



جامعة البحرين
كلية الحقوق
قسم القانون الخاص

القانون الواجب التطبيق على عقود البترول الدولية في النظام السعودي (دراسة مقارنة)

أطروحة مقدمة كجزء من متطلبات الحصول على درجة الماجستير في القانون الخاص
(برنامج الماجستير في القانون الخاص)

جامعة البحرين

إعداد الباحث/

محمد بن نعيمش العنزي

الرقم الجامعي: ٢٠١٩٠٢٤١

إشراف/

الدكتور / محمد وليد المصري

استاذ القانون الدولي الخاص المساعد

١٤٤٥ هـ - ٢٠٢٤ م

ملخص الأطروحة

تتعلق عقود الاستثمار بين الدولة المضيفة والمستثمرين الأجانب دائماً بالخطط التنموية للدولة وتحظى بأهمية كبيرة خاصة العقود المبرمة في مجال الاستثمارات البترولية لكونها عقود تنطوي على موارد مالية ضخمة ومؤهلات فنية خاصة و أمد طويل لتنفيذها وتشغيلها، ولأنه عادةً ما تكون الدولة طرفاً بتلك العقود بالشراكة مع عنصر أجنبي أو مجموعة من العناصر الأجنبية المشتركة ، فهنا تظهر إشكالية عدم تساوي المراكز القانونية بين طرفي التعاقد .

هذا بخلاف الإشكالية التي تدور حول تحديد الطبيعة القانونية لعقود الاستثمار البترولية هل هي عقود إدارية أم دولية أم اقتصادية ذات طابع مختلط ، الأمر الذي تسبب في وجود خلافات فقهية، نتيجة اختلاف الدوافع والانتماءات لكل طرف بالعقد ، فالاعتبارات السيادية للدولة الطرف دائماً ما يتم تفضيل قانون الدولة المضيفة للاستثمار، ولاعتبارات المصلحة الاقتصادية للمستثمرين الأجانب وبخاصة لو تعلقت بالتجارة الدولية يكون الميل إلى تفضيل انتزاع تلك العقود من أحكام القانون الوطني للدول المضيفة وخضوعها لأحكام القانون الدولي الخاص.

وهنا يكمن السبب وراء اختيار هذا الموضوع : في محاولة البحث والتدقيق عن ماهية القانون الواجب التطبيق على عقود الاستثمارات البترولية حال إذا نشأ نزاع بين دولة صاحبة سيادة من ناحية و مستثمر

أجنبي أحد أشخاص القانون الدولي الخاص من ناحية أخرى فأي قانون سيكون هو المطبق عندئذٍ ؟، هل قانون الدولة المضيضة للاستثمار أم قانون الشريك الأجنبي ، أم قانون آخر ثالث .

وعليه تهتم الأطروحة بإلقاء الضوء على جميع الاتجاهات الفقهية والقضائية التي بحثت إشكالية القانون الواجب تطبيقه على عقود البترول الدولية سواء في حالة اتفاق الأطراف على القانون الواجب التطبيق ، ومدى سلطة القاضي أو المحكم في الخروج على إرادة الأطراف ، وكذلك البحث في المناهج المتبعة في تحديد القانون الواجب التطبيق في حالة انعدام الاختيار ، ما بين تكريس قانون الدولة المضيضة للاستثمار ، أو الخضوع لقواعد القانون الدولي الخاص ، و ذلك من خلال دراسة مقارنة مع نظام الاستثمار البترولي في المملكة العربية السعودية مع الإشارة إلى غيرها من الأنظمة العربية والغربية المقارنة ، مختتمين الأطروحة بمجموعة من النتائج والتوصيات.

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

(وَقُلْ رَبِّ زِدْنِي عِلْمًا)

صدق الله العظيم

سورة طه : الآية ١١٤

شكر وتقدير

ولو أنني أوتيت كل بلاغة
وأفنييت بحر النطق في النظم والنثر
لما كنت بعد القول إلا مقصراً
ومعترفاً بالعجز عن واجب الشكر ،،

أتقدم بأسمى آيات الشكر والتقدير ، للأستاذ العظيم والمعلم الجليل المعطاء الذي أفخر بأنني
تلقيت العلم والنصح على يديه ، وأثقلت عليه حتى خرج هذا العمل للنور ،

أستاذي الفاضل ومعلمي

الدكتور / محمد وليد المصري ، أستاذ القانون الخاص بكلية الحقوق جامعة البحرين ، وصاحب
الفضل بعد الله سبحانه وتعالى في إخراج هذا الجهد للنور ، بعد قبوله الإشراف على الرسالة ،
تحية وتقدير وعرفان لشخصكم الكريم.

إِهْدَاء

اللهم لا تطيب الليل إلا بشكرك ولا تطيب النهار إلا بطاعتك ولا تطيب اللحظات إلا بذكرك ولا تطيب الآخرة إلا

بعفوك

ولا تطيب الجنة إلا برويتك ورسولك الحبيب ﷺ

إلى صاحبة الفضل عليّ أمي الغالية أطال الله في عمرها

إلى روح أبي الطاهرة التي لا تقرب عني

إلى أخوتي وأخواتي وأصدقائي الذين لم يوقفوا عن دعمي

إلى وطني المملكة العربية السعودية، أدام الله عزك



يقول الأصفهاني :

إِنِّي رَأَيْتُ أَنَّهُ مَا كَتَبَ أَحَدُهُمْ فِي يَوْمِهِ
كِتَاباً إِلَّا قَالَ فِي غَدِهِ، لَوْ غَيَّرَ هَذَا لَكَانَ
أَحْسَنَ وَلَوْ زِيدَ ذَاكَ لَكَانَ يُسْتَحْسَنُ، وَلَوْ
قُدِّمَ هَذَا لَكَانَ أَفْضَلَ، وَلَوْ تَرُكَ ذَاكَ لَكَانَ
أَجْمَلَ، وَهَذَا مِنَ أَعْظَمِ الْعِبَرِ، وَهُوَ دَلِيلٌ
عَلَى اسْتِيلَاءِ التَّقْصِ عَلَى جُمْلَةِ الْبَشَرِ.

قائمة المحتويات

الموضوع	رقم الصفحة
ملخص الأطروحة:	أ
الآية:	ج
الشكر:	د
الأهداء:	هـ
قائمة المحتويات :	ز
المقدمة :	١٢-١
فصل تمهيدي	٥٢-١٣
الطبيعة القانونية لعقد البترول في النظام السعودي	
المبحث الأول: الطبيعة القانونية لعقود استثمار البترول	١٨
المطلب الأول: الطبيعة الدولية لعقود استثمار البترول	١٩
• الفرع الأول : رأي الفقه والقضاء حول دولية عقود البترول	١٩
• الفرع الثاني: رأي التحكيم حول دولية عقود البترول	٢٦
المطلب الثاني: خضوع عقود استثمار البترول للقانون الداخلي	٢٨
المبحث الثاني: تطور عقود البترول في المملكة العربية السعودية	٣٩
المطلب الأول: نظام عقود الامتياز الأولى بالمملكة	٤٢
المطلب الثاني: النظام القانوني والمؤسسي لعقود البترول بالمملكة	٥٠
الباب الأول	
القانون الواجب التطبيق على عقود البترول	١١٦-٥٦
في حالة اتفاق أطراف التعاقد	

٥٧	الفصل الأول: دور قانون الإرادة في تحديد القانون الواجب التطبيق
٥٨	المبحث الأول: إعمال مبدأ سلطان الإرادة في عقود الاستثمار الدولية
٦١	المطلب الأول: الجوانب التطبيقية لمبدأ سلطان الإرادة
٦٣	المطلب الثاني: مدى ملائمة قانون الإرادة لعقود الدولة الاستثمارية
٦٧	المبحث الثاني: الاختيارات القانونية الممكنة لطرفي التعاقد
٦٨	المطلب الأول: اختيار أحد القوانين الداخلية
٦٨	• الفرع الأول : اختيار قانون الدولة المضيفة للاستثمار البترولي
٧٣	• الفرع الثاني: اختيار تطبيق قانون الدولة التي ينتمي إليها المستثمر الأجنبي
٧٥	• الفرع الثالث: اختيار قانون دولة اجنبية ثالثة
٧٦	المطلب الثاني: اختيار أحد القواعد القانونية الدولية
٧٦	• الفرع الأول : اختيار قواعد القانون الدولي العام
٨٣	• الفرع الثاني: اختيار قانون التجارة الدولية
٨٦	المطلب الثالث: اختيار مزيج من الأنظمة القانونية
٨٨	الفصل الثاني: مدى إلزامية القانون المختار
٨٨	المبحث الأول: الاعتراف بقانون الارادة في التشريعات الوضعية والاتفاقيات الدولية
٨٨	المطلب الأول: موقف التشريعات الوطنية من الاعتراف بقانون الإرادة
٩٣	المطلب الثاني: موقف الاتفاقيات من مبدأ سلطان الإرادة
٩٧	المبحث الثاني: مدى إلزام قانون الإرادة للقاضي الوطني و المحكم
٩٧	المطلب الأول: مدى إلزامية القانون المختار بالنسبة للقاضي الوطني

١٠٢	المطلب الثاني: مدى إلزامية القانون المختار بالنسبة للمحكم
١٠٣	• الفرع الأول : أحكام استندت إلى عدم ملائمة قانون الدولة النفطية لمعاملات التجارة الدولية
١٠٦	• الفرع الثاني: أحكام تحكيم استندت إلى تعارض قانون الدولة النفطية مع مبادئ القانون الدولي العام
١١٧-١٩٢	الباب الثاني القانون الواجب التطبيق على عقود البترول في حالة انعدام الاختيار للقانون الواجب تطبيقه
١١٩	<u>الفصل الأول: كيفية تحديد القانون الواجب التطبيق على عقود البترول في حالة إنعدام الاختيار</u>
١٢١	المبحث الأول: المناهج المتبعة في تحديد القانون الواجب التطبيق في حالة انعدام الاختيار
١٢٢	المطلب الأول: نظرية التركيز التشريعي
١٢٦	المطلب الثاني: نظرية التركيز الموضوعي
١٢٩	المطلب الثالث: نظرية الأداء المميز
١٤١	المبحث الثاني: تكريس تطبيق قانون الدولة المضيفة للاستثمار
١٤١	المطلب الأول: تطبيق قانون الدولة المضيفة للاستثمار في الاتفاقيات الدولية
١٤٢	• الفرع الأول : القرارات الصادرة عن الجمعية العامة للأمم المتحدة بشأن تطبيق قانون الدولة المضيفة للاستثمار
١٤٥	• الفرع الثاني: إنشاء مركز تسوية منازعات الاستثمار الدولي ١٩٦٥ م
١٤٩	• الفرع الثالث : القانون الواجب التطبيق على الالتزامات العقدية
١٥٠	• الفرع الرابع : اتفاقية تسوية منازعات الاستثمار العربية

١٥١	المطلب الثاني: تطبيق قانون الدولة المضيفة في القضاء الدولي
١٥٥	المطلب الثالث: موقف المشرع السعودي من القانون الواجب التطبيق
١٦٢	<u>الفصل الثاني: تحديد القانون الواجب التطبيق وفقاً لمبادئ القانون الدولي الخاص.</u>
١٦٥	المبحث الأول: دور قواعد الإسناد في تحديد القانون الواجب التطبيق على عقود البترول حالة غياب الاختيار
١٦٦	المطلب الأول: ماهية قواعد الإسناد
١٧١	المطلب الثاني: الإشكاليات المتعلقة بتطبيق قواعد الإسناد
١٧١	• الفرع الأول : إشكالية تغيير ضابط الإسناد / التنازع المتغير
١٧٥	• الفرع الثاني: إشكالية عدم سماح القانون الوطني بالإحالة لقانون أجنبي
١٧٨	المبحث الثاني: دور قواعد البوليس والأمن في تحديد القانون الواجب التطبيق على عقود البترول حالة غياب الاختيار
١٧٨	المطلب الأول: ماهية قواعد البوليس والأمن
١٨١	المطلب الثاني: التكريس التشريعي لقواعد البوليس والأمن
١٨٥	المطلب الثالث: منهج تطبيق قانون البوليس الأجنبي في دولة القاضي
١٩٣	خاتمة :
٢١٢-١٩٩	قائمة المراجع:
a-b	الغلاف والملخص باللغة الإنجليزية

مقدمة

يحظى الاستثمار في مجال البترول بأهمية قصوى نظراً لضخامة تمويل هذا النوع من المشروعات الاستثمارية واحتياجها الدائم ليس فقط لضخ رؤوس الأموال سواء بطريق الشراكة أو الاستثمار المباشر، وإنما تعتمد أيضاً وبصورة أساسية على تقنيات عالية التطور لا تملكها كثير من البلاد، ومن عقود الاستثمار البترولي الأجنبية: عقود التنقيب، و عقود الاستكشاف والاستخراج للنفط والغاز و عقود الانتاج التعديني، وتلك المتعلقة بتحويل التقنيات والمعرفة ، وعقود خاصة بمجالات تسويق وتصدير واستيراد ونقل المنتجات البترولية ... الخ ، وتحدد هذه العقود شروط التعاقد بين **المستثمر الأجنبي** والدولة الحاضنة للاستثمار ، وشروط منح التراخيص ، والأسعار التي يتم البيع بها .. الخ.

تُعرف عقود البترول الدولية بأنها اتفاقات تُبرم مع مستثمر أجنبي وشركة وطنية حكومية **لتمويل** أو دعم مشروع قومي في إطار مناخ استثماري مُحاط بحزمة من الحوافز والضمانات الكافية لتشجيع المستثمر الأجنبي وحماية وتأمين حقوقه. **لذلك** ويجب أن يشتمل المناخ الجاذب للاستثمار على مجموعة سياسات مشمولة بالتسهيلات والضمانات الخاصة والمميزة ، بالشكل الذي يجذب ثقة المستثمر الأجنبي ويشجعه على توجيه رأس ماله داخل البلاد.

وكثير من الفقه يصنف عقود الاستثمار بين الدولة المضيفة والمستثمرين الأجانب بالعقود الدولية لكونها تتضمن طرف أجنبي، الأمر الذي يجعلها لا تنتمي إلى نظام قانوني معين بل يمكن لطرفي العقد باعتباره **عقداً دولياً** إختيار القانون الذي يتعين تطبيقه في حالة نشوء نزاع أثناء تنفيذ العقد أو سريانه.

ويُعد من أكبر عوائق الاستثمار خوف المستثمر الأجنبي من المناخ التشريعي للدولة المضيفة ، والذي يقف حائلاً ضد جذب الاستثمار الأجنبي، **إلى جانب تخوفه** من عدم حياد قضاء الدولة المضيفة للنشاط الاستثماري، **وإستعماله لسلطاتها** في تعديل تشريعاتها الوطنية المنظمة لعقد الاستثمار **الأجنبي والتأثير بذلك** على حقوق **المستثمر بصورة مباشرة أو غير مباشرة بالإضافة إلى خشية المستثمرين الأجانب** من استعمال الدولة **المضيفة** سلطتها السيادية وقيامها بتأميم المشروع الاستثماري بالكامل .. الخ .

لذلك فإن قدرة الدولة في جذب الاستثمار الأجنبي يعتمد في المقام الأول على ما توفره **من سياسات** تشريعية واستثمارية تحتوي على مبادئ أساسية يضمن بها المستثمر الأجنبي عدم **التعدي** على حقوقه **منها** : (مبدأ المساواة - ضمان عدم انتزاع الملكية - مبدأ الثبات أو الاستقرار التشريعي

(١) - مبدأ التحويل الحر لرأس المال وعائداته - حقوق وواجبات الطرفين - وسيلة فض المنازعات والتي تكون في الغالب بطريق التحكيم... الخ).

ويعتبر تحديد القانون **الواجب تطبيقه** على العقد أمر بالغ الأهمية، لكونه القانون الذي من خلاله يتم تحديد التزامات وحقوق أطراف العقد، ويفصل في أي نزاع يتعلق بالإخلال بأي بند من بنوده أو تتعلق بموضوعه ، كتلك التي **تتعلق: بمشروعية** العقد أو صحته أو القوة الملزمة له ، أو كيفية **سُبل** إنقضاؤه ، ... الخ

وفي مجال العقود أجنبية الاستثمار التي تكون الدولة الوطنية طرفاً فيها، فإن مسألة تحديد القانون اللازم تطبيقه عند نشوب نزاع تحظى بأهمية قصوى وشديد الخطورة ، لكون الأطراف في تلك العقود **ليسوا** ذات مراكز قانونية متساوية ، **إذ أنها تُبرم** بين دولة ذات سيادة و مستثمر أجنبي، فالدولة المضيفة للاستثمار تهدف إلى تحقيق أعلى معدلات النمو مع تمسكها الكامل بحقها في السيادة على إقليمها، بينما يهدف المستثمر الأجنبي إلى تحقيق أعلى ربحية وزيادة في رأس المال المستثمر، **وعند نشوب النزاع بين أطراف العقد** يكون القانون **الواجب تطبيقه** على العقد هو المعني بالفصل في النزاع بما يتضمنه من إنعكاسات وتأثير على تلك الأهداف والمصالح المتضاربة.

(١) الثبات التشريعي : تعهد الدولة بتجميد القانون الوطني للدولة على الحالة التي كانت عليها وقت إبرام العقد، بحيث يتمتع على الدولة إجراء تعديل أو تغيير على أحكام قانونها الوطني والتي من شأنها المساس بالعلاقة التعاقدية القائمة بينها وبين المستثمر المتعاقد معها.

ويشير تحديد القانون **الواجب** تطبيقه على أي نزاع يتعلق بعقود الاستثمار وبخاصة الأجنبية جدلية واسعة، سواء تم اختيار القانون **من قبل** أطراف العقد أو لم يتم **اختياره** من البداية، ففي حالة اختيار الأطراف **لل قانون الواجب تطبيقه** صراحة أو ضمناً فمن الممكن أن يخرج القاضي عن تطبيق القانون المختار لاعتبارات أخرى قد يراها عند الفصل في النزاع ، **وفي حالة عدم اختيار القانون ابتداءً** ، فقد يأخذ النزاع منحى صارماً بحقوق الدولة المضيفة وسيادتها بإخضاعها لقانون أجنبي يتعارض مع قانونها الوطني ومن دون إرادتها.

➤ **أسباب اختيار موضوع الدراسة: -**

الحساسية البالغة لتحديد القانون اللازم تطبيقه على العقود الأجنبية الاستثمار تعتبر من أهم الدوافع لاختيار موضوعنا هذا ، خاصة في مجال عقود الاستثمار البترولية في النظام السعودي خاصة ، باعتبار أن المملكة من الدول العربية التي تصدر إنتاج النفط وتصديره بالمنطقة العربية والشرق الأوسط^(١)، ونهدف من موضوع الدراسة الآتي:-

(١) تقرير بتاريخ ٢٠ أكتوبر ٢٠٢٣، عن أكبر ثلاث دول عربية انتاجا للنفط عام ٢٠٢٢

<https://www.newspointar.net/news/19305>

تقرير بتاريخ ١٣ يناير ٢٠٢٤ عن ترتيب الدول العربية المصدرة للنفط ٢٠٢٤

<https://trends.alnfaee.net/post/204344>

١. الرغبة في إيجاد مناخ تشريعي متكامل يناسب ويواكب التطورات الدولية الحادثة بشأن الاستثمارات والعقود الدولية في القطاع البترولي تحديداً

٢. اطلاق الضوء حول إشكالية عدم وجود نظام متخصص لتنظيم حالات تنازع القوانين والقانون الواجب التطبيق على العقود الدولية التي تكون المملكة طرفاً فيها، رغبة منا في حث المنظم السعودي لإعداد مشروع نظام/ قانون متكامل يعالج أوجه القصور التشريعي في هذا الشأن.

٣. مواكبة رؤية المملكة ٢٠٣٠ نحو جذب المزيد من رؤوس الأموال وخلق مناخ استثماري منظم لمزيد من الريادة والتقدم للمملكة العربية السعودية.

لذلك حاولنا من خلال بحثنا تناول مسألة تحديد القانون اللازم تطبيقه على عقود الاستثمار بشكل عام وعلى عقود استثمار البترول بشكل خاص في حالتي الاختيار وانعدام الاختيار لإزالة اللبس والمخاوف ومحاولة الوصول إلى توصيات آمنة وحلول تشريعية صالحة لكل الأطراف.

➤ إشكالية الدراسة:-

أضحت عقود البترول في وقتنا الحاضر من العقود الهامة باعتبارها الأداة القانونية لاستغلال النفط على إقليم الدولة المنتجة لها، حيث

أن هذه العقود تخضع لنظام قانوني خاص بها يحدد أطرافها ملامحه وضوابطه وفقاً لأرادتهم وترسيخاً لمبدأ الحرية العقدية، وتثير هذه العقود عند تطبيقها في الواقع العملي العديد من الإشكاليات أهمها: تحديد القانون الذي يتعين تطبيقه عند نشوب نزاع ، وحالات الخروج عن القانون المتفق عليه من جانب الأطراف ، وكذلك مشكلة تحديد القانون الواجب تطبيقه على عقد الاستثمار في حالة عدم اختيار الأطراف للقانون ، ورغم كونها حالة من الصعب تصورها في عقود استثمار البترول ، إلا إنه من الممكن حدوثها بذريعة التيسير المطلق من الدولة تشجيعاً لجذب الاستثمارات الأجنبية لديها ، لذا، نسعى من خلال هذه الدراسة التطرق لهذه الإشكاليات والوقوف على القانون الواجب تطبيقه على أنواع العقود هذه وبخاصة في حالة عدم الاتفاق عليه بين أطرافها، مع التركيز على موقف المنظم السعودي والنظم المقارنة من تلك المسألة.

➤ فرضيات الدراسة:

نتناول في هذه الدراسة عقود البترول والقانون الواجب تطبيقه عليها في النظام السعودي وفي النظم المقارنة، من خلال بيان ماهية عقود البترول والطبيعة القانونية لها ، وما تثيره تلك العقود من إشكاليات عملية في التطبيق وماهي التزامات وحقوق أطرافها ؟.

وما هو القانون الواجب تطبيقه على العقود أجنبية الاستثمار في حالتها الاختيار وانعدام الاختيار ؟ **ومتى** يترتب على اختيار القانون مخالفة للنظام العام ؟، وهل من الممكن الخروج عن القانون المختار من قبل أطراف العقد الاستثماري ؟، وكذلك البحث في حالة انعدام الاختيار من جانب أطراف العقد للقانون الذي يتعين تطبيقه في حالة النزاع ، وكيف يصل القاضي للقانون الأوثق صلة لتطبيقه على النزاع موضوع العقد ؟ وما هو القضاء المختص بنظر هذا النوع من النزاع بين الأطراف **عند تنفيذ هذه العقود ؟.**

➤ **أهداف الدراسة:**

نسعى من خلال دراستنا هذه لتحقيق عدة **أهداف أبرزها:**

- بيان ماهية عقود البترول وطبيعتها القانونية ، والوقوف على حقوق والتزامات أطراف عقود البترول.
- بيان دور أطراف عقد البترول في تحديد القانون الذي يتعين تطبيقه عن النزاع و التعرف على الحلول الفقهية في حالة عدم الاتفاق على اختياره أو تحديده.
- الوقوف على الحلول القضائية بشأن تحديد القانون الأفضل تطبيقاً على عقود البترول حالة عدم الاتفاق عليه.
- **تحليل النصوص القانونية في النظام السعودي ذات العلاقة .**

أهمية الدراسة:

- تنفيذ دراسة بحثية متخصصة مقارنة حول القانون واجب التطبيق على عقود البترول في النظام السعودي.
- الإسهام في إثراء المكتبة القانونية العربية والسعودية ببحث متخصص في العقود الدولية بوجه عام، وفي موضوع القانون اللازم تطبيقه على عقود استثمار البترول بوجه خاص .
- تساعد هذه الدراسة لتكون خطوة مستقبلية يتفرع عنها دراسات وبحوث بالبناء عليها في النظام / القانون السعودي والنظم الأخرى المقارنة.
- توفير مرجع قانوني فيما يخص الأحكام الخاصة بالقانون الواجب تطبيقه على عقود البترول في النظام السعودي والنظم المقارنة، ليكون عوناً لكل من يعمل في المجال القانوني بوجه عام، والعاملين في المجال القضائي القائمين على تطبيق الأنظمة والتشريعات بوجه خاص.
- إيجاد مرجعية جيدة لأطراف عقود البترول والمستثمرين الراغبين في الاستثمار الأجنبي، لتوضيح حقوق وواجبات كلا منهم، والوقوف على ماهية القانون واجب التطبيق عند نشوب نزاع.

➤ نطاق الدراسة :

ينحصر نطاق هذه الدراسة في التطرق للموضوع محل الدراسة في النظام السعودي، وفي بعض القوانين العربية الشقيقة المقارنة في نطاق القانون المدني وقوانين التجارة والاستثمار مقارنة ببعض الأنظمة الغربية كالقانون الفرنسي والانجليزي والسويسري ، والمناظرة بين التطبيقات القضائية العربية والغربية، وبما يخدم موضوع الدراسة وصولاً لاقتراح التوصيات الأنسب على المستوى التشريعي والعملي.

➤ منهج الدراسة :

نعتمد في موضوع الدراسة بشكل أساسي على المنهج التحليلي الوصفي، والذي من خلاله تم عرض الجوانب النظرية وتحليل مضمون الموضوعات المختارة للدراسة، كما استعنا بالمنهج الاستقرائي في استقراء الدراسات والمراجع التي سبق و تناولت هذا الموضوع، للتعرف على الاتجاهات والآراء الفقهية الواردة بشأن موضوع الدراسة، ولجأنا للمنهج المقارن لاستعراض موقف النظم المقارنة أجنبية أو عربية من تحديد القانون **الواجب تطبيقه** على عقود الاستثمار البترولية ومقارنتها بموقف المنظم السعودي.

➤ الدراسات السابقة :

يتضح من التطرق والبحث في الدراسات السابقة أن ثمة اهتمام كبير من الباحثين على مختلف درجاتهم وميولهم الفقهية في البحث في موضوع القانون واجب التطبيق على عقود الاستثمار الأجنبية بمختلف أنواعها ليس فقط عقود الاستثمار البترولية، وهو الأمر الذي ساهم بشكل كبير في إثراء بحثنا المتواضع، مع تنوع الطرح البحثي المناظر ما بين مؤلفات ورسائل علمية ودوريات، و منها على سبيل المثال لا الحصر:-

١. من المؤلفات: د. هشام صادق ، القانون واجب التطبيق في عقود التجارة الدولية " مصر ٢٠٠١م - د.حفيظة الحداد، العقود المبرمة بين الدولة والأشخاص الأجنبية ، مصر ٢٠٠٩م - د. بشار الأسعد، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، بيروت ٢٠٠٦م - د.أحمد سلامة ، الأصول في التنازع الدولي للقوانين، مصر ٢٠٠٠م .

٢. من الرسائل العلمية : عدلي عبد الكريم، " النظام القانوني للعقود بين الدول والأشخاص الأجنبية ، رسالة دكتوراه في القانون الخاص جامعة أبو بكر بالقايد، الجزائر ٢٠١١م - علي عدنان ، أثر التغيير في قواعد الإسناد على تحديد القانون واجب التطبيق دراسة مقارنة، رسالة ماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق جامعة الشرق الأوسط ٢٠٢٠ - علاوة الصادق، " القانون واجب التطبيق على عقود الاستثمار " مذكرة تكميلية لنيل شهادة الماجستير في الحقوق ، جامعة محمد خضير ، الجزائر ٢٠١٦م

٣. **ومن الدوريات :** د. محمد وليد المصري ، " العقد الدولي بين النظرة التقليدية والنظرة الحديثة " مجلة الشريعة والقانون العدد العشرون جامعة الامارات يناير ٢٠٠٤م - د. أشرف محمد وفا ، تطبيق القانون الأجنبي أمام القاضي الوطني ، مجلة الشريعة والقانون العدد السبعون جامعة الإمارات إبريل ٢٠١٧م - نافح بحر سلطان، أزمة تحديد القانون واجب التطبيق في ميدان عقود الاستثمار في النفط والغاز مجلة جامعة الأنبار للعلوم القانونية ، العراق ٢٠١٧م .

فقد كانت تلك الدراسات خير عون ورفيق في إيجاد المرجعية العلمية الجيدة التي أمكن الارتكاز عليها لإخراج موضوع البحث بهذا الشكل والمضمون.

➤ **خطة الدراسة :**

استهلينا الدراسة بفصل تمهيدي تناولنا فيه أنواع عقود البترول وطبيعتها القانونية، ثم قسمنا الدراسة إلى بابين:- الأول: تناول القانون واجب التطبيق على عقود استثمار البترول في حالة اتفاق الأطراف، والثاني: تطرق إلى القانون واجب التطبيق على عقود البترول في حالة عدم الاختيار من جانب الأطراف ، مختتمين بخاتمة تتضمن مجموعة من النتائج والتوصيات، وذلك وفق التقسيم التالي:-

- **فصل تمهيدي :** " الطبيعة القانونية لعقد البترول في النظام السعودي .
من مبحثين : -
- المبحث الأول : أنواع عقود البترول والطبيعة القانونية لها
- المبحث الثاني : نظرة تاريخية على تطور العقود البترول في المملكة العربية السعودية.
- **الباب الأول :** " القانون واجب التطبيق على عقود البترول في حالة اتفاق أطراف التعاقد " **وينقسم إلى** فصلين:-
- الفصل الأول : دور قانون الإرادة في تحديد القانون واجب التطبيق.
- الفصل الثاني : مدى إلزامية القانون المختار
- **الباب الثاني :** " القانون واجب التطبيق على عقود البترول في حالة عدم اختيار الأطراف للقانون " ، **وينقسم إلى** فصلين:-
- الفصل الأول : كيفية تحديد القانون واجب التطبيق على عقود البترول في حالة عدم اختيار الأطراف للقانون.
- الفصل الثاني : تحديد القانون واجب التطبيق وفقاً لمبادئ القانون الدولي الخاص.
- **الخاتمة:** النتائج والتوصيات:

فصل تمهيدي

الطبيعة القانونية لعقد البترول في النظام السعودي

عقد البترول هو عقد تتقابل فيه إرادتين نحو إحداث أثر قانوني من نوع خاص يستهدف خطة تنمية وطنية باستثمارات عادة ما تكون أجنبية ، تبرمه الدولة ذات السيادة مع **شخص** أجنبي طبيعي أو معنوي **يخضع للقانون الخاص** لأهداف تنمية و يتمتع بأهمية خاصة على المستويين الوطني والدولي.^(١)

وقد مرت عقود الاستثمار البترولي بعدة صور ، حيث كانت تأخذ في بداية الأمر شكل الامتيازات طويلة الأجل لصالح المستثمر الأجنبي ، مقابل نسبة مقطوعة للدولة مانحة الامتياز لا تزيد عن الثمن ، الأمر الذي جعل كثير من الدول صاحبة السيادة على الموارد البترولية إلى اللجوء لتأمين كافة الامتيازات الممنوحة لشركات أجنبية على إقليمها ، ووصل الأمر الى حد التفاوض على اقتسام عوائد النفط مناصفة مع الشركات.^(٢)

(١) جابر فهمي عمران ، الاستثمارات الأجنبية في منظمة التجارة العالمية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية ، ٢٠١٣ ، ص ٣٨٣
(٢) المرجع السابق

■ أنواع عقود البترول :

هناك عدة أنواع رئيسة من عقود البترول بما في ذلك اتفاقيات الامتياز واتفاقيات مشاركة الإنتاج وعقود المقاوله ... ، و لكل نوع له هيكله وأحكامه الفريدة الخاصة به لمراعاة عوامل مثل حقوق الملكية ، وحقوق الاستكشاف ، والآثار الضريبية ، وحصص الإنتاج ، وتقاسم الإيرادات بين الأطراف المعنية، لذلك يُعد فهم طبيعة هذه العقود والفروق الدقيقة فيها أمراً بالغ الأهمية لأولئك المشاركين في هذه الصناعة لضمان النجاح والربحية على المدى الطويل ، حيث إنه لا يؤثر فقط على طريقة تكوين العقود ولكن أيضاً على كيفية تنفيذها وإنفاذها ، حيث تختلف طبيعة وظروف كل نوع من تلك العقود وتتأثر بطبيعة الحال بالقدرات الاقتصادية والخبراتية للدولة المنتجة للبترول **على النحو المبين أدناه:-**

١. عقود الامتياز :

هي الصورة القديمة لعقود استثمار النفط، و أول ما **أبرمت كانت** مع الدول المكتشف بها الثروات النفطية ، وبموجبها كانت الدولة تمنح شركة أجنبية عنها الحق في التنقيب عن النفط داخل حدودها السيادية مع الحق في استغلال الناتج عن التنقيب خلال مدة **محددة** من الزمن تصل إلى ٦٠ عام **وأكثر** ، وكان الشيوع لتلك العقود سببه عدم وجود خبرة للدول صاحبة الثروة النفطية في البحث والتنقيب بل عدم وجود وعي اقتصادي في البداية

لقيمة تلك الثروة الذهبية ، لذا كانت شروط تلك العقود في صالح الشركات الأجنبية المنقبة عن البترول ، ولم تستطع الدول النفطية الخروج من عباءة شروط عقود الامتياز المجحفة بالنسبة لها وبخاصة في نصيبها من الأرباح إلا بلجوتها إلى التأميم والمصادرة في كثير من الحالات كما حدث في عدد من الدول المصنفة نفطية.^(١)

٢. عقد المشاركة:

ظهرت عقود المشاركة بديلاً لعقود الامتياز، وفيها تقوم الدولة الوطنية المنتجة للبترول بالمساهمة والشراكة في رأسمال الشركة القائمة على الاستثمار النفطي، وبهذه الشركة يكون للدولة الوطنية الحق في ممارسة أعباء ومسؤوليات الإدارة متى كانت تملك أكثر من ٥٠% من الرأسمال، ففي هذه العقود يجب ألا يستحوذ المستثمر الأجنبي على أغلبية رأس المال وقد ساهمت هذه العقود في القضاء على الآثار السلبية لعقود الامتياز وفي ذات الوقت كانت بديلاً آمناً للمستثمر الأجنبي من مخاطر التأميم ومن أشهر صورها حالياً عقود الـ (PPP) public-private partnership.^(٢)

(١) للمزيد أنظر : عدلي عبد الكريم، (النظام القانوني للعقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية)، رسالة دكتوراه في القانون الخاص جامعة أبو بكر بالقائد ، الجزائر ٢٠١١، ص ٣٧

(٢) للمزيد عن عقود المشاركة أنظر : د. رجب محمود طاجن ، عقود المشاركة بين القطاعين العام والخاص ، دار النهضة ، القاهرة ، ٢٠١٠ ص ٧.

و قد استطاعت المملكة أن تُعدل من عقد امتياز أرامكو الأمريكية ليصبح عقد مشاركة إلى أن نجحت في الاستحواذ الكامل على أسهم الشركة لتصبح بعد ذلك أرامكو سعودية بنسبة ١٠٠ %^(١).

٣. عقد المقاوله :

هو اتفاق بموجبه يتولى أحد المقاولين التعهد بإتمام أعمال مقاوله معينة خلال مدة زمنية محددة لقاء أجر محدد، وبانتهاء إتمام العمل والحصول على أجره المتفق عليه من صاحب العمل تنتهي علاقته بالمشروع .

فمن صور المقاوله البتروليه استعانة دولة ذات ثروة نفطية بمقاول أجنبي للكشف عن النفط وتجهيزه للاستخراج ثم إنتاجه ، مقابل أن يتحمل هذا المقاول كافة التكاليف والمسئوليات والمخاطر التي قد تترتب على عملية الكشف منذ البداية وإلى خروج المنتج النفطي للنور، وعقد المقاوله هنا يختلف عن عقد المقاوله العادية لكون المقاول يلا يأخذ أجراً محدداً مقدماً ، وإنما يسترد جميع نفقاته التي تكبدها على عملية الكشف بجانب الحصول على نصيب متفق عليه من الإنتاج أو الأرباح بحسب ما يتم الاتفاق عليه بالعقد ويستمر في الحصول على هذا النصيب لفترة قد تتراوح بين ٢٠ و ٣٠ سنة ويأخذ حصته من القدرة الانتاجية الفعلية ، وتعتبر شركة "إيراب"

(١) **للمزيد أنظر: للمبحث الخاص** بـ (عقود البترول في النظام السعودي) من هذه الدراسة

الفرنسية أول شركة مقاوله في مجال البترول وتعاقدت على ذلك مع الحكومة العراقية عام ١٩٦٨ م. (١)

ونظراً لكون عقود البترول الدولية باختلاف صورها تحمل مجموعة من المصالح المختلفة، أولها مصالح الدولة المانحة صاحبة السيادة على مواردها وكذلك مصلحة الأجنبي المستثمر المتكبد عبء النفقات الضخمة على المشروع حتى يحقق إنتاج مربح ، وكذلك طبيعة تلك الاستثمارات تؤثر بشدة على التجارة الدولية ودائرة المصالح ، لذلك فهي عقود ذات أهمية بالغة ومعقدة في طبيعتها القانونية الأمر الذي يتطلب فهمًا شاملاً للقوانين واللوائح التي تطبق على صناعة البترول .

وقد تضم هذه العقود مجموعة من الأطراف بدءاً من الأفراد الطبيعيين ملاك الأراضي، وصولاً إلى الشركات ذات الجنسيات المتعددة، وقد تُغطي كل شيء من الاستكشاف والإنتاج إلى النقل والتسويق، ومن أهم المضامين الرئيسية للعقود البترولية تغطية آليات توزيع المخاطر وأعباء المسؤوليات بين الأطراف المعنية والتي قد تكون مثيرة للجدل بشكل كبير ومن ثمّ تتطلب مفاوضات دقيقة وحازمة. (٢)

(١) د. بشار الأسعد ، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة ، منشورات الحلبي بيروت ، ٢٠٠٦ ، ص ٥٤
(٢) المرجع السابق

وسيتناول هذا الفصل التمهيدي الآراء الفقية بشأن الطبيعة القانونية للعقود البترولية وعما إذا كانت تلك العقود إدارية بحتة أم مختلطة أم ذات طبيعة دولية ، وذلك **وفق** التقسيم التالي :

المبحث الأول

الطبيعة القانونية لعقود استثمار البترول

تؤثر **الطبيعة** القانونية لعقود استثمار البترول في تحديد القانون واجب التطبيق عليها ، و أيضاً في تحديد النظام القانوني المطبق، خاصة وأن تلك العقود تتشابك فيها علاقات دولية متمثلة في الدولة الوطنية مانحة الامتياز والاستثمارات الأجنبية المشاركة في المشروع ، فقد يُمنح الترخيص لشركة ذات جنسيات متعددة ، مما يثير الأمر تعقيداً بشأن تحديد القانون الذي يتعين تطبيقه **في حال نشوب نزاع بين الأطراف وما هو القانون** الأصلح لحماية مصالح الدولة المضيفة للاستثمار .

وقد أسفرت الجدلية حول تكييف عقود استغلال البترول عن ظهور اتجاهين حول ماهية الطبيعة القانونية لتلك العقود: اتجاه يناهز بدولية عقود البترول و آخر يرى أن تلك العقود تخضع في أساسها للقانون والقضاء الداخلي للدولة مانحة الامتياز، وهو ما سنتناوله تفصيلاً على النحو التالي:

المطلب الاول الطبيعة الدولية لعقود استثمار البترول

سنتناول الطبيعة الدولية لعقود امتياز البترول من منظور الفقه والقضاء والتحكيم ، وفق التقسيم الآتي:-

الفرع الأول رأي الفقه والقضاء حول دولية عقود البترول

اعتمد الفقه والقضاء حول دولية عقود امتياز البترول مجموعة من الضوابط لاستخلاص الصفة الدولية للعقد، واختلفت معايير القياس ما بين معيار قانوني واقتصادي، وآخر مختلط .

فالمعيار القانوني : يركز على كون الصفة الدولية للعقد تُستخلص من العناصر القانونية للرابطة العقدية ومدى اتصالها بأكثر من نظام قانوني ، وينقسم المعيار القانوني إلى:-

- معيار قانوني تقليدي واسع يكتفي وفقاً له وجود طرف أجنبي في العلاقة العقدية لاصباح الصفة الدولية عليها ، ولقد تعرض المعيار القانوني الواسع للنقد، حيث اتهم انصاره بالجمود وعدم المرونة لمنادتهم بالتسوية بين العناصر القانونية للرابطة العقدية ، واطلاق الدولية على العقد لمجرد وجود صفة أجنبية وإن لم تكن فعالة ومؤثرة.

- لذا ظهر الاتجاه الحديث من المعيار قانوني الضيق ، وهو يستلزم لكي تكتسب العلاقة العقدية صفة الدولية ، أن يكون الطرف الأجنبي في العلاقة عنصر قانوني مؤثراً وفعالاً، بصرف النظر عن عدد الأطراف الأجنبية في العلاقة ، وهي مسألة نسبية تختلف من حالة إلى أخرى وترجع للسلطة التقديرية للقاضي الذي ينظر النزاع .^(١)

ومن الاشكاليات التي تعرض لها المعيار القانوني حالة التآرجح ما بين الأخذ بالدولية المطلقة بمجرد وجود عنصر أجنبي وأحياناً الأخذ بالدولية النسبية كما يترأى لقاضي الموضوع في كون العنصر الأجنبي فعال و مؤثر أم لا، ويزداد الأمر تعقيداً عندما يكون العقد مُنتمي إلى نظام قانوني واحد (كقانون الدولة مانحة الامتياز)، ولكنه في ذات الوقت يُعرض على قضاء أجنبي .^(٢)

ورغم الانتقادات التي أصابت المعيار القانوني إلا أن التحكيم الدولي لمنازعات عقود الاستثمار أخذ به لتحديد الصفة الدولية لتلك العقود،

(١) د. جميل الشرقاوي .محاضرات في العقود الدولية. دار النهضة القاهرة ، ١٩٩٦ ، ص ١٧ ، وأيضا: د. محمود ياقوت ، " حرية المتعاقدين في اختيار قانون العقد الدولي " ، منشأة المعارف ، الاسكندرية ، ٢٠٠٤ ، ص ٤٠ .

(٢) د محمد وليد المصري ، العقد الدولي بين النظرة التقليدية والنظرة الحديثة " ، مجلة الشريعة الشريعة والقانون ، جامعة الامارات العربية المتحدة ، العدد العشرون ، ذو القعدة ١٤٢٤ ، يناير ٢٠٠٤ ص ١٦١ محمد حسن ، " النظام القانوني للعقد الدولي " ، رسالة دكتوراه ، كلية الحقوق ، جامعة عين شمس ، ص ١٣٤ .

معتبراً مجرد وجود طرف اجنبي في العلاقة التعاقدية كاف في حد ذاته لإثبات هذه الصفة. (١)

والمعيار الاقتصادي : وهو معيار تبنته محكمة النقض الفرنسية عندما قامت بتعريف العقد الدولي بأنه : العقد الذي يرتبط بمصالح التجارة الدولية وحركة البضائع والأموال ذهاباً وإياباً عبر الحدود (٢) ، وقد تعرض هذا المعيار للنقد لأنه يركز على النتيجة التعاقدية والأثر الاقتصادي المترتب عليها ويهمل أساس التعاقد المتمثل في التصرف القانوني ذاته، كما أنه لا يحدد يقيناً متى يُعد العقد متصلاً بمصالح التجارة الدولية. (٣)

ومن أمثلة الأحكام التي أخذت بالمعيار الاقتصادي في إصباح الصفة الدولية على العقد : الحكم الصادر من محكمة الإستئناف بباريس في ٢٦ يناير ١٩٩٠ قررت المحكمة أن العقد المبرم بين أطراف فرنسيين ويخضع في تطبيقه لأحكام القانون الفرنسي بغية إنشاء شركة محاصة غرضها تنفيذ مشروعات في الخارج يحقق مصالح التجارة الدولية ويعتبر

(١) د محمد وليد المصري ، العقد الدولي بين النظرة التقليدية والنظرة الحديثة " ، مجلة الشريعة الشريعة والقانون ، جامعة الامارات العربية المتحدة ، العدد العشرون ، ذو القعدة ١٤٢٤ ، يناير ٢٠٠٤ ص ١٦١ محمد حسن ، " النظام القانوني للعقد الدولي " ، رسالة دكتوراه ، كلية الحقوق ، جامعة عين شمس ، ص ١٣٤ .

(2) Jacquet (J.M): Le contrat international connaissance du droit, parise Dalloz, ١٩٩٩, P.٩.

(٣) د. هشام صادق ، " القانون واجب التطبيق في عقود التجارة الدولية ، دار الفكر الجامعي الاسكندرية، ٢٠٠١ ، ص ص ٧٥-٧٦

النزاع الناشئ ، بشأنه وتم الإتفاق فيه على التحكيم تحكيما تجاريا دوليا أي
أن العقد عقدا دوليا. ^(١)

أما المعيار المختلط : وهو الراجح عند بعض الفقه ، وأخذ به
القضاء الفرنسي نتيجة الانتقادات التي تعرض لها المعيارين القانوني
والاقتصادي ، ويجمع المعيار المختلط بين العنصر القانوني والاقتصادي
ومن ثمَّ يكون يجب لتقرير دولية عقد استثمار وجود طرف أجنبي في الرابطة
التعاقدية ، إلى جانب تعلق العقد بمصالح ترتبط بالتجارة الدولية . ^(٢)

وهذا ما انتهت إليه أيضا الاتفاقية الأوربية للتحكيم التجاري
الدولي المبرمة في جنيف سنة ١٩٦١م حيث جمعت بين المعيار
الاقتصادي لدولية العقد المرتبط بمصالح التجارة الدولية والمعيار القانوني
المستمد من اختلاف محل إقامة أطراف العقد بمعنى انتماء كل منهم لدولة
مختلفة لتنتهي إلى دولية العقد ومن ثم دولية التحكيم. ^(٣)

ووفقاً للفقه التقليدي (المعيار القانوني) : يُعد العقد بين الأطراف
دولياً متى تضمن طرف أجنبي متى تعلق الأمر بإبرام العقد أو تنفيذ العقد أو
تعلق بجنسية المتعاقدين أو بموطن المتعاقدين ، فدولية العقد ترتبط بمدى

(١) علاوة الصادق ، " القانون واجب التطبيق على عقود الاستثمار " ، مذكرة لنيل درجة

الماجستير في الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة محمد خضير ، الجزائر ، ٢٠١٦ ، ص ٤١

(٢) د. بشار الأسعد ، مرجع سابق ، ص ص ٨٣-٨٤

(٣) د. إبراهيم محمد القعود ، الطبيعة القانونية لعقود الاستثمار الدولية ، مجلة العلوم القانونية

والشرعية ، كلية القانون ، جامعة الزاوية ، العدد السابع ، ديسمبر ٢٠١٥ - ص ٣٠٦

توغل الصفة الأجنبية لعناصر العقد القانونية المختلفة^(١)، وبذلك الصفة الدولية يمكن للأطراف الخروج عن القواعد الآمرة لقانون وطني معين، وإخضاعه لقانون إرادة الأطراف طبقاً لأحكام القانون الدولي الخاص.

