ا لبنود الوقائية للضمان لتفادي التحكيم في منازعات العقود الدولية للمحروقات

Preventive clauses for the avoidance of arbitration in the disputes of international contracts for hydrocarbons

واتيكي شريفة : أستـــاذ مســاعد ب

كلية الحقوق - جامعة امحمد بوقرة بومرداس

تاريخ إرسال المقال: 2018/07/ 22 **تاريخ قبول المقال:** 01/09/2018

ملخص

تسعى الدول المنتجة للنفط إلى الحفاظ على ثرواتها البترولية كتعبير عن مراعاتها لمصالحها الاقتصادية الوطنية، لكن مع الحرص على موازنة هذه المصالح العليا السيادية بمصالح الشركات البترولية الأجنبية المتعاقدة معها، رغبة منها في استقطاب المزيد من الإستثمار الأجنبي، الأمر الذي يضطرها للتنازل لفائدتها عن ضمانات قانونية تفاديا للدخول في نزاعات أو دعاوى تحكيمية دولية قد تعطل مشاريعها الإستثمارية أو تحرمها من فرص استثمار تحتاج إليها لتحقيق أهدافها التنموية.

ومن أبرز الضمانات التي تشكل في مجموعها وسائل قانونية وقائية ترمي لتجنب النزاعات في العقود الدولية للمحروقات، تلك البنود أو الإشتراطات العقدية المتعلقة بالضمان. وسواء تعلقت بالثبات التشريعي أو بالإستقرار العقدي، فإنها بنود تهدف في الحقيقة إلى تجميد العمل بأي شرط أو اتفاق تحكيمي، بحيث تحد من سعي الشركة البترولية المتعاقدة نحو إثارة الدعاوى التحكيمية الدولية بخصوص بعض المسائل المشمولة بالحماية بموجب هذه البنود.

الكلمات المفتاحية: الاستقرار التشريعي-الثبات العقدي-ضمانات-تحكيم دولي-إعادة التفاوض.

المؤلف المرسل: واتيكي شريفة ، aghaanaris@yahoo.fr

Abstract

The oil-producing countries seek to preserve their oil wealth as an expression of their national economic interests, but with the aim of balancing these sovereign interests with the interests of the foreign oil companies contracted with them, in order to attract more foreign investment,Which obliges it to waive its benefits from legal guarantees to avoid entering into disputes or international arbitration cases that may disrupt its investment projects or deprive it of the investment opportunities it needs to achieve its development goals.

One of the most prominent safeguards, which collectively constitute preventive legal instruments designed to avoid disputes in international fuel contracts, are those clauses or contractual requirements relating to warranty. Whether they relate to legislative stability or to contractual stability, they are in fact provisions aimed at freezing any arbitration clause or agreement, limiting the contracting petroleum company's attempt to raise international arbitration cases on certain matters protected under these clauses.

مقدمة

يتميز النشاط البترولي عن سائر الإستثمارات الأخرى بالحركية والقابلية للتكيف، ويرجع السبب في ذلك إلى خصوصية المحروقات في ذاتها -سواء كانت سائلة أو غازية-، كونها منتوج متميز لا يقف مصيره على إرادة الدولة المنتجة فحسب، بل تتحكم فيه عوامل خارجية ذات طابع إحتكاري تمليها إرادة الفاعلين في الأسواق الدولية التي تتحكم فيها الشركات النفطية الكبرى، مما يفسر تذبذب أسعارها على الدوام.

وتؤدي هذه البنود الوقائية وظيفة ضمان مزدوجة، فبالنسبة للدولة المنتجة فقد تضطرها ظروفها الاقتصادية المتردية، فضلا عن تراجع نسب الإستثمار الأجنبي المباشر لديها إلى الموافقة على إدراج اشتراطات الضمان في عقود محروقاتها من أجل تشجيع الإستثمار في مجال البترول دفعا لعجلة التنمية الاقتصادية، وبذلك فإنه غالبا ما يكون اللجوء إلى هذه البنود اضطراريا.

ويختلف الأمر من وجهة نظر المستثمر الأجنبي الذي يتردد في اتخاذ قرار الإستثمار في القطاع النفطي بسبب عدم موافقته على الهيكل الاقتصادي والبنية القانونية أو التشريعية التي تحكم العقود النفطية، وفي حالة فشل المستثمر في إقناع الدولة المنتجة -خصوصا النامية منها- في اختيار إطار قانوني آخر مغاير لقانونها الوطني ليحكم العقد إما محاولة منه لتحجيم نطاق قانونها الوطني، أو تخوفا من

جانبه من أية تعديلات تشريعية أو قرارات حكومية محتملة غير مرغوبة قد تجريها الدولة المنتجة مما يؤثر سلبا في مركزه القانوني.

إن التخوف المشروع للشركات النفطية من تضاعف المخاطر القانونية للتعديلات المحتملة، أو حتى مضاعفة حجم المخاطر الاقتصادية والمالية الناجمة عن تقلبات الأسعار وأثرها على تعطيل تنفيذ هذه العقود المستغرقة في الزمن، مع ما يرتبه ذلك من احتمال نشوء نزاعات، كثيرا ما يجعل الدول المنتجة تبادر تلقائي التعطي لنفسها الحق في إدراج بنود الضمان تحقيقا لمصالحها الاقتصادية وحماية لها وللمستثمر من أية مخاطر محتملة.

وتهدف إشكالية الدراسة إلى تحليل الآلية القانونية التي يتم بها إعمال وتفعيل عمل هذه البنود الوقائية من أجل اختبار "مدى نجاعتها في تجنيب أطراف العقد الدولي للمحروقات اللجوء لإجراءات الدعوى التحكيمية الدولية تحقيقا للمصالح الاقتصادية المشتركة". وسوف نعالج هذه الإشكالية من خلال مبحثين أساسيين:

المبحث الأول: ماهية البنود الوقائية للضمان.

المبحث الثاني: الآثار القانونية المترتبة عن الإخلال ببنود الضمان.

المبحث الأول: ماهية البنود الوقائية للضمان

من المواقف التي تدفع لنفور الإستثمارات الأجنبية، تلك التي تتخذها الدول المضيفة بتقرير مراجعتها لسلطاتها القاعدية في التشريع، سواء في قوانين الإستثمار التي تصدرها بصفة سيادية، أو في إطار تنظيم عقد الإشتراك الدولي الذي يربطها بالشركة الأجنبية، وهو الأمر الذي يثير تخوف هذه الأخيرة من مخاطر أية مراجعة محتملة لهذه القوانين بما يسيء لمركزها التجاري والمالي، فيحملها خسائر لم تكن في الحسبان في ظل القوانين التي كانت نافذة عند توقيعها على العقد.

لهذه الأسباب تسعى الشركات البترولية جاهدة إلى افتكاك ضمانات لصالحها تكفل لها استقرار حقوقها العقدية بمعزل عن حق الدولة المنتجة السيادي في مراجعة قوانينها أو عقد المحروقات.

وتتحدد بنود الضمان أولا عن طريق بيان مفهومها(المطلب الأول) ثم مجالات تطبيقها في عقود المحروقات(المطلب الثاني).

المطلب الأول: ماهية بنود الضمان

يعتبر الحق في الضمان من الشروط حديثة النشأة، ظهرت بعد قيام الحكومة الإيرانية بتأميم الشركة الإنجلوإيرانية لعام 1951. فبعد صراع بين الدولة-صاحبة

الثروة-والشركات العملاقة، أصبح شبح التأميم يهدد كل الشركات العاملة في مجال البترول، فتم إدراج شروط الضمان لتفادي القرارات الإدارية والتشريعات الصادرة من الدولة، والتي من الممكن أن تمس بالعقد.[1]

وتتباين أصناف هذه البنود، لذا فإن مفهومها يتحدد عن طريق التعريف بأنواعها(الفرع الأول) ثم بيان طبيعتها القانونية(الفرع الثاني).

الفرع الأول: التعريف بأنواع بنود الضمان

بغض النظر عن ورود بنود الضمان في إطار عقد للمحروقات مبرم بين الدولة المنتجة والشركة البترولية الأجنبية، أو ضمن اتفاقية إمتياز بترولي، فإنه إعتمادا على مصدر شرط الثبات التشريعي،[2] يميز الفقه القانوني الغربي بين شروط الثبات التي أساسها التشريع الوطني وهي بنود الثبات التشريعي(أولا)، وتلك التي مصدرها الاتفاق وهي بنود الإستقرار العقدي(ثانيا).

