University of Zawia Journal of Legal and Sharia Sciences (UZJLSS)
Volume 13, Issue 1, (2024), pp. 175-196

The Legal Nature of Oil Concession Contracts Between Legal Jurisprudence and Islamic Law

Nasser Muhammad Muhammad

Academic degree: Lecturer, Department of Private Law - Faculty of Law - University of Zawia Al-Zawiya – Libya
Email: naseragel70@zu.edu.ly

Received: 27/05/2024 /Accepted:5/6/2024 Available online: 301/06/2024 / DOI: 10.26629./UZJLSS. 2024. 09.

ABSTRACT

In order to achieve its development goals, some developing countries are forced to nationalize the foreign oil companies with which it has concession contracts, so the companies resort to the arbitration to fulfill its rights, which prompts the arbitrators to make adaption to these contracts and determining its legal nature, which oscillates between the national law, that represents (the Government's desire) and the international law, which represents (The foreign company's desire), here the problem lies. So the problem of this study is the ambiguity of the legal nature of the oil concession contract, and its oscillation between the international and the national law. This resulted in ambiguity to determining the legal and judicial jurisdiction to rule the contract. This ambiguity made the task of the arbitrators difficult, and spread fears among the parties of the contractual relationship, whereas the parties of the relationship (Government on the one hand, and foreign companies on the other hand) want to establish compatible legal and judicial systems. With the interest of both, to obtain the positive legal results from the contract. The importance of the subject is that the determining of the legal nature of such contracts affects the sovereignty of the hosting country of the foreign oil investments that wishes to nationalize its oil concession contracts to control its natural resources and wealth. Therefore, the aim of the study was to research of the contradictory trends of objective legal jurisprudence , regarding its adaptation to such contracts, which were limited to (administrative contracts - international contracts), based on jurisprudential jurisprudence , arbitration and judicial precedents, which is the first goal, while the second goal is to know the concept of concession and its adaptation in the Islamic law.

Keywords: legal-nature-oil-concession-contracts-legal-jurisprudence-islamic-law

How to cite this article:
Muhammad N. The legal nature of oil concession contracts between legal jurisprudence and Islamic law Univ of Zawia J Legal Sharia Sci *2024; 13: 175-196* .

"Articles published in *Univ of Zawia J. Legal Sharia Sci* are licensed under a Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License."

الطبيعة القانونية لعقود الامتيازات النفطية بين الاجتهادات القانونية والشريعة الاسلامية

ناصر محمد عقل محمد

الدرجة العلمية: محاضر ، قسم القانون الخاص – كلية القانون – جامعة الزاوية

الزاوية – ليبيا

Email: naseragel70@zu.edu.ly

تاريخ الاستلام: 2024/5/27م **تاريخ القبول: 2024/6/5م** **تاريخ النشر: 2024/06/30م**

ملخَّص البحث:

يبقى موضوع

من أجل تحقيق أهدافها التنموية، تضطر بعض الدول النامية إلى تأميم شركات النفط الأجنبية التي أبرمت معها عقود امتياز. ونتيجة لذلك، تلجأ هذه الشركات إلى التحكيم لضمان حقوقها، مما يدفع المحكمين إلى تكييف هذه العقود وتحديد طبيعتها القانونية، التي تتأرجح بين القانون الوطني (الذي يمثل رغبة الحكومة) والقانون الدولي (الذي يمثل رغبة الشركة الأجنبية). هنا تكمن المشكلة.

تتمثل مشكلة هذه الدراسة في غموض الطبيعة القانونية لعقد امتياز النفط، وتأرجحه بين القانون الدولي والقانون الوطني. وقد أدى هذا الغموض إلى صعوبة تحديد الاختصاص القانوني والقضائي الذي يحكم العقد، مما جعل مهمة المحكمين أكثر تعقيدًا، ونشر مخاوف بين أطراف العلاقة التعاقدية. تسعى الأطراف المعنية (الحكومة من جهة، والشركات الأجنبية من جهة أخرى) إلى إنشاء أنظمة قانونية وقضائية متوافقة تحقق مصالح الطرفين، للحصول على النتائج القانونية الإيجابية من العقد.

تكمن أهمية الموضوع في أن تحديد الطبيعة القانونية لهذه العقود يؤثر على سيادة الدولة المضيفة للاستثمارات النفطية الأجنبية، والتي تسعى إلى تأميم عقود امتياز النفط للسيطرة على مواردها الطبيعية وثرواتها. لذلك، تهدف الدراسة إلى بحث الاتجاهات المتناقضة للفقه القانوني الموضوعي بخصوص تكييف هذه العقود، والتي تنحصر بين (العقود الإدارية – العقود الدولية)، وذلك استنادًا إلى الاجتهادات الفقهية والتحكيم والسوابق القضائية، وهو الهدف الأول. أما الهدف الثاني، فهو معرفة مفهوم الامتياز وتكييفه في الشريعة الإسلامية.

الكلمات المفتاحية: الطبيعة–القانونية–عقود–امتياز–النفط–الفقه–القانوني–القانون–الإسلامي

المقدمة.

من المعروف أن تحديد طبيعة أي عقد من العقود تعني: تكييفه، وبالتالي معرفة القانون الواجب التطبيق عليه، لاسيما وأن العقد محل الدراسة (عقد النفط) من العقود التي تلامسها الصفة الأجنبية المتأتية من

جهة رأس المال، أو جنسية المستثمر، كما أنها تتميز بسمات خاصة متأتية من طبيعتها التي احتدم الجدل الفقهي حول تحديدها.

إن طبيعة أطراف، ومحل، وسبب هذه النوعية من العقود أدى إلى تفردها بخصائص تميزها عن سائر العقود الأخرى، إذ إن أحد الأطراف هو: دولة ذات سيادة، وحصانة قضائية تنتمي إلى: نظام قانوني، واقتصادي قد يكون مختلفاً تماماً مع الطرف الآخر الذي عادة ما يكون طرفاً خاصاً ينتمي إلى نظام قانوني، واقتصادي آخر، ويبرز هذا الخلاف أكثر عندما تلجأ بعض الدول المضيفة للاستثمارات في سبيل تحقيق أهدافها التنموية لتأميم شركات النفط الأجنبية المرتبطة معها بعقود امتياز، الأمر الذي يدفع تلك الشركات للتحكيم لاستيفاء حقوقها، ومن هنا تبرز الإشكالية. حيث اختلف الفقه القانوني الوضعي حول تحديد الطبيعة القانونية لعقود الامتيازات النفطية الى ثلاثة اتجاهات: هل هي تنتمي إلى العقود الادارية؟، أم تنتمي الى العقود الدولية؟، أم هي ذات طبيعة خاصة؟، وكل اتجاه من تلك الاتجاهات ينطلق من اعتبارات ظاهرية طرحت للنقاش، وخفية دافعها مصالح أطراف العلاقة. أمَّا الفقه الاسلامي: فقد كان له رأي ثابت، وقطعي في تحديده للطبيعة القانونية لتلك النوعية من العقود، انطلاقاً من قواعد الشريعة الإسلامية الثابتة التي لا تتبدل ولا تتغير.

أهمية الموضوع:

أهمية الموضوع تتجسد في: إن تحديد الطبيعة القانونية لمثل هذه الطائفة من العقود يؤثر على سيادة الدولة المضيفة للاستثمارات النفطية الأجنبية التي ترغب في تأميم عقود امتيازاتها النفطية، بغية السيطرة على مواردها، وثرواتها الطبيعية.

إشكالية الدراسة:

إن إشكالية الدراسة تتمثل في: غموض الطبيعة القانونية لعقد الامتياز النفطي، وتأرجحه بين قانونين، وهما: **القانون الوطني للدولة** المتعاقدة ـ الطرف الاول ـ في العقد، وهو ما يمثل رغبتها، **والقانون الدولي**، وهو ما يمثل رغبة الشركة الأجنبية. الأمر الذي ترتب عليه غموض في تحديد الاختصاصين القانوني، والقضائي لحكم المنازعات الناشئة عن العقد. هذا الغموض صعَّب من مهمة المحكمين، وبث المخاوف بين أطراف العلاقة التعاقدية، حيث إن أطراف العلاقة(الدولة من جهة، والشركة الاجنبية من جهة ثانية) يرغبان في تثبيت النظامين: القانوني، والقضائي المتوافق مع مصلحة كلاً منهما بغية الحصول على النتائج القانونية الإيجابية من العقد.

***تساؤلات الدراسة:**

انبثق عن إشكالية الدراسة بعض التساؤلات التي يمكن حصرها في التالي:

1- ما الطبيعة القانونية لعقود امتيازات النفط في الفقه القانوني؟

2- كيف تناولت الشريعة الإسلامية موضوع الامتيازات؟

***هدف الدراسة:**

إن هذه الدراسة تهدف للتالي.