لذا يتجه جانب من الفقه إلى الميل لإضفاء صفة الدولية على عقد الاستثمار البترولي، ويرى الجانب التقليدي من هذا الفريق اعتبار العقد البترولي عقداً دولياً لأنه يضم في الرابطة التعاقدية طرف أجنبي أو أكثر، وعليه تخضع عقود استغلال البترول بين الدولة مانحة الامتياز والمستثمر الأجنبي لأحكام القانون الدولي، معتبرين هذا العقد إما اتفاقية دولية صريحة أو اتفاقية شبه دولية أو عقد تجاري دولي^(٢)

وحقيقة الأمر فإنه من الصعب وصف عقد الامتياز البترولي المبرم بين الدولة مانحة الامتياز وشركة الاستثمار البترولي الأجنبية (بالمعاهدة الدولية) لمخالفته نص المادة الثانية من معاهدة فيينا ١٩٦٩م التي عرفت المعاهدة بأنها اتفاق دولي يُبرم كتابة بين دولتين أو أكثر ويخضع للقانون الدولي سواء أبرم في صورة وثيقة أو غير ذلك من

(١) محمد منصور، العقود الدولية : ماهية العقد الدولي وأنواعه وتطبيقاته، مفاوضات العقد وإبرامه مضمونه وأثاره وانقضائه، الصياغة والجوانب التقنية والانتمائية والإلكترونية، الاختصاص القضائي والقانوني، التحكيم وقانون التجارة الدولية"، دار الجامعة الجديدة، ٢٠٠٩، ص ١١.

(2) Zuhairah Ariff و Types and features of international petroleum contracts, south east Asia Journal of Contemporary Business, Economics and Law, vol.4, issue3, June, 2014.,p.39.

المسميات ... ، ويتضح من التعريف أن وصف المعاهدة الدولية لا يُطلق إلا على الاتفاقيات التي تبرم بين أعضاء المجتمع الدولي.^(١)

ونظراً لصعوبة تكييف عقد الامتياز البترولي بالمعاهدة الدولية الصريحة إتجه بعض أنصار الرأي المنادي بدولية عقود امتياز البترول وعلى رأسهم الفقيه النمساوي (Alfred Verdross) إلى اعتبارها اتفاقية شبه دولية ، لكونها عقود ذات طبيعة خاصة وتضم متعاقدين من نوع خاص يحملون صفة دولية ، ومن ثم يخلقون مركزاً قانونياً خاصاً لا يمكن تصور خضوعه للقانون الوطني للدولة مانحة الامتياز ، ومن ثم فإن العقد البترولي بمثابة اتفاقية شبه دولية تستمد قوتها مباشرة من قاعدة العقد شريعة المتعاقدين ، والمعروف بمبدأ "Pacta Sunt Servanda" ، وتخضع للنظام القانوني الذي أنشأه العقد ذاته ، وللقواعد التي تقرها هيئة التحكيم عند المنازعة ، المستوحاه من المبادئ القانونية العامة.^(٢)

وهناك فرق بين العقود المبرمة من السلطة الإدارية بالدولة مع أطراف أجنبية وتخضع لأحكام القانون الوطني للدولة ، وبين الاتفاقيات شبه الدولية التي توقعها الحكومة أو تصدق عليها بما لديها من سيادة ، فقانون

(١) د.علي إبراهيم " الوسيط في المعاهدات الدولية " ، دار النهضة ، القاهرة ، ط ١ سنة ١٩٩٥ ، ص ٧١ وما بعدها.

(2) Alfred Verdross, Quasi- International Agreements & International Economic Transactions., year Book of world Affairs, Vol.٢٢ (١٩٦٤), p.٢٣٠.

المتعاقدين الذي تنشؤه الاتفاقية شبه الدولية، ما هو إلا نظام مستقل يُنظم العلاقات قانوناً بين الطرفين تنظيمياً شاملاً.

وظهر الرأي المتجه نحو توصيف عقود النفط البترولية (بعقد تجاري دولي)، مع نشوب خلاف بين شركة أرامكو الأمريكية و السعودية في قضية تحكيم أرامكو الشهيرة الصادرة ١٩٥٨م ، وتزعم هذا الاتجاه كبار رجال القانون الدولي في العالم " اللورد "أرنولد ماكنير"، و "هنري بي" و "ديفريس" و"بانجواس"، وغيرهم من أساتذة القانون الدولي في العالم وقتها، وتأثرت به العديد من هيئات التحكيم. (١)

ويميل الباحث للمعيار القانوني في تحديد ما إذا كان العقد دولياً من عدمه بالنظر للعنصر الأجنبي بالعقد ، ويرى أن المعيار الاقتصادي المعتمد على تحري وجود تبادل تجاري عبر الحدود، بمثابة معيار فضفاض لا يمكن التعويل عليه عملاً، و قد يساهم بقوة في الإضرار بالمركز القانوني للدولة الوطنية مانحة الامتياز متى تم التوسع بتدخل عناصر أجنبية غير رئيسية في العقد بحجة أنها تأثرت بنتيجة تلك العملية التعاقدية.

(١) حيث صرح حكم تحكيم أرامكو سنة ١٩٥٨ م: "إن النظام القانوني للامتيازات المعدنية وبالتالي للامتيازات البترولية أصبح في حالة يمكن وصفها بأنها " طويلة العود" في مدارس الفقه الإسلامية . ومجموع مبادئ المدارس الفقهية تكفي إذا جرى جمعها وتوحيدها لإرساء نظام قضائي وليس دوراً تشريعياً. إن المدرسة الفقهية للإمام أحمد بن حنبل الإسلامية المطبقة في السعودية لا تضمن قاعدة محددة تعرف الامتيازات المعدنية إجمالاً، والبترولية بنوع خاص" - عبد الحميد الأحذب ، " النظام القانوني للبترول في المملكة العربية السعودية " ، مؤسسة نوفل ، ١٩٨٢م ، ط ١ ، بيروت ص ١٣٠

ويرجع الأمر للقاضي في مسألة التكييف القانوني، لكونها ليست مجرد إمكانية تُسند إليه، وإنما هي مهمة تدخل ضمن اختصاصه، فالقاضي أو المحكم، ملزم في كل الحالات بإسناد الواقعة إلى وصفها القانوني الذي ارتآه صحيحاً دون إجبار عليه بالتقيد بالأوصاف المسندة من قِبَل أطراف النزاع.

الفرع الثاني

رأي التحكيم حول دولية عقود البترول

أيدت العديد من السوابق التحكيمية خضوع عقود البترول لقواعد القانون الدولي ، ومن أمثلة تلك السوابق التحكيمية:

١- تحكيم Sapphire : حيث أصدر المحكم السويسري الوحيد في النزاع "بيير كافان" "cavin" حكماً بتاريخ ٢٥ مارس ١٩٦٣م، أعلن فيه تطبيق قواعد القانون الدولي العام على عقد الامتياز البترولي، واستند في تبرير حكمه على أن العقد بين الشركة الأمريكية وبين إيران ينص على إخضاع العقد لمبادئ القانون الدولي، وفقاً للمادة / اثنان وعشرون، الخاصة بالتحكيم: و تنص على أن الحكم سوف يتم تأسيسه على المبادئ القانونية المدرجة في المادة /ثمان وعشرون، من النظام الأساسي للمحكمة الدولية

للعدل، وبذلك يكون الحكم قد فتح المجال أمام محاولات تدويل العقود (١) ،
وظهر هذا جلياً في أحكام لاحقة تأثرت به.

٢-تحكيم " Texaco " الذي أصدره المحكم الفرنسي رينيه جان دوباي Dupuy بتاريخ تسعة عشر من يناير عام ١٩٧٧م ، معلناً فيه خضوع المنازعة بين ليبيا والشركتين الأمريكيتين كاليفورنيا الأسبوية وتكساكو عبر البحار للقانون الدولي العام، حيث قرر أنه ومن غير شك فإن عقود الإمتياز موضوع النزاع دولية، سواء من الناحية الاقتصادية أو القانونية، لكونها تتعلق بمصالح التجارة الدولية اقتصادياً، وترتبط مجموعة من الدول المختلفة ببعض العناصر **القانونية الأخرى** . (٢)

٣- تحكيم شركة " Elf Aquitaine " ، ضد الشركة الوطنية للبترول ، للمحكم Bernnard Goma والذي كان المحكم الوحيد في النزاع ، حيث صرح بتاريخ أربعة عشر من يناير ١٩٨٢م بأن: " محكمة التحكيم، أو المحكم المنفرد، كلاهما غير ملزم بأعمال قاعدة قانونية محددة، بل له في أن يسند حكمه على اعتبارات الإنصاف، ووفقاً لمبادئ القانون المعترف بها

(١) محمد السيد بنداري ، الوضع القانوني لخصوصية عقود البترول ، مجلة الدراسات القانونية والاقتصادية ، جامعة السادات ، المجلد ٩ ، العدد ١ ، مارس ٢٠٢٣ ص ص ١٣٧٧-١٣٧٨ والحكم منشور في :

Arbitration between Sapphire international petroleum ltd v. National Iranian .Oil company Columbia Journal of transnational law : vol.3-19

(2) "Arbitration between Libya and Texaco, ١٩ January, ١٩٧٧" International Legal Materials .vol.١٧ .pp.٣١٠-٢٧.

عموماً ولا سيما مبادئ القانون الدولي ^(١) ، واستند هذا الحكم على أساس أن العقد محل النزاع موقع من الدولة ذاتها، ومن ثم وجب عليها الإلتزام بقواعد القانون الدولي والذي يلزمها باحترام الاتفاقات الناشئة عن التحكيم. ^(٢)

٤- تحكيم Liamco ١٩٧٧ (بين الشركة الأمريكية ليامكو

والحكومة الليبية) انتهى المحكم فيه إلى أن عقد الإمتياز البترولي ليس عقداً إدارياً، بل عقد يغلب عليه طابع العقود المدنية والتجارية ، كما أن الأنشطة التي تقوم بها شركات النفط الأجنبية ليست أنشطة تتدرج تحت المرافق العامة ، وإنما هي أنشطة ذات طبيعة خاصة، تخضع لأحكام القانون الخاص الدولي المنظم لنوع العقود هذه. ^(٣)

يرى الباحث أن الأخذ بمبادئ القانون الدولي ما هو إلى ضمانة تقدم للمستثمر الأجنبي صاحب رأس المال تمكنه من تدويل النزاع بهدف الوصول لقاعدة التنازع الأكثر ملائمة لحماية مصالحه الرأسمالية، فإن مبدأ سيادة الدولة الوطنية لا يكفي لحماية مصالحها وكبح جماح القضاء الدولي المنحاز إلى المستثمرين الأجانب أصحاب رؤوس الأموال .

(١) د. حفيظة الحداد، " العقود المبرمة بين الدولة والأشخاص الأجنبية " ، دار المطبوعات الجامعية، ٢٠٠٩ ، ص ٢٣٥

(٢) د. حفيظة الحداد، المرجع السابق ، ص ٢٩٠ -

(٣) د. ثروت بدوي ، " النظرية العامة في العقود الإدارية " ، دار النهضة ، ١٩٧٦ ص.ص ٦١-٥٩ ، وأيضاً: د. عبد الحكيم مصطفى ، عقود التنمية الاقتصادية في القانون الدولي الخاص ، مكتبة النصر ١٩٩١ ، ص ص ٦٥-٦٦

المطلب الثاني

خضوع عقود استثمار البترول للقانون الداخلي

يُعرف العقد الإداري : بأنه العقد الذي يقوم بإبرامه أحد أشخاص القانون العام بهدف إدارة أو تسيير مرفق عام ، ويغلب على اتجاهه نية الأخذ بأساليب القانون العام ، لكونه يتضمن شروطاً استثنائية غير مألوفة في عقود القانون الخاص.^(١)

و متى كان أحد الاطراف في العقد أحد أشخاص القانون العام ، وموضوعه يتعلق بمرفق عام تابع للدولة ، ويحتوي على شروط استثنائية غير مألوفة بالقانون الخاص ، عندئذ يكون العقد إدارياً ويخضع لأحكام **القانون والقضاء الإداري لدولة الامتياز**^(٢) .

وهو ما أكدته المحكمة الدستورية العليا في مصر، حيث ذهبت إلى أن العقد الإداري: هو الذي يكون أحد أطرافه شخصاً من أشخاص القانون العام يتعاقد بوصفه سلطة بالدولة، وأن يتعلق العقد بمرفق عام بغرض تسييره أو تنظيمه، وأن يتسم هذا العقد بالطبيعة المميزة للعقود الإدارية ذات

(١) أنظر حكم المحكمة الإدارية العليا بمصر في الطعن رقم ٥٧٦ لسنة ١١ ق جلسة ١٩٦٧/١٢/٣٠ مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة الإدارية العليا، والجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع في خمسة عشر عاماً مكتب المفتي الشركة المصرية للطباعة والنشر ١٩٧٢ م ص ٩٩

(٢) عبد الرحيم سعيد ، " النظام القانوني لعقود البترول " ، رسالة دكتوراه ، كلية الحقوق ، جامعة القاهرة ١٩٨٣ ، ص ٢٤١

الشروط الخاصة الغير مألوفة والتي تكون محددة سلفاً من جانب الجهة الإدارية الطرف بالعقد، والتي تتمثل في انتهاج أسلوب القانون العام فيما يخص تنظيم عقود المرافق العامة المعتادة بالقانون العام بالنسبة لروابط القانون الخاص.^(١)

وعليه، يؤيد جانب آخر من الفقه خضوع عقود استثمار البترول للقانون العام لكونها ذات طبيعة إدارية^(٢)، حيث أن أغلبها يتم توقيعها بموجب تراخيص تمنحها الحكومة الرسمية عن طريق أحد أعضاء السلطة الرسمية بالبلاد وباستخدام أساليب القانون العام الغير عادية، وتمتلك السلطة الإدارية آنذاك حق إبرام تلك العقود وتعديلها وإنهائها وفقاً لمبدأ سيادة الدولة الوطنية على مواردها الطبيعية، كما أن هذه السلطات الإدارية ضرورية وملزمة لتمكين الدولة من مراقبة عملية الاستثمار البترولي وتأكيد التزام هذه الكيانات ذات الطابع الاستثماري ببند العقد المبرم، وبدون تلك السلطة الإدارية لا يتصور منح تراخيص الاستثمار في مجال البترول.

وعليه، فإن عقود الامتياز البترولي ترتبط بمرفق عام، وتتمتع بسمات العقد الإداري وتخضع لقواعد القانون الإداري للدولة الوطنية، ويتم إبرامها عن طريق السلطة الرسمية بالبلاد / التنفيذية باعتبارها سلطة عامة

(١) المحكمة الدستورية العليا، قضية رقم ١١٠ لسنة ١٢ تنازع - جلسة ١٩٩١/١/٥، المجموعة ٢ الجزء الرابع، ص ٥٣٦.

(٢) د. عاطف البنا " العقود الإدارية، مع دراسة خاصة لنظام تأمين مشتريات الحكومة في المملكة العربية السعودية "، دار العلوم للنشر، ١٩٨٤

مانحة للإمتياز من خلال أحد أشخاصها المعنوية بهدف إدارة وتسيير مرفق عام.^(١)

و نؤيد الرأي القائل بعدم ملائمة الشروط الغير مألوفة والاستثنائية المتعارف عليها بالعقود الإدارية المعتادة في عقود الاستثمار البترولي ، نظراً لأنه من غير المتصور أن يُفرض على الدولة صاحبة السيادة على مواردها شروطاً مقيدة لها وتكون مُطلقة للمستثمر الأجنبي، من أمثلة تلك الشروط: الحق في فسخ العقد ، التنازل للغير، الاعفاء من الضرائب.. إلخ .^(٢)

كما نؤيد التسليم بأن إدارية عقود البترول تجعله يخضع لذات النظام القانوني للعقد الإداري بالقانون الداخلي للدولة المانحة للإمتياز، **دون التأثير السلبي على تشجيع الاستثمار، لأن مجرد تقدم المستثمر الاجنبي بطلب منح ترخيص له في هذا المجال يعتبر موافق ضمناً على الشروط الموضوعة سلفاً وفقاً للنظام الخاص بعقود البترول، وتظل الدولة تملك حق فسخ العقد أو تعديله بإراداتها المنفردة ومصادرة التأمين، حال مخالفة المستثمر لشروط منح الترخيص له ... إلخ،** ولكونها تملك وحدها ومنفردة سلطة فرض الشروط الاستثنائية التي تريدها، فعلى سبيل المثال: لا يحق

(1) Damilola S. Olawuyi. Contractual and Fiscal Arrangements in the Extractive Industry Extractives Industry Law in Africa. (2018), (pp. 191-231). Available at: https://link.springer.com/chapter/10.1007/978-3-319-97664-8_8

(٢) د. سليمان الطماوي، مبادئ القانون الإداري (نظرية المرفق العام واعمال الإدارية العامة) ، دار الفكر العربي ١٩٧٩ ص ١٤٤

للمتعاقدين الأجانب فسخ العقد من تلقاء نفسه بل يستلزم التقدم بطلب للجهة المانحة ويكون الفسخ بعد موافقة الجهة المانحة وبالشروط والطريقة التي ترتضيها. (١)

وقد استقر الفقه ومعه القضاء الإداري في كلاً من فرنسا ومصر على الأخذ بالمفهوم الموضوعي الواسع للمرفق العام في العقد الإداري ليشمل كل نشاط ذي نفع عام تباشره الإدارة بنفسها، أو تتولى تنظيمه والإشراف عليه وذلك لعدم إمكانية ممارسته على الوجه الأكمل بواسطة القطاع الخاص، ويظهر هذا واضحاً وجلياً في إدارة الدولة لثرواتها البترولية ومن ثم يعد استغلال آبار البترول من المرافق العامة، التي تُدار طبقاً لأسلوب الامتياز. (٢)

لذا، نجد أنه من أسباب تحقق وصف المرفق العام في موضوع العقود البترولية هو أن الإدارة العامة للدولة (مانحة الامتياز) تتمتع بضمان انتظام سير إدارة المرفق بامتيازات السلطة العامة ووسائل القانون العام، وهو الأمر الذي يستلزم التصديق من جانب سلطة التشريع لإنشاء المرافق العامة البترولية، إلى جانب أن الدولة تحتكر وحدها سلطة منح

(١) أنس قاسم جعفر، العقود الإدارية، دراسة مقارنة لنظم المناقصات والمزايدات وتطبيق القانون رقم ٩٨ لسنة ١٩٨٨ الخاص بالمزايدات والمناقصات في مصر ولائحته التنفيذية مع دراسة عقود الـ (B.O.T)، دار النهضة القاهرة ٢٠٠٣، ص ٨٨.

(٢) د. ثروت بدوي، المرجع السابق، ص ٦٢، وأيضاً: ثورية لعيوني، "معيار العقد الإداري دراسة مقارنة"، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس، ١٩٨٧، ص ١٤٨ وما بعدها.

التراخيص في الاستثمارات البترولية بهدف إحلال شخص معنوي أجنبي محلها في عملية الإنشاء والتنفيذ، وذلك لضخامة الأماكن المالية والتكنولوجية لتلك المشروعات والتي تفتقدها كثير من الدول، لذلك تضطر للجوء إلى التعاقد مع مستثمرين أجنب لتتحقيق أهدافها التنموية في هذا القطاع^(١)، وعليه فإن العقود التي تقوم الدولة بإبرامها كعقود البترول، مع شخص خاص أجنبي هي من عقود القانون العام، لذا يمكن تعديلها بمقتضى المصالح التي يستلزمها سير المرفق العام في الدولة الطرف في العقد.^(٢)

وقد أكدت الدول الأعضاء في منظمة الأوبك على الطبيعة الإدارية لعقود البترول وخصوصاً فيما يتعلق بالمسئولية العقدية^(٣)، كما هو الحال في أركان العقد الإداري بالنظام المصري، واستقر الرأي إلى عدم اعتبار العقود البترولية اتفاقية دولية.

(١) وليد عباس، التحكيم في المنازعات الإدارية ذات الطبيعة التعاقدية، دار الجامعة الجديدة،

القاهرة، ٢٠١٠، ص ٦٦٢

(٢) نافح بحر سلطان، أزمة تحديد القانون الواجب التطبيق في ميدان عقود الإستثمار في النفط والغاز، مقال منشور في مجلة جامعة الأنبار للعلوم القانونية، العدد الثاني المجلد الأول، العراق، ٢٠١٧، ص ١٥٥

(٣) دراسة صادرة. عن منظمة الأوبك، بعنوان " من الامتيازات للعقود " مؤتمر البترول العربي الخامس، القاهرة، مارس ١٩٦٥ ص ٤

والراجح في مصر وفرنسا الأخذ بصفة العقد الإداري لعقود الامتياز البترولية وهو ما أكدته غالبية الاحكام الصادرة من هيئات التحكيم في نزاعات عقود الإمتياز النفطية.^(١)

وعارض البعض لفكرة انتماء عقد الاستثمار البترولي إلى المرافق

العامة التي ينظمها القانون الإداري، ويستند رأي المعارضين إلى كون صاحب الامتياز في هذا النوع من العقود لا يقدم خدمة عامة للجمهور بمقابل (مثل عقود الـ B.O.T)، ويؤيدهم في ذلك ما اتجهت إليه بعض محاكم التحكيم عند عقد تسوية منازعات لعقود بترول حيث رفضت اتباع الطبيعة الإدارية للعقد البترولي^(٢)، وأهم تطبيق قضائي في هذا الشأن هو حكم المحكمة الدولية للعدل الصادر عام ١٩٥٨م بشأن النزاع بين شركة أرامكو والحكومة السعودية^(٣)، حيث اعتبرت المحكمة أن عقد الامتياز البترولي غير خاضع لسيادة الدولة أو القانون العام، لذلك منحت ملكية رواسب التعدين لصاحب الامتياز.^(٤)

(١) د. أحمد عشوش، النظام القانوني للاتفاقيات البترولية، القاهرة، . دار النهضة، القاهرة

١٩٧٥، ص ١٢

(٢) د. أحمد عشوش، المرجع السابق

(٣) عبد الحميد الأحذب، " النظام القانوني للبترول في المملكة العربية السعودية " ، مرجع سابق ص ١٣٠ ، مشار للحكم بهامش صفحة ٢٤ من الدراسة

(٤) غسان رباح ، الوجيز في العقد التجاري الدولي (نموذج العقد النفطي) ، ط ١ ، منشورات الحلبي ، ٢٠٠٨، ص ٦٤ وأيضاً : د. حفيظة الحداد ، الاتفاق على التحكيم في عقود الدولة ذات الطبيعة الإدارية و أثره على القانون واجب التطبيق، دار المطبوعات الجامعية ٢٠٠١، ص ٦ .

ويذهب المشرع الفرنسي إلى أن عقد البترول يدخل ضمن عقود القانون الخاص، والذي يعرف بأنه: إحدى أهم مصادر الالتزام وهو توافق بين إرادتين من شأنه إحداث آثار قانونية ينتج عنها التزامات متبادلة، ويترتب على إنشاؤه آثار بمجرد قبول الطرف الثاني له.^(١)

أما في بريطانيا ظل أسلوب الامتياز البترولي هو الوسيلة التقليدية المستخدمة في مجال البحث و التنقيب عن البترول وإنتاجه وتُبرمه الإدارة الحكومية للتاج الملكي و لا يجوز تطبيق أي استثناءات على هذا النوع من العقود إلا بنص من القانون الخاص، ورغم طبيعة العقد المبرم مع الإدارة الحكومية إلا أن مكانة المستثمر في عقود امتياز البترول هنا تظل قوية في ظل حزمة من الالتزامات المتبادلة.^(٢)

ويعتمد أصحاب الرأي القائل بانتماء عقود البترول للقانون الخاص على عدة اعتبارات، منها اعتبارات عملية لها علاقة بمتطلبات التجارة الدولية والتي تعتبر من عقود القانون الخاص الأكثر انسجاماً معها وجاذبة أكثر للاستثمار، بجانب اعتبارات أخرى منطقية تتمثل في عدم إمكانية الدولة فرض سيادتها على رؤوس الأموال الأجنبية استناداً إلى أن

(١) المادة ١١٠١ من القانون المدني الفرنسي، تعرّف العقد بأنه “اتفاق يلتزم، بمقتضاه،

شخص أو أكثر باتجاه شخص أو أكثر، بإعطاء شيء أو القيام بعمل أو بالامتناع عنه”.

(٢) محمود محمد علي صبرة ، اعداد وصياغة العقود الحكومية ، مكتبة صبرة للتأليف

والترجمة ، ٢٠٠٧ ، القاهرة ، ص ٤٢٠ وما بعدها. وكذلك :

Muhammed Mazeel, pttroleum fiscal system and contracts, Herstellung:

Diplomica® Verlag GmbH, Hamburg, 2010.pp.9,12.

سيادة وسلطة الدولة تكون ضمن حدودها الإقليمية لا غير **ويتعين عليها** حماية الأموال الخاصة. ^(١)

وهناك جانب آخر يرى عقود استثمار البترول ذات طبيعة مختلطة تدرجها ضمن العقود التابعة للقانونين العام والخاص معاً لأنها تحتوي على عناصر لائحية يُنظمها القانون العام، وعناصر أخرى تعاقدية تخضع للقانون الخاص ومبدأ: العقد شريعة المتعاقدين، لذا فالعقود البترولية هي بمثابة قرار إداري في شق منح الترخيص، وفي ذات الوقت عقداً خاصاً في عملية التنظيم والاستغلال وتقسيم الأرباح. ^(٢)

والعديد من الأنظمة القانونية تُفرق بين العقد الإداري والعقد المدني ، كالنظام الفرنسي والمصري، بينما النظام الإنجليزي والأمريكي لا يعرفا التمييز بينهما، وقد اتجهت القوانين التجارية الحديثة إلى إسباغ الصفة التجارية على جميع العمليات المتعلقة بالصناعات الاستخراجية، كالقانون التجاري في كلا من : الكويت، وعمان، والعراق، وتونس، **وقد نص** قانون البحرين/١٩٨٧ المادة الخامسة : **((تعتبر الأعمال الآتية تجارية متى ما كانت مزاولتها على وجه الاحتراف:..... ١٠- استخراج مواد الثروة الطبيعية كالمناجم والمحاجر ومناجم النفط وقطع الأحجار وغيرها، وفي**

(١) أحمد رشاد سلام، " عقد الانشاء والإدارة وتحويل الملكية B.O.T في مجال العلاقات الدولية الخاصة " ، دار النهضة ، القاهرة، ٢٠٠٤ م، ص ٤١٠ وما بعدها

(2) Shavarsh Toriguian, Legal Aspects of Oil Concessions in the middle east, Beriut, Lebanon, 1972.p.43. Zuhairah Ariff , Types and features, op. cit,p39.

القانون التجاري المصري/١٩٩٩ المادة الخامسة : تعد الأعمال الآتية تجارية إذا كانت مزاولتها على وجه الاحتراف:.... ي- العمليات الإستخراجية لمواد الثروات الطبيعية كالمناجم والمحاجر ومناجم النفط والغاز وغيرها))، بينما سكت القانون التجاري اليمني، والفقه الفرنسي عن ذكرها ضمن الأعمال التجارية.^(١)

وقد صدر قرار تحكيم ضد شركة بترول وطنية إيرانية عندما عرف المحكم CAVIN العقد المبرم بأنه شركة وطنية في صورة مشروع عام مع شركة تجارية تخضع للقانون الأجنبي المدني، وهو لا ينصب على عمليات تجارته، ولكنه منح الشركة الأجنبية الحق في استغلال الموارد الطبيعية للدولة المتعاقدة معها لمدة طويلة الأجل في ظل إقامة استثمارات ضخمة».^(٢) فالمحكم الدولي هنا يرى أن عقد الاستثمار البترولي يرتبط بمشروع عام وفي ذات الوقت يخضع لقواعد القانون المدني للمستثمر الأجنبي مما يجعله ذات طبيعة مختلطة.

وويرى الباحث أن عقد الاستثمار البترولي هو عقد مرن يحكم تصنيفه ظروف انعقاده وطريقة صياغته التي وافق عليها الطرفين، وهو في كل الأحوال ينتمي لأحكام القانون العام الذي يمثل سيادة الدولة وينتمي

(1) R.Roblot, Traite elemataire de droit commercial.t.l.5e, 1963 P105 .

مشار إليه في: محمد عبد القادر الحاج، شرح القانون التجاري اليمني (الأعمال التجارية والتاجر) ، مكتبة الجيل الجديد ١٩٩٠ ص ٧٣ .

(٢) جابر عمران ، مرجع سابق الذكر ، ص ٣٨٤

أيضاً للقانون الخاص وبخاصة عندما يتم الاتفاق على اللجوء لمحاكم التحكيم كوسيلة لفض المنازعات.

وعليه، يجب أن تخضع عقود استثمار البترول للقانون الداخلي ويستوي بالنسبة لنا اعتبارها عقد إداري ييسر مرفق عام، أو عقد مدني يخضع لمرونة مبدأ العقد شريعة المتعاقدين، أو مختلط .. ففي النهاية يفضل أن يخضع للقوانين الوطنية لكون تلك العقود مرتبطة بمشروعات وطنية تنموية وتتعلق باستغلال موارد الدولة السيادية ، ولا يمكن إبرامها إلا عن طريق سلطة رسمية تحتكر وحدها الحق في منح الترخيص، ومن المستحسن تشجيعاً للاستثمار أن تتخذ الدولة طرق الامتيازات العقدية ذات الطبيعة الخاصة والمرنة لضمان جذب الاستثمارات الأجنبية في تلك المشروعات الضخمة، وعليه فمن المقبول أن تخرج تلك العقود عن السياق الإداري المعتاد في قبول جهة الإدارة للتحكيم كطريق لتسوية الخلاف حالة نشوب نزاع، بعيداً عن محاكمها الوطنية المختصة، ويكون في المقابل وضع ضمانات تتعلق بطريقة اختيار المحكمين ولها أن تشترط أن يكون التحكيم على أرضها .

ويرى الباحث أنه لا يوجد ما يمنع من أن يجمع العقد بين قواعد القانون الخاص والعام، فمبدأ العقد شريعة المتعاقدين لا مانع فيه من وجود أي شرط اتفاقي، لذا فمن المقبول أن يتضمن العقد شروط خاصة لتتمكن الدولة مانحة الترخيص من النص على الحق في تعديل العقد، والحق في

فسخه وكذلك ممارسة كامل سيادتها على المشروع البترولي، ومتى ارتضى
المستثمر الأجنبي بداية منحه الترخيص بتلك الشروط فيعد موافقاً عليها
سلفاً.

المبحث الثاني

تطور عقود البترول في المملكة العربية السعودية

وقعت المملكة عام ١٩٣٢م أول اتفاقية امتياز أصلية للتقيب عن
النفط مع شركة ستاندرد أويل أوف كاليفورنيا (سوكال) ، وتم إنشاء شركة
«كاليفورنيا العربية للزيت القياسي» (كاسوك) لإدارة الامتياز (California
Arabian Standard Oil Co)، (CASOC)، ، ونجحت المملكة عام ١٩٣٩م
في تصدير أول شحنة من الزيت الخام للخارج، وفي عام ١٩٤٤م تم تغيير

إسم شركة كاسوك صاحبة حقوق البحث عن النفط في المملكة لتكون «شركة الزيت العربية الأمريكية» (Arabian-American Oil Company).^(١)

وفي عام ١٩٨٨م صدر مرسوم ملكي بتأسيس شركة الزيت الأمريكية العربية السعودية (Saudi Aramco)، والتي أصبحت أكبر شركات البترول بالعالم، وتوالت الاكتشافات النفطية إلى أن بلغ نصيب المملكة ٢٠ % من الاحتياطي العالمي، وأصبحت المملكة تحتل المركز الثاني عالمياً كأكبر احتياطي للنفط في العالم باحتياطي يقدر بـ ٢٩٧,٧ مليار برميل، بعد فنزويلا.^(٢)

وتُعد السعودية من الدول الخمسة المؤسسة لمنظمة الدول المصدرة للبترول أوبك^(٣)، في سبتمبر ١٩٦٠م، بهدف توحيد السياسات البترولية بين

(١) وفي عام ١٩٤٥ بدأ معمل التكرير في رأس تنورة أعماله، وفي عام ١٩٤٨ اشترت شركة إسو نيوجيرسي للزيت القياسي حصة ٣٠٪ من أسهم أرامكو الأمريكية من شركتي سوكال وتكساكو، وثم قامت شركة سوكوني فاكيوم والتي اشترتها إكسون موبيل لاحقاً بشراء حصة ١٠٪ من أرامكو الأمريكية من شركتي سوكال وتكساكو، مما ترك لكل من سوكال وتكساكو حصة ٣٠٪ بأرامكو الأمريكية. **تقرير : اليوم السابع منشور بتاريخ ٢٥**

يونيو ٢٠١٧، على الرابط: <https://www.youm7.com/story/2017/6/25>

(٢) تصفح موقع الويب الخاص بأرامكو : <https://www.aramco.com/ar>

(٣) الأعضاء الخمسة الأوائل لأوبك : إيران ، العراق ، الكويت ، المملكة العربية السعودية وفنزويلا ، وحاليا اعضائها : الخمسة الأوائل + الجزائر، أنغولا ، الكونغو ، غينيا الاستوائية ، ليبيا ، نيجيريا ، الإمارات ، الغابون، و قد علقت إندونيسيا عضويتها عام ٢٠٠٩، وانسحبت كل من قطر عام ٢٠١٩ والإكوادور عام ٢٠٢٠. ليصبح الأعضاء الأساسيون المستمرون (١٣) انضم لهم عشرة أعضاء جدد هم : روسيا ، أذربيجان ، البحرين ، بروناي ، ماليزيا ، كازاخستان ، المكسيك ، عمان ، السودان ، جنوب السودان ، وأصبح مسمى المنظمة الجديد (أوبك بلس) ، وتستهدف تحكم أكبر في سوق النفط للحفاظ على الأسعار . **المصدر:**

<https://ar.wikipedia.org/wiki/%D8%A3%D9%88%D8%A6%D9%83>

أعضائها وذلك لتحقيق عائد مناسب للدول المنتجة والمستثمرين، وضمان مقابلة الطلب على البترول بأسعار عادلة .

وفي يناير ١٩٦٨م بالاتفاق بين كلاً من المملكة والكويت وليبيا تم الاتفاق على إنشاء منظمة الأقطار العربية المصدرة للبترول أوابك^(١)، بهدف تطوير الصناعة البترولية بالتعاون بين أعضائها ، وخلال الأعوام ٢٠٢٠ / ٢٠٢٢ تصدرت السعودية قائمة أعلى مُصدر للنفط الخام في العالم حيث وصلت النسبة إلى نحو ١٦,٢ % من نفط العالم ، متفوقة على روسيا التي بلغت صادراتها ٩,١٤ % من الصادرات العالمية للنفط ، تليهما كندا بنسبة ٨,٤٨ % ثم تأتي في المركز الرابع الولايات المتحدة الأمريكية بنسبة ٨,١٦ % ثم العراق بالمرتبة الخامسة بنسبة ٧,٦٢ % من إجمالي الصادرات النفطية. (٢)

ومن الناحية المؤسسية تُدير المملكة ثروتها البترولية من خلال :

١. وزارة الطاقة: وهي تهتم بالإشراف على أعمال الشركات البترولية العامة في المملكة، ومتابعة كل ما يخص الاستكشاف والتنقيب والإنتاج، وفق قواعد الأمن الاصطناعي والسلامة المعمول بها

(١) أنشئت أوابك بموجب اتفاقية دولية وقع عليها كل من : المملكة العربية السعودية، ودولة الكويت، ودولة ليبيا (المملكة الليبية آنذاك)، وتم الاتفاق على أن تكون دولة الكويت مقراً للمنظمة ، وأنضم إليها كلاً من : الإمارات ، البحرين ، الجزائر ، سوريا ، العراق ، قطر ، مصر ، تونس. المصدر: wikipedia

(٢) المصدر: تقرير صادر عن العربية منشور في ١٢ إبريل ٢٠٢٤ ، على الرابط: <https://www.alarabiya.net/aswaq/special-stories/2024/04/12>

ومراقبة شركة أرامكو السعودية المملوكة للدولة والتي تعتبر أكبر شركة نفط في الشرق الأوسط^(١) .

٢. وزارة الصناعة والتعدين: وتستهدف النهوض بقطاعي الصناعة والتعدين، والاسهام في التنمية المستدامة وذلك من خلال تنفيذ مبادرات برنامج تطوير الصناعة الوطنية والخدمات اللوجيستية بالمملكة ٢٠٣٠. (٢) .

٣. المجلس الأعلى لأرامكو: برئاسة ولي العهد، ومن اختصاصته البت في كافة شؤون البترول والغاز والمواد الهيدروكربونية الأخرى وتحديد وإقرار سياسات واستراتيجيات البترول والغاز والمواد الأخرى، و تحديد كميات الإنتاج وإقرار خطط الأسعار، ووضع السياسة العامة لشركة أرامكو السعودية .. إلخ. (٣)

وسنتناول من خلال هذا المبحث : نظام عقود الامتياز الأولى بالمملكة ، ومن ثم سنتناول النظام التشريعي والمؤسسي المنظم لاستثمارات البترولية بالمملكة ، **وذلك في مطلبين مستقلين على النحو الآتي : -**

المطلب الأول نظام عقود الامتياز الأولى بالمملكة

(١) تصفح موقع الوزارة: <https://www.moenergy.gov.sa/ar/Pages/default.aspx>

(٢) تصفح موقع الوزارة: <https://mim.gov.sa/mim>

(٣) لمزيد من المعلومات تصفح الرابط الاخباري : <https://www.alriyadh.com/1044553>

وكذلك الرابط : https://www.aleqt.com/2015/05/01/article_954246.html

تتص المادة /أربعة عشر من النظام الأساسي للحكم بالمملكة العربية السعودية على أن: « جميع الثروات التي أودعها الله في باطن الأرض، أو في ظاهرها، أو في المياه الإقليمية أو في النطاق البري والبحري الذي يمتد إليه اختصاص الدولة، وجميع موارد تلك الثروات، ملك للدولة، وفقاً لما يبينه النظام ».

ويبين النظام وسائل استغلال هذه الثروات، وحمايتها، وتنميتها لما فيه مصلحة الدولة وأمنها واقتصادها.

ويُعرف الامتياز البترولي بأنه: « عمل تقوم الدولة بواسطته بمنح حق حصري لآخر للبحث عن البترول وفي حال الاكتشاف يكون له الحق الحصري بالاستثمار لمدة معينة وعلى مساحة معينة ».^(١)

وقد اتبعت المملكة نظام عقود الامتياز للاستثمار في مجال النفط وأبرمت منذ اكتشاف النفط على أراضيها خمسة عقود امتياز أساسية و هامة:^(٢)

١. امتياز شركة الزيت العربية الأميركية (أرامكو) ١٩٣٣م:

لمدة ستون عاماً على مساحة ٣١٨٠٠٠ متر مربع بهدف البحث والتنقيب والحفر والاستخراج والتصفية وبناء المنشآت اللازمة والنقل

(١) نقلاً عن وثائق بترولين بالعربية <https://petromin.com/ar>

(٢) عبد الحميد الأحمد ، مرجع سالف ذكره ص ص ٩٣-١١٣

والتخزين والتصدير مع حق الشركة في الأفضلية للحصول على امتياز زيتي على الباقي من القسم الشرقي حتى الحدود الغربية مقابل منح الحكومة قرضاً قدره ثلاثون ألف جنيه ذهب إنجليزي أو ما يعادلها و خمسة آلاف جنيه ذهب إنجليزي سنوياً بجانب تقديم سلفة للحكومة عند اكتشاف الزيت بكميات تجارية بجانب ريع للحكومة مقابل جميع الزيت الخام ... إلخ البنود المتفق عليها. (١)

وقد حدد البند (احدى عشر) من عقد الامتياز على اللجوء للتحكيم لفض أي خلاف قد ينشأ بين الشركة المتعاقدة و الحكومة حول تفسير أو إتمام الاتفاق، وفقاً للضوابط المنصوص عليها بالاتفاق. (٢)

٢. امتياز شركة خط الأنابيب عبر البلاد العربية ١٩٤٧م:

وهي شركة متفرعة من أرامكو الأمريكية، منحت الحكومة بموجب هذا الامتياز الحق للشركة بإنشاء وصيانة وتشغيل خط أنابيب أو أكثر مع ما يتفرع عنها من الأعمال، وذلك من السعودية إلى مرفأ نهائي على ساحل

(١) المرجع السابق ص ٩٥ وما بعدها.

(٢) ينص البند ١١ من عقد الامتياز على الآتي: إذا نشأ خلاف بين الشركة المتعاقدة والحكومة في تفسير أو إتمام هذه الاتفاقية كلها أو جزء منها أو فيما يتعلق بحقوق أحد الطرفين أو التزاماته وعجز الطرفان عن الحل الودي تحال القضية إلى حكمين يختار كل طرف واحداً منهما ويكون اختيارهما قبل الشروع في التحكيم.. وإذا عجز الحكمان عن الاتفاق على تعيين حكم فاصل تعين الحكومة والشركة فيصل بالاتفاق وإذا لم يتفقا ، يطلبان من رئيس المحكمة الدولية للعدل الدائمة تعيين حكم فاصل ويعتبر حكم الحكمين في القضية باتاً. وإذا لم يتفقا فيعتبر حكم الحكم الفاصل في القضية نهائياً. ويتفقا على مكان التحكيم وإذا عجزا عن الاتفاق يكون في لاهاي . أنظر: الاحدب ، **المرجع السابق** ، ص ٩٦

البحر المتوسط بهدف نقل البترول ومنتجاته التي تنتج بواسطة أو لحساب شركة الزيت العربية الأمريكية ، وكذلك القيام بجميع الأمور اللازمة للمشروع وتنتهي مدة الامتياز بانتهاء الـ ٦٠ عاماً الخاصة بامتياز أرامكو قابلة للمد، وحال تقدمت الشركة بالتنازل عن حقوقها بالاتفاق تقول كل أصول المشروع للحكومة .. إلخ البنود المتفق عليها .^(١)

وقد حدد البند (العاشر) من عقد الامتياز اللجوء للتحكيم لفض أي خلاف قد ينشأ بين الشركة والحكومة عن تفسير العقد أو تنفيذه، وفقاً للضوابط المنصوص عليها بالاتفاق^(٢)

٣. الإتفاقية مع الباسفيك وسترن كورپوريشن (جيتي) ١٩٤٩م:

عقدت حكومة المملكة امتياز مستقل مع شركة "الباسفيك" مقابل التنقيب واستخراج النفط في المنطقة الشرقية المحايدة الكائنة بين الكويت والسعودية، وكان من أكثر العقود الملائمة للسعودية حيث حصلت على خمسة وخمسون سنتاً للبرميل ووقع الامتياز مقابل دفع تسعة ملايين

(١) المرجع السابق ص ١٠٣ وما بعدها.

(٢) ينص البند ١٠ من العقد على : إذا نشب خلال مدة الإتفاق أو بعده أي شكوك أو خلافات أو نزاعات بين طرفي الاتفاق بخصوص تفسير العقد أو تنفيذه أو ... وتعدر على الاطراف حسم الخلاف وديا يجب إحالة النزاع إلى حكمين ينتخب الطرفين واحداً منهما قبل الشروع في التحكيم وعلى كل من الطرفين أن يختار مُحَكِّمَهُ ، وعلى الحكمين تعيين حكماً فاصل بينهما ، وفي حالة عدم اتفاق الحكمين يعينه المتعاقدان وإذا لم يتفقا ، يطلبان من رئيس المحكمة الدولية للعدل أن يعين حكم فاصل . ويعتبر قرار الحكمين متى اتفقا أو قرار الحكم الفاصل إذا اختلفا في الرأي هو الرأي القاطع ويكون مكان التحكيم حسب الاتفاق. وإذا لم يتفقا فيكون في جدة. أنظر: الاحدب ص ص ١٠٤-١٠٥

وخمسمائة ألف دولار أمريكي، ومقابل ريع ١٢,٥% من المتحصلات الإجمالية بعد خصم التكاليف، ودفع مليون دولار سنوياً للحكومة تحت حساب الريع .. إلخ البنود المتفق عليها. (١)

وقد حدد البند (أربعة عشر) من عقد الامتياز على اللجوء للتحكيم لفض أي خلاف قد ينشأ بين الحكومة والشركة حول الاتفاق وفقاً للضوابط المنصوص عليها بالاتفاق. (٢)

٤. امتياز شركة التجارة اليابانية للبترول المحدودة ١٩٥٧م:

عُقد هذا الامتياز مع شركة يابانية بعد اكتشاف البترول في المنطقة المحايدة بين المملكة والكويت ، وحصلت **المملكة العربية السعودية** في هذا الامتياز على أفضل شروط وامتيازات عن باقي الامتيازات السابقة، وبموجبه تمنح الحكومة للشركة اليابانية رخصة البحث والتقيب عن البترول لمدة لا تزيد عن سنتين ويجوز أن تمد الحكومة رخصة التقيب والاستكشاف المذكورة لفترة سنتين أخريين متى ظهرت أنشطة وتداعيات جدية من الشركة

(١) عبد الحميد الأحذب ، المرجع السابق ص ٩٨ وما بعدها.

