التكييف القانوني للعقد النفطي على ضوء القرائن القانونية المستمدة من النظرية العامة للالتزام ونظرية العقد الإداري

الدكتورة/ فاطمة خالد المحسن
قسم القانون العام
كلية الحقوق - جامعة الكويت

ملخص:

إن مسألة إسباغ التكييف القانوني الصحيح والمناسب على العقود النفطية غدت من الموضوعات القانونية الهامة جدا في مجال قانون البترول. فالعقد النفطي يتأرجح بين أكثر من تكييف قانوني، فهو يقبل أن يكيف باعتباره من قبيل عقود القانون الخاص، كما يمكن إدخال العقد النفطي في بؤرة العقود الإدارية أيضاً، إلى جانب ضرورة عدم إغفال العنصر الأجنبي الذي يتجلى فيه واضحاً ويثير احتمالية تدويله. وباعتبار أن الممارسة العملية في مجال صياغة العقود النفطية قد أثبتت أنه قل ما نجد أياً من العقود النفطية يورد بنداً صريحاً في طياته يحدد به طبيعته القانونية، فقد ظهرت أهمية قيام القانونيين المختصين في مجال العقود النفطية باستنباط القرائن القانونية من العقد النفطي الذي تثار بشأنه المنازعة بما يدلل على إمكانية إسباغ تكييف قانوني معين عليه دون الآخر بالصورة التي تتسق ومصالحهم المدعى بها. كما تظهر أهمية توحيد الاتجاهات القانونية في صياغة العقد النفطي في مرحلة سابقة على تنفيذه، وتحديداً عند صياغة بنوده، من خلال تضمينه بنوداً تعاقدية تصب في مجرى تكييف قانوني واحد؛ حتى لا يتولد لدينا عقد نفطي ذو هوية مشوهة يكبد الدولة خسائر فادحة لاحقاً.

مقدمة

نبدأ باسم الله الرحمن الرحيم، نحمده ونستعين به ونستغفره، ونشهد أن لا إله إلا الله وحده لا شريك له وأن محمدا عبده ورسوله، عليه أفضل الصلاة والسلام.

وبعد،،

يلعب النفط دوراً أساسياً في سوق الطاقة العالمية، كما أنه ذو تأثير بالغ الأهمية على اقتصاديات الدول المنتجة له، وخاصة دول الخليج العربية التي تعتمد بشكل أساسي على العائدات المالية من استغلال ثرواتها النفطية في إمداد موازناتها العامة بالأموال اللازمة لتسيير حياة شعوبها. وعلى الرغم من أن معظم الدول الخليجية قد اتجهت نحو تأميم جميع المشروعات النفطية الأجنبية التي كانت تعمل في أقاليمها، وما استتبعه ذلك من ملكية حكوماتها لهذه الموارد النفطية، إلا أن الواقع العملي قد أثبت أن الدول الخليجية لازالت في حاجة للاستعانة بشركات النفط العالمية في

عمليات استغلال ثرواتها النفطية. والصيغة القانونية التي يفرغ فيها مثل هذه التعاونات بين حكومات الدولة المنتجة للنفط وشركات النفط العالمية هي إبرام العقود النفطية.

سبب اختيار موضوع البحث:

ولا يخفى على القانونيين ممن يعملون في المجال النفطي حقيقة تضارب المصالح بين الدول المنتجة للنفط وبين شركات النفط الأجنبية التي يتم الاستعانة بها. الأمر الذي يؤدي في كثير من الأحيان إلى ظهور المنازعات فيما بين الأطراف المتعاقدة بشأن تنفيذ العقود النفطية. وهنا تظهر الحاجة إلى إسباغ التكييف القانوني الصحيح على هذه العقود.

فالعقد النفطي، وبالنظر إلى أطرافه تحديداً، يتأرجح بين أكثر من تكييف قانوني. فلو تم النظر إليه باعتباره عقداً مبرماً بين الدولة وإحدى شركات النفط الخاصة، يظهر عندئذ التنازع بين إمكانية اعتباره عقداً خاصاً يخضع لأحكام القانون المدني أو التجاري – من جهة، وبين إمكانية إخضاعه لنظرية العقد الإداري – أي اعتباره عقداً إدارياً يخضع لأحكام القانون العام – من جهة أخرى. أما فيما لو كانت الشركة المتعاقدة مع الدولة تعتبر من الأشخاص الأجنبية التابعة لدولة أخرى – وهو الشائع في العقود النفطية – فإن هذا العقد النفطي يقع عندئذ في حدود كل من القانون الخاص والقانون العام والقانون الدولي العام والقانون الدولي الخاص، الأمر الذي يجعل تحديد النظام القانوني الذي يخضع له مسألة شائكة لا يمكن حسمها على نحو قاطع.

وتظهر أهميه إسباغ التكيف القانوني الصحيح على العقد النفطي في النتائج القانونية التي تستتبع هذا التكيف بالضرورة. فلو قيل أن العقد النفطي يقع في دائرة عقود القانون الخاص، فإنه عندئذ سيخضع لمبدأ هام من مبادئ النظرية العامة للالتزام ألا وهو مبدأ توازن العقد(١). إلى جانب انطباق أحكام القانون الخاص عليه

(١) تعد النظرية العامة للالتزام الشريعة العامة لجميع العقود الأخرى التي تخرج عن إطار القانون المدني فيما لم يرد بشأنها نص في قوانينها الخاصة، وحيث إن موضوع العقد النفطي يعتبر من الموضوعات الحديثة نسبياً التي تقل التشريعات المنظمة لها، فإننا نرى ضرورة الرجوع إلى كل من النظرية العامة للالتزام ونظرية العقد الإداري للاسترشاد بشأن ما يمكن أن يثيره العقد النفطي من إشكاليات معينة. كما أن العقد النفطي من الممكن أن يصنف - إذا لم يكن عقداً إدارياً - باعتباره عقداً تجارياً. وبالرجوع إلى قانون التجارة الكويتي - رقم ٦٨ لسنة ١٩٨٠ - نجد أن المادة ٩٦ منه تنص على أنه: "فيما عدا ما نص عليه في هذا الكتاب تسري على الالتزامات والعقود التجارية الأحكام المنصوص عليها في القانون المدني" =

واختصاص القضاء العادي في فض منازعاته(٢).

أما لو تم تكييف العقد النفطي على أنه من قبيل العقود الإدارية التي تبرمها الدولة، فإن شخص الدولة سيكون محل اعتبار في تحديد التزامات الأطراف المتعاقدة في هذا العقد. حيث يعترف للدولة في عقودها بسلطات استثنائية في مواجهة المتعاقد الآخر معها – شركة النفط – قد لا يكون لها مثيل في عقود القانون الخاص، باعتبار أنها المنوط إليها تحقيق المصلحة العامة. كما يترتب على إسباغ التكيف الإداري على العقد النفطي انطباق أحكام القانون العام عليه، وخضوع منازعاته لاختصاص القضاء الإداري.

كما لا نغفل حقيقة أن العقد النفطي يثير فرضية إمكانية تدويله باعتبار أنه يبرم بين الدولة وبين شخص اعتباري خاص (أجنبي) – شركة النفط الأجنبية – الأمر الذي يثير إشكالية مدى إمكانية استبعاد اختصاص القضاء الوطني في الفصل في منازعاته وبروز دور التحكيم الدولي.

الأكثر من ذلك، فإن أهمية تكييف العقد النفطي تظهر في مرحلة سابقة على تنفيذه. ففي مرحلة المفاوضات التي تسبق إبرام العقد النفطي، وهي مرحلة الاتفاق على صياغة بنوده، يجب الحرص على تحقق الوحدة في الاتجاهات القانونية للمتعاقدين. فإما أن يتم صياغة العقد من منظور أنه عقد إداري تتمتع به الدولة بسلطات استثنائية في مواجهة المتعاقد معها، أو أن يتم صياغة العقد من منظور أنه من قبيل العقود الدولية التي يستثنى فيها اختصاص القضاء الوطني وينظرها التحكيم الدولي. فلو عجز صائغو العقد النفطي عن صياغة بنوده بالشكل الذي يجعله متجانساً ويصب في مجرى تكييف قانوني واحد– وهي الحالة التي يتضمن فيها العقد بنوداً تدلل على طبيعته الإدارية وأخرى تدلل على طبيعته الخاصة – فإن هذا من شأنه أن يولد عقداً أقل ما يوصف به أنه ذو هوية قانونية مشوهة. هذا التشويه قد لا يخدم مصالح الدولة فيما لو نشأ نزاع بشأن تنفيذ العقد، ويكبدها خسائر فادحة. وليس أفضل للتدليل على ذلك من واقعة إبرام الكويت لعقد الداو كيميكال الشهير الذي أدى فسخه بالإرادة المنفردة من قبل الحكومة الكويتية إلى الحكم على دولة الكويت بقيمة

= وباعتبار أن المسائل المتعلقة بتحديد المبادئ العامة لإبرام العقود وترتيب آثارها القانونية لم تكن من الموضوعات المنظمة تشريعياً في قانون التجارة، فإن تنظيمها في العقد النفطي يرجع به إلى القانون المدني تطبيقاً للنص السالف.

(٢) لمزيد من التفصيل في هذا الشأن انظر:
د. إبراهيم الدسوقي أبو الليل، نظرية القانون، الكويت ١٩٩٦ ص ٧٠ - ٧١.

تعويض باهظة من قبل التحكيم الدولي لصالح شركة الداو كيميكال، وهو الأمر الذي نعتقد بأنه يرجع إلى تضمين عقد ال (كي – داو) بنوداً تقود إلى تبني أكثر من تكييف قانوني واحد على النحو الذي سنعرض له تفصيلاً في خاتمة هذا البحث.

ولهذا غدت مسألة إسباغ التكييف القانوني الصحيح والمناسب على العقود النفطية من الموضوعات القانونية الهامة جداً في مجال قانون البترول؛ ذلك أن الممارسة العملية قد أثبتت أنه قل ما نجد أياً من العقود النفطية يورد بنداً صريحاً في طياته يحدد به طبيعته القانونية. ولذلك فإن مسؤولية تكييف العقد النفطي تقع على عاتق المحاميين والقانونين الموكل إليهم الدفاع عن أصحاب المصلحة في النزاع القانوني المثار بمناسبة أحد العقود النفطية، حيث يقومون باستنباط القرائن من هذا العقد بما يدلل على إمكانية إسباغ تكييف قانوني معين عليه دون الآخر بالصورة التي تتسق ومصالحهم المدعى بها.

حدود البحث والهدف منه:

ومن هنا، فإن هذا البحث لا يهدف إلى محاولة صب العقد النفطي في أحد قوالب نظريات التعاقد القانونية التقليدية. ذلك أن التطورات المتسارعة في مجال صياغة العقود النفطية أظهرت وستظهر صيغاً جديدة للتعاقد النفطي غير تلك المعتادة في هذا المجال. ونحن هنا إذ لا نقلل من القيمة القانونية لهذه النظريات الكلاسيكية، حيث تظل دائماً وأبداً الشريعة العامة للتعاقد في المجال النفطي وجميع المجلات الأخرى. إلا أن مسألة محاولة استخلاص القرائن القانونية من العقد النفطي ذاته من أجل الاستدلال على النية المشتركة للمتعاقدين في تكييفه قد تكون مسألة أجدر بالعناية من محاولة وضع نظرية جديدة للعقد النفطي والتي تحتاج إلى زمن طويل جداً لإرساء قواعدها.

و عليه، يمكننا القول بأن الهدف الأساسي لهذا البحث هو تعريف القارئ على أهم الخصائص التعاقدية المستمدة من كل من النظرية العامة للالتزام ونظرية العقد الإداري والتي يمكن – في حال تضمينها للعقد النفطي – أن تعتبر قرائن قانونية على اتجاه نية المتعاقدين إلى تطبيق أحكام إحدى النظريتين على هذا العقد النفطي دون النظرية الأخرى.

وبالتالي، فإن البحث الماثل بين أيديكم سيسلط الضوء على مسألة كيفية تصدي العقد النفطي لمعالجة ثلاث ركائز تعاقدية رئيسية فيه، وهي: **أطراف العقد**، و**موضوعه**، **وشروطه**، على ضوء المعطيات المستمدة من كل من نظريتي الالتزام والعقد الإداري وذلك على النحو التالي:

خطة البحث:

يتكون هذا البحث من مقدمة وثلاثة مباحث وخاتمة.

المبحث الأول: أطراف العقد النفطي

وفيه مطلبان:

المطلب الأول: أطراف العقد النفطي من منظور النظرية العامة للالتزام.

المطلب الثاني: أطراف العقد النفطي من منظور نظرية العقد الإداري.

المبحث الثاني: موضوع العقد النفطي

المطلب الأول: موضوع العقد النفطي من منظور النظرية العامة للالتزام.

المطلب الثاني: موضوع العقد النفطي من منظور نظرية العقد الإداري.

المبحث الثالث: شروط العقد النفطي

المطلب الأول: شروط العقد النفطي من منظور النظرية العامة للالتزام.

المطلب الثاني: شروط العقد النفطي من منظور نظرية العقد الإداري.

المبحث الأول
أطراف العقد النفطي

تعارف الفقه على تعريف العقد، باعتباره أحد المصادر الإرادية للالتزام، بأنه "توافق إرادتين (أو أكثر) على إحداث أثر قانوني"(٣). هذا التوافق يتحقق عندما يعلن الطرف الأول عن رغبته في التعاقد، وهو ما يسمى اصطلاحاً في لغة القانون ب (الإيجاب). وأن يقابل هذا العرض قبولاً من الطرف الآخر للتعاقد بالشروط التي وردت بالإيجاب الموجه له، وهو ما يطلق عليه اصطلاحاً في لغة القانون ب (القبول). إرادة الإيجاب، وما يقابلها من إرادة القبول، وتوافقهما معاً، يطلق عليه بركن الرضاء. وهو أحد الأركان الأساسية لانعقاد العقد وترتيب آثاره وفقاً للنظرية العامة للالتزام في القانون المدني(٤).

ومما تجدر الإشارة إليه، أن العقد النفطي من الممكن أن يثير إشكالية قانونية بالنظر إلى الأطراف المتعاقدة التي تعبر عن إرادتي الإيجاب والقبول. فمن جهة، عادة ما يكون الطرف الأول في العقد النفطي هو الدولة، متمثلة بأحد أشخاصها العامة. فقد تتعاقد الدولة باعتبارها صاحبة السلطة والسيادة حين تأخذ على عاتقها مهمة تحقيق المصلحة العامة من خلال تعاقداتها. وهو ما يبرر قيام الفقه والقضاء اللاتيني بصياغة نظرية العقد الإداري التي تعطي الدولة العديد من الصلاحيات العقدية التي قد لا يتمتع بها المتعاقد الآخر.

كما أن احتمالية أن تفسخ الدولة عن نفسها عباءة السلطة فتتعاقد باعتبارها تاجر أو مستثمر تظل دائماً قائمة متى انتفت عن العقد أحد الشروط التي يتطلبها القانون الإداري لإضفاء الصفة الإدارية عليه، الأمر الذي يجعل تعاقدات الدولة في هذه الحالة تخضع لأحكام القانون الخاص.

وبالتالي يثور التساؤل عن صفة الدولة ونيتها عندما أقدمت على إبرام العقد النفطي. وهو الأمر الذي يستخلص من عدد من القرائن ستكون محل نقاش في المطلبين القادمين.

---

(٣) د. إبراهيم الدسوقي أبو الليل، العقد والإرادة المنفردة - التصرف القانوني، مؤسسة دار الكتب، الطبعة الثانية، الكويت ١٩٩٨ ص ٤٧.

(٤) وفقا للنظرية العامة للالتزام، هناك ثلاثة أركان رئيسية لانعقاد العقد وهي: ركن الرضاء، وركن المحل وركن السبب.

ومن ذات المنطلق – أي بالنظر إلى الأطراف المتعاقدة – فإن العقد النفطي أيضاً يثير إشكالية بالنسبة للمتعاقد الآخر مع الدولة متى كان شركة نفط أجنبية. فإذا كانت العقود المبرمة بين الدولة وبين الأشخاص الخاصة الوطنية في إطار القانون الداخلي للدولة تثير العديد من المشكلات القانونية، فلا غرو أن تتضاعف هذه المشكلات إذا كانت العقود قد أبرمت بين الدولة وبين شخص خاص أجنبي(٥). فالدولة تعتبر من أشخاص القانون الدولي العام، حيث تتمتع بالمزايا التي يمنحها إياها هذا القانون، بينما المتعاقد مع الدولة لا يعدو أن يكون مجرد شخص من أشخاص القانون الداخلي لدولته، لا يتمتع بأي مميزات ترقى لما يمنحه القانون الدولي العام للدول والمنظمات الدولية(٦). ولذلك نجد أن جانباً كبيراً من الفقه ينادي بذاتية العقد الذي تبرمه الدولة مع الأشخاص الخاصة الأجنبية واستقلالها عن عقود التجارة الدولية لأسباب عدة تتعلق بمحل هذه العقود والأسباب الدافعة إلى إبرامها وكذلك بالنظر إلى محلها وأطرافها(٧). وعليه، نجد أن نرجئ الحديث عن نظرة القانون الدولي للعقود النفطية من حيث أطرافها إلى أبحاث أخرى قد نقوم بها في المستقبل، على أن يتم التركيز في هذا المبحث على المعالجة القانونية لأطراف العقد النفطي من منظور القانون الداخلي فقط على النحو التالي:

المطلب الأول: أطراف العقد النفطي من منظور النظرية العامة للالتزام.

