المبحث الثاني

شروط العقد الماسة بآثاره

إن العقود النفطية تشتمل على العديد من الشروط، وتتنوع بتنوع المسائل التي تتناولها، إذ يقوم أطراف العلاقة بإدراج ما يشاءون من الشروط على أن لا تكون مخالفة للنظام العام والآداب العامة وعملا لقاعدة العقد شريعة المتعاقدين فإن هناك من الشروط ما يعنى بتحديد حقوق والتزامات الأطراف المتعاقدة، ومنها ما يعنى بكيفية تسوية المنازعات التي قد تثور بين أطراف العقد في حالة عدم تنفيذ التزام معين، والذي يرتب على عاتق الطرف الغير ملتزم بتنفيذ الالتزام المسؤولية عن الإخلال بتنفيذ الالتزامات، ومنها ما يختص بتحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع، ومن هذه الشروط وأهمها شرط التحكيم، ومن هذه الشروط أيضا ما يعني بتوفير بعض الضمانات لصالح الشركة الأجنبية المتعاقدة وتسمى هذه الشروط بشرطي عدم المساس والثبات التشريعي أو ما يعرف بشرط الضمان[1]. ولعل وجود هذه الشرط راجع إلى تخوف الطرف الأجنبي من أن تقوم الدولة بتعديل العقد بإرادتها المنفردة، أو إصدار تشريعات تكون ماسة بآثار العقد، وهو ما سنعرفه من خلال تقسيم هذا المبحث إلى مطلبين يكون الأول للحديث عن شرطي عدم المساس وشرط الثبات التشريعي، وفي المطلب الثاني فيكون نتعرف من خلاله على شرط التحكيم الوارد في العقود النفطية وذلك كما يأتي.

المطلب الأول

شروط المحافظة على المضمون الإتفاقي للعقد

[عدم المساس – الثبات التشريعي]

يعد هذا الالتزام من ضمن الالتزامات التي أثارت جدلا طويلا من حيث أن الدولة تمتلك إصدار تشريعات داخل إقليمها وضمن سلطتها واتخاذ الإجراءات التي تراها مناسبة على أرضها، ولكن الشركة المتعاقدة ترغب في حماية استثماراتها وتعتمد في ذلك إلى وضع شروط في أغلب العقود النفطية، لذا نجد أن أطراف العقود النفطية يجتهدون في تضمين العقد العديد من الشروط والدافع من هذه الشروط يتنوع بتنوع هذه الشروط ولعل من أهم هذه الأسباب هو أن العقد النفطي من العقود طويلة الأمد وإن الطرف الأجنبي فيها يحاول تأمين نفسه ضد الكثير من المخاطر التشريعية أو المشاكل التي تستجد من خلال تنفيذه للعقد المبرم بينه وبين الدولة ومن هذه الشروط ما يعرف بشرطي عدم المساس بالعقد وشرط الثبات التشريعي، وقد أختلف الفقه والتحكيم بخصوص هذه الشروط.

وعليه سنبحث في هذه الشروط من خلال معرفة ماهية هذه الشروط وأنواعها ونبين الاختلاف الفقهي الذي دار حول مدى صحة هذه الشروط من خلال ما يأتي:

---

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

الفرع الأول

المقصود بشرطي عدم المساس والثبات التشريعي

أولا: شرط عدم المساس

يقصد بشرط عدم المساس هو ذلك الشرط الذي تتعهد بمقتضاه الدولة بعدم تعديل العقد بإرادتها المنفردة دون رضا الطرف الأخر، مستخدمة في ذلك امتيازات السلطة العامة التي تتمتع بها الدولة والتي يعترف لها بها قانونها الوطني تجاه الطرف الأجنبي[١].

فشرط عدم المساس يهدف إلى منع أي تعديل للعقد من قبل الدولة المتعاقدة بإرادتها المنفردة، من أجل حماية الشركة الأجنبية المتعاقدة مع الدولة ضد المخاطر الإدارية التي تتمثل في حق الإدارة في بعض الأنظمة القانونية، في تعديل شروط العقد الذي تكون الدولة طرفا فيه بإرادتها المنفردة، وتتضمن العقود النفطية غالبا شرطا من شروط عدم المساس بالعقد، وإذا نظرنا إلى العقود النفطية نجد أن الطرف الأجنبي يحرص دائما على أن يكون هناك العديد من الضمانات، وفي مقابل ذلك فإن من حق الدولة المضيفة تعديل عقود الاستثمار النفطية بما يحقق المصلحة العامة، ويتضح ذلك جليا في حق الدولة في تعديل العقد إذا حدثت ظروف تضر بمصالحها[٢]. ويأتي هذا الحق متمشيا مع مبدأ السيادة على الموارد الطبيعية، ومبدأ حق تقرير المصير للشعوب، والمصلحة الوطنية العليا، إضافة إلى الحق في إنهاء العقد والتأميم مع التعويض العادل، حفاظا على التوازن المالي للعقد، وذلك ما قضى به قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة رقم ٣٢٨١ لسنة ١٩٧٥ والذي نص على حق الدولة في مباشرة سيادتها الدائمة على ثرواتها كأحد الحقوق الاقتصادية التي تتمتع بها الدول[٣].

ومن أمثلة ذلك ما نصت عليه المادة (٤١) من العقد المبرم بين إيران ومجموعة الشركات المكونة للكونسرتيوم، حيث نصت على أنه " ب- لا يمكن لأي إجراء تشريعي عام أو خاص، أو أي إجراء إداري أو أي تصرف آخر أيا كان نوعه صادر عن إيران أو أي سلطة حكومية في إيران سواء مركزية أو محلية أن يلغي هذا الاتفاق أو يعدل نصوصه أو يمنع أو يحول دون التنفيذ الضروري والفعال لبنوده، إن إلغاء الاتفاق أو تعديله لا يتم إلا برضاء الأطراف"[٤].

ومن ذلك أيضا المادة (٣٠) من العقد المبرم بين الحكومة المصرية والمؤسسة المصرية للبترول وشركة بان أمريكان التي نصت على أن "حقوق والتزامات المؤسسة وبان أمريكان والحكومة الواردة في هذه الاتفاقية والسارية طوال أجلها، تكون خاضعة لأحكام هذه الاتفاقية وطبقا لها ولا يمكن تعديلها أو تغييرها إلا باتفاق مشترك بين الأطراف المتعاقدة"[٥]. وتعتبر فكرة عدم المساواة بين الأطراف في العقود

---

[١] د. محمد يوسف علوان، المصدر السابق، ص٣٣٠.

[٢] د.أزاد شكور صالح، المصدر السابق، ص٨٣.

[٣] عبد الله محمد نشوان، المصدر السابق، ص١٤٥.

[٤] د. سراج حين أبو زيد، المصدر السابق، ص١١٤.

[٥] د. محمد لبيب شقير، د. صاحب ذهب المصدر السابق، ص٦٨٨وما بعدها.

التي تبرمها الدولة مع الشركات الأجنبية هي الكامنة وراء شروط عدم المساس والتي تكون متلازمة مع شروط الثبات التشريعي، وعلى الرغم من الفروق القائمة بينهما، إلا أنها تهدف في نهاية الأمر إلى الحيلولة دون قيام الدولة بتعديل العقد أو المساس به بإرادتها المنفردة [١]. على الرغم من أن شروط الثبات التشريعي تختلف من الناحية النظرية عن شروط عدم المساس بالعقد، وإن العقد المبرم بين الدولة والطرف الأجنبي قد يتضمن كلا النوعين في آن واحد هذا من ناحية، ومن ناحية أخرى يمكن التفرقة بينهما وتكون هذه التفرقة أقل وضوحا من الناحية العملية، فشروط الثبات التشريعي تهدف في نهاية الأمر إلى عدم المساس بالعقد ما دام أنها تستبعد تطبيق القواعد التشريعية الجديدة على العقد، كما أن شرط الثبات التشريعي نفسه لا يحقق الأمان القانوني ألا إذا كان من غير الممكن المساس به[٢].

ومن أمثلة شروط عدم المساس التي تضمنتها العقود النفطية، ما نصت عليه المادة (٢١) من الاتفاقية المبرمة بين الحكومة العراقية وشركة استثمار النفط البريطانية المحددة (B.O.D) جاء فيها "يكون هذا العقد باتا وملزما فيما بين الطرفين وذلك بمجرد توقيع الطرفين عليه ولا يجوز تعديله أو تغييره إلا بموافقة الطرفين خطيا وبالتراضي فيما بينهما" [٣].

إن المشكلة التي تثور بالنسبة لكلا النوعين من الشروط تكون واحدة، وهي إلى أي مدى يمكن للدولة تعديل العقد الذي تكون طرفا فيه سواء بطريقة مباشرة أو غير مباشرة من خلال التشريع الواجب التطبيق على العقد، ولتحديد ذلك يجب معرفة مدى الاعتراف بصحة هذه الشروط ومدى فاعليتها وما يترتب عليها من آثار وما قيمتها القانونية وذلك بعد التعرف على شرط الثبات التشريعي.

ثانيا: شرط الثبات التشريعي

يقصد بشرط الثبات التشريعي "هو ذلك الشرط الذي تتعهد بمقتضاه الدولة بعدم تطبيق أي تشريع جديد أو لائحة جديدة على العقد الذي تبرمه مع الشركة الأجنبية"[٤]. كما ويعرفه فريق آخر بأنه "أداة قانونية تتم من خلالها حماية المستثمر من مخاطر التشريع، من ناحية تعديل العقد بسن تشريع جديد عبر تجميد دور الدولة في التشريع والذي يحد من سلطاتها التشريعية ولكن لا يجردها منها "[٥].

وهناك من يعرف شروط الثبات بأنها "تلك الشروط التي تهدف إلى تجميد دور الدولة كسلطة تشريعية وطرف في العقد وفي الوقت نفسه يمنعها من تغيير القواعد القانونية النافذة وقت إبرامها، إذ تتعهد الدولة بمقتضاها بعدم إصدار تشريعات جديدة تسري على العقد المبرم بينها وبين الطرف الأجنبي المتعاقد معها على نحو يخل بالتوازن الاقتصادي للعقد ويترتب عليه الإضرار بالطرف الأجنبي المتعاقد معها"

---

[١] د. كاوان إسماعيل إبراهيم، المصدر السابق، ص١٨٤.

[٢] د. حفيظة السيد الحداد، العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية، المصدر السابق، ص ٣٢٧.

[٣] د. كاوان إسماعيل إبراهيم، المصدر السابق، ص١٨٥.

[٤] د.سراج حسين أبو زيد، المصدر سابق ص١١١

[٥] د. حفيظة السيد الحداد، العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية، المصدر السابق، ص ٣٢٢.

وعادة ما يتم الاتفاق على مثل هذه الشروط في العقود الزمنية الطويلة وعقود الاستثمار الدولية التي تخشى فيها الشركات الأجنبية المستثمرة من تأثر وضعها القانوني والمالي في البلد المضيف بتعديلات تشريعية لم تكن في الحسبان عند التعاقد، قد يتم الاتفاق في العقد على شروط ثبات تتعلق بالتزامات قانونية معينة، مثل تثبيت نسبة الضريبة المدفوعة، كما قد يرد هذا الشرط بشكل عام ليشمل أية تعديلات تشريعية لاحقة تؤثر على التزامات الشركة الأجنبية [1].

يتبين من التعاريف المتقدمة بأن تضمين العقد هذا الشرط يكون عن طريق اتفاق يضع الدولة المتعاقدة محل تقييد، حيث تغل يد الدولة عن إصدار أية لائحة أو تشريع يؤثر على العلاقة العقدية، وإن الغاية من هذا الشرط هو تجميد دور تشريع الدولة المضيفة، ويعد شرط الثبات من الشروط المألوفة في عقود الاستثمار والعقود النفطية وهو الوسيلة المثلى للهروب من عدم الاستقرار التشريعي، والذي يعد العدو الأول للمعاملات التي تتم في إطار التجارة الدولية كما يعتبر من الضمانات القانونية المؤثرة في استقطاب رؤوس الأموال الأجنبية، وتوفير البيئة الاستثمارية المناسبة للمستثمر الأجنبي، إذ يترتب عليه تمتع الأطراف بالحرية في اختيار القانون الواجب التطبيق على العقد، حيث يؤدي هذا الشرط إلى عدم تأثر العقد من الخضوع للآثار الناجمة بسبب التغييرات التشريعية التي قد تطرأ على العقد.

الفرع الثاني

أنواع شروط الثبات التشريعي

شروط الثبات لها أشكال متنوعة تختلف باختلاف المعيار المعتمد للتصنيف حيث ظهر معياران أساسيان لهذا التصنيف وهو المعيار الذي يعتمد على مصدر شرط الثبات التشريعي، ومعيار المضمون أو الهدف من شرط الثبات التشريعي، وسيتم دراسة الأنواع من حيث المصدر حيث تنقسم إلى شروط ثبات تعاقدية وشروط ثبات تشريعية، ومن حيث المضمون إلى شروط عامة وشروط خاصة.

أولا: من حيث المصدر

١-شروط الثبات التعاقدية: هي تلك الشروط التي ترد ضمن بنود العقد ذاته والتي يكون مصدرها العقد المبرم بين الدولة والشركة الأجنبية المتعاقد معها، وتنص صراحة على القانون الذي يسري على العقد عند المنازعة، ويعتبر هذا النوع من شروط الثبات الأكثر تواجدا في عقود النفط حيث يرد هذا الشرط صراحة ضمن بنود العقد الموقع بين الدولة المضيفة والشركة الأجنبية، وينص صراحة على سريان القانون الذي ينظم العلاقة التعاقدية وقت إنشاء العقد وعدم سريان التعديلات اللاحقة التي قد تؤدي إلى الإضرار بمصالح الشركة الأجنبية [2].

---

[1] د. بشار محمد الأسعد، المصدر السابق ، ص ٢٩٣.

[2] د. حفيظة السيد الحداد، العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية، المصدر السابق، ص ٣٢٥.