1- تسليط الضوء على الاتجاهات الفقهية القانونية الوضعية المتناقضة حول تكييفها لمثل تلك الطائفة من العقود التي انحصرت ما بين(عقود إدارية-وعقود دولية-وعقود ذات طبيعة خاصة) مستدلة باجتهادات فقهية، وسوابق تحكيمية، وقضائية تدعم توجهاتها.

2- البحث في مفهوم الامتياز وفق مبادئ الشريعة الإسلامية، وإبرازه، ومن ثم استنباط التكييف الملائم لهذه الطائفة من العقود ألا وهي عقود الامتيازات النفطية.

***الدراسات السابقة:**

1- الغرباوي، شهدان عادل. 2020م. **الاستثمار الأجنبي المباشر ما بين الضمان الدولي، ووسائل الحماية القانونية للاستثمارات الأجنبية الخاصة، وأثره على النمو الاقتصادي في الدول النامية.** الاسكندرية: دار الفكر الجامعي.

2- كاسب، محمد أحمد. 2021م. **عقود الاستثمار في إطار المبادئ، والضمانات، والقانون الواجب تطبيقه.** الاسكندرية: دار الفكر الجامعي.

3- عبد الرحمن، عبد الحكيم مصطفى. 2006م. **عقود التنمية الاقتصادية في القانون الدولي الخاص**". دراسة انتقادية" القاهرة: مكتبة نصر.

***الإضافة العلمية للدراسة:**

إن الدراسة بعد أن تناولت اتجاهات الفقه القانوني الوضعي حول تحديد طبيعة عقود الامتيازات النفطية القانونية، وهي معروفة لدى كل مختص في هذا الشأن، نعتقد إنها قد أضافت جديداً فيما يتعلق بإبراز قواعد الفقه الإسلامي التي تناولت عقود امتيازات الموارد الطبيعية بشكل عام، التي تقع من ضمنها بطبيعة الحال مادة النفط.

وبالتالي استطعنا: عمل مقارنة فقهية بين قواعد الفقه الوضعي، والفقه الإسلامي، وكانت الغلبة للفقه الإسلامي في تحديده الثابت، والقطعي لطبيعة تلك الطائفة من العقود. عكس اتجاهات الفقه الوضعي التي تعددت، ومازالت لم تستقر بعد.

وعليه سنتناول الموضوع وفق التالي:

المبحث الاول: الإقرار بالطبيعة الإدارية للعقود النفطية فقهاً، وقضاءً، ونفي ذلك.

المبحث الثاني: الإقرار بالطبيعة الدولية، للعقود النفطية فقهاً وقضاءً، ونفي ذلك.

المبحث الثالث: الطبيعة القانونية للعقود النفطية في الشريعة الإسلامية.

المبحث الأول: الإقرار بالطبيعة الإدارية للعقود النفطية فقهاً وقضاءً ونفي ذلك:

المطلب الأول: الإقرار بالطبيعة الإدارية للعقود النفطية [1]:

يعرَّف العقد الإداري: "بأنه العقد الذي يبرمه شخص معنوي عام بقصد إدارة مرفق عام، أو بمناسبة تسييره، والذي تتبدى فيه نية الأخذ بأحكام القانون العام، وبذلك بتضمين العقد شروطاً استثنائية غير مألوفة في مجال القانون الخاص"[2]. واضح من التعريف: إن العقد الإداري يقوم على ثلاثة عناصر أساسية، يرى أنصار الطبيعة الإدارية للعقود النفطية: توافرها في عقود الامتيازات النفطية لذلك فهي عقود إدارية، وعليه سوف نحصر عناصر العقد الاداري بالتحليل لنستنتج: مدى توافرها في عقود امتيازات النفط.

العنصر الأول: أن تكون جهة الإدارة طرفاً في العقد. وهذا طبيعي بديهي، فالعقود الإدارية طائفة من العقود التي تبرمها جهة الإدارة، ومن ثم فإن العقد الذي لا تكون جهة الإدارة طرفاً فيه لا يمكن بتاتاً أن يعد من قبيل العقود الإدارية. وجهة الإدارة يقصد بها: أشخاص القانون العام[3]. ومن الواضح تماماً إن عقود الامتياز البترولية تكتسب كلها ودون خلاف مقتضيات هذا الشرط.

العنصر الثاني: اتصال العقد بالمرفق العام[4]. تختلف العقود الإدارية عن العقود المدنية في أنها:

تستهدف تحقيق مصلحة عامة وهي: تسيير المرافق العامة عن طريق الاستعانة بالنشاط الفردي، من ثم ينبغي لاعتبار العقد إدارياً أن يتصل بالمرفق العام من حيث تنظيمه، أو تسييره، أو إدارته، أو استغلاله، أو المعاونة، والمساهمة في ذلك. بيد إنه إذا كان هذا الشرط لازماً لإضفاء الصفة الإدارية على عقود الإدارة، فإنه يكفي في ذلك: إن يؤخذ المرفق العام بأوسع معانيه دون تقيد في ذلك بنوع معين من المرافق العامة، بمعنى: إن المرفق العام يشمل المرافق العامة الاقتصادية–تجارية أو صناعية– جنباً إلى جنب مع المرافق الإدارية. والمرفق العام: هو كل مشروع يستهدف الوفاء بحاجات ذات نفع عام، تتولاه جهة الإدارة، وتديره إما بنفسها مباشرة، أو تعهد به إلى أفراد يديرونه تحت رعايتها[5]. وإذا لم يرد نص صريح على قيام المرفق العام وجب تكشف الحال من واقع نية السلطة العامة التي تتضح في جملة قرائن، وظروف تحيط بنشأة المشروع، أو تتصل بإدارته ومن ذلك مثلاً: اشتراط حصول المشروع على ترخيص، أو موافقة من جهة الإدارة، أو خضوعه لمراقبة ثابتة منها، أو مراجعة حساباته من قبلها، أو منح المشروع بعض امتيازات السلطة العامة مثل: الحق في نزع الملكية للمنفعة العامة أو شغل الأملاك العامة أو الإعفاء من بعض الضرائب، والرسوم[6] وعليه يرى أنصار هذا الرأي: إن استغلال الثروة النفطية قد بلغ مبلغاً من الأهمية يرقى إلى مستوى المورد القومي للثروة الطبيعية في الدول المنتجة له، وإذ يعد النفط ملكاً للدولة بحالته الطبيعية في باطن الأرض بينما يمثل حين استخراجه مصدراً أساساً، وأولياً لدخلها القومي، ولاريب إن هذا الاستغلال إنما يدخل في وظيفة الدولة، وواجباتها الأساسية في استغلال الثروات الطبيعية القومية، وكفالة الموارد اللازمة لاطراد نشاط سائر مرافقها الأخرى فضلاً عن واجبها في سد

حاجات شعبها من منتجات النفط التي لا غنى عنها في الواقع [7]. هذا من حيث الأهمية. أما من حيث الإجراءات: ـ فلاريب ـ أن معنى المرفق العام المقترن باستغلال الثروة النفطية، يتأكد كذلك بجملة قرائن مستمدة من عقد الامتياز ذاته، والذي يشترط فيه بداءةً موافقة الدولة، وإجازتها، فضلاً عن خضوعه لمراقبتها، ومراجعتها لحساباته، وتنظيم التنقيب عن النفط، والانتاج، واصدار اللوائح الخاصة بهما، والحق في التأميم، وتمتعه ببعض امتيازات السلطة العامة، وإعفائه من الضرائب، والرسوم، وغير ذلك من سمات المرفق العام[8]. فلا جدال إذن، حول اقتران صفة المرفق العام باستغلال الثروة النفطية، بل إن هذا المرفق أصبح بالنسبة للدولة المنتجة للنفط، أعلى من المرافق الأخرى، وذلك لصلته بالكيان الاقتصادي، والسياسي للدولة، ولولاه ما تحقق نموها، وكانت قد أصيبت بالشلل، فهو ـ ولئن صحت هذه التسمية ـ بمثابة المرفق، أو الأم الذي لا غنى عنه بحال من الأحوال[9].

