گوڤارا ئەکادیمی یا زانکویا نەوروز (المجلة الأكاديمية لجامعة نوروز)، پ.٩ ژ.١، ٢٠١٩/٢٠٢٠
حقوق الطبع والنشر ©2017. هذه مقالة الوصول اليها مفتوح موزعة تحت رخصة
المشاع الابداعي النسبي – CC BY-NC-ND 4. 0.، e-ISSN: 2520-789X

الإطار القانوني لعقد استثمار الطاقة الكهربائية

(عقد استثمار الطاقة الكهربائية بين حكومة اقليم كوردستان وشركة ماس العالمية نموذجا)

د. هڤال صديق اسماعيل، كلية القانون والسياسة، جامعة نوروز، كردستان العراق
أ.م.د. أوميد صباح عثمان، ديوان مجلس الوزراء، كردستان العراق

ملخص

يعد عقد استثمار الطاقة الكهربائية من العقود المهمة في الوقت الحاضر، وذلك لكونه من العقود ذات الصلة بالتنمية الاقتصادية من جانب ومن جانب اخر لها علاقة بالمرافق الخدمية التي لا يمكن الاستغناء عنها، وعليه تسعى الدول النامية التي تعجز عن توفير الطاقة الكهربائية الى القطاع الخاص من خلال ابرام عقود مع المستثمرين الاجانب المختصين في هذا المجال، مع توفير بيئة استثمارية ملائمة لهم، وعادة يفضل المستثمر الاجنبي الى التعاقد مع الدولة بأسلوب عقد B.O.O. (البناء، التشغيل، والتمليك) لان مثل هذا الاسلوب لاتنتقل ملكية المشروع الى الدولة بعد انتهاء من مدة العقد، ونظراً لكون الدولة طرفاً في العقد والطرف الاخر شخص اجنبي فقد اختلف الفقه حول تحديد الطبيعة القانونية لمثل هذا العقد فمنهم من يرى بان مثل هذه العقود هي عقود ادارية ويخضع احكامه الى القانون العام، بينما هناك اتجاه حديث يستبعد مثل هذه العقود للقانون العام ويعطيه الطبيعة الخاصة، كما ان لهذه العقود لها خصوصياتها من حيث الالتزامات المترتبة عليها والالية المختارة لتسوية المنازعات الناشئة عنه. وعليه قامت حكومة اقليم كوردستان بالتعاقد وفق ذلك الاسلوب مع احدى الشركات الاجنبية لتقوم هذا الاخير بتجهيز الطاقة الكهربائية لوزارة الكهرباء ليتسنى هذا الاخير بتجهيزها الى المواطنين.

الكلمات المفتاحية: الاستثمار، عقود الطاقة، عقد BOO.

1. مقدمة

تسعى الحكومة الى تلبية احتياجات البنية التحتية وذلك من خلال القطاع الخاص لتقليل مسؤوليتها المالية، وبغية تحقيق ذلك تلجأ الدول الى تنفيذ مشاريعها الخدمية عن طريق عقد BOO من خلاله تقوم الحكومة باناطة مشروع مرفق عام لقطاع خاص من خلاله يقوم هذا الاخير بانشاء المشروع وفق المواصفات المتفق عليها في العقد ولفترة محددة يقوم الطرف المتعاقد بتشغيل المشروع دون ان يكون ملزما بنقل ملكية المشروع الى الحكومة في نهاية المدة. ويعد مرفق الكهرباء من المرافق الخدمية الاستراتيجية والتي لا يمكن الاستغناء عنها، وان الحكومة قد تكون عاجزة في ظل الظروف الاقتصادية الراهنة عن توفير الكهرباء لمواطنيها، فعليه سعت حكومة اقليم كوردستان – باول تجربة لها- الى ابرام عقد استثمار الطاقة الكهربائية مع شركة استثمارية اجنبية –شركة ماس العالمية للاستثمار- بموجب قانون الاستثمار في اقليم كوردستان الرقم 14 لسنة 2006، وابرمت هذا العقد على شكل BOO وبموجبه تقوم حكوم اقليم كوردستان بدعم المشروع مقابل ان تقوم الشركة المستثمرة ببناء محطات كهربائية لانتاج الطاقة الكهربائية وبيع هذه الطاقة لحكومة اقليم المتمثلة بوزارة الكهرباء ليتسنى لهذا الاخير بتوفير الكهرباء لمواطنيها، مقابل ما يدفع الحومة من الثمن المتفق عليه في العقد. وابرمت هذا العقد على اسس قانونية يحتاج الى دراسته من خلال تحليل بنوده تحليلا قانونياً مع بيان مواطن الخلل فيه.

1.1 إشكالية البحث

تدور اشكالية هذا البحث حول الاجابة للتساؤولات التالية:

- ماهي الطبيعة القانونية لعقد الاستثمار المبرم بين حكومة إقليم وشركة ماس؟
- هل ان شخصية المستثمر محل اعتبار في تنفيذ المشروع ؟
- ما هي حقوق والتزامات طرفي العقد؟
- كيف يمكن تسوية المنازعات الناشئة عن تنفيذ العقد؟ وما هو القانون الواجب التطبيق؟

2.1 منهجية البحث

بما ان دراستنا لهذا البحث ينصب على عقد مبرم بين جهتين فنعتمد على المنهج التحليلي من خلال تحليل بنود العقد والتعليق عليها، وتكييفه.

3.1 هيكلية البحث

سوف نقسم هذا البحث الى مبحثين في الأول سنبحث عن ماهية عقود استثمار الطاقة الكهربائية وطبيعتها. وذلك من خلال مطلبين الأول: التعريف لعقد استثمار الطاقة الكهربائية وخصائصها، والمطلب الثاني: الطبيعة القانونية لعقد استثمار الطاقة الكهربائية. أما المبحث الثاني فسنخصصه لآثار عقد استثمار الطاقة الكهربائية وتسوية المنازعات الناشئة عنها.

2. المبحث الأول: ماهية عقد استثمار الطاقة الكهربائية وطبيعتها القانونية

سنبحث في هذا المبحث ماهية عقد استثمار الطاقة الكهربائية وطبيعتها من خلال تقسيمه الى مطلبين في الاول سنتناول التعريف بعقود الاستثمار الطاقة الكهربائية، والثاني سنخصصه لتحديد الطبيعة القانونية لهذه العقود.

1.2 المطلب الأول: التعريف بعقد استثمار الطاقة الكهربائية وخصائصها

في هذا المطلب سنحدد التعريف بعقود الاستثمار الطاقة الكهربائية، وبما ان مثل هذه العقود تتمتع بمجموعة من الخصائص تميزه عن غيره من العقود، فلذلك سنعالج الموضوع من خلال الفرعين التاليين:

1.1.2 الفرع الأول: التعريف بعقد استثمار الطاقة الكهربائية

بصورة عامة يعرف عقد استثمار الطاقة الكهربائية بانه العقد التي يكون احد اطرافها دولة من الدول النامية او مشروع تابع إليها، ويكون محلها منصباً على نطاق التنمية في مجال استثمار الطاقة الكهربائية[1]. وعقد شراء الطاقة الكهربائية هو عقد بين شخصين أحدهم بائع للطاقة الكهربائية وهو مالك للمنشآت والمحطات اللازمة لانتاج الطاقة الكهربائية، بعد ان حصل على ترخيص لانشاء تلك المحطات، في اطار عقد الشراكة مع القطاع العام، وهو غالباً على شكل (BOO أوBOT)، والطرف الثاني هو مشتري للطاقة الكهربائية، يكون عادة جهة حكومية متمثلة بقطاع الكهرباء[2]. كما ان العقد المبرم بين وزارة الكهرباء في اقليم كوردستان[3] وشركة ماس العالمية هو عقد من خلاله يلتزم هذا الاخير ببناء محطة كهربائية على نفقتها من اجل تجهيز الطاقة الكهربائية لوزارة الكهرباء مقابل اجر مادي يدفعه هذا الاخير للطرف الاول، وتم التعاقد بين الطرفين باسلوب عقد البناء والتشغيل والتمليك، او ما يسمى بعقد B.B.O، و نستنتج مما سبق أن عقد محل البحث، هو عقد ابرمت بين جهة حكومية –المتمثلة بوزارة الكهرباء- وشركة أجنبية من القطاع الخاص بهدف إنتاج الطاقة الكهربائية وبيعها للطرف الاول، مع التزام هذا الاخير بتوفير بيئة استثمارية له. و تساهم هذا العقد في التنمية الإقتصادية بتوفير الطاقة الكهربائية من خلال استخدام نموذج العقد المذكور سالفاً[4].

