

جامعة مولود معمري

كلية الحقوق والعلوم السياسية

قسم: الحقوق



الطبعة القانونية لعقد ضمان الاستثمار الدولي

مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماستر في القانون

تخصص: قانون أعمال

تحت إشراف الدكتورة:

• من إعداد الطالبتين:

أ.د. /إقنولي / ولد رابح صافية

- راشدي صارة

- عيود كهينة

لجنة المناقشة:

أ.د.صبايحي ربعة..... رئيسا

أ.د. /إقنولي /أولد رابح صافية..... مشرفا

أ.د./فتحي وردية..... ممتحنا

تاريخ المناقشة: 2020/11/04

كلمة شكر

نتقدّم بالشكر الجزيل لكلّ من وقف على المنابر من أجل تنوير عقولنا، إلى كلّ الأساتذة الكرام في كلية الحقوق بجامعة مولود معمري.

شكر خاص.

نتوجه بجزيل الشكر والامتنان للأساتذة المشرفة على هذا العمل، الأستاذة "إفلولي صافية" على توجيهاتها ونصائحها وحرصها على إتمام هذا العمل في أحسن الظروف.

ولا يفوتنا توجيه الشكر إلى أعضاء لجنة المناقشة الذين وافقوا على مناقشة هذا العمل المتواضع.



سارة وكهينة

إهداء

إلى منبع الحنان والعطاء والصبر "أمي وأبي" أطال الله في عمرهما.

إلى أخي وسندي الذي كان دوماً عوناً لي.

إلى جدتي الغالية "الجدة".

إلى شريكتي في هذا العمل وفي مسيرتي العلمية التي قضيت معها سنوات
الدراسة.

إلى أصدقائي وزملائي وعائلتي الكريمة.

وكلّ من علّمني من أساتذة كلية الحقوق.

إلى كلّ هؤلاء أهدي ثمرة جهدي.



سارة

إهداء

إلى اللّذان تعبنا وسهرنا من أجل تربيّتي وتعليمي، إلى من أعطاني الكثير ولم يبخل، إلى اللّذان صبرا على كلّ شيء لرعايتي حق الرّعاية وكانا سندا في الشدائد، وكانتا دعواتهما لي بالتوفيق تتبعني خطوة بخطوة في عملي وكانا يدفعاني قدما نحو الأمام لنيل المبتغى، إلى من أضاء إليّ الدّرب.... أبي وأمي أظل الله عمرهما وحفظهما لي.

إليهما أهدي هذا العمل المتواضع لكي أدخل على قلوبهما شيئا من السّعادة. إلى أخي وسندي الذي كان دوما محونا لي.

إلى من جمعنا سقفه واحد واشتركنا فيه السّراء والضراء، إلى من لا أستطيع الاستغناء عنهم إخوتي وأخواتي.

إلى شريكتي في العمل وصديقة العمر والأيّام، حبيبتي التي شاركتها كلّ الأحلام والتي دوما تدفعني من أجل تحقيقها رغم الصّعب.

وإلى كلّ من ساعدنا من قريب أو من بعيد.

إلى كلّ هؤلاء أهدي هذا العمل المتواضع عرفانا لهم بالفضل والشكر.



مميّزة

قائمة أهم المختصرات

أولاً: باللغة العربية.

ج. ر: جريدة رسمية.

د.ت.ن: دون تاريخ نشر.

د.د.ن: دون دار النشر.

ص: صفحة.

ثانياً: باللغة العربية.

AMGI : Agence Multilatérale de Garantie des Investissements.

CIGI : Compagnie Interarabe pour la Garantie de l'investissement.

SIGICE : Société Islamique de Garantie des Investissements et des
Crédits à l'Exportation.

مقدمة

مقدمة:

الاستثمار هو الدعامة الأساسية لعملية النمو الاقتصادي للبلدان المتقدمة، ولعملية التنمية الاقتصادية في الدول المختلفة؛ لما يعود عليها من أهداف سواء من حيث توفير رؤوس الأموال ومناصب الشغل والتقدم العلمي والتكنولوجي لذا فإن مختلف البلدان تسمى لتطوير هذا النشاط بوضع مختلف الآليات والوسائل لجذب رؤوس الأموال.

«من العوامل الأساسية التي تساعد على نجاح الاستثمار هو توفر الاستقرار الكامل، يتعلق الأمر بالاستقرار السياسي والاقتصادي والقانوني، فيعتبر الاستقرار السياسي عن الوضعية السياسية في الدولة التي يمارس على إقليمها من حيث وجود المؤسسات الدستورية على غرار السلطات التشريعية والتنفيذية والقضائية وعدم وجود صراعات وانقلابات أو تمرد أو حرب أجنبية، أما الاستقرار الاقتصادي فيعبر عن القدرات والثروات الطبيعية والموارد التي تحتوي عليها غير قابلة للإلغاء القصير وغير المعلن عنه والذي سيؤثر بصفة مباشرة على نشاط الاستثمار»¹. لكن ما يقلل من أهمية هذه التشريعات صدورها بالإرادة المنفردة للدولة المضيفة، فهي عرضة للتغير في أي وقت خاصة في الدول المختلفة، هذا ما يجعل المستثمر الأجنبي لا يطمئن للحماية التي توفرها له الأنظمة الداخلية، لذا فالقانون الدولي يتصدى لهذا النقص، حيث أن هناك مبادئ عرفية تقرر قدرا من الحماية، إضافة إلى الاجتهاد الدولي الذي يهدف إلى تقرير المزيد من الحماية للقانونية للاستثمارات وهذا بإبرام الاتفاقيات الثنائية والجماعية. لكن نظرا للعجز الدولي لتوفير الحماية الكاملة والمطلوبة للمال الخاص، استدعت الظروف للتفكير في إيجاد وسيلة قانونية جديدة من شأنها أن تزيد من قدر الحماية الممنوحة للاستثمارات الأجنبية.

¹ - نقلا عن: إريزيل الكاهنة، «عن أقلمة محيط الأعمال في الجزائر»، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، العدد 1، 2013، ص 42-43.

لذلك نجد أن عقد الضمان أحدث وسيلة قانونية لحماية الاستثمارات الأجنبية، فمن الأخطار التي يمكن أن يتعرض لها المستثمر وتهدد مشروعه الاستثماري تلك الأخطار اللصيقة بالبلد الذي يمارس على أراضيها نشاطه نتيجة أحداث سياسية أو انقلابات سياسية أو حروب (خطر سياسي) أو منع تحويل رؤوس الأموال أو التقليل منها (خطر عدم التحويل) أو قيام البلد بنزع ملكية المستثمر (خطر نزع الملكية). ولمواجهة ذلك تم استحداث هذه الوسيلة القانونية المتمثلة في عقد الضمان لمواجهة الأخطار غير التجارية، حيث تتحمل هذه الأخيرة تغطية الخسائر الناجمة عنها.

«كانت الولايات المتحدة الأمريكية هي أول من فكر في إنشاء نظام خاص تقوم عليه هيئة حكومية - لضمان الاستثمارات مواطنيها في الخارج ضد الأخطار غير التجارية، وذلك من خلال عقود الضمان التي تبرمها هذه الهيئة. وقد بدأت الدعوة إلى قيام هذا النظام في منتصف الأربعينات عندما دعت الحاجة إلى إسهام الولايات المتحدة في إعادة بناء أوروبا بعد نهاية الحرب، إسهاما لا يقتصر الأمر فيه على تقديم المعونات الحكومية، بل يشمل التمويل عن طريق الاستثمارات الأمريكية الخاصة.

ورغبة في تحقيق الغاية المتقدمة صدر قانون التعاون الاقتصادي عام 1948 والذي أنشأ نظام ضمان الاستثمارات الأمريكية الخاصة في غرب أوروبا ضد خطر منع تحويل العملة من البلاد المضيفة لهذه الاستثمارات. وفي عام 1951 اتسع النطاق الجغرافي لهذا النظام فأصبح يغطي الاستثمارات الأمريكية في دول الشرق الأوسط وإفريقيا وآسيا والشرق الأقصى وأمريكا اللاتينية، وفي عام 1953 زاد اتساع هذا النظام على أن يشمل أي دولة اتفقت الولايات المتحدة معها على تطبيق برنامج المعونة وذلك وفقا لقانون الأمن المتبادل الصادر عام 1951، وفي عام 1959 اقتصر تطبيق برنامج الضمان على الدول المختلفة دون سواها.

ومن ناحية أخرى، فقد زاد نطاق الحماية الممنوحة للمستثمرين الأمريكيين في ظل النظام المتقدم، حيث اتجه البرنامج إلى تغطية أخطار نزاع الملكية والمصادرة والحرب والثورات والعصيان المدني.

ويشرف على هذا البرنامج وكالة التنمية الدولية، وهي إحدى الهيئات العامة في الولايات المتحدة، حيث تتولى إبرام عقود الضمان مع المستثمرين الأمريكيين الذين يريدون ضمان استثماراتهم في الدول التي يغطيها برنامج الضمان.

ويشترط لإمكان إبرام عقد الضمان وفقا للنظام المتقدم أن يكون المستثمر طالب الضمان مواطنا أمريكيا سواء كان شخصا طبيعيا أم اعتباريا.

وعلى أثر النجاح الذي حققه برنامج الضمان الأمريكي، قامت الدول المصدرة لرأسمال بإنشاء برامج ضمان مماثلة للنظام الأمريكي تتجه إلى ضمان الاستثمارات مواطنيها في الخارج ضد الأخطار التجارية، كما كان لهذا النجاح أثره في التفكير في إنشاء جهاز دولي للضمان بحيث تتصرف حمايته لكافة الدول المنشئة له وللمواطنيها، وذلك من خلال عقود الضمان التي يتولى إبرامها»¹.

«وأول مبادرة تهدف إلى إنشاء نظام دولي لضمان الاستثمارات الأجنبية، تعود إلى الخمسينات بعد اقتراح تقدمت به لجنة الخبراء التابعة للجمعية الاستثمارية لمجلس أوروبا سنة 1957 حول إنشاء "صندوق للضمان والمعنوية المالية" يهدف إلى تغطية الاستثمارات الأوروبية في إفريقيا. وفي نفس العام طلب نائب الرئيس الأمريكي "تكسون" إجراء دراسات لبحث إمكانية إنشاء صندوق دولي لضمان الاستثمار، تديره هيئة خاصة لحماية الاستثمارات من أخطار التأمين وتخفيض قيمة العملة ومنع تحويلها وغيرها من المخاطر السياسية، ثم

¹ - نقلا عن: هشام خالد، عقد ضمان الاستثمار، القانون الواجب التطبيق عليه وتسوية المنازعات التي قد تنشأ بشأنه، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2000، ص 24-26.

توالت بعد ذلك الدّراسات والمشروعات حتى بلغ عددها ستة عشر (16) مشروعاً إلى غاية 1966 نذك منها مشروع: هود، جولان، ومافرى، وأوزبورن، وريل ومشروع مجلس أوروبا، ومشروع منظمة التعاون الاقتصادي والتنمية، ومشروع البنك الدولي، ومشروع الصندوق الكويتي للتنمية الاقتصادية العربية...

هكذا تبلورت فكرة إنشاء جهاز دولي لضمان الاستثمارات الأجنبية إلى أواخر السبعينات والثمانينات، حيث اعتمد الصندوق الكويتي للتنمية الاقتصادية العربية مشروع إنشاء المؤسسة العربية لضمان الاستثمار في سنة 1975، ثم اعتماد البنك الدولي للإنشاء والتعمير مشروع إنشاء الوكالة الدولية لضمان الاستثمار في سنة 1985، ثم استمر الوضع إلى غاية عام 1995 عندما تبنى البنك الإسلامي للتنمية مشروع إنشاء المؤسسة الإسلامية لتأمين الاستثمارات وائتمان الصادرات. وهذا ما سنتولى تبياناه في هذا الموضوع وتحديد هذه الهيئات...»¹.

باعتبار عقد ضمان الاستثمار الدولي وسيلة جديدة لحماية الاستثمارات وضمانها ضد المخاطر غير التجارية التي قد تتعرض لها، هذا ما يجعل منه عقداً تثار بشأنه تساؤلات جوهرية حول طبيعته ومضمونه.

إنّ الهدف من هذا البحث هو التعرف على الطبيعة المميزة لعقد الضمان على الصعيد الدولي، من خلال دراسة مختلف جوانبه وأساسه القانونية، للتمكن من التعرف على مضمونه، كما نتطرق أيضاً إلى إطاره القانوني وعلى هذا الأساس سوف نعالج الموضوع بمنهج التحليل لنحاول الإجابة عن الإشكالية المطروحة حول:

ما هي الأحكام المنظمة لعقد ضمان الاستثمار الدولي؟

¹ - نقلا عن: نزليوي صليحة، النظام القانوني لعقد ضمان الاستثمار الدولي، مذكرة لنيل درجة الماجستير في القانون فرع "قانون الأعمال"، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2006، ص 8.

من خلال الإشكالية المطروحة وسعياً منا لتناول مختلف جوانب عقد ضمان الاستثمار ارتأينا إلى تقسيم المذكرة إلى فصلين:

الفصل الأول: حدّدنا فيه مضمون عقد الضمان وذلك بإبراز مفهومه، تحديد خصائصه وموضوعه ووضع تكييف له.

الفصل الثاني: تناولنا الاتفاقيات الدولية المنشئة لهذا العقد، ولفهم الطبيعة المتميزة له وضّحنا شروط وإجراءات إبرامه سعياً لاستتباط الإطار القانوني له.

الفصل الأول:

مضمون عقد ضمان الاستثمار الدولي

يعتبر الاستثمار الأجنبي ركيزة أساسية تعتمد عليها الدول، فلا يمكن تحقيق التنمية الاقتصادية بعيدا عن الاستثمارات الأجنبية، لهذا فهي تقدم ضمانات لجلب رؤوس الأموال.

ولما كانت عقود الاستثمار عقود طويلة الأجل مما يجعلها عرضة لمخاطر كثيرة أهمها: المخاطر غير التجارية، خاصة في البلدان المتخلفة، ما جعل المستثمرين مترددين في استثمار أموالهم، من أجل ذلك سعى المجتمع الدولي لإيجاد آلية قانونية تساعد على بعث حالة الارتياح لدى المستثمرين، وتتمثل هذه الآلية في: عقد ضمان الاستثمار كوسيلة فعالة لتعزيز الحماية اللازمة (المبحث الأول).

ولقد اقترن ظهور عقد ضمان الاستثمار الدولي بمفاهيم متعددة كونه عقد جديد، بحيث أنه أثار جدالا فقهيًا لماله من طابع خاص مقارنة بالعقود الخاصة، ذلك سعيًا لفهم طبيعته ووضع تكييف له (المبحث الثاني).

المبحث الأول

ماهية عقد ضمان الاستثمار الدولي

عقود الضمان عقود دولية تبرمها هيئة مختصة في الضمان مع مستثمر أجنبي ترمي لتجسيد تأمين خاص للمستثمرين وملكيتهم ضد الأخطار السياسية، هذا العقد يجنب المستثمر مطالبة الدولة المضيفة الوفاء تعهداتها والتي قد تعجز عنها بسبب أوضاعها الاقتصادية الصعبة، بالتالي هيئة الضمان هي التي تحل محل الدولة. تعتبر فكرة التأمين هي الأصل التي انطلق منها عقد الضمان الدولي وتحديد المقصود به (المطلب الأول) وتستوجب عملية الضمان توضيح الموضوع الذي يقع عليه العقد (المطلب الثاني).

المطلب الأول

مفهوم عقد ضمان الاستثمار الدولي

باعتبار أن عقد ضمان الاستثمار الدولي هي الأشكال الجديدة للضمان بمعنى أنه ينفرد بطبيعته، لهذا يقتضي تحديد مقصود عقد ضمان الاستثمار الدولي التطرق إلى تعريفه (الفرع الأول) وتبيان ما لهذا العقد من خصائص (الفرع الثاني).

الفرع الأول

التعريف بعقد ضمان الاستثمار الدولي

يعتبر عقد ضمان الاستثمار الدولي وسيلة قانونية مستحدثة يهدف لحماية الاستثمارات، خاصة وأن الضمانات التي تمنحها التشريعات الداخلية لا تكفي لمنح الطمأنينة للمستثمرين كون صدورها يكون بالإرادة المنفردة للدولة المضيفة وهي معرضة للتعديل في أي وقت¹ «سيما إذا تعلق الأمر بالدول المتخلفة والتي تعاني من عدم ثبات تشريعاتها...»².

¹ - مسعودي يوسف، "عقد ضمان الاستثمار كآلية لحماية الاستثمارات العربية ضد المخاطر غير التجارية"، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية، العدد 9، المجلد الثاني، 2018، ص 690.

² - نقلا عن: هشام خالد، عقد ضمان الاستثمار، القانون الواجب التطبيق عليه وتسوية المنازعات التي قد تثار بشأنه، المرجع السابق، ص 12.

يمكن تعريف هذا العقد على أنه:

«العقد الذي يتم إبرامه بين هيئة الضمان والمستثمر طالب الضمان، تلتزم بمقتضاه الهيئة بتعويض المستثمر المضمون عن الأضرار التي يمكن أن تصيبه من تحقق خطر غير تجاري، بسبب تصرف قانوني، أو عمل مادي، صادر ضده من الدولة المضيفة لاستثماره، أو الغير مقابل قسط معلوم».¹

يستدعي تعريف عقد ضمان الاستثمار الدولي تحليل لعباراته بحيث أنه مرتبط بفكرتين أساسيتين هما: فكرة الضمان (garantie) وفكرة الاستثمار (l'investissement).

أولاً: تعريف مصطلح الاستثمار.

بالنسبة لمصطلح الاستثمار، فقد اختلف الفقه في وضع تعريف شامل وموحد له، فقد اتجه الفقه التقليدي إلى الربط بين الاستثمار والاقتصاد، ويفترض أن الاقتصاد هو مصدر الاستثمار وهو الذي يحدد شروطه، فيعتبر أن الاستثمار هو توظيف الأموال اقتصادياً من أجل خلق أو إنشاء مؤسسة، شراء مؤسسة موجودة المساهمة في مؤسسة جديدة، المساهمة في مؤسسة موجودة أصلاً من أجل الحصول على عوائد وأرباح معتبرة.

ثانياً: تعريف مصطلح الضمان.

أما فكرة الضمان، فالضمان في اللغة والاصطلاح الفقهي هو: الالتزام وفي اصطلاح الفقهاء فإنهم يطلقونه على عدة معاني مثلاً على الكفالة، فيقولون عقد الضمان وعقد الكفالة على أنهما لفظان مترادفان يراد بهما الالتزام بحق ثابت في ذمة غيره وهو ضمان الدين، أو بتسليم عين مضمونة، هذا هو استعمال الفقهاء لاسم الضمان بالمعنى الخاص.

إلا أنهم يستعملونه فيما هو أعم من ذلك بأنه ضمان المال بعقد به من مال أو عمل، والمراد بثبوته فيها مطلوباً أدائه شرعاً عند تحقق شرط أدائه، سواء أكان مطلوباً أدائه في الحال كالدين الحال، أو في الزمن المستقبل المعين كالدين المؤجل إلى أجل معين.

¹ - نزليوي صليحة، النظام القانوني لعقد ضمان الاستثمار الدولي، المرجع السابق، ص 11.

العلاقة بين مصطلح الضمان ومصطلح الدين:

الضمان أعم من الدين لأنه هو شغل الذمة بما قد يطلب به إن تحقق شرط طلبه، وقد لا يتحقق الشرط فلا يطلب لذلك كان أعم من الدين.¹

الفرع الثاني

خصائص عقد ضمان الاستثمار الدولي

من خلال تعريف هذا العقد يتضح أنه عقد ذو خصائص فريدة تميزه عن باقي العقود التقليدية، وتتمثل هذه الخصائص فيما يلي:

أولاً: عقد الضمان عقد رضائي.

العقد الرضائي هو ما يكفي في انعقاده تراضي الطرفين (المتعاقدين)، أي اقتران الإيجاب بالقبول، فالتراضي وحده هو الذي يكون العقد، لذلك فعقد الضمان من العقود الرضائية بحيث يكفي التراضي لانعقاده، والتراضي هو العنصر الوحيد للعقد، حيث لا تستلزم الاتفاقيات ولا عقود الضمان ضرورة إبرامه في شكل معين.

فإذا تقدم طالب الضمان لهيئة الضمان لتأمين استثماره فإن هذه الأخيرة تبحث في طلبه وتحدد إمكانية قبوله على ضوء الشروط الواجب توافرها في الاستثمار المضمون، فعليها التأكد من صدور موافقة الدولة المضيفة على تنفيذ الاستثمار، وعلى إبرام عقد الضمان وذلك باعتباره شرطاً أساسياً لإمكان إبرام العقد.²

ثانياً: عقد الضمان عقد احتمالي.

العقد الاحتمالي هو الذي لا يستطيع فيه كل من المتعاقدين أن يحدد وقت تمام العقد، القدر الذي أخذ أو القدر الذي أعطى، ولا يتحدد ذلك إلا في المستقبل تبعاً لحدوث أمر غير محقق الحصول أو غير معروف وقت حصوله.

¹ - أبو العيال أيمن، "فكرة ضمان العقد في الفقه الإسلامي"، مجلة جامعة دمشق، العدد الثاني، المجلد 19، 2003، ص 83.

² - هشام خالد، عقد ضمان الاستثمار، القانون الواجب التطبيق عليه وتسوية المنازعات التي قد تنور بشأنه، المرجع السابق، ص 72.

يظهر الاحتمال في عقد الضمان في كون المستثمر رغم دفعه للأقساط قد لا يحصل على تعويض مناسب بسبب عدم تحقق الخطر المضمون، أما بالنسبة للمؤسسة فهي تعوض المستثمرين دون تيقنها من درجة تحقق الأخطار ومقدار الخسائر المتوقعة¹، فالمؤسسة أو الهيئة «لا تبني تقديرها على أسس رياضية ثم تقوم بتغطيتها... إنما تتعهد المؤسسة بأن تعوضهم دون معرفة حقيقية من جانبها لدرجة الاحتمال في تحقق الأخطار ولمقدار الخسائر المتوقعة في هذا الصدد»².

ثالثاً: عقد الضمان عقد له خاصية التبعية.

إنّ عقد الضمان هو نتيجة لمجموع العلاقات القانونية بين عدّة متدخلين: المستثمر، الدولة الوطنية للاستثمار، الدولة المضيفة للاستثمار، كما أن عقد الضمان مشروط بإجراءات أولية أخرى، عقود أخرى رضائية³.

رابعاً: عقد الضمان عقد معاوضة.

كل متعاقد يأخذ مقابل لما أعطى، فالمؤسسة تأخذ الأقساط التي يدفعها المستثمر المضمون، كما أن الأخير يأخذ مقابل لما يدفعه وهو التعويض إذا ما تحقق الخطر المضمون. وقد يبدو أن المستثمر المضمون لا يأخذ مقابل لما دفع إذا لم يتحقق الخطر، حيث لا تكون المؤسسة ملتزمة بشيء نحوه في هذا الغرض، ولكن الواقع أن المقابل الذي يأخذه المستثمر المضمون في نظير دفع الأقساط ليس هو مبلغ التعويض بالذات، فقد يأخذه وقد لا يأخذه، ولكن المقابل هو تحمل المؤسسة لتبعة الخطر المؤمن ضده سواء تحقق الخطر أو لم يتحقق، فتحمل المؤسسة لهذه التبعة ثابت في الحالتين⁴.

¹ - مسعودي يوسف، "عقد ضمان الاستثمار كآلية لحماية الاستثمارات العربية ضد المخاطر غير التجارية"، المرجع السابق، ص 692.

² - هشام خالد، عقد ضمان الاستثمار، القانون الواجب التطبيق عليه وتسوية المنازعات التي قد تنشأ بشأنه، المرجع السابق، ص 76.

³ - أنظر: عينوش عائشة، ميكانيزمات ضمان الاستثمارات الأجنبية في الجزائر، مذكرة لنيل درجة الماجستير في القانون، فرع قانون الأعمال، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2002، ص 23.

⁴ - هشام خالد، عقد ضمان الاستثمار، القانون الواجب التطبيق عليه وتسوية المنازعات التي قد تنشأ بشأنه، المرجع السابق، ص 74.

خامسا: عقد الضمان عقد ملزم لجانبين.

يرتب عقد الضمان التزامات متبادلة في ذمة طرفيه، فالمستثمر يلتزم بدفع الأقساط، في حين تلتزم المؤسسة بتعويضه في حالة تحقق الخطر المضمون ونظرا لهذا التقابل بين التزامات يحق للمؤسسة إنهاء العقد إذا ما أخل المستثمر بأحد الالتزامات الملقاة على عاتقه.¹

سادسا: عقد الضمان عقد إذعان.

فهذا العقد يبرم بين طرفين غير متساويين، فيعرف عقد الإذعان "أنه العقد الذي يسلم فيه أحد الطرفين بشروط مقررة يضعها الطرف الآخر ولا يسمح بمناقشتها..."، وذلك لأن طرف فيها حائز لاحتكار فصلي أو قانوني لخدمة ضرورية لا غنى عنها.²

سابعا: عقد الضمان عقد زمني.

بحيث أن عقد الضمان يرتب التزامات وهذه الالتزامات عبارة عن أداءات مستمرة مع الزمن، المضمون يدفع الأقساط الواجبة عليه في العقد عن كل فترة (سنة أو ستة أشهر)، كما أن المؤسسة تلتزم بتعويض المستثمر في فترة زمنية محددة هي مدة عقد الضمان (مثلا عقد ضمان الاستثمار المباشر هي 10 سنوات تبدأ من تاريخ إبرامه).

ويلاحظ أيضا أنه عقد محدد المدة، له مدة محددة بحيث ينفذ من تاريخ معين وينقضي في تاريخ معين أيضا.³

ثامنا: عقد الضمان من عقود حسن النية.