(٢) ينص البند ١٤ من العقد على: إذا نشأت أية مسألة بصدد هذه الاتفاقية ولم يستطع الطرفان الاتفاق بشأنها، فلأي من الطرفين أن يخطر الآخر كتابة بوجود خلاف مع بيان سببه، ويقوم هذا الطرف بتعيين حكم لرفع الخلاف إليه ويطلب من الطرف الآخر اختيار الحكم الثاني و يقوم الحكمان باختيار حكم ثالث مرجح لمجلس التحكيم ، و إذا تخلف الطرف الثاني عن إختيار الحكم في المدة المقررة يكون للحكم الأول سلطة تامة وكاملة لحسم الخلاف. وإذا لم يستطع الحكمان اختيار الحكم المرجح، فيعين الأخير بمعرفة رئيس المحكمة الدولية للعدل الدائمة بناء على طلب أي من الحكمين. ويكون مجلس التحكيم مكوناً من الحكمين والحكم المرجح. وإذا لم يعين سوى حكم يكون له الحكم وحده. إلخ .
أنظر: الأحذب ، المرجع السابق ، ص ص ١٠٠ - ١٠١

للحكومة تقنعتها على المد، وحال اكتشاف نفط بكميات تصلح للتجارة فيها عندئذٍ تتعهد الحكومة بمنح الشركة امتيازاً خاصاً لمدة أربعين عاماً فيما يتعلق بالنصف المملوك لها على المشاع، مقابل دفع الشركة مليون ونصف دولار إيجاراً سنوياً للحكومة، وتصبح مليون دولار حال تم اكتشاف النفط بكميات تجارية بالإضافة لنسبة من الربح تعادل ٢٠ بالمائة % سنوياً... إلخ البنود المتفق عليها. (١)

واتخذ الاتفاق نظام التحكيم وسيلة لحل الخلافات كما في اتفاقيات الامتياز السابقة، واعتمد تعيين الحكم المُرَجَّح من قِبَل رئيس المحكمة الدولية للعدل، على أن يكون مكان التحكيم في المملكة. (٢)

٥. امتياز شركة أوكسيراب (الفرنسية) أيلول ١٩٦٥:

يُعد هذا الامتياز أول الامتيازات التي أبرمت من خلال وزارة البترول وشركة بترومين السعودية ، فمنذ إنشاء بترومين تم حصر الامتيازات النفطية بها وهذا الامتياز اعتبرته وزارة البترول الرابع بين الامتيازات النفطية الأساسية لأنه أكثر الامتيازات ملائمة للحكومة المانحة، ولأهمية المنطقة المشمولة به، ولوجود عقد امتياز نموذجي معتمد من وزارة البترول، وبموجب هذا الامتياز حددت مدة التنقيب سنتين يجوز مدها لثلاثة سنوات أخرى مع اشتراطات وضمنات خاصة فرضتها الحكومة وفي حال اكتشاف البترول

(١) الأحذب ، المرجع السابق ، ص ١٠٦ وما بعدها.

(٢) المرجع السابق ، ص ١٠٩.

بكميات تجارية تمنح أوكسيراب امتياز مدته ٣٠ عامًا، واستطاعت المملكة أن تصل لنسبة أرباح بهذا الامتياز تصل إلى ثمانون بالمائة %، كما ضمنت الحكومة فيه حق الاكتتاب (السعودي) بالشركة الفرنسية بنسبة أربعون بالمائة %، وتساوي الحق في الأصوات في مجلس الإدارة بين طرفي الشركة الفرنسي والسعودي ... إلخ البنود المتفق عليها. ^(١)

من الامتيازات السابق طرحها يتبين لنا أن تلك العقود تضمنت حقوق وواجبات على عاتق الشركات الممنوحة والحكومة المانحة، فمن حقوق وموجبات الحائز على الامتياز: ^(٢)

- حق التنقيب والاستثمار والتسويق.
- الحق في الإنتاج النفطي.
- الالتزام بإعادة أجزاء من الأراضي المشمولة بالامتياز.
- الالتزام بإنشاء صناعة تكرير وتشغيل أبناء البلد المانحة فيها.
- حق التنازل عن الامتياز.
- الحق المنفرد بوضع حد لعقد الامتياز.

بينما حقوق الدولة المضيفة مانحة الامتياز تتمثل في: ^(٣)

- ✓ الحق في الربح.
- ✓ الحق في الضريبة على شركات البترول في السعودية.
- ✓ الحق في تعديل عقد الإمتياز.

(١) عبد الحميد الأحذب ، المرجع السابق ص ١١٠ وما بعدها.

(٢) المرجع السابق ص ص ١١٦-١١٣

(٣) المرجع السابق ص ص ١٢٤-١١٦

✓ الحق في التأميم.

ويُلاحظ بشأن الامتيازات الخمسة السابقة أن أغلبها وأهمها مُنحت في الفترة الواقعة بين الحربين العالميتين أي في فترة لم تكن بلدان المنطقة تدرك حقيقة تلك الثروة البترولية التي في أراضيها وقيمتها، إضافة إلى الجهل التام بكل ما يتعلق بالصناعات البترولية، بينما كانت الشركات تعطي التجربة والتقنية إلى جانب التدخل من حكوماتها بالدعم الكامل لها.

ويلاحظ أيضاً أن الامتيازات النفطية سالفة الذكر غلب عليها ذات الطابع وكأنها أُمليت من طرف واحد (الشركات البترولية) فقد كانت حقوق الدولة المانحة في البداية محصورة بقليل من الربح (Royalties) ثم بدأ التفاوض على مبدأ النصف بالنصف الدولة (Half Half) الذي جاء تطبيقاً لقانون الضرائب الجديد، ورغم ذلك فقد كانت المخاطر تقع على شركات الاستثمار البترولية، وبخاصة في أحوال الإنفاق على التنقيب دون جدوى من الاكتشاف المنتج في النهاية، فقد كان المميز للدول المانحة أنها لم تُثقل بعبء مخاطر الانفاق على التنقيب، بل كانت تستوفي حقوقاً مضمونة أكيدة عند اكتشافه، بمعنى أنه إذا اكتشف النفط ربحته الدولة والشركة وإذا لم يكتشف خسرت الشركة وحدها.

والواقع التي عكسته تلك الامتيازات النفطية هو بقاء الدولة المانحة على موقف الرقيب المتفرج، وتظل خبرة صناعة البترول محصورة للشركات البترولية الأجنبية دون غيرها ، لذلك كان على الدول المانحة أن تتجه نحو

تغيير أساليب الاستثمار البترولية لديها، وتطلب هذا التغيير طريقتين: الأول: اللجوء للتأميم، والثاني: إعادة نظر الدولة في نظام استثماراتها البترولية بإبرام اتفاقيات تعطيها الحق في الشراكة والمشاركة بالإدارة والمال معاً في تلك المشروعات البترولية وبذلك تضمن اكتساب تجارب وخبرات تلك الشركات الأجنبية المتعاقدة معها في قطاع الصناعات النفطية ^(١).

المطلب الثاني

النظام القانوني والمؤسسي لعقود البترول بالمملكة

طورت المملكة أنظمة الاستثمار المختلفة فيها واعتمدت بشكل أساسي على جذب رؤوس الأموال الأجنبية والخبرات في ذات الوقت مع منح الضمانات الكافية التي تضمن تشجيع تلك الاستثمارات وتعظيمها لما في ذلك من دور تنموي للدولة ذات نفع عظيم، وقد تجاوز هذا الاهتمام إلى الوصول لنظام موحد بمجلس التعاون الخليجي ككل.

وقد ارتقت المملكة في نطاق الاستثمارات البترولية بمجموعة من الأنظمة المتخصصة:

(١) أمينة مخلفي، " أثر تطور أنظمة استغلال النفط على الصادرات – دراسة حالة الجزائر " أطروحة لنيل درجة الدكتوراه، كلية العلوم الاقتصادية والتدارية، جامعة قاصدي مرباح، الجزائر، ٢٠١٣، ص ١٨٦

١. نظام الاستثمار الأجنبي ١٤٢١ هـ^(١):

وهو نظام تشرف على تطبيقه الهيئة العامة للاستثمار، ويستهدف وضع الآليات الجاذبة لرأس المال الأجنبي للمملكة، حيث تقر المادة (السادسة) منه بتمتع المشروع المرخص له بجميع المزايا والضمانات والحوافز التي يتميز بها المشروع الوطني حسب للأنظمة والتعليمات، وتؤكد المادة (إحدى عشر) من النظام على عدم جواز تعرض الاستثمارات التابعة للمستثمر الأجنبي للمصادرة إلا بحكم قضائي، و كذلك عدم جواز نزع الملكية إلا للمصلحة العامة وبتعويض عادل، وفقاً للأنظمة والتعليمات.

وقد تركت المادة (الثالثة عشر) تحديد وسيلة فض المنازعات بين المستثمرين الأجانب والحكومة أو الشركاء السعوديين حال تعذر حلها ودياً لحل الخلاف حسب الأنظمة .

ويرى الباحث أنه كان يتعين على المنظم السعودي تحديد وسيلة فض النزاع صراحة **بإضافة** النص **التالي** (بأن تكون المحكمة الوطنية أو التحكيم)، وعدم ترك كل حالة نزاع حسب الأنظمة الخاصة بها.

٢. نظام الاستثمار التعديني ١٤٤١ هـ^(١):

(١) تصفح موقع الويب الرسمي الخاص بالنظام الصادر بالمرسوم الملكي رقم: م/١ وتاريخ: ١٤٢١/١/٥ هـ بموقع وزارة التجارة السعودية:

<https://mc.gov.sa/ar/Regulations/Pages/details.aspx?lawId=c59d89-7c3b-456e-a66b-a81e0098e03b>

وهو نظام يطبق أحكامه ويشرف على تنفيذه وزارة الصناعة والثروة المعدنية بالمملكة، وقد حدد النظام أنواع التراخيص في نشاط التعدين (م ١٤).

أ- رخصة الاستطلاع. ب- رخصة الكشف.

ج- رخصة الاستغلال و تشمل أربعة رخص:

- رخصة التعدين
- رخصة المنجم الصغير.
- رخصة محجر مواد بناء
- رخصة الأغراض العامة.

ويجوز لأي شخص الحصول على أكثر من رخصة، وفقاً لمجموعة من الضوابط تحددها اللوائح، وخصصها تفصيلاً لتشمل ستة أنواع من الرخص:

١. رخصة استطلاع تشمل جميع أنواع المعادن مدتها تكون سنتين قابلة للتديد (م ٣٨).
٢. رخصة كشف لجميع أنواع المعادن لمدة خمس سنوات لمعادن فئة أ، ب، وسنة واحدة لفئة المعادن ج، فيما يجوز تجديد رخص الكشف لمعادن أ، وب. (م ٤٠ و ٤١).

(١) تصفح موقع الويب الرسمي الخاص بالنظام الصادر بالمرسوم الملكي رقم: م/١٤٠

بتاريخ: ١٤٤١/١٠/١٩هـ:

<https://laws.boe.gov.sa/BoeLaws/Laws/LawDetails/9560f620-e77e-476c-b9ea-abdd00b87480/1>

٣. رخصة التعدين لمدة لا تتجاوز ثلاثين سنة، قابلة للتجديد أو

التمديد لمدة لا تزيد عن ستين عاماً. (م ٤٢).

٤. رخصة منجم صغير لمعادن الفنتين أ، وب ومدة رخصتها لا

تتجاوز عشرون عاماً قابلة للتمديد مدة لا تزيد عن أربعون عاماً

. (م ٤٣).

٥. رخصة محجر مواد بناء مخصصة لمعادن الفئة ج لمدة خمسة

سنوات تجدد لمدة لا تتجاوز الـ عشرة سنوات (م ٤٤).

٦. رخصة "الاستغلال" ولحامل رخصة الاستغلال الاستثمار في

عمليات التعدين واستخراج الخامات والمعادن، بما فيها أي نشاط

مباشر أو غير مباشر لازم لتحقيق أهداف الاستثمار التعديني،

ويجوز أن تستخرج لمعدن واحد أو أكثر معاً. (م ٤٥).

وتنتقل ملكية المعادن والخامات المشمولة برخصة الاستغلال إلى

المرخص له بمجرد استخراجها من موقع الرخصة، وذلك خلال مدة الرخصة،

وفقاً لأحكام النظام (م/٢)، باستثناء (الفحم الحجري، اللآلئ والمرجان

والمواد البحرية المشابهة) لا يخضعوا لأحكام هذا النظام (م/٥).

وعينت المادة (ثمانية وخمسون) من النظام آلية تسوية المنازعات

والمحكمة المختصة حيث نصت بجواز الاتفاق على تسوية أي نزاع

أو خلاف ينشأ بين أي مرخص له والوزارة عن طريق التحكيم وفقاً لأحكام

نظام التحكيم ، وأن المحكمة الإدارية هي الجهة المختصة بنظر النزاع وفقاً

لهذا النظام بحسب الأصل.

٣. النظام الموحد للتعيين بدول مجلس التعاون ١٤٢٥ هـ :

صدر قرار من المجلس الأعلى لمجلس تعاون دول الخليج في دورته التاسعة (المنامة، ديسمبر ١٩٨٨م) بتكليف اللجنة المختصة بالتعاون البترولي بإعداد إستراتيجية بترولية موحدة طويلة المدى لدول المجلس تستهدف اعتماد مجموعة من والإجراءات التنفيذية والسياسات للعمل على تحقيق التنسيق والتكامل والترابط الكامل لتحقيق الاستثمار الأمثل بين دول المجلس^(١)، ويشجع النظام الموحد للتعيين المستثمرين ١٤٢٥ هـ على استغلال الثروة المعدنية في منطقة الخليج ويحدد الشروط والالتزامات والحقوق لجميع الأطراف ذات العلاقة بإستغلال وإستثمار وتصنيع وتسويق الخامات المعدنية المختلفة، مع توحيد الأنظمة والقوانين والتشريعات، في مجال الاستثمار حيث يجد المستثمر تماثلاً بين الدول الأعضاء فيما يخص حقوقه والتزاماته^(٢).

وأخيراً ونظراً للجدلية الدائرة والمستمرة حول طبيعة عقود استثمار البترول القانونية فهي دولية عند تعدد أطرافها الدوليين، وتجارية لكونها تحمل في طبيعتها استثمارات ضخمة وتجارة دولية، و ذات طبيعة إدارية عندما يكون أحد الأطراف حكومة مانحة للترخيص أو الامتياز ممثلة عن

(١) وقد تمت مراجعة الاستراتيجية ، ووافقت عليها بعد تحديثها لجنة التعاون البترولي بدول المجلس في اجتماعها الثلاثين المنعقد في ٢٥ ديسمبر ٢٠١١م ، واعتمدها المجلس الاعلى في دورته الثالثة والثلاثين (البحرين ، ديسمبر ٢٠١٢).

(٢) ولقد اعتمد المجلس الاعلى القانون (النظام) في دورته الثالثة والثلاثين (البحرين ، ديسمبر ٢٠١٢).

دولتها ذات السيادة، وأهم الإشكاليات التي تدور بشأن عقود الاستثمار هو القانون المتعين تطبيقه وقت نشوب نزاع.

و للوهلة الأولى قد نتصور أنه لا جدلية تثار حول القانون الذي يجب تطبيقه متى كان متفق عليه من أطراف العلاقة التعاقدية صراحة أو ضمناً، إلا أن الواقع أثبت أنه رغم اختيار الأطراف للقانون سواء صراحةً أو ضمناً ، فالواقع العملي أثبت خروج القاضي أو المحكم عن القانون المختار وتقرير قانون آخر قد يراه الأصلح في التطبيق للطرفين، وتزداد الإشكالية تعقيداً عندما لا يختار أطراف التعاقد قانوناً يكون واجب التطبيق على أي نزاع قد ينشأ بينهم، ويزداد الأمر تعقيداً أكبر عندما يصعب تحديد إلى أي قانون ممكن أن تكون اتجهت الإرادة الضمنية للأطراف عند إبرام اتفاقهم .

وعليه ،سيكون محور دراستنا حول: حالة الاختيار للقانون واجب التطبيق من قِبَل الأطراف عند النزاع وهل يجوز الخروج عن هذا القانون المختار أم لا ؟، وكذلك التعرف على القانون واجب التطبيق في حالة انعدام الاختيار.

الباب الأول

**القانون الواجب التطبيق على عقود
البترول في حالة اتفاق أطراف التعاقد**

يتضح مما سبق تباين الفقهاء في وصف الطبيعة القانونية لعقود استثمار البترول وتأرجح الآراء والاتجاهات ما بين الميل لكونها عقود إدارية تخضع للقانون العام بالدولة أو مدنية ينظمها القانون الخاص الداخلي أو مختلطة، إلا أن هناك إجماع حول اعتبارها عقود دولية تخضع لقواعد القانون الدولي والذي بدوره يفتح المجال لحرية أطراف العقد البترولي في اختيار القانون المراد تطبيقه على العقد دون قيد أو شرط.

والعقد الدولي في حقيقته يحترم ويكرس مبدأ حرية أطراف التعاقد في اختيار القانون الذي سينعقد تطبيقه عند حالة نشوب نزاع بينهما بخصوص هذا العقد، ومن ثم لا يوجد مانع من الاتفاق على تطبيق أنظمة الدولة مانحة الامتياز، أو حتى قبول دولة الامتياز على تطبيق قانون المستثمر الأجنبي أو الموافقة على الخضوع لقواعد القانون الدولي عن نشوب نزاع ، فالإشكالية هنا ليست في عملية اختيار القانون الذي سوف يتم تطبيقه (الفصل الأول: مبدأ سلطان الإرادة في تحديد القانون و مدى إمكانية تطبيق قانون الدولة الوطنية على عقود البترول)، وإنما في ما سيرتبه هذا الاختيار من نتائج ، وكذلك مدى الالتزام بذلك القانون المختار بالنسبة للقاضي أو المحكم والطرف الآخر بالعقد(الفصل الثاني: الأثر التطبيقي لقانون الإرادة من حيث مدى الإلتزام بالقانون المختار على الصعيد التشريعي والقضائي).

الفصل الأول

دور قانون الإرادة في تحديد القانون واجب التطبيق

العقد شريعة المتعاقدين، ومن ثم تخضع العقود لمبدأ قانون الإرادة ويكون للمتعاقدين كامل الحرية في اختيار البنود والشروط موضوع الاتفاق، شريطة ألا يتعارض هذا الاتفاق مع النظام العام للدولة التي ينفذ فيها العقد، ولا جدال حول القانون الذي يجب تطبيقه عندما يكون أطراف العقد من دولة واحدة، وموضوع العقد و مكان إبرامه وتنفيذه في هذه الدولة فعلى الأغلب إنه سيخضع لقوانين تلك الدولة، بعبارة أخرى: عندما نكون أمام عقد وطني أو داخلي فإنه كأى علاقة قانونية وطنية بأطرافها ومحلها وسببها يصبح خاضعاً لقانون الدولة.

على العكس من ذلك، تُثار الإشكالية عندما يكون أحد أطراف العقد أجنبياً، فعلى الرغم من أن الاتفاق التعاقدي يكون غالباً مصحوباً بتحديد القانون الواجب التطبيق وقت النزاع صراحة أو ضمناً، إلا أنه يمكن للمستثمر الأجنبي الخروج عن ذلك الاختيار.

المبحث الأول

إعمال مبدأ سلطان الإرادة في عقود الاستثمار الدولية

يُقصد بمبدأ سلطان الإرادة " Autonomy in choice of law "،: حرية أطراف العقد في تحديد القانون الذي سيطبق على عقدهم المبرم في الأحوال التي يكون من المحتمل خضوع العقد لأكثر من قانون .^(١)

وفي واقع الأمر، يعتبر القانون الذي تحدده الإرادة هو الأنسب للمتعاقدين لكونه يتوافق و طبيعة العلاقات التعاقدية^(٢)، ويكون لأطراف العقد الحرية المطلقة في اختيار القانون واجب التنفيذ على عقدهم، شريطة ألا يتعارض مع النظام العام، وهو المستقر عليه في الفقه والقضاء وكذلك التشريع.^(٣) وتأخذ به المملكة.

وللإرادة صورتان: إما إرادة صريحة، وتكون بنص مكتوب صريح في العقد أو عبر وثيقة مستقلة عن العقد ويجوز تعديل هذا الاختيار في أي وقت لاحق على العقد، وإما ضمنية، يستتبطها القاضي من مجموعة مؤشرات وقرائن مرتبطة بطبيعة العقد و عناصره، وظروفه، قد تكون مأخوذة من داخل العقد أو من خارجه، وهذه المؤشرات والقرائن منها ما هي عامة

(١) الهادي الخضراوي ، ، وبشير جعيرن " اختيار قانون الإرادة وتحديد مدى ملائمته لعقود الدولة الاستثمارية " مجلة الحقوق والعلوم الإنسانية ، جامعة زيان عاشور بالجلفة ، الجزائر، ٢٠١٦ ، المجلد التاسع ، ص ١٣٠ .

(٢) د. وليد المصري ، الوجيز في القانون الدولي الخاص ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، ط ١ ، ٢٠٠٩ ، ص ١٨١ ، وما بعدها .

(٣) الهادي الخضراوي ، المرجع السابق

في كل العقود مثل مكان إبرام العقد و مكان تنفيذه ، ومنها ماهي خاصة بالعقد نفسه كمضمونه، محله، عملة الوفاء بالإلتزام أو المحكمة ذات الاختصاص، ومنها مؤشرات مكملة، ك الجنسية المشتركة للمتعاقدين، الموطن المشترك، أو مركز الأعمال المشتركة^(١).

وعلى صعيد العقود البترولية فإن غالب الاتجاه يسعى نحو الإتفاق بين الطرفين على أن يكون قانون الدولة ذات الثروة البترولية المضيفة هو القانون المستلزم تطبيقه لكونه الأكثر صلة بالعقد والأكثر إتصالا بالنزاع **لارتباطها بمكان الثروة البترولية المستخرجة/ وموضوع الاستثمار** كما أن معظم هذه القوانين أصبحت تحتوي على ضمانات كفيلة بحفظ حقوق الطرف الأجنبي رغبة في جذب رؤوس الأموال الأجنبية، ومن أهم الضمانات التي يتمسك بها المستثمر الأجنبي في العقد هو شرط الثبات/التثبيت التشريعي، ويقصد به: تثبيت وتجميد القانون واجب التطبيق على العقد، على الحالة التي كان عليها وقت الإبرام لضمان عدم تعرض المستثمر في خسارة امتيازات كانت مقررة وقت إبرام العقد وتم إلغائها بصور تشريع جديد بالدولة المضيفة^(٢).

(١) علاوة الصادق ، " القانون واجب التطبيق على عقود الاستثمار " ، مذكرة لنيل درجة الماجستير في الحقوق ، مرجع سالف الذكر ، ص ٥٤

(٢) ليندا جابر، القانون الواجب التطبيق على عقد الاستثمار الأجنبي، المؤسسة الحديثة للكتاب، لبنان، ٢٠١٤ ، ص ٥٠

وقد اختلفت الآراء حول هذا الشرط، يرى الأول: عدم صحة الشرط وبطلانه لأنه مقيد لسلطة الدولة في اتخاذ ما تراه من تعديلات تشريعية تتلائم وخططها التنموية وظروفها الاقتصادية، بينما يرى الرأي الثاني: صحة هذا الشرط وعدم تعارضه مع سيادة الدولة طالما ارتضت به واتفقت عليه مسبقاً وحرر العقد بينها وبين المستثمر الأجنبي على هذا الأساس، ومن ثم عليها احترام اتفاقها.^(١)

وقد ذهب عدد من أحكام المحكمين إلى أن إدراج شرط الثبات التشريعي يعكس نية اتجاه الطرف الأجنبي في تدويل النزاع الناشئ عن العقد، ومن شأن هذا الشرط إن وجد تقييد سيادة الدولة وسلطاتها، بحجة إعمال مبدأ العقد شريعة المتعاقدين، و الذي بدوره يجعل الدولة ملزمة بإتمام ما عليها من إلتزامات بموجب العقد، ومن السوابق التحكيمية في هذا الأمر ما أخذ به المٌحكم في قضية SAPHIRE^(٢) ، "حيث اعتبر أن وجود بعض الشروط الخاصة في العقد كشرط الثبات وعدم المساس يُعد بمثابة اختياراً ضمنياً لإعمال قواعد القانون الدولي".^(٣)

وفي ذات السياق استقرت محكمة تحكيم Aramco، " على أن عقد الامتياز قد تضمن شروط تمنح للمتعاقد مع الدولة حقوق يمتنع عليها أن

(١) علاوة الصادق ، المرجع السابق ، ص ٥٥

(٢) راجع الفصل التمهيدي لتفاصيل الحكم. ص ٣٣ من هذه الدراسة

(٣) نقلا عن د. بشار الأسعد ، مرجع سابق ، ص ١٤٢

تسحبها منه قبل انتهاء العقد، أي لا يمكن مساسها عن طريق تعديلها أو سحبها".^(١)

ويرى الباحث أنه لا مجال لمنع الدولة ذات السيادة من تغيير قانونها الداخلي طالما كان هذا أمراً ملحاً لتحسين البيئة التشريعية لديها وتطويرها بما يتناسب ومتطلبات العصر، وعليه فإنه يتوجب على الدولة التي انتقلت على شرط الثبات التشريعي في عقودها مُسبقاً، أن تعالج هذه الإشكالية بنص خاص في التشريع الجديد يسمح بمرونة تعديل العقود بالاتفاق ولكن دون تطبيقه بأثر رجعي على العقود السابقة، وبما يضمن توفيق أوضاع الحقوق والواجبات الخاصة بتعاقدات الاستثمارات الأجنبية الموقعة قبل صدور القانون الجديد.

المطلب الأول الجوانب التطبيقية لمبدأ سلطان الإرادة

هناك أكثر من مفهوم لمبدأ سلطان الإرادة في التطبيق، ما بين مفهوم ضيق وواسع ومتوازن.

يقتصر المفهوم الضيق لمبدأ سلطان الإرادة على الاعتراف بحرية الأطراف في اختيار قانون العقد المزمع إبرامه على القوانين الداخلية ووفقاً للأنظمة المعمول بها بالدولة محل الإبرام، وهو ما أقرته مبادئ مؤتمر

(١) حفيظة الحداد، "العقود المبرمة"، مرجع سابق، ص ٦٢٦

لاهاي للقانون الدولي الخاص ٢٠١٥، حيث نصت المادة (الثانية) على أن يتم تنظيم البيع بواسطة قانون الدولة المختارة، عن طريق أطراف العقد، وهو ما أخذ به القانون المدني المصري^(١).

بالمقابل، يعترف المفهوم الواسع لمبدأ سلطان الإرادة بإطلاق يد أطراف العقد في تحديد القانون الذي سيخضع له عقدهم، دون التقيد بأنظمة دولة الإبرام، فيحق لهم اختيار قانون ما أجنبي يروه الأنسب لعقدهم، وهو ما أخذت به العديد من الاتفاقيات الدولية كاتفاقية روما حيث نصت المادة (الثالثة) منها بشأن القانون المتعين تطبيقه على الالتزامات العقدية بـسريان القانون المختار من قبل أطراف على العقد...، ونصت المادة (السابعة) من اتفاقية جنيف للتحكيم التجاري الدولي ١٩٦١م على حرية أطراف العقد في تحديد القانون الذي يجب على المحكمين الإلتجاء إليه وقت النزاع.^(٢)

و يستلزم الاتجاه الثالث لمبدأ سلطان الإرادة ضرورة تحقيق التوازن بين حرية أطراف العقد في اختيار القانون (على أساس من المشروعية) و بين الإلتزام بالقواعد الآمرة الموجودة في القانون المختار، وقد طبقت هذا

(١) لقد تبنت الفقرة الأولى من المادة ١٩ من القانون المدني المصري هذا المفهوم الضيق لقانون الإرادة، نصت على سريان قانون الدولة على الإلتزامات التعاقدية التي يوجد فيها المواطن المشترك إذا اتحدا في الوطن، وإن اختلفا في الوطن يسري قانون دولة العقد. راجع مبادئ مؤتمر لاهاي للقانون الدولي الخاص ٢٠١٥، على الرابط :

<https://assets.hcch.net/docs/4679993d-5c7b-48d0-adc9-21095ff5c32f.pdf>

(٢) قد تبنى قانون التحكيم المصري هذا المفهوم، حيث نصت المادة ٣٩ / ٠١ منه على أن " تطبق هيئة التحكيم القواعد المتفق عليها من الطرفان فيما يتعلق بموضوع النزاع، و إذا اتفقا على تطبيق قواعد دولية بعينها يتم الأخذ بالقواعد الموضوعية فيه دون قواعد تنازع القوانين .

المادة (الثانية) من اتفاقية لاهاي هذا الاتجاه بشأن القانون اللازم تطبيقه على البيوع الدولية للمنقولات المادية حيث نصت على استبعاد تطبيق القانون المحدد بموجب الاتفاقية إذا ما تعارض مع النظام العام .^(١)

المطلب الثاني

مدى ملائمة قانون الإرادة لعقود الدولة الاستثمارية

سواء بإرادة صريحة أو ضمنية تخضع جميع العقود التي تبرم داخلياً ولا يوجد بها أطراف أجنبية إلى قانون الدولة الوطني، وعليه لا يتصور الحاجة إلى تطبيق مبدأ قانون الإرادة إلا إذا اتصف العقد بالطابع الدولي، وتوفرت العناصر الأجنبية ذات المرجعية القانونية المختلفة .

وفي عقود الدولة الاستثمارية، فكون الدولة شخص عام فإن ذلك لا يجرمها من حقها في اختيار القانون الذي يطبق على العقود التي تكون طرفاً فيها، تطبيقاً لقاعدة (العقد شريعة المتعاقدين)^(٢)، فالأصل أن الدولة والأشخاص العامة الخاصة بها مثلها مثل أي متعاقد آخر تتمتع بحق الاختيار للقانون الذي سيطبق على العقد الطرف فيه، وهو حق كرسه

(١) سلام هادي ، فكرة العقد الدولي الطليق وتأثرها بالقواعد الموضوعية الدولية ، رسالة ماجستير ، معهد البحوث والدراسات العربية ، القاهرة ٢٠١١ ص ٨
(٢) سراج أبو زيد ، التحكيم في عقود البترول - دراسة متعمقة - ، دار النهضة، القاهرة ، ٢٠٠٤ ، ص ٥٧١ وما بعدها

التشريعات الوطنية والدولية، وأخذت به أحكام القضاء الدولي وقرارات التحكيم.^(١)

ومن الأنظمة الوطنية التي أقرت مبدأ حرية الإرادة للدولة الطرف: قانون التحكيم المصري سالف الذكر، و قانون الاستثمار العراقي^(٢) بالمادة (سبعة وعشرون)، وكذلك قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجزائري الصادر عام ٢٠٠٨ حيث تنص المادة (١٠٥٠) على: تفصل محكمة التحكيم في النزاع بناءً على قواعد القانون المختار من الأطراف، وفي حالة غياب الاختيار تفصل المحكمة حسب قواعد القانون والأعراف التي تراها تلائم موضوع النزاع.^(٣)

ونظام التحكيم السعودي المادة الخامسة: إذا اتفق طرفا التحكيم على إخضاع العلاقة بينهما لأحكام أي وثيقة (عقد نموذجي، أو اتفاقية دولية أو غيرهما)، وجب العمل بأحكام هذه الوثيقة بما تشمله من أحكام خاصة بالتحكيم، وذلك بما لا يخالف أحكام الشريعة الإسلامية.

ومن الأنظمة الدولية: ما أقرته دورة مجمع القانون الدولي التي انعقدت في أثينا عام ١٩٧٩م، بخضوع العقود التي تبرم بين دولة وشخص أجنبي خاص لقواعد القانون الذي يختاره الأطراف.

(١) الهادي الخضراوي ، مرجع سابق ص ١٣٥

(٢) القانون رقم ١٣ لسنة ٢٠٠٦ المعدل

(٣) نظام التحكيم ١٤٣٣ الصادر بالمرسوم الملكي رقم م / ٣٤ بتاريخ ٢٤ / ٥ / ١٤٣٣

وأخذت بهذا محكمة العدل الدولية الدائمة في قضية القروض الصربية والبرازيلية حيث جاء في حيثيات حكمها: كل عقد لا تكون الدولة طرفاً فيه باعتبارها شخص من القانون العام يجد أساسه في القانون الوطني لدولة ما ويتم تحديد القانون عن طريق مبادئ تنازع القوانين الواردة في القانون الدولي الخاص.

وهو ذاته ما حكمت به هيئة التحكيم في غرفة التجارة الدولية ICC في الثاني والعشرون من مايو ١٩٨٥م في النزاع الذي نشب بين شركة فنلندية ودولة العراق بشأن إنشاء قصر المؤتمرات في بغداد وفقاً للقانون البلجيكي المختار صراحة.^(١)

ورغم ذلك فقد خرجت بعض الأنظمة الوطنية عن مبدأ سلطان الإرادة ، وتنكرت له بعض هيئات التحكيم على الرغم من وجود الإرادة الصريحة للأطراف في اختيار القانون الذي سيطبق على موضوع النزاع .

فقد خرج التشريع المصري عن حكم المادة (تسعة وثلاثون /فقرة ١) ، في نطاق عقود نقل التكنولوجيا ، حيث اشترط تطبيق القانون المصري ، سواء كان الخلاف معروض أمام المحاكم الوطنية أو هيئات تحكيم وفقاً لنص المادة (سبعة وثمانون) من القانون التجاري المصري^(٢)، فقد وضع المشرع

(١) د. عبد الرسول جابر الأسدي ، وحسين عباس حسين ، القانون واجب التطبيق على موضوع النزاع في منظمة التجارة العالمية ، مجلة المحقق للعلوم القانونية و السياسية ، جامعة بابل ، كلية القانون ، المجلد ٨ ، العدد ٢ (٣٠ يونيو/حزيران ٢٠١٦) ص ٢٣٦ .
(٢) القانون رقم (١٧) لسنة ١٩٩٩م

المصري حُكمًا خاصًا، يلغي مبدأ حرية الأطراف في اختيار قانون التحكيم الذي ورد في (م ٣٩ / ١) الأمر الذي تترتب عليه إلغاء الحكم السابق بموجب الحكم اللاحق.

وأنكرت بعض قرارات هيئات التحكيم الدولية هذا المبدأ: كما حدث في قرار تحكيم ARMCO الأمريكية ضد المملكة المتعلق باستغلال حق بترول سعودي، فقد قامت هيئة التحكيم باستبعاد تطبيق القانون السعودي المتفق على تطبيقه بموجب اتفاق في الثالث والعشرون من فبراير ١٩٥٥م وطبقت قواعد القانون العام الدولي بحجة عدم كفاية الأحكام القانونية السارية في المملكة^(١).

ويرى الباحث: أنه في العقود الاستثمارية التي تكون الدولة طرف فيها تظل حرية الإرادة مقيدة بالقواعد الأمرة التي حددها المشرع الوطني بالدولة الوطنية المضيفة للاستثمار، وفي رأينا يُعد الخروج عن تلك القواعد التي ارتضى بها المستثمر الأجنبي من البداية هو بمثابة تعمد للتدويل الضار بمصالح الدولة المضيفة .

(١) د. عبد الرسول الأسدي ، وحسين عباس ، المرجع سالف الذكر

المبحث الثاني

الاختيارات القانونية الممكنة لطرفي التعاقد

المستقر عليه فقهاً وقضاءاً وتشريعاً أن العقد شريعة المتعاقدين، وعليه فإن لأطراف العقد حرية اختيار بنوده المحددة للحقوق والالتزامات بينهم ولهم كامل الحرية أيضاً في اختيار القانون الذي سوف يطبق عند نشوب خلاف وأسلوب التقاضي والذي يروونه مناسباً لهم.

ولأطراف العقد البترولي خيارات متعددة، فقد يتم اختيار قانون دولة النفط وقد يتم اختيار قانون المستثمر الأجنبي وقد يتم النص على اللجوء لقواعد أخرى اتفاقاً وفي كل الأحوال يتعين على القاضي والمحكم أن يحكم في إطار ما اتفق عليه الأطراف سواء كان هذا الاتفاق صريح أو ضمني أو يُستنبط ضمناً من سياق العقد.

وقد اعترفت العديد من الأنظمة المقارنة والمعاهدات الدولية بحق أطراف العقد في اختيار القانون الذي سيطبق على عقدهم، والأصل أن يكون القانون المختار مُحدد صراحةً في أحد بنود العقد دون لبس أو غموض، إلا أن هناك حالات لا يُنص الأطراف فيها صراحة على القانون المختار ويفهم ضمناً من سياق العقد وطبيعته وملابساته، وتتعدد الاختيارات أمام طرفي العقد فقد يتجهوا نحو اختيار أحد القوانين الداخلية لأحد

المتعاقدين، وقد يميلوا إلى اختيار قواعد القانون الدولي العام، أو قانون التجارة العالمي.

المطلب الأول اختيار أحد القوانين الداخلية

ذهبت محكمة العدل الدولية الدائمة إلى أن : « يكون أساس كل عقد لا يبرم بين دولتين في قانون وطني... »^(١)، وأيدت ذلك أيضاً محكمة النقض الفرنسية^(٢) في حكم لها حيث أقرت أن « يخضع كل عقد لقانون دولة معينة بالضرورة »، وهذا ما يُستند عليه في إخضاع عقود الاستثمار لقانون وطني لدولة معينة، وذلك إما بإخضاعه لقانون الدولة المضيفة للاستثمار أو دولة المستثمر الأجنبي أو قانون ثالث لدولة محايدة، كما سيرد تفصيلاً:-

الفرع الأول اختيار قانون الدولة المضيفة للاستثمار البترولي

يعتمد تطبيق قانون الدولة الحاضنة للاستثمار على النص على ذلك صراحة، وقد يُفرض هذا بقانون الدولة المضيفة نفسها، وقد يُطبق بقرار من التحكيم في حالة عدم وضوح القانون المختار.

(١) مبدأ انتهت إليه في حكميها ١٤ و ١٥ التي اصدرتهما بخصوص قضيتي القروض البرازيلية والقروض الصربية عام ١٩٢٩، أنظر : د. أحمد عبد الحميد عشوش ، قانون النقطة ، مؤسسة شباب الجامعة، ١٩٨٩ ص ٦٢

(٢) حكم لمحكمة النقض الفرنسية ، بتاريخ ٢١ يونيو / يونيو ١٩٥٠ ، مرتضى عاشور ، عقد الاستثمار التكنولوجي ، منشورات الحلبي ، بيروت ٢٠١٠ ص ٤٨٧

ويكشف الواقع العملي أنه في حالة وجود الدولة طرفاً في العقد البترولي يكون قانونها الوطني هو قانون موضوع العقد باعتبارها دولة الإبرام ودولة التنفيذ.^(١)

ومن أمثلة عقود الاستثمار التي نصت على اختيار قانون الدولة المتعاقدة سواء في أنشطة بترولية أو غير بترولية :-

١. العقد المبرم بين شركة Corporation and Mobil Petroleum Company Inc Mobil oil وحكومة نيوزيلندا على أن يخضع العقد حسب نص (م ٧ / ٧) إلى القانون النيوزيلندي.^(٢)

٢. نص المادة (سبعة وثلاثون) من عقد الشركة العراقية الوطنية للنفط مع مؤسسة الاستكشافات البترولية (إيراب) الفرنسية، حيث جاء فيها: « تخضع إيراب فيما يخص عملياتها محل هذا العقد لأحكام القوانين والأنظمة ذات العلاقة في العراق فيما عدا ما يتعارض مع أحكام العقد ». ^(٣)

(١) صلاح الدين جمال ، التحكيم وتنازع القوانين في عقود التنمية التكنولوجية ، ط ١ ، دار الفكر الجامعي ٢٠٠٥ ، ص ٢٠٥ وما بعدها

(٢) **مشار إليه في** د. بشار الأسعد ، مرجع سابق ، ص ١٢٠ - ١٢٢

(٣) المصدر : الوقائع العراقية العدد ١٥٣٢ بتاريخ ١٩٦٨/٢/٤ متاح على الرابط :

<http://wiki.dorar-aliraq.net/iraqilaws/law/18500.html>

٣. العقد المبرم بين دولة سيريلانكا مع الشركة اليابانية ELCRICCO NIPPON الخاص بإنشاء محطة أرضية للاتصالات التجارية بالأقمار الصناعية بسريلانكا حيث نص البند/٢٥ من العقد على: « تخضع المناقصة وما ينشأ عنها من عقود تحرر وفق القوانين السيرلانكية » .^(١)

٤. الاتفاق بين إحدى الشركات الإنجليزية وإحدى الشركات العمانية في عقد توريد وتشيد وتصميم وتشغيل وصيانة مصنع لإنتاج الجير المائي والجير المحروق عام ١٩٧٨م، وقد تضمن شرط يفيد اتفاق أطراف العقد على إسناد موضوع النزاع إلى القانون العُماني باعتباره القانون الذي سيطبق على العقد، حيث نصت المادة (الثالثة عشر) من قانون الغاز والنفط^(٢) « مع عدم الإخلال بأحكام هذا القانون، يجب أن تتضمن اتفاقية الامتياز بصفة خاصة ما يلي ١ - ١٢ - تسوية المنازعات »، ونلاحظ في نص المادة أنها حددت تطبيق القانون العُماني على فض النزاعات التي من الممكن حدوثها نتيجة تنفيذ العقد أو تفسيره ولكن على الرغم من أن عُمان تُعد من الدول التي لديها نظاماً خاصاً للنفط إلا أنه لم

(١) **مشار إليه في** : محمد الهادي المهدي الشامس ، اشكاليات التحكيم في عقود الانشاءات

الدولية ، دار الفكر العربي ، مصر ، ٢٠١٩ ، ص ٥٤

(٢) القانون رقم ٨ لسنة ٢٠١١م

يحسم اختصاصه في أحوال الخلاف على تحديد القانون الذي
يتعين تطبيقه. (١)

وقد نصت أنظمة بعض الدول المقارنة فيما يتعلق بتنظيم النفط على
تطبيق القانون الوطني صراحة على منازعات استثمار عقود البترول التي
تبرمها تلك الدول، منها:-

- الجزائر: حيث نص المشرع الجزائري في قانون المحروقات الجزائري
لسنة ٢٠٠٥ على تطبيق القانون الجزائري على كل خلاف يقع بين
الوكالة الوطنية لتأمين موارد المحروقات والمتعاقد يكون ناجم عن
تفسير العقد أو تنفيذه أو ناتج عن تطبيق هذا القانون. (٢)
- ليبيا: إذ نص التشريع الليبي للنفط صراحة على أن عقود النفط
الليبية تخضع للقوانين الليبية. (٣)
- مصر: درج العمل في عقود البترول المبرمة من جانب الحكومة
المصرية والهيئة العامة للبترول المصرية على النص على تطبيق

(١) محمد الهادي المهدي الشامس ، المرجع السابق

(٢) المادة الثامنة والخمسون القانون ١٩ - ١٣ الصادر في ديسمبر ٢٠١٩

(٣) المادة (٢٨ف٧) من قانون النفط الليبي لسنة ١٩٥٥ التي نصت على أن العقد النفطي
يخضع للقوانين الليبية .

القانون المصري، وفي حالة وجود خلاف بين القوانين المصرية ونصوص العقد تكون العبرة بما ينص عليه العقد. ^(١)

وعلى الرغم من حرص أغلب الدول الوطنية على إخضاع عقود استثمارها ذات الأطراف الأجنبية لقانونها الوطني، إلا أن العديد من أحكام التحكيم فيما يخص المنازعات المتعلقة بالاستثمارات البترولية قد استبعدت تطبيق قانون الدولة الحاضنة للاستثمار الوطني ومن أمثلة تلك الأحكام والقرارات التحكيمية :-

• **حكم** تحكيم 1958 Aramco : برفض اعتبار العقد الذي تم إبرامه بين الحكومة السعودية و شركة أرامكو الأمريكية عقدًا إداريًا، معتبرة معيار وجود الحكومة السعودية والاستناد إلى فكرة سيادة الدولة غير كافٍ لتصنيف العقد إداريًا، وأن الأساس في العقود " العقد شريعة المتعاقدين "، وهي قاعدة يستوى معها كون العقد إداريًا أو مدنيًا أو غير ذلك. ^(٢)

• **حكم** تحكيم 1977 Texaco : بخصوص العقد المبرم بين الحكومة الليبية وشركة تكساكو الأمريكية حيث رأى المحكم أن العقد يخضع لأحكام القانون العام الدولي لأنه مرتبط بمصالح تتعلق بالتجارة الدولية من الجانب الاقتصادي ويضم أطراف مرتبطة من دول

(١) **مشار إليه في** د. سراج أبو اليزيد ، مرجع سالف الذكر ص ٥٧٣ وما بعدها

(٢) حفيظة الحداد، المرجع السابق ، ص ٢٩٠

مختلفة من الناحية القانونية ومن ثم لا يمكن اعتباره عقد إداري كما صنفه القانون الليبي. (١)

- تحكيم Elf Aquitaine 1982: **الفرنسية** ضد الشركة الإيرانية للبترول: حيث إنتهى إلى أن محكمة التحكيم غير ملزمة بإعمال قاعدة قانونية محددة، وإنما يجب أن تبني حُكمها على قواعد الإنصاف، ووفقاً لمبادئ القانون المعترف بها ولا سيما مبادئ القانون الدولي. (٢)

وعليه مالت أحكام التحكيم إلى عدم الاعتراد بقانون الدولة الحاضنة للاستثمار بحجة عدم ملائمة القواعد الواردة بقانونها الوطني للمعاملات الخاصة بالتجارة الدولية، **وتعارض نصوصها مع المبادئ العامة للقانون الدولي. (٣)**

الفرع الثاني

اختيار تطبيق قانون الدولة التي ينتمي إليها المستثمر الأجنبي

يتم اختيار قانون دولة المستثمر الأجنبي طبقاً لهذه الحالة ، بناء على من طلب المستثمر الأجنبي أثناء المفاوضات الخاصة بعملية التعاقد مع الدولة الوطنية، وقبول الدولة لهذا الشرط يعد من الحالات النادرة

(١) د.علي إبراهيم " الوسيط في المعاهدات الدولية " ، مرجع سابق، ص ٨٩

(٢) حفيظة الحداد، ص ٧٣٥

(٣) د. بشار الأسعد ، مرجع سابق ، ص ١٢٥

في الواقع العملي؛ وقد يرجع هذا القبول إلى أسباب وموائمات سياسية، ومن هذه الحالات القليلة:

■ عقد القرض الذي أبرم بين الدولة المصرية ومستثمر من هونج كونج (SPP) وقت الاستعمار البريطاني، حيث اشترط تطبيق القانون الإنجليزي على سعر الفائدة. ^(١)

■ النزاع الذي نشأ عن الاتفاق المبرم بين شركة الاتصالات الكاميرونية اللاسلكية وإحدى الشركات الأمريكية على أن تقوم الأخيرة بإنشاء محطة أربطة للاتصالات عن طريق الأقمار الصناعية لصالح الشركة الوطنية في وجمهورية الكاميرون، وأثناء التشغيل تبين عدم صلاحية المحطة لعيوب فنية نتيجة خطأ من الشركة المنفذة (الأمريكية)، وعند النزاع أمام المحكمة تبين وجود شرطاً للتحكيم بالاتفاق على تطبيق قانون ولاية كاليفورنيا بالولايات المتحدة. ^(٢)

ويشير الواقع إلى أن عقود الامتياز الأولى للبترول كانت تفضل دولة المستثمر الأجنبي أو دولة محكمة التحكيم. ^(٣)

(١) **أنظر:** د. أمين دواس ، القانون واجب التطبيق على عقود الاستثمار الأجنبية - دراسة مقارنة ، بحث منشور - مجلة كلية القانون الكويتية العالمية ، السنة ٨ ملحق خاص ، العدد ٨ ، ديسمبر ٢٠٢٠ ، ص ١٦٠ .

