الطبيعة القانونية لعقود استثمار الطاقة
دراسة تحليلية مقارنة

إعداد

الباحث / عمرو صالح فوزي دندوشة

مجلة حقوق دمياط للدراسات القانونية والاقتصادية – كلية الحقوق – جامعة دمياط

العدد العاشر يوليو–2024

مقدمة

أولًا- موضوع الدراسة:

تسعى الحكومة إلى تلبية احتياجات البنية التحتية، من خلال عقد اتفاقيات بشأن استثمار واستغلال مواردها من الطاقة وذلك للحد من مسئوليتها المالية، عن طريق اسناد مشروع مرفق عام لأحد المستثمرين أو للقطاع الخاص لإنشاء المشروع المتفق عليه واستغلاله وفقاً للمواصفات التي تم التعاقد عليها لمدة زمنية معينة.

وقد صار خلاف فقهي حول الطبيعة القانونية لعقود استثمار الطاقة نظرًا لطبيعة أطرافها، وكذلك ارتباطها بالوضع الاقتصادي للدولة المضيفة للاستثمار، وهذا ما دفع الفقهاء إلى محاولة تكييف عقد استثمار الطاقة على أنه عقدًا إداريًا يخضع للقانون الداخلي، وذلك لتوافر عناصر العقد الإداري.

ثانياً- أهداف الدراسة:

تهدف الدراسة إلى بيان مفهوم عقود استثمار الطاقة، والمقصود بالطبيعة الإدارية، وبيان شروط تمييز العقد الإداري عن العقود الخاصة.

ثالثاً- أهمية الدراسة:

تكمن أهمية الدراسة في تناولها لظاهرة هامة " إبرام الدولة عقوداً لاستثمار طاقتها في مجال معين "، فتسعى الدول للاستثمار دائما في هذا المجال، وهذا ما نصب اهتمامنا بدراسة هذه النوعية من العقود حتى نستطيع بحث السلبيات والإيجابيات الناجمة عن هذه العقود، ومناقشة الإشكاليات التي تتعرض إليها من الطبيعة القانونية لهذه العقود، والقانون الواجب التطبيق وكذلك حل المنازعات الناجمة عنها.

رابعاً- تساؤلات الدراسة:

تحاول هذه الدراسة الإجابة على التساؤلات التالية:

١- ما مفهوم عقود استثمار الطاقة ؟

٢- ما المقصود بالطبيعة القانونية لعقود استثمار الطاقة ؟

٣- ما هي شروط تمييز العقد الإداري عن غيره من العقود ؟

خامسا- خطة الدراسة:

مقدمة

المطلب الأول: مفهوم الطبيعة القانونية لعقود استثمار الطاقة.

الفرع الأول: تعريف عقود استثمار الطاقة.

الفرع الثاني: المقصود بالطبيعة القانونية لعقود استثمار الطاقة.

المطلب الثاني: الموقف الفقهي والقضائي من الطبيعة الإدارية لعقود استثمار الطاقة.

الفرع الأول: نظرية العقد الإداري وعلاقتها بعقود استثمار الطاقة.

الفرع الثاني: موقف الفقه والقضاء من الطبيعة الإدارية لعقود استثمار الطاقة.

خاتمة.

قائمة المراجع.

قائمة المحتويات.

المطلب الأول
مفهوم الطبيعة القانونية لعقود استثمار الطاقة

تمهيد وتقسيم:

يعتبر بيان الطبيعة القانونية لعقود استثمار الطاقة محل جدل وخلاف واسع بين الفقهاء والباحثين؛ لأنها ترد علي محل ذو أهمية اقتصادية للدولة وهي استغلال الثروات الطبيعية لها، فهذه من جهة ومن جهة أخري إن الآراء المختلفة للأسس القانونية لهذه العقود والتي تنعكس بالنتيجة علي التكييف القانوني لها يرجع لحداثة هذه العقود ولم تظهر إلا بعد اهتمام الدول لتوفير مصادر للطاقة لما لها من عائد اقتصادي ضخم يساهم في عجلة التنمية ويعمل علي

توفير فرص عمل ورفع الأعباء العامة عن الميزانية العامة للدولة ونقل تكنولوجيا حديثة[1].

وفي ضوء ذلك، يمكن تقسيم الحديث في هذا المطلب إلى فرعين نناقش من خلالهما مفهوم عقود استثمار الطاقة، وبيان مفهوم الطبيعة القانونية.

الفرع الأول: تعريف عقود استثمار الطاقة.

الفرع الثاني: المقصود بالطبيعة القانونية لعقود استثمار الطاقة.

(1) **د. منذر يوسف محمد الشرمان**، المفهوم القانوني لعقود الطاقة المتجددة، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الشرق الأوسط، الأردن، ٢٠١٨م، ص ١٢.

الفرع الأول
تعريف عقود استثمار الطاقة

تعرف عقود استثمار الطاقة على أنها : "تلك العقود التي تبرمها الدولة أو أحد أجهزتها أو من يعمل لحسابها مع مشروع أجنبي خاصة، يكون موضوعه استغلال الثروة الطبيعية أو إقامة مشروعات أو منشأة صناعية الهدف منها تحقيق التنمية لمدد طويل الأجل"[١].

