



عضو اتحاد الجامعات العربية
عضو اتحاد مجالس البحث العلمي العربية

الجمهورية اليمنية
الجامعة الوطنية
كلية الحقوق
قسم القانون الخاص



الطبعة القانونية لعقود الاستثمار النفطي وتسوية منازعاتها

رسالة لنيل

درجة الماجستير في القانون الدولي الخاص

مقدمة من الباحث

عبدالله ناصر عبدالهادي أبو جما العجمي

تحت إشراف الدكتور

محمد عبدالله محمد المؤيد

أستاذ القانون الدولي الخاص المساعد – جامعة صنعاء
ورئيس قسم القانون الدولي الخاص بكلية الشريعة والقانون سابقاً

قدمت هذه الرسالة

استكمالاً لمتطلبات درجة الماجستير في القانون الدولي الخاص

كلية الحقوق
الجامعة الوطنية

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

"ربِّ اشْرَحْ لِي صَدْرِي وَيَسِّرْ لِي أَمْرِي وَاحْلِلْ عَقْدَةً مِنْ لِسَانِي يَفْقَهُوا قَوْلِي"

قَدْ تَرَى أَنَّ اللَّهَ الْعَظِيمَ



عضو اتحاد الجامعات العربية
عضو اتحاد مجالس البحث العلمي العربية

الجامعة الوطنية
كلية الحقوق
قسم القانون الخاص

**أشهد أن هذه الرسالة قد أنجزت تحت إشرافي بكافة
مراحلها وأرشدتها للمناقشة .**

المشرف العلمي

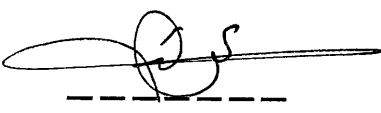
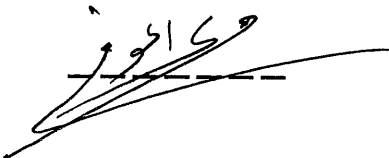
الدكتور / محمد عبدالله محمد المؤيد

أستاذ القانون الدولي الخاص المساعد – جامعة صنعاء

ورئيس قسم القانون الدولي الخاص بكلية الشريعة والقانون سابقاً

نوقشت هذه الرسالة وأجيزت بتاريخ ٢٠٠٣/٩/١٨ م

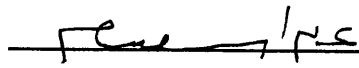
رئيس وأعضاء لجنة الحكم والمناقشة العلمية

- | الاسم | التوقيع |
|---|---|
| ١- أ.د. عبدالحكيم محسن عطروش - رئيساً |  |
| ٢- د. محمد عبدالله المؤيد - عضواً ومشرفاً |  |
| ٣- د. مريم عبدالله الجوفي - عضواً |  |

يعتمد
رئيس الجامعة



عميد الدراسات العليا والبحث العلمي



عرفان بصنيع وشكر وتقدير

"مرحباً آتناً من لدنك رحمة وهيئ لنا من أمرنا مرشداً"

الحمد لله رب العالمين ، استفتح به وستهديه وأعتمد عليه وأرتجيه ، والصلاة والسلام على خاتم النبيين وأشرف المرسلين ، سيدنا محمد الصادق الأمين ، الذي جاء بالشرعية السمحة والعقيدة المنزهة والرسالة المحكمة ، وعلى آله وصحبه وتابعيه ، الذين أفنوا حياتهم في طاعة ربهم وخدمة دينهم ، وبيّنوا للناس القواعد والأحكام وفصلوا شريعة الله أتم تفصيل وأحكم تبيان ، ووثقوا ذلك كله أتم توثيق ، حتى لا يكون عرضة للضياع والإهمال ، أو يعتري الناس فتور ونسيان ، فجزاهم الله خيراً ، ونفعنا بهم دنيا وآخره .

وبعد . . .

فلا يسعني إلا أن أعترف بصنيع كل من أسهم في إخراج هذه الرسالة بفكره وجهده وأخص بالشكر والفضل والامتنان أستاذي الجليل الدكتور / محمد عبدالله المؤيد الذي لازمني طوال مدة البحث معلماً وصديقاً مشجعاً وناصحاً وأحياناً قاسياً قساوة الأب على ولده فقد أعطاني الكثير من أستاذيته وإنسانيته وسعة صدره وسمو خلقه ، فله مني جزيل الشكر وعظيم الامتنان ومن الله خير الجزاء . ولا يفوتني في هذا المقام أن أشكر الأستاذ الجليل والأخ الكريم الدكتور / إبراهيم محمد الحمود أستاذ القانون العام بكلية الحقوق - جامعة الكويت الذي شجعني على اختيار موضوع البحث ، وكذلك الشكر موصول للأستاذة الجليلة الدكتورة / ليلى خلف السبعان عضو هيئة التدريس بكلية الآداب - قسم اللغة العربية - جامعة الكويت لما قامت به من جهد في المراجعة اللغوية لهذه الدراسة .

ويقضي الإنصاف أن أشكر إدارة الجامعة الوطنية ، وأخص بالشكر رئيس الجامعة الدكتور / شبيب الخامري وعميد الدراسات العليا بالجامعة الدكتور / عبدالكريم سعيد اللذان ذللا الصعوبات الإدارية كافة التي كانت تعترضني والشكر أيضاً موصول للعاملين كافة بهذا المرفق الأكاديمي .

وأقدم بخالص الشكر لكل من ساعدني في جمع المادة العلمية من العاملين بالمكتبات ، وخاصة مكتبة الحقوق بجامعة الكويت ومركز المعلومات بوزارة الطاقة الكويتية وإدارة الفتوى والتشريع بمجلس الوزراء الكويتي وكذلك مكتبة منظمة الأوبك في دولة الكويت .

ولا يفوتني أن أقدم بالشكر للعاملين بمكتبة كلية الشريعة والقانون في جامعة صنعاء الذين قاموا أيضاً بمساعدتي في جمع المادة العلمية .

الباحث

عبدالله ناصر أبوجما العجمي

قول مأثور

إني رأيت أنه لا يكسب إنسان كتاباً في يومه إلا قال في
آخره أو بعد آخره لو كان خير هذا لكاء أحسن ، ولو زير
أكل لكاء يسحق ، ولو قدح هذا لكاء أفضل ، ولو ترك
هذا لكاء أجمد .

العصاة والأصفها في

ملخص الدراسة

تركز هذه الدراسة في بحث التأصيل النظري للطبيعة القانونية لعقود الاستثمار النفطي وتسوية منازعاتها مع إلقاء الضوء على أحكام القضاء وأحكام التحكيم المتعلقة بهذا الموضوع.

ولاشك في أن هذا الموضوع يكسب اليوم أهمية خاصة ، ذلك أن الدول المضيفة للصناعة النفطية أصبحت تفكر من جديد بالاستعانة بالشركات الأجنبية لاستثمار الثروة النفطية فيها .

فبعد أن عمدت الدول النفطية على التخلص من هيمنة الشركات الأجنبية في السبعينات من القرن الماضي ، عادت من جديد إلى الاستعانة بالشركات الأجنبية لعدة أسباب ، لعلّ من أهمها حاجتها إلى التكنولوجيا ورؤوس الأموال اللازمة للاستثمار النفطي الذي يتميز بارتفاع تكلفته .

تطلبت الدراسة منّا البحث في بابين على التوالي :

أ- دراسة الطبيعة القانونية لعقود الاستثمار النفطي من ناحية.

ب- ودراسة تسوية المنازعات التي تنشأ أثناء تنفيذ هذه العقود من ناحية ثانية .

ومن الطبيعي في هذه الدراسة أن يتم التعريف بعقد الاستثمار النفطي وتحديد ماهيته لتمييزه عن غيره من العقود ، وإذا كانت عقود النفط تتميز بأنها بالنسبة للدولة المضيفة ذات أهمية قصوى إذ يتعلق الأمر بثروة قومية آيلة للنضوب ، فإنها بالنسبة للشركات النفطية تتعلق باستثمار

كبير وتكنولوجيا متطورة تستحق الحماية من خطر قيام الدولة من مصادرة استثمار الشركة. فالمنازعات النفطية تحتاج إلى حسم من خلال أجهزة تتمتع بالاستقلال من ناحية والحياد من ناحية ثانية .

إن القضاء الوطني يمثل سيادة الدولة ولكن بالنسبة للشركات لا يزال هناك خوف من حياديته ، وترى أن اللجوء للتحكيم هو السبيل الأمثل لحسم الخلافات والمنازعات المتعلقة بعقود الاستثمار النفطي .

ولقد حاولنا في هذه الدراسة تتبع ما استقر عليه العمل في مجال حسم المنازعات النفطية مع قناعتنا الشخصية بأن القضاء الوطني يمكن أن يعهد إليه حسم تلك المنازعات خصوصاً الجوانب الأكثر صلة بهذا القضاء ، وفي ظل قضاء متخصص تخصصاً دقيقاً بهذا النوع من العقود.

Summary Of Study

This study concentrates on the theoretical accreditation of the legal nature of Petroleum Investments Contracts and arbitration of disputes arising from them . It also attempts to shed , whenever possible , some light , on judicial as opposed to arbitration rulings in these contracts .

No doubt , this issue attains today , a special importance because the states hosting petroleum industry are beginning to think once more of seeking the help of foreign companies to invest in their petroleum wealth .

Although these petroleum-producing states tended to rid themselves of the control of foreign companies in the seventies of the last century , they are now turning back for the help of these companies for several reasons , probably most important of which is the need of these states for the advanced technology and capital necessary for investment in petroleum industry , which is characterized by its high cost .

The study dictated upon us to look into two facet respectively :

- a) Study of the legal nature of petroleum investment contracts on the one hand.
- b) Study of arbitration of disputes arising from these contracts on the other .

It is only natural in such a study to define an " investment contract " and identify its content in order to recognize it as separate from other types of contracts .

If petroleum contracts are important to the hosting states because they deal with an exhaustible national wealth , they are in on way of less importance to the investing companies as there is always the potential risk of having their very advance technology and huge investments confiscated .

Petroleum disputes no doubt require settlement by bodies that enjoy both independence and neutrality .

National judiciary in any given state , represents the supremacy of that state .

Nevertheless , there remains the fear of investing companies from lack of neutrality of such judiciary . For this reason , arbitration becomes a most ideal means for the settlement of differences and disputes arising from petroleum investment contracts .

We have tried in this study to track what become accepted as " guidelines " for the settlement of petroleum disputes although we are personally convinced that national judiciary can be entrusted with the settlement of these disputes .

بسم الله الرحمن الرحيم

مقدمة

أولاً : أهمية الموضوع ودوافع البحث فيه

يُمثل النفط مصدراً هاماً من مصادر الطاقة ، وسيظل قروناً عديدةً سلعةً استراتيجيةً ، حيث لم يتمكن العالم من إيجاد بديلٍ له ، وأهميته سوف تزداد كمادةً أساسيةً للاقتصاد العالمي . ولا شك في أنه وبالرغم من تزايد الاستثمارات الموجهة نحو البحث عن مصادر جديدة للطاقة ، فإن النفط مازال يمثل مصدراً رئيسياً لها ، وأصبح يشغل بال كل الدول المستوردة والمصدرة له ، ونظراً لأن صناعة النفط تحتاج إلى أساليب تكنولوجية ؛ وفنية ؛ وتقنية حديثة تفتقر إليها الدول المنتجة وخاصةً في دول العالم الثالث ، ومتوفرة في البلاد المستوردة له فإنه من الطبيعي أن ينال استغلال النفط اهتمام فقهاء القانون الدولي . إن اهتمام رجال القانون ينصب في تحديد طبيعة عقد الاستثمار النفطي ، وما يمليه من التزامات على عاتق كلٍ من طرفيه ، وهل تتماشى هذه الالتزامات مع مبدأ السيادة على الموارد الطبيعية التي أقرتها الجمعية العامة للأمم المتحدة ومبدأ (العقد شريعة المتعاقدين) ؟

ثانياً : مشكلة البحث

ولقد أثارت عقود الاستثمار النفطي عبر مراحل تاريخية مشكلات قانونية كثيرة ، لعل أهمها تحديد الطبيعة القانونية لهذه العقود وتسوية منازعاتها .

وقد أخذ اهتمامي هذا الموضوع منذ زمنٍ طويلٍ حتى وجدت من اللازم معالجة المشكلة ، سيما إنني أنتمي إلى أهم البلاد المنتجة والمصدرة للنفط ، والتي بها نسبة عالية من الاحتياط العالمي ، خصوصاً وأن الإحصائيات تشير إلى أن نسبة الاحتياط العربي يبلغ من النفط ٦٩,١% من الاحتياطي العالمي المتحقق أي بنسبة تزيد على ثلثي احتياطي العالم^(١) ، وقد صار من الأهمية بمكان ضرورة تكاتف جهود فقهاء القانون الدولي ، ولا سيما الفقه العربي على وجه الخصوص نحو بلورة نظامٍ شاملٍ ، بموجبه يتم الحفاظ على الثروة العربية لتسخيرها لخدمة الاقتصاد العربي ؛ وقضايا أمتنا القومية من أجل استمرار الحفاظ على سيادتنا على هذه الموارد دون تدخلٍ أجنبي في شئوننا ؛ واحتكار ثرواتنا ومحاربة الاستعمار الجديد بأشكاله كافة ، و النظر دائماً إلى المصلحة القومية العربية العليا ، ووضعها دائماً في الاعتبار دون المصلحة الذاتية ، ولتحقيق ذلك لا بد من بذل مزيدٍ من الجهود لإعادة النظر في المزايا والتسهيلات الاقتصادية ؛ والمالية ؛ والقانونية لعقود النفط الممنوحة للشركات الأجنبية ، خاصةً ونحن قد بدأنا قرناً

(١) د. غسان رباح : العقد التجاري الدولي - العقود النفطية - دار الفكر اللبناني ١٩٨٨ - ص ١٥ .

جديداً ، يجب من خلاله تدارك سلبيات العقود النفطية القديمة ، ودراسة عقود الاستثمار النفطي يمثل أهمية كبيرة بالنسبة لدولة الكويت ، حيث أنها قد أبرمت عديد من عقود الاستثمار النفطي مع شركات أجنبية عديدة ، وحالياً يثار 'جدل' في الأوساط السياسية ؛ والقانونية حول استثمار حقول نفط الشمال^(١) ، وإبرام عقود جديدة بين دولة الكويت والشركات الأجنبية لاستثمار تلك الحقول وأهم ما يمكن أن يثار من مشكلات تتعلق بصياغة بنود عقود الاستثمار ، وتكييفها ، والجهة المختصة قضائياً بالفصل في المنازعات التي قد تنشأ عنها ، وكذا القانون الذي يحكمها ، وذلك منعاً للمنازعات التي قد تثار عند إبرام تلك العقود أو عند تنفيذها .

فالدول النامية المنتجة للنفط إذا ما أحسنت استغلال النفط الموجود في أراضيها ، وتمكنت من تحقيق أعلى معدلات التنمية الاقتصادية ، فإن هذا الاستغلال المنشود ، والذي نأمل الوصول إليه لن يتأتى إلا من خلال تحديد الطبيعة القانونية لعقد الاستغلال النفطي ، والوسائل الكفيلة لتسوية منازعاته^(٢) انطلاقاً من مقتضيات العقد ذاته ؛ وأهدافه ؛ وأطرافه .

وعقود النفط في البلاد المنتجة ومنها بلادي دولة الكويت تحتاج إلى وضع حدٍ للجدل والخلاف الذي يثار حول طبيعتها القانونية وتسوية منازعاتها ، فالمنطقة العربية في الخليج العربي أصبحت محل اهتمام وأطماع العالم بأسره ، خاصة بعد حرب الخليج الثانية ، وسعى الاستثمار الجديد الذي ظهر بعد ما يعرف بالنظام العالمي الجديد نحو السيطرة مباشرة على موارد النفط العربي ، وذلك من خلال وسائل عديدة منها الاتفاقيات النفطية مع الدول العربية^(٣) ، وربطها بالاتفاقيات العسكرية ، والسعي نحو تدويلها وسلخها عن النظم الوطنية ، مما يجعل دراسة طبيعة عقود النفط وتسوية منازعاتها أمراً في غاية الأهمية.

ثالثاً : المنهج المتبع في البحث

من الواضح أن دراسة عقد الاستثمار النفطي وتأسيس قواعد على الصورة التي بينها تثير إتباع المنهج الوصفي التأسيلي لخلفية الطبيعة القانونية من وجهة النظر الوطنية (بالنسبة للدولة المنتجة)، وكذلك من وجهة النظر الدولية (بالنسبة للمستثمر) بالإضافة إلى إتباع التطور القانوني والتاريخي للمقارنة بين وضع عقود النفط أيام الاستعمار ، ووضعها الحالي للكشف عن مدى التطور الذي لحق بهذه العقود ، سواء من حيث طبيعتها أو من حيث تسوية منازعاتها .

(١) يقصد بحقول الشمال تلك الحقول الواقعة شمال دولة الكويت على الحدود مع الجمهورية العراقية كحقول الرقة وهو حقول نفطي كبير ، ويحتوي على آبار نفطية كثيرة غير مستغلة في الوقت الحالي .

(٢) انظر في هذا المعنى د. محمود مسعد : ضمانات ووسائل تسوية منازعات الاستثمار الأجنبي في المملكة العربية السعودية - ١٩٨١ - ص ١١-١٢ ؛ وأنظر أيضاً في هذا المعنى د. عصام الدين القسبي : خصوصية التحكيم في مجال منازعات الاستثمار - دار النهضة العربية ١٩٩٣م - ص ١٢٩ .

(٣) محمد علي الفراء : الطاقة ومصادرها العالمية ومكانة النفط بينها - غرفة تجارة وصناعة الكويت - الدائرة الاقتصادية الكويت ١٩٧٤ ص ٢١٩ .

رابعاً : خطة البحث ونطاقه

سوف نقسم هذا البحث إلى بابين ، وكل بابٍ يحتوي على فصلين ، ثم الخاتمة التي تتضمن أهم النتائج والتوصيات والمقترحات ، وذلك على النحو التالي :

الباب الأول : الطبيعة القانونية لعقد الاستثمار النفطي .

الفصل الأول : الطبيعة القانونية لعقد الاستثمار النفطي من وجهة النظر الوطنية .

الفصل الثاني : الطبيعة القانونية لعقد الاستثمار النفطي من وجهة النظر الدولية .

الباب الثاني : تسوية منازعات عقود الاستثمار النفطي .

الفصل الأول : القضاء المختص بتسوية منازعات عقود الاستثمار النفطي .

الفصل الثاني : القانون الواجب التطبيق على عقود الاستثمار النفطي .

الخاتمة : وتتضمن ملخصاً لأهم النتائج التي كشف عنها هذا البحث مع الإشارة إلى بعض التوصيات والمقترحات التي تمخضت عن هذه الدراسة .

الباب الأول

الطبيعة القانونية لعقود الاستثمار النفطي

تمهيد وتقسيم :

عقد النفط هو أحد عقود الاستثمار، حيث يدخل في مفهوم عقد الاستثمار كل العقود التي تبرمها الدولة أو الأجهزة التابعة لها مع شخص من أشخاص القانون الخاص الأجنبية التي تتعلق بالأنشطة التي تدخل في إطار التنمية الاقتصادية في الدولة التي يوجد بها الاستثمار^(١).

ومن الجدير بالذكر أن عقد الاستثمار النفطي قد تطور في العقود الأربع الأخيرة بعد حصول الدول العربية على استقلالها سياسياً وظهور مبدأ السيادة على الموارد الطبيعية ومبدأ حق تقرير المصير، وأصبح من الضروري تحديد الطبيعة القانونية لعقد الاستثمار النفطي لتحديد النظام القانوني الذي يخضع له ورده إلى نظام قانوني معين لتسوية النزاع الذي يثور حوله، باعتباره ذو طبيعة قانونية مزدوجة من وجهة النظر الوطنية والدولية، وترتبط به مصالح دول وأطراف دولية عديدة.

فمن حيث الطبيعة القانونية من وجهة النظر الوطنية، نجد أن عقد الاستثمار النفطي يخضع في إنشائه وتحريره إلى قواعد القانون الوطني، لكي يضيف عليه الصفة الشرعية بانتمائه إلى قواعد هذا القانون كإجراء تنظيمي يحدد السلطة المختصة بتوقيعه وحقوقها مع الغير وسلطاتها واختصاصها والإجراء الذي يتم اتخاذه في حالة عدم الالتزام بأحكام العقد، وطبقاً لدستور كل دولة الذي يقرر هل السلطة الإدارية تملك حرية إبرام عقد الاستثمار النفطي بدون قيود أم أن هناك قيوداً دستورية وقانونية؟ وقد ثار خلاف في الفقه حول تحديد الطبيعة القانونية من وجهة النظر الوطنية لعقد الاستثمار النفطي، فهناك من يرى أنه عقد من عقود القانون العام، وهناك من يرى أنه عقد من عقود القانون الخاص، وهناك اتجاه آخر يرى أنه عقد ذو طبيعة خاصة وسنعرض تباعاً لهذه الآراء في الفصل الأول.

وفي الفصل الثاني سوف نتطرق إلى تحديد الطبيعة القانونية لعقد الاستثمار النفطي من وجهة النظر الدولية، بحكم أن هذا العقد مبرم بين أطراف تنتمي إلى دول مستقلة ذات سيادة، وأحد أطرافه دولة تتمتع بحصانة قضائية، وهناك خلاف في الفقه حول الطبيعة القانونية من وجهة النظر الدولية لعقد الاستثمار النفطي، فمنهم من يرى دولية عقد النفط بالنظر إلى أطرافه، ومنهم من يرى أن السمة الغالبة فيه الطبيعة المزدوجة، ومنهم من يرى أنه عقد من عقود التجارة الدولية.

وبناءً على ما سبق سنقسم هذا الباب إلى ما يلي :

الفصل الأول : الطبيعة القانونية لعقد الاستثمار النفطي من وجهة النظر الوطنية .

الفصل الثاني : الطبيعة القانونية لعقد الاستثمار النفطي من وجهة النظر الدولية .

(١) د. محمد عبد الله المؤيد : منهج القواعد الموضوعية في تنظيم العلاقات الخاصة ذات الطابع الدولي - دراسة تأصيلية - الطبعة الثانية ٩٨ / ٩٩ - رسالة دكتوراه مقدمه لجامعة القاهرة - كلية الحقوق - فقرة ١٤١ - ص ١٨٤ .

الفصل الأول

الطبيعة القانونية لعقود الاستثمار النفطي

من وجهة النظر الوطنية

تهديد وتقسيم :

يُقصدُ بالطبيعة القانونية لعقدٍ ما :- رده إلى نظامٍ قانونيٍّ معينٍ ؛ أو منظمةٍ قانونيةٍ بغية استظهار القواعد القانونية التي تحكمه (١) .

ومما يُذكر أن الطبيعة القانونية من وجهة النظر الوطنية لعقد الاستثمار النفطي لم تُقرر إلا مؤخراً ، وكان محور الاهتمام في السابق يقتصر على النواحي الاقتصادية ؛ والمالية دون النواحي القانونية ، وكانت هذه العقود قليلة الأهمية ، ولم تحظ بالاهتمام الحالي نظراً لوقوع أغلب الدول المنتجة له تحت براثن الاحتلال والاحتكار الأجنبي ، وكان من غير المتصور أن يُبرم عقدٌ يحمل الاستثمار الأجنبي ثمة قيودٍ أو التزامات ، وعلى كل الأحوال فإن مقتضى الدفاع عن الطبيعة القانونية من وجهة النظر الوطنية لعقد الاستثمار من شأنه أن 'يبقي العقد برمته بكافة محتوياته داخل إطار النظام القانوني لسلطات الدولة المضيفة المنتجة للنفط ، وقد اختلف الفقه في تحديد الطبيعة القانونية لعقد الاستثمار النفطي من وجهة النظر الوطنية ، فمنهم من يرى أنه عقدٌ إداريٌّ ، ورأيٌ آخرٌ يعتبره عقداً من عقود القانون الخاص ، وهناك اتجاهٌ ثالثٌ يرى أنه عقدٌ ذو طبيعةٍ خاصة .

ويرجع الخلاف في الفقه حول تحديد الطبيعة القانونية لعقد الاستثمار النفطي من وجهة النظر الوطنية إلى: تنوع وتضارب المصالح والظروف السياسية والاقتصادية التي تواكب إبرام عقد الاستثمار النفطي داخل كل دولةٍ على حده ، ومن البديهي أن يقف فقه كل دولةٍ يؤيد ويدعم سياستها في هذا الخصوص ، فمن خلال مراجعة أغلب عقود النفط التي أبرمتها الدول العربية تبين أن سياسات الدول المنتجة للنفط تختلف من دولةٍ لأخرى حسب مصالحها ومتطلبات أمنها القومي على حساب المتطلبات العليا للمصلحة العربية المشتركة ، وعدم وجود سياسةٍ ثابتةٍ في هذا الخصوص ، وعليه كان الأمر يتطلب تشكيل لجنةٍ متخصصةٍ تقوم بإعادة صياغة عقود الاستثمار النفطي العربي مشكّلةً من فقه القانون ؛ والاقتصاد ؛ والنفط ؛ وكافة الجهات المعنية لوضع قواعد ومعايير قانونيةٍ موحدةٍ لعقود الاستثمار النفطي لا تختلف من دولةٍ لأخرى ، وكذلك صياغة عقودٍ نموذجيةٍ ، والتحرر من العقود القديمة .

وسنعرض فيما يلي لآراء بعض الفقه ، وإلقاء الضوء عليها حول تحديد هذه الطبيعة القانونية ، لعلنا نصل إلى فكرةٍ مشتركةٍ حولها ، أو رأيٍ راجحٍ في الفقه ، وذلك في مبحثين على النحو التالي :-

المبحث الأول : عقد الاستثمار النفطي من عقود القانون العام .

المبحث الثاني : عقد الاستثمار النفطي من عقود القانون الخاص .

(١) أ. نبيل أحمد سعيد : الطبيعة القانونية لعقد الامتياز البترولي كعقد إداري - بحث مقدم إلى مؤتمر البترول العربي الخامس - القاهرة - مارس ١٩٦٥م - تحت رقم ١٦ (أ - ٢) ؛ د. غسان رباح : المرجع السابق - ص ١٤٣ - هامش رقم (١) .

المبحث الأول

عقد الاستثمار النفطي من عقود القانون العام

يرى جانب من الفقه^(١)، أن عقد الاستثمار النفطي عقدٌ إداريٌّ تُبرمه السلطة التنفيذية باعتبارها سلطة عامة تستخدم أساليب القانون العام ، وأنه بإمكانها فسخه أو تعديله بإرادتها ، ومن ثمّ فهو عقدٌ من عقود الإذعان ، ويُضيف أنه عقدٌ إداريٌّ تعاقدِيٌّ ، وبحسب ما يكون للعمل الإداري أو للعقد دور العامل الأساسي في الاستثمار الممنوح يُختلف فيه ، ولا يوجد حقٌ بكل ما للكلمة من معنى إلا إذا وجد عقدٌ ، فالعمل الإداري لا ينتج عنه سوى إذنٌ ، ويبقى الإذن وضعاً قابلاً للرجوع عنه بدون تعويض ، فالإدارة لا تتصرف عملاً بمبادئ العقد العادي ولكن من منطلق سيادتها في ممارسة أعمال السلطة كدولة كان عليها القيام بموضوع الاستثمار أصلاً .

وهذا الرأي صحيحٌ لا غبار عليه ، فقد برزت الطبيعة الإدارية لعقد الاستثمار النفطي بعد ظهور مبادئ عديدة في عقد الخمسينات والستينات من القرن الماضي تؤكد حق تقرير المصير لبلدان العالم الثالث ، وظهر معها مبدأ السيادة على الموارد الطبيعية^(٢) ، والذي أخذ حيز التنفيذ من خلال إصدار الدول المنتجة للنفط قراراتٍ تؤكد سيادتها على مواردها الطبيعية اتخذت مظاهر عديدة منها :- سلطة الرقابة والتوجيه على مختلف أوجه نشاط الشركات الأجنبية التي تقوم باستثمار النفط ؛ وتعديل الاتفاقيات والعقود من جانب واحد ، وهذه السلطة مستمدة من كون العقد الذي تُبرمه عقدٌ إداريٌّ يخضع للقانون العام ، وهذه السلطات التي تتمتع بها جهة الإدارة ضروريةٌ وحتميةٌ للدولة ، لكي تتمكن من مراقبة كل مستثمرٍ لنفطها ، والتأكد من حسن تنفيذه لما التزم به من واجبات ومهام عقدية .

ومثل هذه السلطة من الخصائص التي تتمتع بها الدولة لكامل أراضيها تمتد لتشمل كافة نواحي النشاط بما فيها النواحي المالية ؛ والإدارية ؛ والفنية التي تمس علاقة الدولة بالمستثمر ، والواقع أن تبرير هذه السلطات التي تتمتع بها الدولة يعود إلى التكييف القانوني لعقد استثمار النفط كونه عقداً إدارياً ، وأن الاستثمار النفطي أسلوبٌ من أساليب استغلال مرفقٍ عامٍ عن طريق أشخاصٍ خاصةٍ تحت رقابة الدولة ، كون العقد الإداري من عقود القانون العام ، وهذا يقتضي من الإشارة بإيجازٍ إلى مؤيدي ومعارضتي الطبيعة الإدارية لعقد الاستثمار النفطي على النحو التالي :-

(١) د. محمود عاطف البنا : العقود الإدارية مع دراسة خاصة لنظام تأمين مشتريات الحكومة وعقود التوظيف واستغلال الثروة الطبيعية في المملكة العربية السعودية - دار العلوم للطباعة والنشر - الرياض المملكة العربية السعودية - الطبعة الأولى ١٩٨٤م - ص ٧٤ ؛ د. أحمد أبو الوفا : التحكيم الاختياري والإجباري - ط ٤ / ١٩٨٣م - ص ١٠٥ ؛ د. محمد عبد الله المؤيد : التكييف القانوني لعقود الاستثمار النفطي في اليمن بالنظر إلى أطرافها وذاتيتها - رهن النشر ٢٠٠٢م - ٢٠٠٣م - ص ١١ ؛ أ. نبيل أحمد سعيد : المرجع السابق - ص ١ وما بعدها ؛ أ. حمدي ياسين عكاشة : موسوعة العقود الإدارية والدولية - العقود الإدارية في التطبيق العملي - المبادئ والأسس العامة - منشأة المعارف - بدون سنة نشر - ص ٤ .

(٢) د. حسن عطية الله : سيادة الدول النامية على موارد الأرض الطبيعية - رسالة دكتوراه مقدمه لكلية الحقوق - جامعة القاهرة - ١٩٧٨م - ص ١١٦ ؛ د. عوض شفيق عوض : الخصخصة - ٢٠٠٠م - ص ٤ خصوصاً الهامش رقم (٣) .

الرأي المؤيد للطبيعة الإدارية لعقد الاستثمار النفطي

يرى هذا الاتجاه المؤيد^(١) للطبيعة الإدارية لعقد الاستثمار النفطي أن ذلك العقد ينتمي إلى المرافق العامة وتتضاعف فيه الصفة العامة ، ويرى الدكتور حامد سلطان أن عقد الامتياز البترولي عقد إداري يخضع لأحكام القانون الإداري الوطني للدولة المتعاقدة^(٢) .

ويتبين لنا أن جانباً كبيراً من الفقه^(٣) يعتبر أن الاتفاقيات ذات الآثار النظامية ومنها امتياز النفط هي عقود ، وليست اتفاقيات ، أو إنها مزيج من العقد والنظام الاتفاقي ، إلا أنهم يعطون أهمية للعنصر التعاقدي ، وهذا الوضع يفسر كيف يكون النظام القانوني لهذه الاتفاقيات مشابها للنظام القانوني الخاص بالعقود .

ومن وجهة نظر بعض الفقه أن الاتفاق ذو الآثار النظامية يعتبر عقداً تابعاً من الإرادة^(٤) .

ويضيف جانب آخر من الفقه^(٥) أن عقد امتياز النفط هو عقد إداري يخضع لقواعد ومبادئ

القانون الإداري الوطني للدولة المتعاقدة ، والذي يختلف عن القانون الخاص .

ويرى الدكتور محمود عاطف البنا : أنه يتوافر للامتيازات البترولية طابع العقد الإداري ، ويتأكد

هذا الطابع مع الاتجاهات الحديثة لهذه الامتيازات بعد الحرب العالمية الثانية إلى وضع حدود للحريات

الكبيرة للشركات صاحبة الامتياز وفقاً لمقتضيات المصلحة العامة ، ذلك أن عقود الامتيازات البترولية

تتحقق فيها عناصر العقد الإداري من الاتصال بمرفق عام واستخدام وسائل القانون العام فضلاً عن كون

الإدارة طرفاً فيه^(٦) .

الرأي المعارض للطبيعة الإدارية لعقد الاستثمار النفطي

وهناك اتجاه في الفقه والقضاء يرى أن عقد الاستثمار النفطي لا ينتمي إلى المرافق العامة التي

ينظمها القانون الإداري ، لأن عقد النفط لا يتضمن قيام صاحب الامتياز لأي شركة أجنبية بأداء خدمة

(١) د. محمد يوسف علوان : الاتجاهات الحديثة في العقود الاقتصادية الدولية - مجلة نقابة المحامين الأردنية - العدد ١١ - ١٢ - السنة ٢٤ عام ١٩٧٦م - ص ١٧٠٥ .

(٢) مشار إليه في مؤلف د. أحمد عبد الحميد عشوش : قانون النفط - "الاتجاهات الحديثة في تحديد القانون الذي يحكم اتفاقيات التنمية الاقتصادية الدولية" - دراسة مقارنة - مؤسسة شباب الجامعة ١٩٨٩م - ص ٨٣ - حاشية رقم ٢ (رأي الدكتور حامد سلطان) ؛ د. غسان رباح : المرجع السابق - ص ١٦٧ .

(٣) د. غسان رباح : المرجع السابق - ص ١٦٣ ؛ د. أحمد عبد الحميد عشوش : قانون النفط - مرجع سابق - ص ٢٨٠ - حاشية رقم ٢ . (حكم محكمة العدل الدولية في قضية شركة البترول الإنجلو - إيرانية عام ١٩٥٢م وكذلك حكم محكمة التحكيم بين حكومة المملكة العربية السعودية وشركة أرامكو) .

(٤) د. غسان رباح : المرجع السابق - ص ١٦٣ .

(٥) د. محمود عاطف البنا : المرجع السابق - ص ٧٤ .

(٦) د. محمود عاطف البنا : المرجع السابق - ص ٧١ ؛ أ. نبيل أحمد سعيد : المرجع السابق - ص ١ وما بعدها .

للجمهور يدفع عنها المنتفعون مقابلاً معيناً^(١) وقد سبقت الإشارة إلى أن صاحب الامتياز في التزام المرافق العامة يقوم بأداء خدمة للجمهور مثل تزويد المواطنين بالكهرباء أو المياه أو الغاز مقابل مبلغ مادي معين يدفعه المستخدم أو المستهلك لصاحب الامتياز ، أما في عقود النفط فإن دور شركة النفط الأجنبية أساساً ينحصر في القيام بإنتاج النفط وتصديره للخارج وأنها لا تتلقى أي عوض لأنه لا يوجد منتفعين بل على العكس يقع عليها واجب أداء مبالغ معينة للدولة أو لشركة النفط الوطنية مقابل قيامها بالإنتاج والتصدير^(٢)، ويدعم هذا الاتجاه وجهة نظره هذه بأن مجلس الدولة الفرنسي عام ١٩٠٧م قرر أن امتيازات المناجم لا تعد من قبيل التزامات المرافق العامة^(٣)

ويضيف هذا الاتجاه في تدعيم وجهة نظره لنفي الطبيعة الإدارية الوطنية لعقد الاستثمار النفطي بالقول : إنه في عقود النفط والتي تعتبر خلافاً للأصل في العقود الإدارية تعترف للشركة المتعاقدة وليس الدولة ببعض الامتيازات والإعفاءات والسلطات الاستثنائية التي تجعلها تحل إلى حد ما محل السلطات العامة ، بل إن هذه الاتفاقيات تذهب إلى أبعد من ذلك إذ أنها تتضمن نصوصاً صريحة بعدم جواز تعديل الاتفاق بالإرادة المنفردة لأحد أطرافه فضلاً عن شرط الثبات التشريعي وشرط التحكيم^(٤) ، ويرى بعض الفقه^(٥) رفض كثير من الدول العربية المضيئة تقنين فكرة الطبيعة الإدارية لعقد الاستثمار النفطي ، وأن بعض الدول لا تعد صناعة النفط من المرافق العامة وإن نظامها القانوني الوطني لم يتضمن مبادئ وأحكام القانون الإداري .

ومما يذكر أن بعض محاكم التحكيم التي عقدت لتسوية بعض منازعات عقود النفط ، قد رفضت التسليم بالطبيعة الإدارية لعقد النفط ، ففي التحكيم حول قضية "أرامكو" قررت محكمة التحكيم أن

(١) د. محمد يوسف علوان : النظام القانوني لاستغلال النفط في الأقطار العربية - دراسة في العقود الاقتصادية الدولية - مطبوعات جامعة الكويت ١٤٠٣ / ١٩٨٢م - ص ٣٠٤ وما بعدها ؛ د. أحمد عبد الحميد عشوش : النظام القانوني للاتفاقيات البترولية في البلاد العربية - رسالة دكتوراه - حقوق القاهرة ١٩٧٥م - ص ٦٤٧ ؛ د. أحمد عبد الرزاق السعيدان : القانون والسيادة وامتيازات النفط مقارنة بالشرعية الإسلامية - مركز دراسات الوحدة العربية - بيروت - ط ١ / ١٩٩٦ - رسالة دكتوراه مقدمة لجامعة سيدني بأستراليا - ص ٣٢ ؛ د. محمد عبد الله المؤيد : التكييف ... إلى أطرافها وذاتيتها - مرجع سابق ص ٨ ؛ (هذا الاتجاه الفقهي قال أنها ذات طبيعة مختلطة تجمع بين خصائص القانونين العام والخاص على حد سواء وأيده في ذلك القضاء الدولي في قضية أرامكو ضد السعودية وأيضاً في قضية الشركة الكندية " سافير " ضد إيران) انظر ذلك في د. محمد يوسف علوان : الاتجاهات الحديثة ... الخ - مرجع سابق - ص ١٧٠٢ وما بعدها .

(٢) أ. نبيل أحمد سعيد : المرجع السابق - ص ٣ وما بعدها ؛ د. محمد عبد الله المؤيد : التكييف القانوني لعقود الاستثمار النفطي في اليمن بالنظر إلى موضوعها وأهدافها بحث منشور في مجلة كلية التجارة والإقتصاد - العدد ٢٠ - سبتمبر ٢٠٠٢م - مارس ٢٠٠٣م - ص ٦ ؛ د. محمد يوسف علوان : النظام القانوني ... الخ - مرجع سابق - ص ٣٠٤ .

(٣) د. غسان رباح : المرجع السابق - ص ١٦٦ - ١٦٧ ؛ د. محمد يوسف علوان : النظام القانوني ... الخ - مرجع سابق - ص ٣٠٤ .

(٤) د. محمد يوسف علوان : الاتجاهات الحديثة ... الخ - مرجع سابق - ص ١٧٠٢ ؛ د. محمد عبد الله المؤيد : التكييف القانوني لعقود الاستثمار النفطي في اليمن بالنظر إلى موضوعها وأهدافها - مرجع سابق - ص ٧ - ٨ .

(٥) د. أحمد عبد الحميد عشوش : قانون النفط - مرجع سابق - ص ٨٣ .

الامتيازات المنجمية والنفطية لا تحتوي على أي نص لمصلحة المنتفعين^(١) وكما يقول " بلاينوي " ليس المنجم معد للاستعمال العام بل إن صاحب الامتياز يستثمره لمصلحته الشخصية ، فصاحب الامتياز يتمتع بحرية شبه مطلقة ، ولا تقيد النصوص المتعلقة بالتعريفه القصوى للبيع ولا بما تمنعه التعريفه التي هي بصورة عامة مميزات دفتر الشروط في امتيازات التزام المرافق العامة . وتضيف المحكمة أن امتياز " أرامكو " ليس امتياز مرفق عام ، لأنه ليس هناك أي منتفعين ولا أي أجور يدفعها الجمهور الذي له الحق في طلب الخدمة من صاحب الامتياز ، ولا اعتبار امتياز ما مرفق عام لا يكفي أن يكون استغلال بعض الثروات الوطنية ذات أهمية قصوى لاقتصاد الدولة المانحة ، ولا حتى أن يكون الاستقرار المالي للدولة يطمئن على هذا الاستغلال ، فالشركة غير ملزمة بإدارة مرفق دائم ومستمر^(٢) .

ورفضت أيضا المحكمة التسليم بأن عقد النفط ينتمي إلى امتيازات أشغال عامة ، لأنها قد اعتبرت أن الودائع المنجمية تصبح ملكا لصاحب الامتياز الذي عليه في نهاية الامتياز أن يعيدها إلى الدولة ، وقد نقصت منها المادة القابلة للاستخراج بل نصبت^(٣) ، وفي قضية شركة النفط الأمريكيتين كاليفورنيا أرياتيكا وتكساكو أو فرسيز ضد الحكومة الليبية قرر المحكم ديبوي في يناير ١٩٧٧م أن شروط الثبات الواردة في العقد تعد صحيحة وتنفي الطابع الإداري ، ومن ثم تلتزم الدولة بتجميد العقد وعدم المساس به ، حيث أن العقد مدول ، وعليها أن تمتنع عن اتخاذ إجراءات التأمين والإخلال بالالتزام العقدي^(٤) .

الخلاصة :

إذا كان هناك تباين في الفقه والقضاء والعمل الدولي حول مدى اعتبار عقد الاستثمار النفطي عقداً إدارياً ، فإننا لا نرى تطبيق نظرية العقد الإداري كما هي معروفة في القانون العام على عقود النفط ، ذلك أن هناك عنصر أجنبي في العقد الإداري النفطي وهذا العنصر الأجنبي يغير من طبيعة العقد الإداري التقليدية ، فإعمال نظرية العقد الإداري مجالها العقود التي تبرم داخل الدولة وليست متعلقة بأطراف أخرى أجنبية .

فالعقد الإداري يبرم بين السلطة العامة وأحد الأشخاص سواء كان شخصا طبيعيا أو اعتباريا وإن السلطة العامة عندما تبرم عقودا تستخدم أساليب القانون العام وتستهدف المصلحة العامة لاتصاله بالمرفق العام والحرص على سير هذا المرفق بانتظام وتحرص السلطة العامة على الإشراف عليه بما يحقق مقتضيات الصالح العام^(٥) .

(١) د. محمد يوسف علوان : النظام القانوني ... الخ - مرجع سابق - ص ٣٠٦ ؛ د. محمد يوسف علوان : الاتجاهات الحديثة ... الخ -

مرجع سابق - ص ١٧٠٤ وما بعدها .

(٢) المرجع السابق - ص ٣٠٧ .

(٣) د. غسان رباح : المرجع السابق - ص ١٨٧ ؛ د. فؤاد العطار : القضاء الإداري - دار النهضة العربية - بدون تاريخ - ص ٦٨٣ -

٦٨٤ (حاشية رقم ٢٠١) .

(٤) د. سراج حسين محمد أبو زيد : التحكيم في عقود البترول ط/٢٠٠٠م - ص ١٢٦ وما بعدها .

(٥) د. طعيمة الجرف : القانون الإداري - دراسة مقارنة في تنظيم ونشاط الإدارة العامة ١٩٧٣م - ص ٤٥٩ ، ص ٥٣٢ ، ص ٦٣٧ ؛ د.

فؤاد العطار : المرجع السابق - ص ٦٧٩ .

وهذه الشروط التي تحكم العقد الإداري التقليدي لا يمكن انطباقها على عقد الاستثمار النفطي الذي يبرم مع جهة أجنبية ذلك أن هناك طرف أجنبي ولا يمكن أن يخضع لشروط وقيود السلطة العامة التي تملي عليه ما تريد ، فهذا العقد يرتبط به ليس مصلحة الطرف الأجنبي وحده بل ترتبط به مصالح دولية تؤثر على اقتصاديات دول عديدة ^(١) .

وإذا نظرنا إلى تطور الطبيعة القانونية لعقد النفط نجد أنه كان امتياز في بداية القرن الماضي وكانت الشركات الأجنبية في وضع قوي تستحوذ على حقول النفط كافة وتضع الشروط التي تراها ، والطرف الوطني مكبل اليدين ، وتتضمن نزولا كليا أو جزئيا عن السيادة الإقليمية ^(٢) . هذه التجارب الماضية مازالت ماثلة في عيون الشركات الأجنبية وليس بوسعها أن تنحني أمام القيود الإدارية في الدولة ماثلة العقد ، لاسيما إذا نظرنا إلى الدول المضيفة المنتجة للنفط كثيرا ما تبحث لإبرام عقد استثمار نفطي مع شركة أجنبية بالطريقة التي ترضى بها الأخيرة وتعاملها كطرف قوي بل أقوى منها سلطة ^(٣) .

ويبدو لنا أنه ليس هناك ما يحول دون إخضاع عقد الاستثمار النفطي للقواعد والأنظمة الداخلية في الدولة المضيفة طالما اتجهت إرادة الطرفين على هذا الاتجاه وبالتالي تطبيق قواعد القانون الداخلي ، وسلطات الدولة ليست معرقة لعمل الشركة الأجنبية وإنما الغاية تحقيق المصلحة العامة، ولكن الغالب كما سيأتي بيانه أن عقود النفط تخضع لقواعد القانون الدولي الخاص بطريقة مباشرة أو غير مباشرة .

(١) د. غسان رباح : المرجع السابق - ص ١٨٤ .

(٢) أ. محمود محمد صبره : ترجمة العقود الإدارية - ط ٢٠٠٢ - دار الكتب القانونية - مصر - ص ٣٣٩ ؛ د. محمد عبد الله المؤيد : التكييف ... إلى موضوعها وأهدافها - مرجع سابق - ص ٧-٨ ؛ د. محمد يوسف علوان : الاتجاهات الحديثة ... الخ - مرجع سابق - ص ١٧٠٢ ؛ د. محمد يوسف علوان : النظام القانوني ... الخ - مرجع سابق - ص ٣٥ .

(٣) أ. محمود محمد صبره : ... الإدارية - مرجع سابق - ص ٣٣٩ - ٣٤٠ .

المبحث الثاني

عقد الاستثمار النفطي من عقود القانون الخاص

المطلب الأول

المقصود بعقود القانون الخاص وخصائصها

يقصد بالقانون الخاص ذلك الفرع من فروع القانون الذي ينظم العلاقة بين الأفراد فيما بينهم أو بين الأفراد والدولة باعتبارها شخص عادي ، وينظم القانون الخاص القواعد التي تحكم عديد من العقود مثل العقود المدنية التي تناولها القانون المدني ، والعقود التجارية التي ينظمها القانون التجاري ^(١) .

ومن المعروف أن روابط القانون الخاص تختلف في طبيعتها عن روابط القانون العام ، وأن قواعد القانون المدني قد وضعت لتحكم روابط القانون الخاص فهي لا تطبق وجوبا على روابط القانون العام إلا إذا وجد نص يقضي بذلك ، ويذكر أن إرادة الأطراف تلعب دورا رئيسيا في تنظيم العقود المدنية والتجارية طبقا لمبدأ العقد شريعة المتعاقدين ، فالعقود المدنية تخضع للقانون المدني وتنقسم إلى عقود مسماة وعقود غير مسماة ^(٢) ومن أمثلة العقود المدنية المسماة : عقد الملكية ؛ عقد العمل ؛ عقد الكفالة ؛ عقد التأمين ؛ عقود الإيجار ؛ عقود العارية ^(٣) .

أما العقود التجارية فهي تلك القواعد التي ينظمها القانون التجاري وتتعلق باستغلال مشروع تجاري ^(٤) ، ويرى بعض الفقه ^(٥) أن تعبير العقود التجارية غير دقيق وغير محدد وأن كل عقد في القانون المدني يمكن اعتباره عقدا تجاريا ، إما لأنه يتم بواسطة تاجر أو بخصوص مشروع تجاري . وتتميز العقود التجارية بأنها عقود رضائية تتم بإرادة الطرفين إلا أن حرية الأطراف في إبرامها غير مطلقة ، فمن حيث الشكل اشترطت التشريعات المختلفة ضرورة صياغة هذه العقود كتابة كما أن كثيرا من العقود التجارية أصبحت عقود إذعان في أغلب الأحيان ، وتتميز أيضا هذه العقود بأنها عقود مقايضة لأنها تتم بمقابل ، وإلا كان العقد هبة أو تبرع ، وتتميز أخيراً بأنها ترد على منقول .

(١) د. محمد حسام محمود لطفي : المدخل لدراسة القانون - الكتاب الأول - نظرية القانون - ط ٢ / ١٩٩٦ - ١٩٩٧ م - ص ٤٧ ؛ د. علي صادق أبو هيف : القانون الدولي العام - منشأة المعارف بالإسكندرية - بدون تاريخ - ص ٧ ؛ د. مصطفى محمد الجمل و د. عبد الحميد محمد الجمل : المدخل لدراسة القانون - ج ١ - نظرية القانون ١٩٨٤ - ص ٧٣-٧٤ .

(٢) يقصد بالعقود المسماة : تلك العقود التي خصها القانون باسم محدد ونظم أحكامها لكثرة تداولها في العمل ، أما العقود الغير مسماة : فلم يخصها المشرع باسم معين ولم ينظم لها نصوص تحكمها لقلة شيوعها في العمل . انظر في ذلك د. جعفر الفضلي : الوجيز في العقود المدنية - مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع - عمان ١٩٩٧ - ص ١٠ .

(٣) د. جعفر الفضلي : المرجع السابق - ص ١٢ ؛ د. عبد الرازق السنهوري : الوسيط في شرح القانون المدني - عقد البيع / المجلد الرابع - ص ١ ، ٢ .

(٤) أ. محمود محمد صبره : ترجمة العقود التجارية ٢٠٠٢ م دار الكتب القانونية - مصر - ص ٢٧ - ٢٨ .

(٥) د. غسان رباح : المرجع السابق - ص ١١٣ .

فخصائص تلك العقود التي تنتمي إلى القانون الخاص أنها تقوم على إرادة الأطراف ، فما الوضع بالنسبة لعقود الاستثمار النفطي ؟ هل تتوافر فيها إرادة كلا الطرفين ؟ وهل تنتمي تلك العقود إلى القانون الخاص على اعتبار أنها تقوم بها شركات خاصة أجنبية ؟ وهذه الشركات تتفاوض على بحرية كبيرة مع الدولة المنتجة للنفط .

المطلب الثاني

مدى صلة عقود النفط بالقانون الخاص

يرى جانب من الفقه ^(١) أن عقد الاستثمار النفطي ينتمي إلى قواعد القانون الخاص التي تحدد شروط صحته ، فهذا العقد يفترض توافق الإرادة وعدم وجود ثمة عيوب بها (كانت تثير إحدى الدول تهمة موجهة لشركة متعددة الجنسية بأنها استعملت الرشوة من أجل الحصول على توقيع لمصلحتها يتعلق بالنفط) ، ومن أهم التطبيقات القضائية الحكم الذي أصدرته محكمة العدل الدولية عام ١٩٥٨ في النزاع بين المملكة العربية السعودية وشركة " أرامكو " حيث اعتبرت المحكمة أن عقد الامتياز البترولي لا يعتبر ممارسة من الدولة لسيادتها وليس خاضعا للقانون العام (القانون الإداري والقانون الدستوري) بل للقانون الخاص (القانون التجاري) لأنه ذو طابع تجاري تقوم به الدولة وفقا للتشريع الإسلامي ^(٢) .

وتأكيدا للطبيعة الخاصة لعقد استغلال النفط فإن الطرف الأجنبي يتمتع بحرية شبه كاملة ، باعتبار أنه غير مقيد بأية شروط حول التصرفات المفروضة والتي ترد في كل دفتر للشروط التي تحدد كيفية استثمار امتياز مرفق عام ^(٣) .

وطبقاً للقانون الفرنسي فإن امتياز عقد النفط لا يمكن نسبته إلى فئة من الامتيازات الإدارية المعروفة ، وأنه اتفاقية تأخذ ميزات العمل الأحادي الطرف كون الدولة ذات السيادة هي التي تمنح الامتياز من جهة ، ومن جهة ثانية تعتبر عقد كونها تتطلب موافقة متبادلة لإرادة كل من الدولة وصاحب الامتياز ، وفي المملكة المتحدة ينظر إلى عقد الامتياز النفطي على أنه ذات صفة التعاقد العادي بين الأطراف على الرغم من كون الدولة طرفا في العقد ^(٤) .

ولا توجد أية قواعد استثنائية تطبق على مثل هذا التعاقد غير تلك المنصوص عليها في القانون الخاص ، فأسلوب التعاقد لصالح الدولة يتم بواسطة الإدارة الحكومية بصفتها تنوب عن التاج الملكي على أن تقوم باقي الأجهزة المحلية في التعاقد بنفس الطريقة التي يتم بها التعاقد بين الأفراد ، إلا أن ذلك لا

(١) د. غسان رباح : المرجع السابق - ص ١٤٤ .

(٢) د. حفيظة السيد الحداد : الاتفاق على التحكيم في عقود الدولة ذات الطبيعة الإدارية وأثره على القانون الواجب التطبيق - دار المطبوعات

الجامعية ٢٠٠١م - ص ٥٢ ؛ د. حسام الدين فتحي ناصف : قابلية محل النزاع للتحكيم في عقود التجارة الدولية - دار النهضة العربية

١٩٩٩م - ص ٧٤ وما بعدها ؛ د. غسان رباح : المرجع السابق - ص ١٨٦ .

(٣) د. غسان رباح : المرجع السابق - ص ١٥٤ - ١٥٥ .

(٤) أ. محمود محمد صبره : ... الإدارية - مرجع سابق - ص ٣٤ .

يجعل تلك الأجهزة بعيدة عن بعض القواعد المعتمدة في القانون الإداري^(١) وإذا وجدت وانتهكت الحكومة نصوص العقد فأنها تصبح مسؤولة مسئولية عقدية مثل مسئولية الأفراد تطبيقاً لقانون شرعة الحقوق الصادر عام ١٩٤٧م^(٢) .

وبالنسبة للولايات المتحدة الأمريكية فإن الحكومة عندما تقوم بإبرام عقد فإنه يخضع لنفس القواعد التي يخضع لها الأفراد في عقودهم ، وقد قررت المحكمة الاتحادية إن إبرام العقود مع حكومة الولايات المتحدة الأمريكية لا يمكن أن يعرقل السلطة الدستورية للكونجرس ، فالعقود بإمكانها أن توجد حقوقاً والتزامات إلا أن هذه العقود لا يمكنها أن تمنع هذه السلطة من ممارسة سيادتها أو أن تجري العقود التي تدخل في نطاق صلاحياتها^(٣) .

وباستعراضنا السابق لمواقف واتجاهات الدول فيما يتعلق بعقود النفط نجد أن أغلبها دول متقدمة ، وفيها يقوى وضع المستثمر وتحكمها قواعد القانون الخاص الذي يرتب التزامات متبادلة . وإذا كانت عقود القانون الخاص عديدة فإن أهمها عقود الامتياز النفطي سواء كان عقد امتياز عادي أو عقد مشاركة ؛ أو عقد مقاوله ، وهي الأكثر صلة بعقد الاستثمار النفطي . أنه على الرغم من صعوبة التقرير عما إذا كان لعقد الامتياز صفة القانون العام أو يأخذ سمات القانون الخاص وتحديد أي قانون يخضع له عقد الاستثمار النفطي فإنه من المشكوك فيه أن يكون القانون الخاص هو الذي يغطي ويحمي الحقوق التي يمنحها الامتياز ، ومفاد ذلك أن هذا الرأي الفقهي يخضع عقد الاستثمار النفطي للقانون العام وليس للقانون الخاص .

وفي الفقه الإسلامي يرى ابن تيميه^(٤) أن الشرع الإسلامي لا يفرق بين اتفاقية وعقد عام أو قانون إداري وبين عقد مدني أو قانون تجاري فكلها اتفاقيات أو صفقات يرفعها الشرع على أنها عقود صحيحة وملزمة يجب الوفاء بها ، ويضيف أنه لا مجال للفرقة في الدين الإسلامي بين عقود تخضع للقانون العام وعقود تخضع للقانون الخاص وكل العقود ملزمة ويجب احترامها .

وفي التحكيم الذي عقد لتسوية النزاع بين المملكة العربية السعودية وشركة أرامكو عام ١٩٥٨م قضت محكمة التحكيم أنه لا يتصور وجود عقد دون أن يؤسس على نظام قانوني فلا يترك إبرام العقد لحرية الأطراف غير المقيدة ولكنه يرتبط بالضرورة بقانون وضعي يضيف على نية الأطراف المعبر عنها بصفة الإلزامية، فلا يمكن إبرام عقد دون نظام قانوني يحكمه وقد نظرت محكمة التحكيم إلى عقد امتياز النفط على أنه يشكل عقد بمعنى الكلمة وليس امتياز خدمة عامة وبالتالي ينطبق عليه مبدأ الحقوق المكتسبة التي تتمتع بها شركة أرامكو تجاه الحكومة السعودية^(٥) .

(١) المرجع السابق - نفس الموضوع .

(٢) المرجع السابق - ص ٢٩ .

(٣) المرجع السابق - ص ٣٥ وما بعدها .

(٤) د. حفيظة السيد الحداد : الاتفاق على التحكيم ... الخ - مرجع سابق - ص ٥٢ .

(٥) المرجع السابق - نفس الموضوع ؛ د. حسام الدين ناصف : المرجع السابق - ص ٧٦ وما بعدها .

ويؤكد هذا المعنى جانب آخر من الفقه بأن عقود النفط تخضع للقانون الخاص^(١).

الرأي الراجح للطبيعة الخاصة للعقد

نرى ونرجح مع جانب من الفقه^(٢) أن عقد الاستثمار النفطي عقد تنمية اقتصادية ، فالاتفاق يبرم بين حكومة دولة من جانب ومؤسسة أجنبية تخضع بوجودها القانوني لقوانين دولة أجنبية ، وبالتالي فهي تتضمن عنصراً أجنبياً ، بالإضافة إلى العنصر الوطني وهذا العقد يتضمن عملاً متتابعاً لأجل طويل نسبياً ، كما يتضمن إقامة منشآت ثابتة أو استيراد آلات ، وغالباً ما يخول هذا العقد الشركة الأجنبية حقوقاً معينة ذات طبيعة غير عادية مثل الحرية الكاملة في التصدير .

وإذا كان من المستقر عليه قانوناً أن عقد الاستثمار النفطي يستهدف المصلحة العامة ، ويستمد شرعيته من قانون منحت الدولة نظراً لما للدولة من حقوق سيادية على إقليمها فإن هذا الاتجاه يرى أن القانون الوطني للدولة المنتجة للنفط هو الذي يطبق على أي نزاع ، إلا أنه لا يعطي للمتعاقد الآخر حقوقاً مكتسبة ، وهذه الطبيعة الخاصة التي تميز عقد الاستثمار النفطي دفعت بالعديد من الفقه إلى القول بأنه عقد شبه دولي لأنه يبرم بين دولة وشركة أجنبية خاصة لا يبرعها القانون الوطني لأية دولة ، ولا يبرعها القانون الدولي^(٣) ، وعلى هذا النحو فإن عقد الاستثمار النفطي يشكل عقداً ذا طبيعة خاصة تميزه عن باقي العقود التي يكون للدولة فيها دور معين ، فهو ليس عقداً تجارياً بل عقداً قانوني مرتبط بسير مرفق عام ، وليس من اللازم أن تدير الدولة هذا المرفق بنفسها ، فقد يتم من خلال طرف آخر يتعاقد معها ، ولها أن تمارس حق الرقابة والوصاية على إدارته^(٤) ، وفي التحكيم الذي عقد في قضية أرامكو ضد السعودية ، وأيضاً في قضية الشركة الكندية (سافير) ضد الحكومة الإيرانية ، جاء في أن الامتياز الممنوح من الدولة إلى الشركة له من جهة طابع يتعلق بالقانون العام ومن جهة أخرى له علاقة بالقانون الخاص^(٥) .

ويرى جانب آخر من الفقه^(٦) أن عقد امتياز النفط عمل قانوني مركب بصفته مؤسس على نصوص تنظيمية ، والنصف الآخر مؤسس على نصوص تعاقدية .

ويضيف بعض الفقه أيضاً^(٧) بأن اتفاقية التنمية الاقتصادية تشبه الاتفاق شبه الدولي المستقل بذاته ، حيث أن هذا الاتفاق الذي تبرمه الدولة مع شخص أجنبي لا يعد عقداً خاضعاً للقانون الوطني ولا

(١) انظر القائلين بهذا بحث د. محمد عبد الله المؤيد : التكييف ... إلى أطرافها وذاتيتها - مرجع سابق - ص ٥ وما بعدها .

(٢) د. غسان رباح : المرجع السابق - ص ٢٧٢ وما بعدها ؛ د. أحمد عبد الحميد عشوش : قانون النفط ... الخ - مرجع سابق - ص ١١٥ وما بعدها .

(٣) د. أحمد عبد الحميد عشوش : قانون النفط... الخ - مرجع سابق - ص ١٣٣ - ١٣٥ .

(٤) د. طعيمة الجرف : المرجع السابق - ص ٥١٧ ؛ د. فؤاد العطار : المرجع السابق - ص ٦٧٩ ؛ د. سليمان محمد الطماوي : الأسس العامة للعقود الإدارية ط ١٩٩١/٥ - ص ١١٢ - ١١٣

(٥) د. محمد يوسف علوان : الاتجاهات الحديثة ... الخ - مرجع سابق - ص ١٧٠٤ - ١٧٠٥ .

(٦) المرجع السابق - ص ١٧٠٤ .

(٧) د. أحمد عبد الحميد عشوش : قانون النفط - مرجع سابق - ص ١٣٤ - ١٣٥ ؛ د. غسان رباح : المرجع السابق - ص ٢٧٨ .

معاهدة كذلك تخضع للقانون الدولي ، وأنه يشكل طائفة ثالثة من الاتفاقيات ، تتميز بأن الحقوق الخاصة ينشؤها ويحكمها نظام قانوني جديد ، أنشأته إرادة الأطراف ، وعلى ذلك فإن التزامات الدولة المتعاقدة الناشئة عن اتفاق شبه دولي تعد أقوى من الالتزامات الناشئة عن القانون الدولي العام والخاص بحماية أموال الأجانب ^(١) .

وعقد الاستثمار النفطي كنوع من العقود المركبة ، تحتوي على شروط وأنظمة مفصلة ، إضافة إلى ملاحق تقنية متعددة كاتفاقيات تنمية اقتصادية مثلاً ، وأن العلاقة بين أطراف العقد هي علاقة من نوع خاص لا ترجع إلى المساواة أو عدم المساواة بينهم بقدر ما ترجع إلى اختلاف طبيعة هذه العقود وأهدافها والمصالح التي يربحها كل طرف في العقد ^(٢) .

ولا يمانع بعض الفقه ^(٣) من إعطاء عقد الاستثمار النفطي صفة كونه عقد دولي ، لتوضيح أن لهذا العقد أهمية عالمية يتأثر بالأحداث الجارية ، إذ أن لعقد الاستثمار النفطي آثاراً اقتصادية وسياسية لا تقف عند حد الدولة التي يمارس داخلها النشاط النفطي بل يمتد إلى الخارج ليعكس آثاراً واسعة المدى اقتصادياً .

خلاصة الآراء السابقة :

من خلال عرضنا للآراء السابقة لا يمكن أخذها على إطلاقها ، فقد تبين لنا أن عقد الاستثمار النفطي عقد يغلب عليه الطبيعة الخاصة ، فهو ليس عقداً إدارياً يخضع للقانون العام في كل الأحوال ، وكذلك ليس عقداً مدنياً خاصاً يخضع للقانون الخاص ، فغلبة الطبيعة الخاصة لهذا العقد كونه متعلقاً بمشروعات التنمية الاقتصادية ، وأحد أطرافه شخص أجنبي ، وموضوعه استغلال أحد موارد الثروة الطبيعية في البلاد المنتجة ، وأن هناك حقوقاً محفوظة لكل طرف من أطراف العقد ويخضع للقانون العام والقانون الخاص على حد سواء ، وأنه أداة مهمة لتنظيم العلاقات الاقتصادية الدولية التي تهم العديد من الدول ، وحول تحديد طبيعته القانونية الوطنية نجد أنها خليط من القانون العام والقانون الخاص الداخلي على حد سواء ، فهذا العقد ذو طبيعة قانونية خاصة تهدف إلى تحقيق هدفين :

الهدف الأول

: تقوية موقف الدول المنتجة للنفط تمشياً مع سيادتها على مواردها الطبيعية وإبرامها عقود مع طرف أجنبي لا بد وأن يتماشى مع قوانينها الدستورية مراعاة لكرامتها وعزتها الوطنية ومن هنا يخضع العقد للقانون العام في بعض الأمور .

(١) د. غسان رباح : المرجع السابق - ص ٢٧٩

(٢) المرجع السابق - ص ٢٨١ .

(٣) انظر ذلك لاحقاً في المبحث الأول من الفصل الثاني في هذا الباب - ص ٤٠ - ما بعدها .

الهدف الثاني

: تشجيع الاستثمار الأجنبي ، وإغراء الطرف الأجنبي بعملية الاستثمار النفطي ، وأن مصالحه محفوظة ومصانة ، ومن هنا يخضع العقد في جوانب أخرى للقانون الخاص في إطار القانون الدولي الخاص ، فعقد الاستثمار النفطي على هذا النحو يشكل نوعاً من العقود الجديدة على الساحة الدولية تتميز بأن الحقوق التي ينشئها الأطراف يحكمها قانون جديد مرجعه إرادة الأطراف ، وحتى لا نحكم قطعاً على هذا الاستنتاج لا بد أن نتناول الطبيعة القانونية من وجهة النظر الدولية حتى نقول فيه القول الفصل .

المبحث الثالث

عقد الاستثمار النفطي ذو طبيعة موضوعية

تنطلق من موضوع العقد ذاته

تمهيد وتقسيم :

تنقسم عقود النفط بالنظر إلى موضوعها وذاتيتها إلى ثلاثة أنواع نتناولها تباعاً في ثلاثة مطالب على النحو الآتي : -

- المطلب الأول : عقد الاستثمار النفطي عقد إمتياز .
- المطلب الثاني : عقد الاستثمار النفطي عقد مشاركة .
- المطلب الثالث : عقد الاستثمار النفطي عقد مقالة .

المطلب الأول

عقد الاستثمار النفطي عقد إمتياز .

يقصد بعقد الامتياز : " أن الدولة المنتجة للنفط لها أن تمنح بعض الشركات أو الأفراد الحق في استغلال مساحة معينة من أراضيها للبحث والتقيب عن النفط لأجل محدود مقابل عائد تؤديه الشركة المستثمرة للدولة طبقاً للعقد المبرم بينهما " (١) ، (وهي عادة إما نسبة مئوية من الربح أو الناتج أو كليهما) .

فعقد الامتياز البترولي هو من الاتفاقيات التقليدية المعقودة قبل الحرب العالمية الثانية ، والتي كانت تمنح الشركات حقوقاً مطلقة في البحث ؛ والاكتشاف ؛ والإنتاج ، " فأغلب تلك الاتفاقيات لم تكن تلزم صاحب الامتياز باستخدام الوطنيين أو تدريبهم ، ولا باتخاذ إجراءات للمحافظة على الثروة

(١) د. محمود عاطف البنا : المرجع السابق - ص ٥٦ ؛ د. محمد عبدالله المؤيد: التكيف . . . إلى موضوعها وأهدافها - مرجع سابق -

البتروولية، ولم تشر إلى التخلي التدريجي عن الأجزاء غير المستغلة ، ولم تكن تلزم الشركة صاحبة الامتياز بأن تجرى داخل الدولة المضيفة عمليات تكرير الزيت الخام المنتج في إقليمها من أجل تصديره^(١) ، وما لبثت أن برزت الحاجة إلى تعديل تلك الامتيازات كما سنرى لاحقاً .

ويرى بعض الفقه الغربي^(٢) أن طائفة من الاتفاقيات ومنها الامتيازات البتروولية ليست عقوداً يحكمها القانون الوطني لدولة من الدول ، لأن الأطراف لا يخضعون لقانون وطني واحد ، وليست معاهدات يحكمها القانون الدولي العام لأنها ليست مبرمة بين أشخاصه ، فهذه الاتفاقيات تستمد قوتها مباشرة من مبدأ " العقد شريعة المتعاقدين " ، وتخضع أساساً للنظام القانوني الذي ينشئه العقد ذاته وللقواعد التي تقرها هيئات التحكيم عند المنازعة ، والتي استلهمتها من المبادئ العامة للقانون ، ويميز هذا الفقه الغربي بين : العقود الإدارية التي تبرمها جهة إدارية داخل الدولة مع شخص أجنبي ويحكمها قانون الدولة الطرف ؛ والاتفاقيات شبه الدولية التي تبرمها أو تصادق عليها الحكومة بما لها من سيادة وتختص أيضاً بإبرام المعاهدات الدولية^(٣) .

ونرى مع الدكتور محمود عاطف البنا أن " هذا الرأي محل نقد ، فلا يتصور أولاً وجود عقد دون أن يؤسس على نظام قانوني معين ، فأى اتفاق لا يكون ملزماً قانوناً إلا إذا اعترف له نظام قانوني بهذه الصفة ، ولما كان أحد الأطراف في عقود الامتياز هو دولة ذات سيادة فإنه لا يمكن إفتراض خضوع التزاماتها التعاقدية لقانون آخر غير قانونها دون موافقتها " " وثانياً فإن التمييز بين نوعي العقود المذكورة أمر لا يمكن قبوله ، ذلك أن تكييف العقد إنما يتوقف على طبيعته وموضوعه وخصائصه الذاتية وليس على تحديد الجهة التي تمثل الدولة في إبرامه وحدها^(٤) .

المطلب الثاني

عقد الاستثمار النفطي عقد مشاركة

" يقصد بعقد المشاركة (أن تساهم الدول المنتجة للنفط بجزء من رأس مال الشركة صاحبة الامتياز النفطي بما يسمح لهذه الدولة بممارسة أعباء الإدارة ومسؤولياتها) ، وهذا يعني اشتراك الدولة المنتجة للنفط مع الشركة الأجنبية في مشروع البحث والتنقيب والاستغلال بشروط تختلف عما يحدث بين

(١) المرجع السابق - ص ٧٣ - حاشية ؛ د. محمد عبدالله المؤيد : التكييف . . . إلى موضوعها وأهدافها - مرجع سابق - ص ٨ .

(٢) د. أحمد عبدالحميد عشوش : النظام القانوني .. الخ - رسالته السابقة - ص ٣٨٩ ، ص ٦٨٧ وما بعدها ؛ د. حفيظة السيد الحداد : الاتفاق على التحكيم ... الخ - مرجع سابق - ص ٥٢ ؛ د. محمد يوسف علوان : الاتجاهات الحديثة . . . الخ - مرجع سابق - ص ١٧٠٢ وما بعدها .