(٢) صلاح الدين جمال ، التحكيم وتنزع القوانين..... ، مرجع سابق ، ص ٢٠٦

(٣) **أنظر عقود الامتياز الأولى بالمملكة ص ٤٢ وما بعدها من هذه الدراسة**

الفرع الثالث

اختيار قانون دولة أجنبية ثالثة

يمكن للمتعاقدين أن يختارا قانون دولة ثالثة أجنبية على العقد، متى وجدا هذا القانون أكثر ملائمة لتغطية كافة جوانب الاتفاق المبرم بينهما ومعالجة كافة الأزمات المتوقعة حدوثها، و يتصور هذا الأمر حالة غياب النصوص التشريعية الملائمة والسوابق القضائية ذات العلاقة عند الدولة الوطنية المتعاقدة، بل وعجز قوانينها الداخلية على تغطية كافة جوانب العقد الاستثماري، الأمر الذي قد يجعلها تختار قانون دولة شقيقة لها أكثر ملائمة وخبرة في إبرام تلك العقود ، أو اختيار قانون دولة وسيطة سبق وتم بها أحد مراحل تنفيذ العقد (كدولة التصدير، أو دولة الشحن، أو دولة الخبراء الأجانب الفنيين المتخصصين للزمين لتنفيذ العقد الخ)، والأكثر اختياراً غالباً ما يكون الاختيار لدولة التحكيم في النزاعات التي قد تثار حول العقد المبرم .

ويشير الواقع أن كثير من العقود الاستثمارية الأوروبية التي يتم إبرامها مع دول نامية يتفق أطرافها على اللجوء إلى القانون السويسري للالتزامات لكونه ذات قيود أقل^(١)، وكذلك المشروعات الصناعية الأمريكية والأوروبية في العقود التنموية التكنولوجية مع دول التصنيف الثالث ودول

(١) قانون الالتزامات العقديّة السويسري لسنة ١٩٨٥.

أوروبا الشرقية فأغلب تلك العقود يتضمن بند ينص على تطبيق القانون السويسري على الالتزامات.^(١)

المطلب الثاني اختيار أحد القواعد القانونية الدولية

يجوز لطرفي العقد تحديد قواعد قانونية بعينها للتطبيق على عقد الاستثمار ذات الطرف الأجنبي، مثل: قواعد القانون العام الدولي بوجه عام، أو أحد مصادره - كالمبادئ العامة له أو المبادئ المعترف بها بين الأمم ، أو حتى القواعد الخاصة بقانون التجارة الدولية.

الفرع الأول اختيار قواعد القانون الدولي العام

يُقصد بالقانون الدولي العام: مجموعة القواعد التي تحكم الدول وغيرها من الأشخاص الدولية الأخرى في علاقاتها المتبادلة، مثل المنظمات الدولية والشركات المتعددة الجنسيات وإلى الأفراد في حالات معينة.^(٢)

ومن الممكن أن يكون الاختيار منصب على أحد مصادر القانون الدولي العام، كالمبادئ القانونية العامة أو المبادئ المعترف بها بين الأمم

(١) صلاح الدين جمال ، مرجع سالف الذكر ، ص ٢٠٨

(٢) للمزيد أنظر : د. على خليل اسماعيل الحديثي ، القانون الدولي العام . ج ١ . المبادئ والأصول ، دار النهضة ، القاهرة ، ٢٠١٠ ، ص ص ٩ : ٢٥

وذلك من خلال إخضاع عقدهما لاتفاقية دولية، والتي تُعد مصدرًا رئيسيًا للقانون الدولي العام.^(١)

ترى مجموعة من الفقه أن حرية أطراف العقد في تحديد القانون الذي يجب تطبيقه على عقود الاستثمار تتسع لاختيار القانون الدولي^(٢)، من ناحية لكون الدولة المضيفة أو إحدى مؤسساتها العامة غير مؤهلة للخضوع لنظام قانون أجنبي، ومن ناحية أخرى لأن وجود المستثمر الأجنبي طرفاً في هذا العقد قد يجعله رافضاً للخضوع لقانون الدولة المضيفة، وعليه يكون اختيار الطرفين لتطبيق القانون الدولي العام بمثابة التوفيق الأمثل بين مصالح كلاهما^(٣)، فهو غني بقواعد كفيلة بأن تتصدي لكافة المشاكل والنزاعات القانونية التي قد تثيرها العقود الإدارية الدولية.^(٤)

وقد اعترض على ذلك جانب آخر من الفقه بحجة أن المستثمر الأجنبي سواء شخص طبيعي كان أم معنوي، لا يُعد من الأشخاص ذات

(١) المثال على ذلك القضية بين فرنسا والمكسيك حيث اتفقا على تطبيق مبادئ القانون الدولي ذات الصلة بجانب الاتفاقية الثنائية المبرمة بينهما (BITs) انظر الرابط:

<https://www.italaw.com/cases/documents/481>

(2) Mann,F. (1944). The Law Governing State Contracts, 21 British Yearbook of International Law, 20, 60. p.p. 19, 28. Moens ,Gabriel A. & Trone, John. The First mendment to the UNCITRALN Arbitration Rules, 14 Int'l Trade & Bus. L. Rev. (2011), p. 382.

(٣) طه أحمد قاسم، تسوية المنازعات الدولية الاقتصادية، دراسة قانونية لدور المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار، دار الجامعة الجديدة، ٢٠٠٨ ص.ص ١٨٨ - ١٨٩

(٤) علاء محي الدين أبو أحمد ، التحكيم في منازعات العقود الإدارية الدولية في القوانين الوضعية والمعاهدات وأحكام التحكيم . دراسة مقارنة ، دار الجامعة الجديدة، ٢٠١٢ ، ص ص ٣٦١ : ٣٦٢

الصفة الدولية العامة ^(١)، إضافة إلى أن قواعد تنازع القوانين تتصور التزام بين قوانين دول مختلفة للتطبيق على العقد، وليس من بينها القانون الدولي العام، لكون طبيعته تسمو على القوانين الوطنية الداخلية بحسب الأصل. ^(٢)

و يعتبر القانون العام الدولي من ضمن الاختيارات الممكنة لأطراف عقد استثمار البترول وغيرها في اختيار القانون الذي يتعين تطبيقه على موضوع العقد صراحةً أو ضمناً، ومن صور الاختيار الصريح لـ اللجوء لقواعد القانون الدولي العام عند النزاع:-

١. الإشارة إلى تطبيق القانون العام الدولي بجانب مبادئ العدل والإنصاف أو الاتفاق على تطبيق أحد مصادره، ومثال ذلك الاتفاق المبرم بين M.I.O.C و E.B.A.B والشركة الفرنسية لبترول إيران Sofiran حيث ورد بالمادة (الواحدة والأربعون من الباب / الخامس) النص على اتفاق أطراف العقد على عدم تقييد المحكم المنفرد المختار أو هيئة التحكيم عند إصدار الحكم في النزاع بأية قاعدة قانونية محددة، بل يكون للمحكم أو هيئة التحكيم الحق في تأسيس الحكم على اعتبارات العدالة والمبادئ العامة للقانون الدولي. ^(٣)

(1) V. Firth, Thomas. The Law Governing Contracts under the World Bank Convention, Int'l & Pol. (1968).p.242

(٢) طه أحمد قاسم، المرجع السابق ص. ١٩٠

(٣) أنظر: د. بشار الأسعد، مرجع سابق، ص ١٣٦

٢. الإشارة إلى تطبيق مبادئ القانون العام الدولي إلى جانب القانون الوطني^(١)، مثال ذلك الاتفاق المبرم بين شركة Agip والحكومة الكونغولية، حيث تم الاتفاق على: « تسوية الخلافات التي قد تنشأ وفقاً لاتفاقية المركز الدولي لمنازعات الاستثمار بين الدول والراعي من الدول الأخرى، وتستبدل هيئة التحكيم المختارة القانون الكونغولي عند الضرورة بمبادئ القانون العام الدولي » وكذلك الاتفاق على الإسناد للقواعد العامة للقانون الدولي بصفة احتياطية لتكملة النقص أو الغموض في قانون الدولة المتعاقدة يُعد من الحالات النادرة عملاً.

٣. الإشارة إلى اختيار تطبيق القانون الوطني لدولة بشرط عدم مخالفة المبادئ المستقرة في القانون الدولي، وفي هذه الحالة يربط شرط اختيار القانون الذي يجب تطبيقه بين تطبيق القواعد الموضوعية في القانون الوطني لدولة أحد الأطراف وبين القواعد العام للقانون الدولي، مثال ذلك المادة (ثمان وعشرون /فقرة سبعة) من عقد التنمية البترولية الذي أبرمته شركة Texaco والحكومة الليبية، والتي تنص على: « خضوع الامتياز الساري سواء في تفسير بند من بنوده أو ما يتعلق بتنفيذه لمبادئ القانون الليبي التي تتفق مع المبادئ الدولية، وفي حالة عدم وجود

(١) أنظر: صلاح الدين جمال ، دور أحكام التحكيم في تطوير حلول مشكلة تنازع القوانين ، ط١، دار الفكر الجامعي، ٢٠٠٤ ص ٦٩

مبادئ مشتركة بين القانون الوطني والدولي يتم إخضاع العقد للمبادئ العامة للقانون بما فيها المبادئ العامة للقضاء الدولي».^(١)

وعلى الرغم من ذلك اشارت هذه العقود لتطبيق قواعد القانون الدولي العام إلى جانب القانون الوطني ولم تستغن عن القوانين الوطنية تماما! وعادة ما يكون شرط التحكيم وشرط الثبات التشريعي قرينة على الاتفاق الضمني لأطراف العقد على تطبيق قواعد القانون الدولي العام عند النزاع ، وهو ما أخذت به العديد من أحكام التحكيم مثل :

١. قرار التحكيم في قضية Texaon ضد الحكومة الليبية، حيث استنتج المُحكم من شرط التحكيم عند التصدي للنزاع بين الأطراف وجود شرط الثبات/ التثبيت التشريعي والإشارة إلى مبادئ القانون الدولي بأنها قرائن تدل على أن إرادة أطراف العقد اتجهت إلى اختيار القانون الدولي بإعتباره القانون الذي يتعين تطبيقه على موضوع النزاع.^(٢)

(١) أنظر : محمد الروبي ، عقود التشييد والاستغلال والبناء BOT دار النهضة ، القاهرة ٢٠٠٦ ، ص ٢٦٢

(٢) مراد المواجدة ، التحكيم في عقود الدولة ذات الطابع الدولي ، دار الثقافة للنشر والتوزيع، ط١ ، الأردن ٢٠١٠ ، ص ٢٠٥

٢. وفي قضية Sapphire، والتي تبين للمحكم فيها انعدام الاتفاق من جانب الأطراف المتعاقدة صراحة على القانون الذي سيطبق على عقدهم حالة النزاع، مما جعل المحكم يبحث عن الإرادة الضمنية، فاعتبر الإشارة لمفهوم القوة القاهرة بالقانون الدولي إشارة إلى اتجاه الإرادة الضمنية للأطراف إلى تطبيق القانون الدولي، واستند أيضاً إلى وجود شرط التحكيم وشرط الثبات التشريعي كقرينة على الاختيار الضمني لتطبيق القانون الدولي العام.^(١)

ويرى الباحث أن مجرد وجود شرط التثبيت التشريعي وشرط التحكيم لا يكفي لاتخاذهم قرينة على اتجاه الإرادة لتطبيق القانون الدولي على العقد وإنما يجب أن يكون الاتفاق على القانون الدولي العام كقانون واجب التطبيق اتفاقاً صريحاً، وهو ما أيده اتفاقية واشنطن الخاصة بتسوية المنازعات الناشئة عن الاستثمارات بين الدول والرعايا من الدول الأخرى ١٩٦٥م حيث ورد بالمادة (الثانية والأربعون) : « ١ - تفصل المحكمة في النزاع طبقاً للنظم القانونية التي وافقت عليها الأطراف المتنازعة فإذا لم يتفق الطرفان تقوم المحكمة بتطبيق قانون الدولة المتعاقدة طرف النزاع (بما في ذلك القواعد الخاصة بتعارض القوانين) وكذلك مبادئ القانون الدولي الواجب تطبيقها في هذا الصدد. ٢ - ليس للمحكمة أن تحكم بعدم اختصاصها على

(١) علاء محي الدين أبو احمد ، مرجع سالف الذكر ، ص ٣٥٤

أساس سكوت أو غموض القانون.٣- لا تمس نصوص الفقرات السابقة (٢١) قدرة المحكمة على الفصل بالعدل والإنصاف وهذا في حالة موافقة الطرفين.»^(١).

وفي واقع الأمر، لا يوجد ما يحول دون خضوع عقد الاستثمار البترولي لقواعد القانون الدولي وإن لم يكن هذا المفضل لدى المستثمرين الأجانب، والاتفاق على ذلك صراحة أو ضمناً، إلا أن الإشكالية تكمن في أن القانون الدولي العام لا يتضمن قواعد تضيي طابع الإلزام القانوني بقواعده على العقود المبرمة بين الدول والمستثمرين الأجانب، ومن ثم يكون التمسك به نوع من التهرب من الواجبات القانونية الداخلية المفروضة من الدول الوطنية المضيفة ومضيعة للوقت والحقوق ومحاولة استعطاف المجتمع التجاري الدولي لصالح الكيانات الاقتصادية متعددة الجنسيات في حالة تدويل تلك المنازعات فتصبح الدول الوطنية الخاسر الأكبر في النهاية.

ولضمان السلامة للدولة المضيفة فإنه من المقبول اختيار القانون الدولي العام ليكون واجب التطبيق على عقدها النفطي، ولكن بشرط ألا تخالف قواعده النظام العام الداخلي لها.

(١) انظر نص الاتفاقية النسخة العربية على الرابط:

<http://www.aifa-eg.com/washington-agreement.html>

الفرع الثاني

اختيار قانون التجارة الدولية

يتضمن قانون التجارة الدولي مجموعة من القواعد والأعراف والممارسات السائدة بين الدول في مجالات وأنشطة التجارة الدولية^(١)، كتلك الواردة في الاتفاقيات الدولية والقوانين الدولية النموذجية ذات الصلة بعلاقات التجارة الدولية و القواعد الواردة بالقرارات التي تصدرها الهيئات المعنية بالتجارة الدولية مثل:

١. مصطلحات التجارة الدولية الانكوترمز INCOTERMS الصادرة عن غرفة التجارة الدولية بباريس و الخاصة بالنقل البحري وعبر الممرات المائية.
٢. مصطلحات البيوع الدولية فيما يخص عقود FIDC الصادرة وفقاً لقواعد الاتحاد الدولي للمهندسين الاستشاريين FIDIC.
٣. قواعد اليونيدروا UNIDROIT الصادرة عن المعهد الدولي لتوحيد القانون الخاص في روما والتي يمكن تطبيقها على عقود التجارة الدولية .
٤. قواعد الأونسيترال UNCITRAL الخاصة بالتحكيم و الصادرة عن لجنة الأمم المتحدة لقانون التجارة الدولية.

(١) الشيخ بوسماحة ، حماية الاستثمار الأجنبي في ظل العقود الدولية الاقتصادية، مجلة جامعة تكريت للعلوم القانونية، العدد ٢٨ ، السنة ٧، العراق، ٢٠١٥ ، ص ١٠

٥. المبادئ المتعلقة بعقود التجارة الدولية، والتي تطبق عندما يتفق الأطراف على إخضاع عقدهم لها، ومن أشهر تلك المبادئ: (مبدأ التعهدات الملزمة - مبدأ تفسير العقد وفقاً للإرادة المشتركة للأطراف - مبدأ التوازن في الأداءات - العقد شريعة المتعاقدين - مبدأ إزالة الضرر - مبدأ حسن النية)، وتلك المبادئ رغم أنها معروفة لدى التشريعات الداخلية إلا إنها لا تكتسب صفة الإلزام دولياً إلا لو كانت جزءاً من قواعد قانون التجارة الدولية^(١).

يرى جانب من الفقه أنه وفقاً لمبدأ الحرية المطلقة للإرادة / سلطان الإرادة، للأطراف الحق في اختيار قانون التجارة الدولية لتطبيقه على عقدهم الاستثماري الذي يتسم بالطابع الدولي لكونه قانوناً مستقلاً ومتميزاً عن القانون الوطني أو القانون الدولي العام، والأنسب لتلك العقود حيث أن قواعده تتسجم مع طبيعتها الاقتصادية الدولية، كما أنه يتلائم و إجراءات التحكيم متى كان الاتفاق عليه كوسيلة لفض المنازعات المتعلقة بتلك العقود.^(٢)

بينما يرى جانب آخر من الفقه عدم تناسب قانون التجارة الدولية بحجة أن قواعده مجرد عادات وممارسات تجارية لا تتمتع بقوة إلزامية، وأن تلك الممارسات متى كانت مخالفة لقواعد القانون الدولي العام ذاته، فيكون

(١) عصام أحمد البهجي، الطبيعة القانونية لعقود الـ BOT، دار الفكر الجامعي، ٢٠١٤، ص ١٢٨ - ١٢٩

(٢) ليندا جابر، القانون الواجب التطبيق على عقد الاستثمار الأجنبي، مرجع سابق، ص ٩٥

لزاماً على هيئة التحكيم عدم الأخذ بها، حتى لو كانت هي المختارة من قبل أطراف العقد.^(١)

وهذا الرأي المناهض لا يمكن الأخذ به على إطلاقه في ظل وجود قواعد الـ UNIDROIT الخاصة بعقود التجارة الدولية، والتي تنظم كافة أشكال العقود سواء التي يكون أطرافها من أشخاص القانون الخاص أو العام أو التي يكون أحد أطرافها شخصاً عاماً والآخر شخصاً خاصاً، كما أن تلك المبادئ ذاتها تنص على ضرورة تطبيق القواعد الآمرة، الوطنية أو الدولية أو فوق الوطنية، الواجب إعمالها وفقاً لقواعد القانون الدولي الخاص ذات العلاقة^(٢)، ومتى اتفق طرفي العقد على تطبيق قواعد العدالة، فإن هيئة التحكيم تكون ملزمة بتطبيق مبادئ الـ UNIDROIT لعقود التجارة الدولية.^(٣)

(1) P. Dumberry & J. Stone, An Analysis of Arbitral Tribunal Practice Regarding the Applicable Law in Deciding State Contract Disputes Under ICSID Convention, 5 Yearbook on International Investment Law and Policy (2012- 2013), , p. 482.online at:

<https://www.researchgate.net/publication/327289138>

(2) Article 1.4 UNIDROIT Principles, online at: <https://www.unidroit.org/unidroit-principles-2016/unidroit-principles-2016-overview/english-black-letter> .

(3) International Centre for Settlement of Investment Disputes (ICSID), No ARB/06/18; IIC 424 (2010) dated 14 January 2010, online at: <http://www.unilex.info/principles/case/1533>

المطلب الثالث اختيار مزيج من الأنظمة القانونية

يجوز لطرفي عقد الاستثمار اختيار مزيج من الأنظمة القانونية، وقد تقرر ذلك صراحة في القضية رقم 16 / ARB/03 والتي جاء في حيثياتها: « أن الافتراض المقبول عموماً في تنازع القوانين هو أن طرفي التعاقد يختارا عدد من القواعد القانونية المتجانسة التي تحكم علاقتها ...، بدلاً من مجموعات مختلفة من القواعد القانونية، ما لم يتم التصريح بخلاف ذلك بوضوح ». (١)

ومن الحالات الواقعية في اختيار مزيج من القوانين: قضية Maffezini بالمركز الدولي لمنازعات الاستثمار، (لتسوية النزاع بشأن الاتفاق بين إسبانيا والأرجنتين على إنشاء مصنع كيماوي، وقد تبين للجنة التحكيم أن الاتفاقية المبرمة بين البلدين بخصوص العقد (BIT) تنص على أن قانون الدولة المضيفة والقانون الدولي هما المختصان بالتطبيق؛ وعليه قامت هيئة التحكيم بتطبيق القانون الدولي على بعض المسائل، كتلك التي تتعلق: (بمسئولية أسبانيا ، وأثر المصنع الكيماوي على البيئة) وقامت

(1) International Centre for Settlement of Investment Disputes, ADC Affiliate Limited and ADC & ADMC Management Limited v. The Republic of Hungary, ICSID Case No .ARB/03/16, dated 2 October, 2006, online at: http://icsidfiles.worldbank.org/icsid/ICSIDBLOBS/OnlineAwards/C231/DC648_En.pdf

بتطبيق القانون الإسباني (**قانون** الدولة المضيفة) على مسائل أخرى، مثل:
تنفيذ العقد والتقادم.^(١)

(1) International Centre For Settlement Of Investment Disputes, Emilio Agustín Maffezini v. The Kingdom Of Spain, Case No. ARB/97/7, dated 13 November 2000, online at :
http://icsidfiles.worldbank.org/icsid/ICSIDBLOBS/OnlineAwards/C163/DC566_En.pdf

الفصل الثاني مدى إلزامية القانون المختار

إذا أُدرج في عقد الاستثمار، بند أو شرط بخصوص القانون الذي يجب تطبيقه عند النزاع وتم تحديده صراحة وقت الإبرام، أو في اتفاق لاحق على إبرام العقد، أو كان بالإمكان استخلاصه بصورة مؤكدة من خلال بنود العقد الأصلي وظروف وملابسات التعاقد، فما هو موقف القوانين الداخلية والاتفاقيات الدولية من هذا الاختيار، وهل بإمكان كل من القاضي أو المحكم استبعاد قانون الإرادة المختار واستبداله بغيره من القوانين؟

المبحث الأول

الاعتراف بقانون الإرادة في التشريعات الوضعية والاتفاقيات الدولية

تجتمع أغلب الاتفاقيات الدولية والأنظمة المقارنة العربية والأجنبية على مبدأ الحرية المطلقة لإرادة الأطراف في اختيار قانونهم :-

المطلب الأول

موقف التشريعات الوطنية من الاعتراف بقانون الإرادة

وفي واقع الأمر أغلب الأنظمة الوطنية الداخلية، ساوت بين الإرادة الضمنية والإرادة الصريحة معتبرة الإرادة الضمنية إرادة حقيقية.

ومثال على ذلك: يمكن استخلاص الإرادة الغير صريحة من خلال اللغة المستعملة في إبرام العقد أو تحديد نوع العملة المختارة للوفاء بها أو تحديد مكان تنفيذ الإلتزام الوارد بالعقد.^(١)

ومن الأنظمة التي ساوت بين الإرادة الصريحة والإرادة الضمنية

على سبيل المثال لا الحصر:-

❖ على صعيد الأنظمة الأوروبية :

لم ينص المشرع الفرنسي على تطبيق قانون الإرادة تاركاً ذلك إلى القضاء، والذي استقر على تنفيذ نية أطراف التعاقد على اختيار القانون الساري على عقدهم حتى لو كانت ضمنية، مرتكزاً إلى أن القانون المختار هو قانون الدولة الذي تم تركيز العقد فيها والذي ينتج فيها أغلب آثاره، ويعتد في ذلك بالقرائن الواضحة في العقد، كقرينة مكان إبرام العقد أو مكان التنفيذ، أو قانون الجنسية المشتركة للأطراف والذي يكون له الأفضلية، وظل الأمر كذلك مستقر عليه قضاءً حتى صدور المرسوم رقم ٤٨ لسنة ٢٠١١م الخاص بتعديل قواعد التحكيم حيث نص في المادة (١٥١١) منه صراحة على أن: « تفصل هيئة التحكيم في النزاع وفقاً لقواعد القانون المختار من قِبل الأطراف.... »^(٢)، وهو ما يتضح معه اتجاه المشرع الفرنسي على

(١) د. وليد المصري ، الوجيز في القانون .. ، مرجع سالف الذكر ص ١٨٢

(٢) تصفح نص المرسوم ٤٨ لسنة ٢٠١١ الخاص بتبديل قواعد التحكيم على الرابط :

<https://www.legifrance.gouv.fr/codes/id/LEGISCTA/000006089134>

ترسيخ المبدأ القضائي صراحة والنص على قانون الإرادة بالمرسوم المشار إليه، بل إعطاه الأولوية للتطبيق على العقود الدولية.

ونصت العديد من التشريعات الأوروبية الأخرى على الاعتراف بالإرادة الصريحة وكذلك الضمنية لأطراف العقد في تحديد القانون الذي يجب تطبيقه على عقدهم منها: (القانون النمساوي، الألماني، السويسري، الإيطالي، والقانون الروسي).^(١)

❖ على صعيد الأنظمة الوطنية العربية :

يعتبر التشريع المدني المصري من أقدم القوانين العربية المنظمة لقواعد وأحكام الالتزام، وقد نص على حرية اختيار أطراف العقد للقانون الذي يفصل بينهم حال نشوب نزاع، بالمادة (تسعة عشر/ف ١) والتي حددت القانون الساري على الالتزامات العقدية، بأنه قانون دولة الموطن المشترك للمتعاقدين متى اتحدوا في الموطن، وإن اختلفوا في الموطن يسري قانون الدولة التي تم فيها العقد، ما لم يتفق المتعاقدان أو يتضح من ظروف التعاقد أن قانون آخر هو المراد تطبيقه.^(٢)

(١) القانون النمساوي الصادر ١٩٧٩ المادة ١/٣٥ – والقانون الألماني ١٩٨٦ المادة ١/٢٧ ، والقانون السويسري ١٩٨٧ ، والقانون الإيطالي ١٩٩٥ المادة ١/٥٧ ، والقانون الروسي ٢٠٠١ المادة ٢٠١٠

(٢) القانون المدني المصري ١٣١ لسنة ١٩٤٨ على الرابط :

<https://manshurat.org/node/72413>

وهو ما أكدت عليه أيضاً العديد من الأنظمة العربية المقارنة الأخرى كما في القانون المدني العراقي ١٩٥١م (م ١/٢٥)، والقانون المدني السوري ١٩٤٩م (م ١/٢٠)، والقانون المدني الليبي ١٩٥٣م (م ١٩)، وقانون المعاملات المدنية الإماراتي ١٩٨٥م (م ١٩)، والقانون المدني اليمني ٢٠٠٢م (م ١٩)، والقانون المعاملات المدنية السوداني ١٩٨٤م (م ١٣/أ)، وكذلك القانون الأردني ١٩٧٦م (م ١/٢٠)^(١)، و من أحدث القوانين العربية التي صدرت القانون البحريني الخاص بتنازع القوانين في المسائل التجارية والمدنية التي تتضمن طرف أجنبي ٢٠١٥.^(٢)

وقد اعترف القانون المدني الجزائري بالإرادة الصريحة والضمنية للمتعاقدين، حيث اعترفت (المادة الثامنة عشر/ ف ١) بالإرادة الصريحة عندما حددت القانون الساري على الالتزامات التعاقدية بأنه القانون الذي يختاره الأطراف المتعاقدة متى كان له صلة حقيقية بهم أو بالعقد، واعترفت المادة (ستون) بالإرادة الضمنية للأطراف المتعاقدة عندما حددت آليات التعبير عن الإرادة لتشمل اللفظ، الكتابة، الإشارة المتداولة المتعارف

(١) مراد المواجدة ، مرجع سابق ، ص ١٨٢

(٢) القانون رقم ٦ لسنة ٢٠١٥ متاح على موقع مجلس التنمية الاقتصادية بالبحرين على الرابط :

<https://bahrainbusinesslaws.com/arabic-laws/Conflict-of-Laws-in-Civil-and-Commercial-Matters>

عليها، وكذلك أي موقف يتم اتخاذه لا يدع أي مجال للشك في تحديد مقصد ونية صاحبه.^(١)

أما بالنسبة للنظام السعودي فقد ظل حتى الآونة الأخيرة خالياً من تشريع خاص مدني موحد ^(٢)، وكانت التشريعات التفصيلية المتخصصة والسوابق القضائية التي تعتمد في مرجعيتها على قواعد الشريعة الإسلامية هي المطبقة في القضاء السعودي، وبصدور نظام المعاملات المدنية السعودي ١٤٤٤هـ، ثم النص صراحة في المادة (أربعة وعشرون) على: « تسري على المال العام النصوص النظامية الخاصة به » ، وهذا معناه أنه في خصوص العقود البترولية تكون المرجعية لنظام الاستثمار التعديني ولائحته ١٤٤١هـ حيث حددت المادة (الثامنة والخمسون) آلية تسوية وفض المنازعات والمحكمة المختصة، بالنص على أنه: « يجوز الاتفاق على تسوية أي نزاع أو خلاف ينشأ بين أي مرخص له والوزارة عن طريق التحكيم وفقاً لأحكام نظام التحكيم ، ولأغراض هذا النظام تُعد المحكمة الإدارية هي الجهة المختصة أصلاً بنظر النزاع » ، ولا زال التشريع السعودي يخلو من وجود تنظيم خاص بشأن تنازع القوانين في المسائل التجارية، وفي حالة اختيار الأطراف لتطبيق قانون أجنبي على عقد استثمار بالمملكة، هنا

(١) المادة ١٨ من القانون 10/05 المعدل والمتمم للأمر 58/75 في ٢٠ يونيو ٢٠٠٥

المتضمن القانون المدني الجريدة الرسمية العدد ٤٤ لسنة ٢٠٠٥

(٢) ويرجع إلى وثيقة الكويت للنظام المدني الموحد المعتمدة من وزراء عدل مجلس التعاون

الخليجي بدورته التاسعة في ٩ أكتوبر ١٩٩٧

يقتصر التطبيق فقط على الاحكام الموضوعية من هذا القانون دون تلك التي تتعلق بتنازع القوانين.

وتنص المادة (٧٧٨) من وثيقة الكويت ١٩٩٧ م على: « على كل من صاحب العمل والعامل أن يقوم بالالتزامات التي تفرضها القوانين الخاصة إلى جانب الالتزامات المبينة في المواد السابقة».

لذلك يرى الباحث أن النظام المنشئ لمنح الرخصة البترولية هو القانون المعني تطبيقه عند نشوب خلاف بين المملكة مانحة الترخيص والمستثمر الأجنبي ، وأنه بمجرد موافقة المستثمر الأجنبي على شروط هذا القانون فهذا يعد موافقة مسبقة منه على رضائه بكافة الشروط والأحكام وموافقته على الإلتزام بها ، ومن ثم يكون ليس من حقه التمسك بقانون غيره عند نشوب الخلاف وفقاً للقاعدة (العقد شريعة المتعاقدين).

المطلب الثاني

موقف الاتفاقيات من مبدأ سلطان الإرادة

تلعب الإرادة دوراً محورياً كرابط إسناد في النزاع الخاص بالعقود الدولية، وقد اعترفت العديد من الاتفاقيات الدولية بمبدأ الإرادة صريحة كانت أو ضمنية، ولكنها أوجبت الكشف عن الإرادة الضمنية عند عدم وضوح الاختيار الصريح من الأطراف للقانون الذي يتعين تطبيقه على عقدهم ومن أمثلة تلك الاتفاقيات:

❖ اتفاقية واشنطن ICSID ١٩٦٥م: بشأن تسوية منازعات الاستثمارات

بين الدول والرعايا من الدول الأخرى.

بشأن تسوية المنازعات الناشئة عن الاستثمارات بين الدول وبين رعايا الدول الأخرى، حيث نصت المادة (الثانية والأربعون / الفقرة الأولى) منها على: أن لهيئة التحكيم الفصل في النزاع طبقاً لقواعد القانون المتفق عليه من أطراف النزاع، وهو ما يتضح معه من نص المادة أنها اعترفت باتفاق الأطراف بشكل عام دون اشتراط أن يكون الاتفاق صريح مما يعني أنها في ذات الوقت تعترف بالاختيار الضمني للأطراف.^(١)

❖ اتفاقية روما ١٩٨٠م : بشأن الالتزامات التعاقدية.

بشأن القانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية ، وقد أكدت الاتفاقية في مادتها (الثالثة / ف١) على: أن تحكيم العقد يتم بالقانون المختار من جانب الأطراف، سواء كان الاختيار صريحاً أو ضمنياً تم استخلاصها من نصوص العقد أو ظروف التعاقد، وهو ما يتضح معه من

(١) أنظر نص اتفاقية واشنطن ١٩٦٥ بشأن تسوية المنازعات الناشئة عن الاستثمارات بين الدول والرعايا من الدول الأخرى ، كاملة باللغة العربية على موقع الاتحاد الدولي العربي للتحكيم الدولي على الرابط :

<http://www.aifa-eg.com/washington-agreement.html>

وللمزيد أنظر : د. جلال وفاء محمد ، التحكيم بين المستثمر الأجنبي والدولة المضيفة ، دار الجامعة الجديدة، سنة ٢٠٠١، ص ٥٨

نص المادة **السالفة الذكر**، إذ أنها ساوت في القيمة بين الإرادتين الصريحة والضمنية للأطراف. ^(١)

❖ القانون النموذجي للتحكيم ١٩٨٥م المعدل عام ٢٠٠٦م :

حيث ورد بالمادة (الثامنة والعشرون / الفقرة الأولى) من القانون النموذجي : أنه هيئة التحكيم الفصل في النزاع وفقاً لقواعد القانون المختار من الأطراف باعتباره القانون واجب التطبيق على موضوع النزاع، وأي اختيار لقانون آخر لدولة يكون بمثابة إشارة مباشرة إلى القواعد الموضوعية الواردة بقانون تلك الدولة دون القواعد الخاصة بتنازع القوانين، ما لم يتفق الأطراف صراحة على غير ذلك .

وأقرت الفقرة/الثالثة من ذات المادة : بعدم جواز مراعاة هيئة التحكيم عند فصلها في النزاع لقواعد العدالة والإنصاف من تلقاء نفسها، إلا إذا أجاز لها الطرفان الأخذ بتلك القواعد صراحة.

فقد ساوى القانون النموذجي للتحكيم الـ (UNCITRAL) بين الإرادة الصريحة والإرادة الضمنية في اختيار الأطراف للقانون واجب التطبيق ولكنه اشترط الإرادة الصريحة في أعمال قواعد العدالة والإنصاف. ^(١)

(١) أنظر نص اتفاقية روما ١٩٨٠ بشأن الالتزامات التعاقدية على الرابط :

<https://www.jus.uio.no/lm/ec.applicable.law.contracts.1980/doc.html>

❖ إتفاقية عمان العربية للتحكيم التجاري :

أجازت المادة (واحد وعشرون) من الاتفاقية: بأن لهيئة التحكيم أن تفصل في النزاع بين أطراف العقد موضوع النزاع وفقاً للعقد و القانون المتفق عليه من الأطراف صراحةً كان أو ضمناً متى وجد. (٢)

❖ مجمع القانون الدولي:

أقر مجمع القانون الدولي واعترف بمبدأ حرية الأطراف في عقود الاستثمار، عند تناوله إشكالية القانون الذي يجب تطبيقه على العقود التي تم إبرامها بين الدول والأجانب، حيث جاء في المادة (الأولى) من التوصيات التي أصدرها المجمع بأن العقود المبرمة بين الدولة و الأجانب الخاضعين للقانون الخاص **تخضع** للقواعد القانونية التي تم اختيارها بواسطة أطراف العقد. (٣)

ومما سبق يتضح أن الراجح دولياً هو أن اتفاق الأطراف للقانون الذي يجب تطبيقه عند النزاع قد يكون واضح و صريح وقد يستخلص ضمناً

(١) أنظر نص القانون النموذجي للتحكيم ١٩٨٥ وتعديلات ٢٠٠٦ النسخة العربية على

الرابط : https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/ar/19-09953_a_ebook_0.pdf

وأيضاً: صلاح الدين جمال ، التحكيم وتنازع القوانين ، مرجع سابق ، ص ١٩٣

(٢) أقرها مجلس الوزراء العرب في الدورة الخامسة القرار ٥٠/٨٠ بتاريخ ابريل ١٩٨٧

(٣) وذلك خلال دورة انعقاده بمدينة أثينا عام ١٩٧٩ ، الهادي خضراوي المرجع السابق

من بنود العقد، ويعتبر الاختيار الضمني معبراً عن الإرادة الحقيقية للأطراف المتعاقدة لكونه يستتبط من قرائن مؤكدة تدل عليه.^(١)

المبحث الثاني

مدى إلزام قانون الإرادة للقاضي الوطني والمُحكم

يُثار التساؤل هنا عن مدى إمكانية استبعاد القانون الذي أختاره أطراف العقد من قِبَل القاضي الوطني أو المُحكم، سواء كان هذا الاختيار واضح صراحة أو مستخلص ضمناً من ظروف وملابسات العقد واستبداله بغيره من القوانين .

المطلب الأول

مدى إلزامية القانون المختار بالنسبة للقاضي الوطني

يستخلص القاضي القانون المختار من نصوص العقد أو ملابساته، ويتمتع في ذلك بسلطة تقديرية، وقد ظهرت عدة اتجاهات مختلفة بخصوص مدى إلزام القاضي بالقانون المختار من الأطراف.

(١) د. هشام صادق، مصدر سابق، ص ٢٥٣

❖ أنصار نظرية التركيز الموضوعي لـ Batiffol^(١):

انقسم اتباع تلك النظرية إلى اتجاهين: يرى أنصار الاتجاه الأول، ضرورة وجود صلة تربط بين العقد والقانون الذي تم اختياره (وفقاً لنظرية باتيفول المعتمدة على فكرة التركيز الموضوعي للرابطة العقدية)^(٢)، ومن ثم يتعين على المتعاقدين في عقود الاستثمار اختيار قانون مرتبط بالعقد برابطة مؤثرة ومباشرة، ومتى توفرت جملة من الشروط أساسها وجود رابطة حقيقية وجادة ومشروعة بين القانون المختار و العقد، فعلى القاضي الإلتزام بالاختيار الصريح للقانون الوارد في العقد.

ووفقاً لهذا الرأي يكون للقاضي الحق في عدم الأخذ بالقانون المختار إذا تبين له عدم وجود صلة تربطه بالعقد، وفي هذه الوضعية يحق للقاضي استبعاد القانون الذي اختاره الأطراف إعمالاً لنظرية الغش نحو القانون، والتي ترمي إلى هروب الأطراف من تطبيق القانون الذي يجب تطبيقه^(٣).

(١) نظرية التركيز الموضوعي : نظرية تركز على اعتماد الإرادة في اختيار القانون في المقام الأول وفي حالة انعدام الاختيار تركز على ظروف وملابسات التعاقد لتحديد القانون الأفضل للتطبيق

(2) Batiffol, Henri et Lagarde, P., Droit international privé , T .II , 7e édition, Paris, Librairie générale de Droit et de Jurisprudence 1983 , p664.

(٣) د. بلاق محمد ، قواعد التنازع و القواعد المادية فى منازعات عقود التجارة الدولية ، دار الفكر العربي ، ٢٠١٦ ص ص ٤٥ ، ٤٨

وقد أخذت العديد من الأنظمة القانونية بهذا المنهج في الإسناد، ومنها القانون المدني المصري، حيث أقر في المادة (١٩/ف١) منه على سريان قانون الدولة التي يوجد فيها الموطن المشترك للمتعاقدين متى اتحدوا في الموطن على الالتزامات التعاقدية بينهم، وفي حالة اختلافهم في الموطن يسرى قانون الدولة التي تم فيها العقد، هذا ما لم يتفق المتعاقدان على غير ذلك أو تبين من ظروف وملابسات التعاقد أن هناك قانون آخر تتجه إرادة الأطراف نحو تطبيقه...، وهو ذات النص الذي أخذ به كلاً من: القانون المدني السوري (م٢٠)، وفي مملكة البحرين صدر عام ٢٠١٥م تشريعاً متخصصاً لتنظيم تنازع القوانين في المسائل التجارية والمدنية التي تتضمن طرفاً أجنبياً^(١).

بينما يؤمن أصحاب الاتجاه الثاني بالحرية المطلقة للأطراف في اختيار القانون الذي يحكم عقدهم عند النزاع، ويكتفون بالتحقق من وجود رابطة مشروعة وجدية للأطراف في اختيار القانون الذي يحكم عقدهم ويضمن تحقيق الأهداف الجدية مع مصالح التجارة الدولية، ومن ثم لا يتعين على القاضي تغيير القانون المختار ولا يحق له الادعاء أن هذا القانون يفتقر للصلة بينه وبين الرابطة التعاقدية، لأن ذلك سوف يخل بتوقعات الأطراف المشروعة ويهدد مصالحهم الفردية.^(٢)

(١) القانون رقم ٦ لسنة ٢٠١٥ سالف الإشارة.

(٢) محمود ياقوت ، حرية المتعاقدين مرجع سابق ، ص ١١٩

وقد أخذت اتفاقية روما ١٩٨٠م بهذا الاتجاه، واستقرت عليه أحكام القضاء الانجليزي والألماني بضرورة وجود رابطة حقيقية بين القانون المختار والعقد المبرم.

❖ أنصار فكرة الرابطة الإقليمية :

يرى أصحاب هذا الرأي بأنه يكفي توفر رابطة ذهنية بين القانون المختار و عقود الاستثمار وبخاصة البترولية منها، باعتبارها عقود ترتبط بصفة مباشرة بالمشروعات التنموية للدولة المتعاقدة وتلك الاهداف التنموية ترتبط تمام الارتباط بإقليم الدولة محل العقد، ولا يمكن تصور تنفيذها أو تحقيق الهدف منها خارج إقليم الدولة، لذا نجد أغلب عقود الاستثمار المبرمة مع الدول الوطنية تجعل من قانون (للدولة الحاضنة للاستثمار) القانون الذي يجب تطبيقه عند نشوب خلاف، إما منفردًا وإما مدعماً بقوانين أخرى، وإن لم ينص على ذلك صراحة، فإنه يمكن استخلاص الإرادة الضمنية من خلال القرائن.^(١)

ومن منطلق الرابطة الذهنية تلك فإنه يحق للقاضي أن يستبعد القانون المختار عندما يتبين له أن هذا القانون يتعارض مع النظام العام لدولة الإقليم، أو لوجود غش أو تحايل تم اختيار القانون بناءً عليهما، أو متى اتضح للقاضي إغفال القانون الأجنبي واجب التطبيق عن إعطاء حل مباشر

(١) مرتضى عاشور ، مرجع سابق ، ص ٤٨٤

وحاسم للنزاع المعروف أمامه، وهو ما أخذ به قضاء المحكمة الفيدرالية السويسرية، فلم تتمسك بوجود مصلحة معقولة للقانون الذي اختاره الأطراف، بل أوجبت وجود رابطة إقليمية للعقد بذلك القانون^(١).

ويتضح مما سبق أن القاضي الوطني يحق له استبدال القانون المختار في أحوال الغش والتحايل على القانون الفعلي واجب التطبيق وكذلك في أحوال مخالفة الاختيار للنظام العام لدولته، وأحيانا متى كان غير ملائماً للعقد ولا يحمي الأهداف المرجوة منه في النهاية.

ورغم تأييدنا لاتجاه خضوع عقود الاستثمار المتضمنة طرف أجنبي مع دولة ذات سيادة للقانون الداخلي للدولة المتعاقدة مع المستثمر الأجنبي، إلا إنه وفقاً للقاعدة الفقهية الراسخة العقد شريعة المتعاقدين، فإنه متى ارتضت الدولة الوطنية الخروج عن قانونها الوطني، فإنه بلا شك يجب احترام قانون الإرادة، ولكننا نرى أيضاً بذات الوقت أن في الحالات التي تكون الدولة الوطنية ليست على دراية كافية بالجوانب الفنية الدقيقة لطبيعة تلك العقود التي تبرمها، ومتى كانت غير مدركة للمخاطر التي قد تحيط بها أو قد تمس أمنها الوطني، فإنه بلا أدنى شك يحق للقاضي الوطني عدم تطبيق القانون المختار متى ثبت له أنه يمثل خطراً على المركز القانوني والمالي لدولته الوطنية، وقد يؤثر هذا التوجه بلا شك على جذب الاستثمارات الأجنبية للدولة المضيفة، لذلك هناك من الدول الوطنية

(١) الروبي، مرجع سابق، ص ص ٢٥٢ . ٢٥٣

من يلجأ في سبيل جذب الاستثمارات الأجنبية لوضع قواعد مرنة لنجاح إتمام الصفقات الأجنبية لضخ رؤوس الأموال إليها، دون أدنى دراسة مدققة لطبيعة المخاطر التي قد تواجهها فيما بعد على كافة المستويات القانونية كانت أو الاقتصادية.

المطلب الثاني مدى إلزامية القانون المختار بالنسبة للمحكم

يعتبر التحكيم من أهم الطرق المتبعة لفض المنازعات الخاصة بعقود الاستثمار وبخاصة التي تتضمن طرف أجنبي، ويكون اللجوء إليه باتفاق الأطراف مسبقاً.

فهل يجوز للمحكم سواء كان فرداً مستقلاً أو تابع لهيئة تحكيمية معتمدة أن يستبعد تطبيق القانون الذي تم إختياره من قبل الأطراف؟.

