualification to him, and I've split the doctrine itself in the process of considering the electric power investment contracts generally private law contracts, or common law contracts. Opinions were not limited to these two axes and some even went to be considered a contract of special nature.

المقدمة

يعالج هذا البحث موضوعاً له أهمية كبيرة على الصعيد الاقتصادي وخاصة ان التكييف القانوني لمثل هذه العقود يحتل مكانة بارزة لأنها عقود ذات طبيعة خطيرة كون محلها هي الطاقة الكهربائية وهي منتجات خطيرة بطبيعتها وتحتاج الى عناية خاصة، وخاصة الاحتياجات الكبيرة لها في الوقت الحاضر. لكن وقبل بدأ الكلام عن التكييف القانوني لعقود استثمار الطاقة الكهربائية لابد من إعطاء نبذة عن ماهية هذه العقود أي عقود استثمار الطاقة الكهربائية، حيث عمدت أغلب الدول و منها العراق إلى إبرام الكثير من عقود استثمار الطاقة الكهربائية والتي هي ما أحوج لها نحن اليوم، وذلك من أجل تطوير الواقع الصناعي و الاقتصادي لها مع الشركات الأجنبية المتخصصة بذلك، وبالرغم من عدم وجود تعريف واضح له، لكننا نجد هناك من عرفه بأنه (تلك العقود التي يكون احد أطرافها دولة نامية أو مشروع تابع إليها، ويكون محلها منصّباً على نطاق التنمية كعقود استثمار الطاقة الكهربائية)^(٣).

ويتضح لنا من هذا التعريف السمات الأساسية التي تتمتع بها هذه العقود كونها تبرم ما بين الدولة أو إحدى هيئاتها التابعة لها و شركة خاصة أو عامة تابعة لدولة أجنبية بالرغم من عدم أشاره التعريف إلى ذلك، بسبب طبيعة هذا العقد وضخامته، والذي غالباً لا تقوى عليه الشركات المحلية لما يحتاج إلى إمكانيات كبيرة وتكنولوجيا متطورة لا تتوفر إلا لدى الشركات الأجنبية كونها متخصصة بذلك، مع إمكانية أن يكون المستثمر شخصاً طبيعياً وأن كان نادراً من الناحية العملية والواقعية.

أذ أن موضوع هذا العقد ينصب على التنمية الاقتصادية للدولة وخاصة أنه يرد على محل ذو طبيعة خاصة وهو الطاقة الكهربائية التي تُعد من المنتجات الخطرة والتي تحتاج إلى عناية خاصة، سواء من حيث مواصفاتها أو نوعية المعدات الخاصة بها، أو المنشآت الخاصة بها، والذي يستمر خلال فترة زمنية طويلة

٣- ينظر حيدر عجيل فاضل، المبادئ العامة للقانون كمصدر للقانون الدولي العام، رسالة ماجستير، كلية القانون، جامعة بغداد، ٢٠٠٦، ص ٨٤.

لأنه يتضمن بناء منشآت وتجهيزات دائمة إلى حين انتهاء مدة العقد أي يعتبر من العقود مستمرة التنفيذ، فضلاً عن تمتعه بالخصائص العامة من حيث سمة الرضائية، والاعتبارية لشخصية الطرفين، والزاميته، هذا إضافة إلى ترتيبه العديد من الالتزامات، وتحميل المخل بها التعويض المناسب.

وان عقود استثمار الطاقة الكهربائية تمتاز بطبيعة قانونية خاصة وهو موضوع بحثنا أذ يقصد بالتكييف القانوني للعقد هو (رده إلى نظام قانوني معين يحدد طبيعته والحقوق والالتزامات الناشئة عنه، والقانون الذي سوف يحكمه، والنظام القضائي الذي يخضع له في المنازعات الناشئة عنه)^(٤).

ويُعد تحديد التكييف القانوني لعقود استثمار الطاقة الكهربائية مسألة شديدة الحساسية، إذ أنها لم تُعد مجرد اعتبارات قانونية أو مسألة سياسية، بل إن التفاوت في المراكز القانونية والاقتصادية بين طرفي العقد (عقود استثمار الطاقة الكهربائية) والإحساس المتبادل لكل منهم بأنه الطرف الضعيف في العقد، والذي تجب حمايته، مما دفع كل طرف من طرفي العقد وضع نظام يحميه من خلال تكييف العقد بتكييف يضمن مصالحه ويحميها.

مما أدى ذلك إلى نشوء اختلاف لدى الفقه في مسألة تحديد طبيعة هذا العقد، فهناك من يراه ذا طبيعة إدارية، لاسيما بالنسبة للعقود التي تبرمها الدولة، أو الأجهزة التابعة لها، وهو الفرض الغالب لدى الدول النامية لحماية مصالحها، في حين ذهب اتجاه آخر إلى إضفاء الطبيعة الخاصة عليه، بسبب كون الدولة حتى وإن كانت طرفاً في العقد سوف تلجأ في تعاقدها إلى الوسائل الخاصة الموجودة في القانون الخاص لتحقيق التنمية الاقتصادية لها، ومن ثم ضمن أي عقد يقع من العقود المسماة التي نظمها المشرع، بسبب كونه من العقود التي لم ينظمها المشرع بقانون.

لذلك كان اختيارنا البحث في التكييف القانوني لهذه العقود، بسبب المشاكل الكبيرة التي تواجه المستفيد خاصة عند إبرام في هذا العقد وهذا ما يحصل في أغلب الأحيان، فضلاً عن الطبيعة الخطرة للطاقة الكهربائية والتي تعد الغاية المنشودة من وراء إبرام مثل هكذا عقود.

و إن مشكلة البحث تكمن في الصعوبات التي واجهتنا عند بحثنا لهذا الموضوع، وخاصة من حيث ندرة الدراسات بهذا الخصوص سواء من حيث العقود ذاتها و من حيث بحث التكييف فيها على وجه الخصوص، واقتصار المشرع العراقي على ذكر المبادئ العامة التي تطبق على جميع العقود دون ذكر خصوصية هذا العقد، و مع عدم تنظيم أحكامه في عقود الاستثمار التي أبرمت من قبل وزارة الكهرباء العراقية مع الشركات الأجنبية المتخصصة، ومع وجود النقص والخلل في العديد من محاورها، وخاصة نحن قد قصرنا البحث فقد على التكييف هذه العقود لندرة الدراسات فيه من جهة، ولإعطاء صورة واضحة ومتكاملة عن أحكام تكييفها، وخاصة ان هذه المواضيع حديث العصر ومتجددة بتجدد ظروف الحياة وحاجاتها. هذا بالإضافة إلى أن التكييف يلعب دوراً كبيراً في إضفاء صفة الإلزامية على العقود الأمر الذي يساعد على تنفيذها.

٤- ينظر د. بشار الأسعد، عقود الدولة في القانون الخاص، الطبعة الثانية، منشورات زين الحقوقية، عمان، ٢٠١١، ص ٨٧.

إما بخصوص منهج البحث فقد انتهجنا منهجاً مقارناً من خلال مقارنة ما أخذ به القانون المدني العراقي و ما جاء به التشريع المقارن والذي أقتصر الأمر على قانون المدني المصري وقانون المدني الفرنسي وما جاء به أصحاب القانون الإداري، والذي لم ينظم المشرع العراقي هذه العقود أصلاً، و مع الإشارة إلى القواعد والأعراف الدولية الخاصة بهذه العقود، وخاصة إنه يعد من العقود الدولية، مع عدم إهمال موقف القضاء منه مع ندرة القرارات بصدد، وهذا فضلاً عن الإشارة إلى التطبيقات العملية من عقود استثمار الطاقة الكهربائية.

لذلك ارتأينا ولغرض تحديد التكيف القانوني لعقود استثمار الطاقة الكهربائية سوف نقسم موضوع البحث إلى ثلاثة مباحث نتناول في المبحث الأول الاتجاه القائل بالطبيعة الإدارية، أما المبحث الثاني نتناول فيه الاتجاه القائل بالطبيعة الخاصة، أما المبحث الثالث نتناول فيه الرأي الراجح لتحديد تكيفه القانوني، ثم الخاتمة التي تتضمن أهم النتائج والتوصيات والمقترحات التي توصلنا لها من خلال بحثنا المتواضع هذا، والله ولي التوفيق.

المبحث الأول: عقود استثمار الطاقة الكهربائية عقود إدارية

لقد ذهب اتجاه من الفقه المقارن إلى اعتبار عقود التنمية الاقتصادية التي تكون الدولة أو إحدى الهيئات التابعة لها طرفاً فيها من العقود الإدارية ومنها عقود استثمار الطاقة الكهربائية وذلك من خلال الاعتماد على حجج معينة لها لذلك سوف نتناول مضمون هذا الاتجاه في تحديد تكيفه ثم بيان أهم الحجج التي استند عليها وذلك في مطلبين وعلى النحو التالي:-

المطلب الأول: محتوى كون عقود استثمار الطاقة الكهربائية عقوداً إدارية

يذهب اتجاه من الفقه المقارن إلى اعتبار عقود التنمية الاقتصادية التي تكون الدولة أو إحدى الهيئات التابعة لها طرفاً فيها من العقود الإدارية ومنها (عقود استثمار الطاقة الكهربائية)^(٥). بمعنى أي إنها تنضوي تحت طائفة عقود القانون العام، على أساس إن هذا العقد يتشابه أو يتمثل مع العقد الإداري^(٦)، ويكمن السبب في كون هذه العقود غالباً ما تكون الدولة أو احد أجهزتها طرفاً فيها كالوحدات الإدارية في الدول الفدرالية، إضافة إلى الشركات العامة، وهذا هو حال الدول النامية التي تدخل في هذه العلاقات مع المستثمرين، من أجل الحصول على الطاقة الكهربائية من أجل دفع عجلة

5-Asante, (S.) stability of contractual relations in the transnational investment process, I.C.L.Q., vol.28, July oral part. 1979 P. 401.

د. حفيظة السيد حداد، العقود المبرمة بين الدول و الأشخاص الأجنبية، بدون طبعة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت لبنان، ٢٠٠٣، ص٤٦٢، - د. بشار الأسعد، مصدر سابق، ص٨٩ - د. عبد الحكيم مصطفى، عقود التنمية الاقتصادية في القانون الدولي الخاص، مكتبة النصر، القاهرة، ١٩٩١، ص٤١ - د. عبد المنعم محفوظ، قضاء المشروعية وفلسفة الانفتاح الاقتصادي في مصر، الطبعة الأولى، عالم الكتب، القاهرة، ١٩٨٤، ص٤١١.