يقصد بذلك أن عقد الضمان يجعل المؤسسة بوصفها الجهاز الضامن تحت رحمة المستثمر المضمون في خصوص البيانات التي يدلي بها إليها عند التعاقد والتي تتعلق بالخطر المضمون.

¹- مسعودي يوسف، "عقد ضمان الاستثمار كآلية لحماية الاستثمارات العربية ضد المخاطر غير التجارية"، المرجع السابق، ص 692.

²- هشام خالد، عقد ضمان الاستثمار، القانون الواجب التطبيق عليه وتسوية المنازعات التي قد تثور بشأنه، المرجع السابق، ص 77.

³- المرجع نفسه، ص 78.

بحيث أن المؤسسة في هذا العقد تعتمد على حسن نية المستثمر في الإدلاء بالبيانات المتعلقة باستثماره، فإذا أخل بواجبه أو لم يستعمل حسن النية ولم يدلي بجميع البيانات اللازمة عن الخطر المؤمن ضده أو إذا قصر في اتخاذ الاحتياطات اللازمة لدرء الخطر أو لمنع تفاقمه بعد وقوعه، فإن هذا الإخلال يبرر حق المؤسسة في إسقاط حق المستثمر في التعويض.¹

المطلب الثاني

موضوع عقد ضمان الاستثمار الدولي

عقد ضمان الاستثمار الدولي يبرم بهدف تشجيع حركة رؤوس الأموال الأجنبية بين الدول فبفضله يأتى المستثمر على مشروعه الاستثماري متى كان هذا الاستثمار ضمن الاستثمارات المضمونة من قبل الهيئة الضامنة (الفرع الأول)، ويحدد هذا المستثمر نوع الخطر الذي يريد ضمانه (الفرع الثاني) وهذا مقابل قسط يدفعه للهيئة الضامنة (الفرع الثالث).

الفرع الأول

الاستثمار المضمون في عقد ضمان الاستثمار الدولي

يعتبر الاستثمار العنصر الجوهري لعقد الضمان لأن العقد بحد ذاته يرد على الاستثمار، لذا فإن هذا المصطلح هو الذي يحدد من خلاله كيفية تطبيق ما ورد في الاتفاقيات وما جاء في عقود الضمان.

أولاً: المقصود بالاستثمار.

إن مصطلح الاستثمار محل خلاف في الفقه والقضاء، فالبعض يعبر عنه على أنه حقوق ملكية الأجانب والبعض الآخر فيعتبرونه تصرف اقتصادي، لكنهم يتفقون على وجوب توفر شروط أساسية في عملية الاستثمار، وهي:

¹ - هشام خالد، عقد ضمان الاستثمار، القانون الواجب التطبيق عليه وتسوية المنازعات التي قد تنور بشأنه، المرجع السابق، ص 94-95.

1- رأس المال: يجب أن يكون نقداً أو عينياً (براءة الاختراع والمعرفة الفنية والرخصة...) باستثناء المساهمة الصناعية التي يجب أن يكون مصدرها عبارة عن ملكية خاصة.

2- المدة: هذا هو معيار التمييز بين الاستثمار والمعاملات التجارية، فالاستثمار يجب أن يكون لفترة زمنية معينة تكون متوسطة أو طويلة وإلا فإنها عبارة عن معاملة تجارية.

3- الهدف: يجب أن يكون الهدف منه تحقيق الربح.

4- الخطر: بحيث يجب على المستثمر أن يقبل الأرباح المنتظرة والخسائر المحتملة عند الشروع في أي مشروع استثماري، فيتحمل الأخطار التجارية التي قد تلحق مشروعه والتي تخرج عن إرادة الدولة المضيفة فلا يمكن التنبؤ بها مسبقاً.¹

ثانياً: أنواع الاستثمارات القابلة للضمان.

نصت مختلف الاتفاقيات المنشئة لهيئات الضمان الدولية إلى أشكال الاستثمارات المؤهلة للضمان.

بحيث أوردت اتفاقية سيول (Séoul) لعام 1985 المتضمنة إنشاء الوكالة المتعددة الأطراف لضمان الاستثمارات² في المادة 12 منها بحيث تميز بين الاستثمارات الصالحة وغير الصالحة للضمان³، وتشمل الاستثمارات الصالحة للضمان: حقوق الملكية والقروض المتوسطة أو الطويلة الأجل، ويمكن لمجلس الإدارة إضافة أنواع أخرى من الاستثمارات.

¹ - عيبوط محند وعلي، الاستثمارات الأجنبية في القانون الجزائري، الطبعة الثانية، دار هوم، الجزائر، 2014، ص 121-122.

² - GIGLIONE Renaud : « commentaire de la convention de Séoul du 11 octobre 1985 portant création de l'agence multilatérale de garantie des investissements ». www.MIGA.org.1997

³ - أنظر المادة 12 من الاتفاقية المتضمنة إنشاء الوكالة الدولية لضمان الاستثمار. <http://www.izf.net> وقد صادقت الجزائر على هذه الاتفاقية بموجب مرسوم رئاسي رقم 95-345 مؤرخ في 30 أكتوبر 1995، يتضمن المصادقة على الاتفاقية المتضمنة إنشاء الوكالة الدولية لضمان الاستثمارات، ج. ر عدد 66، الصادرة بتاريخ 1995/11/05.

وطبقا للفقرة ج من نفس المادة: «...يجوز أن تشمل هذه الاستثمارات: 1/ أي تحويل للنقد الأجنبي لأغراض تجديد أو توسيع أو تطوير الاستثمار القائم. 2/ واستخدام الأرباح التي تدرها استثمارات قائمة إذا كان من الممكن تحويلها خارج الدولة المضيفة...»¹.

كما تبنت المؤسسة الإسلامية مفهوما واسعا لهذه الاستثمارات وهذا ما تضمنته المادة 17 منها، حيث نصت على أنه: «تشمل الاستثمارات الصالحة للتأمين كافة الاستثمارات التي يقوم بها الأعضاء ومواطنو الدول الأعضاء ومنها الاستثمارات المباشرة في المشروعات وفروعها ووكالتها والمساهمة في رؤوس أموال المنشآت...»².

من خلال المادة نجد أن المؤسسة خولت قدرا من المرونة في تحديد الاستثمارات المضمونة لمجلس المديرين لإضفاء الصلاحية للضمان على أنواع أخرى للاستثمارات، مما يسمح بالتوسيع من نطاق ضمان المؤسسة، ومنه فتح المجال لضمان القروض المرتبطة بعمليات التصدير الطويلة أو القصيرة المدى (شرط أن تكون عملية التصدير بين الدول الأعضاء) وأيضا متعلقة بسلع أنتجت أو صنعت كليا أو جزئيا أو تم تجميعها أو تشكيلها في دولة عضوة أو أكثر، مادام لهذه العملية عائد اقتصادي للدولة العضوة المصدرة.

كما فتحت المجال أمام الاستثمارات الخاصة والعامة والمختلطة والتي تعمل على أسس تجارية، هذا ما أثار خلافا حول مدى سلامة امتداد الضمان للاستثمارات الحكومية، كون أن الأموال الخاصة فقط من تحتاج للضمان، كون ضمان المشروعات التابعة للدولة من المخاطر التي قد تتعرض لها في دولة أخرى هو إعلان مباشر عن عدم ثقة الدولة

¹ - عيبوط محند وعلي، المرجع السابق، ص 126.

² - أنظر حول إنشاء المؤسسة الإسلامية لتأسيس الاستثمارات وائتمان الصادرات: الموقع "المؤسسة الإسلامية لتأمين الاستثمارات وائتمان الصادرات، 2001-2002.

صادقت عليها الجزائر بموجب المرسوم الرئاسي رقم 96-144 المؤرخ في 23 أبريل 1996، المتضمن المصادقة على إنشاء المؤسسة الإسلامية لتأمين الاستثمارات وائتمان الصادرات، ج. ر عدد 26، الصادرة بتاريخ 1996/04/24.

الأولى بالثانية. لكن رغم ذلك فلضمان الاستثمارات العامة أهمية كبيرة لانتقال رؤوس الأموال من الدول المصدرة للدول المستوردة.¹

وقد أشارت المادة 15 من اتفاقية إنشاء المؤسسة العربية لضمان الاستثمارات² الصالحة للضمان ضد المخاطر غير التجارية مؤكدة أن هذه الاستثمارات تشمل: «...كافة الاستثمارات ما بين الأقطار المتعاقدة سواء كانت من الاستثمارات المباشرة بما في ذلك المشروعات وفروعها ووكالاتها وملكية الحصص والعقارات أو من استثمارات الحافظة بما في ذلك ملكية الأسهم والسندات وكذلك القروض التي يتجاوز أجلها ثلاث سنوات أو القروض ذات الأجل الأقصر التي يقرر المجلس على سبيل الاستثناء صلاحيتها للتأمين».

وبهذه المثابة، يجوز للمؤسسة أن تضمن الاستثمارات المباشرة وغير المباشرة، فيحق لها بذلك ضمان القروض الممنوحة للمشروعات الاستثمارية باعتبارها استثمارات غير مباشرة.

ولعلّ أهم ما يلاحظ من نص المادة هو توسع الاتفاقية لمفهوم الاستثمارات الصالحة للضمان، بحيث شملت الاستثمارات الصالحة للضمان تلك الاستثمارات العامة والمختلطة أسوة عن الاستثمارات الخاصة بشرط أن تعمل هذه الاستثمارات على "أسس تجارية".

وتوسعت أيضاً حيث أشارت في المادة 16 من اتفاقية إنشاء المؤسسة العربية على أنواع الاستثمارات التي تتمتع بأولوية خاصة في نظر المؤسسة وهي: " الاستثمارات الكفيلة بزيادة التعاون الاقتصادي بين الأقطار العربية " الاستثمارات التي يثبت للمؤسسة فاعليتها

1- غرس الدين صارة، عقد ضمان الاستثمار في إطار المؤسسة العربية لضمان الاستثمار، مذكرة لنيل شهادة الماستر في القانون، تخصص قانون العام للأعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة قاصدي مرباح، ورقلة، 2017، ص 30.

2- أنظر موقع المؤسسة العربية لضمان الاستثمار: "اتفاقية المؤسسة العربية لضمان الاستثمار Inter-Arab Investment Guarantee Corporation 1999-2002 <http://www.iaigc.org>

وقد صادقت عليها الجزائر بموجب الأمر رقم 72-16 المؤرخ في 07 جوان 1972، المتضمن المصادقة على الاتفاقية المتعلقة بإنشاء المؤسسة العربية لضمان الاستثمار، ج. ر عدد 53، الصادرة بتاريخ 1972/07/04.

في بناء الطاقات الإنتاجية لاقتصاد الدولة المضيفة" " الاستثمارات التي يعتبر الضمان الذي تقدمه المؤسسة عاملاً أساسياً في تنفيذها".

فهذه المؤسسة هي التي ستقرر بنفسها مدى تمتع الاستثمار المراد ضمانه بأولوية خاصة.¹

ثالثاً: أنواع عقود الضمان التي تبرمها المؤسسة العربية لضمان الاستثمارات.

1- عقد ضمان الاستثمار المباشر:

ويغطي الاستثمار المتمثل في ملكية كل أو بعض رأس مال المشروع، يخضع لسيطرة المستثمر ويكون مسؤولاً عن التزاماته مسؤولية غير محدودة له سلطة فعلية وحقيقية في التسيير.

2- عقد ضمان مساهمة في رأس مال شركة:

ويغطي الاستثمار المتمثل في ملكية أسهم أو حصص في رأس مال شركة، حيث لا يسأل المستثمر إلا في حدود مساهمته في رأس المال.

3- عقد ضمان قرض:

ويغطي الاستثمار المتمثل في شكل قرض طويل أو متوسط الأجل تزيد مدته على ثلاث سنوات، يقدمه المستثمر إلى مشروع قائم لإحدى الدول الأعضاء في المؤسسة.

4- عقد ضمان معدات مقاولات:

ويغطي المعدات المستخدمة من مقاول ينتمي لإحدى الدول الأعضاء لتنفيذ عقد في دولة عربية أخرى بشرط أن تكون تلك المعدات مستوردة من خارج الدولة التي يجري فيها التنفيذ أو مشتتة من سوقها المحلية من حصيلة عملة محولة من الخارج أو قابلة للتحويل للخارج.

¹ - هشام علي صادق، الحماية الدولية للمال الأجنبي، مع إشارة خاصة للوسائل المقترحة لحماية الأحوال العربية في الدول الغربية، الدار الجامعية، بيروت، (د.ت.ن)، ص 308.

5- عقد ضمان ائتمان الصادرات:

يغطي القروض المرتبطة بعمليات التصدير والاستيراد فيما بين الدول الأعضاء حتى ولو قلّ أجلها عن ثلاث سنوات، إذا كانت تتعلق بتصدير مواد أولية من منتجات إحدى الدول الأعضاء أو بسلع تمّ تصنيعها كلياً أو جزئياً في هذه الدولة أو تمّ تجميعها وتشكيلها فيها مادام يترتب على إتمام هذه العمليات عائد اقتصادي واضح لتلك الدولة.¹

الفرع الثاني

الخطر المضمون في عقد ضمان الاستثمار الدولي

«يعتبر الخطر المحل الذي يرد عليه العقد، فهو مبرر وجوده، ويقصد به كل أمر أو حادث غير محقق الوقوع، لا يتوقف تحققه على إرادة أحد طرفي العقد، يعدّ الخطر في الواقع العنصر الأساسي في العقد المبرم بين المستثمر وهيئة الضمان الدولية...»²

بصفة عامة يميز الفقهاء بين نوعين من المخاطر التي تواجه المستثمرين الأجانب وهي: المخاطر التجارية والمخاطر غير التجارية، الأولى تدخل في إطار حياة المؤسسة وليس للدولة أية مسؤولية فيها، أما الثانية تتدرج ضمن بعض الأحداث السياسية التي تعرفها الدولة.

الأخطار المضمونة في هذا العقد هي الأخطار غير التجارية، تشمل المخاطر السياسية الناتجة عن سوء تسيير المصالح العمومية للدولة المضيفة (أولاً) والإجراءات الانفرادية التي تتخذها الدولة في إطار ممارستها لسيادتها والتي تلحق أضراراً بملكية وحقوق المستثمرين الأجانب (ثانياً).³

نصت على هذه الأخطار مختلف الاتفاقيات المتضمنة إنشاء هيئات الضمان وهي

كالآتي:

¹ - هشام خالد، الحماية القانونية للاستثمارات العربية، مؤسسة شباب الجامعة، الإسكندرية، 1988، ص 139-141.
² - نقلاً عن: نزليوي صليحة، "الطبيعة القانونية لعقد ضمان الاستثمار الدولي"، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، العدد 1، 2011، ص 164.
³ - عيروط محند وعلي، المرجع السابق، ص 171-172.

المادة 11 من اتفاقية إنشاء الوكالة الدولية لضمان الاستثمار.

المادة 2/19 من اتفاقية إنشاء المؤسسة الإسلامية لتأمين الاستثمارات وائتمان الصادرات.

المادة 18 من اتفاقية إنشاء المؤسسة العربية لضمان الاستثمار.¹

أولاً: المخاطر السياسية.

يعتمد البعض في تعريف الخطر السياسي على معيار تدخل الحكومة فيعرفها على أنها: «تلك الإجراءات التي تتخذها الحكومة أو السلطات العامة في الدولة المضيفة للاستثمار سواءاً بطريق مباشر أو غير مباشر ويكون من شأنها حرمان المستثمر الأجنبي من حقوقه وسلطاته الجوهرية على الاستثمار ومنافعه».²

من خلال هذا التعريف نستخلص أن الخطر السياسي يقتضي توافر عنصرين:

1- وجود حدث ناتج عن سوء تسيير المصالح العمومية للدولة المضيفة.

2- المساس بملكية المستثمر وحرمانه من حقوقه.

من الخصائص الأساسية للخطر السياسي أنه لا يمكن التنبؤ به ولا يستطيع المستثمر القيام بأي شيء لمواجهة هذا الحدث.

وتتعدد المخاطر السياسية التي يمكن أن تحدث بالاستثمار الأجنبي وهي:

1- عدم الاستقرار السياسي:

إن انتقال السلطة والتغيير في نظام الحكم لا يؤثر على المصالح المادية للاستثمارات الأجنبية، لكنه يبعث الخوف والشكوك لدى المستثمرين، لأنه يتبع بقرارات إدارية هامة هي التي تؤثر على الوضع الاقتصادي في البلاد لأنها تمس قطاعات هامة أهمها: تحويل رؤوس الأموال والضرائب، القيود الإدارية والمنافسة ورقابة الأسعار والقيود على الاستيراد

¹ - أنظر في ذلك المواقع الأنترنت التالية:

L'agence multilatérale de garantie des investissements. <http://www.izf.net>

<http://www.iciiec.org> / Inter-Arab Investissement Guarantee Corporation <http://www.iaigc.org>

² - بزاز الوليد، "آليات القانون الدولي لحماية الاستثمارات الأجنبية من المخاطر غير التجارية"، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية، العدد 11، 2018، ص 171.

والتصدير وهذه القرارات والإجراءات التجارية والمالية المترتبة عن هذا التغيير هي التي من شأنها التأثير على السير العادي للمؤسسات بالتالي على الاستثمار ككل، وهذا ما يثير تخوف المستثمرين الأجانب.¹

2- عدم الاستقرار القانوني:

يعدّ عدم الاستقرار القانوني أحد أهم العوائق التي تقف في وجه المستثمر الأجنبي وتجعله مترددا في الاستثمار، خصوصا إذا كان التغيير جذريا، فكثرة القوانين المنظمة بالاستثمار وكثرة التعديلات والتغييرات التي تجرى عليها إنّما يدلّ على عدم الاستقرار في النظام القانوني الذي يحكم الاستثمار. هذا ما يجعل المستثمر متردد لأنه يبحث عن الاستقرار والحرية ويحاول بناء استراتيجية استثماره بناء على النظام القانوني للدولة المضيفة، وهذا ما لا يستطيع الوصول إليه في بلد تكثر فيه التعديلات والتغييرات القانونية، فقد تقرر الدول حقوقا ثم تلغوها.²

3- الحروب والاضطرابات المدنية:

«يقصد بمخاطر الحروب والاضطرابات المدنية، كل الإجراءات أو الأحداث السياسية التي لا تملك الدولة المضيفة للاستثمار أية سلطة في راقبتها أو التحكم فيها، من شأنها أن تؤثر سلبا على ممتلكات المستثمرين الأجانب بشكل يؤدي إلى الإنقاص من قيمتها».³

يشمل هذا الخطر، الحروب، الثورات، الفتن، الاضطرابات الداخلية، وأعمال الشغب التي تلحق الضرر بالمستثمر الأجنبي دون أن يكون للدولة أية رغبة في تحقيق ذلك.

فمن خلال نص المادة 1/18 من الاتفاقية المنشئة للمؤسسة العربية يتضح أن الاتفاقية نصت على تغطية الخسائر الناتجة عن الأعمال الحربية سواء كانت بفعل الدولة المضيفة أو

¹- عيوط محند وعلي، المرجع السابق، ص 175.

²- لعماري وليد، "الحوافز والحوافز القانونية للاستثمار الأجنبي في الجزائر، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع قانون الأعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الجزائر -1، 2011، ص 90-91.

³- نقلا عن: نزليوي صليحة، النظام القانوني لعقد ضمان الاستثمار الدولي، المرجع السابق، ص 115.

دولة أجنبية، إذا تعرضت لها بطريقة مباشرة الأصول المادية للمستثمر المضمون، بالإضافة إلى الاضطرابات الأهلية التي يكون لها نفس الأثر¹، ومن ثم نستنتج أن المؤسسة العربية لضمان الاستثمار يقتصر على تغطية الخسائر المادية التي تلحق بطريقة مباشرة أصول المستثمر، ويبرز البعض هذا الوضع مقررًا أن المؤسسة تهدف من ذلك إلى أن تحمي نفسها من المطالبات غير المحدودة التي يمكن أن تواجهها فيما لو أتيح ضمان الخسائر غير المادية للاستثمارات إذا ما ترتبت على الحرب والاضطرابات والفتن الداخلية.

غير أن المؤسسة الإسلامية لتأمين الاستثمار أتاحت التعاقد على ضمان الخطر الناتج عن الحرب والاضطرابات المدنية القائمة في إقليم الدولة المضيفة، دون تخصيص نوع الأصول التي تلحق بها الخسائر الناجمة عن هذا الخطر، هذا ما أكدته المادة 2/19 من اتفاقية المؤسسة الإسلامية².

وأيضًا من خلال هذه المادة (السابقة الذكر م 19)³ فإن الأستاذة نزليوي تشير إلى بعض النقاط المهمة وهي:

أنّ عبارة "العمل العسكري" الواردة في النص مفادها التمييز بين الحرب العالمية والحرب التي قد تصيب الدولة المضيفة وحدها أو ما يجاورها، فالهيئة الضامنة تستثني ضمان الحالة الأولى (الحرب العالمية) لأنها تصيب الدول المتقدمة والنامية على حد سواء، وضمان هذه الأخيرة سيؤدي بها حتما لمواجهة أعباء مالية كبيرة تعجز عن توفيرها.

لهذا تحصر المادة 19 من اتفاقية المؤسسة الإسلامية، والمادة 11 من اتفاقية الوكالة⁴ الضمان فقط على الخسائر الناجمة عن مخاطر الحروب والاضطرابات المدنية في "إقليم الدولة المضيفة".

¹- تكون الحرب دولية إذا حدثت بين دولتين أو أكثر وأهلية إذا حدثت بين المجموعات المسلحة والحكومة أو بين المجموعات المسلحة فيما بينها.

²- غرس الدين صارة، المرجع السابق، ص 26.

³- أنظر المادة 19 من الاتفاقية المتضمنة إنشاء المؤسسة الإسلامية لتأمين الاستثمارات، المرجع السابق.

⁴- أنظر المادة 11 من الاتفاقية المتضمنة إنشاء الوكالة الدولية لضمان الاستثمار، المرجع السابق.

عموما الصياغة العامة والمرنة التي وردت بها الاتفاقيات الدولية لضمان الاستثمار، تفتح المجال أمام الهيئات لتغطية كل الأعمال العسكرية والنزاعات المسلحة التي قد تسفر عنها الأحداث الدولية في المستقبل، أو ما قد يظهر مستقبلا من إجراءات شبيهة يمكن أن تصل إلى حدّ التدخل المسلح.

أما الأعمال الإرهابية التي تشكل مصدر قلق كبير لدى المستثمرين في الآونة الأخيرة وتنعكس سلبا على الاستثمارات الأجنبية، فلا تغطيها عقود الضمان الدولية، إلا إذا قررت هيئة الضمان خلاف ذلك¹، فحسب المادة 11/ب من اتفاقية الوكالة الدولية لضمان الاستثمار فإنه: «يجوز لمجلس الإدارة - بناء على طلب مشترك من المستثمر والدولة المضيفة- أن يوافق بالأغلبية الخاصة على إضفاء الصلاحية للضمان على مخاطر غير تجارية محددة خلافا للمخاطر المشار إليها في الفقرة (أ)»².

أما الاضطرابات المدنية فيقصد بها الأعمال التخريبية الموجهة ضد الحكومة والهدف منها تحقيق أهداف سياسية وإيديولوجية من خلال معارضة السلطة المحلية. تتحمل الدولة الأضرار والخسائر الناتجة عن الاضطرابات المدنية استنادا إلى مبدأ السيادة الشاملة على كل التراب الوطني المعمول به في القانون الدولي، بحيث الدولة ملزمة بحماية الأجانب وأموالهم وأي إخلال بهذا الواجب يترتب عنه مسؤولية مباشرة للدولة³.

4-العقوبات الدولية:

من صلاحية مجلس الأمن اتخاذ الإجراءات التي يراها مناسبة من أجل استتباب الأمن في العالم، وذلك في حالات تهديد السلم والإخلال به ووقوع العدوان. وتأخذ العقوبات التي يفرضها مجلس الأمن أشكالا مختلفة منها: الحصار (blocus) مثلما وقع مع العراق عقب اجتياحه للكويت في القرن الماضي، وتجميد الودائع (gel des avoirs) على غرار ما

¹ - نزيوي صليحة، النظام القانوني لعقد ضمان الاستثمار الدولي، المرجع السابق، ص 117-118

² - أنظر المادة 3/19 من الاتفاقية المتضمنة إنشاء المؤسسة الإسلامية لتأمين الاستثمارات، المرجع السابق.

³ - عيوط محند وعلي، المرجع السابق، ص 177-178.

حصل مع إيران بسبب أزمة السلاح النووي الإيراني، أو المقاطعة (boycott) وقد تلحق الإجراءات الردعية حدّ التدخل العسكري وكل هذه الإجراءات يكون لها تأثير مباشر أو غير مباشر على الاستثمارات الأجنبية في الدول المتدخل فيها.¹

ثانيا: الإجراءات الانفرادية.

الدولة وهي تمارس سيادتها على إقليمها تقوم بإجراءات تشريعية وتنظيمية لتحقيق أهدافها التنموية، حيث يمكن لها اللجوء لنزع الملكية من أجل المنفعة العامة، أو التأميم على المشاريع التجارية الأجنبية الموجودة على إقليمها أو مراجعة منظومتها الجبائية والنقدية لأهداف حماية اقتصادها الوطني.

لكن يجب عليها عند ممارسة هذا الحق أن تتصرف طبقا لأحكام وقواعد القانون الدولي وأي إخلال بذلك يترتب عنه مسؤولية دولية والتزام بالتعويض ولا يكفي تحقق الخطر لاستحقاق التعويض بل يجب أن يترتب حرمان المستثمر من حقوقه الجوهرية واستمرار ذلك لفترة زمنية معينة، وهذه الإجراءات تمس بملكية المستثمر سواءا بطريقة مباشرة أو غير مباشرة.