الأصل : إلزام المحكم بمبدأ سلطان الإرادة وتطبيق القانون المختار من جانب أطراف العقد على النزاع الناشب بينهم، وغير مقبول أن يقوم باستبعاد القانون المختار، ومن الأسباب التي يمكن أن تُرفع فيها دعوى بطلان للأحكام التحكيمية الصادرة: حالة تجاوز المحكمين للسلطات

والاختصاصات المحددة لهم بمقتضى اتفاق التحكيم، ومن تلك السلطات سلطة اختيار القانون واجب التطبيق.^(١)

ورغم تلك القاعدة الأصولية إلا أن هناك أحكام تحكيم قديمة خرجت عنها واستبعدت القانون واجب التطبيق، **نورد أبرزها تباعاً وفق الترتيب**

الآتي:-

الفرع الأول **أحكام** استندت إلى عدم ملزمة قانون الدولة النفطية لمعاملات التجارة الدولية

١. التحكيم بين شيخ أبو ظبي وشركة بتروليوم ديفلوب منت P.D.F
عام (١٩٥١).

وتتلخص وقائع هذا النزاع في حصول شركة بتروليوم ديفلوب منت عام (١٩٢٩) على امتياز نفطي يغطي إقليم أبو ظبي شبه كاملاً، ثم قام حاكم الإمارة بمنح امتياز لشركة سوبر أوليل عام (١٩٥٠)، بالمناطق البحرية النائية ، مما دفع شركة بتروليوم إلى الاعتراض على منح الامتياز لشركة سوبر أوليل، فنشب نزاع بين بتروليوم وإمارة أبو ظبي، واتفقا على عرضه على هيئة التحكيم.

(١) الروبي ، مرجع سابق ، ص ٢٥٢ . ٢٥٣

وعندما عُرض النزاع على محكمة التحكيم رأى المُحكم أن القانون الذي يجب تطبيقه على هذا النزاع هو قانون إمارة أبو ظبي ذات المرجعية الإسلامية، ورغم ذلك أصدر حكمه عام (١٩٥١) باستبعاد قانون إمارة أبو ظبي بحجة عدم ملائمتها لمعاملات التجارة الدولية لكونه مأخوذاً من الشريعة الإسلامية ومبادئها مع شدة بدائية إقليم أبو ظبي وعدم امتلاكه لأي مبادئ قابلة للتطبيق على عقود التجارة الدولية، وأقر بتطبيق القانون الإنجليزي على هذا العقد وهذا بالطبع استهدف أولاً وأخيراً تحقيق مصالح الشركة الأجنبية صاحبة الاستثمار.^(١)

٢. التحكيم بين حاكم قطر والشركة البحرية الدولية المحدودة للنفط International Marine Oilcolt عام ١٩٥٣م:

حيث قرر المحكم في تلك المنازعة: أن هناك عوامل موضوعية عديدة تشير إلى أن القانون الإسلامي هو القانون المطبق في قطر باعتباره القانون المناسب، مؤسساً حكمه على اقتناعه الشخصي بأن القانون القائم على الشريعة الإسلامية لا يتضمن من وجهة نظره على أيه مبادئ كافية لتفسير هذا النوع الخاص من العقود، ومن ثم قام باستبعاد القانون القطري

(١) المستشار / احمد عبد الغفار ، التحكيم في منازعات البترول والغاز والطاقة ، بحث منشور لدى مركز الاسكندرية للتحكيم الدولي والوسائل البديلة لحل المنازعات متاح على الرابط:

<https://www.facebook.com/Aiacadrs/posts/765948410098531/>

بحجة نقص القانون الإسلامي و عدم كفايته لتفسير نوعية العقود الخاصة بالاستثمار في مجال النفط .!(^(١))

٣. قضية الحكومة السوفيتية ضد شركة Cold Fields الإنجليزية:

حيث نص العقد المبرم بين الحكومة السوفيتية وشركة Cold Fields الإنجليزية في البند خمسة وسبعون منه على إخضاع أي نزاع قد يُثار بخصوص هذا العقد للقانون الروسي، وبالرغم من وجود نص صريح بذلك، إلا هيئة التحكيم استبعدت القانون الروسي من التطبيق على الكثير من بنود العقد المختلف عليها بحجة أن القانون الروسي يحكم القواعد الخاصة بتنفيذ العقد داخل حدود الإقليم الروسي فقط، أما ما عدا ذلك فيخضع للمبادئ القانونية العامة^(٢).

٤. قضية السعودية ضد شركة Aramco الأمريكية 1935:

حيث أبرمت حكومة المملكة عقداً عام ١٩٣٣م مع شركة أرامكو الأمريكية بمنحها الحق في نقل الإنتاج النفطي من السعودية للخارج، ثم تعاقدت الحكومة بعد ذلك مع إحدى شركات أوناسيس عام ١٩٥٤م، ومنحتها الحق في تأسيس شركة بالمملكة لنقل النفط باسم: شركة ناقلات النفط البحرية السعودية، وهو الأمر الذي اعترضت عليه شركة أرامكو

(١)د. أحمد عبد الحميد عشوش ، قانون النفط ، مؤسسة شباب الجامعة ، مرجع سابق ، ص

(٢) (مشار إليه في) علاء محي الدين أبو أحمد ، مرجع سابق ، ص ٣٤٨

الأمريكية لكون الامتياز الثاني الذي أبرمته الحكومة يتعارض مع الامتياز الممنوح لها، ومن ثم وقع الخلاف بين أرامكو والحكومة السعودية ، وعرض على محكمة التحكيم، ورغم إقرار المحكمة بأن القانون السعودي هو الذي يتعين تطبيقه على النزاع، إلا أنها استبعدته بعد ذلك بقولها: « إن نظام الإمتياز التعديني، ومن ثم الامتيازات النفطية غير كاملة التكوين في القانون الإسلامي، وأن مدرسة بن حنبل الفقهية المطبقة في السعودية لا تتضمن أي قاعدة يمكن تطبيقها على الإمتيازات البترولية »، وبالتالي إنتهى إلى عدم كفايته لتفسير عقود الاستثمار النفطي ووجوب تكملته بمصادر إحتياطية أخرى كالمبادئ العامة للقانون.^(١)

الفرع الثاني

أحكام تحكيم استندت إلى تعارض قانون الدولة النفطية
مع مبادئ القانون الدولي العام

١. قضية شركة أمينويل ضد دولة الكويت ١٩٨٢ م :-

حيث صدر الحكم باستبعاد القانون الكويتي الذي كان يتعين تطبيقه على موضوع النزاع وأخذت هيئة التحكيم بالقواعد التي تحددها هي على أساس قواعد العدالة الطبيعية ومبادئ التحكيم الدولي، إنطلاقاً من صفة العقد الدولية ، كما رفضت تطبيق نظرية العقد الإداري، رغم أن القانون

(١) المستشار / احمد عبد الغفار ، التحكيم في منازعات البترول والغاز والطاقة ، مصدر سالف الذكر

الوطني الكويتي يأخذ بها صراحة - وقد استند الحكم إلى أن الإجراء المُتخذ من جانب الحكومة الكويتية أقرب إلى التأميم الذي لا يمكن إسناد قواعد العقد الإداري له، كما أن نظرية العقد الإداري في الأصل غير معروفة في القانون الدولي العام ولا يُمكن اعتمادها مبدأً قانونيًا عامًا، وأخيرًا و لأن العقد قد تضمن شروط تثبيت تستبعد حق الحكومة في التأميم، ومن ثم استبعد هذا القضاء تطبيق القانون لدولة الكويت المنفق عليه كقانون واجب التطبيق علي موضوع النزاع وتم نقل الاختصاص إلي دائرة المبادئ القانونية المتعارف عليها دولياً.^(١)

٢. تحكيم Tessaco، ضد الحكومة الليبية ١٩٧٧م :-

ويتعلق موضوع النزاع بعقد مبرم بين شركة Tessaco والحكومة الليبية لاستغلال حقل بترول في الأراضي الليبية موقع قبل ثورة الفاتح في ليبيا إلا إن الحكومة الليبية قامت بتأميم شركة Tessaco، وعليه نشب الخلاف بين الشركة والحكومة الليبية وأسندت رئاسة هيئة التحكيم إلى المحكم الفرنسي (Dupuy)، و الذي بدوره استبعد تطبيق القانون الوطني الليبي على الرغم من كونه و القانون الذي يتعين تطبيقه وفقاً للبند (ثمانية وعشرون) من العقد المبرم، وقام بتطبيق القانون الدولي العام باعتبار العقد

(١) د. رشا خليل عبيد ، التحكيم في المنازعات ومدى تأثيره بسيادة الدولة ، مجلة القادسية للعلوم القانونية والاقتصادية ، المجلد الرابع العدد (٢٠١١) ، ص.ص ٩٦-٩٩

المبرم بين شركة Tessaco والحكومة الليبية من العقود الدولية و لا يخضع للقانون الليبي. (١)

٣. قضية توباكو مع الحكومة الليبية ١٩٧٧م :-

حيث نشب نزاع بين شركة البترول توباكو والحكومة الليبية نتيجة لخضوع الشركة للتأمين حيث رفضت هيئة التحكيم تطبيق أحكام العقد الإداري لأن إمتياز البترول لا يستوفي الشروط اللازمة في القانون الليبي، ونظراً لكون فكرة نظرية العقود الإدارية ليست سائدة في النظم القانونية العالمية ، ومن ثم لا يمكن اعتبارها من المبادئ الأساسية للقانون ، وقضي المحكم أيضاً بأن حقوق الشركة صاحبة الامتياز لا يجوز المساس بها إلا باتفاق طرفي عقد الامتياز وإنه لا يوجد تبرير قانوني للتأمين الذي حدث وعلى الحكومة الليبية إعادة الوضع إلى ما كان عليه وإلغاء التأمين خلال خمسة أشهر ، وهذا الحكم بدوره تجاهل قرارات الأمم المتحدة وينكر سيادة الدولة ويخالف أحكام القانون الدولي العام. (٢)

٤. قضية ليامكو مع الحكومة الليبية ١٩٧٧م :-

قرر فيها المحكم استبعاد القانون الليبي الذي كان يتعين تطبيقه وخضوع التحكيم لأحكام مشروع قواعد اليونسترال، والتي لم تكن قد صدرت

(١) المستشار / احمد عبد الغفار ، المرجع السابق

(٢) المرجع السابق

بعد ، وعلى نحو مغاير من تحكيم توباكو رفض المُحكم في قضية ليامكو إعادة الوضع إلي ما كان عليه قبل التأميم لأن هذا بمثابة إلغاء للتأميم وهو ما يتعارض مع سيادة الدولة ويتعارض أيضاً مع قرارات الأمم المتحدة، ولأن التأميم لا يُعد عملاً غير مشروع يستوجب إلغاؤه، و لذلك إنتهي المحكم إلي تعويض الشركة صاحبه حق الإمتياز. ^(١)

٥. التحكيم بشأن الغاز الطبيعي بين شركة Petrobart Limited وجمهورية قيرغيزستان ٢٠٠٥:-

وتتلخص وقائعه في قيام هذه الشركة وقيرغيزستان من خلال شركة KyrgyzGazMunaizat بتوقيع عقد تقوم بموجبه شركة Petrobart بتزويد KGM بمائتي ألف طن من الغاز شهرياً علي مدار عام، إلا أنه لم تستطع (KGM) الوفاء بالتزاماتها بالقيام بدفع ثمن الغاز الطبيعي الذي استلمته، فلجأت Petrobart للقضاء، وحصلت علي حكم بإلزام KGM بدفع الدين لها، وقضي ببيع أصول (KGM) في مزاد علني لتسديد ديونها، و تم إعلان إفلاس شركة KGM ولم تستطع Petrobart تنفيذ الحكم الصادر لها، فلجأت للتحكيم، وقضي المحكم المنحدر من معهد تحكيم الغرفة التجارية باستوكهولم في التاسع والعشرون من مارس عام ٢٠٠٥ بإلزام قيرغيزستان

(١) المستشار / احمد عبد الغفار ، المرجع السابق

بأن تدفع لشركة Petrobart Limited تعويض يقدر بـ ١,١٣١,٢٢٩ دولار بالإضافة للفوائد.^(١)

٦. التحكيم بشأن الاستثمار في قطاع الغاز بين شركة (Enron Corporation) وأحد الشركات المملوكة لها Ponders Assets, L.P. ، ودولة الأرجنتين ٢٠٠٧ :-

تتلخص وقائع النزاع في قيام هذه الشركات بالاستثمار في شركة خاصة بنقل الغاز في الأرجنتين (TGS)، للاستفادة من حوافز الاستثمار المقررة في هذه البلد، إلا أن الأرجنتين قامت بزيادة الضرائب المفروضة علي (TGS)، ومن ناحية أخرى لم تقم حكومة الأرجنتين بتعديل تعريفه التغذية المقدمة لتلك المشروعات وفقاً لتغير سعر الدولار، كما كان متفق عليه بين الطرفين، لذلك لجأت تلك الشركات للتحكيم، وقضت محكمة التحكيم في الثاني والعشرون من مايو عام ٢٠٠٧ بإخلال الأرجنتين بالتزاماتها تجاه هذه الشركات، لذلك ألزمت الأرجنتين بدفع تعويضاً يقدر بـ ١٠٦,٢ مليون دولار بالإضافة للفوائد.^(٢)

(1) Petrobart Limited v. The Kyrgyz Republic, SCC Case No. 126/2003, 29-March-2005, See at :

<https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0628.pdf>

(2) Enron Creditors Recovery Corporation, and Ponderosa Assets, L.P v. Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/01/3, Award, 22-May-2007, See at :

<https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0293.pdf>

٧. قضية تحكيم Hunt Oil Company الأمريكية ضد الحكومة اليمنية

عام ٢٠٠٨ .

تتلخص وقائع القضية فيما يخص الاتفاقية الموقعة بين الجمهورية اليمنية وشركة Hunt بتاريخ الثالث من سبتمبر ١٩٨١م تنتهي في الرابع عشر من نوفمبر ٢٠٠٥ م، ولمدة عشرين عامًا لتشغيل القطاع النفطي رقم ١٨ مأرب - الجوف، وقبل انتهاء المدة جرت مفاوضات بين الطرفين لتجديد وتمديد الاتفاقية لمدة خمس سنوات أخرى، وتم التوقيع الأولي على مشروع اتفاق بذلك إلا أن مجلس النواب اليمني لم يصادق على هذا المشروع وفقًا لصلاحياته الدستورية ، وبذلك تم اعتبار هذا المشروع لاغياً، وكلفت الحكومة اليمنية شركة (صافر الوطنية) بتشغيل القطاع النفطي رقم ١٨ مأرب-الجوف، وعليه قامت شركة Hunt الأمريكية بإثارة النزاع أمام محكمة غرفة التجارة الدولية ICC بباريس مدعية أن اتفاق التجديد والتمديد قد أصبح نهائياً وملزماً وواجب النفاذ، وأن قرار اليمن بالسيطرة على القطاع المذكور مخالف للاتفاق وطالبت بتعويضها بمبلغ مالي يقدر بحوالي ٣ مليارات و ٢٧٥ ألف دولار، وبعد ثلاث سنوات صدر الحكم لصالح جمهورية اليمن بإجماع المحكمين الثلاثة بالآتي: -

- انتهاء الاتفاق بين الطرفين بتاريخ ١٤ نوفمبر ٢٠٠٥م.
- بإلغاء أي إدعاء بوجود اتفاق قانوني جديد بين الطرفين.

- بإلغاء طلب بالتعويض المقدّر بحوالي ٣ مليارات و ٢٧٥ ألف دولار، وكذلك الحكم بإلغاء الدعاوي المضادة.
- بإلزام اليمين بدفع جملة مبالغ مالية تصل في مجموعها إلى ٢٢ مليون و ٨٧٢ ألف و ٨٧٥ دولار مع فوائد بنسبة ٥ %^(١).

٨. التحكيم الذي يتعلق بالبترول بين شركة The Rompetrol Group التي تم تأسيسها في هولندا، و شركة (Rompetrol Rainare S.A.) برومانيا ٢٠١٣ م :-.

وتتلخص وقائعه في قيام (TRG) بالاستثمار في قطاع البترول في رومانيا عن طريق شراء أسهم في شركة Rompetrol S.A التي تمتلك وتدير مجمعا لتكرير النفط وصناعة البتروكيماويات، ونتيجة لهذا قامت رومانيا بإجراء تحقيقات بشأن مدي صحة خصخصة Rompetrol S.A بشراء (TRG) حصة فيها، إلا أن (TRG) رأت أن التحقيقات تفتقر للشفافية وتنتهك المعايير الدولية خاصة بعد اتهامها بغسيل الأموال واعتقال مديرها وحظره من السفر، ومن ثم لجأت للتحكيم للمطالبة بالحصول علي تعويض عن الضرر المعنوي، وذلك لإخلال Rompetrol S.A بالمعاملة اللازم اتباعها وفقاً لاتفاقية تشجيع الاستثمار المبرمة بينهما، و قضت محكمة التحكيم في ٦ مايو

(١) لتفاصيل القضية تصفح المقال التالي المنشور بتاريخ الثلاثاء، ١٩-أغسطس-٢٠٠٨ على الرابط: <https://www.almotamar.net/pda/61504.htm>

٢٠١٣م برفض حصول TRG علي تعويض، لأنها لم تستطع إثبات تعرضها للضرر أو لخسارة اقتصادية.^(١)

٩. قضية تحكيم شركة كهرباء إسرائيل IEC وشركة Ampal-American Israel Corp الاسرائيلية واخرين ، ضد الشركة القابضة للغازات الطبيعية المصرية الوطنية (EGAS) وشركة EMG للغاز المملوكة لأحد رجال الأعمال المصريين ٢٠١٥م:

حيث لجأت الشركات الإسرائيلية للتحكيم الدولي عام ٢٠١٢م نتيجة القرار المصري بوقف تصدير الغاز إلى إسرائيل ، وقد ألزمت غرفة التجارة الدولية ICC بجنيف في ديسمبر ٢٠١٥م شركات الغاز الوطنية والهيئة العامة للبترول المصرية ، بدفع تعويضات لشركة كهرباء إسرائيل قدرها ١,٧ مليار دولار، وكذلك دفع تعويض لشركة غاز شرق المتوسط بـ ٢٨٨ مليون دولار، واعتبرت مصر هذا الحكم غير صحيح لأنه يمثل تجاوز لحدود اختصاص المحكمة التي قامت بالتحكيم، كما أن المحكمة أخطأت في تطبيق القانون الإنجليزي الذي يحكم موضوع النزاع ، كما أنه لم يتم احترام حقوق الدفاع، ورفضت سماع تقرير الخبي ، وقامت بالطعن عليه أمام المحاكم السويسرية الأعلى وفقاً لإجراءات التقاضي^(٢)، وقد تم الاتفاق مؤخراً

(1) The Rompetrol Group N.V. v. Romania, ICSID Case No. ARB/06/3, 6-May-2013, See at :

<https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw1408.pdf>.

(1) Ampal-American Israel Corporation and others v. Arab Republic of Egypt, ICSID Case No. ARB/12/11, 1-Februray-2016, See at :

على تسوية لانتهاء النزاع تقضي بتخفيض قيمة الغرامة المفروضة علي مصر إلى ٥٠٠ مليون دولار فقط.

١٠. قضية تحكيم شركة Unión Fenosa Gas المؤسسة وفقاً للقانون الأسباني ومصر ٢٠١٨ م :-

تتلخص وقائع النزاع في قيام (UFG) بالاستثمار في مصر لبناء محطة لإسالة الغاز الطبيعي بالمنطقة الحرة بدمياط علي بعد ٦٠ كيلومتر غرب بورسعيد وقناة السويس، تعتبر تلك المحطة أكبر محطة لتسييل الغاز الطبيعي في العالم، وتم توقيع اتفاقية بيع وشراء الغاز الطبيعي بين (EGAS)، وبين (UFG) إلا أن مصر أخلت باتفاقها فيما يخص تزويد (UFG) بالغاز الطبيعي مما جعل المحطة تتوقف عن العمل لما يزيد عن عام، لذلك لجأت (UFG) للتحكيم، وقضت المحكمة في الواحد والثلاثون من أغسطس عام ٢٠١٨ بثبوت إخلال مصر بالوفاء بالالتزامات المفروضة عليها تجاه (UFG) ومن ثم إلزامها بدفع تعويض للشركة يزيد على ٢ مليار دولار (٢,٠١٣,٠٧١,٠٠٠) بالإضافة للفوائد.^(١)

<https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw7310.pdf>.

(1) Unión Fenosa Gas, S.A. V. Arab Republic of Egypt, ICSID Case No. ARB/14/4, 31-August-2018, See at: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw10061.pdf>

وتعتبر مصر من أكثر الدول التي تعرضت لقضايا تحكيمية دولية في الفترة الأخيرة بعد ٢٠١١م، حيث واجهت نحو (أربعين) قضية تحكيم دولي مع مستثمرين أجانب، منها ١٨ قضية تحكيم دولي مرفوعة من شركات بترول أجنبية على الحكومة المصرية، بسبب خلافات في تنفيذ عدد من البنود بالاتفاقيات الموقعة بين الحكومة المصرية وتلك الشركات.^(١)

ووفقاً لإحصائية نشرتها محكمة التحكيم الدولية مؤخراً ، فقد شهدت الأعوام الأخيرة تزايداً في قضايا التحكيم المتداولة بشأن الطاقة ، وبالأخص عام ٢٠٢٠ شهد نحو ١٧٠ دعوى تحكيمية جديدة أمام المحكمة تتعلق جميعها بالطاقة أو منازعات ناشئة عن مجالات الطاقة المختلفة، فقد مثلت نزاعات الطاقة وحدها نحو ٢٥% من القضايا المنظورة أمام مراكز التحكيم الدولية بهذا العام ، كمركز سوية المنازعات الاستثمارية الدولي، و محكمة لندن للتحكيم الدولي وغيرها، الأمر الذي يؤكد على أن عقود الاستثمار الدولية تحتاج لمزيد من التدقيق القانوني والفني وبخاصة تلك المتعلقة بمجالات الطاقة لكونها تحظى بأهمية قصوى دولياً وإقليمياً ، وكثيراً ما يحكم فيها بتعويضات باهظة تضيف أعباءاً ضخمة على موازنة الدول المضيفة يتلاشى أمامها أي ميزة استثمارية كانت قد ترمي إليها.^(٢)

(١) المصدر : المصري اليوم منشور بتاريخ ١٢-٨-٢٠١٤ على الرابط :

<https://www.almasryalyoum.com/news/details/500243>

(٢) للمزيد تصفح الموقع الرسمي لمركز قطر الدولي للتوفيق والتحكيم ، المنشور بتاريخ

١٥-١١-٢٠٢١ على الرابط : <https://qicca.org/6872?lang=ar>

ويتضح لنا مما طرحناه من سوابق تحكيمية في المنازعات الخاصة بعقود استثمار البترول، الخلط بين الميول السياسية والاقتصادية في المسائل القانونية ، مما جعل أغلبها يخرج عن الحياد وعن المبدأ المتأصل (العقد شريعة المتعاقدين)، والذي استخدم كذريعة لاستبعاد القانون واجب التطبيق المتفق عليه، على الرغم من الاعتراف السائد للمحكمين بأن قانون الدولة النفطية هو المختص أصلاً بحكم العقود النفطية، إلا أنهم صنعوا الحجج المختلفة لعدم تطبيقه، تارة بحجة عدم ملائمة القوانين الداخلية بالدول الوطنية المتعاقدة مع طبيعة المعاملات التجارية الدولية أو نقصها أو تعارضها مع المبادئ العامة للقانون، وتارة بحجة تخلف قوانين الدولة النفطية وعدم ملائمتها، وكله لخدمة المستثمر الأجنبي.

و يرى الباحث أنه متى استبعد القاضي الوطني قانون الإرادة فإنه لا بد له من الاستناد إلى حجة قانونية ودستورية تقتضيها طبيعة الأمور، وبخاصة في الأحوال المخالفة للنظام العام أو الإضرار بمصلحة الدولة الوطنية، وهذا دور القاضي الوطني وواجبه، ولا يكون تدخله بالاستبعاد في هذه الحالة تعنتاً أو تعسفاً أو عدم احترام لإرادة المتعاقدين، لأن المصالح الوطنية العامة لا بد وأن تكون الأولى بالحماية في جميع الأحوال.

الباب الثاني

**القانون واجب التطبيق على عقود البترول
في حالة عدم اختيار الأطراف
للقانون الواجب تطبيقه**

خلصنا مما سبق - في الباب الأول - إلى أن اختيار المتعاقدين

لقانون دولة معينة لحكم عقود الاستثمارات البترولية المُبرم بينهم قد يُعد في قضاء التحكيم اختيارًا تنازعيًا يخضع العقد بمقتضاه للقانون المُختار، ورغم ذلك فإن تطبيق هذا القانون لا يحول بين المُحكم وبين إعمال أحكام القواعد العُرفية المستقرة دوليًا، والواقع يشير إلى أن قاعدة إخضاع العقد لقانون إرادة المتعاقدين لم تكن هي الفكرة السائدة من قبل، بل كان السائد إخضاع العقد لقانون محل الإبرام، لذلك يكون قانون محل الإبرام محل ترجيح وقت غياب الإرادة الصحيحة للأطراف باعتبار أن محل الإبرام، بمثابة تعبير عن إرادة الأطراف المتعاقدة الضمنية في اختيار القانون الذي يتعين تطبيقه على عقدهم حال نشوب نزاع.^(١)

وبخلاف اتجاه الأطراف التعاقد إلى تحديد القانون الذي يجب تطبيقه على أي نزاع متوقع حدوثه أثناء تنفيذ أو سريان العقد، فمن المحتمل أن تتوفر أيضًا حالة انعدام الاتفاق من الأساس للقانون المختار مع صعوبة الاستدلال عليه صراحةً أو ضمناً.

وسيكون محور البحث في هذا الباب من الدراسة حول القانون واجب التطبيق على عقود البترول في حالة انعدام الاختيار من الأطراف، من خلال التقسيم إلى الفصلين التاليين :-

(١) الهادي الخضراوي ، مرجع سابق ص ١٣٦

سنتناول في الفصل الأول: كيفية تحديد القانون واجب التطبيق على عقود البترول في حالة عدم الاختيار، و في الفصل الثاني: تحديد القانون واجب التطبيق وفقاً لمبادئ القانون الدولي الخاص.

الفصل الأول

كيفية تحديد القانون واجب التطبيق على عقود البترول في حالة عدم اختيار الأطراف للقانون

السائد حاليًا خضوع الاستثمارات البترولية لقوانين خاصة تنظم ضوابط منح التراخيص لتلك المشروعات الاستثمارية في إطار من القواعد النظامية المحددة سلفًا، وقد تتضمن تلك القواعد القانون الذي يتعين تطبيقه في حالة حدوث نزاع، ومن ناحية أخرى قد تغفل عنه رغبة منها في جذب الاستثمارات الأجنبية للبلاد دون تعقيدات مُنفرة لجذب رؤوس الأموال الأجنبية، وفي هذه الحالة يصعب تحديد القانون الذي يجب تطبيقه عند النزاع المُحتمل لعدم الاتفاق المسبق عليه صراحة أو ضمناً قبل البدء في المشروع سواء في مثل تلك الحالة التي تكون الدولة المضيفة طرفاً في العقد أو في حالات أخرى يكون العقد بين مستثمر وطني خاص وآخر أجنبي .

تتوفر حالة عدم الاختيار للقانون الذي يجب تطبيقه على عقد الاستثمار، بحيث يسكت العقد عن أي ذكر صريح للقانون المختار المتعين تطبيقه عند النزاع المحتمل، ليس ذلك فحسب بل ينعدم أيضًا وجود أي أدلة أو قرائن تشير إلى إتجاه الإرادة الضمنية للأطراف في إتجاه تطبيق قواعد قانون معين، مع تعذر القاضي أو المحكم استخلاص تلك الإرادة الضمنية على نحو مؤكد.

وفي حالة عدم اختيار القانون من أطراف العقد فإنه على القاضي أو المحكم الاجتهاد من أجل الوصول إلى تحديده، وهنا تختلف الاتجاهات فإما سيكون الاتجاه نحو تكريس قانون الدولة المضيفة للاستثمار حال كونها طرفاً في العقد، أو الأخذ بأحد المناهج المتبعة في تحديد القانون المستلزم تطبيقه عند النزاع، أو اللجوء لقواعد تتنازع القوانين الواردة في القانون الدولي الخاص.

وفي جميع الأحوال يجب مراعاة أن عقود الاستثمار الأجنبية ذات طبيعة خاصة والبتروولية منها بشكل خاص، من حيث طبيعة أطراف العلاقة بها والتي ينعدم فيها التساوي بين الأطراف في المراكز القانونية، خاصة عندما يكون هناك طرف يمثل دولة ذات سيادة وآخر مستثمر ذات جنسية أجنبية لا يتمتع بالسيادة، و أيضاً من حيث طبيعة موضوع العقد الاستثماري والتي غالباً ما تتعلق بخطط تنمية للدولة الوطنية المضيفة تحتاج لرؤوس أموال أجنبية لتنفيذها، حيث أن الطبيعة الخاصة لتلك العقود تجعل مسألة تحديد القانون الذي يجب تطبيقه في أحوال انعدام الاختيار، أمراً في غاية الصعوبة.

وسنتناول في هذا الفصل أولاً: المناهج المتبعة في تحديد القانون واجب التطبيق في حالة انعدام الاختيار، والثاني: حالة تكريس قانون الدولة المضيفة للاستثمار.

المبحث الأول

المناهج المتبعة في تحديد القانون واجب التطبيق

في حالة انعدام الاختيار

حقيقة الأمر، فإن تحديد القانون الذي يتعين تطبيقه في حالة انعدام الاختيار لن يخرج في غالب الأمر عن القوانين التي كان من الممكن أن يختارها أطراف التعاقد سواء صراحةً أو ضمناً.

فمن المتصور أن يكون القانون المستوجب تطبيقه في حالة انعدام الاختيار هو قانون الدولة المضيفة، على اعتبار أن هناك موافقة ضمنية مفترضة ومسبقة من صاحب رأس المال الأجنبي بمجرد قبوله فكرة ضخ استثماراته في مشروعات مرتبطة بتلك الدولة المضيفة، أو باعتبار أن العقود الني تبرم مع الدول تعتبر عقوداً إدارية تخضع بلا شك لقانونها الوطني.^(١)

ويتصور أن يكون القانون المتعين تطبيقه في حالة عدم الاختيار هو القانون الدولي العام كحل محايد يحمي المستثمر الأجنبي من القصور الذي قد يشوب القوانين الداخلية عند التصدي لهذا النوع من المنازعات الاستثمارية.^(٢)

(١) مراد المواجدة ، مرجع سابق ، ص.ص ٢٠٨ : ٢٢٠

(٢) علاء محي الدين أبو أحمد ، مرجع سالف الذكر ، ص ص ٣٥٧ : ٣٦٣

ويتصور أن تكون قواعد التجارة الدولية هي القانون المتعين تطبيقه في حالة انعدام الاختيار، باعتبارها الأكثر ملائمة للتطبيق على عقود التنمية ذات الطبيعة الاقتصادية، خاصة حال نظر النزاع أمام هيئات التحكيم.^(١)

و الحاسم والفيصل في تحديد القانون اللازم تطبيقه في حالة انعدام الاختيار يعتمد في المقام الأول على الآلية الذي سيتم بها تحديد القانون وفقاً للمناهج والنظريات التي من الممكن اتباعها من قبل القاضي أو المحكم ليتمكنا من الفصل في النزاع .

المطلب الأول نظرية التركيز التشريعي

وفقاً لنظرية التركيز التشريعي: يكون المشرع هو المختص بتحديد القانون الذي يتعين تطبيقه في حالة غياب الاتفاق الصريح أو الضمني لأطراف العقد على اختياره.^(٢)

(١) صلاح الدين جمال ، دور أحكام التحكيم في تطوير حلول مشكلة تنازع القوانين ، مرجع سابق ، ص ٤٣

(٢) علاوة الصادق ، مرجع سالف ذكره ، ص ١٢٦ وما بعدها

وهنا يتقيد القاضي عند تحديد القانون الذي يجب تطبيقه على النزاع في حالة عدم الاختيار وفق ضوابط تشريعية معينة يكون ملزم بتطبيقها دون التوسع في الاجتهاد بشأنها.^(١)

وقد أخذت العديد من النظم الوطنية بمنهج التركيز التشريعي عند تخلف الإتفاق على تحديد القانون الذي يجب تطبيقه:-

فقد أخذ به التشريع المصري، كما ورد بالمادة (التاسعة عشر/الفقرة الأولى) من القانون المدني بسريان قانون دولة الموطن المشترك للمتعاقدين على الالتزامات التعاقدية وإن كانا مختلفين في الموطن يسرى قانون الدولة التي أبرم وتم فيها العقد.^(٢)

و كذلك التشريع الجزائري، حيث ورد بالمادة (الثامنة عشر) من القانون المدني الجزائري أنه بحسب الأصل يسري القانون المختار إذا كان ذات رابطة حقيقية بالمتعاقدين والعقد، أما في حالة عدم إمكانية الاختيار، يطبق قانون الموطن المشترك أو الجنسية المشتركة للمتعاقدين،

(١) بشار الأسعد ، مرجع سالف الذكر ، ص ٢٥٥

(٢) القانون المدني المصري ١٣١ الصادر في ٢٩ يوليو ١٩٤٨ متاح بالرابط :

<https://manshurat.org/node/72413>

وإذا لم يتحدا موطناً أو جنسية، يطبق قانون محل الإبرام، ولو كان موضوع العقد عقار يسري قانون موقع العقار.^(١)

وعلى ذات المنهج للتركيز التشريعي صارت العديد من الأنظمة العربية بنصوص متشابهة كالقانون السوري، الإماراتي، السوداني، الكويتي ، الأردني، اليمني و التركي.

ومن القوانين الأوروبية القانون الإسباني، حيث ورد بالمادة (العاشرة/البند الخامس) من القانون المدني الإسباني، تطبيق القانون الذي إلزم به الطرفان صراحةً على التزاماتهم التعاقدية، بشرط أن يكون له صلة بالمعاملة المعنية؛ وفي حالة عدم الاختيار يطبق القانون الوطني المشترك بين الأطراف؛ يليه قانون مكان الإقامة المعتاد المشترك، يليه القانون الذي إبرام فيه العقد، و تخضع العقود المتعلقة ملك غير منقول/عقار لقانون المكان الذي يوجد فيه العقار، وتخضع عمليات بيع وشراء الممتلكات المادية المنقولة في المؤسسات التجارية لقانون مكان هذه المؤسسات.^(٢)

(١) القانون المدني الجزائري الصادر بالأمر رقم ٥٨-٧٥ المؤرخ ٢٠ رمضان ١٣٩٥

الموافق ٢٦ سبتمبر ١٩٧٥ وتعديلاته في ٢٠٠٧

(٢) القانون المدني الإسباني الصادر بموجب المرسوم الملكي المؤرخ في ٢٤ يوليو ١٨٨٩، في صيغته المعدلة بموجب القانون رقم ٢٠١١/٢٠ المؤرخ ٢١ يوليو ٢٠١١ ، متاح النسخة المترجمة إلى الانجليزية منه على الرابط :

<https://www.wipo.int/wipolex/ar/text/221319>

ويرجع اعتماد منهج التركيز التشريعي من قِبَل العديد من القوانين الوطنية حال عدم اتفاق الأطراف على القانون الذي يتعين تطبيقه عند النزاع إلى أن تحديد القانون واجب التطبيق وفقاً لهذا المنهج يتصف بسهولة المعرفة والإحاطة والإلمام بالقانون المتوقع تطبيقه مسبقاً، الأمر الذي يجنب أطراف العقد خطر المفاجئة بتشريع غير متوقع تطبيقه على عقدهم وهو ما يضمن الأمان القانوني وبخاصة في المعاملات الدولية.^(١)

ولكن يؤخذ على هذا المنهج أنه ذات إسناد جامد يتسم بالجمود لكونه يجبر القاضي على إعمال قواعده بغض النظر عن طبيعة الرابطة العقدية أو نوع العقد، فهو غير مُعبر عن مركز القوة في العلاقة التعاقدية في كثير من الأحيان وقد يؤدي إلى تطبيق قانون ليس الأصلح للرابطة العقدية في النهاية، وهو الأمر الذي يجعل من هذا المنهج غير آمن التطبيق على كثير من عقود الاستثمار شديدة التداخل والتعقيد، كالعقود الخاصة بنقل التكنولوجيا، وعقود التسليم على المفتاح/في اليد^(٢)، لذا يستوجب الأمر التوصل لمناهج أكثر ملائمة تتناسب ومقتضيات التعاقدات الدولية المتداخلة والمركبة وسريعة التطور في ذات الوقت.

(١) محمد الروبي ، مرجع سابق ، ص ٢٧٧

(٢) بشار الأسعد ، مرجع سالف الذكر ، ص ٢٥٦

المطلب الثاني نظرية التركيز الموضوعي

وفقاً لنظرية التركيز الموضوعي لـ (باتيفول) يتم تحديد رابط الإسناد على العلاقة التعاقدية في حالة انعدام الاختيار على أساس قانون الدولة الأوثق صلة بموضوع العقد، بحسب ما تقتضيه ظروف وملابسات التعاقد ومجموعة العناصر الموضوعية وتلك الشخصية التي تحكم ظروف العلاقة التعاقدية في كل حالة على حدة ^(١)، ويكون ذلك باستعراض القاضي أو المحكم جميع هذه العناصر ومن ثم الموازنة لتعيين العنصر الراجح على بقية العناصر بالنظر إلى درجة أهمية صلته بالعقد وثقله في ميزان العلاقة العقدية، وبالتالي يحدد القاضي أو المحكم القانون الذي يتعين تطبيقه على العقد وقت النزاع إسناداً لهذا العنصر ومن الممكن أن يكون أكثر من عنصر ذات علاقة وثيقة بالعقد، وفي هذه الحالة يجوز للقاضي أو المحكم أن يجمع بين عنصرين أو أكثر من عناصر العلاقة العقدية، والتي يراها تتمركز في نظام قانوني معين ومن ثم يكون هو القانون الذي يجب تطبيقه على العقد. ^(٢)

وقد اعتنق القضاء الفرنسي نظرية التركيز الموضوعي متأثراً بالقضاء الانجليزي واعتمد عليها في تحديد القانون الذي يجب تطبيقه على

(١) عبد الله ناصر العجمي، الطبيعة القانونية لعقود الاستثمار النفطي وتسوية منازعاتها ،

مكتبة زين الحقوقية والأدبية ، ط ١ بيروت ٢٠١٦ ، ص ١٨٤

(٢) محمد الروبي ، مرجع سابق ، ص ٢٨٦

الرابطة التعاقدية عند حدوث نزاع حال سكوت الأطراف عن اختياره صراحة، حيث قضت محكمة النقض الفرنسية في حكم لها صدر عام ١٩٠٩م مفاده: بأنه في حالة عدم قيام المتعاقدون باختيار قانون عقدهم صراحة ، فعلى القاضي التصدي لتحديد القانون متى طرح أمامه نزاع يتعلق بموضوع العقد ، ويكون الاختيار وفقاً لظروف وملابسات التعاقد^(١).

وبعد أن كان يتصدى لوضع حلول التنازع في هذا الفرض بحثاً عن الإرادة الضمنية، تراجع عن هذا الاتجاه بعد أن تبين له صعوبة البحث عن الإرادة الحقيقية في معظم الحالات، واعتنق فكرة الإرادة المفترضة للمتعاقدين معتبراً لأنها الإرادة الحقيقية التي فشل الأطراف في الاتفاق عليها صراحة.^(٢)

ويرى البعض أن نظرية التركيز الموضوعي رغم كونها تسعى لإسناد العقد إلى القانون الأكثر صلة به في ضوء ظروف وملابسات التعاقد وحسب كل حالة تعاقد على حدة لضمان تحقيق العدالة، إلا أنها تقتقد إلى عنصري التيقن والمعرفة بالقانون الذي سيطبق على العقد، مما يؤدي إلى خلل في توقعات أطراف العقد بالنتيجة التي قد يصل إليها القاضي في حكمه لعدم علمهم المسبق بالقانون الذي سيلجأ له القاضي للفصل في النزاع القائم بينهم

(١) بشار الأسعد ، مرجع سابق ، ص ٢٥٨

(٢) أحلام مبوج ، عذراء بن يسعد ، القانون الواجب التطبيق على عقود الاستثمارات

النفطية من خلال التحكيم ، مجلة الباحث في العلوم الإنسانية والاجتماعية ، المجلد ١٢

العدد ٢ ، جامعة قاصدي مرباح ورقلة، الجزائر، ٢٠٢٠ ، ص.ص-٣٥٩ ٣٥٨

إلى جانب عدم قدرتهم على التنبؤ بما سيستخلصه القاضي أو المحكم
إستنادًا للظروف والملابسات الواقعة.^(١)

ويرى الباحث أن نظرية التركيز الموضوعي تعكس الإرادة المفترضة
للمتعاقدین ومن ثم لا مجال لعنصر المفاجأة بشأن ما استقر عليه القاضي
ورآه أثناء تحديده للقانون الأكثر ترابط بالعلاقة التعاقدية، فلو كان من وجهة
نظر القاضي أو المحكم أن قانون مكان التنفيذ هو القانون الأوثق صلة
فكيف يكون هذا التعيين غير متوقع لأطراف العقد حتى وإن لم يتفقا عليه
صراحة من قبل !، لأنه وببساطة من القوانين الذي كان من المفترض
اختيارها بديهياً.

ورغم ذلك فإن نظريتي التركيز التشريعي والموضوعي لم تسلما من
الانتقادات والعيوب، نتيجة لجمود الإسناد وعدم تعبيره عن الإرادة المُحقة في
التركيز التشريعي، و ثبوت عنصر المفاجأة في نظرية التركيز الموضوعي،
وهو ما لا يتماشى ولا يتناسب مع طبيعة عقود الاستثمار الدولية، الأمر
الذي أدى إلى البحث عن منهج جديد يتسم بالمرونة ويتوافق مع متطلبات
التجارة الدولية ، ومن ثم خرجت نظرية الأداء المميز.

(١) مرتضى عاشور ، مرجع سابق ص ص ٥٠٩ ، ٥١٠

المطلب الثالث نظرية الأداء المميز

نظرية الأداء المميز: ترجع بداية نشأتها باعتماد القضاء السويسري لها، ولاقت تأييد كبير من الفقه آنذاك وتأثر بها العديد من التشريعات القانونية و الأحكام القضائية والإتفاقيات الدولية.

ويقصد بالأداء المميز: الأداء الذي يكون سبب في إضافة وصف للعقد يجعله مميزاً عن غيره من العقود.^(١)

ومن ثم فإن فكرة الأداء المميز تقوم على تنوع المعاملات في العقود ومن ثم يتحدد القانون الحاكم للعقد على أساس الالتزام الأساسي والمميز فيه حيث يكون هناك التزام واحد ضمن الالتزامات الواردة بالعقد هو ما يميز العقد ويعبر عن جوهره، الأمر ومن ثم يكون هذا الالتزام هو محور الاعتماد في تحديد القانون الذي يتعين تطبيقه عند نشوب نزاع.^(٢)

ويرى البعض أن فكرة الأداء المميز تقوم على أن كل عقد ينفرد بأداء يميزه ويحدد خصائصه، ويتحدد هذا الأداء بمقتضى عملية تركيز موضوعي بحث لا مكان فيه لأي عنصر شخصي للرابطة العقدية.^(٣)

(١) صالح المنزلاوي ، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية ، دار الجامعة الجديدة ، ٢٠٠٨ ، ص ٣٣٦ ، ٣٣٧

(٢) المرجع السابق

(٣) عكاشة عبد العال ، قانون العمليات المصرفية الدولية ، دراسة في القانون واجب التطبيق على عمليات البنوك ذات الطبيعة الدولية ، دار المطبوعات الجامعية ، ١٩٩٤ ، ص ٦٣

و تختلف نظرية الأداء المميز عن نظرية التركيز الموضوعي، حيث تستند الأخيرة على تحديد القانون الذي يتعين تطبيقه على العقد بواسطة القاضي الذي ينظر النزاع في كل حالة على حده وفي ضوء الظروف والملابسات المرتبطة بكل حالة تعاقد، بينما نظرية الأداء المميز تعتبر صورة من صور التركيز الموضوعي للرابطة العقدية في ضوء الطبيعة الذاتية لها والبحث عن أكثر القوانين ارتباطاً وصلة بها، مما يساعد على تحديد الالتزام المميز والجوهرى الذي يقوم عليه العقد ^(١)، الأمر الذي يسمح بتحديد القانون المتعين تطبيقه بشكل سابق على النزاع، الأمر الذي يكفل لأطراف العلاقة تأمين قانوني معلوم مسبقاً يحفظ توقعاتهم، ويحقق الاستقرار للمعاملات المبرمة بينهما وبخاصة لو تجارية. ^(٢)

ويتفق أنصار نظرية الأداء المميز على أن تحديد القانون الذي بدوره يحكم الرابطة العقدية يقوم على تعيين مكان إقامة صاحب هذا الأداء المميز ليكون قانونه هو القانون المستوجب تطبيقه على العقد .

ويرجع ترجيح محل إقامة المدين بتلك النظرية لكونه القانون الأكثر وضوحاً ويساعد الأطراف على توقع القانون الذي يحكم العقد بسهولة، بالإضافة إلى الحيلولة دون تجزئة العقد وإخضاع تنفيذ الالتزامات المترتبة

(١) د. هشام صادق ، تنازع القوانين دراسة مقارنة في المبادئ العامة والحلول الوضعية المقررة في التشريع المصري ، منشأة المعارف ، ١٩٩٣ ، ص ٦٩٤ وما بعدها.

(٢) صالح المنزلاوي ، مرجع سابق ص، ٣٣٨

عليه إلى قوانين عدة تختلف في معالجاتها للنزاع ومن ثم يحدث التضارب الضار^(١)، وعادة ما يكون المدين بالأداء المميز تاجراً متمرساً محترفاً، ومن ثم يكون من المنطقي والمناسب ضمانه توحيد القانون الذي يتعين تطبيقه على عملياته التجارية جميعها، والذي عادة ما يكون محل منشأته التجارية أو مركز الإدارة حالة لو كان شخصاً معنوياً^(٢)، ويحدد وقت تقدير هذا الأداء بوقت إبرام الأطراف للعقد، ولا يلزم التنفيذ الفعلي للأداء كونه يأتي في مرحلة لاحقة.

