United Arab Emirates University
Scholarworks@UAEU

Theses | Electronic Theses and Dissertations

3-2017

Energy contracts and its dispute resolution through arbitration

عبد الله عبد العزيز عمر العكبري

Follow this and additional works at: https://scholarworks.uaeu.ac.ae/all_theses

Part of the Law Commons

Recommended Citation

عمر العكبري, عبد الله عبد العزيز, "Energy contracts and its dispute resolution through arbitration" (2017). *Theses*. 609.
https://scholarworks.uaeu.ac.ae/all_theses/609

This Thesis is brought to you for free and open access by the Electronic Theses and Dissertations at Scholarworks@UAEU. It has been accepted for inclusion in Theses by an authorized administrator of Scholarworks@UAEU. For more information, please contact fadl.musa@uaeu.ac.ae.

جامعة الإمارات العربية المتحدة

كلية القانون

قسم القانون العام

عـقـود الطـاقـة ومشروعية فض منازعاتها عـن طريق التحكيم

عبدالله عبدالعزيز عمر العكبري

أطروحة مقدمة لاستكمال متطلبات الحصول على درجة الماجستير في القانون العام

إشراف الأستاذ الدكتور/ مجدي عبدالحميد شعيب

مارس 2017

إقرار أصالة الأطروحة

أنا **عبدالله عبدالعزيز عمر العكبري**، الموقعة أدناه، طالبة دراسات عليا في جامعة الإمارات العربية المتحدة ومقدمة الأطروحة الجامعية بعنوان " ***عقود الطاقة ومشروعية فض منازعاتها عن طريق التحكيم***"، أقر رسميا بأن هذه الأطروحة هي العمل البحثي الأصلي الذي قمت بإعداده تحت إشراف **الأستاذ الدكتور مجدي عبدالحميد شعيب، أستاذ القانون العام في كلية القانون جامعة الإمارات**. وأقر أيضاً بأن هذه الأطروحة لم تقدم من قبل لنيل درجة علمية مماثلة من أي جامعة أخرى، علماً بأن كل المصادر العلمية التي استعنت بها في هذا البحث قد تم توثيقها والاستشهاد بها بالطريقة المتفق عليها. وأقر أيضاً بعدم وجود أي تعارض محتمل مع مصالح المؤسسة التي أعمل فيها بما يتعلق بإجراء البحث وجمع البيانات والتأليف وعرض نتائج و/أو نشر هذه الأطروحة.

توقيع الطالب: _____ التاريخ: 2017/5/17

حقوق النشر © 2017 عبدالله عبدالعزيز عمر العكبري
حقوق النشر محفوظة

إجازة أطروحة الماجستير

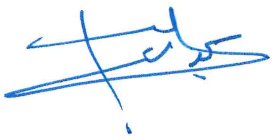
أجيزت رسالة الماجستير من قبل لجنة المناقشة المشار إليها أدناه

1- المشرف (رئيس اللجنة) – الأستاذ الدكتور مجدي شعيب

الدرجة أستاذ

قسم القانون العام

كلية القانون جامعة الإمارات

التوقيع  التاريخ ٢٠١٧/٤/٢٧

2- عضو الأستاذ الدكتور مصطفى عبد المقصود سليم

الدرجة أستاذ

قسم القانون العام

كلية القانون جامعة عجمان

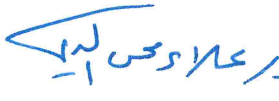
التوقيع التاريخ ٢٧/٤/٢٠١٧

3- عضو علاء محي الدين مصطفي

الدرجة أستاذ

قسم القانون العام

كلية القانون جامعة الإمارات

التوقيع  التاريخ ٢٧/٤/٢٠١٧

أُعتمدت الأطروحة من قِبل:

1) عميد <كلية> : أستاذ دكتور/ **محمد القاسمي**

التوقيع: _____ التاريخ : ١٥/٧/٢٠١٧

2) عميد كلية الدراسات العليا: أستاذ دكتور/ **ناجي واكيم**

التوقيع: _____ التاريخ : 17/5/2017

الملخص

تبحث هذه الأطروحة جوانب عقود الطاقة والحاجة إلى إعمال التحكيم عليها، كوسيلة من الوسائل البديلة لحل النزاعات("ADR") ، وذلك بالتركيز على منطقتي الشرق الأوسط وشمال أفريقيا، مع التركيز على دولة الإمارات العربية المتحدة دراسة تحيلية مقارنة بدول مجلس التعاون الخليجي. ليكون المنهج الذي تبنيته في هذه الأطروحة هو المنهج التحليلي المقارن.

ويتمثل التحدي الرئيسي لهذه الأطروحة أن أبذل قصارى جهدي لإثبات ماهية الطبيعة القانونية لعقود الطاقة، كعقد مدني صرف أو كعقد من العقود الإدارية، فمكمن الأمر هنا هو الاعتماد على مجموعة القواعد والعناصر في هذه الطائفة من العقود ولا سيما عندما تكون الدولة طرفاً أصيلاً ودائماً، سواء كانت مباشرة الدولة لذلك بنفسها أو من خلال إحدى المؤسسات التابعة لها، على اعتبار أن عقود الطاقة أصلاً نوع فريد من العقود يتضمن ميزات فريدة من نوعها تهدف إلى تحقيق منفعة عامة مثل تحقيق الاستدامة في توفير الماء والكهرباء من خلال هذا القطاع الحيوي والهام المتمثل في قطاع الماء والكهرباء أو الخدمات بشكل عام.

يتكون البحث من فصلين اثنين، الفصل الأول لشرح نطاق عقود الطاقة العام العام والطبيعة القانونية لعقود الطاقة، مع التطرق لميزات وسلبيات وإيجابيات تلك الطائفة من العقود، ومع التركيز على الطابع الإداري كما تم ذكره. أما الفصل الثاني، وكنتيجة للفصل الأول، قمت من خلاله بمناقشة تسوية المنازعات في عقود الطاقة من خلال التحكيم على مرد من القول أن عقود الطاقة هي عقود إدارية بحسب طبيعتها، لأعرض لرأي الفقهاء في هذا الصدد الذين تباينت آراؤهم حول إعمال التحكيم في العقود الإدارية بشكل عام وعقود الطاقة بصفتها عقوداً إدارية بشكل خاص، بالإضافة إلى تقديم عدد من التوصيات التي هي محاولة للتوفيق بين الرأيين ومحاولة تجنب سلبيات العمل بالتحكيم في عقود الطاقة. مع التطرق في نهاية المبحث لافتراض حول القانون الذي يحكم النزاع قبل فريق التحكيم في حال عدم اتفاق الأطراف على ذلك. في نهاية المطاف، تم التوصل إلى نتيجة مفادها إثبات الطبيعة الإدارية لعقود الطاقة والقدرة على حل النزاعات الواردة عليها من خلال التحكيم، وذلك من الجانبين النظري والعملي.

لقد اعتمدت - بعد الله عز وجل وإرشاد مرشدي الأكاديمي - أثناء كتابة هذه الرسالة على المعاهدات الدولية مثل الاتفاقيات والقانون الدستوري (في دولة الإمارات العربية المتحدة والعديد

من الدول)، والقوانين التي تم نشرها في الجريدة الرسمية الوطنية والعربية في كل من مصر ودولة الإمارات، بالإضافة إلى التركيز على الجانب العملي للعقود ذات الصلة فيما يتعلق بمشاريع قطاع الطاقة في المنطقة. وختاماً، أود أن أعرب عن تقديري لأستاذي ومعلمي الأستاذ الدكتور مجدي شعيب، المرشد الأكاديمي الذي قضى الكثير من الوقت لتحسين قدراتي البحثية والمهارات العلمية وقدم لي الدعم غير المحدود حتى أنجز الأطروحة في الوقت المحدد، فأنا مدين له بالفضل إلى الأبد ومقدر لوقته وجهده وأتمنى له التوفيق كما سأظل أذكره في دعواتي اليومية بالخير.

كلمات البحث الرئيسية: الطاقة، العقود، التحكيم، التحكيم في العقود الإدارية، عقد البوت، عقد المشاركة بين القطاعين العام والخاص، عقد امتياز المرفق العام، النفط، الغاز، الطاقة النووية.

العنوان والملخص باللغة الإنجليزية

Energy contracts and its dispute resolution through arbitration

Abstract

This dissertation examines the aspects of the energy contracts and the needs to implement the Arbitration on it, as an Alternative Dispute Resolution ("ADR"), in MENA & North Africa, with an emphasizing on UAE Vis-à-vis the other GCC countries. And the Methodology I follow is the comparing and analysing methods.

The major challenge in this dissertation is that I did my best to proof the legal nature of the energy contracts, either as civil contracts or administrative contracts. However the key thing here is to rely on the contained Set of rules and elements in such contract especially where the government is a party of such contracts, either by itself or through one if its members, to be regarded as a unique type of contracts has a unique features aim to achieve a public usefulness i.e. to provide a sustainability of providing sector with the need of power and water.

I went through number of difficulties such as the lack of Arabic books, in addition to the too much of token time to get the Faculty of Law approval on the topic, when I was told that I have no right to latterly quote someone else words and I have to rewrite the author statement in my own words, which was over loaded work to do, with the consideration of the huge number of books I referred to. The research is in twofold dimension. The First chapter is designed to explain the general scopes and the natural legal type of the Energy contracts, its features, cons and pros, with concentrating on the administrative nature of it.

In Chapter Two, and as consequences of the First Chapter, I discussed the dispute resolution of the Energy Contracts through the Arbitration as the Energy Contracts are administrative contracts, and I present the two schoolers opinion who are agreed and disagree about the implementing of the Arbitration in the administrative

contracts, in addition to number of recommendations which are made by me to intermediate by finding a middle opinion to accept the Arbitration in such contracts. Furhetmore, in the end of the chapter a supposition is presented about the law which has to govern the dispute before the Arbitratation Panel in the event of not being agreed about such contracts.

I rely while I'm writing this dissertation on the international law i.e. treaties and conventions, constitution law (UAE and overseas), the statutes which have been published in the national gazette in both Egypt and GCC countries, in addition to the practical side of the related contracts in relation to the exiting big power sector projects. Nonetheless, as one of challenges I dealt with, the absence of the Arabic books which are specialized in my topic in general and/or the power sector specifically was a big challenge I have dealt with, and no doubt to say that the Arabic publications were and still very scant in this field.

Eventually, one result is reached and proofed without any doubt, from the theoretical and the practical sides, which is the administrative nature of the Energy Contracts and the ability to resolve its disputes through the Arbitration. As a conclusion, I would like to extend my full appreciation to my professor Dr. Magdi Shouaib, my academic advisor who spent a lot of time and efforts to improve my researching skills.

Keywords: energy, contracts, arbitration, arbitration in administrative contracts, BOT, PPP, concession, oil, gas, and nuclear energy.

شكـــــر وتقدير

أتقدم بالشكر لكل من ساندني لعمل هذا البحث المتواضع ولا سيما أستاذي القدير البروفسور/ مجدي عبدالحميد شعيب، أستاذ القانون العام في جامعة الإمارات العربية المتحدة وجامعة الزقازيق، وذلك على مجهوداته العظيمة وتجشمه الصعاب لصقل مهاراتي العلمية والبحثية أنا وزملائي، راجياً من الله العلي القدير أن يطيل في عمره ويحفظه ويبارك في علمه الواسع وأن يجعل كل ذلك في ميزان حسناته.

الإهداء

أُهدي هذا العمل المتواضع إلى

روح أمي التي لم تبخل علي يوماً بشيء

والتي زودتني بالحنان والمحبة تغمدها الله بواسع رحمته .

وإلى زوجتي الحبيبة وإبنتي الغالية

حفظهما الله

وأُسرتي جميعاً

قائمة المحتويات

العنوان i
إقرار أصالة الأطروحة ii
حقوق الملكية والنشر iii
إجازة أطروحة الماجستير iv
الملخص vi
العنوان والملخص باللغة الإنجليزية viii
شكـــــر وتقدير x
الإهداء xi
قائمة المحتويات xii
مقدمة 1
الفصل الأول: ماهية عقود الطاقة وطبيعتها القانونية 5
المبحث الأول: المقصود بعقود الطاقة والتكريس التشريعي لها 6
المطلب الأول: تعريف عقود الطاقة 6
المطلب الثاني: التكريس التشريعي لعقود الطاقة 13
المبحث الثاني: الطبيعة القانونية لعقود الطاقة 21
المطلب الأول: الرأي القائل بأن عقود الطاقة ليست عقوداً إدارية 22
المطلب الثاني: القائلين بإدارية عقود الطاقة 29
الفصل الثاني: ماهية التحكيم ومدى إمكانية اللجوء إليه لحل منازعات عقود استغلال الطاقة ... 50
المبحث الأول: ماهية التحكيم ومزاياه وعيوبه 50
المطلب الأول: ماهية التحكيم 50
المطلب الثاني: مزايا وعيوب اللجوء للتحكيم في عقود الطاقة 53
المبحث الثاني: مدى مشروعية التحكيم في عقود الطاقة 61
المطلب الأول: الرأي المعارض للتحكيم في عقود الطاقة 62
المطلب الثاني: الرأي المؤيد للتحكيم في عقود الطاقة 75
المبحث الثالث: القانون الواجب التطبيق على النزاع التحكيمي لعقد الطاقة 102

الخاتمة 117
المصادر والمراجع..... 124

مقدمة

ليس هناك شك في أن البحث الذي يهدف إلى الوصول لنتيجة أو نتائج متعددة وخاصة البحث القانوني الذي يبدأ في الغالب الأعم من حيث انتهى الآخرون، هو شغف لا نظير له. ولعل موضوع عقود الطاقة وحل المنازعات التي تثور بشأنها كان ولا يزال يستهويني لأكتب فيه وأخوض غماره. فعقود الطاقة هي العقود التي يتحدث عنها العالم وتتبنى الدول المتحضرة سياسة دائمة فيما يخص أمن الطاقة وتحقيق الاستدامة في هذا المجال.

فضلاً عما تقدم فإن فض منازعات هذه الطائفة من العقود يتم من حيث المبدأ عن طريق التحكيم كوسيلة بديلة للقضاء بحسبانه أضحى الأصل الذي يعمل به في هذا الشأن، وهو مجال يلقى اهتماماً كبيراً من جانب الباحثين.

وتكمن أهمية عقود الطاقة في أنها تعد شكلاً من أشكال تطور النظام القانوني للعقود؛ والدليل على ذلك أنه من النادر أن نجد في التشريعات المعمول بها في الدول العربية تنظيماً مفصلاً لعقود الطاقة لكون التركيز كان ولا يزال على العقود المسماة. فبالرغم من الأهمية التي تحوزها عقود الطاقة بشكل عام إلاّ أننا نجد قصوراً في المراجع العربية القانونية التي تنظم هذا النوع من العقود، وذلك رغم تطور مشروعات استغلال الثروات الطبيعية وتطور التشريعات المنظمة لها في الدول العربية.

وإذا كانت المكتبة القانونية العربية تفتقر إلى مراجع تخص عقود الطاقة فإن مكتبات الدول الأوربية تزدحم بالكتب والأبحاث فضلاً عن العديد من المؤتمرات التي تركز على هذا النوع من العقود بالرغم من أن الدول العربية تمتلك في واقع الحال النصيب الأكبر من تلك الثروات لذلك كان ينبغي عليها أن تولي إهتماماً أكبر بهذا النوع من العقود وأن تسمح بتدريس هذا النوع من العقود وباستفاضة ولا سيما في الجامعات العربية.

ولما كانت دولة الإمارات العربية المتحدة ولا تزال سبّاقة ومتفردة في الطاقة بشكل عام منذ الطفرة النفطية ومن ثم طفرة الطاقة البديلة والمتجددة التي نعيشها هذه الأيام وتبني الوسائل البديلة لحسم المنازاعات بعيدا عن القضاء مثل التحكيم، حتى أصبحت الدولة مقصداً للمستثمرين من شتى أنحاء العالم الذين وجدوا في المناخ الاستثماري الصحي الذي تتبناه الدولة الأثر الكبير في تنمية أعمال أولئك المستثمرين حتى نقلت الشركات الكبرى العاملة في التكنولوجيا والطاقة مقرها من الدول الكبرى إلى أبوظبي ودبي، وحتى صار يُضرب المثل بالنظام القضائي والتحكيمي الذي تتبناه الدولة من خلال القضاء بنوعيه ومراكز التحكيم المتعددة.

وانطلاقا مما تقدم فإن التحديات التي يثيرها موضوع البحث تتمثل في معرفة ما إذا كانت عقود الطاقة تعد عقوداً إدارية من عدمه. وإذا كانت هذه الطائفة من العقود تدرج تحت مظلة العقود الإدارية فهل يجوز اللجوء إلى التحكيم لفض المنازعات التي تثور بشأنها أم لا.

من المعلوم أن المتعاقد مع جهة الإدارة يعلم يقيناً حين يرضخ لشروط المناقصة أو المزايدة بخصوص أي من العقود الإدارية، أنه وضع نفسه طوع جهة الإدارة، فهو لا يسعى عندما تعاقد مع جهة الإدارة إلى تحقيق الربح فقط لا غير، بل يفاخر بأنه يحظى بثقة جهة الإدارة، فيرتضي تأخر دفعاته كمتعامل مع جهة الإدارة في سبيل تجديد عقده الحالي أو منحه تعاقداً جديداً. وقد تغير جهة الإدارة من أسلوبها في التعامل مع المتعاقد معها، عندما يكون مبلغ التعاقد بالمليارات، لتدلل المتعاقد معها في هذا الصدد إلى الحد الذي تخلع معه عباءتها كشخصية معنوية عامة، وتمنحه هدية غالية تكمن في أنه إن ثار بينها وبينه نزاع، فلن تقاضيه أمام القضاء الرسمي ولن تنفذ على حسابه أعمالاً نظير تأخيره، ولن تقوم بوضعه على قائمة سوداء تحظر التعامل معه في المستقبل كعقاب له، كما أنها لن تقوم بعمل مقاصات من مبالغ مستحقة له في مشاريع أخرى لجهة إدارية أخرى، بل سترتضي أن تقف معه على ذات الدرجة أمام هيئة تحكيم.

ورغبة في إلقاء مزيد من الضوء على هذه العقود سأعرض في عجالة لأشكال عقود الطاقة الحديثة، مع التركيز فقط على البوت والـ BOO كشكل من أشكال البوت. ويجدر التنويه إلى أن مرافق الطاقة تتم إما بنظام المنتج المستقل للكهرباء فقط Independent Power Plant/Producer-IPP، أو المنتج المستقل للماء والكهرباء معاً Independent Water and Power Plant/Producer - -IWPP. ومن الجدير ذكره أن محطات الكهرباء، وبالأخص في إمارة أبوظبي هي على هذا النسق.

ولم يكن الهدف الذي دفعني للكتابة في هذا الموضوع يتمثل في محاولة إثبات وجهة نظر بقدر ماهو جهد بسيط لإيجاد منطقة وسط بين المعارضين وبين المؤيدين للجوء الدولة للتحكيم في عقودها مع إيراد السجال القائل بإدارية وعدم إدارية عقود الطاقة.

ولقد اتبعت في بحثي المنهج التحليلي المقارن، ووفقني الله عز وجل بوجود مراجع ثرية كان أهمها المؤلَّف القيّم لأستاذي الدكتور مجدي شعيب في التحكيم في العقود الإدارية، والذي تشرفت بدراسته على يديه، والذي تعلمت منه درساً قيّما يكمن في عرض الآراء بكل حيدة ومناقشتها من دون تشنج أو تعصب، حتى أن القارئ للبحث سيعي أنني سلكت طريق الحياد ولم أعمد إلى التقليل من شأن أي من الفريقين بل على العكس، كانت الحجج جميعها وجيهة، خاصةً مع وجود شواهد حية وحديثة تبسط يدها للمعمول به من قبل جهة الإدارة ولا سيما في دولة الإمارات العربية المتحدة.

هذا ولقد قسمت بحثي إلى فصلين رئيسيين، حمل أولهما عنواناً عاماً عن عقود الطاقة عرضت فيه وعلى عجالة لماهية عقود الطاقة وأنواعها، ومن ثم إلى التكييف القانوني لعقود الطاقة فيما إذا كانت عقوداً إدارية أم غير إدارية. أما الفصل الثاني فقد تحدثت فيه عن التحكيم ماهيته ومحاسنه ومثالبه لحل النزاعات معرجاً على الآراء القائلة بعدم جواز التحكيم في عقود الطاقة بصفتها عقوداً إدارية وبين غير ذلك من الآراء، مع التلميح بضرورة نقاش نقطة القانون الذي يحكم النزاع

التحكيمي ولا سيما حين لا يتم الاتفاق عليه. لأركز على الواقع العملي في دولة الإمارات العربية المتحدة ولا سيما إمارتيْ أبوظبي ودبيْ.

ولعل الصعوبات التي واجهتني في بحثي هذا تكمن في قلة المراجع والأحكام العربية التي تتحدث عن عقود الطاقة وفي حال وُجدت تلك المراجع فإنها تركز وبشكل رئيسي على عقود النفط والغاز بموجب مؤلفات قديمة مع شح المراجع بكل ما تعنيه الكلمة التي تتحدث عن عقود الطاقة البديلة المتجددة والطاقة النووية، هذا مع وجود تشابه من الأساس في معالجة الموضوع الذي يدور حول النفط والغاز وتوارد الخواطر بين المراجع فيما يخص ذلك حتى تجد التماثل والتطابق التام في منهجية البحث، أما عن التحكيم، فباستثناء كتاب الدكتور مجدي الآنف والذي اقتفى أثره فيه الكثير من الباحثين، وباستثناء كتاب للدكتور وليد عباس المتسم بالعرض الشيّق، فقد وجدت كذلك في المراجع التي تتحدث عن التحكيم في العقود الإدارية التحدث عن مواضيع بعيدة في غالبها عن موضوع بحثي الأساسي الذي هو عقود الطاقة، هذا وقد واجهني تحدٍ أخير أن معظم رسائل الدكتوراة التي تطرقت للموضوع لم تكن مطبوعة ومتاح شراؤها أو استعارتها.

ولا يسعني في مقامي هذا إلاّ أن أتوجه لأستاذيْ الجليل الأستاذ الدكتور مجدي شعيب اللذي لم يدخر جهداً لإفادتي وزملائي وتبصير أعيننا لماهية البحث العلمي والأسلوب الأمثل اتباعه عند كتابة البحث العلمي، شاكراً نصحه المستمر وصبره الدؤوب وحرصه المنقطع النظير على إذكاء روح البحث العلمي فيّ وفي زملائي، و منحنا من وقته الثمين الكثير والكثير، مقدراً له تجشمه الجهود مع ومع زملائي، راجياً الله العلي القدير أن يطيل في عمره ويبارك في حياته ويجعل كل ذلك في ميزان حسناته. اللهم آمين.

وقبل المضي قدماً قي البحث أقول، ربيّ اشرح لي صدري ويسّر لي امري واحلل عقدةً من لساني يفقهوا قولي، وإن جانب ما كتبته الصواب، فرأيي خطأ يحتمل الصواب، وإن أحسنت فمن الله، وإن أسأت فمن نفسي والشيطان.

الفصل الأول: ماهية عقود الطاقة وطبيعتها القانونية

أضحت عقود الطاقة تحظى باهتمام كبيرمن جانب الفقه؛ فالطاقة ليست سلعة تجارية فحسب، بل إنها سلعة استراتيجية، فضلاً عن أنها تمثل جزءاً كبيراً من دخل دول كثيرة. بل لا نغالي إذا قررنا أنها تشكل لبعض الدول 100% من الدخل السنوي، سيما تلك الدول التي تمتلك ثروات طبيعية مثل النفط والغاز والفحم. ففي هذا السياق، يشكل النفط، على سبيل المثال، لبعض الدول المنتجة مانسبته 96% من دخلها القومي. كما تعتمد الدول غير المنتجة على النفط والغاز وتستفيد منها استفادة جمة؛ فالنفط والغاز يُستخدمان لتطوير الصناعات المختلفة مما يؤدي إلى تعزيز الدخل القومي لتلك الدول. يضاف لذلك أن النفط والغاز يساعدان في توليد الطاقة لدى تلك الدول المستوردة له مما يؤدي بالتالي إلى استدامة الطفرة الحضارية العالمية[1].

لذا فلا يختلف اثنان على أهمية الطاقة بشتى أنواعها وأنها عصب الصناعة والتجارة والحضارة في وقتنا الحالي ومايليه من وقت، وأنها أصبحت حديث الناس في شتى أنحاء المعمورة.

ولقد باتت الدول التي تمتلك مخزوناً هائلاً من النفط والغاز تفكر بشكل جاد بتنويع مصادر دخلها القومي والتنويع كذلك في مصادر الطاقة بحد ذاتها، بحيث تتبنى حلولاً جديدة لتوليد الطاقة ولا سيما الكهربائية منها، مثل تبني خطوط إنتاج الطاقة عن طريق الطاقة الشمسية، والرياح والطاقة النووية وغيرها من المصادر التي تدعم استمرارية المخزون النفطي أو الغازي وإبعاد شبح النضوب ولو لفترة معلومة.

وتشير تقارير إدارة الطاقة الأمريكية لعام 2013 إلى أن احتياطات النفط الخام والغاز الطبيعي تقدر بحوالي 1,646 مليار برميل و 6,850 تريليون قدم مكعب، الأمر الذي يسمح بالقول أن

---

[11] د.عبدالكريم محمد محمد السروي، النظام القانوني لعقود الطاقة، ورقة بحث مقدمة في المؤتمر السنوي الحادي والعشرين - الطاقة بين القانون والاقتصاد، جامعة الإمارات، 20-2013/5/21، ص699

النفط وفقاً لتلك المعدلات ومعدلات الاستهلاك سينضب خلال 150-200 سنة، كما أن الغاز الطبيعي سينضب خلال 50-70 سنة[1].

وتقتضي الدراسة التي نحن بصددها أن نعرض لماهية عقود الطاقة وتكييفها القانوني وذلك بقدر من التفصيل.

المبحث الأول: المقصود بعقود الطاقة والتكريس التشريعي لها

المطلب الأول: تعريف عقود الطاقة

تمثل عقود الطاقة شكلاً من أشكال تطور النظام القانوني للعقود، ويستدل على ذلك بجلاء من خلال ندرة التشريعات في عالمنا العربي التي تضع تنظيماً مفصلاً لعقود الطاقة. فلقد أولت ولا تزال التشريعات العربية الاهتمام الأكبر للعقود المسماة والتي تتسم بالنمطية نوعاً ما مثل عقد البيع وعقد الإيجار وعقد المقاولة. ولقد ترك المشرع مساحة في ذات الوقت للعقود غير المسماة للبروز والتطور والانتقال من شكل لآخر.

فبالرغم من الأهمية التي تحوزها عقود الطاقة بشكل عام إلا أننا نجد قصوراً في المراجع العربية القانونية التي تنظم هذا النوع من العقود، وذلك رغم تطور مشروعات استغلال الثروات الطبيعية وتطور التشريعات المنظمة لها في الدول العربية. وإذا كانت المكتبة القانونية العربية تفتقر للمراجع والأبحاث وأعمال المؤتمرات التي تهتم بعقود الطاقة فعلى العكس من ذلك نجد الزخم المستمر في المراجع والمؤتمرات غير العربية والتي تركز على هذا النوع من العقود أكثر من الدول العربية التي تمتلك في واقع الحال النصيب الأكبر من تلك الثروات الطبيعية ومن ثم كان يتوجب عليها أن تولي هذا النوع من العقود قدراً أكبر من الإهتمام.

[1] مؤسسة البترول الكويتية - الكويت، فرص المحافظ على الطاقة في الصناعة البترولية، ورقة بحث مقدمة في مؤتمر الطاقة العربية العاشر والذي كان عنوانه "الطاقة والتعاون العربي" والذي أقيم في العاصمة أبوظبي في الفترة من 21-23ديسمبر2014 ص1-2

وتعد عقود الطاقة الأداة القانونية لاستغلال الثروات الطبيعية على النحو الذي سبق الإشارة اليه، وهي لم تظهر إلى حيز الوجود إلا كنتيجة طبيعية لاكتشاف النفط وتطور صناعته أو الصناعات المتفرعة عنها.

ويمكن تعريف عقود الطاقة بأنها العقود التي تبرمها الدولة مع شركة أجنبية وتسمح لهذه الأخيرة بالبحث والتنقيب وإنتاج الطاقة داخل إقليمها، مع الحق في استغلال هذه الموارد والتصرف بها خلال فترة زمنية معينة في مقابل حصول الدولة على مقابل مالي معين[1].

ويعاب على هذا التعريف اقتصاره على المفهوم القديم لعقود الطاقة الذي يركز فقط على النفط والغاز، ويؤخذ على هذا التعريف كذلك افتراضه أن سبيل التعاقد الوحيد هو عقد امتياز المرفق العام، كما يقصر المنافع التي تتلقاها الدولة من هذا النوع من العقود على مقابل مادي يدفعه المستثمر الأجنبي علاوة على جزء من الموارد، هذا مع وجود فرضية غير صحيحة دائماً بوجود العنصر الأجنبي.

وكما أسلفنا، فقد كان مفهوم الطاقة يدور وجوداً وعدماً مع النفط والغاز، لذلك كانت الثروات الطبيعية هي محور التعريف. وفي هذا الصدد يقول الدكتور عبدالله البرواري في تعريف عقد استغلال الثروات الطبيعية على أنه :"حق أصيل للدولة، ينبع من سيادتها على ثرواتها، تقوم بموجبه بمنح الطرف الثاني المتمثل في الطرف الأجنبي عقداً لاستغلال تلك الثروات ويتم الخضوع بناءً عليه للمركز الدولي لتسوية المنازعات[2]". ويؤخذ على المفهوم رغم قدمه كذلك افتراض العنصر الاجنبي، وكذلك إخضاع العقد للمركز الدولي لتسوية المنازعاتInternational Centre for Settlement of Investment Disputes والمعروف باسم أكسيد ICSID، والذي كان في فترة من الفترات المركز الأهم في مجال

[1] د. عبدالكريم محمد محمد السروي، النظام القانوني لعقود الطاقة، ورقة بحث مقدمة في المؤتمر السنوي الحادي والعشرين - الطاقة بين القانون والاقتصاد، جامعة الإمارات، 20-2013/5/21، ص702-703

[2] د. عبدالله سعيد البرواري، تسوية منازعات عقود استغلال الثروات الطبيعية - عقود البترول نموذجاً- تطبيقات من خلال المركز الدولي أكسيد، دار الفكر الجامعي - الإسكندرية، 2015، ص

التحكيم. بيد أن الوضع قد تغير عن ذي قبل حيث ظهرت مراكز عالمية أخرى ونشأت مراكز تحكيمية محلية في الدول العربية توازي في إمكاناتها المعايير المعمول بها في المراكز الدولية، ناهيك عن أنه يقوم بقصر التعريف على الثروات الطبيعية من غير الالتفات للطاقة الجديدة مثل الطاقة النووية أو المتجددة مثل طاقتيْ الشمس والرياح.

ويمكن القول أن التعريف الفني لعقد الطاقة، هو كل عقد موضوعه تحويل الطاقة من شكل إلى آخر كأن يتم تحويلها من طاقة كيميائية أو حركية أو حرارية إلى طاقة ضوئية، والطاقة هي القدرة على القيام بنشاط ما[1]. هذا ومن الممكن أن يتضمن عقد الطاقة طرفاً أجنبياً لكن هذا العنصر ليس بالضرورة الحتمية. وبهذا يتضمن التعريف جميع أشكال الطاقة بوجوهها الثلاثة، الطاقة الأحفورية والجديدة المتجددة.

هذا ويُعد العقد الذي أُبرم بين الحكومة الإيرانية إبان عهد الشاه وشركة بريتش بتروليوم BP عام 1901 دستوراً لعقود الطاقة بشكل عام وعقود الإمتيازات البترولية بشكل خاص، ومن الممكن بناءً عليه تعريف عقد الطاقة بناءً على ذلك على أنه :"ذلك العقد المبرم بين دولة منتجة للثروات الطبيعية أو الجديدة أو المتجددة، وتمتلك السيادة على أراضيها لإنشاء وتمليك وتمويل مشروعات مرافق الطاقة، ويبرم العقد من خلال إحدى الأشخاص المعنوية العامة، مع شركة أجنبية عملاقة ومتخصصة في مجالها، وبموجب العقد تنقل الدولة مسؤولية استغلال منطقة اقتصادية على إقليمها لإحدى الشركات الأجنبية العملاقة، لإنشاء وتسيير وإدارة مرفق عام بهدف تحقيق الربح للطرفين وتحقيق المنفعة العامة، هذا مع احترام مقتضيات المصلحة العامة للدولة من خلال تضمين العقد شروطاً استثنائية غير مألوفة في القانون الخاص"[2]. وهو حق كفله دليل الأونسيترال التشريعي

---

[1] هالة عبدالعزيز حشيش، البترول والطاقة، هموم عالم واهتمامات أمة، ورقة بحثية مقدمة في المؤتمر العلمي السنوي الثانى عشر لكلية الحقوق – جامعة المنصورة، المقام في الفترة من 2-3 أبريل 2008، في كلية الحقوق جامعة المنصورة، ص3

[2] ،د.أحمد حلمي هندي، عقود الامتياز البترولية وأسلوب حل منازعاتها، الفتح للطباعة والنشر، الإسكندرية، 2013، ص173-176

بشأن مشاريع البنية التحتية الممولة من القطاع الخاص، ليقرر الحق لبعض الدول بالموافقة على من سيتم إسناد التعاقد بالباطن إليه وفي هذا يعود القرار للسلطة في تلك الدولة للموافقة أو عدمها[1].

وبعد أن استعرضنا وعلى عجالة تعريف عقود الطاقة يتوجب التطرق لمميزات ومثالب هذه الطائفة من العقود وذلك على النحو الآتي ذكره.

أ- مميزات عقود الطاقة

تتميز عقود الطاقة بمميزات عدة منها على سبيل المثال لا الحصر أن محل عقد الطاقة محدد ومميز لكونه يتعلق إما باستخراج الثروات الطبيعية أو استغلالها، أو أن موضوعه يتمحور حول إنتاج الطاقة إما عن طريق محطات الطاقة الكهربائية أو الطاقة النووية أو الطاقة الشمسية أو طاقة الرياح[2]، مما يسهل على الباحثين الأكاديميين في عقود الطاقة التركيز عليها بناءً على المحل أكثر من أي عنصر آخر[3].

ناهيك عن أن عقود الطاقة تخفف العبء الاقتصادي على الدولة[4]، لقد تخلت الدول عن الكثير من سلطاتها نظراً لكون البنك الدولي للإنشاء والتعمير يحجم عن مساعدة الدول التي لا تطبق سياسات التحرير الاقتصادي، أي ما يُعرف بالخصخصة وإبرام الشراكات بين القطاعين العام والخاص، ليس ذلك فحسب، بل إن الكثير من الدول أعلنت عن تحولها إلى مقاول رئيسي بغرض تنويع مصادر الدخل لديها، كما حدث في فرنسا حين أعلن الرئيس ساركوزي عام 2004 إلى طرح فرنسا كمقاول رئيسي متخصص في بناء محطات الطاقة النووية. هذا وتعد عقود الطاقة من العقود الاستثمارية التي ترفع العبء عن الدول ولاتثقل كاهل الموازنة العامة بمشاريع مكلفة بحسب

---

[1] دليل الأونسيترال التشريعي بشأن مشاريع البنية التحتية الممولة من القطاع الخاص ، إعداد لجنة الأمم المتحدة لقانون التجاري الدولي (الأونسترال). الأم المتحدة، نيويورك 2001، ص456

[2] د.عبدالكريم محمد محمد السروي، النظام القانوني لعقود الطاقة، ورقة بحث مقدمة في المؤتمر السنوي الحادي والعشرين - الطاقة بين القانون والاقتصاد، جامعة الإمارات، 20-2013/5/21، ص703

[3] د.عبدالكريم محمد محمد السروي، النظام القانوني لعقود الطاقة، ورقة بحث مقدمة في المؤتمر السنوي الحادي والعشرين - الطاقة بين القانون والاقتصاد، جامعة الإمارات، 20-2013/5/21، ص703

[4] عبدالحميد التندي، دولة الإمارات وفرص تطبيق "عقود البوت، مقال منشور في جريدة الخليج بتاريخ 2011/01/21

طبيعتها، فيمكن من خلال شراكة بين القطاعين العام والخاص الحصول على تمويل طرف ثالث متمثل في مصرف ما مما يساعد على إقامة المشروعات الحيوية والتي تتعلق بالبنية التحتية.

من الجدير ذكره كذلك أن عقود الطاقة تندرج ضمن طائفة العقود طويلة الأمد نظراً لكون عقود البترول والغاز تقتضي فترة طويلة للتنقيب[1]، ففي عقود امتياز المرفق العام الممنوحة للشركات الأجنبية الخاصة، نصت المادةالأولى من القانونرقم 129 لسنة 1947 والخاص بالتزامات المرافق العامة على وضع حد اقصى للامتيازات مدته ثلاثون عاماً، والتي كانت قبل ذلك 99 عاماً[2]، أما في عقود الكهرباء بشتى انواعها، فنجد أن فترة إنشاء محطة الكهرباء تتخذ كذلك فترة طويلة، ثم لحين ان تتأتى ثمار المحطة وأن تغطي تكلفة إنشائها فذلك أيضاً يؤدي إلى إطالة الأمد، ويقال في هذا مايقال في محطات الطاقة النووية والرياح والطاقة الشمسية.

ونلفت في هذا الصدد أن عقد الطاقة عادة ما يتم إبرامه بين إحدى الدول المنتجة للطاقة، أو صاحبة المشروع، أو إحدى مؤسساتها أو هيئاتها العامة التابعة لها وبين إحدى الشركات الأجنبية المتخصصة في مجالها[3]. فالإدارة طرف أصيل في العقد وتتمتع بامتيازات على النحو المعروف في نطاق القانون العام، لأن العقد يُبرم باسم الدولة كسلطة عامة عن طريق من يمثلها قانوناً لإبرام العقد. والدليل على ذلك أن الجهة السيادية أو الإدارية العامة المتعاقدة باسم الدولة تتمتع بامتيازات السلطة العامة عند إبرامها العقد، وهو مايعني أن وجود الشخص المعنوي العام في العقد شرط لزوم لكافة العقود المتعلقة باستغلال الثروات الطبيعية.

ولقد حرصت الدول المضيفة للمشاريع الكبرى، خاصة في ظل انتشار الشركات الأجنبية الخاصة في منطقتنا العربية، على سن التشريعات القانونية المنظمة لإنشاء هيئات عامة وطنية تختص بعملية إبرام عقود الطاقة مع الشركات الأجنبية. وتجسد هذا المسلك بمعرفة المشرع المصري

---

[1] د.عبدالكريم محمد محمد السروي،، النظام القانوني لعقود الطاقة، ورقة بحث مقدمة في المؤتمر السنوي الحادي والعشرين - الطاقة بين القانون والاقتصاد، جامعة الإمارات، 20-2013/5/21، ص703

[2] د.أحمد حلمي هندي، عقود الامتياز البترولية وأسلوب حل منازعاتها، الفتح للطباعة والنشر، الإسكندرية، 2013، ص180

[3] د. عبدالكريم محمد محمد السروي، النظام القانوني لعقود الطاقة، ورقة بحث مقدمة في المؤتمر السنوي الحادي والعشرين - الطاقة بين القانون والاقتصاد، جامعة الإمارات، 20-2013/5/21، ص703

عندما أنشأ الهيئة العامة المصرية للبترول عام 1958، والمشرع الكويتي الذي أنشأ شركة البترول الوطنية الكويتية 1960، وهو ذات المسلك المعمول به في امارة أبوظبي عبر شركة بترول أبوظبي الوطنية1971[1]، وشركة أبوظبي لطاقة المستقبل (مصدر[2])، وهو ما سار عليه المشرع الإتحادي الذي أنشأ الهيئة الاتحادية للطاقة النووية في دولة الإمارات العربية المتحدة.

يضاف لما سبق أن عقود الطاقة تؤدي إلى تدفق العملات الأجنبية كما تسمح بنقل المخاطر للقطاع الخاص وإيجاد فرص عمل وتدريب الأيدي العاملة الوطنية مما يساهم في القضاء على على البطالة[3]. فقد تدفق على الخزانة الإيرانية مقابل أحد عقود الامتياز مع إحدى الشركات البريطانية من العام 1911 – 1951 مبلغ 317 مليون دولار، في حين حصلت الحكومة البريطانية في وقتها على 700 مليون دولار كضريبة ومبلغ 613 مليون دولار كأرباح[4].

ب- مثالب عقود الطاقة

وبعد أن عرضنا لمزايا عقود الطاقة، يجب أن نتطرق كذلك إلى مثالب عقود الطاقة والتي منها **أن عقود الطاقة** يترتب عليها، وفقاً لوجهة نظر البعض عيوب تكمن في طول أمد مشاريع الطاقة بشكل عام مما ينعكس على عقود الطاقة بالطبع، فهذه العقود تعتبرها طائفة كبيرة من الفقه بمثابة عقود الالتزام، ولذلك مد المشرع المصري في القانون رقم 3 لسنة 1997 هذه العقود إلى تسعة وتسعين سنة الأمر الذي قد يؤدي إلى خلق أوضاع سياسية واقتصادية قد يصعب التعامل معها فيما بعد. فضلاً عما تقدم قد تضر عقود الطاقة بسيادة الدولة خاصة وأن غالب الشركات المتعاقدة مع الدولة شركات غير وطنية ومن ثم تسعى إلى تحقيق أكبر قدر ممكن من المكاسب والمنافع وتقرر

---

[1] د.أحمد حلمي هندي، عقود الامتياز البترولية وأسلوب حل منازعاتها، الفتح للطباعة والنشر، الإسكندرية، 2013، ص176-177

[2] الجريدة الرسمية لإمارة أبوظبي - العدد الثامن - السنة السادسة والثلاثون ،أغسطس/ سبتمبر 2007م، رجب، شعبان، رمضان 1428هـ

[3] د. عبدالكريم محمد محمد السروري، النظام القانوني لعقود الطاقة، ورقة بحث مقدمة في المؤتمر السنوي الحادي والعشرين - الطاقة بين القانون والاقتصاد، جامعة الإمارات، 20-2013/5/21، ص709-710

[4] د. عبدالرحمان خلفي، التحكيم التجاري الدولي في عقود البترول (مع الإشارة إلى التشريع الجزائري)، ورقة بحث مقدمة في المؤتمر السنوي الحادي والعشرين - الطاقة بين القانون والاقتصاد، جامعة الإمارات، 20-2013/5/21، ص1397

متى تستثمر وتنقل أموالها إلى الخارج[1]. وفي رأينا أن طول أمد عقود الطاقة ما هو إلا امتداد طبيعي لطبيعتها، فحين يستغرق بناء محطة من محطات الطاقة أمداً يتجاوز الخمس سنوات، ومن ثم يضع الطرفان في حسبانهما أن ثمرات المشروع المشترك أو تغطية تكلفة المحطة لن تتأتى إلا في غضون 50-60 سنة، فهنا تكمن الحكمة من وجود هذا الأمد الطويل كما أسلفنا في نقطة المميزات أعلاه.

ويرى جانب آخر من الفقه أن هذا النوع من العقود يتم في ظل عدم وجود ضمانات كافية للمستثمر، المعرض مشروعه للإلغاء في أي وقت لاعتبارات عدة، منها التأميم مثلاً للمشروع، ومنها قيام الدولة بشراء الخدمة من شركة المشروع، وإعادة طرحها بسعر أقل تكلفةً لاعتبارات السيادة والاعتبارات الاجتماعية، كما حدث مع شركة "إنترجن بكتل" الأمريكية بخصوص مشروع "سيدي كرير" حيث أبرم الاتفاق في 1998/07/22 والذي بموجبه التزمت الحكومة المصرية بشراء الكهرباء من شركة "إنترجن" التي تقوم بتنفيذ المشروع وبمبلغ سنوي قدره 220 مليون دولار ولمدة 25 عاماً، لكن الحكومة المصرية وجدت أن سدادها لخمسة مليارات ونصف دولار يفوق تكلفة إنشاء المحطة والأرباح المتوقعة كذلك، أضف إلى ذلك أن الشركة الأمريكية كانت تدفع للعمالة التي لديها بالجنيه وليس بالدولار، مما أحدث مع الوقت عبئاً على الاقتصاد المصري[2]، ولعل عدم الدراسة الحثيثة والمتأنية لعقد الطاقة قد تؤدي لمثل هذه المشكلات، ولقد أقدم الفقه القانوني على مراجعات شتى لعقود الطاقة، لتجنب مثل تلك المشكلات والحفاظ على التوازن العقدي طوال مدة الاتفاقية، هذا علاوةً على أن الضمانات المقدمة للمستثمر باتت أكثر وأصبحت قادرة على تجنيبه أي خسائر نظير مراجعات لاحقة لأسعار التعاقد، هذا ونادراً ما يتم سحب مشروع أو غلقه بعد توقيع العقد، فعقود الطاقة من العقود المدروسة التي تأخذ وقتها في

[1] د. عبدالكريم محمد محمد السروي، النظام القانوني لعقود الطاقة، ورقة بحث مقدمة في المؤتمر السنوي الحادي والعشرين - الطاقة بين القانون والاقتصاد، جامعة الإمارات، 20-2013/5/21، ص703-704

[2] د.عبدالكريم محمد محمد السروي، النظام القانوني لعقود الطاقة، ورقة بحث مقدمة في المؤتمر السنوي الحادي والعشرين - الطاقة بين القانون والاقتصاد، جامعة الإمارات، 20-2013/5/21، ص704

المباحثات والمفاوضات، سيما إن تولت ذلك منذ البداية هيئة متخصصة في قطاع الطاقة المزمع إنشاء المحطة لأجلها.

المطلب الثاني: التكريس التشريعي لعقود الطاقة

إذا كان القانون يحتاج إلى تنظيم وتقنين، فإن عقود الطاقة تحتاج من باب أولى لمثل هذا التنظيم. فمن جانبه أولى الفقه العقود بصفة عامة اهتماماً كبيراً أدى إلى تقنين المبادئ التي تحكمها، ولاريب أن عقود الطاقة ذات أهمية قصوى جعلت من الفقه القانوني يلتفت إليها ويوليها اهتماماً في الفترة الأخيرة أكثر من غيرها من العقود، وذلك لكونها تتصل بمرافق حيوية وثروات طبيعية. وانطلاقاً من هذه الأهمية حرص المشرع في بعض الدول على إفراد عناية خاصة لعقود الطاقة[1].

أ. مسلك المشرع الدستوري في تظيم عقود الطاقة

خصصت دساتير كثيرة في العالم بنوداً في طياتها تتحدث عن الطاقة وعقودها مثل الدستور الكندي الذي أفرد للطاقة والطاقة المتجددة خاصةً بنوداً وردت فيه2. ويلاحظ في هذا المقام أن مسلك المشرع الدستوري يتخذ إحدى صورتين على النحو الذي سنعرض له.فهناك دول تمنع دساتيرها خصخصة مشروعات الدولة الاستثمارية بينما هناك دول أخرى تسمح دساتيرها بخصخصة مشروعات الطاقة، ومن الدول التي تسمح دساتيرها بخصخصه مشروعات وعقود الدولة عن طريق الامتياز المكسيك، حيث نص الدستور المكسيكي في المادة 28 على إمكانية قيام

[1] د. عبدالكريم محمد محمد السروي، النظام القانوني لعقود الطاقة، ورقة بحث مقدمة في المؤتمر السنوي الحادي والعشرين - الطاقة بين القانون والاقتصاد، جامعة الإمارات، 20-2013/5/21، ص715

[2] A Consolidation of THE CONSTITUTION ACTS 1867 to 1982 DEPARTMENT OF JUSTICE - CANADA Consolidated as of January 1, 2013 ©Her Majesty the Queen in Right of Canada, represented by the Minister of Public Works and Government Services, 2012. Available through your local book seller or by mail from Publishing and Depository Services Public Works and Government Services Canada Ottawa, Ontario K1A 0S5 Telephone: (613) 941-5995 Fax: (613) 954-5779 Orders only: 1-800-635-7943 Internet: http://publications.gc.ca
Catalogue No.: YX1-1/2012 ISBN: 978-0-660-67458-2

القطاع غير الحكومي بتولي مشاريع الطاقة النووية والطاقة الكهربائية[1]، والمادة 21 من الدستور البرازيلي والتي تنص في الفقرة عاشراً منها على أنه :"يحق للدولة أن تقوم سواءً بنفسها أو من خلال أي من الشركات القيام بإدارة مشاريع الطاقة في البلاد[2]".