(٣) د. أحمد عبدالحميد عشوش : النظام القانوني . . . الخ - رسالته السابقة - ص ٣٨٩ ، ص ٦٨٧ وما بعدها ومشار إليه أيضاً في مؤلف د. محمود عاطف البنا - المرجع السابق - ص ٧٦ .

(٤) د. محمود عاطف البنا : المرجع السابق - ص ٧٩ .

الشركات بعضها مع بعض وذلك في صالح الدولة المنتجة ، ويهدف هذا النظام إلى تحقيق قدر من السيطرة على استغلال نفط الدولة المنتجة لتتمكن من زيادة دخلها " ، وعقد المشاركة النفطي يعتبر على هذا النحو أحد الأنماط القانونية لاستغلال النفط ويأتي في المرحلة الثانية من عقود الامتياز ^(١) ، وهذا النظام يهدف لإنشاء مشروع مشترك يطلق عليه اسم الشركة المنفذة للعمليات ، وتقوم بعملية الاستثمار النفطي في البلد المضيف في منطقة معينة ولمدة معينة ^(٢) .

و يذكر أنه مما ساعد على بروز مبدأ المشاركة في الاتفاقيات الجديدة إقدام الدول المنتجة للنفط على إنشاء مؤسسات نفطية عامة أدى بدوره إلى إقامة علاقات قانونية جديدة بين الطرفين ، وكثيراً ما تستعمل كلمة مشاركة قديماً للدلالة على القاعدة المعروفة وهي : (تقاسم الأرباح منصفة في ظل اتفاقيات الامتياز القديمة) ^(٣) .

وعبارة تقاسم الأرباح هذه توحى بأن ثمة شريكين أو أكثر قد قرّرا إنشاء مشروع مشترك ، ويتقاسمان الأرباح والخسائر ، وهو وضع أبعد ما يكون عن نظام الامتيازات المعمول به في بعض الدول العربية ^(٤) ، ويلاحظ في هذا الخصوص أنه لا يدخل في معنى المشاركة اشتراك الشركات مع بعضها في الكشف عن البترول واستغلاله ، فأكثر الشركات التي تعمل في البلدان العربية تتكون فعلاً من شركات متعددة، وعندما تشترك مع بعضها فإن كلاً منها يتحمل نصيبه من الأموال ومن مسؤولية المخاطر ، وعندما يكتشف البترول تحصل على قدرٍ منه يتناسب مع مساهمتها ، فإذا لم يكتشف فقدت كل منها ما قد ساهمت به في عمليات الكشف ^(٥) ، وبظهور مبدأ المشاركة في الدول المنتجة أصبحت هذه الدول تشترك مع الشركات الأجنبية في مشروع البحث والتنقيب والاستغلال بشروط تختلف عما يحدث بين الشركات بعضها مع بعض ، وذلك في صالح الدولة المنتجة ^(٦) ، فالشركة المنتجة تتحمل مسؤولية الكشف عن البترول وتمويل هذه العمليات إلى أن يكتشف البترول بكميات تسمح للاستغلال التجاري ، فإذا لم يكتشف البترول فإن الخسارة تقع على الشركة الأجنبية فقط دون أي التزام على الدولة ، أما إذا اكتشف البترول فإن الدولة تشترك مع الشركة الأجنبية في إعداد الحقل المكتشف للإنتاج فيساهم الطرفان في تمويل المشروع ، وعندما يبدأ الإنتاج يحصل كل من الطرفين الوطني والأجنبي على نصيبه من الإنتاج تبعاً لمساهمة ^(٧) .

(١) د. غسان رباح : المرجع السابق - ص ٤٠ ؛ د. أسامة محمد عمارة : النظام القانوني لاستغلال الثروات المعدنية عبر الحدود الممتدة - بدون تاريخ - رسالة دكتوراه غير مبين عليها الجامعة أو الكلية المقدمة إليها الرسالة - ص ٣٣ .

(٢) د. محمد يوسف علوان : النظام القانوني . . . الخ - مرجع سابق - ص ٩٩ ؛ د. أسامة محمد عمارة : المرجع السابق - ص ٢٧١ وما بعدها ؛ د. عبد الأمير الأنباري : اتفاقيات النفط وتطورها في الشرق الأوسط - الدورة البترولية في أساسيات صناعة النفط والغاز للفترة ما بين ٦ يناير - ٤ مارس ١٩٧٦ م - ص ٢٦ .

(٣) د. محمود عاطف البنا : المرجع السابق - ص ٧٩ .

(٤) د. غسان رباح : المرجع السابق - ص ٣٦ .

(٥) د. أسامة محمد عمارة : المرجع السابق - ص ٢٧٤ وما بعدها .

(٦) د. غسان رباح : المرجع السابق - ص ٣٧ .

(٧) د. عصام الدين مصطفى بسيم : الجوانب القانونية للمشروعات المشتركة في الدول الآخذة في النمو - ط ١ - مكتبة المنهل ١٩٧٨ م -

ويذكر أن عقد امتياز شركة - أمنويل - المبرم مع دولة الكويت قد أشارت أن من حق الحكومة أن تساهم في رأس مال المشروع بما لا يزيد عن (١٥ %) من الأسهم وبدون دفع قيمة هذه الأسهم^(١). وقد أشار العقد المبرم بين شركة الزيت العربية المحدودة (شركة يابانية) ودولة الكويت عام ١٩٥٨ م ، على أن الحكومة الكويتية تساهم بنسبة (١٠ %) من رأس مال الشركة بالقيمة الرسمية لأسهمها ، وكذلك من أي أسهم جديدة تطرحها من بعد اكتشاف النفط بكميات تجارية^(٢) . وقد تضمن العقد المبرم بين شركة شل والكويت الإشارة إلى أن للحكومة الحق في المشاركة بنسبة (٢٠ %) من أسهم الشركة صاحبة الامتياز في غضون تسعون يوماً من اكتشاف النفط بكميات تجارية^(٣) .

ويرى بعض الفقه^(٤) أن اتفاقيات المشاركة في عقود النفط تحقق للدول المنتجة مزايا كثيرة منها: زيادة في العائدات المالية ، حيث تحصل من المشروع على حقوقها الضريبية والرسوم على مختلف أنواعها ، بالإضافة إلى حقوقها كمساهم في المشروع ، إلى جانب حق الاشتراك في تخطيط وإدارة العمليات ، والتنفيذ بما في ذلك الموافقة على المصاريف المطلوبة ، ولها حقوق تضاف إلى حقوقها بصفتها صاحبة الأرض ومانحة الامتياز ، ومن ثم نلاحظ مدى حرص الدول المنتجة للنفط في اتفاقيات المشاركة التي عقدتها على المساهمة في إدارة الشركة ، فكل هذه الاتفاقيات تنص على أن القرارات يجب أن تتخذ من قبل مجلس إدارة يضم ممثلين عن البلد المنتج وعن الشركة الأجنبية وأن مراكز المسؤولية يجب أن توزع بالتساوي بين الطرفين .

وكثيراً ما ينتشر إبرام مثل هذه العقود في الدول ذات الكثافة السكانية الضخمة، والتي تحتاج إلى تطوير خبراتها الفنية والتقنية في مجالات صناعة النفط مستقبلاً وترى ضرورة ممارسة تنفيذ هذه المشاركة حتى لا تسمح للشركات الأجنبية بالانفراد في التنفيذ ، إنما تشترط إتاحة الفرصة للعمال المحليين من مختلف الاختصاصات في اكتساب الخبرة ، ومن ثم كانت ملائمة هذا النوع من عقود المشاركة النفطية لهذه الدول^(٥) .

(١) المادة (٣) من اتفاقية شركة أمنويل مع دولة الكويت - انظر ذلك في د. محمد يوسف علوان : النظام القانوني ... الخ - مرجع سابق - ص ٩٦ .

(٢) المادة (١٢) من اتفاقية شركة الزيت العربية المحدودة - اليابان - مع دولة الكويت عام ١٩٥٨ م - انظر ذلك في المرجع السابق - ص ٩٧ ؛ انظر الجريدة الرسمية (الكويت اليوم) - العدد ١٨١ - السنة ٤ - بتاريخ ١٣/٧/١٩٥٨ م - ص ٩ .

(٣) المادة (٢٣) من اتفاقية شركة شل مع الكويت - انظر ذلك في المرجع السابق - نفس الموضوع ؛ انظر جريدة الكويت اليوم - المرجع السابق - ص ١٤ .

(٤) أ. محمود محمد صبره : الإدارية - مرجع سابق - ص ٣٤٢ وما بعدها ؛ د. محمد عبدالله المؤيد : التكييف ... إلى موضوعها وأهدافها - مرجع سابق - ص ٩ وما بعدها .

(٥) أ. محمود محمد صبره : الإدارية - مرجع سابق - ص ٣٤٨ ؛ د. محمد عبدالله المؤيد : منهج القواعد الموضوعية ... الخ - رسائله السابقة - فقرة ١٤١ - ص ١٨٤ ؛ د. عصام الدين القصبي : خصوصية التحكيم ... الخ - مرجع سابق - فقرة ١ - ص ١ .

وهناك ثلاث أشكال لاستغلال النفط من خلال عقد المشاركة :

الشكل الأول :

ويتم من خلال منح امتياز البترول في منطقة محددة بشروط معروفة ، وذلك لكل من المؤسسة الوطنية التي تتولى قطاع النفط والشركة الأجنبية صاحبة الامتياز بحق النصف لكل منها ، ومثال ذلك العقود التي أبرمت مع المؤسسة المصرية العامة للبترول^(١) .

الشكل الثاني :

يتم هذا الشكل بأن يمنح الامتياز أصلاً إلى المؤسسة الوطنية للنفط ، وتقوم هي بإشراك الشركة الأجنبية المعنية معها بحق النصف ، ومثال ذلك الاتفاقيتين المبرمتين بين المملكة العربية السعودية وكل من شركتي إيتي وسنكلير^(٢) .

الشكل الثالث :

أما هذا الشكل فيتم من خلال منح الامتياز النفطي للشركة الأجنبية على أن تتعهد بأن تؤسس بعد اكتشاف الكميات التجارية شركة يكون للمؤسسة الحكومية نصف أسهمها أو أقل أو أكثر حسبما يحتوي الاتفاق^(٣) .

وقد تطور نظام المشاركة من مساهمة الدول المنتجة بنسبة محدودة في رأس مال شركات النفط الأجنبية إلى ما يعرف بنظام المشاركة بالمناصفة أو المشروع المشترك ، ويقوم هذا النظام على أساس تعاقد الدولة المنتجة للنفط والشركة الوطنية التابعة لها من جهة وشركة النفط الأجنبية من جهة أخرى ، وذلك بهدف إنشاء مشروع مشترك يطلق عليه عادة اسم " شركة التشغيل " وتتولى القيام بعمليات الاستثمار النفطي في البلد المنتج في منطقة معينة لمدة محددة^(٤) ، ومما تجدر الإشارة إليه أن نظام المشاركة على النحو سالف البيان يحقق نوعاً من الطمأنينة للدول المنتجة ، بعكس الحال من الامتيازات التقليدية التي كان معمولاً بها وقت الاستعمار والاحتلال ، ونظام المشاركة هذا لم يتم التوصل إليه على هذا النحو المرضي من الاتفاق والرضا إلا بعد مفاوضات مضنية وشاقة ، حيث قد تمسك كل طرف بوجهة نظره ، فشركات النفط الأجنبية تمسكت بموقفها بحجة أن العقد شريعة المتعاقدين^(٥) ، فالشركات

(١) انظر الاتفاقية في مؤلف أ. محمود محمد صبره : . . . الإدارية - مرجع سابق - ص ٣٥٧ وما بعدها ؛ د. حفيظة السيد الحداد : العقود

المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية - ط ١ / ١٩٩٦ - ص ١٨٤ وما بعدها ؛ د. محمد عبدالله المؤيد : التكييف . . . إلى موضوعها

وأهدافها - مرجع سابق - ص ٤ - ٦ وما بعدها وخصوصاً - ص ٧ .

(٢) د. غسان رباح : المرجع السابق - ص ٣٨ .

(٣) أ. محمود محمد صبره : . . . الإدارية - مرجع سابق - ص ٣٤٧ وما بعدها ؛ د. حفيظة السيد الحداد : العقود المبرمة . . . الخ -

مرجع سابق - ص ١٨٨ وما بعدها .

(٤) د. عصام الدين مصطفى بسيم : المرجع السابق - ص ٩٥ .

(٥) أ. محمود محمد صبره : . . . الإدارية - مرجع سابق - ص ٣٤٠ وما بعدها ؛ د. محمد عبدالله المؤيد : منهج القواعد ... الخ - رسالته

السابقة - فقرة ١٤٢ - ص ١٨٤ .

الأجنبية تدعي أن عقداً قد أبرم بينهم وبين الدول المنتجة للنفط ، وأن هذا العقد حدّد حقوقاً والتزامات متقابلة يجب احترامها بصورة حرفية وتطبيقاً بدقة طوال المدة التي حددها أطرافه لسريان مفعوله ، وترى هذه الشركات أن العقد قد وضع ليكون مستمراً ، وليس ليعكّل ويتم تغييره ، ثم إن لمبدأ العقد شريعة المتعاقدين حرمة خاصة في مفاهيم الشرائع قديمها وحديثها ، ولا يمكن التذرع بمبدأ تغيير الظروف ، وتتمسك هذه الشركات بشرط الثبات التشريعي للعقد ^(١) .

أما الدول المنتجة للنفط فتري أن الظروف التاريخية إبان الاحتلال قد أثرت على إبرام هذه العقود ، وهذه الأوضاع قد تغيرت بحصولها على استقلالها من الاستعمار ، حيث لم يكن لها حرية مناقشة سلطات الاحتلال ، وأن العقود يجب أن تقوم على الرضا والتوافق ، وتدعم هذه الدول وجهة نظرها بأن الممارسات الدولية قد طبقت نظرية تغيير الظروف ، وأن شركات النفط قد أعطت موافقتها الضمنية في البداية والتسليم بنظرية تغيير الظروف ^(٢) ، وقد تمسكت الدول المنتجة للنفط بأن لديها شركات نفط وطنية ، وهذه الشركات أخذت شكل المؤسسة العامة ذات الطبيعة الصناعية والتجارية ، بهدف البعد عن الصفة الإدارية التي تتم بها الشركات الحكومية ، وتوفير قدر من الاستقلالية في إدارتها ^(٣) .

ففي دولة الكويت تم إنشاء شركة نفط الكويت عام ١٩٣٤ م وقد تم تحويل جميع أسهم هذه الشركة إلى الحكومة عام ١٩٧٥ م وأصبحت شركة نفط الكويت شركة مساهمة كويتية مملوكة كلية للدولة ، إلا أنها تخضع لأحكام قانون التجارة الذي ينظم الشركات التجارية لضمان استقلالها ^(٤) . وفي عام ١٩٦٠ م أنشئت شركة البترول الوطنية الكويتية ، لتقوم بعملية التكرير ، وفي عام ١٩٦١ م أنشئت شركة ناقلات النفط الكويتية ، وفي عام ١٩٦٣ م تأسست شركة صناعة الكيماويات البترولية ، وفي عام ١٩٨٠ م تأسست مؤسسة البترول الكويتية ^(٥) .

وتطبيقاً لعقد المشاركة في الاستثمار النفطي على أساس المناصفة أبرمت دولة الكويت عام ١٩٦٨ م عقداً مع شركة البترول الوطنية الكويتية وهيسبانوبل ، وبموجب هذا الاتفاق منح الامتياز إلى كل من شركة البترول الوطنية الكويتية وتلك الشركة الأجنبية معاً ، بالإضافة إلى ذلك تم الاتفاق على تأسيس شركة تشغيل تسمى شركة البترول الكويتية الأسبانية ، وقد أشارت (المادة ٢٥) من هذا العقد بأنه يحق للشركتين تعيين شركة أو شركات تشغيل يكون القصد منها القيام بممارسة حقوق الشركتين وتنفيذ التزاماتها ، وتكون الشركتان ضامنتين لشركة التشغيل ومسئولتين عن تنفيذ الالتزامات ، وقد تقرر أن يكون رأس مال الشركة مبلغ ١٠٠ ألف دينار كويتي تساهم الشركة الوطنية بنسبة (٥١ %) والشركة الأسبانية (٤٩ %) ^(٦) .

(١) د. حفيدة السيد الحداد : العقود المبرمة . . . الخ - مرجع سابق - ص ٢٣٦ وما بعدها .

(٢) د. أسامة محمد عمارة : المرجع السابق - ص ٢١٧ وما بعدها ؛ د. هشام علي صادق : الحماية الدولية للمال الأجنبي - دار الفكر

الجامعي ٢٠٠٢ م - ص ٤٠ - ٤٢ ؛ د. حفيدة السيد الحداد : العقود المبرمة . . . الخ - مرجع سابق - ص ٣٦٠ .

(٣) د. غسان رباح : المرجع السابق - ص ٥٩ وخصوصاً الهامش رقم (٢) .

(٤) د. خالد سعد زغلول حلمي : النظم القانونية والسياسية للنفط العربي - ط ١ / ١٩٩١ م - ص ٨٠ .

(٥) المرجع السابق - نفس الموضوع .

(٦) المرجع السابق - ص ٨٨ .

وفي عام ١٩٧٤ م بدأت مفاوضات جديدة بين الحكومة الكويتية وشركتي جلف والبترول البريطانيتين المالكتين لشركة نفط الكويت وانتهت المفاوضات إلى زيادة في نسبة مشاركة الكويت والشركات المذكورة إلى (٦٠ %) بالإضافة إلى بعض المزايا الأخرى^(١) .

المطلب الثالث

عقد الاستثمار النفطي عقد مقالة

" عقد المقالة عقد رضائي ملزم للطرفين ينعقد بمجرد ارتباط قبول أحد الطرفين بإيجاب الطرف الآخر وتطابقهما ، فلا يحتاج لانعقاده شكلاً خاصاً ، ولكن اعتبار عقد المقالة عقداً رضائياً لا يمنع المتعاقدين من الاتفاق على استكمال شكل معين لانعقاده"^(٢) .

وعقد المقالة من عقود المعاوضة ، حيث أن كل طرف يأخذ مقابل لما يعطي ، وهو كذلك من العقود الملزمة للطرفين ، وباعتباره عقداً من عقود القانون الخاص فقد تم تنظيم شروط انعقاده وشروط صحته ، فيجب لانعقاده تطابق الإيجاب والقبول بين طرفي العقد ، وأن يتم التراضي على ماهية العقد ، والعمل الذي يؤديه المفاوض لرب العمل ، والأجر الذي يتقاضاه عنه ، ويجب أن تتصرف نية المتعاقدين إلى الشيء نفسه ، ولا بد لصحته أيضاً من أن يكون بتراضي طرفيه ، وأن يكون هذا التراضي صحيحاً وأن تتوافر لدى المفاوض ورب العمل الأهلية اللازمة لإبرام العقد وبانتهاء تنفيذ العمل وحصول المفاوض على أجره تنتهي صلة المفاوض بالمشروع^(٣) .

وبالنسبة للمحل في عقد المقالة فله وجهان :

الأول : بالنسبة إلى التزامات المفاوض فهو العمل المتعاقد على تأديته.

الثاني: بالنسبة إلى التزامات رب العمل فهو الأجر الذي تعهد بدفعه للمفاوض^(٤)

فالمفاوض يتعهد بأداء العمل المتفق عليه ، ويشترط في العمل ليكون محلاً لعقد المقالة تطبيق القواعد العامة ، وشروط المحل بأن يكون ممكناً ومعيناً أو قابلاً للتعيين ، وأن يكون مشروعاً ، ويجب كذلك أن يكون العمل مما يمكن القيام به ، لأنه لا التزام لمستحيل وإلا كان العقد باطلاً ، والمقصود بالاستحالة هي الاستحالة المطلقة ، والتي يكون بموجبها العمل مستحيلاً بذاته لا يستطيع المفاوض فقط أو

(١) د. أحمد عبد الحميد عشوش : النظام القانوني . . . الخ - رسالته السابقة - ص ٣٢٠ ؛ د. خالد سعد زغلول حلمي : المرجع السابق - ص ٩٣ ؛ د. عبدالأمير الأنباري : المرجع السابق - ص ٢٧ .

(٢) د. عبدالرازق السنهوري : الوسيط في شرح القانون المدني الجديد - ج ٧ / القسم الأول - دار النهضة العربية - بدون تاريخ - ص ٥٦ - وخصوصاً الهامش (١) ؛ د. محمد عبدالمجيد اسماعيل : عقود الأشغال الدولية - " دراسة لأثر الطبيعة القانونية الجديدة لهذه العقود على الأحكام الخاصة بها " - القاهرة ٢٠٠٠ م - ص ٢١ - ٢٢ ؛ د. عبدالأمير الأنباري : المرجع السابق - ص ٢٥ وما بعدها .

(٣) د. غسان رياح : المرجع السابق - ص ٤٢ .

(٤) د. حفيفة السيد الحداد : العقود المبرمة . . . الخ - مرجع سابق - ص ١٨٧ - ١٨٨ .

أي شخص آخر إنجاز العمل أو القيام به ، ويجب أن يكون العمل معيناً أو قابلاً للتعيين فإذا لم يكن العمل معيناً أو قابلاً للتعيين كان العقد باطلاً .

وبخصوص عقد المقاول في الاستثمار النفطي فإنه يعتبر أحد الأشكال القانونية لاستغلال النفط من جانب الدول المنتجة له ، ويعرفه البعض^(١) بأنه : اتفاق بين الدولة المنتجة أو شركة النفط الوطنية وشركة أجنبية تسند بمقتضاه الدولة إلى هذه الشركة مهمة تنفيذ العمليات النفطية لحسابها بمنطقة معينة لقاء مقابل معين .

ويرى بعض الفقه^(٢) أنه غالباً ما يعهد المقاول بتمويل وتنفيذ عمليات التنمية والإنتاج بعد اكتشاف النفط بكميات تجارية وفقاً للتعريف المنصوص عليه في العقد .

وقد ظهر عقد المقاول في اتفاقيات النفط التي أبرمت في عقد الأربعينات ، فالدولة المنتجة تستعين بمقاول أجنبي يتولى مسؤولية الكشف عن النفط وإعداده للإنتاج ثم إنتاجه بالفعل ويتحمل كافة المصاريف ومسؤولية المخاطر عن المشروع ، وكان المقاول لا يأخذ أجراً محدداً ، وإنما كان يسترد ما أنفقه على المشروع ، ويحصل على نصيب معين من الإنتاج أو الأرباح حسبما يتفق عليه في العقد ، ويستمر في الحصول على هذا النصيب بنسبة تتراوح بين (٢٠% إلى ٣٠%) بموجب عقد المقاول^(٣).

ومن أبرز التطبيقات العملية لعقد المقاول في الاستثمار النفطي ذلك العقد المؤرخ في ١٩٦٨/٢/٣ م بين شركة (إيراب الفرنسية) والحكومة العراقية حيث حددت الاتفاقية بمدة ستة سنوات لحد أقصى للبحث ، على أن تتخلى عن ٥٠% من أراضي الامتياز بعد ثلاث سنوات و ٢٥% في نهاية السنة الخامسة ومن جميع الأراضي المستثمرة فيها نهاية السنة السادسة^(٤) .

وعقد المقاول النفطي بمفهومه الجديد أصبح يخول للدول المنتجة مزايا وأهداف طالما سعت إلى تحقيقها ، حيث مكنها من الاستغلال المباشر لنفطها وذلك بعد الصعوبات التي كانت تعترض ذلك الطريق وعلى الأخص بشؤون التسويق ، وهذا العقد أفضل من عقد المشاركة حيث من خلال المقاول تم تحجيم دور الشركات الأجنبية كمقاول فقط وتم على هذا النحو إرساء الملكية للدولة المنتجة^(٥) ، وقد لاقى هذا الأسلوب كأحد طرق استغلال النفط قبولاً من الشركات الأجنبية المستثمرة مثل شركة (إيني

(١) د. خالد سعد زغلول حلمي : المرجع السابق - ص ٩٨ ؛ د. حفيظة السيد الحداد : العقود المبرمة . . . الخ - مرجع سابق - ص ١٨ وما بعدها .

(٢) أ.محمود محمد صبره : . . . الإدارية - مرجع سابق - ص ٣٤٩ ؛ د. حفيظة السيد الحداد : العقود المبرمة . . . الخ - مرجع سابق - ص ١٨٧ وما بعدها .

(٣) د. غسان رباح : المرجع السابق - ص ٤٢ .

(٤) الجدير بالذكر أن التخليات هو مفهوم حديث النشأة لم يكن معروفاً في الإمتيازات القديمة . انظر ذلك في البنود الرئيسية لعقود الإمتياز البترولية المعاصرة في مؤلف أ. محمود محمد صبره : . . . الإدارية - مرجع سابق - ص ٣٤٦ وما بعدها وخصوصاً ص ٣٥٢ - بند رقم (٦) ؛ د. عبدالأمير الأنباري : مرجع السابق - ص ٢٦ .

(٥) د. غسان رباح : المرجع السابق - ص ٤٤ ؛ د. عبدالأمير الأنباري : المرجع السابق - ص ٢٥ وما بعدها .

الايطالية) و (إكسيرااب الفرنسية) حيث أن الغاية التي تسعى إليها ضمان مورد ثابت ورخيص من الوقود .

وعقد المقاوله يتناسب مع الدول المنتجة للنفط ذات الكثافة السكانية المنخفضة حيث أنها لا تشعر بأهمية مشاركة الشركات الأجنبية بقدر اهتمامها بحق الملكية القانونية للنفط المنتج مثلاً ، وأن يكون هذا الحق كاملاً للدولة أو المؤسسة الوطنية ^(١) .

الخلاصة :

ونخلص مما سبق أن عقد المقاوله قد ذلل بعض الصعوبات التي تعترض الدولة في أن تصل إلى الإستغلال المباشر لنفطها ، وخاصة في شأن التسويق ، حيث أن عمليات التسويق تسير بأسم الدولة ولصالحها ، وكذلك فإن عقد المقاوله هو عقد أفضل من عقد المشاركة من حيث مضمونه وآثاره، حيث يقتصر دور الشركة الأجنبية في عملها كمقاول يؤمر بأداء عمل تحت إشراف الدولة المنتجة للنفط ، لأن عقد المقاوله يرسى ملكية النفط لحكومة الدولة المنتجة له ، خصوصاً وأن الدولة وسلطاتها في هذا العقد طرف قوي ، ويغلب فيه طبيعة العقد الإداري .

(١) د. غسان رباح : المرجع السابق - ص ٤٤ - ٤٥ .

الفصل الثاني

الطبيعة القانونية لعقد الاستثمار النفطي

من وجهة النظر الدولية

تهديد وتقسيم :

لقد كان من أثر التطورات السريعة التي طرأت على محيط العلاقات الدولية منذ الحرب العالمية الثانية ، وحصول العديد من دول العالم الثالث على استقلالها ، وسعيها إلى تحقيق نظام اقتصادي عالمي جديد يضع حداً للهوة بين الشمال والجنوب ويضع حقوقاً والتزامات متبادلة على عاتق الطرفين ، علاوة على التطور الملحوظ في دور الدولة وأشخاصها الاعتبارية سواء كان ذلك على المستوى الداخلي أو في الإطار العالمي ، وأصبحت تمارس نشاطاً تجارياً يتخطى حدود الدولة ، ومن هنا نشأت العقود الاقتصادية الدولية ، وكان لا بد من ظهور قواعد قانونية دولية جديدة تنظمها ، ويلاحظ أنه توجد العديد من العقود الاقتصادية ذات الطبيعة الدولية لا تبرم بين دولتين ذات سيادة وإنما تكون بين دولة وإحدى الشركات الأجنبية ، وتظهر هذه العقود واضحة في عقد الاستثمار النفطي .

فهذه العقود ذات طبيعة دولية بالنسبة لأطرافها حيث أنها تبرم بين دولة ذات سيادة وإحدى الشركات الأجنبية الخاصة التي تتبع دولة أخرى ، وتتسم هذه العقود بالأمد الطويل لفترة طويلة ، وبخصوص موضوع عقد الاستثمار النفطي فإنه يتعلق عادة باستغلال الموارد الطبيعية خلال فترة زمنية طويلة ، يتم معها إقامة منشآت وتجهيزات دائمة تظل مملوكة للطرف الأجنبي طوال مدة العقد ، وهناك التزامات وحقوق تتعلق بموضوع الاستثمار تترتب على عاتق كلا الطرفين .

ويكفي في هذه المقدمة أن نشير إلى أن تحديد الطبيعة الدولية لموضوع عقد الاستثمار النفطي ووظيفته يمثل أهمية كبيرة لأسباب عديدة منها : الرغبة في تحرير هذه العقود من سيطرة قوانين الدول المضيفة المنتجة للنفط ، والعمل على تلافي الاختلاف الناتج عن تباين التشريعات الوطنية والذي يعيق تطور العلاقات الخاصة الدولية ، وإذا خطونا خطوة أخرى إلى الأمام في سبيل دراسة العقد الدولي سوف تكشف لنا ضرورة البدء بتحديد طبيعة العقد من وجهة النظر الدولية حتى يمكن القول بأنه واقع بكل عناصره في محيط قانوني معين أم أنه يتجاوزه بالضرورة حيث يستلزم تحريك نظم قانونية أخرى ، ولا شك أن تحديد ماهية العقد الدولي ليس أمراً تمليه دوافع منطقية مجردة وإنما تترتب عليه نتائج قانونية هامة حول تحديد المراكز القانونية لأطراف العقد ، وكذا القضاء الذي ينظره والقانون الذي يحكمه ، فإذا انتهينا مثلاً إلى أنه عقد من عقود القانون الخاص الداخلي ، فمعنى ذلك أنه لا يحرك المسؤولية الدولية ، ولا يتعلق بقواعد القانون الدولي الخاص سواء منها القواعد المادية أو قواعد الإسناد ، ولا يثير مشكلة تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي ، والأمر خلاف ذلك إذا كان العقد ذو طبيعة دولية

فهو يتطلب تحديد المراكز القانونية للأطراف ، وكذا الاختصاص القضائي الدولي وتحديد القانون الواجب التطبيق ، وحتى نتبين دولية عقود النفط لا بد من الإشارة إلى :

ماهية العقد الدولي في مبحث أول ثم نناقش بعد ذلك فكرة انخراط عقد الاستثمار الدولي تحت طائفة العقود ذات الطبيعة الخاصة كعقود التجارة الدولية والعقود ذات الطبيعة المزدوجة في مبحث ثان

المبحث الأول

ماهية العقد الدولي

من المستقر عليه في العمل الدولي ، وجود قواعد قانونية خاصة بالمعاملات الدولية تختلف عن القواعد التي تحكم المعاملات الداخلية ، وإذا كانت الظاهرة العقدية ظاهرة عامة نجدها في فروع القانون المختلفة باعتبار أن العقد هو تلاقي إرادتين من أجل إنشاء آثار قانونية معينة ^(١) فإنه قد يتم هذا العقد داخل إطار الدولة ، وقد يتصل بنظم قانونية تنتمي إلى عدة دول ، ففي الحالة الأولى قد يتم العقد بين أشخاص خاضعين للقانون الخاص الداخلي أو القانون العام الداخلي ، وفي الحالة الأخيرة يتم العقد بين شخصين من أشخاص القانون الخاص وقد يبرم مع شخص من أشخاص القانون الدولي .

وتنقسم العقود الخاصة إلى عقود وطنية وعقود دولية ، وعندما يطرح على القاضي الوطني منازعة تتعلق بعقد خاص فإنه يقوم بتحديد طبيعة هذا العقد لمعرفة ما إذا كان من طائفة العقود الوطنية أم من طائفة العقود الدولية تمهيدا لتحديد النظام القانوني الذي يحكمه ^(٢) ، فإذا تبين للقاضي أن العقد محل النزاع عقد وطني فإنه يقوم بتطبيق القواعد الموضوعية الواجبة التطبيق في قانونه ، أما إذا تبين له أنه بصدد عقد دولي فسوف يقوم بتطبيق قواعد القانون الدولي الخاص ^(٣) .

وإذا كانت أحكام القضاء قد اهتمت بتحديد الخصائص المميزة للعقود الوطنية سواء كانت مدنية أم تجارية أم إدارية فأنها على العكس من ذلك لم تهتم بتحديد خصائص وسمات العقد الدولي على نحو كاف رغم أهمية هذا التحديد ^(٤) ، وكان الاهتمام الأكبر بهذه العقود هو من جانب الفقه .

فقد ذهب بعض الفقه ^(٥) إلى القول أنه من الصعوبة تحديد المقصود بالعقد الدولي، باعتبار أن أي تعريف يمكن أن نصل إليه في هذا الصدد لا يمكن أن ينطبق بالنسبة لسائر العقود الدولية ، ومما تجدر الإشارة

(١) د. إبراهيم الدسوقي أبو الليل : العقد والإرادة المنفردة - مطبوعات جامعة الكويت الطبعة الأولى - سنة ١٩٩٥م - ص ٤٧؛ د. أحمد عبد

الكريم سلامة : نظرية العقد الدولي الطليق - دار النهضة العربية - ١٩٨٩ - ص ٥ ؛ د. طارق عبد الله المجاهد : تنازع القوانين في

عقود التجارة الدولية - دراسة مقارنة - رسالة دكتوراه مقدمة إلى كلية القانون - جامعة بغداد - ٢٠٠١ - ص ٥ ؛ د. محمود خلف

الجبوري : العقود الإدارية - مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع - عمان ١٩٩٨م - ص ٢٩ .

(٢) د. محمد كمال فهمي : أصول القانون الدولي الخاص - ٢ / ١٩٩٢ - فقرة ٤٣٧ - ص ٥٨٦ ؛ د. هشام علي صادق و د. حفيظة

السيد الحداد : دروس في القانون الدولي الخاص - ٢ ك - تنازع القوانين - ط ٩٨/٩٩ - ص ٣٣٧ وما بعدها .

(٣) د. هشام علي صادق و د. حفيظة السيد الحداد : المرجع السابق - ص ٥ وما بعدها .

(٤) د. غسان رباح : المرجع السابق - ص ٢٠ .

(٥) د. هشام علي صادق و د. حفيظة السيد الحداد : المرجع السابق - ص ٥ ؛ د. محمد عبد المجيد : المرجع السابق - ص ٢٨ - ٢٩ .

إليه أن عموم الفقه ^(١) قد أُنْفِقَ في سياق تعريفه للعقد الدولي : (بأنه ذلك العقد الذي يتضمن عنصراً أجنبياً سواءً تعلق هذا العنصر بأطرافه أو أهدافه أو محل إبرامه أو بموضوعه أو بمكان تنفيذه).
و يمكن تعريف العقد الدولي وفقاً للفقه التقليدي على أنه العقد الذي يكون أحد أطرافه أجنبياً أو متوطناً في الخارج أو أبرم خارج حدود الدولة أو كان تنفيذ بعض الالتزامات التي ينشئها سيتم في الخارج ^(٢) .

أما المفهوم الديناميكي الحديث ^(٣) للعقد الدولي فإنه يتسم بالمرونة ، ويهدف إلى تحليل الظروف المحيطة بالعقد للتأكد من اتصاله بعملية قانونية تتجاوز بالضرورة حدود النظام القانوني الداخلي لدولة واحدة ، أما إذا تركز بكافة عناصره المادية والمعنوية في إطار عملية قانونية ذات صفة داخلية بحتة بالنظر إلى عناصرها الإيجابية فلا يعد عقداً دولياً حتى ولو كان أحد طرفيه أجنبياً الجنسية ^(٤) .
والواقع أن ازدواج فكرة العقد الدولي من الأمور التي يجب وضع نهاية لها إذ يجب تغليب أحد المفهومين على الآخر والمسألة ليست مسألة اختيار شخصي ، وإنما تتطلب البحث عن التعريف الأكثر اتساقاً مع المنطق والأكثر تحقيقاً لمطالب الحياة ، وكانت نقطة البداية هي إدراك حقيقة مسلم بها وهي : أن تعيين الجنس سابق على بيان النوع .

ومن هنا يمكن القول بأن طبيعة العقد كما نتضح من مجموع الظروف الملائمة التي واكبت انعقاده هي التي تبرز وصفه بأنه عقد دولي وإن ذاتية العقود المبرمة بين الدولة وبين الطرف الأجنبي المتعاقد معها تستشف من خلال العديد من الخصائص والصفات التي تتميز بها أي من الخصائص الذاتية للرابطة العقدية ^(٥) .

وهناك أسباب عديدة تدعو المتعاقدين لاسيما في عقد الاستثمار النفطي إلى تدويل عقودهم وتحريرها من الخضوع للقانون الوطني لدولة معينة ، ومن هنا كان من اللازم خلق أحكام موضوعية لحكم الروابط الخاصة بدولية العقود تتمكن من تحديد القواعد التي تحكم العقد بصورة واضحة على وجه الخصوص قواعد القانون الدولي الخاص ، ومن ثم العمل على تلافى الاختلاف الناتج عن تباين التشريعات الداخلية ، والذي يعوق تطور التجارة الدولية الحديثة ^(٦) .

(١) د. محمد عبد المجيد : المرجع السابق - ص ٣٢ ؛ د. هشام علي صادق و د. حفيظه السيد الحداد : المرجع السابق - ص ٥ ؛ د. طارق عبد الله المجاهد : رسالته السابقة - ص ١٤ .

(٢) د. هشام علي صادق و د. حفيظه السيد الحداد : المرجع السابق - ص ٣٣٧ .

(٣) د. طارق عبد الله المجاهد : رسالته السابقة - ص ٢٥ ؛ (المقصود بالمفهوم الديناميكي هو ذلك المفهوم المتغير و المتطور) .

(٤) د. هشام علي صادق : القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية - منشأة المعارف بالإسكندرية ١٩٩٥ م - ص ٩٤-٩٥ .

(٥) د. طارق عبد الله المجاهد : رسالته السابقة - ص ٣٣ .

(٦) أ. عصمت محمد علي الخياط : عقود الدولة النفطية في القانون الدولي العام وفي ظل نظام القانون الكويتي - رسالة ماجستير مقدمة لكلية الحقوق - جامعة الكويت ١٩٩٧ م - ص ١٢ .

وقد اختلف الفقه حول المعيار الواجب الأخذ به لتحديد دولية العقد كشرط لإعمال قواعد القانون الدولي الخاص سواء ما كان من هذه القواعد ذو طابع مادي أو ما كان منها معتبرا من قواعد الإسناد .
فبينما استقر الفقه التقليدي^(١) على اعتناق المعيار القانوني الذي يعتد بعناصر الرابطة العقدية ومدى تطرق الصفة الأجنبية إلى هذه العناصر كلها أو بعضها يفضل جانب من الفقه الحديث ، والتركيز على المعيار الاقتصادي الذي يعبر عن مدى اتصال الرابطة العقدية بمصالح التجارة الدولية ، وهناك من يركز على موضوع العقد ، ويرون أن له طبيعة مزدوجة للقول بأنه عقد دولي^(٢) ، وتشير الممارسات الدولية إلى أن هناك ثلاث اتجاهات حول تحديد معايير دولية عقود النفط نتناولها تباعاً على النحو الآتي:-

المبحث الثاني

الطبيعة الدولية لعقود الاستثمار النفطي

بالنظر إلى أطراف العقد

يذهب جانب من الفقه التقليدي^(٣) إلى تعريف العقد الدولي بأنه العقد الذي يترتب على تطرق الصفة الأجنبية إلى أطرافه فإنه يصبح ذو طابع دولي الأمر الذي يبرر إخضاعه لأحكام القانون الدولي الخاص .

ويكون العقد دولياً فيما لو تطرق العنصر الأجنبي إلى أطراف الرابطة العقدية أو موضوعها أو واقعها المنشأة^(٤) ، وعلى ذلك يعتبر العقد دولياً في مفهوم هذا الرأي فيما لو كان أطرافه أو أحدهما متمتعاً بجنسية أجنبية أو مقيماً في دولة غير دولة القاضي المعروض عليه النزاع ، وينتقد جانب من الفقه^(٥) هذا المعيار بأنه يتسم بالجمود باعتبار أنه يؤدي إلى إعمال أحكام القانون الدولي الخاص لمجرد أنه يتوافر في الرابطة العقدية عنصراً أجنبياً ، بصرف النظر عن أهمية هذا العنصر أو طبيعة الرابطة المطروحة ، ويشير الفقه المعارض^(٦) إلى أن الجنسية الأجنبية للمتعاقد لا تعد عنصراً مؤثراً في العقود التجارية ، وعقود المعاملات المالية بصفة عامة ، ومن ثم فهي لا تصلح في ذاتها أساساً لإضفاء الطابع الدولي على هذه العقود ، لاسيما إذا تطرقت الصفة الأجنبية لعنصر غير ذي بال من عناصر العقد ، أي لعنصر لا يشكل أهمية في الرابطة العقدية المطروحة ، فلا يعقل أن يعد العقد دولياً على سبيل المثال لمجرد أنه حرر على ورق مصنع في دولة أجنبية .

(١) د. هشام علي صادق و د. حفيظه السيد الحداد : المرجع السابق - ص ٥ ؛ د. هشام علي صادق : القانون الواجب ... الخ - مرجع سابق - ص ٤٧ وما بعدها .

(٢) د. هشام علي صادق : القانون الواجب ... الخ - مرجع سابق - ص ٩٢ وما بعدها .

(٣) د. محمد عبد المجيد : المرجع السابق - ص ٣٢ ؛ د. هشام علي صادق : القانون الواجب ... الخ - مرجع سابق - ص ٥٨ .

(٤) د. هشام علي صادق : القانون الواجب ... الخ - مرجع سابق - ص ٦٠ .

(٥) د. عكاشة محمد عبد العال : قانون العمليات المصرفية الدولية - دراسة في القانون الواجب التطبيق على عمليات البنوك ذات الطبيعة الدولية - دار المطبوعات الجامعية - الإسكندرية ١٩٩٤م - ص ٨٨ .

(٦) د. هشام صادق و د. حفيظه الحداد : المرجع السابق - ص ٦ ؛ د. عكاشة عبد العال : المرجع السابق - ص ٨٩ وما بعدها .

وقد ذهب جانب من الفقه الحديث^(١) إلى القول أنه ليس من الضروري أن نكون بصدد عقد دولي لمجرد توافر عنصر أجنبي فيه لأن هذا العنصر الأجنبي قد يكون سلبيا غير مؤثر في تحديد طبيعة العقد بحيث يظل عقدا داخليا رغم ذلك ، وقد يتوافر العنصر الإيجابي المؤثر في التكيف حتى ولو لم يكن عنصرا ماديا فيكتسب العقد صفة الدولية أو غير الوطنية ، وعلى العكس فإن محل تنفيذ العقد وكذلك اختلاف موطن المتعاقدين ولو اتحدا في الجنسية يعد من العناصر الحاسمة أو المؤثرة في إضفاء الطابع الدولي على عقود المعاملات المالية وعقود الاستثمار .

ويفرق بعض من الفقه الفرنسي^(٢) عند تحديد دولية العلاقات القانونية التي تخضع لأحكام القانون الدولي الخاص بين الدولية الموضوعية من ناحية والدولية الشخصية من ناحية أخرى ، فالعلاقة القانونية تتسم بالدولية الموضوعية فيما لو اتصلت عناصرها الذاتية بدولتين أو أكثر ، وذلك بصرف النظر عن الدولة التي طرح النزاع أمام محاكمها ، وأن العلاقة القانونية تتسم بالدولية الشخصية فيما لو كانت عناصر هذه العلاقة تتركز في دولة واحدة ، بينما طرح النزاع بشأنها أمام قضاء دولة أخرى .

ويلاحظ أنه يتطلب لاتصاف العقد بالطابع الدولي ضرورة أن ينتمي أشخاص هذا العقد لأكثر من نظام قانوني واحد ، ففي هذه الحالة فقط يتوافر للرابطة العقدية طابعها الدولي عملا بالمعيار القانوني الذي انتهى إليه فقه القانون الدولي الخاص المعاصر^(٣) ، ذلك أن مثل هذا الاتصال بأكثر من دولة هو الذي يجعل من العقد أداة لخدمة التجارة الدولية باعتبار أنه قد تخطى على هذا النحو مجال الاقتصاد الوطني للدولة .

وطبقا للمفهوم الضيق للعقد الدولي الذي يركز على أشخاص العقد واتصاله بطرف أجنبي فسوف نشير إلى أطراف العقد الدولي المتعلق بالاستثمار النفطي ، وهما الدولة المضيفة أي المنتجة للنفط والشركة الأجنبية .

المطلب الأول

أولا : الدولة المضيفة (المنتجة للنفط)

وفقا للقانون الدولي العام كانت الدول هي وحدها أشخاص هذا القانون^(٤) ، إذ أن هذا القانون وحده الذي يتولى تحديد الكيانات التي تنطبق عليها وصف الدولة وتتمتع بالشخصية القانونية الدولية^(٥) ، فهي التي تملك التصرف في النطاق الدولي ، ولقد بدأ تدريجياً التخلي عن هذه الفكرة نظرا لما أثبتته العمل

(١) د.عكاشة عبد العال : المرجع السابق - ص ٨٨ ؛ د. طارق المجاهد : رسالته السابقة - ص ١٧ وما بعدها ؛ د. هشام صادق : القانون

الواجب ... الخ - مرجع سابق - فقره ٤٨ - ص ٦١ .

(٢) مشار إليه في مؤلف د. هشام صادق : القانون الواجب ... الخ - مرجع سابق - فقره ٤٦ وما بعدها - ص ٥٩ ؛ د. طارق عبد الله

المجاهد : رسالته السابقة - ص ٤٧ وما بعدها ؛ د. محمد عبد المجيد : المرجع السابق ص ٣٢ .

(٣) د. هشام صادق و د. حفيظة الحداد : المرجع السابق - ص ٧ وما بعدها .

(٤) د. علي صادق أبو هيف : القانون الدولي العام - منشأة المعارف بالإسكندرية - بدون تاريخ - ص ٩ .

(٥) المرجع السابق - ص ١٤٧ وما بعدها .

الدولي من ظهور متزايد ومتطور لوحدات سياسية واقتصادية وقانونية وغيرها في المجتمع الدولي صارت تلعب دوراً ملموساً في ميدان العلاقات الخاصة الدولية ، وفي تكوين قواعد القانون الدولي الخاص، كما لم يعد مجال هذا القانون قاصراً على العلاقات بين الدول وحدها ، وإنما بات يحكم العلاقات بين وحدات أخرى وهو ما يتعين معه الاعتراف لها بشخصية متميزة ^(١) .

ويرى جانب من الفقه ^(٢) أن التطور في أشخاص القانون الدولي لا يمنع من الاعتراف بالشخصية المعنوية للمشروعات العامة ذات المساهمة الدولية وهي عبارة عن مشروعات تجارية أو صناعية برؤوس أموال عامة تابعة لهذه الدول أو الأشخاص العامة ، هذا مع إمكانية فتح باب المساهمة في هذه المشروعات لرأس المال الخاص ، وتتمتع هذه المشروعات بالشخصية المعنوية وبالاستقلال المالي والإداري ، وتخضع في إدارتها لرقابة الدول المنشئة .

ونظراً لأن قواعد القانون الدولي العام لا تنطبق إلا في العلاقات القانونية بين دولتين ذات سيادة ^(٣) حيث أن الفرد لم يصبح بعد شخصاً حقيقياً من أشخاص القانون الدولي ، فلا يمكن أن ترم معاهدة بين دولة وإحدى المؤسسات الخاصة أو أحد الأفراد وتسمى معاهدة دولية ، حيث يقصد باصطلاح المعاهدة في ضوء اتفاقية " فينا " لقانون المعاهدات عام ١٩٦٩م بأنها اتفاق دولي يعقد بين دولتين أو أكثر كتابية ويخضع للقانون الدولي ^(٤) .

ثم إن عقود الاستثمار النفطي لا تتم بين أشخاص القانون الدولي ، وإنما بين أحد هؤلاء الأشخاص وشخص من أشخاص القانون الداخلي ، وبالتالي فلا يمكن أن تدخل في عداد المعاهدات الدولية، وأما مسألة العناصر الأجنبية التي تتضمنها عقود النفط مثل الجنسية الأجنبية للشركة المتعاقدة ، وأحياناً القانون الواجب التطبيق والآثار الاقتصادية والسياسية لها وانتقال موضوعها عبر الحدود وآثارها على التجارة بين الدول ومجموعة المصالح العالمية المتصلة بالصناعة النفطية لا يجعل منها معاهدات دولية . وفي هذا الصدد يلاحظ أن الشركات الخاصة مهما كان حجمها واتساع نطاقها ليست شخصاً من أشخاص القانون الدولي ^(٥) .

والدولة وهي الشخص الرئيسي للقانون الدولي العام ، وهي أحد أطراف العقود الاقتصادية الدولية تقوم بإبرام عقود عديدة يحددها دستورها ، فقد تقوم هيئات الدولة المخولة دستورياً بتمثيلها في العلاقات

(١) المرجع السابق - فقرة ١٥٠ - ص ٢٣٣ وما بعدها ؛ د. محمد السعيد الدقاق و د. مصطفى سلامة حسين : المنظمات الدولية المعاصرة - منشأة المعارف بالإسكندرية - بدون تاريخ - ص ١٨ وما بعدها .

(٢) د. علي صادق أبو هيف : المرجع السابق - ص ٢٣٥ وما بعدها .

(٣) المرجع السابق - ص ٩ - فقرة ٣ ، ص ٤٥٦ - فقرة ٢٨٨ ؛ د. محمد المؤيد : التكييف ... إلى أطرافها وذاتيتها - مرجع سابق - ص ٩

(٤) لمزيد من التفاصيل راجع مؤلف القانون الدولي العام لكل من د. حامد سلطان و د. عائشة راتب و د. صلاح الدين عامر : القانون الدولي العام - دار النهضة العربية - بدون تاريخ - ص ٢٣١ وما بعدها - فقرة ٢٥٧ وخصوصاً حاشية رقم (١) ص ٢٣٢ ؛ د. علي صادق أبو

هيف : المرجع السابق - ص ٤٥٧ - حاشية رقم (١) .

(٥) د. إبراهيم شحاته : الضمان الدولي للاستثمارات الأجنبية - دار النهضة العربية - ١٩٧١ - ص ٤٦ فقرة ط - ص ٤٧ حاشية رقم ٢٠ ؛

د. أسامة محمد عمارة : المرجع السابق - ص ١٩ ؛ د. محمد يوسف علوان : الاتجاهات الحديثة ... الخ - مرجع سابق - ص ١٧٠٣ .

الدولية بإبرام العقد ، وقد تقوم المؤسسات والهيئات العامة أو التي تنشئها الدولة لتقوم مقامها في العلاقات الاقتصادية الدولية بهذه المهمة ، فعلى خلاف الامتيازات التي كانت تتم مباشرة بين الدولة وصاحب الامتياز فإن الدولة لا تتدخل مباشرة في إبرام العقود الاقتصادية الدولية ، وإنما تنيب عنها إحدى مؤسساتها أو هيئاتها العامة لهذا الغرض (١) .

وقد ذهب بعض الفقه (٢) إلى القول بأن عقود الدولة تشمل علاوة على العقود التي تقوم الدولة نفسها بإبرامها العقود التي تقوم بإبرامها الأجهزة التابعة لها ، ويستند في ذلك إلى نص (المادة ٢٥) من اتفاقية "واشنطن" المنشئة للمركز الدولي لحل المنازعات الناشئة عن الاستثمار ، والتي تقضي بأن "يختص المركز بنظر المنازعات القانونية الناشئة بين الدولة المتعاقدة أو هيئة عامة أو جهاز تابع للدولة تقوم الدولة بتحديدده أمام المركز" ، فالمركز المذكور لا يختص فقط بالمنازعات التي تكون الدولة ذاتها أحد أطرافها ، ولكن أيضا يمتد اختصاصه ليشمل نظر المنازعات التي تكون أحد أطرافها هيئة عامة أو جهاز تابع للدولة (٣) .

ولا شك أن العقود المبرمة بواسطة الأشخاص التابعة للدولة تثير مسألة هامة متعلقة بمدى أهلية هذه الأجهزة للتعاقد باسم الدولة ولحسابها ، وما هو القانون الذي يحكم هذه الأهلية ، وأيضا مسألة مدى قيام هذه الأجهزة التابعة للدولة بالتدخل من تنفيذ التزاماتها استناداً إلى قيام الدولة بإصدار قرارات تجعل من الصعب وفائها بالتزاماتها نحو هذا الطرف المتعاقد معها ، ويمكن القول أن مسألة تحديد الأجهزة التابعة للدولة والتي تعتبر هذه العقود التي تبرمها مع طرف أجنبي عقود دولية ليست يسيرة (٤) .

فالأهلية التي تتعاقد باسم الدولة لا بد وأن تتوافر فيها صفات معينة ، منها : أن تكون جهة إدارية ، وأن تستهدف المصلحة العامة للدولة ، وأن تكون إحدى المؤسسات العامة التابعة للدولة (٥) .

وفي مجال عقود النفط فإن الاتفاقيات التي تبرمها شركات النفط الوطنية التي تملكها الدول المنتجة للبتروول مع شركات النفط الأجنبية لا تعتبر عقوداً بين أشخاص القانون الخاص ، وإنما هي عقود اقتصادية دولية ، وتخضع هذه العقود عادة لموافقة أو تصديق الجهة المختصة بالتصديق على المعاهدات وهي السلطة التشريعية ، والإجراء المعمول به للموافقة على العقود الاقتصادية الدولية قد يكون من خلال مرسوم أو قانون (٦) .

وطبقاً (للمادة ٥٢) من الدستور الكويتي التي تشير إلى أن كل التزام باستثمار مورد من موارد الثروة الطبيعية أو مرفق من المرافق العامة لا يكون إلا بقانون ولزمن محدود ، وتكفل الإجراءات

(١) د. حفيظه السيد الحداد : العقود المبرمة بين ... الخ - مرجع سابق - ص ٣٧ وما بعدها .

(٢) د. إبراهيم شحاته : الضمان الدولي ... الخ - مرجع سابق - ص ٤٥ فقرة ح .

(٣) د. جلال وفاء محمدين : التحكيم بين المستثمر الأجنبي والدولة المضيفة للاستثمار - دار الجامعة الجديدة للنشر ٢٠٠١ - ص ٢٤ وما بعدها .

(٤) المرجع السابق - ص ٢٤ وما بعدها .

(٥) د. حفيظه السيد الحداد : العقود المبرمة بين ... الخ - مرجع سابق - ص ١٨٣ .

(٦) المرجع السابق - ص ٤٠ .

التمهيدية بتسيير أعمال البحث والكشف ، وتحقيق العلانية والمنافسة ، وتطبيقاً لنص الدستور صدر المرسوم بقانون (رقم ٩٠) لسنة ١٩٧٧م بالموافقة على اتفاقية بين دولة الكويت وشركة الزيت العربية المحدودة ، وكذلك صدر القانون رقم ٢١ لسنة ١٩٦٨م بشأن منح شركة البترول الوطنية الكويتية وشركة هيسبانويل الأسبانية التزام التقيب عن البترول^(١) ، وصدر القانون (رقم ٩) لسنة ١٩٧٤م بالموافقة على اتفاقية المشاركة المبرمة بين الكويت وشركة بي بي " الكويت " المحدودة وشركة جلف كويت^(٢) .

ومن الواضح أنه إذا كانت عقود النفط تتفق مع عقود القانون الخاص في كثير من الأمور وبخاصة الصفة العقدية إلا أن ما يميزها عنها هو أنها تصدر في شكل قانون من الجهة المختصة بالدولة، وهذا ما دفع أحد الفقهاء بالقول بأنه حيث يكون الامتياز قد منح من قبل الهيئة المختصة بإبرام المعاهدات داخل الدولة فإن العقد يكتسب صفة اتفاق شبه دولي^(٣) .

المطلب الثاني

الطرف الأجنبي المتعاقد

من المتفق عليه أنه يشترط أن يكون الطرف الآخر في العقد شخص تابع لدولة أخرى ويستوي في هذا الشأن أن يكون هذا الشخص شخصاً طبيعياً أو شخصاً اعتبارياً ويستوي أيضاً أن يكون الشخص المعنوي التابع لدولة أخرى شخصاً خاصاً أو عام وذلك حتى يكتسب العقد الطابع الدولي وفقاً للمفهوم الضيق كما سبقت الإشارة^(٤) .

وقديماً أثار قبول الأجانب في إقليم الدولة المضيفة خلافات فقهية^(٥) واسعة وكان " فبتوريا " كما أشار البعض أول المنادين بحق الأجانب في دخول أقاليم الدول المختلفة ، ورأى أن الدول لا تملك الحق في منع الأجانب من دخول أقاليمها ، إلا أن " فبتوريا " لم يكن ينظر إلى حق الأجانب في دخول أقاليم الدول الأخرى على أنه حق مطلق ، حيث كان يرى أن لكل دولة الحق في رفض دخول بعض الأجانب في أقاليمها متى كان الباعث معقولاً^(٦) .

ولقد ظل مذهب " فبتوريا " سائداً قرابة القرنين من الزمان إلا أن تطور نظرية السيادة الإقليمية أدى إلى التشكيك في مذهب " فبتوريا " ونادى بعض الفقه^(٧) بإتباع مذهب آخر يتماشى مع الواقع الدولي الحالي .

-
- (١) انظر في هذا المعنى د. محمد يوسف علوان : النظام القانوني ... الخ - مرجع سابق - ص ١٠٥ وما بعدها ، ص ٢٩٦ - الهامش رقم (١) .
 - (٢) جريدة الكويت اليوم - العدد ٩٨٢ انظر ذلك في د. محمد يوسف علوان : النظام القانوني ... الخ - مرجع سابق - ص ١١٧ وما بعدها هامش رقم (٢) ، ص ٢٩٦ - هامش رقم (١) ؛ د. خالد سعد زغول : المرجع السابق - ص ٩٣ - هامش (٢) .
 - (٣) د. محمد يوسف علوان : النظام القانوني ... الخ - مرجع سابق - ص ٢٩٦ ؛ د. محمد يوسف علوان : الاتجاهات الحديثة ... الخ - مرجع سابق - ص ١٧٠٣ .
 - (٤) د. حفيظة السيد الحداد : العقود المبرمة ... الخ - مرجع سابق - ص ٣٧ وما بعدها .
 - (٥) د. حامد سلطان و عائشة راتب و صلاح الدين عامر : المرجع السابق - ص ٣٥٦ وما بعدها .
 - (٦) د. عز الدين عبد الله : القانون الدولي الخاص - ج ١ - الجنسية والمواطن وتمتع الأجانب بالحقوق ط ١٩٧٧/١٠ - درا النهضة العربية - ص ٦٢٢ وما بعدها .
 - (٧) لمزيد من التفاصيل أنظر في مؤلفات القانون الدولي العام لكل من : د. عبد العزيز سرحان : القانون الدولي العام ١٩٩٠م ؛ د. إبراهيم محمد العناني : القانون الدولي العام ١٩٩٠ ؛ د. حازم جمعة : القانون الدولي العام ١٩٩٢م .

فقد ذهب البعض ^(١) إلى أن الدولة لا تستطيع أن تدعي لرعاياها الحق في الدخول والإقامة في إقليم دولة أجنبية ، وأن استقبال الأجانب أمر يخضع لمحض إرادة دولة الإقليم .

وهناك اتجاه آخر في الفقه ^(٢) يقوم على أساس التكافل والتضامن بين الدول في المجتمع الدولي ، ويرى أصحاب هذا الاتجاه أن الدول لا تستطيع العيش بمفردها بمعزل عن بعضها البعض ، ولا يجوز لها أن تفعل ذلك ويجب عليها أن توفق بين حقوقها والتزاماتها المتبادلة ، وأن تبدي كثيراً من التنازلات والتسامح ، وأن تبذل قدراً كبيراً من التشجيع للاتصال بين الشعوب وإنماء التجارة بين الدول ، وإذا كان التعاون بين الدول يتطلب قيام علاقات مستمرة بينها فإن هذا بدوره يوجب على الدولة ألا توضع الأبواب في وجه الأجانب ، فالإتصال بين الدول لا يتحقق إلا بالاتصال بين الأفراد المكونين لمجتمعاتها مما يترتب عليه وجوب الاعتراف للأفراد بالحق في الانتقال بين أقاليم الدول المختلفة .

ومما يذكر أن الممارسات الدولية قد درجت على الاعتراف لكل دولة بحرية تنظيم قبول الأجانب في أقاليمها ، كما أيد ذلك التقرير الختامي للجنة القانونية الاستشارية لدول آسيا وأفريقيا في دورتها الرابعة التي عقدت في طوكيو عام ١٩٦١م حيث أشارت إلى أن قبول الأجانب في إقليم الدولة أمرٌ يخضع لمحض إرادتها ، وأن الدولة حرة في تحديد شروط قبول الأجانب في إقليمها ^(٣) .

وأصبح من المسلم به اليوم أن الدولة المضيفة باتت تمارس حقها في منع أو تقييد دخول وإقامة المستثمرين وخبرائهم الفنيين والإداريين الأجانب في إقليمها بنفس الشروط والقواعد التي تضعها بالنسبة لدخول وإقامة الأجانب بوجه عام .

وبخصوص الشركات الأجنبية التي تقوم بإبرام عقد استثمار مع الدولة المضيفة فقد لجأت بعض الدول إلى عقد اتفاقيات دولية جماعية تضمن بمقتضاها كل دولة طرف السماح لمواطنيها بالدخول والإقامة في أقاليم الدول الأطراف الأخرى ^(٤) .

ونظراً لأن الطرف الآخر الذي يبرم عقد استثمار النفط مع الدولة المضيفة لا يتمتع بجنسيته وإنما ينتمي إلى دولة أخرى ، ومن ثم فإن أطراف العقد ينتمون إلى دول عديدة ، لذا فهو عقد دولي إذا ما تم النظر إليه من زوايا أطرافه ^(٥) .

ورغم ذلك فقد حاول البعض التشكيك في كفاية المعيار المتقدم ، والذي يطلق عليه المعيار القانوني لدولية العقد لإسباغ الصفة الدولية على عقد معين ، فلا يكفي أن يتضمن العقد عنصراً أجنبياً

(١) د. عز الدين عبد الله : المرجع السابق - ص ٦٢٢ وما بعدها ؛ د. أحمد عبد الحميد عشوش : قانون النفط ... الخ - مرجع سابق - ص ١٨ وما بعدها .

(٢) د. حامد سلطان و د. عائشة راتب ود. صلاح الدين عامر : المرجع السابق - ص ٦٩١ وما بعدها .

(٣) التقرير الختامي والتوصيات لاجتماع خبراء التمويل العرب المنعقد في دولة الكويت في الفترة من ٦-٧ نوفمبر ١٩٦٧ نقلًا عن د. إبراهيم شحاته : الضمان الدولي ... الخ - مرجع سابق - ص ٢٥ - حاشية رقم ١٨ .

(٤) د. عز الدين عبد الله : المرجع السابق - ٦٢٤ وما بعدها

(٥) أ. عصمت محمد علي الخياط : رسالتها السابقة - ص ٧ .

للقول بتمتعته بالصفة الدولية ، بل يتعين فوق ذلك أن ينطوي هذا العقد على دخول وخروج لرأس المال عبر الدول (١) .

فالعقد الدولي وفقاً لوجهة النظر السابقة هو العقد الذي يتضمن عنصراً أجنبياً ، والذي ينطوي على دخول وخروج لرأس المال عبر الدول ، فوفقاً لهذا التعريف يكون العقد المعني متمتعاً بالصفة الدولية وفقاً لمعيارين قانوني واقتصادي ، أي متعلقاً بالصفة الأجنبية ، ومتعلقاً كذلك بعقود التجارة الدولية، وعلى هذا الأساس فإن الأمر يحتاج إلى تحليل العقد الذي يتضمن عنصراً أجنبياً بهدف تحديد الوزن النسبي لهذا العنصر في ضوء باقي عناصره ، فإذا تبين لنا أهمية العنصر المعني على نحو يجعل العلاقة المعنية تتجاوز النطاق الوطني هنا نصبح بصدد عقد دولي ، وعلى العكس من ذلك إذا ما ثبت لنا أن العنصر ذو الصلة الأجنبية قليل الأهمية نكون بصدد عقد وطني (٢) .

ولا شك أن هناك تفاوت بين المراكز القانونية لطرفي عقد الاستثمار ، وهذا التفاوت يضاف عليها ذاتية و استقلالية تؤدي إلى تمييزها عن العقود الأخرى المعتادة التي تبرم في العلاقات التجارية الدولية ، حيث أن وجود الدولة طرف فيها يؤدي إلى إخضاعها إلى نظام آخر مختلف عن ذلك النظام الذي تخضع له العقود التي تبرم في إطار المعاملات التجارية الدولية (٣) .

وتجدر الإشارة إلى أنه ليس كل عقد تبرمه الدولة مع شخص أجنبي طبيعي يعد عقداً دولياً بالمعنى المتعارف عليه ، فقد تبرم الدولة عقداً مع شخص طبيعي ومع ذلك فإن العقد لا يعد عقداً دولياً ، فلا بد وأن يكون العقد متعلقاً بالتنمية الاقتصادية في الدولة المتعاقدة ، ولعل من أبرز العقود المبرمة بين الدولة وشخص طبيعي ذلك العقد المبرم بين المملكة العربية السعودية والمليونير أوناسيس ، والذي أدى تعارضه مع العقد المبرم بين المملكة العربية السعودية وشركة أرامكو إلى عرض النزاع على محكمة التحكيم (٤) ، فهذا العقد الذي أبرم مع أوناسيس لا يعد عقداً دولياً كما ذهبت محكمة التحكيم .

ويذكر أن معاهدة واشنطن في (مادتها ٢٥) قد حددت اختصاص المركز الذي أنشأته بنظر المنازعات القانونية التي تنشأ بين دولة وشخص تابع لدولة أخرى طالما كانت المنازعات ناشئة بطريق مباشر عن الاستثمار ، ويشترط لاختصاص المركز أن يكون الشخص الطبيعي تابع لدولة أخرى متعاقدة أي يتمتع بجنسيتها وأن يتعلق الأمر بالاستثمار (٥) .

(١) د. طارق عبد الله المجاهد : رسالته السابقة - ص ٢٥ - ٢٧ ؛ د. هشام علي صادق : القانون الواجب ... الخ - مرجع سابق - ص ٩٢ وما بعدها - فقره ٧٢ وما بعدها وخصوصاً الهامش رقم ١١٩ ؛ د. محمد عبد المجيد : المرجع السابق - ص ٢٩ وما بعدها .

(٢) د. هشام علي صادق : القانون الواجب ... الخ - مرجع سابق - ص ٥٨ وما بعدها ؛ محمد عبد المجيد : المرجع السابق - ص ٢٩ وما بعدها .

(٣) د. محمد يوسف علوان : الاتجاهات الحديثة ... الخ - مرجع سابق - ص ١٧٠٧ ؛ د. محمد المؤيد : التكييف ... إلى أطرافها وذاتيتها - مرجع سابق - ص ٩-١١ .

(٤) د. حفيظه السيد الحداد : الاتفاق على التحكيم ... الخ - مرجع سابق - ص ٤٩ وما بعدها ؛ د. غسان رباح : المرجع السابق - ص ١٨٦ - الهامش رقم ١ .

(٥) معاهدة واشنطن الخاصة بتسوية المنازعات الناشئة عن الاستثمار بين الدول وبين رعايا الدول الأخرى لسنة ١٩٦٥م - ملحق في مؤلف د. عصام الدين القصبي : المرجع السابق - ص ١٨٥ وما بعدها ؛ د. جلال وفاء محمدين : المرجع السابق - ص ١٨ وما بعدها ؛ انظر المادة رقم (٢٥) في مجموعة التشريعات الكويتية - ج ١٠ - ١٩٨٨ - إعداد المحامي :كمال إبراهيم يلي - ص ٣٨١ .

وتجدر الإشارة إلى أن الشخص الأجنبي المتعاقد مع الدولة المضيفة رغم أنه ليس دولة وفقاً لقواعد القانون الدولي وأما شخص خاص وفقاً لقواعد قانونها الوطني ، إلا أن الدولة التي تحمل الشركة الأجنبية جنسيتها وتنتمي إليها تقوم بالمساهمة في رأسمالها أو تشرف على أعمالها ، كما هو الحال بالنسبة للشركة البريطانية للبترول والشركة الفرنسية للبترول^(١) ، بل إن بعض شركات النفط في الدول المستهلكة لا يمكن فصلها عن الدول التي تتمتع بجنسيتها ، إذ نجد أن هذه الدول لا تقتصر على حيازة كامل رأسمال الشركة بل تتعداه إلى السيطرة الكاملة على إدارة وسياسة الشركة ، ومن هذه الشركات الشركة الإيطالية للمحروقات التي أبرمت اتفاقيات المشاركة الأولى ، وتعتبر هذه الشركة بمثابة شخص من أشخاص القانون العام^(٢) ، وذلك بموجب قانون إيطالي صدر في ١٠ - فبراير - ١٩٥٣ م ، كما أن شركة إيراب الفرنسية التي وقعت اتفاقيات المقاوله الأولى تعتبر بموجب القانون الفرنسي مؤسسة عامة ذات طبيعة صناعية وتجارية .

وهذه الشركات وأمثالها تتمتع بالشخصية المعنوية والاستقلال المالي ، وهي تتصرف كشخص خاص وتستخدم الأساليب المعروفة في التجارة ، و عليه فإن اتفاقيات النفط التي تبرمها هذه الشركات مع الدول المنتجة أو شركات النفط الوطنية تعد من قبيل العقود الاقتصادية الدولية ، ومن ثم فهي عقود دولية ، وهذا ما أكدته الممارسات القضائية الدولية حول عقود الاستثمار النفطي ، ففي قضية شركة نفط كاليفورنيا الآسيوية وشركة نفط تكساكو عبر البحار ضد الحكومة الليبية^(٣) ، حيث اكتفى المحكم بالقول أنه من غير المشكوك فيه أن عقود الامتياز محل النزاع عقود دولية سواء من الناحية الاقتصادية لأنها تمس مصالح التجارة الدولية ، أو من الناحية القانونية المحضة لأنها تتضمن عناصر ارتباط بدول مختلفة^(٤) .

وقد رفضت محكمة العدل الدولية في قرارها حول تأميم شركة النفط الإنجلوإيرانية عام ١٩٥٢م وجهة نظر المملكة المتحدة من أن الاتفاقية الموقعة بين إيران والشركة الإنجلوإيرانية عام ١٩٣٣م لها طبيعة مزدوجة ، فهي من جهة عقد امتياز بين الحكومة الإيرانية والشركة وهي من جهة أخرى معاهدة بين الحكومتين ، ويذكر أن عقد الامتياز المبرم بين إيران وشركة البترول الإنجلوإيرانية عام ١٩٣٣م قد تضمن قيام الشركة الأجنبية بالبحث والتنقيب عن البترول ونقله وتكريره في الأراضي الإيرانية ، على أن تتعهد الحكومة الإيرانية بعدم إصدار أي تشريع من شأنه عرقلة تنفيذ الاتفاق السابق ، وحدد هذا الأخير التحكيم كوسيلة لفض المنازعات التي قد ينشأ عنها تنفيذ وتفسير العقد .

(١) فيليب جيسوب : قانون عبر الدول - ترجمة الدكتور إبراهيم شحاته - مكتبة القاهرة الحديثة - بدون سنة نشر - ص ٢٦ .