٢ـ**شروط الثبات التشريعية** هي الشروط التي تستند إلى نصوص قانونية ترد في القانون الوطني للدولة المضيفة والتي تنص على التزام هذه الدولة بعدم تعديل أو إلغاء القانون المنظم للعلاقة التعاقدية النافذة وقت إنشاء العقد، فهي نصوص قانونية وردت في صلب قانون الدولة التي ستصبح طرفا في العقد مع الطرف الأجنبي بمقتضاها تتعهد الدولة للمستثمر بعدم تعديل أو تغيير قوانينها التي تطبق على العقد أو الاتفاق، ومثال على هذا النوع من الشروط ما ورد في قرار قانون النفط الليبي الصادر في نوفمبر عام ١٩٥٥ عدم سريانه على الامتيازات التي منحت قبل صدوره في المادة ٦٤ منه كما أن التعديلات التي لحقت بهذا القانون بعد ذلك كانت تنفي عدم مساسها بالامتيازات المعقودة قبل العمل بها [١].

ثانيا: من حيث المضمون

تقسم شروط الثبات التشريعي من حيث المضمون إلى شروط عامة وشروط خاصة.

١ـ **الشروط العامة:** وهي التي تهدف في مضمونها إلى تجميد كل القواعد القانونية النافذة في الدولة المتعاقدة وذلك عن طريق عدم سريان كافة التشريعات الجديدة على العقد.

٢ـ **الشروط الخاصة**: وهي التي تنص فقط على عدم سريان بعض التشريعات المعمول بها في الدولة سواء أكانت هذه التشريعات نافذة وقت إبرام العقد أو تكون تشريعات مستقبلية، كالتشريعات المتعلقة بالجمارك أو الضرائب، كما أن هذه الشروط قد تكون مطلقة وذلك عندما تتعهد الدولة بعدم تطبيق أي قانون جديد صادر منها على العقد، وقد تكون نسبية وذلك عندما تتعهد الدولة بعدم تطبيق القوانين التي من شأنها الإضرار بالمتعاقد الآخر وهو الطرف الأجنبي [٢].

وتهدف شروط الثبات التشريعي إلى تحقيق غاية محددة وهي إخضاع العقد المبرم بين الدولة والطرف الأجنبي المتعاقد معها إلى قانون ثابت ومحدد منذ لحظة إبرام العقد وحتى انقضائه، ولتحقيق هذه الغاية فإن الأطراف المتعاقدة تلجأ إلى صياغة شروط الثبات التشريعي على نحو من شأنه إما تجميد القانون الواجب التطبيق على العقد سواء تم إدماج هذا القانون في العقد أم لا، وإما عن طريق النص على عدم سريان التعديلات اللاحقة التي تطرأ على القانون الواجب التطبيق على العقد المبرم بين الدولة والطرف الأجنبي[٣].

ومن الأمثلة على شروط الثبات التشريعي ما نصت عليه المادة (٣٧) من الاتفاق المبرم بين المؤسسة المصرية للبترول وشركة فيليبس عام ١٩٦٣م بأنه "تلتزم المؤسسة وفيليبس بالقانون رقم ٦٦ لسنة ١٩٥٣ المعدل بالقانون رقم ٨٩ لسنة ١٩٥٦ وبلائحته التنفيذية إلى الحد الذي لا يتعارض فيه القانون المذكور أو لائحته التنفيذية مع أحكام هذه الاتفاقية"[٤].

---

[١] د. كاوان إسماعيل إبراهيم، المصدر السابق، ص١٨٣.

[٢] د. سراج حين أبو زيد، المصدر السابق، ص١١٢.

[٣] د. حفيظة السيد الحداد، العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية، المصدر السابق، ص ٣٣١.

[٤] د. أحمد عبد الحميد عشوش، النظام القانوني لاتفاقات البترول في الدول العربية، المصدر السابق، ص١٨٠.

الفرع الثالث

القيمة القانونية لشرطي عدم المساس والثبات التشريعي والآثار المترتبة عليها

إن القيمة القانونية لشروط الثبات وعدم المساس دار حولها نقاشا وجدلا طويلا، سواء على صعيد الفقه أو أمام هيئات التحكيم التي تشكلت للفصل في منازعات عقود النفط واستغلاله وإنتاجه، وفيما يأتي نتعرف على موقف كل منها حول القيمة القانونية لشروط الثبات وعدم المساس التي تتضمنها العقود النفطية.

أولا: موقف الفقه

اختلف الفقه حول تحديد القيمة القانونية لشرطي عدم المساس والثبات التشريعي إلى ثلاثة اتجاهات رئيسية وهي كما يأتي.

الاتجاه الأول: وفقا لهذا الاتجاه فإنه يعتبر أن شروط الثبات وعدم المساس المدرجة في العقود المبرمة بين الدولة والشركات الأجنبية الخاصة في مجال عقود النفط، تكون شروطا صحيحة، ومنتجة لكافة الآثار القانونية الناجمة عنها، وهي عدم جواز قيام الدولة المتعاقدة بإنهاء العقد أو تعديله بإرادتها المنفردة، أو إحداث أية تغييرات أو تعديلات في قوانينها يكون من شأنها المساس بشروط العقد، إلا في الحالات المنصوص عليها بموجب العقد المبرم نفسه، وهي وجود شرط يسمح للدولة بفسخ العقد أو تعديله أو عن طريق الإشارة إلى نظام قانوني يسمح بذلك[1]. ويحاول هذا الاتجاه أن يقرر صحة هذه الشروط، ويضفي عليها نوعا من الاستقلالية والذاتية عن كل قانون وطني شأنها في ذلك شأن شروط التحكيم المدرجة في العقود الدولية، فكما أن شروط التحكيم تم الإعتراف لها بالاستقلالية والذاتية عن العقود المدرجة فيها، وذلك استقلالا عن كل نظام قانوني وطني، كذلك الحال بالنسبة إلى شروط الثبات التشريعي وعدم المساس[2].

ولكن هذا الاتجاه تعرض للنقد من جوانب عدة فمن ناحية أن شروط الثبات تؤدي إلى إفلات العقد من الخضوع لأي قانون لا سيما قانون الدولة المتعاقدة، ومن ناحية أخرى تظهر خطورة هذا الاتجاه إذا أخذنا بنظر الاعتبار أن العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية خصوصا العقود النفطية من العقود التي تعتبر طويلة الأجل والتي يستغرق تنفيذها سنوات عديدة، تلتزم الدولة بالإبقاء على مجموعة من النظم الغريبة على قانونها الوطني طول مدة العقد كما وأن إنكار حق الدولة في تعديل بعض نصوصها التشريعية المثبتة بموجب شروط العقد، معنى ذلك إلزام الدولة بإتباع سياسة الجمود القانوني، مما يؤدي إلى أن تتعارض مع دور الدولة في تطوير قانونها بما يناسب ظروفها المستجدة [3].

---

[1] د. سراج حين أبو زيد، المصدر السابق، ص١١٧.

[2] د. حفيظة السيد الحداد، العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية، المصدر السابق، ص ٣٤٤.

[3] د. حفيظة السيد الحداد، العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية، المصدر السابق، ص ٣٤٧.

الاتجاه الثاني:

وفقا لهذا الاتجاه فإن شروط الثبات وعدم المساس المدرجة في العقود المبرمة بين الدولة والأشخاص الأجنبية بما فيها العقود النفطية، ليست لها قيمة قانونية، ولا يترتب عليها أي أثر قانوني، مادامت لا تختلف عن الشروط الأخرى التي يتم أدراجها في العقد نفسه، ومن ثم فإن هذه الشروط لا تتمتع بقوة ملزمة أكثر من العقد ذاته والذي يتضمنه، ويترتب على هذا القول نتيجة مهمة وهي خضوع شروط الثبات وعدم المساس للسلطة السيادية التي تتمتع بها الدولة شأنها شأن الشروط الأخرى التي يتم أدراجها في العقد نفسه، فضلا عن عدم تخلي الدولة عن حقها بوصفها سلطة تشريعية في إحداث أية تغييرات أو تعديلات في قوانينها من شأنها المساس بشروط العقد كما لا يجوز للدولة أن تتنازل عن امتيازات السلطة العامة التي تتمتع بها في تعديل العقد أو إنهائه بإرادتها المنفردة[١].

وبناء على ذلك يميل أصحاب هذا الاتجاه إلى تغليب اعتبارات السيادة وبالتالي حق الدولة في المساس بالعقد وثباته إذا كانت المصلحة العامة تقتضي تدخل الدولة إما لإنهاء العقد بالإرادة المنفردة، أو بإصدار تشريعات جديدة تسري على العقد المبرم بينها وبين الطرف الأجنبي، وذلك بغض النظر عن تضمين هذه الشروط في العقد، فهذه الشروط لا تشكل قيدا على إرادة الدولة وسيادتها في تعديل هذه العقود[٢].

والنقطة الأساسية التي ينطلق منها هذا الاتجاه وهي أن هدف الدولة الآخذة بالنمو لتحقيق التنمية الاقتصادية السريعة، من خلال السيطرة الكاملة على مواردها الاقتصادية والطبيعية وأيضا من خلال الاستفادة من التنكولوجيا المتقدمة التي في حوزة الدول المتقدمة، وأن ذلك لا يتحقق إلا من خلال رفض النظريات القانونية التقليدية، أو على الأقل تعديلها وإحلال نظريات أخرى جديدة بدلا عنها، لتحقيق المساواة بين الأطراف المتعاقدة، حيث يستند هذا الرأي إلى ضرورة إعادة النظر في جميع العقود المبرمة بين الدول والشركات الأجنبية، وتلك التي تم إبرامها في ظل الفترة الاستعمارية والتي بلغ إهدار المصالح الاقتصادية للدولة فيها حدا كبيرا، أصبح معه من حق الدولة استنادا إلى سيادتها على مواردها الاقتصادية وواجبها في المحافظة عليها للأجيال القادمة، وأن تنتهي هذه العقود أو على الأقل تعاد مراجعتها على نحو يحقق لهذه الدولة أهدافها المشروعة في التنمية الاقتصادية [٣].

ولكن هذا الاتجاه تعرض للنقد أيضا فقد ذهب جانب من الفقه إلى أنه من غير المنطق رفض كل قيمة قانونية لهذه الشروط المدرجة في العقد، وإذا لم تكن لهذه الشروط أي قيمة قانونية فلماذا تدرج في العقد المبرم بين الدول والشركات الأجنبية ؟

ويجيب أصحاب الاتجاه الذي يدافع عن صحة شروط الثبات وعدم المساس، وبحسب رأيهم بأنه لولا إدراك الأطراف المتعاقدة على أن جميع شروط الثبات وعدم المساس شروط صحيحة من الناحية

---

[١] د. سراج حين أبو زيد، المصدر السابق، ص١١٩.

[٢] د. حفيظة السيد الحداد، العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية، المصدر السابق، ص ٣٤٨.

[٣] د. كاوان إسماعيل إبراهيم، المصدر السابق، ص١٨٧.

القانونية، ومنتجة لجميع آثارها القانونية لما لجأت إلى إدراج مثل هذه الشروط في العقد، لا سيما وأن إدراجها فيه مصلحة كبيرة للطرف الأجنبي الخاص المتعاقد مع الدولة، حيث أنها تشكل حصنا منيعا للعقد ضد المزايا السيادية التي تتمتع بها الدولة [1].

الاتجاه الثالث:

حاول أصحاب هذا الاتجاه إيجاد حل وسط لمشكلة القيمة القانونية لشروط الثبات وعدم المساس والآثار التي تترتب عليها، والتوفيق بين الاتجاهين المتعارضين، حيث يرى أصحاب هذا الاتجاه ومن بينهم الفقيه(Jimmnez de Arechaga) حيث يرى أن شرط الاستقرار هو عامل من العوامل التي تؤخذ في الاعتبار عند تقرير التعويض المناسب ولا يعني هذا أن شروط الاستقرار ليس لها مفعول قانوني، وإن إلغاء متوقعا يجري انتهاكا لمثل هذا الشرط التعاقدي من شأنه إنشاء حق خاص بالتعويض، لابد من أن يكون مقدار التعويض أكثر بكثير مما يكون عليه في حالات اعتيادية لأن وجود مثل هذا الشرط هو حالة ذات صلة وثيقة بالأمر ويجب أخذها بنظر الاعتبار عند تقرير التعويض المناسب، مثلا ثمة واجب بالتعويض من المكاسب المنتظرة التي يحصل عليها الطرف الخاص خلال المدة المتبقية من أجل الامتياز[2]، إن هذا الموقف يساند حق الدولة في تعديل أو إنهاء العقد ويحافظ في الوقت نفسه على الاستثمار الاقتصادي الذي أجراه الطرف المعني عند إبرام العقد [3].

وبالتالي فإن هذا الاتجاه يكون الأرجح من الاتجاهين المتضادين، لأنه يقرر وجود التعويض المناسب في حالة عمل أي تعديل أو إنهاء للعقد من قبل الدولة ولا ينكر القيمة القانونية للشروط المنصوص عليها في العقد وفي نفس الوقت لا يضيع حق الدولة في السيادة على مواردها الطبيعية.

ثانيا: موقف أحكام التحكيم

إن القيمة القانونية لشروط الثبات التشريعي وعدم المساس بالعقد والآثار القانونية المترتبة عليها، تم بحثها من قبل محاكم التحكيم أيضا، خصوصا تلك المحاكم التي شكلت للفصل في المنازعات بين بعض الدول المنتجة للنفط والشركات الأجنبية بمناسبة العقود النفطية، ولبيان أحكام التحكيم حول صحة هذه الشروط من عدمها سوف يتم عرض أهم أحكام التحكيم التي تعرضت لمناقشة هذه المسألة وهي القرارات الخاصة بليبيا وقضية شركة امينويل ضد الكويت وذلك حسب ما يأتي.

١- القرارات الخاصة بليبيا.

في عام ١٩٧٣ وعام ١٩٧٤م قامت الحكومة الليبية بتأميم شركة تكساكو وشركة لياموكو على مرحلتين وذلك بموجب القانون رقم (٦٦) بتاريخ ١/ سبتمبر لعام ١٩٧٣م والذي أممت بموجبه (٥١%) من أموال وحقوق وممتلكات الشركتين وكذلك شركة النفط البريطانية، والقانون رقم (١١) بتاريخ ١١ فبراير لسنة ١٩٧٤ م والذي أممت بموجبه كل أموال الشركات الثلاث وممتلكاتها.

---

[1] د. سراج حين أبو زيد، المصدر السابق، ص١٦٨.

[2] ينظر؛

Property Jimenez de Areechaga, State Responsibility for Nationalization of Foreign–Owned,1978, p190.

[3] د. كاوان إسماعيل إبراهيم، المصدر السابق، ص١٨٧.