٦- ينظر في تحديد مفهوم المعيار المميز للعقد الإداري د. محمود خلف الجبوري، العقود الإدارية، بيت الحكمة، جامعة بغداد، ١٩٨٩، ص١٢٩.

التكليف القانوني لعقود استثمار الطاقة الكهربائية المبرمة مع الشركات الاستثمار الأجنبية

التنمية الاقتصادية وتطوير اقتصادها، حيث إن هذه الدول تسعى من وراء دخولها هذه العلاقات تحقيق النفع العام، أو تسيير مرافق الدولة بصورة منتظمة خاصة بموضوع هذا العقد، أو أشباع الدولة والأفراد من هذه الخدمة.

وقد جاء اتجاه بعض الفقهاء العراقيين مطابقاً نوعاً ما إلى الرأي المتقدم من اعتبار عقود استثمار بصورة عامة التي تبرمها الدولة أو أحد أجهزتها التابعة لها، ومنها عقود استثمار الطاقة الكهربائية من العقود إدارية، على أساس أن عقود القانون الخاص تستند على حرية المتعاقدين أي مبدأ سلطان الإرادة وخضوعها له، على عكس الأولى حيث تخضع على حد قولهم إلى قوانين معينة وإتباع وسائل وأساليب القانون العام، وتضمنها شروط استثنائية^(٧).

ولقد استند أصحاب هذا الاتجاه إلى العديد من الحجج في تبرير هذا التكليف هذا ما سنفصله في المطلب الثاني.

المطلب الثاني: اسانيد كون عقود استثمار الطاقة الكهربائية عقوداً إدارية

إنَّ أهم الحجج والبراهين التي أعتمد عليها الفقهاء في إضفاء الصفة الإدارية على هذه العقود، هو كون الدولة أو أحد أجهزتها طرفاً في مثل هذه العقود، التي تمارس عملها سواء كان بصورة مباشرة أو غير مباشرة، خاصة في الدول النامية التي تكون لها خصوصية فيها، ويعد هذا شرطاً أو معياراً من المعايير المميزة للعقد الإداري من غيره^(٨).

و إنَّ عقود استثمار الطاقة الكهربائية التي تبرمها الدولة و إن كانت في ظاهرها تهدف إلى تحقيق الربح للمستثمر، إلا إنها من نظر الدولة تهدف إلى تحقيق النفع العام والتنمية الاقتصادية لها في المقام الأول^(٩)، وقد أستند الفقه على كون عقود الاستثمار التي تبرمها الدولة مع الأشخاص المعنوية أو الطبيعة تتضمن الشروط الاستثنائية ضمن بنودها، أي الشروط غير المألوفة في عقود القانون الخاص، مثل المزايا العينة ومها الاعفاء من الضرائب وغيرها^(١٠)، و وجود أيضاً مبدأ إعادة التوازن المالي ومفهوم السلطة العامة^(١١).

مما تقدم من رأي الفقه، والحجج التي أستند عليها، فإن أعمال نظرية العقد الإداري على (عقد استثمار الطاقة الكهربائية) يُعطي الإدارة سلطات واسعة النطاق في مواجهة الطرف (المستثمر) تصل إلى

٧- ينظر د. رعد هاشم أمين التميمي، النظام القانوني لعقد التجهيز، الطبعة الأولى، مكتبة السنهوري، بغداد، العراق، ٢٠١٢، ص ٣٠-٣١ د. رياض عيسى الزهري، مظاهر سلطة الإدارة في تنفيذ المقاولات و الأشغال العامة، النجف، ١٩٧٥، ص ٤٣.

٨- ينظر د. حفيظة السيد حداد، مصدر سابق، ص ٢٦٢، وكذلك د. ثروت بدري، المعيار المميز للعقد الإداري، مجلة القانون و الاقتصاد، العدد الأول و الثاني، ١٩٥٧، ص ١١٥.

٩- ينظر د. عبد المنعم محفوظ، مصدر سابق، ص ٤١٢.

١٠- ينظر د. بشار الأسعد، مصدر سابق، ص ٩٣، وكذلك د. سليمان الطماوي، العقود الإدارية، الطبعة الرابعة، مطبعة عين شمس، ١٩٨٤، ص ٥١.

١١- ينظر د. ثروت بدري، مصدر سابق، ص ٣٠. وكذلك د. محمد عبد المجيد، عقود الأشغال العامة و التحكيم فيها، بدون طبعة، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، ٢٠٠٣، ص ٩٣.

حد الإلغاء أو تعديل العقد بإرادتها المنفردة دون أن تتحمل أدنى مسؤولية عما يصيب المستثمر من ضرر، وهذا كله بسبب تطبيق النظام الحاكم للعقود الإدارية.

ولكن ورغم وجهة الاتجاه الفقهي السابق والأسانيد التي أعتمد عليها، إلا إننا لا نتفق معه في كون عقد تجهيز الطاقة الكهربائية الذي تبرمه الدولة أو أحد أجهزتها مع المجهزين عقداً إدارياً، وسبب ذلك كون هذا يتنافى مع ما جرى وسارَ عليه العمل في مثل هذا النوع من العقود التي تكون الدولة طرفاً فيها. ويرد البعض على ذلك بالقول ان هذه العقود ومن أجل إبرامها تدخل في مفاوضات وقد تكون طويلة نسبياً من حيث المدة تستغرقها، والتي قد لا توجد في غيرها من العقود^(١٢)، هذا من جانب، ومن جانب آخر، إنه ليس بالضرورة عندما تكون الدولة أو احد أجهزتها طرفاً في العقد، سوف يؤدي الى أضعاف الصفة الإدارية على العقد، أي بسبب توفر شرط شخص من أشخاص القانون العام^(١٣) فبالرغم من كون الدولة طرفاً في العقد إلا أنه لا يُعد عقداً إدارياً، وذلك تبعاً للأسلوب الذي تتخذه الإدارة في تعاقدتها، إذ إن للإدارة أسلوبين من التعاقد، الأول هو أسلوب السلطة العامة، إما الثاني هو أسلوب المتعاقد العادي في العقد وتتصرف بأسلوب المساواة القانونية وفي نطاق القانون الخاص بعيداً كل البعد عن مبدأ السلطة العامة والسيادة التي تتمتع بها الإدارة، والذي أضحي من المبادئ التي لا تتماشى مع متطلبات التنمية الاقتصادية بصورة عامة، والتعامل مع المستثمرين بصورة خاصة^(١٤).

لكن التساؤل الذي يثار بهذا الصدد، هل أن مجرد وجود الدولة كطرف في العقد يضيف عليه الصفة الادارية ويجعله خاضعاً لقواعد القانون العام؟ يذهب الفقه في الأجابه على هذا التساؤل الى عدة اتجاهات، الاتجاه الاول: يذهب إلى اعتبار كل العقود التي تبرمها الإدارة أداريه ما لم يتم إثبات عكس ذلك، كونها تعمل بصفة سيادية وذات سلطة وامتيازات لا يتمتع بها الطرف المقابل^(١٥)، بينما ذهب رأي آخر الى أنه لا يكفي وجود الإدارة طرفاً في العقد فقط لإضفاء الصفة الإدارية عليه، بسبب كون الإدارة قد توجد، لكن مع ذلك لا يُعد العقد إدارياً بسبب تعاقدتها بأسلوب القانون الخاص^(١٦). وهكذا تبين ومن خلال نظرة فاحصة ودقيقة كون وجود الدولة طرفاً في العقد المبرم مع الشركات لا يكفي لإضفاء الصفة الإدارية، أي لا يُعد معياراً كافياً، بل لا بُد من توافر شروطٍ أخرى لتحقيق هذه الصفة وذلك حسب رأي الفقه أعلاه.

١٢- ينظر د. أحمد عبد الكريم سلامة، النظام القانوني لعقد المفاوضات الدولية، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٧٨، ص ١٧.
١٣- يشترط الفقه لكي يكون العقد إداري هو أن تكون الدولة طرفاً فيه، وأن يتصل بالمرفق العام، وأن تتضمن شروط استثنائية مثل تعديل العقد بإرادتها المنفردة أو إلغاء العقد وغيرها، ينظر، د. سليمان الطماوي، مصدر سابق، ص ٣٨، د. ثروت البدري، مصدر سابق، ص ٦.

١٤- ينظر د. عبد الباقي سواد، مصدر سابق، ص ١١٢، - د. وفاء مزير فلحوظ، المشاكل القانونية في عقود نقل التكنولوجيا إلى الدول النامية، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، ٢٠٠٨، ص ١٤٠.

١٥- د. ثروت البدري، مصدر سابق، ص ١١٥ - د. محمد علي، المعيار المميز للعقود الإدارية، القاهرة بدون سنة، ص ١.

١٦- ينظر د. سليمان الطماوي، مصدر سابق، ص ٧٢٧.

التكييف القانوني لعقود استثمار الطاقة الكهربائية المبرمة مع الشركات الاستثمار الأجنبية

أما بشأن شرط اتصال العقد بالمرفق العام ليكون عقداً إدارياً والذي يعد شرطاً من شروط المميز لعقد الإداري فإنه لا يكفي وحده لإضفاء الصفة الإدارية على عقود استثمار الطاقة الكهربائية، وسبب ذلك قد تتعاقد الإدارة لا بأسلوب القانون العام بل بأسلوب القانون الخاص، رغم اتصاله بالمرفق العام، مما سينفي الصفة الإدارية عنه و يخضع العقد إلى قواعد القانون الخاص^(١٧).

وعليه فإن اتصال عقود استثمار الطاقة الكهربائية الذي تبرمه الإدارة مع المستثمرين بالمرفق العام حسب رأي الفقه غير كافٍ لإضفاء الصفة الإدارية عليه وإخضاعه لقواعد القانون العام، وذلك بسبب اتباع الإدارة الأسلوب القانوني الخاص في التعاقد.

أما بشأن الشروط الاستثنائية غير المألوفة في عقود القانون الخاص كالشروط التي تُعطي الإدارة حق توقيع الجزاء على المتعاقد معها إذا ما أحل في تنفيذ التزامه، أو حتى إنهاء العقد و تعديله بالإرادة المنفردة لها دون أن تتحمل أدنى مسؤولية عن ذلك^(١٨)، ونظن بأن هذه الشروط لا يمكن مصادفتها في عقود الاستثمار التي تبرمها الدولة مع المستثمرين كعقود استثمار الطاقة الكهربائية محل البحث هذا، بل على العكس من ذلك فإن الدول المتعاقدة تعمل جاهدة على عدم وضع مثل هذه الشروط، بل تعمل على جذب الشركات للتعاقد معها من خلال توفير المميزات والضمانات لهم في سبيل تحقيق التنمية الاقتصادية لها^(١٩).