لقد نظمت الدساتير المصرية المتعاقبة طرق منح التزامات المرافق العامة، وامتيازات استغلال موارد الثروة الطبيعية حيث أنيط بالقانون كأداة هذا المنح. فمن جانبه نص المشرع الدستوري في المادة 137 من دستور 1923 على أنه :(وكل التزام موضوعه استغلال مورد من موارد الثروة الطبيعية فى البلاد أو مصلحة من مصالح الجمهور العامة وكل احتكار لا يجوز منحه إلاّ بقانون وإلى زمن محدود.. يشترط اعتماد البرلمان مقدماً فى إنشاء أو إبطال الخطوط الحديدية والطرق العامة والترع والمصارف وسائر أعمال الرى التى تهم أكثر من مديرية وكذلك فى كل تصرف مجانى فى أملاك الدولة)[3]. وفي ذات السياق نصت المادة 98 من دستور 1956 على أنه :"ينظم القانون القواعد والاجراءات الخاصة بمنح الالتزامات المتعلقة باستغلال موارد الثروة الطبيعية والمرافق العامة. كما يبين أحوال التصرف بالمجان في العقارات المملوكة للدولة والنزول عن أموالها المنقولة والقواعد والاجراءات المنظمة لذلك"[4]. ولم يختلف مسلك المشرع الدستوري في دستور 1971 حيث نصت المادة 123 من دستور 1971 على أنه :"يحدد القانون القواعد والاجراءات الخاصة بمنح الالتزامات المتعلقة باستغلال موارد الثروة الطبيعية والمرافق العامة، كما يبين أحوال التصرف بالمجان في العقارات المملوكة للدولة والنزول عن أموالها المنقولة

[1] Mexico's Constitution of 1917 with Amendments through 2007 © Oxford University Press, Inc. Translated by Rainer Grote Prepared for distribution on constituteproject.org with content generously provided by Oxford University Press. This document has been recompiled and reformatted using texts collected in Oxford's Constitutions of the World.constituteproject.org

[2] Brazil's Constitution of 1988 with Amendments through 2014© Keith S. Rosenn, Translated by Keith S. Rosenn, Prepared for distribution on constituteproject.org with content generously provided by Keith S. Rosenn.

[3] د. عبدالكريم محمد محمد السروي، النظام القانوني لعقود الطاقة، ورقة بحث مقدمة في المؤتمر السنوي الحادي والعشرين - الطاقة بين القانون والاقتصاد، جامعة الإمارات، 20-2013/5/21، ص717

[4] دستور الجمهورية المصرية، المنشور في الوقائع المصرية، جريدة رسمية للحكومة المصرية، عدد غير اعتيادي، العدد (5) مكرر، الصادر في يوم الإثنين 3 جماى الثانية سنة 1375-16 يناير سنة 1956 السنة137هـ.

والقواعد والاجراءات المنظمة لذلك"[1]. كما نصت المادة 32 من دستور 2014 على أنه".. ولا يجوز التصرف في أملاك الدولة العامة، ويكون منح حق استغلال الموارد الطبيعية أو التزام المرافق العامة بقانون ولمدة لا تتجاوز ثلاثين عاماً.. ويحدد القانون أحكام التصرف في أملاك الدولة الخاصة، والقواعد والاجراءات المنظمة لذلك". فقد اعتبر دستور 2014 الموارد الطبيعية من الأملاك العامة للدولة، وفرق بينها وبين الأملاك الخاصة للدولة التي لا يجوز التصرف فيها كذلك إلا بحسب القواعد والإجراءات المنظمة لذلك[2]. ومن أمثلة الدساتير العربية القديمة كذلك دستور دولة الكويت 1962 الذي نص في المادة 152 منه على :"كل التزام باستثمار مورد من موارد الثروة الطبيعية أو مرفق من المرافق العامة لا يكون إلاّ بقانون ولزمن محدود، وتكفل الإجراءات التمهيدية تيسير أعمال البحث والكشف وتحقيق العلانية والمنافسة[3]". والنص تقريباً مشابه لنص المادة 117 من الدستور البحريني 2002 إلا أن الدستور البحريني منع الاحتكار في البند(ب) من الدستور مع السماح لخصخصة المرافق العامة[4].

أما عن موقف الدستور الاتحادي لدولة الإمارات العربية المتحدة فقد نصت المادة الأولى من دستور دولة الإمارات العربية المتحدة على أن الإمارات العربية المتحدة دولة مستقلة ذات سيادة، وهو ما يدل دلالةً قاطعة على أن الدولة تحترم الاتفاقات والمعاهدات الدولية بما لا يتعارض مع سيادتها. والمقصود هنا هو السلطة الاتحادية. ويجدر التنويه إلى أن الدستور الإماراتي أجاز للإمارات أعضاء الإتحاد عقد اتفاقيات ذات طابع دولي. مع عدم وجود نص خاص في دستور دولة الإمارات العربية المتحدة يبيح أو يحظر خصخصة بعض القطاعات، إلا أن المادة 123 من الدستور الاتحادي، يستشف منها ويتم تفسيرها من قبل فقهاء القانون الدستوري على أن الدستور

---

[1] نص دستور جمهورية مصر العربية لسنة 1971، إصدار الهيئة العامة للاستعلامات - بالتعاون مع الإدارة العامة للانتخابات بوزارة الداخلية.

[2] نص دستور 2014 مصر، الجريدة الرسمية العدد3 مكرر(أ)، الصادر في 17 ربيع الأول سنة 1435م الموافق 18 يناير سنة2014، السانة السابعة والخمسون

[3] الدستور الكويتي 1962، صادر عن أمير الكويت الراحل عبدالله السالم الصباح في قصر السيف بتاريخ 14 جمادى الثاني 1382هـ الموافق 11 نوفمبر 1962، إصدرات مجلس الأمة الكويتي

[4] موقع مجلس الشورى البحريني
http://www.shura.bh/LegislativeResource/Pages/Constitution.aspx

الاتحادي لا يحظر الخصخصة، فقد نصت المادة المذكورة على أنه "استثناء من نص المادة 120 بشأن انفراد الاتحاد أصلاً بالشؤون الخارجية والعلاقات الدولية ويجوز للإمارات الأعضاء في الاتحاد عقد اتفاقات محددة ذات طبيعة إدارية محلية مع الدول والأقطار المجاورة لها على ألا تتعارض مع مصالح الاتحاد ولا مع القوانين الاتحادية". فضلاً عما سبق فإن الدستور الاتحادي سمح للدول الأعضاء في الاتحاد الاحتفاظ بعضويتها في منظمة الأوبك واحترم بناءً عليه وأقر بالمعاهدات المبرمة بين الإمارات الأعضاء والشركات الأجنبية قبل الاتحاد والتي عنت بشكل رئيس بالنفط والتنقيب عنه. وهذا ما أكده نص المادة 147 من الدستور التي نصت على أنه :"لايخل تطبيق هذا الدستور بما ارتبطت به الإمارات الأعضاء في الاتحاد مع الدول والهيئات الدولية من معاهدات أو اتفاقيات ما لم يجر تعديلها أو إلغاؤها بالاتفاق بين الأطراف المعنية". ويتضح بجلاء من النصوص التي أشرنا إليها سابقاً حرص المشرع في دولة الإمارات على احترام الالتزامات القانونية الناشئة مع الشركات والهيئات الدولية وعلى الأخص عقود استغلال الثروات الطبيعية مثل البترول والغاز وذلك دون الخضوع للسلطة الاتحادية، فكل إمارة تمتلك الحرية في مد أواصر العلاقات مع الشركات الأجنبية من خلال هيئاتها العامة الإدارية وهوما يعني ومن قبيل استخلاص ذلك إقرار الدستور الاتحادي في حق كل إمارة في التفاوض وإبرام التعاقدات مع الشركات الأجنبية في هذا الصدد، مع عدم وجود قيد بمدة معينة لتلك التعاقدات، وهوأمر إيجابي بالتأكيد يضاف إلى إيجبيات دستور الدولة العديدة التي ليس لها حصر ولا حد[1]. وهو ما أكده كذلك الواقع العملي، فيوجد اتفاقيات نفطية مبرمة قبل وبعد الاتحاد بين الإمارات الأعضاء للاتحاد وشركات أجنبية عدة رائدة في مجال التنقيب عن الثروات الطبيعية مثل النفط والغاز.

[1] د.أحمد حلمي هندي، البترول والغاز الطبيعي في دولة الإمارات العربية المتحدة، وفقاً للتنظيم الدستوري الاتحادي الفيدرالي، دارالفكر الجامعي، الإسكندرية، 2015،ص235-237

ب - مسلك المشرع العادي لعقود الطاقة

عرف المشرع المصري ووضع تنظيماً لعقود الطاقة من خلال القانون رقم 129 لسنة 1947 بشأن التزامات المرافق العامة. ويلاحظ المتفحص لهذا القانون أنه لم يتضمن أحكاماً موضوعية تفي تشريعياً بالتطورات المتلاحقة على عقود الدولة في مجال الطاقة، هذا رغم تعديل هذا القانون بالقانون رقم 61 لسنة 1958 الذي لم يعالج هذا هذه النقطة. ولعل هذا القصور له ما يبرره؛ فقبل يوليو 1952 حصل إزدهار للرأسمالية والاقتصاد الحر، مما أدى إلى وجود استقرار اقتصادي مدهش، أدى إلى جذب رؤوس الأموال لمصر سواءً تلك الوطنية أو حتى العربية والأوروبية[1]، وقد اتبعت الدولة المصرية في ذلك الحين ما لم يكن في معمول به في أوروبا نفسها من حلول اقتصادية خلاقة وإيجاد شراكة حقيقية بين القطاعين العام والخاص. ومن جانبها اتخذت الحكومة المصرية قبل ذلك إجراءات عدة تمكنها من فرض سيطرتها على بعض القطاعات الهامة، فقامت بتأميم قطاعي الغاز والكهرباء عام 1946 وقامت كذلك بتأميم الوقود المستخلص من المناجم في نفس العام، ثم لاحقاً لهذه الاجراءات قامت بإسناد المرافق العامة الكبرى مثل مرافق الطاقة لشركات أجنبية دخلت في شراكة مع القطاع العام، فقد منحت الدولة المصرية في عام1948 عقد التزام إدارة مرفق الكهرباء والغاز بمدينة القاهرة لشركة الغاز (ليون وشركاه)، مع إقامة بنك صناعي قبيل ذلك لدعم هذه المشاريع والذي تم إنشاؤه بموجب القانون رقم 131 لسنة 1947[2]. ولا يفوتنا التنويه إلى أن التشريع المصري تميز آنذاك بتحديد حد أقصى للامتيازات الممنوحة للشركات الأجنبية الخاصة، ففي هذا السياق نصت المادة الأولى من القانون رقم 129 لسنة

[1] د.عبدالكريم محمد محمد السروي، النظام القانوني لعقود الطاقة، ورقة بحث مقدمة في المؤتمر السنوي الحادي والعشرين - الطاقة بين القانون والاقتصاد، جامعة الإمارات، 20-2013/5/21، ص718

[2] د.حسن محمد علي حسن البنان، مبدأ قابلية قواعد المرافق العامة للتغيير والتطوير (دراسة مقارنة)، المركز القومي للإصدرات القانونية، القاهرة، الطبعة الأولى 2014، ص26-27

1947 والخاص بالتزامات المرافق العامة على وضع حد أقصى للامتيازات مدته ثلاثون عاماً، وذلك خلافاً لما كان معمول به من قبل، حيث كانت هذه المدة تصل لـ 99 سنة ميلادية[1].

ويمكن القول أنه وبالرغم من قوانين التمصير للمشروعات الأجنبية، وحركات التأميم للمشروعات الكبرى، عقب ثورة الجيش على الملك عام 1952 إلا أن الدولة المصرية في حينه كانت تميل للمشروعات المبرمة مع الشركات المختلطة في أول الأمر بما يتوافق مع القوانين السائدة في خصوص الشركات المساهمة العامة. ولقد استمر المسلك المتقدم إلى أن ظهرت بدايات القطاع العام في عام 1957 وفكرته، وبناءً عليه أنشئت المؤسسة الاقتصادية التي كان لها دور في تنسيق الاستثمارات الحكومية والإشراف عليها وتوجيهها للصالح العام. ليتبع ذلك صدور القانون رقم 32 لسنة 1957 بشأن قانون المؤسسات العامة، وتبعه صدور القانون رقم 265لسنة 1960 بشأن المؤسسات العامة ذات الطابع الاقتصادي، تلى ذلك مرحلة الانفتاح الاقتصادي التي بدأت عام 1974 وكانت عكس الفترة التي سبقتها، فكانت السياسة الاقتصادية التي بدأت في مرحلة الانفتاح تتطلع إلى مساهمات أكثر للإستثمارات الأجنبية لتمويل التنمية في مصر، لتحاول الدولة في حينه التخلي عن فكرة القروض والدخول في شراكات حقيقية مع القطاع الخاص ورؤوس الأموال الأجنبية. وقد واكب هذا التوجه تشريعات عدة منها القانون رقم 43 لسنة 1974 والمعدل بالقانون رقم 32 لسنة 1977، والذي ألغي لاحقاً بالقانون رقم 230 لسنة 1989. وظهر هذا النهج بجلاء بمقتضى نص المادة الأولى من القانون رقم 203 لسنة 1991 والمسمى بقانون شركات قطاع الأعمال العام، حيث نصت المادة الأولى منه على أن :"حلول الشركات القابضة محل هيئات القطاع العام الخاضعة لأحكام القانون رقم 97 لسنة 1983 على أن تأخذ الشركات القابضة شكل الشركات المساهمة، وتعتبر من أشخاص القانون الخاص"[2]. وفي هذا التوجه تجلت كذلك إرادة

[1] د.أحمد حلمي هندي، عقود الامتياز البترولية وأسلوب حل منازعاتها، الفتح للطباعة والنشر، الإسكندرية، 2013، ص180

[2] د.حسن محمد علي حسن البنان، مبدأ قابلية قواعد المرافق العامة للتغيير والتطوير (دراسة مقارنة)، المركز القومي للإصدرات القانونية ، القاهرة، الطبعة الأولى 2014،ص27-29

المشرع المصري على أن يمكن الدولة من أن تباشر الأعمال الاقتصادية وتحقق الربح شأنها شأن كافة الشركات الاستثمارية. أما في الوقت الحاضر وبما يتوافق مع موضوع بحثنا، فوجدنا المشرع المصري عدل بعض أحكام القانون رقم 12 لسنة 1976 بإنشاء هيئة كهرباء مصر، وتم التعديل بموجب القانون رقم 100 لسنة 1996 ونصت المادة 7 منه على :"ويجوز منح التزامات المرافق العامة للمستثمرين المحليين والأجانب لإنشاء وإدارة وتشغيل وصيانة محطات توليد الكهرباء". وقد نصت هذه المادة على عدم تقيدها بنص عدة قوانين منها القانون رقم 61 لسنة 1958 في شأن منح الامتيازات المتعلقة باستثمار موارد الثروة الطبيعية والمرافق العامة[1].

وينبغي التنويه إلى أن المشرع في مصر لم يقصر اهتمامه على عقود الطاقة وتوليدها بالطرق الاعتيادية، بل إن المشرع المصري كان ولايزال يتبنى تشريعات تدعم الطاقة المتجددة واستخدامها كطاقة بديلة عن الطاقة القائمة والتي يتم الاعتماد عليها لتوليد الطاقة الكهربائية، بدءاً من القانون رقم 102 لسنة 1986 بإنشاء هيئة تنمية واستخدام الطاقة الجديدة والمتجددة[2]. وانتهاءً بقرار رئيس جمهورية مصر العربية بالقانون رقم 203، لسنة 2014 بشأن تحفيز إنتاج الكهرباء من مصادر الطاقة المتجددة[3]. وبالنسبة للطاقة النووية فقد أفرد المشرع المصري في هذا الصدد عدة تشريعات منها القانون رقم 7 لسنة 2010 بشأن تنظيم الأنشطة النووية والإشعاعية، والمرسوم بقانون رقم 6 لسنة 2009 بشأن الاستعمالات السلمية للطاقة النووية[4].

و منذ بزوغ فجرالاتحاد والحكومة الاتحادية تسعى جاهدة لتنظيم قطاع الطاقة في الدولة. ويستشف هذا الإهتمام من خلال العديد من التشريعات المعنية بهذا الشأن مثل القانون الاتحادي رقم (31) لسنة 1999، في شأن إنشاء الهيئة الاتحادية للكهرباء والماء، والمعدل بالقانون الاتحادي رقم (9)

---

[1] د. عبدالكريم محمد محمد السروي، النظام القانوني لعقود الطاقة، ورقة بحث مقدمة في المؤتمر السنوي الحادي والعشرين - الطاقة بين القانون والاقتصاد، جامعة الإمارات، 20-2013/5/21، ص718

[2] القانون رقم 102 لسنة 1986 بإنشاء هيئة تنمية واستخدام الطاقة الجديدة والمتجددة، الجريدة الرسمية المصرية العدد28 في 10 يوليو 1986.

[3] قرار رئيس جمهورية مصر العربية بالقانون رقم 203، لسنة 2014 بشأن تحفيز إنتاج الكهرباء من مصادر الطاقة المتجددة، المنشور في الجريدة الرسمية المصرية، العدد 51 مكرر(أ) في 21 ديسمبر سنة 2014

[4] د. محمد محمد عبداللطيف، النظام القانوني للمنشآت النووية من التشييد إلى التفكيك في مصر والإمارات، ورقة بحث مقدمة في المؤتمر السنوي الحادي والعشرين - الطاقة بين القانون والاقتصاد، جامعة الإمارات، 20-2013/5/21، ص441

لسنة 2008 والذي نصت المادة (23) مكرر منه على :"السماح للقطاع الخاص بإنشاء محطات توليد الطاقة وإنتاج المياه المحلاة من البحر في المناطق التي تشرف عليها، شريطة الالتزام بالمعايير والتشريعات البيئية، مع التزام الهيئة دون غيرها بتقديم خدمات الكهرباء والماء للمواطنين[1]". وسبق القانون آنف الذكر القرار الوزاري رقم 350 لسنة 1990 بتشكيل لجان لتنفيذ ضم دائرة الكهرباء والماء برأس الخيمة إلى وزارة الكهرباء والماء وذلك بهدف ضم جميع الجهات المحلية تحت مظلة وزارة الكهرباء. هذا علاوةً على القانون الاتحادي رقم (21) لسنة 1981 في شأن إنشاء الهيئة العامة لإدارة موارد المياه، والقانون الاتحادي رقم (16) لسنة 1980م بإنشاء مؤسسة الإمارات العامة للبترول وقبل ذلك قرار مجلس الوزراء رقم (9) لسنة 1974م بنظام وزارة البترول والثروة المعدنية وقرار مجلس الوزراء رقم 11 لسنة 1981 بشأن تراخيص تخزين المنتجات البترولية والتعامل بها [2]، ناهيك عن المرسوم الاتحاد رقم 52 لسنة 2014 بالموافقة على انضمام الدولة إلى مجلس البترول العالمي[3]. أما بخصوص الطاقة النووية فقد أصدرالمشرع الاتحادي قانون اتحادي رقم (1) لسنة 2002م في شأن تنظيم ورقابة استخدام المصادر المشعة والوقاية من أخطارها[4] والذي ألغي بالمرسوم بقانون الاتحادي رقم 6 لسنة 2009 في شأن الاستعمالات السلمية للطاقة النووية الذي تم بموجبه تأسيس "الهيئة الاتحادية للرقابة النووية" بوصفها الجهة المسؤولة في دولة الإمارات العربية المتحدة عن تنظيم القطاع النووي[5]. وعقب المرسوم بقانون بشأن الاستعمالات السلمية للطاقة النووية إصدار المرسوم بقانون اتحادي رقم 4 لسنة 2012 في شأن المسؤولية المدنية عن الأضرار المدنية[6]، إضافة إلى قرار مجلس الوزراء رقم 11 لسنة 2004 في شأن تشكيل اللجنة الوطنية الدائمة العليا لآلية

---

[1] الجريدة الرسمية لدولة الإمارات العربية المتحدة، العدد 488 – السنة 38، 4 محرم 1430هـ، الموافق 31 ديسمبر 2008

[2] موقع محامو الإمارات، شبكة المحامون العرب
www.mohamoon-uae.com

[3] الجريدة الرسمية لدولة الإمارات العربية المتحدة، العدد خمسمائة وثمانية وستون - السنة الرابعة والأربعون بتاريخ 18 شوال 1435 الموافق 14 أغسطس 2014

[4] الجريدة الرسمية لدولة الإمارات العربية المتحدة، العدد 375 السنة الثانية والثلاثون بتاريخ 5 ذو القعدة 1422هـ 19 يناير 2002

[5] الجريدة الرسمية لدولة الإمارات العربية المتحدة، العدد 498 لسنة 39 بتاريخ 4شوال1430هـ، الموافق 23سبتمبر2009

[6] الجريدة الرسمية لدولة الإمارات العربية المتحدة، العدد خمسمائة وأربعون (ملحق) السنة الثانية والأربعون 8 شوال 1433 هـ، 26 أغسطس 2012

التنمية النظيفة[1]. والمرسوم الاتحادي رقم 37 لسنة 2009 في شأن التصديق على النظام الأساسي للوكالة الدولية للطاقة المتجددة (أيرينا[2]).

وبعد أن عرضنا لماهية عقود الطاقة مع التعريج على مميزات ومثالب هذه الطائفة من العقود والمرور سريعاً على التشريعات والدساتير التي أفردت لهذه الطائفة من العقود باباً واسعاً، نقوم وعلى التفصل بسرد الطبيعة القانونية لعقود الطاقة، وبحث ما إذا كانت هذه العقود تعد بحسب الأصول عقوداً إدارية أم أنها ليست كذلك.

المبحث الثاني: الطبيعة القانونية لعقود الطاقة

يعرّف العقد الإداري على أنه :"ذلك العقد الذي يبرمه شخص معنوي عام بقصد تسيير مرفق عام أو تنظيمه، وتظهر فيه نية الإدارة في الأخذ بمعيار القانون العام، ويتضمن شروطاً استثنائية غير مألوفة في القانون الخاص، أو أن يخول المتعاقد مع الإدارة في الاشتراك مباشرة في تسيير المرفق العام[3]". وفيما يتعلق بتعريف القضاء للعقد الإداري فإن محكمة القضاء الإداري في مصر تذهب إلى أن العقد المبرم بين شخص معنوي عام وبين أحد الأفراد لا يسلتزم بحد ذاته اعتباره من العقود الإدارية بل إن المعيار الذي يميز هذه العقود عما عداها من العقود الخاصة لا يكمن في صفة المتعاقد بل في موضوع العقد، فهو يعد إدارياً إذا اتصل بمرفق عام من حيث تنظيم المرفق أو تسييره أو استغلاله أو المعاونة أو المساهمة فيه على أن يتم اتباع أسلوب القانون العام في

---

[1] موقع محامو الإمارات، شبكة المحامون العرب
www.mohamoon-uae.com

[2] الجريدة الرسمية لدولة الإمارات العربية المتحدة، العدد 494 لسنة 39 بتاريخ 7رجب1430 هـ،الموافق 30يونيو2009

[3] أ.د. مجدي عبدالحميد شعيب، التحكيم في العقود الإدارية، المجلة القانونية الإقتصادية التي تصدرها كلية الحقوق جامعة الزقازيق، 1998 ص14-15

التعاقد ويتضمن شروطاً استثنائية غير مألوفة في القانون الخاص[1]. بينما القضاء الفرنسي يكتفي فقط لكي تتحقق الصفة الإدارية للعقد هو أن يكون موضوعه مرفق عام[2].

لقد ثار الجدل الفقهي حول الطبيعة القانونية لعقود الطاقة، فهناك من أنكر الصفة الإدارية على تلك الطائفة من العقود وشدد على أنها عقود مدنية شأنها شأن الكثير من العقود ولا تتسم بأي طبيعة خاصة، بينما رأى فريق آخر ضرورة إسباغ العباءة الإدارية على عقود الطاقة نظراً لوجود اعتبارات كثيرة تؤيد من هذا التوجه، وبين المؤيدين والمعارضين خرج رأي وسط من الممكن أن نطلق عليه محاولة غير ناجعة للتوفيق بين الرأيي بإيجاد طبيعة خاصة لتلك العقود، وهو ما سنعرض له لاحقاً.

المطلب الأول: الرأي القائل بأن عقود الطاقة ليست عقوداً إدارية

يرى أنصار هذا الاتجاه، أن عقود استغلال الثروات الطبيعية كالبترول والفحم والغاز وعقود الطاقة المتجددة لا تعد عقوداً إدارية، وذلك على سند من القول أن هذه العقود لا تتضمن شروطاً استثنائية غير مألوفة في نطاق العقود التي تخضع لأحكام القانون الخاص. فضلاً عن كونها لا تتصل بمرفق عام لأن استغلال الطاقة من قبل شركة المشروع لايعد بحسب وجهة نظرهم مشروعاً يعمل بشكل مضطرد ومستمر بقصد تقديم منفعة عامة، مما يجعله أقرب للعقود المدنية منه للعقود الإدارية[3]. ولقد استند هذا الجانب الفقهي في رأيه هذا على أن عقود استغلال الطاقة ورغم أن جهة الإدارة هي دائماً طرف فيها وحتى لو اتصلت بمرفق عام، إلا أنها تفتقد للشروط

[1] د. علي سليمان الطماوي، التحكيم في العقود الإدارية في النظرية والتطبيق (دراسة مقارنة) دار النهضة العربية - القاهرة 2012، ص31-32

[2] أ.د. محمد الروبي، عقود التشييد والاستغلال والتسليم، إصدارات أكاديمية شرطة دبي - إدارة الدراسات العليا، 2007، دبي، ص63

[3] د.عبدالكريم محمد محمد السروي، النظام القانوني لعقود الطاقة، ورقة بحث مقدمة في المؤتمر السنوي الحادي والعشرين - الطاقة بين القانون والاقتصاد، جامعة الإمارات، 20-2013/5/21، ص719

الاستثنائية غير المألوفة، بحيث تصبح جهة الإدارة واقفة بالتساوي مع المستثمر الأجنبي أوشركة المشروع[1]. ولقد دعم هذا الاتجاه رأيه بالعديد من الحجج التي سنعرض لها تباعاً.

يأتي في مقدمة الحجج التي استند عليها الرأي الذي نحن بصدده أن مجلس الدولة المصري يشترط لإسباغ الصفة الإدارية على العقد أن تجتمع له الشروط الثلاثة المتمثلة في الشخص المعنوي العام الذي يتعاقد بصفته شخص معنوي عام ويتخذ أسلوب القانون العام في التعاقد وأن يتصل العقد بمرفق عام تتحقق معه المنفعة العامة، وهو الأمر الذي لايتوفر في عقود استغلال الطاقة. فإن توافر الشخص المعنوي العام دائماً لا يقتضي معه أن يكون المرفق العام محقق للمنفعة العامة، وإن كان ذلك، فحين تمحّص شروط التعاقد وبنوده لن نجد على الغالب نصاً استثنائياً أو غير مألوف، بل على العكس، سنجد نصوصاً عادية وتنازلات من قبل جهة الإدارة بغرض المضي قدماً في التعاقد[2]. وللتدليل على صحة هذا الرأي ساق أنصاره بعض الأمثلة، والتي منها القضية الشهيرة بين شركة Suis Oil Corporation وحكومة جمهورية الجابون، حيث تعاقدت الشركة مع الحكومة لشراء مواد بترولية، وفي وقت التوقيع على العقد، ونحو محاولة التأكيد على إدارية العقد، فقام الشخص الذي تعاقد باسم الشركة التابعة للحكومة الجابونية بوضع توقيعه في أسفل ملاحق هذا العقد بعد كلمة "لصالح الجمهورية الجابونية"، وإن السبب وراء إيراده لهذه العبارة هو محاولة من الحكومة الجابونية للتنصل لاحقاً من الالتزامات الملقاة على عاتقها بحجة إدارية العقد. وهو أمر لم تلتفت إليه هيئة التحكيم ولم تلتزم الحكومة الجابونية بالمهمة التحكيمية وتسببت في تشعب القضية[3].

وأضاف أنصار هذا الرأي في ذات السياق حجة أخرى مفادها أن القول بالطبيعية الإدارية لعقود استغلال الطاقة ينافي السياسة القائمة بتشجيع الاستثمار ومقتضيات التجارة الدولية؛ إذ أن من شأن

---

[1] أ.د. محمد الروبي، عقود التشييد والاستغلال والتسليم، إصدارات أكاديمية شرطة دبي - إدارة الدراسات العليا، 2007، دبي، ص 62

[2] المرجع السابق، ص 62

[3] أ.د.حفيظة السيد الحداد، الموجز في النظرية العامة في التحكيم التجاري الدولي، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2007، ص259-260

هذا القول أن يثير قلق ومخاوف المستثمرين ويجعلهم يترددون في استثمار أموالهم في الدول التي تصر على إدارية هذه الطائفة من العقود، فهناك مخاطر تشريعية وقضائية وإدارية يمكن أن يتعرض لها هؤلاء المستثمرون[1]. علاوة على ما سبق فإن أغلب المستثمرين المتخصصين في هذا النوع من العقود يأتون من دول تتبنى النظام الأنجلوسكسوني بينما النظام الفقهي والتشريعي المعمول به في الدول العربية هو النظام المدني Civil Law، ناهيك عن حاجز اللغة التي تكون عائقاً لقبول المستثمر للخضوع لقواعد قانونية في الدولة صاحبة المشروع، هذا بالإضافة إلى عدم دراية المستثمر أساساً بالنظام القانوني القائم في البلدان العربية. فعقود الطاقة تبرم بناءً عليه وفقاً لسلطان الإرادة كنتيجة حتمية لتخلي الدولة عن امتيازاتها التي تستمدها من القانون العام. ويجدر الإشارة إلى أن هناك أمثلة كثيرة لتشريعات عربية تعهدت بمقتضاها الدولة بعدم إصدار تشريعات تضر بالمستثمرين، كما هو الشأن بالنسبة للقانون رقم 100 لسنة 1996 في شأن قطاع الكهرباء المصري الذي تضمن نصاً على عدم تطبيق أحكام القانون رقم 129 لسنة 1947 بشأن التزامات المرافق العامة، فضلاً عن تضمين عقود الطاقة شرط الثبات التشريعي *Freezing clauses* بحيث لا يجوز لأي طرف تغيير نصوص العقد بإرادته المنفردة[2]. وشرط الثبات التشريعي هو تثبيت قواعد القانون الموجودة في وقت إبرام العقد، وتثبيتها طوال مدته، مع التغاضي عن أية تعديلات على التشريعات المعنية، وهو شرط يقيد من حرية الدولة ويتطاول على سيادتها[3]. ونشير في هذا الصدد لنص المادة الرابعة من العقد المبرم بين دولة موريتانيا وشركة *Texaco Mouritanie* الموقعة عام 1971 :"1- تضمن الحكومة للشركة طوال مدة الاتفاق الحالي، ثبات الشروط العامة القانونية والاقتصادية والمالية والضريبية التي تمارس الشركة نشاطها في إطارها، كما هي مستمدة من التشريع والقواعد النافذة في تاريخ التوقيع على هذا الاتفاق 2- أن قانون

---

[1] أ.د. محمد الروبي، عقود التشييد والاستغلال والتسليم، إصدارات أكاديمية شرطة دبي - إدارة الدراسات العليا، 2007، دبي، ص64

[2] د. عبدالكريم محمد محمد السروي، النظام القانوني لعقود الطاقة، ورقة بحث مقدمة في المؤتمر السنوي الحادي والعشرين - الطاقة بين القانون والاقتصاد، جامعة الإمارات، 20-2013/5/21، ص720

[3] أ.د. محمد الروبي، عقود التشييد والاستغلال والتسليم، إصدارات أكاديمية شرطة دبي - إدارة الدراسات العليا، 2007، دبي، ص94

التعدين تم تثبيته طوال مة سريان هذا الاتفاق تم إدراج نصوصه ضمن قائمة النصوص الواردة في الملحق..، 3- تتعهد الحكومة طوال مدة هذا الاتفاق تجاه الشركة بعدم تطبيق أو إصدار أي تشريع يتضمن بطريق مباشر أو غير مباشر تعديلاً لا يتفق مع النصوص التشريعية النافذة في تاريخ إبرام هذا الاتفاق[1]". فكيف يستقيم القول بإدارة عقود الطاقة ونص كهذا يسلب إرادة الدولة ويجمّد حقها الطبيعي في مباشرة سلطاتها التشريعية. وهناك أيضاً شرط يكثر في هذه الطائفة من العقود لا يمكن القول معه بإدارية عقود الطاقة، ألا وهو شرط "عدم المساس" Intangibility clause وهو شرط تتعهد الدولة بمقتضاه بعدم تعديل العقد بإرادتها المنفردة، دون رضا الطرف الآخر، مستخدمة في ذلك امتيازات السلطة العامة المكفولة لها بموجب قانونها الوطني، لذلك وُجد شرط عدم المساس لحماية الشركات الأجنبية من هكذا تصرف تباشره الدولة بصفتها صاحبة السلطة، ومن أمثلة هذا الشرط المادة 21 من عقد مبرم بين حكومة المملكة العربية السعودية وشركة أجيب الإيطالية :"يكون هذا العقد اتفاقاً باتاً وملزماً فيما بين الطرفين وذلك بمجرد توقيع الطرفين عليه ولا يجوز تعديله أو تغييره إلا بموافقة الطرفين خطياً بالتراضي فيما بينهما[2]". بل إن هناك من الدول العربية ما تنازلت عن هذا الحق جملةً وتفصيلاً لصالح المستثمر الأجنبي، بتعهدها في قوانين منفصلة بعدم المساس و ضمان الثبات التشريعي في نظامها القانوني، مثل دولة الكويت حيث نصت المادة 10 من قانون الاستثمار الكويتي على أنه :"لا يسري في حق المستثمر الأجنبي المرخص له طبقاً لأحكام هذا القانون أي تعديل في هذه الأحكام يمس مصالحه، وتستثنى من ذلك أي توسعات في استثمار قائم تتم بعد سريان التعديل[3]".

أضاف أنصار الرأي الذي ينكر الطبيعة الإدارية لعقود الطاقة حجة أخرى مفادها أن القول بالطبيعة الإدارية لعقود الطاقة يتعارض مع صريح نصوص الكثير من الاتفاقيات، التي تنص

---

[1] د. بسمان نواف فتحي حسين الراشدي، النظام القانوني للاستثمارات الأجنبية النفطية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2014، ص123

[2] المرجع السابق ص124

[3] د. حمدي محمد مصطفى حسن، تعويض المشروع الاستثماري الأجنبي المتضرر كأحد الضمانات القانونية في قوانين الاستثمار العربية واتفاقيات الاستثمار بدولة الإمارات العربية المتحدة واتفاقية استثمار رؤوس الأموال العربية لسنة 1981، بحث مقدم في المؤتمر التاسع عشر، كلية القانون جامعة الإمارات بعنوان "قواعد الاستثمار بين التشريعات الوطنية والاتفاقيات الدولية وأثرها" المقام في الفترة من 25-28/أبريل/2011، أبوظبي، المجلد الثاني ص820

صراحةً على أن هذه العقود مدنية أو تجارية، ومثال ذلك نص المادة 1/18 من العقد المبرم بين هيئة كهرباء مصر وشركة (إنترجن) لتوليد الكهرباء، حيث نصت المادة على أن :"توافق الهيئة – هيئة كهرباء مصر – موافقة غير مشروطة وغير قابلة للإلغاء على أن تحريرها وتسليمها وتنفيذها هذه الاتفاقية التي تدخل ضمن برنامج الضمان والتي هي طرف فيها، تعتبر تصرفات خاصة وتجارية. وتعزيزاً لما تقدم، توافق الهيئة موافقة غير قابلة للإلغاء وغير مشروطة على مايلي: (أ) أنها لن تطالب هي أو من ينوب عنها بأي حصانة من الاجراءات لنفسها أو لأي من أصولها. (ب) أنها تتنازل عن أي حق في الحصانة ..حالياً ومستقبلاً. (ج) أنها توافق بشكل عام فيما يتعلق بنفاذ أي حكم ضدها في أي من الاجراءات وفي أي جهة اختصاص على منح أي إعفاء أو منح أي إجراء فيما يتعلق بهذه الاجراءات[1]".

ويتجلى في هذا الصدد تنازل الدولة المصرية عن سيادتها وحصانتها للشركة صاحبة المشروع، ووقوفها على قدم المساواة مع الشركة وهو أمر يتنافى بالطبع مع الطبيعة الإدارية للعقود.

في ذات السياق يرى أنصار هذا الرأي أن القول بالطبيعة الإدارية لعقود الطاقة يتعارض مع ملكية شركة المشروع للمرفق محل التعاقد عند تمام مدة المشروع، فغالب عقود الطاقة تتخذ شكل البوت BOT، والتي تنتهي أحياناً بملكية المحطة الكهربائية إلى الشركة في نهاية العقد، مما ينتفي معه صفة المحطة الكهربائية كمرفق عام عند انتهاء العقد، وهذه الحجة تلقى رواجاً أكثر لدى الفقهاء وتؤيد حجة القائلين بعدم إدارية عقود الطاقة.

ويسوق أنصار الرأي المتقدم حجة أخرى تتمثل في مسلك المشرع المصري في قانون الاستثمار رقم 8 لسنة 1997، فقد نصت المادة الأولى من القانون على أن :"تسري أحكام هذا القانون على جميع الشركات والمنشآت أياً كان النظام القانوني الخاضعة له التي تنشأ بعد تاريخ العمل به لمزاولة نشاطها في أي من المجالات الآتية.. ب.البنية الأساسية من مياه شرب وكهرباء وطرق

[1] أ.د. محمد الروبي، عقود التشييد والاستغلال والتسليم، إصدارات أكاديمية شرطة دبي - إدارة الدراسات العليا، 2007، دبي، ص65-66

واتصالات..) مما يجعل عقود الطاقة عقوداً مدنية تخضع للقانون المدني وليس لقواعد القانون الإداري.

وللتدليل على صحة الرأي الذي ينكر الطبيعة الإدارية لعقود الطاقة يسوق أنصاره حجة مستمدة من مسلك قضاء التحكيم. إذ إن الأحكام الصادرة عن التحكيم الدولي تدعم فكرة نفي الطبيعة الإدارية عن عقود الطاقة، فكثير من أحكام التحكيم الأجنبي لم تضف على عقود الطاقة الصبغة الإدارية ولم تقر للدول مزية أو منحة على حساب الطرف الآخر، مثل حكم أرامكو بين حكومة المملكة العربية السعودة وشركة أرامكو Arabian American Oil Company حيث رفضت فيه محكمة التحكيم اعتبار العقد المبرم بين الطرفين المتحاكمين عقداً إدارياً استناداً إلى أن القانون السعودي المنبثق عن الشريعة الإسلامية – مذهب الإمام أحمد - لايتضمن أية قواعد خاصة تنظم استغلال الثروة النفطية. ولا يفوتنا التنويه إلى أن حكم التحكيم أشار صراحة إلى أن القانون السعودي في حينه لم يكن يعرف فكرة القانون الإداري السائدة في فرنسا أصلاً، وأن الشركة الأمريكية التي تعاقدت، دخلت في عقد لا يقصد خدمة الجمهور بشكل مباشر ومن ثم ينتفي مع العقد عنصرا المرفق العام والمنفعة العامة بالإضافة إلى انتفاء عنصر الشخص المعنوي العام[1].

ويرى فريق من الفقه بأن عقود الطاقة ذات طبيعة مختلطة، فإذا كان الإتجاه الذي عرضنا إليه سابقاً ينكر الطبيعة الإدارية لعقود الطاقة فإن جانب آخر من الفقه يرى أن عقود الطاقة ذات طبيعة خاصة أو طبيعة مختلطة، وذلك للابتعاد عن محاولة التكييف والجدلية القائمة حتى هذه الساعة على تكييف عقد مستحدث نوعاً ما. فوفقاً لما يذهب إليه أنصار هذا الرأي فإن عقود الطاقة ما هي إلا خليط من وسائل القانون العام ووسائل القانون الخاص، ليخضع للقانون الإداري من ناحية المرفق العام المتصل به وإدارته وأسعاره، ويخضع للقانون الخاص وسلطان الإرادة من ناحية

[1] أ.د. محمد الروبي، عقود التشييد والاستغلال والتسليم، إصدارات أكاديمية شرطة دبي - إدارة الدراسات العليا، 2007، دبي، ص67-68

أخرى في شأن البنود التعاقدية، وترتيباً على ذلك؛ لا يجعل هذا الرأي الوسط عقود الطاقة عقوداً بطبيعة واحدة بل بطبائع متعددة. وعلى سبيل المثال، إن كانت نهاية العقد تقتضي تمليك شركة المشروع للأرض والمرفق العام، كنا بصدد عقد خاص في نهايته، بغض النظر عن بدايته، وإن لم يكن ذلك، كناّ بصدد عقد خاص إداري يغلّب مصلحة جهة الإدارة على أي مصلحة أخرى، وهكذا.

وبالرغم من وجاهة ما يذهب إليه أنصار الطبيعة المختلطة لعقود الطاقة فإن ما يقولون به يفتقد للحجة والدليل، فلا يوجد في الفقه ما يؤيده ويعزز من وجهة نظره إلا بعض الكتابات غير المدعمة بالأسانيد والحجج، فماهية التكييف تنتج عنها نتائج كثيرة تؤثر في ماهية العقد ذاته، والأحكام المتصلة به، فلا يصلح أن نكيف عقد المقاولةً مثلاً بشكله الحديث المسمى EPC على أنه ذو طبيعة خاصة. فلا تخرج الطبيعة القانونية للعقد وفقا لما هو معلوم لدينا عن الطبيعة الإدارية التي تخضع لأحكام القانون الإداري وإما الطبيعة الخاصة التي يحكمها القانون المدني، وعليه فلا توجد عقود مختلطة تقع في منطقة وسط بين العقود الإدارية والعقود الخاصة. وفي تبني وجهة النظر الوسط هذه تناقض حتى لتوجهات المشرع في البلدان العربية، الذي واضب في كثير من البلدان على تسمية هذه العقود بعقود التزامات المرافق العامة، مثل القانون رقم 3 لسنة 1997.

و يرى البعض :"أن عقود البوت – الصورة الحديثة لعقد الالتزام الذي تقوم عليه أكثرعقود الطاقة في عصرنا – إنما هو تطور سريع ومتلاحق لعقد التزام المرفق العام.. الأمر الذي يعني أن عقود البوت تحتفظ بطبيعتها الإدارية من ناحية وبكونها عقود امتياز وليس عقود أشغال عامة من ناحية أخرى" وأنه يجب التدقيق في كل عقد على حدا[1].

[1] د. حماده عبدالرزاق حماده، النظام القانوني لعقد امتياز المرفق العام، دراسة في ظل القانون رقم 67 لسنة 2010 بشأن تنظيم مشاركة القطاع الخاص في مشروعات البنية الأساسية والمرافق العامة ولائحته التنفيذية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2012، ص218-220

المطلب الثاني: القائلين بإدارية عقود الطاقة

على النقيض من الرأي الذي ينكر الطبيعة الإدارية لعقود الطاقة يؤكد جانب فقهي ثبوت هذه الطبيعة لهذا النوع من العقود. ولإثبات صحة رأيهم لم يقتصر أنصار الطبيعة الإدارية لعقود الطاقة على تفنيد الحجج التي ساقها معارضوهم وإنما أضافوا حججاً تؤكد صحة ما يذهبون إليه وذلك على التفصيل الذي سأعرض له.

أ- الرد على حجج القائلين بأن عقود الطاقة ليست بعقود إدارية

في معرض الرد على الحجة التي قال بها الرأي المعارض لثبوت الطبيعة الإدارية لعقود الطاقة على سند من القول بأن مجلس الدولة المصري يشترط لإسباغ الصفة الإدارية على العقد أن تجتمع له الشروط الثلاثة المتمثلة في ضرورة أن يكون أحد أطراف العقد شخص يتعاقد بصفته شخص معنوي عام ويتخذ اسلوب القانون العام في التعاقد وأن يتصل العقد بمرفق عام تتحقق معه المنفعة العامة، وهو الأمر الذي لا يتوفر في عقود استغلال الطاقة بحسب زعمهم، فيرد على هذا التوجه أن فرنسا وهي مهد الفقه القانوني في العالم، لم يتزمت فقهاؤها ولا قضاؤها لوجوب وجود العناصر الثلاثة لأي عقد حتى يعد عقداً إدارياً. فيكتفي الفقه الفرنسي بتوافر إما عنصر المرفق العام أو الشروط الاستثنائية غير المألوفة، ولم يتبنى هذا التوجه فقهاء فرنسا فحسب، بل إن الكثير من الفقهاء العرب قد وافقوا هذا التفسير، الذي يرى أن التمييز بين العقد الإداري وغير الإداري يكمن في اختلاف الوسيلة لا الغاية. فالغاية التي تتغياها جهة الإدارة من جميع تعاقداتها هي المنفعة العامة، وأن السياسة القضائية في الدولة هي الأساس لنقول بأن العقد إداري أم لا. ففي فرنسا مثلاً حين يتسع دور مجلس الدولة نكون بطبيعة الحال في صدد عقد إداري، بينما حين يتوارى وينكمش دور المجلس نكون بصدد قانون خاص[1]، وإن تبني وجهة نظر مجلس الدولة المصري وأخذ الموضوع على عواهنه، لهو تسرع غير محمود مؤداه إسباغ صفة واحدة على العقود المعنية

[1] د. علي سليمان الطماوي، التحكيم في العقود الإدارية في النظرية والتطبيق (دراسة مقارنة) دار النهضة العربية – القاهرة 2012، ص37-40

بالطاقة مع إغفال نوع التعاقد وطبيعته والنظام القضائي في كل دولة. ناهيك عن أنه ومنذ العام 1956 وبصدور حكم الزوجان بيرتان Expoux Bertin في 20 أبريل 1956[1] وحكم جوندران في مايو 1956 [2]أصبح المستقر عليه عدم اشتراط اجتماع عناصر العقد الإداري معاً لإضفاء الطبيعة الإدارية على العقد، فالعقد يعد إدارياً إذا كان موضوعه يرتبط بمرفق عام[3].

أما الحجة التي استد اليها الرأي الذي ينكر الطبيعة الإدارية لعقود الطاقة والتي مفادها أن تبني وجهة النظر القائلة بأن عقود الطاقة وعقود استغلال الثروات الطبيعية هي عقود إدارية سيؤدي إلى زرع مخاوف لدى المستثمر و خسارة البلدان لرؤوس الأموال لمجرد أن الأنظمة القانونية مختلفة بين الشركات وبين الدول الشرق أوسطية، وأن المدرستين القانونيتين واللغة العربية ستكون عوائق أمام المستثمر، فنقول لهم أن الشركات الأجنبية هي التي في حاجة الدول العربية وسعت لتكييف أوضاعها على هذا الأساس، فالمنطقة تتضمن ثروات هائلة طبيعية وغير طبيعية، والموقع الاستراتيجي للمنطقة دفع الدول الكبرى ومنذ العهد الاستعماري إلى التواجد وإبرام الصفقات التجارية مع دول المنطقة ولا سيما في مجال استشكاف والتنقيب عن النفط والثروات. ويستدل على صحة هذا الرأي من خلا مسلك الشركات الأجنبية التي لا تزال تقبل بأن يكون

---

[1] تتلخص وقائع حكم الزوجين برتان في أنهما أبرما عقداً شفهياً مع الإدارة في نوفمبر 1944 وكان مضمون العقد تعهد الزوجين بتقديم وجبات غذائية للجنود السوفيت المتواجدين في الأراضي الفرنسية وذلك مقابل 30 فرنك فرنسي عن كل شخص، ولقد ذهب القضاء الإداري لإسباغ الصفة الإدارية على العقد رغم عدم وجود أي شرط استثنائي فيه وذلك بالاكتفاء بكونه يهدف لإدارة مرفق عام.