وكانت قد صدرت ثلاثة قرارات بشأن التحكيم بين ليبيا وشركة النفط البريطانية، وبينها وبين شركة تكساكو، وبينها وبين ليامكو[1].

وجاءت هذه القرارات في الصميم بمناسبة الجدل القائم بخصوص شروط الاستقرار التشريعي وعدم المساس بالامتيازات، وتدور حول هذه الشروط وهو الوارد في البند (١٦) من عقد الامتياز المبرم بين الشركات المذكورة والذي ينص بشكله المعدل والصادر في سنة ١٩٦٥ م على ما يأتي:

أ- ستتخذ الحكومة الليبية واللجنة والسلطات المحلية المختصة الخطوات الضرورية لضمان تمتع الشركة بالحقوق كافة التي منحها لها الامتياز، إن الحقوق التي أنشأها هذا الامتياز صراحة لن تغير إلا بموافقة متبادلة من الطرفين.

ب- يجري تفسير هذا الامتياز طول مدة نفاذه وفق قانون النفط والتعليمات النافذة في تاريخ تنفيذ اتفاقية التعديل والتي بموجبها جرى إدخال هذه الفقرة المرقمة (٢) في عقد الامتياز، أي أن تعديل أو إلغاء تلك التعليمات لا يؤثر في حقوق الشركة التعاقدية من دون موافقتها.

وقد بحث المحكم (المحمصاني) في قضية ليامكو كما يلي "لغرض تعزيز الطبيعة التعاقدية في امتياز ليامكو وغيره من الإمتيازات المشابهة باعتبار هذه الطبيعة احترازا ضد كون أحد المتعاقدين هو الدولة، وجد أنه احتراز ضروري لضمان حماية معينة للحقوق التعاقدية لأصحاب الامتياز ومن المعتاد أن يكون المستثمرون الأجانب، قبل المخاطرة باستثمار مبالغ طائلة من المال وأعداد كبيرة من العمال (لتشغيل) امتيازاتهم، حريصين على الحصول على ضمان كاف من أجل احترام مبدأ قدسية العقود، وإن أي تعديل أو إلغاء لاتفاقيات الامتياز ينبغي أن يجري بموافقة الطرفين المتبادلة، ولغرض ضمان حماية كهذه في امتيازات ليامكو أدخل نص بعينه في هذا المعنى في البند رقم ١٦ من اتفاقياتها"[2].

وبموجب الشريعة الإسلامية والتي هي من مصادر التشريع في ليبيا، يتوجب على المتعاقدين الوفاء بالتزاماتهم التعاقدية وكما قال المحكم (Dupuy)" وهكذا فبموجب الشريعة لا يستثنى لا رئيس الدولة ولا أي موظف على سبيل التمتع بامتياز، حتى إذا كان رئيس الدولة وفقا لمذهب السياسة، صلاحيات واسعة بشأن خدمة المصلحة العامة، فإن عليه مع ذلك أن يلتزم بأوامر الشرع، ثم أن (ابن قدامة الحنبلي) يقول إن انتهاك الإمام أمرا عليه أن يعطيه، لهو أخطر وأكثر هولا من انتهاك الآخرين إياه، وذلك نظرا إلى آثار ذلك الانتهاك ونتائجه الوضعية، ومن المقبول الآن، إن هذه القاعدة تشمل كافة الاتفاقيات المعقودة مع غير المسلمين" ويشير إلى المبدأ الشهير في الشريعة الإسلامية الذي نص عليه القرآن الكريم في الآية الكريمة

---

[1] ينظر؛

Arbitration between the Government of Libya and BP, international law, report vol.53,(1979).

and Arbitration between Libya and Texaco,19 January 1977, international legalmaterials, vol.17(1978), p1.

and Arbitration between Libya and Liam Co 12 April 1977, international legal materials, vol.20 (1980), p1.

[2] د. أحمد عبد الرزاق السعيدان، المصدر السابق، ص٢٢٩.

من سورة المائدة (**يا أيها الذين أمنوا أوفوا بالعقود**)، وكما يشير إلى نصوص القانون المدني الليبي التي تؤكد وجوب تنفيذ العقود بحسن نية[١].

وبذلك يكون المحكم قد أقر بصحة شرط الثبات وعدم المساس التي ترد في العقود النفطية، وبعد أن تعرض المحكم لمبدأ قدسية العقود استخلص عدة مسلمات، منها أن حق الدولة على ثرواتها ومصادرها الطبيعية يعد حقا سياديا ويخضع للالتزام بالتعويض في حالة فسخ عقود الامتياز وإجراءات التأميم، كما وأن تأميم الحقوق الناجمة عن الامتياز إذا لم يكن له طابع تمييزي، وإذا لم يكن مصحوبا بتصرف أو سلوك غير مشروع فإنه لا يعد غير قانوني في ذاته، ولا يمثل عملا غير مشروع ولكنه ينشيء التزاما بالتعويض يقع على عاتق صاحب الامتياز يكون بسبب فسخ عقود الامتياز قبل انتهاء موعدها واتخاذ إجراءات التأميم [٢].

وأستنتج المحكم (Dupuy)أن الدولة التي مارست سيادتها في إبرام عقد ما مع طرف أجنبي خاص لا يمكنها التخلي عن هذه الالتزامات بالتمسك بسيادتها لإنهاء العقد، هذا ومع حق الدولة في التأميم معترف به دوليا، غير أنها لا تستطيع التخلي عن التزاماتها الواردة في العقد، ولا سيما إذا كانت قد وافقت على إدخال شرط الاستقرار[٣].

٢- التحكيم في قضية شركة امينويل

في عام ١٩٧٧ م أصدرت الكويت المرسوم بالقانون رقم ١٢٤ بإنهاء الاتفاقية المعقودة مع شركة الزيت الأمريكية المستقلة امينويل، وهذه الخطوة جاءت متفقة مع ما تم توضيحه للشركات النفطية العاملة في دول الأوبك، من خلال التصريحات الرسمية من أن عدم التقيد بقرارات أوبك قد يؤدي إلى التأميم، كان هذا الامتياز الممنوح في سنة ١٩٤٨ م لمدة ستين عاما، أما سعر المقابل الذي يجب دفعه، فقد كان عائدا محددا قدره (٢،٥) دولارا للطن الواحد من النفط الخام، وبموجب المادة (١٧) من العقد التي نصت على أنه "لا تجري أية تغييرات في شروط الاتفاقية لا من قبل الشيخ ولا من قبل الشركة إلا إذا وافق الطرفان، على أن هذه التغييرات مرغوب فيها لمصلحة الطرفين " بيد أن تغييرات عديدة قد أجريت على هذا العقد، ففي سنة ١٩٦١ م أصبحت الشركة خاضعة لمراسيم الكويت المتعلقة بضريبة الدخل وفي سنة ١٩٧٣ م إرتفع سعر النفط ارتفاعا كبيرا وأعلنت أوبك أن معدل حصة الدول من النفط سيكون (١٢،١٠) دولارا للبرميل الواحد اعتبارا من يناير لسنة ١٩٧٥م، وأن الإيراد المتبقي لشركات النفط العاملة سيكون (٢٢) سنتا للبرميل الواحد وذلك بموجب القرار المتخذ من قبل منظمة أوبك في المؤتمر الثاني والأربعين في فيينا في ١٢ و١٣ / ديسمبر ١٩٧٤م[٤].

---

[١] د. أحمد عبد الرزاق السعيدان، المصدر السابق، ص٢٢٩.

[٢] د. سراج حسين أبو زيد، المصدر السابق، ص٣٣٤.

[٣] د. أحمد عبد الرزاق السعيدان، المصدر السابق، ص٢٣٠.

[٤] ينظر؛

The Arbitraion between the Government of Kuwait and Aminoil,1979, pp.65

حين شعرت امينويل بما يتهددها طلبت التفاوض مع حكومة الكويت، وقد أدى الفشل في التوصل إلى اتفاق، والى صدور المرسوم بقانون رقم ٢٤ في ١٩ / سبتمبر/ ١٩٧٧م، وجرى بموجبه إنهاء امتيازت شركة امينويل، وإعادة موجوداتها في الكويت إلى الدولة مع دفع تعويض عادل بموجب المادة الثالثة من القانون، حيث امتنعت امينويل من الاشتراك في لجنة التعويضات مما أدى إلى إبرام اتفاقية تحكيم بين الطرفين وقعت في الكويت سنة ١٩٧٩م، وقد اجتمعت هيئة التحكيم المؤلفة من ثلاثة أعضاء في باريس، وكان من أهم المسائل القانونية المهمة التي تعرضت لها هيئة التحكيم بالمناقشة، وهي مسألة القيمة القانونية لشروط الثبات وعدم المساس والآثار القانونية المترتبة عليها، والأثر المترتب على إدراج مثل هذه الشروط في العقد على حق الدولة في إنهاء العقد بإرادتها المنفردة واتخاذ إجراءات التأميم [١].

في هذا التحكيم احتجت الكويت بالقول بأنه " خلال السنوات الثلاثين المنصرمة، منذ منح الامتياز حدثت تغييرات كبيرة سياسية واقتصادية واجتماعية داخل المنطقة وخارجها وقد تجلت هذه التغييرات في تطور القانون الدولي العام، كما تجلت على الأخص في تلك القرارات التي أصدرتها الأمم المتحدة بشأن سيادة الدولة على مصادرها الطبيعية، وبشأن النظام الاقتصادي الدولي الجديد " أما شركة امينويل فقالت " إنها دفعت سعرا منصفا عن امتيازها وإن من حقها بموجب مبدأ مراعاة الاتفاقيات أن تستمر في تشغيل حقول النفط إلى حين إنهاء العقد سنة ٢٠٠٨"[٢].

ولذلك جرى تفسير شرط الثبات وعدم المساس على أنها التزام بأن لا يكون للتأميم طابع المصادرة، وعلى أنها تعزز الضرورة لتعويض لائق كشرط له، أي أن هيئة التحكيم ترى بإن شروط الثبات المعتادة لا تعد شروطا باطلة في حد ذاتها وعلى اعتبار أنها تشكل اعتداء على سيادة الدولة، وعلى الرغم من أنها تقيد حرية الدولة في اتخاذ القرارات إلا أنها تشكل اعتداء على النظام العام الدولي، وأشارت الهيئة إلى الحد الذي تتنازل فيه عن حقها في التأميم، إلا أن مثل ذلك التنازل، أي تعهد الدولة بعدم التأميم، لا يمكن استخلاصه من مجرد وجود شرط ثبات عادي في العقد المبرم بينها وبين الطرف المتعاقد [٣].

وأكدت هيئة التحكيم على أن حق الدولة في اتخاذ إجراءات التأميم ليس محلا للنقاش، وإن شرط الثبات وعدم المساس الذي تضمنته المادة (١٧) من عقد امتياز سنة ١٩٤٨م، يحول دون قيام الدولة باتخاذ إجراءات التأميم، ووجد أن ما كان يقصده الأطراف حينما وضعوا شروط الثبات وعدم المساس بالعقد، الإجراءات التي يمكن أن تلحق ضررا ماليا بليغا بمصالح الشركة نظرا لاتصافها بطابع المصادرة، ولما كان التأميم لا يعد من الأعمال التي تتصف بطابع المصادرة، إذ أنه بموجب القانون الدولي العام يشترط شرعية التأميم أن تتوافر فيه عدة شروط من ضمنها شرط التعويض المناسب، فهيئة التحكيم لم تفسر شرط الثبات وعدم المساس على أنهما شرطان تمنع في ذاتها الدولة من ممارسة حقها في التأميم وكما وجدت أن

---

[١] د. كاوان إسماعيل إبراهيم، المصدر السابق، ص١٩٢.

[٢] د. أحمد عبد الرزاق السعيدان، المصدر السابق، ص٢٣٢.

[٣] د. حفيظة السيد الحداد، العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية، المصدر السابق، ص ٣٨٧.

القيود التعاقدية على حق الدولة في التأميم جائز قانونا، وإن مثل هذه القيود الخطيرة يجب أن ينص عليها العقد[1].

وبذلك أقرت هيئة التحكيم التي شكلت لحل التنازع الذي قام بين الكويت وشركة امينويل الأمريكية، بسبب قيام الكويت بتأميم الشركة، حيث أقرت المحكمة بصحة شروط الثبات وعدم المساس، إلا أن وجود مثل هذه الشروط لا يكون مانعا من قيام الدولة باتخاذ إجراءات التأميم، وبناء عليه قضت محكمة التحكيم في قضية شركة امينويل بصحة إجراءات التأميم التي اتخذتها الحكومة الكويتية مع التزامها بدفع تعويض عادل للشركة، والذي جرى تقييمه من هيئة التحكيم على أن يكون المبلغ المترتب تعويضا عادلا كمقابل للتأميم الذي أجرته الحكومة الكويتية ولاستيفاء أحد الشروط التي يجب أن تتوفر لغرض صحة التأميم [2].

بعد استعراض موقف أحكام التحكيم من مسألة صحة شروط عدم المساس والثبات التشريعي من حيث مدى صحتها والآثار المترتبة عليها، نستخلص مما تقدم بأن جميع الأحكام قد اعترفت بصحة هذه الشروط بيد أنها اختلفت فيما بينها من حيث نطاق سريانها فقد ذهبت بعض أحكام التحكيم مثل تحكيم تكساكو وتحكيم أجيب إلى أن هذه الشروط تحول دون قيام الدولة باتخاذ إجراءات التأميم، لذا قضت هذه الأحكام بعدم شرعية إجراءات التأميم التي اتخذتها الدولة، في حين ذهب البعض الأخر كما هو الحال بالنسبة لحكم تحكيم ليامكو وتحكيم امينويل منها إلى أن هذه الشروط لا تحول دون قيام الدولة باتخاذ إجراءات التأميم وبناء عليه قضت هذه الأحكام بصحة إجراءات التأميم التي اتخذتها الدولة مع إلزامها بالتعويض.