وإضافة إلى إن الشروط الاستثنائية المعروفة في القانون العام التي تحتويها هذه العقود يمكن مصادفتها أيضاً في إطار عقود القانون الخاص و تبقى على طبيعتها، مثل عقود التي يتفق فيها الطرفان على إعطاء لأحد المتعاقدين الحق في إنهاء العقد بإرادته المنفردة لا سبب يحددها الاطراف^(٢٠).

ونرى بأن الاختلال بمراكز الطرفين كونها أطراف غير متساوية وأحدهما أقل مركزاً من الآخر سواء كان ذلك من الناحية المعرفية أو الاقتصادية أو من ناحية السلطات وغيرها لا يؤدي إلى الإخلال بالعقد لأن التفاوت في العقود أمرٌ موجودٌ بصورةٍ حتمية، كما إن المساواة المطلوبة بين الطرفين من الناحية الاقتصادية ليست شرطاً من شروط صحة العقد، وإنما المساواة المطلوبة في العقود هي من الناحية القانونية، التي تعتبر موجودة في عقود استثمار الطاقة الكهربائية، بسبب دخول أطراف العقد في مفاوضات طويلة المدة، ومناقشة شروطه وعدم فرض شرط من أحدهم على الآخر، كما إنه لا يوجد نص يلزم الطرفين كونهما متساويين، وإنما المطلوب هو توافق الإدارتين بشكل يحقق غاية الطرفين.

١٧- ينظر د. محمد عبد الحميد، مصدر سابق، ص ٩٠.

١٨- ينظر د. مازن ليلو راضي، العقود الإدارية في القانون الليبي، الطبعة الأولى، دار الكتب الوطنية، ليبيا، ٢٠٠٢، ص ١٧.

١٩- ينظر د. بشار الأسعد، مصدر سابق، ص ١٠٣، د. محمد الروي، النظام القانوني لعقود البناء والتشييد والتسليم والتملك، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٥، ص ٩٥.

٢٠- قد يتفق الطرفان على إعطاء الصلاحية لأحدهم من إنهاء العقد بإرادته المنفردة إذا أحل في العقد أو تأخر وغيرها حسب اتفاقهم، والذي يكون في العقود التي يكون فيها أحد الأطراف في المركز أقل من الآخر الموجود في العقود القانون الخاص، ينظر د. حفيفة السيد الحداد، مصدر سابق، ص ٤٧٤ - ٤٧٥.

إضافة إلى ما تقدم فهناك شروط تُعرف بشروط الثبات التشريعي وشروط ثبات العقد المعروفة في نطاق العقود التي تبرمها الدول مع الشركات الأجنبية، والتي من شأنها تجسيد القانون واجب التطبيق على العقد من حيث الزمان، ومنع سريانه أي التعديل عليه عندما يضر بمصلحة المتعاقد الآخر تحقيقاً لمصلحة الطرف الآخر، وهذا ما أشارت إليه القوانين، ومثل المادة (١٣) من قانون الاستثمار العراقي حيث أشارت (أي تعديل لهذا القانون لا يترتب عليه أي أثر رجعي بمس الضمانات والإعفاءات والحقوق المقررة بموجب) ^(٢١)، ويعتبر هذا تقييداً لسلطة الدولة المتعاقدة، مما يُعطي دليلاً واضحاً على إنكار إحدى الخصائص الأساسية والمميزة للعقد الإداري ألا وهي صفة عدم المساواة بين أطراف العقد.

والمتفحص لهذه الضمانات والمميزات التي تُعطى للمستثمر يجدها تنفي الصفة الإدارية عنه أي عن عقود استثمار الطاقة الكهربائية، وتعامل الدولة مع المستثمر على قدم المساواة و إتباع أسلوب القانون الخاص في علاقاتها هذه سواء كانت قد تعاقدت مع شركة خاصة أو مع الدول مجاورة لها لهذا الغرض وتحقيق التنمية الاقتصادية، من أجل منع حدوث نزاعات بينهم، وأن ما يوجد في الواقع العملي يؤكد على الطبيعة الخاصة له، وخاصة أنها تتضمن شروطاً تمنع تعديل العقد بإرادتها المنفردة أو إلغاء العقد، فضلاً عن عدم إخضاع منازعات العقد الى قضائها الوطني وغيرها من الشروط التي تؤكد الطبيعة الخاصة ^(٢٢)، مما يبعد عنه الصفة الادارية، ولا يوجد في الواقع العملي عقود في العراق من هذا القبيل، وأن وجد فيخرج عن نطاق بحثنا

فضلاً عن ذلك، يجد أيضاً المتفحص لهذه الضمانات والشروط ^(٢٣) كونها مقررّة لمصلحة المستثمر، وليست لمصلحة الدولة، في حين أن المقرر بشأن الشروط الاستثنائية التي تتصف بها العقود الإدارية تكون لمصلحة الإدارة في مواجهة المتعاقد معها ^(٢٤).

وقد جاء موقف القضاء مؤيداً لما تقدم من كون الإدارة ليست فقط تبرم العقود الإدارية و إنما تبرم عقوداً مدنية كما هو الحال في عقود استثمار الطاقة الكهربائية، من خلال إتباع أسلوب القانون الخاص في هذه العقود، بسبب عدم ملائمة قواعد القانون الإداري أو العام معها، بسبب التطورات الاقتصادية وانسجامه مع تنمية التي تسعى لها الدول ^(٢٥).

٢١- ينظر المادة (١٣) من قانون الاستثمار العراقي رقم (١٣) لسنة ٢٠٠٦ المعدل - ما نص عليه قانون الضمانات و حوافز الاستثمار المصري في المادة الثانية منه رقم ٨ لسنة ١٩٩٧، وكذلك أقر هذه الشروط القانون المدني الفرنسي في مادة (١١٣٤) وذلك حسب قاعدة (العقد شريعة المتعاقدين).

٢٢- ينظر المادة التاسعة من عقد استثمار الطاقة الكهربائية المعد قبل وزارة الكهرباء العراقية مع الشركات الخاصة، ص ٩٠، و المادة السابعة والثامنة عقد تجهيز الطاقة الكهربائية المبرم بين إيران و العراق، ص ٩.

٢٣- ينظر بخصوص هذه الضمانات و المزاياء، د. حفيظة سيد حداد، مصدر سابق، ص ٣٢٠، - د. بشار الأسعد، مصدر سابق، ص ٢٠٠، - د. احمد عبد الكريم سلامة، شروط الثبات التشريعي في عقود الاستثمارات و التجارة الدولية، مجلة القانون و الاقتصاد، العدد الأول، ١٩٨٧، ص ٧١ - د. محمد عبد المجيد إسماعيل، عقود الأشغال الدولية، مصدر سابق، ص ١٠٤.

٢٤- ينظر د. عبد العزيز عبد المنعم، مصدر سابق، ص ٣٣، - د. محمد الروي، مصدر سابق، ص ٩٥.

٢٥- ينظر قرار الإداري، للمحكمة الادارية العليا المصرية، الصادر ١٩٦٨/٢/٢٤، و قرار حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم ٥٥٩ لسنة ١١ ق - ج ١٩٦٨/٣/٢٤، مجموعة المبادئ العامة التي قررتها المحكمة الإدارية العليا في خمسة عشر سنة ١٩٦٥ - ١٩٨٠ - الجزء الثاني، ص ١٨-٣٣. و أيضاً المعنى المخالف لقرار حكم مجلس الدولة الفرنسي في ١٩٧٧/٥/٢٠، أشاره

التكييف القانوني لعقود استثمار الطاقة الكهربائية المبرمة مع الشركات الاستثمار الأجنبية

ونحن نظن بأن توافر شروط الثبات التشريعي وثبات العقد، وأتباع الدولة الأسلوب الخاص في التعاقد، كل ما تقدم ذكره في العقد يجعل من المستثمر على قدم المساواة مع المستفيد، وهي الدليل على إبعاد الصفة الإدارية، والتأكيد على الصفة الخاصة، والذي من شأنه يُعطي الضمانات للمستثمر في هذا العقد لضمان حقه، مما سيدفع بعجلة التقدم الى الامام، وعدم إخضاع المستثمر تحت سلطات الدولة المتعاقدة معه.

ونرى أيضاً بأن إطلاق الصفة الإدارية لهذه العقود جاءت من أجل تلبية بعض مصالح الدول ومتطلباتها، وهذا الاتجاه بعيد كل البعد عن الواقع الاقتصادي والتطورات الحاصلة في نطاق إبرام العقود، وكلها تنفي الصفة الإدارية والتأكيد على الصفة الخاصة، وهذا ما يدعو إليه مشرعنا من التأكيد على الصفة الخاصة عند تنظيمه لهذا العقد، ليكون بصورة أوضح عما عليه من الغموض و التعددية في تحديد طبيعته.

المبحث الثاني: عقود استثمار الطاقة الكهربائية من عقود القانون الخاص

لقد ذهب اتجاه من الفقه إلى اعتبار عقود التنمية الاقتصادية التي تكون الدولة أو إحدى الهيئات التابعة لها طرفاً فيها من عقود القانون الخاص ومنها عقود استثمار الطاقة الكهربائية وذلك من خلال الاعتماد على حجج معينة لها أو الرد الى حجج الاتجاه السابق لذلك سوف نتناول مضمون هذا الاتجاه في تحديد تكييفه ثم بيان اهم الحجج الاتي استند عليها وذلك في مطلبين وعلى النحو التالي: -

المطلب الأول: محتوى كون عقود استثمار الطاقة الكهربائية من عقود القانون الخاص

ذهب اتجاه آخر في الفقه إلى اعتبار عقود الاستثمار التي تكون الدولة أو أجهزتها طرفاً فيها مع المستثمرين، ومنها عقود استثمار الطاقة الكهربائية من عقود القانون الخاص، وليست من عقود القانون العام^(٢٦).

أذ كون إسباغ الطبيعة الإدارية على هذه العقود يتعارض مع سياسيات التنمية الاقتصادية في الدول النامية، والتي تسعى جاهده إلى تطوير اقتصادها بما يخدم أهدافها التنموية.

وقد كان من بين الوسائل التي استخدمتها في سبيل تحقيق ذلك هو اللجوء إلى القطاع الخاص أو الشركات العملاقة والمتخصصة، والتعاقد معها وفق ضوابط معينة^(٢٧). وكذلك بفعل التحولات

إليه د. عاطف سعدي محمد، المعيار القضائي في تميز العقد الإداري، طبقاً لأحدث اتجاهات الفقه والقضائيين الفرنسي والمصري، بحث منشور على موقع الانترنت (www. Konou2. com)، ص ٥، و قرار محكمة التمييز العراقية في معناه المخالف رقم ٦٥٤/٤٢/ حقوقية، ٦٥ ن، بتاريخ ١٩٦٥/٧/٢٥.