المطلب الثاني: أطراف العقد النفطي من منظور نظرية العقد الإداري.

---

(٥) انقسم الفقه بشأن تسمية العقد الذي يبرم بين الدولة وبين أحد الأشخاص الخاصة الأجنبية. فذهب البعض إلى إلحاقه بعقود التجارة الدولية إلا أن الدكتورة حفيظة السيد الحداد قد انتقدت هذا الاتجاه بسبب ذاتية واستقلالية العقد المذكور عن عقود التجارة الدولية، فقد ذهبت إلى الأخذ بمصطلح عقود الدولة تمييزاً له عن العقود الإدارية وعقود التجارة الدولية. انظر:

د. حفيظة السيد الحداد، العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية - تحديد ماهيتها والنظام القانوني الحاكم لها، دار النهضة العربية، الطبعة الأولى، القاهرة ١٩٩٦.

كما ذهب اتجاه آخر من الفقه ومنهم الدكتور محمد يوسف علوان إلى تسمية هذه العقود بالعقود الاقتصادية الدولية، وأيده في ذلك الدكتور خالد سعد زغلول. انظر:

– د. محمد يوسف علوان، النظام القانوني لاستغلال النفط في الأقطار العربية، مطبوعات جامعة الكويت١٩٨٢،ص ٢٩٤.

– د. خالد سعد زغلول حلمي ود. إبراهيم الحمود، النظم القانونية والسياسية للنفط العربي ووسائل تسوية المنازعات النفطية. الطبعة الثانية، ٢٠٠٠، الكويت.

(٦) د. حفيظة السيد الحداد، العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية - تحديد ماهيتها والنظام القانوني الحاكم لها، دار النهضة العربية، الطبعة الأولى، القاهرة ١٩٩٦، ص ٨ - ٩.

(٧) المرجع السابق، ص ١١ - ١٢.

المطلب الأول
أطراف العقد النفطي من منظور النظرية العامة للالتزام

في العقود النفطية عادة ما تكون الدولة هي الطرف الأول الذي يعلن رغبته في التعاقد. حيث تقوم الدولة، متمثله بأحد أشخاص القانون العام المعني في الشأن النفطي(٨)، بالتعبير عن إرادة الإيجاب إلى إحدى شركات النفط والتي تمثل بدورها الطرف الثاني في العقد النفطي. وبعد دراسة العرض المقدم لها، تعلن شركة النفط عن قبولها للتعاقد مع الدولة بالشروط التي وردت في هذا العرض وهو ما يعبر عنه بإرادة القبول. وعليه، فإن تطابق إرادة الإيجاب الصادرة من الدولة مع إرادة القبول الصادرة من شركة النفط يؤدي إلى انعقاد العقد النفطي. وتتمثل هذه الخطوة في أرض الواقع عندما يتم إفراغ هاتين الإرادتين في وثيقة العقد وقيام الأطراف المتعاقدة بالتوقيع عليها.

إلى هنا قد تبدو عملية إلباس العقد النفطي ثوب العقد الخاص وفقاً للنظرية العامة للالتزام تسير على ما يرام، إلا أن هذا الثوب قد لا يتسع ليشمل جميع مواصفات العقد النفطي. ذلك أنه مما تجدر ملاحظته عند معالجة مسألة انعقاد العقد في القانون المدني، وتحديداً ما يتعلق بإرادتي الإيجاب والقبول، أن كل من شخص الموجب (وهو الذي تصدر عنه إرادة الإيجاب) وشخص الموجب له (وهو الذي تصدر عنه إرادة القبول) غير ذات اعتبار من حيث انعقاد العقد وترتيبه لآثاره القانونية.

حيث يكتفي المشرع الكويتي من أجل الاعتداد بصحة إرادة التعاقد، فيما لو كانت صادرة من شخص طبيعي، أن يكون شخصاً مميزاً وأن تكون إرادته حرة

---

(٨) أشخاص القانون العام المنوط إليها إدارة الثروة النفطية في دولة الكويت هم الآتي:
– المجلس الأعلى للبترول والذي يتولى رسم السياسة العامة للثروة البترولية والمحافظة عليها.
– وزارة النفط والتي تباشر الوصاية الإدارية على مؤسسة البترول الكويتية من خلال الإشراف على أعمالها.
– مؤسسة البترول الكويتية وهي الذراع التنفيذي الذي يتولى مباشرة الصناعة النفطية في الكويت ويتولى إدارة هذا القطاع الهام، ويعاونها في ذلك عشر شركات نفطية تنحدر من المؤسسة، تتولى كل شركة على حدة القيام بنوعية معينة من الأعمال النفطية.
سيتم التطرق لمؤسسة البترول الكويتية باعتبارها الجهة الإدارية المنوط بها أساساً إدارة مرفق النفط في الدولة في المبحث الثاني وتحديداً المطلب الثاني منه.

مختارة[٩]. أما لو كان شخصاً اعتبارياً فيكتفي بشأنه أن تثبت له الشخصية القانونية التي تجيز له إبرام التصرفات القانونية وتحمل ما ينتج عنها من التزامات، طالما كانت هذه التصرفات في حدود الغرض الذي أنشئ له هذا الشخص الاعتباري[١٠].

إن القانون المدني لا يأخذ بالاعتبار مدى أهمية مركز أحد المتعاقدين عند تحديد التزاماته العقدية، فالعقد دائماً وأبداً يظل محكوماً بمبدأ توازن العقد المتمثل في ضرورة تحقق التعادل بين ما يعطيه المتعاقد وما يأخذه بمقتضى العقد. فإذا وقع الفارق بينهما اختل توازن العقد. وإذا وصل عدم التعادل إلى حد من الجسامة وقعت شبهة تحقق الغبن الذي يرتب عليه القانون آثاراً معينة لصالح الطرف المغبون على الطرف الأقوى أياً كان شخصيته أو أهمية مركزه[١١].

من هذا المنطلق – أي بالنظر إلى مدى تحقق التوازن والتعادل بين ما يأخذ المتعاقد وما يعطي بموجب العقد المبرم – من الممكن أن يختلف العقد النفطي عن باقي العقود الأخرى في القانون الخاص. فأهم ما يميز هذا العقد إمكانية تحقق عدم التكافؤ بين التزامات المتعاقدين. ويرجع السبب في ذلك إلى أن أحد الأطراف المتعاقدة هو الدولة صاحبة السلطة والسيادة، التي تحمل على عاتقها عبء تحقيق الصالح العام. بينما يتمثل الطرف الآخر في العقد بإحدى شركات النفط، أي شخص من أشخاص القانون الخاص الذي لا يختلف كثيراً عن الأفراد الطبيعيين عند إبرامهم للعقود فيما عدا كونه شخصاً اعتبارياً وليس طبيعياً[١٢].

---

(٩) افترض المشرع الكويتي توافر الإدراك والتمييز لدى الشخص ببلوغه سن السابعة من عمره، واعتبر كل من لم يبلغ السابعة غير مميز (انظر المادة ٨٦ من القانون المدني الكويتي). كما ينعدم التمييز لدى الشخص وإن بلغ السابعة إذا كان مجنونا، ما لم يكن جنونه غير مطبق ووقع التعاقد في فترة إفاقته (انظر المادة ٩٨ من القانون المدني). كذلك ينعدم التميز لدى كل من فقد الإدراك بسبب مرض أو سكر أو ما إلى ذلك من أسباب أخرى.
وإلى جانب شرط التميز يتطلب في إرادة التعاقد أن تكون حرة مختارة، فإن انتزعت من صاحبها من خلال الإكراه المادي أو المعنوي تكون هذه الإرادة معدومة الأثر ولا يتحقق معها التعاقد الصحيح والمرتب لآثاره القانونية. انظر: د. إبراهيم الدسوقي أبو الليل، العقد والإرادة المنفردة - التصرف القانوني، مؤسسة دار الكتب، الطبعة الثانية، الكويت ١٩٩٨ ص ٨٨.

(١٠) د. إبراهيم الدسوقي أبو الليل، نظرية الحق، الكويت ١٩٩٧ ص ٢٥٤ - ٢٥٩.

(١١) انظر: المادتين ١٦٣ و١٦٥ من القانون المدني الكويتي واللتين نظمتا مسألة الغبن في عقود المعاوضة.

(١٢) د. خالد سعد زغلول حلمي ود. إبراهيم الحمود، النظم القانونية والسياسية للنفط العربي ووسائل تسوية المنازعات النفطية. الطبعة الثانية، ٢٠٠٠ الكويت. ص٢٤٦.

=

وتظهر أهمية كون أن الدولة تعتبر أحد أطراف العقد النفطي في أن النظم القانونية المختلفة قد دأبت على الاعتراف لها بعدد كبير من المميزات الاستثنائية التي قد لا يكون لها نظير في فروع القانون الخاص المختص في تنظيم العلاقات الخاصة فيما بين الأشخاص العاديين. والعلة في ذلك، أن الدولة هي المسؤولية عن تنظيم وإدارة أعداد كبيرة من المرافق العامة المعنية بتقديم سلسلة غير متناهية من الخدمات والسلع لإشباع حاجات مواطنيها. وبالتالي كان لابد من الاعتراف لها بمميزات قانونية استثنائية تمكنها من أداء مهامها التنفيذية وهو ما يطلق عليه ب (امتيازات السلطة العامة) التي تخولها تقديم مصالحها على مصالح الأفراد العاديين. والأمثلة على امتيازات السلطة العامة عديدة(١٣)، إلا أن ما يهمنا في هذا الموضع تحديداً هي تلك

= وقد ذكر المؤلفان في مؤلفهما صورة أخرى من صور عدم التكافؤ بين طرفي العقد النفطي (الدولة وشركة النفط الأجنبية)، وهي عدم التكافؤ المالي. فقد بينا بأن المركز المالي للشركات الأجنبية عادة ما يكون أقوى بكثير من المركز المالي للدولة. إلا أننا نرى أن الواقع العملي قد أثبت أن الشركات الوطنية النفطية وتحديداً تلك التابعة لدول الخليج العربية قد تكون في مراكز مالية أقوى بكثير من الشركات الأجنبية المتعاقدة معها. فالوصف السابق قد يكون صحيحاً بالنسبة لدول أخرى لا تكون نفطية من الطراز الأول. فعلى سبيل المثال، نجد أن شركة أرامكو السعودية تستمر في احتلال المركز الأول من بين أكبر عشر شركات نفطية في العالم وفقاً لتصنيفات العديد من المواقع النفطية الرسمية، بينما تحتل مؤسسة البترول الكويتية المركز العاشر من بين أكبر عشر شركات نفطية في العالم. وتأتي شركة قطر للبترول وشركة بترول أبو ظبي الوطنية (أدنوك) من ضمن أفضل عشرين شركة نفط في العالم من ذات الإحصائيات. انظر:
http://www.oilandgasiq.com.
http://www.forbes.com.

(١٣) من هذه الامتيازات الهامة التي تتمتع بها الدولة تصنيف فئة معينة من أعمالها من قبيل أعمال السيادة التي تستثنى من الخضوع لرقابة القضاء دون أعمال الإدارة الأخرى القانونية والمادية التي يتقرر بشأنها مبدأ مسؤولية الدولة. فلاعتبارات سياسية كان لابد للاعتراف للحكومة يمكنة إصدار قرارات لا تخضع لرقابة القضاء الذي يختص بفحص المسائل القانونية لجهة الإدارة دون مسائل الملاءمة التي تتمتع الدولة في مواجهتها بسلطة تقديرية واسعة. انظر: د. عزيزة الشريف. القانون الإداري (٢) – مسؤولية السلطة العامة وموظفيها (قضاء التعويض). مؤسسة دار الكتب، الكويت ٢٠٠١، الطبعة الأولى. ص ٨١.
وقد أخذ المشرع الكويتي بنظرية أعمال السيادة وعدم ولاية القضاء بنظر الدعاوى المتعلقة بأعمال السيادة - مادة ٢ قانون ٢٣ /١٩٩٠- وكذلك اعتبرت بعض القرارات الإدارية التي تختص بنظر الدعاوى الخاصة بها للدائرة الإدارية من قبيل أعمال السيادة التي لا يجوز للدائنة نظر الدعاوى الخاصة بها وهي ما ذكرتها الفقرة (٥) من المادة الأولى من قانون ٢٠ سنة ١٩٨١.
ومن المميزات الاستثنائية الأخرى التي تتمتع بها الدولة عند مباشرة نشاطها الإداري قرينة المصلحة العامة المفترضة لصالحها عند إصدار القرارات الإدارية. ومفاد هذا القرينة أن جميع القرارات الإدارية التي تصدرها الدولة يفترض فيها دائماً وأبداً أنها تحقق المصلحة العامة. وعليه =

السلطات الاستثنائية التي تتمتع بها الدولة عند إبرامها لعقودها الإدارية في مواجهة المتعاقد الآخر. وهذا ما يفسر ما ذهب إليه الفقيه القانوني الأستاذ الدكتور إبراهيم أبو الليل عندما ذكر في مؤلفه أن العقد الإداري، وعلى الرغم من كونه عقداً، يخرج عن دائرة نظرية الالتزام ويخضع لقواعد القانون العام(١٤).

وعليه، ليس من المتصور أن يخضع العقد النفطي الذي تبرمه الدولة مع إحدى الشركات النفطية للنظرية العامة للالتزام في القانون المدني، وما يستتبعه ذلك من انطباق أحكام القانون الخاص عليه واختصاص القضاء العادي في فض منازعاته، إلا إذا خرج عن نطاق العقود الإدارية. فلو قيل أن العقد النفطي الذي تبرمه الدولة عقد إداري، فإنه يخضع عندئذ لأحكام القانون العام ولاختصاص القضاء الإداري. ومن الجدير بالذكر أن عقود الدولة لا تكون إدارية ما لم تستوفِ شروطها. بعبارة أخرى، وجود الدولة طرفاً في العقد لا يسبغ على هذا العقد بالضرورة الصفة الإدارية. باعتبار أن الدولة قد تقرر أن تتعاقد وكأنها أحد الأشخاص العادية، وبالتالي يعتبر العقد عندئذ عقداً خاصاً وليس عقداً إدارياً.

وبالتالي، يقودنا هذا الطرح إلى إثارة التساؤل حول مدى تحقق الحالة التي ينظر فيها للدولة بوصفها صاحبة السيادة وما يستتبعه ذلك من إمكانية تكييف العقد الذي تكون طرفاً فيه باعتباره عقداً إدارياً(١٥) وهو الأمر الذي سنناقشه في المطلب القادم.

= فإن عبء الإثبات يقع على من يدعي عكس ذلك. بعبارة أخرى، من يدعي أن قراراً إدارياً ما لم يقصد به تحقيق المصلحة العامة عليه أن يثب صحة إدعائه.

كما تضاف سلطة الدولة في نزع الملكية الخاصة للأفراد لدواعي المصلحة العامة من قبيل السلطات الاستثنائية التي تتمتع بها الدولة في مواجهة أشخاص القانون الخاص، والتي أخذ بها المشرع الكويتي بموجب القانون رقم ٣٣ لسنة ١٩٦٤ في شأن نزع الملكية والاستيلاء المؤقت للمنفعة العامة.

كما تملك الدولة أيضا تكليف الأفراد بالقيام بأعمال تقتضيها المصلحة العامة ولو جبراً عنهم. انظر: د. إبراهيم الدسوقي أبو الليل، نظرية القانون، الكويت ١٩٩٦ ص ٧١.

(١٤) د. إبراهيم الدسوقي أبو الليل، العقد والإرادة المنفردة - التصرف القانوني، مؤسسة دار الكتب، الطبعة الثانية، الكويت ١٩٩٨ ص٣٣.

إلا أن الدكتور أبو الليل قد أكد على أن عدم إخضاع هذه العقود لدائرة القانون الخاص لا يعني عدم انطباق النظرية العامة للالتزام عليها بشكل مطلق، بل تظل هذه النظرية هي الشريعة العامة لجميع العقود والالتزامات طالما لم تكن تتعارض مع طبيعتها الخاصة.

(١٥) يجب الأخذ بالاعتبار أن وجود الدولة طرفاً في العقد باعتبارها صاحبة السلطة والسيادة هو أحد شروط إسباغ الصفة الإدارية على العقود، مع ضرورة عدم إغفال شروط العقد الإداري الأخرى وهي أن يتعلق موضوع العقد بمرفق عام وأن يتضمن العقد شروطاً استثنائية. وهو الأمر الذي سنعرض له تفصيلاً في كل من المبحث الثاني والثالث على التوالي.