إن شروط الثبات وعدم المساس يترتب عليها آثار قانونية، وهي شروط صحيحة وقانونية ويترتب عليها الآثار والنتائج القانونية بالنسبة للدول، وبالتالي سوف ترتب المسؤولية التعاقدية على عاتق الدولة في حالة عدم التزامها بهذه الشروط، وليس معنى ذلك أن شروط عدم المساس والثبات التشريعي هي عديمة الفائدة من الناحية العملية، إذ أن إدراج مثل هذه الشروط في العقد واحترام الدولة المتعاقدة لها، يعطي نوعا من الطمأنينة والثقة للشركات الأجنبية ويجعلها تقدم على التعامل معها، خصوصا في العقود التي تبرمها الدول المنتجة للنفط مع الشركات الاستثمارية العاملة في مجال البحث والتنقيب عن النفط وإنتاجه، في الدول التي تسعى إلى جذب رؤوس الأموال واستقطاب الخبرات الأجنبية وما تمتلكه من عوامل تكنولوجية وفنية متطورة تجعل منها قادرة على الدخول في هذا المجال. كذلك الحال بالنسبة لشرط التحكيم والذي سنتعرف عليه في المطلب التالي.

---

[1] د. كاوان إسماعيل إبراهيم، المصدر السابق، ص ١٩٤.

[2] د. سراج حين أبو زيد، المصدر سابق، ص ٣٣٩.

المطلب الثاني

شرط التحكيم

يعد شرط التحكيم آلية لفض المنازعات التي تنشأ بين أطراف العقد، وعند الإطلاع على غالبية العقود النفطية والتي تبرمها الشركات العاملة في مجال النفط نجدها تتضمن شرط التحكيم والذي يتم بمقتضاه إحالة المنازعات التي قد تنشأ بين أطراف العقد إلى التحكيم، ويقصد بمنازعات النفط "تلك المنازعات التي يكون أحد أطرافها على الأقل مشروعا من المشروعات العاملة في مجال النفط"، وتتعدد الروابط التي تنشأ عن النشاط الذي تمارسه هذه المشروعات لأن منها ما يعد مشروعا عاما، مثل شركات القطاع العام التابعة للهيئة العامة للنفط في مصر ومنها ما يعد مشروعا خاصا، مثل شركات النفط التي يتم تأسيسها تحت مظلة قوانين الاستثمار، بالإضافة إلى أن الروابط المشار إليها هي تارة روابط محلية وتكون عندما تتعامل شركات النفط مع وحدات محلية، وهي في تارة أخرى تكون روابط دولية عندما تتوجه شركات النفط بمنتجاتها إلى السوق العالمية وتلجأ إلى المشروعات الأجنبية في تأسيس مشروعاتها أو من أجل تحقيق شروط الإنتاج فيها، ويمكن حصر أنواع المنازعات الخاصة بقطاع النفط بأربعة أنواع وهي المنازعات الخاصة بمنح امتيازات التنقيب والاستغلال، والمنازعات الخاصة بتأميم شركات النفط الخاصة، المنازعات المتعلقة بالإنشاءات النفطية، وأخيرا المنازعات الخاصة ببيع النفط أو مشتقاته[1].

وقد احتوت على شرط التحكيم أغلب العقود المبرمة بين الدول والشركات الخاصة لاستغلال موارد الثروة الطبيعية، خاصة في مجال البحث والتنقيب عن النفط وإنتاجه واستغلاله، وذلك بالنص على أن يحال إلى التحكيم أي نزاع ينشأ بين الدولة المنتجة وبين الشركات المتعاقدة معها فيما يتعلق بحقوق والتزامات الأطراف أو فيما يتعلق بتفسير وتنفيذ بنود العقد، وقد ينص على القواعد الموضوعية التي تحكم النزاع، كأن ينص على أن العقد يجب أن ينفذ ويفسر وفقا للمبادئ القانونية المشتركة في دولة معينة وبين المتعاقد الآخر فإن لم توجد فوفقا للمبادئ المتعارف عليها بين الشعوب المتحضرة[2].

لذا سيتم توضيح مفهوم شرط التحكيم الذي يرد بخصوص إحالة هذه المنازعات إلى التحكيم من خلال تعريفه وبيان نوعية التحكيم المتعلق بالعقود النفطية ومبررات اللجوء إليه من خلال ما يأتي.

الفرع الأول

تعريف شرط التحكيم

يقصد بشرط التحكيم اتفاق الأطراف على أن ما ينشأ من نزاع بينهم حول تفسيره أو تنفيذه يفصل فيه بواسطة التحكيم [3].

فهو اتفاق يتم قبل حدوث أي نزاع ويرد في عقد من العقود ويلتزم أطرافه بمقتضاه إلى إخضاع ما قد ينشا بينهم من خلافات أو منازعات بمناسبة تنفيذ العقد على محكم أو أكثر يفصلون فيه بدلا من عرضه

---

[1] د. هاني دويدار، محاضرة ألقيت بمركز التحكيم التابع لكلية الحقوق – جامعة الإسكندرية، بتاريخ ١٣ / ١١ / ٢٠١٢ م، ص١.

[2] د. عبد الله محمد نشوان، المصدر السابق، ص٣١٢.

[3] د. فتحي والي، قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، منشاة المعارف – الإسكندرية، ٢٠٠٧، ط١، ص٩١.

على القضاء العام، حيث يرد هذا الشرط في العقد الأصلي مصدر الرابطة القانونية، ولا يوجد ما يمنع من ورود هذا الشرط باتفاق لاحق قبل نشوء أي نزاع وأن ما يميز شرط التحكيم ليس وروده في العقد الأصلي وإنما هو كون المنازعات التي تكون محتملة ولم تنشأ بعد فإذا انصب اتفاق التحكيم على نزاع قد نشأ بالفعل فأنه يسمى مشارطة تحكيم.

يتبين من ذلك أن شرط التحكيم يتم بالاتفاق عليه قبل حدوث النزاع وأنه يأتي كبند من بنود العقد، وإنه لا يمنع من أن يرد مستقلا عن العقد الأصلي حيث يتفق أطراف العقد عليه من غير أن يكون ثمة نزاع قد نشأ بينهم، وقد عرفت المادة العاشرة من قانون التحكيم المصري إتفاق التحكيم بأنه " هو الاتفاق الذي يقرر فيه الطرفان الالتجاء إلى التحكيم لتسوية كل أو بعض المنازعات التي نشأت أو يمكن أن تنشأ بينهما بمناسبة علاقة قانونية معينة عقدية كانت أو غير عقدية "[1].

أما بالنسبة لمشارطة التحكيم فيمكن تعريفها بأنها إتفاق يتم بين المتعاملين بالتجارة الدولية على تسوية نزاع قد نشأ بينهم بالفعل، وذلك بتسويته عن طريق التحكيم[2].

وهنا تختلف المشارطة عن شرط التحكيم وذلك بأن شرط التحكيم يتم الاتفاق عليه قبل نشوء النزاع ويأتي غالبا كبند من بنود العقد أما مشارطة التحكيم فيتم الاتفاق عليها بعد نشوء النزاع وفي اتفاق لاحق ومستقل عن العقد الأصلي.

أما بالنسبة للقانون العراقي فنجد أن قانون المرافعات العراقي النافذ لم يفرق بين شرط التحكيم أو مشارطة التحكيم حيث أنه أجاز الاتفاق على التحكيم في نزاع معين أو جميع أنواع المنازعات.

الفرع الثاني

أنواع شرط التحكيم

يتأسس التحكيم على مبدأ الرضائية وهو أحد المبادئ القانونية الهامة، وقد حرص واضعوا اتفاقية تسوية المنازعات الاستثمارية لسنة ١٩٦٥ على تضمين ذلك في الاتفاقية حيث نصت المادة (١/٢٥) منها على أنه "يشمل اختصاص المركز المنازعات ذات الصبغة القانونية، التي تنشأ بين دولة متعاقدة أو أية مؤسسة عامة أو هيئة تابعتين لها وتعينها هذه الدولة للمركز، وبين رعايا دولة أخرى متعاقدة بشرط أن يكون لها علاقة مباشرة بالاستثمار"[3]. ولكي يستطيع أطراف العقود النفطية اللجوء إلى التحكيم فإن عليهم الاتفاق على ذلك فهو الذي ينقل الفصل في المنازعات التي قد تنشأ بين الأطراف من يد القضاة العاديين إلى أشخاص آخرين يختارونهم يطلق عليهم المحكمين، لذلك يمكن أن يرد اتفاق التحكيم كشرطا ضمن نصوص العقد أو في اتفاقا مستقلا عن العقد الأصلي ويبدو أن لاتفاق التحكيم شكلين أساسيين هما

---

[1] د. هاني محمد كامل المنايلي، المصدر السابق، ص١٤٨.

[2] د. أحمد مخلوف، اتفاق التحكيم كأسلوب لتسوية منازعات عقود التجارة الدولية، دار النهظة العربية – القاهرة، سنة ٢٠٠٥، ط٢، ص٣٣.

[3] د. أحمد عبد الحميد عشوش و د . عمر بكر باخشب، النظام القانوني لاتفاقيات البترول في دول مجلس التعاون الخليجي، المصدر السابق، ص٣٥٢.

شرط التحكيم ومشارطة التحكيم فبالنسبة لشرط التحكيم فهو عبارة عن نص وارد ضمن نصوص العقد الأصلي يقرر الالتجاء إلى التحكيم كوسيلة لحل المنازعات التي قد تثور مستقبلا بين المتعاقدين حول العقد وتنفيذه [١]. أما بالنسبة لمشارطة التحكيم فهي أي أتفاق بين أطراف العلاقة في عقد مستقل يتقرر بموجبه عرض المنازعات التي نشأت بينهم بالفعل على التحكيم لحلها[٢]. يتبين من التعاريف المتقدمة أن شرط التحكيم يرد لغرض حسم منازعة محتملة الوقوع أما مشارطة التحكيم فإنها تمثل عقدا مستقلا لحسم منازعة نشأت بالفعل ويراد حسمها عن طريق التحكيم, ولقد ميز الفقه بين شكلين لاتفاق التحكيم هما شرط التحكيم واتفاق التحكيم (مشارطة التحكيم)[٣].

حيث أن شرط التحكيم يرد ضمن البنود الرئيسية للعقد، وبموجب هذا الشرط يتفق الأطراف عند إبرام العقد على اختصاص التحكيم بحسم المنازعات التي قد تنشأ عن تنفيذ العقد.

أما القانون المصري فهو أيضا لم يفرق بين شرط التحكيم ومشارطته حيث وضع كل من شرط التحكيم ومشارطة التحكيم على قدم المساواة بحيث جمعهما بمصطلح واحد اسماه (اتفاق التحكيم)[٤]. أما القانون السعودي فهو أيضا لم يفرق بين شرط التحكيم ومشارطته حيث جاء بنص عام أجاز فيه الاتفاق على التحكيم في نزاع معين قائم كما أجاز الاتفاق مسبقاً على التحكيم في أي نزاع يقوم نتيجة لتنفيذ عقد معين[٥]. أما بالنسبة للقانون العراقي فنجد أن قانون المرافعات العراقي النافذ لم يفرق بين شرط التحكيم أو مشارطة التحكيم حيث أنه أجاز الاتفاق على التحكيم في نزاع معين أو جميع أنواع المنازعات التي تنشأ عن تنفيذ عقد معين[٦]. لكن نجد أن محكمة تمييز العراق قد أشارت إلى أشكال التحكيم ضمن القرار الصادر من محكمة التمييز المرقم ٣٦٣ مدنية أولى ٧٤ في ١٩٧٥/٢/٥ حيث أشار إلى أن "التحكيم في القانون نوع واحد حسب المادة (٢٥١) مرافعات وأن الشرط الوحيد لوجوده وترتيب أثره هو أن يكون ثابتاً بالكتابة حسب المادة (٢٥٢) المعدلة من قانون المرافعات ويستوي في ذلك أن يكون الاتفاق عليه قد تم وقت التعاقد أو تم باتفاق مكتوب مستقل أو تم الاتفاق عليه أثناء (المرافعة..)[٧]. وبالتالي يتبين من الحكم أعلاه أن محكمة التمييز العراقية أجازت الاتفاق على التحكيم وقت التعاقد أي كشرط يرد ضمن بنود العقد المبرم بين الطرفين وهو ما يطلق عليه (شرط التحكيم) وكذلك أجازت المحكمة أن يكون الاتفاق على التحكيم عن طريق عقد مستقل وهذا ما يطلق عليه (مشارطة التحكيم).

---

[١] د. سامية راشد، التحكيم في العلاقات الدولية الخاصة، الكتاب الأول، اتفاق التحكيم، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٤، ص ٧٤.

[٢] أشار إليه د. مراد محمود المواجده، التحكيم في عقود الدولة ذات الطابع الدولي، دراسة مقارنة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠١٠، ص ٢٤.

[٣] نقلا عن د. أحمد حلمي خليل هندي، المصدر السابق، ص٣٢٧.

[٤] أنظر في ذلك نص المادة (١٠) من قانون التحكيم المصري النافذ.

[٥] أنظر في ذلك نص المادة (١) من قانون التحكيم السعودي النافذ.

[٦] أنظر في ذلك نص المادة (٢٥١) من قانون المرافعات.

[٧] أنظر في هذا القرار منشور في مجموعة الأحكام العدلية الصادرة عن قسم الإعلام القانوني في وزارة العدل، ع ١، ص٦.

وبالنسبة للقانون الفرنسي فقد أشار قانون المرافعات النافذ إلى شرط التحكيم في نص المادة (١٤٤٢) منه على أنه "الاتفاق الذي يتعهد بموجبه المتعاقدون على إحالة النزاعات التي تنشأ عن العقد إلى التحكيم". إلا أن المشرع الفرنسي لم يبين المقصود بمشارطة التحكيم ولكنه أشار إلى تعريف أتفاق التحكيم بشكل عام في نص المادة (١٤٤٧) من قانون المرافعات النافذ بأنه "عقد يحيل بموجبه أطراف نزاع ناشئ إلى تحكيم شخص أو أشخاص عدة "، ويبدو من نص المادة أعلاه بأن المشرع الفرنسي أراد باتفاق التحكيم هو مشارطة التحكيم نفسه ويمكن استنتاج ذلك من نصوص المواد المتقدمة حيث أشار المشرع الفرنسي في تعريفه لشرط التحكيم على إحالة النزاعات التي تنشأ عن العقد إلى التحكيم وبالتالي أراد بذلك إحالة النزاعات التي تحدث مستقبلا أما بالنسبة لتعريف المشرع لاتفاق التحكيم فإنه أشار على أنه يحال بموجبه أطراف نزاع ناشئ وبالتالي لا يمكن حل النزاع الناشئ إلا عن طريق عقد مستقل يتفق عليه أطراف النزاع بإحالة النزاع الناشئ إلى التحكيم وهذا هو ما يطلق عليه "مشارطة التحكيم". أما بالنسبة للاتفاقيات الدولية فنجد أن أغلب هذه الاتفاقيات قد أشارت إلى شرط ومشارطة التحكيم تحت مصطلح "اتفاق التحكيم"[١]. أما بالنسبة لقانون الأونسيترال النموذجي للتحكيم التجاري الدولي لسنة ١٩٨٥ فقد أشار إلى تعريف اتفاق التحكيم في نص المادة (٧) منه وأراد بذلك أن يشمل كل من شرط ومشارطة التحكيم، ومن الجدير بالذكر إن شرط التحكيم أكثر انتشارا من مشارطة التحكيم حيث أن (٨٠%) من عقود التجارة الدولية تتضمن شرط التحكيم وخصوصاً في عقود الاستثمار[٢].