2.1.2 الفرع الثاني: خصائص عقد استثمار الطاقة الكهربائية

بينا سابقاً بأن هذا العقد أبرم بين حكومة إقليم كوردستان بواسطة أحد أجهزتها – وزارة الكهرباء- وبين شركة من شركات القطاع الخاص وهي شركة ماس العالمية للاستثمارات. وابرم هذا العقد في شكل عقد B.O.O لبناء محطة كهربائية وتشغيلها خلال مدة زمنية معينة، بإشراف ورقابة الإدارة خلال تلك الفترة[5]. ويتميز هذا العقد بعدة خصائص ومنها:

أولاً: انه عقد من العقود الملزمة للجانبين

العقد الملزم للجانبين هو العقد الذي يكون كل طرف فيه دائناً ومديناً، ويترتب على ذلك أن مثل هذه العقود إذا لم يقم أحد المتعاقدين بتنفيذ إلتزاماته جاز للطرف الاخر فسخ العقد وإعادة الحال الى ما كان عليه قبل إبرام العقد. بيد أن السؤال الذي يثوره هنا هل ان العقد – محل البحث- فضلا عن كونه عقد ملزم للجانبين بإمكان أحد اطرافه فسخ العقد عند عدم قيام الطرف الثاني بتنفيذ التزامه؟ او بمعنى اخر هل يجوز الدفع بعدم التنفيذ في العقود التي تكون الدولة طرفاً فيها؟ والجواب هو أن العقود الادارية لا يجوز الدفع بعدم التنفيذ، بيد أن مثل هذه العقود الا ان للادارة في العقد الاداري قدرة على انهاء العقد بارادتها المنفردة في حالة اقتضاء المصلحة العامة حتى ان لم يكن هناك خطأ صادر من الطرف الاخر. بيد أنه في هذا العقد محل البحث لم يعطي للادرة سلطة انهاء العقد. وعليه – حسب رأي الباحث – يجوز الدفع بعدم التنفيذ في عقود الاستثمار وذلك لأن -كما سنبينه لاحقاً- ان عقود الاستثمار بصورة عامة تنعدم فيه الطبيعة الادارية[6].

ثانياً: انه من عقود المدة

يعد عقد استثمار الطاقة الكهربائية من عقود المدة (المستمرة التنفيذ) لأن الزمن يلعب دوراً هاماً في هذا العقد، حيث نص البند(1-1) من العقد الذي نحن بصدده، أن فترة العقد 180 شهراً، تبدأ هذه المدة بعد تأريخ التشغيل التجاري[7]. ويبدو أن المدة المذكورة تعد مناسبة لمثل هذه المشاريع حتى يتسنى للمستثمر تحقيق الاهداف المرجوة من انتاج وتحقيق الأرباح للشركة المتعاقدة، هذا من جانب ومن جانب اخر انه يعمل على تحقيق التنمية الاقتصادية للدولة من خلال توفير بنية تحتية في مرفق خدمي داخل الدولة[8]. وبعد انتهاء هذه المدة فإنه يجوز تمديدها باتفاق الطرفين وبثمن اخر يتفق عليه الطرفان. وبعكسه يحق للمستثمر بيع

مشروعه الاستثماري الى شخص اخر او بيع انتاجه –الطاقة الكهربائية- الى شخص اخر غير وزارة الكهرباء سواء كان هذا المشتري من داخل الاقليم او خارجه[9].

ثالثاً: انه من العقود الشكلية

يعد عقد استثمار الطاقة الكهربائية من العقود الشكلية، وذلك لأن العقد لا يدخل حيز التنفيذ بعد ابرامه الا بعد حصول موافقة حكومة الاقليم على ذلك – مجلس الوزراء- إضافة الى ذلك فإن تنفيذ هذا العقد يحتاج الى قطعة الأرض، وعليه لابد من تخصيص قطعة للمشروع وتسجيله باسم المستثمر، وكما هو ثابت فان التصرفات الواردة على العقارات لابد من أتخاذ بعض الاجراءات القانونية الشكلية، مما يضفي الشكلية على مثل هذه العقود، ومن هذه الاجراءات تسجيل الارض باسم المستثمر في دائرة التسجيل العقار.

رابعاً: انه من عقود الاستثمار[10]

لتحديد استثمارية العقد من عدمه، لابد من الرجوع الى التشريعات المحلية الخاصة بالإستثمار، وبمقتضاه إذا كان النشاط التجاري الذي يمارسه المستثمر الأجنبي يدخل ضمن المجالات التي حددها المشرع في قانون الإستثمار، فهذا يعتبر إيجاباً صادراً من الدولة في تحديد نشاط إستثماري، ومقابل ذلك يعتبر قبولاً من جانب المستثمر الأجنبي عندما يقوم بنشاطه التجاري بموجب ذلك القانون وبالتالي نكون أمام عقد الاستثمار[11] . وبالرجوع الى قانون الاستثمار الكوردستاني يتبين لنا بأن النشاطات المتعلقة بالكهرباء تدخل ضمن مجالات الاستثمار، وبالتالي فإن أي عقد بخصوص ذلك يعد من عقود الاستثمار[12]. فضلا عن ذلك يرى الباحث أنه بإمكان أطراف العقد أعطاء الصفة الاستثمارية للعقد المبرم بينهما أو العلاقة بينهما بارادتهما وبشكل مباشر وذلك من خلال بنود العقد أو في عقد مستقل. كما انه بامكان اعطاء الصفة الاستثمارية بالاستناد على الاتفاقيات الدولية الثنائية المبرمة بين الدولة المضيفة للاستثمار ودولة المستثمر الأجنبي (BIT)[13].

خامساً: انه عقد ذو إعتبارات شخصية

يفترض في مثل هذه العقود ان تأخذ الدولة شخصية المقاول – المستثمر- نظر الاعتبار، لان مثل هذه المشاريع تنفيذها يحتاج الى الخبرة الفنية والجودة والنوعية، وذلك لكونها مرتبط بمرفق خدمي، فأي خلل في تنفيذها قد تؤثر بشكل سلبي على المصلحة العامة والتنمية الاقتصادية للدولة. وعليه يستوجب أن تكون الدولة موفقة في اختيار الطرف المتعاقد معه معتمداً في ذلك على اسس فنية وخبرة المتعاقد في مجال انتاج الطاقة الكهربائية. فضلا على ذلك يجب ان يورد في العقد شرطاً يمنع من خلاله المقاول بتنفيذ التزاماته جميعا او جزء من التزاماته من خلال مقاول اخر (المقاولة من الباطن). بيد ان حكومة الاقليم لم تأخذ ذلك بنظر الاعتبار حيث سمح للطرف المتعاقد –شركة ماس- بتنفيذ التزاماته من خلال المقاولة من الباطن[14].

سادساً: يعتبر هذا العقد من العقود غير المسماة

بما أن هذا العقد جاء بصيغة B.O.O. وأن هذا العقد الاخير لم ينظم من قبل المشرع العراقي رغم أهميته الفائقة في مجال التنمية الاقتصادية فيعتبر هذا العقد من العقود غير المسماة وتخضع احكامه للنظرية العامة للعقد. فضلا عن ذلك يرى الباحث ان مثل هذا العقد يكمن في طياته احكام عقد المقاولة وعقد البيع معاً، وعليه فجانب من العقد يخضع لاحكام عقد البيع وجانب اخر يخضع لاحكام عقد المقاولة، وكمبدأ عام قد لانحتاج الى أحكام النظرية العامة للعقد الا اذا لم نجد حكم خاص في عقدي البيع والمقاولة.

سابعاً: انه عقد دولي

بما أن جنسية الشركة الطرف في العقد أجنبية – أردنية الجنسية - [15] فنستطيع القول بأن هذا العقد يعتبر عقداً دولياً وذلك لأن العقد يعد دولياً اذا كان احد عناصره أجنبياً[16].

ثامناً: انه من عقود التنمية الاقتصادية

يقصد بالتنمية الإقتصادية زيادة الطاقة الإنتاجية بحيث يزداد تبعاً لها الدخل القومي ومتوسط الدخل الفردي، وتتحقق تلك الزيادة عن طريق الإرتقاء بالإنتاج وعناصره، وتعد هذه الميزة من مميزات عقود الاستثمارات الأجنبية، إذ أنها ليست كبقية العقود والعلاقات الإقتصادية التي تستهدف تحقيق الربح فقط، وذلك لما ترومه من تحقيق للتنمية الإقتصادية للدولة المضيفة للإستثمار عن طريق ما تقدمه بحكم طبيعتها إلى الإقتصاد المتلقى من أصول متنوعة منها رأس المال، والتكنولوجيا، والقدرات، والمهارات الإدارية، وهذه الأصول يمكن أن تقوم بدورٍ هام في تحديث الإقتصاد الوطني وفي الاسراع بوتيرة النمو الإقتصادي[17].

تاسعاً: انه من العقود المركبة

ان عقد استثمار الطاقة الكهربائية – محل البحث- يعتبر من العقود المركبة وذلك لكونه يجمع بين عدة عقود متعاصرة يمتزج بعضها بالبعض الاخر، حيث انه يعتبر عقد لانشاء مشروع استثماري وهو انشاء محطة كهربائية، اضافة الى انه يحتوي على أحكام بيع الكهرباء الى حكومة اقليم كوردستان.

2.2 المطلب الثاني: الطبيعة القانونية لعقد استثمار الطاقة الكهربائية

سنتناول في هذا المطلب تحديد الطبيعة القانونية لهذا العقد محل الدراسة، وذلك من خلال إعطاء التكييف القانوني المناسب له، وإخضاعه لنظام قانوني ينتمي إليه، وعليه سوف نقسم هذا المطلب الى فرعين نتناول في الفرع الاول مدى طبيعة العقد الادارية، فيما نخصص الفرع الثاني الطبيعة الخاصة للعقد.