المطلب الثاني
أطراف العقد النفطي من منظورنظرية العقد الإداري

سميت العقود التي تبرمها الدولة بالعقود الإدارية لتميزها عن عقود الدولة المدنية والتي تخضع لأحكام القانون الخاص. ذلك أن كلمة (إدارية) ترمز إلى أن أحد الأطراف المتعاقدة هو الدولة (شخص من أشخاص القانون العام). ولكن لا يكتف بوجود الدولة طرفاً في العقد حتى يكتسب الصفة الإدارية (وهو الشرط الأول من شروط العقد الإداري)، بل يجب تحقق شرطين آخرين كما استقر القضاء الإداري على تطلبهما وهما[١٦] أن يتصل موضوع العقد بمرفق عام، وأن يتضمن هذا العقد شروطاً استثنائية من غير المألوف تضمينها عقود القانون الخاص. وعليه، إذا انتفى عن أحد العقود التي تبرمها الدولة أي من الشروط الثلاثة المذكورة أعلاه فإن هذا العقد يظل محتفظاً بصفته المدنية[١٧]. إلا أن ما يعنينا في هذا المطلب هو الشرط الأول تحديداً.

من الشروط البديهية لإضفاء الصفة الإدارية على العقد أن تكون الدولة – متمثلة في أحد أجهزتها الإدارية – طرفاً فيه، فإن لم تكن الدولة طرفاً في العقد فلا مبرر لإخضاعه لأحكام القانون العام؛ ذلك أن القانون العام إنما وجد ليحكم نشاط جهة الإدارة، لا نشاط الأشخاص الخاصة والذي يتولاه القانون الخاص.

ولكن تجدر الإشارة إلى أن الدولة في العقد الإداري يجب أن تعمل بوصفها "سلطة عامة تتمتع بحقوق وامتيازات لا يتمتع بمثلها الأفراد"[١٨] وذلك من خلال

---

(١٦) تعد أحكام العقود الإدارية في حقيقتها أحكاماً قضائية قام مجلس الدولة الفرنسي بإرسائها، وتدخل المشرع فيها عادة ما يكون مقصوراً على تبني قواعد سبق أن أرسى القضاء الإداري دعائمها.
انظر: د. ماجد راغب الحلو، القانون الإداري، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية ١٩٩٨، ص ٥٧٣.

(١٧) نرجئ الحديث عن هذين الشرطين في المبحث الثاني والثالث على التوالي.

(١٨) تعرف المرافق العام الإدارية بأنها تلك المرافق التي تباشر نشاطاً من الأنشطة التي تدخل في صميم الوظيفة الإدارية للدولة مثل مرفق الأمن والدفاع والقضاء والصحة والتعليم. وتخضع المرافق العامة الإدارية لقواعد القانون الإداري بالنسبة لموظفيها وعقودها والمنتفعين من خدماتها ومنازعاتها وأمور أخرى كثيرة. انظر في هذا المعنى:
– د. عزيزة الشريف، القانون الإداري (٢) - أساليب الإدارة العامة وخضوعها لمبدأ سيادة القانون، مؤسسة دار الكتب، الكويت ٢٠٠٠ ص ٩٦.
– د. عزيزة الشريف ود. يسري العصار، القانون الإداري - النشاط الإداري (الضبط الإداري - المرفق العام)، مؤسسة دار الكتب للطباعة والنشر، الكويت ١٩٩٩ ص ١٣٧ - ١٣٩.

ممارستها لأساليب السلطة العامة. وعليه، إذا حسرت جهة الإدارة عنها عباءة السلطة العامة عند التعاقد، اعتبر العقد عندئذ عقداً مدنياً[١٩].

وقد قام الفقه في القانون الإداري بتحديد أجهزة الدولة التي يعول على وجودها طرفاً في العقد لإضفاء الصفة الإدارية عليه. فهناك اتفاق فقهي على أن (المرافق العامة الإدارية) تعتبر من قبيل أشخاص القانون العام التي تمثل الدولة كسلطة عامة، وبالتالي فإن ما تبرمه من عقود يعتبر حتماً من قبيل العقود الإدارية[٢٠].

ولكن تثور الصعوبة بشأن (المرافق العامة الاقتصادية)، فهي على الرغم من كونها أشخاصاً قانونية عامة، إلا أنها تباشر أنشطة اقتصادية (تجارية، زراعية، صناعية) تتشابه وأنشطة القطاع الخاص. وقد صاغ القضاء الفرنسي نظرية المرافق العامة الاقتصادية والتي بموجبها تخضع هذه المرافق لنظام قانوني مزدوج: فعند مباشرة هذه المرافق لأنشطتها الاقتصادية، ومنها إبرام العقود المتعلقة بتسيير أعمالها، تخضع لأحكام القانون الخاص. وفيما عدا ذلك من أمور قانونية أخرى فإنها تخضع لأحكام القانون العام.

ولذلك، فإن العقود التي تبرمها المرافق العامة الاقتصادية من الممكن أن تقع في دائرة القانون الخاص إذا كان العقد يتعلق بتسيير النشاط الاقتصادي لهذا المرفق[٢١].

---

(١٩) ذلك أن جهة الإدارة تتمتع بحرية في اختيار النظام القانوني الذي يحكم تعاقداتها سواء بتطبيق أسلوب القانون العام أو أسلوب القانون الخاص بحسب ملاءمة ذلك أو ذاك لسير المرافق العامة.
- د. عزيزة الشريف، القانون الإداري (٢) - أساليب الإدارة العامة وخضوعها لمبدأ سيادة القانون، مؤسسة دار الكتب، الكويت ٢٠٠٠ ص ٩٨.
– د. محمد فؤاد عبد الباسط، القانون الإداري، دار الفكر، الإسكندرية، ص ٤٧١ - ٤٧٣.
– د. محمد فؤاد عبد الباسط، القانون الإداري، دار الفكر، الإسكندرية، ص ٨٠ - ٨١.

(٢٠) د. محمود محمد حافظ، نظرية المرفق العام، دار النهضة العربية، ١٩٨١ - ١٩٨٢، ص١٣١.
– د. محمد علي الياسين، القانون الإداري - المبادئ العامة في نظرية المرافق العامة، الضبط الإداري، القضاء الإداري، المكتبة الحديثة، الطبعة الأولى، بيروت، ص ٣٣ - ٣٤.
– د. ماجد راغب الحلو، القانون الإداري، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية ١٩٩٨، ص٤١٧.
– د. سامي جمال الدين، أصول القانون الإداري ٢، دار المطبوعات الجامعية، القاهرة ١٩٩٦، ص ٥٩١.

(٢١) لمزيد من التفصيل بشأن النظام القانوني المزدوج الذي تخضع له المرافق العامة الاقتصادية انظر:
– عزيزة الشريف ود. يسري العصار، القانون الإداري - النشاط الإداري (الضبط الإداري - =

ولن نستفيض في هذا المجال حيث إن المكتبة القانونية تزخر بالعديد من المؤلفات التي تفصل في النظام القانوني الذي تخضع له المرافق العامة الاقتصادية.

نأتي الآن للتحقق من صفة الدولة في العقد النفطي وفقاً للمعيار السابق، بعبارة أخرى، تحديد من يضطلع بمهمة تمثيل الدولة في التوقيع على العقود النفطية في الكويت ومدى إمكانية اعتبار هذا الشخص من قبيل السلطة العامة من عدمه. وسيتم الإجابة على هذا التساؤل من خلال العرض لنقطتين رئيسيتين وهما، أولاً: دور حاكم الدولة في التوقيع على العقود النفطية قديماً، وثانياً: تأثير قيام مؤسسة البترول الكويتية بتمثيل الدولة في التوقيع على العقود النفطية حديثاً.

أولاً – دور حاكم الدولة في التوقيع على العقود النفطية قديماً:

قد يكون من الفائدة عند الإجابة على هذا التساؤل هو أن نعرض للعقود النفطية بصورتها الأولى عند بداية اكتشاف النفط إلى الصورة التي استقرت عليها في الوقت الحالي. فعندما تم اكتشاف النفط لأول مرة في منطقة الخليج العربي، تنافست كبرى شركات النفط العالمية على استرضاء شيوخ المنطقة لكي يوقعوا معها عقود الامتياز النفطية التي تضع نفط هذه المنطقة تحت حوزتهم. فوقعت عقود الامتياز الأولى آنذاك من قبل رئيس الدولة نفسه (الشيخ). ويرجع السبب في ذلك إلى أن دول الخليج سابقاً كانت مجرد إمارات فقيرة جدا وغير متطورة. كما أنها لم تكن تعرف بعد أشكال العمل المؤسسي، فكان الشيخ هو الحاكم وهو القاضي وهو المشرع، فلا عجب إذاً أن يوقع الشيخ بنفسه على اتفاقيات الامتياز النفطية الأولى(٢٢).

= المرفق العام)، مؤسسة دار الكتب للطباعة والنشر، الكويت ١٩٩٩ ص ١٣٩ - ١٤٠.

– د. محمود محمد حافظ، نظرية المرفق العام، دار النهضة العربية، ١٩٨١ - ١٩٨٢، ص ٧٠ - ٧٢.

– د. محمد علي الياسين، القانون الإداري - المبادئ العامة في نظرية المرافق العامة، الضبط الإداري، القضاء الإداري، المكتبة الحديثة، الطبعة الأولى، بيروت، ص ٣٤ -٣٦.

– د. ماجد راغب الحلو، القانون الإداري، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية ١٩٩٨، ص ٤١٨ - ٤١٩.

– د. سامي جمال الدين، أصول القانون الإداري ٢، دار المطبوعات الجامعية، القاهرة ١٩٩٦، ص ٥٩١ - ٥٩٢.

(٢٢) لمزيد من التفصيل بشأن الظروف الاقتصادية والسياسية والاجتماعية التي كانت سائدة في إمارات الخليج وقت اكتشاف النفط، انظر:

- Stephen Longrigg, Oil In The Middle East, Its Discovery And Development (3rd edn, Oxford University Press 1986).

- Henry Cattan, The Evolution Of Oil Concessions In The Middle East And North Africa (Ocean Publication 1967).

ونستدل على هذه المرحلة بتجربة دولة الكويت تحديداً، فعندما ظهرت بوادر اكتشاف النفط في المنطقة، سارعت شركة النفط الإنجليزية الإيرانية - (Anglo Persian Oil Company)[٢٣] وشركة غالف أويل (Gulf Oil)[٢٤]، في عام ١٩٣٤، إلى توقيع عقد امتياز نفطي في الكويت مع حاكمها آنذاك المغفور له بإذن الله الشيخ أحمد الجابر الصباح[٢٥]. وتوالت بعد ذلك عقود الامتياز النفطية التي يقوم حاكم الدولة بنفسه بالتوقيع عليها[٢٦]. وفي فترة لاحقة، تطور الأمر إلى أن أصبحت عقود النفط في الكويت توقع من قبل رئيس مجلس الوزراء أو الوزير المختص (وزير النفط عادة)[٢٧].

ولاشك مطلقاً في تحقق الشرط الأول من شروط العقد الإداري في العقود النفطية التي يوقعها رئيس الدولة، أو رئيس مجلس الوزراء، أو الوزير المختص[٢٨]. ذلك أن هذه الأشخاص تشكل جوهر أشخاص القانون العام المركزية في الدولة، والتي

---

(٢٣) تسمى هذه الشركة الآن British Petroleum.

(٢٤) تسمى هذه الشركة الآن Chevron Corporation.

(٢٥) لمزيد من التفصيل بشأن تاريخ اكتشاف النفط في دولة الكويت انظر في الموقع الإلكتروني الرسمي لشركة نفط الكويت على الرابط التالي:
http://www.lockw.com/sites/AR/Pages/Profile/History/KOC-History.aspx.

(٢٦) من أمثلة العقود النفطية التي كان يوقع عليها حاكم الدولة بنفسه الآتي:
- اتفاقية النفط الخاصة بالمنطقة المحايدة والتي وقعها حاكم الكويت آنذاك الشيخ عبد الله السالم الصباح عام ١٩٥٨ مع شركة النفط العربية المحدودة (اليابان).
– اتفاقية امتياز النفط مع شركة كويت شل لاستثمار البترول المحدودة والتي وقعها حاكم الكويت آنذاك الشيخ عبد الله السالم الصباح.
– اتفاقية الكويت مع شركة الزيت الأمريكية سنة ١٩٦١.
للاطلاع على نصوص هذه الاتفاقيات راجع:
د. إبراهيم الحمود ود.عبد المنعم عبد الغني، قانون البترول - دراسة تحليلية مالية مع التطبيق على دولة الكويت، ٢٠١٣ - ٢٠١٤.

(٢٧) اتفاقية الكويت مع شركة BP وشركة Gulf وشركة نفط الكويت المحدودة بشأن تنفيق العوائد والتي أبرمت في عام ١٩٦٦ بين الشركات المذكورة وبين حكومة دولة الكويت ممثلة بوزير المالية آنذاك الشيخ صباح الأحمد الصباح.
للاطلاع على نصوص هذه الاتفاقية راجع:
د. إبراهيم الحمود ود. عبد المنعم عبد الغني، قانون البترول - دراسة تحليلية مالية مع التطبيق على دولة الكويت، ٢٠١٣ - ٢٠١٤.

(٢٨) د. إبراهيم الحمود ود. عبد المنعم عبد الغني، قانون البترول - دراسة تحليلية مالية مع التطبيق على دولة الكويت، ٢٠١٣ - ٢٠١٤، ص ٣٨.

تتمركز في يدها أساليب السلطة العامة عند مباشرة وظيفتها الإدارية. وبالتالي فإن العقود التي يبرمونها تقترب إلى الطبيعة الإدارية كثيراً.

ثم تأتي تلك المرحلة الإستراتيجية في التاريخ النفطي لدولة الكويت ألا وهي مرحلة تأميم الصناعة النفطية عندما تم نقل ملكية جميع الشركات النفطية القائمة على إقليم دولة الكويت إلى الحكومة(٢٩). تبعها خطوة هامة جداً كانت إنشاء مؤسسة البترول الكويتية في عام ١٩٨٠(٣٠) و التي أنيط إليها ملكية جميع شركات النفط الوطنية القائمة وقت صدور قانون إنشاء المؤسسة أو تلك التي تنشأ مستقبلاً(٣١). ومنذ ذلك الحين، أصبحت مؤسسة البترول الكويتية هي التي تمثل دولة الكويت في إبرام العقود النفطية، فلم تعد تلك العقود توقع من قبل رئيس الدولة ذاته أو وزير النفط كما هو في السابق.

(٢٩) اتخذت الحكومة الكويتية خطوات تمهيدية عدة من أجل التدرج في الوصول إلى مرحلة الملكية الكاملة للقطاع النفطي. كانت أولى هذه الخطوات في عام ١٩٧٤ عندما وقعت حكومة دولة الكويت اتفاقية مشاركة مع شركة نفط الكويت لكي تشارك بمقدار ٦٠٪ من رأس مال هذه الشركة. وفي عام ١٩٧٥ أصدرت الحكومة الكويتية قراراً بتملك النسبة المتبقية من رأس مال شركة نفط الكويت. وفي نفس العام توالت القرارات بتملك شركات النفط القائمة في ذلك الوقت، وهي شركة البترول الوطنية الكويتية وشركة صناعة الكيماويات البترولية. وفي عام ١٩٧٦ قررت الحكومة الكويتية شراء ٤٩٪ من رأس مال شركة ناقلات النفط. وفي عام ١٩٧٧ أصدرت الحكومة الكويتية قراراً بإنهاء الاتفاقية المعقودة مع شركة الزيت الأمريكية المستقلة.

(٣٠) المرسوم بقانون رقم ٦ لسنة ١٩٨٠ بإنشاء مؤسسة البترول الكويتية.

(٣١) وهذه الشركات النفطية العشرة هي:

١- شركة نفط الكويت Kuwait Oil Company (KOC).

٢- شركة البترول الوطنية الكويتية Kuwait National Petroleum company (KNPC).

٣- شركة صناعات الكيماويات البترولية. Petrochemical Industries company (PIC).

٤- شركة ناقلات النفط Kuwait Oil tankers Company (KOTC).

٥- شركة كافكو Kuwait Aviation Fuelling Company (KAFCO).

٦- شركة الكويت للاستكشافات الخارجية Kuwait Foreign Petroleum International Company (KUFPIC).

٧- شركة البترول الكويتية العالمية Kuwait Petroleum International Company (Q8).

٨- شركة نفط الخليج الكويتية Kuwait Gulf Oil Company (KGOC).

٩- شركة خدمات القطاع النفطي Oil Sector Services Company.

١٠- شركة التنمية النفطية. Kuwait Development Company (ODC).

ثانياً – تأثير قيام مؤسسة البترول الكويتية بالتوقيع على العقود النفطية حديثاً:

ومن الجدير بالذكر أن مؤسسة البترول الكويتية تدخل في زمرة الأشخاص العامة اللامركزية، ويرجع السبب في ذلك إلى أنها قد أنشئت بموجب قانون صادر من مجلس الأمة(٣٢) منحها الشخصية القانونية وأعطاها الذمة المالية المستقلة، وكفل لها قدر من الاستقلالية عن الحكومة المركزية عند مباشرة وظائفها(٣٣).

كما أن مؤسسة البترول الكويتية تعتبر من قبيل الأشخاص المرفقية على الرغم من قول البعض بانتفاء المفهوم الموضوعي للمرفق العام في حق المؤسسة(٣٤). وحجة هذا الرأي أن العمليات النفطية التي تتولاها المؤسسة قد لا تشبع حاجة عامة لدى الأفراد. فمرفق الصحة، متمثلاً في وزارة الصحة وما يستظل تحتها من مستشفيات ومستوصفات، يشبع حاجة ماسة لدى الناس ألا وهي التداوي من الأمراض والوقاية منها. قياساً على المثال السابق، فإن التساؤل يثور حول ماهية الحاجات التي يشبعها مرفق النفط في الدولة، والمتمثل في مؤسسة البترول الكويتية وشركاتها النفطية.