للاستزادة الرجوع إلى:

مانع عبدالحفيظ، طرق إبرام الصفقات العمومية وكيفية الرقابة عليها في ظل القانون الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، كلية الحقوق، جامعة أبي بكر بلقايد، الجزائر، 2008/2007. ص34

كذلك يرجى زيارة موقع "مجلس الدولة الفرنسي"

http://www.conseil-etat.fr/

[2] بعد أن صدر حكم الزوجين برتان تم تأكيد الاتجاه بالاكتفاء بعنصر واحد للقول بإدارية العقد، صدر حكم آخر معروف باسم حكم شركة "جوندران" والذي اعتبر القضاء الإداري عقد الشركة إدارياً في حال كان موضوعه تسيير مرفق عام، وذلك دون الحاجة للقول بوجود شرطة استثنائية من عدمه.
للاستزادة ينظر في:-
مانع عبدالحفيظ، طرق إبرام الصفقات العمومية وكيفية الرقابة عليها في ظل القانون الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، كلية الحقوق، جامعة أبي بكر بلقايد، الجزائر، 2008/2007. ص26

[3] د. حماده عبدالرزاق حماده، النظام القانوني لعقد امتياز المرفق العام، دراسة في ظل القانون رقم 67 لسنة 2010 بشأن تنظيم مشاركة القطاع الخاص في مشروعات البنية الأساسية والمرافق العامة ولائحته التنفيذية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2012، ص63

القانون الواجب التطبيق في حال نشوب نزاع هو القانون الوطني للدولة المالكة للثروات الطبيعية، ومثال على ذلك قبول شركة Atlantic Triton Company Limited في تعاقدها للتنقيب عن النفط في دولة غينيا، أن يكون القانون الواجب التطبيق في حال نشوب نزاع هو القانون الغيني. فالشركات الكبرى تسعى لتحقيق الربح وليس لتطويع النظام القانوني في الدولة المالكة للثروات الطبيعية أو لنقل الطرف الأول في عقود الطاقة[1].

أما عن شرط الثبات التشريعي الذي يتم التركيز عليه في كل محاولة لإثبات عدم إدارية عقود الطاقة، فيرد عليه بالقول أن هذا الشرط لا يعد في الحقيقة حجة لإنكار الطبيعة الإدارية لعقود الطاقة كما يدعي الرأي المعارض وإنما هو دليل على ثبوت الطبيعة الإدارية لهذه الطائفة من العقود؛ فشرط الثبات التشريعي يؤكد إدارية عقد الطاقة، ذلك أن الدولة حين تبرم مثل هذه العقود وتوافق على هذا الشرط وتصبح على قدم المساواة مع المستثمر، وإن وجد هذا الشرط فهو لا يعدو أن يكون تثبيتاً للتشريع ولا يؤدي بأي حال من الأحوال إلى منع جهة الإدارة من تعديله، فهذه صلاحية السلطة التشريعية ولا تملك السلطة التنفيذية تقييد السلطة التشريعية حتى وإن التزمت تجاه المتعاقد، فهو أشبه بالإلتزام بمستحيل. ويمكن الاستشهاد في هذا السياق بالعديد من الأمثلة لعقود تضمنت شرط الثبات التشريعي، وتم نسفها بالكامل من خلال التأميم، الذي مارست فيه الدولة حقها لبسط نفوذها متى شاءت، مع غض الطرف عن أي مطالبات أو تعويضات مستحقة، يتم في الغالب تأديتها بالكامل[2]. فشرطيْ الثبات وعدم المساس هما شرطين تعاقديين ينظر لهما وقت إبرام العقد بحسب كل دولة على حدة، ففي الدول التي يسمح نظامها القانوني بذلك يكون للشرط اعتباره لكن في إطار العقد فقط من دون حرمان الدولة من ممارسة حقها السيادي في تطبيق القانون أو تعديل العقد، وذلك على اعتبار أن القانون المطبق في العقد هو القانون الوطني

---

[1] د. أحمد الهواري، القانون الواجب التطبيق على عقود الامتياز البترولية، ورقة بحث مقدمة في المؤتمر السنوي الحادي والعشرين - الطاقة بين القانون والاقتصاد، جامعة الإمارات، 20-2013/5/21، ص1354

[2] أ.د. محمد الروبي، عقود التشييد والاستغلال والتسليم، إصدارات أكاديمية شرطة دبي - إدارة الدراسات العليا، 2007، دبي، ص95

بغض النظر عن طريقة فض النزاع[1]، وذلك على أساس أننا ننظر في السواد الأعظم من عقود الطاقة المبنية على هذا النسق، مع الإشارة إلى أنه في التعاقدات الحديثة نسبياً تجنبت الشركات التمسك بشرطي الثبات التشريعي وعدم المساس لتستبدلهما بشروط أخرى مثل شرط المراجعة وشرط إعادة التفاوض[2].

وفيما يتعلق بالقول أن تبني إدارية عقود الطاقة يتعارض مع نصوص كثير من الاتفاقيات، فالرد على هذه الحجة يكمن في أن الدول وإن ارتضت التنازل عن جزء من سيادتها وحصانتها لطمأنة المستثم[3]ر، إلا أنها تظل محتفظة بسلطة الرقابة على تلك المشاريع ونقل الامتياز النفطي – على سبيل المثال – من شركة لأخرى بل وإلغاء هذا الامتياز إن اقتضى الأمر ذلك[4]، كما حصل في قضية فالنتاين ضد حكومة هاييتي، فقد أسس السيد فالنتاين عام 1950 شركة في هاييتي لتوزيع المنتجات البترولية والنقل البحري للكيماويات والبتروكيماويات وتم توقيع اتفاق مع حكومة هاييتي عام 1962 لإعطاء شركة فالنتاين حق الامتياز للبحث والتنقيب عن البترول وضرورة إيداع مبلغ 50 مليون دولار لدى بنك أمريكي لصالح حكومة هاييتي، وقد قامت الشركة بذلك بالفعل، لكن شركة السيد فالتنتاين لم تلتزم باتفاقها مع حكومة هاييتي في شأن التنقيب عن النفط واتخاذ خطوات عملية جادة في هذا الشأن، مما حدى بحكومة هاييتي إلى إلغاء الامتياز بل وطرد السيد فالنتاين

---

[1] د. بسمان نواف فتحي حسين الراشدي، النظام القانوني للاستثمارات الأجنبية النفطية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2014، ص121-122

[2] أ.د. محمد الروبي، عقود التشييد والاستغلال والتسليم، إصدارات أكاديمية شرطة دبي - إدارة الدراسات العليا، 2007، دبي، ص97

[3] يتم النص عادةً في الاتفاقيات الحديثة على أنه في حال تم إثبات أن الاستمرار في العقد سيؤدي إلى مشقة وضرر على طرف دون آخر فإنه يحق للطرف المتضرر أن يطالب بإعادة التفاوض، وفي حال عدم استجابة الطرف الآخر لهذا الطلب فإنه يحق حينئذ للطرف المتضرر اللجوء للقضاء الذي يقوم بدوره إما بإعادة التوازن المالي أو فسخ العقد. بينما شرط المراجعة يتيح للأطراف في العقود الطويلة الأمد الاتفاق على تاريخ معين في السنة تتم فيه مراجعة العقد والتزامات كلا الطرفين. لمزيد من الاطلاع حول شرطي عدم التفاوض والمراجعة:

Evangelia-Anna Georgatsou, "Special Clauses protecting the Seller or the Buyer in Contracts concerning energy supply in the wholesale energy market", Universisty of Peraeus, Peraeus - 2017 - http://dione.lib.unipi.gr/xmlui/bitstream/handle/unipi/9403/Georgatsou_Evangelia-Anna.pdf?sequence=1

[4] د. عبدالكريم محمد محمد السروي، النظام القانوني لعقود الطاقة، ورقة بحث مقدمة في المؤتمر السنوي الحادي والعشرين - الطاقة بين القانون والاقتصاد، جامعة الإمارات، 20-2013/5/21، ص721

وإغلاق شركته، وهنا يتجلى حق الدولة في سحب الترخيص أو الإمتياز بغض النظر عن أي بنود تعاقدية[1].

وفي ذات السياق يدحض أنصار الطبيعة الإدارية لعقود الطاقة الحجة التي ساقها معارضي هذه الطبيعة والتي مفادها أن القول بأن إدارية عقد الطاقة تتنافى مع طبيعة عقد البوت، بقولهم أن هذا القول يعني أن جميع عقود الطاقة هي عقود بوت وهو أمر لا يمكن التسليم بصحته؛ فلا تتخذ عقود الطاقة شكلا واحد من أشكال عقود البوت BOT! وهو أمر يؤيده الواقع العملي ولا سيما في دولة الإمارات العربية المتحدة، فأغلب عقود الطاقة التي عقدتها إمارة أبوظبي على سبيل المثال هي عقود BOO البناء والتملك والتشغيل، وأن التملك لا يكون لشركة المشروع، إنما يكون للشركة التي يتم إنشاءها بعد تسليم المحطة، فلا يوجد هنا نقل لملكية المرفق العام المتمثل في المحطة إلى شركة المشروع، بمعنى لو أن العقد رُسي على الشركة "س" فحسب الواقع العملي، تدخل الشركة "س" في شراكة مع الشركة"ص" وهي شركة مملوكة للحكومة، ويقوما معاً (س و ص) بالدخول في شراكة جديدة تتولى تملك المرفق طوال فترة عقد البوت، بحيث تكون الدولة هي المسيطرة ومحققة وجودها بنوعيه المباشر وغير المباشر من خلال المؤسسة المملوكة لها ولنأخذ مثالاً حياً على هذا التوجه في صدد محطة الشويهات في إمارة أبوظبي، لنقرأ نص (قرار 7 جلسة 1/ 2011) بشأن مشروع محطة إنتاج الطاقة في مجمع الشويهات للطاقة (الشويهات S3) الصادر عن المجلس التنفيذي، فقد **نص** القرار على ما يلي: "اطلع المجلس على العرض المرفق بخصوص ترسية أعمال المشروع أعلاه على المقاول، وقرر المجلس الآتي: (1) إحالة المشروع أعلاه للسادة ائتلاف سوميتومو وكوريا إلكترك كشريك في المشروع. (2) الموافقة على تأسيس شركة مساهمة عامة باسم شركة بوطينة..وتكون جميع أسهمها مملوكة للهيئة (هيئة الماء والكهرباء). (3) تخويل مجلس إدارة الهيئة بإصدار النظام الأساسي.. والحق في التنازل عن أي من أسهم الشركة. (4) الموافقة على تأسيس شركة مساهمة خاصة باسم شركة "الشويهات آسيا

[1] د. علاء محي الدين مصطفى أبوأحمد، التحكيم في منازعات العقود الإدارية الدولية وأحكام محاكم التحكيم، دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2012، ص189

للطاقة" ... مملوكة لشركة بوطينة القابضة للطاقة بنسبة 60% وشركة الشويهات آسيا باور إنفستمنت كومباني بي في 40% وتقوم شركة الشويهات آسيا للطاقة بتملك وإنشاء وبناء وتشغيل وصيانة وتمويل محطات الشويهات إس 3".

فالواضح أن شركة الائتلاف هي التي ستقوم بتملك المشروع وليس الشركة الأجنبية المتمثلة في شركة ائتلاف سوميتومو وكوريا إلكترك كشريك[1]. مع الإشارة إلى أن عقد شركة كيبكو في ذات المشروع هو بنظام الـ BOO ومدته 25 سنة من 2011 حتى العام 2035[2].

وبخصوص ما أوردته المادة الأولى من مشروع قانون الاستثمار المصري رقم 8 لسنة 1997، فقد حُذفت هذه المادة من التعديل الأخير، رغم أن مشروع القانون الذي تم نشره في أكتوبر 2014 نص صراحةً في مادته رقم 15 على أنه "لايجوز نزع ملكية عقارات الشركات والمنشآت كلها أو بعضها إلا للمنفعة العامة ومقابل تعويض عادل على أساس القيمة السوقية للعقار..". كما نصت المادة 16 على أنه :"لا تسري الأحكام المنظمة لشركات القطاع العام وقطاع الأعمال العام والعاملين فيها على الشركات التي تنشأ طبقاً لأحكام هذا القانون وذلك أياً كانت طبيعة الأموال المساهمة فيها أو صفة المساهمين في رؤوس الأموال[3]". فنص المادة الثانية لا يقر إقراراً صريحاً بإدارية أوحتى بعدم إدارية عقود الطاقة، سواءً في النص المحذوف والمستشهد به أم في النص الجديد الذي حل محله في موضع آخر.

وفيما يتعلق بالاستشهاد بأحكام أصدرتها هيئات التحكيم للقول بأنها لم تقر للدولة سيادة أوغيره، فكما تم الاستشهاد بالنزاع التحكيمي بين حكومة المملكة العربية السعودية والشركة الأمريكية، وهو نزاع قديم جداً، فنود الإشارة إلى النزاع الشهير المعروف بين شركة نيترشال ودولة قطر عام 1987 حول إمتياز تقاسم الانتاج، حيث قامت دولة قطر بعدم السماح للشركة بالتنقيب عن

[1] الجريدة الرسمية لإمارة أبوظبي - العدد خمسمائة وعشرون - السنة الواحد والأربعون 26 ربيع الثاني 1432هـ - الموافق 31 مارس 2011

[2] Global Top Green & Smart Energy Pioneer – 2013 .5 , page 3

[3] موقع صحيفة مصر العربية
http://www.masralarabia.com

البترول بموجب الامتياز الممنوح لها وذلك في منطقة (انشت – الدبيل) بحجة أن هناك اعتبارات سياسية آنذاك تدفعها لمنع الشركة من التنقيب عن البترول، والتي تمثلت بالنزاع الذي كان قائم في حينه بين دولة قطر ومملكة البحرين، وأن الاستمرار في التنقيب في تلك الفترة سيفاقم من النزاع بين البلدين، ولقد ذهبت هيئة التحكيم إلى أن لدولة قطر مانحة الامتياز، الحق في أن تعمل على تحديد ميعاد اسئتناف الشركة لعمليات التنقيب عن النفط في الوقت المناسب وذلك وفقاً لما تراه الدولة محققاً لهذه الاعتبارات[1]، ولقد احترمت الشركة أولاً هذا القرار حين امتثلت لقرار هيئة التحكيم المؤيد لذلك وثانياً حين تريثت حتى قررت دولة قطر لها أن تستأنف العمل وليس قبل ذلك، وفي هذا تأكيد على احترام السيادة وأن سلطة الدولة لا تزال قائمة رغم وجود إمتياز لم ينص على شروط خاصة، إلا أن هذه الشروط الخاصة أو غير المألوفة فُرضت في وقتها من غير حاجة لإطالة أمد النقاش فيه.

ب- حجج القائلين بأن عقود الطاقة عقوداً إدارية

لقد ذهب الكثير من الفقهاء إلى تكييف عقود الطاقة على أنها عقوداً إدارية، وإسنادها إلى قواعد القانون العام وليس القانون الخاص، وذلك وفقاً للحجج الآتية:-

ولا تخرج عقود الطاقة بأشكالها المتعددة ومسمياتها الحديثة عن كونها عقداً إدارياً معروفاً منذ القدم ألا وهو عقد إلتزام المرفق العام Concession de service Public وهو عقد عرفته فرنسا منذ القرن الثامن عشر. ولعل أبرز مثالاً على ذلك العقد الذي منحت بمقتضاه الحكومة الفرنسية إمتياز توزيع مياه الشرب في باريس إلى شركة بريبيه عام 1792.

وهو عقد عرفته مصر في النصف الثاني من القرن التاسع عشر عند منحها امتيازاً للشركة العالمية لقناة السويس التي أنشئت بغرض إنشاء القناة وتشغيلها مدة 99 سنة كان من المفترض أن

[1] أ.د. مجدي عبدالحميد شعيب، التحكيم في العقود الإدارية، المجلة القانونية الإقتصادية التي تصدرها كلية الحقوق جامعة الزقازيق، 1998 ص 90-91

تنتهي في 1968، ومن ثم إعادة المرفق للدولة المصرية في نهاية المدة كما نص عليه عقد الامتياز. ومن جانبه أكد القضاء الإداري في مصر مؤيداً في ذلك من آراء الفقه ومتأثراً بأحكام مجلس الدولة الفرنسي على أن :"التزام المرافق العامة ليس إلا عقداً إدارياً يتعهد أحد الأفراد أو الشركات بمقتضاه بالقيام على نفقته وتحت مسؤوليته المالية بتكليف من الدولة أو إحدى وحداتها الإدارية، وطبقاً للشروط التي توضع له، بأداء خدمة عامة للجمهور، وذلك مقابل التصريح له باستغلال المشروع مدة محددة من الزمن واستيلائه على الأرباح[1]".

يضاف لما تقدم أن عقود الطاقة تشتمل على كافة الشروط المتطلبة للقول بإدارية هذا النوع من العقود، فتطبيقاً على عقود الطاقة ولا سيما عقود استغلال الثروات الطبيعية، فالدولة تمنح في هذه العقود شركة أجنبية ما الحق المطلق في التنقيب عن الطاقة وكافة مصادرها واستغلالها والتصرف بها وذلك خلال فترة زمنية محددة في مقابل حصول الدولة على مقابل مالي يتفق عليه، ويهدف العقد هذا إلى إدارة مرفق له طابع اقتصادي على أن يتم بين جهة الإدارة المختصة بتنظيم هذا المرفق وبين فرد أو شركة يعهد إليها باستغلال المرفق فترة معينة من الزمن، فضلاً عن ذلك فإن هذا النوع من العقود تتضمن شروطاً استثنائية، تتمثل في موافقة الدولة على استغلال المرفق وتشغيله، بما يتناسب مع الدولة ووفقاً لما ترتئيه هي وحدها من مصلحة عامة، ومن ذلك موافقة مجلس الوزراء المصري على عقد إنشاء محطة خليج السويس للكهرباء والذي جاء بمادته الاولى أنه :"يمنح التزام إنشاء وإدارة وتشغيل وصيانة وإعادة محطة خليج السويس البخارية لتوليد الكهرباء بقدرة 650 ميجاواط بنظام الـ BOT لشركة أي. دي.إف خليج السويس للطاقة وفقاً لأحكام القانون رقم 12 لسنة 1976 المعل بالقانون رقم 100 لسنة 1996.." فما دام أن مجلس الوزراء وافق وأصدر قراره بالموافقة على هذا المشروع، فلا يعدو كون المشروع خاص بعقد إداري يتضمن موافقة جهة الإدارة عليه قبل إبرامه[2]. ومن ذلك موافقة المجلس التنفيذي لإمارة

[1] أ.د. محمد الروبي، عقود التشييد والاستغلال والتسليم، إصدارات أكاديمية شرطة دبي - إدارة الدراسات العليا، 2007، دبي، ص53-54

[2] المرجع السابق، ص138

أبوظبي (قرار 7 جلسة 1/ 2011) بشأن مشروع محطة إنتاج الطاقة في مجمع الشويهات للطاقة (الشويهات S3)، فقد استند القرار على ما يلي:- "اطلع المجلس على العرض المرفق بخصوص ترسية أعمال المشروع أعلاه[1]".

وجود شروط أخرى غير مألوفة مثل أحقية الدولة وأجهزتها في الإشراف والرقابة على المشروع مثل التفتيش الدوري من فترة لأخرى على نشاط الشركة والتأكد من سير العمل، مع الأحقية في فحص دفاتر الشركة وسجلاتها والأحقية بعض الأحيان في إلغاء المشروع بالإرادة بالمنفردة مثل ما تم ذكره سابقاً في قضية السيد فالانتاين[2]. يضاف لما سبق أن جهة الإدارة تحتفظ لنفسها في كثير من الأحيان بسلطة الاشتراك مع شركة المشروع في مراحل التشغيل والفحص المبدئي وهو أمر تجلى بوضوح العقد الذي أبرم في مصر الخاص بمحطة سيدي كرير حيث نصت المادة 6/4 على تشكيل لجنة مشتركة بين جهة الإدارة وشركة المشروع للربط. وفي ذات السياق يمكن الإشارة إلى المادة 9/10 من العقد التي تقضي بوجود لجنة مشتركة للتشغيل المبدئي للمحطة[3]. ومن الواجبات غيرالمألوفة الملقاة على عاتق المتعاقد مع جهة الإدارة في هذا الصدد إلتزامه بإخبار جهة الإدارة بكافة الظروف المحيطة بمسائل التعاقد، وقد ينص في العقد أنه في حال إخلال الطرف الأجنبي بالتزامه بالإعلام والإخبار فإنه يحق لجهة الإدارة فسخ العقد، كما في قضية Klockner مع الحكومة الكاميرونية حيث أبرمت الحكومة الكاميرونية عقداً مع مجموعة شركات Klockner الألمانية بنقل عمليات التكنولوجيا والهندسة الحديثة في مجال السماد، وبعد تسليم المشروع الذي عبارة عن مصنع، رفضت الحكومة الكاميرونية الالتزام بالوفاء بدفع القيمة الكاملة للمصنع، بحجة أن الألمان دلسّوا على الحكومة ومارسوا في حقها الخداع حين ادعوا من دراسة الجدوى أرباحاً غير حقيقية للمشروع، ولقد أيدت محكمة التحكيم موقف الحكومة

---

[1] الجريدة الرسمية لحكومة أبوظبي - العدد خمسمائة وعشرون - السنة الواحد والأربعون 26 ربيع الثاني 1432هـ - الموافق 31 مارس 2011

[2] د. عبدالكريم محمد محمد السروي، النظام القانوني لعقود الطاقة، ورقة بحث مقدمة في المؤتمر السنوي الحادي والعشرين - الطاقة بين القانون والاقتصاد، جامعة الإمارات، 20-2013/5/21، ص722-723

[3] أ.د. محمد الروبي، عقود التشييد والاستغلال والتسليم، إصدارات أكاديمية شرطة دبي - إدارة الدراسات العليا، 2007، دبي، ص79

الكاميرونية[1]. فلقد أجمع القضاء والفقه معاً على أن سلطتي الرقابة والإشراف على النحو السابق هما من الشروط غير المألوفة وغير الاستثنائية في تعاقدات القانون الخاص ومرجع هذه السلطة أن العقد ينصب على مرفق عام ما يستوجب تخويل جهة الإدارة كافة السلطات والوسائل التي تضمن حسن تنفيذ العقد وبنوده وسد احتياجات المرفق العام، ولقد أبرزت المذكرة الإيضاحية للقانون رقم 158 لسنة 1958 الصادر بتعديل المادة السابعة من القانون رقم 129 لسنة 1947 بشأن التزامات المرافق العامة في مصر حين قالت بأن :"حق الرقابة على الملتزم هو حق ثابت للجهة الإدارية مانحة الالتزام، وهو حق ثابت لجهة الإدارة ولو لم ينص عليه في العقد، بل يظل موجوداً طالما وجد المرفق العام[2]". وفي دولة الإمارات العربية المتحدة، وفي إمارة أبوظبي على سبيل المثال، تخضع جميع الجهات العاملة في قطاع الطاقة لمكتب التنظيم والرقابة والذي أنشئ بموجب نص المادة 44 من القانون القانون رقم (2) لعام 1998 لعام 1998 في شأن تنظيم قطاع الماء والكهرباء في إمارة أبوظبي وتعديلاته كالقانون رقم (19) لسنة2007 والقانون رقم (19) لسنة 2009، حيث كما أسلفنا يكون مكتب التنظيم والرقابة هوالمسؤول عن تنظيم قطاع الطاقة في الإمارت، ليس ذلك فحسب فقد نصت المادة 6 من القانون على أن :"تتولى الهيئة تنظيم وتطوير جميع ما يتعلق بسياسة الحكومة الخاصة بقطاع الماء والكهرباء بما في ذلك الأمور المتعلقة بخصخصة ذلك القطاع"، وفي ذات الصدد نصت المادة 35 من القانون رقم(2) لعام 1998 في شأن تنظيم قطاع الماء والكهرباء في إمارة أبوظبي في ختامها على أنه".. وبخلاف ذلك، يجوز لشركة أبوظبي للماء والكهرباء قبول أو رفض أي عطاء حسبما تراه مناسباً[3]".

علاوة على ما تقدم فإن عقود الطاقة تتضمن النص على حق جهة الإدارة في إنهاء العقد بإرادتها المنفردة، وهو شرط غير مألوف في عقود القانون لخاص. ومرد هذا كما أسلفنا لخطورة موضوع

---

[1] د. علاء محي الدين مصطفى أبوأحمد، التحكيم في منازعات العقود الإدارية الدولية وأحكام محاكم التحكيم، دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2012، ص190-191

[2] أ.د. محمد الروبي، عقود التشييد والاستغلال والتسليم، إصدارات أكاديمية شرطة دبي - إدارة الدراسات العليا، 2007، دبي، ص80 -81

[3] موقع مكتب التنظيم والرقابة
http://rsb.gov.ae/ar/publications

هذه الطائفة من العقود، فالمرفق العام الذي هو موضوع هذه العقود يجب أن يحاط بضمانات عدة لضمان استمرارية عمله ولا يُقبل من المتعاقد مع جهة الإدارة أية أعذار تؤدي إلى تعطيل عمل المرفق وانعدام المنفعة منه – ولو مؤقتاً -. ويمكن أن نسوق مثالاً على ذلك بما ورد النص عليه في المادة 2/5 من عقد سيدي كرير الذي جاء على النحو التالي :"تعتبر كل حالة من الحالات التالية حالات تقصير.. وإذا لم يتم معالجتها خلال المدة المسموح بها.. فإنها تنشئ حقاً للهيئة لإنهاء هذه الاتفاقية[1]".

وفي ذات السياق أكد دليل الأونسيترال التشريعي بشأن مشاريع البنية التحتية الممولة من القطاع الخاص على هذا الحق حين نص على أنه في حال إخلال المتعاقد مع جهة الإدارة فإنه يحق لجهة الإدارة إنهاء العقد بالإرادة المنفردة، ليس ذلك فحسب، بل إن المتعاقد لا يستحق نظير هذا الإجراء أي تعويض يُذكر[2].

تتمتع شركة المشروع في عقود الطاقة ببعض المزايا التي تتمثل عادة في الحصول على إعفاءات ضريبية وجمركية للمشروعات المنفذة في مجال الطاقة، وهو شرط استثنائي آخر لايوجد في غيره من العقود. ويمكن أن يضرب مثالاً على ذلك بنص المادة الأولى من العقد المبرم بين الحكومة السعودية وشركة ستاندرد أويل كاليفورنيا عام 1933 والتي نصت على أنه :"تعفى الشركة والمشروع من جميع الضرائب المباشرة وغير المباشرة ومن العوائد والأجور والرسوم بما فيها الرسوم الجمركية Customs Exemption[3]، وكذلك نص قانون ضمانات وحوافز الاستثمار رقم 8 لسنة 1997 هذه الميزة، شرط أن تتراوح مدة المشروع من خمسة وعشرين سنة فاكثر[4]. مثل نص المادة 18 من القانون رقم (2) لسنة 1998 المعدل، حيث نصت على أنه :"تُعفى الهيئة

---

[1] أ.د. محمد الروبي، عقود التشييد والاستغلال والتسليم، إصدارات أكاديمية شرطة دبي - إدارة الدراسات العليا، 2007، دبي، ص86

[2] دليل الأونسيترال التشريعي بشأن مشاريع البنية التحتية الممولة من القطاع الخاص، إعداد لجنة الأمم المتحدة لقانون التجاري الدولي (الأونسترال). الأم المتحدة، نيويورك 2001، ص 191

[3] د.أحمد حلمي هندي، عقود الامتياز البترولية وأسلوب حل منازعاتها، الفتح للطباعة والنشر، الإسكندرية، 2013، ص241

[4] أ.د. محمد الروبي، عقود التشييد والاستغلال والتسليم، إصدارات أكاديمية شرطة دبي - إدارة الدراسات العليا، 2007، دبي، ص99

ومؤسسة أبوظبي للطاقة والشركات والمنشآت التابعة لهما أو المملوكة منهما كلياً أو جزئياً وكذلك الشركات المؤسسة بموجب أحكام المادة 134 من هذا القانون من جميع الضرائب والرسوم بما في ذلك الرسوم الجمركية على المواد والمعدات والآلات والأجهزة وقطع الغيار التي تستوردها بهدف تحقيق أغراضها ولا يسري هذا الإعفاء على الرسوم التي يستوفيها مكتب التنظيم والرقابة بموجب أحكام هذا القانون أو التراخيص الصادرة بموجبه"[1]. ويقصد بالشركات هنا شركات المشروع التي يتم إنشاءها مثل شركة الشويهات آسيا القابضة للطاقة. ولقد تبنى هذا المفهوم "دليل الأونسيترال التشريعي بشأن مشاريع البنية التحتية الممولة من القطاع الخاص"، الذي أعدته لجنة الأمم المتحدة لقانون التجاري الدولي (الأونسترال) عام 2001 حيث نصت في البند 51 منه على أنه:" من الأساليب الأخرى التي يمكن للحكومة المضيفة أن تستخدمها لدعم تنفيذ المشاريع الممولة من القطاع الخاص منح شكل ما من الإعفاء الضريبي والجمركي أو خفضه أو الاستفادة منه[2]".

ويدخل في عداد الشروط الإستثنائية التي تتضمنها عقود الطاقة كذلك شرط الحفاظ على التوازن المالي للعقد Balancing clauses وهو شرط لا يمكن تصوره إلا في العقود الإدارية، فقد نصت المادة 15 من عقد كهرباء سيدي كرير على أنه: " إذا كان أحد الأطراف غير قادر كلياً أو جزئياً على تنفيذ التزاماته المنصوص عليها في هذه الاتفاقية بسبب حالة القوة القاهرة، فعليه أن يخطر الطرف الآخر... د. إذا كانت الشركة هي التي تأثرت بالقوة القاهرة، وكان مطلوباً إعادة المجمع إلى ما كان عليه حتى تفي بالتزاماتها بموجب هذه الاتفاقية كاملة، فعليها أن ترسل إخطاراً ثانياً .. وتحدد في الإخطار الثاني الفترة التقديرية التي ستكون فيها غير قادرة على تنفيذ التزاماتها بموجب هذه الاتفاقية، مع تحديد التكلفة التي ستتحملها في سبيل إعادة المجمع إلى ما كان عليه"[3]. ويجدر التنويه إلى أن الحفاظ على التوازن العقدي ليس مزية فقط للمتعاقد مع جهة الإدارة، بل من

---

[1] موقع مكتب التنظيم والرقابة
http://rsb.gov.ae/ar/publications

[2] دليل الأونسيترال التشريعي بشأن مشاريع البنية التحتية الممولة من القطاع الخاص، إعداد لجنة الأمم المتحدة لقانون التجاري الدولي (الأونسترال). الأم المتحدة، نيويورك 2001، ص 62

[3] الروبي، أ.د. محمد، عقود التشييد والاستغلال والتسليم، إصدارات أكاديمية شرطة دبي - إدارة الدراسات العليا، 2007، دبي، ص101-102

الممكن أن يتحول إلى مزية لجهة الإدارة نفسها، فحين زادت الحكومة المصرية من تسعيرة الوقود في عام 2014، وكانت مرتبطة بعدة عقود بوت بخصوص عدة محطات كهرباء منها محطة سيدي كرير والسويس، وكانت الاتفاقيات تقتضي بتثبيت سعر الوقود طوال فترة التعاقد، وبما أن الحكومة المصرية رفعت سعر الوقود في ذلك العام، فكانت مطالبة بالمقابل أمام شركات المشاريع بدفع الفارق الذي تمت بموجبه الزيادة وتحمل الميزانية العامة لتلك المبالغ الضخمة التي تشكل الفارق في التسعيرة بين السعر المثبت وبين السعر الذي تمت الزيادة إليه، مما حدا بالحكومة المصرية إلى استثناء بعض شركات المشاريع تلك من الزيادة، احتراماً أولاً لبنود التعاقد مع المستثمرين وثانياً لكي لا تثقل كاهل الموازنة العامة لدفع الفارق الذي يبلغ ملايين الدولارات[1].

قد تحظر بعض التشريعات تعاقد شركة المشروع من الباطن *Sub-Contracting* كما في نص المادة (17) من القانون رقم (6) لسنة 2011 بشأن تنظيم مشاركة القطاع الخاص في إنتاج الكهرباء والمياه في إمارة دبي أنه (أ) يحظر على الجهة المرخصة التعاقد من الباطن مع أية جهة للقيام بأي عمل يتعلق بالأنشطة المنظمة كليًا أو جزئيًا، وذلك ما لم يتم الإفصاح عن ذلك عند تقديم طلب حصولها على الرخصة، ويجب أن يتضمن هذا الإفصاح بيان كافة المعلومات المتعلقة بهذه الجهة والنشاط المنظم الذي ستزاوله، بالإضافة إلى أية بيانات أخرى قد يطلبها المكتب. و (ب) على الرغم مما ورد في الفقرة (أ) من هذه المادة، إذا رغبت الجهة المرخصة بعد منحها الرخصة التعاقد من الباطن مع أية جهة، أو استبدالها بجهة أخرى، فإنه يجب عليها الحصول على موافقة المكتب المسبقة على ذلك، وفي حال حصولها على هذه الموافقة فيجب أن تعدل رخصتها بما يفيد هذه الإضافة أو التغيير[2].

---

[1] موقع بوابة الأهرام
http://gate.ahram.org.eg/News/308674.aspx

[2] الجريدة الرسمية لحكومة دبي - العدد 353 - السنة 45، 17 جمادى الأولى 1432هـ - الموافق 21 أبريل 2011

وأساس ذلك أن العقود الإدارية أن اختيار المتعاقد مع جهة الإدارة يخضع لإجراءات دقيقة ومنظمة وذلك لارتباط العقد الإداري بنشاط المرفق العام أي أن اختيار الملتزم أساسه الاعتبار الشخصي وليس الموضوعي، وبناءً عليه يلتزم من يرتبط مع جهة الإدارة بهذا الشأن بالقيام بالأعمال بنفسه، وهو مفهوم تم ترسيخه من قبل محكمة القضاء الاداري في مصر التي قررت أن :"العقود الإدارية تحكمها قواعد عامة تطبق عليها جميعها، ولو لم ينص عليها العقد، ومن هذه القواعد أن التزامات المتعاقد مع الإدارة التزامات شخصية، أي أن المتعاقد مع الإدارة يجب أن ينفذها شخصياً وبنفسه"، وسارت المحكمة الإدارية العليا على هذا النهج منذ تأسيسها وأكدت عليها ورسخته في مواقف عدة[1].

هذا ولا يتفق القول بأن عقود الطاقة من عقود القانون الخاص مع موضوع هذه العقود وأهدافها، فما دام هدف المشروع هو تطوير وإنشاء وإدارة مرفق عام فإنه من الصعب أو بالأحرى من المستحيل القول بعدم إدارية هذا العقد، وأن هذا العقد يخضع لنظرية العقد في القانون الخاص، فذلك يكرس نوعاً من المساواة غير العادلة بين المصلحة العامة والمصلحة الفردية ويخلق نوعاً من التوازن بين المصلحتين مما قد يؤدي إلى امكانية توقف المرفق العام عن أداء الخدمة تطبيقاً لما تقضي به أحكام العقد، فالوسيلة والغاية هي عمل المرفق باضطراد وانتظام، فمن مصلحته القول بأن محطة الكهرباء ليست بمرفق عام وأنه لا يجب أن يعمل هذا المرفق بانتظام واضطراد وأنه لايحقق المنفعة العامة، فحتى منكري الطبيعة الإدارية لعقد الطاقة لايملكون الجدال في مسألة أن موضوعه مرفق عام حتى لو جادلوا في بقية العناصر[2]. وهو مبدأ لم ينكره حتى القضاء المدني الذي كان يحرص على التأكيد عليه على النحو الذي يستفاد من حكم محكمة النقض المصرية في الطعن رقم 5006 لسنة 72 قضائية، الذي أشار إلى المادة 87 من التقنين المدني الذي عرّف

[1] د. كمال طلبة المتولي سلامة، الاتجاهات الحديثة في عقود البناء و التشغيل و نقل الملكية (دراسة مقارنة)، مركز الدراسات العربية للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى 2015، ص214

[2] أ.د. محمد الروبي، عقود التشييد والاستغلال والتسليم، إصدارات أكاديمية شرطة دبي - إدارة الدراسات العليا، 2007، دبي، ص 56-54

الممتلكات المملوكة اللدولة مع التركيز على المرافق العامة وأنها يجب أن تعمل باضطراد وانتظام[1].

يضاف لما سبق أن الطبيعة الإدارية لعقود الطاقة لا تتنافى مع التوسع النسبي في عقد الاستثمار في بعض الدول العربية. ففي هذا السياق يرى أنصار الرأي القائل بإدارية عقد الطاقة بأن التوسع النسبي في الشروط التعاقدية التي لايجوز نقضها أو تعديلها وهو مفهوم الثبات التشريعي وتثبيت البنود القياسية في العقد، فهي ليست تعديلاً في العقد الإداري بقدر ماهي تخفيف من الشروط اللائحية التي يجوز لجهة الإدارة المتعاقدة تعديلها دون توقف على موافقة المتعاقد معها، ذلك أن القصد من هذا الأمر هو تشجيع الشركات الأجنبية ذات الخبرة على القدوم والاستثمار في الدولة، وإن ملاءمة التشريعات مع هذا التوجه ليست إلا لاستقطاب المستثمرين[2]. وفي هذا المضمار يضرب مثالاً على ذلك بما ورد عليه الوضع بقانون التعدين في فرنسا الذي يحدد كافة شروط استثمار الثروة المعدنية فيما بها المواد الهيدروكربونية إذ ليس هناك قانون يميز بين البترول وغيره من الثروات، وإنما يتضمن القانون بعض النصوص الخاصة باستثمار البترول في جميع مراحله، وأحكام القانون في فرنسا تتضمنها حالياً المجموعة التعدينية الصادرة بموجب المرسوم رقم 56-838 في 1956/8/16، وكان العامل الرئيس الذي دفع لتعدد التشريعات التعدينية هو الشعور المتزايد بأهمية هذه الثروة وحث الرأي العام في فرنسا على ضرورة إيجاد ضمانات للحفاظ على هذه الثروة مع حق جهة الإدارة في تعديل الجوانب اللائحية لهذا القانون. ولعل من أبرز تلك التعديلات القانون رقم 1919 الذي كرّس بناءً عليه لتغليب الطابع الإداري على القوانين التعدينية وقرر حق ملكية الدولة في التعاقد، كما أوجب القانون بأن يرفق بالمرسوم الصادر بمنح الإمتياز دفتر شروط تحددت بعض شروطه بمقتضى دفتر الشروط النموذجي، والخاص بكل امتياز على حده، فوازن التعديل بين حق الدولة في استقطاب الإستثمارات بشرط ان يتم منح

[1] محكمة النقض المصرية، الطعن رقم 5006 لسنة 72 قضائية، تاريخ الأربعاء 24 من ربيع آخر سنة 1434 هـ الموافق 6 من مارس سنة 2013.

[2] أ.د. محمد الروبي، عقود التشييد والاستغلال والتسليم، إصدارات أكاديمية شرطة دبي - إدارة الدراسات العليا، 2007، دبي، ص 57-56

الاستثمار عن طريق امتياز المرفق العام مع زيادة رقابتها على هذا القطاع لمعرفة كيفية سير العمليات البترولية التي تقوم بها الشركات المحتكرة لعمليات الإنتاج والتوزيع بغية تأمين حاجات السوق بشكل سليم ومخطط له ومنظمه، وهو أمر أكده المرسوم رقم 56-838 سنة 1956 السالف الذكر[1]. ولقد أكد القضاء الإداري الفرنسي على الطبيعة الإدارية لعقود النفط والتعدين وذلك في معرض الإجابة عن التساؤل الآتي :"هل قانون الامتياز التعديني – النفطي هو امتياز أشغال عامة أم لا؟" وقد ورد في تقرير مفوض الحكومة أمام مجلس الدولة وهو التقرير الذي تبناه مجلس الدولة :"في امتياز التعدين، هناك بالفعل عقد إداري ولكننا أمام اشغال عامة"، ولقد حسم المجلس بناءً عليه الجدل في حينه وكأن الأمر لايستحق الوقوف عليه كثيراً[2]. وفي هذا الصدد يميل الأستاذ Waline إلى القول بأنه لايوجد فرق بين عقد الإمتياز التعديني وعقد إمتياز المرافق العامة والعقود الإدارية الأخرى[3]". وفي دولة الإمارات نجد تشريعات كثيرة قد حسمت هذه الجدلية ففي بند القانون الواجب التطبيق، المادة (24) من القانون رقم (6) لسنة 2011 بشأن تنظيم مشاركة القطاع الخاص في إنتاج الكهرباء والمياه في إمارة دبي مايلي والتي نصت على أنه :"تخضع العقود التي تبرمها الجهة المرخصة مع الغير لأغراض مزاولة الأنشطة المنظمة بما في ذلك أماكن وقواعد فض المنازعات للقواعد والأحكام المنصوص عليها في تلك العقود، وتطبق التشريعات السارية في الإمارة على كل حالة لم ينص عليها في تلك العقود". وجاء في هذا التشريع كذلك :"تخضع العقود المبرمة بين الجهة المرخصة والهيئة وغيرها من الجهات الحكومية المحلية في الإمارة للتشريعات السارية في الإمارة في كل ما يتعلق بتنفيذ تلك العقود، بما في ذلك القانون الواجب التطبيق وأماكن وقواعد فض المنازعات المتعلقة بتلك العقود[4]". ويتضح من النص أن قانون إمارة دبي لا يأخذ بالاعتبار كثيراً ما تم النص عليه في بنود التعاقد ويحيل للقوانين السارية ولكل نزاع على حده، وهي قرينة يمكن الجزم من خلالها أن زمن الثبات التشريعي قد أفل

---

[11] د.غسان رباح، الوجيز في العقد التجاري الدولي (نموذج العقد النفطي) ،منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ص 143-145

[2] المرجع السابق،ص 149

[3] د. أحمد الهواري، القانون الواجب التطبيق على عقود الامتياز البترولية، ورقة بحث مقدمة في المؤتمر السنوي الحادي والعشرين - الطاقة بين القانون والاقتصاد، جامعة الإمارات، 20-2013/5/21، ص1347

[4] الجريدة الرسمية لحكومة دبي - العدد 353 - السنة 45،17 جمادى الأولى 1432هـ - الموافق 21 أبريل 2011

وولى بلا رجعة، و كذلك التأميم الذي قلّما نصادفه في عصرنا الحاضر بناءً على التزام الدول بمواثيق ومعاهدات عدة تضمن استقرار الاستثمارات فيها، خاصة مع تخل البنك الدولي في كثير من المشروعات في منطقة الشرق الأوسط، ففي دولة الكويت تم تأميم شركة إمينويل الأمريكية رغم توقيع اتفاقية معها للتنقيب عن النفط لمدة ستون عاماً، ورغم تضمن العقد شرط الثبات التشريعي وعدم المساس، إلا أن الحكومة الكويتية حين أممت الشركة لم تلتفت لهذا الشرط، مما حدا بالشركة الامريكية للجوء للتحكيم، لتقر هيئة التحكيم حق دولة الكويت في التأميم، وتفسر شرط الثبات التشريعي على أنه استقصد أعمال المصادرة وليس أعمال التأميم لأن التأميم ليس من أعمال المصادرة نظراً لكون المقابل فيه تعويض مناسب[1]. وهو اللبس الذي وقعت فيه لجنة (الأونسترال) حين أعدت الدليل التشريعي بشأن مشاريع البنية التحتية الممولة من القطاع الخاص، حين خلط الدليل بين المصادرة والتأمين في باب الضمانات، ليتحدث عن ضمانة عدم نزع الملكية في البند (ب) ويربط المصادرة بالتأميم، مع عدم نفي الدليل أحقية الدولة في ممارسة سلطاتها التنظيمية المشروعة[2].

وفي ذات السياق يشير أنصار الطبيعة الإدارية لعقود الطاقة إلى أن هذه العقود تخول جهة الإدارة المتعاقدة الحلول محل شركة المشروع في تشغيل المرفق عند تقصيرها، وذلك نظراً لكون موضوع العقد كما أسلفنا هو مرفق عام يجب ان يعمل بانتظام واضطراد لتحقيق حاجات الجمهور، وإن من حق جهة الإدارة أن تكفل عدم توقف ذلك المرفق عن العمل لأي سبب كان، وهي حجة أخرى تؤكد على إدارية عقود الطاقة، فعلى سبيل المثال نصت المادة 11/10 من عقد كهرباء سيدي كرير على أنه "في حال وقعت حالة تقصير من الشركة.. بعد تاريخ التشغيل التجاري، وإذا توقفت الشركة دون موافقة كتابية مسبقة من الهيئة عن تشغيل المجمع 48 ساعة متتالية لغير أسباب حالوة القوة القاهرة أو التغيير في القوانين أو التوقف الاضطراري أو التوقف

---

[1] د. مجدي دسوقي، تدويل الحلول في منازعات البترول، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، 2012،ص72-73

[2] دليل الأونسيترال التشريعي بشأن مشاريع البنية التحتية الممولة من القطاع الخاص ، إعداد لجنة الأمم المتحدة لقانون التجاري الدولي (الأونسترال). الأم المتحدة، نيويورك 2001، ص68

للصيانة .. يكون للهيئة الحق في 1- دخول المجمع وتشغيله ..". ويرى كل من الفقه والقضاء الإداريان أن مثل هذا النص يقرر لجهة الإدارة مزية في مواجهة المتعاقد معها[1]. و ليس التقصير أو الإخفاق سببين وحيدين بحد ذاتهما، فقد يتم الاتفاق منذ بداية التعاقد بين شركة المشروع صاحبة الامتياز و بين الدولة على بند مألوف نوعاً ما في عقود الطاقة ولا سيما عقود النفط والغاز ألا وهو بند "التخلي"، والتخلي يعني رفع يد شركة المشروع عن بعض مناطق الامتياز التي لم تفلح عمليات التنقيب فيها عن نتائج جادة، أو لاستخدام مناطق الامتياز المتخلى عنها لأغراض أخرى أو منحها لشركات مغايرة، وكانت المملكة العربية السعودية أول دولة تتبنى هذا المبدأ، فقد نصت المادة التاسعة من العقد المبرم بين الحكومة السعودية وشركة أرامكو الأمريكية عام 1933على قبول الشركة الأمريكية بالتخلي لمصلحة الحكومة السعودية عن المناطق الواقعة في منطقة الامتياز والتي لن أو لم تقم الشركة الأمريكية بالتنقيب فيها وفقاً لإرادتها، وفي عام 1948 اتفق الطرفان على التخلي التدريجي عن كل المناطق مدته 22 عاماً، وهو نص ثبت في كافة الاتفاقيات اللاحقة لهذه الاتفاقية، وقد يفسر البعض عملية التخلي بتنازل الشركة صاحبة الامتياز عن جزء من حقوق الامتياز ودون مقابل، بينما يكون التخلي في معظم الاتفاقيات المماثلة معلق على شرط وفاء الشركة بالتزاماتها المالية ونفقات عملية التنقيب[2].

وبخصوص أسلوب المرفق العام، فيمكن القول أن هذا التوجه تؤيده الكثير من التشريعات كما هو الشأن بالنسبة للقانون رقم 100 لسنة 1996 بتعديل أحكام القانون رقم 12 لسنة 1976 بشأن إنشاء هيئة كهرباء مصر، ومن التعديلات التي تضمنها القانون المعدل، ما اصبحت عليه المادة السابعة والتي تنص على أن :".. ويجوز منح التزامات المرافق العامة للمستثمرين المحليين والأجانب لإنشاء وإدارة وتشغيل وصيانة محطات توليد كهرباء.. وذلك بمراعاة القواعد والاجراءات الآتية:- (أ) أن يتم اختيار الملتزم في إطار من المنافسة والعلانية. و(ب) ألا تزيد مدة

[1] أ.د. محمد الروبي، عقود التشييد والاستغلال والتسليم، إصدارات أكاديمية شرطة دبي - إدارة الدراسات العليا، 2007، دبي، ص85-86

[2] د.أحمد حلمي هندي، عقود الامتياز البترولية وأسلوب حل منازعاتها، الفتح للطباعة والنشر، الإسكندرية، 2013، ص220

الالتزام على تسع وتسعين سنة. و (ج) تحديد وسائل الاشراف والمتابعة الفنية والمالية التي تكلف حسن سير المرفق العام بانتظام واطراد، ويصدر بمنح الالتزام وتعديل شروطه في حدود القواعد والاجراءات السابقة قرار من مجلس الوزراء بناءً على اقتراح وزير الكهرباء والطاقة[1]".