لذلك يتبين أن المستثمرين يسعون جاهدين إلى إدراج شرط التحكيم في عقود الاستثمار المبرمة مع الدولة الجاذبة للاستثمار ويأخذ شرط التحكيم في العقود النفطية شكلين هما شرط التحكيم الخاص وشرط التحكيم العام، يكون شرط التحكيم عاما عندما يتم إحالة كافة المنازعات التي قد تنشأ بين الإطراف سواء منازعات تنفيذ العقد أو تغيير العقد إلى التحكيم.

أما شرط التحكيم الخاص فيكون عندما يتم النص على إحالة النزاع للتحكيم في مسألة محددة في العقد كأن يرد شرط التحكيم على إحالة النزاع للتحكيم بخصوص تنفيذ العقد أو بخصوص تفسيره[٣].

الفرع الثالث

مبررات اللجوء للتحكيم في تسوية منازعات العقود النفطية

لا ريب في أن الشركة الأجنبية الخاصة التي تعمل في مجال استخراج النفط، تهتم كثيرا بإيجاد وسيلة ملائمة مستقلة ومحايدة وفعالة يمكن اللجوء إليها لحسم ما قد ينشأ من منازعات تكون ناجمة عن اصطدام حقوقها مع حقوق الدول المضيفة[٤]، وإن رفض الشركة لقضاء الدولة المضيفة وتمسكها بالتحكيم كأسلم وسيلة لحل المنازعات الناشئة عن العقود النفطية، ويرجع ذلك لعدة أسباب منها، عدم معرفتها وإلمامها بالقوانين والتشريعات الوطنية للدولة المضيفة، بالإضافة إلى الخشية من التدخلات السياسية

---

[١] أنظر في تلك الاتفاقيات نص المادة (٢) من اتفاقية نيويورك بشأن تنفيذ أحكام التحكيم لسنة ١٩٥٨، وكذلك م (١ ف ٣/ أ) من الاتفاقية الأوروبية للتحكيم التجاري الدولي لسنة ١٩٦١؛ وكذلك ينظر في ذلك نص المادة (٢٥) من اتفاقية واشنطن لتسوية منازعات الاستثمار لسنة ١٩٦٥.

[٢] د. مراد محمود المواجدة، التحكيم في عقود الدولة، المصدر السابق، ص ٢٧.

[٣] د. محمد طلعت الغنيمي، شرط التحكيم في اتفاقات البترول، بحث مقدم الى لمؤتمر البترول العربي الثالث ١٩٦١، ص٦.

[٤] د. أحمد عبد عشوش، النظام القانوني لاتفاقات البترول في الدول العربية، المصدر السابق، ص ٣٩٤.

للدولة التي تسعى إلى حل مشكلاتها بطرق سياسية كالتأميم وغيرها، أما بالنسبة للدولة المضيفة فإن ترددها في قبول التحكيم يرجع إلى اعتبارات السيادة، وذلك في الدول النامية خاصة فيما يتعلق باتفاقيات استغلال ثرواتها الطبيعية، ويرجع السبب في ذلك إلى التاريخ الطويل للاستعمار وما صاحبه من نهب للثروات الطبيعية، ومنح الامتيازات بدون إرادة حقيقية من تلك الدول أو رغما عنها، لذا يكون اهتمام الطرفين في اللجوء إلى ما يخدم مصالحهم[1]، ويمكن إيجاز مبررات اللجوء إلى التحكيم في العقود النفطية بما يلي:

١- إن اللجوء إلى التحكيم أقل في التكاليف وأسرع في الإجراءات فبالتحكيم تختصر درجات التقاضي ومراحله كما أن حكم التحكيم لا يقبل الطعن فيه بطرق الطعن القضائية الأمر الذي يؤدي إلى الاختصار في الإجراءات والوقت.

٢- إن الفصل في المنازعات الناشئة عن العقود النفطية التي تنشأ بين الدول المضيفة والشركات العاملة في مجال البحث والتنقيب عن المنتجات النفطية، يحتاج إلى مؤهلات علمية وفنية خاصة نظرا لتعلقها بمسائل فنية بحتة فبدلا من عرضها على محكمة قضائية تحيلها في أغلب الأحيان إلى خبير لإبداء الرأي الفني بها يكون من الأفضل عرضها على محكمين تتوافر فيهم هذه المؤهلات.

٣- إن التحكيم يعتبر بمثابة تأمين للشركة المتعاقدة ضد التعديلات التشريعية المفاجئة والتي تخل بالتوازن الاقتصادي للعقد وبصفة خاصة عندما يكون المحكم مفوضا من قبل الأطراف للفصل في النزاع وفقا لقواعد العدل والإنصاف لأن المحكم في هذه الحالة لا يلتزم بتطبيق قانون دولة معينة سواء أكان قانون الدولة المتعاقدة أو قانون دولة الشركة.

٤- انعدام ثقة الشركات الأجنبية في القضاء الوطني للدول المنتجة للنفط حيث أن هذا القضاء من وجهة نظر الشركات قضاء غير محايد بالنسبة للمنازعات التي تكون الدولة أو إحدى مؤسساتها طرفا فيها مع طرف أجنبي ولتجنب هذا الخطر الكامن في انحياز القضاء الوطني للدولة المتعاقدة لا يكون إلا بسلب الاختصاص منه إلى قضاء آخر محايد وهو قضاء التحكيم[2].

الفرع الرابع

تحديد نوعية التحكيم المتعلق بالعقود النفطية

إن إخضاع المنازعات التي قد تنشأ عن عقود النفط والتي تبرم بين الدولة المنتجة للنفط أو الأجهزة التابعة لها وبين الشركة الخاصة العاملة في مجال البحث والتنقيب عن النفط وإنتاجه للتحكيم، يتطلب وجود اتفاق بين الأطراف على ذلك، وإن هذا الاتفاق قد يتخذ صورة شرط تحكيم ويكون منصوصا عليه في العقد نفسه، أو يتخذ صورة مشارطة تحكيم، وكما هو معروف أن التحكيم الذي يتفق عليه أطراف العقد لحسم المنازعات التي قد تنشأ عن العقد يكون من قبيل التحكيم الاختياري، لأنه لم يكن مفروضا عليهم وإن إرادتهم قد اتجهت إليه وتم التعبير عنه في صورة شرط التحكيم الوارد في العقد أو يكون على

---

[1] د . عبد الله محمد نشوان، المصدر السابق، ص ٣٣٠.

[2] منى جبر علي مصطفى، المصدر السابق، ص٢٣.

شكل مشارطة تحكيم وذلك في صورة مستقلة عن العقد [١].

إضافة إلى ذلك فإن العديد من شروط التحكيم الواردة في العقود النفطية والتي إتفق أطرافها على اللجوء للتحكيم الحر، اذ غالبا ما يتفق الأطراف على أن أي نزاع ينشأ بينهم يتم الفصل فيه بواسطة محكمين من اختيارهم دون اللجوء إلى هيئة أو مركز دائم للتحكيم، ولكن في بعض الأحيان يتفق الأطراف على أن يتم الفصل بطريق التحكيم طبقا لقواعد التحكيم السارية لدى مركز دائم، ومن ذلك ما نصت عليه المادة (٢/٢٤) من العقد المبرم بين جمهورية مصر العربية والمؤسسة المصرية للبترول وشركة فيليبس من أنه " أي نزاع ينشا بين فيليبس والمؤسسة.. يقوم الفصل فيه ثلاثة محكمين طبقا للائحة التحكيم والمصالحة الخاصة بالغرفة التجارية الدولية.."[٢]، علما أن ما يجري عليه الوضع حاليا وبعد إنشاء المركز الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي بالقاهرة، وفي مجال العقود النفطية يكون النص على حسم أي نزاع ينشا عن العقود المبرمة بين جمهورية مصر العربية والهيئة المصرية العامة للبترول والشركات الأجنبية بطريق التحكيم وذلك طبقا لقواعد تحكيم المركز الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي بالقاهرة ومن أمثلة ذلك من ذلك المادة ٢٣ من العقد المبرم بين جمهورية مصر العربية والهيئة المصرية العامة (المؤسسة العامة للبترول) وشركة شل وينتج في ٢٢ ديسمبر عام ١٩٨٧[٣].

إن جميع شروط التحكيم الواردة في عقود النفط يتفق أطرافها غالبا على اللجوء للتحكيم طبقا لقواعد القانون ويستفاد من ذلك في أمرين الأول: إن هذا الاتفاق يكون مطلقا دون أن يقترن بتفويض المحكمين صراحة وسلطة الفصل في النزاع طبقا لقواعد العدل والإنصاف، وإن الأصل في التحكيم هو طبقا لقواعد القانون، وأن التحكيم طبقا لقواعد العدل والإنصاف هو الاستثناء ومن ثم يجب على الأطراف أن تنص صراحة على أن يكون التحكيم طبقا لقواعد العدل والإنصاف، وإلا اعتبر أن التحكيم يكون بموجب قواعد القانون. الأمر الثاني: قد يتفق الأطراف على القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع، وفي مثل هذه الحالة فإن التحكيم المتفق عليه هو طبقا لقواعد القانون، وهناك عقودا نفطية نصت صراحة على أن يتم تفويض سلطة الفصل في النزاع طبقا لقواعد العدل والإنصاف، ومن ذلك العقد المبرم بين الشركة الوطنية الإيرانية للبترول والمؤسسة الفرنسية للأبحاث والاستكشافات النفطية (ايراب) نص المادة(٤١)[٤].

ومن أجل تحديد أي نوع من أنواع التحكيم يندرج في العقود النفطية وما الاعتبارات التي تحدد نوعية التحكيم الذي يتعلق في العقود النفطية، فهل يكون التحكيم في عقود النفط تحكيما دوليا عام أم أنه تحكيم داخلي أو يكون تحكيم دولي خاص سيتم عرض ذلك كما يأتي:

---

[١] د. سراج حسين أبو زيد، المصدر السابق، ص١٧٩.

[٢] د. محمد لبيب شقير، ود. صاحب ذهب، المصدر السابق، ص٨٨٤.

[٣] راجع في ذلك نص المادة ٢٣ من العقد المبرم بين جمهورية مصر العربية والهيئة المصرية العامة للبترول وشركة شل وينتج في ٢٢ ديسمبر عام ١٩٨٧ (الجريدة الرسمية – العدد ١٩ تابع ١٢مايو سنة ١٩٨٨) كذلك نص المادة ٢٣ من العقد المبرم بين جمهورية مصر العربية والمؤسسة العامة للبترول وبين شركة اموكو للزيت في ٢٩ ديسمبر ١٩٨٧(الجريدة الرسمية العدد ٢٦ (تابع) في ٣٠ يونيو سنة ١٩٨٨)

[٤] د. سراج حسين أبو زيد، المصدر السابق، ص١٨٠.

أولا: اعتبار التحكيم بالعقود النفطية تحكيما دوليا عاما

ذهب البعض من الفقه[١]، وكذلك بعض أحكام التحكيم إلى اعتبار نوعية التحكيم المتعلق بالعقود النفطية تحكيما دوليا، والتي تدخل ضمن نطاق القانون الدولي العام أي أنه يخضع لقواعد القانون الدولي العام، وهذا القول مردود ولا يمكن الأخذ به على اعتبار أن الأطراف قد يتفقوا على أن يتم تعيين محكمين بواسطة جهة دولية مثل محكمة العدل الدولية أو تطبيق القانون الدولي إلا أن ذلك لا يكفي لاعتبار التحكيم دوليا عاما [٢]. وذلك لسببين:

١- السبب الأول:

إن التحكيم الدولي العام هو ذلك التحكيم الذي يحدث بين دولتين ذاتي سيادة، أي بين شخصين قانونيين مستقلين يخضعان في علاقتهما إلى القانون الدولي العام، وكذلك التحكيم الذي يحدث أيضا بين المنظمات الدولية وبين إحدى الدول، وإن التحكيم الدولي العام خاص بأشخاص القانون الدولي العام ولا يغير من هذه الحقيقة مجرد وجود أحد أطراف التحكيم دولة ذات سيادة، وهذا الأمر لا يكفي لاعتبار التحكيم هو من قبيل التحكيم الدولي العام من جهة، وإن مجرد وجود الدولة ذات السيادة طرفا في علاقة اقتصادية مع شركة خاصة لا يعطي للتحكيم المتفق عليه صفة التحكيم الدولي العام ولا ينفي طابعه التجاري حتى وإن مارست الدولة بعض امتيازاتها السيادية من جهة أخرى[٣]، ولقد حرصت على تأكيد ذلك اتفاقية لاهاي بشأن التسوية السلمية للمنازعات الدولية والمبرمة عام ١٩٠٧م، حيث نصت المادة (٣٧) منها على أن" التحكيم الدولي هو التحكيم الذي يكون موضوعه تسوية المنازعات بين الدول، بواسطة قضاء من اختيارهم وعلى أساس احترام القانون، ويتضمن اللجوء إلى التحكيم تعهدا بالخضوع للحكم بحسن نية"[٤].

٢-السبب الثاني

إن اعتبار التحكيم في عقود النفط المبرمة بين الدولة المنتجة للنفط وبين الشركات الخاصة تحكيما دوليا عاما يؤدي إلى نتائج غير مقبولة وذلك لصعوبة الاعتراف بمحاكم التحكيم التي تشكل للفصل في المنازعات الناشئة عن هذه العقود، بوصفها محاكم دولية بالمعنى الدقيق، كذلك يصعب الاعتراف لأحكام التحكيم التي تصدر عن هذه المحاكم في منازعة تنشأ بين الدولة وشركة أجنبية، واعتبارها أحكاما دولية حقيقية، وأن محاكم التحكيم الدولية لم تشكل إلا للفصل في منازعات ناشئة بين دولتين ذات سيادة وأن هذه الأحكام لم تصدر بين دولتين وإنما بين دولة ذات سيادة وشركة أجنبية خاصة [٥].