(٢) المقصود بالأشخاص المعنوية العامة هي إحدى مؤسسات الدولة المضيفة للمستثمر الأجنبي . أما المقصود بالأشخاص المعنوية الخاصة هي تلك الشركات المستثمرة الأجنبية وتحمل جنسية أجنبية ويملكها عدة أشخاص خاصون ، وقد تدار من قبل الدولة التي تحمل جنسيتها وربما ترسم سياستها ولكنها لا تمثل الدولة الأجنبية . انظر في هذا المعنى د. محمد يوسف علوان : الاتجاهات الحديثة ... الخ - مرجع سابق - ص ١٦٩٩ ، ص ١٧١٣ .

(٣) أ. عصمت محمد علي الخياط : رسالتها السابقة - ص ٣٠ ؛ د. حفيظه السيد الحداد : الاتفاق على التحكيم ... الخ - مرجع سابق - ص ٥٢ وما بعدها .

(٤) د. حفيظه السيد الحداد : الاتفاق على التحكيم ... الخ - مرجع سابق - ص ٥٢ وما بعدها .

وطبقاً للمادة (٢٢) من العقد يؤسس الحكم على المبادئ القانونية التي تتضمنها المادة (٣٨) من النظام الأساسي للمحكمة الدائمة للعدل الدولي ، وقد رأت المحكمة أنه لا يسعها أن تقبل وجهة النظر التي مفادها أن العقد الموقع عليه من قبل الحكومة الإيرانية وشركة النفط الإنجلوإيرانية إنما هو ذو صفة مزدوجة وأنه لا يزيد على كونه عقد امتياز بين حكومة من الحكومات وشركة أجنبية ، وأن حكومة المملكة المتحدة ليست طرفاً في هذا العقد وبموجب هذا العقد لا يمكن لحكومة إيران أن تطالب حكومة المملكة المتحدة بحقوق تستطيع المطالبة بها من الشركة ، كما أنه لا يمكن دعوتها إلى تنفيذ التزامات تجاه المملكة المتحدة هي ملزمة بالقيام بها نحو الشركة ، وأضافت المحكمة أن عقد امتياز عام ١٩٣٣م الذي يحمل توقيعات ممثلي حكومة إيران والشركة له غرض واحد هو تنظيم العلاقات بين هذه الحكومة والشركة فيما يتعلق بالامتياز ، وهو لا ينظم العلاقات بين الحكومات^(١) .

وفي قضية أرامكو^(٢) رفضت محكمة التحكيم وجهة نظر الشركة الأمريكية من أن عقد الامتياز عام ١٩٣٣م عبارة عن معاهدة دولية تخضع لقانون الشعوب ، وقررت أنه بما أن هذه الاتفاقية لم تبرم بين دولتين ، وإنما بين دولة وشركة أمريكية خاصة فإنها لا تخضع للقانون الدولي العام ، وقررت المحكمة أن صفة أطراف العقد وهما دولة ذات سيادة وشركة أجنبية خاصة إلا أن للعقد صفة دولية .

الخلاصة :

يمكن القول أن عقد الاستثمار النفطي يصبح عقداً دولياً بالنظر إلى أطراف هذا العقد ، فإذا كان أحد أطراف هذا العقد أجنبياً كان العقد دولياً ، فهناك طرف أجنبي لا يمكن تجاهله ، وتحديد هذا الطرف الأجنبي كطرف في العقد يترتب عليه نتائج هامة بصرف النظر عن الجدل الفقهي الذي ثار حول المعيار المعمول به لاعتبار عقد ما ذو صفة دولية ، فعلى كل الأحوال فإن هناك طرف أجنبي ، ووجوده في العقد يترتب عليه نتائج هامة حول ماهية الاختصاص القضائي الدولي أي تحديد المحكمة المختصة بالنزاع حول تنفيذ عقد الاستثمار ، وأيضاً ما هي النتائج التي تترتب على ذاتية عقود الاستثمار المستمدة من أطرافها ؟ وكون أحدهما أجنبياً ؟ فإذا كان أحد أطراف العقد أجنبياً ، ومتعلق باتفاق نفط فما هو القانون الواجب التطبيق على النزاع ؟ ولا شك أن التفاوت بين المراكز القانونية لطرفي عقد الاستثمار النفطي يضيف عليها ذاتية وطابعاً يميزها عن العقود الأخرى .

(١) د. هشام علي صادق : الحماية الدولية... الخ - مرجع سابق - ص ٤٣ - الحاشية ؛ د. هشام علي صادق : تنازع القوانين - ط ٢ - منشأة المعارف بالإسكندرية - بدون سنة نشر - فقرة ١٩٢ - ص ٧٤٠ .

(٢) د. محمد يوسف علوان : الاتجاهات الحديثة... الخ - مرجع سابق - ص ١٧٠٤ وما بعدها ؛ د. هشام علي صادق : تنازع القوانين - مرجع سابق - ص ٧٤٢-٧٤٥ ؛ د. سراج حسين أبو زيد : المرجع السابق - ص ٥٣٥ وما بعدها ؛ أ. عصمت محمد الخياط : رسالتها السابقة - ص ٤٢ .

ومن المقرر طبقاً للقانون الدولي أنه لا يسري إلا على أشخاصه ، ولما كان الطرف الأجنبي المتعاقد مع الدولة المضيضة ليس شخصاً من أشخاص القانون الدولي ، فلا يمكن أن يتمسك في مواجهة الدولة الطرف في العقد بأية حقوق طبقاً للقانون الدولي العام مع الأخذ بعين الاعتبار مبدأ الأيدي النظيفة والذي يؤدي إلى تمتع البعض بالحماية الدبلوماسية من دولته التي تستطيع مقاضاة الدولة المضيضة ، متى لم يتم احترام قواعد المحاكمات في الدولة المضيضة واستنفاد طرق الطعن الداخلي ، فمن المعروف أن صفة الشخص تضي تبعا لأحكام القانون الدولي العام على كل من يتصل على نحو مباشر بقواعد هذا القانون ، ويكون صالحاً للتمتع بالحقوق الدولية وتحمل الالتزامات الدولية ^(١) ، وهذا لا يتأتى إلا بين دول ذات سيادة ، كما أن القول بأن الطرف الأجنبي شخص خاص ، فإن القواعد التي تحكم الأطراف تصبح غير تلك التي تحكم الأطراف الداخلية .

المبحث الثالث

عقود الاستثمار النفطي من عقود التجارة الدولية

المطلب الأول

تطور مفهوم تجارية عقد الاستثمار النفطي

لقد شهد القرن الماضي تنامي علاقات اقتصادية وتجارية بين الدول ، وأن هناك جهوداً قد بذلت في سبيل جعل هذه العلاقات التجارية أكثر قبولا وأكثر تماشياً مع الواقع الدولي من منطلق إيمان شعوب العالم بلا استثناء ، إن التقسيم الدولي للعمل شرط ضروري ولا سيما للدول النامية التي يفترض لنموها تخصيص تقنيات هائلة أجنبية ، ولقد حدثت تطورات هائلة في المجتمع الدولي متعلقة بالمعاملات الدولية الخاصة التي تتم بين أفراد وأشخاص المجتمع الدولي ، مما أدى إلى تطور واسع النطاق في التجارة الدولية ، حيث لم تعد الصورة التقليدية للامتياز متلائمة مع الأوضاع الجديدة ، وأهم هذه التطورات ازدياد تدخل الدول في مجال المعاملات الدولية بحيث تظهر في كثير من الأحيان على مسرح التجارة الدولية سواء بطريق مباشر أو غير مباشر كمستثمرة أو مقترضة أو مقرضة وتزايد عقود الاستثمار وخاصة النفطي منها وأيضاً ظهور قوى اقتصادية جديدة شكلت كتلات وتجمعات اقتصادية كبيرة تهدف إلى السيطرة على الأسواق العالمية من وراء إبرام عقود استثمارية وخاصة تلك المتعلقة بالنفط ^(٢) ،

(١) د. محمد سامي عبد الحميد : أصول القانون الدولي العام - ج ١ - الجماعة الدولية - ط ٥ - دار المطبوعات الجامعية ١٩٩٦م - ص ٣٢٩.

(٢) د. عبد الفتاح مراد : منظمة التجارة العالمية والعولمة والألفية - المكتب الجامعي الحديث بالإسكندرية - بدون تاريخ - ص ١٣ - ١٤ ؛ د. محمد عبد الله المؤيد : رسالته السابقة - ص ١١٣ وما بعدها .

ويذكر أن الباعث وراء إبرام هذه العقود كان تحقيق التنمية الاقتصادية ، وكان هذا الباعث قائماً وموجوداً بشكل غير مباشر في مرحلة عقود الامتياز التقليدية التي عقدت في بداية القرن الماضي ، بينما يتباين السبب حالياً الذي يدفع الشركة الأجنبية المستثمرة لإبرام هذه العقود ، نظراً لتغير الظروف الاقتصادية والسياسية والاجتماعية للدول المنتجة للنفط ، فبعد أن كان الهدف تحقيق أكبر قدر ممكن من الأرباح الناتجة من استغلال حقول البترول في وقت قصير نسبياً ، تطور هذا الهدف إلى المساهمة والمشاركة في تحقيق الأهداف الاقتصادية للدولة المضيفة إلى جانب المحصول على الأرباح الناجمة عن تلك المساهمة والمشاركة^(١) ، ونظراً لتعلق عقود الاستثمار النفطي بالتنمية الاقتصادية الدولية والتجارة الدولية في عمومها ، فإن العقد إذا نظرنا إلى الهدف منه فإنه يصبح ذو طبيعة دولية ، وله صلة بالتجارة الدولية ، خصوصاً وأن هناك ترابطاً كبيراً بين تحقيق التنمية الاقتصادية والسلام والاستقرار العالمي ، وهذا ما أشار إليه ميثاق الأمم المتحدة في المادة (٥٥) ، وحرص واضعو الميثاق بالربط بين دواعي الاستقرار الدولي وتحقيق التنمية الاقتصادية .

وفضلاً عن الأهداف التي يحققها عقد الاستثمار النفطي في كل من الدولة المضيفة والشركة المستثمرة ، وفوق ذلك هناك بلدان أخرى تستفيد من النفط المنتج حيث أن العديد من الصناعات الدولية تعتمد على النفط ، والنفط سلعة استراتيجية لم يتمكن العالم من إيجاد بديل لها ، ولكل هذه الاعتبارات فإن عقد الاستثمار النفطي يعد عقداً دولياً وذائع الانتشار لمجال التجارة الدولية والتنمية الاقتصادية والتقدم العالمي ، مما يمكن معه القول أن المعيار الاقتصادي واضح المعالم في مثل هذه العقود ، وسنتبين ذلك من خلال موقف الفقه والقضاء من هذه الطبيعة^(٢) .

المطلب الثاني

موقف الفقه والقضاء

يرى بعض الفقه^(٣) أن العقد يصبح دولياً ويتصل بالتجارة الدولية طالما تضمن معياراً اقتصادياً ينطوي على حركة دخول وخروج لرأس المال عبر الدول ، ويؤيد وجهة نظره بأن أحكام القضاء الفرنسي قد انتهت إلى كفاية المعيار الاقتصادي لإسباغ الصفة الدولية على العقد دون ما حاجة للاستعانة بالمعيار القانوني .

وقد ذهب بعض الأحكام القضائية إلى نفي الصفة الدولية لبعض العقود رغم تضمنها لعنصر أجنبي بسبب عدم تجاوز العلاقة المعنية للاقتصاد الدولي ، وعلى العكس من ذلك فقد انتهى هذا القضاء

(١) أ. محمود محمد صبره : ... الإدارية - مرجع سابق - ص ٣٣٨ وما بعدها ؛ د. محمد عبد الله المؤيد : التكييف ... إلى موضوعها

وأهدافها - مرجع سابق - ص ٩ وما بعدها .

(٢) د. طارق عبد الله المجاهد : رسالته السابقة - ص ٢٨ - ٣٠ ؛ د. محمد عبد المجيد : المرجع السابق - ص ٢٩ وما بعدها .

(٣) د. هشام علي صادق : القانون الواجب التطبيق ... الخ - مرجع سابق - ص ٨٣ وما بعدها ؛ د. عكاشة محمد عبد العال : المرجع السابق - ص

١٠٠ وما بعدها ؛ د. طارق عبد الله المجاهد : رسالته السابقة - ص ٣٠ ؛ د. محمد عبد المجيد : المرجع السابق - ص ٢٩ وما بعدها .

إلى إسباغ الصفة الدولية على بعض العقود استنادا لانتقال رؤوس الأموال بين الدول رغم خلوها من العنصر الأجنبي^(١).

ولا شك أن تعلق العقد بمصالح التجارة الدولية إنما يعني توافر العنصر الأجنبي فيه ، ويتمثل هذا العنصر في سبب التعاقد أو الجهة التي تم استيراد المال منها أو تصديره إليها ، وبذلك يعتبر العقد المعنوي دوليا دون النظر لأطرافه وعما إذا كانوا وطنيين أو أجنب ، فأحكام القضاء الفرنسي تذهب إلى القول بأن العقد يعتبر دوليا رغم إبرامه بين وطنيين في دولة القاضي إذا ما انصب على عملية تصدير أو استيراد البضائع^(٢).

ويرى بعض الفقه^(٣) أنه نظرا لطول فترة الاستثمار النفطي وأن تنفيذها يتطلب إقامة منشآت دائمة وأنه بسبب ضخامة حجم الاستثمارات التي تصحب هذه العقود ، والمخاطر التي يمكن أن يتعرض لها المستثمر ، فإن عقد الاستثمار بحاجة إلى تضمينه شروط تحمي المستثمر من التشريعات والإجراءات التي تتال من العقد ، ومن ثم فإن هذا العقد يخضع للقانون الدولي لكونه يتعلق بالمعاملات التجارية .

ومما تجدر الإشارة إليه أن اصطلاح عقود العلاقات الاقتصادية الدولية هو :- ذلك المصطلح الذي فضل مجمع القانون الدولي استخدامه في اجتماعه الذي عقد بمدينة " بل " بسويسرا عام ١٩٩٢م^(٤) إلا أن بعض الفقهاء^(٥) يفضلون مصطلح عقود التجارة الدولية باعتباره اصطلاح قد درج استخدامه في العمل على نحو يفيد المعنى المقصود ، بصرف النظر عن الطابع التجاري أو المدني الذي يمكن أن يلحق المعاملات المالية موضوع هذه العقود ، ولا ينال من طبيعة عقود التجارة الدولية أن تكون الدولة أو أحد مشروعاتها العامة طرفا في العقد فقد كشف التطور المعاصر من ظهور الدولة وغيرها من الأشخاص العامة على مسرح الحياة الدولية الخاصة بوصفها مشتريّة أو بائعة أو مقترضة^(٦) ، بل إن الواقع الدولي يقدم لنا نماذج هامة متعددة من العقود المبرمة بين المشروعات العامة الوطنية والشركات الأجنبية مثل عقود الاستثمار النفطي بقصد استغلال مواردها الطبيعية^(٧).

(١) د. عكاشة محمد عبد العال : المرجع السابق - ص ١٠٠ - ١٠١ ؛ د. هشام علي صادق : القانون الواجب ... الخ - مرجع سابق - ص ٨٣ وما بعدها ؛ د. محمد عبد المجيد : المرجع السابق - ص ٢٩ وما بعدها .

(٢) د. هشام صادق : القانون الواجب ... الخ - مرجع سابق - ص ٨٣ وما بعدها ؛ د. طارق المجاهد : رسالته السابقة - ص ٢٥ وما بعدها ؛ د. محمد عبد المجيد : المرجع السابق - ص ٣٠ وما بعدها .

(٣) المرجع السابق - ص ١١٨ وما بعدها ؛ د. احمد عبد الكريم سلامة : نظرية ... الخ - مرجع سابق - فقرة ٩٥ - ص ١٠٨ - ١٠٩ ؛ د. طارق المجاهد : رسالته السابقة - ص ٧ ؛ د. محمد المؤيد : التكييف ... إلى أطرافها وذاتيتها - مرجع سابق - ص ١٠ - ١١ ؛ د. محمد عبد المجيد : المرجع السابق - ص ٨٠ وما بعدها .

(٤) د. هشام علي صادق : القانون الواجب ... الخ - مرجع سابق - ص ١٣ .

(٥) د. هشام علي صادق : المرجع السابق - نفس الموضع وما بعدها ؛ د. طارق المجاهد : رسالته السابقة - ص ٦ وما بعدها .

(٦) د. محمد المؤيد : رسالته السابقة - ص ١١٣ وما بعدها .

(٧) من نماذج هذه العقود : اتفاقية الشركة الوطنية الإيرانية للبترول (شركة تملكها الحكومة الإيرانية) مع شركة اجيب منيراريا الإيطالية عام ١٩٥٧م ؛ اتفاقية سوناطراك الجزائرية (شركة نفط تملكها الحكومة الجزائرية) مع شركة جيتي الأمريكية عام ١٩٦٨م ؛ اتفاقية شركة النفط الوطنية العراقية (شركة تملكها الحكومة العراقية) مع شركة إيراب الفرنسية عام ١٩٦٧ ؛ اتفاقية الشركة الوطنية السعودية للبترول (شركة تملكها الحكومة السعودية) مع شركة AGIP الإيطالية . انظر ذلك في بحث د. محمد يوسف علوان : الاتجاهات الحديثة ... الخ - مرجع سابق - في مواضع متعددة - ص ١٧١٨ - حاشية رقم (٦٨) - ص ١٧٣٢ - حاشية رقم (١١٣)

وقد اعتبرت محكمة النقض الفرنسية^(١) أن العقد الدولي هو :- ذلك الذي يتعلق بمصالح التجارة الدولية ، أي ينطوي على رابطة تتجاوز الاقتصاد الداخلي لدولة معينة ، بأن تتضمن مثلاً استيراد بضائع من الخارج أو يترتب عليها حركة ذهاب وإياب للأموال عبر الحدود ، فالرابطة العقدية التي يترتب عليها انتقال للأموال من دولة لأخرى والتي تتعلق بمصالح التجارة الدولية على هذا النحو ، هو ما يتحقق معه المعيار الاقتصادي لدولتيهما ، وهي رابطة تتصل بأكثر من نظام قانوني ، حيث أن عقد الاستثمار النفطي يرمي إلى استثمار رأسمال معين ، وفي بعض الأحيان مهارات تقنية في سبيل تنمية بعض أوجه الاقتصاد الوطني ، وأن المردود الذي يتوقعه المستثمر الأجنبي لا يتمثل في قيمة عقدية تدفعها له مباشرة الدولة المضيفة ، وإنما بعائدات وأرباح يجنيها من خلال المدة التي يمارس فيها حقه باستثمار العقد مقابل تأديته لمختلف أنواع الرسوم والضرائب التي تنص عليها قوانين الدولة المضيفة^(٢) .

ونظراً لكون عقد الاستثمار النفطي يتعلق بالجانب الاقتصادي ويمس حركة التجارة الدولية ، فإن غالبية الفقه الغربي قد رأى ضرورة تدويل هذه العقود ، فيرى بعض الفقه^(٣) أنه رغم أن الأشخاص الدولية تتعاقد في العادة على أساس القانون الدولي ، فإنه لا يوجد أية قاعدة قانونية تحظر عليهم الاتفاق على إخضاع العقد لإحدى الأنظمة القانونية الوطنية ، ويضيف أنه بالإمكان أن تخضع العقود التي تكون الدولة طرفاً فيها للقانون الدولي العام ، ودعم وجهة نظره هذه بالقول : " أنه إذا كان القانون الدولي العام ينطبق على المعاهدات التجارية فإنه من المنطقي أن تخضع العقود التي يكون شخص أجنبي خاص فيها لذات القانون - قانون التجارة بين الأمم - بسبب التماثل في موضوع هذه الاتفاقيات ، والرغبة في ترتيب المسؤولية الدولية إذا حدث إخلال بالعقد على نحو مشابه للمعاهدات الدولية " .

وتهدف بعض الاتجاهات المعاصرة^(٤) لتشجيع التجارة الدولية وتدويل العقود الاقتصادية الدولية ومنها العقود النفطية ، ويستندون إلى كثير من الاتفاقيات الدولية الجماعية مثل اتفاقية تسوية منازعات الاستثمار بين الدول ومواطني الدول الأخرى في سبتمبر ١٩٦٦م ثم قواعد التحكيم بلجنة الأمم المتحدة التي أقرتها الجمعية العامة للأمم المتحدة عام ١٩٧٦م ، والاتفاقية المنشأة للوكالة الدولية لضمان الاستثمار عام ١٩٨٥م .

(١) د. هشام علي صادق : القانون الواجب ... الخ - مرجع سابق - ص ٨٣ ؛ د. عكاشة محمد عبد العال : المرجع السابق - ص ٩١ وما بعدها ؛ د. محمد عبد المجيد : المرجع السابق - ص ٣٠-٣١ .

(٢) د. أحمد عبد الحميد عشوش : قانون النفط - مرجع سابق - ص ١٤ وما بعدها

(٣) انظر في ذلك د. محمد يوسف علوان : الاتجاهات الحديثة ... الخ - مرجع سابق - ص ١٧٤ وما بعدها ؛ د. هشام صادق : الحماية الدولية ... الخ - مرجع سابق - ص ٤٥ وما بعدها وخصوصاً ص ٤٧ ؛ د. محمد يوسف علوان : النظام القانوني ... الخ - مرجع سابق - ص ٣٢٧ .

(٤) د. منى محمود مصطفى : الحماية الدولية للاستثمار الأجنبي المباشر ودور التحكيم في تسوية المنازعات - دار النهضة العربية ١٩٩٠ - ص ٥٠ ؛ د. إبراهيم شحاته : دور البنك الدولي في تسوية منازعات الاستثمار - المجلة المصرية للقانون الدولي ١٩٨٥ - العدد ١ - ص ١٣ ؛ د. أسامة محمد عماره : المرجع السابق - ص ٨٨ وما بعدها ؛ محمد عبد المجيد : المرجع السابق - ص ٧٧ .

ويستند البعض الآخر كذلك إلى أن العديد من الدول لجأت إلى إبرام معاهدات ثنائية لتشجيع الاستثمار^(١) ، وبهدف تشجيع التنمية الاقتصادية الدولية تم تكريس هذا الهدف في المادة (٢٠) من الدستور الكويتي ، حيث أشارت إلى أن الاقتصاد الكويتي أساسه العدالة الاجتماعية وقواعد التعاون العادل بين النشاط العام والنشاط الخاص ، وهدفه تحقيق التنمية الاقتصادية ، وزيادة الإنتاج ورفع مستوى المعيشة ، وتحقيق الرخاء للمواطنين وذلك كله في حدود القانون^(٢) .

ويلاحظ أن العلاقة بين أطراف مثل هذه العقود هي علاقة من نوع خاص لا ترجع إلى المساواة أو عدم المساواة بينهم بقدر ما ترجع إلى اختلاف طبيعتهم وأهدافهم والمصالح التي يربحها كل منهم ، فإذا كان معيار المساواة يتخذ من القوة أو السلطة أساساً له فإنه مما لا ريب فيه أن أطرافاً كثيرة من هذه العقود تصبح متساوية ، فعالمنا المعاصر يشهد تعاوناً وثيقاً واسع المدى في الاقتصاد الدولي ، كما يشهد ازدياد التكتلات الاقتصادية المختلفة ، وهذا التعاون الكبير وتلك التكتلات المتزايدة غدت تشكل إطار الغالبية العظمى من المستثمرين الأجانب^(٣) حيث يجري التعاون والتكتل داخل نطاق الأمم المتحدة بين قرابة ٦٢ مستثمراً أجنبياً يشكلون أكثر من ٧٠ % من هذه الطائفة وتتعاظم هذه النسبة في مجال البترول ، ذلك أن هناك تعاوناً وتكتلاً بين قرابة ٢٦ شركة بترولية تشكل ٩٧ % من المستثمرين الأجانب في قطاع البترول ، ولا شك أن دخول الدولة كأحد أطراف التعاون الاقتصادي الدولي خارج نطاق سيادتها الوطنية يقتضي أن يكون هناك دور للقانون الدولي الاقتصادي بحكم هذه العقود^(٤) .

ويرى بعض الفقه^(٥) أن المشروع المشترك يعتبر واحد من أهم الأدوات القانونية التي تستخدم في عمليات الاستثمار الدولي ، وقد طبقت فكرة المشروع المشترك في العمل الدولي شركات النفط الأمريكية في البحث واستغلال النفط خارج بلادها ، وخاصة في المملكة العربية السعودية كشركة " أرامكو " التي نشأت نتيجة لمشروع مشترك بين عدة شركات أمريكية لاستغلال بترول المملكة العربية السعودية^(٦) .

الخلاصة :

نخلص إلى أن عقد النفط يتحقق فيه فعلاً الطابع الاقتصادي أو جزء منه ويدخل كذلك في حالات كثيرة في ميدان التجارة الدولية إلا أننا لا نأخذ هذا الرأي على إطلاقه خصوصاً وإن هذا العقد طرفه الأول الدولة مما يمكن معه القول بأنه ذو طبيعة خاصة مزدوجة كما سيأتي بيانه .

-
- (١) د. أسامة محمد عماره : المرجع السابق - ص ٢٥٥ وما بعدها . والجدير بالذكر أن المعاهدات الثنائية هي وسيلة لفض المنازعات أيضاً - انظر د. جلال وفاء محمددين : المرجع السابق - ص ١١ وما بعدها
 - (٢) راجع في ذلك : المادة ٢٠ من الدستور الكويتي عام ١٩٦٢ ؛ د. أسامة محمد عماره : المرجع السابق - ص ٣٢ .
 - (٣) د. جلال وفاء محمددين : المرجع السابق - ص ١٤ .
 - (٤) المرجع السابق - ص ١١ - ١٤ .
 - (٥) أ. محمود محمد صبره : ... الإدارية - مرجع سابق - ص ٣٤١ ؛ د. سراج حسين أبو زيد : المرجع السابق - ص ٦٥ وما بعدها ؛ د. حفيظه السيد الحداد : العقود المبرمة ... الخ - مرجع سابق - ص ١٨٧ .
 - (٦) د. محمد يوسف علوان : النظام القانوني ... الخ - مرجع سابق - ص ٤١ - ٤٤ .

المبحث الرابع

الطبيعة القانونية المزدوجة

لعقود الاستثمار النفطي

المطلب الأول

مبررات الطبيعة القانونية المزدوجة *

مع بداية ظهور النفط كان الامتياز التقليدي للنفط هو الشكل الأكثر ممارسة ، وكان لا يترتب عليه ثمة حقوق ذات معنى للدول المنتجة للنفط وخاصة في الفترة السابقة على الحرب العالمية الثانية حيث أن اتفاقيات الامتياز وخصوصاً التقليدية كانت تقتصر بوجه عام على النواحي المالية لمسائل الاستثمار ، ولا تشير إلى الحقوق القانونية وكانت تعتبر عقود امتياز النفط التقليدية من أهم العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية التابعة لدولة أخرى .

وفي هذا الخصوص يرى بعض الفقه ^(١) أن عقود البحث عن النفط والتقيب عنه واكتشافه واستخدامه وتسويقه هي من أولى العقود الاقتصادية الدولية ، وعقود الامتياز التي أبرمت قبل الحرب العالمية الثانية كان يغلب عليها الطابع السياسي ، حيث أنها كانت مجففة بحقوق ومصالح الدول المتعاقدة بوجه عام ، ومن أمثلة ذلك ضخامة مساحة مناطق الامتياز ، وطول مدة الامتياز (٧٥ عاماً لشركات نفط العراق الثلاث وشركات نفط قطر والكويت ، ثم صارت في هذه الأخيرة ٨٢ عاماً كما صارت مدة أرامكو ٦٨ عاماً) ، بالإضافة إلى انعدام الرقابة على نشاط الشركات وتوظيف المواطنين وتدريبهم ، وكانت الدولة مانحة الامتياز النفطي تحصل على نسبة ضئيلة جداً من أرباح نفطها .

ولقد ظل عقد الامتياز هو الشكل القانوني المطبق لتنظيم استغلال النفط ولما كانت هذه العقود قد أبرمت في ظل ظروف اقتصادية واجتماعية خاصة ، و مع تغير هذه الظروف في الدول المنتجة للنفط فأن هذه العقود لم تعد هذه العقود صالحة لتنظيم العلاقات النفطية ولذا كان من الضروري تعديلها لتحقيق صالح كل الأطراف ^(٢) .

وإذا كان عقد الاستثمار النفطي ذو طبيعة دولية فإن القانون الدولي يسعى إلى المحافظة على ما يقرره للدول من حقوق متعلقة بسيادتها على مواردها الطبيعية ، ولتحقيق هذا الهدف يترتب بعض

* تسمى طبيعة مزدوجة بمعنى أنها في شق منها عقود بها شروط تخضع لأحكام القانون الداخلي ، وفي شق آخر بها اتفاقات تتعدى حدود الدولة المانحة للامتياز بل هي اتفاقات بها عناصر دولية .

(١) د. أحمد عبد الحميد عشوش : النظام القانوني ... الخ - رسالته السابقة - ص ١٢١ ؛ د. أسامة محمد عماره : المرجع السابق - ص ٣١ وما بعدها ؛ أ. محمود محمد صبره : ... الإدارية - مرجع سابق - ص ٣٣٩ .

(٢) د. حفیظه السيد الحداد : العقود المبرمة ... الخ - مرجع سابق - ص ١٧٥ - ١٧٦ ؛ د. محمد المؤيد : التكييف ... إلى موضوعها وأهدافها - مرجع سابق - ص ٧-٨

الالتزامات ويفرض بعض القيود على ممارسة الدول لنشاطاتها المختلفة لمنع الإضرار بحقوق الدول الأخرى وأفرادها ، وإذا أخلت الدولة بهذه الالتزامات تحملت المسؤولية ، وحق الدولة التي حدث الإخلال في مواجهتها أو أصابها ضرر أن تطالب بالتعويض وفقاً لقواعد المسؤولية الدولية ^(١) .

فهناك توازن اقتصادي لعقد الاستثمار النفطي يحقق أكبر قدر من المساواة في الأوضاع الدولية التي عانت طويلاً في ظل انعدام التكافؤ بين الأقوياء والضعفاء ، ولعل من أبرزها الامتيازات النفطية التقليدية التي منحت للشركات الأجنبية في ظل ظروف سياسية واقتصادية معينة ^(٢) ، وقد لحق تطور هام بأنماط وأشكال العقود المبرمة حول استغلال واستثمار النفط إذ أصبح الباعث من وراء إبرامها تحقيق التنمية الاقتصادية والاجتماعية ، فتحقيق التنمية الاقتصادية والاجتماعية للدولة المضيفة هو السبب الذي يدفعها إلى إبرام عقد الاستثمار النفطي ، بينما يتباين السبب الذي يدفع الطرف الأجنبي إلى إبرام هذه العقود ، نظراً لتغير الظروف الاقتصادية والسياسية والاجتماعية للدولة المتعاقدة ، ومن ثم لا بد وأن تنشئ العقود المبرمة بين الدولة المنتجة للنفط والشركة الأجنبية مجموعة من الآثار والالتزامات على عاتق طرفيها بالنظر إلى موضوع عقود الاستثمار النفطي ، وفي هذا الخصوص يرى بعض الفقه ^(٣) أن عقد النفط عمل قانوني ذو طابع مزدوج ففي الجزء الذي ينشئ حق الملتزم في استغلال النفط يعتبر رخصة ، أو بعبارة أخرى يعتبر قراراً إدارياً فردياً منشئاً ، أما في الجزء الذي ينظم عملية الاستغلال فإنه يعتبر عقداً .

والواقع أن هذا الرأي لا يختلف عن تقسيم الفقه الفرنسي لامتياز النفط والذي يقسمه إلى نوعين: - أولهما الشروط أو النصوص اللائحية ، وتتكون من قواعد موضوعية تُنشئ مركزاً قانونياً غير شخصي يمكن للحكومة أن تجري عليها التعديلات بإرادتها المنفردة ، بشرط حصول المتعاقد على تعويض في حالة المساس بالتوازن المالي للمشروع ، وثانيهما شروط تعاقدية تتكون من قواعد شخصية يتفق عليها الأطراف ، ولا يستطيع أحدهما إجراء أي تعديل عليها أثناء التنفيذ دون رضا الطرف الآخر ^(٤) .

وعقد الاستثمار النفطي باعتباره عمل قانوني يبرم بين الدولة وطرف أجنبي خاص وبمقتضاه يمنح هذا الأخير حقاً خالصاً له وقاصراً عليه في البحث في إقليمها عن النفط واكتشافه واستخدامه واستغلاله خلال فترة زمنية محددة ، ويلتزم الطرف الثاني بأن يقوم بذلك بأفضل المواد اللازمة لتحقيق المشروع محل التعاقد واستخدام التكنولوجيا المتطورة في سبيل أن تتعهد الدولة بأن تقدم للمشروع الأجنبي كل مساعدة يحتاج إليها تمكنه من القيام بتنفيذ التزاماته على إقليمها ^(٥) .

(١) د. محمد سامي عبد الحميد : المرجع السابق - ص ١٣٥ ؛ د. حسن عطية الله : رسالته السابقة - ص ٦٨ ؛ د. أسامة محمد عماره : المرجع السابق - ص ٣٥ .

(٢) أ. محمود محمد صبره : ... الإدارية - مرجع سابق - ص ٣٣٩-٣٤٠ .

(٣) د. أحمد أبو الوفا : المرجع السابق - ص ٨٩ ؛ د. محمد المؤيد : التكييف ... إلى أطرافها وذاتيتها - مرجع سابق - ص ١٧ .

(٤) د. هشام صادق : الحماية الدولية ... الخ - مرجع سابق - فقرة ٤٠ - ص ٤٢ ؛ د. محمد المؤيد : التكييف ... إلى أطرافها وذاتيتها - مرجع سابق - ص ٦-٧ .

(٥) د. حفيظة السيد الحداد : العقود المبرمة ... الخ - مرجع سابق - ص ٢٣٦ وما بعدها ؛ أ. محمود محمد صبره : ... الإدارية - مرجع سابق - ص ٣٤٦ ؛ د. محمد عبد الله المؤيد : التكييف ... إلى أطرافها وذاتيتها - مرجع سابق - ص ٨ .

وبناء على هذا التعريف فإنه طبقاً للمفهوم الواسع للعقد الدولي والذي ينظر إلى موضوع العقد ومضمونه فإن لعقد الاستثمار النفطي طبيعة دولية مزدوجة بالنسبة لموضوعه يترتب التزامات وحقوق مزدوجة على عاتق طرفيه ، وتتميز عقود الاستثمار النفطي عن غيرها من العقود المبرمة في إطار العلاقات التجارية الدولية بخصوصية الأسباب الدافعة إلى إبرامها وبكثرتها وتنوعها بالنظر إلى المحل الذي تتعلق به هذه العقود والقواعد التي تحكمه ^(١) .

ومما يذكر أنه بعد حصول الدول المنتجة للنفط في العالم الثالث على استقلالها أصبحت تهتم بثرواتها النفطية لما لها من تأثير فعال على اقتصادها الوطني .

ومن أهم التعديلات التي أُدخلت على عقود النفط اتخاذ قاعدة مناصفة الأرباح بين الدول والشركات وظهور الشركات الوطنية بدءاً من عام ١٩٤٨م ^(٢) في الكويت ، وفي السعودية ١٩٤٩م ، ومما يُذكر أنه في أواسط السبعينات ظهر اتجاهان جديان هما المشاركة والمقولة ، وكان لظهورهما أثر عميق في الصناعة النفطية كأداة قانونية مستحدثة في التعامل بين الحكومات المنتجة والشركات المستثمرة ، وكبديل لنظام الامتيازات التقليدية ^(٣) .

ومن ثم تطورت الطبيعة القانونية الدولية لموضوع استغلال النفط ، فبعد أن كانت عبارة عن اتفاقيات امتياز تطورت إلى اتفاقيات مشاركة ، وعقود مقولة ^(٤) تناولت المسائل القانونية كافة سيما ما يمكن أن ينتج عن علاقات الطرفين من منازعات وتحديد كيفية حلها بصورة واضحة ومفصلة ، وأصبح على هذا النحو عقد الاستثمار النفطي يرتب حقوقاً والتزامات متبادلة بين طرفي العقد ، وأصبح كذلك ذو طبيعة دولية مزدوجة لقواعده .

ولقد ساعد على هذه التحولات الجذرية صدور القرارات العديدة من الأمم المتحدة التي تؤكد مبدأ السيادة على الموارد الطبيعية ومبدأ حق تقرير المصير ^(٥) وأصبحت فكرة السيادة لصيقة بوجود الدولة ذاتها فلا يتصور قيام دولة بغير سيادة ^(٦) .

ويرى بعض الفقه ^(٧) أن حق السيادة الذي تتمتع به الدولة على مواردها الطبيعية حق مانع وقاصر، مانع من الاعتداء على مواردها وسيادتها ، وقاصر عليها في استغلال هذه الثروات الطبيعية في

(١) أ. محمود محمد صبره : ... الإدارية - مرجع سابق - ص ٣٣٩ وما بعدها ؛ د. محمد المؤيد : التكيف ... إلى أطرافها وذاتيتها - مرجع سابق - ص ٧ .

(٢) د. خالد سعد زغول حلمي : المرجع السابق - ص ٨٠ وما بعدها .

(٣) د. نقولا سركيس : اتفاقيات المشاركة وعقد المقولة هل تصبح بديلاً لنظام الامتيازات ؟ مجلة الغاز والبتترول - بيروت ١٩٦٨م - العدد ٩ - ص ١٢ .

(٤) د. حفيظة السيد الحداد : العقود المبرمة بين ... الخ - مرجع سابق - ص ١٧٤ - ١٧٦ ؛ د. محمد المؤيد : التكيف ... إلى موضوعها وأهدافها - مرجع سابق - ص ٨-٩ .

(٥) د. أسامة محمد عماره : المرجع السابق - ص ٣٥ ؛ د. حسن عطية الله : رسالته السابقة - ص ٦٨ .

(٦) د. علي صادق أبو هيف : المرجع السابق - ص ١٠١ وما بعدها .

(٧) د. محمد سامي عبد الحميد : المرجع السابق - ص ١٥٦ - ١٥٧ ؛ د. أسامة عماره : المرجع السابق - ص ٣٧ وما بعدها .

أي وقت تشاء دون قيود على إرادتها ، ولكل دولة بما لها من سيادة على مواردها الطبيعية أن تتصرف فيها بالتأجير ، وبهذا أصبح عقد الاستثمار النفطي عقد ذو طبيعة مزدوجة بالنظر إلى موضوعه وأصبح يترتب التزامات وحقوق متقابلة على عاتق كل من الدولة المضيفة والشركة الأجنبية على حد سواء .

وقد أدخل الفقيه الفرنسي "هوريو" ^(١) تعديلاً على الطبيعة المزدوجة لامتياز النفط حيث قال : أن العملية هي تعاقدية بأكملها ، إلا أنها تتكون من عقدين متحدين هما قانون أو صك الامتياز الذي هو بالأساس عقد بين صاحبه ، والإدارة التي تريد تنظيم المرفق ، والإنفاق المالي للامتياز المبرم بين ذات الأشخاص ، ويبين "هوريو" فكرة الامتياز على أنها عملٌ مزدوجٌ ، على اعتبار أن المرفق العام سواء منح بشكل امتياز أم لا ، فهو ليس سوى مؤسسة قانونية أو نظامية .

ويؤخذ على فكرة الطبيعة المزدوجة أنه من غير الممكن التسليم بأن المرفق العام ذاته تكون له طبيعة مزدوجة بحسب الأشخاص الذين ينطبق عليهم ، فضلاً عن أن فكرة عدم قابلية التصرف باختصاص تنظيم المرفق العام تُشكل عائقاً أمام التحليل التعاقدي ، أي أن الفكرة العقدية تقف حجر عثرة أمام تنظيم الإدارة للمرفق العام ^(٢) .

وقد ظهرت في وقت لاحق في الفقه الفرنسي نظرية العمل المختلط لعقد الامتياز باعتبار أن جزءاً منه ذو طبيعة نظامية وجزءاً ذو طبيعة تعاقدية ، وبالتالي يقوم التمييز حسب فئات بنود عقد الامتياز ، وذلك باعتبار أن النصوص التي تنظم المرافق الواردة في دفتر الشروط يكون لها طبيعة نظامية أما البنود الأخرى التي تم على أساسها التعاقد فان لها طبيعة تعاقدية ^(٣) .

ولقد انتهت الاتفاقية الأوروبية للتحكيم التجاري الدولي الموقع عليها في عام ١٩٦١م إلى الجمع بين المعيار الاقتصادي لدولية العقد المرتبط بمصالح التجارة الدولية والمعيار القانوني المستمد من اختلاف محل إقامة الطرفين ، أي انتماء كل منهما إلى دولة مختلفة لتنتهي إلى دولية العقد وازدواجه ^(٤) ، ويتجه القضاء الفرنسي الحديث ^(٥) في التصدي لمدى دولية العقد إلى الجمع بين كل من المعيار القانوني والمعيار الاقتصادي ، ويترتب على ذلك التطبيق من معيار دولية العقد ، بحيث لا يؤدي إلى مجرد تضمينها لعنصر أجنبي إلى أعمال قواعد القانون الدولي الخاص وإنما يتعين لهذا الأعمال أيضاً أن تهدف العملية العقدية إلى انتقال للأموال أو الخدمات عبر الحدود ، وقد نهجت محكمة استئناف باريس في حكم لها صدر في نوفمبر ١٩٨٤م نفس النهج حينما انتهت إلى القول بدولية العقد المبرم في السويد بين شركة سويدية وشخص فرنسي تم بمقتضاه تخويل هذا الأخير الحق في استثمار منتجات الشركة في فرنسا ،

(١) مشار إليه في مؤلف د. غسان رباح : المرجع السابق - ص ١٥٤ - هامش رقم (٣) .

(٢) المرجع السابق - ص ١٥٦ وخصوصاً الهامش رقم (٢) .

(٣) د. طيعة الجرف : المرجع السابق - ص ٤٧٢ وما بعدها ؛ د. غسان رباح : المرجع السابق - ص ١٥٦ - ١٥٧ وخاصة الهامش رقم (٢) .

(٤) د. أحمد عبد الكريم سلامة : المرجع السابق - ص ٢٢٩ .

(٥) د. هشام علي صادق : القانون الواجب التطبيق ... الخ - مرجع سابق - ص ٥٩ وما بعدها .

واستندت المحكمة لتقريرها دولية العقد إلى كونه قد أبرم في الخارج مع شركة أجنبية ، وهو ما يفيد توافر المعيار القانوني المستمد من العناصر الأجنبية التي تتضمنها الرابطة العقدية ، وفي معرض تأكيدها لدولية العقد أشارت المحكمة أيضاً إلى ما ستؤدي إليه العملية العقدية من تشجيع للاستيراد إلى فرنسا لبضائع تم إنتاجها في دولة أجنبية، وهو ما يعني تحقيق المعيار الاقتصادي بالإضافة إلى توافر المعيار القانوني^(١). بعد استعراضنا لآراء الفقه آنفة الذكر نخلص إلى أن القيمة الحقيقية للأخذ بالمعيار الاقتصادي أو القانوني أو كلاهما في مجال العقود الدولية وخاصة عقود النفط هي إضفاء الطابع المؤثر للعنصر أو العناصر الأجنبية التي تطرقت إلى العقد فحملته على هذا النحو الدولي والذي يمثل مركز الثقل . وسنتبين الطبيعة المزدوجة في شكلها الواضح من خلال التعرف على حقوق الدولة المضيفة والمستثمر الأجنبي .

المطلب الثاني

حقوق الشركة الأجنبية المستثمرة

هناك علاقة وثيقة بين حقوق الشركة الأجنبية والطبيعة القانونية المزدوجة لعقد الاستثمار النفطي، وقد سبقت الإشارة إلى أن عقد الاستثمار النفطي يرتب التزامات وحقوق متبادلة بين الشركة الأجنبية والدولة المضيفة للاستثمار ، وهناك حقوق عديدة تتمتع بها الشركة الأجنبية في مجال عقد الاستثمار النفطي أهمها :-

الفرع الأول : حق البحث والاكتشاف والإنتاج

بعد مراجعة عقود النفط كافة نجدها تخول الشركة الأجنبية صاحبة الاستثمار حقوقاً في البحث والحفر من أجل اكتشاف وإنتاج البترول داخل منطقة العقد طوال مدة معينة ينص عليها العقد ، مثل اتفاقية امتياز شركة نفط الكويت المحدودة عام ١٩٣٤م ، حيث أبرمت لمدة ٧٥ عاماً ، إلا أن الاتفاقيات التي عقدت في العقود الثلاثة الماضية نجدها تشير إلى منح هذا الحق على مرحلتين متتاليتين ، كفلت له في المرحلة الأولى القصيرة نسبياً الحق في البحث والحفر لاكتشاف البترول ، وخولته في المرحلة الثانية لمدة أطول الحق في إنتاج البترول الذي تحقق اكتشافه في المرحلة الأولى^(٢).

وقد حدث تطور هام فيما يتعلق بماهية حق صاحب الامتياز على مكامن البترول ، فبعد أن وصفته بعض الاتفاقيات التقليدية بأنه حق ملكية ، عدلت عن هذا الاتجاه في العقود الحديثة وقصرت حقوق صاحب الامتياز على حق البحث والاكتشاف والإنتاج هي حقوق متفرعة من حق الملكية الثابت

(١) د. عكاشة عبد العال : المرجع السابق - ص ٩٩-١٠٠ .

(٢) د. أحمد عبد الحميد عشوش : النظام القانوني ... الخ رسالته السابقة - ص ٣٢ وما بعدها ؛ د. أحمد عبد الحميد عشوش : قانون النفط - مرجع سابق - ص ١٤ ؛ د. خالد سعد زغلول : المرجع السابق - ص ٤١ وما بعدها ؛ أ. محمود محمد صبره : ... الإدارية - مرجع سابق - ص ٣٥١ وما بعدها ؛ وفي نفس المعنى أنظر أ.د. عبد الحميد الأحمد : النظام القانوني للبترول في المملكة العربية السعودية - مؤسسة نوفل - بيروت - ط ١/١٩٨٢م ١٩٨٢م - ص ١٥٣ وما بعدها .

للدولة المضيفة ومؤدى ذلك احتفاظ الدولة المضيفة بكافة الآثار المترتبة على حق الملكية ، وفي نفس الوقت فرض التزام على صاحب الامتياز بعدم إساءة استعمال طاقة المخزون البترولي أو الإضرار بمنشآته^(١) .

ومن الطبيعي أن يواكب حق صاحب الامتياز في البحث والاكتشاف والإنتاج حقه في استخدام سطح الأرض ، وقد أشارت بعض العقود النفطية على أحقية الشركة الأجنبية في استخدام سطح الأرض في منطقة الامتياز ووصفته بأنه حق مطلق ، ومن أبرز الأمثلة على ذلك الاتفاق الموقع بين إيران والكونسورتيوم عام ١٩٥٤م^(٢) .

ومما تجدر الإشارة إليه أنه وإن كانت بعض الاتفاقيات البترولية قد خولت الشركات الأجنبية صاحبة الامتياز الحق في تملك الأراضي التي يقنضها القيام بعملياتها حتى لا تضيق هذه الاتفاقيات مجال النشاط البترولي الصناعي والاقتصادي بالدولة المضيفة ، وإن كانت هذه الأحكام التي تتضمنها عقود النفط تتفق مع القواعد العامة لتمتع الأجانب بالحقوق المقررة دولياً^(٣) ، فقد رأى بعض الفقه^(٤) أن كل دولة تملك الحرية في تنظيم معاملة الأجانب عليها أن تحظر عليهم حيازة أو تملك الأموال العقارية ، ومتى ثبت للأجنبي حق الملكية فقد قرر قضاء محكمة العدل الدولية قاعدة بموجبها أنه لا يجوز تجريد الأجنبي من ملكيته دون تعويض عادل وإلا اعتبر الإجراء مخالفاً للقانون الدولي^(٥) ، ومما يُذكر أن ميثاق الأمم المتحدة قد أقر بالحريات الأساسية للإنسان إلا أنه لم يبين وسيلة حمايتها عند الاعتداء عليها^(٦)، ويبدو أن تقرير حق الشركة الأجنبية في ملكية الأراضي يفوق في هذا المجال الحاجة الحقيقية للشركة للقيام بعملياتها ، ومما يُثير الشكوك والهواجس أن للشخص الاعتباري في الحياة القانونية الداخلية والدولية أهمية لما يمتاز به على الشخص الطبيعي بطول العمر ووفرة المال وإن كان يمكن للشركة الأجنبية تحقيق أغراضها وتنفيذ عملياتها بمجرد تقرير حق الانتفاع أو إيجار بعض الأراضي اللازمة لعملياتها^(٧) .

(١) د. أحمد عبد الحميد عشوش : النظام القانوني ... الخ - رسالته السابقة - ص ٣٢ وما بعدها ؛ أ. محمود محمد صبره : ... الإدارية - مرجع سابق - ص ٣٥٢ بند رقم ٤

(٢) أنظر المادة رقم ٤/ب من الاتفاقية في مؤلف د. أحمد عبد الحميد عشوش : النظام القانوني ... الخ - رسالته السابقة - ص ٣٥ .

(٣) د. أحمد عبد الحميد عشوش : قانون النفط - مرجع سابق - ص ١٦ .

(٤) د. عز الدين عبد الله : المرجع السابق - ج ١ - ص ٦٢٤ ؛ د. عبد العزيز سرحان : مبادئ القانون الدولي العام - دار النهضة العربية ١٩٨٠ - القاهرة - ص ١٠٣٨ .

(٥) صدر هذا الحكم من محكمة العدل الدولية في ١٩٢٦/٥/٢٥م بمناسبة نزاع ملكية بعض المصانع الألمانية (في سيليزيا العليا بعد ضمها) . راجع في ذلك د. محمد كمال فهمي : المرجع السابق - ص ٥٧ - فقره ٤٥ ، ص ٢٧٧ ؛ د. عز الدين عبد الله : المرجع السابق - ج ١ - ص ٦٢٥ - فقره ١٨٨ ؛ د. هشام صادق : الحماية الدولية ... الخ - مرجع سابق - ص ٢٧ .

(٦) أنظر المادة رقم (١٢) من الاتفاقية الدولية لحقوق المدنية والسياسية والخاصة بحقوق الإنسان والتي أقرتها الجمعية العامة للأمم المتحدة في ١٦ / ١٢ / ١٩٦٦م - راجع في ذلك د. عبد العزيز سرحان : المرجع السابق - ص ١٠٣٧ .

(٧) د. أحمد عبد الحميد عشوش : النظام القانوني ... الخ - رسالته السابقة - ص ٤٨ .

ولا شك أن التطبيق الصحيح لحق صاحب الامتياز في البحث والإنتاج يقتضي منحه الحق في استيراد الآلات والمعدات التي تتطلبها عملياته ، وهو ما درجت العقود النفطية في تضمينها هذا الحق ، مع إعفاء صاحب الامتياز من دفع رسوم الاستيراد أو أية رسوم جمركية أخرى ^(١) مثل ذلك الاتفاق الموقع بين حكومة الكويت وشركة نفط الكويت عام ١٩٣٤م ، وبين حكومة الكويت وشركة الزيت العربية عام ١٩٥٨م ^(٢) ، وإذا كان هذا الحق لا يتعارض مع القواعد العامة لتمتع الأجانب بالحقوق المقررة دولياً ، إلا أننا نلاحظ أن الاشتراط العقدي الذي يتضمن الإعفاء العام من الرسوم الجمركية يُعتبر عديم الجدوى بالنسبة للتشريعات المستقبلية التي تفرض رسوماً تسري بنص صريح على الاتفاقيات النافذة، على اعتبار أن المتعاقدين لا يملكان أن يقيدا إرادة المشرع في فرض رسوم مستقبلية وإن كان يظل لصاحب الامتياز الحق في المطالبة بحماية توقعه الذي استمده من الاتفاقية التي تعفيه صراحة من الرسوم ، كذلك إذا كان هناك قيوداً على الشركة الأجنبية في استيراد الآلات والسلع لتنفيذ عملياتها فإن الأمر يقتضي منح الأفضلية للآلات والسلع المتاحة في الدولة المضيفة ، أو في دولة صديقة فإن هذا الأمر قد لاقى قبولاً في عقود النفط الحديثة وأصبح يشكل قاعدة من قواعد قانون اتفاقيات عقود النفط ولا تتعارض مع مبادئ وقواعد القانون الدولي ^(٣).

ويلاحظ أنه إذا كانت بعض عقود النفط قد أكدت على أن حق الشركة الأجنبية في البحث والاكتشاف والإنتاج حق مطلق ، فلا يخل بهذا الوصف أن تضع الدولة المضيفة شرط التخلي الإقليمي في عقودها كافة ، حيث ورد في عقد امتياز شركة الزيت العربية المحدودة مع الكويت الموقع في عام ١٩٥٨م في المادة (رقم ١٣) منه ما أطلق عليه " التخلي " و تحديد مساحات التخلي عند حلول الميعاد السنوي الثالث لاكتشاف النفط بكميات تجارية وعند انقضاء كل خمس سنوات عن مساحات تساوي ٤٠% من المساحة غير المستغلة عند التخلي ^(٤) .

ولم يتضمن الاتفاق الأصلي المبرم بين الكويت وشركة نفط الكويت عام ١٩٣٤م شرطاً صريحاً بالتخلي ، ولذلك أبرم الطرفان اتفاقاً لاحقاً عام ١٩٦٢م أشار في الفقرة الثانية إلى شروط التخلي ، وقضت أنه اعتباراً من ٨ مايو ١٩٦٢م تتخلى الشركة عن نحو ٣,٧٥ ميلاً مربعاً وهي ما تقارب نصف المنطقة الأصلية ، كما نصت الفقرة الثالثة من ذات الاتفاق على إلزام الشركة بالتخلي عن ٣٨٦ ميلاً مربعاً من المنطقة الساحلية من الامتياز بطول ستة أميال وذلك قبل ٨ مايو ١٩٦٧م ، ذلك أن إلزام الشركة الأجنبية بالتخلي وحصر مجال حقوقها في الإنتاج النفطي من المنطقة المنتجة من شأنه أن يشجع

(١) أ. محمود محمد صيره : ... الإدارية - مرجع سابق - ص ٣٥٤ وما بعدها .

(٢) انظر نصوص اتفاقية امتياز شركة الزيت العربية المحدودة مع الكويت والمنشورة في جريدة الكويت اليوم - مرجع سابق - ص ١ وما

بعدها ؛ د. محمد يوسف علوان : النظام القانوني ... الخ - مرجع سابق - ص ٤٨ .

(٣) د. أحمد عبد الحميد عشوش : قانون النفط - مرجع سابق - ص ١٥

(٤) انظر نصوص اتفاقية امتياز شركة الزيت العربية المحدودة في المرجع السابق الإشارة إليه في الهامش رقم (٢) .

الطرف الأجنبي على تنفيذ عمليات بحث وتنمية واسعة كما أنه يسهم في مساعدة الطرف المانح للعقد في إعادة استغلال المناطق المتخلّى عنها^(١).

ويمكن القول بأنه قد أصبح على الشركة المستثمرة لعقد النفط التخلّي دورياً وجزئياً عن أجزاء من منطقة الامتياز النفطي وحصر مجال حقوق المستثمر في مناطق الامتياز المنتجة فعلاً ، وهذا الشرط يسهم في مساعدة الدولة المضيفة في إعادة استغلال المناطق المتخلّى عنها إما بنفسها أو بواسطة طرف آخر يقوم بعملية الاستثمار .

الفرع الثاني : الحق في استخدام الأجانب

وهناك كذلك صلة وثيقة بين الطبيعة القانونية المزدوجة لعقد الاستثمار النفطي وأحقية الشركة الأجنبية في استخدام الأجانب الذين لا يحملون جنسية الدولة المضيفة .

فإذا كانت الاتفاقيات البترولية قد خولت صاحب الامتياز الحق في استخدام الأجانب ، فإن ما تضمنته هذه الاتفاقيات من اشتراطات تنظم دخول صاحب الامتياز وخبرائه الفنيين الإداريين الأجانب إلى إقليم الدولة المضيفة لا يتنافى مع القواعد المستقرة في القانون الدولي التي تعترف للدولة صاحبة السيادة بالحرية المطلقة في السماح للأجانب بدخول إقليمها ، أو تحظر ذلك أو تضع من التنظيمات ما يكفل تحقيق مصالحها العليا ، وإذا كانت الدولة تملك الحق في تنظيم قبول الأجانب فإنه من البديهي والمنطوق أنها تمتلك سلطة تنظيم تنقلاتهم داخل إقليمها كما يملك الأجنبي حق الخروج من هذا الإقليم ، وإذا كان الأجنبي هو مواطن لدولة أجنبية فإنه ليس من الغريب إذاً أن يهتم القانون الدولي بشكل خاص بمركز الأجانب خصوصاً في عصر أصبح التنقل فيه بين الدول سمة واضحة وذلك بسبب سهولة المواصلات وانتشار وسائل الاتصالات ، وتزايد عقود الاستثمار^(٢) .

فالتشريع للأجانب يدخل ضمن الاختصاص الداخلي للدولة ويعني ذلك أن الدولة تستطيع أن تحدد مركز الأجانب داخل إقليمها بحرية إلا أن حريتها في هذا الصدد مقيدة بقواعد القانون الدولي والاتفاقيات الدولية والأعراف الدولية الراسخة التي تمثل الحد الأدنى لحقوق الأجانب داخل إقليمها كحق النقاضي أو التنقل واستخدام المرافق العامة^(٣) .

ويعترف القانون الدولي بحق كل دولة في وضع سياسة استخدام الأجانب في إقليمها وفقاً لما تملّيه الظروف السياسية والاقتصادية والاجتماعية ، ومن ثم فإن لكل دولة رفض دخول بعض الأجانب إلى إقليمها شريطة أن يكون الباعث معقولاً^(٤) .

(١) د. أحمد عبد الحميد عشوش : النظام القانوني ... الخ - رسالته السابقة - ص ٥٥ .

(٢) د. أحمد عبد الحميد عشوش : النظام القانوني ... الخ - رسالته السابقة - ص ٩٨-١٣٦ ؛ د. عصام الدين مصطفى بسيم : المرجع السابق - ص ١٨ وما بعدها ؛ د. محمد كمال فهمي : المرجع السابق - ص ٢٧٥ وما بعدها .

(٣) د. عز الدين عبد الله : المرجع السابق - ج ١ - ص ٦٣٢ وما بعدها ؛ د. محمد كمال فهمي : المرجع السابق - ص ٢٧٥ وما بعدها .

(٤) د. عصام الدين بسيم : المرجع السابق - ص ١٨ وما بعدها ؛ د. عز الدين عبد الله : المرجع السابق - ج ١ - ص ٦٢١ وما بعدها .

ولما كانت سياسة الدول المختلفة تتباين كثيراً حسب ظروفها فإنه من المسلم به وجود تباين في سياسات الدول تجاه استخدام الأجانب داخل إقليمها وقد وجدت هذه النتيجة طريقها إلى الاتفاقيات البترولية في البلاد العربية و بعض الدول العربية الضعيفة اقتصادياً ولديها وفرة من الأيدي العاملة ، فاشتُرطت أن تكون الأفضلية للمواطنين في تقلد الوظائف ^(١) .

والناظر في عقود النفط يجد أن نصوصها قد تواترت على القواعد الخاصة بتنظيم قبول الأجانب وإقامتهم واستخدامهم ومنح الأفضلية لمواطني الدولة المضيفة وتدريب الوطنيين على الأعمال الفنية والإدارية المتخصصة ، ويختلف مضمون هذا الالتزام تبعاً للقيمة الإجمالية للاستثمارات التي يقوم بها المستثمر الأجنبي في الدولة المتعاقدة .

ويذهب جانب من الفقه ^(٢) إلى القول بأن الشروط التي تنص على استخدام العمالة المحلية من أجل محاربة البطالة وتدريبها تمهيداً لحلول الدول المضيفة محل المشروع الأجنبي تخلق التزامات مطلقة تقع على عاتق الطرف الأجنبي ، إلا أنه من الصعوبة تحديد الجزاء على عدم الوفاء بهذا الالتزام في حالة عدم وجود نص صريح في العقد يتناول هذه المسألة ويمكن إعفاء الطرف الأجنبي من هذا التكليف في حالة عدم تحققه ، إذا أثبت أنه قد قام ببذل كل العناية المطلوبة من أجل التكوين الفني والمهاري لهذه العمالة على نحو ما يقتضيه موضوع العقد ، واتفاق هذه القواعد مع القواعد المعمول بها في القانون الدولي ، إلا أن القواعد التي تضمنتها الاتفاقيات البترولية باتت جزءاً لا يتجزأ من قانون عقد النفط .

الفرع الثالث : الحق في الضمان

سبقت الإشارة إلى مفهوم الطبيعة القانونية المزدوجة لعقد الاستثمار النفطي كونه يرتب التزامات وحقوقاً متقابلة على عاتق طرفيه ، ومن ثم توجد علاقة وثيقة بين أحقية الشركة الأجنبية في الضمان وهذه الطبيعة المزدوجة لعقد الاستثمار .

ويقصد بهذا الحق عدم مشروعية إلغاء أو تعديل العقد من جانب الدولة المضيفة إخلالاً بالتزاماتها العقدية ، حيث أن هذا الإجراء يؤثر على حقوق الشركة المستثمرة ، وقد تواترت عقود النفط على تضمينها ما عرف بشرط الضمان ويرمي إلى استبعاد أيّاً من هذه الأعمال التي تنهي أو تعدل الاتفاق ، ويهدف هذا الحق إلى تقديم ضمان للمستثمر الأجنبي يكفل له حماية استثماراته ، مما يدفعه إلى دقة البحث والقيام بكافة العمليات الضرورية لتحقيق التنمية القصوى للمخزون البترولي ، فضلاً عن إسهامه في تشجيع انسياب الاستثمارات الأجنبية للدولة المضيفة ^(٣) .

(١) د. عز الدين عبد الله : المرجع السابق - ج ١ - ص ٦٢٨ وما بعدها ؛ د. عصام الدين بسيم : المرجع السابق - ص ٣٢ وما بعدها .

(٢) د. حفيظة السيد الحداد : العقود الدولية... الخ - مرجع سابق - ص ٢٣٦ وما بعدها ؛ د. عصام الدين بسيم : المرجع السابق - ص ٣٩

وما بعدها .

(٣) د. أحمد عبد الحميد عشوش : قانون النفط - مرجع سابق - ص ٢٠

وقد ذهب بعض الفقه^(١) إلى القول بأن هناك التزاماً ضمناً على عاتق الدولة المضيفة يقضي بضرورة احترام التزاماتها العقدية حتى لا يحدث إخلالاً بالنقطة وبحسن النية ، إلا أن هذا الحق لا يحول دون قيام الدولة بتأميم المشروع للمصلحة العامة مع تعويض عادل ، كما أنه لا يخل بحق الدولة المضيفة في تعديل عقودها عند توافر أسباب قانونية ، وهذا ما يطلق عليه بشرط الهروب الذي يسمح للدولة بأن تتحلل من التزاماتها دون أدنى صعوبة ، وإن لم يكن قد حدث هذا في الواقع العملي بسبب ما تحتويه العقود على نصوص في اللجوء إلى التحكيم لحسم المنازعات بين الطرفين .

ونحن نعتقد بأن شرط الضمان وضع في وقت كانت الكفة الاقتصادية تميل لمصلحة الشركات النفطية نظراً للأوضاع السياسية والاقتصادية المهيمنة على الدول النفطية ، أما في الوقت الراهن فإن الكفة أصبحت تميل لصالح الدول المضيفة وذلك بسبب زيادة عدد الشركات النفطية المنافسة من ناحية ووجود المنظمات النفطية التي غدت تتكلم باسم الدول المضيفة كمنظمة الأوبك مثلاً .

ويلاحظ أنه إذا كان هناك ثمة تعارض بين نص في عقد استثمار نفطي ونص في تشريع وطني معمول به عند توقيع عقد النفط مع المستثمر الأجنبي فإن هذا التعارض يمكن تسويته بتوجيه النص اللاحق الذي يتضمنه الاتفاق ، ذلك أن الاتفاقيات النفطية تمر بمراحل تشريعية وتصدر في شكل قانون خاص ، فإذا أصدرت الدولة تشريعاً داخلياً لاحقاً لعقد الاستثمار النفطي يؤثر على حقوق الطرف الأجنبي فإن هذا الإجراء غير مشروع ويرتب المسؤولية الدولية على الدولة المضيفة^(٢) .

ومن جانب آخر يرتبط بهذا الموضوع مشكلة الضمان والمزايا المقررة بمقتضى تشريع وضعي إذا ما أقدم المستثمر الأجنبي على استثمار أمواله في ظل قانون معين ثم قامت الدولة المضيفة بإلغاء أو تعديل هذا القانون وألحق ذلك ضرراً بالمستثمر الأجنبي ، ولعل الراجح في هذا المجال أن الضمان المقرر في تشريع داخلي لا يمكن أن يشكل في ذاته التزاماً دولياً على عاتق الدولة التي أصدرت التشريع ، ولا يُعتبر إلغاؤها أو تعديلها بالتالي خروجاً على أحكام القانون الدولي المتعلقة باحترام التعهدات الدولية ، ومن ثم يجوز للدولة أن تمتنع عن تنفيذ التزاماتها متى صارت تضر بمصالحها الحيوية^(٣) ، وإذا كان مجرد صدور تشريع جديد يعدل قانوناً نافذاً يلغي الضمان أو ينقص من المزايا الواردة فيه أو بما يضيف من أعباء جديدة على المستثمر لا يؤثر المسؤولية الدولية للدولة التي تحتفظ دائماً بحقوقها في تنظيم اقتصادها القومي فإن التشريع الجديد الذي تصدره الدولة قد يرتب مسؤوليتها الدولية بسبب مخالفته لقواعد القانون الدولي بما في ذلك الحد الأدنى لمتنع الأجانب بالحقوق^(٤) .

(١) د. هشام علي صادق : الحماية الدولية ... الخ - مرجع سابق - ص ٣٢ - فقره ٢٩ ، ص ٤٠ - الفقرتين ٣٧ ، ٣٨ ؛ د. أحمد عبد الحميد

عشوش : قانون النفط - مرجع سابق - ص ٢١ وما بعدها ؛ د. أسامة محمد عمارة : المرجع السابق - ص ٢١٧ وما بعدها .

(٢) د. هشام علي صادق : الحماية الدولية ... الخ - مرجع سابق - ص ٤٢ .

(٣) د. أسامة محمد عمارة : المرجع السابق - ص ٢١٧ وما بعدها .

(٤) د. محمد كمال فهمي : المرجع السابق - ص ٢٧٦ - ٢٧٧ .

ومما يذكر أن العديد من عقود النفط تشير إلى ما يُعرف بشرط الثبات التشريعي مثل عقد الامتياز الموقع بين حكومة الكويت وشركة الزيت العربية المحدودة عام ١٩٥٨م والذي أشار في مادته (رقم ٣٢) أن الحكومة تمتنع عن إبطال هذا الاتفاق بتشريع خاص أو عام أو بأية إجراءات إدارية أو بأي عمل آخر إلا بسبب ما هو منصوص عليه في المادة (رقم ٢٣)^(١) ، كذلك أشار عقد امتياز شركة هيسبانوبل مع حكومة الكويت عام ١٩٦٧م في مادته (رقم ٢٧) على شرط الثبات التشريعي ضمناً ، للمستثمر الأجنبي بمنع الحكومة من ممارسة حقها في إصدار تشريع خاص أو عام يمس هذه الاتفاقية إلا بحسب ما هو منصوص عليه في المادة (رقم ١٨) ، وهي تتعلق بحالات إنهاء الاتفاقية ، ولا يجوز إجراء أي تعديل أو تغيير على العقد إلا باتفاق أطرافه^(٢) .

ومما يذكر أنه عادة ما ينص في العقود الدولية على التزام الدولة المضيفة بتوفير الحماية المناسبة للاستثمارات الأجنبية سواء كانت تلك الحماية مقررّة بشكل عام أو كانت حماية موصوفة ، وقد أكدت محكمة العدل الدولية في مناسبات كثيرة في مسألة حماية المشروعات المشتركة أن النص الذي يقضي بالالتزام الدولة المضيفة بالحماية الكاملة والأمن وفقاً لمقتضيات القانون الدولي لا يمكن تفسيره في معناه الطبيعي والمعتاد على أنه يخلق مسؤولية قانونية كاملة على عاتق الدولة^(٣) ، ومن هنا كان حرص الشركات الأجنبية المستثمرة على ضرورة توفير المناخ الملائم لهذه الاستثمارات ، وأول شرط لتوفير هذا المناخ هو السعي إلى إيراد نص صريح في عقد الاستثمار النفطي يتضمن حماية وافية لأموالها ومعداتّها، وقد اشتملت عقود الامتياز التقليدية على هذا الشرط مثل عقد امتياز شركة نفط الكويت عام ١٩٣٤م حيث أشارت المادة (رقم ١٠) في ذلك العقد على التزام الكويت بتجهيز كافة وسائل الحماية للشركة ومستخدميها من السرقات ومن قطاع الطرق والتعدّي وتعهد الضرر^(٤) . ودولة الكويت حرصت على سن قوانين تعنى بالاستثمار فيها وفقاً لقواعد وأحكام تضمن استقطاب رؤوس الأموال الأجنبية^(٥)

ويرى بعض الفقه^(٦) أنه في غالب الأحيان تقوم هذه الشركات الأجنبية بإنشاء جهاز متخصص توكل إليه مهمة التأمين على الاستثمارات الخارجية ضد المخاطر غير التجارية التي قد تتعرض لها هذه الاستثمارات في الأقطار المضيفة مثل مخاطر التأمين ونزع الملكية أو تعرضها لمخاطر الحرب والفتن الداخلية .

(١) أنظر في امتياز شركة الزيت العربية المحدودة والمنشور في جريدة الكويت اليوم - المرجع السابق ؛ د. محمد يوسف علوان : النظام

القانوني ... الخ - مرجع سابق - ص ٣٥١ - حاشية رقم ٤ .

(٢) د. محمد يوسف علوان : النظام القانوني ... الخ - مرجع سابق - ص ٣٥٣ - الحاشية ؛ د. أحمد عبد الحميد عشوش - النظام القانوني

... الخ - رسالته السابقة - ص ١٦٤ وما بعدها .

(٣) د. هشام صادق : الحماية الدولية ... الخ - مرجع سابق - ص ٤٣ وما بعدها .

(٤) د. أحمد عبد الحميد عشوش : النظام القانوني ... الخ - رسالته السابقة - ص ٦١٥ وخصوصاً هامش رقم (٢) .

(٥) أنظر قانون الاستثمار الأجنبي الكويتي رقم (٣ لسنة ٢٠٠٠ م) .

(٦) د. هشام علي صادق : الحماية الدولية ... الخ - مرجع سابق - ص ٣٩٤ وما بعدها .