العنصر الثالث: اختيار المتعاقدين لوسائل القانون العام [10]. إن علاقة اتصال العقد بالمرفق العام إذا كانت ضرورية لاعتبار العقد إدارياً، فإنها مع ذلك ليست كافية لمنحه هذه الصفة، ذلك أن جهة الإدارة قد لا تلجأ في إبرامه إلى أسلوب القانون العام لما تراه من مصلحتها في العدول عن ذلك إلى أسلوب القانون الخاص، فتتبع في شأنه ما يتبعه الأفراد في تصرفاتهم الخاصة. ومن ثم فإن المعيار المميز للعقود الإدارية عما عداها من عقود القانون الخاص يكمن في استخدام وسائل القانون العام والمتمثلة في: تضمين العقد لشروط استثنائية لصالح الدولة غير مألوفة في مجال القانون الخاص تفصح عن تبني مجالات القانون الإداري[11]. ومن أمثلة هذه الشروط غير المألوفة: الحق في نزع الملكية، واستعمال الدومين العام، وشغل بعض العقارات الخاصة لمدد محدودة دون رضا ملاكها، والحق في الإعفاء من بعض الضرائب، والرسوم، وأيضاً الشروط التي تضمن امتيازات لجهة الإدارة لا يمكن أن يتمتع بها المتعاقد معها مثل: الإشراف على تنفيذ العقد، والتفتيش على نشاط المتعاقد، وتوقيع غرامات عليه، ومصادرة التأمين المدفوع منه، وفسخ العقد بإرادتها المنفردة، وإعادة التوازن المالي للعقد، والقوة القاهرة، واستبعاد اختصاص القضاء المدني، والتجاري لنزاعات العقد، أو النص على ثبوت الاختصاص للقضاء الإداري. ومن واقع استقراء عقود الامتياز النفطية يبين أنصار هذا الرأي: إنها ترصد مظاهر عديدة متنوعة لهذه الشروط الاستثنائية غير المألوفة في مجالات القانون الخاص، والتي تكشف عن طبيعتها (كعقود إدارية)، ويذكرون على سبيل المثال بعضاً منها تتوافر في مختلف عقود الامتيازات النفطية مثل: تمتع صاحب عقد الامتياز النفطي بحق شغل الأراضي، واستغلالها في أغراض العقد حتى بدون رضا مالكيها، أو شاغليها بصفة قانونية، وحقه في الانتفاع بفائض طاقة النقل في خط أنابيب يخص متعاقداً آخر، وحقه في الانتفاع بالدومين العام للدولة، بل والحصول بدون مقابل على مواد البناء اللازمة من الأراضي غير المملوكة للغير، وحقه في التمتع بمعاملة خاصة في مجالات الرقابة على النقد، وفي

استقدام المستخدمين الأجانب لمباشرة العمل، وتيسير دخولهم، وخروجهم، وفي تنظيم مناوبات العمل ليلاً ونهاراً، وفي العطلات الرسمية غير مقيد ذلك بنظم قانون العمل المقرر[12]. ومن مظاهر هذه السلطة تخويل صاحب عقد الامتياز الحق في إقامة السكك الحديدية، والموانئ، ووسائل المواصلات السلكية، واللاسلكية، ومحطات المياه، والكهرباء (وهو الحق الذي ينطوي أحياناً على معنى الالتزام)، وينبسط هذا الحق أحياناً فيشمل: إقامة المستشفيات، والمساجد، ومعاهد البحوث العلمية، والنزل الخاصة بموظفي الحكومة، ومما يرتبط بذلك، كفالة حق الحكومة في استعمال بعض مرافق صاحب الامتياز بدون مقابل، بل والتزامه أحياناً بأداء مرتبات موظفي الحكومة، وممثليها العاملين بهذه المرافق. كذلك فإن صاحب عقد الامتياز – وبالنسبة إلى مجالات الضرائب، والرسوم – أشبه ما يكون بالدولة ذاتها، وتوابعها من الأشخاص العامة[13]. وهو مظهر من مظاهر السلطة العامة. وفضلاً عما سبق فكثيراً ما تنص عقود الامتياز: على وجوب مراعاة شركات الامتياز بالنهوض بالمصلحة القومية للبلاد، والتزام سياستها العامة سيما ما تعلق منها بالتصدير. بل إنها قد تنص أحياناً على إلزام شركات الامتياز بالإسهام في تحسين أحوال الشعب بتقديم الخدمات التعليمية، والصحية، وقد تنص على عدم سريان القوانين، واللوائح التي تمس الحقوق التعاقدية لصاحب الامتياز إلا بموافقته.ـ ولا ريب ـ إن هذا الاشتراط ـ بغض النظر عن مدى قيمته القانونية– لا يمكن في ظله مقروناً بما سبق استظهاره أن يُبْقي عقد الامتياز حبيس دائرة القانون الخاص وحدها[14].ومضافاً إلى مظاهر السلطة العامة المتقدمة فإن عقود الامتياز النفطية تتضمن: بعضاً من الشروط الاستثنائية الأخرى، من ذلك الشرط القاضي بإلزام صاحب عقد الامتياز بتقديم ضمان مالي كاف بغية تأمين قيامه بالتزاماته على وجهٍ مرضٍ، وكفالة حق الدولة في مصادرة هذا التأمين، أو جزء منه، والنص على حقها في توقيع غرامات على صاحب عقد الامتياز، والتفتيش على نشاطه وفحص دفاتره، وسجلاته، وكفالة حقها أحياناً في حضور جلسات إدارة شركات الامتياز، والتمثيل فيها بأعضاء منها[15]. وأيضاً النص على حق جهة الإدارة في فسخ عقد الامتياز النفطي في حالات معينة، وحظر التنازل عن هذا العقد من قبل صاحب عقد الامتياز إلا بموافقة الحكومة، وكفالة حقها في أن تفرض من الشروط ما تراه محققاً للمصلحة العامة، فكأن المصلحة العامة هي التي تهيمن على هذا العقد وتطبعه بطابعها الأصيل. ولعل من أظهر الشروط في تبيان طبيعة عقد الامتياز النفطي كعقد إداري، هو تحرر بعض عقود الامتياز النفطية من شرط التحكيم، فقد نص صراحة في بعض العقود على: ثبوت الاختصاص في فض المنازعات المتولدة عن عقد الامتياز النفطي للقضاء الإداري دون المدني، مثل: اتفاقيات البترول بالجمهورية العربية المتحدة،[16] وقانون البترول الجزائري لسنة 1958م[17]. وفي هذا السياق نص قانون النفط الصحراوي الجزائري على: "إن المنازعات التي تنشأ بين

السلطة مانحة الامتياز، وأصحاب الامتيازات بشأن تطبيق اتفاقيات الامتياز، يعود اختصاص الفصل فيها ابتدائياً، ونهائياً إلى مجلس الدولة الفرنسي بوصفه أعلى محكمة إدارية[18]. ومن أجل تأكيد الطابع الإداري لعقد امتياز النفط الصحراوي فإن المفاوض الجزائري في اتفاقية الجزائر – فرنسا، قد طالب: بالنص صراحة على أن " تفسير قانون البترول الصحراوي يتم: إذا اقتضى الأمر بالرجوع إلى القانون الإداري الفرنسي، وبشكل خاص إلى مجلس الدولة الفرنسي "[19].

كذلك الأمر يمكن القول: بإن الدول التي تأخذ بالنظام الانجلوسكسوني تعد نظمها القانونية أن عقود الامتياز النفطية تعد عقوداً إدارية، أو من قبيل عقود الدولة– State Contracts.

وفي جانب السوابق القضائية يبدو أن القاضي كافين (Cavin) المحكم الوحيد في قضية سافير (Sapphire) إيران، قد اعترف: ضمناً بالطبيعة الإدارية لعقد امتياز النفط، المبرم بين شركة البترول الوطنية نيوك، والشركة الكندية سافير، وذلك بإقراره: بأن العقد يتضمن عناصر تنتمي للقانون الإداري[20]. وقد دافعت منظمة (الأوبك) عن وجهة النظر هذه.

المطلب الثاني: نفي الطبيعة الإدارية للعقود النفطية:

في هذا الإتجاه يرى جانب من الفقه،[21] إن عقود الامتيازات النفطية لاتعد عقوداً إدارية استناداً لعدم توافر شروط العقد الإداري مجتمعة في هذه العقود، وبالتالي بعد الفحص يستخلصون النتائج التالية.

أن تكون جهة الإدارة طرفاً في العقد. يقر أصحاب هذا الاتجاه: بأن هذا الشرط متوافر في العقود النفطية، فأحد الأطراف هو الدولة، أو شخص من أشخاص القانون العام، عادةً يكون مؤسسة تتبع الدولة، إلَّا إنهم يرون: إنه ليس كل عقد يبرمه أحد أشخاص القانون العام يعد عقداً إدارياً، فقد يلجأ الشخص العام في تعاقده إلى وسائل القانون الخاص فيبرم عقوداً خاضعة للقانون الخاص، وبالتالي فإذا كان هذا الشرط لازماً فإنه لا يعد كافياً لوحده لإضفاء الطابع الإداري على العقد النفطي[22].

اتصال العقد بمرفق عام: ينفي أصحاب هذا الاتجاه اتصال عقد النفط بمرفق عام للأسباب التالية[23]:

أ–القول بإن استغلال الثروة النفطية يعد مرفقاً عاماً معناه: إخضاع استغلال الثروة النفطية للمبادئ الأساسية التي تخضع لها المرافق العامة وهي: مبدأ السير المنتظم، والمضطرد للمرافق العامة، ومبدأ مسايرة المرفق العام للتطورات المستجدة، ومبدأ مساواة الأفراد في الانتفاع بخدمات المرفق العام وهو قول يتناقض مع الواقع العملي لعقود امتيازات النفط. فاستغلال الشركة للثروة النفطية ليس مشروع يعمل بانتظام واضطراد بقصد أداء خدمات عامة للجمهور، كما لا تلتزم الشركة بإفادة الجمهور من النفط الذي تنتجه، و لأي تضمن العقد أي نص بهذا المعنى.