و في ذات السياق تنص المادة 12 بند 2/أ من القانون رقم (2) لعام 1998 لعام 1998 في شأن تنظيم قطاع الماء والكهرباء في إمارة أبوظبي وتعديلاته القانون رقم (19) لسنة2007 والقانون رقم (19) لسنة2009، على أنه يحق لهيئة كهرباء ومياه أبوظبي بيع المرافق التي تديرها الشركة المزودة للطاقة الإنتاجية عن طريق المناقصة العامة[2]. ويُستشف من هذه النصوص أن شركة المشروع تدخل في عطاء مع الجهة الحكومية وتتنافس مع غيرها من الشركات لتنال خطاب الترسية مع تنوع تلك العقود، فهل في أسلوب التعاقد هذا أسلوب ليس بأسلوب القانون العام؟ سيّما وأن دليل الأونسيترال التشريعي بشأن مشاريع البنية التحتية الممولة من القطاع الخاص قد أكد على أن أسلوب القانون العام حيث تحدث عن السمات الخاصة لاجراءات الاختيار المتعلقة بمشاريع البنية التحتية المملولة من القطاع الخاص ليقول :-"يمكن بصورة عامة تحقيق الاقتصاد في إرساء ((العقود العمومية)) على أفضل وجه من خلال الطرق التي تعزز التنافس بين مجموعة متقدمي العروض في إطار "إجراءات رسمية منظمة[3]".

ولقد أكد القضاء الإداري في مصر بصورة لا لبس فيها الطبيعية الإدارية لعقود الطاقة؛ ولقد تجلى ذلك فيما ذهب إليه القسم الإفتائي عندما أكد هذه الطبيعة عند مراجعة اللجنة الثالثة لعقد كهرباء سيدي كرير الذي نصت لمادة 4/18 منه على أن التصرفات به تعتبر تصرفات خاصة وتجارية، فقامت اللجنة بتفنيد ذلك وذكرت أنه"..، وحيث أن مكونات مشروعات الاتفاقات المشار إليها تعتبر

---

[1] أ.د. محمد الروبي، عقود التشييد والاستغلال والتسليم، إصدارات أكاديمية شرطة دبي - إدارة الدراسات العليا، 2007، دبي، ص130

[2] موقع مكتب التنظيم والرقابة
http://rsb.gov.ae/ar/publications

[3] دليل الأونسيترال التشريعي بشأن مشاريع البنية التحتية الممولة من القطاع الخاص، إعداد لجنة الأمم المتحدة لقانون التجاري الدولي (الأونسترال). الأم المتحدة، نيويورك 2001 ص78

في حقيقتها جزءاً من عقد امتياز المرافق العامة..، وأنه من المستقر فقهاً وقضاءً أن عقود امتياز أو التزام المرافق العامة هو من العقود الإدارية، وحيث أن ما تقدم يتعارض مع ما ورد بمشروع الاتفاقية من أن ما تضمنته تلك التصرفات تعتبر تصرفات خاصة وتجارية، إذ أن مناط اعتبار العقد عقداً تجارياً هو الوقوف على طبيعة النشاط وما يقام من أعمال بحسب الغرض الذي تسعى الشركة إلى تحقيقه ويترتب على ذلك آثار هامة مجالها القانون التجاري أما العقد الحالي المعروض فهو من العقود الإدارية الخالصة طبقاً لصريح نص القانون". وإذا كان القضاء الإداري قد قرر ما سبق بمناسبة عقد كهرباء، وهو العقد الاكثر إثارة للجدل حول طبيعته القانونية، وأكد المجلس طبيعته الإدارية الخالصة باعتبار أنه لا يخرج عن كونه عقد التزام مرافق عامة، فإن هذا التكييف ينسحب من باب أولى على بقية عقود الطاقة[1]".

كما تتضح الطبيعة الإدارية لعقود الطاقة من خلال الكثير من الفتاوى الصادرة عن الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع بمجلس الدولة المصري، يمكن الإشارة في هذا الصدد لتلك الصادرة برقم 946 بتاريخ 2006/11/29 ملف رقم 150/1/58، حيث ردت الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع على كتاب الرئيس التنفيذي لهيئة المحطات النووية لتوليد الكهرباء، والذي كان موضوعه مدى أحقية بعض العاملين بهيئة المحطات النووية لتوليد الكهرباء من الحاصلين على درجة الدكتوراة والماجستير، وسبق منحهم العلاوة التشجيعية المقررة لذلك، من الحصول على حافز الأداء المتميز المنصوص عليه في قرار رئيس مجلس الوزراء رقم 734 لسنة 2005، والذي جاء في حيثيات الرد عليه أنه "استبان للجمعية العمومية أيضاً أن القانون رقم 13 لسنة 1976 بإنشاء هيئة المحطات النووية لتوليد الكهرباء ينص في المادة (1) منه على أن تنشأ هيئة عامة تسمى (هيئة المحطات النووية لتوليد الكهرباء) تكون لها الشخصية الاعتبارية وتتبع وزير الكهرباء ويكون مركزها مدينة القاهرة" وأنّ لائحة نظام العاملين بهيئة المحطات النووية لتوليد الكهرباء الصادرة بقرار رئيس ملجس الوزراء رقم 464 لسنة 1978 والمعدلة

[1] أ.د. محمد الروبي، عقود التشييد والاستغلال والتسليم، إصدارات أكاديمية شرطة دبي - إدارة الدراسات العليا، 2007، دبي، ص139

بقرار مجلس الوزراء رقم 845 لسنة 1978، بتنص المادة (35) منه أنه يجوز للرئيس التنفيذي للهيئة أن يقرر منح العامل علاوة تشجيعية تعادل العلاوة الدورية المقررة.. لتخلص الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع إلى أن قانون نظام العاملين المدنيين بالدولة يسري على العاملين بالهيئات العامة، والتي من بينها هيئة المحطات النووية لتوليد الكهرباء، وإلى أحقية موظفي هيئة الطاقة النووية بالعلاوة التشجيعية، ليثبت لهيئة الطاقة النووية الصفة الإدارية وأن موظفيها موظفين عموميون، ولو كان واقع الحال غير ذلك، لاعتبرت الهيئة من قطاعات القطاع الخاص نظراً لكون المحطات النووية تندرج تحتها[1].

وبما أننا قد وصلنا لنتيجة حتمية تقول بأن عقود الطاقة بشكل عام هي من العقود الإدارية وذلك لاتصالها بالمرفق العام دائماً وأبداً وأن هذه الطائفة من العقود تكون في الغالب الأعم عقود بوت BOT وذلك تحديداً حين ينصب موضوعها على الماء والكهرباء والطاقة والنووية وطاقة الرياح والطاقة الشمسية، بينما عقود النفط والغاز فغالبها حالياً عبارة عن عقود مشاركة بين الدولة المنتجة وبين الشركات الأجنبية PPP، وسنمضي في بحثنا قدماً بناءً على هذه النتيجة وهذا التوجه، لندرس ما هية القول بفض النزاعات الناتجة عن عقود الطاقة كعقود إدارية عن طريق التحكيم.

[1] مجلس الدولة المصري – الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع ، التبلغ رقم 946 بتاريخ 2006/11/29 ملف رقم 150/1/58

الفصل الثاني: ماهية التحكيم ومدى إمكانية اللجوء إليه لحل منازعات عقود استغلال الطاقة

بعد أن عرضنا في الفصل السابق لعقود الطاقة وتكييفها القانوني ووصولنا لنتيجة مفادها أن عقود الطاقة من العقود الإدارية، مع التركيز على كافة عقود الطاقة وليس فقط عقود النفط والغاز التي نالت من البحث والتمحيص نصيب الأسد بينما أصاب النضوب المراجع العربية التي تتحدث عن بقية عقود الطاقة ولا سيما المستحدثة منها مثل عقود توليد الكهرباء والماء بشتى الوسائل والتي منها الطاقة الجديدة والطاقة المتجددة، لنحاول جاهدين إلقاء الضوء على هكذا عقود، مع عدم إغفال مكانة عقود النفط والغاز كمرجع في هذا الصدد وذلك لعراقتها وقدم وجودها والتنظير الذي أسبغ عليها من الناحية الفقهية، لنستهدي بها في ظل شح المراجع التي تعالج وتنظر لبقية العقود.

ولغرض الدخول في صلب الموضوع سنعرض للتحكيم ومفهومه والآراء التي دارت حول إمكانية اللجوء للتحكيم في عقود الطاقة بصفتها عقوداً إدارية من عدمه، مع التركيز على الشواهد اللصيقة بموضوع بحثنا، ألا وهي عقود الطاقة، مع الإشارة إلى إشكالية القانون الواجب التطبيق على النوع هذا من النزاعات.

المبحث الأول: ماهية التحكيم ومزاياه وعيوبه

المطلب الأول: ماهية التحكيم

لم يكن التحكيم في يوم ما وسيلة حديثة لفض النزاعات بل قد يقول قائل بأن التحكيم وُجد حتى قبل وجود القضاء بصبغته الحديثة، وليس في مجال بحثنا التوسع في هذا الصدد والخوض في غمار الجانب التاريخي لكلا النوعين من وسائل فض المنازعات، لكن الذي يتفق عليه جميع الفقهاء أن التحكيم يهدف لتحقيق مصالح معينة على مستوى العلاقات بشتى أنواعها، وذلك لسرعة إجراءاته

و السرية التي تكتنف تلك الإجراءات. وقد يقول قائل بأن التحكيم لم يكن سوى وسيلة من قبل الشركات الأجنبية الكبرى للهروب من القضاء الوطني، ولعل هذه الحجة لم تعد ذات جدوى حين أصبح لدينا مراكز تحكيمية وطنية بمعايير عالمية، تردفها تشريعات متطورة ووعي متنامٍ من قبل الدول التي تمتلك الثروات الطبيعية أو المستضيفة للمشاريع الكبرى في مجال الطاقة[1]، فشرط التحكيم من الشروط المقدمة في عقود البترول مثلاً، التي خلت حتى تاريخ قريب من شرط غير شرط التحكيم[2]. وحري بنا القول بأن اتفاق التحكيم بنوعيه الشرط والمشارطة، ماهو إلا إرادة اتجه إليها الطرفين بمحض قرارهما، وعليه فهذه الإرادة يجب أن تُحترم ليس لبناء ثقة المستثمرين فحسب، بل للوصول إلى التجارب المثلى والأحكام التحكيمية التي يشار إليها بالبنان وتدرس في الجامعات وتفند جوانبها الفنية وتصبح مرجعاً لأحكام تحكيمية أخرى في ذات المجال. لنبني مدارس فقهية جديدة نلامس بها التطور التشريعي دون فقدان التوازن على الأرض. وبذا سنعرض إن شاء الله تعالى بعد الحديث عن التحكيم بشكل عام، للقواعد الموضوعية في التحكيم في منازعات الطاقة ومن ثم الآراء الفقهية التي أيدت وعارضت الأخذ بالتحكيم في عقود الطاقة، وثم القواعد الإجرائية وشواهد تحكيمية نستمد منها الدروس ونستخلص منها الشواهد التي نرغب بمحاولة ترسيخها من خلال هذا البحث المتواضع، لنعرج في هذا الصدد على القانون الواجب التطبيق في نزاعات عقود الطاقة.

و من ناحية المعنى اللغوي للتحكيم يرى البعض أن كلمة تحكيم ***arbitrage*** في اللغة الفرنسية هي من فعل حكم ***arbitrer*** وهي من الأصل اللاتيني من كلمة ***arbitrare*** وتعني التدخل والحكم بصفته حكم[3]". ويعقّب البعض على المعنى اللغوي بقوله :"والتحكيم لغةً من مادة حكَم أي قضى، وحكّم فلاناً أي جعله حكَماً، ويسمى المحكَّم - بضم الميم وفتح الحاء والكاف المشددة – وفي قوله

---

[1] د. محمد إبراهيم موسى، التحكيم في المنازعات الناشئة عن الاستخدام السلمي للطاقة النووية، دراسة في أحكام الاتفاقيات الدولية (بروكسل1962 و فيينا 1963). دار الجامعة الجديدة - الإسكندرية - 2010، ص101-103

[2] د.أحمد حلمي هندي، عقود الامتياز البترولية وأسلوب حل منازعاتها، الفتح للطباعة والنشر، الإسكندرية، 2013، ص189

[3] دكتور جورجي شفيق ساري، التحكيم ومدى جواز اللجوء إليه لفض المنازعات في مجال العقود الإدارية، الموقف المعارض وحججه والموقف المؤيد وحججه دراسة تفصيلية تحليلية مقارنة مع فروع القانون الأخرى في القضاء والفقه والتشريع في كل من فرنسا ومصر، دار النهضة العربية، الطبعة الثانية، القاهرة 2005 ص17

تعالى في سورة النساء الآية 65 :((فلا وربّك لا يؤمنون حتى يحكموك فيما شجر بينهم[1])). وبحسب القاضي عبداللطيف العلماء فقد عرفت مجلة الأحكام العدلية في المادة 1790 التحكيم بأنه :(اتخاذ الخصمين آخر، حاكماً برضاهما ليفصل في خصومتهما ودعواهما) أي أن معناه إسناد طرفي الخصومة مهمة فصل ما تنازعا عليه إلى طرف ثالث[2].

أما التعريف الاصطلاحي للتحكيم فلقد تعددت التعريفات الفقهية للتحكيم فعرف بعض الفقه التحكيم بأنه "نظام قانوني يتم بواسطته الفصل بحكم ملزم في نزاع قانوني بين طرفين أو اكثر بواسطة شخص أو أشخاص من الغير يستمدون مهمتهم من اتفاق أطراف النزاع[3]" ويعرفه البعض الآخر بأنه :"اتفاق أطراف علاقة قانونية معينة على استبعاد المنازعات التي نشأت أو تنشأ عن هذه العلاقة في المستقبل، من نطاق اختصاص الدولة متى كان ذلك جائزاً قانوناً وعرضها على فرد عادي أو أكثر يختاره الأطراف فيها بقرار ملزم[4]". وقد وافق هذا التعريف الجامع المانع ما استقر عليه الفقه القانوني في مصر الذي يعرف التحكيم بأنه :"وسيلة قانونية تلجأ إليها الدولة أو أحد الأشخاص المعنوية العامة الأخرى لتسوية كل أو بعض المنازعات الحالية والمستقبلية الناشئة عن علاقات ذات طابع إداري، عقدية أو غير عقدية فيما بينها أو بين إحداها وأحد أشخاص القانون الخاص الوطنية أو الأجنبية سواءً كان اللجوء إلى التحكيم اختيارياً أو إجبارياً.. [5]".

وتعرفه ملزمة ملخص اليونسترال حول السوابق القضائية المستندة إلى اتفاقية الأمم المتحدة بشأن عقود البيع الدولي للبضائع 2012 في مادته السابعة على أنه :"اتفاق الأطراف على إحالة كل أو بعض النزاعات التي قد تنشأ بينهما إلى التحكيم سواءً كانت العلاقة بينهما تعاقدية أو غير تعاقدية، وقد يأخذ الاتفاق على التحكيم شكل الشرط أو المشارطة في اتفاقية منفصلة، ويكون الاتفاق على

---

[1] المستشار عليوة مصطفى فتح الباب، التحكيم كوسيلة لفض المنازعات دراسة فقهية عملية في ضوء أحكام القضاء المصري وقضاء دولة الإمارات العربية المتحدة، مطبوعات دائرة القضاء، الطبعة الأولى، أبوظبي 2013 ص 25

[2] القاضي عبداللطيف العلماء، البسيط في التحكيم، سلسلة الدراسات القانونية والقضائية (5) سلسلة علمية محكمة، معهد دبي القضائي، 2011 ص9

[3] د. فتحي والي، قانون التحكيم في النظرية و التطبيق، منشأة المعارف – الطبعة الأولى، الإسكندرية 2007 ، ص13

[4] أ.د. مجدي عبدالحميد شعيب، التحكيم في العقود الإدارية، المجلة القانونية الإقتصادية التي تصدرها كلية الحقوق جامعة الزقازيق، 1998 ص14-15

[5] د.أحمد حلمي هندي، عقود الامتياز البترولية وأسلوب حل منازعاتها، الفتح للطباعة والنشر، الإسكندرية، 2013، ص323

التحكيم في كل الأحوال مكتوباً وموقع من الأطراف المعنية"[1]. أما مشروع قانون التحكيم الاتحادي فقد عرف اتفاق التحكيم بأنه :"إتفاق اطراف التحكيم بإرادتهم الحرة على إحالة نزاعهم للتحكيم[2]". فالإرادة هي المعوّل عليها في تبيان قرار التحكيم كما أسلفنا سابقاً، وهي إرادة يجب أن تُحترم.

بينما في عقود الطاقة تحديداً، فمن الممكن تعريف اتفاق التحكيم في هذه الطائفة من العقود بأنه :"اتفاق يبرم بين دولة المنشأة أو الدول المرخصة بالاستغلال أو منح الامتياز أو البوت، وبين المستثمر أو المشغل أو المستغل، لإحالة النزاع الذي قد يثار بينهما إلى التحكيم" وهناك أشكال أخرى لاتفاق التحكيم في عقود الطاقة ولا سيما عقود الطاقة النووية كالاتفاق الذي يبرم بين الشاحنين والركاب في عقد استغلال السفن الذرية والاتفاق الخاص بتعويض الأضرار عن الاستخدام السلمي للطاقة النووية[3] وهو ليس بموضوع بحثنا على أي حال.

المطلب الثاني: مزايا وعيوب اللجوء للتحكيم في عقود الطاقة

تثير الوسائل البديلة لفض النزاعات ADR قلقاً بين الحين والآخر من قبل السلطات التنفيذية في الدول التي حباها الله بالثروات الطبيعية، أو حتى مع وجود وسائل أخرى أصبحت مصدراً للطاقة مثل الشمس والرياح والطاقة النووية، وغيرها من الوسائل، لكن هذا القلق المتذبذب بدأ في التلاشي شيئاً فشيئاً مع تطور الأنظمة القانونية ومواكبة التشريعات للتوجهات العالمية بتبني التحكيم كوسيلة بديلة عن القضاء الوطني لفض النزاع، سيما مع وجود مراكز وطنية متخصصة في التحكيم بشتى أنواعه، مما حدى بالمستثمرين الشعور بأريحية أكبر مع وجود تلك المراكز،

[1] UNCITRAL 2012 Digest of Case Law on the Model Law on International Commercial Arbitration : "Arbitration agreement" is an agreement by the parties to submit to arbitration all or certain disputes which have arisen or which may arise between them in respect of a defined legal relationship, whether contractual or not. An arbitration agreement may be in the form of an arbitration clause in a contract or in the form of a separate agreement. (2) The arbitration agreement shall be in writing".

[2] نسخة عن مشروع قانون التحكيم صادرة عن وزارة الاقتصاد – دولة الإمارات العربية المتحدة.

[3] د. محمد إبراهيم موسى، التحكيم في المنازعات الناشئة عن الاستخدام السلمي للطاقة النووية، دراسة في أحكام الاتفاقيات الدولية (بروكسل1962 و فيينا1963). دار الجامعة الجديدة - الإسكندرية - 2010، ص105

ورغم ذلك، يتداول الفقه بين الحين والآخر محاسن ومثالب عدة في الاعتداد بالتحكيم كوسيلة لفض منازعات الطاقة في المنطقة، وحقيق القول بأن السلبيات حال وجودها لن تتواجد مجتمعة وكذلك الإيجابيات، فهي مجرد افتراضات تتبنى وجهة نظر القائلين بنظرية ماذا لوْ[1]؟.

أولاً - مزايا اللجوء للتحكيم

نجد أن لنظام التحكيم عدة مزايا تدعو الكثير من الأطراف إلى تفضيله على قضاء الدولة ومن تلك المزايا حرية الأطراف في اختيار شخص محل ثقتهم ليكون قاضياً في النزاع الذي يثار بينهما وذلك بعكس القضاء الذي يلتجئ إليه الأطراف دون معرفة القاضي الذي سينظر القضية وهو أمر يوفر عنصري الخبرة والتخصص في مسائل عقود الطاقة بشكل عام وذلك نظراً لكثافة العنصر الفني فيها أكثر عن غيره من العناصر[2]. وهذا بلا شك يخفف العبء على قضاء الدولة ويقلل من عدد القضايا المنظورة أمامه[3].

ومن المزايا أيضاً أنه لا يشترط في التحكيم أن يكون المحكم - سواءً كان فرداً أو هيئة - ملماً إلماماً تاماً بالجوانب القانونية بل قد تتضمن هيئة التحكيم محاسباً أومهندساً أو حتى طبيباً مع وجود رجل القانون بالطبع. فالخبرة الفنية أصيلة في هيئة التحكيم بينما في القضاء سواءً كانت الهيئة مكونة من شخص واحد أو عدة أشخاص يكون جميع أعضاء الهيئة من رجال القانون وحين يلزم النظر لجانب فني في النزاع تقوم الهيئة القضائية بتعيين خبير يفحص الجانب الفني مما قد يساهم في إطالة أمد النزاع[4]. ولقد بينت محكمة تمييز دبي في الطعن رقم 2003/573 حقوق الصادر في جلسة 2004/6/5 أثر تجاوز المحكم للأجل المتفق عليه لإصدار الحكم.. يترتب عليه بطلان

---

[1] د. عبدالله سعيد البرواري، تسوية منازعات عقود استغلال الثروات الطبيعية - عقود البترول نموذجاً- تطبيقات من خلال المركز الدولي أكسيد، دار الفكر الجامعي - الإسكندرية، 2015، ص311

[2] د. عبدالله سعيد البرواري، تسوية منازعات عقود استغلال الثروات الطبيعية - عقود البترول نموذجاً- تطبيقات من خلال المركز الدولي أكسيد، دار الفكر الجامعي - الإسكندرية، 2015، ص312-313

[3] د.عبدالرزاق حماده حماده، التحكيم في عقود البوت، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2013، ص105

[4] د. فتحي والي، قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، الطبعة الأولى 2007 منشأة المعارف – الإسكندرية ص 14-15

حكم المحكم عند التمسك بالبطلان.[1] كما تم تأكيده في مناسبات عدة من قبل مركز أبوظبي للتوفيق والتحكيم ولا سيما نظامه الأساسي المعدل في شهر أكتوبر 2013، حيث نصت المادة 27 فقرة 1 منه على أنه يتوجب على هيئة التحكيم إصدار الحكم في موعد أقصاه ستة أشهر من تاريخ استلام رئيس هيئة التحكيم أو المحكم الفرد لملف التحكيم[2].

ويتميز التحكيم كذلك ببقاء علاقة أطرافه واستمراريتها، فاللجوء إلى التحكيم يعبر عن مشاعر طيبة يتمتع بها الطرفان، وتفهم كل منهما لظروف الآخر، في حين اللجوء للقضاء لايعدو أن يكون طريقاً للبغض والشحناء ومحاولة كل طرف تشويه الطرف الآخر، فلا يلجأ الأطراف للقضاء إلا بعد استنفاذ كافة الطرق الودية وغير الودية لحل النزاع، وذلك بعكس التحكيم الذي يرفع من مستوى أطرافه إلى مستوى التفاهم وإتاحة الفرصة بشكل أكبر للتعبير عن وجهة النظر التي من الممكن أن تكون فقط متعلقة بتفسير بند في التعاقد ليس أكثر[3].

هذا وتتضمن عقود الطاقة شروطاً لصيقة بشرط التحكيم، مثل شرط الثبات التشريعي الذي يضمن عدم التعديل في التشريعات؛ مما يطمئن معه المستثمر الأجنبي حين يدخل في تعاقد مع الدولة صاحبة المشروع[4]، ليس ذلك فحسب فيلتزم القضاء بتطبيق قانون دولته فقط أو القانون الذي تحيل إليه قواعد الإسناد، بينما في التحكيم يحق للأطراف تطبيق قواعد أي دولة أجنبية.

يتسم التحكيم في عقود الطاقة بالمرونة والبساطة في الإجراءات، لتتحرر تلك الإجراءات من التعقيدات والشكليات العديدة التي يحاط بها القضاء، والتي منها كذلك تعدد مراحل الاستئناف والطعن بالنقض وطول أمد كلا الإجرائين[5]، فقد نص المشرع المصري في المادة 45 من القانون

---

[1] شعبان رأفت عبداللطيف، قضاء التحكيم في دولة الإمارات العربية المتحدة، المبادئ والأحكام الصادرة عن المحكمة الاتحادية العليا بأبوظبي ومحكمة تمييز دبي في قضايا التحكيم في سبعة عشرعاماً، 1992-2008 ، مطبعة بن دسمال، الطبعة الأولى 2009 ص 346

[2] نسخة ضوئية خاصة ومصورة من النظام الأساسي المعدل لمركز أبوظبي للتوفيق والتحكيم

[3] د.عبدالرزاق حماده، التحكيم في عقود البوت، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2013، ص1.1-102

[4] د. عبدالله سعيد البرواري، تسوية منازعات عقود استغلال الثروات الطبيعية - عقود البترول نموذجاً- تطبيقات من خلال المركز الدولي أكسيد، دار الفكر الجامعي - الإسكندرية، 2015، ص313

[5] المرجع السابق ص312

رقم 27 لسنة 1994 على أنه "يجب على هيئة التحكيم إصدار الحكم المنهي للخصومة كلها خلا الميعاد الذي اتفق عليه الطرفان، فإن لم يوجد اتفاق وجب أن يصدر الحكم خلال اثني عشر شهراً من تاريخ بدء إجراءات التحكيم وفي جميع الأحوال يجوز أن تقرر هيئة التحكيم مد الميعاد على ألا تزيد فترة المد على ستة أشهر ما لم يتفق الطرفان على مده تزيد عن ذلك[1]".

ناهيك عن تجنب التعرض لعلانية القضاء فلا يوجد علانية للجلسات أو منطوق الحكم، بل إن جلسات التحكيم تجري في سرية تامة لا يحضرها إلى الأطراف المعنيين بها بمعية ممثليهم فقط لا غير، وهذه السمة تفيد التجار الذي لا يرغبون بأن تتداول أروقة المحاكم أسماءهم وأسماء الشركات العائدة لهم[2]. وفي عقود الطاقة بالذات التي تتضمن وسائل تكنولوجية في استغلال الثروات الطبيعية وغير الطبيعية تحرص شركة المشروع عن عدم الكشف عن أسرار التقنية المستخدمة ولا سيما في مجال الطاقة النووية، وهو السبب الذي يقف وراء عدم نشر أحكام التحكيم المتعلقة بعقود الطاقة بشكل عام وعقود الإستخدام السلمي للطاقة النووية بشكل خاص[3]، هذا وقد أكدت محكمة إستئناف باريس في الصدد على أنه: "مما يتماشى مع طبيعة التحكيم وإجراءاته ضمان سرية حل المنازعات[4]". بل إن مشروع قانون التحكيم الاتحادي قد أكد في المادة 48 على أنه لا يجوز حتى نشر حكم التحكيم أو جزء منه إلا بموافقة طرفي التحكيم[5]. كما نص المشرع المشرع المصري على ضمان تلك السرية في طي المادة 2/44 من القانون رقم 27 لسنة 1994 على عدم جواز نشر حكم التحكيم أو أجزاء منه إلا بموافقة الطرفين[6].

---

[1] د. حماده عبدالرزاق حماده، التحكيم في عقود البوت، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2013، ص101

[2] د. فتحي والي، قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، الطبعة الأولى 2007 منشأة المعارف – الإسكندرية ص 14-15

[3] د. عبدالله سعيد البرواري، تسوية منازعات عقود استغلال الثروات الطبيعية - عقود البترول نموذجاً- تطبيقات من خلال المركز الدولي أكسيد، دار الفكر الجامعي - الإسكندرية، 2015، ص312

[4] أ.د حفيظة السيد الحداد، الموجز في النظرية العامة في التحكيم التجاري الدولي – منشورات الحلبي الحقوقية 2007 بيروت لبنان ص26

[5] مشروع قانون التحكيم الاتحادي، نشرة عن وزارة الاقتصاد، دولة الإمارات العربية المتحدة

[6] د.عبدالرزاق حماده حماده، التحكيم في عقود البوت، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2013، ص104

كما يقول البعض بأن الدولة تتنازل عن سيادتها نوعاً ما كما في قواعد المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار ICSIC الذي يساوي بين الأطراف حتى لو كان أحدها دولة ذات سيادة[1]، فحين تقبل الدولة على التحكيم كضمانة إجرائية لتشجيع الاستثمار على إقليمها، وهو الأمر الذي دفع بالكثير من الدول إلى أن تضمن قوانينها الصادرة لتشجيع الاستثمار نصوصاً صريحة تفيد قبول التحكيم. فنجد أن المشرع المصري قد نص في تشريعات الاستثمار المصرية المتعاقبة على ضمانة التحكيم وذلك ابتداءً من القرار بقانون رقم 65 لسنة 1971 ومروراً بالقانون رقم 43 لسنة 1974 والمعروف بقانون استثمار المال العربي والأجنبي والمناطق الحرة والمعدل بالقانون رقم 32 لسنة 1977 وقانون الاستثمار رقم 230 لسنة 1989 وانتهاءً بقانون ضمانات وحوافز الاستثمار رقم 8 لسنة 1997.

وفي الختام نكرر ما قاله بعض الفقه بأن التحكيم ليس نداً للقضاء العادي إنما هو قضاء رديف يخفف العبء عن القضاء العادي[2]. وبعد أن أوضحنا النقاط الإيجابية التي تكتنف التحكيم، نعرض للسلبيات التي لا يزال كثير منها لصيق بطريق التحكيم.

ثانياً. عيوب اللجوء للتحكيم

*رغم المزايا السابق سردها إلا أن للتحكيم كذلك مساوئ عدة نجملها في بعض النقاط التي منها أن المتقاضين*لا يدفعون أتعاباً للقاضي بينما في التحكيم يقوم الأطراف بتكبد أتعاب المحكمين من غير سقف لها وهو ما سبق وأكدته معظم التشريعات ذات الصلة من أن أتعاب المحكمين أمر يقدره أطراف النزاع بينما يعود تقدير تلك الأتعاب في الواقع إلى تقدير المحكمين أنفسهم الذين قد يبالغوا في تلك الأتعاب من دون مبرر يذكر، وهو أمر غير قابل للنقاش إلا بطلب يقدم إلى المحكمة

[1] د. حماده عبدالرزاق حماده، التحكيم في عقود البوت، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2013، ص105
[2] د. فتحي والي، قانون التحكيم في النظرية والتطبيق،الطبعة الأولى 2007 منشأة المعارف – الإسكندرية ص 14-15

لإعادة النظر فيه[1]، أو أحياناً بحكم مستقل يوضح أتعابهم (الطعن رقم 1999/537 حقوق – جلسة 2000/4/23 محكمة تمييز دبي[2]) بينما حال عيّن القضاء العادي خبرة فإن أتعاب الخبير قد تتم مراجعتها والنظر فيها إما بالزيادة أو النقصان وهو امر غير متاح في التحكيم مع ورود أن تعين هيئة التحكيم نفسها خبراء رديفين لها يساهمون في تسريع اجراءاتها. ومع أن تقدير أتعاب المحكمين أمر متروك لهم إلا أن المغالاة في هذه الأتعاب – وهو أمر مستغرب – لا يبطل حكم التحكيم[3]. الذي ترتفع نفقاته من الأساس خاصة حين تتنوع جنسياته أطرافه وهيئاته، و الإكثار من نقل الأطراف بالطائرات وإنزالهم في الفنادق، فقد يتقاضى المحكم في قضية واحدة ما لا يحلم بتقضايه القاضي في بعض الدولة لو عمل طيلة حياته في مهنة القضاء[4]. ولقد مرّت عليّ قضية فاقت أتعاب المحكمين فيها المبلغ المتنازع عليه أصلآ!

ومن السلبيات كذلك أن إجراءات التحكيم قد تطول مقارنة بتلك الإجراءات المعمول بها أمام القضاء العادي وتعدد الأسباب في هذا الصدد كعدم قيام أحد الطرفين بتعيين المحكم الذي له اختياره، أو عدم اتفاق الطرفين على المحكم الوحيد، أو عدم الاتفاق على رئيس الهيئة، أو بسبب التمسك ببطلان الاتفاق أو عدم شموله لما يثار في التحكيم من منازعات. وقد تتلاشى هذه المثالب في حال كنا بصدد تحكيم مؤسسي وليس التحكيم الحر (الآدهوك[5]). ويرى الدكتور خالد القاضي في سبيل معالجة هذه الإشكالية أن تكون المهلة الزمنية مرتبطة بانتهاء جلسات الاستماع وليس بتعيين محكمة التحكيم أو أية مراحل أخرى وذلك لتفويت الفرصة على المدعى عليه لممارسة حيل التعطيل والتسويف. وهو ما أدركته جمعية التحكيم الأمريكية (AAA)AMERICAN ASSOSIATION OF ARBITRATION والتي نصت قواعدها على أن يجب على

---

[1] شعبان رأفت عبداللطيف، قضاء التحكيم في دولة الإمارات العربية المتحدة، المبادئ والأحكام الصادرة عن المحكمة الاتحادية العليا بأبوظبي ومحكمة تمييز دبي في قضايا التحكيم في سبعة عشرعاماً، 1992-2008 ،مطبعة بن دسمال، الطبعة الأولى 2009، ص 272

[2] المرجع السابق ص 271-272

[3] المرجع السابق ص 272

[4] د. حماده عبدالرزاق حماده، التحكيم في عقود البوت، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2013، ص107-108

[5] د. فتحي والي، قانون التحكيم في النظرية والتطبيق،الطبعة الأولى 2007 منشأة المعارف – الإسكندرية ص16

المحكم أن يصدر على الفور خلال مدة لاتتجاوز ثلاثين يوماً من تاريخ إنتهاء جلسات الاستماع أو التنازل عن المرافقات الشفهوية أو من تاريخ إحالة البيانات النهائية والأدلة إلى المحكم وذلك ما لم يتفق الأطراف على غير ذلك او مالم ينص القانون على خلاف ذلك[1].

كما أن عدم نشر الأحكام التحكيمية وعدم الإلزام بتسبيبها لهو إخلال بمبادئ الشفافية والعلانية القضائية، فلا يستقيم أن تسمي هيئة التحكيم نفسها قضاءً مؤقتاً بينما تتنصل من أبسط حقوق المتقاضين أمام القضاء بشتى أنواعه، ألا وهو علانية الجلسات والنطق بالحكم وتسبيبه، فكيف يتأتى بالمعنيين تطوير النظام التحكيمي في العالم بينما أحكام التحكيم تدفن في صناديق ذات متاريس وسلاسل لايستطيع أحد الوصول إليها؟ وكيف يتأتى للمتقاضين الاستفادة من تلك الأحكام وهي تلزمهم بعض الأحيان من غير سبب واضح بأمور لا يعونها، لمجرد أن عدالة التحكيم لا ترقى إلى درجة القول بأحقية المحتكم إليها بمعرفة أسباب أن الحكم له أو عليه[2].

ناهيكم عن أن نطاق الخصومة في القضاء العادي من الممكن أن يتسع من الناحية الموضوعية (الطلبات المرتبطة) ومن ناحية الأشخاص (تدخل الغير واختصامه) دون رضائهم جميعاً. أما في التحكيم فإذا تفرع النزاع لأمر آخر مرتبط أو أن مس التحكيم مصالح أشخاص آخرين أو كان من اللازم إدخالهم في التحكيم للحصول على حماية قضاية كاملة، فإنه لا سبيل إلى توسيع نطاق التحكيم دون رضاء ذوي الشأن[3].

فضلاً عن أنه في التحكيم قد يتولى الفصل في النزاع شخص أو أشخاص تنقصهم الخبرة أو الكفاءة في حين أنه أمام قضاء الدولة يتولى الفصل في النزاع قاض مؤهل ومحترف اكثر قدرة على الفصل في النزاع والبت فيه، فهو من حيث الحيدة والنزاهة بموجب اختياره قاضياً وبموجب القسم الذي أقسمه، لأقدر على الفصل في النزاع، بينما في التحكيم نجد أن أكثر المحكمين هم

---

[1] د. خالد محمد القاضي، موسوعة التحكيم التجاري الدولي، في منازعات المشروعات الدولية المشتركة مع إشارة خاصة لأحدث أحكام القضاء المصري، دارالشروق، الطبعةالأولى 2002 م ص237.

[2] د. حماده عبدالرزاق حماده، التحكيم في عقود البوت، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2013، ص110

[3] د. فتحي والي، قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، الطبعة الأولى 2007 منشأة المعارف – الإسكندرية ص16-17

رجال أعمال أو أصحاب مصالح مشتركة وخبراتهم إن وُجدت لا تعدو أن تكون حياتية أو ناتجة عن خبرات سنين طويلة في عمل روتيني محدد مثل المحاسبة أو غيرها، وليس تخصص وتفرغ تام لمهنة القضاء، حتى أننا لا نرى في هيئات التحكيم قضاة سابقين وذلك لاحترام القضاة لمهنتهم وعدم الزج بالمهنة في هيئات خاصة وغير متمتعة بما يتمتع به القضاء[1].

ويفتقد التحكيم لسمة مميزة لدى القضاء وهي المساعدة القضائية *Legal Aid* كالإعفاء من الرسوم في حال عجز المتقاضي عن سدادها، خاصة في المطالبات الضئيلة، بالإضافة إلى هذا لا يتمكن المتقاضي من ضم آخرين لهم علاقة في النزاع وهو ليس من الأمر السهل إثارته أمام هيئة التحكيم والتي لا تمتلك الأمر بإدخال أطراف غير أطراف النزاع كأن يكون فحوى النزاع بين مالك عقار ومقاوله، ثم يرغب المالك بإدخال المقاول من الباطن في النزاع التحكيمي، وهو أمر غير يسير كما أسلفنا ما لم يرتضِ المقاول من الباطن ذلك طواعيةً[2].

وعلى فرضية أن تم في التحكيم منح المحكم سلطات فإنه سيتبين مع الوقت أنها ليست بذات جدوى تذكر، فهو لا يمتلك سلطة الإجبار مثل سلطة إجبار الشهود للمثول أمامه وأنهم في حال لم يمتلثوا لم يكن له الحق في إنزال العقوبة الرادعة عليهم، وذلك بعكس القضاء، وحتى حين يصدر المحكم حكمه بعد سجال طويل وجلسات أطول وتمطيط لأمد النزاع، فإن المتقاضي الذي أمامه لن يستطيع تنفيذ الحكم إلا بعد أخذ للسلطة القضائية وتصديقه بختم التنفيذ في البلد الذي يراد فيه التنفيذ، هذا إن وصل المحكم أو المحكمين لحكم من الأساس، ففي بعض القضايا الشائكة لا يعدو اللجوء للتحكيم سوى مضيعة لوقت المتقاضين، الذين يتركون التحكيم بعد طول مدته غير المنطقية

[1] د. حماده عبدالرزاق حماده، التحكيم في عقود البوت، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2013، ص108

[2] D.A. Stephenson, Arbitration Practice in Construction Contracts,3rd Edition, Routledge – 1993 Page 6

ويلجؤون للقضاء العادي مما ينفي حجة القائلين بأن التحكيم يخفف العبء عن كاهل القضاء، فالقضاء يظل متواجداً في إجراءات التحكيم على الأقل في مرحلة التصديق ودعاوى البطلان[1].

وأخيراً فإن حكم التحكيم يصدر في بعض التشريعات ومنها القانون المصري – غير قابل للطعن فيه بأي طريق من طرق الطعن التي ينص عليها قانون المرافعات، وذلك على خلاف حكم القاضي الذي يصدر غالباً قابل للطعن فيه بالاستئناف ثم بالنقض أو بالتماس إعادة النظر وهو مايتيح الفرصة للخصوم للوصول إلى حل عادل للنزاع[2]. سيما وأن الطعن بحد ذاته حق دستوري نظمه القانوني وأن حرمان الأطراف حتى لو كانوا في ظل حكم تحكيمي من الطعن فيه لهو إنتهاك لحقه في التقاضي على درجاته[3].

وبعد أن عرضنا لإيجابيات التحكيم وسلبياته، نتطرق لنقطة مفصلية في بحثنا ألا وهي مشروعية التحكيم في عقود الطاقة التي هي عقوداً إدارية بحسب طبيعتها واتصالها بالمرفق العام.

المبحث الثاني: مدى مشروعية التحكيم في عقود الطاقة

بعد أن عرضنا في المبحث الأول للطبيعة الإدارية لعقود الطاقة لكونها متعلقة بمرفق عام يجب أن يعمل بانتظام واضطراد ليحقق المنفعة العامة المرجوة منه، وبعد أن سردنا القانون الواجب التطبيق على هذه الطائفة من العقود، لنصل إلى قناعة يقرها الواقع العملي بأن التحكيم هو الوسيلة المتبعة لتسوية النزاعات في عقود الطاقة على أن يكون قانون النزاع هو القانون الوطني، وبما أن عقود الطاقة عقوداً إدارية بحسب الرأي الراجح، فقد ثار بها ما ثار بالعقود الإدارية من جدل حول مشروعية التحكيم فيها، لنعرض في هذا الصدد للرأي المعارض لإخضاع العقود الإدارية للتحكيم وحججهم ورأي القائلين بخلاف ذلك والذين يرون أنه لا غضاضة في أن يكون التحكيم وسيلة مقبولة لتسوية نزاعات العقد الإداري.

---

[1] د. حماده عبدالرزاق حماده، التحكيم في عقود البوت، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2013، ص109-110

[2] د. فتحي والي، قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، الطبعة الأولى 2007 منشأة المعارف – الإسكندرية ص 17

[3] د. حماده عبدالرزاق حماده، التحكيم في عقود البوت، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2013، ص108

المطلب الأول: الرأي المعارض للتحكيم في عقود الطاقة

تعد فرنسا الحاضنة الأولى للمبدأ الذي يحظر التحكيم في المنازعات الناشئة عن العقود الإدارية، وذلك بتبني المشرع الفرنسي لنهج عدم مشروعية لجوء الأشخاص المعنوية العامة إلى التحكيم لحل النزاعات الناشئة عن العقود الإدارية[1].

ولقد نشر أستاذنا البروفسور مجدي شعيب (حفظه الله) في بحثٍ قيّم له ماجاء على لسان الأستاذ Cambournac في كلمته التي ألقاها في 17 سبتمبر 1990 أما المؤتمر الذي نظمته الجمعية الفرنسية للتحكيم:"إن التحكيم يتعارض تمام التعارض مع القانون الإداري كما يتعارض الماء والنار[2]".

ورغم تغير الظروف داخل فرنسا، حتى أصبح المواطن الفرنسي يقف في طابور الخبز ليشتريه من مخبز تملكه الحكومة، إلا أن الموقف المعارض للتحكيم ظل ثابتاً في فرنسا من خلال مواقف قضائه الإداري ولقد عبر عن ذلك الأستاذ Auby قائلاً:"يوجد فقه قضائي قديم لم يتم هجره حتى الآن، يحظر على الأشخاص الإدارية اللجوء إلى التحكيم لتسوية منازعاتها[3]".

ويستند الرأي الرافض للتحكيم في المنازعات الإدارية إلى عدة حجج التي تندرج تحت المبادئ العامة للقانون وهي الحجة الأولى التي سنعرض لها، كما تستند حجج الرأي الرافض لإعمال التحكيم في العقود الإدارية بشكل عام وعقود الطاقة بشكل خاص إلى أساس تشريعي بالإضافة إلى حجج أخرى منبثقة عن الأحكام القضائية.

---

[1] دكتور وليد محمد عباس، التحكيم في المنازعات الإدارية ذات الطبيعة التعاقدية، دراسة مقارنة في فرنسا ومصر ودول مجلس التعاون لدول الخليج العربي، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية 2010 ص110

[2] الأستاذ الدكتور مجدي عبد الحميد شعيب، اتفاق التحكيم وإشكالية الاختصاص بالفصل في الأمور المستعجلة، مجلة الأمن والقانون، السنة التاسعة عشرة، العدد الثاني، يوليو 2011 ص2

[3] الأستاذ الدكتور مجدي عبدالحميد شعيب، التحكيم في العقود الإدارية، المجلة القانونية الإقتصادية التي تصدرها كلية الحقوق جامعة الزقازيق، 1998 ص 30-31

أولاً - الحجج المستقاة من المبادئ العامة للقانون

يمكن تعريف المبادئ العامة للقانون بأنها مجموعة القواعد القانونية المستخلصة من استقرار النظام القانوني وهي قواعد ثانوية مكملة للصرح النظام القانوني بما له من تنظيمات سياسية واقتصادية واجتماعية، والمبادئ العامة للقانون تعد إلى جانب النصوص التشريعية أساساً لحظر التحكيم في منازعات العقود الإدارية[1]، وتجدر الإشارة إلى أن مجلس الدولة الفرنسي كان قد اعتبر المبدأ القاضي بحظر لجوء الأشخاص المعنوية العامة للتحكيم في حل نزاعاتها من المبادئ العامة للقانون التي تعتبر مصدراً هاماً من مصادر المشروعية التي يتعين على جهة الإدارة التقيد بها واحترامها. وذلك استناداً إلى أن[2]:-

1- التحكيم يتعارض مع سيادة الدولة

للدولة شخصية قانونية تتمتع بها وتسمى هذه الشخصية بالشخصية المعنوية المتمتعة بالسيادة عن سائر الأشخاص المعنوية الأخرى بل وتتسم بالعمومية بحيث تصبح جهة الإدارة شخصاً معنوياً عاماً، وليس كأي شخص معنوي عادي، مما يجعلها شخصية ذات سلطة عليا تشترِط ولا يُشترط عليها، تُخضع ولا تخضَع لسلطة أخرى بل وتسيطر على إرادة الآخرين ولا يحق للآخرين إملاء إرادتهم عليها، وبما أن التحكيم قضاء خاص ينئى من اختاره بنفسه عن قضاء الدولة فهذا يعد بلا ريب اعتداءً على سيادة الدولة[3]. وفي هذا الصدد وأثناء مناقشة مشروع قانون لإضافة فقرة ثانية للمادة الأولى من قانون التحكيم المصري رقم 27 لسنة 1994 في مجلس الشعب، حتى يشمل

[1] محمد طه سيد أحمد، رسالة دكتوراة بعنوان "ضمانات تنفيذ أحكام التحكيم في منازعات العقود الإدارية"، دراسة مقارنة، جامعة أسيوط، 2012 ص37

[2] الدكتور شريف يوسف خاطر، التحكيم في منازعات العقود الإدارية وضوابطه، دراسة مقارنة في ضوء أحدث آراء الفقه وأحكام القضاء وموقف التشريع الفرنسي والمصري، دار الفكر والقانون، المنصورة، الطبعة الأولى 2011 ص118

[3] الأستاذ الدكتور مجدي عبدالحميد شعيب، التحكيم في العقود الإدارية، المجلة القانونية الإقتصادية التي تصدرها كلية الحقوق جامعة الزقازيق، 1998 ص 31-32

العقود الادارية، قال أحد اعضاء مجلس الشعب المصري :"إن دخول الدولة مجال التحكيم هو إسقاط لسيادتها[1]".