وبذلك لا يمكن اعتبار التحكيم المتعلق بالعقود النفطية التي تبرم بين الدولة أو إحدى مؤسساتها وبين شركة أجنبية خاصة في مجال البحث والتنقيب عن النفط وإنتاجه تحكيما دوليا عاما يخضع لقواعد القانون الدولي العام.

---

[١] ينظر؛

CATTAN (H.), the law of oil concession in the Middle East North African, 1967, P.152 .

[٢] د. أحمد عبد الحميد عشوش، النظام القانوني لاتفاقات البترول في الدول العربية، المصدر السابق، ص٤٧٢.

[٣] د. أحمد عبد الحميد عشوش، النظام القانوني لاتفاقات البترول في الدول العربية، المصدر السابق ،ص٤٧٣.

[٤] د. سراج حسين أبو زيد، المصدر السابق، ص١٨٣.

[٥] د. أحمد عبد الحميد عشوش، النظام القانوني لاتفاقات البترول في الدول العربية، المصدر السابق، ص٤٧٣.

ثانيا: اعتبار التحكيم المتعلق بالعقود النفطية تحكيما داخليا

التحكيم الداخلي وهو التحكيم الذي يكون موضوعه تسوية المنازعات الناشئة عن العلاقات القانونية الداخلية، حيث أن النزاع يجب أن يكون ناشئا عن علاقة داخلية محضة ويكون الفصل فيها عن طريق اللجوء للتحكيم الداخلي ووفقا للنظام القانوني الداخلي للدولة حيث أن العقد يكون مرتبطا بكل عناصره بدولة واحدة وبالتالي يكون العقد داخليا، ويخضع للقواعد والقوانين الداخلية[١]. أما التحكيم الدولي الخاص فهو التحكيم الذي يكون موضوعه تسوية المنازعات الناشئة عن العلاقات ذات الطابع الدولي ووفقا للمفهوم المقرر في القانون الدولي الخاص، وفي ضوء ذلك التحديد للتحكيم الداخلي والتحكيم الدولي الخاص هل يمكن اعتبار التحكيم المتعلق بعقود النفط تحكيما داخليا أم هو تحكيم دولي خاص؟

في هذا الصدد يمكن التأكيد على أنه إذا ارتبط العقد في جميع عناصره بدولة واحدة فإنه يعتبر من العقود الداخلية وبالتالي يخضع لأحكام قانون التحكيم الداخلي، لأن العقد الذي يتم إبرامه بين طرفين يتمتعان بجنسية دولة معينة ويقيمان فيها، ويتم تنفيذ العقد على إقليم هذه الدولة فإنه يعتبر بدون أدنى شك من العقود الداخلية وذلك لارتباط جميع عناصره بدولة واحدة وبالتالي يخضع لأحكام التحكيم الداخلي الخاص بتلك الدولة[٢]، أما في عقود النفط فإن العقد لا يرتبط بجميع عناصره لدولة واحدة وإن العقد يشتمل على عنصر أجنبي يتمتع بجنسية دولة أجنبية، فلا يمكن اعتبار التحكيم المتعلق بالعقود النفطية تحكيما داخليا.

ثالثا: اعتبار التحكيم المتعلق بالعقود النفطية تحكيما دوليا خاصا

اختلف الفقه في مدى اعتبار التحكيم المتعلق بالعقود النفطية من قبيل التحكيم الدولي الخاص ويكون خاضعا لأحكامه، وإن لاعتبار التحكيم الدولي الخاص يتطلب معرفة مدى دولية العقد ويميزون بين معيارين وهما المعيار القانوني والمعيار الاقتصادي[٣].

أ- **المعيار القانوني**: يرى أصحاب هذا الاتجاه أن العقد يكون دوليا إذا اتصلت عناصره بأكثر من دولة وعلى ذلك يعد العقد دوليا متى كان أحد أطراف العقد أجنبيا على الأقل، أو كان مستوطنا في الخارج، ويعد العقد دوليا كذلك إذا ابرم أو نفذ في دولة أجنبية، إلا أن جانبا منهم يرى عدم التسوية بين العناصر القانونية للعلاقة وذهب للتفرقة بين العناصر المؤثرة وغير المؤثرة أو المحايدة في العلاقة، فإذا اشتمل العقد على عنصر أجنبي غير مؤثر فإن ذلك لا يكفي لتوافر الصفة الدولية للعقد، وأن الجنسية الأجنبية للمتعاقد غير مؤثرة ولا تعد عنصرا مؤثرا في العقود التجارية وعقود المعاملات المالية بشكل عام، خلاصة ذلك أنه طبقا للمعيار القانوني فإن العقد يكون دوليا إذا اشتمل على عنصر أجنبي[٤].

---

[١] د . أحمد حلمي خليل هندي، المصدر السابق، ص٣٤١.

[٢] د . سراج حسين أبو زيد، المصدر السابق، ص١٨٥.

[٣] د . هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية منشأة المعارف - الإسكندرية، ١٩٩٥، ص ٥٩.

[٤] د . سراج حسين أبو زيد، المصدر السابق، ص١٨٨.

ب- **المعيار الاقتصادي:** يرى أصحابه بإن العقد الدولي هو العقد الذي يتعلق بمصالح التجارة الدولية والذي يترتب عليه انتقال الأموال عبر حدود أكثر من دولة. وعليه فقد ذهب جانب من أصحاب المعيار الاقتصادي لاعتبار دولية العقد طبقا للمعيار الاقتصادي وأنه لا يتعارض مع المعيار القانوني وذلك لان الرابطة العقدية التي يترتب عليها انتقال الأموال من دولة لأخرى والتي تتعلق بمصالح التجارة الدولية على هذا النحو، هو ما يتحقق معه المعيار الاقتصادي لدوليتها وأنها رابطة تتصل بأكثر من نظام قانوني وهو ما يتفق مع المعيار القانوني في نفس الوقت[1].

وقد جاء نص المادة الثانية من قانون التحكيم المصري رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ بذات المعيار غير أنه أورد أمثلة مشابهة للأمثلة التي تضمنتها المادة الأولى من القانون النموذجي للتحكيم حيث تضمن النص على أن يكون التحكيم تجارياً إذا 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، وشق الطرق والأنفاق واستصلاح الأراضي وإقامة المفاعلات النووية[2].

وبذلك فإن العقود التي تبرم بين الدولة وطرف يحمل جنسية دولة أخرى طبقا للمعيارين الاقتصادي والقانوني تعتبر من العقود ذات الطابع الدولي، وأن العقود التي تشتمل على عنصر أجنبي يحمل جنسية دولة أجنبية تختلف عن جنسية الدولة المتعاقدة إعمالا بالمعيار القانوني، وإن العقود التي تتعلق بمصالح التجارة الدولية والتي يترتب عليها انتقال للأموال والبضائع عبر الحدود الجغرافية لأكثر من دولة، على اعتبار أن للشركات الأجنبية المتعاقدة الحق في استيراد كل ما تحتاج إليه من معدات وآلات وأجهزة لازمة لتنفيذ العمليات موضوع العقد، كما ولها أيضا الحق في تصدير النفط ومشتقاته وفقا للمعدلات والنسب المتفق عليها في العقد، إضافة إلى جانب الأهمية الاقتصادية للثروة النفطية محل التعاقد وإعمالا بالمعيار الاقتصادي يكون التحكيم المتفق عليه لتسوية المنازعات التي تنشا بين الدولة المنتجة للنفط والشركة الأجنبية الخاصة والعاملة في البحث والتنقيب عن النفط وإنتاجه تحكيما تجاريا دوليا خاصا وفقا للمعيارين القانوني والاقتصادي لكون الموضوع سبب النزاع متعلقا بمصالح التجارة الدولية.

الفرع الخامس

إجراءات التحكيم

تتلخص القواعد الإجرائية للتحكيم التي يتم من خلالها مباشرة التحكيم حيث تتضمن شروط التحكيم المدرجة في العقود النفطية بعض القواعد الإجرائية السائدة في مجال التحكيم، ولعل من أبرز هذه القواعد تلك التي تتعلق بكيفية إجراءات التحكيم وتشكيل محكمة التحكيم واختيار المحكمين وجنسيتهم ومكان التحكيم بالإضافة إلى لغة التحكيم.

---

[1] د. هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، المصدر السابق، ص ٨٥.

[2] راجع في ذلك نص المادة الثانية من قانون التحكيم النموذجي المصري رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤.

أولا: تشكيل هيئة التحكيم

من الأمور الهامة التي يتطرق إليها شرط التحكيم الوارد في العقود النفطية هو تحديد الهيئة التي سيكون لها ولاية الفصل في المنازعة، ويحكم تشكيل هيئة التحكيم مبدآن أساسيان: أولهما إن إرادة الخصوم هي المرجع الأول في اختيار الهيئة، فإذا اتفقت الأطراف على طريقة اختيار المحكمين، فإنه يجب الالتزام بما تم الاتفاق عليه. ثانيهما: مراعاة المساواة بين طرفي النزاع من حيث اختيار المحكمين فلا يكون لأحدهما أفضلية على الآخر، بمعنى أنه لا يجوز أن يسند إلى أحدهما اختيار جميع المحكمين دون الآخر[١]، وتكون هيئة التحكيم مكونة من محكم واحد متى ما اتفق أطراف العلاقة التعاقدية على أن يتم الفصل في النزاع القائم أو قد ينشأ بينهما بواسطة التحكيم، ويتم اختيار المحكم الواحد بالاتفاق بينهما وإذا لم يتم تحديده أو لم يتفق الأطراف على تحديد محكم بعينه، تولت المحكمة المختصة أصلا بنظر النزاع في تعيين المحكم بناءا على طلب من أحد الأطراف النزاع [٢]، ونجد ذلك في المادة (١٥) من قانون التحكيم المصري والتي نصت على أنه "١- تشكل هيئة التحكيم باتفاق الطرفين من محكم واحد أو أكثر، فإذا لم يتفقا على عدد المحكمين، كان العدد ثلاثة ٢- إذا تعدد المحكمون وجب أن يكون عددهم وترا وإلا كان التحكيم باطلا" [٣]، وسبب وجوب وترية العدد هو تفادي ما قد يحدث من مشاكل عند المداولة، إذ قد ينقسم المحكمون عندئذ إلى فريقين متساويين فيتعذر صدور حكم الأغلبية[٤].

أما المادة (٢٥٦) من قانون الإجراءات العراقي فإنها تنص على أنه " إذا وقع النزاع ولم يكن الخصوم قد اتفقوا على المحكمين أو امتنع واحد أو أكثر من المحكمين المتفق عليهم أو اعتزله أو عزل عنه أو قام مانع من مباشرته ولم يكن هناك اتفاق في هذا الشأن بين الخصوم فلأي منهم مراجعة المحكمة المختصة بنظر النزاع بعريضة لتعيين المحكم أو المحكمين بعد تبليغ باقي الخصوم وسماع أقوالهم"[٥].

ومن أمثلة شروط التحكيم الواردة في العقود النفطية والتي نصت على أن يعرض النزاع على محكم واحد شرط التحكيم في الامتيازات الممنوحة من قبل الحكومة الليبية للشركة الأمريكية ليامكو حيث اتفق الطرفان على أن يتم الفصل في موضوع النزاع من قبل محكما أوحد[٦].

وتنص غالبية العقود على أن تبدأ إجراءات التحكيم ويتم تشكيل محكمة التحكيم بإخطار يوجهه أحد الطرفين إلى الطرف الآخر بأنه يرغب في إحالة النزاع إلى التحكيم، ويعين محكما يذكر اسمه وجنسيته في الإخطار، على أن يقوم الطرف الآخر بتعيين محكم ثاني ويخطر به الطرف الأول خلال مدة معينة، وبذلك يكون على المحكمان باختيار محكما ثالثا خلال مدة معينة، وتختلف المدة التي تحددها العقود

---

[١] د. محمد يونس يحيى الصائغ، المركز القانوني للاستثمارات الأجنبية الخاصة في الدول النامية في ظل القانون الدولي المالي، أطروحة دكتوراه مقدمة إلى كلية القانون – جامعة الموصل، سنة ٢٠٠٥ ص١٩٤.

[٢] د. ناصر ناجي محمد جمعان، شرط التحكيم في العقود التجارية، المكتب الجامعي الحديث – الإسكندرية، سنة ٢٠٠٨، ص١٨٩.

[٣] راجع في ذلك نص المادة ١٥ من قانون التحكيم المصري رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤.

[٤] د. ناصر ناجي محمد جمعان، المصدر السابق، ص١٩٣.

[٥] د. هاني محمد كامل المنايلي، المصدر السابق، ص٢٧٥.

[٦] د. هاني دويدار، محاضرة ألقيت بمركز التحكيم التابع لكلية الحقوق – جامعة الإسكندرية، بتاريخ ٢٠١٢/١١/١٣ م، ص٦.

النفطية لذلك إلا أنها تتراوح ما بين خمسة عشر يوما إلى خمسة وأربعين يوما[١].

وإذا كان الأصل أن يقوم الطرف الثاني بتعيين محكمة وأن يقوم المحكمان باختيار المحكم الثالث وذلك خلال المواعيد المنصوص عليها في العقد إلا أن غالبية العقود قد واجهت الفرض الذي يمتنع فيه الطرف الثاني عن تعيين محكمه وكذلك الفرض الذي يخفق فيه المحكمان عن تعيين المحكم الثالث وقد لجأت هذه العقود إلى وسائل متنوعة[٢].

فقد أسندت بعض العقود النفطية مهمة تعيين المحكم الثاني أو المحكم الثالث إلى إحدى السلطات القضائية في الدول المنتجة كما ورد في العقد بين المملكة العربية السعودية وبين شركة أجيب الإيطالية حيث نصت المادة (٢٠) منه على أنه "وعند تعذر تعيين المحكم الثاني خلال الوقت المحدد أو عند تعذر اتفاق المحكمين خلال الوقت المحدد على تعيين محكما ثالثا، وجب تعيين المحكم المطلوب من قبل هيئة تمييز المنازعات المنصوص عليها في المادة (٥٠) من نظام التعدين العربي السعودي" كما وأسندت بعض العقود النفطية الأخرى هذه المهمة إلى سلطة قضائية أجنبية كما فعلت الحكومة العراقية في العقد المبرم بينها وبين شركة ايراب الفرنسية في المادة ٣٥ من أنه "إذا لم يعين أحد المحكمين خلال ثلاثين يوما... فلأي من الطرفين أن يطلب تعيين هذا المحكم من قبل رئيس المحكمة الفيدرالية في لوزان بسويسرا" في حين أن عددا قليلا من العقود النفطية قد أسند تعيين المحكم الثالث إلى رئيس محكمة العدل الدولية [٣].