أولا: بنود الثبات التشريعي

يستمد بند الثبات أو الاستقرار التشريعي حجيته الأولى من قانون الإستثمار الجزائري، حيث تعهدت الدولة بموجبه كمبدأ عام بإفادة الإستثمارات بقوة القانون بالحماية والضمانات المنصوص عليها في القوانين والتنظيمات المعمول بها. وقد تعهد قانون الإستثمار بضمان هذا البند بنصه في مادته 15:[3]

" لا تطبق المراجعات أو الإلغاءات التي قد تطرأ في المستقبل على الإستثمارات المنجزة في إطار هذا الأمر إلا إذا طلب المستثمر ذلك صراحة". بذلك فإن المراجعات المحتملة للقانون سواء بصيغة التعديل أو الإلغاء لا تسري على الإمتيازات والإعفاءات التي منحت للمستثمر في كنف القانون الذي تم في ظله التعاقد. ويعرف الفقه بند الاستقرار التشريعي بأنه:

"ذلك الشرط الذي تتعهد الدولة بمقتضاه بعدم تطبيق أي تشريع جديد أو لائحة جديدة على العقد الذي تبرمه مع الشركة الأجنبية".[4] كما يعرف أيضا بأنه: "البند الذي لا يرخص بأي تعديل في العقد مالم يوجد اتفاق بين الأطراف".[5]حيث تتعهد الدولة المتعاقدة بمقتضاه بعدم إصدار تشريعات جديدة تسري على العقد المبرم بينهما وبين الطرف الأجنبي المتعاقد معها على نحو يخل بالتوازن الاقتصادي للعقد ويترتب عليه الإضرار بالطرف الأجنبي المتعاقد معها.[6]

للإشارة فإن هذا الشرط فضلا عن إمكانية وروده في التشريع، فإنه عادة ما يرد ضمن شروط العقد الناظم لعقد الإستثمار-النفطي-المبرم مع المستثمر الأجنبي،

سواء كان عقد مشاركة بالإنتاج أو عقد امتياز، وهنا سنجد اتفاق طرفي الرابطة العقدية على تقييد حق الدولة في تعديل حقوق والتزامات العقد بإرادتها المنفردة، وفي ذلك يكون الشرط "نسبيا" غير مطلق عندما تتعهد الدولة بعدم تطبيق القوانين التي يترتب عنها زيادة التزامات المتعاقد كالإلتزامات المالية، مثل قوانين الضرائب والجمارك.[7]

كما قد يرد هذا الشرط من خلال اتفاقيات دولية تلتزم بمقتضاها الدول المتعاقدة بمنح أفضلية حماية لمستثمري الدولة أو الدول الأخرى من خلال عدم تطبيق تشريعات أو إجراءات لاحقة على اتفاقيات العقود التي تبرم مع هؤلاء المستثمرين تضر بمركزهم القانوني أو الاقتصادي.[8]

ثانيا: بنود الاستقرار العقدي أو شروط عدم المساس بالعقد

يستمد هذا البند أساسه من العقد الذي يربط الدولة بشريكها الأجنبي. وهو يعني استبعاد أي تصرف إداري يصدر من الدولة يترتب عليه المساس بالحقوق والواجبات التي تنتج عن العقد، بحيث يبقى الاتفاق على حاله طوال مدة العقد، فعدم المساس بالعقدهو عدم تعديل أحادي الجانب لبنود العقد، وأن التعديل يكون بالموافقة المشتركة للأطراف.[9]

ويكون الغرض من الضمان بالنسبة للمستثمر هو تفادي خطر قيام الطرف المانح للإمتياز بإنهاء العقد أو تعديله بتصرف من جانب واحد، وهو يهدف لاستبعاد الأعمال التشريعية والإدارية المستقبلية للدولة، ويكفل للمستثمر حماية استثماراته بما يترتب عن ذلك من تشجيع للإستثمار وتدفقه داخل الدولة.[10]

وبذلك فإن تثبيت الحقوق قد يطال كامل اقتصاديات العقد(كأن ينص في متن العقد على أن العقد يبقى نافذا أو غير قابل للإبطال حتى لو أصدرت الدولة لاحقا أية صيغة تشريعية أو تنظيمية أو غيرها قد تؤثر في نفاذه أو تجعله قابلا للإبطال فلن يتأثر العقد بها)، أو جزء منه فقط كالقواعد المتعلقة بالرسوم أو النظم الجمركية أو الضريبية،[11] فيكون بذلك نسبي الأثر، وصورته أن يكون القانون الواجب التطبيق على العقد هو قانون الدولة المضيفة والمطبق وقت توقيع العقد، وهو ما يعني استبعاد أو استثناء تطبيق أي قوانين أو لوائح مستقبلية تصدرها هذه الدولة.[12]

الفرع الثاني: الطبيعة القانونية لبنود الضمان

يتحدد تكييف بنود استقرار الحقوق من ناحية الإجتهاد الفقهي، حيث نشهد جدلا فقهيا حول الطبيعة القانونية لهذه البنود(أولا)، بحيث يميل الرأي الراجح للتوفيق بين الآراء المتضاربة(ثانيا).

أولا : الجدل الفقهي حول الطبيعة القانونية لبنود استقرار الحقوق

لقد اختلف الفقه بشأن تحديد الطبيعة القانونية لبند الثبات، مع العلم أن ولادة شرط الثبات التشريعي من أصل إتفاقي، وأنه يدرج ليكون تشريعيا فيما بعد، إذ تباينت الدول في التعاطي معه حسب معطياتها الاقتصادية والسياسية والتشريعية إلى ثلاث آراء:

الرأي الأول: يقر بمشروعية هذه البنود وترتيبها لآثارها في عدم جواز تعديل أو إنهاء العقد أو إدخال تعديلات في تشريعات من شأنها المساس بالعقد. ويرى استقلالية بنود استقرار الحقوق في العقود البترولية عن كل نظام قانوني متصل بالقانون الدولي الخاص أو بالقواعد المادية ذات التطبيق المباشر، بما يجعله مصدرا مستقلا يقيد الدولة بعدم جواز إجرائها أية تعديلات في قوانينها بصفة إنفرادية من شأنها المساس بشروط العقد. فشرط الضمان لا ينتزع من الدولة حق ممارسة سلطتها السيادية، لكنه يمنعها من أن تستخدم سلطتها في تعديل عقد تم توقيعه بالفعل وتحتفظ بإمكانية تعديل قوانينها في أي وقت بشرط ألا يسري هذا التعديل على العقود التي تم توقيعها بالفعل.[13]

الرأي الثاني: ينكر على الرأي الأول تلك الإستقلالية، ويرى فيها انفلاتا للعقد من الخضوع لسلطان أي قانون، وتجميدا قانونيا يتنافى مع حق الدولة في تطوير قانونها بما يتلاءم والظروف الجديدة تحقيقا للغرض الاقتصادي من التشريع.[14] كما أن تعديل العقد بعد التعهد بعدم التعديل ينافي مبدأ حسن النية.[15]

ويؤكد أنصار الرأي أن بنود الاستقرار لا تملك أية قيمة قانونية أو أثرا كونها مجرد شروط تعاقدية كبقية بنود العقد. وبالموازاة يقر أصحاب الرأي الثاني بأن شرط الثبات يخضع بدوره للسلطة السيادية للدولة التي يجوز لها إذا اقتضت المصلحة العامة ذلك إتخاذ تدابير تشريعية أو إدارية تمس بحقوق ومصالح الشركة المتعاقدة.[16]

لكن هذا الرأي انتقد على أساس عدم تصور انعدام القيمة القانونية لبند الاستقرار مادام اتجهت إرادة الطرفين إلى إدراجه في العقد واعتباره صحيحا، وهو ذي قيمة قانونية عقدية كسائر الشروط العقدية الأخرى كشرط التحكيم.[17] أما فيما يتعلق بالإدعاء بأن الدولة لا يجوز لها أن تتنازل عن ممارسة سلطاتها السيادية، فإن ذلك ربما يكون صحيحا بالنظر إلى القانون الداخلي لهذه الدولة وليس كذلك بالنظر إلى القانون الدولي، فالدولة يمكنها أن تحد من بعض امتيازاتها التي تتمتع بها بطريق المعاهدة وكذلك عن طريق العقد.[18]

ثانيا: الرأي الراجح في تحديد الطبيعة القانونية لبند استقرار الحقوق

يحاول هذا الرأي المختلط التوفيق بين الرأيين السابقين، من حيث تسليمه بصحة شروط الضمان وقانونيتها، لكنها تبقى غير ملزمة للدولة.[19] وذلك إنطلاقا من تبني الطرفين إختياريا لأحد الفرضين:[20]

الفرض الأول: إذا تم إسناد العقد إلى النظام القانوني الوطني للدولة المتعاقدة، فهذا القانون هو الذي يختص-دون غيره-في تقرير مدى صحة بند الاستقرار. وبناء عليه فإنه في الحالة التي يحظر فيها القانون الداخلي للدولة المتعاقدة إدراج مثل هذه البنود، فإن هذه الأخيرة تعد باطلة.

