

مدى إمكانية تطبيق القانون الوطني للدولة النفطية على عقود الاستثمار النفطي (دراسة مقارنة))

ميادة صباح

أ.م.د. رائد صيوان عطوان

حسن

جامعة البصرة _ كلية القانون

الخلاصة :

لم تتجه إرادة المتعاقدين بشكل صريح إلى قانون الدولة المتعاقدة ، في أغلب عقود الاستثمار النفطي التي أبرمت قبل الحرب العالمية الأولى ، وإنما وردت الإشارة إلى قانون الدولة المتعاقدة بصورة ضمنية ، ويمكن استنتاج ذلك من خلال مجموعة من الشروط العقدية التي كانت تتضمنها عقود الاستثمار النفطي ، ومن تلك الشروط ، التزام الدولة المضيفة بعدم إنهاء أو تعديل الاتفاق ، بعمل تشريعي أو إداري دون موافقة الشركة الأجنبية ، أو صاحب الامتياز الأمر الذي يشير إلى اتجاه نية الأطراف إلى خضوع هذه الاتفاقيات إلى قانون الدولة النفطية .

There is no doubt that the petroleum contracts represent the most important types of contracts concluded by the State with the foreign private persons, which is called the state contracts. The importance of these contracts appears in many ways, as it's the cornerstone on which to build the annual budget in the majority of the petroleum producing countries in the Middle East. And also the subject of these contracts, which the petrol and its derivatives, it was still the main cause of the development in various aspects of life.

المقدمة

عقد الاستثمار النفطي، هو عقد يبرم بين الدولة المتعاقدة ، أو إحدى الشركات أو المؤسسات أو الهيئات العامة التابعة لها، وبين شركة نفط أجنبية غالباً ، لغرض البحث عن النفط والتنقيب عنه واستكشافه، ومن ثم انتاجه أو تطوير الحقول النفطية للوصول إلى أعلى طاقة انتاجية، في أماكن معينة، ولمدة محددة في العقد ويكون ذلك لقاء أجر متفق عليه .

تعد عقود الخدمة النفطية التي تبرم في العراق حالياً ، من أفضل الأنماط التعاقدية السابقة لتنظيم استغلال الثروة النفطية ، لأن الدولة المتعاقدة فيها هي المالك الوحيد للنفط المنتج ، وأن دور الشركة الأجنبية المستثمرة يقتصر على القيام بتنفيذ العمليات النفطية المتفق عليها لصالح الدولة المضيفة، مقابل قيام الأخيرة بدفع أجر مقطوع نقدي أو عيني لها وهذا من جهة ، ومن جهة أخرى لم تعد الشركة الأجنبية المستثمرة في ظل عقود الخدمة النفطية صاحبة امتياز، كما كان عليه الحال في ظل عقد الامتياز، أو شريكاً على نحو ما هو متبع في ظل عقود المشاركة، ولا تحصل على نسبة معينة من النفط المنتج كما في عقود اقتسام الانتاج .

إن عقود الاستثمار النفطي تعد من عقود القانون الخاص، فهي عقود تجارية، نظراً لوجود أكثر من مسوغ يدعم هذه الصفة منها الضمانات التي تقدمها الدولة المتعاقدة لغرض استقطاب الشركات الأجنبية المستثمرة، مما يجعل الدولة المتعاقدة تتعامل على قدم المساواة مع الشركة المتعاقدة بموجب العقد المبرم بينهما، وأن إضفاء الصفة التجارية على هذه العقود يجد أساسه في التشريعات التجارية ، إذ تعد العمليات الاستخراجية للثروات النفطية من الأعمال التجارية ، إذ تنص المادة الخامسة من قانون التجارة العراقي رقم ٣٠ لسنة ١٩٨٤ على : (تعتبر الأعمال التالية أعمالاً تجارية إذا كانت بقصد الربح . ويفترض فيها هذا القصد ما لم يثبت العكس ... رابعا : الصناعة وعمليات استخراج المواد الأولية) .

ومن صراحة هذه المادة يتبين أنّ العقود التي تتضمن عمليات استخراج المواد الأولية هي عقود تجارية وبما أنّ عقود الاستثمار النفطي تنصب على عمليات استخراج النفط من باطن الأرض فإنها تعدّ وفقاً لذلك عقوداً تجارية . إن أسلوب جولات التراخيص المعتمد من قبل وزارة النفط ، يفتح مجالاً واسعاً لدخول عدد كبير من شركات النفط المنافسة ، ويضمن أن الدعوات لتقديم عطاء قد اقتصرت على الشركات النفطية التي تتمتع بكفاية مالية وقدرات فنية وتكنولوجية ، تمكنها من تنفيذ العقود بصورة ناجحة خصوصاً في البصرة بفعل ثرواتها النفطية .

تهدف الدولة المتعاقدة ، من وراء إبرام عقود الاستثمار النفطي ، إلى تحقيق التنمية الاقتصادية والاجتماعية من خلال تطوير حقولها النفطية وزيادة طاقاتها الانتاجية وما إلى ذلك مما يسهم في تطوير الاقتصاد الوطني . أمّا الشركات الأجنبية المستثمرة ، فإن السبب وراء تعاقدتها يتمثل ، في الغالب ، بالرغبة في استثمار رؤوس أموالها وتحقيق الربح مقابل تطوير اقتصاد البلد . وتعد عقود الاستثمار النفطي من العقود الشكلية ، ذلك لأن الأنظمة القانونية استلزمت شكلاً معيناً لنفاذ هذه العقود ، هو التصديق عليها بقانون يصدر عن السلطة التشريعية وفي أنظمة أخرى يصدر بها مرسوم يتخذ من قبل مجلس الوزراء ، وقد تم المصادقة على عقود الاستثمار النفطي التي تبرم حالياً في العراق ضمن جولات التراخيص بقرار من رئيس وزراء جمهورية العراق . وعلى الرغم من استقرار قانون الإرادة ، لكنّ الاتجاهات الحديثة السائدة قد انقسمت إلى اتجاهين ، يذهب الأول منها إلى توطيّن عقود الاستثمار النفطي وذلك من خلال تطبيق القانون الوطني للدولة النفطية .

ويعتبر قانون الدولة النفطية من أكثر القوانين اختياراً كقانون واجب التطبيق على عقود الاستثمار النفطي ، وذلك وفقاً لأحدث إحصائية قام بها الأستاذ ديمولان على (٨٠) عقداً تم إبرامها بعد الحرب العالمية الثانية ، حيث وجد أكثر من ٥٠ % منها تشير إلى تطبيق قانون الدولة النفطية عليها^(١) .

وعلى الرغم من وجهة الحجج أو الأسس الداخلية والدولية التي استند إليها أنصار توطيّن عقود الاستثمار النفطي ، لكنّ الجانب الآخر من هذا الاتجاه الحديث يذهب إلى رفض نظرية التوطيّن ، ويدعو إلى تطبيق قوانين غير وطنية وذلك من خلال الاستناد إلى حجج مختلفة ، وذلك بهدف استبعاد قانون الدولة النفطية وتحقيق مصالح الشركات الأجنبية .

لم تتجه إرادة المتعاقدين بشكل صريح إلى قانون الدولة المتعاقدة ، في أغلب عقود الاستثمار النفطي التي أبرمت قبل الحرب العالمية الأولى ، وإنما وردت الإشارة إلى قانون الدولة المتعاقدة بصورة ضمنية ، ويمكن استنتاج ذلك من خلال مجموعة من الشروط العقدية التي كانت تتضمنها عقود الاستثمار النفطي ، ومن تلك الشروط ، التزام الدولة المضيفة بعدم إنهاء أو تعديل الاتفاق بعمل تشريعي أو إداري دون موافقة الشركة الأجنبية ، أو صاحب الامتياز الأمر الذي يشير إلى اتجاه نية الأطراف إلى خضوع هذه الاتفاقيات إلى قانون الدولة النفطية .

بيد أن الأمر قد تغير بعد الحرب العالمية الثانية ، فغالبية عقود الاستثمار النفطي المبرمة بين الدول والشركات الأجنبية ، في تلك الفترة ، كانت تنص صراحة على تطبيق قانون الدولة المتعاقدة على مثل هذه العقود^(٢) .

ومن خلال ما تقدم سنسلط الضوء في هذا البحث على دراسة موضوع مدى امكانية تطبيق القانون الوطني للدولة النفطية على عقود الاستثمار النفطي حيث سنقسم الدراسة على بحثين ، نتناول في المبحث الأول المعايير الداخلية والدولية لتطبيق القانون الوطني للدولة النفطية ، بينما نتناول في المبحث الثاني استبعاد القانون الوطني للدولة النفطية .

المبحث الأول

المعايير الداخلية والدولية لتطبيق القانون الوطني للدولة النفطية

إن خضوع عقود الاستثمار النفطي للقانون الوطني للدولة النفطية يستند بالإضافة إلى إرادة المتعاقدين في اختياره إلى معايير داخلية ودولية ، وتتمثل المعايير الداخلية في تكييف عقود الاستثمار النفطي كعقود إدارية ، وبيان دور التشريعات الداخلية في تنظيم الثروة النفطية ، أما الدولية فتتمثل بقرارات الجمعية العامة للأمم المتحدة وقرارات القضاء والفقه ، الدوليين ، وعليه سوف نقسم هذا المبحث الى مطلبين ، نتناول في الأول منهما المعايير الداخلية لتطبيق القانون الوطني للدولة النفطية ، بينما نتناول في الثاني المعايير الدولية لتطبيق القانون الوطني للدولة النفطية .

المطلب الأول

المعايير الداخلية لتطبيق القانون الوطني للدولة النفطية

تستند المعايير الوطنية لتطبيق القانون الوطني للدولة النفطية إلى فكرة العقد الإداري وإلى التشريعات الداخلية في الدولة النفطية كأساس لتطبيق قانون الدولة المتعاقدة . وعليه سوف نقسم هذا المطلب إلى فرعين ، نتناول في الأول منهما تكييف عقود الاستثمار النفطي باعتبارها عقوداً إدارية، وفي الثاني نتناول دور التشريعات الداخلية في تطبيق القانون الوطني للدولة النفطية .

الفرع الأول

تكييف عقود الاستثمار النفطي بوصفها عقوداً إدارية

من المعروف إن تكييف أي عقد من العقود يؤدي إلى معرفة القانون واجب التطبيق عليه ، لا سيما وإن العقد محل الدراسة من العقود التي تبرز فيها الصفة الأجنبية المتأثية من جهة جنسية المستثمر بغض النظر عن كونه شخصاً طبيعياً أو معنوياً ، وقد أشارت المادة (١٧ ف ١) من القانون المدني العراقي إلى مسألة التكييف والتي نصت على أن : (القانون العراقي هو المرجع في تكييف العلاقات عندما يطلب تحديد نوع هذه العلاقات في قضية تتنازع فيها القوانين لمعرفة القانون الواجب تطبيقه من بينهما) .

ويستند هذا الجانب من الفقه في تكييفه لعقود الاستثمار النفطي كعقود إدارية إلى التماثل القائم بينها وبين العقود الإدارية ، إذ تتوافر فيها المعايير أو الشروط المميزة للعقد الإداري وهذه الشروط هي:

١- أن تكون الإدارة طرفاً في العقد

٢- اتصال العقد بنشاط مرفق عام

٣- أن يتضمن العقد شروطاً استثنائية غير مألوفة في القانون الخاص^(٣) .

فيما يتعلق بالشرط الأول وهو كون الإدارة طرفاً في العقد ، فلا شك في تحققه في عقود الاستثمار النفطي إذ تعد الإدارة دائماً أحد أطرافها ، فالدولة قد تتدخل بطريقة مباشرة وذلك بقيام الحكومة بإبرام العقد أو تتدخل بطريقة غير مباشرة وذلك بقيام أحد الأجهزة أو الهيئات العامة التابعة لها بإبرام العقد^(٤) .

أما الشرط الثاني وهو اتصال عقود الاستثمار النفطي بمرفق عام ، فأن ذلك يتضح من خلال تمتع عقود الاستثمار النفطي بسمات المرفق العام المتمثلة ، في اشتراط موافقة الدولة على المشروع الاستثماري النفطي وإجازتها له ابتداءً وخضوعه لمراقبة ثابتة من قبل الدولة ومراجعة حساباته من قبل أجهزتها ، وتمتعه ببعض امتيازات السلطة العامة وإعفائه من الضرائب والرسوم وغير ذلك من سمات المرفق العام^(٥) .