وعلى ذلك يلاحظ أن عقود استثمار الطاقة يتم إبرامها بين طرفين، الطرف الأول يكون الدولة والتي تملك الموارد والطرف الآخر أحد أشخاص القطاع الخاص لكي يقوم الأخير باستغلال موارد الدولة مدة زمنية معينة – أي أن عقود الطاقة ليست من

---

(١) **د.عبد الحكيم مصطفي عبد الرحمن،** عقود التنمية الاقتصادية في القانون الدولي الخاص، مكتبة النصر، القاهرة، ١٩٩١، ص ٢٢.

العقود الفورية بل من العقود المستمرة المرتبطة بالزمن – مقابل ثمن نقدي تحصل عليه الدولة، ومن أبرز العقود في مجال استثمار الطاقة " عقد استثمار الطاقة الكهربائية "[١] حيث يكون محلها منصبا على نطاق التنمية في مجال استثمار الطاقة الكهربائية[٢].

ومن هنا يستطيع الباحث وضع مفهوم لعقود استثمار الطاقة – حيث يرى أنها عبارة عن تلك العقود التي تعقد بالاتفاق

---

(١) **د. هفال صديق إسماعيل، د. أوميد صباح عثمان**، الإطار القانوني لعقد استثمار الطاقة الكهربائية، عقد استثمار الطاقة الكهربائية بين حكومة إقليم كوردستان وشركة ماس العالمية نموذجًا، المجلة الأكاديمية لجامعة تورزو، المجلد ٨ العدد ٢، بتاريخ ١ يونيو ٢٠١٩م، العراق، ص٣١٧ وما بعدها. ولمزيد من التفاصيل، انظر:

https://scholar.archive.org/work/nf7ynh3ahnharblff6cxqxc3cq, 15-9-2023.

(٢) **د. أحمد حسان الغندور**، التحكيم في العقود الدولية للإنشاءات، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٨، ص١٨.

بين الدولة – أو أحد الأشخاص العامة فيها – مع منشأة أو شركة – أحد أشخاص القانون الخاص – بالاستثمار في مشروعات سواء بإنشاءها أو تملك أصول منشأة، قائمة أو من خلال عمليات الدمج عن طريق استغلال العديد من الموارد خلال مدة زمنية معينة في مقابل نقدي.

الفرع الثاني
المقصود بالطبيعة القانونية لعقود استثمار الطاقة

تعني الطبيعة القانونية الذات القانوني للحدث أو الواقعة، أو إعطاء نص قانوني مناسب للعقد، وتتميز الطبيعة القانونية عن التكييف القانوني في أن الطبيعة عمل المشرع أما التكييف القانوني

عمل قضائي أو فقهي نسبي[١] يقوم به القاضي تمهيدًا لسريان القانون على الواقعة، فيقوم بقنونة الوقائع.

فالتكييف مسألة إجرائية تتعامل مع التفصيلات، وتختلف من حالة إلى أخرى، وتعتبر عملية قانونية معقدة غالبًا، ويتم الاعتماد على التكييف في تطبيق حكم القاعدة القانونية على فرضيتها والتي تتمثل في الواقعة الحادثة والتي وضعها التكييف ضمن إطار الفرضية والتي قام المشرع بوضعها[٢].

---

(١) **د. هدى سالم الأطرقجي**، التكييف القانوني للجرائم في قانون العقوبات العراقي، رسالة دكتوراه، كلية القانون جامعة الموصل، العراق، ٢٠٠٠م، ص٣٣

(٢) **د. محمد سليمان الأحمد**، الأساس المنطقي في التمييز بين الاسناد الكاشف لطبيعة الواقعة وتوصيفها، العدد الخامس، المجلة القانونية، كلية الحقوق جامعة المملكة، العدد الخامس، يناير ٢٠١٦م، ص٢٢٠

ويري جانب من الفقه أن " طبيعة عقود استثمار الطاقة تمتاز بطبيعة خاصة " حيث تعني رد عقود الطاقة إلي نظام قانوني معين يحدد طبيعته والحقوق والالتزامات الناشئة عنه، وكذا القانون الذي ينظمه ويحكمه، والنظام القضائي الذي يخضع له في المنازعات الناشئة عنه[١].

والجدير بالذكر أن تحديد الطبيعة القانونية لعقود الطاقة أمر في غاية الصعوبة ومحل جدل واسع بين الفقهاء والباحثين لأن عقود الطاقة ترتكز علي استغلال الثروات الطبيعة للدول وبيان الطبيعة القانونية لتلك العقود مسألة شديدة الحساسية؛ لأنها لا تنبي علي اعتبارات قانونية أو اعتبارات سياسية و التفاوت في المراكز القانونية والاقتصادية بين طرفي عقود استثمار الطاقة يؤثر بصورة

---

(١) **د. بشار الأسعد**، عقود الدولة في القانون الخاص، الطبعة الثانية، =

كبيرة عليهم وإحساسهم المتبادل بأن كلا منهما طرف ضعيف في العقد ويجب حمايته. دفع كل طرف من طرفي العقد لوضع نظام قانوني يحميه بما يضمن مصالحه.