المطلب الثالث

التزامات الشركة الأجنبية

لأشك أنه بوجود رابطة بين الطبيعة القانونية المزدوجة لعقد الاستثمار النفطي وبين التزامات الشركة الأجنبية ، حيث تنشئ عقود الاستثمار النفطي على عاتق الطرف الأجنبي المتعاقد معها التزامات عديدة منها التعهد بتحقيق وإنجاز عقد النفط في المجال محل التعاقد بينهما ، على اعتبار أن هذا الالتزام هو الباعث على التعاقد ^(١) .

المطلب الرابع

حقوق الدولة المضيفة

إذا كنا قد انتهينا فيما سبق إلى وجود رابطة بين الطبيعة القانونية المزدوجة لعقد الاستثمار النفطي وبين حقوق والتزامات الشركة الأجنبية فإنه أيضاً توجد رابطة قوية بين تلك الطبيعة القانونية لعقد الاستثمار وحقوق الدولة المضيفة ، فلقد أصبح للدولة المضيفة مانحة العقد سلطات وحقوق هامة في إطار علاقاتها مع شركات النفط الأجنبية نتناولها تباعاً في خمسة فروع :

الفرع الأول : حق ملكية النفط المنتج وإعداده للتسويق :

لقد أصدرت الجمعية العامة للأمم المتحدة قرارات عديدة تؤكد مبدأ السيادة على الموارد الطبيعية، ولا يفرض القانون الدولي على الدولة المضيفة أي التزام قانوني بتمكين الشركة الأجنبية المستثمرة من ملكية النفط المنتج داخل إقليمها ، بل إنه على خلاف ذلك يعترف لكل دولة بحرية واسعة في تنظيم ملكية النفط واستغلاله وتسويقه داخل هذه الأقاليم ، وبحقها في وضع ما تشاء من قواعد وقوانين ^(٢) دون أن يكون في ذلك إخلالاً بقواعد القانون الدولي ، وهو المعنى الذي أكدته القرارات الصادرة من الجمعية العامة للأمم المتحدة ^(٣)، ونتيجة لذلك فإن الدولة المضيفة تملك سلطة تنظيم تحركات الأجانب خلال فترة إقامتهم داخل حدودها عند عدم وجود معاهدة تنص على ذلك ، وقد اشتملت غالبية عقود النفط على ضرورة قيام صاحب الامتياز بوضع برامج لتدريب العمالة الوطنية على الأعمال الفنية والإدارية المتخصصة لخلق مهارات متقدمة تسمح بتنفيذ الشروط العقدية الخاصة بإحلال المواطنين محل الأجانب ، وقد أشار عقد الامتياز الموقع بين دولة الكويت وشركة الزيت العربية المحدودة عام ١٩٥٨م على تعهد الشركة بأن يكون ٧٠% من عمالها وموظفيها داخل الكويت من الوطنيين الكويتيين أو أبناء الدول العربية و ٣٠% من الرعايا الأجانب ^(٤).

(١) انظر بنود اتفاقية ج.م.ع مع شركة اموكو للزيت - مصر - كنموذج في مؤلف أ. محمود محمد صبره : ... الإدارية - مرجع سابق -

ص ٤٥١ وما بعدها ؛ د. غسان رباح : المرجع السابق - ص ١٦٥ .

(٢) د. أسامة محمد عماره : المرجع السابق - ص ٣٥ وما بعدها ؛ د. أحمد عبد الحميد عشوش : النظام القانوني ... الخ - رسالته السابقة -

ص ٧٢ .

(٣) د. أسامة عماره : المرجع السابق - ص ٣٥ وما بعدها ؛ د. حسن عطية الله : رسالته السابقة - ص ٣٥ وما بعدها .

(٤) انظر اتفاقية امتياز شركة الزيت العربية المحدودة والمنشور في جريدة الكويت اليوم - المرجع السابق الإشارة إليه .

ويرى بعض الفقه^(١) أن هذا الحق ثابت للدول المضيفة ، وأنه من الأمور المتعارف عليها في عقد امتياز النفط ، وتعترف عقود النفط لصاحب الامتياز بهذا الحق بالقدر والمدى الذي تتطلبه عملياته ، وأكثر من ذلك تخول بعض الاتفاقيات صاحب الامتياز الحق في ملكية الأراضي المملوكة ملكية خاصة لأحد الأشخاص ، على أن يقوم بالاتفاق مع مالك الأرض على مقدار التعويض وفي حالة عدم بلوغ هذا الاتفاق تسهم الدولة المضيفة في تحقيق ذلك بأن تكتسب الأراضي الخاصة التي يحتاجها صاحب الامتياز لتنفيذ عملياته ، باعتبارها لازمة للمصلحة العامة ووضعها تحت تصرف صاحب الامتياز ، فالدولة ذات السيادة لها حق تنظيم الملكية في إقليمها ولها أن تضع القواعد والقيود التي تراها محقة لمصلحتها العامة الوطنية^(٢) .

ونحن نرى بأن على الدول النفطية أن تتضمن قوانينها ما يحرم امتلاك الشركات النفطية للنفط الموجود في باطن الأرض بل يتعين أن يعهد إليها الحق في استثمار النفط المنتج فقط .

الفرع الثاني : سلطة الرقابة والتوجيه على مختلف أوجه نشاط الشركات

للدولة الحق في أن تشرف على تنفيذ العقد المبرم بينها وبين الشركة المستثمرة من خلال مراقبتها للمتعاقد أثناء تنفيذ العقد للتأكد والتحقق من أن تنفيذه للعقد يتم وفق الشروط المحددة بالعقد ، وتتخذ الدولة سلطة الرقابة في صورتين :

الأولى : الاكتفاء بالمراقبة على مراحل التنفيذ وتذكير المتعاقد بشروط العقد .

الثانية : قيام الدولة من خلال أجهزتها الإدارية بتوجيه أعمال تنفيذية و اختيار طريقة التنفيذ التي تراها مناسبة^(٣) .

وحق الدولة في مراقبة تنفيذ العقد بالصورة الأولى مقررأ كمبدأ عام بالنسبة للعقود الإدارية سواء أكان ذلك منصوصاً عليه في العقد أم غير منصوص عليه ، أما حقها في الصورة الثانية فليس مقررأ كمبدأ عام في جميع العقود ، إذ أنه مقرر كمبدأ عام في عقود الأشغال العامة ولو لم ينص عليه في العقد ، أما في عقود التوريد فهو لم يتقرر كمبدأ عام في حالة عدم النص عليه في العقد ، أي أنه يصبح مقررأ كمبدأ عام عندما ينص عليه العقد^(٤) .

ويرى بعض الفقه^(٥) بأن حق الرقابة يسمح للدولة ممثلة بأحد أجهزتها الإدارية بأن تتدخل بدرجة تزيد على حد التأكد من سلامة تنفيذ العقد أثناء القيام به ، في حالة ما إذا استعملت الإدارة حق

(١) د. احمد عبد الحميد عشوش : قانون النفط - مرجع سابق - ص ١٤ ، ص ٥٥ وما بعدها ؛ د. أحمد عبد الحميد عشوش : النظام القانوني... الخ - رسالته السابقة - ص ٣٥ .

(٢) د. أحمد عبد الحميد عشوش : قانون النفط - مرجع سابق - ص ١٦-١٨ .

(٣) د. محمود خلف الجبوري : المرجع السابق - ص ١١٠ ؛ د. سراج حسين أبو زيد : المرجع السابق - ص ١٠٢ .

(٤) د. طعيمة الجرف : المرجع السابق - ص ١٤٩ ، ص ٥٣٠ وما بعدها .

(٥) د. سليمان محمد الطماوي : المرجع السابق - ص ٤٥٤ - ٤٥٥ ؛ د. طعيمة الجرف : المرجع السابق - ص ٣١ .

الرقابة للتدخل في أوضاع تنفيذ العقد وتغيير بعض الأوضاع ، وذلك في الحالات غير المنصوص عليها صراحةً في العقد ، لأن حق الرقابة غير حق التعديل ، ومن ذلك على سبيل المثال أن تتدخل الإدارة وتطلب استعمال طريقة في التنفيذ غير تلك التي يلجأ إليها المتعاقد مع الدولة ، وهنا تصبح الرقابة بمثابة توجيه المتعاقد " .

وقد أشارت المادة (رقم ٧) من القانون الفرنسي (رقم ١٢٩ / ١٩٤٧م) بشأن نظام التزامات المرافق العامة والمعدلة بمقتضى القانون (رقم ٤٩٧ / ١٩٥٤م) والقانون (رقم ١٨٥ / ١٩٥٨م) أنه "لما منح الالتزام أن يراقب إنشاء المرفق العام موضوع الالتزام وسيره من النواحي الفنية والإدارية والمالية، وله في سبيل ذلك تعيين من ينبون عنه في مختلف الفروع والإدارات التي ينشئها الملتزم لاستغلال المرفق ، ويختص هؤلاء المنوبون بدراسة تلك النواحي ، وتقديم تقرير بذلك لمانح الالتزام ، ويجوز بقرار من رئيس الجمهورية - بناءً على اقتراح الوزير مانح الالتزام أو المشرف على الجهة مانحة الالتزام أن يعهد إلى ديوان المحاسبة بمراقبة إنشاء المرفق وسيره من الناحية المالية ، أو أن يعهد بالرقابة الفنية والإدارية عليه إلى أية هيئة عامة أو خاصة ، كما يجوز للوزير المختص أن يقرر تشكيل لجنة أو أكثر من بين موظفي وزارته أو غيرها من الوزارات والهيئات العامة لتولي أمراً من أمور الرقابة على التزامات المرافق العامة ، وفي هذه الحالة يتولى ديوان المحاسبة أو الهيئة أو اللجنة المكلفة بالرقابة دراسة النواحي التي نيط بها رقابتها ، وتقديم تقرير بذلك إلى كل من الوزير المختص أو الجهة مانحة الالتزام ، وعلى الملتزم أن يقدم إلى نائبي الجهات التي تتولى الرقابة وفقاً للأحكام السابقة كل ما قد يطلبون من معلومات أو بيانات أو إحصاءات ، كل ذلك دون الإخلال بحق مانح الالتزام في فحص الحسابات أو التفتيش على إدارة المرفق في أي وقت" (١) .

ومن خلال هذا النص يتضح لنا أن العقود الإدارية في فرنسا تناولت مدى سلطة الدولة أو الإدارة في التدخل في أوضاع تنفيذ العقد ، وهنا يرى أستاذنا الجليل د. سليمان محمد الطماوي بأنه لا صعوبة في الأمر إذ تنفذ الشروط الواردة في النصوص التشريعية إذا لم ينص عليها في العقد ، وبالتالي يرى أن هذا الأمر يعتبر من النظام العام ، إذ لا يجوز للدولة أن تنتازل عن حقها في الرقابة كشرط يدون في العقد بينها وبين المتعاقد معها ، وقد رأينا فيما تقدم أن الفقه الغالب يذهب إلى أن السمة العامة لعقود النفط يغلب عليها الطابع الإداري وبالتالي حق الدولة في الرقابة والتوجيه .

وقد أكد القضاء الإداري المقارن صلة العقود الإدارية بالمرافق العامة ومنها مرفق النفط ، ومقتضيات هذه الصلة حيث استطردت تقول : "... و يترتب على ذلك أن للإدارة سلطة الإشراف والتوجيه على تنفيذ العقود الإدارية ، ولها دائماً حق تغيير شروط العقد وإضافة شروط جديدة بما قد يترأى لها أنه أكثر اتفاقاً مع الصالح العام دون أن يحتج الطرف الآخر بقاعدة أن العقد شريعة المتعاقدين ، كما يترتب

(١) د. سليمان محمد الطماوي : المرجع السابق - ص ٤٥٥ - ٤٥٦ .

عليها كذلك أن للإدارة سلطة إنهاء العقد إذا قُدرت أن هذا هو ما يقتضيه الصالح العام ، ولا يكون للطرف الآخر إلا الحق في التعويض إن كان له حق ، وذلك كله على خلاف الأصل في العقود المدنية " (١) .

الفرع الثالث : حق السيادة على الموارد الطبيعية

تعتبر السيادة الإقليمية من أهم المبادئ الرئيسية والمستقرة في القانون الدولي ، فإقليم الدولة يعتبر من أهم مقوماتها الأساسية (٢) حيث تمارس عليه سيادتها المطلقة في إطار القانون الدولي ، وجميع عناصر الإقليم وما يوجد به يعتبر ملكاً لها ، ولا يؤثر في ذلك نظام الملكية العامة أو الفردية الموجودة في كل دولة (٣) فحق ملكية الدولة لثرواتها الطبيعية تعتبر من النظام العام الدولي الذي لا يجوز مخالفته (٤) .

ولقد كان موضوع سيادة الدول على مصادر ثرواتها و مواردها الطبيعية من الموضوعات التي اهتمت بها الجمعية العامة للأمم المتحدة وصدرت بشأنه عدة قرارات تؤكد جميعها هذا الحق و تدعو الدول بالعمل على احترامه والالتزام به ، ففي ٢١ / ديسمبر / ١٩٥٢م أصدرت الجمعية العامة قراراً يؤكد سيادة الدولة وحريتها التامة في استعمال واستغلال ثرواتها الطبيعية وعدم خضوعها في ذلك لسيطرة دولة أخرى سواء بصورة مباشرة أو غير مباشرة (٥) ، وفي عام ١٩٥٥م أصدرت الجمعية العامة قراراً آخر بناء على اقتراح لجنة حقوق الإنسان ينص صراحة على حرية الشعوب بالتصرف في ثرواتها ومواردها الطبيعية ، بحيث لا يتعارض ذلك مع الالتزامات الناشئة عن التعاون الاقتصادي الدولي والتي تقوم على أساس القانون الدولي (٦) .

وفي ١٢ ديسمبر ١٩٥٨م أنشأت الجمعية العامة بمقتضى قرارها (رقم ١٣١٤) لجنة خاصة كلفت بدراسة موضوع السيادة الدائمة للأمم والشعوب على ثرواتها الطبيعية ، وكان تقرير اللجنة أساساً لصدور القرار (رقم ١٨٠٣) لسنة ١٩٦٣م الذي أعلنت فيه حق الشعوب والأمم في مباشرة سيادتها الدائمة على ثرواتها ومواردها الطبيعية ، ويُعتبر انتهاك هذا الحق منافياً لمبادئ ميثاق الأمم المتحدة ومعوقاً لتنمية التعاون الدولي وصيانة السلام (٧) .

ولا شك أن اهتمام الأمم المتحدة بموضوع التنمية الاقتصادية وتقرير حق الدول في السيادة الكاملة على ثرواتها الطبيعية والعمل على وضع نظام اقتصادي عالمي جديد (٨) ، يرجع أساساً إلى نجاح الدول النامية التي

(١) د. سليمان الطماوي : المرجع السابق - ص ٤٥٢ [حكم المحكمة الإدارية العليا الصادر في ٢ مارس ١٩٦٨ م (س١٣) - ص ٦٢٥] ؛ د. غسان رباح : المرجع السابق - ص ١٣ وما بعدها .

(٢) د. علي صادق أبو هيف : المرجع السابق - ص ١٠١ وما بعدها ؛ د. أحمد عبد الحميد عشوش : النظام القانوني .. الخ - رسائله السابقة - ص ٢٠٧ .

(٣) د. أسامه محمد عمارة : المرجع السابق - ص ٥٥ وما بعدها ؛ د. حسن عطية الله : رسائله السابقة - ص ٢٣ ، ص ٣٧ وما بعدها وخصوصاً ص ٣٩ .

(٤) مشار إليه في مؤلف د. حسن عطية الله : رسائله السابقة - ص ٤٩ وما بعدها وخصوصاً ص ٥٣ .

(٥) د. حسن عطية الله : رسائله السابقة - ص ٤٩ وما بعدها ؛ د. أحمد عبد الحميد عشوش : النظام القانوني .. الخ - رسائله السابقة - ص ٢٠٧ .

(٦) المرجع السابق - ص ٦٠ .

(٧) المرجع السابق - ص ٥٨ .

(٨) د. أسامه محمد عمارة : المرجع السابق - ص ٣٣ وما بعدها .

نالت استقلالها في عقد الخمسينات والستينات وتفوقها العددي على الدول المتقدمة صناعياً ، وقد صدرت عن الجمعية العامة عدة قرارات أخرى متتابعة تؤكد حق كل دولة المطلق والدائم على ثرواتها الموجودة في إقليمها البري والمائي التي تدخل في نطاق سيادتها وحقوقها في استخدام واستغلال تلك الثروات ، ومن أهم هذه القرارات القرار (رقم ٢١٥٨) الصادر في عام ١٩٦٦م ، وكذلك القرار (رقم ٢٦٩٢) الصادر في عام ١٩٧٠م^(١).

ولضمان الحماية القانونية صدر في عام ١٩٧٠م القرار (رقم ٢٦٢٥ د ٢٥٠) من الجمعية العامة للأمم المتحدة يدعو الدول إلى الامتناع عن اتخاذ أي إجراءات اقتصادية أو سياسية أو غيرها مما يشكل ضغطاً على دولة أخرى بهدف السيطرة على ممارستها بحرية لحقها في سيادتها على ثرواتها ومواردها الطبيعية أو بهدف الحصول منها على امتيازات من أي نوع فيما يتعلق باستغلال ثرواتها^(٢).

ومن الجدير بالذكر أيضاً أن الإعلان الصادر في ديسمبر ١٩٧٥م عن الجمعية العامة بإنشاء نظام اقتصادي دولي جديد قد ورد فيه أنه يركز على مبدئين أساسيين : هما المساواة في السيادة بين الدول والسيادة على مصادر ثرواتها ومواردها الطبيعية^(٣).

ويعني مدلول السيادة التي تتمتع بها الدولة على ما يوجد بإقليمها من ثروات وموارد طبيعية تمتعها بحقوق ملكية منفردة ومانعة لا تشاركها فيها دولة أخرى ، وحقوق الملكية في فقه القانون هي نظام يعطي الحق لصاحبه في استعمال الشيء موضوع الحق واستغلاله والتصرف فيه بكافة أنواع التصرفات ، وبخصوص استغلال النفط فهو ملك خاص للدولة المضيفة ، فلها حق سيادة على حقول وتركيبات النفط والغاز الموجودة على أراضيها ، فلا يؤثر عدم استغلالها لها على حقوقها ولا يعتبر عدم احتياجها على قيام دولة أخرى باستغلالها دون موافقتها تنازلاً عن هذه الحقوق^(٤).

ومن جانب آخر فإن للدولة دائماً مطلق الحرية في استغلال أو عدم استغلال الثروات النفطية الكامنة في إقليمها ، وهذا الحق ثابت لكل دولة ، ولا يلزم لممارسته اتخاذ أي خطوات قانونية معينة أو القيام بتصرف أو إجراء قانوني خاص^(٥).

الفرع الرابع : حق الدولة المضيفة في تقاضي فرائض مالية

توجد علاقة وثيقة بين الطبيعة القانونية المزدوجة لعقد الاستثمار النفطي وبين أحقية الدول المضيفة في تقاضي فرائض مالية ، حيث يقر القانون الدولي بحق الدولة ذات السيادة في فرض الضرائب والرسوم والأعباء المالية الأخرى ذات الطبيعة المماثلة على الأشخاص الطبيعية والقانونية المقيمة في إقليمها ، وعلى الأموال الواقعة في اختصاصها ، ويستوي في ذلك أن يكون المستثمر وطنياً أو أجنبياً طالما أن هناك صلة وثيقة تربط بين المستثمر ووعاء الضريبة^(٦).

(١) د. حسن عطية الله : رسالته السابقة - ص ١٣٢.

(٢) المرجع السابق - ص ١٣٣ - ١٣٤ ؛ د. محمد يوسف علوان : النظام القانوني ... الخ - مرجع سابق - ص ٣٧٠ - الحاشية .

(٣) المرجع السابق - ص ٤٧ - ٦٨ ؛ د. أسامة محمد عمارة : المرجع السابق - ص ٣٥ .

(٤) د. أسامة محمد عمارة : المرجع السابق - ص ١٦ - ١٧ وما بعدها .

(٥) المرجع السابق - ص ٣٣ وما بعدها .

(٦) د. عز الدين عبد الله : المرجع السابق - ج ١ - فقرة ١٨٤ - ص ٦٣٠ - ٦٣١ ؛ د. أحمد عبد الحميد عشوش : قانون النفط - مرجع سابق - ص ٢٤ وما بعدها ؛ د. أحمد عبد الحميد عشوش : النظام القانوني الخ - رسالته السابقة - ص ٢٤٦ وما بعدها .

كما إن الاستثمار النفطي ذو طبيعة تميزه عن الأنشطة الاستثمارية الأخرى ، وتتجلى هذه الطبيعة المميزة في طبيعة النشاط ذاته باعتباره اقتطاعاً لجزء من إقليم الدولة وفي المراحل المختلفة لصناعة النفط التي تبدأ بالبحث والاستكشاف واحتمالاته وتنتهي بالإنتاج وربما بتصنيع النفط المنتج ، وعلى ذلك تتعدد وتنوع الفرائض المالية التي تجنيها الدولة المضيفة من الطرف المستثمر بدرجة تميزها هي الأخرى عما تفرضه من أعباء مالية على أنماط الأنشطة الاستثمارية الأخرى .

ولعل من أبرز أنماط الفرائض المالية هي الرسم والإيجار والإتاوة أو الريع والضرائب ، وتثير هذه الأنماط مشاكل قانونية مثل مشكلة مدفوعات الإتاوة ومشكلة مناصفة الأرباح أو المشاركة العادلة في الأرباح^(١) .

وتشير الممارسات الدولية أنه قد وقعت اتفاقية امتثال لضريبة الدخل فيما بين أمير دولة الكويت الراحل الشيخ/ عبد الله السالم الصباح - طيّب الله ثراه - وشركة الزيت الأمريكية المستقلة من ديلور في الولايات المتحدة الأمريكية في ٢٩ / ٧ / ١٩٦١م أعلنت فيها الشركة طبقاً للمادة رقم ٣ من الاتفاقية امتثالها لضريبة الدخل المشار إليها بمقتضى مراسيم الدخل الكويتية وقانون ضريبة الدخل الكويتية للمنطقة المعنية ، وبأنها تنطبق عليها تماماً وبالشكل والنصوص ذاتها الواردة في تلك المراسيم^(٢) .

الفرع الخامس : حق الدولة المضيفة في تعديل عقد الاستثمار النفطي

ما يقابل حق الضمان لشركات النفط حق الدولة المضيفة في تعديل عقود الاستثمار النفطي ، ولا شك أن من أهم حقوق الدولة المضيفة حقها في تعديل عقد الاستثمار النفطي إذا وجدت ظروف من شأنها أن تجعل استمرار العقد بصورته الأولية يضر بمصالحها ، ويأتي هذا الحق متمشياً مع مبدأ السيادة على الموارد الطبيعية ، ومبدأ حق تقرير المصير للشعوب ، ومبدأ المصلحة الوطنية العليا ، ومبدأ تغيير الظروف ، ومن ثم الإبقاء على أوضاع ظالمة لا يمكن أن يستمر إلى ما لا نهاية ، إذ يأتي الوقت الذي لا بد وأن تتعدل فيه هذه العقود التي أبرمت في الحقبة الاستعمارية ، وأيضاً التي أبرمت في أعقاب التحرير من تلك الحقبة وما بها من شبهة استعمارية ، ولم تضع إرادة الدولة المضيفة في الاعتبار^(٣) .

فطبقاً للقرار (٣٢٨١) الصادر عن الجمعية العامة للأمم المتحدة في عام ١٩٧٥م والمتعلق بالحقوق والواجبات الاقتصادية للدول ، والذي أشار في مادته الثانية (لكل دولة الحق في تنظيم الاستثمارات الأجنبية بحسب قوانينها وأنظمتها وطبقاً لأهدافها وأولوياتها القومية)^(٤) ، وأشار القرار

(١) د.محمد يوسف علوان : النظام القانوني ... الخ - مرجع سابق - ص ١٨١ وخصوصاً هامش رقم (٣) ؛ د. أحمد عبد الحميد عشوش :

النظام القانوني ... الخ - رسائله السابقة - ص ٢٥٩ وما بعدها .

(٢) المجموعة الدائمة للقوانين الكويتية - ج ١- قانون ضريبة الدخل ، أحمد يوسف العيسى : اتفاقيات شركة الزيت الأمريكية المستقلة وفي الاتفاقية الملحق ص ٢٢-١ .

(٣) د. أسامة عمارة : المرجع السابق - ص ٢١٧ وما بعدها ؛ أ. محمود محمد صبره : ... الإدارية - مرجع سابق - ص ٣٥٥ ؛ د. أحمد

عبد الحميد عشوش : قانون النفط - مرجع سابق - ص ٢٦-٢٨

(٤) د. أسامة محمد عمارة : المرجع السابق - ص ٣٥ .

(رقم ١٨٠٣) الصادر في عام ١٩٦٢م عن الجمعية العامة على تمديد السيادة الدائمة لتشمل الثروات والمصادر الطبيعية للدولة المعنية كافة ، ويبدو أن الميثاق قد نحى منحى التوسع في مفهوم السيادة على الموارد الطبيعية ، وكان تطور هذا المفهوم للسيادة أحد الأسس القانونية المهمة التي استندت إليها الدولة المضيفة لتعديل ، بل إلغاء اتفاقيات الامتياز التقليدية^(١) .

ولا شك أن إعادة التوازن الاقتصادي لأطراف عقد الاستثمار النفطي مسألة هامة وضرورية من أجل تحقيق أكبر قدر من المساواة في الحقوق والالتزامات والاستمرار في المشروع ، ومن ثم أصبح من أحقية الدولة المضيفة أن تطلب تعديل اتفاقيات الامتياز النفطية التقليدية التي أبرمت في ظل ظروف سياسية فرضها الاحتلال الأجنبي ، ولم يكن لها إرادة حرة تستطيع أن تتفاوض على قدم المساواة مع طرف محتل ، وقد تمسكت الدولة المضيفة بمبدأ تغير الظروف أساساً لمطالبتها بتعديل عقود النفط التي أبرمتها وقت الاحتلال ، ويقصد بمبدأ تغير الظروف أنه إذا حدث تبدل جوهري في الظروف يعطى ذلك الطرف المضرور الحق بطلب إنهاء أو تعديل العقد أو الاتفاق ، ويميل معظم الفقه إلى الأخذ بنظرية تغير الظروف في القانون الدولي وإلى إمكانية تعديل عقود التنمية الاقتصادية^(٢) ، وطبقاً للفقرة الأولى من المادة (٩٥) من اتفاقية "فيينا" عامي ١٩٦٨م / ١٩٦٩م أنه لا يجوز الاستناد إلى التغير الجوهري غير المتوقع في الظروف التي كانت سائدة عند إبرام المعاهدة كسبب لإنهاء المعاهدة أو الانسحاب منها إلا إذا توافر الشرطين التاليين :

- ١- إذا كان وجود هذه الظروف قد كوّن أساساً هاماً لارتضاء الأطراف الالتزام بالاتفاقية .
- ٢- إذا ترتب على التغير تبديل ضروري بنطاق الالتزامات التي يجب أن تنفذ طبقاً للاتفاقية^(٣).

وفي القانون الداخلي فإن مبدأ تغير الظروف يفترض بقاء ظروف إبرام العقد على ما هي عليه ، فإذا تغيرت جاز تغيير أحكام العقد ، ويمثل هذا المبدأ استثناءً على مبدأ العقد شريعة المتعاقدين والقوة الملزمة للعقد^(٤) ، ومبدأ تغير الظروف مبدأ معمول به أيضاً في القوانين الوطنية ، حيث تشير المذكرة الإيضاحية للقانون المدني الكويتي أن الحكم الذي تقرره المادة (١٩٨) يضيف حماية فعالة على العاقد الذي بات بسبب ظرف طارئ لم يكن في الوسع توقعه مهدداً بخسارة فادحة يمس النظام العام ، ومن ثم يقع باطلاً كل اتفاق على ما يخالفه^(٥) ، ومعمول بمبدأ تغير الظروف في التحكيم الدولي ، حيث أيدت

(١) د. أحمد عبد الحميد عشوش : قانون النفط - مرجع سابق - ص ٢٦ ؛ د. أسامة عمارة : المرجع السابق - ص ٣٣- ٣٤ .

(٢) د. غسان رباح : المرجع السابق - ص ٨٩ ؛ د. أسامة محمد عمارة : المرجع السابق - ص ٢١٧ وما بعدها ؛ د. هشام صادق : الحماية الدولية ... الخ مرجع سابق - ص ٤٠-٤٢

(٣) د. أحمد عبد الحميد عشوش : قانون النفط - مرجع سابق - ص ٢٢٤ (حاشية رقم ٢).

(٤) د. إبراهيم الدسوقي أبو الليل : المرجع السابق - ص ٢٧٩ وما بعدها .

(٥) انظر نص المادة ١٩٨ في المذكرة الإيضاحية للقانون المدني الكويتي

محكمة التحكيم^(١) التي نظرت قضية " أمن أويل" بين الكويت وشركة " أمن . أويل " الأمريكية في ١٩٨٢م قرار الحكومة الكويتية في إنهاء عقد الامتياز الأصلي لهذه الشركة اعتماداً على مبدأ تغير الظروف ، وقد رأت محكمة التحكيم أنه من الضروري الأخذ بعين الاعتبار التطور الذي حدث فيما يتعلق بالامتيازات البترولية منذ ١٩٤٨م وأن المسألة لا تتعلق بتغيير عادي إنما هناك تحولات هامة اجتماعية وسياسية واقتصادية لم تكن في الحسبان وقت إبرام العقد^(٢) .

وعلى ذلك فالشروط الواجب توافرها للاستناد إلى التغيير الجوهرية في الظروف هي أن تكون هذه الظروف غير متوقعة عند إبرام المعاهدة وأن تكون أساساً هاماً دافعاً لعقدها وأن يترتب عليها تبدل جذري في نطاق الالتزامات التي لم تنفذ بعد^(٣) وذلك حتى لا تكون ذريعة تخفي من ورائها هدم مبدأ قدسية العقود والاتفاقيات ، ولا شك أن هناك تغييراً جوهرياً في الظروف ينطبق على عقود النفط التقليدية، حيث أبرمت في ظروف سياسية ، وهي وقوع الاحتلال والسيطرة الأجنبية ، وهذه الظروف قد تغيرت بحصول الدول المضيفة على الاستقلال ، ومن ثم فإن الأمر يدعو إلى مراجعة بنود عقود الامتياز التقليدية بشأن التزامات وحقوق أطرافه^(٤) .

وقد لجأت دولة الكويت إلى إنهاء عقود الامتياز القديمة ، حيث جاء في المذكرة الإيضاحية للمرسوم الأميري بقانون (رقم ١٢٤) لسنة ١٩٧٧م بإنهاء دولة الكويت لامتياز شركة "أمن.أويل" وقد سبقت الإشارة إلى أن اتفاقيات امتياز النفط الأولى في البلدان المنتجة له قد وقعت في ظروف تختلف اختلافاً كبيراً عنها في الوقت الحاضر ، ولم يكن لتلك الاتفاقيات أن تجاري التطورات التي حدثت منذ توقيعها ، وتتكيف والتغيرات الجذرية التي طرأت على طبيعة العلاقة بين أصحاب الامتيازات وحكومات البلدان المضيفة لهم^(٥) .

الخلاصة :

لقد أصبح من المسلم به اليوم أن عقود الامتياز التقليدية لا تتماشى مع عالم اليوم ، وأصبحت الدول المضيفة تسعى إلى تحقيق المشاركة في استثمار النفط ، حيث أن هذا النظام يحقق أهدافاً عديدة ، وهي أهداف ذات طبيعة مزدوجة بمعنى أن هناك حقوق والتزامات مترتبة على عاتق طرفي عقد الاستثمار النفطي ، وأنه ليس بوسع أي طرف أن يتحلل من التزاماته العقدية وإلاّ تحمل تبعه هذا الإخلال ، ومن ثم فإن التسليم بالطبيعة الدولية المزدوجة لعقد الاستثمار النفطي

(١) أ. عصمت محمد الخياط : رسالتها السابقة - ص ١٨٣ .

(٢) الرسالة السابقة - نفس الموضوع .

(٣) د. علي صادق أبو هيف : المرجع السابق - ص ٤٨٧ ؛ د. هشام صادق : الحماية الدولية ... الخ - مرجع سابق - ص ٤٠ وما بعدها .

(٤) د. محمد المؤيد : التكيف ... إلى موضوعها وأهدافها - مرجع سابق - ص ٨ .

(٥) انظر قريب من هذا المعنى د. هشام صادق : الحماية الدولية ... الخ - مرجع سابق - ص ٤٠ وما بعدها ؛ د. أسامة عمارة : المرجع السابق - ص ٢١٧ وما بعدها ؛ انظر المادة ١٩٨ من المذكرة الإيضاحية للقانون المدني الكويتي ؛ أ. عصمت محمد الخياط : رسالتها

السابقة - ص ١٨٣ ؛ د. إبراهيم الدسوقي أبو الليل : المرجع السابق - ص ٢٧٩ وما بعدها .

من شأنه أن يسمح للدولة المضيفة بالسيطرة على مصادر ثرواتها الوطنية عن طريق ما تمارسه من رقابة وسلطات داخلية على النحو المبين سابقاً ، ويضمن كذلك تدريب الخبرات الوطنية كما يسهل عملية التسويق الخارجية ، كما وبخصوص الطرف الأجنبي فإنه يمنح قدراً من الثقة والأمان ، ومن ثم فإن نظام المشاركة يعد من أبرز ملامح تعديل هذه العقود النفطية ولاقى قبولاً متزايداً .

ثم إنه يتضمن موضوعات عديدة متشابهة ذات طبيعة دولية مزدوجة ، وهذه الموضوعات يترتب عليها التزامات متبادلة على طرفي العقد ، وأن هذا العقد في جانب منه متعلق بالقانون الداخلي في الدولة المضيفة وجانب آخر متعلق بعناصر دولية تتعدى نطاق الدولة ، ومن ثم فإنه عقد ذو طبيعة دولية مزدوجة ، الأمر الذي سينعكس على طرق تسوية المنازعات التي تنور وهو ما نعرض له في الباب الثاني .

الباب الثاني

تسوية منازعات عقود

الاستثمار النفطي

تهديد وتقسيم

من الطبيعي أن تثور منازعات حول تنفيذ عقد الاستثمار النفطي ، خصوصاً وإنه عقد طويل المدة، فالخلاف أو النزاع أو المنازعة اصطلاحات كلها تؤدي إلى معنى واحد ، هو عدم وجود اتفاق حول مسألة من الواقع أو القانون ، ويترتب على عدم الاتفاق حول هذه المسألة تعارض في المصالح بين طرفي الخلاف أو النزاع ، ويقال أن كل خلاف دولي يحتاج إلى تسوية ، وخاصة في منازعات الاستثمار النفطي ، و ذلك على اعتبار أنه مهما كانت الصورة التي يستغل بها المستثمر الأجنبي الثروة النفطية فإن هناك منازعات قد تحدث بينه وبين الدولة المضيفة ، وهذه المنازعات تنشأ أياً كان نمط استثمار النفط المتبع في العلاقة بين الدول المنتجة وشركات النفط الأجنبية ، وذلك نتيجة عدم اتفاق الدول المضيفة والمستثمرين الأجانب على تغيير نصوص اتفاقيات الاستثمار النفطية أو لعدم قيام أحد أطراف هذه الاتفاقيات بتنفيذ الالتزامات المنصوص عليها ، وقد تنشأ كذلك في أعقاب لجوء الدولة المضيفة إلى تدابير تمس بعملية الاستثمار كتأميم ممتلكاته تأميناً جزئياً أو كلياً ، أو يكون من شأنها تقييد حرية حركته أو زيادة أعباءه المالية مما قد يرى المستثمر الأجنبي انتهاكاً لنصوص عقد الاستثمار ، ويثير التطبيق العملي لهذه القواعد خلافات عديدة بين الدولة المضيفة والمستثمر الأجنبي الخاص بشأن تحديد تفسير وتطبيق عقد الاستثمار أو عند تحديد حقوق و التزامات كل طرف تجاه الطرف الآخر أو بسبب نقض الدولة المضيفة لالتزاماتها وتعهداتها للمستثمر الأجنبي .

و من ثم فإن تسوية منازعات النفط تعتبر مطلباً ضرورياً ، و هاماً ، نظراً لكونها تؤثر بالسلب على الدولة المضيفة ، فضلاً عن تأثيرها على العلاقة الودية بين الدولة المضيفة و الدولة التي يحمل جنسيتها المستثمر الأجنبي ، فقد تضطر دولة الأخير للتدخل لحمايته ، و قد يتصاعد النزاع و يتخذ أبعاداً عدة ، و تسوية منازعات النفط مرجعها إرادة أطراف "عقد الاستثمار" إذ لا توجد طريقة ملزمة يتحتم اللجوء إليها في أغلب علاقات القانون الدولي الخاص .

وحيث أن المجتمع الدولي تعوزه وتتقصه درجة من الثبات والتنظيم والاستقرار التي يتمتع بها نظام تسوية المنازعات ، واعتبار أن القضاء الوطني هو الصورة المثلى بالنسبة للدولة المضيفة لحسم النزاع النفطي ، بيد أن القضاء ليس هو الأسلوب المفضل للمستثمر الأجنبي ، و الذي درج عليه العمل لتسوية منازعات الاستثمار النفطي وتبني فكرة التحكيم الدولي بأشكاله المختلفة لتسوية أغلب منازعاته . ومن هنا لا بد من تحديد كيفية تسوية منازعات عقود الاستثمار النفطي ، والبحث عن الوسائل الممكنة بما في ذلك الاتجاه للأخذ بوسيلة مستقلة محايدة فعالة يمكن اللجوء إليها لفض منازعات الاستثمار التي قد تنشأ بين المستثمر وبين الدولة المضيفة .

وكثيراً ما تنص عقود الاستثمار النفطي على طرق تسوية المنازعات التي قد تثور حولها ، وتلزم باللجوء إلى المفاوضات أولاً ، وعندما تفشل يتم اللجوء إلى طرق بديلة عديدة : تبدأ بالوسائل غير القضائية وتنتهي بالقضائية ، فالقانون الواجب التطبيق .

والتسوية القضائية تتم من خلال إما قضاء الدولة المضيفة أو قضاء دولة المستثمر أو قضاء دولة أخرى و إما قضاء دولي وقوانينها ^(١) ، وقد تتم من خلال التحكيم الدولي إذا اتجهت إرادة الأطراف اللجوء إليه ، و أشار إلى ذلك عقد الاستثمار النفطي الموقع بينهما. و تشير الممارسات الدولية أن اللجوء إلى القضاء أو التحكيم الدولي أمر مرهون بإرادة الأطراف المتعاقدة ^(٢) .

وبناء على ما سبق سنقسم هذا الباب إلى فصلين على النحو الآتي :

الفصل الأول : القضاء المختص بتسوية منازعات عقود الاستثمار النفطي .

الفصل الثاني : القانون الواجب التطبيق على عقود الاستثمار النفطي .

الفصل الأول

القضاء المختص بتسوية منازعات

عقود الاستثمار النفطي

تهديد وتقسيم :

في مرحلة التصدي للاختصاص القضائي بخصوصها ، فإنه يقصد بها تحديد الجهة القضائية المختصة بالفصل بالنزاع ، وهي التي يثار بمناسبة مسألة الاختصاص القضائي الدولي وسيطر طرق البحث إلى تحديد القضاء المختص من بين جهات قضاء الدول المتصلة بالنزاع .

ولقد كان من المنصور أن تتجه الجماعة الدولية إلى وضع تنظيم قانوني شامل يعهد بالاختصاص بتسوية المنازعات ذات العنصر الأجنبي إلى هيئة أو هيئات دولية تتميز عن السلطة القضائية الوطنية في

(١) د. أحمد عبد الحميد عشوش : النظام القانوني ... الخ- رسالته السابقة - ص ٣٢٣ ؛ انظر د. أسامة محمد عمارة : المرجع السابق - ص ٣٩٦ وما بعدها ؛ أيضاً فيما يخص التسوية القضائية عن طريق دولة ثالثة ، انظر قضاء محكمة عدن بشأن نزاع الشركة الانجلو إيرانية مع الحكومة الإيرانية عندما قامت الأخيرة بنزع ممتلكات الأولى دون تعويض في مؤلف د. هشام علي صادق : الحماية الدولية ... الخ - مرجع سابق - ص ٨٢ ، وكذلك ما يخص التسوية القضائية عن طريق القضاء الدولي انظر قضاء محكمة العدل الدولية بشأن نزاع بولندا لممتلكات بعض الرعايا الألمان في سيليزيا دون تعويض - في نفس المرجع - ص ٩٦ ، وما يخص التسوية القضائية عن طريق الدولة المضيفة للاستثمار انظر ص ١١٤ وما بعدها في هذه الدراسة ، وما يخص التسوية القضائية عن طريق دولة المستثمر فانظر حكم المحكمة الهولندية بشأن نزاع ملكية بعض الرعايا الهولنديون المستثمرين في إندونيسيا في مرجع د. هشام صادق : الحماية الدولية ... الخ - ص ٩٢-٩٣ .

(٢) د. أحمد عبد الحميد عشوش و د. عمر أبو بكر باخشب: النظام القانوني للاتفاقيات البترولية في دول مجلس التعاون الخليجي- دراسة مقارنة مع الاهتمام بالاتفاقيات و نظم البترول بالملكة العربية السعودية ١٩٩٠- ص ٣٣١ - ٣٣٥ ؛ د. اشرف عبد العظيم الرفاعي : اتفاق التحكيم والمشكلات العملية والقانونية في العلاقات الخاصة الدولية - دار الفكر الجامعي ٢٠٠٣ - ص ١٩ ، ص ٤٣ وما بعدها .

الدول المختلفة ، غير إن هذا التنظيم لم تصل إليه الجماعة الدولية حتى الآن ، ونتج عن ذلك انعقاد الاختصاص بالمنازعات ذات الطابع الأجنبي للمحاكم الوطنية في كل دولة تباشره إلى جانب اختصاصها الداخلي الأصيل بالنسبة إلى المنازعات ذات الطبيعة الوطنية البحتة ، مع مراعاة وجود صلة بين الدولة والنزاع المطروح أمام محاكمها .

وهناك حالات ينعقد فيها الاختصاص للقضاء الوطني للدولة بناءً على معايير معينة ، مثل معيار مكان الثروة النفطية ومعيار مكان نشأة الالتزام أو تنفيذه ، ومعيار موطن أو محل إقامة المدعى عليه ، أو معيار الجنسية الوطنية للمدعى عليه ونحوه .

وتحديد الاختصاص القضائي الدولي كثيراً ما يتسم بطابع سياسي وإقليمي حيث تدخل الجنسية الوطنية للمدعى أو للمدعى عليه في تحديد حالات الاختصاص الدولي للمحاكم الوطنية .

وقد اختلف الفقه في شأن إمكانية الاستعانة بقواعد الاختصاص الداخلي أو ضرورة بناء قواعد دولية بحتة بهذا الصدد ، وفي كل الأحوال فإن الاختصاص القضائي الدولي ينعقد لحسم النزاع في حالات عديدة مثل انعقاد الاختصاص لقضاء الدولة المضيفة أو المستثمر الأجنبي وانعقاد الاختصاص لقضاء دولة أجنبية ذات صلة بالعقد أو مختار ، وأخيراً قد ينعقد الاختصاص للتحكيم الدولي ، وهذا الأخير له صور عديدة هي التحكيم الخاص والتحكيم المؤسسي وأخيراً التحكيم الإقليمي .

وسنعرض في هذا الفصل حالات انعقاد الاختصاص القضائي الوطني في مبحث أول ، ثم حالات انعقاد الاختصاص القضائي الدولي في مبحث ثان .

المبحث الأول

حالات انعقاد الاختصاص الدولي

لحسم منازعات عقود النفط

من المعروف أن المنازعات القانونية ذات الطابع الوطني يعهد بالاختصاص في شأنها إلى السلطة القضائية في هذه الدولة بمحاكمها وهيئاتها القضائية المختلفة ، وفي نطاق هذا الاختصاص الداخلي يجري التنظيم القانوني في الدولة على توزيع مجالات النشاط في شأن المنازعات الوطنية البحتة على محاكم الدولة بدرجاتها المختلفة وفقاً لقواعد الاختصاص النوعي أو المكاني ، وسلطة الدولة في هذا الخصوص لا يمكن إنكارها حيث تباشر مظهر من مظاهر سيادتها على إقليمها .

ويذكر أن قواعد الاختصاص الولائي أو النوعي تسترشد بطبيعة النزاع لكي تعهد به إلى الهيئة القضائية الداخلية التي تكون محاكمها من حيث تشكيلها وبالنظر إلى القانون الذي تطبقه والإجراءات التي تتبعها ، إلى جانب طريقة اختيار قضاتها وتكوينهم العلمي هي الأقدر على تحقيق عدالة حقيقية .

ومن المتفق عليه أن المحكمة المختصة داخلياً بالنزاع ذو الطابع الأجنبي يتم تحديدها بعد ثبوت الاختصاص الدولي لقضاء دولة معينة على هدي قواعد الاختصاص القضائي الدولي وفقاً لأحكام

الاختصاص الداخلي في هذه الدولة ، وفكرة الاختصاص الوطني بما تعنيه من توفير المحكمة الأقرب إلى موطن الخصوم أو محل النزاع تتضمن مفهوماً إقليمياً أو مكانياً ، وتحديد هذا الاختصاص القضائي تحدده قوانين الدولة دون أن تأتمر في ذلك بقوانين الدول الأخرى ، ولا شك أن تحديد حالات الاختصاص القضائي الوطني بنظر النزاع الدولي مسألة هامة يسبق تعيين القانون الواجب التطبيق على هذه المنازعة ، فمن الواضح أنه حيث يثبت الاختصاص للمحاكم الوطنية فإنها تطبق قواعد تنازع القوانين الخاصة بدولتها ، فالقاضي منذ البداية ينظر إلى المنازعة المطروحة عليه في جملتها بحيث يربط ما بين اختصاصه وبين القانون الذي سوف يطبقه على موضوع هذه المنازعة .

ومما تجدر الإشارة إليه أن الهدف من تقرير اختصاص القضاء الوطني بنظر النزاع هو اعتبارات السكينة العامة وحسن أداء العدالة وتجنب إنكارها إلى جانب مراعاة التيسير على المتقاضين ، وكثير من الدول تفضل اللجوء إلى تسوية منازعات الاستثمار عن طريق محاكمها الوطنية حفاظاً على مبدأ السيادة^(١) .

وبناءً على ما سبق سنقسم هذا المبحث إلى مطلبين هما : -

المطلب الأول : انعقاد الاختصاص لولاية القضاء الوطني .

المطلب الثاني : انعقاد الاختصاص للتحكيم الوطني .

المطلب الأول

حالات انعقاد الاختصاص لولاية القضاء الوطني

من أركان الدولة الحديثة شعب — إقليم — سلطة سياسية تستطيع أن تمارس كافة مظاهر السيادة على الإقليم ، ومن مظاهر سيادة الدولة ممارسة سلطتها التشريعية والتنفيذية والقضائية ، وبخصوص سلطة القضاء فإن الدولة تمارس سلطتها القضائية ، ودور الاختصاص القضائي يتمثل في تحديد نطاق ممارسة الدولة لسلطتها القضائية على الأشخاص وعلى الإقليم ، فالاختصاص القضائي بمحاكم الدولة يمكن أن يشمل نطاقه مجموعة الأشخاص في الدولة من ناحية وأن يحيط مجاله بالامتداد المكاني للدولة أي إقليمها^(٢) .

ومن البديهي أن نشير إلى أنه يوجد مبدأ عام معترف به في كافة الأنظمة القانونية يقضي بأن قضاء الدولة هو أصلاً المختص بتسوية منازعات الاستثمار النفطية ما لم يكن هناك اتفاق عكس ذلك

(١) د. حسن عطية الله : رسالته السابقة — ص ٤٤٧ .

(٢) المرجع السابق — ص ٤٧ وما بعدها .

والتي يمكن أن تقع بين هذه الدولة والشخص الخاص المتعاقد معها سواء أكان طبيعياً أو قانونياً وطنياً أو أجنبياً^(١) .

وقد أكدت الجمعية العامة للأمم المتحدة في قرارها الخاص بالسيادة الدائمة على الثروات الطبيعية هذا المبدأ في قرارها (رقم ١٨٠٣) لسنة ١٩٦٢م وفي قرارها (رقم ٣١٧١) الصادر في ديسمبر عام ١٩٧٣م^(٢) حيث أشارت إلى اختصاص القضاء الداخلي في البت في المنازعات كافة التي يكون فيها التعويض المستحق عن التأميم محل خلاف بين الدولة المضيفة والمستثمر الأجنبي ، وأكدت أنه يمكن الرجوع إلى التحكيم والقضاء الدولي في حالة الاتفاق الصريح بين الأطراف المعنية .

وقد رأى جانب من الفقه^(٣) بأن عقود الاستثمار هي بمثابة اتفاقيات خاصة يختص القضاء الداخلي بتسوية كافة المنازعات التي تنجم عنها ، وأضاف أن إخضاع هذه العقود في القضاء الدولي يعني إنشاء أوضاع تمييزية لصالح المستثمرين الأجانب ، وذلك على اعتبار أن المستثمرين المحليين يخضعون تماماً للقانون المحلي ، والمستثمر الأجنبي بإمكانه اللجوء إلى محاكم الدولة المضيفة ما لم يكن هناك اتفاق على خلاف ذلك .

وعلى هذا الأساس فإن القضاء الوطني هو الجهة المختصة أصلاً بتسوية المنازعات النفطية التي تنشأ بين الدول المضيفة وشركات النفط الأجنبية ، غير أن مبدأ اختصاص القضاء الوطني بهذه المنازعات كان محل نقد المدافعين عن أوساط الأعمال ، وكانت وجهة نظرهم أن المستثمر الأجنبي عموماً وشركة النفط الأجنبية على وجه الخصوص قد تصطدم بمبدأ حصانة الدولة الذي قد يحول دون نظر المحاكم الداخلية في التصرفات التي تصدر عن سلطات هذه الدولة^(٤) .

ومن ناحية أخرى فإن النظام القضائي في الدولة المضيفة يختلف عن مثيله القائم في دولة المستثمر الأجنبي اختلافاً يصل أحياناً إلى حد التناقض ، وخاصةً حين تكون الدولة المضيفة من الدول حديثة العهد بالاستقلال ، أضف إلى ذلك أن المستثمر الأجنبي يجهل قوانين وإجراءات التقاضي في الدولة المضيفة ، ولا شك أن إحالة المنازعات إلى محاكم الدولة المعنية من شأنه انتهاك المبدأ الذي يقضي بالفصل بين وظيفة القاضي والخصم^(٥) .

(١) أنظر في ذلك : القانون الكويتي رقم ٥ لسنة ١٩٦١ بشأن تنظيم العلاقات القانونية ذات العنصر الأجنبي - مجموعة التشريعات الكويتية - ج ٨ .

(٢) د. أسامة محمد عمارة : المرجع السابق - ص ٣٤ وما بعدها وخصوصاً ص ٥٥ وما بعدها ؛ د. حسن عطية الله : المرجع السابق - ص ١٥٠ وما بعدها .

(٣) أنظر في هذا المعنى د. سامية راشد : دور التحكيم في تدويل العقود - دار النهضة العربية ١٩٩٠ - ص ٢٦ - ٢٨ ؛ د. مصطفى أحمد فؤاد : القانون الواجب التطبيق على العقد المبرم بين المنظمة الدولية وشخص القانون الداخلي - منشأة المعارف بالإسكندرية - بدون تاريخ - ص ٣١ ؛ قريب من هذا المعنى انظر : د. عصام الدين القصبي : المرجع السابق - ص ٩٩ .

(٤) د. عصام الدين القصبي : المرجع السابق - ص ٩٨ وما بعدها .

(٥) المرجع السابق - نفس الموضع .

ويرى بعض الفقه^(١) أن هناك صعوبة تتحقق بعدم وجود مساواة كاملة أمام محاكم الدولة المضيفة، الأمر الذي يصعب معه على المحاكم الداخلية بالدولة المضيفة ، تقديم الضمان الكافي لطمأنة المستثمر الأجنبي الخاص على نتيجة دعواه ، وأهم من ذلك قد تكون الهيئات القضائية الداخلية في الدولة المضيفة ممنوعة من التعرض لتصرفات دولتها ، وربما لا تتوافر فيها الكفاءة اللازمة للفصل في الموضوعات الفنية والقانونية التي غالباً ما تتضمنها عقود الاستثمار النفطي ، وأخيراً قد يكون ذلك راجعاً إلى تخلف القوانين الداخلية المنظمة لعقود الاستثمار وطرق تسويتها ، علاوة على ذلك أنه ليس من المرغوب فيه أن تكون الدولة المضيفة خصماً وحكماً في نفس الوقت ، وقد يتعاطف القضاء الوطني مع دولته .

وهذا الرأي لا يمكن قبوله في ظل التطورات الحالية في الدول المضيفة ، وخاصة في المجالات القضائية حيث يوجد في هذه الدول أنظمة قانونية متطورة ومحاكم وطنية لا تختلف كثيراً عن مثيلاتها في الدول المتقدمة ، ولذا فإن القضاء الداخلي في الدول المضيفة يمكن أن يقدم للمستثمرين الأجانب الضمانات اللازمة لإصدار أحكام موضوعية محايدة وملائمة ، كما أن الدول مسؤولة عن أعمال هيئاتها القضائية وإنكار العدالة ، مما يمكن معه أن يربّط المسؤولية الدولية^(٢) .

ولا شك أن هناك خطورة بالنسبة للدولة التي تتنازل عن اختصاص قضائها الداخلي الأصل ، وتكمن هذه الخطورة في إخضاع النزاع إلى قضاء وقواعد قانونية غير مستقرة ، خصوصاً وأن للدول المنتجة للنفط تجربة غير ناجحة مع التحكيم ، وعلى أي حال فإن الدول المضيفة للاستثمار النفطي تفرض على المستثمر في كثير من الأحيان الخضوع للقضاء الوطني باعتباره القضاء الأصل^(٣) .

ويذكر أن فنزويلا وإندونيسيا وهما من الدول الرئيسة المصدرة للنفط قد أخذتا بمبدأ اختصاص القضاء الوطني في تشريعاتهما النفطية مع شركات النفط الأجنبية ، وفي فرنسا نجد أن تقنين المعادن لعام ١٩٥٦م قد اعترف للمحاكم الإدارية فقط باختصاص النظر في المنازعات التي تولد بين الإدارة والأفراد^(٤) وكان قانون البترول الصحراوي الذي صدر في فرنسا عام ١٩٥٨ قبل حصول الجزائر على استقلالها ينص على أن المنازعات التي تنشأ بين السلطة مانحة الامتياز وأصحاب الامتيازات بشأن تطبيق اتفاقيات الامتياز يعود اختصاص الفصل فيها ابتداءً أو انتهاءً إلى مجلس الدولة الفرنسي بوصفه محكمة للفصل في القضايا الإدارية ، وجاءت المذكرة الإيضاحية للقانون المذكور (أنه تمشياً مع نفس الروح فقد رئي من المناسب أن تستند بشكل مباشر تسوية المنازعات المتعلقة بالاستغلال والنقل في خطوط الأنابيب

(١) أنظر قريب من هذا المعنى د. أحمد عشوش : قانون النفط - مرجع سابق - ص ٩٩ وما بعدها خصوصاً ص ١١٢ .

(٢) د. حامد سلطان و د. عائشة راتب و د. صلاح الدين عامر : المرجع السابق - ص ٣٠٢ وما بعدها ؛ د. علي صادق أبو هيف : المرجع السابق - ص ٣٢٢ وما بعدها .

(٣) د. أحمد عبد الحميد عشوش : قانون النفط - مرجع سابق - ص ٤٣ .

(٤) د. محمد يوسف علوان : النظام القانوني ... الخ - مرجع سابق - ص ٤٨٩ .

وكذلك المنازعات المتعلقة بالضرائب والريع الخاصة بهذه النشاطات إلى أعلى سلطة قضائية في المجال الإداري ألا وهو مجلس الدولة (١) .

وجاء في القانون العراقي (رقم ٢٠٠) لسنة ١٩٧٥م بتأميم الحصص الأجنبية المتبقية في شركة نفط البصرة "تختص المحاكم العراقية حصراً ووفقاً للقوانين المرعية في الجمهورية العراقية بالنظر في أي خلاف أو نزاع يتعلق بتنفيذ هذا القانون" .

ويلاحظ أن منظمة الأوبك قد أوصت الدول الأعضاء في المنظمة مراراً بالتنازل نهائياً عن التحكيم وبالاستعاضة عنه بحل وطني ، فقد أوضح القرار (رقم ١٦-٩٠) الذي صدر عن المنظمة في ١٦/ يونيو عام ١٩٦٨م أنه فيما عدا الحالات التي تنص القوانين الوطنية للدول الأعضاء على خلاف ذلك فإن كافة المنازعات التي تنشأ بين الدول الأعضاء وشركات النفط الأجنبية تدخل في الاختصاص المطلق للمحاكم الوطنية المختصة (٢) .

وهناك ضوابط ومعايير يمكن الاستناد إليها لتقرير الاختصاص القضائي الوطني بنظر المنازعات الدولية ومنها عقود النفط ولا شك في أن الأصل هو الاتفاق أو قانون خاص ينظم حسم تلك المنازعات ، بعضها شخصية وبعضها إقليمية ، وفي كل الأحوال يجب أن يتضمن اختصاص القضاء الوطني ثلاث حالات وهي :-

الفرع الأول : الضوابط المستمدة من التوزيع الدولي للأشخاص

فمن الضوابط المستمدة من فكرة التوزيع الدولي للأشخاص معيار الجنسية الوطنية للمدعى عليه ومعيار موطن أو محل إقامة المدعى عليه .

أولاً : معيار الجنسية الوطنية للمدعى عليه

يمكن أن يتقرر الاختصاص الدولي لمحاكم الدولة اعتداداً بأن أحد الخصوم في المنازعة يتمتع بجنسية هذه الدولة ، ويقوم ضابط الاختصاص حينئذٍ على اعتبار سياسي يتمثل في انتماء هذا الخصم بجنسيته إلى الدولة ، وبما أن ولاية القضاء هي مظهر لسيادة الدولة ، تمارسه على سائر الأشخاص المتمتعين بجنسيتها فمن المقبول أن تختص محاكمها بالمنازعة الدولية إذا كان بين أطرافها من هو وطني ، وقد غالت بعض التشريعات المقارنة فأعملت ضابط الجنسية كمعيار عام للاختصاص الدولي للمحاكم الوطنية سواء كان الوطني الخصم في المنازعة مدعياً أم مدعى عليه ، ومن ذلك التشريع الفرنسي (٣) وبناءً على هذا الضابط تختص محاكم تلك الدولة والتي ينتمي لها بجنسيته بالدعوى التي تقام عليه (٤) .

(١) المرجع السابق - ص ٤٩٠ .

(٢) د. عصام الدين القسبي : المرجع السابق - ص ٥٠ (حاشية رقم ٥٧) ، ص ٩٩ ؛ د. محمد يوسف علوان : الاتجاهات الحديثة ... الخ - مرجع سابق - ص ١٧٠٧ ؛ د. محمد يوسف علوان : النظام القانوني ... الخ - مرجع سابق - ص ٣٣٧ وخصوصاً هامش رقم (٤) .

(٣) د. عز الدين عبد الله : القانون الدولي الخاص - تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدوليين - ج ٢ - ط ٦ / ١٩٦٩م - دار النهضة العربية - ص ٦٤٥ - وخصوصاً الهامش رقم (٢) ؛ د. محمد عبد الله المؤيد : القانون الدولي الخاص - ط ١ / ١٩٩٨م - ١٩٩٩م - ص ٢١ .

(٤) د. عز الدين عبد الله : المرجع السابق - ص ٦٤٥ .

ويؤيد فريق من الفقه المصري^(١) بناء الاختصاص على ضابط جنسية المدعى عليه أو موطنه باعتبار أنه يحقق مصلحة المدعى عليه المصري تأسيساً على الوضع الغالب وهو توطن المصريين في بلدهم ، ويرى هذا الاتجاه أن تقرير هذا الاختصاص يتفق مع قاعدة عامة من قواعد الاختصاص في قانون المرافعات وهي أن المدعي يتبع المدعى عليه " وأيضاً توفير الرعاية الواجبة للمدعى عليه والتي تملئها الاعتبارات التي تحيط ميدان المعاملات الدولية وتؤثر في تعيين القانون الواجب التطبيق والمحكمة المختصة ، وهي اعتبارات العدالة وحاجة المعاملات الدولية " ^(٢) إلا أن تقرير اختصاص محاكم الدولة بنظر النزاع لمجرد أن المدعي يحمل جنسيتها قد لاقى هجوماً عنيفاً نظراً لأنه يتعارض مع المفهوم الحديث للاختصاص القضائي المستند إلى فكرة تحقيق العدالة وفض المنازعات وتوفير الأمن والسكينة في الدولة بغض النظر عن جنسية الخصوم ووطنيين أم أجانب ، هذا إلى جانب أن تخويل المدعي الوطني هذا الامتياز يخل بالحماية الواجبة للمدعى عليه وهذا ما تأخذ به حالياً المادتان (١٤ ، ١٥) من القانون المدني الفرنسي حتى الآن ^(٣) .

ولم يلق تقرير الاختصاص الدولي للمحاكم الوطنية على أساس كون المدعى عليه يحمل جنسية الدولة نقداً مثل النقد الموجه لضابط جنسية المدعي .

إلا أن الأمر هنا يتعلّق بالمدعى عليه والأصل فيه براءة الذمة ، كما أن الأولى أن يسعى إليه المدعي ، أي أن يقيم هذا الأخير دعواه أمام محاكم دولة المدعى عليه .

غير أن تقرير الاختصاص بمحاكم الدولة لمجرد أن المدعى عليه وطنياً ، يؤدي إلى مساوئ عملية كثيرة خاصة إذا لم يكن لهذا المدعى عليه رابطة مادية حقيقية بإقليم الدولة من موطن أو محل إقامة فيها أو أموال موجودة بها ، ذلك أن انعدام مثل هذه الرابطة سوف ينفي في الغالب كل قيمة عملية للحكم الذي قد يصدر ضده ، حيث لن يتسنى كفالة آثار هذا الحكم في الدولة ، وهو الوضع الذي يتعارض مع فكرة الفاعلية المعمول بها في تقرير الاختصاص الدولي ، وهذا الاتجاه لا يستجيب للأساس الحقيقي الذي يقوم عليه توزيع الاختصاص القضائي بين الدول وليس من شأنه تحقيق مصلحة المدعي أو حماية المدعى عليه ^(٤) .

وقد أقر التشريع الكويتي في قانون المرافعات المدنية والتجارية ضابط جنسية المدعى عليه حيث نصت المادة (٢٣) من ذات القانون على الآتي : "تختص المحاكم الكويتية بنظر الدعاوى التي ترفع على الكويتي والدعاوى التي ترفع على الأجنبي الذي له موطن أو محل إقامة في الكويت" ، فإذا كان المدعى عليه يحمل الجنسية الكويتية اختصت المحاكم الكويتية في نظر الدعاوى المقامة عليه وليس من

(١) د. عز الدين عبد الله : المرجع السابق - ص ٦٤٧ - الهامش رقم (١) ؛ د. محمد كمال فهمي : المرجع السابق - فقرة ٤٧٢ - ص ٦٣٥ .

(٢) د. عز الدين عبد الله : لمرجع السابق - ص ٦٤٥ وما بعدها .

(٣) د. أحمد ضاعن السمدان : القانون الدولي الخاص الكويتي ١٩٩٨ - ص ٣٧٨ .

(٤) د. محمد عبد الله المؤيد : القانون الدولي الخاص - مرجع سابق - ص ١٥ .

الضروري لإعمال هذه القاعدة أن يكون المدعى عليه الكويتي مقيماً في الكويت عند رفع الدعوى فلو أن كويتياً توطن أو أقام في الجمهورية اليمنية مثلاً وتزوج هناك أو تعاقد على شراء مال منقول فيستطيع المدعي ولو كان أجنبياً أن يرفع دعواه في الكويت وتكون المحاكم الكويتية مختصة ، فليس للموطن الأجنبي أو محل الإقامة الأجنبي بالنسبة للدعوى المرفوعة على الكويتي أي اثر في اختصاص محاكم الكويت كأساس لاختصاص المحاكم الكويتية ^(١) .

ثانياً : معيار مكان أو محل إقامة المدعى عليه

وننوه بأن هذا المعيار لا يمكن الاستعانة به في عقود النفط لأنها مبنية على قانون خاص ينظمها ولكن قد لا يرد قانون خاص في هذه المسألة ومن ثم يكون من العملي هذا المعيار .

يعتبر موطن المدعى عليه من أهم الضوابط التي يقوم عليها الاختصاص القضائي الدولي في دول العالم كافة ، ومعظم التشريعات الحديثة قد أخذت بهذه القاعدة ، فمن المتصور أن يتقرر ثبوت الاختصاص الدولي لمحاكم الدولة على أساس أن لأحد الخصوم في المنازعة موطن في هذه الدولة ويستند ضابط الموطن في هذا الصدد إلى قيام رابطة مكانية أو إقليمية بين هذا الخصم وإقليم الدولة بما ييسر اختصاص محاكمها بنظر المنازعة التي يكون هو طرف فيها ، لذلك يقال عادة تبريراً للأخذ بذلك الضابط أن ممارسة سلطة القضاء في الدولة كمظهر من مظاهر السيادة تقوم على أساس الإقليمية ، وبالتالي فلا غرو أن تباشر الدولة هذه السلطة على الأشخاص التابعين لها إقليمياً أي المتوطنين فيها ^(٢) .

ويقصد بالإقليمية في مجال الاختصاص القضائي الدولي قيام رابطة مكانية بين الشخص والدولة التي يكشف عنها توطنه في الدولة ، ومن ثم ارتباطه نشاطاً ومصلحياً بها ، مما يجعل من الملائم أن تختص محاكمها بالمنازعات الدولية التي يكون هو طرفاً فيها ^(٣) .

ويلقى ضابط الموطن ترحيباً من عموم الفقه ، ومرجع ذلك أن فكرة الموطن هي أقرب اتصالاً بطبيعة الدعوى أو المنازعة القضائية ، باعتبار موطن الخصم هو المكان الذي يتجمع فيه عادة نشاطه وتبتلور فيه مصالحه ، لذلك تبدو محكمة الموطن ملائمة لفض النزاع في المصالح ، فالمدعى عليه يعتبر بريء الزمة حتى يثبت العكس ، وليس من العدل أن يتحمل مشقة الانتقال إلى محكمة غير محكمة موطنه قبل أن تثبت مسؤوليته ^(٤) .

إلا أن الأخذ بفكرة معيار الموطن تعترضه بعض الصعوبات هي عدم التحديد الذي يشوب فكرة الموطن ذاتها تبعاً للتصورات المختلفة التي تأخذ بها التشريعات المقارنة ، فالموطن في المجال الدولي يواجه مراكز إنسانية تختلف عن تلك التي يعرفها القانون الداخلي ، أما في القانون الداخلي فعادة ما يثبت

(١) أنظر في ذلك المذكرة الإيضاحية لقانون المرافعات المدنية والتجارية الكويتي - ص ١٧٧ - ١٨٠ .

(٢) د. عز الدين عبد الله : المرجع السابق - ج ٢ - فقرة ١٧١ - ص ٦٤٢ وما بعدها وخصوصاً ص ٦٤٥ وما بعدها .

(٣) المرجع السابق - ص ٦٤٧ - ٦٤٨ .

(٤) د. محمد عبد الله المؤيد : القانون الدولي الخاص - مرجع سابق - ص ١٨ .

الموطن بصورة محددة وبدقة ، ومن هنا لا بد من العمل على إبراز فكرة الموطن في القانون الدولي في تصوير يختلف عن القانون الداخلي (١) .

ورغم هذه الصعوبات فإن ضابط الموطن قد أخذ به في مجال الاختصاص الدولي ، وصار ثبوت هذا الاختصاص للمحاكم الوطنية متى كان للمدعى عليه موطن أو محل إقامة في هذه الدولة . ومن الطبيعي أن ضابط موطن المدعي لا يصلح لتقرير الاختصاص الدولي لمحاكم الدولة ولا يلقي قبولاً من الفقه ، فالأساس أن يسعى المدعي إلى محكمة المدعى عليه وليس العكس ، فالأصل في الإنسان براءة الذمة وأن يسعى إليه من يدعي العكس (٢) .

ومن هنا لاقى معيار انعقاد الاختصاص الدولي لمحاكم الدولة إذا كان يوجد فيها موطن المدعى عليه ترحيباً من الفقه والعمل الدولي ، باعتبار أن سيادة الدولة تقضي بخضوع المدعى عليهم المتوطنين بإقليمها لولاية محاكمها بغض النظر عن جنسيتهم ، سواء كانوا وطنيين أم أجنب (٣) .

والاعتبارات التي تؤدي إلى استبعاد معيار موطن المدعي تعد دليلاً كافياً للأخذ بمعيار موطن المدعى عليه (٤) ، لأن الحكم الذي يصدر لصالح المدعي لن يكون له فاعلية ، وفي نطاق الدولة التي يوجد بها موطن المدعى عليه فإنها ترفض تنفيذ الحكم الأجنبي الصادر في ظل تلك الأوضاع لأن محاكمها كانت الأولى بالاختصاص ، ومن ثم فإن محكمة المدعى عليه تبدو هي الملائمة لنظر النزاع استناداً إلى فكرة الفاعلية .

وكثيراً من التشريعات تتجه إلى الاستعانة بقرينة تقوم إلى جانب ضابط موطن المدعى عليه ويتوازى معه هو ضابط محل إقامة المدعى عليه ، بحيث يعتبر توافر إحداها كافياً لانعقاد الاختصاص القضائي (٥) .

وينثور التساؤل حول المقصود بموطن المدعى عليه ، ويعتبر تحديد معنى الموطن مسألة تكييف يحكمها القانون الذي يحكم التكييف ، وكما هو معلوم هو قانون القاضي المعروض عليه النزاع (٦) .

وطبقاً للمادة (٤٠) من القانون المدني المصري : الموطن هو المكان الذي يقيم به الشخص عادة ، يطلق عليه الموطن العام ، والذي يختلف عن الموطن الخاص وهو المكان الذي يباشر به الشخص تجارة ، أو حرفة وقد يكون للشخص موطن مختار والذي يختاره لتنفيذ عمل قانوني معين (٧) ، ومن

(١) د. عز الدين عبد الله : المرجع السابق - ج ٢ - ص ٦٤٥-٦٤٦ .

(٢) د. محمد عبد الله المؤيد : القانون الدولي الخاص - مرجع سابق - ص ١٧٤ د. عز الدين عبد الله : المرجع السابق - ج ٢ - ص ٦٤٥ وما بعدها .

(٣) د. عز الدين عبد الله : المرجع السابق - ج ٢ - ص ٦٤٦ .

(٤) د. محمد عبد الله المؤيد : القانون الدولي الخاص - مرجع سابق - ص ١٩ .

(٥) المرجع السابق - نفس الموضع .

(٦) د. أحمد ضامن السمدان : المرجع السابق - ص ٣٨٨ .

(٧) الوكيل هو موطننا مختاراً من قبل الموكل فعلى سبيل المثال مكتب المحامي هو موطننا مختاراً لموكله .