الفرض الثاني: إذا تم إسناد العقد إلى النظام القانوني الدولي بموجب اتفاق الطرفين في ظل تشريع الدولة المتعاقدة النافذ وقت إبرام العقد، فإن قيام الدولة بإصدار تشريع جديد لا يجوز تطبيقه بأثر رجعي.

ومادامت مسألة القيمة القانونية في إطار القانون الدولي للإنهاء الأحادي الجانب ليست محل خلاف، يرى بعض الفقهاء أن شروط الثبات لا تصبح عديمة الفائدة أو المعنى، فالأطراف عندما يدرجونها في عقود البترول فإنهم يعتقدون أنها ذات فائدة، كما أن الدولة توافق عليها إيمانا منها بأنها لا تمس سيادتها التشريعية.

ومؤدى ذلك أنه يتم أخذها في الحسبان من خلال تحديد التعويض الواجب دفعه للمستثمر نتيجة إنهاء العقد من جانب واحد، مما يعني أن هذه الشروط تؤدي وظيفة مالية.

ويؤيد الكثير هذا الرأي [21] نظرا لاعتبار شروط الثبات التشريعي وسيلة في يد الدولة لتشجيع الإستثمار، فهي تقوم بوظيفة تسويقية مهمة، ومن الضار للإستثمار إنكار كل أثر لها، ومادام لا أثر لها على العمل التشريعي أو الإداري الذي سوف يمس العقد، فلا أقل من أن تؤدي دورها في التعويض عن الضرر المترتب عن هذا العمل.

المطلب الثاني: مجالات تطبيق بنود الضمان في إطار العقود الدولية للمحروقات

إن فعالية الإستثمار تتوقف على حماية حقوق المستثمر الأجنبي على ملكيته لرؤوس أمواله المستثمرة.[22] وبذلك تتماشى فعالية بنود الضمان طرديا مع النزاعات التحكيمية الدولية، بحيث كلما اشتدت فعالية بنود الضمان بتخفيف أو تقليل احتمال اتخاذ أية إجراءات قد تشكل خطرا على المال المستثمر، كلما انحسرت الخلافات التحكيمية القائمة أو المرتقبة.

وعلى هذا الأساس فإن الممارسة العملية للمنازعات التي عرفها قضاء التحكيم الدولي بهذا الخصوص تؤكد في أغلب القرارات المتخذة بشأنها على أن نطاق بنود

الضمان التشريعي والتعاقدي تخص بالدرجة الأولى حق الدولة المنتجة في اتخاذ التدابير الحكومية الماسة بملكية المشروع النفطي(الفرع الأول)، فضلا عن الحق في تعديل أو مراجعة سعر عقد المحروقات(الفرع الثاني).

الفرع الأول: حق الدولة المنتجة في اتخاذ التدابير الحكومية الماسة بملكية المشروع النفطي

يعد مبدأ السيادة المتساوية لكل دولة أحد المبادئ الأساسية في القانون الدولي، ويستتبع هذا المبدأ أن كل دولة تملك اختصاصا شاملا على إقليمها بما في ذلك الموارد الطبيعية الموجودة فيه، وفضلا عن ذلك فإنه يجوز للدولة قانونا عند ممارستها لسيادتها أن تتعهد بالتزامات معينة تحد بالضرورة بصورة أو بأخرى من حقوقها في السيادة.[23] ولا يمكن لأية دولة أخرى أن تخضعها اقتصاديا أو أن تمنعها من الممارسة الحرة والكاملة لهذا الحق.[24]

ويقتضي الأمر بداية تفسير المقصود بالتدابير الماسة بملكية المشروع النفطي(أولا)، ثم تحديد مدى مسؤولية الدولة المنتجة عن اتخاذ هذه التدابير(ثانيا).

أولا: تفسير المقصود بالتدابير الماسة بملكية المشروع النفطي

جدير بالذكر أن نظرة البلدان الغربية إلى الإجراءات الماسة بملكية المشروع البترولي ومنها إجراء التأميم يختلف عن نظرة الدول المنتجة للنفط التي تكيف الإجراء من زاوية إقتصادية-سياسية، حيث يرمز التأميم على الخصوص لاسترجاع سيادتها وللكفاح للإنتقال إلى نظام دولي جديد. وعليه يقصد بالتأميم:[25]

"إجراء ينقل إلى الدولة عن طريق إجراء تشريعي ملكية أو حقوقا خاصة بأجنبي بقصد أن تقوم الدولة باستغلالها أو توجيهها إلى هدف جديد".

ويرى "عشوش" بعدم وجود مانع يحول دون التوسع في تفسير المقصود بالتأميم أو نزع الملكية ليشمل بذلك الإجراءات المباشرة وغير المباشرة شريطة أن توجد في واقع الحال ظروف قاطعة تبرر هذا التغيير.[26] هذا وإن كان الأستاذ "الغنيمي" لم يعتمد هذا التفسير الموسع، فبخلافه ذهب اللورد Mc.Nairy الرئيس السابق لمحكمة العدل الدولية، والفقيه Robin إلى أن عبارة نزع الملكية –أو التأميم- تنسحب لتغطي صورا أخرى على الرغم من احتفاظ المستثمر نظريا بوصف المالك. ويقصد بذلك أن تأويل مصطلح "التأميم" قد يمتد ليتخذ مفهوما واسعا لأية مصطلحات قد يفاد منها وضع يد الدولة على ممتلكات الأجانب، لينسحب التفسير لإحدى الإجراءات الآتية:[27]

1-إجراء الإستملاك: يعني أن تأخذ الحكومة الممتلكات لاستعمالها الخاص.

2-المصادرة: هي أخذ الممتلكات الخاصة من الدولة من دون دفع تعويض مهما كان شكل ذلك الإجراء وتحت أي قيد.

3-الإستيلاء: هو من مظاهر سلطة الإدارة المتفردة عند ممارستها صلاحياتها في استعمال المصادر الموجودة في الدولة لغرض الدفاع الوطني. وللإستيلاء ما يبرره عند الضرورة التي تخلقها حالة الحرب.

4-التصفية: يعني حل الشركات وإنهاء وجودها القانوني مع توزيع استحقاقات الدائنين.

بذلك فإن تحديد مدى سيادية الإجراء الماس بملكية المشروع البترولي من عدمه يبقى معلقا على التفسير التقديري الذي تقضي به الهيئة التحكيمية لتقرير مدى مشروعية الإجراء المتخذ في حق الشركة البترولية الأجنبية.

ثانيا: تحديد مدى مسؤولية الدولة المنتجة عن اتخاذها التدابير الماسة بملكية المشروع النفطي

تفاوتت آراء الفقه الدولي بخصوص التعويضات المستحقة في حالة الإعتراف بمشروعية إجراء التأميم إلى ثلاث مواقف دولية متباينة :[28]

ففيما يرى فقهاء العالم النامي أن الدولة لا يترتب عليها قانونا دفع تعويضات[29] إذا كانت تسعى إلى إصلاح إقتصادي واجتماعي واسع النطاق، فإن الفقهاء في العالم الغربي يرون بأن الإستيلاء على المال الخاص يترتب عليه التزام من جانب الدولة بدفع تعويض بطريقة فورية، وافية وفعالة، شريطة أن يتخذ الإجراء لغرض عام ويكون غير متحيز، فيما يسقط آخرون شرط الفورية والفاعلية.

بذلك فإن إصباغ الإجراءات الماسة بالملكية (قرار نزع الملكية/التأميم) بالطابع السيادي يجعلها في نظر الدولة المنتجة في منأى عن أية دعوى تحكيم دولي، باستثناء القرار القاضي بدفع المقابل، فهو يقبل المخاصمة إذا لم يستوف شروط مشروعيته في نظر هيئات التحكيم الدولي التي قد تعتبره قرارا تعسفيا.