أ- الإجراءات المباشرة:

1-نزع الملكية: حسب التعريف الوارد في القاموس القانوني فإن نزع الملكية "هو إجراء يمكن للإدارة بواسطته إرغام شخص بالتخلي عن عقاره لفائدة أو لمصلحة عامة"، وبعض الكتاب عرفوها على أنها: «الإجراء الذي يسمح للإدارة بأن تكسب السلطة على الممتلكات الخاصة بشكل عادل للمصلحة العامة مقابل تعويض».²

¹- بزاز الوليد، المرجع السابق، ص 176.

²- نقلا عن: أوديع نادية، حماية الاستثمار الأجنبي في ظل القانون الاتفاقي الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع الأعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2004، ص 43.

يرد نزع الملكية على الأموال العقارية في غالب التشريعات، وعادة ما يكون مقابل تعويض، إن كانت له ملكية العقار قبل نزع ملكيته، ويرد بموجب قرار إداري، ويعد من إجراءات السيادة التي تباشرها السلطة العامة في حدود اختصاصها الإقليمي.

وهو ينطبق على الأجانب أسوة بالمواطنين ليس عملاً بأحكام قانون موقع المال وفقاً لقواعد تنازع القوانين وإنما بناء على قاعدة إقليمية القوانين العامة.

وهذا الإجراء إداري استثنائي يرد على العقارات ويكون بهدف تحقيق المنفعة العامة، كأن يتم نزع الأراضي لبناء مستشفيات أو جامعات ولا تلجأ السلطات إلى هذا الإجراء إلا في حالة عدم وجود أية وسيلة في حوزتها أو أدت كل هذه الوسائل إلى نتائج سلبية.¹

شروط نزع الملكية:

إن شروط مشروعية نزع الملكية تتمثل في:

1- شرط المصلحة العامة: يقصد بالمصلحة العامة أن يكون لمصلحة الدولة ككيان

عام، وليس لمصلحة فردية لرئيس الدولة مثلاً أو لرئيس الحكومة أو لأحد الوطنيين، أي أن ملكية المشروع الاستثماري قد آلت إلى الدولة أو أحد أجهزتها العامة.

2- شرط عدم التمييز: مفاده أن الدولة عليها احترام مبدأ المساواة وعدم التمييز فلا

يجوز لها أن تتخذ هذا الإجراء على نحو يخل بهذا المبدأ كما لو قامت باتخاذ إجراءات التأميم أو نزع الملكية في مواجهة ممتلكات الأجانب دون الوطنيين على

نحو يجعل من الصفة الأجنبي المبرر لاتخاذ هذه الإجراءات.

3- عدم مخالفة التزام تعاقدى سابق: تلتزم الدولة بما تعهدت به من التزامات بمقتضى

المعاهدات الدولية، ما لم يحدث في الظروف ما يجيز لها التحلل من التزاماتها الدولية، رغماً عن الدولة المتعاهدة الأخرى، وبعد عرض الأمر على التحكيم أو

القضاء الدولي.

¹- أوديع نادية، المرجع السابق، ص 44.

وعلى هذا فقد حكم القضاء الدولي بأن الدولة التي تتعهد بموجب معاهدة دولية بالامتناع على نزع ملكية الأجانب، فإذا قامت بذلك فتعد مخالفة لالتزامها التعاقدية.

4- شرط دفع التعويض: إذا قامت الدولة المضيفة للاستثمار بهذا الإجراء ضد المشروع الاستثماري المملوك للمستثمر الأجنبي، فهي ملزمة بالتعويض وإلا اعتبر إجراء غير مشروع.

وهذا وفقا لما تضمنته المحكمة الدائمة للعدل الدولية.¹

2- التأمين: يعرف التأمين بأنه:

"إجراء يقصد به نقل ملكية مجموعة من الأموال التي تكون في صورة مشروع إلى الأمة، إما بهدف القضاء الشامل على كافة مظاهر الملكية الفردية لوسائل الإنتاج ويسمى ذلك (التأمين الإيديولوجي)، أو بمجرد القضاء على سيطرة رؤوس الأموال الأجنبية على الاقتصاد الوطني وهو ما يسمى (التأمين العلاجي أو الإصلاحية).²

بحيث أن التأمينات الإيديولوجية تهدف للقضاء كلياً على كافة مظاهر الملكية الفردية لوسائل الإنتاج بوصفها نوعاً من الاستغلال دون تعويض. نذكر خاصة التأمينات الفلاحية التي مارسها الدول النامية بغرض الإصلاح الاقتصادي ومحاربة الاحتكار وضمان السيطرة على مصادر الثروة الوطنية.³

3- المصادرة:

هو إجراء بمقتضاه تحصل الدولة على ملكية كل أو بعض الأموال أو الحقوق المالية لأحد الأشخاص وذلك دون أداء أي مقابل.

وهذا الإجراء يتخذ سواء عن طريق السلطة القضائية أو السلطة التنفيذية، وهذه هي التفرقة بين المصادرة القضائية والمصادرة الإدارية، ويجب في الحالتين أن يستند إجراء

¹ - عيوش عائشة، المرجع السابق، ص 47 وما يليها.

² - بزاز الوليد، المرجع السابق، ص 177.

³ - عيوش عائشة، المرجع السابق، ص 33.

المصادرة إلى نص قانوني يخول لأي من السلطتين (القضائية أو الإدارية) القيام بهذا الإجراء في الحدود المرسومة قانوناً وعند توافر إحدى الحالات التي تبرر اتخاذها. والمصادرة القضائية تصدر من المحاكم العادية كعقوبة تبعية لإحدى الجرائم الجنائية المنصوص عليها في القانون، أو عن المحاكم الاستثنائية لمواجهة ظروف سياسية قد تستدعي تجريد أعداء النظام الحاكم من أموالهم لمنعهم من استخدامها لقلب هذا النظام أو كقصاص لما ارتكبه من جرائم سياسية. أما المصادرة الإدارية فهي تأتي على أعقاب الثورات الاجتماعية أو التغيرات السياسية أو الحروب، تهدف لتصفية بعض الطبقات الذين تعاونوا مع الأعداء. والطابع الجزائي هو الذي يميز المصادرة عن نزع الملكية للمنفعة العامة، فهذا الإجراء لا يكون إلا في مواجهة شخص أو مجموعة من الأشخاص بسبب ما اقترنوه من أعمال غير مشروعة، أما نزع الملكية فهو إجراء لا شأن له يشخص من كانت أمواله محلاً لهذا الإجراء.

والطابع الجزائي للمصادرة يؤدي إلى انتفاء عنصر التعويض وهذا أيضاً ما يميزه عن نزع الملكية للمنفعة العامة.¹

4- خطر عدم إعادة تحويل العملة:

هذا الخطر يمثل عائقاً يحد من تدفق رؤوس الأموال وبالتالي عائق للاستثمارات ككل، لذا تدرج الدول منح ضمان يقتضي تحويل العملة لتحفز من تدفق رؤوس الأموال للدولة المضيفة، ذلك لمنح المستثمر الطمأنينة للحصول على حقه في تحويل رأس ماله وعائدات استثماره من الدولة التي استثمر فيها إلى دولته الأصلية، والعكس صحيح في الدول التي لا تضمن هذا الحق فهي تقلل من تدفق رؤوس الأموال إليها.

¹ - هشام على صادق، الحماية الدولية للمال الأجنبي، الدار الجامعية، بيروت، (د.ت.ن)، ص 21-22.

وهذا الخطر يكون من خلال القيود التي تفرضها الدول المضيفة التي من أنها التأثير على حركة رؤوس الأموال والأرباح المحققة، خاصة الدول النامية التي تسعى إلى التحكم في اقتصادها والحفاظ على ما لديها من عملات أجنبية هي بحاجة إليها لتساعدها على تحقيق التنمية الاقتصادية.¹

خطر تحويل العملة يتخذ ثلاث صور هي: رفض التحويل، التأخر في الموافقة على طلب التحويل وفرض سعر صرف تمييزي أثناء التحويل.

1- رفض التحويل: الصورة الأولى لهذا الخطر هو رفض السلطات العامة في البلد المضيف تحويل مستحقات المستثمر المضمون من العملة المحلية إلى الخارج بعملة قابلة للتحويل أيا ما كان نوعها. والرفض هنا قد يكون رفضاً صريحاً أو ضمناً، والخطر ينشأ من اليوم الذي يتم فيه الرفض ولكن لا يكون التعويض مستحقاً إلا بعد انقضاء تسعين (90) يوماً من تاريخ الرفض.

2- التأخر في الموافقة على طلب التحويل: هذه هي الصورة الثانية لهذا الخطر فتتمثل في التأخر في الموافقة على تحويل العملة المحلية المستحقة للمستثمر إلى الخارج بما يتعدى الفترة المعقولة. وقد حددت هذه المدة بتسعين يوماً تبدأ من تاريخ تقديم طلب التحويل الذي استوفى شروطه.

3- فرض سعر صرف تمييزي أثناء التحويل: نصت عليه اتفاقية المؤسسة العربية لضمان الاستثمار على أنه: «...كما يشمل فرض السلطات العامة عند التحويل سعر صرف تمييزي ضد المستثمر تمييزاً واضحاً...». ويكون ذلك لو تعذر على الطرف المضمون خلال سنتين يوماً من تاريخ الموافقة على التحويل أو من تاريخ

¹ - عبد الرحيم فيروز، ضياف ويزة، مفهوم التعويض في نظام الاستثمار الأجنبي، مذكرة لنيل شهادة الماستر في القانون، تخصص قانون الأعمال، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2015، ص 11.

استلام العملة المحلية أيهما جاء لاحقاً لإجراء التحويل عن طريق مشروع بسعر صرف لا يقل عن 99% من سعر الصرف يوم نشأة الخطر.¹

والمقصود بسعر الصرف المعنى هو أنه بالنسبة لأي يوم السعر الرسمي المعتمد من المصرف المركزي في قطر المضيف والذي ينطبق على تحويلات المستثمرين الأجانب فيها يتعلق بالعائد على استثماراتهم، وإذا تعدد سعر الصرف المشار إليه أو تغير في نفس اليوم يؤخذ بمتوسط أسعار الصرف المطبقة لدى المصارف الرئيسية في قطر المضيف، وإذا تعذر الكشف عن سعر الصرف المذكور في اليوم المعني تطبق القواعد السالفة الذكر في أقرب يوم سابق يتاح فيه تطبيقها.²

5- خطر فسخ العقد:

تتقيد الدولة بما تعهدت به من التزامات سواء بمقتضى معاهدات دولية في القانون الدولي العام أو بمقتضى عقد بينها وبين أجنبي من أشخاص القانون الخاص وإخلالها بالتزامها بالمعاهدات تترتب عنه مسؤولية دولية، في حين إخلالها بالعقد المبرم بين الأجنبي من أشخاص القانون الخاص لا يؤدي إلى مسؤولية دولية لذا وجب حماية هذه الأشخاص من أجل الحفاظ على حقوقها في العقد.

وقد تناولت الاتفاقية المتضمنة إنشاء الوكالة الدولية في المادة 3/11 والتي نصت على حالة نقض الحكومة المضيفة لعقد بينها وبين المستثمر المؤمن أو إخلالها بالتزاماتها لكن بشروط واردة في المادة وهي:

1- إذا تعذر على المستفيد من الضمان اللجوء لهيئة قضائية أو هيئة تحكيم للنظر في إدعاء نقض العقد أو الإخلال بأحكامه.

¹ - هشام خالد، عقد ضمان الاستثمار، القانون الواجب التطبيق عليه تسوية المنازعات التي قد تنور بشأنه، المرجع السابق، ص 197-198.

² - المرجع نفسه، ص 197.

2- إذا لم تقم الهيئة بالفصل في الإدعاء خلال المدة المعقولة على نحو محدد فيعقد الضمان طبقاً للوائح الوكالة.

3- إذا لم يكن من الممكن تنفيذ القرار الصادر عن الهيئة القضائية أو التحكيمية.¹

6- الاستيلاء الجبري:

هو إجراء مؤقت تتخذه السلطة العامة المختصة في الدولة وتحصل بمقتضاه على حق الانتفاع ببعض الأحوال الخاصة لهدف يتعلق بالمصلحة العامة، وذلك في مقابل تعويض لاحق تقوم هذه الجهة بأدائه لملاكها.

ارتبط ظهوره بالحروب حيث كانت السلطات العسكرية تستولي على الأموال والممتلكات الخاصة ويرد في معظم الأحيان على العقارات واستثناءا يرد على المنقولات، ويحق للسلطة الإدارية الانتفاع بالمال المستولى عليه دون أن تصبح مالكة له، لأن المال المستولى عليه يبقى في ذمة صاحبة ويرجع له حين انتهاء الاستيلاء كما يشمل هذا الإجراء جميع الأشخاص دون تمييز بين الوطني والأجنبي.²

7- الحراسة:

يقصد بالحراسة نزع الشيء من يد مالكة أو حائزه ووضعه في حيازة الغير لإدارته لمصلحة من يحدده من فرضها.

والدراسة قد تكون قضائية يصدر بها حكم قضائي، وقد تكون اتفاقية تفرض بناءاً على اتفاق شخصين أو أكثر، وقد تكون قانونية، حيث تفرض بقوة القانون ويمكن أن تكون إدارية، وذلك حيث تكون صادرة من السلطة الإدارية.

ومصدر الحراسة الإدارية هو القرار الإداري الصادر بفرضها من الجهة المختصة وتهدف وراء ذلك لتسيير مرفق عام حال إخلال الملتزم بإدارته طبقاً للأحكام الواردة في وثيقة الالتزام، أو

¹ سليمان صيرينة، الوكالة الدولية لضمان الاستثمارات، مذكرة لنيل هادة الماجستير في القانون، فرع قانون الأعمال، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2006، ص 70-71.

² مسعودي يوسف، عقد ضمان الاستثمار كآلية لحماية الاستثمارات العربية ضد المخاطر غير التجارية، المرجع السابق، ص 696.

تهدف إلى حماية البلاد من نشاط بعض الفئات الخطرة على الأمن كالأجانب والمعتقلين والمراقبين، أو التحفظ على أموال الأشخاص الذين يرتكبون أعمالاً من شأنها إيقاف العمل بالمنشآت أو الإضرار بمصالح العمال أو النيل من المصالح القومية للدولة.

ويترتب عن هذا الإجراء غل يد الشخص عن إدارة أمواله حيث يحلّ الحارس الذي تعينه السلطة الإدارية محله في مباشرة هذه المهمة، على أن يكون لمصلحة صاحبها، وكثيراً ما ينتهي الأمر بالجهة المعنية بتأمين الأموال محل الحراسة.¹

8- خطر عدم الوفاء (تأجيل الوفاء الدين):

يتمثل هذا الإجراء في منح الحكومة أو فرضها فترة إمهال للمدينين المحليين لسداد ديونهم للمستثمر الأجنبي (الدائن)، وذلك وراء المواعيد المقررة أصلاً، يتعلق هذا الخطر أساساً بالاستثمارات غير المباشرة مثل القروض التي تمنح للمشروعات المختلفة، فامتناع المقترض عن الوفاء بالدين أو تأجيل الوفاء به إلى أجل غير معقول يعتبر عملاً من شأنه تقييد حقوق المستثمر على استثماره الأمر الذي يضيف على هذا الخطر الصفة غير التجارية، يكون ضمانه من قبل هيئات الضمان.

لكن لا يكفي التأخر في الوفاء بالدين لقيام الخطر، بل يجب أن يكون معقول بحيث حددته المؤسسة العربية بمدة ستة أشهر، كما أضافت مادة 19² من اتفاقية إنشاء المؤسسة الإسلامية منح الصلاحية لمجلس مديري المؤسسة إضفاء الصلاحية للتأمين على مخاطر أخرى مادامت تؤدي إلى حرمان المستثمر المضمون من حقوقه الجوهرية على المشروع.³

¹ - هشام خالد، عقد ضمان الاستثمار، القانون الواجب التطبيق عليه وتسوية المنازعات التي قد تنشأ عنه، المرجع السابق، ص 185-187.

² - أنظر المادة 19 من الاتفاقية المتضمنة إنشاء المؤسسة الإسلامية لتأمين الاستثمارات وإتقان الصادرات، المرجع السابق.

³ - غرس الدين صارة، المرجع السابق، ص 21-22.

9- الإجراءات التمييزية:

المساواة من المبادئ الأساسية المنظمة للاستثمار، حيث نجدها في العرف الدولي وأوردها مختلف التشريعات، إذ أن جميع المستثمرين يتلقون نفس المعاملة، إلا أن الدولة قد تمنح لمواطني بعض الدول حقوق وامتيازات احتراماً لالتزاماتها الدولية التي تضمنتها الاتفاقيات الثنائية المبرمة مع الدول، ولعل أهم المعايير التي تلجأ إليها الدول في هذا الصدد، هي مبدأ المعاملة الوطنية، مبدأ الدولة الأولى بالرعاية، مبدأ التبادل والمعاملة بالمثل.

- مبدأ المعاملة الوطنية: المقصود به عدم المعاملة التعسفية أو التفضيلية للمستثمر الأجنبي بالمقارنة مع المستثمر الوطني.

- مبدأ الدولة الأولى بالرعاية: بمقتضاه تتعهد الدولة بموجب اتفاقية دولية تبرم مع الدولة المصدرة للاستثمار بمعاملة استثمارها أفضل معاملة

- مبدأ التبادل والمعاملة بالمثل: مضمونه هو أن تعامل الدول المستثمر الأجنبي بالمعاملة ذاتها التي يتلقاها الوطنيون في لإقليم الدولة.¹

ب- الإجراءات غير المباشرة:

1-الاحتكار:

«يعد إجراء قانوني واقتصادي في نفس الوقت ويترتب عنه منح المستفيد وضعية اقتصادية متميزة، وعادة ما تلجأ البلدان النامية لمثل هذا الإجراء من أجل السيطرة على بعض القطاعات الحيوية وتدعيم استقلالها الاقتصادي».²

2-الإصلاحات الضريبية والجمركية:

تعتبر الرسوم الضريبية والجمركية عائق يؤثر على حجم الأرباح في الاستثمارات وبالتالي فإن الإعفاء من هذه الرسوم يوفر مناخ ملائم للاستثمار الأجنبي في تحقيق غاياته، حيث

¹ - بزاز الوليد، المرجع السابق، ص 178.

² - نقلا عن: عيبوط محند وعلي، المرجع السابق، ص 186.

يترتب عن هذه الإعفاءات تخفيض كلفة المشروع وزيادة أرباحه فضلا عن تقوية المركز المناخي في بداية الإنتاج أو مزولة النشاط الاستثماري لحين انتهائه.¹

الفرع الثالث

القسط ومبلغ الضمان في عقد ضمان الاستثمار الدولي

اشتترطت هيئات الضمان عدة شروط لاستحقاق التعويض، وذلك إضافة للشروط العامة السابقة (المشار إليها سابقا)، الخاصة بشروط صلاحية الاستثمار للضمان والمخاطر المؤهلة للضمان، هناك شرط أداء أقساط التأمين (أولا) ومبلغ الضمان (ثانيا).

أولا: القسط.

يعرف القسط (La prime) في مجال التأمين على أنه: "المقابل المالي الذي يدفعه المؤمن له للمؤمن، لتغطية الخطر المؤمن منه".²

يمكن أن نعرف القسط في عقد الضمان بأنه المقابل المالي الذي يدفعه المستثمر الأجنبي لهيئة الضمان، وذلك بهدف تغطية الأخطار المؤمن منها وهي الأخطار غير التجارية التي سبق أن درسناها.³

يعتبر التزام المستثمر بأداء أقساط التأمين شرطا أساسيا لا يقوم بدونه التزام هيئة الضمان بالتعويض، وتختلف قيمة القسط من هيئة ضمان لأخرى، ذلك أن تحديد هذه القيمة مرتبط بحاجاتها المالية، بطبيعة ونوعية الخطر أو المخاطر المؤهلة للضمان، هذا ما نصت عليه المادة 26 من اتفاقية الوكالة الدولية لضمان الاستثمار على أن: «تحدد الوكالة بصفة دورية أسعار الأقساط والرسوم والتكاليف الأخرى - إن وجدت - بالنسبة لكل نوع من أنواع المخاطر».

¹ - بزاز الوليد، المرجع السابق، ص 179.

² - نزيوي صليجة، النظام القانوني لعقد ضمان الاستثمار الدولي، المرجع السابق، ص 34.

³ - عيوش عائشة، المرجع السابق، ص 106.

وأيضاً يتحدد بنسبة خطر البلد الذي يحدد من خلاله الوضع الأمني الذي يتميز به البلد المضيف للاستثمار محل الضمان، ما تجد الإشارة إليه أن المؤسسة العربية لا تأخذ بعين الاعتبار خطر البلد كمعيار لتحديد القسط واجب الدفع، فلا يجوز وفقاً لاتفاقية إنشائها أن تقوم هذه الأخيرة بإجراء أي تمييز في معدلات الأقساط بين مختلف الأقطار المضيفة، حيث نصت المادة 2/19 من اتفاقية إنشاء المؤسسة العربية: «تحدد المؤسسة معدل الأقساط السنوية الواجب على المستثمرين أدائها عن كل نوع من المخاطر، ولا يجوز لها التمييز ما بين مختلف الأقطار في المعدلات المفروضة».

لكن كان من الأوفق منح المؤسسة السلطة التقديرية في تمييز معدلات الأقساط حسب اختلاف الظروف السائدة في كل قطر عن الآخر، حيث يمكنها أن تفرض قسط أعلى على الدولة التي يكون فيها مناخ الاستثمار أسوأ من غيرها مما يدفعها لتحسين مناخ الاستثمار فيها، وتدخل أيضاً عند تحديد قيمة الأقساط السنوية الواجبة على المستثمرين ظروف حاجتها لمواجهة مصروفاتها الإدارية وإلى تكوين احتياطات مناسبة.¹

ورد في نص المادة 22 من اتفاقية إنشاء المؤسسة الإسلامية لتأمين الاستثمارات عبارة "الاشتراكات" بدلاً من مصطلح "القسط"² رغم الاختلاف بين المصطلحين فلا اشتراكات معنى آخر غير المراد بالقسط.

فلا اشتراكات تدفع في حالة ما إذا كانت هيئة الضمان عبارة عن جمعية للتأمين التبادلي، يتفق فيها أشخاص على ضمان خطر معين، فيدفع كل واحد منهم "اشتراكاً cotisation" ومن هذه الاشتراكات يتم تعويض الشخص المتضرر.

في حين أن هيئة الضمان الاستثمار الدولية، ليست جمعية تعاونية يتحمل المستثمرين تبعية الخسائر التي تصيب أحدهم، بل هي هيئة دولية تتمتع بالشخصية المعنوية الكاملة، لها

¹ - آيت شعلال وربية، ضمان الاستثمار ضد المخاطر غير التجارية أمام هيئتي الضمان العربية والإسلامية، مذكرة لنيل درجة الماجستير في القانون، فرع قانون الأعمال، كلية الحقوق، جامعة محمد بوقرة، بومرداس، 2006، ص 113-115.

² - أنظر المادة 22 من اتفاقية إنشاء المؤسسة الإسلامية لتأمين الاستثمارات وإنتاج الصادرات، المرجع السابق.

أموالها وأصولها تقوم بتعويض المستثمر المضمون بواسطة أموالها الخاصة التي تحصل عليها من مصادر متعددة (منها الاشتراكات التي يتبرع بها المستثمرين لهيئة الضمان، وعوائد استثمار موارد الهيئة في مجال الأبحاث والدراسات، إلى جانب مبالغ التعويضات التي تحصل عليها الهيئة، وما تساهم به الدول الأعضاء في تحمل الخسائر)، دون الحاجة للرجوع في كل مرة على الأعضاء ومطالبتهم بما تحتاج إليه من أموال لمواجهة التزاماتها اتجاه المستثمرين المتعاقدين معها.

بمعنى آخر أن المستثمر لا يتحمل نتائج الخسائر التي تصيب المستثمرين الآخرين، وإنما يلتزم فقط بدفع رسوم التسجيل وأقساط زهيدة مقابل الخدمات الإدارية التي تقدمها له هيئة الضمان، فنظام الضمان يقوم على مبدأ تحمل الدول الأعضاء للعبء المالي لعمليات الضمان، تشجيعاً للاستثمار.

لهذا تعمل بعض الهيئات مثل المؤسسة العربية على تشجيع الدول الأعضاء فيها على تحمل أعباء الضمان وكل الرسوم والأقساط الواجبة الأداء مقابل استفادة المستثمر من خدمات المؤسسة.¹

والى جانب الأقساط التي يؤديها المستثمر سنوياً، يلتزم بدفع "رسم" كمقابل للمصروفات الإدارية التي تكبدتها الهيئة لبحث طلب الضمان المقدم، يؤديه طالب الضمان مرة واحدة عند تسجيل الطلب.²

وقد تبنت المؤسستين (العربية والإسلامية) معياراً مرناً لتحديد قيمة أقساط الضمان، حيث بإمكانها مراجعة معدلاتها من وقت لآخر كلما دعت الظروف إلى ذلك.³

¹ - أنظر المادة 3/19 من اتفاقية إنشاء المؤسسة العربية لضمان الاستثمار، المرجع السابق.

² - نزيوي صليحة، النظام القانوني لعقد ضمان الاستثمار الدولي، المرجع السابق، ص 34-36.

³ - يجوز لهيئة الضمان مراجعة أقساط الضمان من وقت لآخر وتعديلها كلها استدعت الحاجة لذلك، حيث تنص المادة 3/22 من اتفاقية إنشاء المؤسسة الإسلامية لتأمين الاستثمارات في هذا الصدد: «يجوز للمؤسسة مراجعة معدلات الرسوم والاشتراكات والتكاليف الأخرى من وقت لآخر».

