

التوسع في نطاق الضمان الدولي للاستثمارات الأجنبية

عينوش عائشة⁽¹⁾

⁽¹⁾ أستاذة محاضرة قسم "أ"، كلية الحقوق والعلوم السياسية،
جامعة أكلي منحد أولحاج، البويرة، 01000 البويرة،
الجزائر.

البريد الإلكتروني: a.ainouche@univ-bouira.dz

الملخص:

تستفيد الاستثمارات الأجنبية من العمليات التي تقدمها مختلف هيئات الضمان المتخصصة بموجب عقود الضمان التي تبرمها مع المستثمرين، غير أن نطاق هذه العقود محدد من عدة جوانب، فقد وضعت النصوص القانونية المنشئة لأنظمة الضمان الدولية قيودا تحد من نطاق الاستثمارات المضمونة، ومن صلاحية الأشخاص المستثمرين، ومن نطاق المخاطر المضمونة غير أنه وبسبب التعديلات التي عرفت النصوص القانونية المنشئة خاصة لأنظمة الضمان الدولية فقد أصبحت قيود الضمان هذه مرنة جدا بهدف توسيع نطاق الضمان أكثر.

الكلمات المفتاحية:

الاستثمارات الأجنبية، عقد الضمان، نطاق الضمان، ضمان الاستثمارات الأجنبية، نطاق الحماية، حماية الاستثمارات الأجنبية.

تاريخ إرسال المقال: 2020/11/25، تاريخ قبول المقال: 2021/05/03، تاريخ نشر المقال: 2021/06/08.

لتهميش المقال: عينوش عائشة، "التوسع في نطاق الضمان الدولي للاستثمارات الأجنبية"، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، المجلد 12، العدد 01 (عدد خاص)، 2021، ص ص. 101-119.

<https://www.asjp.cerist.dz/en/PresentationRevue/72>

المقال متوفر على الرابط التالي:

المؤلف المراسل: عينوش عائشة، a.ainouche@univ-bouira.dz

Expansion of the International Guaranties for Foreign Investments

Summary :

Foreign investments benefit from the operations of the various specialized insurance agencies under the guarantee contracts they conclude with investors, but the scope of these contracts is limited since the legal texts governing international guarantee systems limit the scope of guaranteed investments and investor prerogatives rather than guaranteed risks.

However, due to the evolution of these systems and the modification of the legal texts establishing them, these guarantee restrictions have become very flexible in order to further broaden the scope of the guarantee, which made the protection granted to investments more effective, because it is one of the most effective means of protecting foreign investments.

Keywords:

Foreign investments, Guarantee contract, Scope of the guarantee, Guarantee of foreign investments, Protection of foreign investments.

Élargissement du périmètre de garantie internationale des investissements étrangers

Résumé :

Les investissements étrangers bénéficient des opérations des différentes agences d'assurance spécialisées dans le cadre des contrats de garantie qu'ils concluent avec les investisseurs, mais la portée de ces contrats est limitée à plusieurs égards, puisque les textes juridiques régissant les systèmes de garantie internationale limitent le champ des investissements garantis et des prérogatives des investisseur, outre des risques garantis.

Cependant, en raison de l'évolution de ces systèmes et de la modification des textes juridiques les établissant, ces restrictions de garanties sont devenues très flexibles afin d'élargir davantage la portée de la garantie, ce qui a rendu la protection accordée aux investissements plus efficace car il s'agit de l'un des moyens les plus efficaces tenant à protéger les investissements étrangers.

Mots clés:

Investissements étrangers, contrat de garantie, étendue de la garantie, garantie des investissements étrangers, protection des investissements étrangers.

مقدمة

تتشترك مختلف أنظمة ضمان الاستثمارات الأجنبية في القيود والشروط التي تحد من نطاق خدماتها الضمانية، كوجود قيود ترسم الإطار العام للضمان الممنوح من طرفها، وتحد بالتالي من مجال اختصاصها بمعنى نطاق تطبيق ضمانها، فوضعت النصوص القانونية المنشئة لها قيودا تتعلق بالاستثمارات محل الضمان، وبالأشخاص المستفيدة من ضمانها، وبالمخاطر المغطاة بالضمان.

ظهرت هذه القيود في النظام الأمريكي لأول مرة باعتبار التجربة الأمريكية تجربة رائدة، فقد عرفت عدة تطورات خاصة بالنسبة للاستثمارات الصالحة للضمان ومختلف أشكالها، أو من خلال نوع المخاطر المشمولة بالضمان، فكانت في بداية الأمر تقتصر على مخاطر عدم تحويل العملة، ثم ما لبث أن عرف النظام الأمريكي عدة تعديلات أفقيا وعموديا، فظهرت أنظمة ضمان وطنية تأثرت بالتجربة الأمريكية... لتظهر بعد ذلك أنظمة الضمان الإقليمية والعالمية والتي هي المقصودة هذه الدراسة.

