

الطبعة القانونية لعقد ضمان الاستثمار الدولي

نزليوي صليحة

أستاذة مساعدة (أ) بكلية الحقوق والعلوم السياسية

جامعة مولود معمري، تيزي وزو.

مقدمة

ظهر عقد ضمان الاستثمار الدولي إلى الوجود لأول مرة بميلاد المؤسسة العربية لضمان الاستثمار والتي أنشئت بموجب إتفاقية دولية في عام 1971، كهيئة دولية إقليمية لضمان الاستثمارات العربية ضد المخاطر غير التجارية التي قد تتعرض لها في الدول العربية الأعضاء، دخلت حيز التنفيذ في عام 1974. ثم تلتها إتفاقية سيول الدولية التي تبناها البنك الدولي للإنشاء والتعمير في 11 أكتوبر 1985، المتضمنة إنشاء الوكالة متعددة الأطراف لضمان الاستثمار، كهيئة دولية واسعة النطاق تختص بضمان الاستثمارات الأجنبية التي تتم بين الدول الأعضاء في الوكالة. وبعدها جاءت الاتفاقية الدولية التي تبناها البنك الإسلامي للتنمية في 19 فبراير 1995، المتضمنة إنشاء المؤسسة الإسلامية لتأمين الاستثمارات

وائتمان الصادات كهيئة ضمان دولية إقليمية تختص بضمان الاستثمارات التي تتم بين الدول الإسلامية الأعضاء⁽¹⁾.

فعقد ضمان الاستثمار الدولي يبرم بين هيئة الضمان الدولية والمستثمر طالب الضمان، سواء كان شخصا طبيعيا أو معنويا، عاما أو خاصا، قصد حماية استثماره في الخارج من الخسائر الناجمة عن مخاطر غير تجارية. والبحث في حكم هذا العقد، يثير التساؤل عن الوصف القانوني لهذه العلاقة؟

عرفت مسألة تحديد وصف قانوني للعلاقة القائمة بين هيئة الضمان الدولية والمستثمر المتعاقد إهتماماً من جانب الفقه، الذي حاول تكييفها وتحديد طبيعتها القانونية. إلا أن عدم وضوح موقف الاتفاقات الدولية

¹ - تعتبر الجزائر عضو في كل من المؤسسة العربية لضمان الاستثمار والوكالة الدولية لضمان الاستثمار والمؤسسة الإسلامية لتأمين الاستثمارات، بعدما صادقت على اتفاقية إنشاء المؤسسة العربية لضمان الاستثمار في عام 1972 بموجب الأمر رقم 72-16 المؤرخ في 07 جوان 1972، المتضمن المصادقة على الاتفاقية المتعلقة بإنشاء المؤسسة العربية لضمان الاستثمار، ج ر عدد 53، الصادرة بتاريخ 1972/07/04. وفي عام 1995 صادقت بموجب المرسوم الرئاسي رقم 95-345 المؤرخ في 30 أكتوبر 1995، على اتفاقية إنشاء الوكالة متعددة الأطراف لضمان الاستثمار، الجريدة الرسمية عدد 66، الصادرة بتاريخ 1995/11/05. ثم صادقت بموجب المرسوم الرئاسي رقم 96-144 المؤرخ في 23 أبريل 1996، على الاتفاقية المتضمنة إنشاء المؤسسة الإسلامية لتأمين الاستثمارات وائتمان الصادات، الجريدة الرسمية عدد 26، الصادرة بتاريخ 1996/04/24.

لضمان الاستثمار في هذا الشأن، ونظر للاختلاف والتداخل الذي تشهده هذه النظم في تحديد وصف قانوني محدد للعقد، وعدم الوضوح والدقة في استعمال المصطلحات التي وردت في اتفاقات وعقود الضمان، التي تدرج تارة في أحكامها مصطلح التأمين وتارة أخرى مصطلح الضمان أثارت الغموض بشأن طبيعة العقد، وجعلت الفقه بدوره يتردد في تكييفه.

إزاء هذا التداخل، ولمعرفة الطبيعة القانونية للعقد وتحديد وصف قانوني خاص ينفرد به، لابد من تحديد عناصره وأركانه، وتمييزه عن غيره من العقود المشابهة لتفادي أي لبس وتداخل في المفاهيم والمصطلحات، وتحليل جوهر عملية الضمان التي ينطوي عليها، حتى يتسنى لنا في النهاية فهم هذا العقد وإعطاء تكييف قانوني دقيق له، وهو ما سنبيّنه في مطلبين إثنين.

المطلب الأول: مفهوم عقد ضمان الاستثمار الدولي

يعرف عقد ضمان الاستثمار الدولي بأنه تعهد من جانب هيئة الضمان الدولية لتتحمل نيابة عن المستثمر المتعاقد معها الخسائر الناجمة عن نوع معين من المخاطر التي قد يتعرض لها استثماره في الخارج، وذلك تشجيعاً له على القيام بهذا الاستثمار، فما هي عناصر وأركان هذا العقد؟ وكيف يمكن تمييزه عن غيره من العقود؟ وهو ما سندرسه في الفروع الثلاثة التالية:

الفرع الأول: ناصر العقد

يقوم عقد ضمان الاستثمار الدولي في الواقع على ثلاثة عناصر أساسية أيا كان النظام القانوني الذي يبرم في نطاقه، وتتمثل في الخطر، والأقساط، والتعويض.

أولاً: الخطر Le Risque:

يعتبر الخطر المحل الذي يرد عليه العقد، فهو مبرر وجوده. ويقصد به " كل أمر أو حادث غير محقق الوقوع ، لا يتوقف تحققه على إرادة أحد طرفي العقد "(1).

يعد الخطر في الواقع العنصر الأساسي في العقد المبرم بين المستثمر وهيئة الضمان الدولية، لأن المستثمر يخشى أن يلحق استثماره في الخارج خطر معين فيلجأ الى تلك الهيئة لتحمل عنه ما قد ينجم من خسارة في حالة وقوع ذلك الخطر. ويقصد بالخطر في هذا العقد الخطر غير التجاري⁽²⁾، الذي ينتج إما عن واقعة قانونية خارجة عن العقد تتمثل في تصرف من قبل الدولة المضيفة للاستثمار كما هو الحال في نزع ملكية المشروع الاستثماري والمصادرة والتأميم وخطر تحويل النقد وغيرها من إجراءات المساس بملكية الاستثمار الاجنبي بطريقة مباشرة

¹ - حسين منصور محمد، مبادئ عقد التأمين، الدار الجامعية للطباعة والنشر، مصر (د.ت.ن) ، ص 55 .

² - أنظر المادة 11 من اتفاقية إنشاء الوكالة الدولية لضمان الاستثمار، والمادة 2/19 من اتفاقية إنشاء المؤسسة الإسلامية لتأمين الاستثمارات وائتمان الصادرات، والمادة 18 من اتفاقية إنشاء المؤسسة العربية لضمان الاستثمار، مرجع اسابق.

أو غير مباشرة، أو عن واقعة مادية لها طابع سياسي تصدر من جهة خارجية عن أطراف العقد كالحرب والاضطرابات الداخلية.

ثانياً: الأقساط Les Primes:

يعتبر القسط عنصر أساسي في عقد ضمان الاستثمار ولا يقوم العقد من دونه، إذ يعد التزاماً أساسياً يقع على عاتق المستثمر. وتحدد هذه الأقساط عموماً بطريقة تحكيمية⁽¹⁾ فلا يرتبط مقدارها بأي حساب مسبق للخسائر المحتملة، لأن الخطر الذي يغطيه هذا العقد لا يقبل القياس والتقدير طبقاً للأسس الفنية للتأمين العادي، وبالتالي فمقدارها يختلف في الواقع باختلاف الخطر المضمون، وقد ترى الهيئة احتمالات تحقق خطراً معيناً أكثر توقعاً من احتمالات تحقق خطراً آخر.

فالهيئة تتولى تحديد معدل الأقساط السنوية الواجبة على جميع المستثمرين عن كل نوع من المخاطر، شرط عدم التمييز بين الدول في المعدلات المفروضة مع الأخذ في الحسبان المصاريف الإدارية، وتكوين احتياطات مناسبة إن أمكن ذلك⁽²⁾.

¹ - دريد محمود السامرائي، الاستثمار الاجنبي، المعوقات والضمانات القانونية،

مركز دراسات الوحدة العربية، بيروت، مارس 2006، ص 293

² - تنص المادة 2/19 من اتفاقية انشاء المؤسسة العربية لضمان الاستثمار على أن: "تحدد المؤسسة معدل الأقساط السنوية الواجب على المستثمرين أدائها عن كل نوع من المخاطر. وتدخل المؤسسة في اعتبارها عند تحديد هذه المعدلات الحاجة

فهيئة الضمان لا تعتمد على هذه الأقساط للوفاء بالتزامها بالتعويض عند تحقق الخطر محل العقد، بل إن الهدف الاساسي من تحصيل تلك الأقساط هو مواجهة مصروفاتها الإدارية واستخدامها قدر الإمكان في تكوين الاحتياطات المناسبة. ويجوز لها مراجعة هذه الاقساط من وقت لآخر وتعديلها كلما استدعت الحاجة لذلك.

ثالثاً: التعويض l'indemnisation:

تلتزم هيئة الضمان الدولية بتعويض المستثمر في حالة تحقق الخطر محل العقد، وإصابته بخسارة من جراء ذلك. فمبلغ التعويض يعتبر ديناً إحتمالياً في ذمة الهيئة، وهو دين غير محقق الوقوع، وقد لا يتحقق في أي وقت في المستقبل. كما أن لهذا الدين صفة تعويضية، لأن الهيئة لا تدفع المبلغ المتفق عليه لتحقيق الخطر محل العقد، إنما لتغطية الخسارة الناجمة عنه.

ويتم تقدير التعويض المستحق للمستثمر المضمون عن الضرر الناتج عن تحقق أحد المخاطر المغطاة، إستناداً الى مبلغ الضمان الذي تقرره هيئة الضمان الدولية سنوياً عن كل نوع من المخاطر، إلى أن

إلى مواجهة مصروفاتها الإدارية، وبقدر الإمكان الحاجة إلى تكوين الاحتياطات المناسبة".

أنظر كذلك المادة 26 من اتفاقية إنشاء الوكالة الدولية لضمان الاستثمار والمادة 22 من إتفاقية إنشاء المؤسسة الإسلامية لتأمين الاستثمارات وإئتمان الصادرات، مرجع سابق.

يتقرر انقضاء العقد لأسباب معينة، بصرف النظر عن ارتفاعه أو انخفاضه من سنة لأخرى، على أن لا يتجاوز الحد الأقصى للضمان المنصوص عليه في الاتفاقية الدولية المنشئة لهيئة الضمان، أو لما تقرره نظم ولوائح الجهاز الإداري للهيئة من وقت لآخر⁽¹⁾ تفاديا لتركيز المخاطر على مستثمرين معينين أو مجالات معينة، وحفاظا على المركز المالي للهيئة.

وهكذا يتضح أن هيئات الضمان الدولية لا تغطي جميع الخسائر التي تصيب المستثمر جراء تحقق أحد المخاطر المضمونة، حتى لا تكون له مصلحة في تحقق الخسارة، ويتتبع مع هيئة الضمان إجراءات استرداد مبلغ التعويض المدفوع من الدولة المضيفة عند تحقق الخطر.

الفرع الثاني: أركان العقد

وتتمثل في التراضي، والمحل، والسبب.

¹ - تنص المادة 20 فقرة 3 و 4 من اتفاقية إنشاء المؤسسة العربية لضمان الاستثمار على ما يلي :

"- لا يجوز أن يزيد المبلغ المؤمن عليه في أية عملية واحدة عن 10% من رأس المال والاحتياطي، ويرفع هذا الحد إلى 20 % في حالة الاستثمارات التي تتمتع بأولوية خاصة، وفقا للمادة 1/16 من هذه الاتفاقية.

- لا يجوز أن يزيد التعويض المدفوع للمستثمر على قيمة الخسارة التي لحقت به نتيجة لتحقيق الخطر المؤمن ضده أو مبلغ التأمين المتفق عليه في عقد التأمين، أيهما أقل".

أولاً: التراضي:

إن عقد ضمان الاستثمار الدولي رضائي، ينعقد بتراضي الطرفين وهما المستثمر طالب الضمان وهيئة الضمان الدولية كجهاز دولي متخصص في ضمان الاستثمارات الأجنبية من المخاطر غير التجارية، دون اشتراط أي إجراء شكلي أو عيني، يتم إفراغه في قالب عقدي مخصص لهذا الغرض يوقعه الطرفان.

ويلاحظ أن نظم الضمان الدولية تشترط موافقة الدولة المضيفة على تنفيذ الاستثمار المطلوب ضمانه، أو إبرام عقد الضمان⁽¹⁾، لكن هذا لا يغير طبيعته الرضائية، لأنه يعتبر في الواقع شرطاً سابقاً على إبرام العقد وليس ركناً من أركانه، فيظل هذا العقد محتفظاً بصفته الرضائية.

ثانياً: المحل:

يتمثل محل العقد في الخطر، فهو عنصر جوهري في عملية ضمان الاستثمار، يسعى المستثمر الراغب في الضمان إلى تحصين نفسه من آثاره المالية. لذلك فتحديد طبيعة الخطر المراد ضمانه مسألة ذات الأهمية، بوصفه المحل الذي يرد عليه العقد، فإنطلاقاً من نوعه وأوصافه تتحدد لنا التزامات الطرفين في العقد.

¹ - أنظر المادة 6/15 من اتفاقية إنشاء المؤسسة العربية لضمان الاستثمار، والمادة 15 من اتفاقية إنشاء الوكالة الدولية لضمان الاستثمار، والمادة 60 من اتفاقية إنشاء المؤسسة الإسلامية لتأمين الاستثمارات. مرجع سابق.

ويقتصر الضمان في هذا العقد على تغطية الخسائر التي تلحق الاستثمارات الأجنبية نتيجة حدوث مخاطر غير تجارية، أو كما يسميها البعض بالمخاطر السياسية "Les risques politiques"⁽¹⁾ التي يغلب عليها الطابع السياسي، تميزا لها عن المخاطر الاقتصادية أو المخاطر التجارية. وهي مخاطر -المخاطر السياسية- يمكن أن تصدر عن سلطات الدولة المضيفة للاستثمار في صورة قانون أو لائحة أو قرار إداري كالتأميم ونزع الملكية والمصادرة ومخاطر تحويل العملة وإلغاء العقد، كما يمكن أن تصدر عن الغير في صورة عمل مادي كما هو الحال بالنسبة لمخاطر الحرب والفتن الداخلية. وفي جميع الأحوال هو خطر غير محقق الوقوع ولا يرتبط تحققه بإرادتي المتعاقدين، وكذلك خطر مشروع وغير مخالف للنظام العام والآداب.

ويتطلب تحديد محل الضمان في العقد التمييز بين الخطر المضمون والنتائج المترتبة عليه، بحيث تكون وثيقة الضمان المرجع الأساسي لتحديد نية الطرفين فيما يتعلق بمحل الضمان أو نطاقه وتحدد المخاطر التي يجوز التعاقد على ضمان نتائجها الضارة في كل حالة⁽²⁾،

¹ - ZOUAIMIA Rachid, «Les mécanismes de garantie des investissements étrangers », Article non publié, p.13

² - هذا ما اشارت إليه إتفاقية إنشاء المؤسسة العربية لضمان الاستثمار لاستبعاد عدة حالات تتعلق بأسباب المخاطر وطبيعتها ولا يجوز التعاقد على ضمان نتائجها. أنظر المادة 2/18 من إتفاقية إنشاء المؤسسة العربية لضمان الاستثمار. مرجع سابق.

وقد إكتفت الاتفاقات الدولية لضمان الاستثمار بتحديد الاطار العام لهذه المخاطر وتركت مسألة تحديد تفاصيلها للأطراف في العقد.

ثالثاً: السبب:

يتمثل السبب الذي من أجله يبرم المستثمر عقد ضمان الاستثمار مع الهيئة في محاولة توفير الطمأنينة والأمان لاستثماره في الخارج ضد المخاطر غير التجارية التي يمكن أن يتعرض لها، أما بالنسبة للهيئة فالسبب المباشر لالتزامها التعاقدي لا يتمثل كما يرى بعض الفقه⁽¹⁾ في الاقساط أو الرسوم التي يدفعها المستثمر، بل إن السبب الحقيقي لهذا الالتزام هو قيام المستثمر بمشروعه الاستثماري، فهيئة الضمان تلتزم بتعويض المستثمر تشجيعاً له على تنفيذ الاستثمار الذي يغطيه العقد، وأملاً في تقليل احتمالات الخسارة التي يمكن أن يتعرض لها. أما الباعث الذي يدفع الهيئة إلى تقديم التزامها، فيتمثل عموماً فيما يعود على الدولة أو الدول المنشئة لها من مصالح نتيجة لقيام المستثمر بتنفيذ استثماره.

الفرع الثالث: تمييز عقد ضمان الاستثمار الدولي عن غيره من العقود المشابهة

يتميز عقد ضمان الاستثمار الدولي ببعض الخصائص المشتركة مع بعض العقود المعروفة في القانون الخاص والمألوفة في مجال

¹ - دريد محمود السامرائي، الاستثمار الاجنبي، المعوقات والضمانات القانونية، مرجع سابق، ص 297.

الضمان، كعقد التأمين والكفالة والاشتراط لمصلحة الغير، والتي جعلت الفقه ينحدر وراءها عند تكييف العقد الذي تبرمه هيئة الضمان الدولية والمستثمر الأجنبي، فذهب البعض إلى إعتباره عقد تأمين وإعتبره البعض الآخر عقد كفالة بينما يرى البعض الآخر أنه إشتراط لمصلحة الغير، وهذا رغم الإختلاف القائم بينها.

ولتوضيح هذا الاختلاف نرى ضرورة تمييزه عنها فيما يلي:

أولاً: عقد ضمان الاستثمار الدولي وعقد التأمين

إتجهت بعض الاتفاقات الدولية لضمان الاستثمارات إلى إستعمال مصطلح التأمين في أحكامها التفصيلية بدلا من مصطلح الضمان، ومنها إتفاقية إنشاء المؤسسة العربية لضمان الاستثمار التي أوردت في نص المادة 1/2 منها أن: "الغرض من المؤسسة هو تأمين المؤمن له العربي ..."

ولم تكف الاتفاقية المتضمنة إنشاء المؤسسة الإسلامية لتأمين الاستثمارات بإدراج مصطلح التأمين في أحكامها، بل أطلقتها على هيئة الضمان ذاتها، وذلك بتسميتها بـ "المؤسسة الإسلامية لتأمين الاستثمارات وضمان الصادرات".

هذا الوضع دفع بعض الفقه⁽¹⁾ إلى تكييف عقد الضمان الذي تبرمه هذه الهيئات على أنه عقد تأمين. إلا أن ذلك لم يكن كافيا لإعتباره كذلك،

¹ - نذكر منهم على سبيل المثال الدكتور هشام خالد ودريد محمود السامرائي. الذين إعتبراه عقد تأمين لوجود مجموعة من العناصر المشتركة بينهما سواء في

لأن الغرض من إستعمال مصطلح التأمين في أحكام الاتفاقيتين، هو للتعبير عن الضمان الدولي للإستثمارات، والذي يراد به حماية المستثمر الأجنبي من الخسائر التي قد يتعرض لها مشروعه الاستثماري في الدولة

الأركان أو في الآثار المترتبة عنهما. فلعقد ضمان الاستثمار آثار مماثلة لعقد التأمين، فهو يرتب التزامات متبادلة على الطرفين لا تختلف عن الالتزامات التي يرتبها عقد التأمين، كالتزام المستثمر المضمون بأداء أقساط الضمان، وإعلان الخطر وإخطار الضامن بتحقيقه وبكل المعلومات المتعلقة بموضوع العقد... الخ، والتزام هيئة الضمان بدفع التعويض المستحق إلى الطرف المضمون عند تعرضه لأحد المخاطر. ومن ثم فكلا العقدين يعتبران من عقود المعاوضة.

كما يعتبران من العقود الاحتمالية بالنسبة للطرفين، فالمستثمر قد يستحق التعويض كله بعد دفع فسط واحد أو قسطين، وقد لا يستحقه أصلاً نتيجة عدم تحقق الخطر محل العقد كما هو الحال في عقد التأمين. أما بالنسبة لهيئة الضمان، فتتعهد بالتزام احتمالي دون معرفة درجة الاحتمال في تحقيقه، ومقدار الخسائر المتوقعة في هذا الشأن، مما قد يعرضها لدفع تعويضات كبيرة أو يعفيها من الدفع الفعلي لأية تعويضات.

ويضاف الى ذلك أنهما يعتبران من العقود الزمنية المتتابعة، يعتبر الزمن عنصراً جوهرياً فيها، تكون التزامات طرفيه عبارة عن أداءات مستمرة مع الزمن، فتظل الهيئة ملزمة بتغطية الخطر من تاريخ نفاذ العقد حتى تاريخ انتهائه، ويظل المستثمر ملزماً بأداء الاقساط طيلة مدة الضمان كما هو الحال في عقد التأمين. أنظر: هشام خالد، خصائص وطبيعة عقد ضمان الاستثمار العربي، مؤسسة شباب الجامعة، مصر، 1988، ص 76-79. ودريد محمود السامرائي، الاستثمار الاجنبي المعوقات والضمانات القانونية، مرجع سابق، ص 304-

المضيفة، وذلك بتحويل النتائج المالية للمخاطر غير التجارية إلى هيئة دولية متخصصة، تتحمل دفع التوابع المالية المترتبة عنها، وذلك استناداً إلى أحكام الاتفاقات الدولية لضمان الاستثمار، التي تحدد الإطار العام لعمليات ضمان الاستثمارات في هيئة الضمان المعنية. وهذا على خلاف أنظمة التأمين التي تعتبر من المواضيع الخاصة التي تنصب على تنظيم العلاقات الخاصة، تجد أصولها وأحكامها في القانون المدني أو وثيقة التأمين، وتتفرد بها شركات التأمين التجارية التي تهدف من وراءها إلى تحقيق الربح، فتقوم بوضع الشروط وتحدد الأقساط بالشكل الذي يتفق وأهدافها في تحقيق الربح وهو ما يجعلها من عقود الإذعان. في حين أن الأمر مختلف بالنسبة لعقود ضمان الاستثمار الدولية، التي تعمل من خلالها هيئة الضمان لتشجيع إنتقال رؤوس الأموال بين الدول الأعضاء لتمويل جهودها الإنمائية لصالح شعوبها ودعم علاقاتها الاقتصادية في إطار التعاون الفعال وتوفير الحماية المناسبة لها ومواجهة تصرفات الدولة المضيفة التعسفية، تحقيقاً للمصلحة العامة للدول الأعضاء في هيئة الضمان، ومصالح المستثمرين الأجانب.

كما يتميز عقد ضمان الاستثمار الدولي عن عقد التأمين في الأساس الفني للعقد، فعقد ضمان الاستثمار لا يستند للأسس الفنية للتأمين، فلا يمكن إخضاع الخطر فيه إلى القياس والتقدير المعتمد في التأمين العادي أو التأمين التجاري الذي يتميز بثبات القسط التجاري. في حين أن الأقساط التي يؤديها المستثمر المضمون، لا ترتبط في مقدارها بأي حساب

رياضي مسبق للخسائر المحتملة، فهي ليست أقساطا تجارية. فمن غير الممكن اعتبار عقد ضمان الاستثمار الدولي عقد تأمين.

ثانيا: عقد ضمان الاستثمار الدولي و عقد الكفالة

رغم الاختلاف الموجود بين عقد ضمان الاستثمار الدولي وعقد الكفالة، إلا أن بعض الفقه⁽¹⁾ يتجه الى تكييفه على أن عقد كفالة تلتزم بمقتضاه هيئة الضمان الدولية بكفالة التزام في ذمة المقرض (المدين)، بأن يتعهد للدائن (المستثمر) بأن يفي بهذا الالتزام إذا لم يف به المدين نفسه.

لكن إذا كان هذا التعريف ينطبق نوعا ما على حالة ضمان استثمار يتخذ شكل قرض يقدمه المستثمر للدولة المضيفة أو إحدى هيئاتها العامة أو الخاصة، فالأمر ليس كذلك في حالة ضمان الاستثمار المباشر، أو الاستثمار الذي يكون في صورة مساهمة في رأس مال المشروع، إذ ليس هناك مدين أصلي قبل المستثمر المضمون حتى تقوم هيئة الضمان بكفالاته، فالدولة المضيفة للاستثمار المضمون لا تلتزم برد قيمة هذا الاستثمار أو قيمة هذه المساهمة حتى تقوم هيئة الضمان بكفالاته. كما أن إلتزام هيئة الضمان نحو المستفيد من الضمان ليس هو التزام الدولة

¹ - ومنهم أحمد شرف الدين، وعبد الباري أحمد الباري المصري، وإبراهيم شحاته. أنظر في ذلك :

هشام خالد ، خصائص و طبيعة عقد ضمان الاستثمار العربي، مرجع سابق، ص

المضيفة، فالدافع الذي يحمل هيئة الضمان إلى التعاقد ليس مديونيتها السابقة للدولة المضيفة للاستثمار، إنما هو الوفاء بالتزامها بالتعويض عن الأضرار التي أصابت المستثمر المضمون .

ثم إن الكفالة عقد ينعقد بالإرادة المنفردة للكفيل وتكون ملزمة له وحده فقط دون الدائن، أما عقد ضمان الاستثمار، فقد ملزم للجانبين، لا ينعقد إلا باجتماع إرادتي المستثمر طالب الضمان وهيئة الضمان الدولية. ويرتب التزامات متبادلة على عاتق الطرفين، فيلتزم المستثمر بأداء أقساط الضمان في مقابل ذلك تلتزم الهيئة بدفع التعويض عند تحقق الخطر محل العقد، وهذا بغض النظر عن عدم التوازن بين الالتزامين.

وبالتالي، فعقد ضمان الاستثمار الدولي يعتبر من عقود العوض، في حين أن الكفالة تعتبر من عقود التبرع لا يجوز إشتراط العوض فيها. ثم إن عدم تحقق الخطر في عقد ضمان الاستثمار الدولي لا يجعل هذا العقد من عقود التبرع، لأن الأقساط لم تدفع مقابل المبلغ المؤمن به، بل هي مقابل نقل عبء الخطر من المستفيد من الضمان إلى الضامن. وعليه، فعقد ضمان الاستثمار الدولي ليس عقد كفالة.

ثالثاً: عقد ضمان الاستثمار الدولي والاشتراط لمصلحة الغير

للاشتراط لمصلحة الغير أهمية خاصة في مجال عقود التأمين، إذ يتعاقد الشخص مع شركة التأمين لصالح شخص آخر وهو المستفيد، فيكتسب هذا الأخير حقاً مباشراً من عقد التأمين الذي يبرم بين المشتراط

وشركة التأمين (المتعهد). ونظرا لهذه العلاقة الخاصة ذهب بعض الفقه⁽¹⁾ إلى تكييف العلاقة التي تربط هيئة الضمان الدولية بالمستثمر المضمون على أنها علاقة بين متعهد ومنتفع في اشتراط لمصلحة الغير. ويستندون في ذلك إلى الحالة التي تقوم فيها الدولة المضيفة بأداء أقساط الضمان التي يجب على المستثمر المضمون أدائها إلى هيئة الضمان، مقابل التزامها بتعويضه عما قد يصيبه من خسائر في إقليمها⁽²⁾، وبذلك تكون الدولة المضيفة قد اشترطت الضمان على الهيئة لصالح المستثمر، وأمنت نفسها من مسؤوليتها لدى الهيئة عما قد يصيب المستثمر من أضرار عند استثماره في إقليمها.

لكن إذا كان هذا الوضع جائزا بالنسبة لعقد التأمين، إلا أن الأمر ليس كذلك في عقد ضمان الاستثمار الذي يبرم بين طرفين فقط، وإن كان يشترط موافقة طرف ثالث على إبرامه، فهذه الموافقة لا تشكل ركنا في هذا العقد بقدر ما تكون شرطا سابقا على إنعقاده. أما الاشتراط لمصلحة الغير عقد ثلاثي العلاقة.

¹ - أحمد السعيد شرف الدين، عقود التأمين وعقود ضمان الاستثمار (واقعها الحالي وحكمها الشرعي)، مطبعة حسان، مصر، 1986، ص 75.

² - وهو ما أجازته المادة 3/19 من اتفاقية إنشاء المؤسسة العربية لضمان الاستثمار التي تنص على أنه:

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

ثم إن الهدف من قيام الدولة المضيفة بتحمل أقساط الضمان عن المستثمرين، إنما يهدف إلى تشجيعهم على الاستثمار في إقليمها، ويبرر استعدادها ليس لتحمل عبء التعويض عن الخسارة التي قد تلحق بأصولهم فقط، ولكن تحملها للنفقات الإدارية التي يمكن أن تطالبهم بها هيئة الضمان أيضاً.

عموماً، رغم وجود بعض القواسم والخصائص المشتركة التي استند إليها الفقه لاعتبار عقد ضمان الاستثمار الدولي عقد تأمين أو كفالة أو اشتراط لمصلحة الغير، والذي كان له الفضل في إبرازها بهدف الوصول إلى تحليل جوهر عملية الضمان التي ينطوي عليها العقد. إلا أن ذلك لم يكن كافياً لإعطاء وصف دقيق لطبيعة العلاقة القائمة بين الطرفين، ويجعل تكييفه ضمن هذه الفئة من العقود أمراً صعب المنال.

هذا ما أدى بالبعض⁽¹⁾ هروباً من إعطاء وصف دقيق للعقد إلى إعتباره من العقود غير المسماة التي يتعهد بموجبها شخص لآخر بأن يحميه من ضرر معين قد يتعرض له، أو يعوضه عندما يتعرض فعلاً للضرر، وتكون هيئة الضمان والدولة المضيفة للاستثمار ملتزماتين بالدين نفسه وهو تعويض المستثمر إذا تحقق الخطر محل العقد، وهو التزام محله واحد وهو التعويض، وإن اختلف مصدره، إذ يكون مصدر التزام

¹ - أنظر أحمد السعيد شرف الدين، عقود التأمين وعقود ضمان الاستثمار، مرجع سابق، ص 77.

الهيئة العقد المبرم بينها والمستثمر، في حين أن التزام الدولة بالتعويض قد يكون إتفاقية دولية أو نصا في قوانينها الوطنية.

لكن هذا لا يعكس الوصف المناسب لهذا النمط الجديد من العقود، لأن التزام الدولة المضيضة وهيئة الضمان لا يكون واحداً في جميع الأحوال، ففي ضمان القروض يكون التزام الدولة هو رد مبلغ القرض مع فوائده، بينما يكون محل التزام هيئة الضمان هو أداء التعويض عند تحقق الخطر المغطى.

ورغم اختلاف الفقه حول طبيعة هذا العقد، إلا أنهم يتفقون على تعريفه بأنه عقد ثنائي العلاقة يبرم بين طرفين هما هيئة الضمان الدولية والمستثمر الأجنبي، ويدخل في نطاق عقود الضمان التي تعد في حقيقتها تطبيقاً لفكرة المسؤولية المطلقة أو غير المبنية على الخطأ المعروفة في نطاق المسؤولية التقصيرية⁽¹⁾.

المطلب الثاني: عقد ضمان الاستثمار الدولي من عقود الأعمال الدولية المركبة

¹ - تتمثل فكرة الضمان في المجال العقدي عموماً في التزام الضامن إزاء المضمون له بأداء معين دون أن يبنى هذا الالتزام على فعل أو امتناع يصدر من الضامن، إنما يتعين عليه تنفيذه عندما تتحقق واقعة خارجة عن العقد المبرم بين الطرفين. أنظر في هذا الموضوع: دريد محمود السامرائي، الإستثمار الأجنبي المعوقات والضمانات القانونية، مرجع سابق، ص 300.

رغم الاختلاف الفقهي الذي عرفه موضوع تحديد الطبيعة القانونية لعقد ضمان الاستثمار الدولي، وتعدد المواقف بهذا الشأن، إلا أن مسألة تحديد طبيعة القانونية تبقى أمراً لا مفر منه.

وإذا كان هذا العقد يخضع للقواعد العامة التي تحكم العقود عموماً، والتي جعلت الفقه السابق يتأثر بها عند تكييفه للعقد، إلا أن ذلك لا يعني التوقف عند البحث عن مضمون العقد، والأساس القانوني للتعويض، إنما نرى أنه لا بد أن يمتد ذلك إلى البحث عن الإطار القانوني الذي تتم فيه عملية الضمان التي ينطوي عليها العقد، وتحديد القانون الذي يخضع له، وما إذا كان هذا العقد يدخل ضمن فئة العقود الوطنية أم في فئة العقود الدولية. ومن ثمة البحث عن جوهر عملية الضمان وطبيعة أطراف العقد والهدف المراد منها والنطاق الذي يتم فيه الضمان وطبيعته.

وإنطلاقاً من كون الاتفاقات الدولية المتضمنة إنشاء هيئة الضمان الدولية تمثل الإطار القانوني لجميع عمليات ضمان الاستثمارات التي تقوم بها الهيئة، يستمد منها العقد كافة أحكامه. وكون الدولة المصدرة لرأس المال المراد ضمانه والدولة المضيفة له أعضاء في هذه الهيئة بعد مصادقتهما على اتفاقية إنشائها، فإنه يجب الأخذ بعين الاعتبار لدور تلك العلاقات القانونية التي تنشأ بينها وبين أطراف العقد، بإعتبارها عناصر أساسية في عملية الضمان تساهم في تكوين العقد وإخراجه إلى الوجود، وسندرس هذه الجوانب في الفروع الثلاثة التالية:

الفرع الأول: الطابع الدولي لعقد ضمان الاستثمار

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

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

إنطلاقا من هذين المعيارين، فصفة الدولية تكون ملازمة لكافة عقود ضمان الاستثمار بغض النظر عن النظام القانوني الذي تبرم فيه، إذ

¹ - عرفت فكرة تدويل العقد الاقتصادي ولفترة طويلة اختلافا فقهيّا حادا، وصعوبة في وضع تعريف موحد يطبق على سائر العقود الدولية. لكن التقلبات الاقتصادية التي حدثت في العالم، والتطور الحاصل في العلاقات الاقتصادية الدولية، ساعد كثيرا على تغير المواقف السابقة نحو الاعتراف بدولية العقد. لأكثر تفاصيل في هذا الموضوع أنظر: 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 و الإدارية، جامعة الجزائر، سنة 1998، ص ص. 32 - 42.

يتوفر في شأنها المعيار الاقتصادي لدولية العقد فضلا عن المعيار القانوني. ويتبين ذلك فيما يلي:

يبرم عقد ضمان الاستثمار الدولي في ظل المبادئ العامة التي تضمنتها الاتفاقات الدولية متعددة الاطراف المتضمنة إنشاء هيئة الضمان الدولية، التي تهدف الى تشجيع تدفق الاستثمارات بين الدول الأعضاء لتمويل جهودها الانمائية ودعم علاقاتها الاقتصادية من خلال ضمان سلامة رؤس الأموال الأجنبية الموجهة نحو الدولة المضيفة.

ومن ثمة، فهذا العقد يعد من العقود التي تتعلق بمصالح التجارة الدولية، جاءت استجابة للمصالح المشتركة بين الدول المصدرة لرأس المال والدول المستوردة لها، إذ ينصب على ضمان سلامة إنتقال أو تحويل البضائع والأموال عبر الدول الأعضاء في هيئة الضمان. فهو بذلك يتجاوز النطاق الاقتصادي الداخلي لأية دولة طبقا للمعيار الاقتصادي.

كما يشمل عقد ضمان الاستثمار الدولي طبقا للمعيار القانوني لدولية العقود، على أكثر من عنصر أجنبي في طبيعة أطرافه وموضوعه وهدفه.

إذ يبرم العقد بين طرفين وهما هيئة الضمان الدولية والمستثمر طالب الضمان، ويشترط في هذا الأخير لقبوله طرفا في العقد أن يكون شخصا أجنبيا عن الدولة المضيفة لاستثماره وحاملا لجنسية إحدى الدول الأعضاء، وبالتالي يعتبر عنصرا أجنبيا في هذا العقد. أما هيئة الضمان الدولية، فلا تتمتع بجنسية أية دولة عضو فهي تعتبر منظمات أو

مؤسسات دولية مستقلة عن الدول الأعضاء المكونة لها، تتمتع بالشخصية القانونية الدولية الكاملة في ظل أحكام القانون الدولي والقوانين الوطنية للدول الأعضاء، لها الحق في التعاقد ولها ذمة مالية مستقلة عن الدول المنشئة لها⁽¹⁾ تستمد أحكامها من الاتفاقية الدولية المتضمنة إنشائها. وباعتبارها شخصاً اعتبارياً مستقلاً عن الدول الأعضاء المكونة لها فهي تتكون من أجهزة إدارية تمكنها أداء مهامها وإبرام عقود الضمان مع المستثمرين طالبي الضمان.

وعلى هذا الأساس، فقد ضمان الاستثمار الدولي يبرم بين أشخاص لا تجمعهم جنسية واحدة، وهذا يعني تطرق الصفة الأجنبية لأطراف العقد.

ينصب موضوع العقد على ضمان استثمارات أجنبية لا وطنية، أي استثمارات وافدة من دولة عضو في هيئة الضمان نحو دولة عضو أخرى في الهيئة ذاتها. بعبارة أخرى، فالضمان في العقد ينصب على

¹ - تعتبر مسألة تحديد المركز القانوني لأطراف العقد مهمة عند تحديد طبيعة العلاقة بين الطرفين. وحسب المادة الأولى فقرة ب من إتفاقية إنشاء الوكالة الدولية لضمان الاستثمار:

" تتمتع الوكالة بالشخصية القانونية الكاملة و على وجه الخصوص بأهلية: التعاقد ، تملك الأموال الثابتة والمنقولة والتصرف فيها ، اتخاذ الإجراءات القضائية " .
وتقابلها في هذا الصدد المادة 03 من إتفاقية إنشاء المؤسسة العربية لضمان الاستثمار ، والمادة 03 من إتفاقية إنشاء المؤسسة الإسلامية لتأمين الاستثمار وائتمان الصادرات، مرجع سابق.

توفير الضمان لرؤس الأموال الأجنبية التي يتم تحويلها نحو دولة أجنبية مضيضة تكون عضواً في هيئة الضمان.

أما الهدف من إيجاد هذه العقود في الواقع، فهو قصد توفير فرص الاستثمار المأمونة للدول المصدرة لرأس المال، وفي الوقت ذاته توفير الأموال اللازمة لتحقيق برامج التنمية في الدول الاعضاء المستوردة لها. فهو لا يهدف الى تحقيق مصلحة دولة معينة أو تحقيق أهداف وطنية لدولة محددة بالذات بل لتحقيق مصالح مشتركة لكافة الدول الأعضاء في الهيئة، سواء كانت دولاً مصدرة لرأس المال أو مستوردة له. هذا من جهة، ومن جهة أخرى تهدف إلى حماية مصالح المستثمر الأجنبي طالب الضمان. فالضمان في هذا العقد دولي وجد خصيصاً من أجل خدمة مصالح التجارة الدولية بأكملها.

وعليه، نلاحظ أن صفة الدولية تتطرق لثلاثة عناصر جوهرية في العقد، تتمثل في أطرافه وموضوعه ووظيفته.

ويعتبر هذا الطابع الدولي للعقد عنصراً كافياً لعدم إخضاعه للقانون الوطني لأية دولة متعاقدة، وهو ما حد بالقائمين على إعداد الاتفاقات الدولية لضمان الاستثمار إلى إخضاعه لوسيلة إجرائية تتناسب مع هذه الصفة، وللأطراف تحديد طريقة تسوية المنازعات التي تثور بشأنه وتحديد القانون واجب التطبيق عليه.⁽¹⁾

¹ - تنص المادة 36 من اتفاقية إنشاء المؤسسة العربية لضمان الاستثمار على أن: "تحدد عقود التأمين طريقة تسوية المنازعات التي تنشأ بين المؤسسة والمؤمن

وعلى هذا الأساس، جاءت أحكام الاتفاقات الدولية لضمان الاستثمار صريحة بخصوص تسوية ما قد ينشأ عن عقد الضمان من خلافات بين هيئة الضمان والمستفيد من الضمان عن طريق التحكيم، طبقاً لأحكام الاتفاقية المنشئة لهيئة الضمان واللوائح الصادرة عن مجلس إدارتها، وللأحكام الواردة في عقد الضمان، والتي لا يجوز أن تكون مخالفة لأحكام القانون الدولي.⁽¹⁾

الفرع الثاني: الطابع الاقتصادي لعقد ضمان الاستثمار الدولي

تطبيقاً للمعيارين القانوني والاقتصادي، يمكن القول أن عقد ضمان الاستثمار الذي تبرمه هيئة الضمان الدولية والمستثمر الأجنبي يعتبر من العقود الاقتصادية الدولية، ينصب على توفير الضمان للعمليات التجارية

لهم". وتنص المادة 2/59 من اتفاقية إنشاء المؤسسة الإسلامية لتأمين واتمان الصادات على ما يلي: "تحال أية منازعة تنشأ في ظل عقد التأمين ... بين الأطراف في العقد الى التحكيم للفصل فيها نهائياً طبقاً للقواعد التي ينص عليها أو يشار إليها في العقد المعين".

¹ - أنظر المادة 06 من اتفاقية إنشاء المؤسسة العربية لضمان الاستثمار والمادة 4 من ملحق تسوية المنازعات المرفق بها. المادة 4/ز من ملحق تسوية المنازعات المرفق باتفاقية إنشاء الوكالة الدولية لضمان الاستثمار.

التي يمارسها أشخاص طبيعيون واعتباريون وفقا لأسس تجارية⁽¹⁾، والتي تنطوي على قيمة مالية كبيرة. فهو يرد على ضمان استثمارات يتم تنفيذها عادة في مجالات ضخمة مثل القطاع المالي، والاستثمار في مجال الغاز والنفط والزيت، والصناعة وأعمال التعدين، والأعمال الزراعية، والبناء والبنية التحتية في الدولة المضيفة، وغيرها من المجالات التي يتم توجيه الاستثمار فيها وعلى المدى الطويل.

فبعد ضمان الاستثمار يشمل عناصر إقتصادية يجب أخذها بعين الاعتبار عند البحث في طبيعته القانونية، فالضمان فيه يرد على تغطية رؤوس أموال كبيرة الحجم، موجهة للاستثمار في قطاعات مهمة في الدولة المضيفة بهدف تحقيق التنمية الاقتصادية فيها، يتم تنفيذها على المدى الطويل أو المتوسط، إذ تتراوح مدة الضمان في العقد ما بين 15 الى 20 سنة⁽²⁾، وغالبا ما تكون متطابقة مع مدة تنفيذ عقد الاستثمار.

وهذه العناصر المميزة في نظرنا لا تدع أي مجال للشك لإدراج عقد ضمان الاستثمار الدولي ضمن فئة عقود الأعمال "d'affaires"

¹ - تنص المادة 3/أ/13 من اتفاقية الوكالة الدولية لضمان الاستثمار على أن : " يتمتع بالصلاحيية لضمان الوكالة، أي شخص طبيعي أو اعتباري بشرط ... أن يقوم الشخص الاعتباري، سواء كان مملوكا ملكية خاصة، أو لم يكن كذلك بممارسة نشاطه على أسس تجارية ."

² - أنظر في ذلك موقع الأنترنيت:

Inter-Arab Investment Guarantee. <http://www.iaigc.org>,
Corporation <http://www.izf.net> L'Agence multilatérale de garantie
des investissements.

Contrats⁽¹⁾، يرتبط وجودها إرتباطا وثيقا بالمشروع الاستثماري، فهي تشكل لحد ما أداة من أدوات تقييم جدوى المشروع الاستثماري وتنفيذه وتوجيهه نحو دولة أجنبية. فهو في الواقع عقد مرتبط بعقد الاستثمار، سواء في قيمته المالية أو مدته الزمنية أو درجة الخطورة التي تهدده. مما يجعلها أداة ضرورية يتخذها المستثمر الذي يريد تنفيذ أي مشروع في الخارج، بحثا عن الضمان المناسب على أمواله التي وجهها لخلق نشاط جديد من شأنه أن يساعد في تحقيق التنمية الاقتصادية للدولة المضيفة.

كما تعتبر وسيلة حديثة تسعى من خلالها الدول المصدرة لرأس المال والدول المستوردة لها والتي تعتبر أعضاء في هيئة الضمان الدولية إلى تشجيع استخدام العوائد المالية المتوفرة لدى الدول المصدرة بتحويلها نحو الدول المستوردة لها، واستثمارها في مجالات مختلفة لتحقيق النمو الاقتصادي الفعال. والدليل على ذلك أن الاتفاقات الدولية لضمان الاستثمار لم تحصر أنواعا محددة للاستثمارات الصالحة للضمان بموجب العقد، بل جاء ذكرها على سبيل المثال لتشمل كافة أشكال الاستثمارات المباشرة وغير المباشرة، خاصة أو عامة أو مختلطة، سواء تمت في صورة مساهمة أو دون مساهمة، نقدية كانت أو غير نقدية، كلما كانت قائمة على أسس تجارية وبصرف النظر عن صفة القائم بها.⁽²⁾

¹ - ZOUAIMIA Rachid, «Les mécanismes de garantie», op.cit, -

² - وحسب المادة 12 من اتفاقية انشاء الوكالة الدولية لضمان الاستثمار، تشمل الاستثمارات الصالحة للضمان في الوكالة ما يلي: "حقوق الملكية والقروض

وتطبيقاً لذلك، تقوم هيئة الضمان الدولية بإعداد نماذج متنوعة لعقود ضمان الاستثمار حسب طبيعة الاستثمار المراد ضمانه، ونذكر مثلاً النماذج التي أعدتها المؤسسة العربية لضمان الاستثمار ومنها: عقد ضمان الاستثمار المباشر، عقد ضمان المساهمة في رأس مال الشركة، عقد ضمان القرض، عقد ضمان معدات المقاولات، وعقود لضمان الخدمات كخدمات النقل والخدمات الاستشارية، وعقود ضمان التأجير ومخاطره⁽¹⁾. وغيرها من العقود التي تعكس طبيعة التطور الذي وصلت إليه العلاقات التعاقدية الدولية، وتعزيز التعاون الاقتصادي الدولي.

الفرع الثالث: عقد ضمان الاستثمار الدولي عقد مركب

إن عقد ضمان الاستثمار الدولي ثنائي العلاقة يبرم بين طرفين هما هيئة الضمان الدولية والمستثمر طالب الضمان.

لكن عملية إبرام العقد لا تتم إلا بتدخل مجموعة من العلاقات القانونية الخارجة عن أطرافه، إذ يعتبر وجودها ضرورياً في عملية

المتوسطة أو طويلة الأجل التي يقدمها أو يضمنها المشاركون في ملكية المشروع المعني "...".

أنظر كذلك المادة 15 من اتفاقية انشاء المؤسسة العربية لضمان الاستثمار. والمادة 17 من اتفاقية انشاء المؤسسة الاسلامية لتأمين الاستثمارات وائتمان الصادرات، مرجع سابق.

¹ - Inter-Arab Investment Guarantee. Voir : <http://www.iaigc.org>, Corporation

الضمان، وتشكل عناصر أساسية لإبرام العقد بين هيئة الضمان والمستثمر طالب الضمان. فهي وإن كانت لا ترقى إلى درجة الأركان الرئيسية المحددة لطبيعة العقد إلا أنها تساهم على الأقل في تكوينه، وتضفي طابعاً خاصاً مميزاً للعقد، يجعله عقداً مركباً لمجموعة من العلاقات القانونية التي تقوم بين جهات أخرى خارجة عن أطرافه، ونقصد بها كلاً من الدولة المصدرة لرأس المال المراد ضمانه والدولة المضيفة له. ورغماً من أن هيئة الضمان الدولية تقوم بإبرام العقد مع المستثمرين الأجانب باسمها ولحسابها، وهذه الجهات ليست أطرافاً في العقد، لكنها تعتبر أطرافاً في هيئة الضمان التي يبرم العقد في ظل أحكامها وأعضاء في الاتفاقية الدولية التي أنشئت بموجبها هيئة الضمان المعنية.

أولاً: علاقة الدولة المصدرة والدولة المضيفة للاستثمار المراد ضمانه ترتبط الدولة المصدرة لرأس المال المراد ضمانه والدولة المضيفة له بموجب اتفاقية دولية متعددة الأطراف تتضمن إنشاء هيئة دولية لضمان الاستثمار⁽¹⁾، تنص على منح الضمان لمستثمريها، فتتمكنهم طلب إبرام عقد الضمان مع هيئة الضمان الدولية التي تعتبر أعضاء فيها،

¹ - فقد تكون الدولتان طرفين في اتفاقية إنشاء الوكالة الدولية لضمان الاستثمار أو اتفاقية إنشاء المؤسسة العربية لضمان الاستثمار أو اتفاقية إنشاء المؤسسة الإسلامية لتأمين الاستثمارات وائتمان الصادرات، مرجع سابق.

تتحمل بموجبه تبعية الأضرار التي تلحق باستثماراتهم عند حدوث مخاطر غير تجارية مضمونة، وهذا بغض النظر عن ارتباط أو عدم ارتباط الدولتين المصدرة والمستوردة لهذا الاستثمار بموجب اتفاقية ثنائية أو جماعية أخرى حول حماية وضمان الاستثمار، تتعهد بموجبها الدولة المضيفة بمنح مستثمريها الإمتيازات والضمانات الكافية ضد المخاطر غير التجارية والتي يرد عليها عقد الضمان.

وعليه، لا يجوز للمستثمر طلب الضمان من الهيئة إلا إذا كانت كل من الدولة المضيفة لاستثماره والدولة التي ينتمي إليها أعضاء في هيئة الضمان الدولية المراد إبرام العقد معها.

ثانيا: علاقة المستثمر طالب الضمان بالدولة الوطنية والدولة المضيفة للاستثمار:

باعتبار المستثمر طالب الضمان هو الطرف الثاني في العقد إلى جانب الهيئة، فلا بد من تحليل طبيعة العلاقة التي تربطه بالدولة الوطنية للاستثمار من جهة، وعلاقته بالدولة المضيفة للاستثمار من جهة أخرى. تشترط نظم الضمان الدولية لقبول المستثمر كطرف في العقد أن يكون من مواطني دولة عضو في الهيئة التي يتعاقد معها إذا كان المستثمر شخصا طبيعيا، أو تابعا لدولة عضو استنادا إلى مركز إدارته الرئيسي المتواجد بها، أو بخضوعه لرقابتها أو رقابة مواطنيها إذا كان المستثمر شخصا اعتباريا. فهيئة الضمان الدولية لا تمنح الضمان إلا

لمواطني الدول الأعضاء فيها، ومن ثم فعلاقة المستثمر طالب الضمان بالدولة المصدرة للاستثمار يحكمها قانون الجنسية.

أما علاقته بالدولة المضيضة للاستثمار، فهي تعاقدية يحكمها عقد الاستثمار أو يعرف باتفاقية الامتياز التي تبرم بينه وبين الدولة المضيضة لاستثماره، يكون له بموجبها الحق في الاستثمار في مجال معين. وهذا العقد - عقد الاستثمار - وحده غير كاف لطلب الضمان من الهيئة الدولية المختصة، بل لابد أن يكون ذلك مرفقاً بالإذن أو الترخيص بالضمان ضد مخاطر غير تجارية محددة لدى هيئة ضمان دولية محددة بذاتها. أو يتضمن قرار التصريح أو الإذن بالاستثمار قبولاً بضمان الاستثمار ضد مخاطر غير تجارية محددة حتى لا تتذرع الدولة المضيضة مستقبلاً بعدم قبول التعويض عن مخاطر معينة لا تنص قوانينها الداخلية على التعويض عنها، أو أنها مخاطر غير منصوص عليها في اتفاقية الضمان الدولية التي صادقت عليها. وفي هذا الصدد تنص المادة 15 من اتفاقية الوكالة الدولية لضمان الاستثمار على أن: " لا يجوز للوكالة أن تبرم عقداً بالضمان قبل موافقة الدولة المضيضة على قيام الوكالة بضمان الاستثمار ضد المخاطر المطلوب تغطيتها ". (1) لذا يتعين على المستثمر

¹ - وهو ما أكدته المادة 6/15 من اتفاقية إنشاء المؤسسة العربية لضمان الاستثمار على أن: " يشترط لإبرام عقود التأمين حصول المؤمن له مسبقاً على إذن من السلطة الرسمية المختصة بالقطر المضيض، على تنفيذ الاستثمار وبالتأمين عليه لدى المؤسسة ضد المخاطر المطلوب تغطيتها ".

أن يتحصل على هذه الموافقة قبل اللجوء إلى هيئة الضمان الدولية وطلب الضمان.

ثالثاً: علاقة هيئة الضمان الدولية بالدولة المضيفة للاستثمار

يقصد بالدولة المضيفة للاستثمار الدولة المستوردة لرأس المال المراد ضمانه، قصد مواجهة احتياجات معينة في إقليمها، وتحقيقاً للتنمية والتطور الاقتصادي والاجتماعي فيه، ومن ثمة فإنها تعتبر عضواً في هيئة الضمان الدولية وتمويلها، بعد الانضمام إلى الاتفاقية الدولية متعددة الأطراف والمتضمنة إنشاء الهيئة المعنية.

فعلاقة هيئة الضمان بالدولة المضيفة تربطها الاتفاقية الدولية لضمان الاستثمار والمتضمنة إنشاء الهيئة المراد التعاقد معها. وتترتب على هذه العضوية التزامات على عاتقها بوضع القواعد القانونية المناسبة لمعاملة الاستثمارات الأجنبية محل الضمان، وتعهد من جانبها بتحمل النتائج المترتبة عن المساس بملكية الاستثمار الأجنبي المراد ضمانه على إقليمها.