ب–إن الدولة المتعاقدة رغم سلطاتها الإشرافية، والرقابية على أعمال الشركة المتعاقدة، إلا إنها ليست صاحبة الرأي الأعلى في إدارة المشروع النفطي، وتنظيمه، بل القدر الأكبر من التنظيم، والإدارة بيد الشركة.

اختيار المتعاقدين لوسائل القانون العام. يرى المنتقدين للاتجاه السابق: أن عقود النفط لا تتضمن شروطاً استثنائية بين الطرفين توحي باختيار المتعاقدين لوسائل القانون العام، والتي تضمن امتيازات لجهة الإدارة دون المتعاقد الآخر، مثل: حق الإدارة في فسخ العقد، وحقها في تعديله، وحقها في الإشراف، والرقابة أثناء التنفيذ، وحقها في إنهاء العقد بإرادتها المنفردة دون رضا الطرف الآخر[24]. بل على العكس تتضمن بعض العقود النفطية: شروطاً تحد من تمتع جهة الإدارة بالامتيازات التي يعطيها العقد الإداري، منها: الشروط التي تنص على عدم تعديل العقد، أو إنهائه إلا باتفاق الطرفين، والتي تنص على حق الشركة في التنازل عن العقد، أو إنهائه، بالإضافة إلى ذلك تضمن عقود امتيازات النفط مزايا للشركات المتعاقدة مثل الإعفاء من الضرائب، والرسوم الجمركية، وإذا كان انتفاء وجود الشروط الاستثنائية لصالح الدولة يعد قرينة على انتفاء الطابع الإداري على امتيازات النفط فمن باب أولى أن ينتفي عنها هذا الطابع إذا تضمنت شروطاً تحد من سلطات الإدارة في مواجهة المتعاقد معها[25].

المبحث الثاني: الإقرار بالطبيعة الدولية للعقود النفطية فقهاً، وقضاءً ونفي ذلك:

بين مُقرٍ: بأن العقود النفطية هي عقود ذات طبيعة دولية (أولاً)، وبين رافض: للطبيعة الدولية لتلك العقود.

(ثانياً) دار جدل فقهي حول إضفاء الصفة الدولية للعقود النفطية، وهذا ما سنبحث فيه في هذا المطلب.

المطلب الأول: الإقرار بالطبيعة الدولية للعقود النفطية:

برزت عديد المحاولات الفقهية، وخاصة من فقهاء الدول الغربية بغرض إضفاء الصفة الدولية على عقود الامتيازات النفطية، وأول جدل من هذا النوع ظهر في مؤتمر البترول العربي السادس سنة 1967، ثم ظهرت نظريات تساند هذا الفكر. وعليه سنتعرض: لهذه الآراء مع حججها، وأسانيدها وفق التالي:

1–إخضاع عقد الامتياز النفطي للقانون الدولي العام استناداً لقواعد القانون الدولي الخاص[26]:

تزعم هذا الرأي: الفقيه مان (MANN)[27] وهو يرى: إن العقود المبرمة بين شخص دولي، وشخص قانوني تابع لنظام قانوني وطني، تكون محكومة بواسطة نظام قانوني داخلي مختار بواسطة الأطراف، ومع ذلك فإنه من الممكن، أن تخضع هذه العقود للقانون الدولي العام باستخدام قواعد الإسناد من قبل الأطراف. وقد بنى الفقيه وجهة نظره على: أساس نظرية القانون المناسب في القانون الدولي الخاص، فهو يرى: إن مسألة ما إذا كان من الجائز وفي ظل أية ظروف للشخص الدولي، والشخص الخاص

إخضاع عقدهما للقانون الدولي العام أمر يتعلق بنظرية القانون المناسب في القانون الدولي الخاص أكثر من تعلقه بالقانون الدولي العام ذاته، وإذا كانت هناك قيود تحد من حرية أطراف العقد في الاختيار، إلا إنها لاتقف ضد حرية الاطراف في اختيار القانون الدولي العام، وخاصة عندما تقضي طبيعة الأشياء: بأن تكون هناك علاقة وثيقة بالقانون الدولي العام[28]. ويرى: بإن القانون الدولي العام لا ينظم العلاقات بين أطرافه فقط، بدليل أن القانون السويسري باعتباره نظام داخلي ينظم العلاقات القانونية بين المواطنين السويسريين، إلا إنه إذا أَخْضَع شخص إنجليزي، وشخص إيطالي عقدهما للقانون السويسري، فليس ثمة من شك في أن هذا النظام القانوني يطبق على العلاقات العقدية بينهما بموجب اختيارهما لهذا القانون[29].

2- إخضاع عقد الامتياز النفطي للقانون الدولي باعتباره معاهدة دولية:[30]

يرى هذا الرأي: إن عقود امتيازات النفط هي اتفاقيات تخضع بطبيعتها للقانون الدولي العام الاتفاقي وذلك لتمتعها بالخصائص التالية:

أ-إن هذه العقود تتخذ شكل المعاهدات الدولية، حيث تبرم وفقاً للأشكال، والإجراءات التي تبرم بها المعاهدات الدولية، وبواسطة السلطات الوطنية المختصة وفقاً للقانون الداخلي في الدولة.

ب-إن هذه العقود تتضمن: إرادة حقيقية للأطراف بالتدويل سواء كانت صريحة بموجب شرط تحديد القانون واجب التطبيق، أو ضمنية تنص: على إخراج العقد من اختصاص القانون الداخلي للدولة[31].

ج-إن هذه العقود تتضمن: شروطاً تلزم الدولة المتعاقدة بعدم اتخاذ بعض الإجراءات الداخلة في اختصاصها السيادي (وهي ما تسمى: بشروط الثبات، وعدم المساس).

د-إن هذه العقود تنص على خضوع المنازعات المثارة بصددها إلى محكمة تحكيم دولية.

كما يرون: إن كل اتفاق بين دولة، وشركة أجنبية لا يكون بالضرورة ضمن اتفاقات القانون الدولي العام، بل فقط الاتفاقات التي تكون على مستوى عالٍ من القيمة الاقتصادية، والتي تكون فيها الشركة النفطية في مركز يسمح لها وقت التفاوض بالحصول على مزايا مهمة تجاه المتعاقد الأجنبي العادي.

3-إخضاع عقد الامتياز النفطي للقانون الدولي باعتباره تصرفاً قانونياً دولياً جديداً:[32]

دافع عن هذا الرأي الفقيه ويل (Weil) حيث يقول في معرض حديثه عن التفرقة بين النظام القانوني الأساسي والقانون واجب التطبيق: إنه يمكن التفرقة بين نوعين من العقود الخاضعة للقانون الدولي، العقد الذي يخضع للقانون الدولي بموجب إرادة الأطراف، ويمكن أن نطلق عليه تعبير العقد المدول، والعقد المتأصل بطبيعته، ومضمونه في النظام الدولي، ويمكن أن نطلق عليه: تعبير العقد الدولي، وقد يحدث

أن يكون العقد دولياً، ومدولاً في آن واحد، كما يتصور أن يتصف بإحدى الصورتين دون الأخرى، وبناء عليه: فإن الوظيفة التي يمكن أن يؤديها القانون الدولي في مجال عقود الدولة تعد وظيفة مزدوجة[33].