❖ الإتفاقيات الدولية التي تأثرت بنظرية الأداء المميز :

١. اتفاقية روما ١٩٨٠م:

حيث نصت المادة (الرابعة /الفقرة الأولى) من الاتفاقية على قاعدة عامة لتعيين القانون الذي يجب تطبيقه على العقد الدولي في حالة عدم الاتفاق من جانب الأطراف، حيث قررت مبدأ عام يقضي بتطبيق القانون الأكثر ترابط وصلة بالعلاقة العقدية، ويستنبط القاضي هذا القانون من خلال تمحيص جميع العناصر والظروف والملابسات المحيطة بعملية التعاقد.

وقد ورد في الفقرة الثانية من المادة (الرابعة) قرينة لتعيين القانون الأكثر ارتباطاً بالعقد، تعتمد على اعتبار قانون مكان الإقامة المعتادة للمدين

(١) عكاشة عبد العال ، مرجع سابق ، ص ١٢٥

(٢) هشام صادق ، تنازع القوانين ، مرجع سابق ، ص ٥٩٠

بالأداء المميز بالعقد هو الأكثر صلة وارتباطاً بالرابطة التعاقدية. ومنحت الفقرة الخامسة استثناء للقاضي يعطيه الحق في الخروج عن اختيار قانون محل إقامة المدين بالأداء المميز في حالة اكتشافه في ضوء ما توفر لديه من ظروف وملابسات حالة التعاقد المعروضة عليه، أن قانوناً آخر هو الأكثر صلة وارتباط بالرابطة العقدية عن قانون إقامة المدين بالأداء المميز^(١).

وقد ورد هذا الشرط الاستثنائي بهدف إضفاء المزيد من المرونة بما يتناسب وظروف كل عقد وبما يواكب ظروف التطور السريع لملازمات العقود الدولية، ويمكن تصور هذا الإستثناء في عدة حالات منها:

أ. إذا اتضح للقاضي الذي يحكم في النزاع أن ظروف وملابسات التعاقد تشير إلى قانون آخر هو الأوثق صلة بالعقد، كقانون محل الإبرام نفسه.^(٢)

ب. عندما يعتذر على القاضي تعيين الإلتزام الجوهري للمدين وتحديد بدقه في العقد كما هو الحال في الأحوال التي تتساوى فيها الإلتزامات المؤداه والتي تقع في عاتق الطرفين معاً،

(١) حول نصوص الاتفاقية : تصفح الرابط التالي:

<https://www.international-arbitration-attorney.com/ar/rome-i-rome-ii-applicable-law-and-international-arbitration/>

(٢) د. بشار الأسعد ، مرجع سابق ، ص ٢٦١.

ويتصور ذلك أيضاً في عقود المقايضة سلعة بسلعة فلا أداء مميز فيها واضحاً.^(١)

ج. حالة إذا تبين للمحكم أو القاضي أن القانون محل إقامة المدين بالأداء المميز لا تربطه أي صلة بالرابطة العقدية من الأساس^(٢).

د. إذا تبين للقاضي قيام المدين بالالتزام الجوهري/المميز بتصرفات تؤكد عدم رغبته في تركيز الرابطة العقدية في إطار القانون الخاص به سواء كان قانون إقامته المعتاد أو مركز نشاطه أو قانون المركز الرئيسي لمؤسسته، ويتصور ذلك عندما يتعاقد ثم يقوم بتغيير محل إقامته، أو مركز نشاطه لدولة محل إقامة الدائن المتعاقد معه، فيتوحداً معاً في محل الإقامة، وتستوجب هذه الحالة عندئذٍ تطبيق قانون محل إقامة الدائن بالأداء المميز وليس المدين^(٣).

٢. اتفاقيات لاهاي (١٩٥٥م / ١٩٧٨م / ١٩٨٥م):

(١) محمد الروبي ، مرجع سابق ، ص ٢٩٥

(٢) د. بشار الأسعد ، المرجع السابق ، ص ٢٦٣.

(٣) محمد الروبي ، مرجع سابق ، ص ٢٩٦

جسدت نظرية الأداء المميز في نصوص اتفاقيات لاهاي في أكثر

من موضع:

▪ حيث أشارت إليه **المادة الثالثة** من اتفاقية لاهاي ١٩٥٥م فيما يخص بيع المنقولات المادية ذات الطابع الدولي المُحدثة باتفاقية لاهاي ١٩٦٤م.

▪ ونصت عليه المادة (السادسة) من اتفاقية لاهاي عام ١٩٧٨م المتعلقة بالقانون الذي يتعين تطبيقه على عقود الوكالة والوساطة: حيث أقرت في حالة انعدام الاختيار للقانون من جانب الأطراف أن يتم تطبيق القانون الداخلي للدولة التي يوجد بها مقر المؤسسة المهنية للوكيل، أو مكان إقامته المعتادة وقت إنشاء أو إبرام علاقة الوساطة ^(١).

▪ وختاماً باتفاقية لاهاي عام ١٩٨٥م بشأن القانون الذي يتعين تطبيقه على عقود البيع الدولي للبضائع حيث أقرت المادة (العاشرة) من الاتفاقية في حالة إذا كان لأي من الأطراف أكثر من مكان عمل^(٢) يؤخذ في الاعتبار مراعاة الظروف التي يعلمها الأطراف وكانوا يتوقعونها قبل انعقاد العقد أو وقت الانعقاد في تحديد المكان، وإذا

(١) متاح نص الاتفاقية باللغة الفرنسية رفق المرسوم الفرنسي رقم ٤٢٣-٩٢ المؤرخ في ٤ مايو ١٩٩٢ على الرابط :

<https://www.legifrance.gouv.fr/jorf/id/JORFTEXT000000358372>

(٢) ويقصد هنا بمكان العمل: المكان الذي له صلة وثيقة بتنفيذ العقد.

لم يكن لأحد من الأطراف مكان عمل، يؤخذ بمكان الإقامة
المعتاد.^(١)

❖ القوانين المقارنة التي أخذت بنظرية الأداء المميز :

أخذت العديد من الدول الأوروبية بنظرية الأداء المميز في تحديد القانون الذي يجب تطبيقه على الالتزامات الدولية من قبل صدور اتفاقية روما ١٩٨٠م، فعلى سبيل المثال نجد القانون المجري الخاص ١٩٧٩م، أقر في المادة (تسعة وعشرون) منه أنه في حالة إذا لم يتم تحديد القانون الذي يتعين تطبيقه وقت نشوب نزاع، فيسري قانون الموطن أو محل الإقامة أو مركز منشأة الشخص الملتزم بتقديم الأداء المميز والجوهرى بالعقد، وعلى ذات النهج سار القانون النمساوي الخاص ١٩٧٨م المواد (٣٦ و ٣٧).^(٢)

(١) انظر : محمد الروبي المرجع السابق ص ٢٩٧ : ٢٩٩ ، وللاطلاع على نصوص اتفاقية عقود البيع الدولي ١٩٨٥ باللغة العربية تصفح الرابط التالي :

<https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/ar/v1056999-cisg-a.pdf>

(٢) مرتضى عاشور ، مرجع سابق ص ٥١٢

وبعد صدور اتفاقية روما ١٩٨٠م اعتبرت العديد من الدول الاتفاقية بمثابة القانون الدولي الخاص المعني بتحديد القانون الأقرب للتطبيق على الالتزامات التعاقدية الدولية ^(١) منها : -

■ القانون الخاص الألماني الصادر عام ١٩٨٦م: حيث حددت المادة (ثمانية وعشرون) آلية تحديد القانون الفصيل للنزاع في حالة عدم اختيار الأطراف للقانون بأن أسندت العقد ذات الطابع الدولي إلى قانون الدولة الأوثق ارتباطاً بالعقد وقت إبرامه وهو قانون محل الإقامة المعتاد للطرف الذي يقوم بالأداء الجوهري المميز في الرابطة العقدية. ^(٢)

■ القانون المدني السويسري ١٩٨٧م المادة /١١٧ نصت في حالة غياب الاختيار الصريح أو الضمني يسري قانون الدولة الأكثر ترابط وصلة بالعقد، وتعتبر الدولة التي بها الإقامة العادية للطرف الذي يقوم بالأداء المميز هي الدولة الأكثر ارتباطاً بالعقد ومن ثم يطبق قانونها، وعلى ذات النهج سار كلاً من القانون الفرنسي الصادر ١٩٩١م والقانون الايطالي، والقانون التركي ١٩٨٢م، والقانون

(١) عبد السلام علي الفضل ، منهج الأداء المميز في تحديد قانون العقد الدولي ، مجلة دراسات ، علوم الشريعة والقانون ، المجلد ٤٦ ، العدد ١ ، ملحق ١ ، ٢٠١٩ الجامعة الأردنية ، ص ٥٧٠

(٢) بشار الأسعد ، مرجع سابق ، ص ٢٦١

التونسي ١٩٩٨م، والقانون الفانزويلي ١٩٩٨م، والقانون الروسي ٢٠٠١م.^(١)

❖ تطبيقات قضائية مقارنة أخذت بنظرية الأداء المميز :

١. المحكمة الفيدرالية السويسرية:

أخذت العديد من المحاكم الغربية بنظرية الأداء الجوهرى المميز كالمحكمة الفيدرالية بسويسرا، حيث قضت في حكم لها وفقا لقواعد القانون الدولي الخاص وفي حالة عدم اختيار المتعاقدين للقانون الذي يرتضوا تطبيقه على العقد، تخضع تلك الرابطة للقانون الأوثق صلة إقليمية بالعقد، وهو قانون محل إقامة الطرف صاحب الأداء الجوهرى المميز في العقد موضوع النزاع.^(٢)

٢. محكمة النقض الفرنسية:

طبق القضاء الفرنسى قانون مكان الإقامة المعتادة للمدين بالأداء الجوهرى المميز في العديد من قراراته، ففي حكم لها عام ٢٠١١م طبقت النقض القانون الهولندي وفقاً لنص المادة (٤ / ف٢) من اتفاقية روما ١٩٨٠م على عقد توريد قطع بناء سفينة من شركة هولندية لبناء سفينة على

(١) مرتضى عاشور ، مرجع سابق، ص ٥١٥

(٢) الحكم الصادر في ١١ ماي ١٩٦٦ مشار اليه في بشار الأسعد، مرجع سالف الذكر ص ٢٥٩ ، وللمزيد من القرارات السابقة على صدور اتفاقية روما ١٩٨٠ ونفاذها في دول الإتحاد الأوروبي ، أنظر : عكاشة عبد العال ، المرجع السابق ، ص ١٤١.

الأراضي الفرنسية، لكون المحكمة اعتبرت الطرف الهولندي في العقد و المقيم بهولندا بأنه هو المدين بالأداء الجوهرى المميز والذي يقع على عاتقه توريد القطع اللازمة لبناء السفينة، ورفضت المحكمة تطبيق القانون الفرنسى رغم كونه مكان تنفيذ العمل.^(١)

وتطبيقاً للشرط الاستثنائى الوارد باتفاقية روما المادة (الرابعة /ف٥)

نقضت محكمة النقض الفرنسية عام ٢٠١١ حكماً لقضاء أول درجة الفرنسى

وألزمت القاضى الفرنسى بتطبيق القانون الإيطالى على عقد كفالة دولية على اعتبار أنه القانون الأكثر ارتباطاً والأوثق صلة بالرابطة التعاقدية وليس القانون الفرنسى، وكانت وقائع النزاع آنذاك تتمثل فى: إبرام عقد قرض مصرفى فى إحدى المدن الإيطالية بين مصرف إيطالى مركز إدارته الرئيس فى إيطاليا وأحد العملاء المقيم بإيطاليا، وأبرم عقد كفالة لضمان عقد القرض مع أحد الأشخاص المقيمين فى فرنسا، ونتيجة تخلف المقترض عن الوفاء بالتزامه بإيطاليا، رفعت دعوى مطالبة ضد الكفيل أمام القضاء الفرنسى، فحكمت محكمة الموضوع بتطبيق القانون الفرنسى على عقد الكفالة استناداً الى نص المادة (الرابعة /ف ٢) من الاتفاقية ، وذلك باعتبار الكفيل هو المدين بالأداء الجوهرى المميز فى العقد موضوع النزاع، إلا أن

(١) حكم مشار اليه فى :عبد السلام علي الفضل ، منهج الأداء المميز فى تحديد قانون العقد الدولى ، مرجع سابق ، ص ٥٧٢

Cass. com., 19 oct. 2010, Rev. des contrats, n° 3, 2011, p. 939, note J.-B. Racine., JDI 2011, p. 18

محكمة النقض الفرنسية رفضت هذا الحكم مستندة الى نص المادة (الرابعة /الفقرة ٥) وطبقت القانون الإيطالي إذ تبين للقاضي الفرنسي أن ذلك القانون هو أكثر ارتباطاً بالعقد من القانون الفرنسي؛ كون عقد الكفالة أبرم في إيطاليا وتمت كتابته باللغة الإيطالية، كما أن عقد الكفالة هذا أبرم بمناسبة عقد قرض حرر في إيطاليا من قبل طرفين يقيمان بإيطاليا^(١)، فهنا تبين للقاضي الفرنسي أن قانون محل الإقامة المعتادة للمدين بالأداء الجوهري المميز ليس هو القانون الأكثر ارتباطاً بالعقد كما يُعتقد ، لذلك قام باستبعاده ولجأ القاضي الى تطبيق الاستثناء الوارد في المادة (الرابعة/الفقرة الخامسة) من اتفاقية روما حسب ما توفر لديه من ظروف وملابسات كانت محيطة بالرابطة العقدية.

❖ ومن الأمثلة التطبيقية لنظرية الأداء المميز :

خضوع بيوع البورصة للقانون السائد في محل وجود هذه البورصة، وبتطبيق تلك النظرية على العمليات ذات الطابع المصرفي، يتضح جلياً أن البنك هو الطرف الذي يقوم بالأداء الجوهري المميز في العملية استناداً على فكرة الوسط الاجتماعي التي تم فيها العمل المصرفي من جهة، وتأثر العملية بالتنظيم الاقتصادي والنقدي الأمر الذي تقرضه السلطات العامة في الدولة

(1) Cass. civ., 16 sépt. 2015, JDI 2016, p. 16, note F.0X. Morisset, JCP G 2015, 1188, note P. Berliez, Rev. Crit., DIP 2016,p.132

مشار اليه في :عبد السلام علي الفضل ، المرجع السابق

من جهة أخرى، الأمر الذي يقودنا لتحديد قانون البنك قانون واجب التطبيق لكونه الأكثر ارتباطاً ببيئة العمليات المصرفية، ووثيق الصلة ويحقق الأمان القانوني وهو بالضرورة توقع مشروع في فض النزاع يضمن تحقيق الاستقرار للمعاملات التجارية المبرمة بين الأطراف.^(١)

ويرى الباحث أنه نتيجة للطبيعة الخاصة لعقود الاستثمار البترولية والتي ترتبط دائماً بمشروعات استراتيجية و بخطط تنمية ضخمة تستهدف تحقيقها الدولة المضيفة للإستثمار^(٢)، الأمر الذي يستوجب خضوعها لنظام قانوني ذات خصوصية شديدة تتناسب وحساسية تلك المشروعات الاستثمارية ومن ثم يكون القانون الطبيعي الذي يجب تطبيقه على عقود الاستثمار هو قانون الدولة الحاضنة والمستضيفة للاستثمار، الأمر الذي يجعل الباحث يرى أن نظرية الأداء الجوهري المميز هي النظرية الأنسب في تحديد القانون الذي يتعين تطبيقه على عقود الاستثمار وبخاصة ذات الطرف الأجنبي حالة صمت الأطراف عن اختيار القانون الذي يرضوا تطبيقه، ولما تتسم به تلك النظرية من مزايا أهمها: مراعاة الطبع الذاتي للرابطة العقدية ، والسماح للقاضي أو المحكم بإسناد العقد للقانون الأوثق ترابط بالعلاقة التعاقدية متى اتضح له أنه قانون محل إقامة المدين بالأداء الجوهري المميز.

(١) عكاشة عبد العال ، مرجع سابق ، ص ١٢٧

(٢) بشار الأسعد ، مرجع سابق ، ص ٢٦٥

المبحث الثاني

تكريس تطبيق قانون الدولة المضيفة للاستثمار

وفقاً لمبدأ القانون الأوثق صلة بالعلاقة التعاقدية فإن قانون الدولة المستقبلية للاستثمار الأجنبي والحاضنة له يعتبر هو القانون **أوثق** صلة بعقد الاستثمار عن أية قوانين أخرى وهذا ما جعل العديد من الاتفاقيات الدولية تُكرس تطبيق قانون الدولة الحاضنة للاستثمار، وكذلك على صعيد القضاء الدولي.

المطلب الأول

تطبيق قانون الدولة المضيفة للاستثمار في الاتفاقيات الدولية

ومن الاتفاقيات والقرارات الدولية التي كرست تطبيق قانون الدولة المضيفة للاستثمار كقانون أمثل للتطبيق على النزاع الذي قد ينشب بين أطراف العقد :-

- ✓ القرارات الصادرة عن الجمعية العامة للأمم المتحدة
- ✓ اتفاقية واشنطن ١٩٦٥م
- ✓ اتفاقية روما ١٩٨٠م
- ✓ اتفاقية منازعات الاستثمارات العربية ١٩٧٤م.

الفرع الأول

القرارات الصادرة عن الجمعية العامة للأمم المتحدة بشأن تطبيق قانون الدولة المضيفة للاستثمار

أصدرت الجمعية العامة للأمم المتحدة عدد من القرارات ، تبنت بموجبها تطبيق قانون الدولة المستضيفة للاستثمار الأجنبي نذكر منها:-

✓ قرار الجمعية العامة رقم ١٨٠٣ الصادر في الرابع عشر من ديسمبر ١٩٦٢م والذي يؤكد على سيادة الدول الدائمة على الموارد الطبيعية المملوكة لها ، حيث ورد بنص المادة (الرابعة) من القرار على حق الدول في تأمين أو نزع الملكية أو مصادرتها بشرط أن يتم هذا الإجراء فقط لتحقيق مصلحة عامة ووطنية مقابل القيام بدفع تعويضات مناسبة للمستثمرين وفقاً للقواعد المعمول بها في الدولة التي إتخذت إجراء المصادرة أو نزع الملكية أو التأمين عند ممارسة سيادتها. (١)

✓ التوصية الصادرة من الجمعية العامة رقم ٣٢٠١ في أول مايو ١٩٧٠م بشأن نظام اقتصادي دولي جديد حيث ورد بنص المادة (الرابعة/ الفقرة الخامسة) على السيادة الكاملة و الدائمة للدول على مواردها الطبيعية، وأنشطتها الاقتصادية كافة، ولأغراض حماية تلك الموارد يحق للدولة ممارسة سيطرتها الفعالة على مواردها، وكذلك

(١) لمزيد من التفاصيل حول قرار الجمعية العامة رقم ١٨٠٣ تصفح الرابط التالي:

[3_ph_a.pdf](https://legal.un.org/avl/pdf/ha/ga_1803/ga_1803_ph_a.pdf) [334https://legal.un.org/avl/pdf/ha/ga_1803/ga_1803_ph_a.pdf](https://legal.un.org/avl/pdf/ha/ga_1803/ga_1803_ph_a.pdf)

كامل الحق في استغلال تلك الموارد بكافة الوسائل التي تُلائم وضعها، ويحق لها التأمين ونقل الملكية إلى رعاياها، إذ أن هذا الحق هو تعبير عن سيادة الدولة الدائمة والتامة، ولا يجوز إخضاع أية دولة لإكراه سياسي واقتصادي أو أي إكراه آخر لمنع الممارسة الحرة والتامة لهذا الحق الثابت ^(١).

✓ قرار الجمعية العامة رقم ٣٢٨١ في الدورة التاسعة والعشرون الصادر في الثاني عشر من ديسمبر ١٩٧٤م بشأن تنظيم ميثاق حقوق الدول وواجباتها الاقتصادية، حيث ورد بنص المادة ٣١٢ من القرار أن كل دولة لها الحق في مصادرة أو تأمين أو نقل ملكية الأموال المملوكة للأجانب وعودتها إليها مرة أخرى، ولكن في المقابل يجب أن تقوم بدفع تعويض مناسب طبقاً للقوانين واللوائح المطبقة فيها، وفي الأحوال التي تثور فيها منازعة بشأن مسألة التعويض فإن القانون الفاصل في هذه المنازعة يكون قانون الدولة التي إتخذت إجراءات التأمين وينظر النزاع أمام محاكمها الوطنية ما لم تتفق الدول المعنية فيما بينها على وسائل أخرى سلمية طبقاً لمبدأ حرية اختيار الوسائل.

(١) للمزيد من التفاصيل حول التوصية رقم ٣٢٠١ تصفح الرابط التالي:

https://legal.un.org/avl/pdf/ha/ga_3201/ga_3201_ph_a.pdf

وعلى هامش هذا القرار أصدرت الجمعية مجموعة من التوصيات الإضافية تؤكد على حق الدول في التنمية المستدامة في ثرواتها الطبيعية دون قيد، وخضوع تلك الأنشطة الاقتصادية للقانون الداخلي للدولة صاحبة السيادة على ثرواتها. (١)

ورغم أن تلك القرارات الصادرة من جمعية الأمم المتحدة قد حسمت فكرة سيادة الدول على ثرواتها الطبيعية وحققها في تتميتها المستدامة لتلك الثروات دون قيد أو شرط وخضوع تلك الأنشطة للقانون الوطني للدول، إلا أنها تعرضت لانتقادات بذريعة عدم الأخذ بها ، بحجة أنها مجرد توصيات غير ملزمة، ولا يترتب على مخالفتها أي جزاء، وإنما هي مجرد اجتهادات فقهية ليست ذات صيغة تنفيذية، متشدقين في ذلك بميثاق الأمم المتحدة المواد من ١٠ إلى ١٤ التي ورد بها الحديث عن الجمعية العامة دون النص على أي إلزام دولي بما تصدره. (٢)

وعلى الرغم من ذلك فإنه في حالة صدور توصيات من الجمعية العامة بصورة متكررة في موضوع معين وبأغلبية كبيرة، فإن هذا بدوره يؤدي

(١) للمزيد عن صدور قرار الجمعية العامة رقم ٣٢٨١ تصفح الرابط التالي:

https://legal.un.org/avl/pdf/ha/cerds/cerds_ph_a.pdf

وكذلك الرابط التالي : https://legal.un.org/avl/pdf/ha/ga_3201/ga_3201_a.pdf

المتضمن إعلان بشأن إقامة نظام اقتصادي دولي جديد ، مكتبة الأمم المتحدة السمعية البصرية للقانون الدولي ، ٢٠١٢ بقلم أحمد محيو ، عضو معهد القانون الدولي.

(٢) للاطلاع على ميثاق الأمم المتحدة باللغة العربية تصفح الرابط التالي:

<https://www.un.org/ar/about-us/un-charter/full-text>

إلى نشوء قاعدة عُرفية جديدة ذات قيمة قانونية، تجعلها مُلزِمة لجميع أعضاء المجتمع الدولي وتسبب الحرج لمن يُخالفها.^(١)

الفرع الثاني

إنشاء مركز تسوية منازعات الاستثمار الدولي ١٩٦٥م

أنشأت اتفاقية واشنطن عام ١٩٦٥م مركز تسوية منازعات الاستثمار الدولي بين الدول والرعايا من الدول الأخرى:^(٢)

حيث ورد بالمادة (الثانية والأربعون/الفقرة الأولى) من الاتفاقية أن المحكمة تفصل في النزاع طبقاً للقواعد التي يُقرها الأطراف، وفي حالة عدم الاتفاق للمحكمة أن تُطبق قانون الدولة الطرف في العقد موضوع النزاع، وبما يحتويه هذا القانون من قواعد خاصة بتنازع القوانين إلى جانب مبادئ القانون الدولي ذات العلاقة بالنزاع.

فقد استقرت تلك المادة على اختيار محكمة التحكيم لقانون الدولة الطرف في التعاقد في حالة صمت الأطراف عن اختيار القانون المتعين تطبيقه حال قيام نزاع، حيث اعتبرت الاتفاقية أن السكوت عن الاختيار للقانون الذي يرتضوا تطبيقه وقت نشوب نزاع، يفسر بأن إرادة الأطراف

(١) مبخوطة أحمد ، القيمة القانونية للقرارات والتوصيات الصادرة عن الجمعية العامة على ضوء أحكام القانون الدولي المعاصر ، مجلة الحقوق والعلوم الانسانية ، جامعة الجلفة ، المجلد ٣ ، العدد ١ (٢٠١٠) ، ص ١٢٣

(٢) للاطلاع على نصوص الاتفاقية باللغة العربية تصفح الرابط التالي :

<https://aifca.com/pdf/treatie-8.pdf>

اتجهت تلقائياً نحو تطبيق القانون الداخلي للدولة الطرف بالعقد، إلى جانب القواعد الخاصة بتنازع القوانين ومن ثمّ مبادئ القانون الدولي.^(١)

وهذا الإلزام الوارد بالمادة (١/٤٢) من الاتفاقية لهيئة التحكيم بتطبيق قانون الدولة الطرف الحاضنة للاستثمار بما في قانونها من قواعده خاصة بتنازع القوانين بجانب قواعد القانون الدولي، يرجع إلى افتراض رضا المستثمر الأجنبي بقانون هذه الدولة عندما وافق على الاستثمار فيها ومن ثمّ رضائه الضمني بالإختصاص القضائي للدولة المضيفة وتطبيق قانونها الوطني فيما يتعلق بأي نزاع ينشأ بشأن هذا الاستثمار.

وفي هذه الحالة ومع تكريس قانون الدولة المضيفة قانوناً واجب التطبيق على عقد الاستثمار فإنه في ذات الوقت لا يجوز التوسع في تطبيق قواعد القانون الدولي وإنما يتم اللجوء إليها كقواعد مُكملة للنقص الكامن بقانون الدولة المضيفة لا غير.^(٢)

ومن القضايا التي باشرتها هيئة تحكيم مركز تسوية منازعات الاستثمار الدولي وفقاً لقواعد المادة الثانية وأربعون من اتفاقية واشنطن، الآتي:-

(١) علاء محي الدين أبو أحمد ، مرجع سابق ، ص ٣٧٠

(٢) علة عمر ، حماية الاستثمار الأجنبي خ في التشريع الوطني والقانون الدولي - د. مقارنة بحث لنيل درجة الماستر في القانون العام ، جماعة منتوري ، قسنطينة ، الجزائر ٢٠٠٨ ، ص ١٦٥ ،

■ قضية شركة Benvenuti & Bonfant ضد حكومة الكونغو ١٩٨٠م حيث تم تقديم تلك القضية إلى هيئة تحكيم مركز تسوية منازعات الاستثمار الدولي بموجب المادة (الثانية عشر) من اتفاقية واشنطن والمادة (خمس وعشرون) من النظام الأساسي، وتم إعمال (م١/٤٢) في تحديد القانون المتعين تطبيقه حيث أخذت المحكمة بقانون الدولة المتعاقدة التي تكون طرفاً في النزاع بالإضافة إلى مبادئ العدل والمساواة وفقاً لقواعد القانون الدولي (م٣/٤٢).^(١)

■ قضية AMCO ضد حكومة إندونيسيا ١٩٨٣-١٩٩٠م، حيث استقرت هيئة التحكيم وفقاً لنص المادة (الثانية والأربعون / الفقرة الثالثة) من الاتفاقية والتي خولت المحكمة سلطة الحكم بموجب مبادئ العدل والإنصاف إذا وافق الأطراف على ذلك وفي ضوء هذه الفقرة من المادة الثانية والأربعون أعطت المحكمة الأولوية للقانون الدولي في حالة وجود تنازع بين مبادئه والقانون الوطني لدولة الاستثمار الطرف، ورغم اعتراض الحكومة الإندونيسية على اختصاص المركز الدولي بنظر النزاع، إلا أن المحكمة انتهت إلى اختصاصها بنظره، بذريعة أن الحكومة الإندونيسية تعتبر شركة

(١) أنظر : جيمس كورفورد ، مبادئ القانون الدولي العام لبراونلي ، ترجمة : محمود محمد الحرثاني ، المركز العربي للأبحاث ودراسة السياسات ، ٢٠٢٢ ، ص ص ١٠٨١ و ١٢١٩ ولمزيد من التفاصيل حول تلك القضية تصفح الرابط التالي :

<https://jusmundi.com/en/document/decision/en-s-a-r-l-benvenuti-bonfant-v-peoples-republic-of-the-congo-award-friday-8th-august-1980>

AMCO شركة أمريكية رغم تمتعها بالجنسية الإندونيسية، وذلك بسبب سيطرة المصالح الأميركية على الشركة لامتلاك أمريكا نحو ١٠٠% من أسهم الشركة، لذلك رأت من وجهة نظرها أن هذا يعتبر رضا صريح من الحكومة الإندونيسية إلى إسناد اختصاص تلك النزاع إلى المركز الدولي ICSID.^(١)

ويرى بعض الفقه أنه وبدراسة العديد من السوابق التحكيمية

المعروضة على المركز تبين أن المحكمون استغلوا ما ورد في الاتفاقية حول تطبيق مبادئ القانون الدولي مع قانون الدولة المضيفة، ووظفوه لصالح الدول الأجنبية، واستعملوه من أجل إستبعاد قانون الدولة المضيفة حتى ولو في حالة اختيار المتعاقدين لهذا القانون بحجج واهية ترمي في النهاية لصالح الشركات الاستثمارية الأجنبية الطرف في المنازعات.^(٢)

(١) لمزيد من التفاصيل حول قضية AMCO تصفح الرابط التالي :

https://www.trans-lex.org/240300/_/icsid-award-amco-asia-corp-et-al-v-the-republic-of-indonesia-yc-a-1992-at-73-et-seq/

(٢) مراد محمود المواجدة ، مرجع سابق ، ص. ٢٢٥

الفرع الثالث

القانون واجب التطبيق على الالتزامات العقدية

وضعت اتفاقية روما الأولى ١٩٨٠م القواعد بشأن القانون واجب التطبيق على الالتزامات العقدية في الشؤون المدنية والتجارية^(١)، وهي تُعد بمثابة التقنين الأوروبي للعقود، وتسري على جميع العقود الدولية فيما عدا ما استثنته بنص صريح، وتسري الاتفاقية على عقود الاستثمار لكونها ليست من العقود التي استبعدتها الاتفاقية من مجال تطبيقها، وقد دخلت حيز التنفيذ في إبريل ١٩٩١م.

ووفقاً لما ورد بنص المادة (الرابعة) من الاتفاقية ، فإنه في حالة انعدام اختيار القانون الذي يجب تطبيقه على العقد من جانب الأطراف، فإن العقد يخضع لقانون الدولة الأكثر صلة وارتباطاً به، ومن المفترض في هذه الحالة أن العقد يرتبط بقانون دولة إقامة المدين بالعقد بالأداء الجوهري المميز أو دولة مركز إدارته في حالة كونه شخص اعتباري، وتعتبر الدولة محل تنفيذ العقد، هي التي يقع فيها الأداء المميز والالتزام الجوهري المدين في عقد الاستثمار، ومن ثم تكون الدولة الأكثر ارتباطاً وصلة بالعقد، وعليه فإن قانون الدولة المضيفة لعقد الاستثمار هو القانون الذي يتعين تطبيقه.^(٢)

(١) متاح نصوص الاتفاقية باللغة الانجليزية على الرابط:

<https://www.acerislaw.com/wp-content/uploads/2020/12/1980-Rome-Convention.pdf>

(٢) علاء محي الدين أبو أحمد ، مرجع سابق ، ص ٣٧١ ، وأيضاً ، بشار الأسعد، مرجع سابق، ص ٢٧٨

وقد ظلت اتفاقية روما الأولى لعام ١٩٨٠ سارية على جميع الالتزامات التعاقدية بإطلاق حرية الأطراف في اختيار القانون الذي يردونه على عقدهم، وعند غياب الاختيار ووجود تنازع بين القوانين يخضع العقد لقانون الدولة التي يكون فيها محل الإقامة المعتاد للطرف الذي يقوم بتنفيذ الأداء المميز للعقد.

وقد صدرت اتفاقية روما الثانية في ديسمبر ٢٠٠٩، حيث توسعت لتشمل تحديد القانون الواجب التطبيق على الالتزامات غير التعاقدية المدنية والتجارية متبنية أيضاً فكرة القانون المختار، وفي حالة غياب الاختيار يكون الأولي تطبيق قانون الدولة التي يقع فيها الضرر.^(١)

الفرع الرابع

اتفاقية تسوية منازعات الاستثمار العربية

وقعت دول مجلس الوحدة الاقتصادية العربية عام ١٩٧٤ م اتفاقية بشأن تسوية منازعات الاستثمار بين الدول المضيفة للاستثمارات العربية وبين مواطني الدول العربية الأخرى.^(٢)

(١) تقرير حول روما الأول، روما الثاني، القانون الواجب التطبيق والتحكيم الدولي منشور بتاريخ ٢٠٢٠/١٢/٣٠:

<https://www.international-arbitration-attorney.com/ar/rome-i-rome-ii-/applicable-law-and-international-arbitration>

(٢) متاح نصوص الاتفاقية باللغة العربية على الرابط:

<https://manshurat.org/node/52881>

ورد بنص المادة (السادسة عشر/ الفقرة الأولى) من اتفاقية روما، أن للمحكمة أن تفصل في النزاع وفقاً للقواعد القانونية الواردة بهذه الاتفاقية وكذلك الأنظمة التي يقرها المجلس وفي الأحوال التي تعرض على المحكمة ولا يوجد نص يناسبه بالاتفاقية، تُطبق المحكمة قانون الدولة الطرف المضيفة للاستثمار بما يتضمنه من قواعد تتنازع القوانين إلى جانب ما يتناسب وحالة النزاع من قواعد القانون الدولي.

وهذه الاتفاقية تُرسخ بشكل واضح تطبيق قانون الدولة الطرف المضيفة للاستثمار في الأحوال التي ينعدم فيها اختيار أطراف العقد لقانون بعينه صراحة.

المطلب الثاني

تطبيق قانون الدولة المضيفة في القضاء الدولي

كرست العديد من السوابق القضائية والتحكيمية تطبيق قانون الدولة الطرف المضيفة للاستثمار قانوناً واجباً للتطبيق ونجد هذا واضحاً في سوابق كلاً من:-

✓ المحكمة الدائمة للعدل الدولي

✓ محكمة العدل الدولية

✓ القضاء الفرنسي

(١) إرساء المحكمة الدائمة للعدل الدولي لقانون الدولة الطرف في قضيتي القروض البرازيلية والصربية التي رفعت أمامها عام ١٩٢٩ م.

حيث اعتبرت **المحكمة هنا** أن كل عقد ليس مبرم بين دولتين على أساس أنهم من أشخاص القانون الدولي العام يخضع في أساسه لقانون وطني ما.

وبناءً عليه رفضت المحكمة في أحد تلك القضيتين (القروض البرازيلية و الصربية) طلب مقدم من فرنسا تطالب فيه اعتبار عقد القرض معاهدة أو اتفاقية دولية، حتى تتمكن المحكمة من تطبيق قواعد القانون الدولي العام و لكن المحكمة استبعدت قواعد القانون الدولي العام من التطبيق ،على أساس أن الدولة التي تعاقدت على القرض موضوع النزاع دولة ذات سيادة ولا يتصور قبولها لإلتزامات تتعلق بالقرض تخضع لقانون دولة أخرى غيرها. (١)

(١) حيثيات الحكم الصادر بتاريخ ١٢ يوليو ١٩٢٩ في قضية القروض الصربية والبرازيلية المحكمة الدولية للعدل الدائمة باللغة الفرنسية:

“Il ne semble guère douteux qu'elle doit (elle-même) s'efforcer "d'appliquer le droit interne d'un pays determine) comme on l'appliquersit dans ledit pays .Ce ne serait pas appliquer un droit interne que de l'appliquer d'une manière différente de celle dont il serait appliqué dans le pays où il est en vigueur.”

وأضافت المحكمة كذلك أن:

“La courdoittemir le plus grand compte de la jurisprudence nationale, car c'est à l'aide de cette jurisprudence qu'ellepourra determiner quellessontvraiment les

٢) تكريس المحكمة الدولية للعدل تطبيق قانون الدولة المضيفة في النزاع المرفوع من بريطانيا ضد الحكومة الإيرانية ١٩٥١م.

حيث تدور ملايسات القضية في قرار حكومة محمد مُصدق زعيم حركة تأمين صناعة النفط بإيران **في عام** ١٩٥١م ، ومن ثم تم إلغاء عقد الإمتياز النفطي لشركة دارسي البريطانية المنعقد منذ عام ١٩٠٨م، الأمر الذي جعل بريطانيا تلجأ إلى المحكمة الدولية للعدل معتبرة إلغاء العقد عملاً غير مشروع دولياً باعتباره معاهدة دولية، إلا أن المحكمة رفضت الطلب البريطاني وأكدت على أن العقد محل النزاع عقد إمتياز مُبرم بين حكومة دولة إيران وأحد الشركات الخاصة المملوكة لرجل أعمال بريطاني، دون أدنى علاقة للحكومة البريطانية بهذا العقد، الأمر الذي ينتقي معه وجود علاقة عقدية تربط بين حكومتي إيران وبريطانيا، وعليه لا يمكن إخضاع عقد الإمتياز للقانون الدولي العام.^(١)

٣) تكريس تطبيق قانون الدولة الطرف المضيفة للاستثمار في القضاء الفرنسي .

règles qui, en fait, sont appliquées dans le pays dont le droit est reconnu applicable". V. CPJI, 12 juillet 1929, Revue de droit international privé, 1929, p. 427.

مشار اليه كمرجع في ، د. أشرف محمد وفا ، تطبيق القانون الأجنبي أمام القاضي الوطني ، مجلة الشريعة والقانون ، العدد السابعون ، ابريل ٢٠١٧ ، كلية القانون ، جامعة الإمارات العربية المتحدة ، ص ١٧٠ (١) د. بشار الأسعد ، مرجع سابق ، ص ٢٨٣

حيث ذهبت محكمة الإستئناف بباريس إلى: أن كل شخص ينتمي للقانون الخاص يتعاقد مع دولة ذات سيادة فإنه يخضع لقوانين الدولة التي تعاقدها ، وهو ما ذهبت اليه وأقرته محكمة النقض الفرنسية أيضاً^(١).

وهو ذات الاتجاه الذي تبنته محكمة التحكيم في قضية أرامكو الشهيرة حيث أقرت أن القانون الواجب التطبيق هو القانون الساري في المملكة العربية السعودية فالأصل خضوع العقود التي تبرمها الدولة ذات السيادة لقانونها ما لم يتم إثبات العكس^(٢).

وفي النزاع المعروض على غرفة التجارة الدولية ICC ^(٣) بباريس، الواقع بين دولة الجزائر وشركة أمريكية والخاص بعقد إنشاء خط سكك حديدية عام ١٩٨٥م، دون وجود اتفاق مسبق من الأطراف على القانون الذي يتعين تطبيقه على عقدهم حالة النزاع، أصدرت الغرفة حكمها بأن القانون الجزائري هو القانون الذي يتعين تطبيقه نظراً لكون العقد نُفذ في الجزائر. ^(٤)

(١) علاء محي الدين أبو أحمد ، مرجع سابق ، ص ٣٦٦

(٢) المرجع السابق

(٣) هي أكبر منظمة تجارية وأكثرها تمثيلاً في العالم، تأسست عام ١٩١٩ بهدف خدمة قطاع الأعمال الدولي عن طريق تعزيز التجارة والاستثمار وفتح الأسواق للسلع والخدمات والتدفق الحر لرأس المال، وتمثل أكثر من ٤٥ مليون شركة في ١٤٢ دولة.

المصدر : <https://ar.wikipedia.org>

(٤) مشار إليه في : مراد محمود المواجدة ، مرجع سابق ، ص. ٢٢٢

المطلب الثالث

موقف المشرع السعودي من القانون واجب التطبيق

يضع النظام السعودي إطاراً تشريعياً عاماً للاستثمار الأجنبي داخل المملكة من خلال نظام الاستثمار الأجنبي الصادر في عام ١٤٢١ هـ ولأئحته التنفيذية^(١)، يحدد به حقوق وواجبات المستثمر الأجنبي بشكل عام ، ثم يتخذ لكل نشاط استثماري نظاماً / تشريعاً خاصاً به يتفق وطبيعته .

حيث نصت المادة الثالثة عشر من نظام الاستثمار الأجنبي على:
« مع عدم الإخلال بالاتفاقيات التي تكون المملكة طرفاً فيها:

١. تتم تسوية الخلافات التي تنشأ بين الحكومة والمستثمر الأجنبي فيما يتعلق باستثماراته المرخص له فيها وفقاً لهذا النظام بشكل ودي قدر الإمكان، وإن تعذر يتم حل الخلاف حسب الأنظمة.

٢. تتم تسوية الخلافات التي تنشأ بين المستثمر الأجنبي وشركائه السعوديين فيما يتعلق باستثماراته المرخصة وفقاً

(١) نظام الاستثمار الأجنبي الصادر بالمرسوم الملكي مرسوم ملكي رقم م/١ بتاريخ ١٤٢١ / ١ / ٥ هـ ولأئحته التنفيذية رقم (٧٤/٢) بتاريخ ١٤٣٥/٥/١٢ هـ ، متاح على الموقع الإلكتروني لهيئة الخبراء بمجلس الوزراء :

<https://laws.boe.gov.sa/BoeLaws/Laws/LawDetails/d1600d28-9520-4219-9c4d-a9a700f1a69d/1>

لهذا النظام بشكل ودي قدر الإمكان، وإن تعذر يتم حل الخلاف حسب الأنظمة.

ويتضح من نص المادة سالفه الذكر أن النظام السعودي جعل الأولوية لديه عدم الإخلال بالاتفاقيات الدولية التي تكون المملكة طرفاً فيها وقد انضمت المملكة عام ١٩٨٠م إلى اتفاقية البنك الدولي الخاصة بتسوية منازعات الاستثمار (الأكسيد) الموقعة بواشنطن في السابع عشر من مارس ١٩٦٥م ، وهي من أهم الاتفاقيات التي يعول عليها تحديد القانون الذي يتعين تطبيقه على منازعات الاستثمار، وقد أنشأت الاتفاقية مركز دولي لفض منازعات الاستثمار بطريق التحكيم.

ويفضل النظام السعودي للاستثمار الأجنبي التوصل للتسوية بصورة ودية لمنازعات الاستثمار القائمة، وفي أحوال تعذر الحلول الودية يُحال الخلاف للنظام المختص لنوع النشاط الاستثماري ، ووفقاً لهذه الإحالة يكون نظام الاستثمار التعديني الصادر عام ١٤٤١هـ هو النظام الخاص بالاستثمارات البترولية داخل المملكة.

وقد أجازت المادة الثامنة والخمسون من نظام الاستثمار التعديني: الاتفاق على تسوية أي نزاع أو خلاف ينشأ بين أي مرخص له والوزارة عن

طريق التحكيم وفقاً لأحكام نظام التحكيم. ولأغراض هذا النظام تُعد المحكمة الإدارية هي الجهة المختصة بنظر النزاع.^(١)

كما أجازت المادة التاسعة من نظام التحكيم السعودي ١٤٣٣هـ: أن يكون اتفاق التحكيم سابقاً على قيام النزاع سواء كان مستقلاً بذاته، أم ورد في عقد معين له ^(٢)، وأجازت أيضاً أن يكون اتفاق التحكيم لاحقاً على قيام النزاع، وإن كانت أقيمت في شأنه دعوى قضائية أمام المحكمة المختصة، وفي حالة الاتفاق التحكيمي اللاحق على النزاع يجب أن يُحدد الاتفاق المسائل التي يشملها التحكيم بصورة حصرية ودقيقة، وإلا أصبح باطلاً.

واشترطت أن يكون اتفاق التحكيم مكتوباً، وإلا بطل، و يكون اتفاق التحكيم مكتوب إذا تضمنه محرر صادر من طرفي التحكيم، أو إذا تضمنه مراسلات متبادلة بين الأطراف تكون موثقة أو برقيات أو غيرها من وسائل الاتصال الإلكترونية أو المكتوبة.^(٣)

(١) للاطلاع على النظام متاح على الموقع الإلكتروني لهيئة الخبراء بمجلس الوزراء :

<https://laws.boe.gov.sa/BoeLaws/Laws/LawDetails/9560f620-e77e-476c-b9ea-abdd00b87480/1>

(٢) للاطلاع على نظام التحكيم الصادر بالمرسوم الملكي رقم م / ٣٤ بتاريخ ٢٤ / ٥ / ١٤٣٣ ، متاح على الموقع الإلكتروني لهيئة الخبراء بمجلس الوزراء :

<https://laws.boe.gov.sa/BoeLaws/Laws/LawDetails/5535039e-13da-43f6-8f53-a9a700f26485/1?csrt=17245554326245056939>

(٣) المادة (٩) من نظام التحكيم السعودي ١٤٣٣ هـ

وتعد الإشارة في عقد ما، أو الإحالة إلى مستند يشتمل على شرط للتحكيم بمثابة اتفاق تحكيم، و يُعدّ في حكم اتفاق التحكيم المكتوب كل إحالة في العقد إلى أحكام عقد نموذجي، أو اتفاقية دولية، أو أي وثيقة تتضمن شرط تحكيم متى كانت هذه الإحالة صريحة في اعتبار هذا الشرط المحال إليه جزءاً من العقد الاصلي المبرم بين الأطراف^(١).

وورد بنص المادة (الثامنة والثلاثون) من نظام التحكيم السعودي ضرورة مراعاة هيئة التحكيم عند نظر النزاع لأحكام الشريعة الإسلامية وعدم مخالفتها وكذلك عدم مخالفة النظام العام القائم بالمملكة، والالتزام الكامل بالآتي:-

- أن تقوم بتطبيق القواعد التي يتفق عليها أطراف التحكيم على موضوع نزراهم، وفي حالة اتفاقهم على تطبيق نظام دولة معينة

(١) المادة التاسعة : ١- يجوز أن يكون اتفاق التحكيم سابقاً على قيام النزاع سواء أكان مستقلاً

بذاته، أم ورد في عقد معين. كما يجوز أن يكون اتفاق التحكيم لاحقاً لقيام النزاع، وإن كانت قد أقيمت في شأنه دعوى أمام المحكمة المختصة، وفي هذه الحالة يجب أن يحدد الاتفاق المسائل التي يشملها التحكيم، وإلا كان الاتفاق باطلاً.

٢ - يجب أن يكون اتفاق التحكيم مكتوباً، وإلا كان باطلاً.