تهدف الدراسة إلى معرفة حدود تغطية الضمان التي تتمتع بها الاستثمارات الأجنبية بموجب هذه الأنظمة وإظهار مدى مرونة القيود التي تحد من نطاقها، حيث تكتسي هذه المسألة أهمية قصوى بالنسبة لكل أطراف عملية الاستثمار، فيتحدد نطاق الضمان بمختلف القيود الواردة والمفروضة عليه، غير أن هذه القيود ترد عليها بعض الاستثناءات خاصة عند كل تعديل لتوسع أكثر من نطاق الضمان، لذلك يمكن طرح الإشكالية التالية: **أين يتجسد التوسع في نطاق عقد ضمان الاستثمار الأجنبي؟**

للإجابة على الإشكالية المطروحة تم الاعتماد على المنهج التحليلي المناسب لتحليل النصوص القانونية المتعلقة بالدراسة تارة، وتارة أخرى تم الاعتماد على المنهج المقارن من خلال المقارنة بين مختلف أنظمة الضمان المتعلقة بالاستثمارات، فلا تثار مشكلة الحماية الدولية للأموال، إلا إذا كانت هذه الأموال مملوكة للأجانب، فتصلح بالتالي أن تكون محلا للحماية المقررة في القانون الدولي العام، فإذا تعرض أحد الوطنيين مثلا لإجراء من إجراءات نزع الملكية مثل التأميم، المصادرة، فلا مجال للحديث عن الحماية الدولية لأمواله التي كانت محلا لهذه الإجراءات، لأن علاقة الوطني بدولته هي مسألة داخلية لا شأن لها بالقانون الدولي العام.

يتحدد نطاق ضمان الاستثمارات الأجنبية من عدة جوانب، وفي كل جانب نجد مجموعة من الاستثناءات التي تُوسع من هذا النطاق، ولأن الحماية تنصب على المال الأجنبي ولكون هذا الأخير يكون أجنبيا بالنظر إلى المال محل الحماية أو الشخص فإن التوسع في نطاق الضمان يتجلى بالنظر إلى الصفة الأجنبية للرأس المال المستثمر أو لصاحبه باعتباره أجنبيا (المبحث الأول)، كما يتجلى هذا التوسع كذلك بالنظر إلى المخاطر المشمولة بالضمان (المبحث الثاني).

المبحث الأول: مظاهر التوسع بالنظر إلى الصفة الأجنبية للاستثمار أو للمستثمر

ينصب ضمان الاستثمار على 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 هي بدورها دفع التوابع المالية المترتبة عنها¹، لذلك يتحدد نطاق ضمان الاستثمارات بمجموعة القيود والشروط التي تحد من نطاق الخدمات التي تقدمها مختلف هيئات الضمان، كوجود قيود ترسم الإطار العام للضمان الممنوح، وتحد بالتالي من مجال اختصاصها، حيث تلعب الصفة الأجنبية دورا في ذلك باعتبارها صفة تلحق المال، فيعتبر استثمارا أجنبيا، ما يعني أن تحديد نطاق الضمان يتم بالنظر إلى الاستثمارات باعتبارها استثمارات أجنبية(المطلب الأول)، كما قد تلحق هذه الصفة الشخص المستثمر، فيتحدد نطاق الضمان بالنظر إلى جنسية المستثمر(المطلب الثاني).

المطلب الأول: مظاهر التوسع في نطاق الاستثمارات المؤهلة للضمان

يعتبر الاستثمار الأجنبي الإطار الهيكلي الذي تتحدد في صورته كيفية تطبيق أحكام الاتفاقيات المنشئة لمختلف هيئات الضمان الدولية، فمن الطبيعي أن يكون أول ما يحدد نطاق الضمان هو الاستثمارات الأجنبية المؤهلة للضمان، كونها تعتبر المحور الموضوعي لهذا لنظام، ورغم ذلك لم تتضمن هذه الاتفاقيات تعريفا لمصطلح الاستثمار، وذلك بهدف التوسع في نطاق مفهوم الاستثمارات على أساس أن هذا التوسع إنما يرسم الحدود القصوى لما يمكن تغطيته من استثمارات، مع ترك المجال للجهاز الإداري لكل هيئة ضمان في أن يقرر ما تقبله الهيئة من أنواع الاستثمارات، لذلك يظهر التوسع في نطاق ضمان الاستثمارات المؤهلة من خلال التوسع في المفهوم المعتمد لها(الفرع الأول)، وفي تفسير قيد حداثة الاستثمار(الفرع الثاني)، وفي الاستثمارات الصادرة والوافدة من وإلى أقاليم الدول الأعضاء(الفرع الثالث).

الفرع الأول: التوسع في المفهوم المعتمد للاستثمارات المؤهلة للضمان

يرد الضمان على الاستثمار الأجنبي باعتباره الموضوع الذي ينصب عليه، إلا أن النصوص القانونية المنشئة لهيئات الضمان الدولية لم تتضمن أي تعريف للمقصود به، بغية التوسع في نطاق مفهوم الاستثمارات، حيث يمثل مفهوم الاستثمار مفهوما متغيرا ومتطورا يتغير ويتطور بتطور الظروف والأوضاع ليس على مستوى الدولة فقط، وإنما على المستوى الدولي أيضا²، إذ يعتبر الاستثمار عملية مركبة تجمع بين عناصر اقتصادية وأخرى قانونية³، وهي العناصر التي تضمنتها مختلف النصوص القانونية المنظمة للاستثمارات الأجنبية عموما،

¹ CARREAU Dominique, JUILLARD Patrick, *Droit international économique*, 5^{ème} édition, Dalloz, Paris, 2013, p533.

² أبو العلا على أبو العلا النمر، نظرة انتقادية للسياسية التشريعية المصرية في مجال الاستثمار ونقل التكنولوجيا، دار الكتب، القاهرة، 2003، ص7.

³ حول مفهوم الاستثمار عموما راجع: دريد محمود السامرائي، الاستثمار الأجنبي (المعوقات والضمانات القانونية)، الطبعة الأولى، مركز دراسات الوحدة العربية، بيروت، 2006، ص48؛ إقلاوي محمد، النظام القانوني لعقود الدولة في مجال الاستثمار

وتحتوي قائمة بالعمليات التجارية المكونة للاستثمار، وتعد هذه الطريقة وسيلة لتشجيع تدفق الاستثمارات بكل أنواعها، وذلك من خلال امتداد نطاق الضمان إلى مختلف هذه العناصر المكونة لعملية الاستثمار.

رغم توسع النصوص القانونية المنشئة لهيئات الضمان الدولية في مفهومها لهذه الاستثمارات، إلا أنها تورد مجموعة من القيود تحد من صلاحيتها للضمان، غير أنه وفي كل تعديل لها، إلا وتظهر مجموعة من الاستثناءات حتى أفرغتها من محتواها وهذا بهدف امتداد نطاق الضمان ليشمل أكبر قدر ممكن من هذه الاستثمارات، فقد تبنت الاتفاقيات الدولية المنشئة لهيئات الضمان الدولية مفهومها واسعا للاستثمارات الصالحة للضمان، والذي يظهر من خلال تعريف الاستثمار في اتفاقية سيول لعام 1985 المنشئة للوكالة الدولية (أولا)، ومن خلال الاتفاقيات المنشئة لهيئات الضمان الإقليمية (ثانيا).

أولا: تعريف الاستثمار في اتفاقية سيول لعام 1985 المنشئة للوكالة الدولية

تضمنت اتفاقية سيول SEOUL لعام 1985 والمتضمنة إنشاء الوكالة المتعددة الأطراف لضمان الاستثمار⁴، تعريفا محددا للاستثمار، على أساس أن رأسمال الوكالة محدد ولا بد أن يوجه لضمان عمليات الاستثمار فقط دون غيرها من العمليات حسب ما ورد في المادة 12 منها⁵، لذلك تشمل الاستثمارات الصالحة للضمان، حقوق الملكية والقروض المتوسطة أو الطويلة الأجل، ويمكن لمجلس الإدارة إضافة أنواع أخرى من الاستثمارات، كما يجوز أن تشمل أي تحويل للنقد الأجنبي لأغراض تجديد أو توسيع أو تطوير الاستثمار القائم، وكذلك استخدام الأرباح التي تدرها استثمارات قائمة إذا كان من الممكن تحويلها خارج الدولة المضيفة...، يعد

(التجربة الجزائرية نموذجا)، رسالة لنيل درجة دكتوراه الدولة في القانون العام، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2006، ص 27؛ عيبوط محند وعلي، الحماية القانونية للاستثمارات الأجنبية في الجزائر، رسالة لنيل درجة دكتوراه في القانون، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2006، ص 121؛

JUILLARD Patrick, « Investissement, Définition de l'investissement », *Annuaire français du droit international*, XXX11, 1986, p626; HAROUN Mehdi, *Le régime des investissements en Algérie à la lumière des conventions franco- Algérienne*, LITEC, Paris, 2000, p79; CARREAU Dominique et JUILLARD Patrick, op. cit, p400.