---

(٣٢) أنشئت مؤسسة البترول الكويتية بموجب المرسوم بقانون رقم ٦ لسنة ١٩٨٠ بإنشاء مؤسسة البترول الكويتية، وقد نشر هذا القانون في الجريدة الرسمية (الكويت اليوم) في العدد ١٢٤٨، السنة السادسة والعشرون.

(٣٣) تنص المادة الأولى من القانون أعلاه على الآتي: "تنشأ مؤسسة ذات طابع اقتصادي ويكون لها شخصية اعتبارية مستقلة تسمى "مؤسسة البترول الكويتية" ويشرف عليها وزير النفط".

(٣٤) يتمثل المفهوم العضوي للمرفق العام في كونه جهازاً تنشئه الدولة فيكون أحد أعضائها. أما المفهوم الموضوعي للمرفق العام فينصب على النشاط الذي تباشره جهة الإدارة لتقديم خدمات أو سلع تستهدف فيها سد حاجات عامة لدى الأفراد.

في بيان مفهوم المرفق العام الشكلي والموضوعي انظر:

– د. ماجد راغب الحلو، القانون الإداري، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية ١٩٩٨، ص٤٠٨ - ٤١٠.

– د. محمد علي الياسين، القانون الإداري - المبادئ العامة في نظرية المرافق العامة، الضبط الإداري، القضاء الإداري، المكتبة الحديثة، الطبعة الأولى، بيروت، ص ٢٠ - ٢٧.

– د. عزيزة الشريف ود. يسري العصار، القانون الإداري - النشاط الإداري (الضبط الإداري - المرفق العام)، مؤسسة دار الكتب للطباعة والنشر، الكويت ١٩٩٩ ص ٩٥ - ١١١.

– د. محمود محمد حافظ، نظرية المرفق العام، دار النهضة العربية، ١٩٨١ - ١٩٨٢، ص ١٧ - ٢١.

– د. أحمد محمد الفارسي ود. خليفة ثامر الحميدة، القانون الإداري - نشاط السلطة الإدارية (المرفق العام - الضبط الإداري)، كلية الحقوق، الكويت ٢٠٠٩، ص ١١ - ١٥.

في واقع الأمر، الحاجات العامة لدى الأفراد والتي تقوم الدولة بإشباعها من خلال مرافقها العامة من الممكن ردها إلى فئتين رئيسيتين، تتمثل الأولى منها بتلك الحاجات العامة ذات الطبيعة المادية، والتي تمس الأفراد مباشرة، لهذا يستلزم الأمر ضرورة الإسراع في إشباعها. ومثال على ذلك حاجة الناس إلى التداوي من الأمراض (مرفق الصحة)، وحاجتهم إلى التعليم (مرفق التعليم). فهي حاجات لا تحتمل التأخير في تلبيتها. أما الفئة الثانية من الحاجات العامة فهي ذات أهمية قومية لأنها تمس أفراد المجتمع قاطبة، كما أن عملية إشباعها مما قد لا يشعر به الفرد بشكل مباشر بالمقارنة مع قضاء حاجاته الصحية أو التعليمية. لذلك فإن تأثير إشباع هذا النوع من الحاجات لا يظهر إلا على المدى الطويل. ومن أهم الأمثلة على هذا النوع من الحاجات العامة حماية الأمن الداخلي والخارجي للدولة[٣٥] فمن خلال دوريات الشرطة التي تجوب البلاد ليلاً لحفظ الأمن في المناطق المختلفة، والقوات العسكرية التي تسهر على حدود البلاد، يتحقق الأمن والأمان للمجتمع دون أن يقصد الفرد مرفقاً معيناً ودون أن يشعر بشكل مباشر بهذه الخدمات.

و من الجدير بالذكر أن استغلال الثروة النفطية في البلاد من الممكن أن يقع في دائرة الفئة الثانية من الحاجات العامة؛ حيث إن مثل هذا الاستغلال مما لا يشبع حاجة مباشرة لدى الأفراد، ولكنه حتما يشبع حاجات أخرى بشكل غير مباشر يظهر تأثيرها على الأمد البعيد. فالعائد من استغلال الثروة النفطية في الكويت يعتبر المصدر الرئيسي للدخل القومي، هذا الدخل تنفقه الدولة على أوجه صرف كثيرة تكفل لها الاستمرار في القيام بوظائفها، فلا القطاع الصحي ولا التعليمي ولا الأمني في الدولة بمقدوره أن يعمل لولا المبالغ المالية الضخمة التي تضخ له دورياً والمستمدة من العوائد النفطية.

نخلص من ذلك إلى القول بأن مؤسسة البترول الكويتية تعتبر من قبيل المرافق العامة في الدولة؛ حيث يجتمع في حقها كل من المفهوم العضوي والمفهوم الموضوعي للمرفق العام.

إلا أن الأمر يدق عند تحديد أي نوع من أنواع المرافق العامة تحديداً تنتمي إليه المؤسسة – المرافق العام الإدارية أو المرافق العامة الاقتصادية – والتي سبق أن

(٣٥) انظر في هذا المعنى:
D. J. Beattie, Hart's Introduction to the Law of Local Government and Administration (3rd, Butterworth & Co.1946) 3.

أشرنا إليها. ونحن نعتقد بصحة تكييف المؤسسة على أنها من قبيل المرافق العامة الاقتصادية باعتبار أنها مؤسسة ذات طابع اقتصادي تدار على أسس تجارية بحته. كما أن العمليات النفطية التي تقوم بها المؤسسة وتلخص مراحل الصناعة النفطية(٣٦)، لا تنفرد بها مؤسسة البترول الكويتية وشركاتها العشر فحسب، بل هي أعمال اقتصادية وتجارية يقوم بها أيضاً عدد من شركات القطاع الخاص النفطية(٣٧) الأجنبية التي تعمل على إقليم دولة الكويت(٣٨).

و النتيجة الهامة التي تترتب على الأخذ بهذا التكييف – أي أن مؤسسة البترول الكويتية تعتبر من قبيل المرافق العامة الاقتصادية – هي ضرورة خضوع هذه المؤسسة للنظام القانوني المزدوج الذي سبق أن أشرنا إليه. وعليه، فإن العقود التي تبرمها المؤسسة وتتعلق بمباشرة أنشطتها التجارية والصناعية تخضع بحسب الأصل لأحكام القانون الخاص، وفيما عدا ذلك من مسائل تتعلق بتنظيم المرفق ذاته خارجاً عن إطار مزاولة النشاط الاقتصادي يختص بها قواعد القانون العام. وهذه النتيجة ترجعنا إلى بداية الحديث عن وجود الدولة كطرف في العقد الإداري، حيث لم يكتف القضاء الإداري بذلك للقول بأنه عقد إداري، إنما تطلب أن تظهر الدولة في العقد بمظهر صاحبة السلطة والسيادة، وهو الأمر الذي قد لا يتحقق في العقود النفطية التي تبرمها مؤسسة البترول الكويتية، حيث تتبع عند إبرامها لهذه العقود أسساً تجارية واقتصادية بحتة، إلا في الحالة التي تضمن فيه المؤسسة العقد النفطي شروطاً استثنائية تميزها دون المتعاقد معها، وهو الشرط الثاني من شروط العقود الإدارية والذي سيتم مناقشته في المبحث القادم تحت عنوان موضوع العقد النفطي.

(٣٦) سنتطرق لشرح العمليات النفطية في المطلب الأول من المبحث الثاني.

(٣٧) تعتبر شركة إيكويت إحدى الأمثلة للشركات النفطية الكويتية الخاصة التي لا تنتمي إلى مؤسسة البترول الكويتية، وإن كان الواقع العملي شهد العديد من التعاونات المشتركة بينهما.

(٣٨) نذكر من هذه الشركات النفطية الخاصة على سبيل المثال لا الحصر:
شركة إيكويت البتروكيماوية EQUATEPetrochemical Company.
شركة بوبيان البتروكيماوية Boubyan Petrochemical Company (BPC).
شركة القرين للصناعات البتروكيماوية Qurain Petrochemical Industries Company (QPIC).

المبحث الثاني
موضوع العقد النفطي

للفقيه الدكتور إبراهيم أبو الليل رأي بشأن المقصود بـ (موضوع العقد) أورده في مؤلفه عندما تحدث عن الركن الثاني من أركان العقد وهو محل العقد، حيث ذكر أن موضوع العقد يختلف عن محل العقد؛ ذلك أن موضوع العقد يتمثل في العملية القانونية التي يقصدها المتعاقدان، أي تلك التي أبرم العقد من أجل تحقيقه، وقد ذكر الدكتور أبو الليل أن العقد ليس له محل بالمعنى الدقيق، بل له آثار قانونية وهي الالتزامات التي يرتبها، فمحل العقد ينصرف إلى محل هذه الالتزامات والمتمثل في الأداء الواجب على المدين أداؤه لصالح الدائن(٣٩). وبالتالي، فإن هذا المبحث سيتناول موضوع العقد النفطي من منظور النظرية العامة للالتزام في المطلب الأول منه، ومن ثم سيتناول معالجة موضوع العقد النفطي من منظور نظرية العقد الإداري في المطلب الثاني منه.

المطلب الأول
موضوع العقد النفطي من منظور النظرية العامة للالتزام

من منطلق أن موضوع العقد النفطي هو العملية القانونية التي قصدتها كل من الدولة وشركة النفط الأجنبية من وراء إبرام هذا العقد الذي يجمعهما، فإن العمليات القانونية موضوع العقود النفطية كثيرة، كما أن تعدادها من شأنه أن يلخص مختلف مراحل الصناعة النفطية. وقد حرص قانون إنشاء مؤسسة البترول الكويتية أن يعدد هذه العمليات في المادة ٣ منه(٤٠) على النحو الذي سنعرض له الآن.

---

(٣٩) د. إبراهيم الدسوقي أبو الليل، العقد والإرادة المنفردة - التصرف القانوني، مؤسسة دار الكتب، الطبعة الثانية، الكويت ١٩٩٨ ص١٨٣.
وقد ذكر الدكتور أبو الليل أن بعض الفقه قد خلط بين مصطلح موضوع العقد ومحل العقد (محل الالتزامات التي يرتبها العقد) وأن المشرع الكويتي المدني قد خلط أيضاً بين مصطلح محل العقد ومحل الالتزام.

(٤٠) تنص المادة ٣ من المرسوم بقانون رقم ٦ لسنة ١٩٨٠ بإنشاء مؤسسة البترول الكويتية على الآتي: "أغراض المؤسسة هي القيام بكافة الأعمال المتعلقة بصناعة البترول والمواد الهيدروكربونية بصفة عامة في كافة مراحلها، وبالصناعات المتفرعة عن هذه الصناعات أو المرتبطة أو المتعلقة أو المكملة لها، في الكويت والخارج، ويدخل في ذلك على الأخص، ما يلي:..."

أولى مراحل الصناعة النفطية تتمثل في عمليات البحث والتنقيب عن النفط، فقد تتعاقد الدولة مع شركة النفط الأجنبية من أجل إجراء عمليات المسح الجيولوجي أو استخدام غيرها من الوسائل الأخرى للبحث عن مكامن نفطية في بقعة معينة من إقليم الدولة البحري أو البري، تأتي بعد ذلك عملية إنتاج النفط، وعندئذ إما أن تتعاقد الدولة مع الشركة على إنتاج النفط من آبار قائمة فعلاً[٤١]، أو أن يتم التعاقد على إنتاجه من آبار جديدة يستخرج منها النفط لأول مرة[٤٢].

ثم تأتي عملية تسويق هذا النفط المنتج، فإما أن يتم بيعه خاماً، حيث تبرم الدولة عقداً مع إحدى الشركات المتخصصة في النقل البحري لنقله من إقليمها إلى دولة الشراء على فرض عدم امتلاكها لأسطول بحري[٤٣]. أو قد تذهب الدولة إلى خيار تكرير النفط لتستخرج منه سلسلة غير متناهية من المواد الهيدروكربونية الأخرى. وهنا قد تبرم الدولة عقداً نفطياً مع إحدى شركات النفط المتخصصة في تكرير النفط، أو أن يتم الاتفاق على بناء مصافي لتكرير النفط على إقليمها[٤٤].

ومما تجدر الإشارة إليه، أن هذه العمليات تشكل الخطوط العريضة للصناعة النفطية، والواقع العملي أثبت سرعة تطور العمل في المجال النفطي، الأمر الذي يمكن معه تصور إبرام عقود نفطية يكون موضوعها عمليات أخرى غير المذكور أعلاه[٤٥].

---

(٤١) وهي الحالة التي تتحقق بالنسبة للمكامن النفطية ذات الطبيعة الجيولوجية الصعبة، كما هو الحال في حقول الشمال الكويتية، ذلك أن هذه الحقول النفطية تحتاج إلى تكنولوجيا فنية حديثة كالحقن المائي من أجل استخراج النفط منها، فلا يجدي نفعاً مع هذه الحقول الصعبة استخدام التقنيات التقليدية مثل الحفر الرحوي والذي يستخدم في حقل برقان الكبير.

(٤٢) انظر: المادة ٣/ ١ من القانون المذكور أعلاه، حيث تنص على الآتي: "الاستكشاف والتنقيب والحفر بحثاً عن النفط الخام والغاز الطبيعي والغاز المسيل وسائر المواد الهيدروكربونية الأخرى ومشتقاتها ومستخرجاتها المصنعة والمتاجرة في جميع هذه المواد".

(٤٣) انظر: المادة ٣/ ٢ من القانون المذكور أعلاه، حيث تنص على الآتي: "نقل وتوزيع وتسويق النفط الخام والغاز الطبيعي والغاز المسيل وسائر المواد الهيدروكربونية الأخرى ومشتقاتها ومستخرجاتها المصنعة والمتاجرة في جميع هذه المواد".

(٤٤) انظر: المادة ٣/ ٣ من القانون المذكور أعلاه، حيث تنص على الآتي: "ممارسة صناعة الكيماويات الهيدروكربونية بما في ذلك صناعة الكيماويات البترولية، وتخزين منتجات هذه الصناعة ونقلها وتوزيعها وتسويقها والمتاجرة فيها".

(٤٥) وقد احتاط قانون إنشاء مؤسسة البترول الكويتية لذلك، فأشارت المادة ٣ منه إلى أن هذا التعداد هو مثال للعمليات النفطية، كما أكدت المادة المعنية في نهايتها على أن المؤسسة تقوم "بجميع الأعمال والنشاطات المؤدية إلى تحقيق أغراض المؤسسة أو المساعدة على ذلك.

المطلب الثاني
موضوع العقد النفطي من منظور نظرية العقد الإداري

وجدنا أن الشرط الأول من شروط العقد الإداري يتعلق بأطراف العقد، ورأينا كيف أن دوره في تحديد الطبيعة القانونية للعقد قد يضعف أمام حقيقة حرية الدولة في اختيار أسلوب القانون الخاص أو القانون العام في التعاقد، وهذا ما يبرر ذهاب القضاء الإداري إلى وضع شرط آخر من أجل إضفاء الصفة الإدارية على العقد الذي تبرمه الدولة، وهو شرط يتعلق بطبيعة العقد ذاته، حيث يشترط في العقد أن يتصل موضوعه بمرفق عام بحيث يبرم لخدمته.

وترجع العلة في اشتراط اتصال موضوع العقد بمرفق عام إلى أن النظام القانوني المتميز للعقود الإدارية والذي يمنح بموجبه الدولة سلطات استثنائية في مواجهة المتعاقد معها –كما سيلي شرحه في المبحث الثالث– مرده تمكين الدولة من كفالة سير مرافقها العامة بانتظام واطراد. وبالتالي إذا انقطعت صلة العقد الذي تبرمه الدولة بالمرفق العام انتفى عنه وصف العقد الإداري(٤٦).

ويتصل العقد بنشاط المرفق العام بإحدى طريقتين(٤٧): إما أن يتصل العقد بنشاط المرفق العام بشكل مباشر، كأن يتعلق العقد بتنظيم المرفق واستغلاله من خلال إشراك المتعاقد الآخر في إدارة هذا المرفق كما هو الحال في عقود الامتياز(٤٨). أو قد يتصل العقد بنشاط المرفق العام بشكل غير مباشر من خلال المعاونة في تسير نشاطه كما هو الحال في عقود التوريد وعقود النقل وعقود الإيجار وعقود البيع(٤٩).

---

(٤٦) كما هو الحال عندما تبرم الدولة عقوداً لإدارة أموالها الخاصة، انظر:
د. محمد فؤاد عبد الباسط، القانون الإداري، دار الفكر، الإسكندرية، ص ٤٧٣.

(٤٧) د. عزيزة الشريف، القانون الإداري (٢) - أساليب الإدارة العامة وخضوعها لمبدأ سيادة القانون، مؤسسة دار الكتب، الكويت ٢٠٠٠ ص ٩٩ - ١٠٠.