المطلب الثاني
موقف الفقه والقضاء من الطبيعة الإدارية لعقود استثمار الطاقة

تمهيد وتقسيم:

اختلفت الآراء القانونية حول الطبيعة القانونية لعقود استثمار الطاقة، حيث يرى البعض بأنها عقودًا مدنية أو تخضع للقانون الخاص، ويرى البعض الآخر أنها عقودًا ذات طبيعة خاصة، أنا الرأي الراجح أنها عقودًا إدارية حيث ينطبق عليها شروط أو عناصر تمييز العقد الإداري عن غيره من العقود، وقد استند الفقه

=

منشورات زين الحقوقية، عمان، ٢٠١١م، ص ٨٧.

إلى العديد من المبررات لترجيح الطبيعة الإدارية لعقود استثمار الطاقة والتي تبرمها الدولة مع غيرها من الشركات أو الأشخاص الخاصة، كذلك أيد القضاء الإداري في العديد من أحكامه الطبيعة الإدارية للعقود التي تبرمها الدولة ويكون أحد أطرافها شخص عام وتهدف لتسيير خدمة مرفق عام، وتتضمن شروطًا استثنائية غير مألوفة في القانون الخاص.

ومن منطلق ذلك، قمنا بتقسيم هذا المطلب إلى فرعين نناقش من خلالهما موقف الفقه القضاء من الطبيعة الإدارية حيث خصصنا (الفرع الأول) لبيان مفهوم العقد الإداري وتمييزه عن غيره من العقود، تحت عنوان نظرية العقد الإداري، وفي (الفرع الثاني) تم تخصيصه لبيان الموقف الفقهي والقضائي.

الفرع الأول
نظرية العقد الإداري وعلاقتها بعقود استثمار الطاقة

أولًا: المقصود بالعقد الإداري:

وضعت اللائحة التنفيذية[١] لقانون تنظيم التعاقدات الحكومية المصري رقم ١٨٢ لسنة ٢٠١٨ تعريفًا للعقد الإداري في المادة (١) منه حيث نصت على أنه عبارة عن " محرر يتم ابرامه بين ممثل الجهة الإدارية والمتعاقد، ويتضمن إلتزامات محددة ومتقابلة بين طرفيه "، ومن أمثلته عقد الإمتياز أو إلتزام المرافق العامة، والأشغال والعامة والتوريد ".

فهو العقد الذي تكون الإداري أو أحد وحداتها الإداري المختلفة طرفًا فيه ويكون متصلًا بخدمة وتسيير مرفق عام ويحتوي على

(١) **انظر**: الوقائع المصرية، العدد رقم ٢٤٤، تابع (ب)، ٣١ أكتوبر ٢٠١٩م.

شروطًا استثنائية غير مألوفة في القانون الخاص، واستخدام أساليب القانون العام[1].

ثانياً: تمييز العقد الإداري عن العقد المدني:

يتشابه العقد الإداري مع عقود القانون الخاص في بعض الخصائص وفي العناصر الأساسية لتكوينهم، إلا أن ذلك لا يخفى ما بينهم من فروق. ويبدو أن العقد الإدري قد اتفق مع عقود القانون الخاص من حيث المسمى؛ فكلاهما عقد إلا أنها يختلفان في الآتي[2]:

([1]) **د. نذير بن محمد الطيب أوهاب**، نظرية العقود الإدارية، دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي والقانون، مطبوعات معهد الإدارة العامة، المملكة العربية السعودية، ١٤٢٧ هـ، ص١٨.

([2]) **د. شريف يوسف خاطر**، العقود الإدارية، مقرر الفرقة الرابعة حقوق جامعة المنصورة، العام الدراسي ٢٠٢٣/٢٠٢٤، ص٧-١٠

١- أطراف العقد الإداري أحدهما شخص عام يعتمد في ابرامه العقد وتنفيذه على أساليب القانون العام ووسائلة واستخدام شروط استثنائية غير مألوفة في القانون الخاص.

٢- العقد الإداري في إبرامه يخضع لقواعد وأساليب مختلفة عن العقد الخاص حيث يتطلب أسلوب المعاينة أو الممارسة أو المزايدة لإتمام أو إجراء التعاقد، حيث يخضع لقواعد وإجراءات محددة مرسومة، وفقًا للقانون.

٣- عدم تكافئ مصالح الطرفين في العقود الإداري حيث يتم تغليب المصلحة العامة على الفردية، وذلك على عكس عقود القانون الخاص والتي تتساوى فيها مصالح الأطراف وتكون متوازنة.

٤- يُمنح المتعاقد مع الدولة في عقود القانون العام حقوقًا لا مقابل لها في اتفاقات القانون الخاص.

٥- لجهة الإدارة سلطة الرقابة والإشراف وتوقيع الجزاءات على الطرف المتعاقد معها إذا أخل بإلتزامه، وهذا غير متوافر في عقود القانون الخاص أو العقود المدنية.

وقضي بأن: " العقد الإداري يفترق عن العقد المدني في كون الشخص المعنوي العامة يعتمد في إبرامه على وتنفيذه على أساليب القانون العام ووسائله إما بتضمينه شروطًا غير استثنائية غير مألوفة في عقود القانون الخاص ..... "[١].

ثالثًا: معيار تتميز العقد الإداري:

تنحصر معايير تمييز العقد الإداري عن غيره من العقود في ثلاث معايير:

([١]) **حكم المحكمة الإدارية العليا**، بتاريخ ٢٥ مايو لعام ١٩٦٤م، الطعن رقم ١٠٥٩ لسنة ٧ ق.

