## المبحث الثاني

## الجدل الفقهي حول التكييف القانوني لعقود التراخيص النفطية

أثارت مسألة القانون واجب التطبيق على العقود النفطية المبرمة بواسطة الدولة أو أحدى المؤسسات والهيئات التابعة لها مع الشركات التي تعمل في مجال البحث والتنقيب عن المنتجات النفطية وإنتاجها، خلافا فقهيا حادا، ومن المعروف أن تحديد الطبيعة القانونية لأي عقد من العقود يؤدي بالنتيجة إلى الوقوف على النظام القانوني الذي يحكمه، وإن تحديد هذه الطبيعة يكون الأساس في معرفة القانون واجب التطبيق على هذا العقد وتحديد القواعد القانونية التي تحكمه من بين القواعد القانونية للدولة الواحدة من جهة، وكذلك تحديد القواعد القانونية الواجبة التطبيق على هذا العقد في حال ما إذا أسند هذا العقد لاختصاص دولة معينة من جهة أخرى، وذلك في حالة قيام أي نزاع أو خلاف بين أطراف العقد، لا سيما وأن العقد محل الدراسة من العقود التي يكون أحد أطرافها أجنبيا من ناحية الجنسية ورأس المال، ولقد اختلف الفقه حول وضع طبيعة قانونية محددة لعقد الامتياز، فلم يستقر على تكييف قانوني واحد، وقد تعددت الآراء التي قيلت بهذا الصدد بين من يرى أنه من عقود القانون الدولي العام، وبين من يقول أنه من العقود الإدارية، ومن يرى أنه من عقود القانون الخاص، ومنهم من يعطي الطبيعة المختلطة لهذا العقد بين القانون العام والخاص.

بقيت أهمية العقود النفطية، سواء في مرحلة عقود الامتيازات النفطية الأولى أو في مرحلة المشاركة، أهمية اقتصادية بحتة، ولم تتبين الأهمية القانونية لها إلا بعد مرور فترة طويلة من الزمن، ففي فترة الامتيازات التقليدية لم يكن التطور القانوني بالغا، ولم تكن المبادئ القانونية واضحة، إذ أن السلطة كانت مطلقة بمنح الامتياز إلى شخص أو شركة، دون مراعاة الطبيعة القانونية لعقد الامتياز، فالمهم كان الجانب الاقتصادي لا الجانب القانوني في عقود الامتياز، لكن الأهمية القانونية ازدادت بتطور الحياة السياسية وبروز حقوق الأمم والشعوب على موارد ثرواتها الطبيعية، مع المفاهيم الجديدة التي رافقت تلك الحياة مثل مفهوم إزالة الاستعمار ونيل حق تقرير المصير للشعوب المضطهدة[1]. فإذا كانت الأهمية القانونية ازدادت في الدول المتقدمة ذاتها، حيث أن الشخص صاحب الامتياز أو الشركة صاحبة الامتياز شخص وطني، فإن هذه الأهمية تتضاعف في البلاد النامية المنتجة للنفط لأن أصحاب الامتياز غالبيتهم إن لم نقل جميعهم من الأجانب، فالصعوبة التي تواجه مسألة الطبيعة القانونية للامتياز النفطي كعقد دولة، وعلى الصعيد الدولي مع شركات أجنبية، تكمن في المضامين المختلفة التي يحتويها مصطلح (الامتياز) بحد ذاته ففيما لم يعد للامتياز من معنى في بعض النظم القانونية نرى أن الكلمة تستعمل في أنظمة أخرى على أنها الامتياز الإداري كما في فرنسا - أو تعني المنحة أو الرخصة أو الترخيص أو الإيجار، كما في النظام الانجلوسكسوني، أو المعاني الثلاثة معا[2].

---

[1] د. السيد عبد المنعم المراكبي، التجارة الدولية وسيادة الدولة، دار النهظة العربية – القاهرة، سنة ٢٠٠٥، ص٩٩.

[2] د. غسان رباح، الوجيز في العقد التجاري الدولي، المصدر السابق، ص١٠٦.

وهناك صعوبات تتعلق بالجذور الدبلوماسية والاقتصادية للامتياز، بالإضافة إلى ازدواجية القانون المطبق على الامتياز النفطي بين القانون الوطني والقانون الدولي ومحاولة الفقه الغربي في تدويل العقد النفطي في مجال العلاقات الدولية، والمنازعات الدولية شاهد على تلك الصعوبات التي رافقت الطبيعة القانونية للعقود النفطية، والسبب في ذلك يعود إلى اختلاف وجهات النظر حول تحديد الطبيعة القانونية بالاستناد إلى الخلفية القانونية أو الأساس القانوني لوجهات النظر هذه، فمن وجهة نظر القانون الخاص إن وجود أي عقد قد يثير مشكلات في شروط صحة العقد وعيوب الرضا، أو عدم تنفيذ العقد المسؤولية العقدية أو التقصيرية في حالة الإخلال بالالتزام، أو نظرية الظروف الطارئة وغيرها، أما من وجهة نظر القانون الإداري، فالعقد يدخل ضمن عقود القانون العام، ويترتب عليه إمكانية فسخه أو تعديله بإرادة الدولة المنفردة، ومن وجهة نظر القانون الدولي العام فإن هنالك سؤال جدير بالاهتمام، هل يمكن أن يحكم القانون الدولي العام مثل هذه العقود ؟ وهل أن انتهاك العقود التي تجريها الدولة تثير مسؤوليتها على الصعيد الدولي ؟[1].كل هذه الاتجاهات جديرة بالبحث والدراسة وبناءا على ما سبق سيتم تقسيم المبحث إلى أربعة مطالب يعرض المطلب الأول الاتجاه الذي يرى في العقود النفطية بأنها من عقود القانون الدولي العام، وفي المطلب الثاني الوجهة التي ترى أنها عقود إدارية، والمطلب الثالث يبحث في الوجهة التي ترى بأنها من عقود القانون الخاص، وسيتم تخصيص المطلب الرابع لبحث الاتجاه الذي يرى أن العقود النفطية عقود ذات طبيعة خاصة مختلطة.

## المطلب الأول

## العقود النفطية من عقود القانون الدولي العام

يذهب جانب من الفقه إلى اعتبار العقود النفطية المبرمة بواسطة الدولة أو الأجهزة العامة التابعة لها مع الشركات الأجنبية العاملة في مجال البحث والتنقيب عن النفط وإنتاجه واستغلاله، هي عقود تدخل ضمن طائفة عقود القانون الدولي، وأن ما يترتب على ذلك من اعتبار الآثار الناتجة عن العقد من حقوق والتزامات طرفي العلاقة وهما الدولة المضيفة والطرف الأجنبي التزامات دولية يترتب على الإخلال بها قيام المسؤولية الدولية وهو ما سيتم تناوله كما يأتي.

### الفرع الأول

### العقود النفطية باعتبارها معاهدة دولية

يذهب أصحاب هذا الاتجاه إلى اعتبار أن العقود النفطية التي تبرمها الدولة أو من يمثلها من المؤسسات والهيئات تعد معاهدة دولية، وإن الإخلال بأي التزام من قبل طرفي العلاقة يقود إلى المسؤولية الدولية، وهو ما سيتم تناوله بإيجاز في العرض النظري لهذا الاتجاه ومن ثم الانتقادات الموجهة له وذلك من خلال مايأتي:

---

[1] د.كاوان إسماعيل، المصدر السابق، ص١٨٣.

## أولا: العرض النظري لهذا الاتجاه

يذهب أنصار هذا الرأي إلي اعتبار أن العقود النفطية تندرج في عداد المعاهدات الدولية، ولا يجوز المساس بها إلا باتفاق الطرفين[١]. وذلك لتمتعها بالخصائص التالية:

١ - إن هذه العقود عادة ما تتخذ شكل المعاهدات الدولية حيث يتم إبرامها وفقا للأشكال والإجراءات التي تبرم بها المعاهدات.

٢- تتضمن هذه العقود شروطا تلزم الدول المتعاقدة بعدم اتخاذ بعض الإجراءات الداخلة في اختصاصها السيادي، كشرط الثبات التشريعي.

٣- كما تنص هذه العقود على خضوع المنازعات التي يمكن أن تنشأ عنها إلى محكمة تحكيم دولية [٢].

٤- إن هذه العقود، تتضمن إرادة حقيقية للأطراف سواء كانت صريحة بموجب شرط تحديد القانون الواجب التطبيق، أو ضمنية في إخراج الاتفاق من اختصاص القانون الداخلي للدولة المتعاقدة [٣].

ومع ذلك يرى أصحاب هذا الرأي أنه ليس كل اتفاق مبرم بين الدولة والشركة الأجنبية، يندرج بالضرورة ضمن إطار القانون الدولي العام، بل فقط الاتفاقيات التي تبرم في مستوى مرتفع، فالعقد المبرم بين الدولة والمتعاقد الأجنبي لا ترقى إلى مستوى القانون الدولي العام، إلا إذا كان الشريك الأجنبي في مركز يسمح له عند التفاوض بالحصول على مزايا لا تقبل أي سلطة وطنية أن تلزم بها الشخص الأجنبي العادي، وهذا المستوى المرتفع لا يمكن بلوغه إلا عندما تتفاوض الدولة مع شركة تحوز قدرات وإمكانيات هائلة[٤].

لقد ادعت شركات النفط الأجنبية لفترة طويلة من الزمن بأن العقود التي تبرمها الدول النامية المنتجة للنفط مع الشركات الأجنبية لغرض التنقيب عن النفط وإنتاجه، تخضع للاتفاقيات الدولية وهي بهذا المعنى لا تكون خاضعة لسلطة الدولة التنظيمية، وقد ساند الفقهاء الغربيون هذا الادعاء بإعطاء الصفة الدولية على هذه العقود وعلى رأسهم (Schwarzenberger, Lord Moaner)[٥].

وكل هذه المحاولات من جانب الفقه الغربي في تدويل عقود الامتياز النفطية أو المشروع المشترك، كان بهدف تحويل الالتزامات الناشئة عن هذه العقود إلى التزامات دولية بالمعنى الدقيق للاصطلاح، ومن ثم ترتيب المسؤولية الدولية عن الإخلال بها من الدولة المتعاقدة أسوة بما هو عليه الأمر في المعاهدة الدولية[٦].

---

[١] د.محمد يوسف علوان، المصدر السابق، ص٣٠٠.

[٢] راجع د. سراج حسين أبو زيد، المصدر السابق ٦٣٢.

[٣] د.خلود خالد الصادق، المصدر السابق، ص٢٥٨؛ ود.سراج حسين أبو زيد، المصدر السابق ،ص٦٣٣.

[٤] د. أحمد عبد الحميد عشوش، قانون النفط، الاتجاهات الحديثة في تحديد القانون الذي يحكم اتفاقيات التنمية الاقتصادية، المصدر السابق، ص ١١٥-١٢٥.

[٥] ينظر؛

Schwarzenberger, Foreign Investment and International Law, 1969, p55.

[٦] د.غسان رباح، المصدر السابق، ص١٢٦.