٢٦- ينظر د. محمد الروبي، مصدر سابق، ص ٦٢، - د. محمد مجتهد قابل، إقامة المشروعات الاستثمارية وفقاً للبناء والتشغيل و نقل الملكية، بدون طبعة، دار نخضة العربية، القاهرة، ١٩٩٥ ص ٢٨، - د. احمد عبد الكريم سلامة، قانون العقد الدولي، المفاوضات العقود الدولية، بدون طبعة، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٢، ص ٥٠، - د. حفيظة السيد حداد، مصدر سابق، ص ٤٦٣، - حيدر عجيل فاضل، مصدر سابق، ص ٨٨.

٢٧- ينظر باسم محمد خضر، عقد تسليم المفتاح، رسالة ماجستير، كلية القانون، جامعة بابل، ٢٠١٠، ص ٣٢، - د. بشار الأسعد، مصدر سابق، ص ١٠٢.

الاقتصادية والسياسية التي تشهدها هذه الدول، وخاصة إن هذه العقود ((عقود استثمار الطاقة الكهربائية)) تعتبر من أهم حلول الارتقاء بالواقع الاقتصادي وكثير من المجالات وخاصة الخدمة منها. وكما لا بد من توفر قدر من المرونة والسهولة عند إبرام هذا النوع من العقود لكي تستطيع إجراء الملائمة والموازنة بين مصالح الدولة من جهة، و مصالح الشركات المجهزة من جهة أخرى، وهذا غير موجود في العقد الإداري^(٢٨).

وكما إن متطلبات التنمية الاقتصادية تفرض على الدولة المتعاقدة النزول إلى مستوى الطرف الآخر، وتعامل معه بصفة الشخص العادي، لا بصفته السيادة أو صاحبة سلطة، لكي تتمكن من تحقيق الغاية المنشودة من العقود، كون إن التمسك بالسيادة سوف يهدم العلاقة التعاقدية بسبب ممارسة الدولة سلطاتها سوف يتعارض مع متطلبات التنمية الاقتصادية، ويضر بمصالح الطرف المقابل، هذا من جانب، ومن جانب آخر، إن تمسكها سوف يؤدي إلى نشوب مشاكل سياسية بين طرفي العقد هي في غنى عنها، وخاصة عندما يكون تجهيز الطاقة بصورة مباشرة عن طريق الاستثمار، أو طلب الطرف المستثمر الحماية من الدولة بعد عجزه من الحصول على حقوقه بالطرق العادية، وهذا يتعارض مع التنمية بصورة عامة^(٢٩).

ولقد استند أصحاب هذا الاتجاه الى العديد من الحجج في تبرير هذا التكييف هذا ما سوف نفضله في المطلب الثاني.

المطلب الثاني: اسانيد كون عقود استثمار الطاقة الكهربائية من عقود القانون الخاص

لقد برر أنصار هذا الاتجاه موقفهم بعدد من الحجج، منها كون إسباغ الطبيعة الإدارية على هذه العقود يتعارض مع سياسيات التنمية الاقتصادية في الدول النامية، والتي تسعى جاهده إلى تطوير اقتصادها بما يخدم أهدافها التنموية، وقد كان من بين الوسائل التي استخدمتها في سبيل تحقيق ذلك هو اللجوء إلى القطاع الخاص أو الشركات العملاقة والمتخصصة، والتعاقد معها وفق ضوابط معينة. وكما إن الاعتبار المنطقية توجب على الدولة ممارسة أساليب القانون العام في حدود النطاق الإقليمي الخاص بها، و خارج ذلك النطاق تقف الدولة موقف الشخص العادي عند التعاقد مع الطرف الثاني، أي على أساس قدم المساواة^(٣٠).

وبمعنى آخر إنها لا تتمتع بأي سلطات استثنائية على الطرف الأجنبي إلا بمقدار ما يتيح لها العقد من شروط تم الاتفاق عليها استناداً إلى مبدأ نسبية السيادة بحدود إقليم الدولة.

٢٨- ينظر د. حفيظة السيد حداد، مصدر سابق، ص ٤٦٢.

٢٩- ينظر د. بشار الأسعد، مصدر سابق، ص ١٠٢-١٠٣.

٣٠- ينظر د. وليد جابر، موقع عمليات إدارة و استثمار المرافق العامة من مفهوم التجارة الدولية، مجلة القضاء الإداري في لبنان، العدد السادس عشر، ٢٠٠٢، ص ٢٥.

التكييف القانوني لعقود استثمار الطاقة الكهربائية المبرمة مع الشركات الاستثمار الأجنبية

ويؤكد أصحاب هذا الاتجاه على الطبيعة الخاصة لهذه العقود من خلال قبول الدولة المتعاقدة العديد من الشروط ومنها شرطي الثبات التشريعي وثبات العقد، ويقصد بشرط الثبات التشريعي بأنه ذلك الشرط الذي يمنع تطبيق أي قانون جديد على هذا العقد.^(٣١) وإن الغاية منه حماية المتعاقد من فرض الإضرار به، وتحقيق مصلحة للدولة على حساب الطرف المجهز، أما شرط ثبات العقد، يقصد بأنه ذلك الشرط الذي يمنع أي تعديل أو تغيير في بنود العقد من قبل الدولة بإرادتها المنفردة^(٣٢)، أي إنه يمنع الدولة من تغيير في بنود العقد تغيير من شأنه أن يلحق الضرر بالطرف المستثمر وبهذا المعنى فإنه يعد وسيلة ضمان له.

وعليه فإن وجود هذه الشروط تعمل على نفي الصفة الإدارية للعقد، والتأكيد على الصفة الخاصة، لأن الدولة بقبولها للتعاقد بهذه الشروط يُعد إنكاراً حقيقياً لأحد أهم خصائص العقد الإداري ألا وهي خصيصة عدم المساواة بين طرفي العقد^(٣٣)، والتي من شأنها أن تعمل على ترجيح كفة الطرف المتعاقد مع الدولة من خلال الضمانات والامتيازات والشروط التي تتبناها في هذه العقود والتي تنصب في مصلحته كما أسلفنا.

ونحن نظن بأن وجود الدولة كطرف في العقد ليس له تأثير على طبيعة العقد، بل يبقى ضمن طائفة العقود العادية التي تبرمها الدولة وحسب الحاجة لها من أجل تطوير القطاع الاقتصادي لها، و في حالة نشوب نزاع ما بسبب تنفيذ العقد فإن القضاء هو الجهة المختصة بذلك أو اللجوء إلى وسائل أخرى، وبمعنى آخر إن الإدارة و باعتبارها تمثل السلطة العامة لا تمتلك صلاحية فض أو حسم النزاعات وإنما كل ما تفعله هو فرض بعض الجزاءات و الغرامات التهديدية التي قد يتم تضمينها في هذه العقود، وليس للقرارات الإدارية قوة قانونية لحسم النزاع الخاص بالعقد^(٣٤).

وهكذا يتبين إن الدول عندما شعرت بحاجتها إلى التنمية الاقتصادية و إبرام العقود مع الشركات المستثمرة للطاقة الكهربائية، أخذت الدخول بهذه العقود مستعينة بقواعد القانون الخاص بسبب سهولة و يسر التعاقد بها، وانسجامها مع التنمية الاقتصادية، على عكس ما هو في قواعد القانون العام، وخاصة إن الدولة هي محتكرة للنشاط الاقتصادي ومسيطر عليه أصبح من الضروري عليها التعامل بنوع من المساواة و توفير قدرٍ من الثقة، والذي توفره لها قواعد القانون الخاص، وما يترتب على ذلك من تنازل الدولة عن جزء من حصانتها القضائية في هذا المجال^(٣٥).

٣١- ينظر د. محمد عبد الحميد، مصدر سابق، ص ١٠٦. د. احمد عبد الكريم سلامة، شروط الثبات التشريعي في عقود الاستثمارات والتجارة الدولية، مجلة القانون والاقتصاد، العدد الأول، ١٩٨٧، ص ٧١، د. محمد الروي، مصدر سابق، ص ٩٥.

٣٢- ينظر د. وفاء مزيد فلوحت، مصدر سابق، ص ١٤٢. د. بشار الأسعد، مصدر سابق، ص ١٠٨.

٣٣- ينظر د. عاطف سعدي محمد، مصدر سابق، ص ٤، و كذلك د. محمد الروي، مصدر سابق، ص ٩٥-٩٦.

٣٤- ينظر د. بشار الأسعد، مصدر سابق، ص ١٠٣.

٣٥- ينظر شيماء محمد شلتاغ، القانون الواجب التطبيق على العقود الدولية مع الاشخاص الاجنبية، رسالة ماجستير، كلية القانون، جامعة بغداد، ٢٠٠٥، ص ١٣٩.

وإن قيام الدول النامية باللجوء الى هذا النوع من العقود إنما الغاية منه هو محاولة لتخفيف الأعباء عن كاهلها، وذلك لما لهذه العقود من تأثير على الموازنة العامة بصورة كبيرة، مما حدا بالدولة اللجوء إلى القطاع الخاص في المشاريع الاستثمارية وخصوصاً في مشاريع اقتصادية ضخمة وخدمية لها، وبما إن القطاع الخاص في أغلب الدول النامية لا يقوى على هذا النوع من العقود بسبب الإمكانات الضخمة والكبيرة والتقنيات الحديثة التي يحتاج إليها، كما هو الحال في عقود استثمار الطاقة الكهربائية، مما دفعها باللجوء إلى القطاع العام أو الخاص الأجنبي لتنفيذ مثل هذه العقود، وهذا التصور السابق دفع بالتعاقد الأجنبي إلى التعاقد بهذه الطريقة من أجل تجنب المخاطر الاقتصادية والتشريعية والقضائية والإجراءات التي يمكن أن تتخذ بحقه من قبل الدولة^(٣٦)، مثل إلغاء أو تعديل العقد دون تعويض.

وهناك بعض العقود التي تبرمها الدولة مع المتعاقد الأجنبي تنص على الطبيعة الخاصة لهذه العقود، أي كونها عقوداً خاصة وتجارية أيضاً، وليس ذا طبيعة إدارية، مما يعني تنفي الصفة الإدارية عنها والتأكيد على الصفة الخاصة^(٣٧).