وتساءل هذا الفقيه، هل توجد في الواقع عقود الدولة التي تجد أساسها في النظام القانوني الدولي ؟ أجاب عن ذلك بالقول:[34]– إذا ما تم الأخذ في الاعتبار المعطيات الموضوعية، والقانونية، والسياسية، والاقتصادية التي يتوقف عليها النظام القانوني الأساس، يمكن أن نؤكد تأصل العقود التي تبرمها الدولة في النظام القانوني الدولي– ويرى: إن المعطيات القانونية معبرة في هذا الخصوص. ومن بين الأعمال القانونية التي يرتبط بها العقد ارتباطاً لا يقبل الانفصال إلى جانب الأعمال ذات الطابع الداخلي (مثل التشريعات الوطنية المتعلقة بالاستثمارات)، نجد: المعاهدات الدولية المتعلقة بالاستثمار باعتبارها دعامة للروابط الدولية، حيث يعد العقد أحد مكوناتها. أما النموذج الأكثر تعبيراً فهو الاتفاقيات الثنائية لحماية الاستثمارات، والتي تتعهد الدول بمقتضاها بعدم المساس بالاستثمارات المنفذة بواسطة رعايا الدول الأخرى. هذا إلى جانب قرارات المنظمات الدولية المتعلقة بالنظام الاقتصادي الدولي الجديد، والتي تحمل تأكيداً غير مباشر على ارتباط هذه العقود بالنظام القانوني الدولي، وذلك لأن هذه المنظمات لو لم ترَ وجود صلة بين عقود الاستثمار، والنظام القانوني الدولي لما أقدمت على وضع مبادئ تتعلق بهذه العقود. ويستطرد ويل (Weil) بالقول: إن المعطيات السياسية، والاقتصادية تسير في نفس الاتجاه فإذا كان صحيحاً أن عقود الاستثمار النفطية تخضع من الناحية القانونية الدولة المضيفة في مواجهة الشركة الخاصة الأجنبية، إلا إنها غالباً ما تثير في الواقع العلاقات السياسية بين الدولة المضيفة، ودولة المستثمر الأجنبي. وإذا كان المستثمر الأجنبي يتخذ شكل الشركة الخاصة فإن وراءه غالباً ما يرتسم ظل حكومته التي تحميه، وتحدد له سياسته [35]. وانتهى الفقيه (Weil) للقول: إن هناك العديد من عقود الدولة بطريقة إبرامها، وبالشروط التي تتضمنها، وبتنفيذها ليست سوى الجانب الظاهر للعلاقات السياسية للدولتين. فالعقود المبرمة بين الدول، والرعايا الأجانب تندرج ضمن العلاقات الاقتصادية الدولية، ويقع مركز ثقلها في المحيط الدولي، ومادامت الحقيقة الاقتصادية، والسياسية لهذه العقود تصطبغ بالطابع الدولي، فلماذا لا تتطابق معها الحقيقة القانونية؟، فمنذ اللحظة التي يدور فيها العقد في المحيط السياسي، والاقتصادي الدولي، فالواقعية تقتضي ترتيب نفس النتائج على الصعيد القانوني، والنظر للعقد باعتباره راسخاً في النظام القانوني الدولي، والقول بتأصله في النظام الداخلي ينكر الواقع، ويعزل العلاقات التعاقدية عن محيطها السياسي، والاقتصادي.

المطلب الثاني: نفي الطبيعة الدولية للعقود النفطية:

خلافاً لبعض الآراء التي أقرت: بالطبيعة الدولية لعقود الامتيازات النفطية، نفى البعض الآخر إقرار طبيعتها الدولية وفق التالي:

1-نفي إخضاع العقد النفطي للقانون الدولي العام استناداً لقواعد القانون الدولي الخاص:[36]

أ-إن تطبيق القانون الدولي العام على العقود النفطية بناء على نظرية القانون المناسب في القانون الدولي الخاص: أمر بعيد الإقناع، لأن قواعد تنازع القوانين في الدول تهدف: لحسم التنازع بين القوانين الوطنية التي تتزاحم لحكم العلاقة التعاقدية، ولا يمكن أن يدخل القانون الدولي في تنازع مع القوانين الوطنية[37].

ب-إن القانون الدولي العام لا يمكنه أن يحكم العقود المبرمة بين الدول، والأشخاص الخاصة الأجنبية، حيث يقول الفقيه (Sereni): "إن قواعد هذا القانون لا تسري إلا على العلاقات التي تتم بين أشخاصه، فكل قاعدة قانونية في نظام قانوني معين تميز المخاطبين بها سواء بطريق مباشر، أو غير مباشر، بالإضافة إلى قواعد أخرى في نفس النظام القانوني تحدد المخاطبين بها، ولذلك فإن هناك اتصالاً وثيقاً، وضرورياً بين جوهر القاعدة القانونية أي الحق، والواجب، والسلطة، والأعباء الناتجة عنها، وبين أشخاص النظام القانوني الذي توجد فيه القاعدة".

ج-إن القول بإن للأطراف الحق في اختيار القانون الدولي العام كقانون يحكم العقد معناه: انه بمقدور الأشخاص الخاصة الطبيعية، أو الاعتبارية أن يعترفوا لأنفسهم بأنهم من أشخاص القانون الدولي العام وهو : ما لا يمكن قبوله لأن القانون الدولي العام نفسه يتولى تحديد الأشخاص المخاطبين بأحكامه[38].

د-إن القول: بأن العقود المبرمة بين الأشخاص الدولية، والخاصة لا تختلف من حيث طبيعتها، وموضوعها عن المعاهدات الدولية التي تبرم بين الدول خاصة التجارية أمر يجافي الحقيقة، فالمعاهدات التجارية لا تتناول عمليات استغلال الثروات الطبيعية، ولا تتعرض لمنازعات العقود، بل قد تنص على تقديم قروض، ومساعدات فنية للدول، وقد تنص على حماية الحقوق العقدية للشركات الأجنبية في الدولة المنتجة [39].

هـ-إن تطبيق القانون الدولي العام على عقد ليس كل أطرافه من أشخاص القانون الدولي لا يماثل تطبيق القانون السويسري على عقد أشخاصه غير سويسريين، فالاختلاف بين السويسريين وغير السويسريين اختلاف في الجنسية، وليس في الشخصية القانونية، فالسويسريون من أشخاص القانون الخاص، وليس القانون الدولي. كذلك النتيجة للعقد المبرم بين الأشخاص غير السويسرية وفق القانون السويسري، وبالتالي فإن القواعد السويسرية التي تنطبق على العقد الأخير يمكن أن تنطبق على الأول إذا اختارها الأطراف، بينما في حالة أطراف عقود الامتيازات النفطية فإن الاختلاف بين الكيانات التي تعد من

أشخاص القانون الدولي، والكيانات التي لاتعد كذلك مسألة تتصل بالشخصية القانونية للكيان، وقدرته على اكتساب نفس الحقوق، والتحمل بنفس الالتزامات التي يحددها القانون الدولي، وهي مسألة متميزة عن الجنسية[40].

2- نفي إخضاع العقد النفطي للقانون الدولي باعتباره معاهدة دولية:

أيضاً تعرض هذا الرأي للنقد من مجمل نواحيه، حيث إن اصطلاح المعاهدة لا ينصرف إلا إلى الاتفاقات التي تبرم بين أشخاص القانون الدولي العام، وهي الدول، والمنظمات الدولية وكما عرفتها اتفاقية فيينا في المادة الثانية، ومن ثم لا يعد من قبيل المعاهدات الأعمال القانونية التي يأتيها أشخاص القانون الداخلي ولو اتخذت في بعض الأحيان شكل الاتفاق الدولي[41]. وعليه: فإن عقود الامتيازات النفطية المبرمة بين إحدى الدول، وشركة أجنبية لا يمكن إدراجها في عداد المعاهدات الدولية حتى وإن كان التفاوض، وإبرام هذه العقود يتخذ أحياناً شكل إبرام المعاهدة.[42] كما أن بعض المعايير مثل: اللجوء للتحكيم ذي الطابع الدولي، واستبعاد القانون الداخلي للدولة المتعاقدة، والنص على تطبيق المبادئ العامة للقانون، أو القانون الدولي، ليس من شأنه تدويل العقد.[43]أما فيما تعلق بمعيار التفرقة بين العقود ذات المستوى المرتفع والتي تخضع للقانون الدولي العام، وذات المستوى الأقل والتي تظل محكومة بالقانون الداخلي، فهو معيار يقوم على: التقدير الشخصي، ولا يعتمد على معايير موضوعية في تحديد الطبيعة القانونية للعلاقة التعاقدية.[44].

3- نفي إخضاع العقد النفطي للقانون الدولي باعتباره تصرفاً قانونياً دولياً جديداً:[45].

تصدى لهذا الرأي الفقيه ماير (Mayer)، ونقده من عدة أوجه خاصة ما يتعلق بالتفرقة بين النظام القانوني الأساسي، والقانون واجب التطبيق على العقد[46]. أيضاً أعرب أعضاء اللجنة الواحدة والعشرين المخصصة لبحث: مسألة القانون واجب التطبيق على العقود المبرمة بين الدول: والأشخاص الخاصة الأجنبية أثناء أعمال مجمع القانون الدولي في دور انعقاده بأوسلو عام 1977م عن رفضهم التفرقة بين القانون الذي يحكم العقد، والنظام القانوني الأساسي الذي يستمد منه العقد قوته الملزمة، وحتى الفقهاء الذين قبلوا هذه التفرقة يرون: إن القانون الدولي العام في حالته الراهنة لا يعد نظاماً فاعلاً للإسناد، بالإضافة لذلك تجاهل مجمع القانون الدولي في توصية انعقاده بأثينا عام 1979م الأخذ بهذه الفكرة، وأخذ بشكل مباشر بمبدأ استقلال الإرادة في تحديد القانون واجب التطبيق باعتباره من المبادئ العامة في القانون الدولي الخاص[47]. وفيما يخص القول بإن العقود المبرمة بين الدول، والأشخاص الخاصة الأجنبية-كما شأن عقود الامتيازات النفطية- تعد تصرفات قانونية دولية من نوع جديد، فهو قول لا يتفق مع القانون الدولي الحالي، حيث إن القانون الدولي لا يعرف سوى نوع واحد من الاتفاق ، ويسمى:

المعاهدة، ولما كانت العقود المبرمة بين الدول، والأشخاص الخاصة الأجنبية ليست من قبيل المعاهدات فإنها بالتالي لا تخضع للقانون الدولي[48].