وقد يمتد هذا الالتزام إلى إبرام اتفاقية ثنائية بينها وبين هيئة الضمان المعنية لتحسين مناخ الاستثمار فيها، قصد منح معاملة أفضل للاستثمارات الأجنبية ضد المخاطر غير التجارية⁽¹⁾. بل ويمكن لهيئة

¹ - هذا ما أشارت إليه المادة 23/ب/2 من اتفاقية إنشاء الوكالة الدولية لضمان الاستثمار، التي تجيز للوكالة إمكانية الدخول في اتفاقات ثنائية مع الدول النامية

الضمان أن تقوم بإبرام اتفاقية مع الدولة المضيفة، تتحمل بموجبها أعباء الضمان وكل الرسوم والأقساط واجبة الأداء مقابل استفادة المستثمر من خدمات الهيئة⁽¹⁾.

وعليه، تؤدي هيئة الضمان في علاقتها مع الدولة المضيفة دور الوسيط بين المستثمر الأجنبي طالب الضمان من جهة والدولة المضيفة للاستثمار من جهة أخرى، والذين تجمعهم مصالح مشتركة، فتقوم الهيئة بتشجيع المستثمرين الأجانب على توظيف رؤوس أموالهم دون خشية التعرض لأي خطر سياسي، مقابل حصول الدولة المضيفة على فرص استثمارية تمكنها تنفيذ برامج التنمية الاقتصادية فيها، دون تعرض المستثمر لمخاطر غير تجارية. وإذا حدث ذلك تكون مصالحه مضمونة وتقوم الهيئة بتعويضه عن ذلك.

الأعضاء التي تتوقع الوكالة أن تكون من الدول المضيفة، تمنح من خلالها للاستثمارات التي تضمنها الوكالة "معاملة لا تقل تميزاً عن أفضل معاملة وافق العضو المعني على إضافتها على هيئة لضمان الاستثمار، أو دولة من الدول بموجب اتفاقية تتعلق بالاستثمار..."

كما تنص المادة 41 من اتفاقية إنشاء المؤسسة العربية لضمان الاستثمار في هذا الصدد على أن: "تعمل المؤسسة للدخول مع الأقطار المتعاقدة في اتفاقات تتعلق بمبادئ أو قواعد معاملة الاستثمارات المؤمن عليها في إقليم كل منها، كما تشجع عقد مثل هذه الاتفاقات فيما بين هذه الأقطار".

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

وهذا العقد يجنبه -المستثمر- مطالبة الدولة المضيضة بتعهداتها الدولية، والتي قد تعجز عن الوفاء بها نتيجة لأوضاعها المالية والاقتصادية. فهئة الضمان الدولية تتحمل تبعة الأضرار التي تصيبه جراء حدوث مخاطر سياسية مضمونة وتحل محله في مواجهة الدولة المضيضة بعد أن تعوضه أو توافق على تعويضه.

ويعني هذا أن علاقة هيئة الضمان بالدولة المضيضة لا تتوقف عند إبرام العقد، بل تستمر طوال مدة تنفيذ العقد، وعند تحقق الخطر المضمون، وهذا إستنادا الى مبدأ الحل الذي تقرره الاتفاقات الدولية لضمان الاستثمار والمنصوص عليه في عقد الضمان. والذي يخول لهئة الضمان الحل محل المستثمر في كل حقوقه المتعلقة بالاستثمار المضمون في مواجهة الدولة المضيضة، فور دفع التعويض أو الموافقة على دفعه.

وإذا عجزت هيئة الضمان 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 عقد الضمان، فما عليها سوى اتخاذ الإجراءات اللازمة لتسوية الوضعية والخلافات القائمة بينها والدولة المضيضة، لأن الحل يمتد إلى كل ما يخص حقوق المستثمر والتزاماته، بما فيها الحق في التحكيم.

وهكذا، رغم أن هذه العلاقات القانونية تنشأ خارج عقد الضمان، إلا أنه لا يمكن أن ننكر وجودها ضمن عملية الضمان التي يرد عليها العقد، فهي تعد من قبيل الإجراءات الأولية السابقة لإبرامه، وبمثابة الشروط التي يجب توافرها لقبول التعاقد مع المستثمر طالب الضمان. وجدت خصيصاً لتمكين الهيئة من تقييم الأوضاع وتهيئة الظروف المناسبة لإبرام العقد، وتحديد إطار الضمان على وجه الدقة، واتخاذ القرار المناسب بشأن قبولها التعاقد مع المستثمر، وضمان حقها-الهيئة- في الحلول محل المستثمر المضمون في مواجهة الدولة المضيفة عند تحقق الخطر المضمون في العقد وتحسين الآثار المترتبة عن العقد.

وأياً كانت أهمية هذه العلاقات ودورها في تحديد طبيعة العقد، فإنه يظل عقداً ثنائي الأطراف يبرم بين طرفين وهما المستثمر طالب الضمان وهيئة الضمان الدولية، والتي يجب أن تعمل لضمان السير الحسن لعملية الضمان وتفاذي الخلافات بين الطرفين.

خاتمة

هذا التنوع في العلاقات التي تتدخل في تكوين العقد، والطابع الدولي والاقتصادي للعقد تعتبر عناصر ذات قيمة قانونية كبرى تسمح لنا بإخراج هذا العقد من دائرة العقود المألوفة في مجال الضمان كعقد التأمين والكفالة والاشتراط لمصلحة الغير.

فهو عقد من نوع خاص يمثل في جوهره عملية ضمان قائمة بذاتها، وجدت خصيصاً كتقنية دولية جديدة لتنظيم التجارة الدولية. خاصة

بعد التغير الذي شهدته الساحة الاقتصادية الدولية المعاصرة من تغير الظروف وحدوث تحول في طبيعة الاستثمار الأجنبي المباشر منذ بداية التسعينيات مع تراجع دور الدولة في الحياة الاقتصادية وتزايد دور الاستثمار الأجنبي المباشر الخاص، والتوجه العالمي نحو تقليل القيود عليه، مما يجعل حتمية تعرضه للمخاطر السياسية كبيراً، وحجم الخسارة أكبر والحاجة للحماية والضمان ضرورياً، خاصة في ظل الظروف المضطربة والأحداث التي يشهدها العالم ومنها الصراع الاسرائيلي الفلسطيني في منطقة الشرق الأوسط وأحداث العراق، والأعمال الإرهابية التي شهدتها العديد من الدول مثل المكسيك واليونان والجزائر في التسعينيات، وأحداث 11 سبتمبر 2001 في الولايات المتحدة الأمريكية، والأحداث الأخيرة التي شهدتها بعض الدول العربية كتونس والبحرين ومصر وليبيا وسوريا منذ يناير 2011 من اضطرابات داخلية وعدم الاستقرار الأمني، وهو ما يشكل خطراً حقيقياً يهدد كثيراً مصالح المستثمرين الأجانب.

ونظراً للمركز القانوني الذي تحظى به هيئة الضمان الدولية على صعيد العلاقات الاقتصادية الدولية، وطبيعة النشاط المراد ضمانه، والهدف الأساسي المقصود من وراء عملية الضمان قصد تشجيع إنتقال رؤوس الأموال بين الدول الأطراف فيها، لتمويل جهودها الإنمائية ودعم علاقاتها الاقتصادية، فإنه ما من شك في إعتبار عقد ضمان الاستثمار الدولي من عقود الأعمال الدولية، وأسلوباً حديثاً لعقود التجارة الدولية التي أفرز عنها الواقع العملي للتعاقبات الدولية قصد مواجهة تلك القيود

والأعمال الحكومية المباشرة أو غير المباشرة التي يمكن أن تؤثر على مجرى ربحية الاستثمارات الأجنبية وتوقعاتها، والتي من شأنها أن تؤدي إلى حرمان المستثمر الأجنبي من حقوقه وسلطاته الجوهرية على الاستثمار ومنافعه. وما حدث في ليبيا مؤخرا دليل كاف على تأزم الأوضاع وتراجع حدة الاستقرار الأمني والسياسي والاقتصادي بين الحين والآخر والحاجة إلى توفير الحماية الكافية من خلال إبرام عقود لضمان الاستثمارات ضد المخاطر غير التجارية.