العنصر الأول: أن تكون الدولة – جهة الإدارة – طرفًا أصيلًا في العقد:

لا يجوز أن يوصف العقد بالصفة الإدارية إذا لم يكن أحد طرفيه على الأقل شخص معنوي عام، ، فالعقد إذا لم يكن أحد أطرافه شخص معنوي عام لا يعد عقداً إدارياً، فالعقد الذي لا تكون الإدارة أحد أطرافه لا يجوز بحال أن يعتبر من العقود الإدارية ذلك أن قواعد القانون العام وضعت لتحكم نشاط الإدارة لا نشاط الأفراد والهيئات الخاصة. وقد عرف قانون التعاقدات المصري رقم ١٨٢ لسنة ٢٠١٨ الجهة الإدارية : " أي من الجهات العامة أو الهيئات أو الواحدات المنصوص عليها في المادة الأولى من مواد اصدار هذا القانون ... ".

وبالنسبة لعقود استثمار الطاقة والتي تعقدها الدولة عن طريق وكلاء فقد ذهب جانب فقهي يتبنى مفهومًا أوسع لعقود استثمار الطاقة ويرى بأن العقود التي تبرمها الدولة عن طريق أحد

المؤسسات التابعة لها، أو عن طريق توكيل احدى الهيئات الخاصة، هي عقود استثمار إدارية، وذلك لأن تلك الهيئات والمؤسسات – العامة – ينعقد لها الاختصاص بإبرام تلك العقود بصورة غير مباشرة عن الدولة ومن ثم لا يعني ذلك انفصالها عن الدولة طالما ظلت المبادئ والدعائم التي يقوم علي أساسها العقد متوفرة[1].

وقد قضت المحكمة الإدارية العليا في أحد أحكامها بخصوص نزاع شركة شل: " من البديهي أن العقد الذي لا تكون الإدارة أحد أطرافه لا يجوز بحال أن يعتبر من العقود الإدارية، وذلك أن قواعد

([1]) **د. وسام مجدي عطيه**، الآليات القانونية والاقتصادية لتحفيز الاستثمار الأجنبي المباشر بين النظرية والتطبيق الطبعة الأولى ، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ٢٠١٢ ، ص ٥٨؛ **د. عوض الله شيبه الحمد**، النظام =

القانون العام إنما وضعت لتحكم نشاط الإدارة لا نشاط الأفراد والهيئات الخاصة، إلا أنه من العقود أنه متى استبان أن تعاقد الفرد أو الهيئة الخاصة إنما كان في الحقيقة لحساب الإدارة ومصلحتها، فإن هذا التعاقد يكتسب صفة العقد الإداري إذا ما توافرت فيه العناصر الأخرى التي يقوم عليها معيار تمييز العقد الإداري.

ومن ثم فإنه متى كان من الثابت أن شركة (شل) في العقدين موضوع النزاع إنما تعاقدت لحساب ولمصلحة الحكومة، فلا نزاع في أن العقدين المذكورين قد أبرما بقصد تسيير مرفق عام وأنهما اتبعت فيهما وسائل القانون العام، متى كان الأمر كذلك، فإن العقدين المشار إليهما على ما تقدم يكتسبان صفة العقود

=

القانوني لعقود إنشاء المنشأت الصناعية بين الدول والشركات الأجنبية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة أسيوط، ١٩٩٢م، ص ١٧٨.

الإدارية وبهذه المثابة فإن مجلس الدولة بهيئة قضاء إداري يختص دون غيره بنظر المنازعات الخاصة بهما وذلك بالتطبيق لحكم المادة ١٠ من القانونين ؤقم ١٦٥ لسنة ١٩٥٥ ورقم ٥ لسنة ١٩٥٩ "[١].

فعقد استثمار الطاقة إذا تم بين الدولة، وبين أحد أشخاص القانون الخاص يعد عقداً إدارياً ولو أبرمت الدولة الاتفاق عن طريق نيابة الغير لإبرام هذا الاتفاق ولو كان من أشخاص القانون الخاص[٢].

(١) **حكم المحكمة الإدارية العليا**، بتاريخ ٧ مارس عام ١٩٦٤، الطعن رقم ١٥٥٨، مجموعة المبادئ والأحكام التي قررت المحكمة الإدارية العليا في مجال العقود الإدارية، رقم ٧ ص ٩٩.

(٢) **د. حفيظة السيد حداد**، مرجع سابق، ص ٣٧؛ **ميساء هشام السامراني**، التنظيم القانوني للاستثمار الأجنبي في كلا التشريعين العراقي والأردني، رسالة الماجستير، كلية الحقوق، جامعة الإسراء، عمان، عام ٢٠١٤، ص١٣.

العنصر الثاني: اتصال العقد بخدمة مرفق عام:

يشترط كذلك لاعتبار العقد إدارياً أن يتصل موضوعه بمرفق عام وذلك لأن مبادئ القانون الإداري تقوم علي فكرة المرفق العام ومقتضيات سير المرفق العام بانتظام واطراد هي التي تبرر ما يشمله فكرة القانون الإداري من خروج عن المألوف في القانون الخاص، والمرفق العام مشروع تنشؤة الدولة أو تشرف عليه، ويعمل بانتظام واضطراد، ويتسعين بسلطات الإدارة لتقديم خدمات عامة لتحقيق النفع والصالح العام(١).