ثانيا: مبلغ الضمان.

مبلغ الضمان هو المبلغ الساري في وقت معين عن كل خطر مضمون، يتفق الطرفان على تعيين مقدراه عند إبرام العقد، تقوم على أساسه هيئة الضمان بتقدير التعويض المستحق للمستثمر المضمون عند تحقق الضرر الناتج عن تحقق أحد المخاطر المغطاة، ما لم يتقرر خلاف ذلك.

يتحدد هذا المبلغ في هيئة الضمان الدولية سنوياً، عند بداية كل سنة عقدية على تنفيذ المشروع الاستثماري المضمون¹، يتم تحديد هذا المبلغ بالنظر لصافي الاستثمار خلال السنة العقدية المعنية، دون أن يتجاوز الحد الأقصى للضمان المنصوص عليه في الاتفاقية الدولية المنشئة لهيئة الضمان، أو لما تقرره نظم ولوائح الجهاز الإداري للهيئة من وقت لآخر والذي يجب أن يعمل على إقامة التوازن بين مساهمة العضو في الهيئة وبين الفوائد العائدة على استثماره.

بحيث تجيز الاتفاقيات الدولية لضمان الاستثمار إمكانية ضمان أية مبالغ شريطة أن لا يتجاوز قيمتها في جميع الأحوال عن الحد الأقصى للضمان الذي تقرره الاتفاقية حتى تضمن هيئة الضمان على مركزها المالي (أي لا تتجاوز الحد الأقصى للضمان المعمول به والمقدر مثلاً في المؤسسة العربية بـ 10% من رأس مال والاحتياطي في العملية الواحدة بالنسبة للعمليات العادية، ويتضاعف في المشروعات التي من شأنها المساهمة في تحقيق التكامل الاقتصادي، وبناء الطاقات الإنتاجية لاقتصاد الدولة المضيفة)، لكن حتى وإن تسمح لها هذه الطريقة لهيئة الضمان الحفاظ على مركزها المالي والاكتفاء الذاتي، إلا أنها تجعل ضمان التعويض عن الخسائر المترتبة عن حدوث المخاطر غير التجارية المضمونة في العقد، ضماناً جزئياً ومقيداً بحد أقصى محدد مسبقاً، يتحدد على أساسه مبلغ التعويض المستحق، أي أنها لا تغطي جميع الخسائر التي تصيب المستثمر المضمون حتى لا تكون له مصلحة في تحقق الخسارة، وتظل له مصلحة في استرداد مبلغ التعويض المدفوع من الدولة المضيفة.²

¹ - حسب ما جرى به في المؤسسة العربية فالسنة المالية تحدد بمدة 180 يوم من بداية السنة المالية للمشروع المستفيد من الضمان، أنظر في ذلك: هشام خالد، عقد ضمان الاستثمار، المرجع السابق، ص 289.

² - نزيوبي صليحة، النظام القانوني لعقد ضمان الاستثمار الدولي، المرجع السابق، ص 23 وما يليها.

المبحث الثاني

تكييف عقد ضمان الاستثمار الدولي

إن تكييف هذا العقد ليست مسألة ذا قيمة نظرية بحتة، إنما تضم قدرا كبيرا من الأهمية في مجال الدراسة القانونية، لهذا فقد ثار جدال فقهي حول وضع تكييف له (المطلب الأول)، فيصفها الفقه تارة بعقد تأمين، وتارة أخرى بعقد كفالة أو اشتراط لمصلحة الغير، لينتهي البعض لاعتباره من العقود غير المسماة.

وإن كانت له بعض القواسم مع هذه العقود، فإن إبرازها والوصول لتحليل جوهر عملية الضمان التي يقع عليها هذا العقد، فإن ذلك لا يكفي باعتباره عقد دولي له مميزاته ومواصفاته الخاصة التي ينفرد بها عن غيره من عقود القانون الداخلي (المطلب الثاني).

المطلب الأول

الجدال الفقهي حول تكييف عقد ضمان الاستثمار الدولي

ثار جدال فقهي حول طبيعة عقد الضمان حيث يعتبره البعض عقد كفالة فحسب هذا الاتجاه فإن هيئة الضمان تكفل الالتزام الواقع على عاتق الدولة المضيفة للاستثمار التي تعهدت بتعويض المستثمر المضمون عن الخسارة اللاحقة باستثماره، ومنهم من اعتبره عقد تأمين، حيث يؤمن المستثمر عن الأخطار المحتمل وقوعها، في حين يراه البعض اشتراط لمصلحة الغير (الفرع الأول)، ولكن استقر الفقه وبعد كل محاولاتهم إلى اعتباره في الأخير من العقود غير المسماة (الفرع الثاني).

الفرع الأول

تمييز عقد الضمان عن العقود المشابهة له

يتشابه عقد الضمان مع بعض العقود الخاصة، بحيث يتلقى هذا الأخير مع هذه العقود في بعض الخصائص والمميزات إلا أنه ينفرد في بعضها وهذه العقود هي كالتالي:

أولاً: تمييز عقد ضمان الاستثمار الدولي عن عقد التأمين.

عرفه التقنين المدني الجزائري في المادة 1619¹ على أنه: «عقد يلتزم المؤمن بمقتضاه، أن يؤدي إلى المؤمن له أو المستفيد الذي اشترط التأمين لصالحه مبلغاً من المال أو إيراداً أو أي عوض مالي آخر، في حالة وقوع الحادث أو تحقق الخطر المبين بالعقد، وذلك مقابل قسط أو أية دفعة مالية أخرى يؤديها المؤمن له للمؤمن».²

اتجهت بعض الاتفاقات الدولية لضمان الاستثمارات إلى استعمال مصطلح التأمين في أحكامها التفصيلية بدلاً من مصطلح الضمان، ومنها اتفاقية إنشاء المؤسسة العربية لضمان الاستثمار التي أوردت في نص المادة 1/12 منها: «الغرض من المؤسسة هو تأمين المؤمن له العربي...». والمؤسسة الإسلامية لم تكتفي بإدراجه في أحكامها بل أطلقتته على هيئة الضمان ذاتها وذلك بتسمية المؤسسة بـ «المؤسسة الإسلامية لتأمين الاستثمارات وائتمان الصادرات».³

على هذا الأساس حاول بعض الفقهاء تكييف عقد الضمان على أنه عقد تأمين، لوجود عناصر مشتركة بينهما، إلا أن ذلك لا يكفي لاعتباره عقد تأمين لاختلاف العقدين من عدة جوانب.

1/ الحجج الفقهية لاعتبار عقد ضمان الاستثمار عقد تأمين:

يرى هذا الاتجاه أن العقد يتماثل مع عقد التأمين من حيث أن كلاهما ينطوي على ذات الأركان والعناصر ويرتبان التزامات متماثلة ويوضح ذلك على النحو التالي:

1- أمر رقم 58-75 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق لـ 26 سبتمبر سنة 1975، المتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم، ج. ر عدد 78 الصادرة في 30 سبتمبر 1975، ص 1029.

2- مصطلح التأمين على الاستثمارات أو ضمان الاستثمارات، ظهر لأول مرة في القانون الجزائري في سنة 1990، وذلك بموجب اتفاقية الاستثمار الخاصة لما وراء البحار، التي تقوم بموجبها مؤسسة التأمين الخاصة لما وراء البحار، والمعروفة بمؤسسة أو بيبك (DPIC)، بضمان وتأمين وإعادة التأمين على الاستثمارات الأمريكية المنجزة في الجزائر. أنظر في هذا الشأن: المادة الأولى من الاتفاق الرامي إلى تشجيع الاستثمارات الموقع عليه في واشنطن يوم 22 يونيو 1990، بين حكومة الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية وحكومة الولايات المتحدة الأمريكية، المصادق عليه بموجب المرسوم الرئاسي رقم 90-319 مؤرخ في 17 أكتوبر 1990، ج. ر عدد 45، الصادرة بتاريخ 1990/10/24.

3- نزيوي صليحة، "الطبيعة القانونية لعقد ضمان الاستثمار الدولي"، المرجع السابق، ص 171.

1- إنَّ عقد الضمان وعقد التأمين يقومان على ثلاثة أركان وهي: التراضي والمحل والسبب وإن كانت عقود الضمان تنصب على تغطية مخاطر غير تجارية في حين في عقد التأمين ينصب على تغطية مخاطر الحريق والإعسار، والتلف وغيرها، والاختلاف في محل العقدين لا يمنع حسب هذا الاتجاه من القول يتمثل محل العقدين وهو الخطر، فحجم وطبيعة الأخطار غير التجارية هي السبب في عدم إدراج شركات التأمين العادية ضمن الأخطار التي تغطيها عقود التأمين العادية.¹

2- من حيث آثار العقد فيترتب على هذا الأخير حسب هذا الاتجاه آثار متماثلة لآثار عقد التأمين، فيترتب التزامات متبادلة على الطرفين لا تختلف عن تلك الالتزامات التي يربتها عقد التأمين، كاللزام طالب الضمان بأداء أقساط الضمان وإعلان الخطر وإخطار الضامن يتحققه وبكل المعلومات المتعلقة بموضوع العقد وبالمقابل تلتزم هيئة الضمان بدفع التعويض المستحق إلى المضمون عند تعرضه لأحد المخاطر، فكلاهما من عقود المعاوضة (contrat à titre onéreux).²

2/ أوجه الاختلاف بين عقد ضمان الاستثمار وعقد التأمين:

يختلف عقد الضمان وعقد التأمين من حيث المصلحة والهدف، تحديد الأقساط وأخيرا من حيث الإبرام وهي كالاتي:

أ- من حيث المصلحة والهدف:

تهدف هيئات التأمين من وراء التعويض لتحقيق مصلحة تجارية محضة، كونها شركات تجارية مثلها مثل باقي الشركات التجارية، تسعى لتحقيق الربح وراء كل عمليات التأمين التي تبرمها. وذلك من خلال الأقساط المرتفعة التي يحصل عليها من قبل الأشخاص المؤمن عليهم.

¹ - هشام خالد، خصائص وطبيعة عقد ضمان الاستثمار العربي، مؤسسة شباب الجامعة، مصر، 1988، ص 152-153.

² - نزليوي صليحة، النظام القانوني لعقد ضمان الاستثمار الدولي، المرجع السابق، ص 68-69.

بينما المصلحة في عقد الضمان، والأخرى مصلحة هيئات الضمان فتقوم بالضمان بدافع المصلحة العامة لدولتين المصدرة والمستوردة لرؤوس الأموال قبل مصلحة المستثمر، فالمراد وراء هذه العملية هو تشجيع انتقال رؤوس الأموال والريح لا يعتبر معيار تقدير نجاحها.¹

ب- من حيث تحديد الأقساط والخطر:

شركات التأمين التجارية تغطي المخاطر محل الضمان على أساس قوانين الإحصاء والأسس الاكتوارية (actuarielle)، أما المخاطر التي تغطيها هيئات الضمان لا يمكن توقعها في الظروف العادية ذلك أن التأمين، الحروب والاضطرابات المدنية لا تحدث كل يوم ولا كل سنة، ومن ثم لا يمكن احتسابها بواسطة الأسس الاكتوارية، فهي غير متوقعة.

ج- من حيث المدة:

يختلفان في المدة فعادة عقود التأمين تبرم في مدة لا تزيد عن ثلاث سنوات في حين يمكن أن تزيد مدة عقد الضمان إلى 20 سنة وذلك باختلاف الهيئة الضامنة.

د- من حيث إجراءات إبرام العقد:

إجراءات إبرام عقد التأمين بسيطة مقارنة بالإجراءات القانونية المتبعة لإبرام عقد الضمان، حيث يستوجب إبرامه ضرورة إبرام مجموعة من العلاقات القانونية التي تربط الدولة المصدرة بالدولة المضيفة للاستثمار، وهذا ما لا وجود له في عقد التأمين ومما تقدم لا يمكن اعتبار عقد تأمين.²

¹ - بوخروب فروجة، وراس فرحات، عقد ضمان الاستثمار، مذكرة لنيل شهادة الماستر في القانون الخاص، تخصص قانون الأعمال، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2013، ص 24.

² - المرجع نفسه، ص 25.

ثانيا: تمييز عقد ضمان الاستثمار عن عقد الكفالة.

تعددت تعريف الكفالة لدى فقهاء الشريعة الإسلامية وسنتطرق إلى البعض منها: عرف الحنفاء الكفالة بأنها: (ضم ذمة الكفيل إلى ذمة الأصيل في المطالبة بنفس دين أو عين أو عمل). وعرف جمهور الفقهاء الكفالة بأنها: (ضم الذمتين في المطالبة بالدين).¹ أما بالنسبة للتشريع الجزائري: فلقد عرف المشرع الجزائري الكفالة في القانون المدني وذلك حسب المادة 644 أن الكفالة بأنها: «عقد من خلاله يكفل شخص تنفيذ التزام على شخص معين، أو محتمل القيام به مستقبلا إذ يتعهد للدائن بأن يبقى بهذا الالتزام مستقبلا».² من خلال هذا التعريف فإن جانب من الفقه يتجه للاعتبار عقد الضمان من قبيل الكفالة مستندين في ذلك لمجموعة من الحجج الفقهية التي لم تسلم من النقد.

1/ الحجج الفقهية لاعتبار عقد الضمان الاستثمار الدولي عقد كفالة:

- 1) يرى جانب من الفقه أن عقد ضمان الاستثمار الذي تبرمه هيئات الضمان مع المستثمر يعتبر من صنف الكفالة على أساس أن الغرض من عقد الضمان هو وفاء هيئة الضمان بالقرض الذي يقدمه المستثمر المضمون لأحد الدول الأعضاء في الهيئة أو لإحدى هيئاتها العامة أو الخاصة، بحيث تكون هيئة الضمان قد كفلت للدولة المفترضة (المدين) الوفاء بالتزامها نحو هذا المستثمر.³
- 2) يعتبر عقد ضمان الاستثمار لا يختلف عن عقد الكفالة من حيث أن كلاهما لا يستندان لأسس القيمة للتأمين، فلا يمكن إخضاع الخطر في عقد الضمان إلى القياس والتقدير المعتمد في التأمين العادي أو التأمين التجاري (assurance commerciale). (هو التأمين الذي يتميز بثبات القسط تقوم به شركات تجارية تهدف إلى تحقيق الربح، وتحمل مسؤولية تغطية المخاطر دون تضامن بين المشتركين).⁴

¹- عبد السلام خضرة، أحكام عقد الكفالة في التشريع الجزائري وبعض التشريعات العربية، مذكرة لنيل شهادة الماستر في القانون، تخصص أحوال شخصية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة زيان عاشور، الجلفة، 2016، ص 11.

²- أمر رقم 58/75، المتضمن للقانون المدني الجزائري، المرجع السابق، ص 1031.

³- بوخروب فروجة، وراس فرحات، المرجع السابق، ص 26.

⁴- نزيوي صليحة، النظام القانوني لعقد ضمان الاستثمار الدولي، المرجع السابق، ص 64.

يرى أنصار هذا الاتجاه أن معظم المخاطر التي يغطيها عقد الضمان الاستثمار قد تحدث بمقتضى إجراءات حكومية تتخذها حكومة الدولة المضيفة للاستثمار، إذ تكون هذه الأخيرة تعهدت مسبقاً للدولة المصدرة لرأس المال بتعويض مستثمريها عن الخسائر التي قد تصيبهم من جراء هذه الإجراءات، تجد نفسها مسؤولة نحوهم عن هذه الأضرار، وبذلك يكون الالتزام بالتعويض بمثابة الالتزام الذي تكفله هيئة الضمان والتي ستقوم بالوفاء به إذا امتنعت الدولة المضيفة عن الوفاء به.¹

3- كما يرى أنصار هذا الاتجاه بأن عقد الضمان عقد ملزم لجانب واحد وهو هيئة الضمان، كون أن المستثمر المضمون ليس ملزماً بموجب عقد الضمان فهو يقوم فقط بتنفيذ الاستثمار وهذا ليس التزاماً يقابل التزام الضامن ثم إن تخلفه عن القيام بالاستثمار ليس إخلالاً لأحد أركان العقد وإن كان يؤدي إلى عدم ترتيب العقد لآثاره في ضمان الخطر المضمون، في هذه النقطة يتشابه مع عقد الكفالة الذي ينعقد بإرادة الكفيل وحده، وملزمه له وحده دون الدائن.

2/ أوجه الاختلاف بين عقد ضمان الاستثمار الدولي وعقد الكفالة:

بالرغم من أوجه التشابه القائمة بين عقد الكفالة وعقد ضمان الاستثمار الدولي إلا أنه لا يمكن اعتبار هذا الأخير كفالة للأسباب التالية:

1- يختلف عقد ضمان الاستثمار الدولي عن عقد الكفالة من حيث المصطلح، فالكفالة *cautionnement*، هي ذلك العقد الذي يلتزم بموجبه الكفيل نحو الدائن المكفول به، فالكفيل هو الذي يلتزم للدائن مع المدين الأصلي بتنفيذ الالتزام إذا لم ينفذه المدين. أما مصطلح الضمان *garantie*، فهو حماية شخص من ضرر يهدده وتعويضه عن ذلك.

¹⁻¹ نزيوي صليحة، النظام القانوني لعقد ضمان الاستثمار الدولي، المرجع السابق، ص 64.

إن ضمان الاستثمار مفاده حماية المستثمر المضمون من الخسائر التي قد يتعرض لها مشروعه الاستثماري في الدولة المضيفة، وذلك بتحويل النتائج المالية للمخاطر غير التجارية إلى هيئة ضمان داخلية أو دولية متخصصة، تتحمل دفع التوابع المترتبة عنها.¹

2- إن الكفالة عقد ينعقد بالإرادة المنفردة للكفيل وتكون ملزمة له وحده فقط دون دائن، أما عقد ضمان الاستثمار، فهو ملزم للجانبين، لا ينعقد إلا باجتماع إرادتي المستثمر طالب الضمان وهيئة الضمان الدولية.

ويرتب الالتزامات متبادلة على عاتق الطرفين، فيلتزم المستثمر بأداء أقساط الضمان في مقابل ذلك تلتزم الهيئة بدفع التعويض عند تحقق الخطر محل العقد، وهذا بغض النظر عن عدم التوازن بين الالتزامين.

وبالتالي فعقد ضمان الاستثمار الدولي يعتبر من عقود العوض، في حين أن الكفالة تعتبر من عقود التبرع لا يجوز اشتراط العوض فيها.

ثم إن عدم تحقق الخطر في عقد ضمان الاستثمار الدولي لا يجعل هذا العقد من عقود التبرع، لأن الأقساط لم تدفع مقابل المبلغ المؤمن به، بل هي مقابل نقل عبئ الخطر من المستفيد من الضمان إلى الضامن.²

3- ثم إن الخطر في هذا العقد لا يتوقف بالضرورة على إخلال طرف ثالث بالتزام قانوني تعهد به في مواجهة المستثمر المضمون، والتزام هيئة الضمان نحو المستثمر ليس مديونيتها السابقة للدول المضيفة، إنما هو الوفاء بالتزامها بالتعويض عن الأضرار التي أصابت المستثمر المضمون.³

وبالتالي عقد ضمان الاستثمار الدولي ليس عقد كفالة.

¹- نزيوي صليحة، النظام القانوني لعقد ضمان الاستثمار الدولي، المرجع السابق، ص 65.

²- نزيوي صليحة، "الطبيعة القانونية لعقد ضمان الاستثمار الدولي، المرجع السابق، ص 175.

³- أحمد السعيد شرف الدين، عقود التأمين وعقود ضمان الاستثمار (واقعها الحالي وحكمها الشرعي)، مطبعة حسان، مصر، 1986، ص 68.

ثالثاً: تمييز عقد ضمان الاستثمار الدولي عن الاشتراط لمصلحة الغير.

1/ الحجج الفقهية لاعتبار عقد ضمان الاستثمار الدولي اشتراطاً لمصلحة الغير:

يذهب جانب من الفقه لاعتبار هذا العقد من قبيل الاشتراط لمصلحة الغير، حيث نكون بصدد علاقة بين متعهد (المؤسسة) و مشترط (الدولة المضيفة) ومنتفع (المستثمر المضمون)، ويكون ذلك من خلال الفرض الذي تقوم فيه الدولة المضيفة بأداء أقساط الضمان، في مقابل التزام المؤسسة بتعويض المستثمر المضمون عما يتعرض له من أضرار في استثماره في إقليم هذه الدولة.

وبذلك تكون الدولة المضيفة اشترطت الضمان على المؤسسة لصالح هذا المستثمر، بل يمكن القول بأن الدولة المضيفة تكون بذلك قد أمنت من مسؤوليتها لدى المؤسسة عما يصيب المستثمر من أخطار¹، وهذا ما أكدته المادة 3/19 من اتفاقية المؤسسة العربية لضمان الاستثمار التي تنص على أنه: «يجوز للمؤسسة أن تعقد مع الأقطار المضيفة، اتفاقيات تتحمل بموجبها هذه الأقطار الرسوم والأقساط واجبة الأداء كلها أو بعضها».

إلا أن هناك اختلاف بين العقدين وهو:

2/ أوجه الاختلاف بين عقد ضمان الاستثمار الدولي والاشتراط لمصلحة الغير:

1- يعرف الاشتراط لمصلحة الغير على أنه عقد يشترط فيه أحد الطرفين، ويسمى المشترط على الطرف الآخر ويسمى المتعهد، التزاماً لمصلحة شخص ثالث ليس طرفاً في العقد يسمى المنتفع أو المستفيد، بحيث ينشأ عن هذا التعهد حق مباشر للمنتفع²، لذلك فإن هذا الاتجاه لا يتوافق مع نصوص وأحكام الاتفاقيات الدولية لضمان الاستثمار، التي تفترض أن عقد الضمان عقد يبرم بين طرفين فقط هما هيئة الضمان الدولية والمستثمر المضمون، أما الاشتراط لمصلحة الغير فهو عقد ثلاثي

¹ - هشام خالد، عقد ضمان الاستثمار، القانون الواجب التطبيق عليه وتسوية المنازعات التي قد تنور بشأنه، المرجع السابق، ص 315.

² - بوخروب فروجة، وراس فرحات، المرجع السابق، ص 27.

العلاقة وإن كان عقد الضمان يشترط ضرورة موافقة طرف ثالث على العقد، فهذه الموافقة لا تشكل ركنا في العقد بقدر ما تكون شرطا سابقا على انعقاده¹، هذا ما نصت عليه المادة 6/16 من اتفاقية المؤسسة العربية لضمان الاستثمار التي ورد فيها أنه: «يشترط لإبرام عقود التأمين حصول المؤمن له مسبقا على إذن من السلطة الرسمية المختصة بالقطر المضيف...»².

2- هذا إلى أن اعتبار الدولة المضيفة مستأنا يصطدم مع مبادئ التأمين التي تشترط في الخطر المؤمن ضده ألا يكون متوقفا على محض إرادة أحد المتعاقدين وخاصة المستأمن، وهذا أمر لا يمكن أن يصدق بالنسبة للمخاطر التي تضمنها المؤسسة لأن غالبيتها يكون من فعل الدولة المضيفة للاستثمار³.

3- إن الهدف من قيام الدولة المضيفة بتحمل أقساط الضمان عن المستثمر المضمون، إنما يهدف إلى تشجيع المستثمرين الأجانب على الاستثمار، في إقليمها ويبرر استعداد الدولة المضيفة ليس فقط لتحمل عبء التعويض عن الخسارة التي يمكن أن تلحق بأصوله، ولكن أيضا تحملها للنفقات الإدارية التي يمكن أن تطالبه بها هيئة الضمان.

4- كما أن الاتفاقيات تشترط في المستثمر المضمون ضرورة توفره على بعض الشروط لقبوله كطرف في عقد الضمان، مثل شرط الجنسية، وهو الأمر الذي يعتبره البعض خروجاً عن مبادئ الاشتراط لمصلحة الغير، إذ لا يجوز اعتبار هذا المستثمر مجرد منتفع في اشتراط تم لمصلحته، حيث لا يكون طرفاً فيه⁴.

¹- نزيوي صليحة، النظام القانوني لعقد ضمان الاستثمار الدولي، المرجع السابق، ص 74.

²- أنظر كذلك: المادة 15 من الاتفاقية المتضمنة إنشاء الوكالة الدولية لضمان الاستثمار، المرجع السابق.

المادة 60 من الاتفاقية المتضمنة إنشاء المؤسسة الإسلامية لتأمين الاستثمارات، المرجع السابق.

³- هشام خالد، عقد ضمان الاستثمار، القانون الواجب التطبيق عليه وتسوية المنازعات التي قد تثار بشأنه، المرجع السابق، ص 316.

⁴- نزيوي صليحة، النظام القانوني لعقد ضمان الاستثمار الدولي، المرجع السابق، ص 75.

رغم وجود قواسم مشتركة بين عقد الضمان والعقود السالفة البيان، حيث تجمعهم بعض الصفات والخصائص التي تجعله يقترب منها، إلا أنه ليس من قبيل أي منها. لذا لم تحدد طبيعة هذا العقد لأنه ليس منظم في المنظومات التشريعية، بل عرفت فقط الصور التقليدية للضمان الشخصي (الكفالة، التأمين، الاشتراط لمصلحة الغير).

فأمام هذا الغموض الذي يحيط بهذا العقد وصعوبة تحديد طبيعته، والقالب الذي يستوعب العلاقة بين هيئة الضمان والمستثمر المضمون لعدم وضوح معالمه، انتهى بعض الفقهاء إلى اعتباره من العقود غير المسماة.