1.2.2 الفرع الأول: عقد استثمار الطاقة الكهربائية ذو طبيعة ادارية

يرى جانب من الفقه بإن عقود التنمية الإقتصادية -عقود إستثمار الطاقة الكهربائية- التي تكون الدولة أو إحدى هيئاتها طرفاً فيها من العقود الإدارية، ويستندون في رأيهم على عدة معايير[18]، من خلالها يميزون العقد الاداري عن غيره من العقود، ومنها كون الدولة طرفاً في هذا العقد، فيعتبر هذا العقد عقداً إدارياً، ويخضع لأحكام العقود الإدارية، حيث تدخل السلطة العامة طرفاً فيها، بإعتبار أن الدولة أو إحدى مؤسساتها شخصاً عاماً في إطار القانون العام داخل الدولة، والدولة بوصفها شخصاً ذات سيادة، تتمتع بمزايا استثنائية لا يتمتع بها الطرف الأجنبي الأخر، وتسعى من خلال الإستثمارات الأجنبية إلى تحقيق التنمية الإقتصادية ونفع عام يعود على كافة أفراد المجتمع، خصوصاً بعد كثرة تدخلات الدولة الحديثة سواء على الصعيد الإقتصادي أو المالي، فإذا تعاقدت الدولة مع مستثمر أجنبي على إنشاء محطات كهربائية فهنا الهدف هو تحقيق مصلحة عامة، وتكون الدولة في هذه الحالة قد ظهرت في العقد بمظهر السلطة العامة، ويلتزم الطرف الأخر- المستثمر الأجنبي- بتسيير مرفق عام وتشتمل جميعها على شروط استثنائية غير مألوفة في القانون الخاص(19).

ومن ذلك يتبين بأن العقد يعتبر عقداً إدارياً اذا توافرت فيه العناصر التالية :

أ. كون الدولة أو أحد أجهزتها طرفاً في مثل هذه العقود

ب. هدف الدولة من ابرام هذا العقد هو تحقيق النفع العام والتنمية الاقتصادية

ج. تتضمن الشروط الاستثنائية ضمن بنودها أي الشروط غير المألوفة في عقود القانون الخاص[20]. مثال ذلك المزايا والحوافز الممنوحة للمستثمر الأجنبي، كحق التملك والاعفاء من الضرائب.

د. اعمال نظرية العقد الإداري على (عقد استثمار الطاقة الكهربائية)، يعطي الإدارة سلطات واسعة النطاق في مواجهة الطرف (المستثمر) تصل الى حد الإلغاء أو تعديل العقد بإرادتها المنفردة دون أن تتحمل أدنى مسؤولية عما يصيب المستثمر من ضرر، أو الغاء العقد.

هـ. اتصال العقد بالمرفق العام[21].

وبإستقراء نصوص قانون الإستثمار العراقي الاتحادي النافذ[22] وقانون الاستثمار في اقليم كوردستان[23]، يتبين بأن كلا القانونين يفرضان جزاءات على المستثمر الأجنبي في حالة مخالفة المستثمر لشروط مزاولة الإستثمار وفق قانون الإستثمار، وتعد هذه الجزاءات من الوسائل المقررة لضمان تنفيذ قانون الإستثمار من قبل المستثمرين ، والإلتزام بشروطه المحددة لمزاولة المستثمر لنشاطه في الإستثمار، وهذا يشير إلى اسباغ طابع عام على منازعات الإستثمار.

2.2.2 الفرع الثاني: عقد استثمار الطاقة الكهربائية ذو طبيعة خاصة

رغم ان عقد محل البحث ابرم على شكل احدى اشكال العقود الادارية وهو شكل B.O.O ولكن نرى أن مثل هذا العقد يصفى عليه صفة ذات طبيعة خاصة وهو اقرب الى عقود القانون الخاص من العقود العامة، ويدعم رأينا هذا العديد من المبررات والاسانيد القانونية، من شأنها يستبعد العقد من العقود الادارية، ومن اهمها ما يلي:

أ. بخصوص الشروط الإستثنائية غير المألوفة كشرط انهاء العقد وتعديله بالارادة المنفردة ، فيخلو العقد محل البحث من هذه الشروط، حيث أن الطرف الحكومي استبعد هذه الشروط في العقد حرصاً على تشجيع الشركات الاجنبية للاستثمار في اقليم كوردستان، حيث أن الحكومة تعمل جاهدة في توفير الضمانات والحوافز للمستثمر من أجل جذب رؤوس الاموال الاجنبية وتحقيق التنمية الاقتصادية، ناهيك عن أن الإدارة – حكومة اقليم كوردستان - قد تعاقدت مع المستثمر الأجنبي – شركة ماس- باسلوب القانون الخاص وليس بأسلوب القانون العام. فضلاً عن ذلك أن (مثل هذه العقود)عقود الاستثمار تتطلب وقتاً طويلة لابرامها، بعكس العقود الأخرى.

ب. أن وجود الدولة أو أحد أشخاص القانون العام كطرف في العقد؛ ليس مبرراً لاضفاء صفة الطبيعة الادارية لمثل هذه العقود [24]، وذلك لأنه يفترض تساوي المراكز القانونية للأطراف؛ وأن الدولة طرفٌ فيها بإعتبارها شخصاً من أشخاص القانون الخاص وليس من أشخاص العام. حيث أن كون الادارة طرفاً في العقد لا تظهر بمظاهر السيادة والسلطة العامة. فضلاً على ان قانون الاستثمار العراقي نص على ان أي تعديل يجري على قانون الاستثمار لا يترتب عليه أي أثر رجعي يمس الضمانات والإعفاءات والحقوق المقررة بموجبه، ومن ذلك نستنتج ان القانون يستبعد عقود الاستثمار من طائفة العقود الادارية.

ج. من الوسائل المستخدمة في سبيل تحقيق الاهداف التنموية هو اللجوء الى

القطاع الخاص او الشركات العملاقة والمتخصصة من خلال التعاقد معها وفق ضوابط قانونية معينة، تلبية لتحقيق سياسات التنمية الاقتصادية في الدولة. وعليه يجب على الدولة المتعاقدة النزول إلى مستوى الطرف الأخروالتعامل معه بصفة الشخص العادي، لا بصفتها السيادية او صاحبة السلطة.

د. أن في هذا العقد – محل البحث- أعطيت حرية واسعة للاطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق على العقد، حيث نص البند 26 منه على ان القانون الواجب التطبيق هو القانون الانكليزي.

هـ. اختيار آلية بديلة عن القضاء لتسوية المنازعات الناشئة عن تنفيذ العقد وهي التحكيم الدولي من خلال محكمة التحكيم في لندن[25]، وهذا مالا نجده في ادبيات العقود الادارية. إضافة إلى أن هذا العقد سعت الى ان تكون له كفاية ذاتية وقدرة على تحرير الإستثمار من الخصوصيات الوطنية للدولة المضيفة للإستثمار[26].

و. هناك عديد من المزايا نصت عليها العقد وهذه المزايا مقررة لمصلحة المستثمر الأجنبي–الطرف في العقد- على عكس العقود الادارية والتي عادة تتضمن الشروط الاستثنائية غير المألوفة التي تضفي على العقد الصفة الإدارية والتي أن تكون مقررة لمصلحة الإدارة وليست لمصلحة الطرف الاخرالمتعاقد[27].

ز. المساواة بين الأطراف من الناحية القانونية، حيث أن طرفي العقد قد دخلوا في المفاوضات لمدة طويلة، وتمت مناقشة شروط العقد دون أن يفرض أحدهم شرطاً على الأخر.

ح. يتضمن العقد شروط تعرف بشروط الثبات التشريعي، وشروط ثبات العقد، وهذه الشروط معروفة في نطاق عقود الاستثمار المبرمة بين الدول المضيفة للاستثمار والمستثمر الأجنبي. وبموجب هذا الشرط "تتعهد الدولة بمقتضاه بعدم تطبيق أي تشريع جديد او لائحة جديدة على العقد الذي تبرمه مع الشركة الأجنبية"[28]. ومن ذلك نستنتج أنه اذا تضمن العقد لمثل هذه الشروط فهو ينكر صفة عدم المساواة بين أطراف االعقد. وأن حكومة اقليم كوردستان تعامل مع الشركة المتعاقدة معها على قدم المساواة، وانها أتبعت أسلوب القانون الخاص في علاقاتها بغية تحقيق التنمية الاقتصادية.

ط. اضافة الى ذلك فإن العقد الذي نحن بصدده يتضمن شروطاً تمنع الطرف الحكومي بتعديل العقد بإرادتها المنفردة أو الغاء العقد.

ي. يتضمن العقد بنوداً تفيد إخضاع المنازعات الناشئة عنها الى هيئات التحكيم الدولية، ويستبعد اختصاص القضاء الوطني بالنظر اليها. وهذا يشير الى تثبيت الطبيعة الخاصة على ذلك العتقد. ويبعد عنه الصفة الادارية[29].

ك. يتضمن العقد بنوداً تخضعه للقانون الأجنبي غير القانون العراقي، وهذا الأمر لا يتوافق مع العقود الادارية[30].

ل. أن جميع الضمانات المقررة الواردة في العقد مقررة لمصلحة المستثمرالأجنبي الطرف في العقد.

3. المبحث الثاني: آثار عقد استثمار الطاقة الكهربائية وتسوية المنازعات الناشئة عنه

سنتناول في هذا المبحث الآثار المترتبة على عقود استثمار الطاقة الكهربائية، مع الاشارة الى آلية تسوية النزاعات الناشئة عن العقد.