### ثانيا: الانتقادات الموجهة لهذا الاتجاه

تعرض الرأي الذي يجعل من العقود النفطية معاهدة دولية للنقد من عدة نواحي حيث أن هذا الاتجاه لم يتم التسليم به لأن اصطلاح المعاهدة في ظل الوضع الراهن للقانون الدولي، لا ينصرف إلا للاتفاقيات التي بين أعضاء المجتمع الدولي [١]، إذ عرفت المادة الثانية من معاهدة فيينا لعام ١٩٦٩ المعاهدة بأنها "اتفاق دولي يعقد بين دولتين أو أكثر كتابة ويخضع للقانون الدولي سواء في وثيقة واحدة أو أكثر وآيا كانت التسمية التي تطبق عليه "[٢]، ونظرا لأن العقود محل البحث لا تتم بين أشخاص القانون الدولي العام، وإنما بين شخص من أشخاص القانون الدولي العام الذي هو الدولة، وشخص من أشخاص القانون الداخلي، فإنه لا يمكن أن تدخل في عداد المعاهدات الدولية، والعناصر الأجنبية التي تتضمنها الاتفاقيات النفطية بالذات، مثل الجنسية الأجنبية للشركات المتعاقدة، وأحيانا القانون الواجب التطبيق عليها، والآثار الاقتصادية والسياسية لها، وانتقال موضوعها عبر الحدود، وآثارها على التجارة بين الدول، ومجموع المصالح العالمية المتصلة بالصناعة النفطية، لا يجعل منها معاهدات دولية، إضافة إلى أن الخصائص التي تتمتع بها هذه العقود ليست كافية وحدها لإضفاء طابع المعاهدة الدولية على هذه العقود[٣]. وإن الدولة لا تتصرف هنا باعتبارها أحد أشخاص القانون الدولي العام وإنما بوصفها أحد أشخاص القانون الداخلي فالدولة تتمتع بشخصية قانونية مزدوجة فهي تعد أحد أشخاص القانوني الدولي وأحد أشخاص القانون الداخلي في آن واحد[٤]، وبناءا على ذلك فإن العقود المبرمة بين الدول أو إحدى شركاتها العامة وبين شركة أجنبية لا يمكن إدراجها في عداد المعاهدات الدولية.

## الفرع الثاني

## العقود النفطية هي اتفاق شبه دولي

نتيجة للانتقادات التي وجهت إلى الاتجاه الذي يجعل من العقود النفطية معاهدات أو اتفاقيات دولية ظهرت آراء تنادي بجعلها عقودا شبه دولية حيث اعتبرت أن العقود النفطية التي تبرمها الدولة المنتجة مع الشركات الأجنبية العاملة في مجال البحث عن النفط واستغلاله وإنتاجه هي عقود شبه دولية وذلك ما سنعرفه من خلال ما يأتي:

### أولا: العرض النظري لهذا الاتجاه.

يذهب جانب آخر من الفقه إلى اعتبار أن العقود النفطية المبرمة بين الدول والأشخاص الأجانب لا يناسبها التطبيق القانوني الداخلي للدولة المضيفة، ولا قواعد القانون الدولي وإنما يجب تطبيق طائفة ثالثة

---

[١] د.محمد يوسف علوان، المصدر السابق، ص٢٩٩-٣٠٠.

[٢] د.كاوان إسماعيل، المصدر السابق ص١٨٥.

[٣] د.سراج حسين أبو زيد، المصدر السابق، ص٦٣٤.

[٤] أنظر في ذلك: د. محمد طلعت الغنيمي، الوسيط في قانون السلام القانون الدولي العام أو قانون الدول في زمن السلم، منشأة المعارف، ١٩٨٢ ص ٣١١. ود.سراج حسين أبو زيد، المصدر السابق، ص٦٣٥.

من النظم القانونية، تتناسب مع تلك النوعية من العقود والتي أطلق عليها العقد شبه الدولي[١]. حيث ظهرت آراء تنادي بجعلها عقودا شبه دولية، لأن البحث في الطبيعة القانونية للامتياز بصورة عامة بحاجة إلى تناول عدة جوانب للعلاقات التي تنشأ بين مانح الامتياز وصاحبه وبالتالي فإن المجال الاقتصادي المحض يتصف بسمات محددة منها، أنه عقد بين دولة وشخص خاص طبيعي أو اعتباري، وطني أو أجنبي، وهو يهدف إلى استثمار رأس مال معين، وفي بعض الأحيان مهارات تقنية في سبيل تنمية بعض أوجه الاقتصاد الوطني، وأن المردود الذي يتوقعه صاحب الامتياز لا يتمثل بقيمة نقدية تدفعها له الدولة مباشرة، وإنما بعائدات وأرباح يجنيها من خلال المدة التي يمارس فيها حقه باستثمار المشروع موضوع الامتياز، مقابل تأديته لمختلف أنواع الرسوم والضرائب التي تنص عليها القوانين المرعية في الدولة مانحة الامتياز، ومن هذا التعريف العام للامتياز سيما الجانب الاقتصادي فيه يمكن الإشارة إلى أن الامتياز النفطي هو "مبدئيا" يدخل ضمن هذا التعريف وبالإمكان وصفه بأنه عبارة عن وثيقة قانونية أو صك يلخص حقوق والتزامات الدولة المانحة وصاحبه المستفيد من مضمونه، وحتى مدة محددة، ويغطي أحد مواضيع الصناعة النفطية، بحسب ما تكون الدولة ـ دولة مصدرة أو مستوردة للنفط ـ كالتنقيب والاستخراج، الإنتاج، التصفية، النقل، والتسويق العالمي، أو التوزيع الداخلي[٢].

ويرى هذا الاتجاه بأن الامتياز الاقتصادي هو عقد شبه دولي لأنه يبرم بين الدولة وشركة أجنبية خاصة، ولا يرعاه القانون الوطني لأي دولة ولا نظام المعاهدات التي تعقد عادة بين أشخاص القانون الدولي ويعد كل من الألماني(Schwazebergen.C) والنمساوي (Alfred Verdross)[٣]. من المؤيدين لهذا الاتجاه حيث نادى البروفسور فيدروس بفكرة الاتفاق شبه الدولي المستقل بذاته وقدم هذه الفكرة في إطار نظري ومؤداها وفق تصور فيدروس إن الاتفاقيات التي تبرمها الدولة مع الأجانب لا تعد عقودا خاضعة للقانون الوطني لدولة معينة، ذلك لأن الأطراف لا يخضعون لقانون وطني مشترك، فضلا عن ذلك أنها ليست معاهدات يحكمها القانون الدولي، حيث أنها لم تبرم بين أشخاص هذا القانون[٤].

وهي تشكل طائفة ثالثة من الاتفاقيات تتميز بحقيقة أن الحقوق الخاصة التي ينشئها الأطراف يحكمها نظام جديد أنشأته إرادة الأطراف المتلاقية، أي قانون العقد الذي تم الاتفاق عليه، وطبقا لهذا الرأي فإن القانون الذي ينشئه العقد هو نظام قانوني مستقل ينظم العلاقة بين الأطراف تنظيما شاملا[٥].

---

[١] د. خلود خالد الصادق، المصدر السابق، ص٢٨٤.

[٢] د.غسان رباح، الوجيز في العقد التجاري، المصدر السابق، ص١٢٩.

[٣] أشار إليه د. أحمد عبد الحميد عشوش، قانون النفط، الاتجاهات الحديثة في تحديد القانون الذي يحكم اتفاقيات التنمية الاقتصادية، المصدر السابق، ص ١٣٧.

[٤] ينظر؛

Vedross, The statutes of private foreign Interest Stemming From EconomicDevelopment Arbitration Clauses, 9 Ostrrichische Zeitsschrift Fur OffentlichesRccht (1959), pp.450

[٥] د. أحمد عبد الحميد عشوش، النظام القانوني لاتفاقات البترول في الدول العربية، المصدر السابق، ص٤٥٤.

ومع ذلك يمكن أن يحيل في تفسيره أو سد ما قد يوجد فيه من ثغرات للنظام القانوني للدولة المتعاقدة أو إلى القانون الدولي، وهذه القوانين يمكن أن تطبق على الاتفاق الشبه دولي فقط عندما يحيل إليها قانون العقد، ذلك لأن هذا الأخير هو الذي يحدد الحقوق والواجبات المتبادلة للأطراف، ومع ذلك فإنه في ظل أي ظروف لا يمكن لقانون العقد شبه الدولي أن يحيل إلى قانون الدولة المانحة للامتياز فقط، حيث أن الاعتداء على العقد يجب أن يحكمه دائما القانون الدولي، والمبادئ العامة للقانون ومبادئ العدالة[١].

إن كيفية نشأة الاتفاق شبه الدولي غير واضحة تماما، لأن مظهر الاتفاق شبه الدولي الأكثر أهمية، وإنه لا يمكن للدولة المانحة للامتياز أن تلغيه بطريقة قانونية، بينما يجيز القانون الدولي العام نزع ملكية الأموال والمصالح الأجنبية قانونا تحقيقا للمصلحة العامة مع دفع تعويض عادل، وبذلك فإن التزامات الدولة المتعاقدة الناشئة عن اتفاق شبه دولي، تعد أقوى من الالتزامات الناشئة عن القانون الدولي العام والخاصة بحماية أموال الأجانب، وهكذا يتشابه الاتفاق شبه الدولي حسب وجهة نظر هذا الرأي مع الاتفاق الذي تنازل بمقتضاه الأطراف أو واحد منهما، عن ممارسة حقوقه في نزع ملكية مصالح أجنبية معينة.

## ثانيا: الانتقادات الموجهة لهذا الاتجاه

إن الآراء التي قيلت بصدد جعل العقود النفطية عقودا شبه دولية، ليس لها سند من الواقع سواء على مستوى القوانين الوطنية أو القانون الدولي ولا يمكن تسمية هذا النظام إلا تهربا من مسمى القانون الدولي الذي لا ترضى عنه الدولة المضيفة ليحكم العقد لا سيما وأن المبادئ العامة للقانون التي يطبقها الاتجاه[٢].

وإن خضوع القانون شبه الدولي للقانون الدولي، يجعلنا نعود للدائرة المفرغة الخاصة بالقانون الذي اقترحه هذا الاتجاه وما يتضمنه من توجيهات مرنة وغير محددة فضلا عن أن الادعاء بأن خضوع القانون شبه الدولي للقانون الدولي الأمر الذي يستلزمه وجود نظام عام آمر دولي، هذا الأمر لا يمكن أن يتحقق الآن خلال القانون الدولي العام والذي بدوره يفتقد لهذا النظام الآمر الدولي[٣].

إن كل محاولات الفقه لتدويل العقود النفطية التي تبرمها الدول مع شركات النفط الأجنبية توخت تحقيق غرض معين هو جعل الالتزامات الناشئة عنها، التزامات دولية بالمعنى الصحيح يترتب على الإخلال بها قيام مسؤولية دولية تجعل قرار إنهاء الامتياز من جانب الدولة مانحة الامتياز مشوبا بعيب مخالفته لأحكام القانون الدولي العام[٤].

وقد تواترت أحكام القضاء الدولي على رفض فكرة تدويل العقود المبرمة بين الدولة والأشخاص الأجنبية الخاصة في العديد من أحكامه، بحيث لم يذهب أي من قرارات التحكيم المعروفة في القضايا

---

[١] د. كاوان إسماعيل، المصدر السابق، ص١٥٩.

[٢] د. خلود خالد الصادق، المصدر السابق، ص٢٨٦.

[٣] د.سراج حسين أبو زيد، المصدر السابق، ص٦٣٨.

[٤] د. خلود خالد الصادق، المصدر السابق، ص٢٨٧

النفطية إلى إضفاء صفة المعاهدة الدولية أو العقد شبه الدولي على العقود النفطية[1].

وقد أوضحت المحكمة الدائمة للعدل الدولي في قضية مافروماتيس عام ١٩٢٥ أن الاتفاق لا يعدو أن يكون عقدا من القانون الداخلي ومن ثم فإن مسؤولية الإخلال به لا تخضع لأحكام القانون الدولي، ولا يترتب مسؤولية دولية على عاتق الدولة التي خرجت عن مقتضيات التعاقد[2].