كما يرى البعض الآخر اتصال عقود الاستثمار النفطي بمرفق عام وإن كان مظهرها الخارجي يوحي إلى تحقيق إرباح للطرف الأجنبي لكنها تستهدف بالدرجة الأولى تيسير مرفق عام^(٦) .

وكذلك تمتع الدولة بعدد من السلطات التنظيمية التي تتناول تنظيم المشروع الاستثماري النفطي بمراحله المتعلقة جميعها بالتنقيب والإنتاج والتطوير ، وإصدار اللوائح الخاصة بذلك المشروع^(٧) .

إما بخصوص الشرط الثالث ، وهو أن تتضمن عقود الاستثمار النفطي شروطاً استثنائية غير متوفرة في العقود المدنية ، وتتمثل هذه الشروط في تمتع الشركة الأجنبية المستثمرة ببعض صفات السلطة العامة كحق الشركة في شغل الأراضي واستخدام عمال أجانب وإقامة السكك الحديدية وغيرها من وسائل النقل هذا من جانب، ومن جانب آخر تمتع الإدارة في عقود الاستثمار النفطي ببعض الامتيازات كحقها في التفتيش عن نشاط الشركة وتدقيق سجلاتها ودفاترها ، وحقها في فسخ العقد في حالات محددة ، وحظر التنازل عن العقد إلا بموافقتها ، وغير ذلك من الشروط غير المألوفة في القانون الخاص^(٨) .

ويرى أصحاب هذا الاتجاه أنّ في إضفاء الصفة الإدارية على عقود الاستثمار النفطي ضرورة تقتضيها وحدة القواعد القانونية التي تحكم المنازعات التي تنشأ بسبب تنفيذ العقد وتؤثر في مشروعيتها ، وخصوصا إذا ما تعلق الأمر بتفسير أو تحديد مشروعية القرارات الإدارية الصادرة عن الدولة أو الأشخاص المعنوية العامة المتعلقة بإبرام أو فسخ العقد أو البحث عن حدود سلطاتها التقديرية بشأن امتيازات الطرف الأجنبي ، ومدى احترامه وتنفيذه لشروط العقد^(٩) .

وعلى الرغم من وجهة الحجج التي استند إليها الاتجاه الفقهي المؤيد لإدارية عقود الاستثمار النفطي ، لكنه انتقد من جانب كبير من الفقه ومن قبل المحاكم التحكيمية ، ومن ابرز الحجج التي استند إليها الفقه في رفضه إدارية عقود الاستثمار النفطي هي :

١ - أنّ هذه النظرية وضعت لغرض التمييز بين عقود القانون الداخلي ولم توضع لغرض إعمالها على عقود دولية ذات أهمية كبيرة مثل عقود الاستثمار النفطي ، وعدم وجود قضاء إداري دولي متخصص ، ينظر هذا النوع من العقود فيما لو عدّ اعتبار عقود الاستثمار النفطي عقوداً إدارية^(١٠) .

٢ - أنّ تمسك الدولة بسيادتها في عقود الاستثمار النفطي لا يسمح لها بالخضوع لقانون آخر غير قانونها الوطني ، وهذه النتيجة أدت إلى وصف عقود الاستثمار النفطي بوصف العقود الإدارية ، لكن هذه النتيجة منتقدة ، حيث لا يوجد ما يربط بين فكرة السيادة للدول المنتجة وطبيعتها كعقود إدارية وبين القانون واجب التطبيق ، فلا يوجد ما يمنع من تكييف عقد الاستثمار النفطي كعقد مدني ، وتطبيق قانون الدولة المنتجة ، كما أن فكرة سيادة الدولة مردودة ، ذلك انه لا سلطان لفكرة السيادة للدول المنتجة خارج حدود إقليمها^(١١) .

٣ - تقتضي الاعتبارات المنطقية أنّ تمارس الدولة سيادتها داخل حدود إقليمها وعلى رعاياها ، ولا يجوز ممارسة هذه السيادة خارج حدود إقليمها ، فتقف الدولة موقف المساواة مع المتعاقد الأجنبي فلا يمكن أن يقوم نشاط الدولة المتعاقدة مع الشركات الأجنبية المتعاقدة معها ، إلا على أساس المساواة القانونية بين الأطراف ، ومن ثم لا تتمتع الدولة بأية سلطات استثنائية على الشركات الأجنبية ، إلا بمقدار ما تسمح به الشروط التعاقدية^(١٢) .

٤ - كما أنّ وجود الإدارة المتمثلة بالدولة أو بإحدى الهيئات العامة التابعة لها طرفاً في عقود الاستثمار النفطي لا يعد سبباً كافياً لاعتبار هذه العقود إدارية ، فقد توجد الدولة أو من يمثلها عند التعاقد مع الشركات الأجنبية سواءً أكانت عقوداً إدارية أم عقوداً مدنية^(١٣) .

٥ - لا تتوافر في عقود الاستثمار النفطي خصائص المرفق العام ، المتمثلة بالاضطرار والانتظام بقصد أداء خدمات عامة للجمهور ، إذ لا تتضمن العقود النفطية التزام الشركات الأجنبية بإفادة الجمهور من النفط الذي تنتجه ، كما أن جعل الثروة النفطية مرفقاً عاماً يعني إخضاع مشروعات الاستثمار النفطي للمبادئ الأساسية التي يخضع لها المرفق العام ، ومن أهم هذه المبادئ هي : المساواة بين الأفراد في الانتفاع بخدمات المرفق العام^(١٤) .

٦ - عدم وجود الشرط الخاص بالشروط الاستثنائية غير المألوفة في عقود الاستثمار النفطي ، إذ تتضمن هذه العقود شروطاً مقيدة للإدارة المتمثلة بالدولة أو من يمثلها ، ومطلقة للشركات الأجنبية المتعاقدة معها ، وتنصب هذه الشروط على حق الشركة المتعاقدة في إنهاء العقد أو التنازل عنه ، والإعفاء من الضرائب والرسوم الجمركية ، وإن ما تمارسه الدولة من حق الإشراف والرقابة يكون بهدف التأكد من حسن أداء الشركة المتعاقدة لالتزاماتها ، ومن ثم لا تعد من قبيل الشروط الاستثنائية المعروفة في القانون الإداري^(١٥) .

كما أنّ القول ان هذه الشروط الاستثنائية الخاصة بحق الإدارة في إنهاء العقد بالإرادة المنفردة غير مألوفة في العقود المدنية ، قول مردود إذ من الممكن إدراج مثل هذه الشروط في العقود المبرمة بين الأفراد ، مثل عقد البيع مثلاً ، يستطيع الأطراف النص فيه على حق أحدهم بإنهاء العقد بإرادته المنفردة ، فمثل هذه الشروط من الممكن وجودها في العقود الإدارية والمدنية ، وإن كانت تؤدي إلى اختلال التوازن العقدي^(١٦) .

وقد يذهب البعض إلى القول أن تعاقد الدولة أو من يمثلها بأساليب القانون العام ، وتمسكها بسيادتها وسلطانها قد يؤدي إلى هدم العلاقة التعاقدية مع الطرف الأجنبي ، وأثاره المشاكل السياسية بينها وبين الدول التابعة لها الشركات الأجنبية المتعاقدة معها عندما تلجأ إلى الحماية الدبلوماسية ، فذلك يتطلب من الدولة المنتجة أن تنزل لمستوى المتعاقد الخاص حتى تحقق مصالحها الخاصة إذا كانت تريد جذب الاستثمارات إلى أراضيها^(١٧) .

إلى جانب الفقه الرافض لإدارية عقود الاستثمار النفطي ذهبت المحاكم التحكيمية أيضا إلى ذات الموقف في رفضها لإدارية عقود الاستثمار النفطي وذلك من خلال العديد من الأحكام التحكيمية التي أصدرتها ومن هذه الأحكام :

١- قرار تحكيم : Aramco (١٨)

رفضت محكمة التحكيم عد العقد المبرم بين الحكومة السعودية وبين شركة ارامكو عقدا إداريا، إذ رأت أن الاستناد إلى معيار وجود الحكومة السعودية والاستناد إلى فكرة سيادة الدولة غير كافٍ لعد العقد إداريا ، كما أن الفقه الإسلامي لا يفرق بين العقود المدنية والإدارية فجميعها تحكمها قاعدة واحدة هي قاعدة العقد شريعة المتعاقدين لا يمكن المساس بها ، ونتيجة لتلك الحجج رفضت المحكمة عد العقد إداريا.

٢- قرار تحكيم Texaco (١٩)

ذهبت محكمة التحكيم إلى القول انه مع كون معرفة القانون الليبي بطائفة العقود الإدارية ، لكن العقد المبرم بين الحكومة الليبية وشركة تكساسكو لا يتضمن خصائص العقد الإداري جميعها التي تتعلق بوجود الإدارة أو من يمثلها ، وتشغيل مرفق عام ، وان يمنح العقد السلطة الإدارية حقوقاً وصلاحيات لا توجد في عقود القانون الخاص ، إذ رأت المحكمة التحكيمية إن العقد يتضمن شرط التثبيت أو عدم المساس وبذلك يكون قد خرج من طائفة العقود الإدارية ليصبح من عقود القانون الخاص .

٣- قرار تحكيم Liamco (٢٠)

حيث ذهبت محكمة التحكيم إلى القول أن عقد امتياز البترول ليس عقدا إداريا ، إنما هو عقد تغلب فيه صفات العقود المدنية والتجارية أكثر من العقود الإدارية ، وان الأنشطة التي تقوم بها الشركات الأجنبية النفطية لا تعد أعمالا تتعلق بالمرافق العامة ، وإنما تعتبر مشروعات من طبيعة خاصة ، ولذلك تظل محكومة بمبادئ القانون الدولي الخاص المنظم للعقود.

بعد عرض آراء الاتجاهين كلاهما (المؤيد والمعارض) بخصوص كون عقود الاستثمار النفطي عقودا إدارية من عدمها، يمكننا القول بأن تحديد طبيعة أي عقد من العقود عامة وعقود الاستثمار النفطي خاصة، تحكمه عدة أمور أهمها ظروف التعاقد التي تم فيها العقد، وأساليب إبرامه، إذ تختلف أساليب إبرام العقود حسب الظروف السياسية والاجتماعية للدولة ، بالإضافة إلى ذلك أن الدول لا تلتزم بطريقة معينة أو آلية واحدة للتعاقد في المجال النفطي، فقد تتبع عدة طرق لإبرام هذه العقود.

كما إن سيادة الدول المنتجة للنفط وسلطانها لا يرتبط بإدارية عقود الاستثمار النفطي ، فالصفة الإدارية للعقود ليست شرطا لخضوع هذه العقود لقانون الدولة المنتجة للنفط ، فقد تكون هذه العقود مدنية ومع ذلك تخضع لقانون الدولة المنتجة للنفط .

ومما ينفي الصفة الإدارية عن عقود الاستثمار النفطي ، قبول الدولة المتعاقدة مع الشركات الأجنبية بمنح هذه الشركات امتيازات تجعلها تقترب من امتيازات الإدارة وتكون بمستوى الإدارة أو أكثر من ذلك حيث تصبح هذه الشركات متمتعة بقوتين اقتصادية وقانونية ، أي في مستوى أعلى من الدولة ذاتها أو الإدارة ومن هذه الشروط النص على حق الشركة المتعاقدة إنهاء العقد بإرادتها المنفردة أو التنازل عنه إلى شركات أخرى وإدراج شروط تقيد سلطة الدولة التشريعية .

وما يؤيد ما توصلنا إليه عقد الخدمة النفطي المبرم بين شركة نفط الجنوب (وزارة النفط العراقية) و شركة جي أس أو سي باش نفث وشركة بريمير أويل العامة المحدودة (بي ال سي) في ٨/ تشرين الثاني/ ٢٠١٢ إذ نصت المادة (٢/٣٧) على انه (.....)، يتفق الطرفان على إن الحقوق والالتزامات تجارية وليست سيادية).