وقضي بأنه: " الإدارة تستمد امتيازاتها في مجال العقود الإدارية لا من نصوص العقود، ولكن من طبيعة المرفق العام

(١) **د. محمد حامد الجمل**، نظرة جديدة للمرافق العامة، الجزء الأول، مجلة مصر المعاصرة، مجلة ٦٣، عدد ٣٥٠، القاهرة، ١٩٧٢، ص٧١٧.

واتصال العقود به ووجوب الحرص على استمرار وانتظام سيره بما يحقق المصلحة العامة "[١].

وقضت محكمة القضاء الإداري بأن : " المعيار الذي يميز العقود الإدارية ... هو موضوع العقد ذاته، متي اتصل بالمرفق العام علي أيه صورة من الصور، سواء أكانت من حيث تنظيم المرفق العام، أم باستغلاله أم تسييره، أم المعاونة أو المساهمة في ذلك أو استخدام المرفق ذاته "[٢].

---

(١) **حكم المحكمة الإدارية العليا**، ١٩ ديسمبر، ١٩٨١م، الطعن رقم ١٩٤ لسنة ٤ ق.

(٢) **حكم محكمة القضاء الإداري**، جلسة ٢-٦-١٩٥٧م، الدعوي رقم ٣٤٨٠ لسنة ٩ ق.

العنصر الثالث: اتباع وسائل القانون العام (تضمين العقد شروط استثنائية غير مألوفة):

وعرف بعض الفقه الفرنسي الشروط غير المألوفة بأنها: " تلك الشروط التي لا تجدها عادة في عقود القانون الخاص، إما لكونها باطلة لأنها تخالف النظام العام، أو أن إدخالها في العقود بواسطة السلطة الإدارية بناء على مقضتيات الصالح العام والتي تعد غريبة بالنسبة للمتعاقدين من أشخاص القانون الخاص"(١).

كما قضت محكمة القضاء الإداري بأن " علاقة العقد بالمرفق إذا كانت ضرورية لكي يعتبر العقد إدارياً فإنها ليست مع ذلك كافية لمنحة تلك الصفة، اعتباراً بأن قواعد القانون العام ليست ذات

(1) **WALINE (M.)**, Traité de droit administrative, Sirey, 1963, no 963. P. 572; dans le même sens voir, Blum, concl, sur **C. E.** 31 juillet 1912, société des granites porphyroides des Vosges, Rec. p.909.

علاقة حتمية بفكرة المرفق العام، إذ أنه مع اتصال العقد بالمرفق العام فإن الإدارة قد لا تلجأ في إبرامه إلى أسلوب القانون العام لما تراه من مصلحتها في العدول عن ذلك إلى أسلوب القانون الخاص، فيتبع بشأنه ما يتم اتباعه من قبل الأفراد في تصرفاتهم الخاصة، ومن ثم فإن المعيار المميز للعقود الإدارية عما غيرها من عقود الأفراد، وعقود القانون الخاص التي تبرمها الإدارة ليس هو صفة المتعاقد، بل موضوع العقد ذاته متى اتصل بالمرفق العام على أي صورة من الصور: مشتركاً في ذلك وعلى درجة متساوية مع الشروط الاستثنائية غير المألوفة في العقد "[1].

([1]) **حكم محكمة القضاء الإداري**، بتاريخ ١٦ ديسمبر ١٩٥٦، الدعوى رقم ٢٢٣ لسنة ١٠ ق.

الفرع الثاني
موقف الفقه والقضاء المؤيد للطبيعة الإدارية لعقود استثمار الطاقة

أولاً: موقف الفقه من الطبيعة الإدارية لعقود استثمار الطاقة:

يرى جانب من الفقه بأن عقود استثمار الطاقة تبرمها الدولة، ليس لتحقيق الربح فحسب بينما تسعى إلى خدمة الصالح العام، ومن ثم فإن تلك العقود تعد عقوداً إدارياً ويستمدون رأيهم من عدة معايير[١].

ويرى هذا الجانب الفقه بأن العقد الإداري يتميز عن غيره من العقود بكون الدولة طرفاً في العقد، وكونها صاحبة سلطة عامة أو سيادة، تتمتع بالعديد من المميزات الاستثنائية والتي غالبا لا يتمتع

(١) **د. سليمان الطماوي**، العقود الإدارية، ط٤، مطبعة عين شمس، القاهرة، ١٩٨٤، ص ٩٣.

بها الطرف الآخر في العلاقة العقدية، كما أن الاستثمار في مجال الطاقة يسعى إلى تحقيق التنمية الاقتصادية وتقديم المصلحة العامة والنفع العام لكافة أفراد المجتمع، وهذا ما يعني بأن الدولة إذا ما أقدمت على علاقة عقدية بشأن استثمار الطاقة فيكون الهدف من ذلك هو تحقيق مصلحة عامة[١].