(٤٨) يعرف عقد التزام المرافق العامة، أو عقد الامتياز كما يطلق عليه أيضاً، بأنه ذلك العقد الذي تمنح بموجبه جهة الإدارة المتعاقد معها (فرداً أو شركة) مكنة إدارة مرفق عام اقتصادي واستغلاله لمدة محددة، وتحت إشرافها، على نفقته الخاصة وتحت مسؤوليته وبواسطة عماله، وذلك في مقابل تقاضي الرسوم التي يدفعها جمهور المنتفعين بالخدمات التي يقدمها المرفق، أي أن هذا الشخص الخاص هو الذي يتولى تقديم الخدمة العامة للأفراد بالنيابة عن الدولة ولكن تحت إشرافها.

(٤٩) هذه العقود تخدم المرافق العامة بطريق غير مباشر ومع ذلك فإن القضاء الإداري يجري على اعتبارها عقوداً إدارية متى تحقق فيها الشرط الثالث من شروط العقد الإدارية ألا وهو تضمن العقد لشروط غير مألوفة كما سيلي بيانه في المبحث الثالث وتحديداً المطلب الثاني منه.

إلا أن الفقه قد تطلب فقط أن يتصل موضوع العقد الذي تبرمه الدولة بمرفق عام وحسب، ولم يحدد أي نوع من المرافق العامة التي فيما لو اتصل موضوع العقد بها اعتبر عندئذ عقداً إدارياً. فالمرافق العامة الاقتصادية، وكما أشرنا في المبحث الأول، تخضع لنظام قانوني مزدوج. وبالتالي، اتصال العقد الذي تبرمه هذه المرافق العامة بنشاطها الاقتصادي لا يجعل منه عقداً إدارياً، بل يظل عقداً خاصاً تحكمه المعايير الاقتصادية والتجارية البحتة التي تعزز مفاهيم تحقيق الربح المادي أكثر من مفاهيم تحقيق المصلحة العامة التي تحكم عقود المرافق العامة الإدارية.

ونرجع الآن إلى السؤال المطروح سالفاً وهو ما إذا كان موضوع العقد النفطي يرتبط بمرفق عام من عدمه، ونرجح الإجابة على هذا التساؤل بالإيجاب، ذلك أن موضوع العقود النفطية، والمتمثل في العمليات التي استعرضناها أعلاه، مرتبط ارتباطاً وثيقاً بمرفق عام هام في دولة الكويت ألا وهو مؤسسة البترول الكويتية والتي تعتبر من قبيل المرافق العامة الاقتصادية، وبالتالي فإن ارتباط موضوع العقد النفطي من خلال ما يتضمنه من عمليات نفطية بهذا المرفق العام الاقتصادي، لا يجعل منه عقداً إدارياً، كما سبق بيانه في المبحث الأول، إلا إذا كان موضوع العقد متصلاً بالجانب الإداري لهذا المرفق الاقتصادي، حيث يعتبر العقد النفطي إدارياً عندئذ.

المبحث الثالث
شروط العقد النفطي

يعتبر مبدأ سلطان الإرادة هو أساس القوة الملزمة للعقد(٥٠). فبموجب هذا المبدأ نجد أن الفرد له مطلق الحرية في أن يتعاقد من عدمه. وإذا اختار الفرد أن يتعاقد، فله مطلق الحرية في أن يختار من يتعاقد معه وأن يختار **شروط العقد** التي يلتزم بها وآثاره. أي أن مقتضى مبدأ سلطان الإرادة أن كل ما تتجه إليه إرادة طرفي العقد ويتم الاتفاق عليه يكون ملزماً لهما. فلا يمكن لأي طرف منفرداً أن يعدل على ما اتجهت إليه الإرادة المشتركة للأطراف، وهو ما يعبر عنه بمقولة العقد شريعة المتعاقدين(٥١). إلا أن هذا المبدأ الهام من مبادئ التعاقد في القانون الخاص قد يكون له تطبيق خاص في العقود الإدارية يتوافق وفكرة أن الدولة المنوط بها تحقيق الصالح العام تعد طرفاً في هذا العقد. وبالتالي، فإن هذا المبحث سيسلط الضوء على البنود التعاقدية في العقد النفطي والمستوحاة من روح القانون الخاص، بحيث إن وجدت كان ذلك قرينة على تكييف هذا العقد باعتباره من عقود القانون الخاص، وسيكون ذلك في المطلب الأول. أما المطلب الثاني فسيبحث في البنود التعاقدية التي عادة ما ترد في العقد النفطي وتدلل على طبيعته الإدارية.

المطلب الأول
شروط العقد النفطي وفقاً للنظرية العامة للالتزام

إن شروط العقد تعد من المسائل التعاقدية التي يتجلى بشأنها مبدأ سلطان الإرادة، حيث لن يقبل أي من الطرفين الالتزام إلا بالشروط التي يرتضيانها معاً. والمقصود بالشروط التي يتضمنها العقد هي تلك الشروط التي يدرجها المتعاقدون في

---

(٥٠) تختلف قوة مبدأ سلطان الإرادة فيما لو كانت الدولة تعتنق المذهب الفردي أو الاجتماعي؛ ذلك أن المذهب الفردي يذهب إلى القول بأن أساس القوة الملزمة للعقد ترجع إلى ما للإرادة من سلطان، وأن دور القانون يقتصر فقط على ضمان احترام وتنفيذ ما جاء في هذا العقد، وتوقيع الجزاءات على الطرف الذي يخالف الاتفاق. أما المذهب الاجتماعي فقد اعترف للإرادة بدور مقيد وليس مطلقاً في تحديد آثار الالتزام. فالإرادة، وفقاً لأنصار المذهب الاجتماعي، وإن كانت مصدراً للالتزام إلا أنها تفترض أن المتعاقدين في مراكز متساوية، وهو الأمر الذي قد لا يتحقق في عقود الإذعان. وحتى في حالة المساواة بين المتعاقدين، لا يتصور أن يسمح لتعاقدهم أن يكون مصدر ضرر بمصلحة المجتمع ككل.

(٥١) د. إبراهيم الدسوقي أبو الليل، العقد والإرادة المنفردة - التصرف القانوني، مؤسسة دار الكتب، الطبعة الثانية، الكويت ١٩٩٨ ص٥٠ - ٥١.

عقودهم بقصد تحديد مضمون العقد. وتأخذ هذه الشروط عادة شكل البنود في العقد، وتتمثل في أعباء محددة تفرض على طرفي العقد عادة(٥٢).

تطبيقاً لمبدأ حرية التعاقد، يجوز للمتعاقدين أن يضمنا تعاقدهما أي شرط يرتضيانه، وقد وضع المشرع الكويتي المدني ضوابط عامة لشروط العقد كأن لا تخالف النظام العام أو أن تعارض نصاً قانونياً(٥٣).

ولذلك، يتمتع المتعاقدان بحرية كبيرة عند تحديد شروط العقد وآثاره على أساس من المفاوضة والمناقشة، وهو الأمر الذي يفترض أن المتعاقدين على قدر من المساواة في مراكزهما القانونية. أما في حالة انفراد أحد الأطراف في تحديد شروط العقد، مع اقتصار دور الطرف الآخر – وهو الأضعف عادة – في مجرد القبول بهذه الشروط، فإن الأمر عندئذ يثير احتمالية وقوع هذا العقد في دائرة عقود الإذعان مع إمكانية ترتيب الآثار القانونية التي يقررها القانون بهذا الشأن لرد التوازن إلى العقد(٥٤).

نأتي الآن لتطبيق هذه المعطيات على العقد النفطي، فنجد أن العقد النفطي بالنظر إلى شروطه يندرج تحت عقود المعاوضة الملزمة للجانبين، فهو يعد من عقود المعاوضة لأن كل متعاقد على حدة (الدولة وشركة النفط) يحصل بموجب العقد على مقابل ما يلتزم به، وهو عقد ملزم للجانبين لأنه يرتب عند إبرامه التزامات تقع على عاتق كل من طرفيه، بحيث يكون التزام كل منهما سبباً في التزام الآخر.

فشركة النفط الأجنبية تعتبر مدينة للدولة بالقيام بأحد أعمال استغلال الثروة النفطية التي يتم الاتفاق عليها (وهو محل التزام شركة النفط في مواجهة الدولة). وفي ذات الوقت، فإن الشركة دائنة للدولة باعتبار أنها تؤدي هذه الخدمات في مقابل معين يتم الاتفاق عليه في العقد نظير هذه الخدمات (وهو محل التزام الدولة في مواجهة شركة النفط).

---

(٥٢) د. إبراهيم الدسوقي أبو الليل، العقد والإرادة المنفردة - التصرف القانوني، مؤسسة دار الكتب، الطبعة الثانية، الكويت ١٩٩٨ ص٢٠٢.

(٥٣) انظر: نص المادة ١/١٧٥ من القانون المدني والتي نصت على الآتي: "يجوز أن يتضمن العقد أي شرط يرتضيه المتعاقدان إذا لم يكن ممنوعاً قانوناً أو مخالفاً للنظام العام أو حسن الآداب". ويرى الدكتور إبراهيم أبو الليل أن هذه القيود من المسلمات التي لا تحتاج النص عليها في القانون، إلا أنه برر ذلك بما جاء في المذكرة التفسيرية للقانون المدني من رغبة المشرع في دفع أي مظنة في شأنه، انظر: المذكرة التفسيرية للقانون المدني.

(٥٤) للاستزادة بهذا الشأن انظر: بدر جاسم اليعقوب، الغبن في القانون الكويتي (دراسة مقارنة)، مجلة الحقوق، ملحق العدد الثاني – والسنة الحادية عشرة، ١٩٨٧.

ومن الجدير بالذكر أن المقابل الذي يؤدى في العقود النفطية قد خضع لسلسة من التطورات. ففي الامتيازات النفطية الأولى، كانت الدولة المضيفة تعطي شركة النفط الأجنبية الحق الحصري في استغلال الثروة النفطية وتملك النفط المنتج، في مقابل قيام الشركة بدفع مبالغ مالية للدولة يتم الاتفاق عليها في العقد(٥٥). وتطور الأمر لاحقاً فأصبحت العقود النفطية تأخذ شكل المشاركة، حيث يتم إنشاء شركة بين الدولة وشركة النفط الأجنبية للقيام بالعمليات النفطية على إقليم الدولة، ويتملك كل من الشريكين النفط المنتج كل على حسب مساهمته في رأس مال الشركة. وآخر ما استقر العمل عليه في معظم دول الخليج العربية هو عقود المقاولة النفطية، فلا تعدو أن تكون شركة النفط مجرد مقاول يقوم بالعمليات النفطية لحساب الدولة، فلا تتملك الشركة شيئاً من النفط بل فقط تتقاضى مبالغ نقدية معينة يتم الاتفاق عليها في العقد(٥٦).

ولا يفوتنا في هذا الموضع أن نشير إلى أن محل التزام دولة الكويت في مواجهة الشركات النفطية مسألة قد تصدى لها الدستور الكويتي، فقد نصت المادة ٢١ منه على أن: "الثروات الطبيعية جميعها ومواردها كافة ملك الدولة، تقوم على حفظها وحسن استغلالها بمراعاة مقتضيات أمن الدولة واقتصادها الوطني". هذا النص الدستوري يقرر أن الثروات الطبيعية، وليس أهم من النفط كثروة طبيعية في الكويت، لا يتصور أن يتملكها إلا الدولة. وبالتالي يغلق الطريق أمام أي إمكانية لتملك النفط من قبل أشخاص القانون الخاص أفراداً أو شركات نفطية، أو اعتناق صيغ حديثة من التعاقد عرفها العمل في المجال النفطي غير تلك التي تجعل النفط ملكاً

(٥٥) لمزيد من التفصيل بشأن المدفوعات المالية التي تؤديها شركات النفط الأجنبية لحكومات الدول الخليجية في عقود الامتياز الأولى انظر:
- Henry Cattan, The Evolution Of Oil Concessions In The Middle East And North Africa (Ocean Publication 1967) 28.
- Bernard Taverne, An Introduction to the Regulation of the Petroleum Industry, Laws, Contracts and Conventions (Graham & Trotman1994) 33 and 41.

(٥٦) لمزيد من التفصيل بشأن تطور أشكال العقود النفطية انظر:
– د. خالد سعد زغلول حلمي ود. إبراهيم الحمود، النظم القانونية والسياسية للنفط العربي ووسائل تسوية المنازعات النفطية. الطبعة الثانية، ٢٠٠٠ الكويت.
– د. إبراهيم الحمود ود. عبد المنعم عبد الغني، قانون البترول - دراسة تحليلية مالية مع التطبيق على دولة الكويت، ٢٠١٣ - ٢٠١٤.
كما أن التزام دولة الكويت في أداء المقابل للشركة الأجنبية سيتم مناقشته في المبحث الثاني من هذا البحث وتحديداً في الفرع الثاني منه.

للدولة. وبالتالي فإن المتعاقد مع الدولة في المجال النفطي لا يتصور أن يتقاضى أجره عن الأعمال التي يقوم بها إلا نقداً وليس عيناً. على عكس الحال بالنسبة للعقود النفطية التي أبرمتها دولة الكويت قبل صدور الدستور الكويتي، والتي كان يسمح فيها للشركة الأجنبية تملك كل الإنتاج النفطي أو نسبة منه على حسب نوع العقد كما أسلفنا.

المطلب الثاني
شروط العقد النفطي من منظور نظرية العقد الإداري

ناقش المبحث الأول أولى الشروط التي يتطلبها الفقه والقضاء الإداري من أجل إسباغ التكييف الإداري على العقود التي تكون الدولة طرفاً فيها، حيث أوضحنا عدم كفاية كون الدولة طرفاً في العقد من أجل إضفاء الصفة الإدارية عليه، بل يجب أن تظهر بمظهر صاحبة السلطة والسيادة عند التعاقد. ومع إمكانية ضعف هذا الشرط أمام خيار الدولة في اختيار أسلوب القانون الخاص عند التعاقد. كما تحدثنا في المبحث الثاني عن الشرط الثاني الذي تطلبه الفقه والقضاء الإداري لإسباغ الوصف الإداري على عقود الدولة، ألا وهو ضرورة اتصال موضوع العقد بمرفق عام. ومع الإشكالية القانونية التي تصاحب عقود المرافق العامة الاقتصادية – باعتبار أن عقودها لا تكون تجارية إلا إذا اتصلت بأنشطتها التجارية أو الصناعية أو الزراعية – فقد ظهرت أهمية الشرط الثالث من شروط العقد الإداري والذي يوليه الفقه الأولية ألا وهو تضمين العقد شروطاً تخرج به عن المألوف في عقود القانون الخاص وهو موضوع حديثنا في هذا المطلب.

جرى الفقه على تسمية هذه الشروط بالشروط الاستثنائية، أو الشروط غير المألوفة، بمفهوم المخالفة لما قد تحويه عقود القانون الخاص المدنية أو التجارية من شروط عادية لا تؤدي إلى اختلال في ميزان مصالح الطرفين المتعاقدين. على عكس الحال بالنسبة للشروط التي قد تحويها عقود الدولة، والتي عادة ما يرجح فيها كفة الصالح العام الذي تضطلع به الدولة على مصلحة الفرد المتعاقد معها(٥٧). ولذلك فإن تضمين عقد ما من العقود التي تبرمها الدولة لأحد هذا الشروط يعد قرينة على استخدام الدولة لأساليب السلطة العامة، واتجاه إرادة المتعاقدين إلى تكييفه من قبيل العقود الإدارية.

(٥٧) د. أحمد عثمان عياد، مظاهر السلطة العامة في العقود الإداري، دار النهضة العربية، القاهرة ١٩٧٣، ص٥.

ومن أمثله هذه الشروط الاستثنائية التي تعبر عن مظاهر السلطة العامة في أثناء تنفيذ العقد(٥٨) سلطة جهة الإدارة في فسخ العقد، أوسلطتها في توقيع الجزاءات كالغرامة، وذلك كله بإرادتها المنفردة. وتعد هذه الشروط باطلة فيما لو تم تضمينها عقداً من عقود القانون الخاص لأنها تعبرعن مظاهر السلطة العامة(٥٩).

ويعد أيضاً من قبيل الشروط الاستثنائية تلك التي قد لا تتضمن مظاهر السلطة العامة، وبالتالي إن وجدت في عقود القانون الخاص قد لا تبطلها، ولكنها تشكل إخلالاً بمبدأ توازن العقد؛ لأنها تجعل المتعاقدين في مراكز غير متساوية. كحق جهة الإدارة في تعديل العقد الإداري بإرادتها المنفردة من خلال الزيادة أو النقصان في التزامات المتعاقد معها(٦٠). ويضاف إليها سلطة جهة الإدارة في مراقبة تنفيذ العقد، فبينما تعتبر سلطة الإشراف على تنفيذ العقد من قبيل الشروط المألوفة في عقود القانون الخاص، فإن تجاوز الإشراف إلى التسلط على تنفيذ العقد يعد من قبيل الشروط الاستثنائية التي لا يتصور أن يقبلها المتعاقد الآخر بحرية واختيار(٦١).