المعلوم أن الإقامة تختلف عن الموطن إذ يقصد بالإقامة ذلك الوجود المادي للشخص في مكان ما دون النظر إلى نية البقاء أو الاستمرار فيه ، أما الموطن فيحتوي على عنصرين : أحدهما مادي وهو الإقامة الفعلية ، والآخر معنوي وهو نية البقاء ^(١) .

والاتجاه الحديث في القانون الدولي الخاص يسوّي بين الموطن ومحل الإقامة ، نقادياً للخلافات التي تثيرها الأفكار المتعارضة لمفهوم الموطن في الأنظمة القانونية المختلفة ومنها الجمهورية اليمنية ^(٢) ، ومن النظم القانونية ما يكفي لعقد الاختصاص لمحاكم الدولة لمجرد الوجود العارض طالما تم الإعلان بالدعوى أثناء الوجود بإقليم الدولة ^(٣) وطبقاً للمادة ٢٣ من قانون المرافعات الكويتي تختص المحاكم الكويتية بالنظر الدعاوى التي ترفع على أجنبي إذا كان له موطن أو محل إقامة في الكويت ، فالموطن هو المكان الذي يقيم فيه الشخص عادة بنية الاستقرار أو يتخذ مركزاً لأعماله الرئيسية بصفة دائمة ، فهو رابطة واقعية تربط الشخص طبيعياً كان أم اعتبارياً بإقليم الدولة ومن ثم تختص المحاكم الكويتية بنظر الدعوى التي ترفع على الأجنبي إذا كان مدعى عليه وله محل إقامة في الكويت ^(٤) ، ولقد استثنت المادة (رقم ٢٣) الدعاوى المتعلقة بعقار واقع بالخارج من اختصاص محاكم الكويت بقولها : (وذلك كله فيما عدا الدعاوى العقارية المتعلقة بعقار واقع في الخارج) .

الفرع الثاني : الضوابط المستمدة من فكرة الإقليمية

يقصد بالإقليمية في مجال الاختصاص القضائي الدولي الرابطة القائمة إقليمياً بين دولة ما ومنازعة معينة توصلاً للقول باختصاص محاكم الدولة بهذه المنازعة ، فهناك رابطة إقليمية بين المنازعة والدولة ، الأمر الذي يسمح في النهاية ببلورة معايير مختلفة تقوم على هذا المعنى الإقليمي ، باعتبار أن محاكم الدولة تستطيع السيطرة قضائياً على هذه المنازعة بما يتلاءم مع فكرة الفاعلية ، وهناك ضوابط تدعم فكرة الإقليمية منها : -

أولاً : ضابط مكان الثروة النفطية

يعتبر اختصاص محاكم الدولة بالمنازعات المتعلقة بمال موجود على إقليمها من أكثر القواعد رسوخاً في مختلف الدول ، ذلك أن وجود المال بإقليم الدولة يكشف عن ارتباط النزاع بإقليم الدولة ، ويعبر عن سيطرتها الفعلية على موضوع النزاع ، الأمر الذي يجعل هذه المحاكم أقدر من غيرها على الفصل بالنزاع المتصل بالمال وعلى اتخاذ إجراءات للمحافظة عليه والمعاينة والخبرة ^(٥) ، لملائمة تقرير الاختصاص الدولي لها ^(٦) .

(١) أنظر المذكرة الإيضاحية لقانون المرافعات المدنية والتجارية الكويتية - مادة (٢٣) .

(٢) د. عز الدين عبد الله : المرجع السابق - ج ٢ - فقرة ١٨٠ - ص ٦٧٥ وما بعدها وخصوصاً ص ٦٨١ مع الهامش رقم (٣) ؛ د.

محمد عبد الله المؤيد : القانون الدولي الخاص - مرجع سابق - ص ١٩ وما بعدها .

(٣) أنظر المذكرة الإيضاحية لقانون المرافعات المدنية والتجارية الكويتي ؛ د. محمد المؤيد : القانون الدولي الخاص - المرجع السابق - نفس الموضع .

(٤) أنظر المادة ٢٣ من قانون المرافعات المدنية والتجارية الكويتي .

(٥) د. محمد كمال فهمي : المرجع السابق - فقرة ٤٢٦ - ص ٥٦٨ - ٥٦٩ ؛ د. عز الدين عبد الله : المرجع السابق - ج ٢ - فقرة ١١٣

- ص ٣٤٣ وما بعدها وخصوصاً ص ٣٨٤ .

(٦) د. محمد عبد الله المؤيد : القانون الدولي الخاص - مرجع سابق - ص ٢٣

ويمكن القول أن وجود المال محل النزاع في إقليم الدولة من شأنه توفير رابطة إقليمية بين النزاع والدولة ، ومن هنا كان من المقرر ثبوت الاختصاص للمحاكم الوطنية بالنسبة للمنازعات المتعلقة بالثروة النفطية بها .

وطبقاً للمادة (٢٤) من قانون المرافعات الكويتي تختص المحاكم الكويتية بنظر الدعاوى المرفوعة بالكويت على أجنبي ولو لم يكن له موطن أو محل إقامة فيها (إذا كانت الدعوى متعلقة بعقار أو منقول موجود في الكويت) ، ويلاحظ أن نص المادة ٢٤ مرافعات قد ساوت بين العقار والمنقول في كل الحالات على عكس ما كان ينص عليه القانون (رقم ٥ لسنة ١٩٦١م) حيث ساوى في نص المادة (رقم ١٣) بين العقار والمنقول في الدعاوى المتعلقة بالمسائل المدنية والتجارية ولكنه كان قد قصر اختصاص القضاء الكويتي على العقار الموجود في الكويت دون المنقول .

ولا شك في أن النفط أصبح سلعة استراتيجية يتحكم فيها السوق الدولي سواءً بالنسبة للدول المصدرة أو المستهلكة . ومع ذلك قد يتصور حدوث نزاع بين الدولة النفطية وشركة النفط حول ملكية البترول ، كما هو الحال في عقود الامتياز التي تعطي للشركة حق تملك النفط وعند التأميم يثور النزاع حول ملكية المخزون الاستراتيجي من النفط فهو مملوك للدولة أم للشركة .

ثانياً : ضابط مكان نشأة الالتزام أو تنفيذه

من المعلوم أن الارتباط الإقليمي بالدولة يتحقق متى كان مصدر الالتزام قد نشأ فيها أو كان تنفيذ هذا الالتزام واجباً في إقليم هذه الدولة ، كما لو كان العقد قد أبرم في الدولة أو واجب تنفيذه فيها أو كان التصرف أو العمل غير المشروع قد وقع فيها ، فوجود محل الالتزام بإقليم الدولة إنما يعبر عن ارتباط هذا الالتزام بالدولة يجعل محاكمها أكثر قدرة على الفصل في المنازعات الناجمة عن هذا الالتزام وعلى كفالة الآثار المترتبة على الحكم الصادر في النزاع ، ففي هذه الأحوال يبرر الارتباط الإقليمي تقرير الاختصاص بالمنازعة لمحاكم الدولة وبالتالي فاعلية الأحكام الصادرة عنها ^(١) .

وطبقاً لنص المادة (رقم ٢٤/ب) من قانون المرافعات الكويتي فإن محاكم الكويت تختص بنظر الدعاوى المرفوعة على أجنبي ولو لم يكن له في الكويت موطن أو محل إقامة إذا تعلقت بالالتزام نشأ أو نفذ في الكويت أو كان تنفيذه مشروطاً فيها ، يستوي في ذلك أن يكون مصدر الالتزام تصرفاً قانونياً كالعقد مثلاً أو واقعة مادية كعمل غير مشروع ، ولم يفرق النص بين ما إذا كانت المنازعة تتعلق بالأحوال الشخصية أم بالمسائل التجارية أو المدنية بينما كان القانون (رقم ٥) لسنة ١٩٦١م يقصر اختصاص المحاكم الكويتية في مثل هذه الحالات على المسائل المدنية والتجارية دون مسائل الأحوال الشخصية ^(٢) .

(١) د. محمد عبد الله المؤيد : القانون الدولي الخاص - مرجع سابق - ص ٢٢ ؛ د. هشام خالد : القانون القضائي الخاص الدولي - دار الفكر

الجامعي ٢٠٠١ - ص ٦٨ .

(٢) انظر المادة ٢٤ /ب من قانون المرافعات المدنية والتجارية الكويتي .

ولم يفرق المشرع الكويتي بين كون الالتزام عقدياً أم غير عقدي^(١) ففي كلتا الحالتين ينعقد الاختصاص للمحاكم الكويتية إذا كانت الكويت هي محل الالتزام ، وذلك حتى لو لم يكن المدعى عليه متوطناً في الكويت ، ويكون الالتزام عقدياً إذا كان العقد أو التصرف المنشئ للالتزام قد أبرم في الكويت، كذلك تعتبر الكويت محلاً للالتزام إذا كان قد تم تنفيذه في الكويت أو كان هذا التنفيذ واجباً فيها ، وبالتالي ينعقد هذا الاختصاص للمحاكم الكويتية ، وبصرف النظر عن انعقاد الاختصاص بمحاكم دولة أجنبية في نفس الوقت^(٢) .

كما ينعقد الاختصاص أيضاً للمحاكم الكويتية إذا كانت الكويت محل الالتزام الناجم عن الفعل الضار والفعل النافع ، وفيما يتعلق بالفعل الضار يثور التساؤل عن محل وقوع الفعل الضار المنشأ للالتزام وذلك إذا اختلف مكان وقوع الخطأ عن مكان تحقق الضرر ، فمكان وقوع الضرر هو الذي يتحقق فيه الإخلال بالمصالح الذي يرمي القانون إلى حمايتها^(٣) ، على كل الأحوال فإنه يجب تفسير المقصود بمحل وقوع الفعل الضار تفسيراً واسعاً بحيث ينعقد الاختصاص للمحاكم الكويتية سواء كانت الكويت هي مكان وقوع الخطأ أو مكان تحقق الضرر .

ويذكر أن القليل من العقود النفطية قد أشارت إلى تسوية منازعاتها من خلال القضاء الكويتي بناءً على مثل هذه المعايير ، فالمادة (رقم ٦/٢٩) من اتفاقية " شركة كويت شل لاستثمار البترول المحدودة " بتاريخ ١٥ / يناير / ١٩٦٦م نصت على أن الخلافات التي تثار بين الطرفين تختص بنظرها المحاكم الكويتية^(٤) . ولا شك هنا بأن مصدر الاختصاص هو الاتفاق وليس القانون .

وأشار امتياز^(٥) شركة "هيسبانويل" ١٩٦٧م في المادة (رقم ١/٢٨) إلى أنه " إذا نشأ في أي وقت أي نزاع أو خلاف بين الطرفين المتعاقدين بموجب هذه الاتفاقية يتعلق بتفسير أحكامها أو تنفيذها بأي شيء مما تتضمنه أو مما يتصل بها أو بحقوق والتزامات أي من الطرفين ولم يتوصل الطرفان إلى أي اتفاق يحال إلى المحاكم الكويتية لتسويته" .

ويشكل هذا تراجعاً واضحاً عن اللجوء للتحكيم وتكريساً لسيادة دولة الكويت بعد أن نظر إلى التحكيم نظرة الشك والريبة ، وتنامي الشعور الوطني والوعي القانوني بفضل بداية زيادة هذا الوعي الوطني .

(١) د. أحمد ضاعن السمدان : المرجع السابق - ص ٣٩٤ وما بعدها .

(٢) انظر المادة ٢٤/ ب من قانون المرافعات الكويتي ؛ المقصود بالالتزام الغير العقدي هو الفعل النافع أو الضار والإثراء بلا سبب ودفع غير المستحق وكذلك المسؤولية التقصيرية ، انظر في ذلك د. هشام خالد : المرجع السابق - ص ٦٨ .

(٣) د. أحمد ضاعن السمدان : المرجع السابق - ص ٣٩٥ وما بعدها .

(٤) أ. عصمت محمد الخياط : رسالتها السابقة - ص ١٣٧ .

(٥) نشرة الجريدة الرسمية (الكويت اليوم) ملحق العدد ٦٨٢ السنة ١٤ - انظر د. محمد يوسف علوان : النظام القانوني ... الخ - مرجع

سابق - ص ٣٩٠ - هامش رقم (٢) ؛ أ. عصمت محمد الخياط : رسالتها السابقة - ص ١٣٧ - الهامش رقم (٣٥٥) ، ص ١٣٩ .

ورغم ذلك فإن الممارسات الدولية تؤكد أن قبول المستثمر الأجنبي لقضاء الدولة الوطني لتسوية منازعات الاستثمار النفطي قليل للغاية ، حيث أنه لا يطمئن على نتيجة دعواه ضد الدولة المضيفة أمام محاكمها الوطنية ما لم تكن هناك وسيلة بديلة لفض المنازعات الاستثمارية بينه وبين الدولة المضيفة توفر له الضمان الكافي لطمأنته على نتيجة الفصل في النزاع ^(١) ، وقد يقال أنه مع افتراض صحة هذه الادعاءات فيجب ألا يتأتى عن طريق اللجوء إلى وسيلة دولية للفصل في هذه المنازعات ، على اعتبار أن إقامة العدالة جزء من عمل الدولة ويجب ألا تعامل الدولة كما لو كانت غير قادرة على القيام بهذه المهام القضائية ، فمثل هذه المعاملة تحط من سيادة الدولة ، فلقد أدت الظروف المحيطة بالاختصاص القضائي الداخلي لمحاكم الدولة المضيفة إلى ضعف ثقة المستثمر الأجنبي وهذا ما ينطبق على التحكيم الداخلي في الدولة المضيفة أيضاً ، فالمستثمر الأجنبي لا يطمئن على نتيجة عرض دعواه المتعلقة بالنفط أمام الاختصاص القضائي الوطني واستحالة ظهور الفرد بصفته الشخصية أمام المحاكم القضائية الدولية مثل محكمة العدل الدولية ، ومن ثم فإن هناك اتجاهاً متزايداً للجوء إلى التحكيم الدولي ، نعرض له في حينه .

لذلك يرى المستثمر الأجنبي بأنه يجب العمل على إصلاح القضاء الداخلي وتوفير الثقة والأمان له وتشجيعه على اللجوء إلى قضاء الدولة ، وهذا لن يتأتى إلا إذا شعر المستثمر أنها تملك قضاءً محايداً ونزيهاً وعادلاً ومخصصاً .

المطلب الثاني

انعقاد الاختصاص للتحكيم الوطني

يعتبر التحكيم الوطني من أقدم صور حل المنازعات بين الأفراد ، والتحكيم الذي يتم في نطاق القانون الداخلي يتم بين أفراد و مؤسسات وطنية ويخضع للقانون الوطني ، كما تضع الدول أو المؤسسات التجارية الوطنية قواعد لتسوية منازعاتها الاستثمارية ، عن طريق التحكيم ومن هذه القواعد تلك التي وضعتها وكالة التجارة السوفيتية والتي أشارت إلى أن أية منازعات تثور حول العقد فأنها تخضع للقانون الوطني للدولة المضيفة ^(٢) .

ويقصد بالتحكيم الوطني أو الداخلي الاتفاق على طرح النزاع أمام شخص أو أشخاص معينين ليفصلوا فيه دون المحكمة المختصة به ، فهو تعبير عن رغبة الطرفين في عدم عرض نزاعهم أمام القضاء العادي في الدولة ورغبتهم في إقامة محكمة خاصة بهم يختارونها هم بأنفسهم ويحددون لها موضوع النزاع والقانون الذي يرغبون في تطبيقه ^(٣) .

(١) د. حفظة السيد الحداد : العقود المبرمة ... الخ - مرجع سابق - ص ٤٨٥ .

(٢) د. إبراهيم أحمد إبراهيم : التحكيم الدولي الخاص - بدون ناشر - بدون سنة نشر - ص ٥ وما بعدها ؛ د. اشرف الرفاعي : مرجع سابق - ص ٢٢٧ وما بعدها .

(٣) د. اشرف الرفاعي : المرجع السابق - ص ٢٢٣ وما بعدها ؛ د. مختار أحمد بريري : التحكيم التجاري الدولي - دار النهضة العربية ١٩٩٥ - ص ١٩ .

فالتحكيم نظام لتسوية المنازعات عن طريق أفراد عاديين يختارهم الخصوم وهذا النظام يسمح لأطراف النزاع بإقصاء منازعتهم عن الخضوع لقضاء المحاكم المخول لها طبقاً للقانون لكي تحل عن طريق أشخاص يختارونهم^(١).

وجوهر التحكيم يتمثل في اختيار الخصوم لقاضيه ، فالمحكم ليس قاضياً مفروضاً على الطرفين وإنما هو قاضٍ مختار ، وهو يمثل قضاء موازي لقضاء الدولة ، ووظيفة المحكم تكاد تتطابق مع وظيفة القاضي ، ذلك إن إقامة العدل بين الأفراد وإن كان من وظائف الدولة الحيوية إلا أن الدولة لا تحتكر هذا العمل ، إذ أن للأفراد الاتفاق على اختيار حاكم ليقضي فيما ينشأ بينهم من نزاع^(٢).

ويختلف نظام التحكيم الداخلي كوسيلة لحل المنازعات عن الصلح فهذا الآخر عقداً يتم بين أطراف الخصومة أنفسهم أو بين من يمثلونهم يقومون بمقتضاه بحسم خلافاتهم عن طريق نزول كل منهما عن بعض ما يتمسك به ، بينما في التحكيم يقوم المحكم بمهمة القضاء ، فالتحكيم أشد خطورة من الصلح ، لأن الخصوم يرتضون في الصلح مقدماً التجاوز عن الحق بينما في التحكيم تتعذر معرفة ما قد يمكن أن يحكم به المحكم^(٣).

وما يدفع الأفراد إلى الالتجاء لقضاء التحكيم بدلاً من قضاء الدولة هي تلك المزايا العديدة التي يحققها التحكيم ، وتبرر وجوده كبديل لقضاء الدولة ، حيث يتميز التحكيم بالسرعة والحياد والكفاءة والسرية وقلة التكلفة وإمكانية التوصل إلى حل توفيقي لا يقوم على اعتبارات قانونية بحتة^(٤).

والمحكم يراعي العدالة ويسعى إليها ، بينما لا يعتد القاضي إلا بالتشريع ، فالتحكيم يستهدف إقامة العدل بين طرفي الخصومة كما يستهدف الحفاظ على السلام بينهما ، إذ أن الالتجاء إلى التحكيم يراد به الحصول على حل للنزاع مع الرغبة في المصالحة ، وبذلك يتفادى الثأر الخاص الذي يميز الالتجاء إلى القضاء ، حيث تتمثل في نظام التحكيم فكرة العقد التي هي تجسيد لمبدأ سلطان الإرادة ، كما تتمثل فيه فكرة القضاء ، أي أن يكون اقتضاء الحق عن طريق الانصياع لحكم القانون والعدالة وليس عن طريق إعمال قانون القوي على الضعيف^(٥). ونظراً لهذه المزايا التي يحققها التحكيم ، فقد عرفت المجتمعات القديمة^(٦) قبل أن تعرف القضاء ، فالتحكيم كان الصورة الأولى للعدالة ، وكان نظاماً معروفاً في القانون الروماني ، وقد ذهب بعض الدول إلى

(١) د. أشرف الرفاعي : المرجع السابق - ص ٢ ، ص ٢٢٣ وما بعدها ؛ د. سامية راشد : التحكيم في العلاقات الدولية الخاصة - اتفاق

التحكيم - منشأة المعارف بالإسكندرية - بدون سنة نشر - ص ٧٥ وما بعدها ؛ د. مختار أحمد بريري : المرجع السابق - ص ٥ - ٦ .

(٢) د. مختار بريري : المرجع السابق - ص ٦-٧ ؛ د. عزمي عبد الفتاح عطية : قانون التحكيم الكويتي - ط ١ / ١٩٩٠م - مطبوعات

جامعة الكويت - ص ١١ ؛ د. أشرف الرفاعي : المرجع السابق - ص ٣ وما بعدها .

(٣) د. أحمد أبو الوفا : المرجع السابق - ص ٣٠ .

(٤) د. عزمي عبد الفتاح : المرجع السابق - ص ١٣ ؛ د. أشرف الرفاعي - المرجع السابق - ص ١ وما بعدها ؛ د. جلال وفاء محمدين :

المرجع السابق - ص ٦ - ٧ .

(٥) د. أشرف الرفاعي : المرجع السابق - ص ٢ وما بعدها .

(٦) د. فخري أبو سيف مبروك : مظاهر القضاء الشعبي لدى الحضارات القديمة - مجلة العلوم القانونية والاقتصادية - ص ١٠٣ - السنة

السادسة - العدد الأول يناير ١٩٧٤ - ص ١٠٣ .

إجراء حركة تجديد واسعة في قوانينها وإحداث تعديلات شاملة في تشريعاتها القديمة^(١) ، ومن بين الدول التي لعب التحكيم فيها دوراً هاماً هي دولة الكويت ، نظراً لحجم الاستثمارات النفطية الموجودة في أراضيها وكثرة النشاط التجاري والمالي ونشوء المنازعات عن ذلك النشاط التجاري والمالي^(٢) .

وهناك أنواع مختلفة للتحكيم : اختياري (عادي) ؛ وإجباري ؛ وتحكيم بالقضاء ، وتحكيم بالصلح ، وهناك تحكيم وطني وتحكيم دولي وتحكيم حر وتحكيم مؤسسي^(٣) .

وأشار إليه قانون المرافعات الكويتي القديم في المواد (٢٥٤-٢٦٦) ثم نظمه المشرع في قانون المرافعات الحالي رقم (٣٨ لسنة ١٩٨٠م) المواد (١٧٣-١٨٨) وأفرد تنظيمًا تفصيليًا لنظام التحكيم القضائي (القانون رقم ١١ لسنة ١٩٩٥م)^(٤) .

والمشرع الكويتي حاول مواكبة التطورات الحديثة المتلاحقة التي طرأت على التحكيم في المجال الدولي ، فبعد أن نظم المشرع التحكيم في قانون المرافعات الحالي في ستة عشر مادة في القانون رقم (١١ لسنة ١٩٩٥م) ، نظم التحكيم الداخلي بالتفصيل تحت عنوان التحكيم القضائي في المواد المدنية والتجارية في أربع عشرة مادة ، وقد نظم المشرع الكويتي التحكيم لأول مره بقانون المرافعات رقم (٦ لسنة ١٩٦٠م) وأجريت عليه بعض التعديلات التي كانت لازمة لتطويره ، وكان أهمها القانون رقم (٣ لسنة ١٩٧١م) ، وعاد المشرع الكويتي إلى تنظيم التحكيم بشكل كامل مرة أخرى في قانون المرافعات المدنية والتجارية الصادر بالمرسوم بقانون رقم (٣٨ لسنة ١٩٨٠م) والذي لحقت به تعديلات عديدة بالقوانين أرقام (٢١ لسنة ١٩٨٠م) ، (٤٢ لسنة ١٩٨٧م) ، (٣ لسنة ١٩٨٨م) ، (٤٤ لسنة ١٩٨٩م) ، (٥٧ لسنة ١٩٨٩م) ، (٤٧ لسنة ١٩٩٤م) ، (٨٩ لسنة ١٩٩٥م) ، والذي جاءت أحكامه في الباب الثاني عشر من قانون المرافعات^(٥) .

وفي عام ١٩٩٥م عمد المشرع إلى إصدار قانون خاص هو القانون رقم (١١ لسنة ١٩٩٥م) بشأن التحكيم القضائي المنصوص عليه في المادة (١٧٧) من قانون المرافعات . وهكذا نجد أن المشرع الكويتي نظم التحكيم القضائي الداخلي وبسط سلطانه على كافة المنازعات المدنية والتجارية التي يمكن أن تثار بين مختلف الأشخاص الطبيعيين طالما وجد اتفاق على التحكيم ، وتلك التي تثار بين الأشخاص الاعتبارية العامة وشركات الدولة أو ترفع على الأشخاص الاعتبارية العامة ولو لم يوجد اتفاق ، طالما أن تلك المنازعات لم يسبق رفعها أمام القضاء .

(١) د. عزمي عبد الفتاح : المرجع السابق - ص ٣١ ؛ د. أشرف الرفاعي : المرجع السابق - ص ٧ وما بعدها .

(٢) أ. عصمت محمد علي الخياط : رسالتها السابقة - ص ١١٥ .

(٣) د. أحمد أبو الوفا : المرجع السابق - ص ٣٨ ؛ انظر أمثلة بأنواع التحكيم في د. خالد سعد زغلول و د. إبراهيم الحمود : النظم القانونية والسياسية للنفط العربي ووسائل تسوية المنازعات النفطية - ط ٢ / ٢٠٠٠ - ص ٢٧٦ - ٢٨٤ .

(٤) أنظر قانون التحكيم القضائي ومذكرته الإيضاحية والمنشور في الجريدة الرسمية للكويت اليوم - ملحق العدد رقم ١٩٦ - السنة ٤١ - بتاريخ ٢٨ / ٢ / ١٩٩٥م .

(٥) راجع قانون المرافعات المدنية والتجارية الكويتي الصادر بالمرسوم بالقانون رقم ٣٨ لسنة ١٩٨٠م .

ونرى أن دائرة أطراف التحكيم واسعة ، وأن المشرع يرمي وراء ذلك إلى تسليط التحكيم القضائي على التحكيم الخاص أو العادي بهدف تقليص نطاق هذا الأخير ، وفي نفس الوقت يهدف إلى التخفيف عن كاهل القضاء العادي ، وتشكل هيئة التحكيم القضائي من ثلاثة من رجال القضاء واثنين من المحكمين يختار كل من أطراف النزاع - ولو تعددوا - أحدهما من بين المحكمين المقعدين بالجدول المعدة لذلك بإدارة التحكيم بمحكمة الاستئناف العليا أو من غيرهم فتشكل هيئة التحكيم تشكيلاً مختلطاً وإن كان يغلب عليه الطابع القضائي ، فأغلبية الهيئة من القضاء والأقلية من المحكمين المعتمدين بإدارة التحكيم القضائي أو من غيرهم ، فنحن أمام هيئة تشكل من محكمين ثلاثة مفروضين على أطراف النزاع وهم موظفون عموميون واثنين من المحكمين المختارين من قبل الأطراف ^(١) .

وتختص هيئة التحكيم القضائي الكويتي بالفصل في المنازعات التي تطرح عليها أياً كانت سواء كانت مدنية أو تجارية ، كما تختص بالفصل في المنازعات الإدارية في حدود معينه ، وأياً كان أطراف تلك المنازعات سواء أشخاصاً طبيعيين أو اعتباريين طالما أن أطراف النزاع اتفقوا على طرح منازعاتهم عليها ^(٢) .

ولا تصلح للعرض على التحكيم المسائل المتعلقة بالنظام العام فنص في المادة رقم (١٧٣ / ٣) من قانون المرافعات ، والمادة رقم (٥٥٤) مدني أنه لا يجوز التحكيم في المسائل التي لا يجوز فيها الصلح ، فالمسائل التي تتعلق بأسس التنظيم السياسي والاقتصادي والاجتماعي والأخلاقي للدولة تخرج عن اختصاص هيئة التحكيم القضائي ، لأنها كما أسلفنا من مسائل النظام العام التي لا يجوز التحكيم فيها وبالتالي لا يجوز التحكيم في مسائل الحالة أو الأهلية ومسائل الأحوال الشخصية والجرائم ، كما لا يجوز التحكيم في بعض المسائل التجارية كالإفلاس فهذه المسائل كلها المتعلقة بالنظام العام تخرج عن اختصاص المحكم وتدخل في اختصاص القضاء العادي ، لأن قاضي الدولة هو الحارس على حماية النظام العام ^(٣) معنى ذلك أن هيئة التحكيم القضائي تختص بنظر كل المسائل المدنية والتجارية طالما أنها لم تتعلق بالنظام العام ، أي لها أن تنظر النزاع المدني المتعلق بحق مالي سواء كان عينياً أو شخصياً ، وارداً على عقار أو منقول ، فأى نزاع مدني أو تجاري يتعلق بحق خاص وليس بالنظام العام يمكن طرحه على هيئة التحكيم القضائي ^(٤) ، إلا أنه يشترط لذلك أن يتفق على ذلك أصحاب الشأن ، وذلك إذا كانوا أشخاصاً طبيعيين ، أو أن يعبر المدعي عن رغبته في طرح النزاع بينهما .

أما في المنازعات بين الأشخاص الاعتبارية العامة وبين شركات الدولة فإنه لا يشترط موافقة أي منهم على طرح النزاع أمام الهيئة ، فهي تخضع للتحكيم القضائي بطريقة إجبارية ^(٥) .

(١) أنظر قانون التحكيم القضائي الكويتي رقم ١١ لسنة ١٩٩٥م ومذكرته الإيضاحية والمنشور في المرجع السابق الإشارة إليه .

(٢) المرجع السابق .

(٣) د. عزمي عبد الفتاح : المرجع السابق - ص ١٠٩ ؛ د. اشرف الرفاعي : المرجع السابق - ص ٣ إذ ذكر في مؤلفه أن المحكم يرى العدالة بينما القاضي يطبق التشريع أي أنه يأتمر بأوامر مشرعه .

(٤) راجع قانون التحكيم القضائي الكويتي رقم ٩٥/١١ في الكويت اليوم السابق الإشارة إليها .

(٥) المرجع السابق .

على أن الأمر الذي أثار خلافاً بصدد اختصاص هيئة التحكيم القضائي هو مدى اختصاصها بنظر المنازعات الإدارية ، ذلك أن المشرع بموجب القانون رقم (٢٠ لسنة ١٩٨١م) وتعديله بالقانون رقم (٦ لسنة ١٩٨٢م) قد أنشأ دائرة إدارية بالمحكمة الكلية تشكل من ثلاثة قضاة ، وتشتمل على غرفة أو أكثر حسب الحاجة وتختص دون غيرها بنظر الطعون بالإلغاء وطلبات التعويض عن كافة القرارات الإدارية عدا ما استتني بنص خاص بموجب هذا النظام القانوني المقرر لسنة ١٩٨١م تتمتع الدائرة الإدارية باختصاص نوعي خاص يتمثل في الفصل بكافة المنازعات الإدارية سواءً ثارت حول إلغاء قرار إداري أو التعويض عنه ، كما أنها تختص دون غيرها بالفصل في منازعات العقود الإدارية . . . في نفس الوقت فإنه يوجد قانون التحكيم القضائي الصادر سنة ١٩٩٥م وبمقتضى نص المادة (٢ / ٣) فإن هيئة التحكيم تختص بالفصل في الطلبات التي يقدمها الأفراد والأشخاص الاعتبارية الخاصة ضد الوزارات أو الجهات الحكومية أو الأشخاص الاعتبارية العامة في المنازعات التي تقوم بينهم وليس لتلك الجهات الحكومية أو العامة أن ترفض التحكيم طالما لم يكن قد سبق رفع المنازعة أمام القضاء العادي (١) .

الخلاصة :

نخلص من كل ذلك ، أن نظام التحكيم القضائي الذي أنشأه المشرع الكويتي إنما القصد منه تضيق نطاق التحكيم العادي وتخفيف العبء في نفس الوقت عن كاهل القضاء العادي ، فالمشرع وسّع من نطاق التحكيم القضائي سواء النطاق الشخصي أو النطاق الموضوعي ، وأفسح المجال أمام كافة الأشخاص لعرض منازعاتهم على هيئة التحكيم القضائي سواءً باتفاقهم أو بإرادة المدعي وحده إذا كان المدعي عليه هو الحكومة أو شخصاً اعتبارياً عاماً ، ولقد كان من الأوفق أن يترك المشرع التحكيم العادي لإرادة الأشخاص ويهتم بتنظيم التحكيم التجاري الدولي ، وذلك بسنّ تشريع يتماشى مع قواعد اليونسترال وإنشاء مركز لهذا التحكيم يقدم الخدمات التي تحتاجها دولة الكويت وسائر دول الخليج العربي والجزيرة .

والملاحظة الأولى : على نصوص قانون التحكيم الداخلي الكويتي بصدد تشكيل هيئة التحكيم أن الغلبة في التشكيل هي للعنصر القضائي ، فالقضاة يمثلون ثلاثة أعضاء من خمسة ومنهم الرئيس وهي أغلبية تسمح لهم الانفراد بإصدار الأحكام ، ولا يصبح للمحكمين المختارين أي ثقل ، وبالتالي فلا ضرورة لوجودهم في هيئة التحكيم ، بالإضافة إلى أن هؤلاء المحكمين المختارين إنما تختارهم في الأصل إدارة التحكيم القضائي .

(١) راجع المادة رقم ٢ / ٣ من قانون التحكيم القضائي الكويتي رقم ٩٥/١١ في جريدة الكويت اليوم والسابق الإشارة إليها .

والملاحظة الثانية : أن دخول القضاة مجال التحكيم إنما هو أمر لا يقابل بالارتياح من معظم المشرعين بما فيهم المشرع الكويتي فالمادة رقم (٢٦) من قانون تنظيم القضاء الكويتي رقم (٢٣ لسنة ١٩٩٠م) تحظر على القاضي بغير موافقة مجلس القضاء الأعلى أن يكون محكماً ولو بغير أجر حتى ولو كان النزاع غير مطروح على بساط البحث أمام القضاء .

والملاحظة الثالثة : إن المشرع الكويتي قد أفقد التحكيم أهم خصائصه وهي اختيار المحكّمين لقاضيه وفرض المشرع القاضي على الخصوم ، وجاء بنظام جديد يقلص كثيراً من نطاق التحكيم العادي ، ومن هنا لم يلعب هذا التحكيم ثمة دوراً في تسوية عقود الاستثمار النفطي .

ومما يذكر أن دافع المشرع إلى هذا المسلك ، هو محاولة بسط سلطان ونفوذ الدولة على منازعات بدأت تتسرب من سلطتها ، فالتحكيم يعبر عن رغبة الأشخاص في حل منازعاتهم بعيداً عن سلطان الدولة بما يحقق لهم العدل والسلام في نفس الوقت ، وهو أمر نظر إليه المشرع بعدم ارتياح وعبر عن ذلك بإنشاء تحكيم قضائي .

وكان الأجدد للمشرع الكويتي ترك تلك المنازعات للتحكيم العادي بما يوفره من سرعة وما يحققه من ثقة وأن يركز على قانون التحكيم التجاري الدولي تماشياً مع قواعد اليونسيتال مع إنشاء مركز للتحكيم التجاري الدولي لينهض بهذا التحكيم في منطقة الخليج العربي إلى جانب مركز التحكيم لدول مجلس التعاون لدول الخليج العربي في مملكة البحرين الشقيقة من أجل تشجيع الشركات الأجنبية المستثمرة للنفط إلى عرض منازعاتهم على التحكيم الوطني .

كما تبين لنا من الممارسات الدولية أن التشريعات الداخلية في الدولة المضيفة لا تقدم ضماناً كافياً للمستثمرين يكفل لهم قيام الدولة بتسوية المنازعات معهم عن طريق التحكيم حيث تملك الدولة تعديل هذه التشريعات بإرادتها المنفردة . وقد سبقت الإشارة إلى أن الشركات الأجنبية المستثمرة للنفط لا تطمئن إلى القضاء الوطني أو التحكيم الوطني في الدولة المضيفة حتى تعرض منازعاتهم عليه وتفضل اللجوء إلى جهاز قضائي دولي ترى فيه الحياد والنزاهة .

البحث الثاني

حالات انعقاد الاختصاص لغير القضاء الوطني

تهديد وتقسيم :

لما كان الاختصاص القضائي الوطني لم يعد فعالاً لتسوية منازعات عقود الاستثمار النفطي سواءً كان عقداً إدارياً أو غير إداري ، حيث لا توحى بالثقة للمستثمر الأجنبي الخاص إما بسبب وجود نظام

قانوني غير كافٍ للوفاء بمتطلبات المجتمع الدولي الحديث ، أو لوجود إدارة غير منظمة ، أو لعوامل سياسية أخرى ورغبة في تنمية المعايير الحاكمة للحقوق والواجبات الأساسية للمستثمر الأجنبي الخاص على المستوى الدولي ، فقد يكون انعقاد الاختصاص للقضاء الدولي هو أنسب الوسائل التي يمكن أن تحوز على ثقة المستثمر الأجنبي والوسيلة الوحيدة المتاحة أمام المستثمر الأجنبي .

ولا شك أن المنازعات القانونية ذات الطابع الأجنبي في مفهوم القانون الدولي الخاص هي التي يثار بخصوصها مسألة الاختصاص القضائي لغير الدولة أو ما سوف نسميه جزافاً بالاختصاص القضائي الدولي ، والمنازعة القانونية في هذا الصدد لا يتوافر لها الطابع الوطني البحت بل تحتوي على عنصر أجنبي يفقدها الطابع الوطني ، والهدف من تقرير الاختصاص القضائي الدولي تسهيل العلاقات والمعاملات الدولية عن طريق عقد الاختصاص بمحاكم الدولة التي تبدو أكثر ارتباطاً وصلة بالمنازعة القانونية .

وانعقاد الاختصاص للقضاء الدولي قد ينعقد في حالات عديدة فيمكن للمستثمر الأجنبي الركون إلى قضاء دولته أو أن ينعقد الاختصاص لقضاء دولة أجنبية ذات صلة بالعقد أو ينعقد الاختصاص لقضاء التحكيم الدولي لتسوية نزاع الاستثمار النفطي .

وبناء على ما سبق سنقسم هذا المبحث إلى المطالب الآتية :

المطلب الأول : انعقاد الاختصاص لقضاء دولة المستثمر الأجنبي أو لقضاء دولة أجنبية ذات صلة بالعقد .

المطلب الثاني : انعقاد الاختصاص للتحكيم الدولي .

المطلب الأول

انعقاد الاختصاص لقضاء دولة المستثمر الأجنبي أو قضاء دولة ثالثة

يمكن للمستثمرين الأجانب الرجوع إلى القضاء في بلدهم الأصلي أو القضاء في دولة ثالثة وذلك لتسوية المنازعات التي تنشأ بينهم وبين الدولة المضيفة ولكن الدول لا تقبل الخضوع لقضاء خلاف قضائها الوطني إلا في حالات قليلة ، فلدى الدول ما يمكن أن يطلق عليه وصف السيادة القضائية التي تأبى عليها قبول قضاء دولة أخرى^(١) .

كما أنه ليس من مصلحة المستثمرين في ذاتهم رفع دعاوهم على الدول المتعاقدة أمام المحاكم الكائنة في دولهم أو في دولة ثالثة ، إذ أنه إذا ما حصل المستثمر على قرار من قضاء بلده ، فيخشى ألا يكون لمثل هذا القرار أية قيمة ، ولا سيما إذا لم يكن للدولة المدعى عليها أي أموال يمكن الحجز عليها في إقليم دولة المستثمر ، كما أن مثل هذا القرار لا يمكن تنفيذه في مكان آخر في حالة عدم إقامة المدعى عليه فيه ، أو لعدم وجود أموال له فيه .

(١) د. محمد يوسف علوان : النظام القانوني ... الخ - مرجع سابق - ص ٤٥٣ .

وتجدر الإشارة إلى أنه يصعب تحقق الاستثناءات التي ترد على مبدأ الحصانة القضائية والتنفيذية الذي تتمتع به الدول لدى الدول الأخرى ، فمن المعروف أن الدولة تستطيع التنازل عن حصانتها إذا ما رفعت هي ذاتها دعوى أمام محاكم دولة أخرى ، أو إذا قبلت الدفاع عن نفسها في قضية مرفوعة ضدها أمام هذه المحاكم ^(١) .

ومما يخفف من صرامة مبدأ الحصانة ، أن المحاكم في بعض الدول يمكن أن تنظر في دعاوى مرفوعة على دول أجنبية أو على أشخاص معنوية عامة تابعة لدولة أخرى في الحالات التي لا يتصل النزاع بعمل من أعمال السلطة العامة ، والقصد من هذا الاستثناء هو الاستجابة للحاجة الماسة إلى تقييد الإدعاء بالحصانة ، وذلك حيث تدخل الدول في نشاطات تجارية أو صناعية أو مالية إذ يميز عادة بين أعمال الحكومة السيادية أو العامة التي تتمتع بالحصانة وإعمال الحكومة التجارية والخاصة التي لا تتمتع بالحصانة ^(٢) .

ولكن ما يحد من تطبيق هذا الاستثناء على مبدأ الحصانة أن التمييز بين هذين النوعين من الصعوبة بمكان ، وذلك لأنه لا يوجد معيار واحد مقبول به من جميع الدول يمكن أن يفصل بين ما هو عمل من أعمال السلطة العامة وعمل من أعمال الإدارة المعتادة ، كما أن مسألة ما إذا كان العمل يدخل في دائرة الأعمال العامة أم لا ، مسألة تعتمد على قانون القاضي ^(٣) هذا من ناحية .

ومن ناحية أخرى فإن القيود على الحصانة ليست مقبولة عالمياً ، فإذا كان القضاء الفرنسي والبلجيكي والمصري يأخذ بالحصانة بالنسبة للدول ويقصرها على أعمال السلطة العامة دون الأعمال التجارية ، فإن القضاء الانجلوسكسوني يرجح مبدأ الحصانة المطلقة للدول الأجنبية والأشخاص العامة الأجنبية على السواء ^(٤) .

وفيما يتعلق بعقود النفط فإن الممارسات الدولية لم تسير على وتيرة واحدة في هذا الخصوص وأن هناك اتجاهات مختلفة ، فعلى إثر تأميم البترول الإيراني عام ١٩٥١م رفعت الشركات الأجنبية عدة دعاوى على الحكومة الإيرانية أمام محاكم دولة ثالثة وقد اختلفت الحلول التي اعتمدتها هذه المحاكم ، فمحكمة عدن (اليمن) قررت في ٩ / يناير / ١٩٥٣م قبول دعوى شركة البترول ألاً نجلو إيرانية الخاصة بملكيته لشحنة للنفط كانت إيران قد قامت ببيعها إلى شركة إيطالية وتوصلت المحكمة إلى هذه النتيجة على أساس أن البترول المؤمم يبقى ملكاً للشركة المدعية ^(٥) .

(١) د. غسان رباح : المرجع السابق - ص ٢٦٣ .

(٢) د. سراج حسين أبو زيد : المرجع السابق - ص ٤٢٠ ؛ د. حفيظة السيد الحداد : العقود المبرمة ... الخ - مرجع سابق - ص ٤٤ وما بعدها ؛ د. محمد يوسف علوان : النظام القانوني ... الخ - مرجع سابق - ص ٤٥٤ .

(٣) د. عصام الدين القصبي : المرجع السابق - ص ٨٥ وما بعدها .

(٤) د. حفيظة السيد الحداد : العقود المبرمة ... الخ - مرجع سابق - ص ٤٦ وما بعدها ؛ د. عصام الدين القصبي : المرجع السابق - ص ١٠٢ ؛ د. سراج حسين أبو زيد : المرجع السابق - ص ٤٢١ - ٤٢٥ .

(٥) د. هشام صادق : الحماية الدولية ... الخ - مرجع سابق - ص ٧٠ ، ص ٨٢ - ٨٣ ؛ د. محمد يوسف علوان : النظام القانوني ... الخ - مرجع سابق - ص ٤٥٥ .

أما محكمة روما فقد قررت في ١٧ / سبتمبر / ١٩٥٦م اختصاصها بمراقبة قانونية التشريع الإيراني الذي تم تأمين البترول الإيراني وفقا له ، ولكنها أكدت أنه لا غبار على هذا القانون وذلك لقبول الحكومة الإيرانية لمبدأ التعويض^(١) ، وأيدها في ذلك القضاء الياباني .

وفي قضية أرامكو^(٢) ذهبت محكمة التحكيم إلى تفسير مبدأ الحصانة القضائية بشكل واسع إذ رأت أن من شأنه استبعاد تطبيق قانون مقر التحكيم ، وكذلك لم تنطبق الحصانة على شركات النفط الوطنية إذ قضت محكمة تحكيم لاهاي في عام ١٩٦٥م أن شركة النفط الوطنية الإيرانية بإبرامها اتفاقا مع شركة سافير الكندية إنما تتصرف بوصفها كيان قانوني مستقل لا يمكن إدراجه ضمن أعمال السيادة ، الأمر الذي لا تتمتع معه بالحصانة القضائية أمام المحاكم الدولية^(٣) .

ويلاحظ أنه يمكن للشركات الأجنبية ذاتها الاحتجاج بالحصانة القضائية وذلك في الحالة التي تساهم دولة ما في رأس مالها وقد تأكد ذلك في قرار محكمة كولومبيا ١٩٨٠م حيث اعترفت المحكمة بالحصانة القضائية لشركة البترول الليبية الأمريكية وذلك بعدم قبول الاختصاص بنظر مسألة من المسائل المتعلقة بأعمال سيادة دولة أجنبية رغم سلامة وصحة اتفاق التحكيم مما يعني الاعتراف لها بالحصانة^(٤) . ولكن الدول لا تلجأ عادة إلى القضاء لتطلب منه النظر في منازعات تقع بينها وبين أشخاص عاديين ، وهي تفضل أن تكون في موقف المدعى عليه لا المدعي .

وننتهي إلى القول بأن اللجوء إلى قضاء دولة المستثمر أو قضاء دولة ثالثة لا يمكن أن يساعد في تسوية منازعات الاستثمار النفطي بين الدولة المضيفة والشركات الأجنبية لصلة الاستثمار القوية بالدولة المضيفة له .

المطلب الثاني

انعقاد الاختصاص لقضاء التحكيم الدولي

كان التحكيم ولا يزال هو طريق العدل الأول للإنسان يحقق بمقتضاه الأمن والسلام في المجتمع^(٥) وقد تزايد اللجوء إلى التحكيم في العقود الدولية ، فقد يتفق أطراف العقد الدولي على إخضاع منازعاتهم باللجوء إلى التحكيم الدولي والذي يعتبر من أقدم الوسائل لتسوية المنازعات وهو طريقة قضائية ، يعني النظر في النزاع بمعرفة شخص أو هيئة يلجأ إليها المتنازعون مع التزامهم بتنفيذ القرار الذي يصدر في النزاع^(٦) .

(١) د. هشام صادق : المرجع السابق - نفس الموضوع .

(٢) د. حفيظه السيد الحداد : الاتفاق على التحكيم... الخ - مرجع سابق - ص ٤٩ وما بعدها ؛ د. عصام الدين القسبي : المرجع السابق - ص ١١٧ ؛ د. محمد يوسف علوان : النظام القانوني ... الخ - مرجع سابق - ص ٤٥٥ .

(٣) د. عصام الدين القسبي : المرجع السابق - ص ٨٦ ؛ د. محمد يوسف علوان : النظام القانوني ... الخ - مرجع سابق - ص ٤٥٦ .

(٤) انظر في هذا المعنى د. عصام الدين القسبي : المرجع السابق - ص ١٠٦ - حاشية رقم ١٢٦ عربي / إنجليزي ؛ د. محمد يوسف علوان : النظام القانوني ... الخ - مرجع سابق - ص ٤٥٦ .

(٥) د. أحمد أبو الوفا : المرجع السابق - ص ١١ .

(٦) د. علي صادق أبو هيف : المرجع السابق - ص ٨٣٢ .

ولا شك أن الأخذ بنظام التحكيم الدولي يخلق مناخا من الثقة لدى المستثمرين الأجانب حيث يتمتع أطراف التحكيم بحرية اختيار قضاتهم الذين يتوخون فيهم الثقة والخبرة^(١) ولهم أيضاً تحديد القانون الواجب التطبيق والإجراءات الواجبة الإلتباع الملائمة .

ويشور التساؤل عن أي نوع من التحكيم يندرج التحكيم بين دولة ورعايا دولة أخرى وليست دولة أخرى ذات سيادة ، فمن المعروف أن التحكيم الدولي طبقاً لاتفاقية لاهاي عام ١٩٠٧م قد عرفت التحكيم بأنه تسوية المنازعات بين الدول بواسطة قضاة يختارون على أساس احترام قواعد القانون^(٢) ومن ثم فإنه لا يكفي لتوافر صفة التحكيم الدولي طالما أنه لم يتم بين دول ، وقد سبقت الإشارة أن عقد الاستثمار النفطي الذي يبرم بين دولة ورعايا دولة أخرى يعد لدى البعض اتفاقية ذات طبيعة قانونية خاصة^(٣) ، وهناك جانب من الفقه^(٤) قد أكد أن التحكيم بين دولة مضيفة للاستثمار ورعايا دولة أخرى يكون دولياً في القانون الدولي الخاص وليس في القانون الدولي العام " إذا داخله عنصر أجنبي ، أي إذا تعلق بالتجارة الدولية " .

وقد أشارت اتفاقية ١٩٦٥م الخاصة بتسوية المنازعات الاستثمارية بين الدول وبين رعايا الدول الأخرى إلى القواعد التي تنظم هذا النوع من التحكيم الذي يعقد بين دولة ورعايا دولة أخرى دون إشارة إلى كونه تحكيمياً دولياً أم لا^(٥) والتحكيم وسيلة لفض المنازعات مؤسسة على اتفاق الطرفين ويستهدف عادة حسم النزاعات المتعلقة بتنفيذ الاتفاق أو في تفسيره وتحديد حقوق والتزامات الأطراف المتنازعة على أساس الالتزامات العقدية القائمة .

ويتميز التحكيم الدولي باختيار الأطراف للمحكمين مما يسمح لأطراف النزاع بحرية واسعة في اختيار المحكمين من بين الأشخاص الحائزين لثقتهم والمشهود لهم بالكفاءة وحسن السمعة كما يتميز بالبعد عن التأثير بأي ضغوط من أطراف النزاع^(٦) .

وانتشر إلتجاء أطراف الخصومة في التجارة الدولية إلى نظام التحكيم لحل منازعاتهم^(٧) فأصبح هناك تحكيم الحالات الخاصة أو التحكيم الحر ، وهو تحكيم لا يختار فيه الأطراف هيئة دائمة للتحكيم وإنما يجري في حالات فردية وفق مشيئة الخصوم ، من حيث اختيارهم للمحكمين وكيفية مباشرة إجراءاته ومكان انعقاده ، والقانون الذي يسري على النزاع ، وهذا النوع من التحكيم قد أقل نجمه ،

(١) د. جلال وفاء محمدين : المرجع السابق - ص ٨ .

(٢) د. إبراهيم العناني : اللجوء إلى التحكيم الدولي - الطبعة الأولى ١٩٧٣ - دار الفكر العربي - ص ٩٤-٩٥ ؛ د. مختار أحمد بريري :

المرجع السابق - ص ٢٧ وما بعدها وخصوصاً ص ٣٣ .

(٣) راجع الباب الأول من هذا البحث .

(٤) د. سامية راشد : التحكيم في ... الخ - مرجع سابق - ص ١٧٩ وما بعدها .

(٥) د. جلال وفاء محمدين : المرجع السابق - ص ١٣ وما بعدها .

(٦) المرجع السابق - ص ٨ .

(٧) المرجع السابق - ص ٥ وما بعدها .

وأصبح هناك التحكيم الدائم الذي يتمثل في التجاء الخصوم إلى هيئات التحكيم الدائمة وهي هيئات تنتشر في أنحاء العالم وتقوم بتقديم خدمات لأطراف المنازعات في التجارة الدولية وتهيئ الظروف لإجراء هذا التحكيم بما لها من سكرتارية دائمة ولوائح وقائمة بأسماء المحكمين المؤهلين بل وتقوم بتقديم تسهيلات مالية^(١) .

ولقد انتشرت هيئات أو مراكز التحكيم الدائمة حيث أصبح نظام التحكيم الدائم متسقاً مع ظروف التجارة الدولية واكتسب ثقة المتعاملين فيها ، ومراكز التحكيم أو أنظمة التحكيم المؤسسي هذه تقوم على أكثر من مستوى ، فقد تكون مؤسسات وطنية ولكنها تقبل نظر منازعات العلاقات الدولية كجمعية التحكيم الأمريكية ومحكمة لندن للتحكيم وغرفة تجارة باريس كما يوجد (عدد ١٠) من مراكز التحكيم المؤسسي على المستوى الإقليمي مثل التحكيم التجاري الدولي المنشأ بموجب الاتفاق الأوروبي الذي أعدته اللجنة الاقتصادية التابعة للأمم المتحدة الخاصة بأوروبا^(٢) ولعل أوسع مؤسسات التحكيم انتشاراً من حيث الخدمات التي يقدمها هي محكمة التحكيم لدى غرفة التجارة الدولية والمركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار .

وقد برزت أهمية التحكيم الدولي ، حيث تعظم قيمة المنازعات التجارية الدولية وتتحصر وتتضائل أمامها المنازعات الداخلية ، وإن هناك مؤسسات ومراكز تحكيم عالمية وإقليمية عربية ففي كل دولة عربية اليوم يوجد مركز تحكيم ، كمركز التحكيم والتوفيق اليمني بصنعاء ، ومركز التحكيم التابع لغرفة التجارة والصناعة الكويتية ومركز تحكيم دول مجلس التعاون الخليجي في مملكة البحرين ، وغير عربية عديدة أصبحت تطبق قوانين أو قواعد متقاربة تتمثل فيما أتفق عليه الأطراف أو مبادئ العدل والإنصاف ، مع الأخذ في الاعتبار العادات التجارية التي تطبق على النزاع .

وعلى كل الأحوال فهناك أنواع عديدة من التحكيم الدولي نشير إليها بإيجاز فيما يلي :

الفرع الأول : التحكيم الخاص

التحكيم الخاص يعتمد في تشكيله على إرادة المؤسسات العامة أو الخاصة أو الأفراد في شأن نزاع معين وينتهي بتشكيل المحكمة بانتهاء النزاع الذي عقدت من أجله ، فاختيار قضاة هيئة التحكيم يعتمد على اختيار أطراف النزاع^(٣) .

ويرى بعض الفقه^(٤) أنه قد يمتنع المستثمرون عن استثمار أموالهم في دولة يعلمون إن اللجوء إلى القضاء الوطني في الدولة المضيفة هو الوسيلة الوحيدة لإيفاء حقوقهم ، ذلك أنه يعني أن الدولة المضيفة تصبح خصماً وحكماً بنفس الوقت .

(١) د. اشرف عبد العليم الرفاعي : المرجع السابق - ص ١٦ .

(٢) المرجع السابق - ص ١١ وما بعدها .

(٣) المرجع السابق - ص ١٦ وما بعدها ؛ د. عزمي عبد الفتاح : المرجع السابق - ص ١١ وما بعدها .

(٤) د. عصام الدين القصبي : المرجع السابق - ص ٢ وما بعدها .

وقد صدر عن الجمعية العامة للأمم المتحدة تقرير خاص بقواعد التحكيم التجاري الدولي ، تدعو فيه إلى استعمال نظام تحكيم لجنة القانون التجاري الدولي في تسوية المنازعات الناشئة في إطار العلاقات التجارية الدولية ، وكانت اللجنة قد اعتمدت نظام التحكيم في دورتها التاسعة وموضوع التحكيم بين الدول والأفراد كان محل جدل فقهي كبير ^(١) ، وما إذا كان التحكيم وطنياً ، أو دولياً ، إدارياً ، أو قضائياً ، أو مختلطاً .

وقد دافع جانب كبير من الفقه عن الطبيعة الدولية لهذا النوع من التحكيم على اعتبار أنه يشبه التحكيم الدولي الذي يقع بين الدول ، ولا سيما في الحالة التي يتم فيها تعيين المحكمين من قبل جهة دولية كمحكمة العدل الدولية ، أو فيما يتفق على أن يكون القانون الدولي العام أو أحد مصادره هو القانون الواجب التطبيق على العقد ، وهناك من يلقبه كقضاء وسط بين القانون الدولي العام والقانون الدولي الخاص كما استخدم آخرون اصطلاح التحكيم شبه الدولي ^(٢) ، والواقع أن هذا الاتجاه لا يمكن قبوله ، ذلك أن التحكيم الدولي ينعقد لتسوية الخلافات بين الدول كأشخاص القانون الدولي العام وأنه لا يمكن وصف محاكم التحكيم التي تنشأ بغرض تسوية الخلافات بين الدول أو شخص عام تابع لها وبين شخص معنوي أجنبي وتلك التي تقع بين الدول المنتجة وشركات النفط الأجنبية على وجه الخصوص بالمحاكم الدولية ، فالدولة التي ينتمي إليها الفرد أو الشركة بهذا النوع من التحكيم ليست طرفاً في النزاع ^(٣) .

ومن ثم فإن هذا النوع من التحكيم ينتمي إلى تحكيم ذو طبيعة خاصة ، وذلك على اعتبار أن التحكيم محل البحث يأخذ من خصائص نوعي التحكيم التقليديين (الوطني والدولي) دون أن يخضع لقواعد أي منهما بالكامل ، والقول بغير ذلك يجعل لمحاكم دولة مقر التحكيم سلطة التدخل فيه والإشراف عليه ، ويكفي أن التحكيم يضع المتعاقد الأجنبي بمنأى عن القضاء الداخلي للدولة المضيفة أما أن يخضع هذا التحكيم بدوره للرقابة القضائية لدولة أخرى فهذا أمر غير مقبول ويتنافى مع سيادة الدولة المعنية ^(٤) .

ويمر التحكيم بمراحل عدة : أهمها على الإطلاق مرحلة الرضا وقبول الأطراف التحكيم ويأخذ هذا الرضا إما شكل اتفاق كحكم مستقل ، يبرم عادة عند نشأة النزاع وقبل إحالته إلى التحكيم أو شكل شرط التحكيم وذلك حين يأخذ اتفاق البترول ذاته بنظام التحكيم لتسوية ما قد يثار بين أطرافه من منازعات وقد يتم الرضا بالتحكيم من جانب الدولة المتعاقدة بشكل مسبق لولادة النزاع وذلك بالنص عليه صراحة في قانون يصدر من هذه الدولة قبل أو بعد إبرام العقد ، والقانون الذي من هذا القبيل هو عادة قانون الاستثمار الأجنبي مثل قانون الاستثمار الأجنبي الكويتي في الدولة أو قانون النفط بها ، ومن

(١) كان من ضمن ذلك الجدل الفقهي جنسية الفرد المستثمر عما إذا كان يحمل أكثر من جنسية أو عديم الجنسية . انظر ذلك في د. جلال

وفاء محمدين : المرجع السابق - ص ٢٨ وما بعدها .

(٢) د. إبراهيم محمد العناني : اللجوء إلى ... الخ - مرجع سابق - ص ٩٣ - هامش (١) ؛ د. محمد يوسف علوان : النظام القانوني ...

الخ - مرجع سابق - ص ٣٩٧ ؛ د. اشرف الرفاعي : المرجع السابق - ص ٢٢٨ وما بعدها .

(٣) د. محمد يوسف علوان : النظام القانوني ... الخ مرجع سابق - ص ٣٩٧ .

(٤) المرجع السابق - ص ٣١٦ - ٣١٧ ، ص ٣٩٨ .

ثم فإن لإرادة الخصوم دور رئيسي في صياغة القواعد الإجرائية واختيار القانون الواجب التطبيق الذي يحكم الإجراءات المتبعة لحل النزاع^(١).

وقد أشارت اتفاقية نيويورك المبرمة في ١٠ يونيو ١٩٥٨م الخاصة بالاعتراف وبتنفيذ قرارات التحكيم الأجنبية في مادتها الخامسة فقرة (د / ١) على جواز رفض الاعتراف وتنفيذ حكم التحكيم إذا قدم الخصم الدليل على أن تشكيل هيئة التحكيم أو إجراءات التحكيم مخالف لما اتفقا عليه الأطراف ، وفي هذا إشارة غير مباشرة على أن اتفاق الأطراف على إجراءات التحكيم له الأولوية^(٢).

فأطراف عقد التحكيم بإمكانهم وضع قواعد إجرائية واضحة تحكم سير المنازعة أمام المحكمة أو هيئة التحكيم ، فهم يستطيعون ابتداءً وباتفاقهم خلق أو إنشاء قواعد إجرائية خاصة بهم أيًا كان مصدرها سواءً أكانت مستمدة من قانون داخلي أو أكثر أو من لوائح تحكيم لهيئات دولية أو مزيج من هذه القوانين أو تلك اللوائح ، فيستطيع أطراف عقد التحكيم تضمين عقدهم بنوداً لتنظيم قواعد المرافعات ومكانها وميعاد تقديم المستندات وإجراء التحقيقات والاستعانة بالخبراء وتسبيب القرارات فالتحكيم هو نوع من القضاء الاتفاقي^(٣).

ويرى بعض الفقه^(٤) أن الدولة المضيفة للاستثمارات الأجنبية ولا سيما الدول النامية تنظر نظرة شك للتحكيم ، ويعزى ذلك أحياناً إلى الشعور الزائد بالسيادة ، وإلى ما يراه البعض من أن القضاء مظهر من مظاهر هذه السيادة لا يجوز التنازل عنه لشخص من أشخاص القانون الخاص . ولا شك أن قبول الدولة للتحكيم بمحض إرادتها يعد تطبيقاً للسيادة وليس هدماً لها أو تنازلاً عنها وإن اللجوء إلى التحكيم يعد تنازلاً ضمنيّاً عن الحصانة القضائية^(٥).

ومما يذكر أن الممارسات الدولية قد أكدت في بعض الأحيان أن بعض الدول بعد أن تقبل التحكيم صراحة في عقدها مع المستثمر الأجنبي فإنها تسعى إلى التهرب منه بعد ظهور النزاع و الاتجاه إلى عرضه على القضاء الوطني لها ، فقد رفض العراق اللجوء إلى التحكيم في نزاعه مع شركات النفط إثر صدور القانون العراقي (رقم ٨٠) لعام ١٩٦١م والذي استرجعت الحكومة العراقية بموجبه الغالبية العظمى من مساحة الامتياز .

فالتحكيم يقوم على مبدأ الرضا وقد حرص واضعو اتفاقية تسوية المنازعات الاستثمارية عام ١٩٦٥م بين الدول ورعايا الدول الأخرى في واشنطن وذلك في إطار البنك الدولي للإنشاء والتعمير على

(١) د. إبراهيم أحمد إبراهيم : التحكيم الدولي الخاص _ مرجع سابق - ص ٦٣ وما بعدها ؛ د. اشرف الرفاعي : المرجع السابق - ص ٢٩٥ وما بعدها .

(٢) د. سامية راشد : التحكيم في ... الخ - مرجع سابق - ص ٣١٢.

(٣) د. أحمد عبد الكريم سلامة : نظرية ... الخ - مرجع سابق - ص ٢١٢ ؛ د. محمد عبد الله المؤيد : رسالته السابقة - ص ٢٦٦ وما بعدها .

(٤) د. أحمد أبو الوفا : شرط التحكيم في عقود البترول في البلاد العربية - مؤتمر البترول العربي الرابع ١٩٦٣م بيروت - أنظره في مؤلفه التحكيم الاختياري ... الخ - مرجع سابق - ص ٨٨ وما بعدها .

(٥) د. عصام الدين القسبي : المرجع السابق - ص ٩٨ ؛ د. أحمد أبو الوفا : المرجع السابق - ص ٨٨ وما بعدها .

تضمنين هذا المبدأ حيث أشارت المادة ١/٢٥ (يشمل اختصاص المركز المنازعات ذات الصبغة القانونية التي تنشأ بين دولة متعاقدة أو أي مؤسسة عامة أو هيئة تابعتين لها وتعيينها هذه الدولة للمركز وبين رعايا دولة أخرى متعاقدة بشرط أن يكون لها علاقة مباشرة بالاستثمار وأن يقبل الأطراف . . .) .

وفي أعقاب قيام ليبيا بتأميم صناعة النفط ، لم توافق الحكومة الليبية على طلب الشركات الخاص بإحالة النزاع إلى التحكيم كما صدر قرار المحكم عام ١٩٧٧م في غياب ليبيا ، ولقد تعرض المحكم دبوي للعديد من المسائل الهامة بشأن عقود الدولة ، كتحديد طبيعتها والقانون الواجب التطبيق عليها ^(١) .

إجراءات التحكيم :

تبدأ إجراءات التحكيم منذ إعلان أحد أطراف النزاع رغبته في تسوية هذا النزاع عن طريق التحكيم وتستمر حتى صدور القرار بشكله النهائي ^(٢) وعليه فإنه يدخل في عداد الإجراءات صحيفة الدعوى باللغة المعتمدة ومواعيد الحضور ونظام الجلسات وسماع الدعوى والدفع والتدخل ^(٣) .

ولا شك أن القانون المطبق على إجراءات التحكيم هو القانون الذي يختاره الأطراف صراحة أو ضمناً ، وتشير الاتفاقيات البترولية إلى عدد من الحلول المختلفة لهذه المسألة ، فقد يتفق أطراف هذه الاتفاقيات على اختيار أحد القوانين الوطنية لتحكم إجراءات التحكيم ، ولكنها تكون هنا بصدد التحكيم الداخلي ، ونادراً ما ينص على تطبيق القانون ساري المفعول في مقر التحكيم ^(٤) أو يخضع اتفاق التحكيم للقانون الوطني للدولة المضيفة ، فكل عقد لا بد وان يرتبط بقانون دولة معينة ^(٥) .

ولكن المشكلة تنثور بالنسبة لعدد من الاتفاقيات النفطية التي لا تشير إلى مسألة القانون الواجب التطبيق ولا تتضمن في نفس الوقت قواعد كافية خاصة بهذه الإجراءات ، كما أنها تبقى قائمة كذلك في الحالة التي يعني الاتفاق بمسألة القانون الواجب التطبيق على الإجراءات إلى المحكمة ذاتها ^(٦) .

والواقع أن الاتفاقيات التي من هذا القبيل تطرح مشاكل خطيرة ، فالقول باختيار قانون موضوع العقد كقانون يحكم إجراءات التحكيم يعيبه أن كل من القانونين مستقل عن الآخر ، والقول بأن القانون الذي يحكم إجراءات التحكيم في حالة عدم النص على ذلك في العقد هو قانون الإجراءات في مقر التحكيم فهو غير مقبول سوى في حالة إذا كان مقر التحكيم في إقليم الدولة المتعاقدة .

(١) د. حفيظة السيد الحداد : العقود المبرمة ... الخ - مرجع سابق - ص ٣٧٥ .

(٢) د. إبراهيم أحمد إبراهيم : التحكيم الدولي الخاص - مرجع سابق - ص ٧٩ وما بعدها ؛ د. أشرف الرفاعي : المرجع السابق - ص ٥٨٠ .

(٣) د. إبراهيم محمد العناني : اللجوء إلى ... الخ - مرجع سابق - ص ١١٣ وما بعدها ؛ د. أشرف الرفاعي : المرجع السابق - ص ٥٨١ وما بعدها .

(٤) قانون البترول والمعادن الماليزي لعام ١٩٦٨ ؛ اتفاق شركة النفط الوطنية الإيرانية نيوك - أجيب منيراريا ١٩٥٧م (م / ٤٤) - انظر ذلك في د. محمد يوسف علوان : النظام القانوني ... الخ - مرجع سابق - ص ٤٠٨ .

(٥) د. محمد يوسف علوان : الاتجاهات الحديثة ... الخ - مرجع سابق - ص ١٧١٣ .

(٦) د. محمد يوسف علوان : النظام القانوني ... الخ - مرجع سابق - ص ٤٠٩ - هامش رقم ٢ .

إما إذا كان مقر التحكيم في دولة أجنبية فإنه لا يمكن تطبيق اتفاق التحكيم لأنه يتعارض مع سيادة الدولة المتعاقدة^(١).

وفكرة تطبيق القانون الدولي العام لا يمكن قبولها ، لأن القانون الدولي العام لا يتضمن أية قواعد يمكن تطبيقها على إجراءات التحكيم بين الدول والأفراد ، كما أن القواعد الدولية في مسائل الإجراءات التي تضمنتها اتفاقيات دولية كبروتوكول جنيف عام ١٩٢٣م^(٢) وجنيف عام ١٩٢٧م ونيويورك عام ١٩٥٨م قد وجدت لتطبيق على التحكيم بين رعايا دول مختلفة وليس على التحكيم بين دولة وشخص عادي^(٣).

ويمكن القول أنه في الحالات التي لا يتضمن فيها الاتفاق تحديداً صريحاً على تحديد القانون الواجب التطبيق فإن الوضع الأقرب إلى المشروعية هو تطبيق قانون الإجراءات في الدول المتعاقدة^(٤). ويرى جانب من الفقه^(٥) عدم اللجوء إلى الإرادة في اختيار القانون حيث أن هذا الاختيار قد يأتي مخالفاً لمقصدتهم ، لذلك يجب اختيار القانون الأنسب ليحكم إجراءات سير المنازعة اختياراً موضوعياً دون لجوء إلى إرادة الخصوم ، فالطبيعة القضائية للتحكيم تغلب على الطبيعة الاتفاقية فيما يتعلق بالإجراءات ، وهذه الطبيعة القضائية تحد من الاستقلال المطلق لإرادة الخصوم بالنسبة للإجراءات ، لذلك يرى أنصار هذا الجانب من الفقه أن القانون الملائم هو قانون مكان التحكيم لأنه الأقرب لحكم الإجراءات .

مقر التحكيم :

وبخصوص مقر التحكيم يلاحظ أن الدول تتردد عادة في تضمين عقود النفط بما يشير إلى انعقاد محكمة التحكيم في إقليم دولة أخرى سواء أكانت دولة المتعاقدين الأجنبي أم دولة ثالثة ، والواقع أن قبول الدولة لذلك فيه انتقاص لسيادتها ، خاصة إذا ما ترتب عليه خضوع إجراءات التحكيم لقانون المقر، كما يرى بعض الفقهاء ، ولهذا نجد أن الاتجاه الحالي لاتفاقيات النفط يشير إلى أن مقر التحكيم يكون في إقليم الدول المتعاقدة ذاتها^(٦) ، وهو الرأي الذي نرجحه باعتبار دولة التنفيذ أكثر صلة بالنزاع .

(١) د. سراج حسين أبو زيد : المرجع السابق - ص ٢٥٩ وما بعدها ؛ د. محمد يوسف علوان : النظام القانوني ... الخ - مرجع سابق - ص ٤٠٩ - ٤١٠ .

(٢) المرجع السابق - ص ٩ ؛ المرجع السابق - ص ٤٠٩ هامش رقم (٥) .

(٣) د. إبراهيم محمد العناني : اللجوء ... الخ - المرجع السابق - ص ٣٠٢ ؛ د. محمد يوسف علوان : النظام القانوني ... الخ - مرجع سابق - ص ٤١١ .

(٤) د. إبراهيم أحمد إبراهيم : القانون الدولي الخاص - مرجع سابق - ص ٤٣ وما بعدها ؛ د. محمد يوسف علوان : النظام القانوني ... الخ - مرجع سابق - ص ٤٠٨ .

(٥) المرجع السابق - ص ٦٣ وما بعدها ؛ د. سراج حسين محمد أبو زيد : المرجع السابق - ص ٢٨٤ ؛ د. محمد يوسف علوان : النظام القانوني ... الخ - مرجع سابق - ص ٤١٠ .

(٦) اتفاق الكويت مع الشركة العربية المحدودة المادة ٣٣ والمنشور في جريدة الكويت اليوم والسابق الإشارة إليها .

وفي حالة عدم النص على مقر التحكيم يترك الأمر لاتفاق طرفي النزاع أو لاتفاق المحكمين أو للمحكم الثالث أو للمحكم الوحيد حسب الحالة (١) .