ومن الاتفاقيات التي تنفي عن هذه العقود الصفة الإدارية اتفاقية سنة (١٩٣٣) بين السعودية وشركة ستاندرد اويل كاليفورنيا ، إذ نصت المادة (٢٨) منها على انه (لشركة إن تنتهي هذه الاتفاقية في وقت شاءت وذلك بان تعطي للحكومة السعودية قبل عملها هذا بثلاثين يوما إنذارا خطيا بكتاب أو ببرقية ، وحين إنهاء هذه الاتفاقية بواسطة تقديم الإنذار تصبح كل من الحكومة والشركة بعد ذلك غير مقيدة بأي التزامات أخرى) (٢١).

وكذلك ما نصت عليه المادة (١٩) من اتفاقية نفط البصرة سنة (١٩٣٨) ، إذ نصت على أن : (لشركة الحق بأن تتنازل تنازلا نهائيا عن جميع مالها من حقوق بموجب هذه الاتفاقية ، على إن تعطي إخطارا تحريريا بعزمها على ذلك قبل ثلاثة أشهر ، وينتهي اجل هذه الاتفاقية بصورة قطعية في التاريخ

المعين لهذا الإنهاء، وبعد إعطاء هذا الإخطار يكون للشركة الحق بأن تنقل جميع مالها من الآلات والأبنية والمواد والمخلفات على اختلاف أنواعها من غير دفع إي رسم أو عوائد جمركية (٢٢).

يتضح من هذه الاتفاقيات ، عدم وجود إي شرط يعطي للدولة المضيفة سلطات تميزها عن الشركات الأجنبية المتعاقدة ، بل العكس إن هذه الاتفاقيات تضمنت شروطاً تعطي للشركة الأجنبية سلطة إنهاء العقد بإرادتها المنفردة ولا تلزمها بشيء سوى الإخطار المسبق وبمجرد توجيه الإخطار تصبح الشركة غير ملتزمة اتجاه الدولة بعد ذلك بأي التزام أو سلطة التنازل كلياً عن العقد وامتيازاته إلى شركة أخرى كما في اتفاقية نفط البصرة .

وفي عقد آخر أصبحت الشركات أكثر تحللاً من التزاماتها ، إذ ألزمت هذه الشركات الدول المضيفة بمنحها سلطة إنهاء العقد ودون الحاجة إلى توجيه إخطار أو موافقة مسبقة لتلك الدولة . وذلك واضح في عقد استغلال البترول لسنة (١٩٣٧) المبرم بين سلطنة عمان ومسقط ، حيث نصت المادة (٢٣) منه على: (توافق السلطنة على أنه يجوز للشركة إن تحول التزاماتها ومزاياها المقررة بمقتضى هذه الاتفاقية إلى شركة تنمية البترول الانجليزية أو لأي شركة أخرى مسجلة في الإمبراطورية البريطانية) (٢٣) .

وفي اتفاقية أخرى أنّ هذه الشروط اتسعت أكثر حيث أصبح للشركات المتعاقدة إن تنقل التزاماتها إلى شركات أخرى ولو كانت هذه الشركات ليست طرفاً في العقد المبرم بينها وبين الدولة المضيفة، وهذا نجده واضحاً في اتفاقية (أسو مصر) سنة (١٩٦٣) حيث نصت المادة (١٩) منها على أنه (في حالة تنازل الشركة إلى شركة تابعة لأسو ومملوكة لها وليست طرفاً في الاتفاقية عن كل أو جزء من الحقوق والمزايا.....، دون موافقة الحكومة ،وما عدا ذلك فإذا أراد أسو إن تتنازل عن كل أو جزء من حقوقها ومزاياها وواجباتها والتزاماتها فإنه لا يجوز للحكومة إن تمنع بطريقة تعسفية عن إعطاء موافقتها الكتابية على ذلك) (٢٤) .

يتضح من خلال هذه الاتفاقيات والعقود، عدم صلاحية المعيار الإداري أو الصفة الإدارية كأساس لأعمال قانون الدولة المتعاقدة .

الفرع الثاني

دور التشريعات الداخلية في تطبيق قانون الدولة المتعاقدة

يقصد بالتشريعات الداخلية للدولة المتعاقدة ، هو دستور هذه الدولة أو أي قواعد قانونية أخرى نافذة المفعول فيها ، كقانون نفطي أو استثماري أو قرارات تنظيمية أو اتفاقيات دولية مصادق عليها قانوناً إذ تصبح بمثابة قانون داخلي واجب التطبيق .

إنّ وجود إحدى التشريعات الداخلية للدولة المتعاقدة وبالأخص ، القانون النفطي المنظم للنشاط النفطي لا يؤثر في تطبيق قانون الدولة المتعاقدة فقد يوجد قانون داخل الدولة المنتجة ولكنه لا ينص على تطبيق قانونها في حالة نشوء أي منازعات بينها وبين المستثمر الأجنبي المتعاقد معها ، والعكس من ذلك فقد لا يوجد تشريع نفطي داخل الدولة المضيفة ومع ذلك يمكن تطبيق قانون الدولة المتعاقدة عن طريق إرادة المتعاقدين حيث بإمكانها النص على تطبيق قانون الدولة وخصوصاً أن إرادة المتعاقدين محلاً للاحترام من جميع الأنظمة الداخلية والدولية والقضائية والتحكيمية جميعها .

ويُعدّ العراق إحدى الدول النفطية الكبرى التي لا يوجد فيها تشريع نفطي لحد الآن متعلق بالنشاطات النفطية ، مثل التنقيب والتطوير والإنتاج ، بالرغم من وجود تشريعات نفطية أخرى ، ولكنها غير كافية لشمول النشاط النفطي بأكمله ، ومن هذه التشريعات، قانون تعيين مناطق الاستثمار العراقي رقم (٨) لسنة (١٩٦١) ، وقانون تأسيس الشركة الوطنية العراقية رقم (١٢٣) لسنة (١٩٦٧) ، وقانون رقم (٦٩) لسنة (١٩٧٢) بتأميم شركة نفط العراق المحدودة ، وقانون صيانة الثروة النفطية العراقي رقم (٢٢٩) لسنة (١٩٧٠) ، وغيرها من التشريعات النفطية الأخرى .

فعلى الرغم من وجود هذه القوانين إلا أنها لا تعنى بعمليات التنقيب والتطوير والإنتاج النفطي، وبالتالي فإن عدم وجود التشريع النفطي لا يؤثر على تطبيق قانون الدولة النفطية، إذ يمكن تطبيق قانون هذه الدولة عن طريق إرادة المتعاقدين وذلك ما يجد أساسه في القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة (١٩٥١) في المادة (٢٥١) منه . ولعل أبرز الاتفاقيات النفطية التي نصت على تطبيق القانون العراقي

، اتفاقية مبيعات نפט التصدير لمنطقة عقد الرقعة الاستكشافية، حيث نص البند (١٥) على: (تفسر هذه الاتفاقية وتحتكم إلى وتعمل بموجب قوانين جمهورية العراق) (٢٥).

وكذلك ما نصت عليه المادة (٣٧) من عقد شركة النفط الوطنية العراقية مع شركة ايراب الفرنسية، حيث جاء فيها: (تخضع ايراب فيما يختص بعملياتها المشمولة بهذا العقد لأحكام جميع القوانين والأنظمة المرعية في العراق عدا ما يتعارض منها وإحكام هذا العقد) (٢٦). ويعتبر العقد المذكور أعلاه أول عقد نفطي عراقي يحدد القانون واجب التطبيق في بنوده ، لان العقود التي سبقته كانت تكتفي بالإشارة إلى التحكيم والإجراءات المتعلقة دون الخوض في مسألة القانون واجب التطبيق (٢٧).

ومما تجدر الإشارة إليه ، أنّ وجود قانون الاستثمار العراقي المنظم للاستثمار الأجنبي ، كان بالإمكان تطبيقه على النشاط النفطي باعتباره من أهم الاستثمارات الأجنبية، لولا استثناء ذلك من قبل المشرع العراقي في المادة (٢٩) والتي نصت على: (تخضع جميع مجالات الاستثمار لأحكام هذا القانون باستثناء ما يأتي: أولاً: الاستثمار في مجالي استخراج وإنتاج النفط والغاز).

حيث أنّ تطبيق هذا القانون وخصوصاً المادة (٢٧) (٢٨)، من قانون الاستثمار العراقي ، التي تؤدي إلى تطبيق القانون العراقي في المنازعات الناشئة بين الجهة الحكومية أو إي هيئة أخرى تمثلها وبين المتعاقد الأجنبي .

ومن الدول المقارنة التي لا يوجد فيها تشريع نفطي متخصص بالعمليات النفطية جمهورية مصر، على الرغم من وجود قوانين للمناجم والمحاجر، كقانون المناجم والمحاجر رقم (٦٦) لسنة (١٩٥٣) المعدل بقانون رقم (٨٦) لسنة (١٩٥٦)، حيث تم بموجب هذا القانون إلغاء بعض المواد القانونية للقانون السابق والإبقاء على المواد الأخرى المتعلقة بالثروة النفطية وهذه المواد هي (٢٤-٣٩) ، وغيرها من القوانين الأخرى .

يتضح من هذه القوانين عدم نصها على تطبيق القانون المصري في حالة نشوء منازعات بين المتعاقد الوطني كالحكومة أو من يمثلها وبين المتعاقد الأجنبي . وبالتالي يمكن تطبيق قانون الدولة المتعاقدة عن طريق إرادة المتعاقدين .

إما الجزائر فهي من الدول التي يوجد فيها تشريع نفطي متخصص بالنشاطات النفطية ، حيث يمكن تطبيق قانون الدولة المتعاقدة من خلال المادة (٥٨) التي نصت على: (يسوى كل خلاف بين الوكالة الوطنية لتأمين موارد المحروقات (النفط) والمتعاقد ينجم عن تفسير أو تنفيذ العقد أو عن تطبيق هذا القانون أو النصوص المتخذة لتطبيقه ، يطبق القانون الجزائري ، ولا سيما هذا القانون والنصوص المتخذة لتطبيقه لتسوية الخلافات) (٢٩).

يلاحظ على هذا النص، عموميته إذ يتم تطبيقه في حالة نشوء خلافات متعلقة بتفسير العقد أو تنفيذه أو تحديد القانون واجب التطبيق .

وعلى الرغم من وجود هذا القانون النفطي ونصه على أنّ القانون الجزائري هو القانون واجب التطبيق، إلا انه لا يعد قيداً على إرادة المتعاقدين، ومن ثم فالفائدة المترتبة على هذا التحديد الصريح للقانون واجب التطبيق من قبل القانون النفطي للدولة المتعاقدة ، يتضح في حالة عدم نص المتعاقدين على القانون واجب التطبيق على العقد المبرم بينهم، ومن ثم قطع دابر كل نزاع يمكن أن يثار بخصوص ذلك . إما ليبيا ، فهي من الدول التي تمتلك تشريعاً نفطياً متخصصاً بالنشاطات النفطية ، إذ أسهم هذا القانون في تطبيق القانون الليبي على العقود الاستثمارية النفطية (٣٠) .

ومن الدول الأخرى التي يوجد فيها تشريع نفطي منظم للنشاطات النفطية، سلطنة عمان ، حيث ترك قانون النفط والغاز العماني للمتعاقد تحديد القانون واجب التطبيق على عقدهم إذ نص على: (مع عدم الإخلال بأحكام هذا القانون، يجب إن تتضمن اتفاقية الامتياز بصفة خاصة ما يلي ،.....، ١٢- تسوية المنازعات) (٣١) .

يلاحظ على هذا النص، عدم تحديده للقانون العماني كقانون واجب التطبيق لتسوية المنازعات التي يمكن إن تنشأ بسبب تنفيذ العقد أو تفسيره ، وبالتالي فعلى الرغم من إن عمان تعتبر من الدول التي تمتلك تشريعاً نفطياً متخصصاً إلا انه مع ذلك لم ينص على تطبيق قانون الدولة النفطية .
المطلب الثاني

المعايير الدولية لتطبيق القانون الوطني للدولة النفطية

إن التأكيد على السيادة الدائمة للدول المنتجة على ثرواتها الطبيعية ، لم يقتصر على المعايير الوطنية فقط، إنما امتد الأمر إلى المعايير الدولية التي تتمثل بالقرارات الصادرة عن الأمم المتحدة والاتفاقيات الدولية والقضاء الدولي والهيئات التحكيمية ، وعليه سوف نقسم هذا المطلب الى ثلاث فروع نتناول في أولها تطبيق القانون الوطني للدولة النفطية استنادا إلى قرارات الجمعية العامة للأمم المتحدة ، وفي ثانيها تطبيق القانون الوطني للدولة النفطية استنادا إلى أحكام القضاء الدولي ، وفي ثالثها تطبيق القانون الوطني للدولة النفطية استنادا إلى أحكام الاتفاقيات الدولية.