وتسري على عقود استثمار الطاقة أحكام القانون رقم ١٨٢ لسنة ٢٠١٨ والخاص بتنظيم التعاقدات التي تبرمها الجهات الإدارية. حيث نصت المادة الأولى من القانون رقم ١٨٢ لسنة ٢٠١٨ على أنه: " يعمل بأحكام القانون المرافق في شأن تنظيم التعاقدات التي تبرمها الجهات العامة، وتسري أحكامه على الجهات

(١) **حكم القضاء الإداري**، الدعوى رقم ١١٤٩٢ لسنة ٢٠١١م، دائرة المنازعات الاقتصادية والاستثمار، مجلة التحكيم العالمية، العدد ١٢، ص٥٨٥.

التي تضمها الموازنة العامة للدولة، ووحدات الجهاز الإداري للدولة من وزارات ومصالح وأجهزة لها موازنات خاصة، ووحدات الإدارة المحلية، والهيئات العامة الخدمية والإقتصادية، وما يتبع هذه الجهات من وحدات ذات طابع خاص والصناديق الخاصة، فيما عدا صناديق الرعاية الاجتماعية المنشأة بها والتي تعتمد في تمويلها بصفة أساسية على الاشتراكات المالية من أعضائها، والمشروعات الممولة من الحسابات الخاصة، دون الاخلال بأحكام الاتفاقيات الدولية، وذلك كله فيما لم يرد في شأنه نص خاص في القوانين أو القرارات الصادرة بإنشائها أو بتنظيمها، أو في لوائحها الصادرة بناء على تلك القوانين أو القرارات ".

ومن خلال ما سبق يرى أنصار هذا المذهب بأن عقود استثمار الطاقة ذات طبيعة إدارية وينطبق بشأنها شروط العقد الإداري، وذلك للأسباب التالية:

١- أن الدولة – أو أحد أجهزتها – طرفا في العلاقة

٢- عقود استثمار الطاقة في المقام الأول عقود تنمية حيث تهدف الدولة من إبرامها إلى تحقيق مصلحة عامة وتسيير مرفق عام حيوي فيعود بالنفع العام وتحقيق التنمية الاقتصادية – ويعد ذلك أهم معايير تمييز العقد الإداري عن غيره من العقود – وهذا ما يعني أن العقد متصلاً بمرفق عام، فضلا عن الربح الذي تسعى إليه[٢].

٣- احتواء عقود استثمار الطاقة على شروط استثنائية – ومنها شرط الثبات النسبي، والحوافز والضمانات الممنوحة

---

(١) **د. عصمت عبد الله الشيخ**، التحكيم في العقود الإدارية ذات الطابع الدولي، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٣م، ص١١٣.

(٢) **د. أحمد عبد الكريم سلامة**، النظام القانوني لعقد المفاوضات الدولية، دار النهضة العربية، القاهرة، عام ١٩٧٨، ص١٧.

للمستثمر الأجنبي ومنها الاعفاء من الضرائب. – غير مألوفة في القانون الخاص ضمن بنودها[١].

٤- من المستقر عليه فقهاً وقضاءً تطبيق نظريات إعادة التوازن للعقد، وذلك للمحافظة على مصالح طرفي العلاقة العقدية مدة سريان العقد[٢].

٥- تطبيق نظرية العقد الإداري على عقود استثمار الطاقة متجددة وغير متجددة، يمنح الدولة وجهة الإدارة سلطات واسعة في مواجهة الشركة أو الطرف الآخر في العقد،

(١) **د. عبد المنعم محفوظ**، قضاء المشروعية وفلسفة الانتفاح الاقتصادية في مصر "دراسة مقارنة"، ط ١، دار الهنا للطباعة، القاهرة، ١٩٨٩م، ص ٤١٣.

(٢) **د. أحمد سيد علي**، النظام القانوني للشركات غير الوطنية المعاصرة، رسالة ماجستير في القانون الدولي والعلاقات الدولية، جامعة الجزائر، ١٩٨٣م، ص٥٣.

تصل تلك السلطات إلغاء العقد أو تعديله أو انهاءه مبستراً دون أن تتحمل الدولة في غالب الأحيان مسئولية عما يصيب المستثمر من ضرر.

وقد ذهب جانب من الفقه الدولي إلى تكييف عقود الدولة عقودًا إدارية، من منطلق مفهوم السيادة التي تتمتع بها في القانون العام، وإضفاء الصبغة الإدارية على هذه العقود، فتبني جانب من الفقه الدولي فكرة العقد الإداري بالنسبة لعقود الدولة منذ زمن طويل.

ثانياً: موقف القضاء من الطابع الإداري لعقود استثمار الطاقة

ذهب القضاء في غالبية الدول إلى إضفاء الصفة الإدارية على عقود الاستثمار وخاصة عقود استثمار الطاقة، واستند القضاء في أحكامه إلى أن الدولة حينما تعقد مثل هذه الاتفاقيات تدرج

شروطاً استثنائية وتتعامل كونها صاحبة سلطة ولديها العديد من سلطات القانون العام.

وعمل القضاء الدولي والداخلي على وصف عقود الدولة بأنها عقود إدارية ومن ذلك المثال قضية تحكيم **saphire** والتي تتلخص وقائعها فيما يلي: " قيام الشركة الوطنية الإيرانية للبترول **nico** بإبرام عقد مع الشركة الكندية **saphire** للتنقيب عن البترول وإنتاجه واستغلاله وتم التصديق علي العقد من قبل شاه إيران في ٢٣ يوليو ١٩٥٨ طبقا للقانون الإيراني للبترول الصادر في ٣١ يوليو في ١٩٥٧، وبتاريخ ٢٥ / ٨ / ١٩٥٨ تنازلت شركة **saphire** الكندية عن حقوقها لصالح شركة

sapphire الدولية، استنادا لنص المادة ٢٦ من العقد التي تبيح لها التنازل[١].