ولقد درجت معظم العقود النفطية التي أبرمتها جمهورية مصر العربية مع الشركات الأجنبية نصا يقضي بأنه في حالة عدم قيام الطرف الثاني بتعيين محكمه أو إخفاق المحكمين في تعيين المحكم الثالث تتولى محكمة التحكيم لدى غرفة التجارة الدولية بباريس تعيين المحكم المطلوب بناء على طلب أحد الطرفين، وتجدر الإشارة إلى أنه بعد إنشاء مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي درجت معظم العقود التي أبرمتها مصر والمؤسسة المصرية العامة للبترول مع الشركات الأجنبية على تضمينها نصا يقضي بأنه في حالة عدم قيام المدعى عليه بتعيين محكمه خلال المدة المنصوص عليها في العقد، كان للمدعي أن يطلب من المركز تعيين المحكم الثاني وإذا لم يتفق المحكمان على اختيار المحكم الرئيس خلال المدة المحددة فإنه يجوز لأي من الطرفين أن يطلب من السكرتير العام للمحكمة الدائمة للتحكيم في لاهاي أن يحدد جهة تتولى التعيين [٤].

---

[١] د . إبراهيم شحاتة، الضمان الدولي للاستثمارات الأجنبية، دار النهضة العربية – القاهرة، ١٩٧١، ص١٣٤. و د .سراج حسين أبو زيد، المصدر السابق، ص٥٢٥.

[٢] د. ناصر ناجي محمد جمعان، المصدر السابق، ص١٩٣.

[٣] د. أحمد عبد الحميد عشوش، النظام القانوني لاتفاقيات البترول في الدول العربية، المصدر السابق، ص٤١٧.

[٤] د. سراج حسين أبو زيد، المصدر السابق، ص٥٢٦.

ثانيا: عوامل اختيار المحكمين في العقود النفطية

يجب أن تتوفر في المحكم الذي يفصل في المنازعات النفطية مؤهلات تتلائم مع الطبيعة الخاصة لأطراف هذه العقود ومحلها، فقد تتعلق المنازعة بمسؤولية الدولة عن تأميم المشروع الاستثماري، وقد تتعلق بمشاكل فنية بالغة التعقيد تتطلب تخصصات نادرة، كأن تتعلق بتحديد معدل الإنتاج في العقود النفطية أو في مشاكل في المحاسبات المالية أو بنوعية التكنولوجيا المستخدمة في إنشاء مصنع ما في عقود التعامل الصناعي، ولهذا يجب أن يتوافر التخصص القانوني المناسب في تشكيل هيئة التحكيم إلى جانب الخبرة الفنية الكافية لأجل تفادي أي خلاف حول تحديد سعر السوق بالنسبة للنفط المنتج لفترة معينة حتى تسمح بما يمكن تسميته بالتحكيم الفني[١].

ومن الأمور الهامة أيضا والتي يجب التطرق إليها هي جنسية المحكمين إذا كان أطراف النزاع يتوخون الدقة في اختيار أعضاء هيئة التحكيم الذين يعينون من قبلهم فإنهم يقومون باختيار أشخاص متمتعين برجحان الفكر ومطمئنين للأحكام التي تصدر عنهم، لذا تشترط غالبية العقود النفطية بالنسبة لأعضاء التحكيم المعينين من قبلهم، فوضعت من الشروط ما يكفل تحقيق هذه الغاية ومؤدى ذلك وجوب توافر الحيدة والعدالة والثقة والاطمئنان نحو المحكمين ونحو ما يصدر عنهم من أحكام [٢]، فقد تشترط غالبية العقود النفطية بأن لا يحمل أيا من أعضاء هيئة التحكيم جنسية أي طرف من أطراف النزاع والحكمة من ذلك بديهية وواضحة وذلك من أجل ضمان الحيدة والعدالة وعدم تحيزهم للطرف الذي يحملون جنسيته[٣]، وتأكيدا لهذه الغاية تلزم بعض العقود وجود علاقة دبلوماسية بين الدولة التي يحمل المحكم جنسيتها وبين أطراف النزاع مثال على ذلك خولت المادة (٤٢) الفقرة (ب) من العقد المبرم بين مصر وشركة بان أمريكان، محكمة التحكيم التابعة للغرفة التجارية الدولية تعيين الحكم الثالث في حالة إخفاق المحكمين المعينين من قبل طرفي النزاع في اختياره، وأردفت توضيحا " ويشترط في الحكم الثالث أن يكون من مواطني دولة غير الجمهورية العربية المتحدة وغير الولايات المتحدة الأمريكية، ويكون لهذه الدولة علاقة دبلوماسية مع جمهورية مصر العربية والولايات المتحدة الأمريكية"[٤]، وقد سارت على هذا النهج غالبية العقود النفطية التي أبرمت في البلاد العربية والغرض من ذلك هو الحيدة والعدالة إلى الأحكام التي تصدر من محاكم التحكيم بمناسبة نزاع متعلق بالعقود النفطية

كما درجت غالبية العقود النفطية نصا يشترط في المحكم الثالث أن لا يحمل جنسية أيا من طرفي النزاع، وأن يحمل جنسية دولة يكون لها علاقة دبلوماسية مع الدولة المتعاقدة والدولة التي تنتمي إليها الشركة الأجنبية المتعاقدة، وأن لا يكون له مصالح اقتصادية في الأعمال النفطية لدى الأطراف الموقعة

---

[١] د. هاني دويدار، محاضرة ألقيت بمركز التحكيم التابع لكلية الحقوق – جامعة الإسكندرية، بتاريخ ١٣ / ١١ / ٢٠١٢م، ص٢ وما بعدها.

[٢] د. ناصر ناجي محمد جمعان، المصدر السابق، ص١٩٥.

[٣] د. أحمد عبد الحميد عشوش، النظام القانوني لاتفاقات البترول في الدول العربية، المصدر السابق، ص٤٧٣.

[٤] د. سراج حسين أبو زيد، المصدر السابق، ص٥٢٨.

على العقد[1]، ومن ذلك ما نصت عليه المادة ٢٣ من العقد المبرم بين جمهورية مصر العربية والهيئة المصرية العامة للبترول وشركة شل وينتج ان الهولندية من أنه "هـ -... ويتعين أن يكون المحكم الرئيس شخصا من جنسية غير جنسية جمهورية مصر العربية أو جنسية هولندا، ويجب أن يكون من دولة لها علاقة دبلوماسية مع كل من جمهورية مصر العربية وهولندا، كما يشترط أن لا يكون له مصالح اقتصادية من أعمال البترول لدى الأطراف الموقعة على هذه الاتفاقية"[2].

ثالثا: مكان التحكيم

إن التحكيم يقوم على مبدأ الرضائية، فيكون للأطراف حرية اختيار مكان انعقاد مجلسه، ويترتب على هذا الاختيار نتائج بالغة الخطورة لعل من أهمها هو أن مكان التحكيم يحدد القانون الإجرائي الذي يحكم المنازعة، وذلك عند غياب اتفاق الأطراف حول تنظيم هذه الإجراءات كما يتعين استئذان الدولة التي يعقد على إقليمها جلسات التحكيم وأخذ موافقتها في ذلك، كي يباشر التحكيم في ظل حمايتها فضلا عن ذلك فإنه يجب تسجيل القرار التحكيمي حسبما تقضي نظم الدولة التي جرى التحكيم على إقليمها[3]. لذا تختلف العقود النفطية في تحديد مكان التحكيم فقد يتحدد هذا المكان في إقليم الدولة المضيفة، أو دولة أجنبية، وقد يترك تحديد ذلك للمحكم الثالث، وفي غياب النص الذي يحدد المكان الذي ينعقد فيه التحكيم فإن على محكمة التحكيم أن تحدد مقر عملها فقد عنيت معظم العقود النفطية بتحديد مقر التحكيم أو بيان كيفية تحديده بيد أنها لم تتخذ موقفا محددا في هذا الشأن فقد حددت بعض العقود النفطية مكان التحكيم في إقليم الدولة المتعاقدة من ذلك ما نصت عليه المادة (٢٠) من العقد المبرم بين السعودية وشركة أجيب الإيطالية من أنه "ويجب أن يكون مكان التحكيم في داخل المملكة العربية السعودية أو في أي مكان أو حسبما تم الاتفاق عليه بين الطرفين" في حين أن بعض العقود قد حددت مقر التحكيم في دولة أجنبية من ذلك العقد المبرم بين المملكة العربية السعودية وبين شركة ارامكو حيث نصت على أنه "أما مكان التحكيم فيتفق عليه الفريقان، وإذا عجزا عن الاتفاق على ذلك فيكون في لاهاي (هولندا)"[4].

وقد حددت معظم العقود النفطية والتشريعات النفطية مكان التحكيم وذلك بالنص صراحة على أن يكون مكان التحكيم في دولة أخرى ومن أمثلة ذلك قانون النفط والغاز العراقي لسنة ٢٠١١ المادة (٤٤/ رابعا) أ- يطبق في التحكيم بين الهيئة المختصة والمستثمرين الأجانب من حيث الموضوع، القانون العراقي، ومن حيث الشكل تراعى أنظمة إجراءات التحكيم لغرفة التجارة الدولية في باريس أو جنيف أو المركز الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي في القاهرة وفقا للاتفاق المنصوص عليه في العقد على أن يتضمن العقد

---

[1] د. أحمد عبد الحميد عشوش و د. عمر بكر باخشب، النظام القانوني لاتفاقيات البترول في دول مجلس التعاون الخليجي، المصدر السابق، ص٤٢٢.

[2] د. سراج حسين أبو زيد، المصدر السابق، ص٥٢٨.

[3] د. أحمد عبد الحميد عشوش، النظام القانوني لاتفاقيات البترول في الدول العربية، المصدر السابق، ص٤٧٤.

[4] د. سراج حسين أبو زيد، المصدر السابق، ص٥٢٩.

شروط تعيين المحكمين والحكم الفصل ومقر التحكيم ونفقات التحكيم والمدة المحددة لإصدار القرار [١].

في حين أن بعض العقود النفطية تركت مسألة تحديد المكان للمحكمين سواء المحكم الثالث أو المحكم الوحيد حسب الأحوال وذلك في حالة عدم اتفاق الطرفين على تحديد مقر التحكيم من ذلك العقد المبرم بين إيران والكونسرتيوم حيث نصت المادة ٤٤ على أنه "يحدد الأطراف مكان وإجراءات التحكيم، وفي حالة فشل الأطراف في التوصل إلى اتفاق في هذا الشأن، يحدد مكان التحكيم وإجراءاته بواسطة المحكم الثالث أو المحكم الوحيد حسب الأحوال.."[٢].

وقد أجازت المادة(٢٨) من قانون التحكيم المصري لأطراف التحكيم الاتفاق علي تحديد مكان التحكيم سواء كان في داخل جمهورية مصر أو خارجها، وفي حالة عدم وجود الاتفاق على تحديد مكان التحكيم، تتولي هيئة التحكيم تحديد مكان التحكيم بما يتلائم وظروف الدعوى ومكان أطرافها[٣].

ولقد درجت معظم العقود التي أبرمتها جمهورية مصر العربية مع الشركات الأجنبية على النص على يجري التحكيم في مدينة ستوكهولم بالسويد، مع مراعاة أن العقود التي أبرمتها الحكومة المصرية بعد إنشاء المركز الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي بالقاهرة قد درجت على النص على أن يجري التحكيم في مدينة القاهرة ما لم يتفق الأطراف على خلاف ذلك[٤].

رابعا: لغة التحكيم

تطبيقا لحرية الأطراف في التحكيم فإن الطرفين إذا اتفقا على لغة معينة في التحكيم فعلى المحكم إتباع ما جاء في الاتفاق وتنص معظم التشريعات على ذلك، واللغة المستعملة للتحكيم تبقى هي المستخدمة على لغة البيانات والمذكرات المكتوبة وعلى المرافعات الشفهية وكذلك على كل قرار تتخذه هيئة التحكيم أو أي رسالة توجهها، إلا إذا نص اتفاق الطرفين على خلاف ذلك، وتحديد اللغة التي يجري بها التحكيم له أهمية كبيرة لطرفي النزاع محل التحكيم، فعندما يتم التحكيم بلغة لا يتكلم بها أحد طرفي النزاع، فإن ذلك سيمثل عبئا ثقيلا عليه ويكبده المزيد من النفقات المتعلقة بالترجمة، وبما أن المعاهدات لم تتضمن أية إشارة إلى اللغة الواجب استخدامها في التحكيم، فغالبا ما تكون لغة الاستثمار هي لغة التحكيم، وقد نصت المادة (٣/٤٥) من العقد المبرم بين جمهورية مصر العربية وبين شركة فيلبس الإيطالية على أن يكون النص الإنجليزي للعقد الصدارة على النص المقابل باللغة العربية عند وجود تباين بين أحكام النصين، يتبين من ذلك أن غالبية العقود النفطية لم تحدد اللغة التي تجري فيها جلسات التحكيم إلا أن اللغة الإنجليزية هي اللغة السائدة والمعتمدة في أغلب مراكز التحكيم التجارية الدولية [٥].

---

[١] قانون النفط والغاز العراقي لسنة ٢٠١١ المادة (٤٤/ رابعا)

[٢] د. سراج حسين أبو زيد، المصدر السابق، ص٥٢٩.

[٣] قانون التحكيم المصري سنة ١٩٩٤.

[٤] د. سراج حسين أبو زيد، المصدر السابق، ص٥٣٠.

[٥] د. أحمد عبد الحميد عشوش و د. عمر بكر باخشب، النظام القانوني لاتفاقيات البترول في دول مجلس التعاون الخليجي، المصدر السابق، ص٤٢٤.