الفرع الاول

تطبيق القانون الوطني للدولة النفطية استنادا إلى قرارات الجمعية العامة للأمم المتحدة أصدرت الجمعية العامة للأمم المتحدة العديد من القرارات الدولية التي تشكل أساساً قانونياً دولياً لتطبيق قانون الدولة النفطية على عقود الاستثمار النفطي ، واهم ما جاء في هذه القرارات (٣٢):

١- مراعاة استناد التأميم أو نزع الملكية أو المصادرة على أسس من المنفعة العامة أو الأمن العام أو المصلحة الوطنية ، المسلم برجحائها على المصالح الفردية أو الخاصة الأجنبية أو الوطنية ، وللمالك في هذه الحالات الحق في الحصول على التعويض الملائم ، الذي يتم تقديره وفقا للقواعد السارية في الدولة التي تتخذ هذه الإجراءات في ممارستها لسيادتها ، ووفقا للقانون الدولي ، وكذلك استغلال وتنمية الموارد الطبيعية والتصرف فيها ، واستيراد رأس المال الأجنبي لتنمية هذه الموارد ، وذلك وفقا للقرار رقم (١٨٠٣) الصادر في (١٤) ديسمبر (١٩٦٢) .

٢- التأكيد على حق الدولة في ممارسة سيادتها الدائمة على مواردها الطبيعية ، ولها التعبير عن هذه السيادة في التأميم للمشروعات الأجنبية القائمة على استثمار الثروات الطبيعية وتقدير التعويض المناسب لها وفقا للقانون الوطني أي قانون الدولة المتعاقدة ، وذلك وفقا للقرار رقم (٣١٧١) الصادر في (١٧) ديسمبر (١٩٧٣) .

٣- إنشاء نظام اقتصادي عالمي جديد أهم مرتكزاته ، حق كل دولة في السيادة الدائمة والكاملة على مواردها الطبيعية وعلى جميع الأنشطة الاقتصادية فيها ، وذلك وفقا للقرار رقم (٣٢٠١) الصادر في أول مايو سنة (١٩٧٤)

٤- وضع ميثاق لحقوق الدول وواجباتها الاقتصادية واهم هذه الحقوق ، حق الدول في التأميم والمصادرة ، ونقل ملكية الأموال الأجنبية ، ويتعين في هذه الأحوال جميعاً أن تدفع هذه الدول تعويض ملائم ، وذلك وفقا للقوانين واللوائح النافذة فيها ، وذلك طبقا للقرار رقم (٣٢٨١) الصادر في (١٢) ديسمبر سنة (١٩٧٤).

يتضح مما سبق، تأكيد القرارات الدولية على حق الدولة النفطية في سيادتها الدائمة على الثروات الطبيعية ، ويمكن لهذه الدول ممارسة هذه السيادة بصور مختلفة فيمكنها التعبير عن هذه السيادة عن طريق تمسكها أن يكون قانونها الوطني هو القانون واجب التطبيق ، وتأميم المشروعات الأجنبية ، وتقدير التعويض المناسب في حالة التأميم وفقا لقوانينها الوطنية ، ولكن رغم تأكيد هذه القرارات على سيادة الدول المنتجة على ثرواتها الطبيعية واعتبار ذلك أحد أهم مرتكزات النظام الاقتصادي العالمي الجديد واهم مبادئ ميثاق حقوق الدول وواجباتها الاقتصادية . إلا أن التساؤل الذي يطرح هنا هو ، هل يمكن للدول المنتجة للثروات الطبيعية أن تستند إلى هذه القرارات كأساس دولي قانوني لتمسكها بسيادتها عن طريق تطبيق قانونها عند تعاقدتها مع الشركات الأجنبية ؟

الإجابة عن هذا التساؤل تقتضي بيان الطبيعة القانونية لتلك القرارات ، إذ اختلف الفقه والتحكيم الدولي في تحديد هذه الطبيعة ما بين عرف دولي وما بين وصفها توصيات غير ملزمة للدول ، حيث لا يمكن إجبار الدول على تنفيذها ، وما بين وصفها التزامات لها طابعها القانوني الملزم للدول (٣٣) .

كما ناقشت المحاكم التحكيمية القيمة القانونية لهذه القرارات في قضايا عديدة منها ليامكو وتكساسكو و امينويل ، ففي قضية ليامكو ذهبت هيئة التحكيم في قرارها إلى أن القرارات الصادرة عن الجمعية العامة للأمم المتحدة ، وإن لم تشكل مصدرا جماعيا للقانون ، فهي تعد الدليل على اتجاه جديد يحظى بالأغلبية ويتعلق بالحق السيادي للدول على مواردها الطبيعية ، ولكن هذا الحق يمارس في حدود

احترام الاتفاقات التعاقدية والالتزام بالتعويض ، واعتبر إن القانون واجب التطبيق على العقد بصفة أصلية هو القانون الليبي ، إلا إن هذا التطبيق سيخل بمبدأ المساواة بين الأطراف المتعاقدة (٣٤) .

إما في قضية Texaco فقد تمسكت الحكومة الليبية في المنازعات التي ثارت بينها وبين الشركات الأجنبية على أثر قيامها بتأميم أموال هذه الشركات بالقرار رقم (٣١٧١) الصادر عن الجمعية العامة للأمم المتحدة ، ويعطي هذا القرار للدول الحق في نقل الأموال الأجنبية ، والتأميم ، وتقدير التعويض وذلك وفقاً لقوانينها الوطنية ومحاكمها ، وقد ذهب المحكم ديبوي عند النظر في الحجة المقدمة من قبل الحكومة الليبية وتمسكها بهذا القرار ، بـين إن القرارات الصادرة عن الجمعية العامة للأمم المتحدة ليست لها قيمة قانونية متساوية ، فهذه القيمة يجب تقديرها وفقاً للمعيارين :

المعيار الأول : هو نسبة التصويت على كل قرار ، وتبين له إن القرار رقم (١٨٠٣) هو وحده الذي يتمتع بصفة القانون الدولي الوضعي ، فهذا القرار صدر بأغلبية سبع وثمانين دولة ومعارضة دولتين فقط ، وامتناع اثنتي عشرة دولة عن التصويت ، كما صوتت إلى جانبه دول غربية رأسمالية عديدة على رأسها الولايات المتحدة الأمريكية ، ويعزى سبب تصويت هذه الدول على هذا القرار هو نصه على تطبيق القانون الدولي إلى جانب القانون الداخلي في معاملة الاستثمارات الأجنبية ، بينما القرارات الأخرى (٣١٧١ ، ٣٢٠١ ، ٣٢٨١) فهي لا تمتع بصفة القانون الدولي الوضعي ، إذ رفضت هذه القرارات من أغلبية الدول الكبرى الصناعية لكونها نصت على تطبيق قانون الدولة المتعاقدة فقط دون القانون الدولي .

أما المعيار الثاني فهو : تحليل النصوص التي تم التصويت عليها ، حيث اعتبر المحكم ديبوي القرارات (٣١٧١ ، ٣٢٠١ ، ٣٢٨١) المتعلقة بميثاق الحقوق والواجبات الاقتصادية للدول تشكل إعلاناً سياسياً أكثر مما هو قانونياً ، وتدخل هذه القرارات في إطار إستراتيجية التنمية وتمت الموافقة عليه بواسطة الدول غير الصناعية وحدها ، وكذلك الأمر في القضايا الأخرى (٣٥) .

يتضح مما سبق ، إن ما توصل إليه المحكم ديبوي في قضية تكساسكو لم يقتصر على معيارين ، إنما استند إلى معايير أخرى هي ، مصالح الدول الصناعية الكبرى التي تمثلها الشركات الأجنبية المتعاقدة مع الدول النامية والتي هي غالباً ما تكون منتجة للثروات الطبيعية ، كما استند إلى معيار ماهية الدول المصنوعة على هذه القرارات ، وكذلك وضع أساس لتطبيق القانون الدولي العام ، ، حيث جاءت موافقة الدول الصناعية الكبرى على أحد هذه القرارات وخصوصاً القرار (١٨٠٣) لكونه ينص على تطبيق القانون الدولي إلى جانب القانون الوطني، أو تطبيق القانون الدولي فقط وخصوصاً عندما يتم استبعاد القانون الوطني للدولة المتعاقدة بحجج مختلفة .

الفرع الثاني

تطبيق القانون الوطني للدولة النفطية استناداً إلى إحكام القضاء الدولي ذهب القضاء الدولي إلى تأييد تطبيق القانون الوطني للدولة المتعاقدة وتجسد ذلك في الأحكام التي اتخذتها محكمة العدل الدولية في العديد من القضايا التي عرضت عليها ومن أشهر هذه القضايا ، قضية القروض الصربية والبرازيلية ، عام (١٩٢٩) ، حيث بينت المحكمة في حكمها ما يلي : (كل عقد لم يجري بين الدول بوصفها أشخاص للقانون الدولي العام ، إنما يجد أساسه في القانون الوطني للدولة ما ، ويختص فرع القانون المعروف باسم القانون الدولي الخاص أو نظرية تنازع القوانين بتحديد هذا القانون ، ولما كان الطرف المقترض في عقد القرض هو دولة ذات سيادة ، فلا يمكن افتراض إن الالتزامات التي قبلتها والتي تتعلق بهذا القرض تخضع لأي قانون آخر غير قانونها) (٣٦) .

يتضح مما سبق ، إن محكمة العدل الدولية وضعت شرطاً لتطبيق القانون الوطني للدولة المتعاقدة على عقود الدولة ، بما فيها عقود الاستثمار النفطي هو ، كون الدولة أبرمت هذه العقود بوصفها شخصاً من أشخاص القانون الدولي الخاص، وليس بوصفها شخصاً من أشخاص القانون الدولي العام ، فإن أبرمت هذه العقود بتلك الصفة تخضع للقانون الدولي العام .

وقد تبنى تحكيم ارامكو ما توصلت إليه محكمة العدل الدولية ، إذ أكدت محكمة التحكيم على ضرورة تطبيق القانون السعودي على مضمون الامتياز ، وذلك لأن هناك قرينة في القانون الدولي الخاص، مؤداها انه ما لم يثبت العكس، فقانون الدولة المتعاقدة هو القانون واجب التطبيق.

وأخذت بذلك أيضا محكمة التحكيم في النزاع الذي نشب بين شركة بترول يوم ديفلب مونت وابو ظبي ، حيث قررت انه إذا كان هناك ثمة قانون وطني واجب التطبيق على العقد ، فهذا القانون هو قانون أبو ظبي ، وذلك بسبب إبرام العقد ووجوب تنفيذه الكامل فيها^(٣٧) .

كما تم الأخذ بالقانون الوطني للدولة النفطية في النزاع الذي نشب بين قطر وشركة انترناشونال مارين سنة (١٩٥٣) ، حيث أكد المحكم على ضرورة تطبيق القانون القطري وذلك انطلاقا من طبيعة موضوع العقد التي تقتضي الأخذ بالقانون القطري وعلى الأخص القانون الإسلامي والتي تعدّ مبادئ العدالة أساسا له^(٣٨) .

أهم ما يلاحظ على إحكام المحاكم التحكيمية هو اتفاقها على أنّ الأصل في التطبيق هو القانون الوطني للدولة المتعاقدة بوصفه قانون بلد الإبرام وبلد التنفيذ ، وارتباط موضوع العقد بشكل أساسي بالدولة المتعاقدة ، وخصوصا اغلب الدول المتعاقدة هي دول نامية إذ تهدف إلى التنمية الاقتصادية من خلال إبرامها هذه العقود.

ومن جانب آخر افترض مجرد دخول الشخص الأجنبي في علاقة تعاقدية مع حكومة دولة أجنبية يعد قبولاً منه لمبدأ خضوع العقد لقانون تلك الدولة ، وهذه القرينة وضعها مقرر لجنة القانون الدولي (Amador) حيث يقول بهذا الصدد: تتفق الآراء والسلوك المعترف به على انه العقود التي تبرم بين حكومة دولة وأجنبي يحكم إبرامها وتنفيذها القانون الوطني للدولة الطرف ، وليس القانون الدولي العام ، ذلك إن الشخص الخاص الذي يرتبط بعلاقة تعاقدية مع حكومة أجنبية يوافق على إن تخضع كافة الآثار القانونية المترتبة على هذا العقد للقانون الوطني لهذه الدولة^(٣٩) .