ومن قبيل هذه العقود، هي عقود استثمار الطاقة الكهربائية، التي تنص على طبيعتها الخاصة، و تنفي الصفة الإدارية عنها، وهو العقد المبرم بين شركة أنتجت لتوليد الطاقة الكهربائية وتجهيزها، وهيئة كهرباء مصر: إذ جاء في المادة (١٨) من هذا العقد: أن توافق هيئة كهرباء مصر موافقة غير مشروطة أو غير قابلة للإلغاء على ان تحرر وتنفذ اي هذا العقد التي هي طرف فيه وتعد تصرفاتها مدنية وتجارية، استناداً لذلك توافق الهيئة موافقة غير مشروطة وغير قابلة للإلغاء على ما يلي:-

١-إنها لن تطالب هي أو من ينوب عنها بأية حصانة من الإجراءات أو لأي من أصولها وغير الأصول التي تتمتع بالحماية وذلك إذا أقيمت أي إجراءات ضدها أو ضد أي من أصولها.
٢-أنها تتنازل عن أي حق في الحصانة قد يكون لها أو لأي من أصولها حالياً أو مستقبلاً في أي جهة اختصاص فيما يتعلق بأي من هذه الإجراءات.

٣-إنها توافق بشكل عام فيما يتعلق بنفاذ أي حكم ضدها من الإجراءات وفي أي جهة اختصاص على منح أي إعفاء أو إصدار أي إجراء فيما يتعلق بهذه الإجراءات^(٣٨).

وكما نجد هناك أيضاً عقوداً خاصة باستثمار الطاقة الكهربائية تنص في بنود عقدها على الطبيعة الخاصة والتجارية له، وتجعله بعيد كل البعد عن الطبيعة الإدارية، وتخضعه الى قواعد القانون الخاص، وهذا ما أشار إليه عقد استثمار الطاقة المعد من قبل وزارة الكهرباء العراقية مع الشركات المستثمرة للطاقة الكهربائية والذي أكد على الطبيعة الخاصة له، وليست ذو طبيعة إدارية، حيث نص في حيث نصت

٣٦- ينظر د. عاطف سعدي محمد، مصدر سابق، ص ٤٢٧. د. محمود خلف الجبوري، العقود الإدارية دار الحكمة، جامعة بغداد، ١٩٨٩، ص ١٠٩.

٣٧- ينظر د. هاني صلاح سري الدين، الإطار القانوني للمشروعات التنموية الأساسية التي يتم تمويلها عن طريق القطاع الخاص في مصر، مجلة القانون والاقتصاد، العدد الرابع، سنة ١٩٩٩، ص ٢٤٥.

٣٨- أشار إليه، باسم محمد خضر، مصدر سابق، ص ٣٦.

التكليف القانوني لعقود استثمار الطاقة الكهربائية المبرمة مع الشركات الاستثمار الأجنبية

المادة (٤/١٦) من هذا عقد على (يوافق المشتري وبشكل غير مشروط وغير قابل للإلغاء بأن إبرام وتسليم أداء هذا العقد يشكل أفعال و أعمال خاصة و تجارية). وتعزيزاً لما تقدم فإن المشتري يوافق بشكل غير قابل للإلغاء وغير مشروط على النحو التالي: -

أ- إذا تم رفع أي إجراءات ضد المشتري أو موجوداته (غير شبكة لنقل أو موجوداته أو معداته الخاصة بتوليد الطاقة الكهربائية وموجوداته لتوزيع الكهرباء والموجودات المحمية بتسريع والامتيازات الدبلوماسية والقنصلية والموجودات المحمية، في أي بلد فيما يتعلق بهذا العقد أو أي تعاملات بمقتضى هذا العقد، لا يتم الادعاء بأي حصانة من مثل هذه الإجراءات من قبل أو بالنيابة عن المشتري أو بالأصل عن نفسه أو أي من الموجودات (غير المحمية).

ب- إنه يتخلى عن أي حصانة قد يتمتع بها هو أو موجوداته (غير المحمية) الآن أو في المستقبل في أي بلد فيما يتعلق بأي إجراءات.

ت- إنه يوافق وبشكل عام فيما يتعلق بتطبيق أي حكم ضده في أي إجراءات من هذه في أي بلد لمنح أي إعفاء أو إصدار أي تبليغ فيما يتعلق بهذه الإجراءات (بما في ذلك اتخاذ أو تطبيق أو تنفيذ ضد أو فيما يتعلق بأي موجودات أي كانت (غير المحمية) وبغض النظر عن استخدام أو الاستخدام السنوي لهذه الموجودات).

هذا وليس أدل على ذلك من الشروط أو البنود التي تتضمنها هذه العقود والتي تجعل الجهاز يقف على قدم المساواة مع الدولة المستفيدة من الطاقة الكهربائية، بل من الممكن وفي كثير من الأحيان أن يشترط الطرف المستثمر على الدولة المستفيدة إدراج شروط معينة في العقد تمنحه ضمانات عديدة ومنها عدم إمكانية تعديل العقد بصورة منفردة، وهذا ما نجده في عقود التجهيز المباشر للطاقة الكهربائية المبرم بين العراق و إيران^(٣٩)، أو الاتفاق على القانون يحكم الضرائب مثلاً وقد لا يكون قانون أي من الطرفين وإنما قانون آخر يتفق عليه الطرفين، فضلاً عن الاتفاق على عدم إخضاع النزاعات التي تنشئ عن الأخلال بالعقد الى قضاء أي من الطرفين بل يخضع الى وسائل أخرى، وغيرها من الأمور التي من شأنها تنفي الطبيعة الإدارية لهذه العقود، بحيث يُعد هذا إنكاراً حقيقياً لأحد أهم خصائص العقد الإداري ألا وهو خاصية عدم المساواة بين أطرافه، بل على العكس من ذلك فإن شروط وغيرها من الضمانات ترجح جانب المستثمر على الدولة المتعاقدة.

وهذا كله ما يؤكد لنا الطبيعة الخاصة لعقد استثمار الطاقة الكهربائية الذي تكون الدولة أو أحد أجهزتها طرفاً فيه، وسبب ذلك إتباعها أسلوب القانون الخاص أو ابتعادها عن أسلوب القانون العام، كما تم توضيحه في العقود السالفة الذكر، وذلك تماشياً مع الوضع الاقتصادي السائر لدى الدول. مما يبين عدم الجدوى من إسناد تكليف عقد استثمار الطاقة الكهربائية بكونه عقداً إدارياً، لكي يتم إخضاعه للقانون الوطني للدولة المتعاقدة، والذي نستنتجه من الشروط والضمانات التي تنص عليها

٣٩- ينظر المادة السابعة والثامنة من عقد تجهيز الطاقة الكهربائية المبرم بين العراق و إيران لسنة ٢٠٠٨.

القوانين^(٤٠) والتي تؤكد على الطبيعة الخاصة له، بالرغم من عدم تنظيم هذا العقد رغم توسع نطاقه بين الدول، والتي من شأنها أبعاد الصفة الادارية عنه.

بينما نجد على صعيد القضاء بعض القرارات التي من شأنها التأكيد على الطبيعة الخاصة لهذا النوع من العقود التي تبرمها الدولة من الشركات الاجنبية، منطلقة من إن الحصانة القضائية التي تتمتع بها الدولة كونها غير مطلقة فلا تشمل المعاملات المدنية والتجارية، وما يتفرع عنها من منازعات أي تنحصر عنها هذه الحصانة ولا تشملها، فضلاً عن وجود بعض قرارات القضاء التي تؤكد على ان الإدارة تبرم عقوداً مدنية بالإضافة إلى العقود الإدارية وهذا ما يتماشى مع الوضع الحالي في إبرام العقود^(٤١).

هذا وما تقدم كله مضاف إليه قواعد ومتطلبات التجارة والتعامل الدوليين التي تنسم بالسرعة والحرية من شأنها تفرض على الدولة ان تنزل في التعاقد إلى مستوى الشخص العادي بعيداً عن السلطة والسيادة، لكي تتمكن في النهاية تحقيق مصالحها الاقتصادية والذي يوجب باحتفاظها بعلاقات اقتصادية كبيرة على المستوى الدولي.

المبحث الثالث: عقود استثمار الطاقة الكهربائية من عقود ذو طبيعة خاصة

خلافًا للاتجاهين السابقين في تحديد طبيعة عقود استثمار الطاقة الكهربائية هناك اتجاه ثالث من الفقه يقف موقفاً وسطاً بينهما، يتمثل هذا الاتجاه في اعتبار عقود استثمار الطاقة الكهربائية عقود ذي طبيعة خاصة، وان كلا الرأيين السابقين قد جانبه الصواب، لان عقود الاستثمار يتم ابرامها من خلال آليات متعددة ولكل عقد ظروفه الخاصة به، بحيث يصعب وضع قاعدة عامة مجردة في هذا الصدد، فضلاً عن ضرورة معرفة النظام القانوني الخاص به، بمعنى معرفته ضمن أي من العقود تدخل عقود استثمار الطاقة الكهربائية. وعليه سوف نتناول محتوى الاتجاه في المطلب الأول، ثم بيان النظام القانوني الخاص بعقود استثمار الطاقة الكهربائية وذلك في المطلب الثاني وعلى النحو التالي: -

المطلب الأول: محتوى كون عقود استثمار الطاقة الكهربائية من عقود ذي طبيعة خاصة

وبعد استعراضنا الاتجاهيين السابقين، الذي ذهب الاتجاه الاول الى اعتبار عقود استثمار الطاقة الكهربائية من العقود الادارية، والحجج التي أسندها لذلك، أما الاتجاه الثاني الذي قد أعتبر عقود استثمار الطاقة الكهربائية التي تكون الدولة أو أحد أجهزتها طرفاً فيها ذي طبيعة خاصة و تخضع الى قواعد القانون الخاص، وذلك من خلال الحجج و البراهين الذي طرحها والنماذج العقدية التي أكدت ذلك.

٤٠- ينظر د. بشار الاسعد، مصدر سابق، ص ٢٣.

٤١- ينظر حكم محكمة الإدارية العليا في طعن ٥٥٩ رقم لسنة ١١ ق-ج لسنة ١٩٦٨/٣/٢٤ المشار إليه سابقاً، وكذلك حكم محكمة النقض المصرية الصادر في الطعون برقم بتاريخ ٢٩ ابريل ١٩٨٦/٤١٢، وكذلك قرار محكمة النقض الفرنسية في ١٩٧٧/٥/٢٠ المشار إليه سابقاً.