ففي قضية الشركة الأمريكية Aminoil ضد حكومة الكويت، والتي يرجع سببها لاتخاذ حكومة الكويت قرار التأميم كرد فعل لرفض الشركة مراجعة الأسعار، فقد أقر قرار التحكيم بأن مبدأ الاستقرار قد يحد على نحو مشروع من حق التأميم لكنه لا يحرمه، فهو حق يقوم على أساس المنفعة العامة أو الأمن أو المصلحة القومية، وقضت الهيئة التحكيمية بأن خرق بند الاستقرار-مادام مدرجا في

العقد رضائيا بنية الحفاظ على التوازن المالي للعقد-فإن الأمر يستدعي تعويضا عادلا لصالح الشركة البترولية تطبيقا لقاعدة عرفية استقر عليها القانون الدولي.[30]

ويمكن القول بإمكانية إيجاد حل للتصادم بين المبدأين(مبدأ الاستقرار والمبادئ المستقرة في القانون الدولي القاضية بوجوب مراعاة الإتفاقيات ونظرية تغير الظروف) بالرجوع لمبادئ القانون الدولي الأساسية، ففي حالة انتهاك الدولة عقدا أبرمته مع شركة أجنبية خاصة بقيامها بتأميم ممتلكات الشركة قبل انقضاء الأجل المحدد في العقد، مما يؤدي إلى الإضرار بها، فإن للشركة الحق بالمطالبة بالتعويض وعلى الدولة أن تدفعه بمقتضى القانون الدولي.

ويؤيد "السعيدان" الرأي القائل بأنه ليس ثمة تصادم بين المبدئين، بل أن أحدهما يعمل حين يتوقف الآخر، وهو يبدأ عند أدنى الحدود حين يوافق المتعاقدون عند التوقيع على وجود ظروف معينة، وأن لهم إنهاء العقد إذا تغيرت هذه الظروف.[31]

الفرع الثاني: الحق في تعديل أو مراجعة سعر عقد المحروقات

تعتبر عقود المحروقات من العقود الطويلة المدى. وقد إتجه التعامل في مجال العقود الدولية ذات التنفيذ الممتد إلى تضمين هذه العقود شرط المراجعة أو الصعوبة أو المشقة.[32] ويجيز الفقهاء للطرفين مراجعة العقد الذي يربط بينهما إذا طرأ تغيير في المعطيات الأولية التي تعهد بها الطرفان بداية على نحو عدلت توازن العقد وحملت أحد الطرفين بمقتضاه أعباء غير عادلة.[33]

ولإعمال هذا الحق يتم اعتماد وسائل قانونية لطلب المراجعة بالإحتكام إلى أساس قانوني لطلب المراجعة يتمثل في نظرية الظروف الطارئة(أولا)، ثم اعتماد بند إعادة التفاوض كآلية للمراجعة(ثانيا) ولضمان مشروعية الحق لابد من احترام الشروط القانونية للمراجعة(ثالثا).

أولا: الإستناد لنظرية الظروف الطارئة لطلب تعديل أو مراجعة سعر العقد

بالنظر لخصوصية الصناعة البترولية، فإن العمليات الخاصة بها تتسم بالتعقيد والصعوبة والتركيب.[34] فعقود استغلال النفط والغاز تشتمل على مركب أو مزيج من عقود عدة يتولد عن كل منها التزامات مختلفة، وفي كل الحالات فإن الروابط التعاقدية بصورها المختلفة تتناسب وحجم المشروعات النفطية والتكلفة الباهضة للمشروع، والخبرات الفنية العالية.[35]

ومن البديهي أنه كلما طالت مدة تنفيذ العقد، كلما تزايدت احتمالات الخلاف بين الأطراف، فعامل الوقت ينعكس على إجراءات حل النزاعات عن طريق الأخذ في الحسبان المخاطر التي يتضمنها التنفيذ على مرحلة طويلة من الإلتزامات

العقدية المعقدة، [36] فضلا عن تدخل عوامل اقتصادية عديدة مؤثرة على تحديد سعر النفط [37] كالتقلبات الاقتصادية الدولية منها السياسات النقدية الدولية التي يمكن أن تتعارض مع سير عمل السوق النفطية،مما يؤثر سلبا برفع سعر تكلفة النفط الأمر، الذي قد يؤدي إلى زعزعة استقرار المركز القانوني للطرفين سيما الشركة البترولية التي لا تجد سبيلا إلا المطالبة بمراجعة العقد.

ترتكز مراجعة العقد على نظرية الظروف الطارئة أو الـ hardship، وهي قاعدة عرفية أقرها القانون الدولي، وبموجبها يكون استمرار الطرفين في تنفيذ التزاماتهما مرتبطا ببقاء الظروف الجوهرية التي صاحبت إبرام الاتفاق دون تغيير، ومن ثم إذا تغيرت الظروف الجوهرية التي أبرم العقد في ظلها أدى ذلك إلى إنهاء العقد أو تعديله. [38]

ثانيا: إعتماد بند إعادة التفاوض كآلية لمراجعة العقد

إن التعارض المزعوم بين طرفي العقد يمكن تجاوزه عن طريق أسلوب المفاوضات، فالطابع المركب لهذا العقد يستوجب أثناء تنفيذه مفاوضات مستمرة لضبط التزامات أطرافه لتجاوز الإختلاف وخلق التكامل. [39]

ويعرف الفقه شرط إعادة التفاوض بأنه: " شرط بمقتضاه يكون لأطراف العقد-حال تغير الظروف التي واكبت إبرامه تغيرا يخل بالتوازن الذي رسمه له أطرافه ويجعل تنفيذ أحدهما أو كليهما لالتزاماته مرهقا-ملائمة العقد مع الظروف الجديدة". [40] وبموجبه يلتزم الأطراف بإعادة التفاوض حول العقد لمواجهة الظروف الطارئة التي حدثت، بهدف تعديل الإلتزامات التعاقدية إلى الحد المعقول لرفع الضرر الجسيم الذي تحمله أحد الطرفين من جراء ذلك. [41] فإعادة التفاوض وسيلة قانونية تضمن الإبقاء على العقد قائما وعدم فسخه برغم تغير الظروف اللاحقة لأسباب غير متوقعة وقت إبرام العقد، في حين شرط المراجعة يقوم على فكرة التعديل التلقائي للعقد بافتراض توافر عناصر التعديل. [42]

وباعتبار قاعدة تغير الظروف كأساس لطلب المراجعة، فيمكن إسقاطها على المسائل المتعلقة بالأسعار، وتفريعا لذلك لا يكفي مجرد ارتفاع الثمن أو تكلفة الإنتاج أو أجور الأيدي العاملة لإعمال شرط إعادة التفاوض، بل يصلح أن يكون ذلك محلا لشرائط المراجعة الجزئية للعقد، ويبقى أن مجال إعادة التفاوض يرتب التزام الأطراف بإعادة التفاوض على جميع الإلتزامات الواردة فيه مرهون بتغير الظروف بصفة جذرية وغير متوقعة.

ثالثا: الشروط القانونية لمراجعة سعر العقد

يستقر معظم الفقه على ثلاثة شروط لإعادة التفاوض أو المراجعة تتمثل فيما يلي بيـــانه:

الشرط الأول: شرط الإخلال الجسيم بالإلتزامات التعاقدية

إذا تغيرت الظروف اللاحقة لإبرام العقد تغييرا طفيفا أثر على التوازن العقدي فلا مجال لإعمال شرط إعادة التفاوض، فذلك مما يدخل في دائرة التعاقد اعتبارا بأن حسن النية في تنفيذ العقود يحول دون طلب إعادة التفاوض مرة أخرى بمجرد تغير الظروف بالصورة التي لم تجاوز الحد المعقول. وبذلك فإن مجال تطبيق شرط إعادة التفاوض على أحكام العقد أن تتغير الظروف اللاحقة لإبرام العقد تغييرا جذريا من شأنه الإخلال بالتوازن الاقتصادي للعقد.[43] وقد نصت المادة 19 من العقد المبرم بن الهيئة المصرية العامة للبترول وشركة ريبصول وشركة موبيل:[44]

" في حالة حدوث أي تعديل تشريعي أو لائحي يؤدي إلى انتقاص أو زيادة حقوق أحد الأطراف فإنه يسمح بتسعين يوما للتفاوض، يجوز للأطراف بعدها إحالة الموضوع للتحكيم إذا لم تنجح المفاوضات".