الفرع الثاني

عقد ضمان الاستثمار الدولي عقد غير مسمى

رغم التشابه الكبير بين عقد الضمان والعقود السالفة الذكر الذي كان الهدف منها إبراز جوهر عملية الضمان التي ينطوي عليها العقد، إلا أن ذلك لا يكفي لإعطاء وصف دقيق لهذا العقد، هذا ما أدى بالبعض وهروبا من إعطاء وصف دقيق له إلى اعتباره من العقود غير المسماة، والعقد غير المسمى هو العقد الذي لم يتم تنظيم أحكامه من طرف المشرع ولم يميزه عن غيره باسم خاص وإنما يخضع للقواعد العامة واتفاقيات الأطراف وبعض الأعراف.

من هذا المنبر يرى الأستاذ: أحمد السعيد شرف الدين أن عقد الضمان الذي يبرم بين هيئة الضمان الدولية والمستثمر الأجنبي عقد غير مسمى، بحيث يتعهد شخص لآخر أن يحميه من ضرر معين قد يتعرض له، فينشئ هذا العقد نوعا من الالتزام التضامني بين هيئة الضمان والدولة المضيفة للاستثمار، فكلا منهما تلتزم بتعويض المستثمر إذا ما تحقق الخطر محل العقد، وإن اختلف مصدر هذا الالتزام، فمصدر التزام الهيئة هو العقد المبرم بينها وبين المستثمر، أما مصدر التزام الدولة المضيفة قد يكون اتفاقية دولية أو نصا في قوانينها الوطنية.¹

¹ - أحمد السعيد شرف الدين، المرجع السابق، ص 77.

وتوضيحا لهذا الرأي فإن اعتبار هذا العقد عقد غير مسمى، تحتل معالجة طبيعته القانونية إحدى الطريقتين: إما على أساس أنه عقد ضمان بالمعنى الضيق، أو عقد ضمان بالمعنى الواسع.

أولاً: عقد ضمان بالمعنى الواسع.

يراد بالضمان في مفهومه الواسع انتقال الدين من ذمة إلى ذمة أخرى، ومفاده أن عملية الضمان تتمثل في أن ينتقل الدين من ذمة المضمون عنه إلى الضامن ومن ثم يكون عقد الضمان بالمفهوم الواسع حسب هذا الاتجاه محاولة لنقل عبئ الخطر الخارجي من عاتق المضمون عنه إلى الضامن أي إعطاء المستثمر المضمون الحق في مطالبة أي من الضامن أو المضمون عنه بالتعويض.¹

ثانياً: عقد ضمان بالمعنى الضيق.

حسب هذا الاتجاه، فإنه من الممكن دراسة الطبيعة القانونية لهذا العقد من زاوية أخرى وهي "عقد الضمان بالمعنى الضيق"، ومنه فإن هذا الأخير يتعهد بموجبه شخص لشخص آخر على أن يؤمنه ضد خطر معين أو يعوضه عن الضرر المترتب عن وقوع الخطر، ويظهر ذلك في نقل عبء الخطر المضمون إلى الضامن دون أن يكون تحقق هذا الخطر ناتج عن إخلال من جانب طرف ثالث بالتزاماته نحو المضمون.²

استناداً لما سبق، يمكننا التوصل إلى أن هذا العقد ليس بعقد تأمين ولا عقد كفالة أو اشتراط لمصلحة الغير، إنما جوهر هذه العملية قائم بحد ذاته، تمثل تقنية دولية حديثة لتنظيم التجارة الدولية، تواكب الحياة الدولية المعاصرة.

لكن لا يكفي البحث عن طبيعة العلاقة التي تربط الطرف الضامن بالمضمون عند البحث عن جوهر عملية الضمان، بل يجب أن يمتد للبحث عن أي قانون يخضع أم أنه لا يخضع لأي قانون، بعبارة أدق، إذا ما كان هذا العقد يدخل ضمن العقود الوطنية أو الدولية.

¹ - أحمد السعيد شرف الدين، المرجع السابق، ص 78.

² - نزليوي صليحة، النظام القانوني لعقد ضمان الاستثمار الدولي، المرجع السابق، ص 77.

المطلب الثاني

تصنيف عقد ضمان الاستثمار الدولي

إن تحديد الطبيعة القانونية لهذا العقد أمر لا مفر منه، فرغم خضوعه للقواعد العامة، يبقى عقدا مميزا لاحتوائه على بعض الخصوصيات التي ينفرد بها عن غيره من العقود، فهذا العقد له طبيعة دولية من جهة (الفرع الأول) وطبيعة مركبة من جهة أخرى (الفرع الثاني).

الفرع الأول

عقد ضمان الاستثمار عقد اقتصادي دولي

تنقسم العقود إلى عقود وطنية وعقود دولية، وإذا كانت العقود الوطنية يمكن تعريفها في خصائصها على أنها عقود مدنية أو تجارية أو إدارية، فالعقود الدولية يصعب تعريفها، رغم محاولات بعض الفقه لوضع تعريف لها.¹

يكتسب العقد صفة دولية استنادا إلى معيارين أساسيين هما: المعيار القانوني والمعيار الاقتصادي، إذ لا يكفي أن يتضمن العقد عنصرا أجنبيا للقول بتمتعته بالصفة الدولية، إنما يتعين أن ينطوي العقد على عنصر آخر وهو دخول وخروج رأس مال عبر الدول، أي وجود المعيار الاقتصادي إلى جانب المعيار القانوني.²

أولا: الطابع الدولي لعقد ضمان الاستثمار.

1- المعيار القانوني لدولية العقد:

يعتبر العقد دوليا إذا اقترن بأكثر من نظام واحد، وفي هذا الشأن قال العميد باتيفول "Batifful" عن العقد الدولي بأنه: «يعتبر العقد دوليا إذا كانت الأعمال المتعلقة بانعقاده أو تنفيذه أو حالة الأطراف فيه، سواء من جهة جنسيتهم أو محل إقامتهم أو من ناحية

¹ عرفت فكرة تدويل العقد الاقتصادي ولفترة طويلة اختلافا فقهيها حادا، وصعوبة في وضع تعريف موحد يطبق على سائر العقود الدولية، لكن التقلبات الاقتصادية التي حدثت في العالم، والتطور الحاصل في العلاقات الاقتصادية الدولية، ساعد كثيرا على تغيير المواقف السابقة نحو الاعتراف بدولية العقد. أنظر لأكثر تفاصيل: معاشو عمار، الضمانات في العقود الاقتصادية الدولية في التجربة الجزائرية (في عقود المفتاح والإنتاج في اليد)، أطروحة لنيل درجة دكتوراه دولة في القانون الدولي والعلاقات الدولية، معهد العلوم القانونية والإدارية، جامعة الجزائر، سنة 1998، صفحة 32 وما يليها.

² نزيويي صليحة، "الطبيعة القانونية لعقد ضمان الاستثمار الدولي"، المرجع السابق، ص 180.

تركيز موضوعه تتصل بصلات أو روابط مع أكثر من نظام قانوني واحد». ويرى جانب من الفقه أن الصفة الدولية تستخلص من المفهوم المخالف للعقود الداخلية التي تربط كافة عناصرها بسيادة الدولة الواحدة وتكون خالية من كل عنصر أجنبي.¹

إذ يبرم العقد بين طرفين وهما هيئة الضمان الدولية والمستثمر طالب الضمان، ويشترط في هذا الأخير لقبوله طرفاً في العقد أن يكون شخصاً أجنبياً عن الدولة المضيفة لاستثمار وحاملاً لجنسية إحدى الدول الأعضاء، وبالتالي يعتبر عنصراً أجنبياً في هذا العقد، أما هيئة الضمان الدولية فلا تتمتع بجنسية أية دولة عضو فهي تعتبر منظمات أو مؤسسات دولية مستقلة عن الدول الأعضاء المكونة لها، تتمتع بالشخصية القانونية الدولية الكاملة في ظل أحكام القانون الدولي والقوانين الوطنية للدول الأعضاء، لها الحق في التعاقد ولها ذمة مالية مستقلة عن الدول المنشئة لها، تستمد أحكامها من الاتفاقية الدولية المتضمنة لإنشائها.

كذلك فإن موضوع العقد ينصب على استثمارات أجنبية لا وطنية، أي استثمارات وافدة من دولة عضو في هيئة الضمان نحو دولة عضو أخرى في الهيئة ذاتها، أما الهدف من هذه العقود هو توفير فرص الاستثمار المأمونة للدول المصدرة لرأس المال وفي نفس الوقت توفير الأموال اللازمة لتحقيق التنمية في الدول الأعضاء المستوردة.

فأهداف هذه العقود إنما هي تحقيق مصالح مشتركة لكافة الدول الأعضاء في هيئة الضمان، سواءاً مصدرة أو مستوردة لرؤوس الأموال هذا من جهة، ومن جهة أخرى تسعى لحماية مصالح المستثمر الأجنبي طالب الضمان، خدمة لمصالح التجارة الدولية بأكملها.

والطابع الدولي لهذا العقد كفيل بعدم إخضاعه للقانون الوطني لأية دولة متعاقدة، هذا ما جعل القائمين على الاتفاقيات الدولية لضمان الاستثمار إلى إخضاعه لوسائل إجرائية تتناسب مع هذه الصفة، وللأطراف تحديد طريقة تسوية المنازعات التي قد تثور بشأنه وتحديد القانون الواجب التطبيق عليه.²

¹ - بوخروب فروجة، ورأس فرحات، المرجع السابق، ص 18.

² - نزيلوي صليحة، "الطبيعة القانونية لعقد ضمان الاستثمار الدولي"، المرجع السابق، ص 181-183.

2-المعيار الاقتصادي لدولية العقد:

يختلف المعيار الاقتصادي عن المعيار القانوني، كونه يعطي للعقد محتوى اقتصاديا واقعيا، يتحدد ذلك من خلال ثلاث معايير هي:

أ- معيار تحرك الأموال (دخول وخروج الأموال): فيكون العقد دوليا عندما تكون حركة الأموال ذات طبيعة مزدوجة بين التوريد والتصدير.

ب- معيار تجاوز العقد للإطار الداخلي: إذا ارتبط بعملية تتجاوز نظام الاقتصاد الوطني.

ج- معيار اشتراك مصالح الاقتصاد الدولي: حسب ما جاء هذا المعيار فالعقد يعتبر دوليا كلما اقترن بعملية تتشارك فيها المصالح الدولية.

3-المعيار المزدوج لدولية العقد:

يذهب الرأي الراجح من الفقه إلى إمكانية الدمج بين المعيارين، بحيث يكون العقد دوليا إذا اشتمل على المعيار القانوني والاقتصادي معا، فلا يكفي أن يتضمن العقد عنصرا أجنبيا للقول بتمتعته بالصفة الدولية وإنما يجب أيضا أن ينطوي هذا العقد على عنصر آخر هو دخول وخروج رؤوس الأموال عبر الدول (أي توفر المعيارين).¹

ثانيا: الطابع الاقتصادي الدولي لعقد ضمان الاستثمار.

يمكن القول أن عقد ضمان الاستثمار الذي تبرمه الهيئات الدولية للضمان يعتبر من قبيل العقود الاقتصادية الدولية، يهدف لتوفير الضمان للعمليات التجارية التي يمارسها الأشخاص، فهو يرد على ضمان استثمارات يتم تنفيذها في مجالات ضخمة مثل القطاع المالي، الغاز، النفط والبنية التحتية في الدولة المضيفة، وغيرها من المجالات التي يتم توجيه الاستثمار فيها على المدى الطويل.

فهذا العقد يشمل عناصر اقتصادية يجب أخذها بعين الاعتبار عند البحث في جوهره، فهو يرد على رؤوس أموال ضخمة، موجهة للاستثمار في قطاعات مهمة في الدولة المضيفة، يتم تنفيذها على المدى الطويل أو المتوسط، إذ تتراوح مدة الضمان في العقد ما بين 15 إلى 20 سنة²، وعادة ما تكون متطابقة مع مدة تنفيذ عقد الاستثمار.

¹ - نزيوبي صليحة، النظام القانوني لعقد ضمان الاستثمار الدولي، المرجع السابق، ص 80-81.

² - أنظر في ذلك موقع الأنترنيت: <http://www.iaigc.org> Inter-Arab Investment corporation.

يُدرج عقد الضمان ضمن فئة عقود الأعمال "les contrats d'affaires"، يرتبط وجودها ارتباطاً وثيقاً بالمشروع الاستثماري، فهي تشكل لحدّ ما أداة من أدوات تقييم جدوى المشروع الاستثماري وتنفيذه وتوجيهه نحو دولة أجنبية، فهو في الواقع عقد مرتبط بعقد الاستثمار، سواءاً في قيمته المالية أو مدته الزمنية أو درجة الخطورة التي تهدده، مما يجعلها أداة ضرورية يتخذها المستثمر الذي يريد تنفيذ أي مشروع في الخارج بحثاً عن الضمان المناسب على أمواله التي وجهها لخلق نشاط جديد من شأنه أن يساعد في تحقيق التنمية الاقتصادية للدولة المضيفة.¹

الفرع الثاني

عقد ضمان الاستثمار عقد دولي مركب

أولاً: تعريف العقد المركب.

العقد المركب هو العقد الذي يتناول عدة عمليات قانونية تكون في مجموعها عقداً متميزاً عن باقي العقود، حيث يكون خليطاً أو مزيجاً من عدة عقود مسماة والذي يترتب من خلال عملية المزج هذه ظهور عقود أخرى.

ومن خلال هذا التعريف القانوني للعقد المركب يمكن استخلاص الخصائص التي يتميز بها هذا العقد وهي وجود أكثر من إرادة واحدة لقيامه وهذا ما يميز العقد المركب عن تصرفات الإرادة المنفردة.

وأخيراً يجب أن يقع الاتفاق في دائرة المعاملات المالية أي أن تكون الالتزامات المتولدة عن هذا العقد ذات قيمة مالية.²

L'Agence Multilatérale de garantie des investissements.

¹ - نزيوي صليحة، "الطبيعة القانونية لعقد ضمان الاستثمار الدولي"، المرجع السابق، ص 185.

² - أنظر الموقع الإلكتروني: www.Mohamah.net

من خلال التعريف السابق فإن العلاقة التي تربط الدولة المصدرة والدولة المضيفة للاستثمار، طالب الضمان بالدولة الوطنية، وعلاقته بالدولة المضيفة وأخيراً علاقة هيئة الضمان بالدولة المضيفة للاستثمار المطلوب ضمانه، تجعل من هذا العقد عقد مركب.

ثانياً: اعتبار عقد الضمان عقد دولي مركب.

انطلاقاً مما سبق فإن مجموع العلاقات التي ترد في هذا العقد هي ما تجعله عقداً مركباً:

1/ علاقة الدولة المضيفة للاستثمار بالدولة المصدرة:

يُراد بالدولة المضيفة للاستثمار، الدولة المستوردة لرأس المال قصد مواجهة احتياجات معينة في إقليمها، وتحقيقاً للتنمية الاقتصادية والاجتماعية فيها.

وبغرض تشجيع تدفق الاستثمارات الأجنبية من الدول المصدرة لرؤوس الأموال نحو الدول المستوردة لها، ومن أجل حماية وضمان الاستثمارات بين هذه الدول من المخاطر غير التجارية، تلجأ هذه الأخيرة عادة إلى الدخول في اتفاقيات دولية ثنائية أو جماعية مع الدولة المصدرة لرأس المال.¹

حيث تمكن هذه الاتفاقيات من إنشاء هيئات ضمان دولية، وانضمام الدول المصدرة والمستوردة لرؤوس الأموال يمنح فرص تمكن مستثمريها من طلب إبرام عقد الضمان مع هيئة الضمان، وتحمل هذه الأخيرة تبعاً الأضرار التي تلحق باستثماراتهم، بغض النظر إن كانت هاتين الدوليتين تربطهما اتفاقية ثنائية أو جماعية أخرى حول حماية وضمان الاستثمار، مادامت ظروف الاستثمار في الدولة المضيفة مقبولة.

وتعمل هيئات الضمان على تعزيز إبرام الاتفاقيات الثنائية والجماعية قصد العمل على توفير أكبر قدر ممكن من الحماية ضد المخاطر غير التجارية.

2/ علاقة المستثمر المضمون بالدولة الوطنية والدولة المضيفة للاستثمار:

¹ - نزليوي صليحة، النظام القانوني لعقد ضمان الاستثمار الدولي، المرجع السابق، ص 86.

المستثمر هو الطرف الثاني في عقد الضمان إلى جانب هيئة الضمان يشترط لقبوله أن يكون من مواطني دولة عضوة في الهيئة التي يتعاقد معها، وإذا كان المستثمر طالب الضمان يحمل جنسية دولة عضوة في الوكالة الدولية لضمان الاستثمارات، فذلك لا يعني حتماً أنه طرف مؤهل لضمان لدى المؤسسة الإسلامية والمؤسسة العربية مثلاً. إلا إذا كانت الدولة التي يدعي جنسيتها عضوة في هاتين المؤسستين.

استثناء، تجيز الوكالة الدولية، ضمان الاستثمارات التي يعتزم على تنفيذها مستثمرون مهما كانت جنسيتهم، وفي أية دولة وذلك طبقاً لنظام الاستثمارات المؤيدة¹، أما عن علاقة المستثمر المضمون بالدولة المضيفة فهي علاقة عقدية يحكمها عقد الاستثمار².

3/ علاقة هيئة الضمان بالدولة المضيفة للاستثمار:

تضم هيئات الضمان نوعين من الدول، دول مستوردة لرأس المال ودول مصدرة لرأس المال، فمشاركة الدولة المضيفة في عضويتها في الهيئة وتمويلها إنما يحسن من مناخ الأعمال في هذه الدول. حيث تستطيع المساهمة في إدارة هذه الهيئات ومراقبتها من الداخل، بينما الدول المصدرة تضمن بعضوية الدول المستوردة حصولها على معاملة أفضل لاستثماراتها، خاصة حين يترتب عن هذه العضوية قبولاً للالتزامات في معاملة الاستثمارات وإسهاماً في تغطية الخسائر التي تلحق بها، ويمكن أن تمتد هذه العلاقة إلى إبرام اتفاقيات ثنائية بين هيئة الضمان والدولة المضيفة ترمي لحماية معاملة الاستثمارات المضمونة، تتعهد فيها الدولة المضيفة بتوفير قدر معين من الحماية المعاملة³.

وأخيراً باعتبار عقد الضمان الاستثمار عقداً مستحدثاً يهدف لحماية الاستثمارات الأجنبية ضد مخاطر غير تجارية، يهدف بالأساس لتحسين مناخ الاستثمار في الدول المستوردة لرؤوس

¹ نظام تأييد الاستثمارات: نظام تبنته الوكالة الدولية لضمان الاستثمار، يقوم فيه أحد أعضاء الوكالة بتأييد استثمار ما يقوم به أي مستثمر مهما كانت جنسيته، يضمنه هذا العضو، وفي حالة استحالة التعويض تتدخل الوكالة لتضمنه (الاستثمار المؤيد) مقابل ما يقوم به العضو أو الأعضاء المؤيدة بدفعه من أقساط إلى صندوق الاستثمارات المؤيدة أنظر حول هذا الموضوع: - سليمان صبرينة، المرجع السابق، ص 84.

² نزليوي صليحة، النظام القانوني لعقد ضمان الاستثمار، المرجع السابق، ص 89.

³ المرجع نفسه، ص 90.

الأموال وتحقيقاً لأهدافها التنموية الاقتصادية وتشجيعاً لها لاستقبال رؤوس الأموال من خلال عضويتها في هيئات الضمان الدولية، فهي تسعى لإبرام هذه العقود التي من شأنها تحقيق مصالح اقتصادية لها، هذا ما سنحاول تبينه في الفصل الموالي.

الفصل الثاني:

الإطار القانوني لعقد ضمان الاستثمار

الدولي

عقد الضمان وسيلة جديدة لحماية الاستثمارات الأجنبية وضمانها ضدّ المخاطر غير التجارية التي يحتمل أن يتعرض لها في الدولة المضيفة، فهي من بين الوسائل الأكثر فعالية لجلب المستثمر الأجنبي. يمكن القول أنه طالما هناك مصالح في الحركة الدولية لانتقال رؤوس الأموال الخاصة تكون حاجة قانونية لتنظيم هذه الحركة وتشجيعها، وهذا ما يهدف إليه المجتمع الدولي من خلال الاتفاقيات الدولية لضمان الاستثمار (المبحث الأول) على المستوى الدولي أو الإقليمي.

فتقوم هيئات الضمان المنشئة من طرف هذه الاتفاقيات بدور الوسيط بين المستثمر المضمون والدولة المضيفة والذي تجمعهم مصالح مشتركة بتشجيع المستثمرين الأجانب على توظيف رؤوس أموالهم دون خشية التعرض لأي خطر سياسي، وحصول الدولة المضيفة على فرص استثمارية تمكنها من تنفيذ برامج التنمية الاقتصادية، من خلال إبرام عقود الضمان لاستثماراتهم (المبحث الثاني).

المبحث الأول

الاتفاقيات الدولية لضمان الاستثمار

تعرف الأنظمة الداخلية آليات ضمان وطنية عديدة تسعى لاستقطاب رؤوس الأموال من خلال منحها امتيازات و ضمانات للمستثمرين وهذه الأنظمة لا يمكن الاستفادة منها إلا على المستوى الضيق، لذا فإن المجتمع الدولي من خلال اجتهاد الدول يسعى لإيجاد ما هو أشمل وأكثر فعالية لذا فقد وجدت اتفاقيات توسع من مجال الضمانات والامتيازات الممنوحة للمستثمرين الأجانب فمنها ما هي على المستوى الدولي (المطلب الأول) ومنها ما هي على الصعيد الإقليمي (المطلب الثاني).

المطلب الأول

هيئات الضمان على الصعيد الدولي

يقصد بهيئة ضمان الاستثمار، مجموع الميكانيزمات والآليات الدولية المتخصصة في ضمان الاستثمارات الأجنبية من المخاطر غير التجارية، وذلك عن طريق عقود تبرمها مع المستثمرين الأجانب باسمها ولحسابها، تتحمل بموجبها دفع التوابع المالية التي يمكن أن تصيبهم نتيجة حدوث كوارث سياسية محددة سابقا في هذه المذكرة.

تعد الوكالة المتعددة الأطراف لضمان الاستثمار (AMGI) النموذج الوحيد لهيئات الضمان على المستوى العالمي أو الدولي، ظهرت إلى الوجود بموجب اتفاقية دولية تعرف بهذه الوكالة (الفرع الأول) وتحدد النشاط الذي تختص به (الفرع الثاني) والأهداف التي تسعى لتحقيقها (الفرع الثالث).

الفرع الأول

تعريف الوكالة الدولية لضمان الاستثمار

تعتبر الوكالة الدولية لضمان الاستثمار بمثابة مؤسسة دولية لتأمين على الاستثمارات، إذ أنشأت الوكالة سنة 1988 تحت رعاية البنك الدولي للإنشاء والتعمير بموجب اتفاقية "سيول" لسنة 1985، بهدف تشجيع تدفق رأس المال والتكنولوجية، ولدواعي التعاون الدولي في مجال التنمية الاقتصادية و لدعم مساهمة الاستثمار الأجنبي في النمو الاقتصادي للدول النامية، وحتى يزداد تدفق الاستثمارات المباشرة الأجنبية لهذه الدول لابد من رفع المخاوف والمخاطر غير التجارية عن طريق ضمان الاستثمار الذي تقوم به هذه الوكالة¹.

فحسب المادة 1 من اتفاقية إنشاء الوكالة الدولية لضمان الاستثمار، فإن الوكالة الدولية تتمتع بشخصية قانونية كاملة، ولها أهلية التعاقد وتمتلك الأموال ومباشرة الإجراءات القضائية، وتقع الوكالة في مدينة واشنطن².

فالوكالة الدولية لضمان الاستثمار (AMGI)، هي عضو في مجموعة البنك الدولي، هدفها هو تشجيع الاستثمار الأجنبي المباشر عن طريق تقديم ضمانات التأمين ضد المخاطر السياسية وتعزيز الائتمان، هذه الضمانات تساعد المستثمرين على حماية الاستثمارات الأجنبية المباشرة من المخاطر السياسية والغير التجارية في البلدان النامية، وعن طريق مساعدة الاقتصاديات الناشئة على جذب الاستثمار الأجنبي الخاص³.

1- لعماري وليد، المرجع السابق، ص 29.

2- أنظر المادة 1 من اتفاقية إنشاء الوكالة الدولية لضمان الاستثمار، المرجع السابق.

3- أنظر الموقع الإلكتروني: Political.encyclopedia.org

تستمد الوكالة قوتها الفريدة من هيكلها المتمثل في كونها منظمة دولية تشمل المساهمين فيها معظم بلدان العالم، وتعتبر هذه الوكالة مظلة ردع ضد الإجراءات الحكومية التي يمكن أن تعترض الاستثمارات ويتيح لها التأثير على مجريات تسوية النزاعات السياسية وتعزيز ثقة المستثمرين في نهاية المطاف.

تتعاون الوكالة بنشاط مع هيئات التأمين العامة والخاصة ضد المخاطر السياسية من خلال ترتيبات التأمين المشترك وإعادة التأمين من أجل التغطية المشتركة لمشروعات الاستثمار المؤهلة للتغطية، وهذه الجهود التعاونية تزيد بدرجة هامة القدرة التأمينية المتاحة لمقدمي طلبات الضمان الساعين إلى توسيع أنشطة مؤسسات أعمالهم في البلدان النامية، وبوسع الوكالة الدولية لضمان الاستثمار أن تقوم بدور منظم لكافة المتطلبات التأمينية التي يحتاج إليها مشروع ما¹.