التكييف القانوني لعقود استثمار الطاقة الكهربائية المبرمة مع الشركات الاستثمار الأجنبية ويبدو لنا وفي ضوء ما تقدم بأن حجج الاتجاه القائل بالطبيعة الخاصة لعقود استثمار بصورة عامة و"عقود استثمار الطاقة الكهربائية" هي الراجحة استناداً لآراء الفقه ونصوص الاتفاقات العقدية فضلاً عن أحكام القضاء السابق ذكرها.

وكما أن الطبيعة الخاصة لهذه العقود لا تستمد بالدرجة الأساسية من صفة أطرافه فحسب، بل من موضوع العقد "المحل" والمتمثل بالطاقة الكهربائية، وارتباطها بخطط التنمية الاقتصادية في الدول المستفيدة منها.

هذا من جانب، ومن جانب آخر فعلى الرغم من وجود عقود إدارية بطبيعتها مثل عقود الأشغال العامة^(٤٢)، إلا أن هناك عقوداً تدور بين الطبيعة الإدارية والخاصة بقدر اختيار الدولة الوسائل المستخدمة في أبرامها للعقود فأن كانت وسائل القانون العام فيعد العقد إدارياً، أو تستخدم وسائل القانون الخاص فيعد من عقود القانون الخاص، وأن تكييف عقود استثمار الطاقة الكهربائية بأنه عقد إداري يهدف إلى وضع عقبة أمام الطرف المستثمر، والذي عادة ما يأخذ موقف العداء والريبة إزاء السلطة العامة في الدول النامية، التي تعد في مجموعها إجراءات خطيرة تصل إلى حد إلغاء العقد دون تعويض، والذي يتعارض مع متطلبات الاستثمار والتنمية الاقتصادية في الوقت الحاضر، والضمانات التي تقدمها الدول للمستثمرين لغرض جذبهم للتعامل معها، ولا سيما بين الدول ووضعها شروطاً تنفي الصفة الإدارية له، وهذا يؤكد النماذج العقدية كونه ذا طبيعة خاصة والاسلوب الغالب في هذا النوع من العقود.

وهذا كله يؤكد الطبيعة الخاصة لعقود استثمار الطاقة الكهربائية، الذي تكون الدولة أو أحد أجهزتها طرفاً فيه، وإتباعها أسلوب القانون الخاص وابتعادها عن أسلوب القانون العام، كما هو مبين في العقود سالفة الذكر، وذلك تماشياً مع الوضع الاقتصادي السائر لدى الدول، مما يتضح لنا عدم الجدوى من إسناد تكييف عقود استثمار الطاقة الكهربائية بكونه عقداً إدارياً، لكي يتم إخضاعه للقانون الوطني للدولة المتعاقدة، وفضلاً عن الأسباب المتقدمة، نجد عدم استقرار الأنظمة القانونية كافة على تبني نظرية العقد الإداري، إذ توجد نظم لا تعرف ذلك كونه مستقل عن العقد المدني كما هو الحال في الشريعة الانكلوأمريكية.

هذا من جانب، ومن جانب آخر، إن أعمال نظرية العقد الإداري على عقود التي تبرمها الدولة ومنها عقود استثمار الطاقة الكهربائية سوف يؤدي إلى إعمالها خارج النطاق التي وضعت له، كونها نشأت وتطورت في ظل القضاء الإداري الفرنسي لتمييزها عن عقود القانون الخاص والعقود التي تجريها الإدارة^(٤٣).

٤٢ - ينظر في طبيعة هذه العقود د. محمد عبد المجيد اسماعيل، مصدر سابق، ص ٧٥-٧٦.

٤٣ - Rene's, SAVATIER Las, vents, de, services, D, 1971, Chron, P, 223 أشار إليه د. محمد سامي عبد الصادق، خدمة المعلومات الصوتية والالتزامات الناشئة عنها - دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٥، ص ٦٥-٦٦، وكذلك ينظر د. صبري محمد خاطر، الضمانات العقدية لنقل المعلومات، بحث منشور في مجلة الحقوق، جامعة النهرين، المجلد الثالث، العدد الثالث، لسنة ١٩٩٩، ص ١٧.

كما وان الواقع من اعتبار هذا العقد من عقود القانون العام او الخاص يستشف من تحديد مضمونه، ونية الأطراف في عقود استثمار الطاقة الكهربائية، والمسائل والشروط التي اتفقوا عليها، وطبيعة الالتزام تشكل مضمون العقد والتي يتحدد على أساسها كونه من عقود القانون العام او من عقود القانون الخاص، فالتوصل الى كون العقد من عقود القانون الخاص يكون عبر معرفة مضمون العقد، وبالنظر العميق للعقود محل الدراسة نجد ان المستثمر يحرص حرصاً كبيراً على وضع الأسس والمبادئ التي تحكم المنازعات التي تنجم عن تطبيق العقد، وغالباً ما يكون فض المنازعات عن طريق مراكز التحكيم. كما ان قيام الدولة طوعية عن التنازل عما تتمتع به من حصانات وامتيازات في نطاق القانون العام وإبرامها عقود الاستثمار الطاقة الكهربائية على قدم المساواة مع المستثمر، وإبرام العقد وفقاً لمبادئ القانون المدني وان العقد شريعة المتعاقدين يجعل من العقد أقرب للقانون الخاص منه إلى القانون العام.

المطلب الثاني: النظام القانوني الخاص بعقود استثمار الطاقة الكهربائية

وبعد أن تعرفنا على التكييف القانوني للقانونية لعقود استثمار الطاقة الكهربائية كونه من عقود القانون الخاص وحسب ما تقدم ذكره، يظهر التساؤل هنا ضمن أي عقدٍ من العقود التقليدية قد يدخل وينسجم معه وخاصةً أنه عقداً غير مسمى؟ وبعبارة أخرى ما هو التكييف أو الطبيعة القانونية لهذا العقد فهل يمكن أن يدخل ضمن أي نوع من أنواع العقود التي عاجلها المشرع العراقي في القانون المدني، أم كونه يخضع لنظام قانوني خاص به؟

ولأجل الوقوف على طبيعة عقود استثمار الطاقة الكهربائية يلزم البحث عن مدى قدرة نسبة هذا العقود الى تلك العقود التي يمكن تسميتها بالعقود التقليدية، وهي البيع والمقاوله وغيرها، متناولين الإشارة الى الدعائم الاساسية لكل عقد من هذه العقود ومدى التشابه مع هذا العقد حتى يمكن القول بأنه يندرج تحت احكامه من عدمه.

فقد تعددت اتجاهات الفقه بهذا الصدد، فقد ذهب جانب من الفقه إلى القول بأنه لا يوجد مانع من أن تكون الخدمات بصورة عامة محلاً لعقد البيع^(٤٤)، مبررين ذلك بكون هذه الخدمات لها أقيام اقتصادية ومالية، هذا من جهة، ومن جهةٍ أخرى كون التعريفات التشريعية لعقد البيع لا تحول دون ذلك بسبب مرونة هذه التعريفات وعدم اقتصرها على الأشياء المادية و إنما تشمل الأشياء غير المادية، ويعطي أصحاب هذا الاتجاه صوراً لبعض الخدمات التي يمكن أن تصلح كمحل لعقد البيع والتي تستهلك عنده وضعها في تصرف المستفيد، ومنها على وجه الخصوص بيع الطاقة مثل التيار الكهربائي والتي هي موضوع بحثنا، وبيع خدمات الاتصال وغيرها.

و يظهر لنا مما تقدم من هذا الرأي بأن هناك انطباعاً يُعطي كون عقود استثمار الطاقة الكهربائية هو عقد بيع خدمة، بسبب التشابه بين عقد استثمار الطاقة الكهربائية وعقد البيع في العديد من

^{٤٤} - ينظر د. عبد الرزاق السنهوري، مصادر الالتزام، مصدر سابق، ص ١٥٣-١٦٩، د. كمال ثروت الو ندي، شرح أحكام عقد البيع، الطبعة الأولى، مطبعة دار السلام، بغداد، ١٩٧٣، ص ٣٣٠-٣٣٥.

التكليف القانوني لعقود استثمار الطاقة الكهربائية المبرمة مع الشركات الاستثمار الأجنبية

الخصائص، ومنها كونها من العقود الرضائية حيث ترد على منقول، ومن العقود الملزمة للجانبين، وهما من العقود محددة القيمة، وإن جاز أن يكون عقد البيع احتمالياً إذا كان المقابل مرتباً مدى حياة البائع^(٤٥)، وكما يترتب على بيع الخدمات الآثار كافة التي تترتب على عقد البيع كضمان العيوب الخفية والالتزام بالمطابقة والتزام البائع بالتسليم فهذه الالتزامات لا تختلف عن الالتزامات التي تترتب على عاتق (المستثمر) مقدم الخدمة حيث يقع على عاتقه التزام بضمان السلامة أي ضمان حصول المستفيد (مستلمي الخدمة) على خدمة لا تنطوي على عيوب وكذلك التزامه بتقديم خدمة مطابقة للمواصفات التي تم الاتفاق عليها وبما أن التزام مقدم الخدمة التزام بنتيجة لذا فيلتزم مقدم الخدمة (البائع) بأن يؤدي الخدمة بدقة وعلى النحو الذي يلتزم بموجبه أما بإصلاحها تصحيحها أو بالتعويض عن الإخلال بهذا الالتزام^(٤٦).

لكن تعرض هذا الرأي لبعض الانتقادات التي وجهت له، ومنها ما يعد فرقاً جوهرياً بين عقود استثمار الطاقة الكهربائية وعقد البيع هو إن الأخير يُعد من العقود الفورية التنفيذ^(٤٧)، سواء تم تنفيذه في الحال أو وقع في المستقبل، كالبيع بثمن آجل، أو البيع بالتقسيط لأن تنفيذ الالتزامات المتقابلة لا يتجزأ في تنفيذ الآجل، بحيث يقابل تنفيذ أي جزء من الالتزام تنفيذ جزء من الالتزام المقابل، بخلاف عقد استثمار الطاقة الكهربائية، والذي يُعد وبدون شك من العقود دورية التنفيذ^(٤٨)، أي تحتاج إلى مدة من الزمن لكي يتم تنفيذها لأن طبيعة هذا العقد تفترض ذلك لأن الطاقة الكهربائية لا يمكن الاستفادة منها إلا بصورة مستمرة، هذا من جانب، ومن جانب آخر، إن الزمن في عقد البيع أي الآجل يعتبر عنصراً طارئاً^(٤٩)، في حين يكون في عقود استثمار الطاقة الكهربائية عنصرٌ جوهري فعال بسبب طبيعة كونه الغاية لا تتحقق إلا بالزمن^(٥٠).