وبالنتيجة فإن أساس نظرية تغير الظروف يتهاوى في حالة ما إذا تغيرت الظروف اللاحقة لإبرام العقد بما ترتب عليها استحالة التزام المتعاقد لسبب لا يد له فيه، بما يعني توافر ظرف القوة القاهرة الذي سيكون ضعيف الأثر على الإلتزام العقدي، ذلك أن القوة القاهرة تؤدي قانونا فقط إلى تعليق النشاط البترولي إلى حين زواله.[45]

الشرط الثاني: شرط إلحاق أضرار جسيمة بالشريك الأجنبي

إذا توافرت شرائط إعادة التفاوض بأن تغيرت فيها الظروف التي أبرم فيها العقد في أثناء تنفيذه لعوامل استثنائية غير متوقعة، ترتب على أثرها تداعي الأساس الذي يقوم عليه العقد وخسارة المدين خسارة فادحة.[46] وتنص شروط إعادة التفاوض على التـــزام الدولة أو الجهة الحكـــومية بتعويض المستثمر الأجنبـــي عن أية أضـــرار إقتصـــادية تحدث لأي سبب ناتج عن أية قوانين أو لوائح جديدة تؤثر على بنود أو شروط الإتفاقية.[47]

ويرى البعض بأن هذا الشرط تقديري يكلف بتقديره طرف ثالث (والذي قد يصبح حكما لاحقا إذا لم يحل الخلاف بطريقة ودية)، من أجل تحديد الظرف غير المتوقع والخارج عن إرادة الأطراف، والذي يقلب اقتصاديات العقد على النحو الذي يرهق التزام المضرور بطريقة غير عادلة.[48]

الشرط الثالث: شرط نفاذ العقد البترولي في الفترة التي يشملها الظرف الطارئ [49]

إفترض بعض الفقه بأن الدخول حيز التنفيذ يعد شرطا أساسيا لصحة العقد البترولي.[50] وتنبني على ذلك نتيجة طبيعية مفادها أن يكون الظرف الطارئ مستغرقا في جوف المدة التي تمثل صلاحية العقد البترولي، والحقيقة أن تحديدها ليس بالأمر الهين. فحال الممارسة المعمول بها في التشريعات المقارنة، حيث يبدأ نفاذ العقد من الوقت الذي تلتزم فيه الأطراف المتعاقدة بالتوقيع على العقد المحرر كتابة، وتستثنى من ذلك العقود التي يتطلب نفاذها المصادقة عليها أولا من قبل السلطات المختصة، فإن هذا النوع لا يمكن تنفيذه إلا من تاريخ استيلام التصديق.[51]

ويثور إشكال بالنسبة للعقود (النفطية) التي تنفذ على مراحل متعاقبة (بسبب الحاجة الملحة للحصول على رخص الإستغلال أو لتجديدها)، فهذه المراحل لابد أن تراعي كنقطة بداية حدثا معينا وسهل الإثبات من الطرفين بهدف التحديد الواضح لالتزامات الطرفين خلال أجل العقد.[52]

المبحث الثاني: الآثار القانونية المترتبة عن الإخلال ببنود الضمان

إن إدراج بنود الضمان ضمن الإشتراطات العقدية الخاصة في عقود المحروقات يكسبها قيمة قانونية خاصة. غير أن فعاليتها في تأمين المصلحة الاقتصادية للشركة البترولية قد يتحقق على حساب المصالح الاقتصادية العليا التي تمتد إليها سيادة الدولة المضيفة للاستثمارات النفطية، الأمر الذي يكسبها نوعا من الحصانة التي تعيق أو تبطل مفعول هذه البنود، مما يجر الشركة البترولية المتضررة للجوء للتحكيم الدولي.

وبناء عليه يتعين علينا بيان النتائج القانونية المترتبة عن إدراج البنود الوقائية للضمان من خلال استعراضنا أولا للآثار القانونية المترتبة عن تكييف بنود الضمان(المطلب الأول)، ثم بيان الآثار المتعلقة بمسؤولية طرفي العقد عند خرق بنود الضمان(المطلب الثاني).

المطلب الأول: الآثار القانونية المترتبة عن تكييف بنود الضمان

تصطبغ الآثار المترتبة عن تحديد الطبيعة القانونية لبنود الضمان بالطابع القانوني، وتعتبر نتاج الإجتهادات الفقهية التي توصل إليها جمهور الفقهاء مدعومة بسلسلة السوابق القضائية التي أقرها اجتهاد قضاء التحكيم الدولي، والتيتحولت لاحقا لمبادئ قانونية مستقرة في القانون الدولي العام.

وبالموازاة مع طبيعة بنود الثبات، يختلف تكييف الآثار المترتبة عن إعمال بنود استقرار الحقوق باختلاف طبيعتها القانونية، لتتراوح بذلك بين الأثر التحويلي(الفرع الأول) والأثر التوقيفي(الفرع الثاني).

الفرع الأول: الأثر التحويلي لبنود استقرار الحقوق

يقوم هذا الأثر التحويلي على فكرة الإندماج، فبمجرد اختيار القانون الوطني ليحكم العقد فلن تسري تعديلاته اللاحقة عليه، لأن إدراج شرط القانون المطبق في العقد بإرادة الطرفين يجعله يفقد صفته كقانون لتتحول إلى صفة اشتراط عقدي، فيكون بذلك لبند الثبات أثر محول لطبيعة القانون المختار.[53]

مع الإشارة إلى أن مجال هذا النوع من الشروط لا يصلح إلا في الحالة التي يكون هناك فيها اختيار صريح لقانون العقد من قبل الأطراف، أما لو تم تحديد ذلك القانون من قبل القاضي حال غياب إرادة الأطراف فإن فكرة الإندماج ذاتها وبالتالي الطبيعة التحويلية لا تتوفر.[54]

الفرع الثاني: الأثر التوقيفي لبنود استقرار الحقوق

يقوم الأثر التوقيفي-عكس فكرة الإندماج-على فكرة الإنفصال بين القانون المختار إراديا ليحكم العقد وبين الإشتراط العقدي، وبناء عليه تقف إرادة الطرفين عند اختيار القانون المناسب للعقد، وبمجرد إدراجه لا يمكن لهذه الإرادة أن تتسبب في مسخ القانون وتحويله لمجرد اشتراط عقدي.

وعليه في حالة اتفاق الأطراف على سريان القانون النافذ وقت إبرام العقد فقط دون تعديلاته اللاحقة، فهذا لا يحول القانون إلى بند تعاقدي، بل إن شرط الثبات سيكون له أثر ودور ينحصر فقط في إيقاف العمل بالتعديلات الجديدة دون تحويلها.

وبالنسبة للدول المنضوية في منظمة الأوبك فقد تخضع الإمتيازات النفطية لمصادقة السلطة التشريعية بعد أن أبرمتها من قبل الحكومة أو من يمثلها وتصدر بشكل قانون خاص تستمد قوتها منه. وفي حالة وجود نزاع بين نص في الإمتياز وأي نص في القوانين السابقة على عقد الإمتياز والمصادقة عليه، فإنه يتعين بطبيعة الحال إعمال النص اللاحق فهو ينسخ أي نص قانوني سابق، على أن يكون مساويا له في القوة أو أدنى مرتبة من النص الوارد في الإمتياز الصادر في شكل قانون. وعلى ذلك فإذا كان النص الوارد في الاتفاق اللاحق يمكنه أن ينسخ نصا واردا في قانون أو لائحة، فهو لا يملك هذه القوة بالنسبة لنص دستوري. وإذا كانت هذه الإمتيازات كافية في حد ذاتها لتأكيد غلبة نصوصها على أي نص قانوني سابق يتعارض معها، فمع ذلك فقد نصت عليها بعض الإمتيازات النفطية بشكل صريح.[55]

المطلب الثاني: الآثار المتعلقة بمسؤولية طرفي العقد عند خرق بنود الضمان

تفقد بنود الضمان الفاعلية المطلوبة منها من حيث عدم تمكنها من توفير الحماية المطلوبة، أو في حالة تعمد خرقها. وتتباين درجات المسؤولية ونوعيتها عند

الإخلال ببنود الضمان حسبما إذا كان الطرف المعني هو الشركة البترولية المستثمرة في القطاع أو الدولة المنتجة، دون الفصل بين المسؤوليتين على أساس وجود علاقة تبادلية بينهما.

الأمر الذي يستوجب تحديد مسؤولية كل من الشركة البترولية(الفرع الأول) وكذا مسؤولية الدولة المنتجة(الفرع الثاني).

الفرع الأول: تحديد مسؤولية الشركة البترولية

تعتبر بنود الضمان حقا تحاول افتكاكه كل شركة بترولية تخشى على مصالحها الاقتصادية تبعات آجال التنفيذ الطويلة التي تصطبغ بها عقود المحروقات، وما يثيره ذلك من مخاوف وقلق لديها من تزايد احتمال إثارة نزاعات بسبب أية تدابير تشريعية أو تنفيذية أو إدارية قد تتخذها سلطات الدولة المضيفة.

إن إدراج بند استقرار الحقوق ضمن الإشتراطات العقدية الخاصة يكسب هذا البند ثقلا وقيمة مضافة لذا لا يتقرر تحديد مسؤولية الشركة البترولية المتعاقدة إلا من حيث اختبار مدى أحقيتها بالمطالبة بالحماية بتفعيل بند استقرار الحقوق(أولا)، وعند أقصى حد أحقيتها في اللجوء لطلب الحماية الديبلوماسية (ثانيا).