1.3 المطلب الأول: آثار عقد الاستثمار

بما ان عقود الاستثمار الطاقة من العقود الملزمة للجانبين فيترتب عليه مجموعة من الالتزامات والحقوق على عاتق الطرفين، وعليه سوف نبين هذه الالتزامات والحقوق من خلال الفروع التالية:

1.1.3 الفرع الأول: إلتزامات وحقوق الحكومة

يرتب عقد استثمار الطاقة الكهربائية مجموعة من الالتزامات على الطرف الحكومي، ومن هذه الالتزامات:

أ. تلتزم الطرف الحكومي المتمثلة بوزارة الكهرباء بتسهيل جميع الاجراءات الادارية لتنفيذ المشروع ومنها حصول موافقة حكومة اقليم كوردستان – مجلس الوزراء- على العقد[31]، فضلا عن انها تلتزم بتسليم الموقع المخصص لاقامة المشروع عليه مع نقل ملكية الارض الى الشركة المستثمرة لاقامة المشروع،دون مقابل، وذلك وفقا لاحكام قانون الاستثمار رقم 4 لسنة 2006[32]. والتي تقضي بان تقوم هيئة الاستثمار بالتنسيق مع الوزارات المعنية – وزارة الكهرباء – بتحديد موقع تخصص للمشروع وذلك ضمن التصميم الاساسي للمدينة، على ان تملك الارض للمشروع بسعر تشجيعي، او دون مقابل[33]. ويرى الباحث ان نقل ملكية الارض الى المستثمر ليس الا هدراً للمال العام، فكان من الافضل بقاء ملكية الارض للدولة، حتى تتسنى لها بمنح الارض لمستثمر اخر بعد انتهاء مدة العقد، أو أن تقوم الدولة باستغلال المشروع بنفسها.

ب. السماح للشركة الطرف في العقد باستيراد المعدات والادوات اللازمة لاقامة المشروع.

ج. على الطرف الحكومي – المشتري[34]- تزويد المستثمر بخطاب ضمان غير مشروط وغير قابل للالغاء يضمن له دفع جميع الاستحقاقات المالية الناتجة عن شراء الكهرباء منه، ويجب ان تكون الخطاب الضمان صادرا من المصرف التجاري العراقي، وذلك خلال مدة 15 يوما قبل ان تقوم المستثمر بتزويد الكهرباء لوزارة الكهرباء[35].

د. يلتزم المشتري بتزويد المستثمر بالغاز الطبيعي و زيت الغاز بدون مقابل – مجاناً – لانتاج الطاقة الكهربائية المقررة انتاجها حسب الجدول المتفق عليه.

هـ. يلتزم المشتري بعدم رفض شراء الطاقة الكهربائية المنتجة خلال فترة تنفيذ العقد.

و. ثامناً: يلتزم المشتري بدفع الثمن المتفق عليه في العقد وفي الوقت المحدد له، واذا اخل بالتزامه اي اذا تأخر في دفعه فانه يترتب على ذلك التزامه بدفع الفوائد حسب النسبة المتفق عليها، 12% من مبلغ الدين، واذا تعذر دفع الثمن بعد ستة اشهر فان للمستثمر الحق بمطالبة المشتري بالثمن والفائدة اضافة الى الغرامة التهديدية قدرها 6% من الثمن مبلغ الدين[36]. ويلاحظ على ذلك بان نسبة فائدة الدين المتفق عليه هي نسبة غير قانونية وذلك لانه من الثابت حسب القوانين العراقية انه لا يجوز الاتفاق على نسبة فوائد الدين بأكثر من 7% وهذه القاعدة تعتبر من النظام العام فلا يجوز الاتفاق على مخالفتها.

ز. على المشتري تجهيز المقاول بما يحتاجه من المياه وان تقوم بتوصيل جميع المستلزمات الضرورية لايصال الماء الى المشروع ودون ان تتحمل المقاول بالتكاليف[37]. حيث نصت قانون الاستثمار على منح هذا الحق للمستثمر الاجنبي، وذلك بتوفير المياه للمشروع وتتم من خلال التنسيق ما بين الجهات المختصة وهيئة الاستثمار[38].

ح. وتجدر الاشارة الى أن في حالة اخلال المشتري بتنفيذ التزامه حسب ماهو المنصوص عليه في الفقره 22 من العقد كان للمتعاقد الاخر الحق بالمطالبة اثارة مسؤوليته عن ذلك الاخلال.

ط. اضافة الى ماتقدم انه لا يحق لطرفي العقد تجميده او تعليقه وبخلاف ذلك يلتزم الطرف المخالف بتعويض الطرف الاخر عن جميع الاضرار المترتبة على خطأه بالاضافة الى مافاته من كسب عن ما لحقه من خسارة طيلة فترة العقد[39]، وهذا ما يؤكد رأي الباحث بخصوص طبيعة هذاالعقد بانه عقد غير اداري، ذلك لان من مظاهر السلطة العامة في العقد الاداري قدرة الادارة على انهاء العقد بارادتها المنفردة في حالة اقتضاء المصلحة العامة ذلك ولو لم يكن هناك خطأ صادر من الطرف الاخر. الى جانب ذلك يوحي هذا البند من العقد بانه لا يحق لطرفي العقد الدفع بعدم التنفيذ في حالة اخلال الطرف الاخر بتنفيذ التزامه. وهذا خلاف للقواعد العامة في العقود الخاصة الملزمة للجانبين.

ي. ومن المناسب في هذا المقام ان نؤكد على الرأي الذي ابديناه بخصوص عدم ادارية هذا العقد فضلاً عما تقدم من الالتزامات الواردة على الطرف الحكومي فان للدولة مجموعة من الحقوق تنشأ عن العقد، وهذه الحقوق تتمثل بما يلي:

- الرقابة على تنفيذ العقد: بما أن موضوع العقد يتعلق بتنفيذ مرفق عام، فإن للدولة حق الرقابة والاشراف على تنفيذ العقد. فلها الحق برقابة الانتاج اثناء فترة التجربة والاختبار، حتى تقرر قبولها النهائي لشراء الطاقة، وذلك من خلال تشكيل لجنة خاصة لتتولى الامر. فضلا عن حقها بمراقبة ومتابعة تنفيذ العقد طيلة فترة العقد لكون هذا المرفق يشكل جزء من نشاطات الحكومة فيتحتم عليها مراقبتها، وتتولى هذه الرقابة فضلاً عن قطاع الكهرباء، هيئة الاستثمار، على انه يلاحظ ان سلطة الادارة في الرقابة والتوجيه ليست مطلقة وانما تتقيد بأن يكون الباعث منها هو تحقيق المصلحة العامة وضمان سير المرفق العام وان لا تستخدم هذه السلطة لعرقلة عمل شركة المشروع بما يضر بها وبالمصلحة العامة.
- توقيع الجزاءات: يجازى المستثمر بتزويد الطرف الحكومي بالطاقة الكهربائية بنسبة 25% دون مقابل في حالة تأخره عن تنفيذ التزامه على ان يكون الطرف الاول قد نفذ جميع الالتزامات الملقاة على عاتقه بموجب العقد والمذكورة سالفا.

2.1.3 الفرع الثاني: إلتزامات وحقوق شركة ماس العالمية

نستنتج من العقد المبرم مابين حكومة الاقليم وشركة ماس بان الشركة المستثمرة تلتزم بموجب العقد بمجموعة من الالتزامات ومنها:

أولا: التنفيذ الشخصي للعقد: كما بينا سابقاً – المبحث الاول – بان في مثل هذه العقود أن شخصية الشركة المستثمرة محل اعتبار في تنفيذ المشاريع الاستثمارية التي لها صلة بالمرافق الخدمية للدولة وتعلقه بالمصلحة العامة، فضلا ان المشاريع الخدمية

لها اهمية كبيرة من الناحية الاقتصادية، فيفترض ان تلتزم الشركة الموقعة على العقد بتنفيذ المشروع بنفسها، دون ان يسمح لها بالتنازل عن المشروع لشركة اخرى[40]. بيد اننا نجد ان العقد المبرم بين وزارة الكهرباء وشركة ماس – محل البحث- قد سمح للشركة المتعاقدة بتنفيذ التزاماته عن طريق المقاولة من الباطن، ونرى ان ذلك قد يلحق ضرراً بالمصلحة العامة ولا يمكن تحقيق الهدف المرجو من العقد، ويبدو ان الطرف الاخر لم ينتبه الى ذلك.

ثانياً: تلتزم الشركة المستثمرة بعدم بيع الطاقة الكهربائية لاي شخص اخر غير الطرف المتعاقد معها، خلال فترة العقد المتفق عليه في العقد، وبعد انتهاء هذه المدة، تتفاوض الطرفان حول تمديد مدة العقد وبثمن جديد، او يقوم الطرف الحكومي بشراء المحطة إذا ابدت الشركة المستثمرة ببيعها وبثمن يتفقان عليه. وبعكسه سوف تكون للشركة المستثمرة الحق بالتصرف في انتاجه.

ثالثاً: على المستثمر القيام باختبار المشروع وتجربته حسب ما اتفقوا عليه في العقد، وان جميع تكاليف الاختبار تقع على المستثمر، ماعدا الغاز المطلوب لتشغيل المشروع فالحكومة تتحمله. واذا قام المستثمر بتزويد الحكومة بالكهرباء خلال فترة التجربة فان الحكومة تكون ملزمة بدفع الاجور خلال فترة التجربة. ناهيك عن ان المستثمر ملزم باعلام الحكومة بطبيعة وكيفية واوقات جميع الاختبارات، حتى تتسنى للطرف الحكومي متابعة الامر من خلال حضور ممثليها الفنيين.

رابعاً: البدء بتزويد الطاقة الكهربائية للطرف الثاني وفق الجدول الزمني المتفق عليه في العقد، وفي العقد الذي نحن بصدده اتفقا الطرفان على جدول زمني ويتضمن هذا الجدول ثلاث مراحل (ثلاث فترات زمنية) من خلالها يقوم المقاول بتزويد الطرف الثاني بالطاقة الكهربائية، واذا تعذر المقاول بتفيذ التزامه خلال المرحلة الاولى، فعلى المشتري اخطاره بتنفيذ التزامه خلال مدة شهر وبعكسه سوف يتعرض الى الجزاءات المنصوص عليها في العقد. وفي المرحلة الثانية اذا لم يقم المقاول بتنفيذ التزامه فعلى المشتري اخطاره بذلك لكي يقوم المقاول بتنفيذ التزاماته خلال مدة شهرين وبعكسه يتعرض الى الجزاءات المنصوص عليها في العقد[41]. ولكن يشترط في ذلك ان يكون المشتري قد نفذ جميع التزاماته العقدية وان يكون مستعداً لاستقبال الطاقة الكهربائية من الناحية الفنية[42].

خامساً: يجب على المقاول بناء الخزانات لخزن الغاز الاحتياطي لتشغيل المشروع.

سادساً: يلتزم المستثمر بالقيام بانتاج الطاقة الكهربائية محل العقد، وفقاً للشروط المتفق عليها في العقد وخلال المدة الزمنية المحددة في العقد.

فضلاً عما تقدم فالمستثمر يتمتع بجملة من الحقوق سواء وفق الامتيازات الممنوحة في قانون الاستثمار ام حقوق اخرى نصت عليها العقد المبرم بين الطرفين، ومن اهم الامتيازات حقه باعفاء من الضرائب بجميع انواعها الكمركية والدخل والعقار، حيث نص العقد على ذلك بصورة مطلقة. بيد ان قانون الاستثمار تقييد الاعفاء من الضرائب بمدة محددة وهي عشر سنوات وتبدأ هذه المدة من تأريخ الانتاج الفعلي[43]. ويبدو حسب رأينا أن الحكومة الطرف في العقد تستطيع الزام المستثمر بالضرائب بعد انقضاء المدة المذكورة رغم عدم احتواء العقد على ذلك، لان العقد بصورة عامة يخضع لقانون الاستثمار النافذ. هذا بالنسبة للضرائب العامة اما بالنسبة للضرائب الكمركية فتعفي المستثمر من ذلك حال قيامه باستيراد الالات والمعدات اللازمة للمشروع.[44]

فضلا عنا تقدم يحق المستثمر باستيراد السلع والتجهيزات اللازمة لتنفيذ المشروع من خارج العراق، كما له الحق بتملك المشروع، وتملك العقارات دون تقيد بتملك الاجانب[45]. كما له الحق الحصول على الغاز الطبيعي والكازوايل اللازمة لتشغيل المشروع وبدون مقابل. ويبدو ان الحكومة قد اخطأت عندما سمحت لنفسها ان تلتزم بتزويد الطرف الثاني بما يريده من المواد اللازمة بدون مقابل او بالاحرى مجاناً، وذلك لان الحكومة تشتري الكهرباء منه فكيف لها ان تعطيها كل هذه الامتيازات.

2.3 المطلب الثاني: تسوية المنازعات الناشئة عن عقود استثمار الطاقة الكهربائية

عادة يفضل المستثمر الاجنبي درج بنود في العقد من خلالها يمنع الطرف الثاني اللجوء الى القضاء الوطني لتسوية النزاعات الناشئة عن تنفيذ العقد، ويعود ذلك لاسباب كثيرة ومنها ان القضاء الوطني تحيز دائماً لصالح الدولة، فضلا عن ان القضاء الوطني يطبق القانون الوطني وهو في غير مصلحة المستثمر الاجنبي. وعليه عادة ان في مثل هذه العقود المستثمر يفضل الوسائل البديلة لتسوية الخلافات الناشئة عن تنفيذ العقد ومن هذه الوسائل الوساطة، التحكيم الدولي، والدولة توافق على ذلك تشجيعا للاستثمار الاجنبي في الدولة بحيث يكون المستثمر الاجنبي مطمئناً الى وجود وسيلة قانونية عادلة بعيداً عن القضاء الوطني. وبالرجوع الى العقد - محل البحث – يتبين بأن الاطراف اتفقوا بصورة اساسية على وسيلتين رئيستين لتسوية الخلافات الناشئة عن العقد وهما الخبرة الفنية اولاً، والتحكيم ثانياً، وسنتناول كلا الوسيلتين من خلال الفرعين التاليين. والفرع الثالث سنخصصه للقانون الواجب التطبيق.

1.2.3 الفرع الاول: الخبرة الفنية

تعد الخبرة الفنية من الوسائل الودية لتسوية المنازعات الفنية الناشئة عن تنفيذ عقود ذات صلة بالمشاريع الاقتصادية التي لها طابع فني، حيث ان اطراف العقد يتفقون على خبير او مجموعة من الخبراء ضمن مجال اختصاص مسألة مختلف بشأنها (قانونية، تقنية، مالية)، لكي يقوم بإبداء رأي يشأنها، وبالتالي ليتسنى اطراف النزاع الاهتداء بما جاء فيها من حلول[46].

نص عقد استثمار الطاقة الكهربائية في البند (21) على ان لاطراف العقد الاستعانة بالخبراء لغرض البت في نزاعهم الناشئ عن مسألة فنية معينة، ويكون ذلك خلال مدة ثلاثين يوماً من تأريخ النزاع أوتأريخ اخر يتفقان عليه. وعلى الطرف الذي يرغب احالة النزاع على الخبير ان يعلم الطرف الثاني بذلك من خلال اشعار يوجه اليه ويبين في الاشعار المسألة المراد الاستعانة بالخبير في شأنها، ويختار الخبير من خلال الاتفاق عليه من قبل الطرفين خلال مدة (21) يوم من تاريخ الاشعار، وفي حالة تعذر الاتفاق على تعين الخبير فيقوم الطرف الراغب في الاستعانة بالخبير باحالة المسألة الى رئيس غرفة التجارة الدولية، لغرض تعين الخبير من قبل هذا الاخير خلال مدة (30) يوماً وبعد تعيين الخبير يجب ابلاغه بذلك من قبل اطراف العقد لكي يظهر استعداده خلال مدة 14 يوما من يوم تبليغه، واذا اعتذر الخبير عن ذلك فيختار شخص اخر وبنفس الاسلوب، وهكذا تكرر العملية لحين اختيار شخص يقبل تعينه كخبير وان مصاريف الخبير يتحمله الطرفان.

ومن جانب اخر حدد العقد شروط تعين الخبير وكالاتي[47]:

- ان يكون مؤهلا بالتعليم والخبرة والاختصاص ضمن المسألة محل النزاع.
- ان لا يكون له مصلحة مه احد الطرفين او موظفا لديه.
- ان لا يكون مالكاً لاسهم احدى شركات احد الطرفين بالنسبة 10%.
- ان لا يكون خصماً قضائياً مع احد الاطراف.

ويتبين مما سبق ان مسألة تعين الخبير جاءت مطلقة دون ان يتقيد الاطراف بتعيين خبير وطني، وهذا ما يسمح فرصة للمستثمر الاجنبي بالاصرار على تعين خبير اجنبي حتى لا يقع تحت تأثير سلطة الدولة الطرف الثاني في العقد.

وبالنسبة لاجراءات تسوية النزاع بطريقة الخبرة نصت عقد استثمار الطاقة الكهربائية على انه يجب على اطراف العقد تقديم المعلومات والبيانات المتعلقة بالمسألة المتنازع عليها للخبيرخلال مدة ثلاثين يوماً من تأريخ قبول خبير على ترشيحه من قبل اطراف العقد ولا يجوز للخبير استلام المعلومات والبيانات بعد تلك المدة، وبعد ذلك يقوم الخبير البت في تسوية النزاع وابداء قراره حول ذلك النزاع في اقرب وقت ممكن. ويجب ان يكون قراره مسبباً ونهائيا وملزماً للاطراف، الا اذا وجد احد الطرفين خطئاً في قرار الخبير فعليه توجيه اشعار الى الطرف الاخر ويطالبه باحالة النزاع على التحكيم خلال مدة ثلاثين يوماً من تاريخ الاشعار[48].

2.2.3 الفرع الثاني: التحكيم

التحكيم هو اتفاق أطراف علاقة قانونية معينة، عقدية أو غير عقدية، على أن يتم الفصل في المنازعة التي ثارت بينهم بالفعل، أو التي يحتمل أن تثور عن طريق أشخاص يتم اختيارهم كمحكمين[49]. فأطراف النزاع في عقود الاستثمار بشكل عام – عقد B.O.O بشكل خاص- يتفقون عند ابرام العقد على التحكيم كوسيلة لفض نزاعاتهم الناشئة عن تنفيذ العقد، عن طريق مراكز التحكيم الدولية متخصصة [50].