وقد ذكرت الدكتورة عزيزة الشريف في مؤلفها مثالاً آخراً على ما يمكن أن يعد

---

(٥٨) ذهب الدكتور أحمد عثمان عياد (المرجع السابق) إلى تقسيم الشروط الاستثنائية التي تعبر عن مظاهر استخدام السلطة العامة إلى مجموعتين: تتمثل المجموعة الأولى في تلك السلطات التي تتمتع بها الدولة عند اختيار المتعاقد معها، أما المجموعة الثانية فتتمثل في السلطات التي تتمتع بها الدولة في أثناء تنفيذ العقد. وما يهمنا هنا هو المجموعة الثانية تحديداً، ذلك أن اختيار المتعاقد مع الدولة في العقود النفطية يخضع لاعتبارات أخرى تتعلق بالطبيعة الخاصة للعمليات النفطية التي سيقوم بها.

(٥٩) د. عزيزة الشريف، القانون الإداري (٢) - أساليب الإدارة العامة وخضوعها لمبدأ سيادة القانون، مؤسسة دار الكتب، الكويت ٢٠٠٠ ص ١٣٨.
د. أحمد سلامة بدر، العقود الإدارية وعقود البوت، دار النهضة العربية، القاهرة ٢٠٠٣، ص١٦٣ - ١٧٧.

(٦٠) سلطة جهة الإدارة في تعديل العقد الإداري تعد من أبرز الشروط الاستثنائية غير المألوفة في عقود القانون الخاص والتي تميز العقد الإداري، ولكن هذه السلطة ليست مطلقة إنما مقيدة ببعض القيود. انظر في قيود سلطة جهة الإدارة في تعديل العقد:
د. عزيزة الشريف، القانون الإداري (٢) - أساليب الإدارة العامة وخضوعها لمبدأ سيادة القانون، مؤسسة دار الكتب، الكويت ٢٠٠٠ ص ١٣٩ -١٤٢.

(٦١) كأن يعترف للدولة بحق التوجيه عن طريق اختيار طرق ووسائل التنفيذ من خلال إصدار الأوامر والتوجيهات بهذا الشأن وبإرادتها المنفردة، ويلتزم المتعاقد بتنفيذ هذه التوجيهات دون الوقوف على رضائه من عدمه.
د. عزيزة الشريف، القانون الإداري (٢) - أساليب الإدارة العامة وخضوعها لمبدأ سيادة القانون، مؤسسة دار الكتب، الكويت ٢٠٠٠ ص ١٣٧ – ١٣٨.

من قبيل الشروط الاستثنائية، وهو النص في العقد على تحديد قواعد الاختصاص القضائي – سواء المدني أو الإداري. فقواعد الاختصاص القضائي تعد من النظام العام، وليس في مقدور جهة الإدارة أو الأفراد تحديدها بما لا يتفق وطبيعة العقد. ولذلك فإن هذه الشروط غير ذات أثر في حد ذاتها إذا ما تم إدراجها في العقد، إلا أنها تعتبر قرينة تضاف إلى القرائن الأخرى في الكشف عن نية المتعاقدين للاستدلال على طبيعة العقد المبرم بينهما(٦٢).

وعلى الرغم من تواتر فقهاء القانون الإداري على ذكر الحالات التي سبق بيانها كأمثلة للشروط الاستثنائية التي يستدل بها على اتجاه إرادة المتعاقدين إلى التعاقد الإداري، إلا أن هذا لا يمنع من إمكانية تضمين عقد ما شروطاً استثنائية أخرى، والمعيار هنا هو مدى تحقق الخروج عن المتعارف عليه في عقود القانون الخاص، بما يظهر الدولة بمركز أقوى من المتعاقد الآخر.

نأتي الآن للتحقق من مدى إمكانية تضمين العقود النفطية التي تبرمها الدولة مع شركات النفط لأي شروط استثنائية نستدل بها على النية الحقيقية للمتعاقدين فيما لو اتجهت نحو المسلك الإداري عند تعاقدهم، من عدمه. ويقتضي الأمر بداية إلى التنويه بأن مسألة تضمين العقود النفطية التي تبرمها الدولة لشروط استثنائية من عدمه مسألة واقع، وهو الأمر الذي يتطلب القيام بفحص كل عقد نفطي على حدة للوقوف على بنوده. فبعض العقود النفطية تخلو من أي شروط استثنائية لصالح الدولة، ونجد أن كل من طرفي العقد في وضع متكافئ، فيكون العقد عندئذ عقداً خاصاً وليس إدارياً. والعكس صحيح، فإذا تضمن العقد بنوداً تعطي الدولة سلطات أكثر في مواجهة شركة النفط الأجنبية، دل ذلك على أن الدولة تتعامل باعتبارها سلطة عامة وكان تعاقدها إدارياً.

ومن اطلاعنا على عدد من العقود النفطية والوقوف على صياغتها يمكننا استخلاص عدد من الشروط الاستثنائية التي درج العمل على تضمينها العقود النفطية متى اتجهت إرادة المتعاقدين إلى التعاقد الإداري، كما سنناقش أحد أهم الشروط التي

(٦٢) د. عزيزة الشريف، القانون الإداري (٢) - أساليب الإدارة العامة وخضوعها لمبدأ سيادة القانون، مؤسسة دار الكتب، الكويت ٢٠٠٠ ص ١٠٥.
الاتفاق على استبعاد اختصاص المحاكم الوطنية في نظر المنازعات التي تنتج عن أحد العقود التي تكون الدولة طرفاً فيها مسألة قانونية ستناقش تفصيلاً في المبحث الثالث من هذا البحث وتحديداً المطلب الثاني منه.

تحسر بها الدولة عن نفسها عباءة السلطة، فيستدل بها على رغبة الدولة في التعاقد باعتبارها تاجراً وليس صاحبة سلطة وسيادة. وذلك على النحو التالي:

أولاً – شرط إنهاء العقد بالإرادة المنفردة للدولة:

تنقضي العقود الإدارية متى تم تنفيذ الالتزامات الواردة فيها تنفيذاً كاملاً، أو انتهاء المدة المحددة للعقد متى كان العقد من عقود المدة، وهو ما يسمى بالطريقة العادية لانقضاء العقد. وقد ينقضي العقد قبل أوانه باتفاق الطرفين، وهذا ما يطلق عليه بالفسخ الاتفاقي. كذلك قد ينفسخ العقد بقوة القانون وذلك في حالة استحالة تنفيذه بسبب القوة القاهرة، أو إذا نص العقد أو القانون على اعتبار العقد مفسوخاً بقوة القانون إذا حدثت وقائع معينة. وانقضاء العقد في جميع الحالات السابقة ما هو إلا تطبيق للقواعد العامة في القانون المدني(٦٣).

إلا أن ما يعنينا في هذا المقام هي سلطة الإدارة الاستثنائية في إنهاء العقد بإرادتها المنفردة من غير توفر أي من الحالات المذكورة أعلاه، وهو ما يطلق عليه بالفسخ الإداري. وقد يتم النص في العقد ذاته على حق الإدارة في إنهاء العقد إنهاء انفرادياً، وقد يغفل العقد النص على مثل هذا الشرط، إلا أن الفقه والقضاء أقرا إمكانية استخدام الدولة لهذه السلطة الاستثنائية ولو لم يتم النص عليها في العقد(٦٤).

وعلى الرغم من أن الفقه قد اختلف في تحديد الأساس القانوني لاستخدام الدولة لمثل هذه السلطة الاستثنائية، إلا أن جميع ما قيل بهذا الشأن يصب في مجرى تحقيق المصلحة العامة(٦٥). وعليه، فإن النص في العقد على حق الدولة في إنهائه بإرادتها المنفردة يعد قرينة قانونية يستدل بها على استخدام الدولة لأساليب السلطة

(٦٣) د. أحمد عثمان عياد، مظاهر السلطة العامة في العقود الإدارية، دار النهضة العربية، القاهرة ١٩٧٣، ص ٢٤٩ - ٢٥٠.

(٦٤) المرجع السابق، ص ٢٥٤.

(٦٥) فصل الدكتور أحمد عثمان بشأن اختلاف الفقه في تحديد الأساس القانوني لسلطة جهة الإدارة في إنهاء العقد بإرادتها المنفردة. انظر: المرجع السابق، ص ٢٦٤ - ٢٦٦.
كما أن مقتضيات تحقيق المصلحة العامة أو مصلحة المرفق العام الذي أبرم العقد لخدمته ليست فقط أساساً لسلطة الدولة الاستثنائية في إنهاء العقد بإرادتها المنفردة، بل هي أيضاً شرطاً لصحة هذا الإجراء، وهو ما أكده القضاء في الكثير من أحكامه. وبالتالي، لا يجوز أن تقوم جهة الإدارة بإنهاء العقد لحرمان المتعاقد معها من أرباحه المشروعة، أو تحقيق مصالح مالية مثلاً، وإلا اعتبرت جهة الإدارة متعسفة في استخدام سلطتها مما يجعل قرار الفسخ غير مشروع. كما أن المتعاقد مع الإدارة، متى لحق به الضرر من جراء فسخ عقده إدارياً، يستحق تعويضاً يقرره له القضاء. انظر في هذا الشأن: المرجع السابق، ص ٢٨٦.

العامة عند التعاقد وظهورها بمظهر صاحبة السلطة والسيادة، لا شك عندئذ في أن هذا العقد يعد من قبيل العقود الإدارية التي تخضع لأحكام القانون العام، ويختص القضاء الإداري في الفصل في منازعاتها.

تجدر الإشارة إلى أن الدولة تحرص عادة على أن تضمن عقودها النفطية بنداً صريحاً يعطيها الحق في إنهائه بإرادتها المنفردة للمصلحة العامة. ونورد النص التالي كمثال للكيفية التي يعبر فيها عن هذا الشرط في العقود النفطية:

"دون الإخلال بحق الطرف الكويتي في فسخ العقد عند إخلال الشركة في التزاماتها، يجوز للطرف الكويتي إنهاء العقد للمصلحة العامة دون الحاجة للتنبيه أو إنذار أو اتخاذ أي إجراءات قضائية، وذلك مع عدم الإخلال بحق الشركة في التعويض إن كان له مقتضى" (٦٦).	"Without prejudice to the right of the Kuwaiti Party to terminate the contract in case of the company breaches its obligations or commitments, the Supreme Petroleum Council reserves the right to terminate the contract for reasons related to public interest and without the need send any previous notice or warning or to follow any judicial measures, providing the consideration of the company's right in compensation where applicable"

وفي الحقيقة، فإننا نعتقد بأن موافقة شركة النفط الأجنبية على مثل هذا الشرط يفيد بأنها تدرك تماماً أنها تتعامل مع الطرف الكويتي باعتباره دولة صاحبة سلطة وسيادة تضطلع بمهمة تحقيق الصالح العام. وبالتالي فإن وجود هذا النص يعد قرينة على اتجاه إرادة الدولة وشركة النفط نحو إبرام عقد نفطي إداري وليس عقداً نفطياً تجارياً.

ثانياً – شرط المتعاقد الأولى بالرعاية:(٦٧)

قد يرد نص في العقد يلزم شركة النفط الأجنبية بمنح الطرف الكويتي ذات المميزات العقدية التي قد يتضمنها أي عقد آخر تبرمه هذه الشركة في المستقبل مع الغير. هذا النص يضمن للطرف الكويتي، وفي أي وقت، الحصول على أفضل المميزات التعاقدية حتى ولو لم يتم النص عليها في عقده مع الشركة الأجنبية طالما أن هذه الشركة قد تعاقدت على مثل هذه الشروط مع طرف آخر(٦٨). ونورد النص التالي كمثال للكيفية التي يعبر فيها عن هذا الشرط في العقود النفطية:

---

(٦٦) المادة ٢٥ من المشروع بقانون رقم ٣٧٨ لسنة ٢٠٠٤ بشأن مشروع تطوير حقول الشمال الكويتية.

(٦٧) The '' most favoured nation clause''

(٦٨) شرط الدولة الأكثر رعاية تم النص عليه في المشروع بقانون الذي تقدمت به حكومة دولة الكويت في عام ٢٠٠٤ بشأن مشروع تطوير حقول الشمال الكويتية، والذي لم يتم التصويت عليه من قبل البرلمان إلى الآن. انظر المشروع بقانون رقم ٣٧٨ / ٢٠٠٤.

"تلتزم الشركة المتعاقدة بمبدأ المتعاقد الأولى بالرعاية في علاقاتها مع الطرف الكويتي في حال تعاملها مستقبلا مع طرف غير كويتي خارج دولة الكويت، وتلتزم بمنح الطرف الكويتي نفس المزايا التي تعطيها للطرف غير الكويتي بالإضافة إلى المزايا المقررة له في العقد المبرم" (٦٩)	''The contracting company shall abide by the principle of giving the Kuwaiti party no less favorable conditions than those granted to a non Kuwaiti party outside of Kuwait at any time in the future, and shall give the Kuwaiti party the same privileges as given to a non Kuwaiti party in addition to privileges under the contract''

وعلى الرغم من أن شرط الدولة الأكثر رعاية يعطي حماية قصوى للطرف الكويتي، إلا أنه يتضمن خرقاً واضحاً لمبدأين من مبادئ التعاقد في القانون الخاص وهما: مبدأ توازن العقد ومبدأ العقد شريعة المتعاقدين.

أما عن المبدأ الأول، فإن هذا الشرط يعطي الدولة ميزة إضافية قد لا يتمتع بها المتعاقد معها، وهي سلطة تعديل العقد دون موافقة الشركة الأجنبية بزيادة التزاماتها، من خلال إجبارها على أن تقدم للدولة ذات المميزات التي قد تمنحها لأي متعاقد آخر معها بموجب عقد آخر، وإن لم تكن الدولة طرفاً فيه. هذه الميزة الإضافية ترجح كفة الدولة في ميزان التعاقد وتجعل الشركة الأجنبية الطرف الأضعف في العقد.

كما يخل هذا الشرط بمبدأ آخر في غاية الأهمية من مبادئ التعاقد في القانون الخاص، وهو مبدأ العقد شريعة المتعاقدين. فوفقاً للمبدأ المذكور، لا يلتزم المتعاقد إلا في حدود ما يتم الاتفاق عليه من التزامات ترد في العقد، ولكن وفقاً لشرط الدولة الأكثر رعاية، فإن الشركة المتعاقدة مع الدولة قد تلتزم بما لم يرد النص عليه في العقد، طالما كان الأمر يشكل ميزة إضافية وردت في عقد آخر تكون الشركة طرفاً فيه مع متعاقد آخر غير الدولة.

ولذلك فإننا نرى أنه ليس أكثر من شرط الدولة الأكثر رعاية للدلالة على الطبيعة الإدارية للعقد النفطي، فليس من المتصور في عقود القانون الخاص أن يوافق أحد المتعاقدين، بإرادة حرة ومختارة، على منح المتعاقد الآخر معه سلطة تعديل التزاماته بالزيادة. ولذلك قيل بشأن هذا الشرط أن موافقة شركات النفط الأجنبية على إدراجه في تعاقداتها النفطية سيؤدي إلى قيامها بتوحيد الصيغة التعاقدية التي يقدمون عليها في معظم صفقاتهم حتى لا يؤدي هذا الشرط إلى تكبدهم لخسائر فادحة نتيجة لإلزامهم لميزات إضافية لم يتم الاتفاق عليها في عقودهم الأخرى(٧٠).

(٦٩) المادة رقم ٢٤ من المشروع بقانون رقم ٣٧٨ / ٢٠٠٤.

(٧٠) Fahad Alzumai, 'An Analysis of Kuwait Project', Intl Energy L and Tax Rev, 2007, vol 8. It is available electronically through West Law.

ثالثاً – شرط الجنسية الوطنية للعاملين في المشروع النفطي:

تعتبر سلطة الإشراف على تنفيذ العقد من قبيل الشروط المألوفة في عقود القانون الخاص. وبالتالي من الوارد أن يحرص أحد المتعاقدين على أن يضمن العقد حقه في الإشراف على المتعاقد معه عند قيامه بتنفيذ التزامه، وخاصة في عقود المقاولات. ولكن في حال تجاوز مجرد الإشراف إلى التسلط على تنفيذ العقد، فإن ذلك يعتبر من باب الشروط الاستثنائية التي لا يتصور أن يقبلها المتعاقد الآخر بحرية واختيار(٧١). وحيث إن الدولة هي التي تضطلع بمهمة تحقيق الصالح العام، كما أن عقودها تهدف إلى خدمة المرافق العامة، والتي تعد أساساً من قبيل الأموال العامة، فإنها تحرص على أن تعطي نفسها سلطات استثنائية عند الإشراف على العقد تصل إلى حد التسلط على المتعاقد الآخر عند التنفيذ.

من صور تسلط الدولة على تنفيذ العقود النفطية أن تشترط على المتعاقد معها عند قيامه بتنفيذ العمليات النفطية أن يستخدم عمالة تنتمي بجنسيتها إليها، وألا يستخدم عماله الخاصين إلا بنسب معينة يتم النص عليها في العقد. وهو الأمر الذي يتجاوز سلطة الإشراف المعتادة على العقد والمتعارف عليها في عقود القانون الخاص. ونورد النص التالي كمثال للكيفية التي يعبر فيها عن هذا الشرط في العقود النفطية:

"يجب على الشركة المتعاقدة أن تستعين بعاملين كويتيين لدى الشركة في المستويات الوظيفية العاملة في المشروع وألا تقل نسبهم عن ٧٠٪ من إجمالي عدد العاملين في المشروع، ووفقا للمدد والضوابط التي ترد في اللائحة التنفيذية لهذا القانون. وتحدد اللائحة التنفيذية العمالة الكويتية لدى مقاولي الباطن " (٧٢).	"The contracting company shall employ Kuwaiti nationals at all job levels in the project, and maintain percentage not less than 70% of the total work force according to the periods and criteria mentioned in the execution list of this law. The execution list will also define the percentage of Kuwaiti employees that should be maintained by the sub - contractors".

(٧١) كأن يعترف للدولة بحق التوجيه عن طريق اختيار طرق ووسائل التنفيذ من خلال إصدار الأوامر والتوجيهات بهذا الشأن وبإرادتها المنفردة. ويلتزم المتعاقد بتنفيذ هذه التوجيهات دون الوقوف على رضائه من عدمه.
د. عزيزة الشريف، القانون الإداري (٢) - أساليب الإدارة العامة وخضوعها لمبدأ سيادة القانون، مؤسسة دار الكتب، الكويت ٢٠٠٠ ص ١٣٧ -١٣٨.

(٧٢) المادة ١٣ من المشروع بقانون رقم ٣٧٨ لسنة ٢٠٠٤ بشأن مشروع تطوير حقول الشمال الكويتية.

ليس أكثر من إبراز الصفة الإدارية في العقد النفطي وترجيح المصلحة الوطنية فيه على المصلحة الفردية للمتعاقد مع الدولة من احتوائه على شرط يستلزم غلبة عدد العاملين ممن ينتمون للجنسية الوطنية على العاملين الأجانب التابعين لشركة النفط الأجنبية. وبالتالي فإن هذا الشرط يعد قرينة واضحة يستدل بها على اتجاه الإرادة المشتركة للمتعاقدين على إسباغ الصفة الإدارية عليه.

كما يجد هذا الشرط تبريره في اعتبار آخر مهم، ألا وهو رغبة الدولة في تدريب الكوادر الوطنية من فنيين وإداريين في المجال النفطي. بحيث يمكن للدولة أن تستغني عن الاستعانة بالشركات الأجنبية في المستقبل إذا ما توافرت هذه الخبرات محلياً وهو الأمر الذي يرجح، مرة أخرى، المصلحة العامة من وراء إبرام هذا العقد ومن ثم إمكانية تكييف العقد باعتباره من العقود الإدارية.

رابعاً – شرط التحكيم:

إن العقود التي تبرمها الدولة ويكون المتعاقد الآخر معها أجنبياً تثير إشكالية قانونية بشأن تحديد القضاء المختص في الفصل في منازعاتها، فوفقاً لنظرية تنازع القوانين، إذا كان أي من عناصر العلاقة القانونية المثار بشأنها النزاع أجنبياً بالنسبة للقاضي المرفوع أمامه النزاع يثور التساؤل عندئذ حول مدى اختصاص المحاكم الوطنية في الفصل في المنازعات التي تثيرها هذه العلاقة وتحديد القانون الواجب التطبيق عليها(٧٣). فالعلاقات القانونية الوطنية في جميع عناصرها لا يثور بشأنها التساؤل حول القانون الواجب التطبيق عليها، فهي دائما تخضع للقانون الوطني للقاضي(٧٤). والأصل هو اختصاص المحاكم الوطنية بفض النازعات الخاصة بين الأفراد التي تثور على إقليم الدولة سواء أكانت هذه المنازعات ذات صفة وطنية أم ذات عنصر أجنبي، وفي الحالة الأخيرة فإن المبدأ المسلم به هو حرية الدولة في تنظيم اختصاص قضائها وتحديد نطاقه(٧٥).

(٧٣) د. أحمد ضاعن السمدان، القانون الدولي الخاص الكويتي - تنازع القوانين، الاختصاص القضائي، تنفيذ الأحكام الأجنبية، حقوق الطبع والنشر محفوظة لدى المؤلف، ١٩٩٨، ص ١٠ – ١١.
– أحمد ضاعن السمدان، التحكيم الدولي والتحكيم الأجنبي في القانون الدولي الخاص الكويتي، ١٩٩٩، ص ٥.

(٧٤) د. أحمد ضاعن السمدان، القانون الدولي الخاص الكويتي - تنازع القوانين، الاختصاص القضائي، تنفيذ الأحكام الأجنبية، حقوق الطبع والنشر محفوظة لدى المؤلف، ١٩٩٨، ص ١١.

(٧٥) المرجع السابق، ص ٣٥١.

أما عن المشرع الكويتي في قانون المرافعات المدنية والتجارية[٧٦]، فقد أفرد باباً مستقلاً يتضمن عدداً من النصوص القانونية التي تنظم مسألة الاختصاص الدولي للمحاكم الكويتية. حيث نصت المواد ٢٣[٧٧] و٢٤[٧٨] من القانون السالف على الحالات التي تختص فيها المحاكم الكويتية في نظر الدعوى التي ترفع على الأجنبي. حيث تتمثل الحالة الأولى في اختصاص المحاكم الكويتية في نظر الدعوى المرفوعة على الأجنبي متى كان له موطن أو محل إقامة في الكويت. وتتمثل الحالة الثانية في اختصاص محاكم الكويت في نظر الدعوى التي ترفع على الأجنبي – وإن لم يكن له موطن أو محل إقامة – متى تحققت في حقه إحدى الحالات التي حصرها المشرع في المادة ٢٤، وما يعنينا منها تحديداً الحالة التي تتعلق فيها الدعوى بعقار موجود في الكويت أو بالتزام نشأ ونفذ في الكويت.

---

(٧٦) المرسوم بقانون رقم ٣٨ لسنة بإصدار قانون المرافعات المدنية والتجارية ١٩٨٠.

(٧٧) تنص المادة ٢٣ من قانون المرافعات المدنية و التجارية الكويتي على الآتي:
"تختص المحاكم الكويتية بنظر الدعاوى التي ترفع على الأجنبي الذي له موطن أو محل إقامة في الكويت، وذلك كله فيما عدا الدعاوى العقارية المتعلقة بعقار واقع في الخارج".

(٧٨) تنص المادة ٢٤ من قانون المرافعات المدنية والتجارية على الآتي:
"تختص المحاكم الكويتية بنظر الدعاوى التي ترفع على الأجنبي الذي ليس له موطن أو محل إقامة في الكويت، وذلك في الحالات الآتية:
– إذا كان له في الكويت موطن مختار.
– إذا كانت الدعوى متعلقة بعقار أو منقول موجود في الكويت، أو كانت متعلقة بالتزام نشأ أو نفذ أو كان واجباً تنفيذه فيها.
– إذا كانت الدعوى معارضة في عقد زواج وكان العقد يراد إبرامه لدى موثق كويتي.
– إذا كانت الدعوى متعلقة بطلب فسخ الزواج أو التطليق أو الانفصال وكانت مرفوعة من زوجة لها موطن في الكويت على زوجها الذي كان له موطن فيها، متى كان الزوج قد هجر زوجته وجعل موطنه في الخارج بعد قيام سبب الفسخ أو
– إذا كانت الدعوى متعلقة بطلب نفقة للأم أو للزوجة متى كان لهما موطن في الكويت أو للصغير المقيم فيها.
– إذا كانت الدعوى بشأن نسب صغير يقيم في الكويت، أوبسلب الولاية على نفسه أو الحد منها أو وقفها أو استردادها.
– إذا كانت الدعوى متعلقة بمسألة من مسائل الأحوال الشخصية وكان المدعي كويتياً أو أجنبياً له موطن في الكويت، وذلك إذا لم يكن للمدعي عليه موطن معروف في الخارج، أو إذا كان القانون الكويتي واجب التطبيق في الدعوى.
– إذا كانت الدعوى متعلقة بمسألة من مسائل الولاية على المال متى كان للقاصر أوالمطلوب الحجر عليه موطن أومحل إقامة في الكويت، أو إذا كان بها آخر موطن أومحل إقامة للغائب.
– إذا كان أحد المختصمين معه كويتياً، أو أجنبياً له في الكويت موطن أو محل إقامة أو موطن مختار."

ومما تجدر ملاحظته، أن جميع الحالات المذكورة أعلاه تجد تطبيقها بالنسبة للعقود النفطية التي تبرمها الدولة. فأما عن الحالة الأولى، فإن الواقع العملي قد درج على أن يتضمن العقد النفطي بنداً يلزم شركة النفط الأجنبية على أن تتخذ لها موطناً في الدولة المضيفة لكي يتم مخاطبتها عن طريقه. كما أن الكثير من أشكال التعاون النفطي بين الدولة والشركات النفطية تتضمن إنشاء شركة جديدة مشتركة بين الطرفين يكون مقرها الرسمي الدولة المضيفة.

كما أن الحالة الثانية التي تختص فيها المحاكم الكويتية في النظر في المنازعات ذات الطرف الأجنبي تجد لها تطبيقاً بالنسبة للعقود النفطية أيضاً. وذلك باعتبار أن المنازعات النفطية التي تتعلق باستخراج النفط أو إجراء عمليات المسح الجيولوجي لاستكشاف المكامن النفطية المحتمل نشوئها من العقد النفطي حتما تتعلق بعقار موجود في الكويت. كما أن المنازعة النفطية تنشأ بمناسبة تنفيذ الالتزامات الناشئة عن العقد النفطي الذي نشأ ونفذ أو كان واجب التنفيذ في الكويت. وعليه، نجد أن القضاء الكويتي يختص بحسب الأصل في النظر في المنازعات التي تنشأ عن العقود النفطية التي تكون دولة الكويت طرفاً فيها في مواجهة شركة النفط الأجنبية المتعاقدة معها.

والمسألة التي تهمنا في هذا المقام هي مدى إمكانية اتفاق الخصوم على عرض النزاع على هيئة تحكيم أجنبي، أو ما يطلق عليه بالسلب المؤقت لولاية القضاء الوطني. ومن الجدير بالذكر أن موقف القضاء الكويتي في هذا الشأن يختلف عن مسألة سلبه اختصاصه لصالح قضاء أجنبي. فبينما يقع باطلاً أي اتفاق بين الخصوم على سلب الاختصاص من المحاكم الكويتية وإعطائه إلى جهات قضائية أجنبية(٧٩). فقد قرر القضاء الكويتي أن اتفاق الأفراد على طرح النزاع على جهات التحكيم وإن كانت أجنبية لا ينزع منها الاختصاص، إنما يمنعها فقط من سماع الدعوى مادام الشرط قائماً، وهو الأمر الذي أيده جانب كبير من الفقه لعدم مخالفته للنظام العام(٨٠).

---

(٧٩) مع سكوت المشرع الكويتي عن بيان هذه المسألة، برز دور القضاء في حلها، فقد قرر القضاء الكويتي أن قواعد الاختصاص القضائي تتعلق بالنظام العام، فلا يجوز للأفراد الاتفاق على خلافها. انظر: حكم محكمة التمييز المنشور في مجلة القضاء والقانون، السنة السابعة ١٩٧٦، عدد ١، ص٩٣. مشار إليه في:
د. أحمد ضاعن السمدان، القانون الدولي الخاص الكويتي – تنازع القوانين، الاختصاص القضائي، تنفيذ الأحكام الأجنبية، حقوق الطبع والنشر محفوظة لدى المؤلف، ١٩٩٨، ص٩٣.

(٨٠) حكم محكمة الاستئناف رقم ١٩٧٥/٨٠ الصادر بجلسة ٢٦ إبريل ١٩٧٥، حكم غير منشور مشار إليه في:
=

وقد جاءت المادة ١٧٣ من قانون المرافعات المدنية والتجارية الكويتي لتؤكد على جواز التحكيم، فنصت على الآتي: "يجوز الاتفاق على التحكيم في نزاع معين ...،"[٨١]. ونجد من خلال هذه الصياغة العامة أن النص أجاز ضمناً شرط التحكيم ومشارطته بشكله المؤسسي أو الحر، كما لا يوجد ما يمنع من النص عليه في العقود المدنية أو التجارية وطنية كانت أو دولية[٨٢].

وفي واقع الأمر، يجد شرط التحكيم رواجاً كبيراً في العقود النفطية التي تبرمها الدولة مع شركات النفط الأجنبية؛ حيث إن معظم هذه الشركات تصر على تواجد شرط التحكيم في عقودها ولو على حساب إتمام الصفقة. ويرجع السبب في ذلك إلى رغبتها في تفادي الأخطار التي قد تنتج من طبيعة الشخص المتعاقد معها، ألا وهو الدولة، فالدولة تعتبر طرفاً غير عادي في العقد بسبب ما تتمتع به من مميزات سيادية. والقضاء الوطني للدولة – مهما كان حجم ما يتمتع به من الحياد والاستقلالية – فهو يعتبر قضاء غير محايد بالنسبة للمنازعات التي تكون الدولة طرفاً فيها مع متعاقد آخر أجنبي[٨٣]. خاصة إذا ما كانت هذه المنازعات ناشئة عن عقد يتعلق بالمصالح الاقتصادية للدولة كما هو الحال في العقود النفطية التي تبرمها الدولة[٨٤].

إن مضمون شرط التحكيم هو أن تخلع الدولة عن نفسها عباءة السلطة والسيادة من خلال القبول باستبعاد اختصاص محاكمها الوطنية والقبول بإحالة ما قد ينشأ من منازعات إلى هيئة تحكيمية محايدة تفصل في النزاع بناء على معايير العدالة وليس بالنظر إلى المصالح الوطنية لطرف الدولة. ومن هنا يمكننا القول أن

= د. أحمد ضاعن السمدان، القانون الدولي الخاص الكويتي - تنازع القوانين، الاختصاص القضائي، تنفيذ الأحكام الأجنبية، حقوق الطبع والنشر محفوظة لدى المؤلف، ١٩٩٨، ص٤١٦ - ٤١٧.

(٨١) كما تم إفراد النصوص القانونية من ١٧٣ إلى ١٨٨ من القانون السالف لتنظيم مسألة التحكيم.

(٨٢) د. خالد محمد العميرة، التحكيم المؤسسي - دراسة مقارنة بين التحكيم المؤسسي الدولي والتحكيم المؤسسي الوطني، دار النهضة العربية للتوزيع والنشر، الطبعة الأولى، ٢٠١٣، ص ٢٣٢.

(٨٣) د. حفيظة السيد الحداد، العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية - تحديد ماهيتها والنظام القانوني الحاكم لها، دار النهضة العربية، الطبعة الأولى، القاهرة ١٩٩٦، ص ٢٥٧.

(٨٤) الأمر لا يقتصر فقط على رغبة شركات النفط الأجنبية في استبعاد القضاء الوطني للدولة التي تتعاقد معها في النظر في المنازعات التي تنشأ عن العقد، بل ترغب أيضاً في إقصاء قضائها الوطني من النظر في المنازعات التي تنشأ عن العقد الذي تبرمه مع دولة ما.

تضمين عقد نفطي ما لشرط التحكيم من الممكن أن يعتبر قرينة يستدل بها على اتجاه نية المتعاقدين إلى استبعاد الصيغة الإدارية للعقد الذي يبرم بين الدولة وشركة النفط الأجنبية. ذلك أنه ليس أكثر دلالة لمظاهر السلطة العامة للدولة عند التعاقد مع شركة النفط الأجنبية من أن تصر على عدم سلب محاكمها الوطنية لاختصاصها الأصيل في الفصل في المنازعات التي قد تنشأ عن هذا. بمفهوم المخالفة، موافقة الدولة على إدراج مثل هذا الشرط يعد تنازلاً منها عن ممارسة أساليب السلطة العامة من خلال الظهور بمظهر صاحبة السلطة والسيادة، الأمر الذي يجعل عقدهما يقترب أكثر من أسلوب التعاقد الخاص.

إن الحديث عن التحكيم في العقود النفطية يطول، وتوجهات الحكومات العربية وتحديداً الخليجية بشأن مدى الأخذ به في تعاقداتهم النفطية والصيغة التي يتم النص فيها عليه تختلف وتتنوع، وبالتالي نرجئ الحديث عن هذا الموضوع في بحث آخر مستقل ونكتفي في هذا الموضوع بذكر النص التالي كمثال للكيفية التي يعبر فيها عن هذا الشرط في العقود النفطية:

"تخضع الاتفاقية لأحكام القانون الكويتي كما يختص القضاء الكويتي بنظر المنازعات التي تنشأ عنها. ومع ذلك يجوز الاتفاق على أن حل أي نزاع ينشأ بين أطرافها بطريق التحكيم المحلي أو الخارجي(٨٥).	''The agreement shall be construed and affected in all respect in accordance with Kuwaiti laws and courts of the state of Kuwait shall have the jurisdiction to decide all dispute between parties, however parties could agree to resolve disputes or conflicts via local or international arbitration procedures''.

ويلاحظ من النص أعلاه كيف أن صائغي الاتفاقية لم يتخذوا موقفاً واضحاً من إحالة النزاعات التي قد تنشأ عن العقد النفطي إلى القضاء الوطني أو إلى التحكيم. وشتان بين الطريقتين وبين دلالة كل منهما في العقد النفطي. فبينما وجود شرط التحكيم يضفي على العقد روح القانون الخاص كما بينا أعلاه، فإن الالتجاء إلى القضاء الوطني على النقيض يضفي الصفة الإدارية على العقد. وقد يكون السبب في ذلك أن البنود المعروضة أعلاه هي نصوص كان مقدر لها أن ترد في اتفاقية تجمع بين حكومة دولة الكويت وعدد من الشركات النفطية للعمل على أحد المشاريع النفطية

(٨٥) المادة ١٣ من المشروع بقانون رقم ٧٨ لسنة ٢٠٠٠ بشأن مشروع تطوير حقول الشمال الكويتية.