2- التحكيم يتعارض مع مبدأ الفصل بين السلطتين الإدارية والقضائية

لقد أرسى الفقه الفرنسي مبدأً سامياً يقتضي بوجود قضاءٍ متخصص لنظر نزاعات جهة الإدارة اتخذ شكلاً مهيباً يسمى مجلس الدولة في معظم البلدان، وإن لجوء جهة الإدارة للتحكيم في منازعاتها لهو إهدار لمبدأ الفصل بين السلطات ولاسيما الإدارية والقضائية، وهو يعد انتهاك لفكرة الراسخة رسوخ الجبال لدى الدولة الفرنسية.[2] ويؤكد الفقيه Laubadere أن قواعد توزيع الاختصاص بين جهتي القضاء العادي والإداري تعد من القواعد المتعلقة بالنظام العام وهذه القواعد تجعل اختصاص القضاء الإداري اختصاصاً جبرياً لا خيار فيه[3]. وفي معرض الحديث عن هذه النقطة ذهب بعض الفقه إلى القول :"من المعلوم أن فض منازعات العقود الإدارية عن طريق التحكيم أمر يتعارض من حيث المبدأ مع الفلسفة التي دعت للأخذ بنظام ازدواجية القانون والقضاء في كل من فرنسا ومصر، لذلك لا يجيز المشرع الفرنسي كقاعدة عامة اللجوء للتحكيم لفض منازعات عقود أشخاص القانون العام[4]..".

هنا يثور تساؤل عن مدى تعارض اتفاق التحكيم مع حصانة الدولة القضائية، وللإجابة على هذا التساؤل يجب علينا إدراك أن اتفاق التحكيم هو إعلان الأطراف عن رغبتهم الواضحة الجلية في اللجوء للتحكيم، وينشأ باتفاق التحكيم إرادة الأطراف غير القابلة للتأويل كما أسلفنا وهذه الإرادة التي هي كنه اتفاق التحكيم هي التي تعطي إشارة البدء للشروع في إجراءات الدعوى التحكيمية،

---

[1] دكتور جورجي شفيق ساري، التحكيم ومدى جواز اللجوء إليه لفض المنازعات في مجال العقود الإدارية، الموقف المعارض وحججه والموقف المؤيد وحججه دراسة تفصيلية تحليلية مقارنة مع فروع القانون الأخرى في القضاء والفقه والتشريع في كل من فرنسا ومصر، دار النهضة العربية، الطبعة الثانية، القاهرة 2005 ص107

[2] الأستاذ الدكتور مجدي عبدالحميد شعيب، التحكيم في العقود الإدارية، المجلة القانونية الإقتصادية التي تصدرها كلية الحقوق جامعة الزقازيق، 1998 ص34

[3] د. وليد محمد عباس، التحكيم في المنازعات الإدارية ذات الطبيعة التعاقدية، دراسة مقارنة في فرنسا ومصر ودول مجلس التعاون لدول الخليج العربي، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية 2010 ص126

[4] أ.د. مجدي عبدالحميد شعيب، مدى تأثير نظرية العقود الإدارية بأحكام القانون المدني، بحث منشور في مجلة الأمن والقانون، مجلة دورية محكمة تصدرها أكاديمية شرطة دبي، السنة الثالثة والعشرون ، العدد الأول يوليو 2015، الطبعة الأولى، ص36

ولاتفاق التحكيم صورتين: فهو إما شرط تحكيم (وهو ليس اتفاق مستقل عن العقد الأساسي بل متضمنٌ فيه[1]) ومشارطة تحكيم (وهو اتفاق مستقل عن العقد الأساسي[2])، وبالعودة للتساؤل نشير إلى أنه من المسلّم به أن للدولة حصانة تمنع خضوعها للقضاء أو للسلطة التنفيذية لدولة اجنبية، فقد قضت محكمة استئناف باريس بأنه إذا أبرمت هيئة اليونسكو ومقرها باريس عقداً مع شخص يتضمن شرط تحكيم، فليس لها التمسك أمام المحكمة الفرنسية بعدم قبول طلب تعيين محكم عن اليونسكو لامتناعها عن تعيينه، لأنها بموافقتها على شرط التحكيم تكون قد تنازلت عن حصانتها تجاه الإختصاص القضائي للمحاكم الفرنسية بمسائل التحكيم. وذلك بعكس إجراءات التنفيذ (مع الأخذ بالاعتبار نصوص اتفاقية نيويورك بشأن تنفيذ الأحكام الأجنبية) فيتوجب على الدولة إما أن تكون موقعة على اتفاقية نيويورك أو أن ترضى صراحةً بأن ينفذ على أرضها ذلك الحكم ومنح الاختصاص في هذا الشق لمحكمة أجنبية[3].

ولعل من نافلة القول أن هذا الافتراض قد حصل بالفعل، حين وقعت اليونسكو عقداً مع شخص يدعى "ماكس هنري بولوا" ونشب خلاف بينها وبينه وكان عقدهما ينص على التحكيم الحر وتشكيل هيئة التحكيم بأن يعيّن بولوا محكماً عنه وتعين اليونسكو محكماً عنها، ويتفق المحكمان على الحكم الثالث فإن لم يتفقا يقوم رئيس محكمة العدل الدولة بتعيين هذا المحكم الثالث. لكن المشكلة أن اليونسكو رفضت الإعتداد بالنزاع ولم تعين محكماً من جانبها. بينما باشر ذلك "بولوا" على الفور. ولقد كانت حجة اليونسكو في هذا الصدد تمسكها بحصانتها الدولية. وخلاصة النزاع أن المحكمة اعتبرت توقيع اليونسكو على شرط التحكيم تنازلاً منها عن حصانتها تلك[4].

---

[1] الأستاذ الدكتور مجدي عبدالحميد شعيب، اتفاق التحكيم وإشكالية الاختصاص بالفصل في الأمور المستعجلة، مجلة الأمن والقانون، السنة التاسعة عشرة، العدد الثاني، يوليو 2011 ص6-7

[2] الأستاذ الدكتور مجدي عبدالحميد شعيب، اتفاق التحكيم وإشكالية الاختصاص بالفصل في الأمور المستعجلة، مجلة الأمن والقانون، السنة التاسعة عشرة، العدد الثاني، يوليو 2011 ص17

[3] د. فتحي والي، قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، الطبعة الأولى 2007 منشأة المعارف – الإسكندرية ص 179-181

[4] د.خالد محمد القاضي، موسوعة التحكيم التجاري الدولي، في منازعات المشروعات الدولية المشتركة مع إشارة خاصة لأحدث أحكام القضاء المصري، دارالشروق، الطبعة الأولى 2002، ص 296 و297

ومن التطبيقات العملية في عقود الطاقة لتنازل الدولة عن سيادتها بمناسبة عقد من عقود الطاقة، هو نص المادة (18-4) (التصرفات التجارية – الحصانة السيادية) من اتفاقية منح إلتزام محطة سيدي كرير البخارية والذي ينص على أنه: "توافق الهيئة موافقة غير مشروطة وغير قابلة للإلغاء على أن تحريرها وتسليمها وتنفيذها هذه الاتفاقية التي تدخل ضمن برنامج الضمان والتي تعتبر طرف فيها تعتبر تصرفات خاصة وتجارية.وتعزيزاً لما تقدم توافق الهيئة موافقة غير قابلة للإلغاء وغير مشروطة على مايلي :-"1- أنها لن تطالب هي أو من ينوب عنها بأي حصانة من الاجراءات لنفسها أو لأي من أصولها ... مثل نظام الشبكة وأصول ومعدات توليد الكهرباء[1]..".

بل إن الأمر قد يتعدى ذلك، فحتى حين يتم النص على القانون الموضوعي الذي يحكم النزاع، بإرادة وإجماع الطرفين، ومن خلال مشارطة تحكيم، فإن هذا الاتفاق يمكنه ببساطة تجاهله وإخضاع جهة الإدارة لقانون تتحكم فيها مزاجية المحكم، وذلك مثلما حصل في نزاع شركة أرامكو مع الحكومة السعودية، فنتيجة الاتفاق الذي أبرمته المملكة مع شركة أوناسيس والذي يقضي بأحقية أوناسيس بنقل النفط لخارج المملكة، والذي أثار حفيظة شركة أرامكو في خمسينيات القرن المنصرم، دافعةً بحق الامتياز البترولي الحصري الذي حصلت عليه من الحكومة السعودية في الثلاثينات، ولقد أدى هذا التحفظ لتوقيع مشارطة تحكيم والذي نص على أن النزاع يخضع للقانون السعودي، إلا أنه وأمام هيئة التحكيم، قام المحكم في النزاع بتجاهل هذا الاتفاق بزعم أن القانون السعودي يعني الفقه الحنبلي وأن الحنابلة لا يعرفون الفرق بين الاتفاقيات والمعاهدات الدولية والعقود الإدارية وغير الإدارية وأنه لا يوجد تأصيل فقهي قانوني يعالج موضوع النزاع، ليفرض على الخصوم في حينه إعمال قواعد القانون الإنجليزي بدلاً عن قانون المملكة، وفي ذلك هدر واضح للسيادة[2].

---

[1] د. حماده عبدالرزاق حماده، التحكيم في عقود البوت، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2013، ص241-242

[2] أ.د. حفيظة السيد الحداد، الاتفاق على التحكيم في عقود الدولة ذات الطبيعة الإدارية وأثرها على القانون الواجب التطبيق، دار المطبوعات الجامعية، المكتبة القانونية، الإسكندرية، ص48-52

3- تعارض التحكيم مع النظام العام

حين يتم ذكر النظام العام في القانون الوضعي تتجه الأذهان للقواعد الآمرة التي لا يجوز للأفراد الاتفاق على مخالفتها[1]، ففكرة النظام العام في القانون الإداري يقصد بها المصلحة العامة التي يجب تغليبها على مصلحة الفرد، وهو أحد المبادئ التي يرتكز عليها القانون الإداري بشكل راسخ و تعد ركناً ركيناً من العمدان الي يقوم عليها القانون الإداري[2]. وفي هذا الصدد يقول أستاذنا البروفسور مجدي شعيب (حفظه الله) أن :"السلطة العامة هي الأمينة على تحقيق المنفعة العامة وهذه ترتبط من ثم بالنظام العام وبالتالي اللجوء لمحكم خارجي بعيداً عن القضاء المتخصص في فض منازعات الإدارة يعني إهداراً لهذه المنفعة وخروجاً على مقتضيات النظام العام".[3]ومن قواعد النظام العام القواعد المتعلقة باختصاص محاكم القضاء الإداري حصراً بنظر منازعات العقود الإدارية[4]. فالمشرع المصري يرفض بشكل قطعي قيام التحكيم وهيئاته بالمساس بالنظام العام، فحين تم إبرام عقد محطة سيدي كرير الذي تضمن تنازلاً صريحاً غير قابل للنقض أو الرجوع فيه عن الحصانة رأت اللجنة الثالثة في مجلس الدولة عند مراجعتها هذا العقد حذف هذا النص لمساسه بسيادة الدولة، وهو تحفظ تم تجاهله للأسف، وفي هذا مخالفة لنص المادة 2/53 من قانون التحكيم المصري رقم 27 لسنة 1994 والتي نصت على أنه لا يجوز تنفيذ أحكام التحكيم إلا بعد التحقق من بعض النقاط والتي منها عدم تضمن الحكم التحكيمي مخالفة للنظام العام[5].

---

[1] د.حماده عبدالرزاق حماده، التحكيم في عقود البوت، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2013، ص277

[2] دكتور عبدالعزيز عبدالمنعم خليفة، التحكيم في المنازعات الإدارية العقدية وغير العقدية، دراسة تحليلية تطبيقية، المكتب الجامعي الحديث، الطبعة الأولى 2015 ص92

[3] أ. د. مجدي عبدالحميد شعيب، التحكيم في العقود الإدارية، المجلة القانونية الإقتصادية التي تصدرها كلية الحقوق جامعة الزقازيق، 1998 ص 38

[4] دكتور عبدالعزيز عبدالمنعم خليفة، التحكيم في المنازعات الإدارية العقدية وغير العقدية، دراسة تحليلية تطبيقية، المكتب الجامعي الحديث، الطبعة الأولى 2015 ص 92

[5] د. حماده عبدالرزاق حماده، التحكيم في عقود البوت، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2013، ص281-282

4- ضعف عدالة التحكيم

يقول مفوض الحكومة gazier في تقريرٍ قدمه لمجلس الدولة الفرنسي عام 1957 "إن من الأسباب التي تمنع الدولة من اللجوء للتحكيم هي عدالة التحكيم المتذبذبة[1]"، فهذه الحجة تأصل لعدم موضوعية التحكيم وخاصة في التحكيم ذو الصبغة الدولية، لأنه غالباً ماتكون الدول الكبرى طرفاً في مثل هذا النوع من التحكيم والطرف الآخر دولة نامية، فيكون من النادر إصدار حكم تتغياّ هيئة التحكيم فيه العدل، فحتى لو تعرض المحكمون للضغوطات فقد أظهر التاريخ أن الدولة النامية هي دائماً وأبداً الطرف الذي يخرج من التحكيم بخفيْ حنين ولاسيما في منازعات عقود البترول[2]. ومثال على ذلك نزاع Texaco الشهير، في ظل النزاع الذي دار بين الحكومة الليبية وشركةTexaco, Overseas Petroleum Company، في سبعينيات القرن المنصرم، ويعود تفاصيل النزاع إلى إبرام الدولة الليبية عقد إمتياز التنقيب عن النفط لصالح لشركة تكساكو، وفق بند نموذجي ينص على حفظ حقوق المستثمر الأجنبي، إلا أن الحكومة الليبية قامت ومن دون سابق إنذار بتأميم 51% من أسهم شركة تكساكو وشركة أخرى، دون بقية الشركات العاملة في حقلي النفط والغاز في ليبيا، مما حدى بالشركة إلى تفعيل بند التحكيم، وهو طلب قوبل بالتجاهل من قبل الحكومة الليبية، مما حدى بالشركة أن تلجأ لمحكمة العدل الدولية لتعيين محكم يفصل في النزاع يمثل وجهة النظر الليبية، ورغم أن التأميم حق من حقوق الدولة السيادية، وبغض النظر عن وجود تعويض عادل من عدمه، إلا أن هيئة التحكيم قد خلعت عن عقد الامتياز أصلاً الصبغة الإدارية المشترطة لكي تقوم الدولة بتأميم المشروع بإرادتها المنفردة، والذي قابله عدم تمسك المحكم عن الطرف الليبي بإدارية العقد، ونظراً لوجود النص السابق ذكره والذي يضمن للشركة الأجنبية شرط عدم المساس بحقوقها المضمونة بموجب العقد، ليمكّن هذا هيئة التحكيم من تجريد الدولة الليبية من حقها في فرض التأميم دون الرجوع للمستثمر، وقبل ذلك

[1] لطفي أبو المجد موسى، رسالة دكتوراة بعنوان "التحكيم في منازعات العقد الإداري في فرنسا ومصر"، دراسة مقارنة، جامعة أسيوط، 2010 ص150

[2] دكتور رجب محمد السيد الكحلاوي، حدود الرقابة القضائية على التحكيم في منازعات العقود الإدارية (دراسة مقارنة)، دار النهضة العربية، القاهرة 2010 ص130

القرار دار جدل واسع بين فقهاء القانون عن تكييف العقد وعن أحقية الدولة الليبية في التأميم، وهو لغط اطال من أمد النزاع، وكان ولا يزال دليلاً قوياً على ضعف عدالة التحكيم التي تتخطبها الأهواء وعدم الإلمام التام بالأنظمة القانونية المعمول بها في الدول المنتجة للنفط والغاز[1]. وهذا الحكم تعارض مع الكثير من الأحكام الاخرى التي تؤيد حق الدولة في تأميم المشروعات سواءً بشكل جزئي أو كلي، ومنها حكم النزاع بين حكومة الكونغو وشركة أجيب الإيطالية عام 1975[2]. ومن ذلك أيضاً النزاع الذي ثار بين حكومة دبي وشركة دبي Drydocks الذي فرض فيه المحكم القانون الإنجليزي رغم اتفاق الأطراف على إخضاع التحكيم لقانون إمارة دبي، ليبين مدى تحيز المحكم وعدم تحريه الدقة والحيدة في النزاع المعروض أمامه[3].

بعد أن عرضنا للمبادئ العامة للقانون كحجة أصيلة يتبناها الرأي القائل بعدم مشروعية إعمال شرط التحكيم في عقود الطاقة بشكل خاص والعقود الإدارية بشكل عام، نعرض للأسانيد القانونية التي تؤيد وجهة نظر القائلين بعدم المشروعية، لنعرض للتشريعات القائلة بحظر التحكيم في عقود الطاقة في كل من فرنسا ومصر ودولة الإمارات العربية المتحدة، وذلك حسب ما يلي.

ثانياً - الأساس التشريعي لمبدأ تحريم التحكيم

بعد أن تم عرض الحجج المستقاة من المبادئ العامة للقانون وكيف أسهمت في تدعيم الرأي القائل بحظر لجوء الأشخاص المعنوية العامة للتحكيم في المنازعات ذات الطابع الإداري، يتجلى لنا دور التشريعات التي كرست لمبدأ الحظر لتجعله أمراً غير قابل للنقاش نظراً لدحض الاجتهاد مع وجود النص، لكن الإشكالية في التطرق للمواد القانونية التي تحدثت عن حظر اللجوء للتحكيم في المنازعات الإدارية أنها نصوص لم ترد في القانون الإداري بقدر ما وردت في سوادها الأعظم في نصوص القانون الخاص، وانطلاقاً من اللبنة التشريعية الأولى القائلة بحظر التحكيم في العقود

[1] أ.د. حفيظة السيد الحداد، الاتفاق على التحكيم في عقود الدولة ذات الطبيعة الإدارية وأثرها على القانون الواجب التطبيق، دار المطبوعات الجامعية، المكتبة القانونية، الإسكندرية، ص52-58

[2] د. مجدي دسوقي، تدويل الحلول في منازعات البترول، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، 2012،ص69-73

[3] أ.د.حفيظة السيد الحداد، الموجز في النظرية العامة في التحكيم التجاري الدولي، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2007 لسنة 1947،ص223

الإدارية نجد أن فرنسا التي هي كما أسلفنا مهد الفريق القائل بالحظر تتضمن تشريعاتها اللبنة التشريعية للحظر، والتي تمثلت فيما نص عليه قانون المرافعات الفرنسي القديم لسنة 1806، حيث نصت المادة 1004 منه على عدم جواز إعمال التحكيم في المنازعات الواجب إبلاغ النيابة عنها – أي المنازعات الإدارية -، ولقد عددت المادة 83 من نفس القانون قائمة بهذه المنازعات[1]. ولقد حلت محل هاتين المادتين المادة 2060 من القانون المدني الحالي رقم 626 – 72 الصادر بتاريخ 5 يوليو 1972، وقبل ذلك ظلت المادتين 83 و 1004 من قانون الإجراءات المدنية القديم ولفترة طويلة هي الوجهة التشريعية المانعة للجوء للتحكيم بالنسبة للمنازعات التي تكون الدولة أو أحد أشخاصها العامة طرفاً فيها، فقد حظرت المادة 1004 التحكيم في المنازعات الواجب إبلاغها إلى النيابة العامة، وتكفلت المادة 83 بتحديد المنازعات التي يجب أن تبلغ النيابة العامة بشأنها في المنازعات التي تتعلق بالنظام العام وبالدولة وبالبلديات وبالمؤسسات العامة[2]. ولا يزال مجلس الدولة الفرنسي يقف كسد منيع أمام إعمال قواعد التحكيم في العقود الإدارية، ورسخ لبطلان شرط التحكيم في العقود الإدارية لمخالفته النظام العام[3].

وفيما يتعلق بالتشريع المصري فقد اتسم المشرع المصري بالحرص الشديد على أن يحفظ هيبةُ القطاع العام وجهات الإدارة المختلفة وتجنيب عقود الدولة التحكيم كوسيلة لفض المنازعات وذلك في تشريعات عدة منها التشريعات المصرية التي من الضروري أن نشير لها، فالتشريعات المصرية لم تتضمن نصاً تشريعياً ينظم مسألة التحكيم في المنازعات الإدارية قبل تعديل قانون التحكيم رقم 27 لسنة 1994 بالقانون رقم 9 لسنة 1997، أما فيما يخص القانون الخاص فلقد كان إعمال قانون المرافعات المدنية والتجارية رقم 13 لسنة 1968 والذي تضمن النص على أن التحكيم هو الأصل حيث نصت المادة 501 على أنه :"يجوز الاتفاق على التحكيم في نزاع معين

---

[1] أ. د. مجدي عبدالحميد شعيب، التحكيم في العقود الإدارية، المجلة القانونية الإقتصادية التي تصدرها كلية الحقوق جامعة الزقازيق، 1998 ص49

[2] دكتور وليد محمد عباس، التحكيم في المنازعات الإدارية ذات الطبيعة التعاقدية، دراسة مقارنة في فرنسا ومصر ودول مجلس التعاون لدول الخليج العربي، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية 2010 ص111-112

[3] د.حماده عبدالرزاق حماده، التحكيم في عقود البوت، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2013، ص136

بوثيقة تحكيم خاصة، كما يجوز الاتفاق على التحكيم في جميع المنازعات التي تنشأ من تنفيذ عقد معين.."، ويعلق الأستاذ الدكتور مجدي شعيب (حفظه الله) على هذه المادة بقوله :"ظاهر هذه المادة أنه ليس هناك مايمنع من اللجوء للتحكيم للفصل في منازعة تتعلق بأي عقد أياً كانت صفته، إلا أن الوضع قد استقر على قصر تطبيق هذا النص على العقود التي تخضع للقانون الخاص، وذلك حتى صدور القانون رقم 27 لسنة 1994[1]".

هذا ويرتئي بعض أنصار مبدأ حظر لجوء الأشخاص المعنوية العامة للتحكيم إلى أن لجوء الأشخاص المعنوية للتحكيم يتعارض مع الدستور؛ حيث تنص المادة 172 من الدستور المصري على أن :"مجلس الدولة هيئة قضائية مستقلة يختص بالفصل في المنازعات الإدارية وفي الدعاوى التأديبية[2]".

كما أن التحكيم محظور تماماً بين القطاع العام وإحدى شركات القطاع العام فيما يتعلق بسير المرفق العام، وذلك منذ إقرار القانون رقم 203 لسنة 1991 بشأن شركات قطاع الأعمال، فحتى لو تم النص في عقد من تلك العقود على التحكيم كوسيلة لفض النزاعات، فإن هذا النص يبطل وينسحب الاختصاص من التحكيم ويعقد فقط وحصراً لمجلس الدولة المصري[3].

كذلك اتجهت إرادة مجلس الشعب المصري (البرلمان) في أكثر من مناسبة إلى رفض إخضاع النزاعات الإدارية للتحكيم، ومن ذلك مناقشات البرلمان الخاصة بتعديل القانون رقم 27 لسنة 1994 حيث طالب البعض في إحدى الجلسات أن تضاف العقود الإدارية وتذكر صراحةً في المادة الثانية من مشروع القانون، إلاّ أن رئيس مجلس الشعب في حينه تلافى الميل لهذا الاقتراح رغبةً منه في عدم تشجيع المستثمرين على إخضاع التعاقدات مع جهة الإدارة للتحكيم، وتم طرح

---

[1] أ. د. مجدي عبدالحميد شعيب، التحكيم في العقود الإدارية، المجلة القانونية الإقتصادية التي تصدرها كلية الحقوق جامعة الزقازيق، 1998، ص56

[2] د. شادية إبراهيم مصطفى المحروقي و د. أحمد محروس علي ناجي، التحكيم في العقود الإدارية دراسة مقارنة، مكتبة القانون والاقتصاد، الرياض 2012 ص85

[3] د.حماده عبدالرزاق حماده، التحكيم في عقود البوت، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2013، ص 176-177

المقترح للتصويت، ونظراً لكون هذا البند لم يدرج في القانون بصيغته النهائية، فهو دليل على أن التصويت لم يكن في حينه لصالح المقترح الذي أشرنا إليه[1].

وبخصوص الوضع في دولة الإمارات العربية المتحدة فيمكن القول أنه رغم إنتماء المدرسة القانونية في دولة الإمارات لذات المدرسة القانونية التي تنتمي إليها كل من مصر وفرنسا، إلا أن المشرع الإماراتي لم يفرد لفكرة حظر اللجوء للتحكيم في العقود الإدارية تشريعات ونظريات فقهية خاصة، فنص المادة 4/203 من قانون الإجراءات المدنية الاتحادي جاء فيه :"لايجوز التحكيم في المسائل التي لا يجوز فيها الصلح[2]"، فلم نجد في استقرار مواد القانوني ما يحظر صراحة على جهة الإدارة اللجوء للتحكيم لفض منازعات العقود الإدارية، وهنا يُحمل النص على عموميته ما لم يوجد نص يقيّده. أما وجهة نظر المشرع في إمارتي أبوظبي ودبي ،فبدءاً من إمارة أبوظبي نعرض لموقف قانون الإجراءات المدنية الظبياني رقم (3) الصادر عام 1970 والذي تم التطرق فيه إلى التحكيم[3]، ونخلص إلى أنه لا يوجد كذلك حظر صريح على جهة الإدارة بالقول بعدم أحقيتها إعمال التحكيم في عقودها، ولا يعني هذا عدم وجود رأي قانوني وفقهي يقفان موقفاً حازماً خلف عدم إعمال التحكيم في العقود الإدارية في إمارة أبوظبي في الكثير من تعاقداتها. **أما في إمارة دبي** فيختلف الوضع عنه في أبوظبي، فقد نصت المادة (36) من القانون رقم (6) لسنة 1997 على أنه:" لا يجوز النص في أي عقد تكون حكومة دبي أو إحدى الدوائر التابعة لها طرفاً فيه، على إجراء التحكيم خارج دبي، أو أن يخضع أي خلاف بشأن التحكيم، وكذلك الإجراءات المتعلقة به، لأية قوانين أو أصول خلاف القوانين والأصول النافذة في دبي، ويعتبر أي نص مخالف باطلاً وغير ملزم، واستثناءً من ذلك، وحيثما اقتضت المصلحة العامة، يجوز بموافقة خطية من الحاكم إعفاء الحكومة أو أي من دوائرها ومؤسساتها وهيئاتها من التقيد بهذ االحكم"[4]،

---

[1] المرجع السابق، ص 151-152

[2] د. هاني محمد كامل المنايلي، اتفاق التحكيم وعقود الاستثمار البترولية، دراسة مقارنة على الدول العربية مقارنة بالتشريعات الوضعية في العالم، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ص204

[3] الجريدة الرسمية لحكومة أبوظبي - السنة الثالثة - العدد الثاني - إبريل 1970

[4] موقع بلدية دبي

ويستشف من النص عدم جواز التحكيم خارج دبي، وأن يتم إخضاع النزاع للتحكيم بشأن عقد حكومي، ما لم يتم الحصول على موافقة صاحب السمو الحاكم.

وبعد أن عرضنا للحجج التشريعية التي تقول بعدم جواز التحكيم في العقود الإدارية، نعرض للأحكام القضائية التي تؤيد وجهة نظر القائلين بعدم مشروعية التحكيم في عقود الطاقة وعقود الإدارة بشكل عام.

ثالثاً - الأحكام القضائية التي استند إليها الرأي المعارض للتحكيم

استند الرأي المعارض للتحكيم في فرنسا إلى مسلك قضائي معارض للتحكيم وتجلى ذلك في الأحكام التي أصدرها مجلس الدولة الفرنسي الذي اتخذ موقفاً صلباً إزاء لجوء الأشخاص المعنوية العامة إلى التحكيم لحسم المنازعات المتعلقة بالعقود الإدارية. فبتفحص الأحكام الصادرة عن مجلس الدولة الفرنسي فيما يخص التحكيم في العقود الإدارية يتبين لنا تحفظ مجلس الدولة الدائم على لجوء الأشخاص المعنوية العامة للتحكيم فيما يخص العقود الإدارية[1]، و لقد تجلى موقف مجلس الدولة في حكمه الصادر بخصوص قضية Ouvard حيث رفض مجلس الدولة رفضاً غير قابل للنقاش أن يتضمن العقد الذي تبرمه جهة الإدارة شرط تحكيم، محيلاً في حكمه هذا إلى ماتقضي به نصوص قانون الاجراءات المدنية2. ومن أمثلة الأحكام التي قضى بها مجلس الدولة في هذا الصدد الحكم الصادر في قضية الشركة الوطنية لبيع الفوائض والذي صدر في 13 ديسمبر 1957[3]. وحكم قضية الشركة العامة للهواتف والصادر في 19 مارس 1893.و حكم مجلس الدولة في قضية مدينة إكس لي بان في 19 مارس 1893[4]. والذي قرر فيهم جميعاً مجلس

---

[1] عباس، دكتور وليد محمد، التحكيم في المنازعات الإدارية ذات الطبيعة التعاقدية، دراسة مقارنة في فرنسا ومصر ودول مجلس التعاون لدول الخليج العربي، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية 2010 ص136

[2] أ.د. مجدي عبدالحميد شعيب، التحكيم في العقود الإدارية، المجلة القانونية الإقتصادية التي تصدرها كلية الحقوق جامعة الزقازيق، 1998 ،ص57-58

[3] لطفي أبو المجد موسى، رسالة دكتوراة بعنوان "التحكيم في منازعات العقد الإداري في فرنسا ومصر"، دراسة مقارنة، جامعة أسيوط، 2010 ص142

[4] المرجع السابق ص144

الدولة الفرنسي أن المؤسسات العامة لا يجوز لها اللجوء إلى التحكيم لحسم أي نزاع تكون طرفاً فيه حتى ولو كان لها صبغة تجارية.

كان هذا رأي قضاء مجلس الدولة، أما عن موقف القضاء العادي فلم يكن موقف القضاء العادي في فرنسا مغايراً لموقف مجلس الدولة بل سجل تاريخ القضاء العادي في فرنسا موقفاً متزمتاً حول لجوء الدولة والأشخاص القانونية العامة للتحكيم، ليؤيد مبدأ حظر اللجوء للتحكيم في العقود الإدارية تأييداً تجلى واتضح في عدة أحكام صادرة عنه والتي منها على سبيل المثال لا الحصر حكمه في قضية *San Carlo* وهو حكم انتهت فيه محكمة *Aix-en-provence* إلى تأكيد الحظر، وكذلك حكم *Bec Freres* و *Icori* والذي انتهت فيه محكمة استئناف باريس إلى تأكيد الحظر موضوع الدراسة[1].

وفيما يتعلق بموقف القضاء الإداري المصري فإن هناك العديد من الأحكام التي صدرت عنه والتي أعلن بموجبها رفضه القاطع التسليم بجواز التحكيم في عقود الإدارة، ومن أمثلة ذلك الدعوى رقم 486 لسنة 39 قضائية التي رفعتها الشركة المصرية للمساهمة والتعمير والإنشاءات السياحية والتي آل إليها عقد إمتياز هضبة المقطم بموجب القانون رقم 187 لسنة 1955 ضد وزير الإسكان والمرافق وآخرين، حيث طالبت الشركة في دعواها بإلزام المدعي عليهم بتعيين محكم يمثلهم كي يتسنى تسوية المنازعات القائمة بينهم تطبيقاً لاتفاق أبريل 1955 وبالفعل حكمت المحكمة بإلزام المدعي عليه بتعيين محكم، لكن هيئة قضايا الدولة طعنت على الحكم أمام الإدارية العليا التي قضت في حكمها في 20 فبراير 1955 حظر التحكيم في العقود الإدارية[2]. ومن ذلك القضية الشهيرة بين المجلس الأعلى للآثار وإحدى الشركات الإنجليزية فيما يخص أعمال الموقع الخارجي لمتحف آثار النوبة، والذي قضى بموجبها القضاء تفعيل شرط التحكيم في العقد وأيدته

---

[1] دكتور وليد محمد عباس، التحكيم في المنازعات الإدارية ذات الطبيعة التعاقدية، دراسة مقارنة في فرنسا ومصر ودول مجلس التعاون لدول الخليج العربي، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية 2010 ص147

[2] أ. د.مجدي عبدالحميد شعيب، التحكيم في العقود الإدارية، المجلة القانونية الإقتصادية التي تصدرها كلية الحقوق جامعة الزقازيق، 1998 ص74-75

في هذا التوجه الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع في تاريخ 18 ديسمبر 1996[1]. بالإضافة إلى حكم محكمة القضاء الإداري بعدم قبول الدفع الذي أبداه المدعي باختصاص هيئة التحكيم في أن تفصل في نزاع عقد إنشاءات المعروف باسم "مشروع الشهيد أحمد حمدي"، حيث نص البند العاشر من الاتفاقية على إخضاع العقد للتحكيم، وهو أمر رفض الإعتداد به القضاء الإداري[2].

أما فيما يتعلق بالوضع في دولة الإمارات العربية المتحدة، فلقد حاولت قدر المستطاع البحث عن مسلك المحاكم فيما يخص يخص التحكيم في العقود الإدارية ولم أتمكن من الحصول على أحكام يمكن الاستئناس بها في هذا الشأن.

و بعد أن بيناّ وجهة نظر القائلين بعدم مشروعية إعمال التحكيم في عقود الطاقة بشكل خاص بصفتها عقوداً إدارية، نعرّج على نظرية أخرى تقول بالمشروعية التامة لإعمال شرط التحكيم في العقود الإدارية التي تكون الدولة أو إحدى مؤسساتها طرف فيها، ولهذا الرأي وجاهته كذلك، وقوة يستقيها أولاً من قدرته على تفنيد حجج القائلين بعدم المشروعية، ومن ثم إيراد الحجج التي يستندون عليها وذلك حسب مايلي.

المطلب الثاني: الرأي المؤيد للتحكيم في عقود الطاقة

على عكس الاتجاه الذي يرفض الأخذ بالتحكيم في منازعات العقود الإدارية هناك اتجاه آخر يرى أنه لايوجد ما يمنع الادارة من ولوج طريق التحكيم لحسم منازعاتها، ولإثبات صحة هذا الاتجاه يشير أنصاره إلى الأهمية التي يحوزها التحكيم كوسيلة من وسائل حسم المنازعات في ضوء التغيرات التي طرأت على الدور الذي تضطلع به الدولة في العصر الحديث، ومايهم التأكيد عليه

[1] المرجع السابق ص78
[2] د. حماده عبدالرزاق حماده، التحكيم في عقود البوت، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2013، ص 144

في هذا المقام هو عدم إقتصار أنصار هذا الاتجاه على دحض الحجج التي ساقها معارضو الأخذ بالتحكيم في مجال العقود الإدارية بل طرحوا أدلة من القضاء والقانون تؤيد وجهة نظرهم.

أولاً- الرد على حجج معارضي التحكيم

دحض حجة أن التحكيم يتعارض مع المبادئ العامة للقانون بشكل عام فيرد عليه أنه في الفترة من الثلاثينات وحتى السبعينات، استطاعت الكثير من التحالفات (الكونسورتيوم) فرض المبادئ العامة للقانون وتمريرها على أنها المشتركة بين البلد صاحب المشروع وبين التحالف، ومن ذلك اتفاق إيران – الكونسورتيوم عام 1954 الذي يعد أول اتفاق نفطي ينتهج هذا الأمر،حيث جاء في المادة 46 منه :"أنه بالنظر إلى اختلاف جنسية الأطراف فإن تفسيره وتنفيذه يتم بمقتضى المبادئ القانونية المشتركة بين كل من إيران والدول التي تتبع لها الشركات المكونة لمجموعة الكونسورتيوم (الاتحاد الدولي للبترول) والذي يضم كل من قوانين كل من فرنسا وبريطانيا وهولندا وأمريكا، وفي حالة عدم وجود مثل هذه المبادئ فيكون ذلك وفقاً للمبادئ العامة المعترف بها في الدول المتمدنة بما في ذلك المبادئ المطبقة من قبل المحاكم الدولية"، ومن ذلك أيضاً الاتفاقية المبرمة بين كل من حكومة دولة الكويت وشركة الزيت العربية المحدودة (الشركة اليابانية للبترول) عام 1958 والتي جاء في المادة 35 منها:".. ونظراً لاختلاف جنسية الفريقين فإن هذا الاتفاق ينفذ ويفسر وفقاً للمبادئ القانونية المشتركة بين الكويت واليابان،وإذا لم توجد هذه المبادئ المشتركة فيكون ذلك وفقاً للمبادئ القانونية المعترف بها عادةً في الدول المتمدنة بصورة عامة، بما في ذلك المبادئ التي طبقتها المحاكم الدولية" ويماثل هذه المادة المادة 16 من الاتفاق المبرم بين حكومة قطر وشركة نفط قطر عام 1932[1].

[1] د. كاوه عمر محمد، التحكيم في منازعات العقود النفطية، منشورات زين الحقوقية ، بيروت - لبنان، الطبعة الأولى 2015، ص318-321

ورغم سهام النقد التي وُجهت لفكرة العمل بالمبادئ العامة للقانون، إلا أن الكثير من هيئات التحكيم اقتنعت بهذه الفكرة وطبقتها في كثير من القضايا. والتي منها ما سوف يأتي ذكره وهو من حيث مفهوم المخالفة لا يعني أبداً الاعتراض على إعمال التحكيم في عقود الطاقة.

فلقد دأبت هيئات التحكيم في فترات ليست بقليلة بالقول بأن المبادئ العامة للقانون هي الواجبة التطبيق على النزاعات في شأن عقود الطاقة ولا سيما عقود النفط والغاز، ومن تلك القرارات التحكيمية، القرار الصادر عن هيئة التحكيم التي تولت الفصل في النزاع الذي أقيم بين شركة أرامكو والمملكة العربية السعودية التي أُثيرت نتيجة قيام المملكة بالتعاقد مع مجموعة "أوناسيس" في العام 1954 للعمل على نقل بعض الصادرات النفطية، الأمر الذي أثار حفيظة شركة أرامكو التي رأت أن اتفاق الحكومة السعودية مع أوناسيس سيؤدي إلى الإنقاص من حقوقها الممنوحة لها بموجب الامتياز الممنوح لها منذ العام 1933 والذي يعطيها الحق منفردةً في إنتاج البترول وتصديره، وبناءً عليه فعّلت أرامكو البند الرابع من الاتفاقية المبرمة مع الحكومة السعودية لإحالة الموضوع للتحكيم، وببحث هيئة التحكيم للبند المذكورين أن القانون السعودي هو القانون الواجب التطبيق على النزاع وذلك فقط فيما يخص الأمور التي تتعلق بالاختصاص القانوني للمملكة العربية السعودية، أما فيما عدا ذلك فعلى المحكم أن يقضي بتطبيق القانون الذي يراه واجب التطبيق واحتياطياً المبادئ العامة للقانون، وبالفعل فعّل المحكم الوحيد الفقيه Sauser Hael مبدأ الحقوق المكتسبة مستنداً للمادة 38 من النظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية ولم يلتفت للقانون السعودي[1]. ومن الأمثلة على هذا المبدأ في تفويض هيئة التحكيم في تطبيق قواعد العدالة العقد المبرم بين حكومة شاه إيران والمؤسسة الفرنسية إيراب عام 1966 والذي تم النص فيه على تطبيق قواعد العدالة والإنصاف والتي هي بطبيعة الحال قد يتم إعمالها بموجب التحكيم كذلك فهي ليست حكراً على القضاء العادي[2].

---

[1] المرجع السابق ص320-322

[2] د.أحمد حلمي هندي، عقود الامتياز البترولية وأسلوب حل منازعاتها، الفتح للطباعة والنشر، الإسكندرية، 2013، ص341

بالنسبة للقول بأن إعمال التحكيم في عقد الطاقة يتعارض مع سيادة الدولة باعتبار أن التحكيم يسلب اختصاص القضاء كما أنه يسمح للمحكم بأن يتجاهل قانون الدولة ويفصل في النزاع على هدى قانون آخر غير القانون الصادر عن السلطة التشريعية الوطنية وهو مظهر من مظاهر الاعتداء على سيادة الدولة؛ فيُرد على هذه الحجة أن عقود الطاقة ولاسيما عقود الامتياز البترولية عقوداً إدارية كما تم تأكيده في الفصل الأول من هذه الأطروحة، والتي تمتلك صلاحيات جهة الإدارة كافة والتي منها إسباغ المشروعية على أي تصرفه تبرمه مع الغير، فحتى حين يعهد إلى محكم يختاره الخصوم ليتولى الفصل في النزاع إلا أن هذه الإرادة لا تعد العنصر الوحيد الذي يرسي مشروعيته، فهذه المشروعية لا يمكن أن تثبت إلا إذا تدخلت الدولة ذاتها ممثلة في سلطتها التشريعية واعترفت للإرادة بقدرتها في أن تتفق على التحكيم وبدون هذه الإجازة التشريعية لايمكن التسليم بمشروعية التحكيم[1]. فيجوز بناءً عليه للدولة التنازل عن حصانتها القضائية اختيارياً إذا قبلت إرادتها الخضوع للتحكيم بشأن منازعة ما[2]. ولقد أثبت هذا التوجه في نزاع (ليميكو) الذي دار بين الحكومة الليبية والشركة الليبية الأمريكية للبترول (ليميكو) الذي دفعت فيه الحكومة الليبية أمام الهيئة التحكيمية بالحصانة إلا أن الهيئة التحكيمية لم تلتفت لهذا الدفع، وتكرر الموقف في نزاع كان بين الشركة العامة للبترول في إيران وإحدى الشركات الكندية الخاصة حيث تم التأكيد على أن هناك إنفصال بين وظيفة الدولة وبين معاملاتها مع الغير[3]. وكما يقرر البعض في هذا الصدد :"..المرفق البترولي وثيق الصلة بالكيان الاقتصادي للدولة وسيادتها على المرافق الحيوية التي تؤمن للمواطنين استمرارية حياتهم اليومية[4]".

---

[1] أ. د. مجدي عبدالحميد شعيب، التحكيم في العقود الإدارية، المجلة القانونية الإقتصادية التي تصدرها كلية الحقوق جامعة الزقازيق، 1998 ص82

[2] د. علاء محي الدين مصطفى أبوأحمد، التحكيم في منازعات العقود الإدارية الدولية في ضوء القوانين الوضعية والمعاهدات الدولية وأحكام محاكم التحكيم، دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2012، ص214

[3] د. هاني محمد كامل المنايلي، اتفاق التحكيم وعقود الاستثمار البترولية، دراسة مقارنة على الدول العربية مقارنة بالتشريعات الوضعية في العالم، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ص178-179

[4] نادية بنيوسف، التحكيم في العقود الإدارية بين التأييد والاعتراض، دراسة مقارنة بين مصر وفرنسا والمغرب، رسالة مقدمة للحصول على درجة الدكتوراة في القانون العام، كلية الحقوق، قسم القانون العام،جامعة طنطا، مصر. ص229

أما بالنسبة للقول بأن التحكيم يتعارض مع النظام العام ومصالح الدولة القومية فيرد على هذه الحجة بأن قضاء التحكيم عادة يأخذ بعين الاعتبار الظروف السياسية التي تمر بها الدولة حفاظاً على النظام العام وأبرز مثال لذلك نزاع شركة ونيترشال ضد دولة قطر والذي طلبت فيه الشركة المذكورة من دولة قطر السماح لها بالتنقيب عن البترول في منطقة أنشنت الديبل البحرية وذلك وفقاً لأحكام الاتفاقية التي منحتها الامتياز، إلا أن قطر رفضت هذا لوجود نزاع حدودي بينها وبين مملكة البحرين ومن شأن التحكيم أن يؤجج النزاع بين الدولتين في هذا الشأن ولقد أقر قضاء التحكيم هذا الوضع[1]. وهو مبدأ أكدته محكمة استئناف باريس في أكثر من موقف، مثل حكمها الصادر في 12 مارس 1985 والذي قضت فيه بأن :"المحكم يمتلك القدرة على استبعاد تطبيق القانون.. وكذلك شروط العقد في اللحظة التي لا تنسخ فيها قواعد النظام العام"[2]. ومن أمثلة ذلك السلطة التي أعطاها المشرع الظبياني من خلال المادة 91 من قانون الاجراءات المدنية الصادر في 1970 للمحكمة في أن تبطل التحكيم حال كان يتعارض مع القواعد العامة للعدل[3]. مع العلم أن شرط عدم التعارض مع النظام العام شرط لا يختلف عليه اثنان، فشرط التحكيم في كافة العقود سواءً كانت إدارية أو غير إدارية يجب ألا يتعارض مع النظام العام وهو مبدأ استقر عليه القضاء ولا سيما قضاء تمييز دبي[4].

وفيما يتعلق بما ذهب إليه معارضو التحكيم من أن التحكيم يمثل اعتداءً على اختصاص محاكم مجلس الدولة بالفصل في المنازعات الإدارية وهو الإختصاص الذي تكفلت بالنص عليه المادة 172 من دستور 1971 قائلة بأن":مجلس الدولة هيئة قضائية مستقلة ويختص بالفصل في

---

[1] أ. د. مجدي عبدالحميد، التحكيم في العقود الإدارية، المجلة القانونية الإقتصادية التي تصدرها كلية الحقوق جامعة الزقازيق، 1998 ص86

[2] د. وليد محمد عباس، التحكيم في المنازعات الإدارية ذات الطبيعة التعاقدية، دراسة مقارنة في فرنسا و مصر ودول مجلس التعاون لدول الخليج العربي، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2010، ص765

[3] الجريدة الرسمية لحكومة أبوظبي - السنة الثالثة - العدد الثاني - إبريل 1970

[4] مجموعة الأحكام والمبادئ القانونية الصادرة في المواد المدنية والتجارية والعمالية والأحوال الشخصية محاكم دبي - محكمة التمييز - المكتب الفني عام 2007، العدد الثامن عشر (حقوق) - الجزء الثاني (من سبتمبر إلى ديسمبر 2007)، (جلسة الأحد 07أكتوبر2007).

المنازعات الإدارية.."ويحدد القانون اختصاصاته الأخرى" وهو ماتم التأكيد عليه في المادة العاشرة من قانون مجلس الدولة رقم 47 لسنة 1972 والتي تقضي بأن :"تختص محاكم مجلس الدولة دون غيرها بالفصل في المسائل الآتية.. حادى عشر: المنازعات الخاصة بعقود الالتزام أو الأشغال العامة أو التوريد أو بأي عقد إداري آخر".

وهو قول لايمكن التسليم به لأن المادة 172 من الدستور تهدف في المقام الأول والأخير إلى تقرير استقلال مجلس الدولة وذلك بالنص على هذا الاستقلال في نص دستوري باعتباره إحدى الهيئات التي تتكون منها السلطة القضائية وهو مايمنع المشرع العادي من الاعتداء عليه. ويرد على هذا بان المادة العاشرة قد حُملت أكثر مما تحتمل وبالتالي لم يكن يقصد من وراء هذه المادة الإشارة بأي حال من الأحوال إلى استبعاد المنازعات المتعلقة بالعقود الإدارية من التحكيم ويمكن التدليل على صحة هذا التفسير من خلال الإشارة إلى نص المادة 1/15 من قانون السلطة القضائية رقم 46 لسنة 1972 الصادر في نفس التاريخ الصادر فيه قانون مجلس الدولة التي تنص على أنه :"فيما عدا المنازعات الإدارية التي يختص بها مجلس الدولة تختص المحاكم بالفصل في جميع المنازعات والجرائم إلا ما استثني بنص خاص"، ويتمثل وجه الاستدلال في كون هذا النص يشترك مع نص المادة العاشرة من قانون مجلس الدولة في رسم حدود الإختصاص القضائي للمحاكم صاحبة الإختصاص العام وهي المحاكم العادية ومحاكم جهة الاختصاص القضائي للمحاكم العادية ومحاكم جهة القضاء الإداري دون الإشارة من قريب أو بعيد لمسألة التحكيم سواء المتعلق بالمنازعات التي تدخل في اختصاص جهة القضاء العادي أو تلك التي تتولى الفصل فيها محاكم مجلس الدولة. هذا ويذهب بعض الفقهاء الفرنسيين إلى القول بأن المبدأ الذي يقضي بعدم التسليم بإمكانية ولوج الاشخاص العامة طريق التحكيم ليس له أي أساس تشريعي وهو لا يخرج في حقيقة الأمر عن كونه من ابتداع وخلق القاضي الإداري[1]. ولقد ساهمت الاتفاقيات الدولية والتشريعات الوطنية في دحض هذه الحجة مثل نص المادة 5/203 من قانون الاجراءات

[1] أ. د. مجدي عبدالحميد شعيب، التحكيم في العقود الإدارية، المجلة القانونية الإقتصادية التي تصدرها كلية الحقوق جامعة الزقازيق، 1998، ص 88-90

المدنية الاتحادي الذي نص على أنه :"إذا اتفق الخصوم على التحكيم في نزاع ما فلا يجوز رفع الدعوى به أمام القضاء ومع ذلك إذا لجأ أحد الطرفين إلى رفع الدعوى دون اعتداد بشرط التحكيم ولم يعترض الطرف الآخر في الجلسة الأولى جاز نظر الدعوى واعتبر شرط التحكيم لاغياً". وكما في المادة 1/13 من قانون التحكيم المصري رقم 27 لسنة 1994:"يجب على المحكمة التي يُرفع إليها نزاع يوجد بشأنها اتفاق تحكيم أن تحكم بعدم قبول الدعوى إذا دفع المدعى عليه بذلك قبل إبدائه أي طلب أو دفاع في الدعوى[1]".