وهذه القرينة انعكاس للقرينة التي وضعتها محكمة العدل الدولية ، وهي إن وجود الدولة طرفا في العقد يعد غير كافٍ لتطبيق قانونها ، إلا انه هذه القرينة تعرضت للانتقاد الشديد ، حيث إن وجود الدولة كطرف في العقد غير كافٍ لتطبيق قانونها ، فالدولة التي تتعاقد على قدم المساواة مع الأفراد العاديين لا يجوز لها التمسك بحصانة تشريعية تعفيها من الخضوع لقانون آخر غير قانونها^(٤٠) .

كما ذهب البعض إلى القول أنّ المعيار الذي وضعته المحكمة في اشتراطها وجوب التمييز بين تصرف الدولة كشخص من أشخاص القانون العام فيخضع العقد للقانون الدولي العام ، وبين تصرفها كشخص من أشخاص القانون الخاص فيخضع العقد للقانون الوطني للدولة المتعاقدة ، معيار غير كافٍ وغير واقعي ، فالدولة قد تتصرف بصفتها شخصا من أشخاص القانون العام ومع ذلك تخضع للقانون الوطني ، فبإمكان الدولة إن تتنازل صراحة أو ضمنا عن التعامل بصفتها شخص من أشخاص القانون الدولي العام وتخضع لأحكام القانون الخاص الذي كان يمكن لها تتحاشى الخضوع لأحكامه ، لو لم تتنازل عن التعامل بصفتها شخص من أشخاص القانون الدولي العام^(٤١) .

الفرع الثالث

تطبيق القانون الوطني للدولة النفطية استناداً إلى الاتفاقيات الدولية

تنص بعض الاتفاقيات الدولية على تطبيق قانون الدولة المتعاقدة مما يشكل سندا دولياً لتطبيق قانون الدولة المتعاقدة ، ومن أهم هذه الاتفاقيات :

١- اتفاقية واشنطن لسنة (١٩٦٥) (٤٢) :

تنص المادة (٤٢) من اتفاقية واشنطن على أن: (١- تفصل محكمة التحكيم في النزاع وفقاً لقواعد القانون المختارة من الأطراف وفي حالة عدم وجود اتفاق بين الأطراف ، فإن المحكمة تطبق قانون الدولة المتعاقدة الطرف في المنازعة ، بما في ذلك القواعد المتعلقة بتنازع القوانين أو مبادئ القانون الدولي المتعلقة بالمنازعة المعروضة عليها . ٢- لا يمكن للمحكمة إن ترفض الفصل في المنازعة بحجة سكوت القانون عن التعرض للمسألة محل المنازعة أو غموضه . ٣- لا تنال نصوص الفقرتين السابقتين من سلطة المحكمة التحكيمية في إن تفصل في المنازعة وفقاً لمبادئ العدالة والإنصاف إذا اتفق الأطراف على ذلك) . أهم ما يلاحظ على هذه المادة أنها وضعت أساسين لتطبيق قانون الدولة المتعاقدة :

١- حالة اختيار الأطراف المتعاقدة للقانون الوطني للدولة المتعاقدة وقد جاء نص المادة عاما بغض النظر عن كونه اختياراً صريحاً أو ضمناً.

٢- حالة عدم وجود اتفاق بين الأطراف على القانون واجب التطبيق فإنه يتم تطبيق قانون الدولة المتعاقدة .

كما يلاحظ على هذه المادة مساواتها بين القانون الداخلي للدولة المتعاقدة ومبادئ القانون الدولي العام ، وفي الوقت نفسه تعطي للمحكمين سلطة استبعاد القانون الوطني إذا خالف مبادئ القانون الدولي العام . وعليه فهذه الاتفاقية لا تصلح أساساً لإخضاع عقود الاستثمار النفطي لقانون الدولة المتعاقدة خصوصاً عند عدم اختيار المتعاقدين للقانون واجب التطبيق لان ذلك سيؤدي إلى تطبيق قانون الدولة المتعاقدة ومبادئ القانون الدولي العام ، وعلى الأرجح عند الاختلاف تطبق مبادئ القانون الدولي العام فقط ، وقد يكون ذلك في غير صالح الدولة المتعاقدة .

٢- اتفاقية روما لسنة (١٩٨٠) بشأن الالتزامات التعاقدية :

تنص المادة (٣ ف ١) من الاتفاقية المذكورة أعلاه على: (يكون العقد محكوماً بالقانون المختار من قبل الأطراف ، وهذا الاختيار يكون صريحاً أو يستخلص بطريقة مؤكدة من أحكام العقد أو ظروف العقد ، وبهذا الاختيار يستطيع الأطراف تعيين قانون يكون واجب التطبيق على كل أو جزء فقط من عقدهم ، وجاء كذلك في الفقرة الثالثة من المادة نفسها: (إذا كانت جميع العناصر المتصلة بالعلاقة تتركز في دولة واحدة وقت الاختيار ، فلا تمس النصوص القانونية التي لا تسمح هذه الدولة للأطراف بمخالفتها عن طريق إبرام العقود ، والتي يطلق عليها فيما بعد بالنصوص الأمرة) .

كما نصت المادة (١/٤) منها على : (في حالة انعدام اختيار الأطراف لقانون يحكم العقد ، فإنه يطبق قانون الدولة الأوثق صلة بالعقد ، ومع ذلك إذا كان بعض أجزاء العقد ترتبط بصلة وثيقة بقانون دولة أخرى ، فإن هذا القانون هو الذي يتم تطبيقه) (٤٣) .

يلاحظ على نصوص هذه الاتفاقية ، أنها أعطت للإرادة دوراً أساسياً في تعيين القانون واجب التطبيق سواء أكان هذا الاختيار صريحاً أو ضمنياً يستخلص من أحكام العقد أو ظروف العقد ، ويشترط في هذا الاختيار عدم مخالفته للقواعد الأمرة للقانون المختار ، وفي حالة انعدام الاختيار الصريح أو الضمني ، يتم تطبيق القانون الأوثق صلة بالعقد ، ولم تبين هذه الاتفاقية متى يكون القانون أوثق صلة بالعقد ؟

وخصوصاً أن هذه القرينة بسيطة قابلة لإثبات العكس ، وذلك إذا تضح من الظروف المحيطة إن العقد يرتبط بروابط أوثق مع دولة أخرى ، فقانون هذه الدولة هو الذي يتم تطبيقه . ومن ثم فهذه الاتفاقية لم تضع مبدأ محدد يؤدي بشكل قاطع إلى تطبيق قانون الدولة المتعاقدة ، بل على العكس من ذلك ، حيث وضعت قرينة بسيطة يمكن إن تؤدي إلى تطبيق القانون الوطني للمتعاقد الأجنبي .

المبحث الثاني

استبعاد القانون الوطني للدولة النفطية

على الرغم من اختيار المتعاقدين في عقود الاستثمار النفطي للقانون الوطني للدولة النفطية أو اتجاه إرادتهم إلى ذلك القانون بصورة ضمنية من خلال المؤشرات والملابسات المحيطة بالعقد ، لكن عادة ما يتم استبعاده بالاستناد إلى حجج أو أسس مختلفة ، وعليه قسمنا هذا المبحث على مطلبين ، الأول نتناول فيه أساس استبعاد القانون الوطني للدولة النفطية ، أما الثاني فسنتناول فيه تقدير استبعاد القانون الوطني للدولة النفطية .

المطلب الأول

أساس استبعاد القانون الوطني للدولة النفطية

تتعدد الأسس التي تستند إليها المحاكم الدولية لغرض استبعاد القانون الوطني للدولة النفطية ، فتارة تستند إلى حجة عدم ملائمة القانون الوطني للدولة النفطية أو نقص هذا القانون أو تعارضه مع مبادئ القانون الدولي العام . وعليه سوف نقسم هذا المطلب على فرعين نتناول في الأول عدم ملائمة القانون الوطني للدولة النفطية لمعاملات التجارة الدولية ، وفي ثانيهما تعارض القانون الوطني للدولة النفطية مع مبادئ القانون الدولي العام .

الفرع الأول

عدم ملائمة القانون الوطني للدولة النفطية لمعاملات التجارة الدولية

يتجه جانب من الفقه إلى القول^(٤٤) بأن تطبيق القانون الوطني للدولة المتعاقدة على العقود الدولية بما فيها عقود الاستثمار النفطي ، يؤدي إلى الإخلال بالأمان القانوني ويخل بتوقعات الأطراف المتعاقدة ، لكونها نظم قانونية وضعت لغرض معالجة المشاكل الداخلية وليس الدولية ، كما أنها نظم قانونية متباينة فيما بينها .

كما ذهب محاكم التحكيم الدولية في بعض أحكامها إلى استبعاد القانون الوطني للدولة المتعاقدة ، على الرغم من اعتراف هذه المحاكم ، إن القانون الوطني للدولة المتعاقدة هو القانون المناسب لحكم هذه العقود ، لأن هذا القانون هو قانون احد الأطراف وهي الدولة ، وهو قانون محل الإبرام ومحل التنفيذ ، وارتباط هذه العقود بالتنمية الاقتصادية للدولة المتعاقدة ، وتقوم هذه المحاكم باستبعاده بحجة أن هذه القوانين غير متماشية مع مقتضيات التجارة الدولية . وسنذكر الآن بعض القضايا التي استبعد فيها القانون الوطني للدولة النفطية وكما يلي :

١- ما ذهب إليه المحكم لورد اسكوث في التحكيم بين شيخ أبو ظبي وشركة بترول يوم ديفلوب مونت في عام (١٩٥١) ، وتتلخص وقائع هذا النزاع في أن هذه الشركة كانت قد حصلت عام (١٩٢٩) على امتياز يغطي إقليم (أبو ظبي) جميعه ، لكن حاكم هذه الإمارة قام بمنح امتياز آخر عام (١٩٥٠) لشركة سوبر اويل ، في المناطق البحرية النائية ، هذا الأمر دفع الشركة الأولى إلى الاعتراض على منح الامتياز للشركة الثانية ، مما أسفر عن نشوب نزاع بين الطرفين ، واتفقا على عرضه على هيئة التحكيم ، وعندما عرض النزاع على محكمة التحكيم رأى المحكم لورد اسكوث ، إن القانون واجب التطبيق على هذا النزاع هو قانون أبو ظبي المتمثل بالشريعة الإسلامية ، إلا انه اصدر حكمه عام (١٩٥١) باستبعاد قانون إمارة أبو ظبي بقوله :-

(هذا عقد تم في أبو ظبي ونفذ بالكامل في هذا البلد ، وإذا كان لأي قانون محلي أن ينطبق فإن ذلك القانون يكون لأول وهلة قانون أبو ظبي ، غير انه لا يمكن القول بشكل معقول بأن لهذا القانون وجوداً ، فشيخ أبو ظبي يقيم استناداً إلى القران عدالة تقديرية محضة ويكون من قبيل الوهم والخيال ، القول بأنه توجد في ذلك الإقليم شديد البدائية أية مجموعة من المبادئ القانونية القابلة للتطبيق على تفسير العقود التجارية الحديثة)^(٤٥) .

نلاحظ على هذا الحكم ، استبعاد المحكم لقانون إمارة أبو ظبي المتمثل بالشريعة الإسلامية ، مع إقراره بقانون أبو ظبي هو القانون الحاكم لهذا العقد ، لكنه استبعده بحجة عدم ملائمته لمعاملات التجارة الدولية ، وقد بنى هذا المحكم عدم الملائمة بين قانون أبو ظبي ومقتضيات التجارة الدولية ، لكونه مأخوذاً من الشريعة الإسلامية ومبادئها ، كما ادعى أن إقليم إمارة أبو ظبي شديد البدائية ولا تملك أية مبادئ قابلة للتطبيق على العقود التجارية الدولية ، وبالتالي كان الغرض من وراء وضع هذه الاتهامات لقانون إمارة أبو ظبي المأخوذ من الشريعة الإسلامية ، هو استبعاده ، وتطبيق القانون الانكليزي لتحقيق مصلحة الطرف الأجنبي ، والقول بأن إقليم أبو ظبي ، إقليم شديد البدائية ، فإذا كان له ما يبرره سابقاً ، لكنه في الوقت الحالي ليس له ما يبرره ، حيث أصبحت إمارة أبو ظبي من أكثر البلدان العربية والأجنبية تطوراً وجذباً للاستثمار الأجنبي .

٢- الحكم الصادر في قضية التحكيم بين حاكم قطر وشركة النفط البحرية الدولية المحدودة لسنة (١٩٥٣) .

حيث قرر المحكم فيها أن هناك : (عوامل موضوعية عديدة تشير إلى إن القانون الإسلامي هو القانون المطبق في قطر باعتباره القانون المناسب) ، وأضاف أن : (الإجابة لإقامة أدلة أمامي تتعلق بأصل وتاريخ ونمو القانون الإسلامي كما مطبق في قطر ، أو باعتباره الإجراء القانوني في هذه الدولة ، وليس لدي سبب في إن افترض إن القانون الإسلامي غير مطبق بدقة ، بيد إنني مقتنع بأن هذا القانون لا يتضمن أية مبادئ كافية لتفسير هذا النوع الخاص من العقود)^(٤٦) .

يلاحظ على هذا الحكم أيضاً استبعاد المحكم للقانون الإسلامي المطبق في قطر بحجة أخرى وهي نقص القانون الإسلامي أو عدم كفايته لتفسير عقود الاستثمار النفطي .

٣- الحكم التحكيمي الصادر في قضية ارامكو لسنة (١٩٥٨) :
أبرمت الحكومة السعودية عقداً عام (١٩٣٣) مع شركة ارامكو ويحق لهذه الشركة بموجب هذا العقد ، القيام بنقل النفط المنتج في السعودية إلى الخارج ، ثم تعاقدت الحكومة السعودية مع إحدى شركات

أوناسيس عام (١٩٥٤) ، ويحق لهذه الشركة تأسيس شركة في السعودية خاصة لنقل النفط تعرف باسم (شركة ناقلات النفط البحرية السعودية) ، وعندما تمت الموافقة على هذا العقد بموجب المرسوم الملكي رقم (٥٧٣٧) بتاريخ (٩) نيسان عام (١٩٥٤) ، طالبت الحكومة السعودية شركة ارامكو بتنفيذ هذا المرسوم ، إلا ان شركة ارامكو لم توافق على طلب الحكومة السعودية ، فحصل خلاف بينهما وقررا عرض النزاع على التحكيم ، وعندما عرض النزاع على محكمة التحكيم قررت إن القانون السعودي هو القانون واجب التطبيق ، لكنها استبعدته بعد ذلك بقولها : (إن نظام الامتيازات التعدينية ، ومن ثم الامتيازات البترولية غير كاملة التكوين في القانون الإسلامي ، وكذا في المدارس الفقهية الإسلامية الأخرى ، ولا يمكن إدماج مبادئ المدارس المختلفة إلا بعمل من السلطة ، إما بالنسبة لمدرسة الإمام احمد بن حنبل ، وهي المدرسة الفقهية الإسلامية المطبقة في السعودية ، فأنها لا تتضمن قاعدة محددة خاصة)^(٤٧) .

يلاحظ على هذا الحكم استبعاده للقانون المطبق في السعودية وهو القانون الإسلامي ، كما استبعدت الأحكام التحكيمية السابقة القوانين الإسلامية ، و جاء سبب الاستبعاد هو ، نقص القانون الإسلامي وجاء قول المحكم هذا على الرغم من تطرقه لتفاصيل المذاهب الفقهية الإسلامية ، إذ ذكر مدرسة احمد بن حنبل وبين أنها المدرسة الفقهية المطبقة في السعودية وهي لا تتضمن إي قاعدة يمكن تطبيقها على الامتيازات البترولية ، و اراد المحكم من ذلك عدم اتهامه بعدم معرفة القانون الإسلامي ، وبالتالي رأى إن القانون الإسلامي المطبق في السعودية يعتريه النقص ويجب تكملة بمصادر احتياطية كالمبادئ العامة للقانون . نستخلص مما سبق ، مع كون اختلاف المحكمين واختلاف طبيعة النزاع أو أسبابه ، إلا أن الأحكام التحكيمية كانت واحدة في استبعاد القانون الوطني للدولة المتعاقدة ، وخصوصا إذا كان قانون هذه الدولة هو الشريعة الإسلامية ، فيتم استبعاده بحجة عدم ملائمة لمعاملات التجارة الدولية أو نقصه ويجب تكملة بمصادر احتياطية كالمبادئ العامة للقانون .

الفرع الثاني

تعارض القانون الوطني للدولة النفطية مع مبادئ القانون الدولي العام على الرغم من وجود إرادة المتعاقدين الصريحة واتجاهها إلى تطبيق قانون الدولة المتعاقدة أو اتجاه المؤشرات الضمنية إلى ذلك ، لكن المحاكم التحكيمية اتجهت إلى استبعاد هذه الإرادة بحجة معارضة ما اتجهت إليه إرادتهم في اختيارهما للقانون الوطني للدولة النفطية مع مبادئ القانون الدولي العام . ومن ابرز القضايا التحكيمية التي أخذت فيها المحاكم التحكيمية بهذه الحجة ، قضية امنويل ، التي استندت فيها محكمة التحكيم إلى المادة (٣ف٢) من اتفاق التحكيم المبرم في (٢٣/ديسمبر/١٩٧٣) التي نصت على : (القانون الذي يحكم موضوع النزاع بين الطرفين سوف يتم تحديده من قبل المحكمة ، مع مراعاة صفة الأطراف ، والصفة عبر الدولية لعلاقتهم ، ومبادئ القانون والعادات المرعية في العالم المتحضر) .

فوفقاً لهذا النص قدرت هيئة التحكيم إن القانون الكويتي هو الأكثر ارتباطاً بالنزاع وذلك انطلاقاً من صفة العقد الدولي ، وكون العقد محل النزاع قد ابرم في الكويت ونفذ فيها ، إلا أنها ومع ذلك ستطبق بالإضافة إليه مبادئ القانون الدولي ، وذلك استناداً إلى المادة (١٢) من اتفاقية عام (١٩٧٣) المتعلقة بنظام التسعير الجديد الذي وضعته منظمة أوبك ، وهي تابعة للاتفاقية الأصلية ، والتي نصت على : (الأطراف في هذا العقد تستند في علاقاتها على مبادئ حسن النية والود المتبادل مع الأخذ في الاعتبار اختلاف جنسيات الأطراف ، فتنفيذ وتفسير هذا العقد بينهم يجب أن يتم على أساس المبادئ المشتركة في القانون الكويتي وقانون ولاية نيويورك)^(٤٨) .

أهم ما يلاحظ على حكم محكمة التحكيم هذا ، استبعاده القانون الكويتي بصورة غير مباشرة وتطبيقه المبادئ العامة للقانون ، وذلك من خلال حجج مختلفة منها القانون الدولي العام جزء من القانون الكويتي ، ومن ثم استبعدت القانون الكويتي بشكل كامل وقامت بتطبيق مبادئ القانون الدولي العام ، وذلك بالشكل الذي يحقق مصلحة الطرف الأجنبي ، ولجأت هذه المحكمة في سبيل الوصول إلى هذه النتيجة إلى تجزئة القانون واجب التطبيق وعدت القانون الكويتي جزء من القانون الدولي العام ، ويطبق لمعرفة حقوق والتزامات طرفي العقد ، والجزء الآخر لا يطبق إلا بقدر اتفاه مع مبادئ القانون الدولي العام .

المطلب الثاني

تقدير استبعاد القانون الوطني للدولة النفطية

كشفت السوابق التحكيمية عن امتزاج المسائل السياسية والاقتصادية مع المسائل القانونية ، الأمر الذي يؤدي إلى استبعاد ما اتفق عليه المتعاقدون محتجين تارة بعدم ملائمة القوانين الوطنية لمعاملات التجارة الدولية او نقصها او تعارضها مع المبادئ العامة للقانون .

فعلى الرغم من اعتراف المحكمين بقانون الدولة النفطية هو المختص أصلاً بحكم العقود النفطية ، وذلك استناداً لقواعد تنازع القوانين ، إلا أنها تلجأ إلى استبعاده بحجة تخلف قوانين الدولة النفطية وعدم ملائمتها، وهذا ما ذهبت إليه في قضية أبو ظبي ، والسؤال الذي يُثار هنا ، هو لو كان قانون أمانة أبو ظبي مقتبس من قوانين الدول الغربية ، هل كان مصيره الاستبعاد أم لا ؟ كذلك فقد حاولت بعض أحكام التحكيم تبرير استبعادها قواعد القانون الوطني للدولة النفطية بحجة النقص في قواعده ، وذلك ما ذهبت إليه فعلاً في قضية قطر.

في حين ذهبت في قضية امانويل إلى استبعاد القانون الكويتي ليس لكونه قانوناً غير ملائم لمقتضيات التجارة الدولية ، ولا لوجود نقص في قواعده ، وإنما لتعارضه مع مبادئ القانون الدولي العام. وفي هذا الخصوص يذهب احد الفقهاء ^(٤٩) إلى القول انه : (إذا كان لقرارات التحكيم التجاري الدولي في النصف الأول من القرن العشرين بعضاً من العذر ، إذ هي كانت تتجه نحو تطبيق المبادئ العامة للأمم المتحدة يوم كانت الدول النامية لا تملك تشريعات حديثة ، أما أن تستمر هذه الموجة رغم ما حدث من تطورات وظهور التشريعات الحديثة في هذه الدول ، بل والكثير منها مستمد من حيث أصولها من تشريعات الدول المتحضرة ، فذلك يعني الرغبة في إعمال قانون القوي على الضعيف و يحيل مبدأ سيادة الدولة إلى شكلية وخاوية المضمون) .

وعليه لا بد للدول النفطية ان تعمل وبكل جدية على تغيير الموازين ودحض الحجج التي قيلت بشأن استبعاد قوانينها النفطية عن التطبيق اخذة بنظر الاعتبار مصلحتها الوطنية فوق كل اعتبار .

الخاتمة

بعد ان انتهينا من بحثنا هذا ، بتوفيق من الله سبحانه وتعالى ، سوف نستعرض أهم ما توصلنا إليه من استنتاجات وتوصيات ، وعلى النحو الآتي :

أولاً :- الاستنتاجات

١- على الرغم من اختلاف أطراف عقود الاستثمار النفطي وهما الدولة المنتجة للنفط والمستثمر الأجنبي ، واختلاف المراكز القانونية للطرفين ، وكذلك اختلاف الأنظمة القانونية التي يستند إليها كل من الطرفين ، إلا أنّ كل ذلك لا يمنع من خضوعهما لمبدأ معترف به فقهاً وتشريعاً وقضاءً ، وهو مبدأ قانون الإرادة الذي تخضع له اغلب العقود الدولية بما فيها العقود محل الدراسة .

٢- آلية اختيار القانون واجب التطبيق يمكن أن تكون بشكل صريح أو ضمني يمكن الاستدلال عليه من خلال الملابس والظروف المحيطة ، وتكون النتيجة نفسها إذ يكون القانون واجب التطبيق هو ما اختاره المتعاقدان بشكل صريح أو ضمني .

٤- تبين من خلال دراسة الاتفاقيات الدولية والقوانين الوطنية والإحكام القضائية والتحكيمية ، ولا سيما اتفاقية روما لعام (١٩٨٠) بشأن القانون واجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية ، واتفاقية واشنطن لعام (١٩٦٥) ، انه تم تحديد القانون واجب التطبيق على عقود الاستثمار النفطي ، وذلك على أساسين هما :

أولهما : اتفاق المتعاقدين بنص صريح أو ضمني على تحديد القانون واجب على عقود الاستثمار النفطي .
ثانيهما : في حالة انعدام الاتفاق الصريح أو الضمني للمتعاقدين على القانون واجب التطبيق على عقدهم ، فينبغي على القاضي أو المحكم البحث عن القانون واجب التطبيق الأكثر صلة بالنزاع .

٥- ضرورة الاختيار الصريح للقانون واجب التطبيق على عقود الاستثمار النفطي ، لأنّ هذا الاختيار يجنب المتعاقدين إمكانية مخالفة المحكم أو القاضي الدولي لإرادتهم في حالة عدم اختيارهم هذا القانون بصورة صريحة ، كما أنه اختيار ملزم للقاضي ولا يستطيع مخالفته إلا إذا انطوى هذا الاختيار على غش نحو القانون أو مخالفة النظام العام .