ونجد أن قانون التحكيم لجمهورية مصر العربية قد أجاز في المادة (٢٥) لطرفي التحكيم الاتفاق على الإجراءات التي تلتزم بإتباعها هيئة التحكيم، كما أنه يمكن الاتفاق على تطبيق الإجراءات التي يتضمنها نظام التحكيم في أي منظمة أو مركز تحكيم في جمهورية مصر العربية مثل مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي(أو خارجها) مثل غرفة التجارة الدولية بباريس، وإذا لم يتفق طرفي التحكيم علي تحديد الإجراءات الواجب إتباعها، فإن هيئة التحكيم تقوم باختيار إجراءات التحكيم التي تراها مناسبة لتسوية المنازعة[١].

وقد سار على هذا النحو غالبية شروط التحكيم التي وردت في العقود النفطية في الدول العربية، ونجد أن بعض التشريعات ومنها التشريع المصري جعلت لغة التحكيم هي اللغة العربية إلا إذا تم الاتفاق على خلاف ذلك، وذلك في المادة (٢٩) جاء فيها "لغة التحكيم هي اللغة العربية ما لم يتفق الطرفان أو تحدد هيئة التحكيم لغة أو لغات أخرى يتم تطبيقها على البيانات والمذكرات والمرافعات الشفهية والإعلانات وجلسات المرافعة ومحاضرها و قرارات هيئة التحكيم ورسائلها وحكمها ما لم ينص اتفاق الطرفين أو قرار هيئة التحكيم على غير ذلك"[٢]. واللغة المستعملة كلغة للتحكيم تبقى هي المستخدمة على لغة البيانات والمذكرات المكتوبة وعلى المرافعات الشفهية وكذلك على كل قرار تتخذه هيئة التحكيم أو رسالة توجهها، إلا إذا نص اتفاق الطرفين على خلاف ذلك.

---

[١] المادة ٢٥ من قانون التحكيم المصري لسنة ١٩٩٤.

[٢] د. هاني محمد كامل المنايلي، المصدر السابق، ص٢٧٩.

خاتمة

لعل هذا البحث قد عنيّ بدراسة النظام القانوني للعقود النفطية، وتسليط الضوء على أهم الموضوعات التي تطرق إليها النظام القانوني لعقود التراخيص النفطية، ألا وهو الآثار المترتبة على عقود التراخيص النفطية، مقارنة مع بعض العقود في الدول العربية بما تتضمنه من حقوق والتزامات تقع على عاتق طرفي العقد وما تشتمل عليه من شروط ماسة بآثار العقد، وتوجيه الأنظار إلى هذا الموضوع المهم والحيوي الذي يحتل مكانة مرموقة في وقتنا الحالي والذي يعد ركيزة من الركائز الأساسية للتنمية الاقتصادية في كافة الدول بشكل عام، وفي الجمهورية العراقية بشكل خاص، حيث أنه يشكل نسبة عالية من ميزانية الدخل القومي، وإن ما جاء فيها هو مراجعة لأهم التشريعات النفطية في الدول الأخرى، التي تعد الأكثر تقدما في هذا المجال، والاستفادة من تجاربها ولعل النظر إلى عملية جذب الاستثمارات الأجنبية أصبح ينظر إليها اليوم ليست فقط كوسيلة لزيادة الدخل القومي للدول المنتجة من أجل تحسين الوضع الاقتصادي فحسب، وإنما ينظر إليها من جانب ما تحمله هذه الاستثمارات من خبرات فنية وتقنية عالية وما تشتمل عليه من عنصر المضاربة، الأمر الذي يمكن الدول العربية الاستفادة من هذه العناصر في البلدان المضيفة وخاصة الدول الآخذة بالنمو، ومن خلال ما سبق وبعد أن تم توضيح ماهية عقود التراخيص النفطية، وما يتطلب ذلك من خطوات على استخراجها وما للدولة من سيادة عليها فإن هناك مهارات فنية وقانونية كي يتم إبرام العقود النفطية بما يخدم ويحافظ على المصلحة العامة في البلدان المنتجة والمضيفة، لذا يتطلب عند إبرام العقود النفطية توافر الخبرة الكافية والمهارات الفنية والقانونية العالية للتفاوض في مجال العقود النفطية، من أجل إبرام عقود تكفي بذاتها لتنظيم علاقة تعاقدية متكافئة وتخدم المصلحة العامة للدولة المنتجة وللشركة الأجنبية، دون الحاجة إلى اللجوء للقوانين الوطنية التي قد تصطدم مع معطيات التجارة الحديثة، وبعد دراسة الآثار المترتبة على عقود التراخيص النفطية على وجه التحديد عقود الامتياز وذلك ببيان ماهية هذه العقود وخصائصها والتعديلات التي أدخلت عليها وما شهدته من تطورات متلاحقة التي بدورها أدت إلى ظهور أنماط تعاقدية جديدة سادت العلاقة بين أطراف العقود النفطية وهما الدول المنتجة والشركات الأجنبية العاملة في مجال البحث والتنقيب عن النفط وإنتاجه، والتي يمكن حصرها بعقود المشاركة وعقود المقاولة النفطية وعقود تقاسم الإنتاج، حيث أن دراسة الآثار المترتبة على هذه العقود تتطلب معرفة التكييف القانوني لهذه العقود وذلك من أجل معرفة القانون الواجب 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، والتي أثارت نقاشا وجدلا طويلا ومعرفة ماهية حقوق والتزامات طرفي العقود النفطية وتحديد نطاقها في ضوء الشروط التي أدرجت في هذه العقود والتي من شأنها أن تكون ماسة بآثار العقد ومن هذه الشروط شرطي عدم المساس وشرط الثبات التشريعي، وقد تطلب الأمر إدراج شرط التحكيم في العقود النفطية والذي يعد آلية لفض المنازعات التي قد تثور بين طرفي العقود النفطية في حالة إخلال أحد الأطراف بالالتزامات الناشئة عن العقد النفطي، وفي ختام هذا البحث يمكن تلخيص أهم ما جاء فيها من نتائج بالإضافة إلى أهم التوصيات والمقترحات وذلك حسب ما يأتي.

أولا: النتائج

١- مرت عقود التراخيص النفطية بأشكال قانونية مختلفة وذلك لغرض التنقيب عن النفط وإنتاجه، فقد اتخذت في البداية شكل عقود الامتياز التي كانت الشركات الأجنبية هي المهيمنة والمسيطرة بالكامل على جميع مراحل الصناعة النفطية، وظلت هذه العقود هي النمط السائد لتنظيم العلاقة بين أطراف العقود النفطية طوال فترة النصف الأول من القرن الماضي وهي الفترة التي كانت فيها الدول المنتجة غير قادرة على التصرف بإنتاجها لأسباب مختلفة وبعد تحسن الوضع للدول المنتجة وازدياد الوعي السياسي بين أوساط شعوبها، فإن هذه العقود تطورت وتم إدخال العديد من التعديلات على هذه العقود بما يخدم مصالح الدول المنتجة، ولكن هذا التطور لم يكن شاملا وواسعا، وذلك لأن الشركات الأجنبية بقيت مسيطرة على هذه الصناعة بسبب ما تمتلكه من إمكانيات اقتصادية هائلة، إضافة إلى القدرات الفنية التي تتمثل في الأيدي العاملة والمعدات والأجهزة المتطورة التي تستخدم في عملية التنقيب عن النفط وإنتاجه.

٢- إن التعمق في دراسة العقود النفطية وخاصة الحديثة منها يعمل على توسيع مفاهيم القائمين على شؤونها ويسهل لهم الرجوع إليها كلما استدعى الأمر لذلك، واعتبار هذه العقود من أهم المراجع عند صياغة وإبرام العقود المستقبلية خصوصا فيما يتعلق بالحقوق والالتزامات التي تقع عاتق طرفي العلاقة القانونية.

٣- تعتبر دراسة العقود النفطية والتعرف على ماهيتها وخصائصها والحقوق والالتزامات التي تقع على عاتق طرفي العلاقة القانونية، سواء في عقود الامتياز أم في مختلف أشكالها التعاقدية القانونية الحديثة في الدول التي أبرمت عقود البحث والتنقيب عن الموارد النفطية والوقوف على سماتها وبيان ما يميزها وما يعيبها، له دورا كبيرا في بيان الكثير من البدائل وذلك من خلال التعرف على النماذج التعاقدية التي أبرمت حديثا لغرض تلافي القصور والابتعاد عن العيوب في العقود التي سيتم إبرامها مستقبلا.

٤- اختلف الفقه القانوني في تحديد الطبيعة القانونية لهذه العقود بين من يرى بأن العقود النفطية من عقود القانون الدولي العام، و بين من يعدها من العقود الإدارية، وهناك اتجاه ينظر إليها بأنها من عقود القانون الخاص، أما الرأي الرابع والراجح حسب تقديرنا فهو الاتجاه الذي يعتبر أن العقود النفطية عقود ذات طبيعة خاصة مختلطة. ويبدو من خلال ما سبق بيانه أن هذا الرأي هو الراجح وذلك لقوة الحجج والأسانيد التي ساقها أصحاب هذا الاتجاه في تحديد التكييف القانوني لهذه العقود.

٥- وفي ما يتعلق بشروط الضمان وهما شرطي عدم المساس والثبات التشريعي، حيث تلتزم الدولة المضيفة بعدم تعديل العقود النفطية بإرادتها المنفردة من خلال شرط عدم المساس، والحفاظ على الاستقرار التشريعي وعدم إصدار تشريعات تكون ماسة بآثار العقد، فإن هذه الشروط صحيحة ويترتب عليها آثار ونتائج قانونية وبالتالي فإن عدم التزام الدولة بهذه الشروط يرتب على الدولة المنتجة المسؤولية العقدية، وأن الشركات العاملة في هذا المجال بحاجة إلى طمأنينة أكثر وتوفير الحماية لرؤوس أموالها في الدول المنتجة، وإن وجود هذه الشروط يعتبر من العناصر الهامة في تشجيع الاستثمار وتوافد الشركات الأجنبية، من أجل التعاقد مع الدول المنتجة والتي تسعى لوجود في مثل شرطي عدم المساس والاستقرار التشريعي إضافة إلى وجود شرط التحكيم.

ثانيا: التوصيات

١- بالنظر لتعدد العمليات التي تشتمل عليها الصناعة النفطية نقترح على المشرع العراقي تنظيم هذه العمليات اللازمة في الصناعة النفطية وإعادة النظر فيها مع مراعاة التطور الذي لمسته التشريعات الحديثة في هذا المجال بحيث لا يمنح الحقوق دفعة واحدة لذات المتعاقد فلا تمنح حقوق البحث والتنقيب والنقل والتكرير والتسويق لنفس الشركة.

٢- ضرورة تضمين العقود النفطية التي تبرمها الدول المنتجة للنفط مع الشركات الأجنبية نصا صريحا يتضمن إعادة النظر في الأحكام والحقوق والالتزامات لطرفي العقد، وذلك بشكل دوري وفي فترات زمنية معينة، وقيام التعديل على أساسها بما يخدم المصلحة العامة والعمل على الحد من طول المدد الزمنية واتساع المساحات بما قد يضر بالدولة المنتجة.

٣- ضرورة التمسك بشرطي الاستعمال الأمثل للحقول النفطية وشرط التخلي الإقليمي وحتى في حالة منح الحق المطلق في البحث والتنقيب والإنتاج في إقليم الدولة، وذلك بالنص صراحة على تقييد الشركات الأجنبية بشرط التخلي عن المساحات التي لم يتم استغلالها أو لم يتم العثور فيها على المنتجات النفطية خلال مدة معينة.

٤- شرط التدريب مهم جدا في العقود النفطية لما له من مميزات في نقل التكنولوجيا الحديثة والمتطورة والمعرفة الفنية، إضافة إلى تشغيل الأيدي العاملة من الكفاءات والخبرات الفنية والإدارية في الصناعة النفطية لذا يجب حث الشركات النفطية العاملة في هذا المجال إلى تدريب الأيدي العاملة من الوطنيين, وذلك بالنص صراحة في العقود النموذجية على وضع برامج ومناهج تتضمن تدريب الوطنيين من الإداريين والفنيين على مختلف عمليات الصناعة النفطية.

٥- تنظيم الفرائض المالية تنظيما دقيقا ويجب تضمين التشريع نصا يقضي بإلزام المتعاقد بدفع هذه الفرائض بما فيها ضرائب الدخل بموجب الأنظمة القانونية السارية سواء المطبقة حاليا أم التي ستطبق مستقبلا، وذلك عن كل العمليات المشمولة بالعقد بما في ذلك بيع النفط الخام والتكرير والنقل والتسويق.

٦- فيما يتعلق بحماية البيئة نقترح على المشرع العراقي بفرض التزاما حقيقيا على المتعاقد وذلك بسن تشريعا متكاملا يتعلق بحماية البيئة من الأضرار الناشئة عن العمليات النفطية وإلزام شركات النفط الوطنية وحاملي التراخيص النفطية بمراعاة ذلك.

٧- بما أن الشركات الأجنبية الوافدة لغرض الحصول على تراخيص من أجل التنقيب عن النفط وإنتاجه، بحاجة إلى طمأنينة أكثر مما كان عليه خصوصا تلك التي كانت لها تجربة مع الدول النامية ولأن عنصري الاستقرار السياسي والتشريعي من العناصر الهامة في تشجيع الاستثمار وجلب رؤوس الأموال، وعليه يجب توافر الحماية اللازمة لهذه العوامل لأنها تحقق ضمان أكثر للشركات الأجنبية للتعاقد في مجال الاستثمار.

٨- بالنظر للدور البارز والفعال الذي تقوم به المراكز الدولية للتحكيم التجاري الدولي في تسوية المنازعات الخاصة بالاستثمار ندعو الحكومة العراقية للانظمام إلى هذه الاتفاقيات كونها تعد ضمانة وأداة جذب للاستثمارات الأجنبية.

ولا يسعني هنا إلا أن أكون راجيا من الجميع أن يقبلوا عثراتي ويصححوا هفواتي وينبهوني إلى أخطائي فإنه جل من لا يخطئ. فما وجدتم فيه من صواب فذلك من فضل الله سبحانه وتعالى، وما كان من خطأ فهو مني، لذا فإني مستعد وبكل رحابة صدر وآذان صاغية متقبلا النصح من إرشاد المرشدين وتصويب المصوبين، وأخيرا فإنني أتوجه إلى الله سبحانه وتعالى داعيا ومتضرعا أن يغفر لي جوانب النقص في هذا البحث وأن يجعله خالصا لوجهه الكريم نافعا للبلاد والعباد. وصلى الله وسلم على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه الطيبين الطاهرين.

((وآخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمين))