جامعة مولود معمري - تيزي وزو
كليّة الحقوق والعلوم السياسية

عقد ضمان الاستثمار الدولي

أطروحة لنيل درجة دكتوراه في العلوم
تخصص: القانون

إعداد الطالبة
نزليوي صليحة

إشراف
أ.د. معاشو عمّار

لجنة المناقشة

أ.د. **إقلولي محمد**، أستاذ، جامعة مولود معمري، تيزي وزو.....رئيساً
أ.د. **معاشو عمار**، أستاذ، جامعة مولود معمري، تيزي وزو.....مشرفاً ومقرراً
أ.د. **عيساوي عز الدين**، أستاذ، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية.....ممتحناً
أ.د. **بلحيمر عمار**، أستاذ، جامعة الجزائر، الجزائر.....ممتحناً
أ.د. **بوسهوة نورالدين**، أستاذ، جامعة البليدة 2..... ممتحناً

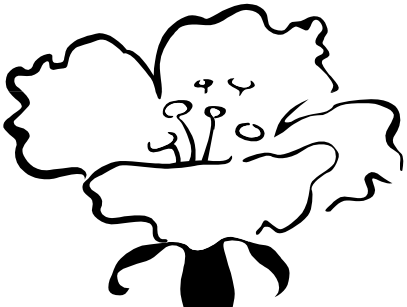
تاريخ المناقشة: 2021/04/12

"قالوا سبحانك لا علم لنا إلا ما علّمتنا إنك أنت العليم الحكيم "

صدق الله العظيم

"

سورة البقرة" الآية 32.



إهـداء

إلى

الوالدين الكريمين حفظهما الله

صليحة

إلى الأستاذ **الدكتور معاشو عمار** الذي تفضل بالإشراف على هذا البحث وشرفني بتوجيهاته القيمة وملاحظاته السديدة التي كانت خير معين لهذا البحث، فشكرا جزيلا أستاذي الفاضل

صليحة

قائمة أهم المختصرات

AMGI : Agence **M**ultilatérale de **G**arantie des **I**nvestissements

ANDI : Agence **N**ationale pour le **D**éveloppement des **I**nvestissements

CAGEX:**C**ompagnie **A**lgérienne d'Assurance et de **G**arantie des **Ex**portations

CIAGI: **C**ompagnie **I**nter-**A**rabe pour la **G**arantie des **I**nvestissements

CIRDI: Centre **I**nternational pour le **R**èglement des **D**ifférends relatifs aux **I**nvestissements entre Etats et ressortissants d'autre Etats

CNI : Conseil **N**ational de L'**I**nvestissement

COFACE: **Co**mpagnie **F**rançaise d'**A**ssurance du **C**ommerce **E**xtérieur

IDA :International **D**evelopment **A**ssociation

JDI : Journal du **D**roit **I**nternational

LGDJ: Librairie **G**énérale de **D**roit et de **J**urisprudence

OCDE : Organisation de **C**oopération et de **D**éveloppement **E**conomiques

OMC: **O**rganisation **M**ondiale du **C**ommerce

ONU : Organisation des **N**ations **U**nies

OPIC: **O**verseas **P**rivate **I**nvestment **C**orporation

RAEG : Revue **A**lgérienne d'**E**conomie et **G**estion

RASJEP: **R**evue **A**lgérienne des **S**ciences **J**uridiques **E**conomiques et **P**olitiques

RDAI: Revue de **D**roit des **A**ffaires **I**nternationales

RGDIP : Revue **G**énérale de **D**roit **I**nternational **P**ublic

SIGICE: **S**ociété **I**slamique de **G**arantie des **I**nvestissement et des **C**rédits a L'**E**xportation .

مقدمـــة

تعد الاستثمارات الأجنبية في عصرنا الحالي أحد أهم أوجه التعامل في العلاقات الدولية التي تتم بين البلدان المتقدمة والبلدان النامية، وخصوصا بعد التطورات الحاصلة في العلاقات الاقتصادية الدولية مع بروز ظاهرة العولمة، التي تهدف لتوسيع الحدود بين دول العالم لتسهيل تنقل البضائع والأموال وبالخصوص التكنولوجيا.

لكن موضوع الاستثمار الأجنبي كان دائما محل خلاف بين الدول المصنعة المصدرة لرؤوس الأموال والدول النامية المستوردة لها، بسبب الاختلاف في الأهداف وتشابك المصالح الاقتصادية الدولية في هذا الخصوص، فالدول المصنعة تعتبره وسيلة لتحقيق المزيد من الأرباح، في حين تعتبره الدول النامية من أهم وسائل التمويل والنهوض باقتصادياتها، وذلك بالنظر لما يوفره من رؤوس أموال وتكنولوجيا. وممّا زاد من فجوة الاختلاف هي نظرة الخوف القائمة لدى الدول النامية تُجاه الاستثمار الأجنبي، ممّا جعلها تتمسك بمبدأ السيادة الوطنية كوسيلة لمعالجة المشكلات الاقتصادية وتوجيه الاستثمارات لتحقيق أهدافها التنموية.

فقد أدت الضغوط الكبيرة التي كانت تتعرض لها موازنة الدول النامية حديثة الاستقلال لتنفيذ برامج التنمية الوطنية والنهوض باقتصادها في الكثير من الأحيان إلى اتخاذ إجراءات حكومية لتخفيض حجم الاستثمارات الأجنبية، كتقييد التحويلات النقدية داخل إقليمها، واتخاذ إجراءات خاصة بمراقبة الصرف الأجنبي، والتصرف في ملكية الاستثمارات الأجنبية المتواجدة فوق إقليمها، فهذه الدول كانت تعتبر نفسها صاحبة السيادة ومن حقها المساس بالاستثمارات الأجنبية وتأميمها خدمة لمصالحها، سواء كان ذلك بمقابل أم بغير مقابل.

كان لهذا الاتجاه تأثير سلبي على موقف المستثمرين الأجانب، فهو يولد لديهم شعور بعدم الأمان وعدم الاستقرار السياسي، والتخوف من مختلف هذه الإجراءات التي توصف بالمخاطر السياسية أو المخاطر غير التجارية، والتي أصبحت تشكل أكبر عائق يحدّ من تدفق رؤوس الأموال الأجنبية نحو هذه الدول.

لذلك فرض على هذه الدول إحداث تحولات جذرية في سياساتها الاقتصادية سعيا نحو جذب الاستثمارات الأجنبية إليها، بعدما أدركت أن هذه الاستثمارات لن تتدفق إليها دون مقابل، فاتجهت العديد من الدول النامية إلى تحرير أسواقها المالية، ووضع إطار قانوني مشجع للاستثمار الأجنبي، وتقديم بعض الضمانات التي من شأنها أن تبدد شكوك المستثمرين الأجانب ومخاوفهم من المخاطر غير التجارية كالتأميم ونزع الملكية، فتتعهد الدولة المضيفة من خلال تشريعاتها الداخلية بعدم المساس بملكية هذا الاستثمار، وتقرير مبدأ احترام الملكية الخاصة أياً كانت جنسية صاحبها، وعدم المساس بها إلاّ بقانون ولمصلحة عامة للدولة المضيفة، ومقابل تعويض عادل ومنصف لأصحابها[1].

لكن رغم أهمية هذه الضمانات المقدمة من طرف الدول المضيفة كعامل من عوامل تشجيع الاستثمار الأجنبي، فقد أثبتت التجربة عدّم كافايتها وضعف فعاليتها في توفير الحماية المناسبة لهذه الاستثمارات، كونها عرّضة للتغيّر، خاصة بالنسبة للدول التي تُعرف تشريعاتها بعدم الثّبات، وهو ما لا يحقق الاطمئنان لدى المستثمر الأجنبي. كما أن تعهد الدولة المضيفة بموجب قوانينها الداخلية بعدم المساس بملكية الاستثمار الأجنبي لا يضيف الكثير إلى حماية المستثمر طالما أن الدولة المتعهدة ذاتها هي مصدر الخطر.

الأمر الذي استوجب ضرورة تدخل القانون الدولي الاقتصادي والتصدي لمسألة حماية الاستثمار الأجنبي ضد المخاطر غير التجارية، بوضعه لمجموعة من المبادئ القانونية التي تنظم سلوك الدول في مواجهة الاستثمارات الأجنبية الخاصة، تعترف من جهة للدول النامية بحقها في ممارسة سيادتها الإقليمية بالتصرف والمساس بملّكية الأجانب الموجودة فوق أقاليمها

---

[1] – هذا ما نجده في القانون الجزائري، إذ تنص المادة 22 من الدستور الجزائري لسنة 2016 على ما يلي:

" **لا يتم نزع الملكية إلاّ في إطار القانون. ويترتب عليه تعويض عادل ومنصف**".

قانون رقم 16-01 مؤرخ في 06 مارس سنة 2016، يتضمن التعديل الدستوري، ج.ر.ج.ج، العدد 14، الصادرة في 07 مارس 2016.

كما كرّس الدستور الجزائري لعام 1996 مبدأ حماية الملكية الخاصة، وأقر بمبدأ التعويض عن نزع الملكية في المادة 20 التي تنص على ما يلي:

" **لا يتم نزع الملكية إلاّ في إطار القانون. ويترتب عليه تعويض قبلي عادل، ومنصف**".

مرسوم رئاسي رقم 96-438 مؤرخ في 07 ديسمبر سنة 1996، يتعلق بإصدار نص تعديل الدستور، المصادق عليه في استفتاء 28 نوفمبر سنة 1996، ج.ر.ج.ج، العدد 76، الصادرة في 1996/12/08، المعدل والمتمم.

مع احترامها لمبدأ المساواة وعدم التمييز بين المستثمرين الأجانب والوطنيين، أو فيما بين المستثمرين الأجانب أنفسهم عند اتخاذها لأي إجراء من شأنه أن يحرمهم من ملكيتهم، ومن جهة أخرى تقرر بمبدأ وجوب تعويض الأجانب الذين أممت ملكياتهم[2]، وحقهم في ممارسة الحماية الدبلوماسية إذا ما خالفت الدولة المضيفة القواعد السابقة.

من هنا أصبح واضحاً أن الاستثمارات الأجنبية لا يمكن أن تؤدي دوراً مهماً إلا إذا تمت في الحدود التي تحول دون تعّسف أي طرف في اغتنام العائد منها.

إلا أن قواعد القانون الدولي العرفي المقررة لحماية الاستثمارات الأجنبية الخاصة لم تكن بدورها كافية لتحقيق الحماية المناسبة لهذه الاستثمارات، كونها لمّ تستجب للمتطلبات الحقيقية للمستثمرين الأجانب سواءً بالنسبة لأوصاف التعويض أو للحق في ممارسة الحماية الدبلوماسية، وهذه النقائص قللت كثيرا من أهمية الحماية المقررة في القانون الدولي العرفي، فكان لابد من تدخل القانون الدولي الاتفاقي لتكمّلة هذا النقص، ومواصلة البحث عن الوسائل القانونية المجدية لتوفير الحماية المناسبة للاستثمارات الأجنبية.

اتجهت الدول المصدرة مع الدول المستوردة لرؤوس الأموال إلى إبرام العديد من الاتفاقيات الدولية الثنائية والجماعية من أجل تشجيع وحماية الاستثمارات المتبادلة، والتي تقرر المزيد من الحماية القانونية للاستثمارات الأجنبية، تضمنت في محتواها مجموعة من المبادئ التي وضعت لحماية الاستثمارات الأجنبية أهمها: مبدأ عدم التمييز بين المستثمرين في المعاملة،

---

[2] – هذا ما تضمنته اللائحة رقم 1803 للجمعية العامة لمنظمة الأمم المتحدة بعنوان "السيادة الدائمة على الثروات الطبيعية" المعتمدة في 14 ديسمبر 1962، التي تعترف لكل دولة بحق تنظيم وممارسة السلطة على الاستثمارات الأجنبية الموجودة ضمن اختصاصها الوطني وفقا لقوانينها، وتحقيقا لأهدافها الوطنية، فلها الحق في تأميم ومصادرة أموال الأجانب باعتباره حقاً مرتبطاً بسيادات الدول على ثرواتها الوطنية، ويجب أن يؤسس على قواعد وأهداف المنفعة العامة أو المصلحة الوطنية ومقابل تعويض لاصحابها. إذ تنص الفقرة 04 من هذه اللائحة على مايلي:

« La nationalisation, l'expropriation ou la réquisition devront se fonder sur des raisons ou des motifs d'utilité publique,…dans ces cas le propriétaire recevra une indemnisation adéquate , conformément aux règles en vigueur dans l'Etat qui prend ces mesures dans l'exercice de sa souveraineté et en conformité au droit international».

Résolution N°1803 (VXII), sur la souveraineté permanente sur les ressources naturelles, adoptée par de l'Assemblée Générale de l'ONU le 14 Décembre 1962: **HUBERT Thierry** , Droit et relations internationales, Traités, Résolutions, Jurisprudence, Montcherstien, Paris, 1984, p 543.

ومبدأ الدولة الأولى بالرعاية، ومبدأ حسن النية الذي يضّمن من خلاله المستثمر تنفيذ مشروعه والحصول على حقوقه المالية.

كمّا أكدت هذه الاتفاقيات على مبدأ التعويض، وتصدّت العديد منها لتحديد أوصاف وعناصر التعويض الذي يستحقه المستثمر الأجنبي في حالة المساس بملكيته من طرف الدول المضيفة، وأكدت على حقه في اللجوء إلى القضاء الدولي مباشرة للمطالبة بحقوقه دون حاجة لدولة جنسيته.

إلاّ أنه لوحظ أن نطاق الحماية المقررة للاستثمارات الأجنبية بموجب الاتفاقيات الدولية يختلف من بعضها لأخرى، فقد يتسع أو يضيق، وفي أغلب الأحيان ينحصر في تغطية بعض المخاطر دون الأخرى. بل أن حصول المستثمر الأجنبي على الحماية التي تقررها هذه الاتفاقيات ليس ميسورا، فهو محصور بين اللجوء إلى دولته لتسهيل الحصول على حقوقه وبين مقاضاة الدولة المضيفة عندما أخذت ملكيته، ممّا يجعل الحماية الاتفاقية للاستثمارات الأجنبية بدورها غير كافيّة، إلاّ إذا تمت على أساس التسليم بضرورة وجود جهات أخرى مستقلة ومحايدة تؤمن للمستثمر حقوقه في الحصول على التعويض المناسب عند المساس بملكيته، وتوفر له حماية فعليّة ضد كافة المخاطر غير التجارية.

باعتبار الضمان في عصرنا الحالي الوسيلة الحديثة لمواجهة المخاطر وآلية قانونية فعالة لحماية المؤمن له، إذ يتم بواسطته تحويل الأخطار من المؤمن له إلى شركة التأمين، ممّا يبث الأمان والطمأنينة لديه، طالما أنه سيحصل من هذا التأمين (الضمان) على ما يخفف من آثار المخاطر التي قد يتعرض لها، قامت بعض الدول إلى فرض بعض أنواعه في مجال الاستثمار كضمان للحصول على التعويض عند وقوع مخاطر محددة.

تعود البداية في تطبيق فكرة التأمين على الاستثمار الأجنبي للولايات المتحدة الأمريكية في منتصف الأربعينات، عندما دَعتِ الحاجة إلى إسهام الولايات المتحدة الأمريكية في إعادة بناء أوروبا بعد نهاية الحرب العالمية الثانية، من خلال تقديم المعونات الحكومية والتمويل عن طريق الاستثمارات الأمريكية الخاصة، فصـدر قانون التعاون الاقتصادي لعـام 1948، الذي جاء بتكريس نظام ضمان الاستثمارات الأمريكية الخاصة في غرب أوربا ضد خطر منع

تحويل العملة من الدول المضيفة لهذه الاستثمارات، والذي تم بموجبه إنشاء المؤسسة الخاصة لما وراء البحار(OPIC) كأول هيئة حكومية تشرف على تطبيق نظام الضمان على الاستثمارات التي يتم إنجازها في الخارج ضد المخاطر غير التجارية، كخطر نزع الملكية والمصادرة والحرب والثورات والعصيان المدني[3].

بعد النجاح الذي حققه البرنامج الأمريكي لضمان الاستثمارات في الخارج، قامت العديد من الدول المتقدمة المصدرة لرؤوس الأموال كألمانيا واليابان والنرويج والدانمارك بإنشاء برامج وطنية مماثلة لضمان استثمارات مواطنيها التي يتم انجازها في الخارج.

من هنا تأكد دور التأمين (الضمان) على الاستثمار الأجنبي كوسيلة فعّالة لتسهيل تسيير الأعمال وتكوين رؤوس الأموال، فهو يجعل المستثمر مطمئناً لوجود هيئة للضمان تتعهد له بموجب عقد الضمان على تعويضه عن الخسائر التي قد تلحق بمشروعه في الدول المضيفة له نتيجة تحقق إحدى المخاطر المضمونة في العقد.

الأمر الذي دفع بالدول المصدرة والدول المستوردة لرؤوس الأموال إلى الاهتمام بفكرة الضمان في مجال الاستثمار، والعمل لتطويرها وتوسيع نطاق تطبيقها على المستوى الدولي، إذ لاحظت هذه الدول ضرورة إنشاء هيئة دولية متخصصة في ضمان الاستثمارات الأجنبية تكون مستقلة عن الدول المصدرة والدول المستوردة لرؤوس الأموال، تتسع فيها الحماية لعدد أكبر من المستثمرين، وتتصرف حمايتها لكافة الدول المنشئة لها ومواطنيها.

تجسدت هذه الفكرة بعد محاولات كثيرة، إنتهت إلى إنشاء أول هيئة دولية إقليمية تخص ضمان الاستثمارات العربية في بداية السبعينيات، وهي المؤسسة العربية لضمان الاستثمار(CIAGI) بعد المصادقة على اتفاقية البنك الكويتي للتنمية الاقتصادية سنة 1971[4]

---

[3] – **عصام الدين مصطفى بسيم**، النظام القانوني للاستثمارات الأجنبية الخاصة في الدول الآخذة في النمو، دار النهضة العربية، بيروت، 1972، ص ص. 304–305.

[4] – اتفاقية إنشاء المؤسسة العربية لضمان الاستثمار المصادق عليها بموجب الأمر رقم 72–16 المؤرخ في 07 يونيو سنة 1972، ج.ر.ج.ج، العدد 53، الصادرة في1972/07/04، ص812. ونشير إليها في هذا البحث باتفاقية المؤسسة العربية لضمان الاستثمار. أنظر النص الكامل للاتفاقية على موقع المؤسسة العربية لضمان الاستثمار وائتمان الصادرات:

http: //www. iaigc.org

ثم يليها إنشاء الوكالة الدولية لضمان الاستثمار(AMGI) بالمصادقة على الاتفاقية الدولية متعددة الأطراف المنعقدة بمدينة سيول عام 1984 تحت رعاية البنك الدولي[5]، وبعدها تتمكن الدول الإسلامية بإنشاء هيئة دولية إقليمية أخرى لضمان الاستثمارات، وهي المؤسسة الإسلامية لتأمين الاستثمارات وائتمان الصادرات (SIGICE)، وذلك بموجب اتفاقية البنك الإسلامي للتنمية في عام 1995[6].

اتجهت إرادات الدول من خلال هذه الاتفاقيات الثلاثة إلى إنشاء هيئات دولية متخصصة في منح الضمان للاستثمارات التي يتم انجازها فيما بين الدول الأعضاء، تتولى إبرام عقود ضمان الاستثمار مع مستثمري هذه الدول، تتحمل بموجبها هذه الهيئات تغطية الخسائر التي قد تلحق بمشروعه في الدول المضيفة نتيجة تحقق إحدى المخاطر غير التجارية المشار إليها في العقد.

نظراً لدور الضمان على الاستثمار الأجنبي ضد المخاطر غير التجارية في تشجيع تدفقه لاسيما نحو الدول النامية، جاء اختيارنا لموضوع "عقد ضمان الاستثمار الدولي"، وأهم نظم الضمان الدولية المقررة في هذا الخصوص، واستنادا لمجموعة من الاعتبارات التي تتمحور فيما يلي:

أولا: يعتبر الاستثمار الأجنبي المباشر من أهم العوامل المساعدة في عملية التنمية وتطوير اقتصاديات الدول النامية خاصة، فهو بالنسبة لهذه الدول أداة أساسية للحصول على التكنولوجيا والمهارات والخبرات الفنية اللازمة لتحقيق التنمية المنشودة، لذلك فإن سلامة رؤوس الأموال الأجنبية غاية أساسية لابد من إدراكها، والعمل لتوفير الحماية المناسبة لها ضد أي اعتداء عليها داخل الدولة المضيفة لها.

---

[5] – اتفاقية إنشاء الوكالة الدولية لضمان الاستثمار، المصادق عليها بموجب المرسوم الرئاسي رقم 95–345 المؤرخ في 30 أكتوبر سنة 1995، ج.ر.ج.ج، العدد 66، الصادرة في 1995/11/05. ونشير إليها في هذا البحث باتفاقية سيول.

[6] – اتفاقية إنشاء المؤسسة الإسلامية لتأمين الاستثمارات وائتمان الصادرات المصادق عليها بموجب المرسوم الرئاسي رقم 96–144 المؤرخ في 23 أبريل سنة 1996، ج.ر.ج.ج، العدد 26، الصادرة في 1996/04/24. ونشير إليها في هذا البحث باتفاقية المؤسسة الإسلامية لتأمين الاستثمارات.

ثانيا: تشكل المخاطر غير التجارية التي يمكن أن تصاحب المشروع الاستثماري وتهدد استقراره كخطر التأميم والمصادرة ونزع الملكية، ومخاطر الحرب، ومخاطر تحويل العملة، وغيرها من الإجراءات الإدارية والتشريعية التي يمكن أن تستهدف أموال وحقوق المستثمرين الأجانب في الدول المضيفة إحدى أهم الصعوبات التي يواجهها المستثمر الأجنبي خاصة في الدول النامية التي تتدخل بشكل دائم في تجسيد مشاريع الاستثمار، ولا تزال الظروف السياسية والاقتصادية فيها غير مستقرة.

إذ تشير الأحداث التي عرفتها بعض الدول في السنوات الأخيرة لاسيما الدول العربية، الى أن هناك حاجة ملحة الى صياغة مناخ جديد للاستثمار والأعمال، ويتعين على هذه الدول الاقلاع عن تأجيل الاصلاح السياسي لما بعد الاصلاح الاقتصادي، فغياب الاصلاح السياسي يهدد نجاح الاصلاح الاقتصادي واستدامتها. الأمر الذي يقتضي ضرورة العمل لتحقيق استقرار سياسي واجتماعي واقتصادي وتحسين مناخ الأعمال فيها، وتبني وسائل قانونية مجدية لحفظ حقوق المستثمر عند المساس بملكية مشروعه، لاسيما التعويض عن الخسائر التي قد تصيبه نتيجة حدوث مخاطر غير تجارية محتملة في الدول المضيفة.

ثالثا: إن الهدف من إنشاء نظام دولي لضمان الاستثمار كان لغرض تمكيين عدد أكبر من المستثمرين من الانتفاع بمزاياه هذا النظام بعد فشل النظم التقليدية لضمان الاستثمار في توفير الحماية المطلوبة، وبالتالي تشجيع تدفق الاستثمار الأجنبي المباشر لاسيما نحو الدول النامية الأعضاء والتي تكون بحاجة ماسة إلى هذا الاستثمار.

إن الجزائر ورغبة منها في تشجيع الاستثمار الأجنبي وإزالة العوائق التي يمكن أن تحد من تدفقه إليها، قامت بالانضمام والمصادقة على الاتفاقيات الدولية المتضمنة إنشاء هيئات الضمان الدولية، فأصبحت من الدول الأعضاء التي يمكن للمستثمر الأجنبي اختيارها كدولة مضيفة لتنفيذ مشروعه فيها، وهو مطمئن لإمكانية الضمان على مشروعه ضد المخاطر غير التجارية المحتملة أمام مؤسسة دولية متخصصة في هذا المجال.

رابعا: إذا كانت عقود ضمان الاستثمار الدولية آلية قانونية توضع في أيدي المستثمر الأجنبي لحفظ حقوقه عند المساس بملكيته، وتعويضه عن الخسائر التي قد تترتب عن حدوث مخاطر غير تجارية في الدول المضيفة، فهي بالنسبة لهيئة الضمان الدولية تعد وسيلة تُمكّنها مراقبة مدى احترام الدول الأعضاء لمبادئ القانون الدولي المقررة في مجال الاستثمار، والالتزام بقواعد حماية ومعاملة الاستثمارات الأجنبية المقررة، ممّا من شأنه أن يساعد على استقرار الأنشطة الاقتصادية والتوزيع العادل لرؤوس الأموال، وبالتالي تحقيق المنفعة المتبادلة بين الدولة المصدرة لرأس المال–المستثمر– والدولة المضيفة له من الاستثمار المراد ضمانه.

إلا أن تحقيق هذه المعادلة الأخيرة في ظل طموحات كل دولة لجذب الاستثمارات الأجنبية إليها، وحماية اقتصادها الوطني والحفاظ على سيادتها الإقليمية يطرح الإشكالية التالية: إلى أي مدى استطاعت هذه العقود ضمان حماية كافية للاستثمارات الأجنبية ضد المخاطر غير التجارية التي تهدد مصالح المستثمر الأجنبي، دون التعرض لحقوق الدول المضيفة المكرسة في القانون الدولي؟

اعتمدنا في دراسة هذا الموضوع على وصف موضوعي لهذا العقد، فلا يمكن لنا تقدير نظام معين ومدى مقدرته على استيعاب النقائص إلاّ من خلال عرض وصف قانوني لهذا النمط الجديد من العقود الموجهة لحماية الاستثمار الأجنبي، من خلال التعريف بالعقد وتحديد مضمونه وطبيعته القانونية.

وباعتبار المخاطر غير التجارية المحور الأساسي للعقد، كان لابد من تحديد طبيعة المخاطر التي ينصب العقد على تغطيتها وتحليلها في ظل التطور الذي تشهده المفاهيم القانونية، لاسيما مفهوم المخاطر السياسية أو المخاطر غير التجارية وتنوعها بتنوع الارتباطات المالية، والمشكلات القانونية التي استحدثتها هذه الظاهرة، مع تبيان مدى فاعلية الضمانات التي ينطوي عليها نظام الضمان الدولي في سبيل توفير الحماية المناسبة للاستثمارات الأجنبية ضد المخاطر غير التجارية، وما يترتب عنها من التزامات تقع على عاتق الدول المضيفة لها.

بذلك تم تقسيم هذا البحث إلى بابين، نتطرق في الباب الأول إلى الطبيعة القانونية لعقد ضمان الاستثمار الدولي(**الباب الأول**).

ثم، نتعرض في الباب الثاني من هذا الباب لتبيان مجموع الضمانات التي تنطوي عليها هذه العقود، والمقررة لضمان الحماية المناسبة للاستثمارات الأجنبية ضد المخاطر غير التجارية، وتوفير الطمأنينة التي ينشدها المستثمر الأجنبي(**الباب الثاني**).

الباب الأول

الطبيعة القانونية لعقد ضمان الاستثمار الدولي

إن تحديد الطبيعة القانونية لعقد ضمان الاستثمار الدولي ليس أمرًا ذَا قيمة نظرية بحتة، بل تتسم بقدر كبير من الأهمية العلمية في مجال الدراسات القانونية، نظرا لحداثة هذا الموضوع وأهمية هذه العقود التي لا تزال في مراحلها الأولى من التطور.

عُرف عقد ضمان الاستثمار الدولي بعد إنشاء النظام الدولي لضمان الاستثمارات الأجنبية، والذي تعود البوادر الأولى لإنشائه إلى عام 1957، عندما اقترحت لجنة الخبراء التابعة للجمعية الاستشارية لمجلس أوروبا إنشاء "صندوق للضمان والمعونة المالية"، يختص بالتأمين على الاستثمارات الأوروبية في إفريقيا، ثم توالت الدراسات والمشروعات في هذا الشأن[7]. وكان من أهم الاقتراحات التي كتب لها النجاح المشروع الذي قدّمه البنك الدولي للإنشاء والتعمير حول إنشاء هيئة دولية لضمان الاستثمار وتتمثل في الوكالة الدولية لضمان الاستثمار، وكذلك مشروع الصندوق الكويتي للتنمية الاقتصادية العربية حول إنشاء مؤسسة عربية لضمان الاستثمار، وأخيرا مشروع البنك الإسلامي للتنمية حول إنشاء مؤسسة إسلامية لتأمين الاستثمارات وضمان الصادرات

أثارت مسألة تحديد الطبيعة القانونية لعقود الضمان التي تبرمها هذه الهيئات مع المستثمرين الأجانب اختلاف الفقهاء، الذين اتجهوا نحو تحليل جوهر عملية الضمان التي ينطوي عليها العقد، وحاولوا تقريبها من نظم الضمان التقليدية المألوفة في القانون المدني كعقد التأمين وعقد الكفالة وعقد الاشتراط لمصلحة الغير، رغم أنها تختلف في مضمونها عن هذه العقود(**الفصل الأول**).

إلا أن البحث عن طبيعة العلاقة التي تربط هيئة الضمان الدولية بالمستثمر الأجنبي المضمون في إطار قواعد القانون الخاص لنّ يكون كافيا، فهو لا يقدم لنا تكييفا دقيقا لهذا النوع من العقود الجديدة التي ظهرت في مرحلة اشتدت فيها حاجة الدول الى إيجاد وسائل قانونية جديدة وفعالة لحماية وتشجيع الاستثمار الأجنبي.

فعملية ضمان الاستثمار التي تديرها هذه الهيئات عملية قانونية قائمة بذاتها، تتجاوز فكرة التأمين والكفالة التي اتجه إليها الفقه، وإفراغها في قالب عقدي ما هو إلا تطبيق لفكرة التعاون

[7] – **عصام الدين مصطفى بسيم**، النظام القانوني للاستثمارات الأجنبية الخاصة في الدول الآخذة في النمو، المرجع السابق، ص 304.

الاقتصادي بين الدول المصدرة لرأس المال والدول المستوردة له في عصرنا الحالي، والتي تهدف من خلالها إلى تشجيع تدفق الاستثمارات فيما بينها.

بعبارة أخرى، إن هذه العقود تستمد أحكامها من الاتفاقيات الدولية المتضمنة إنشاء هيئة الضمان الدولية دون الخضوع لأي نظام قانوني آخر، فقد أوجدت لغرض تشجيع تدفق الاستثمارات الأجنبية فيما بين الدول الأعضاء في هذه الاتفاقيات، من خلال تعزيز الثقة لدى المستثمرين الأجانب بشأن تنفيذ مشروعاتهم في دول أجنبية، بمرافقة هيئة الضمان الدولية لرؤوس الأموال الضخمة الموجهة للاستثمار في الخارج، فلا يمكن اعتبارها عقد تأمين أو عقد كفالة(**الفصل الثاني**).

الفصل الأول

مضمون عقد ضمان الاستثمار الدولي

أدى التطور الذي عرفه القانون الدولي للاستثمارات من خلال الممارسات التعاقدية، إلى ظهور أنواع جديدة من العقود الموجهة أساساً لتنظيم المعاملات الاقتصادية، ويعد عقد ضمان الاستثمار الدولي من العقود الجديدة في هذا المجال، والتي لا يزال مفهومها جديدا وتكييفها في تطور مستمر.

ظهر عقد ضمان الاستثمار الدولي مع ظهور الهيئات الدولية لضمان الاستثمار في بداية السبعينيات، وذلك بعد إنشاء أول هيئة دولية إقليمية لضمان الاستثمار، تتمثل في المؤسسة العربية لضمان الاستثمار، ثم عرفت هذه العقود تطبيقاً واسعاً وتطورا كبيرا في منتصف الثمانينيات بإنشاء مؤسسة دولية أخرى ذات طابع عالمي تخص ضمان الاستثمارات الأجنبية وهي الوكالة متعددة الأطراف لضمان الاستثمار، وبعدها عرفت الدول الإسلامية منذ منتصف التسعينيات تطبيقا لهذه العقود بعد إنشاء ثان هيئة دولية إقليمية لضمان الاستثمار وهي المؤسسة الإسلامية لتأمين الاستثمارات وائتمان الصادرات.

من هنا أصبحت عقود ضمان الاستثمار التي تبرمها هذه الهيئات مع المستثمرين الأجانب من أهم الضمانات المالية التي يمكن توفيرها للمستثمر الأجنبي في عصرنا الحالي، الذي يشهد تنوع وتعدد المخاطر غير التجارية المحيطة بهذه الاستثمارات، وذلك بإحالته إلى هياكل أو أجهزة دولية متخصصة في تغطية المخاطر غير التجارية التي قد تصيب استثماراته في الدول المضيفة، وذلك مقابل أقساط ضمان يدفعها مسبقا إلى هيئة الضمان التي تتعهد بتعويضه عن الخسارةالتي قد تترتب عن تحقق إحدى المخاطر المضمونة بموجب العقد.

رغم اتفاق الفقه على تعريف محدّد لهذا العقد وعلى أركانه وخصائصه وعناصره **(المبحث الأول)**، إلا أنه لم يتفق على تكييف قانوني معين للعقد، فقد تعددت الآراء بشأن الطبيعة القانونية لعقد ضمان الاستثمار الدولي، واختلفوا حول تكييفه، فيصفه البعض بعقد التأمين لكنه ليس عقد تأمين، ويعتبره البعض الأخر من قبيل الكفالة ولكنه ليس بعقد كفالة، كما يتجه البعض لوصفه إما عقد اشتراط لمصحة الغير أو عقد غير مسمى رغم الاختلاف القائم بينها**(المبحث الثاني)**.

المبحث الأول

التعريف بعقد ضمان الاستثمار الدولي

يُعرّف الأستاذ "هشام خالد" عقد ضمان الاستثمار، 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"[8].

يشير عقد ضمان الاستثمار بهذا النحو إلى ذلك الاتفاق الذي يبرم بين هيئة الضمان الدولية والمستثمر طالب الضمان، تقوم على أساسه الهيئة بإصدار ما يسمى "بالضمانة"، أو ما يعرف "بعملية الضمان" التي يراد بها: "تعهد من جانب الهيئة الضامنة بأن تتحمل عن المستثمر المتعاقد معها الخسائر الناجمة عن نوع محدد أو كل المخاطر التي قد تتعرض لها استثماراته في الخارج، تشجيعا له على القيام بهذا الاستثمار" [9].

لأكثر دقة في التعريف بهذا العقد نتعرض لمفهومه(المطلب الأول)، وعناصره الثالثة وهي: الخطر الذي يرد عليه العقد، والقسط الذي يلتزم المستثمر المضمون بأدائه لهيئة الضمان، وأخيرا مبلغ الضمان الذي تلتزم هيئة الضمان بدفعه للمستثمر المضمون على شكل تعويض عن الضرر الناجم عن تحقق أحد المخاطر المضمونة بموجب العقد(المطلب الثاني).

المطلب الأول

مفهوم عقد ضمان الاستثمار الدولي

يتفق الفقه على أن عقد ضمان الاستثمار الدولي عقد ثنائي العلاقة يبرم بين طرفين، من جهة هيئة الضمان وهي "الطرف الضامن " في العقد ومن جهة أخرى المستثمر الأجنبي وهو "الطرف المضمون" في العقد، تتعهد بموجبه الهيئة الضامنة بأن تتحمل عن المستثمر المتعاقد

---

[8]– **هشام خالد**، عقد ضمان الاستثمار، القانون الواجب التطبيق عليه وتسوية المنازعات التي قد تثور بشأنه، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، 2000، ص 69 .

[9]– **عاطف ابراهيم محمد**، ضمانات الاستثمار في البلاد العربية في ضوء أحكام المؤسسة العربية لضمان الاستثمار، رسالة مقدمة للحصول على درجة الدكتوراه في الحقوق، جامعة عين الشمس، كلية الحقوق، قسم القانون الدولي العام، 1998، ص62.

معها الخسائر الناجمة عن نوع معين من المخاطر التي قد يتعرض لها استثماره في الخارج، مقابل قسط يدفعه المستفيد من الضمان للهيئة التي يقع عليها الالتزام بدفع مبلغ التعويض عند تحقق الخطر المضمون.

لتوضيح هذه الفكرة نتعرض في البداية إلى تحديد المقصود بهذا العقد(الفرع الأول) ثم تبيان أركانه(الفرع الثاني)، وخصائصه(الفرع الثالث).

الفرع الأول

المقصود بعقد ضمان الاستثمار الدولي

يحتاج تحديد المقصود بعقد ضمان الاستثمار الدولي إلى تحليل دقيق لعباراته، فيلاحظ من تسميته أنه عقد يرتبط بفكرتين أساسيتين هما: فكرة "الضمان"(Garantie)، وفكرة "الاستثمار" (L'investissement).

بالنسبة لمصطلح الاستثمار فهو مصطلح اقتصادي، وهو ما حال بالفقه والقضاء دون الاتفاق على وضع تعريف موحد لمصطلح الاستثمار، 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 اقتصاديا من أجل خلق أو إنشاء مؤسسة، شراء مؤسسة موجودة، المساهمة في مؤسسة جديدة، المساهمة في مؤسسة موجودة أصلا من أجل الحصول على عوائد وأرباح معتبرة[10].

من هنا استنتج الفقه القانوني الأساس الذي يرّتكز عليه مفهوم الاستثمار المادي، والذي يكون على شكل نفقات تختلف طبيعتها، فقد تكون نقدية أو عينية أو أي شيء يمكن تقويمه بالمال، يخصص لخدمة نشاط يعود على صاحبه بالعائد في المستقبل، "أيّ توظيف للأموال

---

[10]– نقلا عن: **دريد محمود السامرائي**، الاستثمار الأجنبي المعوقات والضمانات القانونية، مركز دراسات الوحدة العربية، بيروت، 2006، ص ص. 48–49.

كما يعرف بعض الاقتصاديين الاستثمار على أنه: " توظيف الأموال في عمليات اقتصادية مختلفة كشراء أوراق مالية أو أموال منقولة تدار أرباحا، أو امتلاك عقارات تعطي ربحا، أو بقصد توظيفها في عمليات ائتمانية مثمرة كالاقراض أو في عمليات غير مثمرة كحفظ النقود في مصرف، تفاديا للأخطار التي تتعرض لها في ظروف التوتر السياسي والاقتصادي". نقلا عن: **رمضان علي عبد الكريم دسوقي عامر**، الحماية القانونية للاستثمارات الأجنبية المباشرة ودور التحكيم في تسوية المنازعات الخاصة بها، المركز القومي للاصدارات القانونية، القاهرة، 2011، ص 15.

بقصد المساهمة في الإنتاج وتحقيق الأرباح"[11].

فمصطلح الاستثمار بهذا الشكل هو مصطلح مركب تجتمع فيه عناصر قانونية وعناصر اقتصادية[12]، ما جعل رجال القانون يختلفون بشأن إيجاد تعريف شامل وجامع للاستثمار من الناحية القانونية، فهناك مفاهيم مختلفة تبعا لاختلاف الهدف والأداة القانونية التي تتضمنه[13].

يعرف الأستاذ "HAROUN Mahdi " مصطلح الاستثمار على أنه إنجاز عملية أو مشروع بواسطة مساهمات في رأس المال، أي تخصيص دائم للأموال لانجاز مشاريع ذات طابع اقتصادي، ويسمح للقائمين بها بتقسيم الأرباح وتحمل الخسائر[14]. فالاستثمار عبارة عن عملية استغلال لرأس المال، سواء كان سيولة نقدية أو وسائل إنتاج أو حقوق مختلفة في نشاط معين، بقصد الزيادة في الإنتاج ودفع عجلة التنمية وتحقيق الأرباح.

كما يعرفه الاستاذ "محمود السامرائي" أنه "عبارة عن تخصيص بعض الموارد في الوقت الحاضر من أجل الحصول على عوائد في المستقبل"[15].

أما الاستاذ "BENCHENEB Ali" فيرى أن مفهوم الاستثمار مفهوماً واسعاً يتغير بتغير الأوضاع السائدة، وهو على حد تعبيره "عملية مركبة ومفهوم متغير ومتطور نتيجة تأثره بعدة أوضاع بما في ذلك، الوضع العام على المستوى الدولي، وكذا ظروف الدولة المضيفة على المستوى الداخلي، سواء تعلق الأمر بالمفهوم الذي يعطى لهذه العملية في إطار القانون الدولي الاتفاقي أو في إطار القانون الداخلي"[16].

---

[11]– نقلا عن: **زروال معزوة**، الضمانات القانونية للاستثمار في الجزائر: الجزء الأول، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، جامعة أبو بكر بلقايد، كلية الحقوق والعلوم السياسية، تلمسان، 2016، ص 25.

[12]– **رمضان علي عبد الكريم دسوقي عامر**، الحماية القانونية...، المرجع السابق، ص 15.

[13]– أنظر في ذلك:

CARREAU Dominique, JULLIARD Patrick, Droit international économique, 4ème édition, LGDJ, Paris, 1989, pp. 395- 396.

[14]- **HAROUN Mahdi,** Le régime des investissements en Algérie à la lumière des conventions franco-Algériennes , Liteic, Paris, 2000, p 62.

[15] – **دريد محمود السامرائي**، الاستثمار الأجنبي...، المرجع السابق، ص 75.

[16]– نقلا عن: **قبايلي طيب**، التحكيم في عقود الاستثمار بين الدول ورعايا الدول الأخرى على ضوء اتفاقية واشنطن، رسالة لنيل درجة دكتوراه في العلوم، تخصص: القانون، جامعة مولود معمري تيزي وزو، كلية الحقوق، 2012، ص 29.

بعبارة أخرى، يمكن أن ينطوي مفهوم الاستثمار على معان متعددة، تختلف بالاختلاف العناصر التي يستند إليها عند تعريف عملية الاستثمار في إطار القانون الداخلي[17] أو التعريف المحدد له في إطار القانون الدولي الاتفاقي[18].

رغم تردد الفقه في تعريفه للاستثمار والاتفاق على تعريف موحد له، إلا أن غالبية الفقهاء يتفقون على أن عملية الاستثمار تقوم على توافر أربعة معايير تتمثل فيما يلي:

أ- رأس المال: قد يكون رأس المال نقديا أو عينيا، فكل عملية استثمار تتطلب توفير الأموال لاقامة مشروع استثماري.

---

[17]- يراد بذلك تعريف الاستثمار في التشريعات الوطنية، إذ تتجه بعض التشريعات إلى تعريفه كما هو الحال بالنسبة للمشرع الجزائري الذي يعرف الاستثمار في المادة 02 من القانون رقم 16-09 المؤرخ في 03 غشت 2016، المتعلق بترقية الاستثمار، ج.ر.ج.ج، العدد 46، الصادرة في 2016/08/03، كما يلي:

"**يقصد بالاستثمار في مفهوم هذا القانون ما يأتي: 1/إقتناء أصول تندرج في إطار استحداث نشاطات جديدة، وتوسيع قدرات الإنتاج، و/أو إعادة التأهيل؛ 2/ المساهمات في رأسمال شركة.**

يتمثل الاستثمار طبقا لهذا النص في رؤوس أموال مستخدمة في تنشئة القدرات وإعادة التأهيل أو الهيكلة، التي تنجز في شكل حصص من رأس المال أو حصص عينية يقدمها المستثمر، تساهم في توسيع نشاط المؤسسة وجعلها أكثر فعالية، أو في إعادة التأهيل لاسترجاع بعض المؤسسات التي تعاني من صعوبات في التسيير والتنظيم، أو إعادة الهيلكلة بالنسبة للمؤسسة التي تعاني من عدم الفعالية في التسيير والتنظيم وتحتاج إلى مراجعة قواعد تسييرها وتنظيها.

تجدر الإشارة إلى أن التعريف ذاته أورد المشرع الجزائري كذلك في قانون الاستثمار لسنة 2001، فالمادة 02 من الأمر 01-03، المتعلق بتطوير الاستثمار نصت على مايلي:

"**يقصد بالاستثمار في مفهوم هذا الأمر ما يأتي: 1/ اقتناء أصول تندرج في إطار استحداث نشاطات جديدة، أو توسيع قدرات الإنتاج أو إعادة التأهيل أو إعادة الهيكلة؛ 2/المساهمة في رأسمال مؤسسة في شكل مساهمات نقدية أو عينية؛ 3/ استعادة النشاطات في إطار خوصصة جزئية أو كلية**".

أمر رقم 01-03 مؤرخ في 20 أوت سنة 2001، يتعلق بتطوير الاستثمار، ج.ر.ج.ج، العدد 47، الصادرة في 2001/08/22، الملغى جزئيا بموجب القانون رقم 16-09 المؤرخ في 03 أوت 2016، المتعلق بترقية الاستثمار، باستثناء أحكام المواد 06، 18، 22 منه.

[18]- يراد بذلك تعريف الاستثمار في الاتفاقيات الدولية للاستثمار، سواءا الاتفاقيات الدولية الجهوية أو الاتفاقيات الدولية متعددة الأطراف، كالاتفاقيات الدولية لضمان الاستثمار التي نخصها بالدراسة في هذا البحث، أي اتفاقية سيول واتفاقية إنشاء المؤسسة العربية لضمان الاستثمار واتفاقية إنشاء المؤسسة الاسلامية لتأمين الاستثمارات، ونشير إلى أن هذه الاتفاقيات تناولت موضوع الاستثمار من وجهة منظور صلاحيته للضمان، دون أن تقدم لنا أي تعرف للاستثمار كما سنبين ذلك لاحقا. بالاضافة إلى الاتفاقيات الثنائية حول تشجيع وحماية الاستثمار والتي قد تتضمن تفاصيل حول عملية الاستثمار سواءا من حيث مفهوما أو مجالها. أنظر في الشأن: **عيبوط محند وعلي**، الاستثمارات الأجنبية في القانون الجزائري، دار هومة، الطبعة الثانية، الجزائر، 2014، ص ص. 145-148.

ب- المدة: يجب أن يكون الاستثمار لفترة زمنية معينة تكون متوسطة أو طويلة المدة، وإلا اعتبر معاملة تجارية؛

ج- الهدف: يجب أن يكون الهدف من الاستثمار هو تحقيق الربح؛

د- الخطر: وهو أن يتحمل المستثمر بعض المخاطر المرتبطة بالمشروع الاستثماري، فالمستثمر يقبل الربح المنتظر والخسارة المحتملة عند الشروع في أي مشروع استثماري.

من هنا يعتبر الفقه أن هذه العناصر هي بمثابة الشروط الأساسية في عملية الاستثمار، فلابد من توافرها جميعا لتحديد مفهوم الاستثمار[19].

عموماً، فإذا كانت هناك صعوبة في وضع تعريف موحّد لفكرة الاستثمار، فإن عبارة الضمان التي ارتبط بها العقد عرفت بدورها اختلاف الفقهاء في تحديد محتواها، لتعدد مجالات استعمالها.

فعبارة "الضمان" (Garantie) لغة تدور على معان متقاربة تجمعها فكرة الالتزام بأنواعها والكفالة بشكل عام، فيقال "ضمن على أهله أي صار وكيلا وملتزما تجاههم"[20]. وقد استعملت عبارة "الضمان" عند الفقهاء على مسميات عديدة مختلفة، فيراد بها قانونا "وجود أفضلية أو أولوية للدائن على حق عيني أو نقدي لتسديد الدين، ورهن الضمانة لصالح الدائن يعطي له امتيازاً خاصاً على باقي الدائنين في تصفية الحق موضوع الضمانة"[21].

أما الاقتصاديين فيعرفون الضمان على أنه تأمين يستعمل عند الضرورة لتغطية الأخطار غير المقدرة أو غير المرئية حاليا. وذكروا للضمان أنواعاً عدة منها الضمانات المصرفية، وهي الأقرب إلى الذهن عند الحديث عن الضمان[22].

لكن الضمان المقصود في عقد ضمان الاستثمار الدولي هو أبعد من التعريف الفقهي الذي لا يتعدى مفهوم الكفالة والتأمين -الذي تأثر به الفقه عند تكييفه لهذا العقد -، فهو عملية

---

19 - **عيبوط محند وعلي**، الاستثمارات الأجنبية في القانون الجزائري، المرجع السابق، ص 122.

20- **نجار إبراهيم وزكي بدوي أحمد وشلال يوسف**، القاموس القانوني، فرنسي- عربي، مكتبة لبنان، الطبعة الرابعة، بيروت، 1995، ص 146.

21 - نقلا عن: **عمر مصطفى جبر إسماعيل**، ضمانات الاستثمار في الفقه الإسلامي وتطبيقاتها المعاصرة، أطروحة دكتوراه في الفقه والأصول، كلية الدراسات العليا، الجامعة الأردنية، 2007، ص 18.

22 - **عمر مصطفى جبر إسماعيل**، المرجع نفسه، ص 17.

فنية تزاولها هيئات دولية متخصصة تقوم بموجبها بتغطية أكبر قدر ممكن من المخاطر المرتبطة بالنشاط الاقتصادي، يراد من خلالها حماية الاستثمار من الخسارة المتعمدة أو غير المتعمدة. بمعنى الضمان الذي يوفر الطمأنينة ويمنح الثقة في نفوس المستثمرين الأجانب، ويعمل على تشجيعها على الاستثمار في الخارج وتعزيز تدفق رؤوس الأموال.

فالضمان، كلمة نشأت في القوانين الداخلية للدول، ووجودها على المستوى الدولي ما هو إلا استثناء للأصل، حيث ظهرت في بداية الأمر من خلال الضمان على المشروع من طرف حكومة الدول المضيفة التي تتعهد بموجب قوانينها الداخلية بعدم المساس بملكية الاستثمار، ثم عرفت تطبيقا لها في ظل الأجهزة القائمة على ضمان الاستثمارات الأجنبية، في إطار ما يعرف بالضمان على الاستثمار الأجنبي أو التأمين على الاستثمار الأجنبي.

إزدادت أهمية الضمان على الاستثمار الأجنبي بإنشاء أنظمة خاصة للضمان على الاستثمارات التي يتم إنجازها في الخارج، والتي ظهر من خلالها لأول مرة مصطلح عقد الضمان على الاستثمار الأجنبي[23]، ثم تطورت هذه الفكرة لتأخذ نطاقاً واسعاً على المستوى الدولي بعد إنشاء هيئات دولية متخصصة في ضمان الاستثمارات الأجنبية، ظهر من خلالها عقد الضمان على الاستثمار الأجنبي في طابعه الدولي.

ظهرت عبارة ضمان الاستثمار أو مصطلح التأمين على الاستثمار القانون الجزائري لأول مرة في سنة 1990، وذلك في المادة الأولى من الاتفاق الرامي إلى تشجيع الاستثمارات الموقع عليه في واشنطن يوم 22 يونيو سنة 1990 بين الجزائر والولايات المتحدة الأمريكية التي تنص كالآتي:

" **تشير عبارة "التغطية" كما هي مستعملة هنا، إلى أي تأمين على استثمار أو إعادة تأمين، أو**

---

[23] – تعد الولايات المتحدة الأمريكية أول من عرفت عقد الضمان على الاستثمار مباشرة بعد إنشاء المؤسسة الخاصة لما وراء البحار (OPIC) في سنة 1948، ثم ظهر العمل بهذه العقود في العديد من الدول المتقدمة، كاليابان، ألمانيا، النرويج، بلجيكا، فرنسا، كندا، استراليا والسويد، وغيرها من الدول المصنعة، التي تبنت برامج وطنية لضمان استثمارات مواطنيها في الخارج. أنظر حول برامج ونظم الضمان الوطنية: **عصام الدين مصطفى بسيم**، النظام القانوني للاستثمارات الأجنبية الخاصة في الدول الآخذة في النمو، المرجع السابق، ص ص. 303-364.

أنظر كذلك: **ديدي ابراهيم**، الاتفاقيات الدولية لضمان الاستثمار– دراسة مقارنة–، مذكرة لنيل درجة الماجستير في القانون، فرع القانون الدولي والعلاقات الدولية، جامعة الجزائر، كلية الحقوق بن عكنون 2002، ص ص. 47-49.

ضمان للاستثمار صادر وفقا لهذه الاتفاقية من قبل مؤسسة الاستثمارات الخاصة لما وراء البحار (أوبيك)..."[24].

يلاحظ، أنه في مجال الاستثمار كثيرا ما ارتبط مصطلح الضمان بمصطلح التأمين على الاستثمار الأجنبي في العديد من الدراسات التي تناولت هذا الموضوع، فكثيرا ما يستعمل مصطلح الضمان أحيانا كمرادف لكلمة التأمين، وذلك للدلالة على مدلول واحد هو حماية المستثمر وأمواله من الأخطار التي قد تلحق به في الدولة المضيفة، فيستعمل الفقه تارة عبارة تأمين الاستثمار للدلالة على ضمان الاستثمار، وهو ما نجده في الاتفاقيات الدولية لضمان الاستثمار التي ظهر من خلالها عقد ضمان الاستثمار الدولي، والتي يلاحظ أنها غير متفقة على تسمية هذا العقد، فتعبر بعضها عن ضمان الاستثمار بعبارة " التأمين على الاستثمار"، وتستعمل عبارة "عقد التأمين" بدلا من "عقد الضمان".

بل يظهر ذلك أكثر بعيدا عن موضوع العقد، من خلال التسمية في عنوان الهيئة الضامنة، فحسب المادة الأولى من اتفاقية البنك الإسلامي للتنمية فإنه:

" **تنشأ وفقا لأحكام هذه الاتفاقية مؤسسة فرعية للبنك الاسلامي للتنمية تسمى "المؤسسة الإسلامية لتأمين الاستثمار وائتمان الصادرات"، يشار إليها فيما بعد "المؤسسة".**

كما لم تتضمن هذه الاتفاقية أية إشارة الى مصطلح الضمان، ووردت فيها عبارة التأمين في جميع أحكامها، بما في ذلك عبارة "عقد التأمين"[25] الذي يشير إلى عقد ضمان الاستثمار المبرم بين المؤسسة الاسلامية لتأمين الاستثمار والمستثمر المضمون.

---

[24] – مرسوم رئاسي رقم 90–319 مؤرخ في 17 أكتوبر سنة 1990، يتضمن المصادقة على الاتفاق الرامي إلى تشجيع الاستثمارات الموقع عليه في واشنطن يوم 22 يونيو سنة 1990 بين حكومة الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية وحكومة الولايات المتحدة الأمريكية، ج.ر.ج.ج، العدد 45، الصادرة في 1990/10/24.

تجدر الإشارة إلى أن الجزائر بالرغم من أنها لم تنشئ هيئة متخصصة في ضمان الاستثمارات الجزائرية في الخارج ضد المخاطر غير التجارية، إلا أنها تعترف للاستثمارات الأجنبية التي يتم إنجازها في الجزائر بحماية ضد هذه المخاطر، وبحق أجهزة الضمان الوطنية في تغطية الاستثمارات الأجنبية التي يتم انجازها في الجزائر والانضمام إلى هيئات الضمان الدولية.

[25] – يمكن أن نشير في هذا الصدد للمادة 02 من اتفاية المؤسسة الإسلامية لتأمين الاستثمار التي جاءت على النحو الآتي:

" **في هذه الاتفاقية، ما لم يفهم من سياق النص خلاف ذلك، يقصد بالألفاظ والعبارات الآتية:**

تأمين الاستثمار: الغطاء التأميني الذي تقدمة المؤسسة للاستثمارات المشار إليها في المادة 17 من هذه الاتفاقية...؛

عقود التأمين: تشمل عقود تأمين الاستثمار عقود تأمين ائتمان الصادرات"

في حين جاءت اتفاقية الصندوق الكويتي للتنمية الاقتصادية العربية تحت عنوان "إتفاقية إنشاء المؤسسة العربية لضمان الاستثمار"[26]، وأوردت عبارة التأمين وعقد التأمين في مضمون جميع أحكام الاتفاقية، منها المادة 6/15 التي تنص على ما يلي:

"**يشترط لإبرام عقود التأمين حصول المؤمن له مسبقا على إذن من السلطة الرسمية المختصة بالقطر المضيفة بتنفيذ الاستثمار وبالتأمين عليه لدى المؤسسة ضد المخاطر المطلب تغطيتها**".

بينما وردت عبارة "الضمان" بشكل صريح في اتفاقية سيول وفي عنوان الهيئة الضامنة، فحسب المادة الأولى من اتفاقية سيول فإنه:

" **تنشأ وفقا لأحكام هذه الاتفاقية الوكالة الدولية لضمان الاستثمار**"

كما أشارت هذه الاتفاقية للأداة القانونية التي تمارس من خلالها الوكالة نشاطها في ضمان الاستثمار وهي "عقد الضمان"، فحسب المادة 15 من اتفاقية سيول فإنه:

" **لا يجوز للوكالة أن تبرم عقدا للضمان قبل موافقة الدولة المضيفة على قيام الوكالة بضمان الاستثمار ضد المخاطر المطلب تغطيتها**".

هذا التباين في التسمية الذي عرفته نظم الضمان الدولية كان له تأثير كبير على تحديد طبيعة عقد الضمان الذي تبرمه هيئات الضمان الدولية مع المستثمرين الأجانب. وهذا التباين عرفته كذلك نظم ضمان الاستثمارات الوطنية، والتي تشير بعضها إلى العقود المبرمة بين المستثمرين وهيئات الضمان بعقود الضمان، ومثاله نظام "ضمان الاستثمار في ألمانيا"، وهناك نظم وطنية أخرى كالقانون الفرنسي تستعمل مصطلح "التأمين على الاستثمار"[27].

إلا أنه، وأياً كانت تسمية العقد: عقد ضمان الاستثمار أو عقد تأمين على الاستثمار، إلا أن الهدف من إيجاد هذا العقد هو حماية الاستثمار الأجنبي ضد مخاطر محددة[28]، يتمثل في

---

[26] – تنص المادة الأولى من اتفاقية المؤسسة العربية لضمان الاستثمار على مايلي:

" **تنشأ وفقا لأحكام هذه الاتفاقية مؤسسة تسمى "المؤسسة العربية لضمان الاستثمار**".

[27]– **الطاهر برايك**، "أحكام العقد المبرم بين المستثمر الأجنبي وهيئة الضمان"، مجلة الدراسات القانونية، المجلد 03، العدد 02، الجزائر، 2018، ص 73.

[28]– تجدر الإشارة إلى أن تسمية هذا العقد تتحدد كذلك بطبيعة الطرف الضامن(هيئة الضمان)، فإذا كان الطرف الضامن في العقد هو هيئة ضمان وطنية فإننا نكون بصدد عقد ضمان الاستثمار الوطني(وهذا النوع من العقود نستثنيها من الدراسة ونكتفي بمقارنتها بعقد ضمان الاستثمار الدولي لاحقا)، أما إذا كان الطرف الضامن هو هيئة ضمان دولية أنشأت لغرض الضمان على الاستثمارات الأجنبية، فإننا نكون بصدد عقد ضمان الاستثمار الدولي.

أساسه أنه تعهد من جانب هيئة الضمان بأن تتحمل عن المستثمر المتعاقد معها الخسائر الناجمة عن نوع معين من المخاطر التي قد يتعرض لها استثماره في الخارج، مقابل قسط يدفعه لهيئة الضمان التي يقع عليها التزام بدفع مبلغ التعويض عند تحقق الخطر المضمون.

الفرع الثاني

أركان عقد ضمان الاستثمار الدولي

يقوم عقد ضمان الاستثمار المبرم بين المستثمر وهيئة الضمان الدولية كسائر العقود على ثلاثة أركان: يتمثل الركن الأول للعقد في ركن التراضي(أولا)، والركن الثاني هو المحل (ثانيا)، أما الركن الثالث فهو ركن السبب(ثالثا).

أولا: التراضي

يعتبر عقد ضمان الاستثمار الدولي من العقود الرضائية، يكفي تراضي طرفيه(هيئة الضمان الدولية والمستثمر المضمون) لانعقاده، فلم تشترط الاتفاقيات الدولية لضمان الاستثمار أو عقود الضمان ضرورة إبرامها في شكل معين.

1- هيئة الضمان الدولية

تعد هيئة الضمان مؤسسة دولية، تم انشاءها بموجب اتفاقية دولية متعددة الأطراف تضم كل من الدول المصدرة والدول المستوردة لرؤوس الأموال، مهمتها توفير الضمان للاستثمارات التي يتم إنجازها فيما بين الدول الأعضاء فيها بواسطة عقود تبرمها مع المستثمرين الأجانب باسمها ولحسابها، تتحمل بموجبها دفع التبعات المالية التي يمكن أن تصيبهم نتيجة حدوث كوارث سياسية محددة مسبقا.

تعددت هيئات الضمان الدولية في هذا المجال، ويمكن تصنيف بحسب نطاقها إلى: هيئات ضمان دولية واسعة النطاق على الصعيد العالمي، وتتمثل في الوكالة متعددة الأطراف لضمان الاستثمار التي تعرف بالوكالة الدولية لضمان الاستثمار؛ وهيئات ضمان دولية محدودة النطاق على الصعيد الإقليمي، وتتمثل في المؤسسة العربية لضمان الاستثمار والمؤسسة الإسلامية لتأمين الاستثمارات وضمان الصادرات[29].

[29] – ستكون لنا عودة بالتفصيل لدراسة النظام القانوني لهذه الهيئات وكيفية إنشائها في الفصل الثاني من هذا الباب.

2- المستثمر المضمون

إن كان الطرف الضامن في عقد ضمان الاستثمار الدولي دائما شخصا معنويا، فإن الطرف المضمون في هذا العقد يمكن أن يكون شخصا طبيعيا أو شخصا معنويا، ويطلق عليه وصف "المستثمر المضمون"، الذي تتوفر فيه الشروط المحددة في الاتفاقية الدولية لضمان الاستثمار التي يبرم العقد في ظل أحكامها[30].

الواقع، إن المستثمر الذي تربطه علاقة تعاقدية مباشرة بهيئة الضمان الدولية يجمع بين صفات ثلاثة: فهو طالب الضمان الذي يتحمل الالتزامات الناشئة عن العقد والتي تقابلها التزامات هيئة الضمان الدولية، وهو الشخص المهدد بالخطر محل العقد(المؤمن له)، وأخيرا هو المستفيد الذي يتقاضى مبلغ التعويض عن وقوع الخسارة.

ثانيا: المحل

يعد الخطر[31] عنصرا جوهريا في عملية ضمان الاستثمار الدولية، فهو المحور الأساسي الذي يقوم عليه العقد لتغطية ما ينجم عنه من آثار مالية، والتي يسعى المستثمر الراغب في الضمان إلى تحصين نفسه منها.

يعد تحديد طبيعة الخطر المراد ضمانه مسألة ذات الأهمية بوصفه المحل الذي يرد عليه العقد، فانطلاقا من نوعه وأوصافه تتحدد لنا التزامات الطرفين في العقد. وبالرجوع لأحكام الاتفاقيات الدولية لضمان الاستثمار يقتصر الضمان في هذا العقد على تغطية الخسائر التي تصيب الاستثمارات الأجنبية نتيجة لحدوث "واحد أو أكثر من المخاطر غير التجارية"، والتي أشارت إليها المادة 1/18 من اتفاقية المؤسسة العربية لضمان الاستثمار كالآتي:

" أ - **اتخاذ السلطات العامة بالقطر المضيف بالذات أو بالواسطة إجراءات تحرم المؤمن له من حقوقه الجوهرية على استثماره وعلى الأخص المصادرة والتأميم وفرض الحراسة ونزع الملكية والاستيلاء الجبري ومنع الدائن من استيفاء حقه أو التصرف فيه وتأجيل الوفاء بالدين إلى أجل غير معقول.**

---

[30]- نذكر من أهم هذه الشروط: شرط الإنتماء بجنسيته إلى إحدى الدول الأعضاء في هيئة الضمان التي يبرم العقد معها، وأن يكون مستثمرا أجنبيا عن الدولة المضيفة لاستثماره، وغيرها من الشروط التي يتطلبها إبرام العقد والتي سنبينها لاحقا.

[31] - الخطر: هو الشك في وقوع الخسارة أو احتمال وقوع نتيجة مغايرة لما هو متوقع. أنظر في معاني مصطلح الخطر: المعهد المالي، مدخل إلى أساسيات التأمين، مؤسسة النقد العربي السعودي، الرياض، 2016، ص 11.

ب – اتخاذ السلطات العامة بالقطر المضيف بالذات أو بالواسطة إجراءات جديدة تقيد بصفة جوهرية من قدرة المؤمن له على تحويل أصل استثماره أو دخله منه أو أقساط استهلاك الاستثمار إلى الخارج ...؛

ج– كل عمل عسكري صادر عن جهة أجنبية أو عن القطر المضيف تتعرض له أصول المؤمن له المادية تعرضا مباشرا، وكذلك الاضطرابات الأهلية العامة كالثورات والانقلابات والفتن وأعمال العنف ذات الطابع العام التي يكون لها نفس الأثر".

يعد الخطر غير التجاري المحل الذي يرد عقد ضمان الاستثمار الذي تديره المؤسسة العربية لضمان الاستثمار قصد تغطية أثاره، وهذا ما أكدته أيضا اتفاقية المؤسسة الإسلامية لتأمين الاستثمارات في المادة 2/19 التي تنص على أنه يجوز للمؤسسة الاسلامية تغطية الاستثمارات الصالحة للتأمين ضد الخسارة المترتبة عن تحقق المخاطر غير التجارية التالية:

" أ– تحويل العملة...؛

ب– نزع الملكية والإجراءات المماثلة...؛

ج– الإخلال بالعقد...؛

د– الحرب والاضطرابات المدنية...".

كما تؤكد كذلك اتفاقية سيول في المادة 11/أ على أنه يجوز للوكالة الدولية لضمان الاستثمار ضمان الاستثمارات الأجنبية التي تتوافر على الشروط المحددة في هذه الاتفاقية، ضد الخسائر المترتبة على واحد أو أكثر من أنواع المخاطر الآتية:

"1– تحويل العملة...؛

2– التأميم والإجراءات المماثلة...؛

3– الإخلال بالعقد...؛

4– الحرب والاضطرابات المدنية...".

يلاحظ من خلال هذه النصوص، أن عقد ضمان الاستثمار الدولي ينصب على تغطية الخسائر الناجمة عن تحقق المخاطر غير التجارية؛ أو ما يعرف كذلك لدى الفقه بالمخاطر السياسية« Risques politiques »[32] التي يغلب عليها الطابع السياسي، تمييزا لها عن المخاطر الاقتصادية أو المخاطر التجارية.

[32]- **ZOUAIMIA Rachid** , «Les mécanismes de garantie des investissements étrangers », Article non publié, p13.

تقوم المخاطر غير التجارية إما نتيجة لحدوث وقائع قانونية أو مادية خارجة عن عقد الاستثمار الذي يربط المستثمر الأجنبي بالدولة المضيفة للاستثمار، يمكن أن تتخذ صورة تصرف قانوني يصدر عن الدول المضيفة في شكل قانون أو قرار إداري ضد المستثمر كتأميم أمواله ونزع ملكيته، أو رفض تحويل العملة المحلية إلى نقد أجنبي، أو إخلال الدول المضيفة بالتزاماتها التعاقدية، أو تكون في صورة أعمال مادية كما هو الحال بالنسبة لمخاطر الحرب والاضطرابات المدنية والأعمال العسكرية التي تنشب داخل أقاليم الدول المضيفة للاستثمار، فتصيب الأصول المادية للمستثمر وتؤدي إلى حرمانه من حقوقه المترتبة على استثماره.

ثالثا: السبـــب

اختلف الفقه بشأن ركن السبب في عقد ضمان الاستثمار الدولي. ويرى الاستاذ " هشام خالد" أن السبب الحقيقي لالتزام هيئة الضمان بالتعويض هو الحصول على أقساط الضمان، الذي يمثل في الوقت ذاته التزاما على عاتق المستثمر المتعاقد معها، وهذا رغم ضآلة أقساط الضمان فذلك لا يمنع من اعتبارها سببا للالتزام، طالما أن هيئة الضمان تملك بمحض إرادتها زيادة تلك الأقساط، أما الباعث الذي يدفع هذه الهيئة إلى إبرام العقد يتمثل في تشجيع المستثمر على تنفيذ الاستثمار الذي يغطيه العقد، سعيا وراء تحقيق المصالح المشروعة للدولة أو الدول المنشئة للهيئة نحو تشجيع تدفق الاستثمار الأجنبي[33].

أما الاستاذ " ابراهيم شحاته" فيرى أن السبب المباشر الذي من أجله يبرم المستثمر عقد الضمان يتمثل في محاولة توفير الطمأنينة والأمان لاستثماره في الخارج ضد المخاطر غير التجارية التي يمكن أن يتعرض لها، وبالنسبة لهيئة الضمان الدولية، فإن السبب المباشر لالتزامها التعاقدي لا يتمثل في الأقساط أو الرسوم التي يدفعها المستثمر، إنما هو قيام المستثمر بمشروعه الاستثماري، فتلتزم الهيئة بتعويضه تشجيعا له على تنفيذ الاستثمار الذي يغطيه العقد. أما الباعث الذي يدفع الهيئة إلى تقديم التزامها، فيتمثل عموما فيما يعود على الدولة أو الدول المنشئة لها من مصالح نتيجة لتنفيذ هذا الاستثمار[34].

---

[33]– **هشام خالد**، خصائص وطبيعة عقد ضمان الاستثمار العربي، مؤسسة شباب الجامعة للطباعة والنشر والتوزيع، الاسكندرية، ص 156.

[34]– نقلا عن: **دريد محمود السامرائي، دريد محمود السامرائي**، الاستثمار الأجنبي...، المرجع السابق، ص 296.

يعد هذا الاتجاه الأخير مقبولا، فالسبب الذي من أجله يبرم المستثمر عقد ضمان الاستثمار الدولي هو الحصول على الطمأنينة والأمان لاستثمار أمواله في الخارج ضد المخاطر غير التجارية التي يمكن أن يتعرض لها، أما السبب من وراء قيام هيئة الضمان الدولية بالتعاقد مع المستثمرين الأجانب، فكان بهدف تشجيعهم على الاستثمار في الخارج، وهو الهدف الأساسي الذي من أجله تم إنشاء هذه الهيئات، تحقيقا للمصالح المشتركة للدول الأعضاء فيها من خلال تنفيذ المستثمر لاستثماره في الدول الأعضاء.

الفرع الثالث

خصائص عقد ضمان الاستثمار الدولي

يتميز عقد ضمان الاستثمار الذي يبرم بين هيئة الضمان الدولية والمستثمر المضمون بمجموعة من الخصائص أهمها: أنه عقد حديث النشأة(أولا)، وهو من العقود الرضائية الملزمة للجانبين(ثانيا)، ومن عقود المعاوضة التي يتلقى فيها كل طرف مقابل لما يعطيه(ثالثا)، كما يعتبر من العقود الاحتمالية المحددة المدة(رابعا)، والتي تقتضي قدرا كبيرا من حسن النية لدى المستثمر المتعاقد(خامسا)، وأخيرا يتميز هذا العقد كونه عقدا دوليا(سادسا).

أولا: عقد ضمان الاستثمار الدولي عقد حديث النشأة

يعتبر عقد ضمان الاستثمار الدولي من العقود الحديثة النشأة، ظهر لأول مرة مع إنشاء أول هيئة دولية تخص ضمان الاستثمارات الأجنبية ضد المخاطر غير التجارية في سنة 1971، تتمثل في المؤسسة العربية لضمان الاستثمار[35]، كمؤسسة دولية إقليمية تخص ضمان الاستثمارات العربية، وبعدها عرف هذا العقد تطبيقات عديدة بعد إنشاء الوكالة متعددة الأطراف لضمان الاستثمار في سنة 1985، كمؤسسة دولية ثانية ذات طابع عالمي لضمان الاستثمارات الأجنبية، ثم إنشاء المؤسسة الإسلامية لتأمين الاستثمارات وائتمان الصادرات في سنة 1995، كهيئة دولية إقليمية تتولى ضمان الاستثمارات التي تتم فيما بين الدول الإسلامية الأعضاء. وسنتولى لاحقا تبيان كيفية إنشاء هذه الهيئات الثلاثة والهدف من إنشائها.

---

[35] – **هشام خالد**، المؤسسة العربية لضمان الاستثمار–دراسة مقارنة–، مؤسسة شباب الجامعة للطباعة والنشر والتوزيع، الاسكندرية، 1988، ص 16.

ثانيا: عقد ضمان الاستثمار عقد رضائي ملزم للجانبين

1- عقد رضائي

يبرم عقـد ضمـان الاستثمـار الـدولي بيــن طرفين، وهما المستثمر طالب الضمان وهيئة الضمان الدولية التي تتحمل بموجبه دفع التبعات المالية التي يمكن أن تترتب له نتيجة حدوث كوارث سياسية محددة مسبقا، فهو عقد رضائي يكفي التراضي لانعقاده[36]، فلم تشترط الاتفاقيات الدولية لضمان الاستثمار لابرامه هذا العقد أي إجراء شكلي أو عيني محدد.

يسري العمل عادة في هيئات الضمان الدولية على إفراغ إرادة الطرفين في قالب نموذجي تحدد فيه الشروط الواجب توفرها سواء في طالب الضمان أو في الاستثمار المراد ضمانه أو في الخطر المراد تغطيته، وهذا لا يعني أنه عقد شكلي، وإنما تلجأ هيئة الضمان إلى صدور الإيجاب في إطار قالب نموذجي يكون مطبوعا في غالب الأحوال في شكل وثيقة ترد فيه كافة الشروط العامة للعقد، يتم على أساسها صياغة العقد الذي يعرض للتوقيع عليها من الطرفين أي المستثمر من جهة وهيئة الضمان الدولية من جهة أخرى.

هذا، وقد تشترط بعض نظم الضمان الدولية ضرورة موافقة الدولة المضيفة على تنفيذ وضمان الاستثمار المراد إنجازه في إقليمها، كما أشارت إليه المادة 15 من اتفاقية سيول التي تنص على أنه:

"**لا يجوز للوكالة أن تبرم عقدا للضّمان قبل موافقة الدولة المضيفة على قيام الوكالة بضمان الاستثمار ضد المخاطر المطلوب تغطيتها**".

يشترط من خلال هذا النص، موافقة الدولة المضيفة على ضمان الوكالة للاستثمار المعني، إلا أن هذه الموافقة لا تغير من الطبيعة الرضائية للعقد، فهي تعد شرطا سابقا على إبرام العقد[37]، فالدولة المضيفة ليست طرفا في هذا العقد العقد الثنائي الأطراف، وموافقتها في هذه الحالة تظل خارج نطاق العقد فهي لا تعتبر ركنا من أركانه ولا تعتبر جزءا منه.

---

[36] – **هشام خالد**، عقدا ضمان الاستثمار العربي والإسلامي، دراسة مقدمة إلى مؤتمر الجديد في مجال التأمين(الضمان) في لبنان والعالم العربي، بيروت 24 ،26 نيسان 2006، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2007، ص 212.

[37] – هذا ما يفهم كذلك من المادة 6/15 من اتفاقية المؤسسة العربية لضمان الاستثمار التي تنص على مايلي:
"**يشترط لإبرام عقود التأمين حصول المؤمن له مسبقا على إذن من السلطة الرسمية المختصة بالقطر المضيف بتنفيذ الاستثمار وبالتأمين عليه لدى المؤسسة ضد المخاطر المطلوب تغطيتها**".

2- عقد تبادلي ملزم للجانبين

يعتبر عقد ضمان الاستثمار الدولي عقدا ملزما للجانبين[38]، فهو يرتب التزامات متقابلة في حق طرفيه، حيث يلتزم المستثمر المضمون بأداء أقساط الضمان، وفي مقابل ذلك تلتزم هيئة الضمان بدفع التعويض عند تحقق الخطر محل العقد.

يعد التزام المستثمر بأداء أقساط الضمان التزام أساسي لا يقوم العقد من دونه، فإذا لم يقم المستثمر المضمون بأداء القسط المستحق لهيئة الضمان، يمكن لهذه الأخيرة أن تمتنع عن تعويضه عند تحقق الخطر المضمون، بل ويحق لها أن تقوم بفسخ العقد إذا ما أخل المستفيد من الضمان بالالتزامات الملقاة على عاتقه بما فيها أداء أقساط الضمان[39].

لكن البعض يرفض هه الفكرة، ويرى أنه لا يمكن اعتبار أقساط الضمان بمثابة التزام أساسي في عقد ضمان الاستثمار، لأن تخلف المستثمر المضمون عن أدائها يؤدي فقط إلى سقوط حقه في التعويض وليس إلى تخلف ركن من أركان العقد، وبالتالي فعقد ضمان الاستثمار الدولي هو ملزم لجانب واحد وهو هيئة الضمان، مع وجود بعض الواجبات على عاتق المستثمر المضمون.

إضافة لذلك، يعتبر هذا الاتجاه أن قيمة الأقساط التي يؤديها المستثمر ضئيلة مقارنة بمبلغ التعويض الذي تلتزم به الهيئة الضامنة، فهي لا تمثل العوض بالنسبة لهيئة الضمان مقابل التزامها، إنما يتمثل العوض هنا في تنفيذ الاستثمار الذي يغطيه العقد، وبما أن هذا العوض لا يمثل التزاما على عاتق المستثمر في مواجهة الهيئة، فهذه الأخيرة لا تستطيع مطالبته بتنفيذ استثماره في الدولة المضيفة، وهذا ما يجعله عقدا ملزما لجانب واحد فقط[40].

إلا أن هذا الاتجاه غير صحيح، لأن التزام المستثمر المضمون بأداء الأقساط يعتبر التزاما أساسيا في العقد، حتى ولو كانت قيمته ضئيلة مقارنة بمبلغ التعويض الذي تلتزم به الهيئة الضامنة، وعدم الوفاء به يمكن هيئة الضمان من فسخ العقد.

---

[38]- **دريد محمود السامرائي**، الاستثمار الأجنبي...، المرجع السابق، ص 298.

[39]- هذا ما أشارت إليه المادة 58 من عقد ضمان الاستثمار المباشر، نقلا عن: **دريد محمود السامرائي**، المرجع نفسه، ص 298.

[40]- **أحمد السعيد شرف الدين**، عقود التأمين وعقود ضمان الاستثمار(واقعها الحالي وحكمها الشرعي)، مطبعة حسان، القاهرة، 1986، ص 70.

إلى جانب التزام المستثمر بأداء أقساط الضمان في آجالها المحددة في عقد ضمان الاستثمار الدولي، يرتب هذا العقد التزامات أخرى على عاتق المستثمر المضمون، كالتزامه بأن يقدم إلى هيئة الضمان كافة المعلومات التي تتعلق بالاستثمار المضمون، وإخطارها بكل تغيير جوهري يطرأ على المشروع الاستثماري، وبكل ما يعقده من اتفاقات خاصة بالاستثمار، والتزامه بتقديم تقرير سنوي عن نشاط المشروع، وإخطار الهيئة الضامنة عند تحقق الخطر محل العقد، وتقديم طلبه للحصول على التعويض وكافة المستندات والوثائق التي تضمن حقه في التعويض، وفي المقابل تلتزم هيئة الضمان بدفع التعويض المستحق له عند تحقق الخطر محل العقد.

ثالثا: عقد ضمان الاستثمار عقد معاوضة

يعتبر عقد ضمان الاستثمار الدولي من عقود المعاوضة [41]، التي يأخذ فيها كل من المتعاقدين مقابلا لما أعطى، فهيئة الضمان تأخذ مقابلا يتمثل في الأقساط التي يدفعها المستثمر، ويكون لهذا الأخير الحق في الحصول على مبلغ التعويض إذا تحقق الخطر المضمون. وإذا كان المقابل الذي يأخذه المستثمر في نظير دفع الأقساط عند تحقق الخطر مبدئيا هو مبلغ التعويض، فإن عدم تحقق الخطر المضمون لا يغير من طبيعة هذا العقد، لأن المقابل الحقيقي الذي يأخذه المستثمر عن أداء الأقساط في الواقع ليس مبلغ التعويض بالذات، إنما هو تحمل هيئة الضمان تبعة الخطر محل العقد، سواء تحقق الخطر أو لم يتحقق.

رابعا: عقد ضمان الاستثمار عقد احتمالي محدد المدة

1- عقد احتمالي

يعتبر عقد ضمان الاستثمار الدولي من العقود الاحتمالية بالنسبة للطرفين، ويظهر جانب الاحتمال بالنسبة للمستثمر المضمون في أنه قد يستحق التعويض كله بعد دفع قسط واحد أو أكثر، وقد لا يستحقه أصلا نتيجة عدم تحقق الخطر محل العقد، على الرغم من أداء المستثمر لجميع الأقساط، أما بالنسبة لهيئة الضمان الدولية فيظهر جانب الاحتمال في أنها تتعهد بالتزام احتمالي دون معرفة بدرجة الاحتمال في تحققه، ومقدار الخسائر المتوقعة في هذا الشأن، مما قد يعرضها لدفع تعويضات كبيرة أو يعفيها من الدفع الفعلي لآي تعويض[42].

---

[41] – **هشام خالد** ، خصائص وطبيعة عقد ضمان الاستثمار العربي، المرجع السابق، ص 153.

[42] – **هشام خالد**، عقدا ضمان الاستثمار العربي والإسلامي، المرجع السابق، ص 214.

2- عقد زمني

يعتبر الزمن عنصرا جوهرا في عقد ضمان الاستثمار الدولي، بحيث تكون التزامات طرفيه عبارة عن أداءات مستمرة مع الزمن، فتنفيذ العقد يقتضي تعاقب فترة زمنية معينة، وهي المدة التي ينصب العقد على تغطيتها، حيث تظل الهيئة ملزمة بتغطية الخطر ابتداءً من تاريخ نفاذ العقد حتى تاريخ انتهائه، ويظل المستثمر ملزما بأداء الأقساط طيلة مدة الضمان. وتتراوح هذه المدة عادة ما بين 10 سنوات قابلة للتمديد إلى 15 سنة بالنسبة لعقود ضمان الاستثمار المبرمة مع المؤسسة العربية لضمان الاستثمار. ويمكـن أن تصـل إلى 20 سنة بالنسبة لعقـود الضمان المبرمة مع الوكالة الدولية لضمان الاستثمار[43].

خامسا: عقد ضمان الاستثمار الدولي من عقود حسن النية

يقصد بحسن النية في هذا المجال التزام المستثمر المتعاقد بالتعاون مع هيئة الضمان الدولية، وعدم القيام بأي تصرف من شأنه الإضرار بمصلحة هذه الهيئة، فيجب عليه أن يكشف عن أسرار استثماره، وأن يدلي بشكل صحيح بكل البيانات التي تطلبها منه الهيئة، والامتناع عن تزويدها بمعلومات خاطئة تكون السبب في قبولها الدخول كطرف في عقد الضمان معه، والتي من شأنها أن تؤدي إلى زيادة التزاماتها وإضعاف حقوقها في مواجهة الدولة المضيفة عند تحقق الخطر المضمون، ما يترتب عنه التزامه بتعويض الهيئة عن الأضرار التي تصيبها نتيجة تقديم معلومات غير صحيحة أو الامتناع عن تقديم البيانات المطلوبة منه[44].

هذا، ويجب أن يكون المستثمر المتعاقد حسن النية عبر جميع مراحل العقد، ويتعين عليه الكشف عن كل الاتفاقات والترتيبات التي يكون طرفا فيها، والحصول على موافقة هيئة الضمان قبل الاتفاق مع الدولة المضيفة بشأن الترتيبات والتعويضات المستحقة له، أو التنازل عن أي حق من حقوقه المترتبة عن المشروع المستفيد من الضمان دون موافقة الهيئة الضامنة.

---

[43]- أنظر في ذلك:

ZOUAIMIA Rachid, «Les mécanismes de garantie des investissements étrangers»,op.cit, p16.

[44]- هذا ما أشارت إليه عقود الضمان المبرمة مع المؤسسة العربية لضمان الاستثمار، ومنها المادة 62 من عقد ضمان الاستثمار المباشر والمادة 1/48 من عقد ضمان القروض، على أن المستثمر ملزم بالتعويض للمؤسسة عن الأضرار التي تلحق بها جراء تزويدها بمعلومات خاطئة تكون السبب في قبولها التعاقد معه. أنظر في ذلك: **هشام خالد**، عقد ضمان الاستثمار، القانون الواجب التطبيق عليه وتسوية المنازعات التي قد تثور بشأنه، المرجع السابق، ص 294.

سادسا: عقد ضمان الاستثمار عقد دولي

أثارت مسألة تدويل العقود اختلافا فقهياً حاداً حول الإعتراف بالصفة الدولية للعقد[45]، فقد تعددت التعريفات التي ظهرت في هذا الشأن، وانتهت إلى ظهور معيارين لتحديد الصفة الدولية للعقد، وهما المعيار القانوني والمعيار الاقتصادي.

طبقا للمعيار القانوني، فإن العقد يكتسي الصفة الدولية متى اشتمل على عنصر أجنبي أو أكثر، فالعقد المبرم بين طرف وطني وطرف أجنبي أو بين أجانب من جنسية واحدة أو من جنسيات مختلفة يعتبر عقدا دوليا لتوافر الصفة الأجنبية في أحد عناصر العقد، وهو أطرافه[46].

لكن تطبيق هذا المعيار وحده لم يكن كافيا لإضفاء الصفة الدولية، فلا يكفي أن يتضمن العقد عنصرا أجنبيا للقول بتمتعه بالصفة الدولية، إنما يتعين أن ينطوي العقد على عنصر آخر وهو تجاوز العلاقة العقدية للاقتصاد الوطني بدخول وخروج رأس المال عبر الدول[47].

---

[45] – عَرفت فكرة تدويل العقد الاقتصادي ولفترة طويلة اختلافاً فقهياً حاداً وصعوبة في وضع تعريف موحد يطبق على سائر العقود الدولية، واختلفت الآراء في بداية الأمر بين مؤيدين ومعارضين لفكرة خضوع العقود الاقتصادية للقانون الدولي:

– اتجاه يرفض فكرة تدويل العقود الاقتصادية: يستند في ذلك إلى أن كل عقد لم يوجد بين الدول بوصفها شخص من أشخاص القانون الدولي تعتبر عقوداً عادية تخضع للقانون الداخلي، فالدولة وحدها فقط من يتمتع بالشخصية الدولية.

– اتجاه يرى بضرورة تدويل العقود الاقتصادية: حسب هذا الاتجاه فإن كل عقد تبرمه الدولة مع الأشخاص الأجنبية يعتبر عقداً دولياً كما عبر عنه الفقهاء "سيليس" و"كافر" و "فردورس".

– اتجاه وسط: حسب الفقيه "بازارشي" فإن العقود الاقتصادية المبرمة بين الدولة والشخص الأجنبي ليست عقوداً دولية ولا هي داخلية، إنما هي عقود من نوع خاص، فهي عبارة عن اتفاق شبه قانون دولي.

غير أن التطور الحاصل في العلاقات الاقتصادية الدولية، وانهيار المعسكر الاشتراكي أدى إلى رفض هذه الاتجاهات وتغير المواقف نحو الإعتراف بدولية تلك العقود. أنظر في هذا الموضوع: **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، 1998، ص ص. 32 –42.

[46]– **معاشو عمار**، المرجع نفسه، ص ص. 44–45.

[47]– أي لابد من توافر المعيار الاقتصادي الذي يتحدد في ثلاث عوامل وهي:

أ– تحرك الأموال أو دخول وخروج الأموال؛

ب– تجاوز العقد للإطار الداخلي وللاقتصاد الوطني للدولة؛

ج– أن يتضمن العقد على عملية اشتراك المصالح الدولية

نقلا عن: **عليوش قربوع كمال**، التحكيم التجاري الدولي في الجزائر، الطبعة03، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر،2005، ص33.

يتفق غالبية الفقه أن المعيار القانوني وحده لا يكفي للقول بدولية العقد، وإنما لابد من توافر المعيار الاقتصادي إلى جانب المعيار القانوني لذلك، أي ضرورة الجمع بين المعيارين، فلا يكفي أن يتضمن العقد عنصرا أجنبيا للقول بتمتعه بالصفة الدولية، وإنما يتعين إلى جانب ذلك أن ينطوي هذا العقد على عنصر آخر وهو دخول وخروج رأس المال عبر الدول[48].

فالعقد الدولي هو العقد الذي تطرأ الصفة الأجنبية على أحد عناصره، سواء تعلق ذلك بأطرافه أو موضوعه أو هدفه. وهذا ما ينطبق على عقد ضمان الاستثمار الذي تبرمه هيئة الضمان الدولية مع المستثمر الأجنبي والذي يتوافر على صفة الأجنبي في عناصره الثلاثة:

(أ)- أطراف العقد: يبرم هذا العقد بين أشخاص لا تجمعهم جنسية واحدة، فيكون طالب الضمان شخصاً أجنبياً عن الدولة المضيفة، أما هيئة الضمان الدولية فلا تتمتع بجنسية أية دولة عضوة، فهي شخص اعتباري مستقل عن الدول الأعضاء المكونة لها، تتمتع بالشخصية القانونية الدولية الكاملة في ظل أحكام القانون الدولي والقوانين الوطنية للدول الأعضاء[49].

(ب)- موضوع العقد: ينصب الضمان في هذا العقد على تغطية الاستثمار الأجنبي لا الوطني، أي الاستثمارات التي ينجزها مستثمرون تابعون بجنسيتهم لإحدى الدول الأعضاء في دولة مضيفة عضوة، أي توافر الصفة الأجنبية لعنصر آخر من عناصر العقد وهو موضوعه.

(ج)- الهدف من العقد: تم إيجاد هذا النوع من العقود بهدف توفير فرص الاستثمار المأمونة للدول المصدرة لرأس المال، وفي الوقت نفسه توفير رؤوس الأموال اللازمة لتحقيق التنمية في

---

[48]- **معاشو عمار**، الضمانات في العقود...، المرجع السابق ، ص ص. 56-57.

[49]- هذا ما أقرته صراحة الاتفاقيات الدولية لضمان الاستثمار. فتنص الفقرة(ب) من المادة الأولى من اتفاقية سيول على أنه :
" **تتمتع الوكالة بالشخصية القانونية الكاملة، وعلى وجه الخصوص بأهلية: التعاقد؛ تملك الأموال الثابتة والمنقولة والتصرف فيها؛ اتخاذ الاجراءات القضائية**".
كما تنص المادة 03 من اتفاقية المؤسسة العربية لضمان الاستثمار على أنه:
"**تكون للمؤسسة الشخصية القانونية، وتتمتع بالاستقلال الإداري والمالي ويكون لها في كل قطر من الأقطار المتعاقدة كافو الحقوق والصلاحيات اللازمة للقيامك بأعمالها**".
في ذات الاتجاه وردت المادة 03 من اتفاقية المؤسسة الإسلامية لتأمين الاستثمارات التي تنص على مايلي:
"**دون المساس بأحكام المادة الأولى من هذه الاتفاقية، تكون المؤسسة مؤسسة دولية تتمتع بالشخصية المعنوية الكاملة، وبخاصة بالأهلية القانونية بالنسبة لما يأتي: التعاقد؛ تملك الأموال الثابتة والمنقولة والتصرف فيها؛ اتخاذ الاجراءات القانونية والتقاضي**".

الدول المستوردة لها بتشجيع المستثمرين الأجانب على الاستثمار في أقاليم هذه الدول وهم مطمئنين لسلامة أموالهم. أي أنها عقود تتعلق بمصالح التجارة الدولية تساهم في انتقال البضائع والأموال عبر الدول[50]، ولا تهدف إلى تحقيق مصلحة دولة معينة بالذات.

من هنا تتأكد لنا الصفة الدولية لعقد ضمان الاستثمار الذي تبرمه هيئات الضمان الدولية، استنادا إلى ثلاثة عناصر جوهرية للعقد وهي أطرافه وموضوعه ووظيفته. وهذا الطابع الدولي للعقد يعد عنصرا كافيا لعدم إخضاعه للقانون الوطني لأية دولة متعاقدة، فيكون العقد مستقلا عن قانون الدولة المضيفة للاستثمار المراد ضمانه، وعن قانون الدولة المصدرة لهذا الاستثمار، وعن أية دولة أخرى مرتبطة بنظام الضمان الدولي، وإخضاعه لوسيلة إجرائية تتناسب مع الصفة الدولية لهذا العقد[51].

المطلب الثاني

عناصر عقد ضمان الاستثمار الدولي

يرتبط عقد ضمان الاستثمار الدولي بموضوع المخاطر غير التجارية التي تصاحب المشروع الاستثماري وتهدد استقراره، كخطر التأميم ونزع الملكية، ومخاطر الحرب وتحويل العملة، وغيرها من الإجراءات التي يمكن أن تستهدف أموال وحقوق المستثمرين الأجانب في الدولة المضيفة، والتي يسعى المستثمر إلى تحصين نفسه من آثارها من خلال إبرامه لعقد ضمان الاستثمار مع هيئة ضمان دولية متخصصة تتعهد بموجبه الهيئة بأن تدفع للمستثمر المضمون التبعات المالية الناجمة عن تحقق خطر غير تجاري مضمون.

من هنا يعتبر الخطر عنصرا جوهريا في هذا العقد(الفرع الأول)، إلى جانب عنصري القسط ومبلغ الضمان(الفرع الثاني).

---

[50] – **عبد الله عبد الكريم عبد الله**، ضمانات الاستثمارات الأجنبية ضد المخاطر غير التجارية(دراسة في أحكام اتفاقية إنشاء الوكالة الدولية لضمان الاستثمار)، دراسة مقدمة إلى مؤتمر الجديد في مجال التأمين(الضمان) في لبنان والعالم العربي، بيروت 24، 26 نيسان 2006، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2007، ص 347.

[51] – نشير في هذا الصدد، إلى أن الدول الأعضاء في الاتفاقيات الدولية لضمان الاستثمار إتفقت على إخراج عقود ضمان الاستثمار التي تبرمها هيئات الضمان الدولية من ولاية القضاء الوطني، وتم إخضاعها إلى التحكيم الدولي وفقا لما يشار إليه في العقد حسب ما يسري العمل به في هيئة الضمان المتعاقد معها. وهذه النقطة سنتطرق لها لاحقا بالتفصيل في الباب الثاني من هذا البحث.

الفـرع الأول
الخـطـــــر

يمكن أن يتعرض المستثمر خلال استثماره في الدولة المضيفة إلى نوعين من الأخطار: النوع الأول يتمثل في المخاطر التجارية، والنوع الثاني يتمثل في المخاطر غير التجارية. والخطر المراد به في عقد ضمان الاستثمار الدولي هو الضرر المترتب عن قيام المخاطر غير التجارية(أولا)، والتي ذكرت الاتفاقيات الدولية لضمان الاستثمار أنواعها وأوردت أمثلة عنها على سبيل المثال لا الحصر(ثانيا).

أولا: مفهوم الخطر غير التجاري

يمكن تحديد مفهوم الخطر غير التجاري من خلال التعرض لأهم التعريفات المقدمة في هذا الخصوص، وتمييزه عن الخطر التجاري، وتبيان مصادر المخاطر غير التجارية.

1-تعريف الخطر غير التجاري

شهد موضوع الخطر غير التجاري أو ما يعرف بالمخاطر السياسية اجتهادا واسعا لصياغة تعريفات عدة له، إلا أنها لم تتفق على تعريف موحد للمخاطر السياسية التي تصادفها الاستثمارات الأجنبية، لتداخل العوامل المكونة لهذه المخاطر وتغيرها من مرحلة لأخرى.

يعرف الفقيه "وستون سورج" المخاطر السياسية على أنها:"تلك المخاطر التي تحدث نتيجة لتدخل حكومات الدول المضيفة في نشاطات الأعمال، وتنشأ من تصرفات الحكومات الوطنية التي تمنع صفقة أعمال أو تغير في بنود الاتفاقيات أومصادرة ممتلكات الأجانب". أما الفقيهان "روبوك" و"سيموندز" فيعرفونها على أنها:" احتمالية حدوث تغيرات جذرية في مناخ الأعمال بالدولة، نتيجة القوى السياسية التي تؤثر على الربحية وأهداف أخرى لمنشأة تجارية معينة"[52].

توصف المخاطر غير التجارية أيضاً على أنها مجموع "القيود والأعمال الحكومية التي تؤثر على مجرى ربحية الاستثمارات الأجنبية وتوقعاتها"[53].

---

[52] – نقلا عن: **عبد الرحمن بن يوسف العالي**، "إدارة المخاطر السياسية: وظيفة جديدة في الشركات متعددة الجنسيات"، مجلة جامعة الملك سعود، العلوم الإدارية(1)، المجلد الرابع، المملكة العربية السعودية، 1992، ص ص 66-67.

[53] – نقلا عن: **سعيد عبد العليم علي عماره**، "تأمين الأخطار السياسية والتجارة الدولية ومناخ الاستثمار في العالم العربي"، مجلة التأمين العربي، العدد 39، السنة الحادية عشر، المملكة العربية السعودية، أكتوبر – نوفمبر 1993، ص 30.

هذا، وقد وردت عبارة الخطر السياسي في القانون الجزائري في المادة 06 من الأمر رقم 96-06 المتعلق بتأمين القرض عند التصدير، التي تنص على ما يلي:

"**يتحقق الخطر السياسي عندما لا يفي المشتري بدينه، ولم يكن عدم الوفاء بالدين راجعا لعدم تنفيذ بند عقد التأمين شروطه، وكان ناجما عن أحد الأسباب الآتية:**

- **حرب أهلية أو أجنبية أو ثورة أو أعمال شغب وغيرها من الوقائع المماثلة؛**
- **قرار تأجيل دفع الديون بأمر من سلطات بلد إقامة المشتري**".[54]

من هنا يستلزم المشرع الجزائري في الخطر السياسي صدور التصرف عن الدولة أو إحدى هيئاتها العامة نتيجة قرار تتخذه، أو نتيجة حرب أو ثورة أو أعمال شغب وغيرها من الوقائع المماثلة، فيدخل في مفهوم الخطر السياسي أعمال السيادة من خلال إدراجه للقرارات التي تتخذها الدولة وتمس بحقوق صاحب المال[55].

أما الاتفاقيات الدولية لضمان الاستثمار، فهي لم تعرف المخاطر غير التجارية، إلا أنها ذكرت أنواع المخاطر غير التجارية القابلة للضمان، وأوردت أمثلة عنها كنزع الملكية والتأميم والإجراءات المماثلة لها، مخاطر التحويل، مخاطر الإخلال بالعقد، مخاطر الحرب والاضطرابات الداخلية، وكافة الإجراءات التي يمكن أن تتخذها السلطات العامة في الدول المضيفة بطريقة مباشرة أو غير مباشرة، والتي من شأنها أن تؤدي إلى حرمان المستثمر من حقوقه وسلطاته الجوهرية على الاستثمار ومنافعه كما سنبينها لاحقا في أنواع المخاطر غير التجارية.

عموما، فالمخاطر غير التجارية تشمل مختلف الإجراءات الحكومية التي يمكن أن تؤثر سلبا على الاستثمارات الأجنبية في الدولة المضيفة أيا كان مصدرها.

2- مصادر المخاطر غير التجارية

تنجم المخاطر السياسية في أغلب الأحيان عن مصادر من داخل الدولة المضيفة، نتيجة للفلسفات السياسية والدينية والعرقية المتناقضة، وتعارض المصالح الخاصة لمجموعة من الشركات داخل الدولة، والتي تؤدي بالحكومة لوضع قوانين ضارة بمصالح هذه الشركات.

---

[54] - أمر رقم 96-06 مؤرخ في 10 يناير سنة 1996، يتعلق بتأمين القرض عند التصدير، ج.ر.ج.ج، العدد 03، الصادرة في 1996/01/14.

[55] - **أسيا حنافي**، الضمانات الممنوحة للاستثمارات الأجنبية في الجزائر: دراسة قانونية، مذكرة لنيل درجة الماجستير في الحقوق، فرع قانون الأعمال، جامعة الجزائر"يوسف بن خدة" كلية الحقوق، 2008، ص 35.

فمثلا حادثة تفجير مركز التجارة الدولي في نيويورك في 11 سبتمبر سنة 2001 الذي أعطى الحكومة الأمريكية ذريعة لسن قوانين وتشريعات لحجز كافة الممتلكات التابعة للشركات والجمعيات والأفراد الذين يفترض أن لهم علاقات بالمنظمات الإرهابية[56]، كالموقف الذي اتخذته ضد إيران، حين أصدرت محاكم الولايات المتحدة الأمريكية أحكاما ضده إيران بدفع تعويضات تزيد عن 56 بليون دولار أمريكي بسبب مشاركتها المزعومة في أعمال إرهابية مختلفة نفذت أساسا خارج الولايات المتحدة الأمركية[57].

نشير كذلك إلى حادثة إسقاط الطائرة الحربية الروسية من جانب سلاح الجو التركي على الحدود السورية التركية في 24 نوفمبر 2015، الذي أثار حالة من التدهور السريع للعلاقات بين أنقرة وموسكو قامت على إثرها السلطات الروسية في يناير 2016 بفرض قيود على استيراد المواد الغذائية من تركيا وتجميد المشروع التركي لنقل الغاز من روسيا إلى جنوب أوروبا، علما بأن صعوبات كانت قد ظهرت في المفاوضات المتعلقة بهذا المشروع قبل حادث الطائرة[58].

يمكن أن تكون مصادر المخاطر السياسية خارج الدولة المضيفة، فهناك دول قد ترغب في تصدير إيديولوجياتها وفلسفاتها الخاصة إلى دولة ما، كأن تعمل حكومات أجنبية أو مجموعات ناشطة عالميا مثل المجموعات الإرهابية على شن حملات أو مواجهات مسلحة ضد دولة مضيفة للاستثمارات الأجنبية، فتتخذ من أرض تلك الدولة مسرحا لأحداثها، دون أن تكون لهذه الجماعات خصومات مع حكومــة هذه الدولة، ما قد يسبب مخاطـر سياسية للاستثمارات

---

[56]– **عبد اللطيف عبد اللطيف**، "إدارة خطر البلد ومضمونه في الإدارة الدولية: مثال دول الخليج"، مجلة العلوم الانسانية، العدد 09، الجزائر، 2006، ص 19.

[57]– هذا ما جاء في عريضة الدعوى التي رفعتها جمهورية إيران ضد الولايات المتحدة الأمريكية أمام محكمة العدل الدولية في 14 يونيو سنة 2016 حول النزاع القائم بشأن اتخاذ الولايات المتحدة الامريكية مجموعة من التدابير التي تؤدي إلى انتهاك لمعاهدة الصادقة والعلاقات الاقتصادية والحقوق القنصلية المبرمة بين الطرفين في 15 أغسطس سنة 1955، إذ تم حجز أصول المؤسسات المالية الايرانية والشركات الايرانية الأخرى من طرف الولايات المتحدة الامريكية، ووضع قيود على مدفوعات هذه الشركات وتحويلاتها المالية، ومن ثم مصادرة ممتلكاتها، ما أدى إلى آثار سلبية على قدرة إيران والشركات الايرانية على ممارسة حقوقها في التحكم في ممتلكاتها الموجودة في الولايات المتحدة الأمركية. تقرير محكمة العدل الدولية، 01 أغسطس سنة 2016–31 يوليو سنة2017، الجمعية العامة، الدورة الثانية والسبعون، الملحق 04، الأمم المتحدة، نيويورك، 2017، ص 49.

[58]– **ميشال نوفل**، "النزاع التركي–الروسي: سورية التناقض الرئيسي"، مجلة الدراسات الفلسطينية، مجلد27، العدد 106، بيروت ،2016، ص55.

الدولية، ويدفعها إلى سحب استثماراتها من هذه الدولة[59].

فمثلا المواقف التركية والروسية المتعارضة بشأن تسوية الأزمة السورية، حيث قيام روسيا منذ 30 سبتمبر سنة 2015 بتعزيز وجودها العسكري في سوريا بهدف الإطاحة بنظام الأسد، أمام سياسة تركيا المعارض الأقوى لاستمرار الرئيس بشار الأسد في الحكم وذلك لأغراض جيوسياسية معتبرة، وأهمها السيطرة على المنطقة، مما أدى إلى عدم الاستقرار والتوتر في المنطقة، وهروب رؤوس الأموال خوفا من المخاطر المحتملة[60].

إن تعدد مصادر المخاطر السياسية يجعل من الصعب إيجاد تعريف موحد لما يمكن تسميته بالمخاطر غير التجارية لتداخل العوامل المكونة لهذه المخاطر. وعدم وجود اتفاق موحد بشأن تعريف هذه المخاطر يؤثر على تقييمها من حيث دراستها وتحديد محتوياتها وآثارها، ومن حيث مواكبة تغييرها وتطور مفهومها من مرحلة لأخرى.

3- تمييز الخطر غير التجاري عن المخاطر الاقتصادية

يقصد بالمخاطر الاقتصادية تلك الظواهر المصاحبة لعملية الاستثمار، والتي تعتمد على أوضاع السوق ومدى قدرة المستثمر في اتخاذ القرارات الخاصة باستثماره، وتحمل المسؤولية الناتجة عن تلك القرارات باعتباره رجل أعمال، فهي مخاطر ذات صبغة اقتصادية مألوفة لدى المستثمر، كمخاطر السوق ومخاطر التضخم والمضاربة المصاحبة لمهنة التجارة، والتي يتوقعها المستثمر مسبقا عند استثماره[61].

فالمخاطر الاقتصادية أو ما يعرف بالمخاطر التجارية تخضع في غالب الأحيان لعوامل يمكن للمستثمر التحكم فيها تبعا لقدرته وكفاءته في إدارة استثماراته، وتقع على عاتقه مسؤولية تجنبها أو تحمل آثارها بصفته رجل أعمال كما هو عليه الحال في خطر الإفلاس، أما المخاطر غير التجارية فليس للمستثمر أي تدخل فيها وتخضع لعوامل لا يمكن له توقعها[62].

---

59 – **أمحمدي بوزينة آمنة**، "إشكالية الخلط بين الإرهاب الدولي والمقاومة المسلحة (حالة المقاومة الفلسطينية)"، مجلة جامعة الإسراء للعلوم الإنسانية، العدد الأول، فلسطين، 2016، ص 11.

60 – **ميشال نوفل**، "النزاع التركي...، المرجع السابقن ص 53.

61 – **منصور فرج السعيد**، "النظام القانوني للاستثمار الأجنبي في ظل قانون الاستثمار الجديد: دراسة قانونية اقتصادية مقارنة"، مجلة الحقوق، العدد 03، السنة السابعة والعشرون، الكويت، 2003، ص 305.

62 - **TERKI Nour- Eddine** , « La protection conventionnelle de l'investissement étranger en Algérie », RASJEP, Volume 39 ,N°2, Alger, 2001, p 20.

لكن في بعض الأحيان يصعب التمييز بين الخطر السياسي والخطر التجاري، فالمخاطر التي يقال عنها أنها سياسية قد تنتهي بأضرار تجارية من حيث تأثيرها على الأرباح التي كان يتوقعها المستثمر. بل إن بعض الإجراءات ذات الصبغة التجارية ترجع في أصلها سواء من حيث هدفها أو مصدرها إلى أسباب سياسية، تتبلور في صورة إجراء يصدر من جانب الدولة، وقد تجتمع مع المخاطر غير التجارية فتؤدي معا إلى ذات النتائج، كإصدار التنظيمات الخاصة بإجراء تعديلات في المجال الضريبي والجمركي، بالزيادة في الضرائب وتخفيض الحد الأقصى للأرباح، فهذه الإجراءات رغم طابعها الاقتصادي فهي تؤدي إلى نتائج مماثلة لنزع الملكية وتؤثر على مصالح الشركة المستثمرة وقد تنتهي إلى سلب ملكيتها.

ثانيا: أنواع المخاطر غير التجارية

تتعدد المخاطر غير التجارية التي يمكن أن تصادف المشروع الاستثماري في الدولة المضيفة له كمخاطر التأميم ونزع الملكية والإجراءات المماثلة لها، وقيود التحويل، وخطر الإخلال بالعقد، ومخاطر الحرب والاضطرابات المدنية.

1- مخاطر نزع الملكية والإجراءات المماثلة

أ- نزع الملكية للمنفعة العامة

يعرف نزع الملكية للمنفعة العامة أنه: "امتياز ممنوح للإدارة، تستطيع بموجبه حرمان مالك العقار من ملكيته جبرا من أجل المنفعة العامة، في مقابل تعويضه عن ذلك"[63].

يشكل اجراء نزع الملكية خروجا عن الأصل العام وهو حماية الملكية الفردية التي يقررها الدستور وتحرص التشريعات الداخلية على حمايتها، فهو إجراء استثنائ تتخذه السلطة العمومية في حدود اختصاصها الاقليمي قصد تحقيق المنفعة العمومية، أي لغرض تحقيق أهداف النفع العام وليس بغرض المضاربة أو لمنع إنجاز مشروع معين[64]، وذلك مقابل تعويض لأصحابها كما هو مكرس في المادة 22 من التعديل الدستوري الجزائري لسنة 2016[65].

---

[63]- **بسيوني عبد الله عبد الغني** ، القانون الإداري، الدار الجامعية للطباعة والنشر، بيروت، 1993، ص 278.

[64]- **رحماني أحمد**،"نزع الملكية من أجل المنفعة العمومية"، مجلة إدارة، المجلد 04، العدد 02، الجزائر، 1994، ص 08.

[65]- تنص المادة 22 من القانون رقم 16-01 المؤرخ في 06 مارس سنة 2016 المتضمن التعديل الدستوري الجزائري على أنه: " **لا يتمّ نزع الملكيّة إلاّ في إطار القانون. ويترتب عليه تعويض عادل ومنصف**".

تتفق الاتفاقيات الدولية لضمان الاستثمار على أن نزع الملكية للمنفعة يعد من الاجراءات الحكومية التي تستوجب الضمان والتعويض عن الخسائر المترتبة عنها، هذا ما أشارت إليه صراحة المادة 1/18/أ من اتفاقية المؤسسة العربية لضمان الاستثمار التي تنص على أنه: "**يغطي التأمين الذي توفره المؤسسة كل أو بعض الخسائر المترتبة على تحقق احد أو أكثر من المخاطر غير التجارية التالية:(أ)-اتخاذ السلطات العامة بالقطر المضيف بالذات أو بالواسطة إجراءات تحرم المؤمن له من حقوقه الجوهرية على استثماره وعلى الأخص المصادرة والتأميم وفرض الحراسة ونزع الملكية...**".

من هنا، يجوز للمؤسسة العربية تغطية الخسائر المترتبة عن نزع الملكية، كونه من الإجراءات الإدارية التي تحرم المستثمر من ملكية استثماره. وهو ما أكدته كذلك اتفاقية المؤسسة الاسلامية لتأمين الاستثمارات، فحسب المادة 2/19/ب فإنه:

"**يجوز للمؤسسة أن تغطي الاستثمارات الصالحة للتأمين ضد الخسارة المترتبة على تحقق واحد أو أكثر من المخاطر غير التجارية الواردة أدناه:... (ب)- نزع الملكيّة والإجراءات المماثلة**".

كما تجيز اتفاقية سيول تغطية الوكالة الدولية لضمان الاستثمار للخسائر المترتبة عن الإجراءات الإدارية التي يمكن أن تتخذها حكومات الدول المضيفة ممّا يترتب عليها حرمان المستفيد من الضمان من ملكيته أو من السيطرة على استثماره أو من منافع جوهرية لاستثماره، في ذلك الضمان ضد خطر نزع الملكية والتعويض عن أثاره[66].

ب- التأميـم

يعرَف معهد القانون الدولي التأميم أنه: "عملية مرتبطة بالسياسة العليا للدولة، تقوم به الدول من أجل تغيير بنائها الاقتصادي كليا أو جزئيا، حيث تكف يد القطاع الخاص عن بعض المشروعات الصناعية أو الزراعية ذات الأهمية، لضمها إلى القطاع العمومي خدمة للمصلحة العليا للأمة" [67].

---

[66] – هذا ما يفهم من نص المادة 11/أ/2 من اتفاقية سيول التي تنص على مايلي:

"**يجوز للوكالة ضمان الاستثمارات الصالحة للضمان ضد الخسائر المترتبة على واحد أو أكثر من أنواع المخاطر الآتية:...اتخاذ الحكومة المضيفة لإجراء تشريعي أو اتخاذها أو إغفالها عن اتخاذ إجراء إداري ممّا يترتب عليه حرمان المستفيد من الضمان من ملكيته أو من السيطرة على استثماره أو من منافع جوهرية لاستثماره**".

[67] – نقلا عن: **والي نادية**، النظام القانوني الجزائري للاستثمار ومدى فعاليته في استقطاب الاستثمارات الأجنبية، أطروحة لنيل شهادة دكتوراه في القانون، جامعة مولود معمري تيزي وزو، كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2015، ص 166.

فالتأميم عبارة عن تصرف قانوني يصدر من السلطة العامة، يترتب عنها نقل الملكية من القطاع الخاص إلى القطاع العام، وهو بذلك كنزع الملكية للمنفعة العامة.

إلا أن التأميم يختلف عن نزع الملكية الذي يهدف إلى تحقيق المصلحة العامة على الصعيد المحلي، أما التأميم فيتم من أجل تحقيق المصلحة العامة على المستوى الوطني فهو موجه إلى جماعة، ويرمي إلى تحقيق أهداف اقتصادية واجتماعية وسياسية عليا[68].

ثم إن نزع الملكية إجراء يتم بموجب قرار إداري يرد على الأموال العقارية المملوكة للمستثمر، أما التأميم فهو إجراء تشريعي يرد على مجموعة من الحقوق المادية أو المعنوية التي تكون مشروعا، وبذلك فهو يختلف عن نزع الملكية الذي يخضع لرقابة القاضي الإداري، أما التأميم فيعد من أعمال السيادة، لا يقبل الطعن فيه أمام أية سلطة قضائية[69].

نظراً لخطورة التأميم تتفق الاتفاقيات الدولية لضمان الاستثمار على أنه من المخاطر غير التجارية التي يجوز لهيئات الضمان الدولية ضمانها وتغطية الخسائر المترتبة عنها، فالمادة 11/أ/2 من اتفاقية سيل تنص صراحة على أنه:

"**يجوز للوكالة ضمان الاستثمارات الصالحة للضمان ضد الخسائر المترتبة على واحد أو أكثر من أنواع المخاطر الآتية:...(2) التأميم والإجراءات المماثلة**".

كما تعتبر صراحة المادة 1/18/أ من اتفاقية المؤسسة العربية لضمان الاستثمار أن التأميم من المخاطر غير التجارية التي يجوز للمؤسسة ضمانها، فتنص على مايلي:

"**يغطي التأمين الذي توفره المؤسسة كل أو بعض الخسائر المترتبة على تحقق واحد أو أكثر من المخاطر غير التجارية التالية:(أ) إتخاذ السلطات العامة بالقطر المضيف بالذات أو بالواسطة إجراءات تحرم المؤمن له من حقوقه الجوهرية على استثماره وعلى الأخص المصادرة والتأميم...**".

يؤكد هذا النص على أنه يجوز للمستثمرين العرب طلب الضمان ضد خطر التأميم لدى المؤسسة العربية لضمان الاستثمار، كونه من الإجراءات التشريعية والإدارية التي تمس بملكية المستثمر المضمون.

---

68 – **CARREAU Dominique**, **JULLIARD Patrick**, Droit international…, op.cit, p 523.

69 – **كروغلي مقداد**،" نزع الملكية من أجل المنفعة العمومية"، المجلة القضائية، العدد الثاني، الجزائر، 1998، ص33.

ج- المصادرة

تُعرف المصادرة على أنها:"إجراء تتخذه السلطة العامة في الدولة باسم السيادة الوطنية، تستولي بمقتضاه على ملكية كل أو بعض الأموال أو الحقوق المالية المملوكة لأحد الأشخاص دون أداء أي مقابل. فهي "نزع ملكية المال جبرا دون مقابل وإضافته إلى ملك الدولة"[70].

يمكن أن تتم المصادرة إما عن طريق السلطة القضائية قصد حفظ الأمن في البلاد ومواجهة أعمال غير مشروعة، فتكون عبارة عن عقوبة تكميلية يحكم بها القاضي، فتسمى بالمصادرة القضائية. كما يمكن أن تتم المصادرة عن طريق السلطة التنفيذية دون اللجوء إلى القضاء، وهي ما يسمى بالمصادرة الإدارية[71].

إن الطابع الجزائي للمصادرة ينفي التعويض، ما يجعلها إجراء مختلف على نزع الملكية الخاصة للمنفعة العامة وعن التأميم والاستيلاء، لكنه ينبغي الحذر في تكييف الإجراء على أنه من قبيل إجراءات المصادرة بالاستناد إلى مجرد انتفاء فكرة التعويض. فقد لجأت العديد من الدول النامية في مواجهة الاحتكارات الأجنبية إلى تأميم المشروعات دون أي تعويض، ما جعل البعض يعتبر تصرفها نوع من أنواع المصادرة، إلا أنها في الواقع تعد من قبيل التأميم وليس المصادرة، لأنه يغلب عليه الطابع الإصلاحي الذي يهدف إلى التحرر الاقتصادي.

يمكن أن تتخذ المصادرة في مجال الاستثمار مفهوما واسعا يمتد ليشمل حرمان المستثمر من حقوقه الجوهرية على مشروعه، وهذا ما نجده بالنسبة للمشرع الجزائري عندما إعتبر في المادة 16 من الأمر رقم 01-03 المؤرخ في 20 أوت سنة 2001، المتعلق بتطوير الاستثمار المصادرة الإدارية للمشروع الاستثماري إجراء يستوجب التعويض[72]، في حين كان المقصود منها الإجراء الإداري الذي يهدف إلى نزع ملكية المستثمر الأجنبي والاستيلاء عليها. وهو ما استدركه المشرع في قانون الاستثمار لسنة 2016 عندما ألغى المادة 16 من الأمر رقم 01-03 المتعلق بتطوير الاستثمار، وجاء بالمادة 23 من القانون رقم 16-09

---

[70] – **منصور فرج السعيد**، "النظام القانوني..."، المرجع السابق، ص 316.

[71] – **بسيوني عبد الله عبد الغني**، القانون...، المرجع السابق، ص 269 .

[72] – تنص المادة 16 من الأمر رقم 01-03 المؤرخ في 20 أوت سنة 2001، المتعلق بتطوير الاستثمار على ما يلي:
"لا يمكن أن تكون الاستثمارات المنجزة موضوع مصادرة إدارية، إلاّ في الحالات المنصوص عليها في التشريع المعمول به. ويترتب عن المصادرة تعويض عادل ومنصف".

المؤرخ في03 أوت سنة 2016، المتعلق بترقية الاستثمار التي لم يرد فيها مصطلح المصادرة، وأشارت فقط إلى خطر الاستيلاء ونزع الملكية[73].

هذا ما تتجه إليه الاتفاقيات الدولية لضمان الاستثمار التي تؤكد على أن الضمان لابد من أن يشمل كافة الاجراءات الادارية والتشريعية التي تؤدي إلى المساس بملكية المستثمر وحرمانه من حقوقه الجوهرية على استثماره بما في ذلك المصادرة، كما أشارت اتفاقية المؤسسة العربية لضمان الاستثمار صراحة لخطر المصادرة في المادة 1/18/أ التي تنص على مايلي: "**يغطي التأمين الذي توفره المؤسسة كل أو بعض الخسائر المترتبة على تحقق واحد أو أكثر من المخاطر غير التجارية التالية:(أ)-اتخاذ السلطات العامة بالقطر المضيفة بالذات أو بالوساطة إجراءات تحرم المؤمن له من حقوقه الجوهرية على استثماراه وعلى الأخص المصادرة..** ".

فالمصادرة تعد خطر غير تجاري يجوز ضمانه لدى هيئات الضمان الدولية، كونه من الاجراءات الحكومية التي تتخذها السلطات العامة في الدولة المضيفة، يترتب عليه حرمان المستفيد من الضمان من ملكيته أو من السيطرة على استثماره أو منافع جوهرية لاستثماره[74].

أثار موضوع الضمان ضد خطر المصادرة بموجب عقد ضمان الاستثمار الدولي، مدى إمكانية امتداد الضمان لتغطية الخسائر الناجمة عن المصادرة القضائية، إذ يرى الاستاذ "هشام علي صادق" أن "المصادرة القضائية كلما اتخذت دون احترام الإجراءات القانونية تصبح خطراً غير تجارياً يمكن ضمانها"[75].

إلا أن هذا القول غير صحيح،فالضمان في هذا العقد لا يمتد للإجراءات القضائية، فهيئة الضمان الدولية لا تبحث في مدى مشروعية قرار المصادرة وفقا لأحكام القانون الداخلي للدول المضيفة، وهذه الأخيرة يمكن أن تتخذ المصادرة القضائية قصد حفظ الأمن في البلاد ومواجهة أعمال غير مشروعة تمس بسلامة الدولة، أو كعقوبة تبعية لإحدى الجرائم الجنائية المنصوص عليها في القانون. وبذلك تعد مسألة ضمانها أمرا غير ممكن، لأنها لا تشكل خطرا سياسيا.

---

[73]– وردت المادة 23 من القانون رقم 16-09 المؤرخ في03 أوت سنة 2016، المتعلق بترقية الاستثمار كالآتي:

" **زيادة على القواعد التي تحكم نزع الملكية، لا يمكن أن تكون الاستثمارات المنجزة موضوع استيلاء إلاّ في الحالات المنصوص عليها في التشريع المعمول به. يترتب على هذا الاستيلاء ونزع الملكية تعويض عادل ومنصف**".

[74] – أنظر المادة 11/أ/2 من اتفاقية سيول، والمادة 2/19/ب من اتفاقية المؤسسة الاسلامية لتأمين الاستثمارات.

[75]– **هشام علي صادق**، الحماية الدولية للمال الأجنبي، الدار الجامعية للطباعة والنشر،بيروت،(د.ت.ن)، ص ص. 22-23.

د- الاستيلاء الجبري المؤقت(التسخير)

يعرف الاستيلاء الجبري بأنه إجراء مؤقت تتخذه السلطات العامة المختصة في الظروف الاستثنائية، تتحصل بمقتضاه الدولة على حق الانتفاع ببعض الأموال الخاصة بهدف ضمان استمرارية المرافق العمومية وتحقيق المصلحة العامة دون المساس بحق الملكية التي تظل لأصحابها، مع عدم إمكانيتهم في إدارة المشروع حتى تزول الظروف التي أدت إلى اتخاذ هذه التدابير، وذلك مقابل تعويض تقوم بأدائه لمن كانت له ملكية المال محل الاستيلاء، لذلك توصف هذه الإجراءات كذلك بإجراءات "الحراسة"[76].

يعتبر الاستيلاء الجبري المؤقت أو ما يعرف بالتسخير الإداري إجراءا وقائيا، يتم بموجبه نزع ملكية المشروع من يد مالكه ووضعه في حيازة الدولة لإدارته لمصلحة من يحدده فرضها، إلا أنه لا يمكن اعتباره نزعا للملكية أو مصادرة كونه إجراءا مؤقتا ينتهي بانتهاء السبب الموجب لاتخاذه، حيث تعيد الدولة المال إلى صاحبه بعد الانتهاء من الباعث الذي صدر بمقتضاه أمر الاستيلاء مع التعويض على ذلك.

وقد نظم المشرع الجزائري إجراء الإستيلاء المؤقت في القانون المدني، فنصت المادة 679 من الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر سنة 1975، المتضمن القانون المدني على أنه: "**يجوز الحصول على الأموال والخدمات الضرورية لضمان حاجات البلاد إما باتفاق رضائي أو عن طريق الاستيلاء وفقا للحالات والشروط المنصوص عليها في القانون**"[77].

كما ينص قانون الاستثمار الجزائري لسنة 2016 على إجراء الاستيلاء على ملكية الاستثمارات، فحسب المادة 23 من القانون رقم16-09 المتعلق بترقية الاستثمار فإنه:
" **زيادة على القواعد التي تحكم نزع الملكية، لا يمكن أن تكون الاستثمارات المنجزة موضوع**

---

[76]- **حسين نوارة**،"الحماية القانونية لملكية المستثمر الأجنبي في الجزائر"، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، العدد الأول، كلية الحقوق، تيزي زوز، 2009، ص71.

[77]- نشير إلى أن هذه المادة عدلت في سنة 1988 بالقانون رقم 88-14 المؤرخ في 03 مايو 1988 كما يلي:
"**يتم الحصول على الأموال والخدمات لضمان سير المرافق العمومية باتفاق رضائي وفق الحالات والشروط المنصوص عليها في القانون. إلا أنه في الحالات الاستثنائية والاستعجالية وضمانا لاستمرارية المرفق العمومي، الحصول على الأموال والخدمات عن طريق الاستيلاء**".
قانون رقم 88-14 مؤرخ في 03 مايو سنة 1988، يعدل ويتمم الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر سنة 1975، المتضمن القانون المدني، ج.ر.ج.ج، العدد 18، الصادرة في 04 مايو 1988.

استيلاء إلا في الحالات المنصوص عليها في التشريع المعمول به. يترتب على هذا الاستيلاء ونزع الملكية تعويض عادل ومنصف"[78].

يؤكد المشرع الجزائري من خلال هذا النص على حماية الاستثمار الأجنبي ضد إجراء الاستيلاء إلى جانب إجراء نزع الملكية، وهو بذلك يؤكد على ما اتجهت إليه الاتفاقيات الدولية لضمان الاستثمار حول ضمان خطر الاستيلاء الجبري، فالمادة 1/18/أ من اتفاقية المؤسسة العربية لضمان الاستثمار تنص على ذلك صراحة فيما يلي:

"**يغطي التأمين الذي توفره المؤسسة كل أو بعض الخسائر المترتبة على تحقق واحد أو أكثر من المخاطر غير التجارية التالية: (أ) اتخاذ السلطات العامة بالقطر المضيفة بالذات أو بالوساطة إجراءات تحرم المؤمن له من حقوقه الجوهرية على استثماره وعلى الأخص المصادرة والتأميم وفرض الحراسة ونزع الملكية والاستيلاء الجبري...**"

أما اتفاقية سيول واتفاقية المؤسسة الإسلامية لتأمين الاستثمارات فلم تذكرا صراحة عبارة "إجراء الإستيلاء"، إلا أن المادة 2/أ/11 من اتفاقية سيول والمادة 2/19/ب من اتفاقية المؤسسة الإسلامية لتأمين الاستثمارات تؤكدان على إمتداد الضمان لتغطية الخسائر المترتبة عن إتخاذ حكومة الدول المضيفة لأي "إجراء إداري يترتب عليه حرمان المستفيد من الضمان من ملكيته لاستثماره أو من منافع جوهرية لذلك الاستثمار"[79]. ما يفيد أن الضمان يمتد ليشمل خطر الاستيلاء الجبري على ملكية المستثمر المضمون.

هـ- الإجراءات الحكومية المماثلة لنزع الملكية والتأميم

يقصد بالإجراءات الحكومية المماثلة قيام السلطات العامة في الدولة المضيفة للاستثمار باتخاذ أي إجراء من الإجراءات المماثلة الأخرى – سواء بشكل مباشر أو غير مباشر- والتي تؤدي إلى نتيجة مشابهة لعملية التأميم ونزع الملكية، وهي ما يعرف لدى الفقه الدولي الحديث بإجراءات نزع الملكية التدريجية" أو ما يسميه البعض " بالتأميمات الزاحفة Nationalisation Rampante أو "التأميمات المقنّعة " Nationalisation Déguisée [80].

---

[78]- قانون رقم 16-09 مؤرخ في 03 أوت سنة 2016، يتعلق بترقية الاستثمار، المرجع السابق.

[79]- راجع في ذلك: المادة 2/أ/11 من اتفاقية سيول، والمادة 2/19/ب من اتفاقية المؤسسة الإسلامية لتأمين الاستثمارات.

[80]- **SALEM Mahmoud**,«Le développement de la protection conventionnelle des investissements étrangers», JDI, Paris ,1986, p 611.

ورد النص في اتفاقيات الضمان الدولية على ضمان الإجراءات المماثلة للتأميم ونزع الملكية باعتبارها مخاطر غير تجارية يجوز لهيئات الضمان الدولية تغطية الخسائر المترتبة عنها، إذ وردت المادة11 من اتفاقية سيول حول "المخاطر الصالحة للضمان"، وتضمنت الفقرة(أ) من هذه المادة، البند (02) بعنوان: "**التأميم والاجراءات المماثلة**"، كما وردت المادة 19 من اتفاقية المؤسسة الاسلامية لتأمين الاستثمارات حول "المخاطر الصالحة للضمان"، وجاءت الفقرة 02 من هذه المادة، البند(ب) بعنوان "**نزع الملكية والاجراءات المماثلة**".

أما اتفاقية المؤسسة العربية لضمان الاستثمار، فلم تذكر صراحة مصطلح الاجراءات المماثلة، واكتفت بالنص على ضمان المؤسسة للاجراءات الحكومية التي من شأنها أن تؤدي إلى حرمان المستثمر المضمون من ملكيته أو من حقوقه الجوهرية المترتبة على استثماره[81]،

أي ضمان الإجراءات التي تتخذها الدولة المضيفة بطريقة غير مباشرة تقيد بواسطتها إدارة المستثمر لمشروعه الاستثماري وإجباره على بيعه، كفرض ضرائب متكررة أو رسوم خاصة على الشركات الأجنبية مع إعفاء الشركات الوطنية من تلك الضرائب والرسوم، والتدخل في تسيير وإدارة المشروع، وإلغاء الدولة المضيفة لرخص الاستيراد أو عقد الامتياز، ورفض الترخيص بدخول مواد أولية مهمة لتسيير المشروع، وكل المخاطر التي تنجم عن القوانين والتنظيمات الخاصة بالدولة المضيفة مثل قانون الجمارك والضرائب والتي يعتبرها الفقه إجراءات مماثلة للتأميم ونزع الملكية[82].

فالاجراءات المماثلة تشمل كافة الإجراءات الأخرى التي لا يمكن اعتبارها تأميم ونزع ملكية، فإذا كانت هذه الأخيرة تصدر بصورة واضحة لا لبس فيها، بإصدار قانون أو القيام بعمل مادي دون قرار أو قانون مسبق، فإن الاجراءات المماثلة عبارة عن إجراءات حكومية مقنّعة لا يمكن وصفها بأنها نزع للملكية أو تأميم، ولكنها تؤدي تدريجيا إلى حرمان المستثمر بطريقة غير مباشرة من سلطاته الجوهرية على استثماره أو الحيلولة دون تحقيق مكاسبه المتوقعة، والعبرة في تحديد طبيعتها تكون بالنظر إلى الأثر النهائي للإجراءات المتتابعة، ولو وجد في هذه الإجراءات ما يتصف بالصبغة التجارية، طالما أن حدوثها كان مجرد حلقة من حلقات الإجراءات السياسية.

---

[81]– راجع المادة 18/1/أ من اتفاقية المؤسسة العربية لضمان الاستثمار.

[82] - **SEROUSSI R.** , **PLANTIN J.**, L'exportation , 07 ème édition, Dalloz, Paris, 1996, p186.

2- مخاطر التحويل

يقصد بمخاطر التحويل جميع القيود التي يمكن أن تفرضها الدول المضيفة للاستثمار على عملية التحويل لرأس المال المستثمر، وعلى جميع المداخل والأرباح المحققة من الاستثمار، أو رفض السلطات العامة لهذه الدول طلب المستثمر بشأن إعادة التحويل إلى الخارج، سواء كان الرفض صريحا أو ضمنيا، أو عن طريق فرض سعر صرف تمييزي عند تحويل قيمة رأس المال المستثمر أو قيمة الفوائد الواجب تصديرها وتحويلها إلى الخارج، ما يؤدي إلى حرمان المستثمر من الاستفادة من تحويل فوائد استثماره.

نظرا للخطورة التي يمكن أن تنطوي عليها قيود التحويل من تقييد لحرية الممارسة الاستثمارية، تؤكد الاتفاقيات الدولية لضمان الاستثمار على وجوب ضمان هذا النوع من المخاطر، والتي سنخصها بالدراسة بنوع من التفصيل في الباب الثاني من هذا البحث.

3- خطر الإخلال بالعقد وتأجيل الوفاء بالدين

من المستقر عليه دوليا أن الدولة المضيفة بحكم سيادتها الاقتصادية تملك سلطة تعديل التزاماتها التعاقدية اتجاه الشركات الأجنبية[83]، ولها الحق في إنهاء أو تعديل العقد وذلك تحقيقا للمصلحة العامة، فتسعى بموجب هذا الحق إلى إعادة التوازن الاقتصادي للعقد كلما ظهـر أن هذا الأخير تغلب عليه مصلحة الشريك الأجنبي على حساب مصلحة الدولة[84]، وهذا ما يشكل خطر "الإخلال بالعقد" الذي أشارت إليه المادة 11/أ/3 من اتفاقية سيول كالآتي:

" **الإخلال بالعقد: نقض الحكومة المضيفة لعقد بينها وبين المستفيد من الضمان أو إخلالها بالتزاماتها في ظل ذلك العقد...**".

يراد بالإخلال بالعقد وفقا لهذا النص، إخلال الدولة المضيفة بالتزاماتها التعاقدية تجاه المستثمر الأجنبي، كفسخ عقد الاستثمار المبرم بينها وبين المستثمر المضمون، وإلغاء عقد الامتياز أو تعديله بإرادتها المنفردة، أو زيادة الأعباء المالية المفروضة على الطرف الأجنبي بغير وجه حق، وهو ما تؤكده كذلك المـادة 19/2/ج من اتفاقية المؤسسة الإسلاميـة لتأمين الاستثمارات التي تنص على مايلي:

---

83 - **DUPUY(Pierre Marie),** Droit international public, 8ème édition, Dalloz, Paris, 2006, p 66.

84 - **شنتوفي عبد الحميد،** المعاملة الإدارية والضريبية للاستثمارات في الجزائر، أطروحة لنيل شهادة دكتوراه في العلوم، تخصص: القانون، جامعة مولود معمري تيزي وزو، كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2017، ص 173.

"**يجوز للمؤسسة أن تغطي الاستثمارات الصالحة للتأمين ضد الخسارة المترتبة على تحقق واحد أو أكثر من المخاطر غير التجارية الواردة أدناه:(ج)الإخلال بالعقد:فسخ حكومة الدولة المضيفة أو قطر المؤمن له لعقد بينها وبين المؤمن له أو إخلالها بالتزاماتها في ظل ذلك العقد**".

من هنا يجوز للمؤسسة الاسلامية منح الضمان ضد خطر الإخلال بالعقد، بإدراج بند في عقد الضمان حول تغطية الخسائر الناجمة عن كافة التعديلات التي يمكن أن تطرأ في المستقبل ومن شأنها المساس بشروط عقد الاستثمار وأي إخلال بذلك، كتأجيل الوفاء بالدين إلى أجل غير معقول في حالة الاستثمار الذي يأخذ شكل قروض للمشروع المستفيد داخل الدولة المضيفة أو إحدى هيئاتها العامة، أو تمتنع عن الوفاء به، كما أشارت إليه المادة 1/18/أ إتفاقية المؤسسة العربية لضمان الاستثمار، والتي لم يرد النص فيها صراحة على خطر الإخلال بالعقد كخطر غير تجاري صالح لضمان المؤسسة، وأشارت فقط إلى إحدى صور الإخلال والمتمثلة في "**صورة تأجيل الوفاء بالدين إلى أجل غير معقول**"[85].

4- خطر الحرب والاضطرابات المدنية

يراد بمخاطر عدم الاستقرار الاجتماعي، كافة الأعمال والأحداث السياسية التي لا يرتبط تحققها بإرادة السلطة العامة للدول المضيفة على الأقل بطريقة مباشرة، بحيث لا تملك هذه الأخيرة أية سلطة في رقابتها أو التحكم فيها، كأعمال الحرب والاضطرابات الأهلية، والانقلاب العسكري، وأعمال الشغب والتخريب والعصيان، وأحوال الطوارئ العامة التي تفرضها الحرب، وكافة الإجراءات التي تتخذها الدولة لمواجهة تلك الأعمال والتي من شأنها أن تؤثر سلبا على ممتلكات المستثمرين الأجانب بشكل يؤدي إلى الإنقاص من قيمتها، أو انقضاء المشروع عن ممارسة نشاطه الاقتصادي[86].

---

[85]- تنص المادة 1/18/أ إتفاقية المؤسسة العربية لضمان الاستثمار على ما يلي:

" **يغطي التأمين الذي توفره المؤسسة كل أو بعض الخسائر المترتبة على تحقق واحد أو أكثر من المخاطر غير التجارية التالية: (أ) اتخاذ السلطات العامة بالقطر المضيفة بالذات أو بالوساطة إجراءات تحرم المؤمن له من حقوقه الجوهرية على استثماراه وعلى الأخص... ومنع الدائن من استيفاء حقه أو التصرف فيه وتأجيل الوفاء بالدين إلى أجل غير معقول**".

[86]- **ZOUAIMIA Rachid**, «Les mécanismes de garantie des investissements étrangers », op.cit, p14.

إن الضمانات الأمنية تؤدي دورا هاما في بعث الثقة والطمأنينة في نفوس المستثمرين الأجانب بعدم خسارة أمواله، فبدون أمن لا يسود استقرار سياسي ولا استقرار اقتصادي، فعدم الاستقرار في الأوضاع السياسية والأمنية، سيؤدي حتما إلى خسارته[87]، لذلك تؤكد الاتفاقيات الدولية لضمان الاستثمار على وجوب ضمان مخاطر الحرب والاضطربات المدنية وتغطية الخسائر المترتبة عنها، فحسب المادة 11/أ/4 من اتفاقية سيول فإنه:

"**يجوز للوكالة ضمان الاستثمارات الصالحة للضمان ضد الخسائر المترتبة على واحد أو أكثر من أنواع المخاطر الآتية:(4) الحرب والاضطربات المدنية: أي عمل عسكري أو اضطربات مدنية في إقليم الدولة المضيفة التي تنطبق عليه أحكام هذه الاتفاقية**".

كما تنص المادة 19/2/د اتفاقية المؤسسة الإسلامية لتأمين الاستثمارات صراحة على أنه:

"**يجوز للمؤسسة أن تغطي الاستثمارات الصالحة للتأمين ضد الخسارة المترتبة على تحقق واحد أو أكثر من المخاطر غير التجارية الواردة أدناه: (د) أي عمل عسكري أو إضطربات مدنية في إقليم الدولة المضيفة أو قطر المؤمن له**".

تؤكد هذه الاتفاقيات على أهمية الاستقرار في الأوضاع السياسية والأمنية للبلد المضيف للاستثمار الأجنبي، وتؤكد على حق المستثمر في ضمان وتغطية الخسائر التي تلحق باستثمار نتيجة حدوث مخاطر الحرب والاضطربات المدنية في الدولة المضيفة. لكن الضمان الممنوح لهذا النوع من المخاطر ينصب على تغطية الخسائر التي تصيب الأصول المادية للمشروع فقط، وهذا ما أشارت إليه صراحة المادة 18/1/ج من اتفاقية المؤسسة العربية لضمان الاستثمار على أنه:

" **يغطي التأمين الذي توفره المؤسسة كل أو بعض الخسائر المترتبة على تحقق واحد أو أكثر من المخاطر غير التجارية التالية: (ج) كل عمل عسكري صادر عن جهة أجنبية أو عن القطر المضيف تتعرض له أصول المؤمن له المادية تعرضا مباشرا، وكذلك الاضطربات الأهلية العامة كالثورات والانقلابات والفتن وأعمال العنف ذات الطابع العام التي يكون لها نفس الأثر**".

تجدر الإشارة إلى أن التعويض عن مخاطر الحرب والاضطربات المدنية في نظام الضمان الدولي للاستثمار يقتصر على الخسائر التي تلحقها هذه الوقائع بالأصول المادية

87- **BOUYACOUB Ahmed** , «Les investissements étrangers en Algérie 1990-1996 : Quelles perspectives », RAEG , N°2, Alger, 1998, p 44.

للمشروع الاستثماري، دون الخسائر التي تتعرض لها الأصول غير المادية كالمستندات والأوراق التجارية والمالية أو النقود.

إلى جانب المخاطر غير التجارية المذكورة والمشار إليها صراحة في أحكام الاتفاقيات الدولية لضمان الاستثمار، يجوز لهيئة الضمان الدولية إضفاء صلاحية الضمان على أية مخاطر سياسية أخرى يمكن أن تتعرض لها الاستثمارات الأجنبية في الدول المضيفة، بشرط أن لا تكون من المخاطر المستبعدة من الضمان بصريح أحكام هذه الاتفاقيات، وتتوافر بشأنها الشروط المطلوبة لمنح الضمان والتي سنبينها لاحقا.

هذا، ويجب على الأطراف إلى جانب تحديد الخطر المضمون في عقد ضمان الاستثمار الدولي ، تعيين القسط ومبلغ الضمان في العقد باعتبارهما من العناصر الأساسية للعقد.

الفرع الثاني
القسط ومبلغ الضمان

يعتبر القسط ومبلغ الضمان من العناصر الجوهرية التي يجب على طرفي العقد الاتفاق عليهما عند إبرام عقد ضمان الاستثمار الدولي، فعلى أساسها تتحدد التزامات الطرفين. فيتم تحديد أقساط الضمان التي يلتزم بها أدائها المستثمر المضمون(أولا)، وتعيين مبلغ الضمان الذي تلتزم هيئة الضمان بأدائه عند تحقق الخطر المضمون(ثانيا).

أولا: قسط الضمان

تقوم هيئة الضمان الدولية مقابل تحمل تبعة الخسائر المترتبة عن وقوع المخاطر غير التجارية بتحصيل أو بتقاضي الأقساط من المستثمر المضمون. ويعد القسط من أهم الالتزامات التي يقررها عقد ضمان الاستثمار الدولي على عاتق المستثمر، فهو التزام أساسي لا يقوم العقد بدونه[88].

1- تعريف قسط الضمان

يراد بقسط الضمان المبلغ النقدي الذي يلتزم المستثمر بدفعه لهيئة الضمان الدولية مقابل التزامها بتحمل الخطر والتعويض عن آثاره.

---

[88] – **دريد محمود السامرائي**، الاستثمار الأجنبي...، المرجع السابق، ص 298.

2- تعيين القسط في عقد ضمان الاستثمار الدولي

يتم تحديد الأقساط في عقد ضمان الاستثمار الدولي بطريقة تحكمية[89]، فلا يرتبط مقدارها بأي حساب مسبق للخسائر المحتملة، إنما يحسب القسط على أساس الخطر محل العقد، وهذا الأخير(الخطر) لا يقبل القياس والتقدير طبقا للأسس الفنية للتأمين العادي، وبالتالي لا يمكن إخضاع تقدير القسط إلى قواعد التأمين التجاري[90].

بعبارة أخرى، إن هيئة الضمان الدولية لا تراعي عند تقديرها لأقساط الضمان التي تتقاضاها من المستثمرين المتعاقدين معها، مدى قدرتها على تغطية الخسائر التي التزمت بضمانها، فلا يمكن تقليل المخاطر الناجمة بتوزيعها على مجموع المستثمرين[91]. فالأقساط التي تتقاضاها الهيئة لا تهدف في حقيقتها إلى تغطية مبالغ التعويض، بقدر ما تهدف إلى مواجهة المصروفات الإدارية للهيئة، وتكوين احتياطات مناسبة في هذا الخصوص، كما أشارت إليه المادة 19 من اتفاقية المؤسسة العربية لضمان الاستثمار والتي تنص على أنه:

"...**وتدخل المؤسسة في اعتبارها عند تحديد هذه المعدلات الحاجة إلى مواجهة مصروفاتها الإدارية، وبقدر الإمكان الحاجة إلى تكوين الاحتياطات المناسبة**".

فالمؤسسة العربية لضمان الاستثمار لا تعتمد على أقساط الضمان للوفاء بالتزامها بالتعويض، فهذه الأقساط تعد كمقابل للخدمة الإدارية التي تقوم بها وليس كمقابل للالتزام المالي الذي تتحمله عند تحقق الخطر، وتأكيدا لذلك تجيز الاتفاقية للدول المضيفة أن تشارك في تحمل عبء الرسوم والأقساط مع المستثمر المضمون عن طريق اتفاقات تعقدها مع المؤسسة تفيد بذلك، وهذا بغرض تشجيع تدفق الاستثمار فيما بين الدول الأعضاء[92].

أما اتفاقية سيول واتفاقية المؤسسة الاسلامية لتأمين الاستثمارات، فهي لم تتضمنا أحكاما خاصة بشأن طريقة تحديد الأقساط، إنما تركت لهيئة الضمان صلاحية تحديد الأقساط بصفة

---

89 - **قادري عبد العزيز**، الاستثمارات الدولية-التحكيم التجاري الدولي، ضمان الاستثمارات-، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2004، ص 220.

90 - **حسين منصور محمد**، مبادئ عقد التأمين، الدار الجامعية للطباعة والنشر، القاهرة، (د.ت.ن)، ص 30.

91 - **قادري عبد العزيز**، الاستثمارات الدولية-التحكيم التجاري الدولي، ضمان الاستثمارات-، المرجع السابق، ص 220.

92 - هذا ما أشارت إليه الفقرة الثالثة من المادة 19 من اتفاقية المؤسسة العربية لضمان الاستثمار التي تنص على مايلي:
"**يجوز للمؤسسة أن تعقد مع الأقطار المضيفة اتفاقات تتحمل بموجبها هه الأقطار الرسوم والأقساط واجبة الأداء كلها أو بعضها**".

دورية بالنسبة لكل نوع من أنواع المخاطر، فحسب المادة 26 من اتفاقية سيول فإنه:
" **تحدد الوكالة بصفة دورية أسعار الأقساط والرسوم والتكاليف الأخرى-إن وجدت- بالنسبة لكل نوع من أنواع المخاطر**".

كما تنص المادة 22 من اتفاقية المؤسسة الاسلامية لتأمين الاستثمارات على مايلي:
" **تتحصل المؤسسة رسما لتغطية تكاليف فحص طلب التأمين أو إعادة التأمين. تحدد المؤسسة معدل الرسوم والاشتركات والتكاليف الأخرى إن وجدت بالنسبة لكل نوع من أنواع المخاطر. ويجوز للمؤسسة مراجعة معدلات الرسوم والاشتركات والتكاليف الأخرى من وقت لآخر**".

يلاحظ من خلال هذه النصوص أن هيئة الضمان الدولية تتحصل على أقساط ورسوم واشتركات عن جميع عمليات الضمان التي تقوم بها لفائدة المستثمرين، في كل نوع من أنواع المخاطر المراد ضمانها، ويختلف مقدار هذه الأقساط باختلاف الخطر المضمون، فقد ترى الهيئة الضامنة أن احتمالات تحقق خطر معين أكثر توقعا من احتمالات تحقق خطر آخر.

فهيئة الضمان الدولية لها سلطة تقديرية في تحديد قيمة الأقساط والرسوم على نحو يمكنها من تحقيق الاكتفاء الذاتي من الموارد المالية، وتكوين احتياطات مناسبة، والعمل وفقا للأساليب التجارية للحفاظ على التوازن المالي للهيئة. وتحقيقا لذلك يجب على هيئة الضمان الدولية أن تراعي عند تقديرها لقيمة الاقساط المستحقة والرسوم والتكاليف الأخرى اعتبارين أساسيين:

الاعتبار الأول: يتمثل في اعتماد الهيئة على مواردها في تغطية احتياجاتها ومواجهة التزاماتها كمؤسسة تتمتع بشخصية قانونية وذمة مالية مستقلة، ما يجعلها مسؤولة مباشرة عن التزاماتها. لذلك تعتمد هيئة الضمان الدولية على معيار مرّن في تحديدها لمعدل الأقساط السنوية التي يدفعها المستثمر بموجب عقد الضمان، إذ يمكن لها أن تغيير قيمة القسط السنوي حسب الظروف، وتحديد معدل الأقساط السنوية الواجبة على المستثمرين في كل نوع من المخاطر شرط عدم التمييز بين الدول في المعدلات المفروضة، مع الأخذ بالحسبان المصاريف الإدارية وتكوين احتياطات مناسبة إن أمكن ذلك[93].

[93]- لذلك يلاحظ أن معدل الأقساط السنوية التي تحددها المؤسسة العربية لضمان الاستثمار تتغير من فترة الى أخرى، وتشير الاحصائيات إلى ارتفاع معدل الأقساط التأمينية لدى المؤسسة سنويا، فمثلا سجل ارتفاعها بنسبة 28,2% منذ سنة 2016 مقارنة بسنة 2015 وهي نسبة كبيرة. أنظر في ذلك: نشرة ضمان الاستثمار، ضمان الاستثمار: التطورات والتوقعات، المؤسسة العربية لضمان الاستثمار وائتمان الصادرات، العدد 03، الكويت، 2018، ص 17.

الاعتبار الثاني: يتمثل في العمل على دفع عجلة الاستثمار باعتباره الهدف المتوخى من نظام الضمان الدولي، ولن يأتي ذلك إلا إذا كانت قيمة أقساط الضمان في متناول المستثمرين، وهذا هو جوهر الاختلاف بين نظام الضمان الدولي ونظام التأمين التجاري العادي.

إذ يلاحظ أن الأقساط السنوية المقدرة لكل تغطية في عقود ضمان الاستثمار الدولية عادة ما تقدر بمبالغ زهيدة تقل قيمتها بالمقارنة مع قيمة الخطر، فتتراوح قيمتها مثلا في عقود الضمان المبرمة مع الوكالة الدولية لضمان الاستثمار مابين 0,5% من مبلغ الضمان[94].

كما تقدرها المؤسسة العربية لضمان الاستثمار بما يعادل 0,4% للخطر الواحد في المتوسط، ويمكن أن تمنح لطالب الضمان خصما بنسبة 5% إذا ما اختار المستثمر ضمان خطرين، وخصما بنسبة 10% إذا طلب ضمان مخاطر التأميم ونزع الملكية والإجراءات المماثلة لها، ومخاطر تحويل العملة، ومخاطر الحرب والاضطرابات المدنية [95].

إلى جانب معيار طبيعة المخاطر المراد ضمانها في الدولة المضيفة، يمكن لهيئة الضمان الدولية أن تحدد معدل القسط في عقد الضمان استناداً لمعايير أخرى منها:

أ- معيار نوع الاستثمار المضمون في تلك الدولة، مع الأخذ بعين الاعتبار لمختلف الشروط المتعلقة بكل مشروع وما تراه هيئة الضمان مناسبا لها[96].

ب- كما يمكن لهيئة الضمان الاعتماد في تحديد معدل الأقساط السنوية في عقد الضمان على معيار المناطق التي يجرى فيها الاستثمار[97].

---

[94] – **لورا والاس(LAURA Wallace)**، "الوكالة المتعددة الأطراف لضمان الاستثمار تنطلق قدما بنشاط"، مجلة التمويل والتنمية، العدد الأول، صندوق النقد الدولي والبنك العالمي للإنشاء والتعمير، 1992، ص 49.

[95] – أنظر ذلك على موقع المؤسسة العربية لضمان الاستثمار: "أسئلة وأجوبة": http : // www. iaigc.org

[96]– نشير في هذا الصدد إلى ما قامت به الوكالة الدولية لضمان الاستثمار في سنة 2006 بتوزيع أقساط الضمان حسب القطاعات كما يلي: قطاع البنى التحتية: 36%؛ قطاع النفط والغاز والتعدين: 33%؛ قطاع الزراعة والصناعة: 05%؛ قطاع الخدمات: 08%. نقلا عن: **مايا ريدان**، "تغطية الاستثمار الأجنبي ضد المخاطر السياسية"، مجلة الاقتصاد والأعمال، العدد 327-328، مجلد 28، بيروت، أبريل 2007، ص 132.

[97]– هذا ما قامت به الوكالة الدولية لضمان الاستثمار في سنة 2006، بتوزيع الأقساط التأمينية بحسب المناطق التي يجري فيها الاستثمار على النحو التالي: أمريكا اللاتينية: 19%؛ أوروبا وأسيا الوسطى: 46%؛ الشرق الأوسط وشمال إفريقيا:10%. نقلا : **مايا ريدان**، المرجع نفسه، ص 132.

بالاضافة إلى تعيين مبلغ القسط في عقد ضمان الاستثمار الدولي، يتعين على الأطراف تحديد تاريخ دفع الأقساط، والطريقة التي يتم بها الدفع، وكيفية أداء الاقساط، بالاضافة إلى تحديد العملة التي يتم بها تسديد الأقساط.

ثانيا: مبلغ الضمان

يعتبر مبلغ الضمان من أهم الالتزامات التي يقررها عقد ضمان الاستثمار الدولي على عاتق هيئة الضمان الدولية، فهو عنصر أساسي يجب تعيينه مسبقا في عقد الضمان، على أن لا يتجاوز الحد الأقصى المقرر في اتفاقيات الضمان الدولية أو المقرر طبقا للوائح الصادرة عن الهيئة التي يبرم العقد في ظل أحكامها.

1- تعريف مبلغ الضمان

تُعرف المؤسسة العربية لضمان الاستثمار مبلغ الضمان بأنه:" القيمة التي يغطيها العقد في كل سنة من السنوات العقدية بالنسبة إلى كل مجموعة من مجموعات المخاطر المشمولة بالضمان، فيحدد مبلغ الضمان عند بدء كل سنة عقدية تعبيرا عما يطلبه الطرف المضمون كتغطية خلال هذه السنة بالذات"[98].

فمبلغ الضمان هو المبلغ الذي على أساسه تقوم هيئة الضمان بتعويض المستثمر المضمون عن الخسارة التي لحقت بأمواله نتيجة تحقق إحدى المخاطر المضمونة في العقد، فهو دين احتمالي في ذمة الهيئة الضامنة لا يتحقق إلا عند تحقق الخطر المضمون[99]، والهيئة الضامنة لا تدفع المبلغ المتفق عليه لمجرد تحقق الخطر محل العقد، وإنما لتغطية للخسارة الناجمة عنه وفي حدود تلك الخسارة، بشرط أن لا يتجاوز المبلغ المتفق عليه في العقد.

2- تعيين مبلغ الضمان في عقد ضمان الاستثمار الدولي

يختلف مبلغ الضمان في عقد ضمان الاستثمار الدولي باختلاف طبيعة العقد المبرم، إذ يتم تقديره كقاعدة عامة استنادا لتقديرات المستثمر المضمون في حدود قواعد معينة بالاتفاق مع الهيئة الضامنة.

---

[98] – ورد هذا التعريف في المادة 14 من الشروط العامة لعقد ضمان استثمار مباشر للمؤسسة العربية لضمان الاستثمار. نقلا عن: **عاطف ابراهيم محمد**، ضمانات الاستثمار...، المرجع السابق، ص 236.

[99] – **الطاهر برايك**، "أحكام العقد..."، المرجع السابق، ص 82.

جرى العمل في نظام المؤسسة العربية لضمان الاستثمار على أن يقوم المستثمر في بداية كل سنة عقدية بتحديد المبلغ الجاري للضمان، فتحدد وثيقة الشروط الخاصة المبلغ الجاري للضمان عن السنة العقدية الأولى، ويجوز للطرفين في هذا العقد أي المستثمر والمؤسسة عنـد بداية كل سنة عقدية لاحقة الاتفاق على أن يزيد المبلغ المتفق عليه أو يقل عن المبلغ المحدد في سنة عقدية سابقة.

طبقا لنظام المؤسسة يجوز كذلك للطرفين في عقد الضمان، الاتفاق على تحديد المبلغ الجاري للضمان إما استنادا إلى صافي الاستثمار والعوائد المتوقعة خلال السنة العقدية المعنية، وذلك بالنسبة لمخاطر التأميم ونزع الملكية والمصادرة والإجراءات المماثلة، ومخاطر الحرب والاضطرابات الداخلية، أو إستنادا لقيمة عوائد الاستثمار المتوقعة خـلال السنـة النقدية المعنية بالنسبة لمخاطر تحويل العملة، شريطة أن لا يزيد المبلغ الجاري بالنسبة إلى أي من المخاطر المشمولة بهذا العقد على الحد الأقصى للضمان المحدد عن السنة النقدية المعنية، وإلا اعتبر هذا الحد هو المبلغ الجاري للضمان[100].

بالتالي، يقتضي تقدير مبلغ الضمان أن يكون واقعيا المستثمر واقعيا في تقديره لهذا المبلغ، فيجب أن يتفق مع صافي الاستثمار المتوقع خلال السنة العقدية وإلا تعرضت مصالحه للخسارة، لأنه في حالة ما إذا كان تقديره لمبلغ الضمان على نحو يقل عن القيمة الحقيقية الصافية لاستثماره حتى يتسنى له تخفيض أقساط الضمان التي يلتزم بأدائها للمؤسسة، فإن ذلك سيؤدي تلقائيا إلى انخفاض مبلغ التعويض المستحق له فيما لو تعرض استثماره لأحد المخاطر المضمونة في العقد.

أما في حالة الزيادة في تقدير المستثمر لمبلغ الضمان على نحو يزيد عن القيمة الحقيقية لصافي استثماره، فإن هذه الزيادة سيقابلها ارتفاع في أقساط الضمان، في الوقت الذي لن يستفيد فيه من هذه الزيادة عند تقدير مبلغ التعويض المستحق عن الضرر الذي أصابه نتيجة حدوث

---

[100]– هذا ما أشارت إليه المادة 10 من عقد ضمان الاستثمار المباشر للمؤسسة العربية لضمان الاستثمار، وتشير المادة 8/01 من هذا العقد، إلى أن السنة العقدية تبدأ من تاريخ إبرام العقد وتنتهي بانتهاء فترة 180 يوما بعد بداية السنة المالية للمشروع المستفيد من الضمان، ثم كل فترة سنة تمر بعد ذلك اعتبارا من هذا التاريخ تحتسب سنة عقدية جديدة، ما لم ينتهي العقد قبل ذلك لأي سبب من الأسباب الواردة فيه. فالسنة العقدية ترتبط بتاريخ إبرام العقد من جهة وانتهاء السنة المالية للمشروع المستفيد من جهة أخرى. نقلا عن: **هشام علي صادق**، النظام العربي لضمان الاستثمار ضد المخاطر غير التجارية، منشاة المعارف، مصر، 1977، ص 230.

الخطر المضمون، لأن مبلغ التعويض المستحق عند تحقق الخطر المضمون في العقد طبقا لنظام المؤسسة العربية لضمان الاستثمار يتحدد على أساس أقل القيمتين: قيمة صافي الاستثمار من ناحية، وقيمة المبلغ الجاري للضمان من ناحية أخرى. وهو ما تنص عليه صراحة المادة 4/20 من اتفاقية المؤسسة العربية لضمان الاستثمار فميا يلي:

"**لا يجوز أن يزيد التعويض المدفوع للمؤمن له عن قيمة الخسارة التي لحقت به نتيجة لتحقق الخطر المؤمن ضده أو مبلغ التأمين المتفق عليه في عقد التأمين، أيهما أقل**".

يفيد هذا النص، أن تقدير مبلغ التعويض في جميع الحالات مقيد بالحد الأقصى للضمان المنصوص عليه في الاتفاقية المنشئة لهيئة الضمان المتعاقد معها، والتي يتعين عليها مراقبة تقدير المستثمر طالب الضمان لمبلغ الضمان ومدى مطابقته لنصوص الاتفاقية والوائح والنظم الصادرة عن الهيئة، خاصة ما يتعلق منها باحترام الحد الأقصى للضمان في كل عملية.

3- الحد الأقصى لمبلغ الضمان

يراد بالحد الأقصى للضمان سقف الضمان المقرر بموجب اتفاقية الضمان الدولية أو المبلغ المحدد من طرف الجهاز الاداري هيئة الضمان المتعاقد معها[101]، والذي على أساسه تتحدد التزامات الهيئة، أي حدود الضمان التي تلتزم بموجبها اتجاه المستثمرين طالبي الضمان. فحسب المادة 1/20 من اتفاقية المؤسسة العربية لضمان الاستثمار فإنه:

" **يحدد مجلس المؤسسة الحد الأقصى لمجموع قيمة عمليات التأمين التي يجوز لها القيام بها بشرط ألا يتعدى هذا المجموع في أي وقت خمسة أمثال رأس المال مضافا إليها الاحتياطي.**

وتضيف الفقرة 03 من هذه المادة على أنه:

" **لا يجوز أن يزيد المبلغ المؤمن عليه في أية عملية واحدة عن 10% من رأس مال المؤسسة والاحتياطي، ويرفع هذا الحد إلى 20% في حالة الاستثمارات التي تتمتع بأولوية خاصة وفقا للمادة 16 من هذه الاتفاقية**".

يتضح أن مبلغ الضمان يخضع في كل حالة للقواعد المعمول بها على مستوى الهيئة المتعاقد معها، فهو مقيد بضرورة احترام الحد الأقصى للضمان المقرر بموجب الاتفاقيات أو المحدد من طرف الجهاز الاداري للهيئة الضامنة، والتي يجوز لها أن تضع حدود الضمان بما

[101]- **CARREAU Dominique, FLORY Thiebant, GUILLARD Patrick**, Droit international économique, LGDJ, Paris, 1999, p 686.

يتماشى واعتبارات الحفاظ على السلامة المالية للهيئة، دون الإخلال بالحد العام للضمان المقرر بموجب الاتفاقية. فحسب المادة 21 من اتفاقية المؤسسة الاسلامية لتأمين الاستثمارات: " **ما لم يقرر مجلس المحافظين بأغلبية مجموع عدد أعضائه الذين يمثلون أغلبية مجموع عدد أصوات الأعضاء، خلافا لذلك، لايجوز أن يتعدى مجموع المبالغ التي يجوز للمؤسسة أن تلتزم بالمسؤولية الاحتمالية عنها ما يعادل مائة وخمسين في المائة من رأس مال المؤسسة المكتتب فيه وإجمالي الاحتياطات...وينظر مجلس المديرين من وقت لآخر في المخاطر التي تتضمنها حافظة المؤسسة في ضوء تجربة المؤسسة في شأن المطالبات ودرجة تنوع المخاطر...**"

كما تؤكد اتفاقية سيول على ضرورة احترم الوكالة للحد الاقصى للضمان في كل عملية، فحسب المادة 22/أ من هذه الاتفاقية فإنه:

"**ما لم يقرر مجلس المحافظين بالأغلبية الخاصة خلافا لذلك، لايجوز أن يتعدى مجموع المبالغ التي يجوز للوكالة أن تلتزم بالمسؤولية الاحتمالية عنها وفقا لهذا الفصل ما يعادل مائة وخمسين في المائة من رأس مال الوكالة المكتتب فيه واحتياطاتها مضافا اليهما جزءا من المبالغ التي تمت تغطيتها عن طريق إعادة التأمين...**"

فضمان الوكالة لاستثمار ما مقيد باحترام حدود الضمان المقررة بموجب هذه الاتفاقية ويجوز لمجلس الادارة بين الحين والآخر أن يحدد الحد الاقصى لمجموع مبالغ المسؤولية التي تلتزم بها الوكالة بالنسبة لجميع عقود الضمان التي تبرمها مع مستمري الدول الأعضاء. وتتعلق هذه الحدود عادة بحجم المشروع موضوع الاستثمار، أو بمجموع الاستثمار في دولة مضيفه واحدة، أو بأنواع معينه من الاستثمارات أو المخاطر، وذلك لغرض تحقيق توزيع المخاطر المشمولة بالضمان على نحو يضمن سلامه الوكالة وتلافى تركيز المخاطر في مجالات معينه[102].

هذا، ويتيعن على مجلس الإدارة عند وضعه لحدود الضمان الأخذ بعين الاعتبار نصيب العضو المعني في رأس مال الوكالة، وذلك من أجل إقامة نوع من التوازن بين مساهمه العضو

[102] – تنص المادة 22/ب من اتفاقية سيول على ما يلي:

" **دون الاخلال بالحد العام للضمان المشار إليه في الفقرة(أ) من هذه المادة يجوز لمجلس الادارة أن يحدد: الحد الأقصى لمجموع المبالغ التي يجوز للوكالة أن تلتزم بالمسؤولية الاحتمالية عنها في شأن المشروع الواحد، أو في شأن الاستثمارات في دولة مضيفة واحدة، أو في شأن أنواع معينة من الاستثمارات أو من المخاطر أو غير ذلك من العوامل المناسبة لتنويع مخاطر الوكالة**".

النسبية في الوكالة وبين الفوائد العائدة على مستثمريه، مع وضع حدود أكثر تساهلا للدول النامية، حتى تقوم أو يقوم رعاياها بتنفيذ مشاريع استثمارية في دول نامية أخرى، إذ لا يجوز أن تتأثر الحدود الخاصة بالاستثمارات في الدول المضيفة بمقدار مساهمة تلك الدول النسبية في رأس المال الوكالة، لأن الغرض الوحيد من هذه الحدود هو تنويع المخاطر[103].

لذلك فقد جرى العمل في الوكالة الدولية لضمان الاستثمار على أن منح الضمان يتم من خلال شباكين (Guichets) [104] بحسب ما إذا كان الضمان المطلوب فوق أو تحت السقف المحدد للضمان.

ففي حالة الضمان خارج السقف المحدد برأس مال الوكالة أين يتجاوز مبلغ الضمان الحد الأقصى المحدد في المادة 22/أ من اتفاقية سيول، يتم ضمان هذا الاستثمار طبقا لما يسمى بالشباك الأول في إطار ما يسمى بضمان الاستثمارات المؤيدة[105]، إذ يتم ولهذا الغرض إقامة صناديق خاصة(صندوق ضمان الاستثمارات المؤئدة) لضمان الاستثمار المعني بمشاركة مجموعة من الدول الأعضاء في الوكالة، والتي تعتبر أن هذا الاستثمار يستحق الضمان بموجب الشباك الأول، يتم من خلالها تغطية مصاريف العملية والخسائر المترتبة عليها، بناء على طلب دولة عضوة تكون قد تكفلت بالإسهام في تغطية الخسائر التي قد تلحق بالاستثمارات المؤيدة بالاشتراك مع الدول المؤيدة الأخرى[106]، وفي هذه الحالة لا تتدخل الوكالة في عملية الضمان إلا بصفتها كنائب أو وكيل عن الدول المساهمة في الضمان، لأن تغطية مبلغ الضمان لم تتم بالاعتماد على رأس مال الوكالة.

أما في حالة الضمان الذي يتم في حدود السقف المحدد برأس مال الوكالة، فهو الضمان الذي يتم في إطار الشباك الثاني، أين تتدخل الوكالة بصفتها هيئة ضمان كاملة الصلاحيات.

---

[103] – **أسيل باقر جاسم، علي كاظم حمزة،** "شركات التأمين الدولية على المشروع الاستثماري"، مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية، العدد 02، السنة الثامنة، بغداد، 2016، ص 667.

[104] – **CARREAU Dominique, FLORY Thiebant, GUILLARD Patrick**, Droit international…, op.cit, p 686.

[105] – تنص المادة 24 من اتفاقية سيول على أنه:

" **يجوز للوكالة بالإضافة إلى عمليات الضمان التي تقوم بها طبقا لهذا الفصل أن تضمن استثمارات طبقا لنظام التأييد المنصوص عليه في الملحق (01) المرفق بهذه الاتفاقية**".

[106] – أنظر حول ضمانات الاستثمارات المؤيدة الملحق الأول المرفق باتفاقية سيول، المرجع السابق.

وهذا لا يعني عدم التزام الوكالة في هذه الحالة باحترام بعض القواعد الاحترازية، فمحدودية رأسمالها يفرض عدم إمكانيتها تغطية كل أنواع الاستثمارات، وضرورة احترام الحد الأقصى للضمان المقرر بموجب الاتفاقية. وفي هذه الحالة يقتصر ضمان الوكالة على الاستثمارات التي يتم إنجازها من طرف مستثمري الدول المتقدمة في الدول النامية الأعضاء[107]، أي الاستثمارات المنتجة بغض النظر عن الاستثمارات غير المنتجة[108].

في جميع الأحوال، يجوز للوكالة أن تقرر حدود الضمان على الاستثمار بحسب الظروف، مع احترام الحد الأقصى للضمان المقرر في كل حالة. ويلاحظ أن الوكالة ومنذ سنة 2010 لم تضع حدا أدنى لمبالغ الاستثمار، بل قامت بإصدار تغطية من حسابها الخاص تصل إلى 180 مليون دولار أمريكي لمشروع فردي، وتغطية القروض بنسبة تصل إلى 95% من أصول القروض أو بنسبة أعلى حسبما يتقرر في كل حالة، بالإضافة إلى نسبة إضافية تصل إلى 150% من أصل القرض لتغطية الفوائد التي تستحق على مدى أجل القرض[109].

كما قامت الوكالة خلال السنة المالية 2016 من خلال المحفظة الناشطة الخاصة بالوكالة، بمنح ضمانات إضافية تصل إلى حوالي 45% بالنسبة للاستثمارات التي يتم انجازها في الدول الفقيرة المؤهلة للحصول على المساعدة من المؤسسة الدولية للتنمية[110]، ومنحت ضمانات أخرى تصل إلى 10% بالنسبة للاستثمارات التي يتم انجازها في الدول غير المستقرة والمتأثرة بالصراعات[111].

من هنا يلاحظ أن تعيين مبلغ الضمان يخضع في كل حالة للقواعد المعمول بها على مستوى هيئة الضمان المتعاقد معها، والتي تتمتع بسلطة تقديرية في وضع حدود الضمان حسب الظروف، ولها مراقبة مدى احترام هذه الحدود.

---

[107]– هذا ما أشارت إليه المادة 14 من اتفاقية سيول بنصها على أنه:

" **يقتصر الضمان طبقا لأحكام هذا الفصل على الاستثمارات التي تنفذ في أراضي الدول النامية الأعضاء دون سواها**".

[108]– **CARREAU Dominique, FLORY Thiebant, GUILLARD Patrick**, Droit international…, op.cit, p 686.

[109]– دليل ضمان الاستثمار، الوكالة الدولية لضمان الاستثمار، مجموعة البنك الدولي، نوفمبر 2010، ص 05.

[110]– المؤسسة الدولية للتنمية(IDA) هي مؤسسة تابعة للبنك الدولي تم إنشاؤها في سنة 1960. أنظر حول نشاط هذه المؤسسة الموقع الآتي: http://www.ida.albankaldawli.org/about/what-ida-ar

[111]– التقرير السنوي للوكالة الدولية لضمان الاستثمار(MIGA) لسنة 2016، ضمان الاستثمارات– ضمان القروض، الوكالة الدولية لضمان الاستثمار، 2016، ص ص.07–09.

هذا، ويجب أن يتضمن عقد ضمان الاستثمار الدولي إلى جانب الخطر المراد ضمانه والقسط ومبلغ الضمان، مجموعة من النقاط الفرعية للعقد، كتعيين طريقة توجيه الإخطارات ومواعيدها، وطريقة تحويل الحقوق من المستثمر المضمون إلى هيئة الضمان عند تحقق الخطر، وكيفية التعويض وإجراءات ذلك، وطريقة تسوية المنازعات التي قد تثور بين الطرفين، وغيرها من التفاصيل التي يمكن إدراجها في العقد لتفادي الخلافات بشأنها مستقبلا.

المبحث الثاني

موقف الفقه حول طبيعة عقد ضمان الاستثمار الدولي

يعتبر تحديد الطبيعة القانونية لعقد ضمان الاستثمار الدولي مسألة جوهرية لدراسة هذا النوع الجديد من العقود. وقد نال هذا الموضوع اهتمام الفقه الذي حاول تكييف العقد الذي يبرم بين هيئة الضمان الدولية والمستثمر الأجنبي.

إلا أن عدم وضوح موقف الاتفاقيات الدولية لضمان الاستثمار التي يبرم العقد في ظل أحكامها بخصوص هذه المسألة، كان له تأثير بالغ على موقف الفقه الذي اختلف بشأن التكييف القانوني للعقد، فمنهم من يرى أنه عقد كفالة تقوم بموجبه هيئة الضمان الدولية بكفالة التزام الدولة المضيفة للاستثمار في مواجهة المستثمر المضمون، ويعتبره البعض الآخر عقد تأمين لاحتواه على عناصر عقد التأمين، واتجاه أخر يرى بأنه عقد اشتراط لمصلحة الغير تشترط بموجبه الدولة المضيفة الضمان على الهيئة لصالح المستثمر المضمون، وهذا التعدد في الاتجاهات دفع بالبعض الآخر إلى اعتباره من العقود غير المسماة(**المطلب الأول**).

رغم الدور الذي ساهمت به هذه الاتجاهات في التعريف بعقد ضمان الاستثمار، وإبراز أوجه تشابه هذا العقد مع غيره من العقود كالتأمين والكفالة وغيرها، إلا أنها لم تكن كافية لإعطاء وصف قانوني دقيق لهذا العقد، بسبب الاختلاف الموجود بينها.

توضيحا لهذه الفكرة، نرى ضرورة التمييز بين هذا العقد وبين غيره من العقود المشابهة له، بما يتسنى لنا الوصول إلى إعطاء وصف دقيق لهذا العقد(**المطلب الثاني**).

المطلب الأول

الاتجاهات الفقهية لتكييف عقد ضمان الاستثمار الدولي

تختلف وتتنوع عقود الضمان المعروفة في القانون الخاص، فبعضها عقود مسماة كالكفالة والتأمين، وبعضها عقود غير مسماة متفرقة في نطاق القانون المدني والتجاري. هذا الاختلاف والتنوع جعل الفقه يختلف حول التكييف القانوني الصحيح الذي ينطوي في نطاقه عقد ضمان الاستثمار المبرم بين المستثمر وهيئة الضمان الدولية، فبين من يعتره عقد كفالة تقوم بموجبه هيئة الضمان الدولية بكفالة الالتزام الذي يقع على عاتق الدولة المضيفة التي تعهدت بتعويض المستثمر عن الخسارة التي قد تصيبه عند القيام بالاستثمار على إقليمها(الفرع الأول). ويتجه البعض الآخر للقول بأنه عقد تأمين يؤمن فيه المستثمر على استثماره من المخاطر التي يحتمل أن يتعرض لها في الدولة المضيفة(الفرع الثاني).

لكنه، وأمام الانتقادات الموجهة لهذين الاتجاهين، يرى اتجه ثالث أن هذا العقد يمثل علاقة بين متعهد ومنتفع في اشتراط لمصلحة الغير، تشترط من خلاله الدولة المضيفة الضمان على الهيئة الضامنة لصالح المستثمر(الفرع الثالث)، إلا أن هذا الاتجاه لم يسلم بدوره من النقد، ما أدى بأصحابه لاعتباره من العقود غير المسماة ودون إعطار وصف دقيق له(الفرع الرابع).

الفرع الأول

عقد ضمان الاستثمار الدولي عقد كفالة

تعرف الكفالة على أنها: "عقد يكفل بمقتاضه شخص تنفيذ التزام بأن يتعهد للدائن بأن يفي بهذا الالتزام إذ لم يف به المدين نفسه"[112]. من هذا التعريف إتجه بعض الفقه إلى اعتبار عقد ضمان الاستثمار الذي تبرمه هيئات الضمان الدولية مع المستثمرين الأجانب من قبيل الكفالة(أولا)، إلا أن هذا الاتجاه لم يسلّم من النقد لوجود اختلاف بين العقدين(ثانيا).

---

[112]– ورد هذا التعريف في المادة 772 من القانون المدني المصري، وفي المادة 1008 من القانون المدني العراقي. نقلا عن: **هشام خالد**، خصائص وطبيعة عقد ضمان الاستثمار العربي، المرجع السابق، ص 132.

مع الإشارة إلى أن التعريف ذاته أورده أيضا المشرع الجزائري في المادة 644 من القانون المدني التي تنص كالآتي:

" **الكفالة عقد يكفل بمقتضاه شخص تنفيذ التزام بأن يتعهد للدائن بأن يفي بهذا الالتزام إذا لم يف به المدين نفسه**".

أمر رقم 75–58 مؤرخ في 26 سبتمبر 1975، يتضمن القانون المدني، المرجع السابق.

أولا: تكييف عقد ضمان الاستثمار بعقد كفالة

يقوم هذا الاتجاه على تعريف عقد ضمان الاستثمار الدولي بأنه: " عقد بمقتضاه يكفل شخص "هيئة الضمان" التزاما في ذمة المدين "المقترض"، بأن يتعهد للدائن "المستثمر" بأن يفي بهذا الالتزام إذا لم يف به المدين نفسه، أي ضم ذمة إلى ذمة في المطالبة بتنفيذ الالتزام"[113].

حسب هذا الاتجاه، فإن هيئة الضمان الدولية عندما تقوم بإبرام عقد الضمان مع المستثمر الأجنبي، إنما تقوم في الواقع بكفالة التزام الدولة المضيفة للاستثمار في مواجهة هذا المستثمر، ويظهر ذلك بشكل خاص إذا كان العقد ينصب على ضمان القروض التي يقدمها المستثمر إلى الدولة أو إحدى هيئاتها العامة أو المشروعات الخاصة فيها، حيث يكون العقد المبرم في هذه الحالة من قبيل كفالة هيئة الضمان للمقترض في الوفاء بالتزامه اتجاه المستثمر المضمون، ويقتصر دور الهيئة في هذه الحالة على ضمان وفاء أي من المقترضين السابقين بالدين في المواعيد المحددة، وبهذه الكيفية نكون بصدد عقد تكفل فيه هيئة الضمان المدين المقترض في الوفاء بالتزامه نحو المستثمر المضمون[114].

لكن هذه الفكرة يعترض عليها من الناحية القانونية[115]، فالكفالة عقد يفترض وجود علاقة قانونية أصلية مهما كان مصدرها (عقدية أو غير عقدية) تكون محلا لكفالتها، والتعريف المقدم من أصحاب هذا الاتجاه للعقد، إن كان ينطبق نوعا ما على حالة ضمان استثمار يتخذ شكل قرض، فإن الأمر ليس كذلك في حالة ضمان الاستثمار المباشر أو الاستثمار الذي يكون في صورة مساهمة في رأس مال المشروع، ففي هذه الحالات ليس هناك مدين أصلي اتجاه المستثمر المضمون تقوم هيئة الضمان بكفالة التزامه، فالدول المضيفة للاستثمار لا تلتزم برد قيمة هذا الاستثمار أو قيمة هذه المساهمة حتى تقوم هيئة الضمان بكفالته.

---

[113]– نقلا عن: **أحمد السعيد شرف الدين**، عقود التأمين وعقود ضمان الاستثمار(واقعها الحالي وحكمها الشرعي)، المرجع السابق، ص 66.

[114]–**أحمد السعيد شرف الدين**، المرجع نفسه، ص67.

[115]- **CARREAU Dominique, JULLIARD Patrick** , Droit international…,op cit,p 502.
أنظر كذلك: **رمضان علي عبد الكريم دسوقي عامر**، الحماية القانونية...، المرجع السابق، ص 185. **هشام خالد**، خصائص وطبيعة عقد ضمان الاستثمار العربي، المرجع السابق، ص 139.

إضافة لذلك، فإن عقد ضمان الاستثمار الدولي يتسع لتغطية مخاطر لا توصف بأنها إخلال من قبل الدولة بالتزامها القانوني، ولا ترتبط بوجود التزام قانوني على عاتق الدولة المضيفة اتجاه المستثمر المضمون تكون قد أخلت به، كما في حالة ضمان مخاطر الحرب والاضطرابات الداخلية، فهي مخاطر لا يمكن اعتبارها إخلال بالتزام قانوني ملقى على عاتق الدول المضيفة.

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 هو نفسه التزام الدولة المضيفة، فالدافع الذي يحمل الهيئة للتعاقد ليس مديونيتها السابقة للدول المضيفة، إنما هو الوفاء بالتزامها بالتعويض عن الأضرار التي أصابت المستثمر المضمون.

لذلك حاول أصحاب هذا الاتجاه إعادة تحليل فكرتهم، استنادا إلى أسس جديدة، وهي:

(أ)- إن معظم المخاطر التي تغطيها هيئات الضمان الدولية قد تحدث بمقتضى إجراءات حكومية تتخذها الدول المضيفة للاستثمار، حيث تكون هذه الأخيرة قد تعهدت مسبقا للدولة المصدرة لرأس المال بموجب قوانينها الداخلية أو الاتفاقيات الدولية، بتعويض مستثمريها عن الخسائر التي قد تصيبهم من جراء هذه الإجراءات، فتكون مسؤولة نحوهم عن هذه الأضرار، فيكون التزامها بالتعويض بمثابة الالتزام الذي تكفله هيئة الضمان، والتي ستقوم بالوفاء به إذا امتنعت الدول المضيفة عن ذلك.

أما عن مخاطر الحرب والاضطرابات المدنية، فيعترف هذا الاتجاه أنها لا ترتبط بوجود التزام قانوني على عاتق الدول المضيفة، فهي من قبيل القوة القاهرة التي لا تسأل عنها الدولة المقترضة أصلا، إلا أنه يمكن حسب رأيهم تغطيتها استثناءا متى تعهدت الدولة المضيفة بتحمل تبعيتها، فتضمن هيئة الضمان تبعية القوة القاهرة[116].

(ب)- يعتبر هذا الاتجاه أن عقد ضمان الاستثمار يقترب من عقد الكفالة التي تنعقد بإرادة الكفيل وحده وتكون ملزمة له وحده دون الدائن، فهو عقد ملزم لهيئة الضمان الدولية وحدها، أما المستثمر المضمون فليس ملزما بموجب هذا العقد فهو يقوم فقط بتنفيذ الاستثمار، وهذا الأخير لايعتبر مقابلا لالتزام الضامن، فتخلف المستثمر المضمون عن تنفيذ الاستثمار لايعتبر

[116]-**أحمد السعيد شرف الدين**،عقود التأمين وعقود ضمان الاستثمار(واقعها الحالي وحكمها الشرعي)،المرجع السابق،ص 68.

تخلفا لأحد أركان العقد، وإن كان يؤدي إلى عدم ترتيب العقد لآثاره في ضمان الخسارة الناجمة عن الخطر المضمون.

(د)- يضيف هذا الاتجاه أنه لا يمكن الاعتراض على فكرة أن عقد ضمان الاستثمار عقد كفالة لمجرد اعتباره من عقود العوض التي يأخذ فيها كل متعاقد مقابلا لما يعطيه، إذ تلتزم هيئة الضمان بتعويض المستثمر عن الخسائر التي تلحقه مقابل التزامه بأداء أقساط الضمان، بخلاف الكفالة التي تعتبر من عقود التبرع حيث لا يأخذ الكفيل مقابلا لالتزامه بالضمان، فحسب هذا الاتجاه يمكن الرّد على هذا الاعتراض استنادا إلى ما يتجه إليه فقهاء الشريعة الإسلامية نحو جواز الكفالة مع العوض الذي يلزم به المدين، ثم إن اشتراط المقابل لا يغير من طبيعة هذا العقد باعتباره كفالة[117].

ثانيا: تقييم الاتجاه

يلاحظ أن هذا الاتجاه متأثر عند تكييفه لعقد ضمان الاستثمار الدولي بأحكام القانون الوضعي تارة، وبأحكام الشريعة الإسلامية تارة أخرى، والتي لا يمكن الإحتكام إليها في تكييف هذا النوع الجديد من العقود التي تستمد أحكامها من الاتفاقيات الدولية لضمان الاستثمار. لذلك وجهت إليه عدة انتقادات نوجزها فيما يلي:

(أ)- إن التسليم بهذا الاتجاه يؤدي للقول بوجود التزام على عاتق الدول المضيفة تقوم هيئة الضمان الدولية بكفالته، والذي يستمد أساسه من القوانين الداخلية لهذه الدول ومن الاتفاقيات الدولية التي تبرمها مع الدول المصدرة لرؤوس الأموال بشأن معاملة الاستثمارات، وهو ما يعني أن هذا الالتزام يمكن أن ينقضي بعد إبرام عقد الضمان نتيجة إلغاء الدولة المضيفة للقانون الذي يفرض عليها هذا الالتزام أو نتيجة إلغاء الاتفاقية التي تقرره، وبالتالي انقضاء عقد ضمان الاستثمار الدولي بمجرد انقضاء الالتزام الأصلي، في حين يفترض في الكفالة وجود دين أصلي تضمنه ولا وجود للالتزام التبعي[118].

---

[117]- **أحمد السعيد شرف الدين**، عقود التأمين وعقود ضمان الاستثمار(واقعها الحالي وحكمها الشرعي)، المرجع السابق، ص 73.

[118] - **رمضان علي عبد الكريم دسوقي عامر**، الحماية القانونية...، المرجع السابق، ص ص. 185-186.

(ب)- إن تحقق الضرر للمستفيد من الضمان لا يعني نشأة حق له في مطالبة الدولة المضيفة بالتعويض، فالمستثمر ليس طرفا في الاتفاقية الدولية التي قررت مثل هذا الحق، فهو حق مقرر لهيئة الضمان في مواجهة الدولة المضيفة، وحلول هذه الهيئة محل المستفيد من الضمان في حقوقه ورجوعها على الدول المضيفة المتسببة في الضرر لا يعني التزام هذه الأخيرة بشيء نحو المستثمر المضمون، فأثار الاتفاقية تنصرف فقط لأطرافها.

لذلك لا تستطيع هيئة الضمان الدولية أن تدفع مطالبة المستثمر لها بالتعويض برجوعه أولا على الدولة المضيفة ومطالبتها بذلك، لأن مثل هذا الإجراء يتنافى مع الغاية من إبرام عقد ضمان الاستثمار الدولي، وهذا بخلاف عقد الكفالة الذي يخول الكفيل الدفع بالتجريد، أي رجوع الدائن على المدين أولاً لاقتضاء الدين منه، وإذا تعذر ذلك لإعسار المدين مثلا فإنه يقوم بمطالبة الكفيل بذلك[119].

يتضح مما تقدم، عجز هذا الاتجاه في وضع تكييف قانوني صحيح لعقد ضمان الاستثمار الدولي، فظهر إتجاه أخر يكيفه على أنه عقد تأمين.

الفرع الثاني
عقد ضمان الاستثمار الدولي عقد تأمين

يُعرف التأمين على أنه:

"**عقد يلتزم المؤمن بمقتضاه أن يؤدي إلى المؤمن له أو إلى المستفيد الذي اشترط التأمين لصالحه مبلغا من المال أو إيرادا أو أي عوض مالي آخر في حالة وقوع الحادث أو تحقق الخطر المبين بالعقد، وذلك مقابل قسط أو أية دفعة مالية آخرى يؤديها المؤمن له للمؤمن**"[120].

---

[119]- **رمضان علي عبد الكريم دسوقي عامر**، الحماية القانونية...، المرجع السابق، ص 185.

[120] - المادة 619 من الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر سنة 1975، المتضمن القانون المدني الجزائري.

يلاحظ أن التعريف ذاته أورده كذلك المشرع المصري في المادة 747 من القانون المدني المصري التي تنص على أن:

"**التأمين عقد يلتزم المؤمن بمقتضاه أن يؤدي إلى المؤمن له أو إلى المستفيد الذي يشترط التأمين لصالحه مبلغا من المال أو إيرادا مرتبا أو أي عوض مالي آخر في حالة وقوع الحادث أو تحقق الخطر المبين بالعقد وذلك نظير قسط أو أية دفعة مالية أخرى يؤديها لمؤمن له للمؤمن**".

نقلا عن: **السنهوري أحمد عبد الرزاق**، الوسيط في شرح القانون المدني -عقود الغرر، عقود المقامرة والرهان والمرتب مدى الحياة وعقد التأمين-، المجلد السابع، العدد الثاني، (د.د.ن)، (د.ب.ن)، (د.ت.ن)، ص 1084.

انطلاقا من هذا التعريف، اتجه البعض للقول بأن العقد المبرم بين هيئة الضمان الدولية والمستثمر الأجنبي يعتبر عقد تأمين(أولا)، لكن بالرغم من التشابه الموجود بين العقدين فلم يكن ذلك كافيا لإعطاء وصف دقيق لهذا العقد(ثانيا).

أولا: تكييف عقد ضمان الاستثمار بعقد التأمين

يستند هذا الاتجاه في تكييفه لعقد الضمان المبرم بين هيئة الضمان الدولية والمستثمر من قبيل عقد تأمين إلى ما اتجهت إليه بعض الاتفاقيات الدولية لضمان الاستثمار، والتي تستعمل تارة مصطلح الضمان للتعبير عن العقد المبرم بين المستثمر وهيئة الضمان، وتارة أخرى تستعمل مصطلح التأمين في أحكامها بدلا من مصطلح الضمان للدلالة على عقد ضمان الاستثمار، من ذلك الفقرة الأولى من المادة 02 من اتفاقية المؤسسة العربية لضمان الاستثمار التي تنص على مايلي:

"**الغرض من المؤسسة هو تأمين المؤمن لـه العربي بتعويضه تعويضا مناسبا عن الخسائر الناجمة عن المخاطر المحددة في هذه الاتفاقية عن طريق التأمين أو إعادة التأمين**"

هذا التداخل في المصطلحات كان له تأثير بالغ على موقف الفقه، الذي لم يترد في تكييف العقد الذي تبرمه هيئات الضمان الدولية مع المستثمر المضمون بعقد التأمين، فيرى الاستاذ "هشام خالد" أن هذا العقد يتماثل مع عقد التأمين من حيث أن كلهما ينطوي على ذات الأركان والعناصر ويرتبان التزامات متماثلة. ويوضح ذلك على النحو الآتي:

(أ)- إن عقد ضمان الاستثمار الدولي أيا كان النظام القانوني الذي يبرم فيه يقوم على ثلاثة أركان وهي: التراضي والمحل والسبب وبهذا الشكل فهو كعقد التأمين، وإذا كانت عقود ضمان الاستثمار تنصب على تغطية المخاطر غير التجارية كقيود التحويل ومخاطر التأميم ونزع الملكية ومخاطر الحرب، في حين ينصب عقد التأمين على تغطية مخاطر الحريق والإعسار والتلف وغيرها، والاختلاف في محل العقدين لا يمنع حسب هذا الاتجاه من القول بتماثل محل العقدين والذي هو الخطر، فطبيعة وحجم المخاطر غير التجارية هي السبب في عدم قيام شركات التأمين العادية بإدراجها ضمن الأخطار التي تغطيها عقود التأمين عادة[121].

[121]- **هشام خالد**، خصائص وطبيعة عقد ضمان الاستثمار العربي، المرجع السابق، ص ص. 152-153.

يضيف هذا الاتجاه، أن المسألة الوحيدة التي يمكن أن تحول دون إضفاء وصف التأمين على هذا العقد، هو اشترطه بأن ألا يكون الخطر المؤمن منه متوقفا على محض إرادة أحد المتعاقدين، ولما كانت معظم المخاطر التي يغطيها عقد ضمان الاستثمار من الإجراءات التي تتخذها الدول المضيفة للاستثمار، وبما أن هذه الأخيرة تعد عضو في هيئة الضمان التي تبرم العقد مع المستثمر، فإن الخطر يكون وفقا لهذا التصور صادرا من جانب المؤمن.

يرى الاستاذ "هشام خالد" أن هذا الاختلاف لا يمكن أن يؤثر على طبيعة هذا العقد، الذي يبرم مع هيئة دولية تتمتع بشخصية قانونية مستقلة عن الدول المنشئة لها، والدولة المضيفة للاستثمار ليست طرفا في هذا العقد، وهذا ما يسمح في نظره بتكييفه على أنه صورة من صور عقد التأمين الذي تلتزم فيه هيئة الضمان بأن تؤدي إلى المستثمر المتعاقد معها مبلغا من المال أو أي عوض مالي آخر في حالة وقوع الحادث المضمون، مقابل أقساط أو أية دفعة مالية أخرى يؤديها المستثمر إلى هذه الهيئة[122].

أما بالنسبة لاختلاف العقدين من حيث ركن السبب، يرى هذا الاتجاه أن ذلك لا يحول دون إضفاء وصف عقد التأمين عليه، لأنه لابد من التمييز بين السبب المباشر والسبب البعيد: فالسبب المباشر لالتزام الهيئة بمقتضى عقد ضمان الاستثمار يتمثل في استيفاء أقساط الضمان التي يلتزم المستثمر بأدائها، وهو السبب ذاته الذي تسعى إليه شركات التأمين في إطار التأمين التجاري، ولا يمكن أن يعترض على هذا التكييف بحكم أن أقساط الضمان التي تقتضيها هيئات الضمان الدولية زهيدة المقدار بالقياس إلى المخاطر التي تقوم بتغطيتها، لأنه ليس هناك ما يمنع هذه الهيئات من تعديل الأقساط واستفاء أقساط عالية تكفي للوفاء بالتزاماتها المالية.

أما السبب البعيد (الباعث) لالتزام الهيئة فهو تحقيق مصلحة الدولة أو الدول المنشئة لها وذلك بغرض تشجيع الاستثمار فيما بين هذه الدول.

(ب)- يحاول أنصار هذا الاتجاه التقريب بين عقد ضمان الاستثمار الدولي وعقد التأمين من حيث عناصر العقد وهي الخطر والقسط ومبلغ الضمان. وإذا كان تقدير الخطر في عقد ضمان الاستثمار لا يعتمد على الأسس الفنية التي يقوم عليها عقد التأمين، فذلك لا يمنع من تكييفه من قبيل التأمين، استنادا إلى أن عمليات التأمين أيضا لا تعتمد دائما على القوانين

[122] – **هشام خالد**، خصائص وطبيعة عقد ضمان الاستثمار العربي، المرجع السابق ص 156.

الإحصائية والحسابات الاكواتورية (Acturielle)، كما هو الوضع في التأمين التبادلي الذي يقوم على أساس مساهمة أطرافه في تعويض من لحقت به الخسائر، ثم إن الأسس الفنية حسب هذا الاتجاه ليست ركنا من أركان عقد التأمين، فغيابها لا يكون له تأثير على العقد من حيث انعقاده أو تكييفه، ولا يحول دون إضفاء وصف التأمين على هذا العقد[123].

(ج)- يحاول هذا الاتجاه التقريب بين عقد ضمان الاستثمار الدولي وعقد التأمين من حيث أثارهما، إذ يرتب العقدين التزامات متبادلة على الطرفين، وهذه الالتزامات لا تختلف عن تلك الالتزامات التي يرتبها عقد التأمين، كالتزام المستثمر المضمون بأداء أقساط الضمان، وإخطار هيئة الضمان بتحقق الخطر وبكل المعلومات المتعلقة بموضوع العقد، إلى جانب التزام هيئة الضمان بدفع التعويض المستحق إلى المستثمر المضمون عند تعرضه لأحد المخاطر، وهذا التقابل في الالتزامات يجعل العقد من عقود المعاوضة، التي يأخذ فيها كل من المتعاقدين مقابل ما أعطاه للطرف الآخر، فيلتزم المستثمر بأداء أقساط الضمان مقابل التزام هيئة الضمان بالتعويض عن الضرر كما هو الحال في عقد التأمين[124].

من هنا استقر هذا الاتجاه على أن عقد ضمان الاستثمار الذي تبرمه هيئة الضمان الدولية مع المستثمر المضمون عقد تأمين، تلتزم بمقتضاه هذه الهيئة بأن تؤدي للمستثمر المضمون تعويض في حالة تحقق الخطر المؤمن عليه في العقد، وذلك مقابل قسط يدفعه المؤمن له لهيئة الضمان[125].

ثانيا: تقييم الاتجاه

رغم تطابق عقود ضمان الاستثمار التي تبرمها هيئات الضمان الدولية مع المستثمرين الأجانب مع عقد التأمين كما يرى الفقه ، إلا أنه يمكن الاعتراض على هذا الاتجاه من عدة نواحي، تتمثل فيما يلي:

---

123 - **هشام خالد**، خصائص وطبيعة عقد ضمان الاستثمار العربي، المرجع السابق، ص ص. 154-155. أنظر كذلك: **دريد محمود السامرائي**، الاستثمار الأجنبي...، المرجع السابق، ص306. **قادري عبد العزيز**، الاستثمارات الدولية- التحكيم التجاري الدولي، ضمان الاستثمارات-، المرجع السابق، ص 220.

124 - **هشام خالد**، خصائص وطبيعة عقد ضمان الاستثمار العربي، المرجع السابق، ص 153.

125- **دريد محمود السامرائي**، الاستثمار الأجنبي...، المرجع السابق، ص 304.

(أ)- إن تكييف العقد المبرم بين هيئة الضمان الدولية والمستثمر الأجنبي من قبيل عقد التأمين استنادا إلى العبارات والمصطلحات التي وردت في الاتفاقيات الدولية لضمان الاستثمار ليس كافيا، لعدم الدقة والوضوح في استعمال تلك المصطلحات. فتكييف العقد يجب أن يكون استناداً إلى الواقع دون النظر إلى التسميات المختلفة التي وردت في مضمون الاتفاقيات الدولية لضمان الاستثمار.

ثم إن الغرض من استعمال مصطلح التأمين في أحكام هذه الاتفاقيات، هو للتعبير عن الضمان الدولي للاستثمارات، وهو المصطلح الأصح والأدق الذي يجب استعماله، فعبارة تأمين الاستثمارات يقابلها باللغة الفرنسية" Garantie des Investissements" والذي يراد به حماية المستثمر المضمون من الخسائر التي قد يتعرض لها مشروعه الاستثماري في الدول المضيفة، وذلك بتحويل النتائج المالية للمخاطر غير التجارية إلى هيئة دولية متخصصة تتحمل دفع التبعات المالية المترتبة عنها.

(ب)- إن هيئات الضمان الدولية لم تنشأ لغرض تحقيق الربح الذي تهدف إلى تحقيقه شركات التأمين التجارية، فالسبب الذي يدفع هذه الهيئات إلى التعاقد هو الرغبة في تحقيق المصلحة العامة للدول الأعضاء فيها، إلى جانب مصلحة المستثمرين الأجانب، فهي تعمل على تشجيع وترقية الاستثمار الأجنبي بين الدول الأعضاء على أساس اعتبارات جوهرية سياسية وجيوستراتجية " Géostratégiques"[126].

يرّد الاستاذ " هشام خالد" بالرفض لهذه الفكرة، بحجة أن "الربح ليس عنصرا جوهريا في عملية التأمين"[127]، ويستند في ذلك إلى فكرة التأمين الاجتماعي التي لا تقوم على أساس الربح، بل على أساس تغطية المخاطر التي يتعرض لها الخاضعون لهذا التأمين، ويعتبر أن المصلحة ليست ركنا في عقد ضمان الاستثمار الدولي، وانعدامها لا يؤدي إلى إبطال العقد، فالربح ليس معيارا لتقدير نجاح هيئة الضمان، إذ يمكن لها الاستمرار في إدارة نشاطها رغم تحقق بعض الخسائر، إذا ما نجحت في الوصول إلى الهدف من إنشائها وهو تشجيع انتقال رؤوس الأموال بين الدول الأعضاء وتحقيق التنمية المنشودة.

126- **ZOUAIMIA Rachid**, «Les mécanismes de garantie des investissements étrangers»,op.cit, p03.

127 - **هشام خالد** ، خصائص وطبيعة عقد ضمان الاستثمار العربي، المرجع السابق، ص 155.

لذلك يؤيده العديد من كتاب القانون، ومنهم الأستاذ "دريد محمود السامرائي"، والأستاذ "دسوقي عامر"، الذين يعتبران أن عقد ضمان الاستثمار الدولي لا يعدو أن يكون من ناحية التكييف القانوني إلا صورة من صور عقد التأمين[128].

غير أن هذا القول يبقى صحيحا في نظر أصحابه فقط، فتكييف عقد ضمان الاستثمار الدولي بعقد تأمين يقتضي حسب رأينا اشتراك العقدين في جميع العناصر والأحكام الجوهرية وهو ما لا ينطبق وهذا الاتجاه.

الفرع الثالث

عقد ضمان الاستثمار الدولي اشتراط لمصلحة الغير

بعد النقد الموجه للاتجاهين السابقين، حاول البعض تكييف عقد ضمان الاستثمار الذي تبرمه هيئات الضمان الدولية مع المستثمرين الأجانب من قبيل الاشتراط لمصلحة الغير(أولا)، لكن هذا الاتجاه بدوره لمّ يسلم من الانتقادات(ثانيا).

أولا: تكييف عقد ضمان الاستثمار بالاشتراط لمصلحة الغير

نظرا للأهمية الخاصة للاشتراط لمصلحة الغير في مجال الضمان، حيث يتعاقد الشخص مع شركة التأمين لصالح شخص آخر وهو المستفيد، فيكتسب هذا الأخير حقا مباشرا من عقد التأمين الذي يبرم بين المشترط وشركة التأمين (المتعهد)[129].

من هنا يرى الأستاذ " أحمد شرف الدين" أن العلاقة التي تربط هيئة ضمان الاستثمار الدولية بالمستثمر المضمون ليست سوى مجرد علاقة بين متعهد ومنتفع في اشتراط لمصلحة الغير، ويستند في تبريره لهذه الفكرة إلى نص المادة 3/19 من اتفاقية المؤسسة العربية لضمان الاستثمار التي وردت كالآتي:

"**يجوز للمؤسسة أن تعقد مع الأقطار المضيفة اتفاقات تتحمل بموجبها هذه الأقطار الرسوم والأقساط واجبة الأداء كلها أو بعضها** ".

---

[128]– **دريد محمود السامرائي**، الاستثمار الأجنبي...، المرجع السابق، ص 304. وأنظر كذلك: **رمضان علي عبد الكريم دسوقي عامر**، الحماية القانونية...، المرجع السابق، ص 188.

[129]– **أحمد السعيد شرف الدين**، عقود التأمين وعقود ضمان الاستثمار(واقعها الحالي وحكمها الشرعي)، المرجع السابق، ص75.

فاستنادا لهذا النص يمكن للدول المضيفة للاستثمار أن تقوم بأداء أقساط الضمان التي يجب على المستثمر المضمون أداءها إلى هيئة الضمان، مقابل التزام هذه الأخيرة بتعويضه عما قد يصيبه من خسائر في إقليمها، وبذلك تكون هذه الدول قد اشترطت الضمان على المؤسسة لصالح هذا المستثمر. إضافة لذلك الدول المضيفة بحكم أنها ملزمة بالإعلان عن قبولها لضمان هذا الاستثمار من طرف هيئة الضمان الدولية المعنية، وذلك يفيد بأنها اشترطت الضمان على الهيئة لصالح المستثمر المضمون، وأمنت نفسها من مسؤوليتها لدى هذه الهيئة عما قد يصيب هذا المستثمر من أضرار عند استثماره في إقليمها[130].

ثانيا: تقييم الاتجاه

إن تكييف العلاقة التي تربط هيئة الضمان الدولية بالمستثمر المضمون من قبيل الاشتراط لمصلحة الغير فكرة لم تصمد طويلا، نظرا للاختلاف الموجود بين العقدين كما هو مبين على النحو التالي:

(أ)- إذا كان الاشتراط لمصلحة الغير له أهمية خاصة في مجال عقود التأمين، حيث يتعاقد الشخص مع شركة التأمين لصالح شخص آخر وهو المستفيد، فيكتسب هذا الأخير حقا مباشرا من عقد التأمين الذي يبرم بين المشترط وشركة التأمين(المتعهد)، وبالتالي يكون الاشتراط لمصلحة الغير عقدا ثلاثي العلاقة، وهو شركة التأمين والمشترط والمنتفع في الاشتراط لمصلحة الغير، فإن عقد ضمان الاستثمار الدولي هو عقد يبرم بين طرفين فقط، هما هيئة الضمان الدولية والمستثمر المضمون.

يلاحظ أن بعض نظم الضمان الدولية تشترط لإبرام عقد ضمان الاستثمار الدولي ضرورة موافقة طرف ثالث، أي موافقة الدولة المضيفة للاستثمار المراد ضمانه كما هو الشأن بالنسبة للمادة 5/15 من اتفاقية المؤسسة العربية لضمان الاستثمار، إلا أن أن هذه الموافقة لا تشكل ركنا في العقد بقدر ما تكون شرطا سابقا على انعقاده[131].

---

[130]- **أحمد السعيد شرف الدين**، عقود التأمين وعقود ضمان الاستثمار (واقعها الحالي وحكمها الشرعي)، المرجع السابق، ص 76.

[131] - **هشام خالد**، خصائص وطبيعة عقد ضمان الاستثمار العربي، المرجع السابق، ص 148.

(ب)- لا يمكن اعتبار الدولة المضيفة للاستثمار طرفا مؤمنا له لدى هيئة الضمان لفائدة المستثمر كما يرى هذا الاتجاه، لأن ذلك يتعارض والمبادئ العامة في التأمين التي تشترط أن لا يكون تحقق الخطر المؤمن ضده راجعا إلى إرادة أحد المتعاقدين، سواء كان المؤمن أو المؤمن له، في حين أن طبيعة المخاطر التي يغطيها عقد ضمان الاستثمار الدولي عادة تكون بفعل إجراءات حكومية تتخذها الدول المضيفة للاستثمار.

(ج)- يشترط في الدولة المضيفة للاستثمار المراد ضمانه أن تكون عضو في هيئة الضمان الدولية التي يتعاقد معها المستثمر، والهدف من مشاركة الدول المضيفة في نظام الضمان الدولي إنما يهدف إلى تشجيع المستثمرين الأجانب على الاستثمار في أقاليمها، ويبرر استعدادها ليس فقط لتحمل عبء التعويض عن الخسارة التي يمكن أن تلحق بأصول المستثمر المضمون، ولكن أيضا تحملها للنفقات الإدارية التي يمكن أن تطالبها بها هيئة الضمان الدولية[132].

أمام النقد الموجه لهذا الاتجاه، حاول أنصاره أنصاره إعادة تكييف عقد ضمان الاستثمار الدولي، واعتباره من العقود غير المسماة.

الفرع الرابع
عقد ضمان الاستثمار الدولي عقد غير مسمى

ساعدت الاتجاهات الفقهية السابقة التي ظهرت حول تكييف عقد ضمان الاستثمار الذي تبرمه هيئة الضمان الدولية مع المستثمر المضمون على تحليل جوهر عملية الضمان التي ينطوي عليها العقد، إلا أن تكييف هذا العقد كعقد تأمين أو عقد كفالة أو اشتراط لمصبحة الغير لم يعطي لنا وصفا دقيقا لطبيعة العلاقة القائمة بين الطرفين، فتكييفه ضمن هذه الفئة من العقود أمراً صعب المنال، الأمر الذي جعل البعض يتجه للقول بأنه عقد غير مسمى(أولا)، إلا أن هذا الاتجاه لم يسلم بدوره من النقد(ثانيا).

---

[132] - **عبد الله عبد الكريم عبد الله**، ضمانات الاستثمار في الدول العربية: دراسة قانونية مقارنة لأهم التشريعات العربية والمعاهدات الدولية مع الإشارة إلى منظمة التجارة العالمية ودورها في هذا المجال، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2008، ص 162.

أولا: تكييف عقد ضمان الاستثمار الدولي عقدا غير مسمى

أمام الغموض الذي يحيط بعقد ضمان الاستثمار الدولي وصعوبة تحديد طبيعة القالب القانوني الذي يستوعب العلاقة بين هيئة الضمان الدولية والمستثمر المتعاقد معها لعدم وضوح معالمه، اتجه البعض لتكييف هذا العقد ضمن العقود غير المسماة.

يراد بالعقود غير المسماة كل عقد لم يضع له المشرع تنظيما تشريعيا، حتى ولو كان له إسم معين من الناحية العملية "كعقد النشر"، خلافا للعقود المسماة التي أورد لها المشرع اسما خاصا وأحكام خاصة في القانون المدني أو التجاري كعقد التأمين، عقد البيع، عقد الإيجار، عقد الوكالة، عقد الهبة والعقود التجارية.

من هذا المنطلق، يرى الاستاذ " أحمد شرف الدين" أن عقد الضمان الذي يبرم بين هيئة الضمان الدولية والمستثمر الأجنبي هو عقد غير مسمى، مفاده أن يتعهد شخص لآخر بأن يحميه من ضرر معين قد يتعرض له، أو بأن يعوضه عندما يتعرض فعلا للضرر، فينشئ هذا العقد نوعا من الالتزام التضامني بين هيئة الضمان الدولية والدولة المضيفة للاستثمار، فكلا منهما تلتزم بتعويض المستثمر إذا ما تحقق الخطر محل العقد، وإن اختلف مصدر هذا الالتزام، فمصدر التزام هيئة الضمان هو العقد المبرم بينها وبين المستثمر، أما مصدر التزام الدولة المضيفة بالتعويض قد يكون اتفاقية دولية أو نصا في قوانينها الوطنية، ولما كانت كل من هيئة الضمان والدولة المضيفة للاستثمار ملتزمتين بالدين نفسه فقد "تضاممت ذمتهما في ذلك الدين دون أن تتضامن"[133].

توضيحا لذلك، يقترح الأستاذ "أحمد شرف الدين" أن معالجة الطبيعة القانونية لهذا العقد إحدى الطريقتين: إما على أساس أنه عقد ضمان بالمعنى الواسع، أو عقد ضمان بالمعنى الضيق:

يراد بالضمان في مفهومه الواسع "انتقال الدين من ذمة إلى ذمة أخرى، بمعنى أن الضمان ينقل الدين من ذمة المضمون عنه إلى الضامن"، ومن ثم يكون عقد الضمان بمعناه الواسع حسب هذا الاتجاه محاولة لنقل عبء خطر خارجي المصدر، من عاتق المضمون له

133 – نقلا عن: **أحمد السعيد شرف الدين**، عقود التأمين وعقود ضمان الاستثمار(واقعها الحالي وحكمها الشرعي)، المرجع السابق، ص 77.

إلى عاتق الضامن، بحيث يمنح المستثمر المضمون الحق في مطالبة أي من الضامن أو المضمون عنه بالتعويض.

يضيف " أحمد شرف الدين" أنه يمكن أيضا أن تتم دراسة الطبيعة القانونية لعقد ضمان الاستثمار الدولي من زاوية أخرى، وهي أن عملية ضمان الاستثمار الأجنبي "عقد ضمان بالمعنى الضيق"، يتعهد بموجبه شخص لشخص آخر على أن يؤمنه ضد خطر معين، أو يعوضه عن الضرر المترتب على وقوع الخطر، ويظهر ذلك في نقل عبء الخطر من المضمون إلى الضامن دون أن يكون تحقق هذا الخطر ناتجا عن إخلال من جانب طرف ثالث بالتزاماته نحو الطرف المضمون[134].

يرى الاستاذ "طاهر بريك" أن هذا الاتجاه هو الأقرب لتكيف عقد ضمان الاستثمار الدولي، لأن المستثمر يتطلع من خلال هذا العقد للضمان أكثر من التأمين أو الكفالة والدليل على ذلك أن العديد من هيئات الضمان الوطنية والدولية تستعمل مصطح "عقد الضمان" لبيان عملها ومهامها في عناوين مؤسساتها وفي العقود التي تحررها والبيانات التي تصدرها، كما هو هو الحال بالنسبة للمؤسسة العربية لضمان الاستثمار[135].

ثانيا: تقييم الاتجاه

وجهت انتقادت شديدة لهذا الاتجاه، كونه لا يضيف شيء إلى الاتجاهات السابقة حول تكييف العقد، فرغم أنه يعترف بأن عقد ضمان الاستثمار الدولي يدخل في نطاق عقود الضمان التي تعد تطبيقا لفكرة المسؤولية المطلقة أو غير المبنية على الخطأ المعروفة في نطاق المسؤولية التقصيرية، لكن تكييف هذا العقد ضمن العقود غير المسماة لا يتفق مع المنطق القانوني، وذلك للأسباب التالية:

(أ)- يجعل هذا الاتجاه عقد ضمان الاستثمار الدولي عقد يتم بموجبه ضم ذمة إلى ذمة أخرى في الالتزام، وهو بذلك يسري في نفس الاتجاه السابق الذي يجعل من هذا العقد عقد كفالة، مع أن محل التزام الدولة المضيفة وهيئة الضمان الدولية لا يكون واحد في جميع

---

[134]- **أحمد السعيد شرف الدين**، عقود التأمين وعقود ضمان الاستثمار(واقعها الحالي وحكمها الشرعي)، المرجع السابق، ص ص.77-78.

[135] - **الطاهر برايك**، " أحكام العقد..."، المرجع السابق، ص 80.

الأحوال، لكي يمكن معه تطبيق فكرة تضامم الالتزام، ففي ضمان القروض يكون التزام الدولة هو رد مبلغ القرض مع فوائده، بينما يكون محل التزام هيئة الضمان دفع التعويض عند تحقق الخطر المضمون[136].

إضافة إلى ذلك، ينقسم الضمان في المجال المدني إلى نوعين: الضمان المالي والضمان غير المالي: ويتمثل الضمان المالي كل ما يتعلق بالمال أو يؤول إليه، أي ما يجب على المكلف ضمانه والالتزام به كالالتزام بالنفقة، أما الضمان غير المالي فيراد به كل التزام غير مالي كالكفالة الشخصية وغيرها[137]، إلا أن الضمان الذي ينطوي عليه عقد ضمان الاستثمار الدولي يتعدى هذا المفهوم، فهو يراد به تلك الوسيلة أو الأداة التي تضمن، بمعنى تحمي الاستثمار من الخسارة المتعمدة أو غير المتعمدة، وليس الضمان بمعنى الكفالة.

(ب)- إن اعتبار عملية ضمان الاستثمار الأجنبي عملية ضمان بالمعنى الضيق يجعلنا أمام الضمان بمفهوم عقد التأمين، وهو ما يسري عليه الاتجاه الفقهي السابق الذي يعتبره عقد تأمين.

بالتالي، فإن القول بفكرة الضمان بالمعنى الواسع أو بالمعنى الضيق لا تضيف شيء إلى الاتجاهات السابقة، فهي فكرة تعطي لنا أمثلة عن الالتزامات التي يمكن أن يلتزم بها الأشخاص[138]. ثم إن إعتبار عقد ضمان الاستثمار الدولي عقدا غير مسمى يعتبر موقف سلبي لا يعطي لنا وصفا قانونيا دقيقا للعقد، فهو اتجاه غير مقبول قانونيا يجعل فكرة تكييف العقد غير ممكنة، وهذا يعتبر هروب عن إعطاء الوصف المناسب لهذا النمط الجديد من العقود، التي أصبحت ترافق المشاريع الاستثمارية التي يتم إنجازها في الخارج، والتي لا يمكن للمستثمر الاستغناء عنها في عالم تقترن فيه الأعمال بالمخاطر السياسية.

في الواقع، إن تعدد المواقف وتنوع الاتجاهات الفقهية في هذا المجال إنما يؤكد أهمية هذا الموضوع، وإذا كانت الاتجاهات الفقهية السابقة لم تتمكن من تحديد طبيعة هذا العقد، فلعل ذلك راجع لتأثرها الشديد بالتشريعات الداخلية والتي عادة لا تنظم عقد الضمان في منظومتها

---

[136]- **رمضان علي عبد الكريم دسوقي عامر**، الحماية القانونية...، المرجع السابق، ص ص.186-187.

[137] - **عمر مصطفى جبر اسماعيل**، ضمانات الاستثمار...، المرجع السابق، ص 17.

[138] - **دريد محمود السامرائي**، الاستثمار الأجنبي...، المرجع السابق، ص 300.

القانونية، بل تعرف فقط الصور التقليدية للضمان الشخصي كالكفالة والتأمين والاشتراط لمصلحة الغير، وهذه المصطلحات عادة ما يتم تشبيهها بنظام الضمان، فيتم استعمالها في الكتاباتالقانونية بصورة غير دقيقة وواضحة، والدليل على ذلك أن بعض النظم لا تعرف عقد الضمان بل تعرف عقد التأمين وعقد الكفالة، وبعضها الآخر تعرف عقد الضمان كأحد العقود المسماة، إلا أنها تستعمله للدلالة على عقد التأمين بمفهومه الفني[139].

ذات الخطأ وقعت فيه الدول الأعضاء عند صياغتها لبعض أحكام الاتفاقيات الدولية لضمان الاستثمار، وخاصة الدول العربية عند صياغتها لاتفاقية إنشاء المؤسسة العربية لضمان الاستثمار، التي ذكر فيها مصطلح التأمين وعقد التأمين في جميع مضمون أحكامها. والخطأ ذات وقعت فيه الدول الاسلامية عند صياغتها لأحكام الاتفاقية المتضمنة إنشاء المؤسسة الإسلامية لتأمين الاستثمارات كما سبقت الإشارة إليه، إذ تشير إلى عقد ضمان الاستثمار بعقد التأمين وإلى فكرة ضمان الاستثمار الأجنبي بتأمين الاستثمار[140].

إلا أنه، لا يمكن اعتبار عقد ضمان الاستثمار الدولي عقد تأمين، فذلك سيؤدي إلى نتائج غير معقولة تتعارض ومبادئ نظام الضمان الدولي للاستثمارات، فالتسليم بذلك يؤدي للقول بأنه في حالة عدم وجود بند أو نص في هذا العقد بشأن مسألة معينة، فإنه يمكن اللجوء إلى المبادئ العامة لعقد التأمين المعمول بها في النظم القانونية للدول المعنية بعملية الضمان، وهذا يتناقض مع المبادئ التي تحكم عقود ضمان الاستثمار الدولية التي تستمد أحكامها من الاتفاقيات الدولية لضمان الاستثمار التي تعد المرجع الأساسي في هذا الشأن، دون الرجوع إلى أي قانون وطني معين، سواء قانون الدولة المصدرة للاستثمار أو قانون الدولة المضيفة له.

لتفادي اللبس والتداخل في المصطلحات، نرى ضرورة تمييز هذا العقد عن عقد التأمين وغيره من العقود المشابهة له، أملا في الوصول إلى إعطاء وصف قانوني دقيق لهذا العقد.

---

[139]– كما هو الوضع بالنسبة للمشرع اللبناني في المادة 950 من قانون الموجبات والعقود اللبناني الذي يعرف التأمين بأنه: "**عقد ضمان يلتزم بمقتضاه شخص (يقال له الضامن) ببعض الموجبات عند نزول بعض الطوارئ بشخص المضمون أو بأمواله...**".

نقلا عن: **حسين منصور محمد**، مبادئ عقد ...، المرجع السابق، ص 11.

أما عن المشرع الجزائري، فهو لم يذكر عقد الضمان إطلاقا ضمن العقود المسماة، فلا نجد في القانون الجزائري أية تسمية أو تنظيما لهذا العقد.

[140]– راجع في ذلك الصفحتين 19 و 20 من هذا البحث.

المطلب الثاني

تمييز عقد ضمان الاستثمار الدولي عن الأنظمة المشابهة

تتسم مسألة تكييف عقد ضمان الاستثمار الدولي بقدر كبير من الصعوبة، وذلك راجع لحداثة هذا النوع من العقود التي لا تزال في تطور بتطور النشاط الاقتصادي الذي تنصب عليه، الأمر الذي يقتضي منا تبيان كل ما من شأنه أن يوضح لنا خصوصيات هذا العقد، من خلال تمييزه عن غيره من العقود المشابهة، لاسيما عقد التأمين وعقد الكفالة الذين كثيرا ما يتداول استعمالهما في الكتابات القانونية في مجال الضمان(الفرع الأول).

يمكن كذلك تمييز هذا العقد عن عقود ضمان الاستثمار الوطنية، التي تنصب بدورها على ضمان الاستثمار الأجنبي، بمعنى الضمان الذي يوفر الطمأنينة ويمنح الثقة في نفوس المستثمرين الأجانب ويعمل على تشجيعهم على توجيه استثماراتهم نحو الخارج(الفرع الثاني). كما يمكن لنا تمييزه كذلك عن عقد إعادة التأمين وعقد ائتمان الصادرات التي كثيرا ما يلجأ إليها المستثمرين الأجانب عند انجاز مشاريعهم الاستثمارية لتغطيتها ضد مخاطر محددة يمكن أن تتعرض لها(الفرع الثالث).

الفرع الأول

تمييز عقد ضمان الاستثمار الدولي عن عقد التأمين وعقد الكفالة

أدت المحاولات الفقهية السابقة إلى إبراز وجود بعض الخصائص المشتركة بين عقد ضمان الاستثمار الدولي، وعقد التأمين، والكفالة، غير أن عقد ضمان الاستثمار الدولي يختلف عن عقد التأمين(أولا)، وعن عقد الكفالة(ثانيا) من عدة نواحي.

أولا: تمييز عقد ضمان الاستثمار الدولي عن عقد الكفالة

يمكن تمييز عقد ضمان الاستثمار الدولي عن عقد الكفالة من عدة نواحي وهي: من ناحية الصياغة والنظام القانوني للعقدين، وكذلك التمييز بينهما من حيث خصائص العقد.

1- الصياغة

يختلف عقد ضمان الاستثمار الدولي عن عقد الكفالة من حيث المصطلح ، فمصطلح الكفالة يعني "Cautionnement "[141]، وهي ذلك العقد الذي يلتزم بموجبه الكفيل نحو الدائن المكفول له، فالكفيل هو الذي يلتزم للدائن مع المدين الأصلي بتنفيذ الالتزام إذا لم ينفذه المدين. أما مصطلح الضمان الذي يعني "Garantie"[142]، فهو حماية شخص من ضرر يهدده وتعويضه عن ذلك.

أما في مجال الاستثمار، فيراد بالضمان حماية المستثمر المضمون من الخسائر التي قد يتعرض لها مشروعه الاستثماري في الدولة المضيفة، وذلك بتحويل النتائج المالية للمخاطر غير التجارية إلى هيئة ضمان متخصصة تتحمل دفع النتائج المالية المترتبة عنها[143].

2- النظام القانوني للعقد

يقصد بالنظام القانوني مجموع القواعد الموضوعية والاجرائية التي تسري على العقد، إذ تعد الاتفاقية الدولية لضمان الاستثمار المرجع الاساسي لعقد ضمان الاستثمار الدولي ، فهذا الأخير يخضع من حيث إبرامه وتنفيذه لأحكام الاتفاقية الدولية المتضمنة إنشاء هيئة الضمان التي يتعاقد معها المستثمر الأجنبي، بالاضافة إلى القواعد والتنظيمات واللوائح الصادرة عن هذه الهيئة بحسب الأحوال، دون الخضوع لآي نظام قانوني آخر. بينما تخضع الكفالة لأحكام القانون المدني والتشريعات الداخلية للدول[144].

3- خصائص العقد

يتميز عقد ضمان الاستثمار الدولي بمجموعة من الخصائص تميزه عن عقد كفالة، فهو عقدا تبادليا ملزما للجانبين لا ينعقد إلا باجتماع إرادة المستثمر المضمون وهيئة الضمان

---

141 – **نجار إبراهيم وزكي بدوي أحمد وشلال يوسف**، القاموس القانوني...، المرجع السابق، ص 146.

142 – **نجار إبراهيم وزكي بدوي أحمد وشلال يوسف**، المرجع نفسه، ص 51.

143 - **CARREAU Dominique**, **JULLIARD Patrick,** Droit international…,op.cit**,** p501.

144 – نظم المشرع الجزائري الكفالة بموجب القانون المدني، وذلك في الكتاب الثاني حول الالتزامات والعقود، والذي خصص الباب الحادي عشر منه للكفالة. أنظر في ذلك المواد 644-673 من الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر سنة 1975، المتضمن القانون المدني، المرجع السابق.

الدولية، ويرتب التزامات متبادلة على عاتق الطرفين، أهمها التزام المستثمر المضمون بتسديد أقساط الضمان للهيئة في مقابل التزام هذه الأخيرة بتعويضه عن الأضرار التي قد تصيبه نتيجة تحقق أحد المخاطر غير التجارية المضمونة بموجب العقد. أما الكفالة فهي عقد ملزم لجانب واحد، تنعقد بالإرادة المنفردة للكفيل، وتكون ملزمة له وحده فقط دون الدائن.

بالنتيجة، تُعد عقود ضمان الاستثمار الدولية من عقود العوض التي تلتزم بموجبها هيئة الضمان بتعويض المستثمر المضمون عن الضرر الذي لحقه جراء حدوث مخاطر غير تجارية مضمونة، أما إذا انتفى الضرر فإن هيئة الضمان لا تلتزم بأي شيء تجاه الطرف المضمون، وعدم تحقق الخطر محل العقد لا يجعل هذا الأخير من عقود التبرع.

فالأقساط فذ عقد ضمان الاستثمار الدولي لم تدفع مقابل مبلغ الضمان ولكن مقابل تحمل هيئة الضمان للخطر، أي مقابل نقل عبء الخطر من الشخص المضمون إلى الطرف الضامن، ومقابل الطمأنينة التي يحصل عليها المستثمر المضمون، خلافا للكفالة التي تعد من عقود التبرع التي لا يجوز اشتراط العوض فيها.[145]

إضافة لذلك، إن عقد ضمان الاستثمار الدولي لا يخول لهيئة الضمان الدفع برجوع المستثمر المضمون على الدولة المضيفة لمطالبتها بالتعويض، كما هو عليه الأمر في الكفالة التي يجوز فيها للكفيل الدفع بالتجريد، أي رجوع الدائن على المدين أولا، وإذا تعذر على المدين ذلك لإعساره مثلا، له أن يقوم بمطالبة الكفيل بذلك[146].

ثانيا: تمييز عقد ضمان الاستثمار الدولي عن عقد التأمين

يختلف عقد ضمان الاستثمار الدولي عن عقد التأمين من عدة نواحي، ويمكن لنا التمييز بينهما حيث الصياغة ومن حيث الأساس الفني للعقدين، كما يختلفان من الناحية القانونية ومن حيث الغرض ومدة العقدين.

---

[145]– **هشام خالد** ، خصائص وطبيعة عقد ضمان الاستثمار العربي، المرجع السابق، ص 123.

[146]– في هذا الصدد تنص المادة 660 من الأمر رقم 75–58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، المتضمن القانون المدني أنه:
" **لا يجوز للدائن أن يرجع على الكفيل وحده إلا بعد رجوعه على المدين. ولا يجوز له أن ينفذ على أموال الكفيل إلا بعد أن يجرد المدين من أمواله، ويجب على الكفيل في هذه الحالة أن يتمسك بهذا الحق**".

1- الصياغة

يراد بمصطلح التأمين الذي تقابله باللغة الفرنسية عبارة "Assurance"[147]، الاتفاق الذي بموجبه تتحمل شركات التأمين مسؤولية تغطية المخاطر المتفق عليها في العقد، مقابل دفعات يسددها المتعاقدون لهذه الشركات ذات الطابع التجاري، ويختلف تعريفه باختلاف وتنوع مجالاته[148]. وكلمة التأمين في اللغة مصدرها أمن يؤمن مأخوذة من الاطمئنان الذي هو ضد الخوف ويعني القدرة على درء الخطر، أما مصطلح الضمان"Garantie"، لغة فهو يستعمل لدلالة على الالتزام بمختلف أنواعه[149].

2- الأساس الفني للعقد

يقصد بالأساس الفني للعقد طريقة تقدير الخطر في العقد، إذ لا يمكن إخضاع الخطر في عقد ضمان الاستثمار الدولي إلى القياس والتقدير المعتمد عليه في التأمين التجاري، فالأقساط التي يؤديها المستثمر المضمون لا ترتبط في مقدارها بأي حساب رياضي مسبق للخسائر المحتملة، فهذه الأقساط ليست أقساطا تجارية[150]. وبالنتيجة فإن تقدير التعويض في عقد ضمان الاستثمار الدولي لا يخضع أيضا للأسس الفنية المعمول بها في نظام التأمين،

---

147 – **نجار ابراهيم، زكي بدوي أحمد، شلال يوسف**، القاموس القانوني...، المرجع السابق، ص 51.

148 – لقد عرف التأمين تطور عبر مراحل التاريخ، فعرفته البشرية أولا في صورة التكافل بين أفراد المجتمع لمواجهة تكاليف باهظة بالنسبة للفرد الواحد عند الفراعنة، ثم ظهر في أواخر القرن الرابع عشر(14)في أوروبا في مجال النقل البحري نتيجة تطور العلاقات التجارية بين مدن ايطاليا والدول الواقعة في حوض البحر الأبيض المتوسط، ثم عرف التأمين تطورا كبيرا في القرن السابع عشر (17) حيث تم إنشاء شركات التأمين الأولى في مجال التأمين البحري في انجلترا في سنة 1720، و،بعد الثورة الفرنسية عرف التأمين ركود ليعاود النمو من جديد بعد انتشار الصناعة في منتصف القرن التاسع عشر(19)، ويزداد أهمية في القرن العشرين (20) مع دخول عنصر التكنولوجيا وتقدم الحضارة، فظهرت أنماط جديدة للتأمين مع تطور الحياة الاجتماعية والاقتصادية والسياسية، وظهور الطائرات والأقمار الصناعية وتنوع المخاطر التي تحيط بالإنسان وتهدده في نفسه وماله. لمزيد من التفاصيل في هذا الموضوع أنظر: المعهد المالي، مدخل إلى أساسيات...، المرجع السابق، ص ص. 85-86.

149 – **نجار إبراهيم، زكي بدوي أحمد، شلال يوسف**، القاموس القانوني...، المرجع السابق، ص 146.

150 – يقصد بالقسط التجاري، القسط الصافي مضافا إليه نفقات النشاط التجاري والإداري لشركة التأمين، أي عمولة الوساطة ونفقات تحصيل القسط ومصروفات الإدارة العامة...الخ، يضاف إليها هامش الربح الذي تسعى شركة التأمين إلى تحقيقه بوصفها مؤسسة تجارية، فتقوم بإضافة نسبة من هذا الربح إلى سعر القسط. أنظر:

ZOUAIMIA Rachid, «Les mécanismes de garantie des investissements étrangers », op.cit, p16.

إنما يخضع لقواعد خاصة تحددها اتفاقيات وعقود الضمان بصورة مستقلة، فمبالغ الأقساط التي يجب على المستثمر المضمون دفعها، ومقدار التعويض الذي يستحقه إذا ما تحقق الخطر المضمون عناصر غير معلومة مسبقا بالنسبة لهيئة الضمان الدولية.

3- من الناحية القانونية

تعد أنظمة التأمين من المواضيع التي تنصب على تنظيم العلاقات الخاصة، والتي أفرد لها المشرع تنظيما خاصا، إذ تجد أصولها وأحكامها في القانون المدني وفي قانون التأمين، والذي يترك عادة مسألة تنظم تفاصيلها في وثيقة التأمين، باعتباره من العقود الخاصة التي تتم بين الأفراد من جهة وشركات التأمين من جهة أخرى .

أما أنظمة الضمان الدولية فتستمد أحكامها من الاتفاقيات الدولية لضمان الاستثمار التي تحدد الإطار العام لعمليات الضمان، وهذه الاتفاقيات لم تتطرق لتعريف عملية الضمان، بل اكتفت بالإشارة إلى عقد الضمان كآلية قانونية تسعى بواسطتها هيئة الضمان الدولية إلى تعزيز ثقة المستثمرين الأجانب والتقليل من حدة مخاوفهم من المخاطر غير التجارية التي يمكن أن تصادف استثماراتهم في الدول المضيفة لها، وذلك لغرض تشجيع انتقال رؤوس الأموال بين الدول الأعضاء فيها.

4- الغرض من العقد

يتشابه عقد ضمان الاستثمار الدولي وعقد التأمين من حيث أنهما مبدئيا يهدفان إلى تحقيق الهدف نفسه وهو تغطية الخطر، لكنه لا توجد علاقة قانونية بينهما، فنظم التأمين تعد من المواضيع الخاصة التي تنفرد بها شركات التأمين التجارية، والتي تمارس نشاط تجاري تهدف من وراءه إلى تحقيق الربح، أما نظم الضمان الدولية فتعد من المواضيع العامة[151].

بعبارة أخرى، إن عقود التأمين يغلب عليها الطابع التجاري فهي من الأعمال التجارية[152]، يكون المؤمن فيها تاجرا يقوم بالتأمين ضد أخطار الأموال والأشخاص لصالح أشخاص آخرين مقابل تحقيق هدف الربح، فتقوم شركة التأمين بوضع الشروط، وتحدد الأقساط بالشكل الذي

---

[151]- **TRAORE Tsagao**, La garantie des investissements étrangers en Afrique et droit international, Thèse de doctorat, A.N.R.T, Université de Lille III, 2001, p 24.

[152]- **السنهوري أحمد عبد الرزاق** ، الوسيط في شرح...، المرجع السابق، ص 1166.

يتماشى وتحقيق هذا الهدف، فهي تقوم بتحصيل الأقساط من المؤمنين لهم لتحقيق الربح أي لتحقيق مصلحة تجارية محضة.

أما عمليات ضمان الاستثمارات التي تقوم بها هيئات الضمان الدولية، فتهدف إلى تشجيع تدفق الاستثمارات بين الدول الأعضاء لتمويل جهودها الإنمائية لصالح شعوبها ودعم علاقاتها الاقتصادية في إطار التعاون الفعّال، وتوفير الحماية المناسبة للاستثمارات الأجنبية، ومواجهة تصرفات الدول المضيفة التعسفية.

في هذا الصدد، إذ تشير ديباجة اتفاقية سيول إلى أن الدول المتعاقد بموجب هذه الاتفاقية قد اتفقت على إنشاء الوكالة الدولية لضمان الاستثمار وذلك للاعتبارات التالية:

" **اعتبارا منها للحاجة إلى تعضيد التعاون الدولي في مجال التنمية الاقتصادية ودعم مساهمة الاستثمار الأجنبي، وعلى وجه الخصوص الاستثمارات الأجنبية الخاصة في تلك التنمية؛ وإدراكا لما يترتب على رفع المخاوف المتعلقة بالمخاطر غير التجارية من تسيير وتشجيع تدفق الاستثمار الأجنبي إلى الدول النامية؛ ورغبة في تعزيز تدفق رأس المال والتكنولوجيا للأغراض الإنتاجية إلى الدول النامية طبقا لشروط تتواكب مع احتياجات وسياسات وأهداف تلك الدول وفقا لأسس عادلة مستقرة لمعاملة الاستثمارات الأجنبية؛ واقتناعا منها بأهمية الدور الذي يمكن أن تقوم به الوكالة الدولية لضمان الاستثمار في هذا المجال...** "

كما قامت الدول الأعضاء في منظمة المؤتر الاسلامي للتنمية "ورغبة منها في دعم العلاقات الاقتصادية على أساس المبادئ والمثل الاسلامية والعمل لتشجيع انتقال رؤوس الأموال، وعلى توسيع إطار العلاقات التجارية بين الدول الاسلامية بغرض تعزيز ودعم جهودها الانمائية، بالاتفاق على إنشاء المؤسسة الاسلامية لتأمين الاستثمارات وائتمان الصادرات تتولى التأمين على الاستثمارات في أقاليم الأطراف الموقعة على الاتفاقية وذلك وفقا لمبادئ الشريعة الاسلامية"[153]، وذلك قصد تشجيع انتقال رؤوس الأموال بين الدول الأعضاء في منظمة المؤتمر الإسلام، وهو ما نصت عليه صراحة الفقرة الأولى من المادة 05 من إتفاقية المؤسسة الإسلامية لتأمين الاستثمارات وائتمان الصادرات فيما يلي:

"**هدف المؤسسة هو توسيع إطار المعاملات التجارية وتشجيع تدفق الاستثمارات بين الدول الأعضاء**".

[153]– هذا ما ورد في ديباجة اتفاقية إنشاء المؤسسة الاسلامية لتأمين الاستثمارات.

فالهدف الرئيسي من إيجاد نظام دولي لضمان الاستثمار يتمثل في تشجيع تدفق الاستثمارات بين الدول الأعضاء لتمويل جهودها الإنمائية ودعم علاقاتها الاقتصادية في إطار التعاون الفعّال، وتوفير الحماية المناسبة للاستثمارات الأجنبية.

تحقيقا لهذا الغرض، تقوم هيئات الضمان الدولية إلى جانب نشاطها الرئيسي في ضمان الاستثمارات الأجنبية ضد المخاطر غير التجارية، أنشطة مكملة أخرى لتشجيع تدفق الاستثمارات من خلال إجراء البحوث ونشر المعلومات المتعلقة بفرص الاستثمار في الدول الأعضاء، وتقديم المساعدات الفنية والمشورة فيما يتعلق بتحسين ظروف الاستثمار، والقيام بالأنشطة اللازمة لتشجيع الاستثمارات الأجنبية وإزالة كافة العقبات التي تعرقل تدفق الاستثمارات إلى الدول النامية الأعضاء[154]. وهذا ما لانجده لدى شركات التأمين التجارية.

لذلك يصف الفقه هيئات الضمان الدولية بأنها من ميكانيزمات المصلحة العامة المتعددة الجوانب الاقتصادية والاجتماعية والسياسية، وصولا إلى ما يعرف بمصطلح النهوض بالتنمية الاقتصادية في الدول المضيفة[155]، بينما أنظمة التأمين لا تتضمن شيئا من هذه المصلحة، فهي أنظمة منغلقة على نفسها حتى يتسنى لها تحقيق الاستقرار والتوازن في الأداءات المتقابلة بين المؤمن والمؤمن لهم، فهي أنظمة تقوم على أسس تجارية وتهدف إلى تحقيق الربح.

5- مدة العقد

تبرم عقود ضمان الاستثمار الدولية عادة لمدة تتراوح ما بين 15 إلى 20 سنة، وذلك تماشيا وطبيعة المشروع الاستثماري الذي يتم إنجازه غالبا لمدة طويلة، يمكن أن يتأثر خلالها المشروع بالتغيرات والتقلبات الاقتصادية والسياسية التي يمكن أن تشهدها الدولة المضيفة، أو نتيجة حدوث وقائع وأحداث لا يمكن وصفها بالقوة القاهرة، من شأنها أن تؤثر سلبا على التوازن الاقتصادي للمشروع كحالة الحرب والاضطربات المدنية[156]. في حين تبرم عقود التأمين عادة لمدة لا تزيد عن ثلاث(03)سنوات.

---

[154]- راجع في ذلك: المادة 02 و05 من اتفاقية المؤسسة العربية لضمان الاستثمار، والمادة 02 و23 من اتفاقية سيول.

[155]- **CARREAU Dominique**, **JULLIARD Patrick** ,Droit international..., op.cit, pp. 502-503.

[156]- **LONCLE (Jean Marc)**, « La nation d'investissement dans les décisions CIRDI », RDAI, N°3, Paris, 2006, p382.

الفرع الثاني
تمييز عقد ضمان الاستثمار الدولي عن عقد ضمان الاستثمار الوطني

لقد أصبح واضحا لدى المستثمر أن من أهم وسائل الضمان على الاستثمار الأجنبي التأمين L'assurance عليه ضد مخاطر محددة، وذلك إما بواسطة عقد الضمان الوطني، أو بواسطة عقد ضمان الاستثمار الدولي. ويمكن التمييز بين هذين العقدين من ناحيتين: من حيث ظهور العقد(أولا)، ومن حيث نطاق الحماية المقررة فيه(ثانيا).

أولا: ظهور العقد

ظهرت فكرة الضمان الوطني على الاستثمار الأجنبي مباشرة بعد الحرب العالمية الثانية، عند قيام الولايات المتحدة الأمريكية بإنشاء أول هيئة حكومية تتولى مهمة التأمين على الاستثمارات الأمريكية التي يتم انجازها في الخارج، وهي مؤسسة الاستثمار الخاص لما وراء البحار (OPIC) [157] .

بعدها عرف قطاع التأمين على المشروعات الاستثمارية طويلة الأجل ضد المخاطر السياسية العديد من التطورات والتحولات الجذرية، لاسيما أمام الظهور المتزايد للعديد من الشركات والوكالات المتخصصة في هذا النوع من النشاط، والتي أصبحت تسيطر على السوق الدولي للتأمين ضد المخاطر السياسية، كوكالات تمويل الصادرات التابعة لحكومات الدول الأعضاء في منظمة التعاون الاقتصادي والتنمية (OECD)، وكذلك القطاع الخاص الذي سيطرت عليه "شركة لويدز" البريطانية، شركة تمويل وضمان الصادرات في استراليا، "مكتب كرواد" لضمان المخاطر غير التجارية في بلجيكا، وغيرها من الدول التي عرفت إنشاء هيئات مماثلة لضمان الاستثمار في الخارج[158].

---

[157]– **عبد الله عبد الكريم عبد الله**، ضمانات الاستثمار في الدول العربية: دراسة قانونية مقارنة لأهم التشريعات العربية والمعاهدات الدولية مع الإشارة إلى منظمة التجارة العالمية ودورها في هذا المجال، المرجع السابق، ص 285.

[158]– أنظر في هذا الموضوع: **محمود العجلوني محمد**، "المخاطر السياسية للمشروعات الاستثمارية، إدارة المخاطر: تأمين المشروعات الاستثمارية ضد المخاطر السياسية"، مجلة الدراسات المالية والمصرفية، مجلد 05، العدد 03، عمان، سبتمبر 1998، ص 20.

كما عرف العالم العربي إنشاء عدة شركات في هذا المجال، ومن أهم الشركات العربية الرائدة في هذا المجال شركة " أريج" أو ما يعرف بالمجموعة العربية للتأمين أريج، التي تم تأسيسها في 17 أكتوبر 1981 في المنامة بالبحرين، وشركة إعادة التأمين العربية في بيروت، والشركة الأهلية السعودية للتأمين وإعادة التأمين بالبحرين وغيرها من الشركات الرائدة في هذا المجال[159] .

تتولى هيئات ضمان الاستثمار التابعة لحكومة الدول المصدرة لرأس المال مهمة الضمان على الاستثمارات التي ينجزها المستثمرين الوطنيين في الخارج بواسطة ما يعرف بعقود ضمان الاستثمار الوطنية، تلتزم بموجبها هذه الهيئات بضمان استثماراتهم ضد المخاطر غير التجارية التي يمكن أن تتعرض لها في الدول المضيفة، وتعويضهم عن الخسائر المترتبة عن حدوثها.

أما عقد الضمان الدولي للاستثمار فقد ظهر في مرحلة لاحقة، كتقنية جديدة لضمان الاستثمارات التي يتم انجازها في الخارج، وذلك بعد عجز النظم التقليدية لضمان الاستثمار عن توفير الحماية المناسبة للاستثمارات الأجنبية، نظرا لتعدد القيود والعيوب التي إنطوت عليها برامج الضمان الوطنية التي تبنتها العديد من الدول المصدرة لرأس المال بغرض التأمين على استثمارات مواطنيها التي يتم إنجازها في الخارج.

الأمر الذي دفع بالدول ابتداء من السبعينيات إلى التفكير في إنشاء نظام دولي لضمان الاستثمار تجسد في إنشاء مؤسسات دولية متخصصة في ضمان الاستثمارات الأجنبية، تقوم بواسطة عقود ضمان الاستثمار الدولية التعاقد مع مستثمري الدول الأعضاء قصد الضمان على مشروعاتهم الاستثمارية وتغطية مختلف المخاطر غير التجارية التي يمكن أن تتعرض لها في الدول المضيفة.

ثانيا: نطاق الحماية

إن تنوع هيئات الضمان التي تتولى مهمة الضمان على الاستثمار الأجنبي، يترتب عليه في الواقع اختلاف في أحكام الضمان على الاستثمار الأجنبي، باختلاف الهيئة التي تضطلع بهذا العمل القانوني والفني.

---

[159]– **سميح عبد الفتاح مسعود**، قضايا اقتصادية عربية، دار الشروق للنشر والتوزيع، عمان،2009، ص ص. 240–242.

بالرغم من أن نظم ضمان الاستثمار الوطنية تهدف بدورها إلى حماية الإستثمار لغرض تشجيع تدفقه نحو الخارج، ووسيلة حديثة من وسائل الضمان الاتفاقي للاستثمار الأجنبي، إلا أنها أنظمة تخضع للقوانين التشريعية والتنظيمية للدول المصدرة للاستثمار، وبذلك فهي تتميز بالمرونة، إذ تختلف عن بعضها البعض باختلاف النظام القانوني للدول التي تدير برنامج الضمان المعني، واختلاف الظروف السياسية والاقتصادية لهذه الدول.

تنقسم إلى نظام ضمان الاستثمار الوطني إلى نظامين: نظام الضمان التفضلي ونظام الضمان غير التفضيلي[160]:

نظام الضمان التفضيلي: يقوم هذا النظام على وجود اتفاق بين الدولة المصدرة لرأس المال والدولة المضيفة له بالموافقة على هذا التأمين، كما جرى عليه نظام التأمين على الاستثمارات في الولايات المتحدة الأمريكية لسنة 1948، بهدف تشجيع استثمار رؤوس الأموال الوطنية في دول أوروبا الغربية، لإعادة بناء اقتصادياتها التي دمرتها الحرب العالمية الثانية، إذ كان هذا النظام يقتصر في البداية على ضمان الاستثمارات الأمريكية الخاصة في هذه الدول، ثم عرف تطور بعد إدخال تعديلات عليه في سنة 1953، ليشمل أية دولة تتفق معها الولايات المتحدة الأمريكية على تطبيقه، ثم عدل في سنة 1961 ليقتصر على ضمان الاستثمارات الأمريكية في الدول النامية فقط[161].

نظام الضمان غير التفضيلي: يمكن في هذا النظام إبرام عقد الضمان بين المستثمر وهيئة الضمان الوطنية دون الحاجة إلى موافقة من الدولة المضيفة، كما هو مطبق في النظام الياباني لضمان الاستثمارات في الخارج المستحدث بموجب القانون الصادر في عام 1956، والذي يقوم على تغطية الاستثمارات اليابانية من مخاطر معينة أيا كانت الدولة التي تزاول النشاط فيها، فلا يفرق هذا القانون بشأن التأمين على الاستثمار الخارجي بين المشروعات الاستثمارية التي تمارس نشاطها في الدول المتقدمة اقتصاديا وتلك التي تضطلع بالاستثمار في

---

[160] – **رمضان علي عبد الكريم دسوقي عامر**، الحماية القانونية...، المرجع السابق، ص 180.

[161]– **عبد الله عبد الكريم عبد الله**، ضمانات الاستثمار في الدول العربية: دراسة قانونية مقارنة لأهم التشريعات العربية والمعاهدات الدولية مع الإشارة إلى منظمة التجارة العالمية ودورها في هذا المجال، المرجع السابق، ص ص. 285–286.

الدول النامية، كما لا يشترط في هذا النظام ضرورة عقد اتفاق ثنائي مع الدول المستقطبة للاستثمار لضمان الاستثمارات في تلك الدولة[162].

يلاحظ أن الاستفادة من خدمات هذا النظام محصوراً على الاستثمارات الصادرة من مواطني الدول التي اعتمدت هذا النظام، ومحدودا في تطبيقه على أقاليم الدول المضيفة التي تبرم اتفاقيات ثنائية مع البلد الأصلي للمستثمر أي مع الدولة المنفذة للبرنامج، أو الدول المضيفة التي تقوم بإنشاء مؤسسات مماثلة تختص بالتأمين على استثماراتها الوطنية وضمانها في الخارج، تطبيقا لمبدأ المعاملة بالمثل الذي تنص عليه الاتفاقيات الثنائية التي تربط الدولتين في هذا الخصوص.

إضافة لذلك، تتميز أنظمة الضمان الوطنية بالتباين والتفاوت بالنسبة لأقساط الضمان، فنجد ارتفاع معدلات أقساط الضمان التي تتقاضاها الهيئة المشرفة على برامج الضمان الوطنية مقارنة بمعدلات أقساط الضمان التي تتقاضها هيئات الضمان الدولية، إذ تتراوح قيمتها ما بين 0,7% و1,1%، ويمكن أن تصل في بعض الأحيان إلى 1,5% في بعض القطاعات كما هو في حالة التغطية التأمينية للاستثمارات في قطاع التعدين في الولايات المتحدة الأمريكية، إذ يلاحظ أن معدل قسط التأمين الذي تقرره منظمة الأوبيك الأمريكية في هذه الحالة يبلغ أضعاف معدلات قسط التأمين المطبق في برامج ضمان الاستثمار الأخرى[163].

بينما يكون معدل أقساط الضمان المعمول بها بالنسة لعقود ضمان الاستثمار الدولية عادة ما بمبالغ ضئيلة ومنخفضة مقارنة بنظم الضمان الوطنية[164]. لذلك عادة ما يفضل المستثمر الأجنبي الضمان على استثماره بواسطة هيئة دولية حتى ولو كانت دولته تطبق نظاما وطنيا لتأمين الاستثمار[165].

---

162 – **رمضان علي عبد الكريم دسوقي عامر**، الحماية القانونية...، المرجع السابق، ص 181.

163- **SEROUSSI R., PLANTIN J.** , L'exportation , op.cit, p186 .

164– راجع حول تعيين معدل القسط في عقد ضمان الاستثمار الدولي، الصفحة 51 من هذا البحث.

165– هذا ما أكده البنك الدولي للتنمية والاعمار عندما أجرى استفتاء بين عدد كبير من المستثمرين للوقوف على أرائهم بشأن التأمين على الاستثمار لدى هيئة دولية أو بواسطة نظم الضمان الوطنية، فكانت النتيجة أن فضل 80% من المستثمرين التأمين لدى هيئة دولية، في حين 13% فقط فضلوا التأمين بواسطة نظم الضمان الوطنية. نقلا عن: **دريد محمود السامرائي**، الاستثمار الأجنبي...، المرجع السابق، ص 290.

إضافة لذلك، إن نطاق الحماية المقررة في نظم الضمان الوطنية محدود، لكثرة القيود التي ينطوي عليها، كونها تحد من عدد المستثمرين المتاح لهم الانتفاع بهذا النمط من الضمان، فلا يسري تطبيق هذا النظام إلا على المستثمرين الوطنيين ويفرض عليهم مجموعة من الحقوق والضمانات لا تحقق لهم في الواقع إلا تأمينا نسبيا على مشاريعهم الاستثمارية[166]، في حين يسمح نظام الضمان الدولي للاستثمار بإمكانية ضمان المشروعات الدولية المشتركة التي لا تتمتع بجنسية دولة معينة بالذات. ويوفر الضمان

كما يفضل المستثمرون الأجانب اللجوء إلى نظام الضمان الدولي للاستثمارات كونه يوفر لهم الحماية ضد مخاطر متعددة ومتنوعة منها المخاطر التي تستبعدها مؤسسات الضمان الوطنية كمخاطر الحرب والاضطرابات المدنية والأعمال الإرهابية، فهي مخاطر نادرا ما تؤمنها شركات التأمين الوطنية، وإذا قامت بتغطيتها فغالبا ما يتم ذلك في عقود منفصلة وبسعر مرتفع، علما أن الطلب على مثل هذه التغطيات يزيد بعد وقوع الأحداث وفي حال استمرارها[167]. هذا بالاضافة إلى مدة الضمان التي يمكن أن تصل إلى 20 سنة في عقود ضمان الاستثمار الدولية، في حين تمنح المؤسسات الوطنية الضمان للمشاريع الاستثمارية عادة لمدة تتروح مابين 07 إلى 10 سنوات كحد أقصى [168].

فنظرا للعيوب التي انطوت عليها نظم الضمان الوطنية، كان لابد من التفكير في إنشاء نظام دولي لضمان الإستثمار الأجنبي، يكون أكثر فعالية، تتسع فيه الحماية لعدد أكبر من المستثمرين في شتى المجالات، يقوم على مشاركة أكبر عدد ممكن من الدول المصدرة والدول المستوردة لرأس المال، والتي تشارك على حد سواء في وضع قواعده وأحكامه، بحيث يكون نظاما مستقلا عن السياسات الوطنية للدول المشتركة فيه، ومتحررا من القيود التي قد تشوب نظم الضمان الوطنية.

فالتأمين الفعال هو الذي تضطلع به في الواقع هيئة محايدة مستقلة عن الدولة المضيفة للاستثمار والدولة المصدرة له، أي ضمان تشرف عليه هيئات دولية متخصصة مستقلة عن

166– **الطاهر برايك**، " أحكام العقد..."، المرجع السابق، ص 72.

167– **برت دكاش**، "الربيع العربي يرخي بثقله على قطاع التأمين: تزايد الضغوط لرفع اسعار اعادة التأمين،" مجلة الاقتصاد والأعمال، العدد 382، السنة 33، بيروت، أكتوبر 2011، ص 98.

168– **مايا ريدان**، "تغطية الاستثمار..."، المرجع السابق، ص 133.

الدول الأعضاء فيها، ولا ترتبط ببرامج الضمان الوطنية للدول المصدرة لرؤوس الأموال، ولا بسياسات الدول المضيفة لهذه الاستثمارات، والدليل على ذلك أن العديد من هذه الدول فضلت الانضمام إلى هيئات الضمان الدولية لضمان الاستثمار، مثل دولة الكويت التي لم تجار النظام الأمريكي في إنشاء مؤسسة خاصة لضمان استثماراتها في الخارج، بل فضلت بدلا من ذلك الانضمام إلى الوكالة الدولية لضمان الاستثمار[169].

الفرع الثالث
تمييز عقد ضمان الاستثمار الدولي عن عقد إعادة التأمين وعقد تأمين القرض عند التصدير

يعتبر عقد إعادة التأمين وعقد ائتمان الصادرات من العقود التي يلجأ إليها كثيرا المستثمرين الأجانب في معاملاتهم ونشاطاتهم الاقتصادية. لذلك نميز في هذا الفرع بين عقد ضمان الاستثمار الدولي وعقد إعادة التأمين(أولا)، ثم تمييزه عند عقد ائتمان الصادرات(ثانيا).

أولا: تمييز عقد ضمان الاستثمار الدولي عن عقد إعادة التأمين

يقصد بإعادة التأمين قيام شركات التأمين بإبرام عقد للتأمين مع مؤمن آخر يسمى "المؤمن المعيد"، بموجبه تنقل إليه عبء مواجهة بعض أو كل الأخطار التي تتحملها، وذلك مقابل مبلغ معين يتم الاتفاق عليه، حيث تظل الشركة الأولى طرفا في العقد الأصلي مع المؤمن له وملتزمة في مواجهته بتغطية الخطر[170].

ففي إعادة التأمين لا توجد علاقة قانونية أو تعاقدية بين المؤمن له ومعيد التأمين، بل هناك عقد تأمين بين المؤمن له وشركة التأمين، والمؤمن له في معظم الحالات لا يعلم بوجود عقد لإعادة التأمين، إذ عادة ما تلجأ شركات التأمين إلى إعادة التأمين عندما لا تطمئن إلى دقة حساباتها فيما يتعلق بالأقساط وتغطية الأخطار المحتملة، فهو أسلوب تلجأ إليه شركات

---

[169]– **مدوس فلاح الرشيدي**، "ضرورة تطوير وتفعيل الاتفاقية الثنائية لعام 1989 بين دولة الكويت والولايات المتحدة الأمريكية بشأن الضمانات المتبادلة للاستثمار: دراسة تحليلية نقدية في ضوء التطورات الحديثة في القانون الدولي العام"، مجلة الحقوق، العدد الأول، السنة التاسعة عشر، الكويت، مارس 2005، ص 29.

[170]– المعهد المالي، مدخل إلى أساسيات...، المرجع السابق، ص ص. 251– 152.

التأمين لإدارة بعض المخاطر، من خلال تحويل أعباء المخاطر المؤمن عليها إلى شركة إعادة التأمين، وهو ما يساعد على توفير الحماية لعدد كبير من الأخطار التي يغطيها نظام التأمين بما فيما فيها الأخطار الكبيرة والمركزة والمعقدة.

نظرا لأهمية إعادة التأمين تتجه هيئات الضمان الدولية إلى تطبيقه قصد التوسيع من قدرتها التأمينية وتطوير نشاطها، وتحقيق أهدافها في توفير الضمان المناسب لمستثمري الدول الأعضاء، فطبقا للمادة 1/2 من اتفاقية المؤسسة العربية لضمان الاستثمار فإن:

" **الغرض من المؤسسة هو تأمين المؤمن له العربي بتعويضه تعويضا مناسبا عن الخسائر الناجمة عن المخاطر المحددة في هذه الاتفاقية عن طريق التأمين المباشر أو إعادة التأمين**"

تطبيقا لهذا النص، تقوم هذه المؤسسة حاليا بعمليات إعادة تأمين شركات التأمين العربية، وتشجيع مختلف المؤسسات المالية من بنوك وشركات إيجار وشركات تأمين عربية أو عربية أجنبية مشتركة على تمويل وتأمين الاستثمارات في الدول العربية والصادرات العربية نحو جميع دول العالم ضد المخاطر التجارية وغير التجارية، وذلك عبر عدد من عقود التأمين واتفاقات إعادة التأمين، التي تتلاءم وطبيعة العمليات والخدمات التي توفرها للمصدرين والمستثمرين العرب والأجانب، ومنها تأمين مستحقات البنوك والمؤسسات المالية[171].

كما تتبع المؤسسة الإسلامية لتأمين الاستثمارات صيغة إعادة التأمين، فطبقا للمادة 25 من اتفاقية إنشاء هذه المؤسسة فإنه:

" **يجوز للمؤسسة أن تدخل في ترتيبات مع مؤسسات التأمين وإعادة التامين الوطنية الخاصة والعامة في الدول الأعضاء بغرض التوسع في عمليات المؤسسة وتشجيع تلك المؤسسات على تغطية المخاطر التجارية وغير التجارية بشروط مماثلة للشروط التي تطبقها المؤسسة... ويجوز للمؤسسة أن تعيد تأمين أي استثمار أو ائتمان صادرات قامت بتغطيته مع أية مؤسسة مناسبة لإعادة التأمين إما كليا أو جزئيا**".

استنادا لهذا النص، تمكن للمؤسسة الإسلامية لتأمين الاستثمارات أن تقوم بالدخول في اتفاقات إعادة التأمين مع وكالات تأمين الصادرات في الدول الأعضاء والوكالات الدولية،

---

[171]– **مأمون ابراهيم**، "إستراتجية المؤسسة العربية لضمان الاستثمار لتشجيع استثمار الأموال العربية المهاجرة للخارج في داخل الدول العربية"، مجلة التأمين العربي, العدد 30، السنة التاسعة، القاهرة، 1991، ص 52.

لتغطية الخسارئر الناجمة عن واحد أو أكثر من المخاطر غير التجارية المشمولة بالتأمين. منها ما قامت به المؤسسة خلال سنة 2005 بالتوقيع على مجموعة من الاتفاقات، كتجديد عقد إعادة التأمين مع شركة (ATRADUIS)، وتوقيع مذكرة تفاهم مع الشركة الفرنسية لتأمين التجارة الخارجية كوفاس(COFACE) لدعم التعاون القائم بين المؤسستين وتطويره[172].

كما يمكن أن تقوم الوكالة الدولية لضمان الاستثمار بإعادة التأمين كليا أو جزئيا على استثمارات محددة تم التأمين عليها من طرف أحد الأعضاء أو مؤسسة من مؤسساته أو مؤسسة إقليمية لضمان الاستثمار، وذلك ضد الخسارة المترتبة عن واحد أو أكثر من المخاطر غير التجارية المشمولة بالتأمين، وتحدد حقوق والالتزامات المتبادلة بين الوكالة والعضو الذي يعاد التأمين عليه أو مؤسسته في عقد إعادة التأمين، بمراعاة القواعد واللوائح التي يصدرها مجلس إدارة الوكالة في هذا الشأن[173].

عموما، يجوز لهيئات الضمان الدولية الدخول في علاقات تعاون مع المؤسسات الوطنية والإقليمية التابعة للدول الأعضاء فيها، بإعادة التأمين على أي ضمان أو ضمانات صادرة من المؤسسات الخاصة بالتأمين وإعادة التأمين في الدول الأعضاء، وذلك بغرض التوسع في عملياتها، وتكملة نشاطها المتمثل فـي ضمان الاستثمارات الأجنبية ضد المخاطر غير التجارية، وتشجيع تدفق الاستثمارات فيما بين الدول الأعضاء[174].

---

[172]– **مسعداوي يوسف**،"دور المؤسسة الإسلامية لتأمين الاستثمار وائتمان الصادرات(ICIEC) في تعزيز صادرات واستثمارات الدول الأعضاء"، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، المجلد 27، العدد الأول، دمشق، 2011، ص 55.

[173]– هذا ما ورد في الفقرة (أ) و (ب) من المادة 20 من اتفاقية سيول التي تنص على مايلي:

(أ) "يجوز للوكالة أن تعيد التأمين على استثمار محدد أمن عليه أحد الأعضاء أو مؤسسة من مؤسساته أو مؤسسة إقليمية لضمان الاستثمار...؛

(ب) تحدد عقود إعادة التأمين الحقوق والالتزامات المتبادلة للوكالة وللعضو الذي يعاد التأمين عليه أو مؤسسته مع مراعاة القواعد واللوائح التي يصدرها مجلس الإدارة في شأن إعادة التامين".

[174]– هذا ما أكدته المادة 19 من اتفاقية سيول التي تنص على أنه:

" تتعاون الوكالة مع المؤسسات الوطنية للأعضاء، ومع المؤسسات الإقليمية التي يملك الأعضاء غالبية رأس مالها، التي تقوم بأنشطة مماثلة لأنشطة الوكالة، كما تسعى الوكالة إلى تكملة عمليات تلك المؤسسات وذلك على النحو الذي يكفل تحقيق أقصى قدر ممكن الكفاءة الإدارية لعملياتها جميعا ومن المساهمة في زيادة تدفق رأس المال الأجنبي، ويجوز للوكالة في سبيل ذلك أن تدخل في ترتيبات مع تلك المؤسسات تتعلق بالتفاصيل الخاصة بذلك التعاون، وعلى وجه الخصوص بالتفاصيل المتعلقة بطرق إعادة التأمين والمشاركة في التأمين".

فهذه الهيئات تلجأ لإعادة التأمين بهدف تعزيز نظام الضمان وتوطيد المصالح الاقتصادية وسد النقص وليس بهدف المنافسة، فتلجأ بمساعدة هذه الهيئات إلى إعادة التأمين على الضمانات لدى الهيأت العاملة في الميدان، لتغطية الاستثمارات الواقعة خاصة في مناطق الحروب، بحكم أن شركات القطاع الخاص عادة لا تغطي هذه الاستثمارات، وإذا حدث ذلك فيكون ضمانها محدود.

تأكيدا على أهمية التعاون في هذا المجال قامت المؤسسة الإسلامية لتأمين الاستثمارات وفي إطار التعاون مع الوكالة الدولية لضمان الاستثمار في سنة 2005 بتنظيم بعثات تسويقية مشتركة لتأمين الاستثمار في الدول الأعضاء، ما ساهم في تزايد طلبات تأمين الاستثمار بما يقارب مليار دولار أمريكي[175]. كما قامت هذه المؤسسة في سنة 2007 بالاضمام إلى عضوية الاتحاد الدولي لهيئات ضمان ائتمان الصادرات والاستثمار(إتحاد بيرن)[176]، وأسست بالتنسيق مع المؤسسة العربية لضمان الاستثمار وبالتعاون مع جهات أخرى ما يعرف بـ" إتحاد أمان" في عام 2009[177]، وذلك بهدف تشجيع التعاون وتبادل الخبرة والتأمين المشترك وإعادة التامين على المستويين العربي والاسلامي.

هذا الأسلوب الحديث في التعاون سيسمح حتما بمعالجة النقائص التي قد تنطوي عليها برامج ضمان الاستثمار الدولية والوطنية معا، بإيجاد حلول لها في إطار برامج الضمان الشاملة أو التكاملية، التي تسعى هيئات ضمان الاستثمار الدولية إلى تعزيزها، قصد تمكين المستثمرين من الحصول على الضمان التام، ويفتح المجال أمام مخاطر أخرى تعجز هيئات التأمين الوطنية من تغطيتها، خاصة وأن هذه الأخيرة غالبا ما توفر الضمان لرعاياها، والتي تركز نشاطها على بعض المناطق دون غيرها، واستبعاد عدة مشاريع من الضمان والحماية، ما يجعل هيئة الضمان الدولية آلية لسد هذا الفراغ، فتكون قاسما مشتركا لتلك الوكالات، ويمنح

---

[175]– التقرير السنوي للمؤسسة الإسلامية لتأمين الاستثمار وائتمان الصادرات 2005، جدة 2006/04/10، ص 15.

[176]– تأسس اتحاد "بيرن" في سنة 1934، يضم 51 هيئة دولية وإقليمية ووطنية من 43 دولة. أنظر في ذلك: التقرير السنوي للمؤسسة العربية لضمان الاستثمار وائتمان الصادرات 2016 ، الكويت، 2016، ص 06.

[177]–" اتحاد أمان" هو اتحاد مؤمني المخاطر التجارية وغير التجارية في الدول الأعضاء في المؤسسة العربية لضمان الاستثمار وائتمان الصادرات ومنظمة المؤتمر الاسلامي، والذي يضم حاليا 18 جهة لضمان الاستثمار وائتمان الصادرات في الدول العربية والاسلامية، منها الشركة الجزائرية لتأمين وضمان الصادرات. أنظر في ذلك: نشرة ضمان الاستثمار، صناعة الضمان:التطورات والتوقعات، المرجع السابق، ص 16.

للمستثمر الأجنبي إمكانية إعادة التأمين على مشروعه الاستثمار الذي أمن عليه لدى مؤسسات ضمان الاستثمار الوطنية التي تمارس نشاطا مشابها.

لذلك، نرى أنه لابد من تعزيز نظام التعاون بين هيئات الضمان الوطنية والدولية، وأن تعمل هيئات الضمان الدولية على تطويره، وتنسيق الجهود على نحو يكفل المساهمة في تحقيق الحماية التامة للاستثمارات الأجنبية وتوفير أقصى تغطية ممكنة للمستثمر، وأن تعمل هذه الهيئات على عقد ورشات عمل تهدف من خلالها إلى تشجيع التعاون مع مؤسسات تشجيع الاستثمار التابعة للدول الأعضاء، وذلك من أجل الوصول إلى وضع قواعد متطابقة مع أحكام الاتفاقية الدولية لضمان الاستثمار، وإجراء ندوت ومؤتمرات تسعى من خلال إلى التعريف بخدماتها[178].

ثانيا: تمييز عقد ضمان الاستثمار الدولي عن عقد تأمين القرض عند التصدير

يعد عقد تأمين القرض عند التصدير من أهم وسائل الضمان المتبعة في التجارة الخارجية، التي ظهرت نتيجة التطورات الكبيرة التي عرفتها التجارة الدولية خاصة بعد الحرب العالمية الثانية[179].

يُعرف عقد تأمين القرض عند التصدير بأنه:"عقد يتم إبرامه بين طرفين، هما المؤمن الذي قد يكون شركة تأمين أو هيئة أخرى، والمؤمن له المتمثل أساسا في الشخص المصدر

178– مثال ذلك ما قامت به المؤسسة العربية لضمان الاستثمار في سنة 1997 بالتعاون مع البنك الإسلامي للتنمية بعقد ورشة عمل عن "الحوافز الممنوحة للاستثمار الأجنبي المباشر في الدول العربية"، والتي أكدت من خلالها المؤسسة على الدور الفعّال الذي يمكن أن تؤديه المؤسسات الوطنية لضمان الاستثمارات التابعة للدول العربية الأعضاء في تنسيق الجهود وتوفير الضمان المناسب للمستثمرين العرب.

كما قامت هذه المؤسسة خلال شهر ديسمبر سنة 2018 بعقد ورشة عمل بالتعاون مع وزارة الاقتصاد الاماراتي ومجلس الامارات للمستثمرين بالخارج في دبي بعنوان "تأمين الاستثمارات الامارتية في الدول العربية ضد المخاطر السياسية"، تم من خلالها التعريف بخدمات المؤسسة وكيفية استفادة الشركات الامارتية من أنظمة التأمين التي تديرها.أنظر في ذلك: نشرة ضمان الاستثمار، أفاق الاقتصادات العربية لعام 2019، المؤسسة العربية لضمان الاستثمار وائتمان الصادرات، العدد 04، 2018، ص 04. أنظر كذلك: على موقع المؤسسة العربية لضمان الاستثمار" الترويج بخدمات المؤسسة":
http : // www. iaigc.org

179 – أنظر حول التطور التاريخي لتأمين القرض عند التصدير قبل الحرب العالمية الثانية وبعد الحرب العالمية الثانية: **ارزيل كاهنة**، دور آلية تأمين القرض عند التصدير في التجارة الخارجية(دراسة مقارنة)، رسالة لنيل شهادة دكتوراه في العلوم: التخصص: القانون، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، كلية الحقوق، مارس 2009، ، ص 108.

كتاجر أو مستثمر، وفي البنوك والمؤسسات المالية التي تمول عمليات التصدير، يلتزم من خلاله المؤمن بتعويض المؤمن له عن الخسائر الناجمة عن أخطار ذات طبيعة خاصة، تكون أحيانا أخطارا تجارية ناجمة إما عن إعسار المدين أو رفض تنفيذ التزامه، وأحيانا أخطارا غير تجارية تتخذ صفة الأخطار السياسية، أو أخطار الكوارث الطبيعية، أو أخطار عدم التحويل، أو أخطار الصرف التي تؤثر مباشرة على عدم تنفيذ المدين لالتزامه بدفع الثمن، في حين يلتزم المؤمن له بدفع الأقساط وفقا لأسس ومعايير معينة يتم تحديدها بناءا على اتفاق بينه وبين المؤمن"[180].

يتضح من خلال هذا التعريف، أن عقد تأمين القرض يراد به ضمان القروض التي تقدم لتمويل الاستثمارات ذات الصلة بالتصدير. ويمكن أن يمارس نشاط ائتمان الصادرات إما من طرف شركات تجارية أو مؤسسات متخصصة في تغطية الاستثمارات ذات الصلة بالصادرات، كما هو الحال بالنسبة للشركة الجزائرية لتأمين وضمان الصادرات (CAGEX)[181].

كما قامت أيضا العديد من الدول العربية منها وغير العربية بإنشاء شركات للتأمين تهتم بتغطية المخاطر غير التجارية المتصلة بالتصدير(بالتجارة الخارجية) ونذكر منها: الشركة الفرنسية لتأمين التجارة الخارجية(COFACE)، مؤسسة ما وراء البحار في الولايات المتحدة الأمريكية(OPIC)، الشركة المصرية لضمان الصادرات، الشركة المغربية لتأمين الصادرات، الشركة التونسية لتأمين التجارة الخارجية وغيرها[182].

---

[180] – نقلا عن **ارزيل كاهنة**، دور آلية تأمين...، المرجع السابق، ص ص. 132-133.

[181]– تجدر الإشارة إلى أن نشاط تأمين القرض عند التصدير في الجزائر وقبل سنة 1996 كانت تمارسه كل من الشركة الجزائرية للتأمين والشركة الجزائرية لتأمين النقل، ليصبح هذا المجال بعد صدور الأمر رقم 96-06 المتعلق بتأمين القرض عند التصدير حكرا على الشركة الجزائرية لتأمين وضمان الصادرات (CAGEX) التي تعد حاليا المؤسسة الوحيدة التي تمارس نشاط ضمان الصادرات، فهي تتولى تحت مراقبة الدولة مهمة تأمين الأخطار التجارية والاخطار السياسية ومخاطر عدم التحويل واخطار الكوارث المرتبطة بالتصدير والاستيراد. أنظر في هذا الصدد:

المادة 04 من الأمر رقم 96-06 المؤرخ في 10 يناير سنة 1996، المتعلق بتأمين القرض عند التصدير، المرجع السابق.

المادة 02 من المرسوم التنفيذي رقم 96-235 المؤرخ في 02 جويلية سنة 1996، المحدد شروط تسيير المخاطر المغطاة بتأمين القرض عند التصدير وكيفياته، ج.ر.ج.ج، العدد 41، الصادرة في 03 يوليو 1996.

لمزيد من التفاصيل في هذا الموضوع أنظر كذلك: **زروال معزوزة**، الضمانات القانونية...، المرجع السابق، ص 390.

[182]– نقلا عن: **ارزيل كاهنة**، دور آلية تأمين...، المرجع السابق، ص ص. 122-123.

اضافة للشركات الوطنية يمكن أن يمارس نشاط إئتمان الصادرات من طرف مؤسسات الضمان الدولية، وهو يسري العمل به في نظام المؤسسة الاسلامية لتأمين الاستثمارات وائتمان الصادرات كما يتضح من تسميتها. إذ يجوز لهذه المؤسسة ضمان التسهيلات الائتمانية المرتبطة بعمليات التصدير والاستيراد التي تتم فيما بين الدول الأعضاء فيها، وهو ما تنص عليه المادة 16 من اتفاقية إنشاء المؤسسة فيما يلي:

"**تعتبر صالحة للتأمين كافة ائتمانات الصادرات المتعلقة بالسلع المصدرة من دولة عضوة إلى دولة أخرى عضوة...**"

استناداً لهذا النص يجوز للمؤسسة الإسلامية أن تقوم بضمان الاستثمارات المنطوية على قروض مرتبطة بعمليات التصدير والاستيراد والتي تتم فيما بين الدول الأعضاء فيها، إذ توفر المؤسسة في هذا الصدد غطاءً تأمينياً يصل إلى 90% من خسارة المصدرين أو المصارف، بسبب عدم الدفع الناجم عن المخاطر التجارية كإعسار المشتري أو عن المخاطر غير التجارية المتمثلة في قيود التحويل والقيود المفروضة على الواردات، ومخاطر الحرب والاضطرابات المدنية[183].

كما تقوم المؤسسة العربية لضمان الاستثمار منذ سنة 1983 بممارسة نشاط ائتمان الصادرات، إذ خصصت اتفاقية إنشاء هذه المؤسسة المادة 15 مكرر بعنوان :"**ضمان ائتمان الصادرات**" والتي تحدد الإطار العام لعمليات ائتمان الصادرات وفقا لنظام المؤسسة[184]، فتقوم هذه الأخيرة بتغطية الاستثمارات ذات الصلة بنشاط التصدير، أي القروض المرتبطة بعمليات تصدير خدمات أو مواد أولية أو سلع واستيرادها فيما بين الدول الاعضاء، وذلك ضد المخاطر

---

[183]– **مسعداوي يوسف**، "دور المؤسسة الإسلامية..."، المرجع السابق، ص 54.

[184]– تضمنت المادة 15 مكرر المذكورة أعلاه على الأحكام الخاصة بنشاط ائتمان الصادرات، وتؤكد الفقرتين الأولى والثانية من هذه المادة على مايلي:

"**(1) تعتبر التسهيلات الائتمانية –أيا كانت مدتها– المرتبطة بعمليات التصدير والاستيراد فيما بين الأقطار المتعاقدة صالحة للتأمين، بشرط أن تتعلق بتصدير خدمات أو مواد أولية من منتجات أحد هذه الأقطار أو سلع تم تصنيعها كليا أو جزئيا في هذا القطر...؛**

(2) يجوز أن يمتد التأمين ليشمل، المخاطر التجارية المرتبطة بائتمان الصاردات، ويقصد بالمخاطر التجارية–في تطبيق هذا الحكم– المخاطر التي ترجع إلى تصرفات المدين كامتناعه عن الوفاء أو إعساره أو إفلاسه أو فسخه أو انهائه للعقد. وتبين عقود التأمين على وجه التحديد المخاطر التي يغطيها العقد في كل حالة".

التجارية التي ترجع إلى تصرفات المدين كامتناعه عن الوفاء أو إفلاسه، أو لمخاطر غير تجارية كفسخه أو نهائه للعقد [185].

مما تقدم، يلاحظ أن عقد ائتمان الصادرات ينصب على ضمان الاستثمارات ذات الصلة بنشاط التصدير وتغطيتها ضد المخاطر التجارية الناجمة عن عدم التزام المشتري الأجنبي بتنفيذ التزامه المدرج في العقد الذي أبرمه مع المصدر، أو تغطيتها ضد مخاطر غير تجارية متصلة بالتصدير، كعدم التحويل، وفرض قيود على الواردات والحرب والاضطرابات المدنية، كما تشمل مخاطر الكوارث الطبيعية التي اعتبرت من المخاطر غير التجارية القابلة لضمان شركات التأمين، والتي تؤدي إلى امتناع المدين من سداد دينه كالزلازل والبراكين أو فيضانات تقع في بلد تواجده، بشرط أن يكون لها تأثير مباشر على عدم دفع المدين لدينه[186].

في حين أن الخطر المراد ضمانه في عقد ضمان الاستثمار الدولي هو الخطر غير التجاري دون مخاطر الكوارث الطبيعية التي تستبعد من الضمان في هذا العقد.

عموما، وأياً كان الخطر المراد ضمانه، يلاحظ أن الغرض من العقدين هو تغطية المخاطر المصاحبة للنشاط الاقتصادي، والتي أصبحت حتمية لا محال منها، في عالم يشهد حدة تنامي المخاطر التي تصاحب المشروع الاستثماري. كما يعتبر كلا العقدين من العقود الجديدة التي فرضتها المعاملات الاقتصادية الدولية الحديثة، إلا أن كل نوع من هذه العقود يخضع لنظام قانوني خاص به.

إذ يخضع عقد تأمين القرض عند التصدير للقواعد العامة التي تنظم نشاط التأمين أو قوانين خاصة به، بحسب ما إذا كان التأمين قد تم أمام هيئة ضمان دولية أو هيئة ضمان وطنية متخصصة في هذا المجال، وبالتالي فإن أحكام هذا العقد تختلف من نظام لآخر، بحسب طبيعة الهيئة المشرفة عليه.

---

[185]– تجدر الإشارة إلى المؤسسة العربية لضمان الاستثمار تباشر نشاطها في ضمان ائتمان الصادرات بمنح الضمان ضد الأخطار غير التجارية للائتمانات المرتبطة بعمليات التبادل التجاري للسلع والمواد الاولية ذات المنشأ العربي بين الدول العربية، قصد تسهيل انسيابها بحوافز ائتمانية كافية وتعزيز التعاون الاقتصادي العربي والتبادل التجاري دوليا. أنظر حول النظام العربي لضمان الصادرات: **مأمون إبراهيم حسن**، ضمان المخاطر التجارية، مجلة اتحاد الغرف العربية الخليجية، العدد 18، المملكة العربية السعودية، مايو 1986، ص ص. 11-14.

[186]– **مسعداوي يوسف**، "دور المؤسسة الإسلامية..."، المرجع السابق، ص 55.

أما نظام الضمان الدولي للاستثمار الأجنبي فهو نظام تديره هيئات ضمان دولية متخصصة دون سواها، وتخضع عقود ضمان الاستثمار الدولية التي تبرمها هذه الهيئات لأحكام الاتفاقية الدولية المنشئة لهيئة الضمان وللوائح والتنظيمات الصادرة عنها، والتي يجب تكييف العقد على ضوئها، فلابد من تكييف هذا العقد في ضوء مبادئ الاتفاقيات الدولية المتضمنة إنشاء هيئة الضمان الدولية، والتي تعكس حقيقة التطور الذي تشهده ظاهرة ضمان الاستثمار الأجنبي من خلال تدويل عمليات ضمان الاستثمار.

فهذه العقود التي ظهرت في إطار عملية البحث عن وسائل قانونية لتوفير الحماية المناسبة للاستثمارات الاجنبية، إنما تعبر عن مستوى التطور الذي عرفه القانون الدولي للاستثمارات من خلال الممارسات التعاقدية التي أفرزت عن ظهور هذا النمط الجديد من العقود الدولية التي ترافق المشروع الاستثماري في الخارج، بذلك فهي تدخل ضمن طائفة العقود الاقتصادية الحديثة أي عقود الأعمال Contrats d'affaires ، والتي تسعى من خلالها هيئات الضمان الدولية الى تشجيع استخدام العوائد المالية المتوفرة لدى الدول المصدرة بتحويلها نحو الدول المستوردة لها، واستثمارها في مجالات مختلفة لتحقيق النمو الاقتصادي الفعال.

الفصل الثاني
عقد ضمان الاستثمار من عقود الأعمال الدولية

تعتبر مسألة تحديد الطبيعة القانونية لعقد ضمان الاستثمار الدولي أمرا لا بد منه، واختلاف الفقه حول إعطاء وصف دقيق لهذا العقد، إنما يعبر أن أهمية هذه العقود الحديثة التي لا تزال في مراحلها الأولى.

فإذا كان هذا العقود تخضع للقواعد العامة التي تحكم العقود عموما، إلا أن ذلك وحده لا يكفي لإعطاء وصف قانوني دقيق لهذه العقود التي ظهرت في مرحلة بلغ فيها التعاون الدولي في المجال الاقتصادي تطورا كبيرا، عرفت من خلاله ظاهرة ضمان الاستثمارات الأجنبية تطورا كبيرا أدى إلى تدويل عمليات ضمان الاستثمار، بعد تبني المجموعة الدولية للاتفاقيات الدولية لضمان الاستثمار المتضمنة إنشاء مؤسسات دولية مستقلة بصورة نسبة عن الدول الأعضاء مهمتها الضمان على الاستثمارات التي يتم انجازها فيما بين الدول الأعضاء.

إن التقاء الأعمال الدولية بالمخاطر السياسية يستوجب توفير الضمان الفعال لمواجهة هذه المخاطر التي تحد من حجم تدفق الاستثمارات الأجنبية، فالمستثمر يرغب في استثمار أمواله في الخارج، لكن في الوقت نفسه يشعر بالخوف على هذه الأموال، ولا يمكن إزالة هذا الشعور إلا عن طريق الضمان على هذه الأموال أمام جهاز دولي مستقل يتكفل له بحماية أمواله ضد أي خطر غير تجاري قد تتعرض لها في الدولة المضيفة لها(**المبحث الأول**).

من هنا أصبحت عقود ضمان الاستثمار الدولية الوسيلة المناسبة لذلك، تقوم بواسطتها هيئة الضمان الدولية بمرافقة الأموال الأجنبية وضمانها ضد المخاطر غير التجارية المحتملة في الدولة المضيفة لها.

يخضع إبرام هذه العقود لمجموعة من الأحكام الموضوعية التي اتفقت الدول المصدرة والدول المستوردة لرؤس الأموال على الأخذ بها في مجال الاستثمار الأجنبي عامة وفي مجال الضمان خاصة، ولشروط واجراءات خاصة غير مألوفة لإبرام العقود(**المبحث الثاني**)، وذلك بما يتماشى الطبيعة الدولية والاقتصادية لهذا النوع من العقود الحديثة الموجهة لضمان واستقرار تنفيذ الأعمال الدولية.

المبحث الأول

الإطار القانوني والتنظيمي لعقد ضمان الاستثمار الدولي

إن تجسيد فكرة إنشاء جهاز دولي يتولى مهمة الضمان على الاستثمارات الأجنبية لم تكن بالأمر السهل، نظراً لصعوبة تقبل الفكرة وتباين واختلاف الآراء بين كل من الدول المصدرة والدول المستوردة لرؤوس الأموال بشأنها.

فقد ترددت الدول المصدرة لرأس المال ولاسيما الدول التي تأخذ بنظم وطنية لتأمين استثمارات مواطنيها في الخارج في قبولها لفكرة الضمان الدولي للاستثمار، فهي تعتبر أن أنظمتها الوطنية كفيلة بتحقيق مصالح مستثمريها. أما الدول المستوردة لرأس المال وخاصة الدول النامية، فحاجتها الملحة للاستثمار الأجنبي جعلها على قناعة بأن إمكانية الضمان سوف تساعد على جذب رؤوس الأموال الأجنبية إليها، لكن هذه القناعة تقف عند الحدود التي سيفرضها عليها نظام الضمان الدولي مسبقا بقبول التزامات لا تحبذ الارتباط بها، ممّا جعلها تتردد في قبول هذه الفكرة وأدى بالعديد من المحاولات التي ظهرت في هذا الشأن إلى الرفض، وذلك بسبب إفراط هذه الدول في وضع نظام حمائي مميز للاستثمارات الأجنبية [187].

لكنه، بالرغم من التباين واختلاف المصالح بين الفئتين من الدول المصدرة والدول المستوردة لرأس المال، فإن ذلك لم يمنع هذه الدول من وضع نظام دولي لضمان الاستثمار، من خلال إبرام ثلاثة اتفاقيات دولية متعددة الأطراف في هذا المجال(**المطلب الأول**)، تضمنت إنشاء ثلاث هيئات دولية متخصصة في ضمان الاستثمارات الأجنبية(**المطلب الثاني**).

المطلب الأول

الإطار القانوني للعقد

حضيت فكرة الضمان الدولي للاستثمارات الأجنبية باهتمام كبير منذ عقد الخمسينيات، وذلك عندما تقدمت لجنة من الخبراء التابعة للجمعية الاستشارية لمجلس أوروبا في سنة 1957 بإنشاء "صندوق للضمان والمعونة المالية"، بهدف التأمين على رأس المال الأوربي في الدول

187 - **MANCIAUX Sébastien**, Investissements étrangers et arbitrage entre Etats et ressortissants d'autres Etats, Liteic, Paris, 2004, p 04.

الإفريقية ضد المخاطر غير التجارية. وفي نفس العام طالب نائب رئيس الولايات المتحدة الأمريكية في خطاب له بضرورة إجراء دراسات لبحث إمكانية إنشاء صندوق دولي لضمان الاستثمارات، وبعدها توالت الدراسات والمشروعات التي تناولت الموضوع حتى بلغت حولي ستة عشر (16) مشروعا[188].

تتمثل المشروعات التي عرفت النجاح في المشروع الذي تقدم به الصندوق الكويتي حول اتفاقية دولية لإنشاء مؤسسة عربية لضمان الاستثمار، ومشروع البنك الدولي لاتفاقية إنشاء الوكالة الدولية لضمان الاستثمار، ومشروع البنك الإسلامي للتنمية بشأن اتفاقية دولية لإنشاء المؤسسة الإسلامية لتأمين الاستثمارات وائتمان الصادرات.

نتطرق فيما يلي للتعريف بهذه الاتفاقيات(الفرع الأول) ونطاق تطبيقها(الفرع الثاني)، ثم لدراسة الطبيعة القانونية لهذه الاتفاقيات(الفرع الثالث).

الفرع الأول
الاتفاقيات الدولية لضمان الاستثمار

يقصد بالاتفاقيات الدولية لضمان الاستثمار مجموع الاتفاقيات المتضمنة إنشاء هيئات الضمان الدولية، وتتمثل في اتفاقية الصندوق الكويتي للتنمية الاقتصادية العربية حول إنشاء المؤسسة العربية لضمان الاستثمار (أولا) واتفاقية البنك الدولي حول إنشاء الوكالة الدولية لضمان الاستثمار (ثانيا)، واتفاقية البنك الإسلامي للتنمية حول إنشاء المؤسسة الإسلامية لتأمين وائتمان الصادرات(ثالثا).

أولا: اتفاقية إنشاء المؤسسة العربية لضمان الاستثمار

ترجع فكرة الإعداد لاتفاقية إنشاء المؤسسة العربية لضمان الاستثمار إلى مؤتمر التنمية الصناعيـة للدول العربية، المنعقد بالكويت في عام 1966، والذي خرج بالتوصية رقم 62

[188]– مع الاشارة أن العديد من هذه المشروعات لم يكتب لها النجاح، ومنها المشروعات الإقليمية الخاصة بدول المجموعة الأوربية كمشروع "فان ايغن" الذي تقدم به إلى غرفة التجارة الدولية، ومشروع الجمعية الدولية لتشجيع وحماية الاستثمارات الخاصة، ومشروع "مافري وستراوس"، والمشروعات التي قدمت إلى منظمة التعاون الاقتصادي والتنمية (OCED). انظر في هذا الموضوع: **هشام علي صادق**، النظام العربي لضمان الاستثمار ضد المخاطر غير التجارية، المرجع السابق، ص ص. 43–45.

التي تضمنت على ما يلي" يوصي المؤتمر الدول العربية بدراسة إمكانية إنشاء مؤسسة عربية جماعية لضمان رؤوس الأموال العربية والأجنبية، المستثمرة في المشاريع الإنمائية" [189].

من هنا جاءت دراسة فكرة إنشاء نظام عربي لضمان الاستثمار، حيث عهدت حكومة الكويت إلى الصندوق الكويتي للتنمية الاقتصادية العربية بمهمة تنفيذ التوصية، فقام الصندوق الكويتي بإعداد تقرير تحت عنوان " نحو اتفاقية لضمان الاستثمارات العربية"، والذي دعا من خلاله الصندوق مؤتمر خبراء التمويل العرب لعقد اجتماع بالكويت في الفترة الممتدة من 06 إلى 09 نوفمبر سنة 1967، أين تم عرض التقرير لمناقشته، وقد تضمن هذا التقرير مناقشة مشروع ثلاث اتفاقيات.

تتعلق الاتفاقية الأولى بالقواعد الموضوعية لمعاملة الاستثمارات العربية، وتتعلق الاتفاقية الثانية بالقواعد الإجرائية اللازمة لتسوية المنازعات بين المستثمرين أو دولهم من جهة والدول المضيفة من جهة أخرى، أما الاتفاقية الثالثة فتتعلق بحماية الاستثمارات العربية عن طريق التأمين عليها ضد المخاطر غير التجارية التي تلحق بها في الدول العربية المستقبلة لها[190].

إلا أن هذا المشروع الذي عرض على الدول العربية، لقي صعوبة حول اتفاق الدول العربية على اتفاقية موحدة في شأن معاملة الاستثمارات العربية فيما بينها، وعلى قبول التحكيم الإلزامي لتسوية المنازعات المتعلقة بهذه الاستثمارات، ولوحظ أن الاستمرار في هذا النطاق سيؤخر مشروع اتفاقية ضمان الاستثمار، فانتهى المؤتمر إلى تأجيل الاتفاق حول قواعد المعاملة الموضوعية والإجرائية للاستثمارات إلى حين وضع اتفاقية حول ضمان الاستثمار بين هذه الدول باعتبارها مسألة أولية لهذه الدول.

استمر الوضع إلى غاية نوفمبر سنة 1968 أين تمكن الصندوق الكويتي من إعداد مشروع اتفاقية إنشاء شركة عربية لضمان الاستثمار، والذي عرض للمناقشة على المؤتمر الثاني لخبراء التمويل العرب المنعقد بالكويت في مارس سنة 1970، ليتم إقرار المشروع النهائي بعد إدخال بعض التعديلات على أحكامه، منها تغيير إسمه إلى مشروع "اتفاقية إنشاء المؤسسة العربية لضمان الاستثمار"، ليتم عرضه على الدول العربية للتوقيع، وذلك بعد موافقة

---

189 – نقلا عن: **هشام علي صادق**، النظام العربي لضمان الاستثمار ضد المخاطر غير التجارية، المرجع السابق، ص 46.

190 – **قادري عبد العزيز**، الاستثمارات الدولية: التحكيم التجاري الدولي، ضمان الاستثمارات، المرجع السابق، ص 449.

كل من مجلس الوحدة الاقتصادية العربية والمجلس الاقتصادي العربي عليه[191]، فتم عرض الاتفاقية في 27 مايو سنة1971 للتوقيع عليها من طرف خمس (05) دول عربية، وهي الأردن والسودان ومصر وسوريا والكويت، والتي اكتتبت في 60% من رأسمال المؤسسة، ثم تعاقبت عليها التوقيعات والتصديقات ليصبح عددها فيما بعد 22 دولة[192]، منها الجزائر [193].

تتضمن هذه الاتفاقية على تسعة(09) أبواب، تحتوي على سبعة وأربعين(47) مادة، وملحق واحد حول تسوية المنازعات يحتوي على أربعة مواد(04) [194].

ثانيا: اتفاقية إنشاء الوكالة الدولية لضمان الاستثمار

تعود فكرة الإعداد لوضع اتفاقية دولية لإنشاء الوكالة الدولية لضمان الاستثمار إلى الدارسة التي أعدها البنك الدولي للإنشاء والتعمير بالاشتراك مع غرفة التجارية الدولية في مارس سنة 1962، حول تأمين الاستثمار الدولي تحت عنوان" Assurance investissements multilatéral"[195] متضمنا الخطوط العريضة لفكرة إنشاء برنامج دولي متعدد الأطراف لضمان الاستثمار.

191– وافق مجلس الوحدة الاقتصادية العربية على مشروع اتفاقية إنشاء المؤسسة العربية لضمان الاستثمار بموجب قراره رقم 466 المؤرخ في 29 أوت سنة 1970. ووافق عليه المجلس الاقتصادي العربي بقراره رقم 496 المؤرخ في 16 ديسمبر 1970. أنظر في ذلك: **قادري عبد العزيز**، الاستثمارات الدولية: التحكيم التجاري الدولي، ضمان الاستثمارات، المرجع السابق، ص 450.

192– تتمثل هذه الدول في الجزائر، المملكة العربية السعودية، البحرين، جيبوتي، مصر، الإمارات العربية المتحدة، العراق، الأردن، الكويت، لبنان، ليبيا، موريطانيا، المغرب، عُمان، فلسطين، قطر، الصومال، السودان، سوريا، تونس، اليمن، الشمالية، واليمن الجنوبية. نقلا عن:

CARREAU Dominique, **JUILLARD Patrick**, Droit international, op.cit, p 511.

أنظر أيضا، موقع المؤسسة العربية لضمان الاستثمار: http: // www. iaigc.org

193– صادقت الجزائر على هذه الاتفاقية في سنة 1972، وذلك بموجب الأمر رقم 72–16 المؤرخ في 07 يونيو سنة 1972، المتضمن المصادقة على اتفاقية إنشاء المؤسسة العربية لضمان الاستثمار، المرجع السابق.

194– أنظر النص الكامل لاتفاقية إنشاء المؤسسة العربية لضمان الاستثمار وملحق تسوية المنازعات المرفق بها على موقع المؤسسة: http: // www. iaigc.org

195– تجدر الإشارة إلى أن البنك الدولي للإنشاء والتعمير تبنى قبل ذلك العديد من المقترحات الخاصة بإقامة برنامج دولي متعدد الأطراف لضمان الاستثمار قصد تغطية الخسائر التي قد تتعرض لها الاستثمارات الخاصة المباشرة من أخطار سياسية وغير تجارية. أنظر في ذلك:

SALEM Mahmoud, Le développement…, op.cit, p 579.

تم الانتهاء من إعداد تقرير حول مشروع دولي لإنشاء هيئة دولية لضمان الاستثمار في سبتمبر سنة 1965، وتمكنت مجموعة من الخبراء العاملين في منظمة التعاون الاقتصادي والتنمية "OCED" من إعداد تقرير آخر بعنوان "تقرير حول منظمة متعددة الأطراف لضمان الاستثمار"، الذي تم تحويله إلى البنك الدولي لاستكمال الجوانب الفنية والقانونية للاتفاقية المنشئة لهذا المشروع، وتقديمه في صورته النهائية للدول الأعضاء في البنك لإبداء ما يرونه من ملاحظات[196].

بعدها أجل هذا الموضوع إلى غاية سنة 1970، وذلك بسبب تباين مواقف الدول بشأن المشروع المقترح، فأدخلت عليه بعض التعديلات إلى أن أصبح جاهزا من طرف البنك الدولي في شكل اتفاقية متعددة الأطراف لإنشاء منظمة دولية لضمان الاستثمار الأجنبي المباشر، وأرسلت هذه الاتفاقية إلى حكومات الدول الأعضاء في عام 1973، لإبداء ما يرونه من ملاحظات ومقترحات حول أحكامها، إلا هذه الحكومات لم تستجب لمقترح مشروع البنك الدولي، فبقي الوضع على حاله إلى غاية سنة 1981، عندما قام رئيس البنك الدولي آنذاك "كلاوسن" في الاجتماع السنوي لمجلس محافظي البنك الدولي في سبتمبر سنة 1981 بإحياء الفكرة من جديد، وطلب بضرورة إنشاء منظمة دولية لضمان الاستثمار تحت رعاية وإشراف البنك الدولي[197].

قامت إدارة البنك الدولي بناء على دراسات تفصيلية أعدها المختصون في البنك ومناقشات مع المديرين التنفيذيين للبنك، بإعداد دراسة جديدة بعنوان "الملامح الرئيسية لوكالة ضمان الاستثمارات الدولية"، تمكن من خلالها البنك الدولي من الإعداد لمشروع اتفاقية دولية حول إنشاء الوكالة الدولية لضمان الاستثمار (AMGI)" Agence Multilatérale de garantie des investissements "[198].

استمر الوضع إلى غاية سبتمبر سنة 1984، لتم عرض مشروع الاتفاقية المذكورة على حكومات الدول الأعضاء في البنك الدولي والمنظمات الدولية قصد مناقشته، وفي سبتمبر سنة 1985 أقر المديرون التنفيذيون النص النهائي لمشروع الاتفاقية، وأصدر البنك توصية لمجلس

196- **هشام علي صادق**، النظام العربي لضمان الاستثمار ضد المخاطر غير التجارية، المرجع السابق، ص 44.

197- **SALEM Mahmoud** , Le développement…, op.cit, p 580.

198- Ibid, p 581.

المحافظين بإصدار قرار بعرض الاتفاقية للتوقيع عليها، فاستدعيت حكومات الدول الأعضاء في البنك للتوقيع على اتفاقية إنشاء الوكالة الدولية لضمان الاستثمار بمدينـة سيول بتاريـخ 30 نوفمبر سنة 1987، والتي دخلت حيز النفاذ في 12 أفريل 1988[199]. وانضمت الجزائر إلى لهذه الاتفاقية في سنة 1995[200].

تضم هذه الاتفاقية على ديباجة وإحدى عشر(11) فصلا تحوي سبعة وسبعين(77) مادة، وعلى ملحقين: يتعلق الملحق الأول بتسوية المنازعات، ويضم سبعة(07) مواد، والملحق الثاني يتعلق بضمانات الاستثمارات المؤيدة يحتوي على أربع(04) مواد[201].

ثالثا: اتفاقية إنشاء المؤسسة الإسلامية لتأمين الاستثمارات وائتمان الصادرات

تدعيما لمسعى المؤسسة العربية لضمان الاستثمار، وتكثيفا لجهود الدول العربية سعيا نحو تحقيق تكامل اقتصادي عربي أمام التكتلات الاقتصادية العالمية، والبحث عن الحلول اللازمة لكل معوقات مناخ الاستثمار، والقضاء تدريجيا على جميع أشكال التبعية، تم إنشاء إطار مؤسساتي آخر تسعى من خلاله الدول العربية وغير العربية الإسلامية إلى تكثيف

---

199 - دخلت اتفاقية سيول حيز النفاذ مباشرة بعد التوقيع على الاتفاقية من طرف 62 دولة، منها 12 دولة من الصنف الأول، و50 دولة من الصنف الثاني والتي ساهمت في رأس مال الوكالة، إذ صنف مشروع البنك الدولي الدول الأعضاء في اتفاقية سيول إلى صنف الدول المتقدمة المصدرة لرأس المال، وهم الأعضاء الأصليون المدرجة أسماؤهم في الجدول(أ) الملحق بالاتفاقية، وتشمل الدول الأعضاء في المجموعة الأوروبية وأستراليا وكندا واليابان وجنوب إفريقيا والولايات المتحدة الأمريكية على أن يتم انضمامها قبل 30 أكتوبر1987، وصنف الدول النامية المدرج أسمائها في الجدول(ب) وعددها حوالي 128 دولة، تضم كل من الصين والهند والدول العربية ودول وسط جنوب أمريكا اللاتينية أو أية دولة يوافق مجلس الوكالة على اعتبارها دولة نامية. أنظر في هذا الموضوع:

GIGLIONE Renaud, « Commentaire de la convention de Séoul portant création de l'Agence multilatérale de garantie des investissements », www.miga.org ,01 Octobre 1997.

IBRAHIM F., SHIHATA I., «LA'gence multilatérale de garantie des investissements(AMGI)» AFDI, XXXIII, Editions du CNRS, Paris, 1987, p 602.

200- وافقت الجزائر على اتفاقية سيول بموجب الأمر رقم 95-05 المؤرخ في 21 يناير سنة 1995، المتضمن الموافقة على اتفاقية إحداث الوكالة الدولية لضمان الاستثمار، ج.ر.ج.ج، العدد 07، الصادرة في1995/10/31. وصادقت عليها بموجب المرسوم الرئاسي رقم 95-345 المؤرخ في 30 أكتوبر سنة 1995، المرجع السابق.

201– أنظر النص الكامل لاتفاقية سيول وملحقيها: المرسوم الرئاسي رقم 95-345، المرجع نفسه، وعلى موقع الوكالة الدولية لضمان الاستثمار: http://www.miga.org

جهودها في ظله من أجل تشجيع انتقال رؤوس الأموال فيما بينها، من خلال تبنيها لاتفاقية دولية حول إنشاء المؤسسة الإسلامية لتأمين الاستثمارات وائتمان الصادرات.

تم الإعداد لهذه الاتفاقية تطبيقا لتوصية اللجنة الدائمة للتعاون الاقتصادي والتجاري لمنظمة المؤتمر الإسلامي في دور انعقادها الخامس في استانبول بجمهورية تركيا في سنة 1990، والتي جاء فيها على أن تعمل المنظمة من خلال البنك الإسلامي للتنمية على إنشاء مؤسسة إسلامية تتولى التأمين على الاستثمارات وائتمان الصادرات بين الدول الأعضاء في منظمة المؤتمر الإسلامي بما يتفق مع أحكام الشريعة الإسلامية[202].

بالفعل تمكنت هذه المنظمة من إعداد مشروع اتفاقية دولية لإنشاء المؤسسة الإسلامية لتأمين الاستثمار وائتمان الصادرات، الذي وافق عليه مجلس المحافظين في الاجتماع السنوي السادس للبنك الاسلامي للتنمية الذي عقد في مدينة طرابلس (ليبيا) في 19 فبراير سنة 1992، ليتم عرضه للتوقيع عليه من طرف الدول العربية والإسلامية الأعضاء في منظمة المؤتمر الإسلامي والبنك الإسلامي[203].

بعد مصادقة 18 دولة ساهمت في تكوين رأس مال المؤسسة المقدر بـ 100 مليون دينار إسلامي (حوالي 140 مليون دولار أمريكي)، دخلت الاتفاقية حيز النفاذ في يوليو سنة 1994[204].

تضم هذه الاتفاقية على ديباجة وتسعة(09) فصول تحتوي على أربعة وستين(64) مادة[205].

202– **عبد الله عزات بركات**، مناخ الاستثمار في الوطن العربي الواقع والعقبات والأفاق المستقبلية، قضايا اقتصادية وإدارية معاصرة في مطلع القرن الواحد والعشرين، مكتبة المجتمع العربي للنشر والتوزيع، عمان، 2009، ص 472.

203– **عبد الله عزات بركات**، المرجع نفسه، ص 473.

204– لمحة عامة عن المؤسسة الاسلامية لتأمين الاستثمارات وائتمان الصادرات، إصدار مجموعة البنك الاسلامي للتنمية، السنة الخامسة والعشرين، جدة، 2018.

نشير إلى أن الجزائر صادقت على هذه الاتفاقية في سنة 1996، وذلك بموجب المرسوم الرئاسي رقم 96-144 المؤرخ في 23 أبريل سنة 1996، المتضمن المصادقة على اتفاقية إنشاء المؤسسة الإسلامية لتأمين الاستثمارات وائتمان الصادرات، المرجع السابق.

205– أنظر النص الكامل لهذه الاتفاقية: المرسوم الرئاسي رقم 96-144 المؤرخ في 23 أبريل سنة 1996، المرجع نفسه، وكذلك على موقع المؤسسة الاسلامية لتأمين الاستثمارات وائتمان الصادرات: http:/ www.iciec.org

الفرع الثاني
نطاق تطبيق الاتفاقيات الدولية لضمان الاستثمار

من المبادئ المستقر عليها في العمل الدولي أن تحدد الاتفاقية الدولية نطاق تطبيقها، فتحدد نطاقها التشريعي والشخصي والإقليمي[206].

بالرجوع إلى أحكام الاتفاقيات الدولية لضمان الاستثمار نجدها تضمنت عدة مصطلحات تسمح لنا بتحديد نطاق تطبيق هذه الاتفاقيات، من حيث الأشخاص ومن حيث الموضوع (أولا)، كما بينت هذه الاتفاقيات مجال تطبيقها من حيث المكان والزمان(ثانيا).

أولا: النطاق الشخصي والموضوعي للاتفاقيات

1- النطاق الشخصي

يراد بالنطاق الشخصي للاتفاقية مجموع الأشخاص المشمولة بأحكام الاتفاقية، وبالرجوع إلى الاتفاقيات الدولية لضمان الاستثمار، نجد أنها تنصب في مجملها على فكرة إنشاء هيئات دولية متخصصة في ضمان الاستثمارات الأجنبية، وقد تضمنت هذه الاتفاقيات في محتواها على مجموعة من المواد التي ورد فيها مصطلح المستثمر المشمول بالضمان، أي المستثمر المستفيد من أحكام هذه الاتفاقيات، منها المادة 13 من اتفاقية سيول التي وردت تحت عنوان: "**صلاحية المستثمرين**"[207].

كما تشير المادة 18 من اتفاقية المؤسسة الإسلامية لتأمين الاستثمارات للشخص المؤمن له كما يلي:

"**يتمتع بصلاحية الإفادة من خدمات المؤسسة: البنك؛ كل شخص طبيعي من مواطني دولة عضوة غير الدولة المضيفة، وكل شخص اعتباري تكون أغلب حصصه أو أسهمه مملوكة لعضو أو أكثر أو لمواطن أو مواطني دولة عضوة أو أكثر ويكون مركزه الرئيسي في دولة عضوة**".

---

[206] – **مدوس فلاح الرشيدي**، "ضرورة تطوير..."، المرجع السابق، ص 24.

[207] – هذا وقد وردت الفقرة الأولى من المادة 13 المذكورة أعلاه بالنص على مايلي:

"**يتمتع بالصلاحية لضمان الوكالة أي شخص طبيعي أو اعتباري بشرط: أن يكون الشخص الطبيعي من مواطني عضو غير الدولة المضيفة، وأن يكون الشخص الاعتباري قد تم تأسيسه وتعيين مقر أعماله الرئيسي في إقليم أحد الأعضاء، أو تكون غالبية رأس ماله مملوكة لعضو أو أكثر أو لمواطنيهم...**"

يتضح من هذا النص، أن الضمانات المقررة بموجب هذه الاتفاقية موجهت للمستثمرين أشخاص طبيعية أو معنوية، والتي يثبت للمؤسسة إنتمائها لإحدى الدول الأعضاء. وهو ما أقرته كذلك المادة 17 من اتفاقية المؤسسة العربية لضمان الاستثمار التي تنص على مايلي: " **يشترط في المؤمن له الذي يقبل طرفا في عقد التأمين أن يكون فردا من مواطني الأقطار المتعاقدة أو شخصا اعتباراليا تكون حصصه أو أسهمه مملوكة بصفة جوهرية لأحد الأقطار أو لمواطنيها...**"

تعتبر هذه الاتفاقية مسألة تحديد طبيعة العلاقة بين المستثمر والدول الأعضاء في هيئة الضمان من المواضيع ذات الأهمية الخاصة التي يتحدد من خلالها الأشخاص المستفيدين من الضمانات الواردة في اتفاقيات الضمان الدولية، إذ يعد انتماء المستثمر بجنسيته لإحدى الدول الأعضاء شرط جوهري لإبرام عقد ضمان الاستثمار الدولي[208].

2-النطاق الموضوعي

يرتبط مصطلح المستثمر بمصطلح الاستثمار موضوع الاتفاقيات الدولية لضمان الاستثمار، فهما مصطلحين يكملان بعضهما البعض، فعلى ضوئه تتحدد لنا طرق تطبيق أحكام الاتفاقية.

ورد مصطلح "الاستثمار" في جميع أحكام الاتفاقيات الدولية لضمان الاستثمار، إذ جاءت هذه الاتفاقيات كلها تحت عنوان "اتفاقية... ضمان الاستثمار"، ولم ترد كلمة حماية وكلمة تشجيع الاستثمارات التي سارت الممارسات الدولية في الاتفاقيات الثنائية عليها، وهذا ما يشير وللوهلة الأولى وبشكل صريح إلى موضوع هذه الاتفاقيات ونطاق تطبيق أحكامها وهو "ضمان الاستثمار".

لكن هذه الاتفاقيات لم تضع تعريفاً محدداً للاستثمار المراد ضمانه، إنما تعبر عن مفهوم الاستثمار من منظور صلاحيته للضمان، فحددت وعلى سبيل المثال لا الحصر الاستثمارات التي يغطيها الضمان، وتركت لهيئة الضمان الدولية صلاحية ضمان أية استثمارات تراها مناسبة، هذا ما اشارت إليه المادة 12 من اتفاقية سيول التي تنص على أنه:

"**أ- تشمل الاستثمارات الصالحة للضمان حقوق الملكية والقروض المتوسطة أو الطويلة الأجل**

[208]- ستكون لنا عودة بالدراسة بالتفصيل لطبيعة هذه العلاقة في شروط ابرام عقد ضمان الاستثمار الدولي.

التي يقدمها أو يضمنها المشاركون في ملكية الشروع المعني، وما يحدده مجلس الإدارة من صور الاستثمار المباشر؛

ب- يجوز لمجلس الإدارة بالأغلبية الخاصة أن يضفي الصلاحية للضمان على أية أنواع أخرى من الاستثمارات المتوسطة أو الطويلة الأجل...".

كما أجازت المادة 1/17 من اتفاقية المؤسسة الإسلامية لتأمين الاستثمارات للمؤسسة ضمان الاستثمارية التالية:

" **تشمل الاستثمارات الصالحة للتأمين كافة الاستثمارات التي يقوم بها الأعضاء أو مواطنو الدول الأعضاء في الدول الأعضاء، ومنها الاستثمارات المباشرة في المشروعات وفروعها ووكالاتها، والمساهمة في رؤوس أموال المنشآت بما في ذلك أصول القروض التي يقدمها أو يضمن سدادها المساهمون في هذه المنشآت، وكافة أنواع الاستثمار المباشر الأخرى التي يقرر مجلس المديرين من وقت لآخر صلاحيتها للتأمين**".

يلاحظ أن هذا التوسع في مفهوم الاستثمار المراد ضمانه، قد يؤدي من جهة إلى منح الضمان لبعض الأموال التي قد لا تعد استثمارا في المفهوم الفقهي العام[209]، كما هو الحال بالنسبة للقروض القصيرة المدى أو قروض الصادرات والتي يعتبرها نظام الضمان الدولي كاستثمار يمكن ضمانها[210]، كما يمكن أن يؤدي هذا التوسع في مفهوم الاستثمار إلى استبعاد أموال معينة من الضمان لا خلاف في أنها استثمار[211].

إلا أنه ومن جهة أخرى، فإن هذه المرونة التي وردت بها أحكام الاتفاقيات الدولية لضمان الاستثمار بشأن الاستثمارات القابلة للضمان سيسمح لهيئة الضمان من استيعاب الأشكال الجديدة من الاستثمارات التي قد تظهر في ظل المتغيرات الدولية.

---

[209]- راجع حول التعريف الفقهي للاستثمار الصفحة 15، 16 و17 من هذا البحث.

[210]- هذا ما تنص عليه صراحة المادة 1/15 من اتفاقية المؤسسة العربية لضمان الاستثمار فيما يلي:

" **تشمل الاستثمارات الصالحة للتأمين 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 يجاوز أجلها ثلاث سنوات، أو القروض ذات الأجل الأقصر التي يقرر المجلس على سبيل الاستثناء صلاحيتها للتأمين**".

[211]- **كعباش عبد الله**، مسؤولية الدولة المضيفة تجاه أموال المستثمر الأجنبي، أطروحة دكتوراه في القانون، فرع القانون الدولي والعلاقات الدولية، جامعة الجزائر(1)، كلية الحقوق "بن عكنون"، 2013، ص 74

فلا يقتصر الضمان في هذا العقد على الاستثمار النقدي أو المادي فقط، إنما يتعداه ليشمل ملكية الأسهم والسندات والمشروعات وفروعها وملكية الحصص والعقارات، والقروض وأي إسهام في مشروع ناتج عن طريق تقديم أصول فيه، حتى ولو كان ذلك عن طريق أرباح يجري إعادة استثمارها[212]، وسواء كان استثمارا مباشرا أو غير مباشر في شكله التقليدي أو الحديث[213].

هذا، ويمكن لهيئة الضمان الدولية الاستعانة في تحديد الاستثمارات الأجنبية القابلة للضمان بالإرشادات الصادرة عن صندوق النقد الدولي بشأن تعريف الأصول والخصوم، وهذا ما أكدته المادة 2/15 من اتفاقية المؤسسة العربية لضمان الاستثمار التي تنص:

"**تستعين المؤسسة في تحديد الاستثمارات لأغراض الفقرة السابقة بالإرشادات الصادرة عن صندوق النقد الدولي بشأن تعريف الأصول والخصوم طويلة الأجل فيما يتعلق بإحصاءات ميزان المدفوعات**".

بالتالي، يمكن أن يتخذ الاستثمار المراد ضمانه، الاستثمار الذي يأخذ شكل المساهمة الدائمة في رأس المال، الذي يكون فيه لطالب الضمان مشاركة فعلية في إدارته واتخاذ القرارات فيه، وهو ما يعرف بالاستثمار المباشر عن طريق المساهمة[214]، الذي يعد في

---

[212]– حسب المادة 3/15 من اتفاقية المؤسسة العربية لضمان الاستثمار فإنه :

" **لا يفرق عند تقدير صلاحية الاستثمار للتأمين بين الاستثمارات التي ترتبت على أداء نقدي أو غير نقدي أو إعادة استثمار عوائد من استثمار سابق**".

[213]– ويقصد بالاستثمار المباشر، الاستثمار الذي يكون فيه للمستثمر دور في السيطرة على المشروع وإدارته، فيكون المستثمر طالب الضمان وحده مالكا لحقوق الملكية والعقارات والحصص أو للمشروع وفروعه أو وكالاته. أما الاستثمار غير المباشر أو ما يعرف بـ"الاستثمار المحفظي"(L'investissement en Portefeuille)، فيعني شراء الأسهم والسندات وكذا القروض التي يقدمها أو يضمنها المشاركون في ملكية المشروع الاستثماري، بحيث لا يكون المستثمر في هذا المشروع مالكا لجزء أو لكل المشروع، ولا يتحكم في إدارته أو تنظيمه كما هو عليه الحال في الاستثمار المباشر. أنظر في ذلك:

أبو قحف عبد السلام، الأشكال والسياسات المختلفة للاستثمارات الأجنبية، مؤسسة شباب الجامعة، الاسكندرية،2003، ص ص.15-16. ولمزيد من التفاصيل حول مفهوم الاستثمار الأجنبي المباشر والاستثمار الأجنبير غير المباشر أنظر كذلك: **محمد عبد العزيز عبد الله عبد**، الاستثمار الأجنبي المباشر في الدول الإسلامية في ضوء الاقتصاد الإسلامي، دار النفائس للنشر والتوزيع، عمان، 2005، ص ص. 14-16.

[214] – هذا ما أكده صندوق النقد الدولي في تعريفه للاستثمار الأجنبي المباشر على أنه:

« l'Investissement direct vise à acquérir un intérêt durable dans une entreprise exploité dans un pays autre que celui de l'investisseur, le but de ce dernier étant d'influer effectivement sur la gestion de l'entreprise en question» .Voir : **CHARVIN Robert ,** L'investissement international et le droit au développement , L'Hamattan, Paris, 2002 , p19.

عصرنا الحالي الشكل المفضل للمستثمرين الأجانب، كونه يتيح لهم السيطرة الفعلية على المشروع في الخارج وتوجيهه نحو أغراض الإنتاج التي تخدم بالدرجة الأولى مصالحهم، أما الدول المضيفة فتفضل الاستثمار الأجنبي المباشر الذي يتخذ شكل الشراكة[215]، كونه يضمن لها عدم انفراد المستثمر الاجنبي باتخاذ قرارات الادارة والتشغيل، ويمكنها من فرض رقابتها للحيلولة دون لجوء المستثمر الاجنبي لاساليب لا ترضي هي عنها، يمكن هذه الدول من الاستفادة من التكنولوجيا وأساليب الإدارة الحديثة[216].

يتضح مما تقدم، أن تطبيق الاتفاقيات الدولية لضمان الاستثمار من حيث الموضوع ينصب على المشروع الاستثماري الذي يتم انجازه في إحدى الدول الأعضـــاء، هذا ما يعني أن

---

[215] – "الشراكة" هي شكل من أشكال الاستثمار الأجنبي المباشر الذي تتوزع فيه ملكية المشروع وإدارته بين المستثمر الأجنبي والمستثمر الوطني العام أو الخاص. نقلا عن:

LONCLE(Jean Marc), La nation d'investissement…, op.cit, p327.

في إطار الحديث عن الشراكة، نشير إلى القانون الجزائري الذي استحداث نظام الشراكة منذ سنة 2009، مع صدور القانون رقم 09-01 المؤرخ في 22 يوليو سنة 2009، المتضمن قانون المالية التكميلي لسنة 2009،ج.ر.ج.ج، العدد 44، الصادرة في 2009/07/26، الذي استحدث بموجب المادة 58 منه المادة 04 مكرر1 من القانون رقم 01-03 المؤرخ في 20 أوت سنة 2001، المتعلق بتطوير الاستثمار، والتي تنص على مايلي:

"**لا يمكن انجاز الاستثمارات الأجنبية إلا في إطار شراكة تمثل فيها المساهمة الوطنية المقيمة بنسبة 51% على الأقل من رأس المال الاجتماعي**".

بالرغم من إلغاء هذه المادة في سنة 2016، بموجب القانون رقم 16-09 المؤرخ في 03 أوت 2016، المتعلق بترقية الاستثمار، إلاّ أن مبدأ الشراكة الاجبارية في مجال الاستثمار الأجنبي يبقى قائما في ظل القوانين الحالية، وهو ما يؤكد عليه المشرع في قانون المالية لسنة 2016 الذي ينص على مايلي:

" **ترتبط ممارسة الأجانب لأنشطة إنتاج السلع والخدمات والاستيراد بتأسيس شركة تحوز المساهمة الوطنية المقيمة على نسبة 51% على الأقل من رأسمالها**".

المادة 66 من القانون رقم 15-18 المؤرخ في 30 ديسمبر 2015، المتضمن قانون المالية لسنة 2016، ج.ر.ج.ج، العدد 72، الصادرة في 2015/12/31، والتي يلاحظ أن المشرع قد أورد عليها تعديل بموجب قانون المالية 2020، أين حصر تطبيق مبدأ الشراكة على " **النشاطات التي تكتسي طابعا استراتجيا والتي تحدد عن طريق التنظيم**".

أنظر المادة 109 من القانون رقم 19-14 المؤرخ في 11 ديسمبر 2019، يتضمن قانون المالية لسنة 2020، ج.ر.ج.ج العدد 81، الصادرة في 30 ديسمبر 2019.

[216]– **نزيه عبد المقصود محمد مبروك**، الأثار الاقتصادية للاستثمارات الأجنبية، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، 2007، ص ص. 41-43.

أنظر كذلك: **محمد عبد العزيز عبد الله عبد**، الاستثمار الأجنبي...، المرجع السابق، ص ص.37-40.

الاستثمار المراد ضمانه هو الاستثمار الأجنبي[217]، سواءا الاستثمار المملوك أو الذي يتم إدارته بواسطة المستثمر بطريقة مباشرة أو غير مباشرة، وسواءا كان استثمارا نقديا أو في شكل مساهمة أو مشاركة في مشروع عن طريق تقديم أصول فيه مهما كانت نوعيتها وطبيعتها. فهذه الاتفاقيات لم تحصر مفهوما محددا للاستثمار المراد ضمانه، وتركت لهيئة الضمان صلاحية تحديد الاستثمارات التي تعتبرها صالحة للضمان، إلا أنها وبالرغم من توسيعها في مفهوم الاستثمار إلا أنها اشترطت أن يكون الاستثمار فيما بين الدول الأعضاء كما سنبين ذلك لاحقا في شروط العقد.

ثانيا: النطاق الإقليمي والزمني للاتفاقيات

1- النطاق الإقليمي

يتحدد النطاق الإقليمي للاتفاقية بتحديد المدى الجغرافي للاتفاقية من جهة، وبالنظر إلى عدد الدول الأطراف وطبيعتها وحدودها الإقليمية من جهة أخرى.

بالرجوع لاتفاقية سيول، فإن النطاق الإقليمي لهذه الاتفاقية يخص كافة أقاليم الدول الأعضاء فيها، وهذا ما يستخلص من المادة 66 من هذه الاتفاقية التي تنص على أنه: " **تطبق هذه الاتفاقية على كافة الأقاليم الخاضعة لاختصاص عضو من الأعضاء بما في ذلك الأقاليم التي يضطلع العضو بالمسؤولية عن علاقاتها الدولية، مع استثناء الأقاليم التي يستبعدها العضو من تطبيق هذه الاتفاقية باخطار كتابي يوجهه إلى جهة الإيداع عند التصديق أو القبول أو الموافقة أو في وقت لاحق**".

يستنتج من خلال هذا النص، أن عبارة الإقليم الواردة في هذه الاتفاقية تشمل كافة الأقاليم الخاضعة لاختصاص العضو، ويدخل في ذلك الأقاليم التي لا تعتبر بالضرورة جزءا من إقليم العضو بالمعنى القانوني الضيق، وإن كانت تخضع لاختصاصه لأغراض اقتصادية في ظل أحكام القانون الدولي[218].

---

[217]- **TOUSCOZ Jean**, «Les opérations de garantie de l'Agence multilatérale de garantie des investissements (AMGI) », JDI, N°4, Paris, 1987, p 901.

[218] – يشمل مصطلح الإقليم طبقا لقواعد القانون الدولي على الإقليم البحري والبري والجوي. أنظر في ذلك: **مدوس ملاح الرشيد**، "ضرورة تطوير..."، المرجع السابق، ص 33.

أما عبارة "الدولة العضو" المشار إليها في هذه الاتفاقية فيراد بها طبقا ل كل دولة تكون الاتفاقية قد دخلت في شأنها حيز النفاذ بعد تصديقها[219]، وإذ تصبح الاتفاقية نافذة في كافة أقاليم الدول الأعضاء التي صادقت على هذه الاتفاقية أو المنظمة إليها ابتداءً من تاريخ إيداع وثيقة تصديقها أو انضمامها، وهو ما أكدته أيضا المادة 46 من اتفاقية المؤسسة العربية لضمان الاستثمار التي تنص:

"... **وتصبح هذه الاتفاقية نافذة في شأن كل من الأقطار الأخرى المؤسسة أو المنضمة من تاريخ إيداع وثيقة تصديقها أو انضمامها**".

يترتب على التصديق على الاتفاقية الدولية لضمان الاستثمار قبول الدولة المعنية على قيام هيئة الضمان بالضمان على الاستثمارات التي يتم إنجازها في أقاليمها، وهذا ما أكدته صراحة الفقرة الثانية من المادة 62 من اتفاقية المؤسسة الإسلامية لتأمين الاستثمارات التي تنص على أنه:

"**بالتصديق على هذه الاتفاقية أو قبولها فإن الدولة العضوة المعنية تعتبر قد صرحت للمؤسسة للقيام في اقليمها وفي كافة الأوقات بتقديم خدمات التأمين وإعادة التامين وفقا لأحكام هذه الاتفاقية**".

يفيد هذا النص، أن الضمانات الواردة في هذه الاتفاقية تقتصر على الاستثمارات التي إنجازها في أقاليم الدول الأعضاء في هيئة الضمان الدولية المتعاقد معها.

2- النطاق الزمني

تعد مسألة تحديد النطاق الزمني للاتفاقية ذات أهمية بالغة، تمكننا من معرفة مدى سريان بنود الاتفاقية على مشروع استثماري قائم قبل سريان الاتفاقية، وكذا تحديد تاريخ سريان الاتفاقية على كل الأطراف، ومدة سريانها، وكيفية تطبيق أحكامها.

في هذا الصدد، وردت الأحكام الختامية للاتفاقيات الدولية لضمان الاستثمار كلها حول سريان الاتفاقية أو نفاذ الاتفاقية، فحسب المادة 61 من اتفاقية سيول فإنه:

" **تصبح هذه الاتفاقية نافذة المفعول في التاريخ الذي يتم فيه إيداع ما لا يقل عن خمس وثائق تصديق أو قبول أو موافقة من دول موقعة تم تصنيفها في الفئة الأولى، وما لا يقل عن خمس**

[219]– المادة 03 من اتفاقية سيول.

عشرة من تلك الوثائق من دول موقعة تم تصنيفها في الفئة الثانية بشرط ألا يقل مجموع اكتتابات هذه الدول عن ثلث رأس مال الوكالة المرخص به في المادة 5. تصبح هذه الاتفاقية نافذة في شأن كل دولة تودع وثيقة تصديقها أو قبولها أو موافقتها بعد سريان هذه الاتفاقية في التاريخ الذي يتم فيه الايداع"[220].

كما تنص المادة 46 من اتفاقية المؤسسة العربية لضمان الاستثمار على ما أنه:

" **تصبح هذه الاتفاقية نافذة المفعول متى صدق عليها ما لا يقل عن خسة أقطار اكتتبت في 60% على الأقل من رأس مال المؤسسة. وتصبح نافذة في شأن كل الأقطار الأخرى المؤسسة أو المنضمة من تاريخ إيداع وثيقة تصديقها أو انضمامها**".

يلاحظ مما تقدم، أن الاتفاقية الدولية لضمان الاستثمار تسري في مواجهة الدول الأعضاء والغير بمجرد دخولها حيز النفاذ بعد التصديق أو الموافقة عليها أو قبولها وفقا للشروط المحددة في الاتفاقية مسبقا، ولاسيما الاكتتاب في رأس مال هيئة الضمان الدولية الذي يعد شرط أساسي لبدء الهيئة في مزاولة نشاطها ودخولها حيز النفاذ، فقد حددت هذه الاتفاقيات القدر الأدنى المطلوب لبدء الهيئة بعملياتها، فحسب المادة 63 من اتفاقية المؤسسة الإسلامية لتأمين الاستثمارات فإنه:

" **يبدأ نفذ هذه الاتفاقية بعد إيداع وثائق تصديق أو قبول عدد من الدول الموقعة لا تقل مجموع مساهمتها عن خمسة وعشرين مليون دينار إسلامي(25.000.000)**".

أما مدة الاتفاقية، فحسب ما جرى العمل به في الممارسات الدولية فإن تطبيق الاتفاقية من حيث الزمن يمكن أن ينتهي إما بانتهاء الهدف من وضعها، أو بانقضاء مدة سريانها المحددة في الاتفاقية ذاتها[221].

---

[220] – يراد بالدول المصنفة في الفئة الأولى الدول المتقدمة المصدرة لرأس المال، وهم الأعضاء الأصليون المدرجة أسماؤهم في الجدول(أ) الملحق بالاتفاقية، أما الدول المصنفة في الفئة الثانية فهو صنف الدول النامية المدرج أسمائها في الجدول(ب). راجع في ذلك:

GIGLIONE Renaud, « Commentaire de la convention de Séoul portant création de l'Agence multilatérale de garantie des investissements », op,cit.

[221]– هذا ما تنص عليه المادة 54 من اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات المبرمة يوم 23 مايو 1969، على مايلي:

"**يجوز إنهاء المعاهدات أو انسحاب طرف منها: وفقا لأحكام المعاهدة، أو في أي وقت من الأوقات، بموافقة الأطراف بعد التشاور مع الدول المتعاقدة الأخرى**". =

في هذا الصدد تنص المادة 05 من اتفاقية إنشاء المؤسسة العربية لضمان الاستثمار التي تنص على مايلي:

" **مدة قيام المؤسسة ثلاثون عاما تبدأ من تاريخ نفاذ الاتفاقية وتتجدد تلقائيا على التوالي لمدة مماثلة ما لم يتقرر حل المؤسسة وفقا لأحكام المادة 33**".

يلاحظ أن هذه المادة حددت مدة سريان الاتفاقية مبدئيا بثلاثون(30) عاما قابلة للتجديد، وهذا ما لم يتخذ مجلس المؤسسة قرارا بحل المؤسسة طبقا للمادة 33[222]، ففي هذه الحالة ينتهي العمل بالاتفاقية بسبب حل الهيئة المنشئة بموجبها.

كما يمكن أن ينتهي العمل بالاتفاقية بسبب وقف أعمال الهيئة وتصفية نشاطها، كما أشارت إليه المادة 55/أ من اتفاقية سيول التي تنص على أنه:

" **يجوز لمجلس المحافظين أن يقرر بالأغلبية الخاصة وقف عمليات الوكالة وتصفية أعمالها، وبصدور هذا القرار توقف جميع أنشطة الوكالة باستثناء الأعمال اللازمة لتجميع الأصول والمحافظة عليها وتسوية الالتزامات...**".

مع الإشارة، أنه لا يرتب حل الهيئة الضامنة أو وقف نشاطها أي أثر على التزامات الأعضاء إتجاه الهيئة أو التزامات الهيئة اتجاه المستثمرين المستفيدين من الضمان، إنما تظل الهيئة قائمة وتبقى جميع الحقوق والالتزامات المتبادلة بينها وبين أعضائها إلى أن يتم تسوية جميع التزاماتها وتوزيع أصولها، وتبقى أحكام الاتفاقية سارية المفعول على نحو يسمح للاستثمارات المنجزة خلال مدة سريان الاتفاقية الاستفادة من الحماية والضمانات الواردة فيها.

= تضيف المادة 59 من اتفاقية فيينا أنه:

" **تعتبر المعاهدة منتهية إذا عقدت جميع أطرافها معاهدة لاحقة تتعلق بنفس الموضوع: ويتبين من المعاهدة اللاحقة أو يثبت بطريقة أخرى أن نية الأطراف إخضاع ذلك الموضوع لهذه المعاهدة، أو تكون أحكام المعاهدة اللاحقة منافية لأحكام المعاهدة السابقة إلى درجة يستحيل معها تطبيق المعاهديتن في آن معاً**".

اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات المبرمة يوم 23 مايو سنة 1969، التي انضمت إليها الجزائر مع التحفظ بموجب المرسوم رقم87-222، المؤرخ في 13 أكتوبر سنة 1987، ج.ر.ج.ج، العدد 42، الصادرة في 1987/10/14.

لمزيد من التفاصيل حول انتهاء المعاهدات الدولية أنظر كذلك: **مدوس ملاح الرشيد**،"ضرورة تطوير..."، المرجع السابق، ص35.

[222]– تنص المادة 33 من اتفاقية المؤسسة العربية لضمان الاستثمار على أنه:

" **للمجلس بعد إخطار الأعضاء بفترة لا تقل عن أربعة أشهر أن يتخذ بالأغلبية الخاصة قرارا مسببا بحل المؤسسة وتصفية أعمالها...**"

الفرع الثالث
الطبيعة القانونية للاتفاقيات الدولية لضمان الاستثمار

أثارت مسألة تحديد الطبيعة القانونية للاتفاقية الدولية المتضمنة إنشاء هيئة الضمان الدولية اختلاف الفقهاء(أولا)، وترتب على ذلك اختلافهم أيضا حول القيمة القانونية لهذه الاتفاقيات(ثانيا).

أولا: اختلاف الفقه حول تكييف الاتفاقيات الدولية لضمان الاستثمار

اختلف الفقه حول الطبيعة القانونية للاتفاقيات الدولية لضمان الاستثمار، ويرى أن اتفاقية سيول المتعلقة بإنشاء الوكالة الدولية لضمان الاستثمار تعد بمثابة معاهدة دولية، استنادا إلى ما تنص عليه الفقرة(ب) من المادة الأولى من اتفاقية سيول التي وردت كالآتي: "**تتمتع الوكالة بالشخصية القانونية الكاملة...**".

يعتبر الفقه هذا النص كتعبير صريح على أن إرادة الدول الأعضاء في هذه الاتفاقية اتجهت نحو إخضاع الوكالة لأحكام القانون الدولي، وذلك بمنحها شخصية قانونية مستقلة عن الدول الأعضاء، وهذا ما يعني وصفها بمعاهدة دولية أقرب إلى اعتبارها اتفاقية دولية[223]، وعبارة الاتفاقية الواردة في أحكام هذه الاتفاقية تعني اتجاه إرادة أطرافها إلى إخضاعها لقواعد القانون الدولي التي تحكم إبرام المعاهدات الدولية وفقا لاتفاقية فيينا لعام 1969، أي خضوع هذه الاتفاقية للقواعد القانونية الحديثة في قانون المعاهدات، والتي تلقي على عاتق أطرفها التزامات متساوية.

إذا كان الفقه متفق على اعتبار اتفاقية سيول معاهدة دولية، فإنه يختلف بشأن الاتفاقية المتضمنة إنشاء المؤسسة العربية لضمان الاستثمار، وتخرجها من دائرة المعاهدة الدولية، ويستندون في ذلك للمادة 06 من هذه الاتفاقية التي ورد فيها:

"**تخضع المؤسسة لأحكام هذه الاتفاقية، ولما يضعه مجلس المؤسسة من نظم ولوائح مكملة لها. وعند عدم وجود حكم في النصوص المشار إليها في الفقرة السابقة تطبق والمبادئ القانونية المشتركة في الأقطار المتعاقدة والمبادئ المعترف بها في القانون الدولي**".

223- **CARREAU Dominique, JULLIARD Patrick**, Droit international …., op.cit, p 513.

استناداً لهذا النص، يرى الفقه أن هذه الاتفاقية ليست معاهدة دولية، لأن إرادة الأطراف فيها لم تنصرف إلى إخضاعها لأحكام القانون الدولي، فلا يمكن إطلاق وصف المعاهدة في جميع الأحوال على كل اتفاق يبرم بين الدول، فالمعاهدة الدولية لها خصائص ومميزات تنفرد بها عن غيرها من الاتفاقيات الدولية، وأهمها أن المعاهدة الدولية تبرم بين أشخاص القانون الدولي العام (الدول والمنظمات الدولية)، وتخضع لأحكام القانون الدولي والقضاء الدولي، وبالتالي لا يعد الاتفاق المبرم بين أشخاص القانون الدولي معاهدة دولية إذا ما انصرفت إرادة أطرافه إلى عدم إخضاعه للقانون الدولي كما ورد ذلك في المادة السادسة من اتفاقية المؤسسة العربية لضمان الاستثمار. [224]

لكن هذا الاتجاه يعترض عليه بعض الفقه [225]، كونه يتعارض والقواعد العامة للقانون الدولي، التي تقتضي بأن كل اتفاق يبرم بين أشخاص القانون الدولي العام يعتبر معاهدة دولية، بشرط أن تكون إرادة تلك الدول قد اتجهت إلى إخضاع ذلك الاتفاق لأحكام القانون الدولي، والمادة السادسة من اتفاقية المؤسسة العربية لضمان الاستثمار التي استند إليها الفقه لا علاقة لها بالنظام القانوني للاتفاقية المنشئة لهذه المؤسسة، فهي تحدد النظام القانوني للمؤسسة وليس للاتفاقية.

فتكييف الاتفاقية المنشئة لهيئة الضمان الدولية فيما إذا كانت معاهدة أم اتفاقية دولية، يعني البحث عن إرادة الأعضاء ومدى اتجاهها نحو إخضاع هذه الاتفاقية لأحكام القانون الدولي من عدمه، بصرف النظر عن الشكل الذي تتخذه هيئة الضمان والنظام القانوني الذي تخضع له هذه الهيئة، أي لابد من التمييز والفصل بين النظام القانوني للاتفاقية المنشئة لهيئة الضمان والنظام القانوني لهذه الهيئة.

ثانيا: القيمة القانونية للاتفاقيات الدولية لضمان الاستثمار

بالرغم من عدم جود نص في الاتفاقيات الدولية لضمان الاستثمار يقضي بإخضاعها إلى أحكام القانون الدولي، فإنه إعمالا بالقواعد العامة لا يتصور أن تكون هذه الإرادة غير خاضعة لأحكام القانون الدولي، سواء بما تضمنه ميثاق الأمم المتحدة أو اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات.

---

[224] - **CARREAU Dominique**, **JULLIARD Patrick**, Droit international …., op.cit, p 511.

[225] – **هشام خالد**، المؤسسة العربية لضمان الاستثمار، المرجع السابق، ص 25.

فحسب المادة 102 من ميثاق الأمم المتحدة فإن:

" **كل معاهدة وكل اتفاق دولي يعقده أي عضو من أعضاء "الأمم المتحدة" بعد العمل بهذا الميثاق يجب أن يسجل في أمانة الهيئة، وأن تقوم بنشره بأسرع ما يمكن. وليس لأي طرف في معاهدة أو اتفاق دولي لم يسجل وفقا للفقرة الأولى من هــذه المــادة أن يتمسك بتلك المعاهدة أو ذلك الاتفاق أمام أي فرع من فروع "الأمم المتحدة...".**

وتضيف المادة 103 من هذا الميثاق أنه:

" **إذا تعارضت الالتزامات التي يرتبط بها أعضاء الأمم المتحدة وفقا لأحكام هذا الميثاق مع أي التزام دولي آخر يرتبطون به، فالعبرة بالتزاماتهم المترتبة على هذا الميثاق**"[226].

يتضح من خلال هذه النصوص، أنه لا يمكن إبرام معاهدة أو اتفاقية دولية تتضمن أحكاما تتعارض مع أحكام ميثاق الأمم المتحدة، والذي يعتبر أساسا لقواعد القانون الدولي. كما يلاحظ أن الاتفاقيات الدولية لضمان الاستثمار وردت كلها تحت عنوان "اتفاقية"، وهذا ما يخولها مكانة هامة بالنسبة لقوانين الدول الأعضاء والتي يتعين عليها احترامها والالتزم بتطبيقها للقرارات واللوائح الصادرة عن هيئة الضمان.

بعبارة أخرى، إن عبارة الاتفاقية هنا تعني حتما أن إرادة القائمين على وضع هذه الاتفاقيات قد اتجهت إلى إخضاع هذه الاتفاقيات لقواعد القانون الدولي التي تحكم إبرام المعاهدات الدولية وفقا لاتفاقية فيينا لقانون المعاهدات لعام 1969، وبالتالي فالالتزامات التي وردت فيها جاءت على شكل التزامات دولية متعددة الأطراف، يتعين على الدول الأطراف احترام إحكامها وفقا لقواعد القانون الدولي، فطبقا للمادة 26 من اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات فإن:" **كل معاهدة نافذة تلزم أطرافها، ويجب أن ينفذها الأطراف بحسن النية**"[227].

فالقانون الدولي يلزم الدول باحترام الاتفاقيات التي تبرمها فيما بينها وفقا لمبدأ (pacta sunt servannda) بمعنى أن "المتعاقد ملزم بتعاقده"[228]، ويجب عليها تنفيذ الاتفاق الدولي،

---

[226] – ميثاق الأمم المتحدة المؤرخ في 26 يونيو 1945 على الموقع: http:// www.un.org

[227]– اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات المبرمة يوم 23 مايو 1969، المرجع السابق.

[228]– **منى محمود مصطفى**، الحماية الدولية للاستثمار الأجنبي المباشر ودور التحكيم في تسوية منازعات الاستثمار، دار النهضة العربية للطبع والنشر والتوزيع، القاهرة، 1990، ص 21.

وأية مخالفة لأحكامه يرتب على عاتقها المسؤولية القانونية الدولية، والتزام بتعويض الأضرار التي أصابت الدول الأخرى.

بذلك، تكون الدول الأعضاء الموقعة على الاتفاقيات الدولية لضمان الاستثمار ملزمة بتطبيق أحكام هذه الاتفاقيات فور التصديق عليها، واتخاذ الإجراءات المقررة في قوانينها الداخلية لجعل هذه الاتفاقيات نافذة في إقليمها وملزمة للسلطات العامة، وأن تلتزم المحاكم الداخلية بأحكامها وعدم التصدي لتفسير هذه الاتفاقيات أو اللوائح والقرارات الصادرة عن هيئة الضمان الدولية، إنما يتعين عليها أن تنتظر التفسير الذي سيصدر عن الهيئة نفسها والتي تتمتع بموجب الاتفاقية بصلاحية تفسير أحكامها.

هذا ما تنص عليه صراحة الفقرة 01 من المادة 34 من اتفاقية المؤسسة العربية لضمان الاستثمار كما يلي:

"**يبث مجلس المؤسسة بصفة نهائية في المنازعات التي تنشأ بين الأقطار المتعاقدة أو بين الأعضاء أو بينهم وبين المؤسسة حول تفسير نصوص هذه الاتفاقية أو تطبيقها**".

استنادا لهذا النص، يختص مجلس المؤسسة في تفسير أحكام هذه الاتفاقية وتطبيقها، كما جعلت اتفاقية سيول واتفاقية المؤسسة الإسلامية لتأمين الاستثمارات مسألة تفسر الاتفاقية من اختصاص مجلس إدارة هيئة الضمان والذي يصدر فيها قرارا قابلا للاستئناف أمام مجلس المحافظين[229]. ويكون التفسير الذي يصدر عن الجهاز الإداري لهيئة الضمان في هذا الشأن ملزما للدول الأعضاء والسلطات العامة التابعة لها(الجهات القضائية والإدارية) والتي يتعين عليها الالتزام بهذا التفسير باعتباره جزء من النظام القانوني لهيئة الضمان.

---

[229]– تنص المادة 56 من اتفاقية سيول على أنه:

" **يعرض كل أمر يتعلق بتفسير هذه الاتفاقية أو تطبيقها، مما يثور بين عضو والوكالة أو بين الأعضاء في الوكالة، على مجلس الإدارة لإصدار قرار بشأنه...؛ ولأي عضو أن يطلب رفع الأمر الى مجلس المحافظين في أيّة حالة من الحالات التي يصدر فيها مجلس الادارة قرارا طبقا للفقرة (أ) من هذه المادة، ويكون قرار مجلس المحافظين نهائياً**".

كما تنص الفقرة 2 03 من المادة 58 من اتفاقية المؤسسة الاسلامية لتأمين الاستثمارات في هذا الصدد على مايلي:

"**إذ نشأت أي مشكلة تتعلق بتفسير أو تطبيق نصوص هذه الاتفاقية بين المؤسسة وأي عضو من أعضائها أو بين عضوين أو أكثر فإنها تعرض على مجلس المديرين ليصدر فيها قرارا...؛ عندما يصدر مجلس المديرين قرارا بمقتضى الفقرة(02) من هذه المادة، فلأي عضو أن يستأنف هذا القرارا أمام مجلس المحافظين خلال فترة لا تتجاوز ستة (06) أشهر من تاريخ صدور القرارا، ويكون قرارا مجلس المحافظين نهائيا**".

بهذا الشكل تتخذ الاتفاقيات الدولية لضمان الاستثمار موقفا واضحاً ومقبولاً بشأن مسألة تفسير أحكام هذه الاتفاقيات، وذلك حتى لا تنفرد الدول الأعضاء في الاتفاقية بتفسير أحكام الاتفاقية واللوائح والقرارات الصادرة عن هيئة الضمان بما يتنافى ومقاصد القائمين على إعداد الاتفاقية.

المطلب الثاني
الإطار التنظيمي للعقد

استجابة لرغبة الدول في إقامة نظام دولي لضمان الاستثمارات الأجنبية، تم إنشاء مؤسسات دولية متخصصة في ضمان الاستثمارات الأجنبية من المخاطر غير التجارية، تتولى مهمة إبرام عقود الضمان مع مستثمري الدول الأعضاء تتحمل بموجبها التعويض عن الخسائر التي تترتب عن تحقق إحدى المخاطر المضمونة بموجب العقد.

تعد الوكالة الدولية لضمان الاستثمار والمؤسسة العربية لضمان الاستثمار، والمؤسسة الإسلامية لتأمين الاستثمار وائتمان الصادرات المؤسسات الدولية الوحيدة التي كتب لها وجود على خارطة المؤسسات الدولية، والتي تعني بضمان الاستثمار ضد المخاطر غير التجارية (الفرع الأول)، وهي مؤسسات دولية مستقلة نسبيا عن الدول الأعضاء، تتمتع بالشخصية القانونية الكاملة التي تؤهلها للقيام بمهامها، ولاسيما إبرام عقود الضمان مع المستثمرين الأجانب (الفرع الثاني).

الفرع الأول
التعريف بهيئة الضمان الدولية

يقصد بهيئة ضمان الاستثمار الدولية "مجموع الميكانيزمات والآليات الدولية المتخصصة في ضمان الاستثمارات الأجنبية من المخاطر غير التجارية، وذلك بواسطة عقود تبرمها مع المستثمرين الأجانب باسمها ولحسابها، تتحمل بموجبها دفع التبعات المالية التي يمكن أن تصيبهم نتيجة حدوث كوارث سياسية محددة مسبقا"[230].

[230]- **ZOUAIMIA Rachid**,«Les mécanismes de garantie des investissements étrangers»,op.cit,p 04.

تعد المؤسسة العربية لضمان الاستثمار أول نموذج عملي لهيئة دولية لضمان الاستثمار في العالم العربي(أولا)، وكانت تجربة إنشائها نموذجا من الممكن احتذاؤه على الصعيد الدولي، بإنشاء الوكالة الدولية لضمان الاستثمار (ثانيا)، بعدها قامت الدول العربية في إطار تكثيف جهودها بالاشتراك مع الدول الإسلامية العربية وغير العربية بإنشاء هيئة مماثلة لضمان الاستثمار على المستوى الإقليمي، وهي المؤسسة الإسلامية لتأمين الاستثمار وائتمان الصادرات(ثالثا).

أولا: المؤسسة العربية لضمان الاستثمار (CIAGI)

تعتبر المؤسسة العربية لضمان الاستثمار أو ما يعرف حديثا بالمؤسسة العربية لضمان الاستثمار وائتمان الصادرات أول هيئة دولية استحدثت بغرض الضمان على الاستثمارات العربية في عام 1971، نتيجة للظروف التي عرفتها المنطقة العربية بعد ظهور البترول وتدفقه في بعض الدول العربية مثل دول الخليج، فانقسمت الدول العربية إلى دول مصدرة تميزت بعوائد بترولية، ودول مستوردة بحاجة إلى رؤوس أموال لتمويل التنمية، غير أن عدم الاستقرار السياسي الذي تعرفه هذه الدول، بالإضافة إلى كونها دول حديثة الاستقلال تسعى إلى معالجة مشاكلها الاقتصادية من خلال انتهاجها لسياسة التأميم، دفع العديد من وسائل التمويل العربية بالتوجه خارج المنطقة العربية، فكان لابد من إيجاد وسائل فعالة للتقليل من حدة الخوف من المخاطر غير التجارية في الدول العربية[231].

استجابة لرغبة هذه الدول والتي ترتبط بعضها البعض بروابط سياسية واقتصادية واجتماعية، تم إنشاء المؤسسة العربية لضمان الاستثمار بموجب اتفاقية دولية للصندوق الكويتي للتنمية الاقتصادية في سنة 1971، ومقرها الرئيسي بدولة الكويت[232].

تضم المؤسسة العربية لضمان الاستثمار على عضوية كل الدول العربية سواء كانت من الدول المصدرة أو الدول المستوردة لرؤوس الأموال ما عدا جمهورية جزر القمر الإسلامية،

---

[231]– **رضا عبد السلام**، محددات الاستثمار الأجنبي المباشر في عصر العولمة: دراسة مقارنة لتجارب كل من شرق وجنوب شرق أسيا مع التطبيق على مصر، المكتبة العصرية للنشر والتوزيع، مصر، 2007، ص 37.

[232]– تنص المادة 04 من اتفاقية إنشاء المؤسسة العربية لضمان الاستثمار على أنه:

" **يكون مقر المؤسسة مدينة الكويت، وللمؤسسة أن تقيم مكاتب فرعية لها في أي قطر آخر وفقا لما تراه لازما لنشاطها**".

بالإضافة إلى عضوية الهيئات العامة وشبه العامة العربية التي تتحصل على ترخيص من دولتها، التي تلتزم بضمان التزاماتها إزاء المؤسسة، لاسيما الإكتتاب في رأس مال المؤسسة[233]، إذ يعد الإكتتاب شرطاً أساسياً لقبول عضوية أية دولة[234]، وأي إخلال من أحد الأعضاء بالتزاماته المترتبة عن العضوية ولاسيما عدم أداء المبالغ المستحقة يسمح للمؤسسة بإنهاء عضويته طبقا للمادة 31 من اتفاقية المؤسسة[235].

هذا ما حدث مع دولة العراق التي تم تعليق عضويتها في المؤسسة العربية لضمان الاستثمار إثرا حرب الخليج الثانية، وتجميد عضويتها بسبب عدم دفع المستحقات المترتبة في ذمته، ما أدى إلى عدم وجود غطاء مالي لحماية المشاريع الاستثمارية المنجزة فيه[236].

بالاضافة لتوقيف العضوية يمكن أن تنتهي العضوية في المؤسسة العربية بإرادة العضو، وذلك بالانسحاب من المؤسسة أو من الاتفاقية شريطة مضي خمس سنوات من تاريخ نفاذها في شأنه[237].

233– تضم عضوية هذه المؤسسة إلى جانب الدول العربية مجموعة من المؤسسات العربية المشتركة والتي ساهمت في رأس المال المؤسسة وتتمثل في: الصندوق العربي للانماء الاقتصادي والاجتماعي، صندوق النقد العربي، المصرف العربي للتنمية الاقتصادية في إفريقيا والعيئة العربية للاستثمار والانماء الزراعي. أنظر ذلك على موقع المؤسسة العربية لضمان الاستثمار : http : // www. iaigc.org

234– قدر رأس مال المؤسسة العربية لضمان الاستثمار بصفة مبدئية بعشرة ملايين دينار كويتي عند التوقيع على الاتفاقية، تساهم كل الدول الأعضاء سواء كانت دولا مصدرة أو مستوردة لرؤوس الأموال في الإكتتاب في رأس مال المؤسسة، على أن يكون الحد الأدنى لاكتتاب أي عضو فيها بـ 5% من قيمة رأس المال أي ما يعادل نصف مليون دينار كويتي، على أن يتم أداء الجزء المتبقى متى قرر مجلس المؤسسة ذلك. وهذا المبلغ قابل للتغير إما بالزيادة بانضمام أعضاء جديد، أو بزيادة حصة عضو أو أكثر من الأعضاء عن الحد الأدنى، وقد ينخفض رأس مال المؤسسة إما بانسحاب أحد الأعضاء أو بقرار من مجلس المؤسسة طبقا للمادة 7/8 من اتفاقية المؤسسة العربية لضمان الاستثمار.

235– تنص المادة 1/31 من اتفاقية المؤسسة العربية لضمان الاستثمار على أنه:

" **لمجلس المؤسسة في حالة إخلال أحد الأعضاء بالتزاماته المترتبة على العضوية أن يتخذ بالأغلبية الخاصة لأصوات الأعضاء قرارا بوقف هذا العضو عن ممارسة حقوقه في المؤسسة، ويظل العضو مسؤولا عن كافة التزامات العضوية أثناء فترة التوقف**".

236– **أسيل باقر جاسم، علي كاظم حمزة**،" شركات التأمين..."، المرجع السابق، ص 645.

237– تنص المادة 30/ 1 من اتفاقية المؤسسة العربية لضمان الاستثمار على أنه:

" **يجوز لأي قطر من الأقطار الانسحاب من هذه الاتفاقية بعد مضي خمس سنوات من تاريخ نفاذها في شأنه، ويكون ذلك بإخطار كتابي يوجه إلى المؤسسة في مقرها...**".

تتكون المؤسسة العربية لضمان الاستثمار من مجموعة من الأجهزة الإدارية تتمثل في: مجلس المؤسسة ولجنة الأشراف والمدير العام ونائبه والموظفون الإداريون والفنيون[238]. ويعد مجلس المؤسسة الجهاز الرئيسي للمؤسسة، يتمتع بكافة الصلاحيات اللازمة لتحقيق أغراضها، ومن أهمها وضع اللوائح والنظم الداخلية للمؤسسة، تفسير نصوص الاتفاقية وتعديلها، قبول انضمام أطراف جديدة للاتفاقية، وقف أعمال المؤسسة وحلها، إضافة إلى الاختصاصات الإدارية التي تتعلق بإدارة شؤون المؤسسة[239].

أما لجنة الإشراف فتتولى نشاط المؤسسة وتقديم ما تراه مناسبا من مشورة والتوصيات، والتحقق من مطابقة عمليات الضمان للنظم واللوائح المعمول بها في المؤسسة، ووضع الترتيبات اللازمة لسير أعمال المؤسسة[240].

كما يوجد كذلك لدى هذه المؤسسة المدير العام للمؤسسة، وهو الممثل القانوني للمؤسسة، والذي يتولى إبرام عقود الضمان مع المستثمرين وفقا للمادة 12 من اتفاقية المؤسسة[241].

أما عن أهداف المؤسسة العربية لضمان الاستثمار، فتعمل هذه المؤسسة على تشجيع الاستثمار في الدول العربية وتشجيع الصادرات العربية إلى مختلف دول العالم، من خلال

---

[238]– أنظر في التنظيم الإداري للمؤسسة العربية لضمان الاستثمار أحكام الباب الثالث، المواد 09 إلى 14 من من اتفاقية المؤسسة العربية لضمان الاستثمار.

أنظر كذلك: **عينوش عائشة**، ميكانيزمات ضمان الاستثمارات الأجنبية في الجزائر. مذكرة لنيل درجة الماجستير في القانون، فرع قانون الأعمال، جامعة مولود معمري، تيزي– وزو، كلية الحقوق، 2002، ص ص. 83–86.

[239] – تنص المادة 1/10 و2 من اتفاقية المؤسسة العربية لضمان الاستثمار على أنه:

(1) للمجلس كافة الصلاحيات اللازمة لتحقيق أغراض المؤسسة ما لم ينص في هذه الاتفاقية على منح بعض الصلاحيات لجهاز آخر من أجهزة المؤسسة.

(2) يقوم المجلس على وجه الخصوص بالمهام الآتية: رسم السياسة العامة التي تتبعها المؤسسة؛ وضع النظم واللوائح اللازمة بناء على ما يقترحه المدير العام بعد أخذ رأي لجنة الاشراف؛ تحديد الأوجه التي توظف فيها أموال المؤسسة؛ تفسير نصوص هذه الاتفاقية وتعديلها؛ إنقاص رأس مال المؤسسة؛ تعيين أعضاء لجنة الإشراف وإنهاء عضويتهم؛ تعيين المدير العام ونائب المدير العام؛ قبول انضمام أطراف جديدة إلى الاتفاقية...".

[240] – المادة 11 من اتفاقية المؤسسة العربية لضمان الاستثمار.

[241] – تنص المادة 12 من اتفاقية المؤسسة العربية لضمان الاستثمار على أنه:

"**1– يتولى المدير العام إدارة المؤسسة في حدود النظم واللوائح والقرارات التي يضعها المجلس بما في ذلك:**

أ– ابرام عقود التأمين مع المؤمن لهم وغير ذلك من الاتفاقات ذات الصلة بنشاط المؤسسة....؛

2– المدير العام هو الممثل القانوني للمؤسسة..." .

توفير الضمان ضد المخاطر غير التجارية بالنسبة للاستثمارات العربية التي يتم تنفيذها في الدول العربية الأعضاء، فتدفع تعويضا للمستثمر الذي لم يتمكن من استرجاع أمواله من الدولة المضيفة، وهذا ما أكدته صراحة الفقرة الأولى من 02 من اتفاقية المؤسسة العربية لضمان الاستثمار التي تنص على أن:

"**الغرض من المؤسسة هو تأمين المؤمن له العربي بتعويضه تعويضا مناسبا عن الخسائر الناجمة عن المخاطر المحددة في هذه الاتفاقية عن طريق التأمين المباشر أو إعادة التأمين**" .

كما تقوم هذه المؤسسة إلى جانب نشاطها الرئيسي الذي أوجدت من أجله وهو ضمان الاستثمارات الأجنبية ضد المخاطر غير التجارية وتشجيع تدفق الاستثمارات الأجنبية، بتوفير الضمان ضد المخاطر التجارية وغير التجارية بالنسبة لائتمان الصادرات العربية لجميع دول العالم فتدفع تعويضا للمصدر عن قيمة مستحقاته التي لم يف بها المستورد، أي ضمان ائتمان الصادرات[242].

هذا، وتقوم المؤسسة العربية ومن أجل تحقيق أهدافها في تشجيع الاستثمارات بين الأقطار المتعاقدة بممارسة نشاطات أخرى مكملة لنشاطها الرئيسي في ضمان الاستثمارات، كإجراء البحوث والدراسات المتعلقة بتحديد فرص الاستثماراات وأوضاعها في الدول الأعضاء[243]. وبالتالي يمكن حصر دور هذه المؤسسة في مجال ضمان الاستثمارات الأجنبية في مجالين:

(أ)- توفير عنصر الأمان والاطمئنان للمستثمرين الأجانب: وذلك من خلال توفير الضمان ضد المخاطر غير التجارية، كالتأميم والمصادرة وخطر عدم القدرة على تحويل رأس المال والأرباح المحققة، إضافة إلى الأخطار المتعلقة بالحروب والفتن والاضطرابات الأهلية والانقلابات وغيرها من الإجراءات التي يمكن أن تمس بحقوق المستثمر وأمواله، وذلك عن طريق تعويض المستثمر المضمون عن الخسائر الناجمة عن تحقق إحدى هذه المخاطر.

---

242 – استنادا لهذه المهام أصبحت هذه المؤسسة تعرف حديثا بالمؤسسة العربية لضمان الاستثمار وائتمان الصادرات، راجع في هذا الشأن الصفحتين 93 و94 من هذا البحث.

243 – هذا ما أشارت إليه الفقرة الثانية من المادة 02 من اتفاقية المؤسسة العربية لضمان الاستثمار بنصها على مايلي:

"**تمارس المؤسسة من أجل تشجيع الاستثمارات بين الأقطار المتعاقدة أوجه النشاط المكملة لغرضها الأساسي، وخاصة تنمية البحوث المتعلقة بتحديد فرص الاستثمارات وأوضاعها في هذه الأقطار**".

(ب)- النشاط التكميلي للمؤسسة: والذي تسعى من خلاله إلى تحقيق الهدف الرئيسي من إنشائها وهو تشجيع انتقال رؤوس الأموال العربية عبر الدول العربية بممارسة أوجه النشاطات المكملة لتوفير الضمان وخاصة تلك المتعلقة بتنمية البحوث التي لها صلة بتحديد فرص الاستثمار وتطوير أوضاعها، العمل على تشجيع مصالح التجارة الدولية في محيط الوطن العربي بالدخول مع الدول الأعضاء في اتفاقات تتعلق بمبادئ أو قواعد معاملة الاستثمارات المؤمن عليها في إقليم كل منها، ولها أن تتعاون مع الهيئات العامة الوطنية والدولية العاملة في مجال التأمين من خلال إعادة التأمين على الاستثمارات التي تتم فيما بين الدول الأعضاء.

بهذه الطريقة يلاحظ أن المؤسسة العربية لضمان الاستثمار تقوم بدور الوسيط بين الدول العربية، وذلك بتقريب المستثمر من الدولة التي يريد الاستثمار فيها وتشجيعه وتقديم الضمانات المناسبة له[244]. ودخلت هذه المؤسسة حيز النفاذ لتباشر نشاطها في ضمان الاستثمار منذ سنة 1975[245].

ثانيا: الوكالة الدولية لضمان الاستثمار(AMGI)

تم إنشاء الوكالة الدولية لضمان الاستثمار بموجب اتفاقية سيول التي تبناها البنـك الدولي في سنة 1985، كهيئة دولية ذات طابع عالمي لضمان الاستثمارات، ومقرها الرئيسي يتواجد بمدينة واشنطن[246].

خلافا لما يسري عليه نظام الضمان العربي للاستثمار الذي يسمح فيه للهيئات العامة العربية أن تكون أعضاء في المؤسسة العربية لضمان الاستثمار، فإن العضوية في الوكالة الدولية لضمان الاستثمار لا تمنح إلا للدول الأعضـاء في البنك الدولي وسويسـرا[247] .

---

244 – **مأمون إبراهيم حسن**، "إستراتجية المؤسسة العربية لضمان الاستثمار لتشجيع استثمار الأموال العربية المهاجرة للخارج في داخل الدول العربية"، المرجع السابق، ص 51.

245 – **مأمون ابراهيم حسن**، "الاستثمار العربي: المناخ مقبول لكن التدفقات محدودة"، مجلة الاقتصاد والأعمال، السنة 21، العدد 233، مجلد 31، بيروت، مايو 1999، ص 31.

246- **CARREAU Dominique, JULLIARD Patrick**, Droit international …., op.cit, p 513.

247 – هذا ما أكدته المادة 04 من اتفاقية سيول التي تنص على ما يلي:

"**العضوية في الوكالة مفتوحة لجميع الدول الأعضاء في البنك وسويسرا**".

فيجوز لجميع الدول الأعضاء في البنك الدولي سواءاً كانت دولاً مصدرة أو دولاً مستوردة لرؤوس الأموال بالاضافة الى سويسرا أن تكون تصبح من الدول الأعضاء في الوكالة بعد التصديق على اتفاقية سيول والإكتتاب في رأس مال الوكالة[248].

هذا، ويمكن أن تنتهي العضوية في الوكالة إما بانسحاب العضو من الوكالة بشرط مضي 03 سنوات من تاريخ سريان هذه الاتفاقية في شأنه[249]، كما يمكن أن تنتهي العضوية بوقف العضوية وذلك في حالة إخلال العضو بالتزاماته في ظل أحكام الاتفاقية[250].

أما عن الجهاز الاداري للوكالة الدولية لضمان الاستثمار، فتتكون الوكالة من مجلس المحافظين ومجلس الإدارة ورئيس الوكالة والموظفين الإداريين للوكالة[251]. وبذلك يلاحظ أن البنك الدولي عند إنشائه للوكالة اتبع نفس النمط الهيكلي والإداري المتبع في المؤسسات المالية الدولية وخاصة البنك وشركة التمويل الدولية[252] .

يعد مجلس المحافظين الجهاز الذي يتمتع بصلاحيات سياسية واسعة في الوكالة، وأهمها قبول أعضاء جدد في الاتفاقية، تقرير زيادة أو خفض رأس مال الوكالة، الزيادة من الحدى

---

248 – تم إنشاء الوكالة الدولية لضمان الاستثمار بناءا على رأس مال إجمالي قدر مبدئيا عند تاريخ التوقيع على اتفاقية سيول بمبلغ ألف مليون دولار أمريكي (1,000,000,000) موزعة على ألف(1000) سهم طرحت لاكتتاب الدول الأعضاء فيها، يتعين على كل عضو سواء كان دولة مصدرة أو دولة مستوردة لرؤوس الأموال ترغب في الانظام الى الوكالة أن يكتتب في رأس مال الوكالة بحد أدنى حددته المادة 06 من اتفاقية سيول بـ50 سهما، أي خمس مئة ألف(500,000) من حقوق السحب الخاصة. وتجدر الإشارة إلى أن رأس مال الوكالة قابل للتغير بالزيادة إما تلقائيا عند انضمام أعضاء جدد أو بقرار مجلس المحافظين الذي له أن يقرر زيادة رأس مال الوكالة في أي وقت لدواعي الحفاظ على الملاءة المالية للوكالة. أنظر في ذلك المادة 05 من اتفاقية سيول.

249 – هذا ما تنص عليه المادة 51 من اتفاقية سيول على أنه:

" **يجوز لأي عضو بإخطار كتابي يوجهه إلى الوكالة في مقرها الرئيسي الانسحاب من الوكالة في أي وقت بعد مضي ثلاث(03) سنوات من تاريخ سريان هذه الاتفاقية في شأنه...**"

250 – تنص المادة 52 من اتفاقية سيول في هذا الصدد على أنه :

" **يجوز لمجلس المحافظين بأغلبية أعضائه الذين يمثلون أغلبية الأصوات وقف عضوية العضو الذي أخل بالتزاماته في ظل أحكام هذه الاتفاقية**".

251 – أنظر في التنظيم الاداري للوكالة الدولية لضمان الاستثمار الفصل الخامس، المواد من 30 إلى 33 من اتفاقية سيول. لمزيد من التفاصيل في هذا الموضوع أنظر كذلك: **عينوش عائشة**، ميكانيزمات...، المرجع السابق، ص ص. 88-89.

252 - **FEUER Guy, CASSAN Hervé**, Droit international du développement,2ème édition ,Dalloz, Paris, 1991, p 269.

الأقصى لمجموع المبالغ التي تلتزم بالمسؤولية عنها، وغيرها من الصلاحيات التي أشارت إليها المادة 31/ من اتفاقية سيول [253].

أما مجلس الإدارة فهو الجهاز التنفيذي للوكالة والمسؤول عن عملياتها، يتكون من أعضاء لا يقل عددهم عن اثنتي عشرة(12) عضوا، يتم اختيارهم من طرف مجلس المحافظين. ويتولى رئاسة هذا المجلس رئيس البنك الدولي دون أن يشارك في التصويت إلا في حالة تعادل الأصوات[254]. أي أن رئيس البنك الدولي هو أيضاً رئيس مجلس الإدارة بالوكالة، وهو الأمر الذي يجعل الوكالة غير مستقلة بصورة غير مباشرة عن البنك الدولي، خاصة وأنه(رئيس البنك) الشخص المخول له كذلك سلطة إختيار الجهاز التنفيذي للوكالة[255].

إذ يكون لدى الوكالة رئيس يتم تعينه من طرف مجلس الإدارة بناءا على اقتراح من رئيسه أي رئيس البنك الدولي بحكم منصبه، ويعتبر المسؤول عن الأعمال الجارية بالوكالة، وأهمها إبرام عقود الضمان مع المستثمرين وتعيين الموظفين داخل الوكالة[256].

أما عن أهداف الوكالة، فتنص المادة الثانية من اتفاقية سيول على أن:

"**هدف الوكالة هو تشجيع تدفق الاستثمارات للأغراض الانتاجية، فيما بين الدول الأعضاء وعلى وجه الخصوص الدول النامية الأعضاء، تكملة لأنشطة البنك الدولي للانشاء والتعمير وشركة التمويل الدولية ومنظمات تمويل التنمية الدولية الأخرى.**

---

253 – حددت المادة 31/أ من اتفاقية سيول صلاحيات مجلس المحافظين على النحو الاتي:

" **لمجلس المحافظين جميع السلطات المخولة للوكالة عدا السلطات المخولة على وجه التحديد لجهاز آخر من أجهزتها بمقتضى أحكام هذه الاتفاقة. ويجوز لمجلس المحافظين أن يفوض مجلس الادارة في مباشرة أية سلطة من سلطاته ما عدا السلطات الآتية: قبول أعضاء جدد وتحديد شروط عضويتهم؛ إيقاق عضوية أي عضو؛ زيادة أو تخفيض رأس المال؛ زيادة الحد الأقصى لمجموع المبالغ التي يجوز للوكالة الالتزام بالمسؤولية الاحتمالية عنها؛ إضفاء صفة الدولة النامية العضو على عضو؛ تصنيف الأعضاء الجدد؛ تحديد مكافآت أعضاء مجلس الادارة؛ تقرير إيقاف عمليات الوكالة وتصفيتها؛ توزيع أصول الوكالة على أعضائها في حالة تصفية الوكالة؛ تعديل هذه الاتفاقية أو ملحقيها أو جداولها**".

254– تنص المادة 32/ب من اتفاقية سيول على أنه:

"**يتألف مجلس الإدرة من عدد من الأعضاء لا يقل عن اثني عشر عضوا... ويكون رئيس البنك رئيسا لمجلس الإدارة بحكم منصبه وليس له أن يشارك في التصويت إلا في حالة تعادل الأصوات**".

255– **CARREAU Dominique, JULLIARD Patrick** ,Droit international…,op cit, p 514.

256 – المادة 33 من اتفاقية سيول.

وتقوم الوكالة تحقيقا لهذا الهدف بما يأتي:

أ-إصدار ضمانات، بما في ذلك المشاركة في التأمين وإعادة التأمين ضد المخاطر غير التجارية لصالح الاستثمارات في دولة عضو التي تفد من الدول الأعضاء الأخرى؛

ب-القيام بأوجه النشاط المكملة المناسبة التي تستهدف تشجيع تدفق الاستثمارات إلى الدول النامية الأعضاء وفيما بينها؛

ج- ممارسة أية صلاحيات ثانوية أخرى كلما كان ذلك ضروريا أو مروغبا فيه لخدمة الهدف منها."

فالغرض من إنشاء الوكالة هو تشجيع تدفق الاستثمارات للأغراض الإنتاجية فيما بين الدول الأعضاء وخاصة الدول النامية الأعضاء، من خلال توفير الضمان للاستثمارات، وتقوم الوكالة من أجل ذلك بأنشطة مكملة أخرى لتشجيع تدفق الاستثمارات، كإجراء البحوث والدراسات ونشر المعلومات المتعلقة بفرص الاستثمارات في الدول النامية الأعضاء، والقيام بجميع الأنشطة اللازمة لتشجيع الاستثمارات الأجنبية والضرورية لخدمة الهدف منها، والتي من شأنها أن تساعد على تحسين ظروف الاستثمار في إقليم دولة عضوة، من خلال التنسيق مع الهيئات الأخرى المعنية بتشجيع الاستثمار الأجنبي وخاصة شركة التمويل الدولية[257].

دخلت الوكالة الدولية لضمان الاستثمار حيز النفاذ وبدأت نشاطها في ضمان الاستثمار ابتداء من 12 أفريل 1988[258].

ثالثا: المؤسسة الإسلامية لتامين الاستثمار وائتمان الصادرات(SIGICE)

تعد المؤسسة الإسلامية لتأمين الاستثمارات وائتمان الصادرات مؤسسة دولية تابعة للبنك الإسلامي للتنمية، أنشئت بموجب اتفاقية المؤتمر الإسلامي للتنمية المبرمة في 01 أوت سنة 1994[259]، بهدف تشجيع تدفق الاستثمارات بين الدول الأعضاء، وتوسيع إطار المعاملات التجارية فيما بينها. ومقرها الرئيسي يتواجد في مدينة جدة بالمملكة العربية السعودية[260].

257- **TOUSCOZ Jean**, « Les opérations de garantie … » , op.cit, p 905.

258- **IBRAHIM F., SHIHATA I.,** «L'Agence multilatérale… », op.cit, p 602.

259 – **عبد الله عزات بركات**، مناخ الاستثمار...، المرجع السابق، ص 473.

260 – المادة 04 من اتفاقية المؤسسة الإسلامية لتأمين الاستثمارات.

طبقا للمادة الثانية من اتفاقية إنشاء المؤسسة الاسلامية لتأمين الاستثمارات تكون العضوية في هذه المؤسسة مفتوحة على جميع الدول الأعضاء في منظمة المؤتمر الإسلامي، إلى جانب البنك الإسلامي للتنمية والدول الأعضاء فيه[261] التي تصبح طرفا في هذه الاتفاقية بعد التوقيع عليها، والإكتتاب في رأس مال المؤسسة[262].

يمكن أن تنتهي العضوية في هذه المؤسسة إما الانسحاب العضو من عضوية المؤسسة شريطة مضي 05 سنوات من تاريخ بدء عضويته في المؤسسة، أو بايقاف العضوية في حالة إخلال العضو بالتزاماته تجاه المؤسسة[263].

تتكون المؤسسة الإسلامية لتأمين الاستثمارات من جهاز إداري يضم مجلس للمحافظين، ومجلس المديرين، ومدير عام، وعدد من الموظفين[264].

يعد مجلس المحافظين الجهاز الذي تتمركز فيه مسؤولية إدارة المؤسسة، وهو يتكون من المحافظين أو المحافظين المناوبين للدول الأعضاء في البنك الإسلامي للتنمية، إلى جانب رئيس مجلس محافظي البنك الإسلامي للتنمية بحكم منصبه رئيسا لمجلس المحافظين بالمؤسسة، ومن أهم صلاحياته: قبول أعضاء جدد بالمؤسسة، ووضع اللوائح والنظم اللازمة والملائمة لإدارة أعمال

---

[261]– يلاحظ أن المؤسسة الإسلامية لتأمين الاستثمارات لها ارتباط وثيق بالبنك الإسلامي للتنمية الذي تم إنشائه في عام 1975 كمؤسسة إسلامية تعود ملكيته إلى 55 دولة إسلامية، جميعها أعضاء في منظمة المؤتمر الإسلامي، والذي يتواجد مقره كذلك في المملكة العربية السعودية. **عدنان القصار، عبد الرحمان طه،** "مؤسسة التأمين الإسلامية تستعد للبدء بضمان الاستثمارات"، مجلة الاقتصاد والأعمال، بيروت، نوفمبر 1997، ص 70.

[262]– تم إنشاء المؤسسة الإسلامية لتأمين الاستثمارات في شكل شركة مساهمة برأسمال خاص يبلغ مائة مليون (100,000,000) دينار إسلامي، أي ما يعادل 150 مليون دولار أمريكي، وقد اكتتب البنك الإسلامي للتنمية في رأسمالها بقيمة 50 مليون دينار إسلامي، أي ما يعادل 50% من رأس مال المؤسسة المصرح، أما الجزء المتبقي من رأس المال المصرح به فهو متاح للاكتتاب فيه من طرف الأعضاء. فحسب اتفاقية إنشاء المؤسسة الاسلامية لتأمين الاستثمارات، فإن كل دولة عضوة تساهم في رأس مال المؤسسة، والحد الادنى لإكتتاب كل عضو هو 250 سهما، وتقدر القيمة الاسمية للسهم الواحد بألف(1000) دينار إسلامي. أنظر في ذلك المادتين 08 و09 من اتفاقية المؤسسة الاسلامية لتأمين الاستثمارات.

لمزيد من التفاصيل في هذا الموضوع أنظر: **عبد الرحمن طه، فادي عبود،** "الإسلامية لتأمين الاستثمار وائتمان الصادرات: ندوة ترويجية في بيروت"،مجلة الاقتصاد والأعمال، العدد 283، السنة الخامسة والعشرون، بيروت، يوليو 2003، ص 68.

[263] – أنظر في ذلك المواد 45 و 46 و47 من اتفاقية المؤسسة الاسلامية لتأمين الاستثمارات.

[264]– أنظر حول التنظيم الإداري للمؤسسة الإسلامية لتأمين الاستثمارات: الفصل الخامس: المواد من 33 إلى 41 من اتفاقية المؤسسة الإسلامية لتأمين الاستثمارات. وأنظر كذلك: **عينوش عائشة،** ميكانيزمات ضمان...، المرجع السابق، ص ص. 91-92.

المؤسسة، والفصل في استئناف تفسير نصوص الاتفاقية وتعديل أحكامها، وغيرها من الصلاحيات المحددة بموجب الاتفاقية[265].

أما مجلس المديرين فهو الجهاز الذي يتولى إدارة الأعمال والعمليات العامة في المؤسسة وتوجيهها، ومن أهم صلاحياته وضع الخطوط الإرشادية لنشاط وعمليات المؤسسة وفقا للسياسات العامة لمجلس المحافظين وتوجيهاته، وممارسة كافة السلطات والمهام المفوضة له من طرف مجلس محافظي المؤسسة[266].

يكون أيضا لدى المؤسسة الإسلامية لتأمين الاستثمارات رئيسها، ويعتبر رئيس البنك الإسلامي للتنمية رئيسا لهذه المؤسسة بحكم منصبه، وهو الممثل القانوني للمؤسسة، له سلطة إقرار عملياتها وإدارة شؤونها، وإبرام العقود المتعلقة بها في ضوء الإرشادات العامة التي يعدها مجلس المديرين، وله سلطة تنظيم وتعيين وفصل الموظفين، بما في ذلك تعيين مدير عام للمؤسسة يعهد إليه بإدارة العمل اليومي في المؤسسة بمساعدة الموظفين الإداريين الذي يتولون مهمة تسيير العمل اليومي للمؤسسة[267].

أما عن أهداف المؤسسة الإسلامية لتأمين الاستثمارات، فحسب المادة 05 من اتفاقية المؤسسة إنشائها فإن:

" **هدف المؤسسة هو توسيع إطار المعاملات التجارية وتشجيع تدفق الاستثمارات بين الدول الأعضاء. تحقيقا لأغراضها تقوم المؤسسة وفقا لأحكام الشريعة الإسلامية بتأمين أو إعادة تأمين**

---

[265]– أشارت المادة 35 من اتفاقية المؤسسة الاسلامية لتأمين الاستثمارات لاختصاصات مجلس المحافظين المتمثلة فيما يلي:
" **قبول أعضاء جدد وتحديد شروط قبولهم؛ وقف العضوية؛ الفصل في استئناف تفسير نصوص الاتفاقية أو تطبيقات لها صدرت عن مجلس المديرين؛ تحديد الاحياطات وتوزيع صافي دخل المؤسسة وفائضها؛ تعديل هذه الاتفاقية؛ تقرير إنهاء عمليات المؤسسة وتوزيع أصولها؛ تقرير مكافآت أعضاء المديرين. ممارسة السلطات الخاصة الممنوحة لمجلس المحافظين بنص صريح في هذه الاتفاقية**".

[266] – أشارت المادة 38 من اتفاقية المؤسسة الاسلامية لتأمين الاستثمارات لاختصاصات مجلس المديرين والمتمثلة فيما يلي:
"**مجلس المديرين مسؤول عن إدارة الأعمال والعمليات العامة بالمؤسسة وتوجيهها، ومن أجل هذا الغرض يمارس المجلس بالإضافة إلى تلك السلطات المخولة له صراحة بموجب هذه الاتفاقية، كافة السلطات والمهام المفوضة له من مجلس محافظي المؤسسة، وبصفة خاصة السلطات التالية: إعداد ما يعرض على مجلس المحافظين؛ وضع الخطوط الإرشادية لنشاطات وعمليات المؤسسة وفقا للسياسات العامة لمجلس المحافظين وتوجيهاته؛ التصديق على الميزانية السنوية للمؤسسة**".

[267]– المادة 41 من اتفاقية المؤسسة الاسلامية لتأمين الاستثمارات.

ائتمان صادرات السلع التي تستوفي الشروط الواردة في المادة 16 من هذه الاتفاقية، وذلك بتعويض المؤمن له تعويضا مناسبا عن الخسائر الناجمة عن المخاطر الواردة في المادتين 1/19 و2/19 من هذه الاتفاقية أو التي يحددها مجلس المديرين...، تقوم المؤسسة وفقا لأحكام الشريعة الإسلامية بتأمين أو إعادة تأمين الاستثمارات التي تفد من أحد الأعضاء الى دولة عضو وذلك ضد المخاطر الواردة في المادة 2/19...".

يلاحظ من خلال هذا النص، أن دور المؤسسة ينحصر في مجالين: وهو توسيع المعاملات التجارية من خلال ممارستها لنشاط ضمان ئتمان الصادرات وتغطيتها ضد المخاطر التجارية والمخاطر غير التجارية[268]. كما تعمل المؤسسة على تشجيع تدفق الاستثمارات الأجنبية بين الدول الأعضاء، من خلال الضمان على الاستثمارات التي يتم انجازها فيما بين الدول الأعضاء في المؤسسة ضد المخاطر غير التجارية، وتمارس نشاطها وفقا لأحكام الشريعة الإسلامية، وذلك بتعويض المؤمن لهم تعويضا مناسبا عن الخسائر الناجمة عن تحقق إحدى المخاطر المشار إليها في اتفاقية المؤسسة.

دخلت المؤسسة الإسلامية لتأمين الاستثمارات حيز النفاذ إبتداء من منتصف عام 1995 لتباشر بذلك نشاطها في ضمان الاستثمار [269].

الفرع الثاني
المركز القانوني لهيئة الضمان الدولية

طبقا لأحكام الاتفاقيات الدولية لضمان الاستثمار فإن الدول المتعاقدة بموجب هذه الاتفاقيات اتفقت على إنشاء مؤسسات دولية لضمان الاستثمار، تكون مستقلة عن الدول الأعضاء التي ساهمت في تكوينها(أولا)، والاعتراف لها بالشخصية القانونية الكاملة في ظل قواعد القانون الدولي والقوانين الوطنية لأعضائها(ثانيا).

أولا: الشكل القانوني لهيئة الضمان الدولية

تعد هيئات ضمان الاستثمار الدولية أشخاصا معنويـة، تـم إنشاؤها في شكـل مؤسسـات

[268]– المادة 19 من اتفاقية المؤسسة الإسلامية لتأمين الاستثمارات.

[269]– **عدنان القصار، عبد الرحمان طه،** "مؤسسة التأمين..."، المرجع السابق، ص 70.

دولية مستقلة عن الدول الأعضاء فيها، ومنحت لها الشخصية القانونية الدولية الكاملة التي تؤهلها للقيام بنشاطها لاسيما التعاقد مع مستثمري الدول الأعضاء.

1- هيئة الضمان منظمة دولية مستقلة

يتفق الفقه على اعتبار الوكالة الدولية لضمان الاستثمار منظمة دولية مستقلة، وذلك استنادا إلى نص المادة الأولى من اتفاقية سيول التي تنص على أنه:

"**تنشأ وفقا لأحكام هذه الاتفاقية الوكالة الدولية لضمان الاستثمار...تتمتع الوكالة بالشخصية القانونية الكاملة...**".

يلاحظ من خلال هذا النص، أن إتفاقية سيول تعترف للوكالة بالشخصية القانونية الكاملة في ظل قواعد القانون الدولي والقوانين الوطنية لأعضائها، فهي تتمتع بشخصية قانونية مستقلة عن الدول الأعضاء المكونة لها، بذلك فهي عبارة عن منظمة دولية تتمتع بما تتمتع به المنظمات الدولية من مزايا وحصانات[270].

إلا أن اختلاف الفقه بشأن الطبيعة القانونية للاتفاقية المنشئة للمؤسسة العربية لضمان الاستثمار[271]، جعله يتردد في تحديد الطبيعة القانونية لهذه المؤسسة، ويرى أنه لابد من إخراجها من دائرة المنظمات الدولية لعدم استقائها للشروط الخاصة بالمنظمات الدولية. فالقول بوجود منظمة دولية يقتضي توافر شرطين أساسيين: يتمثل الشرط الأول في وجود معاهدة دولية تتفق فيها الدول الأعضاء على إنشاء هذه المنظمة، إذ لا يمكن القول بوجود منظمة دولية دون وجود معاهدة دولية. ويتثمل الشرط الثاني في وجود جهاز منظم يقوم بتأدية مهام هذا الكيان.

فالمنظمة الدولية عبارة عن تنظيم دولي بين دولتين أو أكثر ينشأ بموجب معاهدة دولية ليؤدي اختصاصات محدودة ذات المصلحة المشتركة، أي تهدف إلى إنشاء جهاز منظم يقوم بتنسيق السياسات بين الدول بشأن مسألة معينة.

من هنا يرى الفقه أن الاتفاقية المنشئة للمؤسسة العربية لضمان الاستثمار لا تكتسي صفة المعاهدة الدولية، حيث لم تنصرف إرادة الأطراف فيها إلى إخضاعها لأحكام القانون

---

270 – **منى محمود مصطفى**، الحماية الدولية...، المرجع السابق، ص 19.

271 – راجع حول اختلاف الفقه بشأن الطبيعة القانونية للاتفاقية المتضمنة إنشاء المؤسسة العربية لضمان الاستثمار الصفحة 113و 114 من هذا البحث

الدولي بصفة أصلية، وهذا ما يعني أن إرادة هذه الدول لم تنصرف أيضا إلى إخضاع هذه المؤسسة لأحكام القانون الدولي بصفة أصلية، فالمادة 06 من اتفاقية إنشاء المؤسسة العربية لضمان الاستثمار أخضعت هذه المؤسسة صراحة لأحكام الاتفاقية وللمبادئ القانونية المشتركة بين الدول المتعاقدة، ثم إلى مبادئ القانون الدولي، ما يعني أن هذه الأخيرة تعتبر "مصدرا احتياطيا وليس أصليا"[272].

لذلك يعتبر الفقه أن المؤسسة العربية لضمان الاستثمار تعد مشروعا دوليا إقليميا مستقلا عن جميع الدول الأعضاء التي ساهمت في تكوينه، ويستمد طابعه الدولي بالنظر إلى ملكيته وإدارته ونشاطه، حيث تقوم هذه المؤسسة بدور الوسيط بين الدول الأعضاء فيها والمستثمرين المستفيدين من الضمان وذلك بتقريبهم من الدولة التي يريدون الاستثمار فيها[273].

في الواقع، إن الشكل المُتبع في إنشاء هيئة الضمان الدولية سواء كيّف على أنه منظمة دولية أم لا، فالمؤكد عليه أن هذه الهيئات اتخذت شكلاً واحداً وهو شكل شركة مساهمة دولية تساهم كل من الدول المصدرة والمستوردة لرؤوس الأموال في تكوين رأس مالها، وهذا الشكل يسمح لهذه الهيئات بأن تقوم بدورها كطرف أصيل في عقد الضمان، فتقوم بالتعاقد مع مستثمري الدول الأعضاء باسمها ولحسابها الخاص وليس باسم الدول الأعضاء أو لحسابهم. وباعتبارها مؤسسة دولية مستقلة عن الدول الأعضاء المكونة لها، تكون أموالها مستقلة عن أموال الدول الأعضاء، ولا يحق لها اللجوء إلى الدول الأعضاء في تغطية عمليات الضمان التي تديرها خارج نطاق رأس مالها.

نشير في الأخير إلى أن الوكالة الدولية لضمان استثمار اتخذت منذ إنشائها شكل مؤسسة دولية ذات طابع عالمي مفتوحة على جميع الدول، أما المؤسسة العربية لضمان الاستثمار والمؤسسة الإسلامية لتأمين الاستثمارات فتعتبر مؤسسات دولية إقليمية، فالدول التي ساهمت في إنشائها يجمعها نطاق إقليمي واحد وهو الوطن العربي بالنسبة للمؤسسة العربية، والوطن الإسلامي بالنسبة للمؤسسة الإسلامية، وبالتالي فإن مجال نشاطها كقاعدة عامة محصور في

---

[272]– نقلا عن: **هشام خالد**، عقد ضمان الاستثمار، القانون الواجب التطبيق عليه وتسوية المنازعات التي قد تثور بشأنه، المرجع السابق، ص 375.

[273] – **دريد محمود السامرائي**، الاستثمار الأجنبي...، المرجع السابق، ص 290.

تقديم الخدمات للمستثمرين العرب في الدول العربية الأعضاء أو ضمان الاستثمارات الإسلامية بالنسبة للدول الإسلامية، وهذا ما يوحي إلى أنها مؤسسات دولية إقليمية.

2- نظام التصويت في هيئة الضمان الدولية

إنطلاقا من إنشاء هيئات الضمان الدولية بمساهمة كل الدول الأعضاء في تكوين رأسمالها، فإن القرارات في هذه الهيئات ستصدر بناءا على تصويت الدول الاعضاء كل بحسب مساهمته. فقد ربطت الاتفاقيات الدولية لضمان الاستثمار بين ما يملكه الأعضاء من أسهم في الهيئة وسلطتهم في التصويت داخل الهيئة، وهو ما أكدته اتفاقية المؤسسة الإسلامية لتأمين الاستثمارات في الفقرة الأولى من المادة 40 التي تنص على ما يلي:
"**يكون لكل عضو صوت واحد عن كل سهم اكتتب فيه وسدد قيمته**".

يلاحظ أن هذه الاتفاقية جعلت أن لكل عضو صوت واحد عن كل سهم اكتتب وسدد قيمته، أما اتفاقية المؤسسة العربية لضمان الاستثمار فمبدئيا لم تربط بين القدرة المالية للدولة ومقدرا مساهمتها في رأس مال المؤسسة، فالمادة 6/10 من هذه الاتفاقية تنص على مايلي:
"**يكون لكل عضو عند الاقتراع في المجلس خمسمائة صوت مقابل الحد الأدنى للحصة في رأس المال يضاف إليها صوت واحد عن كل سهمين يملكهما زيادة على ذلك...**".

يلاحظ أن هذه الاتفاقية تشترط ألا تقل مساهمة الدول المعنية عن الحد الأدنى للمساهمة، إذ لكل دولة 500 صوت وهو الحد الأدنى الذي تتمتع به الأخيرة مقابل مساهمتها بمبلغ 500.000 دينار كويتي[274]. واستثناءأ على هذه القاعدة أجازت المادة 7/08 من اتفاقية المؤسسة لكل الدول الأعضاء في المؤسسة إمكانية الاكتتاب بالزيادة في رأس مال المؤسسة، وهو ما يعني إعطائها صوتا إضافيا مقابل كل سهمين يكتب فيهما عند التصويت داخل مجلس المؤسسة، وهـذا بهدف استفادة المؤسسة العربية لضمان الاستثمار من الإمكانيات المالية التي تتوفر عليها بعض الدول العربية الأعضاء [275].

---

[274]- المادة 2/8 من اتفاقية المؤسسة العربية لضمان الاستثمار.

[275]- **عصام الدين مصطفى بسيم**، النظام القانوني للاستثمارات الأجنبية الخاصة في الدول الآخذة في النمو، المرجع السابق، ص 408.

لكن تطبيق هذا الاستثناء يجعل من مقدار مساهمة الدولة المعنية عنصرا سيؤثر حتما على مقدرتها التصويتية، لأن الاتفاقية بهذه الطريقة تكون قد ربطت بين ما يملكه العضو من أسهم في المؤسسة وسلطته في التصويت داخل مجلس الإدارة، وبالتالي عدم المساواة بين الأعضاء، الأمر الذي قد يسفر عن نتائج غير عادلة، وتغليب مصالح فئة الدول الأعضاء الحائزة على النصيب الأكبر من رأس مال المؤسسة على حساب فئة الدول التي تحوز على النصيب الأقل من رأس المال، والتي قد تكون الأولى بالرعاية لكونها دول ضعيفة من حيث قدرتها المالية[276].

أما نظام التصويت بالوكالة الدولية لضمان الاستثمار فهو يقوم على اعتبارين:

يتمثل الاعتبار الأول في إعطاء كل دولة عضوة في الاتفاقية عددا من الأصوات يساوي نسبة مساهمتها في رأس مال الوكالة فيكو لكل عضو 177 صوتا للعضوية يضاف إليها صوت واحد عن كل سهم يملكه في رأس المال. وهذا ما أقرته المادة 39/أ من اتفاقية سيول التي تنص على أنه:

"**توخيا لاقامة الترتيبات المتعلقة بالتصويت على نحو يعكس المصالح المتكافئة في الوكالة لفئتي الدول المدرجة في الجدول (أ) الملحق بهذه الاتفاقية كما يعكس أهمية المساهمة المالية لكل عضو، يكون لكل عضو 177 صوتا للعضوية يضاف إليها صوت واحد عن كل سهم يملكه في رأس المال**".

أما الاعتبار الثاني يتعلق بضرورة ضمان حد أدنى من المصالح المتكافئة في الوكالة لفئتي الدول المدرجة في الملحق(أ) من الاتفاقية وهي الدول النامية. بحيث يكون لكل فئة من الدول الأعضاء في الوكالة قدرا من الأصوات متكافئا مع القدر الذي يكون للفئة الأخرى. ولتحقيق التوازن بين الأصوات بين كل من الدول النامية المستوردة لرأس المال والدول المتقدمة المصدرة لرأس المال تؤكد اتفاقية سيول على وجوب منح الدول النامية المدرجة في الجدول(أ) خلال السنوات الثلاث التالية لنفاذ الاتفاقية أصوات تكميلية تؤمن لها رفع مجموع أصواتها إلى 40% من مجموع الأصوات، توزع حسب مساهمة كل عضو من هذه الدول، على أن يتم

[276]– **عصام الدين مصطفى بسيم**، النظام القانوني للاستثمارات الأجنبية الخاصة في الدول الآخذة في النمو، المرجع السابق، ص 409.

إلغاء الأصوات التكميلية بانتهاء المدة المحددة بثلاث سنوات الأولى لنفاذ الاتفاقية[277].

من هنا يلاحظ أن نظام التصويت الذي تسري عليه الوكالة بدوره نظام يخدم مصالح الدول الأكثر غنى ،والتي تمتلك أغلبية رأسمال الوكالة، فهو سيؤدي إلى نتائج غير عادلة وخاصة بالنسبة للدول النامية المستوردة لرأس المال، وذلك بعد إلغاء الأصوات التكميلية التي كانـت تتمتع بها هذه الدول خلال السنوات الثلاث الأولى من إنشاء الوكالة[278]. وهذا ما يفسر حقيقة الهدف الأساسي من إنشاء الوكالة وهو ضمان استثمارات الدول المتقدمة من المخاطر السياسية التي قد تصيبها حال حلولها في أقاليم الدول النامية.

للتخفيف من حدة هذا الوضع وتحقيق نوع من التوازن بين الدول المصدرة والدول المستوردة لرؤوس الأموال في هيئة الضمان، جعلت الاتفاقيات الدولية لضمان الاستثمار مسؤوليات الدول الأعضاء فيها موحدة، بحيث لم تربط بين نصيب هذه الدول في رأس مال الهيئة بتحقق خسائر معينة وبفوائد محددة لكل عضو. كما اعتمدت هذه الاتفاقيات على طريقة الدفع التدريجي للحصص[279]، قصد تمكين الدول التي تعاني من أعباء مالية من الوفاء

---

277 – هذا ما أشارت إليه الفقرة (ب) من المادة 39 من اتفاقية سيول التي تنص على مايلي:

" **في حالة ما إذا قل مجموع أصوات العضوية وأصوات الاكتتاب في رأس المال الخاصة بأي من فئتي الدول الأعضاء المدرجين في الجدول (أ) الملحق بهذه الاتفاقية، في أي وقت خلال الثلاث سنوات التالية لنفاذ هذه الاتفاقية، عن أربعين في المائة من مجوع الأصوات، يعطي الأعضاء في الفئة المعنية أصواتا تكميلية بالقدر اللازم لرفع مجموع أصوات تلك الفئة الى النسبة المذكورة من مجموع الأصوات...، وتعدل تلك الأصوات التكميلية تلقائيا بما يكفل الحفاظ على تلك النسبة وتلغى في نهاية فترة الثلاث سنوات المذكورة**".

278- **FEURE Guy**, **CASSAN Hervé** , Droit international ..., op.cit, p. 270 .

279– يقصد بالدفع التدريجي للحصص، إلتزام الأعضاء بتسديد نسبة محددة من حصتها في رأس مال الهيئة والمحددة بموجب الاتفاقية، على أن يدفع الجزء المتبقي لاحقا. فحسب المادة 07 من اتفاقية سيول يلتزم العضو بدفع 10% من ثمن كل سهم نقدا خلال تسعين يوما من تاريخ سريان الاتفاقية في شأنه، أما النسبة المتبقية فلا تدفع إلا عندما تطلبها الوكالة كلما احتاجت إلى ذلك للوفاء بالتزاماتها.

كذلك تجيز المادة 08 من اتفاقية المؤسسة العربية لضمان الاستثمار على قيام الأعضاء في المؤسسة بدفع 50% من قيمة حصصهم مقسمة إلى خمسة أقساط سنوية، على أن يظل الجزء غير المدفوع من رأس المال التزاما بالدفع على الأعضاء عندما تستدعيه المؤسسة.

أما اتفاقية المؤسسة الاسلامية لتأمين الاستثمارات، فتؤكد في المادة 2/10 على أن الأعضاء ملزمون بتسديد 50% من قيمة كل سهم نقدا موزعة على قسطين متساويين، يدفع القسط الاول منها خلال ثلاثين(30) يوما من تاريخ ايداع العضو لوثيقة تصديقه، ويدفع القسط الثاني خلال مدة لا تتجاوز اثني عشر(12) شهرا من تاريخ سداد القسط الأول، ويبقى الجزء غير المدفوع من قيمة الأسهم يتم دفعه عندما تطلبه المؤسسة.

بالتزاماتها، وبالتالي تمكين هيئة الضمان من توفير مصادر مالية خاصة للقيام بعمليات الضمان لحسابها والوفاء بالتزاماتها اتجاه المستثمرين، دون الرجوع على الدول الأعضاء ومطالبتهم بالوفاء.

إلا أن هذه الإجراءات إن كانت تساعد على التخفيف من حدة الوضع، إلا أنها لا تغير شيئا بالنسبة لنظام التصويت داخل هيئة الضمان الدولية، والتي يظل التصويت فيها مرتبط بمدى مساهمة كل عضو في رأس مال الهيئة، ما يجعل القرارات تصدر لصالح مواطني الدول المصدرة لرأس المال، أي الدول المتقدمة التي تحظى بحصة الأسد في نصيب الأصوات.

ثانيا: الشخصية القانونية لهيئة الضمان الدولية

اعترفت الاتفاقيات الدولية لضمان الاستثمار لهيئة الضمان الشخصية القانونية الدولية الكاملة والتتمتع بكافة الحقوق والصلاحيات اللازمة للقيام بأعمالها.

1- الإعتراف بالشخصية القانونية الدولية الكاملة لهيئة الضمان الدولية

تنص المادة 03 من اتفاقية المؤسسة العربية لضمان الاستثمار على مايلي:

"**تكون للمؤسسة الشخصية القانونية، وتتمتع بالاستقلال الإداري والمالي، ويكون لها في كل قطر من الأقطار المتعاقدة كافة الحقوق والصلاحيات اللازمة للقيام بأعمالها**".

يؤكد هذا النص على أن المؤسسة العربية لضمان الاستثمار تتمتع بالشخصية المعنوية الكاملة[280]، التي تؤهلها لأن تكون طرفا في العلاقات القانونية، وممارسة كافة الصلاحيات لأجل القيام بأعمالها. وفي هذا الاتجاه تنص المادة الثالثة من اتفاقية إنشاء المؤسسة الإسلامية لتأمين الاستثمارات على أنه:

"**دون المساس بأحكام المادة الأولى من هذه الاتفاقية، تكون المؤسسة مؤسسة دولية تتمتع بالشخصية المعنوية الكاملة، وبخاصة بالأهلية القانونية بالنسبة لما يأتي:**

1- التعاقد؛

2- تمك الأموال الثابتة والمنقولة والتصرف فيها؛

3- اتخاذ الإجراءات القانونية والتقاضي".

[280] – **هشام خالد**، المؤسسة العربية لضمان الاستثمار، المرجع السابق، ص 83.

يتضح من هذا النص أن المؤسسة الإسلامية لتأمين الاستثمارات تعد كذلك شخصاً معنوياً لها وجود قانوني خاص بها، فهي جهاز مستقل عن الدول الأعضاء المكونة لها، تملك القدرة على الدخول في علاقات مع الغير وتحمل الالتزامات واكتساب الحقوق. وهو ما أقرته كذلك اتفاقية سيول التي تنص الفقرة (ب) من المادة الأولى من الاتفاقية على أنه:

"... **تتمتع الوكالة بالشخصية القانونية الكاملة، وعلى وجه الخصوص بأهلية:**

(1)التعاقد،

(2)تملك الأموال الثابتة والمنقولة والتصرف فيها،

(3)**اتخاذ الإجراءات القضائية**".

يتضح مما تقدم أن هيئة الضمان الدولية مؤسسة دولية ذات شخصية قانونية كاملة تكتسبها بموجب أحكام الاتفاقية المنشئة لها، وذلك ابتداءً من تاريخ نفاذ الاتفاقية، إذ يحتج بالشخصية القانونية للهيئة في مواجهة الدول الأعضاء بمجرد دخولها حيز النفاذ، حيث تصبح الدول الأعضاء فيها ملزمة باحترام أحكام هذه الاتفاقية. أما بالنسبة للدول غير الأعضاء فتعتبر هذه الهيئات بمثابة شخص أجنبي لهذه الدول، يحتج بها منذ تاريخ الاعتراف بها في قانونها الداخلي[281].

2- النتائج المترتبة عن الشخصية القانونية للهيئة الضمان الدولية

من نتائج الإعتراف لهيئة الضمان الدولية بالشخصية القانونية الدولية الكاملة صلاحية الهيئة لإكتساب الحقوق وتحمل الالتزامات، والتمتع بالاستقلالية المالية والإدارية، وحق التمتع بالامتيازات والحصانات المقررة لحماية ممتلكاتها، وحقها في اتخاذ الإجراءات القضائية.

(أ)- اكتساب الحقوق وتحمل الالتزامات

يترتب على الاعتراف لهيئة الضمان الدولية بالشخصية القانونية الدولية الكاملة، حق الهيئة في الدخول في علاقات قانونية مع أشخاص القانون الدولي، وحقها في التمتع بكافة

[281] - **هشام خالد**، المؤسسة العربية لضمان الاستثمار، المرجع السابق، ص 84.

الحقوق والصلاحيات اللازمة للقيام بأعمالها في الدول الأعضاء فيها، أي التمتع بأهلية وجوب الشخص الاعتباري[282].

أي يكون لهيئة الضمان الدولية الحق في الدخول في علاقات قانونية، وإبرام التصرفات القانونية اللازمة لتحقيق الهدف من وجودها، فلها الدخول في علاقات مع الدول الأعضاء من خلال الاتفاقات التي يمكن لها إبرامها معها بشأن معاملة الاستثمارات المراد ضمانها[283]، وكذلك الدخول في علاقة قانونية مع مستثمري الدول الاعضاء بواسطة إبرامها لعقود الضمان، تتحمل بموجبها تبعية الاضرار التي تصيبهم جراء حدوث مخاطر غير تجارية مضمونة في العقد مقابل أداءهم لأقساط الضمان المستحقة بموجب العقد.

عموما، يكون لهيئة الضمان الدولية ممارسات كافة الصلاحيات التي تراها ضرورية ومناسبة لخدمة أهدافها، فلها سلطة التعريف بنطاق عمليات الضمان من خلال ما تسنه من سياسات وما يصدر عنها من قواعد ولوائح يمكن تعديلها من وقت لآخر، قصد التكييف مع الظروف المتغيرة، والحفاظ على سلامتها المالية والقيام بمهامها على أحسن وجه.

(ب)- ذمة مالية مستقلة

يترتب على الاعتراف بالشخصية القانونية الدولية لهيئة الضمان وجوب تتمتع هذه الهيئة بذمة مالية مستقلة عن الذمم المالية للدول الأعضاء، وذلك أكدته المادة الثالثة من إتفاقية المؤسسة العربية لضمان الاستثمار على أن المؤسسة تتمتع بالشخصية القانونية وتتمتع بالاستقلال الإداري والمالي، فهي هيئة دولية مستقلة عن الدول الأعضاء، تتمتع بذمة مالية

---

[282] – **عاطف ابراهيم محمد**، ضمانات الاستثمار...، المرجع السابق، ص 109.

[283] – هذا ما أشارت إليه المادة 41 من اتفاقية المؤسسة العربية لضمان الاستثمار التي تنص على مايلي:

" **تعمل المؤسسة على الدخول مع الأقطار المتعاقدة في اتفاقيات تتعلق بمبادئ أو قواعد معاملة الاستثمارات المؤمن عليها في إقليم كل منها، كما تشجع عقد مثل هذه الاتفاقيات فيما بين هذه الأقطار**".

كما يجوز للوكالة الدولية لضمان الاستثمار الدخول في علاقات مع الدول الأعضاء في اتفاقات حول معاملة الاستثمارات المراد ضمانها، فحسب المادة 23/ب/2 من اتفاقية سيول فإنه:

"**تقوم الوكالة أيضا:(2)- بالسعي إلى الدخول في اتفاقات مع الدول النامية الأعضاء وعلى وجه الخصوص الدول التي يتوقع أن تكون من الدول المضيفة، تكفل للوكالة في شأن الاستثمارات التي تضمنها معاملة لا تقل تمييزا عن أفضل معاملة وافق العضو على إضفائها على هيئة لضمان الاستثمار أو دولة من الدول بموجب اتفاقية تتعلق بالاستثمار**".

مستقلة عن ذمم الدول الأعضاء المؤسسة لها، فيجب أن لا تختلط حقوق المؤسسة بحقوق الدول المنشئة لها، ولا يجب أن تختلط التزاماتها بالتزامات الدول الأعضاء.

فحقوق هيئة الضمان الدولية تعد مستقلة عن حقوق الدول الأعضاء فيها، وهذا الاستقلال أمر يفرضه تمتع الهيئة بالشخصية القانونية الكاملة التي تؤهلها لامتلاك الأموال الثابتة والمنقولة والتصرف فيها. وبالنتيجة فإن الالتزامات التي تتحملها هذه الهيئة تعد أيضا منفصلة ومستقلة عن التزامات الدول الأعضاء، فلا يحق لدائني هيئة الضمان في جميع الأحوال مطالبة الدول الأعضاء فيها بالوفاء بالالتزامات الملقاة على عاتق الهيئة، وفي المقابل لا يجوز لدائني الدول الأعضاء مطالبة هيئة الضمان بالوفاء بالالتزامات الملقاة على عاتق هذه الدول. فديون هيئة الضمان الدولية تضمنها حقوقها، ولا تستطيع الاستعانة بالخزائن العامة للدول الأعضاء في تغطية عمليات الضمان التي تقوم بها.

(ج)- الامتيازات والحصانات

تتمتع هيئة الضمان الدولية بالحصانة والامتيازات المقررة لحماية الممتلكات من التأميم والمصادرة، أو الحجز عليها بواسطة إجراءات إدارية أو تشريعية، إلا تنفيذا لحكم نهائي صادر عن جهة قضائية مختصة.

كما تعفى جميع العمليات التي تقوم بها وممتلكاتها وأصولها من الضرائب والرسوم وقواعد المراقبة على الصرف، ومن كافة إجراءات وقف الدفع أيا كان نوعها. وكذلك تعفى جميع الأصول التي تحصل عليها هيئة الضمان نتيجة حلولها محل المستثمر من كافة القيود السارية في إقليم الدولة المضيفة عدى تصفية الحقوق التي كانت مستحقة على المستثمر كالضرائب والرسوم الواجبة الدفع قبل إجراء الحلول[284].

---

[284]- هذا ما أكدته المادة 45/ب من اتفاقية سيول التي تنص على أنه :

" **تعفى جميع ممتلكات وأصول الوكالة بالقدر اللازم للقيام بعملياتها في ظل هذه الاتفاقية من جميع القيود والإجراءات وقواعد الرقابة على الصرف ووقف الدفع أيا كان نوعها، غير أنه في حالة الممتلكات والأصول التي تحصل عليها الوكالة نتيجة حلولها محل مستفيد من الضمان أو مؤسسة أعيد التأمين عليها أو مستثمر أمنت عليه مؤسسة أعيد تأمينها يقتصر إعفاء تلك الممتلكات والأصول من القيود المفروضة على تحويل العملة الأجنبية والإجراءات وقواعد الرقابة السارية في إقليم العضو المعني على القدر الذي كان المستفيد من الضمان او المؤسسة او المستثمر الذين حلت الوكالة محلهم يتمتعون به**".

إضافة لذلك، يتمتع موظفي هيئة الضمان الدولية بالحصانة، ما عدا في الحالات التي ترى فيها هيئة الضمان أن التمسك بالحصانة يعرقل سير العدالة، فيمكن لهيئة الضمان التنازل عنها إذا لاحظت عدم إضرار ذلك بمصالح الهيئة[285]. والتنازل عن أي من المزايا والحصانات والإعفاءات المقررة بموجب الاتفاقية في حالات معينة، وذلك بالطريقة وبالشروط التي تعتبرها الهيئة مناسبة لمصلحتها.

(د)- حق التقاضي

يترتب على الاعتراف بالشخصية الاعتبارية لهيئة الضمان الدولية حق هذه الأخيرة في التقاضي، فيحق لها اللجوء إلى التحكيم الدولي لتسوية المنازعات التي تنشأ بينها وبين الدول الأعضاء بشأن الاستثمارات المضمونة، وفي المقابل يحق للغير مخاصمتها أمام القضاء الوطني، شريطة أن يتم مقاضاتها أمام محكمة وطنية مختصة في دولة عضو[286].

أما بالنسبة للمنازعات التي يمكن أن تثور بشأن عقود ضمان الاستثمار، أي المنازعات التي تقوم بين هيئة الضمان والمستثمر طالب الضمان، فعادة ما يتم تسويتها عن طريق التحكيم حسب ما يتفق عليه في هذا العقد، والذي يحدد طريقة تسويتها والجهة التي سيطرح أمامها النزاع، وكذلك القانون الواجب التطبيق عليها كما سنتطرق إليه بالتفصيل لاحقا.

يتضح مما تقدم أن هيئات الضمان الدولية مؤسسات دولية تحضى بنظام قانوني مستقل عن أي نظام قانوني وطني لأية دولة عضو، فهي مؤسسات مستقلة نسبيا عن الدول المنشئة لها، إذ تتولى باسمها ولحسابها إبرام عقود الضمان مع مستثمري الدول الاعضاء، قصد تشجيعهم على استثمار أموالهم دون الخوف من شبح المخاطر غير التجارية التي عسى أن تصيبهم في الدول المضيفة لهم.

---

[285]– المادة 50 من اتفاقية سيول.

[286]– هذا ما أشارت إليه المادة 44 من اتفاقية سيول التي تنص على أنه:

"**باستثناء الدعاوي المرتبة بالمنازعات المشار إليها في المادة 57 و 58، يجوز رفع الدعاوى ضد الوكالة في محكمة قضائية مختصة في إقليم أي عضو تكون الوكالة قد اتخذت فيه مكتبا أو عينت وكيلا بغرض قبول الاعلانات والاخطارات القضائية**".

كما تنص المادة 37 من اتفاقية المؤسسة العربية لضمان الاستثمار بمايلي:

" **تخضع المؤسسة في منازعاتها مع الغير للجهات القضائية المختصة في الأقطار المتعاقدة** ".

المبحث الثاني
إبرام عقد ضمان الاستثمار الدولي

تعد عقود ضمان الاستثمار الدولية من العقود الحديثة في المعاملات الاقتصادية الدولية، يستعملها المستثمر الذي يرغب في التوجه برؤس أمواله واستثمارها في دولة أجنبية، وذلك باللجوء إلى جهاز دولي أو هيئة دولية تتكفل له بحماية هذه الأموال ضد أي خطر غير تجاري قد تتعرض لها في الدولة المضيفة لها، وإبرم عقد الضمان على الاستثمار الأجنبي وفقا للشروط والإجراءات المعمول بها على مستوى كل هيئة.

بالرجوع إلى أحكام الاتفاقيات الدولية لضمان الاستثمار التي تناولت موضوع عقد الضمان، نجدها لم تتضمن أحكاما تفصيلية بشأن أحكام إبرام هذا العقد، إنما تركت لهيئة الضمان صلاحية إعداد عقود الضمان وفقا للوائح والنظم التي يقررها الجهاز الإداري للهيئة من حين لأخر، فلها بموجب اللوائح والنظم التي يصدها الجهاز الإداري لهيئة الضمان تحديد شروط وأحكام إبرام العقد(**المطلب الأول**)، وكذلك تحديد الإجراءات الواجب إتباعها لإبرام العقد مع المستثمر طالب الضمان(**المطلب الثاني**).

المطلب الأول
شـروط إبـرام عـقـد ضمان الاستثمار الدولي

يبرم عقد ضمان الاستثمار الدولي بين طرفين هما: هيئة الضمان الدولية والمستثمر طالب الضمان، فهو عقد ثنائي العلاقة يبرم بتراضي الطرفين، إلا أن إبرام هذا العقد يتطلب توافر مجموعة من الشروط غير المألوفة في العقود الرضائية، منها: ما يخص المستثمر طالب الضمان الذي يجب أن يكون تابع بجنسيته لإحدى الدول الأعضاء في هيئة الضمان المتعاقد معها، على ألا يكون من مواطني الدولة المضيفة(الفرع الأول)، وشروط أخرى تتعلق بالاستثمار المراد ضمانه(الفرع الثاني)، بالإضافة للشروط المتعلقة بالخطر المراد ضمانه(الفرع الثالث)، كما أشارت إليها الاتفاقيات الدولية لضمان الاستثمار.

الفرع الأول
الشروط المرتبطة بالمستثمر طالب الضمان

يقصد بالمستثمر طالب الضمان الشخص الذي تربطه علاقة تعاقدية بهيئة الضمان الدولية، والذي يشترط أن يكون تابع بجنسيته إلى إحدى الدول الأعضاء(أولا)، مع ورود بعض الاستثناءات على هذا الشرط(ثانيا).

أولا: انتماء المستثمر طالب الضمان إلى إحدى الدول الأعضاء

إذا كان الطرف الضامن في عقد ضمان الاستثمار الدولي، يكون دائما شخصا اعتباريا، أي هيئة دولية متخصصة في ضمان الاستثمار الأجنبي، فإن الطرف المضمون يمكن أن يكون إما شخصاً طبيعياً أو شخصاً اعتبارياً.

1- جنسية الأشخاص الطبيعية

تجيز الاتفاقيات الدولية لضمان الاستثمار لكل شخص طبيعي يثبت انتمائه بجنسيته إلى إحدى الدول الأعضاء أن يطلب الضمان على استثماره لدى هيئة الضمان الدوليـــة التي تكون دولته طرفا فيها، وهو ما أشارت إليه المادة 1/17 من اتفاقية المؤسسة العربية لضمان الاستثمار والتي تنص على مايلي:

" **يشترط في المؤمن له الذي يقبل طرفا في عقد التأمين أن يكون فرداً من مواطني الأقطار المتعاقدة...**".

يتضح من هذا النص، أن جنسية المستثمر تعد المعيار الذي تستند إليه المؤسسة لتحديد الأشخاص المقبول للضمان والتعاقد مع المؤسسة، وهذا بصرف النظر عن إقامته في دولة عضو[287]، وهو الشرط الذي أقرته كذلك المادة 1/18/ب من اتفاقية المؤسسة الإسلامية لتأمين الاستثمارات التي تنص على أنه:

"**يتمتع بصلاحية الإفادة من خدمات المؤسسة: (ب) كل شخص طبيعي من مواطني دولة عضوة غير الدولة المضيفة**".

[287]– مع الإشارة أن المادة 17 من اتفاقية المؤسسة العربية لضمان الاستثمار وردت بعنوان: " جنسية المستثمر"، ما يؤكد بشكل واضح اعتماد المؤسسة على على معيار الجنسية فقط عند تعيين المستثمرين الصالحين للضمان المؤسسة.

كما تنص اتفاقية سيول على وجوب تمتع المستثمر طالب الضمان بجنسية إحدى الدول الأعضاء في الوكالة، إذ تنص المادة 13/أ/1 على ما يلي:

" **يتمتع بالصلاحية لضمان الوكالة أي شخص طبيعي أو اعتباري بشرط: (1) أن يكون الشخص الطبيعي من مواطني عضو غير الدولة المضيفة**".

وعليه، يتحدد انتماء الشخص الطبيعي لدولة عضو استنادا لمعيار الجنسية، ويقع عبء إثبات الجنسية على المستثمر طالب الضمان الذي يدعي تمتعه بجنسية دولة عضو وفقا لقوانين الدولة التي يدعي جنسيتها[288]، شريطة أن لا تكون الدولة المضيفة للاستثمار، لذلك يصف الفقه شرط الجنسية في هذه الحالة بأنه " شرط سلبي"[289]، فمن جهة يجب أن يكون طالب الضمان من دولة عضو، ومن جهة أخرى يشترط عدم انتمائه إلى الدولة المضيفة.

يثير تطبيق شرط الجنسية بهذا الشكل حالة المستثمر متعدد الجنسية، إذ تؤكد الاتفاقيات الدولية لضمان الاستثمار في هذه الحالة على أنه يكفي أن تكون لطالب الضمان جنسية إحدى الدول الأعضاء لقبوله كطرف في العقد، وإذ كان التعدد ما بين جنسية إحدى الدول الأعضاء وجنسية الدولة المضيفة، فإن هيئة الضمان ستعتد بجنسية الدولة المضيفة كجنسية المستثمر ولا يكون هناك استثمار أجنبي، كما تنص عليه المادة 13/ب من اتفاقية سيول فيما يلي:

" **في حالة تمتع المستثمر بأكثر من جنسية واحدة، فإن جنسية العضو تجب جنسية الدولة غير العضو، كما تجب جنسية الدولة المضيفة غيرها من الأعضاء...**"[290].

---

[288]– يتم إثبات الجنسية في هذه الحالة وفقا لوسائل الاثبات المقررة في قانون الدولة التي يدعي الشخص جنسيتها، فهذه الأخيرة هي التي تقرر الأساليب المتاحة لإثباتها ومدى قوتها في الإثبات، وتقوم هيئة الضمان بتفحص الوثائق المقدمة لإثبات الجنسية، والتأكد من مطابقتها لقانون الدولة المانحة لها. وتتعدد وتتنوع وسائل إثبات الجنسية من دولة لأخرى، كشهادة الميلاد وشهادات الجنسية والأحكام القضائية والقرارات الإدارية وغيرها من وسائل الاثبات المعمول بها في كل دولة. أنظر في هذا الموضوع: **بن عبيدة عبد الحفيظ**، الجنسية ومركز الأجانب في الفقه والتشريع الجزائري، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2005، ص ص. 182–193.

[289]– **هشام خالد**، شرط الجنسية وفقا للنظام العربي لضمان الاستثمار، مؤسسة شباب الجامعة، الاسكندرية،1988، ص 116.

[290]– كما تؤكد اتفاقية المؤسسة العربية لضمان الاستثمار واتفاقية المؤسسة الاسلامية على عدم امتداد الضمان لمستثمري الدولة المضيفة في حالة تعدد الجنسية. أنظر في ذلك: المادة 3/17 من اتفاقية المؤسسة العربية لضمان الاستثمار، والمادة 4/18 اتفاقية المؤسسة الإسلامية لتأمين الاستثمارات.

فهيئة الضمان الدولية لا تقبل ضمان استثمارات مواطني الدولة المضيفة، حتى ولو كانت هذه الاستثمارات تم تحويلها من الخارج. وهذا الموقف السلبي لا يتماشى والهدف من إنشاء نظام الضمان الدولي الذي يهدف إلى تشجيع تدفق الاستثمارات فيما بين الدول الأعضاء. فوصف الأجنبي في هذا النظام يفترض أن يقتصر على الاستثمار دون مالكه، وذلك بغرض تشجيع المستثمرين الذين يملكون أصولا مالية خارج دولهم على إعادتها استثمارها في تلك الدول في ظل الضمان الذي تقدمه هذه الهيئات.

2- جنسية الأشخاص المعنوية

يقصد بالشخص المعنوي المستثمر الذي يتخذ شكل شركة، ويستوي أن يكون هذا الأخير إما شركة عامة أو خاصة، أو شركة مختلطة تنتمي إلى إحدى الدول الأعضاء. وتستند هيئة الضمان الدولية في تحديد انتماء الشخص الاعتباري إلى إحدى الدول الأعضاء لمعياريين وهما: معيار مركز الإدارة الرئيسي ومعيار الرقابة.

أ- معيار مركز الإدارة الرئيسي

حسب المادة 13/أ/2 من اتفاقية سيول يتمتع بصلاحية الضمان لدى الوكالة الدولية لضمان الاستثمار أي شخص اعتباري بشرط:

"**(2) أن يكون الشخص الاعتباري قد تم تأسيسه وتعيين مقر أعماله الرئيسي في إقليم أحد الأعضاء، أو تكون غالبية رأس ماله مملوكة لعضو أو أكثر أو لمواطنيهم بشرط ألا يكون العضو في أي من الحالات السابقة هو الدولة المضيفة**".

فكل شخص اعتباري يتواجد مركز إدارته الرئيسي في دولة عضو في الوكالة يمكنه الاستفادة من ضمان هذه الوكالة. ويقصد بمركز الإدارة الرئيسي المركز الفعلي للشخص الاعتباري والذي توجد فيه إدارته العليا الذي تباشر فيه الشركة المستثمرة نشاطها الفعلي، فهو المركز الذي يجتمع فيه مديريها لاتخاذ القرارات الهامة المتعلقة بتسيير الشركة، فيكون النظام القانوني للشخص الاعتباري خاضعا لقانون الدولة التي يوجد فيها مركزها الفعلي[291].

[291]- يعد معيار مركز الادارة الرئيسي من أهم المعايير المعتمدة أيضا في النظم الداخلية لتحديد الأشخاص الاعتبارية الوطنية عن الأشخاص الاعتبارية الأجنبية ومنها النظام الجزائري، إذ ينص القانون المدني الجزائري على أنه:

"**الأشخاص الاعتبارية من شركات وجمعيات ومؤسسات وغيرها يسري على نظامها القانوني قانون الدولة التي يوجد فيها مقرها الاجتماعي الرئيسي والفعلي**". =

ب- معيار الرقابة

يفيد معيار الرقابة على أنه لايجب التوقف فقط عند الإطار القانوني للشخص الاعتباري، إنما لابد من الامتداد إلى ما يتعلق بالأفراد الذين يملكون أغلب حصصه أو أسهمه ويسيطرون عليه من الوجهة الفعلية، وذلك كلما كان هؤلاء الأفراد يملكون أغلبية الأصوات المسجلة في آخر اجتماع للمساهمين طالبي الضمان[292].

بالرجوع إلى المادة 13/أ/2 من اتفاقية سيول، فإنها تجيز للوكالة أيضاً منح الضمان للشركات التي تكون غالبية رأسمالها مملوكة لعضو أو أكثر أو لمواطنيهم، هذا ما يفهم من عبارة: " **أو تكون غالبية رأس ماله مملوكة لعضو أو أكثر أو لمواطنيهم**".

يلاحظ أن اتفاقية سيول تجعل معيار الرقابة معيارا استثنائيا على معيار المركز الرئيسي، فيكن للوكالة إضافة لمعيار الإدارة الرئيسي، أن تعتمد على معيار الرقابة عند تحديد الشركات القابلة للاستفادة من الضمان.

أما اتفاقية المؤسسة الإسلامية لتأمين الاستثمارات واتفاقية المؤسسة العربية لضمان الاستثمار، فإنها تؤكدان على ضرورة توافر معيار الرقابة إلى جانب معيار الإدارة الرئيسي معاً لقبول ضمان الشخص المعنوي. هذا ما يفهم من المادة 1/18/ج من اتفاقية المؤسسة الإسلامية لتأمين الاستثمارات التي تنص على مايلي:

"**يتمتع بصلاحية الإفادة من خدمات المؤسسة: (ج) كل شخص اعتباري تكون أغلب حصصه أو أسهمه مملوكة لعضو أو أكثر أو لمواطن أو مواطني دولة عضوة أو أكثر، ويكون مركزه الرئيسي في دولة عضوة**".

= المادة 05 من القانون رقم 05-10 المؤرخ في 20 يونيو 2005، التي تعدل وتتمم المادة 3/10 من الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، المتضمن القانون المدني، ج.ر.ج.ج، العدد 44، الصادرة في 2005/06/26.

كما اعتمد المشرع الجزائري معيار مركز الإدارة الرئيسي عند تحديد الأشخاص الطبيعية والمعنوية المقيمة وغير المقيمة في المادة 125 من قانون النقد والقرض التي تنص على مايلي:

"**يعتبر مقيما في الجزائر في مفهوم هذا الأمر كل شخص طبيعي أو معنوي يكون المركز الرئيسي لنشاطاته الاقتصادية في الجزائر. يعتبر غير مقيم في الجزائر في مفهوم هذا الأمر كل شخص طبيعي أو معنوي يكون المركز الرئيسي لنشاطاته الاقتصادية خارج الجزائر**".

أمر رقم 03-11 مؤرخ في 26 أوت سنة 2003، يتعلق بالنقد والقرض،ج.ر.ج.ج، العدد 52، المؤرخة في2003/08/27 المعدل والمتمم بالأمر رقم10 -04 المؤرخ في26 أوت سنة 2010،ج.ر.ج.ج، العدد50، الصادرة في2010/09/01.

[292] **TOUSCOZ Jean** , « Les opérations …. », op.cit, p 911.

استناداً لهذا النص يتم تحديد الأشخاص الاعتبارية المؤهلة للاستفادة من ضمان المؤسسة الإسلامية بناءا على معيار مزدوج، وهو معيار الرقابة من جهة، إذ يجب أن تكون ملكية أغلب حصصه وأسهمه مملوكة لإحدى الدول الأعضاء أو مواطنيها، ومن جهة أخرى معيار المركز الرئيسي للشخص المعنوي والذي يجب أن يكون في أحد الدول الأعضاء، ولا يهم إذا كان مركز الإدارة الرئيسي للشركة موجودا في ذات الدولة التي تمتلك هي أو مواطنوها أغلب حصصه أو أسهمه. وهو الاتجاه نفسه تسري عليه المؤسسة العربية لضمان الاستثمار، فحسب المادة 1/17 من اتفاقية المؤسسة فإنه:

"**يشترط في المؤمن له الذي يقبل طرفا في عقد التأمين أن يكون...شخصا اعتباريا تكون حصصه أو أسهمه مملوكة بصفة جوهرية لأحد هذه الأقطار او لمواطنيها، ويكون مركزه الرئيسي في أحد هذه الأقطار...**"

من هنا يلاحظ أنه يجوز للشركات العربية التي تكون ملكية حصصها وأسهمها مملوكة بصفة جوهرية لأحد الدول الأعضاء في المؤسسة أو لمواطنيها، والتي يتواجد مركزها الرئيسي في أحد هذه الدول الاستفادة من ضمان المؤسسة العربية لضمان الاستثمار، والتي ستقرر بنفسها مدى توافر الصفة الجوهرية حسب الظروف وملابسات كل حالة، على أن تكون الملكية الجوهرية لدولة عربية معينة أو لرعاياها، وهذا ما يفيد أن هذه المؤسسة ترفض منح الضمان في حالة المشروع المشترك بين المستثمر العربي والأجنبي والذي تتوفر فيه الصفة الجوهرية لملكية الطرف الأجنبي[293].

إضافة لذلك، إن الجمع بين المعيارين سيؤدي إلى استبعاد منح الضمان لمجرد أن مركز إدارة الشركة المستثمرة والتي يمتلك أغلب حصصها أو أسهمها مواطنو الدول الأعضاء يتواجد في دولة غير عضو، وبالتالي حرمان المؤسسات الاستثمارية التي يوجد مركزها الرئيسي خارج الدول العربية، رغم أن الملكية الجوهرية لأغلبية حصصها وأسهمها تكون بأيدي رعايا أو مواطنين عرب.

---

293 – هذا ما تسري عليه عقود الضمان للمؤسسة العربية لضمان الاستثمار. أنظر في ذلك: **عصام الدين مصطفى بسيم**، "نماذج عقود الضمان المطبقة في المؤسسة العربية لضمان الاستثمار –دراسة نقدية تحليلية مقارنة لبعض نصوصها"، مجلة الحقوق والشريعة، العدد الأول، السنة 04، الكويت، 1980، ص ص. 139-145.

لذلك أوردت اتفاقية المؤسسة العربية لضمان الاستثمار استثناءا على هذا الشرط، إذ أجازت المادة 17 للمؤسسة بما يلي:

"**مع ذلك يجوز بقرار من المجلس أن يقبل الشخص الاعتباري طرفا في عقد التأمين، رغم وجود مركزه الرئيسي في قطر غير متعاقد بشرط أن يكون هذا الشخص الاعتباري مملوكا بنسبة لا تقل عن خمسين بالمائة لواحد أو أكثر من الأقطار المتعاقدة أو مواطنيها أو الأشخاص الاعتبارية التي تنطبق عليها الشروط المنصوص عليها في هذه الفقرة للقبول كطرف في عقد التأمين**".

من هنا يجوز للمؤسسة العربية وبقرار من مجلس المؤسسة قبول منح الضمان للأشخاص الاعتبارية التي يتواجد مركزها الرئسي في دولة غير متعاقدة بشرط أن يكون هذا الشخص الاعتباري مملوكا بنسبة لا تقل عن خمسين في المائة(50%) لواحد أو أكثر من الدول الاعضاء أو لمواطنيها.

تطبيقا لهذا الاستثناء، أصدر مجلس المؤسسة القرار رقم 03 لسنة 1977، والذي يحدد الأشخاص الاعتبارية المعنية بهذا الاستثناء،وهي المؤسسات المصرفية والمالية العربية الأجنبية المشتركة التي يقع مراكزها الرئيسي خارج الوطن العربي، بشرط أن تكون مملوكة بنسبة لا تقل عن50% لواحدة أو أكثر من الدول الأعضاء أو مواطنيها[294].

إذ تكتفي المؤسسة العربية في هذه الحالة بمعيار الرقابة لاعتبار هذه المؤسسات صالحة للضمان، وذلك تحقيقا للاعتبارات الخاصة بتشجيع الاستثمارات في الدول الأعضاء ولدواعي المصلحة الاقتصادية العربية، وهذه خطوة ايجابية نأمل أن تسري عليها المؤسسة الإسلامية لتأمين الاستثمارات مستقبلا.

في جميع الأحوال، فإن عدم توفر معيار مركز الإدارة ومعيار الرقابة في نفس الوقت، لا يمنع المستثمرين ذوي جنسية إحدى الدول العربية الأعضاء، من طلب ضمان أسهمهم أو حصصهم في المشروع بصفتهم أشخاصا طبيعية.

ثانيا: الاستثناءات الواردة على شرط الجنسية (نظام تأييد الاستثمارات)

إن تطبيق شرط الجنسية على النحو المذكور، لا يتماشى والهدف من إنشاء نظام دولي لضمان الاستثمار في تشجيع تدفق الاستثمار الأجنبي، فهو يؤدي إلى استبعاد الاستثمارات

[294] – أنظر ذلك على موقع المؤسسة العربية لضمان الاستثمار: http : // www. iaigc.org

التابعة لمواطني الدول المضيفة من الضمان، وحرمان الأشخاص عديمي الجنسية من الضمان أو التعويض، خاصة عندما يفقد المستثمر جنسيته دون إرادته بعد إبرام عقد الضمان، لأن الجنسية شرط جوهري لإبرام العقد واستحقاق التعويض كما سنبين ذلك لاحقا.

لذلك أجازت المادة 13/ج من اتفاقية سيول واستثناءا على معيار الجنسية، إمكانية تعاقد للوكالة مع المستثمرين أشخاصا طبيعية أو اعتبارية تنتمي بجنسيتها إلى الدولة المضيفة للاستثمار، كلما توافرت الشروط التالية:

- أن تكون أصول المستثمر المراد ضمانها قد تم تحويلها أو سيتم تحويلها من الخارج نحو الدولة المضيفة للاستثمار؛
- تقديم طلب ضمان مشترك من قبل الدولة المضيفة للاستثمار والمستثمر طالب الضمان سوءا كان شخصا طبيعيا أو اعتباريا؛
- موافقة مجلس الإدارة على ضمان الوكالة لهذا الاستثمار بالأغلبية الخاصة [295].

من هنا يجوز لمجلس إدارة الوكالة وبالأغلبية الخاصة أن يضفي الصلاحية للضمان على أي شخص اعتباري تم تأسيسه في الدول المضيفة، أو تكون غالبية رأس ماله مملوكة لمواطني الدولة المضيفة، شريطة تحويل الأصول المستثمرة من دولة عضو غير الدولة المضيفة. وبهذا الاستثناء يمكن للدول النامية استعادت الأموال المملوكة لمواطنيها والمتواجدة خارج أقاليمها والتي خرجت منها خوفا من المخاطر غير التجارية، ويسمح للوكالة من تحقق أهدافها في تشجيع تدفق الاستثمارات الأجنبية وتوطينها خاصة في الدول النامية[296].

لذلك يتعين أن تسير المؤسسة العربية بهذا الاتجاه، بتعديل أحكام الفقرة الأولى من المادة 17، وإدراج هذا الاستثناء قصد تمكين المؤسسة من توسيع نطاق الضمان لكافة المشروعات الوطنية التي تكون حصصها أو أسهمها مملوكة بصفة جوهرية للقطر المضيف أو أحد مواطنيه، وأن تجيز للمستثمر التابع بجنسيته للدولة المضيفة الضمان على رؤوس أمواله لدى المؤسسة إذا تم تحويلها من الخارج ووافقت حكومته على طلب الضمان.

---

[295] – يراد بالأغلبية الخاصة وفقا للمادة 3/د من اتفاقية سيول، موافقة ما لا يقل عن ثلثي (2/3) مجموع الأصوات الإجمالية للدول الأعضاء في الوكالة.

[296] – **سماعيلي حسام الدين، لعجال يسمينة**، "دور عقد الضمان في توطين رؤوس الأموال الأجنبية في الجزائر"، مجلة دفاتر السياسة والقانون، العدد 17، الجزائر، جوان 2017، ص 20.

فالضمان الفعّال على حد تعبير الاستاذ " يوسفي محمد"، لا يجب أن يقتصر فقط على جنسية المستثمر طالب الضمان، لكن على أساس العملة التي ينجز بها الاستثمار، فالضمان لابد أن ينصب على المال المستثمر وليس على المستثمر ذاته[297].

تأكيد لذلك أجازت كذلك المادة 24 من اتفاقية سيول إمكانية ضمان الوكالة للاستثمارات التي تؤيدها إحدى الدول الأعضاء في إطار ما يسمى بضمان الاستثمارات المؤيدة، دون أن تتعرض الاتفاقية لمسألة جنسية المستثمر في هذه الحالة. ففي نظام التأييد يجوز لأية دولة عضوة في الوكالة أن تؤيد طلب ضمان مستثمرين أياً كانت جنسيتهم، إذ يترك تعيين المستثمر المقبول للضمان لتقدير الدولة التي تؤيد طلبه وتقبل تحمل النتائج المالية لهذا التأييد، بشرط عدم اعتراض أي دولة عضوة لدى الوكالة على أن المستثمر يتمتع بجنسيتها[298].

عموما، تبقى السلطة التقديرية لهيئة الضمان الدولية في رفض أو قبول التعاقد مع أي شخص، ولها حق رفض التعاقد مع المستثمر رغم توافر شروط الضمان لاعتبارات تنفرد بها الهيئة، على ألا تتعسف الهيئة في استعمال هذا الحق على نحو ينطوي على إخلال بالمساواة الواجب توافرها بين المستثمرين الذين يكونون في أوضاع مماثلة.

الفرع الثاني

الشروط المتعلقة بالاستثمار المضمون

تطرقت الاتفاقيات الدولية لضمان الاستثمار لموضوع الاستثمارات القابلة للضمان وذكرت أشكالها(أولا)، على أن هذه تكون استثمارات جديدة تقوم على أسس تجارية(ثانيا)، وأن تكون الدولة المضيفة قد وافقت على ضمانها وتنفيذها في إقليمها ووفرت الظروف الملائمة لتنفيذها(ثالثا)، وأن يكون هذا الاستثمار ذو ملاءة مالية واقتصادية من شأنه أن يساهم في تنمية الدولة المضيفة(رابعا).

---

[297]- **يوسفي محمد**،"مضمون وأهداف الأحكام الجديدة في المرسوم التشريعي 93-12، المتعلق بترقية الاستثمارات"، مجلة إدارة، المجلد 09، العدد 02، الجزائر، 1999، ص 88 .

[298]- راجع حول ضمانات الاستثمارات المؤيدة الملحق الأول المرفق باتفاقية سيول، المرسوم الرئاسي رقم 95-345 المؤرخ في 30 أكتوبر 1995، المرجع السابق.

أولا: أشكال الاستثمارات القابلة للضمان

لم تحصر الاتفاقيات الدولية لضمان الاستثمار أنواعا محددة للاستثمارات الصالحة للضمان بموجب العقد، بل جاء ذكرها على سبيل المثال لتشمل كافة أشكال الاستثمارات المباشرة وغير المباشرة[299]، وذلك بغرض تحقيق غايات اقتصادية وسياسة للأطراف المتعاقدة وتحقيق أكبر قدر من رؤوس الأموال الأجنبية والخبرات الفنية التي تساعد على تحقيق التنمية المنشودة بغض النظر عن الشكل الذي يتخذه الاستثمار.

يلاحظ أن الأشكال الجديدة من الاستثمارات المباشرة، بما في ذلك أشكال التعاون الصناعي المختلفة كعقود الإدارة والتسيير، وعقود المقاولات، وعقود الخدمات والامتياز والترخيص ونقل التكنولوجية تعد في عصرنا الحالي من أهم الاستثمارات المباشرة التي ترتكز حاليا هيئات الضمان الدولية على توفير الضمان لها، لأنها تمنح المستثمر مصداقية أكبر وتمكنه من التحكم الفعال في سير المشروع الاستثماري. إذ تتركز أغلب الضمانات على القطاع المالي، والاستثمار في مجال الغاز، والنفط والزيت، والصناعة وأعمال التعدين، والأعمال الزراعية، والبناء والبنية التحتية في الدولة المضيفة، ذلك أن هذا النوع من الاستثمارات محددة المخاطر، ونسبة المضاربة فيها ضئيلة[300].

كما تقوم هيئات الضمان الدولية بضمان مختلف أصول القروض الطويلة والمتوسطة المدى التي يقدمها المستثمر الأجنبي لتمويل المشاريع الاستثمارية التي يتم إنجازها في إحدى الدول الأعضاء، بشرط أن تكون هذه الأخيرة مقدمة أو مضمونة من قبل حاملي حقوق الملكية في المشروع، فيكون المستثمر شريكا في ملكية المشروع. أما القروض التي لا ترتبط باستثمار محدد كالقروض التجارية والعمليات التي تهدف أساسا إلى تشجيع الصادرات، كالوكالات التجارية أو توزيع المنتجات فهي تستبعد من الضمان بموجب عقد ضمان الاستثمار الدولي، ويمكن للمستثمر طلب ضمانها عن طريق نظام ائتمان الصادرات[301].

أما عن القروض القصيرة المدى، فإستثناءاً أجازت الاتفاقيات الدولية لضمان الاستثمار

---

[299]– راجع حول مفهوم الاستثمار المباشر والاستثمار غير المباشر الصفحة 107 من هذا البحث.

[300]– **مأمون إبراهيم حسن**، "المؤسسة العربية لضمان الاستثمار: انطلاقة جديدة لتدفقات"، مجلة المصارف العربية، المجلد العاشر، العدد 110، بيروت، شباط 1990، ص 38.

[301]- **MANCIAUX Sébastien**, Investissements étrangers …, op.cit, p 60.

إمكانيـة تغطيتها، وذلك بشرط موافقة الجهاز الاداري لهيئة على ذلك، والذي له أن يضفي الصلاحية للضمان على مختلف القروض القصيرة المدى التي لا يتجاز أجلها ثلاث سنوات والتي تقدمها المصاريف والموجهة لتمويل المشروعات الاستثمارية أو القروض المرتبطة باستثمار محدد تقوم الهيئة بضمانه، أو تمثل مساهمة في استثمار معين[302].

يلاحظ في هذا الصدد، أن ارتباط العملية الاستثمارية ومن ثم الضمان بمدة زمنية شرط غير مقبول، فمدة العقد لا تنفي تحمل المستثمر الأجنبي للمخاطر الناجمة عن تلك العملية الاستثمارية، حتى ولو كانت لمدة قصيرة[303].

لذلك جعلت الاتفاقيات الدولية لضمان الاستثمار مسألة تقدير الصلاحية للضمان على أي نوع آخر من الاستثمارات المباشرة من صلاحية الهيئة كلما لاحظت أن ذلك يحقق أهدافها في تشجيع تدفق الاستثمارات الأجنبية لأغراض التنمية[304]، بما فيها المشاريع التي تم خوصصتها، والاستثمارات المتعلقة بالمساعدة التقنية والفرانشايز والليزنغ، وعقود نقل التكنولوجيا وغيرها، وكافة أشكال الاستثمارات المباشرة وغير المباشرة، سواء تمت في صورة مساهمة أو

302– هذا ما تنص عليه المادة 1/15 من اتفاقية المؤسسة العربية لضمان الاستثمار فيما يلي:

"**تشمل الاستثمارات الصالحة للتأمين 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 يجاوز أجلها ثلاث سنوات أو القروض ذات الأجل الأقصر التي يقرر المجلس على سبيل الاستثناء صلاحيتها للتأمين**".

303– هذا ما اتجهت إليه محكمة التحكيم قي قضية " Fedax" ضد دولة فنزويلا حين اعتبرت هذه المحكمة أن مدة القرض الذي يربط الطرفين إلا بضعة أشهر لا يمنع من وصف عملية القرض بأنها استثمار يتحمل بموجبها المستثمر مخاطر الناجمة خلال هذه العملية. أنظر في هذه القضية:

LONCLE (Jean Marc), « La nation d'investissement … », op.cit, p327.

304 – حسب المادة 12/أ من اتفاقية سيول فإنه:

" **تشمل الاستثمارات الصالحة للضمان حقوق الملكية والقروض المتوسطة أو الطويلة الأجل التي يقدمها أو يضمنها المشاركون في ملكية هذا المشروع المعني، وما يحدده مجلس الإدارة من صور الاستثمار المباشر**".

كما تنص المادة 1/17 من اتفاقية المؤسسة الاسلامية لتأمين الاستثمارات في ها الصدد على أنه:

" **تشمل الاستثمارات الصالحة للتأمين كافة الاستثمارات التي يقوم بها الأعضاء أو مواطنو الدول الأعضاء في الدول الأعضاء، ومنها الاستثمارات المباشرة في المشروعات وفروعها ووكالاتها، والمساهمة في رؤوس أموال المنشآت بما في ذلك أصول القروض التي يقدمها أو يضمن سدادها المساهمون في هذه المنشآت، وكافة أنواع الاستثمار المباشر الأخرى التي يقرر مجلس المديرين من وقت لآخر صلاحيتها للتأمين**".

دون مساهمة، وبغض النظر إن كانت هذه الاستثمارات مملوكة ملكية خاصة أو عامة أو كانت في شكل مشاريع مختلطة كما تؤكد عليه الاتفاقيات الدولية لضمان الاستثمار، منها المادة 3/17 من اتفاقية إنشاء المؤسسة الإسلامية لتأمين الاستثمارات التي تنص على أنه: "**تقبل محلا للتأمين الاستثمارات الخاصة والعامة والمختلطة التي تعمل على أسس تجارية**"

من هنا يجوز للمؤسسة ضمان كل الاستثمارات العامة والخاصة والاستثمارات المختلطة التي يتم إنجازها من قبل مستثمر الدول الأعضاء في الدول المضيفة الأعضاء. في وفي هذا الاتجاه تسري كذلك كل من اتفاقية سيول واتفاقية المؤسسة العربية لضمان الاستثمار، والتي تجيز منح الضمان للاستثمارات الخاصة وغيرها من الاستثمارات المختلطة والعامة التي تعمل على أسس تجارية، فيكفي أن يكون الاستثمار المراد ضمانه يهدف إلى تحقيق الربح، ويحقق أكبر قدر من رؤوس الأموال الأجنبية والخبرات الفنية في شتى مجالات الحياة الاقتصادية والاجتماعية[305]، بغض النظر عن الشكل الذي يتخذه هذا الاستثمار.

ثانيا: أن يكون الاستثمار جديدا قائم على أسس تجارية

يقصد بالاستثمار الجديد كل مشروع استثماري يتم تنفيذه بعد إبرام عقد الضمان، أي الاستثمارات التي يتم تنفيذها بعد تسجيل طلب الضمان أمام الهيئة، كما أشارت إليه المادة 2/17 من اتفاقية المؤسسة الإسلامية لتأمين الاستثمارات التي تنص على مايلي:

"**باستثناء عمليات إعادة التأمين تقتصر التأمينات على الاستثمارات التي يلي تنفيذها تسجيل طلب التأمين من قبل المؤسسة**".

كما تنص المادة 12/ج من اتفاقية سيول في هذا الصدد على أنه:

"**تقتصر الضمانات على الاستثمارات التي يبدأ تنفيذها بعد تسجيل الوكالة لطلب الضمان**"

استنادا لهذه النصوص، يمكن لهيئات الضمان الدولية استبعاد ضمان الاستثمارات القائمة قبل ابرام عقد الضمان، وهذا الشرط غير مبرر، فتطبيقه يؤدي إلى التفرقة بين الاستثمارات القديمة والجديدة في مجال الضمان، في حين أن الخطر يمكن أن يهدد النوعين معاً، كما أن هذه التفرقة تعني التمييز في معاملة الدولة المضيفة للاستثمارات القديمة مقارنة بالاستثمارات الجديدة. لذلك أجازت المادة 12 من اتفاقية سيول إمكانية ضمان الوكالة للاستثمارات التالية :

[305]– أنظر في ذلك: المادة 13/أ/3 من اتفاقية سيول، والمادة 5/15 من اتفاقية المؤسسة العربية لضمان الاستثمار.

" – **أي تحويل للنقد الأجنبي لأغراض تجديد أو توسعة أو تطوير استثمار قائم؛**

– **استخدام الأرباح التي تديرها استثمارات قائمة، إذا كان من الممكن تحويلها خارج الدولة المضيفة**".

بهذا الاستثناء يجوز للوكالة تغطية الحيازات المنطوية على نقل ملكية المؤسسات الحكومية إلى القطاع الخاص في إطار تنفيذ برامج الخوصصة[306]، وضمان رؤوس الأموال الجديدة المتصلة بالتوسيع من مؤسسة قائمة أو تحديثها أو تمويل إعادة هيكلتها، كلما أمكن تحويل تلك الأموال من الخارج، كشراء المستثمر لأصول أو مشروعات قائمة في الدولة المضيفة، فثمة تحويل للنقد الأجنبي إلى داخل الدولة المضيفة ودخول رؤوس أموال جديدة إلى هذه الدولة[307].

هذا ما تسري عليه أيضا المؤسسة الإسلامية لتأمين الاستثمارات، إذ تجيز الفقرة الثانية من المادة 17 من اتفاقية المؤسسة استثناءاً ضمان المؤسسة للاستثمارات التي تتمثل في:

" أ– **التحويل بالعملة الأجنبية لأغراض تحديث أو توسعة أداء استثمارات موجودة؛**

ب–استخدام العوائد الناجمة من استثمارات موجودة، إذا كان من الممكن تحويلها إلى خارج الدولة المضيفة".

استناداً لهذا النص يجوز للمؤسسة الإسلامية تغطية الاستثمارات القائمة، وهذا خلافا لما

---

[306]– يقصد بالخوصصة زيادة في الملكية الخاصة مع دعم القطاع الخاص للقيام بدور ايجابي في التنمية عن طريق بيع معظم القطاعات الانتاجية العامة كليا أو جزئيا للقطاع الخاص، أي تحويل الملكية العامة الى ملكية خاصة(الأفراد أو الشركات بانواعها) ضمن ضوابط وقوانين الدولة. نقلا عن: **سيد سالم عرفة**، ادارة المخاطر الاستثمارية، دار الراية للنشر والتوزيع، الاردن، 2009، ص 261.

[307]– هذا الاستثناء يتماشى مع ما تتجه إليه التشريعات الحديثة للعديد من الدول النامية، التي تولي اهتماما كبيرا بموضوع الخوصصة، ومنهم المشرع الجزائري الذي تبنى ومنذ 2001 عدة نصوص القانونية تكرس إمكانية تنازل الدولة على المؤسسات العمومية الاقتصادية. أنظر الأمر رقم 01–04، المؤرخ في 20 أوت 2001، المتعلق بتنظيم المؤسسات العمومية الاقتصادية وتسييرها وخوصصتها، ج.ر.ج.ج، العدد 47، الصادرة في2001/08/22(المعدل والمتمم).

كما يظهر اهتمام المشرع بموضوع الخوصصة من خلال الضمانات التي كرسها في القانون رقم 16–09 المتعلق بترقية الاستثمار، قصد تحفيز المستثمرين الأجانب على اقتناء المؤسسات العمومية الاقتصادية. منها المادة 05 التي تنص على أنه: "**تستفيد من أحكام هذا الفصل استثمارات الإنشاء وتوسيع قدرات الانتاج و/أو إعادة التاهيل المتعلقة بالنشاطات والسلع التي ليست محل استثناء من المزايا**".

لمزيد من التفاصيل في هذا الموضوع أنظر: **زايد بولقرارة**، "خوصصة المؤسسة العمومية الاقتصادية في ظل القانون رقم 16–09 المتعلق بترقية الاستثمار"، مجلة أبحاث قانونية وسياسية، العدد 06، الجزائر، جوان 2018، ص ص.111–113.

يسري العمل به في المؤسسة العربية لضمان الاستثمار التي تستبعد صراحة الاستثمارات القائمة من الضمان[308]، رغم أنه لا يوجد ما يمنع من تقديم الضمان للأرباح التي يعاد استثمارها طالما أنه في الإمكان تحويلها إلى خارج الدولة المضيفة.

ثالثا: موافقة الدولة المضيفة على تنفيذ وضمان الاستثمار وتهيئة الظروف الملائمة له

1- موافقة الدولة المضيفة على تنفيذ وضمان الاستثمار

تعتبر موافقة الدولة المضيفة على ضمان الاستثمار شرط ضروري لإبرام عقد الضمان، وفقا لنظام المؤسسة العربية لضمان الاستثمار، فتنص الفقرة السادسة من المادة 15 من اتفاقية المؤسسة صراحة على أنه:

"**يشترط لإبرام عقود التأمين حصول المؤمن له مسبقا على إذن من السلطة الرسمية المختصة بالقطر المضيف بتنفيذ الاستثمار وبالتأمين عليه لدى المؤسسة ضد المخاطر المطلوب تغطيتها**".

فلا يجوز للمؤسسة أن تبرم عقدا للضمان من المستثمر العربي إلا بعد حصوله على موافقة الدولة المضيفة على تنفيذ المشروع في إقليمها وضمانه لدى المؤسسة ضد مخاطر محددة. كما ورد النص على هذا الشرط في اتفاقية سيول التي تنص المادة 15 منها على مايلي:

" **لا يجوز للوكالة أن تبرم عقدا للضمان قبل موافقة الدولة المضيفة على قيام الوكالة بضمان الاستثمار ضد المخاطر المطلوب تغطيتها**".

فلا يجوز للوكالة إبرم العقد مع المستثمر إلا بعدما تتأكد من موافقة الدولة المضيفة على تنفيذ وضمان الاستثمار فهذه الموافقة تعتبر شرطا لإبرام عقد ضمان الاستثمار الدولي. وتجدر الإشارة إلى أن اتفاقية المؤسسة الاسلامية لتأمين الاستثمار لم تتضمن أي نص حول هذا الشرط. فهي تفترض أن موافقة الدولة المضيفة على تنفيذ الاستثمار على إقليمها قرينة على فائدة هذا الاستثمار، ويجوز للمؤسسة أن ترفض إبرام عقد الضمان بالرغم من موافقة الدولة المضيفة على ذلك إذا لاحظت عدم تحقيقه للفائدة الاقتصادية المرجوة.

---

[308]- تنص المادة 4/15 من اتفاقية المؤسسة العربية لضمان الاستثمار على أنه:

"**لا تقبل محلاً للتأمين إلا استثمارات جديدة يلي تنفيذها إبرام عقد التأمين وذلك باستثناء العمليات التي تقبل المؤسسة إعادة التأمين عليها**".

أما إجراءات الحصول على هذه الموافقة فهي مسألة يخضع تحديدها للقوانين الداخلية للدولة المضيفة، والتي تملك السلطة التقديرية الكاملة في الموافقة أو عدم الموافقة على ذلك.

2- ظروف الاستثمار في الدولة المضيفة (مناخ الاستثمار)

يقصد بمناخ الاستثمار "مجموعة الظروف والسياسات والمؤسسات الاقتصادية التي تؤثر في ثقة المستثمر، وتقنعه بتوجيه استثماراته إلى بلد دون آخر وكافة"[309].

يعد مناخ الاستثمار في الدولة المضيفة عنصرا أساسيا ترعاه الوكالة قبل إبرام العقد مع المستثمر، وهذا ما تنص عليه صراحة المادة 12/د/4 من اتفاقية سيول فإنه:

" **على الوكالة أن تستوثق عند القيام بضمان استثمار مما يأتي: (4) ظروف الاستثمار في الدولة المضيفة بما في ذلك توفر المعاملة العادلة والحماية القانونية للاستثمار** ".

يتضح من هذا النص، أن الوكالة تعطي أهمية لمناخ الاستثمار وبيئة الأعمال في الدولة المضيفة، فإذا لاحظت أن ظروف الاستثمار فيها يمكن أن تؤدي إلى نتائج غير مرضية بالنسبة لعمليات الضمان التي تقوم بها أوتهدد مركزها المالي بالخسارة، لها رفض منح الضمان رغم موافقة الدولة المضيفة على ذلك.

لذلك فقد لوحظ أن الوكالة تركز عند قبولها للضمان أن تكون الاستثمارات المطلوب ضمانها موجهة نحو الدول التي ليس لديها مشاكل مع البنك الدولي والتي لم تتخلف عن دفع ديونها إلى البنك [310].

وعليه، يتعين على الدول المضيفة الراغبة في جذب الاستثمار الأجنبي المباشر تهيئة المناخ الاستثماري واتخاذ التدابير الفعالة لحماية الاستثمار الأجنبي، ويظهر ذلك من خلال مجموعة القوانين والسياسات والهيئات والخصائص الهيكلية والاقتصادية والاجتماعية والسياسية التي في مجملها يكون لها تأثير واضحا على الشركات الأجنبية[311].

---

309 – نقلا عن: **صلاح زين الدين**، "دور القانون في تحسين مناخ الاستثمار في مصر لجذب الاستثمارات الألمانية المباشرة"، المؤتمر العلمي الثاني: القانون والاستثمار، كلية الحقوق، جامعة طنطا، 29- 30 أبريل 2015، ص 20.

310 – **مايا ريدان**،" تغطية الاستثمار..."، المرجع السابق، ص 132.

311 – **زبير دغمان**، "الأساليب الجوهرية والتدابير الفعالة لحماية الاستثمار الأجنبي"، مجلة الباحث للدارسات الأكاديمية، العدد 08، الجزائر، جانفي 2016، ص 156.

أي يجب على الدول المضيفة أن تكفل لهيئة الضمان في شأن الاستثمارات التي تضمنها توفر الحماية القانونية والمعاملة المناسبة للاستثمارات الأجنبية، ولهيئة الضمان الدولية التأكد من مدى توافرها قبل إبرام عقد الضمان مع المستثمر، فتقوم إلى جانب إبرام العقد بعملية "تحليل مخاطر البلد"[312] وتقييم ظروف الاستثمار فيه، وهذ التحليل الذي تقوم بها الهيئات الاستشارية المتخصصة لدى هيئات الضمان الدولية يمكن أن يشكل بالنسبة للمستثمرين إرشادات تساعدهم على اجراء دراسة كاملة للفرص المتاحة في كل بلد.

فإذا لاحظت هيئة الضمان أن ظروف الاستثمار في الدولة المراد الاستثمار فيها غير ملائمة ومن شأنها ان تؤدي إلى نتائج غير مرضية بالنسبة لعمليات الهيئة، يحق لها رفض منحه الضمان. أو يمكن لها أن تتولى بنفسها بالدخول مع الدولة المضيفة في اتفاقات تتعلق بقواعد معاملة الاستثمارات المراد ضمانها في إقليم كل منها، وهذا ما تنص عليه المادة 41 من اتفاقية المؤسسة العربية لضمان الاستثمار على أنه:

"**تعمل المؤسسة على الدخول مع الأقطار المتعاقدة في اتفاقيات تتعلق بمبادئ أو قواعد معاملة الاستثمارات المؤمن عليها في إقليم كل منها، كما تشجع عقد مثل هذه الاتفاقيات فيما بين هذه الأقطار**".

فيجوز لهيئة الضمان بنفسها الدخول مع الدول المضيفة في اتفاقات تتعلق بقواعد معاملة الاستثمارات المراد ضمانها في إقليم كل منها، تتعهد من خلالها الدولة المضيفة بتوفير المعاملة والحماية المناسبة للاستثمارات الأجنبية المراد ضمانها. مع الإشارة إلى أن هيئة الضمان الدولية تتمتع بصلاحية تقدير فكرة الحماية القانونية والمعاملة المناسبة للاستثمار الأجنبي استنادا لمجموعة من المعايير كعدم التمييز والمساواة في المعامة بين المستثمرين الاجانب والوطنيين والتي سنتطرق لها لاحقا في الباب الثاني من هذا البحث

رابعا:مطابقة الاستثمار لشروط السلامة الاقتصادية والمالية ومساهمته في تنمية الدول المضيفة

يقتضي تطبيق نظام الضمان الدولي أن يكون الاستثمار المراد ضمانه، يتمتع بالسلامة الاقتصادية والمالية، ومن شأنه أن يساهم في تحقيق التنمية في الدولة المضيفة.

---

[312] – **صديق سالم لاركش**، "إعادة تقييم مشكلة مخاطر الاستثمار في إطار دولي: نموذج الجزائر"، المجلة الدولية للعلوم الاجتماعية، العدد 159، اليونسكو، مارس 1999، ص 175.

1- السلامة الاقتصادية والمالية للمشروع الاستثماري

يراد بالسلامة الاقتصادية للمشروع الاستثماري المراد ضمانه مدى قدرة هذا المشروع على تحقيق زيادة ملائمة للدخل القومي للدولة المضيفة، وتوظيف الأيدي العاملة الوطنية، ومدى مساهمته في تحسين ميزان المدفوعات والظروف البيئية[313].

أما السلامة المالية للمشروع الاستثماري فتتمركز حول العائد المالي ودرجة المخاطر، فيعتبر المشروع سليما إذا كان العائد المالي على الاستثمار ملائما وكان مستوى الربح فيه متناسبا مع درجة المخاطرة، فإذا كان العائد المتوقع على الاستثمار كبيرا ولكن مخاطره أكبر فإننا نتوقع ابتداء وقبل البدء في المشروع أنه سيحقق خسائر[314]، ومن ثم يمكن لهيئة الضمان رفض منح الضمان وتحمل المستثمر نتائج خسائره لوحده.

بالتالي تقتضي السلامة الاقتصادية والمالية للمشروع تحقيق المنفعة العامة للدولة المضيفة، فتستبعد من الضمان تغطية الاستثمارات من النوع العسكري والنشاطات المتعلقة بإنتاج المخدرات وكل النشاطات الممنوعة، فهذه الاستثمارات نتائجها غير مضمونة وتقوم على نسبة عالية من المضاربة، وضمانها يعرض السلامة المالية لهيئة الضمان للخطر[315].

2- مدى مساهمة المشروع الاستثماري في تنمية الدولة المضيفة

يراد بهذا الشرط، أنه يجب أن يكون الاستثمار المراد ضمانه استثمارا أجنبيا ومبررا اقتصاديا، يساهم في تلبية الاحتياجات الإنمائية للدولة المضيفة، كخلق مناصب الشغل ونقل التكنولوجيا، وزيادة الناتج القومي، وتنمية الموارد المحلية، وزيادة حصيلة الدول المضيفة من العملات الأجنبية، والمحافظة على الميزان التجاري للدولة المضيفة للاستثمار.

---

313 – نقلا عن: **حمزة عبد الكريم محمد حماد**، مخاطر الاستثمار في المصارف الإسلامية، دار النفائس للنشر والتوزيع، عمان، 2008، ص. 209

314 – **حمزة عبد الكريم محمد حماد**، مخاطر الاستثمار...، المرجع السابق، ص 212.

315 – **سيد سالم عرفة**، إدارة المخاطر...، المرجع السابق، ص 224.

أنظر كذلك:

JOS Emmanuel, «L'Agence multilatérale de garantie des investissements :Une contribution positive, mais insuffisante pour promouvoir les investissements utiles aux pays en développement», RGDIP, Tome XCVIII, Paris, 1994, p 411.

فالغرض الرئيسي الذي أنشئ من أجله نظام الضمان الدولي للاستثمار هو تشجيع تدفق الاستثمارات فيما بين الـدول الأعضاء فيـه وذلك لأغراض التنمية. وهذا ما أكدته صراحة المادة 02 من اتفاقية سيول التي تنص على أن:

" **هدف الوكالة هو تشجيع تدفق الاستثمارات لأغراض إنتاجية فيما بين الدول الأعضاء وعلى وجه الخصوص الدول النامية الأعضاء**".

لا يقصد بالاستثمارات لأغراض إنتاجية في هذا النص الاستثمارات التي يتم إنجازها في القطاع الصناعي فقط، إنما يشمل جميع القطاعات الإنتاجية والخدماتية لاسيما إذا اقتـرنت باستغلال التكنولوجيا، فتمكن الدولة المضيفة من الاستفادة من خبرات الشريك الأجنبي، والمساهمة في تحقيق التنمية والذي يعتبر شرط جوهري في عملية الاستثمار، فعلى حد تعبير الأستاذ "DELAUME Georges" فان الاستثمار بمفهومه الاقتصادي والقانوني لا يتوقف على المساهمة في الملكية، بل على المشاركة الفعلية للاستثمار في التنمية الاقتصادية للدولة المضيفة[316].

هذا الشرط يخدم كثيرا مصالح الدول النامية والتي طالبت من خلال اتفاقية سيول بضرورة الأخذ بعين الاعتبار حق هذه الدول في التنمية، ووضع نظام تعاوني بين الدول المتقدمة والدول النامية يسمـح لهذه الأخيرة من تحقيق تنميتها والخروج من التبعية والتخلف، وضمان رفاهية شعوبها[317].

تطبيقا لهذا الشرط تنص المادة 12/د/1 من اتفاقية سيول على أنه:

"**على الوكالة أن تستوثق عند القيام بضمان استثمار مما يأتي:(1) السلامة الاقتصادية للاستثمار ومساهمته في تنمية الدولة المضيفة**".

يفيد هذا النص قبول الوكالة لضمان استثمار معين بضرورة التاكد مسبقا من مدى مساهمة هذا الاستثمار في التنمية الاقتصادية والاجتماعية للدولة المضيفة. لكن تطبيق هذا الشرط يثير التساؤل حول ماإذا كان نظام الضمان الدولي للاستثمار يحقق في عصرنا هذا

316 - **DELAUME Georges,** « Le centre international pour le réglemente des différends relatifs aux investissements », JDI, N°04, Paris, 1982, p 801.

317 - **DUPUY(Pierre Marie),** Droit international …, op.cit, p 710.

استثمارا حقيقا يحقق التنمية في الدول النامية، أم انه مجرد استثمار قائم على أن يفرض الطرف القوي شروطه على الطرف الضعيف ليقبلها؟

في الواقع إن مساهمة المشروع في عملية التنمية يتحدد بحسب أهمية المشروع الاستثماري بالنسبة للدول المضيفة، وبقدر ما يساهم في تنمية اقتصادها الوطني، وإدخال التقنية الحديثة لها وتوفير فرص العمل فيها، فقد أثبتت الدراسات أن المعدلات العالية للنمو لا تتحقق فقط من خلال زيادة الاستثمار، ولكن من التغيرات في التقنية ومن تقديم سلع وخدمات جديدة[318].

إلا أن الاستثمار الأجنبي يرتبط في الواقع ارتباطا وثيقا بالسياسات الاقتصادية للدول المصدرة لرأس المال، وليس بالضرورة أن تتوافق أهداف الدول المضيفة لرأس المال الأجنبي مع أهداف الدول المصدرة له. بل يبدو في الكثير من الأحيان أن سياسة كل منهما تتعارض تماما مع سياسة الأخرى[319]، فالدول المصدرة لرأس المال تشجع الاستثمار في المشروعات التي تخدم اقتصادها، فتتركز غالبية الاستثمارات الأجنبية في الصناعات الإستراتجية والتحويلية وقطاعات النقل والتجارة والخدمات، لتظل الدول المضيفة منتجة للمواد الأولية وسوقا مفتوحة لمنتجات الدول الصناعية.

هذا ما يجعل الضمان في هذه الحالات آلية لحماية الاستثمار أكثر من اهتمامه بموضوع تدفق رؤوس الأموال الأجنبية نحو الدول النامية لأغراض التنمية، ويكون عقد الاستثمار وسيلة في يد المستثمر تمكنه من إقتحام أسواق جديدة لضمان نمو رأس المال[320].

نظراً لأهمية مسألة التنمية جعلت المادة 1/16 من اتفاقية المؤسسة العربية لضمان الاستثمار ضمان بعض الاستثمارات أولوية خاصة وذلك عندما يتعلق الأمر بما يلي:

---

[318]– **هيل عجمي جميل**، الاستثمار الأجنبي المباشر الخاص في الدول النامية: الحجم والاتجاه والمستقبل، مركز الدراسات والبحوث الإستراتجية، الإمارات العربية المتحدة، 1999، ص 43.

[319]– يلاحظ أن الكثير من الدول النامية عادة ما تقبل الاستثمار الأجنبي في مشروعات ليست لها الأولوية في خطة التنمية، وذلك رغبة منها في الحصول على القروض والمعونات، كما هو الحال في قانون تشجيع الاستثمار السوداني لسنة 1980 الذي نص على تشجيع الاستثمار الأجنبي في المشروعات ذات الأهمية الدفاعية أو الإستراتجية بحجة الدفاع عن أمن السودان القومي الذي تتهدده النظم الاشتراكية القائمة عند الحدود الشرقية والغربية. أنظر في ذلك: **حسن عطية**، "رؤية تحليلية لتوجهات قوانين الاستثمار الأجنبي في الدول العربية"، مجلة التعاون الصناعي، العدد 27، السنة العاشرة، قطر، يوليو 1989، ص 27.

[320]– **بشار محمد الأسعد**، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2006، ص30.

"أ- الاستثمارات الكفيلة بزيادة التعاون الاقتصادي بين الدول الأعضاء وخاصة المشروعات العربية المشتركة والمشروعات المحققة للتكامل الاقتصادي؛

ب- الاستثمارات التي يثبت للمؤسسة فاعليتها في بناء الطاقات الإنتاجية لاقتصاد الدولة المضيفة؛

ج- الاستثمارات التي يعتبر الضمان الذي تقدمه المؤسسة عاملا أساسيا في تنفيذها".

بهذا الشكل، بالتالي تمنح المؤسسة العربية أهمية خاصة للاستثمارات ذات الأولوية وذات الأهمية الخاصة بالنسبة لاقصاديات الدول المضيفة[321]، وهذا ما يسري العمل به أيضا في الوكالة الدولية لضمان الاستثمار، إذ تؤكد المادة 12/د/3 من اتفاقية سيول على أن الاستثمار القابل لضمان الوكالة يجب أن يتواكب مع الأهداف والأولويات الإنمائية المعلنة في الدولة المضيفة، بما يحقق الاستقرار بهذا الاستثمار.

هذا ما يعني أن تقييم المشروع والعوائد المحتملة منه خاضع للسلطة التقديرية لهيئة الضمان الدولية، فرغم موافقة الدول المضيفة على تنفيذ الاستثمار على إقليمها والتي يفترض أنها قرينة على فائدة هذا الاستثمار، إلا أنه يجوز لهيئة الضمان الدولية أن ترفض إبرام عقد

321- يلاحظ أن هذا الموقف الذي تضمنته المادة 1/16 من اتفاقية المؤسسة العربية لضمان الاستثمار جاء متطابق مع الأحكام التي كرسه المشرع الجزائري في قانون الاستثمار، لاسيما المادة 13 من القانون رقم 16-09، المتعلق بترقية الاستثمار التي تنص على مايلي:

"**تستفيد الاستثمارات المنجزة في المناطق المحددة قائمتها عن طريق التنظيم، التابعة لمناطق الجنوب والهضاب العليا، وكذا كل منطقة تتطلب تنميتها مساهمة خاصة من قبل الدولة**".

يلاحظ أن هذا النص يشير إلى الاستثمارات ذات الأولوية التي منحها المشرع مزايا خاصة، أي الاستثمارات التي يعتبر الضمان الذي تقدمه المؤسسة العربية عاملا أساسيا قي تنفيذها طبقا للمادة 1/16 من اتفاقية المؤسسة العربية لضمان الاستثمار. ونجد كذلك المادة 17 من القانون رقم 16-09 المتعلق بترقية الاستثمار التي تنص على مايلي:

" **تستفيد من المزايا الاستثنائية الاستثمارات التي تمثل أهمية خاصة للاقتصاد الوطني، والمعدة على أساس اتفاقية متفاوض عليها بين المستثمر والوكالة التي تتصرف باسم الدولة...**"

تشير هذه المادة إلى الاستثمارات ذات الأهمية الخاصة بالنسبة للاقتصاد الوطني، وتشمل بصفة عامة المشروعات المقامة في مجال المحروقات والطاقة والتي يشترط فيها حصول المستثمر على رخصة أو امتياز، ولا يمكن الاستفادة من هذا الامتياز إلا إذا كان المستثمر تتوافر فيه امكانات خاصة تشمل الوسائل والمعدات التكنولوجية، والمقدرة المالية، بمعنى الاستثمارات ذات الأولوية في الضمان والتي يثبت للمؤسسة العربية فاعليتها في بناء الطاقات الانتاجية لاقتصاد الدولة المضيفة طبقا للمادة 1/16 من اتفاقية المؤسسة العربية لضمان الاستثمار.

الضمان إذا لاحظت عدم تحقيقه للفائدة الاقتصادية المرجوة. وفي هذا الصدد يتعين على هذه الهيئة أن تراعي التوازن الاقتصادي للاستثمار، أي التوازن بين مرودية بالنسبة للمستثمر والفائدة التي ينطوي عليها بالنسبة للدولة المضيفة ولو بصورة نسبية.

الفرع الثالث
الشروط المرتبطة بالخطر

يعتبر الخطر العنصر الجوهري في عقد ضمان الاستثمار الدولي، يشترط فيه أن لا يكون مستحيل الوقوع أو تحقق قبل إبرام العقد(أولا)، وأن لا يكون لأحد المتعاقدين دخل في حدوثه(ثانيا). كما يجب أن يكون الخطر المراد ضمانه ذا طبيعة غير تجارية مما يتعذر التأمين عليه بواسطة التأمين العادي(ثالثا)، وألا يكون الخطر من قبيل الإجراءات العادية التي تتخذها الدولة المضيفة لتنظيم النشاط الاقتصادي في إقليمها(رابعا).

أولا: أن لا يكون الخطر المضمون مستحيل الوقوع في المستقبل أو تحقق قبل إبرام العقد

يجب أن لا يكون الخطر المراد ضمانه مستحيلا، وإنما يجب أن يكون هذا الخطر محتملا غير محقق الوقوع، فلا يعرف إذا كان سيقع أو لا يقع. فعقد الضمان يغطي المخاطر في المستقبل وليس في الماضي، وبذلك لا يجب أن يكون الخطر المراد ضمانه قد تحقق قبل إبرام العقد مما يستحيل معه إبرام العقد لانتفاء محله[322].

ثانيا: أن لا يكون الخطر منسوبا إلى أحد المتعاقدين

يجب أن يكون تحقق الخطر المضمون خارج عن إرادة أطراف العقد وخصوصا الطرف المضمون، وإلا سقط حقه في الرجوع على هيئة الضمان والتعويض عن ذلك، فتستبعد من الضمان كافة المخاطر التي يقرها المستثمر المضمون ويكون قد وافق صراحة على اتخاذها، والمخاطر التي تحدث بإرادته أو كان مسؤولا عن حدوثها أو نتيجة خطأه، وكافة الحوادث

---

322 – هذا ما تؤكده المادة 4/19/ج من اتفاقية المؤسسة الاسلامية لتأمين الاستثمارات على أنه:

" **لا تجوز في جميع الأحوال تغطية الخسائر الناجمة عما يلي: (ج) أي إجراء تتخذه سلطات الدولة المضفة أو قطر المؤمن له أو تمتنع عن اتخاذه قبل إبرام عقد التأمين أو أي حدث وقع قبل إبرام هذا العقد**".

الفردية وأعمال العنف ذات الطابـع الخاص، التي يمكن أن يثيرها العاملون في المشروع الاستثماري، حتى ولو أدت إلى إحداث أضرار كبيرة بالمشروع، فهذه الحوادث والأعمال يمكن التحكم فيها إما بالاستعانة بالقوة العمومية للدولة المضيفة، أو بتشديد الرقابة والنظام الداخلي للمشروع الاستثماري.

كما تستبعد من الضمان الخسائر الناجمة عن تحقق المخاطر المضمونة في العقد بسبب إهماله لاتخاذ الإجراءات المناسبة لتوقي حدوثها، أو للحفاظ على حقوقه في التعويض. كما هو الحال في ضمان خطر الإخلال بالعقد، إذ يسقط حق المستفيد من الضمان في الحصول على التعويض إذا تبين لهيئة الضمان عدم استنفاذ المستثمر المضمون لكل الطرق المتاحة له في القانون الداخلي للحصول على تعويض نتيجة الإخلال بعقد الاستثمار، إلا إذا كانت هذه الطرق تنطوي على معوقات غير مبررة.[323].

ثالثا: أن يكون الخطر ذا طبيعة غير تجارية ويتعذر تغطيته بواسطة التأمين العادي

تعتبر وثيقة الضمان المرجع الأول في تحديد أي من الأخطار يعتبر مضمونا أو مستبعدا، باعتبارها تتضمن نية الطرفين فيما يتعلق بمحل الضمان ونطاقه، إلا أن نص القانون المحدد للخطر المضمون هو اتفاقية الضمان الدولية التي تحدد الإطار العام للمخاطر المراد ضمانها.

فقد أوردت الاتفاقيات الدولية لضمان الاستثمار أمثلة عن المخاطر غير التجارية، تكاد تشمل كافة أنواعها، فتنص المادة 1/18 من اتفاقية المؤسسة العربية لضمان الاستثمار على أنه يمكن للمستثمر العربي أن يطلب الضمان من المخاطر غير التجارية التالية:

"أ- **اتخاذ السلطات العامة بالقطر المضيف بالذات أو بالواسطة، إجراءات تحرم المؤمن له من حقوقه الجوهرية على استثماره، وعلى الأخص المصادرة والتأميم وفرض الحراسة ونزع الملكية والاستيلاء الجبري ومنع الدائن من استيفاء حقه أو التصرف فيه وتأجيل الوفاء بالدين إلى أجل غير معقول ؛**

ب- **اتخاذ السلطات العامة بالقطر المضيف بالذات أو بالواسطة، إجراءات جديدة تقيد بصفة جوهرية من قدرة المؤمن له على تحويل أصل استثماره أو دخله أو أقساط استهلاك الاستثمار إلى الخارج...؛**

---

[323]- راجع في ذلك: المادة 11/أ/ج من اتفاقية سيول، والمادة 2/19/ج من اتفاقية المؤسسة الإسلامية لتأمين الاستثمارات.

ج- كل عمل عسكري صادر عن جهة أجنبية أو عن القطر المضيف، تتعرض له أصول المؤمن له المادية تعرضا مباشرا، وكذلك الاضطرابات الأهلية كالثورات والانقلابات والفتن وأعمال العنف ذات الطابع العام التي يكون لها نفس الأثر".

إلى جانب المخاطر الثلاثة المذكورة في هذه المادة، يجوز للمؤسسة الإسلامية لتأمين الاستثمارات والوكالة الدولية لضمان الاستثمار منح الضمان ضد نوع آخر من المخاطر وهي "خطر الإخلال بالعقد" كفسخ العقد أو إلغائه بالإرادة المنفردة للدولة المضيفة كما أشارت إليه المادة 11/أ/3من اتفاقية سيول بنصها على أنه:

" **الإخلال بالعقد: نقض الحكومة المضيفة لعقد بينها وبين المستفيد من الضمان أو إخلالها بالتزاماتها في ظل ذلك العقد**".

هذا التعريف ذاته أشارت إليه كذلك المادة 2/19/ج من اتفاقية المؤسسة الإسلامية لتأمين الاستثمارات التي تنص على مايلي:

"**الإخلال بالعقد: فسخ حكومة الدولة المضيفة أو قطر المؤمن له لعقد بينها وبين المؤمن له أو إخلالها بالتزاماتها في ظل ذلك العقد**".

أما اتفاقية المؤسسة العربية لضمان الاستثمار فلم تتضمن على نص صريح حول ضمان المؤسسة لخطر الإخلال بالعقد، بل أشارت فقط في المادة 1/18/أ إلى إحدى صور الإخلال المتمثلة في: " **منع الدائن من استفاء حقه أو التصرف فيه وتأجيل الوفاء بالدين إلى أجل غير معقول**".

فهذا النص يشير إلى الحالات التي تتخذ فيها الدولة المضيفة إجراءات يترتب عنها منع المستفيد من الضمان من استفاء حقوقه أو التصرف فيها أو تأجيل الوفاء بها إلى أجل غير معقول، وهذا لا يعني أن الدول العربية لا تسأل عن خطر فسخ العقد أو إلغائه، فهي تظل ملزمة بدفع التعويض للمستثمر إذا قامت بإنهاء اتفاقية الاستثمار، سواء كان الإنهاء مشروعا أم غير مشروع، وفقا للمبدأ المستقر عليه دوليا "العقد شريعة المتعاقدين"[324]. وهذا ما أقرته أحكام التحكيم في هذا الخصوص، منها الحكم التحكيمي الصادر عن المركز الدولي لتسوية منازعات

[324] – تنص المادة 26 من اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات على أنه:

" **العقد شريعة المتعاقدين: كل معاهدة نافذة تلزم أطرافها ويجب أن ينفذها الأطراف بنية حسنة** ".

الاستثمار الصادر في 20 ماي 2005 ضد المكسيك الذي يعتبر أن مجرد فرض رسوم إضافية مرتفعة على المستثمرين من طرف المكسيك يعد إخلال بالالتزامات[325].

في الواقع إن شمول العقد لخطر الاخلال بالعقد يعد ذا أهمية بالغة بالنسبة للمستثمر، ويمنح قيمة قانونية لعقد الضمان، باعتباره من أخطر ما يخشاه المستثمر الأجنبي المتعاقد مع الدولة المضيفة، خاصة بالنظر إلى ضخامة الاستثمارات التي تغطيها هذه الهيئات.

يلاحظ كذلك أن المادة 18 من اتفاقية المؤسسة العربية لضمان الاستثمار لم تبين ما يراد بعبارة "**حرمان المستثمر من حقوقه الجوهرية**"، تاركاً ذلك إلى تقدير المؤسسة في عقود الضمان. وفي هذا الصدد تسري عقود ضمان المؤسسة على أن الحقوق الجوهرية للمستثمر والتي تستوجب التعويض تتمثل فيما يلي:

" أ- حرمانه من حقه في استلام مستحقاته من أصل استثماره أو عوائده منه؛

ب- حرمانه من الممارسة الفعلية لحقوقه الجوهرية بوصفه شريكا في المشروع المستفيد مثل حقه في التصرف في حصصه وأسهمه؛

ج- حرمانه من السيطرة الفعلية في القطر المضيف على ما تسلمه من أصل استثماره وعوائده منه مع حرمانه في نفس الوقت من تحويل ما تسلمه من هذا الأصل وتلك العوائد إلى الخارج، ويشترط أن تبدأ الإجراءات المكونة لهذا الخطر خلال فتره تسعـة(09) أشهر على الأكثر من تسلمه هذه المبالغ من المشروع المستفيد؛

د- حرمان المشروع المستفيد من استعمال واستغلال جزء أساسي من ممتلكاته"[326].

من هنا يلاحظ أن المادة 18 من اتفاقية المؤسسة العربية لضمان الاستثمار جاءت بصياغة مرنة، وذلك قصد تمكن المؤسسة العربية من تغطية الخسائر الناجمة عن آية مخاطر غير تجارية قد تعترض سبيل الاستثمارات الأجنبية، ولو لم يتم ذكرها صراحة في نص الاتفاقية.

---

325 – أنظر في هذه الفضية:

GAILLARD Emmanuel, «Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI), Chronique des sentences arbitrales», JDI ,N° 01, Paris, Janvier - Février- Mars 2006, p221.

326– هذا ما أشارت إليه المادة 3/أ من عقد ضمان الاستثمار المباشر. نقلا عن: **أسيل باقر جاسم، علي كاظم حمزة،** "شركات التأمين..."، المرجع السابق، ص 650.

بعبارة أخرى، إن هيئة الضمان الدولية لها السلطة التقديرية الواسعة لتغطية مخاطر غير التجارية أخرى غير المخاطر المشار إليها في الاتفاقية المتضمنة إنشائها، وهو ما تؤكده أيضاً اتفاقية سيول فحسب المادة 11/ب من اتفاقية سيول فإنه:

"**يجـوز لمجلس الادارة – بناء على طلب مشترك من المستثمـر والدولـة المضيفـة– أن يوافق بالأغلبية الخاصة على إضفاء الصلاحية للضمان على مخاطر غير تجارية محددة خلاف المخاطر المشار إليها في الفقرة (أ) من هذه المادة على ألا يشمل ذلك مخاطر تخفيض أو انخفاض قيمة العملة**".

كما جاءت أحكام إتفاقية اتفاقية المؤسسة الإسلامية لتأمين الاستثمارات بذات المرونة، فحسب المادة 3/19 من الاتفاقية فإنه:

" **يجوز لمجلس المديرين إضفاء الصلاحية للتأمين على مخاطر تجارية وغير تجارية محددة خلاف المخاطر الواردة في الفقرتين(1) و(2) من هذه المادة**".

بهذه المرونة التي جاءت فيها أحكام الاتفاقيات الدولية لضمان الاستثمار، فإنه يجوز لهيئة الضمان الدولية تغطية أية مخاطر غير تجارية أخرى غير المخاطر المحددة في الاتفاقية الدولية المنشئة لها، وبتغطية الخسائر المترتبة عن حدوث مخاطر خاصة[327]، خلافا للمخاطر المحددة في الاتفاقية، ولاسيما المخاطر التي لا تتوافر بشأنها عمليات التأمين[328]، كمخاطر الأعمال الإرهابية التي قد تواجه المستثمر أثناء تنفيذ المشروع.

إذ يعد الإرهاب من أشد المخاطر التي تهدد أمن العديد من الدول، فقد عرفته العديد من الدول سابقا منها كولومبيا، والمكسيك واسبانيا والهند والجزائر، والتي كانت عرضة لاعتداءات إرهابية مدفوعة بدوافع سياسية، بل ويمكن أن تكون الاعتداءات الإرهابية هدفها المباشر هو المستثمرين الأجانب كما في الهند واليونان[329].

---

327 – **الحكيم علي**، "الوكالة الدولية لضمان الاستثمار والخدمات التي توفرها للمستثمرين في الدول النامية"، مجلة المال والاقتصاد في الشرق الأوسط ، العدد 270، السنة 25، الكويت، 1989، ص 33.

328 – فحسب المادة 2/18أ من اتفاقية المؤسسة العربية لضمان الاستثمار فإنه:

"**تبين عقود التأمين على وجه التحديد المخاطر التي يغطيها التأمين في كل حالة، ولا يجوز في جميع الأحوال أن يغطي عقد التأمين الخسارة الناجمة عن إجراء تتخذه السلطات العامة في القطر المضيف ويتوافر فيه أي من الشروط الآتية: (أ) أن يكون الإجراء مما تتوافر بشأنه عمليات تأمين عادية بشروط معقولة**".

329 – **رضا عبد السلام**، محددات الاستثمار...، المرجع السابق، ص 299.

رغم محاولات بعض الدول وخاصة الدول المتقدمة، على توفير ضمانات أو تأمين للمستثمرين الأجانب ضد خطر الإرهاب، إلا أن غالبية شركات التأمين التجاري تتردد في تغطية هذا النوع من المخاطر، بحجة عدم إمكان تطبيق قوانين الإحصاء عليها وحساب احتمالات حدوثها شأنها شأن مخاطر الحرب وأعمال العنف والفتن والثورات الشعبية، وفي بعض الأحيان قد تقبل تغطيتها لكن بشروط فيكون هذا التأمين منخفضا نسبيا، بحيث يقتصر على ضمان مخاطر محدودة منها كاختطاف الطائرات مثلا أو ضمان الأضرار المادية[330].

لذلك تتجه هيئات الضمان الدولية حديثا لتغطية هذه النوع من المخاطر الجديدة، كما هو الشأن بالنسبة للوكالة الدولية لضمان الاستثمار عندما قامت بتغطية مخاطر الأعمال الإرهابية بالنسبة للاستثمارات التي يتم تنفيذها في العراق، وذلك نظرا لخطورتها والخسائر التي يمكن تلحقها بشأن الاستثمارات الأجنبية[331].

عموما، فإن ضمان مخاطر الأعمال الإرهابية تبقى مسألة نسبية لعدم وجود نص صريح في الاتفاقيات الدولية لضمان الاستثمار حول تغطية الخسائر المترتبة عن هذا النوع من المخاطر، لذلك فمسألة إضفاء الصلاحية لضمانها تخضع للسلطة التقديرية لهيئة الضمان الدولية التي لها أن تقرر ضمانها أو استبعادها من الضمان في كل حالة، لذلك يجب أن يشار في عقد الضمان إلى تغطية الخسائر المترتبة عن مخاطر الأعمال الارهابية بصورة دقيقة لتفادي الخلافات بشأنها مستقبلا، لاسيما لعدم وجود تعريف محدد للعمل الإرهابي والطابع النسبي لمظاهر العمل الموصوف بالإرهابي[332].

أما الضمان ضد المخاطر التجارية فهو غير وارد، فلا يمكن تعويض المشروع عن فشله أو تعرضه لخسائر نتيجة لانخفاض قيمة العملة وعدم تحقيق الأرباح، كما تستبعد من الضمان

---

[330]– هذا ما نجده مثلا في القانون الفرنسي الذي يستبعد مخاطر الأعمال الإرهابية من التغطية التأمينية وذلك غاية صدر قانون التأمين الفرنسي رقم 86–1020 في 01 سبتمبر 1986 الذي نص على تغطية الأضرار المادية للأعمال الإرهابية ووضع حد أقصى لضمانها. وبالفعل تم تعويض كامل الخسائر التي أصابت الأموال والشركات الأكثر ضررا من جراء الاعتداءات التي وقعت في الولايات المتحدة الأمريكية في سنة 2001 وخاصة منها شركات الطيران. **حمدى أحمد سعد**، دور التأمين في مواجهة مخاطر الأعمال الإرهابية: دراسة مقارنة، دار الكتب القانونية، القاهرة، 2010، ص ص.127–136.

[331] – **أسيل باقر جاسم، علي كاظم حمزة**، " شركات التأمين..."، المرجع السابق، ص 664.

[332]– **حمدى أحمد سعد**، دور التامين...، المرجع السابق، ص 20.

الخسائر التي تحدثها الكوارث الطبيعية كالزلازل والفيضانات والأعاصير كونها تخرج عن قدرة الأطراف المتعاقدة، يمكن أن تحدث في أي مكان دون استثناء فلا يمكن التنبؤ بوقوعها[333]. وإذا اشترك خطر غير تجاري مع خطر عادي في حدوث الضرر كالحريق مثلا، فإن آثار الحريق ستتكفل بها السلطات العامة المختصة أو شركات التأمين العادية التي يكون المستثمر قد أمن على مشروعه لديها، باعتباره من المخاطر التي تقبل التأمين عليها بالطرق العادية.

رابعا: أن لا يكون الخطر من قبيل الإجراءات العادية لتنظيم النشاط الاقتصادي في الدولة المضيفة

تستبعد الاتفاقيات الدولية لضمان الاستثمار من نطاق المخاطر القابلة للضمان مختلف الإجراءات العادية التي تمارسها الدولة المضيفة تنظيما للنشاط الاقتصادي في إقليمها، فلا يمكن أن يمتد الضمان إلى الإجراءات التي تتخذها الدولة المضيفة في إطار الإجراءات العامة لتنظيم النشاط الاقتصادي فيها.

إن تطبيق هذا الشرط ليس بالأمر البسيط، فقد تتخذ الدول أو الهيئات التابعة لها إجراءات في مواجهة المستثمر يتعذر وصفها بنزع الملكية طبقا للمعنى التقليدي المتعارف عليه في القانون الدولي، إلا أنها تؤدي إلى حرمانه من سلطاته الجوهرية على استثماره، كتشريعات الضرائب وحماية البيئة والعمال، وإجراءات السلامة العامة، فهل يمكن اعتبارها من قبيل نزع الملكية التدريجي المشمولة بالضمان ومن ثم يستحق المستثمر التعويض المتفق عليه، أو من قبيل الإجراءات الحكومية التي تتخذها الدولة لتنظيم أنشطتها الاقتصادية داخل أراضيها، ومن ثمة لا تسأل الدولة عن أثر هذه الإجراءات؟

تعتمد الاتفاقيات الدولية لضمان الاستثمار في هذه المسألة على معيار عدم التمييز في تحديد طبيعة الإجراء، فحسب المادة 2/18/ج من اتفاقية المؤسسة العربية لضمان الاستثمار:

"...**لا يجوز في جميع الأحوال أن يغطي عقد التأمين الخسارة الناجمة عن إجراء تتخذه السلطات العامة في القطر المضيف وتوافر فيه أي من الشروط الآتية:...(ج)- أن يكون الاجراء من قبيل الاجراءات العادية التي تمارسها الدولة تنظيما للنشاط الاقتصادي غي إقليمها والتي لا تنطوي على تمييز ضد المؤمن له المشمول بالتأمين**".

333 - **IBRAHIM F., SHIHATA I.**, « L'Agence multilatérale … », op.cit., p 605.

يفيد هذا النص أن جميع الإجراءات الحكومية التي تتخذها الدولة المضيفة بهدف تنظيم النشاط الاقتصادي لا تعد نزعا للملكية ولا تستوجب الضمان، إلا إذا كانت تنطوي على تمييز واضحا ضد المستثمر المضمون[334].

فأحيانا قد تتخذ الدولة المضيفة بعض الإجراءات ذات الطابع الاقتصادي فقط بهدف تجريد المستثمرين الأجانب بشكل غير مباشر من حقوقهم على الاستثمار، فتفرض عليهم أعباء مالية تفوق ما قد يتحمله مواطنوها، ما يجعل الإجراء خطرا حقيقيا يهدد حقوق المستثمر، ويعكس نية الدولة المضيفة في الاستيلاء على أمواله بطريقة غير مباشرة، أما إذا كانت هذه الإجراءات تطبق على جميع المستثمرين فإنها تخرج عن دائرة الضمان كونها لا تنطوي على تمييز ضد المستثمر المشمول بالضمان.

هذا ما اتجه إليه القضاء الدولي الذي يعتبر أن مثل هذه الإجراءات تعد من قبيل الصور الجديدة لفكرة نزع الملكية التي تستوجب التعويض عن أثارها كلما انطوت هذه الإجراءات على تفرقة تضر بالمستثمر[335].

لذلك ولتفادي اللبس في تحديد الخطر المشمول بالضمان بموجب العقد، يتعين على هيئة الضمان عند إبرام العقد مع المستثمر وضع عبارات أكثر دقة لتحديد الإجراءات القابلة للضمان، والتي تسمح للمستثمر معرفة حدود التغطية التي يتمتع بها، بما فيها إمتداد الضمان إلى الصور الجديدة من المخاطر والتي لم يرد ذكر اسم لها في هذه الاتفاقيات، إذا كانت تؤدي إلى نتائج مشابهة لتلك التي تنتهي إليها المخاطر التي ذكرتها الاتفاقية صراحة، فلا يوجد في هذه الاتفاقيات ما يمنع ضمان الإجراءات التي تتخذها الدولة المضيفة بصفة دورية أو على

---

334 – مع الإشارة أن الموقف ذاته تبنته كل من المادة 11/أ/2 من اتفاقية سيول والمادة 19/2/ب من اتفاقية المؤسسة الاسلامية لتأمين الاستثمارات، والتي تمييز بين الإجراءات الحكومية التي تتخذها الدولة المضيفة بهدف تنظيم النشاط الاقتصادي والتي تستبعد من الضمان والاجراءات الحكومية التي تستوجب الضمان استنادا الى معيار التمييز ضد المستثمر المضمون. وسنعود بالتفصيل لهذه المسألة في الباب الثاني من هذا البحث.

335 – هذا ما جاء في حكم محكمة تحكيم المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار في 13 أكتوبر 2005 حول تفسير الحكم التحكيمي الصادر في 2000/12/08 في قضية "وينا wena ضد مصر"، أن مفهوم نزع الملكية هو مفهوم واسع يفيد:

«Une privation totale, permanente et définitive des droits fondamentaux de propriété possédés par l'investisseur et suppose donc l'impossibilité pour l'investisseur de jouir de son investissement », **GAILLARD Emmanuel**, « Centre international… », op.cit, p 221.

فترات زمنية متقاربة إذا كانت مشوبة بالتمييز ضد المستثمر، وأثرت سلبا على حقوقه الجوهرية على الاستثمار، على أن تتم الإشارة في العقد لهذه الإجراءات.

أما المخاطر المستبعدة من الضمان فهي واردة على سبيل الحصر، وتتمثل في مخاطر تخفيض أو انخفاض العملة، فلا يمكن للمستثمر طلب التعويض عن الخسائر التي تلحق به جراء انخفاض العملة، وهو ما أشارت إليه المادة 1/18/ب من اتفاقية المؤسسة العربية لضمان الاستثمار بأنه:

"... **لا يدخل في نطاق هذا الخطر...إجراءات التخفيض العام لسعر الصرف أو أحوال انخفاضه**".

إن الاتجاه ذاته تسري عليه الوكالة الدولية لضمان الاستثمار، فحسب المادة 11/ب من اتفاقية سيول فإنه:

"**يجوز لمجلس الادارة–بناء على طلب مشترك من المستثمر والدولة المضيفة–أن يوافق بالأغلبية الخاصة على إضافاء الصلاحية للضمان على مخاطر غير تجارية محددة خلاف المخاطر المشار إليها في الفقرة(أ) من هذه المادة على ألا يشمل ذلك مخاطر تخفيض أو انخفاض قيمة العملة**".

من هنا، تستبعد كل من المؤسسة العربية لضمان الاستثمار والوكالة الدولية لضمان الاستثمار تغطية الخسائر المترتبة عن اجراءات انخفاض العملة، وهو ما يجري العمل به أيضاً في المؤسسة الإسلامية لتأمين الاستثمارات، فحسب المادة 4/19/أ من اتفاقية إنشائها فإنه:

"**لا يجوز في جميع الأحوال تغطية الخسائر الناتجة عما يلي: مخاطر تخفيض أو انخفاض قيمة العملة...**".

يتضح من مما تقدم، أن الاتفاقيات الدولية لضمان الاستثمار تستبعد صراحة مخاطر تخفيض وانخفاض العملة من الضمان، وبالتالي فإنه إذ سكت عقد الضمان عن ذكر مخاطر تخفيض أو انخفاض العملة، فإن العلاقة بين القانون والعقد في هذا الأمر تقتضي اعتبار الخطر مستبعدا رغم سكوت العقد لوجود نص صريح في الاتفاقية يقضي باستبعادها من الضمان[336].

[336]– **أحمد شرف الدين**، "نزع الملكية وضمان الاستثمار العربي"، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، العدد الأول والثاني، السنة 26، القاهرة، 1984، ص 45.

بعبارة أخرى، إن الاتفاقية المتضمنة إنشاء هيئة الضمان الدولية لها تأثير في رسم حدود ونطاق الضمان، فهي تحدد الإطار العام للمخاطر غير التجارية التي يجوز التعاقد بشأنها والمخاطر المستبعدة من الضمان، أما تفاصيلها فيتم تحديدها في العقد، لذلك يتعين على هيئة الضمان الدولية تحديدها بدقة في العقد بما لا يترك مجالا للشك.

أخيراً، ومتى لاحظت الهيئة استيفاء جميع الشروط المطلوبة لمنح الضمان، تقوم مباشرة باتخاذ الإجراءات اللازمة لإبرام العقد مع المستثمر طالب الضمان، أما إذا تخلف شرط من الشروط السابقة يجوز لهيئة الضمان أن ترفض التعاقد مع المستثمر.

المطلب الثاني

إجـراءات إبرام عقد ضمان الاستثمار الدولي

تعد عقود ضمان الاستثمار الدولية أسلوب حديث لعقود التجارة الدولية التي يلجا إليها المستثمر لتنفيذ مشروعه الاستثماري في الخارج، ويتم إبرامها في إطار المبادئ العامة التي كرستها الاتفاقيات الدولية لضمان الاستثمار، والتي أحالت تحديد إجراءات وقواعد إبرامها لما هو معمول به على مستوى كل هيئة.

فقد جرى العمل على أن يتم إبرام عقد ضمان الاستثمار الدولي عبر مرحلتين: مرحلة ما قبل إبرام العقد بين المستثمر طالب الضمان وهيئة الضمان يتم خلالها تهيئة الظروف المناسبة لإبرام العقد(الفرع الأول)، ومرحلة إبرام العقد بين الطرفين يتم خلالها تحديد عرض نهائي للضمان يتم إفراغه في قالب عقدي مخصص لهذا الغرض يوقعه الطرفان(الفرع الثاني).

الفرع الأول

الإجراءات الأولية لإبرام العقد

يبرم عقد ضمان الاستثمار الدولي بين هيئة الضمان الدولية والمستثمر المضمون، وقبل لجوء المستثمر إلى التعاقد مع هيئة للضمان يتعين عليه أولا القيام بالإجراءات القانونية اللازمة للحصول على إذن بالاستثمار والضمان من الدولة المضيفة للاستثمار (أولا). وثانيا التوجه بطلب ضمان للهيئة المراد التعاقد معها(ثانيا).

أولا: طلب الموافقة على الضمان أمام الدولة المضيفة للاستثمار

يتمثل أول إجراء يجب أن يقوم به المستثمر الراغب في ضمان استثماره لدى هيئة الضمان الدولية، في حصوله على موافقة من دولة أجنبية عضو في هيئة الضمان المراد التعاقد معها على ضمان المشروع المراد انجازه في إقليمها، وهذه الموافقة تكون مرهونة بقبولها على تنفيذ المشروع على إقليمها، وبالاستثمار في نشاط اقتصادي معين.

1- عقد الاستثمار بين المستثمر والدولة المضيفة

يعرف "BAL " عقد الاستثمار على أنه: اتفاق استثمار رؤوس أموال خاصة على المدى طويل، بين الدولة باعتبارها شخص من أشخاص القانون الدولي وشخص أجنبي، يكون الهدف منه استغلال مرفق عمومي أو موارد طبيعية أو إنشاء منشآت صناعية[337].

فعلاقة المستثمر طالب الضمان بالدولة المضيفة هي علاقة تعاقدية يحكمها عقد الاستثمار أو ما يعرف باتفاقية الامتياز التي تبرم بينه وبين الدولة المضيفة لاستثماره، تمنح له بموجبها هذه الأخيرة الحق في الاستثمار في حقل معين، ويلتزام بموجبها المستثمر بتقديم حصة أو دعم نقدي أو عيني، يؤدي إلى خلق نشاط جديد من شأنه أن يشارك ويساعد في تحقيق التنمية الاقتصادية للدولة المضيفة.

قد يكون الطرف المتعاقد مع المستثمر الأجنبي إما الدولة المضيفة أو إحدى الهيئات الإقليمية التابعة لها، طالما أن الدولة تكون مسؤولة عن هذه الهيئات، وأية منازعة تثور بشأن هذا العقد يثير مسؤولية الدولة التي تنتمي إليها هذه الهيئات[338].

يعد قرار المستثمر باستثمار أمواله في دولة أجنبية من القرارات الهامة، التي يتخذها عادة المستثمر بعد إجراءه لدراسة عامة حول الجدوى الاقتصادية لاستثماره[339]، تنصب حول

---

337 - **BAL (Lider)**, Le mythe de la souveraineté en droit international, Thèse de doctorat en droit, Spécialité droit international, Université de Strasbourg, 2012, p 608.

338 – هذا ما أقره المركز الدولي لتسوية منازعات المتعلقة بالاستثمار(CIRDI) في قضية شركة "vivendi" ضد دولة الأرجنتين، حيث اعتبر أن المنازعات التي تتعلق بعقد الاستثمار الذي أبرمه المستثمر الأجنبي مع الهيئات الإقليمية التابعة للدولة متمتعة بالاستقلالية وتثير مسؤولية الدولة التي تنتمي إليها هذه الهيئات. أنظر:

LONCLE (Jean Marc) MOREL (Jean Baptiste), Les émanations des Etat et l'arbitrage, CIRDI, RDAI, N° 01, Paris, 2008, p 35.

339– يقصد بدارسة الجدوى الاقتصادية للاستثمار مجموعة الاختبارات والتقديرات التي يتم إعدادها للحكم على صلاحية =

أهمية المشروع الاستثماري، ومدى قدرته على تحقيق الأهداف المسطرة، وتقييمه للمخاطر التي من المحتمل أن يتعرض لها في الدولة المضيفة وتقدير احتمالات نشوئها خلال فترة الاستثمار وأثارها على المشروع.

يطرح موضوع الضمان ضد المخاطر غير التجارية لدى المستثمر تساؤلات عديدة تتعلق أهمها بمناخ الاستثمار المحتمل في الدولة المضيفة وأبعاده السياسية والاقتصادية مثل:

- نوع القيود الحكومية المفروضة على انتقال رؤوس الأموال إلى الدولة المضيفة، وإعادة تحويلها إلى الدولة التي ينتمي إليها المستثمر؛
- طبيعة وحجم الأسواق الداخلية والخارجية المحتملة لتصريف المنتجات التي تتولد مع إقامة هذه الاستثمارات والفروع؛
- المقومات الاقتصادية المتاحة ومدى خضوعها وتكامل عناصرها في منح الأمان وسهولة النفاذ إلى الأسواق المحلية؛
- الآثار المحتملة لهذه الاستثمارات على التنمية الاقتصادية بالدول المصنعة، خاصة بالنسبة لنشاط قطاع التجارة الخارجية فيها؛
- الاستجابة للنظام الضريبي وجدوى الحوافز الممنوحة ومدى توفير الحماية الكاملة من جانب القانون المالي الذي ينظم أساسا عمل النظام الضريبي في الدولة، وتأثير نظام التسعير والضرائب على الأرباح المتوقعة لهذه الاستثمارات؛
- فرص الاستفادة بالمزايا النسبية والمكتسبة المتوفرة في الدولة المضيفة؛
- كما يركز المستثمر على طبيعة النظام السياسي القائم في الدولة المضيفة، ومدى الاستقرار السياسي الداخلي والخارجي، فيجب أن يكون الأمن الداخلي مستقرا بدون اضطرابات وعصيان مدني، وأن يكون الأمن الخارجي مستقر دون وجود مشاكل حدود بين الدول[340].

= المشروع الاستثماري المقترح، بإعداد البيانات المتعلقة بالاستثمار وتصنيفها، ثم تقدير الإيرادات وكافة التكاليف المتوقعة، والقيمة التقديرية للمشروع أو للأصول، وهذه الدراسة تساعده كذلك في التعرف على التغيرات الاقتصادية والسياسية والقانونية المتوقع حدوثها خلال فترة انجاز المشروع وبمدى تأثيرها على أرباحه. **حمزة عبد الكريم محمد حماد**، "مخاطر الاستثمار..."، المرجع السابق، ص 175.

340 – **حمزة عبد الكريم محمد حماد**، "مخاطر الاستثمار..."، المرجع السابق، ص 176. وأنظر كذلك: **عبد اللطيف عبد اللطيف**، " إدارة خطر...، المرجع السابق، ص 22.

من خلال هذا التقييم يكون لدى المستثمر نظرة واضحة على مدى صلاحية المشروع الذي تقدم به، فيقوم بتحدد المخاطر التي يرغب في ضمانها لدى هيئة الضمان الدولية، وقبل اللجوء إلى هذه الهيئة يتقدم أولا إلى السلطات المختصة في تلك الدولة بطلب الحصول على ترخيص بالاستثمار في إقليمها، وعادة ما يرفق هذا الطلب بطلب آخر للحصول على موافقتها على ضمان الاستثمار ضد مخاطر محددة لدى هيئة ضمان محددة.

2- توجيه طلب الموافقة على الضمان إلى الدولة المضيفة

يتيعن على المستثمر الراغب في الضمان على استثمار لدى هيئة ضمان دولية، التوجه أولا السلطات المختصة في الدولة المراد الاستثمار فيها وتقديم طلب بالضمان على استثماره أمام هيئة محددة وفقا للإجراءات المحددة في القانون الداخلي لهذه الدولة. والتي تقوم بدورها بدراسة طلبه وقبول هذا الاستثمار وضمانه بمراعاة مدى مطابقته للقوانين المعمول بها، أو رفض طلبه في حالة عدم استفائه للشروط والاجراءات المطلوبة في قانونها الداخلي.

(أ)- في حالة موافقة الدولة المضيفة على طلب الضمان

عادة تصدر حكومة الدول المضيفة للاستثمار القرارات المتعلقة بالاستثمار في مشروع معين وبضمانه في نفس الوقت، فيتضمن قرار الإذن بالاستثمار قبولا على ضمانه ضد مخاطر غير تجارية محددة كما هو معمول به في النظام الجزائري، إذ كان المستثمر الأجنبي طبقا للأمر رقم 01-03 المؤرخ في 20 أوت سنة 2001، المتعلق بتطوير الاستثمار، يتقدم بطلب الحصول على التصريح بالاستثمار مرفق بطلب الحصول على الامتيازات الذي يودعه لدى الوكالة الوطنية لتطوير الاستثمار (ANDI)[341]، فيصدر القرار المتضمن الرخيص له

[341]- الوكالة الوطنية لتطوير الاستثمار(ANDI) هي عبارة عن مؤسسة عمومية ذات طابع إداري تتمتع بالشخصية المعنوية واستقلالية مالية مهمتها متابعة سير وتنظيم المشاريع الاستثمارية في الجزائر. أنظر حول هذه الوكالة: المادة 06 من الأمر رقم 01-03 المؤرخ في 20 أوت سنة 2001، المتعلق بتطوير الاستثمار، المعدل بموجب الأمر رقم 06-08 المؤرخ في 15 جويلية سنة 2006، ج.ر.ج.ج، العدد 47، الصادرة في 2006/07/19.
المرسوم التنفيذي رقم 06-356 المؤرخ في 09 أكتوبر سنة 2006، المتضمن صلاحيات الوكالة الوطنية لتطوير الاستثمار وتنظيمها وسيرها، ج.ر.ج.ج، العدد 64، الصادرة في 2006/10/11، المعدل والمتمم بالمرسوم التنفيذي رقم 17-100، المؤرخ في 05 مارس 2017. ج.ر.ج.ج، العدد16، الصادرة في2017/03/08. =

بالاستثمار في مجال اقتصادي معين متضمنا على المزايا والضمانات التي تمنح للمستثمر[342].

أما حاليا، فإنه ومن أجل تحفيز الاستثمارات الأجنبية، لجأ المشرع الجزائري بموجب القانون رقم 16-09 المؤرخ في 03 أوت سنة 2016، المتعلق بترقية الاستثمار إلى إلغاء إجراء التصريح بالاستثمار وطلب الامتيازات والملف الاداري المرفق بهما، وتم تعويضهم بوثيقة واحدة للتسجيل، تمنح الحق في الحصول على كل الامتيازات[343]، مقابل احترام المستثمر لأجال انجاز مشروعه واستيفاء الشروط المطلوبة. كما أصبح المستثمر في هذا القانون لا ينتظر ترخيص الإدارة إنما يحق له مباشرة نشاطه بمجرد تسجيل مشروعه لدى الوكالة[344].

لكن في بعض الأحيان، قد يتطلب الأمر تقديم طلب جديد بشأن الضمان بعدما وافقت الدولة المضيفة على تنفيذ المشروع الاستثماري على إقليمها، خاصة وأن الاتفاقيات الدولية لضمان الاستثمار لم تحدد طريقة معينة لإعلان الدولة المضيفة عن موافقتها، وفيما إذا كانت

= لمزيد من التفاصيل حول الطبيعة القانونية للوكالة الوطنية لتطوير الاستثمار اختصاصتها ونشاطها أنظر كذلك: **أوباية مليكة**، المعاملة الادارية للاستثمار في النشاطات المالية وفقا للقانون الجزائري، أطروحة لنيل درجة دكتوراه في القانون، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2016، ص ص. 360-365.

OUGUENOUNE Hind, La politique de promotion et d'attraction de l'investissement en Algerie, Ecole Doctorale,Université de la Sorbonne nouvelle –Paris III, 2014, pp.186-191.

[342]– هذا ما تنص عليه المادة 08 من الأمر 01-03، المؤرخ في 20 أوت 2001، المتعلق بتطوير الاستثمار على أنه:

"**يبين قرار الوكالة زيادة على إسم المستفيد، المزايا الممنوح إياها وكذا الواجبات التي تقع على عاتقه طبقا لأحكام هذا الأمر**".

[343] – تنص المادة 04 من القانون رقم 16-09 المؤرخ في 03 أوت سنة 2016، المتعلق بترقية الاستثمار على أنه:

" **تخضع الاستثمارات قبل انجازها من أجل الاستفادة من المزايا المقررة في أحكام هذا القانون للتسجيل لدى الوكالة الوطنية لتطوير الاستثمار...**".

فعملية الاستثمار في القانون الجزائري تخضع لإجراء التسجيل لدى الوكالة الوطنية لتطوير الاستثمار، يراد بتسجيل الاستثمارات وفقا للمادة 02 من المرسوم التنفيذي رقم 17-102 المؤرخ في 05 مارس سنة 2017 مايلي:

" **الاجراء المكتوب الذي يعبر من خلاله المستثمر عن ارادته في انجاز استثمار في نشاط اقتصادي لانتاج السلع أو الخدمات يدخل ضمن مجال تطبيق القانون رقم 16-09...**".

مرسوم تنفيذي رقم 17-102 مؤرخ في 05 مارس سنة 2017، يحدد كيفيات تسجيل الاستثمارات وكذا شكل ونتائج الشهادة المتعلقة به، ج.ر.ج.ج، العدد16، الصادرة في 2017/03/08.

لمزيد من التفاصيل حول اجراءات تسجيل الاستثمار والحصول على المزايا في النظام الجزائري أنظر:

Guide investir en Algérie, Edition KPMG, Algérie, 2018, pp. 45-51.

[344] – **شنتوفي عبد الحميد**، المعاملة الإدارية...، المرجع السابق، ص 200.

هذه الموافقة يجب أن تتم عند صدور الإذن بالاستثمار أو لاحقا بموجب قرار مستقل، وتركت إجراءات الحصول على هذه الموافقة لما هو معمول به في قوانين الدول المضيفة. الأمر الذي يشكل في بعض الأحيان عائقا في مواجهة المستثمر بالنظر إلى الإجراءات الإدارية الطويلة والمعقدة وتعدد الجهات المعنية باستقبال الاستثمار الأجنبي في بعض الدول، ممّا قد يستغرق من الوقت ما يمكن أن يعطل أمور المستثمر طالب الضمان لحين صدور القرار بالموافقة[345].

لذلك لجأت العديد من الدول وبغرض تيسير الجانب الاداري في العملية الاستثمارية ورفع العوائق البيروقراطية إلى إنشاء نظام الشبك الوحيد كألية حديثة لادارة العلاقات بين حكومة الدول المضيفة والمستثمرين الاجانب، فيكون المخاطب المباشر والوحيد للمستثمر باسم مؤسسات الدولة، كما هو عليه الحال في النظام الجزائري[346].

يمكن أن يطرح موضوع الاستثمار الأجنبي أيضا صعوبات أخرى لدى المستثمر بشأن الشروط والضوابط المرتبطة بإنجاز المشروع في الدولة المضيفة، فهذه الأخيرة لها سلطة تحديد الشروط والمجالات والقطاعات التي يقبل فيها توظيف رأس المال الأجنبي، إلى جانب شروط أخرى تتصل بالإشراف والرقابة، كتقييد موافقتها على مشروع معين بشروط تخص تشغيل اليد

---

[345]- نذكر مثلا ما جرى العمل به في القانون المصري قبل 2005 حيث كان يجب على المستثمر آخذ موافقة أكثر من 75 جهة حكومية وعسكرية قبل بداية المشروع، فكان الأمر يستغرق ما لا يقل عن (06) ستة أشهر على الأقل قبل بدء المشروع، بقي الوضع على هذا الحال الى غاية صدور قانون الاستثمار المصري الجديد في سنة 2005، الذي نص انشاء الشباك الوحيد في مصر وأن الهيئة العامة للاستثمار في مصر سوف تتولي إصدار الترخيص النهائي في ظرف قياسي في مدة لا تتجاوز 15 يوما. نقلا عن: **صلاح زين الدين**، " دور القانون ..."، المرجع السابق، ص ص.22-23.

[346]- عرف نظام الشبك الوحيد إلى القانون الجزائري بعد صدور المرسوم التشريعي رقم 93-12 المؤرخ في 05 أكتوبر سنة 1993، المتعلق بترقية الاستثمار، كجهاز وحيد يضم الادارات والهيئات المعنية بالاستثمار في الجزائر، وبعدها لجا المشرع الجزائري في سنة 2016، ولغرض تبسيط اجراءات الاستثمار والتخفيف من العراقيل البيروقراطية، إلى تعويض الشباك الوحيد بأربع مراكز تنشأ لدى الوكالة الوطنية لتطوير الاستثمار تضم المصالح المؤهلة لتقديم الخدمات الضرورية لانجاز المشاريع. هذا ما تنص عليه المادة 27 من القانون رقم 16-09 المؤرخ في 03 أوت سنة 2016، المتعلق بترقية الاستثمار على أنه:

" **تنشأ لدى الوكالة أربعة(4) مراكز تضم مجموع المصالح المؤهلة لتقديم الخدمات الضرورية لإنشاء المؤسسات ودعمها وتطويرها، وكذا لإنجاز المشاريع**".

لمزيد من التفاصيل حول نظام الشباك الوحيد في القانون الجزائري أنظر: **سلامي ميلود**، "الضمانات القانونية للاستثمار الأجنبي في الجزائر"، مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية، العدد 06، الجزائر، 2015، ص73. أنظر كذلك:
Guide investir en Algére, op.cit, p 55.

العاملة المحلية، وتقييد التحويل الخارجي لعملتها، ونسبة مشاركة المستثمرين الأجانب في ملكية وإدارة المشروعات الاستثمارية، فيفرض على الأجانب مثلا إلزامية اشتراك متعامل وطني بنسبة معينة في انجاز المشروع وغيرها من القيود التي تشكل عائقا بالنسبة للمستثمر.

بالإضافة لوجود معوقات أخرى لاسيما في نظام تملك وتسجيل الأراضي للمشاريع الاستثمارية، وهي حاجة أساسية لإقامة المشاريع[347]، ممّا يجعل الضمانات الواردة في الاتفاقيات الدولية لضمان الاستثمار ليست من الحقوق المؤكدة لصالح الاستثمار، طالما أن الدولة المضيفة لها سلطة تحديد إجراءات الحصول على هذه الموافقة وبالشروط التي تراها مناسبة لها.

لذلك يتعين على هيئة الضمان أن تصل إلى اتفاق مع الدول المتعاقدة حول إجراءات مبسطة في هذا الشأن، وتخفيف الشروط وتقليل الفترة الزمنية، وكل ما من شأنه أن يكون عائقا قد يحول دون إتمام عملية الضمان، أو يحول دون الحصول عليه أو حتى تأخيره، كأن تفترض أن موافقة الجهة الإدارية المختصة على تنفيذ الاستثمار تعني موافقتها ضمنيا على تغطيته بالضمان ولو لم يذكر ذلك صراحة، أو لم يصدر عنها اعتراض خلال مدة محددة.

لعل من بين أهم الحلول العملية التي جرى العمل بها لدى المؤسسة العربية لضمان الاستثمار في هذا الشأن، هو النص بموجب اتفاقيات تشجيع وحماية الاستثمارات المتبادلة بين الدول العربية على أن تضطلع هذه المؤسسة بالضمان على هذه المشروعات الاستثمارية التي يتم إنجازها فيما بين هذه الدول. فحسب المادة 22 من الاتفاقية الموحدة لاستثمار رؤوس الأموال العربية في الدول العربية لعام 1982 التي تنص على ما يلي:

"**تقوم المؤسسة العربية لضمان الاستثمار بالتأمين على الأموال المستثمرة بموجب هذه الاتفاقية حسب الشروط والأحكام المنصوص عليها في اتفاقية إنشاء المؤسسة المؤسسة العربية لضمان الاستثمار وتعديلاتها والأنظمة والقواعد الصادرة بموجبها**" [348].

---

[347]– **خالد الزامل**، "قانون استثمار جديد يجيز التملك العقاري للأجانب"، مجلة الاقتصاد والأعمال، العدد 223–226، بيروت، أكتوبر 1998، ص 56.

[348]– الاتفاقية الموحدة لاستثمار رؤوس الأموال العربية في الدول العربية التي صادقت عليها الجزائر بموجب المرسوم رئاسي رقم 95–306 المؤرخ في 07 أكتوبر سنة 1995، ج.ر.ج.ج، العدد 59، الصادرة في 1995/10/11.

تطبيقا لهذا النص، فإنه لم يعد يشترط بالنسبة للدول العربية الأطراف في هذه الاتفاقية موافقتها على ضمان المؤسسة العربية للمشروعات الاستثمارية العربية التي يتم إنجازها في إطار هذه الاتفاقية، طالما أنها وافقت على ذلك ابتداء بموجب النص المذكور.

إلا أنه ولتفادي للخلافات في هذا الشأن يستحسن أن تكون هذه الموافقة صريحة[349]، خاصة وأن الفقرة 6 من المادة 15 من اتفاقية المؤسسة العربية لضمان الاستثمار تعتبرها شرط لإبرام عقد الضمان، فيتعين على المستثمر أن يتحصل على هذه الموافقة قبل اللجوء إلى هيئة الضمان الدولية وإبرام العقد لتفادي الخلافات مستقبلا.

هذا، ويجب أن تتضمن موافقة الدولة المضيفة على تحديد دقيق للمخاطر المطلوب ضمانها، حتى لا تتذرع مستقبلا بعدم قبول التعويض عن مخاطر معينة لم تنص قوانينها الداخلية أو الاتفاقيات الدولية التي صادقت عليها على وجوب التعويض عنها. لكن في بعض الأحيان قد لا يتضمن قرار الموافقة على تنفيذ الاستثمار ما يفيد قبول الدولة المضيفة للضمان على المشروع ضد مخاطر محددة، ودون أن تصدر هذه الموافقة في قرار آخر مستقل.

(ب)- في حالة عدم موافقة الدولة المضيفة على طلب الضمان

إذا تقدم المستثمر بطلب الضمان أمام الدولة المضيفة، ودون أن يتحصل على قرار بالموافقة، يتعين عليه في هذه الحالة أن يتوجه للدولة المضيفة بطلب جديد خلال ثلاثة أشهر

---

[349]- المعمول به دوليا أنه يمكن أن تكون موافقة الدولة المضيفة على تنفيذ الاستثمار موافقة ضمنية تستخلص من الظروف والإجراءات والمتبعة في هذا الشأن، وهذا قضت به محكمة تحكيم المركز الدولية لتسوية منازعات الاستثمار في قضية "هضبة الأهرام" التي تمسكت فيها الحكومة المصرية بأن أحد الخصوم لم يكن مستثمرا وفقا للقانون المصري، لأن الموافقة لم تصدر له وإنما صدرت لشخص آخر وهو شركة "جنوب الباسيفيك"، ولم تصدر أي موافقة لشركة "جنوب الباسيفيك الشرق الأوسط"، ولم توافق هيئة الاستثمار على أي تحويل للمشروع من الشركة الأولى إلى الثانية، ومن ثم لا تعتبر الشركة الأخيرة مستثمرا يستحق الحماية المقررة في قانون الاستثمار المصري.

إلا أن محكمة التحكيم في هذه القضية استخلصت وجود الموافقة على المشروع بصدور قرار من وزير الاقتصاد بتكوين شركة مشتركة أحد أطرافها شركة "جنوب الباسيفيك الشرق الأوسط"، وهذا يعبر عن الموافقة الضمنية لهيئة الاستثمار بالرغم من عدم وجود قرار صريح بالموافقة على تحويل الاستثمار. أنظر حول حكم تحكيم المركز الدولي لتسوية المنازعات الصادر في أول نيسان 1992 بشأن قضية هضبة الأهرام: **حسام الدين كامل الاهواني**، "المعاملة القانونية للاستثمارات في القانون المصري، أوراق مقدمة في مؤتمر قانوني: الاستثمار والعقود التجارية الدولية(دراسات قانونية)، 14 و15 جوان 1996، جامعة بيرزيت، فلسطين، 1997، ص 54.

من توجيه الطلب الأول قصد الحصول على هذه الموافقة، وإذا لم تعلن الدولة المضيفة على موافقتها بشأن ضمان الاستثمار المطلوب في هذه الحالة، يتقدم المستثمر بطلب الضمان مباشرة إلى هيئة الضمان الدولية المراد إبرام العقد معها، والتي ستسعى بنفسها للحصول على هذه الموافقة[350].

بعبارة أخرى، إن الدولة المضيفة لها أن ترفض طلب الضمان إذا ما لاحظت أن ذلك من شأنه أن يؤثر على سياستها الاقتصادية، إلا أنه نادرا ما ترفض ذلك لأنها في الواقع تضطر لقبول إبرام العقد تحت ضغط هيئة الضمان الدولية التي تعمل على تشجيع التعاقد في هذا المجال، فإذا لاحظت أن المشروع الاستثماري المقدم مطابق للشروط التي يحددها التنظيم الدولي في هذا المجال، ويتماشى والأهداف التي تسعى إلى تحقيقها، فإنها لن تتراخى في الدخول في اتفاقات مع الدولة المضيفة حول حماية ومعاملة هذه الاستثمارات.

يلاحظ مما تقدم أن نظام الضمان الدولي لا يمنح بصفة آلية أوتوماتيكية، فمنح الضمان يخضع لشروط وإجراءات خاصة، إذ يتطلب إبرام عقد ضمان الاستثمار الدولي تدخل مجموعة من العلاقات القانونية الخارجة عن أطراف العقد، تتمثل هذه العلاقات فيما يلي:

*- **علاقة المستثمر بالدولة المضيفة:** والتي تحكمها اتفاقية الاستثمار المبرمة بينهما، التي تجسد موافقة السلطات المختصة في الدولة المضيفة على تنفيذ المشروع في إقليمها.

*- **علاقة الدولة المضيفة بالدولة المصدرة للاستثمار المراد ضمانه:** تحكمها الاتفاقية الدولية لضمان المتضمنة إنشاء هيئة دولية لضمان الاستثمار تتولى الضمان على الاستثمارات التابعة لمواطني الدولة المصدرة، وذلك ضد الخسائر المترتبة عن حدوث مخاطر غير تجارية محتملة في الدولة المضيفة لها، وهذا بغض النظر عن ارتباط الدولة المصدرة والمضيفة لاستثمار المراد ضمانه بموجب اتفاقية ثنائية أو جماعية أخرى حول حماية وضمان الاستثمار.

*- **علاقة المستثمر طالب الضمان بهيئة الضمان الدولية:** وهي العلاقة التي يحكمها عقد ضمان الاستثمار الدولي المبرم في ظل أحكام الاتفاقية الدولية المتضمنة إنشاء هيئة الضمان التي يتعاقد معها المستثمر.

350- **TOUSCOZ Jean** , « Les opérations de garantie...», op.cit, p 920 .

مما تقدم، يمكن القول أن عقد ضمان الاستثمار الدولي ما هو إلاّ أسلوب تعاقدي جديد لتسيير العلاقة بين الدولة المصدرة لرؤوس الأموال والدول المستوردة لها، وإذا كانت هذه العلاقة لا ترقى إلى درجة الأركان الرئيسية للعقد إلا أنها ضرورية لإبرامه، فهي عناصر تتدخل في تكوين العقد، ووجودها في عملية الضمان الدولية شرط أساسي لإبرام العقد.

أخيرا، يلاحظ أن إبرام عقد ضمان الاستثمار الدولي لا يتطلب حصول طالب الضمان على موافقة دولته التي يحمل جنسيتها، لكنه من غير المناسب لهيئة الضمان تغطية استثمار معين إذا ما أخطرتها الدولة المصدرة بأن تمويل الاستثمار المطلوب ضمانه سيتم عن طريق أموال تم تحويلها خارج تلك الدولة بمخالفة قوانينها.

ثانيا: إجراءات طلب الضمان أمام هيئة الضمان الدولية

بعد حصول المستثمر على موافقة الدولة المضيفة على تنفيذ وضمان استثماره لدى هيئة ضمان محددة، يتوجه على أساسها إلى الهيئة المراد التعاقد معها بطلب أولي للحصول على الضمان.

1- تسجيل طلب الضمان الأولي

يتمثل طلب الضمان الأولي في الطلب الذي يتوجه به المستثمر إلى هيئة ضمان دولية معينة، لطلب الضمان على مشروعه قبل تحويل قيمة استثماره إلى الدولة المضيفة[351] . ويجب أن يتضمن هذا الطلب على المعلومات الأساسية التالية:

أ- جنسية المستثمر وطبيعته القانونية إما شخصا طبيعيا أو شخصا اعتباريا؛

ب- نوع وقيمة الاستثمار المطلوب ضمانه؛

ج- الدولة المضيفة للاستثمار؛

د- اسم وعنوان المشروع المستفيد من الضمان في الدولة المضيفة؛

هـ- المخاطر المراد تغطيتها[352].

---

[351]- أما في حالة ما إذا قام المستثمر بتحويل قيمة استثماره إلى الدولة المضيفة قبل تقديمه طلب الضمان أمام الهيئة المراد التعاقد معها، جاز للهيئة رفض طلبه لتخلف شرط من شروط العقد المقررة بموجب الاتفاقية وهو شرط حداثة المشروع الاستثماري.

[352] - أنظر ذلك على موقع المؤسسة العربية لضمان الاستثمار " خدمات الضمان": http : // www. iaigc.org

كما يوضح المستثمر في هذا الطلب الفرص المتاحة له للاستثمار في الدولة المضيفة، استناداً لهذا الطلب تباشر هيئة الضمان إجراء التحقيق في مدى صلاحية المشروع للضمان، وتقييم ظروف الاستثمار في الدولة المضيفة، لتقرر نهائيا منح الضمان للمستثمر من عدمه، وتعلن عن قبولها بتدعيم المشروع من خلال ضمانه ومرافقته في تلك الدولة.

إذا لاحظت هيئة الضمان الدولية أن البيئة السياسية والاقتصادية في هذا البلد قد تعيق الاستثمار، تتولى الهيئة بنفسها احتواء نتائج هذه التغيرات الظرفية من خلال الدخول مع الدولة المضيفة في اتفاقات حول حماية الاستثمار الأجنبي، والتعاقد مع المستثمر بعد التوصل إلى اتفاق مع الدولة المضيفة حول حماية ومعاملة الاستثمارات المشمولة بالضمان، حتى لا تكون هذه الاستثمارات في مهب رياح الدولة المضيفة إن خاطر عليها الحد من ملكية هذه الاستثمارات أو المساس بها.

أما إذا لاحظت الهيئة صلاحية المشروع الاستثماري للضمان، تقوم بإخطار المستثمر بموافقتها مبدئيا على منح الضمان، وتزويده بنموذج خاص بطلب الضمان النهائي[353]، ليستوفيه المستثمر ويتوجه به إلى الهيئة خلال مدة محددة للحصول على الضمان.

2- الطلب النهائي للحصول على الضمان

يترتب على توجيه طلب الضمان الأولي قيام هيئة الضمان الدولية بعد يومين على الأقل من تاريخ توجيه هذا الطلب بإخطار المستثمر طالب الضمان بتسجيل الاستثمار وبموافقتها مبدئيا على ضمانه مع تسليمه نموذجا خاصا لطلب الضمان، يتقدم به المستثمر من جديد إلى الهيئة بعد مرور فترة شهرين إلى أربعة أشهر من توجيه الطلب الأولي كما جرى به العمل في الوكالة الدولية لضمان الاستثمار[354] .

يحتوي طلب الضمان والذي يحرر على نموذج خاص لذلك، على مجموعة من البيانات التي تحتاجها هيئة الضمان لاتخاذ قرارها النهائي بشأن توفير الضمان، كالمعلومات المتعلقة بهوية طالب الضمان، وبالاستثمار المطلوب ضمانه، وكل المعلومات المتعلقة بالترتيبات

---

[353]- أنظر النموذج الخاص بطلب الضمان المعمول به في المؤسسة العربية لضمان الاستثمار: الملحق (03): نموذج طلب التأمين، المؤسسة العربية لضمان الاستثمار على الموقع التالي: http : // www. iaigc.org

[354]- **لورا ولاس**، "الوكالة المتعددة..."، المرجع السابق، ص 48 .

والاتفاقات التي يكون طرفا فيها، إلى جانب البيانات التي يحتوي عليها المطبوع والتي يجب على المستثمر أن يكون أمينا وملتزما بالإدلاء بها وبحسن النية. ويجب أن يرفق هذا الطلب بمجموعة من الوثائق والمتمثلة فيما يلي:

أ- الترخيص بالاستثمار الصادر من الدولة المضيفة؛

ب_ عقد التأسيس والنظام الأساسي للمستثمر في حالة ما إذا كان المستثمر شخصا اعتباريا؛

ج- موافقة حكومة الدولة المضيفة على ضمان الاستثمار لدى الهيئة المعنية؛

د_ دراسة جدوى المشروع الاستثماري وكل المعلومات المتعلقة بجدواه؛

هـ- اتفاقية القرض في حالة طلب ضمان القروض؛

ي- نسخة من عقد المقاولة في حالة ضمان معدات مقاولة؛

بالإضافة إلى "رسم" يدفعه المستثمر للهيئة كمقابل للمصروفات الإدارية التي تكبدها الهيئة الضمان لبحث هذا الطلب، والذي يجوز للهيئة رده كله أو بعضه إلى المستثمر طالب الضمان في حالة عدم إبرام العقد[355].

الفرع الثاني

إبـــرام العقــد

بعد استيفاء الإجراءات الأولية لإبرام العقد، تقوم هيئة الضمان وعلى ضوء المعلومات الواردة في طلب الضمان بإعداد عرض للضمان، تحدد من خلاله عناصر ونطاق الضمان في العقد(أولا)، والذي يتم إفراغه عادة في صورة نماذج عقدية موحدة يسري العمل بها مع جميع المستثمرين المتعاملين مع الهيئة(ثانيا).

أولا: بيانات العقد

يجب أن يتضمن عقد ضمان الاستثمار الدولي على مجموعة من البيانات المتعلقة خاصة بالمخاطر التي يغطيها الضمان في كل حالة، وتحديد نطاق الضمان والتزامات كل طرف في العقد، وتعيين مدة العقد.

---

[355] – هذا ما أشارت إليه المادة 1/19 من اتفاقية المؤسسة العربية لضمان الاستثمار على أنه:

" **تحصل المؤسسة مقدما من راغبي التأمين رسما مقابل بحثها لطلب التأمين، ويجوز لها رد هذا الرسم كله أو بعضه إذا تبين تعذر إبرام عقد التأمين**".

1- المخاطر المراد ضمانها

لتفادي أي لبس أو شـك بالنسبة للمخاطـر المضمونة يجب أن تبين عقود الضمان على وجه التحديد المخاطر التي يشملها الضمان، وللمستثمر حرية الاختيار بين ضمان خطر واحد أو أكثر حسب رغبته، فليس هناك ما يلزمه بتغطيتها جميعها أو بمفردها. كما يمكن أن يشير ل مختلف الإجراءات المستبعدة من الضمان والتي لا تلتزم الهيئة بالمسؤولية عنها.

2- نطاق الضمان والتزامات الأطراف

يجب أن يتضمن عقد الضمان تحديدا دقيقا لأقساط الضمان التي يلتزم بها الطرف المضمون، ولمبلغ الضمان الذي تتحمله الهيئة الضامنة، فالقسط ومبلغ الضمان تعتبر من العناصر الجوهرية التي يجب على الطرفين في العقد الاتفاق عليها، فهي التي تحدد التزامات كل طرف في العقد.

كما يجب أن يتضمن العقد على أسماء المتعاقدين، وتاريخ إبرامه وتنفيذه، والبيانات المتعلقة بالاستثمار المراد ضمانه، وحدود الضمان، وكافة النقاط الفرعية للعقد، كتعيين طريقة توجيه الإخطارات ومواعيدها، وطريقة تحويل الحقوق المستثمر المضمون لهيئة الضمان عند تحقق الخطر، كيفية التعويض وإجراءاته، طريقة تسوية المنازعات التي قد تنشأ بين الهيئة والمستفيد من الضمان بمناسبة تنفيذ العقد، والجهة المختصة بالنظر فيها، وغيرها من التفاصيل التي يمكن إدراجها في هذا العقد لتفادي أي لبس أو خلاف في المستقبل بشأن هذا العقد.

لقد جرى العمل في نظام الضمان الدولي للاستثمار على أن تقوم هيئة الضمان الدولية بصياغة بنود العقد فتحدد فيه التزامات الطرفين وحقوقهما، ثم يتم عرضه على طالب الضمان للتوقيع عليه متى وافق على محتواه، وبالتالي فإنه نادرا ما يلتقي الطرفان في مفاوضات أو نقاش حول تحديد عرض الضمان، لأن هيئة الضمان الدولية عادة ما تقوم بوضع شروط العقد وإفراغها في قالب نموذجي يطبق على جميع المستثمرين الذين يكونون في نفس الوضعية.

من هنا يرى الأستاذ "هشام خالد" أن عقد ضمان الاستثمار الدولي عقد إذعان[356]، نظرا للمركز القوي الذي تتمتع به هيئة الضمان الدولية وما لها من سلطة في وضع شروط وبنود العقد.

[356]- **هشام خالد**، خصائص وطبيعة عقد ضمان الاستثمار العربي، المرجع السابق، ص ص. 108-109.

لكن العقود النموذجية ليست بالضرورة عقود اذعان، فالهدف من العقد النموذجي ليس بالضرورة فرض شروط العقد إنما وبالدرجة الأولى توفير الوقت والنفقات[357]، ولاسيما في المجال الاقتصادي الذي يتطلب توفير الوقت في اعداد العقود في ظل سرعة المعاملات، والسرعة في التعامل والسهولة في اتمام العمليات.

ثم إن المركز القوي لهيئة الضمان الدولية لا يجعل منها حتما طرفاً مذعناً في العقد، إنما يجعل منها الهيئة القادرة على توفير الحماية ومواجهة الدول المضيفة، وليس بهدف استعمال مركزها القوي لفرض شروطها على المستثمر، كما أنها تستند عند صياغتها لبنود العقد إلى أحكام الاتفاقية المنشئة لهيئة الضمان المعنية والتي تحدد الإطار العام لعملية الضمان، وما يضعه مجلس الإدارة من شروط وقواعد[358].

3- تعيين مدة العقد

يجب أن يتضمن العقد على تحدد مدة الضمان والتي عادة ما تكون هي نفسها مدة عقد الاستثمار، كما هو الحال في ضمان القروض، فعادة ما تحدد مدة العقد بالنظر إلى مدة القرض المضمون.

ثانيا: صياغة العقد والتوقيع عليه

تقوم هيئة الضمان الدولية بنفسها بصياغة بنود عقد ضمان الاستثمار في كل حالة، وعرضه على المستثمر طالب الضمان للتوقيع عليه متى وافق على ما ورد في محتواه.

1- صياغة العقد

يقصد بصياغة العقد" الطريقة التي يتم بها التعبير عن حقيقة إرادة أطراف العلاقة التعاقدية، أو الصورة المادية للاتفاق"[359].

357- **MAGNAN-Fabre (M)**, Droit des obligations, Tome 1, Contrat et engagement unilatéral, 2eme éditions ,Thémis, paris, 2007, P55.

358 – هذا ما تقضي به المادة 16 من اتفاقية الوكالة الدولية لضمان الاستثمار التي تنص على مايلي:

"**تحدد الوكالة أحكام وشروط عقود الضمان طبقا للقواعد واللوائح الصادرة عن مجلس الإدارة، على أنه لا يجوز للوكالة أن تغطي جميع الخسائر التي تلحق بالمستثمر**".

359 – نقلا عن: **أحمد السعيد الزقرد**، " نحو نظرية عامة لصياغة العقود - دراسة قانونية في مدى القوى الملزمة لمستندات التعاقد"، مجلة الحقوق، العدد 03، السنة 25، الكويت، 2001، ص 193 .

تتم صياغة عقود ضمان الاستثمار الدولية استنادا إلى النماذج العقدية التي تعدها الهيئة مسبقا، والتي تكون موحدة تطبق على جميع المستثمرين الذين يكونون في نفس الوضعية، ليتم على أساسها وضع بنود عقد الضمان في كل حالة بالاستنادا إلى النموذج المخصص لذلك، أو بصيغته استنادا لوثيقتي الشروط العامة والشروط الخاصة التي تضعها الهيئة مسبقا.

(أ) اعداد العقود النموذجية

يعرف العقد النموذجي على أنه: عبارة عن عقد في شكل استمارة أو مطبوع، يتعين على الاطراف ملأ الفراغ واحترام البيانات الواردة فيه من أجل تفريد الاتفاق[360].

فبدلا من تحرير عقد خاص في كل مرة، تقوم هيئة الضمان الدولية بوضع نماذج عقدية تكون موحدة وموجه لمجموع المتعاقدين بحسب طبيعة الاستثمار المراد ضمانه، وعلى أساسها تقوم بصياغة بنود عقد الضمان وفقا للنموذج المخصص لهذا الغرض، يقوم الطرفين بالتوقيع عليه متى اتفقا على ما ورد في محتواه.

فالعقد النموذجي ليس عقدا بذاته، بل مجموع شروط توضع مسبقا لتتخذ كنموذج لحكم جميع العقود الفردية التي تبرم في تواريخ لاحقة إذا ارتضت ذلك إرادة المتعاقدين. فتكون العقود النموذجية ملزمة لأطراف العلاقة التعاقدية بالإحالة إليها في العقد المراد إبرامه، إذ يمكن للأطراف استخدامها بوصفها وثيقة مطبوعة على أنها العقد ذاته بعدما تبين فيها أسماء المتعاقدين والبيانات المتعلقة بالعقد.

في هذا الصدد، لجأت المؤسسة العربية لضمان الاستثمار إلى تطبيق فكرة العقود النموذجية في معاملاتها مع المستثمرين الأجانب، وقامت منذ بداية نشاطها بصياغة أربعة نماذج لعقود الضمان لتنظيم العلاقة بينها وبين المستثمرين المتعاقدين معها، حسب نوع الاستثمار المراد ضمانه، تتمثل في عقد ضمان الاستثمار المباشر، عقد ضمان القرض، عقد ضمان المساهمة في رأس مال شركة، وعقد ضمان معدات المقاولات[361]، والتي أدخلت عليها تقنيات جديدة لمسايرة التطور الذي تعرفه المعاملات الاقتصادية حديثا.

360- Voir: **MAGNAN-Fabre (M)**, Droit des obligations, op.cit, p 230.

361- **عصام الدين مصطفى بسيم**،نماذج عقود الضمان المطبقة في المؤسسة العربية لضمان الاستثمار"، المرجع السابق، ص 127.

***- عقد ضمان الاستثمار المباشر**

يوفر هذا العقد الضمان لكافة صور الاستثمارات المباشرة المتمثلة في ملكية المشروع الاستثماري كله أو بعضه، وتتراوح مدة هذا العقد عادة عشرة(10) سنوات يمكن تمديدها لخمس(05)سنوات إضافية وفقا لتقييم المؤسسة. وقد أعدت المؤسسة العربية لضمان الاستثمار أول عقد نموذجي لضمان الاستثمار المباشر في سنة 1976[362].

***- عقد ضمان القرض**

يغطي هذا العقد الاستثمار المتمثل في شكل قرض طويل أو متوسط الأجل تزيد مدته عن ثلاث سنوات، ويقدمه المستثمر إلى مشروع قائم في إحدى الدول الأعضاء في المؤسسة العربية لضمان الاستثمار. وتكون مدة هذا العقد عادة متوافقة مع جدول سداد أقساط القرض. وأعدت المؤسسة العربية لضمان الاستثمار أول عقد نموذجي لضمان القرض في سنة 1975[363].

***- عقد ضمان المساهمة في رأس مال شركة**

يخصص عقد ضمان المساهمة في رأس مال شركة لضمان الاستثمارات المتمثلة في اقتناء أسهم أو حصص في رأس مال شركة معينة، حيث لا يسأل المستثمر إلا في حدود حصته في رأس مال شركة لا تخضع لسيطرته.

***- عقد ضمان معدات المقاولات**

يخصص عقد ضمان معدات المقاولات لضمان الاستثمار المتمثل في المعدات التي تدخلها شركة المقاولة العربية إلى الدولة التي يتم فيها تنفيذ المشروع،أو المعدات التي يتم شرائها في هذه الدولة بنقد أجنبي محول من الخارج، وتعتمد مدة هذا العقد على المدة اللازمة لتنفيذ المقاولة. وقامت المؤسسة العربية بإبرام أول عقدا لتمويل شراء معدات غازية لمحطة كهرباء في

---

[362] - أنظر في ذلك: نشرة ضمان الاستثمار للمؤسسة العربية لضمان الاستثمار وائتمان الصادرات، أكثر من 30 عاما من الخبرة في مجال تأمين مستحقات المستثمرين والمصدرين والمؤسسات المالية، السنة 26، العدد الفصلي الثالث، المؤسسة العربية لضمان الاستثمار، يونيو-سبتمبر 2008، ص 03.

[363] - **مأمون ابراهيم حسن**، "الاستثمار العربي: المناخ مقبول لكن التدفقات محدودة"، المرجع السابق، ص 31.

سنة 2002، وبعدها أعدت عقدا جديدا لضمان الخدمات ليشمل ضمان المقاولات، بالإضافة لخدمات النقل والخدمات الاستشارية، وبعدها توسيع عمليات الضمان لتشمل عقود ضمان التأجير ومخاطره[364].

حسب الإحصائيات الصادرت عن المؤسسة العربية لضمان الاستثمار فإن القيمة الإجمالية لعقود الضمان التي أبرمتها المؤسسة خلال عام 2016 بلغت ما يعادل 1.325.1 مليون دولار أمريكي وذلك مقارنة بمبلغ 1.127.1 مليون دولار أمريكي في عام 2015 أي بزيادة نسبتها 17,57%[365]. وتسلمت هذه المؤسسة خلال سنة 2018 حوالي 101 طلب للتأمين، منها حوالي 64 لتأمين ائتمان الصادرات وحوالي 36 طلبا لضمان الاستثمار[366].

أما عن المؤسسة الإسلامية لتأمين الاستثمارات فتقوم بتغطية طويلة الأجل ضد المخاطر غير التجارية المرتبطة بالاستثمارات الأجنبية المتدفقة في الدول الأعضاء، بواسطة ثلاث بوالص لتأمين الاستثمار الأجنبي حسب طبيعة الاستثمار تتمثل في:

- بوليصة تأمين المساهمة في رأس المال؛
- بوليصة تأمين تسهيلات التمويل؛
- بوليصة تأمين القروض[367].

تشير الاحصائيات إلى أن الدول الأعضاء في المؤسسة الإسلامية لتامين الاستثمارات قد استفادت من خدمات المؤسسة منذ إنشائها وحتى منتصف عام 2016 من ضمان الاستثمارات بنسبة(73,1%) في منطقة الشرق الأوسط، وآسيا بـ(08,9%)، وآسيا الوسطى و أوروبا بـ (08,4%) وأفريقيا بـ (08%)[368].

364– **مأمون ابراهيم حسن**، "الاستثمار العربي: المناخ مقبول لكن التدفقات محدودة"، المرجع السابق، ص 32.

365– التقرير السنوي للمؤسسة العربية لضمان الاستثمار وائتمان الصادارت 2016 ، المرجع السابق، ص 09.

366– نشرة ضمان الاستثمار، صناعة الضمان: التطورات والتوقعات، العدد 03، 2018، المرجع السابق، ص04.

367 – نقلا عن: **مسعداوي يوسف**، "دور المؤسسة الإسلامية..."، المرجع السابق، ص 54.

368 – هذا ما ورد في التقرير السنوي للمؤسسة الإسلامية لتأمين وائتمان الصادرات2016، البنك الاسلامي للتنمية، جدة، 19 مايو 2016.

(ب)- وثيقتي الشروط العامة والشروط الخاصة

تتمثل وثيقة الشروط العامة في الوثيقة التي تحرر وتحدد أحكامها وشروطها من طرف مجلس الإدارة في هيئة الضمان، وهذه الشروط عادة تكون معلومة من جانب المستثمر.

الفرق بين العقود النموذجية والشروط العامة يتمثل في أن الأولى يمكن استخدامها من أطراف العلاقة التعاقدية بوصفها وثيقة مطبوعة على أنها العقد ذاته بعدما يبين فيها أسماء المتعاقدين ومحل العقد والبيانات الأخرى، أما الشروط العامة فهي عبارة عن شروط يمكن أن يتم التعاقد بالإحالة إليها، إنما لا يتسنى اعتمادها بذاتها كعقد بين الطرفين[369].

أما وثيقة الشروط الخاصة للتعاقد، فهي وثيقة تحتوي على تفاصيل بشأن أنواع المخاطر التي يغطيها الضمان، وكيفية المطالبة بالتعويضات المستحقة، وشروط حلول هيئة الضمان محل المستفيد من الضمان، وأقساط الضمان، وحالات انتهاء العقد وتسوية المنازعات التي قد تثور بشأنه وغيرها من التفاصيل، وتعرض هذه الوثيقة للتوقيع عليها من طالب الضمان فتكون ملزمة له باعتبارها جزءا من العقد. وهذا لا يعني أن وثيقة الشروط العامة ليست ملزمة له بل تصبح كذلك بعد أن تكتسب صفة العرف واستمرار العمل بها.

إضافة لذلك فإن وثيقة الشروط الخاصة تعتبر مكملة لوثيقة الشروط العامة، فإذا حدث تعارض بين شرط عام وشرط خاص، فإنه في هذه الحالة يجب الاعتداد بالشرط الخاص لاعتباره ناسخا للشرط العام[370]، ثم إن الشرط الخاص يفترض أنه الشرط الذي ناقشه المستثمر مع هيئة الضمان ووافق عليه بعد التوقيع عليه.

اعتمد مجلس إدارة الوكالة الدولية لضمان الاستثمار بتاريخ 25 يناير 1989 وثيقتي نموذج عقد الضمان والشروط العامة للضمان، وهاتان الوثيقتان تطبقان فقط على حقوق الملكية في مشاريع يتم إنجازها في الدول المضيفة، ويمكن تعديلها لتتناسب مع أنواع أخرى من الاستثمارات ومع أوضاع المستثمرين الخاصة[371]. وقامت الوكالة بتنفيذ أول عملية ضمان لها في سنة 1991[372]، وبعدها سجلت الوكالة منذ نشأتها في غضون عشرية واحدة إبرام ما يفوق

---

369 – **أحمد السعيد الزقرد**،" نحو نظرية..." المرجع السابق، ص 194.

370 – **أحمد السعيد الزقرد**، المرجع نفسه، ص 195.

371 – **الحكيم علي**، "الوكالة الدولية ..."، المرجع السابق، ص 34.

372 - **JOS Emmanuel** , «L'Agence multilatérale …», op.cit, p 398.

320 عقدا مع مستثمرين من جنسيات مختلفة لضمان مشاريع استثمارية متنوعة من المخاطر غير التجارية، تم إنجازها في أقاليم متنوعة من الدول الأعضاء[373]. وحاليا تتجه الوكالة إلى تفعيل نشاطها الأكبر في المناطق ذات الأولوية الإستراتيجية لديها، لاسيما في البلدان الأشد فقرا والبلدان العالية المخاطر[374].

بمجرد صياغة هيئة الضمان الدولية للعقد، على أن يتم تحريره بعبارات واضحة واستخدام مصطلحات قانونية وألفاظ دقيقة ومحددة لتفادي أي غموض بشأنه، يعرض العقد للتوقيع عليه.

2- التوقيع على العقد

بعد تحرير العقد وإفراغه في النموذج المعد له مسبقا، وكان المستثمر راضيا بما تضمنه من بنود وشروط، يقوم بالتوقيع عليه أو بواسطة ممثله القانوني، ويقوم رئيس هيئة الضمان باعتباره الشخص المؤهل بحكم الاتفاقية بالموافقة على إبرام العقد، كما هو الأمر في العقود المبرمة مع الوكالة الدولية لضمان الاستثمار، والعقود التي تبرمها المؤسسة الاسلامية[375]، وقد يتولى ذلك المدير العام للهيئة كما يجري العمل به في المؤسسة العربية لضمان الاستثمار[376].

بمجرد التوقيع على العقد وقبول الطرفين لما ورد فيه من بنود يتولى الطرفان تنفيذه، فيقوم المستثمر بأداء الأقساط المستحقة للهيئة ودخول الاستثمار طور التنفيذ، يتعين على المستثمر بإخطار الهيئة فورا بالبدء في تنفيذ استثماره وتزويدها بالوثائق المبينة لذلك، وإلا فإن الهيئة لا تلتزم بتعويضه عن أي خسارة قد تتحقق خلال الفترة السابقة عن تقديم الوثائق المطلوبة[377].

---

373 - **GIGLIONE Renaud** , «Commentaire de la convention de Séoul ...», op.cit.

374 – أنظر في ذلك التقرير السنوي للوكالة الدولية لضمان الاستثمار2015، تأمين الاستثمارات، ضمان الفرص، الوكالة الدولية لضمان الاستثمار، مجموعة البنك الدولي، 10 نوفمبر2015، ص 06.

375– المادة 16 من اتفاقية سيول، والمادة 3/41 من اتفاقية المؤسسة الإسلامية لتأمين الاستثمارات.

376– المادة 1/12/أ من اتفاقية المؤسسة العربية لضمان الاستثمار.

377 – هذا ما أشارت إليه المواد 65 و 66 من عقد ضمان الاستثمار المباشر والمواد 12 و13 من عقد ضمان مساهمة في رأس مال شركة للمؤسسة العربية لضمان الاستثمار. نقلا عن: **هشام خالد**، عقد ضمان الاستثمار، القانون الواجب التطبيق عليه وتسوية المنازعات التي تثور بشأنه، المرجع السابق، ص ص. 287- 289.

يلاحظ مما تقدم أن إجراءات إبرام عقد ضمان الاستثمار الدولي قد تستغرق مدة طويلة، مما قد يؤثر على أهداف المستثمر ويؤخر تنفيذ استثماره ، واستخدام عوائده المالية في الدولة المضيفة إلى حين إبرام عقد الضمان، لذا جرى العمل في المؤسسة العربية لضمان الاستثمار على أن تمنح لطالب الضمان بمجرد تسجيل الاستثمار "خطابا"[378] تجيز له بموجبه المؤسسة بالبدء في تنفيذ استثماره إلى حين إتمام إبرام العقد.

الأمر الذي سيمكن المستثمر الأجنبي من تنفيذ مشروعه دون تأخير وتحقيق أهدافه المسطرة، ويسمح لهيئة الضمان الدولية من تحقيق أهدافها في تشجيع استخدام العوائد المالية المتوفرة لدى الدول المصدرة بتحويلها نحو الدول المستوردة لها واستثمارها في مجالات مختلفة لتحقيق النمو الاقتصادي الفعال، بمرافقتها لرؤوس الأموال الأجنبية وتوفير الحماية لها من خلال ضمانها ضد المخاطر غير التجارية المحتملة في الدولة المضيفة لها.

[378]– **هشام خالد**، الحماية القانونية للاستثمارات العربية، مؤسسة شباب الجامعة للطباعة والنشر والتوزيع، الاسكندرية، 1988، ص 128.

الباب الثاني

الحماية المقررة بموجب عقد ضمان الاستثمار الدولي

تقتضي فكرة الضمان في مجال الاستثمار أنه لابد من حماية الاستثمارات الأجنبية من مخاطر غير تجارية قد تتعرض لها في الدول المضيفة، وذلك عبر وسائل تؤمن لها الحماية من هذه المخاطر، أيا كانت هذه الوسائل موضوعية أم إجرائية[379].

انصب اهتمام القانون الدولي على وضع القواعد العامة التي تحدد الإطار القانوني لتنظيم الحركة الدولية لانتقال رؤوس الأموال الأجنبية الخاصة وحمايتها، وتكريس مجموعة من المبادئ العرفية الدولية التقليدية لحماية ممتلكات الأجانب، كمبدأ العقد شريعة المتعاقدين، ومبدأ حسن النية في تنفيذ العقود، وعدم التمييز، ومبدأ قدسية العقد، ومبدأ الحد الأدنى لمعاملة الأجانب الذي يكفل حدا أدنى من الحقوق للمستثمرين الأجانب.

رغم الدور الذي تؤديه هذه المبادئ في توفير الحماية للاستثمار الأجنبي، والتي تم تكريسها في أغلب التشريعات الداخلية والاتفاقيات الدولية الثنائية والجماعية لتشجيع وحماية الاستثمار الأجنبي، إلا أن الواقع العملي أظهر بوضوح عدم كفايتها في توفير الضمان اللازم والحماية المطلوبة للاستثمارات الأجنبية ضد المخاطر غير التجارية، كونها تصطدم بالمبدأ المعترف به في القانون الدولي أن للدولة الحق في التصرف في ممتلكات الأجانب الموجودة فوق إقليمها بحكم سيادتها.

الأمر الذي يجعل المستثمر الأجنبي غير مطمئن على أن تنفيذ مشروعه سيتم في أمان وأمن كامل، بمجرد تعهد الدولة المضيفة بموجب قوانينها الداخلية أو اتفاقيات دولية تربطها بدولته بعدم المساس بملكية الاستثمار الأجنبي، طالما أن الدولة الضامنة تشكل في الوقت ذاته مصدرا للخطر.

بعبارة أخرى، إن الضمانات الدولية لن تكون فعالة إلا إذا كانت الأجهزة المعنية بتجسيد هذه الضمانات مستقلة تماما عن كل من الدول المضيفة والدول المصدرة لرأس المال، وذلك بواسطة وسائل قانونية تؤمن للمستثمر الأجنبي الحماية الفعالة ضد الإجراءات التي يمكن أن تصدر عن الدول المضيفة أثناء ممارساتها لحقوقها السيادية على أقاليمها، وتضمن له حقوقه في مواجهة تصرفاتها إذا خاطر عليها المساس بملكيته أو تقييدها أو الحد من الاستفادة منها.

379 – **هشام علي صادق**، النظام العربي لضمان الاستثمار ضد المخاطر غير التجارية، المرجع السابق، ص 18.

لاشك أن الضمان على الاستثمار من خلال تعاقد المستثمر مع هيئة دولية لضمان الاستثمار أفضل وسيلة لتحقيق ذلك، إذ يطمئن المستثمر من خلالها لوجود جهاز دولي تكون له سلطة مراقبة مدى احترام الدول الأعضاء لقواعد معاملة وحماية الاستثمار الأجنبي باعتبارها تمثل حدا أدنى لحقوق المستثمر **(الفصل الأول)**.

وإذا كان عقد ضمان الاستثمار الدولي لا يقدم بالفعل للمستثمر الأجنبي حماية كافية ضد تحقق المخاطر غير التجارية، نظرا لحق الدول المضيفة في التصرف في الملكية الأجنبية تحقيقا لمصالحها الاقتصادية كحق مميز مقرر بموجب القانون الدولي، إلا أنه يقدم على الأقل حماية مناسبة ضد الآثار المترتبة على حدوثها، من خلال تعويضه عن الخسائر التي يمكن أن تلحقها بأمواله، ويضمن له الحق في تحويل مبالغ تلك التعويضات إلى خارج الدول المضيفة، وأي إخلال بذلك يعد سببا كافيا يخول لهيئة الضمان الدولية سلطة مواجهة هذه الدول المتسببة في الضرر، والحلول محل المستثمر المستفيد من الضمان في جميع حقوقه المالية والإجرائية المترتبة عن عقد الضمان، مع ضمان حقه في تسوية ما قد يثور عن هذا العقد من منازعات بواسطة التحكيم الدولي**(الفصل الثاني)**.

الفصل الأول

وجود العقد كضمان قانوني ضد المساس بملكية الاستثمار الأجنبي

تتم عملية الاستثمار بين طرفين يخضعان لأنظمة قانونية مختلفة، أحدهما دولة تتدخل باعتبارها شخص من أشخاص القانون الدولي، أما المتعاقد معها فهو شخص من أشخاص القانون الداخلي.

باعتبار عملية الاستثمار ترتبط بفكرة الملكية، أدى ذلك إلى اختلاف وتعارض المصالح بين الطرفين، فالمستثمر الأجنبي وبهدف الربح والاستفادة من مشروعه فهو يسعى إلى ضمان حقه في الملكية ويبحث عن أساليب لحمايتها، ومواجهة تصرفات الدول المضيفة التي تعتبر نفسها صاحبة سيادة من حقها المساس بالاستثمارات الأجنبية خدمة لمصالحها الاقتصادية وأهدافها التنموية، عن طريق تأميمها ونزع الملكية، أو تقييد عمليات التحويل وغيرها من الإجراءات والقيود التي يمكن أن تتخذها في مواجهة الاستثمارات الأجنبية.

من هنا كان لابد من وضع قواعد قانونية تحدد حقوق وواجبات طرفيه أي المستثمر والدول المضيفة، قواعد تنظم من جهة حق الدول في التدخل والتصرف في ملكية الاستثمار الأجنبي، وتضمن للمستثمر الأجنبي حقه في حماية أمواله من جهة أخرى(**المبحث الأول**).

يعد مبدأ الحماية والمعاملة العادلة للاستثمار الأجنبي من أهم المبادئ التي عرف القانون الدولي للاستثمار تطبيق لها، وتؤكد عليه الاتفاقيات الدولية لضمان الاستثمار التي تلزم الدول الأعضاء على توفير الحماية والمعاملة العادلة للاستثمارات المراد ضمانها، على نحو يسمح بخلق قدر من الموازنة بين حقوق الدول المضيفة المكرسة في القانون الدولي، والتزاماتها بحماية ملكية الاستثمارات الأجنبية وعدم تقييدها(**المبحث الثاني**).

المبحث الأول

بين حق الدولة في التصرف في ملكية الأجانب وعدم المساس بملكية الاستثمار المضمون

أثارت مسألة تدخل الدولة والتصرف في أموال الأجانب ولاسيما الاستثمارات الأجنبية التي يتم إنجازها في إقليمها جدال فقهي حاد، وظهر في هذا الصدد اتجاهان متعارضان[380]:

– اتجاه يرى أن أخذ ملكية المال الأجنبي يعد تصرفا ممنوعا كونه يرتب أثارا دولية متفاوتة الخطورة، حيث يؤدي إلى إفقار الدولة الوطنية للمستثمر وإثراء الدولة المضيفة.

– اتجاه آخر يعتبره عمل غير محظور، فالدولة هي الأعلى والسامية يمكن لها أن تصادر أموال الوطنين وغير الوطنين، ويستند في ذلك إلى نظرية "قرار الدولة" الواجب احترامه من طرف الحكومات الأجنبية، فالمستثمر عندما يتوجه بأمواله نحو دولة أجنبية، إنما يجازف لأجل ممارسة نشاطه الاقتصادي خارج حدود دولته الوطنية، فيتحمل نتائج ذلك ربحا أو خسارة.

غير أن النزعة الوطنية للدول بحثا عن قوة اقتصادية وسياسية، اتخذت من فكرة السيادة الإقليمية المبرر الوحيد لتفسير حق الدولة المضيفة في تنظيم وممارسة السلطة على الاستثمارات الأجنبية الموجودة ضمن اختصاصها الوطني(**المطلب الأول**).

لكن ممارسة الدولة لهذا الحق ليس مطلقا، إنما مقيد بمجموعة من القيود المفروضة عليه في القانون الدولي(**المطلب الثاني**).

المطلب الأول

مجال سلطة الدولة في التصرف في ملكية الأجانب

يعتبر حق الدولة في التصرف في ملكية الأجانب الموجودة في إقليمها، من المبادئ المعترف بها في القانون الدولي التقليدي، فلكل دولة الحرية في تنظيم مركز الأجانب في إقليمها وذلك ضمن اختصاصاتها السيادية(الفرع الأول).

380- Voir: **CARREAU Dominique**, **JULLIARD Patrick,** Droit international…, op.cit, p 524.

إلا أن حرية الدول في تحديد مركز الأجانب ليست مطلقة، فهي مقيدة بما تفرضه قواعد القانون الدولي العرفي من أحكام في هذا المجال، والتي تقتضي بأن لكل أجنبي يقيم على إقليم الدولة أن يتمتع بقدر من الحقوق يمثل الحد الأدنى لما يجب على كل دولة أن تعترف به للأجانب(الفرع الثاني).

الفرع الأول
حق الدولة في تنظيم ملكية المستثمرين الأجانب

تتجلى سلطة الدولة على الصعيدين الداخلي والخارجي[381]، فعلى المستوى الخارجي تتمتع الدولة بصلاحية إبرام المعاهدات والانضمام إلى المنظمات الدولية، ولها أهلية التقاضي على المستوى الدولي. أما على المستوى الداخلي فالدولة تتمتع بكامل الحرية في تنظيم سلطاتها السياسية، ووضع نظامها الاقتصادي والاجتماعي وفقا لتوجهاتها السياسية والإيديولوجية، وتنظيم الملكية وتنقلات الأشخاص داخل إقليمها، وممارسة سلطتها في مواجهة المستثمرين الأجانب وممتلكاتهم.

لتوضيح ذلك لابد من تحديد أموال الأجانب التي يمكن اعتبارها أموالا استثمارية(أولا) ثم الأساس القانوني الذي تستند عليه الدولة المضيفة في تنظيم والتصرف في ملكية الاستثمار الأجنبي(ثانيا).

أولا: مفهوم الملكية الأجنبية

يعد الاعتراف بالشخصية القانونية للأجانب مبدأ مسلم به في سائر الأنظمة القانونية للدول الحديثة، ما يترتب عنه الاعتراف له بحق الدخول والإقامة في دولة أجنبية، وكذلك الاعتراف له بحق التملك[382] فالدولة لها الحرية في تحديد نظام الملكية وتعيين الممتلكات الأجنبية.

---

381 - **DUPUY(Pierre Marie),** Droit international …, op.cit, p 65.

382 – **زيداني توفيق،** "حق الأجانب في التملك العقاري في التشريع الجزائري"، مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية، العدد 13، الجزائر، جويلية 2018، ص 426.

1- التعريف الفقهي

تعددت التعريفات الفقهية للملكية الأجنبية، ويستند البعض في تعريفها إلى طبيعة المال، فيعتبرها كل الأشياء التي تقبل أن تكون محلا للملكية الخاصة وقادرة على أن توفر للشخص ميزة معينة. أي هي مجرد وضع مادي يتحدد بحسب طبيعة الشيء، فإذا كان المال قابلا بطبيعته أن يكون محلا للملكية الخاصة وقادر على توفير ميزه لصاحبه، اعتبر من قبيل الممتلكات التابعة للمشروع الاستثماري، وإذا لم يكن كذلك فإن المال لا يمكنه أن يدخل في مفهوم ممتلكات المشروع[383].

يلاحظ أن هذا التعريف يخلط بين طبيعة المال وبين تخصيصه، متجاهلا بذلك العلاقة القانونية بين المال والشخص القانوني المرتبط به، فطبيعة المال لا تتغير فكل الأشياء قابلة للملكية، وفي نفس الوقت قد تكون الأموال غير قابلة للملكية الخاصة ليس على أساس طبيعتها إنما على أساس تخصيصها. من هنا يرى البعض أن الملكية الأجنبية تعني الحق في استعمال واستغلال الشيء المملوك[384].

لكن هذا التعريف يشوبه كذلك غموض، فهو لا يحدد المعيار الذي يمكن الاعتماد عليه عند تحديد الأموال التي تعود ملكيتها للمشروع الاستثماري، ومتى يمكن اعتبارها أموال استثمار من عدمه، لذلك يتجه الفقه الحديث في تعريفه للملكية الأجنبية إلى الربط بين فكرة الملكية الأجنبية بعناصر الاستثمار المادية والمعنوية[385].

يتفق الفقه الحديث على أن الممتلكات الأجنبية تشمل الأموال المادية والأموال غير المادية[386].

تحتوي الأموال المادية على الأموال المنقولة وغير المنقولة التي تكون في حيازة المالك وتحت سيطرته، وتشمل على الأموال السائلة وشبة السائلة كالنقود والأوراق المالية والأوراق

383- نقلا عن: **خالد محمد الجمعة**،" إنهاء الدولة المضيفة للاستثمار اتفاقية الاستثمار مع المستثمر الأجنبي (الطرق، المشروعة، الشروط)"، مجلة الحقوق، العدد الثالث، الكويت، 1999، ص ص. 71-72.

384- **خالد محمد الجمعة**، المرجع نفسه، ص 73.

أنظر كذلك: **كعباش عبد الله**، مسؤولية الدولة...، المرجع السابق، ص ص.96-98.

385 - **منصور فرج السعيد**، "النظام القانوني..."، المرجع السابق، ص 273.

386 - **خالد محمد الجمعة**، " إنهاء الدولية..."، المرجع السابق، ص 73.

التجارية المحولة إلى الدولة المضيفة، وعلى الأموال العينية كالآلات والمعدات ووسائل النقل والمواد المستوردة من الخارج لأغراض الاستثمار. أما الأموال غير المادية فتشمل كافة العناصر والأشياء التي يمكن تقييمها ماليا، مثل حقوق الحيازة وتراخيص الامتياز والسندات والأسماء التجارية وغيرها، فهي أموال تنتقل ملكيتها بالقيد في سجلات رسمية معدة لذلك، ولا يمكن إدراكها بالحس ولا تخضع لقواعد الحيازة أو نقل ملكيتها بالتسليم.

من هنا، يشمل المفهوم الحالي لملكية الاستثمار الأجنبي على جميع الأموال المنقولة وغير المنقولة بما فيها الملكية العقارية التي يدخل ضمنها المال العقاري والحقوق العينية الأخرى، وكذلك الملكية الصناعية أو الملكية المعنوية التي تدخل فيها كل حقوق الكومبيوتر الخاصة بالمشروع الاستثماري والمعلومات والإحصائيات، وكل ما يدخل في إطار عملية البحث والاكتشاف، وكل الحقوق الناتجة عن العقود مثل عقد الامتياز والتراخيص[387].

2- التعريف القانوني

بالرجوع لأحكام القانون الدولي العام فهو لم يعرف الممتلكات الأجنبية، إنما ترك ذلك للتشريعات الداخلية للدول، فحسب لائحة الجمعية العامة للأمم المتحدة رقم 3281 المؤرخ في 12 ديسمبر سنة 1974، يحق لكل دولة أن تمارس بحرية سيادتها الكاملة والدائمة على جميع ثرواتها الطبيعية ونشاطاتها الاقتصادية، بما في ذلك امتلاكها واستخدامها والتصرف فيها. بالتالي فإن الملكية نظام قانوني خاص، وأن مسألة تنظيمها شأن تختص فيه الدول، ولا يقيدها في ذلك قيد إلا ما تعهدت به من التزامات اتجاه بعضها البعض[388].

إن حق تقرير الملكية يدخل ضمن الاختصاص الإقليمي للدولة والنابع عن مبدأ السيادة، فالدولة المضيفة لها سلطة الاعتراف للأجانب بحق الدخول إلى إقليمها وإقامتهم به وتنقلهم فيه[389]، كما لها سلطة الاعتراف لهم بحق التملك فوق إقليمها وتعيين الممتلكات الأجنبية،

---

387 – **خالد محمد الجمعة**، " إنهاء الدولية..."، المرجع السابق، ص 73.

388 – **هشام علي صادق**، الحماية الدولية للمال الأجنبي، المرجع السابق، ص 35.

389 – تنص المادة الأولى من القانون رقم 08-11 المؤرخ في 25 يونيو سنة 2008 على مايلي:

"**يحدد هذا القانون شروط دخول الأجانب إلى الإقليم الجزائري وإقامتهم به وتنقلهم فيه، مع مراعاة الاتفاقيات الدولية أو اتفاقات المعاملة بالمثل**".

قانون رقم 08-11 مؤرخ في 25 يونيو سنة 2008، يتعلق بشروط دخول الأجانب إلى الجزائر وإقامتهم بها وتنقلهم فيها، ج.ر.ج.ج، العدد 36، الصادرة في 2008/07/02.

وهي عادة ما تمنح هذا الحق بناءاً على شروط وقيود تراها مناسبة لحفظ مصلحتها الوطنية وتحقيق أهدافها القومية، فالدولة لها الحرية في تحديد نظام الملكية الخاص بها وتعيين الممتلكات الأجنبية، ولها الحرية في تنظيم مركز الأجانب في إقليمها وذلك ضمن اختصاصاتها السيادية[390].

تثير هذه المسألة خلافا بين المستثمرين الأجانب والدول المضيفة حول مفهوم الملكية الأجنبية في مجال الاستثمار، فالمستثمر الأجنبي من مصلحته أن يؤخذ بالمفهوم الواسع للملكية، ليتسنى له إدخال كافة الأموال ضمن نطاق أموال الاستثمار، بينما ترى الدولة المضيفة أن أموال الاستثمار هي تلك الأموال التي تساهم في البناء الاقتصادي، لأن إضفاء صفة الملكية على أموال غير استثمارية من شأنه أن يثقل كاهل الدولة المضيفة دون مبرر[391].

يعتبر حق الملكية العقارية والملكية الصناعية في عصرنا الحالي من أهم الضمانات التي يطالب بها المستثمر قبل اتخاذ قرار بالاستثمار في دولة ما، بل ومن الحقوق الأساسية التي تهتم بها كل التشريعات بتنظيمها وضبط نطاقها، وكيفية استعمالها، وحمايتها ممن يتعدى عليها لاسيما الملكية العقارية التي تعتبر من أهم الثروات التي يرتكز عليها النظام الاقتصادي، نظرا لأهميتها في تحقيق النمو والازدهار[392].

إلا أن موضوع الملكية العقارية أثار اختلف الفقه الدولي بشأن تمكين الأجانب من تملك العقارات. بين من يرى أنه حق مطلق طالما أنه لا توجد معاهدة دولية تقرر أحكاما خاصة في هذا الشأن، فالأصل يقتضي تشبيه الأجانب بالوطنيين فيما يتعلق بتملك العقارات، وبين من يرى أن هذا الحق ليس مطلقا، فالدولة لا تمنح هذا الحق للأجانب بصورة مطلقة بل لها أن تضع من القيود ما تراه مناسبا لخدمة مصلحتها الوطنية، وإن بلغت حد حظر أو منع ملكية الأجانب للعقارات داخل إقليمها، دون أن يشكل ذلك اعتداء على قواعد القانون الدولي.

---

390 – **بن عبيدة عبد الحفيظ**، الجنسية ومركز...، المرجع السابق، ص 230.

391– **كعباش عبد الله**، مسؤولية الدولة...، المرجع السابق، ص 96.

392– **حسين نوارة**، الحماية القانونية لملكية المستثمر الأجنبي في الجزائر، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم، التخصص: القانون، جامعة مولود معمري تيزي وزو، كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2013، ص 09.

يعد هذا الرأي الأخير هو الراجح فقها[393]، وذلك على أساس أن العقارات تعد جزء من إقليم الدولة التي تتمتع فيها الدولة بكامل السيادة طبقا لما تقضي به قواعد القانون الدولي في هذا المجال، والتي تقرّ بحق كل دولة في أن تمارس بكل حرية سيادتها الكاملة والدائمة على جميع ثرواتها الطبيعية.

هذا الاتجاه كان له تأثير على موقف التشريعات الداخلية، والتي تتجه غالبيتها إلى تقييد ومنع الأجانب من تملك العقارات في إقليمها، نظرا لما تمثله الثروة العقارية لدى هذه الدول من أهمية خاصة من الناحية السياسية والاقتصادية، أو السماح لهم بذلك لكن بشروط وقيود محددة، كتقييد حق الأجانب في تملك العقارات بالحصول على إذن أو ترخيص من السلطات المختصة في الدولة.

هذا ما كان الوضع عليه قائما بالنسبة للقانون الجزائري بعد صدور الأمر رقم 06-11 المؤرخ في 30 أوت سنة 2006، المحدد لشروط وكيفيات منح الامتياز والتنازل عن الأراضي التابعة للأملاك الخاصة للدولة والموجهة لانجاز مشاريع استثمارية[394]، والذي أتاح للمستثمر الأجنبي حق الاستفادة من أملاك الدولة الموجهة لانجاز مشاريع استثمارية، وكرّس من خلاله المشرع الجزائري عقدي الامتياز والتنازل كآلية لاستغلال العقار الموجه للاستثمار.

إلا أنه سرعان ما ألغى المشرع الجزائري هذا الأمر بموجب القانون رقم 08-04 المؤرخ في 01 سبتمبر سنة 2008، الذي يحدد شروط وكيفيات منح الامتياز على الأراضي التابعة للأملاك الخاصة للدولة والموجهة لانجاز المشاريع الاستثمارية[395]، أين تبنى المشرع عقد الامتياز كآلية للاستغلال العقار الموجهة للاستثمار الصناعي، لكن دون أن يفضي ذلك إلى

393- أنظر **زيداني توفيق**، "حق الأجانب..."، المرجع السابق، ص ص. 427-428.

394- أمر رقم 06-11 مؤرخ في 30 أوت سنة 2006، يحدد شروط وكيفيات منح الامتياز والتنازل عن الأراضي التابعة للأملاك الخاصة للدولة والموجهة لانجاز مشاريع استثمارية، ج.ر.ج.ج، العدد 53، الصادرة في2006/08/30، (الملغى).

395- أمر رقم 08-04 مؤرخ في 01 سبتمبر سنة 2008، يحدد شروط وكيفيات منح الامتياز على الاراضي التابعة للأملاك الخاصة للدولة والموجهة لإنجاز مشاريع استثمارية، ج.ر.ج.ج، العدد 49، الصادرة في 2008/09/03، المعدل والمتمم بالأمر رقم 15-01 المؤرخ في 23 يوليو سنة 2015، المتضمن قانون المالية التكميلي لسنة 2015، ج.ر.ج.ج، العدد 40، الصادرة في 2015/07/23، وبالقانون رقم 18-18 المؤرخ في 27 ديسمبر سنة 2018، المتضمن قانون المالية لسنة 2019، ج.ر.ج.ج، العدد 79، الصادرة في 2018/12/30.

تملكها، وأخضع المشرع هذا النوع من الأملاك العقارية لصيغة الامتياز غير القابل للتحويل أو التنازل، وجعل عقد الامتياز أسلوب للانتفاع دون الملكية[396].

بينما تتجه بعض التشريعات العربية إلى الاعتراف للمستثمرين الأجانب بحق تملك بعض الأموال غير المنقولة والمحددة بموجب النصوص القانونية، كالقانون الأردني رقم 40 لسنة 1953 الذي يجيز في المادة 03 فقرة (أ) للمستثمر الأجنبي حق تملك الأموال غير المنقولة التالية:

-الأراضي الواقعة ضمن مناطق البلديات أو مناطق التنظيم او أحواض البلد عن القدر الكافي لسكناه وإدارة أعمال لا الاتجار.

-الأراضي الزراعية التي كان يتصرف فيها، أو انتقلت حقوق التصرف فيها إليه قبل تاريخ العمل بهذا القانون."[397].

تجدر الإشارة، إلى أن تقييد ملكية المستثمرين الأجانب لا تخص الأموال العقارية فقط، بل يمكن أن يمتد التقييد إلى كل ما يخص ملكية الاستثمارات من أسهم وحصص[398]، كما هو الحال بالنسبة للقانون الجزائري، الذي يكرس مبدأ الشراكة الإجبارية في مجال الاستثمار الأجنبي عامة، فطبقا المادة 66 من قانون المالية لسنة 2016 فإنه:

" **ترتبط ممارسة الأجانب لأنشطة إنتاج السلع والخدمات والاستيراد بتأسيس شركة تحوز المساهمة الوطنية المقيمة على نسبة 51% على الأقل من رأسمالها**"[399].

396- أنظر في هذا الموضوع: **جلال عزيزي، عبد الكريم موكه**، "عقد الامتياز كآلية لاستغلال العقار الموجه للاستثمار: العقار الصناعي -نموذجا-"، مجلة أبحاث قانونية وسياسية، العدد 03، الجزائر، 2017، ص 128.

397- قانون رقم 40 مؤرخ في 16 فيفري سنة 1953، المتعلق بإيجار وبيع الاموال غير المنقولة من الأجانب، نقلا عن: **منصور مصطفى يوسف**، النظام القانوني للاستثمارات الأجنبية في الأردن، رسالة ماجستير في القانون، كلية الدراسات العليا، الجامعة الاردنية، قسم الدراسات العليا لعلوم الشريعة والحقوق والسياسية، الأردن، 1991، ص 147.

398- يشير تقرير الاستثمار العالمي لسنة 2016 أن حوالي 80% من الدول تفرض قيودا على ملكية الأجانب لأغلبية الأسهم، وهذا يشكل أكبر المشاكل التي تواجه تدفق الاستثمارات الاجنبية في عصرنا الحالي، وقد دعى هذا التقرير الى ضرورة العمل على إعادة النظر في الأنظمة المتعلقة بالملكية الأجنبية للشركات، ورفع القيود وزيادة الحصص المسموح بها للجهات الأجنبية في ملكية الأسهم، أوتيسير الحصول على التراخيص وتبسيط إجراءات دخول المستثمرين الأجانب. تقرير الاستثمار العالمي لسنة 2016: جنسية المستثمر: التحديات المتعلقة بالسياسات، مؤتمر الأمم المتحدة للتجارة والتنمية، الأونكتاد 2016.

399- قانون رقم 15-18 مؤرخ في 30 ديسمبر سنة 2015، يتضمن قانون المالية لسنة 2016، المرجع السابق.

بموجب هذا النص، تكون مساهمة المستثمر الأجنبي في ملكية المشروع الاستثماري بشكل عام مقيد بحد أقصى لا يتجاز 49%كحد أقصى، وهذا التقييد يسري أيضا على مساهمة المستثمر الأجنبي في المؤسسة محل الخوصصة[400].

في حين تتجه بعض التشريعات الأخرى إلى تمكين المستثمرين الأجانب من الانفراد بملكية المشروعات الاستثمارية مع مراعاة الشروط المحددة لذلك، فتجيز لهم تملك جميع الحصص وأسهم الشركات الخاضعة لقانون الاستثمار كما هو معمول به في القانون اللبناني الذي يسمح بالملكية الكاملة في القطاعات المختلفة، باستثناء قطاعات التجارة والتشييد والتأمين والبنوك، وكذلك القانون العماني الذي يجيز للمستثمر الأجنبي ملكية تعادل 100% في حالة موافقة مجلس التنمية وبشرط أن يكون رأس مال في حدود 1,3 مليون دولار كحد أدنى[401].

يعد تحديد الممتلكات الأجنبية مسألة في غاية الأهمية، لاسيما عند تحديد التعويض عن إجراءات نزع الملكية، فالأموال المملوكة للأجنبي لا تعد جميعها أمولا استثمارية، فمثلا الأموال التي يحصل عليها المستثمر في شكل تسهيلات أو قروض محلية لأغراض خاصة للسكن أو اقتناء سيارة عائلية لا تعد استثمارا، ولا تدخل ضمن الممتلكات الأجنبية المكونة للمشروع، فلا يمكن المطالبة بتحويل قيمتها عند تصفية المشروع الاستثماري وإنهاء نشاطاته بالدولة المضيفة، بينما تعتبر أموال استثمار الممتلكات ذات الصلة بنشاط المشروع الاستثماري

---

[400]– مع الإشارة أن الأمر رقم 01–04 المؤرخ في 20 أوت سنة 2001، المتعلق بتنظيم المؤسسات العمومية الاقتصادية وتسييرها وخوصصتها، لم يحدد أية نسبة خاصة في هذا المجال. لكنه مع صدور قانون المالية التكميلي لسنة 2009، الذي كرس من خلاله المشرع لأول مرة مبدأ الشراكة الاجبارية بالنسبة للاستثمار الأجنبي، جعل من المشرع شرط الشراكة الإجبارية شرطا يسري على كل أشكال الاستثمار الأجنبي، بما فيه الاستثمار عن طريق الخوصصة، وتم تقييد حصة المستثمر الأجنبي في شراء الأسهم والحصص داخل المؤسسة المعروضة للبيع والتنازل أيضا بحد أقصى وهو 49%. راجع في ذلك: المادة 58 من القانون رقم 09–01 المؤرخ في 22 يوليو سنة 2009، المتضمن قانون المالية التكميلي لسنة 2009، التي تعدل وتتمم المادة 04 مكرر 1 من القانون رقم 01–03 المؤرخ في 20 أوت سنة 2001، المتعلق بتطوير الاستثمار (الملغى جزئيا).

لمزيد من التفاصيل في هذا الموضوع أنظر: **بن هلال ندير**،"مظاهر تعدي المشرع الجزائري على مبدأ المساواة في المعاملة بين المستثمرين الوطنيين والأجانب"، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، العدد 02، الجزائر، 2015، ص 481.

[401]– **جوزف طربيه**، "الوطن العربي واحة جذابة للاستثمار"، مجلة اتحاد المصارف العربية، العدد 285–287، الكويت، أكتوبر 2004، ص09.

حتى ولو لم يكن ارتباطها مباشرا، طالما تساعد المشروع على أداء مهامه ولا تتعارض وأهدافه[402].

فأموال الاستثمار لها خصوصياتها القانونية والمادية التي تميزها عن باقي الأموال الأخرى التي لا تدخل في نطاق أموال الاستثمار، وتظهر خصوصيتها في قدرتها على المساهمة في البناء الاقتصادي للدولة المضيفة، وتطوير المهارات والقدرات الفنية المحلية، ونقل التكنولوجيا وليس مجرد تقديم دعم مالي. وهذا ما يعبر عنه قانون الاستثمار الجزائري بأن مضمون ووظيفة الاستثمار هي:

"**اقتناء أصول تندرج في إطار استحداث أنشطة جديدة، أو توسيع قدرات الإنتاج، وإعادة التأهيل أو إعادة الهيكلة، والمساهمات رأسمال المؤسسة**" [403].

فكل الأموال التي ترتبط بنشاط المشروع الاستثماري وتساهم في إحداث نشاطات جديدة وتطوير قدرات الانتاج في الدولة تدخل ضمن الأموال الاستثمارية. وفي هذا الاتجاه تسري الاتفاقيات الدولية لضمان الاستثمار، فهي تأخذ بالمفهوم الواسع للاستثمار عند تحديدها للاستثمارات القابلة للضمان، ليشمل كل الممتلكات سواءً كانت ممتلكات منقولة وغير منقولة، وكذلك الأسهم والسندات وكافة المطالبات التي تكون لها قيمة مالية، والامتيازات الممنوحة للمستثمر، بالإضافة إلى الملكية الفكرية التي من شأنها أن تساهم في تطوير قدرات الإنتاج.

فالهدف من إنشاء نظام الضمان الدولي للاستثمار كان بغرض تشجيع تدفق الاستثمارات الأجنبية لتحقيق التنمية الاقتصادية للدول المضيفة، ومن ثمة يجب أن تكون المشاريع الاستثمارية ذات قيمة مالية معتبرة من شأنها أن تساهم في إشباع الحاجيات الاقتصادية للدولة المضيفة، وتساعد على نقل التكنولوجية وخلق وظائف جديدة، وهذا ما يمنح للمستثمر نوع من الأمان بأن الدولة المضيفة لن تحاول أن تحد من ملكيته، نظرا لما يقدمه لها من منافع وفوائد اقتصادية ومالية واجتماعية، أما إذا لم تكون لأموال المستثمر الأجنبي قيمة اقتصادية فإن الاستيلاء عليها لا يلحق ضرر بالمستثمر، ومن ثم لا يحق له المطالبة بالتعويض وإثارة مسؤولية الدولة المضيفة لانتفاء الضرر.

---

[402] – **كعباش عبد الله**، مسؤولية الدولة...، المرجع السابق، ص 99.

[403]– المادة 02 من القانون رقم 16–09 المؤرخ في 03 أوت سنة 2016، المتعلق بترقية الاستثمار، المرجع السابق.

ثانيا: أساس حق الدولة في تنظيم الاستثمار الأجنبي والتصرف في ملكية الأجانب

يعترف القانون الدولي أن لكل دولة ذات سيادة كاملة بالحق في تنظيم الاستثمارات وملكية الأجانب داخل إقليمها، هذا ما أشارت إليه سلسلة من قرارات ولوائح الجمعية العامة للأمم المتحدة، نذكر منها:

(1)- لائحة الجمعية العامة لهيئة الأمم المتحدة رقم 1803 المؤرخ في 14 ديسمبر سنة 1962، بعنوان "السيادة الدائمة على الموارد الطبيعية"، والتي تعترف لكل دولة بحق في تنظيم وممارسة السلطة على الاستثمارات الأجنبية الموجودة ضمن اختصاصها الوطني وفقا لقوانينها وتحقيقا لأهدافها القومية ورفاهية شعوبها[404].

(2)- ميثاق الحقوق والواجبات الاقتصادية للدول الصادر عن الجمعية العامة لهيئة الأمم المتحدة بموجب اللائحة رقم 3281 المعتمدة في 12 ديسمبر سنة 1974، والتي تؤكد على حق كل دولة في السيادة الكاملة على مواردها الطبيعية وحقها في استغلال مواردها الطبيعية بالوسائل التي تراها ملائمة لها بما في ذلك حقها في التأميم، أو نقل أو تحويل ملكية الأموال الأجنبية وفقا لقوانينها ولوائحها، والتصرف فيها، باعتباره حقا لصيقا بسيادتها على ثرواتها القومية[405].

كما اعترف المؤتمر الأول للأمم المتحدة للتجارة والتنمية (CNUCED) بحق كل دولة في "التمتع بحرية بثرواتها الطبيعية في مصلحة التنمية الاقتصادية وسعادة شعوبها"[406].

من هنا أصبح التأميم من الوسائل المقررة والمعترف بها دوليا ومظهرا من مظاهر ممارسة الدولة لسيادتها الإقليمية على مصادر ثرواتها القومية، يتم بموجبه نقل الملكية الخاصة إلى الملكية العامة بواسطة قرار يصدر عن السلطات العامة المختصة في الدولة من أجل تحقيق

---

[404] Voir: Résolution N°1803(VXII) sur la souveraineté permanente sur les ressources naturelles, - adoptée par de l'Assemblée Générale de l'O.N.U, le 14 Décembre 1962: **HUBERT Thierry**, Droit et relations…, op.cit, p 543.

[405] – تنص المادة 2/2/أ من هذه اللائحة على ما يلي:

«Chaque Etat a le droit :De réglementer les investissements étrangers dans les limites de sa juridiction nationale et d'exercer sur eux son autorité en conformité avec ses lois et règlements et conformément à ses priorités et objectifs nationaux…». Résolution N°3281(XXIX) de l'Assemblée Générale de l'O.N.U, Charte des droits et devoirs économiques des Etats adoptée le 12/12/ 1974: **HUBERT Thierry**, ibid, p 567.

[406] – نقلا عن: **عيبوط محند وعلي**، الاستثمارت الأجنبية في القانون الجزائري، المرجع السابق، ص 51.

أهداف اقتصادية أو سياسية أو اجتماعية[407]، فيكون لكل دولة مستقلة أن تمارس سيادتها على إقليمها، وتأميم ومصادرة أموال الأجانب باعتباره حقا مرتبطا بسيادة الدول على ثرواتها القومية، مقابل حصول أصحاب الأملاك المنزوعة على تعويض مناسب.

كما يترتب على ذلك أن لكل دولة ذات سيادة الحق في منع الأجانب منعا كليا أو جزئيا من الدخول والاقامة في إقليمها[408]، ولها الحق في تنظيم ملكية الأجانب وتوجيه أموالهم في مختلف فروع اقتصادها الوطني اسنادا إلى سيادتها الاقتصادية، وهذا الحق لا يعدو أن يكون جزءا من سلطة الدولة، تستطيع أن تقرره بكل حرية واستقلال، بعيدا عن أية ضغوط أو إكراه وفقا لقواعد القانون الدولي[409].

تتحقق السيادة الاقتصادية للدول من خلال استقلال الدولة، فهي صفة لصيقة بشخصية الدولة، ويعد احترام السيادة الإقليمية فيما بين الدول المستقلة أساسا جوهريا من أسس العلاقات الدولية[410]. ويترتب عنها أن الدولة المضيفة للاستثمار عند ممارستها لإجراءات نزع ملكية المستثمرين الأجانب أو تأميمها ومصادراتها، إنما تقوم بذلك بما لها من سلطة وسيادة، فلا

407– **ZOUAIMIA Rachid** , «Le régime des investissements étrangers en Algérie », JDI, N° 03, Paris, 1993, p 596.

408– **أبو العلا على أبو العلا النمر**، نظرة إنتقادية للسياسة التشريعية المصرية في مجال الاستثمار ونقل التكنولوجيا، دار الكتب القانونية، مصر، 2003، ص 30.

409– أثار موضوع قبول الأجانب في إقليم الدولة المضيفة خلافات فقهية واسعة، فيرى الفقيه " فيتوريا" وهو أول من نادى بحق الأجانب في الدخول والاقامة في دولة أجنبية، وبأن الدول لا تملك الحق في منع الأجانب من دخول إقليمها، فالسيادة الاقليمية للدولة ليست مطلقة، وإنما يحدها الحق العام في الاجتماع والاتصال، ويرى أن الدولة يكون لها الحق في رفض دخول بعض الأجانب في إقليمها متى كان الباعث على ذلك معقولا ومشروعا.

إلا أنه ومع ظهور نظرية السيادة الاقليمية للدول والتقليل من القيود الواردة على السيادة، ظهر اتجاه آخر يرى أن قبول الأجانب أمر يخضع للسلطة التقديرية للدولة المضيفة، فلكل دولة استنادا إلى سيادتها الاقليمية طرد الاجانب أو استبعادهم من أقاليمها أو أي جزء منه، فلا يوجد أي التزام على عاتق الدولة بقبول الأجانب في إقليمها وهذا ما أكده مشروع الاتفاقية الخاصة بحماية الأموال الأجنبية الذي أعدته منظمة التعاون والتنمية (OECD) سنة 1967 والذي اعترف فيه بالتزام كل دولة باحترام أموال الأجانب الداخلة في اختصاصها، إلا أنه أنكر وجود أي التزم على عاتق الدولة بقول الأجانب في إقليمها. أنظر في هذا الموضوع: **رمضان علي عبد الكريم دسوقي عامر**، الحماية القانونية...، المرجع السابق، ص ص. 136-137.

410– **BAL (Lider)**, Le mythe de la souveraineté …, op.cit, p 21.

يخضع إجراء التأميم لأي رقابة قضائية[411]، ولا يجوز الاعتراض على حق الدولة في ممارستها لإجراءات نزع لملكية أو منعها من ممارسة هذا الحق المقرر لها بموجب القانون الدولي، فتمنع أية محاولة من طرف المستثمر الأجنبي أو أية دولة لطلب إبرام اتفاقيات دولية لحماية ومعاملة الاستثمارات الأجنبية بهدف المعارضة، أو منع الدولة المضيفة للاستثمار بصفة مطلقة من استرجاع ملكية المشاريع الاستثمارية مهما كانت الظروف الملحة لذلك، إلا إذا ارتضت بذلك[412].

هذا ما عبره عنه كتاب القانون الدولي، ومنهم الفقيه "**Hyde**" الذي يعتبر "إن الدولة تملك الحق في السيطرة على ثروتها ومواردها، وعلى ذلك يكون لها الحق في إبرام اتفاقيات ملزمة لتنمية ثرواتها ومواردها الطبيعة الوطنية، وتلتزم الدولة في ممارستها لهذا الحق بالتصرف طبقا للمبادئ المعترف بها في القانون الدولي وفي الاتفاقيات الدولية، وبالمراعاة الواجبة للحقوق والمصالح القانونية الموجودة، كما تلتزم إذا أضرت ممارسة هذا الحق بأحد الأفراد بدفع تعويض عادل وسريع وفعال، وتعتبر هذه القواعد أساسية في العلاقات بين الدول المصدرة والدول المستوردة لرأس المال".[413]

كما استقرت أحكام القضاء والتحكيم الدولي في العديد من المناسبات على الاعتراف بحق الدولة في تأميم الأموال الموجودة في إقليمها سواء كانت مملوكة لشخص وطني أو أجنبي، وذلك استنادا لمبدأ سيادة الدول المعترف به في القانون الدولي، والذي لا يقبل أية معارضة لسلطة الدولة عند تأميم الممتلكات الموجودة في إقليمها تحقيقا لأهدافها الوطنية[414].

---

411 – هذا ما أكدته المادة 3/17 من الدستور الجزائري لسنة 1976 بنصها:
" **لا يجوز معارضة إجراء نزع الملكية للصالح العام بحجة أي اتفاقية دولية**".
أمر رقم 76–97 مؤرخ في 22 نوفمبر 1976، يتضمن إصدار دستور الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، ج.ر.ج.ج، العدد 94، الصادرة في 1976/11/24.

412 – **قادري عبد العزيز**، " دراسة في العقود بين الدول و رعايا دول أخرى في مجال الاستثمارات الدولية "عقد الدولة " le contrat d'Etat، مجلة إدارة، المجلد 07، العدد الأول، الجزائر، 1997، ص 61.

413 – نقلا عن: **منصور فرج السعيد**،" النظام القانوني..."، المرجع السابق، ص 311.

414– هذا ما أقرته الأحكام التحكمية الصادرة في قضية "Topc " وقضية "Liamco " وقضية " Aminoil " حين اعتبرت محاكم التحكيم في هذه القضايا أن إجراء التأميم غير قابل للنقاش والمعارضة، فالدولة تمارسه وفقا لسيادتها الإقليمية. أنظر في هذا الشأن: **قادري عبد العزيز**،" دراسة في العقود بين الدول ورعايا دول أخرى في مجال الاستثمارات الدولية"، المرجع السابق، ص 63.

من هنا أصبح التأميم قاعدة عرفية ملزمة دوليا ومتعارف عليها، ومن الوسائل المقررة والمعترف بها دوليا من أجل هيمنة الدولة على النشاط الاقتصادي تحقيقا لصالح الجماعة الوطنية، وقد عرف تطبيقات عديدة له في الكثير من الدول النامية خاصة، منها إيران عام 1951، والجزائر عام 1971، وجاء بعده التأميم في ليبيا عام 1972، كما أممت مصر قناة السويس عام 1956، إلى جانب التأميمات التي عرفتها الدول الأسيوية والإفريقية ودول أمريكا اللاتينية بهدف السيطرة على وسائل الإنتاج المهمة في إقليمها[415].

أما حديثا فقد أصبح للتأميم مفهوما واسعا يشمل إلى جانب الإجراءات التقليدية المعروفة في القانون الدولي لأخذ الملكية كالتأميم ونزع الملكية والمصادرة، كافة الإجراءات الحكومية الجديدة الماسة بالملكية، والتي يمكن أن تتخذها الدول المضيفة وتهدف من وراءها إلى نزع ملكية المستثمر بشكل غير مباشر أوتقيد من سيطرته على ممتلكاته أو استغلالها، كالامتناع عن منح تراخيص الاستيراد والتصدير اللازمة لاستمرار المشروع، وتحديد أسعار منتجاته بأقل من تكلفة الإنتاج، وغيرها من الإجراءات المماثلة التي يمكن أن تصدر عن السلطات العامة وتؤدي إلى التدخل في إدارة المشروع بما يؤدي إلى الحد من عمله، إذ يعتبر أي تدخل في المشروع الاستثماري من قبل الدولة المضيفة في طريقة الإدارة بما يؤدي إلى الحد من عمل المشروع نوعا من التأميم[416].

فبالرجوع إلى القانون الدولي ليس هناك ما يمنع الدولة من وضع القوانين والتشريعات التي تتماشى مع أساس النظام الاقتصادي والسياسي الذي اختارته لنفسها، وتنظيم ملكية

---

[415]– لقد عرف نظام التأميم منذ مطلع القرن العشرين وجاء النص عليه لأول مرة في الدستور المكسيكي لعام 1917، وبعدها التأميمات الروسية لجميع وسائل الإنتاج سواء المملوكة للوطنين أو الأجانب، وذلك على إثر الثورة البلشفية في أكتوبر سنة 1917. ثم تلتها حركة التأميمات العلاجية أو الإصلاحية التي شهدتها العديد من الدول الأسيوية والإفريقية ودول أمريكا اللاتينية، والعديد من الدول النامية مباشرة بعد استقلالها، كالجزائر التي شاهدت موجة تأميمات كبيرة منذ سنة 1971، عندما تبنى المشرع الجزائري سياسة تأميم القطاعات الكبرى للاقتصاد لأغراض الصالح العام مقابل تعويض لأصحابها، واستمر الوضع على ذات المنوال وذلك إلى غاية نهاية الثمانينيات، وتغير النظام الاقتصادي والسياسي والانفتاح على الاستثمارات الأجنبية المباشرة، واعتماد المشرع لقوانين تحفيزية ومشجعة موجهة أساسا لاستقطاب رؤوس الأموال الأجنبية تنص على تكريس مبدأ حرية الاستثمار وحماية الملكية الخاصة، وتجسيد نظام الخوصصة، بعيدا عن فكرة التأميمات، أنظر في هذا الموضوع:

BOUYACOUB Ahmed , « Les investissements…, op.cit, p 38.

أسيا حنافي، الضمانات الممنوحة...، المرجع السابق، ص ص. 37-38.

[416]- **SALEM Mahmoud**,«Le développement…, op.cit, p 611.

الأموال واستغلالها داخل أقاليمها من خلال ووضعها للشروط والقواعد التي تتفق مع مصلحتها، فلها الحق في فرض الضرائب والرسوم والأعباء المالية الأخرى ذات الطبيعة المماثلة على الأشخاص الطبيعية والاعتبارية المقيمة بصورة قانونية فوق إقليمها، ولا يوجد في هذا القانون ما يحد من حرية الدول في الزام الأجانب في بعض الاحيان بتحمل أعباء مالية تفوق تلك المفروضة على مواطنيها بشرط عدم تجاوز حدود معينة وعدم اتسامها بطابع المصادرة، فاذا تجاوزت هذه الأعباء حدود المعقول، فإنه يحق للمستثمر ودولته مساءلتها دوليا[417].

بعبارة أخرى، إذ كان القانون الدولي يعترف للدولة بحق التصرف في ملكية الأجانب وتنظيم استثماراتهم فوق إقليمها، فهذا لا يعني ممارستها لاختصاص مطلق، فهي مقيدة بأحكام القانون الدولي العرفي التي تفرض على الدولة عند اتخذها لتدابير التأميم أو المصادرة احترام مبدأ "الحد الأدنى لمعاملة الأجانب" والذي يعني أن سيادة الدولة في هذا المجال مقيدة وغير مطلقة.

الفرع الثاني
احترام مبدأ الحد الأدنى لمعاملة الأجانب

يعتبر نظام الحد الأدنى لمعاملة الأجانب من أقدم الأنظمة القانونية التي عرفها القانون الدولي والجماعة الدولية، والذي يعترف بموجبه للأجانب بحد أدني من الحقوق لا يجوز لأية دولة أن تتنازل عنه(أولا). ويقتضي تطبيق هذا المبدأ في مجال الاستثمار الأجنبي عدم نزول الدولة المضيفة في معاملتها للأجانب المقيمين فوق إقليمها عن الحد الأدنى المقرر لهم في القانون الدولي العرفي، فحرية الدولة في تنظيم الاستثمار الأجنبي مرهونة باحترام الحقوق المقررة دوليا للأجانب(ثانيا).

أولا: مفهوم مبدأ الحد الأدنى لمعاملة الأجانب

يعتبر مبدأ الحد الأدنى لمعاملة الأجانب من المبادئ المعترف بها في القانون الدولي العرفي، والذي يقضي بأنه لكل أجنبي يقيم على إقليم دولة أن يتمتع بقدر من الحقوق تعتبر

[417]– **عصام الدين مصطفى بسيم**، النظام القانون للاستثمارات الاجنبة الخاصة في الدول الاخذة في النمو، المرجع السابق، ص ص. 364-365.

الحد الأدنى لما يجب على كل دولة أن تعترف به لأجانب وفق القواعد الدولية العرفية، ومعنى ذلك أنه عند قيام الدولة بتحديد مركز الأجانب الموجودين على إقليمها، فإن حريتها في هذا الشأن ليست مطلقة، فهي ملزمة بالإعتراف لهم بكافة الحقوق التي تدخل في نطاق الحد الأدنى الذي يفرضه القانون الدولي لمعاملة الأجانب[418].

أثار مبدأ الحد الأدنى لمعاملة الأجانب اختلافا وجدالا فقهيا كبيرا حول مضمون هذا المبدأ والحقوق التي يشملها، فقد تعددت التفسيرات بخصوص فكرة الحد الأدنى، ولا توجد قاعدة متفق عليها في هذا الشأن، لتغيير مفهوم الحد الأدنى لمعاملة الأجانب، تبعا لتباين المصالح الاقتصادية بين الدول المتقدمة والدول النامية.

ففي محاولة من جانب إدارة القانون الدولي العام بوزارة الخارجية السويسرية للتعريف بالمبدأ، اعتبرت أن مفهوم الحد الأدنى يعني المعاملة العادلة والمنصفة للمستثمرين الأجانب في أدنى الحدود، أي احترام الحد الأدنى للحماية الموضوعية والحد الأدنى للحماية الإجرائية المقررة للاستثمار الأجنبي[419].

إلا أن هذه الفكرة غامضة، فهي لا تعطي تحديدا واضحا لمضمون فكرة الحد الأدنى لمعاملة الأجانب التي يجب أن تلتزم بها الدولة المضيفة. لذلك اتجه بعض الفقه للقول بأن هذه المبدأ يجد تطبيقه في معاملة الأجانب على قدم المساواة مع الوطنيين، إستناداً لمعيار المعاملة الوطنية، من خلال ربط مستوى الحقوق التي يتمتع بها الأجنبي في الدولة المضيفة بالحقوق المقررة للمستثمر الوطني، أي تطبيق قاعدة تشبيه الأجانب بالوطنيين[420].

استندت أغلبية الدول النامية لهذا المعيار في تحديد مضمون الحد الأدنى، ووضع حدا لنظام الامتيازات الذي ساد في مرحلة تاريخية معينة، فاعتبرت أن الدولة ليست مسؤولة عن معاملة الأجانب مادامت قد سوت في المعاملة بينهم وبين مواطنيها، وأن الأجانب لا يسعهم المطالبة بوضع أفضل من وضع الوطنيين أنفسهم.

---

[418]– **عبد المومن بن صغير**، "دور اتفاقيات الاستثمار الثنائية في رفع نظام الحد الأدنى لمعاملة الأجانب"، مجلة الفقه والقانون، العدد 12، الجزائر، أكتوبر 2013، ص 162.

[419]– **عمر هاشم محمد صدقة**، ضمانات الاستثمارات الأجنبية في القانون الدولي، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية،(د.ت.ن)، ص 51.

[420] – **كعباش عبد الله**، مسؤولية الدولة...، المرجع السابق، ص 195.

إلا أن هذا الاتجاه، لقي معارضة شديد من طرف الدول الغربية التي رفضت الاستناد إلى معيار المعاملة الوطنية عند تحديد مضمون ونطاق الحد الأدنى لمعاملة المستثمرين الأجانب، وطالبت بتطبيق معيار آخر وهو معيار المعاملة الدولية الذي يقوم على منح الأجانب حقوقا أوسع من تلك التي يتمتع بها الوطني، إذا كانت الحقوق المقررة لهذا الأخير لا تتوافق ولا ترقى لمستوى الحقوق التي يقرها القانون الدولي للأجانب[421].

لقد وجهت هذه الفكرة أيضا بالرفض، إذ لوحظ أنه إذا كان من الممكن تطبيق هذا المبدأ على الأجانب بوجه عام فهو لا يصلح تطبيقه كمبدأ عام على المستثمرين، لأن مجال تنظيم الاستثمار تتجاذبه مواقف مختلفة، حيث تتغير الحقوق فيه اتسعا أو تضييقا حسب الأوضاع الاقتصادية والاجتماعية والمالية للدولة، وبحسب طبيعة النظام الاقتصادي السائدة في كل دولة، ما يجعل نطاق مضمون الحقوق المقررة للمستثمر الأجنبي متباينة. ثم إن تطبيق مبادئ وقواعد القانون الدولي العرفي في ظل التطور الذي بلغه المجتمع الدولي الحديث في مجال تنظيم الاستثمارات الدولية، لن يزيد الأمر إلا تعقيدا واختلاف بشأن مضمون هذه القاعدة العرفية الدولية[422].

فالمفهوم التقليدي للحد الأدنى لحقوق الأجانب لم يعد كافيا لتوفير حماية مناسبة لأموال المستثمر الأجنبي، فتطور المركز القانوني للمستثمر أدى إلى تطور مفهوم الحد الأدنى لحقوق الأجانب، وأصبح التسليم بمبدأ الحد الأدنى من حقوق الأجانب في مجال الاستثمار حاليا كقاعدة اتفاقية تجاوزت المفهوم التقليدي السابق في ظل تباين المصالح الاقتصادية بين الدول المتقدمة والدول النامية.

إذ يلاحظ أن المزايا والحقوق والضمانات القانونية التي أصبحت توفرها التشريعات الداخلية الحديثة وكذلك الاتفاقيات الثنائية لتشجيع وحماية الاستثمار من خلال النص على عدم جواز المصادرة وتأميم ممتلكات المستثمرين الأجانب إلا بتوفر شروط معينة، ومقابل دفع تعويض عادل ومناسب، وكذلك تكريس مبدأ حرية المستثمر الأجنبي في تحويل رأس المال وأرباح استثماره إلى بلده الأصلي، وغيرها من الضمانات القانونية والقضائية المقررة بغرض جذب الاستثمارات الأجنبية، كلها تأتي فوق مستوى الحد الأدنى المقرر في القانون الدولي، فهي

421 – **كعباش عبد الله**، مسؤولية الدولة...، المرجع السابق، ص 196.

422 – **عمر هاشم محمد صدقة**، ضمانات الاستثمارات...، المرجع السابق، ص 52.

تتجاوز مبدأ تشبيه الأجانب بالوطنيين، وتجعل المستثمر الأجنبي في وضع أفضل من المستثمر الوطني.

فقد أصبح المستثمر الأجنبي في عصرنا الحالي يتمتع بضمانات قانونية هامة، ويستفيد من مزايا مالية خاصة تفوق ما يتمتع به المستثمر الوطني من حقوق، الامتيازات والاعفاءات الضريبية والجبائية وذلك غرض تشجيعه على الاستثمار، إلى جانب الضمانات القضائية بالاعتراف له بحق اللجوء إلى التحكيم سواء الوطني أو الدولي لحل منازعات الاستثمار، على خلاف منازعات الاستثمار الوطني التي تحال على المحاكم الوطنية كما هو الوضع في القانون الجزائري[423].

بعتبير آخر، إنه لا مجال للقول بمعاملة المستثمر الأجنبي وفق مبدأ الحد الأدنى لمعاملة الأجانب حسب المعنى المتقدم لهذا المبدأ أو معاملة المستثمر الأجنبي وفق مبدأ تشبيه الأجانب بالوطنيين، فالمركز القانوني للمستثمر الأجنبي قد تجاوز هذين المبدأين بكثير، وأصبح مبدأ المساواة في المعاملة أو مبدأ تشبيه الأجنبي بالوطني مجرد مساواة اصطلاحية، وليست حقيقة في واقع الأمر.

إضافة إلى ذلك، فإن موضوع التأميم لا يهم القانون الدولي إلاّ حيّن يمس ملكية الأجانب، أما إذا انصب التأميم على ملكية الوطنين، ففي هذه الحالة يعتبر التأميم شأنا داخليا ولا تترتب عليه مسؤولية دولية كما تتجه إليه أحكام القضاء الدولي في هذا المجال[424].

ثانيا: نتائج تطبيق مبدأ الحد الأدنى لمعاملة الأجانب في مجال الاستثمار

تملك الدولة المضيفة سلطة تنظيم إقامة الأجانب وحركات المستثمرين المرخص لهم بالاقامة في إقليمها للاشراف وادارة مشروعاتهم الاستثمارية، فتمارس سلطاتها واختصاصاتها على المستوى الداخلي بخلق القواعد القانونية وفرض احترام تلك القواعد لاسيما في المجال الاقتصادي، فلا يوجد في القانون الدولي ما يحد من حرية الدولة في هذا المجال.

---

[423] – أنظر المادة 24 من القانون رقم 16–09 المؤرخ في 03 أوت سنة 2016، المتعلق بترقية الاستثمار، المرجع السابق.

[424]– هذا ما قضت به محكمة التحكيم في قضية تأميم الحكومة الإيرانية لصناعة الزيت في 25 مايو سنة 1951، فذكرت المحكمة أن تأميم صناعة الزيت يرجع إلى سيادة الشعب الإيراني وحقه وهو ليس خاضعا للتحكيم، ولا توجد سلطة دولية يكون من اختصاصها التحقيق في ذلك. **عاطف ابراهيم محمد**، ضمانات الاستثمار...، المرجع السابق، ص 143.

إلا أنه بالمقابل، فإن حرية الدولة في تحديد مركز الأجانب وتنظيم الاستثمار الأجنبي مقيدة من وجهة نظر القانون الدولي، لوجود قاعدة عرفية دولية تقضي بعدم نزول الدولة المضيفة في معاملتها للأجانب المقيمين فوق إقليمها عن الحد الأدنى المقرر لهم في القانون الدولي العرفي، وأن الدولة ملزمة باحترام التزاماتها الدولية المتمثلة في مبادئ ميثاق الأمم المتحدة، بالإضافة إلى المعاهدات الدولية ومبادئ القانون الدولي[425].

يقرّ القانون الدولي للأجانب بحقهم في التمتع بالحد الأدنى من حقوق الملكية داخل حدود إقليم الدولة المضيفة لهم، ولا يجوز لأي دولة عضو في الجماعة الدولية أن تتنازل عن هذا الحق، وإلا انعقدت مسؤوليتها الدولية[426].

هذا ما جاء في حكم المحكمة الدائمة للعدل الدولية في نزاع "سيليزيا العليا" القائم بين ألمانيا وبولندا بشأن الرعايا الألمان، حيث أكدت المحكمة بأنه: " يجب أن تكون معاملة الرعايا الألمان المقيمين في بولندا متفقة مع الأحكام التي يقرها القانون الدولي، إذ لا يجوز للدولة أن تفرض معاملة على الأجانب لا يقرها القانون الدولي"[427].

فالقانون الدولي يعترف للدولة بالحق في تنظيم الاستثمارات وملكية الأجانب داخل إقليمها، وقد يصل هذا الحق إلى منع أو حظر ممارسة الأجانب كليا أو جزئيا لبعض الحقوق في مجال اختصاصها القانوني، إلا أنه يضع قيدا عاما وهو ضرورة مراعاة مبدأ احترام الحقوق المكتسبة عندما تتدخل الدولة في تنظيم الملكية الخاصة.

يعتبر مبدأ احترام الحقوق المكتسبة من المبادئ الأساسية في القانون الدولي العرفي[428]، وقد اعتمدت عليه الدول المصنعة لمواجهة إجراءات التأميم ونزع الملكية التي قامت بها الدول النامية في إطار ممارستها للسيادة على ثرواتها الطبيعية، ويقصد به أنه لا يجوز لأي من السلطات العامة في الدولة أن تسلب أو تنتهك حقوق اكتسبها الأفراد بموجب القانون والقرارات النافذة، وعدم المساس بالحقوق الأساسية التي نص عليها الدستور، ومنها حق الملكية وحق

425 - **DUPUY(Pierre Marie),** Droit international …, op.cit, p 66.

426 - **CARREAU Dominique,** Droit international, 9ème édition, Apedone, Paris, 2007, p 178.

427 – نقلا عن: **هشام علي صادق،** الحماية الدولية للمال الأجنبي، المرجع السابق، ص 35.

428 – **عيبوط محند وعلي،** الاستثمارات الأجنبية في القانون الجزائري، المرجع السابق، ص ص. 210-211.

الجنسية والتأمينات الاجتماعية[429].

أي أنه، إذا أتاحت الدولة للأجانب إكتساب الأموال داخل إقليمها فمن الطبيعي ألا تحرمهم من هذه الأموال بطريقة تعسفية إعمالا لمبدأ الحقوق المكتسبة، لأن الدولة ملزمة باحترام ملكية الأجانب.

فحرية الدولة فيما تسنه من نصوص تشريعية وتنظيمية في هذا المجال مقيدة بضرورة إحترام مبادئ القانون الدولي، كالقواعد التي تقر للأجنبي بالحق في حماية ممتلكاته دوليا، فلا يمكن للدولة أن تصدر نصا تشريعيا يقضي بحرمان الأجانب من ملكيتهم، أو وضع نصوص قانونية في مواجهة رعايا دولة أو دول أخرى تتعارض مع التزاماتها المقررة بموجب اتفاق دولي سابق، وإلا اعتبر هذا التشريع عملا غير مشروعا من وجهة نظر القانون الدولي ويثير مسؤوليتها الدولية، حتى ولو بقي منتجا لآثاره على المستوى الداخلي ومطابقا لدستورها، فلا يحق لها أن تحتج بأحكام دستورها وقوانينها بغية التخلص من الالتزامات التي يفرضها عليها القانون الدولي أو الاتفاقيات الدولية التي تكون طرفا فيها.

بعبارة أخرى، إن الدولة المضيفة تملك الحرية في تغيير أوضاع الأجانب على أراضيها بالنسبة للمستقبل، شريطة عدم المساس بالحقوق المكتسبة للأجانب في إطار القانون القديم، فالدولة التي تسمح بمقتضى قانونها الوطني للأجانب باكتساب الأموال داخل إقليمها يجب عليها ألا تحرمهم من هذه الأموال بطريقة تعسفية، فحرمان الأجنبي من حق التمتع بالحد الأدنى يشكل انتهاكا لقواعد القانون الدولي ومبادئه.

إلا أن تطبيق مبدأ الحقوق المكتسبة لاقي معارضات كثيرة، بسبب التحفظات التي أفقدته مكانته، فهو لم يكتسب في مجال القانون الدولي العام " قوة القاعدة العرفية الدولية"[430]، بل

---

[429] – لم يتمكن الفقه من وضع تعريف محدد للحقوق المكتسبة، ولكنه يتفق على أنها تلك الحقوق التي يستفيد منها شخص ما في إطار نظام قانوني معين والتي لا يمكن المساس بها بموجب قانون جديد. **عيبوط محند وعلي**، الاستثمارات الأجنبية في القانون الجزائري، المرجع السابق، ص 211.

أنظر كذلك: **ياحي مريم**، "الأمن القانوني والاستثمارات الأجنبية في الجزائر"، مجلة الدراسات والبحوث القانونية، العدد 09، الجزائر، جوان 2018، ص 56.

[430] – اختلف الفقه حول القيمة القانونية لمبدأ احترام الحقوق المكتسبة، فيرى البعض عدم جوده في القانون الدولي، فتطبيقه يتطلب إبرام معاهدة بين الدول يترتب عنها تكوين قاعدة قانونية ذات قوة إلزامية. أنظر في هذا الموضوع: **عيبوط محند وعلي**، " الاستثمارات الأجنبية في القانون الجزائري، المرجع السابق، ص ص. 211–214.

حتى القضاء والتحكيم الدوليين لم يجدا أساسا في القانون الدولي يبرر الاستناد إلى هذا المبدأ، فالحالات القليلة التي تم فيها الإشارة إلى هذا المبدأ كان نتيجة لوجود التزام اتفاقي سابق بين الدولة المضيفة والدولة المصدرة لرأس المال يكرس مبدأ احترام الحقوق المكتسبة[431].

المتفق عليه أن لكل دولة ذات سيادة الحق في تنظيم ملكية الأجانب وتوجيه استثماراته في مختلف فروع اقتصادها الوطني، وأن تتخذ من الإجراءات ما يحقق مصالح مواطنيها، ووضع القوانين التي تتماشى مع النظام الاقتصادي والسياسي القائم فيها، فلها فرض الضرائب والرسوم على الأشخاص المقيمة بصورة قانونية فوق إقليمها، وعلى الأموال والأرباح والمداخل النابعة من مصادر داخل إقليمها، لكن بالمقابل تلتزم الدولة بعدم تغيير النظام القانوني الذي أبرمت في ظله عقود واتفاقيات الاستثمار وعدم التعسف في استعمال سلطتها[432].

يلاحظ حديثا أنه ورغبة في تشجيع الاستثمارات الأجنبية وتنفيذ برامج الدولة الإنمائية، أخذت العديد من الدول تتراجع عن فكرة فرض قيود مشددة على ملكية الأجانب، وتتجه بعضها إلى إعفاء بعض المشروعات الاستثمارية من بعض الضرائب أو التخفيف منها. كما تتجه بعض التشريعات إلى تكريس مبدأ حرية الاستثمار بصورة مطلقة، كالقانون الأردني والقانون اللبناني والقانون اليمني التي لا تشترط بالنسبة للمشروعات التي يمولها الاستثمار الأجنبي المباشر حصول المستثمر على ترخيص، وتقتصر التراخيص في قانون البحرين على الاستثمارات الموجهة لقطاع الصناعة[433].

مع الإشارة إلى أن القيود المفروضة على الاستثمارات الأجنبية لا تقتصر على الدول النامية فقط، بل نجدها كذلك حتى في الدول المتقدمة التي تلجأ إلى اتخاذ بعض الإجراءات لحماية اقتصادها، وذلك استنادا إلى "مصالحها الإستراتيجية" أحيانا، و"سيادتها الاقتصادية" أحيانا أخرى[434].

أما عن القانون الجزائري، فرغم محاولات المشرع الجزائري لتبسيط إجراءات الاستثمار في

---

431 – **حسين نوارة**، الحماية القانونية لملكية المستثمر الأجنبي في الجزائر(الأطروحة)، المرجع السابق، ص 209.

432 – **يوسفي محمد**، "مضمون وأهداف الأحكام الجديدة في المرسوم التشريعي رقم 93-12 المتعلق بترقية الاستثمارات"، المرجع السابق، ص 96.

433 – **جوزف طربيه**، "الوطن العربي..."، المرجع السابق، ص09.

434 – **عيبوط محند وعلي**، الحماية القانونية للاستثمارات الأجنبية في الجزائر، المرجع السابق، ص 03.

الجزائر وإخضاعه لاجراء وحيد وهو التسجيل لدى الوكالة الوطنية لتطوير الاستثمار[435]، إلا أنه يلاحظ أن الاستثمار الأجنبي في الجزائر لا يزال يخضع لإجراءات إدارية طويلة ومعقدة، تقييد من حرية تدفقه في بعض المجالات كحالات الاستثمار في المجال المصرفي[436].

بالاضافة إلى الشروط والاجرءات الاستثنائية الخاصة بتسجيل بعض الاستثمارات، كالاستثمارات التي يساوي مبلغها أو يفوق خمسة ملايير دينار، وكذا الاستثمارات التي تمثل أهمية خاصة بالنسبة للاقتصاد الوطني، والتي يخضع تسجيلها استثناءا لقرار المجلس الوطني للاستثمار[437].

عموما، فإن الدولة لها الحق في تنظيم ملكية الأجانب وتوجيه استثماراتهم في مختلف فروع اقتصادها الوطني، ولها الحرية التامة في الترخيص للأجانب بالدخول والاستثمار فوق

435– المادة 04 من القانون رقم 16–09 المؤرخ في 03 أوت سنة 2016، المتعلق بترقية الاستثمار، المرجع السابق.

436– إذ يلاحظ أن الاستثمار في القطاع المصرفي بالجزائر لايزال يخضع لإجراءات خاصة تتمثل في ضرورة الحصول على رخصتين: تتمثل الأولى في ترخيص من مجلس النقد والقرض باعتباره السلطة النقدية المشرفة على القطاع المصرفي، وتتمثل الرخصة الثانية في اعتماد من رئيس هذا المجلس باعتباره محافظا لبنك الجزائر، وهذه الهيئات ولا تمنح هذه الرخصة إلا بعد استيفاء مجموعة من الشروط والخضوع لفحص إداري دقيق، يخضع للسلطة التقديرية لمجلس النقد والقرض، لاسيما احترام الشروط الخاصة بالحد الأدنى لرأس المال المرخص به. أنظر في ذلك: المادة 02 و04 من النظام رقم 18–03 مؤرخ في 04 نوفمبر 2018، يتعلق بالحد الأدنى لرأسمال البنوك والمؤسسات المالية العاملة في الجزائر، ج.ر.ج.ج، العدد 73، الصادرة في 2018/12/09، المعدل والمتمم بالنظام رقم 20–08 المؤرخ في 07 ديسمبر 2020، ج.ر.ج.ج، العدد 05، الصادرة في 2021/01/20.

ولأكثر التفاصيل حول شروط وإجراءت ولاستثمار في القطاع المصرفي في الجزائر أنظر: **أوباية مليكة**، المعاملة الإدارية...، المرجع السابق، ص ص. 290– 334.

437– هذا ما أشارت إليه المادة 14 من القانون 16–09 المؤرخ في 03 أوت سنة 2016 المتعلق بترقية الاستثمار، فيما يلي:

" **بغض النظر عن أحكام المادة 08 أعلاه، يخضع منح المزايا لفائدة الاستثمارات التي يساوي مبلغها أو يفوق خمسة ملايير دينار(5.000.000.000 دج) للموافقة المسبقة من المجلس الوطني للاستثمار...**".

يلاحظ من خلال هذا النص، أن تسجيل الاستثمارات المشار إليها في هذه المادة يتم أولا بإيداع الطلب لدى الوكالة الوطنية لتطوير الاستثمار والتي تتولى دراسة طلبه والتأكد من استيفائه للشروط المحددة في التشريع والتنظيم المعمول به، ثم تحيل الملف على المجلس الوطني للاستثمار(CNI) ليتخذ قرار بشأنه.

والمجلس الوطني للاستثمار هو عبارة عن هيئة حكومية خاضعة للسلطة التنفيذية خولت لها مهمة التأكد من صحة المشاريع وتوافرها على كل الشروط المطلوبة للاستثمار، تم إنشائه بموجب قانون الاستثمار لسنة 2001. أنظر حول هذا لمجلس تشكيله واختصاصاته:

OUGUENOUNE Hind, La politique…, op.cit, pp. 185-186.
Guide investir en Algérie, op.cit, pp.53-54.

إقليمها، فقبول أو رفض دخول الأجانب وأموالهم من مسائل الاختصاص الإقليمي لكل دولة، ولا يوجد في القانون الدولي ما يلزمها بالاعتراف للأجانب بالملكية الفردية إذا كان قانونها لا يقر بذلك أصلا، أو لم تكن هناك تعهدات دولية تقضي بخلاف ذلك. إلا أن الدولة المضيفة تصبح ملزمة باحترام ملكية الأجانب إذ وافقت ورخصت لهم بالدخول والاستثمار فوق إقليمها.

في الواقع هذه الموافقة لا تعني فقط الترخيص بدخول الاستثمار الأجنبي، إنما تعني أيضا خضوعه لتشريع الداخلي للدولة المضيفة التي لها الحق في تنظيم الاستثمار في إقليمها بما يتواءم مع سياستها العامة، وهذا لا ينفي إمكانية لجوء الدولة إلى التأميم أو نزع الملكية والاستيلاء على الاستثمارات الأجنبية، والذي يعد حقا قانونيا كرسه القانون الدولي لفائدة الدول ذات السيادة، إلا أن سلطتها في هذا المجال ليست مطلقة، بل مقيدة بمجموعة من الشروط التي استقر العرف الدولي على وجوب احترامها في هذا المجال.

المطلب الثاني

القيود الواردة على حق الدولة في أخذ ملكية المال الأجنبي وجزاء الإخلال بها

إذا لم يكن هناك خلاف حول حق الدولة في تأميم ونزع ملكية المال الأجنبي أو ممتلكاته، نظرا لما تتمتع به الدولة من سيادة على إقليمها، إلا أن ذلك لا يعني أنها تتمتع بحرية مطلقة في هذا الشأن، فممارستها لهذا الحق يتطلب ضرورة احترام مبادئ القانون الدولي.

جرى العمل الدولي على تقييد حق الدول في أخذ ملكية المال الأجنبي بمجموعة من الشروط(الفرع الأول)، وإلا اعتبر الاستيلاء غير مشروعا يترتب عليه قيام المسؤولية الدولية[438]، مع ضمان حق الدولة المصدرة في ممارسة الحماية الدبلوماسية في مواجهة الدولة المضيفة المخالفة للمبادئ المقررة في القانون الدولي لحماية الممتلكات الأجنبية، والاعتراف للمستثمر الأجنبي بحقه في اللجوء إلى التحكيم الدولي لتسوية المنازعات المترتبة عن ذلك(الفرع الثاني).

438 – **عليوش قربوع كمال**، قانون الاستثمارات في الجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1999، ص 15.

الفرع الأول
القيود الواردة على حق الدولة في التصرف في ملكية الأجانب

يُخضع القانون الدولي ممارسة الدولة لحقها في التصرف في ملكية المال الأجنبي والاستيلاء عليها لمجموعة من الشروط تتمثل فيما يلي: لا يمكن للدولة المضيفة المساس بالملكية الخاصة إلا بنص قانوني وللمصلحة العامة(أولا)، واحترام مبدأ المساواة وعدم التمييز(ثانيا)، مع عدم إخلالها بالتزاماتها التعاقدية السابقة(ثالثا)، وأخيرا ضرورة احترام مبدأ التعويض العادل(رابعا).

أولا: المصلحة العامة

رغم تقديس الملكية الفردية بوصفها حقا طبيعيا يتمتع به الفرد بصفة عامة، سواء كان مستثمرا أو غيره، أجنبيا أو وطنيا، إذ تؤكد التشريعات الداخلية والأعراف الدولية والاتفاقيات الدولية على حمايتها، إلا أن ذلك لم يقف حاجزا أمام الاعتراف للدولة بالحق في استرجاع هذه الملكية، والقدرة على نزعها بصفة نهائية في حالات معينة وبأساليب مختلفة لدواعي الصالح العام.

لم يتفق الفقه الدولي على تعريف محدد لشرط المصلحة العامة ومضمونها، إلا أنه يجمع على أن كل إجراء تتخذه الدولة للاستيلاء على ممتلكات المستثمر الأجنبي لا يكون مشروعا دوليا إلا إذا كان الباعث على اتخاذه هو لتحقيق المصلحة العامة[439].

يعتبر القانون الدولي أن المصلحة العامة تعد ركناً أساسياً لمشروعية إجراءات الاستيلاء على الاستثمارات الأجنبية[440]. لكن هذا القانون لم يعرف بدوره المصلحة العامة، فهو يعتبرها

---

[439]– **عيبوط محند وعلي**، الحماية القانونية للاستثمارات الأجنبية في الجزائر، المرجع السابق، ص 181.

[440]– هذا ما أكدته محكمة العدل الدولية الدائمة في النزاع بين ألمانيا وبولندا بشأن مصالح رعايا الألمان في سيليزيا العليا، حيث اعترفت بحق الدولة في نزع ملكية الأموال الخاصة المملوكة للأجانب أو الوطنيين للمنفعة العامة. كما اعتبرت محكمة التحكيم في قضية أخرى بين الحكومة الكويتية وشركة Amoco الأمريكية في سنة 1979 أن" التأميم طالما كان بغرض المصلحة العامة فهو قرار مشروع ولا يخالف أحكام القانون الدولي، ولا يقع على عاتق الدولة سوى تعويض المتعاقد معها تعويضا مناسبا". أنظر في ذلك: **عمر هاشم محمد صدقة**، ضمانات الاستثمارات...، المرجع السابق، ص 55.

المصلحة التي تقدرها الدولة التي تتخذ إجراء التأميم ونزع الملكية، فقانون الدولة المضيفة هو الذي يقدر ما تراه الدولة تحقيقا للمصلحة العامة من عدمه، فهي تملك صلاحية واسعة في تحديد مفهوم المنفعة العامة عند قيامها بالتأميم، فلا يوجد دوليا أي معيار يحدد مفهوم المصلحة العامة فكل دولة تقرر بنفسها ما تراه مصلحة عامة[441].

بتعبير أخر، فإن المصلحة العامة هي المصلحة الخاصة للدولة المضيفة حسبما تراه، فهي صاحبة الحق في تقدير المنفعة العمومية. الأمر الذي قد يفتح المجال للتعسف في استعمال السلطة ويجعل تطبيق هذا الشرط صعب الإثبات، خاصة وأن القانون الداخلي غالبا ما يتوقف عند تعريف المصلحة العامة، كما هو الحال بالنسبة للقانون الجزائري الذي لم يتضمن تعريفاً محدداً لحصر مفهوم المنفعة العمومية وتحديد المقصود منها، بل ترك مسألة تقديرها للإدارة في إطار السلطة التقديرية للدولة حسب ما تراه في كل حالة عند تقديرها للأراضي القابلة للنزع، وتحديد المشاريع التي تنطبق عليها عمليات التأميم استعمالا لامتيازاتها حسب مصلحتها، فصدور القانون القاضي بالتأميم بينة قاطعة على تحقيق المنفعة العامة في المشروع المراد تأميمه[442].

لذلك يرى الفقه أن المصلحة العامة مصطلح غامض ليس له تعريفاً محدداً، ونظرا للغموض الذي يشوب هذا المصطلح اتجهت بعض هيئات التحكيم إلى استبعاده، ومنها لجنة التحكيم في قضية " Liamco" التي رفضت الاعتماد عليه كشرط ضروري لنزع الملكية أو التأميم[443].

لكنه، وبالرغم من الغموض الذي يشوب هذا المصطلح، فإن تمسك الدولة بحجة المنفعة العمومية لتبرير قرار تأميم المشاريع الاستثمارية أو الاستيلاء عليها يكون من الصعب التصدي

---

[441]– هذا ما جاء في مذكرة المكسيك عام 1938 ردا على الولايات المتحدة وبريطانيا في أعقاب الإجراءات التي اتخذتها في مواجهة رعايا الدولتين عام 1938 بمناسبة تأميمها لصناعات البترول، على أن المصلحة العامة لاتخاذ إجراءات التأميم هي المصلحة العامة التي تقدرها الدولة المضيفة نفسها. نقلا عن: **عمر هاشم محمد صدقة**، ضمانات الاستثمارات...، المرجع السابق، ص 56.

[442] – **حسين نوارة**، "الحماية القانونية لملكية المستثمر الأجنبي في الجزائر"(مقال)، المرجع السابق، ص ص. 83-84.

[443] – لقد أشار قرار التحكيم في هذه القضية صراحة لذلك فمايلي :

«Le principe d'tulité publique n'est pas une condition nécessaire pour la légalité d'une nationalisation … »

نقلا عن: **عيبوط محند وعلي**، الحماية القانونية للاستثمارات الأجنبية في الجزائر، المرجع السابق، ص 182.

له ومواجهة تصرفات الدولة لعدم فعليتها، إلا إذا كانت المنفعة العمومية المصرح بها خارج حدود المعقول، كأن يكون قرار التأميم مجرد إجراء انتقامي ضد ملكية المستثمر الأجنبي وبغرض التحكم فيها، أو مجرد قرار ذا طابع سياسي، كأن يكون اللجوء إلى التأميم كوسيلة لمواجهة أحداث سياسية وليس لأسباب اقتصادية، أو يكون لغرض تحقيق الدولة لمصالح فردية لأحد مواطنيها أو مؤسساتها.

هذا ما قضت به محكمة التحكيم في نزاع الشركة الأمريكية(B.P. EXPLORATION) مع الحكومة الليبية، بمناسبة التأميم الشامل للشركة من طرف الحكومة الليبية، بوجوب تعويض الشركة الأمريكية باعتبار التأميم غير مشروع، لأنه مبني على أسباب سياسية يجعله مميزا[444].

أمام استحالة مراقبة فكرة المصلحة العامة التي قد تتخذها الدولة المضيفة كحجة في حالة نزع الملكية، كان لابد من ربط موضوع نزع الملكية للمنفعة العامة بمبدأ المساواة وعدم التمييز بشأن الأموال المنزوعة، واعتباره بمثابة معيار لتوافر شرط المصلحة العامة.

ثانيا: المساواة وعدم التمييز

يعتبر مبدأ عدم التمييز من مبادئ القانون الدولي الكلاسيكي، والمعترف به في الإعلان العالمي لحقوق الإنسان[445]، فهو من القيود الدولية العرفية التي تدخل في مضمون الحد الأدنى للحماية الدولية للمال الأجنبي، يراد به عدم التفرقة في المعاملة بين أكثر من فئتين متساويتين في المراكز القانونية وفي الإجراءات التي تتخذ تجاه كل منهما.

يستند الفقه الدولي إلى مبدأ المساواة في المعاملة كمعيار للتفرقة بين العمل المشروع والعمل غير المشروع، فالأعمال الصادرة عن السلطات العامة للدولة المضيفة تعتبر أعمالا مشروعة متى صدرت بحسن نية ودون تمييز بين المستثمرين، فلا يجوز للدولة المضيفة أن

444– نقلا عن: **قرطبي سهيلة**، منظومة التحكيم ومساهمتها في حل منازعات الاستثمار، أطروحة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه في العلوم، تخصص القانون الخاص، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2018، ص37.

445 – ورد النص على مبدأ المساواة في المادة 07 من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان الذي تبنته الجمعية العامة للأمم المتحدة في 10 ديسمبر سنة 1948 في باريس كما يلي:

" **كل الناس سواسية أمام القانون ولهم الحق في التمتع بحماية متكافئة عنه دون أية تفرقة، كما لهم جميعا الحق في حماية متساوية ضد أي تمييز يخل بهذا الإعلان وضد أي تحريض على تمييز كهذا**".

تتخذ إجراء التأميم في مواجهة ممتلكات المستثمرين الأجانب دون الوطنيين ما يجعل الصفة الأجنبية وحدها المبرر الأساسي للتأميم بسبب جنسيتهم وانتمائهم العرقي أو الديني أو الطائفي.

هذا ما قضت به محكمة العدل الدولية الدائمة في قضية (Oscarchini) حيث اعتبرت أن التفرقة الممنوعة هي التي تقوم على أساس الجنسية، والتي تستتبع معاملة مختلفة لأشخاص ينتمون لجماعات وطنية متعددة[446]. فلا يجوز للدولة المضيفة أن تقوم بتأميم مشروعات رعايا دولة معينة دون تأميم مشروعات رعايا دولة أخرى مماثلة، أي أن التأميم لابد أن يوجه إلى المشروع وليس إلى شخص محدد بالذات.

لذلك يرفض الفقه التأميم الإصلاحي الذي انتهجته سابقا العديد من الدول النامية تجاه الممتلكات الأجنبية، بهدف التخلص من الاستعمار والسيطرة الأجنبية، كونه يخل بمبدأ المساواة، ويعتبر أن كل إجراء حكومي ينطوي على تمييز فهو إجراء غير مشروع حتى ولو كان جزءا من برنامج إصلاح عام، طالما كان الإجراء موجها بطريق مباشر للمستثمرين الأجانب دون غيرهم، ويستوجب المساءلة الدولية طبقا لقواعد القانون الدولي[447].

بعبارة أخرى، إن تطبيق مبدأ عدم التمييز في مجال نزع الملكية أو التأميم يقتضي أنه لا يجوز أن ينطوي هذا الإجراء على تمييز مجحف بين الأجانب والوطنيين، أو فيما بين الأجانب أنفسهم، فإذا أثر الإجراء الحكومي بطريقة سلبية في إخضاع المستثمرين من جنسية دون أخرى والمشتغلين بذات النشاط الاستثماري أو بين المستثمرين الأجانب والوطنيين العاملين بذات النشاط، اعتبر نزع الملكية أو التأميم إجراءا غير مشروعا دوليا.

من الأمثلة العملية التي كرست هذا المبدأ، اعترض الولايات المتحدة الأمريكية في عام 1948 على التأميمات الرومانية للمشروعات الصناعية المملوكة للرعايا الأمريكيين، كونها قد استثنت من هذه الإجراءات الممتلكات السوفيتية، بما يتضمن إخلالا بقاعدة المساواة وعدم التمييز. وكذلك احتجت الحكومة الهولندية في عام 1985 على التأميمات الاندونيسية للمشروعات الهولندية، التي وصفتها بأنها إجراءات تميزية وغير مشروعة لكونها انصبت على ممتكات الهولنديين فقط[448].

---

446 – نقلا عن: **منصور مصطفى يوسف**، النظام القانوني...، المرجع السابق، ص 168.

447 – **عاطف ابراهيم محمد**، ضمانات الاستثمار...، المرجع السابق، ص 183.

448– نقلا عن: **عبد المومن بن صغير**، "دور اتفاقيات..."، المرجع السابق، ص 167–168.

يقتضي تطبيق مبدأ المساواة وعدم التمييز كذلك وجوب مراعاة المساواة في مقدار التعويض الذي تمنحه الدولة للمستثمرين الأجانب المنزوع ملكيتهم، إلا إذا كانت هناك اتفاقيات دولية تجيز التفرقة بينهم وبين الوطنيين في مجال التعويض.

إن إعمال مبدأ المساواة بهذا الشكل لا يعفي الدولة المضيفة من مسؤوليتها الدولية في حالة اتخاذها لإجراءات التأميم ونزع ملكية الأجانب دون أن تؤدي أية تعويضات مقابل ذلك، بحجة تطبيق مبدأ المساواة مع الوطنين، ذلك لأن التزامها بالتعويض يمثل أحد القيود التي يفرضها العرف الدولي. أي أنه لا يجوز للدولة إعمال مبدأ المساواة بشكل يؤدي إلى الإنقاص من معاملة المستثمر الأجنبي عن الحد الأدنى المقرر بمقتضى العرف الدولي، ولا يصح للدولة أن تتنصل من التزامها في أداء التعويض للمستثمر الأجنبي الذي نزعت ملكيته بحجة أنها قد احترمت مبدأ المساواة وعدم التمييز، فمثل هذا الاتجاه يتعارض في الواقع مع الحد الأدنى لحقوق المستثمرين الأجانب المقررة لهم بمقتضى قواعد العرف الدولي.

بعبارة أخرى، إذا كان للدولة أن تعامل رعاياها على النحو الذي تراه مناسبا، فإنها لا تستطيع أن تقلل في معاملة المستثمرين الأجانب عما هو مقرر لهم بمقتضى قواعد العرف الدولي من حقوق.

هذا، ويقتضي تطبيق مبدأ المساواة في مجال الاستثمار أيضا الأخذ بعين الاعتبار لكافة الظروف المحيطة بإجراءات نزع الملكية التي تتخذها الدولة المضيفة للاستثمار، فإذا كانت الدولة لا تملك من حيث الأصل استنادا لمبدأ المساواة أن تتخذ إجراءات نزع الملكية في مواجهة المستثمرين الأجانب من دون الوطنيين، لها مع ذلك أن تتخذ مثل تلك الإجراءات والتمييز في معاملة الاستثمار الأجنبي، إذ كان ذلك من شأنه أن يحقق استقلالها الاقتصادي أو المحافظة عليه، فموقف الدولة في هذه الحالة يدخل في صميم اختصاصها الداخلي وفقا لحريتها المطلقة في معاملة رعاياها، فقد تتوخى تلك الدولة من وراء هذا الإجراء إلى تحقيق أهداف سياسية واقتصادية معينة مثل تشجيع الاستثمارات الأجنبية[449].

نظرا لأهمية مبدأ المساواة في معاملة الاستثمارات الأجنبية، فقد أصبح من المبادئ المشتركة بين القانون الدولي العرفي والقانون الدولي ألاتفاقي، وتنص عليه في معظم الاتفاقيات

[449] – **دريد محمود السامرائي**، الاستثمار الأجنبي...، المرجع السابق، ص 226.

الدولية الثنائية والجماعية المتعلقة بتشجيع وحماية الاستثمار الأجنبي، وتقتضي بأنه على الدول الأعضاء ضرورة احترام مبدأ المساواة وعدم التمييز في معاملة رعايا الدول الأخرى المتعاقدة معها، ومنع كل أشكال التمييز سواء كان ذلك بين المستثمرين الوطنيين والأجانب، أو بين المستثمرين الأجانب فيما بينهم[450]، فيستفيد المستثمر في كل مراحل عملية الاستثمار من معاملة عادلة.

ثالثا: عدم مخالفة التزام تعاقدي سابق

من المبادئ المستقر عليها في القانون الدولي العام أن تتقيد الدولة بما تعهدت به من التزامات بمقتضى المعاهدات الدولية، فالدولة إذا تعهدت بمقتضى معاهدة دولية بالامتناع عن المساس بالمشروعات الأجنبية كعدم تأميمها، فإنها إذا تجرأت بعد ذلك وقامت بتأميمها تكون قد أخلت بالتزاماتها الدولية، ويترتب عن ذلك عدم شرعية تصرفها وفقا لأحكام القانون الدولي.

هذا ما استقر عليه معهد القانون الدولي في دورة انعقاده عام 1952، مؤكدا أنه يجب على الدولة أن تحترم المعاهدات التي تعهدت فيها بعدم التأميم، فإذا نقضت الدولة تعهداتها بعد ذلك وقامت بتأميم الأموال الأجنبية، فإنها تكون قد أخلت بالتزاماتها الدولية، وتتعرض بذلك للمسؤولية الدولية، واعتبار الإجراء غير مشروع دوليا[451].

كما يتجه القضاء الدولي في هذا الاتجاه، حيث اعتبرت محكمة العدل الدولية الدائمة في قضية "Certain German Interests in polish upper Silesia"بين ألمانيا وبولندا، أن الدولة التي تتعهد بمقتضى معاهدة دولية بالامتناع عن تأميم مشروعات أجنبية، تكون قد أخلت بالتزاماتها الدولية إذا قامت بتأميم هذه المشروعات استنادا إلى مبدأ احترام الحقوق المكتسبة، وقررت المحكمة عند تحديد التعويض المستحق لألمانيا عن الأضرار التي لحقت بملكية

---

[450] – من أهم تطبيقات هذا الشرط نذكر ما نصت عليه المادة 06 من الاتفاقية الموحدة لاستثمار رؤوس الأموال العربية بين الدول العربية التي تنص على أنه:

" **يعامل رأس المال العربي المستثمر في الدولة الطرف التي يقع فيها الاستثمار معاملة رأس المال المملوك لمواطني تلك الدولة بلا تمييز، ويكون له تلقائيا عين المركز القانوني من حيث الحقوق والالتزامات والقواعد والاجراءات...**".

مرسوم رئاسي رقم 95-306، مؤرخ في 07 أكتوبر سنة 1995، يتضمن المصادقة على الاتفاقية الموحدة لاستثمار رؤوس الأموال العربية في الدول العربية، المرجع السابق.

[451] – **عليوش قربوع كمال**، قانون الاستثمارات في الجزائر، المرجع السابق، ص 115.

رعاياها نتيجة مخالفة بولندا لمعاهدة جنيف، أن عمل بولندا الذي يشكل هذه المخالفة لم يكن نزع ملكية ولكنه كان اغتصابا للممتلكات والحقوق والمصالح، ولا يمكن نزع ملكيتها إلا بناءا على الشروط التي نصت عليها معاهدة جنيف[452].

هذا ما أكدته أيضا محكمة العدل الدولية في حكمها الصادر في 19 ديسمبر سنة 2005، حين اعتبرت أن حكومة الكونغو قد انتهكت من جهتها التزامات الواجبة عليها إزاء أوغندا بموجب اتفاقية فيينا للعلاقات الدبلوماسية لعام 1961، حينما أساءة معاملة الأشخاص المشمولين بالحماية بمقتضى الاتفاقية المذكورة، وامتنعت عن توفير الحماية لهم وللمتلكات المشمولة بالحماية نفسها[453].

يؤسس الفقهاء إلزامية المعاهدات الدولية على ثلاثة مبادئ تعتبر قواعد عرفية وهي: مبدأ حسن النية، ومبدأ العقد شريعة المتعاقدين، ومبدأ سمو أو أولوية الالتزامات الدولية على الالتزامات الناشئة عن القانون الوطني[454]، واستنادا لذلك، فإنه إذا تعهدت دولة ما بمقتضى معاهدة دولية بالامتناع عن اللجوء إلى تأميم أموال أجنبية، فإنها تعد مخلة بالتزاماتها الدولية إذ قامت بنقض تعهدها ومن ثم تتعرض للمسؤولية الدولية، ويجب على الدولة المضيفة للاستثمار ملزمة باحترام مبدأ حسن النية في تنفيذ العقود الدولية بما يضمن للمستثمر تنفيذ استثماره مقابل الحصول على حقوقه المالية[455].

بالرغم من اعتبار مبدأ احترام الدولة لتعهداتها الدولية السابقة مبدأ ثابت ومستقر عليه في القانون الدولي، إلا أن تطبيقه يصطدم مع نظرية "تغيير الظروف"، التي بموجبها يمكن للدولة التحلل من الالتزام بأحكام ما عقدته من معاهدات.

طبقا لنظرية تغير الظروف يحق لكل دولة التحلل بإرادتها المنفردة من الالتزامات الناشئة عن معاهدة دولية عند حدوث أي تغيير جوهري في الظروف عما كانت عليه عند إبرام

---

[452]– أنظر حول تفاصيل قضية "Certain German Interests in polish upper Silesia": **عمر هاشم محمد صدقة**، ضمانات الاستثمارات...، المرجع السابق، ص 58.

[453]– تقرير محكمة العدل الدولية، 01 أغسطس 2017– 31 يوليو 2018، الجمعية العامة، الدورة الثالثة والسبعون، الملحق رقم 04، الأمم المتحدة، نيويورك، 2018، ص 26.

[454]– **عبد المومن بن صغير**، "دور اتفاقيات..."، المرجع السابق، ص 165.

[455] – **كعباش عبد الله**، مسؤولية الدولة...، المرجع السابق، ص 562.

المعاهدة، وحسب الفقه الحديث فإنه يكفي لذلك أن تكون هذه الظروف الجديدة غير متوقعة وغير راجعة لخطأ الدولة التي تريد التحلل من التزاماتها بمقتضى المعاهدة، ولا شأن لأطرف المتعاهدة في هذا التغيير أو مدى توقعاتهم له[456].

إلى جانب هذه النظرية، يلاحظ أن القيود التي تضعها الدولة المضيفة في وجه الشركات الأجنبية لا تعد عائقا أو سببا للمسؤولية إذا كان المستثمر الأجنبي على علم بها وقبل الاستثمار في ظلها، لكن خرق الدولة المضيفة لما تم الاتفاق عليه أو ما التزمت به من خلال تشريعاتها أو بموجب تعهداتها الدولية هو الذي يشكل سببا لمسؤوليتها، فإعمالا بمبدأ العقد شريعة المتعاقدين فإنه لا يجوز إتاحة الفرصة لأي طرف للنيل من الالتزامات العقدية القائمة بين الطرفين، وهذا لضمان استقرار المراكز القانونية لأطراف العقد.

لكن الدولة بما لها من وارتباطات تنموية اتجاه المجتمع، وحقها في السيادة على ثرواتها الطبيعية، أمرا يقتضي منحها قدرا من المرونة والتحلل من بعض الارتباطات الخاصة إذا اقتضت الضرورة ذلك، وهذا هو مصدر الخلاف القائم بين الدول المضيفة والمستثمرين الأجانب.

إذ تعتبر الدول المضيفة أن عدم تمكينها من التحلل من التزاماتها في عقود الاستثمار عندما تقتضي الضرورة ذلك يشكل عائقا في وجه التعاون الاقتصادي الدولي، وأن تشبيه التعاقدات الدولية بالمعاهدات وغيرها من الاتفاقيات الدولية المبرمة بين الدول، بحجة أنها تستمد قواتها من مبدأ العقد شريعة المتعاقدين، وجعل الالتزامات الناشئة عنها التزامات دولية يترتب عنها قيام مسؤوليتها الدولية، يؤدي إلى توسع غير عقلاني للمبدأ، وسيؤدي إلى تنازل الدولة عن ثرواتها القومية وبالتالي التنازل عن سيادتها[457].

فالدول المضيفة ترى أنه من حقها إنهاء العقود بإرادتها المنفردة كعقود الامتياز الممنوحة للمستثمرين، باعتباره من التصرفات المشروعة للدولة ولا تعتبر مخالفة للقانون الدولي. أما مخالفة الدولة لالتزاماتها المقررة بمقتضى المعاهدات الدولية الثنائية أو الجماعية، فهو يعد إخلال بالتزام دولي سابق ويجعل التصرف غير مشروعا ويثير المسؤولية الدولية.

---

[456] – **عمر هاشم محمد صدقة**، ضمانات الاستثمارات...، المرجع السابق، ص 60 .

[457] – **زروال معزوزة**، الضمانات القانونية...، المرجع السابق، ص 368.

تسري في هذا الاتجاه معظم الممارسات الدولية الحديثة، إذ يتم إدراج هذا الشرط صراحة في مضمون الاتفاقيات الدولية المتعلقة بتشجيع وحماية وضمان الاستثمارات الأجنبية، فتؤكد على أن كل دولة لها الحرية في اتخاذ الإجراءات التي تعمل على توفير الرخاء والتنمية لشعبها، وقد تكون هذه الإجراءات نزع ملكية عقارات مملوكة لأشخاص وهيئات أجنبية، إلا أن هذه الحرية ليست مطلقة بل يوجد قيدا عاما يقتضي عدم التمييز ضد الأجانب، وعدم مخالفة ما تعهدت به الدولة سابقا من التزامات دولية[458]، بالاضافة إلى وجوب دفع التعويض عن الخسائر المترتبة عن اتخاذها لمثل هذه الإجراءات.

رابعا: وجوب التعويض

يعترف القانون الدولي العرفي لكل دولة بحقها في التأميم ونزع ملكية الأجانب، بشرط التزامها بالتعويض عن ذلك. فدفع التعويض عن التأميم هو التزام تفرضه قواعد القانون الدولي على الدولة المؤممة، وهو من الحقوق الأساسية التي تدخل في مضمون الحد الأدنى لحقوق الأجانب المقررة بمقتضى العرف الدولي[459].

أثارت مسألة مقابل التأميم نقاشا فقهيا على درجة كبيرة من الأهمية، بين من يعتبر التعويض مقابل التأميم هو شرط من شروط تحققه، وأي إجراء تتخذه الدولة من شأنه المساس بملكية الاستثمارات الأجنبية دون أن يصاحبه أداء تعويض كامل يعد إجراء شبيه بالمصادرة وتصرف غير مشروع دوليا، وبين من يرى أن التعويض مجرد أثر من أثار التأميم وليس شرطا لتحققه، وحق المستثمر في الحصول على التعويض في حالة الاستيلاء على أمواله يعد النتيجة

---

[458]– نذكر مثلا ما ورد في الفقرة (ب) من المادة 06 من اتفاقية الجزائر وهولندا التي تنص على مايلي:

"**لا يتخذ أي طرف متعاقد حيال مستثمري الطرف المتعاقد الآخر تدابير تحرمهم بطريقة مباشرة أو غير مباشرة من استثماراتهم، إلا إذا توفرت الشروط الآتية:(ب)– أن تكون هذه التدابير غير تمييزية ولا تتعارض مع التعهدات التي التزم بها الطرف المتعاقد الذي اتخذ مثل هذه التدابير...**"

اتفاقية تشجيع والحماية المتبادلتين للاستثمارات بين الجمهورية الجزائر ومملكة هولندا، الموقع بلاهاي في 20 مارس سنة 2007، المصادق عليها بموجب المرسوم الرئاسي رقم 07–378، المؤرخ في 01 ديسمبر سنة 2007، ج. ر.ج.ج، العدد 78، الصادرة في 2007/12/12.

[459]– **عصام الدين مصطفى بسيم**، النظام القانوني للاستثمارات الأجنبية الخاصة في الدول الآخذة في النمو، المرجع السابق، ص 272.

الطبيعية للإخلال بالتزام دولي من جانب الدولة المضيفة[460].

أما القانون الدولي المعاصر، فقد أقر بدوره بمبدأ التعويض ويعتبره شرط أساسي لقيام الدولة بتأميم ممتلكات الأجانب، فالدولة ملزمة بحماية الحقوق المكتسبة للأجانب المقيمين على إقليمها وحماية أموالهم وممتلكاتهم، وإذا قامت بالاستيلاء على هذه الأموال أو تأميمها، فإنها بذلك تكون قد أخلت بالالتزام الدولي، مما يؤدي إلى قيام التزامها بتعويض الأجنبي.

إلا أن مسألة التعويض في مجال الاستثمار لا تزال تثير النقاش حول مقداره وأوصافه والطريقة التي يجب أداءه بها، لاسيما وأن مفهوم التعويض المستحق ليس مفهوما موحدا بين الدول المستوردة لرأس المال والدول المصدرة. فقد عرفت مسألة احتساب مبلغ التعويض المستحق عن نزع الملكية والتأميم في القانون الدولي مرحلتين:

المرحلة التقليدية، إذ يشترط أن يبين قرار نزع الملكية أو التأميم المعايير التي على أساسها يتم نزع الملكية والتعويض الذي يتفق مع مقدار الضرر وأوصافه، فيشترط أن يكون التعويض فوريا وكافيا وفعالا، والذي يعني مايلي:

التعويض الفوري(Prompte): أي التعويض الذي يتم دفعه فوريا دون تأخير، وأن يتم دفع فائدة معقولة على المبالغ المتأخر دفعها وبالعملة نفسها[461].

التعويض الكاف(Adéquate): وهو ما يعرف كذلك بالتعويض الملائم الذي يشمل الخسارة التي وقعت والكسب الفائت، أي التعويض الذي يغطي الخسارة الفعلية التي تتحدد غالبا بقيمة كافة الأموال التي انتزعت ملكيتها تبعا للسعر السائد في السوق وقت وقوع الإجراء، أوفي الوقت السابق مباشرة على إعلان القرار بحصول الدولة على هذه الأموال، بالإضافة إلى الأرباح المستقبلية أي مافت المستثمر من كسب، إلى جانب فوائد الرأسمال الفعلي لمبلغ التعويض في حالة ما إذا كان الدفع مؤجلا أو لسبب آخر[462].

---

460 – **عمر هاشم محمد صدقة**، ضمانات الاستثمارات...، المرجع السابق، ص 45.

أنظر كذلك: **ريد محمود السامرائي**، الاستثمار الأجنبي...، المرجع السابق، ص 226.

461– **معيفي عزيز**، "تعويض المستثمر بين القانون الدولي والقانون الجزائري: آلية لتفعيل العملية الاستثمارية"، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، السنة التاسعة، المجلد 17، العدد 01، الجزائر، 2018، ص 465.

462– **هشام صادق**، الحماية الدولية للمال الأجنبي، المرجع السابق، ص 30.

التعويض الفعّال(Effective): يكون التعويض فعالا إذا تم دفعه بالعملة التي استحضرها المستثمر، أو بعملة أخرى قابلة للتحويل بحرية أو يقبلها المستثمر، فيكون التعويض فعالا إذا تم دفعه بشكل يحقق الفائدة للمستثمر الأجنبي[463].

على هذا النحو، يشترط المفهوم التقليدي للتعويض أن يكون التعويض فوريا وكافيا وفعالا، وأية مخالفة لذلك تشكل مخالفة للقانون الدولي وتصرف غير مشروع كما اتجهت إليه الدول الغربية[464].

غير أن هذه القواعد التي أرستها المرحلة التقليدية في طريقة احتساب مبلغ التعويض لقيت بالرفض لاسيما من طرف الدول النامية، إذ لوحظ أن المفهوم التقليدي للتعويض مفهوما يتعارض مع السيادة الاقتصادية للدولة على ثرواتها، والذي يخول للدولة الحق في التأميم وإعادة تنظيم الهيكل الاقتصادي وإدخال الإصلاحات الاقتصادية التي تراها ملائمة.

بذلك عرفت المرحلة الحديثة إعلان الدول النامية لرفضها للمفهوم التقليدي للتعويض، ونادت بتطبيق قاعدة دولية جديدة تقوم على مبدأ التعويض المناسب والملائم، مستندة في ذلك إلى قرارات الأمم المتحدة المتعلقة بالموضوع، وأهمها: قرار الجمعية العامة رقم 1803 المؤرخ في 14 ديسمبر سنة 1962، بشأن السيادة الدائمة على الموارد الطبيعة الذي يؤكد على مبدأ التعويض العادل، وأن التأميم ونزع الملكية أو المصادرة يجب أن يؤسس على قواعد وأهدف المنفعة العامة، وأن يحصل المالك السابق على تعويض مناسب وفقا للقواعد القانونية النافذة في الدولة متخذة الإجراء وفقا للقانون الدولي[465].

بهذا الشكل تعترف الدول النامية بمبدأ التعويض، لكنها ترفض المفهوم التقليدي للتعويض الذي تنادي به الدول الغربية(أي التعويض الفوري والكافي والفعال)، فهي تعتبر أن تأميم

463– **معيفي عزيز**، "تعويض المستثمر بين القانون الدولي والقانون الجزائري: آلية لتفعيل العملية الاستثمارية"، المرجع السابق، ص 465.

464– لمزيد من التفاصيل حول التعويض بالمفهوم التقليدي الذي نادت به الدول الغربية أنظر: **هشام صادق**، الحماية الدولية للمال الأجنبي، المرجع السابق، ص ص. 30–31.

465 – لقد ورد قرار الجمعية العامة رقم 1803 كالآتي:

« L'indemnisation appropriée est celle qui tient compte des circonstances de l'espèce en droit international ».

نقلا عن: **عيبوط محند وعلي**، الاستثمارات الأجنبية في القانون الجزائري، المرجع السابق، ص 340.

الاستثمارات الأجنبية يرتبط بحقها في ممارسة السيادة الكاملة والدائمة على ثرواتها الطبيعية وأنشطتها الاقتصادية، بشرط أن تلزم بدفع تعويض مناسبا لأصحابها، على أن يؤخذ في الاعتبار عند تقديره وكيفية دفعه قوانين هذه الدول، وكافة الظروف التي تعتبر في نظرها وثيقة الصلة.

تستند الدول النامية في هذا الخصوص إلى المادة 2/2 من اللائحة رقم 3281 لعام 1974 الصادرة عن الجمعية العامة للأمم المتحدة في الدورة التاسعة والعشرون بشأن ميثاق الحقوق والواجبات الاقتصادية للدول، التي تنص على أنه:

"**من حق كل دولة أن تؤمم الممتلكات الأجنبية أو تنزع ملكيتها مقابل تعويض مناسب، يتم تقديره وفقا لقوانين الدولة التي قامت باتخاذ هذه الإجراءات على أن تأخذ في الاعتبار كافة القوانين والظروف التي لها صلة، وتخضع المنازعات بشأن التعويض لقوانين الدولة ذاتها، وتختص محاكمها بالفصل فيها**" [(466)] .

يؤكد هذا النص على أن الدول المؤممة حرة في اختيار طريقة التعويض، فأصبح احتساب التعويض يتم على أساس القيمة السوقية العادلة لأصول المشروع وليس القيمة النقدية أو الدفترية، فضلا عن أن يكون التعويض مناسبا يأخذ بعين الاعتبار الإمكانيات المالية للدول النامية، وفي أية حال تثير فيها مسألة التعويض نزاعا فيجب تسويته وفقا للقانون الوطني للدولة المعنية.

إن القانون الدولي لم يحدد على أي أساس يحتسب عليه التعويض، إنما ترك السلطة التقديرية في ذلك للدول المضيفة وفقا لقوانينها الوطنية لتحديد أوصاف التعويض[(467)]، والمعايير

---

[466]– نقلا عن: **خالد الجمعة**، " إنهاء الدولة..."، المرجع السابق، ص 113.

[467]– بالرجوع إلى القانون الجزائري نجد أن المشرع ذكر تقريبا كل أوصاف التعويض المعروفة في القانون الدولي العرفي، فيؤكد على أن نزع الملكية والتأميم يجب أن يتم مقابل دفع "**التعويض القبلي العادل والمنصف**"، كما ورد ذلك في نص المادة 20 من الدستور الجزائري لسنة 1989، الصادر بموجب المرسوم رئاسي رقم 89–18 المؤرخ في 28 فيفري سنة 1989، المتضمن إصدار دستور الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، ج.ر.ج.ج، العدد 09، الصادرة في 1989/03/01.

يلاحظ أن العبارة ذاتها وردت أيضاً في الدستور الجزائري لسنة 1996، والذي يؤكد على أنه:

" **لا يتم نزع الملكية إلاّ في إطار القانون. ويترتب عليه تعويض قبلي عادل، ومنصف**".

المادة 20 من المرسوم الرئاسي رقم 96–438 المؤرخ في 07 ديسمبر سنة 1996، المرجع السابق. =

التي على أساسها يتم تحديد قيمة التعويض وطريقة دفعه، والتي يمكن أن تحيل في ذلك إلى الاتفاقيات الدولية المتعلقة بحماية وتشجيع الاستثمارات المتبادلة، والتي تتضمن عبارات تحدد أوصافه وأشكاله، والتي قد تختلف من اتفاقية لآخرى باختلاف المصالح السياسية والاقتصادية للدول الأعضاء[468].

تتجه معظم الاتفاقيات الدولية المبرمة حديثا نحو تجريد التعويض من مفهومه التقليدي فلم تشترط في التعويض أن يكون شاملا وحالا وفعالا كما أراده الفقه الغربي التقليدي. إذ لم يعد

= كما وردت قاعدة التعويض العادل والمنصف في قانون نزع الملكية للمنفعة العامة، والذي ينص على أنه:
" **يجب أن يكون مبلغ التعويض عن نزع الملكية عادلا ومنصفا، بحيث يغطي كل ما لحقه من ضوء وما فاته من كسب بسبب نزع الملكية...**".
المادة 21 من القانون رقم 91-11 المؤرخ في 27 أفريل سنة 1991، الذي يحدد القواعد المتعلقة بنزع الملكية من أجل المنفعة العمومية، ج.ر.ج.ج العدد 21، الصادرة في 1991/05/08(المعدل والمتمم).
كما ورد النص على قاعدة التعويض العادل والمنصف في المادة 22 من القانون رقم 16-01 المؤرخ في 06 مارس سنة 2016، المتضمن التعديل الدستوري، التي تنص على مايلي:
"**لايتم نزع الملكية إلا في إطار القانون. ويترتب عليه تعويض عادل ومنصف**".
يلاحظ من خلال هذه المادة تراجع المؤسس الدستوري عن فكرة التعويض المسبق، والتي تعني التزام الدولة النازعة للملكية بأداء التعويض المستحق للمستثمر المنزوع ملكيته قبل المبادرة بإجراء نزع الملكية، وهذا خلافا لدستور1989 ودستور 1996 الذين نصا على قاعدة "التعويض القبلي العادل والمنصف".

[468]- يلاحظ في هذا الصدد أن أغلب الاتفاقيات الدولية المبرمة مع الجزائر تتضمن على قاعدة "التعويض المناسب والملائم"، ونذكر في ذلك مثلا: المادة 2/5 من الاتفاقية الجزائرية الفرنسية حول تشجيع وحماية الاستثمارات التي جاء فيها مايلي:
"**يجب أن ترفق تدابير نزع الملكية إذا اتخذت بدفع تعويض مناسب وفعلي يحسب مبلغه على أساس القيمة الحقيقية للاستثمارات المعنية...**".
مرسوم رئاسي رقم 94-01 مؤرخ في 02 يناير سنة 1994، يتضمن المصادقة على الاتفاقية المبرمة بين الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية وحكومة الجمهورية الفرنسية، بشأن التشجيع والحماية المتبادلين، فيما يخص الاستثمارات وتبادل الرسائل المتعلق بهما، الموقعين بمدينة الجزائر في 13 فبراير سنة 1993، ج.ر.ج.ج، العدد01، الصادرة في 1994/01/02.
كذلك المادة 1/5 من اتفاقية الجزائر وتونس حول التشجيع والحماية المتبادلة للاستثمارات التي تنص على مايلي:
" **يترتب على اتخاذ أي إجراءات نزع الملكية دفع تعويض فوري وملائم... ويتم هذا التعويض بصورة فعلية ويدفع دون تأخير وقابل للتحويل بكل حرية...**".
مرسوم رئاسي رقم 06-404 مؤرخ في 14 نوفمبر سنة 2006، يتضمن المصادقة على الاتفاق بين حكومة الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية وحكومة الجمهورية التونسية حول التشجيع والحماية المتبادلة للاستثمارات، الموقع بتونس في 16 فبراير سنة 2006، ج.ر.ج.ج، العدد 73، الصادرة في 2006/11/19.

يشترط في التعويض أن يكون فوريا بل يكفي مجرد إعلان الدولة بذلك، بل إن الوعد بالتعويض كاف لشرعية قرار التأميم والاعتراف بآثاره في الدول الأخرى[469].

كما يجوز أن يكون التعويض جزئيا يدفع على أقساط تمتد لعدة سنوات بما يتفق والقدرات المالية للدولة المؤممة، وهو ما يجرد التعويض من وصفه الشامل[470]، كما أنه لا يشترط أدائه بعملة الاستثمار أو بعملة الدولة التي ينتمي إليها المستثمر الأجنبي الذي أممت أمواله ومشروعاته، إنما يجوز أن يتم التعويض بالعملة المحلية للدولة المضيفة للاستثمار، وأن يتم دفعه وفقا لأحكام قانونها الداخلي، إلا إذا كانت هناك اتفاقية دولية تلزم الأطراف بالخضوع لأحكامها، والتي قد تستوجب تعويض عادل أو مناسب أو غير ذلك.

حسب ما استقر عليه الفقه المعاصر، فإن التعويض العادل لا يعني المساواة التامة بين مبلغ التعويض وقيمة المشروع الذي تناوله التأميم، إنما يجب أن يكون هذا التعويض مناسبا للمستثمر يأخذ بعين الاعتبار الظروف التي تم فيها التأميم أو نزع الملكية. ويستعمل التعويض بهذا المفهوم عندما يكون الهدف من نزع الملكية هو تحقيق إصلاحات اقتصادية واجتماعية وإعادة الهيكلة الاقتصادية بصفة عامة، أي وجود ظروف خاصة تمر بها الدولة المضيفة قد تستوجب التقليل من قيمة التعويض[471].

يلاحظ أن العديد من أحكام محاكم التحكيم الدولية اعتمدت على مبدأ التعويض المناسب واعتبرته كالتزام دولي بسبب أخذ ملكية الأجانب، وهذا ما ذهبت إليه محكمة العدل الدولية الدائمة عام 1968 في قضية (Chorzow) على أن الراجح في هذا المجال يشير فقط إلى

469– وهو ما قامت به المحاكم الفرنسية التي اعتدت بالتاميمات الجزائرية، وأكدت شرعيتها من الوجهة الدولية، بحكم أن الجزائر قد التزمت الوعد بمبدأ التعويض، وأكدت على أن " مجرد الوعد بالتعويض كاف لشرعية التأميم ويرتب أثاره القانونية". نقلا عن: **عبد المومن بن صغير**، "دور اتفاقيات..."، المرجع السابق، ص 169.

470– هذا ما حدث في النزاع البترولي الذي جرى بين ليبيا والشركات الأمريكية، بحيث لم ترد ليبيا الأمور إلى نصابها كما أمر به الحكم، ولم تدفع التعويضات بالمبالغ التي طالبت بها الشركات، فانتهت القضية بتسوية أدت إلى دفع تعويض عيني من البترول بمبلغ 151 مليون دولار على مدة 15 شهرا. نقلا عن: **عبد المومن بن صغير**، المرجع نفسه، ص 169.

471 – **عبد الله عبد الكريم محمد عبد الله**، ضمانات الاستثمار في الدول العربية: دراسة قانونية مقارنة لأهم التشريعات العربية والمعاهدات الدولية مع الإشارة إلى منظمة التجارة العالمية ودورها في هذا المجال، المرجع السابق، ص 79.

الالتزام "بدفع تعويض عادل". كما أشارت محكمة التحكيم في قضية (Aminoil) على أن أساس التعويض هو التعويض العادل[472].

في الواقع إن تجريد التعويض من وصفه الشامل والحال والفعّال على النحو المذكور، لا يحقق للمستثمر الأجنبي الحماية التي ينشدها، خاصة في الحالات التي يتم فيها التأميم ونزع الملكية ضمن تنفيذ إجراءات الاصلاح الاجتماعي في الدولة، حيث يعترف القانون الدولي بضرورة تجريد التعويض من أوصافه التقليدية في هذه الحالة.

لكنه ورغم اختلاف المواقف فيما يخص أوصاف التعويض، وطرق تقديره وأساليب دفعه، فإن الدولة المضيفة لا يمكنها أن تتنصل من هذا الالتزام الدولي، فهو ضمانة قانونية مهمة لتشجيع وتفعيل الاستثمارات في إطار توفير الحماية اللازمة، بل يعد من أهم الضمانات التي يمكن أن تقدمها الدول المضيفة للمستثمرين الأجانب في حال تأميم استثماراتهم، وفي حالة عدم استعدادها للدفع والالتزام بذلك تترتب عندئذ مسؤوليتها الدولية.

الفرع الثاني

جزاء التصرف في أموال الأجانب المخالف للقانون الدولي

يترتب على مخالفة الدولة المضيفة لمبادئ القانون الدولي العرفي المقررة لحماية أموال الأجانب عند اتخاذها لإجراءات التأميم والاستيلاء على الملكية الأجنبية، أن إجراء التأميم يتسم بعدم المشروعية، ويترتب عليه قيام مسؤولية الدولية والتزامها بالتعويض(أولا). وإذا تعسفت الدولة في استعمال الحق وقامت بتأميم أموال الأجنبي دون دفع أي تعويض مقابل ذلك، فليس للأجنبي سوى اللجوء إلى دولته لطلب حمايته بالوسائل السياسية والدبلوماسية(ثانيا) أو اللجوء إلى القضاء الدولي مباشرة للمطالبة بحقوقه(ثالثا).

أولا: المسؤولية الدولية للدولة المضيفة (التعويض)

من المتفق عليه أن انتهاك الدولة المضيفة للالتزامات الدولية ومخالفة قواعد ومبادئ القانون الدولي يثير المسؤولية الدولية، ويعد الانتهاك سلوكا غير مشروعا تأتيه الدولة متى تسببت في إلحاق الضرر بالغير[473].

---

472 – **منصور فرج السعيد**،"النظام القانوني..."، المرجع السابق، ص 322.

473 - **SALEM Mahmoud,** « Le développement …», op.cit, p 615 .

إن القانون الدولي لا يمنع الدول من الاستيلاء على أموال الأجانب إذا كانت الإجراءات المتخذة مطابقة لقواعد القانون الدولي، ومع ذلك تلتزم الدولة بتعويض الضرر بغض النظر عما إذا كان الفعل مشروعا أم غير مشروع، لأن هناك التزام بعدم الإضرار بالغير، إذ يسأل المتسبب في الضرر عن التعويض حتى ولو لم يثبت الخطأ في حقه، فمجرد انتهاك الالتزام الدولي من قبل الدولة المضيفة تقوم المسؤولية الدولية، لأن المخالفة تعني خرق القواعد القانونية الدولية، وهذا وحده كاف لإثارة المسؤولية الدولية للدولة المضيفة.

فالمسؤولية الدولية ليست سوى تعبير عن وضع قانوني ناجم عن انتهاك قاعدة قانونية أو التزام عقدي، أو فعل ضار يؤدي إلى إلحاق الضرر بالطرف المتضرر، يترتب عن قيامها وجوب التعويض، إذ يكون التعويض في هذه الوضعية واقعة لاحقة على إجراء التأميم وليس شرطا من شروط صحته[474].

هذا، ويقتضي الالتزام بالتعويض في حالة إخلال الدولة المضيفة بالقيود المفروضة عليها دوليا عند الاستيلاء على الملكية الأجنبية، ضرورة التمييز بين التعويض عن الاستيلاء المشروع، والتعويض عن الاستيلاء غير المشروع:

فإذا كان الاستيلاء وتأميم المشروع الاستثماري قد تم بطريقة قانونية فإن الدولة المتخذة لهذه الاجراءات في هذه الحالة تلتزم فقط بالتعويض عن قيمة الممتلكات المؤممة يوم التأميم. أما في حالة التأميم غير القانوني، تلتزم الدولة المؤممة بالاضافة لدفع قيمة أصول المشروع تعويض المستثمر عن ما فاته من كسب والمقدر إلى تاريخ انتهاء اتفاقية الاستثمار المبرمة بينه وبين الدولة المضيفة لاستثماره.

هذا ما ورد في حكم محكمة العدل الدولية في قضية "معمل كورزو" عام 1928 بأنه: "إذا كان التأميم قانونيا فإن الدول المضيفة للاستثمار تلتزم فقط بدفع قيمة الممتلكات المؤممة فقط في يوم التأميم، مع دفع فوائد على هذه القيمة حتى تاريخ الدفع، أما في حالة التأميم غير القانوني فتلتزم الدولة بدفع قيمة أصول المشروع والكسب الذي فاته، أي الكسب المقدر من تاريخ التأميم إلى تاريخ انتهاء اتفاقية الاستثمار"[475].

---

[474] – **هشام صادق**، الحماية الدولية للمال الأجنبي، المرجع السابق، ص 96.

[475]– نقلا عن: **خالد محمد الجمعة**، إنهاء الدولة...، المرجع السابق، ص 116.

ففي جميع الحالات يترتب للمستثمر الحق في التعويض، والذي يعتبر الأثر الطبيعي لإخلال الدولة المضيفة للاستثمار بالالتزاماتها الدولية، والتي تفرض عليها مسؤولية أداء التعويض للمستثمرين الأجانب عند الاستيلاء على أموالهم.

أثار موضوع المسؤولية الدولية للدولة المضيفة في مجال الاستثمار اختلافا فقهيا حادا بشأن طبيعة هذه المسؤولية، فظهر بذلك اتجاهين[476]:

أ- اتجاه يستند إلى المعيار الموضوعي، القائم على أن المسؤولية الدولية تفترض وجوب انتهاك قاعدة دولية، أو التزام دولي بغض النظر عن الطرف المتضرر.

ب- اتجاه أخر يستند إلى المعيار العضوي، الذي يقضي بأن المسؤولية الدولية لا تقوم إلا بين الأشخاص القانونية الدولية، وبالتالي استبعاد قيام المسؤولية الدولية للدول المضيفة في مجال الاستثمار الأجنبي كون أن النزاع لا يقوم بين أشخاص دولية، فالمستثمر الأجنبي يعتبر شخص خاص. وهذا ما أخذت به محكمة العدل الدولية في قضية تأميم "الشركة الانجلوايرانية"، بالاعتداد بصفة الأشخاص عندما قررت المحكمة بأن النزاع الذي يكون فيه أحد أطرافه شخص خاص(شركة أو شخص طبيعي) لا يختص به القضاء الدولي، وأنه لا يعدو أن يكون مجرد نزاع خاص يختص به القانون الدولي الخاص[477].

أما قواعد القانون الدولي الحديث، فتتجه إلى أن المسؤولية الدولية لا تقوم إلا إذا كانت في حق طرف أجنبي، فالصفة الأجنبية للمستثمر شرطا ضروريا وملازما لقيام المسؤولية الدولية للدولة المضيفة للاستثمار، فالأموال المملوكة للأجانب تحضى بحماية دولية هامة، إذ تسأل عنها الدولة المضيفة مسؤولية دولية وذلك بالتعويض عن الأضرار التي تلحق بها جراء تصرفاتها غير المشروعة، خلافا لأموال الاستثمار المملوكة لرعاياها والتي تستبعد من موضوع المسؤولية الدولية.

ثانيا: ممارسة الحماية الدبلوماسية

تعترف قواعد القانون الدولي الحديثة بحق المستثمر في اللجوء إلى دولته لطلب حمايته ضد أي اعتداء يقع عليه أو على أمواله في الدولة المضيفة، ومطالبتها بالتعويض عن

476 – أنظر في هذا الصدد: **كعباش عبد الله**، مسؤولية الدولة...، المرجع السابق، ص ص.11- 12.

477 – نقلا عن: **كعباش عبد الله**، المرجع نفسه، ص 12.

الأضرار التي تلحقه جراء ذلك، وذلك من خلال ممارسة حقه في الحماية الدبلوماسية واللجوء إلى دولته لطلب التدخل لحمايتـه بالوسائل السياسية والدبلوماسية.

تعد الحماية الدبلوماسية من أم الضمانات المقررة دوليا لحماية الاستثمارات الأجنبية، الهدف منها مطالبة الدولة المضيفة بتعويض الأضرار التي تصيب رعاياها بسبب تصرفاتها المخالفة للقانون الدولي، وبالتالي فهي نتيجة للمسؤولية الدولية للدولة المضيفة الناتجة عن تصرفاتها غير المشروعة[478].

يعتبر التدخل الدبلوماسي لدولة المستثمر المالك الذي تضرر من نزع الملكية وغيرها من الإجراءات التعسفية، من أهم وسائل الحماية الإجرائية المقررة في القانون الدولي، وتتم الحماية الدبلوماسية عن طريق الاحتجاج لدى الدولة المضيفة أو اللجوء الى وسائل دولية خاصة بتسوية المنازعات كاللجوء إلى المحاكم الدولية بواسطة دعوى المسؤولية الدولية [479]، لمطالبتها بالتعويضات المستحقة وفقا للأحكام الموضوعية المقررة في القانون الدولي لحماية الأجانب وممتلكاتهم ومشروعاته.

يشترط القانون الدولي لقبول دعوى الحماية الدبلوماسية، أن يكون طالب الحماية من مواطني الدولة التي تمارس الحماية لفائدة رعاياها، فالمستثمر طالب الحماية يجب أن يكون شخص أجنبي ينتمي بجنسيته لدولة أخرى غير الدولة التي يستثمر فيها، فأي اعتداء يتعرض له من طرف الدولة المضيفة يفترض أن يلقى حماية من قبل الدولة التي يحمل جنسيتها باعتباره أحد رعاياها. وبالتالي فإن المستثمر الذي لا يتمتع بأية جنسية لا يمكن حمايته دوليا في حالة تأميم أو نزع ممتلكاته، ولو تم ذلك بطريقة غير مشروعة من وجهة نظر القانون الدولي.

هذا ما أكدته محكمة العدل الدولية في قضية "جنوب غرب إفريقيا"، حيث رفضت المحكمة طلب جنوب غرب إفريقيا، معللة حكمها بأنه على الصعيد الدولي لا يمكن الاعتراف بتوافر الصفة لطالب الحماية ما لم يكن من ضحايا ذوي جنسية الدولة الطالبة، ولا يمكن المطالبة باحترام حقوق الضحايا إلا من قبل الدول التي يتمتع الضحايا بجنسيتها. كما رفضت

---

478 – **عيبوط محند وعلي**، الاستثمارات الأجنبية في القانون الجزائري، المرجع السابق، ص 255.

479 – **بقة حسان**، "دور الضمانات والمبادئ الدولية في حماية ملكية المستثمر الأجنبي"، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، مجلد 16، العدد 02، الجزائر، 2017، ص 100.

ذات المحكمة طلب الحكومة البلجيكية في قضية "برشلون تراكشن" بحجة أن الشركة لا تحمل جنسيتها، بل تحمل جنسية دولة أخرى وهي الدولة الكندية[480].

يتضح مما تقدم، أن الحماية الدبلوماسية ستكون عاجزة عن توفير الحماية بالنسبة للمستثمر عديم الجنسية الذي لن يجد دولة تتصدى لحمايته، فهذه الحماية تمارسها الدولة قصد مواجهة الانتهاكات التي يتعرض لها رعياها في الدول التي يتواجدون بها، فأي اعتداء على رعاياها يعد بمثابة اعتداء على سيادتها، ما قد يؤدي ذلك اضطراب في العلاقات الدولية وقد يصل الأمر فيه إلى تهديد الأمن والسلم الدوليين، مثلما حدث ذلك في عام 1956 عندما قامت الحكومة المصرية بتأميم "شركة قناة السويس العالمية" المملوكة لرعايا المملكة المتحدة، فأدى ذلك إلى حرب قادتها بريطانيا بالاشتراك مـع إسرائيل والولايات المتحدة الأمريكية[481].

كما يلاحظ أن نظام الحماية الدبلوماسية لا يحقق الحماية الكافية والضمان الكامل للمستثمر الأجنبي، فهو لا يخدم كثيرا مصالحه، فدولته الأصلية تأخذ أولا مصالحها الحيوية بعين الاعتبار قبل المصالح المادية لرعاياها، وأحيانا فإن قبولها لممارسة هذه الحماية قد يسفر عن اتفاق بين الدولتين ليس من شأنه أن يرضي مصالح المستثمر[482].

فهذه الحماية غالبا ما تخضع للاعتبارات السياسية والاقتصادية التي قد تؤدي إلى عدم اهتمام دولة المستثمر بحمايته، إذ يمكن لها أن ترفض ممارسة الحماية بهدف حماية علاقاتها مع الدول الأخرى، فهي تتمتع بسلطة تقديرية مطلقة في الموافقة أو رفض ممارسة هذه الحماية، والمستثمر المتضرر لا يستطيع أن يجبرها على ذلك. كما أنها تتمتع بحرية التصرف فيه مبلغ التعويض الذي قد تحصل عليه من الدولة المسؤولة عن الضرر، وقد تقبل بتعويض ضئيل جدا لا يتناسب مع قيمة الاستثمارات المملوكة لمستثمرها.

إضافة لذلك، يعاب على الحماية الدبلوماسية في كونها غير قادرة على توفر الحماية المطلوبة للاستثمارات الأجنبية في أوقات الحرب أو قطع العلاقات الدبلوماسية أو توترها[483].

---

480 – **كعباش عبد الله**، مسؤولية الدولة...، المرجع السابق، ص 59.

481 – **عمر هاشم محمد صدقة**، ضمانات الاستثمارات...، المرجع السابق، ص 83.

482 - **CARREAU Dominique,** Droit international, op.cit, p 419.

483 – **عمر هاشم محمد صدقة**، ضمانات الاستثمارات...، المرجع السابق، ص 83.

إلى جانب شرط الجنسية، يشترط في المستثمر وقبل لجوئه إلى الحماية الدبلوماسية ضرورة استنفاذه لكافة الوسائل الداخلية المتاحة في الدولة المضيفة للاستثمار لاستفاء حقوقه –إلا إذا ستثني ذلك بموجب اتفاقية دولية-، فقد استقر العرف الدولي في هذا المجال على أنه من الضروري حتى يمكن للأجنبي استدعاء تدخل دولته وطلب الحماية الدبلوماسية، أن يستنفذ كل وسائل التقاضي الداخلية في البلد المسؤول قبل اللجوء إلى المطالبة الدولية، لأن ذلك يمكن أن يساهم في التقليل من إثارة المنازعات الدولية.

لكنه غالبا ما تكون هذه الوسائل دون نتيجة ملموسة باعتبار قرار التأميم يتم بناء على قانون صادر عن السلطة التشريعية، ومن ثم فإن الهيئات القضائية ملزمة باحترام هذا القانون وعدم مخالفته[484]. لذلك تتجه الاتفاقيات الدولية الحديثة إلى الإقرار بحق المستثمر الأجنبي الذي أخذت ملكيته الجوء مباشرة إلى دولته وطلب الحماية الدبلوماسية دون اللجوء إلى وسائل التقاضي الداخلية، أو الاعتراف له باللجوء إلى القضاء الدولي مباشرة للمطالبة بحقوقه ومواجهة الدولة المضيفة المسؤولية عن الأضرار التي لحقت به دون حاجة لدولة جنسيته.

ثالثا: اللجوء إلى التحكيم الدولي

يعتبر اللجوء إلى التحكيم الدولي من أهم الضمانات الإجرائية المقررة حديثا لحماية الاستثمارات الأجنبية، خاصة بعد تبني المجموعة الدولية لاتفاقية واشنطن الخاصة بتسوية منازعات الاستثمار بين الدول ورعايا الدول الأخرى، التي أبرمت تحت مظلة البنك الدولي للإنشاء والتعمير في مارس سنة 1965[485] والتي تنص الفقرة الثانية من المادة الأولى منها على ما يلي:

"**غرض المركز هو توفير طريقي التوفيق والتحكيم من أجل تسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمارات تقوم بين الدول المتعاقدة من ناحية ورعايا الدول المتعاقدة الأخرى من ناحية ثانية...**".

فالمستثمر الأجنبي وفقا لأحكام اتفاقية واشنطن المنشئة للمركز الدولي لتسوية المنازعات (CIRDI)، يتمتع بوضع قانوني هام يمكنه من مقاضاة الدولة مباشرة أمام لجنة التوفيق أو

484– **عاطف ابراهيم محمد**، ضمانات الاستثمار...، المرجع السابق، ص 213 .

485 – اتفاقية تسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمارات بين الدول ورعيا الدول الأخرى المصادق عليها بموجب المرسوم الرئاسي رقم 95–346 مؤرخ في 30 أكتوبر سنة 1995، ج.ر.ج.ج، العدد 66، الصادرة في 1995/11/05.

محكمة التحكيم دون اللجوء إلى دولته في استفاء حقوقه[486]. كما تستبعد هذه الاتفاقية تطبيق فكرة الحماية الدبلوماسية، فلا يجوز لدولة المستثمر ممارسة حقها في الحماية الدبلوماسية إذا اتفق أحد رعاياها مع الدولة الأخرى في حالة نشوء نزاع بينهما على اللجوء إلى التحكيم الدولي لتسويته[487].

فالتحكيم الدولي وسيلة هامة للفصل في المنازعات التي قد تنشأ بين المستثمر الأجنبي والدولة المضيفة لاستثماره، ويعد من أهم الضمانات المقررة حديثا لحماية المستثمر الأجنبي الخاص، والذي قد يجد في الكثير من الأحيان صعوبة في الحصول على مساندة دولته في دعواه ضد الدولة المضيفة التي أضرت بمصالحه الاستثمارية.

عرف تطبيق نظام التحكيم الدولي في بداية الأمر صعوبة لقبوله، لاسيما من طرف الدول النامية حديثة الاستقلال، والتي ظلت ولفترة طويلة مترددة في قبول مبدأ التحكيم، وكانت تتخوف منه وذلك لأسباب تاريخية أو اقتصادية وقانونية[488]، فهي تدرك أن قبولها بالتحكيم سيؤدي بها إلى التنازل عن حصانتها القضائية بل حتى حصانتها التنفيذية[489].

---

[486]– عرف موضوع طبيعة الشخصية القانونية للمستثمر اختلافا فقهيا حادا، بين اتجاه مؤيد لفكرة تمتع الفرد بالشخصية الدولية واتجاه معارض للفكرة.

أما الإتجاه الحديث فيذهب نحو إمكانية الإعتراف بالشخصية الدولية للفرد لكن بشكل محدود، فالسماح للمستثمر الأجنبي بمقاضاة الدولة المضيفة أمام المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار تقرر بإرادة الدول المنشئة لاتفاقية واشنطن المنشئة لهذا المركز، والتي تؤكد في المادة 25 على أن اختصاص المركز في الفصل في المنازعات المعروضة عليه لا يكون إلا بين الدول ورعيا الدول الموقعة على اتفاقية واشنطن، أو الدول الأعضاء في اتفاقيات الحماية التي تبرمها مع الدول الأعضاء في هذا المركز أو تقبل باختصاصه، ما يفيد أن هذه الاتفاقية لا يمكنها أن تبرم إلا بين أشخاص القانون الدولي، والمستثمر شخص طبيعي أو معنوي لا يعدو أن يكون متمتعا بجنسية إحدى الدول الأطراف في هذه الاتفاقية، وبالتالي فإن الاعتراف لهذا المستثمر بالشخصية القانونية الدولية يبقى محدود. أنظر في هذا الموضوع: **كعباش عبد الله**، مسؤولية الدولة...، المرجع السابق، ص ص. 64-67.

[487] – المادة 27 من اتفاقية تسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمارات بين الدول ورعيا الدول الأخرى، المرجع السابق.

[488]– **عبد الحميد الأحدب**، موسوعة التحكيم: التحكيم في البلدان العربية، منشورات الحلبي، الطبعة الثالثة، بيروت، 2008، ص 353.

أنظر كذلك: **تعويلت كريم**، فعالية اتفاق التحكيم التجاري الدولي، أطروحة لنيل درجة دكتوراه في العلوم، تخصص: القانون، جامعة مولود معمري تيزي وزو، كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2017، ص ص.03-04.

[489]– **اقلولي محمد**، "العقود بين الدول ورعايا دول أخرى وتطور القانون الدولي للاستثمارات"، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، العدد الأول، كلية الحقوق، تيزي وزو، 2010، ص 98.

إلا أنه سرعان ما انتشر مبدأ التحكيم وعرف تطبيقا له في مختلف الأنظمة القانونية، نظرا لدوره في تشجيع تدفق الاستثمار الأجنبي، وتم النص عليه في مختلف الاتفاقيات الدولية لحماية الاستثمارات الأجنبية الخاصة، كما تتضمن عقود الاستثمار حديثا على بنود تخول للمستثمر حق اللجوء إلى التحكيم الدولي لفض المنازعات الناشئة عن استثماراته في الدول لأخرى، أو اللجوء إلى محكمة أو هيئة تحكيم يختارها الأطراف بما يكفل سرعة الفصل في المنازعات، ويبدد مخاوف المستثمر من خضوعه للقضاء الوطني للدولة المضيفة[490].

يلاحظ مما تقدم، أن القانون الدولي يولي اهتمام كبير بموضوع الحماية الدولية للاستثمارات الأجنبية، من خلال وضعه لمجموعة من المبادئ والقواعد التي تمثل حد أدنى من الحماية الموضوعية والإجرائية لحماية الاستثمارات الأجنبية، فهو يقرر أن التصرف في ملكية الأجانب عن طريق التأميم ونزع الملكية حق مكرس للدولة المضيفة استنادا إلى سيادتها إقليمية، لكن ممارستها لهذا الحق مقيد بالشروط المقررة في القانون الدولي، وإلا اعتبر الإجراء غير مشروعا يثير مسؤوليتها الدولية.

إلا أنه وبالرغم من الدور الذي تؤديه الحماية الدولية المقررة للاستثمارات الأجنبية، فقد أثبت الواقع عدم كافيتها لتوفير الحماية المناسبة لهذه الاستثمارات، فتطبيق هذه المبادئ والقواعد في مناسبات عديدة لم يمنع الدول النامية من الاستمرار في سياسة التأميم بغرض تحقيق الإصلاح الاقتصادي والاجتماعي، ولم تضمن للدول المصدرة الحصول على التعويضات التي تتطلع إليها في حالة التأميم[491]، ما يشكل مصدر قلق وخوف لدى المستثمرين الأجانب.

---

[490]– أقر القانون الجزائري لأول مرة مبدأ اللجوء إلى التحكيم مع صدور المرسوم التشريعي رقم 93–09 المؤرخ في 05 أكتوبر سنة 1993، الذي يعدل الأمر رقم 66–154 المؤرخ في 08 جوان سنة 1966، المتضمن قانون الاجراءات المدنية، ج.ر.ج.ج، العدد 27، الصادرة في 1993/10/10، الملغى بموجب القانون رقم 08–09 المؤرخ في 25 فيفري سنة 2008، المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج.ر.ج ج، العدد 21، الصادرة في 2008/04/23، الذي ينص بدوره على مبدأ التحكيم. كما تم تكريس أسلوب التحكيم كوسيلة لتسوية منازعات الاستثمار في قوانين الاستثمار التي عرفتها الجزائر، منها القانون رقم 16–09 المؤرخ في 03 أوت 2016، المتعلق بترقية الاستثمار كما سنبن ذلك لاحقا.

[491]– فقد لوحظ أن العديد من الدول النامية لجأت إلى تأميم بعض الممتلكات الأجنبية دون دفع مقابل عن ذلك، مثلما حدث ذلك في بولندا عام 1946 وعام 1947، بتقسيم الملكية المؤممة إلى قسم تم دفع التعويض عنه(ما يملكه مواطني بولندا)، وقسم أخر تم تأميمه دون تعويض(وهو القسم الذي يملكه الريخ الألماني)، مبررة ذلك أن دفع مقابل التأميم ليس مسألة قانونية. **عاطف ابراهيم محمد**، ضمانات الاستثمار...، المرجع السابق، ص 147.

لذلك اتجهت نظم الضمان الدولية نحو التأكيد على وجوب احترام مبادئ القانون الدولي العرفي المقررة لحماية الملكية الأجنبية، والعمل لتوفير الحماية والمعاملة المناسبة للاستثمارات الأجنبية، فتعترف الاتفاقيات الدولية لضمان الاستثمار من جهة، بحق الدول المضيفة في التصرف في الملكية الأجنبية بحكم سيادتها الإقليمية، وتقرر من جهة أخرى للمستثمر الأجنبي الحق في التعاقد مع هيئة الضمان الدولية لتغطية الخسائر الناجمة عن حدوث مخاطر غير التجارية كالتأميم ونزع الملكية، وقيود التحويل ومخاطر الحرب والاضطرابات المدنية، وغيرها من الإجراءات التي يمكن أن تستهدف حقوقه وأمواله في الدولة المضيفة.

إذ تمنح نظم الضمان الدولية للمستثمر الأجنبي من خلال عقد ضمان الاستثمار الذي يبرمه مع هيئة الضمان الدولية أداة قانونية هامة تحميه ضد أي إجراء تتخذه الدول المضيفة بشأن الاستثمار المراد إنجازه في إقليمها، تتعهد بموجبه هيئة الضمان بتعويضه عن الخسائر التي قد تلحق باستثماراته في تلك الدولة نتيجة حدوث مخاطر غير تجارية محددة، ومواجهة الدولة المضيفة عن أي إخلال بقواعد حماية الملكية المقررة في القانون الدولي، ممّا سيخفف إلى حد كبير من عبء المخاوف السياسية لديه، والتي تعد عاملا هاما في اتخاذه لقرار بالاستثمار في الخارج.

المبحث الثاني
إلتزام الدولة المضيفة بتوفير حماية قانونية ومعاملة عادلة للاستثمار الأجنبي المضمون

إذا كان القانون الإداري يمنح للسلطة التنفيذية دورا متسعا لتنفيذ الجزء السياسي لمهامها الإدارية، وتطبيق الجزء الإداري المتعلق بإدارة وتنظيم المرافق والمشروعات العامة، استناد إلى مبدأ الاختصاص الإقليمي[492]، إذ يبين هذا القانون الوسائل التي تتبعها هذه السلطة والإدارة الحكومية في مباشرتها لوظيفتها الإدارية كإصدار القرارات من جانب واحد، وتنفيذها جبرا على الأفراد مواطنين أم أجانب، وفرض قيود إدارية تصل إلى حد نزع الملكية والتأميم، فإن إعلان الدولة عن رغبتها في الانضمام إلى الوكالة الدولية لضمان الاستثمار أو إلى المؤسسة العربية

[492] – **سعيد عبد العليم على عمارة**، "تأمين الأخطار..."، المرجع السابق، ص 28.

لضمان الاستثمار، أو الانضمام إلى المؤسسة الإسلامية لتأمين الاستثمارات يفرض عليها مسبقا تقديم الضمانات اللازمة لمواجهة آثار التصرفات الصادرة عن حكومتها.

إذ يتيعن على جميع الدول الأعضاء في هيئة الضمان الدولية ضرورة احترام مبادئ القانون الدولي المقررة لحماية الاستثمارات الأجنبية عند التصرف في ملكية الاستثمارات المضمونة، وأي إخلال بذلك يكون سببا كافيا يخول للهيئة سلطة مواجهة الدولة المضيفة، التي تتعهد مسبقا بتوفير المناخ السياسي والأمني والاجتماعي الملائم للاستثمارات الأجنبية، وتلتزم بتقديم الحماية والضمانات الكافية ضد تحقق المخاطر غير التجارية(**المطلب الأول**)، وتوفير الحماية والمعاملة العادلة للاستثمارات الأجنبية المراد ضمانها (**المطلب الثاني**).

المطلب الأول

التزام الدولة المضيفة بضمان حماية مناسبة للاستثمار الأجنبي المضمون

إن أقسى إجراء يمكن اتخاذه ضد مصالح المستثمر الأجنبي هو استيلاء حكومة الدولة المضيفة على أمواله ومصالحه المالية بواسطة إجراءات حكومية مباشرة أو غير مباشرة، وذلك دون تعويض أو بتعويض غير مناسب مع قيمة الأموال والمصالح المالية المستولى عليها، وبالتالي فإن توفير الضمانات المناسبة لحماية الاستثمارات الأجنبية ضد هذه الإجرءات يؤدي دورا هاما في تحديد وجهتها، ويمنح الثقة للمستثمر الأجنبي في الاقتصاد الوطني.

يعد الضمان على هذه الأموال بواسطة عقد ضمان الاستثمار الدولي الذي يتكفل من خلاله جهاز دولي بتوفير الحماية والأمن ضد أي اعتداء على هذه الأموال أحسن وسيلة لذلك، إلا أن هيئة الضمان الدولية لن تقدم على ضمان استثمار إلا إذا التزمت الدولة المضيفة بتقدم حماية مناسبة لهذه الأموال، فالحماية الممنوحة بموجب هذا العقد لن تكون فاعلية إلا إذا كانت قوانين الدولة المضيفة للاستثمار تقدم مثل هذه الحماية(الفرع الثاني).

كما أن قبول الدول المضيفة للالتزامات المقررة بموجب النظام الدولي للاستثمار، يفرض عليها كذلك استعدادها على تحمل تبعية الخسائر الناجمة عن أي تصرف صادر عن إرادتها، أو نتيجة تصرفات خارجة عن إرادتها(الفرع الأول).

الفرع الأول

الحماية المقررة للاستثمار الأجنبي

يعتبر الاستثمار بنوعيه الوطني والأجنبي أحد أهم العناصر التي تدور حولها الحياة الاقتصادية والاجتماعية، تتوقف عليه العديد من الأنشطة الاقتصادية التي تعمل على تحقيق التنمية الشاملة، إلا أن استقطاب هذه الاستثمارات على اختلاف أنواعها لا بد له من وجود مناخ مناسب.

يعد مناخ الاستثمار وطبيعة الحماية التي تقررها الدول المضيفة للاستثمار المراد ضمانه من أهم العوامل التي ترتكز عليها هيئة الضمان الدولية عند تنفيذ برنامج الضمان الدولي المقرر، وذلك بالنظر قواعد الحماية المقررة سواء في قانونها الداخلي (أولا) أو في القانون الدولي الاتفاقي(ثانيا) أو في اتفاقات الاستثمار التي تبرمها مع المستثمرين الأجانب(ثالثا).

أولا: الضمانات التشريعية المقررة لحماية الاستثمار الأجنبي

يعد المساس بملكية الاستثمار عبر مختلف الإجراءات التي يمكن أن تتخذها الدولة المضيفة أكثر ما يخشاه المستثمر الأجنبي، لذلك تتجه التشريعات الداخلية الحديثة إلى تكريس مجموعة من الضمانات أهمها: مبدأ حماية الملكية الخاصة وعدم المساس بها، مبدأ حرية الاستثمار، مبدأ حرية التحويل، وذلك رغبة منها في استقطاب الاستثمار الأجنبي وطمأنة المستثمر الأجنبي بحقه في ملكية استثماره.

1- تقرير مبدأ حماية الملكية الخاصة

تُجمّع كل القوانين على تحريم الاعتداء على الملكية الخاصة وتقرر مبدأ احترام الملكية الخاصة للمستثمر أيا كانت جنسيته، فتحرص أغلب الدساتير على حمايتها بنصوص صريحة فلا يجوز المساس بها إلا بقانون ولغرض تحقيق المنفعة العامة مقابل تعويض عادل[493]، وذلك لما يترتب عن المساس بها من أثار خطيرة. هذا ما نجده في الدستور

[493]- هذا ما تضمنته غالبية الدساتير العربية كالدستور الكويتي والتونسي والمغربي ودستور الامارات العربية المتحدة. أنظر في هذا الشأن: المرشد الى معرفة قواعد الاستثمار في الدول العربية، بيان للقوانين الاساسية التي تحكم الاستثمارات في الدول العربية مصنفة في تقسيمات حسب الموضوعات التي تعالجها، المؤسسة العربية لضمان الاستثمار، 1981، ص ص. 184-185.

الجزائري، فالمادة 64 من التعديل الدستوري لسنة 2016 تنص صراحة على ما يلي: "**الملكية الخاصة مضمونة**"[494].

إلى جانب الدساتير تؤكد التشريعات الداخلية على حماية الملكية خاصة، فالمادة 677 من القانون المدني الجزائري تنص على ما يلي:

"**لا يجوز حرمان أي أحد من ملكيته إلا في الأحوال والشروط المنصوص عليها في القانون...**"[495].

يؤكد هذا النص على أنه لا يجوز التصرف في ملكية الأجانب إلا في الحالات المنصوص عليها قانونا، مقابل تعويض لأصحابها.

2- حماية الاستثمار الأجنبي من مخاطر نزع الملكية والإجراءات المماثلة

نال موضوع الحماية القانونية للاستثمار الأجنبي ضد مخاطر نزع الملكية والاستيلاء اهتمام العديد من الدول، ولاسيما الدول النامية التي أصبحت تمنح للمستثمر وطنيا كان أم أجنبيا ضمانات قانونية تتعلق بعدم جواز مصادرة وتأميم ممتلكاته إلا مقابل تعويض عادل ومناسب، وتؤكد معظم التشريعاتها الداخلية على أنه لا يمكن إعمال هذه الإجراءات إلا وفقا للشروط والإجراءات المنصوص عليها قانونا، وهو ما نجده في التشريع الجزائري في مجال حماية حق الملكية الذي ينص على أنه:

"**لا يجوز إصدار حكم التأميم إلا بنص قانوني على أن الشروط وإجراءات نقل الملكية والكيفية التي يتم بها التعويض يحددها القانون**"[496].

فهذا النص يجيز للدولة الجزائرية اللجوء إلى تأميم المشروعات الاستثمارية، إذا كان ذلك للمصلحة العامة، وذلك لقاء تعويض عادل ومنصف لأصحابها.

---

[494]- تجدر الإشارة إلى أن الدساتير الجزائرية السابقة، أي الدستور 1976، ودستور 1989، ودستور 1996، أقرت كلها مبدأ احترام الملكية بوجه عام، ونصت على أن الملكية الخاصة مضمونة ولا يجوز تأميمها أو نزع الملكية إلا للمصلحة العامة، أنظر في ذلك:

المادتين 16 و17 من الأمر رقم 76-97 المؤرخ في 22 نوفمبر سنة 1976، المرجع السابق.

المادتين 20 و49 من المرسوم الرئاسي رقم 89-18 المؤرخ في 28 فيفري سنة 1989، المرجع السابق.

المادتين 20 و52 من المرسوم الرئاسي رقم 96-438 المؤرخ في 07 ديسمبر سنة 1996 ، المرجع السابق.

[495]- أمر رقم 75-58 مؤرخ في 26 سبتمبر سنة 1975، يتضمن القانون المدني، المرجع السابق.

[496]- المادة 678 من الأمر رقم 75-58، المرجع نفسه.

أكثر من ذلك، تتجه بعض القوانين للنص صراحة على عدم جواز اللجوء إلى التأميم مطلقا، كما ورد ذلك في قانون تشجيع الاستثمار المصري رقم(8) لسنة 1997 التي تنص أنه: " **لا يجوز تأميم الشركات والمنشآت أو مصادرتها**"[497].

وتتجه التشريعات الحديثة لوضع نصوص قانونية حول حماية الاستثمار الأجنبي ضد الإجراءات المماثلة للتأميم ونزع الملكية، كما هو الحال بالنسبة لموقف المشرع الجزائري الذي أكد في العديد من النصوص القانونية على حماية المستثمر من الإجراءات المماثلة، كقانون المنافسة لسنة 2003، أين قيّد المشرع سلطة الدولة في اتخاذ بعض التدابير كتقييد حرية تحديد الأسعار، فهذه التدابير محظورة كونها تمس بمبدأ حرية المنافسة[498].

كما أكدت الجزائر في عدة مناسبات حرصها على احترام حقوق المستثمر الأجنبي وحمايته من الإجراءات المماثلة، ومن ذلك الاتفاق الذي توصلت إليه الجزائر في 2012 بمناسبة الخلاف القائم بين شركة سونطراك مع شركتي "أنادركو وميسك " الناشطتين في مجال المحروقات، على خلفية فرض الرسوم على الأرباح الأساسية بأثر رجعي، وبغية إيجاد حل للنزاع، قامت الحكومة الجزائرية بالتنازل للشركتين عن كمية من نفطها تقدر بـ 04 مليار دولار، كتعويض عن الأضرار التي أصابتها جراء إخضاعها للضريبة الاستثنائية على الأرباح[499].

هذا، وقد تكتفي بعض القوانين بالنص على حق المستثمر في تأمين استثماره لدى هيئة ضمان دولية، كما هو الحال في القانون الأردني الذي لم يتضمن أي نص بعدم التأميم أو المصادرة، إلا أنه أكد على حق أي مستثمر في تأمين استثماره لدى المؤسسة العربية لضمان الاستثمار ضد المخاطر غير التجارية أو لدى أي مؤسسة ضمان أو تأمين دولية [500]، ووجود

---

[497]– المادة 08 من قانون تشجيع الاستثمار المصري رقم(8) لسنة 1997.نقلا عن: **الأصبحي مصطفى ياسين محمد حيدر**، حق الأجانب في التملك في القانون الدولي الخاص(دراسة مقارنة) المكتب الجامعي الحديث، مصر، 2008، ص 207.

[498]– تنص المادة 04 من القانون رقم 03-03 المؤرخ في 19 جويلية سنة 2003، المتعلق بالمنافسة على مايلي:

" **تحدد بصفة حرة أسعار السلع والخدمات اعتمادا على قواعد المنافسة. غير أنه يمكن أن تقيّد الدولة المبدأ العام لحرية الأسعار وفق الشروط المحددة في المادة 05 أدناه**".

قانون رقم 03-03 مؤرخ في 19 جويلية 2003، يتعلق بالمنافسة، ج.ر.ج.ج، العدد 43، الصادرة في2003/07/20، المعدل والمتمم بالقانون رقم 08-12 المؤرخ في 25 جوان 2008،ج.ر.ج.ج، العدد 36، الصادرة في 2008/07/02.

[499]– نقلا عن: **والي نادية**، النظام القانوني...، المرجع السابق، ص 242.

[500] – المادة 22 من قانون الاستثمار الأردني لسنة 2003، مؤسسة تشجيع الاستثمار، الأردن، 2003.

مثل هذا النص يعتبر من أهم الضمانات التي يمكن أن تكرسها الدول المضيفة لفائدة الاستثمار الأجنبي، فهو يشكل اعترافا صريحا من الدولة المضيفة بحق أجهزة الضمان بالتعاقد على تغطية الخسائر المترتبة على مثل هذه الإجراءات، والحلول محل المستثمر المضمون في الرجوع على الدول المضيفة المسؤولة عن تعويض الخسائر.

3- تكريس مبدأ حرية التحويل

تتجه غالبية تشريعات الاستثمار في الدول النامية خاصة إلى تحصين الاستثمارات الأجنبية ضد إجراءات التأميم مع ضمان تحويل ورؤوس الأموال وجميع المداخل والأرباح المتحققة من الاستثمار للخارج، فتعتبر هذه الدول أن الحق في التحويل شرطا أساسيا لجذب رؤوس الأموال الأجنبية إليها.

تؤكد معظم التشريعات العربية كالقانون الجزائري والقانون المصري، وقانون الاستثمار الكويتي، والقانون الخاص بالصرف والتجارة الخارجية التونسي على الاعتراف بمبدأ حرية التحويل، وإن اختلفت هذه القوانين في استعمال العبارات للتعبير عن هذا المبدأ، بين دول تعبر عنه بقابلية التحويل بحرية ودول أخرى تعبر عنه بضمان التحويل[501].

كما يختلف سلوك الدول بشأن تكريس هذا المبدأ، بين دول تطبيقه بصورة مطلقة، ودول أخرى تفرض قيودا على عملية تحويل رأس المال والأرباح المحققة تعرف بقيود التحويل التي سنتعرض لها لاحقا.

فالضمانات التشريعية المقررة لحماية الاستثمار الأجنبي تختلف من دولة لأخرى باختلاف النظام السياسي والاقتصادي القائم فيها، الأمر الذي قد يجعلها غير كافية من الناحية العملية لتكريس ثقة الشركات الأجنبية في ضرورة الاستثمار في دولة معينة، ممّا يتطلب أحيانا تدعيمها بضمانات أخرى بموجب الاتفاقيات الدولية.

ثانيا: الضمانات الاتفاقية المقررة لحماية الاستثمار الأجنبي

نظرا لتباين التشريعات الداخلية في مجال حماية الاستثمار الأجنبي تلجأ عادة الدول المصدرة لرأس المال إلى الدخول في اتفاقيات دولية مع الدول المضيفة حول حماية

[501]- أنظر في الشأن: **عيبوط محند وعلي**، الاستثمارات الأجنبية في القانون الجزائري، المرجع السابق، ص ص.356-357.

الاستثمارات الأجنبية، يتم من خلالها تقنين القواعد القانونية الضابطة لهذا النمط من الاستثمار وتحديد حقوق وواجبات طرفيه(المستثمر والدولة المضيفة)، وعادة ما تضم هذه الاتفاقيات على ضمانات مماثلة لتلك التي ينص ليها قانون الاستثمار الوطني، كعدم التعرض لرؤوس الأموال الأجنبية إلا بتوفر شروط محددة ومقابل تعويض عادل ومناسب، وإزالة القيود المالية والضريبية التي قد تعيق تدفق الاستثمارات الأجنبية، وضمانات أخرى ضد مخاطر الحرب والاضطرابات المدنية، وتكريس مبدأ التحكيم.

نتعرض فيما يلي لأهم الضمانات الاتفاقية المقررة في مجال حماية الاستثمار الأجنبي:

1- الضمان ألاتفاقي ضد خطر نزع الملكية والإجراءات المماثلة

تعترف معظم الاتفاقيات الدولية بحق الدول المضيفة في اتخاذ تدابير التأميم والمصادرة ضد المستثمر عملا بمبدأ سيادة الدول، مع التزامها باحترام قواعد القانون الدولي المقررة في هذا الخصوص، فلا يجوز لها التصرف في ملكية الأجانب إلا عند تحقق شروط معينة، وهي شرط المصلحة العامة، شرط المساواة وعدم التمييز، عدم مخالفة التزام تعاقدي سابق مع وجوب دفع التعويض، كما تؤكد على حماية الاستثمار من كافة التدابير والإجراءات الأخرى المشابهة للتأميم ونزع الملكية[502].

2- الضمان ألاتفاقي ضد القيود النقدية والمعوقات الضريبية

عادة لا تكون الحماية المقررة بموجب القوانين الداخلية للدول المضيفة كافية لضمان حق المستثمر الأجنبي في تحويل أمواله إلى الخارج، لذلك تتجه أغلب الاتفاقيات الدولية المتعلقة بتشجيع وحماية الاستثمارات المتبادلة على تأكيد هذا المبدأ، لتمكين المستثمر من تحويل أصول وعوائد استثماره إلى خارج الدولة المضيفة[503].

---

[502]- أنظر في ذلك: المادة 15 من اتفاقية تشجيع وضمان الاستثمار بين دول الاتحاد المغرب العربي الموقعة في الجزائر في 23 يوليو سنة 1990، المصادق عليها بموجب المرسوم الرئاسي رقم 90-420 المؤرخ في 22 ديسمبر سنة 1990، ج.ر.ج.ج، العدد 06، الصادرة في 1991/02/06.

المادة 05 من اتفاقية تشجيع وحماية وضمان الاستثمارات بين حكومة الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية والجماهرية العربية الليبية الشعبية الاشتراكية العظمى، الموقعة بسرت في 06 غشت سنة 2001، المصادق عليها بموجب المرسوم الرئاسي رقم 03-210 المؤرخ في 05 مايو سنة 2003، ج.ر.ج.ج، العدد 33، الصادرة في 2003/05/11.

[503]- أنظر في ذلك: المادة 05 من الاتفاقية المبرمة بين حكومة الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية وحكومة الجمهورية =

إضافة لذلك، تكرس العديد من الاتفاقيات الدولية الحديثة في هذا المجال ضمانات مالية أخرى تهدف إلى التخفيف من العبء الضريبي والجمركي على الاستثمار الأجنبي، وتجنب الازدواج الضريبي الدولي.

يعد الازدواج الضريبي الدولي[504] من أهم العراقيل التي يمكن أن تصادف المستثمر الأجنبي، وقد تصدت له غالبية الاتفاقيات الدولية الحديثة، من خلال تحديد اختصاص كل دولة متعاقدة في فرض الضريبة وقواعد استحقاقها، فتلتزم الدولة المصدرة لرأس المال بمقتضى الاتفاق الدولي بالعمل على تحاشي الازدواج الضريبي بينها وبين الدولة المضيفة للاستثمار، وتخفيف العبء الضريبي على المكلفين الذين يخضعون لدفع ضريبتين على نفس الوعاء، وذلك بهدف التقليل من المنازعات والخلافات الضريبية الدولية، ومنع التهرب المالي والضريبي[505].

كذلك تصدت معظم الاتفاقيات الدولية الحديثة لمسألة حماية الاستثمار الأجنبي من قيود التمييز في المعاملة الضريبية، فتحظر كل أشكال التمييز في المعاملة الضريبية بين الاستثمارات الوطنية والأجنبية، فلا يجوز إخضاع المستثمرين الأجانب لأية ضرائب أو

= الأرجنتينية حول الترقية المتبادلتين للاستثمارات الموقعة بالجزائر في 04 أكتوبر سنة 2000، المصادق عليها بموجب المرسوم الرئاسي رقم 01-366 المؤرخ في 13 نوفمبر سنة 2001، ج.ر.ج.ج، العدد 69، الصادرة في 2001/11/18.

أنظر كذلك: المادة 07 من الاتفاقية المبرمة بين حكومة الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية والمملكة الاسبانية والمتعلق بالترقية والحماية المتبادلة للاستثمارات، الموقع في مدريد في 23 ديسمبر سنة 1994، المصادق عليها بموجب المرسوم الرئاسي رقم 95-88، المؤرخ في 25 مارس سنة 1995، ج.ر.ج.ج، العدد 23، الصادرة في 1995/04/26.

[504]- يقصد بالازدواج الضريبي الدولي تعرض المكلف لدفع الضريبة مرتين أو أكثر عن الوعاء نفسه أو على مصدر واحد للدخل في فترة زمنية معينة. **مديحة بلاهدة**، وضعية الاستثمار الأجنبي في الجزائر، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق، فرع قانون الأعمال، جامعة الجزائر، كلية الحقوق بن عكنون، 2014، ص 36.

[505] - من أهم الاتفاقيات الدولية في هذا المجال نذكر: اتفاقية تجنب الازدواج الضريبي ومنع التهرب من الضرائب المفروضة على الدخل ورأس المال التي أبرمت بين الدول العربية الأعضاء في مجلس الوحدة الاقتصادية العربية بتاريخ 03 ديسمبر سنة 1997. أنظر النص الكامل للاتفاقية على الموقع الالكتروني: http://www.istd.gov.jo

الاتفاقية المبرمة بين حكومة الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية وحكومة المملكة العربية السعودية لتجنب الازدواج الضريبي ولمنع التهرب الضريبي في شأن الضرائب على الدخل وعلى رأس المال، الموقعة بمدينة الرياض بتاريخ 19 ديسمبر سنة 2013، المصادق عليها بموجب المرسوم الرئاسي رقم 15-337 المؤرخ في 27 ديسمبر سنة 2015، ج.ر.ج.ج، العدد 01، الصادرة في 2016/01/06.

التزامات مالية تكون أكثر عبئا من الضرائب والالتزامات المفروضة على مواطنيها والذين يكونون في نفس الوضعية والظروف [506].

3- ضمان الاستثمار الأجنبي ضد مخاطر عدم الاستقرار الاجتماعي

يشمل الضمان ضد مخاطر عدم الاستقرار الاجتماعي، الضمان ضد مخاطر الحرب والاضطرابات الداخلية التي قد تحدث في الدولة المضيفة، وغيرها من النزاعات المسلحة ذات الطابع العام والتي قد تعرقل الاستثمارات الأجنبية. ولتقليل الضرر الذي يمكن أن تلحقه هذه الظروف بالاستثمارات الأجنبية، تتجه غالبية الدول إلى منح قدرا كافيا من الضمانات في حالة المساس بملكية الاستثمار الأجنبي نتيجة حدوث اضطرابات داخلية في الدولة المضيفة[507].

4- التحكيم كضمان اتفاقي لتسوية منازعات الاستثمار

يعتبر التحكيم وسيلة هامة لفض منازعات الاستثمار التي قد تنشأ بين المستثمر الأجنبي والدولة المضيفة، ويؤدي دورا هاما في جذب الاستثمارات الأجنبية نحو الدول النامية خاصة، لذلك اتجهت التشريعات الحديثة إلى قبول مبدأ التحكيم، ووضع تشريعات تتلاءم مع متطلبات الاستثمار الدولي، بضمان الحق في اللجوء إلى التحكيم كوسيلة لتسوية منازعات

---

[506]– يمكن أن نشير في هذا الصدد إلى المادة 22 من الاتفاقية المبرمة بين الجزائر وبريطانيا العظمى وايرلندا الشمالية، التي تنص على مايلي:

" **لا يتم إخضاع مواطني دولة متعاقدة لأي ضرائب أو التزام ذي صلة يغاير أو يكون أكثر عبءا من الضرائب والالتزامات التي تطبق على رعايا تلك الدولة الأخرى الذين يوجدون في نفس الظروف**".

مرسوم رئاسي رقم 16–156 مؤرخ في 26 مايو سنة 2016، يتضمن التصديق على الاتفاقية المبرمة بين حكومة الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية وحكومة المملكة المتحدة لبريطانيا العظمى وايرلندا الشمالية لتجنب الازدواج الضريبي ولتجنب التهرب والغش الضريبيين في شأن الضرائب على الدخل وعلى رأس المال، الموقعة بالجزائر في 18 فبراير سنة 2015، ج.ر.ج.ج، العدد 33، الصادرة في 2016/06/05.

[507] – يمكن أن نشير في هذا الصدد إلى المادة 04 من الاتفاقية الجزائرية التونسية حول التشجيع والحماية المتبادلة للاستثمارات والتي تنص:

"**يمنح مستثمرو أحد الطرفين المتعاقدين الذين تعرضت استثماراتهم في إقليم الطرف المتعاقد الآخر إلى خسائر ناجمة عن نزاع مسلح أو ثورة أو حالة طوارئ وطنية أو تمرد أو عصيان أو اضطرابات، من قبل الطرف المتعاقد الأخير معاملة لا تقل رعاية عن تلك يمنحها لمستثمريه أو لمستثمري أية دولة أخرى فيما يخص تعويض الخسائر وجبر الأضرر، أو التعويض أو الاسترداد أو أية صيغة أخرى للتسوية**".

مرسوم رئاسي رقم 06–404، المؤرخ في 14 نوفمبر سنة 2006، المرجع السابق.

الاستثمار التي قد تنشأ بين المستثمر الأجنبي والدولة المضيفة كما هو معمول به في القانون الجزائري[508].

أصبح التحكيم الدولي في عصرنا الحالي الأسلوب الرئيسي لتسوية منازعات الاستثمار الأجنبي، إذ يعترف القانون الدولي ألاتفاقي للمستثمر الأجنبي بحقه في اللجوء إلى القضاء الدولي مباشرة للمطالبة بحقوقه دون حاجة لدولة جنسيته[509]، وهذا الاتجاه فرضته التطورات الاقتصادية المعاصرة التي تهدف إلى تشجيع الاستثمارات الأجنبية، فقد لوحظ أن المشكلة الحقيقية التي يواجهها المستثمر الأجنبي الخاص ليست مشكلة التعريف بحقوقه والتزاماته أو تحديد مداها، بل البحث عن وسيلة مستقلة ومحايدة وفعّالة يمكنه اللجوء إليها للفصل في المنازعات التي قد تنشأ بينه وبين الدولة المضيفة.

إلى جانب الضمانات التشريعية والاتفاقية المقررة لحماية للاستثمارات الأجنبية، فإنه يمكن للدول المضيفة التي ترغب في الحصول على رؤوس أموال أجنبية معينة بمنح ضمانات أخرى للمستثمر المتعاقد معها بموجب عقد الاستثمار المبرم بينهما.

ثالثا: الضمانات الممنوحة للمستثمر بموجب عقد الاستثمار

يمكن أن يتضمن عقد الاستثمار المبرم بين الدولة المضيفة والمستثمر الأجنبي على مجموعة من الضمانات تكون بعضها عبارة عن تكرار لما يقرره قانون الاستثمار الوطني أو الاتفاقيات الدولية التي تربطها بدولة المستثمر، كالضمان المتعلق بحرية التحويل وعدم نزع

---

[508]– تنص المادة 24 من القانون رقم 16–09 المؤرخ في 03 أوت 2016، المتعلق بترقية الاستثمار على أنه:
"**يخضع كل خلاف بين المستثمر الأجنبي والدولة الجزائرية يتسبب فيه المستثمر أو يكون بسبب إجراء اتخذته الدولة الجزائرية في حقه، للجهات القضائية الجزائرية المختصة إقليميا، إلا في حالة وجود اتفاقيات ثنائية أو متعددة الأطراف أبرمتها الدولة الجزائرية تتعلق بالمصالحة والتحكيم، أو في حالة وجود اتفاق مع المستثمر ينص على بند تسوية يسمح للطرفين بالاتفاق على تحكيم خاص**".

[509]– من أهم الاتفاقيات الدولية التي تقرر مبدأ التحكيم وضمان حق اللجوء إلى التحكيم لتسوية منازعات الاستثمار، اتفاقية واشنطن لتسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمارات بين الدول ورعيا الدول الأخرى حول إنشاء المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار. وكذلك الاتفاقية الموحدة لاستثمار رؤوس الأموال العربية التي نصت على إنشاء محكمة الاستثمار العربية تمهيدا لإنشاء محكمة العدل العربية، والتي تعد أول محكمة إقليمية تختص بتسوية منازعات الاستثمار في العالم العربي، والتي اعتمدتها العديد من الاتفاقيات الثنائية للاستثمار بين الدول العربية كوسيلة لفض المنازعات. أنظر في هذا الموضوع: **شعبان رأفت عبد اللطيف**، "دور التحكيم التجاري في تسوية منازعات الاستثمار في ضوء الاتفاقيات الدولية والإقليمية وموقف المشرع الجزائري منها"، مجلة المحامي، العدد 30، الجزائر، جوان 2018، ص ص. 73–74.

الملكية إلا بمقابل، وقد يحتوي هذا العقد على ضمانات أخرى غير مألوفة تعد في حقيقتها استثناءا من النظام القانوني للاستثمار في الدولة المضيفة، كتثبيت النظام القانوني للاستثمار وشرط الضمان العقدي.

1- تثبيت النظام القانوني للاستثمار

يتمثل هذا الضمان في أن تتعهد الدولة المضيفة بتثبيت جميع قواعد النظام القانوني والاقتصادي والمالي للمشروع محل العقد، وأن الاستثمار المراد إنشائه في إقليمها لا تسري عليه إلا أحكامه النافذة وقت إبرام العقد دون ما يطرأ عليه بعد ذلك من تعديل، فتتعهد الدولة المضيفة بتجميد زمني لقانون العقد وتحقيق الاستقرار في القانون المطبق على الاستثمار[510].

هذا ويمكن أن يتحقق الاستقرار في القانون المطبق على الاستثمار بعدة أساليب، إما اتفاقية من خلال البنود التي تدرج في عقد الاستثمار المبرم بين الدولة المضيفة والمستثمر، وقد تكون قانونية من خلال القوانين الداخلية أو الاتفاقيات الدولية[511]، وفي كلتى الحالتين يعتبر هذا الضمان قيد يحد من ممارسة الدولة لاختصاصها التشريعي، ويشكل تنازل منها عن أحد مظاهر السيادة على إقليمها[512].

يثير تطبيق هذا النوع من الضمان العديد من الصعوبات، فقد ترتفع أسعار المعادن ولا تستطيع الدولة تعديل العقد أو مطالبة المستثمر بالفرق، وقد يريد المستثمر الأجنبي التنازل عن جزء من حصته أو كلها في المشروع الاستثماري لجهة أجنبية، فلا تستطيع الدولة المضيفة منعه أو الحلول محل المستثمر الجديد لأن نظامها القانوني للاستثمار لا يسمح لها بذلك، فتضطر الدولة المضيفة في هذه الوضعية للبحث عن طرق قانونية للتنصل من هذا الالتزام، فتقوم بتعديل نص أو أكثر في قانون الاستثمار بحجة حماية مصلحة وطنية.

---

510 – **السيد حفيظة حداد**، العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية، تحديدها ماهيتها والنظام القانوني الحاكم لها، دار النهضة العربية، القاهرة، 1996، ص 327.

511 – **لعماري وليد** ، "استقرار القانون المطبق على الاستثمار كضمان للمستثمر الأجنبي"، مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية، العدد 09، الجزائر، جوان 2016، ص 347.

512– **هاشمي أعمر**، سيادة الدول النامية في عقود الاستثمار، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع القانون الدولي للأعمال، جامعة مولود معمري تيزي وزو، كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2016، ص 165.

خير دليل على ذلك، قضية المستثمر الأجنبي " أوراسكوم تليكوم" حامل العلامة التجارية "جيزي" مع السلطات الجزائرية، أين منحت الحكومة الجزائرية بموجب اتفاقية الاستثمار المبرمة بين بين الطرفين مجموعة من الضمانات للمستثمر أوراسكوم تليكوم الجزائر، أهمها ضمان استقرار القانون المعمول به في مجال الاستثمار[513]، وبعدها قامت السلطات الجزائرية بممارسة حق الشفعة المستحدث بموجب قانون المالية لسنة 2009[514] مع المستثمر الأجنبي "جيزي"، ومنع الشركة المصرية بيع "جيزي" لأية جهة أخرى، رغم أن اتفاقية الاستثمار كانت قد وقعت في إطار المرسوم التشريعي رقم 93-12 المتعلق بترقية الاستثمار(الملغى)، والذي نص في مادته 39 على مبدأ الاستقرار التشريعي[515].

كذلك نشير إلى القضية الليبية، عندما قامت الحكومة الليبية بالتأميم الشامل للشركات الأمريكية لفائدة الشركة الوطنية الليبية، وذلك على إثر تعديل الحكومة الليبية لتشريعاتها الوطنية الخاصة بالسياسة البترولية في سنة 1966، ما أثر على الامتيازات التي استفادت منها الشركات الأمريكية الثلاثة وهي: شركة "B.P. EXPLORATION" وشركة "TEXACO" وشركة "LIAMCO" في إطار نظام الامتيازات المقرر بموجب القانون البترولي رقم 25-1955، وهو ما اعتبرته محكمة التحكيم في هذه القضية بإجراءات التأميم المخالف لعقد الامتياز الذي له طابعا دوليا، ومن حق هذه الشركات الأجنبية الحصول على التعويض[516].

2- شرط الضمان العقدي

يتمثل شرط الضمان العقدي أو ما يعرف كذلك بشرط عدم المساس بالعقد، في أن تتعهد الدولة المضيفة بمقتضى شرط يرد في عقد الاستثمار يقضي بعدم إنهاء العقد أو تعديله

---

[513]- المادة 06 من اتفاقية الاستثمار الموقعة بين وكالة ترقية الاستثمارات ودعمها ومتابعتها وأوراسكوم تليكوم الجزائر الموافق عليها بموجب المرسوم التنفيذي رقم 01-416 المؤرخ في 20 ديسمبر2001، ج.ر.ج.ج، العدد 80، الصادرة في 2001/12/26.

[514]- المادة 62 من القانون رقم 09-01 المؤرخ في 22 يوليو سنة 2009، المتضمن قانون المالية التكميلي لسنة 2009، المعدلت للمادة 04 من الأمر رقم 01-03 المؤرخ في 20 أوت سنة 2001، المتعلق بتطوير الاستثمار، المرجع السابق.

[515] - أنظر حول هذه القضية: **ثلجون سميشة**، التشريعات المنظمة للاستثمار الأجنبي المباشر في دول المغرب العربي، راسلة لنيل شهادة الدكتوراه في العلون، التخصص: القانون، جامعة مولود معمري تيزي وزو، كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2017، ص ص. 312- 314.

[516] - نقلا عن: **قرطبي سهيلة**، منظومة التحكيم...، المرجع السابق، ص 37.

بإرادتها المنفردة، فيتفق الطرفين على استبعاد تطبيق آية قوانين أو تعليمات نافذة في الدولة المتعاقدة لا تتفق مع بنود العقد، وهذا على خلافا للمبدأ المستقر عليه في القانون الإداري والذي يعطي الإدارة سلطة تعديل أو إنهاء العقد طبقا لمقتضيات المصلحة العامة[517].

يؤدي تطبيق هذا الشرط إلى تقييد سلطة الدولة المضيفة في ممارستها لاختصاصاتها السيادية ممّا قد يؤدي إلى قيام مسؤوليتها العقدية[518]، لذلك نظرا لخطورة هذا الشرط، فإنه عادة لا تقرر الدول المضيفة هذا النمط من الضمان ألاتفاقي إلا للاستثمارات المهمة التي تحظى بأولوية في عملية التنمية، كعقود الاستثمار النفطية حيث يكفل هذا الضمان ألاتفاقي استمرار العلاقة التعاقدية لمدة طويلة[519].

يلاحظ مما تقدم، أن مسألة حماية الاستثمار الأجنبي يمكن أن تتخذ مظاهر متعددة، والضمانات الممنوحة لهذا الاستثمار ليست موحدة من حيث التحديد، فهي تختلف من نظام لأخر تبعا لإختلاف الأهداف والمصالح المقررة في كل دولة، لذلك تركت الاتفاقيات الدولية لضمان الاستثمار سلطة تقديرية لهيئة الضمان الدولية للتأكد بنفسها من مدى توافر الدولة المضيفة على المناخ والحماية المناسبة للاستثمار المراد الضمانه. وعدم التناسب بين الحماية المقررة في هذه الدولة والضمانات الواردة في هذه الاتفاقيات يخول لهذه الهيئة إمكانية البحث لإيجاد الحلول للعقبات التي يواجهها رأس المال الأجنبي في الدول المضيفة، وعقد اتفاقات معها تلتزم من خلالها هذه الدول بتوفير حماية مناسبة ومعاملة عادلة للاستثمارات المراد ضمانها، بما يتوافق مع محددات قبول الضمان على المشروع من قبل هذه الهيئات.

الفرع الثاني

الضمان على الاستثمار الأجنبي ضد المخاطر غير التجارية

يشكل قبول الدولة المضيفة الدخول في نظام الدولي لضمان الاستثمار من خلال المصادقة على الاتفاقيات الدولية لضمان الاستثمار تعبيرا عن إرادتها في العمل على حماية

---

[517]– **عبد الله زايد الكاديكي**، "شرط الضمان في عقود الاستثمار النفطية"، مجلة البحوث الاقتصادية، المجلد التاسع، العدد الأول والثاني، طرابلس، 1998، ص 36.

[518] – **هاشمي أعمر**، سيادة الدول...، المرجع السابق، ص 192.

[519] – **اقلولي محمد**، "العقود بين الدول..."، المرجع السابق، ص 97.

الاستثمارات الأجنبية، وتمكين هيئة الضمان الدولية من تغطية ما قد يصدر عن حكومتها من أعمال ومخاطر غير تجارية تمس بملكية وحقوق المستثمر الأجنبي المضمون(أولا)، وتغطيتها للخسائر الناجمة عن حدوث مخاطر وأحداث تقع في الدولة المضيفة والتي لا يكون لها دخل في حدوثها(ثانيا).

أولا: ضمان ما يقع من مخاطر بإرادة الدولة المضيفة للاستثمار

يترتب على دخول أية دولة في نظام الضمان الدولي للاستثمارات النتائج التالي:

1- ليس للدولة المضيفة للاستثمار أن تقوم بتأميم أو نزع ملكية أو تجميد الأموال المستثمرة على إقليمها أو اتخاذ أي إجراء مماثل إلا تحقيقا للمصلحة العامة، ويجب أن تؤخذ فكرة نزع الملكية في هذا المجال بالمفهوم الواسع السائد في القانون الدولي، وليس بالمعنى الضيق الذي قد يعتنقه القانون الوطني[520].

إذا يشمل نزع الملكية بهذا الشكل جميع صور المساس بالحقوق المكتسبة للمستثمر الأجنبي، بما فيها الإجراءات التي تلجأ إليها سلطات الدولة المضيفة في صورة ضرائب أو الرسوم للحد من سيطرة المستثمر على ممتلكاته أو حرمانه من استخدامها أو التصرف فيها، وهو ما أشارت إليه اتفاقية سيول بـ "**التأميم والإجراءات المماثلة**"[521]، أو" **نزع الملكية والإجراءات المماثلة**" كما عبرت عنه اتفاقية المؤسسة الاسلامية لتأمين الاستثمارات [522].

---

[520] – هذا ما تجه إليه القضاء الدولي على اعتبار إن نزع الملكية يراد به نقل جبري لحقوق الملكية، ويمتد إلى أي حق يمكن أن يكون محلا للمعاملات التجارية، هذا ما قضت به محكمة التحكيم في قضية "هضبة الأهرام"عندما قامت الحكومة المصرية بإلغاء موافقتها على مشروع الاستثمار على إثر صدور قرار وزير الثقافة باعتبار منطقة هضبة الأهرام منطقة أثرية استناد إلى اتفاقية اليونسكو بشأن الحفاظ على الآثار، واعتبرت الحكومة المصرية أن هذا الإلغاء لا يدخل في إطار التأميم أو المصادرة التي يحظرها قانون الاستثمار ولا من قبيل نزع الملكية، لأن نزع الملكية لا يتعلق إلا بالحقوق العينية ولا يمتد إلى الحقوق العقدية أو الشخصية.

غير أن محكمة التحكيم في هذه القضية قضت بأن نزع الملكية يمتد ليشمل حرمان المستثمر من حقوقه الجوهرية، والحقوق العقدية تتمتع بحماية القانون الدولي، ويكون الحرمان منها بطريق غير مباشر محلا لنزع الملكية ويستوجب التعويض عنه، فالدولة إذا كان من حقها أن تلغي مشروعا استثماريا حفاظا على الآثار إلا أن هذا الإلغاء يستوجب التزامها بتعويض المستثمر عن حرمانه من حقوقه الجوهرية على استثماره. نقلا عن: **حسام الدين كامل الاهواني،** "المعاملة القانونية..."، المرجع السابق، ص ص.57-58.

[521] – المادة 11/أ/2 من اتفاقية سيول.

[522] – المادة 2/19/ب من اتفاقية المؤسسة الإسلامية لتأمين الاستثمارات.

تجدر الإشارة إلى أن هذه الاتفاقية لم تحصـر أنواعـا محددة للاجراءات المماثلة المماثلة للتأميم ونزع الملكية، فهذه الإجراءات غير قابلة بطبيعتها للتعداد الحصري، فقد وردت أحكام الاتفاقيات الدولية لضمان الاستثمار في هذا الشأن بصورة عامة، وتضمنت على مجموعة من المعاير التي يمكن أن تستند إليها هيئات الضمان الدولية في تحديد هذا النوع من الإجراءات المماثلة، كمعيار المعاملة التمييزية، وعدم الإخلال الدولة المضيفة بالتزاماتها العقدية، وعدم حرمان المستثمر من حقوقه الجوهرية[523].

لذلك، فإنه ونظرا للصعوبة التي يمكن أن تواجه الأطراف بشأن الاتفاق على وصف محدد لهذه الإجراءات أو تطبيقات محددة لها، أجازت الاتفاقيات الدولية لضمان الاستثمار ضمان أي إجراء آخر ترى هيئة الضمان الدولية أنه يحدث نفس الآثار، فلأطراف في العقد اختيار طائفة من هذه الإجراءات لتكون محلا للضمان، كلما انتهت إلى أثار مماثلة لأثار نزع الملكية أو التأميم، فالغرض الأساسي من الضمان يقتضي "الاعتداد بأثر الخطر وعدم الوقوف على طبيعته عند البحث في مدى إمكان دخوله تحت مضلة الضمان"[524].

2- يتعين على الدولة المضيفة عند اتخاذها لأية إجراءات ألا تكون إجراءات تمييزية، فلا يجب أن يكون التأميم أو نزع الملكية سلاحا ضد المستثمرين بسبب انتماءاتهم العقائدية أو العرقية أو الدينية، أو بسبب تبعيتهم لجنسية دولة معينة[525].

إذ يمنع أي إجراء تتخذه الدولة المضيفة من شأنه حرمان المستثمر المضمون من ملكيته أو من السيطرة على استثماره أو من منافع جوهرية لاستثماره، مثل فرض ضرائب مبالغ فيها أو تأجيل ديونه إلى أجل غير معقول، وحرمانه من تراخيص الاستيراد أو التصدير اللازمة لاستمراره في العمل، ويستثنى من ذلك الإجراءات العامة التي تتخذها الدولة لتنظيم النشاط الاقتصادي، والتي لا يقصد بها المستثمر بعينه ولا تنطوي على تفرقة تضر بالمستفيد من الضمان، أو الخسائر المترتبة عن إجراءات يكون المستثمر قد وافق على اتخاذها، أو كانت قد

---

[523] – راجع في ذلك: المادة 18 من اتفاقية المؤسسة العربية لضمان الاستثمار، والمادة 11 من اتفاقية سيول، والمادة 19 من اتفاقية المؤسسة الإسلامية لتأمين الاستثمارات.

[524] –نقلا عن: **أحمد شرف الدين**، نزع الملكية وضمان الاستثمار العربي، دراسة مقدمة الى مؤتمر الجديد في مجال التأمين(الضمان) في لبنان والعالم العربي،26،24 نيسان 2006، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت،2007، ص 249.

[525]– **هيل عجيمي**، الاستثمار الأجنبي...، المرجع السابق، ص 47.

وقعت قبل إبرام العقد، وكافة المخاطر التي تستبعد من الضمان بصريح نص الاتفاقية، كمخاطر تخفيض العملة وانخفاض قيمتها[526].

3- أن يكون نزع الملكية بالمعنى المتقدم مصحوبا بتعويض عادل يدفع بعملة قابلة للتحويل، وأي إجراء يعرقل ذلك يخول لهيئة الضمان مواجهة الدولية المضيفة بالتعويض عن ذلك.

4- كما أكدت الاتفاقيات الدولية لضمان الاستثمار على حق هيئة الضمان الدولية في الحلول محل المستثمر في مواجهة الدولة المضيفة بأثر تلك الإجراءات، فيجوز للهيئة الضامنة تعويض المستثمر عن أثار حدوث المخاطر غير التجارية المضمونة في العقد، ثم الحلول محله في الرجوع على الدولة المضيفة بمبلغ التعويض المدفوع، والتي يتعين عليها الوفاء به، وإذا أخلت بذلك يكون لهيئة الضمان الحق في مواجهتها، وإثارة مسؤوليتها الدولية ومخالفتها لأحكام الاتفاقية الدولية لضمان الاستثمار.

يلاحظ مما تقدم، أن موافقة الدول المضيفة على تغطية هيئة الضمان الدولية للمخاطر غير التجارية يجعل إرادة هذه الدول مقيدة بفعل الالتزامات التي تفرضها هذه الاتفاقيات، فتكون ملزمة بقبول الضمان على ممتلكات المستثمرين الأجانب ضد الأعمال السيادية، واحترام الالتزامات الدولية التي تقع على عاتقها بموجب هذه الاتفاقيات.

ثانيا: ضمان ما يقع من مخاطر خارج إرادة الدولة المضيفة للاستثمار

يمكن أن تتنوع وتتعدد الأساليب والإجراءات التي يمكن أن تتخذها الحكومات المختلفة ضد المصالح المالية للمستثمرين الأجانب الموجودة فوق إقليمها، إلا أنها تتشابه جميعها في كونها إجراءات يمكن نسبها إلى الدولة المضيفة وإن اختفلت من حيث آثارها، فبعضها تؤدي مباشرة إلى حرمان المستثمر من حقوقه في ملكية المشروع الاستثماري ونقلها إلى الدولة المضيفة، كما في حالة التأميم ونزع الملكية، وبعضها الآخر ينصب على تقييد سلطة المستثمر في التصرف واستغلال المشروع كتقييد عملية التحويل، كما يمكن أن تؤدي بعض الإجراءات والوقائع الأخرى إلى المساس بالأصول المادية للمشروع الاستثماري، فتؤدي إلى هلاكها الكلي أو الجزئي كما في حالة حدوث حرب واضطرابات مدنية في الدولة المضيفة للاستثمار.

[526]- راجع حول المخاطر المستبعدة من الضمان الصفحة 167 من هذا البحث.

يرى البعض أن مخاطر الحرب والاضطرابات المدنية لا تعتبر من قبيل المخاطر السياسية كونها تصدر خارج إرادة الدولة المضيفة، فهي ليست من أعمال السيادة ولا يمكن أن تسأل عنها الدول المضيفة فهي تدخل ضمن ما يعرف بالمخاطر الخارجية أو المنتظمة التي لا يمكن تجنبها وترتبط بالظروف الاقتصادية والسياسية والاجتماعية والمؤسسية للاقتصاد ككل[527].

في حين يرى البعض الآخر أن كل الإجراءات التي تقوم بها قوات عسكرية نظامية أو شبه نظامية تمس بممتلكات المستثمرين الأجانب تعتبر من قبيل المصادرة أو التأميم. وهو ما أقرته لجنة التحكيم في دعوى "ويليام بيريارا أسوسيات" ضد إيران، عندما اعتبرت أن المساس بممتلكات المستثمرين الأجانب من قبل حراس الثورة المسلحة هي مصادرة من الجمهورية الإيرانية، وتجريد المستثمر من حقوقه بالقوة يعد تأميما ينشئ للمستثمر حق في التعويض وفقا للقانون الدولي، وأن الخطر السياسي يشمل إلى جانب التصرفات القانونية التي تقوم بها الدولة المضيفة كالتأميم والمصادرة مجموع الوقائع والأحداث المادية[528].

أما نظم الضمان الدولية فهي تعترف للمستثمر الأجنبي بالحق في ضمان مخاطر ما يقع في الدولة المضيفة من أحداث لا إرادة لهذه الدولة في حدوثها، كقيام حرب أو نزاع مسلح أو حالة طوارئ أهلية أو عصيان أو ثورة أي حدوث اضطرابات أمنية[529]، وتلزم الدول الأعضاء بتقديم ضمانات وتعويضات مماثلة جراء النزاعات والصراعات التي تجبر الدولة على أن تكون طرف فيها كحالات الحرب والثورات، نظرا لما قد تسببه هذه الأحداث من أضرار، الأمر الذي سيزيد حتما من ثقة المستثمر في الدولة المضيفة طالما كانت حقوقه مضمونة ومؤمنة.

فالضمانات السياسية والأمنية تقف على رأس الضمانات الآخرى، فبدون أمن لا يسود استقرار سياسي ولا استقرار اقتصادي، فالمستثمر الأجنبي يعطي أهمية كبيرة لمدى الاستقرار

---

[527]– **قيس جواد العزاوي**، الضمانات السياسية والأمنية والاقتصادية للاستثمار عربيا وأوروبيا، دراسة مقدمة في أعمال المؤتمر الدولي التاسع الذي نظمه مركز الدراسات العربي–الأوروبي في بيروت من 13 إلى 15 فيفري سنة 2001 حول أفاق وضمانات الاستثمارات العربية الأوروبية، دار بلال للطباعة، دار بيسان للتوزيع، بيروت، 2001، ص 54.

[528]– **دريد كامل آل شبيب**، الاستثمار والتحليل الاستثماري، دار اليازوري العلمية للنشر والتوزيع، عمان، 2008، ص 105.

[529]– في حين تتجه معظم مؤسسات التأمين الوطنية لاسيما في الدول العربية، إلى إعلان رفضها لتغطية هذا النوع من الأخطار، خاصة بعد الأحداث التي عرفتها المنطقة العربية في إطار ما يعرف بالربيع العربي، والذي ثقل كاهل شركات التأمين وإعادة التأمين منذ إندلاع الأحداث في مصر وسوريا وليبيا وتونس ابتداءا من سنة 2012. أنظر في هذا الشأن: **برت دكاش**، "الربيع العربي..." المرجع السابق، ص 98.

السياسي والأمن القانوني في الدولة المضيفة، وطبعا مع عدم إغفال جانب الربح، فغاية الشركاء الأجانب هو الحصول على الطمأنينة، ومن غير المعقول أن يغامر المستثمر بأمواله نحو دولة تعاني من عدم الاستقرار في الأوضاع السياسية والأمنية، والتي ستؤدي حتما إلى خسارته[530].

بعبارة أخرى، إن الاستقرار الاجتماعي له تأثير كبير على حجم الاستثمار الأجنبي المباشر، فهو من أهم العوامل التي تعزز من ثقة المستثمرين الأجانب بخصوص النظام السياسي والقانوني للدولة المضيفة،" فكلما ارتفعت درجة الاستقرار السياسي في الدولة، كلما كان من المحتمل مع بقاء العوامل الأخرى ثابتة أن يرتفع معدل تدفق الاستثمارات الأجنبية إليها"[531].

فقد أثبتت الدراسات أن للهجوم الذي تعرضت له الولايات المتحدة الأمريكية في 11 سبتمبر سنة 2001، كانت له نتائج سلبية واضحة على حجم الاستثمارات الأجنبية، فقد تأثرت كافة دول العالم بتلك الأحداث، حيث ارتفعت درجة المخاطر المرتبطة بعوامل عدم الاستقرار السياسي في عدة مناطق من أنحاء العالم، لاسيما في بعض الدول العربية التي شهدت تراجعا كبيرا لسوق الأسهم في السعودية ومصر والكويت والأردن والإمارات، وتضرر العديد من القطاعات بفعل تلك الهجمات خاصة قطاعي الطيران والسياحة، كما شجع ذلك بعض المستثمرين في المنطقة على التفكير في تقليص تعاملاتهم المالية الواسعة مع الولايات المتحدة الأمريكية، خوفا من تجميد الأموال كجزء من الحرب التي تشنها أميركا ضد الإرهاب[532].

هذا ما لوحظ كذلك بشأن المعيقات السياسية والأمنية الإسرائيلية في فلسطين، والتي أدت إلى ارتفاع درجة عدم اليقين، وارتفاع درجة مخاطر الأعمال في المناطق العربية المجاورة لفلسطين، ما جعل هذه المناطق طاردة للاستثمارات الخاصة، وليست جاذبة لها كما كان متوقعا، ففي ظل الصراع الصهيوني لا يمكن الحديث عن أوضاع استقرار في العربية[533].

---

530 - **BOUYACOUB Ahmed** , « Les investissements... », op.cit, p 44.

531 – **أبو قحف عبد السلام**، اقتصاديات الأعمال والاستثمار الدولي، مطبعة الإشعاع الفنية، القاهرة، 2005، ص 190.

532 – **هنري توفيق عزام**، "تأثير حوادث 11 سبتمبر سنة 2001 على اقتصاديات الدول العربية"، مجلة اتحاد المصارف العربية، مجلد 21، العدد 252، بيروت، ديسمبر 2001، ص 37.

533 – **نصر عبد الكريم**، "الواقع الاستثماري في مناطق السلطة الفلسطينية وسبل جذب الاستثمارات العربية لإعادة بناء الاقتصاد الفلسطيني ودمجه في المحيط العربي"، المجلة العربية للإدارة، مجلد 24، العدد01، القاهرة، يونيو 2004، ص ص.78-91.

يلاحظ أيضا وفي ظل الظروف الراهنة، أن بعض الدول تواجه مجموعة من الظروف تتمثل فيما يحيط بالنظام السياسي ذاته من استحقاقات التداول أو الخلافات، وهذا الأمر إنعكس سلبا على مناخ الاستثمار وضمان نتائجه في أن واحد، فالاضطرابات التي أحدثتها الثورات الربيعية خلال الفترة الممتدة ما بين عام 2010 وعام 2013، أدت إلى هروب الاستثمارات الأجنبية من العديد من دول الربيع العربي كمصر وتونس وليبيا واليمن وسوريا. وقد أشار العديد من المسئولين إلى أن عودت الاستثمار إلى هذه الدول مرهون بعودة الاستقرار السياسي والاجتماعي والاقتصادي والأمني لهذه الدول[534].

إذ يتعين على هذه الدول الاسراع بعملية الإصلاح السياسي، لأن غياب الإصلاح السياسي يهدد نجاح الإصلاح الاقتصادي واستدامته[535]. هذا ما ينطبق أيضاً على الوضع السياسي الحالي الذي عرفته الجزائر منذ فيفري سنة 2019، والذي يشهد عدم استقرار يهدد الوضع الأمني والاقتصادي للبلاد، ما قد يؤثر بشكل سلبي على الاستثمارات الأجنبية المباشرة وتدفقها.

يتحدد هذا النوع من المخاطر (مخاطر عدم الاستقرار الاجتماعي) بالنظر لمستوى الأمن الذي تمنحه الدولة المضيفة للاستثمار، فإذا كان البلد لا يتمتع باستقرار سياسي ويتعرض بين الحين والآخر لاضطرابات سياسية، وخاصة الاضطرابات المترتبة على انتشار ظاهرة الإرهاب التي أصبحت تمس عددا كبيرا من الدول لأسباب مختلفة، فإن ذلك يؤثر في قرار المستثمر المحتمل، ويدفعه بعيدا مهما كانت الفرص الاستثمارية المتاحة أو الامتيازات التي تعرض لإغرائه،" فالسلامة قبل الربح مبدأ أساسي يحكم القرارات الاستثمارية في كل زمان ومكان"[536].

لذلك، تتجه عادة الدول الكبرى من خلال الاتفاقات الاقتصادية والسياسية التي تعقدها مع الدول الأخرى، إلى التأكيد على ضرورة التعاون في هذا المجال، وقد يصل الأمر إلى فرض

534– **نسيم حسن أبو جامع**، "أثر ثورات الربيع العربي على اتجاهات الاستثمار الأجنبي المباشر في دول الربيع وكيفية الاستفادة منها فلسطينياً"، مجلة الجامعة الإسلامية للدراسات الاقتصادية والإدارية، المجلد 21، العدد الأول، فلسطين، يناير 2013، ص 428.

535– **نبيل سكر**، الحاجة الى صياغة مناخ جديد للاستثمار والأعمال، مجلة الاقتصاد والأعمال، العدد379، السنة 33، بيروت، يوليو 2011، ص 32.

536– **النجار سعيد** ،"التحديات التي تواجه الاستثمار في الوطن العربي"، مجلة المصارف العربية، عدد خاص(أفاق الاستثمار في الوطني العربي)، العدد 136، المجلد الثاني عشر، بيروت، أبريل 1996، ص 30.

بعض الشروط المرتبطة باحترام اللوائح الدولية لحقوق الإنسان، وفرض بعض الشروط كالتزام بالتعاون لمحاربة الإرهاب[537]، وعقد اتفاقيات أمنية جماعية كالاتفاقية الأمنية العربية لمكافحة الإرهاب الموقعة بالقاهرة في 22 أبريل سنة 1998، التي وافق عليها مجلسي وزراء العدل والداخلية العرب في اجتماعهما المشترك الذي عقد بمقر الأمانة العامة لجامعة الدول العربية[538].

إلا أن معظم هذه الاتفاقيات تواجه عقبات في التنفيذ، لأسباب تتعلق بالبعد السياسي لمثل هذه الاتفاقيات، بالإضافة إلى التباطؤ في تنفيذ النصوص واختلافها في تفسير مفهوم الإرهاب، وتباين وجهات النظر بين الدول المعنية، فمن هو لاجئ سياسي لدى بعض الدول هو إرهابي لدى الدول الأخرى، بالإضافة إلى مشكلة الخلط بين الإرهاب وحق الشعوب في مقاومة الاحتلال وتحرير أرضيها المغتصبة[539].

فمثلا ما يحدث حاليا في الأراضي الفلسطينية من مقاومة الشعب الفلسطيني للاحتلال أراضيهم، والذي تعتبره إسرائيل ودول الغرب أعمالا إرهابية، وينفون هذه الصفة عن قصفها المستمر للشعب الفلسطيني، عكس ما تتجه إليه الدول الإسلامية والعربية حول شرعية مقاومة الشعب الفلسطيني للاحتلال في سبيل استعادة أرضه، وأن ما تقوم به إسرائيل من قصف يومي للشعب عملاً إرهابياً[540].

---

[537]– نذكر من ذلك الشروط التي وضعتها دول الاتحاد الأوربي لقبول عضوية تركيا، وأهمها ضرورة احترام تركيا للوائح حقوق الإنسان، وحل المشكلة الكردية. كما اشترطت دول الاتحاد أيضا على اسبانيا تسوية خلافاتها السياسية مع بريطانيا حول جبل طارق قبل الشروع بقبولها في الاتحاد. أنظر في هذا الشأن: **قيس جواد العزاوي**، الضمانات السياسية...، المرجع السابق، ص 53.

[538]– صادقت الجزائر على هذه الاتفاقية في سنة 1998، وذلك بموجب المرسوم الرئاسي رقم 98–413 المؤرخ في 07 ديسمبر سنة 1998، المتضمن المصادقة على الاتفاقية العربية لمكافحة الإرهاب الموقعة في القاهرة بتاريخ 22 أبريل سنة 1998، ج.ر.ج.ج، العدد 93، الصادرة في 1998/12/13. وبعدها صادقت في سنة 2009 على التعديل الذي طرأ على هذه الاتفاقية في سنة 2008، وذلك بموجب المرسوم الرئاسي رقم 09–185 المؤرخ في 12 مايو سنة 2009، المتضمن التصديق على نص تعديل الفقرة الثالثة من المادة الأولى من الاتفاقية العربية لمكافحة الإرهاب الذي وافق عليه مجلس وزراء العدل العرب في 29 نوفمبر سنة 2009 ومجلس وزراء الداخلية العرب في 30 و31 يناير سنة 2008، ج.ر.ج.ج، العدد 31، الصادرة في 2009/05/02.

[539]– **أمحمدي بوزينة آمنة**، "إشكالية الخلط بين الإرهاب الدولي والمقاومة المسلحة(حالة المقاومة الفلسطينية)"، مجلة جامعة الإسراء للعلوم الإنسانية، العدد الأول، فلسطين، 2016، ص 11.

[540]– **حمدى أحمد سعد**، دور التأمين...، المرجع السابق، ص ص. 21–24.

هذا ما اتجهت إليه أيضا الدول الغربية في حادثة اختطاف طائرة الفريق الإسرائيلي في دورة الألعاب الاولمبية بميونخ عام 1972، والذي اعتبرته حادثا إرهابيا، ولم تعتبر ما قامت به إسرائيل من أعمال انتقامية رداً على هذا الحادث ضد القرى العربية عملا إرهابيا[541].

لذلك نرى أنه لابد أن ينصب اهتمام الهيئات الدولية لضمان الاستثمار على تغطية هذا النوع من المخاطر، خاصة وأن أخطار التأميم ونزع الملكية والمصادرة بدأت تتراجع بسرعة، فهي تكاد أن تنتهي في معظم الدول النامية وخاصة الدول العربية[542].

فأمام تراجع هذه المخاطر وتغير مناخ الاستثمار في العديد من الدول، أصبح من الضروري أن تطور هذه الهيئات وظائفها وأدوات عملها، وتغطية أنوع أخرى من المخاطر التي أصبحت تشكل مصدر تخوف لدى المستثمرين الأجانب في العديد من الدول كمخاطر الارهاب الدولي، التي أصبحت تهدد العديد من القطاعات الهامة في الدولة. لاسيما وأن الاتفاقيات الدولية لضمان الاستثمار تركت لهيئة الضمان الدولية قدر من المرونة لتغطية مخاطر غير تجارية أخرى غير تلك المذكورة بصريح النص في هذه الاتفاقيات، وضمان ما قد يستجد في المستقبل من مخاطر يمكن أن تعرقل تدفق رأس المال الأجنبي.

فالضمان يعد عاملا هاما يشجع المستثمرين الأجانب على التوجه للاستثمار في دول رغم المخاطر السياسية الشديدة، وهذا طبعاً يتوقف على أهمية المشروع الاستثماري بالنسبة للدولة المضيفة، والتي يتعين عليها أن توفر الحماية المناسبة لهذه الاستثمارات، إذ تشير الدراسات إلى أن العديد من الدول الشديدة المخاطر السياسية أصبحت تمثل مصدرا لأرباح كبيرة للشركات الدولية التي يرتكز نشاطها على بعض القطاعات الحساسة مثل قطاع الهيدروكربون أو غيره من المواد الخام التي تتطلب صفقات مالية كبيرة، وبالتالي فوجود الضمان يشكل حافزاً قوياً بالنسبة لهذه الشركات للاستثمار في بيئات تتسم بعدم الاستقرار بدرجة كبيرة، كما هو الحال في الاستثمار في الشرق الوسط كإيران وتركيا ولبنان وفي إفريقيا مثل الجابون وليبيا ونيجيريا والجزائر[543].

---

[541]– **أمحمدي بوزينة آمنة**، "إشكالية الخلط..."، المرجع السابق، ص 11.

[542]– **ابراهيم حسن ملكاوي**، "صناعة ضمان الاستثمار العربية تمر في ظروف تحول"، مجلة الاقتصاد المعاصر، العدد 32– 38، القاهرة، 2001، ص 13.

[543]– **صديق سالم لاركش**، " إعادة تقييم..."،المرجع السابق، ص 174.

المطلب الثاني
التزام الدولة المضيفة بمعاملة عادلة ومستقرة للاستثمار المضمون

أمام رغبة الدول في توفير أكبر قدر ممكن من الحماية للاستثمارات الأجنبية، اتجهت الاتفاقيات الدولية لضمان الاستثمار إلى إلزام الدول الأعضاء فيها على ضرورة توفير المعاملة العادلة للاستثمارات الأجنبية، فيجب أن تكفل الدول المضيفة الأعضاء لهيئة الضمان الدولية في شأن الاستثمارات التي تضمنها هذه الهيئات معاملة عادلة ومستقرة(الفرع الأول).

فقد تضمنت هذه الاتفاقيات مجموع القواعد والضوابط الخاصة بمعاملة الاستثمارات فيما بين الدول الأعضاء، أساسها عدم التمييز في المعاملة بين المستثمرين الأجانب، وضمان حقهم في التعويض عن الخسائر التي قد تتعرض لها استثماراتهم في الدول المضيفة عند تحقق الخطر المضمون وذلك جبرا للضرر (الفرع الثاني).

كما تتحقق العدالة في معاملة الاستثمار المضمون من خلال توحيد هيئة الضمان لقواعد المعاملة بالنسبة لكافة الاستثمارات المراد ضمانها، سواء من حيث شروط وإجراءات الضمان التي تسري على جميع المستثمرين (الفرع الثالث).

الفرع الأول
مبدأ المعاملة العادلة والمنصفة للاستثمار الأجنبي

إن مبدأ المعاملة العادلة والمنصفة للاستثمار الأجنبي ليس حديث النشأة، فهو من أقدم المعايير التي استقر عليها العرف الدولي[544]. لكن تطبيق هذا المبدأ يكتنفه بعض الغموض بالنظر إلى عمومية مضمونه، واختلاف حكمه ومفهومه باختلاف ظروف الدول التي تعتمده(أولا). الأمر الذي دفع بالدول المصدرة والدول المستوردة لرؤوس الأموال من خلال الاتفاقيات الدولية المتعلقة بتشجيع وحماية الاستثمار الأجنبي، إلى وضع نصوص تضبط مضمونه بشكل دقيق، ووضع مجموعة من المعايير القانونية لمعاملة الاستثمار الأجنبي(ثانيا).

---

[544] – **دريد محمود السامرائي**، الاستثمار الأجنبي...، المرجع السابق، ص 211.

أولا: المقصود بمبدأ المعاملة العادلة والمنصفة للاستثمار الأجنبي

يعد مبدأ المعاملة العادلة والمنصفة من أهم مبادئ القانون الدولي، يجد أصله في المبدأ الكلاسيكي للقانون الدولي الذي مفاده ضرورة ضمان المعاملة في حدود الحد الأدنى المعمول به في القانون الدولي في مجال حماية الأجانب وممتلكاتهم في الخارج[545]. ويقصد به مجموع القواعد الهادفة إلى تحديد النظام القانوني للاستثمار، وتبين حقوق والتزامات الأطراف المتعاقدة أي الدولة المضيفة والمستثمر المتعاقد.

اختلف الفقه حول تحديد مضمون هذا المبدأ، ووجدوا صعوبة في تحديد محتواه بشكل واضح ودقيق، وذلك بسبب الخلاف القائم بين الدول المصنعة والدول النامية حول محتوى هذا المبدأ، فظهر بذلك اتجاهان[546]:

(أ)- المفهوم الضيق: يرى هذا الاتجاه أن هذا المبدأ عبارة عن التزام اتفاقي يحدد محتواه على أساس القواعد المتفق عليها بين الأطراف.

(ب)- المفهوم الواسع: الذي يرى لهذا المبدأ بصفة مستقلة عن العلاقة الاتفاقية الموجودة بين الطرفين المتعاقدين، ويرى أنه مبدأ يرتبط بفكرة الحد الأدنى المعروفة في القانون الدولي العرفي في مجال معاملة الأجانب وأملاكهم في الخارج، وأي مساس به يرتب المسؤولية الدولية.

لقد استندت الدول المصنعة للمفهوم الواسع لمبدأ المعاملة العادية، وربطته بفكرة الحد الأدنى المعروفة في القانون الدولي العرفي في مجال معاملة الأجانب وأملاكهم في الخارج، وأي مساس به يرتب المسؤولية الدولية[547].

إلا أن هذا الاتجاه لقي معارضة شديدة من الدول النامية التي رفضت الربط بين هذا المبدأ والحد الأدنى في المعاملة المعروف في القانون الدولي العرفي، والسبب في ذلك هو رفض

---

[545]- **بقة حسان**،" دور الضمانات..."، المرجع السابق، ص 102.

[546]- أنظر في ذلك: **عيبوط محند وعلي**، "مبدأ المعاملة العادلة والمنصفة للاستثمارات الأجنبية"، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، كلة الحقوق، العدد الول، الجزائر، 2010، ص ص. 106-112.

[547]- هذا ما عبرت عنه إدارة القانون الدولي العام بوزارة الخارجية السويسرية بقولها: "إن المعاملة العادلة والمنصفة ليست في الحقيقة سوى تعبير عن المعيار الدولي التقليدي المسمى بشرط الحد الأدنى".نقلا عن: **عيبوط محند وعلي**، المرجع نفسه، ص ص. 102-103.

هذه الدول لمبادئ القانون الدولي العرفي التي لم تشارك في وضعها[548].

لكنه سرعان ما عرف هذا المبدأ تطور واتساع مجال نشاطه، فعرف تطبيقا له في أغلب التشريعات الداخلية،منها قانون الاستثمار الجزائري الذي يكرس مبدأ المعاملة العادلة والمنصفة بين المستثمرين، فحسب المادة 21 من القانون رقم 16-09، المتعلق بترقية الاستثمار فإنه: **مع مراعاة أحكام الاتفاقيات الثنائية والجهوية والمتعددة الأطراف الموقعة من طرف الدولة الجزائرية تتلقى الأشخاص الطبيعيون والمعنويون الجانب معاملة منصفة وعادلة، فيما يخص الحقوق والواجبات المترتبة باستثماراتهم**".

كما عرف هذا المبدأ تطبق له في مختلف الاتفاقيات الدولية الثنائية والمتعددة الأطراف التي أبرمتها الدول النامية المستوردة لرؤوس الأموال والدول المصنعة المصدرة لرأس المال في مجال حماية وتشجيع الاستثمارات الأجنبية رغم اختلافها في الصياغة. ويمكن أن نشير في ذلك مثلا لنص المادة 04 من الاتفاقية المبرمة بين الجزائر والمجلس الفيدرالي السويسري حول الترقية والحماية المتبادلة للاستثمارات التي جاء فيها ما يلي:

"**تمنح في كل وقت لاستثمارات وعائدات مستثمري كل طرف متعاقد معاملة عادلة ومنصفة وتتمتع بحماية وأمن تأمين وكاملين على إقليم الطرف المتعاقد الآخر**"[549].

أما الفقه الحديث فيتجه إلى البحث عن معنى ومحتوى مبدأ المعاملة العادلة والمنصفة في إطار الاتفاقية الدولية التي تعتبر أساس التزامات الأطراف المتعاقدة، والتي تتضمن تفاصيل حول كل المسائل التي لها صلة بعملية الاستثمار، وهذه الاتفاقيات عادة ما تحيل تحديد مضمون هذا المبدأ إلى مبادئ القانون الدولي، فتنص على أن معاملة الاستثمار بأي حال من الأحوال لا يجب أن تكون أقل امتيازا مما هو معترف به من قبل القانون الدولي، كما ورد ذلك

---

[548]- لقد وضع مبدأ الحد الأدنى لمعاملة الأجانب خلال القرن التاسع عشر(19) من طرف الدول المتقدمة لغرض حماية مواطنيها في الخارج، إلى جانب مجموعة أخرى من المبادئ الكلاسيكية التي عرفت تطبيق لها في مجال القانون الدولي للاستثمارات كمبدأ عدم التمييز، ومبدا قدسية العقد، ومبدا شريعة المتعاقدين، ومبدا حسن النية في تنفيذ العقود. أنظر في هذا الموضوع: **عصام الدين مصطفى بسيم**، النظام القانوني للاستثمارات الأجنبية الخاصة في الدول الآخذة في النمو، المرجع السابق، ص ص. 244-245.

[549]- مرسوم رئاسي رقم 05-235 مؤرخ في 23 يونيو سنة 2005، يتضمن المصادقة على الاتفاقية المبرمة بين حكومة الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية والمجلس الفيدرالي السويسري حول الترقية والحماية المتبادلة للاستثمارات، الموقع ببيرن في 30 نوفمبر سنة 2004، ج.ر.ج.ج، العدد 45، الصادرة في 2005/06/29.

في المادة 3/03 من الاتفاقية المبرمة بين الجزائر والاتحاد الاقتصادي اللكسمبورجي التي تنص على ما يلي:

"**المعاملة والحماية المقررة بموجب هذه الاتفاقية تكونان على الأقل متساويتين بالنسبة لما يتمتع به مستثمرو دولة ثالثة أخرى ولا تكونان بأي حال من الأحوال أقل إمتيازا مما هو معترف به من قبل القانون الدولي**"[550].

يفيد هذا النص أن مبدأ المعاملة العادلة للمستثمرين الأجانب يعني احترام أحكام القانون الداخلي والحد الأدنى المعمول به في القانون الدولي في مجال حماية الأجانب وممتلكاتهم في الخارج، إذ يجب أن تعاملهم الدول المضيفة سواء من حيث إعادة الحق إلى أصحابها أو التعويض عن الأضرار معاملة لا تقل عن تلك التي توفرها لمواطنيها من المستثمرين، أو للمستثمرين التابعين لأي بلد ثالث أيهما الأكثر رعاية، وإذا كانت أحكام القانون الدولي تسمح بمنح معاملة تفضيلية للوطنيين، فإنه يجب أن تكون معاملة الأجانب مطابقة للحد الأدنى المعترف به في القانون الدولي[551].

نظرا لعدم وجود معيار موحد يحدد قواعد العدل والانصاف في القانون الدولي العرفي، أي معيار محدد للحكم فيما إذا كانت المعاملة عادلة، اتجهت الممارسات الدولية الحديثة إلى اعتماد مجموعة من المعايير والقواعد لتحديد طبيعة المعاملة التي يجب توفيرها للاستثمارات الأجنبية.

ثانيا: قواعد معاملة الاستثمار الأجنبي في القانون الدولي

عرف تطبيق مبدأ المعاملة العادلة الذي استقر عليها العرف الدولي عدة معايير قانونية لمعاملة الاستثمار الأجنبي، أهمها: معيار المعاملة الوطنية، معيار الدولة الأولى بالرعاية، معيار المعاملة بالمثل.

---

[550]– مرسوم رئاسي رقم 91–345 مؤرخ في 05 أكتوبر سنة1991، يتضمن المصادقة على الاتفاقية المبرمة بين الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية والاتحاد الاقتصادي البلجيكي اللكسمبورجي المتعلق بالتشجيع والحماية المتبادلة للاستثمارات، الموقع بالجزائر بتاريخ 24 أفريل سنة 1991، ج.ر.ج.ج، العدد 46، الصادرة في 1991/10/06.

[551] – **عيبوط محند وعلي**، "مبدأ المعاملة العادلة والمنصفة للاستثمارات الأجنبية"، المرجع السابق، ص 111.

1- معاملة الاستثمار الأجنبي وفقا لقاعدة المعاملة الوطنية

يعتبر مبدأ المعاملة الوطنية للاستثمار الأجنبي من أهم المعايير التي اتبعتها الدول لتطبيق مبدأ المعاملة العادلة والمنصفة، ويراد به أن يتمتع المستثمر الأجنبي بذات الحقوق والضمانات والمزايا التي يتمتع بها المستثمر الوطني، فيكون له ذات المركز القانوني من حيث الحقوق والالتزامات والقواعد والإجراءات، وأن يعامل رأس المال الأجنبي المستثمر في الدولة المضيفة معاملة رأس المال المملوك لمواطنيها بلا تمييز وبذات الشروط[552].

لكن تطبيق قاعدة المعاملة الوطنية بهذا الشكل، يتأثر بالتطور والتغيير التشريعي اللاحق لإبرام الاتفاق الدولي الذي يمكن أن يزيد من هذه الضمانات والمزايا أو ينقص منها، فإذا تم ربط معاملة الأموال الأجنبية بنفس معاملة الأموال الوطنية، فإن النتيجة تكون كما يلي:

إذا كانت الاتفاقية تنص على أن تمتد أثار هذا المبدأ إلى الضمانات والمزايا المقررة للاستثمار الوطني بمقتضى القوانين الداخلية الجديدة وقت إبرام الاتفاقية واللاحقة على إبرام الاتفاقية، فإنه كلما اتجهت إرادة المشرع الوطني إلى إنقاص تلك المزايا والضمانات بالنسبة لأموال الوطنيين، يؤدي ذلك بالضرورة إلى الانتقاص كذلك من الضمانات المقررة للمستثمر الأجنبي، أما إذا اتفق على عدم امتداد الضمانات الجديدة إلى الاتفاق السابق، فذلك يؤدي إلى حرمان الأموال الأجنبية من مزايا وضمانات جديدة[553].

بالتالي، فإن تطبيق قاعدة المعاملة الوطنية لا تقدم الحماية القانونية الكافية للاستثمار الأجنبي، لاحتمالية تعديلها بزيادة الحماية أو نقصانها حسب إرادة المشرع الوطني للدول المضيفة. ثم إن هذه الاتفاقيات عادة لا تتضمن قواعد محددة يجب تطبيقها على المستثمر، إنما تحيل في تحديد هذه القواعد إلى القوانين الوطنية للدول المضيفة، والتي تستطيع أن تغير من نطاق هذه الحماية بالزيادة أو النقصان بتغييرها لمضمون القواعد الوطنية التي تخاطب المستثمرين.

لذلك تتجه بعض الدول إلى تطبيق قواعد أخرى في معاملة الاستثمار الأجنبي، وذلك باللجوء إلى قاعدة الدولة الأولى بالرعاية.

---

[552] – **هشام علي صادق**، الحماية الدولية للمال الأجنبي، المرجع السابق، ص 209.

[553] – المادة 15 من الاتفاقية الموحدة لاستثمار رؤوس الأموال العربية في الدول العربية، المرجع السابق.

2- معاملة الاستثمار الأجنبي وفقا لمبدأ الدولة الأولى بالرعاية

يقصد بمعيار الدولة الأولى بالرعاية أن تتعهد الدولة المضيفة للاستثمار بمقتضى اتفاقية دولية تبرم بينها وبين الدولة المصدرة للاستثمار، بمعاملة الاستثمارات التابعة لهذه الدولة أفضل معاملة تلقاها الاستثمارات الأجنبية فيها، أي تمكين مستثمري الدولة المصدرة من الاستفادة من جميع الضمانات والمزايا التي قررتها أو تقررها مستقبلا الدولة المضيفة للاستثمارات الأجنبية، فتتعهد الدولة الملتزمة بموجب أحكام هذه الاتفاقية، بأن تعطي رعايا الدولة المستفيدة أكبر قدر من المزايا التي تمنحها الأولى للدولة الغير.

يعد مبدأ الدولة الأولى بالرعاية من المبادئ المعروفة منذ القدم والتي عرفت تطبيقا لها في إطار الاتفاقيات المبرمة بين الولايات المتحدة الأمريكية مع الدول الأخرى حول الصداقة والتجارة والملاحة، والتي تقتضي أنه يتعين على الدولة منح رعايا أو ممتلكات أخرى كيفما يكون الحال تكون تابعة لدولة متعاقدة في إقليم الدولة المتعاقدة الأخرى أفضل معاملة يمكن أن تمنحها لرعايا دولة ثالثة، وهو ما وصفته محكمة العدل الدولية بهذا الشكل بأنه يعني الذي يعني المساواة بين الدول دون تمييز[554].

بعدها عرف هذا المبدأ تطبيق له في إطار القانون الداخلي، وهو ما يعرف بـ "شـرط التدعيم التشريعي"[555]، إذ تستفيد الاستثمارات من الأحكام الجديدة إذا كانت تتضمن امتيازات أكبر بالنسبة للمستثمر، وذلك بهدف ضمان المعاملة التفضيلية التي ينص عليها التشريع الوطني للدولة المضيفة.

أصبح هذا المبدأ كذلك من المبادئ المقررة في معظم الاتفاقيات الدولية الحديثة التي أصبحت تعترف بحق المستثمر في الاستفادة من التشريع الذي يضمن لها امتيازات إضافية كالاتفاقية الموحدة لاستثمار رؤوس الأموال العربية في الدول العربية، التي تمنح للمستثمر حق الاختيار في أن "يعامل أية معاملة أخرى تمنحها الدولة المضيفة لاستثمار غير عربي، بناء على أحكام عامة مقررة في قانون أو اتفاقية دولية"[556].

554- **بقة حسان**، "دور الضمانات..."، المرجع السابق، ص 105.

555- **لعماري وليد**، "استقرار القانون..."، المرجع السابق، ص 343.

556- الفقرة 02 من المادة 06 من الاتفاقية الموحدة لاستثمار رؤوس الأموال العربية في الدول العربية، المرجع السابق.

كما تجيز هذه الاتفاقية للدول العربية الأعضاء أن تقرر مزايا إضافية للاستثمار العربي تجاوز الحد الأدنى المنصوص عليه في هذه الاتفاقية، بقصد تحقيق سيطرة عربية أكبر على الإدارة والتكنولوجيا المستخدمة، وذلك مع مراعاة مجموعة من الاعتبارات تتمثل خصوصا في أهمية المشروع بالنسبة لمستقبل تنمية الاقتصاد القومي للمشروعات العربية المشتركة، ومدى التمكن العربي من التكنولوجيا المستخدمة، وخلق فرص عمالة للعمال الوطنيين والمساهمة مع رأس المال في الدولة المضيفة، وتقرير المعاملة التفضيلية للمشروعات العربية المملوكة ملكية جوهرية لمواطنين عرب[557].

إلا أن تطبيق مبدأ المعاملة الدولة الأولى بالرعاية بدوره ليس كافيا لتوفر المعاملة المناسبة للاستثمارات التي تشملها الحماية، فهو لا يمنح الاستثمارات المستفيدة منه قدرا معلوما من الضمانات القانونية، ولا يتضمن تحديدا مباشرا وواضحا للحقوق التي تمنحها الدولة الملتزمة به لرعايا الدولة المستفيدة منه، بل يضمن مجرد الحق في مطالبة الدولة الملتزمة به بمنح رعاياها مركزا مساويا لما يتمتع به رعايا الدولة الأولى بالرعاية، أي منحها ضمانات مماثلة لتلك التي تتمتع بها الاستثمارات الوافدة من دولة أجنبية أخرى.

3- معاملة الاستثمار الأجنبي وفقا لمبدأ المعاملة بالمثل

يقتضى معيار معاملة الاستثمار الأجنبي وفقا لمبدأ المعاملة بالمثل، أن تعامل الدولة المستثمر الأجنبي بالمعاملة ذاتها التي يلقاها رعاياها في إقليم الدولة التي ينتمي إليها هذا المستثمر بجنسيته. ويمكن أن يرِد النص على هذا المبدأ إما في التشريع الوطني ويسمى عندئذ بـ"التبادل التشريعي"، كما يمكن أن يرد النص عليه في اتفاقية دولية تبرم بين دولتين أو أكثر ويسمى في هذه الحالة بـ"التبادل ألاتفاقي أو الدبلوماسي"[558].

إن الرغبة في وضع أفضل الوسائل لحماية الاستثمارات الأجنبية الخاصة، جعل الممارسات الدولية الحديثة تتجه نحو تجسيد هذه المعيار الثلاثة، فتؤكد معظم الاتفاقيات

---

[557]– المادة 16 من الاتفاقية الموحدة لاستثمار رؤوس الأموال العربية في الدول العربية، المرجع السابق.

لمزيد من التفاصيل في هذا الموضوع أنظر: المرشد إلى معرفة قواعد الاستثمار في الدول العربية...، المرجع السابق، ص 315.

[558] – **دريد محمود السامرائي**، الاستثمار الأجنبي...، المرجع السابق ص ص. 215–217.

الدولية الثنائية والجماعية المتعلقة بتشجيع وحماية الاستثمارات المتبادلة على مبدأ المساواة في المعاملة وإن اختلفت التسميات من المعاملة العادلة والمنصفة، أو المعاملة التميزية والغير تميزية، أو المعاملة الوطنية أو معاملة الدولة الأولى بالرعاية[559].

هذا التعدد في المعايير القانونية لمعاملة الاستثمارات الأجنبية، يمكن أن يثير في الواقع صعوبة في تحديد محتوى قاعدة المعاملة العادلة والمنصفة للاستثمار، بسبب الاختلاف في الصياغة من اتفاقية إلى أخرى، إلا أن إدراجها ضمن المعاهدات يكون له تأثر في توضيح قواعد معاملة الاستثمار الأجنبي المقررة، وإكسابها الصفة الدولية الملزمة[560].

فأي إخلال من جانب الدولة المضيفة بقواعد المعاملة الواردة في هذه الاتفاقيات يشكل خرقا لالتزام دولي يستوجب مسؤوليتها الدولية.

الفرع الثاني
مجال تطبيق مبدأ المعاملة العادلة للاستثمار في نظام الضمان الدولي للاستثمار الأجنبي

يعتبر مبدأ المعاملة العادلة للاستثمار من المبادئ التي كرستها الاتفاقيات الدولية لضمان الاستثمار، إلا أن هذه الاتفاقيات لم تحدد المقصود بالمعاملة العادلة، بل جاءت أحكامها عامة تتضمن على عبارات تساعد هيئة الضمان من الوصول إلى تحديد محتوى هذا المبدأ. فتؤكد هذه الاتفاقية على منع كافة أشكال التمييز في المعاملة بين المستثمرين، من خلال توفير الضمان ضد أيه إجراءات استثنائية يمكن أن تتخذها الدولة المضيفة ومن شأنها المساس بحقوق المستثمر المضمون على المشروع كلما كانت تنطوي على تمييز ضده(أولا)، مع الاعتراف له بالحق في التعويض عن الأضرار التي تسببها تلك الاجراءات، مع ضمان حقه في التحويل أمواله خارج الدولة المضيفة(ثانيا).

559- **ISSAD Mohand**, «Deux conventions bilatérales pour la protection des investissements » RASJEP ,Volume XXIX , N° 4 , Alger,1991, p 722.

560 – **مديحة بلاهدة**، وضعية الاستثمار ...، المرجع السابق، ص 49.

أولا: المساواة في معاملة الاستثمار المضمون

يعتبر عدم التمييز في المعاملة ضمانة أساسية للمستثمر الأجنبي، ومن العوامل الأساسية لتشجيع الاستثمار الأجنبي كونها تزيد في أمن المستثمرين[561]، إذ يجب أن يعامل الأشخاص الطبيعيون والمعنويون الأجانب بمثل ما يعامل به الأشخاص الطبيعيون والمعنويون الوطنيون في مجال الحقوق والواجبات ذات الصلة بالاستثمار، مع عدم التمييز بين المستثمرين الأجانب فيما بينهم.

يمكن أن تتخذ المساواة في المعاملة وفقا لنظام الضمان الدولي للاستثمار صورتين: صورة عدم التمييز ضد المستثمر المضمون والمستثمرين الوطنيين، وصورة عدم التمييز بين المستثمرين الأجانب أنفسهم.

1-المساواة في المعاملة بين المستثمر المضمون والمستثمر الوطني

تقتضي المساواة في المعاملة أن يتم معاملة رأس المال الأجنبي داخل أراضي الدول المضيفة بذات المعاملة التي يتلقاها رأس المال المحلي، وأن يتمتع المستثمر الأجنبي بنفس الحقوق ويخضع لنفس التزامات المستثمر الوطني.

تتحقق المعاملة العادلة للاستثمار المضمون بمقارنة المستثمر المضمون وعدم التمييز بينه وبين المستثمرين الوطنيين، إذ يجب أن يخضع لنفس المعاملة والإجراءات الخاصة بتنفيذ المشروع، سواءًا كان هذا الاستثمار مستقلا عن رأس المال المحلي أو مشتركا معه، بالإضافة لعدم التمييز في معاملة رأس المال الأجنبي من حيث مشروعية أو عدم مشروعية الإجراءات التي تتخذها الدول المضيفة في مواجهة المستثمر[562].

بالرجوع لأحكام الاتفاقيات الدولية لضمان الاستثمار، فإن هيئة الضمان الدولية تكون ملزمة بدفع التعويض للمستفيد من الضمان عن الخسائر المترتبة عن الإجراءات التي تتخذها السلطات العامة في الدول المضيفة والتي تنطوي على تمييز ضد المستثمر المضمون، فكل إجراء تتخذه الدولة المضيفة على نحو يجعل الصفة الأجنبية وحدها المبرر الوحيد لاتخاذها، يشكل خطرا غيرا تجاريا من منظور هذه الاتفاقيات.

561 - **TRAORE Tsagao** , La garantie des…, op.cit, p19.

562 – **عاطف ابراهيم محمد**، ضمانات الاستثمار...، المرجع السابق، ص 179.

الأمر الذي يقتضي على الدول الأعضاء معاملة المستثمرين الأجانب واستثمارتهم بنفس المعاملة والحماية، أو بحماية لا تقل عن تلك التي يحظى بها الوطنيين، وهذا ما يفهم من المادة 12/د/4 من اتفاقية سيول التي تنص على مايلي:

"**على الوكالة أن تستوثق عند القيام بضمان استثمار مما يأتي: (4) ظروف الاستثمار في الدولة المضيفة بما في ذلك توفر المعاملة العادلة والحماية القانونية للاستثمار**".

يلاحظ من خلال هذا النص، أن تطبيق مبدأ المساواة في المعاملة يقتضي وجوب توفير المعاملة العادلة والحماية القانونية للمستثمر المضمون ضد كافة الاجراءات التمييزية التي قد تتخذها حكومة الدولة المضيفة ضده. وهذه المعاملة يجب أن لا تكون أقل من الحد الأدنى للحماية الدولية المعترف بها في القانون الدولي العرفي، فلا يمكن التمسك بالمعاملة الوطنية كوسيلة لعدم ضمان الحد الأدنى المقرر بمقتضى العرف الدولي.

هذا ما يسري العمل به في المؤسسة العربية لضمان الاستثمار التي تلتزم بالتعويض عن الخسائر المترتبة على الإجراءات التي تتخذها الدولة المضيفة عندما تكون مخالفة لمبدأ عدم التمييز ضد المستثمر المؤمن لصالحه استنادا لنص المادة 2/18/ج من اتفاقية إنشاء المؤسسة، أو لأنها تخالف المبادئ القانونية المشتركة للأقطار المتعاقدة في المؤسسة والمبادئ المعترف بها في القانون الدولي استنادا للمادة 06 من اتفاقية إنشائها[563].

في ذات الاتجاه، تستوجب اتفاقية سيول ضرورة قيام الوكالة الدولية لضمان الاستثمار بالتأكد وقبل ضمانها لأي مشروع من مدى مطابقته لقوانين الاستثمار في الدولة المضيفة[564]، وهذا ما يعني أن الوكالة لا تكتفي بالمساواة في المعاملة بين المستثمر المضمون والمستثمرين الوطنيين، بل تركز اهتمامها على المحيط العام للاستثمار، ومدى مطابقة قوانين الاستثمار في هذه الدولة لقواعد وأحكام القانون الدولي المعترف بها والخاصة بمعاملة الاستثمار الأجنبي، والتي تقضي بعدم التمييز بين المستثمرين.

تطبيقا لمبدأ المساواة في مجال الضمان، تتجه غالبية التشريعات الداخلية إلى تكرس مبدأ المساواة في المعاملة، كقانون الاستثمار الجزائري الذي يؤكد في المادة 21 من القانون

---

563 – **هشام على صادق**، الحماية الدولية للمال الأجنبي، المرجع السابق، ص 58.

564 – المادة 23 من اتفاقية سيول.

رقم 16-09 المؤرخ في 03 أوت 2016، المتعلق بترقية الاستثمار تنص على أنه:
"**مع مراعاة أحكام الاتفاقيات الثنائية والجهوية والمتعددة الأطراف الموقعة من قبل الدولة الجزائرية، يتلقى الأشخاص الطبيعيون والمعنويون الأجانب معاملة منصفة وعادلة، فيما يخص الحقوق والواجبات المرتبطة باستثماراتهم**".[565]

يؤكد المشرع الجزائري من خلال هذا النص على ضرورة تكريس مبدأ المساواة بين المستثمرين في مجال الحقوق والالتزامات وعدم التمييز بينهما.

2- المساواة بين المستثمرين الأجانب

تستوجب المادة 23/ب/2 من اتفاقية سيول ضرورة قيام الوكالة الدولية لضمان الاستثمار بالعمل لإزالة كافة المعوقات القائمة أمام تدفق الاستثمارات فيما بين الدول الأعضاء، ولها في ذلك أن تقوم بما يلي:
" **بالسعي إلى الدخول في اتفاقات مع الدول النامية الأعضاء وعلى وجه الخصوص الدول التي يتوقع أن تكون من الدول المضيفة، تكفل للوكالة في شأن الاستثمارات التي تضمنها معاملة لا تقل تمييزا عن أفضل معاملة وافق العضو المعني على إضفائها على هيئة لضمان الاستثمار أو دولة من الدول بموجب اتفاقية تتعلق بالاستثمار...**".

تتجسد المساواة بين المستثمرين وفقا لأحكام هذه الاتفاقية، في تحقيق المساواة بين المستثمرين الأجانب والوطنين من جهة، وكذلك عدم التمييز بين المستثمرين الأجانب من جنسية دون جنسية أخرى وتعمل بذات النشاط الاستثماري، أي عدم التمييز بين المستثمرين الأجانب أنفسهم من جهة أخرى، إذ يجب أن تعامل الدول المضيفة سواء من حيث إعادة الحق إلى أصحابها أو التعويض عن الأضرار، معاملة لا تقل عن تلك التي توفرها لمواطنيها من المستثمرين، أو المستثمرين التابعين لأي بلد ثالث أيهما الأكثر رعاية.

---

[565] – تجدر الإشارة إلى أن المشرع الجزائري قد أقر مبدأ المساواة في المعاملة كذلك في المادة 1/14 من الأمر رقم 01-03 المؤرخ في 20 أوت سنة 2001، المتعلق بتطوير الاستثمار، التي نصت صراحة على مبدأ عدم التمييز بين المستثمرين الأجانب والمستثمرين الوطنيين كالآتي:
"**يعامل الأشخاص الطبيعيون والمعنويون الأجانب بمثل ما يعامل به الأشخاص الطبيعيون والمعنويون الجزائريون في مجال الحقوق والواجبات ذات الصلة بالاستثمار**".

يقتضي الالتزام الدولي أن يتمتع المستثمر الأجنبي بمعاملة عادلة ومنصفة أي بأمن وحماية دائمين بعيدا عن الإجراءات التعسفية غير المبررة أو التمييزية التي من شأنها عرقلة تسيير وضمان استعمال أمواله بصفة قانونية وفعلية، لكن تطبيق مبدأ عدم التمييز على هذا النحو، لا يمنع الدولة المضيفة من فرض قيود على الاستثمار في بعض قطاعات النشاط الاقتصادي، أو منح بعض الامتيازات للاستثمارات المنجزة في القطاعات الهامة للاقتصاد الوطني، أي أنه لا يمنع احتفاظ الدولة المضيفة بحق منح معاملة خاصة لمستثمر ما دون أن يكون لها النية في التمييز بينه وبين المستثمرين الآخرين، وذلك من أجل تحقيق أهدافها ومصالحها الاقتصادية[566].

فالمعاملة التفضيلية بين الوطنيين والأجانب مشروعة من الناحية القانونية[567]، لكن إذا كانت هذه المعاملة بين الأجانب فقط وعلى أساس الجنسية، فإنه في مثل هذه الحالة نكون أمام ما يسمى "بالمعاملة التمييزية المخالفة لمبدأ العدل والإنصاف"[568].

يلاحظ مما تقدم أن تحقيق المساواة في المعاملة بين المستثمرين تطبيقا لمبدأ المعاملة الوطنية وشرط الدولة الأولى بالرعاية، لا يكفي وحده لتحقيق مبدأ المعاملة العادلة وفقا لنظم الضمان الدولية، فذلك يقتضي كذلك إمتناع الدولة الدولة المضيفة من القيام بأي إجراء غير مبرر أو تمييزي أو غير منصف يمكن أن يعرقل قانونيا أو فعليا المعاملة العادلة والمنصفة، وذلك بإزالة كل أشكال التمييز وحماية المستثمر ضد كل أنواع المعاملات التميزية.

3- حظر الإجراءات التمييزية ضد المستثمر المضمون

أشارت الاتفاقيات الدولية لضمان الاستثمار إلى مبدأ المساواة في المعاملة وعدم التمييز ضد المستثمر المضمون، من خلال توفير الضمان ضد أيه إجراءات استثنائية يمكن أن

---

[566]- **عيبوط محند وعلي**، الحماية القانونية للاستثمارات الأجنبية في الجزائر، المرجع السابق، ص 202.

[567]- يرى الاستاذ "يوسفي محمد" أن المعاملة التفضيلية بين المستثمرين الوطنيين والأجانب مشروعة من الناحية القانونية، إلا أنها يمكن أن تجعل المستثمرين الوطنيين عرضة للتمييز، لإمكانية منح المستثمرين الأجانب حماية أكبر وضمانات أوسع من تلك الممنوحة للمستثمرين الوطنيين. **يوسفي محمد**، "مضمون أحكام الأمر رقم 01-03 المتعلق بتطوير الاستثمار، المؤرخ في 20 أوت سنة 2001 ومدى قدرته على تشجيع الاستثمارات الوطنية والأجنبية"، مجلة إدارة، المجلد 12، العدد 23، الجزائر، 2002، ص 46.

[568] - **عيبوط محند وعلي**، الحماية القانونية للاستثمارات الأجنبية في الجزائر، المرجع السابق، ص 202.

تتخذها الدولة المضيفة، ومن شأنها أن تمس بالحقوقه المترتبة للمستفيد من الضمان على مشروعه، كلما كانت تنطوي على تمييز ضد المستثمر المضمون.

(أ) مضمون الإجراء التمييزي

يعد إجراء تمييزيا في مفهوم الاتفاقيات الدولية لضمان الاستثمار كل إجراء يصدر عن حكومة الدولة المضيفة، والذي لا يمكن وصفه بنزع الملكية طبقا للمعنى التقليدي المتعارف عليه في القانون الدولي، إلا أنه يؤدي تدريجيا بطريقة غير مباشرة لذات نتائج نزع الملكية، أي يؤدي إلى حرمان المستثمر من سلطاته الجوهرية على الاستثمار ويحول دون تحقيق مكاسبه، كلما كان اتخاذه على نحو ينطوي على تمييز ضد المستثمر المضمون.

أشارت المادة 11/أ/2 من اتفاقية سيول إلى شرط عدم التمييز ضد المستثمر المشمول بالضمان، ونصت أن الضمان بموجب عقد الضمان لا يمتد للخسائر الناجمة عن أي إجراء تتخذه السلطات العامة في الدول المضيفة ويتوافر على الشروط التالية:

"...**يستثنى من ذلك الإجراءات العامة التطبيق التي تتخذها الحكومات عادة لتنظيم النشاط الاقتصادي في أراضيها والتي لا تنطوي على تفرقة تضر بالمستفيد من الضمان**".

يشير هذا النص صراحة لشرط عدم التمييز ضد المستثمر المضمول بالضمان، ويؤكد على أن الضمان لا يمتد لتغطية الإجراءات العادية والمعقولة التي تمارسها الدول المضيفة تنظيما للنشاط الاقتصادي في إقليمها، إلا إذا كانت هذه الاجراءات تنطوي على تمييز ضد المستثمر المشمول بالضمان، ويكون الإجراء تمييزا في هذه الحالة إذا اقتصر أثره على مصالح المستثمر المضمون دون باقي المستثمرين الأجانب المشتغلين بذات النشاط، أو امتدد أثره لصالح كافة المستثمرين الأجانب بما فيهم المستثمر المضمون دون غيرهم من المستثمرين الوطنيين، أو أن يكون قد أثر في مصالح مستثمرين أجانب من جنسية محددة بالذات.

أما اتفاقية المؤسسة الإسلامية لتأمين الاستثمارات فتؤكد المادة 05 منها على أن تقوم المؤسسة وفقا لأحكام الشريعة الإسلامية بالتأمين على الاستثمارات التي تتم بين الدول الأعضاء. ما يعني أن هذه المؤسسة تأخذ بمبدأ المعاملة العادلة للاستثمارات الأجنبية، استنادا إلى مبدأ "الغنم بالغرم"[569]، الذي يعتبر من المبادئ الأساسية في النظام الاقتصادي الإسلامي،

[569]– **حمزة عبد الكريم محمد حماد**، مخاطر الاستثمار...، المرجع السابق، ص 42.

الذي يقرر العدل في المعاملات، فلا يصح أن يضمن الإنسان لنفسه مغنما ويلقى الغرم على عاتق غيره، فالاستعداد لتحمل المخاطرة شرط ضروري للسلامة الشرعية كي يطيب الربح في أي عملية استثمارية، والعمل المخاطر يتميز باستعداد المستثمر لتحمل نتائج الاستثمار ربحا أو خسارة.

(ب) الفرق بين الإجراءات التمييزية والاختلاف في المعاملة

يوجد اختلاف بين "الإجراءات التمييزية" و"الاختلاف في المعاملة"، فالإجراءات التمييزية تقوم على عنصر أساسي هو النية في الإضرار، وتتمثل في تلك الإجراءات التي لا تستند على مبررات معقولة، سواء كان هذا التمييز بين الوطنيين والأجانب أو بين الأجانب فيما بينهم.

أما الاختلاف في المعاملة فهو معيار معترف به في القانون الدولي، لأنه مرتبط بالظروف الاقتصادية للدولة، إذ يحق للدولة منح بعض الامتيازات والحقوق لمواطنيها، وهو ما يدخل في إطار السلطة العامة للدولة ولا يشكل تمييزا[570].

حسب تقرير الأمم المتحدة للعدالة والتنمية(UNICTED)، فإن الاختلاف في المعاملة بين الوطنيين والأجانب يشكل تمييزا إذا كان قائما على أسباب غير مشروعة، باختلاف الإجراءات التحكمية وغير المبررة التي تتخذها الدولة ضد مستثمر أجنبي بسبب جنسيته، مع الأخذ بعين الاعتبار الآثار الضارة المترتبة عنها[571].

فمثلا حق الشفعة المنصوص عليه في القانون الجزائري، فهو لا يشكل الناحية القانونية نزع ملكية ولا شكل من أشكال التأميم[572]، فضمان ممارسة الدولة لحق الشفعة ليس له أثر

---

570 – **عيبوط محند وعلي**، الحماية القانونية للاستثمارات الأجنبية في الجزائر، المرجع السابق، ص 201.

571 – هذا ما جاء في تقرير الأمم المتحدة للعدالة والتنمية (UNICTED) في سنة 2005، عندما وسع في قائمة الإجراءات أو التصرفات التي قد تعد تمييزية، فأكد على أن:

"**المعاملة غير العادلة وغير المنصفة تشمل الأفعال التي قد تظهر التهاون المقصود أو التقصير الشديد من جانب الدولة المضيفة للاستثمار في خلق جو من تكافؤ الفرص التنافسية، أو سوء نية الدولة المستقطبة للاستثمار في معاملة المستثمر الأجنبي أو عدم الاهتمام المتعمد بمراعاة الأصول القانونية أو مخالفة التوقعات المشروعة للمستثمرالأجنبي**".

نقلا عن: **جغلول زغدود، سيف الدين بوجدير**، "ضمانات الاستثمار الأجنبي في القانون الجزائري(وفقا للتشريع الداخلي والاتفاقيات الثنائية والمتعددة الأطراف)"،مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية، العدد11، الجزائر، جوان 2017، ص 596.

572- تعتبر الشفعة إحدى طرق كسب الملكية العقارية، نظمها المشرع الجزائري من خلال المواد 794 إلى 807 من القانون المدني تحت فصل اكتساب الملكية. =

على ممارسة المستثمرين الأجانب لحقوق الملكية على مشاريعهم، لكنه نظريا وكما يرى الأستاذ "زوايمية راشيد" يمكن أن يقترب ممارسة الدولة لحق الشفعة من إجراءات التأميم ونزع الملكية، كلما تم فرضه بطريقة تمييزية على المستثمر الأجنبي دون الوطني، ما يسمح باعتباره شكل من أشكال نزع الملكية المستتر (expropriation déguisées)[573].

هذا ما لوحظ بشأن تطبيق حق الشفعة في مجال الاستثمار في الجزائر، أين جعل المشرع في قانون الاستثمار لسنة 2016 ممارسة الدولة لحق الشفعة يقتصر على الإستثمار الأجنبي دون الوطني في المادة 30 من القانون رقم16-09 المتعلق بترقية الاستثمار التي تنص:

"**تتمتع الدولة بحق الشفعة على كل التنازلات عن الأسهم والحصص الاجتماعية المنجزة من قبل أو لفائدة الأجنبية**"[574].

= إذ تعرفها المادة 794 من الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، المتضمن القانون المدني كما يلي:
"**الشفعة رخصة تجيز الحلول محل المشتري في بيع العقار ضمن الأحوال والشروط المنصوص عليها...**".
وتجدر الإشارة إلى أن الشفعة تختلف عن نزع الملكية والتأميم، فهي نظام استثنائي يرد كقيد على حرية التصرف في الملكية، وممارستها في مجال الاستثمار تعني حلول الدولة محل المشتري في تملك الحصص المتنازل عنها متى كان أحد طرفي التنازل أجنبيا، وذلك من أجل المحافظة على الاستثمارات الموجودة على إقليمها حماية للاقتصاد الوطني، وبذلك فهي تقترب من نزع الملكية والتأميم، فكلاهما يهدف إلى الحصول على ملكية المشاريع الاقتصادية لأغراض المصلحة العامة. لكنهما يختلفان، من حيث أن ممارسة حق الشفعة في مجال الاستثمار الأجنبي تكون عندما يتنازل هذا الاخير عن حصصه بارادته المنفردة ودون ضغط من طرف الدولة المضيفة خلافا للتأميم. ثم إن التأميم يتم بموجب نص تشريعي، أي قانون يصدر عن السلطة التشريعية، بينما الشفعة في مجال الاستثمار الاجنبي تمارس عن طريق السلطة التنفيذية الممثلة في وزير المالية بناءا على نص قانوني. أنظر في ذلك المادة 52 من القانون رقم 05-10 المؤرخ في 20 يونيو سنة 2005 المتضمن القانون المدني، المرجع السابق.
لمزيد من التفاصيل في هذا الموضوع: **بوالقرارة زايد**،"ممارسة حق الشفعة على الاستثمار الخاص الأجنبي في القانون الجزائري"، مجلة القانون، المجتمع والسلطة، العدد 06، الجزائر، 2017، ص ص. 143-145.

[573]- **ZOUAIMIA Rachid** ,«Le régime des investissements étrangers à l'épreuve de la résurgence de l'Etat dirigiste en Algérie», op.cit., P 21.

[574] – قانون رقم 16-09 المؤرخ في 03 أوت 2016، المتعلق بترقية الاستثمار، المرجع السابق.
نشير في هذا الصدد إلى أن المشرع الجزائري قد أقر بحق الدولة في ممارسة حق الشفعة في مجال الاستثمار الأجنبي منذ سنة 2009 بصدور قانون المالية التكميلي لسنة 2009، وبعدها وعلى التوالي في قانون المالية لسنة 2010 وقانون المالية لسنة 2014. أنظر في هذا الشأن: المادة 62 من القانون رقم 09-01، المتضمن قانون المالية التكميلي لسنة 2009، المرجع السابق. والمادة 46 من الأمر رقم 10-01 المؤرخ في 26 أوت سنة 2010، المتضمن قانون المالية التكميلي لسنة 2010، ج.ر.ج.ج، العدد49، الصادرة في 2010/08/29. والمادة 57 من القانون رقم 13-08 المؤرخ في 30 ديسمبر 2013، المتضمن قانون المالية لسنة 2014، ج.ر.ج.ج، العدد 68، الصادرة في 2013/12/31.

فهذا النص يتعارض مع أحكام القوانين والاتفاقيات التي تعهدت فيها الجزائر بضمان نفس المعاملة في مجال الحقوق والالتزامات المترتبة عن الاستثمار الوطني والأجنبي، فممارسة الدولة لحق الشفعة على المستثمر الأجنبي دون الوطني يشكل إحدى مظاهر المعاملة التميزية بين المستثمر الأجنبي والمستثمر الوطني في القانون الجزائري، بالاضافة لمظاهر أخرى تجسد تقييد المشرع للاستثمار الأجنبي في الجزائر، وتمس بمبدأ المساواة في المعاملة[575].

ثانيا: مبدأ التعويض وضمان الحق في التحويل

يقتضي تطبيق مبدأ المعاملة العادلة للاستثمار المضمون التزام الدول المضيفة بالتعويض عن كافة الإجراءات التي يمكن أن تتخذها والتي من شأنها أن تؤدي إلى حرمان المستثمر المضمون من حقوقه الجوهرية على استثماره، مع ضمان حقه في تحويل عوائد استثماره والأرباح المترتبة عنه، ومختلف التعويضات المترتبة عن حالات التنازل أو التصفية للخارج وبعملة قابلة للتحويل الحر. ويعد مبدأ التعويض وضمان حق التحويل من الضمانات الأساسية المقررة بموجب الاتفاقيات الدولية لضمان الاستثمار لفائدة المستثمر المضمون.

---

[575]– لقد عرف القانون الجزائري بكثرة القيودا التمييزية التي كانت مفروضة على الاستثمار الأجنبي، لاسيما خلال الفترة الممتدة ما بين سنة 2009 وسنة 2014، التي شهدت صدور قوانين ذات أحكام تمييزية، منها ما جاء به قانون المالية التكميلي لسنة 2009، حول إلزامية خضوع الاستثمار الأجنبي للدراسة المسبقة من طرف المجلس الوطني للاستثمار دون إخضاع الاستثمار الوطني لمثل هذا الاجراء، وهو ما جعلها إجراءات مناقضة لمبدأ عدم التمييز ولنظام المعاملة الموحدة المكرس في الأمر رقم 01–03 المؤرخ في 20 أوت 2001، المتعلق بتطوير الاستثمار، لذلك قام المشرع بموجب القانون رقم 13–08 المؤرخ في 30 ديسمبر 2013، المتضمن قانون المالية لسنة 2014 بإلغاء إجراء الدراسة المسبقة التي كان يقوم بها المجلس الوطني للاستثمار.

كما جاء قانون المالية التكميلي لسنة 2009 أيضا بتقييد الاستثمار الأجنبي في الجزائر بشرط مشاركته مع الاستثمار الوطني، فلا يمكن إنجاز الاستثمارات الأجنبية إلا في إطار شراكة تمثل فيها المساهمة الوطنية 51% على الأقل من الرأسمال الاجتماعي، دون أن تفرض أية نسبة على المستثمر الوطني. وهذا الشرط التمييزي لايزال قائما في ظل القوانين المعمول بها حاليا، حيث أكده المشرع الجزئري مجددا بموجب المادة 66 من القانون رقم 15–18 المؤرخ في 30 ديسمبر 2015، المتضمن قانون المالية لسنة 2016، كما أشار إليه قانون المالية لسنة 2020، مع تحديد نطاق تطبيقه على الاستثمار في النشاطات التي تكتسي طابعا استراتجيا والتي تحدد عن طريق التنظيم. أنظر في ذلك المادة 109 من القانون رقم 19–14 المؤرخ في 11 ديسمبر 2019 المتضمن قانون المالية لسنة 2020، المرجع السابق.

لمزيد من التفاصيل أنظر كذلك: **جلال عزيزي**،"الشراكة الأجنبية في قانون الاستثمار الجزائري، شرط تميزي أم حتمية اقتصادية"، مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية، العدد الثالث عشر(13)، الجزائر، جويلية 2018، ص ص. 544–545.

OUGUENOUNE Hind, La politique…, op.cit, pp. 185- 186.

الفرع الثالث

ثبات معاملة الاستثمار المضمون

يراد بثبات معاملة الاستثمار المضمون توحيد شروط وإجراءات عقد ضمان الاستثمار الدولي، وتطبيق مبدأ المساواة بين المستثمرين طالبي الضمان في هذا المجال(أولا)، مع مراعاة قواعد المعاملة الاتفاقية التي ترتبط بها الدولة المضيفة، والتي يمكن أن تقرر معاملة خاصة للاستثمارات المضمونة(ثانيا).

أولا: توحيد شروط الضمان

يعتبر مبدأ ثبات معاملة الاستثمار المضمون مبدأً أساسياُ يتعين على هيئة الضمان الدولية مراعاته عند التعاقد مع مستثمري الدول الأعضاء، من خلال توحيد شروط الضمان بالنسبة لجميع المستثمرين والاستثمارات المراد ضمانها.أي توحيد القواعد والشروط الخاصة بالضمان سواء من حيث المخاطر المقبولة للضمان وأقساط الضمان ومبلغ التعويض المستحق عن الخطر المضمون، وذلك بصرف النظر عن جنسية المستثمر طالب الضمان.

يقتضي كذلك مبدأ ثبات معاملة الاستثمار المضمون، أنه يتعيين على هيئة الضمان عند تحديد الخسائر المستبعدة من الضمان أن يكون موقفها موحدا بالنسبة لجميع المستثمرين، كعدم تغطية الخسائر المترتبة عن المخاطر الاقتصادية ومخاطر تخفيض العملة وانخفاضها، وتعيين الخسائر الناجمة من أي إجراء تتخذه السلطات العامة في الدول المضيفة ويكون من قبيل الإجراءات العادية التي تمارسها الدولة تنظيما للنشاط الاقتصادي في إقليمها، بالاضافة إلى الخسائر المترتبة عن الإجراءات التي يكون المستثمر قد وافق صراحة على اتخاذها أو كان مسؤولا عنها مسؤولية مباشرة بسب إهماله أو خطئه وكل الخسائر التي لايجوز للهيئة تغطيتها والتي سبقت الإشارة إليها [576].

يقتضي تطبيق مبدأ ثبات معاملة الاستثمار المضمون نتيجة أساسية مفادها أنه في حالة انسحاب أي دولة من الاتفاقية أو فقدانها لعضويتها في هيئة الضمان، فإن ذلك لا يجب أن يؤثر على الحقوق والالتزامات المترتبة للمستثمر المضمون، والمقررة بموجب الاتفاقيات الدولية

[576]– راجع حول شروط الخطر المضمون في العقد الصفحة 159 الى الصفحة 167 من هذا البحث.

لضمان الاستثمار، لاسيما حقه في التعويض. وهو ما تؤكده نظم الضمان الدولية في هذا الصدد، فحسب المادة 3/30 من اتفاقية المؤسسة العربية لضمان الاستثمار على مايلي:

"**لا يترتب على انتهاء العضوية أي أثر على التزامات العضو القائمة أو المحتملة تجاه المؤسسة فيما يتعلق بالعمليات التي عقدتها قبل انتهاء العضوية**"[577].

يتضح من خلال هذه النص، أن إنتهاء العضوية بسبب إنسحاب أي دولة من الاتفاقية أو فقدانها لعضويتها في هيئة الضمان الدولية لا يؤثر على الحقوق والالتزامات الناجمة عن الاستثمار المضمون. فانتهاء عضوية الدولة المضيفة في هيئة الضمان المتعاقد معها، لايؤثر على التزاماتها في التعويض عن الأضرار التي تلحقها بالمستثمر المضمون جراء حدوث مخاطر غير تجارية مضمونة. وهو ما أشارت إليه كذلك المادة 53/ أ من اتفاقية سيول في هذا الصدد على أنه:

" **تظل الدولة التي تفقد صفة العضوية مسؤولة عن جميع التزاماتها، بما في ذلك التزاماتها المحتملة طبقا لهذه الاتفاقية، والتي تم الالتزام بها قبل انتهاء عضويتها**"[578].

استنادا لهذا النصن فإن الدول الأعضاء تظل ملزمة بتسوية التزاماته اتجاه الوكالة والوافاء بكافة المطالبات الموجه إليها، بما في ذلك التزامها بالتعويض عن أثار المخاطر غير التجارية المضمونة. وهو الاتجاه الذي تؤكد كذلك المادة 1/47 من اتفاقية المؤسسة الإسلامية لتامين الاستثمارات والتي تنص على أنه:

"**تظل الدولة العضوة –بعد انتهاء العضوية– مسؤولة عن الالتزامات المتحققة التي كانت في ذمتها للمؤسسة في تاريخ انتهاء عضويتها وتظل مسؤولة كذلك عن التزاماتها المحتملة...**"[579].

---

[577]– تضيف الفقرة 04 من المادة 30 من اتفاقية المؤسسة العربية لضمان الاستثمار على أنه:

" **تفتح المؤسسة للعضو الذي انتهت عضويته حسابا خاصا تقيد فيه حقوقه والتزاماته المالية ولا يجري تصفية هذا الحساب إلا بعد انقضاء الالتزامات المشار إليه في الفقرة السابقة وتسوية حقوق العضو المذكور**".

[578]– تضيف الفقرة (ب) من المادة 53 من اتفاقية سيول على مايلي:

" **مع عدم الاخلال بالفقرة (أ) أعلاه، تتفق الوكالة مع الدولة التي تفقد صفة العضوية على الترتيبات اللازمة لتسوية المطالبات والالتزامات المتبادلة بينهما، وتتعين موافقة مجلس الادارة على هذه الترتيبات**".

[579]– تضيف الفقرة 02 من المادة 47 من اتفاقية المؤسسة الاسلامية لتأمين الاستثمار على أنه:

" **ترتب المؤسسة –عند انتهاء عضوية إحدى الدول– استرداد الأسهم التي تمتلكها تلك الدولة في رأس مال المؤسسة وذلك كجزء من تسوية الحسابات مع الدولة...**".

هذا من جهة. ومن جهة أخرى، فإن التوقف المؤقت للعمليات داخل هيئة الضمان الدولية لا يجب أن يؤثر بدوره على عمليات الضمان التي أبرمتها الهيئة وعلى التزامات الأعضاء فيها بشأن عمليات الهيئة، وهو ما أكدته صراحة المادة 54/ج من اتفاقية سيول بإنه:

" **لا يترتب على قرار وقف عمليات الوكالة أي أثر على التزامات الأعضاء وفقا لهذه الاتفاقية أو التزامات الوكالة قبل المستفيدين من الضمان**".

يؤكد هذا النص على أنه في الحالات الاستثنائية الطارئة التي قد تؤدي إلى وقف الوكالة لجميع أنشطتها لمدة معينة، فإن هذا الوقف لا يجب أن يؤثر على الحقوق المقررة للمستثمر المضمون بموجب الاتفاقية، والتي يستفيد منها بموجب عقد الضمان. وهو الاتجاه الذي أقرته كذلك اتفاقية المؤسسة العربية لضمان الاستثمار، فتنص المادة 3/32 منها على مايلي:

" **لا يترتب على قرار وقف الأعمال أي أثر على التزامات الأعضاء قبل المؤسسة أو التزامات المؤسسة قبل المؤمن لهم أو قبل الغير**".

كما تؤكد كذلك اتفاقية المؤسسة الإسلامية لتأمين الاستثمارات هـذا الاتجاه، فتنص المادة 3/48 منها على مايلي:

" **لا يترتب على قرار وقف عمليات المؤسسة أي أثر على التزامات الأعضاء قبل المؤمن لهم أو قبل الآخرين**"

من هنا يلاحظ أن الاتفاقيات الدولية لضمان الاستثمار تتفق على أن الضمانات الواردة في عقد الضمان تتميز بالثبات، فالتوقف المؤقت للعمليات داخل هيئة الضمان الدولية لا يجب أن يؤثر على عمليات الضمان التي تبرمها هذه الهيئات، ولا يمس بحقوق المستفيدين من الضمان بحكم الاتفافية، وتبقى الهيئة قائمة إلى أن تتم تسوية جميع المطالبات[580].

ثانيا: مراعاة القواعد الاتفاقية بشأن معاملة وحماية الاستثمار الأجنبي

حددت الاتفاقيات الدولية لضمان الاستثمار مجموع الضمانات والتدابير القانونية لضمان أمن وحماية الاستثمارات الأجنبية المباشرة، والتي يتعين على جميع الدول المتعاقدة منحها للاستثمارات الأجنبية الوافدة إليها، كونها تمثل حدا أدنى لا يجوز التنازل عنه.

---

[580]– هذا ما أكدته المادة 2/49 من اتفاقية المؤسسة الإسلامية لتأمين الاستثمارات التي تنص على أنه:

"**تبقى المؤسسة قائمة وتبقى جميع الحقوق والالتزامات المتبادلة بينها وبين أعضائها، وذلك إلى أن تتم تسوية جميع التزاماتها وتوزيع أصولها.**

فتؤكد هذه الاتفاقيات على عدم المساس بملكية الاستثمار المضمون أو الإخلال بعقد الاستثمار، وعلى حق المستثمر المضمون في التعويض عند حدوث ذلك، مع ضمان حقه في تحويل أمواله ومبالغ التعويضات المستحقه له، كما تؤكد على مبدأ المساواة في المعاملة وعدم التمييز ضد المستثمر المضمون، وهذه الضمانات قابلة للزيادة لتصل إلى مستوى المزايا التي تقررها الدولة لاستثماراتها الوطنية أو لتبلغ مستوى الحقوق التي تمنحها تلك الدولة للاستثمارات الأجنبية الأخرى بموجب الاتفاقيات الدولية التي تبرمها الدول الأعضاء فيما بينها.

بعبارة أخرى، يجب على هيئات الضمان الدولية عند تحديد الاجراءات الصالحة للضمان أن تحرص على ألا يؤدي ذلك إلى الإضرار بحقوق الدولة المضيفة أو المستثمرين في ظل اتفاقيات الاستثمار الثنائية أو الاتفاقات الأخرى، ومراعاة القواعد والمبادئ المقررة لحماية الاستثمار الأجنبي بموجب القانون الدولي بما يحقق في النهاية عدالة، بقدر المستطاع بين أطراف المعادلة الاستثمارية، أي الدولة المضيفة من جهة والمستثمر الاجنبي من جهة أخرى.[581].

إذ تستند هيئة الضمان الدولية لمعرفة قيمة أحكام القانون الداخلي للدولة المضيفة، بمقاربة قواعد معاملة وحماية الاستثمار الأجنبي المقررة في هذا القانون بما تضمنته الاتفاقيات الدولية وقواعد القانون الدولي المقررة لحماية المستثمرين الأجانب وممتلكاتهم، فبالرجوع إلى الاتفاقيات الدولية لضمان الاستثمار نجد أنها تحيل الأطراف إلى مبادئ القانون الدولي في حالة عدم وجود نص في هذه الاتفاقيات بشأن مسألة ما، بما في ذلك أحكام الاتفاقيات التي يبرمها الأعضاء ذات صلة بالموضوع، وهو ما أشارت إليه اتفاقية سيول بنصها على مايلي:
"تطبق الهيئة في أية منازعة مما يدخل في مجال هذا الملحق نصوص الاتفاقية وأي اتفاقية بين طرفي المنازعة ذات صلة بها، ونصوص لوائح الوكالة وأنظمتها الداخلية، وقواعد القانون الدولي واجبة التطبيق..."[582].

يلاحظ أن هذه الاتفاقية تجعل قواعد القانون الدولي واجبة التطبيق عند الفصل في أيــة منازعة قـد تنشأ بين الوكالة وأحد الأعضاء حول استثمار مضمون، وهو ما تؤكده كذلك اتفاقية

---

581 – **سيد سالم عرفة**، ادارة المخاطر...، المرجع السابق، ص 219

582– الفقرة(ز) من المادة 04 من الملحق الثاني المتعلق بتسوية المنازعات بين العضو والوكالة طبقا للمادة 57، المرفق باتفاقية سيول، المنشور بموجب المرسوم الرئاسي رقم 95-345 المؤرخ في 30 أكتوبر سنة 1995، المرجع السابق.

المؤسسة العربية لضمان الاستثمار التي تؤكد في المادة 06 منها على وجوب تطبيق قواعد القانون الدولي كألاتي:

"**تخضع المؤسسة لأحكام هذه الاتفاقية ولما يضعه مجلس المؤسسة من نظم ولوائح مكملة لها، وعند عدم وجود حكم في النصوص المشار إليها في الفقرة السابقة تطبق المبادئ القانونية المشتركة في القطار المتعاقدة والمبادئ المعترف بها في القانون الدولي**".

وعليه، يتعين على هيئة الضمان الدولية مراعاة مبادئ القانون الدولي المقررة لحماية الاستثمار الأجنبي، ومختلف قواعد الحماية والمعاملة التي تضمنتها الاتفاقيات الدولية التي تبرمها الدول الأعضاء فيما بينها، والتي تؤكد معظمها على أنه لا يجب اتخاذ تدابير التأميم إلا وفقا للمصلحة العامة، ودون تمييز بين مستثمر أجنبي وأخر، وينبغي ألا تتناقض تلك التدابير مع التزامات الواردة في الاتفاقية الثنائية التي تكون الدولة المتخذة لتلك التدابير طرفا فيها، وأن يكون ذلك مقابل تعويض لأصحابها.

كما تؤكد معظم الاتفاقيات الدولية الحديثة على أهمية مبدأ المعاملة العادلة للاستثمار في تحقيق المساواة ومنع كل أشكال التمييز، والامتناع عن القيام بأي تصرف من شأنه المساس بالاستثمار خاصة بالنظر إلى المسؤولية الدولية المترتبة عن الإخلال بالالتزامات الدولية الواردة في هذه الاتفاقيات. وفي هذه الحالات يتوقع أن تستفيد الاستثمارات التي تغطيها هيئة الضمان الدولية من مزايا الاتفاقيات الثنائية والجماعية القائمة، بحيث تكون الأولوية في التطبيق لأحكام هذه الاتفاقية عند تعارضها مع قوانين وأنظمة الدول الأعضاء، أي تطبيق أحكامها فيما يتعلق بمعاملة الاستثمار وحمايتها معاً، فأحكام الاتفاقيات الدولية تبعد أحكام القانون الداخلي إذا اختلفت معها[583].

نشير في هذا المجال إلى أخر المحاولات الدولية والأكثر حداثة في توحيد قواعد معاملة الاستثمار الأجنبي وهي اتفاقية إجراءات الاستثمار المتصلة بالتجارة في إطار المنظمة العالمية للتجارة(OMC) التي تم التوصل إليها في ختام مفاوضات جولة أورجواي لعام 1994[584].

583– **قادري عبد العزيز**:"دراسة في العقود بين الدول ورعايا دول أخرى في مجال الاستثمارات الدولية"، المرجع السابق، ص48.

584 – تم ذلك في منتصف شهر أفريل سنة 1994 عندما وقع ممثلو 117 دولة في مدينة مراكش المغربية الوثيقة النهائية لجولة أورغواي التي انبثق عنها إنشاء منظمة التجارة العالمية، والتي يبلغ عددها حوالي 132 دولة مشاركة. انظر في ذلك الموقع الرسمي لمنظمة التجارة العالمية: https://www.wto.org

يعد اتفاق إجراءات الاستثمار المتصلة بالتجارة أحد أهم الاتفاقيات الدولية الحديثة التي تناولت موضوع الاستثمار الأجنبي المباشر، أين تم الاتفاق على وضع القواعد العامة لمعاملة الاستثمارات الأجنبية، والاتفاق على مجوعة من القوانين واللوائح والإجراءات التي تنظم أسلوب التعامل مع الاستثمارات الأجنبية الخاصة المباشرة، نحو توفير أكبر قدر ممّكن من الحماية لهذه الاستثمارات ضد المخاطر غير التجارية، والتي تطبق على جميع الدول الأعضاء.

يؤكد هذا الاتفاق أنه إذا كان من حق حكومات الدول المختلفة عادة فرض مجموعة من القوانين واللوائح والإجراءات التي تنظم أسلوب التعامل مع الاستثمارات الأجنبية المباشرة، ووضع التدابير والقيود التي تراها ضرورية للحد من دخول رأس المال الأجنبي تجنبا لبعض مخاطره، فإنه تحظر كل إجراءات الاستثمار التي لا تتفق مع أحكام المادة الثانية من اتفاقية القات بخصوص مبدأ الالتزام بمعاملة الاستثمارات الأجنبية بنفس معاملة الاستثمارات الوطنية، ولا يجوز لأي عضو أن يطبق أي إجراء للاستثمار متصل بالتجارة أو أية قيود إدارية وتدابير نافذة من خلال التشريعات الوطنية يتعارض والمادة 11 من اتفاقية القات بخصوص الالتزام بمبدأ الإلغاء العام للقيود الكمية[585].

في جميع الأحوال، يكون لهيئة الضمان الدولية سلطة تقدير مدى توافر المعاملة العادلة من عدمه، وإذا لاحظت عدم كفاية قواعد الحماية المقررة في الدولة المضيفة يجوز لها التمسك بمبدأ المعاملة العادلة من أجل رفع مستوى الحماية وربطها بالحد الأدنى المضمون في القانون الدولي وتوفير الشروط المناسبة للاستثمار، وذلك بالدخول مع هذه الدول في اتفاقات تتعلق بمبادئ أو قواعد معاملة الاستثمارات المضمونة في اقليمها، كما أشارت إليه المادة 41 من هذه اتفاقية المؤسسة العربية لضمان الاستثمار التي تنص على أنه:

---

585 – وفقا لاتفاقية القات تمنع كل الإجراءات والشروط التي تضعها السلطات المحلية على الاستثمارات الأجنبية وتنطوي على تقييد وتشويه للتجارة العالمية أو تعرقل حركة الاستثمارات عبر الحدود الدولية، وقد حدد اتفاق إجراءات الاستثمار المتصلة بالتجارة قائمة بأمثلة لهذا النوع من الإجراءات، منها: اشتراط قيام المشروع الأجنبي بشراء أو استخدام منتجات محلية بمقادير أو نسب معينة، والذي يشكل إخلال بمبدأ المعاملة الوطنية في القات، وكذلك عدم فرض قيود كمية تتعارض مع المادة 11 من اتفاقية القات، التي تقضي الالتزام بعدم اللجوء إلى القيود الكمية على التجارة، وهذا الاتفاق له أثارا مهمة على العلاقة بين الدول المضيفة والشركات الاستثمارية الكبرى، التي أصبحت أهم أهداف نشاطها الاستثماري يتركز في المقام في المقام الأول على الربح والإنتاج من أجل التصدير وليس الوفاء باحتياجات السوق المحلية أو تنمية اقتصاديات الدول المضيفة. **عمر هاشم محمد صدقة**، ضمانات الاستثمار...، المرجع السابق، ص ص. 159– 161.

"تعمل المؤسسة على الدخول مع الأقطار المتعاقدة في اتفاقيات تتعلق بمبادئ بمبادئ أو قواعد معاملة الاستثمارات المؤمن عليها إقليم كل منها...".

بهذا الشكل يمكن للمؤسسة التمسك بمبدأ المعاملة العادلة والاتفاق مع الدول الأعضاء حول الإجراءات التي يمكن أن تساعد على أداء مهامها وتنفيذ عمليات الضمان، وتوحيد قواعد معاملة الاستثمارات المراد ضمانها، وتحقيق التطابق بين نصوص القانون الداخلي وأحكام الاتفاقية الدولية لضمان الاستثمار.

كما يمكن لهية الضمان الدولية أن تتعاون مع هيئات الضمان الأخرى المعنية بتشيجع الاستثمار تحقيق أهدافها في تشجيع تدفق الاستثمارات فيما بين الدول الأعضاء، وهو ما أقرته المادة 23 من اتفاقية سيول التي تؤكد على أن تقوم الوكالة من أجل ذلك بما يلي: **"أن تنسق مع الهيئات الأخرى المعنية بتشجيع الاستثمار الأجنبي وخاصة شركة التمويل الدولية"**.

بهذه الطريقة يمكن للوكالة أن تتعاون مع هيئات الضمان الأخرى المعنية بتشيجع الاستثمار كمؤسسة التمويل الدولية بغرض تنفيذ بعض المشاريع ذات الأولوية لتحقيق التنمية في الدول الأعضاء[586]. وهذا بالاضافة للدور الهام الذي يمكن أن تؤديه هيئات الضمان الدولية في تحسين ظروف الاستثمار في الدول الأعضاء من خلال تنمية البحوث التي تساعد على توحيد القواعد القانونية لمعاملة الاستثمارات الأجنبية بين الدول الأعضاء.

---

[586]- نشير في هذا الصدد إلى أن حوالي 48% من المشروعات التي ساندتها الوكالة الدولية لضمان الاستثمار هي مشروعات في بلدان مؤهلة للاقتراض من مؤسسة التمويل الدولية، وأغلب هذه المشروعات موجهة للاستثمار في إفريقيا، ما يؤكد مساندة الوكالة للمستثمرين في الدول النامية. التقرير السنوي للوكالة الدولية لضمان الاستثمار 2007. ص 19.

كما تشير أحدث التقارير الصادرة عن الوكالة أن التوجهات الحالية للوكالة تتمثل في العمل على تشجيع توجيه الاستثمار الأجنبي نحو الدول النامية لمساندة النمو الاقتصادي فيها، والحد من الفقر وتحسين حياة البشر. فحوالي 60% من الضمانات التي أصدرتها الوكالة في سنة 2015 موجهة لتغطية مشروعات يتم إنجازها في البلدان النامية الأعضاء بالوكالة. كما يرتكز نشاطها الأكبر في المناطق ذات الأولوية الإستراتيجية لديها، والاستثمارات الموجهة نحو الدول المؤهّلة للاقتراض من مؤسسة التمويل الدولة، وكذا الاستثمارات الموجهة نحو الدول العالية المخاطر كأنغوليا وموريتانيا، ونجيريا، أنظر في ذلك: التقرير السنوي للوكالة الدولية لضمان الاستثمار لسنة 2015، ص 06. والتقرير السنوي للوكالة الدولية لضمان الاستثمار لسنة 2016، ص 01.

كما أشار تقرير البنك الدولي لسنة 2018، إلى أن الوكالة الدولية لضمان الاستثمار ساعدت خلال عام 2018 على تمويل مشروعات بقيمة 17.9 مليار دولار في البلدان النامية. أنظر في ذلك: البنك الدولي: إنهاء الفقر والاستثمار في الفرص، التقرير السنوي للبنك الدولي لسنة 2018.

الفصل الثاني

أحكام العقد ضمان مالي وإجرائي ضد أثار المخاطر غير التجارية

لا يمكن أن يؤدي الاستثمار الأجنبي دورا مهما في تنمية اقتصاد الدول المضيفة له إلا إذا تم استخدامه في أحسن الظروف، ووفرت له كل الوسائل القانونية الفعالة لمواجهة المعوقات المختلفة التي قد تواجهه في الدول المضيفة، وضمانات تحميه ضد حدوث المخاطر غير التجارية وتضمن له استفاء حقوقه عند وقوعها.

إذ كانت الاتفاقيات الدولية لضمان الاستثمار تنشئ التزاما على عاتق الدول المضيفة بعدم المساس بالاستثمار المضمون عن طريق التأميم أو نزع الملكية، إلا أن المستثمر يبقى مترددا مادام شبح الخوف من حدوث هذه المخاطر مازال قائما، في ظل سلطة الدولة المضيفة التي لا يحدها أي نص قانوني يمنع المساس بملكية الاستثمار الأجنبي، ممّا يجعل الضمانات القانونية التي وردت في هذه الاتفاقيات وحدها لا تكفي لتحقيق الحماية المنشودة، إلا إذ اقترنت بضمانات مالية لجبر الخسائر المحتملة.

فقد أدركت المجموعة الدولية أهمية الضمان المالي للمشروعات الاستثمارية ضد ما يمكن تتعرض له من خسائر داخل الدول المضيفة، ولاحظت أن أفضل حماية يمكن توفيرها للمستثمر الأجنبي في هذا الخصوص تتمثل في تأمينه ضد الخسائر المترتبة عن حدوث المخاطر غير التجارية التي يخشاها، وذلك بإحالته إلى جهاز دولي متخصص يضمن له عدم المساس بملكية استثماره، وإن حدث ذلك يضمن له الحق في الحصول على التعويض عن الخسائر التي تلحقه نتيجة تحقق المخاطر المشمولة بالضمان، مع ضمان حقه في التحويل(**المبحث الأول**).

إن الضمانات المالية المقررة بهذا الشكل تكون فعالة كلما اقترن تطبيقها بضمانات أخرى إجرائية، أهمها تمكين الطرف الضامن من الحلول محل المستثمر المضمون في مواجهة الدولة المضيفة المسؤولة عن الضرر الذي لحقه، مع ضمان حق المستثمر المضمون في اللجوء إلى التحكيم الدولي لتسوية المنازعات التي قد تنشأ بمناسبة عقد الضمان المبرم بينهما(**المبحث الثاني**). وهذه الضمانات الإجرائية ستجعل من الضمانات القانونية والمالية التي ينطوي عليها هذا العقد أكثر فعالية.

المبحث الأول
ضمان الحقوق الاقتصادية والمالية للمستثمر المضمون

أثبت الواقع أن الضمانات القانونية(الموضوعية) لحماية الاستثمارات الأجنبية التي قد ينطوي عليها عقد ضمان الاستثمار الدولي لم تكون وحدها كافية لتوفير الحماية المناسبة لهذه الاستثمارات لاحتمال حدوث المخاطر غير التجارية، إذ تشير الإحصائيات إلى أن استعمال هذه العقود في المعاملات الاقتصادية الدولية لم يمنع من حدوث المخاطر غير التجارية، وبالتالي فإن مواجهة أثار هذه المخاطر والتعويض عن الأضرار التي تترتب عند حدوثها يكون أحسن وسيلة لتحقيق الاطمئنان الذي ينشده المستثمر.

فشعور المستثمر الأجنبي بأن حقوقه ستجد التغطية اللازمة في حدود هذا العقد يعتبر ضمانا فعّالا يدفعه إلى مواصلة مشروعه الاستثماري رغم الإجراءات الحكومية التي يمكن أن تستهدف استثماره، إذ يطمئن لوجود جهاز دولي يضع حدا لخسائره من خلال تعويضه عن ذلك(**المطلب الأول**). ويصبح ضمان الحق في التعويض ضمانا فعالا إذا ما اقترن بضمان آخر، وهو حق المستفيد من الضمان في تحويل كافة أمواله ونتاج أعماله والتعويضات المستحقة له لخارج الدولة المضيفة للاستثمار(**المطلب الثاني**).

المطلب الأول
التعويض عن الخسائر المترتبة عن تحقق المخاطر غير التجارية المضمونة

يعتبر الحق في التعويض من أهم الحقوق التي تترتب بموجب عقد ضمان الاستثمار الدولي لفائدة المستثمر المضمون عند تحقق الخطر المضمون في العقد، فهو ضمان قانون ومالي يمنح للمستثمر في مقابل حق الدولة في التأميم كحق سيادي كلما توافرت شروط استحقاقه(الفرع الأول).

يتم تحديد التعويض المستحق عن الخسائر المترتبة عن حدوث المخاطر غير التجارية المضمونة بناءاً على اتفاق طرفي العقد في كل حالة، مع مراعاة أحكام الاتفاقية التي يبرم العقد في ظل أحكامها، والقواعد والنظم المعمول بها على مستوى الهيئة المتعاقد معها(الفرع الثاني).

الفرع الأول
شروط استحقاق التعويض في عقد ضمان الاستثمار الدولي

تربط الاتفاقيات الدولية لضمان الاستثمار الحق في الحصول على مبلغ التعويض المستحق عند تحقق إحدى المخاطر المضمونة في العقد، بمجموعة من الشروط، منها الشروط الموضوعية المرتبطة بالمستثمر المضمون، والخطر الذي يستوجب التعويض عن أثاره (أولا)، وشروط أخرى خاصة بالإخطار، وتوجيه طلب التعويض للهيئة الضامنة، أي توافر الشروط الإجرائية لاستحقاق التعويض(ثانيا).

أولا: الشروط الموضوعية لاستحقاق التعويض

يشترط لاستفاء المستفيد من الضمان لمبلغ التعويض المتفق عليه بموجب عقد الضمان، ومطالبة الهيئة الضامنة بالتعويض عن الأضرار التي لحقت به جراء تحقق أحد المخاطر المضمونة في العقد توافر الشروط التالية:

1- استمرار صلاحية المستثمر للضمان

يراد باستمرارية صلاحية المستثمر للضمان، استمرارية الجنسية بالنسبة للشخص الطبيعي، وتبعية الشخصية المعنوي لاحدى الدول الأعضاء[587]، ويعد هذا الشرط من الشروط الرئيسية التي يجب توافرها عند مطالبة هيئة الضمان الدولية بالتعويض عن الخسائر المضمونة، كما تنص عليه المادة 2/17 من اتفاقية المؤسسة العربية لضمان الاستثمار كالآتي:

"**تتضمن عقود التأمين ما يجيز للمؤسسة تعديل العقد أو فسخه أو اتخاذ أي إجراء مناسب آخر إذا تخلف بعد تاريخ إبرام العقد شرط من الشروط الواردة في الفقرة السابقة.إلا أنه يجب أن تتوافر هذه الشروط عند مطالبة المؤمن له بما يستحقه من تعويض عن الخسائر المؤمن عليها**".

[587] – راجع حول انتماء وجنسية المستثمر طالب الضمان الصفحة 140 إلى الصفحة 146 من هذا البحث.

يؤكد هذا النص على أنه إذ تخلفت أحد شروط إبرام العقد قبل وقوع أي من المخاطر المضمونة في العقد، ويراد بذلك شرط انتماء المستثمر إلى إحدى الدول الأعضاء الذي نصت عليه الفقرة الأولى من المادة 17[588]، فإن المؤسسة العربية لها سلطة تقديرية في إنهاء عقد الضمان المبرم مع المستثمر.

يلاحظ أن هذا الشرط يقترب من القاعدة المعروفة في مجال الحماية الدبلوماسية، التي تقتضي بأن الشخص المحمي يجب أن يكون رعية الدولة الحامية، ليس فقط وقت ممارسة الحماية بل في وقت حدوث الضرر كذلك[589].

في الواقع، إن تطبيق هذا الشرط يتعارض في الواقع مع أهداف نظام الضمان الدولي الذي يهدف إلى تشجيع تدفق الاستثمارات بين الدول الأعضاء، فليس هناك ما يبرر النص في عقد الضمان على إنهاء العقد بمجرد تخلف أحد شروط الجنسية في الطرف المضمون، ولا توجد مصلحة لهيئة من إنهاء عقد الضمان بمجرد تخلف أحد الشروط في المستفيد من الضمان أثناء نفاذ العقد، فذلك سيجرد الهيئة من أحد مواردها الأساسية، المتمثلة في الأقساط السنوية التي تحصل عليها مقابل توفير الضمان.

لذلك يرى الفقه أنه يمكن لهيئة الضمان الدولية تجنب هذه الوضعية عن طريق تحويل الحق في الضمان إلى مستثمر آخر تتوافر فيه شروط الجنسية، ويمكن تصور ذلك في حالة ما إذا كان المستثمر المضمون شخصا اعتباريا، لاحتمال أيلولة حصصه وأسهمه لأحد الدول الأعضاء المتعاقدة أو مواطنيها، بشرط أن يتم إحالة الحق في الضمان قبل نشأة الخطر، وفي هذا الوضع لا يترتب بالضرورة إنهاء عقد الضمان[590].

2- أن يتحقق الخطر طبقا للأحكام المنصوص عليها في عقد الضمان

يشترط لاستحقاق المستثمر المضمون للتعويض في عقد ضمان الاستثمار الدولي، أن تكون الأضرار أو الخسائر المطالب بالتعويض عنها ناجمة عن حدوث خطر من المخاطر

---

[588] – تنص الفقرة الأولى من المادة 17 من اتفاقية المؤسسة العربية لضمان الاستثمار على أنه:

" **يشترط في المؤمن له الذي يقبل طرفا في عقد التأمين أن يكون فراد من مواطني الأقطار المتعاقدة أو شخاص اعتباريا تكون حصصه أو أسهمه مملوكة بصفة جوهرية لأحد هذه الأقطار أو لمواطنيها...**"

[589] – **قبايلي طيب**، التحكيم في عقود...، المرجع السابق، ص 81.

[590] – **هشام علي صادق**، النظام العربي لضمان الاستثمار ضد المخاطر غير التجارية، المرجع السابق، ص 170.

التي يغطيها هذا العقد، ويجب أن يكون هذا الخطر قد نشأ خلال فترة الضمان أي خلال فترة نفاذ العقد[591].

يشترط كذلك أن لا يكون حدوث المخاطر أو الإجراءات الحكومية المضمونة نتيجة خطأ وغش المستثمر المضمون، أو نتيجة قيامه بأعمال استفزازية أو عدائية للسلطة العامة في الدولة المضيفة، وهذا أمر بديهي إذ لا يعقل أن تسأل هيئة الضمان عن التعويض عند تحقق خطر يرجع إلى خطأ الطرف المضمون ذاته. وهذا ما قضت به محكمة التحكيم في النزاع بين شركة "فالنيتين البترولية" ضد وكالة التنمية الدولية الأمريكية، بأن نطاق ضمان البرنامج الأمريكي ينصرف إلى واحد أو أكثر من المخاطر غير التجارية، أو إلى جميع المخاطر عدا ما ينجم عن غش المستثمر أو خطأه الجسيم[592].

كما يترتب على تطبيق هذا الشرط أنه يجب ألا يكون المستفيد من الضمان قد أهمل في اتخاذ كافة الإجراءات المعقولة لتلافي المخاطر أو الأضرار المطلوب التعويض عنها، وألا يكون قد أهمل في المحافظة على حقوقه قبل الدولة المضيفة للاستثمار أو الغير.

3- عدم إخلال المستفيد من الضمان بالتزاماته المترتبة عن العقد

يشترط لاستحقاق التعويض في عقد ضمان الاستثمار الدولي، ألا يكون المستثمر المضمون قد أخل بأي التزام من الالتزامات التي يفرضها عليه هذا العقد، وبصفة خاصة التزامه بأداء أقساط الضمان أو الإخطار الفوري للهيئة عن اتخاذه لأي إجراء، أو إخطارها بتحقق الخطر محل العقد طبقا لما يشار إليه في العقد.

كما يلتزام المستفيد من الضمان بأن يحول إلى هيئة الضمان كافة حقوقه المتعلقة بالاستثمار وعوائده، بالإضافة إلى توابع هذه الحقوق وما يكفلها من ضمانات قبل المشروع المستفيد أو قبل الغير أو الدولة المضيفة، فضلا عن التزامه بتسليم الهيئة كل المستندات التي

---

[591]- تتحدد مدة نفاذ العقد بتاريخ التوقيع على العقد أو بتاريخ استلام الطرف الضامن للوثائق التي تثبت البدء في تنفيذ القروض في حالة ضمان استثمار يتخذ شكل قرض، كما أشارت إليه المادة 09 من عقد ضمان القروض للمؤسسة العربية لضمان الاستثمار. نقلا عن: **عاطف ابراهيم محمد**، ضمانات الاستثمار...، المرجع السابق، ص 214.

[592]- **شحاته ابراهيم**، "تعليق على اتفاقية الوكالة الدولية لضمان الاستثمار" المجلة المصرية للقانون الدولي، العدد 41، القاهرة، 1985، ص 194.

تدل على تلك الحقوق والضمانات، فمثلا في حالة نزع ملكية الاستثمار، يتعين على المستفيد من الضمان أن يقدم إلى الهيئة الضامنة كل المستندات المثبتة لحقوقه وممتلكاته وأصوله المنزوع ملكيتها.

إضافة لذلك، يتعين على المستفيد من الضمان اتخاذ كافة الإجراءات المنصوص عليها في العقد ووفقا للمواعيد المحددة في العقد، وأن يراعي مقتضيات حسن النية في تنفيذ التزاماته، وأن يحافظ على حقوق الهيئة الضامنة التي تحل فيها هذه الأخيرة محل الطرف المضمون[593]، فقيام هيئة الضمان الدولية بتعويض المستثمر أو الموافقة على تعويضه، يسمح لهذه الهيئة بالحلول محله في جميع حقوقه المترتبة على الاستثمار المضمون، وفيما ينشأ له من حقوق نتيجة لتحقق الخسارة، سواء في مواجهة الدولة المضيفة أو غيرها.

إلى جانب الشروط الموضوعية لاستحقاق التعويض، يجب على المستفيد من الضمان احترام مجموعة من الشروط الإجرائية لاستحقاق التعويض.

ثانيا: الشروط الإجرائية لاستحقاق التعويض

يراد بالشروط الإجرائية مجموعة الإجراءات التي يتعين على المستفيد من الضمان اتباعها للمطالبة بالتعويض المستحق عن حدوث المخاطر المضمونة في العقد. إذ يتعين عليه تقديم بذلك وفقا للإجراءات والمواعيد المحددة في عقد الضمان.

1- الإخطار بوقوع الخطر Déclaration du sinistre

تركت الاتفاقيات الدولية لضمان الاستثمار مسألة تحديد تاريخ توجيه الإخطار وكيفية ذلك لما يتفق عليه في عقد الضمان، وتشير عقود الضمان للمؤسسة العربية لضمان الاستثمار إلى أنه يجب على الطرف المضمون أن يقوم بإخطار المؤسسة بأي إجراء أو ظرف يؤدي إلى نشأة خطر من المخاطر التي يغطيها العقد خلال شهر من تاريخ نشأة الخطر[594]. لذلك يجب أولا تحديد تاريخ نشأة الخطر.

---

593 – **رمضان علي عبد الكريم دسوقي عامر**، الحماية القانونية...، المرجع السابق، ص 195.

594 – هذا ما أشارت إليه المادة 30 من عقد ضمان الاستثمار المباشر، والمادة 21 من عقد ضمان القروض، نقلا عن: **عاطف ابراهيم محمد**، ضمانات الاستثمار...، المرجع السابق، ص 215.

(أ) – تحديد تاريخ نشأة الخطر

جرت عقود ضمان الاستثمار الدولية على التمييز بين تاريخ نشأة الخطر وتاريخ تحققه، إذ لا يستحق المستفيد من الضمان مبلغ التعويض إلا إذا تحقق الخطر خلال فترة الضمان، ويعتبر الخطر قد تحقق إذا ترتب على الإجراء الذي اتخذته السلطة العامة في البلد المضيف حرمان المستثمر المضمون من أحد حقوقه الجوهرية على استثماره لمدة محددة في العقد، حيث تعتبر تلك المدة شرطا لتحقق الخطر واستحقاق التعويض.

هناك حالات يسهل فيها تحديد تاريخ نشأة الخطر لوجود إجراء أو حدوث واقعة تؤدي بمجرد مرور مدة معينة إلى تحقق الخطر، كحالة رفض السلطات العامة في البلد المضيف تحويل مستحقات المستثمر من صافي الاستثمار وعوائده التي دفعت له بالعملة المحلية، فهذا الرفض يجسد نشأة الخطر، وإذا استمر الرفض قائما لمدة محددة من تاريخ تسليم العملة المحلية اعتبر الخطر محققا[595].

أما في حالة ضمان مخاطر الحرب والاضطرابات المدنية، فتعتبر المؤسسة العربية لضمان الاستثمار في هذا الخصوص أن الخطر لا يعتبر متحققا إلا بعد انقضاء 180 يوما من تاريخ نشأة الخطر، أما إذا تسببت هذه المخاطر في عقد ضمان القروض في منع أو تأخير سداد القسط التالي للقسط الذي استحق عنه التعويض، فإنه يكفي حتى يعتبر الخطر متحققا في شأن ذلك القسط التأخر في سداده لمدة شهرين[596].

تظهر أهمية تحديد تاريخ نشأة الخطر أو تاريخ نزع الملكية في حالة تعدد الإجراءات المكونة للخطر المضمون، ففي الحالات التي يصدر فيها إجراء مباشر بنزع الملكية كصدور قانون أو مرسوم أو قرار بإلغاء عقد الامتياز مثلا، فإن تاريخ نزع الملكية يتحدد بالوقت الذي صدر فيه هذا الإجراء. لكنه في حالة تعدد الإجراءات المكونة للخطر، حيث تتعدد تواريخ اتخاذ

---

[595] – تشير عقود الضمان للمؤسسة العربية لضمان الاستثمار في هذا الصدد، أنه كلما استمر الرفض قائما لمدة شهرين من تاريخ صدور الرفض يكون الخطر قد نشأ مما يستوجب التعويض عن أثاره. **أحمد السعيد شرف الدين**، نزع الملكية وضمان الاستثمار العربي: دراسة مقدمة إلى مؤتمر الجديد في مجال التأمين(الضمان) في لبنان والعالم العربي، المرجع السابق، ص 258.

[596] – هذا ما أشارت إليه المادة 33/أ من عقد ضمان القروض للمؤسسة العربية لضمان الاستثمار. نقلا عن: **عاطف ابراهيم محمد**، ضمانات الاستثمار...، المرجع السابق، ص 216.

كل إجراء منها، إذ يصعب تحديد مدى تأثير كل واحد منها في قيمة الاستثمار، فهل يعتمد على تاريخ إبلاغ المستثمر بالقرار، أو على تاريخ صدور القرار، أو يتم الاعتماد على تاريخ بيع الأصول المملوكة للمستثمر للحكومة.

في هذه الحالة وأمام غياب تطبيقات لهيئات الضمان الدولية في هذا الشأن، فإننا نعرض أهم الحلول التي استقرت عليها أحكام هيئات التحكيم الصادرة في منازعات الاستثمار بين الدول والمستثمرين، والتي تقتضي، بأنه يجب أن ينظر إلى سلسلة الإجراءات المتخذة ليستقر عند تاريخ الإجراء الذي يجسد الموقف النهائي لحكومة البلد المضيف.

ففي قضية "Revere Copper" وجدت هيئة التحكيم أن هناك عدة إجراءات أثرت على قدرة المستثمر في عمله، وهي بيان رئيس الوزراء عن السياسات الحكومية للتأميم في القطاع الاقتصادي الذي يقوم فيه المشروع، وصدور قانون يترتب عليه زيادة الأعباء الضريبية بالنسبة للمستثمر، وإجراء مفاوضات بين الحكومة والمستثمر، وأخيرا توقف المشروع عن العمل. وبناء على ذلك استندت هيئة التحكيم في هذه القضية على تاريخ صدور قانون زيادة الأعباء الضريبية، لأنه يجسد موقف الحكومة في التحلل من ارتباطها بالعقد مع المستثمر، وانتهى المحكمون إلى أن إلغاء العقد تم في تاريخ صدور قانون أو قرار زيادة الضريبة[597].

يتضح من هنا، أن تاريخ نزع الملكية يختلف من حالة إلى أخرى، ويرجع ذلك إلى اختلاف المعطيات في كل حالة، مما يؤدي إلى اختلاف الواقعة التي تجسد حرمان المستثمر من حقوقه بصفة نهائية، والتي يجب الاستناد إليها عند تحديد تاريخ نزع الملكية ومقاربتها، وصولا إلى إختيار تاريخ الإجراء الذي يجسد الموقف النهائي للدولة المضيفة.

(ب) بيانات الإخطار

يجب أن يتضمن الإخطار إلى جانب تاريخ الإجراء أو الواقعة كافة المعلومات المتعلقة بنوع الخطر وطبيعته، والقيمة المبدئية للخسارة، بالإضافة إلى كافة الإجراءات التي اتخذها المستفيد من الضمان أو التي يزمع اتخاذها للمحافظة على حقوقه، وجميع المعلومات اللازمة لتحديد قيمة الخسائر، وأن تكون مدعمة بالأدلة المثبتة لذلك.

---

[597]– **أحمد السعيد شرف الدين**، نزع الملكية وضمان الاستثمار العربي: دراسة مقدمة إلى مؤتمر الجديد في مجال التأمين(الضمان) في لبنان والعالم العربي، المرجع السابق، ص 259.

يثير موضوع الإخطار مسألة مدى وجوب لجوء المستثمر المستفيد من الضمان مباشرة إلى هيئة الضمان الدولية للمطالبة بمبلغ التعويض المستحق دون استنفاذ وسائل التقاضي الداخلية المتاحة في الدولة المضيفة للاستثمار.

بالرجوع إلى الاتفاقيات الدولية لضمان الاستثمار لا نجد أية أشارة إلى هذا الشرط، إلا أنه يمكن أن يتضمن عقد الضمان المبرم على بند يمكن من خلاله لهيئة الضمان إلزام المستثمر المتعاقد معها على وجوب استنفاد جميع الطرق الإدارية المتاحة في الدولة المضيفة لتسوية أوضاعه قبل قيام الهيئة بدفع التعويض، وذلك دون إلـزامه باستنفاذ الوسائل القضائية، وهو ما يتضح من نص المادة 17 من اتفاقية سيول الذي ورد كالآتي :

" ...**ويجب أن تتطلب عقود الضمان من المستفيدين من الضمان أن يلجأوا إلى الوسائل الإدارية المناسبة المتاحة لهم في ظل قوانين الدولة المضيفة قبل قيام الوكالة بالدفع، كما يجوز أن يشترط في تلك العقود انقضاء فترة معينة معقولة بين وقوع الأحداث التي تستند إليها المطالبات وبين دفع المبالغ المطلوبة**".

يشير هذا النص فقط إلى الوسائل الإدارية دون ذكر اللجوء إلى الوسائل القضائية، وهو ما يلاحظ أيضا عن المادة 23 من اتفاقية المؤسسة الاسلامية لتأمين الاستثمارات التي تنص:

" **يجب أن يشترط في عقود التأمين ضرورة لجوء المؤمن لهم أولا، وقبل قيام المؤسسة بالدفع، إلى الوسائل الادارية المناسبة المتاحة لهم فورا في ظل قوانين الدولة المضيفة، كما يجوز أن يشترط في تلك العقود انقضاء فترات معينة معقولة بين وقوع الأحداث التي تستتند إليها المطالبات وبين دفع المبالغ المطلوبة**".

يتضح من خلال هذه النصوص، استبعاد نظم الضمان الدولية لشرط استنفاذ وسائل التقاضي الداخلية للحصول المستفيد من الضمان على التعويض المترتب له بموجب عقد ضمان الاستثمار الدولي وعدم النص على ذلك يرجع إلى كونه إجراء لا يتماشى ومبادئ نظام الضمان الدولي[598]، الذي يهدف إلى تشجيع المستثمرين على الاستثمار في الخارج، الأمر الذي يقتضي أنه لا يجوز أن يثقل على المستثمر بعبء استنفاذ وسائل التقاضي الداخلية قبل المطالبة بالتعويض من الهيئة الضامنة، لأن ذلك سيفقد نظام الضمان الدولي قيمته.

[598] – نشير إلى أن اتفاقية المؤسسة العربية لضمان الاستثمار لم تنص على هذا الشرط، الأمر الذي يفيد أنه يجوز للمستثمر الرجوع مباشرة على المؤسسة للحصول على التعويض المستحق له عند تحقق الخطر المضمون بموجب العقد.

إضافة لذلك، فإن نظم الضمان الدولية تكرس مبدأ حلول هيئة الضمان الدولية محل المستفيد من الضمان الذي تعوضه أو توافق على تعويضه، ويعد اعتراف الدولة المضيفة بهذا الحلول تنازل منها عن استنفاذ وسائل التقاضي الداخلية، كما قضت به محكمة التحكيم في النزاع بين شركة "فالنتين البترولية" ووكالة التنمية الدولية الأمريكية، إذ تساءلت الهيئة التحكمية في هذه القضية عما إذا كان الإجراء السابق المنصوص عليه في عقد الضمان المبرم بين الطرفين يشترط تحققه قبل المطالبة بالتعويض عن تحقق خطر نزع الملكية المضمون في هذا العقد.

إلا أن هيئة التحكيم في هذه القضية اعتبرت أن القانون الأمريكي المنظم لعملية الضمان لا يشترط تحقق هذا الإجراء، فهو يقضي بقيام المستثمر المضمون باتخاذ الإجراءات المعقولة بكل الوسائل الإدارية والقضائية التي يمكن اللجوء إليها فيما يتعلق بالإجراء النازع للملكية، واعتبرت محكمة التحكيم أن قبول دولة هايتي لمبدأ حلول الولايات المتحدة محل المستثمر المضمون بناء على عقد الضمان، يشكل تنازلا من جانب دولة هايتي عن شرط استنفاذ وسائل التقاضي الداخلية[599].

2- توجيه طلب التعويض

ينبغي لاستحقاق المستثمر المضمون لمبلغ التعويض المترتب عن حدوث إحدى المخاطر المضمونة بموجب العقد، تقديم طلب بذلك إلى الهيئة الضامنة خلال الفترة المحددة في عقد الضمان، على أن يتضمن طلب التعويض المقدم على القدر المعقول من المعلومات اللازمة والكافية لتحديد حقوقه في التعويض، وأن يكون ذلك مدعما بكافة المستندات والأدلة المؤكدة لصحة طلبه، ويجوز لهيئة الضمان أن تطالبه بتقديم أي معلومات إضافية معقولة لاستيفاء طلب التعويض.

جرى العمل في نظام المؤسسة العربية لضمان الاستثمار على تحديد ميعاد التقدم بطلب التعويض بـ 180 يوما من تاريخ تحقق الخطر، وترجع الحكمة في ذلك إلى الحيلولة دون تراخي المستثمر المضمون في التقدم بطلب التعويض خلال فترة طويلة قد يصعب بعدها التيقن

[599] – أنظر في هذه القضية: **عاطف ابراهيم محمد**، ضمانات الاستثمار...، المرجع السابق، ص 213.

من صحة المستندات المقدمة، أو الحفاظ على حقوقه لدى حكومات الدول المضيفة للاستثمار[600].

بالمقابل يجب على المؤسسة أن تتخذ موقفا نهائيا في شأن طلب التعويض بقبوله أو رفضه خلال فترة معقولة محددة مسبقا في العقد، تكون عادة محددة بمدة ستة(06) أشهر من تاريخ استيفاء الطلب للشروط الواردة في العقد، وذلك في حالة تحقق خطر نزع الملكية وصور المساس الأخرى بالملكية، أو خطر الحرب والاضطرابات الداخلية. أما في حالة حدوث مخاطر قيود العملة يكون الإخطار خلال شهرين على الأكثر من تاريخ تسلم المؤسسة للطلب[601].

يترتب على قرار الموافقة الهيئة على طلب التعويض، إلتزام الطرف المضمون خلال مدة معقولة محددة بأن يحول للهيئة أية مبالغ تسلمها من الدولة المضيفة أو من الغير كتعويض عن ذات الأضرار المطلوب التعويض عنها، وإلا سقط حقه في التعويض، ما لم يكن قد اتخذ إجراءات التحكيم التي ستأتي الإشارة إليها فيما بعد.

في جميع الأحوال، يجوز لهيئة الضمان أن تنهي العقد بإرادتها المنفردة(فسخه)، ورفض أداء التعويض للمستفيد من الضمان عند تخلف أحد شروط استحقاق التعويض، أو إذا أخل المستثمر بالتزاماته التي يفرضها العقد، أو أهمل في إخطار الهيئة بحدوث الظروف التي أدت إلى انعقاد مسؤوليتها في الآجال المحددة في العقد، أو تبين أنه قد زود الهيئة بمعلومات خاطئة تزيد من التزاماتها أو إضعاف حقوقها الجوهرية بوصفها محالا إليها.

أما إذا قامت الهيئة بدفع مبلغ التعويض للمستفيد من الضمان رغم إخلاله بالتزاماته، أو تخلف أحد شروط استحقاق التعويض، فهذا لا يجرد الهيئة من حقها في المطالبة باسترجاع التعويض السابق. وفي هذا الصدد جرى العمل في المؤسسة العربية لضمان الاستثمار على أنه للمؤسسة استرجاع التعويض المدفوع خلال ثلاث سنوات من اليوم الذي تعلم فيه بحقها في الاسترداد، ويسقط هذا الحق بانقضاء خمسة عشرة(15) سنة من اليوم الذي تم فيه دفع التعويض [602].

---

[600] – **هشام علي صادق**، النظام العربي لضمان الاستثمار ضد المخاطر غير التجارية، المرجع السابق، ص 209.

[601]– هذا ما جاء في المادة 45 من عقد ضمان الاستثمار المباشر للمؤسسة العربية لضمان الاستثمار، نقلا عن: **هشام علي صادق**، المرجع نفسه، ص 209.

[602] – نقلا عن: **عاطف ابراهيم محمد**، ضمانات الاستثمار ...، المرجع السابق، ص 224.

عموما، متى تقدم المستفيد من الضمان بطلب الحصول على التعويض المستحق عما أصابه من أضرار نتيجة حدوث مخاطر غير تجارية مضمونة بموجب عقد الضمان، واستيفائه لكافة الشروط والالتزامات التي أشار إليه العقد، تقوم الهيئة الضامنة بتحديد مبلغ التعويض على ضوء القواعد والمعايير التي جرى العمل بها على مستوى هذه الهيئة.

الفرع الثاني

طبيعة التعويض المستحق في عقد ضمان الاستثمار الدولي

تقوم نظم الضمان الدولية للاستثمار الأجنبي على مبدأ محدودية الضمان، وعدم شمول التعويض لجميع الأضرار المترتبة عن تحقق المخاطر غير التجارية المضمونة في العقد(أولا)، إلا أن ما يميز هذه النظم هو أنها تضمن للمستفيد من الضمان فعلا حصوله على مبلغ التعويض المتفق عليه، رغم تعنت الدولة المضيفة المسؤولة عن الأضرر التي أصابته وعدم تحمل أثارها(ثانيا).

أولا: محدودية الضمان

من المبادئ المستقر عليها في مجال التأمين عامة أن لا يزيد مجموع التزامات مؤسسة التأمين على مجموع رأسمالها واحتياطاتها، ويتأسس هذا المبدأ على افتراض أنه من غير المعقول أن تتحقق خسارة في الوقت نفسه في شأن كل المخاطر المؤمن ضدها[603].

تسري نظم الضمان الدولية للاستثمار بالعمل بهذا المبدأ، إذ لا يجوز أن يزيد التعويض المدفوع من هيئة الضمان الدولية للمستثمر المضمون على قيمة الخسارة التي لحقت به نتيجة تحقق الخطر المضمون، فالتزام الهيئة بالتعويض عن الخسارة يقتضي عدم زيادة المبلغ المدفوع عن الضرر الفعلي، فيجب ألا يكون المستثمر بعد تحقق الخطر في مركز أفضل مما كان عليه قبل تحققه، ولا يجوز أن يتقاضى من هيئة الضمان تعويضا أكبر من المبلغ المتفق عليه أو من قيمة الضرر الذي لحقه.

يجرى العمل في المؤسسة العربية لضمان الاستثمار على أن يتم تحديد مبلغ التعويض المترتب عن تحقق إحدى المخاطر المضمونة بموجب العقد، على أساس أقل القيمتين: قيمة

---

603 – **حسين منصور محمد**، مبادئ عقد...، المرجع السابق، ص 38.

صافي الاستثمار من ناحية وقيمة المبلغ الجاري للضمان من ناحية أخرى، وهذا ما نصت عليه المادة 4/20 من اتفاقية المؤسسة العربية لضمان الاستثمار على أنه:

" **لا يجوز أن يزيد التعويض المدفوع للمؤمن له على قيمة الخسارة التي لحقت به نتيجة لتحقق الخطر المؤمن ضده أو مبلغ التأمين المتفق عليه في عقد التأمين أيهما أقل**" .

بالتالي، فإن المستثمر المضمون قد يتحمل أحيانا بعض الخسائر التي قد تلحق به جراء حدوث مخاطر غير تجارية مضمونة في العقد، فلا يجوز أن يكون التعويض المدفوع أكبر من قيمة الضرر الذي لحقه أو مبلغ الضمان المتفق عليه في العقد. والغاية من محدودية الضمان، هو الحفاظ على المركز المالية للهيئة الضمانة من جهة، وضمان عدم ترخي المستفيد من الضمان في المحافظة على حقوقه لدى حكومة الدولة المضيفة، إذا علم أن مبلغ التعويض الذي تلتزم به الهيئة الضامنة مساو تماما للخسارة التي لحقت به من جهة أخرى، أي حتى لا يكون الضمان بالنسبة للمستثمر وسيلة إثراء غير مشروعة[604].

لذلك تسري نظم الضمان الدولية على تقييد عمليات هيئة الضمان بحد أقصى لمجموع عمليات الضمان التي تلتزم بالمسؤولية عنها على نحو يضمن سلامة المركز المالي، فحسب المادة 22/أ من اتفاقية سيول فإنه:

" **ما لم يقرر مجلس المحافظين بالأغلبية الخاصة خلافا لذلك، لا يجوز أن يتعدى مجموع المبالغ التي يجوز للوكالة أن تلتزم بالمسؤولية الاحتمالية عنها وفقا لهذا الفصل ما يعادل مائة وخمسين في المائة من رأس مال الوكالة المكتتب فيه واحتياطاتها...**".

من هنا تلتزم الوكالة الدولية لضمان الاستثمار بالتقيد بالحد الأقصى للضمان المقرر بموجب هذه الاتفاقية. وفي ذات الاتجاه وردت كذلك المادة 21 من اتفاقية المؤسسة الإسلامية لتأمين الاستثمارات حدودا لضمان المؤسسة من خلال النص على مايلي:

" **ما لم يقرر مجلس المحافظين باغلبية مجموع عدد أعضائه الذين يمثلون أغلبية مجموع عـــدد الأصوات أعضاء خلافا لذلك،لا يجوز أن يتعدى مجموع المبالغ التي يجوز للمؤسسة أن تلتزم بالمسؤولية الاحتمالية عنها ما يعادل 150% من رأس مال المؤسسة المكتتب فيه وإجمالي الاحتياطات....**"

---

[604] – **هشام علي صادق**، النظام العربي لضمان الاستثمار ضد المخاطر غير التجارية، المرجع السابق، ص 180.

يتضح مما تقدم، أن هيئة الضمان الدولية تعتمد عند تحديدها لمبلغ التعويض المستحق للمستثمر المضمون، على حجم الخسائر التي لحقت به وبالنظر إلى مبلغ الضمان المتفق عليه في العقد والذي يحدد على أساس الحد الأقصى للضمان المقرر بموجب الاتفاقية بالنظر إلى رأس مال الهيئة، والذي تصدر على أساسه الهيئة عملياتها بشأن ضمان الاستثمارات.

أجازت الاتفاقيات الدولية لضمان الاستثمار لهيئة الضمان، وقصد ضمان تحكم الهيئة في عمليات الضمان التي تصدرها، وضع حدود الضمان بين الحين والآخر بالنسبة لكل عملية على حدى، أو بالنسبة لمجموع عمليات الضمان التي تديرها الهيئة المعنية، وذلك توخيا لتحقيق توزيع المخاطر المشمولة بالضمان على نحو يضمن سلامة المركز المالي للهيئة، وتتعلق هذه الحدود بحجم المشروع موضوع الاستثمار أو بمجموع الاستثمارات في دولة مضيفة واحدة، أو بأنواع معينة من الاستثمارات أو المخاطر وذلك دون الاخلال بالحد العام للضمان المشار إليه في اتفاقية إنشائها[605].

تجنبا للاختلاف حول حدود الضمان، أشارت عقود الضمان التي أعدتها المؤسسة العربية لضمان الاستثمار لكافة الجوانب التي يمكن أن تثار بين المستثمر المضمون والمؤسسة حول مبلغ التعويض، وكيفية احتسابه بنصوص صريحة، فحددت النسب المئوية من قيمة الأضرار المطلوب التعويض عنها كما يلي:

ففي حالة ضمان قروض، يكون مبلغ التعويض المستحق عند تحقق أحد المخاطر السياسية كنزع الملكية أو التأميم وغيرها من صور المساس بالملكية محدد بنسبة 85% من قيمة

---

605 – هذا ما تنص عليه الفقرة (ب) من هذه المادة 22 من اتفاقية سيول على أنه:

" **دون الإخلال بالحد العام للضمان المشار إليه في الفقرة(أ) من هذه المادة يجوز لمجلس الإدارة أن يحدد الحد الأقصى لمجموع المبالغ التي يجوز للوكالة بالمسؤولية الاحتمالية عنها في ظل جميع الضمانات التي تصدرها لصالح المستثمرين التابعين لعضو واحد من الأعضاء...**"

كما تجيز المادة 21 من اتفاقية المؤسسة الإسلامية لتأمين الاستثمارات لمجلس المؤسسة وضع حدودا لضمان المؤسسة بالنسبة لكل عملية ضمان تديرها المؤسسة أو لمجموع العقود التي تديرها كما يلي:

" **دون الاخلال بسقف المسؤولية الاحتمالية المشار إليها في الفقرة (01) من هذه المادة يجوز لمجلس المديرين أن يحدد: (أ)الحد الأقصى لمجموع المبالغ التي يجوز للمؤسسة أن تلتزم بالمسؤولية الاحتمالية عنها في ظل جميع العقود التي تدخل فيها المؤسسة مع عضو أو مع المؤمن لهم...؛(ب) الحد الأقصى لمجموع المبالغ التي يجوز للمؤسسة أن تلتزم بالمسؤولية الاحتمالية عنها في عملية واحدة**".

الخسارة، ولا يدخل في حساب التعويض العوائد التي لم تكون قد استحقت حتى تاريخ دفع التعويض.

بالنسبة للخسائر الناجمة عن مخاطر العجز عن تحويل العملة، فيتحدد الحد الأقصى للتعويض بنسبة 90% من مجموع القرض المشمول بالضمان وعوائده، أي ما يعادل 90% من قيمة الخسارة، إذا أدى الخطر إلى عجز الطرف المضمون كليا عن تسلم كافة المبالغ المبينة في جدول السداد في تاريخ الاستحقاق. أما إذا كانت هذه الخسارة جزئية حيث حصول المستثمر على جزء من مستحقاته في تاريخ استحقاقها، فإنه لا يجوز أن يزيد التعويض المدفوع له في هذا القرض على قيمة الخسارة الفعلية التي لحقت به نتيجة تحقق الخطر المضمون ضده، أو مبلغ الضمان المتفق عليه أيهما أقل.

أما في حالة ضمان استثمار مباشر، فإنه إذا ما تحققت مخاطر نزع الملكية والمصادرة والتأميم وما شابهه من إجراءات استحق المستثمر المضمون تعويضا يتحدد على أساس 85% من قيمة الأضرار التي أصابت المشروع المستفيد، أو 85% من المبلغ الجاري للضمان أي القيمتين أقل، ويستحق المستثمر تعويضا يحدد على أساس 90% من قيمة الأضرار عند تحقق خطر العجز عن التحويل. في حين يقدر التعويض في حالة خطر الحروب والثـورات وأعمال العنف السياسي على أساس 80% من قيمة الأضرار[606].

من هنا، يلاحظ اختلاف القواعد والمعايير التي تطبقها المؤسسة العربية لضمان الاستثمار بشأن مبلغ التعويض، بحسب ما إذا كنا بصدد ضمان الاستثمار المباشر أو ضمان الاستثمار الذي يتخذ شكل القروض.

في الواقع، إن ربط مبلغ التعويض بحد أقصى لما يمكن أن تقوم به هيئة الضمان الدولية من عمليات الضمان قد لا يتناسب وحجم الاستثمارات الأجنبية، وهذا ما لوحظ بشأن المؤسسة العربية لضمان الاستثمار، ففي غياب مؤسسات وطنية لضمان الاستثمار في بعض الدول العربية المصدرة لرأس المال، يقع عبء الضمان بأكمله على هـذه المؤسسة، وهو ما قـد لا تستطيع القيام به في حدود إمكاناتها المحدودة[607].

---

606 – أنظر في ذلك الموقع الالكتروني للمؤسسة العربية لضمان الاستثمار: http://www.iaigc.com

607 – **النجار سعيد**،" التحديات التي تواجه..."، المرجع السابق، ص 32.

فعدم كفاية السقوف العليا لتغطية المشروعات الاستثمارية أصبح من أهم التحديات التي تواجه نظام الضمان الدولي للاستثمار ضد المخاطر السياسية، ومن المشكلات التي تواجه المستثمرين لاسيما في المشروعات طويلة الأجل، لذلك أصبح من الضروري النظر في تقوية هذه الهيئات وزيادة طاقتها الضمانية، حتى تستطيع القيام بدورها على أساس النمو المطرد للاستثمارات الأجنبية.

لذلك، ولدواعي الحفاظ على السلامة المالية لهيئة الضمان الدولية، جعلت الاتفاقيات الدولية لضمان الاستثمار رأس مال الهيئة متغيرا يمكن للهيئة أن تقرر زيادته إذا ما ادعت الحاجة وذلك لدواعي الحفاظ على الملاءة المالية للهيئة وتحقيق التوازن بين مساهمة العضو والفوائد العائدة على مستثمريه[608].

على هذا الأساس قررت الدول العربية زيادة رأس مال المؤسسة العربية لضمان الاستثمار عدة مرات، فنظرا للإقبال المتزايد على طلب خدمات الضمان أصبحت المؤسسة تعاني من بعض المشاكل الكبيرة في التمويل ما يستلزم ضرورة زيادة رأس مالها، إذ طرح موضوع زيادة رأس مال المؤسسة على مجلس المؤسسة في سنة 1999، والذي استجابت له بعض الدول العربية كالمغرب وسلطنة عما، أين تم فتح المجال أمام الهيئات المالية العربية للمساهمة في رأس مال المؤسسة، وتشجيع القطاع الخاص كقطاع التأمين والبنوك وشركات الاستثمار للمساهمة فيه، قصد زيادة القدرة التأمينية للمؤسسة عن طريق إعادة التأمين أو اشتراك المصارف، فتم زيادة رأس مال المؤسسة بـ 100 مليون دولار أمريكي [609].

كذلك تم زيادة رأس مال المؤسسة في سنة 2013 بـ 50%، بما يسمح للمؤسسة بمواجهة الظروف الاستثنائية التي كانت تشهدها العديد من الدول العربية في هذه الفترة كتونس وليبيا وسوريا ومصر[610]. وبذلك أصبحت ومنذ سنة 2016 تتمتع بتصنيف ائتماني مرتفع، إذ بلغ

---

608 – أنظر في ذلك: المادة 08 من اتفاقية المؤسسة العربية لضمان الاستثمار، والمادة 05 من اتفاقية سيول، والمادة 20 من اتفاقية المؤسسة الاسلامية لتأمين الاستثمارت.

609– هذا ما أقره مجلس المؤسسة خلال اجتماع له بمدينة " فاس المغربية" في سنة 1999، تماشيا والمتغيرات الاقتصادية العربية والدولية. أنظر في ذلك: نشرة ضمان الاستثمار للمؤسسة العربية لضمان الاستثمار وائتمان الصادرات: خدمات الضمان، أنشطة، ترويج الاستثمار، المؤسسة العربية لضمان الاستثمار، عدد خاص، الكويت، 2001.

610– التقرير السنوي للمؤسسة العربية لضمان الاستثمار وائتمان الصادرات 2016، المرجع السابق، ص 45.

رأس مالها المدفوع لغاية سنة 2018 حولي 270 مليون دولار أمريكي، واحتياطي 146 مليون دولار أمريكي، وبذلك تحقق تصنيف ائتماني مرتفع[611].

فرأس مال هيئة الضمان الدولية يعد عاملا أساسيا لتحديد نطاق عمليات الهيئة وقدرتها على منح الضمان، هذا ما قد يحد من عمليات الضمان التي يمكن لهيئة الضمان القيام بها. فعلى سبيل المثال يبلغ الحد الأعلى لسقف التغطية في الوكالة الدولية لضمان الاستثمار حوالي 50 مليون دولار أمريكي، وهي نسبة منخفضة مقارنة بالنسبة لقيمة مشروعات البنية التحتية مثل النقل والكهرباء والطاقة، وهذه الأخيرة تستحوذ على أكبر حصة من أعمال الوكالة ومخاطرها أكثر تعقيدا، وبالتالي فإن قيام الهيئة بتقييم وتسعير مثل هذه المخاطر قد يؤدي بها إلى عدم الموافقة على التغطية إطلاقا[612].

لذلك، يستحسن أن يكون التعويض في عقود ضمان الاستثمار الدولية تعويضا عادلا ومناسبا، كما تقضي به قواعد القانون الدولي المعاصر، بدلا من تحديد هذه النسب المئوية.

ثانيا: عناصر الأضرار التي يشملها التعويض

تتحدد قيمة التعويض عند حدوث الخطر المضمون في العقد ضمان الاستثمار الدولي مبدئيا بالنظر إلى قيمة الخسارة التي لحقت بالمستفيد من الضمان جراء ذلك، فتقوم الهيئة بتقدير الضرر المترتب عن تحقق الخطر في كل حالة لتتولى بعدها أداء مبلغ التعويض المحدد في حدود النسب المقررة والمعمول بها على مستوى كل هيئة، إذ لا يشترط في جميع الأحوال أن تغطي التعويض المدفوع جميع الخسائر التي تلحق بالمستثمر المضمون، وذلك كإجراء وقائي لمواجهة احتمال سلوك المستثمر سلوكا يفتقر إلى عنصر تقدير المسؤولية اعتمادا على الحماية الشاملة التي يوفرها له الضمان.

لكنه، إذ كان تقدير الضرر في حالة نزع الملكية المباشر لا يثير صعوبات إذ يتم حساب قيمة صافي الاستثمار في تاريخ صدور الإجراء النازع للملكية أو إعلانه للمستثمر، فإن حالة نزع الملكية التدريجي تطرح عدة إشكالات في تحديد التاريخ الذي تحتسب فيه قيمة

---

[611]– المؤسسة العربية لضمان الاستثمار وائتمان الصادرات، خدمات المؤسسة ودورها في تعزيز الاستثمار والتجارة في السودان، ملتقى السودان للاستثمار، 17–18 فبراير 2016.

[612]– **محمود العجلوني محمد** ، " المخاطر السياسية..." المرجع السابق، ص 21.

صافي الاستثمار، لصعوبة تحديد الإجراء الذي يتضح فيه أن الأمر يتعلق بنزع الملكية، فيصعب تحديد مقدار الأرباح التي كان يمكن للمشروع أن يحققها، والتي يمكن إدخالها ضمن القيمة الصافية للاستثمار، إذ يمكن أن يؤدي اختيار تاريخ إجراء معين إلى احتساب قيمة أقل من تلك التي تحتسب في تاريخ إجراء آخر، وذلك لا يكون في صالح المستثمر المضمون[613].

لذلك يتطلب الأمر في حالة نزع الملكية التدريجي ضرورة التمييز بين تاريخ نزع الملكية وتاريخ تقدير الأضرار، وأن يرتكز تقدير التعويض على طبيعة هذا الخطر من حيث أنه عملية مركبة، فإذا رأت هيئة الضمان أن الإجراءات الحكومية انتهت بحرمان المستثمر من حقوقه الجوهري، واختارت تاريخاً محددا رأت فيه تجسيدا نهائيا لنية الحكومة في نزع الملكية، فينبغي عليها مع ذلك أن تعيد فحص الإجراءات السابقة ومدى تأثيرها على القيمة الصافية للاستثمار، لتقدر في تاريخ أول إجراء قيمة الأضرار التي أصابت المستثمر، وتقدير الأضرار في التاريخ الذي يتضح فيه أن الإجراء الحكومي يعتبر تدخلا في أعمال المشروع ويؤثر على قيمته[614].

أي لابد من التمييز بين الأضرار المباشرة والأضرار العرضية التي تخرج من نطاق الضمان عند تقدير قيمة الضرر. وهو ما اتجهت إليه هيئة التحكيم الأمريكية في قضية "فالنتين"، حيث كان المشروع المشمول بالضمان هو إنشاء مصفاة تكرير البترول، الذي لم يكن المستثمر قد أنجزه لحين طرده من إقليم الدولة المضيفة، وكل الذي قام به هو استزراع الوادي المجاور للأرض التي كان المشروع سيقام عليها، وعندما عرض الأمر على هيئة التحكيم طلب

---

[613]- لقد طرح هذا الإشكال في إحدى القضايا التي كانت منظمة أوبك الأمريكية طرفا فيها وهي قضية CABOT، حيث كان المشروع يحقق أرباحا حتى حدوث الثورة الإيرانية فانخفضت أرباحه ما أدى إلى إغلاقه، وكان مرور كل شهر على الإغلاق لحين حدوث الإجراء الذي رأت فيه هيئة الضمان الأمريكية تجسيدا لنزع الملكية، عاملا يقلل من قيمة صافي الاستثمار، ومن ثم فإن حساب التعويض المستحق للمستثمر في تاريخ هذا الإجراء يؤدي إلى عدم تغطية التعويض للخسارة الفعلية التي أصابت المستثمر منذ الثورة، وهو الأمر الذي دفع المشروع إلى وقف نشاطه ليقلل من خسائره، فكان ينبغي عند حساب قيمة صافي الاستثمار تحديد هذه القيمة في وقت يسبق الإجراءات التي أثرت عليها بالانخفاض، لأن اختيار إجراء معين من بين الإجراءات الحكومية المتعددة باعتباره تاريخا لنزع الملكية لن يكون له فائدة بالنسبة للمستثمر. **أحمد السعيد شرف الدين**، نزع الملكية وضمان الاستثمار العربي: دراسة مقدمة إلى مؤتمر الجديد في مجال التأمين(الضمان) في لبنان والعالم العربي، المرجع السابق، ص 260.

[614]- **أحمد السعيد شرف الدين**، المرجع نفسه، ص261.

المستثمر تعويضه عن النفقات التي تكبدها لإنشاء المشروع الأصلي والمصرفات التي أنفقها في الزراعة، ونفقات المطالبات والتقاضي التي تكبدها بعد صدور قانون إلغاء الامتياز.

إلا أن هيئة التحكيم عند تحديدها لعناصر الضرر التي يشملها التعويض في هذه القضية، استبعدت المصروفات القضائية التي أنفقت بعد نزع الملكية، والمبالغ الأخرى المطالب بها، على أساس أن العقد يحدد الخسارة في تاريخ نزع الملكية، كما استبعدت نفقات الاستزراع على أساس خروجها عن نطاق المشروع الموصوف في عقد الضمان. واعتبرت هيئة التحكيم في هذه القضية أنه إذا كانت التغطية المناسبة والعادلة لخطر نزع الملكية التدريجي تقتضي شمول التعويض لكل الأضرار المباشرة التي أدى إليها الخطر المضمون، فإنها لا تتطلب تعويض الأضرار غير المباشرة أو الاحتمالية التي لا يغطيها العقد.

أخيرا انتهت هيئة التحكيم في هذه القضية إلى تحديد عناصر الاستثمار التي يغطيها الضمان بما يلي: "مصروفات الحصول على الأرض والأجهزة والخدمات المهنية والفنية، ومصروفات الانتقال المرتبة بها، والنفقات الإدارية للمشروع في البلد المضيف وجزء من نفقات المكتب الرئيسي للشركة المتعاقدة مقابل ما خصصه للمشروع من جهد ووقت"[615].

إضافة لذلك، قد يطرح موضوع التعويض صعوبة كذلك في تحديد قيمة الأضرار التي أصابت أصول المستثمر المادية في حالة الحرب أوالاضطرابات الداخلية، وفي هذا الصدد جرى العمل في المؤسسة العربية لضمان الاستثمار على أن تقوم المؤسسة بأداء تعويض مؤقت مقدر بنسبة 40% من نصيب المستثمر المضمون من القيمة الدفترية التي لحقها الضرر في الحالة التي لا تستطيع فيها المؤسسة لظروف الحرب تقدير قيمة الأضرار التي أصابت الأصول المادية للمشروع المستفيد، ما لم ترى إدارة المؤسسة أن الطرف المضمون يستحق نسبة أعلى من النسبة المذكورة.

إذ يجوز للمؤسسة في هذه الحالة إعادة النظر في التعويض في أجل أقصاه ثلاث سنوات من تاريخ أداء التعويض المؤقت، فإذا تبين لها أن قيمة التعويض المستحق للطرف المضمون تزيد على قيمة التعويض المؤقت تعين عليها أن تقوم بسداد الفرق بين المبلغين إلى الطرف

---

615 – نقلا عن: **شحاته إبراهيم**، " أول قضية تحكيم بشأن ضمان الاستثمارات الأجنبية، شركة فالنتين البترولية والكيماوية ضد وكالة التنمية الدولية"، المجلة المصرية للقاون الدولي، المجلد 26، القاهرة، 1970، ص 211.

المضمون. أما إذ تبين لها أن قيمة التعويض المستحق تقل عن قيمة التعويض المؤقت الذي تقاضاه الطرف المضمون، فيجب على هذا الأخير أن يقوم برد المبلغ الزائد عن قيمة التعويض الذي قبضه خلال شهرين من استلامه لإشعار المؤسسة بذلك، ثم تقوم المؤسسة بالحلول محل الطرف المضمون بما يتماشى مع قيمة الفرق المذكور[616]

أما التعويض عن الأضرار التي تتعرض لها الأصول غير المادية للمشروع المضمون، كالحسابات والأوراق المالية، وكذا الأضرار التي تتعرض لها أصول المستثمر الناتجة عن أعمال فردية ليس لها طابعا عاما، فلا تلتزم بها هيئة الضمان الدولية، بحكم أن الاتفاقيات الدولية لضمان الاستثمار لم تشملها بالضمان.

أما عن طريقة دفع التعويض، فيتم تحديدها في عقد الضمان وفقا للأحكام والقواعد واللوائح المعمول بها في هيئة الضمان المتعاقد معها، على أن يكون في شكل تعويض نقدي وبعملة قابلة للتحويل.

هذا، وتشير الاحصائيات إلى أن مؤسسات الضمان الدولية تسجل سنويا أرقاما معتبرة عن حجم التعويضات المدفوعة، فمثلا سجلت المؤسسة العربية لضمان الاستثمار منذ عام 1975 حتى 31 ديسمبر سنة 2001 دفع تعويضات قدرت قيمتها بحوالي146,7 مليون دولار أمريكي، وعرفت نسبة التعويضات المدفوعة ارتفاعا كبيرا في عام 2017 بحوالي 76% مقارنة بعام 2016، نتيجة تحقق مخاطر سياسية في عدد من الدول[617].

كما قامت المؤسسة الإسلامية لتأمين الاستثمارات خلال عام 2000 باستلام مطالبات بإجمالي خسائر قدرها 5,86 مليون دولار أمريكي، والتي عرفت إرتفاع خلال سنة 2001 بحوالي 9,92 مليون دولار أمريكي [618].

---

[616]– هذا ما أشارت إليه المادة 54 من عقد ضمان الاستثمار المباشر للمؤسسة العربية لضمان الاستثمار. نقلا عن: **عاطف ابراهيم محمد**، ضمانات الاستثمار...، المرجع السابق، ص 242.

[617]– نشرة ضمان الاستثمار، صناعة الضمان: التطورات والتوقعات، المؤسسة العربة لضمان الاستثمار وائتمان الصارات، العدد 03، 2018، ص 11. أنظر كذلك: التقرير السنوي للمؤسسة العربية لضمان الاستثمار لعام 2000–2001، الترويج بخدمات المؤسسة، المؤسسة العربة لضمان الاستثمار وائتمان الصارات، الكويت، 2001.

[618]– أنظر في ذلك التقرير السنوي للمؤسسة الإسلامية لتأمين الاستثمارات وائتمان الصادرات2001–2002، البنك الاسلامي للتنمية، جدة 2002.

ثالثا: توزيع المسؤولية بين الدول الأعضاء في هيئة الضمان الدولية

إن تقييد مقدار التعويض في نظم ضمان الاستثمار الدولية على أساس رأس مال الهيئة الضامنة يجعل جميع الدول الأعضاء سواء الدول المصدرة والمستوردة لرأس المال، تتحمل المسؤولية عن الضرر الذي يصيب المستثمر في الدولة المضيفة العضو، فهي تساهم جميعا في رأس مال الهيئة الضامنة، ما يعني أنها تشارك في تحمل أعباء الضمان مقابل الاستفادة من الخدمات التي تقدمها هذه الهيئات، فيتم توزيع عبء الخسائر بين عدد كبير من الدول.

فمساهمة الدول الأعضاء في رأس مال هيئة الضمان الدولية ومساهمتها في تحمل النفقات الإدارية للهيئة وتكوين احتياطات مالية، يساعد الهيئة على الوفاء بمطالبات التعويض الموجهة إليها، وعلى توزيع المخاطر والتقليل من حدوثها، مقارنة بالحالات التي تقوم فيها الدولة المصدرة وحدها بتحمل تلك المخاطر بواسطة هيئاتها الوطنية[619]. ففي نظم الضمان الدولية يفترض أن جميع الدول الأعضاء سواء كانت دول مصدرة لرأس المال أو دول مستوردة له، تكون لها مصالح متساوية في الاستثمارات الأجنبية المضمونة، وبالتالي تكون لها مصلحة مشتركة في تفادي وقوع المخاطر المغطاة بالضمان، عن طريق امتناع الدول المضيفة قدر الإمكان عن اتخاذ إجراءات تسبب مخاطر للاستثمارات المضمونة.

عموماً، فإنه ومتى أقدمت الدولة المضيفة على إجراء يمس المشروع الاقتصادي للمستثمر الأجنبي كتأميمه أو الاستيلاء عليه، فإنها تكون مسؤولة عن مواجهة الآثار الناجمة عن هذه الاجراءات، فتلتزم بتعوض المستثمر تعويضا عادلا وفعالا بما يكفل له ضمانا اقتصاديا وماليا، ويجب أن يقترن هذا التعويض بحق المستثمر في تحويل مبالغ التعويضات المقررة عن ذلك إلى الخارج. وأي إخلال بذلك يخول لهيئة الضمان سلطة مواجتها والحول محل المستثمر المضمون فيما له من حقوق على المشروع الاستثماري.

[619]– **عصام الدين مصطفى بسيم**، النظام القانوني للاستثمارات الأجنبية الخاصة في الدول الآخذة في النمو، المرجع السابق، ص 405.

المطلب الثاني

ضمان الحق في التحويل

إن أي عملية استثمار دولية تستلزم بالضرورة القيام ببعض التحويلات للرساميل[620]، أي عملية تحويل وخروج رؤوس الأموال من دولة المستثمر نحو الدولة المضيفة للاستثمار، قصد انجاز الاستثمار في المرحلة الأولى، وهي ما يسمى بعملية "تحويل الأموال إلى الخارج"[621]، مع إمكانية التحويل للفوائد الناتجة من هذا الاستثمار و/أو الرأسمال الأصلي المستثمر في المرحلة الثانية وهي ما يسمى بعملية "إعادة التحويل"(الفرع الثاني).

هذه العملية الأخيرة لطالما كانت تثير مخاوف المستثمرين الأجانب من عدم سماح قوانين الدولة المضفية بإتمامها، أو وضع صعوبات في سبيل ذلك استنادا إلى حقها السيادي في تنظيم شؤونها النقدية داخل إقليمها(الفرع الأول)، يمكن أن تصل لحد التقييد من حرية المستثمر في إعادة تحويل أمواله، وهو ما يشكل خطر غير تجاري يجوز للمستثمر طلب ضمانه لدى هيئة الضمان الدولية(الفرع الثاني).

الفرع الأول

مضمون مبدأ حرية التحويل

لا يكفي منح المستثمر المضمون التعويضات المستحقة مقابل ما لحقه من أضرار، إنما يجب كذلك الاعتراف له بحرية تحويل رؤوس أمواله إلى الخارج.

---

620 - **HAROUN Mahdi,** Le régime des investissements…, op.cit, p 572.

621– يخضع تنظيم عملية تحويل الأموال إلى الخارج للقواعد المحددة في القانون الداخلي لكل دولة، ففي النظام الجزائري أن المادة 126 من القانون رقم 03–11 المؤرخ في 26 أوت سنة 2003، المتعلق بالنقد والقرض، تجيز لكل مقيم في الجزائر بتحويل الأموال من الجزائر للخارج لضمان تمويل نشاطات مكملة لنشاطاتهم في الخارج. وبعدها أصبح هذا المجال مفتوحا أمام استثمار المتعاملين الاقتصاديين الخاضعين للقانون الجزائري في الخارج، ثم عرف هذا المجال أحكاما خاصة مع صدور النظام رقم 14–04 المؤرخ في 29 سبتمبر سنة 2014، الذي يحدد شروط تحويل رؤوس الأموال إلى الخارج بعنوان الاستثمار في الخارج من طرف المتعاملين الاقتصاديين الخاضعين للقانون الجزائري،ج.ر.ج.ج، العدد63، الصادرة في 2014/10/22.

لمزيد من التفاصيل حول نظام تحويل الأموال إلى الخارج وفقا للنظام الجزائري أنظر: **بن شعلال محفوظ،** "الاستثمار الجزائري في الخارج"، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، المجلد 12، العدد 02، الجزائر، 2015، ص ص. 455–456.

يعد ضمان الحق في التحويل من المبادئ المقررة في القانون الدولي الحديث، وتكرسه أغلب التشريعات الداخلية(أولا)، باعتباره شرطا أساسيا لجذب رؤوس الأموال الأجنبية، فهو يمنح المستثمر الأجنبي الاطمئنان على مصير أمواله في الدول المضيفة لها، والقدرة على إعادة تحويل أصول استثماره وأرباحه والتعويضات الناتجة عنه، وما يترتب عن هذا الاستثمار إلى خارج الدولة المضيفة(ثانيا).

أولا: مبدأ حرية التحويل وحق الدولة المضيفة في تنظيم شؤونها النقدية

إذا كانت قواعد القانون الدولي الكلاسيكي تهتم بمسألة التعويض، إلا أنها لم تكن تهتم بموضوع حرية التحويل، فلم تتضمن أية قاعدة عامة تنظم فرض الرقابة على الصرف الأجنبي، إلا أنها تعترف للدول المضيفة بالحق في تنظيم شؤونها النقدية باعتباره من المسائل الداخلية التي تختص بها كل دولة لما لها من سيادة[622].

أما حديثا، فقد حظي هذا الموضوع باهتمام كبير في القانون الدولي ألاتفاقي، من خلال الاتفاقيات الدولية الثنائية والجماعية المتعلقة بتشجيع وحماية الاستثمار الأجنبي التي تكرس ضمان الحق في التحويل، وتتضمن أغلبها على التفاصيل الخاصة بحرية التحويل، كالأموال القابلة للتحويل، العملة التي يتم بها التحويل، معدلات أسعار صرف العملات المطبقة، وقت التحويل الذي يسمح به في الدولة المضيفة وغيرها من التفاصيل[623].

كما حظيت هذه المسألة باهتمام خاص في القوانين الداخلية، التي تعتبر ضمان التحويل شرطا أساسيا لجذب رؤوس الأموال الأجنبية، غير أن سلوك الدول في تنظيم موضوع السماح للمستثمرين الأجانب بإعادة التحويل يختلف من دولة لأخرى.

إذ تتجه بعض التشريعات إلى النص بشكل مطلق على جواز إعادة تحويل رأس المال المستورد من الخارج وأرباحه مثل التشريع السوداني والتونسي، ودول أخرى تضع بعض القيود على عملية تحويل كالتشريع العراقي لسنة 1970 الذي يحدد أقصى نسبة من أرباح رأس المال الأجنبي التي يسمح بتحويلها إلى الخارج وهي 20% من نسبة الأرباح. في حين جاءت بعض

---

622 – **رمضان علي عبد الكريم دسوقي عامر**، الحماية القانونية للاستثمارات...، المرجع السابق، ص 151.

623– أنظر في ذلك: **معيفي عزيز**، الوسائل القانونية لتفعيل الاستثمارات في الجزائر، أطروحة لنيل درجة دكتوراه في العلوم، تخصص القانون، جامعة مولود معمري تيزي وزو، كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2015، ص ص. 268–269.

التشريعات الأخرى خالية من أي نصوص تعالج مسألة تحويل رأس المال الأجنبي كما هو الحال في لبنان وقطر[624].

أما بخصوص القانون الجزائري، فيلاحظ أن التعديلات التي طرأت على قانون النقد والقرض منذ سنة 2010، تؤكد لجوء المشرع إلى تقييد التحويل لاسيما في المادة 06 من الأمر رقم 10-04 المتعلق بالنقد والقرض، المعدلة والمتممة للمادة 83 من الأمر رقم 03-11 المتعلق بالنقد والقرض والتي تنص:

" **لا يمكن الترخيص بالمساهمات الخارجية في البنوك والمؤسسات المالية التي يحكمها القانون الجزائري، إلا في إطار شراكة تمثل المساهمة الوطنية المقيدة على الأقل بـ 51 بالمائة من رأس المال**"[625].

يؤكد هذا النص على أن تحويل أصول الاستثمار في المنشآت البنكية وإعادة تحويل أرباح البنوك والمؤسسات المالية تتم فقط في حدود 49%[626]. وهو ما تؤكد كذلك المادة 02 من النظام رقم 05-03 المتعلق بالاستثمارات الأجنبية التي تنص على مايلي:

"**تستفيد الاستثمارات المحددة في المادة 02 من الأمر رقم 01-03... والتي أنجزت عن طريق مساهمات خارجية، من ضمان تحويل إيرادات رأس المال المستثمر وصافي النواتج الحقيقية الناجمة عن التنازل أو التصفية وفقا لأحكام المادة 31 من الأمر رقم 01-03...**"[627].

يظهر أن موقف المشرع الجزائري صريح بشأن تكريس مبدأ ضمان التحويل بالنسبة للاستثمارات الأجنبية، إلا أنه يقيد التحويل في حدود نسبة مساهمة الشريك الأجنبي، وهو ما يؤكده صراحة قانون الاستثمار لسنة 2016، في المادة 1/25 من القانون رقم 16-09 المؤرخ

---

[624]- هذا لا يعني أن هذه الدول لا تقر بمبدأ التحويل، فمصادقتها على الاتفاقية الموحدة لاستثمار رؤوس الأموال العربية تكفل للمستثمر العربي حرية تحويل رأس المال المستثمر وصافي عوائده والتعويضات المستحقة، وهذه الاتفاقية تشكل جزءا من تشريعها الداخلي فيتوجب عليها تطبيقها. أنظر في هذا الشأن: **منصور فرج السعيد**، "النظام القانوني..."، المرجع السابق، ص 327.

[625] - أمر رقم 10-04 مؤرخ في 26 أوت سنة 2010 يعدل ويتمم الأمر رقم 03-11 المؤرخ في 26 أوت سنة 2003، المتعلق بالنقد والقرض، المرجع السابق.

[626] - **شنتوفي عبد الحميد**، المعاملة الإدارية...، المرجع السابق، ص 147.

[627] - نظام رقم 05-03 مؤرخ في 06 يونيو سنة 2005، يتعلق بالاستثمارات الأجنبية، ج.ر.ج.ج العدد 53، الصادرة في 2005/07/31.

في 03 أوت سنة 2016، المتعلق بترقية الاستثمار التي تنص على أنه:

" **تستفيد من ضمان تحويل الرأسمال المستثمر والعائدات الناجمة عنه، الاستثمارات المنجزة انطلاقا من حصص في رأس المال في شكل حصص نقدية مستوردة عن الطريق المصرفي، ومدونة بعملة حرة التحويل يُسعّرها بنك الجزائر بانتظام، ويتم التنازل عنها لصالحه، والتي تساوي قيمتها أو تفوق الأسقف الدنيا المحددة حسب التكلفة الكلية للمشروع، ووفق الكيفيات المحددة عن طريق التنظيم**".

يؤكد المشرع الجزائري مجددا من خلال هذا النص على أن أحسن حماية يمكن توفيرها في هذا المجال هو ضمان الحق في التحويل، إلا أن ممارسة هذا الحق قد يخضع لبعض الشروط المحددت عن طريق التنظيم، ومنها ما جاء به المرسوم التنفيذي رقم 17-101 المؤرخ في 05 مارس سنة 2017، الذي يحدد القوائم السلبية والمبالغ الدنيا للاستفادة من المزايا وكيفيات تطبيق المزايا على مختلف أنواع الاستثمارات، أي الأسقف الدنيا المحددة من أجل الاستفادة من ضمان التحويل، والتي تحسب على أساس مساهمة الشريك الأجنبي في التكلفة الإجمالية للمشروع [628].

بالتالي، فإن المادة 25 من القانون رقم 16-09 المؤرخ في 03 أوت سنة 2016، المتعلق بترقية الاستثمار، تضع قيدا غير مبررا على ممارسة الاستثمار الأجنبي في الجزائر، وذلك رغم اعتراف المشرع بأن الضمان الحقيقي للاستثمار يتحقق من خلال تجسيد مبـدأ حرية

---

[628]- تنص المادة 16 من المرسوم التنفيذي رقم 17-101 المؤرخ في 05 مارس سنة 2017 على ما يلي:

" **تحدد الأسقف الدنيا المنصوص عليها في المادة 25 من القانون رقم 16-09 ... من أجل الاستفادة من ضمان التحويل المحسوبة على شرائح على أساس حصة التمويل الواقعة على عاتق المساهم الأجنبي في التكلفة الاجمالية للاستثمار، كالآتي:**

(أ)- 30%عندما يكون مبلغ الاستثمار أقل من 100.000.000 دج أو يساويه؛

(ب)- 15% عندما يكون مبلغ الاستثمار أكبر من 100.000.000دج وأقل أو يساوي 1.000.000.000 دج؛

(ج)- 10% عندما يفوق مبلغ الاستثمار 1.000.000.000 دج".

تضيف المادة 16 من هذا المرسوم كذلك أنه:

"....**لا يعرقل عدم توفر مبالغ الأسقف الدنيا المحددة أعلاه الاستفادة من المزايا، غير أنه يحرم الاستثمار من حق ضمان التحويل المنصوص عليه في المادة 25 من القانون رقم 16-09...**".

مرسوم تنفيذي رقم 17-101 مؤرخ في 05 مارس سنة 2017، يحدد القوائم السلبية والمبالغ الدنيا للاستفادة من المزايا وكيفيات تطبيق المزايا على مختلف أنواع الاستثمارات الأخرى، ج.ر.ج.ج، العدد 16، الصادرة في 2017/03/08.

الممارسة الاستثماريــة، وتثبيتها في نص المادة 43 من التعديل الدستوري لسنة 2016 التي جاءت كالآتي:

" **حرّية الاستثمار والتجارة معترف بها، وتمارس في إطار القانون**"[629].

تؤكد هذه المادة صراحة على مبدأ حرية الاستثمار في الجزائر، وذلك حتى يطمئن المستثمر إلى مناخ الأعمال الذي ستوظف فيه أمواله، إلا أن المشرع جعل ممارسة هذه الحرية مشروطة ومقيدة بمراعاة التشريع الذي يتكفل بمهمة سير وتنظيم هذا المبدأ، والتي كثرا ما تجعل من حرية الاستثمار في الجزائر مقيدة بعدة قيود تشريعية.

الأمر الذي أثر على مناخ الأعمال في الجزائر، فحسب تقرير البنك العالمي فإن الجزائر وخاصة منذ سنة 2016 قد تراجعت مجدد في تصنيف مناخ الأعمال والاستثمار، وصنفها البنك العالمي في المرتبة 163، وبذلك تكون من أسوء الدول في هذا المجال في منطقة الشرق الأوسط وشمال إفريقيا، فهي لم تسجل أي تغير في مسار الاستثمار سواء تعلق الأمر بالإجراءات أو المحيط العام الذي يتسم بالتعقيد والفساد والبيروقراطية على مستوى مختلف المراحل المتصلة بالاستثمار، ما جعلها تتأخر في تقرير سنة 2016 مرتين[630].

بالتالي، فإن مبدأ التحويل الحر للعملات لا يحول دون قيام الدول المضيفة بفرض إجراءات تنظيمية، فكل طرف متعاقد يستطيع في إطار قانونه الداخلي التضييق بصفة منصفة من حرية التحويل، فلها وضع شروط وفرض قيود على التحويلات النقدية في إقليمها طبقا لما تتطلبه مصالحها الوطنية، وتحقيق التوازن في ميزان المدفوعات للدولة، وتفادي الآثار السلبية والمشاكل المالية التي يمكن أن تتعرض لها[631]. فكل دولة تحتفظ بحق الرقابة على الصرف

---

[629]– قانون رقم 16–01 مؤرخ في 06 مارس سنة 2016، يتضمن التعديل الدستوري، المرجع السابق.

[630]– نقلا عن: **عبد اللاوي خديجة**، النظام القانوني للاستثمار الأجنبي في الجزائر وفي فرنسا: دراسة مقارنة، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم تخصص القانون الخاص، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان، كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2018، ص 261.

[631]– هذا ما نجده في القانون الفرنسي في المرسوم التنفيذي رقم 2003–196 المؤرخ في 07 مارس سنة 2003، الذي نظم العلاقات المالية مع الخارج، الذي يكرس مبدأ حرية تحويل رؤوس الأموال لأجل الاستثمار سواء عند انجاز الاستثمار أو في حالة تصفيته، أما إذ تجاوز المبلغ المراد تحويله قيمة 15 مليون أورو، فيجب على الشخص المعني القيام بالتصريح لدى البنك المركزي الفرنسي، سواءً كان شخصا مقيما أو غير مقيم في فرنسا. نقلا عن: **عبد اللاوي خديجة**، المرجع نفسه، ص 187.

وضع قواعد خاصة لتنظيم الصرف وحركة رؤوس الأموال[632]، والذي يعتبر من الحقوق السيادية تباشره الدولة المضيفة من أجل حماية نظامها الاقتصادي، ولا يحد من سلطان الدولة في هذا المجال سوى الالتزامات الدولية التعاقدية، وشرط أن لا تكون الإجراءات المتخذة في هذا المجال تتسم بطابع التمييز أو تهدف إلى الإضرار بالأجانب[633].

لكن، إذ كانت الرقابة على الصرف نظام يسمح للدولة المضيفة (خاصة الدول النامية) بالحفاظ على توازنها المالي، إلا أن ذلك قد يشكل في بعض الأحيان عائقا أمام تدفق رؤوس الأموال الأجنبية إليها، لذلك يجب التوفيق بين مصالح الأطراف المتعاقدة، أي ضمان الحرية في التحويل وحماية مصالح الدول المضيفة.

هذا ما تسعى نظم الضمان الدولية لتحقيقه، إذ تعترف الاتفاقيات الدولية لضمان الاستثمار بحق الدول المضيفة في تنظيم الرقابة على الصرف وحركة رؤوس الأموال، ووضع قيود لممارسة الحق في التحويل باعتباره حق سيادي معترف به لها في القانون الدولي، لكن دون التعسف في ممارسة هذا الحق، وذلك من خلال تمكين الأجنبي من اللجوء إلى هيئات الضمان الدولية لطلب ضمان مخاطر تحويل العملة وكافة قيود التحويل التي سنبينها لاحقا.

ثانيا: عناصر الاستثمار القابلة للتحويل

لم تحصر الاتفاقيات الدولية لضمان الاستثمار عناصر الاستثمار التي يمكن للمستفيد من الضمان طلب تحويلها، إنما تكتفي بالنص على حقه في تحويل العملة، دون أن تحدد قائمة مفصلة لعناصر الاستثمار القابلة لإعادة للتحويل، وتركت للأطراف حرية تحديدها بدقة في عقد الضمان، مع مراعاة أحكام القانون الداخلي للدولة المضيفة والاتفاقيات الدولية التي ترتبط بها في هذا المجال.

بالرجوع إلى القوانين الداخلية فهي عادة ما تكتفي بالنص على ضمان تحويل إيراد رأس المال المستثمر والإيرادات الحقيقة الناجمة عن التنازل أو التصفية، لتترك المجال للاتفاقيات

---

[632]– أنظر الأمر رقم 03–01 المؤرخ في 19 فيفري سنة 2003، المعدل والمتمم للأمر رقم 96–22 المتعلق بقمع مخالفة التشريع والتنظيم الخاصين بصرف وحركة رؤوس الأموال من والى الخارج، ج.ر.ج.ج، العدد 12، الصادرة بتاريخ 2003/02/23.

[633] – **معيفي عزيز**، الوسائل القانونية لتفعيل الاستثمارات في الجزائر، المرجع السابق، ص ص. 248–249.

الدولية التي تبرمها الدولة المضيفة مع الدول المصدرة بشأن تشجيع وترقية الاستثمارات المتبادلة لتحديد الأموال القابلة للتحويل والتفصيل فيها، وتتفق معظم هذه الاتفاقيات على أن عملية التحويل تشمل على كل ما يتعلق بالاستثمار وعلى وجه الخصوص العناصر التالية:

1- أصل الاستثمار والعائدات الناتجة عنه

يراد بأصل الاستثمار الحق في إعادة تحويل رأس المال من البلد المضيف للاستثمار إلى البلد الأصلي، أو أي بلد آخر يرغب المستثمر نقل أمواله إليه، فيمكن للمستثمر المضمون طلب إعادة تحويل أصول استثماره، بما فيه رأس المال المستثمر وكل الفوائد والعائدات الناتجة عنه من مداخل الأموال ومقابل العتاد أو الموارد المستوردة والأسهم والمداخل المترتبة عن براءات الاختراع والمساعدات التقنية، وفوائد وصافي الأرباح الناتجة عن الاستثمار وأي إيرادات متصلة بالاستثمار إلى الخارج.

يعد هذا الضمان من العوامل الرئيسية لجذب الاستثمار الأجنبي إلى الدولة المضيفة، فهو يشكل تحفيز معنوي أكثر منه مادي بالنسبة للمستثمر[634]، طالما أنه كونه يمكن له إعادة تحويل رأسماله للخارج دون عراقيل تعسفية تعيق عملية التحويل.

2- الأجور والمرتبات

نظرا لأن بعض المشروعات الاستثمارية تحتاج إلى خبرات أجنبية غير موجودة في البلد المضيف، وخصوصا في المنشآت والمدن الصناعية والمشاريع الكبرى، فإن ضمان حرية تحويل الأجور والمرتبات وأجور موظفي المستثمر، والمكافآت التي يتحصل عليها العمال في الدول المضيفة للاستثمار للخارج يعتبر ضمانا هاما بالنسبة للمستثمر الأجنبي.

3- التعويضات المترتبة عن تحقق المخاطر غير التجارية أو التنازل والتصفية

لا يكفي أن تتعهد الدولة المضيفة بتعويض المستثمر عن الخسائر المترتبة عن تحقق إحدى المخاطر غير التجارية كنزع الملكية، أو تعويضه عن الأضرار التي تصيب مشروعه

634 – **زايد بولقرارة**، "خوصصة المؤسسة العمومية الاقتصادية في ظل القانون رقم 16-09 المتعلق بترقية الاستثمار"، المرجع السابق، ص 121.

جراء حدوث حروب واضطرابات مدنية في الدولة المضيفة، إنما لابد أن يقترن ذلك بالسماح له بتحويل مبالغ تلك التعويضات إلى خارج الدولة المضيفة.

يعتبر هذا الضمان ذات أهمية بالغة بالنسبة للمستثمر الأجنبي، تؤكد عليه أغلب التشريعات الداخلية الحديثة، منها قانون قانون الاستثمار الجزائري لسنة 2016 الذي ينص في المادة 4/25 من القانون رقم 16-09 المتعلق بترقية الاستثمار على أنه:

"**يتضمن ضمان التحويل المذكور في الفقرة الأولى أعلاه، كذلك المداخيل الحقيقية الصافية الناتجة عن التنازل أو تصفية الاستثمارات ذات مصدر أجنبي حتى وإن كان مبلغها يفوق الرأسمال المستثمر في البداية**".

يؤكد المشرع الجزائري على ضمان تحويل رؤوس الأموال ذات المصدر الأجنبي المتنازل عنها أو محل التصفية، حتى وإن كان مبلغها يفوق الرأسمال المستثمر في البداية، وهذا عامل محفز ومشجع بالنسبة للمستثمرين الأجانب[635].

بالاضافة إلى هذه العناصر، يجوز للمستثمر طلب تحويل أية أموال وعناصر أخرى يرد النص عليها في الاتفاقيات الدولية الثنائية والجماعية التي تربط دولته بالدولة المضيفة في مجال التحويل، والتي يجب أن يشار إليها في عقد الضمان.

الفرع الثاني
قيــود التحـويــل

ممّا لاشك فيه أن المستثمر الأجنبي لا يقدم على استثمار أمواله في إقليم دولة أجنبية إلا إذا كانت الظروف والتشريعات في هذه الدولة ملائمة وتسمح له بتحويل أمواله إلى دولته بحرية[636]، لكن عادة ما تتجه الدولة المضيفة إلى وضع بعض الآليات التي من شأنها

---

[635]– نشير كذلك إلى أن معظم الاتفاقيات الدولية التي أبرمتها الجزائر والمتعلقة بتشجيع وحماية الاستثمارات المتبادلة تنص على وجوب ضمان حق المستثمر الأجنبي في تحويل مبالغ التعويضات التي يتحصل عليها من جراء المساس بملكيته سواء عن طريق نزع الملكية أو الإجراءات المماثلة التي تلجأ إليها الدولة، أو الناتج عن التصفية والتنازل عن مشروعه. أنظر في ذلك مثلا: المادة 11 من اتفاقية تشجيع وضمان الاستثمار بين دول الاتحاد المغرب العربي، الموقعة في الجزائر في 23 يوليو سنة 1990 1990، المرجع السابق.

[636] - **ZOUAIMIA Rachid ,«** Le régime des investissements étrangers en Algérie »,op.cit, p 574.

أن تحد من حرية التحويل ما يطلق عليه بقيود التحويل أو مخاطر التحويل(أولا)، التي يمكن للمستثمر طلب ضمانها بواسطة عقد ضمان الاستثمار الدولي(ثانيا).

أولا: المقصود بقيود التحويل بمفهوم الاتفاقية الدولية لضمان الاستثمار

يقصد بقيود التحويل جميع النظم التي تضعها الدول المختلفة، والتي من شأنها التأثير على حركة خروج و دخول رأس المال منها وإليها[637].

حسب الاتفاقيات الدولية لضمان الاستثمار فإن جميع القيود التي يمكن أن تفرضها حكومة الدول المضيفة على عملية التحويل والتي من شأنها أن تؤدي إلى حرمان المستثمر المضمون من الاستفادة من أمواله وتهدد التوازن المالي والاقتصادي للمستثمر تعد من المخاطر غير التجارية القابلة للضمان.

أشارت المادة11 /أ/1 من اتفاقية سيول والمادة 2/19/أ من اتفاقية المؤسسة الاسلامية لتأمين الاستثمارات، لمخاطر التحويل القابلة للضمان بخطر "تحويل العملة"، والذي تقابله باللغة الفرنسية عبارة تحويل(Transfer) التي تعني تحويل العملة من الدولة الوطنية للاستثمار إلى الدولة المضيفة لها، في حين المقصود بها هو كافة القيود التي يمكن أن تفرضها الهيئات العامة للدولة المضيفة لمنع أو عرقلة عملية إعادة التحويل إلى الخارج (Rapatriement)، وهذا هو المقصود من النص، لذلك يجب التدقيق عند استعمال هذه المصطلحات، فتحويل الرساميل من الدولة المصدرة للدولة المضيفة عادة لا يطرح إشكالا نظر لحاجة الدولة المضيفة لهذه الأموال[638].

إضافة لذلك، فإن هيئة الضمان الدولية لا تغطي الخسائر الناجمة عن إجراءات تكون الدولة المضيفة قد اتخذتها قبل إبرام عقد الضمان ويكون المستثمر على علم بها، فالضمان يغطي مخاطر التحويل عندما تقترن عملية التحويل بقيود تهدف من ورائها الدولة المضيفة إلى

---

[637]– **هشام خالد**، عقد ضمان الاستثمار، القانون الواجب التطبيق عليه وتسوية المنازعات التي تثار بشأنه، المرجع السابق، ص 194.

[638]– هذا ما يلاحظ أيضا بالنسبة للمشرع الجزائري، إذ تشير المادة 25 من القانون رقم 16–09 المؤرخ في 03 أوت سنة 2016، المتعلق بترقية الاستثمار، لضمان خطر تحويل العملة بدلا من خطر إعادة التحويل، في حين أن المقصود به هو القيود المفروضة على عملية إعادة التحويل إلى الخارج.

الاحتفاظ بهذه الأموال، أو لإعادة استثمارها فيها من جديد، ما يجعل ضمانها ضرورة ملحة في نظر المستثمر.

ثانيا: أشكال قيود التحويل

تنص المادة 1/18/ب من اتفاقية المؤسسة العربية لضمان الاستثمار على أنه مايلي:
"**يغطي التأمين الذي توفره المؤسسة كل أو بعض الخسائر المترتبة على تحقق واحد أو أكثر من المخاطر غير التجارية التالية:(ب) اتخاذ السلطات العامة بالقطر المضيف بالذات أو بالواسطة إجراءات جديدة تقيد بصفة جوهرية من قدرة المؤمن له على تحويل أصل استثماره أو دخله منه أو أقساط استهلاك الاستثمار إلى الخارج. ويشمل ذلك التأخر في الموافقة على التحويل بما يتعدى فترة معقولة، كما يشمل فرض السلطات العامة عند التحويل سعر صرف يميز ضد المؤمن له تمييزا واضحا...**"

يتضح من خلال هذا النص أن خطر التحويل يمكن أن يتخذ إحدى الصورتين: إما صورة رفض إعادة التحويل، وصورة قبول التحويل باسعار صرف تمييزية.

1- رفض إعادة التحويل

يشكل ضمان إعادة تحويل رؤوس الأموال من الدولة المضيفة إلى الخارج عامل أساسي لتشجيع تدفق الاستثمارات الأجنبية، لكنه أحينا قد يحدث وأن ترفض السلطات العامة للدولة المضيفة طلب المستثمر بشأن إعادة التحويل إلى الخارج. سواءا كان هذا الرفض صريحا أو ضمنيا.

(أ)- الرفض الصريح

يتمثل الرفض الصريح في تعبير حكومة الدولة المضيفة بصورة صريحة ونهائية عن نيتها في التقييد التام لحرية المستثمر في التصرف بأمواله، وذلك بصدور قرار من السلطات المختصة برفض طلب المستثمر الأجنبي بتحويل مستحقاته من العملة المحلية إلى الخارج بعملة قابلة للتحويل، والذي يشكل تعبيرا صريحا عن نشأة الخطر[639].

[639] - **هشام علي صادق**، النظام العربي لضمان الاساثمار ضد المخاطر غير التجارية، المرجع السابق، ص 185.

(ب)- الرفض الضمني

يكون الرفض ضمنيا في حالة سكوت الدولة المضيفة وعدم الرد على طلب المستثمر بشأن إعادة التحويل، أو تأخرها عن إعلان موقفها خلال فترة معقولة يتم تحديدها بالعقد حسب الأوضاع والظروف السائدة، أو قيام الدولة المضيفة بقبول التحويل بعملة محلية دون الترخيص له بتحويلها للخارج. هذا ما أشارت إليه المادة 11/أ/1 من اتفاقية سيول التي تنص على مايلي:
"**(1) تحويل العملة: فرض قيود تعزي إلى الحكومة المضيفة على التحويل الخارجي لعملتها إلى عملة قابلة للتحويل الحر أوعملة أخرى مقبولة للمستفيد من الضمان، ويشمل ذلك تراخي الحكومة المضيفة في الموافقة خلال فترة معقولة على طلب التحويل المقدم من المستفيد من الضمان**".

فإذا تأخرت الدولة المضيفة عند إعلان موافقتها على طلب التحويل المقدم خلال الفترة المحددة في العقد، اعتبر ذلك بمثابة رفض التحويل. وتسري عقود ضمان المؤسسة العربية لضمان الاستثمار على تحديد هذه المدة بفترة شهرين من تقديم طلب التحويل للقول بنشأة خطر التحويل[640].

يمكن أن تتعدد أسباب هذا التأخير أو الرفض، فقد ترجع إما لبيروقراطية الإدارة، أو لعدم توافر الدولة المضيفة على عملات قابلة للتحويل لديها، ويمكن أن يرجع ذلك أحيانا لضعف الوضع الاقتصادي للقطر المضيف[641].

2- فرض أسعار تحويل تمييزية

يشكل فرض سعر صرف تمييزي عند تحويل قيمة رأس المال المستثمر أو الفوائد الواجب تصديرها وتحويلها إلى الخارج، إحدى العوائق الكبيرة التي يمكن أن تواجه سياسة تشجيع الاستثمار، مما يستوجب ضمانها، فطبقا للمادة 1/18/ب من اتفاقية المؤسسة العربية لضمان الاستثمار يمكن أن يمتد ضمان هذه المؤسسة ليشمل الخسائر المترتبة عنها:
"**... فرض السلطات العامة عند التحويل سعر صرف تمييزي ضد المستثمر تميزا واضحا**".

---

[640]- هذا ما أشارت إليه المادة 39/أ من عقد ضمان استثمار مباشر والمادة 30 من عقد ضمن قرض. نقلا عن: **عاطف ابراهيم محمد**، ضمانات الاستثمار...، المرجع السابق، ص 168.

[641]- **معيفي عزيز**، الوسائل القانونية القانونية لتفعيل الاستثمارات في الجزائر، المرجع السابق، ص 251.

فكل الأفعال الانفرادية التي تقوم بها حكومة الدولة المضيفة عند تلاعبها بمعدلات وأسعار الصرف[642] بفرض أسعار تحويل تمييزية ضد المستثمر المضمون تمنعه من الاستفادة من ثمار ونتائج تصفية الاستثمار يشكل خطرا غير تجاريا، يجوز ضمانه بواسطة عقد ضمان الاستثمار الدولي كونها تؤدي إلى حرمانه من الاستفادة من تحويل فوائد استثماره.

هذا تضمنته كذلك اتفاقية المؤسسة الإسلامية لتأمين الاستثمار، والتي تعتبر التمييز في سعر الصرف عند التحويل يشكل خطرا غير تجاريا يجوزر للمؤسسة ضمانه ضمن مخاطر تحويل العملة، فحسب المادة 2/19/أ من هذه الاتفاقية فإن:

" **(أ)- تحويل العملة: فرض قيود تعزي إلى الحكومة المضيفة أو القطر المؤمن له على التحويل الخارجي لعملتها المحلية المعنية إلى عملة قابلة للتحويل الحر... كما يشمل فرض السلطات العامة في الدولة المضيفة أو قطر المؤمن له عند تحويل سعر صرف يتضمن غبنا على المؤمن له**".

يمكن للمؤسسة الاسلامية لتأمين الاستثمارات استنادا لهذا النص أن تقوم بتغطية الخسائر الناجمة عن تلاعب الدولة المضيفة بأسعار الصرف كلما بلغ ذلك حد الغبن بالنسبة للمستثمر المضمون، إلا أن هذه الاتفاقية لم تحدد النسبة التي يصبح فيها سعر الصرف غبنا لدى المستثمر[643].

كذلك الوضع بالنسبة لاتفاقية المؤسسة العربية لضمان الاستثمار، فهي لم تحدد نسبة معينة يكون فيها سعر الصرف تمييزياً بالنسبة للمستثمر المضمون، وإنما تركت تحديدها للأطراف في العقد. وهذا الصدد تشير نماذج عقود الضمان التي أعدتها المؤسسة العربية لضمان الاستثمار في هذا المجال، إلى أنه كلما تم تقييد حرية المستثمر بشأن تحويل العملة بسعر صرف يقل عن 99% من سعر الصرف القائم لدى المصارف الرئيسية في البلد

---

[642]- يقصد بسعر الصرف السعر الرسمي المعتمد من البنك المركزي للدولة المضيفة للاستثمار، والذي يطبق على تحويلات المستثمرين الأجانب فيما يتعلق بالعائد على استثماراتهم. أنظر:

SARIAK Lahcène , Les conditions juridiques …, op.cit, p 09.

[643]- بالرجوع إلى القواعد العامة، فإنه نكون أمام حالة الغبن كلما كانت التزامات أحد المتعاقدين متفاوتة في النسبة مع ما يتحصل عليه المتعاقد الأخر من فائدة بموجب العقد أو مع التزامات المتعاقدين الآخرين في العقد. أنظر في أحكام الغبن عند التعاقد المادة 90 من الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، المتضمن القانون المدني، المرجع السابق.

المضيف يوم نشأة الخطر، كان سعر الصرف تمييزيا بالنسبة للمستثمر، ويمنحه حق الاستفادة من ضمان هذه المؤسسة[644].

بالتالي فهيئة الضمان الدولية لها سلطة تقديرية في تغطية كافة الإجراءات التي تتخذها الدولة المضيفة والتي ترى الهيئة أنها تقييد من حرية المستثمر في تحويل أمواله للخارج، باستثناء الخسائر الناجمة عن الإجراءات القائمة عند إبرام عقد الضمان، ومخاطر التحويل الناتجة عن تخفيض وانخفاض العملة أو ما يعرف بـ "مخاطر أسعار الصرف"[645]، والتي تستبعد من نطاق الضمان، فالخسائر المترتبة على التضخم أو تخفيض العملة لا يشملها الضمان الدولي للاستثمار[646]، كونها مخاطر تخرج عن إرادة الدولة المضيفة، وتخضع لعوامل اقتصادية، يستحيل على هيئة الضمان الدولية التحكم في آثارها، فيتحملها المستثمر كرجل أعمال.

إلا أن البعض يرى إمكانية امتداد الضمان لتغطية الخسائر المترتبة على الإجراءات المتعلقة بالانخفاض العام لسعر الصرف أو التضخم الحاصل في البلد المضيف للاستثمار، وإدراجها في عقد الضمان ضمن خطر إخلال الدولة المضيفة بالتزاماتها التعاقدية اتجه المستثمر[647].

فهذه المخاطر تعبر في حقيقتها عن عدم استقرار اقتصادي في الدولة، وضمانها سيكون دافعاً كبيراً لتشجيع المستثمرين الأجانب على إقامة مشاريعهم فيها لوجود حماية ضد الآثار السلبية التي تنجم عن تدهور قيمة العملة المحلية الوطنية، فانخفاض سعر صرف العملة المحلية بالنسبة للعملات الأخرى سيؤدي إلى انخفاض القيمة الحقيقة للاستثمار ويؤدى في النهاية تدريجيا إلى انخفاض أرباح المستثمر عند تحويلها إلى الخارج. لذلك يمكن لهيئة الضمان صياغة عقود الضمان بطريقة مرنة تسمح لها باختيار الحلول التي هي في صالح المستثمر مادامت الخسائر لا ترجع إلى خطئه، وهو ما يؤدي إلى تشجيعه على مواصلة نشاطه.

---

644 – **على صادق هشام**، النظام العربي لضمان الاستثمار ضد المخاطر غير التجارية، المرجع السابق، ص 143 .

645 – **دريد كامل آل شبيب**، الاستثمار والتحليل...، المرجع السابق، ص 110.

646 – راجع في ذلك: المادة 1/18/ب من اتفاقية المؤسسة العربية لضمان الاستثمار، المادة 11/ب من اتفاقية سيول، المادة 4/19 من اتفاقية المؤسسة الإسلامية لتأمين الاستثمارات.

647 – **أسيل باقر جاسم، علي كاظم حمزة**، "شركات التأمين..."، المرجع السابق، ص 652.

الفرع الثالث

شروط وإجراءات إعادة التحويل

تحيل الاتفاقيات الدولية لضمان الاستثمار في تحديد شروط التحويل وإجراءات التحوي لإلى قواعد التحويل المطبقة في الدولة المضيفة، مع مراعاة الاتفاقيات الدولية التي تربطها بدولة المستثمر في هذا المجال، إذ يحق لكل دولة ذات سيادة تنظيم الرقابة على الصرف وحركة رؤوس الأموال الأجنبية فيها، ووضع الشروط والاجراءات الخاصة بعملية إعادة التحويل بما يتماشى ونظامها الاقتصادي وحماية العملة الوطنية والحفاظ على العملة الصعبة.

لذلك نحاول تبيان شروط التحويل(أولا) وإجراءاته(ثانيا) استنادا إلى القواعد المعمول بها في القوانين الداخلية.

أولا: شروط إعادة التحويل

من أهم الشروط التي تفرضها القوانين الداخلية للدولة المضيفة لتمكيّن المستثمر الأجنبي من إعادة تحويل أمواله إلى الخارج، أن يكون المستثمر تابع لدولة أجنبية غير الدولة المضيفة، وأن تكون له مساهمات خارجية في المشروع الاستثماري، على أن يتم التحويل بعملة حرة قابلة للتحويل أو أية عملة أخرى مقبولة لدى المستثمر.

1- أصحاب الحق في التحويل

يمنح الحق في التحويل وفا لنظم الضمان الدولية للمستثمر الأجنبي الذي يحمل جنسية دولة أجنبية عضو في هيئة الضمان المتعاقد معها، إذ تعتبر المستثمر المستفيد من الضمان الشخص الوحيد الذي له الحق في طلب إعادة التحويل، بشرط استمرارية رابطة الجنسية بإحدى الدول الأعضاء في هيئة الضمان المتعاقد معها، فالجنسية وفقا لنظام الضمان الدولي تعد شرطا أساسيا للممارسة الحق في إعادة تحويل رؤوس الأموال ونتائجها [648].

[648] – وهو ما أشارت إليه المادة 45 من عقد ضمان قرض، والمادة 81 من عقد ضمان معدات مقاولات، والمادة 70 من عقد ضمان مساهمة في رأس مال الشركة. نقلا عن: **هشام خالد**، عقد ضمان الاستثمار، القانون الواجب التطبيق وتسوية المنازعات التي تثور بشأنه، المرجع السابق، ص 291.

2- وجود مساهمات خارجية في الاستثمار

ينصب عقد ضمان الاستثمار الدولي على ضمان الاستثمارات الأجنبية التي تتم بين الدول الأعضاء في هيئة الضمان، أي الاستثمارات التي يتم إنجازها بواسطة رأس مال سبق استيراده إلى الدولة المضيفة بعملة صعبة [649]، سواء تم ذلك في شكل مساهمات نقدية أو في شكل مساهمات عينية.

تشمل المساهمات النقدية كافة الأموال النقدية التي يوظفها المستثمر في انجاز المشروع الاستثماري، أما المساهمات العينية فتشمل كل المعدات والآلات والوسائل التقنية، والمعدات الضرورية لانجاز المشروع الاستثماري. وأيا كانت هذه المساهمات فلابد أن تكون مستوردة من الخارج من أجل ضمان إعادة تحويل قيمتها، أما المساهمات الأجنبية الممولة محليا فهي غير قابلة للتحويل للخارج[650]، وبالتي لا يمكن تغطيتها بالضمان.

3- **العملة التي يتم بها التحويل**

تنص المادة 2/19/أ من اتفاقية المؤسسة الإسلامية لتأمين الاستثمارات على أنه:

"**يجوز للمؤسسة أن تغطي... فرض قيود تعزي إلى الحكومة المضيفة أو قطر المؤمن له على التحويل الخارجي للعملة المحلية المعينة إلى عملة قابلة للتحويل الحر، أو عملة أخرى مقبولة للمؤمن له...**"

يؤكد هذا النص على أن عملية التحويل يجب أن تتم بعملة قابلة للتحويل بكل حرية، أو أية عملة يختارها المستثمر المضمون، وكل إجراء تتخذه السلطات العامة في الدولة المضيفة تقيد بواسطته من حرية المستثمر في تحول أصول استثماره وعوائده إلى الخارج بعملة قابلة للتحويل الحر تشكل خطرا غير تجاريا، يستوجب الضمان والتعويض عن أثاره. وهو ما أكدته كذلك المادة 1/أ/11 من اتفاقية سيول التي تنص على أنه يجوز للوكالة الدولية لضمان

---

649 – يراد بالعملة الصعبة وفقا للنظام الجزائري: "**كل عملة أجنبية قابلة للتحويل بكل حرية، والتي يقوم البنك الجزائري بتسعيرها بانتظام**".

المادة 02 من النظام رقم 09-01 المؤرخ في 17 فبراير سنة 2009، المتعلق بحسابات العملة الصعبة الخاصة بالأشخاص الطبيعيين من جنسية أجنبية، المقيمين وغير المقيمين والأشخاص المعنويين غير المقيمين، ج.ر.ج.ج، العدد 25، الصادرة في 2009/04/29.

650 – **جلال عزيزي**، "الشراكة الأجنبية..."، المرجع السابق، ص 547.

الاستثمار ضمان الاستثمارات ضد الخسائر المترتبة على حدوث المخاطر التالية:

"... **فرض قيود تعزي إلى الحكومة المضيفة على التحويل الخارجي لعملتها إلى عملة قابلة للتحويل الحر، أو أية عملة أخرى مقبولة للمستفيد من الضمان...**"

يراد بالعملة القابلة للتحويل الحر، العملة التي يمكن استخدامها وتحويلها بحرية، ويعرفها الأستاذ " القزويني شاكر" على أنها: " أية عملة يمكن التعامل بها في الأسواق المالية العالمية ويمكن تحويلها بحرية"[651].

يعرفها كذلك الأستاذ "مدحت صادق" على أنها:"العملة التي يتم استبدالها بحرية تامة مقابل العملات الأخرى وبدون اشتراط الحصول على موافقة سلطة نقدية"[652].

بالرجوع لأحكام الاتفاقيات الدولية لضمان الاستثمار نجد أن المادة 03/هـ من اتفاقية سيول تعرف العملة القابلة للتحويل الحر على أنها:

"**العملة القابلة للاستخدام الحر تعني: أية عملة يضفي عليها صندوق النقد الدولي من وقت لآخر هذا الوصف، وأي عملة أخرى يحددها لأغراض هذه الاتفاقية مجلس الإدارة المشار إليه في المادة 30 بعد التشاور مع صندوق النقد الدولي وبموافقة الدولة صاحبة هذه العملة بشرط توافرها بدون قيود وإمكان استخدامها بصورة فعالة**".

يتبين من خلال هذا النص، أن العملة القابلة للتحويل بحرية يمكن أن تكون هي نفسها العملة التي سبق استيرادها، أو أية عملة أخرى تعتبرها هيئة الضمان الدولية كذلك وبعد التشاور مع صندوق النقد الدولي وبموافقة الدولة صاحبة العملة[653]، ويتعين على هيئة الضمان هذه

---

[651]– نقلا عن **شيخ ناجية**، "الطبيعة القانونية لعمليات الصرف"، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، العدد الأول، كلية الحقوق، تيزي وزو، 2008، ص 93.

[652]– **شيخ ناجية**، المرجع نفسه، ص ص.93-94.

[653]– لجأ المشرع الجزائري إلى تطبيق نظام تحرير الصرف وحركة رؤوس الأموال منذ سنة 1990، وذلك بصدور القانون رقم 90-10 المؤرخ في 14 افريل سنة 1990، المتعلق بالنقد والقرض، ج.ر.ج.ج، العدد 16، الصادرة في 18 أفريل سنة 1990 (الملغى)، والذي رخص فيه لكل مقيم في الجزائر بتحويل رؤوس أمواله إلى الخارج وبحرية تامة، وجعل العملة قابلة للتحويل بكل حرية بالنسبة لجميع العمليات التجارية. وهو ما أكده أيضا في الأمر رقم 03-11 في 26 أوت سنة 2003، المتعلق بالنقد والقرض، الذي يرخص للمقيمين في الجزائر بتحويل رؤوس الأموال إلى الخارج لضمان تمويل نشاطات في الخارج مكملة لنشاطاتهم المتعلقة بانتاج السلع والخدمات في الجزائر. أنظر في ذلك: المادة 126 من الأمر رقم 03-11 في 26 أوت سنة 2003، المتعلق بالنقد والقرض، المرجع السابق.

الحالة، الأخذ بعين الاعتبار لوضعية الدول المضيفة خاصة النامية منها، والتي قد تعاني في بعض الأحيان من الصعوبات الاقتصادية في ميزان المدفوعات ومن مشكلة المديونية، وذلك لحماية مصالح هذه الدول، وتفادي تهريب رؤوس أموال ضخمة إلى الخارج تحت مضلة حرية التحويل الحر للرأس المال والعائدات الناتجة عنه.

يمكن أن تواجه مسألة تحويل رأس المال سواء عند دخوله أو خروجه مشكلة أساسية وهي تحديد سعر الصرف لاسيما في الدول التي تعرف تعدد في أسعار الصرف، واختلاف في السعر الذي يتم على أساسه تحويل العملة الأجنبية إلى العملة الوطنية عند إدخال رأس المال المستثمر، والسعر الذي يحتسب على أساسه تحويل العملة الوطنية إلى العملة الأجنبية عند إخراج الأرباح ورأس المال من الدولة المضيفة للاستثمار[654].

في هذا الصدد وكما سبقت الإشارة فإن نظم الضمان الدولية استقرت على أن هيئة الضمان الدولية لا تحمي المستثمر من مخاطر التقلبات الاقتصادية، فالمخاطر الاقتصادية يتحملها المشروع دون أدنى مسؤولية من الدولة المضيفة، إلا أنه وطبقا لمبدأ المعاملة العادلة، فإنه يجب أن تتم معاملة رأس المال عند دخوله وخروجه وفقا لمبدأ تماثل سعر الصرف أو وحدة سعر الصرف وعدم التمييز في سعر الصرف، فلا يجوز أن يكون احتساب رأس المال عند دخوله على أساس نوع من أنواع سعر الصرف، واحتسابه عند خروجه على أساس نوع آخر، فالتفاوت في معاملة رأس المال المستثمر بأسعار صرف مختلفة بالنسبة لدخوله وخروجه أمر يتنافى والعدالة في المعاملة التي تقتضي توحيد السعر في الحالتين[655].

---

654 – هذا ما نجده في قوانين بعض الدول العربية، كقانون الاستثمار المصري رقم 43 الصادر في سنة 1974، الذي ينص على أن يكون سعر التحويل عند دخول الأموال المستثمرة هو سعر الصرف الرسمي، أما بالنسبة لإعادة تصدير هذه الأموال وتحويل الأرباح فإن التحويل يتم طبقا لسعر الصرف التشجيعي وقت التحويل. هذا التباين في المعاملة بين دخول الأموال وخروجها أدى إلى تردد المستثمرين على الاستثمار في مصر، فعند دخول رأس المال يكون سعر الصرف الرسمي ضارا بالمستثمر إذ تتحول العملة الأجنبية إلى أقل مقابل من العملة الوطنية، أما عند خروج رأس المال يكون السعر التشجيعي ضارا بالمستثمر إذ يدفع قدرا مرتفعا من العملة الوطنية للحصول على العملة الأجنبية، الأمر الذي دفع بالمشرع المصري إلى إجراء بإصلاحات اقتصادية في هذا المجال، وقام بتوحيد سعر صرف واحد وهو سعر السوق الحرة، الذي يتم وفقا لقوى العرض والطلب ودون تدخل من الدولة، فأصبح دخول رأس المال وخروجه يتم وفقا لنفس هذا السعر. **حسام الدين كامل الاهواني**، "المعاملة القانونية..."، المرجع السابق، ص ص. 66-67.

655– في هذا الصدد إتجهت بعض الدول مثل الأردن إلى إتباع سياسة ربط صرف الدينار بالدولار، فمنذ عام 1995 اتخذ البنك المركزي الأردني قرارا استراتجيا بربط سعر صرف الدينار الأردني بالدولار الأمريكي عند 1,41 دولار للدينار، وقد

ثانيا: إجراءات إعادة تحويل رؤوس الأموال إلى الخارج

التحويل ليس إجراءا تلقائيا[656]، إنما يتم بناءا على طلب يتوجه به المستثمر إلى السلطات المختصة في الدولة المضيفة وفي الآجال المحددة لذلك، وعادة ما يتفق الطرفان في عقد الضمان على أن يتم التحويل وفقا للإجراءات والمواعيد المنصوص عليها في القانون الداخلي للدولة المضيفة.

1- توجيه طلب التحويل

يتعين على المستثمر الراغب في إعادة التحويل تقديم طلب بذلك إلى الجهة المختصة في الدولة المضيفة وفقا للإجراءات والمواعيد المنصوص عليها في قانونها الداخلي[657]، ويستوي أن ينصب موضوع الطلب إما على إعادة تحويل الرأس المال المستثمر وأرباحه، ونتائج وأقساط استهلاك وتنفيذ الاستثمار، أو على تحويل أصل القرض أو فوائده في حالة الاستثمار الذي يأخذ شكل القرض.

يتم تقديم طلب التحويل مرفق بكافة المستندات التي تثبت الحقوق المراد تحويلها، لاسيما الوثائق القانونية التي تثبت وجود مساهمات خارجية في انجاز الاستثمار، بالإضافة إلى الوثائق

= ساعد هذا القرار على الحد من الضغوط التضخمية والحفاظ على القوة الشرائية للمستهلكين، ومن ثم الوصول إلى وضع سياسة صرف ناجحة بالقضاء على مخاوف إمكانية حدوث تراجع مفاجئ في سعر الصرف التي تؤثر سلبا في قرارات الاستثمار في هذه الدولة، والحد من المخاطر التي قد يتعرض لها المتعاملون بسبب أي تراجع محتمل لسعر الصرف، وبالتالي فإن استقرارا صرف الدينار الأردني كان من أحد العوامل الايجابية التي حازت على موافقة المستثمرين، فاستقرار سعر صرف الدينار ساعدهم على قابلية تحويل الدينار إلى العملات الأخرى. **نضال عدنان زريقات**، أثر مخاطر الدولة في جذب الاستثمارات الاجنبية المباشرة : حالة الأردن، رسالة قدمت استكمالا لمتطلبات منح درجة الماجستير، كلية الدراسات الادراية والمالي العاليا، جامعة عمان العربية للدرسات العليا، الأردن، 2006، ص 77.

656 – **والي نادية**، النظام القانوني...، المرجع السابق، ص 260 .

657 – نشير في هذا الصدد إلى ما هو معمول به في النظام الجزائري، إذ يمكن للمستثمر أن يطلب إعادة التحويل بناءا على طلب يقدمه إما للبنوك والمؤسسات المالية الوسطية المعتمدة التي لديها أهلية دراسة طلبات التحويلات، وهذا ما أكدته المادة 03 من النظام رقم 05-03 المؤرخ في 06 يونيو سنة 2005، المتعلق بالاستثمارات الأجنبية بنصها على مايلي:
"**إن البنوك والمؤسسات المالية الوسيطة المعتمدة، مؤهلة لدراسات طلبات التحويل وتنفيذ دون أجل التحويلات بموجب ايرادات الأسهم والأرباح، نواتج التنازل عن الاستثمارات الخارجية وكذا تحويل مقابل الحضور والحصص النسبية في الأرباح بالنسبة للقائمين بالإدارة الأجانب**".
استناداً لهذا النص يجوز للمستثمر المضمون أن يطلب إعادة التحويل بتوجيه طلب بذلك إما للبنوك والمؤسسات المالية الوسطية المعتمدة المؤهلة قانونا، وذلك إما أثناء فترة استغلال الاستثمار أو عند تصفية مشروعه أو التنازل عنه.

الإدارية اللازمة لإجراء عملية التحويل، وبعدها تقوم الجهة المؤهلة قانونا بدراسة طلبه والوثائق المرفقة به، واتخاذ الإجراءات القانونية المناسبة لذلك، ومنها التحقق من مدى قيام المستثمر الأجنبي بالوفاء بالتزاماته اتجاه الدولة المضيفة، وخاصة التزاماته الضريبية لمنع أي تهريب للأموال إلى الخارج، واحترام الإجراءات القانونية اللازمة للتحويل.

2- أجال التحويل

يتعين على السلطات العامة في الدولة المضيفة بمجرد استفاء المستثمر لكافة إجراءات التحويل المقررة في القوانين المعمول بها، أن تقوم باتخاذ الإجراءات اللازمة لتنفيذ عملية التحويل لأموال المستثمر إلى الخارج، على أن يتم ذلك دون تأخير، وإذا أخلت بذلك اعتبرت مسؤولة اتجاه هيئة الضمان الدولية التي تحل محل المستثمر المضمون في مواجهة الدولة المضيفة عن الضرر الذي أصاب المستثمر المضمون نتيجة لذلك.

يلاحظ أن غالبية التشريعات الداخلية عادة ما تحدد مدة معينة لتنفيذ عمليات التحويل، إنما تكتفي بالنص على أن يتم ذلك دون تأخير كما هو الأمر بالنسبة للقانون الجزائري الذي ينص على أن:

"**البنوك والمؤسسات المالية الوسيطة المعتمدة، مؤهلة لدراسات طلبات التحويل وتنفيذ دون أجل التحويلات...**" [658].

في الواقع، إن عدم التزام المؤسسات المختصة بأجل قانوني معين للتنفيذ التحويل يمكن أن يفتح المجال أمام هذه السلطات للمماطلة، ما قد يثير الشكوك لدى المستثمر الأجنبي الذي يرغب في تحويل أمواله للخارج في أقل مدة ممكنة. لذلك تتجه الممارسات الدولية الحديثة إلى تحديد أجال تنفيذ هذه العمليات بمدة تتراوح غالبا ما بين شهرين إلى ستة أشهر من تاريخ إيداع الطلب[659].

---

[658]- المادة 03 من النظام رقم 05-03 المؤرخ في 06 يونيو سنة 2005، المتعلق بالاستثمارات الأجنبية، المرجع السابق.

[659]- نشير في ذلك مثلا للاتفاق المبرم بين الجزائر والمملكة الاسبانية المتعلق بالترقية والحماية المتبادلة للاستثمارات الموقع في مدريد بتاريخ 23 ديسمبر سنة 1994، والذي يحدد أجال التحويل بمدة لا تتجاوز ثلاثة أشهر من تاريخ تقديم طلب التحويل. أنظر في ذلك: المادة 07 من المرسوم الرئاسي رقم 95-88 المؤرخ في 25 مارس سنة 1995، المرجع السابق. =

في الأخير، نؤكد على أن الحق في التعويض وضمان التحويل تبقى من أهم الضمانات المالية التي تكرسها نظم الضمان الدولية لفائدة المستثمرين الأجانب، وأي إخلال بحق المستثمر في التعويض أو بحقه في تحويل أمواله بحرية إلى خارج الدولة المضيفة، يخول هيئة الضمان كامل الصلاحيات لمواجهة الدولة المضيفة، والحلول محل المستفيد من الضمان في مواجهتها بمبلغ التعويض المقرر له جراء ذلك.

المبحث الثاني

الضمانات الإجرائية المترتبة عن عقد ضمان الاستثمار الدولي

من أهم الضمانات الإجرائية المقررة بموجب عقد ضمان الاستثمار الدولي لفائدة المستثمر المضمون، مبدأ حلول هيئة الضمان محل المستفيد من الضمان في مواجهة الدولة المضيفة المسؤولة عن الخسائر المترتبة عن حدوث إحدى المخاطر غير التجارية المضمونة في العقد. وإذا عجزت الهيئة في الحصول على أي عائد نتيجة هذا الحلول، فهذا العجز لا يخولها الحق في استرجاع مبلغ التعويض الذي قامت بأدائه إلى المستفيد من الضمان، ولا يعفيها من التزاماتها المقررة بمقتضى العقد، فالحلول يمتد إلى كافة حقوق المستثمر المضمون المالية والإجرائية(**المطلب الأول**).

كما يقرر هذا العقد لفائدة المستثمر المضمون ضمان إجرائي آخر في مواجه هيئة الضمان المتعاقد معها، يتمثل في وجوب تسوية أي منازعات قد تثور بينه وبين هيئة الضمان بشأن العقد المبرم بينهما عن طريق التحكيم وفقا لما يشار إليه في العقد (**المطلب الثاني**)، وهو ما يحقق الاطمئنان ويقلل من حدة الخوف لدى المستثمر المضمون فيما لو عرض النزاع على القضاء الوطني، أو إخضاعه لأحكام قانون غير قانون العقد (**المطلب الثالث**).

= أما الاتفاقية المبرمة بين الجزائر وايطاليا حول الحماية المتبادلة للاستثمارات فقد حددتها بمدة 06 أشهر من تاريخ إيدع المستثمر لطلب التحويل. أنظر في ذلك المادة 05 من المرسوم الرئاسي رقم 91- 346 المؤرخ في 05 أكتوبر سنة 1991، المتضمن المصادقة على الاتفاق المبرم بين حكومة الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية وحكومة الجمهورية الإيطالية حول الترقية والحماية المتبادلة للاستثمارات، الموقع بالجزائر يوم 18 مايو سنة 1991، ج.ر.ج.ج، العدد 46، الصادرة في 1991/10/06.

المطلب الأول

حلول هيئة الضمان الدولية محل المستثمر المضمون في حقوقه المالية والإجرائية

يعد مبدأ حلول هيئة الضمان محل المستثمر المضمون من الضمانات الأساسية التي كرستها الاتفاقيات الدولية لضمان الاستثمار، فهي تجيز لهيئة الضمان الدولية الحلول محل المستفيد من الضمان في كافة حقوقه ومطالباته المترتبة على الاستثمار المضمون (الفرع الأول).

فمتى أخطر المستفيد من الضمان بقرار التعويض وكان راضيا بالمبلغ المصرح به، وجب عليه اتخاذ الإجراءات اللازمة لتحويل كافة حقوقه المقررة على استثماره وكل العوائد المترتبة عنه إلى هيئة الضمان المتعاقد معها، ويلتزم بتسليمها كافة المستندات والأدلة المبينة لهذه الحقوق والضمانات المقررة لها، حتى يتسنى لها مواجهة الدولة المضيفة في الحقوق المترتبة له عن هذا الاستثمار (الفرع الثاني).

الفرع الأول

مبدأ حلول هيئة الضمان الدولية محل المستفيد من الضمان

يعتبر مبدأ الحلول من أهم الامتيازات الممنوحة لهيئة الضمان الدولية(أولا)، على تبين أحكامه وشروطه في عقد ضمان الاستثمار الذي تبرمه مع المستثمر المضمون(ثانيا).

أولا: تعريف الحلول

يعتبر الحلول من المبادئ المستقر عليها في مجال التأمين عامة[660]، وفي مجال الضمان على الاستثمار خاصة، ويراد به حلول هيئة الضمان الدولية محل المستثمر المضمون، أي حوالة المطالبات القائمة للطرف المضمون إلى الطرف الضامن، حيث تكتسب هذه الأخيرة ما للمستثمر المضمون من حقوق بشأن الاستثمار المضمون إزاء الغير باعتبارها خلفا له[661].

---

660 – **السنهوري أحمد عبد الرزاق**، الوسيط في شرح...، المرجع السابق، ص 1627.

661 - **IBRAHIM F., SHIHATA I. , «** L'Agence multilatérale… », op .cit, p 608.

ثانيا: شروط الحلول

استقرت نظم الضمان الدولية للاستثمار على تكريس مبدأ حلول هيئة الضمان الدولية محل المستفيد من الضمان في مواجه الدولة المضيفة، وتركت مسألة تنظيم أحكام وشروط هذا الحلول لما ينص عليه عقد الضمان. وهو ما تنص عليه المادة 24 من اتفاقية المؤسسة الإسلامية لتأمين الاستثمار فيما يلي:

" **تحل المؤسسة محل المؤمن له الـذي تعوضه أو توافق على تعويضـه عن الخسارة المـؤمن عليها وذلك فيما يكون للمؤمن له من... حقوق متعلقة بالاستثمار المؤمن عليه، وفي كافة ما ينشأ للمؤمن له من حقوق نتيجة لتحقق الخطر المعين، وتبين عقـود التأميـن على نحـو مفصل الحدود التي يتم فيها حلول المؤسسة محل المؤمن له...**".

يؤكد هذا النص على حق هذه المؤسسة في الحلول محل المستثمر المضمون، ولتطبيق مبدأ حلول هيئة الضمان محل المستفيد من الضمان يجب توافر مجموعة من الشروط تتمثل فيما يلي:

1- تحويل الحقوق من المستفيد من الضمان نحو هيئة الضمان الدولية

يشترط لتطبيق مبدأ الحلول أن يكون للمستفيد من الضمان حقوق في مواجهة الدولة المضيفة، ووجود مطالبات تنشأ له نتيجة لحدوث الخطر المضمون، أي وجود دعوى مسؤولية يرجع بها المستثمر على الدولة المضيفة للاستثمار لتحل هيئة الضمان محله فيها[662]، سواء كانت مسؤولية عقدية كما هو الحال عند الإخلال بالتزام عقدي كفسخ العقد. أو مسؤولية تقصيرية وذلك عند الإخلال بالالتزام العام الذي يقضي بعدم الإضرار بالغير كما هو الحال عند حدوث خطر الحرب والاضطربات المدنية.

فإذا انتهت سلسلة الإجراءات الحكومية إلى انتقال ملكية الاستثمار أو جزء منه إلى البلد المضيف دون تعويض المستثمر عن ذلك، فذلك يخول لهيئة الضمان المتعاقد معها اللجوء إلى تطبق أحكام الحلول في مواجهة الدولة المضيفة والتي تلتزم بالوفاء لهيئة الضمان بكل الحقوق والمطالبات المترتبة للمستثمر المضمون.

---

[662] – **عينوش عائشة**، ميكانيزمات ضمان...، المرجع السابق، ص 142.

يقتضي تطبيق مبدأ الحلول التزام المستفيد من الضمان تسليم هيئة الضمان المتعاقد معها كافة المستندات والأدلة المبينة لهذه الحقوق والضمانات المقررة لها، والمستندات التي تثبت حوالة هذه الحقوق وما نشأ عنها من حقوق نتيجة تحقق الخسارة، بما فيها مبالغ التعويضات التي يكون قد تحصل عليها سواء من الدولة المضيفة أو من أي مصدر آخر، وإلا سقط حقه في التعويض لاستحالة الاستفادة من تعويضين عن نفس الخطر، وأن يلتزم المستثمر المضمون بإجراء هذه الحوالات في الآجال القانونية المنصوص عليها في العقد، وكل إخلال أو تأخر عن ذلك يؤدي إلى سقوط حقه في مبلغ التعويض.

إن تطبيق مبدأ الحلول يمكن أن يثير صعوبة في حالة إجراءات نزع الملكية التدريجي، عندما يظل الاستثمار على الأقل من الناحية الإسمية والرسمية مملوكا للطرف المضمون، وإن أدت تلك الإجراءات إلى الإضرار به وحرمانه من بعض حقوقه الجوهرية غير الملكية، كالحقوق المتصلة بالإدارة والتصرف فيما يملكه، فإذا رغب المستثمر مع ذلك في تشغيل المشروع، فإنه يتبع الإجراءات العادية لطلب التعويض من الهيئة عن الخسارة التي لحقته من جراء ذلك، لكن كيف يتم إعمال مبدأ الحلول إذا بقيت ملكية الأصول المستثمرة للمستثمر المضمون في الوقت الذي يحرم فيه من بعض حقوقه الجوهرية مما أدى إلى عدم رغبته أو عدم قدرته على الاستمرار في تشغيل المشروع؟

يقترح الأستاذ "أحمد شرف الدين" في هذه الحالة، إمكانية تنازل المستثمر عن ملكية مشروعه للبلد المضيف في مقابل لا يقبضه، ويطلب التعويض من هيئة الضمان التي تطالب الدولة المضيفة بما هو مستحق في ذمتها للمستثمر، أما إذا تنازل المستثمر عن ملكيته للمشروع للدولة المضيفة مقابل ثمن البيع، ففي هذه الحالة لا يكون له حق الرجوع على الهيئة إلا في حدود نقص هذا الثمن عن القيمة الصافية للاستثمار من تاريخ أول إجراء من إجراءات نزع الملكية التدريجي[663].

غير أنه يكون من الصعب التسليم بهذا القول، لتعارضه مع مبدأ نسبية العقود، فالدولة المضيفة قد لا ترغب في شراء المشروع، لاسيما وأن الاتفاقيات الدولية لضمان الاستثمار لم

663 – **أحمد السعيد شرف الدين**، نزع الملكية وضمان الاستثمار العربي، دراسة مقدمة إلى مؤتمر الجديد في مجال التأمين(الضمان) في لبنان والعالم العربي، المرجع السابق، ص ص. 263-264.

تتضمن أي نص يستوجب من المستثمر وقبل إبرام عقد الضمان الحصول على موافقة الدولة المضيفة على شراء المشروع في حالة نزع الملكية التدريجي، ومن غير المتوقع موافقة الدولة المضيفة مسبقا على شراء مشروع لا تعرف حالته الاقتصادية.

يضيف الأستاذ "أحمد شرف الدين" في هذه الحالة أنه لابد من البحث عن مصدر لإلزام الدولة المضيفة بشراء المشروع، ويرى أن مبدأ الحلول يعتبر أمرا نافذا بقوة القانون متى استوفى عقد الضمان لشروط انعقاده، وبصفة خاصة موافقة الدولة المضيفة على هذا الضمان، وهذا ما يفسر في نظره أنه يمكن لهيئة الضمان الدولية أن تعرض على الدولة المضيفة التي اتخذت مثل هذه الإجراءات التدريجية بشراء المشروع حتى يتحقق لحكم الحلول الغاية من تقريره، طالما أن هيئة الضمان الدولية وفقا لاتفاقية إنشائها لا يمكنها تملك المشروعات التي تتحقق بصددها الأخطار المضمونة لديها[664].

في جميع الأحوال، يتعين على المستفيد من الضمان اتخاذ الاجراءات اللازمة لتحويل جميعه حقوقه المترتبة على الاستثمار المضمون وفي الأجال المحددة في العقد، وعدم اتخاذه لأي إجراء أو وضع العوائق في سبيل إتمام إجراء حوالة الحقوق إلى هيئة الضمان، فلابد أن يكون حسن النية عند تعامله مع هذه الهيئة.

تجدر الإشارة إلى أن المستفيد من الضمان ومتى قام بإجرائه لعملية الحوالات، فلا يجوز له سحب طلبه، لأن هيئة الضمان تكون قد اتخذت خطوات متقدمة أو شرعت في الحصول على حقوقه من الجهات المعنية في الدولة المضيفة، وتكون قد تكبدت في ذلك الكثير من المصروفات المالية في مواجهة الدولة المضيفة المتسببة في الخسارة. وفي المقابل يتعين على هيئة الضمان تسديد مبلغ التعويض للمستفيد منه دون تأخر وإلا كانت مسؤولة عن ذلك[665].

664– **أحمد السعيد شرف الدين**، نزع الملكية وضمان الاستثمار العربي، دراسة مقدمة إلى مؤتمر الجديد في مجال التأمين(الضمان) في لبنان والعالم العربي، المرجع السابق، ص ص. 263-264.

665– في هذا الصدد جرى العمل في المؤسسة العربية لضمان الاستثمار على أنه يجب أن تتم عمليات تحويل الحقوق في مدة 180 يوما على الأكثر من تاريخ إخطار المستثمر بقرار المؤسسة المتضمن قبول أداء التعويض وإلا سقط حقه في مبلغ التعويض، كما تلتزم المؤسسة بتسديد مبلغ التعويض للمستثمر في مدة 30 يوما على الأكثر من تاريخ إتمام الحوالات وإلا التزمت المؤسسة بدفع فوائد تأخيرية عن ذلك. **هشام على صادق**، النظام العربي لضمان الاستثمار ضد المخاطر غير التجارية، المرجع السابق، ص 207.

2- اعتراف الدول المضيفة بحلول هيئة الضمان الدولية محل المستثمر المضمون

إن ضمان تطبيق مبدأ حلول هيئة الضمان الدولية محل المستفيد من الضمان فيما يكون له من حقوق والتزامات قانونية وتعاقدية اتجاه الدولة المضيفة يتوقف على مدى احترام هذه الأخيرة واعترافها بهذا بهذا الحلول.

يتحقق اعتراف الدولة المضيفة بهذا الحلول بعدم المعارضة على حلول تم بموجب اتفاق مسبق، فانضمام الدولة المضيفة إلى الاتفاقية الدولية المتضمنة إنشاء هيئة الضمان المتعاقد معها والتي تنص أحكامها على مبدأ الحلول، يشكل قبولا بمبدأ حلول الهيئة محل المستثمر المضمون. وهذا ما أشارت إليه المادة 18 من اتفاقية سيول التي تنص على أنه:

" **تحل الوكالة محل المستفيد من الضمان الذي تعوضه أو توافق على تعويضه فيما كان له من حقوق أو مطالبات تتعلق باستثماره المضمون في مواجهة الدولة المضيفة وغيرها من المدينين...يعترف جميع الأعضاء بحقوق الوكالة طبقا للفقرة (أ) من هذه المادة**".

ثم إن موافقة الدولة المضيفة على ضمان الهيئة المعنية للاستثمار المنجز في إقليمها تشكل اعترافا من جهتها بحق هذه الهيئة في الحلول محل المستثمر المضمون، فلا يمكنها أن تنكر هذا الحق أو تدفع بأن الإجراءات المتخذة ليست من قبيل المخاطر المغطاة بالضمان بصريح النص الاتفاقية التي صادقت عليها أو في عقد الضمان المبرم، كما لا يمكنها أن تتمسك بأن قوانينها الداخلية لا تلزمها بالتعويض عن مثل هذه الإجراءات.

لذلك، وحتى لا تناقش الدول المضيفة مبدأ حلول الهيئة محل المستثمر المضمون، تسري أغلب الممارسات الدولية في هذا المجال، على أن تعلن الدولة المضيفة بموجب الاتفاقات الدولية الثنائية والجماعية لحماية الاستثمار التي تربطها بدولة المستثمر عن قبولها صراحة لتقنية الحلول، كما ورد ذلك في المادة 22 من الاتفاقية الموحدة لاستثمار رؤوس الأموال العربية في الدول العربية التي تنص على مايلي:

" **تقوم المؤسسة العربية لضمان الاستثمار بالتأمين على الأموال المستثمرة بموجب هذه الاتفاقية حسب الشروط والاحكام المنصوص عليها في إتفاقية إنشاء المؤسسة العربية لضملان الاستثمار وتعديلاتها والأنظمة والقواعد الصادرة بموجبها**". [666]

[666]- الاتفاقية الموحدة لاستثمار رؤوس الأموال العربية في الدول العربية، المرجع السابق.

يتضح من خلال هذا النص، أن الدول الأعضاء في هذه الاتفاقية تعترف صراحة بحق للمؤسسة العربية لضمان الاستثمار بالتأمين على الأموال المستثمرة بموجب هذه الاتفاقية حسب القواعد المعمول بها في نظام المؤسسة، وبذلك فهي تعترف بحق المؤسسة في الحلول محل المستفيدين من الضمان المقرر بموجب أحكام هذه الاتفاقية[667].

الفرع الثاني
أثـــار الحلـــول

يترتب على حلول هيئة الضمان الدولية محل المستفيد من الضمان، قيام حقوق لهذه الهيئة في مواجهة الدولة المضيفة بكافة التعويضات والمبالغ والحقوق المستحقة للمستفيد من الضمان(أولا)، ويمتد هذا الحق ليشمل كافة الحقوق المالية والإجرائية المتعلقة بمتابعة المتسبب بالخسارة(ثانيا)، وذلك طبقا لما يشار إليه عليه في عقد الضمان.

أولا: رجوع هيئة الضمان الدولية على الدولة المضيفة بمبلغ التعويض المستحق

تنص المادة 21 من اتفاقية المؤسسة العربية لضمان الاستثمار على أنه:

" **تحل المؤسسة محل المؤمن له الذي تعوضه أو توافق على تعويضه عن خسارة مؤمن عليها، وذلك فيما يكون للمؤمن له من حقوق على الاستثمار المؤمن عليه أو ما ينشأ له من حقوق نتيجة لتحقق الخسارة**".

كما تنص المادة 18/أ من اتفاقية سيول في هذا الصدد على أن:

"**تحل الوكالة محل المستفيد من الضمان الذي تعوضه أو توافق على تعويضه فيما كان له من حقوق أو مطالبات تتعلق باستثماره المضمون في مواجهة الدولة المضيفة وغيرها من المدينين، وينص عقد الضمان على أحكام و شروط ذلك الحلول**".

---

[667]– كما ورد النص على مبدأ الحلول في العديد من الاتفاقيات الثنائية، نذكر منها المادة 09 من الاتفاقية الجزائرية وحكومة الجمهورية الإسلامية الإيرانية لسنة 2005 التي تنص على مايلي:

"**إذ قام أحد الطرفين المتعاقدين أو الوكالة التي تنوب عنه في إطار نظام قانوني، بالحلول محل المستثمر في مقابل تسديد مبلغ بموجب اتفاقية تأمين أو ضمان المخاطر غير التجارية: يعترف الطرف المتعاقد الآخر بمثل هذا الإحلال**".

مرسوم رئاسي رقم 05-75 مؤرخ في 26 فبراير سنة 2005، يتضمن التصديق على الاتفاق حول الترقية والحماية المتبادلة للاستثمارات بين حكومة الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية وحكومة الجهورية الإسلامية الإيرانية، الموقع بطهران في 19 أكتوبر سنة 2003، ج.ر.ج.ج، العدد 15، الصادرة في 2005/02/27.

تؤكد هذه المواد أن تطبيق مبدأ الحلول هيئة الضمان الدولية محل المستفيد من الضمان، يفرض التزاما على الهيئة بأن تدفع مبلغ التعويض المستحق للمستثمر المضمون، ثم الرجوع على الدولة المضيفة بمبلغ التعويض المدفوع. فالقاعدة العامة أن مبدأ الحلول يرتب التزاما على الهيئة الضامنة بالأداء الفعلي لمبلغ التعويض إلى المستفيد من الضمان وإنهاء العقد، بصرف النظر عن مقدرة الدولة المضيفة ومدى استعدادها المالي للوفاء بتعهداتها الدولية بأداء التعويض.

إلا أن الاتفاقيات الدولية لضمان الاستثمار لم تشترط في حلول هيئة الضمان الدولية محل المستفيد من الضمان ضرورة تسديد الهيئة لمبلغ التعويض فعلا للمستثمر وقبل الحلول محله، إنما يمكن أن يتأخر التعويض الفعلي إلى أجل لاحق محدد في عقد الضمان، ولو كان هذا التاريخ لاحقا عن إجراء الحلول[668].

غير أن تطبيق مبدأ الحلول يفرض على هيئة الضمان الدولية الحلول محل المستثمر المضمون في حدود ما دفعته لهذا المستثمر أو في حدود المبلغ المغطى، لذلك يجب أن تبين في عقد الضمان على نحو مفصل الحدود التي يتم فيها حلول الهيئة الضامنة محل المستفيد من الضمان.

إذا ثبت لهئة الضمان وبعد تسديدها لمبلغ التعويض للمستثمر المضمون تخلف شرط من شروط استحقاق التعويض، ففي هذه الحالة يجوز لها أن تطالبه برد مبالغ التعويضات التي تقاضها المستثمر بغير وجه حق وإنهاء عقد الضمان، وفي المقابل تلتزم الهيئة بدورها بأن ترد إليه كافة الحقوق والتعويضات التي يكون قد تنازل عنها لصالحها، طالما أنها تتعلق بمبلغ التعويض الذي تم استرداده، كما تلتزم الهيئة وبمجرد الحصول على كافة حقوق المستثمر المضمون لديها، بأن ترد إلى هذا الأخير أية مبالغ زائدة عن مبلغ التعويض المدفوع تكون قد تحصلت عليها من الدولة المضيفة أو أي طرف آخر.

---

[668]– هذا خلافا لما تسري عليه بعض الاتفاقيات الدولية الثنائية المبرمة في مجال حماية وضمان الاستثمارات الأجنبية، التي تستلزم في الحلول ضرورة دفع التعويض الفعلي مسبقا إلى المستثمر قبل الرجوع بمبلغ التعويض على المسؤول عن الخسارة. أنظر في ذلك المادة 09 من الاتفاقية المبرمة بين الجزائر والمملكة الاسبانية، المصادق عليها بموجب المرسوم الرئاسي رقم 95–88 المؤرخ في 25 مارس سنة 1995، المرجع السابق.

بتعبير أخر، إن الحلول لا ينصب على مبلغ التعويض المدفوع إلى المستثمر فقط، إنما يمتد إلى جميع حقوقه الواردة على الاستثمار وعوائده وكل مطالباته، بما فيها النسبة المتبقية عن الحد الأقصى للضمان أو عن قيمة الخسارة المضمونة، وهذا لتلافي ازدواجية مطالبة الدولة المضيفة بالتعويض من طرف هيئة الضمان والمستثمر[669].

يرتب تطبيق مبدأ الحلول كذلك التزام على عاتق الدول المضيفة، والتي يجب عليها أن لا تقلل من معاملتها لهيئة الضمان بشأن العملات التي تتحصل عليها كخلف للمستفيد من الضمان، وعدم التمييز ضد هذه الهيئة فيما يتعلق باستخدامها وتحويلها لمبالغ التعويضات التي تتحصل عليها من الدول المضيفة، بل ويتعين على هذه الدول أن توفر لهيئة الضمان الدولية كافة التسهيلات اللازمة لذلك، كأن تدخل مع هذه الهيئات في اتفاقات بشأن استخدام هذه العملات، كبيعها إلى المؤسسات المصرفية أو المستثمرين الأجانب أو لمستوردي البضائع، وهو ما يفهم من المادة 18/ج من اتفاقية سيول التي تنص على أنه يجب أن:

" **تعامل الدولة المضيفة مبالغ العملة المحلية التي تحصل عليها الوكالة كخلف للمستفيد من الضمان طبقا للفقرة (أ) أعلاه، معاملة تماثل المعاملة الواجبة لهذه المبالغ فيما يتعلق بالاستخدام والتحويل فيما لو ظلت في حوزة المستفيد من الضمان. ويجوز للوكالة على أية حال استخدام هذه المبالغ لدفع مصاريفها الإدارية وغيرها من النفقات. وتسعى الوكالة أيضا إلى الاتفاق مع الدول المضيفة على الترتيبات المتعلقة بالاستخدامات الأخرى لهذه العملات إذا كانت غير قابلة لاستخدام الحر**".

فهيئة الضمان الدولية لها القدرة على استخدام مبالغ التعويضات المتحصل عليها والتصرف فيها، ولتمكينها من ذلك يجب على الدول المضيفة وفي أسرع وقت ممكن اتخاذ الإجراءات اللازمة للوفاء لهيئة الضمان بما يكون عليها من التزامات نحو المستثمر المضمون، وإلا استحق لها فوائد تأخيرية على المبالغ التي حلت فيها قبل سلطات الدولة المضيفة، كما تنص عليه المادة 2/21 من اتفاقية المؤسسة العربية لضمان الاستثمار فيمايلي:

"...**تقوم الأقطار المضيفة بناء على هذا الحلول في أسرع وقت ممكن بالوفاء للمؤسسة بما يكون على هذه الأقطار من التزامات نحو المؤمن له، كما تقدم للمؤسسة التسهيلات المناسبة**

669 – **شحاته ابراهيم**، "دور البنك الدولي في تسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمار"، المجلة المصرية للقانون الدولي، العدد 41، القاهر، 1985، ص 20.

للانتفاع بما حلت فيه من حقوق إذا طلبت المؤسسة ذلك، وإلا استحق لها فوائد تاخيرية على المبالغ التي حلت فيها قبل سلطات القطر المضيف اعتبارا من تاريخ الحلول...".

لكنه، إذا عجزت هيئة الضمان الدولية في الحصول على أي عائد نتيجة حلولها محل المستفيد من الضمان، فهذا العجز لا يخولها الحق في استرجاع مبلغ التعويض الذي قامت بأدائه إلى المستفيد من الضمان، ولا يعفيها من التزاماتها المقررة بمقتضى العقد[670]، فما عليها سوى اتخاذ الإجراءات اللازمة لتسوية الوضعية، والخلافات القائمة بينها وبين الدولة المضيفة، لأن الحلول يمتد إلى كل ما يخص حقوق المستثمر المضمون ومطالباته والتزاماته.

ثانيا: مواجهة هيئة الضمان الدولية للدولة المضيفة كخلف للمستفيد من الضمان

يقصد بمبدأ المواجهة في هذا الشأن، مسألـة تسوية المنازعات التي يمكـن أن تثور بين هيئة الضمان الدولية والدولة المضيفة، بشأن مطالبات الهيئة بصفتها خلفا للمستفيد من الضمان. وقد تصدت الاتفاقيات الدولية لضمان الاستثمار لمسألة تحديد أنواع المنازعات التي قد تثور بشأن عملية الضمان وحددت أساليب تسويتها.

فطبقا للمادة 59 من اتفاقية المؤسسة الاسلامية لتأمين الاستثمارات فإنه:

"**إذا نشأ خلاف بين المؤسسة ودولة لم تعد عضو بالمؤسسة أو بين المؤسسة وأي عضو بعد صدور قرار بانهاء عمليات المؤسسة، أو بين المؤسسة وأية دولة عضو بشأن مطالبات المؤسسة بوصفها خلفا لمؤمن عليه، أو بين المؤسسة وأي عضو بسبب أي أمر عدا الأمور المشمولة بالفقرة(2) من المادة (58) من هذه الاتفاقية، يحل الخلاف بالطرق الودية، فإذا لم يحل الخلاف وديا فيعرض على التحكيم...**".

يلاحظ من هذا النص أن المنازعات التي يمكن أن تثور بين هيئة الضمان وإحدى الأعضاء بشأن الاستثمارات المضمونة وعند مطالبتها له بالدفع باعتبارها خلفا للمستفيد من

[670]– تشير التقارير السنوية التي تعدها المؤسسة العربية لضمان الاستثمار إلى أن المؤسسة لا تواجه مشاكل بشأن استرجاع مبالغ التعويضات المدفوعة، فحسب تقرير المؤسسة لسنة 2017، فإن حوالي 96% من التعويضات المدفوعة عن المخاطر غير التجارية تم استردادها، إذ إستردت المؤسسة خلال عام 2017 مبلغ 103 ملايين دولار من التعويضات المدفوعة خلال هذا العام. نشرة ضمان الاستثمار، صناعة الضمان: التطورات والتوقعات، المؤسسة العربة لضمان الاستثمار، 2018، المرجع السابق، ص 11.

الضمان، تختلف بحسب ما إذا العضو المقصود هنا يمكن أن يتعلق بحالة دولة انسحبت من العضوية، أو دولة عضوة أو إحدى مؤسساتها، إلا أنها تتفق على أنها منازعات يتم تسويتها بالطرق الودية، أي عن طريق التفاوض أو عن طريق التوفيق، أو بواسطة عرض المنازعة على التحكيم[671].

الاتجاه ذاته يسري العمل به في المؤسسة العربية لضمان الاستثمار، فحسب المادة 35 من اتفاقية إنشائها فإن:

" **أية منازعة بين أي من الأقطار المتعاقدة أو الأعضاء من جهة وبين المؤسسة من جهة أخرى بشأن استثمار مؤمن عليه طبقا لهذه الاتفاقية أو بشأن أي موضوع آخر...وأية منازعة بين قطر انسحب من الاتفاقية أو زالت عنه صفة العضوية وبين المؤسسة حول استثمار مؤمن عليه طبقا لهذه الاتفاقية تتم تسويتها حسب الإجراءات المنصوص عليها في الملحق المرفق...**".

يحيل هذا النص كافة المنازعات التي يمكن أن تثور بين المؤسسة وأحد الأعضاء بشأن استثمار تم ضمانه لدى المؤسسة بما في ذلك المنازعات التي تثور بينهما عند حلولها محل المستثمر المضمون كخلفا له فإنها تخضع لأحكام ملحق تسوية المنازعات المرفق بالاتفاقية والذي ينص على التسوية الودية أولا عن طريق المفاوضات والتوفيق، ثم اللجوء إلى التحكيم في حالة عدم التوصل لحل للمنازعة المطروحة[672].

كما تحيل المادة 57/ب من اتفاقية سيول بشأن تسوية المنازعات المتعلقة بمطالبات الوكالة الدولية لضمان الاستثمار بصفتها خلفا للمستثمر المضمون، إلى إجراءات التسوية الودية المنصوص عليها في الملحق الثاني المرفق باتفاقية سيول المتعلق بتسوية المنازعات بين العضو والوكالة والمتمثلة في المفاوضات والتوفيق والتحكيم[673].

يتضح مما تقدم، أن عقد ضمان الاستثمار الدولي يمنح للمستثمر المضمون حماية حقيقية، فهو من جهة يجنبه خطر مطالبة الدولة المضيفة التي تسببت في الضرر بالتزامها

671– تعرضت الاتفاقية الدولية لضمان الاستثمار لمسألة تسوية المنازعات واجراءات التسوية الودية للمنازعات وفقا لنظام الضمان الدولي للاستثمار ولأسلوب التحكيم، وسنتعرض لهذه المسألة بالتفصيل في المطلب الموالي.

672– أنظر في ذلك المادة 02 و03 و04 من ملحق تسوية المنازعات المرفق باتفاقية المؤسسة العربية لضمان الاستثمار، على موقع المؤسسة العربية لضمان الاستثمار: http : // www. iaigc.org

673– أنظر في ذلك الملحق الثاني المرفق باتفاقية إنشاء الوكالة الدولية لضمان الاستثمار والمتعلق بتسوية المنازعات بين العضو والوكالة، المرسوم الرئاسي رقم 95–345، المؤرخ في 30 أكتوبر سنة 1995، المرجع السابق.

بتعهداتها الدولية، والتي قد تعجز عن الوفاء بها نتيجة لأوضاعها المالية والاقتصادية، فهذه المخاطر تتحملها هيئة الضمان الدولية التي ستحل محل المستثمر بعد أن تعوضه أو توافق على ذلك، فيكون للمستثمر المضمون استفاء حقوقه بسهولة ودون حاجة لتدخل دولته بواسطة الحماية الدبلوماسية للمطالبة بحقوقه.

من جهة أخرى، يؤدي تطبيق مبدأ حلول هيئة الضمان محل المستثمر المضمون في مجال تسوية المنازعات المتعلقة بمطالبات الهيئة بصفتها خلفا للمستثمر، إلى تجنب المستثمر خطر مواجهة الدولة المضيفة أمام القضاء، والتي رغم تأكيدها على تسوية المنازعات عن طريق التحكيم سواء في قوانينها الداخلية أو الاتفاقيات الدولية، إلا أنها كثيرا ما تتجاهل ما ورد بين سطور المواد، ما يجعل المستثمر غير مطمئن[674].

في إطار الحديث عن التحكيم، يثار التساؤل عن إمكانية حلول هيئة الضمان الدولية محل المستفيد من الضمان في حالة وجود اتفاق بين دولته والدولة المضيفة يقضي بإمكانية عرض النزاع على تحكيم المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار أو أية هيئة تحكيم أخرى.

لقد تصدت اتفاقية سيول لهذه المسألة، وأكدت على إمكانية لجوء الوكالة الدولية لضمان الاستثمار إلى تحكيم المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار، لتسوية أية منازعات قد تثور بينها وبين الدول الأعضاء بشأن الاستثمار المضمون. وهذا ما يفهم من أحكام المـادة 57/ب

---

674 – هذا ما أشارت إليه قرارات التحكيم المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار في قضية "هضبة الأهرامات" وقضية "هانوفر ترست كومباني" ضد الحكومة المصرية بشأن تطبيق المادة الثامنة من القانون المصري رقم 43 لسنة 1974 التي تنص على أنه:

" **تتم تسوية منازعات الاستثمار المتعلقة بتنفيذ أحكام هذا القانون بالطريقة التي يتم الاتفاق عليها مع المستثمر...**".

حيث اعتبرت الحكومة المصرية أن عبارة "تتم" التي جاءت في هذه المادة لا تفيد أكثر من أنه تتم تسوية المنازعات عن طريق التحكيم إذا ما توافرت شروط ذلك، وفي مقدمتها الرضاء المكتوب للدولة والمستثمر باللجوء إلى التحكيم، واعتبرت أن اللجوء إلى التحكيم لا يتم إلا بموافقة الأطراف. إلا أن محاكم التحكيم الدولية رفضت هذا التفسير، وأشارت إلى أن المادة الثامنة توحي بأن مصر قد أعطت بموجب هذا النص رضاء عاما ومكتوبا باللجوء إلى التحكيم، ثم إن مجرد مصادقة مصر على اتفاقية إنشاء المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار تعتبر رضاء عام باللجوء إلى التحكيم أمام المركز إذا لم يوجد اتفاق خاص أو اتفاقية خاصة مع دولة المستثمر، ومن هنا فإن مصر ترتضي باللجوء إلى تحكيم المركز دون حاجة لصدور رضاء خاص في كل حالة.

أنظر في هذه القضية: **حسام الدين كامل الاهواني**، "المعاملة القانونية..."، المرجع السابق، ص ص. 77–78.

من اتفاقية سيول التي تنص على مايلي:

" **تتم تسوية المنازعات المتعلقة بمطالبات الوكالة بصفتها خلفا للمستثمر طبقا لأي مما يأتي: للإجراءات المنصوص عليها في الملحق(2) المرفق بهذه الاتفاقية أو للإجراء أو الإجراءات البديلة التي ينص عليها لهذا الغرض في اتفاقية تبرمها الوكالة مع العضو المعني...**".

تضيف الفقرة (هـ) من المادة 04 من ملحق تسوية المنازعات المرفق باتفاقية سيول أنه:

" **ما لم ينص في هذا الملحق أو يتفق الطرفان على خلافه، تحدد الهيئة الإجراءات الخاصة بها مستهدية في هذا الشأن بقواعد التحكيم الصادرة وفقا لاتفاقية تسوية منازعات الاستثمار بين الدول ومواطني الدول الأخرى**".

تؤكد هذه المواد على أنه يجوز لهيئة التحكيم الاستعانة بقواعد التحكيم الصادرة وفقا لاتفاقية تسوية منازعات الاستثمار بين الدول ومواطني الدول الأخرى، أي اللجوء إلى تحكيم المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار، وبالتالي صلاحية الوكالة بأن تكون طرفا في إجراءات التحكيم أمام هذا المركز.

أما نظام المؤسسة العربية لضمان الاستثمار ونظام المؤسسة الإسلامية لتأمين الاستثمار فلم تتطرق لهذه المسألة، وفي ظل عدم وجود نص يقضي ببإمكانية لجوء المؤسستين لتحكيم المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار، وخاصة وأن اتفاقية واشنطن المتضمنة إنشاء المركز لم تتضمن أي نص يجيز إمكانية حلول هيئة الضمان الدولية محل المستثمر الأجنبي في إخطار المركز بطلب التعويض عن الأضرار المغطاة من جانبها فإن الأمر يطرح مدى إمكانية حلول المؤسستين محل المستثمر في اللجوء الى تحكيم المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار في حالة وجود اتفاقية بين دوله المستثمر والدولة المضيفة تقضي بتسوية المنازعات التي تثور بين المستثمر والدولة المضيفة عن طريق تحكيم المركز.

يرى بعض الفقهاء مثل "أماديو" "M. AMDIO" إمكانية تحقق هذا الحلول، على أساس رضـاء الدولـة المضيفـة للاستثمار باختصاص المـركز[675]، فاختصاص هذا المركـز مـرهون

[675]– **جلال وفاء محمدين** التحكيم بين المستثمر الأجنبي والدولة المضيفة للاستثمار، أمام المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار، الدار الجامعية الجديدة للنشر، القاهرة، 2001، ص 33.

بالقبول الصريح للأطراف المعنية على ذلك، والأمر في هذه الحالة لا يطرح أي إشكال[676].

إضافة لذلك، فإن اللجوء إلى المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار يعتبر حلا اختياريا[677]، وبما أن اتفاقية المؤسسة العربية لضمان الاستثمار واتفاقية المؤسسة الاسلامية لتأمين الاستثمار قد اتجهت لمنح هذه المؤسسات سلطة التصدي للفصل في كل المنازعات التي يحتمل أن تقع بمناسبة إبرام عقد الضمان، فهذا يعني أنه يمكن لهذه المؤسسات اللجوء إلى تحكيم المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار التي تثور بينها وبين الدول الأعضاء بشأن الاستثمار المضمون[678]، خاصة وأن هذه الاتفاقيات جعلت مبدأ التحكيم ضمان لتسوية كل المنازعات التي يمكن أن تثور بين هيئة الضمان والمستثمر المضمون بشأن عقد ضمان الاستثمار والذي لم تكون الدولة المضيفة طرفا فيه.

المطلب الثاني

تسوية المنازعات المترتبة عن عقد ضمان الاستثمار الدولي

يمكن أن يتم إبرام عقد ضمان الاستثمار الدولي وتنفيذه دون أن تثور أية مشكلة بين أطرافه، لكنه في بعض الأحيان قد تثور أثناء المراحل السابقة بعض المشاكل والتي تثير التساؤل عن كيفية حلها.

يمكن أن تثور بشأن هذا العقد نوعين من المنازعات، الأولى تتعلق بالمنازعات المرتبطة بوجود العقد، والثانية منازعات عقدية ترتبط بآثاره وهي ما يعرف بالمنازعات العقدية أي

---

[676]– هذا ما جاء في حكم محكمة المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار في قضية هضبة الأهرامات، بين الحكومة المصرية وشركة SPP، على إثر الطلب الذي تقدمت به هذه الشركة أمام المركز في 1984/08/28 لإجراء التحكيم، إلا أن مصر اعترضت على اختصاص المركز بحكم أن القانون المصري رقم 43 لسنة 1974، يتضمن قائمة من البدائل لتسوية المنازعات، وبذلك لا يمكن إلزامها بطرح المنازعة أمام المركز دون غيرها من البدائل التي ينص عليها هذا القانون إلا أن محكمة المركز رفضت ذلك بحجة عدم وجود اتفاق ثنائي بين الحكومة المصرية وشركة SPP لتسوية المنازعة، وفي ظل غياب هذا الاتفاق، ومع وجود نص في هذا القانون يجيز اللجوء إلى تحكيم المركز، فإن ذلك يعد قبولا كتابيا صريحا من جانب مصر باختصاص محكمة المركز استناد لنص المادة 1/25 من اتفاقية إنشاء المركز.أنظر هذه القضية: **شعبان رأفت عبد اللطيف**، "دور التحكيم..."، المرجع السابق، ص ص. 70–71.

[677]– المادة 25 من اتفاقية تسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمارات بين الدول و رعايا الدول الأخرى، المصادق عليها بموجب المرسوم الرئاسي رقم 95–346 المؤرخ في 30 أكتوبر سنة 1995، المرجع السابق.

[678] – **جلال وفاء محمدين** التحكيم بين المستثمر...، المرجع السابق، ص 33.

المنازعات التي قد تنشأ عن عقد الضمان ذاته[679]، والتي تركت الاتفاقيات الدولية لضمان الاستثمار طريقة تسويتها طبقا لما يتفق عليه بين الطرفين، فلهما حرية اختيار طريقة تسويتها إما بالطرق الودية(الفرع الأول)، أو باللجوء إلى التحكيم (الفرع الثاني).

الفرع الأول

التسوية الودية للمنازعات المترتبة عن عقد ضمان الاستثمار الدولي

تعد التسوية الودية للمنازعات أو الخلافات ذات العنصر الأجنبي وسيلة كلاسيكية يتم بها تسوية المنازعات وفقا لأحكام القانون الدولي العام، ويقصد بها تلك المساعي الدبلوماسية التي تبذلها الأطراف المتنازعة من أجل إيجاد حل ودي للمنازعات [680]، وذلك إما عن طريق إجراء المفاوضات(أولا)، وفي حالة فشل المفاوضات وعدم توصل الأطراف لاتفاق بينهما، يمكن للطرفين الاتفاق على تسوية المنازعة عن طريق التوفيق(ثانيا).

أولا: المفاوضات Les négociations

تنص المادة 36 من اتفاقية المؤسسة العربية لضمان الاستثمار على أنه:

" **تحدد عقود التأمين طريقة تسوية المنازعات التي تنشأ بين المؤسسة والمؤمن لهم** "

يفهم من هذا النص، أنه يجوز للاطراف في عقد ضمان الاستثمار الدولي الاتفاق على إحالة المنازعات المطروحة بشأن هذا العقد لتسويتها عن طريق المفاوضات.

---

[679]– يقوم عقد ضمان الاستثمار الدولي على توافر أركانه الثلاث وهي: التراضي والمحل والسبب، ويكون صحيحا بتوفر الشروط المحددة في الاتفاقية، وفي هذه المرحلة من تكوين العقد لا مجال للحديث عن المنازعة العقدية أوالقانون الواجب التطبيق عليها، إلا بعد معرفة ما إذا كان هذا العقد قد تم انعقاده من عدمه، فتخلف شرط الجنسية في المستثمر أو تخلف الشروط المطلوبة في الاستثمار المراد ضمانه يعني أن هيئة الضمان سترفض إبرام العقد، ومن ثم لا مجال للحديث عن المنازعة العقدية، فالمنازعات التي قد أن تثور في هذا الشأن لا علاقة لها بعقد الضمان الذي لم يتم إبرامه وتحديد أحكامه بعد. فمحكمة التحكيم حين يعرض عليها النزاع تتحقق أولا فيما إذا كانت المسألة تدخل في نطاق المنازعة العقدية، وإذا لاحظت أن المنازعة المطروحة تخرج من نطاق المنازعة العقدية، فهنا تقوم بتحديد القانون الواجب التطبيق لحل المنازعة وفقا لقاعدة الإسناد المختصة في النزاع المطروح كما هو الحال بشأن مسألة أهلية التعاقد ومسألة الجنسية.

[680]- **EL-AHDAB Abdul Hamid**, L'arbitrage dans les pays arabes, Economica, Paris,1988, p 875.

يراد بالمفاوضات تلك الاتصالات التي تجرى بين هيئة الضمان الدولية والمستثمر المضمون تقوم بتنظيمها أشخاص مؤهلة ومفوضة لذلك هدفها تسوية المنازعة القائمة نهائيا، من خلال تبادل وجهات النظر بشأن موضوع النزاع المطروح، وتقديم الاقتراحات المناسبة وصولا إلى حل يرتضيه أطراف المنازعة، وذلك أيا كانت الوسيلة المتبعة في ذلك.

تعد المفاوضات إجراءا قانونيا لتسوية المنازعات المرتبطة بالعقود الدولية قبل اللجوء لوسيلة أخرى، ومتى اتفاق الطرفان على اللجوء إليه كطريق للتسوية المنازعات المترتبة عن العقد، تكون بذلك إجراء إجباري يتيعن تنفيذه قبل اللجوء لإجراء آخر.

1- إجراءات المفاوضات

تبدأ المفاوضات بناءا على طلب يتقدم به أحد الأطراف للطرف الآخر، والذي يبدي فيه رغبته في حل المنازعة عن طريق المفاوضات، وعادة يوجه المستفيد من الضمان إخطار كتابي إلى المركز الرئيسي لهيئة الضمان المتعاقد معها، ومتى أخطر الطرف الآخر بطلب الدخول في المفاوضات، وجب عليه أن يرد على ذلك الطلب وأن يبدي رأيه في المقترحات المقدمة، فيتم تبادل الرسائل والمذكرات بين الطرفين إلى حين الوصول إلى حل يرضيهما.

تجري المفاوضات طبقا للمعمول به في سرية تامة بين الأطراف المتفاوضة[681]، في صورة اجتماعات دورية تعقد بين ممثلي هيئة الضمان والمستثمر المضمون، حيث يقوم الطرفان بتبادل وجهات النظر حول المسائل محل الخلاف ووضع الحلول المناسبة لها. ويتم إجراء المفاوضات خلال مدة معقولة تحدد في عقد الضمان، واذا انقضت هذه المدة دون الوصول الى حل يرضي الطرفان اعتبرت المفاوضات قد فشلت في ايجاد حل للمنازعة المطروحة.

2- الآثار المترتبة عن المفاوضات

تعتبر المفاوضات من أنجع الطرق السلمية وأضمنها لتسوية المنازعات الدولية التي تنطوي على عنصر أجنبي نظرا لما تمتاز به من مرونة[682]، فضلا عما يكون للأطراف فيها من حرية

---

681 - **AGNIEL Guy,** Droit des relations internationales, Hachette, Paris, 1997, p 119.

682 – **بشار محمد الأسعد،** عقود الاستثمار...، المرجع السابق، ص315.

في اللجوء إليها، لكنه متى اتفق الطرفان على تسوية المنازعات عن طريق المفاوضات، تكون بذلك إجراء إلزامي ولا يجوز لهم اللجوء لإجراء آخر قبل استنفاذ إجراءات التفاوض.

إن اعتبار المفاوضات إجراء إلزامي لا يعني أن الأطراف يجب أن تصل إلى حل نهائي للمنازعة، وإنما يقتضي أن تستمر المحادثات الدبلوماسية لفترة يتمكن من خلالها الأطراف تقريب وجهات النظر لإيجاد حل للمنازعة المطروحة، بحيث تكون إمكانية اللجوء إلى الوسائل السلمية الأخرى إلا بعد أن يصل الخلاف إلى مرحلة يستحيل معها الاتصال المباشر بين الطرفين. هذا ما يعني أنه يمكن أن تنتهي المفاوضات إما بوضع حل نهائي للمنازعة، وقد تنتهي بالفشل دون إيجاد حل نهائي يرضي الطرفين في كل أو جزء من موضوع المنازعة.

(أ)- نجاح المفاوضات

قد تنتهي المفاوضات بتوصل الطرفين إلى إيجاد حل للمسألة المطروحة في الأجل المحدد في عقد الضمان، وفي هذه الحالة تعد المفاوضات ناجحة، حيث يتولى الطرفان تسجيل ذلك في محرر يثبت مضمونه والنتائج المتوصل إليها، لمنع أي خلاف أو منازعة قد تنشأ حوله في المستقبل، فيكون حجة على الأطراف.

(ب)- فشل المفاوضات

تعد المفاوضات فاشلة في حالة استنفاذ الأطراف للمدة المقررة في العقد للتفاوض، ودون الوصول إلى حل ينهي المنازعة، مما يتعين على الأطراف في هذه الحالة عدم التأخر في عرض المنازعة على التوفيق.

ثانيا: التوفيق Conciliation

يُعرف التوفيق بأنه: وسيلة منظمة للوساطة بين الطرفين قصد التقريب بين المطالب المتضاربة لهما، أي لجوء الأطراف إلى المصالحة كشكل من أشكال التسوية الودية للمنازعات[683].

يجوز للطرفين في عقد ضمان الاستثمار الدولي اللجوء إلى أسلوب التوفيق لتسوية المنازعة المطورحة ذلك وبمجرد فشل المفاوضات في تسويتها.

683 - **AGNIEL Guy,** Droit des relations …, op.cit, p 117.

1- إجراءات التوفيق

يعتبر التوفيق إجراء اختياري يجوز للمتنازعين اللجوء إليه أو الامتناع عنه، فهو إجراء اختياري غير ملزم مقارنة بأسلوب المفاوضات، ولكن متى أتفق الطرفان على عرض المنازعات على موفق يصبح إجراءا ملزما لهما، ولا يجوز لأحدهما اللجوء للتحكيم إلا إذا فشل التوفيق في حل المنازعة، وهذا خلافا لأسلوب المفاوضات الذي يعد إجراءا أوليا وإجباريا يجب على الأطراف استنفاذه قبل اللجوء إلى التوفيق، ما لم يكن أحد الأطراف قد أحال المنازعة إلى التحكيم.

تبدأ إجراءات التوفيق بتقديم أحد الخصوم طلب يتضمن استعداده لعرض النزاع القائم أمام موفق، يتم تعينه من قبل الطرفين أو أية جهة أخرى مفوضة بمهمة اختيار الموفق، وذلك حسب ما اتفق عليه الطرفان في عقد الضمان، وإن لم يوجد اتفاق بينهما فإن إجراءات التوفيق تكون حسب ما ورد في اتفاقية الضمان الدولية التي أبرم العقد في ظل أحكامها[684].

يتعين على الموفق بمجرد تعيينه أن يسعى إلى التقريب بين وجهات نظر الأطراف المتنازعة، قصد الوصول إلى اتفاق لتسويتها، فيقوم بإبداء المقترحات الكفيلة للوصول إلى حل يرضي الطرفين. ويتعين على أطراف المنازعة تزويد الموفق بكافة البيانات والمعلومات والوثائق التي تساعده على أداء مهامه، وأن تحدد له كافة نقاط موضوع الخلاف وإدعاءات كل طرف. وبناءاً على ذلك يتولى الموفق إعدد تقرير عن النتائج المتوصل إليها، على أن يتضمن هذا التقرير تحديدا لأوجه الخلاف ومقترحاته بشأن تسويته، والحلول التي وافق عليها الأطراف.

2 القيمة القانونية لتقرير التوفيق

على الرغم من أن التوفيق وسيلة من وسائل التسوية الودية للمنازعات بعيدا عن المحاكم، يتم بمقتضاه مثول أطراف النزاع أمام طرف ثالث محايد من اختيارهم، بغرض ايجاد حل

---

[684]- يجرى العمل في نظام المؤسسة العربية لضمان الاستثمار على أنه إذا لم يتفق الطرفين على تعين الموفق، لهم أن يطلبوا ذلك من الأمين العام لجامعة الدول العربية لتعيين الموفق. أنظر في ذلك المادة 2/3 من ملحق تسوية المنازعات المرفق باتفاقية المؤسسة العربية لضمان الاستثمار، المرجع السابق.

أما نظام الوكالة الدولية لضمان الاستثمار فتخول اتفاقية سيول للأطراف إمكانية اللجوء إلى الأمين العام للمركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار أو أية جهة خارجية لطلب تعيين الموفق في حالة عدم اتفاق الطراف على تعيينه، أنظر المادة 3/ب من ملحق تسوية المنازعات المرفق باتفاقية سيول، المرجع السابق.

للمنازعات المطروحة[685]، إلا أن صدور تقرير التوفيق لا يعني حتما وضع حل نهائي للمنازعة القائمة، إنما يتعين على الطرفين إبداء رأيها في نتائج هذا التقرير ورضائها بما توصل إليه الموفق من حل [686]، فإذا وافق الأطراف على هذا الحل تنتهي المنازعة بالصلح، ويصبح هذا التقرير ملزما للطرفين. أما في حالة عدم صدور هذه الموافقة إما بانقضاء المدة أو لم يوافق الأطراف على اقتراحات الموفق، فإن ذلك يعتبر رفضا لهذا التقرير.

فتقرير الموفق غير ملزم للأطرف لها الحرية في قبوله أو رفضه، ويجوز لها في حالة عدم قبوله اللجوء إلى التحكيم كأخر إجراء لتسوية المنازعة، ولا يكون لتقرير الموفق في هذه الحالة آية حجية أمام محكمة التحكيم التي قد يعرض عليها النزاع وفقا لما جرى العمل به في مجال التحكيم الدولي [687].

الفرع الثاني
التحكيم كوسيلة لتسوية المنازعات المترتبة عن عقد ضمان الاستثمار الدولي

يقصد بالتحكيم: "الاتفاق الذي بمقتضاه يتعهد الأطراف بأن يتم الفصل في المنازعات الناشئة بينهم أو المحتمل نشوئها من خلال التحكيم، وذلك إذا كانت هذه المنازعات تتعلق بمصالح التجارة الدولية"[688].

685– **بشار محمد الأسعد**، عقود الاستثمار...، المرجع السابق، ص 318.

686– هذا ما يجرى العمل به دوليا في مجال التوفيق، فحسب المادة 13 من القواعد الخاصة بالتوفيق التي أصدرتها لجنة القانون التجاري الدولي التابعة للأمم المتحدة والتي أقرتها الجمعية العامة للأمم المتحدة في 04 كانون الأول 1980 فإنه : "**عندما يبدو للموفق أنه ثمة عناصر للتسوية يمكن قبولها من الطرفين يقوم بصياغة شروط لتسوية ممكنة ويقدمها إلى الطرفين لإبداء ملاحظاتهما عليها، وللموفق بعد استلامه ملاحظات الطرفين أن يعيد صياغة شروط تسوية ممكنة على ضوء تلك الملاحظات**".

نقلا عن: **فوزي محمد سامي**، شرح القانون التجاري، التحكيم التجاري الدولي– دراسة مقارنة لأحكام التحكيم التجاري الدولي كما جاءت في القواعد والاتفاقيات الدولية والإقليمية والعربية، مع إشارة إلى أحكام التحكيم في التشريعات العربية–، الجزء الخامس، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 1994، ص 19.

687 - **EL-AHDAB Abdul Hamid** , L'arbitrage ...., op.cit, p 876.

688– **السيد حداد حفيظة**، الاتجاهات المعاصرة بشأن اتفاق التحكيم (من حيث استقلالية التحكيم وأثاره والنظام القانوني الذي يحكمه ومدى تأثر قانون التحكيم المصري الجديد بها، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، 2001، ص 13.

يسري العمل في نظم الضمان الدولية على تسوية المنازعات التي تثور بشأن عقود ضمان الاستثمار الدولية عن طريق التحكيم وفقا لما يشار إليه في هه العقود، والتي يجب أن تتضمن تحديدا لإجراءات التحكيم(أولا)، واختصاصات هيئة التحكيم(ثانيا) التي ستفصل نهائيا في المنازعة بموجب قرار نهائي ملزم للأطراف(ثانيا).

أولا: إجراءات التحكيم

الأصل أن اللجوء للتحكيم يتم بعد المفاوضات والتوفيق، لكنه استثناء يمكن لأحد الأطراف بمجرد فشل المفاوضات في تسوية المنازعة اللجوء إلى التحكيم ما لم يتفق الطرفين على التوفيق، وقد يتم اللجوء مباشرة إلى التحكيم كما هو الوضع بالنسبة للمنازعات التي تنشأ عن عقود الضمان التي تبرمها الوكالة الدولية لضمان الاستثمار، والتي يمكن أن تحال مباشرة لتسويتها عن طريق التحكيم والفصل فيها نهائيا، كما تشير إليه المادة 58 من اتفاقية سيول التي تنص على أنه: "**تحال أية منازعة تنشأ في ظل عقد للضمان بين الأطراف في العقد إلى التحكيم للفصل فيها نهائيا طبقا للقواعد التي ينص عليها أو يشار إليها في عقد الضمان ...**"

فاللجوء إلى التحكيم لتوسة المنازعات المترتبة عن عقد ضمان الاستثمار الدولي يقوم على إرادة الأطراف[689] أي وجود اتفاق سابق بين الطرفين على حل المنازعات القائمة بينهم عن طريق التحكيم. وهو ما تؤكده كذلك اتفاقية اتفاقية المؤسسة الإسلامية لتأمين الاستثمارات في المادة 2/59 التي تنص على مايلي:

"**تحال أية منازعة تنشأ في ظل عقد للتأمين بين الأطراف في العقد إلى التحكيم للفصل فيها نهائيا طبقا للقواعد التي ينص عليها أو يشار إليها في العقد المعين**".

تؤكد هذه الاتفاقية صراحة على وجوب إحالة كل المنازعات التي قد تنشأ بمناسبة عقود الضمان الذي تبرمها المؤسسة الإسلامية لتأمين الاستثمارات إلى التحكيم للفصل فيها بصفة نهائية. في حين لم تلزم اتفاقية المؤسسة العربية لضمان الاستثمار الأطراف بإحالة المنازعات

[689]– هذا ما يجرى العمل به كذلك في نظم الضمان الوطنية كذلك على إدراج شرط التحكيم ضمن شروط العقد، كالعقد المبرم بين المملكة العربية السعودية والمؤسسة الأمريكية لضمان الاستثمارات(OPIC) في 29 مارس سنة 1976، والذي نص على وجوب تسوية أي خلاف بين مقاول أمريكي مضمون من طرف المؤسسة في حال دفعت الحكومة الأمريكية قيمة الاستثمار الأمريكي عن طريق التحكيم. **عبد الحميد الأحدب**، موسوعة التحكيم...، المرجع السابق، ص 326.

التي تنشأ بين المؤسسة والمستثمر المضمون بشأن عقد الضمان المبرم بينها إلى نظام تحكيم المؤسسة، وتكتفي المادة 36 من هذه الاتفاقية بالنص على مايلي:

"**تحدد عقود التأمين طريقة تسوية المنازعات التي تنشاء بين المؤسسة والمؤمن له**".

يلاحظ أن هذه الاتفاقية تركت للأطراف في عقد الضمان الحرية فيما يتعلق بوسيلة حل المنازعات التي تنشأ بينها، ما يعني أنه يمكن للأطراف الاتفاق في العقد على اللجوء إلى التحكيم، كما يمكن لهم اللجوء إلى التحكيم بناءا على تفاق مستقبلي يبرم لاحقا بعد نشأة المنازعة ويقضي بحلها عن طريق التحكيم.

بتعبير أخر، يمكن أن يتخذ التعبير عن إرادة الأطراف باللجوء إلى التحكيم إحدى الصورتين: إما أن يصدر بموجب شرط يضعه الطرفان في العقد، وهو ما يعرف"بشرط التحكيم" " Claus Compromissoire"، يتفق بموجبه الطرفان على اللجوء إلى التحكيم لحل جميع المنازعات التي قد تنشأ عن تنفيذ العقد. وإما أن يصدر بموجب اتفاق مستقل عن العقد، وهو ما يعرف "بمشارطة التحكيم" "Compromis" ، فإذا لم يذكر شرط التحكيم في العقد يجوز للأطراف بعد نشوء المنازعة فعلا أن تقررا اللجوء إلى أسلوب التحكيم لتسويتها[690]

أما في مجال الضمان الدولي للاستثمار فإن اللجوء إلى التحكيم حق مقرر بموجب الاتفاقيات الدولية لضمان الاستثمار والتي تترك للأطراف حرية تحديد إجراءاته في العقد. وسنعرض فيما يلي لإجراءات التحكيم المتبعة على مستوى هيئة الضمان الدولية، والمنصوص عليها في ملحق تسوية المنازعات المرفق باتفاقية إنشائها.

1- الإخطار

تنص المادة 04 من ملحق تسوية المنازعات الملحق باتفاقية المؤسسة العربية لضمان الاستثمار على ما يلي:

" **تبدأ إجراءات التحكيم عن طريق إخطار يتقدم فيه الطرف الراغب في التحكيم إلى الطرف أو الأطراف الأخرى في المنازعة، ويوضح هذا الإخطار طبيعة المنازعة والقرار المطلوب صدوره فيها**

---

690 - **تعويلت كريم**، فعالية اتفاق...، المرجع السابق، ص07.

أنظر كذلك:

BLAISE Jean-Bernard , Droit des affaires (Commerçants, Concurrence, Distribution), LGDJ, Paris, 1999, p. 171.

وإسم المحكم المعين من قبله، ويجب على الطرف الآخر خلال ثلاثين يوما من تاريخ تقديم الإخطار أن يخطر طالب التحكيم باسم المحكم الذي عينته، ويختار المحكمون خلال ثلاثين يوما من تاريخ تعيين آخرهم حكما مرجحا يكون رئيسا لمحكمة التحكيم، ويكون له صوت مرجح عند انقسام الآراء بالتساوي في المحكمة".

تبدأ إجراءات التحكيم وفقا لهذا النص بناءاً على إخطار يتقدم به أحد الطرفين للطرف الآخر، ويعلن فيه عن رغبته في تسوية المنازعة القائمة بينهما عن طريق التحكيم، ويحدد فيه خلاله طبيعة وموضوع المنازعة تحديدا دقيقا، وذلك بحصر عناصره والمسائل المختلف بشأنها، قصد تمكين هيئة التحكيم من التوصل إلى إصدار قرار عادل لتسوية المنازعة المطروحة. ممّا يعني أن الدفع بالتحكيم ليس من النظام العام بل يتعلق بالمصلحة الخاصة للأطراف فقط، فيجب أن يتمسكوا به[691].

2- تشكل هيئة التحكيم

نميز في تشكيل هيئة تحكيم المحكمين بين حالتين: حالة إتفاق الطرفين على تشكيل الهيئة التحكيمة، وحالة عدم اتفاق الطرفين على ذلك.

(أ)- في حالة اتفاق الأطراف

متى أخطر المدعى عليه برغبة الطرف الآخر عن قبوله تسوية المنازعة القائمة بشأن تنفيذ عقد الضمان عن طريق التحكيم، وباسم المحكم الذي يقترح تعيينه من جهته، وجب عليه(المدعى عليه) أن يقوم خلال مدة محددة من تاريخ الإخطار بتعيين محكم ثان لتشكيل هيئة التحكيم، ليتولى بعدها المحكمان اختيار محكم ثالث بينهما يكون رئيسا لهيئة التحكيم، ويكون له صوت مرجح عند تعادل الأصوات، كما يمكن أن يتم تعيين المحكم الثالث من طرف جهة أخرى[692].

---

[691]- **تعويلت كريم**، فعالية اتفاق...، المرجع السابق، ص 104.

[692]- فمثلا تحيل المادة 59 من اتفاقية المؤسسة الإسلامية لتأمين الاستثمارات مسألة تعيين المحكم الثالث طرف الأمين العام لمنظمة المؤتمر الإسلامي وفقا لما جرى العمل به في نظام المؤسسة الإسلامية لتأمين الاستثمارات، على أن يكون المحكم من مواطني إحدى الدول الأعضاء، ولا يجوز لأي طرف تغير المحكم الذي عينه بعد البدء في النظر في الخلاف إلا في حالة الوفاة أو الاستقالة أو العجز. **هشام خالد**، عقد ضمان الاستثمار، القانون الواجب التطبيق عليه وتسوية المنازعات المترتبة بشأنه، المرجع السابق، ص 494.

(ب)- في حالة عدم اتفاق الأطرف

يمكن أن تنتهي الآجال القانونية المقررة لتشكيل هيئة التحكيم دون أن تتوصل الأطراف لاتفاق حول تعيين أحد المحكمين، أو على تعيين رئيس هيئة التحكيم، خلال المدة المقررة لذلك، وفي هذه الحالة تخول مهمة تشكيل هيئة التحكيم إلى أطراف خارجية، بعد موافقة أطراف المنازعة على ذلك.

في هذا الصدد تجيز المادة 1/4/ب من ملحق تسوية المنازعات المرفق باتفاقية المؤسسة العربية لضمان الاستثمار إمكانية لجوء الأطراف إلى الأمين العام لجامعة الدول العربية قصد تعيين أعضاء هيئة التحكيم، إلى حين إنشاء محكمة العدل العربية وتعيين رئيسها، فيتم تشكيل محكمة التحكيم في كل نزاع على حدة، ويشرف على هذا التشكيل محكمة العدل العربية ويقوم بمهامها أمين عام جامعة الدول العربية حتى يتم إنشاء هذه المحكمة، كما منح هذا الملحق لمحكمة التحكيم سلطة تحديد الإجراءات الخاصة بها.

يرى البعض أن العقود التي تخول مهمة اختيار المحكمة إلى أحد المراكز الدولية للتحكيم، يعد بمثابة قبول من جانبهم للقواعد التي تقرها هذه المراكز، وتنازل عن حقهم في اختيار القواعد المطبقة على النزاع، ولا يكون لارادة الخصوم عندئذ دور حاسم في صياغة القواعد الاجرائية التي تنظم وتحكم إجراءات سير المنازعة، فاللجوء الى المراكز الدائمة كالإحالة إلى قواعد إجراءات محكمة التحكيم الدائمة التابعة لغرفة التجارة الدولية التي تكمل ما اتفق عليه الأطراف من قواعد وإجراءات أو تطبيق إجراءاتها الكاملة عند انعدام الاتفاق بين الأطراف يتطلب ضرورة الامتثال للاجراءات المقررة فيها[693].

أما الاتفاقيات الدولية لضمان الاستثمار فتؤكد كقاعدة عامة على مبدأ التحكيم الحرَ[694]، الذي يكون فيه للأطراف في عقد الضمان الاتفاق على اجراءات التحكيم، دون أن تلزم الأطراف بإخضاع منازعاته إلى تحكيم الهيئة، ولأطراف النزاع الاطلاع على تعيين أعضاء هيئة التحكيم، فيكون لهم دور أساسي في صياغة القواعد الاجرائية، واختيار القانون الذي يحكم سير المنازعة، أو الاتفاق على إحالة المنازعات إلى قواعد أخرى للتحكيم تكون معترف بها دوليا

693- **قرطبي سهيلة**، منظومة التحكيم ...، المرجع السابق، ص 136.

694- **فؤاد محمد أبو طالب**، التحكيم الدولي في منازعات الاستثمار الاجنبية، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، 2010، ص367.

مثل قواعد غرفة التجارة الدولية، أو قواعد لجنة الأمم المتحدة لقانون التجارة الدولية، أو قواعد التحكيم في المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار أو أية هيئة أخرى يلجأ إليها الأطراف لتسوية المنازعات[695].

ثانيا: اختصاصات هيئة التحكيم

بمجرد تشكيل هيئة التحكيم يكون لهذه الأخيرة أن تعقد اختصاصها إما في دولة المدعى عليه أو دولة المدعى أو دولة محايدة، فتعقد جلساتها للنظر في الموضوع في الزمان والمكان اللذان يعينهما رئيس محكمة التحكيم للمرة الأولى، لتقرر بعدها المحكمة مكان ومواعيد انعقادها لاحقا[696].

يتم تحديد الطريقة التي تتم بها الجلسات ومدة التحكيم التي تمارس خلالها الهيئة سلطاتها وغيرها من التفاصيل عادة في اتفاق التحكيم، وعلى هيئة التحكيم الالتزام بما ورد في هذا الاتفاق[697]، كما يتعين عليها تمكن الأطراف من تقديم مذكراتها والإدلاء بأقوالها وأوجه دفاعها إلى حين صدور القرار الذي يضع حدا للمنازعة المطروحة.

في حالة ما إذا دفع أحد الخصوم بعدم اختصاصها في النظر في مسألة معينة، فلهيئة التحكيم التصدي للفصل في هذا الدفع، وفي المقابل إذا لاحظت هيئة التحكيم أن طلب ما يخرج عن اختصاصها وجب عليها التخلي عنه. وفي حالة طعن أحد الخصوم ببطلان عقد الضمان، فإن هيئة التحكيم تضل مختصة حتى ولو قضت ببطلانه، لأن اتفاق التحكيم كما هو مستقر عليه في العمل الدولي يتمتع باستقلالية عن العقد الذي يرد فيه[698].

---

[695] – **على الحكيم** ،" الوكالة الدولية... "، المرجع السابق، ص 34 .

Voir aussi **:BLAISE Jean-Bernard** , Droit des affaires…, op.cit.,p172.

[696]– المادة 1/4/هـ من ملحق تسوية المنازعات للمؤسسة العربية لضمان الاستثمار بنصها:

" **تعقد محكمة التحكيم لأول مرة في الزمان والمكان الذين يحددهما المحكم المرجح ثم تقرر المحكمة بعد ذلك مكان انعقادها ومواعيدها** ".

[697]– يلاحظ في هذا الصدد أن المادة 04 من الملحق الثاني المرفق باتفاقية سيول، تحيل هيئة التحكيم مباشرة إلى تطبيق قواعد التحكيم المنصوص عليها في اتفاقية المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار بين الدول ومواطني الدول الأخرى من الناحية الشكلية، وتطبق قواعد ولوائح اتفاقية سيول أو نصوص أية اتفاقية أبرمة بين الطرفين لها صلة بالموضوع.

[698]– هذا أكده معهد القانون الدولي في 12 سبتمبر 1989 في لائحته المتعلقة بقواعد التحكيم بين الدول ومؤسسات أو كيانات تابعة لها والشركات الأجنبية على أنه:"**يجب أن يكون اتفاق التحكيم مستقلا بالنسبة للعلاقة القانونية التي يرتبط بها**". نقلا عن: **عليوش قربوع كمال**، التحكيم التجاري الدولي في الجزائر، المرجع السابق، ص 36.

أما إذا تعلق الأمر بتفسير نص ورد في الاتفاقية الدولية المتضمنة إنشاء هيئة الضمان التي يبرم في إطار أحكامها عقد الضمان، فكما سبقت إليه الإشارة يكون الفصل في هذه المسألة إلى اختصاص مجلس إدارة هيئة الضمان المتعاقد معها، وعلى هيئة التحكيم التقيد بالتفسير الذي يقدمه المجلس لهذا النص[699].

ثالثا: قـرار التحكيـم

يترتب على عرض المنازعات المترتبة عن عقد ضمان الاستثمار الدولي على هيئة للتحكيم، وجوب الفصل فيها وإصدار قرار نهائي ملزم للطرفين، يتعين عليهم تنفيذه بمجرد صدوره.

يجب أن يتضمن القرار التحكيمي الصادر سرد لوقائع القضية، وتكييف للوقائع والأسباب التي بني عليها الحكم وأساسه القانوني، مع ذكر أسماء المحكمين، وتعيين مقدار المصاريف وأتعاب المحكمين، إلى جانب البيانات الخاصة التي يتفق الطرفان في العقد على ضرورة إدراجها في الحكم أو ينص القانون الواجب التطبيق على إدراجها، كتاريخ صدور القرار وأسماء الخصوم ومكان صدور القرار.

تصدر قرارات التحكيم بأغلبية أصوات أعضاء الهيئة التحكيمية، ويعتبر الحكم الصادر قرارا نهائيا ملزم للأطراف وغير قابل للاستئناف، يتعين على الأطراف تنفيذه بمجرد صدوره ما لم تحدد المحكمة مهلة لتنفيذه كليا أو جزيئا. هذا ما نصت عليه الفقرة (ز) من المادة 04 من الملحق الثاني لتسوية المنازعات المرفق باتفاقية سيول على أنه:

"**يكون القرار الصادر من الهيئة نهائيا وملزما للطرفين، ولا يجوز استئنافه أو إبطاله أو إعادة النظر فيه** ".

لكنه واستثناءا يجوز للأطراف الرجوع إلى هيئة التحكيم في ثلاثة حالات فقط، وهي: إما لغرض تفسير الحكم إذا شابه غموض، أو لتصحيح خطأ مادي ورد في الحكم، أو لطلب الفصل في الطلبات التي أغفلت هيئة التحكيم الفصل فيها كليا[700].

---

[699]– راجع الصفحة 116 من هذا البحث.

[700] – أنظر المادة 2/4 من ملحق تسوية المنازعات المرفق باتفاقية المؤسسة العربية لضمان الاستثمار، والمادة 4/ط من الملحق الثاني المتعلق بتسوية المنازعات المرفق باتفاقية سيول.

إذ يجوز للخصوم الرجوع إلى هيئة التحكيم لطلب تصحيح ما قد يلحق قرارها من خطأ مادي، وهو ما يعرف بالطعن من أجل تصحيح الأخطاء المادية، حيث يقتصر دور هيئة التحكيم في هذه الحالة على مجرد تصحيح الخطأ دون المساس بالحكم أو تغيير منطوقه.

أما إذا تعلق الأمر بتفسير القرار التحكيمي، جاز للطرفين الطعن من أجل التفسير برفع المنازعة إلى المحكمة التي أصدرت القرار أو محكمة جديدة تفصل في الطلب، وإذا تبين لهذه الأخيرة أن حكمها واضح وليس فيه أي غموض لها أن ترفض طلب التفسير المقدم إليها[701].

يجوز كذلك للخصوم الرجوع إلى هيئة التحكيم بطلب الفصل في الطلبات التي لم تفصل فيها، باعتبارها أمورا لم تستنفذ هيئة التحكيم ولايتها بشأنها، ويقتصر هذا الطلب على الأمور التي تم إغفالها كليا. كما يجوز لهم أن الرجوع إليها

عدى هذه الحالات الثلاثة، فإن الخصوم تلتزم بالامتثال لقرار التحكيم وتنفيذه، فليس لها الحق في طلب إبطاله أو استئنافه.

يلاحظ أن عدم جواز الطعن في قرار التحكيم بهذه الطريقة يشكل تعسفا غير مبرر في حق الخصوم، خاصة بالنسبة للمستثمر المضمون كطرف ضعيف في العلاقة التعاقدية، فهو لا يتفق مع العمل الدولي الذي جرى على منح المحكوم عليه حق الطعن في أحكام المحكمين أمام الجهة نفسها أو جهة أخرى، وطلب مراجعة الحكم في حالة اكتشاف وقائع جديدة يمكن أن تؤثر على تغيير الحكم أو تفسيره أو طلب إبطاله في حالة وجود غش في الحكم[702].

في حالة ما إذا قام أحد الخصوم بالطعن في القرار التحكمي أمام القضاء الوطني لأية دولة عضوة، فإنه يتعين على هذه الأخيرة أن تدفع بعدم الاختصاص أو بعدم قبول الاستئناف استنادا لأحكام اتفاقية الضمان الدولية الدولية التي يبرم عقد الضمان في إطارها، والتي تعتبر

---

[701] – للأطراف إذا ثارت منازعة بينها حول تفسير قرار التحكيم الطعن من أجل التفسير، ورفع المنازعة إلى المحكمة التي أصدرت القرار، أو أمام محكمة جديدة تفصل في الطلب، وإذا تبين لهذه الأخيرة أن حكمها واضح وليس فيه أي غموض لها أن ترفض طلب التفسير المقدم إليها. أنظر في ذلك: المادة 2/4 من ملحق تسوية المنازعات المرفق باتفاقية المؤسسة العربية لضمان الاستثمار، والمادة 4/ط من الملحق الثاني المتعلق بتسوية المنازعات المرفق باتفاقية سيول.

[702]– **جلال وفاء محمدين**، التحكيم بين المستثمر...، المرجع السابق، ص ص. 68 –70.

جزء من قانونها الداخلي[703]. أما إذا قام بالطعن في قرار التحكيم أمام محكمة تابعة لدولة غير عضوة، فيجوز لهذه المحكمة التصدي للفصل في هذا الطعن إذا كان قانونها الداخلي يجيز ذلك[704].

أخيرا يمكن القول أن الاعتماد على الأساليب السلمية لتسوية المنازعات المترتبة عن عقد ضمان الاستثمار الدولي يتفق مع ما هو معمول به حديثا لتنظيم العلاقات التعاقدية ذات العنصر الأجنبي، فهي تمنح الحرية الكاملة للأطراف في اختيار الأسلوب الملائم لتسوية ما قد ينشأ بينهما من منازعات بصدد هذا العقد ولاسيما اللجوء إلى التحكيم الدولي الذي يتيح أمنا وضمانات أكبر للطرفين المتنازعين.

المطلب الثالث

التحكيم والضمان سبيلان لتشجيع الاستثمار

يعتبر التحكيم الدولي عنصرا أساسيا في العقود الدولية، فهو النظام الذي يسمح بتطبيق الأحكام الموضوعية التي تحكم العلاقات الاقتصادية الدولية، بعيدا عن أي إجحاف أو تعسف بحقوق أحد الأطراف.

لذلك فإن النص على بند تحكيمي في عقد ضمان الاستثمار الدولي يشكل ضمان إجرائي هام بالنسبة للمستثمر المضمون، يوفر له الحماية من مواجهة هيئة الضمان المتعاقد معها في حالة وجود خلاف بشأن العقد المبرم بينهما من جهة، ومن جهة أخرى يوفر له الحماية من مواجهة الدولة المضيفة المسؤولة عن الخسائر المترتبة عن حدوث المخاطر غير تجارية بعدم خضوعه لإجراءات القضاء الداخلي للدولة المضيفة(الفرع الأول).

كما يسمح تطبيق مبدأ التحكيم الدولي في مجال الضمان على الاستثمار الأجنبي، بتوفير حماية إجرائية هامة للمستفيد من الضمان، تتمثل في تمكينه من الحصول على قرار ملزم يتعين تنفيذه في كافة الدول الأعضاء في هيئة الضمان الدولية(الفرع الثاني).

---

[703]– حسب المادة 150 من القانون رقم 16–01 المؤرخ في 06 مارس سنة 2016، المتضمن التعديل الدستوري فإن:
"**المعاهدات التي يصادق عليها رئيس الجمهورية، حسب الشروط المنصوص عليها في الدستور تسمو على القانون**".

[704]– **هشام خالد**، عقد ضمان الاستثمار، القانون الواجب التطبيق عليه وتسوية المنازعات التي قد تثور بشأنه، المرجع السابق، ص 535 .

الفرع الأول
القانون الواجب التطبيق على المنازعات المترتبة عن عقد ضمان الاستثمار الدولي

تعتبر مسألة القانون الواجب التطبيق من المسائل الهامة في الدراسات القانونية، فهي من جهة تثير التساؤل عن القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع، والقانون الذي يحكم الاجراءات من جهة أخرى.

استقرت نظم الضمان الدولية على أن تحديد القانون الواجب التطبيق على المنازعات التي قد تنشأ عن عقد الضمان المبرم بين هيئة الضمان الدولية والمستثمر يخضع لمبدأ حرية الأطراف في العقد(أولا)، على أن يتم ذلك بالاستناد إلى أحكام الاتفاقية المنشئة لهيئة الضمان وللوائح الصادرة عن مجلس إدارتها، والأحكام الواردة في عقد الضمان(ثانيا).

أولا: حرية الأطراف في تحديد القانون الواجب التطبيق

يدخل عقد ضمان الاستثمار الدولي ضمن طائفة العقود الدولية الاقتصادية، ويعتبر البعض أن العقود الاقتصادية الدولية تغني أطرافها عن اللجوء لأي نظام قانوني أخر، فإذا ثارات منازعات بين أطرافها فإن القاضي يجد في هذه العقود المرجع الذي يهتديه لحل المنازعة المطروحة، فهذا العقد يخلق القانون الذي يحكمه استنادا إلى مبدأ سلطان الإرادة الذي يعطي الحق للمتعاقدين لوضع تنظيم شامل لعلاقتهم العقدية، فتكون أحكام العقد كافية لتنظيم العلاقة بين أطرافه، دون حاجة إلى قاعدة إسناد لتحديد القانون الواجب التطبيق المعمول بها في العقود الدولية التقليدية، التي تخضع العقد للقانون الذي تشير إليه قاعدة الإسناد المختصة في قانون القاضي[705].

لكن هذا الاتجاه يرفضه البعض الآخر، فالقول أن هذا العقد يخلق القانون الذي يحكمه قول غير صحيح، فكل تصرف قانوني لابد وأن يتم وفقا لنظام قانوني سابق عليه، وأن إرادة أطرافه تنحصر في إبرام العقد من عدمه. ويرى هذا الاتجاه الراجح وجوب ارتباط العقد الدولي

[705] – أنظر حول النظريات الفقهية التي ظهرت في هذا الشأن: **هشام خالد**، عقد ضمان الاستثمار، القانون الواجب التطبيق عليه وتسوية المنازعات التي تثور بشأنه، المرجع السابق، ص ص.326– 329.

بقانون يحكمه، سواء كان هذا القانون صادر عن دولة معينة أو صادر عن كيان آخر كالمنظمات الدولية.

أي لابد من ارتباط العقد بنظام قانوني معين، وهذا القانون ليس حتما هو قانون دولة معينة، إنما يمكن أن يكون هذا القانون صادر عن جهة أخرى، كارتباط العقد بمجموعة أحكام موضوعية يجري المتعاملون على الأخذ بها في مجال نشاط ميعن، بحيث تشكل عرفا ملزما لهم[706].

من هذا المنطلق، تتمتع هيئات الضمان الدولية بحكم أنها تدخل في دائرة المنظمات الدولية الاقتصادية بسلطة خلق القواعد القانونية، من خلال أجهزتها التنفيذية التي تتولى إصدار قرارات ولوائح وتنظيمات تصبح بمثابة قواعد قانونية اقتصادية يعتمدها القانون الدولي كمصدر من المصادر القانونية لحكم العلاقات الدولية[707].

فانطلاقا من اعتبار مبدأ سلطان إرادة الأطراف المتعاقدة له الدور الهام في تحديد شروط التعاقد، فكان من البديهي أن يكون له الدور البارز في تحديد القانون الواجب التطبيق على العلاقة التعاقدية[708]، فالنص على بند تحكيمي في العقد يجعل من التحكيم فيها يرتكز أساسا على مبدأ سلطان الارادة، إذ يمكن لأطراف العلاقة التعاقدية التحكم في العملية التحكيمية بما يناسبهم ويتفق مع العقد المبرم بينهما، وتحديد القانون الذي يحكم عقدهم لتتجب الوقوع في المشاكل التي يمكن أن تثيرها مسألة عدم تحديد القانون الواجب التطبيق في العقد، والتي يمكن أن تنتهي إلى تطبيق قانون لا يرتبط بعقد الضمان الذي لا يزال في مراحل تطوره.

بعبارة أخرى، إن عقد ضمان الاستثمار الدولي يستمد قوته الملزمة من إرادة المتعاقدين، والذي يؤدي حتما إلى اختيار قضاء دولي لتسوية المنازعات التي يمكن أن تثور بمناسبة تنفيذ العقد واستبعاد تطبيق كل التشريعات الداخلية[709]. فمحكمة التحكيم التي يتم اللجوء إليها لحسم المنازعات الناشئة عن هذا العقد ستجد فيه القواعد التي سيتم وفقا لها حل المنازعة، وهذه

---

[706]–**هشام خالد**، عقد ضمان الاستثمار، القانون الواجب التطبيق عليه وتسوية المنازعات التي تثور بشأنه، المرجع السابق، ص329.

[707]- **CARREAU Dominique, JULLIARD Patrick**, Droit international …, op.cit., p 529.

[708]–**فؤاد محمد أبو طالب**، التحكيم الدولي...، المرجع السابق، ص 288.

[709]–**قادري عبد العزيز**،"دراسة في العقود بين الدول ورعايا دول أخرى في مجال الاستثمارات الدولية"، المرجع السابق، ص46.

القواعد تستمد من أحكام الاتفاقية المنشئة لهيئة الضمان والوائح والتنظيمات الصادرة عن مجلس إدارة هيئة الضمان المتعاقد معها، وعلى هيئة التحكيم الفصل في هذه المنازعات وفقا لما هو مشار إليه في هذه العقد.

يترتب عن مبدأ سلطان إرادة الأطراف المتعاقدة في تحديد القانون الواجب التطبيق على عقدهما، حرية الأطراف في تحديد إجراءات التحكيم أو الاحالة لقانون أو نظام معين، كإحالة المنازعات المترتبة عن العقد إلى قواعد التحكيم المعمول بها في المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار من الناحية الشكلية، مع عدم الإخلال بالقواعد الموضوعية المنصوص عليها في الاتفاقية ونصوص ولوائح مجلس هيئة الضمان وأنظمتها الداخلية وبنود العقد[710].

أما إذ لم يتضمن العقد إشارة للقواعد الواجبة التطبيق على المنازعة المعروضة، فإنه يتعين على هيئة التحكيم البحث عنها من خلال اللجوء إلى مصادر أخرى، أشارت إليه الاتفاقيات الدولية لضمان الاستثمار.

ثانيا: المصادر الأخرى لتسوية المنازعات المترتبة عن عقد ضمان الاستثمار الدولي

القاعدة العامة أن تتولى عقود ضمان الاستثمار الدولية تحديد القانون الواجب التطبيق على المنازعات الناشئة عن هذه العقود، لكنه إذا لم تتضمن هذه الاخيرة نصوصا كفيلة بحل المنازعة المطروحة فإنه يمكن لهيئة التحكيم اللجوء إلى مصادر أخرى أشارت إليها الاتفاقيات الدولية لضمان الاستثمار، تتمثل فيما يلي مبادئ القانون المستثمركة بين الدول الأعضاء، ومبادئ القانون الدولي، والقانون الطبيعي وقواعد العدالة.

1- مبادئ القانون المشتركة بين الدول المتعاقدة

يقصد بمبادئ القانون المشتركة: "مجموع المبادئ التي تعالج العلاقات الاقتصادية الدولية".[711] أي تلك المبادئ الأساسية والجوهرية التي نجدها في النظم القانونية التي تحكم

---

[710]- وهو ما يسري العمل به في عقود الضمان المبرمة مع الوكالة الدولية لضمان الاستثمار، والتي يستند إلى قواعد التحكيم المعمول بها في المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار من الناحية الشكلية، مع عدم الإخلال بالقواعد المنصوص عليها في اتفاقية سيول حول إنشاء الوكالة، ونصوص ولوائح مجلس الوكالة وأنظمتها الداخلية وبنود العقد المقررة من الناحية الموضوعية لتسوية المنازعات المترتبة عن عقد الضمان. أنظر في هذا الشأن:

JOS Emmanuel , « L'Agence multilatérale … »,op.cit, pp. 392 -397.

[711]- نقلا عن : **فوزي محمد سامي**، شرح القانون...، المرجع السابق، ص 200.

العلاقات الاقتصادية الدولية، مثل مبدأ العقد شريعة المتعاقدين، ومبدأ التعويض المصاحب لإجراء التأميم، قاعدة الإثراء بلا سبب وغيرها من المبادئ[712].

يحيل النظام العربي لضمان الاستثمار إلى تطبيق المبادئ القانونية المشتركة في الأقطار المتعاقدة في حالة عدم وجود حكم يطبق بشأن مسألة معينة، فطبقا للمادة 06 من اتفاقية المؤسسة العربية لضمان الاستثمار فإنه:

"**تخضع المؤسسة لأحكام هذه الاتفاقية ولما يضعه مجلس المؤسسة من نظم ولوائح مكملة لها، وعند عدم وجود حكم في النصوص المشار إليها في الفقرة السابقة تطبق المبادئ القانونية المشتركة في الأقطار المتعاقدة...**".

استنادا لهذا النص، فإنه في حالة عدم وجود نص في الاتفاقية أو النظم واللوائح المعمول بها في هذه المؤسسة بشأن مسالة معينة، وجب على هيئة التحكيم استنباط القواعد الواجبة التطبيق على المنازعة بالرجوع إلى القواعد القانونية الوضعية السائدة في الدول العربية الأعضاء في المؤسسة.

يرى الأستاذ " هاشم خالد" في هذا الشأن أنه لما كان هذا النظام نظاما عربيا، فالراجح أن المقصود بالمبادئ القانونية المشتركة للدول الأعضاء في المؤسسة العربية لضمان الاستثمار وهي القواعد العامة للقانون المدني التي تسري على العقود، وبصفة خاصة عقدي التأمين والكفالة[713].

لكن تطبيق المبادئ المشتركة بين الدول العربية الأعضاء يثير صعوبة حول معيار تطبيقها، خاصة وأن هذه الاتفاقية لم تفصح عما إذا كان ينبغي أن يكون المبدأ العام مشتركا في كافة الدول الأعضاء أم يكفي مجرد اشتراك غالبية هذه الدول، لاسيما وأنه من الصعب

---

[712]– يعرف الأستاذ "هشام خالد" المبادئ القانونية المشتركة في الأقطار المتعاقدة التي نصت عليها المادة 06 من اتفاقية المؤسسة العربية لضمان الاستثمار على أنها: "مجموعة الأفكار التي تصدر عن الفكرة العامة للوجود في الدول العربية المتعاقدة، والتي تؤدي إلى استنباط العديد من القواعد القانونية العرضية التي تنظم سلوك الأشخاص في الدول المعنية، كما يمكن استقرائها من القواعد القانونية الوضعية السائدة في الدول العربية المتعاقدة". **هشام خالد**، عقد ضمان الاستثمار، القانون الواجب التطبيق عليه وتسوية المنازعات التي تثور بشأنه، المرجع السابق، ص 357.

[713]– **هشام خالد**، عقد ضمان الاستثمار، القانون الواجب التطبيق عليه وتسوية المنازعات التي تثور بشأنه، المرجع السابق، ص 358.

أحينا القول بوجود مبادئ عامة مشتركة بين دول العالم، نظرا لتباين النظم القانونية السائدة في كل دولة.

لذلك تكون لمحكمة التحكيم السلطة التقديرية في استخلاص هذه المبادئ من القواعد القانونية الوضعية السائدة في الدول المتعاقدة أيا كان مصدرها، سواء وردت في تشريع داخلي أو اتفاقية دولية، أو تمثلت هذه القواعد في الأعراف أو السوابق القضائية المعمول بها، فلها أن تستوحي من المبدأ العام العديد من الحلول التي تراها مناسبة لتسوية المنازعة المطروحة أمامها بما يتماشى ونظم الضمان الدولية الحديثة النشأة، التي تتطلب قدرا من المرونة بما يتفق ومصالح هيئة الضمان الدولية، ويتفق مع ظروف وملابسات كل حالة، وتطبيق المبادئ العامة التي تتفق مع أهداف المؤسسة ولو كانت غير مشتركة بين كافة الدول الأعضاء، لصعوبة تحقيق اشتراك كافة النظم القانونية في الأخذ بمبدأ ما.

في حالة عدم تمكن هيئة التحكيم من استخلاص هذه المبادئ وجب عليها أن تبحث عن القانون الواجب التطبيق في غير المبادئ العامة المشتركة، وذلك باللجوء إلى مبادئ القانون الدولي كحل ثان.

2- مبادئ القانون الدولي

يقصد بمبادئ القانون الدولي مجموع المبادئ القانونية المعترف بها في القانون الدولي، والموجودة في مختلف فروع هذا القانون، مثل القانون التجاري الدولي، والقانون الدولي للتنمية الاقتصادية، فضلا عن القانون الدولي التقليدي والتي يتم استخلاصها (المبادئ) من المصادر المختلفة لهذا القانون أي المعاهدات والأعراف الدولية وأحكام المحاكم وأراء الفقهاء[714].

طبقا للفقرة (ز) من المادة 04 من ملحق تسوية المنازعات المرفق باتفاقية سيول فإنه: "**تطبق الهيئة في أي منازعة ممّا يدخل في مجال هذا الملحق نصوص هذه الاتفاقية وأي اتفاقية بين طرفي المنازعة ذات صلة بها، ونصوص ولوائح الوكالة وأنظمتها الداخلية وقواعد القانون الدولي واجبة التطبيق ...**"

[714] – **كعباش عبد الله**، مسؤولية الدولة....، المرجع السابق، ص 201.

يشير هذا النص إلى أنه إذا لم تتضمن أحكام هذه الاتفاقية ونصوص ولوائح مجلس الوكالة وأنظمتها الداخلية على قواعد يمكن تطبيقها على المنازعة المطروحة، فإن هيئة التحكيم تلتزم بتطبيق المبادئ العامة للقانون الدولي الخاصة بالموضوع، والتي من شأنها أن تساهم في حسم المنازعات الناشئة عن هذه العقود.

يرى الفقه في هذا الصدد، أنه إذا كانت اتفاقية سيول قد أشارت إلى تطبيق المبادئ العامة للقانون الدولي إلا أن هيئة التحكيم في الواقع لا تطبق قواعد القانون الدولي العام، إنما تطبق المبادئ العامة للقانون المعمول بها في الدول المتمدينة أو الدول المتقدمة[715]، فهذه المبادئ وإن كانت هيئة التحكيم تلجأ إلى تطبيقها عند النظر في المنازعات التي تعرض أمامها، إلا أنها تبقى محل شكوك من قبل الدول النامية التي لم تشارك في وضعها، فهي لا تأخذ بعين الاعتبار المبادئ المعمول بها في هذه الدول وكذا وضعية هذه الدول.

من أهم مبادئ القانون الدولي المعترف بها، والتي يمكن لهيئة التحكيم الاستعانة بها في هذا المجال، لحسم المنازعات الناشئة عن عقود ضمان الاستثمار الدولية مثلا مبدأ "عدم إساءة استعمال الحق"، ومبدأ " تغيير الظروف".

تطبيقا لمبدأ إساءة استعمال الحق أو التعسف فيه، فإن ممارسة هيئة الضمان الدولية لحقها في إنهاء العقد في حالة تخلف شرط الجنسية أو إحدى الشروط اللازم توافرها في الاستثمار المضمون بعد انعقاد العقد وقبل تحقق الخطر مشروط بعدم الإساءة في استعماله، على نحو يؤدي إلى الإضرار بالطرف الآخر أي المستثمر المضمون. فعلى هيئة التحكيم تقدير موقف كل من هيئة الضمان والمستثمر من حيث استعمالها لحقوقه العقدية، وذلك لتقدير مشروعيته ومن ثم إنزال الوصف القانوني الصحيح عليه، فلا يجوز لأي طرف في العقد أن يستعمل أحد الحقوق التي يرتبها العقد في صالحه بهدف الإضرار بالطرف الأخر، أو للوصول إلى غاية غير مشروعة[716].

كما يمكن لهيئة التحكيم الاستناد لمبدأ تغير الظروف المعترف به في القانون الدولي لإيجاد حل للمنازعة المطروحة أمامها، والذي مفاده أن أحكام الاتفاقيات الدولية تظل محترمة

---

715 - **IBRAHIM F., SHIHATA I. ,** «L'Agence multilatérale …»,op.cit, p 608 .

716 – **هشام خالد،** عقد ضمان الاستثمار، القانون الواجب التطبيق عليه وتسوية المنازعات المترتبة بشأنه، المرجع السابق، ص ص.371– 372.

ما دامت الظروف التي قامت في ظلها لم تتغير، لكن إذا تغيرت هذه الظروف فيمكن تعديل أحكام هذه الاتفاقيات بما يتلاءم مع الظروف الجديدة.

ففي حالة إبرام عقد الضمان في ظروف معينة ثم تغيرت هذه الظروف فإنه يحق لأي من طرف في العقد طلب تعديل أحكامه على نحو يستجيب وهذه الظروف الجديدة، كأن تقوم هيئة الضمان بتعديل قيمة الأقساط إذا وجدت ظروف تدعو لذلك، إذ لم تكن متوقعة عند تعاقدها مع المستثمر المضمون، كما يحق للمستثمر أن يطلب تعديل التزاماته العقدية إذا ما وجدت ظروف تبرر ذلك، فتغير الظروف يقتضي تغير في أحكام العقد بما يستجيب للظروف الجديدة.

كما يمكن لهيئة التحكيم اللجوء إلى تطبيق أي مبدأ آخر من المبادئ المعترف بها في القانون الدولي كمبدأ "الحقوق المكتسبة"، ومبدأ "الإثراء بلا سبب"، ومبدأ "العقد شريعة المتعاقدين"، والتي يمكن أن تلجأ هيئة التحكيم إليها لغرض تكملة النقص الذي قد يعتري القانون الواجب التطبيق أو استبعاده إذا تبين لها أن حكمها يتنافى وهذه المبادئ[717].

أما في حالة خلو مبادئ القانون الدولي من حل للمنازعة المطروحة يتعين على هيئة التحكيم كحل ثالث أن تطبق قواعد القانون الطبيعي، ومبادئ العدالة، وأحكام المحاكم نظرا لما يلعبه العرف والقضاء في تكملة هذا القانون وإثرائه لاسيما وأنه في طور الحداثة.

3- القانون الطبيعي وقواعد العدالة

قد لا تحتوي المصادر المتقدمة على حلا لكافة الوقائع التي يمكن أن تحدث في المستقبل، فاحتياجات أطراف العقد ومصالحهم متعددة، وتنظيم علاقتهم قد يتطلب الاجتهاد في خلق الحلول المناسبة للمنازعات، وإصدار أحكام تستجيب للتطورات والتغيرات التي تشهدها المجتمعات على كل المستويات الاقتصادية والسياسية والاجتماعية، وذلك من خلال منح هيئة التحكيم حق وضع الحلول المناسبة للمنازعات المطروحة عليها استجابة للدواعي السابقة. أي تطبيق القانون الطبيعي وقواعد العدالة، التي يراد بها جميع السوابق القضائية على اختلاف طبيعتها، سواء كانت صادرة في شكل أحكام أو قرارات أو آراء استشارية وتصريحات.

إن لجوء هيئة التحكيم إلى القانون الطبيعي وقواعد العدالة يعني إفساح المجال أمام هذه الهيئة للاجتهاد وإيجاد الحل المناسب للنزاع المطروح عليها، فلا يجوز لهيئة التحكيم إنكار

717- **JOS Emmanuel** , « L'Agence multilatérale … »,op.cit, pp. 392.

العدالة والامتناع عن إصدار حكم في المنازعة المطروحة عليها، بحجة نقص القانون الواجب التطبيق أو وجود فراغ قانوني أو غموض النص الواجب التطبيق، لوجود بدائل لسدّ هذا الفراغ القانوني وتفسير هذا الغموض، وهو ما تؤكده المادة 2/4 من ملحق تسوية المنازعات المرفق باتفاقية المؤسسة العربية لضمان الاستثمار التي تنص على أنه:

"...**يجوز للمحكمة إذا اتفق الأطراف في المنازعة على ذلك أن تحكم في النزاع وفقا لمبادئ العدل والإنصاف، ولا يجوز للمحكمة في أية حالة الامتناع عن إصدار حكم في المنازعة بحجة نقص القانون الواجب التطبيق أو غموضه**"

هذا النص يتماشى والمبادئ المستقر عليها في العمل الدولي، فحسب المادة 38 من النظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية فإنه:

"**لا يترتب على النص السالف الذكر أي إخلال بما للمحكمة من سلطة الفصل في القضية وفقا لمبادئ العدل والإنصاف متى وافق أطراف الدعوى على ذلك**"[718].

فقد استقر القانون الدولي في هذا الخصوص على أن المجال مفتوح أمام هيئة التحكيم للاجتهاد، ووضع الحل المناسب للمنازعات المطروحة أمامها استجابة لدواعي العدل والإنصاف[719]. وهذا الاتجاه يتماشى وحداثة عقود ضمان الاستثمار الدولية، التي يجب تكملة نظامها القانوني وسد الثغرات القائمة بها إن وجدت.

يتضح مما تقدم، أن عقود ضمان الاستثمار الدولية لا تخضع للقضاء الوطني لدولة معينة، بل لنظام تحكيمي خاص بها، ولهيئة التحكيم في حالة عدم تحديد القانون الواجب التطبيق في العقد سلطة تحديده استنادا إلى المصادر المشار إليها في اتفاقية إنشاء هيئة الضمان المتعاقد معها.

تجدر الإشارة إلى أن اتفاقية المؤسسة الإسلامية لتأمين الاستثمارات، لم تتضمن أية إشارة إلى القانون الواجب التطبيق، إنما اكتفت المادة 59 منها بالنص على إحالة المنازعات المترتبة عن عقد الضمان إلى التحكيم للفصل فيها نهائيا طبقا للقواعد المنصوص عليها في هذا العقد. وأيا كان الأمر فإن هذا القانون سيجد مصدره حتما في الاتفاقية المنشئة للمؤسسة، والنظم واللوائح التي يصدرها مجلس المؤسسة.

---

[718]– النظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية، https://www.icj-cij.org/ar

[719] – **فوزي محمد سامي**، شرح القانون..، المرجع السابق ص 201 .

الفرع الثاني
دور التحكيم في تسوية المنازعات المترتبة عن عقد ضمان الاستثمار الدولي

يعتبر اللجوء الى التحكيم وسيلة هامة لتسوية المنازعات المترتبة عن عقد الضمان المبرم بين هيئة الضمان الدولية والمستثمر المضمون بما يتلائم وطبيعتها، فبالاضافة إلى كونه وسيلة تُمكّن الأطراف من اختيار اجراءات التحكيم والقانون الواجب التطبيق على المنازعة المطروحة، فهو الأسلوب القادر على تحقيق التوازن بين حقوق المستثمر المضمون ومتطلبات الدول المضيفة التي تكون بحاجة ملحة للاستثمار الأجنبي(أولا)، والفصل في المنازعات بأحكام ملزمة للأطراف(ثانيا) والتي يتعين عليها تنفيذها(ثانيا).

أولا: مبادئ التحكيم في منازعات عقد ضمان الاستثمار الدولي

إزدات أهمية التحكيم ودوره في تسوية المنازعات الناجمة عن الاستثمارات الأجنبية في عصرنا الحالي، إذ حظي باهتمام كبير من طرف مختلف دول العالم، فأبرمت بشأنه العديد من الاتفاقيات والبروتوكولات الدولية، وأنشأت له الكثير من مراكز التحكيم الدائمة ذات الطابع الدولي، وأهمها المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار، والذي جاء كتعبير عن مدى الأهمية الكبيرة للتحكيم الدولي في مجال الاستثمار الأجنبي[720].

فالتحكيم الدولي يتمتع بالعديد من المزايا التي ساعدت كثيرا على انتشار العمل به كوسيلة محايدة لتسوية المنازعات في مجال الاستثمار، وقد تبنته نظم الضمان الدولية كوسيلة لتسوية المنازعات المترتبة عن عقد ضمان الاستثمار الدولي، وذلك بالنظر إلى نوعية المشاكل التي قد تترتب عن هذه العقود، وطبيعة الخصوم التي يكون إحداها هيئة دولية تهدف الى تشجيع تدفق الاستثمارات فيما بين الدول الأعضاء لأغراض التنمية، وبالنظر إلى موضوع العقد وهو ضمان رؤوس أموال موجهة لتحقيق التنمية الاقتصادية في الدول المضيفة الأعضاء.

[720] – **شعبان رأفت عبد اللطيف**، "دور التحكيم..."، المرجع السابق، ص 40.

إن الغاية الأساسية من إخضاع المنازعات المترتبة عن عقود ضمان الاستثمار الدولية للتحكيم، كان بهدف ايجاد الجو المناسب والمشجع لاستثمار رؤوس الأموال الأجنبية في مجالات التنمية الاقتصادية، فيعد التحكيم أهم وسيلة قانونية لضمان استمررية تنفيذ الاستثمار، وبالتالي تشجيع تدفق الاستثمارات فيما بين الدول الأعضاء نحو تحقيق التنمية الاقتصادية للدول المضيفة لها.

تحقيقا لذلك، يقتضي الأمر إسناد مهمة الفصل في المنازعات التي يمكن أن تترتب عن عملية الضمان الدولية إلى هيئة تحكيم مختصة في هذا النوع من المنازعات، يكون لها دور فعال في بحث موضوع النزاع وايجاد الحلول المناسبة والعادلة، بما يحقق التوزان بين مصالح المستثمرين ومصالح الدول التي يتم فيها الاستثمار، بعيدا عن أي تعسف أو هدر لحقوق المستثمر المضمون، لاسيما إذا ما تم التحكيم في إطار هيئة دائمة للتحكيم، كالتحكيم الذي يضمنه المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار، وكذلك التحكيم الذي تقوم به غرفة التجارة الدولية وما تقوم به لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي، وذلك خلافا للتحكيم عن طريق لجنة خاصة[721].

باعتبار التحكيم الدولي وسيلة مرنة لتسوية المنازعات الناشئة عن عقود الدولية[722]، فإنه بالتالي الوسيلة المناسبة التي تتماشى وطبيعة عقود ضمان الاستثمار الدولية، والتي تنصب على تغطية استثمارات ذات قيمة مالية كبيرة، والتي يحتاج تنفيذها لمدة زمنية طويلة وعلى مراحل مختلفة. كما يعد التحكيم الوسيلة المحايدة التي تضمن حل عادل للنزاع بما يضمن استمرار العلاقة بين الأطراف، فهو كما يرى الكثيرين يعد بمثابة عدالة دولية مرنة وفعالة، تستجيب لمتطلبات وضرورات التجارة الدولية وتتماشى والعولمة الاقتصادية[723].

إضافة إلى أن التحكيم يتميز بعنصر السرعة في الفصل في المنازعات المطروحة، وبسهولة إجراءاته سواء ما يتعلق بتحديد مواعيد الجلسات أو تقديم البيانات، حيث تتحكم إرادة

---

721 – **يوسفي محمد**، "مضمون وأهداف الأحكام الجديدة في المرسوم التشريعي 93-12 المتعلق بترقية الاستثمارات"، المرجع السابق، ص 73.

722 – **بسكري رفيقة** ، "التحكيم كضمانة إجرائية لتسوية منازعات الاستثمار الدولية"، مجلة الباحث للدراسات الاكاديمية، العدد 09، الجزائر، جوان 2016، ص 180.

723 – **تعويلت كريم**، فعالية اتفاق ...، المرجع السابق، ص 02.

أطراف النزاع في تعيين القواعد الاجرائية والموضوعية الواجبة التطبيق، وتنظيم العملية التحكيمية بما يتناسب وظروفهم الاقتصادية[724].

ثانيا: القوة الملزمة لأحكام التحكيم

القاعدة العامة في التحكيم أن قرارات هيئة التحكيم تتمتع بالطابع الإلزامي بالنسبة لطرافي المنازعة، إذ يتعين على الطرف الخاسر في الدعوى تنفيذها اختياريا ما لم تأمر المحكمة بغير ذلك، كما أشارت إليه المادة 1/4/ز من ملحق تسوية المنازعة المؤسسة العربية لضمان الاستثمار فيما يلي:

"**يعتبر قرار المحكمة نهائيا وملزما للأطراف، ويتعين تنفيذه بمجرد صدوره ما لم تحدد المحكمة مهلة لتنفيذ جزء منه...**"

يتضح من هذا النص أن قرارات التحكيم تعد قرارات نهائية ملزمة يتعين على الأطراف تنفيذها بمجرد صدورها ما لم تحدد المحكمة فترة محددة لتنفيذها.

ثالثا: تنفيذ أحكام التحكيم

إن الأحكام التحكيمة لا تكتسب بذاتها القوة التنفيذية، فتنفيذها يتوقف على صدور أمر قضائي بذلك، وهو ما يسمى بالأمر بالتنفيذ[725]، والذي يصدر وفقا لما استقر عليه العمل الدولي في هذا المجال طبقا للقواعد المنصوص عليها في القانون الداخلي للدولة المراد التنفيذ ، فحسب المادة 03 من اتفاقية نيويورك لتنفيذ الأحكام الأجنبية فإنه:

" **تقر كل من الدول المتعاقدة سلطة أي قرارا تحكيمي وتوافق على تنفيذ هذا القرار وفقا للقواعد الاجرائية المطبقة في التراب الذي تستهدف فيه القرار**"[726].

فهذه الاتفاقية تترك لكل قانون وطني حق تنظيم إجراءات الاعتراف بالحكم التحكيمي وتنفيذه. وقد يكون التنفيذ اختياريا أو إجباريا.

---

[724] – **بسكري رفيقة** ، "التحكيم كضمانة..."، المرجع السابق، ص 181.

[725]– هذا خلافا للأحكام القضائية التي تحمل في كيانها القوة التنفيذية بمجرد أن تصبح نهائية ومستنفذة لكافة طرق الطعن العادية. **جغلول زغدود، سيف الدين بوجدير**، ضمانات الاستثمار...، المرجع السابق، ص 606.

[726]– الاتفاقية التي صادق عليها مؤتمر الأمم المتحدة في نيويورك بتاريخ 1958/06/10، والخاصة باعتماد القرارات التحكيمية الأجنبية وتنفيذها، والتي انضمت إليها الجزائر بتحفظ بموجب المرسوم الرئاسي رقم 88-233 المؤرخ في 05 نوفمبر سنة 1988، ج.ر.ج.ج، العدد 48، الصادرة في 1988/11/23.

1-التنفيذ الاختياري

القاعدة في تنفيذ الأحكام التحكيمة أن يكون التنفيذ اختياريا، فيتم تنفيذها بالطريقة التي تنفذ بها الأحكام النهائية الصادرة عن الجهات القضائية الوطنية، وذلك بناء على طلب بالتنفيذ يتقدم به صاحب المصلحة في تنفيذ الحكم إلى الجهة المختصة في الدولة التي يراد التنفيذ في دائرتها، ويجب أن يرفق هذا الطلب بالمستندات اللازمة لتنفيذه.

يخضع تنفيذ قرارات التحكيم للإجراءات والمواعيد المعمول بها في القوانين الداخلية للدول المتعاقدة المعنية التي يطلب منها التنفيذ، وهي الدول الأعضاء في اتفاقة الضمان الدولية التي يبرم العقد في إطار أحكامها[727].

كما يمكن أن يتم التنفيذ وفقا للأحكام الواردة في قانون التحكيم المشار إليه في العقد، فقد جرى العمل به في المؤسسة العربية لضمان الاستثمار، على أن يتم تنفيذ الأحكام الصادرة بشأن عقود الضمان في إطار الاتفاقية العربية لتنفيذ الأحكام الموقع عليها في سنة 1954 كلما توافرت شروط تطبيقها، وأهمها أن يتم صدور وتنفيذ هذه الأحكام في إحدى دول الجامعة العربية المتعاقدة، وأن يكون الحكم نهائيا غير قابل للطعن فيه ويحوز قوة على التنفيذ[728].

هذا، ولا يجوز للجهة المطلوب إليها تنفيذ قرار التحكيم الصادر في إحدى الدول الأعضاء رفض الطلب، إلا إذا لاحظ القاضي عدم توفر الشروط التي يتطلبها قانون دولته لتنفيذ القرارات التحكيمية، فحسب المادة 3/ج من ملحق تسوية المنازعات المرفق باتفاقية المؤسسة العربية لضمان الاستثمار فإنه:

"**يجوز للسلطات المطلوب إليها تنفيذ الحكم التحكيمي المعني أن ترفض ذلك إذا كان المحكمون غير مختصين طبقا للعقد أو شروط التحكيم أو طبقا للقانون الذي يحكم التحكيم**".

---

[727]– تدخل مسألة تنفيذ الأحكام والقرارات التحكيمية ضمن اختصاص الدولة التي يطلب منها التنفيذ، والتي تقوم بتنظيم قواعده إما بموجب قوانين خاصة بالتحكيم، أو في نصوص قانون الإجراءات المدنية كما هو عليه الحال بالنسبة للقانون الجزائري، أين خصص المشرع للتحكيم التجاري الدولي الفصل السادس، المواد من 1039 إلى 1061 من القانون رقم 08-09 المؤرخ في 25 فيفري سنة 2008، المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، المرجع السابق.

[728]– نقلا عن: **هشام خالد**، عقد ضمان الاستثمار، القانون الواجب التطبيق وتسوية المنازعات التي تثور بشأنه، المرجع السابق، ص ص.547-556.

بالتالي يجوز للدول الأعضاء رفض تنفيذ أحكام التحكيم الصادرة بشأن المنازعات التي تثور مناسبة عقد الضمان، وذلك في حالات محددة منها: عدم أهلية الأطراف طبقا للقانون الواجب التطبيق، أو مخالفة إجراءات التحكيم لما هو متفق عليه بين الأطراف، أو إذا كان الاعتراف وتنفيذ قرار التحكيم مخالفا للنظام العام لدولة التنفيذ[729].

أما إذا لاحظ القاضي توافر الشروط اللازمة لتنفيذ قرار التحكيم في دولته، فإنه يصدر بذلك أمرا بالتنفيذ، يتم تبلغيه للمحكوم عليه وتحدد فيه مهلة لتنفيذه.

2- التنفيذ الإجباري

يتم اللجوء إلى التنفيذ الإجباري لقرارات التحكيم في حالة رفض الطرف الخاسر في الدعوى تنفيذها اختياريا، وذلك إما بالامتناع عن تنفيذ القرار دون الطعن فيه، أو باللجوء إلى الطعن في القرار بالطرق القانونية، وفي هذه الحالات يمكن للطرف الذي تم الحكم لصالحه اللجوء إلى الجهات المختصة لطلب التنفيذ الإجباري لقرار التحكيم.

تتعدد وتتنوع إجراءات التنفيذ الجبري التي يمكن مباشرتها لتنفيذ القرار التحكيمي منها الحجز على الأموال، الحبس بالنسبة للأشخاص الطبيعية، وفي بعض الأحيان مساءلة ممثلي الشخص المعنوي كمدير الشركة التي صدر القرار ضدها إذا ثبتت مسؤوليته. إلا أنه لا يمكن للمستثمر أو أية جهة أخرى التنفيذ على أموال هيئة الضمان، لأنها جهاز دولي يتمتع بحصانة في أصوله وأمواله أينما وجدت، فلا يجوز الحجز على أموال هيئة الضمان الدولية أو الاستيلاء والتنفيذ عليها إلا بحكم نهائي ضد الهيئة[730].

يتطلب التنفيذ الإجباري لقرارات التحكيم في حالة رفض الطرف الخاسر في الدعوى تنفيذها اختياريا وجوب الحصول على الصيغة التنفيذية للحكم، فلا يمكن إجبار الخصم على التنفيذ إلا بعد إضفاء الصيغة التنفيذية على قرار التحكيم، لأن القرارات التي تصدرها هيئة

---

[729]- المادة 05 من الاتفاقية التي صادق عليها مؤتمر الأمم المتحدة في نيويورك بتاريخ 10 يونيو سنة 1958، والخاصة باعتماد القرارات التحكيمية الأجنبية، المرجع السابق.

[730]- أنظر في ذلك المادة 45 من اتفاقية سيول، والمادة 1/53 من اتفاقية المؤسسة الإسلامية لتأمين الاستثمار، والمادة 1/25 من اتفاقية المؤسسة العربية لضمان الاستثمار. راجع كذلك حول الحصانة التي تتمتع بها هيئة الضمان الدولية الصفحة 137 من هذا البحث.

التحكيم ليس لها في أغلب الدول القوة التنفيذية، لكي تقوم السلطات العامة باستعمال سلطتها لإجبار المحكوم عليه بتنفيذها.

من أهم ما يعرض من تطبيقات لقضايا ضمان الاستثمارات نتوقف عند قضية البنك العربي الدولي للاستثمار والمؤسسة العربية لضمان الاستثمار:

تتلخص وقائع هذه القضية في أن البنك العربي للاستثمار أعطى قرضا عن نفسه وبصفته ممثلا عن خمسة بنوك أخرى لهيئة عامة (مشروع عام) في العراق والتي ضمنها بنك الرافدين، حيث أبرم البنك العربي للاستثمار مع المؤسسة العربية لضمان الاستثمار عقد ضمان ضد المخاطر الناجمة عن عدم وفاء البنك الضامن، يقتضي أنه في حالة عدم وفاء المشروع العراقي بالتزامه يتعين على المؤسسة دفع المبلغ بصفتها ضامنا.

بالفعل لم يسدد المشروع العراقي ولا بنك الرافدين ما عليه من مستحقات مالية، بعد ذلك رجع البنك العربي على المؤسسة العربية لضمان الاستثمار وطالبها كضامن بدفع الأقساط تنفيذا لعقد الضمان، فسددت المؤسسة القسط الأول والثاني والثالث، ورفضت تسديد القسط الرابع لأنه وفق لاتفاقية إنشاء المؤسسة العربية لضمان الاستثمار يجب أن يكون المشروع متمتعا بالجنسية العربية، وبما أن البنك العربي للاستثمار أصبح مملوكا بنسبة تزيد عن 50% للبنك الوطني الفرنسي ما يعني أنه فقد صلاحيته في التمتع بضمان المؤسسة.

بعد ذلك وقعت مشارطة تحكيم بين البنك العربي من جهة والمؤسسة العربية لضمان الاستثمار، على أن يتم التحكيم في الأردن مكونا من ثلاثة محكمين عرب، والذين أصدروا حكم بإلزام المؤسسة العربية لضمان الاستثمار بدفع المبالغ المضمونة للبنك العربي للاستثمار، وبعدها قام هذا الأخير بأخذ الصيغة التنفيذية على هذا الحكم في بلجيكا وفرنسا لوجود أملاك للهيئة الضامنة في هاتين الدولتين، وذلك على الرغم من الطعن المقدم من الهيئة الضامنة.

غير أن محكمة الطعن في باريس وبروكسل استندت إلى نص المادة السابعة من معاهدة نيويورك لتنفيذ الأحكام الأجنبية، التي تجيز التنفيذ إن كان قانون دولة التنفيذ أكثر مرونة من المعاهدة، وقضت بتنفيذ هذا الحكم التحكيمي [(731)].

---

[731]– أنظر حول قضية البنك العربي الدولي للاستثمار: **عبد الله عبد الكريم محمد عبد الله**، ضمانات الاستثمار في البلاد العربية: دراسة قانونية لأهم التشريعات العربية والمعاهدات الدولية مع الإشارة إلى منظمة التجارة العالمية ودورها في هذا المجال، المرجع السابق، ص ص. 126–127.

بهذا الشكل، يمكن التأكيد على أن الضمانات المقررة في عقد ضمان الاستثمار الدولي تشمل على مختلف الجوانب القانونية والمالية والإجرائية الكفيلة بتحقيق الأمان والاطمئنان الذي يبتغيه المستثمر المضمون كي يقدم على إنجاز مشروعه وهو ضامن لنتائجه، فوجود هيئة دولية كطرف في هذا العقد يمنح نوعا من الاطمئنان لدى المستثمر المتعاقد، فهي تقوم بدور الضامن في تغطية الخسائر التي تصيبه نتيجة تحقق المخاطر غير التجارية المحتملة، والحلول محله في مواجهة الدولة المضيفة، ما يجعل المستثمر مطمئن على عدم خسارة أمواله وخبراته، إلى جانب الحفاظ على آماله وطموحاته، حفاظا على ديمومة انتقال رؤوس الأموال.

الخاتمـــــة

أصبح واضحا أن المخاطر غير التجارية تعد في عصرنا الحالي إحدى أهم العوامل التي يمكن أن تحدد قرار الاستثمار الأجنبي، لذلك يعد توفير الحماية المناسبة للاستثمارات الأجنبية ضد مختلف الإجراءات الحكومية التي تستهدف حقوق وأموال المستثمر محور اهتمام المجموعة الدولية، التي أولت اهتماما واسعا لفكرة الضمان الدولي للاستثمارات الأجنبية، لاسيما بعد عجز الأساليب التقليدية وقواعد القانون الدولي العرفي المقررة لحماية الاستثمارات الأجنبية عن توفير القدر المناسب من الحماية لهذه الاستثمارات.

إذ جاءت فكرة إنشاء هيئات دولية متخصصة في ضمان الاستثمارات الأجنبية كتعبير عن وجود إرادة سياسية واعية تقبل التنازل عن بعض السلطات لصالح هذه الهيئات، والتي خولت لها سلطة استخدام وسائل وأدوات متنوعة ومتباينة من شأنها أن تحقق الحماية والطمأنينة للمستثمر الأجنبي ضد أية إجراءات يمكن أن تتخذها الدول المضيفة، ومن شأنها المساس بحقوقه المترتبة عن هذا الاستثمار، ودون أن يمس ذلك بحقوق الدول المضيفة وسياداتها في التصرف في ملكية الاستثمارات الأجنبية الموجودة في أقاليمها.

فنظام الضمان الدولي للاستثمار يعد عاملاً من عوامل الوقاية والتقارب بين النظم الدولية، فهو يضم كلاّ من الدول المصدرة والدول المستوردة لرؤوس الأموال التي يفترض أن لها مصلحة مشتركة في عدم حدوث المخاطر غير التجارية، وتوفير الحماية المناسبة للاستثمارات الأجنبية، فهو نظام تسعى من خلاله هيئات الضمان الدولية إلى إرساء قواعد قانونية موحدة لمعاملة الاستثمارات الأجنبية وحمايتها ضد المخاطر غير التجارية، على الأقل دون أن يجرد مباشرة أية دولة من الدول الأعضاء من حقها في ممارسة حقوقها السيادية على إقليمها.

كما يوفر هذا النظام لدى المستثمر الأجنبي ضمانات مالية معتبرة تجعله مطمئناً إلى رؤوس أمواله، ويضمن له حفظ حقوقه ومشروعه الاستثماري من أي خطر يهدده أو يحدق به، فهو يمنح له ضماناً أكبر وحماية مناسبة لممتلكاته ضد المخاطر التجارية.

بذلك يكون عقد الضمان وسيلة قانونية في أيدي المستثمر تجعل الضمانات القانونية الواردة في اتفاقيات الضمان الدولية بمثابة التزامات تعاقدية تخول لهيئة الضمان إلزام الدول المضيفة بعدم الإخلال بها والتعويض عنها في حالة مخالفتها، ويضع الضمان ضد مخاطر

التحويل حدا لتصرفات الدول المضيفة والتي من شأنها أن تعرقل نشاط المستثمر، ممّا يساعد على تشجيع تدفق الاستثمارات وخاصة نحو الدول التي تكون بحاجة إلى العملة الصعبة.

إضافة لذلك يساعد هذا النظام على تجسيد قواعد القانون الدولي المقررة لحماية الاستثمارات الأجنبية، ومنها تثبيت عقود الاستثمار وحماية المستثمر من أي تصرف انفرادي للدول المضيفة من شأنه المساس بهذا الاستثمار، إلى جانب الحماية التي توفرها هذه العقود في أوقات الحروب وتوتر العلاقات وحدوث اضطرابات في الدول المضيفة.

بعبارة أخرى، إن عقود ضمان الاستثمار الدولية تضع في أيدي المستثمر الأجنبي آلية قانونية دولية فعالة توفر له حماية مناسبة لاستثماره، وهي حماية لم يتمكن القانون الدولي العرفي من توفيرها.

وإذا كانت هذه العقود لا تمنع حدوث المخاطر غير التجارية، إذ أثبتت التجربة أن استعمالها في المعاملات الاقتصادية الدولية لم يمنع حدوث المخاطر غير التجارية، لاسيما في الدول التي تُعرّف بعدم الاستقرار السياسي والاقتصادي والاجتماعي، إلا أن ذلك لا يمنع القول بأنها عقود تقدم للمستثمر الأجنبي حماية مناسبة ضد الآثار المترتبة عن تحقق هذه المخاطر، فهي الوسيلة القادرة على توفير أكبر قدر ممكن من الحماية للاستثمارات الأجنبية، وتبعث الثقة والاطمئنان لدى المستثمر الأجنبي لوجود جهاز دولي يتولى بنفسه التعويض عن ذلك، ويجنب المستثمر مطالبة الدول المضيفة بتعهداتها الدولية التي قد تعجز عن الوفاء بها نتيجة لأوضاعها المالية والاقتصادية.

الثابت من ذلك كثرة عدد الاستثمارات المستفيدة من الضمان، وتزايد عدد المستفيدين من خدمات هيئات الضمان الدولية، فقد ساهمت هذه الهيئات في تكوين رؤوس أموال معتبرة لدى الدول الأعضاء وتشجيع تدفقها. إذ تشير الأرقام إلى الإرتفاع الكبير لعدد العقود المبرمة سنويا، فمثلا قامت الوكالة الدولية لضمان الاستثمار على مدى العقود الثلاثة الماضية أي منذ إنشائها في سنة 1988 وإلى سنة 2018 وبشكل مباشر، ضامن ما يقارب 50 مليار دولار من الاستثمارات في أكثر من 845 مشروعا في 111 بلدا ناميا[732]. وارتفعت قيمة عمليات ضمان

[732]– هذا ما ورد في الذكر الثلاثين(30) لإنشاء الوكالة، ضمانات الوكالة الدولية لضمان الاستثمار في السنة المالية 2018، الوكالة الدولية لضمان الاستتثمار، واشنطن 23 يوليو 2018.

المؤسسة العربية لضمان الاستثمار إلى حوالي 16 مليار دولار مع نهاية عام 2017، بإجمالي عقود ضمان إستثمار بلغت 226.5 مليون دولار[733].

إلا أنه وبصرف النظر عن عدد عقود الضمان المبرمة والنتائج المحققة، فإننا لاحظنا أن هذه العقود تنطوي على مجموعة النقائص تجعلها محدودية الفعالية بالنظر إلى ما هو مقرر في نظام الضمان الدولي للاستثمار، فهي لم تصل إلى تحقيق النمو المنشود وازدهار المؤسسات لاسيما في الدول النامية كما هو مقرر، وذلك لعدة اعتبارات:

(أ)- يقوم النظام القانوني لهذه العقود على مجموعة من الضوابط والشروط المتعلقة بصلاحية الاستثمار والمستثمر المقبول للضمان ونوعية الخطر وحدود الضمان، وهذه الضوابط يمكن أن تؤثر بشكل واضح على دور مؤسسات الضمان الدولية في توفير التغطية الكاملة والشاملة للمال الأجنبي في حركته بين الدول الأعضاء، لاسيما عندما تشكل هذه الشروط عبئاً على أي من المستثمر المضمون والدول المضيفة للاستثمار.

(ب)- إن هذه العقود لا تتضمن تحديدا دقيقا وواضحا لحقوق المستثمر المضمون، فتحديد مجال نطاقها يخضع للسلطة التقديرية لهيئة الضمان الدولية، إستنادا لما تنص عليه الاتفاقيات الدولية لضمان الاستثمار، وهذه الأخيرة تتميز معظم أحكامها بالعمومية ممّا قد يؤدي إلى إعطائها تفسيرات عدة قد تخرجها عن مقاصدها، خاصة ما يتعلق بطبيعة المخاطر غير التجارية.

فبالرغم من إضفاء المرونة على بعض أحكام هذه الاتفاقيات لاسيما تحديد أنواع المخاطر القابلة للضمان، إلا أن ذلك يبقى خاضعا للسلطة التقديرية لهيئة الضمان التي تقرر ذلك، والتي تتخذ فيها القرارات على أساس توزيع الأصوات بين الدول الأعضاء حسب مساهمتها في رأس مال هيئة الضمان الدولية، ممّا يعني أن الدول المتقدمة والمصدرة لرؤوس الأموال هي التي تحظى بحصة الأسد في نصيب الأصوات وبالتالي فالقرارات ستصدر لصالح مواطنيها.

(ج)- إن استفادة الدول النامية المستوردة لرأس المال من خدمات نظام الضمان الدولي مرهون بمدى مساهمة هذه الدول ومشاركتها في تحمل الأعباء المالية لهذا النظام، والذي قد يفرض

[733]- التقرير السنوي للمؤسسة العربية لضمان الاستثمار 2017، المؤسسة العربية لضمان الاستثمار، الكويت، 2017.

عليها أعباء مالية زائدة مقارنة بالدول المصدرة لرأس المال، مما قد يجعلها تحجم عن المشاركة في هذا النظام، لأن مساهمتها لا تتناسب في جميع الأحوال مع ما تجنيه من فوائد تعود عليها، وبالتالي حرمان مستثمري هذه الدول من الاستفادة من خدمات الضمان الدولي. هذا ما يفسر الهدف الحقيقي من وراء إنشاء هذا النظام وهو تحقيق مصالح الدول المصدرة لرؤوس الأموال على حساب الدول المستقبلة لها، والتي ليس لها إلا قبولها للشروط التي تملى عليها، فكأن من يحتاج للضمان هو الطرف القوي والطرف الضعيف ليس في حاجة إلى الضمان.

(د)– إن القول بمدى نجاح هذه العقود الجديدة ودورها في حماية الاستثمار الأجنبي لا يقاس بعدد عقود الضمان التي أبرمتها هيئات ضمان الدولية فقط، ولا يقاس بحجم الاستثمارات التي قدم لها الضمان، إنما لابد أن يقاس كذلك بمدى مساهمتها الفعلية في تنمية اقتصاديات الدول الأعضاء دون تعرضها لخطر السيطرة الأجنبية. إلا أننا لاحظنا من خلال هذا البحث أن نظام الضمان الدولي للاستثمار الأجنبي يولي اهتماما كبيرا بمصالح المستثمرين الأجانب والذين لا تتوافق مصالحهم مع مصالح الدول المضيفة إلا بصورة عرضية، ممّا قد يعرض هذه الدول لمخاطر السيطرة الأجنبية ويلحق الضرر بالمصالح الاقتصادية لتلك الدول، لاسيما والتكتلات الاقتصادية الحديثة والشركات مُتعددة الجنسيات التي أصبحت تشكل أكبر خطر بالنسبة للدول المضيفة.

الأمر الذي يستوجب من هيئات الضمان الدولية تكثيف جهودها والعمل لتحقيق الاكتمال في النظام القانوني لهذه العقود بما يسمح لها الوصول للهدف الأساسي من إيجادها، وهو توفير الحماية للاستثمارات الأجنبية من جهة وتحقيق التنمية الاقتصادية للدول الأعضاء من جهة أخرى، أي العمل لتحقيق التوازن بين فكرة الضمان التي ينطوي عليها العقد وفكرة الحماية. وفي ذلك نودّ تقديم مجموعة من الاقترحات تتمثل فيما يلي:

(أ)– وضع قواعد موحدة تخدم مصلحة الاستثمارات الأجنبية بعيدا عن أية مصلحة خاصة تنفرد بها الدول المصدرة بما لها من قوة في مواجهة الدول المستوردة لرؤوس الأموال، وذلك بعدم الإساءة في معاملة الاستثمارات الأجنبية من طرف الدول الأعضاء، ويتعين على هيئات الضمان الدولية التركيز في منح الضمان على المشاريع ذات الأهمية للدول المضيفة والتي من

شأنها أن تساهم في تنمية اقتصادها الوطني، وإدخال التقنية الحديثة لها، وتوفير فرص العمل فيها.

(ب)- تحسين الوعي التأميني، فهيئات الضمان الدولية أصبحت الآن معروفة في العديد من المجالات، إلا أنه لا زال هناك جهد كبير يجب القيام به للتعريف بها وتركيز مكانتها في السوق، فيجب على هذه الهيئات وضع برامج وآليات لتطوير ورفع مستوى الوعي والإرشاد لدى المستفيدين من الضمان، وتمكينهم من فهم المخاطر السياسية ومساعدتهم في اتخاذ قرارات فعالة ومناسبة، وتشجيعهم على توجيه استثماراتهم نحو الدول النامية مع مرافقتهم بالضمان المناسب ضد المخاطر غير التجارية بواسطة عقود ضمان الاستثمار الدولية.

(ج)- التحسيس والتوعية بموضوع الخطر، وذلك من خلال قيام هيئات الضمان الدولية بإجراء ندوات ومؤتمرات للتعريف بأهمية الضمان ضد المخاطر غير التجارية، وإجراء الأبحاث في سبيل إيجاد طرق جديدة لتجنب الخسائر، وكذلك التعاون مع الدول الأعضاء في هذا الخصوص وتطوير أوضاعها وتهيئة المناخ الملائم لعمل الاستثمارات الأجنبية، من خلال مساعدة الدول التي تعاني اضطرابات سياسية وأمنية وتشجيعها على إعادة الاستقرار إليها كمحاولة لخفض درجة المخاطر، وتحسين مناخ الاستثمار والتقليل من الإجراءات البيروقراطية، وتطوير وتحديث القوانين والتشريعات اللازمة لاستقطاب الاستثمار الأجنبي لتتناسب والظروف والمستجدات العالمية.

(د)- تعديل أحكام الاتفاقيات المنشئة لهيئات الضمان الدولية على نحو يسمح لهذه الهيئات بتوسيع دائرة الضمان ضد المخاطر غير التجارية لتشمل المخاطر المستحدثة كالمخاطر الناجمة عن حالات الحرب واختطاف الطائرات، ومخاطر الإرهاب الدولي.

فأمام تراجع المخاطر السياسية التقليدية كأخطار التأميم ونزع الملكية والمصادرة، فإنه لابد من تعديل أحكام هذه الاتفاقيات وإدراج بعض المخاطر المعروفة حديثا كمخاطر الإرهاب وذلك بصريح العبارة ضمن نصوص الاتفاقية وتنظيمها بنصوص صريحة بما لا يترك مجالا للشك حول ضمانها.

من هنا يمكن للجهاز الإداري للهيئة إعادة النظر في أحكام الاتفاقية إجراء التعديلات المناسبة على أحكامها كلما لزم الأمر ذلك، لغرض استقطاب الحجم الأكبر من المستثمرين الأجانب، كتعديلها على نحو يسمح بإمتداد الضمان لتغطية الخسائر التي تصيب الأصول غير المادية للمشروع الاستثماري نتيجة تحقق خطر الحرب والاضطرابات الداخلية، لأن ذلك أصبح ضرورة يفرضها الواقع الدولي الحديث والذي يشهد عدم استقرار الأوضاع الأمنية في العديد من الدول.

بالإضافة إلى إمكانية تغطية الخسائر التي تترتب عن حالة عدم الاستقرار الاقتصادي في الدول المضيفة كالإجراءات المتعلقة بالانخفاض العام لسعر الصرف أو تخفيضه والتضخم الحاصل في الدولة المضيفة للمشروع، والتي تؤدي إلى تردد المستثمرين عن توجيه رؤوس أموالهم إلى هذه الدول، فضمانها يشكل حافزا قويا بالنسبة للمستثمر، لاسيما عندما يتعلق الأمر باستثمارات ذات أهمية بالنسبة للدول المضيفة.

كما نقترح توسيع مجال التغطية ليشمل العمليات الصادرة من الدول الأعضاء إلى الدول غير الأعضاء في هيئة الضمان الدولية، وذلك قصد التمكن من استرجاع رؤوس الأموال المتواجدة خارج الدول المضيفة والتي خرجت منها خوفا من حدوث مخاطر غير تجارية محتملة.

(هـ)- زيادة رأس مال هيئة الضمان وتكوين احتياطات مالية مناسبة تمكنها من أداء مهامها على أحسن وجه، بما يسمح لها بتغطية المخاطر ذات التكلفة التعويضية المرتفعة والتي تتجه هيئات الضمان الوطنية إلى استبعادها من الضمان، ومن ثم رفع أسعار الضمان لتعويض الخسائر. وتمكين هيئة الضمان من القيام بمهامها على أحسن وجه لاسيما إجراء البحوث ودراسات وتقديم الاستشارات المتصلة بالاستثمار في الدول الأعضاء، وتسويق فرص الاستثمار المتاحة في هذه الدول، وهذا ما يتطلب مصاريف كثيرة.

(و)- إعادة النظر في نظام التصويت الذي تسري عليه نظم الضمان الدولية، فتوزيع الأصوات يجب أن يأخذ بعين الاعتبار القدرات المالية للدول النامية وتمكينها الحصول على نسبة تصويت تتناسب وقدراتها المالية على نحو يجعل إصدار القرارات على مستوى هيئة الضمان

الدولية تكون بشكل متساوٍ على نحو يخدم مصالح مواطني الدول المصدرة لرؤوس الأموال ومواطني الدول المستوردة لرؤوس الأموال على حد سواء.

(ي)- تعزيز نظام التعاون فيما بين هيئات الضمان الدولية من جهة، وتشجيع التعاون بين هذه الهيئات ومؤسسات التأمين الوطنية من جهة أخرى، لمواجهة النقائص التي قد تعتري نظام الضمان الدولي، فمثلا إذا لوحظ أن حجم الاستثمار المضمون محدود في هيئة معينة أو غير صالح للضمان فيكون له الحصول على ضمان الجزء المتبقي لدى هيئة ضمان أخرى دولية كانت أو وطنية، والحكم ذاته ينطبق على نوع الخطر، ومدة الضمان، وجنسية المستثمر.

فلابد من تشجيع وتعزيز إقامة برامج الضمان الشاملة أو التكاملية لتمكين المستثمر من الحصول على الضمان التام لمشروعه، وتمكينه إعادة التأمين على مشروعه أو الضمان عليه لدى مؤسسات ضمان الاستثمار الدولية أو الوطنية التي تمارس نشاطا مشابها بواسطة عقود ضمان متوازية، من خلالها يمكن للمستثمر ضمان جميع استثماراته أيا كان حجمها أو طبيعتها، وتغطية مختلف المخاطر غير التجارية المحتملة.

في الأخير لا يسعنا القول إلى أن نؤكد بأن عقود ضمان الاستثمار الدولية أداة قانونية مهمّة لتحقيق الأمان والضمان الفعال للمستثمر الأجنبي ضد المخاطر غير التجارية، فهي تجعله في مأمن من تحكم الدول المضيفة للاستثمار سواء كانت دولاً نامية أو دولاً متقدمة. فهذه العقود تعكس مستوى التطور الذي بلغه القانون الدولي في مجال حماية الاستثمار بإنشاء نظام دولي لضمان الاستثمار الأجنبي، إلا أنه أصبح من الضروري اليوم على الدول الأعضاء في هذا النظام بدلا من أن تناقش كيف يمكن أن نمنح رأس المال الأجنبي ضمانات، أن تفكر في موازنة ذلك والاستفادة من رأس المال الأجنبي تحقيقا لمصالح الدول المضيفة، وهو الغرض الذي من أجله تم إنشاء نظام دولي لضمان الاستثمار.

تم بحمد الله.

قائمة المراجع

قائمة المراجع

أولا: الكتب

1- **أبو العلا على أبو العلا النمر**، نظرة انتقادية للسياسة التشريعية المصرية في مجال الاستثمار ونقل التكنولوجيا، دار الكتب القانونية، القاهرة، 2003؛

2- **أبو قحف عبد السلام**، الأشكال والسياسات المختلفة للاستثمارات الأجنبية، مؤسسة شباب الجامعة، الاسكندرية، 2003؛

3- ـــــــــــــــــ، اقتصاديات الأعمال والاستثمار الدولي، مطبعة الاشعاع الفنية، القاهرة، 2005؛

4- **أحمد السعيد شرف الدين**، عقود التأمين وعقود ضمان الاستثمار (واقعها الحالي وحكمها الشرعي)، مطبعة حسان، القاهرة، 1986؛

5- ـــــــــــــــــ، نزع الملكية وضمان الاستثمار العربي، دراسة مقدمة إلى مؤتمر الجديد في مجال التأمين(الضمان) في لبنان والعالم العربي، 24، 26 نيسان 2006، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2007؛

6- **الأصبحي مصطفى ياسين محمد حيدر**، حق الأجانب في التملك في القانون الدولي الخاص (دراسة مقارنة) المكتب الجامعي الحديث، الاسكندرية، 2008؛

7- **السنهوري أحمد عبد الرزاق**، الوسيط في شرح القانون المدني –عقود الغرر، عقود المقامرة والرهان والمرتب مدى الحياة وعقد التأمين–، المجلد السابع، العدد الثاني، (د.د.ن)،(د.ب.ن)،(د.ت.ن)؛

8- **السيد حداد حفيظة**، الاتجاهات المعاصرة بشأن اتفاق التحكيم (من حيث استقلالية التحكيم وأثاره والنظام القانوني الذي يحكمه ومدى تأثر قانون التحكيم المصري الجديد بها، دار الفكر الجامعي، القاهرة، 2001؛

9- **بسيوني عبد الله عبد الغني** ، القانون الإداري، الدار الجامعية للطباعة والنشر، بيروت، 1993؛

10- **بشار محمد الأسعد،** عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2006؛

11- **بن عبيدة عبد الحفيظ،** الجنسية ومركز الأجانب في الفقه والتشريع الجزائري، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2005؛

12- **جلال وفاء محمدين،** التحكيم بين المستثمر الأجنبي والدولة المضيفة للاستثمار، أمام المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار، الدار الجامعية الجديدة للنشر،القاهرة، 2001؛

13- **حسين منصور محمد،** مبادئ عقد التأمين، الدار الجامعية للطباعة والنشر، القاهرة، (د.ت.ن)؛

14- **حمدى أحمد سعد،** دور التامين في مواجهة مخاطر الأعمال الإرهابية: دراسة مقارنة، دار الكتب القانونية، القاهرة، 2010؛

15- **حمزة عبد الكريم محمد حماد،** مخاطر الاستثمار في المصارف الإسلامية، دار النفائس للنشر والتوزيع، عمان، 2008؛

16- **دريد كامل آل شبيب،** الاستثمار والتحليل الاستثماري، دار اليازوري العلمية للنشر والتوزيع، عمان، 2008؛

17- **دريد محمود السامرائي،** الاستثمار الأجنبي المعوقات والضمانات القانونية، مركز دراسات الوحدة العربية، بيروت، 2006؛

18- **رضا عبد السلام،** محددات الاستثمار الأجنبي المباشر في عصر العولمة: دراسة مقارنة لتجارب كل من شرق وجنوب شرق أسيا مع التطبيق على مصر، المكتبة العصرية للنشر والتوزيع، القاهرة، 2007؛

19- **رمضان علي عبد الكريم دسوقي عامر**، الحماية القانونية للاستثمارات الأجنبية المباشرة ودور التحكيم في تسوية المنازعات الخاصة بها(FDI) المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، 2011؛

20- **سميح عبد الفتاح مسعود،** قضايا اقتصادية عربية، دار الشروق للنشر والتوزيع، عمان، 2009؛

21- **سيد سالم عرفة،** إدارة المخاطر الاستثمارية، دار الراية للنشر والتوزيع، عمان، 2009؛

22- **عبد الحميد الأحدب**، موسوعة التحكيم، التحكيم في البلدان العربية، منشورات الحلبي، الطبعة الثالثة، بيروت، 2008؛

23 -**عبد الله عبد الكريم عبد الله**، ضمانات الاستثمارات الأجنبية ضد المخاطر غير التجارية(دراسة في أحكام اتفاقية إنشاء الوكالة الدولية لضمان الاستثمار)، دراسة مقدمة إلى مؤتمر الجديد في مجال التأمين(الضمان) في لبنان والعالم العربي، بيروت 24 ،26 نيسان 2006، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2007؛

24- ـــــــــــــــــــــ، ضمانات الاستثمار في الدول العربية: دراسة قانونية مقارنة لأهم التشريعات العربية والمعاهدات الدولية مع الإشارة إلى منظمة التجارة العالمية ودورها في هذا المجال، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2008؛

25- **عبد الله عزات بركات**، مناخ الاستثمار في الوطن العربي الواقع والعقبات والأفاق المستقبلية، قضايا اقتصادية وإدارية معاصرة في مطلع القرن الواحد والعشرين، مكتبة المجتمع العربي للنشر والتوزيع، عمان، 2009؛

26- **عصام الدين مصطفى بسيم**، النظام القانوني للاستثمارات الأجنبية الخاصة في الدول الآخذة في النمو، دار النهضة العربية، بيروت، 1972؛

27- **عليوش قربوع كمال**، قانون الاستثمارات في الجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1999؛

28- ـــــــــــــــــ، التحكيم التجاري الدولي في الجزائر، الطبعة الثالثة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2005؛

29- **عمر هاشم محمد صدقة**، ضمانات الاستثمارات الأجنبية في القانون الدولي، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، (د.ت.ن)؛

30- **عيبوط محند وعلي**، الاستثمارات الأجنبية في القانون الجزائري، دار هومة، الجزائر, 2014؛

31- **فؤاد محمد أبو طالب**، التحكيم الدولي في منازعات الاستثمار الاجنبية، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، 2010؛

32- **فوزي محمد سامي**، شرح القانون التجاري، التحكيم التجاري الدولي – دراسة مقارنة لأحكام التحكيم التجاري الدولي كما جاءت في القواعد والاتفاقيات الدولية والإقليمية والعربية، مع إشارة إلى أحكام التحكيم في التشريعات العربية –، الجزء الخامس، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان، 1994؛

33- **قادري عبد العزيز**، الاستثمارات الدولية- التحكيم التجاري الدولي، ضمان الاستثمارات- دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع ، الجزائر، 2004؛

34- **قيس جواد العزاوي**، الضمانات السياسية والأمنية والاقتصادية للاستثمار عربيا وأوروبيا، دراسة مقدمة في أعمال المؤتمر الدولي التاسع الذي نظمه مركز الدراسات العربي- الأوروبي في بيروت من 13 إلى 15 فيفري 2001 حول أفاق وضمانات الاستثمارات العربية الأوروبية، دار بلال للطباعة، دار بيسان للتوزيع، بيروت، 2001؛

35- **محمد عبد العزيز عبد الله عبد**، الاستثمار الأجنبي المباشر في الدول الإسلامية في ضوء الاقتصاد الإسلامي، دار النفائس للنشر والتوزيع، عمان، 2005؛

36- **مصطفى أحمد فؤاد**، القانون الواجب التطبيق على العقد المبرم بين المنظمة الدولية وشخص القانون الداخلي، منشأة المعارف، الاسكندرية، (د.ت.ن)؛

37- **منى محمود مصطفى**، الحماية الدولية للاستثمار الأجنبي المباشر ودور التحكيم في تسوية منازعات الاستثمار، دار النهضة العربية للطبع والنشر والتوزيع، القاهرة، 1990؛

38- **نجار إبراهيم، زكي بدوي أحمد، شلال يوسف**، القاموس القانوني، فرنسي- عربي، مكتبة لبنان، الطبعة الرابعة، بيروت، 1995؛

39- **نزيه عبد المقصود محمد مبروك**، الآثار الاقتصادية للاستثمارات الأجنبية، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، 2007؛

40- **هشام خالد**، الحماية القانونية للاستثمارات العربية، مؤسسة شباب الجامعة للطباعة والنشر والتوزيع، الاسكندرية، 1988؛

41- ـــــــــــ، المؤسسة العربية لضمان الاستثمار-دراسة مقارنة –، مؤسسة شباب الجامعة للطباعة والنشر والتوزيع، الاسكندرية، 1988؛

42- **هشام خالد**، خصائص وطبيعة عقد ضمان الاستثمار العربي، مؤسسة شباب الجامعة للطباعة والنشر والتوزيع، الاسكندرية، 1988؛

43- ـــــــــــ، شرط الجنسية وفقا للنظام العربي لضمان الاستثمار، مؤسسة شباب الجامعة للطباعة والنشر والتوزيع، الاسكندرية، 1988؛

44- ـــــــــــ، عقد ضمان الاستثمار، القانون الواجب التطبيق عليه وتسوية المنازعات التي قد تثور بشأنه، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، 2000؛

45- ـــــــــــ، عقدا ضمان الاستثمار العربي والإسلامي، دراسة مقدمة إلى مؤتمر الجديد في مجال التأمين(الضمان) في لبنان والعالم العربي، بيروت 24 ،26 نيسان 2006، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2007؛

46- **هشام علي صادق**، النظام العربي لضمان الاستثمار ضد المخاطر غير التجارية، منشأة المعارف، الاسكندرية، 1977؛

47- **هشام علي صادق**، الحماية الدولية للمال الأجنبي، الدار الجامعية للطباعة والنشر، بيروت، (د.ت.ن)؛

48- **هيل عجمي جميل**، الاستثمار الأجنبي المباشر الخاص في الدول النامية: الحجم والاتجاه والمستقبل، مركز الدراسات والبحوث الإستراتجية، الإمارات العربية المتحدة، 1999.

ثانيا: الرسائل والمذكرات الجامعية

(أ)- الرسائل الجامعية

1- **ارزيل كاهنة**، دور آلية تأمين القرض عند التصدير في التجارة الخارجية(دراسة مقارنة)، رسالة لنيل شهادة دكتوراه في العلوم: التخصص: القانون، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، كلية الحقوق، 2009؛

2- **أوباية مليكة**، المعاملة الادارية للاستثمار في النشاطات المالية وفقا للقانون الجزائري، أطروحة لنيل درجة دكتوراه في القانون، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2016؛

3- **تعويلت كريم**، فعالية اتفاق التحكيم التجاري الدولي، أطروحة لنيل درجة دكتوراه في العلوم، تخصص: القانون، جامعة مولود معمري تيزي وزو، كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2017؛

4- **ثلجون سميشة**، التشريعات المنظمة للاستثمار الأجنبي المباشر في دول المغرب العربي، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم، التخصص: القانون، جامعة مولود معمري تيزي وزو، كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2017؛

5- **حسين نوارة**، الحماية القانونية لملكية المستثمر الأجنبي في الجزائر، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم، التخصص: القانون، جامعة مولود معمري تيزي وزو، كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2013؛

6- **زروال معزوة**، الضمانات القانونية للاستثمار في الجزائر: الجزء الأول، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2016؛

7- **شنتوفي عبد الحميد**، المعاملة الإدارية والضريبية للاستثمارات في الجزائر، أطروحة لنيل شهادة دكتوراه في العلوم، تخصص: القانون، جامعة مولود معمري تيزي وزو، كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2017؛

8- **عاطف ابراهيم محمد**، ضمانات الاستثمار في البلاد العربية في ضوء أحكام المؤسسة العربية لضمان الاستثمار، رسالة مقدمة للحصول على درجة الدكتوراه في الحقوق، جامعة عين الشمس، كلية الحقوق، قسم القانون الدولي العام، 1998؛

9- **عبد اللاوي خديجة**، النظام القانوني للاستثمار الأجنبي في الجزائر وفي فرنسا: دراسة مقارنة، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم تخصص القانون الخاص، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم القانون الخاص، 2018؛

10- **عمر مصطفى جبر اسماعيل**، ضمانات الاستثمار في الفقه الإسلامي وتطبيقاتها المعاصر، أطروحة دكتوراه في الفقه والأصول، الجامعة الأردنية، كلية الدراسات العليا، 2007؛

11- **عيبوط محند وعلي**، الحماية القانونية للاستثمارات الأجنبية في الجزائر، رسالة لنيل درجة دكتوراه دولة في القانون، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، كلية الحقوق، 2006؛

12- **قبايلي طيب**، التحكيم في عقود الاستثمار بين الدول ورعايا الدول الاخرى على ضوء اتفاقية واشنطن، رسالة لنيل درجة دكتوراه في العلوم، تخصص: القانون، جامعة مولود معمري تيزي وزو، كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2012؛

13- **قرطبي سهيلة**، منظومة التحكيم ومساهمتها في حل منازعات الاستثمار، أطروحة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه في العلوم، تخصص القانون الخاص، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2018؛

14- **كعباش عبد الله**، مسؤولية الدولة المضيفة تجاه أموال المستثمر الأجنبي، أطروحة دكتوراه في القانون، فرع القانون الدولي والعلاقات الدولية، جامعة الجزائر(1)، كلية الحقوق "بن عكنون"، 2013؛

15- **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، 1998؛

16- **معيفي عزيز**، الوسائل القانونية لتفعيل الاستثمارات في الجزائر، أطروحة لنيل درجة دكتوراه في العلوم، تخصص القانون، جامعة مولود معمري تيزي وزو، كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2015؛

17- **والي نادية**، النظام القانوني الجزائري للاستثمار ومدى فعاليته في استقطاب الاستثمارات الأجنبية، أطروحة لنيل شهادة دكتوراه في القانون، جامعة مولود معمري تيزي وزو، كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2015.

(ب) مذكرات الماجستير

1- **أسيا حنافي**، الضمانات الممنوحة للاستثمارات الأجنبية في الجزائر: دراسة قانونية، مذكرة لنيل درجة الماجستير في الحقوق، فرع قانون الأعمال، جامعة الجزائر"يوسف بن خدة" كلية الحقوق، 2008؛

2- **ديدي ابراهيم**، الاتفاقيات الدولية لضمان الاستثمار- دراسة مقارنة-، مذكرة لنيل درجة الماجستير في القانون، فرع القانون الدولي والعلاقات الدولية، جامعة الجزائر، 2002؛

3- **عينوش عائشة**، ميكانيزمات ضمان الاستثمارات الأجنبية في الجزائر. مذكرة لنيل درجة الماجستير في القانون، فرع قانون الأعمال ، جامعة مولود معمري، تيزي- وزو، كلية الحقوق، 2002؛

4- **مديحة بلاهدة**، وضعية الاستثمار الأجنبي في الجزائر، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق، فرع قانون الأعمال، جامعة الجرائر، كلية الحقوق بن عكنون، 2014؛

5- **منصور مصطفى يوسف**، النظام القانوني للاستثمارات الاجنبية في الاردن، رسالة ماجستير في القانون، كلية الدرسات العليا، الجامعة الاردنية، قسم الدرسات العليا لعلوم الشريعة والحقوق والسياسية، الاردن، 1991؛

6- **نضال عدنان زريقات**، أثر مخاطر الدولة في جذب الاستثمارات الاجنبية المباشرة : حالة الأردن، رسالة قدمت استكمالا لمتطلبات منح درجة الماجستير، كلية الدراسات الادراية والمالي العاليا، جامعة عمان العربية للدرسات العليا، الأردن، 2006؛

7- **هاشمي أعمر**، سيادة الدول النامية في عقود الاستثمار، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع القانون الدولي للأعمال، جامعة مولود معمري تيزي وزو، كلية الحقوق والعلوم السياسية، مدرسة الدكتوراه، 2016.

ثالثا: المقالات

1- **ابراهيم حسن ملكاوي**، "صناعة ضمان الاستثمار العربية تمر في ظروف تحول"، مجلة الاقتصاد المعاصر، العدد 32- 38، القاهرة، 2001، ص ص. 11-13؛

2- **أحمد السعيد الزقرد**، " نحو نظرية عامة لصياغة العقود – دراسة قانونية في مدى القوى الملزمة لمستندات التعاقد-"، مجلة الحقوق، العدد 03، السنة 25، الكويت،2001، ص ص. 177-208؛

3- **أحمد السعيد شرف الدين**، "نزع الملكية وضمان الاستثمار العربي"، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، العدد الأول والثاني، السنة 26، القاهرة، 1984، ص ص. 01-52؛

4- **أسيل باقر جاسم وعلي كاظم حمزة،** " شركات التأمين الدولية على المشروع الاستثماري"، مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية، العدد 02، السنة الثامنة، بغداد، 2016، ص ص.643-676؛

5- **إقلولي محمد،**" العقود بين الدول ورعايا دول أخرى وتطور القانون الدولي للاستثمارات"، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، العدد الأول، الجزائر، 2010،ص ص. 81-99؛

6- **الحكيم علي،**"الوكالة الدولية لضمان الاستثمار والخدمات التي توفرها للمستثمرين في الدول النامية"، مجلة المال والاقتصاد في الشرق الأوسط، العدد 270، السنة 25، الكويت، 1989، ص ص. 32- 34؛

7- **الطاهر برايك،** "أحكام العقد المبرم بين المستثمر الأجنبي وهيئة الضمان"، مجلة الدراسات القانونية، المجلد 03، العدد 02، الجزائر، 2018، ص ص. 72-87؛

8- **النجار سعيد،** "التحديات التي تواجه الاستثمار في الوطن العربي"، مجلة المصارف العربية، عدد خاص(أفاق الاستثمار في الوطني العربي)، العدد 136، المجلد الثاني عشر، بيروت، أبريل 1996، ص ص. 24-41؛

9- **أمحمدي بوزينة آمنة،** "إشكالية الخلط بين الإرهاب الدولي والمقاومة المسلحة(حالة المقاومة الفلسطينية)"، مجلة جامعة الإسراء للعلوم الإنسانية، العدد الأول، فلسطين، 2016، ص ص.11-59؛

10- **برت دكاش،** "الربيع العربي يرخي بثقله على قطاع التأمين: تزايد الضغوط لرفع أسعار إعادة التأمين"، مجلة الاقتصاد والأعمال، العدد 382، السنة 33، بيروت، أكتوبر 2011، ص ص.84- 87؛

11- **بسكري رفيقة،** "التحكيم كضمانة إجرائية لتسوية منازعات الاستثمار الدولية"، مجلة الباحث للدراسات الاكاديمية، العدد 09، الجزائر، جوان 2016، ص ص.171-188؛

12- **بقة حسان،**"دور الضمانات والمبادئ الدولية في حماية ملكية المستثمر الأجنبي"، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، مجلد16، العدد 02، الجزائر، 2017، ص ص. 95-108؛

13- **بن شعلال محفوظ،** "الاستثمار الجزائري في الخارج"، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، المجلد12، العدد 02، الجزائر، 2015، ص ص. 445-471؛

14- **بن هلال ندير**، "مظاهر تعدي المشرع الجزائري على مبدأ المساواة في المعاملة بين المستثمرين الوطنيين والأجانب"، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، العدد 02، الجزائر، 2015، ص ص. 472-491؛

15- **بولقرارة زايد**، "ممارسة حق الشفعة على الاستثمار الخاص الأجنبي في القانون الجزائري"، مجلة القانون، المجتمع والسلطة، الجزائر، العدد 06، 2017، ص ص.137- 156؛

16- ـــــــــــ، "خوصصة المؤسسة العمومية الاقتصادية في ظل القانون رقم 16-09 المتعلق بترقية الاستثمار"، مجلة أبحاث قانونية وسياسية، العدد 06، الجزائر، جوان 2018، ص ص. 109-124؛

17- **جغلول زغدود – سيف الدين بوجدير**، "ضمانات الاستثمار الأجنبي في القانون الجزائري (وفقا للتشريع الداخلي والاتفاقيات الثنائية والمتعددة الأطراف)"، مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية، العدد 11، الجزائر، جوان 2017، ص ص. 593-611؛

18- **جلال عزيزي**، "الشراكة الأجنبية في قانون الاستثمار الجزائري، شرط تميزي أم حتمية اقتصادية"، مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية، العدد الثالث عشر(13)، الجزائر، جويلية 2018، ص ص.534-551؛

19- **جلال عزيزي وعبد الكريم موكه**، "عقد الامتاز كآلية لاستغلال العقار الموجه للاستثمار: العقار الصناعي – نموذجا-"، مجلة أبحاث قانونية وسياسية، العدد03، الجزائر، 2007، ص ص. 127-139؛

20- **جوزف طربيه**، "الوطن العربي واحة جذابة للاستثمار"، مجلة اتحاد المصارف العربية، العدد285-287، بيروت، أكتوبر 2004، ص ص. 07-09؛

21- **حسن عطية**, "رؤية تحليلية لتوجهات قوانين الاستثمار الأجنبي في الدول العربية"، مجلة التعاون الصناعي، العدد 37، السنة العاشرة، قطر، يوليو 1989، ص ص.22-36؛

22- **حسين نوارة**،" الحماية القانونية لملكية المستثمر الأجنبي في الجزائر"، المجلة النقدية، العدد الأول، كلية الحقوق، تيزي وزو، 2009، ص ص. 55-105؛

23- **خالد الزامل**، "قانون استثمار جديد يجيز التملك العقاري للأجانب"، مجلة الاقتصاد والأعمال، العدد 223-226، بيروت، أكتوبر 1998، ص ص.56-58؛

24- **خالد محمد الجمعة،** "إنهاء الدولة المضيفة للاستثمار اتفاقية الاستثمار مع المستثمر الأجنبي (الطرق، المشروعة، الشروط)"، مجلة الحقوق، العدد الثالث، الكويت، 1999، ص ص. 67-135؛

25- **رحماني أحمد،** "نزع الملكية من أجل المنفعة العمومية"، مجلة إدارة، المجلد 04، العدد 02، الجزائر، 1994، ص ص. 05- 57؛

26- **زبير دغمان،** "الأساليب الجوهرية والتدابير الفعالة لحماية الاستثمار الأجنبي"، مجلة الباحث للدارسات الأكاديمية، العدد 08، الجزائر، جانفي 2016، ص ص 156-183؛

27- **زيداني توفيق،** "حق الأجانب في التملك العقاري في التشريع الجزائري"، مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية، العدد 13، الجزائر، جويلية 2018، ص ص.424-440؛

28- **سعيد عبد العليم علي عماره،** "تأمين الأخطار السياسية والتجارة الدولية ومناخ الاستثمار في العالم العربي"، مجلة التأمين العربي ، الامانة العامة للاتحاد العام العربي للتأمين، العدد 39، السنة الحادية عشر، القاهرة، أكتوبر- نوفمبر 1993، ص ص. 24-39؛

29- **سلامي ميلود،** "الضمانات القانونية للاستثمار الأجنبي في الجزائر"، مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية، العدد 06، الجزائر، 2015، ص ص64-89؛

30- **سماعيلي حسام الدين، لعجال يسمينة،** دور عقد الضمان في توطين رؤوس الأموال الأجنبية في الجزائر، مجلة دفاتير السياسة والقانون، العدد 17، الجزائر، جوان 2017، ص ص. 15-26؛

31- **شحاته إبراهيم،** " أول قضية تحكيم بشأن ضمان الاستثمارات الأجنبية، شركة فالنتين البترولية والكيماوية ضد وكالة التنمية الدولية"، المجلة المصرية للقانون الدولي، المجلد 26، القاهرة، 1970، ص ص. 193- 76؛

32- ـــــــــــــ،" تعليق على اتفاقية الوكالة الدولية لضمان الاستثمار"، المجلة المصرية للقانون الدولي ، العدد 41، القاهرة، 1985، ص ص. 187- 215؛

33- ـــــــــــــ،" دور البنك الدولي في تسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمار"، المجلة المصرية للقانون الدولي، العدد 41، القاهرة، 1985، ص ص. 01-24؛

34- **شعبان رأفت عبد اللطيف،** "دور التحكيم التجاري في تسوية منازعات الاستثمار في ضوء الاتفاقيات الدولية والاقليمية وموقف المشرع الجزائري منها"، مجلة المحامي، العدد 30، الجزائر، جوان 2018، ص ص. 37-88؛

35- **شيخ ناجية،**"الطبيعة القانونية لعمليات الصرف"، المجلة النقدية، العدد الأول، كلية الحقوق، تيزي وزو، 2008، ص ص.86-100؛

36- **صديق سالم لاركش،** "إعادة تقييم مشكلة مخاطر الاستثمار في إطار دولي: نموذج الجزائر"، المجلة الدولية للعلوم الاجتماعية، العدد 159، اليونسكو، مارس 1999، ص ص. 175-188؛

37- **عبد الرحمن بن يوسف العالي،** "إدارة المخاطر السياسية: وظيفة جديدة في الشركات متعددة الجنسيات"، مجلة جامعة الملك سعود، العلوم الإدارية(1)، المجلد الرابع، المملكة العربية السعودية، 1992، ص ص. 65-91؛

38- **عبد الله زايد الكاديكي،** "شرط الضمان في عقود الاستثمار النفطية"، مجلة البحوث الاقتصادية، المجلد التاسع، العدد الأول والثاني، طربلس، 1998، ص ص. 36-49؛

39- **عبد الرحمن طه، فادي عبود،** "الإسلامية لتأمين الاستثمار وائتمان الصادرات: ندوة ترويجية في بيروت"، مجلة الاقتصاد والأعمال، العدد 283، السنة الخامسة والعشرون، بيروت، يوليو 2003، ص ص. 66-68؛

40- **عبد اللطيف عبد اللطيف،** "إدارة خطر البلد ومضمونه في الإدارة الدولية: مثال دول الخليج"، مجلة العلوم الإنسانية، الجزائر، العدد 09، 2006، ص ص. 09-25؛

41- **عبد المومن بن صغير،** "دور اتفاقيات الاستثمار الثنائية في رفع نظام الحد الأدنى لمعاملة الأجانب"، مجلة الفقه والقانون، العدد 12، الرباط، أكتوبر 2013، ص ص. 161-186؛

42-**عدنان القصار،عبد الرحمان طه،**"مؤسسة التأمين الإسلامية تستعد للبدء بضمان الاستثمارات"، مجلة الاقتصاد والأعمال، العدد الأول، بيروت، نوفمبر 1997، ص ص.70-71؛

43- **عصام الدين مصطفى بسيم**، "نماذج عقود الضمان المطبقة في المؤسسة العربية لضمان الاستثمار – دراسة نقدية تحليلية مقارنة لبعض نصوصها"، مجلة الحقوق والشريعة، العدد الأول، السنة 04، الكويت، 1980، ص ص.121- 172؛

44-**عيبوط محند وعلي**، "مبدأ المعاملة العادلة والمنصفة للاستثمارات الأجنبية"، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، العدد الأول، كلية الحقوق، تيزي وزو، 2010، ص ص. 100-128؛

45- **قادري عبد العزيز**،" دراسة في العقود بين الدول ورعايا دول أخرى في مجال الاستثمارات الدولية "عقد الدولة " le contrat d'Etat "، مجلة إدارة، المجلد 07، العدد الأول، الجزائر، 1997، ص ص.31-85؛

46- **كروغلي مقداد**،" نزع الملكية من أجل المنفعة العمومية"، المجلة القضائية، العدد الثاني، الجزائر، 1998، ص ص. 29-42 ؛

47- **لعماري وليد**، " استقرار القانون المطبق على الاستثمار كضمان للمستثمر الأجنبي"، مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية، العدد 09، الجزائر، جوان 2016، ص ص. 334-351.

48- **لورا والاس(LAURA Wallace)**،" الوكالة المتعددة الأطراف لضمان الاستثمار: تنطلق قدما بنشاط "، مجلة التمويل والتنمية، العدد الأول، مجلة تصدر عن صندوق النقد الدولي والبنك العالمي للإنشاء والتعمير، 1992، ص ص. 48- 49؛

49- **مأمون ابراهيم حسن**، "ضمان المخاطر التجارية"، مجلة اتحاد الغرف العربية الخليجية، العدد الثامن عشر، المملكة العربية السعودية، مايو 1986، ص ص.10 -14؛

50- ـــــــــــــــ، "المؤسسة العربية لضمان الاستثمار: انطلاقة جديدة لتدفقات"، مجلة المصارف العربية، المجلد العاشر، العدد 110، بيروت، شباط 1990، ص ص.38-39؛

51- **مأمون ابراهيم حسن**، "استراتيجية المؤسسة العربية لضمان الاستثمار لتشجيع استثمار الأموال العربية المهاجرة للخارج في داخل الدول العربية"، مجلة التأمين العربي، العدد 30، السنة التاسعة، القاهرة، 1991، ص ص.49-52؛

52- ـــــــــــــــ،"الاستثمار العربي: المناخ مقبول لكن التدفقات محدودة"، مجلة الاقتصاد والأعمال، العدد 233، مجلد 31، بيروت، مايو 1999، ص ص.30-32؛

53- **مايا ريدان،** "تغطية الاستثمار الأجنبي ضد المخاطر السياسية"، مجلة الاقتصاد والأعمال، العدد 327-328، مجلد 28، بيروت، أبريل 2007، ص ص.132-133؛

54- **محمود العجلوني محمد،** "المخاطر السياسية للمشروعات الاستثمارية، إدارة المخاطر: تأمين المشروعات الاستثمارية ضد المخاطر السياسية"، مجلة الدراسات المالية والمصرفية، مجلد 05، العدد 03 السنة الخامسة، عمان، سبتمبر 1998، ص ص. 19-31؛

55- **مدوس فلاح الرشيدي،** "ضرورة تطوير وتفعيل الاتفاقية الثنائية لعام 1989 بين دولة الكويت والولايات المتحدة الأمريكية بشأن الضمانات المتبادلة للاستثمار: دراسة تحليلية نقدية في ضوء التطورات الحديثة في القانون الدولي العام"، مجلة الحقوق، العدد الأول، السنة التاسعة عشر، الكويت، مارس 2005، ص ص.13-70؛

56-**مسعداوي يوسف،** "دور المؤسسة الإسلامية لتأمين الاستثمار وائتمان الصادرات(ICIEC) في تعزيز صادرات واستثمارات الدول الأعضاء"، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، المجلد 27، العدد الأول، دمشق، 2011، ص ص.49-68؛

57- **معيفي عزيز،** "تعويض المستثمر بين القانون الدولي والقانون الجزائري: آلية لتفعيل العملية الاستثمارية"، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، السنة التاسعة، المجلد 17، العدد 01، الجزائر، 2018، ص ص.461-475؛

58- **منصور فرج السعيد،** "النظام القانوني للاستثمار الأجنبي في ظل قانون الاستثمار الجديد: دراسة قانونية اقتصادية مقارنة"، مجلة الحقوق، العدد 03، السنة السابعة والعشرون، الكويت، سبتمبر 2003، ص ص.255-350؛

59- **ميشال نوفل،** "النزاع التركي-الروسي: سورية التناقض الرئيسي"، مجلة الدراسات الفلسطينية، مجلد 27، العدد 106، بيروت، 2016، ص ص. 52-58؛

60- **نبيل سكر،** الحاجة الى صياغة مناخ جديد للاستثمار والأعمال، مجلة الاقتصاد والأعمال، العدد379، السنة 33، بيروت، يوليو 2011، ص ص. 32-34؛

61- نسيم حسن أبو جامع، "أثر ثورات الربيع العربي على اتجاهات الاستثمار الأجنبي المباشر في دول الربيع وكيفية الاستفادة منها فلسطينياً"،مجلة الجامعة الإسلامية للدراسات الاقتصادية والإدارية، المجلد الحادي والعشرون، العدد الأول، فلسطين، يناير سنة 2013، ص ص. 427-447؛

62- **نصر عبد الكريم،** " الواقع الاستثماري في مناطق السلطة الفلسطينية وسبل جذب الاستثمارات العربية لإعادة بناء الاقتصاد الفلسطيني ودمجه في المحيط العربي"، المجلة العربية للإدارة، مجلد 24، العدد الأول، القاهرة، يونيو 2004، ص ص.75-120؛

63- **هنري توفيق عزام،** "تأثير حوادث 11 سبتمبر سنة 2001 عى اقتصاديات الدول العربية"، مجلة اتحاد المصارف العربية، مجلد 21، العدد 249- 252، بيروت ، ديسمبر 2001، ص ص. 37- 38؛

64- **ياحي مريم،** الأمن القانوني والاستثمارات الأجنبية في الجزائر، مجلة الدراسات والبحوث القانونية، العدد 09، الجزائر، جوان 2018، ص ص.52-68؛

65- **يوسفي محمد،** " مضمون أحكام الأمر رقم 01-03 المتعلق بتطوير الاستثمار، المؤرخ في 20 أوت 2001 ومدى قدرته على تشجيع الاستثمارات الوطنية والأجنبية "، مجلة إدارة، المجلد 12، العدد 23 ، الجزائر، 2002 ، ص ص.21-52؛

66-ـــــــــــــ،"مضمون وأهداف الأحكام الجديدة في المرسوم التشريعي 93-12، المتعلق بترقية الاستثمارات"، مجلة إدارة، المجلد 09، العدد 02، الجزائر،1999، ص ص.53-117.

رابعا: النصوص القانونية

(أ)- الدساتير

1- الدستور الجزائري لسنة 1976، الصادر بموجب الأمر رقم 76-97 المؤرخ في 22 نوفمبر سنة 1976، المتضمن إصدار دستور الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، ج.ر.ج.ج، العدد 94، المصادرة في 24 نوفمبر سنة 1976؛

2- الدستور الجزائري لسنة 1989، الصادر بموجب المرسوم الرئاسي رقم 89-18 المؤرخ في 28 فيفري سنة 1989، المتضمن إصدار دستور الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، ج.ر.ج.ج، العدد 09، الصادرة في 01 مارس سنة 1989.

3- الدستور الجزائري لسنة 1996، المنشور بموجب المرسوم الرئاسي رقم 96-438 المؤرخ في 07 ديسمبر سنة 1996، يتعلق بإصدار نص تعديل الدستور المصادق عليه في استفتاء 28 نوفمبر 1996، ج.ر.ج.ج، العدد 76، الصادرة في 08 ديسمبر سنة 1996، المعدل والمتمم بالقانون رقم 02-03 المؤرخ في 10 أفريل سنة 2002، ج.ر.ج.ج، العدد 25، المؤرخة في 14 أفريل سنة 2002، وبالقانون رقم 08-19 المؤرخ في 15 نوفمبر سنة 2008، ج.ر.ج.ج، العدد 63، الصادرة في 16 نوفمبر سنة 2008، وبالقانون رقم 16-01 المؤرخ في 06 مارس سنة 2016، ج.ر.ج.ج، العدد 14، الصادرة في 07 مارس سنة 2016.

(ب)- الاتفاقيات الدولية

1- اتفاقية إنشاء المؤسسة العربية لضمان الاستثمار، المصادق عليها بموجب الأمر رقم 72-16 المؤرخ في 07 يونيو سنة 1972، ج.ر.ج.ج، العدد 53، الصادرة في 1972/07/04؛

2- اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات المبرمة يوم 23 مايو سنة 1969، التي انضمت إليها الجزائر مع تحفظ بموجب المرسوم رقم 87-222 المؤرخ في 13 أكتوبر سنة 1987، ج.ر.ج.ج، العدد 42، الصادرة في 1987/10/14؛

3- الاتفاقية التي صادق عليها مؤتمر الأمم المتحدة في نيويورك بتاريخ 10 جوان سنة 1958، والخاصة باعتماد القرارات التحكيمية الأجنبية وتنفيذها، والتي انضمت إليها الجزائر وبتحفظ بموجب المرسوم الرئاسي رقم 88-233 المؤرخ في 05 نوفمبر سنة 1988، ج.ر.ج.ج، العدد 48، الصادرة في 1988/11/23؛

4- الاتفاق الرامي إلى تشجيع الاستثمارات الموقع عليه في واشنطن يوم 22 يونيو سنة 1990، بين حكومة الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية وحكومة الولايات المتحدة الأمريكية، المصادق عليه بموجب المرسوم الرئاسي رقم 90-319 المؤرخ في 17 أكتوبر سنة 1990، ج.ر.ج.ج، العدد 45، الصادرة في 1990/10/24؛

5- اتفاقية تشجيع وضمان الاستثمار بين دول الاتحاد المغرب العربي، الموقعة في الجزائر في 23 يوليو سنة 1990 المصادق عليها بموجب المرسوم الرئاسي رقم 90-420 المؤرخ في 22 ديسمبر سنة 1990، ج.ر.ج.ج، العدد 06، الصادرة في 1991/02/06؛

6- الاتفاقية المبرمة بين حكومة الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية والاتحاد الاقتصادي البلجيكي اللكسمبورجي المتعلق بالتشجيع والحماية المتبادلة للاستثمارات،الموقع بالجزائر بتاريخ 24 أفريل سنة1991، المصادق عليه بموجب المرسوم الرئاسي رقم 91-345 المؤرخ في 05 أكتوبر سنة1991، ج.ر.ج.ج، العدد 46، الصادرة في 1991/10/06؛

7- الاتفاقية المبرمة بين حكومة الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية وحكومة الجمهورية الإيطالية حول الترقية والحماية المتبادلة للاستثمارات، الموقع بالجزائر يوم 18 مايو سنه 1991، المصادق عليه بموجب المرسوم رئاسي رقم 91- 346 المؤرخ في 05 أكتوبر سنة 1991، ج.ر.ج.ج، العدد 46، الصادرة في 1991/10/06؛

8- الاتفاقية المبرمة بين الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية وحكومة الجمهورية الفرنسية، بشأن التشجيع والحماية المتبادلين، فيما يخص الاستثمارات وتبادل الرسائل المتعلق بهما، الموقعين بمدينة الجزائر في 13 فبراير سنة 1993، المصادق عليها بموجب المرسوم الرئاسي رقم 94-01 المؤرخ في 02 يناير سنة 1994، ج.ر.ج.ج، العدد 01، الصادرة في 1994/01/02؛

9- الاتفاقية المبرمة بين الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية والمملكة الاسبانية، والمتعلق بالترقية والحماية المتبادلة للاستثمارات،الموقع في مدريد بتاريخ 23 ديسمبر سنة 1994، المصادق عليه بموجب المرسوم الرئاسي رقم 95-88 المؤرخ في 25 مارس سنة 1995، ج.ر.ج.ج، العدد 23، الصادرة في 1995/04/26؛

10- الاتفاقية الموحدة لاستثمار رؤوس الأموال العربية في الدول العربية التي صادقت عليها الجزائر بموجب المرسوم رئاسي رقم 95-306 المؤرخ في 07 أكتوبر سنة 1995، ج.ر.ج.ج، العدد 59، الصادرة في 1995/10/11؛

11- اتفاقية تسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمارات بين الدول ورعايا الدول الأخرى، المصادق عليها المرسوم الرئاسي رقم 95-346 المؤرخ في 30 أكتوبر سنة 1995، ج.ر.ج.ج، العدد 66، الصادرة في 05 نوفمبر سنة 1995، والموافق عليها بموجب الأمر رقم 95-04 المؤرخ في 21 يناير سنة 1995، ج.ر.ج.ج، العدد 07، الصادرة في 1995/10/31؛

12- اتفاقية إحداث الوكالة الدولية لضمان الاستثمارات، المصادق عليها بموجب المرسوم الرئاسي رقم 95- 345 المؤرخ في 30 أكتوبر سنة 1995، ج.ر.ج.ج، العدد 66، الصادرة في05 /1995/11، والموافق عليها بموجب الأمر رقم 95-05 المؤرخ في 21 يناير سنة 1995، ج.ر.ج.ج، العدد 07، الصادرة في 1995/10/31؛

13- اتفاقية إنشاء المؤسسة الإسلامية لتأمين الاستثمارات وائتمان الصادرات، المصادق عليها بموجب المرسوم الرئاسي رقم 96-144 المؤرخ في 23 أبريل سنة 1996، ج.ر.ج.ج، العدد 26، الصادرة في 1996/04/24؛

14- الاتفاقية المبرمة بين الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية ودولة قطر، بشأن التشجيع والحماية المتبادلة للاستثمارات الموقع بمدينة الدوحة بتاريخ 24 أكتوبر سنة 1996، المصادق عليه بموجب المرسوم رئاسي رقم 97-229 المؤرخ في 23 يونيو سنة 1997، ج.ر.ج.ج، العدد 43، الصادرة في 1997/06/25؛

15- الاتفاقية العربية لمكافحة الارهاب الموقعة في القاهرة بتاريخ 22 أبريل سنة 1998، المصادق عليها بموجب المرسوم الرئاسي رقم 98-413 المؤرخ في 07 ديسمبر سنة 1998، ج.ر.ج.ج، العدد 93، الصادرة في 1998/12/13، المعدلة والمتممة بموجب المرسوم الرئاسي رقم 09-185 المؤرخ في 12 مايو سنة 2009 المتضمن التصديق على نص تعديل الفقرة الثالثة من المادة الاولى من الاتفاقية العربية لمكافحة الارهاب الذي وافق عليه مجلس وزراء العدل العرب في 29 نوفمبر سنة 2009، ومجلس وزراء الداخلية العرب في 30 و31 يناير سنة 2008، ج.ر.ج.ج، العدد 31، الصادرة في2009/05/02؛

16- الاتفاقية المبرمة بين حكومة الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية وحكومة جمهورية مصر العربية لتجنب الازدواج الضريبي ومنع التهرب الضريبي بالنسبة للضرائب على الدخل ورأس المال الموقعة بالجزائر في 17 فبراير سنة 2001، المصادق عليها بموجب المرسوم الرئاسي رقم 03-142 المؤرخ في 25 مارس سنة 2003، ج.ر.ج.ج، العدد 23، الصادرة في2003/04/02؛

17- الاتفاقية المبرمة بين حكومة الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية والجماهرية العربية الليبية الشعبية الاشتراكية العظمى، حول تشجيع وحماية وضمان الاستثمارات، الموقعة بسرت في 06 غشت سنة 2001، المصادق عليها بموجب المرسوم الرئاسي رقم 03-210 المؤرخ في 05 مايو سنة 2003، ج.ر.ج.ج، العدد 33، الصادرة في 2003/05/11؛

18- الاتفاقية المبرمة بين حكومة الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية وحكومة الجمهورية الإسلامية الإيرانية، حول الترقية والحماية المتبادلة للاستثمارات، الموقع بطهران في 19 أكتوبر سنة 2003 المصادق عليه بموجب المرسوم رئاسي رقم 05-75 المؤرخ في 26 فبراير سنة 2005 ،ج.ر.ج.ج العدد 15، الصادرة في 2005/02/27؛

19- الاتفاقية المبرمة بين حكومة الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية والمجلس الفيدرالي السويسري حول الترقية والحماية المتبادلة للاستثمارات، الموقع ببيرن في 30 نوفمبر سنة 2004، المصادق عليها بموجب المرسوم رئاسي رقم 05-235 المؤرخ في 23 يونيو سنة 2005، ج.ر.ج.ج، العدد 45، الصادرة في 29 /2005/06؛

20- الاتفاقية المبرمة بين حكومة الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية وحكومة الجمهورية التونسية حول التشجيع والحماية المتبادلة للاستثمارات، الموقع بتونس في 16 فبراير سنة 2006، المصادق عليها بموجب المرسوم الرئاسي رقم 06-404 المؤرخ في 14 نوفمبر سنة 2006، ج.ر.ج.ج، العدد 73، الصادرة في 2006/11/19؛

21- اتفاقية تشجيع والحماية المتبادلتين للاستثمارات بين الجمهورية الجزائر ومملكة هولندا، الموقع بلاهاي في 20 مارس سنة 2007، المصادق عليها بموجب المرسوم الرئاسي رقم 07-378 المؤرخ في 01 ديسمبر سنة 2007، ج. ر.ج.ج 78، الصادرة في 2007/12/12؛

22- الاتفاقية المبرمة بين حكومة الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية وحكومة المملكة العربية السعودية لتجنب الازدواج الضريبي ولمنع التهرب الضريبي في شأن الضرائب على الدخل وعلى رأس المال، الموقعة بمدينة الرياض بتاريخ 19 ديسمبر سنة 2013، المصادق عليها بموجب المرسوم الرئاسي رقم 15-337 المؤرخ في 27 ديسمبر سنة 2015، ج.ر.ج.ج، العدد 01، الصادرة في 2016/01/06؛

23- الاتفاقية المبرمة بين حكومة الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية وحكومة المملكة المتحدة لبريطانيا العظمى وايرلندا الشمالية لتجنب الازدواج الضريبي ولتجنب التهرب والغش الضريبيين في شأن الضرائب على الدخل وعلى رأس المال، الموقعة بالجزائر في 18 فبراير سنة 2015، المصادق عليها بموجب المرسوم الرئاسي رقم 16-156 المؤرخ في 26 مايو سنة 2016، ج.ر.ج.ج، العدد 33، الصادرة في 2016/06/05؛

24- الاتفاقية المبرمة بين حكومة الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية وحكومة الجمهورية الأرجنتينية حول الترقية المتبادلتين للاستثمارات الموقعة بالجزائر في 4 أكتوبر سنة 2000، المصادق عليها بموجب المرسوم الرئاسي رقم 01-366 المؤرخ في 13 نوفمبر سنة 2001، ج.ر.ج.ج، العدد 69، الصادرة في 2001/11/18.

(ج)- النصوص التشريعية

1- أمر رقم 75-58 مؤرخ في 26 سبتمبر سنة 1975، يتضمن القانون المدني، ج.ر.ج.ج، العدد 78 الصادرة في 30 سبتمبر 1978(معدل ومتمم).

2- قانون رقم 88-14 مؤرخ في 03 مايو 1988، يعدل ويتمم الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر سنة 1975، المتضمن القانون المدني، ج.ر.ج.ج، العدد 18، الصادرة في 1988/05/04؛

3- قانون رقم 90-10 مؤرخ في 14 أفريل سنة 1990، يتعلق بالنقد والقرض، ج.ر.ج.ج، العدد 16، الصادرة بتاريخ 1990/04/18 (الملغى)؛

4- مرسوم تشريعي رقم 93-09 مؤرخ في 05 أكتوبر سنة 1993، الذي يعدل الأمر رقم 66-154 المؤرخ في 08 جوان سنة 1966، المتضمن قانون الاجراءات المدنية، ج.ر.ج.ج، العدد 27، الصادرة في 1993/10/10؛

5- قانون رقم 91-11 مؤرخ في 27 أبريل سنة 1991، يحدد القواعد المتعلقة بنزع الملكية من أجل المنفعة العمومية، ج.ر.ج.ج، العدد 21، الصادرة في 1991/05/08، المعدل والمتمم بموجب القانون رقم 04-21 المؤرخ في 29 ديسمبر سنة 2004، المتضمن قانون المالية لسنة 2005، ج.ر.ج.ج العدد 85، الصادرة في2004/12/30، والمتمم بموجب القانون رقم 07-02 المؤرخ في 30 ديسمبر سنة 2007، المتضمن قانون المالية لسنة 2008، ج.ر.ج.ج العدد 82، الصادرة في 2007/12/31؛

6- مرسوم تشريعي رقم 93-12 مؤرخ في 05 أكتوبر سنة 1993، يتعلق بترقية الاستثمار،ج ر ج ج العدد 64، الصادرة في 1993/10/10(ملغى)؛

7- أمر رقم 96-06 مؤرخ في 10 يناير سنة 1996، يتعلق بتأمين القرض عند التصدير، ج.ر.ج.ج، العدد 03، الصادرة في 1996/01/14؛

8- أمر رقم 01-03 مؤرخ في 20 أوت سنة 2001، يتعلق بتطوير الاستثمار، ج.ر.ج.ج، العدد 47، الصادرة في 2001/08/22، المعدل بموجب الأمر رقم 06-08 المؤرخ في 15 جويلية سنة 2006، ج.ر.ج.ج، العدد 47، الصادرة في 2006/07/19، والملغى جزئيا بالقانون رقم 16-09 المؤرخ في 03 غشت سنة 2016، المتعلق بترقية الاستثمار، ج.ر.ج.ج، العدد 46، الصادرة في 2016/08/03؛

9- أمر رقم 01-04 مؤرخ في 20 أوت سنة 2001، يتعلق بتنظيم المؤسسات العمومية الاقتصادية وتسييرها وخوصصتها، ج.ر.ج.ج، العدد 47، الصادرة في 2001/08/22 (معدل ومتمم).

10- أمر رقم 03-01 مؤرخ في 19 فبراير سنة 2003، يتعلق بقمع مخالفة التشريع والتنظيم الخاصين بصرف وحركة رؤوس الأموال من وإلى الخارج، ج.ر.ج.ج، العدد 12، الصادرة في 2003/02/23؛

11- قانون رقم 03-03 مؤرخ في 19 جويلية سنة 2003، المتعلق بالمنافسة، ج.ر.ج.ج، العدد 43، المؤرخة في 2003/07/20، المعدل والمتمم بالقانون رقم 08-12، المؤرخ في 25 جوان سنة 2008، ج.ر.ج.ج، العدد 36، الصادرة في 2008/07/02؛

12- أمر رقم 03-11 مؤرخ في 26 أوت سنة 2003، المتعلق بالنقد والقرض، ج.ر.ج.ج، العدد 52، المؤرخة في 2003/08/27، المعدل والمتمم بموجب الأمر رقم 10-04 المؤرخ في 26 أوت سنة 2010، ج.ر.ج.ج، العدد 50، الصادرة في 2010/09/01؛

13- قانون رقم 05-10 مؤرخ في 20 يونيو سنة 2005، يعدل ويتمم الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر سنة 1975، والمتضمن القانون المدني ج.ر.ج.ج، العدد 44، الصادرة في 06/26/ 2005؛

14- أمر رقم 06-11 مؤرخ في 30 أوت سنة 2006، يحدد شروط وكيفيات منح الامتياز والتنازل عن الاراضي التابعة للأملاك الخاصة للدولة والموجهة لانجاز مشاريع استثمارية، ج.ر.ج.ج، العدد 53، الصادرة في 2006/08/30 (ملغى)؛

15- أمر رقم 08-04 مؤرخ في 01 سبتمبر سنة 2008، يحدد شروط وكيفيات منح الامتياز على الاراضي التابعة للأملاك الخاصة للدولة والموجهة لإنجاز مشاريع استثمارية، ج.ر.ج.ج، العدد 49، الصادرة في 2008/09/03، المعدل والمتمم بالأمر رقم 15-01 المؤرخ في 23 يوليو سنة 2015، المتضمن قانون المالية التكميلي لسنة 2015، ج.ر.ج.ج، العدد 40، الصادرة في 2015/07/23، وبالقانون رقم 18-18 المؤرخ في 27 ديسمبر سنة 2018، المتضمن قانون المالية لسنة 2019، ج.ر.ج.ج، العدد 79، الصادرة في 2018/12/30؛

16- قانون رقم 08-09 مؤرخ في 25 فيفري سنة 2008، يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج.ر.ج.ج، العدد 21، الصادرة في 2008/04/23؛

17- قانون رقم 08-11 مؤرخ في 25 يونيو سنة 2008، يتعلق بشروط دخول الأجانب إلى الجزائر وإقامتهم بها وتنقلهم فيها، ج.ر.ج.ج، العدد 36، الصادرة في 2008/07/02؛

18- قانون رقم 09-01 مؤرخ في 22 يوليو سنة 2009، يتضمن قانون المالية التكميلي لسنة 2009، ج.ر.ج.ج، العدد 44، المؤرخة في 2009/07/26، المعدل والمتمم بموجب القانون رقم 19-14 المؤرخ في 11 ديسمبر 2019، المتضمن قانون المالية لسنة 2020، ج.ر.ج.ج العدد 81، الصادرة في 30 ديسمبر 2019.

19- أمر رقم 10-01 مؤرخ في 26 أوت سنة 2010، يتضمن قانون المالية التكميلي لسنة 2010، ج.ر.ج.ج، العدد49، الصادرة في 2010/08/29.

20- قانون رقم 13-08 مؤرخ في 30 ديسمبر سنة 2013، يتضمن قانون المالية لسنة 2014، ج.ر.ج.ج، العدد 68، الصادرة في 2013/12/31؛

21- قانون رقم 15-18 مؤرخ في 30 ديسمبر سنة 2015، يتضمن قانون المالية لسنة 2016، ج.ر.ج.ج، العدد 72، الصادرة في 2015/12/31.

(د)- النصوص التنظيمية

1- مرسوم تنفيذي رقم 96-235 مؤرخ في 02 جويلية سنة 1996، يحدد شروط تسيير المخاطر المغطاة بتأمين القرض عند التصدير وكيفياته، ج.ر.ج.ج، العدد 41، الصادرة في 1996/07/03.

2- مرسوم تنفيذي رقم 01- 416 مؤرخ في 20 ديسمبر سنة 2001، يتضمن الموافقة على اتفاقية الاستثمار الموقعة بين وكالة ترقية الاستثمارات ودعمها ومتابعتها وأوراسكوم تليكوم الجزائر،ج.ر.ج.ج، العدد 80، الصادرة في 2001/12/26؛

3- مرسوم تنفيذي رقم 06-356 مؤرخ في 09 أكتوبر سنة 2006، يتضمن صلاحيات الوكالة الوطنية لتطوير الاستثمار وتنظيمها وسيرها، ج.ر.ج.ج 64، الصادرة في 2006/10/11، المعدل والمتمم بموجب المرسوم التنفيذي رقم 17-100 المؤرخ في 05 مارس سنة 2017، ج.ر.ج.ج، العدد 16، الصادرة في 2017/03/08؛

4- مرسوم تنفيذي رقم 17-101 مؤرخ في 05 مارس سنة 2017، يحدد القوائم السلبية والمبالغ الدنيا للاستفادة من المزايا وكيفيات تطبيق المزايا على مختلف انواع الاستثمارات، ج.ر.ج.ج، العدد 16، الصادرة في 2017/03/08؛

5- مرسوم تنفيذي رقم 17-102 مؤرخ في 05 مارس سنة 2017، يحدد كيفيات تسجيل الاستثمارات وكذا شكل ونتائج الشهادة المتعلقة به، ج.ر.ج.ج، العدد 16، الصادرة في 2017/03/08.

(د) الأنظمة

1- نظام رقم 05-03 مؤرخ في 06 يونيو سنة 2005، يتعلق بالاستثمارات الأجنبية، ج.ر.ج.ج، العدد 53، الصادرة في 2005/07/31؛

2- نظام رقم 09-01 مؤرخ في 17 فبراير سنة 2009، يتعلق بحسابات العملة الصعبة الخاصة بالأشخاص الطبيعيين من جنسية أجنبية، المقيمين وغير المقيمين والأشخاص المعنويين غير المقيمين،ج.ر.ج.ج، العدد 25، الصادرة 2009/04/29؛

3- نظام رقم 14-04 مؤرخ في 29 سبتمبر سنة 2014، يحدد شروط تحويل رؤوس الأموال الى الخارج بعنوان الاستثمار في الخارج من طرف المتعاملين الاقتصادين الخاضعين للقانون الجزائري، ج.ر.ج.ج، العدد63، الصادرة في 2014/10/22؛

4- نظام رقم 18-03 مؤرخ في 04 نوفمبر سنة 2018، يتعلق بالحد الأدنى لرأسمال البنوك والمؤسسات المالية العاملة في الجزائر، ج.ر.ج.ج، العدد 73، الصادرة في 2018/12/09، المعدل والمتمم بالنظام رقم 20-08 المؤرخ في 07 ديسمبر 2020، ج.ر.ج.ج، العدد 05، الصادرة في 2021/01/20.

خامسا: الوثائق

1- النظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية لسنة 1945؛

2- ميثاق الأمم المتحدة المؤرخ في 26 يونيو سنة 1945؛

3- الإعلان العالمي لحقوق الانسان الذي تبنته الجمعية العامة للامم المتحدة في 10 ديسمبر سنة 1948 في باريس؛

4- اتفاقية تجنب الازدواج الضريبي ومنع التهرب من الضرائب التي أبرمت بين الدول العربية الأعضاء في مجلس الوحدة الاقتصادية العربية بتاريخ 1997/12/03؛

6- قانون الاستثمار الأردني 2003، مؤسسة تشجيع الاستثمار، الأردن، 2003؛

7- المرشد إلى معرفة قواعد الاستثمار في الدول العربية، بيان للقوانين الأساسية التي تحكم الاستثمارات في الدول العربية، مصنفة في تقسيمات حسب الموضوعات التي تعالجها، المؤسسة العربية لضمان الاستثمار، 1981؛

8- نشرة ضمان الاستثمار للمؤسسة العربية لضمان الاستثمار وائتمان الصادرات، خدمات الضمان، أنشطة، ترويج الاستثمار، عدد خاص، المؤسسة العربية لضمان الاستثمار، الكويت، 2001؛

9- التقرير السنوي للمؤسسة العربية لضمان الاستثمار لعام 2000-2001، الترويج بخدمات المؤسسة، المؤسسة العربية لضمان الاستثمار، الكويت، 2001؛

10-التقرير السنوي للمؤسسة الإسلامية لتأمين الاستثمارات وائتمان الصادرات 2001-2002، البنك الاسلامي للتنمية، جدة 2002؛

11- التقرير السنوي للمؤسسة الإسلامية لتأمين الاستثمار وائتمان الصادرات 2005، المؤسسة الإسلامية لتأمين الاستثمارات وائتمان الصادرات، جدة 2006/04/10؛

11- التقرير السنوي للوكالة الدولية لضمان الاستثمار2007، الوكالة الدولية لضمان الاستثمار ومنطقة الشرق الأوسط وشمال إفريقيا ألاوسع نطاقا، مجموعة البنك الدولي، فبراير 2007؛

12- تقرير مناخ الاستثمار في الدول العربية 2007، المؤسسة العربية لضمان الاستثمار وائتمان الصادرات، الكويت، يونيو 2008؛

13- نشرة ضمان الاستثمار للمؤسسة العربية لضمان الاستثمار وائتمان الصادرات: أكثر من 30 عاما من الخبرة في مجال تأمين مستحقات المستثمرين والمصدرين والمؤسسات المالية، السنة السادسة والعشرون، العدد الفصلي الثالث، المؤسسة العربية لضمان الاستثمار وائتمان الصادرات، الكويت، يونيو-سبتمبر 2008؛

14- نشرة ضمان الاستثمار للمؤسسة العربية لضمان الاستثمار وائتمان الصادرات، نحو بيئة جاذبة للاستثمار في الدول العربية، السنة السابعة والعشرون، العدد الفصلي الأول، المؤسسة العربية لضمان الاستثمار وائتمان الصادرات، الكويت، أبريل- يونيو 2009؛

15- دليل ضمان الاستثمار، الوكالة الدولية لضمان الاستثمار، مجموعة البنك الدولي، نوفمبر 2010؛

16- نشرة ضمان الاستثمار للمؤسسة العربية لضمان الاستثمار وائتمان الصادرات، مؤشرات بيئة أداء الأعمال وتحسين مناخ الاستثمار في الدول العربية، لسنة 28، العدد الفصلي الرابع، المؤسسة العربية لضمان الاستثمار وائتمان الصادرات، الكويت، أكتوبر- ديسمبر 2010؛

17- المؤسسة العربية لضمان الاستثمار وائتمان الصادرات، "ضمان" "خدمات المؤسسة ودورها في تعزيز الاستثمار والتجارة في السودان، ملتقى السودان للاستثمار، 17-18 فبراير 2016، المؤسسة العربية لضمان الاستثمار وائتمان الصادرات، الكويت، 2016؛

18- التقرير السنوي للوكالة الدولية لضمان الاستثمار2015، تأمين الاستثمارات، ضمان الفرص، الوكالة الدولية لضمان الاستثمار، مجموعة البنك الدولي، 10 نوفمبر 2015؛

19- التقرير السنوي للوكالة الدولية لضمان الاستثمار 2016، ضمان الاستثمارات- ضمان القروض، الوكالة الدولية لضمان الاستثمار، مجموعة البنك الدولي 2016؛

20- التقرير السنوي للمؤسسة العربية لضمان الاستثمار ائتمان الصادرات 2016، المؤسسة العربية لضمان الاستثمار، الكويت، 2016؛

21- التقرير السنوي للمؤسسة الإسلامية لتامين وائتمان الصادرات 2016، البنك الإسلامي للتنمية 19 مايو 2016؛

22- تقرير الاستثمار العالمي لسنة 2016: جنسية المستثمر: التحديات المتعلقة بالسياسات، مؤتمر الأمم المتحدة للتجارة والتنمية، الأونكتاد 2016.

23- تقرير محكمة العدل الدولية 01 أغسطس 2016- 31 يوليو 2017، الجمعية العامة، الدورة الثانية والسبعون، الملحق 04، الأمم المتحدة، نيويورك،2017؛

24- تقرير محكمة العدل الدولية 01 أغسطس 2017- 31 يوليو 2018، الجمعية العامة، الدورة الثالة والسبعون، الملحق رقم 04، الأمم المتحدة، نيويورك، 2018؛

25- نشرة ضمان الاستثمار للمؤسسة العربية لضمان الاستثمار وائتمان الصادرات، ضمان الاستثمار: التطورات والتوقعات، المؤسسة العربية لضمان الاستثمار وائتمان الصادرات، العدد 03، 2018؛

26- نشرة ضمان الاستثمار للمؤسسة العربية لضمان الاستثمار وائتمان الصادرات، أفاق الاقتصادات العربية لعام 2019، المؤسسة العربية لضمان الاستثمار وائتمان الصادرات، العدد 04، 2018؛

27- ضمانات الوكالة الدولية لضمان الاستثمار في السنة المالية 2018، الوكالة الدولية لضمان الاستثمار، مجموعة البنك الدولي 23 يوليو 2018؛

28- لمحة عامة عن المؤسسة الاسلامية لتأمين الاستثمارات وائتمان الصادرات، إصدار مجموعة البنك الاسلامي للتنمية، السنة الخامسة والعشرين، جدة، 2018.؛

29- التقرير السنوي للبنك الدولي لسنة 2018: إنهاء الفقر والاستثمار في الفرص، البنك الدولي 2018؛

30- حسام الدين كامل الاهواني، "المعاملة القانونية للاستثمارات في القانون المصري"، أوراق مقدمة في مؤتمر قانوني: الاستثمار والعقود التجارية الدولية(دراسات قانونية)، 14و15 جوان 1996، جامعة بيرزيت، فلسطين، 1997؛

31- صلاح زين الدين:"دور القانون في تحسين مناخ الاستثمار في مصر لجذب الاستثمارات الألمانية المباشرة"، أوراق مقدمة في المؤتمر العلمي الثاني: القانون والاستثمار، كلية الحقوق – جامعة طنطا، 29- 30 أبريل 2015؛

32- المعهد المالي، مدخل إلى أساسيات التأمين، مؤسسة النقد العربي السعودي، الرياض، 2016.

مصادر الأنترنيت:

1- الوكالة الوطنية لتطوير الاستثمار(ANDI): http : //www.andi.dz

2- المؤسسة العربية لضمان الاستثمار: http : // www. iaigc.org

3- المؤسسة الإسلامية لتأمين الاستثمارات وائتمان الصادرات: http:// www.iciec.org

4- الوكالة الدولية لضمان الاستثمار: http://www.miga.org

5- المؤسسة الدولية للتنمية(IDA):
http://www.ida.albankaldawli.org/about/what-ida-ar

ثانيا: باللغة بالفرنسية:

I- Ouvrages:

1-**AGNIEL Guy,** Droit des relations internationales, Hachette, Paris, 1997 ;

2-**BLAISE Jean-Bernard,** Droit des affaires (Commerçants , Concurrence, Distribution), LGDJ, Paris, 1999 ;

3-**CARREAU Dominique,** Droit international, 9ème édition, Apédone, Paris, 2007 ;

4- **CARREAU Dominique, JULLIARD Patrick**, Droit international économique , 4ème édition, LGDJ, Paris, 1989 ;

5- **CARREAU Dominique, FLORY Thiebant, GUILLARD Patrick**, Droit international économique, LGDJ, Paris, 1999 ;

6-**CHARVIN Robert ,** L'investissement international et le droit au développement, L'Hamattan, Paris, 2002 ;

7-**DUPUY(Pierre Marie),** Droit international public, 8ème édition, Dalloz, Paris, 2006 ;

8-**EL-AHDAB Abdul Hamid** : L'arbitrage dans les pays arabes, Economica , Paris, 1988 ;

9-**FEUER Guy,CASSAN Hervé** , Droit international du développement, 02ème édition, Dalloz, Paris, 1991 ;

10-**HAROUN Mahdi,** Le régime des investissements en Algérie à la lumière des conventions franco-algériennes , Liteic, Paris, 2000 ;

11-**HUBERT Thierry** , Droit et relations internationales, Traités, Résolutions, Jurisprudenc , Montcherstien, Paris, 1984 ;

12-**MAGNAN-Fabre (M**), Droit des obligations, Tome 01, Contrat et engagement unilatéral, 2eme éditions ,Thémis, paris, 2007 ;

13- **MANCIAUX Sébastien**, Investissements étrangers et arbitrage entre Etats et ressortissants d'autres Etats, Liteic , Paris, 2004 ;

14-**SARIAK Lahcène**, Les conditions juridiques et réglementaires de l'investissement national et étranger en Algérie. AGS Corpus et Bibliographie, Alger, 2005 ;

15-**SEROUSSI R.**, **PLANTIN J.** ,«L'exportation », 7ème édition, Dalloz, paris, 1996.

II- Thèses

1- BAL (Lider), Le mythe de la souveraineté en droit international, Thèse de doctorat en droit, Spécialité droit international, université de Strasbourg, 2012 ;

2- Hind OUGUENOUNE, La politique de promotion et d'attraction de l'investissement en Algérie, Thèse de Doctorat, Ecole Doctorale Université de la Sorbonne nouvelle - Paris III, 2014 ;

3- TRAORE Tsagao, La garantie des investissements étrangers en Afrique et droit international, Thèse de doctorat, A.N.R.T, Université de Lille III, 2001.

III - Articles

1- **BOUYACOUB Ahmed** , « Les investissements étrangers en Algérie 1990-1996: Quelles perspectives », RAEG, N°2, Alger, 1998, pp. 37-53 ;

2- DELAUME Georges, «Le centre international pour le réglemente des différends relatifs aux investissements», JDI, N°04, Paris, 1982, pp. 794- 829 ;

3- **GAILLARD Emmanuel**, «Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI), Chronique des sentences arbitrales», JDI , N° 01, Paris , Janvier -Février-Mars 2006, pp.219-367 ;

4- **JOS Emmanuel** , « L'Agence multilatérale de garantie des investissements :Une contribution positive , mais insuffisante pour promouvoir les investissements utiles aux pays en développement », L'Agence multilatérale de garantie des investissements…», RGDIP, Tome XCVIII , Paris , 1994, pp. 387- 415 ;

5- **IBRAHIM F., SHIHATA I.,** «L'Agence multilatérale de garantie des investissements (AMGI) », AFDI, XXXIII, Editions du CNRS, Paris, 1987, pp. 601 -613 ;

6- **ISSAD Mohand** , « Deux conventions bilatérales pour la protection des investissements », RASJE, Volume XXIX , N° 4 , Alger, 1991, pp. 713 -734 ;

7- **LONCLE (Jean Marc)**, « La nation d'investissement dans les décisions du CIRDI », RDAI, N°3, Paris, 2006, pp. 319-330 ;

8- **LONCLE (Jean Marc) MOREL (Jean Baptiste)**, « Les émanations des Etat et l'arbitrage CIRDI », RDAI, N° 01, Paris, 2008, pp. 29-51 ;

9- **SALEM Mahmoud**, «Le développement de la protection conventionnelle des investissements étrangers», JDI, Paris ,1986, pp. 579-626 ;

10- **TERKI Nour- Eddine,** « La protection conventionnelle de l'investissement étranger en Algérie », RASJEP, Volume 39 ,N°2, Alger, 2001, pp. 09-29 ;

11- **TOUSCOZ Jean**, « Les opérations de garantie de l'Agence multilatérale de garantie des investissements (AMGI) », JDI, N°4, Paris,1987, pp. 901-925 ;

12- **ZOUAIMIA Rachid** , «Le régime des investissements étrangers en Algérie », JDI, N° 03, Paris, 1993, pp. 569-598 ;

13- _____ ,«Le régime des investissements étrangers à l'épreuve de la résurgence de l'Etat dirigiste en Algérie», RASJEP, N° 02, Alger, 2011, pp. 07-39 ;

14- _____, «Les mécanismes de garantie des investissements étrangers », Article non publié.

IV- Documents:

1- **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;

2-Guide investir en Algérie, Edition KPMG, Algérie, 2018.

فهرس الموضوعات

مقدمة.....01

الباب الأول

الطبيعة القانونية لعقد ضمان الاستثمار الدولي 10

الفصل الأول

مضمون عقد ضمان الاستثمار الدولي 12

المبحث الأول: التعريف بعقد ضمان الاستثمار الدولي.....13

المطلب الأول: مفهوم عقد ضمان الاستثمار الدولي 13

الفرع الأول: المقصود بعقد ضمان الاستثمار الدولي.....14

الفرع الثاني: أركان عقد ضمان الاستثمار الدولي.....21

أولا: التراضي.....21

1- هيئة الضمان الدولية.....21

2- المستثمر المضمون.....22

ثانيا: المحل.....22

ثالثا: السبب 24

الفرع الثالث: خصائص عقد ضمان الاستثمار الدولي 25

أولا: عقد ضمان الاستثمار الدولي عقد حديث النشأة.....25

ثانيا: عقد ضمان الاستثمار عقد رضائي ملزم للجانبين.....26

1- عقد رضائي.....26

2- عقد تبادلي ملزم للجانبين.....27

ثالثا: عقد ضمان الاستثمار عقد معاوضة.....28

رابعا: عقد ضمان الاستثمار عقد احتمالي محدد المدة.....28

1- عقد احتمالي.....28

2- عقد زمني متتابع.....29

خامسا: عقد ضمان الاستثمار من عقود حسن النية.....29
سادسا: عقد ضمان الاستثمار عقد دولي.....30
المطلب الثاني: عناصر عقد ضمان الاستثمار الدولي.....32
الفرع الأول: الخطر.....33
أولا: مفهوم الخطر غير التجاري 33
1- تعريف الخطر غير التجاري.....33
2- مصادر المخاطر غير التجارية.....34
3- تمييز الخطر غير التجاري عن المخاطر الاقتصادية.....36
ثانيا: أنواع المخاطر غير التجارية.....37
1- مخاطر نزع الملكية والإجراءات المماثلة.....37
أ- نزع الملكية للمنفعة العامة.....37
ب- التأميم.....38
ج- المصادرة.....40
د- الاستيلاء الجبري المؤقت(التسخير).....42
هـ- الإجراءات الحكومية المماثلة لنزع الملكية والتأميم.....43
2- مخاطر التحويل.....45
3- خطر الإخلال بالعقد وتأجيل الوفاء بالدين.....45
4- خطر الحرب والاضطرابات المدنية.....46
الفرع الثاني: القسط ومبلغ الضمان 48
أولا: قسط الضمان.....48
1- تعريف قسط الضمان.....48
2- تعيين القسط في عقد ضمان الاستثمار الدولي.....49
ثانيا: مبلغ الضمان.....52
1- تعريف مبلغ الضمان.....52
2- تعيين مبلغ الضمان في عقد ضمان الاستثمار الدولي.....52
3- الحد الأقصى لمبلغ الضمان.....54

المبحث الثاني :موقف الفقه حول طبيعة عقد ضمان الاستثمار الدولي.....58
المطلب الأول: الاتجاهات الفقيه لتكييف عقد ضمان الاستثمار الدولي.....59
الفرع الأول: عقد ضمان الاستثمار الدولي عقد كفالة.....59
أولا: تكييف عقد ضمان الاستثمار بعقد كفالة.....60
ثانيا: تقييم الاتجاه.....62
الفرع الثاني: عقد ضمان الاستثمار الدولي عقد تأمين.....63
أولا: تكييف عقد ضمان الاستثمار بعقد التأمين.....64
ثانيا: تقييم الاتجاه.....66
الفرع الثالث: عقد ضمان الاستثمار الدولي اشتراط لمصلحة الغير.....68
أولا: تكييف عقد ضمان الاستثمار بالاشتراط لمصلحة الغير.....68
ثانيا: تقييم الاتجاه.....69
الفرع الرابع: عقد ضمان الاستثمار الدولي عقد غير المسمى.....70
أولا: تكييف عقد ضمان الاستثمار عقدا غير مسمى.....71
ثانيا: تقييم الاتجاه.....72
المطلب الثاني: تمييز عقد ضمان الاستثمار الدولي عن المفاهيم المشابهة.....75
الفرع الأول: تمييز عقد ضمان الاستثمار الدولي عن عقد التأمين وعقد الكفالة.....75
أولا: تمييز عقد ضمان الاستثمار الدولي عن عقد الكفالة.....75
1- الصياغة.....76
2- النظام القانوني للعقد.....76
3-خصائص العقد.....76
ثانيا: تمييز عقد ضمان الاستثمار الدولي عن عقد التأمين.....77
1- الصياغة:.....78
2- الأساس الفني للعقد.....78
3- من الناحية القانونية.....79

4- الغرض من العقد.....79
5- مدة العقد.....81
الفرع الثاني: تمييز عقد ضمان الاستثمار الدولي عن عقد ضمان الاستثمار الوطني.....82
أولا: ظهور العقد.....82
ثانيا: نطاق الحماية.....83
الفرع الثالث: تمييز عقد ضمان الاستثمار الدولي عن عقد إعادة التأمين وعقد تأمين القرض عند التصدير.....87
أولا: تمييز عقد ضمان الاستثمار الدولي عن عقد إعادة التأمين.....87
ثانيا: تمييز عقد ضمان الاستثمار الدولي عن عقد تأمين القرض عند التصدير.....91

الفصل الثاني

عقد ضمان الاستثمار من عقود الأعمال الدولية 96

المبحث الأول: الإطار القانوني والتنظيمي لعقد ضمان الاستثمار الدولي.....97
المطلب الأول: الإطار القانوني للعقد.....97
الفرع الأول: الاتفاقيات الدولية لضمان الاستثمار.....98
أولا: اتفاقية إنشاء المؤسسة العربية لضمان الاستثمار.....98
ثانيا: اتفاقية إنشاء الوكالة الدولية لضمان الاستثمار.....100
ثالثا: اتفاقية إنشاء المؤسسة الإسلامية لتأمين الاستثمارات وائتمان الصادرات.....102
الفرع الثاني: نطاق تطبيق الاتفاقيات الدولية لضمان الاستثمار.....104
أولا: النطاق الشخصي والموضوعي للاتفاقيات.....104
1- النطاق الشخصي.....104
2- النطاق الموضوعي 105

ثانيا: النطاق الإقليمي والزمني للاتفاقيات.....109
1- النطاق الإقليمي.....109
2- النطاق الزمني.....110
الفرع الثالث: الطبيعة القانونية للاتفاقيات الدولية لضمان الاستثمار 113
أولا: اختلاف الفقه حول تكييف الاتفاقيات الدولية لضمان الاستثمار.....113
ثانيا: القيمة القانونية للاتفاقيات الدولية لضمان الاستثمار.....114
المطلب الثاني:الإطار التنظيمي للعقد.....117
الفرع الأول: التعريف بهيئة الضمان الدولية.....117
أولا: المؤسسة العربية لضمان الاستثمار.....118
ثانيا: الوكالة الدولية لضمان الاستثمار.....122
ثالثا: المؤسسة الإسلامية لتأمين الاستثمار وائتمان الصادرات.....125
الفرع الثاني: المركز القانوني لهيئة الضمان الدولية.....128
أولا: الشكل القانوني لهيئة الضمان الدولية.....128
1- هيئة الضمان منظمة دولية مستقلة.....129
2- نظام التصويت في هيئة الضمان الدولية..... 131
ثانيا: الشخصية القانونية لهيئة الضمان الدولية..... 134
1- الاعتراف بالشخصية القانونية الدولية الكاملة لهيئة الضمان الدولية.....134
2- النتائج المترتبة عن الشخصية القانونية للهيئة الضمان.....135
(أ)- اكتساب الحقوق وتحمل الالتزامات.....135
(ب)- ذمة مالية مستقلة.....136
(ج)- الامتيازات والحصانات.....137
(د)- حق التقاضي.....138

المبحـث الثانـي: إبرام عقد ضمان الاستثمار الدولي.....138
المطلب الأول: شروط إبرام عقد ضمان الاستثمار الدولي.....139
الفرع الأول: الشروط المرتبطة بالمستثمر طالب الضمان.....139
أولا: انتماء المستثمر طالب الضمان إلى إحدى الدول الأعضاء.. 140
1- جنسية الأشخاص الطبيعية.....140
2- جنسية الأشخاص المعنوية..... 142
أ- معيار مركز الإدارة الرئيسي..... 142
ب- معيار الرقابة..... 143
ثانيا: الاستثناءات الواردة على شرط الجنسية (نظام تأييد الاستثمارات).....145
الفرع الثاني: الشروط المتعلقة بالاستثمار المضمون.....147
أولا: أشكال الاستثمارات القابلة للضمان.....148
ثانيا: أن يكون الاستثمار جديدا قائم على أسس تجارية.....150
ثالثا: موافقة الدولة المضيفة على تنفيذ وضمان الاستثمار وتهيئة الظروف الملائمة له...152
1- موافقة الدولة المضيفة على تنفيذ وضمان الاستثمار 152
2- ظروف الاستثمار في الدول المضيفة (مناخ الاستثمار).....153
رابعا: مطابقة الاستثمار لشروط السلامة الاقتصادية والمالية للمشروع ومساهمته في تنمية الدولة المضيفة.....154
1_ السلامة الاقتصادية والمالية للمشروع الاستثماري.....155
2- مدى مساهمة المشروع الاستثماري في تنمية الدولة المضيفة.....155
الفرع الثالث: الشروط المرتبطة بالخطر 159
أولا: أن لا يكون الخطر المضمون مستحيل الوقوع في المستقبل أو تحقق قبل إبرام العقد.....159
ثانيا: أن لا يكون الخطر منسوبا إلى أحد المتعاقدين.....159
ثالثا: أن يكون الخطر ذا طبيعة غير تجارية ويتعذر تغطيته بواسطة التأمين العادي.....160

رابعا: أن لا يكون من قبل الإجراءات العادية لتنظيم النشاط الاقتصادي في الدولة المضيفة.....165
المطلب الثاني: إجــراءات إبرام عقد ضمان الاستثمار الدولي.....168
الفرع الأول: الإجراءات الأولية لإبرام العقد.....168
أولا: طلب الضمان أمام الدولة المضيفة للاستثمار.....168
1- عقد الاستثمار بين المستثمر والدولة المضيفة 169
2- توجيه طلب الضمان إلى الدولة المضيفة.....171
(أ)- في حالة موافقة الدولة المضيفة على طلب الضمان.....171
(ب)- في حالة عدم موافقة الدولة المضيفة على طلب الضمان.....175
ثانيا: إجراءات طلب الضمان أمام هيئة الضمان الدولية.....177
1- تسجيل طلب الضمان.....177
2- الطلب النهائي للحصول على الضمان 178
الفرع الثاني: إبرام العقد.....179
أولا: بيانات العقد.....179
1- المخاطر المراد ضمانها.....179
2- نطاق الضمان والتزامات الأطراف.....180
3- تعيين مدة العقد.....181
ثانيا: صياغة العقد والتوقيع عليه.....181
1- صياغة العقد.....181
(أ) إعداد العقود النموذجية.....182
(ب) وثيقتي الشروط العامة والشروط الخاصة.....185
2- التوقيع على العقد 186

الباب الثاني

الحماية المقرر بموجب عقد ضمان

الاستثمار الدولي 185

الفصل الأول

وجود العقد كضمان قانوني ضد المساس

بملكية الاستثمار الأجنبي 190

المبحث الأول: بين حق الدولة المضيفة في التصرف في ملكية الأجانب وعدم المساس بملكية الاستثمار المضمون.....191

المطلب الأول: مجال سلطة الدولة في التصرف في ملكية الأجانب.....191

الفرع الأول: حق الدولة في التصرف في ملكية الأجانب.....192

أولا: مفهوم الملكية الأجنبية 192

1- التعريف القانوني.....193

2-التعريف الفقهي.....194

ثانيا: أساس حق الدولة في تنظيم الاستثمار الأجنبي والتصرف في ملكية الأجانب...200

الفرع الثاني: احترام مبدأ الحد الأدنى لمعاملة الأجانب.....204

أولا: مفهوم مبدأ الحد الأدنى لمعاملة الأجانب.....204

ثانيا: نتائج تطبيق مبدأ الحد الأدنى لمعاملة الأجانب في مجال الاستثمار.....207

المطلب الثاني: القيود الواردة على حق الدولة في أخذ ملكية المال الأجنبي وجزاء الإخلال بها.....212

الفرع الأول: القيود الواردة على حق الدولة في التصرف في ملكية الأجانب.....213

أولا: المصلحة العامة.....213

ثانيا: المساواة وعدم التمييز.....215

ثالثا: عدم مخالفة التزام تعاقدي سابق.....218
رابعا: وجوب التعويض.....221
الفرع الثاني: جزاء التصرف في أموال الأجانب المخالف للقانون الدولي.....227
أولا: المسؤولية الدولية للدولة المضيفة (التعويض).....227
ثانيا: ممارسة الحماية الدبلوماسية.....229
ثالثا: اللجوء إلى التحكيم الدولي.....232

المبحث الثاني: إلتزام الدولة المضيفة بتوفير حماية قانونية ومعاملة عادلة للاستثمار الأجنبي المضمون.....235

المطلب الأول: التزام الدولة المضيفة بتوفير حماية للاستثمار الأجنبي الأجنبي المضمون.236
الفرع الأول: الحماية المقررة للاستثمار الأجنبي.....237
أولا: الضمانات التشريعية المقررة لحماية الاستثمار الأجنبي 237
1- تقرير مبدأ حماية الملكية الخاصة.....237
2- حماية الاستثمار الأجنبي من مخاطر نزع الملكية والإجراءات المماثلة.....238
3-تكريس مبدأ حرية التحويل.....240
ثانيا: الضمانات الاتفاقية المقررة لحماية الاستثمار الأجنبي.....241
1- الضمان الاتفاقي ضد خطر نزع الملكية والاجراءات المماثلة.....241
2- الضمان الاتفاقي ضد القيود النقدية والمعوقات الضريبية.....241
3- ضمان الاستثمار ضد مخاطر عدم الاستقرار الاجتماعي.....243
4- التحكيم كضمان اتفاقي لتسوية منازعات الاستثمار.....243
ثالثا: الضمانات الممنوحة للمستثمر بموجب عقد الاستثمار.....244
1- تثبيت النظام القانوني للاستثمار.....245
2- شرط الضمان العقدي.....246

الفرع الثاني: الضمان على الاستثمار الأجنبي ضد المخاطر غير التجارية.....247
أولا: ضمان ما يقع من مخاطر بإرادة الدولة المضيفة.....248
ثانيا: ضمان ما يقع من مخاطر خارج إرادة الدولة المضيفة للاستثمار.....250
المطلب الثاني: التزام الدولة المضيفة بمعاملة عادلة ومستقرة للاستثمار المضمون.....256
الفرع الأول: مبدأ المعاملة العادلة والمنصفة للاستثمار الأجنبي.....256
أولا: المقصود بمبدأ المعاملة العادلة والمنصفة للاستثمار الأجنبي.....257
ثانيا: قواعد معاملة الاستثمار الأجنبي في القانون الدولي.....259
1- معاملة الاستثمار الأجنبي وفقا لقاعدة المعاملة الوطنية.....260
2- معاملة الاستثمار الأجنبي وفقا لمبدأ الدولة الأولى بالرعاية.....261
3- معاملة الاستثمار الأجنبي وفقا لمبدأ المعاملة بالمثل.....262
الفرع الثاني: مجال تطبيق مبدأ المعاملة العادلة في عقد ضمان الاستثمار الدولي.....263
أولا: المساواة في معاملة الاستثمار المضمون.....264
1- المساواة في المعاملة بين المستثمر المضمون والمستثمر الوطني.....264
2- المساواة بين المستثمرين الأجانب.....266
3- حظر الإجراءات التمييزية ضد المستثمر المضمون.....267
(أ) مضمون الإجراء التمييزي.....268
(ب) الفرق بين الإجراءات التمييزية والاختلاف في المعاملة 269
ثانيا: مبدأ التعويض وضمان الحق في التحويل.....261
الفرع الثالث: ثبات معاملة الاستثمار المضمون.....271
أولا: توحيد شروط الضمان.....272
ثانيا: مراعاة القواعد الاتفاقية بشأن معاملة الاستثمار الأجنبي.....274

الفصل الثاني
أحكام العقد ضمان مالي وإجرائي ضد أثار
المخاطر غير التجارية 279

المبحث الأول: ضمان الحقوق الاقتصادية والمالية للمستثمر المضمون.....280
المطلب الأول: التعويض عن الخسائر المترتبة عن تحقق المخاطر غير التجارية المضمونة.....280
الفرع الأول: شروط استحقاق التعويض في عقد ضمان الاستثمار الدولي.....281
أولا: الشروط الموضوعية لاستحقاق التعويض.....281
1- استمرار صلاحية المستثمر للضمان.....281
2- أن يتحقق الخطر طبقا للأحكام المنصوص عليها في عقد الضمان 282
3- عدم إخلال المستفيد من الضمان بالتزاماته المترتبة عن العقد.....283
ثانيا: الشروط الإجرائية لاستحقاق التعويض.....284
1- الإخطار بوقوع الخطر.....284
(أ) - تحديد تاريخ نشأة الخطر.....285
(ب) بيانات الإخطار.....286
2- توجيه طلب التعويض.....288
الفرع الثاني: طبيعة التعويض المستحق في عقد ضمان الاستثمار الدولي.....290
أولا: محدودية الضمان.....290
ثانيا: عناصر الأضرار التي يشملها التعويض.....295
ثالثا: توزيع المسؤولية بين الدول الأعضاء في هيئة الضمان.....299
المطلب الثاني: ضمان الحق في التحويل 300
الفرع الأول: مضمون مبدأ حرية التحويل.....300
أولا: مبدأ حرية التحويل وحق الدولة المضيفة في تنظيم شؤونها النقدية.....301

ثانيا: عناصر الاستثمار القابلة للتحويل.....305
1 – أصل الاستثمار والعائدات الناتجة عنه..... 306
2– الأجور والمرتبات.....306
3– التعويضات المترتبة عن تحقق المخاطر غير التجارية.....306
الفرع الثاني: قيود التحويل.....307
أولا: المقصود بقيود التحويل بمفهوم الاتفاقية الدولية لضمان الاستثمار.....308
ثانيا: أشكال قيود التحويل.....309
1– رفض إعادة التحويل.....309
(أ)– الرفض الصريح.....309
(ب)– الرفض الضمني.....310
2– فرض أسعار تحويل تمييزية.....310
الفرع الثالث: شروط وإجراءات إعادة التحويل.....313
أولا: شروط إعادة التحويل.....313
1– أصحاب الحق في التحويل.....313
2– وجود مساهمات خارجية في الاستثمار.....314
3– العملة التي يتم بها التحويل.....314
ثانيا: إجراءات إعادة تحويل رؤوس الأموال إلى الخارج.....317
1– توجيه طلب التحويل.....317
2– أجال التحويل.....318

المبحث الثاني:الضمانات الإجرائية المترتبة عن عقد ضمان الاستثمار الدولي.319
المطلب الأول: حلول هيئة الضمان الدولية محل المستثمر المضمون في حقوقه المالية والإجرائية.....320
الفرع الأول: مبدأ حلول هيئة الضمان محل المستفيد من الضمان.....320
أولا: تعريف الحلول.....320

ثانيا: شروط الحلول.....321
1- تحويل الحقوق من المستفيد من الضمان نحو هيئة الضمان الدولية.....321
2- اعتراف الدولة المضيفة بحلول هيئة الضمان الدولية محل المستثمر المضمون..324
الفرع الثاني: أثار الحلول 325
أولا: رجوع هيئة الضمان الدولية على الدولة المضيفة بمبلغ التعويض المستحق.....325
ثانيا: مواجهة هيئة الضمان الدولية للدولة المضيفة كخلف للمستفيد من الضمان.....328
المطلب الثاني: تسوية المنازعات المترتبة عن عقد ضمان الاستثمار الدولي 332
الفرع الأول: التسوية الودية للمنازعات المترتبة عن عقد ضمان الاستثمار الدولي.....333
أولا: المفاوضات.....333
1- إجراءات المفاوضات 334
2- الآثار المترتبة عن المفاوضات.....334
(أ)- نجاح المفاوضات.....335
(ب)- فشل المفاوضات.....335
ثانيا: التوفيق.....335
1- إجراءات التوفيق.....336
2 القيمة القانونية لتقرير التوفيق.....336
الفرع الثاني: التحكيم كوسيلة لتسوية المنازعات المترية عن عقد ضمان الاستثمار الدولي....337
أولا: إجراءات التحكيم.....338
1- الإخطار 339
2- تشكيل هيئة التحكيم.....340
(أ)- في حالة اتفاق الأطراف.....340
(ب)- في حالة عدم اتفاق الأطرف.....341
ثانيا: اختصاصات هيئة التحكيم.....342
ثالثا: قرار التحكيم.....343
المطلب الثالث: التحكيم والضمان سبيلان لتشجيع الاستثمار..... 345

الفرع الأول: القانون الواجب التطبيق على المنازعات المترتبة عن عقد ضمان الاستثمار الدولي.....346
أولا: حرية الأطراف في تحديد القانون الواجب التطبيق.....346
ثانيا: المصادر الأخرى لتسوية المنازعات المترتبة عن عقد ضمان الاستثمار الدولي.....348
1- مبادئ القانون المشتركة بين الدول المتعاقدة.....348
2- مبادئ القانون الدولي.....350
3- القانون الطبيعي وقواعد العدالة.....352
الفرع الثاني:دور التحكيم في تسوية المنازعات المترتبة عن عقد ضمان الاستثمار الدولي.354
أولا: مبادئ التحكيم في منازعات عقد ضمان الاستثمار الدولي.....354
ثانيا: القوة الملزمة لأحكام التحكيم.....356
ثالثا: تنفيذ أحكام التحكيم.....356
1- التنفيذ الاختياري.....357
2- التنفيذ الإجباري.....358
الخاتمة.....361
قائمة المراجع.....368
فهرس المحتويات.....398

الملخص:

تعتبر الحماية القانونية للاستثمار الأجنبي ضد المخاطر غير التجارية من أهم العوامل لجذب رؤوس الأموال الأجنبية الى دولة ما، ونظرا لما تؤديه هذه الأموال من دور فعال في دفع عجلة النمو الاقتصادي في الدولة المضيفة، فإنه يتعين توفير الوسائل القانونية المناسبة لجذب هذه الاستثمارات. فلايمكن للاستثمارات الأجنبية أن تؤدي دورا هاما إلا إذا تمت في الحدود التي تحول دون تعسف أي طرفا في اغتنام العائد منها، أي تحقيق الموازنة بين فكرة السيادة الوطنية التي تتمسك بها الدول النامية المضيفة كوسيلة لتوجيه الاستثمارات لتحقيق أهدافها التنموية واتخاذ الاجراءات التي تراها مناسبة لتنظيم الحياة الاقتصادية فيها، وحق الستثمر الأجنبي في الاستفادة من أمواله والحصول على ضمانات لحمايته ضد أية اجراءات سياسية ومخاطر غير تجارية قد يتعرض لها مشروعه الاستثماري في البلد المضيف، والتي يعني تحققها الإضرار بمصالحه ومن ثم إضرار أكبر بمصالح التجارة الدولية.

لذلك يعد الضمان على الاستثمار الأجنبي بواسطة عقد ضمان الاستثمار الدولي وسيلة فعالة لتحقيق الاطمئنان الذي ينشده المستثمرين الاجانب، فهو يقدم له ضمان مالي ضد الخسائر المترتبة عن تحقق المخاطر غير التجارية، وتعويضه عن الاضرار التي يمكن أن تلحق بمشروعه في الدولة المضيفة.

Résumé:

La protection juridique des investissements contre les risques politiques est le facteur le plus important pour attirer les capitaux étrangers, et joue un rôle dans le développement économique du pays d'accueil, ce qui exige la mise en œuvre des moyens et des mécanismes adéquats pour attirer ces capitaux. Or, entre le droit souverain de l'Etat d'accueil de prendre les mesures et procédures gouvernementales dans le domaine économique et le droit de l'investisseur étranger de bénéficier de ses biens, il y la nécessité de garantir la protection contre les risques politiques qui nuisent aux intérêts de l'investisseur et ceux du commerce international.

Enfin tout cela s'est concrétisé dans la fourniture d'une indemnité pour l'investisseur étranger contre les pertes non commerciales à travers un contrat à caractère international pour garantir l'investissement étranger.