أولا: مدى أحقية الشركة البترولية في المطالبة بالحماية بتفعيل بند استقرار الحقوق

يفرض المنطق أن يتقرر إدراج بنود استقرار الحقوق لصالح الشركة البترولية، حيث لا يمكن أن نتصور انتهاك هذا البند من قبلها، فلا مسؤولية محتملة إلا على الدولة المنتجة، في حين تسعى الشركة البترولية للمطالبة بإعمال بند الثبات حماية لها من تبعات التعديلات التي قد تصدر عن الدولة المنتجة رغم إدراج الشرط بما قد يفضي لإثارة دعاوى تحكيمية.

فعلى الصعيد الدولي لما تدرج بنود الاستقرار العقدي والتشريعي في معاهدة دولية للإستثمار فلا يمكن مناقشة صحتها.[56] فعند وجود معاهدة استثمار فإن احترام الإلتزامات التعاقدية يتحول لالتزام دولي، وأن النظام القانوني الذي تخلقه المعاهدة يمثل "قانونا دوليا خاصا"، والذي بإدراج العقد في نظام الجزاءات للقانون الدولي، فإنه يمكن حمل المشرع إلى الإلتزام بعدم تعديل القوانين تحت أي ظرف، ما يحقق "تدويلا" حقيقيا وتاما للعقد.[57] هذه هي الحماية الوحيدة التي يمكن تصورها لحساب الشركة البترولية، ففي الحالة التي يخضع فيها العقد للقانون الوطني، فإن أثر بند الاستقرار العقدي يحدده قانون الدولة.

هذا يؤكد في تقديرنا أن العلاقات القائمة بين الدول ذات السيادة أرقى وأشد تباينا من أية علاقة قائمة بين دولة ذات سيادة ومجرد شركة بترولية خاصة تابعة لدولتها كونها لا تعتبر من أشخاص القانون الدولي.

وترتيبا لذلك لا نتصور بالمنطق تضرر الشركة الأجنبية إلا في حالة خرق الدولة لبند الاستقرار العقدي دون التشريعي، لأن إصدار تشريعات لاحقة رغم وجود البند المجمد لأثرها في فلسفة القانون طبقا لتدرج القوانين، يجعل القانون أسمى من الاتفاق العقدي، وهذا لا يمنع الدول المنتجة من إعمال سيادتها في تعديل القوانين خرقا للبند وترجيحا للمصلحة العامة.

ثانيا: حق الشركة البترولية في اللجوء لطلب الحماية الديبلوماسية

لا تتمتع الشركة المتعاقدة بالشخصية الدولية، فهي من أشخاص القانون الخاص، لذا وجب الإستعاضة عن فقدانها لهذه الصفة الدولية بالإعتراف بإمكانية استعارة شخصية الدولة التي تتبعها من قبيل التدخل لتمارس على رعيتها الحماية المطلوبة. وتقرر قواعد القانون الدولي حماية إضافية للمستثمر الأجنبي الذي له أن يلجأ إلى الدولة التي يحمل جنسيتها لتمارس لصالحه الحماية الديبلوماسية في مواجهة الدولة المضيفة، وذلك في حالة تضرر مصالحه في إحدى الحالات الآتية: [58]

1-إذا ما اتخذت إجراءات نزع الملكية بإخلال مبدأ المساواة،

2-إذا أنكرت الدولة حق المستثمر الأجنبي في التعويض،

3-في حالة ما إذا رفضت الدولة أداء مبلغ التعويض للمستثمر،

4-إذا كان مبلغ التعويض مجحفا في حق المستثمر المتعاقد.

ويتصور أنه عقب استنفاذ كافة طرق الطعن في الدولة المضيفة، فلدولة جنسية المستثمر أن تلجأ إلى الطرق الديبلوماسية لحماية رعيتها، وإلا يكون للشركة المتضررة حق إثارة دعوى أمام هيئات التحكيم الدولي.

الفرع الثاني: تحديد مسؤولية الدولة المنتجة

إذا انتفت أية مسؤولية للشركة البترولية عن إهمال أو تقصير في تنفيذ بنود عقد المحروقات، حق على الدولة المضيفة للإستثمارات النفطية أن تمكنها من الإستفادة من الحماية التي توفرها لها بنود الضمان المدرجة في العقد، فإذا أخلت بهذه الثقة المشروعة ترتب عليها ضرورة تحمل جزاء الإخلال. ويتعين بداية تحديد أساس مسؤولية الدولة المنتجة(أولا) قبل تحميلها مسؤولية الإلتزام بتعويض الشركة البترولية(ثانيا).

أولا: أساس مسؤولية الدولة المنتجة

إنه من الصعوبة بمكان الحفاظ على التوازن في العلاقة بين المصالح العقدية للشركة البترولية والمصالح السيادية العليا للدولة المنتجة، والتي تفرض أحيانا إجراء إصلاحات إقتصادية أو تعديلات قانونية تمس بالضرورة بمركز الشريك المتعاقد، سيما مع التسليم بأن مركز الدولة السيادي يفوق ويسمو على مركز الشركة البترولية.

ويرجع البعض أساس التزام الدولة بتعويض المستثمر الأجنبي إلى الإخلال بالثقة المشروعة التي تولدت لديه في ظل القانون القديم، والتي لولاها لما استثمر أمواله في إقليمها، ذلك أن قرار استثماره في إقليمها قد اتخذ اعتمادا على ثقته فيها وفيما توفرها له تشريعاتها الداخلية من حماية وضمانات وامتيازات، فإذا أخلت بهذه الثقة المشروعة كان عليها أن تقوم بتعويضه عن كافة الأضرار التي قد تلحقه نتيجة ذلك.[59]

إن مسؤولية الدولة المنتجة يمكن تصورها في حالة خرقها لبند الاستقرار التشريعي، لأن وحده القانون من بإمكانه أن ينسخ قانونا آخر، فتعديل تلك البنود يثر المسؤولية الدولية للدولة المتعاقدة،[60] ويفتح باب الدعاوى التحكيمية على مصراعيه.

ثانيا: الإلتزام بتعويض الشركة البترولية

يرى البعض بخصوص بند الاستقرار التشريعي أن صدور تشريعات داخلية من شأنها مثلا ترتيب عبئ مالي إضافي على عاتق الشريك المتعاقد أو إلغاء الضمانات القائمة أو الإنتقاص من المزايا الواردة في التشريعات، من شأنه إلزام الدولة بتعويض المستثمر عن طريق تحمل عبئ الضرائب التي قد تفرضها التشريعات الداخلية للدولة المضيفة.[61]

فإذا كان التعديل الذي قامت به الدولة تعسفيا ويمس بالتوازن الاقتصادي للعقد، فإن هذا إخلال من جانب الدولة يمثل مخالفة أو خرقا لالتزاماتها التعاقدية أو القانونية، فيؤدي ذلك إلى إثارة مسؤوليتها عن التعويض العادل الجابر للضرر لصالح الطرف الآخر عما لحقه من خسارة وما فاته من كسب.

أما إذا كانت الدولة قد أبرمت هذا العقد في ظل ظروف إضطرارية وكانت غير كاملة الإرادة كأن تكون في حالة احتلال عسكري أو إكراه وكان الغبن واضحا في شروط العقد وبنوده، فيحق للدولة أن تعدل عن هذا العقد من دون تعويض للطرف الآخر مستندة في ذلك إلى قواعد القانون الدولي العام المتمثلة في قاعدة "التوازن الاقتصادي للعقد" وقاعدة "تغير الظروف"، شرط أن يكون التعديل متناسبا مع مقدار الغبن الواقع على الدولة، وأن يحقق التوازن الاقتصادي العادل للعقد من دون أن يؤدي إلى غبن للطرف الآخر.[62]

ففي قضية الشركة الأمريكية Aminoil ضد حكومة الكويت، والتي يرجع سببها لاتخاذ حكومة الكويت قرار التأميم كرد فعل لرفض الشركة مراجعة الأسعار، فإن هذا الحكم قد ميز بين شروط الثبات التشريعي وبين الأحكام العقدية التي تحظر التأميم، وورد في الحكم: " من وجهة نظر القانون الدولي للعقود، لا ينبغي اتخاذ إجراء التأميم ضد عقد مدول مبرم بين دولة ومؤسسة أجنبية خاصة، وينطوي على أحكام الثبات". واعتبرت المحكمة بأن شروط الضمان لا تعد باطلة في حد ذاتها رغم أنها تشكل اعتداء على سيادة الدولة المتعاقدة، ورغم أنها تقيد حرية الدولة في اتخاذ القرارات، إلا أنها تشكل اعتداء على النظام الدولي العام، لكن الأمر يستدعي تعويضا عادلا لصالح الشركة البترولية".[63]

ومع التسليم بأن قضاء التحكيم الدولي، وإن تفاوتت أحكامه بهذا الخصوص إلا أنها تتحد في النهاية تحت مسميات قانونية شتى في الحكم على الدول المنتجة بالتعويض لصالح الشركات البترولية الأجنبية، مع تأكيدها بخلاف ما هو متوقع بداية على العلاقة "التبادلية" القائمة بين الثبات التشريعي وشرط التحكيم، فقد أسهم وجود شرط الثبات في تعزيز شرط التحكيم وتقويته ومنع تعديله كما منع تعديل العقد تعديلا أحادي الجانب، وفي هذا التكييف خطورة مضافة.