هذا وأن قانون الاستثمار في اقليم كوردستان أخذ بالتحكيم حيث من خلاله أجاز حل المنازعات الاستثمارية باللجوء الى التحكيم بعد تعذر الحل الودي[51].

نصت البند 25 من عقد استثمار الطاقة الكهربائية على اللجوء الى التحكيم كوسيلة لفض النزاع الناتج عن تنفيذ العقد، بعد فشل الحل الودي، وذلك خلال ثلاثون يوما من تاريخ نشوء النزاع، وعلى طالب التحكيم اشعار الطرف الاخر تحريرياً بذلك، ويجب ان تتم التحكيم وفق قواعد التحكيم والتوفيق لغرفة التجارة الدولية، مع مراعاة ما يلي:

- ان تكون مكان التحكيم في لندن (المملكة المتحدة)
- ان تكون لغة التحكيم باللغة الانكليزية.
- ان تتكون هيئة التحكيم من ثلاثة محكمين يعين الاول من قبل المشتري والثاني من قبل المستثمر، و المحكم الثالث يعين من قبل المحكمين ، والذي سيتولى رئاسة الهيئة.
- لا يجوز اللجوء الى التحكيم الا بعد تعذر الخبرة من حل النزاع.

3.2.3 الفرع الثالث: القانون الواجب التطبيق

وفق قواعد غرفة التجارة الدولية يتمتع اطراف النزاع بحرية الاتفاق على القواعد القانونية الواجب التطبيق، وان هيئة التحكيم تكون ملزمة بتطبيقها على موضوع النزاع، هذا و نصت الفقرة 26 من العقد – محل البحث- على ان القانون الواجب

التطبيق هو قانون انكليزي، حيث ان المحكم عندما ينظر النزاع يطبق القانون الانكليزي. ويتبين من ذلك ان القانون المختار ليس له الصلة بالعقد، لا بجنسية أحد طرفيه أو موطنهم أو محل ابرام العقد، بيد انه يبدو أن اطراف العقد أختاروا القانون الأنكليزي بوصفه معني بتنظيم الشروط النموذجية للعقد باعتباره القانون الأكثر شهرة في تنظيم الشروط النموذجية لعقود الأستثمار بصورة عامة وعقود الطاقة بصورة خاصة[52]. مع اخذ بنظر الاعتبار أي اعراف تجارية ذات الصلة بالموضوع، كما تتمتع هيئة التحكيم بصلاحيات التحكيم بالصلح، وفق قواعد العدل والانصاف[53]، ويكون ذلك فقط في حالة اتفاق الاطراف على منحها تلك الصلاحيات. وبالرجوع الى عقد محل البحث يتبن بانه تخلو تماماً من اية اشارة الى قواعد العدل والانصاف، ونرى انه كان من الافضل النص على هذه القواعد.

4. الخاتمة

في ختام هذا البحث توصلنا الى مجموعة من الاستنتاجات، مع توصية بعض المقترحات ومن اهمها:

1.4 الاستنتاجات

- ان مدة العقد 180 شهرا مدة طويلة ، وهو أمر في غاية الخطورة، لان هذه المدة تكون لمصلحة المستثمر وعلى حساب المصلحة العامة. لأن المستثمر يستفيد من هذه المدة، ومن خلالها قد تطرأ تغيرات على اقتصاد الدولة مما قد يعكس سلباً على اقتصادها.
- عدم وجود نظام قانوني متكامل يحكم هذا العقد أو تحكم تنظيمه.
- أن حالات انهاء العقد قبل انجازه غير محددة بشكل واضح، ان لم تكن معدوماً، كما ان حالات تجديد العقد لا تعطي الاولوية للمشتري المتعاقد، مما يؤدي الى ان الطرف الاول سيستغل المشتري بشروط التجديد من حيث الثمن، وذلك لان وزارة الكهرباء لاتستطيع الاستغناء عن هذا العقد بعد انتهاء مدته. ومن الصعب ايجاد بدل اخر.
- ان العقد المبرم بين وزارة الكهرباء وشركة ماس قد سمح لهذا الاخير بتنفيذ التزاماته عن طريق المقاولة من الباطن، وهذا ما يتناقض مع الخصائص الرئيسية لعقود استثمار في قطاع الخدمي حيث ان شخصية المقاول دائما محل الاعتبار في مثل هذه العقود تجنباً الحاق الضرر بالمصلحة العامة.
- خلو العقد عن بنود تتضمن انشاء لجان التنسيق لمتابعة تنفيذ العقد.
- افراط الحكومة في منح المستثمر حقوق ومزايا بموجب العقد مع التزامها بشراء الطاقة منه بتكلفة كبيرة، وان هدف المستثمر هو الربح وليس تحقيق مصلحة عامة.

2.4 التوصيات

- استخدام نموذج B.O.T بدلاً من B.O.O تحقيقاً للمصلحة عامة.
- انشاء لجان التنسيق والتوجيه لمتابعة والاشراف على تنفيذ بنود العقد، وأن تتكون من اعضاء تمثل الجهات الحكومية، وان تجتمع هذه اللجان بشكل دوري، مع تحديد زمان ومكان الاجتماع، وتحديد صلاحيات وحدود اللجنة، وصلاحيات الرئيس اللجنة.
- نوصي الاتفاق على الاعتماد المستندي كضمان للمقاول لاستيفاء حقه.
- نوصي حكومة اقليم كوردستان بتشجيع المستثمرين على انشاء مشاريع لانتاج الطاقة المتجددة. وذلك بعد توصية المشرع بسن قانون خاص لتشجيع استثمار الطاقة المتجددة، كبديل للطاقة الكهربائية الغازية، وذلك من خلال امتيازات وتسهيلات لغرض انشاء محطات الطاقة المتجددة.
- نوصي ان تتضمن العقد بنوداً لالزام المقاول بتدريب عمال وطنيين، وتشغيلهم.
- من الضروري ان يتضمن العقد حالات فسخ العقد كافلاس الشركة، او عجزها عن الاستمرار في القيام بمهامها وفق العقد.
- من الضروري ان يتضمن العقد الكفالات المطلوبة من الطرف المستثمر، والتعويضات التي تستحق للطرف الاخر عن اخلاله بالتزامته العقدية.
- يفترض ان يتضمن العقد يجعل التزام المقاول شخصياً ويمنعه من التنازل عن التزامه او التعاقد عن الباطل، تحقيقاً للمصلحة العامة.

5. المصادر

1.5 الكتب

1. أحمد حسان الغندور، التحكيم في العقود الدولية للانشاءات، دار النهضة العربية، القاهرة، 1998.
2. أحمد عبدالكريم سلامة، النظام القانوني لعقد المفاوضات الدولية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1978.
3. أحمد عبدالكريم سلامة، النظام القانوني لعقد المفاوظات الدولية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1978.
4. جلال وفاء محمدين، التحكيم بين المستثمر الأجنبي والدولة المضيفة أمام المركز الدولي

لتسوية منازعات الاستثمار، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2001.
5. جيهان حسن سيد احمد، عقود البوت وكيفية فض النزاعات الناشئة عنها، دار النهضة العربية، القاهرة، 2002.
6. حفيظة السيد الحداد، العقود المبرمة بين الدولة والأشخاص الاجنبية، دار النهضة العربية، 2001.
7. سراج حسين ابو زيد، التحكيم في عقود البترول، دار النهضة العربية، 2006
8. سليمان الطماوي، العقود الإدارية، ط4، مطبعة عين شمس، 1984
9. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج 6.
10. عبد الرسول عبد الرضا، القانون الدولي الخاص، منشورات الحلبي الحقوقية، 2012، بيروت.
11. عبد المنعم محفوظ، قضاء المشروعية وفلسفة الانفتاح الإقتصادي في مصر (دراسة مقارنة)، دار الهنا للطباعة، ط1، القاهرة، 1989.
12. ماهر صالح علاوي، الوسيط في القانون الإداري، دار ابن الأثير للطباعة والنشر، جامعة الموصل، العراق، 2009.
13. محمود خلف الجبوري، العقود الإدارية، بيت الحكمة، جامعة بغداد، 1989.
14. هفال صديق اسماعيل، التحكيم في منازعات الاستثمارات الأجنبية، ط1، منشأة المعارف، الأسكندرية، 2017.
15. هفال صديق اسماعيل، المركز القانوني للمستثمر الأجنبي، دار الجامعة الجديدة، الأسكندرية، 2013.
16. يوسف عبدالهادي، خليل الاكيالي، النظام القانوني لعقود نقل التكنولوجيا في مجال القانون الدولي الخاص،، دون دار النشر، القاهرة ، 1989.