٦- يشترط في إعمال قانون الإرادة على عقود الاستثمار النفطي ، أن يعود القانون المختار لحكم العقد إلى نظام قانوني معين ، لأنه لا يوجد عقد في فراغ قانوني أو لا يحكمه قانون معين ، فلا بد من وجود قانون

معين لحكم العقد ، وينبغي في هذا الاختيار كذلك أن لا يكون مشوبا بغش نحو القانون أو مخالفا للنظام العام للدولة التي اختير قانونها أو قانون دولة القاضي .

٧- تمتع المحكم أو القاضي الدولي بسلطة تقديرية واسعة في اختيار القانون واجب التطبيق على عقود الاستثمار النفطي ، خصوصا عند غياب إرادة المتعاقدين الصريحة ، لكن تنوع الأساليب التي يلجأ إليها المحكم تكشف عن مقدار الحرية التي يتمتع بها ، فقد يلجأ إلى أسلوب التطبيق الجامع لقواعد الإسناد المتعددة في الدول المرتبطة بموضوع النزاع أو اللجوء إلى مبادئ القانون الدولي الخاص أو اللجوء إلى الأسلوب المباشر .

٨- عدم صلاحية المعيار الإداري أو الصفة الإدارية كأساس لأعمال قانون الدولة المتعاقدة ، لان سيادة الدولة المنتجة للنفط وسلطانها لا يرتبط بإدارية عقود الاستثمار النفطي ، فالصفة الإدارية ليست شرطا لأعمال قانون الدولة المتعاقدة كقانون واجب التطبيق ، كما أن من الصعوبة تحديد طبيعة أو صفة العقد ابتداء لأنه لكل عقد نظامه الخاص به ، كما انه أساليب إبرام العقود تختلف من دولة إلى أخرى ، بل تختلف حتى داخل الدولة الواحدة .

٩- إن الظروف السياسية والاقتصادية في الدولة النفطية لها دور كبير في رسم السياسة النفطية لهذه الدولة ، وتحديد طبيعة و نوعية التصرف الذي تقوم به والكيفية التي ترى أنها تحقق مصالحها السياسية والاقتصادية أكثر من غيرها .

١٠- اتجاه الممارسات التحكيمية نحو استبعاد القانون الوطني للدولة النفطية ، وخصوصا إذا كانت هذه الدولة تنتهج الشريعة الإسلامية ، وذلك من خلال الاستناد إلى حجج مختلفة منها ؛ عدم ملائمة هذا القانون لمعاملات التجارة الدولية أو تعارضه مع مبادئ القانون الدولي العام أو تخلفه .

١١- عدم كفاية الأسس التي تقدم بها أنصار الاتجاه المؤيد لتطبيق القانون الوطني للدولة النفطية ، والتي تجسدت في تكييف عقود الاستثمار النفطي أنها عقود إدارية أو الاستناد إلى التشريعات الداخلية أو القرارات الدولية ، فكان بإمكان المحاكم الاستناد إلى معايير أخرى كتطبيق القانون الوطني للدولة النفطية بوصفها محلا لتنفيذ العقد أو محلا لإبرام العقد أو بوصفها محلا لوجود العقود عليه وهو النفط ، كما أن الآثار الاقتصادية جميعها الناتجة عن هذه العقود تترتب في الدولة النفطية.

ثانياً :- التوصيات

١- لما كان العراق ، لحد كتابة هذه السطور ، لا يمتلك قانونا شاملا ومتكاملا بصدد تنظيم الاستثمار النفطي ، فأنا نقترح قيام الجهات المعنية بالعمل على هذه المسألة وصولا إلى الاتفاق على مشروع معين وإصداره كقانون خاص على غرار ما هو موجود في غالبية الدول المنتجة للنفط.

٢- تحديد سلطات المحكمين أو القضاة الدوليين إنشاء النظر في النزاع ، وليس إطلاق حريتهم في التدخل في جميع الجوانب المختلفة للعقد ، وإنما على الجهات المعنية العمل على تقييد سلطاتهم بمجالات محددة .

٣- العمل على عدم تكرار إيراد الفقرة الموجودة في ابرز عقود النفط العراقية الجديدة مثل عقد الخدمة النفطي المبرم في (٨) تشرين الثاني لسنة (٢٠١٢) في المادة (٣٧ف٢) التي تنص على أن الحقوق والالتزامات المنصوص عليها في العقد تمثل حقوقا والتزامات تجارية وليست سيادية ، بل نطالب الجهات المعنية ببذل أقصى ما تملك من جهود لإلغاء هذه الفقرة من العقود النافذة في الوقت الحاضر ، نظرا للنتائج التي قد تترتب عليها في المستقبل ، والتي بلا شك سوف لا تكون في صالح الشعب . فضلا عن أننا لم نجد مثل هذا النص في عقود أي دولة من الدول الأخرى .

٤- في حال تشريع قانون خاص بالاستثمار النفطي نقترح تحديد مفهوم الاستثمار النفطي والمستثمر الأجنبي في نصوص خاصة من شأنها أن تعطي فكرة واضحة لجميع الأطراف من معرفة ماهية هذين المفهومين ، وكذلك تحديد القانون واجب التطبيق على عقود الاستثمار النفطي مع مراعاة إن يكون تحديد هذا القانون وسيلة جاذبة للاستثمار الأجنبي لا طاردة له ، وذلك من خلال السماح بتطبيق مبادئ أخرى معترف بها من قبل غالبية الدول المنتجة للنفط الى جانب القانون العراقي ، إي عدم الاقتصار على القانون العراقي بشكل مطلق، وذلك بالشكل الآتي :

((القانون العراقي هو واجب التطبيق على أي نزاع ينشأ بين الطرفين بشأن البنود الواردة في هذا العقد . أما إذا كان النزاع في أمر غير منصوص عليه في هذا العقد، فتكون المبادئ العامة للقانون المعترف بها لدى غالبية الدول المنتجة للنفط هي واجبة التطبيق ، وذلك برفقة النظام القانوني العراقي)) .

٥- نقترح إنشاء مركز دراسات حكومي ، في العراق يعمل على دراسة الجوانب القانونية لعقود الاستثمار النفطي ، يضم الأساتذة والباحثين المختصين في هذا المجال ، بحيث يقوم بتقديم بحوث ودراسات لكل نوع من أنواع عقود الاستثمار النفطي المختلفة وبيان إي منهما يحقق المصلحة الاقتصادية للبلد ، وكذلك تقديم الأسلوب الأمثل لتحديد القانون واجب التطبيق على عقود الاستثمار النفطي .

٦- نشر العقود النفطية التي تقوم الجهات الحكومية بإبرامها وبخاصة العراق ، وتبني الشفافية في جميع مراحل عقود الاستثمار النفطي ، بدءاً من إبرامها وانتهاءً بتنفيذها .

٧- في حالة عدم إعلان الجهات الحكومية عن العقود النفطية التي تقوم بإبرامها ، فنطالبها على أقل تقدير ، تزويد الباحثين والدارسين في هذا المجال بمثل هذه العقود ، ليقوموا بدراساتها ومن ثم تقديم آرائهم حول نقاط القوة والضعف .

تبنت هذا الاتجاه مؤخراً وأثبتته بنص قانوني صريح ، كما هو الحال في قانون النفط والغاز لسلطنة عمان عام (٢٠١١) ، فقد نصت المادة (٥) منه على : (للجامعات والكليات والمعاهد والمراكز البحثية الوطنية ، بعد موافقة الوزارة كتابةً ، إجراء بحوث علمية تتعلق بالأنشطة البترولية ، على أن يتم موافاة الوزارة بنتائج هذه البحوث ..) .

الهوامش

- ١- د. حفيظة السيد الحداد، العقود المبرمة بين الدول والأشخاص المعنوية العامة، ط١، القاهرة، ١٩٩٦، ص٤ .
- ٢- د. احمد عبد الحميد عشوش ، قانون النفط ، مؤسسة شباب الجامعة ، الاسكندرية ، ١٩٨٩ ، ص٤٣ .
- ٣- ومن الجدير بالذكر ، اختلاف القضاء حول شروط العقد الإداري حيث يشترط القضاء المصري توافر هذه الشروط الثلاثة مجتمعة لاكتساب العقد الصفة الإدارية ، بينما يشترط القضاء الفرنسي أن تكون الإدارة طرفاً في العقد كشرط لازم لإضفاء الصفة الإدارية ، إما بالنسبة للشرطين الآخرين فلا يستلزم توافرها معاً فيكفي توافر احدهما ، انظر .د. عصمت عبد الله الشيخ ، التحكيم في العقود الإدارية الدولية ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، (٢٠٠٨) ، ص١٣١ . وكذلك .د.حازم بيومي ، التوازن في العقد الإداري الدولي، دار النهضة العربية، القاهرة، (٢٠١٠) ، ص(٥٠) ، د. صلاح الدين جمال الدين ، عقود نقل تكنولوجيا دراسة في إطار القانون الدولي الخاص والقانون التجاري الدولي، دار العربي الإسكندرية، الطبعة الأولى، (٢٠٠٥) ، ص(٢٨١) ، محمد موسى خلف الجبوري، النظام القانوني لعقد الاستثمار في تصفية النفط الخام(دراسة مقارنة)، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، (٢٠١٣)، ص٣١ .
- ٤- د. بشار محمد الأسعد ، عقود الدولة في القانون الدولي الخاص ، ط١، لبنان، ٢٠١٠ ، ص٢٥٨ .
- ٥- د. سراج أبو زيد رضوان ، التحكيم في عقود البترول ، دار النهضة العربية ، القاهرة، ٢٠١٤ ، ص٦٠٠ .
- ٦- د. مراد محمود المواجهة ، التحكيم في عقود الدولة ذات الطابع الدولي، دار الثقافة، عمان ، (٢٠١٠) ، ص٢١١ .

7- Raid(t.F)The Applicable Law Governing Transnational Development Agreement, HARVARD UNIVERSITY Massachusetts, 1985, p.45.

- ٨- نبيل احمد سعيد ، الطبيعة القانونية لعقد الامتياز النفطي كعقد إداري ، بحث منشور في مجلة مجلس الدولة ،السنوات (٣-١٥) القاهرة ، الهيئة العامة لشؤون المطابع الأميرية ، (١٩٦٦) ، ص٣٤٦ .
- ٩- د. مراد محمود المواجهة، مصدر سابق ، ص٢١٢ .
- ١٠- د. حفيظة السيد الحداد ، مصدر سابق ، ص٤٨١ .
- ١١- د. خلود خالد الصادق ، عقد الامتياز النفطي وتطبيقاته ، مكتب الجامعي الحديث ، (٢٠١٢) ، ص٣١٩ .
- ١٢- د. بشار محمد الأسعد ، مصدر سابق ، ص٩٨ .
- ١٣- د.بشار محمد الأسعد ، مصدر سابق ، ص(٩٨) ، د. احمد سلامة بدر ، العقود الإدارية وعقد البوت ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، (٢٠٠٣) ، ص٣ .