من خلال إنشاء (كونسورتيوم) نفطي. بحيث بعد التصديق على هذه الاتفاقية يتم التفاوض لاحقا على بنود العقود النفطية التي ستبرم تحت مظلة الاتفاقية السالفة. عندئذ، يتفق الطرفان في العقد النفطي على مدى إمكانية إحالة المنازعات القانونية الناشئة عن تنفيذ العقد النفطي إلى القضاء الوطني أو إلى هيئة التحكيم(٨٦).

الخاتمة:

تعد النظرية العامة للالتزام من أهم الموضوعات التي يتناولها القانون المدني بالتنظيم. كما أن أهمية هذه النظرية لا تقتصر على القانون المدني فقط، بل تتعداه لتصل إلى سائر فروع القانون الخاص الأخرى، وبصفة خاصة القانون التجاري. حيث تعتبر النظرية العامة للالتزام بمثابة الشريعة العامة للمعاملات التجارية في كل حالة لم يرد بشأنها نص خاص في القانون التجاري. حيث تنص المادة ٩٦ من قانون التجارة الكويتي، رقم ٦٨ لسنة ١٩٨٠، على الآتي: "فيما عدا ما نص عليه في هذا الكتاب تسري على الالتزامات والعقود التجارية الأحكام المنصوص عليها في القانون المدني". وعليه، نجد أن المسائل المتعلقة بتحديد المبادئ العامة لإبرام العقود وترتيب آثارها القانونية لم تكن من ضمن الموضوعات المنظمة تشريعياً في قانون التجارة، وتحديداً في الكتاب الثاني منه تحت عنوان "الالتزامات والعقود التجارية"، ولذلك فإن تنظيمها يرجع إلى القانون المدني تطبيقاً للنص السالف(٨٧). إلا أن أسلوب إبرام العقود لم يعد حكراً على الأشخاص العادية فقط، بل لجأت الدولة أيضاً في سبيل إدارة أنشطة مرافقها العامة إلى أسلوب التعاقد(٨٨). فظهرت نظرية العقد الإداري إلى جانب النظرية العامة للالتزام لتنظيم العقود التي تبرمها الدولة مع الأشخاص الخاصة.

---

(٨٦) نحيل بشأن صياغة بند التحكيم في العقود النفطية إلى:
محمود محمد علي صبرة، ترجمة العقود الإدارية، دار الكتب القانونية، مصر، ٤٠٩، ٢٠٠٢ - ٤٠١٣.

(٨٧) ينظم الباب الأول (بعنوان الالتزامات التجارية) من الكتاب الثاني من قانون التجارة الكويتي موضوعات كالدين التجاري والقرض التجاري والكفالة التجارية. أما الباب الثاني (والذي يحمل عنوان العقود التجارية المسماة) ينظم موضوعات كالرهن التجاري، والإيداع في المخازن العامة، والوكالة التجارية والممثلين التجاريين، والسمسرة والبورصات التجارية، وعمليات البنوك.

(٨٨) الأسلوب الاعتيادي للدولة في مباشرة الوظيفة الإدارية يتمثل في تشريع اللوائح المختلفة وإصدار القرارات الإدارية، ويلاحظ في هذه الأساليب أنها تصدر بالإرادة المنفردة للدولة. على عكس الحال في الأسلوب الآخر وهو اللجوء إلى التعاقد مع أطراف أخرى، حيث تعتبر إرادة هذه الأطراف محل اعتبار.

وعليه، فإن هذا البحث قد سلط الضوء على تلك الشروط التعاقدية المستمدة من نظريتي الالتزام والعقد الإداري، والكيفية التي يمكن بها تضمين مثل هذه الشروط للعقد النفطي، وأثر هذا التضمين في خلق القرائن القانونية التي يستدل بها على النية الحقيقة للمتعاقدين في إسباغ تكييف قانوني معين على هذا العقد النفطي دون الآخر. ومن أجل تحقيق هذا الهدف، قسمنا البحث إلى ثلاثة مباحث رئيسية تتناول معالجة الركائز التعاقدية الثلاث للعقد النفطي على ضوء كل من نظريتي الالتزام والعقد الإداري. حيث قام المبحث الأول بتسليط الضوء على أطراف العقد النفطي، أما المبحث الثاني فقد شرح موضوع العقد النفطي، أما المبحث الثالث والأخير فقد قام بالتصدي لشروط العقد النفطي.

وقد سبق أن بينا في مقدمة هذا البحث كيف أن تضمن العقد النفطي بنوداً مستمدة من أكثر من نظرية من نظريات التعاقد يكبد الدولة خسائر فادحة. وليس أفضل من كارثة صفقة الداو كيميكال للتدليل على ذلك. ففي عام ٢٠٠٧، قامت حكومة دولة الكويت – ويمثلها في ذلك شركة صناعة الكيماويات البترولية[٨٩] – بإبرام عقد نفطي مع شركة نفط أمريكية – تدعى الداوكيميكال. وكان موضوع هذا العقد النفطي يتمحور حول قيام شراكة نفطية بين الطرفين في مجال الصناعات البتروكيماوية، وقد أطلق على هذا المشروع اسم (كي – داو). إلا أن الحكومة الكويتية، وتحت ضغط سياسي كبير من قبل بعض أعضاء البرلمان الكويتي، قامت بإنهاء العقد بعد قرابة عام واحد من إبرامه. الأمر الذي دعا شركة الداو الأمريكية إلى رفع دعوى تحكيمية على الطرف الكويتي أمام إحدى هيئات التحكيم الدولية للمطالبة بالتعويض جراء الخسائر التي تكبدتها بسبب هذا القرار. وبالفعل، أصدرت هيئة التحكيم في عام ٢٠١٢ حكمها الذي قضى بتغريم دولة الكويت مبلغ يزيد عن المليارين دولار أمريكي كتعويض للشركة عن الخسائر التي تكبدتها بسبب هذه الشراكة التي ألغيت من جانب حكومة دولة الكويت فقط.

هذه كانت أهم الوقائع لقضية عقد الداو الكيميكال، إلا أن إعطاء الرأي القانوني السليم والدقيق في هذه المسألة يتطلب بالضرورة توافر العقد ذاته بين أيدينا من أجل الوقوف على بنوده التعاقدية، وفيما عدا ذلك من تعليقات بشأن هذه القضية لا تعدو أن تكون مجرد توقعات غير مؤكدة بما يثبتها قانوناً[٩٠]. وعليه، فإننا سنجتهد في

(٨٩) شركة الصناعات الكيماويات البترولية (PIC) هي إحدى الشركات التابعة لمؤسسة البترول الكويتية، والتي تختص في صناعة وتسويق المواد الكيماوية المشتقة من البترول.

(٩٠) حاولنا الحصول على نسخة من عقد ال (كي - داو) ولكن الجهات الحكومية المعنية كانت متشدد في هذا الأمر وبالتالي لم نحصل عليها.

وضع أيدينا على الخلل القانوني الذي اكتنف هذا العقد، وهو الأمر الذي نعتقد بارتباطه الوثيق بموضوع بحثنا هذا، ألا وهو التكييف القانوني للعقد النفطي من خلال ثلاث نقاط رئيسية:

- إن قيام دولة الكويت بإنهاء عقد ال(كي – داو) بإرادتها المنفردة من خلال القرار الصادر من المجلس الأعلى للبترول، ودون الرجوع إلى المتعاقد الآخر معها، هو تماماً ما يطلق عليه في فقه القانون الإداري بـ (الفسخ الإداري). وهو – كما بينا تفصيلاً في المبحث الثالث – سلطة استثنائية تتمتع بها الدولة عندما تكون طرفاً في عقد ما باعتبارها شخصاً عاماً يضطلع بمهمة تحقيق المصلحة العامة في البلاد.

ويستوي أن تكون الحكومة الكويتية عند فسخها للعقد بإرادتها المنفردة قد استندت إلى نص صريح في العقد يعطيها هذا الحق، أو أن العقد المذكور لم ينص على هذا الحق (وهو الأمر الذي لن يتسنى لنا معرفته إلا من خلال الاطلاع على العقد ذاته). ذلك باعتبار أن حق الدولة في فسخ العقد بإرادتها المنفردة يجد أساسه القانوني في مسألة تحقيق المصلحة العامة في ذاتها، وبصرف النظر عن تضمن العقد نصاً يعطي هذا الحق من عدمه. وعليه، فأن تصرف الحكومة الكويتية بالقيام بإنهاء عقد الداو كيميكال بإرادتها المنفردة يعد استخداماً منها لأساليب السلطة العامة وهو قرينة على اتجاه إرادة المتعاقدين إلى إضفاء الصيغة الإدارية على العقد المبرم بينهما.

- قامت شركة الداو كيميكال بالالتجاء إلى التحكيم الدولي من أجل المطالبة بالتعويض عن الخسائر التي تكبدتها جراء قيام الحكومة الكويتية بإنهاء العقد بشكل مفاجئ. وهو الأمر الذي لن تستطيع الشركة القيام به بأي حال من الأحوال ما لم يتضمن العقد صراحة شرط التحكيم، أو تعقد مشارطة التحكيم لاحقا بعد نشوب النزاع. وبالتالي فإن لجوء شركة الداوكيميكال إلى غرفة التجارة الدولية يدل على أن الأخيرة هي هيئة التحكيم الدولية المسماة في العقد. وعليه، فإن ارتضاء الحكومة الكويتية استبعاد اختصاص قضائها الوطني في الفصل في المنازعات التي تنشأ بمناسبة تنفيذ أحد عقودها النفطية من خلال إدراج شرط التحكيم يعد قرينة على اتجاه نيتها إلى استبعاد صيغة التعاقد الإداري، واعتبار العقد أقرب إلى التكييف القانوني التجاري.
- يظهر التناقض القانوني هنا في صياغة عقد ال (كي – داو) من خلال تضمينه بنوداً تدل على صفته الإدارية تارة، وبنوداً أخرى تدل على صفته التجارية تارة أخرى.

ذلك أنه فيما لو تم النص على حق حكومة الكويت في إنهاء العقد بإرادتها المنفردة في العقد فإن هذا يستدعي بالضرورة أن يتم صياغة بنوده الأخرى بالشكل الذي يتماشى مع هذا السلطة الاستثنائية. فالحق في الفسخ الإداري يعد أحد مظاهر استخدام الدولة لأساليب السلطة العامة وفقاً لقوانينها الداخلية، الأمر الذي يجد تبريره في أن الدولة شخص عام يضطلع بمهمة تحقيق المصلحة العامة. إلا أن مقتضيات تحقيق الصالح العام تختلف من دولة إلى أخرى. فما يعتبر من قبيل المصلحة العامة في دولة الكويت قد لا يكون كذلك في دولة أخرى كالولايات المتحدة الأمريكية. ومن هنا قيل أن فكرة المصلحة العامة تعتبر فكرة داخلية تتعلق بالنظام العام، ولذلك فهي تحظى بحماية قصوى لدى القضاء الوطني. الأمر الذي يستوجب ألا يتم إقصاء اختصاص القضاء الكويتي في النظر في المنازعات التي قد تنشأ عن العقد باعتباره الأقدر على استيعاب تلك المنازعات.

أما فيما لو لم يكن قد تم النص صراحة في العقد على حق الدولة في إنهائه بإرادتها المنفردة فإن التناقض يظهر بين تصرف الحكومة في هذا الإنهاء – أي استخدامها لأسلوب من أساليب السلطة العامة – وبين عقد قد صيغ بشكل تجاري من خلال تضمينه لشرط التحكيم. فوجود شرط التحكيم في العقد كان يجب أن يمنع الدولة من أن تصر على التصرف كسلطة عامة فتقوم بإنهاء العقد بإرادتها المنفردة. لأنها تعلم أن التوجهات القضائية لهيئات التحكيم الدولية عند الفصل في النزاعات التي تكون الدولة طرفاً فيها أن تعاملها على قدم المساواة مع المتعاقد معها، فتفصل بينهما على أساس من العدالة دون النظر إلى اعتبارات داخلية تتعلق بأحد المتعاقدين دون الآخر.

المراجع

المراجع باللغة العربية:

- د. إبراهيم الحمود ود.عبد المنعم عبد الغني، قانون البترول – دراسة تحليلية مالية مع التطبيق على دولة الكويت، ٢٠١٣ – ٢٠١٤.
- د. إبراهيم الدسوقي أبو الليل، نظرية القانون، الكويت ١٩٩٦.
- د. إبراهيم الدسوقي أبوا لليل، العقد والإرادة المنفردة – التصرف القانوني، مؤسسة دار الكتب، الطبعة الثانية، الكويت ١٩٩٨.
- د. إبراهيم الدسوقي أبو الليل، نظرية الحق، الكويت ١٩٩٧.
- د. أحمد ضاعن السمدان، القانون الدولي الخاص الكويتي – تنازع القوانين، الاختصاص القضائي، تنفيذ الأحكام الأجنبية، حقوق الطبع والنشر محفوظة لدى المؤلف، ١٩٩٨.
- أحمد ضاعن السمدان، التحكيم الدولي والتحكيم الأجنبي في القانون الدولي الخاص الكويتي، ١٩٩٩.
- د. أحمد سلامة بدر، العقود الإدارية وعقود البوت، دار النهضة العربية، القاهرة ٢٠٠٣.
- د. أحمد عثمان عياد، مظاهر السلطة العامة في العقود الإدارية، دار النهضة العربية، القاهرة ١٩٧٣.
- د. أحمد محمد الفارسي ود. خليفة ثامر الحميدة، القانون الإداري – نشاط السلطة الإدارية (المرفق العام – الضبط الإداري)، كلية الحقوق، الكويت ٢٠٠٩.
- بدر جاسم اليعقوب، الغبن في القانون الكويتي (دراسة مقارنة)، مجلة الحقوق، ملحق العدد الثاني والسنة الحادية عشرة، ١٩٨٧.
- د. حفيظة السيد الحداد، العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية - تحديد ماهيتها والنظام القانوني الحاكم لها، دار النهضة العربية، الطبعة الأولى، القاهرة ١٩٩٦.
- د. خالد محمد العميرة، التحكيم المؤسسي – دراسة مقارنة بين التحكيم المؤسسي الدولي والتحكيم المؤسسي الوطني، دار النهضة العربية للتوزيع والنشر، الطبعة الأولى، ٢٠١٣.

- د. خالد سعد زغلول حلمي ود. إبراهيم الحمود، النظم القانونية والسياسية للنفط العربي ووسائل تسوية المنازعات النفطية، الطبعة الثانية، ٢٠٠٠ الكويت.
- د. سامي جمال الدين، أصول القانون الإداري ٢، دار المطبوعات الجامعية، القاهرة ١٩٩٦.
- د. عزيزة الشريف، القانون الإداري (٢) – أساليب الإدارة العامة وخضوعها لمبدأ سيادة القانون، مؤسسة دار الكتب، الكويت ٢٠٠٠.
- د. عزيزة الشريف ود. يسري العصار، القانون الإداري – النشاط الإداري (الضبط الإداري – المرفق العام)، مؤسسة دار الكتب للطباعة والنشر، الكويت ١٩٩٩.
- د. ماجد راغب الحلو، القانون الإداري، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية ١٩٩٨.
- د. محمد عبد المحسن المقاطع ود. أحمد الفارسي، القانون الإداري الكويتي – الجزء الأول: التنظيم الإداري، الأموال العامة، الوظيفة العامة، جامعة الكويت، الكويت ٢٠١٢.
- د. محمد علي الياسين، القانون الإداري – المبادئ العامة في نظرية المرافق العامة، الضبط الإداري، القضاء الإداري، المكتبة الحديثة، الطبعة الأولى، بيروت.
- د. محمد فؤاد عبد الباسط، القانون الإداري، دار الفكر، الإسكندرية.
- د.محمد يوسف علوان، النظام القانوني لاستغلال النفط في الأقطار العربية، مطبوعات جامعة الكويت ١٩٨٢.
- د. محمود محمد حافظ، نظرية المرفق العام، دار النهضة العربية، ١٩٨١ – ١٩٨٢.
- محمود محمد علي صبرة، ترجمة العقود الإدارية، دار الكتب القانونية، مصر ٢٠٠٢.

المراجع باللغة الإنجليزية:

- Bernard Taverne, An Introduction to the Regulation of the Petroleum Industry, Laws, Contracts and Conventions (Graham & Trotman1994).
- D. J. Beattie, Hart's Introduction to the Law of Local Government and Administration(3rd, Butterworth & Co.1946).

- Fahad Alzumai, 'An Analysis of Kuwait Project', Intl Energy L and Tax Rev, 2007, vol 8. It is available electronically through West Law.
- Henry Cattan, The Evolution Of Oil Concessions In The Middle East And North Africa (Ocean Publication 1967).
- Stephen Longrigg, Oil in the Middle East, Its Discovery and Development (3rd edn, Oxford University Press 1986).