وفيما يتعلق بالمبررات القانونية والتي يرى (Weil): إنها تكشف عن تأصل العقود النفطية في القانون الدولي فإنها: تبدو مبررات غير مقنعة. وقد أثارت مسألة أثر ارتباط العقود النفطية بالتشريعات الوطنية للدول المضيفة المتعلقة بالاستثمارات الأجنبية انتباه مجمع القانون الدولي، حيث لم يبدِ أعضاء المجمع أن ارتباط العقد بهذه التشريعات يكشف عن تأصله في القانون الدولي، بل إن الغالبية رأو: خضوع العقد للقانون الداخلي للدولة المتعاقدة مالم يوجد شرط صريح مخالف. كذلك فإن المعاهدات الثنائية لحماية الاستثمارات الأجنبية وإن كانت تعبر عن أهمية الأموال الخاصة في الاقتصاد العالمي، إلا أنها لا تضفي على عقود الاستثمار الطابع الدولي، ويتضح ذلك من تلك المعاهدات التي تؤكد على خضوع العقود صراحةً للقانون الداخلي أولاً، وقد يستفاد ضمناً من خلال الإحالة للقواعد الوطنية غالباً، كذلك عندما لا تفرد المعاهدة للحقوق المتولدة عن العقد بمعاملة خاصة فإن ذلك يعني خضوعها للقوانين الداخلية طالما لم يعبر أطراف المعاهدة بإرادة صريحة إخضاعها للقانون الدولي[49].كذلك فإن التمسك بقرارات الجمعية العامة المتعلقة بالسيادة الدائمة على الثروات الطبيعية، للتأكيد على تدويل عقود الامتيازات النفطية أمر ينطوي على مغالطة، حيث أكد بعض الفقهاء على أن حق السيادة للدول على ثرواتها الطبيعية (النفط) يؤكد الاختصاص الداخلي للدولة، حيث إن ما رتبته تلك القرارات ليس تغييراً في طبيعة عقد الامتياز النفطي وإنما تقرير لحماية إضافية يكفلها القانون الدولي للدولة[50]. أما بخصوص المعطيات السياسية والاقتصادية والتي بينها (Weil) فيكفي ردها القول إن هذه الأمور وإن كانت تبرز أهمية العقود، إلا إنه لا شأن لها في تحديد طبيعتها القانونية.

المبحث الثالث: الطبيعة القانونية لعقود الامتيازات النفطية في الشريعة الإسلامية:

بما إن الدول الإسلامية هي دول منتجة للنفط، فإنه من الضروري دراسة: مفهوم امتياز النفط في الشريعة الإسلامية، حيث عرفت الأمة الإسلامية الامتيازات منذ عصورها الأولى، وقد كانت امتيازات لإحياء أراض خالية لا مالك لها، أو للتنقيب عن المعادن، واستغلالها مثل الفضة، والذهب، والحديد، والرصاص، والنحاس (وهذه تصنف أنها معادن باطنة)، كما كانت الامتيازات تشمل: المعادن الظاهرة كالنفط، والكبريت، والماء[51]، وبحسب الشريعة الإسلامية هناك مصطلحان لاتفاقات الامتياز هما :الإقطاع، والإجارة. والإقطاع يعرفه الفقيه الحنبلي ابن قدامة المتوفي 1223م : "إن المعادن مباحة، فمن يجد معدناً يحق له أخذ حاجته منه بالأسبقية على الغير، ومن بعد ذلك عليه أن يترك للآخرين أن يستوفوا حاجاتهم، فهو لا يستطيع أن يستحوذ على العرق، أو المنجم، أو الرواسب إلا نتيجة استحواذه على الأرض حيث

يعثر على هذا العرق، أو المنجم، أو الراسب، ويجوز أن يتم الاستحواذ إما بالإقطاع، أو بمنحة من الإمام، أو بإشغال الأرض، أو إحيائها إن كانت مواتاً لا مالك لها...ولا يسمح لأحد أن يأخذ، أو يستخرج معدناً موجوداً في ملك شخص آخر لأن ملكية الأرض تشتمل على: ملكية الأجزاء الظاهرة، والباطنة منه، أما المعادن السائلة فهي وفق الرأي الراجح مباحة ولا تحتاج إلى إقطاع، أو إشغال للأرض، أو إعطائها من قبل مالكها"[52]. وهكذا وبموجب الرأي الراجح في الفقه الحنبلي، لا تقتضي المعادن السائلة سواء كانت ظاهرة، أو باطنة استحواذاً خاصاً على الأرض إما بالاكتشاف، أو بالإشغال، أو بالإقطاع، أو بمنحة الحاكم.

وقد بين الشيخ محمد أبو زهرة في قضية تحكيم شركة أرامكو مع السعودية سنة 1958م: "إن شرعية الامتياز تعد موافقة للمفهوم الشرعي الإسلامي المعروف: (بإحياء أرض الموات وهي الأرض القابلة للإصلاح)، أو منح الحق لتملك المعادن بالقواعد المتعلقة بالإقطاع، ومن المتفق عليه إن الإقطاع لغرض المعادن الباطنة في الأرض أمر تقره الشريعة، حيث إن الإمام يمنح فرداً، أو أكثر تخويلاً للتنقيب في منطقة معينة ليأخذ ما قد يجده فيها من معادن...ومن الثابت، والمقبول إن الذي يجد معدناً مطموراً قبل غيره له الحق به، أي يكون ملكه، وله الحق في الاستمرار في أخذ المعدن، ولا حق لآخر في أن ينافسه فيه"[53].

وثمة شكل آخر من اتفاقيات الامتياز يُعرف بالإجارة، وهو في الشريعة بيع المنفعة، لذلك فهو جزء من قانون البيع، إن عقد الإجارة ينص على: أجر يُدفع لقاء الاستعمال، وهناك نوعان من عقد الإجارة، هما: إجارة زمانية، أي لأجلٍ مسمى، وإجارة للقيام بعمل بعينه[54]. وتقضي الشريعة: أن أجر المأجور، وأجر العمل يجب تحديدهما مع تحديد محل العقد، ووجه استخدامه[55].يقول الفقيه (النووي): "لا يعد عقد الإجارة صحيحاً إذا كان يقع على سلخ جلد الحيوان لقاء دفع الجلد أجراً عن العمل، ولا يعد صحيحاً إذا وقع على طحن الحنطة لقاء دفع جزء من الطحين أجراً عن العمل الجاري. " أما ما يتعلق بالتقنين الإسلامي فقد تناولت مجلة الأحكام العدلية،)[56] عقد الإجارة وفق النصوص التالية: م.449: يلزم تعيين المأجور، بناءً عليه، لا يصح إيجار أحد الحانوتين من دون تعيين، أو تخيير. م.450: يشترط أن تكون الأجرة معلومة. م.451: يشترط في الإجارة أن تكون المنفعة معلومة بوجه يكون مانعاً للمنازعة. م.454: يلزم في استئجار الأراضي بيان كونها: لأي شيء استؤجرت مع تعيين المدة... .م.457: يشترط أن تكون المنفعة مقدورة الاستيفاء. بناءً عليه، لا يصح إيجار الدابة الفارة. م.465: يلزم بيان مقدار بدل الإيجار، ووصفه إن كان من العروض، أو المكيلات، أو الموزونات، أو العدديات[57]. وتصنف اتفاقيات امتياز النفط على إنها من امتيازات التعدين بموجب الفقه الحنبلي،[58]. وعليه، يمكن للدولة المسلمة إبرام

عقد امتياز للنفط بشرط عدم معارضته أحكام الشريعة، وهذا العقد لا يتعارض بصفة عامة مع هذه الأحكام لأنه يكون متفقاً مع مبدأين أساسيين من مبادئ أحكام الشريعة الإسلامية: أولهما: مبدا الحرية في التعاقد ضمن حدود شريعة الله، والثاني: مبدأ احترام العقود، حيث يقول الفقيه ابن تيمية بشأن المبدأ الأول: "...يباح للناس أن يتعاقدوا على ما يحتاجون إليه، إلا إذا كانت هذه العقود يحرمها الكتاب، أو السنة... ".[59]

أما الأساس الثاني لهذه القاعدة فهو ينشأ، ـ وكما يرى ابن تيمية ـ، من أن الشريعة لا تميز بين المعاهدات ،وبين عقود القانون الإداري، أو المدني، أو التجاري كما في التشريع الوضعي، فالفقهاء المسلمون ينظرون إلى كل هذه الأنواع : على إنها اتفاقيات، أو عهود ينبغي الوفاء بها، إذ أن الله هو الشاهد على أي عقد يعقد بين أفراد، أو جماعات. إن العقد الصحيح هو عقد ملزم في الشريعة الإسلامية بغض النظر عن تسميات القانون الحديثة، ذلك أن الله يقول في كتابه العزيز: " وأوفوا بعهد الله إذا عاهدتم ".[60]