٣ - يكون اتفاق التحكيم مكتوباً إذا تضمنه محرر صادر من طرفي التحكيم، أو إذا تضمنه ما تبادلاه من مراسلات موثقة، أو برقيات، أو غيرها من وسائل الاتصال الإلكترونية، أو المكتوبة. وتعد الإشارة في عقد ما، أو الإحالة فيه إلى مستند يشتمل على شرط للتحكيم، بمثابة اتفاق تحكيم. كما يُعدّ في حكم اتفاق التحكيم المكتوب كل إحالة في العقد إلى أحكام عقد نموذجي، أو اتفاقية دولية، أو أي وثيقة أخرى تتضمن شرط تحكيم إذا كانت الإحالة واضحة في اعتبار هذا الشرط جزءاً من العقد.

تتبع الهيئة القواعد الموضوعية في قانون تلك الدولة دون القواعد الخاصة بتنازع القوانين، ما لم يتم الاتفاق على خلاف ذلك.

- وعلى الهيئة في حالة عدم وجود اتفاق من طرف التحكيم على القواعد النظامية الذي يتعين تطبيقها على موضوع نزاعهم تلتزم الهيئة بتطبيق القواعد الموضوعية في النظام الذي ترى أنه الأكثر صلة وترابط بحالة النزاع.

- على الهيئة عند الفصل في موضوع أي نزاع معروض عليها مراعاة شروط العقد محل النزاع، وأن تأخذ في الاعتبار الأعراف الجارية والمعمول بها في نوع المعاملة المعروضة عليها، وكذلك مراعاة العادات المتبعة بشأن نوع المعاملة، وكذلك ما جرى عليه التعامل بين الطرفين.

وفي الأحوال التي يتفق في أطراف التحكيم صراحة على تفويض هيئة التحكيم للصلح، يجوز لهيئة التحكيم أن تقيم الصلح بينهما وفقاً لقواعد العدالة والإنصاف .

ويتضح من نص المادة سالفه الذكر من نظام التحكيم أن المملكة اتبعت في تحديد القانون الذي يتعين تطبيقه عند التحكيم في حالة عدم الاتفاق نظرية الأداء المميز، والتحكيم في ضوء القانون الأكثر صلة

و ارتباطاً بالعقد محل النزاع، وفي ذات الوقت أيدت الأخذ بقواعد العدالة والإنصاف.

ونلاحظ من المادة سالفه الذكر أيضاً أن المنظم السعودي في حالة الاتفاق على الأخذ بقواعد قانون دولة أخرى غير المملكة فضل عدم الأخذ بالقواعد الخاصة بتنازع القوانين المعمول بها بتلك الدولة، وذلك حماية لاختيار الأطراف من أن يجدوا أنفسهم يطبقون قانون دولة أخرى غير المتفق عليها بسبب تطبيق قواعد تنازع القوانين تلك.

كما نجد أن المنظم السعودي اتبع سياسة المرونة في تسوية وفض منازعات الاستثمار، حيث وضع الأولوية بعد احترام الاتفاقيات المبرمة والموقعة من المملكة، إلى التسوية الودية للخلافات قدر الإمكان، ورغم أن نظام الترخيص التعديني للأنشطة البترولية بالمملكة، هو في واقعه نظام أحادي للقاعدة التنظيمية لكونه موضوع سلفاً من الحكومة السعودية ، ومن ثم تكون موافقة المستثمر الأجنبي عليه وقبوله الحصول على الترخيص وفقاً للضوابط والشروط التي يضعها النظام، فإن ذلك يُعد بمثابة موافقة ضمنية منه على تطبيق قانون المملكة في حالة الخلاف، ورغم ذلك احترام الخروج على ذلك باختيار الأطراف لقواعد دولة أخرى، وفي حالة عدم الاتفاق الأخذ بمعيار القانون الأكثر صلة.

وتشجيعاً لحل منازعات الاستثمار بطريق التحكيم تم إنشاء المركز السعودي للتحكيم التجاري^(١)، لإضفاء مزيد من الضمانات لتشجيع الاستثمار ولضمان المرونة في الإجراءات وسرعة تسوية المنازعات، خاصة في أحوال تطبيق القانون الوطني للمملكة باعتبارها الدولة المضيفة للاستثمارات البترولية.

(١) بقرار مجلس الوزراء رقم (٢٥٧) وتاريخ ١٤ جمادى الآخرة ١٤٣٥هـ (١٤ أبريل ٢٠١٤م)، ومقره الرئيسي مدينة الرياض ، ويهدف أن يكون الخيار الإقليمي المفضل لبدائل تسوية المنازعات في عام ٢٠٣٠م.

<https://sadr.org/about-scca?lang=ar>

القانون الدولي الخاص البلجيكي الصادر في ١٧ يوليو ٢٠٠٢ ؛ القانون الدولي الخاص السويسري الصادر في 12 يناير ١٩٨٨ ؛ القانون الألماني الصادر في ٣٠ يوليو ١٩٨

الفصل الثاني

تحديد القانون واجب التطبيق وفقاً لمبادئ القانون الدولي الخاص.

نشأ القانون الدولي الخاص انطلاقاً من رغبة الدول في تركيز العلاقات الدولية العابرة للحدود في إطار قانوني معين تسترشد بأحكامه وتحتكم له عند النزاع، وتمثل الدور القديم للقانون الخاص الدولي في تحديد القانون الذي يجب تطبيقه على العلاقات القانونية في ظل عدم وجود قانون مُختار من الأطراف، باختيار قانون الدولة الأكثر صلة وارتباطاً بالحالة القانونية موضوع النزاع، دون الأخذ في الاعتبار ما إذا كان تطبيق هذا القانون يحقق العدالة الموضوعية أو يوفر الحماية القانونية لأحد أطراف النزاع أم لا؛ فالعدالة التي تسعى إلى تحقيقها قواعد التنازع/الإسناد في هذا القانون هي عدالة من نوع خاص تتمثل في تحديد النظام القانوني الأكثر صلة وارتباطاً بالنزاع القائم، دون النظر إلى النتائج التي ستؤول إليها المراكز القانونية المتنازعة.

وتبنت الدول تحقيقاً لهذا الغرض قواعد إسناد " تنازع " تحدد القانون الأكثر صلة و ارتباطاً بموضوع النزاع ليكون هو القانون المتعين تطبيقه وسميت هذه القواعد بقواعد سافيني نسبة إلى الفقيه الألماني الشهير

Savigny الذي جاء بفكرة تركيز العلاقة القانونية وفقا للمعطيات الخارجية^(١).

والى جانب قواعد الإسناد هناك قواعد أخرى تطبيق في إطار القانون الخاص الدولي تعرف بالقواعد ضرورية التطبيق أو ذات التطبيق الضروري و يطلق عليها أيضًا " قواعد البوليس والأمن " ، و " القواعد ذات التطبيق الفوري ".

و تعتبر تلك القواعد من القواعد الآمرة وتجسيد لفكرة النظام العام بمعناه التقليدي، حيث تتعلق بجوهر النظام العام الاقتصادي والاجتماعي للدولة، ومن المتعارف عليه أن غالبية القوانين العربية تنص على ضرورة استبعاد تطبيق القانون الأجنبي متى كانت قواعده تخالف النظام العام والآداب العامة في دولة القاضي الوطني، فكل المسائل التي تنظمها هذه القواعد تخرج من مجال تنازع القوانين، حيث أن القاضي الوطني يطبق قواعد ذات التطبيق الضروري / البوليس والأمن في قانونه بغض النظر عن القانون الذي يجب أن يطبق و تشير إليه قاعدة الإسناد في القانون الخاص الدولي.

وقد شهد القانون الخاص الدولي تطورًا ملحوظًا بالتزامن مع تطور النظم القانونية عالميًا وبخاصة فيما يتعلق بمسألة حماية القيم الاجتماعية

(١) د. هشام صادق ، تنازع القوانين ، مرجع سابق ، ص ٤٤ - ٤٥.

وحقوق الأطراف في العلاقة القانونية، ومن ثم ظهرت ضوابط إسناد جديدة تتماشى مع القيم والسياسات الجديدة التي ترسخت في ظل القوانين الموضوعية التي ترسخ حماية النظام العام بداخلها، ومن هذا المنطلق قامت بعض التشريعات في بعض الدول بوضع ضوابط إسناد خاصة ضمن القانون الخاص الدولي لتحقيق أكبر قدر من الملاءمة مع قواعد الحماية المقررة في القوانين الموضوعية لديها^(١)، وفي هذا الصدد، يتضح أن قواعد القانون الدولي الخاصة تتأثر يوماً بعد يوم وإلى حد كبير بالمبادئ المعمول بها في القوانين الداخلية/ الموضوعية^(٢).

وسنتناول في هذا الفصل والأخير من الدراسة دور كل من قواعد الإسناد وقواعد الأمن والبوليس/ذات التطبيق الضروري في تحديد القانون المتعين تطبيقه حال انعدام الاختيار والعلاقة بين كلاً منهم .

(١) القانون الدولي الخاص البلجيكي الصادر في ١٧ يوليو ٢٠٠٢ ؛ القانون الدولي الخاص

السويسري الصادر في ١٢ يناير ١٩٨٨ ؛ القانون الألماني الصادر في ٣٠ يوليو ١٩٨٦

(2) J Dolinger, (2000) 'Evolution of Principles for Resolving Conflicts in the Field of Contracts and Torts' 283 Recueil des Cours 187-512, p 23.

وكذلك أنظر : وفاء جناحي، دور قواعد القانون الدولي الخاص في حماية المستهلك في العلاقات التعاقدية ذات العنصر الأجنبي، مجلة جامعة الشارقة للعلوم الشرعية والقانونية- جامعة الشارقة -٢٠١٩، مجلد ١٦، العدد ١، الصفحات ٤٣٨-٤٧٠.

المبحث الأول

دور قواعد الإسناد في تحديد القانون واجب التطبيق على عقود البترول حالة غياب الاختيار

تعد قواعد الإسناد قواعد قانونية مرشدة في القانون الدولي **الخاص**، وضعت من قبل المشرع الوطني بغرض الاستدلال على القانون الذي يتعين تطبيقه على النزاع المتضمن طرف أجنبي، بهدف تجنب تراحم القوانين على العلاقات القانونية ذات الطرف الأجنبي.

وقد ساهمت قواعد الإسناد بشكل كبير في علاج مشكلات تعذر تطبيق مبدأ الإقليمية أو مبدأ شخصية القوانين.

فوفقاً لمبدأ إقليمية القوانين: يطبق قانون الدولة على كل تصرف يقع على إقليمها، و على سبيل المثال: يتعذر تطبيق مبدأ الإقليمية على الوقائع التي تحدث في منطقة (أعالي البحار) المياه الدولية، ومن ثم تقع خارج إقليم الدولة، وأيضاً على الحالات التي يتم إبرام العقد في دولة، وتنفيذه في دولة أخرى^(١).

(١) أحمد سلامة عبد الكريم ، القانون الدولي الخاص ، دار النهضة ، القاهرة ٢٠٠٨ ص ٢٩١ وما بعدها.

أما مبدأ شخصية القوانين: فهو ينص على تطبيق قانون الدول على رعاياها (حاملتي جنسيتها)، ولو خارج الإقليم وأيا كان محل وجودهم، فكيف يتم إعمال هذه المبدأ في أحوال انعدام الجنسية، أو تعددها. (١)

المطلب الأول

ماهية قواعد الإسناد

قواعد الإسناد: قواعد وطنية قانونية وضعها المشرع الوطني تطبق في الأحوال التي ينظر القاضي الوطني فيها نزاع يتخلله طرف أجنبي، سواء كان أحد أطراف النزاع أو تمثل في مكان إبرام التعاقد (أجنبي)، أو مكان تحقق الضرر (أجنبي) أو مكان حدوث الخطأ أو مكان تنفيذ العقد (أجنبي) أي خارج البلاد. (٢)

وفي تعريف مختصر لقواعد الإسناد: هي القواعد القانونية التي تساعد القاضي وترشده إلى القانون الذي يتعين تطبيقه على المراكز القانونية ذات الطرف الأجنبي. (٣)

وتعتبر قواعد الإسناد الواردة في القانون الوطني قواعد أمرة ترشد القاضي إلى القانون الأنسب للتطبيق على النزاع المطروح أمامه، وعندئذ:

(١) أحمد سلامة عبد الكريم ، المرجع السابق

(٢) هشام صادق وحفيظة الحداد، دروس في القانون الدولي الخاص، ١٩٩٨ - ١٩٩٩ م، دار

الفكر الجامعي، ص: ٨ وما بعدها

(٣) المرجع السابق

تكون الأولوية لدى القاضي تكييف العلاقة القانونية أولاً، ثم إسنادها إلى القانون الذي يتعين تطبيقه عليها، وفي هذه الحالة إما يُخضع القاضي النزاع لقانونه، أو يُحيل النزاع إلى قانون آخر أجنبي، وفي كل الأحوال يكون ملزماً بما تُمليه عليه قواعد الإسناد، باعتبارها قواعد آمرة من النظام العام لا يجوز مخالفتها.

وكي لا يُترك المجال واسعاً لتقدير واجتهاد القاضي في اختيار القانون الذي يتعين تطبيقه حالة عدم اختيار الأطراف للقانون مسبقاً صراحة أو ضمناً، لجأت بعض القوانين الوضعية إلى وضع قواعد إسناد محددة لكي يلتزم بها القاضي ويقوم بتطبيقها في الأحوال التي تغيب فيها إرادة أطراف العقد عن اختيار القانون الذي يرضوا تطبيقه سواء صراحة أو ضمناً.

ومثال لتلك الضوابط: ضابط محل إبرام العقد ، ضابط محل تنفيذ العقد ، ضابط الجنسية المشتركة للأطراف ، ضابط الموطن المشترك ، وهو ما أخذ به المشرع العراقي في (م ١/٢٥) من القانون المدني رقم ٤٠ لعام ١٩٥١م، وكذلك المشرع المصري في (م ١/١٩) من القانون المدني رقم ١٣١ لعام ١٩٤٨م،^(١).

(١) يسري على الالتزامات التعاقدية قانون دولة الموطن المشترك للمتعاقدين إذا اتحدا في الموطن ، وإن اختلفا في الموطن ، يسري قانون الدولة التي أبرم فيها العقد، ما لم يتفق الأطراف على غير ذلك ، أو يتبين من ظروف وملابسات العقد أن قانوناً آخر هو المراد تطبيقه.

بينما يخلو نظام المعاملات المدنية السعودي الصادر عام ١٤٤٤هـ^(١)، من قواعد خاصة بتنازع القوانين، لذلك **نناشد** السلطة التشريعية بالمملكة بتدارك هذا الأمر بتعديل تشريعي مرتقب.

وترتكز قواعد الإسناد على مجموعة من العناصر، حيث تدور في فلك وجود فكرة مسندة وضابط إسناد وقانون مسند إليه.

ويشير ضابط الإسناد إلى المعيار الذي يتحدد على أساسه القانون واجب تطبيقه على العلاقة القانونية على الصعيد الدولي الخاص، حيث يقوم بإظهار إرادة المشرع في إحالة العلاقة القانونية لقانون أجنبي معين أو قانون القاضي نفسه، فهو الرابط بين العلاقة القانونية (الفكرة المسندة)، والقاعدة القانونية (قانون دولة ما) ، ولكي يقوم بدوره يجب أن يكون متصلًا بأحد عناصر العلاقة، إما يتعلق بأطراف العلاقة أو الحالة (كظرف الجنسية، الموطن، أو إرادة المتعاقدين)، أو يتعلق بعنصر موضوعي (كموقع المال)، أو يتعلق بالواقعة المنشئة للنزاع (محل وقوع الفعل الضار، أو مكان إبرام التصرف)، وغالباً ما نجد (عنصر السبب أو الإرادة) هو ضابط الإسناد في الإلتزامات التعاقدية^(٢)

(١) الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/١٩١) وتاريخ ٢٩/١١/١٤٤٤هـ ، قرار مجلس الوزراء رقم (٨٢٠) وتاريخ ٢٤/١١/١٤٤٤هـ.

(٢) عبد المنعم شوقت زمزم ، الوسيط في القانون الدولي الخاص ، دار الثقافة العربية ، ٢٠١٥ ، ص ٦٩

والقانون المُسند إليه في قاعدة الإسناد: هو القانون الذي يتعين تطبيقه على العلاقة القانونية محل النزاع، ويستوي أن يكون قانون دولة القاضي نفسه، أو قانون آخر أجنبي .

وبما أن العقود البترولية هي في حد ذاتها مجموعة من الإلتزامات التعاقدية ، يترتب على الإخلال بأحدها نشوب نزاع، فمن الممكن تصور أن يكون ضابط الإسناد مرتبط بجنسية أحد أطراف العقد البترولي.

وقد حددت العديد من الأنظمة العربية ضابط الإسناد في المنازعات التي تنشأ نتيجة التقاعس عن تنفيذ الإلتزامات في حالة عدم الاتفاق من الأطراف على القانون:-

- نصت المادة (العشرون / الفقرة الأولى) من القانون المدني **الأردني**: على سريان قانون الدولة التي يوجد فيها الموطن المشترك للمتعاقدين، وفي حالة الاختلاف في الموطن يسرى قانون الدولة التي تم فيها العقد، ما لم يتفق المتعاقدان على خلاف ذلك .
- وهو ذات النهج الذي أخذ به المشرع المصري في المادة (١/١٩) من القانون المدني المصري. ^(١)

(١) أنظر ص ٥٩ من هذه الدراسة

• **فقد نصت المادة (السابعة عشر/أ) من قانون مملكة**

البحرين الخاص بتنازع القوانين ٢٠١٥ على: يسري على

العقد من حيث الشروط الموضوعية والشكلية ومن حيث الآثار التي تترتب عليه قانون الدولة التي يوجد فيها الموطن المشترك للمتعاقدين ، فإن اختلفا موطناً ، سري قانون الدولة التي أبرم فيها العقد، ما لم يتم الاتفاق أو يتبين من الظروف أن قانوناً آخر هو الذي يرد تطبيقه ، وقد أجازت الفقرة/ب من ذات المادة، اختيار الاطراف قانون واجب التطبيق لكل جزء من العقد شريطة أن يكون الجزء المحدد له قانون خاص له، قابل للانفصال عن باقي أجزاء العقد^(١).

وفي مجال عقود الاستثمار ذات الطبيعة الدولية، فكثير من الاتفاقيات أخذت بفكرة ضابط الإسناد، مثال ذلك الاتفاق الجزائري المصري الذي نص صراحة على تسوية الخلاف المتعلق بالاستثمار على أساس

(١) القانون رقم ٦ لسنة ٢٠١٥ بشأن تنازع القوانين في المسائل المدنية والتجارية ذات العنصر الأجنبي، متاح على الرابط:

<https://www.legalaffairs.gov.bh/PDF/K0615.pdf>

التشريع الوطني للطرف المتعاقد الذي يوجد على إقليمه الاستثمار، أي تطبيق قانون الدولة المضيفة للاستثمار.^(١)

المطلب الثاني

الإشكاليات المتعلقة بتطبيق قواعد الإسناد

هناك بعض الاشكاليات التي قد تثيرها قواعد الإسناد عند التطبيق، مثل إشكالية التنازع المتغير، إشكالية عدم سماح القانون الوطني بإحالة النزاع إلى لقانون أجنبي.

الفرع الأول

إشكالية تغيير ضابط الإسناد / التنازع المتغير

التنازع المتغير هو: التنازع الذي يتم على إثر تغير واقعي في ظروف الإسناد، يؤدي إلى انتقال شيء أو شخص من نطاق تطبيق قانون إلى قانون آخر بموجب نفس قاعدة الإسناد.^(٢)

(١) المرسوم الرئاسي رقم ٩٨ - ٣٢٠ المؤرخ في ١١ أكتوبر سنة ١٩٩٨ ، المتضمن التصديق على الاتفاق المبرم بين الحكومة الجزائرية وحكومة جمهورية مصر ، حول تشجيع للإستثمارات والحماية المتبادلة لها، الجريدة الرسمية، العدد ٧٦، ١٩٩٨، مشار إليه في : بوخالفة عبد الكريم، القانون الواجب التطبيق على عقود الاستثمار الدولية ، بحث منشور بمجلة آفاق للبحوث والدراسات ، المركز الجامعي ايليزي ، الجزائر، العدد ٣ ، يناير ٢٠١٩ ، ص ٧٨

(٢) كريم مزعل شبي ، التنازع المتغير و أثره في القانون الواجب التطبيق، منشورات زين الحقوقية، بيروت، لبنان ، ٢٠١٧، ص ٤٢ و ما بعدها.

وتنشأ مشكلة التنازع المتحرك أو المتغير في جميع الأحوال التي يترتب عليها تغيير أو تعديل في ضابط الإسناد، ويترتب على هذا التغيير جعل العلاقة القانونية خاضعة لنظامين قانونيين مختلفين على وجه التتابع،
ومن حالات التنازع المتغير:-

١ - قد يتحقق التنازع المتحرك/ المتغير بفعل المشرع الوطني:
بحيث يُصدر المشرع الوطني نصوصاً تشريعية جديدة، فيحدث نتيجة هذا التعديل التشريعي تغييراً لضابط الإسناد ينتج عنه تعاقب من حيث الزمان بين قانون قديم وقانون جديد.

على صعيد القانون الداخلي، فيكون الغالب لحسم الخلاف بين القوانين المتعاقبة، هو تطبيق الأثر الفوري للنص التشريعي الجديد، ما لم يكن هناك قواعد انتقالية تشير إلى إعمال الأثر الرجعي للقانون القديم صراحة، مثال ذلك: ما نص عليه القانون المدني العراقي في المادة (العاشرة) والذي تقرر عدم إعمال القانون إلا إذا أصبح نافذاً دون تطبيقه بأثر رجعي على ما سبق من وقائع إلا إذا وجد نص صريح في القانون الجديد يقضي بغير ذلك أو كان القانون الجديد متعلق في تطبيقه بالنظام العام و الآداب.

وقد يشير ضابط الإسناد إلى وجوب تطبيق قانون ما أجنبي، ثم يظهر في هذا القانون المشار إليه مشكلة تنازع للقوانين من حيث الزمان،

ففي هذه الحالة يقع على عاتق القاضي، البحث في هذا القانون والتوصل لحل لمشكلة التنازع في العلاقات التي تكون قد نشأت في قانون قديم واستمرت ورتبت آثاراً في القانون الجديد.

وفي شأن تعدد القوانين **عالج المشرع البحريني في القانون المنظم**

لتنازع القوانين في المادة الثامنة منه هذه المسألة بالنص على أن: إذا كان قانون دولة أجنبية هو الذي يجب تطبيقه، وكانت المنازعة يحكمها أكثر من قانون أو تتنازع بشأنها القوانين زمانياً في هذه الدولة؛ فإن قانون هذه الدولة هو الذي يحدد أي من هذه القوانين الذي سيطبق على حالة المنازعة.^(١)

٢ - وقد يتحقق التنازع المتغير بفعل أحد أطراف العلاقة القانونية:

كأن يسعى أحد أطراف النزاع إلى تغيير ضابط الإسناد اللازم تطبيقه على الحالة القانونية، سواء بحسن نية أو بسوء نية، بعمد أو بغير عمد، إما بقصد التهرب من إلزام ما، أو من بهدف اكتساب حق أو مصلحة بطريقة مشروعة أو غير مشروعة (وهو ما يعرف بنظرية الغش نحو القانون)^(٢)، فيقوم عندئذ بتغيير ضابط الإسناد عن طريق تغيير الموطن أو اكتساب جنسية

(١) القانون رقم ٦ لسنة ٢٠١٥ بشأن تنازع القوانين في المسائل المدنية والتجارية ذات العنصر الأجنبي.

(٢) عبد الرسول جابر الأسدي ، تغير ضوابط الإسناد في عقود القانون الخاص ،دراسة مقارنة ،رسالة ماجستير ، كلية القانون جامعة بابل ١٩٩٩ ، ص ٥٢

أخرى، أو القيام بنقل موقع المال المنقول من إقليم دولة إلى إقليم دولة أخرى.^(١)

مثال للتنازع المتغير: تغيير جنسية أو موطن أحد أطراف النزاع المعول عليه تطبيق ضابط الإسناد، ومن ثم يتغير القانون الذي كان معول تطبيقه ، فلو كان القانون الإماراتي هو قانون الجنسية الذي يتعين تطبيقه وتجنس الشخص بالجنسية البريطانية، أصبح القانون البريطاني هو المعول تطبيقه وفقاً لقاعدة الإسناد.

ويتصور تحقق إشكالية ضابط الإسناد المتغير في عقود الاستثمار البترولية متى تم إبرام العقد البترولي بين مؤسسات تخضع للقواعد القانونية الخاصة مثال ذلك: تعاقد مستثمر وطني تأسست شركته وفقاً للقانون الوطني الداخلي مع مستثمر أجنبي بهدف (تصدير الغاز لدولة المستثمر الأجنبي) ودون أن تكون الحكومة الرسمية طرفاً مباشر في هذا العقد، فمتى كان ضابط الإسناد يشير إلى تطبيق قانون الجنسية المنفذ للسبب القائم عليه التعاقد (التمثل في عملية التصدير)، هنا يكون القانون الوطني هو المعول تطبيقه على أي نزاع قد ينشأ على هذا العقد، فإذا حدث وتغيرت جنسية الطرف المنفذ للعقد كبيع المستثمر الوطني شركته لمستثمر أجنبي آخر، هنا

(١) على عدنان علي ، مرجع سالف ذكره ، ص ٣٠

وفقاً لقاعدة الاسناد سيتم تطبيق قانون المستثمر الأجنبي/ المشتري الجديد باعتباره (الملتزم الجديد بالتنفيذ).

والقاضي هو الذي يبحث في شأن مسألة تعمد تغيير ضابط الإسناد بسوء نية من عدمه، فهي مسألة تقديرية بالنسبة له، بحيث يستشف من خلال وقائع الدعوى نية الأطراف ومدى مشروعية قيامهم بتغيير ظرف الإسناد وبالتالي فإنه إما يرد الدعوى إلى قانونها الأصلي أو يطبق القانون الجديد على الواقعة موضوع النزاع.

الفرع الثاني

إشكالية عدم سماح القانون الوطني بالإحالة لقانون أجنبي

يلاحظ أنه في الأحوال التي لا يُسمح فيها القانون الوطني بالإحالة لقانون أجنبي على إطلاق قواعده تجنباً للتصادم مع قواعد النظام العام الوطنية ومخالفتها تُثار إشكالية، مثال على ذلك تنص المادة (الواحدة والثلاثون) من القانون العراقي المدني^(١) على: تطبيق الأحكام الموضوعية فقط في حالة إذا تقرر أن قانون أجنبي هو الذي يجب تطبيقه على حالة النزاع **دون الرجوع لقواعد القانون الدولي الخاص.**

وهو ذاته ما نصت عليه المادة (الثامنة والعشرون) من القانون

الأردني المدني ١٩٧٦م.

(١) رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١م

وهو ما أيده نظام التحكيم السعودي المادة (الثامنة والثلاثون)
سالفة الذكر، حيث أوجبت على هيئة التحكيم عند نظر النزاع تطبيق القواعد
التي يتفق عليها أطراف التحكيم على موضوع النزاع، وفي حالة اتفاقهم على
تطبيق نظام قانوني لدولة بعينها يتم اتباع القواعد الموضوعية فيه فقط
دون القواعد الخاصة بتنازع القوانين، ما لم يتم الاتفاق على خلاف ذلك.

وذات الأمر أقرته المادة الخامسة من قانون مملكة البحرين بشأن
تنازع القوانين الصادر عام ٢٠١٥، حيث نصت على « يشترط في القانون
الواجب التطبيق على موضوع النزاع ألا تكون أحكامه مخالفة للنظام العام
في المملكة ».

وواقع الأمر أن صحيح تطبيق القواعد القانونية يفترض أن تطبق
كاملة دون تجزأة ، وبالتالي فإذا أحالت قاعدة الإسناد التطبيق لقانون أجنبي،
فيتعين تطبيق هذا القانون ككل وعدم الاقتصار على قواعده الموضوعية
فحسب، إلا أن الدولة الوطنية غالباً ما تخشى من تطبيق قواعد التنازع التي
من الممكن أن تحيل الاختصاص إلى أحكام قانون أجنبي تتعارض قواعده
مع سيادتها ونظامها العام.

لذلك يرى الباحث أن إشكالية عدم سماح القانون الوطني بالإحالة
لقانون أجنبي في مجال عقود الاستثمارات البترولية هي في حد ذاتها ضمانته

جيدة للدولة المضيفة لكونها استثمارات مرتبطة بموارد طبيعية تخضع لسيادة الدولة أولاً وأخيراً.

ويتصور أن تتعقد قاعدة إسناد لها طبيعة مزدوجة تجمع بين القانون العام و القانون الدولي الخاص، مثال ذلك : (تعاقد دولة ذات سيادة على عقد مع شخص أجنبي، وينص قانونها الداخلي على عدم تطبيق أحكام تنازع القوانين حالة النزاع، وفي ذات الوقت قد تؤدي القاعدة الموضوعية التي تمثل ظرف الإسناد في القانون الوطني إلى تطبيق قواعد التجارة الدولية على حالة العقد).

المبحث الثاني

دور قواعد الأمن والبوليس في تحديد القانون واجب التطبيق على عقود البترول حالة غياب الاختيار

تزامن تطبيق قواعد الأمن والبوليس والتي تُعرف بقواعد التطبيق
الضروري، مع تدخل الدول في النشاط الاقتصادي والاجتماعي، وتهدف تلك
القواعد إلى حماية المصالح الضرورية للدولة الطرف في العلاقة التعاقدية.

وسنتناول من خلال مبحثنا هذا ماهية قواعد الأمن والبوليس، ومن
ثم التطرق للاتفاقيات الدولية التي أخذت بها، وأخيراً التطرق لحالة تطبيق
قانون البوليس الأجنبي في دولة القاضي، كل في مطلب مستقل على نحو
التقسيم التالي:-

المطلب الأول

ماهية قواعد الأمن والبوليس

وضعت قواعد التطبيق الضروري/ الأمن والبوليس، في الأصل من
قَبْل المشرّع الوطني لتحكم الروابط الداخلية مع إمكانية امتداد قواعدها الأمر
على العلاقات الخاصة الدولية.

وقد عرفها الفقيه Frances Cakis بأنها: القوانين الضروري مراعاتها بهدف حماية النظام السياسي والاقتصادي والاجتماعي للدولة.^(١)

لذلك تمتاز هذه القواعد بالعلو على قواعد الإسناد الوطنية؛ لتعلقها بالأمن الداخلي للدولة ، وواجب تطبيقها على كافة العناصر والمجالات التي تدخل في نطاق سريانها وطنية كانت أم دولية ^(٢).

وقواعد الأمن والبوليس، لا تستبعد تطبيق القانون المختص الأجنبي على إطلاقه بموجب قواعد الإسناد المزدوجة، وإنما تستبعد القواعد **والنصوص** الموضوعية التي قد تتعارض معها في التطبيق، ويبقى القانون المختص بالفصل في الحالة القانونية هو ذلك الذي تشير له قواعد الإسناد، عدا القواعد **المستبعدة** التي تدخل في نطاق قاعدة التطبيق الضروري.

ويرى الباحث أن عقود استثمار البترول من أهم و أخطر العقود التي تبرمها الدولة ذات السيادة مع عناصر أجنبية، ليس فقط لكونها تحتاج إلى رؤوس أموال ضخمة، بل لكونها في المقام الأول تحتاج إلى تطور تقني وفني **هائل وتعلق بالموارد الاقتصادية للدولة، مما يتطلب** دائماً لجوء الدولة الوطنية المضيفة إلى التعاقد مع أطراف أجنبية قادرة على ضخ رؤوس أموال

(١) مشار إليه في: د. هشام محمد أحمد خالد، القانون الدولي الخاص ، دار الفكر الجامعي ، الاسكندرية ط١، ٢٠١٤ ، ص ٥٣٧

(٢) د. أحمد سلامة عبد الكريم ، الأصول في التنازع الدولي للقوانين ، دار النهضة العربية، ٢٠٠٠ ، ص ٢٥٧

كبيرة إلى جانب توفير إمكانيات من نوع خاص في مثل تلك المشروعات، وعليه يكون من حق الدولة الوطنية صاحبة الموارد اللجوء إلى قواعد الأمن والبوليس لحماية مصالحها الاقتصادية والسيادية في تلك العقود

وقد أطلق الفقيه الألماني " سافيني " على القواعد ذات التطبيق الضروري مسمى قواعد " الأمن والبوليس "، لكونه يرى أنها من القوانين ذات الطبيعة الخاصة ولا تسمح بقبول الاشتراك القانوني بين الدول المختلفة، **ومتى ظهرت هذه القواعد**، يلتزم القاضي بتطبيق قانونه الوطني فقط حالاً وفوراً لكونها **قواعد** تحمي المصلحة القومية للدولة اقتصادية كانت أو اجتماعية، حتى ولو كانت قاعدة الإسناد تقضي بتطبيق قانون آخر أجنبي^(١)، وهي من **قواعد** النظام العام لكونها واجبة التطبيق من جانب القاضي ولا تحتاج لتطبيقها اللجوء إلى قاعدة إسناد. ^(٢)

(١) د. على الهادي الأسود، العلاقة بين قواعد التطبيق الضروري وقواعد الإسناد، مجلة العلوم القانونية، جامعة الزاوية، ليبيا، ٢٠١٥، ص ص ٢٦ - ٣٠

(٢) فؤاد رياض، وسامية راشد، مبادئ القانون الدولي الخاص وتنازع القوانين، ج ٢، دار النهضة القاهرة، ١٩٩٦ م، ص ص ١٧٩-١٨٠

المطلب الثاني

التكريس التشريعي لقوانين الأمن والبوليس

من **الاتفاقيات الدولية والإقليمية** التي أخذت بتطبيق قواعد الأمن والبوليس، وسمحت لقضاء الدول التي يُعرض عليها النزاع أن تعطي الأولوية لتطبيق القواعد الآمرة الخاصة بقانونه بغض النظر عن القانون الذي يتعين تطبيقه على الحالة، ما نصت عليه اتفاقية روما المتعلقة بالقانون الذي يجب تطبيقه على الالتزامات التعاقدية الصادرة سنة ١٩٨٠م والمعدلة سنة ٢٠٠٨ في الفصل التاسع، الذي جاء فيه : « لا تتنازل نصوص الاتفاقية من قواعد قانون بلد القاضي التي تحكم بنحو أمر العلاقة العقدية أيا كان القانون الذي يجب تطبيقه على العقد ».(١)

وعلى مستوى النظم المقارنة أخذ بها القانون الخاص الدولي الفيدرالي السويسري لسنة ١٩٨٧ في المادة (الثامنة عشر) والتي أقرت بأن إعمال القانون صاحب الاختصاص بموجب قواعد الإسناد المقررة في

(1) للاطلاع على نص المعاهدة تصفح الرابط التالي:-

<https://www.doctrine.fr/l/texts/eu/reglements/EULEG43D45CBD0F3627184820?versionId=EULEGTEXT43D45CBD0F3627184820&sourcePage=EuropeanLegislationArticle&source=back-to-text-link#EULEGART1885425E8086A34E93898>

هذا القانون لا ينال من سريان القواعد الآمرة الواردة بالقانون السويسري ذات التطبيق الضروري على النزاع.^(١)

وكذلك القانون الخاص الدولي البلجيكي لسنة ٢٠٠٤ في الفصل العشرون والذي نص على أن الأحكام الواردة في القانون المختص بحسب الأصل لا يمكن أن تؤثر على تطبيق القواعد الآمرة أو النظام العام للقانون البلجيكي التي تريد الانطباق على نزاع دولي أيا كان القانون الذي تحدده قاعدة الإسناد بالنظر إلى الغرض والهدف الذي يسعى إلى تحقيقه». ^(٢).

و كذلك المادة الثالثة من القانون المدني الفرنسي^(٣): والتي نصت على أن: «قوانين الأمن والبوليس ملزمة لكل من يقطن الإقليم الفرنسي» ، وكذلك القانون المدني الأسباني ١٨٨٩ حيث جاء في الفصل الثامن منه : «قواعد الأمن والبوليس، تطبق على كل من هو فوق التراب الإسباني». ^(٤)

(١) للاطلاع على نص القانون السويسري تصفح الرابط التالي:-

<https://www.wipo.int/wipolex/ar/legislation/details/20755>

(2) Art. 20. Mandatory rules

The provisions of the present statute do not prejudice the application of the Belgian mandatory or public policy provisions, which, by virtue of the law or their particular purpose, are aimed to govern the international situation irrespective of the law designated by the conflict rules.

متاح النسخة الإنجليزية من القانون البلجيكي على الرابط:

<https://socioedip.wordpress.com/wp-content/uploads/2013/12/belgica-the-code-of-private-international-law-2004.pdf>

(٣) قانون نابليون الصادر عام ١٨٠٤ ، المعدل بالمرسوم ١٣٠ لسنة ٢٠١٦ .

(٤) عدل القانون المدني الأسباني بالقانون ٢٠١١/٢٠ بتاريخ ٢١ يوليو ، وللاطلاع على نصوص القانون تصفح الرابط التالي:-

<https://www.wipo.int/wipolex/ar/legislation/details/11873>

وعلى صعيد الانظمة العربية كرس المشرع الجزائري نص صريح يرجح به تطبيق قوانين الأمن والبوليس الوطنية على النزاعات الدولية وذلك في المادة الخامسة من القانون المدني الجزائري ١٩٧٥ والتي نصت على: « يخضع كل سكان القطر الجزائري لقوانين الشرطة والأمن».(١)

وأيضاً المشرع التونسي في الفصل الثامن والثلاثون من الباب الأول من مجلة القانون الدولي التونسي الخاص نص على: « تطبق مباشرة ومهما كان القانون المعين من قواعد التنازع أحكام القانون التونسي التي يكون تطبيقها ضروريا بالنظر إلى الغرض المقصود من وضعها ».

ويطبق القاضي أحكام القانون الأجنبي غير المعين بقواعد التنازع إذا كان لهذا القانون روابط وثيقة بالوضعية القانونية وكان تطبيق الأحكام المذكورة ضروريا بالنظر إلى الغرض المقصود منها. ولا يمنع من تطبيق القانون الأجنبي أو أخذه بعين الاعتبار اكتسائه صبغة القانون العام».(٢)

الأمر الذي يعني التطبيق المباشر لأحكام القانون التونسي ذات التطبيق الضروري بالنظر إلى الغرض المقصود من وضعها، مهما كان القانون التي أشارت إليه قواعد التنازع .

(١) متاح النسخة العربية من القانون على الرابط :

<https://www.wipo.int/wipolex/ar/text/333717>

(٢) مجلة القانون الدولي التونسي الخاص صادرة بالقانون رقم ٩٧ لسنة ١٩٩٨ متاحة على الرابط :

<https://legistunisie.weebly.com/uploads/9/5/0/9/9509893/diparabe.pdf>

ووفقاً للنظام الأساسي للحكم بالمملكة العربية السعودية المادة السابعة فإن كتاب الله وسنة رسوله هما الحكمان على جميع أنظمة الدولة، مما يعني أن الشريعة الإسلامية قواعدها أمرة وذات تطبيق ضروري لا محالة، وعلى هذا الأساس قرر المنظم السعودي بالمادة الثامنة والثلاثون صراحة إلزام هيئة التحكيم بمراعاة عدم مخالفة أحكام الشريعة الإسلامية.^(١)

والجدير بالذكر فإن تطبيق قواعد الأمن والبوليس الوطنية على المنازعات الخاصة الدولية لا يخلوا من تعرض القاضي لبعض الإشكالات القانونية كحالة تنازع أكثر من قاعدة للبوليس تنتمي كل منها لنظام قانوني مختلف يتوسطهم قانون بلد القاضي، وهناك فرضين لحل هذا الإشكال:-

- الأول: يكمن في ضرورة ترجيح قاعدة البوليس الوطنية لما يكفله ذلك من تحقيق للأهداف العامة الاقتصادية والاجتماعية التي ترمي هذه القاعدة إلى تحقيقها في دولة القاضي.^(٢)
- و الثاني: يفترض تطبيق قاعدة البوليس التي يؤدي أعمالها إلى إرضاء المصالح التي تهدف إلى تحقيقها باقي قواعد البوليس الأخرى التي تريد الانطباق (كما لو قام القاضي بتطبيق قاعدة

(١) للاطلاع على نص المادة ١/٣٨ من نظام التحكيم السعودي أنظر ص ١٥٥ من هذه الدراسة

(٢) محمد إبراهيم على ، القواعد الدولية الأمرة ، دار الفكر الجامعي، ٢٠٠١ ، ص ١٠٣.

البوليس التي تقرر حدا أقصى لسعر الفائدة يقل عن الحد المقرر في باقي القواعد).^(١)

وواقع الأمر يشير إلى أن علاج إشكالية التنازع بين قواعد الأمن والبوليس الوطنية والأجنبية ، يتطلب المزيد من التعاون بين مختلف الأنظمة القانونية الوطنية في احترام القواعد ذات التطبيق الضروري.^(٢)

المطلب الثالث

منهج تطبيق قانون البوليس الأجنبي في دولة القاضي

الأصل هو تطبيق القاضي للقواعد الآمرة في قانونه الوطني ذات التطبيق الضروري والفوري، إلا أنه لا يمنع من أن يتعرض القاضي الوطني لحالة ضرورة لتطبيق قانون البوليس الأجنبي على النزاع المطروح أمامه. ومن أمثلة النصوص التشريعية التي قد تضع القانون الأجنبي في الاعتبار في التشريعات الداخلية و الاتفاقيات الدولية:-

مثال ذلك المادة ١٨٧/الفقرة الثانية من قواعد القانون العام

الأمريكي الخاصة بالتنازع ، والتي تنص علي: « أن تطبيق القانون المختار

(١) محمود ياقوت ، قانون الإرادة وقواعد البوليس الضرورية التطبيق ، دار الفكر الجامعي ٢٠٠٣، ص ص ١٨٩ - ١٩١

(٢) القاسمي مصطفى ، واقع التكريس التشريعي والقضائي لقوانين البوليس والأمن في القانون الدولي الخاص المغربي ، مجلة المنارة للدراسات القانونية والإدارية ، العدد الثاني والثلاثون ، ديسمبر ٢٠٢٠ ، ص ٢٥٨

لا يجب أن يكون مخالفاً للسياسة التشريعية للدولة التي يكون لها مصلحة في تطبيق قانونها تفوق مصلحة الدولة التي اختار الأطراف قانونها كقانون واجب التطبيق والدولة التي يكون لها المصلحة الأكبر هي التي يكون قانونها واجب التطبيق في حالة عدم توافر اختيار للأطراف»^(١)

ويفهم من هذه النص بأن القانون الواجب التطبيق حال نشوب نزاع على العقد، وفي حالة عدم اختيار الأطراف للقانون، يكون قانون الدولة ذات المصلحة الأكبر باعتباره الأوثق صلة بالنزاع و الأطراف^(٢).

وكذلك ذهبت اللجنة الاسترالية لتعديل القانون إلى أن المحكمة المنظور أمامها الدعوى تضع القانون البوليسي الأجنبي في اعتبارها إذا كان هذا القانون له رابطة حقيقية وجوهرية بالنزاع، ويقصد بذلك قوانين البوليس واجبة التطبيق وهو الذي يعتبر جزءاً من القانون الموضوعي واجب التطبيق^(٣).

كما أجازت المادة التاسعة عشر من القانون السويسري الخاص الدولي: « للمحاكم أن تضع في اعتبارها قواعد البوليس في دولة من الغير

(1) Erin Ann O'Hara and Larry E. Ribstein, CONFLICT OF LAWS AND CHOICE OF LAW, P649, Available at the following link:

<https://reference.findlaw.com/lawandeconomics/9600-conflict-of-laws-and-choice-of-law.pdf>

(٢) د. عبد الحكيم مصطفى ، تنازع المناهج في قوانين البوليس ، المجلة القانونية ، كلية الحقوق ، فرع الخرطوم ، المجلد ١٥ ، العدد ٧ ، فبراير ٢٠٢٣ ، ص ١٦٣١ .

(٣) المرجع السابق

إذا كانت المصالح مشروعة وفقاً لرأي سويسرا، وأن القضية مرتبطة بهذا القانون، ويعتمد الوضع في الاعتبار علي السياسة ونتائج الحكم باعتبارها عادلة من وجهة نظر سويسرا.»

ويتبين من هذا النص أن القانون الدولي الخاص السويسري قد فتح المجال أمام القضاء لتطبيق القواعد الآمرة الأجنبية التي لا تنتمي إلى القانون المختص بموجب قاعدة الإسناد، إذا كانت هناك صلة وثيقة بين المركز القانوني المطروح أمام القضاء وبين هذه القواعد وإذا اقتضت المصالح المشروعة والجوهرية تطبيقها وفقاً لمفهوم القانون السويسري، كما وضع المشرع السويسري موجّهات تعين القضاء في تطبيق هذه القواعد من خلال البحث عن الهدف الذي تسعى إليه والنتائج والآثار المترتبة على تطبيقها وصولاً إلى القرار العادل^(١).

ومن القوانين العربية التي نصت على إعمال قواعد القانون الأجنبي ضرورة التطبيق والتي لا تكون واجبة التطبيق بموجب منهج الإسناد، القانون الدولي الخاص التونسي إذ نص الفصل (١٨) من مجلة القانون على : « ..ويطبق القاضي أحكام القانون الأجنبي غير المعين بقواعد التنازع إذا

(١) القانون الاتحادي المؤرخ في ١٨ ديسمبر ١٩٨٧

كان لهذا القانون روابط وثيقة بالوضعية القانونية وكان تطبيق الأحكام المذكورة ضرورية بالنظر إلى الغرض المقصود منها »^(١)

ويتبين من نص القانون التونسي أنه قد جاء عامًا شأنه شأن القانون السويسري فهو لا يختص بالعقود الدولية فحسب بل بكل جوانب تنازع القوانين.