فضلاً عن اختلافهما من حيث الفسخ ففي عقد البيع يكون بأثر رجعي بسبب كونه من العقود الفورية وتتحقق إمكانية إعادة الوضع إلى ما كان عليه في حالة إخلال أحد الطرفين بالتزاماته^(٥١)، في حين يكون من صعوبة ذلك في عقود استثمار الطاقة الكهربائية بسبب عدم إمكانية إعادة الزمن إلى الوراء، والطاقة التي استهلكت أيضاً بل يكون إلى المستقبل والذي لم يتم تنفيذه بعد.

لكن من الصعب أيضاً قبول هذا الرأي من الناحية القانونية وأن كان مقبولاً من الناحية الاقتصادية، بسبب إن عقد البيع لا يرد إلا على الأموال أو الحقوق المالية هذا من ناحية، ومن ناحية أخرى فليس كل ماله قيمة اقتصادية أو مالية يجوز بيعه، إذ لابد من توافر شروط التعامل (المحل) في الشيء لكي يمكن

٤٥- ينظر د. كمال ثروت، مصدر سابق، ص ٢٣٤.

٤٦- ينظر د. عبد الرزاق السنهوري، مصادر الالتزام، مصدر سابق، ص ١٦٥.

٤٧- ينظر المادة الأولى من عقد تجهيز الطاقة الكهربائية المبرم بين العراق و إيران لسنة ٢٠٠٨.

٤٨- ينظر د. عباس العبودي، شرح أحكام العقود المسماة، عقد البيع والإيجار، الطبعة الأولى، دار الثقافة، عمان، ٢٠٠٩، ص ٣٥.

٤٩- ينظر د. عبد الرزاق السنهوري، مصدر سابق، ص ٢٣٤.

٥٠- د. عبد الرزاق السنهوري مصادر الالتزام، مصدر سابق، ص ١٦٧.

٥١- ينظر د. محمد ليبب شنب، شرح أحكام عقد المقاولة، بدون طبعة، منشأة المعارف، الإسكندرية، ٢٠٠٨، ص ١٧ - د. سعيد سعد عبد السلام، الوجيز في العقود المسماة، المقاولة و البيع، بدون طبعة، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩١، ص ١٦ - والمادة (٨٦٤) من القانون المدني العراقي - (٦٤٦) من القانون المدني المصري.

التعامل به بالبيع، أما بخصوص الأشياء غير المادية مثل الاسماء التجارية وغيرها فأنها تدخل في نطاق التعامل وذلك عند إدخالها ضمن نطاق بعض العقود التي تتناسب مع طبيعتها كالمصنفات الأدبية. وبسبب هذه الانتقادات التي وجهها البعض للاتجاه الأول الذي دعا بعض الفقه إلى البحث عن تكييف آخر لعقود استثمار الطاقة الكهربائية ألا وهو تكييفه من قبيل عقود المقاولة يقصد بعقد المقاولة هو ذلك العقد الذي يتعهد به أحد المتعاقدين على أن يصنع شيئاً ما أو يؤدي عملاً لقاء أجر يلتزم به الطرف الآخر^(٥٢).

ومن هذا التعريف يلمس هذا الاتجاه بعض أوجه الشبه بين عقد المقاولة وعقود استثمار الطاقة الكهربائية، كون الأول يرد على الأعمال المادية، ولا يقصد بها الاداءات المادية التقليدية، بل يشمل ايضا الاداءات غير المادية ومنها تقديم الخدمات، أو القيام بعمل ما، وهذا يقرب بين الاثنين، بسبب كون عقد استثمار الطاقة الكهربائية يرد على صناعة أو إنتاج الطاقة الكهربائية وتجهيزها للمستفيد و التي تعد من المنقولات ذات طبيعة غير مادية، هذا إضافة إلى تشابه العقدين من حيث الالتزامية، وكوئهما من العقود محددة القيمة، ويقومان على أساس الاعتبار الشخصي، إضافة إلى رضائية العقدين^(٥٣).

كما قد يتفق عقد المقاولة مع عقد استثمار الطاقة الكهربائية على انه من العقود المستمرة وليس من العقود اللحظية اذ ان حياة الصورة العقدية الاخيرة ليست ممتدة كما في عقد البيع فبمجرد ان يضع البائع الشيء المبيع تحت تصرف المشتري وانتقال الملكية الى هذا الاخير في حين ان عقد المقاولة يفترض امتداد العلاقة العقدية بين الماقل والعميل اذ ان تنفيذ محل العقد يستغرق وقتاً طويلاً لوضعه موضع التنفيذ مما يفرض وجود نوع من التعاون طوال مدة التعاقد بين طرفي العقد وذلك حتى يمكن الوصول بالغرض من العقد الى الغاية منه^(٥٤)، وهذا عين ما ينطبق على عقد استثمار الطاقة الكهربائية حيث يكون تقديم الطاقة وبصورة مستمرة لذلك فأن العقد يتم بالتعاون بين الطرفين وصولاً الى تنفيذه.

فضلاً عن ذلك أن التزام الماقل يكون بتحقيق نتيجة، حيث يقع على عاتق الماقل تحقيق النتيجة التي يريد بها رب العمل وهذا عين ما يلتزم به المستثمر حيث يلتزم بتحقيق نتيجة في تقديم الطاقة الكهربائية للمستفيد والانتفاع بها.

وبالرغم من ذلك فقد أنتقد البعض ذلك من حيث أن عقد المقاولة وأن يحتاج إلى مدة من الزمن لتنفيذه إلا أنها لا تجعل منه عقداً زمنياً، بسبب إن الأداء الرئيس فيه يتحقق بمجرد التسليم، وبه يتحقق العقد وينفذ، ولا يقدر بالزمن الذي أستغرقه لتمام أداء العمل، فلا يكون الزمن عنصراً جوهرياً فعالاً^(٥٥)، وأن المقصود من العقد هو النتيجة النهائية التي يرمي إليها الأطراف المتعاقدة، وما الزمن ألا وسيلة لتحقيق

٥٢- ينظر د. محمد ليب شنب، مصدر سابق، ص ١٦-٤٧.

٥٣- ينظر د. محمد ليب شنب، مصدر سابق، ص ١٦-٤٩.

٥٤- ينظر د. قدرى عبد الفتاح، عقد المقاولة في التشريع المغربي و المقارن، طبعة جديدة، منشأة المعارف، الإسكندرية، ٢٠٠٤، ص ١٨-١٩.

٥٥- للمزيد في معايير التمييز التي تميز العقد الفوري عن العقد المستمر، كمعيار (طبيعة الأداء) و معيار (كيفية التنفيذ) ينظر د. ياسر احمد كامل، مصدر سابق، ص ١٧-٢٠.

ذلك، ومن ثم لا يكون له أي قيمة ذاتية، أي إن التنفيذ لا بد له من أن يستمر في هذه الحالة ولكن مدة التنفيذ لا يقابلها إشباع مستمر، بل يتحقق في نهاية العقد، على عكس عقد استثمار الطاقة الكهربائية التي يكون الأمر مختلف تماماً فيحصل إشباع الحاجة من بداية التنفيذ إلى النهاية وكلما طالت المدة طال الانتفاع والعكس صحيح.

هذا من جهة، ومن جهة أخرى تجدر الإشارة أنه حتى وإن كانت هناك بعض الأعمال في عقد استثمار الطاقة الكهربائية قد تُعطي بعض الميول نحو اعتباره من عقود المقاوله مثل البناء الخاص بوحدة استقبال الطاقة الكهربائية أو تركيب ونصب الأجهزة الخاصة بالطاقة مثل أجهزة الحماية وغيرها أو كان التجهيز من خلال بناء المحطات، فتكون بالنسبة إلى عقد استثمار الطاقة الكهربائية من توابعه الخاصة به ومرتبطة من حيث تحقيق الغاية المرجوة وهي الحصول على الطاقة الكهربائية.

ويستحصل من خلال ما تقدم، أن عقود استثمار الطاقة الكهربائية عقود ذو طبيعة خاصة قد تميزه عن غيره من العقود، ولكن باعتقادي أن هذه العقود هي عقود تجمع بين عقد البيع والمقاوله فيمكن أن تكون بيعاً أو مقاوله، على الرغم من الانتقادات التي وجهت ألي الاتجاهات سالفه الذكر، وذلك حسب طبيعة العقد وما يتم الاتفاق عليه بين الطرفين، وبسبب التقارب بين التزامات هذه العقود وأن لم يكن بالتطابق التام بسبب الطبيعة الخاصة التي تتمتع بها عقود استثمار الطاقة الكهربائية.

الخاتمة: -

وبعد أن انتهينا من موضوع البحث، ومحاولين من وضع ورسم الحدود والمعالم التكييف القانوني لعقود استثمار الطاقة الكهربائية، متبعين طريقة العرض والتحليل وبيان أهم القواعد والاسس القانونية التي من شأنها أن تحكم هذا العقود إلا أن نقوم من بيان النتائج التي قد توصلنا اليها خلال بحث، إضافة إلى أهم التوصيات أو المقترحات التي نجدها من الضرورية والجدية في تبنيها من قبل مشرعنا عند تكييفه لهذه العقود.

أولاً: - النتائج: -

١- تعتبر عقود استثمار الطاقة الكهربائية من أكثر العقود المتعارف عليها لأبرام هذا النوع من العقود من قبل الشركات في تعاقدتها مع المستفيد لتجهيزه بالطاقة، وغالباً ما تكون من الدول النامية، و المتمثل ببساطته و تسهيل الامر على الاخير بسبب ذوبان جميع ما يتعلق بهذا العقد ضمن مكوناته وجعلها عقداً واحداً، سواء من حيث الطاقة المجهزة، والمعدات اللازمة لذلك، وغيرها من الامور التي يقتضيها العقد.

٢- اختلف الفقه في التكييف القانوني لهذه العقود فذهب جانب منها الى اعتبار عقود التنمية الاقتصادية التي تكون الدولة أو إحدى الهيئات التابعة لها طرفاً فيها من العقود الإدارية ومنها عقود استثمار الطاقة الكهربائية بمعنى أي إنها تنضوي تحت طائفة عقود القانون العام، على أساس إن هذا العقد يتشابه أو يتماثل مع العقد الإداري ويكمن السبب في كون هذه العقود غالباً ما تكون الدولة أو

أحد أجهزتها طرفاً فيها كالوحدات الإدارية في الدول الفدرالية، إضافة إلى الشركات العامة، وهذا هو حال الدول النامية التي تدخل في هذه العلاقات مع المستثمرين، من أجل الحصول على الطاقة الكهربائية من أجل دفع العجلة الاقتصادية.