خاتمة

تعد شروط الضمان من الشروط المعهود إدراجها في ظل علاقات غير متكافئة، ضمن العقود التي تكون الدولة أحد أطرافها وترغب في توطين العلاقة التي تربطها بالشركة الأجنبية عن طريق إخضاعها لقانون هذه الدولة. ورغم أن الدولة المنتجة التي تعاني من قلة تدفق الرساميل الأجنبية النفطية لديها، قد تقبل على تفعيل هذه البنود بدون إشكال، وهذا يتناسب في الأحوال العادية مع الطبيعة الإحتمالية للإكتشافات البترولية والإستثمارات الضخمة المخصصة لها. فإذا توافق ذلك مع التزام الشريك الأجنبي بمبادئ حسن النية أثناء التنفيذ، فإن ذلك سيدفعه إلى القيام بكل ما تتطلبه الإدارة الحسنة للحقل البترولي لتحقيق استغلال تجاري تنموي ناجحومن ثم التمتع بثمار مشروعه الإحتمالي، الأمر الذي يخدم مصلحة الطرفين معا.

غير أن الإشكال الذي يثور يكمن في الحالة التي تضطر فيها الدول المنتجة التي تعاني من ضعف تدفق الإستثمار إلى مراجعة قوانينها سيما الضريبية منها على نحو يحمل المستثمر في قطاع النفط تكاليف مالية مرهقة تجعله لا يتوانى عن رفع دعوى تحكيم دولي. وبذلك السلوك تكون الدولة المنتجة قد أفقدت بنود الضمان

التي تعهدت بها قيمتها القانونية ووظيفتها المالية معا، فهي بذلك ترهن مصلحة عليا تعتبرها سيادية لقاء مصلحة مالية غير مضمونة وربما قد تضطر لفقد مبلغ مالي معتبر في شكل تعويضات تلزمها بها هيئات التحكيم الدولي.

فطرح النزاع على قضاء التحكيم الدولي من شأنه وأد كل فعالية وتأثير لبند الاستقرار التشريعي نظرا لسمو القوانين والتعهدات الدولية على القانون الوطني، ورغم إدراج بند الثبات العقدي رضائيا فإن المخاطرة بعدم توطين العقد البترولي بإسناد التحكيم لقانون يحظر شرط الاستقرار التعاقدي، فإنه ينصر بذلك المصلحة التجارية للشركة البترولية على حساب المصالح الحيوية للدولة المنتجة.

إن المخاطرة بإدراج بنود الضمان غير مؤكدة من جانب الدولة المنتجة مادام تصب في كل الأحوال لصالح الشركات البترولية الأجنبية، نظرا لما تتمتع به من قوة تفاوضية تجاوز إمكانات وخبرة الدولة المتعاقدة بما يضعف من شرط إعادة التفاوض عند طلب المراجعة. ولا سبيل في تقديرنا لإثقال كفة الدولة المنتجة إلا التعويل على تعزيز قدراتها التقنية وتجنيدها إمكانات وقوى تفاوضية معتبرة لافتكاك أفضل الشروط الممكنة للمراجعة والإستقرار ضمانا لتحصين مصالحها الحيوية العليا.

الهوامش

1-هندي أحمد حلمي خليل، عقود الإمتيازات البترولية وأسلوب حل منازعاتها، دار الكتب المصرية، الإسكندرية، 2013، ص 298.

2-فياض محمود، "دور شروط الثبات التشريعي في حماية المستثمر الأجنبي في عقود الطاقة بين فرضيات وإشكالات التطبيق"، مداخلة مطروحة ضمن فعاليات المؤتمر السنوي الحادي والعشرين للطاقة بين القانون والإقتصاد، المنعقد يومي 20-2013/05/21، كلية القانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، ص 601.

3-المادة 15 من الأمر رقم 01-03 المؤرخ في 2001/08/20 المتعلق بتطوير الإستثمار لم يشملها التعديل لكنها تممت بالمادة 15 من التعديل القانوني بموجب الأمر رقم 06-08 مؤرخ في 2006/07/15، جريدة رسمية عدد 47، صادرة في 2006/07/19.

4-أبو زيد سراج حسين، التحكيم في عقود البترول، دار النهضة العربية، القاهرة، 2010، ص 111.

5-LALIVE J-F, « Contrats entre Etat et personnes privées », RCADI, 1983, p 56.

6-الحداد حفيظة السيد، العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية (تحديد ماهيتها والنظام القانوني لها)، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2001، ص 324.

7-رائد أحمد علي أحمد، موسوعة التحكيم في عقود الإستثمارات البترولية-جزء1، طبعة1، مركز الدراسات العربية للنشر والتوزيع، 2017، جمهورية مصر العربية، ص 140.

8-يسمى ذلك "شرط الثبات الدولي"، وبموجبه ستكون أحكام القانون الدولي العام هي الناظمة والحامية لاستقرار الإستثمارات الأجنبية العاملة في أراضي الدول الأعضاء في هذه الإتفاقية شريطة أن يتمسك المستثمر بتطبيقها ضمن العقد، لذلك يطلق الفقه الغربي على هذا النوع من الشروط بشروط "المظلة التشريعية". راجع في ذلك:

فياض محمود، مرجع سابق، ص ص 622-623.

9-المغربي م، السيادة الدائمة للثروات البترولية-دراسة للإمتيازات النفطية للشرق الأوسط والتعديلات المشروعة-، مركز الشرق الأوسط للأبحاث والتوزيع، لبنان، 1996، ص103.

10-الزقرد أحمد سعيد، "عقود البنية التحتية لاستغلال النفط والغاز"، بحث مقدم إلى المؤتمر العلمي السنوي الثاني عشر بعنوان: البترول والطاقة، من 2-2008/04/3، كلية الحقوق، جامعة المنصورة. راجع كذلك:

رخا طارق عزت، دور القانون الدولي في حل مشكلات استغلال الثروة البترولية، دار النهضة العربية، القاهرة، بدون ذكر سنة النشر، ص 90.

11-WEIL Prosper, « Les clauses de stabilisation ou d'intangibilité insérées dans les accords de développement économique », in : Mélanges offerts à Charles Rousseau « la commune internationale », Pédone, Paris, 1974, p 310.

12-الأسعد بشار محمد، عقود الإستثمار في العلاقات الدولية الخاصة (ماهيتها-القانون الواجب التطبيق عليها-وسائل تسوية منازعاتها)، طبعة1، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2006، ص 295.

13-DAVID N, « Les clauses de stabilité dans les contrats pétroliers-Questions d'un praticien », Clunet, Paris, 1986, p 80.

14-الشاوي منذر، فلسفة القانون، منشورات المجمع العلمي العراقي، بغداد، 1994، ص 120.

15-رائد أحمد علي أحمد، مرجع سابق، ص 141.

16-WEIL Prosper, opcit, p 310.

17-يرى "عشوش" أن شروط الثبات لا تقيد الدولة ولا تثير مسؤوليتها لأنها لا تملك التنازل عن استعمال حقوقها التي تتعلق بالصالح العام، لذا لا يمكن أن تكون هذه الحقوق محل تنازل أو تصالح في عقد تجاري، وكل ما للمستثمر هو الحق في التعويض. راجع حول هذا الرأي: الحداد حفيظة السيد، مرجع سابق، صفحة 120. راجع كذلك: عشوش أحمد عبد الحميد، "عقد الإمتياز البترولي وسلطة الدولة في تعديله"، بحث مقدم إلى مؤتمر البترول العربي السابع الذي نظمته الأمانة العامة لجامعة الدول العربية، الكويت، مارس، 1970، ص 12.

18-الحداد حفيظة السيد، مرجع سابق، ص 323.

19-أبو زيد سراج حسين، مرجع سابق، ص 139.