الفرع الثاني

نشاط الوكالة الدولية لضمان الاستثمار

من أجل أداء الوكالة لمهامها على أحسن وجه تقوم بالعمل على خدمة زبائنها من مستثمرين، وحكومات الدول المضيفة من أجل دعم الشركات الخاصة وترقية الاستثمار الأجنبي المباشر، وتتعاون مع غيرها من الأجهزة والمؤسسات الوطنية للدول الأعضاء ومع المنظمات الدولية من أجل تقديم خدمة التأمين كاملة، كما أنها تقوم بترقية الهدف الإنمائي للدول عن طريق العمل بجدية لإنعاش وتحسين حياة الشعوب في اقتصاد الدول النامية، وتمويل المشاريع الإنمائية.

1- أنظر الموقع الإلكتروني: Political.encyclopedia.org

العضوية في الوكالة مفتوحة لجميع أعضاء البنك الدولي، وقد ضمت خلال 2003 حوالي 157 عضوا، من بينها الجزائر التي صادفت على اتفاقية إحداث الوكالة الدولية لضمان الاستثمار بموجب الأمر رقم 59-05 المؤرخ في 21 يناير 1995، وانضمام الجزائر يعد في حد ذاته ضمان كاملا للمستثمرين¹.

على العموم فإن نشاط الوكالة ليس موجها في أغلبه إلى الدول الفقيرة، وهذا ما يوضحه تقرير الوكالة لسنة 2006، حيث أن 67% من المشاريع المدعمة من طرف الوكالة هي باتجاه الدول ذات المداخل المتوسطة و 33% الباقية فهي باتجاه الدول الفقيرة.

أصدرت الوكالة في الفترة الممتدة من سنة 2001 إلى غاية سنة 2006، 366 ضمنا، 58 منها فقط خصت الاستثمارات جنوب - جنوب، وبهذا يتضح أن الشركات المتعددة الجنسيات في الدول المتقدمة كانت المستفيد الأكبر من الميجا. تسعى الميجا إلى التغلب على الفقر في كافة مناطق نشاطها ولاسيما في إفريقيا و في الأسواق التي تعتبر الأكثر خطرا مما يدفع إلى تحقيق التنمية².

1- بغو أسماء، دور الوكالة الوطنية لتطوير الاستثمار ANDI في ترقية الاستثمار المحلي والأجنبي في الجزائر، مذكرة لنيل شهادة الماستر أكاديمي في علوم التسيير، تخصص مالية، تأمينات وتسيير المخاطر، كلية العلوم الاقتصادية والتجارية وعلوم التسيير، جامعة أم البواقي، 2015، ص 77-78.

2- يوسف مسعداوي، دور الوكالة الدولية لضمان الاستثمار في تنمية الاستثمارات الأجنبية المباشرة الدول النامية، جامعة سعد دحلب، البليدة، مقال غير منشور، ص 237.

الفرع الثالث

أهداف الوكالة الدولية لضمان الاستثمار

تهدف الوكالة إلى تشجيع تدفقات الاستثمار الأجنبي المباشر إلى الدول النامية ودول الاقتصاديات المتحولة من خلال تقديم خدمة ضمان المخاطر السياسية للاستثمارات المتجهة لهذه الدول. ومن جهة مكملة تقدم من خلال إدارة خدمات تسويق الاستثمار خدمة الدعم الفني لبناء القدرات وتعميق للمعرفة من خلال البرامج التدريبية والأدلة والإصدارات المتخصصة بتقنيات الترويج للاستثمار والتنسيق مع المؤسسات الدولية والإقليمية وهيئات تشجيع الاستثمار لغرض قدرتها في جذب الاستثمار الأجنبي المباشر وتطوير استراتيجيا هذه الهيئات وإصلاح البيئة المؤسسية والتنظيمية لدولها.

وفي هذا المجال استفاد عدد من الدول العربية (17 دولة عربية عضوا في ميجا) من مجموعة من الخدمات والأنشطة ومبادرات الدعم الفني.

وفي إطار جهدها لتشجيع انسياب الاستثمارات في الدول النامية والأسواق الناشئة فان ميجا بدأت سنة 1995 باستخدام الانترنت لتوفير بيانات محدثة ومعلومات وتحليلات للمستثمرين، حيث تقدما للميجا خدمات الكترونية من خلال أربعة شبكات معلومات متخصصة في الانترنت إذ أنها تشكل مصدرا مهما لبيانات الاستثمار الأجنبي المباشر وتقنيات الترويج للاستثمار، والقرض والأدلة الاستثمارية التي تفيد الدول النامية ومن بينها دول عربية، تشمل:

أ- مركز تشجيع الاستثمار الأجنبي المباشر FdiPromotion Center:

أطلق في بداية سنة 2004، ويهدف إلى تقديم خدمة التدريب الإلكتروني لجميع العاملين في مجال الترويج ويوفر مصدرا متكاملًا يجمع بين عدة مصادر للمعرفة والمعلومات يسهل الوصول إليها، المادة العلمية الخاصة بعلم الترويج على شبكة الانترنت ومنها حزمة أدوات الترويج للاستثمار التي سبق أن طورتها ميجا.

وقد جاءت فكرة إطلاق المركز أساسا لدعم قدرات العاملين في مجال الترويج الاستثمار الأجنبي المباشر وإبقاءه في القطر المضيف.

إن مصادر معلومات مركز تشجيع الاستثمار الأجنبي المباشر متاحة لتحسين منهج التخطيط والتنفيذ للأنشطة الترويجية التي ستعزز وضع بلد المستثمر من خلال:

- 1- تعميق الفهم حول كيفية إدماج الاستثمار الأجنبي المباشر في صميم الإستراتيجية الوطنية للتنمية الاقتصادية.
 - 2- تطوير أساليب إدارة الحملات الترويجية التي من شأنها جذب المستثمرين للقطاعات ذات الأولوية.
 - 3- اكتساب المعرفة لتبسيط الإجراءات التي تشكل معوقات أمام المستثمرين.
 - 4- استطلاع وسائل تنويع مصادر التمويل لدعم المشاريع الاستثمارية.
- ب- شبكة معلومات الاستثمار:

أطلقت سنة 2002، وتعمل على تقديم خدمة متخصصة مباشرة للدول والمناطق والقطاعات الاستثمارية التي تهم المستخدم.

ج- شبكة تشجيع الاستثمار:

أطلقت سنة 1988، وتشكل منبرا لهيئات تشجيع الاستثمار والأطراف الأخرى الداخلية في عملية الاستثمار وتوفر معلومات قطرية وقطاعية وفرص استثمارية وتطورات في البيئة الاستثمارية تدخل بها 16 هيئة لتشجيع استثمار ومنطقة حرة من 13 دولة عربية¹.

المطلب الثاني

هيئات الضمان على المستوى الإقليمي

نتيجة لتضافر الجهود على المستوى الإقليمي ومحاولات لإنشاء هيئات مشتركة لضمان الاستثمارات بين الدول على الصعيد الإقليمي فإن الدول العربية توجت جهودها هذه بالتوقيع على اتفاقيات تضمنت إنشاء هيئات تهدف لحماية وضمان الاستثمارات العربية من خلال إبرام اتفاقيات إنشاء المؤسسة العربية لضمان الاستثمارات (الفرع الأول)، وأيضاً من خلال اتفاقية أخرى تضمنت إنشاء المؤسسة الإسلامية لتأمين الاستثمارات واثنان الصادات (الفرع الثاني).

1- يوسف مسعداوي، دور الوكالة الدولية لضمان الاستثمار في تنمية الاستثمارات الأجنبية المباشرة في الدول النامية، المرجع السابق، ص 228-229.

الفرع الأول

المؤسسة العربية لضمان الاستثمار (CIGI)

نتطرق في هذا الفرع لإنشاء هذه المؤسسة (أولاً) و أهدافها (ثانياً) وأنشطتها (ثالثاً).

أولاً: إنشاء المؤسسة العربية لضمان الاستثمار.

تنص المادة الأولى من الاتفاقية المنشئة للمؤسسة على أنه: «تتأسس وفقاً لأحكام هذه الاتفاقية مؤسسة تسمى المؤسسة العربية لضمان الاستثمار»¹.

تعتبر المؤسسة العربية لضمان الاستثمار وائتمان الصادرات وليدة توصيات مؤتمر التنمية الصناعية المنعقد في الكويت في مارس 1966، حيث نصت هذه التوصية على: «دراسة إمكانية إنشاء مؤسسة عربية جماعية لضمان رؤوس الأموال العربية والأجنبية المستثمرة في المشاريع الإنمائية».

تعتبر المؤسسة العربية لضمان الاستثمار وائتمان الصادرات ذات كيان قانوني مستقل وهي مؤسسة عربية إقليمية، حيث تم إنشاء المؤسسة العربية لضمان الاستثمار عام 1974 بموجب اتفاقية دولية. وقد دخلت هذه الاتفاقية حيز النفاذ في أول أبريل عام 1974 وهو التاريخ الذي اكتمل فيه التصديق عليها من جانب اثنا عشر قطراً تسهم في 70% من رأسمالها²، الدول العربية التي وقعت على الاتفاقية وهي: (الأردن، الإمارات العربية المتحدة، تونس، الجزائر، السودان، سوريا، العراق، قطر، الكويت، لبنان، ليبيا، مصر، مغرب، اليمن، لتنظم كل من موريتانيا سنة 1976، سلطنة عمان والسعودية في 1977، فلسطين في 1979، وجيبوتي والصومال في سنة 1981) وكذا بعض الهيئات

1- أنظر المادة الأولى من اتفاقية إنشاء المؤسسة العربية لضمان الاستثمار، المرجع السابق.

2- هشام خالد، المؤسسة العربية لضمان الاستثمار، دراسة قانونية، مؤسسة شباب الجامعة، الإسكندرية، 1977، ص 10.

العربية (الصندوق العربي للإنماء الاقتصادي والاجتماعي، صندوق النقد العربي، المصرف العربي للتنمية الاقتصادية في إفريقيا، الهيئة العربية للاستثمار والإنماء الزراعي في 2004)¹.

ثانياً: أهداف المؤسسة العربية لضمان الاستثمار.

لقد أنشأت المؤسسة العربية لضمان الاستثمار بهدف تحسين المناخ الاستثماري في الدول الأعضاء، وتشجيع انتقال الأموال فيما بينها ومن أجل الوصول إلى تحقيق هذا الهدف، أسندت إلى المؤسسة نشاطين أو دورين نصت عليهما المادة 2 من الاتفاقية المنشئة لها² كما يلي: «الغرض من المؤسسة هو تأمين المستثمر العربي بتعويض تعويضاً مناسباً عن الخسائر الناجمة عن المخاطر غير التجارية المحددة بالمادة 18.

تمارس المؤسسة من أجل تشجيع الاستثمارات بين الأقطار المتقاعدة أوجه النشاط المكمل لغرضها الأساسي وخاصة تنمية البحوث المتعلقة بتحديد فرص الاستثمار وأوضاعها في هذه الأقطار».

كما أن المؤسسة تهدف إلى تشجيع الاستثمارات العربية والأجنبية في الدول العربية وتشجيع التجارة العربية والدولية.

ولتحقيق هذا الهدف توفر المؤسسة تغطية تأمينية ضد المخاطر غير التجارية بالنسبة للاستثمارات العربية وغير العربية المنفذة في الدول العربية، وضد المخاطر

1- بلعز خير الدين، "مساهمة خدمات الاستثمار وانتماء الصادرات في تحضير حركة الاستثمار والتجارة العربية البينية، حالة المؤسسة العربية لضمان الاستثمار وانتماء الصادرات"، مداخلة في الملتقى الدولي السابع حول: "الصناعة التأمينية، الواقع العملي و أفاق التطوير-تجارب الدول-" المنعقدة بكلية العلوم الاقتصادية والعلوم التجارية وعلوم التسيير، جامعة حسيبة بن بوعلي، شلف، يومي 03-04 ديسمبر 2012، ص.

2- آيت شعلال وردية، المرجع السابق، ص 30.

التجارية وغير التجارية بالنسبة لائتمان الصادرات العربية المتجهة نحو مختلف دول العالم، كما توفر المؤسسة تغطية تأمينية ضد المخاطر التجارية فقط بالنسبة للمبيعات المحلية داخل الدول العربية.

إنه وفي حالة تحقق الخطر المغطى تدفع المؤسسة للطرف المؤمن له، تعويضا يبلغ معدل 90% من الخسارة المتحققة¹.

علاوة على توفيرها للتأمين فان المؤسسة تقوم أيضا بأنشطة مكملية من خلال إعداد بحوث ودراسات تتعلق بتحقيق فرص الاستثمار وأوضاعها في الدول العربية، وبخبرتها المتميزة على مدى أكثر من 35 سنة ، تعتبر المؤسسة السند الأمثل لنجاح استثمارات في مختلف الدول العربية ولتنمية صادرات المستثمرين نحو دول العالم².

ثالثا: أنشطة المؤسسة العربية لضمان الاستثمار.

1- ضمان الاستثمار كنشاط أصلي للمؤسسة:

إن الهدف الرئيسي الذي تسعى المؤسسة العربية لضمان الاستثمار إلى إدراكه وفقا لنصوص اتفاقية إنشائها، هو تشجيع انتقال رؤوس الأموال العربية بين الأقطار المتقاعدة، لتمويل جهودها الإنمائية لصالح شعوبها، ودعم علاقتها الاقتصادية في إطار التعاون الفعال. وإدراكا لهذا الهدف، أكدت الاتفاقية على دور المؤسسة في ضمان المستثمر العربي ضد المخاطر غير التجارية التي قد يعترض لها استثماره في دولة عربية أخرى عضو في المؤسسة، وهي المخاطر التي كانت ولا تزال دائما من أهم العوائق التي تواجه حركة انتقال رؤوس الأموال فيما بين الدول. ويتم الضمان هنا بموجب عقد يسمى عقد

1- بغو أسماء، المرجع السابق، ص 43.

2- المرجع نفسه، ص 45.

ضمان الاستثمار أو عقد الضمان الذي يبرم بين طرفين هما: المؤسسة العربية لضمان الاستثمار وتسمى بالطرف الضامن، بين المستثمر العربي طالب الضمان ويطلق عليه المستثمر المضمون.

تلتزم المؤسسة بموجب هذا العقد بتعويض المستثمر المضروب من جراء تحقق خطر غير تجاري سببه تصرف قانوني أو عمل مادي صادر من الدول العربية المضيفة لاستثماره أو الغير مقابل قسط معلوم¹.

وتظهر أهمية هذا الدور الذي تقوم به المؤسسة العربية لضمان الاستثمار من أجل تشجيع انتقال رؤوس الأموال العربية لتنمية اقتصاديات الدول الأعضاء خاصة إذا أخذنا بعين الاعتبار الحقائق التالية:

أ- إن الدول العربية تنقسم إلى مجموعتين، إحداهما تمتاز بفائض كبير من رأس المال وتمثل أساسا الدول النفطية، أي دول الخليج، ولديها إمكانيات ضخمة لتصديره، والمجموعة الأخرى تعاني من عجز فيه وحالة فقر، والعلاقة بين هاتان المجموعتان متدهورة، غلب عليهما طابع المساعدات الاقتصادية بدلا من أن يكون هناك مخططا استراتيجي للاستثمارات المالية العربية، وفي نفس الوقت تزايدت علاقات الدول النفطية التي تمتاز بفائض من الرأس المال بالدول الصناعية الغنية.

ومن هنا يطرح السؤال التالي: لماذا لا تتجه الأموال العربية إلى باقي الدول العربية الأخرى؟

¹- آيت شعلال وردية، المرجع السابق، ص 30.

ب- هذه الحقيقة تعد إجابة للسؤال الذي طرح من قبل، حيث أستنتج من الدراسة التي قامت بها المؤسسة العربية لضمان الاستثمار حول المشاكل والعقبات التي تحول دون توظيف رؤوس الأموال العربية داخل الدول العربية، وجود محددات وعوامل كثيرة تتمثل أساساً: في الاستقرار السياسي والاقتصادي الذي تمتاز به الدول العربية، ويعتبر هذا الأخير العامل الأساسي لاجتذاب الاستثمارات المحلية والأجنبية، ويقصد بالاستقرار السياسي استقرار الأمن وعدم وجود قلق واضطرابات داخلية، وهي الطابع الذي تتميز به أغلب الدول العربية المستوردة لهذا المال.

ج- الحقيقة الثالثة سنكتشفها من خلال تحليل لذهنية المستثمر العربي، حيث أن هذا الأخير شخص غير قادر على القيام بدور المقاول فهو عبارة عن تاجر يهدف من وراء نشاطه إلى تحقيق أقصى ربح ممكن، مع تفادي المخاطر بكل الوسائل، مما يجعل المبادرة الخاصة في الأقطار العربية ضعيفة جداً. فالمستثمر العربي في الدول المصدرة لرأس المال ليس مستعداً لتحمل أية مخاطرة، ويكاد لا يفقد أي شيء من رأسماله ويعتبر هذا السلوك نوعاً من عوائق انتقال رؤوس الأموال الخاصة العربية بقصد استثمارها في الأقطار العربية المستوردة لها، ويغذيه جشع الرأسمالي العربي الذي يريد الحصول على الربح دون تحمل المخاطرة، و لهذا يجب العمل على بعث الطمأنينة في نفس هذا المستثمر، وإرجاع الثقة في نفسه اتجاه مناخ الاستثمار العربي، وهذا عامل نفسي لا يمكن تحقيقه بإجراء إداري داخلي أو بتشريع محلي، ولكن لا بد من إجراء عملي على المستوى الدولي،

يمكن معه تغيير حالة الخوف التي تسيطر على المستثمر العربي على رأس ماله وربه، إلى الشعور بالأمان والاطمئنان على أمواله في دولة عربية أخرى¹.

د-إن وجود المؤسسة العربية لضمان الاستثمار " كضمان مالي " يمكن للمستثمر العربي أن يحصل منها على التعويض في حالة حدوث ضرر له ناتج عن المخاطر غير التجارية، يحقق وسيلة مهمة و مناسبة لتشجيع المستثمر العربي في الاستثمار أمواله داخل الدول العربية الأعضاء فيها، دون خوف على الرأس المال المستثمر من أي خطر غير تجاري، وتجدر الإشارة إلى أن هيئات الضمان الوطنية لا تمنح الضمان للمستثمر إلا إذا كانت الدولة المضيفة للاستثمار تربطها اتفاقية لحماية الاستثمار مع الدولة التي يتبعها المستثمر والهيئة، وبهذا تظهر العلاقة الوثيقة القائمة بين إجراء الضمان وميكانيزمات الحماية المقررة للاستثمار عن طريق الاتفاقيات الثنائية².

2- تحديد وترويج فرص الاستثمار كنشاط مكمل للمؤسسة:

تقوم المؤسسة العربية لضمان الاستثمار، استنادا إلى اتفاقية إنشائها، بممارسة أوجه الأنشطة المكملة لنشاط الاستثمار³.

تشمل هذه الأنشطة إعداد الدراسات والبحوث الخاصة بعرض فرص الاستثمار، نشر المعرفة الاستثمارية، ورصد المستجدات المتعلقة بالمحيط الاقتصادي للدول العربية،

1- آيت شعلال وردية، المرجع السابق، ص 30.

2- المرجع نفسه، ص 32-33.

3- حيث تنص المادة 2 الفقرة 2 من اتفاقية إنشاء المؤسسة العربية على أنه: «تمارس المؤسسة من أجل تشجيع الاستثمارات بين الأقطار المتعاقدة أوجه نشاط المكمل لغرضها الأساسي وخاصة تنمية البحوث المتعلقة بتحديد فرص الاستثمارات وأوضاعها في هذه الأقطار».

ويكون ذلك عن طريق تعميق الخبرة الفنية العربية عبر تعميم الإفادة من الخبرات المتوافرة قصد تهيئة البيئة الاستثمارية الملائمة، وبالتنسيق مع الهيئات القطرية والإقليمية والدولية ذات الاهتمام المشترك، إضافة إلى ذلك تقدم المؤسسة العربية المعلومات المطلوبة للمستثمرين بخصوص التشريعات العربية المنظمة للاستثمارات في الدول العربية الأعضاء فيها، وذلك قصد نشر المعرفة وتعزيز الوعي الاستثماري¹.

الفرع الثاني

المؤسسة الإسلامية لتأمين الاستثمارات وائتمان الصادرات (SIGICE)

نتطرق لإنشاء هذه المؤسسة (أولاً) والنشاط الذي تقوم به (ثانياً) و الأهداف التي تسعى لتحقيقها (ثالثاً).

أولاً: إنشاء المؤسسة الإسلامية لتأمين الاستثمارات وائتمان الصادرات.

المؤسسة الإسلامية لتأمين الاستثمار وائتمان الصادرات، مؤسسة تابعة للبنك الإسلامي للتنمية، وقد نصت المادة الأولى من هذه الاتفاقية على أنه: "تشأ وفقاً لأحكام هذه الاتفاقية مؤسسة فرعية للبنك الإسلامي للتنمية تسمى "المؤسسة الإسلامية لتأمين الاستثمار وائتمان الصادرات"، ويشار إليها فيما بعد بـ "المؤسسة".

أما المركز القانوني للمؤسسة فنصت المادة الثالثة من الاتفاقية السالفة الذكر على أنه: «دون مساس بأحكام المادة 1 من هذه الاتفاقية، تكون المؤسسة مؤسسة دولية تتمتع بالشخصية المعنوية الكاملة، وبخاصة بالأهلية القانونية بالنسبة لما يلي:

¹ - آيت شعلال وردية، المرجع السابق، ص 37.

1- التعاقد.

2- تملك الأموال الثابتة والمنقولة والتصرف فيها.

3- اتخاذ الإجراءات القانونية والتقاضي.

أما مقر المؤسسة، نصت المادة الرابعة من الاتفاقية على أنه:

1- يكون مقر المركز الرئيسي للمؤسسة في مدينة جدة بالمملكة العربية السعودية.

2- يجوز للمؤسسة أن تنشئ مكاتباً أو فروعاً في أي مكان آخر.

اتخذت المؤسسة الإسلامية لتأمين الاستثمار شكل هيئة دولية، تتمتع بكامل الشخصية المعنوية، لها ذمة مالية مستقلة عن ذمة أعضائها، ولها شخصية قانونية تؤهلها للقيام بالتصرفات القانونية باسمها ولحسابها، حيث للمؤسسة الإسلامية أهلية التعاقد، تملك الأموال الثابتة والمنقولة والتصرف فيها اتخاذ الإجراءات القانونية والقضائية.

إن الوضع القانوني للمؤسسة الإسلامية لتأمين الاستثمار وائتمان الصادرات كشخص دولي متميز عن شخصية الدول الأعضاء المؤسسين لها، يقتضي بأن تكون لهذه الهيئة حصانات وامتيازات خاصة، من أجل قيامها بالوظائف المسندة إليها وفقاً للمادة 19 فقرة 3 من هذه الاتفاقية.

4- تحقيق لأهدافها يكون للمؤسسة ممارسة الصلاحيات التي تراها ضرورية أو مناسبة لخدمة أهدافها، وعلى المؤسسة أن تسترشد في جميع قراراتها بنصوص هذه المادة¹.

وعليه فإن المؤسسة الإسلامية لتأمين الاستثمار وائتمان الصادرات هي مؤسسة إسلامية دولية متخصصة في التأمين ضد المخاطر القطرية والائتمانية، وهي تهدف

1- هشام خالد، عقدا ضمان الاستثمار العربي والإسلامي، (د. د. ن)، (د. ت. ن)، طنطا، ص 16.

أساساً إلى تشجيع الاستثمار في دول الأعضاء في منظمة المؤتمر الإسلامي، ومن أجل تحقيق أهدافها تقدم المؤسسة منتجات متكاملة لتحسين درجة الائتمان وإدارة المخاطر بالنسبة إلى المستثمرين والمؤسسات المالية فضلاً عن وكالات تأمين الصادرات الوطنية في الدول الأعضاء¹.

ثانياً: نشاط المؤسسة الإسلامية لتأمين الاستثمار وائتمان الصادرات.

أُتيحت للمؤسسة الإسلامية لتأمين الاستثمار وائتمان الصادرات خلال سنة 2004 فرصة التركيز على دعم عملياتها لتحقيق محفظتي عملاء ومخاطر، قادرتين على إرسال أسس أعمال مستقبلية مستدامة، وقد نبع عن ذلك اختيار أفضل لمجموعة العملاء، مما أدى إلى تحسين مستوى استغلال التزامات التأمين، ونمو متواصل في الأعمال المؤمنة وأقساط التأمين على الرغم من الهبوط العالمي المتزامن من العمليات التجارية والتصدير إلى غير في الدول الأعضاء على وجه الخصوص.

كما وسعت المؤسسة أسواقها لتشمل التصدير إلى غير الأعضاء. ونوعت خدماتها لتشمل خدمة إعادة التأمين بالنسبة إلى وكالات التأمين وتمويل الصادرات في الدول الأعضاء.

وقد قامت الشركة خلال سنة 2004، بإدخال منتجين إلى السوق، أو لهما بوليصة تأمين الاعتماد المستندية، وهي موجهة للبنوك على أحسن وجه، وهو الشأن بالنسبة للوكالة الدولية لضمان الاستثمار، وفي هذا السياق، نصت الاتفاقية المنشئة للمؤسسة الإسلامية لتأمين الاستثمار وائتمان الصادرات على أنه لتمكين المؤسسة من تحقيق

¹ - مسعداوي يوسف، "دور المؤسسة الإسلامية لتنمية الاستثمار وائتمان الصادرات ICIER في تعزيز صادرات واستثمارات الدول الأعضاء"، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، المجلد 27، العدد 1، 2011، ص 56.