٣- في حين ذهب اتجاه آخر إلى أن عقود استثمار الطاقة الكهربائية يعد من طائفة عقود القانون الخاص، وعلى الرغم من الخلاف الذي حصل لدى الفقه، وسبب ذلك كونه يستمد طبيعة الخاصة من موضوعه أي الطاقة الكهربائية بغض النظر عن طبيعة أطرافه، إضافة إلى السياسات التشجيعية التي تتبعها الدولة، من أجل تحقيق التنمية الاقتصادية، وسلوكها أسلوب القانون الخاص في تعاقداتها، وبصفة الشخص الطبيعي وليس صاحبة سلطة أو سيادة، وإضافة إلى الشروط غير المألوفة التي تدرجها ضمن هذه العقود كشرط الثبات التشريعي و ثبات العقد، والتعامل على قدم المساواة مع المستثمرين.

٤- وكما تبين أن عقود استثمار الطاقة الكهربائية عقود ذو طبيعة خاصة قد تتميز عن غيرها من العقود، أذ هي عقود تجمع بين عقد البيع والمقاوله من حيث تحديد نظامها القانوني فيمكن أن تكون بيعاً أو مقاوله، على الرغم من الانتقادات التي وجهت إلى الاتجاهات سالفه الذكر، وذلك حسب طبيعة العقد وما يتم الاتفاق عليه بين الطرفين، وبسبب التقارب بين التزامات هذه العقود وأن لم يكن بالتطابق التام بسبب الطبيعة الخاصة التي تتمتع بها عقود استثمار الطاقة الكهربائية.

ثانياً: -المقترحات:-

وبعد ان انتهينا من بحث موضوع التكييف القانوني لعقود استثمار الطاقة الكهربائية، وبعد الانتهاء من نتائج هذا البحث، يمكننا ان نخرج ببعض المقترحات التي نهيى بالمشرع العراقي القدير من الاخذ بها عند تنظيمه لهذا العقد، وعدم الاكتفاء بالقواعد العامة فقط:-

١-دعوة المشرع الى الاخذ بالطبيعة الخاصة لعقد استثمار الطاقة الكهربائية الذي تكون الدولة أو أحد أجهزتها طرفاً فيه، وسبب ذلك إتباعها أسلوب القانون الخاص أو ابتعادها عن أسلوب القانون العام، وذلك تماشياً مع الوضع الاقتصادي السائر لدى الدول. مما يبين عدم الجدوى من إسناد تكييف عقد استثمار الطاقة الكهربائية بكونه عقداً إدارياً، لكي يتم إخضاعه للقانون الوطني للدولة المتعاقدة، والذي نستنتجه من الشروط والضمانات التي تنص عليها القوانين، والعقود والتي تؤكد على الطبيعة الخاصة له، بالرغم من عدم تنظيم هذا العقد ورغم توسع نطاقه بين الدول، والتي من شأنها أبعاد الصفة الادارية عنه.

٢-أدعو المشرع على التأكيد ان عقود استثمار الطاقة الكهربائية عقود ذو طبيعة خاصة قد تتميز عن غيره من العقود، ولكن باعتقادي ان هذه العقود هي عقود تجمع بين عقد البيع والمقاوله فيمكن ان تكون بيعاً أو مقاوله، وضرورة تنظيمه لكي يدخل ضمن نظام قانوني محدد، لكي لا يترك ذلك الى حسب طبيعة العقد وما يتم الاتفاق عليه بين الطرفين، وبسبب التقارب بين التزامات هذه العقود وأن لم يكن بالتطابق التام بسبب الطبيعة الخاصة التي تتمتع بها عقود استثمار الطاقة الكهربائية.

المصادر: -

أولاً: -الكتب القانونية: -

- ١- د. بشار الأسعد، عقود الدولة في القانون الخاص، الطبعة الثانية، منشورات زين الحقوقية، عمان، ٢٠١١.
- ٢- د. حفيظة السيد حداد، العقود المبرمة بين الدول و الأشخاص الأجنبية، بدون طبعة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت لبنان، ٢٠٠٣.
- ٣- د. عبد الحكيم مصطفى، عقود التنمية الاقتصادية في القانون الدولي الخاص، مكتبة النصر، القاهرة، ١٩٩١.
- ٤- د. عبد المنعم محفوظ، قضاء المشروعية وفلسفة الانفتاح الاقتصادي في مصر، الطبعة الأولى، عالم الكتب، القاهرة، ١٩٨٤.
- ٥- د. محمود خلف الجبوري، العقود الإدارية، بيت الحكمة، جامعة بغداد، ١٩٨٩.
- ٦- د. رعد هاشم أمين التميمي، النظام القانوني لعقد التجهيز، الطبعة الأولى، مكتبة السنهوري، بغداد، العراق، ٢٠١٢.
- ٧- د. رياض عيسى الزهري، مظاهر سلطة الإدارة في تنفيذ المقاولات و الأشغال العامة، النجف، ١٩٧٥.
- ٨- د. ثروت بدري، المعيار المميز للعقد الإداري، مجلة القانون و الاقتصاد، العدد الأول و الثاني، ١٩٥٧.
- ٩- د. سليمان الطماوي، العقود الإدارية، الطبعة الرابعة، مطبعة عين شمس، ١٩٨٤.
- ١٠- د. محمد عبد المجيد، عقود الأشغال العامة و التحكيم فيها، بدون طبعة، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، ٢٠٠٣.
- ١١- د. أحمد عبد الكريم سلامة، النظام القانوني لعقد المفاوضات الدولية، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٧٨.
- ١٢- د. وفاء مزير فليحوظ، المشاكل القانونية في عقود نقل التكنولوجيا إلى الدول النامية، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، ٢٠٠٨.
- ١٣- د. مازن ليلو راضي، العقود الإدارية في القانون الليبي، الطبعة الأولى، دار الكتب الوطنية، ليبيا، ٢٠٠٢.
- ١٤- د. محمد الروبي، النظام القانوني لعقود البناء والتشييد والتسليم والتملك، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٥.
- ١٥- د. أحمد عبد الكريم سلامة، شروط الثبات التشريعي في عقود الاستثمارات و التجارة الدولية، مجلة القانون و الاقتصاد، العدد الأول، ١٩٨٧.

- ١٦- د. عاطف سعدي محمد، المعيار القضائي في تميز العقد الإداري، طبقة لأحدث اتجاهات الفقه والقضائيين الفرنسي والمصري، بحث منشور على موقع الانترنت (www. Konou2. com).
- ١٧- د. محمد بيجت قابل، إقامة المشروعات الاستثمارية وفقاً للبناء والتشغيل و نقل الملكية، بدون طبعة، دار نهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٥.
- ١٨- د. احمد عبد الكريم سلامة، قانون العقد الدولي، المفاوضات العقود الدولية، بدون طبعة، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٢.
- ١٩- د. محمد سامي عبد الصادق، خدمة المعلومات الصوتية والالتزامات الناشئة عنها- دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٥.
- ٢٠- د. كمال ثروت الو ندي، شرح أحكام عقد البيع، الطبعة الأولى، مطبعة دار السلام، بغداد، ١٩٧٣.
- ٢١- د. عباس العبودي، شرح أحكام العقود المسماة، عقد البيع و الإيجار، الطبعة الأولى، دار الثقافة، عمان، ٢٠٠٩.
- ٢٢- د. محمد ليبب شنب، شرح أحكام عقد المقاوله، بدون طبعة، منشأة المعارف، الإسكندرية، ٢٠٠٨.
- ٢٣- د. سعيد سعد عبد السلام، الوجيز في العقود المسماة، المقاوله و البيع، بدون طبعة، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩١.
- ٢٤- د. قدرى عبد الفتاح، عقد المقاوله في التشريع المغربي و المقارن، طبعة جديدة، منشأة المعارف، الإسكندرية، ٢٠٠٤.

ثانياً: الرسائل والاطاريح :-

- ١- حيدر عجيل فاضل، المبادئ العامة للقانون كمصدر للقانون الدولي العام، رسالة ماجستير، كلية القانون، جامعة بغداد، ٢٠٠٦.
- ٢- باسم محمد خضر، عقد تسليم المفتاح، رسالة ماجستير، كلية القانون، جامعة بابل، ٢٠١٠.
- ٣- شيماء محمد شلتاغ، القانون الواجب التطبيق على العقود الدولية مع الاشخاص الاجنبية، رسالة ماجستير، كلية القانون، جامعة بغداد، ٢٠٠٥.

ثالثاً: -البحوث:-

- ١- د. وليد جابر، موقع عمليات إدارة و استثمار المرافق العامة من مفهوم التجارة الدولية، مجلة القضاء الإداري في لبنان، العدد السادس عشر، ٢٠٠٢.
- ٢- د. احمد عبد الكريم سلامة، شروط الثبات التشريعي في عقود الاستثمارات والتجارة الدولية، مجلة القانون والاقتصاد، العدد الأول، ١٩٨٧.

التكييف القانوني لعقود استثمار الطاقة الكهربائية المبرمة مع الشركات الاستثمار الأجنبية

٣-د. هاني صلاح سري الدين، الإطار القانوني للمشروعات التنموية الأساسية التي يتم تمويلها عن طريق القطاع الخاص في مصر، مجلة القانون والاقتصاد، العدد الرابع، سنة ١٩٩٩

٤-د. صبري محمد خاطر، الضمانات العقدية لنقل المعلومات، بحث منشور في مجلة الحقوق، جامعة النهريين، المجلد الثالث، العدد الثالث، لسنة ١٩٩٩.

رابعاً: -القوانين: -

- ١-قانون الاستثمار العراقي رقم (١٣) لسنة ٢٠٠٦ المعدل -
- ٢-قانون الضمانات وحوافز الاستثمار المصري في المادة الثانية منه رقم ٨ لسنة ١٩٩٧.
- ٣-القانون المدني الفرنسي الصادر عام ١٨٠٤.
- ٤-القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ المعدل.

خامساً: -نماذج العقود: -

- ١-عقد استثمار الطاقة الكهربائية المعد قبل وزارة الكهرباء العراقية مع الشركات الخاصة.
- ٢-عقد تجهيز الطاقة الكهربائية المبرم بين إيران والعراق، سنة ٢٠٠٩.

سادساً: -القرارات القضائية. -

- مجموعة المبادئ العامة التي قررتها المحكمة الإدارية العليا في خمسة عشر سنة ١٩٦٥ - ١٩٨٠ - الجزء الثاني.

سابعاً: -المصادر الأجنبية: -

- 3-Asante, (S.) stability of contractual relations in the transnational investment process, I.C.L.Q., vol.28, july oral part. 1979.