2.5 البحوث المنشورة

1. عالية يونس الدباغ، د. وسن مقداد، عقد الاستثمار، بحث منشور في مجلة جامعة تكريت للعلوم الانسانية، المجلد 16 العدد 2 شباط 2009، ص371 وما بعدها.
2. عبد الرسول عبد الرضا، م.خير الدين كاظم عبيد، تأثير الصفة الأجنبية في قانون الاستثمار العراقي رقم (١٣) لسنة٢٠٠٦، بحث منشور في مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية، عدد 1، كلية القانون جامعة بابل،2009 .
3. وليد الدغيلي، اتفاقيات شراء الطاقة الكهربائية المنتجة من مصادر الطاقة المتجددة، ورشة عمل، الاسكوا (ESCWA UN) عمان المملكة الاردنية الهاشمية، 2017

3.5 الرسائل والاطاريح

1. منذر يوسف محمد الشرمان، المفهوم القانوني لعقود الطاقة المتجددة، رسالة ماجستير كلية الحقوق، جانعة الشرق الاوسط، عمان، 2018.
2. لمياء متولى يوسف مرسي، التنظيم الدولي للاستثمار في إطار إتفاقية استثمار متعددة الأطراف، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، 2006
3. دريد محمود السامرائي، ضمانات الاستثمار التجاري غير الوطني، أطروحة دكتوراه مقدمة إلى كلية القانون في جامعة بغداد، 2001.

4.5 الاتفاقيات الدولية

1. اتفاقية تشجيع وحماية الاستثمار بين حكومة جمهورية العراق وحكومة المملكة الاردنية الهاشمية لسنة 2013 الموقعة في بغداد بتأريخ 2013/12/25 .

5.5 القوانين

1. قانون رقم (1) لسنة 2015 الخاص بتصديق اتفاقية تشجيع الاستثمار بين حكومة العراق وحكومة المملكة الاردنية 2013، المنشور في الوقائع العراقية بعدد 4353 بتأريخ 2015/2/23.
2. قانون الاستثمار في اقليم كوردستان رقم 14 لسنة 2006.
3. قانون الاستثمار العراقي رقم 13 لسنة 2006.

6.5 الاحكام القضائية

1. الحكم الصادر من محكمة القضاء الإداري لجمهورية المصر العربية، دائرة المنازعات الإقتصادية والاستثمار، رقم الدعوى 11492 لسنة 2011، منشور في مجلة التحكيم العالمية العدد الثاني عشر.

6. هوامش

1. اشار الى هذا التعريف احمد زكي يحيى، الاعتماد المستندي في وفاء مقابل عقد استثمار الطاقة الكهربائية، بحث منشور في مجلة رسالة الحقوق، السنة الخامسة، العدد الثالث، 2013، ص196.
2. د. وليد الدغيلي، اتفاقيات شراء الطاقة الكهربائية المنتجة من مصادر الطاقة المتجددة، ورشة عمل، الاسكوا (ESCWA UN) عمان المملكة الاردنية الهاشمية، 2017.
3. ومن المسلم أن حكومة اقليم كوردستان العراق بإمكانها إبرام عقود الإستثمار مع المستثمر الأجنبي بواسطة احدى هيئاتها في الأقليم وحسب اختصاصاتها، وذلك بهدف الإسهام في تنفيذ بعض جوانب خطة تنميتها الإقتصادية التي تقع في دائرة اختصاصها.
4. B.O.O. يرمز الى الكلمات الاتية (Build, Operate, Own) والتي تعني (البناء، التشغيل، الملكية). عادة الدولة تلجأ الى هذا الاسلوب للإبرام العقود لغرض تنفيذ مشاريع البنية التحتية دون أن ترهق ميزانيتها. حيث أن المستثمر – الشركة المنفذة – يقوم ببناء المشروع وتشغيله دون أن تتحول ملكية المشروع الى الدولة. بعكس عقد بوت والذي بموجبه الشركة المنفذة تقوم ببناء المشروع وتشغيله وبعد الانتهاء منه وانتهاء العقد بتحول ملكية المشروع الى الحكومة ويصبح ملكاً لها دون أن تدفع عوض الى المستثمر. وعليه يمكن تعريف عقد B.O.T. بأنه (عقد مالي يتكفل المتعاقد بإقامة مشروع، والإنفاق عليه، وتشغيله وصيانته لمدة محدودة يسترد خلالها مصاريفه، وأرباحه، ثم تسليمه لأصحابه دون عوض).
كما أن البنك الدولي عرف عقد البوت بانه (يقوم طرف خاص أو اتحاد شركات بتمويل وبناء مرفق ما وتشغيله وصيانته لفترة محددة وبعد ذلك ينقل المرفق الى الدولة او الى هيئة عامة أخرى).
وتجدر الاشارة الى ان المشرع العراقي لم يعرف مصطلح boo ولكن ورد هذا المصطلح من دون تعريف في الفقرة ثالثاً من المادة (8) من نظام رقم (7) لسنة 2010 (نظام بيع وايجار عقارات وأراضي الدولة والقطاع العام لأغراض الاستثمار) والصادر استناداً إلى قانون الاستثمار رقم (13) لسنة 2006 المعدل، إذ جاء فيها: " المشاريع الكهربائية والنفطية وغيرها الواقعة خارج حدود البلدية التي تنفذ بصيغة بناء وتشغيل وتملك (BOO) وبناء وتشغيل وتحويل إلى الجهة المستفيدة (B.O.T) ببدل إيجار قدره 2% من بدل إيجار الأراضي المقدرة من قبل اللجان المشار إليها في المادة (4) أعلاه".
تعريف عقد BOO يقوم هذا الاسلوب من العقد على تشييد المشروع الاستثماري من قبل الشركة المنفذة للمشروع ومن ثم تملكه وبعد ذلك تقوم الشركة بتشغيل المشروع خلال فترة زمنية يتفقون عليها وبعد انتها هذه المدة يكون للشركة الحق بالتصرف في المشروع
5. بعد فشل الحكومة العراقية على تحسين قطاع الكهرباء رغم صرف مبالغ باهضة عليها، فقرر مجلس النواب العراقي بتاريخ 2012/7/30 على خصخصة قطاع الكهرباء وذلك من خلال التعاقد مع الشركات الاجنبية المختصة في لك القطاع.
6. ينظر بالتفصيل المطلب الثاني من هذا المبحث.
7. يقصد بمصطلح التشغيل التجاري – حسب ما ورد في العقد- اليوم الذي يلي بناء المشروع والانتهاء من فترة التجربة وتحقق الحد الأدنى من السعة المتاحة.
8. منذر يوسف محمد الشرمان، المفهوم القانوني لعقود الطاقة المتجددة، رسالة ماجستير كلية الحقوق، جانعة الشرق الاوسط، عمان، 2018، ص 25.
9. هذا ما نصت عليه البند 4 من العقد.
10. بخصوص موقف التشريعات المقارنة حول تحديد استثمارية العقد من عدمه ينظر: د. لمياء متولى يوسف مرسي، التنظيم الدولي للاستثمار في إطار إتفاقية استثمار متعددة الأطراف، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، 2006، ص175، وكذلك: د. جلال وفاء محمدين، التحكيم بين المستثمر الأجنبي والدولة المضيفة أمام المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2001، ص46.
11. ينظر د. هفال صديق اسماعيل، التحكيم في منازعات الاستثمارات الأجنبية، ط1، منشأة المعارف، الأسكندرية، 2017، ص15 وما بعدها.
12. نصت المادة الثانية من قانون الاستثمار الكوردستاني على أن تطبق أحكام هذا القانون على المشاريع التي توافق عليها الهيئة في أحد القطاعات التالية :

- أولاً: الصناعات التحويلية والكهرباء والخدمات المرتبطة بها.
- ثانياً: الزراعة بشقيها النباتي والحيواني والغابات والخدمات المرتبطة بها.
- ثالثاً: الفنادق والمشاريع السياحية والترفيهية ومدن الألعاب.
- رابعاً: الصحة والبيئة.
- خامساً: الأبحاث العلمية والتكنولوجية، وتكنولوجيا المعلومات.
- سادساً: النقل والاتصالات الحديثة.
- سابعاً: البنوك وشركات التأمين والمؤسسات المالية الأخرى.
- ثامناً: مشاريع البنية التحتية، ومنها مشاريع البناء، الإعمار، الإسكان، الطرق والجسور، السكك الحديدية، المطارات، والري والسدود.
- تاسعاً : المناطق الحرة والأسواق التجارية المعاصرة والخدمات الاستشارية المرتبطة بها.
- عاشراً : التعليم بجميع مراحله في إطار السياسة التعليمية للإقليم.
- حادي عشر: أي مشروع في أي قطاع آخر يقرر المجلس الموافقة على شموله بأحكام هذا القانون.

13. ينظر اتفاقية تشجيع وحماية الاستثمار بين حكومة جمهورية العراق وحكومة المملكة الاردنية الهاشمية لسنة 2013 الموقعة في بغداد بتأريخ 2013/12/25 . وتم التصديق عليها من قبل العراق بموجب قانون رقم (1) لسنة 2015 المنشور في الوقائع العراقية بعدد 4353 بتأريخ 2015/2/23.
14. البند السابع من العقد نص على ذلك.
15. (MGI) Mass Global Investment شركة تأسست في عمان – الاردن بموجب شهادة تأسيسية رقم 8 بتأريخ 2994/3/27. ينظر الصفحة (1) من العقد محل البحث.
16. ينظر المادة (1) الفقرة ثالثاً من الاتفاقة المبرمة بين جمهورية العراق والمملكة الاردنية الهاشمية.
17. د. دريد محمود السامرائي، ضمانات الاستثمار التجاري غير الوطني، أطروحة دكتوراه مقدمة إلى كلية القانون في جامعة بغداد، 2001، ص83.