أغراضها والقيام بالوظائف المسندة إليها، تتمتع المؤسسة في إقليم كل دولة عضوة، ويتمتع محافظوها ومناوبيهم ومدير ومجلس المديرين، ورئيسها، ومديرها العام، وموظفوها، بكافة الحصانات و الامتيازات، كما تتمتع ممتلكات أصول المؤسسة الإسلامية لتأمين الاستثمار حيثما وجدت، وأيا كان حائزها بالحصانة من التفتيش، ونزع الملكية والمصادرة والتأميم، وأي نوع من أنواع الحجز عن طريق إجراء إداري و تشريعي، كما تعفى أيضا هذه الأصول بالقدر اللازم لقيام المؤسسة الإسلامية لتأمين الاستثمار بعملياتها في ظل الاتفاقية المنشئة لها من جميع القيود والإجراءات، وقواعد الرقابة على الصرف، ووقف الدفع أيا كان نوعها¹.

ثالثا: أهداف المؤسسة الإسلامية لتأمين الاستثمارات وائتمان الصادرات.

1- هدف المؤسسة هو توسيع إطار المعاملات التجارية وتشجيع تدفق الاستثمارات بين الدول الأعضاء.

2- تحقيقا لأغراضها تقوم المؤسسة، وفقا لأحكام الشريعة الإسلامية، بتأمين أو إعادة تأمين ائتمان صادرات السلع التي تستورد في الشروط الواردة في المادة 16 من هذه الاتفاقية، وذلك بتعويض المؤمن له تعويضا مناسباً عن الخسائر الناجمة عن المخاطر الواردة في المادتين (19فقرة1)، (19فقرة2) من هذه الاتفاقية، أو التي يحددها مجلس المديرين وفقا لأحكام المادة 19فقرة3 من هذه الاتفاقية².

3- في وقت مناسب بعد إنشائها، تقوم المؤسسة، وفقا لأحكام الشريعة الإسلامية بتأمين أو إعادة تأمين الاستثمارات التي تفد من أحد الأعضاء إلى دولة عضو

1- آيت شعلال وردية، المرجع السابق، ص 42-43.

2- أنظر المادة 19 من اتفاقية إنشاء المؤسسة الإسلامية للتأمين الاستثمارات وائتمان الصادرات، المرجع السابق.

وذلك ضد المخاطر الواردة في المادة (19) أو التي يحددها مجلس المديرين التجارية لتغطيتها ضدّ مخاطر عدم سداد الاعتماد لبنك المستورد.

أما المنتج الثاني فيتمثل في بوليصة التبادل الخاص ، التي تهدف إلى تأمين المؤسسات الصغيرة والمتوسطة في عملياتها للتصدير، وقد تحصلت المؤسسة في سنة 2004 على 17 طلب بوليصة لكنها لم توافق إلا على 6 منها بحجم إجمالي وصل إلى 17,50 مليون دولار.

واصلت المؤسسة خلال سنة 2004 برنامجها التسويقي بالتركيز على خدمات تأمين القروض على الصادرات، وتم تنفيذ هذا البرنامج من خلال حملة إعلانات صاحبته ندوات وزيارات متابعة للدول الأعضاء، الأمر الذي أدى إلى زيادة كبيرة في عدد الاستفسارات وطلبات التأمين، وقد اتسعت شبكة الوكلاء المحليين أيضا، فوصلت إلى 29 وكلاء في 21 من دول الأعضاء.

كما قامت المؤسسة بالتعاون مع المؤسسة الدولية الإسلامية لتمويل التجارة بإطلاق فوج عمل مشترك لدراسة الطرق والمنافذ الممكنة لتطوير هياكل ومنتجات جديدة.

أثارت خدمة إعادة تأمين ائتمان الصادرات التي تقدمها المؤسسة كثيرا من الاهتمام لدى وكالات ائتمان الصادرات في الدول الأعضاء، وقد تم اتخاذ الخطوات اللازمة لوضع هذه الخدمة موضع التنفيذ، وبلغ عدد المساهمين إلى نهاية يناير 2007 في مؤسسة 36 دولة إلى جانب البنك الإسلامي للتنمية¹.

1- مسعداوي يوسف، "دور المؤسسة الإسلامية لتنمية الاستثمار وائتمان الصادرات ICIER في تعزيز صادرات واستثمارات الدول الأعضاء"، المرجع السابق، ص 57.

المبحث الثاني

إبرام عقد ضمان الاستثمار الدولي

عقد الضمان الاستثمار كباقي العقود يخضع لمجموعة من الإجراءات القانونية سابقة لإبرامه بين هيئة الضمان والمستثمر المضمون، حيث تهدف الأطراف من خلالها لتهيئة ظروف مناسبة لإبرام العقد.

بحيث أن هذه التدابير من شأنها تقييم الأوضاع واتخاذ القرارات بشأن التعاقد، ومن ثم إبرام العقد مع المستثمر، فلا إبرام العقد شروط تسبق انعقاده (المطلب الأول) وإجراءات تحدد كيفية إبرامه (المطلب الثاني).

المطلب الأول

شروط إبرام عقد ضمان الاستثمار الدولي

تتسرى مختلف الاتفاقيات مجموعة من الشروط لتقدم هيئات الضمان ضمانها وكي تغطي الأخطار (السالفة الذكر في المذكرة) المحتملة الوقوع سواء فيما يخص المستثمر المضمون (الفرع الأول)، أو في الاستثمار المراد ضمانه (الفرع الثاني) وكذلك شروط يجب أن تتوفر في الدولة المضيفة للاستثمار (الفرع الثاني).

الفرع الأول

الشروط المتعلقة بالمستثمر طالب الضمان

تناولت مختلف المواد من الاتفاقيات الشروط المتعلقة بالمستثمر المضمون بحيث نصت على ما يلي:

نصت المادة 1/17 من اتفاقية إنشاء المؤسسة العربية لضمان الاستثمارات على: «يشترط للمستثمر الذي يقبل طرفاً في التأمين أن يكون فرداً من مواطني الأقطار المتعاقدة أو شخصاً اعتبارياً تكون حصصه أو أسهمه مملوكة بصفة جوهريّة لأحد هذه الأقطار أو لمواطنيها. ويكون مركزه الرئيسي في أحد هذه الأقطار».

كما أفادت المادة 18/ب من اتفاقية إنشاء المؤسسة الإسلامية لضمان الاستثمارات وانتماء الصادات على أنه يتمتع بصلاحيّة الإفادة من خدمات هذه المؤسسة: «كل شخص طبيعي من مواطني دولة عضوة غير الدولة المضيفة...».

وأضافت المادة 13 من اتفاقية إنشاء الوكالة الدولية لضمان الاستثمارات على أنه: «يتمتع بالصلاحيّة لضمان الوكالة أي شخص طبيعي أو اعتباري بشرط:

- 1- أن يكون الشخص الطبيعي من مواطني عضو غير الدولة المضيفة.
- 2- يكون الشخص الاعتباري قد تم تأسيسه وتعيين مقر أعماله الرئيسي في إقليم أحد الأعضاء، أو أن تكون غالبية رأس ماله مملوكة لعضو أو أكثر

أو لمواطنيهم بشرط ألا يكون العضو في أي من الحالات السابقة هو الدولة المضيفة».

من خلال مختلف هذه النصوص القانونية يفهم بأنه يشترط في طالب الضمان أن ينتمي إلى دولة عضو في الهيئة الضامنة (أولاً) وأن لا يتمتع المستثمر بجنسية الدولة المضيفة للاستثمار (ثانياً).

أولاً: وجوب انتماء المستثمر إلى دولة عضو.

يقلص هذا الشرط من الاستثمارات الصالحة للضمان، بحيث أن ليس كل استثمار ينفذ في إحدى الأقطار المتعاقدة صالح التأمين، وإنما يجب أن يكون صاحب الاستثمار متمتعاً بجنسية إحدى الدول الأعضاء، فمقيار الجنسية هو المأخوذ به لتحديد الاستثمارات الصالحة للضمان¹.

هذا الشرط مألوف خاصة إذا كان المستثمر شخصاً طبيعياً، إذ يتعين التأكد تمتعه بجنسية دولة عضو طبقاً للتشريعات الداخلية التي يدع الانتماء إليها.

وفي حالة تعدد جنسياته، فإنه يكفي لتقرير الصلاحيات للضمان أن تكون إحدى الدول الأعضاء وهو حل يستجيب للمبادئ العامة في تنازع الجنسيات².

فإذا كان شرط ضمان الشخص الطبيعي هو أن يكون متمتعاً بجنسية إحدى الدول المتعاقدة، فإن النتيجة عكسية بحيث يترتب على ذلك حرمان عديمي الجنسية من هذا الحق، حتى ولو كانوا متوطنين في إحدى الدول المتعاقدة.

1- غرس الدين صارة، المرجع السابق، ص 31.

2- سليمان صبرينة، الموجع السابق، ص 72.

أما إذا كان الشخص شخصا اعتباريا فتلاحظ أن هذه النصوص لم تترك تحديد انتماء الأشخاص الاعتبارية للأقطار المتعاقدة، وفقا للمعايير التي تحددها القوانين الداخلية لكل دولة متعاقدة، بل قامت بوضع ضابط موحد يتحدد بموجبه هذا الانتماء. وهذه المعايير سائدة في فقه القانون الدولي الخاص، فيتمثل في مركز الإدارة الرئيسي تارة و تارة أخرى معيار الرقابة وتارة أخرى الجمع بينهما.

يقصد بمعيار مركز الإدارة: أن الشخص الاعتباري يتمتع بجنسية الدولة التي يوجد فيها مركز إدارته الرئيسي.

يقصد بمعيار الرقابة: أن الشخص الاعتباري يكون أجنبيا إذا كان مملوكا لمواطنين أجنب، أو كان هؤلاء يقومون على إدارته حتى ولو كان هذا الشخص مؤسسا في الدولة المعنية أو كان مركزه قائما فيها¹.

ثانيا: عدم تمتع المستثمر بجنسية الدولة المضيفة للاستثمار.

هذا الشرط مفاده ألا يكون المستثمر من جنسية الدولة المضيفة لاستثماره، وإذا كان المستثمر شخصا طبيعيا ويتمتع بجنسية الدولة المضيفة، فإنه لا يعد صالحا للضمان، حتى ولم كان يتمتع بعدة جنسيات، ومن بينها جنسية الدولة المضيفة والأمر نفسه يطبق على الشخص الاعتباري. والجنسية هنا تتحدد وفقا للتشريعات الداخلية ولم تعدد الاتفاقية معيارا معينا كما فعلت في شرط انتماء المستثمر لإحدى الدول المتعاقدة².

1- عيوش عائشة، المرجع السابق، ص 30.

2- بخروب فروجة، ورأس فرحات، المرجع السابق، ص 54.

ثالثاً: ممارسة المستثمر لنشاط تجاري.

تنص المادة 3/أ/13 من اتفاقية الوكالة الدولية لضمان الاستثمار على أنه: «يتمتع بالصلاحيات لضمان الوكالة، أي شخص طبيعي أو اعتباري بشرط... كذلك بممارسة نشاطه على أسس تجارية».

من خلال المادة نفهم بأن الضمان يقتصر على العمليات التجارية التي تمارسها الأشخاص الطبيعية والاعتبارية وفقاً لأسس تجارية، تهدف من خلالها إلى تحقيق الربح وليس المعاونة¹.

الفرع الثاني

الشروط المتعلقة بالاستثمار

تناولت مختلف الاتفاقيات الاستثمارات الصالحة للضمان، فمنها ما يحقق التوازن بالحفاظ على رأس مال الهيئة والحاجة لتشجيع الاستثمارات الأجنبية.

فمختلف الهيئات الضامنة تمنح ضمانها فقط لتلك المحددة في الاتفاقية المتضمنة إنشائها (أولاً) بشرط أيضاً أن تكون جديدة (ثانياً) وسليمة من الناحية الاقتصادية (ثالثاً).

1- نزليوي صليحة، النظام القانوني لعقد ضمان الاستثمار الدولي، المرجع السابق، ص 18.

أولاً: أن يتعلق الضمان بإحدى الاستثمارات الواردة في الاتفاقية

تتضمن الاتفاقية مفهوم الاستثمارات الصالحة للضمان وهي: "الاستثمارات المباشرة بما في ذلك المشروعات وفروعها ووكالاتها، وملكية الحصص والعقارات ملكية الأسهم والسندات وكذلك القروض التي يتجاوز أجلها 03 سنوات أو القروض ذات الأجل الأقصى التي يقرر المجلس على سبيل الاستثناء صلاحيتها للتأمين".

واتفاقية إنشاء المؤسسة العربية قد توسعت في تحديد مفهوم الاستثمار المضمون، حيث حصرت كافة صور الاستثمار الممكنة وتصنيف صلاحية لمجلس إدارتها منح الضمان لصور أخرى من الاستثمارات (أنظر الاستثمارات المضمونة في الفصل الأول من هذه المذكرة)¹.

ثانياً: اقتصار الضمان على الاستثمارات الجديدة.

تتطلب الاتفاقيات ضمان الاستثمارات الجديدة فقط، أي التي يبدأ تنفيذها بعد تسجيلها لطلب الضمان ومفاد استبعاد الاستثمارات القائمة من نطاق الضمان راجع لكون الهدف من الضمان هو تشجيع وفود رؤوس الأموال الجديدة إلى الدول المضيفة وضمان الاستثمارات القائمة لا شأن له بهذا الهدف على الأقل بصورة مباشرة، غير أن استبعاد الاستثمارات القائمة لا يمنع من تغطية التوسعات والتجديدات في استثمار قائم، باعتبارها استثماراً جديداً يستحق التشجيع، وكذا إعادة استثمار الأرباح الناتجة عن استثمارات قائمة إذا كان من الممكن تحويلها خارج الدولة المضيفة، لكن هذه الشرط يؤدي إلى تعطيل في

1- بوخروب فروجة، ورأس فرحات، المرجع السابق، ص 54.

توظيف رأس المال حتى تمام إبرام العقد، ولتفادي ذلك سمحت الوكالة الدولية بتوظيف رأس المال المراد استثماره مباشرة بعد تسجيل الوكالة لطلب الضمان حتى ولو لم يبرم العقد النهائي بعد¹.

ثالثاً: أن يكون سليماً من الناحية الاقتصادية.

ضماناً لفعالية الهيئات الضامنة، فهي تضمن فقط الاستثمارات التي تتسم بالسلامة الاقتصادية والتي تساهم في تحقيق التنمية للدولة المضيفة فضلاً على تماشيها مع القوانين واللوائح السارية المفعول في الدولة المعنية، لذا تسعى للتحقق من مدى توفر المناخ الملائم للاستثمار في الدولة المضيفة، ووجود ضمانات كافية لحمايتها ومعاملتها معاملة عادلة ومنصفة. وإذا لم تتوفر فقد تسعى هذه الهيئات لإبرام اتفاقيات مع البلد المضيف قصد ضمانها شرط أن تكفل معاملة لا تقل تمييزاً عن أفضل معاملة وافق العضو المعني على إضافتها على استثمار آخر بموجب اتفاقية تتعلق بالاستثمار².

الفرع الثالث

الشروط المتعلقة بالدولة المضيفة

تتطلب مختلف الاتفاقيات لضمان الاستثمار إضافة إلى ما سبق ذكره أن تكون الدولة المضيفة عضواً في الهيئة الضامنة وأن تكون دولة نامية (أولاً) وأخذ إذن الاستثمار فيها.

1- سليمان صبرينة، الموجع السابق، ص 67.

2- الموجع نفسه، ص 77.

أولاً: أن تكون الدولة المضيفة دولة عضو ودولة نامية.

يهدف تشجيع الدول للانضمام لهيئات الضمان، لا تقوم بالضمان إلا الاستثمارات التي تنجز في إقليم دولة عضو، وهي تصبح كذلك في التاريخ الذي يتم فيه إيداع وثيقة تصديقها أو قبولها أو موافقتها، أما الدولة العضو الموقوفة، فلا تعمل كدولة عضو خلال فترة الوقف، خاصة فيما يخص تقرير الصلاحية للضمان.

تنص المادة 14 من اتفاقية إنشاء الوكالة الدولية لضمان الاستثمارات على أنه: «يقتصر الضمان طبقاً لأحكام هذا الفصل على الاستثمارات التي تنفذ في أراضي الدولة النامية الأعضاء دون سواها». فتقتصر ضمانات الوكالة على الاستثمارات التي تتم في إقليم دولة نامية، خلافاً لوضع الاستثمارات المؤبدة التي يجوز تغطيتها في أية دولة.

ويرى البعض ضرورة قيام الوكالة بوضع سياسات بشأن الصلاحية لضمان يكون من شأنها إضفاء الأولوية على الدول الأقل نمو بين الأعضاء ومنحها معاملة الدولة النامية في حالة ما إذا طلبته الدولة المسؤولة عن هذه الأقاليم¹.

ثانياً: إذن الاستثمار في الدولة المضيفة.

الاستثمار في دولة أجنبية قرار حاسم وصعب، يخضع لعدة اعتبارات سياسية وإستراتيجية، ويتوقف على مدى ملائمة ظروف ومناخ الاستثمار في تلك الدولة.

فيتعين على المستثمر قبل اللجوء إلى الاستثمار في دولة ما، أن يقيم المخاطر غير التجارية فيها، واحتمالات نشوئها وحدوثها في فترة الاستثمار، وآثارها على مشروعه.

1- سليمان صبرينة، المرجع السابق، ص 78.

فكل ما كان احتمال وقوع تلك المخاطر أعلى فإنه لا يتقدم على الاستثمار فيها، وقد يتخذ قرار الاستثمار فيها رغم ذلك إذا ما تعهدت له تلك الدولة بموجب قوانينها الداخلية والاتفاقات الثنائية أو الجماعية التي تربطها بالدولة الوطنية للمستثمر، تتعهد بمنح ضمانات وامتيازات كافية لذلك، والذي من شأنه تحسين نظرة المستثمر وتزيد من احتمالات اتخاذ قرار ايجابي بالدول في المشروع.

ومتى قرر المستثمر استخدام أمواله في نشاط معين في دولة أجنبية، وجب عليه التقدم للسلطة المختصة في تلك الدولة والحصول على الترخيص بالاستثمار في إقليمها¹.

ثالثاً: موافقة الدولة المضيفة على ضمان الاستثمار.

تصدر القرارات المتعلقة بالاستثمار في مشروع معين، و لضمانه في نفس الوقت، فيتضمن قرار التصريح أو الإذن بالاستثمار قبولاً على ضمان الاستثمار أيضاً، ولكن في بعض الأحيان لا يتضمن هذا القرار ما يفيد قبولاً لضمان الاستثمار من قبل الدولة المضيفة، فالاتفاقيات لم تحدد طريقة إعلان الدولة المضيفة لموافقتها، وإذا ما كانت هذه الموافقة يجب أن تتزامن مع صدور الإذن بالاستثمار أو لاحقاً بمجرد قرار مستقل، وفي حالة ما إذا لم تعلن الدولة المضيفة على موافقتها في الترخيص أو في قرار لاحق يتعين على طالب الضمان أن يوجه بطلب جديد للدولة المضيفة قصد الحصول على الموافقة بصفة دقيقة.

ويتم توجيه طلب الضمان عادة خلال ثلاثة أشهر من توجيه الطلب الأول إذا لم يحصل المستثمر على موافقة الدولة المضيفة، يتقدم مباشرة لهيئة الضمان التي تسعى بنفسها للحصول على هذه الموافقة من الدولة المضيفة.

1- نزليوي صليحة، النظام القانوني لعقد ضمان الاستثمار الدولي، المرجع السابق، ص 41-42.

ولكن نادرا ما ترفض الدولة ضمان الاستثمار لأنها مضطرة لقبول إبرام العقد تحت ضغط هيئة الضمان الدولية التي تشجع التعاقد في هذا المجال¹.

المطلب الثاني

إجراءات إبرام عقد ضمان الاستثمار

إذا أراد المستثمر في ضمان استثماره لدى هيئة ضمان دولية، كان عليه أن يتقدم للهيئة بطلب أولي (الفرع الأول) وتقوم هذه الهيئة بفحص استثماره لتحديد صلاحية هذه الاستثمار من عدمه وتقوم في حالة الموافقة بإحضار المستثمر بموافقتها مبدئيا على منح الضمان، وتزويده بنموذج لطلب ضمان نهائي يتوجه به المستثمر إلى الهيئة خلال مدة معينة (الفرع الثاني).

الفرع الأول

طلب أولي لإبرام العقد

متى توافرت شروط إبرام عقد الضمان و حصل المستثمر على موافقة الدولة المضيفة على تنفيذ الاستثمار أمام هيئة الضمان المراد التعاقد معها، يتقدم بطلب أولي للحصول على الضمان، وبعد يومين على الأقل من التاريخ توجيه الطلب تقوم الهيئة بإحضاره بتسجيل الاستثمار وبموافقتها مبدئيا على ضمانه.

لا تقبل هذه الهيئة منح الضمان، إلا بعد تحقق هذه الأخيرة من جدوى الاستثمار وحداثته.

1- بوخروب فروجة، وراس فرحات، المرجع السابق، ص 44.

أولاً: جدوى الاستثمار.

تستوجب المادة 12/د من اتفاقية الوكالة الدولية لضمان الاستثمار على الوكالة أن تستوثق عند القيام بضمان استثمار معين مما يلي:

- السلامة الاقتصادية للاستثمار ومساهمته في تنمية الدولة المضيفة.
- تماشي الاستثمار مع قوانين ولوائح الدولة المضيفة.
- مواكبة الاستثمار للأهداف والأولويات الإنمائية المعلنة للدولة المضيفة.

وعليه فإن الوكالة الدولية لضمان الاستثمار لا تقبل التعاقد على ضمان الاستثمار، إلا بعد أن تتأكد من مدى مساهمة الاستثمار المراد ضمانه في التنمية الاقتصادية والاجتماعية للدولة المضيفة، ومن مطابقته للقوانين الوطنية المعمول بها في تلك الدولة، فعلى هذا الاستثمار أن يكون مبررا اقتصاديا ويساهم في تلبية الاحتياجات الإنمائية للدولة المضيفة، كخلق مناصب الشغل ونقل التكنولوجيا وغيره من العوامل¹.

« Ces investissements ... doivent être économiquement justifiés et effectués dans un pays en voie de développement en contribuant à son essor économique ... ».

ويرى الفقه، أن عملية الاستثمار لا يمكن أن تحقق التنمية المنشودة، إلا إذا تمت هذه العملية بين الدول المتقدمة والدول النامية، أما إذا تمت عملية الاستثمار فيما بين الدول المتقدمة اعتبرت العملية تكاملية.

1-TerkiNour-Eddine, «la protection conventionnelle de l'investissement étranger en Algérie», RASJEP, volume 39, N°2, Alger, 2001, page 25.

مثلاً نصت المادة الثانية من اتفاقية الوكالة الدولية لضمان الاستثمار عندما نصت على أن: «هدف الوكالة هو تشجيع تدفق الاستثمارات للأغراض الإنتاجية فيما بين الدول الأعضاء، وعلى وجه الخصوص الدول النامية للأعضاء».¹

ولا يقصد بالاستثمارات لأغراض إنتاجية في هذا النص، الاستثمارات التي يتم إنجازها في القطاع الصناعي فقط، وإنما يشمل جميع القطاعات الإنتاجية والخدمية لاسيما إذا اقترنت باستغلال التكنولوجيا، فكلما اجتمعت رؤوس الأموال الأجنبية بعنصر التكنولوجيا فعملية الاستثمار تكون لها أهمية اقتصادية بالنسبة للدولة المضيفة، فمفهوم الاستثمار لم يعد يقتصر على مجرد حركة لرأس المال النقدي والعيني إنما أصبح مفهوماً شاملاً لكافة عوامل الإنتاج وعلى رأسها التكنولوجيا وحركتها عبر الحدود الدولية.²

فالدولة النامية، لا تستفيد شيء من شراء براءات الاختراع أو من الحصول على تراخيص بالصناعة، إذا كانت لا تعرف كيف تستعمل هذا الاختراع أو كيف تمارس هذه الصناعة.

عموماً، فإن هيئة الضمان تملك السلطة التقديرية الواسعة في تقدير وتقييم المشروع والفوائد المحتملة منه، ذلك بمراعاة التوازن الاقتصادي للاستثمار، أي التوازن بين مردودية الاستثمار بالنسبة للمستثمر من جهة، والفائدة التي ينطوي عليها الاستثمار بالنسبة للدولة المضيفة من جهة أخرى.

1- وتضيف المادة 14 من الاتفاقية نفسها على ما يلي: "يقتصر الضمان طبقاً لأحكام هذا الفصل على الاستثمارات التي تنفذ في أراضي الدول النامية الأعضاء دون سواها"، أما اتفاقية إنشاء المؤسسة الإسلامية واتفاقية المؤسسة العربية لضمان الاستثمار، لم تتضمن أي تمييز بين الدول الأعضاء، لكنه عادة ما يتم الاستثمار بين الدول المصدرة التي تتوفر على عوائد مالية وتتوجه باستثمارها نحو الدول المستوردة لها، لسد حاجات شعوبه وتحقيق التنمية الاقتصادية فيها".

2- نزيولي صليحة، النظام القانوني لعقد ضمان الاستثمار الدولي، المرجع السابق ص 47.

حيث تقوم هيئة الضمان، بالتأكد من سلامة المشروع الاستثمار، فتأخذ بعين الاعتبار المنفعة العامة الدولة المضيفة، حيث تستبعد تغطية الاستثمارات من النوع العسكري والنشاطات المتعلقة بإنتاج المخدرات وكل النشاطات الممنوعة¹.

ثانيا:حادثة الاستثمار.

وهذا الشرط مستفاد من نص المادة 10 من اتفاقية الوكالة الدولية والتي استلزمت أن يكون الاستثمار المضمون تاليا في تنفيذه على إبرام عقد الضمان، وهذا الشرط هدفه هو أي نظام للضمان هو جلب رؤوس أموال جديدة للدولة أو الدول المعينة، الأمر الذي يبرر اختصاصها بالضمان، ومن جهة أخرى فإن ضمان الاستثمارات القائمة بالفعل بحجمها الهائل قد يؤدي إلى استحالة عملية الضمان من حيث قدرة المؤسسة على تحمل المخاطر الخاصة بها.