وقد رفضت محكمة العدل الدولية في قرارها حول تأميم شركة نفط الانجلو إيرانية عام ١٩٥٢ وجهة نظر المملكة المتحدة من أن "الاتفاقية الموقعة بين الحكومة الإيرانية والشركة الانجلو إيرانية عام ١٩٣٣م لها طبيعة مزدوجة " فكانت المملكة المتحدة تدعي بأن اتفاقية الامتياز تعد من جهة عقد امتياز بين الحكومة الإيرانية والشركة، وهي من جهة أخرى معاهدة بين الحكومتين البريطانية والإيرانية "[3].

من خلال ما سبق يتبين بأن عقود التنقيب عن النفط وإنتاجه واستغلاله بين الدول النفطية والشركات الأجنبية لا يمكن أن تعد عقودا دولية لأن أحد طرفي العقد وهو "الشركة الأجنبية " لا يعد شخصا من أشخاص القانون الدولي العام وبالتالي لا يمكن أن تندرج هذه العقود ضمن طائفة ودائرة القانون الدولي العام وكل المحاولات التي جرت لتدويل هذه العقود من قبل الشركات الأجنبية أولا، ومن قبل الفقه الغربي ثانيا، كان يهدف تحرير العلاقة العقدية من نطاق القانون الداخلي بحيث يحول بين الدول والاستناد إلى قانونها الوطني لتبرير تقصيرها في تنفيذ التزامها تجاه شخص أجنبي خاص وبما أن العقد يكون خاضعا لأحكام القانون الدولي أو المبادئ القانونية العامة للشعوب المتمدنة فإن مجرد عدم تنفيذ الدولة لالتزامها ينتج عنه المسؤولية الدولية للدولة المتعاقدة كما لو كانت الدولة تقوم بخرق نصوص معاهدة أو اتفاق دولي.

## المطلب الثاني

## العقود النفطية عقود إدارية

يذهب جانب من الفقه إلى إخضاع العقود النفطية إلى طائفة العقود الإدارية، وأن العقود التي تبرمها الدولة مع الشركات العاملة في مجال البحث والتنقيب عن النفط، هي من التصرفات الإدارية على اعتبار أن الإدارة تكون طرفا فيها حتى وإن كانت في ظاهرها تستهدف تحقيق ربحا للمستثمر الأجنبي إلا أنها في نظر الدولة المتعاقدة تستهدف تسيير مرفقا عاما، والذي سيكون مرفقا حيويا، لذا سنتعرف على هذا الرأي من خلال العرض النظري لهذا الاتجاه والحجج التي جاء بها وأهم الانتقادات التي وجهت إليه وذلك كما يأتي.

---

[1] د. محمد يوسف علوان، المصدر السابق، ص٣٠١.

[2] نقلا عن د. عمر أبو بكر باخشب، النظام القانوني لعقود الامتياز، مجلة القانون والاقتصاد، البحوث القانونية والاقتصادية، العدد ٩٩، السنة ١٩٩٩، ص ٢٦.

[3] د. محمد يوسف علوان، المصدر السابق، ص٣٠١.

## الفرع الأول

## العرض النظري لهذا الاتجاه

من المعروف أن عقود الإدارة لا تخضع كلها لنظام قانوني واحد، ولكنها تنقسم إلى قسمين:

أولا: عقود الإدارة التي تخضع للقانون الخاص.

ثانيا: عقود الإدارة التي تخضع للقانون العام وهي التي يطلق عليها اصطلاح العقود الإدارية، وقد حدد قضاء مجلس الدولة الفرنسي ثلاثة أسس لتمييز العقود الإدارية عن العقود العادية وهي:

١- أن تكون الإدارة أو شخصا من أشخاص القانون العام طرفا في العقد.

٢- أن يكون العقد متصلا بنشاط مرفق عام.

٣- أن يتضمن العقد شروطا استثنائية غير مألوفة في القانون الخاص، أو استخدام الوسائل القانونية المعروفة في القانون العام [١].

وبناء على توفر هذه الأسس الثلاثة هناك اتجاه يعد العقود النفطية التي تبرمها الدول النامية مع الشركات الأجنبية عقودا إدارية، ولمعرفة ما إذا كان يتوفر في العقود النفطية الشروط اللازمة لتوافر العقود الإدارية لا بد أن ننتقل إلى تفحص هذه الشروط في العقود النفطية، أما بالنسبة للشرط الأول (أن تكون الإدارة طرفا في العقد) وهو شرط بديهي[٢]. فالعقد الذي لا تكون جهة الإدارة طرفا فيه لا يمكن بتاتا أن يعد من العقود الإدارية [٣].

ويقصد بجهة الإدارة في هذا المجال أشخاص القانون العام، ومن الواضح أن العقود النفطية تبرمها حكومة الدول المنتجة للنفط أو إحدى مؤسساتها، وبهذا تكتسب مقتضيات هذا الشرط[٤].

وبالنسبة للشرط الثاني فإنه يمكن النظر إلى الصناعة النفطية كإحدى المرافق الاقتصادية بل أن الفقه الفرنسي عرف الامتياز الدولي منذ حوالي نصف قرن بأنه "عقد تلجأ جماعة عامة بموجبه إلى عون فرد أو شخص لاستغلال مرفق عام أو مشروع ذي مصلحة عامة " [٥].

وبناءا على هذا الأساس يرى جانب من الفقه الفرنسي أن عقود الامتيازات النفطية والعقود التي حلت محلها خير نموذج للاتصال بنشاط المرفق العام، إذ لا يستطيع أحد أن ينكر أن العقود النفطية ليست عقودا متعلقة بنشاط مرفق عام، وعلى الرغم من أن مرفق النفط يعد من المرافق الحيوية في الدول المنتجة للنفط بل من أهم مرافقها، لأنها تقوم عليها اقتصاديات تلك الدول كافة، فإن هناك من ينفي طابع المرفق العام على هذا المرفق[٦].

---

[١] د. سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، ط ٣، دار الفكر العربي – القاهرة ، سنة ١٩٧٥، ص ٢٠.

[٢] د. كاوان إسماعيل، المصدر السابق، ص١٦٢.

[٣] د. سليمان الطماوي، المصدر السابق، ص٥٤.

[٤] د. محمد يوسف علوان، المصدر السابق، ص٣٠٤.

[٥] نقلاً عن د. محمد يوسف علوان، المصدر سابق، ص٣٠٤.

[٦] د. محمد يوسف علوان، المصدر السابق، ص٣٠٥ .

ويحتج أصحاب هذا الاتجاه الذي يرى إدارية هذه العقود بأنه يتوفر للامتيازات النفطية طابع العقد الإداري، ويتأكد هذا الطابع مع الاتجاهات الحديثة لهذه الامتيازات بعد الحرب العالمية الثانية إلى وضع حد للحريات الكبيرة للشركات صاحبة الامتياز على وفق مقتضيات المصلحة العامة، إذ تتحقق في عقود الامتيازات النفطية عناصر العقد الإداري بالإضافة إلى أن فكرة المرفق العام غير محددة تحديدا واضحا نظرا لتطورها إذ تعود النظم القانونية التي تخضع لها، إلى وجود مشروع ذي نفع عام تديره السلطة العامة أو تشرف عليه، فالدولة بوصفها قوامة على المرفق العام تقر ما يدخل في وظيفتها من نشاط بحسب طبيعته أو ظروفه تحقيقا للمنفعة العامة تتولاه بنفسها أو تعهد بإدارته إلى أفراد أو شركات تحت إشرافها ورقابتها[١]. كما يدخل استغلال الموارد النفطية في وظيفة الدولة وواجباتها الأساسية في استغلال الثروات الطبيعية القومية للمحافظة على هذه الثروات وتنميتها وإدماج الصناعة النفطية في اقتصادها وتحقيق التنمية الاقتصادية، فضلا عن واجبها في سد حاجات شعبها من المنتجات النفطية التي تعد حاجات جوهرية لا غنى عنها، ويتأكد طابع المرفق العام في استغلال النفط بجملة قرائن مستمدة من عقد الامتياز ذاته والذي يشترط به ابتداء موافقة الدولة وإجازتها فضلا عن خضوعها لمراقبة ثابتة منها ومن ثم مراجعة حساباته ومنحه بعض امتيازات السلطة العامة[٢].

أما بالنسبة للشرط الثالث وهو الخاص بالشروط غير المألوفة في القانون الخاص، فيرى أنصار هذا الاتجاه أن تلك العقود تحتوي على شروط استثنائية وهذه الشروط واضحة ولا يستطيع أحد أن ينكرها، ومن أوضح الأمثلة على هذه الشروط الاستثنائية غير المألوفة تلك الشروط التي تخول الشركة الأجنبية صاحبة الامتياز سلطات استثنائية في مواجهة الغير[٣].

ولكن مما يلاحظ على تمسك أصحاب هذا الاتجاه أن هذه الشروط الاستثنائية الغير مألوفة أساسا تكون لصالح الشركة الأجنبية وليس لصالح جهة الإدارة مما يؤدي بالنتيجة إلى تغيب الشرط الثالث من شروط العقود الإدارية في العقود النفطية، ويستند أصحاب هذا الاتجاه في دعم وجهة نظرهم إلى تأييد الفقه الدولي للطابع الإداري للعقود التي تبرمها الدولة مع الشركات الأجنبية للتنقيب عن النفط وإنتاجه واستغلاله، إذ يرى ( G. Jeze) بأن "العقد المبرم بين دولة وشخص أجنبي خاص من عقود القانون العام، الخاضع ليس للقانون الخاص بل لقواعد القانون العام، وهذا يعني في غياب التسوية الاتفاقية لأية صعوبة يثيرها العقد تكون المبادئ القانونية الناتجة عن الطبيعة القانونية لهذه العقود وهدفها الحالي هي المطبقة هذا من ناحية، كما يمكن أن تدخل على هذه المبادئ التعديلات التي يستلزمها سير المرافق العامة الخاصة بالدولة الطرف في العقد من ناحية أخرى"[٤].

---

[١] د. جهاد زهير ديب الحرازين، عقود الامتياز، دراسة تطبيقية على مرفقي الاتصالات والكهرباء مكتب الوفاء القانونية الإسكندرية، سنة ٢٠١٣، ص٣٤.

[٢] د. كاوان إسماعيل إبراهيم، المصدر السابق، ص١٦٣.

[٣] د. أحمد عبد الرزاق السعيدان، المصدر السابق، ص٣١.

[٤] د. أحمد عبد الرزاق السعيدان، المصدر السابق، ص٣٢.

إن كل المحاولات لغرض انتساب العقود النفطية لطائفة العقود الإدارية كان يهدف تحقيق العدالة الاقتصادية التي لا تتحقق إلا بالتنمية وزيادة التصنيع ونقل التكنولوجيا والاستغلال الأمثل للموارد الطبيعية، وهذا ما انعكس على المستوى القانوني الدولي بصدور قرارات الأمم المتحدة فيما عرف بالنظام الاقتصادي الجديد في السبعينيات من القرن العشرين، وكان من ضرورات تحقيق تلك التنمية إعطاء الدولة ومشروعاتها العامة الحرية الكاملة في تعديل العقود وإلغائها للتخلص من الالتزامات التعاقدية واستثمارها وفقا لاحتياجات الدولة، وقد أدت حركة التأميمات في ستينيات وسبعينيات القرن الماضي إلى تقوية هذه الوجهة ورواجها على مستوى الفقه في الدول النامية[١].

ولكن يلاحظ على هذا الموقف أن نظرية العقد الإداري كانت موجودة ومستقرة قبل تفاقم مشكلة عقود الدولة أو صدور قرارات الأمم المتحدة بشأن النظام الاقتصادي العالمي الجديد، فلم تكن تنشأ العقود الإدارية لتحقيق مطالب ورغبات الدول النامية وإنما كانت محاولة من الفقه لتطبيق القوانين الوطنية والتضييق على الشركات الأجنبية.