18. بشأن معايير العقد الاداري، ينظر د. سليمان الطماوي، العقود الإدارية، ط4، مطبعة عين شمس، 1984، ص93. ؛ د. محمود خلف الجبوري، العقود الإدارية، بيت الحكمة، جامعة بغداد، 1989، ص129. وكذلك د. أحمد عبدالكريم سلامة، النظام القانوني لعقد المفاوظات الدولية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1978، ص17. وكذلك د. ماهر صالح علاوي، الوسيط في القانون الإداري، دار ابن الأثير للطباعة والنشر، جامعة الموصل، العراق، 2009، ص420.
19. ينظر الحكم الصادر من محكمة القضاء الإداري لجمهورية المصر العربية، دائرة المنازعات الإقتصادية والاستثمار، رقم الدعوى 11492 لسنة 2011، منشور في مجلة التحكيم العالمية العدد الثاني عشر، ص 585.
20. د. عبد المنعم محفوظ، قضاء المشروعية وفلسفة الانفتاح الإقتصادي في مصر (دراسة مقارنة)، دار الهنا للطباعة، ط1، القاهرة، 1989، ص413.
21. ينظر د. أحمد عبدالكريم سلامة، النظام القانوني لعقد المفاوضات الدولية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1978، ص17.
22. ينظر المادة (28) من قانون الاستثمار العراقي. وتتمثل تلك الجزاءات بما يلي:
    أ. سحب إجازة الإستثمار.
    ب. عقوبات مالية، متمثلة بحرمان المستثمر من الإمتيازات المالية والإعفاءات الضريبية الممنوحة له من تاريخ إرتكابه المخالفة.
    ج. إرغام المستثمر بالتعويض عن الضرر الذي يصيب الغير نتيجة قيامه بمخالفة ال شروط المقررة في قانون الإستثمار.
    د. إعلام دائرة التسجيل العقاري بإلغاء التسجيل لسند ملكية المستثمر للعقار الذي تملكه لأغراض الإستثمار وإعادته إلى مالكه السابق مقابل إعادة بدل البيع إليه، وذلك وفقاً للفقرة (د) من المادة (10) ثانياً من قانون الاستثمار.
    هـ. أية عقوبات أخرى تنص عليها القوانين النافذة في العراق أو في الإقليم.
23. وفق احكام قانون الإستثمار الكوردستاني فأنه يترتب على المستثمر عند تحقق مخالفته، الجزاءات التالية:
    أ. استرداد الأرض وأبناء حقه، كما تستملك الهيئة الأبنية والمنشآت المقامة عليها، إن وجدت، وبقيمتها مستحقة القلع وفقاً للقانون بالإضافة إلى التزام المخالف بدفع تعويض عن أي ضرر يسببه نتيجة عدم تنفيذ التزامه.
    ب. إلتزام المستثمر بدفع أجر المثل عن الأرض التي ترتب له عليها حق إنتفاع عليها، إذا أجرها من الباطن كلاً أو جزءاً بدون موافقة الهيئة أو استغلها لغير الأغراض التي خصصت لها، كما تعد الديون المترتبة في ذمة المستثمر تجاه الإقليم ديون ممتازة، ويتم تحصيلها وفقا لقانون الديون الحكومية رقم (56) لسنة 1977 النافذ. ينظر المادة (9) الفقرة (ثانياً) من من قانون الإستثمار الكوردستاني.
24. د. يوسف عبدالهادي، خليل الاكيالي، النظام القانوني لعقود نقل التكنولوجيا في مجال القانون الدولي الخاص،، دون دار النشر، القاهرة ، 1989، ص 308.
25. نصا على ذلك البند 25 من العقد محل البحث.
26. د.عبد الرسول عبد الرضا، م.خير الدين كاظم عبيد، تأثير الصفة الأجنبية في قانون الاستثمار العراقي رقم (١٣) لسنة٢٠٠٦، بحث منشور في مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية، عدد 1، كلية القانون جامعة بابل،2009 ، ص7.
27. د. أحمد حسان الغندور، التحكيم في العقود الدولية للانشاءات، دار النهضة العربية، القاهرة، 1998، ص107.
28. ورد هذا الشرط في العقد –محل البحث- ضمن البند 1-1. للمزيد عن شرط الثبات التشريعي ينظر د. سراج حسين ابو زيد، التحكيم في عقود البترول، دار النهضة العربية، 2006، ص111؛ د. حفيظة السيد الحداد، العقود المبرمة بين الدولة والأشخاص الاجنبية، دار النهضة العربية، 2001، ص322. تجدر الإشارة الى أن المشرع العراقي أشار الى هذا الشرط في المادة (13) من قانون الاستثمار العراقي، ومقتضاها أشار إلى أن أي تعديل يطرأ على قانون الاستثمار لا يترتب عليه أي أثر رجعي يمس الضمانات والاعفاءات والحقوق المقررة بموجبه.
29. ينظر البند (25) من العقد والتي تنص على اخضاع المنازعات الناشئة عن تنفيذ العقد الى التحكيم الدولي
30. ينظر البند (26) من العقد والتي تنص على أن العقد يخضع للقانون الإنجليزي.
31. Governing law: The contract shall be governed by and construed in accordance with the law
32. البند A-2-2 من العقد نصت على هذا الالتزام.
33. البند B-2-2 من العقد نصت على هذا الالتزام.
34. المادة الرابعة من قانون الاستثمار الكردستاني رقم 4 لسنة 2006.
35. المشتري هو الطرف الحكومي في العقد المتمثل بوزارة الكهرباء.
36. البند C-2-2 من العقد نصت على هذا الالتزام.
37. نصت على ذلك البند 4 من العقد.
38. نصت على ذلك البند 15-1 من العقد.
39. الفقرة تاسعاً من المادة الرابعة من قانون الاستثمار الكردستاني
40. البند (19) من العقد. وتجدر الاشارة الى ان حكم هذا البند من العقد ليس الا تطبيقاً للاحكام العامة للمسؤولية العقدية.
41. د. جيهان حسن سيد احمد، عقود البوت وكيفية فض النزاعات الناشئة عنها، دار النهضة العربية، القاهرة، 2002، ص58.
42. ومن هذه الجزاءات يعفى المشتري من دفع الثمن بالنسبة 25% من الطاقة غير المسلمة.
43. البند 8 من العقد تضمنت ذلك.
44. الفقرة الاولى من المادة الخامسة من قانون الاستثمار.
45. الفقرة سادساً من المادة الخامسة من قانون الاستثمار
46. للمزيد عن الامتيازات الممنوحة للمستثمر الاجنبي ينظر د. هفال صديق اسماعيل، المركز القانوني للمستثمر الاجنبي، المصدر السابق، ص30 وما بعدها. وكذلك د. عالية يونس الدباغ، د. وسن مقداد، عقد الاستثمار، بحث منشور في مجلة جامعة تكريت للعلوم الانسانية، المجلد 16 العدد 2 شباط 2009، ص371 وما بعدها.
47. د. كاميران حسين الصالحي، وسائل تسوية منازعات عقود BOT بطرق ودية، جامعة الامارات العربية،،ص 182
48. البند (21-4) من العقد نصت على ذلك.
49. البند 21-6 و 21-7 من العقد نصت على ذلك.
50. د. محمود مختار بريري، التحكيم التجاري الدولي، ط 3، دار النهضة العربية، القاهرة، 2007، ص5. هناك عدة مراكز تحكيمية دولية متخصصة بالنظر في منازعات الناشئة عن عقود دولية، ومنها مركز واشنطن لتسوية منازعات الاستثمار التابع للبنك الدولي، وحكمة تحكيم لندن، ومركز القاهرة الاقليمي، ومركز الغرفة التجارة الدولية في باريس.

51. ينظر المادة (17) من قانون الاستثمار الكردستاني. ناهيك عن ان قانون الاستثمار العراقي اخذ بنظام التحكيم كأسلوب لتسوية المنازعات الناشئة عن عقود الاستثمار المبرمة بين الجهات الحكومية والمستثمر الاجنبي. ينظر المادة (27) من قانون الاستثمار العراقي رقم 13 لسنة 2006. و هذا يشير الى ان المشرع الكوردستاني والعراقي أجاز اللجوء الى التحكيم في منازعات الاستثمار رغبة منهما في جذب الاستثمارات الاجنبية. للتفاصيل في هذا الشأن ينظر رأى علي عطية، النظام القانوني للتحكيم كوسيلة لتسوية نزاعات الاستثمار الاجنبي في التشريع العراقي وإقليم كردستان، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية، كلية القانون – جامعة بغداد، المجلد 32، العدد الثاني، 2017، ص471. وكذلك د. هفال صديق اسماعيل، التحكيم في منازعات الاستثمار، منشأة المعارف، الاسكندرية، 2017، ص28 وما بعدها.

52. د.عبد الرسول عبد الرضا، القانون الدولي الخاص، منشورات الحلبي الحقوقية، 2012، بيروت، ص337.

53. يقصد بقواعد العدل والانصاف مجموعة الافكار والمفاهيم التي تسود لدى الأوساط التجارية، وتستقر في ضمائر افرادها عما هو حق أو عدل. د. أحمد عبدالكريم سلامة، نظرية العقد الدولي الخاص وقانون التجارة الدولية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1989، ص291.