وفي جميع الأحوال تظل الحرية لمحكمة الموضوع في تقدير تطبيق القانون الأجنبي من عدمه، ولها حرية تقدير الرابطة القائمة بين هذا القانون وبين النزاع، بحيث أنه يدخل في عناصر سلطتها لتقدير تطبيق قانون البوليس الأجنبي ضرورة وجود رابطة قوية بين هذا القانون وبين النزاع ، ويحق للقاضي أن ينتهي إلى رفض تطبيق قانون البوليس الأجنبي متى كان مخالف للنظام العام الدولي في دولته وفي كل الأحوال يتعين عليه إيضاح أسباب الرفض بشكل واضح ودقيق حتى لا يتعرض للنقض.^(٢)

ومن ناحية أخرى هناك العديد من الاتفاقيات الدولية التي ذهبت إلى أن قانون البوليس الأجنبي الذي يوضع في الاعتبار لا يلزم أن يكون جزءاً من القانون الموضوعي الذي يجب تطبيقه ، مثال ذلك :-

(١) القانون رقم ٩٧ لسنة ١٩٩٨ متاح على الرابط :

<https://legistunisie.weebly.com/uploads/9/5/0/9/9509893/diparabe.pdf>

(٢) د. عبد الحكيم مصطفى ، المرجع السابق ، ص ص ١٦٣٢ - ١٦٣٣

- المادة ١٦ من اتفاقية لاهاي حول بشأن القانون الواجب التطبيق على عقود التوسيط و التمثيل عام ١٩٧٨ والتي منحت القاضي السلطة التقديرية لتطبيق قوانين البوليس لأي دولة ذات رابطة قوية مع النزاع^(١).

- والمادة ١١ من الاتفاقية الموقعة بين الدول الأمريكية الأعضاء في منظمة العقود الدولية الخاصة بالدول الأمريكية تنص علي أنه يجوز للقاضي الذي ينظر في النزاع أن يطبق قانون البوليس الأجنبي الذي يجمعها بالعقد أقوى رابطة^(٢).

ويرى الباحث أن قوانين البوليس أو ذات التطبيق الضروري في حد ذاتها تمثل أداة حماية تشريعية في مواجهة قواعد الإسناد التقليدية التي قد يؤدي تكييفها إلى إحالة النزاع لقانون أجنبي بصورة قد تضر بمصالح الدولة الوطنية المضيفة للاستثمار وخاصة في عقود استثمار البترول الدولية.

(١) نص المادة ١٦ من Convention of 14 March 1978 on the Law Applicable to

Agency « أنه عند تطبيق هذه الاتفاقية فانه يجوز الاعتداد بالنصوص الأمرة لكل دولة ترتبط بالمركز المطروح برابطة جدية وذلك فيما لو كانت هذه النصوص يجب تطبيقها وفقا لقانون تلك الدولة أيا كان القانون الذي عينته قواعد التنازع فيها » من

Convention of 14 March 1978 on the Law Applicable to Agency

(٢) اتفاقية البلدان الأمريكية للقانون المنطبق على العقود الدولية لعام ١٩٩٤، متاح على

الرابط التالي:

<https://www.insdip.com/wp-content/uploads/2021/01/Convencion-Interamericana-sobre-Derecho-Applicable-a-los-Contratos-Internacionales-de-1994.pdf>

والأصل أنه في حالة تسوية الخلاف بطريق التحكيم يلتزم المحكم بقانون دولة مقر التحكيم، ما لم يتفق الأطراف على غير ذلك، وفي حالة انعدام الاختيار للقانون الذي يتعين تطبيقه، وفي ذات الوقت اختيار طريق التحكيم كوسيلة لتسوية النزاع وتحديد مؤسسة التحكيم التي سيحال لها النزاع فإن هذا يعتبر اختياراً ضمنياً يوقع الأطراف والنزاع لفخ لتطبيق قواعد بوليس دولة مقر التحكيم ، وبخاصة حال كونها دولة من الغير .

وعلى صعيد التشريع السعودي فإن نظام المعاملات المدنية جاء خالياً من أي نصوص خاصة بتنازع القوانين، وفي ذات الوقت نص نظام التحكيم السعودي سالف الإشارة على مراعاة عدم مخالفة قواعد الشريعة الإسلامية والنظام العام بالمملكة، والأصل هو اتباع القواعد الموضوعية للقانون المختار من جانب الأطراف من دون القواعد الخاصة بتنازع القوانين .

ويفهم من هذا أنه لا مجال لتطبيق قواعد بوليس أجنبية على نزاع مطروح أمام القاضي الوطني السعودي، أو أمام التحكيم السعودي، وأن الأصل عند القاضي الوطني عدم مخالفة قواعد الشريعة الإسلامية والنظام العام بالمملكة ، وبالتبعية احترام المحكم لقانون المملكة متى كانت هي دولة مقر التحكيم.

ويستلزم لسلامة الحماية القانونية: أن يتم النص صراحة على القواعد ذات التطبيق الضروري في التشريع الداخلي، والنص على أنها لا تقبل المنازعة مع قوانين أخرى في المنازعات ذات الطابع الدولي.

خاصة وأن القانون الدولي سهل انطباقه متى سمح القانون المحلي بذلك أو وفقًا لدرجة قوته وذلك عندما ينص على ذلك صراحة في أحد المعاهدات (كما هو الحال في الاتفاقية الموقعة بين الدول الأمريكية سألقة الإشارة)، أو إذا قضت الاشتراطات العقدية بذلك.

كما أن كثيرًا من قوانين الدول تعترف بأن القانون الدولي يشكل جزءًا من قانون الدولة المحلي ويمكن بتلك الصفة تطبيقه مثله مثل القانون المحلي واجب التطبيق.

ورغم الأهمية البالغة لموضوع القانون واجب التطبيق في شأن عقود الاستثمارات البترولية في القانون الدولي الخاص إلا أن هذا الأمر لا يخلو من صعوبات عدة تتمثل في الآتي:

- تزداد صعوبة وضع معيار يحدد القانون الذي يتعين تطبيقه في قواعد القانون الدولي الخاصة عنها في أي فرع من فروع القانون الأخرى وذلك نتيجة اختلاف الانظمة القانونية فيما بينها في تحديد الأوصاف القانونية للمسائل، وإلى اختلافها في تحديد الطوائف التي

يمكن رد هذه المسائل إليها، وما قد يعتبر في دولة ما شرط موضوعي قد يعد في دولة أخرى من الشروط الشكلية، وهكذا.

- كثيراً ما تتضمن عقود البترول التي تبرمها الدولة النفطية شرط " شرط الثبات/ التثبيت التشريعي"، والذي مفاده ان يظل العقد أبداً ودائماً خاضعاً للقانون الذي أبرم أثناءه وفي ظله ولا يمكن تعديل هذا القانون وهو ما يعني تجميد العقد، بتعهد الدولة النفطية بألا تمس هذا العقد أبداً، أي لا تملك أن تلغيه أو تعدل شروطه إلا بالاتفاق مع الطرف الآخر.

الخاتمة

من خلال دراستنا لموضوع القانون الذي يتعين تطبيقه على عقود البترول الدولية في النظام السعودي، تبين لنا من خلال الدراسة أن الإشكالية في القانون الذي يجب تطبيقه على العقد الاستثماري لا تكمن في عملية اختيار القانون من قبل الأطراف، وإنما في ما سيرتبه هذا الاختيار من نتائج، و مدى إلزام القاضي أو المحكم بهذا القانون المختار وكذلك الطرف الآخر بالعقد، وبخاصة عندما يكون أحد أطراف العقد أجنبياً، والذي قد يتمكن بطريقة أو بأخرى من الخروج عن القانون السابق اختياره واللجوء إلى بتدويل النزاع.

واتضح لنا من خلال الدراسة تعدد المناهج المتبعة في تحديد القانون الذي يتعين تطبيقه في حالة انعدام اختيار القانون من جانب أطراف التعاقد، فقد يتم ترجيح قانون الموطن المشترك أو الجنسية المشترك أو محل إبرام العقد، ووجدنا أن العديد من الاتفاقيات الدولية والنظم المقارنة رجحت قانون محل إقامة صاحب الإلتزام الجوهري المميز بالعقد على اعتبار أنه القانون الأكثر صلة وارتباط بالعقد، ووفقاً لنظرية القانون الأوثق صلة بالعلاقة التعاقدية فإنه مما لا شك فيه يكون قانون الدولة المستضيفة والحاضنة للاستثمار هو القانون الذي يجب تطبيقه.

وتبين لنا من خلال التطرق لنظام الاستثمار الأجنبي السعودي أنه اعترف بأحقية أطراف العقد في اختيار القانون واجب التطبيق وفي حالة اختيار قانون دولة معينة يختارونها يتعين تطبيق القواعد الموضوعية في هذا القانون دون قواعد تنازع القوانين، وفضل المنظم السعودي عند تسوية منازعات الاستثمار وضع الأولوية بعد احترام الاتفاقيات المبرمة والموقعة من المملكة، إلى التسوية الودية للخلاف قدر الإمكان، وفي حالة عدم الاتفاق الأخذ بمعيار القانون الأكثر صلة .

ومن أهم النتائج التي توصلنا إليها من خلال الدراسة هذه:-

✓ لا يوجد ما يمنع من أن يجمع العقد البترولي بين قواعد القانون الخاص والقانون العام، حيث أنه وفقاً لمبدأ العقد شريعة المتعاقدين لا يوجد ما يمنع من وجود أي شرط اتفاقي بمثل تلك العقود، ومن ثم فمن المقبول أن يتضمن العقد شروط خاصة لتتمكن الدولة مانحة الترخيص من النص على الحق في تعديل العقد، والحق في فسخه و كذلك ممارسة كامل سيادتها على المشروع البترولي.

✓ لا خلاف على حرية الاطراف في اختيار القانون الذي يتعين تطبيقه حتى لو كان قانون أجنبياً لطرف ثالث، وأن كل ما تحتاجه العقود الاستثمارية هو تقديم الأمان للمستثمر الأجنبي وإحاطته بمجموعة من الحوافز والضمانات التي تجعله يطمئن لضخ رؤوس أمواله برعاية دولة

مضيضة لن تقاينه بقرار تأمين، وفي المقابل تحتاج الدولة رعاية مصالحها الوطنية دون تدخل سافر وضار من المستثمر في شئونها الداخلية والتي قد تصل إلى حد تهديد مصالحها وأمنها القومي.

✓ السوابق التحكيمية تبين لنا مما لا **تدع** مجالاً للشك اقتران الميول السياسية والاقتصادية مع المسائل القانونية ، وأن أغلبها خرج عن الحياد وعن المبدأ المتأصل (العقد شريعة المتعاقدين)، والذي استخدم كذريعة لاستبعاد القانون واجب التطبيق المتفق عليه، على الرغم من الاعتراف السائد للمحكمين بأن قانون الدولة النفطية هو المختص أصلاً بحكم العقود النفطية، بحجج مختلفة ترمي في النهاية إلى خدمة مصالح المستثمر الأجنبي والذي يسعى إلى أكبر تعويض ممكن حتى ولو كان مجحف وضار بالطرف الآخر، وبعيداً عن إعمال قواعد العدالة والانصاف.

✓ اتضح لنا أنه وبالرغم من اختيار أطراف العقد الاستثماري للقانون الذي يرضوا تطبيقه حالة قيام نزاع إما صراحة أو ضمناً إلا إن هذا لم يمنع ظهور حالات خروج عن هذا القانون المختار وتطبيق غيره من قِبَل قاضي الموضوع وذلك إذا تبين له عدم وجود صلة تربط القانون الذي تم اختياره من قِبَل الأطراف بالعقد، إعمالاً لنظرية الغش نحو القانون، والتي ترمي إلى هروب الأطراف من تطبيق القانون الذي يجب تطبيقه والتحايل عليه، أو في أحوال مخالفة القانون المختار

لنظام العام لدولته، بل وقد يكون خروج القاضي عن القانون المختار نتيجة كونه يراه غير ملائماً للعقد ولا يحمي المصلحة التي يرمي إليها العقد في النهاية.

✓ كما تبين لنا أن غالباً ما يكون لكل نص في تشريع داخلي أو اتفاقية دولية، نص آخر يقابله يقبل تطبيق النقيض، وكله يصب في النهاية لحماية الطرف الأجنبي لأنه الطرف ذات النقل القوي في العلاقة التعاقدية باعتباره صاحب رأس المال.

✓ وعلى صعيد التشريعي السعودي فإن نظام المعاملات المدنية جاء خالياً من نصوص خاصة بتنازع القوانين، وفي حالة تطبيق القانون المختار غير السعودي يكون الأصل هو اتباع القواعد الموضوعية للقانون المختار من جانب الأطراف ودون القواعد الخاصة بتنازع القوانين.

✓ القانون الوطني للدولة المضيفة للإستثمار النفطي هو القانون الذي يتعين تطبيقه في حالة غياب الاختيار، وفقاً لمبدأ إقليمية القوانين ومبدأ سيادة الدولة على أراضيها وعلى مواردها الطبيعية، فهو القانون المناسب بإعتباره الأكثر صلة بالعقد لكونه قانون مكان التنفيذ ومكان الإلتزام الرئيسي وفي الغالب يكون هو مكان الإبرام أيضاً.

✓ ونظراً لكون عقود استثمار البترول ترتبط بالخطط التنموية للدولة المضيفة وكذلك تتصل بقطاعات حيوية وسيادية، فلا يمكن بطبيعة الحال تصور تطبيق قانون دولة أجنبية مهما كانت الحجج والذرائع خصوصاً في حالة عدم الإتفاق على تطبيق قانون معين.

✓ الحالات التي يتم فيها تطبيق قانون آخر غير قانون الدولة الحاضنة للاستثمار، هي حالات تكون الدولة المضيفة فيها مجبرة إما لضغوط سياسية أو لكونها الطرف الأضعف في العلاقة الاستثمارية لأنها الأحوج لجذب رؤوس الأموال بشتى الطرق إليها، بالإضافة إلى حاجتها الملحة في الإمكانيات التكنولوجية التي تحتكرها الشركات الإستثمارية الكبرى في مثل تلك الصناعات والتي تكون تابعة للدولة المتقدمة الكبرى.

التوصيات:

١. لكي تحمي الدولة المضيفة نفسها من خضوع عقودها الاستثمارية لقانون أجنبي غير قانونها الوطني، يتعين عليها صياغة أنظمة قانونية للاستثمار تتضمن شرطاً أساسياً يجعل قانونها هو القانون واجب التطبيق حتى في أحوال اختيار طريق التحكيم طريقاً لتسوية الخلاف.

٢. يتعين على الدول المضيفة للإستثمار أن تطور أنظمتها القانونية أولاً بأول لسد أي ذرائع قد يلجأ لها المحكمين لاستبعاد تطبيق قانونها الوطني وتطبيق قانون أجنبي، بحجة القصور أو البدائية وعدم مواكبة مقتضيات التجارة العالمية، وبذل أقصى درجات العناية والحرص الشديد عند صياغة عقود البترول، والتدقيق في بنودها على نحو يكفل التوازن الاقتصادي العادل لطرفي العقد.

٣. على المنظم السعودي تدارك مشكلة خلو نظام المعاملات المدنية لنصوص تنظم تنازع القوانين والأخذ بها فيما لا يتعارض مع النظام العام والشريعة الإسلامية.

٤. يتعين على المنظم السعودي النص صراحة على القواعد ضرورية التطبيق، التي لا تقبل المنازعة مع قوانين أخرى في المنازعات الدولية.

٥. إصدار تشريع استثماري موحد يتضمن القواعد الموضوعية والإجرائية لعقود الاستثمار بشكل عام كامل ومتكامل وينظم كافة القطاعات الاستثمارية ومنها البترول، يوضع به أحكام و شروط واضحة ودقيقة تكفل حقوق الطرفين بشكل واضح وصريح، وبوجه أكثر شمولية يحتاج التنظيم السعودي لقانون دولي خاص به موحد ينظم كافة العلاقات الدولية الخاصة.

٦. النص صراحة في التشريع الخاص بالاستثمار النفطي على أن النظام السعودي هو النظام الذي يجب تطبيقه عند النزاع ، حتى لا يتشتت القضاء عند الفصل في المنازعات التي قد تنشأ مستقبلاً.
٧. ضرورة توخي الحيطة أثناء إبرام عقود الإستثمار الدولية وبخاصة البترولية بين الدولة والمستثمرين الأجانب والاستعانة بذوي الخبرة في هذا القطاع من أجل تجنب صعوبات تنفيذ هذه العقود فيما بعد.
٨. ضرورة إتفاق الأطراف بعناية على المكان الذي سيجري فيه التحكيم حال اختياره وسيلة لتسوية النزاع مستقبلاً، نظراً لأهمية النتائج التي تترتب على هذا الاختيار، لتدارك حالات تطبيق قانون دولة مقر التحكيم.
٩. التركيز على تطوير نظام ومؤسسة التحكيم بالمملكة إلى جانب سعي دول الخليج مجتمعة على تطوير منظومة مركز التحكيم التجاري لدول مجلس التعاون بتوحيد قانون التحكيم بين دول المجلس وصياغتها وفق قواعد الانستفال لبعث الطمأنينة لدى المستثمرين الأجانب، وفتح قنوات اتصال مع مراكز التحكيم الدولية للاستفادة من تجاربها ومواكبة كل ما هو جديد على ساحة التحكيم والوقوف على أهم الثغرات القانونية التي كانت سبباً في خسارة بعض قضايا التحكيم والعمل على تجنبها.

١٠. الحرص على ضم قامات رفيعة من رجال القانون ذو الخبرة الرفيعة في صياغة بنود التحكيم ، حتى تصبح المراكز التحكيمية الإقليمية على مصاف متقدم وجاذب للبت في النزاعات أسوة بنظيراتها الدولية نظراً لكون التحكيم هو وسيلة تسوية النزاع الأولى في منازعات الاستثمار.

١١. إنشاء قضاء متخصص للفصل في منازعات الاستثمار يكون مدعوم بأهل الخبرة، وسرعة الفصل، نظراً لحساسية منازعات الاستثمار فجميعها ترتبط برؤوس أموال ضخمة، تحتاج الفصل في أمرها بأسرع وقت إعمالاً للقاعدة الشرعية (لا ضرر ولا ضرار).

تربحون الله وفضله

المراجع والمصادر

أولاً: المراجع باللغة العربية

إصدارات دور النشر:

١. أحمد رشاد محمود سلام، " عقد الانشاء والإدارة وتحويل الملكية B.O.T في مجال العلاقات الدولية الخاصة " ، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٤
٢. د.أحمد عبد الحميد عشوش ، قانون النقط ، مؤسسة شباب الجامعة ، الإسكندرية ، مصر ١٩٨٩
٣. _____ ، النظام القانوني للاتفاقيات البترولية، القاهرة، . دار النهضة العربية، ١٩٧٥
٤. د.أحمد سلامة، عبد الكريم: الأصول في التنازع الدولي للقوانين، دار النهضة العربية القاهرة ، ٢٠٠٠
٥. _____ ، القانون الدولي الخاص ، دار النهضة العربية ، القاهرة ٢٠٠٨
٦. أنس قاسم جعفر، العقود الإدارية، دراسة مقارنة لنظم المناقصات والمزايدات وتطبيق القانون رقم ٩٨ لسنة ١٩٨٨ الخاص بالمزايدات والمناقصات في مصر ولائحته التنفيذية مع دراسة عقود الـ (B.O.T) ، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٣
٧. بشار محمد الأسعد ، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، ط١ ، ٢٠٠٦
٨. د.بلاق محمد ، قواعد التنازع و القواعد المادية فى منازعات عقود التجارة الدولية ، دار الفكر العربي ،الاسكندرية ، ٢٠١٦
٩. د.ثروت بدوي ، " النظرية العامة في العقود الإدارية " ، دار النهضة العربية ، القاهرة ١٩٧٦

١٠. جابر فهمي عمران ، الاستثمارات الأجنبية في منظمة التجارة العالمية ، دار الجامعة الجديدة ، الإسكندرية ، سنة ٢٠١٣
١١. جلال وفاء محلين ، التحكيم بين المستثمر الأجنبي والدولة المضيفة للاستثمار ، بدون سنة طباعة ، دار الجامعة الجديدة ، الإسكندرية ، سنة ٢٠٠١
١٢. د.جميل الشرقاوي ، محاضرات في العقود الدولية ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٩٦ ،
١٣. جيمس كورفورد ، مبادئ القانون الدولي العام لبراونلي ، ترجمة : محمود محمد الحريثاني ، المركز العربي للأبحاث ودراسة السياسات ، ٢٠٢٢
١٤. د.حفيظة السيد الحداد ، الاتفاق على التحكيم في عقود الدولة ذات الطبيعة الإدارية و أثره على القانون الواجب التطبيق ، دار المطبوعات الجامعية ، الإسكندرية ٢٠٠١
١٥. _____ ، " العقود المبرمة بين الدولة والأشخاص الأجنبية " ، دار المطبوعات الجامعية ، الإسكندرية ٢٠٠٩
١٦. د.رجب محمود طاجن ، عقود المشاركة بين القطاعين العام والخاص ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠١٠
١٧. سراج حسين أبو زيد ، التحكيم في عقود البترول - دراسة متعمقة - ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، مصر ٢٠٠٤
١٨. د.سليمان محمد الطماوي ، مبادئ القانون الإداري (نظرية المرفق العام واعمال الإدارية العامة) ، الكتاب الثاني ، دار الفكر العربي ، القاهرة ١٩٧٩
١٩. صالح المنزلاوي ، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية ، دار الجامعة الجديدة ، الإسكندرية ، ٢٠٠٨
٢٠. صلاح الدين جمال الدين ، دور أحكام التحكيم في تطوير حلول مشكلة تنازع القوانين ، ط١ ، دار الفكر الجامعي ، الإسكندرية ، سنة ٢٠٠٤

٢١. _____ ، التحكيم وتنازع القوانين في عقود التنمية التكنولوجية ، ط ١ ، دار الفكر الجامعي ، الإسكندرية ٢٠٠٥
٢٢. _____ ، تنازع القوانين، دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون، الطبعة الثانية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية ٢٠٠٧
٢٣. طه أحمد علي قاسم، تسوية المنازعات الدولية الاقتصادية، دراسة سياسية قانونية لدور المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار، دار الجامعة الجديدة ، الإسكندرية، ٢٠٠٨
٢٤. عباس العبودي ، تنازع القوانين والاختصاص القضائي الدولي والأحكام الأجنبية ، مكتبة السنهوري ، بغداد ، ٢٠١٥
٢٥. عبد الله ناصر العجمي، الطبيعة القانونية لعقود الاستثمار النفطي وتسوية منازعاتها ، مكتبة زين الحقوقية والأدبية ، ط ١ بيروت، لبنان ، ٢٠١٦
٢٦. د.عبد الحكيم مصطفى عبد الرحمن ، عقود التنمية الاقتصادية في القانون الدولي الخاص ، مكتبة النصر ، القاهرة ، ١٩٩١
٢٧. عبد الحميد الأحذب ، " النظام القانوني للبتروك في المملكة العربية السعودية " ، مؤسسة نوفل ، ١٩٨٢ م، ط ١ ، بيروت
٢٨. عبد المنعم شوقت زمزم ، الوسيط في القانون الدولي الخاص ، دار الثقافة العربية ، ٢٠١٥ ،
٢٩. عصام أحمد البهجي، الطبيعة القانونية لعقود ال BOT، دار الفكر الجامعي ، ط ١ ، ٢٠١٤ ،
٣٠. عكاشة عبد العال ، قانون العمليات المصرفية الدولية ، دراسة في القانون واجب التطبيق على عمليات البنوك ذات الطبيعة الدولية ، دار المطبوعات الجامعية ، اسكندرية ، ١٩٩٤
٣١. علاء محي الدين مصطفى أبو أحمد ، التحكيم في منازعات العقود الإدارية الدولية في ضوء القوانين الوضعية والمعاهدات الدولية وأحكام محاكم التحكيم . دراسة مقارنة ، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ٢٠١٢

٣٢. د. على إبراهيم " الوسيط في المعاهدات الدولية " ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ط ١ سنة ١٩٩٥ ،
٣٣. د. على خليل اسماعيل الحديثي ، القانون الدولي العام . الجزء الأول . المبادئ والأصول ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠١٠ ،
٣٤. غسان رباح ، الوجيز في العقد التجاري الدولي (نموذج العقد النفطي) ، ط ١ ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ٢٠٠٨ ،
٣٥. فؤاد رياض ، وسامية راشد، مبادئ القانون الدولي الخاص وتنازع القوانين، ج ٢، دار النهضة العربية، ١٩٩٦ م
٣٦. كريم مزعل شبي ، التنازع المتغير و أثره في القانون الواجب التطبيق، منشورات زين الحقوقية، بيروت، لبنان ، ٢٠١٧ ،
٣٧. ليندا جابر، القانون الواجب التطبيق على عقد الاستثمار الأجنبي، المؤسسة الحديثة للكتاب، لبنان، ٢٠١٤ ،
٣٨. محمد إبراهيم على ، القواعد الدولية الأمرة ، دار الفكر الجامعي، ٢٠٠١ ،
٣٩. محمد الروبي ، عقود التشييد والاستغلال والبناء BOT ، دار النهضة العربية ، القاهرة ٢٠٠٦ ،
٤٠. محمد الهادي المهدي الشامس ، اشكاليات التحكيم في عقود الانشاءات الدولية ، دار الفكر العربي ، مصر ، ٢٠١٩ ،
٤١. محمد حسين منصور ، " العقود الدولية : ماهية العقد الدولي وانواعه وتطبيقاته، مفاوضات العقد وإبرامه مضمونه وآثاره وانقضائه، الصياغة والجوانب التقنية والائتمانية والالكترونية، الاختصاص القضائي والقانوني، التحكيم وقانون التجارة الدولية" ، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، ٢٠٠٩ ،
٤٢. د. محمد عاطف البنا " العقود الإدارية ، مع دراسة خاصة لنظام تأمين مشتريات الحكومة في المملكة العربية السعودية " ، دار العلوم للنشر ، المملكة ، ١٩٨٤ ،

٤٣. محمد عبد القادر الحاج، شرح القانون التجاري اليمني (الأعمال التجارية والتاجر) ، مكتبة الجيل الجديد ١٩٩٠
٤٤. د. محمد وليد المصري ، الوجيز في القانون الدولي الخاص ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، ط١ ، ٢٠٠٩
٤٥. د.محمود محمد ياقوت ، حرية المتعاقدين في اختيار قانون العقد الدولي ، منشأة المعارف ، الاسكندرية ، ٢٠٠٤
٤٦. _____ ، قانون الإرادة وقواعد البوليس الضرورية التطبيق ، دار الفكر الجامعي ، الاسكندرية ، ٢٠٠٣
٤٧. محمود محمد علي صبرة ، اعداد وصياغة العقود الحكومية ، مكتبة صبرة للتأليف والترجمة ، ٢٠٠٧ ، القاهرة
٤٨. مراد محمود المواجدة ، التحكيم في عقود الدولة ذات الطابع الدولي ، دار الثقافة للنشر والتوزيع، ط١ ، الأردن ٢٠١٠
٤٩. مرتضى جمعة عاشور ، عقد الاستثمار التكنولوجي ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، لبنان ٢٠١٠
٥٠. د.هشام محمد أحمد خالد، القانون الدولي الخاص ، دار الفكر الجامعي ، الاسكندرية ط١ ، ٢٠١٤
٥١. د.هشام علي صادق ، " القانون واجب التطبيق في عقود التجارة الدولية ، دار الفكر الجامعي ، الاسكندرية ، ٢٠٠١
٥٢. _____ ، تنازع القوانين : دراسة مقارنة في المبادئ العامة والحلول الوضعية المقررة في التشريع المصري ، منشأة المعارف ، الاسكندرية ، ١٩٩٣
٥٣. _____ وحفيظة السيد الحداد، دروس في القانون الدولي الخاص ، دار الفكر الجامعي ، ١٩٩٩م
٥٤. وليد محمد عباس، " التحكيم في المنازعات الإدارية ذات الطبيعة التعاقدية " ، دار الجامعة الجديدة، مصر، ٢٠١٠

الرسائل العلمية

١. أمينة مخلفي، " أثر تطور أنظمة استغلال النفط على الصادرات - دراسة حالة الجزائر " أطروحة لنيل درجة الدكتوراه، كلية العلوم الاقتصادية والتدارية ، جامعة قاصدي مرباح، الجزائر، ٢٠١٣
٢. ثورية لعيوني، " معيار العقد الإداري دراسة مقارنة " ، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس، ١٩٨٧
٣. سلام هادي جاسم ، فكرة العقد الدولي الطليق وتأثيرها بالقواعد الموضوعية الدولية ، رسالة ماجستير ، معهد البحوث والدراسات العربية ، القاهرة ٢٠١١
٤. عبد الرحيم محمد سعيد ، " النظام القانوني لعقود البترول " ، رسالة دكتوراه ، كلية الحقوق ، جامعة القاهرة ١٩٨٣
٥. عبد الرسول عبد الرضا جابر الأسدي ، تغير ضوابط الإسناد في عقود القانون الخاص ،دراسة مقارنة ،رسالة ماجستير ، كلية القانون جامعة بابل ١٩٩٩
٦. عدلي محمد عبد الكريم، النظام القانوني للعقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية ، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص جامعة أبو بكر بالقايد تلمسان، الجزائر ٢٠١١
٧. علاوة الصادق ، " القانون الواجب التطبيق على عقود الاستثمار " ، مشروع مذكرة مكملة لنيل شهادة الماستر في الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة محمد خضير ، بسكرة ، الجزائر ، ٢٠١٦
٨. علة عمر ، حماية الاستثمار الأجنبي خ في التشريع الوطني والقانون الدولي - د. مقارنة ، بحث مقدم لدرجة الماستر في القانون العام ، جماعة منتوري ، قسنطينة ، الجزائر ، ٢٠٠٨
٩. على عدنان علي ، أثر التغيير في قواعد الإسناد على تحديد القانون واجب التطبيق دراسة مقارنة، رسالة ماجستير مقدمة استكمالاً لمتطلبات

- الحصول على درجة الماجستير في القانون الخاص ، كلية الحقوق ، جامعة الشرق الأوسط ، يونيو ٢٠٢٠
١٠. محمد أحمد حسن ، النظام القانوني للعقد الدولي ، رسالة دكتوراه ، كلية الحقوق ، جامعة عين شمس ، بدون سنة نشر

الدوريات والأبحاث المنشورة:

١. د. إبراهيم محمد القعود ، الطبيعة القانونية لعقود الاستثمار الدولية ، مجلة العلوم القانونية والشرعية ، كلية القانون ، جامعة الزاوية ، العدد السابع ، ديسمبر ٢٠١٥
٢. أحلام مبعوج ، عذراء بن يسعد ، القانون الواجب التطبيق على عقود الاستثمارات النفطية من خلال التحكيم ، مجلة الباحث في العلوم الإنسانية والاجتماعية ، المجلد ١٢ العدد ٢ ، جامعة قاصدي مرباح ورقلة، الجزائر ، ٢٠٢٠
٣. م/ احمد عبد الغفار ، التحكيم في منازعات البترول والغاز والطاقة ، بحث منشور لدى مركز الاسكندرية للتحكيم الدولي والوسائل البديلة لحل المنازعات متاح على الرابط:
<https://www.facebook.com/Aiacadrs/posts/765948410098531>
٤. د.أشرف محمد وفا ، تطبيق القانون الأجنبي أمام القاضي الوطني ، مجلة الشريعة والقانون ، العدد السبعون ، كلية القانون ، جامعة الإمارات العربية المتحدة ، ابريل ٢٠١٧
٥. د.أمين دواس ، القانون الواجب التطبيق على عقود الاستثمار الأجنبي - دراسة مقارنة ، بحث منشور بمجلة كلية القانون الكويتية العالمية ، السنة ٨ ملحق خاص ، العدد ٨ ، ديسمبر ٢٠٢٠

٦. **بوخالفة عبد الكريم**، القانون الواجب التطبيق على عقود الاستثمار الدولية ، بحث منشور بمجلة آفاق للبحوث والدراسات ، المركز الجامعي ايليزي ، الجزائر، العدد ٣ ، يناير ٢٠١٩
٧. **الشيخ بوسماحة**، حماية الاستثمار الأجنبي في ظل العقود الدولية الاقتصادية، مجلة جامعة تكريت للعلوم القانونية، العدد ٢٨ ، السنة ٧، العراق، ٢٠١٥
٨. **د.رشا خليل عبده** ، التحكيم في المنازعات ومدى تأثيره بسيادة الدولة ، مجلة القادسية للعلوم القانونية والاقتصادية ، المجلد الرابع العدد ١ ، ٢٠١١ .
٩. **د.عبد الحكيم مصطفى عبد الرحمن** ، تنازع المناهج في قوانين البوليس ، المجلة القانونية ، كلية الحقوق ، فرع الخرطوم ، المجلد ١٥ ، العدد ٧ ، فبراير ٢٠٢٣
١٠. **د.عبد الرسول عبد الرضا جابر الأسدي** ، وحسين عباس حسين ، القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع في منظمة التجارة العالمية ، مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية و السياسية ، جامعة بابل ، كلية القانون ، المجلد ٨، العدد ٢ (٣٠ يونيو/حزيران ٢٠١٦)
١١. **عبد السلام علي الفضل** ، منهج الأداء المميز في تحديد قانون العقد الدولي ، مجلة دراسات ، علوم الشريعة والقانون ، المجلد ٤٦ ، العدد ١ ، ملحق ١ الجامعة الأردنية ، ٢٠١٩
١٢. **د.على الهادي الأسود**، العلاقة بين قواعد التطبيق الضروري وقواعد الإسناد، مجلة العلوم القانونية، جامعة الزاوية، ليبيا، ٢٠١٥

١٣. القاسمي مصطفى ، واقع التكريس التشريعي والقضائي لقوانين البوليس والأمن في القانون الدولي الخاص المغربي ، مجلة المنارة للدراسات القانونية والإدارية ، العدد الثاني والثلاثون ، ديسمبر ٢٠٢٠
١٤. مبخوتة أحمد ، القيمة القانونية للقرارات والتوصيات الصادرة عن الجمعية العامة على ضوء أحكام القانون الدولي المعاصر ، مجلة الحقوق والعلوم الانسانية ، جامعة الجلفة ، المجلد ٣ ، العدد ١ ، ٢٠١٠
١٥. د.محمد السيد بنداري ، الوضع القانوني لخصوصية عقود البترول ، مجلة الدراسات القانونية والاقتصادية ، جامعة السادات ، المجلد ٩ ، العدد ١ ، مارس ٢٠٢٣
١٦. د.محمد وليد هاشم المصري ، العقد الدولي بين النظرة التقليدية والنظرة الحديثة ، مجلة الشريعة الشريعة والقانون ، جامعة الامارات العربية المتحدة ، العدد العشرون ، ذو القعدة ١٤٢٤ ، يناير ٢٠٠٤
١٧. نافح بحر سلطان، أزمة تحديد القانون الواجب التطبيق في ميدان عقود الإستثمار في النفط والغاز، مقال منشور في مجلة جامعة الأنبار للعلوم القانونية ، العدد الثاني المجلد الأول ، العراق ، ٢٠١٧
١٨. الهادي الخضراوي ، وبشير جعيرن " اختيار قانون الإرادة وتحديد مدى ملائمته لعقود الدولة الاستثمارية " مجلة الحقوق والعلوم الإنسانية ، جامعة زيان عاشور بالجلفة ، المجلد التاسع ، الجزائر ، ٢٠١٦

١٩. وفاء جناحي، دور قواعد القانون الدولي الخاص في حماية المستهلك في العلاقات التعاقدية ذات العنصر الأجنبي، مجلة جامعة الشارقة للعلوم الشرعية والقانونية- جامعة الشارقة - ٢٠١٩، مجلد ١٦، العدد ١.

ثانياً: المراجع الأجنبية

1. Alfred Vedross, Quasi- International Agreements and International Economic Transactions. year Book of world Affairs, Vol.22 (1964)
2. Ampal-American Israel Corp., Egi-Fund (08-10) Investors LLC, Ampal-American Israel Corporation and others v. Arab Republic of Egypt, ICSID Case No. ARB/12/11, 1-Februray-2016, See at : <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw7310.pdf>
3. Arbitration between Libya and Texaco, 19 January,1977” International Legal Materials .vol.17 .
4. Article 1.4 UNIDROIT Principles, online at: <https://www.unidroit.org/unidroit-principles> - 2016/unidroit-principles-2016-overview/english-black-letter .
5. Batiffol, Henri et Lagarde, P., Droit international privé , T .ll , 7e édition, Paris, Libraire générale de Droit et de Jurisprudence 1983
6. Cass. civ., 16 sépt. 2015, JDI 2016, p. 16, note F.OX. Morisset, JCP G 2015, 1188, note P. Berliez, Rev. Crit., DIP 2016,
7. Cass. com., 19 oct. 2010, Rev. des contrats, n° 3, 2011, note J.-B. Racine., JDI 2011,
8. Damilola S. Olawuyi. Contractual and Fiscal Arrangements in the Extractive Industry Extractives Industry Law in Africa. (2018). Available at:https://link.springer.com/chapter/10.1007/978-3-319-97664-8_8
9. Dumbery,P. & Stone, J. An Analysis of Arbitral Tribunal Practice Regarding the Applicable Law in Deciding State Contract Disputes Under ICSID Convention, 5Yb on International Investment Law and

- Policy (2012- 2013), online at: <https://www.researchgate.net/publication/327289138>
10. Enron Creditors Recovery Corporation, and Ponderosa Assets, L.P v. Aegentine Republic, ICSID Case No. ARB/01/3, Award, 22-May-2007, See at : <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0293.pdf>
 11. International Centre for Settlement of Investment Disputes (ICSID), No ARB/06/18; IIC 424 (2010) dated 14 January 2010, online at: <http://www.unilex.info/principles/case/1533>
 12. International Centre for Settlement of Investment Disputes, ADC Affiliate Limited and ADC & ADMC Management Limited v. The Republic of Hungary, ICSID Case No. ARB/03/16, dated 2 October, 2006, See at http://icsidfiles.worldbank.org/icsid/ICSIDBLOBS/OnlineAwards/C231/DC648_En.pdf
 13. International Centre For Settlement Of Investment Disputes, Emilio Agustín Maffezini v. The Kingdom Of Spain, Case No. ARB/97/7, dated 13 November 2000, online at :http://icsidfiles.worldbank.org/icsid/ICSIDBLOBS/OnlineAwards/C163/DC566_En.pdf
 14. J Dolinger, (2000) 'Evolution of Principles for Resolving Conflicts in the Field of Contracts and Torts' 283 Recueil des Cours 187-512 .
 15. Jacquet (J.M): Le contrat international connaissance du droit, parise Dalloz, 1999,
 16. Mann,F., The Law Governing State Contracts, 21 Brit. Y. B. Intl L. (1944)
 17. Moens ,Gabriel, & John Trone, The First mendment to the UNCITRALN Arbitration Rules, 14 Int'l Trade & Bus. L. Rev. (2011),
 18. Muhammed Mazeel, prtroleum fiscal system and contracts, Herstellung: Diplomica® Verlag GmbH, Hamburg, 2010.
 19. Petrobart Limited v. The Kyrgyz Republic, SCC Case No. 126/2003, 29-March-2005, See at :<https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0628.pdf>
 20. Ripert et Roblot, Traite elemataire de Droit commercial.t.1.5e, 1963

21. Shavarsh Toriguian, Legal Aspects of Oil Concessions in the middle east, Beriut, Lebanon, 1972.
22. The Rompetrol Group N.V. V. Romania, ICSID Case No. ARB/06/3, 6-May-2013 See at: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw1408.pdf>,
23. Unión Fenosa Gas, S.A. V. Arab Republic of Egypt, ICSID Case No. ARB/14/4, 31-August-2018, See at: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw10061.pdf>
24. V. Firth, Thomas, The Law Governing Contracts under the World Bank Convention, 1 N.N.Y. J. Int'l & Pol. (1968).
25. Zuhairah Ariff , Types and features of international petroleum contracts, south east Asia Journal of Contemporary Business, Economics and Law, vol.4, issue3, June, 2014
26. <https://www.italaw.com/cases/documents/481>

ثالثاً: الاتفاقيات والقوانين:

اتفاقيات ومواثيق دولية:

- ميثاق الأمم المتحدة ١٩٤٥
- قرارات الجمعية العامة للأمم المتحدة
- ✓ ١٨٠٣ ديسمبر ١٩٦٢م بشأن السيادة الدائمة للدول على مواردها الطبيعية
- ✓ ٣٢٠١ مايو ١٩٧٠م بشأن نظام اقتصادي دولي جديد
- ✓ ٣٢٨١ ديسمبر ١٩٧٤م بشأن تنظيم ميثاق حقوق الدول وواجباتها الاقتصادية
- اتفاقية واشنطن ١٩٦٥ الخاصة بتسوية المنازعات الناشئة عن الاستثمارات بين الدول وبين رعايا الدول الأخرى
- اتفاقية لاهاي عام ١٩٨٥م بشأن القانون الواجب التطبيق على عقود البيع الدولي للبضائع
- اتفاقية روما ١٩٨٠ بشأن الالتزامات التعاقدية
- اتفاقية تسوية منازعات الاستثمار بين الدول المضيفة للاستثمارات العربية وبين مواطني الدول العربية الأخرى لسنة ١٩٧٤م

قوانين وتشريعات:

- نظام الاستثمار الأجنبي السعودي ١٤٢١
- نظام الاستثمار التعديني السعودي ١٤٤١ هـ
- نظام التحكيم السعودي ١٤٣٣
- وثيقة الكويت للنظام المدني الموحد ١٩٩٧
- قانون الغاز والنفط العماني ٨ لسنة ٢٠١١ م
- قانون النفط الليبي لسنة ١٩٥٥
- القانون المدني الفرنسي، ١٨٠٤
- القانون المدني الاسباني ١٨٨٩
- القانون المدني المصري ١٩٤٨
- القانون المدني النمساوي ١٩٧٩
- القانون المدني الالمانى ١٩٨٦
- القانون المدني السويسري ١٩٨٧
- القانون المدني الايطالي ١٩٩٥
- القانون المدني الروسي ٢٠٠١
- القانون المدني الجزائري ١٩٧٥ وتعديلاته ٢٠٠٧
- القانون المدني العراقي ١٩٥١
- قانون التحكيم المصري ١٣ لسنة ٢٠٠٦ المعدل
- القانون النموذجي للتحكيم ١٩٨٥ وتعديلات ٢٠٠٦
- قانون تنازع القوانين في المسائل المدنية والتجارية ذات العنصر الأجنبي البحريني ٢٠١٥
- قانون الالتزامات العقدية السويسري لسنة ١٩٨٥.
- القانون التجاري المصري ١٧ لسنة ١٩٩٩ م
- القانون الدولي الخاص البلجيكي ٢٠٠٢
- القانون الدولي الخاص السويسري ١٩٨٨
- القانون الدولي الخاص التونسي ١٩٩٨

رابعاً: مواقع الويب:

مواقع الويب الرسمية:

<https://www.aramco.com/ar>

<https://www.moenergy.gov.sa/ar/Pages/default.aspx>

أرامكو

وزارة الطاقة السعودية

https://mim.gov.sa/mim	وزارة الصناعة والتعدين السعودية
https://mc.gov.sa	وزارة التجارة السعودية
https://laws.boe.gov.sa	هيئة الخبراء بمجلس الوزراء
https://www.un.org	الأمم المتحدة
https://uncitral.un.org	الاونسترال
https://petromin.com/ar	وثائق بترومين بالعربية
https://qicca.org/6872?lang=ar	مركز قطر الدولي للتوفيق والتحكيم

مواقع إخبارية:

<https://www.newspointar.net/news/19305>
<https://trends.alnfaee.net/post/204344>
<http://wiki.dorar-aliraq.net/iraqilaws/law/18500.html>
<https://www.almasryalyoum.com/news/details/500243>
<https://manshurat.org/node/72413>
<https://www.legifrance.gouv.fr/>

Thesis summary

Investment contracts between a host country and foreign investors are always associated with the state's development plans; moreover, they are of great significance, especially contracts concluded in the field of petroleum investments as they involve immense financial resources, special technical qualifications, and a long term prospect for their implementation and operation. Since the state is usually a party to these contracts whose partnership lies with a foreign party, or a group of common foreign beneficiaries; Here, a problem of unequal legal positions between the two contracting parties appears.

Apart from that issue, there's another complication that revolves around the legal nature of petroleum investment contracts it self; whether they are administrative, international, economic, or that of a mixed nature? This is the reason jurisprudential differences exist, it's a result of different motives and affiliations from each party to the contract; as the sovereign considerations of the state party, always give preference to the law of the state; For considerations of the economic interest of foreign investors, especially if it relates to international trade, the tendency is to prefer deriving those contracts from the provisions of the national law of the host countries and subjecting them to the provisions of private international law.

Here lies the reason behind choosing this topic: It is an attempt to search for and scrutinize the nature of the law that must be applied to petroleum investment contracts in the event that a dispute arises between a sovereign state on the one hand and a foreign investor who is a subject of private international law on the other hand, which law will be applied then? Is it the law of the country hosting the investment, the law of the foreign partner, or another third law?

Accordingly, the thesis is attentive on shedding light on all the jurisprudential and judicial trends that have examined the problem of the law that must be applied to international petroleum contracts, whether in the event that the parties agree on the applicable law, and the extent of the judge or arbitrator's authority to deviate from the will of the parties, as well as researching the approaches followed in determining the applicable law. Furthermore, researching the methods used to determine applicable law in the event of lack of choice between enshrining the law of the host country for investment, or submitting to the rules of private international law; All through a comparative study with the petroleum investment system in the Kingdom of Saudi Arabia in respect to other comparative Arab and Western systems, concluding the thesis with a set of results and recommendations.



University of Bahrain
College of Law
Department of Private Law

**The Law Applicable to
International Petroleum Contracts
in the Saudi System
(A Comparative Study)**

A Thesis Submitted as Part of the Requirements for a
Master's Degree in Private Law

University of Bahrain

Submitted by:

Mohammed Nughaymish Al-Anazi

University Number: 20190241

Supervised by

Prof. Mohamed Walid Al-Masry

Assistant Professor of Private International Law

1445 – 2024



University of Bahrain
College of Law
Department of Private Law

The Law Applicable to International Petroleum Contracts in the Saudi System

(A Comparative Study)

A Thesis Submitted as Part of the Requirements for a Master's Degree
in Private Law

University of Bahrain

Submitted by:
Mohammed Nughaymish Al-Anazi
University Number: 20190241

Supervised by
Prof. Mohamed Walid Al-Masry
Assistant Professor of Private International Law

1445 - 2024