ويرى الفقيه (Bernard Audit) أن " النظام الذي تبلور بشأن عقود الدولة في شأن مسألة التأميم يقترب من نظام العقد الإداري الفرنسي الذي أثر في أنظمة قانونية عديدة أخرى، فالدولة تتمتع بالحق في تعديل بل وإنهاء عقد التنمية الاقتصادية الذي ينفذ على أراضيها بإرادتها المنفردة "وأضاف قائلا بأن "هذا النظام لا يقتصر أعماله على الدول النامية بل يمكن لأية دولة أن تقوم بتغيير العقد وتعديله، ولكن يظل هذا الحق مقيدا بفكرة المصلحة العامة والحفاظ على المصالح الاقتصادية للطرف الأجنبي المتعاقد معها"[٢].

حيث دافع الفقيه (A. De Laubadere) عن فكرة الطبيعة الإدارية لهذه الاتفاقيات بقوله " إن أنصار هذا الاتجاه يجدون في فكرة العقد الإداري جانب المرونة وقابلية التعديل المنفرد الذي تمارسه الدولة من دون تحمل للمسؤولية، على عكس عقود القانون الخاص الذي تحكمه الصفة الإلزامية والثبات والمساواة التامة[٣].

كما دافعت منظمة الأوبك عن وجهة النظر هذه، وذلك بحجة أن أحد أطراف العقد هو سلطة عامة، وهي عادة الدولة، التي تعمل بالنيابة عن الأمة، لاستغلال إحدى الثروات الطبيعية ذات الأهمية الحيوية للدولة فضلا عن أن الاتفاقيات النفطية توقع لمدة طويلة، إضافة إلى أن القاضي (كافان) المحكم الوحيد في قضية سافير- إيران، قد اعترف ضمنا بالطبيعة الإدارية للعقد النفطي، الذي أبرم بين شركة النفط الوطنية الإيرانية وشركة سافير الكندية، وذلك بإقراره بأن هذا العقد يتضمن عناصر تنتمي للقانون الإداري [٤].

---

[١] د. كاوان إسماعيل إبراهيم، المصدر السابق، ص١٦٥.

[٢] د. حفيظة السيد الحداد، العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية، المصدر السابق، ص٤٦٣.

[٣] د. كاوان إسماعيل إبراهيم، المصدر السابق، ص١٦٥.

[٤] د. محمد يوسف علوان، المصدر السابق، ص٣٠٥.

## الفرع الثاني

## الانتقادات الموجهة لهذا الاتجاه

إن هذا الاتجاه لم يسلم من النقد فقد وجه إليه العديد من الانتقادات نظرا للصعوبة التي تثور في داخل القانون الفرنسي نفسه الذي يعزو إليه الفضل في بلورة فكرة العقد الإداري، من حيث أيجاد معيار للفصل بين العقد الإداري وعقود القانون الخاص، وتعدية هذا الحل إلى عقود الدولة سيؤدي إلى انتقال هذه الصعوبة على الصعيد الدولي، فيتعذر الفصل بين العقود التي تبرمها الدول وتعد عقودا إدارية وتلك التي لا تعد كذلك[١].

إن وجود الدولة كطرف في العقد المبرم بينها وبين شخص عادي لا يعد معيارا كافيا للقول بأن هذا العقد يعد من العقود الإدارية بل لا بد من توافر عناصر أخرى، فالمعيار العضوي على الرغم من أهميته ألا إنه معيار غير كاف بل لا بد من مساندته بمعيار آخر وهو المعيار المادي الذي يتطلب أن يكون العقد المبرم بواسطة شخص من أشخاص القانون العام ويتضمن شروطا استثنائية غير مألوفة في عقود القانون العام، أو أن يقوم الطرف المتعاقد مع الشخص العام بإدارة وتسيير مرفق عام[٢].

لذلك فإن الصعوبات التي تثور في موضوع تحديد المعيار المفضل للفصل بين العقود الإدارية والعقود العادية ستؤدي بنا إلى نتيجة مفادها أنه لا يمكن أن نسلم بهذا الاتجاه الذي يجعل من العقود النفطية عقودا إدارية، لاسيما وأن مجلس الدولة الفرنسي قد أكد عام ١٩٠٧ في مناسبتين مختلفتين على أن امتيازات المناجم لا تعد من قبيل التزامات المرافق العامة، فالدعوات والاتجاهات التي أطلقت بهدف جعل هذه العقود عقودا إدارية كان بهدف تمكين الدول النامية من إنهاء اتفاقيات الإمتيازات النفطية أو تعديلها بعد صدور القرارات الأممية التي تشجع على المشاركة الفعالة أو تعطي الحق بتأميم المشروعات المتعلقة بالثروات الطبيعة، وأخيرا إذا لم تنطبق نظرية العقود الإدارية على الاتفاقيات النفطية، فإنه ليس معنى ذلك أنه ليس للدولة الحق في تعديل هذه الاتفاقيات أو إنهائها قبل المدة المحددة لها، إذا كان من مقتضيات المصلحة العامة، إذ أن مثل هذا الحق يمكن بناؤه على أسس أخرى، وليس هنالك ما يمنع أطراف العلاقة القانونية في الاتفاقيات النفطية من إخضاعها للقانون الإداري في الدولة المضيفة إذا رأت الأطراف مصلحة في الأخذ بهذا الاتجاه[٣].

كما وأن قرارين تحكيميين في قضايا نفطية، رفضا الاعتراف بالطبيعة الإدارية للعقود النفطية، ففي قضية أرامكو رفضت المحكمة وجهة نظر الحكومة السعودية بتطبيق نظرية العقد الإداري لأنه وبعد ما رأت محكمة التحكيم أن التكييف القانوني يخضع لقانون محل وجود المال، وهو القانون السعودي أن هذا القانون لا يعرف فكرة القانون العام أو القانون الإداري على النحو السائد في القانون الفرنسي، وإن فقه

---

[١] د. حفيظة السيد الحداد، العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية، المصدر السابق، ص٤٧٣.

[٢] د. كاوان إسماعيل إبراهيم، المصدر السابق، ص١٦٧.

[٣] د. خلود خالد الصادق، المصدر السابق، ص ٣٢٩.

الإمام أحمد بن حنبل لا يتضمن أية قاعدة محددة تتعلق بالامتيازات المتعلقة بالمعادن ومن باب أولى تلك المتعلقة بالنفط، كما رفضت المحكمة أن تأخذ بوجهة النظر التي أيدتها الحكومة السعودية والتي تذهب إلى أن وجود الدولة كشخص يتمتع بالسيادة كطرف العقد يعد عاملا حاسما لتحديد الطبيعة القانونية له، وذلك أن الفقيه (ابن تيمية) المعتمد لدى المملكة العربية السعودية لا يفرق بين المعاهدات المبرمة بين الدول، وعقود القانون العام أو العقود الإدارية والعقود المدنية أو التجارية، فكل المعاهدات تحكمها قاعدة ثابتة واحدة هي أن العقد شريعة المتعاقدين ولا يمكن المساس به أو التنصل منه[١].

كما رفض المحكم (Dupuy) في قضية (Texaco ) الأخذ بفكرة العقد الإداري لتكييف العقود المبرمة بين الحكومة الليبية والشركتين الأجنبيتين المعنيتين، وذلك لأن هذه العقود لا يتوافر فيها الشروط الثلاثة التي يجب توافرها في العقود الإدارية، فموضوع الامتياز ليس استغلال مرفق عام، كما أن الدولة لم تتعاقد مع الشركات المدعية بوصفها شخصا من أشخاص القانون العام، بل دخلت معها على قدم المساواة في علاقة تعاقدية، ثم إن الامتياز لا يتضمن شروطا غير مألوفة في القانون العادي، ولم يرى المحكم كذلك انطباق نظرية العقود الإدارية لسبب آخر وهو أن النظرية الفرنسية للعقود الإدارية لا تشكل جزءا من المبادئ العامة للقانون الليبي[٢].

والواقع هو أنه لا يمكن التسليم بما ذهب إليه قرار التحكيم في قضية ارامكو من أن نظرية العقود الإدارية غير معروفة في السعودية وما ذهب إليه القرار التالي من أن النظرية لا تشكل جزءا من المبادئ العامة للقانون، ذلك لأن الأنظمة القانونية في مختلف الدول، تخضع عقود الإدارة فيها لنظام قانوني مختلف عن ذلك الذي يخضع له عقد القانون الخاص[٣].

## المطلب الثالث

## العقود النفطية من عقود القانون الخاص

اتجه بعض الفقه إلى القول بأن العقود النفطية وإن كانت عقوداً تخضع لقواعد القانون الداخلي، إلا أن هذا القانون هو القانون الخاص، ويستبعد بذلك كون العقود النفطية من العقود الإدارية لذا سنتعرف على هذا الاتجاه من خلال ما يأتي.

### الفرع الأول

### العرض النظري لهذا الاتجاه

ويقوم هذا الرأي على انتفاء فكرة العقود الإدارية على العقود التي تبرمها الدولة مع الشركات الأجنبية العاملة في مجال البحث والتنقيب عن النفط وإنتاجه، ويستند أصحابه لاعتبارات عملية ومنطقية، أما الأولى فتقتضيها متطلبات التجارة الدولية التي تستلزم نزول الدولة منزلة الأفراد في التعاقد، ولا تتمسك

---

[١] د. حفيظة السيد الحداد، العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية، المصدر السابق، ص٤٦٦.

[٢] د. حفيظة السيد الحداد، العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية، المصدر السابق، ص٤٦٧.

[٣] د. محمد يوسف علوان، المصدر السابق، ص٣٠٧.

بأساليب القانون العام، خاصة إذا كانت تسعى لجذب الاستثمار، مما يعطي المستثمر الأجنبي نوعاً من الاطمئنان، وبالتالي تزدهر الحركة الدولية للاستثمار، وإن إتباع أساليب القانون العام تؤدي إلى هدم العلاقة التعاقدية مع الطرف الأجنبي إذا ما قررت دولته إلى اللجوء للحماية الدبلوماسية، أما بالنسبة للاعتبارات المنطقية، فتتمثل في أن نشاط الدولة المتعاقدة مع الأجانب لا يقوم إلا على أساس المساواة القانونية بين الأطراف، فإذا كانت الدولة تستطيع أن تمارس أساليب القانون العام على إقليمها بما لها من سيادة، فإن الأمر يختلف إذا تعاقدت مع مستثمر أجنبي، فلا بد من أن يتم التعاقد على أساس من المساواة القانونية بين الأطراف، استناداً إلى أن سيادة الدولة محددة على إقليمها، أما خارج إقليمها فتقف الدولة موقف المساواة مع المتعاقد الأجنبي، وبالتالي لا تتمتع بأي سلطات استثنائية على المتعاقد الأجنبي، إلا بمقدار ما تسمح به الشروط التعاقدية [١].

وقد ساد هذا الرأي في فرنسا ومصر في القرن التاسع عشر، واعتبر أن عقد الامتياز النفطي يخضع لمبادئ وقواعد القانون المدني، ومنها قاعدة (العقد شريعة المتعاقدين)، فلا يجوز نقض العقد أو تعديله إلا باتفاق الطرفين وأنه لا يعدل بالإرادة المنفردة [٢]. وهناك عدة مبررات سيقت لتبرير هذا الرأي، ومنها أنه إذا كان أحد أطراف العقد النفطي يتمثل بالدولة أو هيئاتها أو الشركات التابعة لها، لكن ليس كل عقد يبرمه شخص من أشخاص القانون العام يعد عقداً إداريا، فقد يخضع لأحكام القانون الخاص إذا لم تبد الدولة أو من يتعاقد معها، أنها تنوي الأخذ بأحكام القانون العام [٣]. كذلك يجب أن تكون الدولة طرفا في العقد الإداري وينبغي أن يتصل العقد بنشاط مرفق عام من حيث إنشائه أو تنظيمه أو تسييره، ولا يرى أصحاب هذا الرأي بأن استغلال الثروة النفطية مرفقا عاما، وذلك لأن النشاط لا يعمل باضطراد وانتظام ولا يهدف إلى تقديم نفع عام للجمهور، طالما أن الشركة النفطية لا تنص في عقودها على تقديم خدمات عامة للجمهور، في حين أن الهدف الرئيسي من إنشاء المرفق العام هو إشباع حاجات الجمهور وهذا غير موجود في عقود امتياز النفط، وإن كان للدولة سلطة الرقابة والإشراف في العقود النفطية، لكن الكلمة الأخيرة تعود للشركات النفطية في إدارة المشروع النفطي، كما وأن الإمتيازات المقررة في عقود الامتياز النفطية أكثرها لصالح الشركة المتعاقدة وليس للإدارة الوطنية، ومن ذلك عدم جواز تعديل العقد أو إنهائه إلا بموافقة الشركة [٤].