الخاتمة

لعل أهم ما يقال في شأن تكييف عقود الامتيازات النفطية، وتحديد طبيعتها القانونية هو: أن معظم النظريات التي تم الاعتماد عليها، سواء التي تدافع عن إسكان العقد في النظام القانوني للدولة المتعاقدة، أو التي سعت إلى تسكينه في القانون الدولي، إنما كانت تنبع من اعتبارات إيديولوجية، أو سياسية أكثر منها قانونية، لذا فإننا نرى: إن إخضاع هذه العقود لمناهج التنازع المعروفة في نطاق القانون الدولي الخاص هو السبيل الأمثل للخروج من هذا الصراع الإيديولوجي، وعلى هذا الأساس فإن الأخذ بنظرية: الآداء المميز سيؤدي إلى إخضاع العقود للقانون الوطني للدولة المضيفة، دون أن يخل بالطبيعة الذاتية لتلك العقود، فيطبق القانون الوطني باعتباره القانون الذي يتم فيه الوفاء بالالتزام الرئيسي، وعادة ما يتم هذا في إقليم الدولة المتعاقدة، وهو ما يتوافق مع مبادئ الشريعة الإسلامية لحل المنازعات.

ولتحقيق ذلك نطرح جملة من المقترحات نرى أن تعمل بها الدول الإسلامية حتى لا تقع في مغبة تدويل عقودها:

1- إن مصلحة الدول الإسلامية المتعاقدة تقتضي: أن تقوم بصياغة نصوص تحيل المحكمين لتطبيق قوانينها الوطنية على هذه العقود بشكل دقيق، ومحدد. ولا يحتمل التأويل، ولا المشاركة لأكثر من نظام قانوني لحكم العقد، فلا تكتفي بمجرد الإشارة إلى قانونها الوطني، بل لا بد لها أن تنص على استبعاد أي قانون آخر ينظم العقد كاملاً، أو جزئية منه، حتى لا يتاح المجال لاقتران القانون الوطني بالقانون الدولي العام، أو المبادئ العامة للقانون.

2- التخلي عن شروط الثبات التشريعي، لما فيها من انتهاك صارخ لحرية الدولة في تعديل تشريعاتها، والبحث عن سبيل أخر فعّال يزيل الخوف لدى المتعاقد الخاص الأجنبي، من تغيير الدولة لتشريعها.

3- ضرورة التأسيس لنظام خاص لعقود الدولة النفطية بمساعدة إسهامات محاكم التحكيم لغرض إرساء قواعد دولية تصبح جزءاً من قوانين الدول الداخلية، لتحقيق التوازن القانوني، والاقتصادي بين التباين الحاصل في التشريعات المختلفة، وبين صراع المصالح الاقتصادية، المؤسس لاتجاهات فقهية غير مبررة.

هوامش البحث

1سعيد، نبيل أحمد. 1966م. "الطبيعة القانونية لعقد الامتياز البترولي كعقد إداري". *مجلة مجلس الدولة*. القاهرة: السنوات من الثالثة عشر إلى الخامسة عشر. ص 343-366، علوان، محمد يوسف. 1976م. "الاتجاهات الحديثة في العقود الاقتصادية الدولية". *مجلة نقابة المحامين الأردنية*. عمان: السنة 24. (العدد الحادي عشر والثاني عشر). ص. 1795. أيضاً: البنا، محمود عاطف. 1984م. العقود الإدارية مع دراسة خاصة لنظام تامين مشتريات الحكومة، وعقود التوظيف، واستغلال الثروة الطبيعية في المملكة العربية السعودية". *مجلة العلوم*. السعودية: دار العلوم للطباعة والنشر. ص71-75.

2 هذا وقد أخذ المشرع الليبي في تحديد مدلول العقد الإداري بمعيارين: الأول: شكلي يتمثل في ضرورة أن تكون الجهة المبرمة للعقد شخصية اعتبارية عامة. والثاني: موضوعي يتمثل في اتصال العقد بتسيير مرفق عام، واحتوائه على شروط استثنائية غير مألوفة في العقود المدنية، راجع في ذلك لائحة العقود الإدارية رقم 263 لسنة 1430المادتين 2 ، 3.

3 راجع في ذلك لائحة العقود الإدارية رقم 263 لسنة 1430المادتين 2 فقرة ب.

4 راجع في ذلك: أبوزيد، سراج حسين. 2004م.التحكيم في عقود البترول. (رسالة دكتوراه). القاهرة. دار النهضة العربية. ص. 600.

5 الصدر السابق. ص. 602.

6 البنا، محمود عاطف. 1984م. العقود الإدارية مع دراسة خاصة لنظام تأمين مشتريات الحكومة، وعقود التوظيف، واستغلال الثروة الطبيعية في المملكة العربية السعودية". *مجلة العلوم*. السعودية: دار العلوم للطباعة والنشر. ص. 71.

7 علوان، محمد يوسف. 1976م. "الاتجاهات الحديثة في العقود الاقتصادية الدولية". *مجلة نقابة المحامين الأردنية*. عمان: السنة 24. (العدد الحادي عشر والثاني عشر). ص. 1798.

8 سعيد، نبيل أحمد. 1966م. "الطبيعة القانونية لعقد الامتياز البترولي كعقد إداري". *مجلة مجلس الدولة*. القاهرة: السنوات من الثالثة عشر إلى الخامسة عشر. ص 345.

9 علوان، محمد يوسف. 1976م. "الاتجاهات الحديثة في العقود الاقتصادية الدولية مرجع سبق ذكره ص. 1799.

10 السيدة نجلاء حسن. 2004م. *التحكيم في المنازعات الإدارية*. القاهرة: دار النهضة العربية. ص 224-225 . أيضا. علوان، محمد يوسف. 1989م. *النظام القانوني لاستغلال النفط في الأقطار العربية*. الكويت: جامعة الكويت. ص. 303.

11 السيد، نجلاء حسن. 2004م. *التحكيم في المنازعات الإدارية*. القاهرة: دار النهضة العربية. ص 224-225 . أيضا. علوان، محمد يوسف. 1989م. *النظام القانوني لاستغلال النفط في الأقطار العربية*. الكويت: جامعة الكويت. ص. 304.

12 سعيد، نبيل أحمد. 1966م. "الطبيعة القانونية لعقد الامتياز البترولي كعقد إداري". *مجلة مجلس الدولة*. القاهرة: السنوات من الثالثة عشر إلى الخامسة عشر. ص 346.

13 سعيد، نبيل أحمد. 1966م. "الطبيعة القانونية لعقد الامتياز البترولي كعقد إداري". *مجلة مجلس الدولة*. القاهرة: السنوات من الثالثة عشر إلى الخامسة عشر. ص 347.

14 البنا، محمود عاطف. 1984م. العقود الإدارية مع دراسة خاصة لنظام تامين مشتريات الحكومة وعقود التوظيف واستغلال الثروة الطبيعية في المملكة العربية السعودية". *مجلة العلوم*. السعودية: دار العلوم للطباعة والنشر. ص. 74.

15 السيد، نجلاء حسن. 2004م. *التحكيم في المنازعات الإدارية*. القاهرة: دار النهضة العربية. ص. 224.

16 أبوزيد، سراج حسين. *2004م. التحكيم في عقود البترول*. (رسالة دكتوراه). القاهرة. دار النهضة العربية. ص. 601. أيضا، السيد، نجلاء حسن. 2004م. *التحكيم في المنازعات الإدارية*. القاهرة: دار النهضة العربية. ص

17 فقد نصت المادة 41 من قانون البترول الصحراوي على أن تحال جميع الخلافات بين الحكومة والشركات إلى مجلس الدولة الفرنسي.

18 تم توضيح هذه الأحكام بالمذكرة المتضمنة عرض الأسباب الموجبة لإصدار المرسوم التشريعي رقم 1111- 58 بتاريخ 1958/11/22م تمشياً مع نفس الروح، فقد رؤي من المناسب أن تستند بشكل مباشر تسوية المنازعات المتعلقة بالاستغلال وبالنقل في خطوط الأنابيب وكذلك المنازعات المتعلقة بالضرائب

والريوع الخاصة بهذه الشركات إلى أعلى سلطة قضائية في المجال الإداري ألا وهي مجلس الدولة – المرجع. وثائق تتعلق بتطور العلاقات بين الجزائر والشركات البترولية الفرنسية – الجزائر 1971 م – الملحق رقم 17، ص 28.

19 اتفاقية الجزائر فرنسا. المبرمة في 1965/2/29م. المادة 46. فقرة 4. نفس المرجع السابق. الملحق 17. ص 5.