بعد أن قام الفقه القائل بمشروعية اللجوء للتحكيم في العقود الإدارية بتفنيد حجج القائلين بعدم المشروعية، ورغم أن الرد على تلك الحجج لم يكن في مستوى الحجج ذاتها، قام الرأي القائل بالمشروعية بجلب حجج أخرى تؤيد من وجهة نظره متبنياً فكرة أن التحكيم في العقد الإداري استثناء على الأصل العام، له وجاهته وقوة حضوره، ليفرد القائلون بالمشروعية في هذا الصدد للحجج على أساس سرد ما جاء في الاتفاقيات الدولية، ومن ثم التعريج على التشريعات العادية وقضاء كل كل من فرنسا ومصر والإمارات. والتي هي في مجلمها حجج تجاوزت في قوتها نقاط الرد على حجج القائلين بعدم المشروعية.

ثانياً – الحجج التي ساقها أنصار التحكيم في عقود الطاقة

وهناك مجموعة من الحجج التي ساقها أنصار التحكيم في العقود الإدارية على اعتبار أنها استثناء على الأصل العام، ونعرض هنا إلى استثناءات وردت في اتفاقيات دولية والتي منها استثناءات وردت على المبدأ العام ذلك الاستثناء القاضي بمشروعية أن تسلك الأشخاص المعنوية العامة طريق التحكيم لحسم المنازعات التي قد تنشأ عن علاقة ذات طابع دولي. فلقد أقر كل من القضاء العادي والإداري مع خلاف بسيط فيما بينهما بمشروعية اتفاق الأشخاص العامة على التحكيم وذلك في العقود ذات الطابع الدولي. ومن أمثلة ذلك اتفاقية جنيف في 21 أبريل 1961 والتي قررت في مادتها الثانية مشروعية اتفاق الأشخاص المعنوية العامة على ولوج طريق التحكيم

[1] د.أحمد حلمي هندي، عقود الامتياز البترولية وأسلوب حل منازعاتها، الفتح للطباعة والنشر، الإسكندرية، 2013، ص405

لحسم المنازعات الناشئة عن علاقاتها ذات الطابع الدولي ولم تتحفظ فرنسا حين وقعت على هذه الاتفاقية على هذا البند[1].

1- إجازة التحكيم في عقود الطاقة في القانون الفرنسي

أما عن الاستثناءات التي وردت في القانون الفرنسي بإجازة التحكيم في العقود الإدارية فيوجد العديد من تلك الاستثناءات التي وردت على المبدأ القاضي بحظر التحكيم تم النص عليها بقوانين داخلية صادرة عن السلطة التشريعية بفرنسا والتي تعد أساساً قانونياً لمشروعية اللجوء للتحكيم، ومن بين تلك القوانين القانون الذي ينظم منح الالتزام في فرنسا من قبل المشرع ويتم ذلك وفقاً لقواعد معينة، والعقود التي تضمنت شرط التحكيم عقود الامتياز البترولية التي منحتها الحكومية الفرنسية لشركات عدة وذلك وفقاً لقانون البترول الصحراوي الصادر في 22 نوفمبر 1958 والذي أكد في نصوصه على أن هذه الطائفة من العقود عقوداً إدارية صرفة. وهناك قانون آخر هو القانون رقم 17 أبريل عام 1906 والذي قرر في مادته رقم 69 مشروعية لجوء الدولة والمحافظات والمدن للتحكيم طبقاً للأحكام التي نظمها الكتاب الثالث من تقنين المرافعات المدنية وذلك لسداد تكاليف ونفقات الأشغال العامة والتوريدات.

أما من ناحية فتاوى مجلس الدولة الفرنسي والتي تعد مرجعاً هاماً في تحديد هذا التوجه والموقف المتخذ من التحكيم كوسيلة لفض نزاعات الطاقة فعلى إثر صدور فتوى مجلس الدولة الفرنسي بتاريخ 6 مارس 1986 والذي انتهى فيه إلى عدم جواز تطبيق أسلوب التحكيم دون وجود نص قاوني صريح يجيز ذلك، تدخل المشرع الفرنسي بمقتضى القانون رقم 86-972 الصادر في 19 أغسطس 1986 والذي أكدت المادة التاسعة منه على أنه :"بالمخالفة لأحكام المادة 2060 من القانون المدني يرخص للدولة والجماعات الإقليمية والمؤسسات العامة في العقود المبرمة بالاشتراك فيما بينهم مع الشركات الأجنبية من أجل تحقيق عمليات تتعلق بالمصلحة القومية بأن

[1] أ. د. مجدي عبدالحميد شعيب، التحكيم في العقود الإدارية، المجلة القانونية الإقتصادية التي تصدرها كلية الحقوق جامعة الزقازيق، 1998 ص 93

تدرج شرط تحكيم[1]". ومن الشروط التي نص عليها هذا القانون لكي يسمح لجهة الإدارة بإبرام شرط أو مشارطة تحكيم بصدد عقد إداري، نص المادة (2) التي اشترطت أن يكون المشروع ذا نفع قومي[2]، وهو أمر ينسحب على مشاريع الطاقة التي نحن بصدد الحديث عنها في هذا البحث.

علاوةً عماّ سبق، يوجد استثناء هام يتركز حول موضوع بحثنا وهو الاستثناء الخاص بعقد الشراكة PPP أو عقد المشاركة بين القطاعين العام و الخاص والذي تم تبيان مفهومه في الفصل الأول والذي تدور فكرته حول قيام الطرف المقابل للشخص المعنوي العام في العقد بالقيام بإدارة واستغلال وصيانة وتمويل مرفق عام، ويعد عقد الشراكة من طائفة العقود الإدارية بموجب المرسوم رقم 559-2000 بتاريخ 17 يونيو 2004 والذي تمت المصادقة عليه بموجب المادة 78 من القانون 1343-2004 في 9 ديسمبر 2004، ولقد نصت المادة 1/11 من هذا المرسوم بجواز أن يتضمن عقد الشراكة شرط تحكيم[3]، وذلك بقولها نصاً على أن :"عقد الشراكة يستوجب بالضرورة بنوداً تتعلق ...(..) بالطرق الوقائية لتسوية النزاعات ضمن الشروط التي تمكن عند الاقتضاء اللجوء إلى التحكيم تطبيقاً لأحكام القانون الفرنسي[4]".

وهناك جملة من القوانين التي تدعّم من فكرة قبول المشرع في فرنسا لفضل منازعات الطاقة عن طريق التحكيم والتي منها القانون الذي صدر في 8 أبريل عام 1946 والذي أجاز التحكيم في حالة تأميم الدولة لشركة الغاز والكهرباء، بخصوص مرفق الغاز GDE ومرفق الكهرباء

---

[1] محمد طه سيد أحمد، رسالة دكتوراة بعنوان "ضمانات تنفيذ أحكام التحكيم في منازعات العقود الإدارية"، دراسة مقارنة، جامعة أسيوط، 2012 ص53-54

[2] أ.د. حفيظة السيد الحداد، الاتفاق على التحكيم في عقود الدولة ذات الطبيعة الإدارية وأثرها على القانون الواجب التطبيق، دار المطبوعات الجامعية، المكتبة القانونية، الإسكندرية، ص33-34

[3] محمد طه سيد أحمد، رسالة دكتوراة بعنوان "ضمانات تنفيذ أحكام التحكيم في منازعات العقود الإدارية" دراسة مقارنة، جامعة أسيوط، 2012 ص55

[4] نادية بنيوسف، التحكيم في العقود الإدارية بين التأييد والاعتراض، دراسة مقارنة بين مصر وفرنسا والمغرب، رسالة مقدمة للحصول على درجة الدكتوراة في القانون العام، كلية الحقوق، قسم القانون العام، جامعة طنطا، مصر، ص67

EDF[1]، والقانون الصادر في 30 ديسمبر 1982 والذي أجاز التحكيم في التعاقدات التي تكون هيئة السكك الحديدية طرفاً فيها[2].

وفضلاً عن القوانين الداخلية السابقة فقد دخلت الجمهورية الفرنسية طرفاً في جميع اتفاقيات التحكيم الدولية، هذا علاوةً على اتفاقيات ثنائية أو أحياناً ثلاثية تم النص فيها على اللجوء للتحكيم في حال النزاع، ومن تلك الاتفاقيات والمعاهدات الاتفاقية المبرمة بين فرنسا وإسبانيا بتاريخ 10 أكتوبر 1995 بشأن إنشاء واستغلال الخط الدولي للقطار الفائق السرعة TGV. اتفاقية Gantorbary المبرمة بين فرنسا والمملكة المتحدة في 12 فبراير 1986 بهدف إنشاء واستغلال نفق تحت بحر المانش. اتفاق فرنسا وإيطاليا في 14 مارس 1953 بخصوص نفق Mont. Blanc[3]. وعقد الامتياز الذي أبرمته الحكومة الفرنسية مع الحكومية المغربية بتاريخ 9 مايو 1923 بصفتهما شريكتين في شركة المغرب للطاقة الكهربائية المعنية آنذاك بتنظيم وإنتاج الكهربائية فقد نص الفصل 22 منه على إعمال التحكيم وسيلة لفض النزاعات وتسويتها بين الطرفين[4].

وعلاوةً على التشريعات والاتفاقيات والتعاقدات، كانت اجتهادات المحاكم الفرنسية وأحكامها في كثير من القضايا تقف موقفاً محايداً تجاه التحكيم ومشروعيته في العقود الإدارية، ومن تلك القضايا قضية Ste Mytroon Steam Ship ضد الحكومة الفرنسية، حيث أخضع الطرفان بإرادتها النزاعات التي قد تنشأ بينهما للتحكيم وذلك في العقد الذي أبرماه عام 1940، وحين ثار النزاع امتنعت الحكومة الفرنسية عن تعيين محكم، وصدر حكم من محكمة التحكيم لصالح الشركة وتم الحكم بتنفيذه من قبل محكمة السين، وقامت الحكومة الفرنسية بالطعن بالبطلان، لبطلان شرط

---

[1] د. وليد محمد عباس، التحكيم في المنازعات الإدارية ذات الطبيعة التعاقدية، دراسة مقارنة في فرنسا و مصر ودول مجلس التعاون لدول الخليج العربي، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2010، ص115

[2] د.علاء محي الدين مصطفى أبوأحمد، التحكيم في منازعات العقود الإدارية الدولية في ضوء القوانين الوضعية والمعاهدات الدولية وأحكام محاكم التحكيم، دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2012، ص223

[3] محمد طه سيد أحمد، رسالة دكتوراة بعنوان "ضمانات تنفيذ أحكام التحكيم في منازعات العقود الإدارية" دراسة مقارنة، جامعة أسيوط، 2012 ص59

[4] نادية بنيوسف، التحكيم في العقود الإدارية بين التأييد والاعتراض، دراسة مقارنة بين مصر وفرنسا والمغرب، رسالة مقدمة للحصول على درجة الدكتوراة في القانون العام، كلية الحقوق، قسم القانون العام،جامعة طنطا، مصر، ص4-5

التحكيم، لكن محكمة باريس الاستئنافية قضت بأن الحظر الوارد في القانون الفرنسي لا ينطبق في هذه الحالة، لأنه يقتصر على العقود الداخلية[1].

وقضية شركة Societe de Freres ضد وزارة المرافق التونسية، والذي تشابهت حثيثيات القضية مع الحكم السابق، بحيث تنصلت الحكومة التونسية من شرط التحكيم بدعوى أن العقد إداري، بينما أصدرت محكمة التحكيم حكمها بعكس ذلك، ووصل الحكم للطعن من خلال محكمة استئناف باريس التي أكدت على صحة شرط التحكيم وأنه منتج لآثاره. ليس ذلك فحسب، بل حتى حين يتم عرض النزاع على القضاء الفرنسي، تجده في كثير من الإحيان يميل إلى إدخال الحكومات طرفاً في التحكيم المتفق عليها حتى ولو لم تكن كذلك، ففي نزاع دولة الجابون الذي تم ذكره في الفصل الأول، حين قام مدير عام الشركة الوطنية الجابونية بوضع عبارة "لصالح الجمهورية الجابونية" بعد صفته واسمه، وحين ثار النزاع وتم اختصام الحكومة الجابونية رغم أنها ليست طرفاً في العقد، تم رفض هذا الدفع أولاً، ومن ثم تم الإقرار به من قبل محكمة استئناف باريس في حكمها الصادر في 16 يونيو 1988 الذي اعتبرت الحكومة الجابونية جزءاً من التعاقد، بل واستبعدت الشركة الوطنية الجابونية لكون المدير العام قد ذيّل تحت اسمه عبارة "لصالح الجمورية الجابونية" لتقر بناءً عليه اتفاق الأطراف على التحكيم كوسيلة لفض النزاعات بينهم[2].

فضلاً عماّ سبق، فحكم محكمة النقض الفرنسية الصادر في 14 مارس عام 1984 لصالح شركتي Eurodif و Sofidef ضد الحكومة الإيرانية والذي قضى بالحجز على الأموال الموجودة لدى

---

[1] د.علاء محي الدين مصطفى أبوأحمد، التحكيم في منازعات العقود الإدارية الدولية في ضوء القوانين الوضعية والمعاهدات الدولية وأحكام محاكم التحكيم، دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2012، ص232-233

[2] أ.د.حفيظة السيد الحداد، الموجز في النظرية العامة في التحكيم التجاري الدولي، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2007 لسنة 1947، ص260-261

إدارة الطاقة الذرية الإيرانية بصفتها مقترضة والحكومة الفرنسية بصفتها ضامنة للقرض بمناسبة فسخ اتفاقيات كانت معنية بالطاقة النووية[1].

ناهيك عن حكم مجلس الدولة الصادر في قضية Sueur بتاريخ 2004/10/29 والذي تعرض لشرعية الاستثناء المتعلق بعقود المشاركة بين القطاعين العام والخاص PPP بموجب المرسوم الصادر بذات التاريخ، والذي تم التأكيد في طي الحكم على أن :"الخروج عن مبدأ حظر التحكيم بالنسبة للأشخاص المعنوية العامة لا يمكن أن ينتج عن قانون" وبالنسبة للمرسوم فقد أعطى للحكومة سلطة إحداث شكل جديد من العقود باستثناء متاح قانوني ألا وهو إعمال شرط التحكيم، مما يوضح أن لا غضاضة في الخروج على المبدأ العام للحظر[2].

ومن الاجتهادات التي تتسم بالحيادية ما صدر عن محكمة النقض الفرنسية عام 2007، حيث قالت المحكمة بشكل صريح :"إن حاجة الاقتصاد الدولي فرضت الاتجاه نحو ضرورة التمييز بين الأحكام الضابطة للتحكيم في القانون الداخلي وتلك الآمرة على صعيد التحكيم الدولي" وهو توجه لا شك أنه يبين مدى قبول القضاء الفرنسي بفكرة التحكيم في العقد الإداري ذو الطابع الدولي مع السماح به على الصعيد المحلي ولكن بقيود معينة[3].

وبعد المرور على الحجج التي ساقها القائلون بمشروعية اللجوء للتحكيم في العقود الإدارية فيما يخص التشريعات والأحكام الفرنسية، لنا أن ننظر في وجهة النظر في مصر وفيما إذا كان هناك استثناءات على مبدأ الحظر من عدمه.

---

[1] د. وليد محمد عباس، التحكيم في المنازعات الإدارية ذات الطبيعة التعاقدية، دراسة مقارنة في فرنسا ومصر ودول مجلس التعاون لدول الخليج العربي، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2010، ص620-621

[2] المرجع السابق ص 166-167

[3] نادية بنيوسف، التحكيم في العقود الإدارية بين التأييد والاعتراض، دراسة مقارنة بين مصر وفرنسا والمغرب، رسالة مقدمة للحصول على درجة الدكتوراة في القانون العام، كلية الحقوق، قسم القانون العام،جامعة طنطا، مصر، ص156

2- إجازة التحكيم في عقود الطاقة في القانون المصري

نقوم بما يلي بسرد بعض بنود نصوص القانون والتعاقدات وبعض المبادئ القضائية أكدت على أنه لا ضير من قيام الشخص المعنوي العام في الدخول في اتفاقيات تتضمن شرط تحكيم.

أولاً – التشريعات التي تجيز إخضاع عقود الطاقة للتحكيم في مصر

هناك الكثير من التشريعات التي تجيز إخضاع العقود الإدارية بشكل عام وعقود الطاقة بشكل خاص للتحكيم، والتي منها القانون رقم 67 لسنة 2010 بشأن تنظيم مشاركة القطاع الخاص في مشروعات البنية الأساسية والمرافق العامة، قد نظم مسألة ماهية القطاع الخاص وشركة القطاع الخاص، ليكون المعيار هو أنه حتى ولو تملكت الدولة أسهماً في هذا الكيان الخاص فلا يعد معه هذا الكيان شركة من شركات القطاع العام، ما لم تتجاوز نسبة مشاركة الدولة 20% من نسبة رأس المال، ويقول الدكتور حمادة عبدالرازق حمادة في هذا الصدد :"أن هذه الشركة تكون أحد أشخاص القانون الخاص التي تخرج منازعاتها من اختصاص الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع بمجلس الدولة حتى ولو اتفق الأطراف على الاحتكام إليها[1]". فقد نصت المادة 35 من القانون على جواز الاتفاق على تسوية النزاعات التي تنشأ عن هذه الطائفة من العقود عن طريق التحكيم[2]، ورأي الدكتور حمادة رأي وجيه يؤكد وجهة نظره القائلة بعدم وجود غضاضة من إخضاع العقد الإداري للتحكيم.

وصحيح أن القانون رقم 203 لسنة 1992 بشأن شركات قطاع الأعمال، قد أخضع العقود الموقعة بين القطاع العام وإحدى شركات القطاع العام إلى مجلس الدولة، لكن قبل هذا القانون، كان التحكيم بين القطاع العام وبين شركات القطاع إجبارياً بموجب القانون رقم 97 لسنة 1983 بشأن شركات القطاع العام، وصحيح أن هذا القانون أُلغي، لكن المقصد أن الفكرة كانت موجود

[1] د.حماده عبدالرزاق حماده، التحكيم في عقود البوت، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2013، ص176-177
[2] المرجع السابق، ص 168-169

بقبول إلتجاء جهة الإدارة و إحدى شركاتها المملوكة لها بالكامل للتحكيم، وليس على سبيل الاختيار، إنما على سبيل الإجبار، وهو دليل على تقبل المشرع لفكرة إخضاع العقود الإدارية البحتة للتحكيم.

فضلاً عما سبق، فالقانون رقم 1983/97 والذي حدد فيه المشرع المصري اختصاصات هيئة التحكيم بنظر النزاعات التي تنشأ بين شركات القطاع العام فيما بينها البين، أو بينها وبين أي هيئة حكومية مركزية أو محلية أو هيئة عامة أو مؤسسة عامة[1]. ومن تلك الهيئات الحكومية بطبيعة الحال هيئات الطاقة والماء والكهرباء في جمهورية مصر العربية.

ثانياً - التعاقدات التي نصت على إمكانية إخضاع النزاع بصدد عقد طاقة للتحكيم في مصر، فبالإضافة لعقد "سيدي كرير"، العقد الشهير الذي موضوعه إنشاء محطات لتوليد الطاقة الكهربائية والتي تضمنت إتفاقياته ذات الصلة شرط تحكيم، حيث نصت المادة 3/18أ على أنه :"..أي نزاع أو خلاف بين الطرفين ينشأ من هذه الاتفاقية أو يتعلق بها يتم تسويته عن طريق التحكيم طبقاً لقواعد المركز (مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي) ويخضع تنفيذ حكم التحكيم للاجراءات الواردة بالقانون رقم 27 لسنة 1994" وهو نص تمت استشارة اللجنة الثالث من مجلس الدولة فيه، والذي أشار بإخضاع النزاع للقضاء الإداري وفي حال الاتفاق على التحكيم يتم التحكيم بموافقة الوزير المختص، إلا أن هيئة كهرباء مصر لم تلتفت لهذه المشورة وتم توقيع الاتفاقية بذات النص المتفق عليه مع المستثمر[2]، وبهذا نؤكد على ان المشرع المصري أقر ومنذ القدم بأحقية جهة الإدارة لإخضاع العقود التي تبرمها للتحكيم حال النزاع، ومن تلك الاتفاقيات الاتفاقية المبرمة بين مصر وشركة آبار الزيت الأنجلو مصرية بتاريخ 1938/12/19 حيث نصت المادة 39 من الاتفاقية على أنه :"تحقيقاً لأغراض هذا العقد وهو العمل على استثمار

[1] نادية بنيوسف، التحكيم في العقود الإدارية بين التأييد والاعتراض، دراسة مقارنة بين مصر وفرنسا والمغرب، رسالة مقدمة للحصول على درجة الدكتوراة في القانون العام، كلية الحقوق، قسم القانون العام،جامعة طنطا، مصر.ص140

[2] أ.د. محمد الروبي، عقود التشييد والاستغلال والتسليم، إصدارات أكاديمية شرطة دبي - إدارة الدراسات العليا، 2007، دبي، ص126-127

المنطقة والوصول باستغلالها إلى حدها الأقصى.. وإذا رأت الحكومة في أي وقت أن المستأجر قد قصر في استغلال المنطقة على الوجه الذي يتفق وهذا العقد، كان للحكومة الحق في إحالة الامر إلى التحكيم ويكون التحكيم لمجلس تصدر قراراته بصفة نهائية وتلزم كلا الطرفين[1]..".

أضف إلى عقد "سيدي كرير" تجدر الإشارة إلى عقد شراء القوى الكهربائية من محطة سيدي كرير البخارية، حيث نصت المادة 18-1 من اتفاقية شراء الطاقة PPA على أنه :"إذا ثار نزاع يحاول الطرفان تسويته بحسن نية بالتفاوض المشترك خلال 30 يوم من تاريخ إرسال الطرف المنازع كتاباً بالنزاع للطرف الآخر"، وفي حال مضت مدة الثلاثين يوماً، نصت الاتفاقية على حق الأطراف على تفعيل بند التحكيم[2].

ومن ذلك أيضاً نص المادة 48 من العقد الذي وُقع بين الحكومة المصرية و المؤسسة المصرية العامة للبترول وشركة فيليبس عام 1963 والذي نص على أنه :"1- يحال إلى التحكيم طبقاً لقانون الاجراءات المدنية للجمهورية العربية المتحدة أي نزاع بين الحكومة والأطراف يتعلق بتفسير هذا الاتفاق أو الادعاء بمخالفته..".

وإضافةً إلى نص المادة 32 من العقد المبرم بين الحكومة المصرية والهيئة المصرية العامة للبترول وشركة كونوكو وست تيران إنك الأمريكية، وشركة توتال بروش أوريون الفرنسية في 1982/02/22 حيث نصت المادة على أنه :".. يفصل نهائياً في أي نزاع يقع بين المقاول والهيئة فيما يتعلق بهذه الاتفاقية بطريق التحكيم..".

---

[1] د.هاني محمد كامل المنايلي، اتفاق التحكيم وعقود الاستثمار البترولية، دراسة مقارنة على الدول العربية مقارنة بالتشريعات الوضعية في العالم، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ص283-284

[2] د.حماده عبدالرزاق حماده، التحكيم في عقود البوت، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2013، ص 115-117

فضلاً عن نص المادة 22 من العقد المبرم بين الحكومة المصرية وشركة كونو كودبلاسيد أويل الامريكية وشركة هيسبانيول الأسبانية في 1984/08/27 والمادة 23 من العقد المبرم بين الحكومة وشركة شل العالمية عام 1984، والتي نصت على التحكيم[1].

كذلك يتوجب التطرق إلى عقد الامتياز النفطي للتنقيب عن النفط في الصحراء الغربية واستغلال الانتاج والذي تم إبرامه عام 1923 بين الشركة المصرية العامة للبترول وشركة فيليبس للبترول والذي نص على إحالة أي نزاع يثار بين الطرفين إلى التحكيم[2].

ثالثاً - الأحكام القضائية المصرية التي استند القائلين بموجبها بجواز اللجوء للتحكيم في عقود الطاقة والتي منها حكم محكمة القضاء الإداري في 28 يناير 1996، حيث تتلخص وقائع هذا الحكم على أن وزارة الأشغال العامة المصرية قامت بالإعلان عن مناقصة عالمية لتنفيذ مشروع قناطر إسنا الجديدة وإنشاء محطة كهرباء ملحقة بها، وتم إرسال المناقصة على مجموعة الشركات الأوروبية "كونسرتيوم" وتم إبرام العقد في مارس 1989، والذي تضمن شرط تحكيم حسب قواعد مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي، وحين نشب النزاع أبت الوزارة الإنصياع للتحكيم مبديةً دفعها بأن العقد عقد إداري وأن الاختصاص ينعقد لمجلس الدولة طبقاً لنص المادة العاشرة من قانونه رقم 47 لسنة 1972، لكن هية التحكيم رفضت هذا الدفع، مما حدى بالوزارة لرفع دعوى بطلان امام القضاء الإداري لإبطال قرار هيئة التحكيم القاضي باختصاصها بالنزاع، وعلى غير المتوقع أصدرت محكمة القضاء الإداري الأمر على عريضة رقم 7422 لسنة 48 قضائية لوقف إجراءات التحكيم في هذه الدعوى وذلك لحين الفصل في دعوى البطلان المرفوعة من الوزارة، وقامت الشركة الأوروبية بعمل استشكال على الأمر على العريضة، والذي رُفض من قبل القضاء الإداري، وفي النهاية قام القضاء الإداري برفض دعوى الوزارة ببطلان قرار هيئة التحكيم، وذلك على أساس نص المادة 212 من قانون المرافعات المصري والتي تقضي

[1] د.أحمد حلمي هندي، عقود الامتياز البترولية وأسلوب حل منازعاتها، الفتح للطباعة والنشر، الإسكندرية، 2013، ص432-434

[2] نادية بنيوسف، التحكيم في العقود الإدارية بين التأييد والاعتراض، دراسة مقارنة بين مصر وفرنسا والمغرب، رسالة مقدمة للحصول على درجة الدكتوراة في القانون العام، كلية الحقوق، قسم القانون العام،جامعة طنطا، مصر، ص236

بعدم جواز الطعن على استقلال في الأحكام الصادرة أثناء الخصومة، ولم تتطرق من قريب أو بعيد إلى أن العقد إدري لا يجوز التحكيم فيه[1].

فضلاً عن حكم محكمة القضاء الإداري الصادر في 18 مايو 1986 والذي تتلخص وقائعه بأن وزارة الشؤون البلدية والقروية (حلت محلها وزارة الإسكان والتعمير) كانت قد أبرمت عقد امتياز مع شركة أجنبية ثم آل الإمتياز إلى شركة مصرية، ولقد تضمن العقد شرط تحكيم، أقرته لاحقاً محكمة القضاء الإداري[2].

هذا بخلاف الحكم الصادر عن محكمة النقض في الطعن رقم 5551 لسنة 65 قضائية الصادر في جلسة 24 ديسمبر 2002: حيث نص الحكم صراحةً وفي مناسبة الحديث عن القانون 203 لسنة 1991 بشأن شركات قطاع الأعمال العام، على إختصاص هيئات التحكيم بنظر المنازعات التي قد تنشأ بين شركات قطاع الأعمال العام أو بينها وبين غيرها من الأشخاص الاعتبارية العامة أو الخاصة ومتى ثبت هذا الاختصاص يؤدي إلى إنحسار اختصاص القضاء العادي[3].

وهناك حكم تحكيمي قام مركز القاهرة التحكيمي بنظر النزاع فيه وفقاً لقواعد اليونسترال للتحكيم، وملخص النزاع أن دولة أفريقية أبرمت مع شركة أوروبية عقد توريد، وكان بند حل النزاع ينص على إخضاع النزاع للتحكيم وفقاً للقانون المصري موضوعياً و قانون اليونسترال إجرائياً من خلال وبمعرفة مركز القاهرة للتحكيم، وبالفعل ثار النزاع، والطريف أنه وبخلاف ما حصل في فرنسا ليست الشركة الأوروبية التي تمسكت بشرط التحكيم إنما الحكومة الأفريقية التي حصلت على حكم تحكيمي لصالحها، بينما دفعت الشركة الأوروبية في إطار إبطال الحكم بإدارية العقد

---

[1] دكتور رجب محمد السيد الكحلاوي، حدود الرقابة القضائية على التحكيم في منازعات العقود الإدارية (دراسة مقارنة)، دار النهضة العربية، القاهرة 2010 ص153-154

[2] دكتور جورجي شفيق ساري، التحكيم ومدى جواز اللجوء إليه لفض المنازعات في مجال العقود الإدارية، الموقف المعارض وحججه والموقف المؤيد وحججه دراسة تفصيلية تحليلية مقارنة مع فروع القانون الأخرى في القضاء والفقه والتشريع في كل من فرنسا ومصر، دار النهضة العربية، الطبعة الثانية، القاهرة 2005 ص182-183

[3] الطعن رقم 5551 لسنة 65 قضائية الصادر في جلسة 24 ديسمبر 2002، المنشور في مجموعة أحكام محكمة النقض الصادرة من الهيئة العامة للمواد المدنية ومن الدوائر المدنية والتجارية والأحوال الشخصية السنة الثالثة والخمسون، الجزء الثاني، من مايو إلى ديسمبر 2002، المكتب الفني 2002

المبرم بينهما للتنصل من الحكم التحكيمي وشرط التحكيم الذي أصبح مشارطة بعد ذلك، وهو دفع لم يصادفه قبول هيئة التحكيم له و التي أكدت على اختصاصها بنظر النزاع[1].

وبشكل عام ووفقاً للإحصائيات المستقاة من دراسات تحكيم غرفة التجارة في باريس ICC فيما يخص بنزاعات التحكيم، أنه بين عامي 1981-1990 بلغ إجمالي القضايا المرفوعة أمام الغرفة 143 تقف مصر في 42 منها في مركز المدعي، بينما تقف في 101 منها بصفة المدعى عليها، كما توجد لمصر 26 قضية أمام المركز الدولي لفض منازعات الاستثمار ICSED بالإضافة إلى 32 قضية أمام مركز القاهرة للتحكيم الإقليمي، ووفقاً لتلك الاحصائيات، تبلغ القيمة الإجمالية لتلك النزاعات مليار دولار أمريكي بحسب متوسط التقديرات، مما يدل على قبول المشرع المصري بوضع جهة الإدارة طرفاً في تعاقد ما يكون التحكيم فيه هو الوسيلة التي يتم الفصل فيها في النزاعات[2].

وأخيراً وليس آخراً لنعرض لمشروعية اللجوء للتحكيم في العقود الإدارية في الإمارات من منطلق الاتفاقيات والمعاهدات كانت الدولة طرفاً فيها ثم موقف المشرعين الاتحادي والمحلي مع التعريج على وجهة نظر القضاء ولا سيما قضاء المحكمة الاتحادية العليا.

3 - إجازة التحكيم في عقود الطاقة في دولة الإمارات العربية المتحدة

رغم أن الواقع العملي يشير إلى وفرة مراكز التحكيم في الدولة، بما يعادل مركز تحكيمي محلي لكل إمارة، إلا أن دور تلك المراكز ينصب بشكل أساسي على مباشرة النزاعات الخاصة بين الأفراد والأفراد، أو بين الشركات والأفراد، أو الشركات والشركات، ولاشك أن وجود تلك المراكز ساهم في دفع عجلة الاستثمار إلى الأمام، وأوجد مناخاً إستثمارياً رائجاً أسهم في جذب رؤوس الأموال وتعزيز الثقة بالنظام القانوني الخاص بالدولة. إلا أن تلك المراكز لا تزال تباشر

[1] د.علاء محي الدين مصطفى أبوأحمد، التحكيم في منازعات العقود الإدارية الدولية في ضوء القوانين الوضعية والمعاهدات الدولية وأحكام محاكم التحكيم، دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2012، ص237-239

[2] د. حماده عبدالرزاق حماده، التحكيم في عقود البوت، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2013، ص 79-80

على استحياء وتتردد بالاعتداد بالنزاعات التي تنشأ بين جهة الإدارة والمتعاقد معها، فلا نكاد نرى الكثير من العقود الإدارية التي تحتكم في بند النزاعات إن وجدت لأحد تلك المراكز، ومن منطق بحث هذه المسألة سأحاول جاهداً ومع الاعتداد بمشكلة قلة المراجع المعنية بمناقشة معالم أخذ قانون دولة الإمارات بالتحكيم في العقود الإدارية من منظور الاتفاقيات والمعاهدات الدولة التي دخلت الدولة طرف فيها، ومن ثم التشريعات الاتحادية والمحلية في إمارتي أبوظبي ودبي، وأخيراً وليس آخراً وجهة نظر المحكمة الاتحادية العليا.

أما عن المعاهدات والاتفاقيات التي دخلت الدولة طرف فيها فلابد أن ننوه على أنه توجد الكثير من المعاهدات والاتفاقيات التي وقعت عليها دولة الإمارات العربية المتحدة وارتضت أن يكون التحكيم هو الفيصل في حال نشب النزاع بين أطراف الإتفاقية أو المعاهدة، ولسنا هنا بصدد الحديث عن التصديق على اتفاقية نيويورك لتنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية التي وقعت عليها الدولة، وإنما نحن بصدد شواهد أخرى وحديثة، ومنها المرسوم اتحادي رقم (9) لسنة 2011 بالتصديق على اتفاق البلد المضيف بين حكومة الدولة واللجنة التحضيرية للوكالة الدولية للطاقة المتجددة (إيرينا[1])، حيث أشار البند 21 صراحةً إلى حل النزاع المطروح بمناسبة الإتفاقية لدى هيئة تحكيم ثلاثية ،ومنها كذلك المرسوم الاتحادي رقم (74) لسنة 2006م بشأن انضمام الدولة للاتفاقية الدولية لمنع التلوث البحري من السفن ماربول 78/73[2]، والذي نص في مادته العاشرة على اختصاص التحكيم في نظر أي نزاع يطرأ بخصوص الاتفاقية. كذلك الاتفاقية الموقعة بين الدولة وبين حكومة الجمهورية الفرنسية بخصوص متحف لوفر أبوظبي والتي نصت في مادتها الثامنة عشرة على اختصاص التحكيم بالفصل في النزاعات التي قد تثار بخصوص الاتفاقية بين البلدين، مع الإشارة إلى أن الاتفاقية ذات طابع تجاري بحيث تبلغ قيمة الاتفاقية أكثر من 350 مليون يورو تسلّم

[1] مرسوم اتحادي رقم (9) لسنة 2011 بالتصديق على اتفاق البلد المضيف بين حكومة الدولة واللجنة التحضيرية للوكالة الدولية للطاقة المتجددة، المنشور في الجريدة الرسمية – العدد 518 – السنة 41، بتاريخ 25 ربيع الأول 1432هـ، 28 فبراير 2011

[2] مرسوم اتحادي رقم (74) لسنة 2006م بشأن انضمام الدولة للاتفاقية الدولية لمنع التلوث البحري من السفن ماربول 78/73، العدد أربعمائة وخمسة وخمسون- السنة السادسة والثلاثون 20 رمضان 1427هـ - 12 أكتوبر 2006

للحكومة الفرنسية على مراحل[1]. وهناك الكثير والكثيرمن الشواهد في الاتفاقيات والمعاهدات الدولية التي تؤيد فكرة تقبل المشرع الإماراتي للتحكيم. وفيما يلي سرد للقوانين الاتحادية والمحلية.

أما عن موقف القوانين الاتحادية فيتجلى في نصوص القانون رقم 11 لسنة 1992 بشأن الاجراءات المدنية وفي الباب الثالث - التحكيم من المواد (203-218) عامة شاملة جميع النزاعات، فقد نصت المادة المادة 203 فقرة (1) على أنه :"يجوز للمتعاقدين بصفة عامة أن يشترطوا في العقد الأساسي أو باتفاق لاحق عرض ماقد ينشأ بينهم من النزاع في تنفيذ عقد معين على محكم أو أكثر كما يجوز الاتفاق على التحكيم في نزاع معين بشروط خاصة". ويستدل من هذا النصوص جواز تضمين العقود الإدارية شرط التحكيم، وذلك لعمومية تلك المواد لحين صدور قانون التحكيم الاتحادي الذي هو حالياً في صورة مشروع قانون قيد الدراسة. وبالإضافة إلى قانون الاجراءات الاتحادي، يحق لنا الاستشهاد بقرار مجلس الوزراء رقم (5) لسنة 2006 في شأن تشكيل لجنة تنفيذ المشاريع العامة بالدولة حيث نص القرار في شأن تشكيل لجنة تنفيذ المشاريع العامة بالدولة على إنشاء لجنة تتولى مهام الإشراف على تنفيذ المشاريع الحكومية بوزارة تطوير البنية التحتية (وزارة الأشغال سابقاً) وهي لجنة يرأسها معالي وزير تطوير البنية التحتية، ومن مهام تلك اللجنة أن تشكل لجنة أخرى تنبثق عنها تسمى "لجنة التعويضات والمطالبات" وتختصر مهامها بحسب المادة السادسة فقرة (2) من قرار مجلس الوزراء في أن تقوم بـ:"إجراء الدراسة والبت في طلبات التعويض والتحكيم والمطالبات التي يقدمها المعنيون في شأن عقود المشاريع الاتحادية". وللتأكيد على قبول فكرة التحكيم في المشروعات العامة، تم تخويل لجنة "التعويضات والمطالبات" كذلك بتشكيل لجان تحكيمية أخرى للبت في طلبات الإعفاء

[1] Gilles Cuniberti, Choice of Law In Convention Establishing Louvre Museum in Abu Dhabi, http://conflictoflaws.net/2007/choice-of-law-in-convention-estalishing-louvre-museum-in-abu-dhabi

من غرامات التأخير المترتبة على المشروعات العامة، والتي تتولى من ضمن مهامها التوفيق بين الإطراف والوصول إلى تسويات عادلة بخصوص تلك الغرامات[1].

فضلاً عماّ سبقذكره تجدر الإشارة إلى نصوص مشروع قانون التحكيم الاتحادي الذي جاء في مادته الثالثة أن التحكيم الذي في حكم هذا القانون هو التحكيم التجاري، بشأن علاقة قانونية ذات طابع اقتصادي، ليظن القارئ من الوهلة الأولى أن التحكيم في العقود الإدارية أمراً مستبعداً تماماً من حسبان المشرع، إلاّ أن ذات المادة كانت قد تداركت هذا اللبس وأكدت في سياق ضرب المثال على العقود المناط بها تفعيل هذا المادة، للقول بأن عقود :"عقود التشييد والخبرة الهندسية..ونقل التكنولوجيا..وعمليات التنقيب واستخراج الثروات الطبيعية وتوليد أو توريد الطاقة ومد أنابيب الغاز أو النفط..وإقامة المفاعلات النووية" وهي عقود إدارية بطبيعتها، تخضع لها المادة الآنفة الذكر مما يتبين معه قبول المشرع لفكرة أن تخضع العقود الإدارية في طي النزاعات التي قد تثار بين جهة الإدارة وبين المتعاملين معها للتحكيم[2].

وبعد أن عرضنا لموقف المعاهدات والاتفاقيات وتوجه المشرع الاتحادي نعرض لموقف التشريعات المحلية من التحكيم عقود الطاقة بشكل خاص والعقود الإدارية بشكل عام وذلك بالانطلاق من وجهة نظر المشرع الظبياني، فلقد عرفت إمارة أبوظبي فكرة التحكيم في عقود الطاقة منذ القدم، وترجع معرفة إمارة أبوظبي للتحكيم التجاري بشكل عام والتحكيم في العقود الإدارية بشكل خاص إلى العام 1935، وهو ماعُرف بقضية شركة تنمية نفط – الساحل المتصالح إل تي دي، وتتلخص القضية التي أساسها عقد بين حكومة أبوظبي وشركة تنمية نفط - الساحل المتصالح إل تي دي، حيث مُنحت الأخيرة عقد إمتياز التنقيب عن النفط في تلك الفترة، وكان القانون الحاكم هو الشريعة الإسلامية، وفي تعليق لمحكم النزاع اللورد أسكويث قال :"أنه يُظن لأول وهلةٍ أن القانون الحاكم هو قانون أبوظبي، سيما وأن حكومة أبوظبي فضلت الاستعانة

[1] قرار مجلس الوزراء رقم (5) لسنة 2006م في شأن تشكيل لجنة تنفيذ المشاريع العامة بالدولة المنشور في الجريدة الرسمية لحكومة دولة الإمارات العربية المتحدة، العدد 442 - السنة السادسة والثلاثون، بتاريخ 1 محرم 1427هـ، الموافق 31 يناير 2006

[2] مشروع قانون التحكيم الاتحادي، نسخة صادرة عن وزارة الاقتصاد في دولة الإمارات العربية المتحدة

بالشريعة الإسلامية التي مصدرها القرآن الكريم" منتهياً بصفته محكم فرد في النزاع إلى إيثار مايعلم يقيناً ويعي أبعاده، ليقرر استبعاد الشريعة الإسلامية من النزاع وجعل الاختصاص للقانون الإنجليزي بصفته القانون الأكثر مدنيةً في وجهة نظره[1]!

ومنذ ذلك التاريخ، تبلورت رؤية الإمارة إلى تبني فكرة التحكيم كوسيلة بديلة لفض النزاعات التي تثور بين الإدارة ومتعاقديها ولا سيما في عقود الأشغال العامة، فلقد أكد القانون رقم 21 لسنة 2006 في شأن عقود واتفاقيات الإنشاء في مجال المقاولات المدنية الذي أصدره سيدي صاحب السمو رئيس الدولة الشيخ خليفة بن زايد آل نهيان (حفظه الله ورعاه) بصفته حاكماً لإمارة أبوظبي، فقد أكد القانون في المادة الأولى منه على أن تخضع جميع عقود واتفاقيات الإنشاء في مجال المقاولات المدنية التي تبرمها الدوائر الحكومية في إمارة أبوظبي للشروط والأحكام والنماذج التي يصدرها أو يقررها المجلس التنفيذي[2]. وهذا ما تم تأكيده من خلال تلك النماذج التي أشارت للتحكيم بل والاحتكام لمركز أبوظبي للتوفيق والتحكيم في شأن تلك النزاعات.

هذا وتوجد شواهد كثيرة على قبول المشرع المحلي في إمارة أبوظبي لقبول فكرة التحكيم في العقد الإداري ومن تلك الشواهد القانون رقم (2) لعام 1998 المعدل بالقانون رقم (9) لسنة 2009 في شأن تنظيم قطاع الماء والكهرباء في إمارة أبوظبي حيث عُرف الخلاف التنظيمي على أنه :"أي خلاف بين جهة تقوم بأي نشاط منظم وبين مكتب التنظيم والرقابة والذي يتم إحالته للتحكيم وفقًا لأحكام المادة (130) من هذا القانون". فالمادة 130 عُنوِنت تحت الفصل الخامس بـ "التحكيم بشأن القرارات التنظيمية" والتي تنص على أنه :"يُسوى أي نزاع ينشأ بين أي جهة تباشر أي نشاط منظم وبين مكتب التنظيم والرقابة بخصوص أيٍّ من القرارات الصادرة من المكتب عن

[1] Howard L. Stovall, ARBITRATION AND THE ARAB MIDDLE EAST: SOME THOUGHTS FROM A COMMERCIAL LAWYER, presented paper to the Chicago International Dispute Resolution Association ("CIDRA") at its meeting on 22 September 2009

[2] القانون رقم 21 لسنة 2006 في شأن عقود واتفاقيات الإنشاء في مجال المقاولات المدنية – إمارة أبوظبي

طريق التحكيم طبقًا لأحكام الجدول رقم (2) المرفق بهذا القانون".والملاحظ أن هذا القانون أفرد للتحكيم تفاصيله ولم يعهد لمركز معين وإجراءاته لتولي مهمة التحكيم. ومن المعلوم أن مكتب التنظيم والرقابة RSB يقوم بتنظيم قطاع الماء والكهرباء في إمارة أبوظبي والإشراف على جميع المزودين لخدمات الماء والكهرباء وجميع الشركات العاملة في هذا القطاع[1].

إضافةً إلى القانون رقم(2) لسنة 1998 ينص قانون إجراءات المحاكم المدنية رقم (3) لسنة 1970 لإمارة أبوظبي على التحكيم بشكل عام، مع عدم إدراج ذلك القانون لأي قيد على جهة الإدارة في أن تُبرم أو لا تبرم عقداً يحوي شرط تحكيم، فقد نصت المادة 82.2 من الفصل التاسع (التحكيم) - إحالة نقاط النزاع للتحكيم – على أنه :"يجوز للمحكمة بطلب من أطراف الدعوى أن تحيل للتحكيم كل نقاط النزاع المعروضة أمامها أو بعضها منها". فقد جاء التحكيم على عموميته وكذلك الأطراف فلم يحدّه حد أو يقيده قيدهم يصفهم بهذه الصفة أو تلك[2].

علاوةً على ذلك فقد نصت المادة الثانية فقرة (ط) من القانون رقم (2) لسنة 1977 في شأن تأسيس شركة أبوظبي لتسييل الغاز المحدودة، وفي إطار الحديث عن مهام الشركة على أنه يحق لها مباشرة إجراءات التحكيم، وهو دليل جليْ على اتجاه المشرع الظبياني بقبول فكرة التحكيم في عقود الطاقة بشكل عام وعقود النفط والغاز بشكل خاص، سيما في قوانين شركات البترول الكبرى التابعة لشركة أدنوك[3].

أخيراً وليس آخراً، تجدر الإشارة إلى أن تعهد عدم الإفصاح والمُعد باللغة الإنجليزية والمنشور على الموقع الإلكتروني لمؤسسة الإمارات للطاقة النووية والذي يوقعه المتعاملين مع المؤسسة[4] (وهي مؤسسة أنشئت بموجب القانون رقم (21) لسنة 2009 المنشور في الجريدة الرسمية –

---

[1] القانون رقم (2) لعام 1998 المعدل بالقانون رقم (9) لسنة 2009 في شأن تنظيم قطاع الماء والكهرباء في إمارة أبوظبي

[2] الجريدة الرسمية حكومة أبوظبي - السنة الثالثة - العدد الثاني - إبريل 1970

[3] قانون رقم(2) لسنة 1977 في شأن تأسيس شركة أبوظبي لتسييل الغاز المحدودة، المنشور في الجريدة الرسمية لإمارة أبوظبي، السنة السادسة، العدد السابع، إبريل1977

[4] enec.gov.ae
موقع مؤسسة الإمارات للطاقة النووية

العدد الثاني عشر – السنة 31،38 ديسمبر 2009)، قد نص في مادته الثامنة على أن النزاع الذي يطرأ بمناسبة التوقيع على هذا التعهد يتم الفصل فيه عن طريق التحكيم من خلال مركز أبوظبي للتوفيق والتحكيم التجاري. ليس ذلك فحسب، فجميع التعاقدات تعتمد على شرط نموذجي للتحكيم يُخضع النزاع لقانون إنجلترا وويلز ويعقد الاختصاص لمحكمة لندن LIAC.[1] وقد يقول قائل، ما الدليل على أن مؤسسة الإمارات للطاقة النووية جهة قطاع عام وتخضع لما يخضع له القانون العام، فنجيبه بنص المادة 15 من القانون رقم 21 لسنة 2009 بإنشاء المؤسسة التي نصت على أنه :"يسري على موظفي المؤسسة قانون ونظم الخدمة المدنية المعمول بها في الإمارة فيما لم يرد به نص خاص في نظام ولوائح وقرارات المؤسسة، ويسري على المواطنين قانون معاشات ومكافآت التقاعد المدنية المعمول به في الإمارة[2]".

وبعد عرض وجهة نظر المشرع الظبياني، نلقي نظرة سريعة على توجه المشرع في إمارة دبي، الذي رسمت من خلاله الخطوط العريضة مبكراً ليتخذ موقفاً واضحاً من التحكيم في العقود الإدارية، ففي 6 فبراير 1988 أصدر الشيخ مكتوم بن راشد آل مكتوم (طيّب الله ثراه) تعليماتٍ بشأن شرط التحكيم في نطاق العقود المبرمة من قبل حكومة دبي ومؤسساتها، والذي نص صراحةً في المادة الاولى من هذه التعليمات على أنه :"لايجوز النص في أي عقد تكون حكومة دبي أو دوائرها أو مؤسساتها التابعة لها طرفاً فيه، على إجراء التحكيم خارج دبي، أو أن يخضع أي خلاف بشأن التحكيم وكذلك الاجراءات المتعلقة به لأية قوانين أو أصول خلاف القوانين والأصول النافذة في دبي، ويعتبر باطلاً أي نص مخالف لهذه التعليمات وغير ملزم لحكومة دبي ودوائرها ومؤسساتها" لتقيّد التعليمات التحكيم في العقود الإدارية محلياً وألاّ تكون خارج إمارة دبي وأن يطبق عليها موضوعياً وإجرائياً القوانين النافذة في إمارة دبي، ويُحسب للمشرع في إمارة دبي أنه حافظ على المراكز القانونية قبل صدور التعليمات التي نصت صراحةً في المادة الثانية على أن

---

[1] موقع لو إنسايدر
www.lawinsider.com

[2] القانون رقم (21) لسنة 2009 بشأن إنشاء مؤسسة الإمارات للطاقة النووية

التعليمات ليس لها أثر رجعي بالنسبة للعقود التي أبرمت قبل تاريخ صدورها[1]. ولاحقاً لهذه التعليمات أصدر الشيخ مكتوم (رحمه الله) في 31 مارس 2004 أمراً استثنى فيه شركة طيران الإمارات من التعليمات أعلاه،[2] مماّ يفهم منه السماح لشركة طيران الإمارات وهي إحدى مؤسسات القطاع العام بإبرام اتفاقيات تحكيم تجري خارج الدولة. وليس هذا هو الاستثناء فحسب، فقانون الدين العام لإمارة دبي الذي صدر في 2008 قد أعفى في المادة الخامسة منه اللجنة الموكل إليها مهام البت في الدين العام للإمارة من تعليمات شرط التحكيم في العقود المبرمة بين حكومة دبي ودوائرها ومؤسساتها وبين الآخرين[3].

ورغم ورود التعليمات في 1988 إلا أنه وبحسب استقراء الاستثناء أعلاه، فقد تم منح الاستثناء قبل طيران الإمارات لجهات أخرى، وشاهد ذلك ماتقدم ذكره من النزاع الذي قام بين حكومة دبي و بين شركة DryDocks وشركات Halcrow et F .Mc Williams، فهذا النزاع ليس فقط تم ابرامه بشأن عقد إداري فقط، بل تم عقده خارج إمارة دبي و تم إخضاعه للقانون الفرنسي من الناحية الموضوعية، ليس لأنه القانون المتفق عليه ابتداءً لكنه لفرضه من قبل هيئة التحكيم كقانون يصلح في وجهة نظرهم لحل النزاع، نظراً لكون دولة المقر لم تتمسك في حينه بالنص على اعمال قانون الإمارة في بند التحكيم، فقد نصت المادة 24 من الاتفاقية على أن :"يتم حل كل منازعة تنشأ في إطار العقد من خلال التحكيم الذي يتفق عليه الأطراف[4]".

إضافةً إلى ماسبق نصت المادة 5 من البند 12 من قانون إنشاء دائرة الشؤون القانونية في دبي على مهام وواجبات دائرة الشؤون القانونية، ليقول:" أن تمثل حكومة دبي وجميع الجهات

---

[1] تعليمات بشأن شرط التحكيم في العقود المبرمة من قبل حكومة دبي ودوائرها ومؤسساتها، تم نشرها في الجريدة الرسمية لحكومة دبي، العدد166، العام 1988

[2] الأمر الصادر في دبي بتاريخ: 28 فبراير 2004، الموافق: 8 محرم 1425هـ. المنشور في الجريدة الرسمية - العدد 294 - السنة الثامنة والثلاثون10 صفر 1425هـ، الموافق 31 مارس 2004

[3] قانون إجراءات الدين العام (2008) الصادر عن حكومة دبي، الجريدة الرسمية لحكومة دبي، العدد 330 بتاريخ 2008/03/31

[4] أ.د. حفيظة السيد الحداد، الموجز في النظرية العامة في التحكيم التجاري الدولي، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2007 لسنة 1947، ص224-225

الحكومية التابعة لها أمام الهيئات القضائية ولجان التوفيق ومراكز المصالحة والتحكيم"[1]. فالدور المناط بدائرة الشؤون القانونية هو المنافحة عن حكومة دبي، أي أن الدائرة تكون بمثابة قضايا الحكومة أو قضاء مجلس الدولة في بلدان أخرى، وبمعنى آخر، أن الدور المسند إلى الدائرة يقوم على جملة مهام منها التصدي للقضايا التي ترفع من قبل أو على حكومة دبي، ولا سيما تلك المتعلقة بالتعاقدات التي تبرمها حكومة دبي مع آخرين، أي العقود الإدارية التي من الممكن أن يكون عقود في الطاقة أو خلافه، وهي حجة أخرى تؤكد على قبول المشرع في إمارة دبي لفكرة التحكيم في العقود الإدارية كوسيلة بديلة لفض النزاعات[2].

وبعد أن إنتهينا إلى قبول المشرعين الاتحادي والمحلي لفكرة فض نزاعات الطاقة عن طريق التحكيم فيتوجب علينا أن نعرض لموقف المحكمة الاتحادية العليا الذي يتبلور في الطعن رقم 302 لسنة 2015 إداري الصادر مؤخراً في جلسة الأربعاء الموافق 22 من يونيو سنة 2016، وبين توجه المحكمة الاتحادية العليا واقتناعها التام بأن شرط التحكيم نافذ ومرتب لآثاره حتى ولو كنا بصدد عقد إداري صرف، وتعود تفاصيل النزاع إلى قيام مجلس الوزراء بتشكيل لجنة تسمى "اللجنة الدائمة للمشروعات" والتي كان من مهامها دراسة طلبات التعويض والتحكيم التي يقدمها المعنيون في شأن عقود المشروعات الاتحادية، فقرار إنشاء اللجنة بحد ذاته يؤكد على قبول فكرة التحكيم في العقد الإداري الذي تبرمه الحكومة الاتحادية، لاحقاً لتاريخ إنشاء اللجنة وبالتحديد في 2005/12/26 قرر مجلس الوزراء في الجلسة رقم 36 بذات التاريخ، إلغاء عدة لجان منها اللجنة الدائمة للمشروعات، وأنشأ في ذات الجلسة لجنة جديدة تحل محل اللجنة الدائمة للمشروعات، تسمى "لجنة التعويضات والمطالبات" يناط بها كذلك البت في التعويضات والتحكيم وشروطه.

---

[1] (12) the Department is competent to represent the Government and all governmental bodies before competent judicial bodies as well as committees and centers of reconciliation and arbitration. The Department may depute any person it deems fit to represent it in the proceedings of these lawsuits.

[2] Law No. 32 of 2008 setting up the Legal Affairs Department of Government of Dubai Government , Official Gazette No. 337, 2008

قبل ذلك التاريخ وبالتحديد في العام 2002، قامت وزارة الأشغال بترسية مشروع طريق دبي الفجيرة على إحدى الشركات العاملة في الاستشارات الهندسية، وكان العقد ينص في مادته رقم 20 علـى أن :"تسوى كافة المنازعات الناشئة عن تطبيق هذا العقد او تفسير بنوده عن طريق لجنة التعويضات والتحكيم (المتفرعة من اللجنة الدائمة للمشروعات) وإذا تعذر التوصل إلى حل مرضي لطرفي العقد تتولى المحكمة المختصة بدولة الإمارات العربية المتحدة حسم النزاع وتلتزم لجنة التعويضات والتحكيم بأحكام هذا العقد وبالقوانين وبالأعراف المعمول بها في دولة الامارات العربية المتحدة". لاحقاً لتاريخ إبرام العقد حصل نزاع بين الطرفين وتأخر المشروع عن التاريخ المحدد له، مما حدى بوزارة الأشغال برفع دعوى أمام المحكمة مطالبة بالتعويض عن الأضرار وفسخ العقد، لكن الشركة طالبت في ذات الدعوى بمستحقاتها، إلا أن المحكمة في الدرجة الأولى لم تلتفت لطلبات الوزارة ورفضت البت في النزاع فقط لأن العقد يتضمن شرط التحكيم الذي يجعل المحكمة تنئى بنفسها عن النظر في النزاع، مما حدى بالوزارة بالطعن على حكم المحكمة الابتدائية بحجة أن اللجنة المذكورة في المادة 20 موضوع شرط التحكيم كانت قد ألغيت من قبل مجلس الوزراء، مما يجعل شرط التحكيم غير مرتب لآثاره – بحسب وجهة نظر الوزارة – لكن المحكمة ارتأت بأن تقر بأن إلغاء اللجنة الدائمة للمشروعات لا يعني إلغاء شرط التحكيم سيما وأن اللجنة الدائمة للمشروعات قد حل محلها لجنة أخرى تسمى لجنة التعويضات والمطالبات، لتؤكد المحكمة الاتحادية العليا من خلال الطعن رقم 302 لسنة 2015 إداري على ماهية شرط التحكيم وأهميتها دون الإلتفات إلى الطبيعة الإدارية للتعاقد، مقرةً بهذا الصدد أحقية الأطراف باللجوء للتحكيم وهم في صدد إبرام عقد إداري، قائلةً في هذا الصدد :"إنه ومتى كان العقد المذكور قد نص على شرط التحكيم وأن هذا الشرط مازال قائماً ولا يجوز إهماله بحجة إلغاء إطاره التحاكمي وإذ قامت الطاعنة باللجوء إلى القضاء مباشره دون سابق اللجوء لهذه اللجنة فمن ثم يكون النعي على الحكم المطعون فيه بما تقدم من أسباب في غير محله" وفي هذا الصدد قد أكدت المحكمة على أن :"..التحكيم طريق استثنائي في بعض الخصومات قوامه الخروج عن طريق التقاضي

العادية وما تكفله من ضمانات، فهو يكون مقصوراً حتماً على ما تنصرف إرادة المحتكمين إلى عرضه على هيئة التحكيم، وإذا تم الاتفاق في عقد على عرض جميع المنازعات التي تنشأ عنه أو ما يترتب عليه من آثار فهذا يشمل كل المنازعات التي تقع بين المتعاقدين سواء وقت قيام التعاقد أو عند انتهائه أو بعد ذلك[1]". ليتبين لنا بشكل جلي أن موقف المحكمة الاتحادية العليا لا يفرق بين عقد وآخر لإعمال شرط التحكيم ويعتبره ملزم لأطرافه متى اتجهت إرادتهم لإنفاذ هذا الشرط[2].

وبعد أن عرضنا لوجهة نظر المشرع الاتحادي والمشرع المحلي في دولة الإمارات العربية المحدة، ورغم وجاهة وحجية وقوة الرأي القائل بالمشروعية، وتفنيده لحجج القائلين بعدم المشروعية، إلا أنه لم يطرح حلولاً ناجعة لمعالجة سلبيات التحكيم أو إن صح التعبير المآخذ الكثيرة عليه ولا سيما في العقود الإدارية، وفيما يلي يحاول الباحث طرح نقاط تعالج تلك المثالب أو السلبيات أو المآخذ وتطرح فكرة لقيود عديدة قد تؤدي لتقبل القائلين بعدم المشروعية لفكرة اللجوء للتحكيم في العقد الإداري ولا سيما عقد الطاقة وذلك حسب ما سيتم ذكره.

المبحث الثالث: القانون الواجب التطبيق على النزاع التحكيمي لعقد الطاقة

وبعد أن عرضنا للآراء التي تفنّد إعمال التحكيم في عقود الطاقة من عدمه، وتبيان الحجج المساقة لهذا الصدد وما يقابله من رأي، نعرض في الأسطر القادمة لمسألة غاية في الأهمية تكمن في القانون الواجب التطبيق حين نشوب نزاع، على افتراضين لا ثالث لهما، الأول أن العقد لم يشر

---

[1] المحكمة الاتحادية العليا، الطعن رقم 302 لسنة 2015 إداري، جلسة الأربعاء الموافق 22 من يونيو سنة 2016.

[2] ولقد ناقضت وزارة الأشغال العامة موقفها هذا في الطعن رقم 463-495 لسنة 2014 إداري، جلسة الأربعاء الموافق 20 من مايو سنة 2015. الصادرعن المحكمة الاتحادية العليا، والذي جاء بمناسبة الحكم المذكور أعلاه، حيث أقامت شركة "ويلي جي أند بي الوطنية" دعواها مختصة الوزارة للمطالبة بتأدية مبلغ يقارب 112 مليون درهم مع الفوائد، على سند من القول بأن الوزارة قد طالبت الشركة بأعمال إضافية وأن الشركة لم يُصرف لها مقابل تلك الأعمال التي زادت من قيمة المشروع الأساسي المرسىّ عليها وأدت إلى إطالة مدة الإنجاز، وقد تم الحكم للشركة بناءً على مستندات كانت لدى الاستشاري الذي اختصم الوزارة في الحكم المذكور أعلاه، مما حدا بالوزارة إلى الاستئناف، وكما أن الوزارة في الحكم المذكور أعلاه قد طالبت القضاء بالبت في النزاع على سند من القول بأن لجنة التعويضات قد تم إلغاءها مما أحدث معه إلغاء شرط التحكيم، إلا أن الوزارة في هذا الطعن، قد تمسكت باللجوء للجنة التعويضات قبل رفع الدعوى أمام القضاء وأن حكم محكمة الدرجة الأولى قد خالف القانون بالبت في النزاع رغم وجود شرط التحكيم. إلا أن المحكمة لم تلفت لهذا الدفع، ولربما مرد ذلك أن وجود الوزارة طرف في نزاع آخر قائم في حينه مع تمسكها بدفع يناقض الدفع المذكور في هذا الطعن أدى إلى عدم اعتداد المحكمة بهذا الدفع.

للقانون الواجب التطبيق، والثاني أنه قد أشار للقانون الواجب التطبيق ليضع هذا الاختيار على المحك من ناحية مدى قبول الفقه ابتداءً وهيئة التحكيم له انتهاءً، وفيما يلي تبيان ذلك:-

نظراً لأنه لكل عقد قانون ينظم بنوده ويُحال عليه في وجود نزاع أو الحاجة لتفسير بعض أو جميع تلك البنود، وإن انعدام الإحالة لقانون محدد في عقد الطاقة قد يثير النزاع بين أطرافه في المستقبل، فتغييب البنود القياسية بشكل عام في أي عقد يثير نزاعاً بين أطراف التعاقد ويدل على ضعف الصياغة بشكل عام وأن العقد لم يبنى على أساس قويم، ومن أهم تلك البنود القياسية القانون الواجب التطبيق وطريقة حل النزاع حال أثير بين أطرافه، وفي سبيل ذلك ستتم مناقشة موضوع القانون الواجب التطبيق في منازعات عقود الطاقة من خلال عدة آراء فقهية، كما سيلي ذكره، فالرأي الأول يقول أنه في حال لم يتم الاتفاق على القانون الواجب التطبيق على النزاع – مع افتراض الاتفاق اصلاً على التحكيم – فإنه يجب إخضاع عقد الطاقة لقانون الإرادة المستقلة لأطرافه، وهذا الرأي يؤيده جانب كبير من الفقه على رأسه الألماني Mann الذي يرى احترام إرادة الأطراف حتى ولو اختاروا قانوناً غير وطني وذلك نزولاً عند مبدأ احترام إرادة الأطراف[1]. فحرية الأطراف المتعاقدة في اختيار القانون الذي يلجؤون إليه في حال النزاع لهو أمر مُعتبر من قبل الاتفاقيات الدولية والقواعد ذات الطابع الدولي، إضافة إلى التشريعات الوطنية وأحكام التحكيم العديدة، والتي أكدت في مجملها على حرية اختيار الأطراف للقانون الواجب التطبيق ولقد تم تأييد هذا الرأي من قبل العديد من الاتفاقيات الدولية للتحكيم والقواعد ذات الطابع الدولي من قانون الإرادة المستقلة، ومن ذلك نص المادة السابعة من الاتفاقية الأوروبية والموقعة في جنيف عام 1961 والقائلة بـأنه :"للأطراف حرية تحديد القانون الذي يتعين على المحكمين تطبيقه.." ونص المادة 42 من اتفاقية واشنطن عام 1965 والتي فيها: "تفصل محكمة التحكيم في النزاع وفقاً لقواعد القانون المختار بواسطة الأطراف.."، ومن ذلك أيضاً ما نصت عليه المادة 33 من القانون التجاري الدولي عام 1976 والتي تقول :"تطبق محكمة التحكيم القانون المختار بواسطة

[1] د. أحمد الهواري، القانون الواجب التطبيق على عقود الامتياز البترولية، ورقة بحث مقدمة في المؤتمر السنوي الحادي والعشرين - الطاقة بين القانون والاقتصاد، جامعة الإمارات، 20-2013/5/21، ص1361

الأطراف.." وقواعد التحكيم النافذة لدى غرفة التجارة الدولية في باريس ICC فقد نصت المادة 1/13 من القواعد على أنه "للأطراف الحرية في تحديد القانون الذي يتعين على المحكم تطبيقه على موضوع النزاع[1]". والقانون النموذجي الدولي للتحكيم الصادر عن لجنة القانون التجاري عام 1985 والذي جاء فيه :" تفصل محكمة التحكيم في النزاع طبقاً للقواعد القانونية المختارة من قبل الأطراف .."كما نصت الاتفاقية الأوروبية الموقعة عام 1961 على أنه" للأطراف الحرية من خلال العقد المبرم بينهما لاختيار القانون الواجب تطبيقه على النزاع من قبل المحكمين[2]".

أما عن موقف التشريعات الوطنية الخاصة بالتحكيم بالنسبة للقانون الواجب التطبيق، فقد نصت المادة 1496 من القانون الفرنسي الخاص بالتحكيم الدولي الصادر عام 1981 على أنه :"يفصل المحكم في النزاع وفقاً للقواعد القانونية المختارة من قبل الأطراف .."والمادة 1054 من القانون الأيرلندي للتحكيم على أن "تفصل محكمة التحكيم وفقاً للقواعد القانونية المختارة بواسطة الأطراف" ونص المادة المادة 1/39 من القانون المصري للتحكيم رقم 27 لسنة 1994 على أن :"تطبق هيئة التحكيم على موضوع النزاع القواعد القواعد التي يتفق عليها الطرفان وإذا اتفقا على تطبيق قانون دولة معينة اتبعت القواعد الموضوعية substantive law فيه دون القواعد الخاصة بتنازع القوانين ما لم يتفق على غير ذلك[3]".

كما نصت المادة 38 من مسودة مشروع قانون التحكيم الإتحادي على أنه :"تطبيق هيئة التحكيم على موضوع النزاع القواعد التي يتفق عليها أطراف التحكيم، وإذا اتفق على تطبيق قانون دولة معينة اتبعت القواعد الموضوعية فيه دون القواعد الخاصة بتنازع القوانين ما لم يتفق على غير

[1] د.أحمد حلمي هندي، عقود الامتياز البترولية وأسلوب حل منازعاتها، الفتح للطباعة والنشر، الإسكندرية، 2013، ص467-469

[2] Dr. Obaid S. Busit, The Determination of Applicable Law in International Commercial Arbitration, presented at The 6th Annual Conference under the subject of International Commercial Arbitration, which was took place from, 28-30 April 2008. Organized by U.A.E University, Vol. 2, Page 201

[3] د.أحمد حلمي هندي، عقود الامتياز البترولية وأسلوب حل منازعاتها، الفتح للطباعة والنشر، الإسكندرية، 2013، ص470

ذلك. وإذا اتفق أطراف التحكيم على إخضاع العلاقة القانونية بينهما لأحكام عقد نموذجي أو اتفاقية دولية أو أية وثيقة أخرى، وجب العمل بهذه الأحكام بما تشمله من أحكام خاصة بالتحكيم[1]".

وهناك العديد من الأحكام تحكيمية تؤيد خضوع العقد للإرادة المستقلة للأطراف، فلقد أكدت هيئات التحكيم في مناسبات عدة أحقية الأطراف في اختيار العقد الذي يتناسب مع طبيعة العقد، ومن ذلك حكم التحكيم الصادر في القضية رقم 1512 لسنة 1971 الذي نص في ديباجته على أن اختيار الأطراف الصريح للقانون محل اعتبار، وحكم التحكيم الصادر في القضية رقم 1581 لسنة 1971 حين أكدت هيئة التحكيم أن عقد تعيين المحكمين هو مصدر سلطاتهم واختصاصاتهم وإلزامهم بإرادة الأطراف المتطابقة بحيث لا يمكنها ذلك من فرض القانون الفرنسي على الأطراف حين يقرروا اختيار قانون آخر، فضلاً عن حكم التحكيم الصادر في قضية أرامكو الصادر في 23 أغسطس عام 1958 الذي نص في حيثياته على أن :"القانون الواجب التطبيق على العقد.. هو القانون المختار صراحة من قبل الأطراف، وفي حال غياب هذا الاختيار يطبق قانون الإرادة المفترضة. وهو الأمر الذي تم تأكيده في حكم تحكيم تكساكو الصادر في 19 يناير 1977 حين قال المحكم الوحيد في النزاع الأستاذ Dupuy :" حيث أن كل الأنظمة القانونية أياً كانت تطبق مبدأ استقلال الإرادة في مجال العقود البترولية[2]".

أما الرأي الآخر الذي يتبنى لرأي مختلف حول ما إذا لم يتم الاتفاق على القانون الواجب التطبيق فهو رأي يقول بضرورة خضوع عقد الطاقة للمبادئ العامة للقانون، فوجهة النظر هذه أخرى لا تقول بالإرادة وأعمالها بقدر ما ترى في المبادئ العامة للقانون الحل الأنسب كقانون يُطبق على النزاع في عقود الطاقة. فهل يجوز اللجوء للمبادئ العامة لتفسير بعض الغموض الذي قد يرد في عقود الطاقة؟

---

[1] مسودة مشروع القانون الاتحادي في شأن التحكيم في المنازعات التجارية المحال الى اللجنة التشريعية في المجلس الوطني الاتحادي، المصدر منتدى قانون الإمارات:
http://www.theuaelaw.com

[2] د.أحمد حلمي هندي، عقود الامتياز البترولية وأسلوب حل منازعاتها، الفتح للطباعة والنشر، الإسكندرية، 2013، ص470-472

ولقد عرفت المحكمة الإدارية العليا المبادئ العامة للقانون على أنها :"قواعد غير مدونة مستقرة في ذهن وضمير الجماعة يعمل القاضي على كشفها بتفسير هذا الضمير الجماعي العام، وتلك القواعد المستقرة في الضمير، وتمليها العدالة المثلى ولا تحتاج إلى نص خاص". فالمبادئ العامة للقانون مصدر للمشروعية واعتبرها مجلس الدولة الفرنسي نظرية قضائية عامة، ويرى البعض أن :"القواعد العامة للقانون تتضمن القواعد العامة للقانون الدولية التي تقوم على النواميس والأعراف الدولية المتضمنة على سبيل المثال لا الحصر الاتفاقيات والمعاهدات الدولية[1]"، وإن أول من نادى بتطبيق القواعد العامة للقانون على عقود الطاقة بشكل عام وعقود البترول بشكل خاص كان الفقيه ماكنير MCNAIR ففي وجهة نظره أن المبادئ العامة للقانون هي الأنسب في منازعات تلك الطائفة من العقود، ولقد وضع الفقيه ماكنير عدة ضوابط وشروط لتطبيق القواعد العامة للقانون مثل ضرورة أن يختار طرفي العقد النظام القانوني واجب التطبيق على العقد المبرم بينهم وأن يتفقوا عليه وأن يعي طرفا عقد الطاقة ولا سيما البترولية منها أنها ليست عقوداً دولية وذلك لعدم إبرامها بين دولتين أو أكثر وفقاً لمبدأ السيادة، كذلك أن يمتلك المحكم أو هيئة التحكيم حرية اختيار القانون واجب التطبيق على العقد من النظام القانوني لطرفي التعاقد بشرط أن يقدّم الأكثر تطوراً منهما على الآخر.

وهناك تساؤل أثير من قبل الفقيه "ماكنير"، مفاده :متى يتم تطبيق المبادئ العامة للقانون؟ والجواب يكمن في أنه حال لم يكن أي من النظامين القانونيين لطرفي التعاقد من الأنظمة القانونية المتطورة فهنا يتم تطبيق المبادئ العامة للقانون لكونها مبادئ معترف بها من الأمم المتحدة[2]. وهناك ثلاثة مبادئ عامة يوجد شبه اتفاق عالمي عليها ولا سيما في عقود البترول ومعترف بها دولياً من قبل الأمم المتحدة والتي هي نتاج خبرات متراكمة نتجت عن ممارسات طويلة المدى، فالمبدأ الأول هو مبدأ أن العقد شريعة المتعاقدين، وهو مبدأ يعتبر الشريعة العامة لكافة العقود القانونية المختلفة، سواءً كانت دولية أم داخلية، عامة كانت أو خاصة، ومؤدى هذا المبدأ ضرورة

[1] المرجع السابق، ص503 -505
[2] المرجع السابق، ص512-513

حتمية بقيام الأطراف باحترام ماورد في العقد من بنود وأحكام والتزام كل طرف بالتزاماته المضمونة في التعاقد، وتنفيذ محتوى العقد بحسن نية من دون انتهاك أو إخلال أو تقصير. وهناك مبدأ آخر يسمى بمبدأ الحقوق المكتسبة وهي الحقوق التي لا يجوز انتهاكها بحيث يتوجب على الدولة المضيفة أو مانحة الامتياز صيانتها لضمان استمرارية توازن العلاقة التعاقدية. ومن الشواهد التي طبق فيها هذا المبدأ قضية تحكيم أرامكو حيث أكد حكم التحكيم على أن :" تتمتع أرامكو باعتبارها أول صاحبة امتياز بحقوق مطلقة لها صفات الحقوق المكتسبة، ولا يمكن أن يتم النيل منها بواسطة تعاقد مع صاحب امتياز آخر..إن مبدأ احترام الحقوق المكتسبة هو أحد المبادئ الأساسية في كلا النظامين الدولي والداخلي لغالبية الدول المتحضرة".

أما عن المبدأ الثالث فهو مبدأ إساءة استعمال السلطة، ومفهوم هذا المبدأ هو ألا يترتب على استعمال السلطة إساءة للآخرين، وهي فكرة مألوفة في القانون الإداري في فرنسا ومصر فلا يمكن القبول بقيام جهة الإدارة أو من يمثلها القيام بتصرفات تؤدي للإضرار بالآخرين، ولقد كفل الفقه الإداري لصاحب الحق المتضرر اتخاذ كافة التدابير التي تحميه حال تحقق التعسف في استعمال الحق. وفي هذا السياق يقول القاضي Carneiro :"عندما تكون دول كثيرة في حاجة لرأس المال الأجنبي لتنمية اقتصادها، فلن يكون من الظلم فقط بل يكون من الخطأ الجسيم تعريض رأس المال هذا للخطر دون قيد أو ضمان ضد أخطار تشريع الدولة التي يستثمر فيها رأس المال هذا[1]".

ورغم وجاهة هذا الرأي، ألا أن العمل بالمبادئ العامة للقانون قد قوبل بالانتقاد من بقية فقهاء القانون. ولقد استند هذا الرأي إلى حجج واهية كانت في مجملها تنظيرية وتفسيرات فردية تقوم على الرأي الشخصي أكثر منها الرأي الفقهي المدعم بالأسانيد، مما جعل من السهولة نقد هذا الرأي، فحين يقول "اللورد ماكنير"، وهو أول من دعى إلى تطبيق المبادئ العامة للقانون والتي أسبغ عليها عباءة الدولية وقصرها فقط على الدول الكبرى، فحين يقول بأن المبادئ العامة للقانون

[1] المرجع السابق، ص516-517

والتي تتشاركها الدول الكبرى سيتم تطبيقها حال لم يكن النظام القانوني للدول المضيفة للاستثمار غير متطور، لهو هراء لا يمكن الالتفات إليه، و حين يحلم الأستاذ "لايف" بوجود نظام ثالث – بحسب كلامه – وهذا النظام الثالث في طور التكوين ويقع بين القانونين الدولي والداخلي يراعي ويواكب العلاقات الاقتصادية، فنحن بلا شك في صدد أضغاث أحلام وتخيلات ليس لها سند من القول، وهو ما جعل من السهول توجيه سهام النقد مع عدم الاهتمام بشدة بهذا الرأي، ومن أوجه تلك الآراء الناقدة أن الكلمة المطاطية المسماة المبادئ العامة للقانون لم تكن سوى سلاح بيد الشركات الاستثمارية الكبرى للتهرب من تطبيق القوانين الوطنية المدرجة في التعاقدات من خلال محكميها المتمرسين. والتي كانت حجة محل نظر حتى ستينيات القرن المنصرم، بينما الآن وفي ظل تطور الأنظمة القانونية للدول العربية المنتجة للنفط وصاحبة مشاريع الطاقة الضخمة، لم يعد لهذه الحجة قائمة تقوم عليها.

وبعد أن بيناّ وجهة نظر القائلين بوجوب احترام إرادة الأطراف وإعمال تلك الإرادة ومن ثم الرأي القائل بخلاف ذلك وأن المبادئ العامة للقانون هي الأولى بالتطبيق، دعونا ننظر لرأي ثالث يقول بخضوع عقود الطاقة للقانون الوطني وأنه هو الواجب التطبيق وليس إرادة الأطراف أو المبادئ العامة للقانون.

أما عن الرأي الثالث، الذي يعقب الأخذ بالإرادة وبإعمال المبادئ العامة للقانون، نجد أن رأياً آخر يقول بضرورة خضوع عقود الطاقة للقانون الوطني ولجوب تطبيق القانون الوطني مبررات عديدة، فيرى جانب كبير من الفقه إلى ضرورة تطبيق نصوص القانون الوطني لكون المشروع أو موضوع الإمتياز يقع في نطاق الدولة المتعاقدة، وأن قضاءها سواءً الطبيعي أو البديل مثل التحكيم، ستكون مهمة هيئاته ميسرة في حال طبق قانون الدولة الوطني على النزاع أيا كان نوعه، ومن الفقهاء المؤيدين لهذا التوجه الفقيه جراسيا الذي ذهب إلى أن العقود بين الدول والأشخاص الأجنبية يحكمها منذ النشأة وحتى الانقضاء وقبل ذلك التنفيذ القانون الداخلي للدولة المتعاقدة، وقد

قامت مجموعة من الفقهاء بتأييد هذا الرأي ومنهم الفقيه نبواييه الذي أيد خضوع العقود التي تبرمها جهة الإدارة للقانون الوطني، ولم يكن هذا الرأي وليد اللحظة بل دعمه من تبناه بعدة مبررات وأسانيد والتي منها على سبيل المثال لا الحصر، فهناك مبرر مستند للإرادة الضمنية لأطراف التعاقد حيث يعني الطرف الأجنبي تماماً حين يدخل في علاقة تعاقدية مع الدولة أو أحد أجهزتها أن الدولة لها قوانين وأنظمة يجب احترامها وتذهب نيته لقبول الخضوع بشكل أو بآخر لهذه القوانين واللوائح التي هي للدولة أو على الأقل للمدرسة القانونية المنضوية تحتها الدولة (المدرسة اللاتينية أو المدرسة الأنجلوسكسونية) والواقع العملي أن معظم الشركات الأجنبية تنضوي تحت الفقه الأنجلوسكسوني لكنها تقبل التعاقد مع دول الشرق التي هي في معظمها دول متبعة للنظام اللاتيني، ومن أدلة ذلك أن الشركة الأجنبية وحتى قبل تعاقدها مع جهة الإدارة تعمد إلى فتح فرع لها في تلك الدولة وتجهز ذلك الفرع بكافة المتطلبات التي تتطلبها الدولة، وحين يبدأ الإعلان عن تقديم العطاءات، يقوم الشخص الأجنبي كذلك باتباع قوانين ولوائح المشتريات وأساليب تقديم العطاءات، ويقبل تقديم الضمان النقدي والوقوف مع آخرين حتى لو تمت دعوته للإشتراك، وكل هذا يدل دلالةً واضحة على قبول المستثمر من الأساس الإنضواء تحت مظلة النظام القانوني للدولة صاحبة المشروع. وحتى بعد حصول المستثمر أو الشركة الأجنبية على المشروع يظل متفهماً أن الدولة قد تؤمم المشروع أو تلغيه لأي سبب كان وأنه يقبل الخضوع للأنظمة الضريبية في تلك الدولة، وهذه نقاط أخرى تعزز من وجهة نظر القائلين بضرورة تطبيق القانون الوطني.

والحجة الثانية تكمن في أن الشركة المتعاقدة تلتزم تجاه الدولة في عقود الطاقة خاصة بتأهيل وتدريب الكوادر الوطنية، بغرض تمكين الأيادي الوطنية من استيعاب التقنية المستخدمة أولاً والقدرة على تولي زمام أمور المحطة الكهربائية مثلاً حال انتهى العقد وتسلمت الدولة المشروع بكامله، وكما سبق أن أشرنا في الفصل الأول، فهذه الكوادر الوطنية العاملة (بالإضافة إلى غيرهم من الجنسيات الأخرى) في محطات الطاقة أوحقول النفط والغاز موظفون عموميون يخضعون لما

يخضع له الموظف العام وللدولة مساءلة المخالف منهم وتعريضه للعقوبات التي يخضع لها الموظف العام، فضلاً على خضوع الكادر الوطني لمظلة المعاشات التي يخضع لها أي موظف حكومي آخر، ويصدر بحقهم قرارات إدارية إما بالتعيين أوالندب أو الترقية أو إنهاء الخدمة، أي أن القانون الإداري هو الذي يطبق عليهم ولو كان لتلك المنشآت التي يعملون بها لوائح داخلية فيما يخص الموارد البشرية، فكيف لا نقول بعد ذلك بعدم ضرورة تطبيق القانون الوطني على هذه الطائفة من العقود وتفصيلاتها الدقيقة لا تتناسب مع القول بإخضاعها لغير القانون الوطني[1].

ناهيك عن أن عقود الطاقة تُبرم في الغالب الأعم على إقليم الدولة المتعاقدة وكذلك عملية الإنتاج والتكرير والتصفية والتخزين والبيع الذي يكون على الغالب ولا سيما في عقود الكهرباء داخل إقليم الدولة، فهذه العقود ترتبط ارتباطاً وثيقاً بمصالح الدولة الأساسية، خاصةً حين يتفق الأطراف على أن مكان التحكيم يكون إقليم الدولة ذاتها، فكيف يكون إقليم الدولة مكاناً للنزاع بينما يُطبق قانون آخر غير قانون الدولة الوطني، فكما أسلفنا، تطبيق قانون الدولة الوطني يساهم في تسهيل مهمة هيئة التحكيم المعينة أو المختارة ويوفر وقتاً وجهداً على هيئة التحكيم في البحث في قانون لصيق بالدولة بدلاً من استيراد قانون آخر مثل القانون الإنجليزي المتواجد في معظم العقود كقانون حاكم، يؤدي إلى صرف جهد ومال من قبل هيئة التحكيم لاختيار القواعد الموضوعية منه *substantive law* وتطبيقها على النزاع، مع الإعتداد بأن القانون الإنجليزي قانون متطور وعريق، وقد نجد فيه ما لا نجد أصلاً في قوانين بعض الدول المتعاقدة التي لا تزال أنظمتها في طور التقدم والتطور[2].

فضلاً عن أن الكثير من القوانين الوطنية والاتفاقيات قد نصت على أن القانون الوطني هو القانون الحاكم للعقود بشكل عام، بل ونصت بعض الاتفاقيات صراحة على أنه في حال لم يتم الإشارة في التعاقد إلى القانون المطبق، تتم الإحالة للقانون الوطني للدولة مثل اتفاقية واشنطن لمنازعات

[1] د. كاوه عمر محمد، التحكيم في منازعات العقود النفطية، منشورات زين الحقوقية ، بيروت - لبنان، الطبعة الأولى 2015، ص293-295

[2] المرجع السابق، ص296

الاستثمار بين الدولة ورعايا الدول الأخرى والموقعة عام 1965. واتفاقية روما لعام 1980 بشأن القانون الواجب التطبيق على الإلتزامات العقدية، ولقد تم تأييد هذا المبدأ في عدة مناسبات من قبل الجمعية العامة للأمم المتحدة مثل القرار رقم 523 لسنة 1952 الذي أكد على حرية الدولة بالانتفاع بمواردها وفقاً لمصالحها الوطنية، والقرار رقم 1803 الصادر في 17 كانون الاول 1962 الذي أكد على أن نزع الملكية والتأميم حق للدولة بما يتناسب مع مصلحتها العامة، والأهم من كل ذلك القرار رقم 3281 الصادر في 12 كانون الأول 1974 والذي أكد على أحقية الدول ولا سيما النامية منها في تنظيم الاستثمارات الأجنبية بحسب قوانين تلك الدول وأنظمتها وطبقاً لأهدافها وأولوياتها القومية، ليؤكد في طي نصوصه مرة أخرى على أحقية الدولة في التأميم بشرط دفع التعويض المناسب وليترك تقدير التعويض لم تنص عليه القوانين الداخلية ولا يحيل أبداً للقانون الدولي من قريب أو بعيد[1].

ولقد تبلورت هذه النظرية في عدة مناسبات وقوانين ولدى هيئات تحكيم عدة، فالقانون الخاص الدولي الأمريكي ينص على حرية اختيار الأطراف للقانون المطبق على النزاعات التي قد تثار[2]. وتوجد تطبيقات عملية عدة على تبني هذا التوجه من قبل هيئات تحكيمية، ففي إحصائية قام بها الأستاذ Delaume على ثمانين عقداً من عقود النفط والغاز التي تم إبرامها بعد الحرب العالمية الثانية وجد أن 50% من تلك العقود تتبنى تطبيق القانون الوطني للدولة المتعاقدة وليس قانون المستثمر الأجنبي أو أي قانون ثالث، وبالتالي يتم تطبيق القانون الوطني على النزاعات، وبالنسبة للنزاعات، فنشير إلى النزاع الذي أثير بين حكومة أبوظبي و بين شركة بتروليوم ديفليمونت عام 1951، فقد قال المحكم اللورد إسكويث أنه طالما أن العقد أبرم في إمارة أبوظبي وتم تنفيذه أيضاً

---

[1] المرجع السابق، ص297-300

[2] "The right and dispute of the parties with respect to an issue in contract are determined by the local law of the state which with respect to that issue, has the most significant relationship to the transaction and the parties under the principles stated in sec.5"
Please see: Dr. Obaid S. Busit, The Determination of Applicable Law in International Commercial Arbitration, presented at The 6th Annual Conference under the subject of International Commercial Arbitration, which was took place from, 28-30 April 2008. Organized by U.A.E University, Vol. 2, Page218

فيها فيجب تطبيق القانون المحلي لإمارة أبوظبي، ومن ذلك أيضاً النزاع الذي قام بين حكومة قطر وشركة إنترناشيونال مادين أويل عام 1953 حيث قرر المحكم ((بكند)) أن قانون قانون قطر هو القانون الواجب التطبيق لحل النزاع، وأخيراً وليس آخراً نرى أن الأستاذ جورج سوزرهول في النزاع الذي تم بين المملكة العربية السعودية وشركة أرامكو عام 1958 قد حسم الجدال بقوله أن :"القانون المختار من الأطراف هو القانون السعودي فقد تم إبرام العقد في السعودية وتم تنفيذ عقد الامتياز بالتنقيب عن البترول في الأراضي السعودية، فالقانون السعودي يجب أن يطبق أولاً[1]".

علاوةً على ماسبق توجد شواهد واقعية من خلال عقود منتهية أو لا تزال قائمة أو حتى عقود بصيغ ثابتة Standard Agreements تنص على إخضاع العقد للقانون الوطني، فعقود شراء الطاقة وعقود الشراكة في مجال الطاقة المتجددة في الإمارات جميعها تخضع للقانون الإماراتي، وهذا على نطاق الطاقة المتجددة (بخلاف عقود التمويل والاشتراء والهندسة والإنشاء وعقود البوت التي تخضع لتفاوض الأطراف خاصة حين يكون التمويل من خلال بنوك عالمية خارج دولة الإمارات[2]) أما في عقود النفط والغاز، فقد قررت شركة أدنوك منذ ثمانينات القرن الماضي الاعتداد بقانون إمارة أبوظبي في عقودها وتبني اللجوء للتحكيم من خلال مركز أبوظبي للتوفيق والتحكيم منذ إنشائه في 1993[3]، وهي مهمة لم تكن بيسيرة في ضوء هيمنة الشركات الكبرى على القطاع حتى مطلع السبعينات وقيام دولة الاتحاد، فمعظم العقود ولا سيما عقود الامتياز للتنقيب عن النفط والتي أبرمت في الفترة من 1967 حتى 1980 كانت تستند على التحكيم بموجب القواعد الموضوعية substantive law للقانون الإنجليزي والقواعد الإجرائية لقانون محكمة العدل الدولية International Court of Justice أما بدءاً من العام 1981 انتهجت شركة أدنوك ومجموعة شركاتها كما أسلفنا نهجاً جديداً بإخضاع العقود المبرمة بعد هذا العام

[1] د. كاوه عمر محمد، التحكيم في منازعات العقود النفطية، منشورات زين الحقوقية ، بيروت - لبنان، الطبعة الأولى 2015، ص301-303

[2] Developing renewable energy projects - A guide to achieving success in the Middle East /January 2016, ©Eversheds LLP 2016. Page108

[3] Dr. Said Al Ameri, Arbitration and Oil Contracts in Abu Dhabi, Ten Keys for Arbitration in Abu Dhabi, International Consultant Law Office, 2015, Page 8

لقانون دولة الإمارات وإمارة أبوظبي وجعل التحكيم يقام في العاصمة أبوظبي وفقاً للقواعد الإجرائية المعتمدة لدى مركز أبوظبي للتوفيق والتحكيم، حتى أصبح لشركة أدنوك صيغة معتمدة لبند القانون الواجب التطبيق ومن العقود التي وُفقنا للحصول عليها عقد الخدمات المبرم على جزيرة داس مع شركة أبوظبي لتسييل الغاز المحدودة (أدجاز)[1] والذي ينص على أن[2] سبيل فض النزاعات هو التحكيم الذي يدار باللغة الإنجليزية وأن تعقد جلسات التحكيم في العاصمة أبوظبي، من خلال مركز أبوظبي للتوفيق والتحكيم والقانون الواجب التطبيق هو قانون دولة الإمارات العربية المتحدة وقوانين إمارة أبوظبي[3]، وبشكل عام فإن النص النموذجي لبند فض المنازعات الذي يستخدم حالياً من قبل شركة أدنوك وجميع شركاتها حتى في عقود امتياز التنقيب عن النفط هو:-

"يبذل الأطراف أقصى جهودهم لتسوية المنازعات أو المطالبات التي تنشأ عن هذه الاتفاقية أو فيما يتعلق بها أو أي انتهاك لها. وإذا نشأ بين الأطراف أي خلاف أو نزاع بشأن هذه الاتفاقية أو مايتعلق بها مما لم يمكن تسويته بصورة ودية خلال 360 يوماً، فحينذاك تتم تسوية هذا الخلاف أو النزاع بشكل نهائي من طريق التحكيم في أبوظبي طبقاً لقواعد الإجراءات التحكيمية لمركز أبوظبي للتوفيق والتحكيم التجاري (المركز) من قبل ثلاثة محكمين، يعين كل طرف واحداً منهم، ويتم تعيين المحكم الثالث بالاتفاق بين المحكمين المعينين من الطرفين، وفي حالة فشل المحكمين في الاتفاق على المحكم الثالث يتم تعيينه من قبل رئيس المركز من بين قائمة المحكمين الدوليين

[1] تم تأسيس بموجب القانون رقم (2) لسنة 1977 في شأن تأسيس شركة أبوظبي لتسييل الغاز المحدودة، المنشور في الجريدة الرسمية لإمارة أبوظبي، السنة السادسة، العدد السابع، إبريل1977.

[2] The Parties shall use their best efforts to settle any disputes or claims arising out of, or relating to this Agreement or the breach thereof. Should any deference or dispute of any kind arise between the Parties in connection with or arising out of this Agreement which cannot amicably be resolved within 360 days, such difference or dispute shall be settled finally by Arbitration in Abu Dhabi under procedural rules of Abu Dhabi Commercial Conciliation and Arbitration Centre (ADCCAC) by (3) arbitrators one to be nominated and the third to be agreed by the two nominated arbitrators and failing such agreement, the third arbitrator to be appointed by the Secretary General of ADDCCAC from the International Panel of Arbitrators maintained by ADCCAC. All Arbitration Proceedings shall be in English and the award shall be in accordance with Laws of Abu Dhabi and the United Arab Emirates. The award shall be final and binding upon parties.

[3] United Arab Emirates Mining Laws and Regulations Handbook, Volume (1), Oil and Gas Sector: Strategic Information and Regulation, International Business Publications, USA, 2016, Page67

المعتمدة من طرف المركز وتكون إجراءات التحكيم باللغة الإنجليزية، ويكون قرار التحكيم طبقاً لقوانين أبوظبي ودولة الإمارات العربية المتحدة ويجب أن يكون قرار التحكيم نهائياً وملزماً للطرفين".

و يرى البعض أن اعتماد أدنوك وشركاتها للبند أعلاه فيما يخص الاتفاقيات الحديثة بينها وبين شركاءها من الشركات الأجنبية العاملة في قطاع النفط مثل توتال وبي بي، يعكس تطوراً حقيقياً و ثقة غير محدودة من قبل الشركات الأجنبية في التحكيم من خلال مركز أبوظبي للتحكيم والتوفيق والخضوع لقانون دولة الإمارات[1]، ومن هنا يتبلور توجه شركات أدنوك لإخضاع العقود للقانون الوطني بشكل جلي وأن يصاحبه تفضيل لتطبيق كل ذلك في نطاق إقليم دولة الإمارات و إمارة أبوظبي على الأخص[2].

ورغم حجج الرأي القائل بضرورة تطبيق القانون الوطني وقوة تلك الحجج، إلا أنها قد قوبلت كذلك بانتقادات عديدة منها على، فرغم وجاهة الحجج السابقة إلا أنها لم تسلم من الانتقادات، ولا سيما من قبل الأنظمة القانونية التي تتبعها الشركات العالمية وبالأخص العاملة في قطاع الطاقة، والتي ما فتأت أن تشكك في القوانين الوطنية للدول العربية وبالأخص النفطية منها، والتحجج بعدم قدرة قوانين تلك الدول مسايرة التطور العالمي في الأنظمة القانونية، بل حتى النزاعات الثلاث التي تمت الإشارة إليها في البند (5) أعلاه لم تسلم من النقد الشديد الذي زعم بعدم جدوى تلك الآراء في ظل وجود قوانين متخصصة في الطاقة ولا سيما النفط والغاز، لتدفع تلك الشركات بأن تبني القوانين الوطنية سيؤدي إلى زعزعة ثقة المستثمرين وعدولهم عن الاستثمار وأن تبني

---

[1] عاطف سليمان، التجربة البترولية لإمارة أبوظبي، إصدارات مركز الإمارات للدراسات والبحوث الاستراتيجية - أبوظبي، ص155

[2] **APPLICABLE LAW**
"The Contract shall be construed and take effect in accordance with the laws of Abu Dhabi and the United Arab Emirates".