وبخصوص سلطة محكمة التحكيم في اتخاذ إجراءات مؤقتة فإنه يجوز لها ذلك إذا رأت أن هذا الإجراء ضرورياً للحفاظ على حقوق أي من الطرفين ، ولذا نجد أنه يترتب على الشروع في إجراءات التحكيم بموجب بعض الاتفاقيات النفطية وقف العمليات والنشاطات أو التدابير التي أدت إلى نشوء النزاع (٢) .

قرار التحكيم :

تختلف الأغلبية المطلوبة لقرار التحكيم حسب عدد المحكمين ، فحينما يعهد بمهمة تسوية النزاع إلى محكمة التحكيم تتكون من محكمين اثنين ومحكم ثالث أو فيصل يصدر القرار باتفاق محكمي الطرفين (٣) وفي حالة المحكم الواحد فإنه لا تثور ثمة مشكلة ، ويجب أن يصدر قرار التحكيم خلال المدة المتفق عليها عند تشكيل المحكمة ، وتناديا لمطالب تقييد المحكمة بأجل معين تصدر خلاله قرارها التحكيمي تسلك بعض العقود مسلكاً آخرأ يهدف إلى سرعة تسوية النزاع ، وذلك اكتفاءً بدعوة المحكمة لإصدار قرارها في أسرع وقت ممكن ، مثل ذلك العقد المبرم بين السعودية وشركة أرامكو عام ١٩٥٥م والذي لم يحدد فيه مدة معينة لإصدار الحكم (٤) ولا بد أن يكون قرار التحكيم مكتوباً ، وأن يوقع عليه من قبل أعضاء المحكمة ، ويمكن للمحكم المعارض في حالة عدم صدور القرار بالإجماع أن يسجل رأيه كتابة ، وقرار التحكيم ملزم يجب تنفيذه ، وغير قابل للطعن فيه بأي طريق من طرق الطعن (٥) .

وأحكام التحكيم واجبة النفاذ ، ففي دولة الكويت (٦) نجد أن أحكام التحكيم الصادرة في بلد أجنبي مثلها في ذلك مثل الأحكام والأوامر الصادرة في بلد أجنبي يجوز الأمر بتنفيذها إذا كانت نهائية وقابلة للتنفيذ في البلد الذي صدرت فيه ، وهي تتمتع بحجية الأمر المقضي إذا توافرت فيها الشروط اللازمة ، لأن تكون قابلة للتنفيذ في دولة الكويت وذلك دون حاجة إلى الحصول على أمر بالتنفيذ (٧) .

وتنصمن العديد من عقود النفط الإشارة إلى اللجوء إلى التحكيم لتسوية المنازعات التي تثور حوله وأن يقوم كل طرف من الطرفين المتنازعين باختيار محكم عنه ، ويقوم المحكمان بعد ذلك باختيار المحكم

(١) د. أحمد أبو الوفا : المرجع السابق - ص ٢٢١ .

(٢) د. إبراهيم محمد العناني : المرجع السابق - ص ١٥ ؛ د. حفيظه السيد الحداد : مدى اختصاص القضاء الوطني باتخاذ الإجراءات

الوقائية والتحفظية في المنازعات الخاصة الدولية المتفق بشأنها على التحكيم - دار الفكر الجامعي - بدون سنة نشر - ص ٣٦ - ٣٨ ؛ د.

اشرف الرفاعي : المرجع السابق - ص ٥٤٣ - المادة رقم ٩ ؛ د. إبراهيم أحمد إبراهيم : تنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية - المجلة المصرية

للقانون الدولي - المجلد ٣٧ - ١٩٨١م - ص ١٩ .

(٣) د. محمد يوسف علوان : النظام القانوني ... الخ - مرجع سابق - ص ٤١٩ .

(٤) د. مختار أحمد بريري : المرجع السابق - ص ١٦٣ وما بعدها ؛ د. أحمد أبو الوفا : المرجع السابق - ص ٣٥٧ - ٣٥٨ .

(٥) د. محمد يوسف علوان : النظام القانوني ... الخ - مرجع سابق - ص ٤٢٠ - ٤٢١ .

(٦) د. عزمي عبد الفتاح : المرجع السابق - ص ٥٠ وما بعدها ؛ انظر المادة رقم ٢٩ - فقرة (أ) من القانون الكويتي رقم ٥ / ٦١ بشأن

تنظيم العلاقات القانونية ذات العنصر الأجنبي .

(٧) القانون رقم ٥ لسنة ١٩٦١ بشأن تنظيم العلاقات القانونية ذات العنصر الأجنبي المادة (٢٩) .

الثالث ، وفي حالة عدم قيام أحد طرفي النزاع بتعيين محكمه أو عدم الاتفاق على شخص المحكم الثالث فإنه يعهد بذلك إلى إحدى الجهات المتفق عليها ، والتي قد تكون جهة وطنية أو جهة أجنبية ، وتعهد عقود النفط عادة إلى الأطراف مهمة تعيين مكان انعقاد التحكيم وذلك في حالة عدم اتفاق المحكمين عليه ، كما أنها تتضمن تحديد القانون الواجب التطبيق (١) .

فطبقاً للمادة (رقم ٣١) من امتياز شركة أرامكو " إذا نشأ شك أو خلاف بين الحكومة والشركة في تفسير هذه الاتفاقية أو تنفيذها أو تفسير شيء منها أو تنفيذه أو فيما له علاقة بها أو في حقوق أحد الفريقين أو تبعاته وعجز الفريقان عن الاتفاق على تسوية ذلك بطريقة أخرى تحال القضية إلى محكمين اثنين ، يختار كل فريق واحد منهما وعلى وازع يختاره المحكمان قبل الشروع في التحكيم ، ويعين كل فريق محكمه في خلال ٣٠ يوماً من تاريخ طلب الفريق الآخر ذلك خطياً منه ، وإذا عجز المحكمان عن الاتفاق على تعيين الوازع فعلى الحكومة والشركة حينئذ أن يعينا بالاتفاق وازعاً ، وإذا عجزا عن الاتفاق فيما بينهما على ذلك يجوز لأي منهما أو لكليهما أن يطلب إلى رئيس المحكمة الدائمة للعدل الدولي أن يعين وازعاً ، ويعتبر حكم المحكمين في القضية نهائياً ، أما إذا لم يتفقا فيما بينهما في الرأي ، فيعتبر حكم الوازع في القضية نهائياً ، أما مكان التحكيم فيتفق عليه الطرفان وإذا عجزا عن الاتفاق على ذلك ، فيعقد التحكيم في لاهاي بهولندا " (٢) .

"من ذلك مثلاً اتفاقية المقاوله بين العراق وشركة أيراب الفرنسية عام ١٩٦٨م ، حيث أشارت المادة (رقم ٣٥) على أن يحال النزاع إلى التحكيم بإجراءاته المعروفة ، والاتفاقية تضيف أنه إذا تم الاتفاق بين الحكومتين العراقية والفرنسية على عقد اتفاقية عامة ، تنص على التوفيق والتحكيم فتطبق على المنازعات الناشئة عن هذا العقد أو من جرائه ، كما أن اتفاقيات التملك الكامل بدورها تحيل الخلافات والمنازعات التي تقع بين الأطراف إلى التحكيم" (٣) .

مما سبق يتضح أن جميع أشكال الاستثمار النفطي تأخذ بالتحكيم كأسلوب لتسوية المنازعات وهناك عدة قضايا نفطية عرضت على التحكيم مثل القضايا الآتية : -

- ١- قضية بتروليم ديفلبمونت (قطر) ضد دولة قطر ، قرار اللورد راديكليف إبريل ١٩٥٠م (٤) .
- ٢- قضية حاكم قطر ضد انترناشيونال مارين أويل كومباني ، قرار السيد آل فريد بكمبل يونيو ١٩٥٣م (٥)

(١) د. إبراهيم محمد العناني : اللجوء إلى ... الخ - مرجع سابق - ص ١٠١ وما بعدها ؛ د. حفيظه السيد الحداد : الاتفاق على التحكيم ... الخ - مرجع سابق - ص ٤٩ وما بعدها ؛ د. اشرف الرفاعي : المرجع السابق - ص ٥٤٤ وما بعدها .

(٢) د. إبراهيم أحمد إبراهيم : تنفيذ أحكام ... الخ - مرجع سابق - ص ١٠٥ ؛ د. محمد يوسف علوان : النظام القانوني ... الخ - مرجع سابق - ص ٣٨٨ - ٣٨٩ .

(٣) البند رقم ١٠ من اتفاقية تملك دولة قطر لشركة نفط قطر في ١٦ سبتمبر ١٩٧٦ ؛ اتفاقية تنفيذ تملك دولة قطر لشركة شل قطر في ٩ فبراير ١٩٧٧ - انظر ذلك في د. محمد يوسف علوان : النظام القانوني ... الخ - مرجع سابق - ص ٣٩٠ - ٣٩١ - هامش رقم (١) .

(٤) د. محمد يوسف علوان : الاتجاهات الحديثة ... الخ - مرجع سابق - ص ١٧١٨ - حاشية.

(٥) المرجع السابق - ص ١٧٢٩ - حاشية ؛ د. اشرف الرفاعي : المرجع السابق - ص ١٥١ .

٣- قضية بتروليم ديفلبمونت ضد أبو ظبي (قرار اللورد اسكويت اف بيشوبشون في سبتمبر ١٩٥١م)^(١) .

٤- قضية شركة أرامكو ضد الحكومة السعودية (قرار المحكم الأستاذ جورج سوزر هول في ٢٣/أغسطس ١٩٥٨م)^(٢) .

٥- قضية شركة سافير إنترناشيونال الكندية ضد شركة النفط الوطنية الإيرانية (بنوك) قرار المحكم الوحيد القاضي كافان في ١٥ مارس ١٩٦٣م^(٣) ، وتتلخص وقائع هذا النزاع أن الشركة الكندية سافير كانت قد أبرمت عام ١٩٥٨م اتفاقية مع شركة النفط الوطنية الإيرانية (بنوك) للقيام بالأعمال الاستكشافية وبشرط التشاور في ذلك مع الشركة الأخيرة وفي عام ١٩٦٠م ثار الخلاف بين الشركتين حول المقصود بالتشاور ، وعلى الأثر أوقفت الشركة الكندية عملياتها وطلبت إحالة الخلاف إلى التحكيم وعينت محكمة فعلا ولكن بنوك رفضت اللجوء إلى التحكيم وذلك بحجة قيام سافير بالتنازل عن حقوقها بموجب الاتفاقية إلى شركة أخرى هي التي يجوز لها دون غيرها تحريك إجراءات التحكيم وطلبت سافير من رئيس المحكمة الاتحادية السويسرية استكمال تشكيل المحكمة ، وقد أتم هذا الأخير ذلك الطلب في ١٢ يناير ١٩٦١م وأصدر المحكم المعين القاضي كافان في مايو ١٩٦٣م قراراً لصالح شركة سافير وحققا في تقاضي مبلغ من المال كتعويض^(٤) .

٦- التحكيم بين الشركة الوطنية الليبية وشركة sun oil حيث صدر حكم التحكيم في ٢٣ فبراير ١٩٨٧م بأغلبية الآراء وانتهت فيه المحكمة إلى أن شركة sun oil هي المسؤولة عن عدم تنفيذ العقد والتزمت بدفع مبلغ ٢٠ مليون دولار إلى الشركة الوطنية الليبية كتعويض^(٥) .

الفرع الثاني : التحكيم المؤسسي

التحكيم المؤسسي هو نوع من أنواع التحكيم الدولي الذي تتولاه هيئة من الهيئات الدائمة أو المتخصصة ، ذلك أنه نظام لتسوية المنازعات يقوم في إطار مراكز أو مؤسسات دائمة ذات قواعد محددة، والتحكيم المؤسسي باعتباره تحكيم نظامي هو ذلك التحكيم الذي يتم من خلال مراكز دائمة للتحكيم، وهي ظاهرة جديدة في الأوساط التجارية الدولية وهذه الهيئات منها ما يجري التحكيم لديها فعلا، ومنها ما يكفي بتيسير مهمة إجراء التحكيم ، ومراكز التحكيم لديها قوائم بأسماء المحكمين المعتمدين

(١) د. سراج حسين أبو زيد : المرجع السابق - ص ٥٣٥ ؛ د. أشرف الرفاعي : المرجع السابق - ص ١٥١ ؛ د. حفظة الحداد : العقود المبرمة ... الخ - مرجع سابق - ص ٤٨ - ٥٠ .

(٢) د. محمد يوسف علوان : الاتجاهات الحديثة ... الخ - مرجع سابق - ص ١٧٠٥ .

(٣) د. حفظة السيد الحداد : العقود المبرمة بين ... الخ - ص ٣٣-٣٤ ؛ د. سراج حسين أبو زيد : المرجع السابق - ص ٥٤٩ وما بعدها .

(٤) د. عصام الدين القصبي : المرجع السابق - ص ٨٦ وما بعدها .

(٥) د. حفظة السيد الحداد : العقود المبرمة بين ... الخ - مرجع سابق - ص ١٠٠ وما بعدها ؛ د. سراج حسين أبو زيد : المرجع السابق - ص ٥٥٢ وما بعدها .

لديها ممن يمكن لأطراف المنازعات التي تتجم عن عقود التجارة الدولية الاستعانة بهم لتسوية هذه المنازعات بطريقة التحكيم ، وتعد هذه المؤسسات لوائح تضع الحلول لأطراف النزاع ، فيما يتعلق بكيفية تشكيل محكمة التحكيم ومقر التحكيم وإجراءاته والقانون الواجب التطبيق ، وهذا هو السبب من وراء تأييد بعض الفقه لهذا النوع من التحكيم الخاص وذلك باعتبار أن هذا النوع من التحكيم قد اشتمل توضيحاً شاملاً لكافة المسائل الإجرائية ^(١) .

ولا شك أن دور الإرادة في التحكيم المنظم يتسم بالقصور ، فهو تحكيم تسري أحكامه اللائحية على الإجراءات التي يتم اتخاذها من قبل هيئات التحكيم المشكلة ضمنه ، فالتجاء أطراف عقد التحكيم لهذه الهيئات للفصل في النزاع بينهم يتضمن شرط الإذعان للقواعد الإجرائية المقررة في لائحة التحكيم لهذه الهيئة . ويذكر أنه بإمكان الدول المضيفة والمستثمرين الأجانب قبول اختصاص مراكز التحكيم مقدماً بهدف تسوية المنازعات التي تنشأ فيما بينهما ، بمناسبة الاستثمار الأجنبي ، ولكن قبولهما بذلك قد يكون لاحقاً للنزاع .

وقد وضعت اللجنة الاقتصادية لآسيا والشرق الأقصى التابعة للأمم المتحدة عام ١٩٦٦م لائحة للتحكيم التجاري الدولي تنطبق في العلاقات التجارية بين دول هذه المنطقة ، وفي العلاقة بين الدول الاشتراكية وقعت في موسكو ١٩٧٢م معاهدة خاصة بالتحكيم في المنازعات التعاقدية الناجمة عن التعاون الاقتصادي والعلمي والتقني بين الهيئات والمؤسسات الاقتصادية للدول الأطراف ^(٢) ومن أهم مراكز التحكيم المؤسسي وخصوصاً الذي تخضع له عقود الاستثمار النفطي نذكر على سبيل المثال المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار وهيئة تحكيم غرفة التجارة الدولية .

الفرع الثالث : التحكيم الإقليمي

وسوف نتناول الهيئة القضائية للأوبك في هذا الفرع كنموذج للتحكيم الإقليمي على النحو الآتي :

أولاً : نشأة محكمة أوبك

نبعت فكرة إنشاء محكمة دولية تعنى بتسوية المنازعات النفطية ، حين أصدرت منظمة الأوبك في مؤتمرها الخامس الذي عقد في الرياض في ديسمبر ١٩٦٣م قراراً كلفت بموجبه الأمين العام للمنظمة بعمل الدراسات اللازمة لإنشاء محكمة دولية عليا ضمن إطار المنظمة، و ذلك لتسوية كل ما يتعلق بأمور النفط من نزاع أو خلاف ، وبموجب هذا القرار فإنه يتعين على النظام القانوني للمحكمة السماح لها بإعطاء آراء استشارية و إصدار قرارات قضائية ، و على الرغم من أن هذا القضاء لم يدخل حيز النفاذ فإن الفكرة ظلت قائمة بعد صدوره ، فقد صدر عن المؤتمر السادس للأوبك ^(٣) في يناير عام ١٩٦٨م ما يشير إلى نفس

(١) د. اشرف الرفاعي : المرجع السابق - ص ١٦ .

(٢) المرجع السابق - ص ١٢ ، ص ٢٣٣ .

(٣) د. محمد يوسف علوان : الهيئة القضائية لمنظمة الأقطار المصدرة للبترول - مجلة الحقوق و الشريعة - السنة ٥ - العدد ٢ - يونيو

١٩٨١ - ص ١٤٩ .

الفكرة (الخلافات التي تنشأ بين الأعضاء و أصحاب الامتياز سوف يكون اختصاص النظر فيها إلى القضاء الداخلي أولاً و إلى القضاء الإقليمي المتخصص حينما يتم إنشاء هذا القضاء) .

ونظراً لأن الفكرة لم تبرز إلى الواقع فقد تم بلورتها في إطار منظمة الأقطار العربية للنقطة "أوبك"، و قد جاء النص على الهيئة القضائية في اتفاقية إنشاء المنظمة كأحد أجهزة أربعة تمارس من خلالها اختصاصاتها و مسؤولياتها ، ففي عام ١٩٨١م تم قيام أول محكمة عربية متخصصة^(١) .

و قد أشارت المادة (رقم ٢٢) من اتفاقية إنشاء الأوبك على ذكر الشروط الواجب توافرها في قضائتها و الجهة التي تقوم بتعيينهم و اليمين التي يقع عليهم قسمها قبل ممارسة وظائفهم ، وجاء البروتوكول ليحقق المواد (رقم ٤-١٨) منه لهذه المسألة فأوضحت المادة (رقم ٤) أن الهيئة تشكل في عدد فردي من القضاة لا يقل عن سبعة و لا يزيد على أحد عشر قاضياً من المواطنين العرب ، على ألا يكون هناك أكثر من قاض من جنسية واحدة و لم يستوجب البروتوكول أن يكون هناك قاض من كل دولة من الدول الأعضاء .

ثانياً : اختصاصات الهيئة القضائية للأوبك

١. اختصاص الهيئة القضائية :

الهيئة لها اختصاصان قضائيان ، الاختصاص القضائي و يشمل المنازعات التي تختص بالفعل فيها بحكم ملزم للأطراف ، و جاءت أحكام الاختصاص القضائي للهيئة في المادة (رقم ٢٣) من اتفاقية إنشاء المنظمة^(٢) والمادة (رقم ٢٤) من البروتوكول ، و المادة الأخيرة صورة طبق الأصل عن المادة الأولى ولكنها تتضمن بعض الإيضاحات^(٣) زيادة عليها، ومن الواضح أن اختصاص الهيئة لا يزال غامضاً في البروتوكول كما كان في الاتفاقية ، ولعل ذلك يعود إلى عدم اتفاق الدول الأعضاء على سلطات و اختصاصات الهيئة بالتفصيل ما جعل واضعي البروتوكول يكتفون بنص عام حتى يمكن لهذا البروتوكول أن يرى النور . وطبقاً للمادة (٢٣) من الاتفاقية تختص الهيئة بنظر المنازعات التالية :

أ. المنازعات التي تتعلق بتفسير وتطبيق هذه الاتفاقية و تنفيذ الالتزامات الناشئة عنها .

ب. المنازعات التي تنشأ بين عضوين أو أكثر من أعضاء المنظمة في مجال النشاط البترولي.

ج. المنازعات التي يقرر المجلس اختصاص الهيئة بنظرها .

كما أنه يجوز بناء على اتفاق أطراف النزاع عرض المنازعات التالية على الهيئة للفصل بها :

أ. المنازعات التي تنشأ بين أي عضو من أعضاء المنظمة و بين شركات البترول التي تعمل في إقليم

ذلك العضو .

(١) المرجع السابق - ص ١٥٢ .

(٢) راجع في ذلك المادة ٢٣ من اتفاقية إنشاء الأوبك في د. محمد يوسف علوان : النظام القانوني ... الخ - مرجع سابق - ص ٤٦٣ ؛ د.

محمد يوسف علوان : الهيئة القضائية ... الخ - مرجع سابق - ص ١٦٤ .

(٣) للنظر في هذه الإيضاحات راجع المادة الأخيرة من اتفاقية إنشاء الأوبك في د. محمد يوسف علوان : الهيئة القضائية ... الخ - مرجع

سابق - ص ١٦٤ .

- ب. المنازعات التي تنشأ بين أي عضو و بين شركة بترول تابعة لعضو آخر .
ج. المنازعات التي تنشأ بين عضوين أو أكثر من أعضاء المنظمة عدا ما نص عليه في البند رقم ١ من المادة (٢٣) (١).

و يلاحظ على اختصاص الهيئة أنه إلزامي و استثنائي و يكون اختياري (٢) ، فالفقرة الأولى في كل من المادتين تتحدث عن اختصاص الهيئة في مجموعة من المنازعات من دون أن تشير إلى وجوب اتفاق أطراف النزاع لعرضها على المحكمة كما هو الحال في المجموعة المشمولة في الفقرة الثانية ، وعليه فإن اختصاص الهيئة في المنازعات الثلاثة المذكورة في الفقرة الأولى من المادتين هو اختصاص إلزامي ، أي أنه يثبت للهيئة اختصاص الفصل فيها من دون الحاجة إلى اتفاق الأطراف على ذلك .
ويمتد اختصاص الهيئة ليشمل كل من الدول الأعضاء و المنظمة و الشركات المنبثقة عنها و ذلك بالنسبة للمنازعات التي تختص بها جوازاً ، وأن الحق في اللجوء إلى الهيئة يقتصر في الدول الأعضاء وشركات البترول التي تعمل في إقليم ذلك العضو و شركات البترول التابعة لأي عضو آخر .

٢. اختصاص الهيئة الإلزامي :

وحالات الاختصاص الإلزامي من حيث الموضوع تتعلق بتفسير و تطبيق الاتفاقية و تنفيذ الالتزامات الناشئة عنها ، و هذه هي المهمة العامة للهيئة القضائية التي وجدت أساساً لأدائها ، و بفضل وجود الهيئة القضائية و الاختصاصات المنوطة بها فإن جميع الأشخاص المذكورين في المادة (١/٢٤) أي المنظمة و الدول الأعضاء و الشركات المنبثقة عن المنظمة تلتزم باحترام الاتفاقية المنشئة للمنظمة و تنفيذ الالتزامات الناشئة عنها أي أنها تلتزم باحترام الاتفاقية المنشئة للمنظمة و تنفيذ الالتزامات الناشئة عنها كافة، أي إنها تلتزم باحترام القانون المشترك للمنظمة ، و ليس هناك ما يوجب على الأشخاص السابقين اللجوء إلى الهيئة القضائية إذا ما اتفقوا على طريق آخر للتسوية ، ولكن الأطراف المتنازعة تلتزم بالسعي بقدر الإمكان إلى حل خلافاتها عن طريق التوفيق و المصالحة قبل عرض النزاع على الهيئة القضائية ، كما يمكن تقسيم المنازعات التي قد تولد في إطار الأوبك إلى ما يلي:

أ . المنازعات بين دولتين أو أكثر من الدول الأعضاء .

وهذه المنازعات يمكن أن تولد نتيجة لتخلف دولة أو أكثر من الدول الأعضاء عن القيام بالواجبات الملقاة على عاتقها بموجب الاتفاقية و عدم قبول دولة أو أكثر من الدول الأعضاء الأخرى بذلك ، إذ من المتصور في هذه الحالة أن ترفع الدولة أو الدول الأخيرة الأمر إلى الهيئة القضائية لتصدر حكماً في الموضوع محل النزاع ، و يرد هذا الاحتمال بصفة خاصة في حال عدم موافقة إحدى الدول الأعضاء على ممارسة المنظمة للصلاحيات الاعتبارية في إقليمها كافة (٣).

(١) د. خالد سعد زغول حلمي : المرجع السابق - ص ١٥٩ - ١٦٠ د. محمد يوسف علوان : الهيئة القضائية ... الخ - مرجع سابق -

ص ١٦٥ د. محمد يوسف علوان : النظام القانوني ... الخ - مرجع سابق - ص ٤٦٤ .

(٢) د. خالد سعد زغول حلمي : المرجع السابق - ص ١٦٠ د. محمد يوسف علوان : النظام القانوني ... الخ - مرجع سابق - ص ٤٦٥ .

(٣) د. محمد يوسف علوان : الهيئة القضائية ... الخ - مرجع سابق - ص ١٧٠ .

و من المتصور كذلك وقوع منازعات بين الدول الأعضاء في حال عدم تعاون إحداها مع أجهزة المنظمة أو عدم تنسيق سياساتها البترولية إلى الحد اللازم لتحقيق أهدافها أو عدم اتخاذ الإجراءات اللازمة لتسهيل قيامها بمهامها و تنفيذ التزاماتها الناجمة عن الاتفاقية^(١) .

كما أن عدم التشاور فيما بين الدول الأعضاء في الشؤون البترولية ذات الأهمية المشتركة إخلالاً بالاتفاقية يمكن أن يولد نزاعاً بين الدول الأعضاء و يعرض على الهيئة القضائية لتقول كلمتها^(٢) .

ب. المنازعات بين شركتين أو أكثر من الشركات المنبثقة عن المنظمة .

إذ من المتصور حدوث منازعات فيما بين الشركات المنبثقة عن الأوبك تتعلق بتحديد نطاق عمل كل منها ، و هذا الغرض ممكن الوقوع بالنظر إلى تشابه و تداخل اختصاصات هذه الشركات (بناء و إصلاح السفن و نقل البترول، و الاستثمارات البترولية، و الخدمات البترولية) وإذا ما أحيلت هذه المنازعات إلى الهيئة فإنها تقوم بتحديد مجال عمل كل من الشركات المعنية^(٣) .

ج. المنازعات بين الدول الأعضاء و تلك الشركات^(٤) .

و هذه المنازعات يمكن أن تنشأ بسبب عدم اعتراف الدول الأعضاء بالشخصية القانونية المعترف بها بموجب اتفاقيات إنشاء الشركات المنبثقة عن الأوبك و عدم تمكينها من القيام بالأعمال و التصرفات التي تقتضيها هذه الشخصية ، كما يمكن أن تنشأ بسبب عدم موافقة دولة المقر على منح الشركة جنسيتها ، أو عدم تمكين الدول الأعضاء الشركة من حق العمل في أراضيها و عدم إعطائها الدعم و الحماية و الأفضلية التي للشركات الوطنية في أراضي كل دولة عضو من حيث المزايا أو التسهيلات ، و يمكن أن تثير هذه المنازعات ، بسبب قيام إحدى الدول الأطراف ،خلافاً لهذه الاتفاقيات بالاستيلاء على الشركة أو تأميمها أو الاستيلاء على أي من فروعها أو أملاكها أو حجز أموالها و أصولها أو حجز أموال و أصول فروعها .

د. المنازعات بين المنظمة و أي من الدول الأعضاء أو الشركات المنبثقة عن الأوبك .

من الممكن تصور حدوث منازعات بين المنظمة و الدول الأعضاء في حال امتناع هذه الدول عن تطبيق اللوائح التي يضعها مجلس وزراء المنظمة أو عدم قيام الدولة التي تعينها قرارات المجلس بتطبيق هذه القرارات ، و توصيات المجلس و ما يبدىه من مشورة ، ليس لها صفة الإلزام ما لا يمكن معه وقوع نزاع بين المنظمة و بين الدول التي تمتنع عن تنفيذها^(٥) .

ومن المتصور أيضاً حدوث منازعات بين المنظمة والدول الأعضاء فيما يتعلق بالمسؤولية التقصيرية للمنظمة التي تحكمها المبادئ العامة المشتركة في قوانين الدول الأعضاء.

(١) أنظر في ذلك المادة ٢٨ من اتفاقية الأوبك في : المرجع السابق - ص ١٧١ .

(٢) أنظر في ذلك المادة ٢٩ من اتفاقية الأوبك في : المرجع السابق - نفس الموضع .

(٣) د. محمد يوسف علوان : المرجع السابق - ص ١٧٢ .

(٤) د. خالد سعد زغلول حلمي : المرجع السابق - ص ١٥٩ ؛ د. محمد يوسف علوان : المرجع السابق - نفس الموضع .

(٥) راجع في ذلك المادة ١٢،١١ من اتفاقية إنشاء المنظمة د. محمد علوان : الهيئة القضائية ... الخ - مرجع سابق - ص ١٧٤ .

هـ. المنازعات التي تنشأ بين أعضاء المنظمة في مجال النشاط البترولي .

لم تتضمن اتفاقية إنشاء المنظمة ^(١) تعريفاً بالمقصود بالنشاط البترولي ، وعليه فقد تم تفسيره في البروتوكول بشكل ضيق بحيث ينحصر في النشاطات الفعلية التي تمارسها المنظمة و يتعلق بالسيادة الإقليمية لأي من الدول الأعضاء المعنية في النزاع .

و . المنازعات التي يقرر مجلس الوزراء اختصاص الهيئة بنظرها.

يضيف البروتوكول إلى نص الاتفاقية عبارة "مع مراعاة ما ورد في الفقرة ٢ أعلاه " ولنا على هذا الاختصاص ملاحظة هي أن المجلس هو الذي يقرر اختصاص الهيئة بالنظر في هذه المنازعات ، و لا شك أن قرار المجلس في هذا الشأن يعتبر من الأمور الموضوعية الهامة التي تصدر بأغلبية ثلاثة أرباع الأصوات ^(٢) .

٣. اختصاص الهيئة الاختياري :

أ. المنازعات التي تنشأ بين دولة عضو في المنظمة و شركات البترول التي تعمل في إقليمها .
و شركات البترول المقصودة هنا هي : شركات النفط الأجنبية التي مازالت تستثمر النفط في بعض الدول المنتجة و تقوم بكل أو معظم مراحل الصناعة النفطية على درجات متفاوتة بحسب الدولة المعنية .
و بفضل هذا الاختصاص الجوازي للهيئة فإن القضاء الإقليمي قد يزدهر مستقبلاً بالنسبة لتسوية المنازعات التي تقع بين الدول المنتجة و شركات النفط الأجنبية .

ب. المنازعات التي تنشأ بين دولة عضو و شركة بترول تابعة لعضو آخر .
وهذه المنازعات تعتمد على مدى توسع أعمال شركات البترول التابعة للدول الأعضاء و قيامها بمهام نفطية في الدول الأعضاء الأخرى و مدى قبول هذه الدول للاستثمارات من الدول الأخرى .
ج. المنازعات التي تنشأ بين عضوين أو أكثر من أعضاء المنظمة عدا ما يدخل في الاختصاص الإلزامي للهيئة .

الواقع أنه بهذا الاختصاص أصبح بمقدور الهيئة تسوية أية منازعة قانونية يمكن أن تقع بين الدول الأعضاء في المنظمة أيّاً كانت طبيعتها و ذلك إذا كانت تتصل بالنفط .

٤. اختصاص الهيئة الاستشارية :

لا تتضمن اتفاقية إنشاء الأوبك النص على اختصاص الهيئة القضائية بإبداء الآراء الاستشارية ، غير أن بروتوكول الهيئة القضائية و هو جزء لا يتجزأ منها ^(٣) قد تضمن النص على أن للهيئة أن تعطي رأياً استشارياً في مجال المسائل النفطية التي تحال إليها بموافقة مجلس الوزراء ، وتبين لائحة الإجراءات القواعد الخاصة بتقديم الطلب ونظره وإبداء الرأي الاستشاري به ^(٤) .

(١) راجع في ذلك المادة ٢٢ من اتفاقية إنشاء الأوبك في : المرجع السابق - ص ١٧٥ .

(٢) راجع المادة رقم ١١ من اتفاقية إنشاء الأوبك في : المرجع السابق - نفس الموضع .

(٣) راجع المادة ٣٥ من اتفاقية إنشاء الأوبك في : المرجع السابق - ص ١٧٨ .

(٤) راجع المادة ٢٥ من البروتوكول في : المرجع السابق - نفس الموضع .

ومن الواضح أن الهيئة غير ملزمة بأن تصدر فتوى ، فلها أن تمتنع عن إعطائها إذا رأت ما يمنع من ذلك حتى ولو كانت المسألة المطلوب الإفتاء فيها مسألة قانونية و أحيلت إليها بموافقة مجلس الوزراء بالمنظمة ، فإن الرأي مسألة جوازية للهيئة ، كما أن المسألة التي تستفتي فيها الهيئة يجب أن تكون من المسائل القانونية لا المسائل السياسية.

و تحال المسائل القانونية المستفتاة بموافقة مجلس الوزراء ، و لكن هل معنى ذلك أن المجلس هو الهيئة الوحيدة في الأوبك الذي يملك حق طلب الآراء الاستشارية من الهيئة القضائية ؟ لا شك أن هيئات الأوبك الأخرى تستطيع إذا أرادت رأياً استشارياً في مسألة قانونية معينة ، أن تحصل على موافقة مجلس الوزراء الذي يقوم بدوره بإحالة هذه المسألة إلى الهيئة القضائية لإعطاء رأيها الاستشاري و موافقة مجلس وزراء المنظمة واجبة في كل حالة.

و يلاحظ أن الهيئة القضائية في حالة الاختصاص الاستشاري لا تقوم بحسم المسألة المطروحة عليها ، ذلك لأن الرأي الاستشاري ليس له قيمة قانونية ملزمة .

٥. القانون الذي تطبقه الهيئة :

أشار نص المادة (رقم ٢٦) من البروتوكول إلى أن الهيئة تستمد أحكامها عند الفصل في المنازعات المشار إليها في الفقرة الأولى من المادة (رقم ٢٤) من هذا البروتوكول من الشريعة الإسلامية الغراء و القانون الدولي ^(١) ، و هي تطبق في هذا الشأن :

١. اتفاقية إنشاء المنظمة و الاتفاقيات الدولية الملزمة لأطراف النزاع .
٢. الأعراف الملزمة دولياً .
٣. المبادئ القانونية العامة المعمول بها في المجتمع الدولي .
٤. المبادئ القانونية المشتركة في قوانين الدول الأعضاء .
٥. أحكام المحاكم و مذاهب كبار الفقهاء في القانون الدولي من مختلف الدول الأعضاء ، وذلك كمصدر احتياطي .

و فيما يتعلق بالمنازعات الأخرى التي تشملها المادة (رقم ٢٤) من هذا البروتوكول تفصل الهيئة فيها طبقاً للقانون الذي ترى أنه يحكم النزاع ، و من هذا النص يتضح أنه يميز بين الحالات التي تدخل في نطاق الاختصاص الإلزامي للهيئة و تلك التي تدخل في نطاق الاختصاص الاختياري لها ، فالقانون الواجب التطبيق في حالة الاختصاص الإلزامي لا يختلف كثيراً عن المادة (رقم ٣٨) من النظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية التي تحدد مصادر القانون الدولي و التي منها المعاهدات كمصدر مكتوباً و تقوم الهيئة بتطبيق المعاهدة المنشئة للأوبك والاتفاقيات المبرمة من قبلها مع الدول الأعضاء ، و تقوم بتطبيق اللوائح و الأنظمة والقرارات التي تصدر عن الهيئات التي تتكون منها الأوبك والاتفاقيات التي تكمل هذه الاتفاقيات كاتفاقيات المقر والحصانات.

(١) راجع المادة ٢٦ من بروتوكول الهيئة المصدق عليه في ٩ / ٥ / ١٩٧٨ م في : المرجع السابق - ص ١٨٠-١٨١ .

وتقوم الهيئة بتطبيق الأعراف الملزمة دولياً و المبادئ القانونية العامة المعمول بها في المجتمع الدولي و المبادئ العامة المشتركة في قوانين الدول الأعضاء ، وقد أخذ البروتوكول المصدرين الأولين من هذه المصادر من نص المادة (رقم ٣٨) من النظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية. و تقوم الهيئة القضائية كذلك بتطبيق أحكام المحاكم و مذاهب كبار الفقهاء في القانون العام من مختلف الدول الأعضاء و ذلك كمصدر ثانوي ، و بخصوص القانون الواجب التطبيق في حالة الاختصاص الاختياري لها طبقاً للقانون الذي ترى أنه يحكم النزاع .

٦. إجراءات التقاضي :

يختلف أسلوب رفع القضايا إلى الهيئة بحسب ما إذا كان اختصاصها إلزامياً أو اختياريّاً ففي حالات الاختصاص الإلزامي يعرض الأمر على الهيئة بطلب إلى المسجل يبين فيه الموضوع و أطرافه و الطلبات و يقوم المسجل فوراً بعد العرض على رئيس الهيئة بإخطار الأطراف المعنية بصورة منه ^(١) ، أما في حالات الاختصاص الاختياري فيعرض النزاع على الهيئة بمقتضى طلب يقدمه إلى المسجل فوراً بعد العرض على رئيس الهيئة بإخطار أطراف النزاع بصورة منه ^(٢) ، و يمثل كل طرف من الخصوم أمام الهيئة بوكيل معتمد و يجوز للوكيل الاستعانة بمن يراه من مستشارين أو خبراء أو محامين ^(٣) . و تمثيل الأطراف أمام الهيئة إجباري من خلال الوكيل الذي يلزم الدولة المتقاضية و التي يمثلها و ينوب عنها في كل ما يتعلق بالنزاع المعروض على الهيئة، و اللغة الرسمية للهيئة هي اللغة العربية و يجوز عند الاقتضاء أن تأذن الهيئة بتقديم المذكرات والبيانات وإجراء المرافعات بلغة أجنبية على أن ترفق ترجمة عربية لها طبق الأصل ^(٤) .

و يحق لرئيس الهيئة مع عضوين تنتخبهما الهيئة من بين أعضائها اتخاذ إجراء عاجل ومؤقت واجب اتخاذه للمحافظة على حقوق أي من أطراف النزاع إذا بدا أن الأمر ملح و أن عدم اتخاذ هذا الإجراء المؤقت سيؤدي إلى تعرض أحد الأطراف المعنية بضرر لا يمكن إصلاحه و يجب إشعار أطراف النزاع بأي من هذه الإجراءات المؤقتة العاجلة فوراً ^(٥) .

و بموجب المادة (رقم ٣٢) من البروتوكول فإن جلسات الهيئة علنية و لكن لها أن تعقد جلسات سرية في حال اتفاق طرفي النزاع صراحة أو ضمناً على ذلك أو حين ترى الهيئة ذلك لأسباب تقدرها. و تنقسم الإجراءات أمام الهيئة إلى مرحلتين كتابية وشفوية ، وتشمل المرحلة الكتابية ما تقدمه أو ما تتبادله الأطراف في النزاع من عرائض ومذكرات وردود وملاحظات كما يشمل جميع الأوراق والمستندات ، وبعد أن تعلن الهيئة ختام المرافعة تنسحب للمداولة في الحكم و تجري المداولة بصورة سرية ^(٦) فلا يجوز إذاعتها .

(١) أنظر المادة ٢٨ من البروتوكول في : المرجع السابق - ص ١٨٩ وما بعدها .

(٢) أنظر المادة ٢٨ من البروتوكول في : المرجع السابق - نفس الموضوع .

(٣) أنظر المادة ٢٩ من البروتوكول في : المرجع السابق - نفس الموضوع .

(٤) أنظر المادة ٢٩ من البروتوكول في : المرجع السابق - ص ١٩٠ .

(٥) أنظر المادة ٣٧ من البروتوكول في : المرجع السابق .

(٦) أنظر المادة ٣٣ من البروتوكول - فقرة (أ) في : المرجع السابق .

و لا يؤثر غياب أحد أطراف النزاع رغم ثبوت إخطاره على صلاحية الهيئة في نظر النزاع و إصدار حكمها فيه ، وعلى الهيئة أن تسجل في الحكم سبب إصداره غيابياً ^(١) ، و يصدر الحكم بأغلبية آراء القضاة الحضور ^(٢) ويشمل الحكم أسماء القضاة الذين اشتركوا فيه و الأسباب التي بني عليها ، ولا يكون للحكم قوة الإلزام إلا بالنسبة لمن صدر بينهم و في حدود النزاع الذي فصل فيه ويكون نهائياً غير قابل للاستئناف ، و تختص الهيئة وحدها بتفسير الحكم و ذلك عند المنازعة في معناه أو في مدلوله ^(٣) ، ولأحكام الهيئة بذاتها قوة تنفيذية في أقاليم الدول الأعضاء ، وعلى الطرف المعني أن يتقدم بالحكم إلى الجهة المحلية المختصة بالتنفيذ وعلى السلطات المحلية المختصة لدى التأكد من رسمية الوثيقة المقدمة أن تقوم بتنفيذ الحكم ^(٤) .

الخلاصة :

ونخلص إلى أن التحكيم لعب دوراً متزايداً ومضطرباً في تسوية منازعات الاستثمار النفطي حيث أن غالبية هذه المنازعات تم تسويتها من خلال التحكيم ، ومن ثم فإنته من الضروري العمل على تنشيط وتطوير نظام التحكيم وحث الدول على اللجوء إليه وإقامة عدالة متوازنة تتطلع إليها الدول النامية جنباً إلى جنب مع حقوق المستثمر ، ويعتمد في نجاحه على عدة أمور أهمها ثقة الأطراف وبصفة خاصة الدولة الطرف في النزاع ، في عدالته وحياده من ناحية وحسن صياغة بنوده بحيث تعكس رغبات أطراف النزاع ، وتتفادى أوجه الغموض من ناحية ثانية . والطابع الرضائي للتحكيم ينبغي ألا يؤثر على حياده ، ولذلك فإن من واجب أعضاء هيئة التحكيم التحلي بالموضوعية والبحث عن حلول للنزاع بأساليب مقبولة لدى طرفيه ، ولا شك أن شرط التحكيم أو مشاركته يعتبر الأساس الأول الذي تركز عليه هيئة التحكيم في عملها وفي كل الأحوال لقد أصبح التحكيم يحتل مكانة هامة لتسوية منازعات عقد الاستثمار النفطي ، حيث يوضح العديد من المزايا والضمانات التي يحصل عليها المستثمر الأجنبي من الدول المضيفة .

من هنا تبرز أهمية صياغة بنود التحكيم بحيث تضمن من ناحية عدم إمكان التحلل منها أو تفسيرها تفسيرات متضاربة ، ومن ناحية أخرى وقوف قرار التحكيم على أساس قانوني معترف به لدى طرفي النزاع ، وعلى هذا الأساس يجب أن تكون بنوده مكتوبة بصياغة منضبطة يحدد بها ماهية الجهاز المخول بتسوية النزاع وطريقة عمله .

(١) أنظر المادة ٤٠ من البروتوكول في : نفس الموضع .

(٢) أنظر المادة ٣٣ من البروتوكول في : نفس الموضع .

(٣) أنظر المادة ٣٤ من البروتوكول في : نفس الموضع .

(٤) أنظر المادة ٢٧ من البروتوكول في : نفس الموضع .

ويلاحظ أنه لا يوجد جهاز قضائي متاح بالتساوي لأطراف عقود الاستثمار النفطي يملك من السلطات والإجراءات ما يمكنه من التوصل إلى حل عادل للنزاع بين المستثمر الأجنبي والدولة المضيفة دون محاباة لأحد الأطراف ، لذلك قد يكون من الأوفق العمل على تحقيق الآتي :

١. تأكيد حق التقاضي ، وهذا لا يتأتى إلا عن طريق ضمان اللجوء إلى محكمة وضمان الثقة بين الأطراف .

٢. طمأنة أطراف النزاع إلى أن المحكمة التي سوف يمثلون أمامها ستكون محايدة وعادلة .

٣. تأكيد أن هذه المحكمة سوف تفحص النزاع برمته وستنتهي إلى نتيجة عادلة مؤسسة على المستندات وتفسير عقد الاستثمار النفطي .

٤. ضرورة وضع الإجراءات الكفيلة بضمان اتصياح أطراف النزاع للحكم الذي سيصدر .

الفصل الثاني

القانون الواجب التطبيق على

عقود الاستثمار النفطي

تهديد وتقسيم :

يثير تحديد القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية بصفة عامة وعقود النفط بصفة خاصة مشكلة تعدد المناهج في القانون الدولي الخاص ، بالإضافة إلى ما قد يعكسه التنظيم القانوني لهذه العقود من صراع بين الاتجاهات المختلفة ، لاسيما في عقد الاستثمار النفطي بين الدولة المضيفة والمستثمر الأجنبي ، فالدولة حريصة على حماية وتطبيق نظمها القانونية على كل ما في إقليمها وحماية مصالحه عموماً والشركات الأجنبية تحرص على التحرر من هذه القوانين والخضوع لقواعد وقوانين تخدم مصالحها ، ومن ثم كان تنازع القوانين في مسائل العقود الدولية من أهم موضوعات القانون الدولي الخاص ، ويمكن لأطراف عقد الاستثمار النفطي اختيار أي من القوانين على العقد .

وتشير الممارسات الدولية أن تحديد القانون الواجب التطبيق على عقد الاستثمار النفطي يعتبر أمراً هاماً لمعرفة حقوق والتزامات كل طرف ، وحسم الخلاف الذي قد يثور حول القانون الواجب التطبيق أو تفسير هذا القانون ، ففي قضية شركة البترول الإنجلو إيرانية نصت المادة ٢٢ من العقد المبرم بين إيران وشركة البترول الإنجلو إيرانية على أن قرار التحكيم يعتمد على المبادئ القانونية التي تتضمنها المادة ٣٨ من النظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية ^(١) ، ومع ذلك فقد اختلفا فيما إذا كان هناك مجرد وجود لقواعد دولية تمنع الدولة من أن تلغي بواسطة إجراء تشريعي عقد امتياز .

(١) المادة رقم ٣٨ من النظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية لا تشير فقط إلى المبادئ العامة للقانون وإنما أيضاً إلى المعاهدات والعرف الدولي . أنظر ذلك في د. محمد يوسف علوان : الاتجاهات الحديثة ... الخ - مرجع سابق - ص ١٧٠٦ - ١٧٢٤ .

ومما يذكر أن مسألة تحديد القانون الواجب التطبيق على عقد الاستثمار النفطي لم يكن أمراً سهلاً، والحقيقة التي مؤداها أن أحد أطراف التعاقد دولة أو سلطة عامة يثير أن جانب المشكلة التقليدية الخاصة بحصانة الدولة ، والنظرية فعل الدولة موضوعاً يتعلق إذا كانت القواعد العادية التي تطبق على الأفراد الخاصة والعلاقات القانونية التي تتضمن مصالح خاصة تنطبق أيضاً وبالضرورة على العقود التي تبرم بين الدولة والأجانب أم يلزم تطبيق بعض القواعد الخاصة أو إجراء تفسير خاص للقواعد العادية بهدف حماية المصلحة العامة ومتطلبات الوظيفة العامة للدولة الطرف^(١).

كذلك تثير الملكية العامة للموارد الطبيعية التساؤل حول ما إذا كان يلزم تطبيق قواعد خاصة لتحقيق زيادة الحد الأقصى للتنمية والمحافظة على هذه الموارد الطبيعية خلافاً للقواعد العادية التي تنطبق على الممتلكات الخاصة بصفة عامة ، و يزداد الأمر تعقيداً عندما ينظر النزاع بمحكمة تحكيم تنشئها الدولة و شخص خاص أجنبي طبقاً لشروطهم التعاقدية^(٢) .

وكما يجري العمل في عقود النفط عند عرض النزاع على التحكيم تثير مشكلات عملية وقانونية مثلاً ، فقد يثار التساؤل حول مدى التزام محكمة التحكيم بقواعد القانون الواجب التطبيق في تحديد وتفسير وتطبيق هذا القانون وفي سد ما قد يوجد به من ثغرات تتعلق بموضوع النزاع^(٣) .

وإذا كان للمتعاقدين أن يختارا القانون الواجب التطبيق على العقد المبرم بينهما فإن التساؤل قد يدور حول ما إذا كانت حريتهما في هذا الشأن مطلقة أم أنها على العكس مقيدة ؟ .

وقد ذهب بعض الفقه^(٤) إلى القول : بأن للمتعاقدين حرية كاملة في اختيار القانون الواجب التطبيق على عقودهم الدولية ، إلا أن الفقه الغالب يعارض هذا الاتجاه ، ورأيه أنه يتعين أن يكون القانون الذي اختاره المتعاقدان على صلة بالعقد ، بحيث يرتبط بالعقد على نحو أو آخر .

ومن المعروف أن المعاهدات الدولية التي تبرم بين الدول وغيرها من الأشخاص القانونية الدولية تخضع للقانون الدولي العام وأن العقود التي تبرم داخل إطار الدولة تخضع لقانونها الوطني فما هو القانون الواجب التطبيق على عقود الاستثمار النفطي ؟ .

الواقع أنه لا توجد إجابة محددة لهذا التساؤل إذ قد يختلف الأمر من نظام قانوني إلى نظام قانوني آخر ، وقد اختلف في شأنها رأي الفقه ، فيرى البعض أن مسألة القانون الواجب التطبيق مسألة نظرية وليس لها قيمة عملية .

ولكن الواقع أنه حينما يقوم نزاع بين أطراف العقد ويحال إلى القضاء فإن المسألة تصبح هامة من الناحية العملية ، ذلك لأنه مهما كان طبيعة العقد وشروطه فإن الخلاف قد ينشب حول تطبيقه وأن العقد قد يحتاج إلى تفسير .

(١) د. أحمد عبد الحميد عشوش: قانون النفط- مرجع سابق- ص ٨٥.

(٢) د. محمد علوان : النظام القانوني ... الخ - مرجع سابق - ص ٤١٦ - ٤١٧ ؛ وخصوصاً الهامش رقم (١) في صفحته ٤١٧ ؛ د. أحمد

عبد الحميد عشوش : النظام القانوني ... الخ - رسالته السابقة - ص ٦٥١ .

(٣) د. حفيظة السيد الحداد: الاتفاق على التحكيم في ... الخ- مرجع سابق - ص ١١١.

(٤) د. محمد علوان : الاتجاهات الحديثة ... الخ - مرجع سابق - ص ١٧٠٤ .

وقد أيد المحكم "دبوي" في قضية شركة نفط كاليفورنيا الآسيوية ونفط تكساكو عبر البحار ضد الحكومة الليبية^(١) وجهة النظر هذه ، فقد رأى أن مسألة القانون الواجب التطبيق مسألة هامة وذلك لأن القيمة القانونية وبالتالي الإلزامية للعقود لا يمكن تقديرها إلا في ضوء القانون الذي يطبق عليها فإذا كانت هذه العقود تخضع فرضاً للقانون الليبي ، فإنه يترتب علي ذلك أن قوتها الإلزامية يمكن أن تتأثر من جراء تدابير تشريعية أو لائحية^(٢) .

ومن المعروف أن قواعد الإسناد في الأنظمة القانونية المختلفة تقر بمبدأ سلطان الإرادة في المسائل التعاقدية ، فالقانون الذي ينطبق على العقد هو أساساً القانون الذي يرتضيه الأطراف^(٣) وقد أخذ القانون الكويتي (رقم ٥) لسنة ١٩٦١م بتنظيم العلاقات القانونية ذات العنصر الأجنبي بهذا المبدأ و أشار في (المادة ٥٩) من هذا القانون : "يسري على العقد من حيث الشروط الموضوعية لانعقاده ومن حيث الآثار التي تترتب عليه قانون الدولة التي يوجد فيها الموطن المشترك للمتعاقدين إذا اتحدا موطناً ، فإن اختلفا موطناً سري قانون الدولة التي تم فيها العقد ، هذا ما لم يتفق المتعاقدان أو يتبين من الظروف أن قانوناً آخر هو الذي يراد تطبيقه " ^(٤) .

وقد أشارت المعاهدة الخاصة بتسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمارات بين دولة طرف في المعاهدة ومواطني دولة أخرى طرف فيها المنعقدة في واشنطن في ٢٥ / ٨ / ١٩٦٥م إلى هذا المبدأ في (المادة ٤٢) منها^(٥) .

كما أشارت (المادة ٧) من الاتفاق الأوروبي للتحكيم التجاري الدولي الموقع عليه في ٢١ أبريل ١٩٦١م^(٦) ، و (المادة ١٦) من اتفاقية تسوية منازعات الاستثمار العربية إلى الاعتراف بمبدأ سلطان الإرادة في المسائل العقدية^(٧) .

وقد طبقت أغلب محاكم التحكيم مبدأ سلطان الإرادة في منازعات عديدة نظرت أمامها وأهمها قضية شركة ارامكو ضد السعودية^(٨) وشركة سافير ضد إيران^(٩) .

وتجدر الإشارة إلى أن الممارسات الدولية تشير إلى أن معظم العقود النفطية تم تسويتها من خلال التحكيم ، وأن عدداً منها لا يتضمن نصاً خاصاً بالقانون الواجب التطبيق ، وقد اتجهت بعض قرارات التحكيم

(١) د. سراج حسين محمد أبو زيد : المرجع السابق - ص ١٢٦ وما بعدها ؛ أ. عصمت محمد الخياط : رسالتها السابقة - ص ٤٥ .

(٢) د. محمد يوسف علوان : النظام القانوني ... الخ - مرجع سابق - ص ٣١٣ - ٣١٤ .

(٣) د. محمد كمال فهمي : المرجع السابق - فقرة ٢٥٢ - ص ٣٢٦ - ٣٢٧ ؛ د. عز الدين عبد الله : المرجع السابق - ج ٢ - فقرة ١٣٢ - ص ٤١٠ وما بعدها وخصوصاً ص ٤١٩ .

(٤) لمزيد من التفاصيل راجع في ذلك المذكرة الإيضاحية للقانون رقم ١٩٦١/٥ في شأن تنظيم العلاقات القانونية ذات العنصر الأجنبي الكويتي .

(٥) د. جلال وفاء محمدين : المرجع السابق - ص ١٤ .

(٦) د. سراج حسين محمد أبو زيد : المرجع السابق - ص ٢٤٥ وما بعدها .

(٧) د. محمد يوسف علوان : النظام القانوني ... الخ - مرجع سابق - ص ٣١٤ وما بعدها .

(٨) د. حسام الدين فتحي ناصف : المرجع السابق - ص ٧٥ وما بعدها .

(٩) أ. عصمت الخياط : رسالتها السابقة - ص ٤٣ وما بعدها .

في قضايا نفطية من استبعاد تطبيق القانون الوطني ، من ذلك قرار التحكيم في قضية سافير ، كما لا تؤثر جنسية أطراف العلاقة القانونية في تحديد القانون الواجب التطبيق ، فقواعد تنازع القوانين في الدولة تحدد القانون الواجب التطبيق على هذه العلاقة بغض النظر عن كون أحد أطرافها وطنياً أو كون الطرفان من الأجانب ، فلقد برزت على السطح أهمية فض أي نزاع قد يثار بين المستثمر و الدولة المضيفة ، فضلاً عن تدعيم حق المستثمر و حمايته في الدولة المضيفة^(١) ، وسنعرض لاتجاهات الفقه المختلفة حول القانون الواجب التطبيق على عقود النفط في خمسة مباحث نتناولها تباعاً على النحو الآتي :-

المبحث الأول : تطبيق القانون الوطني .

المبحث الثاني : تطبيق القانون الأجنبي .

المبحث الثالث : تطبيق الاتفاقيات الدولية .

المبحث الرابع : تطبيق المبادئ العامة للقانون .

المبحث الخامس : تطبيق مبادئ العدل والإنصاف .

المبحث الأول

تطبيق القانون الوطني

المطلب الأول

دواعي تطبيق القانون الوطني

بعد حصول العديد من دول العالم الثالث على استقلالها في مطلع الخمسينات والستينات من القرن الماضي من برائن الاستعمار والاستغلال الأجنبي اندفعت هذه الدول إلى تأكيد مظاهر سيادتها واستقلالها الوطني ، فتمسكت في إطار تأكيد سيادتها على مواردها الطبيعية باعتباره حقاً من حقوق السيادة إلى ضرورة تطبيق قانونها الوطني على منازعات عقود الاستثمار النفطي مع الطرف الأجنبي^(٢) ، خاصة وأن الجمعية العامة للأمم المتحدة قد ذهبت في قرارها (رقم ٢١٥٨) الصادر في ٢٥ نوفمبر ١٩٦٦م إلى القول أنه بالنسبة لاتفاقيات الاستثمار الأجنبي المبرمة بين دولة وأشخاص خاصة أجنبية وتتعلق باستغلال الموارد الطبيعية لهذه الدولة فإن استغلال هذه الموارد يجب أن يتم دائماً وفقاً لقوانينها وأنظمتها الداخلية ،

(١) د. هشام علي صادق: القانون الواجب ...الخ- مرجع سابق- ص ٧٩٤.

(٢) الجدير بالذكر أن الشركات الأجنبية تصر على التحكيم وترفض تضمين العقود تطبيق القانون الوطني للدولة المضيفة لأسباب أنظرها في

مؤلف د. حفظة السيد الحداد : الاتفاق على التحكيم ... الخ - مرجع سابق - ص ٦ وما بعدها ؛ د. محمد المؤيد : التكيف ... إلى موضوعها وأهدافها - مرجع سابق - ص ٧ وما بعدها .

وأكد هذا القرار دور رأس المال الأجنبي سواءً كان عاماً أو خاصاً والذي يأتي بطلب من الدول النامية على تعزيز الجهود المبذولة من جانب هذه الأقطار في استغلالها لمصادرها الطبيعية وتطويرها^(١).

وتعتبر دول أمريكا الجنوبية أولى الدول التي تمسكت بضرورة خضوع العقد الذي تبرمه الدولة للقانون الوطني، وهذا الرفض تفسره إرادة هذه الدول في الحد من استغلال الشركات الأجنبية رغبة من هذه الدولة إلى خضوع الأجانب للقانون الوطني على نحو كامل مع عدم إمكانية تمتعهم بالحقوق دون تحملهم بالالتزامات^(٢).

والتقنيين في الدول الأمريكية الجنوبية بشأن الاستثمارات الأجنبية أكد في المادة (٥١) على كامل إمكانية إدراج أي شرط يكون من شأنه قبول خضوع حل المنازعات المتعلقة بالاستثمار بالطريق الدولي، وإعمالاً لذلك قامت هذه الدول بتطبيق مبدأ كالفو Calve والذي بموجبه يتنازل الشخص الأجنبي عن طلب الحماية من دولته وبالتالي تدويل النزاع^(٣)، وأن القضاء الدولي لا يختص بالفصل في المنازعات القائمة مع الأجانب، وأن المحاكم الوطنية وحدها هي المختصة بالفصل في النزاع.

ويرى جانب من الفقه^(٤) أن العقود التي تبرمها الدول مع طرف أجنبي تخضع للقانون الوطني لتلك الدولة نظراً لكون هذه العقود إدارية كما رأينا في تشخيص الطبيعة القانونية لهذه العقود.

وإنه إعمالاً بنظرية العقد الإداري فإن هذه العقود التي تبرمها الدولة تخضع لنفس القواعد القانونية التي يخضع لها العقد الإداري، فنستطيع الدولة المضيفة أن تعدل العقد بإرادتها المنفردة أو إنهائه دون أدنى مسؤولية.

وقد سبقت الإشارة في الباب الأول حول الطبيعة القانونية من وجهة النظر الوطنية لعقد الاستثمار النفطي ورأينا أن هناك جانباً من الفقه وأحكام القضاء قد ذهبت إلى تكييفها على أنها عقود إدارية^(٥).

(١) د. أحمد عبد الرزاق السعيدان : رسالته السابقة - ص ١٢٤ - ١٢٥ ؛ د. حسن عطية الله : رسالته السابقة - ص ٥٤ - ٥٥ .

(٢) مما يجدر ذكره أن المادة رقم ٤٢ / ١ من اتفاقية البنك الدولي للإنشاء والتعمير عام ١٩٦٥م الخاصة بتسوية منازعات الاستثمار بين الدول المتعاقدة ورعايا الدول المتعاقدة الأخرى وكذلك المادة رقم ١٦ من اتفاقية تسوية منازعات الاستثمار العربية تؤيد ما ذهب إليه دول أمريكا الجنوبية، أنظر ذلك في بحث د. محمد علوان : الاتجاهات الحديثة ... الخ - مرجع سابق - ص ١٧٢٧ وما بعدها .

(٣) د. هشام علي صادق : الحماية الدولية ... الخ - مرجع سابق - ص ١٠٣ - ١٠٤ ؛ د. محمد يوسف علوان : الاتجاهات الحديثة ... الخ - مرجع سابق - ص ١٧٣١ وما بعدها

(٤) د. محمد يوسف علوان : الاتجاهات الحديثة ... الخ - مرجع سابق - ص ١٧٠٥ ، ص ١٧٢٠ ؛ د. محمد المؤيد : التكييف ... إلى أطرافها وذاتيتها - مرجع سابق - ص ١١ - ١٦

(٥) راجع في هذا البحث الباب الأول . الفصل الأول (الطبيعة القانونية من وجهة النظر الوطنية لعقد الاستثمار النفطي - ص ١٧ وما بعدها).

المطلب الثاني

أهم عقود النفط التي تضمنت تطبيق القانون الوطني

لم تشر عقود النفط المبرمة قبل الحرب العالمية الثانية إلى تطبيق قانون الدولة المضيفة باعتباره القانون الذي يحكم كافة جوانب العقد ، إلا أن هناك اتجاه يشير إلى أن نية الأطراف قد انصرفت إلى تطبيق قانون الدولة المضيفة، وقد لاحظ بعض الفقه (١) أن أغلب عقود النفط التي تم توقيعها بعد الحرب العالمية الثانية تبين له أن هذه العقود أشارت إلى تطبيق قانون الدولة المضيفة ، وباقي العقود قد تفاوتت في إشارتها إلى قوانين أخرى ، وأبرز تطبيق لذلك (المادة ٣٣) من الاتفاقية المبرمة بين السعودية وشركة جبتي للزيت سنة ١٩٤٩م حيث أشارت ، تمارس حقوق الشركة المتحدة في هذه الاتفاقية على وجه سائع قانوناً ، مع الخضوع لقوانين البلاد والاتفاقيات القائمة المرتبطة بها الحكومة .

ويلاحظ أنه في حالة عدم وجود مثل هذا الالتزام الصريح في عقود النفط فإنه لا يدل على إمكان صاحب الامتياز ممارسة حقوقه العقدية بطريقة تتعارض مع قانون الدولة المضيفة (٢) .

وتتضمن غالبية الاتفاقيات البترولية بعض النصوص التي تقضي بانطباق قانون الدولة المضيفة على أوجه معينة من العقد مثل مشروعية إبرام العقد ، فمن المقرر أن حكومة الدولة المضيفة تلتزم عند إبرام عقد النفط بأن تنتهج المسلك الذي حدده قانونها الذي تستمد منه صلاحية إبرام العقد إبراماً مشروعاً ملزماً ، فإذا كانت الدولة المضيفة تحيل موضوع مشروعية العقد إلى قانونها الوطني فإن هذا القانون هو الذي يحكم الاتفاق (٣) .

ولما كانت عقود استغلال النفط في البلاد العربية تتعلق باستغلال ثروات مملوكة للدولة ، " فإن معظم التشريعات الوطنية الخاصة بالنفط توجب الحصول على موافقة السلطة التشريعية فضلاً عن عدم وجود خلاف حول سريان القانون الوطني بالنسبة لشكل وشروط منح الامتياز المفروضة في إبرامه ومدى وجوب التصديق عليه والشروط اللازمة لصحته ونفاذه" (٤) .

وعلى ذلك فإنه يتعين التفرقة بين أمرين :

الأمر الأول : يتعلق بصحة ونفاذ العقد شكلاً وموضوعاً ولا يخرج عن دائرة الإرادة ، والاتفاق

الذي يبرمه المتعاقدان وينظمه القانون الوطني للدولة المتعاقدة .

أما الأمر الثاني : فإنه يتعلق بتفسير وتنفيذ عقد الاستثمار ويرتبط هذا الأمر بالضرورة بإرادة واتفاق

الأطراف الذين يقررون بشأنه صراحة أو ضمناً القانون الذي يحكم عقدهم ويحدد

حقوقهم و التزاماتهم واجبة التنفيذ (٥) .

(١) د. أحمد عبد الحميد عشوش : النظام القانوني للاتفاقيات ... الخ- رسالته السابقة - ص ٦٠٧ ؛ د. حفيظة السيد الحداد : العقود المبرمة

بين ... الخ- مرجع سابق - ص ٤١٣ وما بعدها .

(٢) د. أحمد عبد الحميد عشوش : قانون النفط- مرجع سابق- ص ٤٤ .

(٣) المرجع السابق - ص ٤٥ وما بعدها .

(٤) د. أحمد عبد الحميد عشوش : النظام القانوني ... الخ - رسالته السابقة - ص ٦١٢ .

(٥) المرجع السابق - نفس الموضع .

ومن ضمن الأمور الأخرى التي ينظمها القانون الوطني المركز القانوني للشركة صاحبة الامتياز وفروعها العاملة حيث لم يتطلب قانون أي من الدول العربية أن تكون الشركات صاحبة العقد مؤسسة وفقاً لقواعد الدولة التي يجري الاستثمار فيها ، لذلك نجد أن جميع الشركات صاحبة الامتياز في البلاد العربية شركات أجنبية غير تلك التي تمارس نشاطها فيها ومع ذلك توجب بعض الاتفاقيات البترولية إيداع نصوص عقد تأسيس الشركة صاحبة الامتياز لدى الدولة المضيفة وأن يجري تنقيحها وفقاً لما تراه هذه الأخيرة مناسباً ، بيد أن غالبية الاتفاقيات البترولية تشير فقط إلى المركز القانوني للشركة العاملة ، باعتبارها متميزة عن الشركة صاحبة الامتياز ، و بعض هذه الاتفاقيات تشترط إيداع عقد المشاركة ولوائح الشركة العاملة لدى الدولة المضيفة ، على أن يقع باطلاً كل نص يخالف عقد الاستثمار النفطي^(١). كما توجب بعض الاتفاقيات الأخرى تأسيس الشركة العاملة وفقاً لقوانين الدولة المضيفة وأن يحمل جنسيتها ، وعلى ذلك نصت المادة التاسعة من اتفاقية السعودية و أوكسيراب سنة ١٩٦٥م من خلال الستة شهور التي تلي منح امتياز الاستغلال من قبل الحكومة يجب أن تؤسس شركة سعودية (يشار إليها في هذه الاتفاقية بكلمة شركة ، وأن يعرض على الحكومة الاكتتاب فيها بنسبة ٤٠ % لنفسها أو لحساب أي من مصالحها أو مؤسساتها أو لحساب رعايا سعوديين)^(٢) .

وينظم قانون الدولة المضيفة بعض الأمور الداخلية المألوفة إذا لم يتحقق الأطراف على خلاف ذلك ، ودون محاولة لحصر هذه الأمور ، يمكننا القول بأنه يندرج تحتها علاقات العمل والحوادث والمسؤولية عنها ورخص الإنشاءات والمرور والنقل وقيود النقد والإجراءات القضائية^(٣) . وقد أشار قضاء التحكيم في قضية لينا جولد فليدز سنة ١٩٣٠م إلى الأمور الداخلية المألوفة والقانون الواجب التطبيق عليها ، فقضت المحكمة ، (و لا خلاف في أن قوانين روسيا السوفييتية تسري على الأمور الداخلية المألوفة)^(٤) .

وتقضي غالبية الاتفاقيات البترولية بإلزام الدولة المضيفة بحماية الشركة المستثمرة و أموالها ومستخدميها وفقاً لقوانين الدولة النافذة ، وفي الوقت ذاته توجب غالبية هذه الاتفاقيات خضوع موظفي ومستخدمي هذه الشركة داخل إقليم الدولة المضيفة للقوانين النافذة فيها وتنص المادة (رقم ٢٦) من العقد المبرم بين مصر والشركة الإنجلو مصرية سنة ١٩٤٨م على أنه (يلتزم المستأجر بإتباع وتنفيذ جميع أحكام القوانين واللوائح الخاصة بالعمل والموظفين الصادرة من الحكومة المصرية والتي تصدر فيما بعد)^(٥) .

(١) من أبرز الاتفاقيات ذلك الاتفاق الموقع بين السعودية و الشركة اليابانية عام ١٩٥٧م (المادة ٣١) و الاتفاق الموقع بين الكويت و شركة

الزيت العربية سنة ١٩٥٨م (المادة ٢٦ / د) أنظر ذلك في د. أحمد عبد الحميد عشوش - رسالته السابقة - ص ٦١٣ حاشية رقم (٢).

(٢) المرجع السابق - ص ٦١٤ .

(٣) د. أحمد عبد الحميد عشوش: قانون النفط- مرجع سابق- ص ٥٠ .

(٤) المرجع السابق - ص ٥٠-٥١ ؛ انظر قريب من هذا المعنى د. سامية راشد : دور التحكيم ... الخ - ص ٤٣-٤٤ .

(٥) د. حفيظة السيد الحداد: العقود المبرمة بين ... الخ - مرجع سابق- ص ٤١٥ .

وعلى الرغم من أن وسيلة المحافظة على المخزون البترولي في منطقة الامتياز ومنع الفاقد وإدارة حقول البترول إدارة حسنة من الأمور الجوهرية في صناعة البترول ، ومع ذلك فقليلاً ما تتضمن اتفاقيات الامتياز البترولية في البلاد العربية تطبيق قانون الدولة المضيفة بالنسبة للمحافظة على هذا المخزون ، ولعل من الاشتراطات التي تتضمنها هذه الاتفاقيات نص المادة (رقم ٤٢) من الاتفاقية المبرمة بين السعودية وشركة جي تي سنة ١٩٤٩م والتي نصت (يجب على الشركة أن تجري عملياتها في الحفر والإنتاج طبقاً للحاجات المعقولة والمتفقة مع الإدارة الحسنة لحقول البترول وكما هي مفروضة على جميع الشركات الأخرى التي تقوم بعمليات بترولية داخل المملكة العربية السعودية ، وذلك بغية المحافظة على الثروة القومية) ^(١) ، وتخول كل عقود النفط الشركة الأجنبية الحق في تملك الأراضي الخاصة أو استخدامها في تحقيق عملياتها على أن تقوم بدفع تعويض مناسب لملاك هذه الأراضي ، وتقضي غالبية العقود على أنه عند فشل الطرف الأجنبي في التوصل إلى اتفاق مع المالك الخاص المعني فإن على الحكومة أن تقوم بالاستيلاء على هذه الأراضي ، كما لو كانت تخصصها للمنفعة العامة وذلك على نفقة الطرف الأجنبي صاحب الامتياز ووفقاً للقانون النافذ وقتئذٍ ^(٢) .

وتنص المادة الحادية والعشرون من الاتفاقية الموقعة بين العراق وشركة نفط الموصل سنة ١٩٣٢م على أنه (تستملك الأراضي غير الأميرية وتكتسب الحقوق القانونية في الأراضي بالاتفاق بين الشركة وبين صاحب الأرض على أن تدفع المبالغ المناسبة تعويضاً له وعند عدم الاتفاق تعتبر الحكومة تلك الأراضي أو الحقوق مطلوبة لعمل فيه المنفعة العامة وتستملكها وفقاً للقانون النافذ حينئذٍ) ^(٣) .