20-المعموري غسان عبيد محمد، " شرط الثبات التشريعي ودوره في التحكيم في عقود البترول"، مجلة رسالة الحقوق، المجلد الأول، عدد 2، كلية القانون، جامعة كربلاء، العراق، 2009، ص 175.

21-رائد أحمد علي أحمد، مرجع سابق، ص 146.

22-HAROUN Mehdi, Le régime des investissements en Algérie à la lumière de la convention Franco-Algérienne, Litec, Librairie de la cour de cassation, Paris, 2000, page 457.

23-OLOUMI Ziad, Les nouveaux aspects des contrats d'hydrocarbures et le droit international du développement : Contribution à une étude juridique de partenariat public-privé en faveur de développement durable,

Thèse de Doctorat en Droit International, Université NICE-SOPHIA ANTIPOLIS, Paris, 2003, p 151.

24-MEHIOU Rabah, Le pétrole Algérien, édition ENAP, Alger, 1974, pp 227-230.

25-الغنيمي محمد طلعت، القانون بين الأمم-قانون السلام-، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1970، ص 289.

26-عشوش أحمد عبد الحميد، النظام القانوني للإتفاقيات البترولية في البلاد العربية، الشركة المتحدة للنشر والتوزيع، القاهرة، 1975، ص 254.

27-الأنباري علي عبد الرزاق علي، أثر القانون الدولي العام في تطور عقود الإمتيازات النفطية-دراسة تطبيقية حول منظمة الدول المصدرة للنفط أوبك 1952-2000، طبعة1، منشورات زين الحقوقية، بيروت، 2016، ص ص 84-85.

28-راجع حول مضمون هذه الآراء: الأنباري علي عبد الرزاق علي، مرجع سابق، ص 87.

29-يرى "الغنيمي" بأن الأوجب استخدام مصطلح "مقابل" عوضا عن "تعويض" للتعبير عما تدفعه الدولة لقاء الملكية، لأن لفظ التعويض الجاري استعماله لدى بعض الفقه والتشريعات العربية لا يتفق والتكييف القانوني الصحيح للتأميم، وأنه ينبغي استبعاده لأن التعويض عادة هو جزاء الإخلال بالإلتزام، أما المقابل فلا ينبغي أن يفهم منه-كما يحدث-السند القانوني الذي يجعل التأميم مشروعا، فهذا الفهم غير صحيح. راجع حول هذا الطرح:

الغنيمي محمد طلعت، القانون بين الأمم، مرجع سابق، ص ص 288-289.

30-قد تم تبني هذه القاعدة العرفية في مشروع الإتفاقية الخاصة بالمسؤولية الدولية الذي أعدته جامعة هارفرد الأمريكية، ومفادها أن الإجراءات التي تتخذها الدولة تتقيد بالنص العادي لقوانينها وتعتبرها عملا مشروعا حتى إذا أدت إلى حرمان المستثمر من ماله دون تعويض، مادامت لا تتضمن خروجا واضحا عن أحكام قانون الدولة وليست ذات طابع تمييزي، ولا تنطوي على إنكار للعدالة أو تخل بحكم معاهدة أو تخرج بدرجة معقولة عن مبادئ العدالة والمعترف بها في النظم الرئيسية في العالم، أو تمثل تعسفا في استخدام السلطة واقترنت بتعويض.راجع في ذلك:

الأنباري علي عبد الرزاق علي، مرجع سابق، ص ص 47-48، هامش رقم02.

31-السعيدان أحمد عبد الرزاق خليفة، القانون والسيادة وامتيازات النفط-مقارنة بالشريعة الإسلامية-، مركز دراسات الوحدة العربية، سلسة أطروحات الدكتوراه، بيروت، 1996، ص 237.

32-FOUCHARD Ph, « L'adaptation des contrats de conjoncture économique », Revue Arbitrage, 1979, p 71.

33-OPPETIT B, « L'adaptation des contrats internationaux aux changements de circonstances : La clause de « hardship » », Clunet, Paris, 1974, p 797.
34-DEVAUX-CHARBONNEL Jean, Droit minier des hydrocarbure-Principes et applications, 2ème édition, éditions Technip, Paris, 1987, p 118.

35-الزقرد أحمد سعيد، مرجع سابق، ص 3.

36-BERLIN Dominique, « Les procédures de règlement des différends dans les contrats Nord-sud », in : Contrats internationaux et pays en développement, CASSAN Hervé (sous la direction), édition Economica, PEJ, Paris, 1989, pp 67-68.

37-حول تأثير العوامل الاقتصادية على أسعار النفط راجع: معداوي نجية، عقد التسويق الدولي للنفط الخام الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع: عقود ومسؤولية، كلية الحقوق-بن عكنون-، جامعة الجزائر، 2001، ص 83.

38-عشوش أحمد عبد الحميد وباخشب عمر، النظام القانوني للإتفاقيات البترولية في دول مجلس التعاون الخليجي-دراسة مقارنة مع الاهتمام بالإتفاقيات ونظم البترول بالمملكة العربية السعودية، مؤسسة شباب الجامعة، الإسكندرية، 1990، ص ص232-233.

39-GHERZOULI K, « Conditions de réussite de partenariat interentreprises Algéro-Français », in : Partenariats d'entreprises et mondialisation, édition Kartala, Paris, 1999, pp 395-396.

40-غنام شريف محمد، أثر تغير الظروف في عقود التجارة الدولية-مساهمة في توحيد شرطي القوة القاهرة وإعادة التفاوض-، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000، ص 37.

41-سلامة أحمد عبد الكريم، قانون العقد الدولي (مفاوضات العقود الدولية-القانون الواجب التطبيق وأزمته)، طبعة1، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000-2001، ص 67.

42-لتفاصيل أكثر حول هذه المقارنة راجع: الزقرد أحمد سعيد، مرجع سابق، ص 6.

43-الزقرد أحمد سعيد، مرجع سابق، ص 7.

44-الأسعد بشار محمد، مرجع سابق، ص 305.

45-المادة 76 من القانون رقم 05-07 المؤرخ في 2005/04/28، المتعلق بالمحروقات، المعدل والمتمم، جريدة رسمية عدد 50، صادرة في 2005/07/19.

46-الزقرد أحمد سعيد، مرجع سابق، ص 8.

47-الأسعد بشار محمد، مرجع سابق، صفحة 306.

48-BERLIN Dominique, opcit, pp 80-81.

49-BELAID Abdessalam, Le gaz Algérien-stratégies et enjeux, éditions Bouchène, 1990, Alger, pp 28-29.
50-MEBROUKINE Ali, « Les modes de conclusion des contrats dans les rapports commerciaux Nord-Sud » ; in : CASSAN Hervé, opcit, p 32.
51-JINGZHOU Tao, « Les spécificités des investissements étrangers en République Populaire de Chine », in : CASSAN Hervé, opcit, p 219.
52-Voir en détail : BERLIN Dominique, opcit, pp 71-72.

53-لتفاصيل أكثر راجع: الحداد حفيظة السيد، التحكيم في العقود الإدارية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2001، ص ص 31-32.

54-راجع في ذلك: سلامة أحمد عبد الكريم، نظرية العقد الدولي الطليق بين القانون الدولي الخاص وقانون التجارة الدولية-دراسة تأصيلية انتقادية-، دار النهضة العربية، القاهرة، 1989، ص ص 93-94.

55-مثاله ما نصت عليه المادة 1/37 من امتياز أبرمته الحكومة المصرية مع شركة فليبس عام 1963 بنصها: " تلتزم المؤسسة إلى الحد الذي لا يتعارض في القانون المذكور مع أحكام هذا العقد". راجع في ذلك:

الأنباري علي عبد الرزاق علي، مرجع سابق، ص ص 46-47، هامش رقم 1 للصفحة 47.

56-JULLIARD P, « Le nouveau modèle américain de convention bilatérale pour l'encouragement des investissements », Chronique de droit économique, AFDI, 1983, p 589.
57-WENGLER W, « Les accords entre un Etat et une personne privée étrangère », Annuaire de l'institut de Droit International (AIDI), Volume N°57, 1977, p 243.

58-هشام خالد، الحماية القانونية للإستثمارات العربية، مؤسسة شباب الجامعة للطباعة والنشر والتوزيع، الإسكندرية، 1998، ص76.

59-بسيم عصام، النظام القانوني للإستثمارات الأجنبية الخاصة في الدول الآخذة في النمو، دار النهضة العربية، القاهرة، 1972، ص 124.

60-WELL Prosper, opcit, p 317.

61-عشوش أحمد عبد الحميد وباخشب عمر، مرجع سابق، ص 147.

62-الأنباري علي عبد الرزاق علي، مرجع سابق، ص 47.

63-DAVID N, opcit, p 81.