واعترف القاضي **cavin** المحكم الوحيد في تلك القضية بين الدولة الإيرانية وشركة **sapphire** بالطبيعة الإدارية للعقد الذي أبرمته شركة **Nico** الوطنية مع شركة **sapphire** الكندية عندما قرر بأن هذا العقد ينتمي لطائفة العقود الإدارية وفقا لقواعد القانون الإداري عندما قال: " إذن أن هذه الشركة لها بعض سلطات القانون العام، كسلطة نزع الملكية في مقابل تعويض "[٢].

---

(١) **د. علاء محي الدين مصطفي أبو أحمد**، التزامات المتعاقد مع الإدارة في تنفيذ عقود الطاقة، المؤتمر السنوي الحادي والعشرين الطاقة بين القانون والاقتصاد، كلية القانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، في الفترة من ٢٠-٢١/ ٥/ ٢٠١٣م،

(٢) د. محمد عبد العزيز علي بكر، مرجع سابق، ص ٢١٧ وما بعدها.

وفيما يتعلق الوضع بفرنسا فليس هناك خلاف بالنسبة لعقود الأشخاص العامة الوطنية حيث تعتبر عقودها إدارية بعد حكمها في قضية terrier للتفرقة بين عقود الدولة و عقود الهيئات المحلية ' فقد أوضح مفوض الحكومة " روميو " في تقريره في القضية terrier والبعد عن الاختلاف في المعاملة بين عقود الدولة وعقود الهيئات الوطنية حيث قرر بأنه : في اللحظة التي نكون فيها أمام حاجات جماعية تلتزم الأشخاص العامة بإشباعها سواء تعلق الأمر بمصالح قومية أو محلية فلا يمكن درج إرادة تلك المصالح ضمن القانون المدني[١].

(1) C.E, 6 Février 1903, Terrier, rec. p.94,conel, romieu.

الخاتمة

تلعب الطاقة دورًا هامًا وعظيم الشأن في اقتصادات الدولية ولاسيما النامية، والدول العربية والتي تتمتع ببيئة خصبة الموارد الطبيعية، ودأبت العديد من الدولة تسطير استراتيجة بعدية المادة، وإجراءات الاتفاقات التعاقدية مع الشركات الفنية المتخصصة، لاستغلال الطاقة من خلال ابرام عقود استثمار، ولما كانت الدولة طرفًا في العلاقة العقدية، فإن جانبًا من الفقه استقر على كون هذه العقود عقودًا إدارية، لأن الدولة حينما أقدمت على ابرامها كانت تبغي الصالح العام، وقد كان الفقه بين مؤيدًا ومعارضًا للطبيعة الإدارية، ولاسيما أن شركات الاستثمار ترفض هذا التكييف لما يجعلها خاضعةً لقضاء الدولة المضيفة للاستثمار وكذلك قوانينها، فنادى جانب آخر بالطبيعة الخاصة أو المدنية لهذه النوعية من العقود، ولذلك تناولنا في هذا البحث إشكالية الطبيعة الإدارية

والحديث عن، المقصود بعقود استثمار الطاقة، والمقصود بالعقود الإدارية والتمييز بينها وبين عقود القانون الخاص، وناقشنا موقف الفقه والقضاء من الطبيعة الإدارية.

ومن جملة ما ذكرنا خلصنا إلى العديد من النتائج التالية:

١- اتجاه الدول لإبرام عقود استغلال الطاقة يهدف في المقام الأول لخدمة الصالح العام.

٢- تقوم فكرة عقود استثمار الطاقة على استفادة الدولة من الخبرات والكفاءات الفنية لشركات القطاع الخاصة، والاستفادة من إقامة مشاريع البنية التحتية مقابل استغلال هذه الشركات للمشروع فترة من الزمن من خلال عقد اتفاق بينهما.

٣- اختلف الفقه في الطبيعة القانونية لعقود استثمار الطاقة.

٤- اعتبر جانب كبير من الفقه أن عقود استثمار الطاقة والتنمية الاقتصادية والتي يكون أحد أطرافها شخص قانوني عام أو احدى الهيئات الإدارية، عقودًا إدارية تنطوي تحت طائفة عقود القانون العام، على أساس أن هذا العقد يتشابه مع العقد الإداري.

وبعد أن انتهينا من بحث موضوع موقف الفقه والقضاء من الطبيعة الإدارية لعقود استثمار الطاقة، وبعد الانتهاء من نتائج هذا البحث يمكننا أن نخرج بمزيد من المقترحات والتوصيات التي نهيب به المشرع الوطني بالأخذ بها عند تناوله هذا العقد، وعدم اكتفاءه بما ورد في القواعد العامة:

١- نوصي المشرع بالأخذ في الاعتبار الطبيعة الإدارية لعقود استثمار الطاقة، حيث أن الدولة دائمًا تسعى إلى إدراج شروطًا تعاقدية ولائحية استثنائية غير مألوفة في القانون

الخاص، ومن ثم على المشرع وضع صيغ قانونية مناسبة لهذه العقود.