ومن الجدير بالذكر أن كافة عقود النفط تخول المستثمر الأجنبي الحق في استخدام الوسائل الضرورية لنقل البترول المنتج ، وتلزم غالبية هذه العقود الشركة الأجنبية بتنفيذ القوانين الخاصة بوسائل النقل واستخدامها ^(٤) ، فقد أشارت المادة الثانية من العقد المبرم بين الكويت وشركة شل سنة ١٩٦١م المستثمر الأجنبي عند ممارسته لحقوقه وفي وفائه بالالتزامات المنصوص عليها في الاتفاق (أن يتخذ الاحتياطات المناسبة لحماية الملاحة والصيد ، وصيد اللؤلؤ ، وأن ينفذ كل المتطلبات المعقولة التي تراها السلطات المختصة بالنسبة لملاحة السفن والطائرات) ^(٥) .

وبخصوص فرض الضرائب تنتهج عقود النفط في تقرير الضرائب المستحقة الدفع على صاحب الامتياز النفطي أحد طريقتين ، فهي إما أن تحدد حداً أقصى للمعدل الضريبي وإما أن تنص على خضوع الطرف الأجنبي للقوانين الضريبية في الدولة المضيفة حتى وأن عدلت هذه القوانين من وقت لآخر خلال

(١) د. أحمد عبد الحميد عشوش: قانون النفط- مرجع سابق - ٥٣-٥٥ .

(٢) المرجع السابق- ص ٥٥ .

(٣) المرجع السابق - نفس الموضع .

(٤) المرجع السابق - ص ٥٦-٥٧ .

(٥) أ. عصمت الخياط : رسالتها السابقة - ص ١٧٢ .

مدة سريان العقد ، وعلى سبيل المثال تنص المادة الأولى من ملحق الاتفاق الموقع بين الكويت وشركة أمن أول في ٢٩ يوليو ١٩٦١م على أنه (تعترف الشركة بغض النظر عن بنود الامتياز بسريان ضرائب الدخل عليها والتي توفرها القوانين الكويتية الخاصة بهذه الضرائب وذلك على النحو الذي تتضمنه هذه القوانين)^(١) .

المطلب الثالث

موقف الفقه والقضاء من تطبيق القانون الوطني

يرى بعض الفقه^(٢) أن تصريحات ممثلي الدول أثناء التصويت على القرارات أو المعاهدات الدولية لا سيما في الإطار الاقتصادي ذات أهمية في مجال اكتشاف مدى وجود قاعدة عرفية من عدمه ، فالدول الاشتراكية ودول العالم الثالث تعتبر العقود المبرمة بين الدولة وشخص خاص أجنبي بمثابة عقود داخلية محضة ، ولم يختلف موقف الشركات الأجنبية المستثمرة للنفط ، فلقد اهتمت بتحديد القيود التي يمكن للقانون الدولي أن يضعها على الدولة المضيفة ، وكلا الطرفين ينظر إلى العقد على أنه تصرف قانوني داخلي ، و تتضمن العديد من التشريعات الوطنية والعقود الاقتصادية الدولية نصوصاً تقضي بخضوع المنازعات التي تنشأ عنها لمحاكم الدول المضيفة^(٣) كما هو الحال في الدول الأمريكية الجنوبية. ويكاد يجمع الفقه والقضاء على وجوب خضوع العقود المبرمة بين الدولة والأجانب إلى القانون الوطني لدولة ما ، فقد لاحظ مقرروا لجنة القانون الدولي^(٤) أنه تتفق الآراء والسلوك المعترف به على أن العقود التي تبرم بين حكومة دولة و أجنبي يحكم إبرامها وتنفيذها القانون الوطني للدولة الطرف وليس القانون الدولي العام ، ذلك أن الشخص الخاص الذي يرتبط بعلاقة تعاقدية مع حكومة أجنبية يوافق على أن تخضع كافة الآثار القانونية المترتبة على هذا العقد للقانون الوطني^(٥) ، ومن ثم فإن تطبيق القانون الوطني للدولة المضيفة يعتبر مطلباً ضرورياً حيث أنه يحقق مصلحة الشركة الأجنبية ومصلحة الدولة المضيفة لأنه يرتبط بالمصالح الأساسية لهذه الدولة^(٦) .

وأشارت اتفاقية واشنطن^(٧) التي أنشأت المركز الدولي لفض منازعات الاستثمار في مادتها (رقم ١/٤٢) إلى تطبيق القانون الوطني في حالة عدم اختيار الأطراف لقانون يحكم العقد^(٨) .

(١) المرجع السابق - ص ١٧٥ .

(٢) د. أسامة محمد عمارة : المرجع السابق - ص ٤٠ وما بعدها ؛ د. محمد المؤيد : التكييف ... إلى أطرافها وذاتيتها - مرجع سابق - ص ١١-١٦

(٣) د. محمد يوسف علوان : الاتجاهات الحديثة ... الخ - مرجع سابق - ص ١٧٣١ ؛ د. محمد المؤيد : التكييف ... إلى أطرافها وذاتيتها - مرجع سابق - ص ١١-١٦

(٤) المرجع السابق - ص ١٧٢٦-١٧٣١ .

(٥) د. أحمد عبد الحميد عشوش : قانون النفط - مرجع سابق - ص ٧١ .

(٦) د. حفيدة السيد الحداد : العقود المبرمة بين ... الخ - مرجع سابق - ص ٥٠٧ .

(٧) د. جلال وفاء محمددين : المرجع السابق - ص ٤٥ وما بعدها .

(٨) المرجع السابق - ص ٦١ .

وأشار مجمع القانون الدولي في دورته المنعقدة في أثينا عام ١٩٧٩م إلى تطبيق قانون الدولة المضيفة المتعاقدة^(١) وقد اعتنقت المحكمة الدولية هذا الرأي في قضية البترول الإيرانية ١٩٥٢م^(٢) .

وقد كانت المحكمة الدائمة للعدل الدولي قد قضت عام ١٩٢٩م في قضية القروض الصربية أن كل عقد لا يكون بين الدول باعتبارها أشخاصاً للقانون الدولي يجد أساسه في القانون الوطني لدولة ما ، وأضافت المحكمة أن موضوع ما إذا كان هذا القانون ينطوي تحت فرع القانون الذي يطلق عليه الآن القانون الدولي الخاص أو نظرية تنازع القوانين والذي تشترك قواعده بين عدة دول ، وقد تنشأ من الاتفاقيات أو العرف الدولي ، وقد تحمل في هذه الحالة الأخيرة صفات القانون الدولي الصحيح الذي يحكم العلاقات بين الدول ، بيد أن هذه القواعد تظل تشكل جزءاً من القانون الوطني^(٣) .

وقد لاحظت المحكمة كذلك أنه لما كان الطرف المقترض في عقد القرض دولة ذات سيادة فلا يمكن افتراض أن الالتزامات التي قبلتها والتي تتعلق بهذا القرض تخضع لأي قانون آخر غير قانونها . فقد ذهبت بعض أحكام التحكيم إلى إخضاع مثل هذه العقود للقانون الوطني الداخلي ، وهذا لا يمكن قبوله البتة ، وذلك بالنظر إلى مقتضيات استغراق هذه العقود داخل مبادئ القانون الدولي ومنها بصفة خاصة مبدأ حسن النية الذي يفترض معه بالضرورة أن تراعي هذه الأحكام مقتضيات التوازن العقدي بين أطرافه^(٤) .

ويرى بعض الفقه^(٥) تأييداً لهذا الاتجاه ضرورة تطبيق القانون الدولي على عقود الدولة ، كما يرى أنه في حالة عدم اختيار قانون واجب التطبيق على العقد فإنه يخضع للقانون الوطني للدولة المتعاقدة ، ولكن هذه العقود لا تخرج كلياً عن نطاق القانون الدولي العام باعتبار أي شخص من أشخاص القانون الدولي العام يستطيع أن يعترف لأي كيان بالشخصية الدولية .

ومن أبرز التطبيقات لفكرة عقد النفط الدولي ذلك العقد المبرم بين إيران وشركة النفط الإنجلو-إيرانية والذي أشار في مادته (رقم ٢٢) على أن قرار التحكيم يؤسس على المبادئ القانونية التي تتضمنها المادة (رقم ٣٨) من النظام الأساسي للمحكمة الدائمة للعدل الدولي ، وهذه المادة تشير إلى مصادر القانون الدولي والتي منها المعاهدات والعرف وأحكام المحاكم وآراء الفقه ، ومن الجدير بالذكر أن المرسوم الملكي الليبي الذي صدر في ٢٠ نوفمبر ١٩٦٥م قد أشار إلى ما يلي: "يخضع العقد في تفسيره وتنفيذه للمبادئ القانونية في القانون الليبي المطابقة لمبادئ القانون الدولي ، وفي حالة غياب هذه المبادئ فيكون ذلك طبقاً للمبادئ العامة للقانون بما في ذلك المبادئ التي تطبقها المحاكم الدولية " ، ويذكر أنه قد أبرم

(١) د. حفيظه السيد الحداد : العقود المبرمة بين ... الخ - مرجع سابق - ص ٤١٥ .

(٢) د. هشام علي صادق : الحماية الدولية ... الخ - مرجع سابق - ص ٤٣ - الحاشية ؛ د. محمد يوسف علوان : الاتجاهات الحديثة ... الخ - مرجع سابق - ص ١٧٠٦ - ١٧٠٧ .

(٣) د. محمد يوسف علوان : الاتجاهات الحديثة ... الخ - مرجع سابق - ص ١٧٢٨ .

(٤) المرجع السابق - ص ١٧٢٣ وما بعدها .

(٥) المرجع السابق - نفس الموضع .

عقد امتياز^(١) بين الحكومة الليبية وشركتي كاليفورنيا الآسيوية وشركة تكساكو عبر البحار عام ١٩٥٥م، وبموجب عقد تم وفق قانون البترول الليبي الصادر بذات عام الإبرام ، على أن يكون القانون الليبي هو القانون المطبق بشكل رئيسي مع إعطاء محكمة التحكيم إمكانية تطبيق مبادئ وقواعد القانون الدولي ، ومعنى ذلك أن التشريع لا يأخذ بفكرة تدويل العقد وإنما بفكرة تضمين القانون الداخلي للقانون الدولي ، فالقانون الليبي يطبق في كل الحالات باستثناء حالة يتيمة وهي مخالفة القانون الليبي للقانون الدولي^(٢) .

ونظراً لتعلق عقود الاستثمار النفطي بحركة التجارة الدولية فقد رأى بعض الفقه الحديث^(٣) أن موضوع القانون الواجب التطبيق على تلك العقود يثير الكثير من المسائل المهمة والمتشابهة في آن واحد نظراً لأن هذه العقود تتناول موضوعات تدخل في إطار القانون العام والقانون الدولي الخاص والدولي العام مما يؤدي إلى تصارع وتنازع عدة أنظمة من أجل تسوية مشاكلها ، حيث أشار هذا الاتجاه القانوني الحديث إلى أن قانون الدولة الطرف أو بعض القوانين الوطنية التي تحددها قواعد تنازع القوانين تكون واجبة التطبيق فقط على النوع العادي من الاتفاقيات بين الدولة والأجنبي ، بيد أن هذه القوانين الوطنية لا تكون كذلك بالنسبة للاتفاقيات المبرمة بين الأشخاص - طبيعية أو معنوية - التي تنتمي إلى دول تمتلك فائضاً من رؤوس الأموال والمهارات الفنية والتكنولوجية المختلفة وحكومات دول أخرى تمتلك الموارد الطبيعية التي هي في حاجة لتنميتها وليس لديها رأس المال الكافي أو المهارات آفة الذكر لتحقيق هذا الغرض^(٤) ، ولذلك فقد اقترح بعض الفقه^(٥) بأنه لكي نضمن تنفيذ الطرفين لهذه الاتفاقيات تنفيذاً كاملاً فإنه ينبغي حمايتها من أي إجراء تقوم به الدولة من جانب واحد يؤثر على حقوق الأطراف المتعاقدة ولتحقيق ذلك فإنه يجب عدم خضوع اتفاق التنمية الاقتصادية لقانون الدولة الطرف ذلك أن الدولة في هذه الحالة يمكنها أن تعدل تشريعاتها بغية إحداث تعديل الاتفاق يحقق ما تصبو له من مزايا ويحدث بالطرف الأجنبي(المستثمر) ضرراً ، ففي حكم التحكيم في قضية "سافير" عام ١٩٦٣م بين شركة سافير الدولية للبترول وشركة النفط الإيرانية الوطنية لاحظ المحكم^(٦) أن الاتفاق المبرم بين الشركتين عام ١٩٥٨م لا يحكمه القانون الإيراني وهو قانون الدولة المانحة للامتياز ، وقرّر بأنه يجب أن نتذكر بأن الاتفاقيات المعاصرة تختلف اختلافاً جوهرياً عن العقود التجارية العادية التي تحكمها القواعد التقليدية للقانون الدولي الخاص ، وبمقتضى الاتفاق موضوع النزاع قدمت الشركة الأجنبية "سافير" لإيران مساعدات مالية وفنية تضمنت استثمارات ومسؤوليات ومخاطر وعلى ذلك يبدو طبيعياً وجوب حمايتها من أي تشريع

(١) د. حفيظه السيد الحداد : الاتفاق على التحكيم ... الخ - مرجع سابق - ص ٥٢ وما بعدها ؛ د. محمد يوسف علوان : الاتجاهات الحديثة

... الخ - مرجع سابق - ص ١٧٢٤ .

(٢) د. سراج حسين أبو زيد : المرجع السابق - ص ١٢٦ وما بعدها .

(٣) المرجع السابق - ص ٦٧٢ - ٦٧٣ .

(٤) المرجع السابق - ص ٦٧٣ .

(٥) د. أحمد عبد الحميد عشوش : قانون النفط ... الخ - مرجع سابق - ص ١٧٥ (حاشية رقم ١) .

(٦) د. عصام الدين القسبي : المرجع السابق - ص ١٢٢ .

يؤثر في حقوق والتزامات الأطراف كما يتعين منحها بعض الضمان القانوني ولا يمكن أن يتحقق ذلك إذا طبقنا القانون الإيراني^(١).

وأضاف بعض الفقه^(٢) أنه من مصلحة كل من طرفي مثل هذه الاتفاقيات أن يخضع ما قد يثور بينهما من منازعات لقواعد معينة في القوانين الوطنية التي غالباً ما تكون غير مناسبة لحل المشكلات المتعلقة بحقوق الدولة التي ينفذ فيها العقد والتي دائماً ما تكون موضوع تعديلات تجريها هذه الدولة ، وكثيراً ما تكون تلك التعديلات غير معلومة أو محدودة المعرفة لأحد الطرفين عند التعاقد ، وعلى ذلك يذهب مؤيدي الطبيعة القانونية الدولية^(٣) لعقد الاستثمار النفطي بأنه ينبغي أن يحكم هذه العقود قانون ليس في سلطة أحد الأطراف تعديله ، أي قانون مستقل بذاته ينشئه الاتفاق نفسه أو المبادئ العامة للقانون المعترف بها في الأمم المتحدة أو القانون الدولي ، فأياً من هذه النظم القانونية يمكن تطبيقها على اتفاقيات الدولة المضيفة والشركة المستثمرة للنفط ، فالطبيعة الخاصة باتفاقيات النفط تدعو إلى تحرير هذه الاتفاقيات من أي قانون وطني وبصفة خاصة قانون الدولة الطرف .

وقد رأى بعض الفقه^(٤) أن الاعتبار التي عارضت تطبيق كل من القانون الدولي العام أو القانون الداخلي على عقود الدولة هي ذاتها التي تدعو إلى تطبيق قانون عبر الدول على هذه العقود ، وحجج هذه السوابق القضائية والآراء الفقهية التي ترى تطبيق القانون الوطني لها ما يبررها ، ذلك أن أي عقد يبرم بين الدولة وشخص خاص طبيعي أو معنوي لا يمكن أن يوجد بعيداً عن نظام قانوني يؤسس مشروعيته ويحدد مداه وآثاره ويوضح دلالاته القانونية .

ويرى الرأي المؤيد لتطبيق القانون الوطني على عقود النفط أن هذا القانون يصب على أساس أنه يعتبر حق من حقوق السيادة للدولة المضيفة ومن أجل زيادة التنمية الاقتصادية لهذه الدولة ، كما أعلنت الجمعية العامة للأمم المتحدة في قرارها (رقم ١٨٠٣) الصادر عام ١٩٦٢م عن حق الشعوب والأمم في السيادة الدائمة على ثرواتها ومصادرها الطبيعية وفقاً لمصلحة إنمائها القومي ورفاهية شعب الدولة المعنية^(٥) .

ويلاحظ أن التحكيم الدولي قد لجأ أحياناً إلى تطبيق القانون الوطني ، ففي قضية شركة البترول البحرية الدولية ضد قطر طبقت المحكمة القانون الإسلامي^(٦) .

(١) د. محمد يوسف علوان : الاتجاهات الحديثة ... الخ - مرجع سابق - ص ١٧١٥ - ١٧١٦ ؛ د. سراج حسين

أبو زيد : المرجع السابق - ص ٧٠٤ وما بعدها .

(٢) أنظر قريب من هذا المعنى د. حسن عطية الله : رسالته السابقة - ص ٤٧١ وما بعدها

(٣) د. غسان رباح : المرجع السابق - ص ٣١ وما بعدها .

(٤) د. سراج حسين أبو زيد : المرجع السابق - ص ٦٩٦

(٥) د. أحمد عبد الحميد عشوش : النظام القانوني ... الخ - رسالته السابقة - ص ٦٣٧ .

(٦) د. محمد يوسف علوان : الاتجاهات الحديثة ... الخ - مرجع سابق - ص ١٧٢٩ .

الخلاصة :

تبين مما سبق أن الدولة المضيفة تحرص على تطبيق قانونها الوطني على أي منازعات تشور حول عقد الاستثمار ولها سندها القانوني نتيجة للقرارات الصادرة عن الأمم المتحدة ومحكمة العدل الدولية والقانون الدولي المؤكدة للسيادة على مواردها الطبيعية و ظهور شركات النفط الوطنية ، إلا إن هذا الاتجاه لا يلقى قبولاً من المستثمر الأجنبي .

المبحث الثاني

تطبيق القانون الأجنبي

تمهيد وتقسيم :

قد يكون من ضمن القوانين التي بالإمكان تطبيقها على عقد الاستثمار النفطي قانون دولة أجنبية ذات صلة بالعقد أو بناءً على اتفاق الأفراد وهو ما سنعرض له في المطلبين التاليين :-

المطلب الأول : تطبيق قانون دولة أجنبية ذات صلة بعقد الاستثمار النفطي .

المطلب الثاني : تطبيق القانون المختار .

المطلب الأول

تطبيق قانون دولة أجنبية ذات صلة بعقد الاستثمار النفطي

إذا كان أطراف العقد الدولي لم يتناولوا في العقد الإشارة إلى القانون الواجب التطبيق وإذا تعذر على القاضي أن يكشف عن إرادتهم الضمنية ففي هذه الحالة يتم إسناد العقد إلى قانون بلد الإبرام أو قانون دولة التنفيذ أو قانون الجنسية المشتركة أو الموطن المشترك للمتعاقدين أو غير ذلك من القوانين المتصلة بالرابطة العقدية وذلك تحت ستار فكرة الإرادة المفترضة للمتعاقدين ^(١) .

الفرع الأول : إسناد العقد إلى القانون الأوثق صلة بالرابطة العقدية

يرى بعض الفقه ^(٢) أنه عند سكوت المتعاقدين عن اختيار قانون العقد صراحةً أو ضمناً ، فإن الرابطة العقدية يتم إسنادها إلى القانون الأوثق صلة بهذه الرابطة والذي يشكل مركز النقل في العملية العقدية دون حاجة إلى الاستناد إلى حيلة صناعية مثل الإرادة المفترضة ، وهذا الإسناد يقوم على مبدأ الصلة الأقوى بالرابطة العقدية وهو أحد المبادئ الأساسية التي تقوم عليها قواعد تنازع القوانين .

(١) د. هشام علي صادق : تنازع القوانين - ط ٢ - منشأة المعارف بالإسكندرية - بدون سنة نشر - فقرة ٧٤ - ص ٢٣٩ وما بعدها ؛

د. هشام صادق وحفيظه الحداد : دروس في ... الخ - مرجع سابق - ص ٣٥٦ وما بعدها ؛ د. هشام علي صادق : القانون الواجب ... الخ - مرجع سابق - ص ٣٧ وما بعدها .

(٢) د. هشام صادق وحفيظه الحداد : دروس في ... الخ - مرجع سابق - ص ٣٥٥ - ٣٥٦ .

ولكن ما المقصود بالقانون الأوثق صلة هل هو القانون الذي يرتبط بمجموع الرابطة العقدية بما تتضمنه بالعناصر المختلفة ؟ أم أنه من المتصور إسناد كل من هذه العناصر إلى القانون الأوثق صلة بهذا العنصر ؟ ، وبعبارة أخرى هل يملك القاضي وقد سكت المتعاقدان عن اختيار القانون أو القوانين الواجبة التطبيق على الرابطة العقدية أن يقوم بتجزئة العقد من تلقاء نفسه وتطبيق أكثر من قانون على عناصره المختلفة أم يتمتع عليه ذلك صيانة لوحدة العقد ^(١) ؟ .

لاشك أن احترام إرادة المتعاقدين في إسناد العقد تقتضي التسليم بحريتهم في تجزئة الرابطة العقدية وإسناد كل من عناصرها لقانون مختلف بشرط ألا تؤدي التجزئة إلى الإخلال بانسجام العقد ^(٢) . أما إذا سكت المتعاقدون عن اختيار قانون العقد وتصدى القضاء بناء على ذلك بإسناد الرابطة العقدية للقانون الأوثق صلة بها فهل يجوز للقاضي في هذا الفرض أن يقوم بتجزئة هذه الرابطة وإسناد كل من عناصرها المختلفة للقانون الأوثق صلة بهذا العنصر ؟ .

ذهب القضاء في فرنسا إلى وضع بعض الاستثناءات على مبدأ ضرورة احترام القاضي لوحدة العقد فأجازت له تجزئة الرابطة العقدية في بعض الحالات . ولو كان المتعاقدون أنفسهم قد أرادوا وحدة هذه الرابطة باختيارهم صراحة للقانون الواجب التطبيق على العقد في مجموعه ^(٣) .

الفرع الثاني : موقف الفقه الحديث

لقد استقر الفقه على قاعدة خضوع العقد لقانون الإرادة وفي حالة سكوت الإرادة يتم إسناد العلاقة العقدية إلى قانون دولة الإبرام أو دولة التنفيذ بوصفه إسناداً معبراً عن الصلة الوثيقة التي تربط العقد بقانون دولة إبرامه أو دولة تنفيذه ، وهذا ما يطلق عليه الإسناد الجامد أو المسبق للرابطة العقدية الذي يكفل للمتعاقدين فرصة العلم المسبق بالقانون الذي يحكم العقد عند سكوتهم عن اختياره وهو ما يحقق لهم الأمان القانوني الذي ينشدونه ويصون توقعاتهم المشروعة من ناحية والاستقرار المتطلب للتجارة الدولية ^(٤) .

فمن ناحية إسناد العقد لقانون بلد الإبرام فقد رأى بعض الفقه ^(٥) أن العقود الدولية تخضع للقانون الذي استقرت عليه العادات والأعراف منذ القدم أي قانون بلد الإبرام بوصفه القانون الذي يعرفه المتعاقدون أكثر من غيره ، على أنه إذا كان العقد سيجري تنفيذه في بلد آخر فإن قانون محل الوفاء هو الذي يسري على كافة المسائل التي تثور بعد إبرام العقد .

(١) د. حفيظة السيد الحداد: الاتجاهات المعاصرة بشأن اتفاق التحكيم (من حيث استقلاله و آثاره و النظام القانوني الذي يحكمه و مدى تأثير قانون التحكيم المصري الجديد بها) -دار الفكر الجامعي- بدون تاريخ - ص ٥٤ م ما بعدها .

(٢) د. أحمد عبد الكريم سلامة: نظرية العقد الدولي الطليق ... الخ - مرجع سابق - ص ١٧٢ و ما بعدها ؛ د. محمد عبد الله المؤيد : القانون الدولي الخاص - المرجع السابق - ص ٢٥٧ .

(٣) د. هشام علي صادق : القانون الواجب ... الخ - مرجع سابق - ص ٣٩٥ وما بعدها ؛ د. محمد عبد الله المؤيد : القانون الدولي الخاص - المرجع السابق - ص ٢٥٤ وما بعدها .

(٤) د. حفيظة السيد الحداد: الاتجاهات ... الخ - مرجع سابق - ص ٥٤ و ما بعدها .

(٥) د. هشام صادق و حفيظة الحداد : دروس في ... الخ - مرجع سابق - ص ٣٥٦ وما بعدها (نظرية الأداء المميز) .

والإسناد إلى قانون دولة إبرام العقد يفترض أن المتعاقدين قد سكتوا عن اختيار قانون العقد صراحةً أو ضمناً ، وهو بهذه المثابة يختلف عن بعض الاتجاهات القضائية التي تسند العقد لقانون دولة الإبرام على أساس أنه القانون الذي اختارته إرادة المتعاقدين الضمنية^(١) .

وقد أخذت بهذا الإسناد الجامد للرابطة العقدية في المعاملات المالية بعض التشريعات ، فالقانون المصري قد منح لقانون دولة إبرام العقد المكانة الثانية في الترتيب بعد قانون الإرادة أو الموطن المشترك للمتعاقدين إن اتحدا موطناً^(٢) .

وقد انتقد بعض الفقه^(٣) مكان إبرام العقد كدليل على وجود صلة قوية للرابطة العقدية بالقول : إن مكان إبرام العقد وإن كان محل ميلاده الأول إلا أنه لا يُعبر مع ذلك عن حقيقة المصالح المعينة التي ترتبط بالعملية العقدية ، وهو ما يصعب معه التسليم بالصلة القوية التي يدعي أنصار هذا الإسناد وجودها بين الرابطة العقدية في مجموعها وقانون محل إبرامها ، فالعقود الدولية تبرم عادة في مواقع تجارية لا تعدو أن تكون أماكن للقاء المتعاملين ولا تتركز فيها في الغالب مصالحهم الأساسية .

وإذا ثار نزاع بين المتعاقدين فإنه من المناسب أن يطبق القانون الذي يعبر عن مصالحهم الحقيقية وليس القانون السائد في مكان الإبرام الذي لا تتركز فيه هذه المصالح ولا يرتبط إلا بالمرحلة الأولى من مراحل العقد.

ونتيجة لهذه الانتقادات ذهب اتجاه آخر في الفقه والقضاء^(٤) إلى إسناد العقود الدولية لقانون دولة التنفيذ باعتبار أن العلاقة التعاقدية تترتب آثارها في هذه الدولة على أساس فكرة الخضوع الاختياري ، فتركيز العقد مكانياً في دولة التنفيذ يرجع إلى افتراض رضا أطرافه مسبقاً بالخضوع لقانون هذه الدولة . ويرى بعض الفقه^(٥) إلى أن هذا الإسناد يركز إلى قانون دولة التنفيذ على أساس أن مصالح المتعاقدين والغير تتركز مادياً في هذه الدولة ، وهو ما يتمشى مع الاتجاهات الحديثة في القانون الدولي الخاص ، والتي تعدد في التركيز المكاني للروابط القانونية بعناصرها المادية التي تظهر إلى العالم الخارجي .

ويرون أن هذا الإسناد هو الذي يتفق مع مصالح المتعاقدين ، فاهتمامه موجه منذ البداية إلى دولة تنفيذ العقد التي ستحقق فيها الغاية من التعاقد وتتحقق المسؤولية عن عدم التنفيذ ويمكن غير المتعاقدين من العلم بهذه العلاقة .

(١) المرجع السابق - نفس الموضوع ؛ د. هشام صادق : تنازع القوانين - مرجع سابق - ص ١٩٠ .

(٢) المادة ١/١٩ من القانون المدني المصري انظر ذلك في د. هشام صادق و حفيظه الحداد : دروس في ... الخ - مرجع سابق - ص ١١

(٣) مشار إليه في مؤلف د. هشام صادق : تنازع القوانين - مرجع سابق - ص ٦٧٥ .

(٤) مشار إليه في المرجع السابق - نفس الموضوع وخصوصاً حاشية رقم (٢) .

(٥) مشار إليه في المرجع السابق - ص ٧١٤ - ٧١٧ وخصوصاً ص ٧١٥ - حاشية رقم (٣) ؛ د. عز الدين عبد الله : المرجع السابق -

ج ٢ - فقرة (١٣٧) - ص ٤٧٦ وما بعدها وخصوصاً ص ٤٧٨ مع الحاشية رقم (٢) .

ومع تلك المزايا فإن لهذا الإسناد عيوبه عندما يكون محل التنفيذ متعدداً ، أو فيما لو تعذر تحديده ، وهو ما دفع البعض إلى القول بضرورة إسناد العقد إلى قانون بلد إبرامه ^(١) ، وهذا الاتجاه بدوره لا يخلو من انتقاد ، ذلك أنه من المتصور دائماً أن يغير المتعاقدون محل إقامتهم بعد إبرام العقد .

ونستنتج مما سبق أن الإسناد الجامد لا يسلم به جانب من الفقه ، ولذلك فقد ذهب الاتجاه الحديث في الفقه إلى الإسناد المرن للرابطة العقدية بما يسمح باختلاف هذا الإسناد بالنسبة لكل طائفة من العقود ، وقد تصدى أنصار الإسناد المرن للرابطة العقدية من خلال تحديد طبيعتها الذاتية وهو ما يسمح بالإسناد المستقل لكل فئة من العقود ذات الطبيعة الواحدة في ضوء فكرة محل الأداء المميز أي المكان الذي يتم فيه تنفيذ الالتزام الرئيسي الذي يتميز عن غيره من الالتزامات التي يفرضها العقد .

ويقوم هذا الإسناد المرن على افتراض مسبق مؤداه أن محل تنفيذ الأداء المميز هو موطن المدين بهذا الأداء وهو ما يصون للمتعاقدين توقعاتهم المشروعة في شأن العلم بالقانون الذي يحكم روابطهم التعاقدية ويكفل لهم الاستقرار في العلاقات التجارية الدولية ^(٢) .

وقد ذهب جانب من فقه القانون الدولي الخاص الحديث ^(٣) إلى القول بعدم الوقوف عند التركيز الموضوعي للرابطة العقدية على طبيعتها الذاتية وإنما لابد من الإحاطة بظروف التعاقد وملابساته وهو ما يسمح بتنوع الإسناد من عقد لآخر من العقود ذات الطبيعة الواحدة وذلك بهدف مزيد من المرونة في الإسناد وفقاً لظروف التعاقد وبواعثه رغبة في إسناد العقد إلى أوثق القوانين صلة به في ضوء ظروف التعاقد في كل حالة على حدة .

ويرى بعض الفقه ^(٤) تطبيق قانون الدولة التي تتعقد فيها محكمة التحكيم أي قانون محل الفصل في النزاع وذلك تطبيقاً للقاعدة اللاتينية القديمة من يختار المكان يختار القانون ، وهذا الرأي غير صحيح ذلك أنه من المحتمل ألا يكون هناك صلة بين مقر التحكيم والنزاع مصدر التحكيم ، وحتى إن أمكن تطبيق هذا الرأي على العلاقات التعاقدية فيما بين الأفراد فإنه يصعب تطبيقه حيث تكون العلاقة التعاقدية بين دولة مضيفة للاستثمار ومستثمر أجنبي وذلك لان تطبيق قانون مقر التحكيم في هذه الحالة يعتبر مساساً بسيادة هذه الدولة .

الفرع الثالث : موقف القضاء

لقد كان موقف القضاء واضحاً في مناصرته لاتجاه الفقه - الذي سبق الإشارة إليه في الفرع الثاني ، لأسباب عديدة : هي أن أي عقد لا يمكن أن ينشأ في ظل فراغ قانوني ، ولا بد أن يرتبط بنظام قائم قبل إبرامه يعترف له بالصفة الأساسية ^(٥) وهذا ما أكدته محكمة التحكيم في قضية ارامكو التي بعد

(١) مشار إليه في المرجع السابق - ص ٧٤٢-٧٤٣ .

(٢) مشار إليه في مؤلف د. هشام على صادق: القانون الواجب...الخ - مرجع سابق - ص ٤٢٥ .

(٣) مشار إليه في المرجع السابق - فقرة ٣٨١ - نفس الموضع وما بعدها ؛ د. طارق المجاهد : رسالته السابقة - ص ٦٨ وما بعدها .

(٤) د. عبد الحميد الأحنب : موسوعة التحكيم - التحكيم الدولي - ج ٢ - ص ٢٦٨ ؛ د. أحمد عبد الرزاق السعيدان : رسالته السابقة - ص ٦٥ .

(٥) د. أحمد عبد الرزاق السعيدان : رسالته السابقة - ص ١٢٤ .

أن أكدت أن اتفاق الامتياز هو قانون الأساس للأطراف أضافت أنه لمن المؤكد بأن أي عقد لا يمكن أن يولد في فراغ ، وإنما يجب أن يستند إلى قانون ^(١) ، فهو ليس عملية متروكة كلياً لإرادة الأطراف المتعاقدة بل هو بالضرورة يستند إلى قانون وضعي يقر بالآثار القانونية للتعبير المتبادل والمتوافق لإرادة الأطراف المتعاقدة و أن الإرادة لا تستطيع أن تولد روابط اتفاقية إلا إذا كان القانون الذي تركز عليه هذه الإرادة يعطيها مسبقاً هذه القدرة .

وتشير الممارسات القضائية أن المحاكم قد درجت على تحديد ما هو القانون الواجب التطبيق على العقد محل النزاع باعتباره عقداً دولياً دون أن تقوم المحكمة المعنية بتحديد المعيار الذي اعتمدت عليه لإسباغ الصفة الدولية على العقد المقصود .

الخلاصة :

نخلص مما سبق أن عقد الاستثمار النفطي قد يتطلب تطبيق قانون دولة أجنبية ذات صلة بالعقد ، وأنه من الصعب أن تقبل الدولة المضيفة لعقد الاستثمار النفطي بإخضاع منازعاتها لقانون أجنبي وأقصى ما يمكن أن تقبله الدولة المضيفة للاستثمارات الأجنبية هو خضوع علاقتها التعاقدية مع الأجنبي للمبادئ المشتركة في قوانينها وقوانين دولة الأجنبي ، ومن ثم فإن عقد الاستثمار النفطي لا يمكن أن يطبق هذا القانون في حالة نشوب نزاع قضائي حوله ، ويأتي هذا التوجه في إطار سيادة الدولة المضيفة على مواردها النفطية ، وعند غياب الإرادة فإن القاضي أو المحكم لا بد أن يبحث عن قانون أكثر صلة بالعقد ، وإذا كان هذا متحقق في العقود الأخرى فإنه في عقود النفط نادر الوقوع بحكم أن الدولة المضيفة هي الأكثر صلة من عدة أوجه ، كونها دولة ذات سيادة ، وكون العقد إدارياً في معظمه ، وكونها بلد التنفيذ والإبرام ، وموطن الثروة .

المطلب الثاني

تطبيق القانون المختار

يعد مبدأ خضوع العقد للقانون المختار من المبادئ المستقرة في إطار القانون الدولي الخاص ، وهو مبدأ تقر به التشريعات الوطنية للعديد من الدول وأحكام القضاء الوطني والتحكيم الدولي ، وأيضاً تنص عليه المعاهدات الدولية المتصلة بالعلاقات التعاقدية على نحو مباشر أو غير مباشر ^(٢) ، وتعبير القانون المختار هو ذلك القانون الذي اختاره طرفي العقد ليكون الفيصل فيما ينشأ بينهم من نزاع ، وهو الأصل ، في عقود التجارة الدولية ومنها عقود النفط ، ويسمى أيضاً بقانون الإرادة أي القانون الذي تشير

(١) المرجع السابق - نفس الموضع .

(2) JACQUET.C.M : Principe d'autonomie et Contrats Internationaux . Thèse Economic , 1983; POMMIER(CH.):Principe d'autonomie et Loi du Contrat en droit International Privé Conventionnel , Economica , PARIS 1992

الأصل ، في عقود التجارة الدولية ومنها عقود النفط ، ويسمى أيضاً بقانون الإرادة أي القانون الذي تشير به إرادة المتعاقدين ، مع العلم بأن إسناد عقود التجارة الدولية للقانون الذي تختاره إرادة المتعاقدين هو حل لم يستقر في فقه القانون الدولي الخاص إلاّ مع إطلالة القرن العشرين ، وقد استقر غالبية فقه القانون الدولي الخاص على أن تطبيق قانون الإرادة على هذا النحو يقتصر على الجانب الموضوعي^(١) ، فإذا كان قانون الإرادة هو الفصيل وفقاً للرأي الراجح لتنفيذ الالتزامات العقدية فإن هذا القانون هو الذي يسري أيضاً على أسباب انقضاء الالتزامات العقدية احتراماً لوحدة القانون الواجب التطبيق في هذا الشأن ، إلاّ أن هناك جانباً من الفقه^(٢) يرى أنه من الجائز تجزئة عناصر العقد وإخضاع كل منها لقانون مختلف ، كإخضاع تكوين العقد لقانون بلد الإبرام بحيث يقتصر تطبيق قانون الإرادة على ما يربته العقد من آثار وهذا ما أخذ به الفقه الديناميكي^(٣) للقانون الدولي الخاص ، إذ أن غالبية الفقه المناصر لوحدة القانون الواجب التطبيق على العقد لم يمانع من استبعاد مسألتين من مجال القانون المختار (قانون سلطان الإرادة) وهما : أهلية التعاقد ؛ وشكل العقد حيث أخضع أهلية التعاقد وإن كانت شرطاً لصحة التعاقد من حيث الموضوع للقانون الشخصي للمتعاقد سواء كان هذا القانون قانون الجنسية أو قانون الموطن ، أما شكل العقد فأخضعه غالبية الفقه إما لقانون العقد (قانون الإرادة) أو قانون بلد الإبرام وهي قاعدة اختيارية وذلك تيسيراً على المتعاقدين الخصوم حيث لا يجوز أن تتعثر رغبة المتعاقدين نتيجة لبعض العقوبات الشكلية التي قد ينص عليها أحد القوانين الواجبة التطبيق لأنه يتنافى واعتبارات التجارة الدولية^(٤) ، وعلى الرغم من أن العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجانب ولاسيما تلك المبرمة في مجال عقود النفط في الفترة السابقة على الحرب العالمية الثانية لم تشر صراحة إلى تطبيق قانون الدول المتعاقدة ، فإن هذا القانون كان على ما يبدو هو القانون الذي انصرفت إليه الإرادة إلى تطبيقه على العقد^(٥) ، لكن الغالبية العظمى من العقود المبرمة بين الدول والأطراف الأجنبية التي تم إبرامها بعد الحرب العالمية الثانية تشير صراحة إلى تطبيق قانون الدولة المتعاقدة على هذه العقود ، علاوة على أن اتفاقية "واشنطن" التي أنشأت المركز الدولي لفض المنازعات الناشئة عن الاستثمار تنص في المادة (٤٢) منها على إعمال أحكام قانون الدولة المتعاقدة في حالة عدم اختيار الأطراف لقانون يحكم العقد ، وهو تطبيق للإرادة الضمنية^(٦) كما أن مجمع القانون الدولي قد أصدر في دورته المنعقدة في أثينا عام ١٩٧٩ م والمخصصة

(١) د. هشام علي صادق : القانون الواجب التطبيق ... الخ - مرجع سابق - ص ١٦ ؛ أ.د. حفيفة السيد الحداد : العقود المبرمة ... الخ -

مرجع سابق - ص ٤٨٣ وما بعدها .

(٢) د. هشام علي صادق : تنازع القوانين - مرجع سابق - ص ٦٩١ وما بعدها .

(٣) الفقه الديناميكي = الفقه الحديث .

(٤) د. هشام علي صادق : القانون الواجب التطبيق ... الخ - مرجع سابق - ص ١٧ ، ١٨ .

(٥) د. أحمد عبد الحميد عشوش : رسالته السابقة - ص ٦٠٧ وما بعدها ؛ أ.د. حفيفة السيد الحداد : العقود المبرمة ... الخ - مرجع سابق -

ص ٤١٣ .

(٦) د. حفيفة الحداد : العقود المبرمة ... الخ - مرجع سابق - ص ٥١٠ وما بعدها .

لدراسة العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية الخاصة التابعة لدول أخرى توصيته بصدد هذا الشأن نص في المادة ٨ منها على ما يلي :

١. تخضع العقود المبرمة بين الدولة وشخص خاص أجنبي إلى القواعد القانونية المختارة من قبل الأطراف المتعاقدة ، ويسري عليها كذلك القواعد القانونية التي يتصل بها العقد على نحو أوثق في حالة تخلف مثل هذا الاختيار .

٢. ويكون للأطراف الحق في الاختيار كقانون حاكم للعقد ، إما قانون واحد أو عدة قوانين داخلية أو المبادئ المشتركة في هذه القوانين^(١) ، أو المبادئ العامة للقانون ، أو المبادئ المطبقة على العلاقات الاقتصادية الدولية ، أو القانون الدولي ، أو مزيج من هذه المصادر القانونية .

وهذه التوصية التي أصدرها مجمع القانون الدولي قد كرست مبدأ سلطان الإرادة وحرية الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق ، كما إن قضاء التحكيم الذي يعد البيئة الطبيعية في الغالب لتسوية المنازعات في عقد الاستثمار النفطي يقوم ويعتمد على مبدأ خضوع العقد للقانون المختار ، وهناك العديد من تطبيقات قضاء التحكيم التي تكرر هذا المبدأ^(٢) ، وبغض النظر عن بعض الخلافات الفقهية عن مدى التزام القاضي أو المحكم باختيار الأطراف للقانون الواجب التطبيق فإنه لا يوجد أي قيد على مبدأ سلطان الإرادة إلا قيد النظام العام في دولة القاضي^(٣) .

المبحث الثالث

تطبيق الاتفاقيات الدولية

تقسيم :

يوجد هنالك اتجاه يعتبر عقود النفط اتفاقات دولية وبالتالي يجب تطبيق قواعد القانون الدولي العام على هذه العقود مما يتوجب علينا أن نشير إلى تطبيق المعاهدات الثنائية في مطلب أول ثم الإشارة إلى تطبيق المعاهدات الجماعية في مطلب ثانٍ .

المطلب الأول : تطبيق الاتفاقيات الثنائية

المطلب الثاني : تطبيق الاتفاقيات الجماعية

(١) المرجع السابق - نفس الموضع .

(٢) أنظر مزيداً من البيان عن هذه الأحكام في د. حفيدة الحداد : العقود المبرمة ... الخ - مرجع سابق - ص ٤٨٤ وما بعدها ؛ ورسالة JAQUET; POMMIER السابق الإشارة إليهما .

(٣) د. حفيدة السيد الحداد : المرجع السابق - ص ٤٨٧ وما بعدها .

المطلب الأول

تطبيق المعاهدات الثنائية

توجد عديد من المعاهدات الثنائية التي أبرمت بين الشركات الأجنبية المستثمرة للنفط وبين الدولة المضيفة تحدد القانون الواجب التطبيق، فقد ذهب جانب من الفقه^(١) بالقول إلى أن العقود المبرمة بين الدول والشركات الخاصة الأجنبية كعقود الاستثمار النفطي هي عبارة عن اتفاقيات أو معاهدات ، وبالتالي فإنها تخضع للقانون الدولي العام وذلك لتمتعها بخصائص معينة^(٢) ، إلا أن مؤيدي هذا الرأي الفقهي استدركوا قائلين : بأن ليس كل اتفاق يبرم بين الدولة المضيفة والشركة الخاصة الأجنبية هو بالضرورة ينطوي تحت لواء اتفاقيات القانون الدولي العام ، بل فقط إذا كانت هذه الاتفاقيات مبرمة على مستوى رفيع أي إذا كانت الشركة الخاصة الأجنبية في مركزٍ يسمح لها بالحصول على مزايا لا تقبل الدولة المضيفة أن تلتزم بها تجاه شخص خاص أجنبي عادي ، والمركز المقصود بالنسبة للشركة الخاصة الأجنبية هو إمكانياتها المالية الهائلة بحيث تكون قادرة على طلب الامتياز لها من الدولة المضيفة والحصول على مزايا ضريبية وإدراج شرط التحكيم الدولي عند نشوب نزاع بينها وبين الدولة المضيفة وحصولها كذلك على شرط الثبات التشريعي .

هذا وقد وجّهت سهام النقد الشديد للاتجاه الفقهي آنف الذكر من الفقه الغربي والعربي^(٣) لقوله أن بعض هذه العقود يخضع للقانون الدولي العام والبعض الآخر منها يبقى بعيداً عنه بسبب ضعف أثره على اقتصاد الدولة المضيفة ، فهذه التفرقة من وجهة نظر النقاد غير مبررة ، لأن الغرض من العقد ليس هو الذي يجعل منه اتفاقاً يرقى إلى مستوى المعاهدة وبالتالي يكون خاضعاً للقانون الدولي العام ، ومن ناحية أخرى فإن الخصائص التي تتمتع بها عقود الاستثمار النفطي ليست وحدها التي تضيف طابع المعاهدات الدولية على هذه العقود^(٤).

ويرى هذا الفقه أيضاً بأن مصطلح المعاهدة في ظل الوضع الحالي للقانون الدولي لا يطبق إلا على الاتفاقيات التي تبرم بين أشخاص القانون الدولي العام ، إذ أن (المادة رقم ٢) من اتفاقية " فيينا " قد عرّفت المعاهدة بأنها (اتفاق دولي يعقد بين دولتين أو أكثر في شكل مكتوب ويخضع للقانون الدولي سواء تم هذا الاتفاق في وثيقة واحدة أو أكثر ، وأياً كانت التسمية التي تطلق عليه) ، ويتبين من هذا التعريف بأن المعاهدات لا تتم إلا بين أشخاص القانون الدولي أي الدول والمنظمات الدولية .

(١) د. حفيظة السيد الحداد : العقود المبرمة بين الدول ... الخ - مرجع سابق - ص ٦٢٢ وما بعدها ؛ د. أحمد عبد الرزاق السعيدان : رسالته السابقة - ص ١٣٨ وما بعدها

(٢) أنظر هذه الخصائص الأربعة في مؤلف د. سراج حسين أبو زيد : المرجع السابق - ص ٦٣٢.

(٣) د. سراج حسين أبو زيد : المرجع السابق - ص ٦٣٤ ؛ د. محمد عبد الله المؤيد : التكييف ... إلى أطرافها وذاتيتها - مرجع سابق - ص ٢١ وما بعدها.

(٤) المرجع السابق - نفس الموضع .

ويرى مؤيدي الفقه ^(١) المعارض لتطبيق القانون الدولي العام على عقود الاستثمار النفطي أيضاً بأن الأعمال القانونية التي تقوم بها الشركات الخاصة الأجنبية ليست من ضمن المعاهدات ولو اتخذت شكل اتفاق دولي ، ويرون كذلك أنه طالما كان أحد طرفي عقد الاستثمار النفطي دولة واحدة وليس بين دولتين ذاتي سيادة لا يمكن أن ينطوي هذا العقد تحت لواء المعاهدات الدولية حتى وأن كان التفاوض وإبرام هذه العقود يتخذ الشكل الرسمي ، أي أن هذه العقود يتم أحياناً التصديق عليها من قبل البرلمان ومجلس إدارة الشركة .

ويرى أستاذنا الدكتور سراج حسين أبو زيد بأن عقد الاستثمار النفطي المبرم بين دولة ما وشركة خاصة أجنبية ليس فيه من الناحية الشكلية ما يؤدي إلى الجزم واليقين على أنه معاهدة دولية تخضع للقانون الدولي العام ^(٢) .

المطلب الثاني

تطبيق الاتفاقيات الجماعية

من المعلوم أن معاهدة واشنطن الموقع عليها في ١٨ مارس ١٩٦٥ والتي أنشأت المركز الدولي لفض المنازعات الناشئة عن الاستثمار هي المعاهدة الدولية الوحيدة التي تشير إلى إعمال قواعد القانون الدولي العام ^(٣) .

إذ تشير المعاهدة في مادتها (٤٢) إلى إعمال قواعد القانون الدولي العام على عقود الاستثمار المبرمة بين الدولة والأشخاص التابعة لدولة الحرب و الإشارة الواردة في المادة ٤٢ تعني تكريس إعمال أحكام القانون الدولي العام ^(٤) .

و يذكر أن معاهدة واشنطن لا تحول دون تطبيق قواعد القانون الدولي العام إذا كانت إرادة الأطراف قد حددت هذا القانون ليطبق على العقد ، و يذكر أن المحاكم قد درجت على تطبيق القواعد القانونية التي اختارها الأطراف ولا تملك استبعادها ^(٥) ولكن ما الدافع إذا كان القانون الوطني للدولة المتعاقدة يخالف قواعد القانون الدولي ؟ فهل يتم ترجيح قواعد القانون الدولي أم قواعد القانون الوطني ؟ . لقد ذهب جانب من الفقه ^(٦) إلى ترجيح إعمال قواعد القانون الدولي في هذا الفرض بينما يرفض ذلك البعض الآخر ، ومن ثم فإنه لا يمكن إعطاء الأولوية لقواعد القانون الدولي العام على القانون

(١) أنظر د.محمد يوسف علوان : الاتجاهات الحديثة ... الخ - مرجع سابق - ص ١٧٢٥ وما بعدها ؛ د. محمد عبد الله المؤيد : التكيف

... أطرافها وذاتيتها - مرجع سابق - ص ٢٠ وما بعدها .

(٢) د. سراج حسين أبو زيد : المرجع السابق - ص ٦٣٧ .

(٣) د. حفيظة السيد الحداد : العقود المبرمة بين الدول ... الخ - مرجع سابق - ص ٤٧٥ ؛ د. جلال وفاء محمدين : المرجع السابق - ص ٢٢

(٤) أنظر نص المادة ٤٢ من اتفاقية واشنطن الموقعة في ١٨ / ٣ / ١٩٦٥ م في مؤلف د. أحمد عبد الرزاق السعيدان : رسالته السابقة - ص

١٣٨ - ١٣٩ .

(٥) د. أحمد عبد الرزاق السعيدان : رسالته السابقة - ص ١٢٢ وما بعدها .

(٦) د. غسان رباح : المرجع السابق - ص ٢٦٥ وما بعدها .

الوطني إلا إذا كانت الدولة المعنية تأخذ بمبدأ وحدة القانون مع إعطاء الأولوية للقانون الدولي وذلك على اعتبار أن المحاكم التابعة للمركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار تعد محاكم دولية والقانون الذي يحدد اختصاصها هو القانون الدولي .

وطبقاً لنص المادة (٢٥) من معاهدة واشنطن ، التي تحدد اختصاص المركز للمنازعات الناشئة بين الدولة المتعاقدة والأشخاص التابعة لدولة أخرى^(١) .

وعلى هذا النحو فإن اتفاق التحكيم المبرم بين دولة غير متعاقدة وطرف أجنبي تابع لدولة غير متعاقدة لا أثر له طالما أن الدولتين لم تتضمنا إلى معاهدة واشنطن ومن ثم فإن محاكم التحكيم الخاضعة للمركز تعتبر محاكم دولية بالمعنى الحقيقي وتملك السلطة في استبعاد القوانين الوطنية المخالفة للقانون الدولي العام^(٢) .

ويرى بعض الفقه^(٣) في سياق تأييده لتطبيق القانون الدولي العام على عقود الاستثمار النفطي أنه رغم أن الأشخاص الدولية تتعاقد في العادة على أساس القانون الدولي فإنه لا يوجد أي قاعدة قانونية تحظر عليهم الاتفاق على إخضاع العقد لإحدى الأنظمة القانونية الوطنية ، وبضيف أنه من الممكن أن تخضع العقود التي تكون الدولة طرفاً فيها للقانون الدولي العام ، فإذا كان القانون الدولي العام ينطبق على المعاهدات التجارية فإنه من المنطقي أن تخضع العقود التي يكون شخص أجنبي خاص طرفاً فيها لنفس القانون وذلك بسبب التماثل في موضوع هذه الاتفاقيات ، ويدعم وجهة النظر عدم وجود أنظمة قانونية وطنية من بعض دول العالم الثالث ، ويدفع جانب آخر من الفقه الدولي عن فكرة تطبيق القانون الدولي بقوله أنه في حالة عدم اختيار قانون واجب التطبيق على العقد فإنه يخضع للقانون الداخلي للدولة المتعاقدة ولكن هذه العقود لا تخرج تماماً عن دائرة القانون الدولي العام ذلك لأن أي شخص من أشخاص القانون الدولي العام يستطيع أن يعترف لأي وحدة أو كيان بالشخصية الدولية ، مع ملاحظة أن هذا الاعتراف لا يمتد أثره إلى الأشخاص الأخرى للقانون الدولي^(٤) .

وتشير الممارسات الدولية أنه نادراً ما تم الإشارة إلى تطبيق القانون الدولي العام على عقود النفط ويعتبر الامتياز بين إيران وشركة النفط الإنجليزية الإيرانية أول وآخر تطبيق لفكرة تدويل عقد النفط ، حيث أشارت المادة (٣٢) من الاتفاق على أن قرار التحكيم يؤسس على المبادئ القانونية التي أشارت إليها المادة (٣٨) من النظام الأساسي للمحكمة الدائمة للعدل الدولية ، وأشار قانون النفط الليبي الذي صدر في ٢٠ نوفمبر ١٩٦٥م يخضع العقد في تفسيره وتنفيذه للمبادئ القانونية في القانون الليبي المطابقة للمبادئ العامة للقانون بما في ذلك المبادئ التي تطبقها المحاكم الدولية ، ويذكر أن المادة (٤٢) من

(١) د. جلال وفاء محمدين : المرجع السابق - ص ٢٨ .

(٢) المرجع السابق - ص ٤٦ .

(٣) د. عبد الحميد الأحمد : موسوعة التحكيم - مرجع سابق - ص ٢٦٧ .

(٤) المرجع السابق - نفس الموضوع .

اتفاق البنك الدولي للإنشاء والتعمير الخاص بتسوية منازعات الاستثمار تحيل إلى ما ينطبق عليها من قواعد القانون الدولي^(١) .

و يمكن القول أن تطبيق القانون الدولي العام أمر غير ممكن على العقود الاقتصادية الدولية ، بسبب أن هذا القانون لا يشتمل على قواعد خاصة بالعقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجانب . ومن المعروف أن عقود الاستثمار النفطي ليست معاهدة دولية فالفرد لا يعتبر شخصاً مباشراً من أشخاص القانون الدولي حتى يستطيع أن يملك بتطبيق العقد بوصفه قاعدة دولية ولا يؤثر مركز الشركة الأجنبية وتأثيره في العلاقات الدولية على طبيعة عقد النفط ، وفوق ذلك لا يعتمد القانون الدولي أية جزاءات يمكن فرضها في حالة انتهاء العقد^(٢) .

وتؤكد الممارسات الدولية هذا الاتجاه حيث رفضت محكمة التحكيم^(٣) التي عقدت لنظر نزاع شركة أرامكو مع السعودية تطبيق القانون الدولي العام ، حيث قررت (أن اتفاق عام ١٩٣٣م بين السعودية و أرامكو لم يبرم بين دولتين و إنما بين دولة وشركة أمريكية خاصة ، والشخص الخاص فإنه لا يتبع القانون الدولي العام) ولا تخاطبه .

وقد سبقت الإشارة في الباب الأول عن الطبيعة القانونية لعقد الاستثمار ، وقلنا أنه ذات طبيعة خاصة نظراً لكون أطرافه دولة ذات سيادة وطرف آخر لا يتمتع بصفة الدولة ومن ثم فإن القانون الدولي العام لا يطبق على النزاع .

الخلاصة :

ونخلص إلى أن القول بأن عقد النفط معاهدة دولية ويجب أن يخضع للقانون الدولي العام هو قول يعوزه الدليل القوي والسليم ، وإن الهدف من هذا تكريس الاتجاه نحو تدويل العقد بهدف إخراجها من سلطان القانون الوطني .

المبحث الرابع

تطبيق مبادئ العدالة والأعراف السائدة في ميدان التجارة الدولية

تقسيم :

سنقسم هذا المبحث إلى المطلبين الآتيين

المطلب الأول : مبادئ العدل والإنصاف .

المطلب الثاني : العادات والأعراف التجارية .

(١) د. جلال وفاء محمددين : المرجع السابق - ص ٤٥ ؛ د. عبد الحميد الأحمد : موسوعة التحكيم - مرجع سابق - ص ٤٣٣ .

(٢) د. سراج حسين محمد أبو زيد : المرجع السابق - ص ٢٢ وما بعدها ؛ د. محمد عبد الله المؤيد : التكييف ... أطرافها وذاتيتها - مرجع سابق - ص ٢٠ وما بعدها .

(٣) د. محمد يوسف علوان : النظام القانوني ... الخ - مرجع سابق - ص ٣٠٢ .

المطلب الأول

مبادئ العدل والإنصاف

يقصد بمبادئ العدل والإنصاف الاعتراف المنحاز بحق كل شخص والاستجابة للمثالية التي تتفق مع عميق النفس الإنسانية تؤدي إلى التوفيق بين ما هو عادل وما هو مفيد^(١) ، وتعتبر قواعد العدالة والإنصاف إحدى المصادر الثانوية للقانون الدولي والتي أشارت إليها المادة (٣٨) من النظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية بعد أن أوردت كافة المصادر الرئيسية والثانوية للقانون الدولي ، على أنه (لا يترتب على النص المتقدم فكرة أي إخلال بما للمحكمة من سلطة الفصل في القضية وفقاً لمبادئ العدل والإنصاف إذا وافق أطراف الدعوى على ذلك)^(٢) ، وتعتبر مبادئ العدل والإنصاف مصادر احتياطية أيضاً في القانون الداخلي في دول عديدة ما عدا التشريع المدني الكويتي الذي اعتبر العرف من المصادر الاحتياطية ولم يشر إلى مبادئ العدل والإنصاف ، وقد أبرزت المذكرة الإيضاحية للقانون المدني الكويتي هذا الاتجاه^(٣).

ويُسمح بتطبيق قواعد العدل والإنصاف للمحكم أو القاضي بقدر كبير من السلطة التقديرية ، يستطيع من خلالها أن يتجاوز القواعد القانونية التي تبدو له غير عادلة أو صارمة أو متشددة ، والواقع أن عقود الاستثمار النفطي التي تحيل إلى قواعد العدل والإنصاف أو التي تخول المحكمة البت في النزاع بحلول وسط نادرة في العمل ، والمادة (٤١) من اتفاق الشركة الوطنية الإيرانية للنفط مع الشركة الفرنسية التي لا تلزم المحكمة بتطبيق قانون معين وتخوله الاعتماد على اعتبارات العدالة وعلى المبادئ العامة للقانون وخاصة مبادئ القانون الدولي ، وتنص المادة (رقم ٤٢ / ٣) من اتفاقية تسوية منازعات الاستثمار بين الدول المتعاقدة و مواطني الدول الأخرى المتعاقدة لهيئة تحكيم المركز سلطة الفصل في المنازعات طبقاً لقواعد العدل والإنصاف^(٤).

ولم تلجأ محاكم التحكيم في قضايا الاستثمار النفطي إلى تطبيق العدالة إلا بصدد النزاع الذي وقع بين قطر وشركة مارين أويل^(٥).

ويرى بعض الفقه^(٦) بأنه يجب تطبيق قواعد القانون التجاري الدولي كما هي ، بصرف النظر عن مدى عدالتها ويستند هذا الفقه في رأيه لتطبيق هذا القانون بأنه إذا كان هناك قانون داخلي لدولة ما وكانت هناك بعض القواعد التي يمكن الحكم عليها بأنها غير عادلة فإنه لا يوجد سبباً مبرراً لتجاهل القاضي أو المحكم لتطبيق ذلك القانون على علته ، وهذا الرأي يؤدي لإخراج مفهوم العدالة من مكونات القانون التجاري الدولي .

(١) د. محمد عبد الله المؤيد : رسالته السابقة - ص ٩٩ .

(٢) د. حامد سلطان - د. عائشة راتب - د. صلاح الدين عامر : المرجع السابق - ص ٣٥.

(٣) أنظر المادة الأولى - فقره (٢) من الباب الأول في المذكرة الإيضاحية للقانون المدني الكويتي والمنشورة في جريدة " الكويت اليوم " العدد رقم ١٣٣٥ - السنة ٢٧ - ص ٨٤ .

(٤) د. محمد يوسف علوان : الاتجاهات الحديثة ... الخ - مرجع سابق - ص ١٧٢١ وما بعدها .

(٥) أ. عصمت الخياط : رسالتها السابقة - ص ١٥٢ .

(٦) د. هشام علي صادق : القانون الواجب التطبيق ... الخ - مرجع سابق - فقرة ١٩٦ - ص ٢٣٠ .

وهناك جانب آخر من الفقه ^(١) يعتبر العدالة جزءاً من قانون التجارة الدولي ، وهذا الاتجاه كما يبدو هو الحاجة لفكرة العدالة ليستكمل بها النقص في النظام القانوني الجديد إذ أنه باستطاعة المحكم وباسم العدالة أن يستلهم الحلول للمسائل التي لم يتناولها القانون التجاري الدولي بالتنظيم ، وقد وجهت سهام النقد لهذا الاتجاه بالقول بأنه قد بجرّد المتعاقدين من القدرة على التوقع ويحرمهم على هذا النحو من الأمان القانوني لعدم معرفتهم المسبقة بما سينتهي إليه المحكم في النزاع باسم العدالة ، إلا أنه يخفف من وطأة هذا النقد وخطورته أن المحكمين لا يلجئون لخلق الحل الواجب الإلتباع عادة باسم العدالة إلا عند عدم وجود قاعدة موضوعية في الأعراف والعادات التجارية أو في المبادئ القانونية المشتركة ^(٢).

والحاجة لفكرة العدالة في قضاء التحكيم تزداد يوماً بعد يوم لمجتمع المال والأعمال ، خاصة في مرحلة تطور هذا النظام القانوني ، والمقصود بالعدالة التي هي مفهوم العدل كما يعرفه رجال الاقتصاد المالي وهي نوع من العدل المصطنع ^(٣) " وفكرة العدالة تقترب من فكرة المبادئ العامة وإن كانت لا تختلط بها ، فالعدالة هي العدل الذي يضعه قضاء التحكيم في خصوص المنازعات التجارية الدولية استلهاماً من فكرة العدل المطلق ، أما المبادئ العامة فهي في حقيقتها تقف في مرحلة وسطى بين العدل المطلق أو القانون الطبيعي وبين الأحكام الوضعية السائدة التي تتمثل في الأعراف والعادات التجارية " ^(٤).

ويرى جانب آخر من الفقه ^(٥) أنه عندما ينص المتعاقدين في عقدهم الدولي على التحكيم مع التفويض بالصلح ، أو تحكيم العدالة سيؤدي ذلك إلى إفلات العقد وتحرره من القانون ، والمقصود بتحرر العقد هنا هو الاتفاق الذي يفلت من سلطان القوانين الداخلية لدولة معينة ^(٦).

وهناك جانب من الفقه ^(٧) يرفض هذا الاتجاه معللاً ذلك " بأن أعمال المحكم لفكرة العدالة لا يمكن اختياره لأي حل يراه وفقاً لمطلق تقديره الشخصي ، فالمحكم لن يقضي في النزاع وفق هواه ، وإنما سيختار الحل السائد في قانون معين يراه أكثر تحقيقاً للعدالة ، وهنا لن نكون أمام عقد يفلت من حكم القانون وإنما سيخضع للقانون المناسب من وجهة نظر المحكم " .

وما دام التحكيم مع التفويض بالصلح يستند أساساً إلى فكرة العدالة عند الفصل في النزاع ، خاصة عند عدم وجود حل للمسألة المطروحة في الأعراف والعادات السائدة بوصفها هي الأخرى تعبير عن الحل العادل من وجهة نظر المحكم ، فإن علينا إدراك أهمية اعتبار هذه الفكرة من المكونات الأساسية للقانون التجاري الدولي ، وتزداد هذه الأهمية عندما نلاحظ التوسع الحالي في التحكيم وانتشار العمل به في العلاقات العقدية الدولية ^(٨) .

(١) د. محمد عبد الله المؤيد : رسالته السابقة - فقرة ٧٧ - ص ١٠٠ .

(٢) د. هشام علي صادق : القانون الواجب التطبيق ... الخ - مرجع سابق - ص ١٨٠ .

(٣) المرجع السابق - ص ١٨١ .

(٤) المرجع السابق - نفس الموضع ؛ د. محمد عبد الله المؤيد : رسالته السابقة - ص ١٠٠ .

(٥) د. هشام صادق : المرجع السابق - ص ١٨٤ - فقرة ١٥٣ .

(٦) المرجع السابق - ص ١٤٣ - فقرة ١١٨ .

(٧) المرجع السابق - ص ١٨٥ .

(٨) د. أحمد عبد الكريم سلامة : العقد الدولي الطليق ... الخ - مرجع سابق - ص ٢٩٣ .

المطلب الثاني

العادات والأعراف التجارية

يرى جانب من الفقه^(١) أن مثل هذه العادات التجارية والمهنية التي يعطيها المحكمون في المنازعات الدولية لا تعدو أن تكون عادات اتفاقية ذات أصل تعاقدية .
فهي لا تلزم المتعاقدين على هذا النحو إلا بوصفها شروطاً تعاقدية تضمنها العقد وهو ما ينقضي عنها صفة العموم والتجرد التي يتمتع بها قواعد القانون^(٢).

ويدلّ هذا الاتجاه بالقول بأن العادات التجارية الدولية ليست ملزمة ، لأن تكرار العمل بها لا يرقى بها إلى مصاف قواعد القانون التجاري الدولي ، فالعادات التجارية تنسم بطابع فني متخصص أكثر من اتسامها بالطابع القانوني ، وهي قد تختلف من نوع من العقود إلى آخر داخل إطار الحرفة أو المهنة الواحدة مما يحد عمومها ، ومن ثم لا يترتب على مخالفتها ثمة جزاء محدد وهو ما يجردها من صفة القانون^(٣) وعلى اعتبار " أن القاعدة التي لا تقترن بوسائل القهر العام الذي تباشره الدولة لا تعتبر قاعدة قانونية " ^(٤) ، على خلاف هذا الاتجاه ذهب جانب آخر من الفقه ^(٥) إلى القول بأن العادات التجارية ذات طبيعة ملزمة حيث تحولت مع مرور الزمن إلى أعراف ملزمة سبق أن استقر العمل بمقتضاها فأصبحت ذات مضمون عام ومجرد وهو ما يضيف عليها صفة العرف الملزم .

بينما يرى البعض الآخر ^(٦) أن أعراف التجارة الدولية تحتل مركزاً وسطاً بين قواعد القانون العامة والمجردة من ناحية والقواعد العقدية من ناحية أخرى وقد أكدت المادة (رقم ٥/١٣) من نظام تحكيم غرفة التجارة في باريس حيث أشارت أن على المحكم أن يراعي شروط العقد وعادات التجارة المدرجة في الشروط العامة للعقود النموذجية والتي تحولت إلى أعراف ملزمة .

وإذا كان نوع الجزاء الذي يتعرض له المخالف لأحكام هذه القواعد العرفية يختلف عن الجزاء الذي يقترن عادة بقواعد القانون الداخلي إلا إن هذا الاختلاف لا يؤثر على حقيقة أن الجزاء في الأعراف التجارية الدولية لم يعد مجرد جزاء معنوياً فقط ، بل يتمثل في جزاء توقعه الجماعة على المخالف كما هو الشأن في قواعد الأخلاق ، وقد جرى العمل على أداء أطراف النزاع ضمان مالي يتكبد به الطرف الذي يرفض تنفيذ حكم التحكيم طوعية ^(٧) ، ولقد أسهمت المؤسسات التجارية الدولية إلى تحويل العادات السائدة في هذه الأوساط إلى أعراف

(١) المرجع السابق - ص ٣٢٩ ، ٣٣٠ .

(٢) د. محمد عبد الله المؤيد : رسالته السابقة - فقرة ٧٢ - ص ٩٢ .

(٣) CHAPELLE (Andre) : Les Fonctions De L'Ordre Puplic En Droit Int.Privé, Thèse Paris, 11, No.80, P.75

(٤) د. سمير عبد السيد تتاغو : النظرية العامة للقانون - منشأة المعارف ١٩٧٤ - ص ٦٢ ؛ د. محمد عبد الله المؤيد : رسالته السابقة - ص ٤٩ وما بعدها .

(٥) د. محمد عبد الله المؤيد : رسالته السابقة - فقره ٧٢ - ص ٩٤ .

(٦) د. أحمد عبد الكريم سلامة : نظرية العقد ... الخ - مرجع سابق - فقرة ٣٧٠ - ص ٣٣٥ وما بعدها .

(٧) أنظر قريب من هذا المعنى د. هشام علي صادق : مشكلة خلو اتفاق التحكيم من تعيين أسماء المحكمين في العلاقات الخاصة الدولية - دراسة تحليلية لأحكام القضاء المصري الحديث في ضوء القواعد الدولية الموحدة التي تضمنتها اتفاقية نيويورك لعام ١٩٥٨ - الإسكندرية ١٩٨٧ - ص ١ وما بعدها وخصوصاً ص ٣-٤ وبصفة أكثر خصوصية الهامشين (٦ ، ٩) .

ملزمة نتيجة لتقنين أحكامها وإدراجها في الشروط العامة للعقود النموذجية مما يساعد على انتشارها وإكسابها نوعاً من الإلزام نتيجة للجزاءات التي تفرضها هذه الأوساط على من يخالفها ، وقد لعب التحكيم دوراً أساسياً في تكوين الأعراف التجارية حيث تم تطبيقها من جانب العديد من محاكم التحكيم ، فقد لجأت محكمة التحكيم إلى العرف الدولي لصناعة البترول في قضية أرامكو و أيضاً طبقت المبادئ العامة لتعريف الامتيازات المعدنية إجمالاً والبترولية بوجه خاص (١) .

الخلاصة :

مما تقدم نخلص بالقول إلى أن مبادئ العدل والإنصاف تعد درع إنقاذ للقاضي والمحكم في سد النقص القانوني للعقد النفطي خصوصاً في المسائل الفنية ، فيجد القاضي ما يسعفه في الاعتماد عليها في استنباط الحل القانوني ، إلا أنه يعيها أنها قواعد غير محددة تحديداً دقيقاً مما يجعل فرصة التفسير الواسع للقاضي والمحكم ، بل إنه قد يساء استخدامها .

أما بشأن العادات والأعراف التجارية فنخلص مع البعض (٢) بأنها لم تعد بحاجة إلى النص عليها في الاتفاق حتى يلتزم المتعاقدون بها وفقاً لقاعدة العقد شريعة المتعاقدين ، وإنما هي تتمتع بقوة الإلزام الذاتي التي تفرض على القاضي والمحكم بصفة خاصة تطبيقها من تلقاء نفسه رغم خلو العقد من أي إشارة إلى أحكامها ، كونها تنبع أيضاً من قانون التجارة الدولية بأحكامه الموضوعية ، حيث يعتبر هذا القانون هو قانون القاضي بالنسبة للمحكم .

المبحث الخامس

تطبيق قانون عبر الدول والمبادئ العامة للقانون

تقسيم :

سوف نقسم هذا المبحث إلى المطالب الثلاثة الآتية

المطلب الأول : موقف الفقه من تطبيق قانون عبر الدول .

المطلب الثاني : موقف الفقه من المبادئ العامة للقانون في عقود الاستثمار النفطي .

المطلب الثالث : تطبيقات من محاكم التحكيم للمبادئ العامة للقانون .

(١) د. عبد الحميد الأحديب: موسوعة التحكيم - مرجع سابق - ص ٢٦٧ و ما بعدها ؛ د. محمد عبد الله المؤيد : رسالته السابقة - ص ٨٠ وما بعدها .

(٢) د. حسام الدين فتحي ناصف: المرجع السابق - ص ٧٤ ؛ ورسالة POMMIER ; JAQUET السابق الإشارة إليهما ؛ CHAPELLE (Andre): les fonctions de l'ordre public en droit int.privé, thèse paris, 11, no.80, pp.535 ets

المطلب الأول

موقف الفقه من تطبيق قانون عبر الدول

"يقصد باصطلاح قانون عبر الدول في رأي الأستاذ فيليب جيسوب الذي هو أول من قام بالنداء لهذه النظرية ، أنه كل القواعد المنظمة للتصرفات والوقائع التي تتعدى حدود دولة واحدة ^(١) ، أي أنه يشمل القانون الدولي العام والقانون الدولي الخاص ، وأيضاً بعض القواعد التي يصعب إدراجها تحت هذين الفرعين من فروع القانون ، ويرى هذا الفقيه أن قانون عبر الدول يطبق على الجماعة الدولية بدءاً من الفرد ووصولاً إلى ما يسمى بالعائلة أو مجتمع الدول ، أي أن الدولة ليست الجماعة الوحيدة التي يعنى بها هذا القانون ، وعلى ذلك فإن قانون عبر الدول يحكم العلاقات الإنسانية التي تتجاوز حدود دولة واحدة ، وقد تتعلق هذه العلاقات بأفراد أو شركات أو بدول أو منظمات دولية أو بغير ذلك من الجماعات وقد ساق الأستاذ فيليب أمثلة عديدة على ذلك ، نختار منها لو أن المواطن الأمريكي أو الشخص عديم الجنسية الذي يسند إليه اتهام ما عند حدود دولية أوربية يكون في موقف يوصف بأنه عبر دولية ، وكذلك لو أن شركة نفط أمريكية تمارس نشاطها في فنزويلا فإنها تكون في موقف يوصف بأنه عبر دولية ، وترتيباً على ذلك فإن هذا القانون يحكم العلاقات التعاقدية المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية كما هو الحال بالنسبة لعقود البترول محل الدراسة " ^(٢) .

ويتضمن قانون عبر الدول في موضوعه القواعد التي تنطبق على الجماعة الدولية ذات التركيب المتداخل التي تبدأ بالفرد وتنتهي بما يسمى بالعائلة الدولية ، فالدولة ليست الجماعة الوحيدة التي يعنى بها هذا القانون ^(٣) ، وبذلك فهو لا يوصف بأنه دولي أو بين الدول ، ذلك أن هذا التعبير قد يثير اللبس فيوحي بأنه لا يعنى إلا بالعلاقات بين دولة ما وبين دولة أخرى ، ويحكم قانون عبر الدول على حد تعبير الأستاذ " فيليب " تلك الحالات التي لا يمكن خلالها تطبيق القانون الداخلي أو القانون الدولي العام ، وعلى سبيل المثال فهو يحكم العلاقات بين المنظمات الدولية والأفراد ، أي أن ما أستخدم على تسميته بالقانون الإداري الدولي يندرج تحت مضمون قانون عبر الدول .

وقد انتهى الأستاذ "فيليب" إلى أن " قانون عبر الدول الذي يشمل الجانبين المدني والجنائي ويشمل القانون الدولي العام والقانون الدولي الخاص وكذلك القانون الوطني العام والخاص بأنه يسمح للمحكمة داخلية كانت أو دولية بأن تختار عند التنازع من بين هذه النظم القانونية كلها القاعدة التي تراها أكثر اتساقاً مع العقل والعدل لحل أية منازعة دون أن يكون الاختيار على أساس الإقليمية أو الشخصية أو الجنسية أو الوطن أو الاختصاص أو السيادة " ^(٤) وقد أيده بذلك الفقيه " لاليف " ^(١) بقوله أن القانون

(١) أنظر فيليب جيسوب : المرجع السابق - ص ١٦ .

(٢) د. سراج حسين أبو زيد : المرجع السابق - ص ٦٦٤ .

(٣) فيليب جيسوب : المرجع السابق - ص ١٦ .

(٤) مشار إليه في مؤلف د. سراج حسين أبو زيد : المرجع السابق - ص ٦٦٤ وما بعدها .

المقترح عبارة عن نظام قانوني ثالث لا يزال في طور التكوين ، وأنه يقع في منتصف الطريق بين القانون الدولي بمعناه الضيق والقانون الداخلي ، وأضاف بأن القانون المقترح " قانون عبر الدول " يستجيب للتطور في العلاقات الاقتصادية التجارية الدولية ، كما أن من شأنه اقتلاع جذور التفرقة التقليدية بين نظام القانون الداخلي ونظام القانون الدولي .

" وعلى أية حال فإن قانون عبر الدول المدعى به لم يكن محل تطبيق سواء من قبل المحاكم الدولية أو الوطنية أو محاكم التحكيم ، كما أن مجمع القانون الدولي في دور انعقاده بأوسلو عام ١٩٧٧م قد رفض إدراج قانون عبر الدول ضمن الأنظمة القانونية التي يجوز للأطراف الاختيار من بينها " (٢) بل يمكن القول أن قانون عبر الدول هو القانون الدولي الخاص أو المبادئ العامة وأعراف التجارة الدولية بمفهومه الحقيقي .

المطلب الثاني

موقف الفقه من تطبيق المبادئ العامة للقانون في عقود الاستثمار النفطي

يقصد بالمبادئ العامة للقانون المبادئ المشتركة للعائلات القانونية المتقاربة والمتشابهة (٣) ، وهناك إحدى المدارس الفقهية الحديثة (٤) ترى تطبيق المبادئ العامة للقانون باعتبارها الأداة المناسبة لحكم اتفاقيات التنمية الاقتصادية ، وقد لوحظت هذه المبادئ منذ عشرات السنين ، بيد أنها لم تسترع انتباه الفقهاء إلا حديثاً ومازال هذا النظام يستند بصفة رئيسة على دراسات الفقهاء أكثر من استناده على سلوك الدول والمنظمات الدولية والتطبيقات القضائية ، فالاتجاهات الحديثة للتعاقد بالنسبة لاختيار القانون الذي يحكم الامتيازات البترولية تميل إلى أن يكون شرط تطبيق قانون الدولة المتعاقدة متوافقة مع المبادئ العامة للقانون وليس إحلال الأخيرة محل قانون الدولة المتعاقدة (٥) .

وقد ذهب بعض الآراء الفقهية (٦) إلى القول بأن هذه المبادئ على حالها لا تشكل في حد ذاتها نظاماً قانونياً قائماً بذاته يمكن استخدامه مستقلاً عن القانون الدولي أو القانون الداخلي ليحكم بطريقة شاملة اتفاقيات معقدة مثل اتفاقيات التنمية الاقتصادية ، وقد قرّر مكنير (أول المنادين بإخضاع العقود التي تبرمها الدولة مع الشركات الخاصة الأجنبية ، بما في ذلك عقود البترول للمبادئ العامة للقانون المعترف بها من الأمم المتحدة) ، بأن المبادئ العامة للقانون تشكل نظاماً قانونياً يتقاسم مع القانون الدولي العام المصدر المشترك (٧) ويبدو أن مؤيدي التطبيق الشامل للمبادئ العامة للقانون قد أهملوا الحقيقة التي مؤداها أن هذه المبادئ لا تشكل

(١) المرجع السابق - ص ٦٦٧ ، ٦٦٨

(٢) المرجع السابق - ص ٦٧٢ .

(٣) د. محمد عبد الله المؤيد : رسالته السابقة - ص ١٠٣ .

(٤) يذكر أن الفقيه مكنير MC NAIR هو أول من نادى بتطبيق هذه المبادئ . أنظر ذلك في : المرجع السابق - نفس الموضوع .

(٥) د. أحمد عبد الحميد عشوش : قانون النفط - مرجع سابق - ص ٢٣٩ .

(٦) د. محمد يوسف علوان : الاتجاهات الحديثة ... الخ - مرجع سابق - ص ١٧١٦ وما بعدها .

(٧) د. مفيد محمود شهاب : المبادئ العامة للقانون بوصفها مصدراً للقانون الدولي - المجلة المصرية للقانون الدولي - مجلد ٢٣ - ١٩٦٧

- ص ١٣ وما بعدها .

في نطاق القانون الدولي أو القانون الداخلي مصدراً شاملاً للقانون إذ أوضحت الأعمال التحضيرية (للمادة رقم ٣٨) من النظام الأساسي للمحكمة الدائمة للعدل الدولي أن إضافة المبادئ العامة للقانون باعتبارها أحد المصادر الرسمية للقانون الدولي لم تضاف باعتبارها بديلاً للمصادر الاتفاقية أو العرفية للقانون الدولي وإنما قصد بهذه الإضافة تزويد هذه المصادر بضمان احتياطي ضد ما قد يعتري هذه المصادر من ثغرات كما هو الحال في القانون الداخلي ، حيث تخول المحاكم بسلطة تطبيق المبادئ العامة للقانون لملاء ما قد يوجد في القانون الوضعي من نقص (١) .

وفيما يتعلق بعقود الاستثمار النفطي فإن المبادئ العامة للقانون كثيراً ما يشير إليها أطراف النزاع بغض النظر عن مناسبتها للنزاع ذلك أن منازعات عقود النفط تتعلق بوجود الحق المدعى به أو بمضمون وحدود هذا الحق أو بتعارض حقوق أحد الأطراف مع حقوق الطرف الآخر وفي مثل هذه المنازعات فإن المبادئ العامة للقانون لا تقدم سوى العون القليل ، وعلى الرغم من ذلك فإن أطراف النزاع والمحكمة كثيراً ما يشيرون إليها ، ومهما يكن من أمر فإن هناك مبادئ عامة متعارف عليها في كل النظم القانونية تلعب دوراً لا يستهان به في عقود التجارة الدولية ، ومن تلك المبادئ مبدأ القوة الملزمة للعقد ، مبدأ العقد شريعة المتعاقدين ، مبدأ تنفيذ العقد بحسن نية ، مبدأ احترام الحقوق المكتسبة ومبدأ عدم جواز التعسف في استعمال الحق (٢) .

ومضمون هذه المبادئ غالباً ما يكون عاماً بدرجة كبيرة الأمر الذي يؤثر على وضوحها ودقتها وعلى ذلك فلا يمكن أن تسهم هذه المبادئ مساهمة فعالة في منع أو حسم المنازعات ، فإذا ما ثارت وقدمت إلى التحكيم فمن الصعب أن تحدد المبدأ العام في القانون وتربطه بالظروف الخاصة بالنزاع .

وقد ذهب جانب من الفقه (٣) إلى القول أنه في حالات نادرة جداً أن يلجأ أعضاء المحكمة عن قصد إلى المبادئ العامة ، فهم يقومون بذلك ويتسترون تحت مظلة فئات من النظم القانونية الأكثر عمومية مثل العدالة أو المساواة ، وليست نتيجة لدراسة مقارنة ومنظمة لقواعد القانون الداخلي ، ولعل أكثر الاعتراضات لتطبيق المبادئ العامة للقانون باعتبارها القانون الذي يحكم اتفاقيات التنمية الاقتصادية كونها تنسم بالبطء اللزوم لنشأتها وتطورها ، والذي لا يعد متجاوباً ومناسباً بدرجة كافية لمواجهة الاحتياجات الملحة المتعلقة بالتفسير السليم لهذه الاتفاقيات ، ذلك أنه لكي يكون القانون فعالاً في جعل الاتفاق المبرم بين الدولة وأجنبي والمتعلقة بتنمية الموارد الطبيعية يؤدي وظيفته كاتفاق للتنمية الاقتصادية (٤) ، وقد اقترح البعض بوجوب ترك الحرية للمحاكم لتنمية النظام القانوني الذي تراه مناسباً

(١) المرجع السابق - ص ٣ وما بعدها .

(٢) د. أحمد عبد الكريم سلامة: نظرية العقد الدولي الطليق... الخ - مرجع سابق - فقره ٣١٥ - ص ٢٩٦ - ٢٩٧ د. محمد عبد

الله المؤيد: رسالته السابقة - ص ١٠٣ وذلك لمزيد من البيان.

(٣) د. عبد الحميد الأحذب :موسوعة التحكيم - مرجع سابق - ص ٢٦٩ .

(٤) د. غسان رباح : المرجع السابق - ص ٣١٨ .

ليحكم المنازعات التي تعرض عليها ، وهذا الاقتراح الذي حاول به ذلك البعض تفادي مشكلة أي قانون يجب على المحكمة أن تطبقه لحسم المنازعات المتعلقة باتفاقيات التنمية الاقتصادية مؤداه أن عملية تطبيق القانون تتضمن بالضرورة إجراء خلق القانون ^(١) ، كما ذهب إلى القول بضرورة تطبيق المبادئ العامة للقانون المعترف بها في الأمم المتعددة على الامتيازات وعلى عقود الدول الأخرى ، مبرراً أن هذه المبادئ العامة للقانون ترادف النظام القانوني المسمى قانون عبر الدول ^(٢) ومهما كان من اقتراحات فإن محاكم التحكيم قد لجأت إلى تطبيق المبادئ العامة للقانون ، مضيفاً عليها تسميات مختلفة مثل القانون الحديث للطبيعة .

وذهب جانباً آخر من الفقه ^(٣) أن أحكام الشريعة الإسلامية السمحة تحتوي تلك المبادئ العامة وصالحة للأخذ بها بدلاً من المبادئ المعمول في بها في الدول الغربية ، ومن ثم يجب تفعيل المبادئ العامة للقانون لتلعب دوراً خلاقاً في منع إساءة استغلال الموارد التي يغطيها اتفاق النفط وفي تأكيد تنميتها والمحافظة عليها فضلاً عن زيادة التنمية الاقتصادية للدولة الآخذة في النمو ، وهي الطرف في الاتفاق ومن ثم يجب تفعيل المبادئ العامة للقانون ، وهكذا نجد أن قلة المبادئ العامة للقانون وعدم دقتها من ناحية ، وبسط نشأتها وتطورها من ناحية أخرى كلها عوامل تسهم في الحيلولة دون قيام المبادئ العامة للقانون بأداء وظيفتها بطريقة فعالة عند اعتبار هذه المبادئ القانون الذي يحكم اتفاقيات التنمية الاقتصادية وتطبيقها بصورة شاملة على عقود النفط ، ومما يذكر أن المبادئ العامة للقانون تطبق على العقود عندما يورد الأطراف في العقد نفسه نصاً يفيد أن القانون الذي يحكم العقد هو المبادئ العامة للقانون .

وقد ذهب جانب من الفقه ^(٤) إلى القول بأن الأخذ بنظام التحكيم كوسيلة لحسم المنازعات له دلالة على وجود هذه النية ، وإذا كانت المبادئ العامة للقانون المعترف بها في الأمم المتعددة يمكن أن تنطبق على أي اتفاق بين دولة وأجنبي فإن ذلك لا يستوجب بالضرورة أن تحكم العقد برمته ، ويفترض اعتراف القوانين الوطنية بهذه المبادئ وبقابليتها للتطبيق باعتبارها جزءاً منها ، ففي قضية تحكيم قطر (بين حاكم قطر وشركة البترول البحرية الدولية عام ١٩٥٣م) ^(٥) لاحظ المحكم أن القانون الإسلامي في قطر ليس كافياً لتفسير العقد وعلى ذلك قرر تطبيق العدالة والمساواة والضمير اليقظ للفصل في النزاع ، ورداً على سؤال عما إذا كانت المدفوعات السنوية المحددة والمنصوص عليها في (المادة رقم ٥) من اتفاق

(١) د. أحمد عبد الحميد عشوش : النظام القانوني ... الخ - رسالته السابقة - ص ٦٨٢ وما بعدها ؛ انظر قريب من هذا المعنى في د. محمد

يوسف علوان : النظام القانوني ... الخ - مرجع سابق - ص ٣١٩ وما بعدها وخصوصاً ص ٣٢٥ وما بعدها ؛ د. حسن عطية الله : رسالته

السابقة - ص ٤٦٦ وما بعدها وخصوصاً ص ٤٧١ .

(٢) د. محمد يوسف علوان : النظام القانوني ... الخ - مرجع سابق - ص ٣١٩ وما بعدها وخصوصاً ص ٣٢٥ وما بعدها .

(٣) د. حامد سلطان : أحكام القانون الدولي في الشريعة الإسلامية ١٩٧٠ - ص ٢٢ وما بعدها وخصوصاً - فقرة ٣٨٢ - ص ٣٥٧ .

(٤) د. عبد الحميد الأحديب : موسوعة التحكيم - مرجع سابق - ص ٤٣ -

(٥) د. محمد يوسف علوان : الاتجاهات الحديثة ... الخ - مرجع سابق - ص ١٧٢٩ ؛ د. سراج حسين أبو زيد : المرجع السابق - ص

امتياز عام ١٩٤٩م تستحق الدفع مقدماً أم مؤخراً ، وفي الحالة الأخيرة ما إذا أن يمكن تقسيمها إلى حصص ودفعها على فترات زمنية متعاقبة من عدمه؟؟ قرر المحكم أن إجابته على ذلك أنه ... (عند عدم وجود نص يخالف ذلك يبدو أن مبادئ العدالة والمساواة وحسن النية التي أسست عليها الشركة المدعى عليها إجابتها على الدعوى تدعو لعدم دفع الإتاوة مقدماً) ، ومن هنا يتضح أن المبادئ العامة للقانون لا تنطبق مستقلةً عن القانون الداخلي أو القانون الدولي فهي مشتقة من النظامين رغم أن العديد من اتفاقيات النفط تنص على أن تفسيرها وتطبيقها يجري وفقاً للمبادئ العامة القانونية ومن ذلك الاتفاق المبرم بين مصر وشركة بآن أمريكيان عام ١٩٦٣م ، والاتفاق المبرم بين دولة الكويت وشركة الزيت العربية عام ١٩٥٨م وكذلك مع شركة شل عام ١٩٦١م وغيرها كثير (١).

نخلص إلى أن المبادئ العامة للقانون وهي القواعد المشتركة بين الدول تشكل أساساً لكل العلاقات الدولية وإنها قواعد مقبولة يلجأ إليها القاضي أو المحكم عند وجود فراغ قانوني وطني أو دولي .

المطلب الثالث

تطبيقات من محاكم التحكيم للمبادئ العامة

لقد لاقى تطبيق المبادئ العامة للقانون على منازعات النفط صدئاً واسعاً في قرارات التحكيم ، ففي قضية شركة النفط المحدودة ضد أبو ظبي طبقت المحكمة المبادئ التي يؤيدها الشعور السليم وما جرى عليه العمل في الأمم المتعدية ، وأطلق المحكم على هذه المبادئ اسم القانون الطبيعي الحديث ، وفي قضية شركة البترول البحرية الدولية ضد قطر طبق المحكم مبادئ العدالة والمساواة والضمير اليقظ (٢) .

وفي قضية ارامكو ضد المملكة العربية السعودية اعتمدت محكمة التحكيم بصفة خاصة على مبدأ الحقوق المكتسبة بوصفه أحد المبادئ الأساسية في القانون الدولي والقانون الداخلي بمعظم الأمم المتعدية (٣) .

وفي قضية سافير طبق المحكم ثلاثة مبادئ عامة وهي العقد شريعة المتعاقدين والدفع بعدم التنفيذ والحقوق المكتسبة (٤) .

(١) د. جلال وفاء محمدين : المرجع السابق - ص ٤١ وما بعدها .

(٢) د. محمد يوسف علوان : الاتجاهات الحديثة ... الخ - مرجع سابق - ص ١٧٢٩ ؛ د. سراج حسين أبو زيد : المرجع السابق - ص ٦٩٩ إلى ٧٠٣ .

(٣) د. إبراهيم أحمد إبراهيم : التحكيم الدولي الخاص - مرجع سابق - ص ١٠٥ وما بعدها وخصوصاً ص ١٠٨ .

(٤) أ. عصمت محمد علي الخياط: رسالتها السابقة - ص ٤٣ وما بعدها .

ولا شك أن كثيراً من الأحيان بأن القول بتطبيق المبادئ العامة للقانون على اتفاقيات النفط لا يستهدف سوى استبعاد القانون الوطني للدولة المتعاقدة كقانون واجب التطبيق على هذه العقود ، والملاحظ أن المبادئ التي طبقتها محاكم التحكيم السابقة هي مبادئ غريبة لم تعد مقبولة في الدول النامية ، لأنها تتضمن محاباة للمصالح الأجنبية على حساب الدول النامية ، يضاف إلى ذلك أنه من الصعوبة بمكان تحديد مضمون المبادئ العامة للقانون التي يراد لها التطبيق على العقود الاقتصادية الدولية ومن ضمنها اتفاقيات النفط ، و الشريعة الإسلامية تتضمن كل هذه المبادئ و من ثم يجب تطبيقها (١) .

وقد حاول جانب من الفقه (٢) التوصل إلى هذه القواعد عن طريق استنباطها من المبادئ العامة في الأنظمة القانونية الداخلية ، ولكن مثل هذه المحاولات لم تنجح بدقة في تحديد هذه المبادئ ، ومرد ذلك صعوبة وجود اتفاق التشريعات الداخلية في مختلف الدول على الحكم الواجب التطبيق بالنسبة لمسألة معينة .

ولذا فإن المبادئ العامة للقانون لا تشكل نظاماً قانونياً ثالثاً يستطيع أن يحل محل الأنظمة القانونية المعروفة وهي القانون الدولي والقانون الداخلي .

الخلاصة :

نخلص مما تقدم إلى أن عقود النفط هي عقود خاصة ذات طبيعة مزدوجة قد تخضع لكل القوانين بصور متفاوتة حسب الأحوال ونصوص اتفاقات عقود النفط في تحديد القضاء والقانون، لما لكل منهما من تأثير متبادل .

ومن خلال تحليلنا لكافة هذه الاتجاهات المختلفة لتطبيق القانون الواجب التطبيق على عقود النفط يمكن القول بأنه لا يمكن بأي حال القول باستثناء قانون معين ليحكم كل جوانب العقد برمته وفي كل الأحوال ، لأن ذلك مما يجافي الواقع والمنطق القانوني ، فتحليلنا لهذه الآراء السائدة وطبيعة عقود النفط نقول بأنه قد تخضع لقانون من تلك القوانين أو أكثر حسب نوع العقد وشروطه وصلة النزاع بالقضاء والقانون الأكثر صلة أو انسجاماً مع العقد وفي إطار قواعد القانون الدولي الخاص باعتباره البيئة الطبيعية لعقود الاستثمار النفطي .

(١) د. حامد سلطان : المرجع السابق - ص ٢٢ .

(٢) د. مفيد محمود شهاب : المرجع السابق - ص ١٣ وما بعدها .

الختام

في خاتمة بحثنا للطبيعة القانونية لعقد الاستثمار النفطي وتسوية منازعاته ، لا بد من الإشارة إلى أهم النتائج التي انتهت إليها هذا البحث ، ثم استنباط التوصيات والمقترحات التي أسفر عنها وذلك فيما يلي :-

أولاً : أكدت الدراسة أنه إذا كان هنالك تبايناً في الفقه والقضاء والعمل الدولي حول مدى اعتبار عقد الاستثمار النفطي عقداً إدارياً ، فقد خلصنا إلى عدم تطبيق نظرية العقد الإداري كما هي معروفة في القانون العام على عقود النفط ، ذلك أن هناك عنصراً أجنبياً في العقد الإداري النفطي ، وهذا العنصر الأجنبي يغير من طبيعة العقد الإداري التقليدي التي مجالها العقود التي تبرم داخل الدولة وبين أطراف وطنية ، فالشروط التي تحكم العقد الإداري التقليدي لا يمكن انطباقها على عقد الاستثمار النفطي الذي يبرم مع طرف أجنبي ، ولا يمكن أن يخضع لشروط وقيود السلطة العامة التي تملي عليه ما تريد ، فطبيعة العقد النفطي يرتبط به ليس مصلحة الطرف الأجنبي وحده بل ترتبط به مصالح دولية تؤثر على اقتصاديات دول عديدة ، وبالتالي لا يمكن أخذ هذا الرأي على إطلاقه ، فهناك كما سنرى في النتائج الأخرى لاحقاً أسانيد أقوى لتحديد طبيعة عقد الاستثمار النفطي .

ثانياً : أظهرت الدراسة من خلال مناقشتنا للاتجاه القائل بأن عقود استثمار النفط من عقود القانون الخاص لديه أسانيد قوية إلى حد لا بأس به والتي تتلخص في أن وضع المستثمر الذي يملك القوى الاقتصادية والتكنولوجية قوي إلى حد كبير ، ويتضمن العقد التزامات مقابلة تحكمها قواعد القانون الخاص ، وتتنازل الدولة المضيفة عن كثير من حقوقها الاستثنائية ، ورغم وجاهة هذا الاتجاه إلا أنه لا يمكن الأخذ به على إطلاقه ، فهناك تكييفات أخرى أقوى ستظهر لنا في النتائج الأخرى .

ثالثاً : انتهت الدراسة إلى أن عقود استثمار النفط بالنظر إلى موضوعها وذاتيتها تدرجت من عقود امتياز إلى عقود مشاركة ، فعقود مقاوله . ولا شك أن كل مرحلة من هذه المراحل أحاط بهذه العقود كثير من الظروف السياسية والتاريخية والاقتصادية والقانونية ، أثرت في تبدل الأحوال وتغير تكييفات وطبيعة هذه العقود. ولا شك أنها تدرجت في مصلحة الدولة المضيفة سواء من حيث حقوقها السيادية على ثرواتها الطبيعية ، أو حقها في اتخاذ الإجراءات الضرورية كسلطة عليا تحمي مقدرات الأمة ومصلحتها ، أو من حيث إدراج شروط ونصوص تقيد استغلال الشركات بصورة مجحفة ، أو جعل القضاء الوطني للدولة المضيفة وقانونها له دور أكبر مما سبق في تسوية المنازعات المتصلة بالاستثمار النفطي.

بل أكدت الدراسة أن عقد المشاركة هو خطوة متقدمة لتحقيق مصلحة الدولة المضيفة ،
إلا إن عقد المقاولة قد ذلل بعض الصعوبات التي كانت تعترض الدولة في أن تصل إلى
الاستغلال المباشر لثروتها النفطية وخاصة في شأن التسويق ، حيث أن عملية التسويق
تسير باسم الدولة ولصالحها ، وكذلك فإن عقد المقاولة هو عقد أفضل من عقد المشاركة
من حيث مضمونه وآثاره حيث يقتصر دور الشركة الأجنبية في عملها كمقاول يؤمر
بأداء عمل مقابل أجر تحت إشراف الدولة المنتجة للنفط ، خصوصاً وإن الدولة وسلطاتها
في هذا العقد طرف قوي ويغلب فيه طبيعة العقد الإداري .

رابعاً : خلصت الدراسة من خلال مناقشتنا للاتجاه القائل بأن عقد الاستثمار النفطي ذو طبيعة
قانونية خاصة أنهم قد استنتجوا أو خلصوا إلى هذه النتيجة من خلال الحقوق المتبادلة بين
الدولة المضيفة وشركات الاستثمار الأجنبية وبالتالي اعتبار هذه العقود عقوداً ذات طبيعة
خاصة لا يمكن إسنادها إلى فرع معين من فروع القانون العام أو الخاص .

خامساً : انتهت الدراسة من خلال استعراضنا لجميع الآراء السابقة لتحديد الطبيعة القانونية لعقد
الاستثمار النفطي أنه لا يمكن أخذها على إطلاقها ، فقد تبين لنا أن هذا العقد تغلب عليه
الطبيعة القانونية الخاصة ، فهو ليس عقداً إدارياً محضاً يخضع للقانون العام في كل
الأحوال وينظره القضاء الوطني وحده ، وكذلك ليس عقداً مدنياً خاصاً يخضع للقانون
الخاص ، فغلبة الطبيعة القانونية الخاصة لهذا العقد كونه متعلقاً بمشروعات التنمية
الاقتصادية وإنّ أحد أطرافه شخص أجنبي ، وموضوعه استغلال أحد موارد الثروة
الطبيعية في البلاد المنتجة ، وإن هناك حقوقاً محفوظة لكل طرف من أطراف العقد ، كما
يخضع هذا العقد للقانون العام والقانون الخاص على حد سواء ، ويتجلى ذلك من خلال
هدفه هذا العقد ، فالهدف الأول هو تعزيز موقف الدول المنتجة للنفط تمشياً مع سيادتها
على مواردها الطبيعية ، وإبرامها عقود مع طرف أجنبي لا بد وأن يتماشى مع قضائها
وقوانينها الدستورية مراعاة سيادتها الوطنية على إقليمها في بعض الأمور ، والهدف
الثاني هو تشجيع الاستثمار الأجنبي وإغراء الطرف الأجنبي بعملية الاستثمار النفطي وأن
مصالحه مصونة ، ومن هنا يخضع في جوانب أخرى للقانون الخاص ، في إطار القانون
الدولي الخاص باعتباره البيئة الطبيعية لعقود النفط . فعقد الاستثمار النفطي على هذا النحو
يشكل نوعاً من العقود الحديثة على الساحة الدولية ، تتميز بأن الحقوق التي ينشئها
الأطراف يحكمها قانون جديد مرجعه إرادة الأطراف في إطار قواعد القانون الدولي
الخاص ، ورغم ذلك لم نحكم قطعاً على هذا التكيف حتى تتكشف لنا طبيعة عقد
الاستثمار النفطي من وجهة النظر الدولية .

سادساً : أبرزت الدراسة بأن عقد الاستثمار النفطي يصبح عقداً دولياً بالنظر إلى أطراف هذا العقد وموضوعه إذا توافرت في العقد المعايير الدولية لدولية العقد كالمعيار القانوني أو الاقتصادي أو المزدوج ، فهناك طرف أو سبب أو موضوع أجنبي لا يمكن تجاهله .

سابعاً : انتهت الدراسة من خلال تكييف العقد بالنظر إلى أطرافه كعقد من عقود التجارة الدولية يتحقق فيه فعلاً الطابع الاقتصادي أو في جزء منه ، ويدخل كذلك في حالات كثيرة في ميدان التجارة الدولية إلا أننا لا نأخذ بهذا الرأي على إطلاقه ، خصوصاً وإن هذا العقد طرفه الأول الدولة وسمته العامة لدى غالبية الفقه سمة إدارية مما يمكن معه القول أنه ذو طبيعة خاصة كما سيأتي بيانه.

ثامناً : خلصت الدراسة من خلال مناقشتنا للتكييفات السابقة لتحديد الطبيعة القانونية لعقد الاستثمار النفطي من وجهة النظر الوطنية والدولية بأن عقد الاستثمار النفطي ذو طبيعة خاصة مزدوجة حيث أصبح من المسلّم به اليوم بأن عقود الامتياز التقليدية لا تتماشى مع علام اليوم ، وأصبحت الدول المضيفة تسعى إلى تحقيق المشاركة أو المقاول (الاستغلال المباشر) في استثمار النفط حتى تتحقق أهداف عديدة ذات طبيعة مزدوجة . فهناك حقوق والتزامات لقاء على عاتق طرفي عقد الاستثمار النفطي ، وإنه ليس بوسع أي طرف أن يتحلل من التزاماته العقدية ، وإلاّ تحمّل تبعه هذا الإخلال ، ومن ثم فإن التسليم بالطبيعة القانونية الدولية المزدوجة لعقد الاستثمار النفطي من شأنه أن يسمح للدولة المضيفة بالسيطرة على مصادر ثرواتها الوطنية عن طريق ما تمارسه من رقابة وسلطات داخلية على النحو المبين في ثنايا مناقشتنا لأفكار هذا البحث ، ويضمن بذلك تدريب الخبرات الوطنية كما يسهل عملية التسويق الخارجية. أما بخصوص الطرف الأجنبي فإنه يمنح قدرأ من الثقة والأمان القانوني والقضائي وبما لا يخل بتوقعاته المشروعة ، ثم إنه يتضمن موضوعات عديدة متشابهة ذات طبيعة دولية مزدوجة تتصل بقضاء الدولة المضيفة وقانونها ، وجانب آخر يتصل بالقانون الدولي الخاص ، ومن ثم فإنه عقد ذو طبيعة دولية مزدوجة الأمر الذي ينعكس على طرق تسوية المنازعات التي تنور بشأنه والتي نستبينها في بقية النتائج .

تاسعاً : أكدت الدراسة أنه بالرغم من أن قبول المستثمر الأجنبي لقضاء الدولة المضيفة الوطني تسوية منازعات الاستثمار قليل للغاية ، إلا أن هناك معايير أو ضوابط اختصاص دولي متعارف عليها دولياً قد تثبت الاختصاص لقضاء الدولة المضيفة لتوافر رابطة جدية بين عقد الاستثمار والدولة المضيفة للاستثمار ، سواءً عن طريق الضوابط المستمدة من التوزيع الدولي للأشخاص أو الضوابط المستمدة من فكرة الإقليمية ، أو الضوابط المستمدة من إرادة الأطراف ، وبالنسبة للتحكيم الوطني فغالباً نجد اللجوء إليه نادر

الوقوع ، خصوصاً وأن دول النفط في الشرق الأوسط حديثة عهد بنظام التحكيم ودخائله ومداخله ، وعدم وجود محكمين أكفاء يطمئن إليهم المستثمر ، ويفضل المستثمر الأجنبي اللجوء إلى التحكيم الدولي والمؤسسي منه بالذات ، فهو ضماناً حقيقية لمصالحه .

عاشراً : توصلت الدراسة إلى الملاحظات التالية على نصوص قانون التحكيم الكويتي :-

والملاحظة الأولى :

على نصوص قانون التحكيم الداخلي الكويتي بصدد تشكيل هيئة التحكيم أن الغلبة في التشكيل هي للعنصر القضائي ، فالقضاة يمثلون ثلاثة أعضاء من خمسة ، ومنهم الرئيس ، وهي أغلبية تسمح لهم بالانفراد بإصدار الأحكام ، ولا يصبح للمحكمين المختارين أي ثقل ، وبالتالي فلا ضرورة لوجودهم في هيئة التحكيم ، بالإضافة إلى أن هؤلاء المحكمين المختارين إنما تختارهم في الأصل إدارة التحكيم القضائي .

والملاحظة الثانية :

أن دخول القضاة مجال التحكيم إنما هو أمر لا يقابل بالارتياح من معظم المشرعين بما فيهم المشرع الكويتي فالمادة رقم ٢٦ من قانون تنظيم القضاء الكويتي رقم ٢٣ لسنة ١٩٩٠م تحظر على القاضي بغير موافقة مجلس القضاء الأعلى أن يكون محكماً ولو بغير أجر حتى ولو كان النزاع غير مطروح على بساط البحث أمام القضاء .

والملاحظة الثالثة :

إن المشرع الكويتي قد أفقد التحكيم أهم خصائصه ، وهي اختيار المحكمين لقاضيه ، وفرض المشرع القاضي على الخصوم ، وجاء بنظام جديد يقلص كثيراً من نطاق التحكيم العادي ، ومن هنا لم يلعب هذا التحكيم ثمة دوراً في تسوية عقود الاستثمار النفطي .

وكان الأجدر للمشرع الكويتي ترك تلك المنازعات للتحكيم العادي بما يوفره من سرعة ، وما يحققه من ثقة ، وأن يركز على قانون التحكيم التجاري الدولي تماشياً مع قواعد اليونسيترال مع إنشاء مركز للتحكيم التجاري الدولي لينهض بهذا التحكيم في منطقة الخليج العربي إلى جانب مركز التحكيم لدول مجلس التعاون لدول الخليج العربي في مملكة البحرين الشقيقة من أجل تشجيع الشركات الأجنبية المستثمرة للنفط على عرض منازعاتهم على التحكيم الوطني .

كما تبين لنا من الممارسات الدولية أن التشريعات الداخلية في الدولة المضيفة لا تقدم ضماناً كافياً للمستثمرين يكفل لهم قيام الدولة بتسوية المنازعات معهم عن طريق التحكيم حيث تملك الدولة تعديل هذه التشريعات بإرادتها المنفردة .

وقد سبقت الإشارة إلى أن الشركات الأجنبية المستثمرة للنفط لا تطمئن إلى القضاء الوطني أو التحكيم الوطني في الدولة المضيفة حتى تعرض منازعاتها عليه ، وتفضل اللجوء إلى جهاز قضائي دولي ترى فيه الحياد والنزاهة .

ونخلص من كل ذلك أن نظام التحكيم القضائي الذي أنشأه المشرع الكويتي إنما القصد منه تضيق نطاق التحكيم العادي وتخفيف العبء في نفس الوقت عن كاهل القضاء العادي ، فالمشرع وسّع من نطاق التحكيم القضائي سواء النطاق الشخصي أو النطاق الموضوعي ، وأفسح المجال أمام كافة الأشخاص لعرض منازعاتهم على هيئة التحكيم القضائي سواء باتفاقهم أو بإرادة المدعي وحده إذا كان المدعي عليه هو الحكومة أو شخصاً اعتبارياً عاماً .

الحادي عشر

: أكدت الدراسة أن قضاء التحكيم لعب دوراً متزايداً ومضطرباً في تسوية منازعات الاستثمار النفطي والدولي منه بالذات ، حيث أن غالبية هذه المنازعات يتم تسويتها من خلال التحكيم ، ويعتمد في نجاحه على عدة أمور أهمها :- ثقة الأطراف به باعتبار أن المحكمين هم قضاة مختارون ، ويتمتعون بالصفات التي يرضيها الأطراف ويطمنون إليها فضلاً عن سرعة البت في المنازعة ، وقلة التكاليف التي قد تتفق في القضاء العادي أو نتائجه .

الثاني عشر

: أكدت الدراسة أن تطبيق القانون الوطني كان نادر الوقوع فيما قبل الحرب العالمية الثانية إذ لم تُشر هذه العقود إلى تطبيق قانون الدولة المضيفة باعتباره القانون الذي يحكم كافة جوانب العقد ، وإن كان هناك اتجاه يُشير إلى أن نية الأطراف الضمنية قد انصرفت إلى تطبيق قانون الدولة المضيفة في حين أنه بفحص أكثر من ٨٠ عقداً تم توقيعه بعد الحرب العالمية الثانية تبين أن ٥٠ % من تلك العقود أشارت إلى تطبيق قانون الدولة المضيفة ، وباقي العقود قد تفاوتت في إشارتها إلى قوانين أخرى .

الثالث عشر

: أبرزت الدراسة أن تطبيق قانون دولة أجنبية ذات صلة بالعقد من الصعب أن تقبل به الدولة المضيفة لعقد الاستثمار النفطي خصوصاً إذا كانت هذه الصلة ضعيفة ، ولم توجد إرادة صريحة بإخضاع النزاع المثار لعقد الاستثمار النفطي لقانون تلك الدولة الأجنبية ذات الصلة ، وما يمكن أن تقبله الدولة المضيفة للاستثمار الأجنبي هو خضوع علاقتها التعاقدية مع هذا المستثمر للمبادئ المشتركة في قوانينها وقوانين دولة المستثمر وهو ما نلاحظه في بعض العقود . ولا شك أنه عند غياب الإرادة فإن القاضي أو المحكم لا بد أن يبحث عن قانون أكثر صلة بالعقد ، وإذا كان هذا متحققاً في العقود الأخرى فإنه في عقود النفط نادر الوقوع بحكم أن الدولة المضيفة هي الأكثر صلةً من عدة وجوه : كونها دولة

ذات سيادة ، وكون العقد إدارياً في معظم جوانبه لدى أغلب الفقه ، وكونها بلد التنفيذ والإبرام وموطن الثروة .

الرابع عشر

: أبرزت الدراسة أن تطبيق المعاهدات الدولية كون العقد اتفاقاً دولياً يخضع للقانون الدولي العام ، هو قول يعوزه الدليل القوي والسليم ، وأن الهدف من تكريس هذا الاتجاه هو تدويل العقد بهدف انتزاعه من سلطان قضاء الدولة المضيفة وقانونها .

الخامس عشر

: خلصت الدراسة إلى أن تطبيق مبادئ العدالة والإنصاف يُعدُّ درع إنقاذ للقاضي والمحكم في سد النقص القانوني لعقد الاستثمار النفطي ، خصوصاً في المسائل الفنية أو التي لا تجد لها نصاً قانونياً في الأصول المشتركة للدولة المضيفة ودولة المستثمر ، فيجد القاضي أو المحكم ما يُسغفه في الاعتماد عليها في استنباط الحل القانوني ، إلا أنه يُعيبها أنها قواعد غير محددة تحديداً دقيقاً ، مما يجعل فرصة التفسير الواسع للقاضي والمحكم واردة ، بل قد يساء استخدامها في بعض الأحيان كما حدث في بعض أحكام التحكيم الدولية .

السادس عشر

: أبرزت الدراسة أن تطبيق المبادئ العامة للقانون لا يتم استقلالاً عن القانون الداخلي أو القانون الدولي ، فهي مشتقة من النظامين رغم أن العديد من اتفاقيات النفط تنص على أن تفسرها ويجري تطبيقها وفقاً للمبادئ العامة للقانون .

السابع عشر

: انتهت الدراسة من خلال مناقشة الاتجاهات المختلفة حول القانون الواجب التطبيق على عقد الاستثمار النفطي ، أنه لا يمكن بأي حال القول استئثار قانون معين يحكم كل جوانب العقد برمته ، وفي كل الأحوال ، لأن ذلك يجافي الواقع والمنطق القانوني . ومن هنا ومن خلال تحليلنا لتلك الآراء وأسانيدها وطبيعة عقود النفط نقول بأنه عقد قد يخضع لقانون من تلك القوانين أو أكثر حسب نوع العقد وشروطه وصلة النزاع المثار بشأنه بقضاء الدولة الأكثر صلة وقانونها ، أو انسجاماً مع العقد وفي إطار قواعد القانون الدولي الخاص باعتباره البيئة الطبيعية لعقد الاستثمار النفطي .

التوصيات والمقترحات

بالإضافة إلى ما سبق من توصيات ومقترحات توصي الدراسة بالآتي :-

١. أن تسعى الدول النفطية والخليجية على وجه الخصوص إلى تحقيق عقود المقاوله حتى تتحرر ثرواتها النفطية من هيمنة الشركات الأجنبية وتدخل دولها في السيادة الوطنية من خلال تلك الشركات .
٢. توصي الدراسة أن تحرص الدول المضيفة بأن يكون التحكيم من خلال هيئات التحكيم المتخصصة وسيلة ثانوية باعتبار القضاء الرسمي للدولة المضيفة هو الأصل وكذا قانونها فهما الأصل في تسوية المنازعات النفطية ، ولدى الدولة المضيفة ما يدعم موقفها فقهاً وقضاً ومعاهدات ومبادئ وقرارات دولية كمحكمة العدل الدولية وهيئة الأمم المتحدة والمجامع الدولية وقواعد القانون الدولي الخاص.
٣. توصي الدراسة أن يسند مرفق النفط إلى رجال أكفاء ونزيهين ولديهم خبرة كافية بقواعد القانون الدولي الخاص والمعاهدات الدولية حتى يتعاملوا مع الأطراف الأجنبية بما يحقق المصالح المشتركة وتحقيق التوازن العادل بين المصالح الوطنية وحقوق المستثمر الأجنبي .
٤. توصي الدراسة بالأخذ بملاحظاتنا على نصوص قانون التحكيم القضائي الكويتي بصدد تشكيل هيئة التحكيم ، حيث أن الملاحظ في غلبة التشكيل للهيئة هي من العنصر القضائي إذ أن القضاة يمثلون ثلاثة أعضاء من خمسة ومنهم الرئيس وهي أغلبية تسمح لهم بالانفراد بإصدار الأحكام ولا يصبح للمحكمين المختارين أي ثقل وهذا يسيء إلى مناخ الاستثمار في دولة الكويت.
٥. كما أن الدراسة تقترح إقامة محكمة متخصصة في المنازعات التي تثور بين الدول والأشخاص الأجنبية من دول أخرى تقام في إحدى الدول العربية الخليجية وينص في العقود على أن يكون تسوية النزاع الذي يثور باللجوء إلى هذه المحكمة ، وإذا كانت تلك العقود قد أبرمت فلا يوجد هناك ما يمنع الطرفين قانونياً من كتابة هذا الشرط في ملحق تكميلي للعقد الرئيسي.

انتهى بعون الله وتوفيقه ،،،

قائمة المراجع (*)

أولاً : المراجع العامة

١. د. إبراهيم أحمد إبراهيم : التحكيم الدولي الخاص - بدون ناشر - بدون سنة نشر .
٢. د. إبراهيم الدسوقي أبو الليل : العقد والإرادة المنفردة - مطبوعات جامعة الكويت الطبعة الأولى - سنة ١٩٩٥ م .
٣. د. إبراهيم شحاته : الضمان الدولي للاستثمارات الأجنبية - دار النهضة العربية - ١٩٧١م ؛ معاملة الاستثمارات الأجنبية في مصر ١٩٧٢م .
٤. د. إبراهيم محمد الغناتي : اللجوء إلى التحكيم الدولي - الطبعة الأولى ١٩٧٣م - دار الفكر العربي ؛ القانون الدولي العام ١٩٩٠م .
٥. د. أحمد ضامن السمدان : القانون الدولي الخاص الكويتي - مطبوعات جامعة الكويت ١٩٩٨م .
٦. د. أحمد أبو الوفا : التحكيم الاختياري والإجباري - ط ٤ / ١٩٨٣م .
٧. د. أحمد عبد الحميد عشوش : قانون النفط - " الاتجاهات الحديثة في تحديد القانون الذي يحكم اتفاقيات التنمية الاقتصادية الدولية " - دراسة مقارنة - مؤسسة شباب الجامعة ١٩٨٩م .
٨. د. أحمد عبد الحميد عشوش و د. عمر أبو بكر باخشوب : النظام القانوني للاتفاقيات البترولية في دول مجلس التعاون الخليجي - دراسة مقارنة مع الاهتمام بالاتفاقيات و نظم البترول بالمملكة العربية السعودية ١٩٩٠م .
٩. د. أحمد عبد الكريم سلامه : نظرية العقد الدولي الطليق - دار النهضة العربية - ١٩٨٩م .
١٠. د. أحمد عثمان عياد : مظاهر السلطة العامة في العقود الإدارية - دار النهضة العربية ١٩٧٣م .
١١. د. أشرف عبد العليم الرفاعي : اتفاق التحكيم والمشكلات العملية والقانونية في العلاقات الخاصة الدولية - دار الفكر الجامعي ٢٠٠٣م .
١٢. د. بكر القباني : القانون الإداري - دار النهضة العربية - بدون سنة نشر .
١٣. د. جعفر الفضلي : الوجيز في العقود المدنية - مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع - عمان ١٩٩٧م .
١٤. د. جلال وفاء محمدين : التحكيم بين المستثمر الأجنبي والدولة المضيفة للاستثمار - دار الجامعة الجديدة للنشر ٢٠٠١م .
١٥. د. حازم جمعة : القانون الدولي العام ١٩٩٢م .

(*) ملاحظات :-

- ١- تم ترتيب المراجع حسب حروف الهجاء .
- ٢- استخدمنا في الهوامش كلمتي حاشية ، هامش .
- ٣- استخدمنا عبارة رسالة سابقة إذا كان المرجع رسالة علمية .

١٦. د. حامد سلطان : أحكام القانون الدولي في الشريعة الإسلامية ١٩٧٠
١٧. د. حامد سلطان و د. عائشة راتب ود. صلاح الدين عامر : القانون الدولي العام - دار النهضة العربية - بدون تاريخ .
١٨. د. حسام الدين فتحي ناصف : قابلية محل النزاع للتحكيم في عقود التجارة الدولية - دار النهضة العربية ١٩٩٩ م .
١٩. د. حفيظة السيد الحداد : الاتفاق على التحكيم في عقود الدولة ذات الطبيعة الإدارية وأثره على القانون الواجب التطبيق - دار المطبوعات الجامعية ٢٠٠١ م ؛ الاتجاهات المعاصرة بشأن اتفاق التحكيم (من حيث استقلاله و آثاره و النظام القانوني الذي يحكمه و مدى تأثير قانون التحكيم المصري الجديد بها) - دار الفكر الجامعي - بدون تاريخ ؛ العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية - ط ١/١٩٩٦ م ؛ مدى اختصاص القضاء الوطني باتخاذ الإجراءات الوقائية والتحفظية في المنازعات الخاصة الدولية المتفق بشأنها على التحكيم - دار الفكر الجامعي - بدون سنة نشر .
٢٠. حمدي ياسين عكاشة : موسوعة العقود الإدارية والدولية - العقود الإدارية في التطبيق العملي / المبادئ والأسس العامة - بدون سنة نشر - منشأة المعارف بالإسكندرية .
٢١. د. خالد سعد زغلول : النظم القانونية والسياسية للنفط العربي - ط ١ / ١٩٩١ م .
٢٢. د. خالد سعد زغلول ود. إبراهيم الحمود : النظم القانونية والسياسية للنفط العربي وتسوية منازعاته - ط ٢ / ٢٠٠٠ م .
٢٣. د. سامية راشد : دور التحكيم في تدويل العقود - دار النهضة العربية ١٩٩٠ م ؛ التحكيم في العلاقات الدولية الخاصة - اتفاق التحكيم - منشأة المعارف بالإسكندرية - بدون سنة نشر .
٢٤. د. سراج حسين محمد أبو زيد : التحكيم في عقود البترول - ط ٢٠٠٠ م .
٢٥. د. سليمان محمد الطماوي : الأسس العامة للعقود الإدارية - ط ٥ / ١٩٩١ م .
٢٦. د. سمير عبد السيد تناخو : النظرية العامة للقانون - منشأة المعارف ١٩٧٤ م .
٢٧. د. طعيمة الجرف : القانون الإداري - دراسة مقارنة في تنظيم ونشاط الإدارة العامة ١٩٧٣ م .
٢٨. د. عبد الحميد الأحذب : النظام القانوني للبترول في المملكة العربية السعودية - مؤسسة نوفل - بيروت - الطبعة الأولى ١٩٨٢ م ؛ موسوعة التحكيم - التحكيم الدولي - ج ٢ - دار المعارف - بدون سنة نشر .
٢٩. د. عبد الرازق السنهوري : الوسيط في شرح القانون المدني - عقد البيع / المجلد الرابع؛ الوسيط في شرح القانون المدني الجديد - ج ٧ / القسم الأول - دار النهضة العربية - بدون تاريخ ؛ الوسيط في شرح القانون المدني الجديد - مصادر الالتزام - المجلد الأول - دار النهضة العربية - بدون تاريخ .
٣٠. د. عبد العزيز سرحان : القانون الدولي العام ١٩٩٠ ، مبادئ القانون الدولي العام - دار النهضة العربية ١٩٨٠ - القاهرة .
٣١. د. عبد الفتاح مراد : منظمة التجارة العالمية والعولمة والأقلمة - المكتب الجامعي الحديث بالإسكندرية - بدون تاريخ .

٣٢. د. عز الدين عبد الله : القانون الدولي الخاص - الجنسية والمواطن وتمتع الأجانب بالحقوق - ج ١ - ط ١٠ / ١٩٧٧ - دار النهضة العربية ؛ القانون الدولي الخاص - تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدوليين - ج ٢ - ط ٦ / ١٩٦٩ م - دار النهضة العربية .
٣٣. د. عزمي عبد الفتاح عطية : قانون التحكيم الكويتي - ط ١ / ١٩٩٠ م - مطبوعات جامعة الكويت .
٣٤. د. عصام الدين القصبي : خصوصية التحكيم في مجال منازعات الاستثمار - دار النهضة العربية ١٩٩٣ م
٣٥. د. عصام الدين مصطفى بسيم : الجوانب القانونية للمشروعات المشتركة في الدول الآخذة في النمو - ط ١ - مكتبة المنهل ١٩٧٨ م .
٣٦. د. عكاشة محمد عبد العال : قانون العمليات المصرفية الدولية - دراسة في القانون الواجب التطبيق على عمليات البنوك ذات الطبيعة الدولية - دار المطبوعات الجامعية - الإسكندرية ١٩٩٤ م .
٣٧. د. علي صادق أبو هيف : القانون الدولي العام - منشأة المعارف بالإسكندرية - بدون تاريخ .
٣٨. د. عوض شفيق عوض : الخصخصة - ٢٠٠٠ م .
٣٩. د. غسان رباح : العقد التجاري الدولي - العقود النفطية - دار الفكر اللبناني ١٩٨٨ م
٤٠. د. فؤاد العطار : القضاء الإداري - دار النهضة العربية - بدون تاريخ .
٤١. د. محمد السعيد الدقاق + د. مصطفى سلامة حسين : المنظمات الدولية المعاصرة - منشأة المعارف بالإسكندرية - بدون تاريخ
٤٢. د. محمد حسام محمود لطفي : المدخل لدراسة القانون - الكتاب الأول - نظرية القانون - ط ٢ / ١٩٩٦ - ١٩٩٧ م .
٤٣. د. محمد سامي عبد الحميد : أصول القانون الدولي العام / ج ١ - الجماعة الدولية - طه - دار المطبوعات الجامعية ١٩٩٦ م .
٤٤. د. محمد عبد الله المؤيد : القانون الدولي الخاص - ط ١ / ١٩٩٨ - ١٩٩٩ م .
٤٥. د. محمد عبد المجيد إسماعيل : عقود الأشغال الدولية - " دراسة لأثر الطبيعة القانونية الجديدة لهذه العقود على الأحكام الخاصة بها " - القاهرة ٢٠٠٠ م .
٤٦. د. محمد كمال فهمي : أصول القانون الدولي الخاص - ط ٢ / ١٩٩٢
٤٧. د. محمد يوسف علوان : النظام القانوني لاستغلال النفط في الأقطار العربية - دراسة في العقود الاقتصادية الدولية - مطبوعات جامعة الكويت ١٤٠٣ / ١٩٨٢ م .
٤٨. د. محمود خلف الجبوري : العقود الإدارية - مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع - عمان ١٩٩٨ م
٤٩. د. محمود عاطف البنا : العقود الإدارية مع دراسة خاصة لنظام تأمين مشتريات الحكومة وعقود التوظيف واستغلال الثروة الطبيعية في المملكة العربية السعودية - دار العلوم للطباعة والنشر - الرياض المملكة العربية السعودية - الطبعة الأولى ١٩٨٤ م .

٥٠. د. محمود مسعد : ضمانات ووسائل تسوية منازعات الاستثمار الأجنبي في المملكة العربية السعودية - ١٩٨١م
٥١. د. مختار احمد بريري : التحكيم التجاري الدولي - دار النهضة العربية ١٩٩٥م - القاهرة
٥٢. د. مصطفى احمد فؤاد : القانون الواجب التطبيق على العقد المبرم بين المنظمة الدولية وشخص القانون الداخلي - منشأة المعارف بالإسكندرية - بدون تاريخ .
٥٣. د. مصطفى محمد الجمال + د. عبد الحميد محمد الجمال : المدخل لدراسة القانون - ج ١ - نظرية القانون ١٩٨٤م .
٥٤. د. منى محمود مصطفى : الحماية الدولية للاستثمار الأجنبي المباشر ودور التحكيم في تسوية المنازعات - دار النهضة العربية ١٩٩٠م .
٥٥. د. هشام خالد : القانون القضائي الخاص الدولي - دار الفكر الجامعي ٢٠٠١م .
٥٦. د. هشام علي صادق : الحماية الدولية للمال الأجنبي - دار الفكر الجامعي ٢٠٠٢م ؛ القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية - منشأة المعارف بالإسكندرية ١٩٩٥م؛ تنازع القوانين - ط ٢ - منشأة المعارف بالإسكندرية - بدون سنة نشر ؛ مشكلة خلو اتفاق التحكيم من تعيين أسماء المحكمين في العلاقات الخاصة الدولية - دراسة تحليلية لأحكام القضاء المصري الحديث في ضوء القواعد الدولية الموحدة التي تضمنتها اتفاقية نيويورك لعام ١٩٥٨م - الإسكندرية ١٩٨٧م .
٥٧. د. هشام علي صادق + د. حفيظة السيد الحداد : دروس في القانون الدولي الخاص - ج ٢ - تنازع القوانين - ط ٩٨ / ٩٩ .
٥٨. راجع قانون المرافعات المدنية والتجارية الكويتي الصادر بالمرسوم بالقانون رقم ٣٨ لسنة ١٩٨٠م .
٥٩. فيليب جيسوب : قانون عبر الدول - ترجمة الدكتور إبراهيم شحاته - مكتبة القاهرة الحديثة .
٦٠. القانون الكويتي رقم ٥ / ٦١ بشأن تنظيم العلاقات القانونية ذات العنصر الأجنبي .
٦١. قانون المرافعات المدنية والتجارية الكويتي .
٦٢. القانون رقم ٥ لسنة ١٩٦١ بشأن تنظيم العلاقات القانونية ذات العنصر الأجنبي
٦٣. محمد علي الفرا : الطاقة ومصادرها العالمية ومكانة النفط بينها - غرفة تجارة وصناعة الكويت - الدائرة الاقتصادية الكويت ١٩٧٤م .
٦٤. محمود محمد صبرة : ترجمة العقود التجارية ٢٠٠٢م ، ترجمة العقود الإدارية - ط ٢٠٠٢ - دار الكتب القانونية - مصر .
٦٥. المذكرة الإيضاحية لقانون المرافعات المدنية والتجارية الكويتي .

ثانيا : الرسائل العلمية

٦٦. د. أحمد عبد الرزاق السعيدان : القانون والسيادة وامتيازات النفط مقارنة بالشرعية الإسلامية - مركز دراسات الوحدة العربية - بيروت - ط ١ / ١٩٩٦م - رسالة دكتوراه مقدمة لجامعة سيدني باستراليا

٦٧. د. أحمد عبد الحميد عشوش : النظام القانوني للاتفاقيات البترولية في البلاد العربية - رسالة دكتوراه - حقوق القاهرة ١٩٧٥م
٦٨. د. أسامة محمد عماره : النظام القانوني لاستغلال الثروات المعدنية عبر الحدود الممتدة - بدون تاريخ - رسالة دكتوراه - غير مبيّن بها الكلية المقدمة لها الرسالة وكذلك الجامعة.
٦٩. د. حسن عطية الله : سيادة الدول النامية على موارد الأرض الطبيعية - رسالة دكتوراه مقدمة لكلية الحقوق - جامعة القاهرة - ١٩٧٨م
٧٠. د. طارق عبد الله المجاهد : تنازع القوانين في عقود التجارة الدولية - دراسة مقارنة - رسالة دكتوراه مقدمة إلى كلية القانون - جامعة بغداد - ٢٠٠١م
٧١. أ. عصمت محمد علي الخياط : عقود الدولة النفطية في القانون الدولي العام وفي ظل نظام القانون الكويتي - رسالة ماجستير مقدمة لكلية الحقوق - جامعة الكويت ١٩٩٧م
٧٢. د. محمد عبد الله المؤيد : منهج القواعد الموضوعية في تنظيم العلاقات الخاصة ذات الطابع الدولي - دراسة تأصيلية - الطبعة الثانية ٩٩/٩٨ - رسالة دكتوراه مقدمة لجامعة القاهرة - كلية الحقوق -

ثالثا : المجلات العلمية والدورية والبحوث

٧٣. د. إبراهيم احمد إبراهيم : تنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية - المجلة المصرية للقانون الدولي - المجلد ٣٧ - ١٩٨١م
٧٤. د. إبراهيم شحاته : دور البنك الدولي في تسوية منازعات الاستثمار - المجلة المصرية للقانون الدولي ١٩٨٥ - العدد ٤١
٧٥. د. ثروت بدوي : المعيار المميز للعقد الإداري - مجلة القانون والاقتصاد - مارس ويونيو ١٩٥٧م - العددان الأول والثاني - السنة ٢٧
٧٦. د. عبد الأمير الانباري : اتفاقيات النفط وتطورها في الشرق الأوسط - الدورة البترولية في أساسيات صناعة النفط والغاز للفترة ما بين ٦ يناير - ٤ مارس ١٩٧٦ -
٧٧. د. عبد الحميد كمال حشيش : التطور الحديث للمبادئ العامة للعقود الإدارية - مجلة العلوم الإدارية السنة الرابعة - ديسمبر ١٩٦٢ م - العدد الثاني
٧٨. د. فخري أبو سيف مبروك : مظاهر القضاء الشعبي لدى الحضارات القديمة - مجلة العلوم القانونية والاقتصادية - وما بعدها - السنة السادسة - العدد الأول يناير ١٩٧٤ -
٧٩. د. محمد عبد الله المؤيد : التكييف القانوني لعقود الاستثمار النفطي في اليمن بالنظر إلى أطرافها وذاتيتها - رهن النشر ٢٠٠٢ - ٢٠٠٣
٨٠. د. محمد يوسف علوان : الاتجاهات الحديثة في العقود الاقتصادية الدولية - مجلة نقابة المحامين الأردنية - العدد ١١ - ١٢ - السنة ٢٤ - عام ١٩٧٦م ، الهيئة القضائية لمنظمة الأقطار المصدرة للبترول - مجلة الحقوق و الشريعة - السنة ٥ - العدد ٢ - يونيو ١٩٨١م .
٨١. د. مفيد محمود شهاب : المبادئ العامة للقانون بوصفها مصدرا للقانون الدولي - المجلة المصرية للقانون الدولي - مجلد ٢٣ - ١٩٦٧م .

٨٢. د. نقولا سرركيس : اتفاقيات المشاركة وعقد المقاوله هل تصبح بديلا لنظام الامتيازات ؟
مجلة الغاز والبتروول - بيروت ١٩٦٨م - العدد ٩ .
٨٣. مجموعة التشريعات الكويتية - الجزء العاشر - إعداد كمال يلي المحامي - إدارة الفتوى
والتشريع ١٩٨٨ .
٨٤. نبيل أحمد سعيد : الطبيعة القانونية لعقد الامتياز البترولي كعقد إداري - بحث مقدم إلى
مؤتمر البترول العربي الخامس - القاهرة - مارس ١٩٦٥م - تحت رقم ١٦ (أ-٢) .

رابعاً : القوانين

٨٥. الجريدة الرسمية لحكومة الكويت - الكويت اليوم - العدد ٣١١ - السنة ٧ - بتاريخ
٢٢/يناير/١٩٦١م
٨٦. جريدة " الكويت اليوم " العدد رقم ١٣٣٥ - السنة ٢٧
٨٧. الجريدة الرسمية - الكويت اليوم - العدد ١٨١ - السنة ٤ - بتاريخ ١٣ / ٧ / ١٩٥٨م
٨٨. الجريدة الرسمية الكويت اليوم - ملحق العدد رقم ١٩٦ - السنة ٤١ - بتاريخ
٢٨/٢/١٩٩٥م

خامساً : المراجع الأجنبية

1. **Chapelle**(andre) les fonctions de l'ordre public en droit int.privé, thèse
paris,11,1979, no.80
2. **JACQUET.C.M** : Principe d'autonomie et Contrats Internationaux .
Thèse Economic , 1983; **POMMIER(CH.)**:Principe d'autonomie et
Loi du Contrat en droit International Privé Conventionnel , Economica,
PARIS 1992

الفهرس

رقم الصفحة	الموضوع
١٢	المقدمة : أهمية الموضوع ودوافع البحث فيه والمنهج المتبع في البحث
١٤	خطة البحث ونطاقه
	الباب الأول
	الطبيعة القانونية لعقود الاستثمار النفطي
١٦	تمهيد وتقسيم :
	الفصل الأول
	الطبيعة القانونية لعقود الاستثمار النفطي من وجهة النظر الوطنية
١٧	تمهيد وتقسيم :
	المبحث الأول
	عقد الاستثمار النفطي من عقود القانون العام
١٩	الرأي المؤيد للطبيعة الإدارية لعقد الاستثمار النفطي
١٩	الرأي المعارض للطبيعة الإدارية لعقد الاستثمار النفطي
٢١	الخلاصة :
	المبحث الثاني
	عقد الاستثمار النفطي من عقود القانون الخاص
٢٣	المطلب الأول : المقصود بعقود القانون الخاص وخصائصها
٢٤	المطلب الثاني : مدى صلة عقود النفط بالقانون الخاص
٢٦	الرأي الراجح للطبيعة الخاصة للعقد
٢٧	خلاصة الآراء
	المبحث الثالث
	عقد الاستثمار النفطي ذو طبيعة موضوعية تنطلق من موضوع العقد ذاته
٢٨	تمهيد وتقسيم :
٢٨	المطلب الأول : عقد الاستثمار النفطي عقد امتياز
٢٩	المطلب الثاني : عقد الاستثمار النفطي عقد مشاركة
٣٤	المطلب الثالث : عقد الاستثمار النفطي عقد مقالة
٣٦	الخلاصة
	الفصل الثاني
	الطبيعة القانونية لعقد الاستثمار النفطي من وجهة النظر الدولية
٣٧	تمهيد وتقسيم :

المبحث الأول

ماهية العقد الدولي

المبحث الثاني

الطبيعة الدولية لعقود الاستثمار النفطي بالنظر إلى أطراف العقد

- المطلب الأول : أولاً الدولة المضيفة (المنتجة للنفط) ٤١
- المطلب الثاني : الطرف الأجنبي المتعاقد ٤٤
- الخلاصة : ٤٨

المبحث الثالث

عقود النفط من عقود التجارة الدولية

- المطلب الأول : تطور مفهوم تجارية عقد الاستثمار النفطي ٤٩
- المطلب الثاني : موقف الفقه والقضاء ٥٠
- الخلاصة : ٥٣

المبحث الرابع

الطبيعة القانونية المزدوجة لعقود الاستثمار النفطي

- المطلب الأول : مبررات الطبيعة القانونية المزدوجة ٥٤
- المطلب الثاني : حقوق الشركة الأجنبية المستثمرة ٥٨
- الفرع الأول : حق البحث والاكتشاف والإنتاج ٥٨
- الفرع الثاني : الحق في استخدام الأجانب ٦١
- الفرع الثالث : الحق في الضمان ٦٢
- المطلب الثالث : التزامات الشركة الأجنبية ٦٥
- المطلب الرابع : حقوق الدولة المضيفة ٦٥
- الفرع الأول : حق ملكية النفط المنتج وإعداده للتسويق ٦٥
- الفرع الثاني : سلطة الرقابة والتوجيه على مختلف أوجه نشاط الشركات ٦٦
- الفرع الثالث : حق السيادة على الموارد الطبيعية ٦٨
- الفرع الرابع : حق الدولة المضيفة في تقاضي فرائض مالية ٦٩
- الفرع الخامس : حق الدولة المضيفة في تعديل عقد الاستثمار النفطي ٧٠
- الخلاصة : ٧٢

الباب الثاني

تسوية منازعات عقود الإستثمار النفطي

- تمهيد وتقسيم : ٧٥

الفصل الأول

القضاء المختص بتسوية منازعات عقود الاستثمار النفطي

- تمهيد وتقسيم : ٧٦

المبحث الأول

حالات انعقاد الاختصاص الدولي لحسم منازعات عقود النفط

٧٨	المطلب الأول : حالات انعقاد الاختصاص لولاية القضاء الوطني
٨١	الفرع الأول : الضوابط المستمدة من التوزيع الدولي للأشخاص
٨١	أولاً : معيار الجنسية الوطنية للمدعى عليه
٨٢	ثانياً : معيار مكان أو محل إقامة المدعى عليه
٨٥	الفرع الثاني : الضوابط المستمدة من فكرة الإقليمية
٨٥	أولاً : ضابط مكان الثروة النفطية
٨٦	ثانياً : ضابط مكان نشأة الالتزام أو تنفيذه
٨٨	المطلب الثاني : انعقاد الاختصاص للتحكيم الوطني
٩٢	الخلاصة :

المبحث الثاني

حالات انعقاد الاختصاص لغير القضاء الوطني

٩٣	تمهيد وتقسيم :
٩٤	المطلب الأول : انعقاد الاختصاص لقضاء دولة المستثمر الأجنبي أو قضاء دولة ثالثة
٩٦	المطلب الثاني : انعقاد الاختصاص لقضاء التحكيم الدولي
٩٨	الفرع الأول : التحكيم الخاص
١٠٥	الفرع الثاني : التحكيم المؤسسي
١٠٦	الفرع الثالث : التحكيم الإقليمي (الهيئة القضائية للأوبك ١٩٨١ م ... محكمة قضائية دولية) ..
١٠٦	أولاً : نشأة المحكمة :
١٠٧	ثانياً : اختصاصات الهيئة القضائية للأوبك
١١٣	الخلاصة :

الفصل الثاني

القانون الواجب التطبيق على عقود الاستثمار النفطي

١١٤	تمهيد وتقسيم :
-----	----------------------

المبحث الأول

تطبيق القانون الوطني

١١٧	المطلب الأول : دواعي تطبيق القانون الوطني
١١٩	المطلب الثاني : أهم عقود النفط التي تضمنت تطبيق القانون الوطني
١٢٢	المطلب الثالث : موقف الفقه والقضاء من تطبيق القانون الوطني
١٢٦	الخلاصة :

المبحث الثاني تطبيق القانون الأجنبي

١٢٦	تمهيد وتقسيم
١٢٦	المطلب الأول : تطبيق قانون دولة أجنبية ذات صلة بعقد الاستثمار النفطي
١٢٦	الفرع الأول : إسناد العقد إلى القانون الأوثق صلة بالرابطة العقدية
١٢٧	الفرع الثاني : موقف الفقه الحديث
١٢٩	الفرع الثالث : موقف القضاء
١٣٠	الخلاصة :
١٣٠	المطلب الثاني : تطبيق القانون المختار

المبحث الثالث تطبيق الاتفاقيات الدولية

١٣٢	تقسيم
١٣٣	المطلب الأول : تطبيق المعاهدات الثنائية
١٣٤	المطلب الثاني : تطبيق الاتفاقيات الجماعية
١٣٦	الخلاصة :

المبحث الرابع تطبيق مبادئ العدالة والأعراف السائدة في ميدان التجارة الدولية

١٣٦	تقسيم
١٣٧	المطلب الأول : مبادئ العدل والإنصاف
١٣٩	المطلب الثاني : العادات والأعراف التجارية
١٤٠	الخلاصة :

المبحث الخامس تطبيق قانون عبر الدول والمبادئ العامة للقانون

١٤٠	تقسيم
١٤١	المطلب الأول : موقف الفقه من تطبيق قانون عبر الدول
١٤٢	المطلب الثاني : موقف الفقه من تطبيق المبادئ العامة للقانون في عقود الاستثمار النفطي
١٤٥	المطلب الثالث : تطبيقات من محاكم التحكيم للمبادئ العامة
١٤٦	الخلاصة :
١٤٧	الخاتمة :
١٥٣	التوصيات والمقترحات :
١٥٤	قائمة المراجع :
١٦٠	الفهرس :