ABU DHABI GAS LIQUEFACTION COMPANY LIMITED CONDITIONS OF CONTRACT for SERVICES OF CONTRACTOR (DAS ISLAND) by Head of Contracts Department Contracts Reference: MAC/CC/003/06 Date: September 2011

القانون الوطني سيعد ضمانة للدولة وحدها وهدراً لحقوق المستثمر العديدة، وبرغم تلك الانتقادات غير المستندة على شواهد حقيقية وواقعية إلا أن الرأي القائل بتطبيق القانون الوطني لهو الرأي الراجح ويعود السبب في ذلك إلى أن التشريعات الداخلية مرتبطة بشكل وثيق بالمرافق العامة مثل مرفقي النفط والغاز ومرفق الكهرباء وغيرها من المرافق المرتبطة بهذه العقود، وأن الدول النفطية والدول المستضيفة لعقود الطاقة حرصت في العشرين سنة الماضية على تأطير التشريعات والاستفادة من الخبرات الدولية في هذا الصدد وتلبية رغبات المستثمرين والأخذ بملاحظاتهم ومايرونه مناسباً في شأن تدعيم الاستثمار والحفاظ على حقوق المستثمرين من خلال ضمانات عدة لا أول لها من آخر[1].

أما حين تم ضرب المثل على عقود قائمة في الطاقة المتجددة أو موضوعها النفط والغاز، تضمنت بنداً لتطبيق القانون الوطني، فنجد عقوداً أخرى كذلك لصيقة بقطاع الطاقة مثل عقود شراء الطاقة وعقود خاصة بمؤسسة الإمارات للطاقة النووية ENEC لم تشترط تطبيق القانون الوطني في عقودها وأدرجت بدلاً عنه قانون إنجلترا وويلز، فعقود مؤسسة الإمارات للطاقة النووية بما فيها تلك الموقعة مع المستثمرين وتحالف شراكات المشروع بل وحتى العقود الخدمية العادية تتضمن الشرط النموذجي الآتي فيما يخص القانون الواجب التطبيق الذي كما أسلفنا هو قانون إنجلترا وويلز:-

Governing Law

“This Agreement shall be governed by, and construed in accordance with the laws of England and Wales”.

[1] د. كاوه عمر محمد، التحكيم في منازعات العقود النفطية، منشورات زين الحقوقية ، بيروت - لبنان، الطبعة الأولى 2015، ص303-305

ليس ذلك فحسب، فحتى شرط التحكيم المدرج في تلك العقود تم إسناده للقواعد الإجرائية لمحكمة لندن LCIA ومكان التحكيم المختار هو لندن[1].

ورغم هذه الانتقادات، يرى الباحث في وجهة نظره المتواضعة أن الرأي الأرجح حين لا يتم الاتفاق في شرط أومشارطة التحكيم بشأن عقد الطاقة على القانون الواجب التطبيق، فإن تطبيق القانون الوطني مع ضرورة إحاطته بالتطوير المستمر والتحديث الذي يوائم التشريعات المعمول بها في العالم، مع ضرورة كذلك أن تصدر القوانين الوطنية بعدة لغات أجنبية وبشكل رسمي وذلك لسد ثغرة عدم إمكانية استيعاب المستثمرين الأجانب للقوانين الوطنية.

[1] *Resolution of Disputes:-*
"Any dispute arising out of or in connection with this Agreement including any question regarding its existence, validity or termination, shall be referred to and finally resolved by arbitration under the London Court of International Arbitration (LCIA) Rules, which are deemed to be incorporated by reference into this Article 12 (Choice of Law and Dispute Resolution). The number of arbitrators shall be three (3).The claimant shall nominate one arbitrator. The respondent shall nominate one arbitrator. The third arbitrator who shall be the chairman of the tribunal shall be selected by the LCIA Court. The seat, or legal place, of arbitration shall be London, United Kingdom. The language to be used in the arbitral proceedings shall be English. The arbitrators shall not alter, amend or modify the terms and conditions of this Agreement but shall consider the pertinent facts and circumstances and be guided by the terms and conditions of this Agreement and applicable law which shall be binding upon them in resolving any dispute or controversy hereunder. In no event may the arbitrators award punitive or consequential damages. If a solution is not found in the terms of this Agreement, the arbitrators shall be guided by the substantive law of England and Wales, excluding all conflicts of law rules. The decision by the arbitrators shall be final and binding upon the Parties, their successors, and assigns and the Parties shall comply with such decision in good faith. Each Party hereby submits itself to the jurisdiction of the courts of the place where the arbitration is held, but only for the entry of judgment with respect to the decision of the arbitrator hereunder. Notwithstanding the foregoing, judgment upon the award may be entered in any court where the arbitration takes place, or any court of competent jurisdiction"

الخاتمة

الحمد لله الذي برحمته تُشرح الصدور، وبفضله ومنّه يتم تيسير الأمور، هو المقدم وهو المؤخر وهو على كل شيء قدير.

لقد تمخض البحث بعد تمحيص وتقرير عن القول بأن عقود الطاقة بشتى أنواعها هي من العقود الإدارية وذلك لاتصالها بمرفق عام يجب أن يعمل بانتظام واضطراد وأن طرف التعاقد هو دائماً جهة الإدارة التي تضع العديد من الشروط غير المألوفة مع المتعاقد معها، مع طرح فكرة حل نزاعات هذه الطائفة من العقود من خلال التحكيم الذي وُجد مستساغاً ومعمولاً به في هذا المجال بحسب الواقع العملي المطروح، مع التطرق قبل ذلك لإيجابيات ومثالب التحكيم والسجال الفقهي الذي دار بين الفقهاء فيما يخص هذا الشأن فسلبيات للتحكيم في العقود الإدارية دفع بها أنصار هذا الرأي للحيلولة دون إرساء الاستثناء وجعله قاعدة في كل الأرجاء، وذلك رغم أن المناوئين حضروا ولديهم كذلك مجموعة حجج وشواهد ظاهرة للعيان ومليئة بالبيان لتشكل إيجابيات في وجهة نظرهم ومثالب وعيوب في وجهة نظر الفريق الآخر، والكل والحق يقال قد أحسن عرض وجهة نظره وبسط عباءة قرائنه وحججه، فمن المعلوم أن التحكيم له دور هام على تدعيم الاقتصاد وتحقيق التنمية والنهوض الحضاري للدول يتبنى أهم وأبرز وأنجح الممارسات سيما وأن الحكمة ضالة المؤمن أنّا وجدها فهو أحق الناس بها، هذا مع القول غير المناقش فيه أن العرب كانوا رواد التحكيم وقد عرفوه قبل أن تعرفه سائر الأمم سواءً من خلال الحضارات التي مرت على المنطقة أو من خلال الشواهد الراسخة في الإرث النبوي والتي من أهمها تحكيم خير ولد آدم محمد صلى الله عليه وسلم حين نشب الشقاق وبدأت الفرقة تلوح في الأفق بين أشراف مكة وبمن يملك شرف رفع الحجر الأسود ووضعه في مكانه .

إلا أن المناوئين القائلين بالحظر لا يعترضون على هذه المبادئ، بل يقولون بالتحكيم في شتى العقود إلا العقد الإداري، وذلك نظراً لطابع العقد الإداري الخاص وقوامه الفريد من نوعه، فهو

عقد يحافظ على مكانة جهة الإدارة كسلطة إجبار تملي ولا يُملى عليها رأي، وتفرض ولا تُفرض عليها رغبة، ولهم في هذا الصدد رأي معتبر له وجاهته، يجب أن يؤخذ نصب عين كل من يعمل التحكيم في العقود الإدارية.

لنخرج في ختام البحث الذي آمل من الله العلي القدير أن أكون قد وُفقت فيه، لتوصيات عديدة منها ما يلي أن يكون خضوع الأشخاص المعنوية العامة للتحكيم ليس قبل الحصول على الموافقة المسبقة من الوزير المختص، وذلك على غرار قانون التحكيم المصري رقم 27 لسنة 1994 المعدل بالقانون رقم 9 لسنة 1997، والذي تم النص فيه على موافقة السلطة المختصة قبل اللجوء للتحكيم بالنسبة للجهة الإدارية، والمقصود بالسلطة المختصة الوزير المختص أو من يتولى اختصاصاته، ومن ثم لا يجوز لجهة الإدارة أن تبرم اتفاقيات تتضمن شرط تحكيم إلاّ بعد الحصول على الإذن المسبق من الوزير المختص، والمقصود بالتعاقد الإداري في نص هذه المادة هو التعاقد الإداري الداخلي أما في فرنسا ففي حال كان التعاقد دولياً فيتم الحصول على موافقة مجلس الوزراء وذلك بحسب نص المادة 2060 من التقنين المدني الفرنسي، وعودة إلى مصر وفي المادة رقم 58 من قانون مجلس الدولة المصري رقم 27 لسنة 1972، كان هذا ضابط الموافقة المسبقة موجوداً باشتراط استفتاء إدارة الشؤون المختصة بمجلس الدولة في التعاقد التي تزيد قيمتها عن خمسة آلاف جنيه[1]. على أن تخضع الموافقة المسبقة للضوابط الآتية :- أن يتم الحصول على الموافقة المسبقة من مختص لا يمتلك التفويض في اختصاصه، ولقد وُفق المشرع المصري في هذا القيد حيث نص صراحةً في القانون رقم 9 لسنة 1997 بشأن التحكيم في المواد المدنية والتجارية على عدم التفويض في حال الحصول على موافقة الوزير المختص أو يتولى اختصاصاته بشأن الأشخاص الاعتبارية العامية، وذلك نظراً لأهمية الموضوع حيث يتعلق الأمر باستبعاد اللجوء للقضاء الوطني وحلول التحكيم محله. هذا بالإضافة إلى ضرورة إلزام جهة الإدارة بالحصول على كل موافقة على حدى ولو كانت تلك الموافقة متعلقة بعدة مشاريع، وذلك

[1] المرجع السابق ص173-177

للتضييق على تطبيق التحكيم وترسيخ مبدأ انه ليس إلا استثناء والاستثناء لا يجوز القياس عليه ولا يُتوسع في تفسيره[1]، وفي حال لم التقيد بشرط الحصول على الموافقة المسبقة، فيجب أن يترتب على عدم أخذ الشخصي المعنوي العام موافقة الوزير المختص أو من يقوم باختصاصاته بطلاناً نسبياً يجوز تصحيحه بالموافقة اللاحقة[2].

علاوةً على ما سبق ذكره أن يتم التحكيم بين الأشخاص المعنوية العامة وبين المتعاملين معها بموجب مشارطة تحكيم وليس شرط تحكيم، ومن المعروف ان شرط التحكيم هو الشرط الذي تتضمنه الاتفاقيات الاساسية المتضمنة للالتزامات والحقوق والواجبات، وأن المشاطرة اتفاقية منفصلة توقع لاحقاً بين الأطراف وتنظم عملية اللجوء للتحكيم، هذا ونصت المادة 2060 من القانون المدني الفرنسي على هذا القيد، والغاية من هذا القيد هو إمهال السلطة المختصة الفرصة الكافية لفحص اتفاقية مشارطة التحكيم والبحث في ثناياها قبل تفعيلها والوقوع في مأزق الخروج عن القضاء الوطني من خلال اللجوء للتحكيم، وبحيث يكون العقد المستقل هذا غير ماسٍ من الأساس بالعقد الإداري ومقوماته[3].

من الجدير كذلك أن نكرس لاستبعاد التشكيل الفردي والأخذ بالتشكيل الجماعي لهيئة التحكيم، لتوافق روح القانون الإداري، مع الإبقاء على التشكيل الوتري لهيئة التحكيم لتعلق ذلك بالنظام العام[4]، مع الأخذ بالاعتبارات الآتية عند إعمال ذلك، أولاً أن يتم إلزام المحكم عند قبوله لمهمته أن يفصح كتابةً عن أية ظروف من شأنها إثارة الشكوك حول استقلاله أو حيدته، مع استمرار هذا الالتزام طوال مدة التحكيم. إضافةً إلى حظر تعرض هيئة التحكيم لفحص مشروعية القرارات الإدارية القابلة للانفصال عن العقد واعتبارها من المسائل الأولية التي ينعقد الاختصاص بشأنها

---

[1] المرجع السابق ص179
[2] المرجع السابق ص184
[3] المرجع السابق ص178
[4] دكتور وليد محمد عباس، التحكيم في المنازعات الإدارية ذات الطبيعة التعاقدية، دراسة مقارنة في فرنسا ومصر ودول مجلس التعاون لدول الخليج العربي، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية 2010 ص798

للقضاء الإداري[1]، فضلاً عن أنه يجب على جهة الإدارة - تطبيقاً لقاعدة حسن التصرف في الأموال العامة - أن تختار محكميها من الأشخاص المشهود لهم بالكفاءة والخبرة القانونية والفنية في مجال العقود الإدارية، بالإضافة إلى الدراية بالتحكيم الدولي وقواعده، مع الإلمام بالقانون الدولي الخاص[2]. ولا سيما في مرحلة صياغة مشارطة التحكيم أو قبل ذلك، مراجعة العقد موضوع النزاع المستقبلي، فلا يكفي المشرع المصري أن يقوم بانتداب قضاة من مجلس الدولة لمراجعة عقود ستبرم أو أبرمت، لمجرد أنهم قضاة، بل إن إدارات الفتوى والتشريع و المتخصصين القانونيين في الصياغة لهم الأقدر على توجيه جهات الإدارة وتقديم النصح والإرشاد لها لتجنب الإخفاقات المتكررة سواءً في توقيع عقود تتسم بالضعف أو لإخضاع العقد الإداري للتحكيم من دون ضبط أو ربط[3]. تجب الإشادة عنها بقرار مجلس الوزراء رقم (5) لسنة 2006 في شأن تشكيل لجنة تنفيذ المشاريع العامة بالدولة والتي تتولى مهمة التحكيم في شأن المشروعات العامة بين المقاولين وجهة الإدارة[4]، مما يحقق منفعة أكبر مع وجود مختصين يتبعون لجهة الإدارة بخلاف أن يكون المحكمون من خارج دائرة العلاقة بين الأطراف.

فضلاً عماّ سبق، فإنه ينبغي على جهة الإدارة أن تحرص دائماً على عدم إفلات عقودها الإدارية بشكل عام وعقود الطاقة بشكل خاص المتفق على اللجوء للتحكيم فيها من حكم القانون العام، وذلك لايتسنى إلا عن طريق تضمين هذه العقود شرطاً صريحاً ينص على تطبيق احكام قانونها الوطني الذي لا يعني شيئاً آخر غير القانون الإداري[5]، فالحافظ على ذاتية العقود الإدارية المتفق بشأنها على التحكيم، بحيث لا يؤثر الاتفاق على التحكيم على الطبيعة الإدارية للعقد الإداري ومبادئه الأساسيه، ومن أبرز العقود التي تخالف المبادئ الأساسية للعقود الإدارية عقد هيئة الكهرباء

---

[1] دكتور وليد محمد عباس، التحكيم في المنازعات الإدارية ذات الطبيعة التعاقدية، دراسة مقارنة في فرنسا ومصر ودول مجلس التعاون لدول الخليج العربي، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية 2010 ص799

[2] المرجع السابق ص801

[3] د.أحمد حلمي هندي، عقود الامتياز البترولية وأسلوب حل منازعاتها، الفتح للطباعة والنشر، الإسكندرية، 2013، ص578

[4] قرار مجلس الوزراء رقم (5) لسنة 2006م في شأن تشكيل لجنة تنفيذ المشاريع العامة بالدولة المنشور في الجريدة الرسمية لحكومة دولة الإمارات العربية المتحدة، العدد 442 - السنة السادسة والثلاثون، بتاريخ 1 محرم 1427هـ، الموافق 31 يناير 2006

[5] دكتور وليد محمد عباس، التحكيم في المنازعات الإدارية ذات الطبيعة التعاقدية، دراسة مقارنة في فرنسا ومصر ودول مجلس التعاون لدول الخليج العربي، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية 2010 ص 801

المصرية وإحدى الشركات الأجنبية بشأن إنشاء محطة توليد طاقة كهربائية إذ نصت المادة 18 الفقرة الرابعة من العقد على إسباغ الصفة التجارية لعقد الإنشاءات رغم أنه عقد إلتزام مرافق عامة[1].

كما أنه من الضروري التشديد على وجوب تضمن حكم التحكيم – الذي يبقى تحت رقابة القضاء – شروطاً موضوعية فيما يخص المنازعات المتعلقة بعقود الطاقة، والتي من أبرزها تسبيبه، وذلك على الرغم من أن المشرع المصري في المادة 2/43 من قانون التحكيم لم يشترط تسبيب حكم التحكيم، وذلك تماشياً مع القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي "اليونسترال" في مادة[2]21. وعلى عكس المشرع المصري اشترط المشرع الفرنسي أن يكون حكم التحكيم مسبباً إذ تنص المادة 2/1471 من قانون الاجراءات المدنية الفرنسي الجديد على ذلك، باعتبار ان التسبيب متعلق بالنظام العام[3].

ولا ريب أن تلتزم هيئة التحكيم بإصدار حكم التحكيم في المدة المتفق عليها ما لم يكن هناك نص قانوني آمر يقضي بسقف المدة الأعلى، سيؤدي إلى معالجة خلل أصيل في هذا الصدد، وفي حال تقرر تمديد تلك المدة فيكون هذا بمعرفة القضاء من خلال أمر على عريضة[4].

وبعد استقراء نصوص القانون نجد أنه من الثابت قانوناً ومن خلال التزام المحاكم بنصوص القانون ولاسيما نص المادة 217 من قانون الإجراءات المدنية الاتحادي أن أحكام المحكمين لاتكون قابلة للطعن فيها بأي طريق من طرق الطعن، أما الأحكام الصادرة من المحاكم بالمصادقة على حكم المحكمين أو ببطلانه فإنه يجوز الطعن فيها بطرق الطعن المناسبة، إلا لو كان الخصوم

---

[1] الدكتور شريف يوسف خاطر، التحكيم في منازعات العقود الإدارية وضوابطه، دراسة مقارنة في ضوء أحدث آراء الفقه وأحكام القضاء وموقف التشريع الفرنسي والمصري، دار الفكر والقانون، المنصورة، الطبعة الأولى 2011 ص185-186

[2] محمد طه سيد أحمد، رسالة دكتوراة بعنوان "ضمانات تنفيذ أحكام التحكيم في منازعات العقود الإدارية"، دراسة مقارنة، جامعة أسيوط، 2012 ص117

[3] المرجع السابق ص123

[4] المرجع السابق ص130

قد تنازلوا عن هذا الحق أو كانت قيمة النزاع لا تزيد عن عشرة آلآف درهم[1]. وإلى حين صدور قانون التحكيم الاتحادي (مشروع) الذي نص على حالات الطعن على حكم التحكيم، ولضمان بقاء جهة الإدارة جهة علياً يخضع المتعاقد معها لشروط استثنائية يقبلها ويرتضيها، فإنه ومن الموصى به السماح بالطعن في أحكام التحكيم المتعلقة بالعقود الإدارية عن طريق الاستئناف كما هو المعمول به في فرنسا حيث تنص المادة 1482 من قانون الاجراءات المدنية الفرنسي عام 1980 على أن الحكم التحكيمي يقبل الاستئناف[2].

ومن التوصيات كذلك أن يتم تقنين المبدأ الذي وضعته محكمة القضاء الإداري في حكمها الصادر في قضية ماليكورب ليمتد[3] بتاريخ 19 من فبراير 2006 والذي مفاده جواز تعرض القضاء الوطني لفحص مشروعية اتفاق التحكيم في حالة ما إذا كان هذا الاتفاق ظاهر البطلان[4].

وأخيراً وليس آخراً نوصي بوجوب إيجاد آلية لتنفيذ أحكام التحكيم بحق جهة الإدارة، وذلك لتكريس المصداقية والشفافية بوجود آلية واضحة يتم من خلالها إنفاذ أحكام التحكيم بمعرفة جهة الإدارة، وذلك مثل قيام المشرع الفرنسي بإيجاد نظام "وسيط الجمهورية" وهو جهاز معاون للبرلمان في أداء مهمته الرقابية على أعمال الإدارة، ومن المهام الموكلة إليه حث جهة الإدارة على تنفيذ الأحكام القضائية وأحكام التحكيم المتعلقة بموضوع عقد إداري ما. أو كنظام الغرامة التمهيدية بموجب القانون رقم 539-80 الصادر في16 يوليو 1980 والذي يتيح لمجلس الدولة

---

[1] محكمة تمييز دبي، الدائرة التجارية، الطعن رقم 2008 لسنة 2009 تمييز، الحكم الصادر بجلسة 14 من أبريل سنة 2009، منشور في مجموعة القواعد والأحكام الصادرة عن محكمة تمييز دبي في التحكيم بين الاجراءات والإشكاليات، إعداد المكتبة القانونية، محاكم دبي، 2014

[2] محمد طه سيد أحمد، رسالة دكتوراة بعنوان "ضمانات تنفيذ أحكام التحكيم في منازعات العقود الإدارية"، دراسة مقارنة، جامعة أسيوط، 2012 ص153

[3] دخلت شركة ماليكورب الانجليزية في تعاقد مع الحكومة المصرية، ثم ادعت الشركة أن مصر خالفت الاتفاقية معها، وطالبت بتعويض قدره518 مليون دولار، وصدر حكم برفض هذا التعويض وأقامت الشركة دعوى بطلان أمام المركز الدولي لتسوية المنازعات والاستثمار (أكسيد) الذي أيد بدوره في يوليو الماضي الحكم برفض المبالغ المالية التطالبت الشركة الأجنبية مصر بسدادها، وهي القضية التي حسمتها الهيئة لصالح مصر، وتطوع للدفاع فيها الدكتور أحمد القشيري أستاذ القانون الدولي والمحامي الشهير وذلك دون الحصول على أي مقابل مادي، كما فعل من قبل في قضية طابا.ولقد نشرت صحيفة الأهرام المصرية تحقيقاً عن تلك القضية في موقعها الإلكتروني: http://www.ahram.org.eg

[4] دكتور وليد محمد عباس، التحكيم في المنازعات الإدارية ذات الطبيعة التعاقدية، دراسة مقارنة في فرنسا ومصر ودول مجلس التعاون لدول الخليج العربي، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية 2010 ص798

سلطة توقيع غرامات على الجهة الإدارية التي تتقاعس عن تنفيذ الأحكام الإدارية بما في ذلك أحكام التحكيم[1]. وملخص فكرة هذا القيد ما قالت به المحكمة الإدارية العليا في مصر، حين نصت في أحد أحكامها على أنه :"فامتناع الإدارة عن تنفيذ الحكم هو مخالفة قانونية صارخة، ذلك لأنه لا يليق بحكومة في بلد متحضر أن تمتنع عن تنفيذ الأحكام النهائية بغير وجه قانوني لما يترتب على هذه المخالفة الخطيرة من إشاعة الفوضى وفقدان الثقة في سيادة القانون[2]".

وفي الختام، أكرر شكري لأستاذي البروفيسور مجدي شعيب، آملاً من الله العلي القدير أن تتم إجازة البحث وأن يتم منحي درجة الماجستير حتى يتسنى لي إكمال المشوار نحو الدكتوراه إن شاء الله تعالى.

والله الموفق

[1] محمد طه سيد أحمد، ضمانات تنفيذ أحكام التحكيم في منازعات العقود الإدارية، دراسة مقارنة، بحث مقدم لنيل درجة الدكتوراة في الحقوق، كلية الحقوق، قسم الدراسات العليا والبحوث، جامعة أسيوط، 2012 ص432-435

[2] المرجع السابق ص 440

المصادر والمراجع

1) المؤلفات العامة

- د. أحمد حلمي هندي، البترول والغاز الطبيعي في دولة الإمارات العربية المتحدة، وفقاً للتنظيم الدستوري الاتحادي الفيدرالي، دارالفكر الجامعي، الإسكندرية.

- د. حسن محمد علي حسن البنان، مبدأ قابلية قواعد المرافق العامة للتغيير والتطوير (دراسة مقارنة)، المركز القومي للإصدرات القانونية، القاهرة، الطبعة الأولى 2014.

- أ.د. حفيظة السيد الحداد، الاتفاق على التحكيم في عقود الدولة ذات الطبيعة الإدارية وأثرها على القانون الواجب التطبيق، دار المطبوعات الجامعية، المكتبة القانونية، الإسكندرية.

- شعبان رأفت عبداللطيف، قضاء التحكيم في دولة الإمارات العربية المتحدة، المبادئ والأحكام الصادرة عن المحكمة الاتحادية العليا بأبوظبي ومحكمة تمييز دبي في قضايا التحكيم في سبعة عشرعاماً، 1992-2008، مطبعة بن دسمال، الطبعة الأولى 2009.

- القاضي عبداللطيف العلماء، البسيط في التحكيم، سلسلة الدراسات القانونية والقضائية (5) سلسلة علمية محكمة، معهد دبي القضائي، 2011.

- د.عبدالله سعيد البرواري، تسوية منازعات عقود استغلال الثروات الطبيعية - عقود البترول نموذجاً- تطبيقات من خلال المركز الدولي أكسيد، دار الفكر الجامعي – الإسكندرية.

- المستشار عليوة مصطفى فتح الباب، التحكيم كوسيلة لفض المنازعات دراسة فقهية عملية في ضوء أحكام القضاء المصري وقضاء دولة الإمارات العربية المتحدة، مطبوعات دائرة القضاء، الطبعة الأولى، أبوظبي 2013.

- د. فتحي والي، قانون التحكيم في النظرية و التطبيق، منشأة المعارف – الطبعة الأولى، الإسكندرية 2007.

- أ.د. محمد الروبي، عقود التشييد والاستغلال والتسليم، إصدارات أكاديمية شرطة دبي - إدارة الدراسات العليا، 2007، دبي.

2) المراجع المتخصصة

- د. أحمد حلمي هندي، عقود الامتياز البترولية وأسلوب حل منازعاتها، الفتح للطباعة والنشر، الإسكندرية.

- د. بسمان نواف فتحي حسين الراشدي، النظام القانوني للاستثمارات الأجنبية النفطية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية.

- دكتور جورجي شفيق ساري، التحكيم ومدى جواز اللجوء إليه لفض المنازعات في مجال العقود الإدارية، الموقف المعارض وحججه والموقف المؤيد وحججه دراسة تفصيلية تحليلية مقارنة مع فروع القانون الأخرى في القضاء والفقه والتشريع في كل من فرنسا ومصر، دار النهضة العربية، الطبعة الثانية، القاهرة 2005.

- د. حماده عبدالرزاق حماده، النظام القانوني لعقد امتياز المرفق العام، دراسة في ظل القانون رقم 67 لسنة 2010 بشأن تنظيم مشاركة القطاع الخاص في مشروعات البنية الأساسية والمرافق العامة ولائحته التنفيذية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية.

- د. خالد محمد القاضي، موسوعة التحكيم التجاري الدولي، في منازعات المشروعات الدولية المشتركة مع إشارة خاصة لأحدث أحكام القضاء المصري، دارالشروق، الطبعة الأولى 2002.

- دكتور رجب محمد السيد الكحلاوي، حدود الرقابة القضائية على التحكيم في منازعات العقود الإدارية (دراسة مقارنة) ، دار النهضة العربية، القاهرة 2010.

- د. شادية إبراهيم مصطفى المحروقي، د. أحمد محروس علي ناجي، التحكيم في العقود الإدارية دراسة مقارنة، مكتبة القانون والاقتصاد، الرياض 2012.

- الدكتور شريف يوسف خاطر، التحكيم في منازعات العقود الإدارية وضوابطه، دراسة مقارنة في ضوء أحدث آراء الفقه وأحكام القضاء وموقف التشريع الفرنسي والمصري، دار الفكر والقانون، المنصورة، الطبعة الأولى 2011.

- د.عبدالرزاق حماده، التحكيم في عقود البوت، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية.

- دكتور عبدالعزيز عبدالمنعم خليفة، التحكيم في المنازعات الإدارية العقدية وغير العقدية، دراسة تحليلية تطبيقية، المكتب الجامعي الحديث، الطبعة الأولى 2015.

- د. علاء محي الدين مصطفى أبوأحمد، التحكيم في منازعات العقود الإدارية الدولية وأحكام محاكم التحكيم، دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2012.

- الدكتور علي سليمان الطماوي، التحكيم في العقود الإدارية في النظرية والتطبيق (دراسة مقارنة)، دار النهضة العربية – القاهرة 2012.

- د. كاوه عمر محمد، التحكيم في منازعات العقود النفطية، منشورات زين الحقوقية، بيروت - لبنان، الطبعة الأولى 2015.

- د. كمال طلبة المتولي سلامة، الاتجاهات الحديثة في عقود البناء و التشغيل و نقل الملكية (دراسة مقارنة)، مركز الدراسات العربية للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى 2015.

- د. مجدي دسوقي، تدويل الحلول في منازعات البترول، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، 2012.

- الأستاذ الدكتور مجدي عبدالحميد شعيب، التحكيم في العقود الإدارية، المجلة القانونية الإقتصادية التي تصدرها كلية الحقوق جامعة الزقازيق، 1998.

- د. محمد إبراهيم موسى، التحكيم في المنازعات الناشئة عن الاستخدام السلمي للطاقة النووية، دراسة في أحكام الاتفاقيات الدولية (بروكسل1962 و فيينا 1963). دار الجامعة الجديدة – الإسكندرية.

- د. هاني محمد كامل المنايلي، اتفاق التحكيم وعقود الاستثمار البترولية، دراسة مقارنة على الدول العربية مقارنة بالتشريعات الوضعية في العالم، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية.

- دكتور وليد محمد عباس، التحكيم في المنازعات الإدارية ذات الطبيعة التعاقدية، دراسة مقارنة في فرنسا ومصر ودول مجلس التعاون لدول الخليج العربي، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية 2010.

- أ.د. حفيظة السيد الحداد، الموجز في النظرية العامة في التحكيم التجاري الدولي، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت.

- د.غسان رباح، الوجيز في العقد التجاري الدولي (نموذج العقد النفطي) ،منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت.

3) رسائل الدكتوراة

- لطفي أبو المجد موسى، رسالة دكتوراة بعنوان "التحكيم في منازعات العقد الإداري في فرنسا ومصر"، دراسة مقارنة، جامعة أسيوط، 2010.

- محمد طه سيد أحمد، رسالة دكتوراة بعنوان "ضمانات تنفيذ أحكام التحكيم في منازعات العقود الإدارية"، دراسة مقارنة، جامعة أسيوط، 2012.

- نادية بنيوسف، التحكيم في العقود الإدارية بين التأييد والاعتراض، دراسة مقارنة بين مصر وفرنسا والمغرب، رسالة مقدمة للحصول على درجة الدكتوراة في القانون العام، كلية الحقوق، قسم القانون العام،جامعة طنطا، مصر.

4) رسائل الماجستير

- مانع عبدالحفيظ، طرق إبرام الصفقات العمومية وكيفية الرقابة عليها في ظل القانون الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، كلية الحقوق، جامعة أبي بكر بلقايد، الجزائر، 2008/2007

5) البحوث المنشورة في الدوريات

- الأستاذ الدكتور مجدي عبد الحميد شعيب، اتفاق التحكيم وإشكالية الاختصاص بالفصل في الأمور المستعجلة، مجلة الأمن والقانون، السنة التاسعة عشرة، العدد الثاني، يوليو 2011.

- أ.د. مجدي عبدالحميد شعيب، مدى تأثير نظرية العقود الإدارية بأحكام القانون المدني، بحث منشور في مجلة الأمن والقانون، مجلة دورية محكمة تصدرها أكاديمية شرطة دبي، السنة الثالثة والعشرون ، العدد الأول يوليو 2015، الطبعة الأولى.

6) البحوث المعروضة في المؤتمرات

- د. أحمد الهواري، القانون الواجب التطبيق على عقود الامتياز البترولية، ورقة بحث مقدمة في المؤتمر السنوي الحادي والعشرين - الطاقة بين القانون والاقتصاد، جامعة الإمارات، 20-2013/5/21.

- د. حمدي محمد مصطفى حسن، تعويض المشروع الاستثماري الأجنبي المتضرر كأحد الضمانات القانونية في قوانين الاستثمار العربية واتفاقيات الاستثمار بدولة الإمارات العربية المتحدة واتفاقية استثمار رؤوس الأموال العربية لسنة 1981، بحث مقدم في المؤتمر التاسع عشر، كلية القانون جامعة الإمارات بعنوان "قواعد الاستثمار بين التشريعات الوطنية والاتفاقيات الدولية وأثرها" المقام في الفترة من 25-28/أبريل/2011، أبوظبي، المجلد الثاني.

- د. عبدالرحمان خلفي، التحكيم التجاري الدولي في عقود البترول (مع الإشارة إلى التشريع الجزائري)، ورقة بحث مقدمة في المؤتمر السنوي الحادي والعشرين - الطاقة بين القانون والاقتصاد، جامعة الإمارات، 20-2013/5/21.

- د.عبدالكريم محمد محمد السروي، النظام القانوني لعقود الطاقة، ورقة بحث مقدمة في المؤتمر السنوي الحادي والعشرين - الطاقة بين القانون والاقتصاد، جامعة الإمارات.

- د. محمد محمد عبداللطيف، النظام القانوني للمنشآت النووية من التشييد إلى التفكيك في مصر والإمارات، ورقة بحث مقدمة في المؤتمر السنوي الحادي والعشرين - الطاقة بين القانون والاقتصاد، جامعة الإمارات.

- مؤسسة البترول الكويتية - الكويت، فرص المحافظ على الطاقة في الصناعة البترولية، ورقة بحث مقدمة في مؤتمر الطاقة العربية العاشر والذي كان عنوانه "الطاقة والتعاون العربي" والذي أقيم في العاصمة أبوظبي في الفترة من 21-23 ديسمبر 2014.

- هالة عبدالعزيز حشيش، البترول والطاقة، هموم عالم واهتمامات أمة، ورقة بحثية مقدمة في المؤتمر العلمي السنوي الثانى عشر لكلية الحقوق – جامعة المنصورة، المقام في الفترة من 2-3 أبريل 2008، في كلية الحقوق جامعة المنصورة.

7) القوانين والتشريعات

- الأمر الصادر في دبي بتاريخ: 28 فبراير 2004م، الموافق: 8 محرم 1425هـ. المنشور في الجريدة الرسمية - العدد 294 - السنة الثامنة والثلاثون 10 صفر 1425هـ، الموافق 31 مارس 2004.

- القانون رقم 21 لسنة 2006 في شأن عقود واتفاقيات الإنشاء في مجال المقاولات المدنية – إمارة أبوظبي.

- القانون رقم (2) لعام 1998 المعدل بالقانون رقم (9) لسنة 2009 في شأن تنظيم قطاع الماء والكهرباء في إمارة أبوظبي.

- قانون رقم (2) لسنة 1977 في شأن تأسيس شركة أبوظبي لتسييل الغاز المحدودة، المنشور في الجريدة الرسمية لإمارة أبوظبي، السنة السادسة، العدد السابع، إبريل1977.

- القانون رقم (21) لسنة 2009 بشأن إنشاء مؤسسة الإمارات للطاقة النووية.

- تعليمات بشأن شرط التحكيم في العقود المبرمة من قبل حكومة دبي ودوائرها ومؤسساتها، تم نشرها في الجريدة الرسمية لحكومة دبي، العدد166، العام 1988.

- الأمر الصادر في دبي بتاريخ: 28 فبراير 2004، الموافق: 8 محرم 1425هـ. المنشور في الجريدة الرسمية - العدد 294 - السنة الثامنة والثلاثون10 صفر 1425هـ، الموافق 31 مارس 2004.

- قانون إجراءات الدين العام (2008) الصادر عن حكومة دبي، الجريدة الرسمية لحكومة دبي، العدد 330 بتاريخ 2008/03/31.

- قانون رقم (2) لعام 1998 م في شأن تنظيم قطاع الماء والكهرباء في إمارة أبوظبي.

- قانون رقم 11 لسنة 1992 بشأن الإجراءات المدنية الاتحادي.

- مشروع قانون التحكيم الاتحادي، نسخة صادرة عن وزارة الاقتصاد في دولة الإمارات العربية المتحدة.

8) الجريدة الرسمية

- الجريدة الرسمية حكومة أبوظبي - السنة الثالثة - العدد الثاني - إبريل 1970.

- الجريدة الرسمية لإمارة أبوظبي - العدد الثامن - السنة السادسة والثلاثون ،أغسطس/ سبتمبر 2007م، رجب، شعبان، رمضان 1428هـ.

- الجريدة الرسمية لإمارة أبوظبي - العدد خمسمائة وعشرون - السنة الواحد والأربعون 26 ربيع الثاني 1432هـ - الموافق 31 مارس 2011.

- الجريدة الرسمية لحكومة أبوظبي - العدد خمسمائة وعشرون - السنة الواحد والأربعون 26 ربيع الثاني 1432هـ - الموافق 31 مارس 2011.

- الجريدة الرسمية لحكومة أبوظبي - السنة الثالثة - العدد الثاني - إبريل 1970.

- الجريدة الرسمية لحكومة أبوظبي - السنة الثالثة - العدد الثاني - إبريل 1970.

- الجريدة الرسمية لحكومة دبي - العدد 353 - السنة 45،17 جمادى الأولى 1432هـ - الموافق 21 أبريل 2011.

- الجريدة الرسمية لحكومة دبي - العدد 353 - السنة 45،17 جمادى الأولى 1432هـ - الموافق 21 أبريل 2011.

- الجريدة الرسمية لدولة الإمارات العربية المتحدة، العدد 488 – السنة 38، 4 محرم 1430هـ، الموافق 31 ديسمبر 2008.

- الجريدة الرسمية لدولة الإمارات العربية المتحدة، العدد 498 لسنة 39 بتاريخ 4شوال1430هـ، الموافق 23سبتمبر2009.

- الجريدة الرسمية لدولة الإمارات العربية المتحدة، العدد 494 لسنة 39 بتاريخ 7رجب1430 هـ،الموافق 30 يونيو2009.

- الجريدة الرسمية لدولة الإمارات العربية المتحدة، العدد خمسمائة وثمانية وستون - السنة الرابعة والأربعون بتاريخ 18 شوال 1435 الموافق 14 أغسطس 2014.

- الجريدة الرسمية لدولة الإمارات العربية المتحدة، العدد خمسمائة وأربعون (ملحق) السنة الثانية والأربعون 8 شوال 1433 هـ، 26 أغسطس 2012.

- الجريدة الرسمية لدولة الإمارات العربية المتحدة، العدد 375 السنة الثانية والثلاثون بتاريخ 5 ذو القعدة 1422هـ 19 يناير 2002.

- القانون رقم (2) لسنة 1977 في شأن تأسيس شركة أبوظبي لتسييل الغاز المحدودة، المنشور في الجريدة الرسمية لإمارة أبوظبي، السنة السادسة، العدد السابع، إبريل1977.

- القانون رقم 102 لسنة 1986 بإنشاء هيئة تنمية واستخدام الطاقة الجديدة والمتجددة، الجريدة الرسمية المصرية العدد 28 في 10 يوليو 1986.

- قرار مجلس الوزراء رقم (5) لسنة 2006 في شأن تشكيل لجنة تنفيذ المشاريع العامة بالدولة المنشور في الجريدة الرسمية لحكومة دولة الإمارات العربية المتحدة، العدد 442 - السنة السادسة والثلاثون، بتاريخ 1 محرم 1427هـ، الموافق 31 يناير 2006.

- قرار رئيس جمهورية مصر العربية بالقانون رقم 203، لسنة 2014 بشأن تحفيز إنتاج الكهرباء من مصادر الطاقة المتجددة، المنشور في الجريدة الرسمية المصرية، العدد 51 مكرر(أ) في 21 ديسمبر سنة 2014.

9) مجموعة الأحكام القضائية والفتاوى

- مجموعة الأحكام والمبادئ القانونية الصادرة في المواد المدنية والتجارية والعمالية والأحوال الشخصية محاكم دبي - محكمة التمييز - المكتب الفني عام 2007، العدد الثامن عشر (حقوق) - الجزء الثاني (من سبتمبر إلى ديسمبر 2007)، (جلسة الأحد 07 أكتوبر 2007).

- محكمة النقض المصرية، الطعن رقم 5006 لسنة 72 قضائية، تاريخ الأربعاء 24 من ربيع آخر سنة 1434 هـ الموافق 6 من مارس سنة 2013.

- مجلس الدولة المصري – الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع ، التبلغ رقم 946 بتاريخ 2006/11/29 ملف رقم 150/1/58.

- الطعن رقم 5551 لسنة 65 قضائية الصادر في جلسة 24 ديسمبر 2002، المنشور في مجموعة أحكام محكمة النقض الصادرة من الهيئة العامة للمواد المدنية ومن الدوائر المدنية والتجارية والأحوال الشخصية السنة الثالثة والخمسون، الجزء الثاني، من مايو إلى ديسمبر 2002، المكتب الفني 2002.

- المحكمة الاتحادية العليا، الطعن رقم 302 لسنة 2015 إداري، جلسة الأربعاء الموافق 22 من يونيو سنة 2016.

- محكمة تمييز دبي، الدائرة التجارية، الطعن رقم 2008 لسنة 2009 تمييز، الحكم الصادر بجلسة 14 من أبريل سنة 2009، منشور في مجموعة القواعد والأحكام الصادرة عن محكمة تمييز دبي في التحكيم بين الاجراءات والإشكاليات، إعداد المكتبة القانونية، محاكم دبي، 2014.

10) الدساتير

أ. دساتير عربية

- الدستور الكويتي 1962، صادر عن أمير الكويت الراحل عبدالله السالم الصباح في قصر السيف بتاريخ 14 جمادى الثاني 1382هـ الموافق 11 نوفمبر 1962، إصدرات مجلس الأمة الكويتي.

- دستور الجمهورية المصرية، المنشور في الوقائع المصرية، جريدة رسمية للحكومة المصرية، عدد غير اعتيادي، العدد (5) مكرر، الصادر في يوم الإثنين 3 جماى الثانية سنة 1375-16 يناير سنة 1956 السنة137هـ.

- نص دستور جمهورية مصر العربية لسنة 1971، إصدار الهيئة العامة للاستعلامات - بالتعاون مع الإدارة العامة للإنتخابات بوزارة الداخلية.

- نص دستور 2014 مصر، الجريدة الرسمية العدد 3 مكرر (أ)، الصادر في 17 ربيع الأول سنة 1435م الموافق 18 يناير سنة2014، السانة السابعة والخمسون.

ب. دساتير أجنبية

- Brazil's Constitution of 1988 with Amendments through 2014© Keith S. Rosenn, Translated by Keith S. Rosenn, Prepared for distribution on constituteproject.org with content generously provided by Keith S. Rosenn.

- Mexico's Constitution of 1917 with Amendments through 2007 © Oxford University Press, Inc. Translated by Rainer Grote Prepared for distribution on constituteproject.org with content generously provided by Oxford University Press. This document has been recompiled and reformatted using texts collected in Oxford’s Constitutions of the World.constituteproject.org

- A Consolidation of THE CONSTITUTION ACTS 1867 to 1982 DEPARTMENT OF JUSTICE - CANADA Consolidated as of January 1, 2013 ©Her Majesty the Queen in Right of Canada, represented by the Minister of Public Works and Government

Services, 2012. Available through your local book seller or by mail from Publishing and Depository Services Public Works and Government Services Canada Ottawa, Ontario K1A 0S5 Telephone: (613) 941-5995 Fax: (613) 954-5779 Orders only: 1-800-635-7943 Internet: http://publications.gc.ca
Catalogue No.: YX1-1/2012 ISBN: 978-0-660-67458-2.

11) الوثائق الدولية و الاتفاقيات والمعاهدات

- دليل الأونسيترال التشريعي بشأن مشاريع البنية التحتية الممولة من القطاع الخاص، إعداد لجنة الأمم المتحدة لقانون التجاري الدولي (الأونسترال). الأمم المتحدة، نيويورك 2001.

- مرسوم اتحادي رقم (9) لسنة 2011 بالتصديق على اتفاق البلد المضيف بين حكومة الدولة واللجنة التحضيرية للوكالة الدولية للطاقة المتجددة ،المنشور في الجريدة الرسمية – العدد 518 – السنة 41، بتاريخ 25 ربيع الأول 1432هـ، 28 فبراير 2011.

- مرسوم اتحادي رقم (74) لسنة 2006 بشأن انضمام الدولة للاتفاقية الدولية لمنع التلوث البحري من السفن ماربول 78/73، العدد أربعمائة وخمسة وخمسون- السنة السادسة والثلاثون 20 رمضان 1427هـ- 12 أكتوبر 2006.

12) المقالات المنشورة في الجرائد والدوريات

- عاطف سليمان، التجربة البترولية لإمارة أبوظبي، إصدارات مركز الإمارات للدراسات والبحوث الاستراتيجية - أبوظبي، ص 155.

- عبدالحميد التندي، دولة الإمارات وفرص تطبيق "عقود البوت"، مقال منشور في جريدة الخليج بتاريخ 2011/01/21.

13) مواقع شبكة المعلومات

- موقع بوابة الأهرام:

http://gate.ahram.org.eg/News/308674.aspx

- موقع صحيفة الأهرام المصرية:

http://www.ahram.org.eg

- موقع بلدية دبي:

www.dm.gov.ae

- موقع "مجلس الدولة الفرنسي":

http://www.conseil-etat.fr

- مسودة مشروع القانون الاتحادي في شأن التحكيم في المنازعات التجارية المحال إلى اللجنة التشريعية في المجلس الوطني الاتحادي، المصدر منتدى قانون الإمارات:

http://www.theuaelaw.com

- موقع مجلس الشورى البحريني:

http://www.shura.bh/LegislativeResource/Pages/Constitution.aspx

- موقع محامو الإمارات، شبكة المحامون العرب:

www.mohamoon-uae.com

- موقع مكتب التنظيم والرقابة:

http://rsb.gov.ae/ar/publications

- موقع لو إنسايدر:

www.lawinsider.com

- موقع مؤسسة الإمارات للطاقة النووية:

www.enec.gov.ae

14) المراجع الأجنبية:

- D.A. Stephenson, Arbitration Practice in Construction Contracts, 3rd Edition, Routledge – 1993.

- Developing renewable energy projects - A guide to achieving success in the Middle East /January 2016, ©Eversheds LLP 2016.

- Dr. Obaid S. Busit, The Determination of Applicable Law in International Commercial Arbitration, presented at The 6th Annual Conference under the subject of International Commercial Arbitration, which was took place from, 28-30 April 2008. Organized by U.A.E University, Vol. 2.

- Dr. Said Al Ameri, Arbitration and Oil Contracts in Abu Dhabi, Ten Keys for Arbitration in Abu Dhabi, International Consultant Law Office, 2015.

- Evangelia-Anna Georgatsou, “Special Clauses protecting the Seller or the Buyer in Contracts concerning energy supply in the wholesale energy market”, Universisty of Peraeus, Peraeus – 2017.

- Gilles Cuniberti, Choice of Law In Convention Establishing Louvre Museum in Abu Dhabi, http://conflictoflaws.net/2007/choice-of-law-in-convention-estalishing-louvre-museum-in-abu-dhabi

- Global Top Green & Smart Energy Pioneer - 2013. 5.

- Howard L. Stovall, ARBITRATION AND THE ARAB MIDDLE EAST: SOME THOUGHTS FROM A COMMERCIAL LAWYER, presented paper to the Chicago International Dispute Resolution Association (“CIDRA”) at its meeting on 22 September 2009 Website: www.stovall-law.com.

- The Department is competent to represent the Government and all governmental bodies before competent judicial bodies as well as committees and centers of reconciliation and arbitration. The Department may depute any person it deems fit to represent it in the proceedings of these lawsuits. Law No. 32 of 2008 setting up the Legal Affairs Department of Government of Dubai Government , Official Gazette No. 337, 2008.

- UNCITRAL 2012 Digest of Case Law on the Model Law on International Commercial Arbitration : “Arbitration agreement” is an agreement by the parties to submit to arbitration all or certain disputes which have arisen or which may arise between them in respect of a defined legal relationship, whether contractual or not. An arbitration agreement may be in the form of an arbitration clause in a contract or in the form of a separate agreement. (2) The arbitration agreement shall be in writing".

- United Arab Emirates Mining Laws and Regulations Handbook, Volume (1), Oil and Gas Sector: Strategic Information and Regulation, International Business Publications, USA, 2016.

Shri
een
Digitally signed by Shrieen
DN: cn=Shrieen, o=UAEU, ou=Libraries Deanship, email=shrieen@uaeu.ac.ae, c=AE
Date: 2017.07.11 10:28:53 +04'00'