٢- نوصي المشرع بوضع تنظيم قانوني خاص يتناول فيه عقود استثمار الطاقة ووضع صيغ نموذجية تحوي ضمانات للحفاظ على حقوق الدولة وكذلك المستثمرين.

٣- يوصي الباحث أن من الضروري إنشاء هيئات مستقلة تضم في طياتها خبراء فنيين واستشاريين في مجال الطاقة.

قائمة المراجع

أولاً : المؤلفات العامة والمتخصصة:

- د. أحمد حسان الغندور، التحكيم في العقود الدولية للإنشاءات، دار النهضة العربية للنشر، القاهرة، ١٩٩٨.
- د. أحمد عبد الكريم سلامة، النظام القانوني لعقد المفاوضات الدولية، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٧٨.
- د. بشار الأسعد، عقود الدولة في القانون الخاص، الطبعة الثانية، منشورات زين الحقوقية، عمان، ٢٠١١.
- د. سليمان الطماوي، العقود الإدارية، ط٤، مطبعة عين شمس، القاهرة، ١٩٨٤.
- د. شريف يوسف خاطر، العقود الإدارية، مقرر الفرقة الرابعة حقوق جامعة المنصورة، العام الدراسي ٢٠٢٣/٢٠٢٤.

- د. عبد المنعم محفوظ، قضاء المشروعية، وفلسفة الانتفاح الاقتصادية في مصر " دراسة مقارنة "، ط ١، دار الهنا للطباعة، القاهرة، ١٩٨٩.
- د. عصمت عبد الله الشيخ، التحكيم في العقود الإدارية ذات الطابع الدولي، القاهرة، ٢٠٠٣.
- د. نذير بن محمد الطيب أوهاب، نظرية العقود الإدارية، دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي والقانون، مطبوعات معهد الإدارة العامة، المملكة العربية السعودية، ١٤٢٧ هـ.
- د.عبد الحكيم مصطفي عبد الرحمن، عقود التنمية الاقتصادية في القانون الدولي الخاص، مكتبة النصر، القاهرة، ١٩٩١.

ثانيًا: الرسائل:

- د. أحمد سيد علي، النظام القانوني للشركات غير الوطنية المعاصرة، رسالة ماجستير في القانون الدولي والعلاقات الدولية، جامعة الجزائر، ١٩٨٣.
- د. عوض الله شيبه الحمد، النظام القانوني لعقود إنشاء المنشأت الصناعية بين الدول والشركات الأجنبية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة أسيوط، ١٩٩٢.
- د. منذر يوسف محمد الشرمان، المفهوم القانوني لعقود الطاقة المتجددة، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الشرق الأوسط، الأردن، ٢٠١٨م.
- د. ميساء هشام السامراني، التنظيم القانوني للاستثمار الأجنبي في كلا التشريعين العراقي والأردني، رسالة

الماجستير، كلية الحقوق، جامعة الإسراء، عمان، عام ٢٠١٤.

- د. هدى سالم الأطرقجي، التكييف القانوني للجرائم في قانون العقوبات العراقي، رسالة دكتوراه، كلية القانون جامعة الموصل، العراق، ٢٠٠٠.

ثالثًا: مقالات في دوريات:

- د. علاء محي الدين مصطفي أبو أحمد، التزامات المتعاقد مع الإدارة في تنفيذ عقود الطاقة، المؤتمر السنوي الحادي والعشرين الطاقة بين القانون والاقتصاد، كلية القانون، جامعة الأمارات العربية المتحدة، الفترة من ٢٠/٢١ – ٥– ٢٠١٣.

- د. محمد حامد الجمل، نظرة جديدة للمرافق العامة، الجزء الأول، مجلة مصر المعاصرة، مجلة ٦٣، عدد ٣٥٠، القاهرة، ١٩٧٢.
- د. محمد سليمان الأحمد، الأساس المنطقي في التمييز بين الاسناد الكاشف لطبيعة الواقعة وتوصيفها، العدد الخامس، المجلة القانونية، كلية الحقوق جامعة المملكة، العدد الخامس، يناير ٢٠١٦.
- د. هفال صديق إسماعيل، د. أوميد صباح عثمان، الإطار القانوني لعقد استثمار الطاقة الكهربائية، عقد استثمار الطاقة الكهربائية بين حكومة إقليم كوردستان وشركة ماس العالمية نموذجا، المجلة الأكاديمية لجامعة تورزو، المجلد ٨ العدد ٢ عام ٢٠١٩، ١ يونيو ٢٠١٩ العراق.

- د. وسام مجدي عطيه، الآليات القانونية والاقتصادية لتحفيز الاستثمار الأجنبي المباشر بين النظرية والتطبيق الطبعة الأولى، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ١٩٩٢.

رابعًا: التشريعات:

- الجريدة الرسمية، العدد ٣٩ مكرر (د)، في ٣ أكتوبر ٢٠١٨.
- (١) الوقائع المصرية، عدد ٢٤٤، تابع (ب)، في أكتوبر ٣١ لسنة ٢٠١٩م.

ثانيًا- المراجع الفرنسية:

- (1) WALINE (M.), Traité de droit administrative, Sirey, 1963, no 963. P. 572.
- (2) C. E. 31juillet 1912, société des granites porphyroides des Vosges, Rec. p.909.