ويكون الاستثمار جديدا إذا ما تم تنفيذه في فترة لاحقة على إبرام عقد الضمان، سواء اتخذ ذلك صورة إنشاء استثمار جديد أو التوسيع في استثمار قائم أو تجديده. ويشمل ذلك أيضا شراء المواطنين العرب لأسهم أو سندات في مشروع قائم سيما إذا كان ذلك من مواطني الدولة المضيفة، وتعتبر عوائد الاستثمارات السابقة استثمارة جديدا بالضمان وفقا لأحكام الاتفاقية ذاتها.

كما أنه يجوز للمستثمر المضمون أن يبدأ في تنفيذ استثماره بعد أن يحصل على خطاب يجيز له ذلك من المؤسسة، حتى لا يضار من مضى الوقت الذي تستغرقه الإجراءات المتبعة لإبرام العقد².

1- نزيويي صليحة، النظام القانوني لعقد ضمان الاستثمار الدولي، المرجع السابق ص 48.

2- هشام خالد، عقد ضمان الاستثمار، القانون الواجب التطبيق عليه وتسوية المنازعات التي قد تثار بشأنه، المرجع السابق، ص 220.

ثالثاً: تقييم ظروف الاستثمار في الدولة المضيفة.

يمكن لهيئة الضمان الدولية أن ترفض ضمان استثمار معين، تكون الدولة المضيفة قد وافقت على ضمانه، إذا ما لاحظت الهيئة أن سياسة الاستثمار في هذه الدولة لا تتوفر على الحماية والمعاملة للاستثمارات الأجنبية المطلوب ضمانها، وأن ظروف الاستثمار فيما يمكن أن تؤدي إلى نتائج غير مرضية بالنسبة لعمليات الضمان التي تقوم بها الهيئة، والتي من شأنها أن تهدد مركزها المالي بالخسارة، وفي هذا الشأن تنص المادة 12/د/4 من اتفاقية الوكالة الدولية لضمان الاستثمار على أنه: «على الوكالة أن تستوثق عند القيام بضمان استثمار مما يأتي:..... ظروف الاستثمار في الدولة المضيفة بما في ذلك توفر المعاملة العادلة و الحماية القانونية للاستثمار».

إن معاملة الاستثمارات، هي مجموعة المبادئ والقواعد الموجودة في القانون الدولي والقانون الداخلي للدولة المضيفة للاستثمار، والتي تدير نظام الاستثمارات الأجنبية من لحظة نشأتها إلى غاية تصفيتها.

بالرجوع لأحكام المادة 12 من اتفاقية الوكالة الدولية لضمان الاستثمار، لا نجد أي معيار بموجبه يمكن اعتبار معاملة ما معاملة عادلة وأخرى غير عادلة، فقد جاءت أحكامها عامة، وتركزت السلطة التقديرية في ذلك إلى الوكالة، والتي تستقر بنفسها مدى المعاملة العادلة بالنسبة للاستثمارات المطلوب ضمانهم عدمه¹.

وفهم من نص المادة 23/ب/2 من اتفاقية الوكالة الدولية لضمان الاستثمار، التي تجيز للوكالة إمكانية الدخول في اتفاقات ثنائية مع الدول النامية الأعضاء التي تتوقع الوكالة أن تكون من الدول المضيفة، تمنح من خلالها هذه الأخيرة للاستثمارات

1-نزليوي صليحة، النظام القانوني لعقد ضمان الاستثمار الدولي، المرجع السابق، ص 49.

التي تضمنها الوكالة: «معاملة لا تقل تمييزاً عن أفضل معاملة وافق العضو المعني على إضافتها على هيئة لضمان الاستثمار، أو دولة من الدول بموجب اتفاقية تتعلق بالاستثمار...».

عموماً، فإنه متى اقتنعت الهيئة بالمعاملة التي توفرها الدولة المضيفة للاستثمار المراد ضمانه، واستيفائها لجميع الشروط المطلوبة لمنح الضمان، تقوم هيئة الضمان بإبرام العقد مع المستثمر، بعدما يكون هذا الأخير قد وجه إليها طلب نهائي للحصول على الضمان¹.

الفرع الثاني

طلب نهائي لإبرام العقد

يترتب على الضمان الأولى قيام هيئة الضمان الدولية بتسجيل الاستثمار، وإحضار المستثمر لموافقتها مبدئياً على منح الضمان، وبذلك تسلم للمستثمر نموذجاً خاصاً لطلب الضمان يتقدم به المستثمر من جديد إلى الهيئة بعد مرور فترة شهرين إلى أربعة أشهر من توجيه الطلب الأول، ويضم النموذج الخاص لطلب الضمان على مجموعة من البيانات التي تحتاجها هيئة الضمان لاتخاذ قرارها النهائي بشأن توفير الضمان، وجميع المعلومات الأخرى التي يكون على علم بها كما يجب أن يرفق هذا النموذج بالوثائق التالية:

- الترخيص بالاستثمار الصادر من الدولة المضيفة.

1- نزليوي صليحة، النظام القانوني لعقد ضمان الاستثمار الدولي، المرجع السابق، ص 50.

- عقد التأسيس والنظام الأساسي للمستثمر في حالة ما إذا كان المستثمر شخصا اعتباريا.
- مرافقة حكومة الدولة المضيفة على ضمان الاستثمار لدى الهيئة المعنية ويجب أن تكون هذه الموافقة مكتوبة، تصدر عن الجهة الرسمية التي تمثل الدولة المضيفة في علاقتها بهيئة الضمان، وإذاتعذر الحصول على هذه الموافقة، تسعى الهيئة بنفسها الحصول عليها.
- دراسة جدوى المشروع الاستثماري وكل المعلومات المتعلقة به.
- اتفاقية القرض في حالة طلب ضمان القروض¹.
- نسخة من عقد المقاول في حالة ضمان معدات مقولة.
- بالإضافة إلى "رسم" يدفعه المستثمر للهيئة كمقابل للمصروفات الإدارية التي تكبدها الهيئة لبحث هذا الطلب، ويجوز لهيئة الضمان في حالة عدم إبرام عقد الضمان رد هذا الرسم كله أو جزئه إلى المستثمر طالب الضمان².

1- بوخروب فروجة، ورأس فرحات، المرجع السابق، ص 48.

2- المرجع نفسه، ص 49.

خاتمة

نختتم هذه المذكرة بالقول بأن الدور الكبير الذي تلعبه الاستثمارات الأجنبية في اقتصاديات الدول ودورها في نموها وتقدمها، وارتباط عملية انتقال رؤوس الأموال بدرجة كبيرة بدرجة الحماية القانونية الممنوحة لهذا الاستثمار على المستوى الداخلي والدولي.

أمام عدم جدوى الوسائل التقليدية وعدم فعاليتها لمنح الثقة والاطمئنان المناسب للمستثمرين الأجانب بخصوص المخاطر غير التجارية، دعت الحاجة لإيجاد آلية قانونية جديدة ستسهم في سدّ النقص الذي تعرفه الأنظمة الداخلية فيما يخص بحماية الاستثمارات، فالحماية المقدمة من طرف الدولة المضيفة وحدها لا تكفي مادام المؤمن هو نفسه مصدر الخطر، فأولى بوادر الضمان ظهرت قبل الحرب العالمية الثانية، بواسطة عقود التأمين على حركة رؤوس الأموال الأجنبية المرتبطة بالصادرات.

من خلال بحثنا قمنا بتحديد مفهوم عقد ضمان الاستثمار الدولي من خلال وضع تعريف له، إذ تمكنا من استخلاص أنه عقد يتم بين طرفين وهما طالب الضمان والهيئة الضامنة ينصب على مخاطر غير التجارية. ومن خلال هذا التعريف فقد استبان لنا أن لهذا العقد مجموعة من الخصائص، فهو عقد مميز عن باقي العقود التقليدية، وأشرنا إلى أن هذا الأخير يشتمل على مجموعة من العناصر الجوهرية به، وذلك يتضح من خلال أنواع الاستثمارات القابلة للضمان والأخطار المضمنة فيه والأقساط الواجبة الدفع، كما وضعنا تكييف له، وخضوعه للاتفاقيات الدولية التي تضمن إنشاؤه وكيفية إبرامه.

إنّ مجموع العناصر الجوهرية لعقد الضمان المتمثلة في الضوابط والشروط المشار إليها في هذه المذكرة والمتعلقة بصلاحية الاستثمار والمستثمر المقبول للضمان ونوعية الخطر وحدود الضمان... إلخ هي ما يشكل الأحكام المنظمة لعقد ضمان الاستثمار الدولي.

حتى ولو لم تقدم هذه العقود حماية كافية ضد تحقق المخاطر غير التجارية، فإنها على الأقل تقرر حماية ضد الآثار المترتبة عن تحققها، وتجنب المستثمر مطالبة الدولة

المضيفة بتعهداتها الدولية والتي قد تعجز عن الوفاء بها لأوضاعها المالية والاقتصادية، بذلك تحقق للمستثمر الطمأنينة على عدم خسارة أمواله، وتخفف من عبء المخاوف السياسية.

إنّ نجاح هذه العقود في توفير الحماية للاستثمارات الأجنبية من جهة وتحقيق التنمية الاقتصادية للدول الأعضاء من جهة أخرى، يقتضي من الدول أن تحقق التوازن بين ضمان هذه الاستثمارات وكيفية معاملة هذه الدول للاستثمارات الأجنبية، فلا بد من تضافر الجهود لإضفاء أكبر قدر من الحماية.

من أجل السير الحسن للاستثمارات الأجنبية في الدول النامية يجب توفر بعض العوامل على غرار أنظمة الضمان ونقترح مجموعة من الاقتراحات لعلها تساهم في تحسين الأوضاع الاستثمارية:

- 1- تحسين المناخ الاستثماري في الدول النامية من خلال تبنيها لأنظمة قانونية داخلية ثابتة تهدف لاستقطاب رؤوس الأموال.
- 2- على الدول المصدرة لرؤوس الأموال أن تراعي مصالح الدول المضيفة لأنها تمثل شريك اقتصادي لها، لأن توافق المصالح سيحسن من نوعية ومردودية المشاريع الاستثمارية.
- 3- على الدول النامية تحسين أسواقها المالية والاطلاع على أحدث الاستراتيجيات للحصول على مصادر للتمويل.
- 4- عدم التمييز في المعاملات بين الاستثمارات ومنح نفس الضمانات والامتيازات لكل الدول.
- 5- السهر على الأمن والاستقرار في الدولة.

6- الابتعاد كل البعد عن تحقيق المصالح الخاصة، والسعي نحو تحقيق أعلى عائد
الاقتصادي للدولة المضيفة.

قائمة المراجع

قائمة المراجع

أولاً: باللغة العربية.

1/ الكتب:

- 1- أحمد السعيد شرف الدين : عقود التأمين وعقود ضمان الاستثمار (واقعها الحالي وحكمها الشرعي). مطبعة حسان، مصر، 1986.
- 2- عيبوط محند وعلي : الاستثمارات الأجنبية في القانون الجزائري. الطبعة الثانية، دار هوم، الجزائر، 2014.
- 3- هشام خالد: الحماية القانونية للاستثمارات العربية. مؤسسة شباب الجامعة، الإسكندرية، 1988.
- 4- _____: خصائص وطبيعة عقد ضمان الاستثمار العربي. مؤسسة شباب الجامعة، مصر، 1988.
- 5- _____: عقد ضمان الاستثمار، القانون الواجب التطبيق عليه وتسوية المنازعات التي قد تنجر بشأنه. دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2000.
- 6- _____: عقدا ضمان الاستثمار العربي والإسلامي. (د. د. ن)، (د. ت. ن)، طنطا.
- 7- هشام علي صادق : الحماية الدولية للمال الأجنبي، مع إشارة خاصة للوسائل المقترحة لحماية الأحوال العربية في الدول الغربية. الدار الجامعية، بيروت، (د. ت. ن).

2/ الرسائل والمذكرات الجامعية:

أ/ الرسائل:

1- معاشو عمار : الضمانات في العقود الاقتصادية الدولية في التجربة الجزائرية (في عقود المفتاح والإنتاج في اليد). أطروحة لنيل درجة دكتوراه دولة في القانون الدولي والعلاقات الدولية، معهد العلوم القانونية والإدارية، جامعة الجزائر، سنة 1998.

ب/ مذكرات الماجستير:

1- أوديع نادية : حماية الاستثمار الأجنبي في ظل القانون الاتفاقي الجزائري. مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع الأعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2004.

2- آيت شعلال وردية:ضمان الاستثمار ضد المخاطر غير التجارية أمام هيئتي الضمان العربية والإسلامية. مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع قانون الأعمال، كلية الحقوق، جامعة محمد بوقرة، بومرداس، 2006.

3- سليمان صبرينة : الوكالة الدولية لضمان الاستثمارات. مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع قانون الأعمال، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2006.

4- عينوش عائشة : ميكانيزمات ضمان الاستثمارات الأجنبية في الجزائر. مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع قانون الأعمال، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2002.

5- لعماري وليد : "الحوافز والحواجز القانونية للاستثمار الأجنبي في الجزائر. مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع قانون الأعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الجزائر -1-، 2011.

6- نزليوي صليحة : النظام القانوني لعقد ضمان الاستثمار الدولي. مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون فرع "قانون الأعمال"، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2006.

ج/ مذكرات الماستر:

1- بغو أسماء : دور الوكالة الوطنية لتطوير الاستثمار ANDI في ترقية الاستثمار المحلي والأجنبي في الجزائر. مذكرة لنيل شهادة الماستر أكاديمي في علوم التسيير، تخصص مالية، تأمينات وتسيير المخاطر، كلية العلوم الاقتصادية والتجارية وعلوم التسيير، جامعة أم البواقي، 2015.

2- بوخروب فروجة، وراس فرحات : عقد ضمان الاستثمار. مذكرة لنيل شهادة الماستر في القانون الخاص، تخصص قانون الأعمال، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2013.

3- عبد الرحيم فيروز، ضياف ويزة : مفهوم التعويض في نظام الاستثمار الأجنبي. مذكرة لنيل شهادة الماستر في القانون، تخصص قانون الأعمال، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2015.

4- عبد السلام خضرة : أحكام عقد الكفالة في التشريع الجزائري وبعض التشريعات العربية. مذكرة لنيل شهادة الماستر في القانون، تخصص أحوال شخصية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة زيان عاشور، الجلفة، 2016.

5- غرس الدين صارة : عقد ضمان الاستثمار في إطار المؤسسة العربية لضمان الاستثمار. مذكرة لنيل شهادة الماستر في القانون، تخصص قانون العام للأعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة قاصدي مرباح، ورقلة، 2017.

3/ المقالات والمداخلات:

أ/ المقالات:

1- أبو العيال أيمن : "فكرة ضمان العقد في الفقه الإسلامي". مجلة جامعة دمشق، العدد الثاني، المجلد 19، 2003، ص 80-112.

2- أرزيل الكاهنة : «عن أقلمة محيط الأعمال في الجزائر». المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، العدد 1، 2013، ص 40-63.

3- بزاز الوليد : "آليات القانون الدولي لحماية الاستثمارات الأجنبية من المخاطر غير التجارية". مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية، العدد 11، 2018، ص 171-191.

4- مسعداوي يوسف : "دور المؤسسة الإسلامية لتنمية الاستثمار وائتمان الصادرات ICIER في تعزيز صادرات واستثمارات الدول الأعضاء". مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، المجلد 27، العدد 1، 2011، ص 49-66.

5- مسعداوي يوسف : دور الوكالة الدولية لضمان الاستثمار في تنمية الاستثمارات الأجنبية المباشرة الدول النامية. جامعة سعد دحلب، البليدة، مقال غير منشور، ص 222-240.

6- مسعودي يوسف : "عقد ضمان الاستثمار كآلية لحماية الاستثمارات العربية ضد المخاطر غير التجارية". مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية، العدد 9، المجلد الثاني، 2018، ص 688-701.

7- نزيوي صليحة : "الطبيعة القانونية لعقد ضمان الاستثمار الدولي". المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، العدد 1، 2011، ص 161-196.

ب/ المداخلات:

1- بلعز خير الدين : "مساهمة خدمات الاستثمار وائتمان الصادرات في تحضير حركة الاستثمار والتجارة العربية البينية، حالة المؤسسة العربية لضمان الاستثمار وائتمان الصادرات". مداخلة في الملتقى الدولي السابع حول: "الصناعة التأمينية، الواقع العملي وآفاق التطوير-تجارب الدول-" المنعقدة بكلية العلوم الاقتصادية والعلوم التجارية وعلوم التسيير، جامعة حسيبة بن بوعلي، شلف، يومي 03-04 ديسمبر 2012، ص 1-14.

4/ النصوص القانونية:

أ/ الاتفاقيات الدولية:

1- مرسوم رئاسي رقم 95-345 مؤرخ في 30 أكتوبر 1995، يتضمن المصادقة على الاتفاقية المتضمنة إنشاء الوكالة الدولية لضمان الاستثمارات، ج. ر عدد 66، الصادرة بتاريخ 1995/11/05.

2- مرسوم رئاسي رقم 96-144 المؤرخ في 23 أبريل 1996، يتضمن المصادقة على إنشاء المؤسسة الإسلامية لتأمين الاستثمارات وائتمان الصادرات، ج. ر عدد 26، الصادرة بتاريخ 1996/04/24.

ب/ النصوص التشريعية:

1- أمر رقم 72-16 المؤرخ في 07 جوان 1972، المتضمن المصادقة على الاتفاقية المتعلقة بإنشاء المؤسسة العربية لضمان الاستثمار، ج. ر عدد 53، الصادرة بتاريخ 1972/07/04.

2- أمر رقم 75-58 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق لـ 26 سبتمبر سنة 1975، المتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم، ج. ر عدد 78، الصادرة في 30 سبتمبر 1975.

ثانيا: باللغة الفرنسية.

1/ Articles :

1- Terki Nour-Eddine : «la protection conventionnelle de l'investissement étranger en Algérie ». RASJEP, volume 39, N°2, Alger, 2001, page 25.

2/ Sites internet :

1- المؤسسة العربية لضمان الاستثمار: "اتفاقية المؤسسة العربية لضمان الاستثمار Inter-Arab Investissement Guarantee Corporation .<http://www.iaigc.org> (sans auteur) 1999-2002

2- المؤسسة الإسلامية لتأمين الاستثمارات واائتمان الصادرات <http://www.iaigc.org>

L'Agence Multilatérale de garantie des investissements.

3- GIGLIONE Renaud : « commentaire de la convention de Séoul du 11 octobre 1985 portant création de l'agence multilatérale de garantie des investissements ». www.MIGA.org. 1997

4- www.Mohamah.net

5- www.Plitical.encyclopedia.org

الفهرس

فهرس المحتويات

كلمة شكر

إهداء

قائمة المختصرات

1 مقدمة

الفصل الأول: مضمون عقد ضمان الاستثمار الدولي

7 المبحث الأول: مفهوم عقد ضمان الاستثمار الدولي

7 المطلب الأول: مقصود عقد ضمان الاستثمار الدولي

7 الفرع الأول: التعريف بعقد ضمان الاستثمار الدولي

8 أولاً: تعريف مصطلح الاستثمار

8 ثانياً: تعريف مصطلح الضمان

9 الفرع الثاني: خصائص عقد ضمان الاستثمار الدولي

9 أولاً: عقد الضمان عقد رضائي

9 ثانياً: عقد الضمان عقد احتمالي

10 ثالثاً: عقد الضمان عقد له خاصية التبعية

10 رابعاً: عقد الضمان عقد معاوضة

11 خامساً: عقد الضمان عقد ملزم لجانبين

سادسا: عقد الضمان عقد إذعان.....	11
سابعا: عقد الضمان عقد زمني.....	11
ثامنا: عقد الضمان من عقود حسن النية.....	11
المطلب الثاني: موضوع عقد ضمان الاستثمار الدولي.....	12
الفرع الأول: الاستثمار المضمون في عقد ضمان الاستثمار الدولي.....	12
أولا: المقصود بالاستثمار.....	12
ثانيا: أنواع الاستثمارات القابلة للضمان.....	13
ثالثا: أنواع عقود الضمان التي تبرمها المؤسسة العربية لضمان الاستثمارات.....	16
الفرع الثاني: الخطر المضمون في عقد ضمان الاستثمار الدولي.....	17
أولا: المخاطر السياسية.....	18
1- عدم الاستقرار السياسي.....	18
2- عدم الاستقرار القانوني.....	19
3- الحروب والاضطرابات المدنية.....	19
4- العقوبات الدولية.....	21
ثانيا: الإجراءات الانفرادية.....	22
أ- الإجراءات المباشرة.....	22
1- نزع الملكية.....	22
2- التأمين.....	24
3- المصادرة.....	24

25	4- خطر عدم إعادة تحويل العملة.....
27	5- خطر فسخ العقد.....
28	6- الاستيلاء الجبري.....
28	7- الحراسة.....
29	8- خطر عدم الوفاء (تأجيل الوفاء الدين).....
30	9- الإجراءات التمييزية.....
30	ب- الإجراءات غير المباشرة.....
30	1- الاختكار.....
30	2- الإصلاحات الضريبية والجمركية.....
31	الفرع الثالث: القسط ومبلغ الضمان في عقد ضمان الاستثمار الدولي.....
31	أولاً: القسط.....
34	ثانياً: مبلغ الضمان.....
35	المبحث الثاني: تكييف عقد ضمان الاستثمار الدولي.....
35	المطلب الأول: الجدل الفقهي حول تكييف عقد ضمان الاستثمار الدولي.....
35	الفرع الأول: تمييز عقد الضمان عن العقود المشابهة له.....
36	أولاً: تمييز عقد ضمان الاستثمار الدولي عن عقد التأمين.....
39	ثانياً: تمييز عقد ضمان الاستثمار عن عقد الكفالة.....
42	ثالثاً: تمييز عقد ضمان الاستثمار الدولي عن الاشتراط لمصلحة الغير.....
44	الفرع الثاني: عقد ضمان الاستثمار الدولي عقد غير مسمى.....

أولاً: عقد ضمان بالمعنى الواسع	45
ثانياً: عقد ضمان بالمعنى الضيق	45
المطلب الثاني: تصنيف عقد ضمان الاستثمار الدولي	46
الفرع الأول: عقد ضمان الاستثمار عقد اقتصادي دولي	46
أولاً: الطابع الدولي لعقد ضمان الاستثمار	46
ثانياً: الطابع الاقتصادي الدولي لعقد ضمان الاستثمار	48
الفرع الثاني: عقد ضمان الاستثمار عقد دولي مركب	49
أولاً: تعريف العقد المركب	49
ثانياً: اعتبار عقد الضمان عقد دولي مركب	50

الفصل الثاني: الإطار القانوني لعقد ضمان الاستثمار الدولي

المبحث الأول: الاتفاقيات الدولية لضمان الاستثمار	54
المطلب الأول: هيئات الضمان على الصعيد الدولي	54
الفرع الأول: تعريف الوكالة الدولية لضمان الاستثمار	55
الفرع الثاني: نشاط الوكالة الدولية لضمان الاستثمار	56
الفرع الثالث: أهداف الوكالة الدولية لضمان الاستثمار	58
المطلب الثاني: هيئات الضمان على المستوى الإقليمي	60
الفرع الأول: المؤسسة العربية لضمان الاستثمار (CIGI)	61

61	أولاً: إنشاء المؤسسة العربية لضمان الاستثمار.....
62	ثانياً: أهداف المؤسسة العربية لضمان الاستثمار.....
63	ثالثاً: أنشطة المؤسسة العربية لضمان الاستثمار.....
67	الفرع الثاني: المؤسسة الإسلامية لتأمين الاستثمارات وائتمان الصادرات (SIGICE)
67	أولاً: إنشاء المؤسسة الإسلامية لتأمين الاستثمارات وائتمان الصادرات
69	ثانياً: نشاط المؤسسة الإسلامية لتأمين الاستثمارات وائتمان الصادرات.....
70	ثالثاً: أهداف المؤسسة الإسلامية لتأمين الاستثمارات وائتمان الصادرات.....
72	المبحث الثاني: إبرام عقد ضمان الاستثمار الدولي.....
72	المطلب الأول: شروط إبرام عقد ضمان الاستثمار الدولي.....
73	الفرع الأول: الشروط المتعلقة بالمستثمر طالب الضمان.....
74	أولاً: وجوب انتماء المستثمر إلى دولة عضو
75	ثانياً: عدم تمتع المستثمر بجنسية الدولة المضيفة للاستثمار
76	ثالثاً: ممارسة المستثمر لنشاط تجاري
76	الفرع الثاني: الشروط المتعلقة بالاستثمار
77	أولاً: أن يتعلق الضمان بإحدى الاستثمارات الواردة في الاتفاقية.....
77	ثانياً: اقتصار الضمان على الاستثمارات الجديدة.....
78	ثالثاً: أن يكون سليماً من الناحية الاقتصادية.....

78	الفرع الثالث: الشروط المتعلقة بالدولة المضيفة
79	أولاً: أن تكون الدولة المضيفة دولة عضو ودولة نامية
79	ثانياً: إذن الاستثمار في الدولة المضيفة
80	ثالثاً: موافقة الدولة المضيفة على ضمان الاستثمار
81	المطلب الثاني: إجراءات إبرام عقد ضمان الاستثمار
81	الفرع الأول: طلب أولي لإبرام العقد
82	أولاً: جدوى الاستثمار
84	ثانياً: حداثة الاستثمار
85	ثالثاً: تقييم ظروف الاستثمار في الدولة المضيفة
86	الفرع الثاني: طلب نهائي لإبرام العقد
88	خاتمة
91	قائمة المراجع
97	فهرس المحتويات