20 علوان، محمد يوسف. 1989م. *النظام القانوني لاستغلال النفط في الأقطار العربية*. الكويت: جامعة الكويت. ص. 610.

21 يراجع في هذا: أحمد أبو الوفا. 1995م. التحكيم الاختياري والإجباري. الإسكندرية: منشأة المعارف. ص. 92. ايضاً: الحداد، حفيظة السيد. 2001م. العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية. الاسكندرية: دار الفكر الجامعي. ص. 37 وما بعدها. سامية راشد. 1990م. التحكيم في العلاقات الدولية الخاصة. القاهرة: دار النهضة العربية. ص. 3 وما بعدها. أبوزيد، سراج حسين. *2004م. التحكيم في عقود البترول*. (رسالة دكتوراه). القاهرة. دار النهضة العربية. ص. 602 وما بعدها. علوان، محمد يوسف. 1989م. *النظام القانوني لاستغلال النفط في الأقطار العربية*. الكويت: جامعة الكويت. ص. 302 وما بعدها.

22 الحداد، حفيظة السيد. 2001م. العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية. الإسكندرية: دار الفكر الجامعي. ص. 38.

23 سامية راشد. 1990م. التحكيم في العلاقات الدولية الخاصة. القاهرة: دار النهضة العربية. ص. 4.

24 الحداد، حفيظة السيد. 2001م. العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية. الاسكندرية: دار الفكر الجامعي. ص. 40.

25 يراجع في هذا عقد امتياز النفط المبرم بين الدولة الليبية وشركة تكساكو كالازاتيك الامريكية على سبيل المثال.

26 راجع هذا الرأي في : أبوزيد، سراج حسين. *2004م. التحكيم في عقود البترول*. (رسالة دكتوراه). القاهرة. دار النهضة العربية. ص. 612.

27 راجع في ذلك الحداد، حفيظة السيد. 2001م. العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الاجنبية. الإسكندرية: دار الفكر الجامعي. ص. 585ومابعدها .

28 راجع: أبوزيد، سراج حسين. *2004م. التحكيم في عقود البترول*. (رسالة دكتوراه). القاهرة. دار النهضة العربية. ص. 624-625.

29 راجع: أبوزيد، سراج حسين. *2004م. التحكيم في عقود البترول*. (رسالة دكتوراه). القاهرة. دار النهضة العربية. ص. 625-626.

30 راجع هذا الرأي بتفصيل أكثر في: الحداد، حفيظة السيد. 2001م. العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الاجنبية. الإسكندرية: دار الفكر الجامعي. ص. 596 وما بعدها ، ابو زيد، سراج حسين. 2004. التحكيم في عقود البترول. (رسالة دكتوراه). كلية الحقوق جامعة عين شمس. ص. 625 وما بعدها.

31 على سبيل المثال ما تضمنته عقود النفط الليبية من ان القانون الواجب التطبيق مبادئ القانون الليبي المتفقة مع مبادئ القانون الدولي.

32 راجع هذا الرأي بتفصيل أكثر في: أبو زيد، سراج حسين. 2004. التحكيم في عقود البترول. (رسالة دكتوراه). كلية الحقوق جامعة عين شمس. ص. 637 وما بعدها .

33 انظر في ذلك: الحداد، حفيظة السيد. 2001م. العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الاجنبية. الإسكندرية: دار الفكر الجامعي. ص.639.

34 انظر في ذلك: الحداد، حفيظة السيد. 2001م. العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية. الإسكندرية: دار الفكر الجامعي. ص.633.

35 عبدالكريم، عدلي محمد. 2011م. النظام القانوني للعقود المبرمة بين الدول والأشخاص الاجنبية. (رسالة دكتوراه). جامعة ابي بكر بلقايد، تلمسان الجزائر. ص. 339.

36 راجع ذلك بتفصيل أكثر في: ابو زيد، سراج حسين. 2004. التحكيم في عقود البترول. (رسالة دكتوراه). كلية الحقوق جامعة عين شمس. ص. 628 وما بعدها

37 راجع في نفس المعنى: عشوش، أحمد عبدالحميد. 1980م. النظام القانوني للاتفاقيات البترولية في البلاد العربية. القاهرة. دار النهضة العربية. بتصرف.

38 انظر: طه أحمد علي قاسم. 2008م. تسوية المنازعات الدولية الاقتصادية -دراسة سياسية قانونية لدور المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار. دار الجامعة الجديدة : الاسكندرية. ص. 191.

39 ابو زيد، سراج حسين. 2004. التحكيم في عقود البترول. (رسالة دكتوراه). كلية الحقوق جامعة عين شمس. ص. 630-631.

راجع في نفس المعنى: عشوش، احمد عبدالحميد. 1980م. النظام القانوني للاتفاقيات البترولية في البلاد العربية. القاهرة. دار النهضة العربية. ص871 وما بعدها.

40 راجع في نفس المعنى: عشوش، أحمد عبدالحميد. 1980م. النظام القانوني للاتفاقيات البترولية في البلاد العربية. القاهرة. دار النهضة العربية. ص863-364.

41 راجع في ذلك: رفعت، احمد. 1996م. القانون الدولي العام. القاهرة: دار النهضة العربية. ص290 وما بعدها.

42 راجع في ذلك: الغنيمي، محمد طلعت. 1967م. تغير الأوضاع وعقد الامتياز البترولي. مؤتمر البترول العربي السادس بغداد. ص. 15. علوان، محمد يوسف. 1979م. "الاتجاهات الحديثة في العقود الاقتصادية الدولية". *مجلة نقابة المحامين الأردنية*. عمان. السنة 24. العدد. 11، 12

43 راجع في ذلك: الغنيمي، محمد طلعت. 1987م. *الوسيط في قانون السلام*. الإسكندرية. منشاة المعارف. ص 137-138.

44 أبوزيد، سراج حسين. 2004م. "التحكيم في عقود البترول". (رسالة دكتوراة). كلية الحقوق جامعة عين شمس. ص. 633-634.

45 راجع ذلك بتفصيل أكثر في: أبوزيد، سراج حسين. 2004م. "التحكيم في عقود البترول". (رسالة دكتوراه). كلية الحقوق جامعة عين شمس. ص. 645 وما بعدها.

46 راجع في ذلك: أبوزيد، سراج حسين. 2004م. "التحكيم في عقود البترول". (رسالة دكتوراه). كلية الحقوق جامعة عين شمس. ص. 645. ايضا: الحداد، حفيظة السيد. 2001م. العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الاجنبية. الإسكندرية: دار الفكر الجامعي. ص.649 وماب عدها.

47 أبوزيد، سراج حسين. 2004م. "التحكيم في عقود البترول". (رسالة دكتوراه). كلية الحقوق جامعة عين شمس. ص. 646.

48 الحداد، حفيظة السيد. 2001م. العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الاجنبية. الإسكندرية: دار الفكر الجامعي. ص. 646.

49 الحداد، حفيظة السيد. 2001م. العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الاجنبية. الإسكندرية: دار الفكر الجامعي. ص.650.

50 أبوزيد، سراج حسين. 2004م. "التحكيم في عقود البترول". (رسالة دكتوراه). كلية الحقوق جامعة عين شمس. ص. 649.

51 تقسم الأرض بحسب الشريعة الإسلامية إلى نوعين: 1- أرض الموات، وهي الأرض البور التي لا يملكها أحد. 2- الأرض المحياة.

52 "arbitration between Saudi Arabian government and aramco 1958" transcript of arbitration proceedings vol. p. 761 (un published).

نقلا عن cattan the law of oil concessions in the middle east and north Africa p. 57.

53 cattan ibid pp. 57-58.

54 انظر: المقدسي، أبو محمد موفق الدين عبدالله بن أحمد بن قدامة. 1948م. *المغنى*. د. ن. الجزء الخامس. ص. 389، 402.

55 السعيدان، أحمد عبدالرزاق. 1992م. *القانون والسيادة وامتيازات النفط – مقارنة بالشريعة الإسلامية*. (رسالة دكتوراه). جامعة سيدني الأسترالية. ص. 37.

56 هي مجلة القانون المدني العثماني، وهي تأخذ بالفقه الحنفي.

57-c.a. hooper the civil law of Palestine and Transjordan (London: sweet and Maxwell 1938).

نقلاً عن: Toriguian ibid. p. 101.

58 سمي بالفقه الحنبلي نسبة إلى الأمام أحمد ابن حنبل، وهو أحد المذاهب الإسلامية الأربعة ويقوم على المبادئ الواردة في الكتاب والسنة كغيره من المذاهب الثلاثة الأخرى، وتأخذ بتطبيقه العديد من الدول الإسلامية.

59 "arbitration between Saudi Arabian government and aramco 1958" p. 163.

60 القرآن. سورة النحل 16: الآية 91.