- ١٤- د. ثروت بدوي ، المعيار المميز في العقد الإداري ، بحث منشور في مجلة القانون والاقتصاد ، سنة (٢٧) ، العدد (٢٠١) ، (١٩٥٧) ، ص ١١ .
- ١٥- د. سليمان محمد الطماوي ، مبادئ القانون الإداري (نظرية المرفق العام وإعمال الإدارية العامة) ، الكتاب الثاني ، دار الفكر العربي ، القاهرة ، (١٩٧٩) ، ص (١٤٤) .
- ١٦- د. سراج حسين أبو زيد ، مصدر سابق ، ص ٦٠٦ .
- ١٧- د. حفيظة السيد الحداد ، مصدر سابق ، ص ٤٧٤ .
- ١٨- د. حفيظة السيد الحداد ، المصدر السابق ، ص ٤٦٦ .
- ١٩- د. حفيظة السيد الحداد ، مصدر سابق ، ص ٤٦٦ .
- ٢٠- د. عبد الحكيم مصطفى عبد الرحمن ، عقود التنمية الاقتصادية في القانون الدولي الخاص ، مكتبة النصر ، جامعة القاهرة ص (٦٥-٦٦) .
- ٢١- مشار إليه لدى: د. عبد الرحيم محمد سعيد ، النظام القانوني لعقود البترول ، رسالة دكتوراه ، كلية الحقوق ، جامعة القاهرة ، غير محدده سنة النشر ، ص ٢٢٧ .
- ٢٢- مشار إليه لدى: د. عبد الرحيم محمد سعيد ، مصدر سابق ، ص ٢٢٧ .
- ٢٣- مشار إليه لدى: د. عبد الرحيم محمد سعيد ، مصدر سابق ، ص ٢٢٧ .
- ٢٤- مشار إليه لدى: د. عبد الرحيم محمد سعيد ، النظام القانوني لعقود البترول ، مصدر سابق ، ص ٢٢٨ .
- ٢٥- من الجدير بالذكر إن هذه الاتفاقية مرفق رابع تابع لاتفاقية مبيعات نفط التصدير لمنطقة عقد الرقعة الاستكشافية رقم (٩) المبرم بين شركة تسويق النفط العراقية وشركة كويت انرجي وشركة دراغون أويل القابضة المحدودة .
- ٢٦- تمت المصادقة على هذا العقد في (١٩٦٨/٢/٣) ، منشور في الوقائع العراقية عدد (١٥٣٢) في (١٩٦٨/٢/٤) .
- ٢٧- انظر: المادة (٣٩) من عقد المقاولات المبرم بين الحكومة العراقية وشركة النفط التركية في (٣١/أب/١٩٢٥) ، وكذلك المادة (٤١) من العقد المبرم بين الحكومة العراقية وشركة نفط البصرة في (٢٩/تموز/١٩٣٨) ، وكذلك اتفاقية شركة نفط خانقين المبرمة في (٢٤/أيار/١٩٢٦) ، واتفاقية شركة نفط الموصل المبرمة في (٢٠/نيسان/١٩٣٢) ، مشار إليها لدى: د. سعد علام . موسوعة التشريعات النفطية للدول العربية ، قطر ، (١٩٧٧) ، ص ٢٩٩ .
- ٢٨- ينظر المادة (٢٧) من قانون الاستثمار العراقي رقم (١٣) لسنة (٢٠٠٦) التي تنص على : (المنازعات الناشئة بين الأطراف الخاضعين لإحكام هذا القانون يطبق عليهم القانون العراقي ما لم يتفقوا على خلاف ذلك بغير الحالات التي تخضع لإحكام القانون العراقي حصراً أو يكون فيها الاختصاص للمحاكم العراقية.....) .
- ٢٩- ينظر المادة (٥٨) من قانون المحروقات الجزائري لسنة (٢٠٠٥) المعدل بالأمر رقم (٦-١٠) لسنة ٢٠٠٦ .
- ٣٠- ينظر المادة (٢٨ف٧) من قانون النفط الليبي لسنة ١٩٥٥ التي نصت على : (العقد النفطي يخضع للقوانين الليبية) .
- ٣١- ينظر المادة (١٣) من قانون النفط والغاز العماني رقم (٨) لسنة ٢٠١١ .
- ٣٢- د. حفيظة السيد الحداد ، مصدر سابق ، ص ٤٤٦ .
- ٣٣- د. حفيظة السيد الحداد ، مصدر سابق ، ص ٤٤٦ .
- ٣٤- د. هاني محمود حمزة ، القواعد القانونية واجبة الأعمال على العقود الإدارية الدولية إمام المحكم الدولي ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، لبنان ، ٢٠٠٨ ، ص ٣٢٩ .
- ٣٥- في قضية امينويل ، فقد تمسكت الحكومة الكويتية كذلك بحقها في ممارسة سيادتها على ثرواتها الطبيعية عن طريق حقها في تأميم المشروعات الأجنبية ، إلا أنه محكمة التحكيم رفضت ذلك بقولها : (حتى إذا كان القرار ١٨٠٣ ، الصادر عن الجمعية العامة يعكس الوضع الراهن للقانون الدولي ، فإن القرارات اللاحقة عليه لا تتمتع بنفس القوة) ، ينظر: د. هاني محمود حمزه ، مصدر سابق ، ص ٣٣٠ ، د. سراج حسين أبو زيد ، مصدر سابق ، ص ٦١٤ .

- ٣٦- ومن القضايا الأخرى التي أصدرت فيها محكمة العدل الدولية إحكاماً مماثلة لقضية القروض الصربية والبرازيلية ، قضية شركة البترول الانكلو إيرانية لسنة (١٩٥٢) ، وقضية الفاران لسنة (١٩٣٤) ، ينظر .د.احمد عبد الحميد عشوش ، قانون النفط ، مصدر سابق ، ص(٦٢-٦٤).
- ٣٧- د. محمد يوسف علوان ، النظام القانوني لاستغلال النفط في الأقطار العربية ، مطبعة كلية الحقوق ، جامعة الكويت ، الطبعة الأولى ، (١٩٨٢) ، ص٣٣٥.
- ٣٨- د. صباح عبد الكاظم شبيب الساعدي ، النظام القانوني لعقود التطوير والانتاج النفطي في العراق ، رسالة ماجستير ، كلية القانون-جامعة بغداد، ٢٠٠٠ ، ص١٧٩.
- ٣٩- د. احمد عبد الحميد عشوش ، مصدر سابق ، ص ٧١.
- ٤٠- د. سراج حسين ابو زيد ، مصدر سابق ، ص٦٢٠.
- ٤١- د.حفيظة السيد الحداد، مصدر سابق، ص ٤٢٧ - ٤٤٣.
- ٤٢- انشأ بموجب هذه الاتفاقية مركز لتسوية منازعات ، وسميت هذه الاتفاقية باتفاقية تسوية منازعات الاستثمار بين الدول ورعايا الدول الأخرى أو تسمى اتفاقية أكسيد ، نصوص هذه الاتفاقية منشورة على الموقع : (4 Last visited . www.icsid.world bank org .-6-2014).
- ٤٣- نصوص هذه الاتفاقية منشورة على الموقع الالكتروني : <http://www.ius.uio.no/im/ec.applicable.law.contrats.1980/doc.html>
- ٤٤- د. فوزي قدرى نعيمى ، د.مظفر جابر الراوي ، النظام القانوني للعقد الدولي للاستثمار في ظل المتغيرات الاقتصادية العالمية الجديدة ، بحث منشور في مجلة جامعة تكريت للعلوم القانونية والسياسية ، مجلد (٣) ، العدد (١٠) ، السنة (٣) ص٨.
- ٤٥- المستشار . احمد عبد الغفار ، التحكيم في منازعات البترول والغاز والطاقة ، بحث منشور على شبكة المعلومات العالمية الانترنت ، لدى مركز الإسكندرية للتحكيم الدولي والوسائل البديلة لحل المنازعات . على الموقع [https:// www. Face book. Com / permalink. PhD? id](https://www.Face book. Com / permalink. PhD? id) : =آخر زيارة للموقع (٢٠١٤ /٦/٤) .
- ٤٦- د. احمد عبد الحميد عشوش، مصدر سابق ، ص١٠٠.
- ٤٧- المستشار . احمد عبد الغفار، مصدر سابق ، ص٤.
- ٤٨- د. رشا خليل عبد، التحكيم في المنازعات و مدى تأثيره بسيادة الدولة ، مجلة القادسية للعلوم القانونية والاقتصادية ، المجلد(٤) ، العدد(١) ، ص(٩٦-٩٩).
- ٤٩- د. أبو زيد رضوان ، قانون التجارة الدولية أو القانون التجاري الدولي، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية والاقتصادية ، العدد (١) ، السنة (٣٥) لعام (١٩٣٣) ص٢٢.

المصادر

أولاً :- المصادر العربية :-

- ١- ابو زيد رضوان ، قانون التجارة الدولية او القانون التجاري الدولي ، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية والاقتصادية ، العدد(١) ، السنة(٣٥) لعام (١٩٣٣).
- ٢- احمد عبد الحميد عشوش ، قانون النفط ، مؤسسة شباب الجامعة ، الاسكندرية ، ١٩٨٩.
- ٣- احمد عبد الغفار ، التحكيم في منازعات البترول والغاز والطاقة ، بحث منشور على شبكة المعلومات العالمية الانترنت ، لدى مركز الاسكندرية للتحكيم الدولي والوسائل البديلة لحل المنازعات.
- ٤- بشار محمد الاسعد، عقود الدولة في القانون الدولي الخاص ، ط١، لبنان، ٢٠١٠ .
- ٥- ثروت بدوي ، المعيار المميز في العقد الاداري ، بحث منشور في مجلة القانون والاقتصاد ، سنة (٢٧) ، العدد(٢٠١) ، (١٩٥٧).
- ٦- حازم بيومي ، التوازن في العقد الاداري ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠١٠ .
- ٧- حفيظة السيد الحداد ، العقود المبرمة بين الدول والاشخاص المعنوية العامة، ط١، القاهرة ، ١٩٩٦.
- ٨- خلود خالد الصادق، عقد الامتياز النفطي وتطبيقاته ، مكتب الجامعي الحديث، ٢٠١٢ .

- ٩- د. فوزي قدري نعيمى، د. مظفر جابر الراوي، النظام القانوني للعقد الدولي للاستثمار في ظل المتغيرات الاقتصادية العالمية الجديدة ، بحث منشور في مجلة جامعة تكريت للعلوم القانونية والسياسية ، مجلد (٣) ، العدد (١٠) ، السنة (٣) .
- ١٠- رشا خليل عبد، التحكيم في المنازعات ومدى تأثيره بسيادة الدولة ، مجلة القادسية للعلوم القانونية والاقتصادية ، المجلد (٤) ، العدد (١) .
- ١١- سراج ابو زيد رضوان ، التحكيم في عقود البترول ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠١٤ .
- ١٢- سعد علام ، موسوعة التشريعات النفطية للدول العربية ، قطر (١٩٧٧) .
- ١٣- سليمان محمد الطماوي ، مبادئ القانون الاداري (نظرية المرفق العام واعمال الادارية العامة) ، الكتاب الثاني، دار الفكر العربي ، القاهرة ، (١٩٧٩) .
- ١٤- صباح عبد الكاظم شبيب الساعدي ، النظام القانوني لعقود التطوير والانتاج النفطي في العراق ، رسالة ماجستير ، كلية القانون – جامعة بغداد، ٢٠٠٠ .
- ١٥- صلاح الدين جمال الدين ، عقود نقل تكنولوجيا دراسة في اطار القانون الدولي الخاص والقانون التجاري الدولي ، دار العربي ، الاسكندرية ، الطبعة الاولى، ٢٠٠٥ .
- ١٦- عبد الحكيم مصطفى عبد الرحمن ، عقود التنمية الاقتصادية في القانون الدولي الخاص ، مكتبة النصر ، جامعة القاهرة ، بدون سنة نشر .
- ١٧- عبد الرحيم محمد سعيد ، النظام القانوني لعقود البترول ، رسالة دكتوراة ، كلية الحقوق ، جامعة القاهرة ، بدون سنة نشر .
- ١٨- عصمت عبد الله الشيخ، التحكيم في العقود الادارية الدولية ، دار النهضة العربية، القاهرة ، (٢٠٠٨) .
- ١٩- محمد موسى خلف الجبوري ، النظام القانوني لعقد الاستثمار في تصفية النفط الخام (دراسة مقارنة) ، دار الفكر الجامعي ، الاسكندرية ، ٢٠١٣ .
- ٢٠- محمد يوسف علوان ، النظام القانوني لاستغلال النفط في الاقطار العربية، مطبعة كلية الحقوق ، جامعة الكويت ، الطبعة الاولى ، (١٩٨٢) .
- ٢١- مراد محمود المواجدة ، التحكيم في عقود الدولة ذات الطابع الدولي ، دار الثقافة ، عمان ، ٢٠١٠ .
- ٢٢- هاني محمود حمزة ، القواعد القانونية واجبة الاعمال على العقود الادارية الدولية امام المحكم الدولي ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، لبنان ، ٢٠٠٨ .
- ٢٣- نبيل احمد سعيد ، الطبيعة القانونية لعقد الامتياز النفطي كعقد اداري ، بحث منشور في مجلة مجلس الدولة ، السنوات (٣-١٥) القاهرة ، الهيئة العامة لشؤون المطابع الاميرية ، (١٩٦٦) .

ثانياً:- المصادر الاجنبية :-

1. Raid(t.F) The Applicable Law Governing Transnational Development Agreement , HARVARD UNIVERSITY Massachusetts, 1985.