وبموجب هذه النظرية كان الامتياز النفطي يعد دائما وكأنه مجرد عقد بسيط وهو من ضمن عقود القانون المدني ويخضع لأحكامه، والذين يقولون بفكرة العقد، لاحظوا أن الاتفاقيات الثنائية لا يمكن أن تكون إلا وليدة اتفاق بين الطرفين.

---

[١] د. خلود خالد الصادق، المصدر السابق، ص ٣٣٧.

[٢] د . غسان رباح، الوجيز في العقد التجاري الدولي، المصدر السابق، ص١١١.

[٣] محمد موسى خلف الجبوري، النظام القانوني لعقد الاستثمار في تصفية النفط الخام، دار الجامعة الجديدة – الإسكندرية، سنة ٢٠١٣، ص٢٩.

[٤] د. كاوان إسماعيل إبراهيم، المصدر السابق، ص١٦٨.

## الفرع الثاني

## الحجج التي ساقها أصحاب هذا الاتجاه

لقد وقف أصحاب هذه النظرية بوجه أصحاب الاتجاه القائل بالطبيعة الإدارية للعقود النفطية بشدة مستندين إلى مجموعة من الحجج.

**أولا:** إذا كان من الصحيح أن أحد طرفي العقود النفطية شخص من أشخاص القانون العام سواء أكانت الدولة ذاتها أم الهيئات أو الشركات التابعة لها، بيد أنه ليس كل عقد يبرمه أحد أشخاص القانون العام يعد عقدا إداريا، فقد يلجأ هذا الشخص في تعاقده إلى وسائل القانون الخاص فيبرم عقودا خاضعة للقانون الخاص، وقد يتبع اسلوب القانون العام فيبرم عقودا إدارية، فإذا كان وجود الإدارة طرفا في العقد يعد شرطا لازما لإضفاء الطابع الإداري على العقد فإن هذا لا يعد كافيا بذاته[١].

**ثانيا:** يعد أصحاب هذا الاتجاه أن عقود النفط ليست عقودا إدارية لأنه يشترط إلى جانب إبرام العقد بواسطة شخص معنوي عام أن يتصل العقد بأحد المرافق العامة ويتخذ اتصال العقد بالمرافق العامة صورا متعددة، فقد يتصل بتنظيم المرفق أو إدارته واستغلاله أو المعاونة أو المساهمة فيه، فإذا ما انقطعت الصلة بين العقد وأحد المرافق العامة، فإن العقد فقد صفته الإدارية وأصبح عقدا من عقود القانون الخاص ولو كان أحد طرفيه من الأشخاص العامة ويصح القول نفسه على العقود النفطية إذ لا يعد أصحاب هذا الاتجاه استغلال الثروة النفطية مرفقا عاما بالمعنى المفهوم في القانون العام [٢].

ومن ثم عد العقد النفطي عقدا متصلا بالمرفق العام وذلك للأسباب التالية:

١- ليس استغلال الثروة النفطية في نظرهم بوساطة الشركة المتعاقدة مشروعا يعمل بإضطراد وانتظام بقصد أداء خدمات عامة للجمهور إذ لا تلتزم الشركة المتعاقدة بإفادة الجمهور من النفط الذي تنتجه ولا تتضمن العقود النفطية أي نص بهذا المعنى، في حين يستهدف المرفق العام بصفة أساسية تحقيق النفع العام، فالغرض من إنشاء المرفق العام هو إشباع الحاجات العامة للجمهور مثل حاجة الأمن والعدالة والصحة والتعليم، كما يعد تحقيق العنصر المميز للمرفق عن غيره من المشروعات الأخرى التي لا تستهدف إلا لتحقيق النفع العام، كما أن جعل الثروة النفطية مرفقا عاما يعني إخضاع استغلال الثروة النفطية للمبادئ الأساسية التي يخضع لها المرفق العام وهي مبدأ السير المنتظم والمضطرد للمرافق العامة ومبدأ مساواة الأفراد في الانتفاع بخدمات المرفق العام وهو ما لا يحدث في الواقع العلمي[٣].

٢- على الرغم مما للدولة من سلطات الإشراف والرقابة على أعمال الشركة المتعاقدة إلا إنها ليست صاحبة الرأي الأعلى والكلمة النهائية في إدارة المشروع النفطي وتنظيمه، بل أن القدر الأكبر من هذا التنظيم وتلك الإدارة بيد الشركة المتعاقدة ولا يكفي لإضفاء صفة المرفق العام على المشروع ما أن

---

[١] د. خلود خالد الصادق، المصدر السابق، ص ٣٣٨.

[٢] د. كاوان إسماعيل إبراهيم، المصدر السابق، ص١٦٨.

[٣] د.غسان رباح، الوجيز في العقد التجاري الدولي، المصدر السابق، ص١٣١.

يقتصر تدخل الدولة عند حد الإشراف والرقابة إذ تخضع المشروعات الخاصة لنوع من الرقابة والإشراف، فقد تعين الدولة مديرا للمشروع الخاص أو تمثل الحكومة في مجلس إدارة الشركة أو غيرها، ولكن كل هذه المظاهر لتدخل الدولة أو السلطة العامة لا تجعل من المشروع الخاص مرفقا عاما بل يجب أن يصل إلى الهيمنة على المشروع بحيث تكون لها الكلمة النهائية في إنشائه وإلغائه أو في تحديد قواعد سيره وتنظيمه[١].

٣- يدعي أصحاب هذه النظرية أن الدليل على كون العقود النفطية عقودا مدنية وليست عقوداً إدارية، إن هذه العقود لا تتضمن أية امتيازات للإدارة الوطنية بقدر ما للشركات الأجنبية من امتيازات ومنها عدم التمكن من تعديل أو إنهاء الامتيازات النفطية إلا باتفاق الطرفين، أو الإعفاء من الضرائب والرسوم وغيرها، وإذا كان مجرد انتفاء الشروط الاستثنائية يعد قرينة على انتفاء الطابع الإداري عن العقود النفطية فإنه من باب أولى أن ينتفي عنها هذا الطابع إذا تضمنها شروطا مضادة تحد من امتيازات الإدارة وسلطاتها[٢].

٤- كما يستند أصحاب هذا الاتجاه إلى نصوص الدستور إذ لا يوجد أي نص في الدستور يضفي طابع المرفق العام على استغلال الثروة النفطية بل العكس من ذلك يجدون أن النصوص المتعلقة باستغلال الثروة الطبيعية والمرفق العام تذهب إلى عدم إضفاء طابع المرفق العام على استغلال الثروة النفطية [٣].

٥- إن المزايا التي تتمتع بها الشركات المتعاقدة في العقود النفطية من قبيل الشروط الاستثنائية غير المألوفة لأنها مقررة لمصلحة هذه الشركات في مواجهة جهة الإدارة كما أن الغرض من الشروط غير المألوفة نفي الطابع الإداري على العقد، أن تكون غير مقررة لمصلحة جهة الإدارة تجاه المتعاقد معها، أو المقررة لمصلحة المتعاقد معها تجاه الغير[٤]، كما يعد أصحاب هذا الاتجاه أن احتواء العقد على شروط تعطي للدولة سلطة الرقابة والإشراف على أعمال الشركة المتعاقدة وتضفي على العقد طابعا إداريا لا يعني أن تلك الشروط استثنائية، إذ يكون النص على حق الدولة في الإشراف والرقابة للتأكد من حسن أداء الشركة المتعاقدة لالتزاماتها ولا يمكن أن يعد من قبيل الشروط الاستثنائية بالمعنى المفهوم في القانون الإداري[٥].

٦- يرى جانب من الفقه بأنه إذا كانت الدولة تستطيع أن تمارس أساليب القانون العام داخل إقليمها وعلى رعاياها بما لها من سيادة فإنها لا تستطيع أن تمارس هذه الأساليب على من تتعاقد معه من الأجانب استنادا إلى أن سيادة الدولة محدودة النطاق داخل إقليمها، وخارج هذا النطاق الإقليمي لسيادة الدولة تقف

---

[١] محمد موسى خلف الجبوري، المصدر السابق، ص٣١.

[٢] د. كاوان إسماعيل إبراهيم، المصدر السابق، ص١٦٩.

[٣] المادة (٩٨) من الدستور المصري سنة ١٩٤٦، المادة (٧٤) من دستور عام ١٩٥٦، والمادة (١٢٣) من دستور عام ١٩٧١ والمادة (٣٢) من دستور ٢٠١٣.

[٤] د.محمد يوسف علوان، المصدر السابق، ص٣٠٦.

[٥] د. سراج حسين أبو زيد، المصدر السابق، ص٦٠٧.

موقف المساواة بالنسبة إلى الأجنبي المتعاقد معها وهذا الرأي لا يقتصر على عقود النفط فقط، بل على كل العقود التي تبرمها الدولة مع الأشخاص الأجنبية الخاصة [١].

ويذهب هذا الجانب إلى أن متطلبات التجارة تفرض على الدولة أن تنزل للتعاقد شأنها في ذلك شأن الشخص العادي حتى تتحقق مصالحها، وحتى تحتفظ بعلاقات اقتصادية كبيرة في الخارج، فالعقود المدنية هي التي تكون أكثر انسجاما مع متطلبات التجارة الدولية وهو ما يقتضيه التوجه الاقتصادي وتشجيع الاستثمارات الدولية، وقد استدلوا بما ذهب إليه قرار التحكيم في قضية شركة (Texaco) ضد الحكومة الليبية، وقضية شركة ارامكو ضد الحكومة السعودية حيث رفض المحكم (Dupuy) وجهة نظر الحكومة الليبية بأن تكون الامتيازات النفطية محل النزاع بمثابة عقود إدارية، ذلك لأنه لا يتوفر فيها الشروط التي تجعل منها عقودا إدارية وهي: أن تكون الإدارة طرفا في العقد، وأن يتصل بمرفق عام، ووجود شروط استثنائية غير مألوفة في العقد تتمتع بها الإدارة في مواجهة الطرف الآخر، وإنزال القواعد المتقدمة محل المنازعة، يبرز فكرة تسيير أو استغلال المرفق العام، غير موجودة على الإطلاق في العقد محل المنازعة، كذلك فإن الحكومة الليبية قد تعاقدت مع الشركة المعنية على قدم المساواة إضافة إلى أن العقد الماثل لا يتضمن أي شروط استثنائية وغير مألوفة، بل على العكس فإن هذا العقد قد نص على أن "للقوانين واللوائح التي يكون من شأنها تعديل الحقوق الناجمة عن العقد والتي تتمتع بها الشركتان المدعيتان (Texaco) و( Liamco) لا يمكن تطبيقها عليهما إلا إذا قبلت هاتان الشركتان إعمالها "[٢].

وكما استدل الأستاذ (Dupuy) في رفضه للصفة الإدارية للعقد المبرم بين الحكومة الليبية والشركتين بأنه " لا محل هنا لقبول الرأي القائل بأن تضمين العقد المبرم بين الحكومة الليبية والشركتين الأجنبيتين لشرط الثبات التشريعي الوارد في المادة (١٦) من العقد، بمثابة شرط غير مألوف، لا يمكن مصادفته في العقود المبرمة بين الأشخاص الخاصة، بل على العكس من ذلك إذ أن وجود شرط الثبات يعد شرطا سلبيا بمقتضاه تتعهد الدولة أو السلطة الإدارية بعدم استخدام السلطات التي تتمتع بها أصلا في نطاق العقد الإداري، مما يدل على أن الدولة قد أرادت التعاقد معه على قدم المساواة[٣].

لذا فإن محكمة التحكيم رأت أن وجود شرط الثبات في العقد المبرم بين الحكومة الليبية والشركتين الأمريكيتين يعد شرطا ذا طبيعة سلبية، فالدولة أو السلطة الإدارية تتعهد بعدم ممارسة السلطات التي هي أصلا سلطات قاصرة عليها، إلا بعد موافقة الطرف المتعاقد معها، وبذلك فإن الشرط يترجم رغبة الدولة في أن تتعامل مع الطرف المتعاقد معها على قدم المساواة[٤].

---

[١] د. حفيظة السيد الحداد، العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية، المصدر السابق، ص٤٦٩.

[٢] د. خلود خالد الصادق، المصدر السابق، ص ٣٣٩.

[٣] د. كاوان إسماعيل إبراهيم، المصدر السابق، ص١٧٠.

[٤] د. حفيظة السيد الحداد، العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية، المصدر السابق، ص٤٧٠.

## الفرع الثالث

## الانتقادات التي تعرض لها هذا الاتجاه

إن الحجج التي ساقها الفقه المؤيد للاتجاه القائل بإخضاع العقود النفطية التي تبرم بين الدول المنتجة للنفط وبين الشركات العاملة في مجال البحث والتنقيب عن النفط وإنتاجه للقانون المدني، تعرضت للانتقاد من قبل أنصار الاتجاه المؤيد لإدارية العقود النفطية، حيث لم تقتنع بهذه الأدلة التي تمسك بها أصحاب الاتجاه القائل بمدنية هذه العقود، وبالمقابل تمسكوا بمجموعة أخرى من الردود للدفاع عن رأيهم وهي:

أ- القول بأن الدستور لم يعد استغلال الثروات النفطية بمثابة مرافق عامة بنصه عليها بجانب المرافق العامة فإن هذا بدوره مردود عليه، ذلك لأنه إذا كان الدستور قد نص على استغلال الثروات الطبيعية بجانب المرافق العامة فإن هذا التخصيص يعبر عن أهميتها بوصفها مرفق عام لما لها من أثر عظيم في الاقتصاد الوطني[1].

إلا أن هذا الرد ليس بمستوى الحجة المردودة لأن التخصيص الوارد في الدستور المصري أو في أي دستور آخر عادة هو أن تمنح امتيازات استغلال الثروة النفطية بقانون أو بمرسوم جمهوري كما هو في مصر، وهذه الامتيازات عادة تمنح إلى الشركات الأجنبية وليس إلى الشركات الوطنية مما يؤدي إلى أن لا تتعامل الدولة بنفس السلطة التي تتعامل بها مع الوطنيين[2].

ب- إن الشروط غير المألوفة التي تضفي على العقد الصفة الإدارية لا يشترط فيها أن تكون مقررة لمصلحة الإدارة، فليس هنالك ما يمنع أن تقرر للمتعاقد وطنيا أو أجنبيا مع الإدارة ما دام ذلك فيه مصلحة عامة، حتى ولو كان بعضها مقررا في مواجهة الإدارة نفسها، ما دام لا يترتب عليها إخلال بمركز الإدارة المتميزة في العقد، وعلى ذلك يجب النظر إلى مجموع شروط العقد، بحيث إذا كان العقد يقرر للمتعاقد مع الإدارة بعض الإمتيازات ويقرر في الوقت نفسه عدة امتيازات أخرى للإدارة تفوق تلك التي يقررها العقد للمتعاقد معها، مما يجعلها في مركز أفضل من مركز المتعاقد معها فالعقد يظل مع ذلك عقدا إداريا، فإذا كانت الامتيازات المقررة للإدارة في العقد الإداري تقوم على فكرة المصلحة العامة أو مصلحة المرفق، فإنه يجوز للإدارة أن تعطي بعض الإمتيازات، ولو كانت في مواجهتها للمتعاقد الأجنبي، ما دام ذلك يقوم على اعتبار فكرة المصلحة، ودون أن يدخل بمركزها المتميز تجاه المتعاقد معها[3].

ولو نظرنا إلى هذا الرد نجد بأنه تبنى فكرته على أسس فارغة من محتواها، فالعقد يكاد أن يكون خاليا تماما من الشروط التي تجعل منه عقدا إداريا ومع ذلك يتمسك صاحب هذا الرأي بصفته الإدارية، باعتبار أن هنالك شرط المصلحة العامة، والسؤال الذي يطرح نفسه هنا هو أنه إذا كانت الشركة الأجنبية تتمتع بامتيازات تجاه الإدارة فمن أين يبقى المركز المتميز للإدارة في مواجهة الشركة الأجنبية ؟

---

[1] د. كاوان إسماعيل إبراهيم، المصدر السابق، ص١٧١.

[2] د. خلود خالد الصادق، المصدر السابق، ص ٣٤٣.

[3] د. كاوان إسماعيل إبراهيم، المصدر السابق، ص١٧١.

ثم من قال بأن العقد لو كان عقدا مدنيا لا يحقق المصلحة العامة ؟ بالإضافة إلى أنه إذا كان الطرف المتعاقد مع الإدارة يتمتع بإمتيازات في العقد المبرم بينهما في مواجهة الإدارة، ما قيمة أن يكون العقد إداريا، هل تستطيع الإدارة أن تمارس السلطات التي تخولها الإخلال ببنود العقد؟ الجواب كلا وبالتالي فإن هذا الرد أقرب ما يكون إلى الخيال منه إلى الحقيقة ولا تؤخذ عليه أية أهمية علمية للتمسك بالصفة الإدارية للعقد النفطي المبرم مع الشركة الأجنبية[١].

ج- يرد هذا الاتجاه على القول بأن الدولة حين إبرامها العقد النفطي مع شركة أجنبية خاصة يتضمن شروط الثبات وعدم المساس بالعقد إذ تتصرف كدولة مانحة للامتياز لا بصفتها سلطة عامة بل شخصا من أشخاص القانون الخاص، وأنه من غير المعقول أن يتعهد طرف خاص في عقد مبرم مع طرف خاص آخر، بأنه لن يقوم بتعديل العقد المبرم بينهما إذ أن وجود هذا الشرط في العقود النفطية المبرمة بين الدول وشركات النفط الأجنبية أكبر دليل على عدم المساواة القائمة بين الدولة المتعاقدة مع الشركة الأجنبية لغرض التنقيب عن النفط وإنتاجه واستغلاله.

إلا أن إدراج شرط الثبات في عقود النفط هو عين العقل لا سيما عندما تكون الدولة في مرحلة لا تمكنها من فرض شروطها على الشركة الأجنبية، وهذا الشرط دليل على كون هذه العقود ليست إدارية، وإنما من عقود القانون الخاص، فالشركات الأجنبية بحاجة إلى اطمئنان من جانب الدولة لكي لا تغير من شروط العقد من جانب واحد، وتبقى ملتزمة بمبدأ العقد شريعة المتعاقدين طوال مدة تنفيذ العقد، إن هذا الوضع يرجح كون هذه العقود من عقود القانون الخاص وليس من العقود الإدارية[٢].

**د.** يرد أصحاب نظرية إدارية العقد على قول المناقضين لهم بأن "سيادة الدولة محدودة النطاق داخل إقليمها، وليس لها هذا الحق خارجه ومن ثم فهي خارج نطاقه تكون مساوية مع الطرف الأجنبي ولا تتمتع بأية سلطات استثنائية في مواجهته " وهو قول مردود لأن الدولة تمارس سيادتها داخل الإقليم والعقد يتم تنفيذه على إقليمها كما أن الطرف الأجنبي عندما تعاقد يعلم أنه يتعاقد مع دولة ذات سيادة لها سلطة عامة[٣].

إن الشركة الأجنبية تعلم بأنها تتعاقد مع دولة ذات سيادة، ولكنها لا تتعاقد مع الدولة، بصفتها صاحبة السلطة أو السيادة في كل بنود العقد، وإنما تراعي الدولة الشركة الأجنبية في بعض البنود التي لا يمكن أن تستغني عنها والشركة تفرض شروطها على الدولة المضيفة وكأنها تتعاقد مع شخص من أشخاص القانون الخاص[٤].

إذا كل هذه الحجج والردود عليها تؤدي بنا إلى إنه من الصعب تكييف عقود النفط بأنها عقود إدارية وكما إنه نتيجة لكل هذه الاعتراضات ليس من السهل الجزم بالقول بأن هذه العقود من عقود القانون

---

[١] د.محمد يوسف علوان، المصدر السابق، ص٣٠٧.

[٢] د. كاوان إسماعيل إبراهيم، المصدر السابق، ص١٧٣.

[٣] د.غسان رباح ، الوجيز في العقد التجاري الدولي، المصدر السابق، ص١٣٢.

[٤] د. كاوان إسماعيل إبراهيم، المصدر السابق، ص ١٧٤.

الخاص، وذلك لأنه لا يتفق مع الواقع، ولا مع نصوص العقود التي أبرمتها الدول المضيفة مع الشركات الأجنبية لغرض التنقيب عن النفط وإنتاجه واستغلاله، وذلك لأن إبرام هذه العقود بحاجة إلى إجازة الدولة، بالإضافة إلى ملكية الثروة النفطية تعود إلى الشعب، والحكومة تقوم بالتعاقد مع هذه الشركات نيابة عن الشعب حسب نصوص الدستور والقوانين المرعية في البلد وكذلك إن تنفيذ هذه العقود يبقى خاضعا لراقبة وإشراف الحكومة أو إحدى المؤسسات التابعة لها، فكل هذه الأسباب أدت إلى ظهور اتجاه آخر يدعو إلى كون العقود النفطية لها طابع مختلط تجمع بين خصائص عقود القانون الخاص وعقود القانون العام أو بالأحرى العقود الإدارية، وسنعرض له في المطلب التالي.

## المطلب الرابع

## العقود النفطية عقود ذات طبيعة خاصة مختلطة

ذهب هذا الاتجاه إلى اعتبار أن العقود التي تبرمها الدول المنتجة للنفط مع الشركات الأجنبية العاملة في مجال البحث والتنقيب عن النفط واستغلاله وإنتاجه، هي عقود ذات طبيعة خاصة مختلطة تجمع بين عناصر القانون الخاص، وبين عناصر القانون العام لذا سنتعرف على هذا الرأي من خلال ما يأتي.

### الفرع الأول

### العرض النظري لهذا الاتجاه

اتجه أغلب الفقه إلى اعتبار أن العقود النفطية هي ذات طبيعة خاصة مختلطة وذلك في مقابل التنافس الحاد بين أصحاب الاتجاه الذي يرى أن العقود النفطية من العقود الإدارية، والاتجاه الذي يعدها من عقود القانون الخاص، حيث ظهر اتجاه آخر يرى أصحابه أن هذه العقود هي ذات طبيعة خاصة مختلطة، تجمع بين خصائص القانون العام والقانون الخاص، ويحكمها هذان القانونان على السواء وهي عقود ذات طبيعة خاصة مختلطة تعكس في حقيقتها وجود عناصر تنتمي إلى القانون العام وأخرى إلى القانون الخاص من ناحية، وعناصر داخلية وأخرى دولية من ناحية أخرى، وهي تتضمن عنصر السلطة المعروفة في القانون العام وعنصر المساواة المعروفة في القانون الخاص[1].

وفي مجال العقود النفطية يمكن القول بأنها عمل قانوني ذو طابع مزدوج، فهو في الشطر الذي ينشئ حق الملتزم في استغلال النفط يعد رخصة أو بعبارة أخرى يعتبر قرارا فرديا، أما في الشطر الآخر منه الذي ينظم عملية الاستغلال فإنه يعد عقدا [2].

وبحسب هذا المفهوم تكون طبيعة العقود النفطية بجزء منها نظامية وفي جزء آخر تعاقدية، وبخلاف نظرية الطبيعة المزدوجة، يقوم التميز بحسب فئات البنود، بالعمل على تجزئة مضمون العقد، ففي وثيقة

---

[1] ينظر؛

P.Baraz, the legal status of oil concession, journal of world, Trade law,1971, p.64

[2] د. محمد طلعت الغنيمي، شرط التحكيم في اتفاقيا البترول، بحث مقدم الى مؤتمر البترول العربي الثالث المنعقد في الإسكندرية عام ١٩٦١م، ص ١ ومابعدها، ود. محمد يوسف علوان، المصدر السابق، ص٣٠٨.

الشروط في العقد، إن بعض البنود المتعلقة بتنظيم المرفق يكون لها طبيعة نظامية (قانون المرفق)[١]. وفي البنود الأخرى أي تلك التي تتعلق بالمزايا المختلفة التي منحها الامتياز لصاحبه والتي تعاقد هذا الأخير وكانت الدافع إلى تعاقده، فإن لها طبيعة تعاقدية [٢].

يؤكد الفقه الفرنسي على هذه النظرية من خلال تقسيمه لنصوص عقد الامتياز إلى نوعين من النصوص، أولهما الشروط اللائحية وتتكون من قواعد موضوعية تخلق مركزا قانونيا غير شخصي، يمكن للحكومة أن تجري عليها التعديلات بإرادتها المنفردة، بشرط حصول المتعاقد على التعويض في حالة المساس بالتوازن المالي للمشروع، ثانيهما شروط تعاقدية تتكون من قواعد شخصية يتفق عليها الأطراف ولا يستطيع أحدهما إجراء أي تعديل عليها أثناء التنفيذ دون رضا الطرف الآخر[٣].

وتعد هذه النظرية الأكثر قبولا لدى أغلب الفقهاء الفرنسيين أمثال:

(Duguit, Houriou, Jeze, Modioty, Bonnard, Houriou, Waine) وغيرهم[٤] .

والقول بالطبيعة المختلطة للعقود النفطية بحاجة إلى تحديد العناصر التي تنتمي إلى القانون العام وتلك التي تنتمي إلى القانون الخاص، فالبنود المتعلقة بتنظيم وتشغيل المرفق العام هي ذات طبيعة نظامية، أي تكون خاضعة للقانون العام، أما البنود المتعلقة حصرا بالمنافع المالية أو غيرها، المقبولة من مانح الامتياز وصاحبه هي ذات طبيعة تعاقدية، فهذه البنود التعاقدية من باب أولى لا تخص الجمهور، ومن جهة ثانية لا تمس بشئ قواعد وشروط تشغيل المرافق العامة، ولأجل تطبيق هذه الفكرة اقترح (Duguit) معيارا عمليا مقبولا، تكون نظامية أحكام دفتر الشروط التي يمكن أن يوجد فيما لو استثمر المرفق من قبل إدارة مصلحة عامة في ظل نظام الحصر، وتكون تعاقدية تلك الأحكام التي لا تتوافق مع الاستثمار من قبل إدارة مصلحة عامة بالنظر لموضوعها[٥].

والواقع أن تحديد أي من هذه العناصر هو الذي له الغلبة في هذه العقود هو أمر ليس بتلك بسهولة، إذ أن الأمر قد يختلف من عقد إلى آخر ومن نظام قانوني إلى آخر[٦].

وعادة تسعى الشركات الأجنبية إلى التعامل مع الدول المضيفة على قدم المساواة وتعتمد في ذلك على القدرات الاقتصادية الهائلة التي تمتلكها، التي قد تفوق في أحيان كثيرة مقدرة الدول النامية المنتجة للنفط، وتقوم هذه الشركات بتوظيفها في تضمين ما تشاء من النصوص والبنود، لا سيما في مجال القانون الواجب التطبيق والمحكمة المختصة بتسوية المنازعات، وأهم عناصر القانون العام التي تجد أساسها في

---

[١] د. جهاد زهير ديب الحرازين، المصدر السابق، ص٣٦.

[٢] د. غسان رباح، الوجيز في العقد التجاري الدولي، المصدر السابق ، ص١١٩.

[٣] ينظر؛

Shavarsh Toriguian, Legal Aspects of Oil Concession in the Middle East, Beyrout,1973, p 19.

[٤] أشار إليهم د. غسان رباح، الوجيز في العقد التجاري الدولي، المصدر السابق، نفس الصفحة، هامش رقم (١).

[٥] د. غسان رباح، الوجيز في العقد التجاري الدولي، المصدر السابق, ص١٢٢.

[٦] د. محمد يوسف علوان، القانون الدولي للعقود، مجلة الحقوق والشريعة، الكويت، السنة الرابعة، العدد الثاني، ابريل ١٩٨٠م، ص١٢٠.

دور الدولة في الحياة الاقتصادية، والتي تتضمنها العقود النفطية، السيادة الدائمة على الثروة النفطية محل العقد، وكذلك السلطة التقديرية للإدارة في التعاقد والموافقة التشريعية على الاتفاق، ولا يغيب عن البال أن الدولة في عقود النفط لا تظهر بوصفها شخصا من أشخاص القانون الخاص، وإنما بوصفها ذات سيادة ولذا فإن الصفة الخاصة لهذه العقود تتضاءل، في الوقت الذي تتضاعف فيه الصفة العامة لها، لاسيما في ضل التدخل من قبل الدولة، وبعد أن كان أطراف هذه العقود يتفاوضون بحرية كاملة من أجل إبرام هذه العقود، فإن الوضع قد تغير خاصة في فترة ما بعد الحرب العالمية الثانية، وبعد صدور القرارات الأممية التي تؤكد على حق الشعوب والأمم على ثرواتها الطبيعية، وتجاوب الشركات لمطالب الدول النامية والتي أدت إلى ظهور أنماط تعاقدية جديدة، وكذلك نتيجة للتنظيم السلطوي المتزايد لها من جانب الدولة، وبعد صدور قوانين الاستثمارات في الدول المختلفة، فإن حرية الأطراف أصبحت مقيدة في حدود هذه القوانين الأمر الذي يؤثر دون أدنى شك على الطبيعة العقدية لها [١].

بالإضافة إلى أن عددا من الدول النامية مثل ليبيا [٢]، واندونيسيا[٣]، والجزائر[٤]، وغيرها من الدول التي تبنت نظام عقود النفط النموذجية، وفي ظل هذا النظام فإن العقود النفطية التي تبرمها الدولة تتضمن شروطا موحدة لا تختلف من عقد لآخر ولا يجوز لمفاوضي الدولة والشركة الأجنبية الاتفاق على شروط مخالفة.

وحتى في الدول التي لا تتبنى مثل هذا النظام ولا يوجد فيها تشريعات للنفط، فإن هناك عدة قيود قانونية تحد بدورها من الحرية التعاقدية لأطراف العقد، ومعنى ذلك أنه حتى مع بقاء العلاقة بين الدولة المضيفة والمتعاقد الأجنبي علاقة تعاقدية من حيث الشكل، إلا أن مضمون العقد لا يتحدد على التفاوض الحر للأطراف المتعاقدة[٥].

إن العقود النفطية في مثل هذا الوضع، تقترب أكثر إلى الأعمال المنفردة منه إلى العقود بالمعنى الدقيق للاصطلاح، وحتى في الحالات التي لا يوجد فيها حرية تعاقدية للمتفاوضين في عقود النفط، فإنه رغم الإبقاء على وثيقة العقد شكلا، فإن التصرف يعتبر فعلا بمثابة عمل منفرد من جانب واحد وهو الدولة، وأقل ما يمكن أن يقال بهذا الصدد، وهو ما ذهب إليه الأستاذ ( De Laubadere) "من أن وضع كافة بنود العقد مقدما بشكل إنفرادي من قبل الدولة لا تمس بطبيعته التعاقدية، ويقتصر أثره على إدخال هذا العقد في طائفة عقود الإذعان[٦].

---

[١] د. محمد يوسف علوان، النظام القانوني لاستغلال النفط، المصدر السابق ص٣١٠.

[٢] ملحق رقم ٢ من قانون النفط الليبي رقم ٢٥ لسنة ١٩٥٥ كذلك الحال لقانون النفط الليبي ١٩٩٩.

[٣] نموذج العقد النفطي الاندونيسي بموجب القانون الصادر عام ١٩٦٨م.

[٤] نموذج العقد النفطي الصادر في الجزائر بموجب المرسوم رقم ٦٢-٧٥ الصادر في ٢٩ / ابريل ١٩٧٥.

[٥] د. كاوان اسماعيل ابراهيم، المصدر السابق، ص ١٧٥.

[٦] د. محمد يوسف علوان، النظام القانوني لاستغلال النفط، المصدر السابق، ص٣١١.

ورغم وجود بعض المحاولات لاستبعاد هذه النظرية حاول (Houriou)[١]. في فترة زمنية معينة، الدفاع عن نظرية الطبيعة، المزدوجة، ولقد تبنى بالفعل نظرية الامتياز بوصفه عملا مزدوجا، وقال "في الواقع أن هذا التوازن بين مختلف المصالح، كان قد تحقق بفضل المزج بين العنصرين وهما:

١- خلق وضعية نظامية لها صفة المؤسسة من أجل تنظيم واستثمار المرفق العام.

٢- إبرام عقد معه دفتر شروط والتعرفة القصوى بين الإدارة وصاحب الامتياز من أجل تنظيم الموجبات الناشئة عن الوضعية النظامية، فيما يتعلق باستثمار المرفق، وعند الاقتضاء إقامة الأعمال، وكذلك الشروط المالية للامتياز[٢].

## الفرع الثاني

## أحكام التحكيم المؤيدة لهذا الاتجاه

وجد التكييف القانوني للعقود النفطية كعقود ذات طبيعة خاصة مختلطة له صدى في أحكام التحكيم الصادرة بهذا الخصوص، حيث أصدرت العديد من أحكام التحكيم وتبنت هذا التكييف في صلب أحكامها، فقد أيد القضاء الدولي بمناسبة العقود الاقتصادية الدولية والعقود النفطية هذا الاتجاه في أكثر من مناسبة ففي قضية (Delagao Bay Railway) عام ١٨٩٣م أكدت محكمة التحكيم "أن امتياز بناء سكة الحديد ليس عملا من أعمال السيادة هو القرار الملكي الذي تمت فيه الموافقة على العقد وعلى الرغم من أن الحكومة البرتغالية في منحها للامتياز تمارس عملا من أعمال السيادة، إلا أنه في نفس الوقت قد دخلت في علاقة تعاقدية مع الشركة تلتزم باحترامها"[٣].

كما تأيد ذلك في قضية شركة (Alsing) ضد اليونان عام ١٩٥٤م[٤]، وفي قضية كهرباء فارسوفيا قال المحكم (Asser)"إن الامتياز الممنوح من قبل المدينة إلى الشركة، كجميع الامتيازات، صفة مزدوجة أو له طابعان: من جهة يتعلق بالقانون العام، ومن جهة أخرى له علاقة بالقانون الخاص[٥].

وفي قضية الشركة الكندية سافير ضد الحكومة الإيرانية ذهب المحكم (Cavin) إلى الرأي نفسه بأن"هذا العقد يتضمن عناصر تنتمي إلى القانون العام" [٦].

كذلك استند أصحاب الإتجاه كون عقود النفط ذات طابع خاص مزدوج إلى ما ذهب إليه المحكم (المحمصاني) في قضية شركة (ليامكو) ضد الحكومة الليبية، إذ قال وهو بصدد التعرض لتكييف العقد موضوع النزاع "مع أن عقد الامتياز يتصف بصفتي القانون العام وعقود القانون الخاص في آن واحد، إلا

---

[١] أشار اليه د. غسان رباح، المصدر السابق، ص١١٦.

[٢] د. غسان رباح، الوجيز في العقد التجاري الدولي، المصدر السابق، ص١١٧.

[٣] ينظر؛

Shavarsh Toriquin, Ibid, p.26.

[٤] د. محمد يوسف علوان، المصدر السابق، ص٣٠٩.

[٥] ينظر؛

(Report of International Tribunals-vol- 1921) ،Available At : www.Int.T.org / doc.

[٦] د. محمد يوسف علوان، المصدر السابق، ص٣١٠.

أنه يجب ترجيح الصفة الثانية، طبقا للقواعد العامة للقانون الذي ينظم الامتيازات، والتي يقرها الفقه الحديث، إذ لا تتصف الأنشطة التي يقوم بها من لهم حق الامتياز بأعمال المرفق العام، ولكنها تعد مشروعات من طبيعة خاصة، ولذا تظل محكومة بمبادئ القانون الدولي الخاص المنظمة للعقود[1].

وبالنتيجة يمكن القول بأن العقود النفطية لا يمكن انتسابها إلى طائفة العقود الخاضعة للقانون العام لوحدها، ولا إلى طائفة عقود القانون الخاص لوحدها، بل إنها تأخذ في طبيعتها القانونية مميزات العمل المنفرد، كون الدولة ذات السيادة هي التي تمنح الترخيص من جهة، ومن جهة ثانية تعد عقدا لكونها تتطلب موافقة متبادلة لإرادة كل من الدولة وصاحب الامتياز، وبالتالي يكون هذا الاتجاه هو الأرجح على بقية الاتجاهات لكونه الأقرب إلى الواقع، فالعقود النفطية تصرف قانوني مركب لأنه يتضمن رخصة من جانب الدولة للشركة الأجنبية التي ينشأ لها بمقتضاها الحق في استغلال الثروة النفطية في الأراضي المرخص لها، وفي نفس الوقت يتضمن اتفاقا بينهما على تنظيم ممارسة الشركة لحقها الذي قررته هذه الرخصة لها، أو يعد ذلك الحق بمثابة عقد على تقدير أن منح الحق في الاستغلال، هو حق يمارسه ولكن مشروط بالقيود المقررة في العقد المبرم بين الدولة والشركة الأجنبية، وهو ليس بحق مطلق، ومن هنا متى قبل المرخص له بهذا الحق فإنه يقبله بالقيود المقررة في حدوده، ومتى منحت الدولة هذا الحق لمن يمارسه فإنها أيضا تتقيد بتلك القيود التي هي عبارة عن التزاماتها تجاه صاحب التراخيص[2]. ويتبين ذلك بوضوح من خلال وجود عناصر للقانون العام وعناصر للقانون الخاص في العقود النفطية، ولا يشترط أن تكون هذه العناصر متساوية، وإنما تختلف نسب هذه العناصر من نظام قانوني في دولة معينة إلى نظام قانوني آخر في دولة أخرى، وكذلك تتوقف على إمكانية الدولة الاقتصادية وقدرتها التفاوضية النابعة منها، وبالتالي فإن البنود النظامية تكون أقل من البنود التعاقدية، مما يضفي على العقد الطابع التعاقدي أكثر من الطابع النظامي، أما إذا كانت الدولة لها إمكانيات اقتصادية هائلة، فإنه بالتأكيد ستمكنها من فرض شروطها على الطرف الأجنبي المرخص له بالتنقيب عن النفط وإنتاجه واستغلاله، بالإضافة إلى أنه يجب عدم التغاضي عن دور القانون الاقتصادي الدولي، ومقررات المنظمات الدولية على رأسها منظمة الأوبك، وفي الوقت الحاضر منظمة التجارة العالمية التي تلعب دورا فعالا ومؤثرا في الساحة الاقتصادية الدولية التي قد يكون لها دور غير مباشر في تقوية أحد الطرفين على حساب الطرف الآخر، ولكن في النهاية تظل العقود النفطية ذات طبيعة خاصة مختلطة تجمع بين عناصر القانون العام للدولة المتعاقدة، وبين عناصر القانون الخاص المتمثل بمبدأ العقد شريعة المتعاقدين[3].

**خلاصة القول:** بعد أن عرضنا لأهم الآراء الفقهية التي قيلت بصدد إعطاء التكييف القانوني لعقود التراخيص النفطية، يمكننا استنتاج ما يأتي:

---

[1] د. كاوان إسماعيل إبراهيم، المصدر السابق، ص١٧٧.

[2] د. محمد يوسف علوان، المصدر السابق، ص٣١٠.

[3] د. كاوان إسماعيل إبراهيم، المصدر السابق، ص١٧٨.

بالنسبة لعقود الامتياز، فإنها تعتبر عقودا مختلطة ذات طابع متنوع ومتميز وذلك لأن الهدف منها هو تحقيق التنمية الاقتصادية للدول المنتجة للنفط ونقل المعرفة الفنية والتكنولوجية الحديثة والمتطورة والتي تفتقر إليها غالبية الدول المنتجة للنفط، حيث يكون التكييف القانوني لهذه العقود هو الطبيعة المختلطة التي تجمع بين خصائص القانون الخاص والعام، ونحن نذهب مع الاتجاه الذي يرجح الجانب الخاص ويعتبرها من عقود القانون التجاري وذلك للاعتبارات الآتية:

١- نصت على تجارية النشاط الاستخراجي العديد من القوانين والتشريعات العربية منها نص قانون التجارة العراقي رقم (٣٠) لسنة ١٩٨٤ المادة الخامسة/رابعا: الصناعة وعمليات استخراج المواد الأولية[١]. وطبقا لقانون التجارة المصري رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ حيث يعد عملا تجاريا إذا كانت مزاولتها على وجه الاحتراف العمليات الاستخراجية لمواد الثروات الطبيعة كالمناجم والمحاجر ومنابع النفط والغاز وغيرها[٢]. وأكدت ذلك بعض القوانين العربية الأخرى منها المادة السادسة بند (١٣) من القانون اللبناني. والمادة السادسة بند (م) من كل من قانون التجارة السوري والأردني، والمادة الخامسة بند (٨) من قانون التجارة الكويتي، إضافة إلى المادة الثانية البند السادس من القانون التجاري الجزائري[٣].

كما قرر قانون التجاري الليبي في المادة (٥ /٢٣) بأنه "يعد عملا تجارية بحكم القانون استغلال المناجم ومنابع البترول والغاز" فالأصل هو اعتبار قاعدة استغلال منابع النفط والغاز من الأعمال التجارية، وهي تخضع من حيث المبدأ للقواعد التي تحكم الأعمال التجارية كذلك بالنسبة للالتزامات التي تترتب في ذمة المستغل لمنابع النفط والغاز فهي التزامات تجارية[٤].

كذلك الحال بالنسبة لقانون التجارة القطري لسنة ٢٠٠٦ حيث نصت المادة الخامسة منه على أن العمليات الاستخراجية لموارد الثروة الطبيعية كالمناجم والمحاجر والنفط والغاز من الأعمال التجارية، إضافة إلى أن القانون التجاري العماني لسنة ١٩٩٠ يعتبر التنقيب عن النفط واستغلاله من الأعمال التجارية[٥].

٢- نصت على تجارية الأعمال والقوانين المطبقة على نزاعات التحكيم المتعلقة بعمليات البحث والتنقيب عن النفط واستغلاله وإنتاجه، وقد أكدت ذلك غالبية تشريعات التحكيم في الدول العربية ومنها قانون التحكيم المصري رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤، حيث جاء في نص المادة الثانية منه "أن يكون التحكيم تجارياً إذ نشأ النزاع حول علاقة قانونية ذات طابع اقتصادي عقدية كانت أو غير عقدية وحدد منح التراخيص الصناعية والسياحية وغيرها، وعقود نقل التكنولوجيا والاستثمار والتنمية وعمليات البنوك والتأمين والنقل وعمليات التنقيب واستخراج الثروات الطبيعية وتوريد الطاقة ومد أنابيب الغاز والنفط،

---

[١] المادة الخامسة بند (رابعا) من قانون التجارة العراقي رقم (٣٠) لسنة ١٩٨٣.

[٢] المادة الخامسة بند (ي) من قانون التجارة المصري رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩، أشار إليه أ. د. هاني دويدار، الأعمال التجارية بالقياس، دار الجامعة الجديدة – الإسكندرية، سنة ٢٠٠٤، ص١٠٣.

[٣] أشار إليه أ. د. هاني دويدار، المصدر نفسه، الهوامش في ص١٠٤ – ص١٠٥.

[٤] د. عمر محمد بن يونس، هيكلية التشريع النفطي الليبي، دار الفكر الجامعي – الإسكندرية، ٢٠٠٣، ص١٦ – ١٧.

[٥] د. هاني محمد كامل المنايلي، المصدر السابق، ص٦٧.

وشق الطرق والأنفاق واستصلاح الأراضي إقامة المفاعلات النووية"[١].

ونجد أن قانون التحكيم العماني ينص في المادة الثانية منه على أنه "ويكون التحكيم تجاريا في حكم القانون إذا نشأ النزاع حول علاقة قانونية ذات طابع اقتصادي عقدية كانت أو غير عقدية ويشمل ذلك على سبيل المثال... ونقل التكنولوجيا والاستثمار... وعمليات التنقيب واستخراج الثروات الطبيعية وتوريد الطاقة ومد أنابيب الغاز أو النفط.." [٢].

٣- يكون العقد تجاريا بالنسبة للشركات المعنوية الأجنبية الاستثمارية العاملة في مجال البحث والتنقيب عن النفط وإنتاجه واستغلاله والتي تسعى إلى تحقيق الربح واستثمار أموالها.

٤- بالنسبة للدول المنتجة للنفط وإذا ما أخذنا بنظر الاعتبار إن غالبيتها تكون دولا نامية تسعى إلى تحقيق هدف التنمية الاقتصادية من خلال استغلال ثرواتها الطبيعة والتي تفتقر غالبا إلى رؤوس الأموال والخبرة الفنية والتكنولوجيا المتطورة التي تمتلكها كبرى الشركات العاملة في هذا المجال، فهي تتعاقد من أجل تحقيق التنمية الاقتصادية واجتذاب الاستثمار الأجنبي واكتساب الخبرة الفنية من هذه الشركات.

٥- وجود بعض الشروط التي تتضمنها غالبية العقود التي أبرمت بين الدول المنتجة للنفط وبين الشركات العاملة في مجال النفط تجعل من العقد خارج عن نطاق اعتبار العقد من العقود الإدارية أو عقود القانون الدولي العام ومن هذه الشروط، شرط الضمان والمتمثل في شرط الثبات وعدم المساس إضافة إلى شرط التحكيم الوارد في العقود النفطية والذي يكون الهدف منه طمأنة الشركات الأجنبية واجتذاب الاستثمار كما سنرى لاحقا.

---

[١] أنظر في ذلك نص المادة (٢) من قانون التحكيم المصري النافذ.

[٢] د. هاني محمد كامل المنايلي، المصدر السابق، ص٧٨.