⁴مرسوم رئاسي رقم 95-345، المؤرخ في 30 أكتوبر 1995، المتضمن المصادقة على الاتفاقية المنشئة للوكالة الدولية لضمان الاستثمار، ج ر، عدد 66، الصادر في 05 نوفمبر 1995، ويرمز لها لاحقا بـ

AMGI: Agence Multilatérale pour la Garantie des Investissements.

⁵ تنص المادة 12 من اتفاقية AMGI على أنه "

أ- تشمل الاستثمارات الصالحة للضمان حقوق الملكية والقروض المتوسطة أو الطويلة الأجل التي يقدمها المشاركون في ملكية المشروع المعني، وما يحدده مجلس الإدارة من صور الاستثمار المباشر.

ب- يجوز لمجلس الإدارة بالأغلبية الخاصة أن يضيف الصلاحية للضمان على أية أنواع أخرى من الاستثمارات المتوسطة أو الطويلة الأجل إلا أنه لا يجوز ضمان قروض بخلاف القروض المنصوص عليها في الفقرة أ أعلاه، إلا إذا ارتبطت باستثمار محدد ضمنته الوكالة أو سوف تضمنه".

هذا المفهوم الوارد في هذه المادة واسعا، يشمل بالإضافة إلى الاستثمار الكلاسيكي المباشر الأشكال الجديدة للاستثمار.

يرى البعض بأن هذا المفهوم يشكل تهديدا لمفهوم الاستثمار في حد ذاته، نظرا لصعوبة التمييز بين الاستثمارات المباشرة، والعمليات التجارية التي لا تعد من الاستثمارات، وهذا ما يجعل أحكام اتفاقية سيول مرنة في تعريفها للاستثمار⁶.

ثانيا: تعريف الاستثمار في الاتفاقيات المنشئة لأنظمة الضمان الإقليمية

يقصد بهذه الاتفاقيات كل من الاتفاقية المنشئة للمؤسسة العربية لضمان الاستثمار⁷ والمؤسسة الإسلامية لتأمين الاستثمار وائتمان الصادرات⁸، حيث تهدف المؤسستان إلى تشجيع وحماية الاستثمارات الأجنبية وإزالة العراقيل التي تعيق انتقال رؤوس الأموال، من أجل ذلك اعتمدت كلتا الاتفاقيتين تعاريف واسعة وشاملة لكل العناصر التي لها قيمة اقتصادية دون تحديدها أحيانا، وأحيانا أخرى تتضمن تفاصيل حول أشكال وعناصر الاستثمار وهذا ما يظهر من خلال المادة 15 والمادة 17 على التوالي⁹.

تُفسر الاتفاقيتان مصطلح الاستثمار تفسيرا واسعا، إذ لا يقتصر على الاستثمار النقدي أو المادي فقط، بل يشمل أيّ إسهام في مشروع ناتج عن طريق تقديم أصول فيه، لذلك يمكن القول أن الاتفاقيتان تعرضتا لعناصر الاستثمار وأشكاله أكثر من تعرضهما لمفهومه.

⁶ قادري عبد العزيز، الاستثمارات الدولية، التحكيم التجاري الدولي، ضمان الاستثمارات، الطبعة الثانية، دار هوم، الجزائر، 2006، ص 18.

⁷ أمر رقم 72-16، المؤرخ في 07 يونيو 1972، المتضمن المصادقة على الاتفاقية المنشئة للمؤسسة العربية لضمان الاستثمار الموقعة في الكويت عام 1971، ج ر، عدد 53، الصادر في 04 يوليو 1972، ويرمز لها لاحقا بـ CIGICE: Compagnie Interarabe pour la Garantie des Investissements et des Crédits à L'Exportation.

⁸ مرسوم رئاسي رقم 96-144، المؤرخ في 23 أبريل 1996، المتضمن المصادقة على الاتفاقية المنشئة للمؤسسة الإسلامية لتأمين الاستثمار وائتمان الصادرات، ج ر، عدد 26، الصادر في 24 أبريل 1996، ويرمز لها لاحقا بـ SIGICE: Société Islamique de Garantie des Investissements et des Crédits à L'Exportation.

⁹ تنص المادة 15 من الاتفاقية المتضمنة إنشاء المؤسسة CIGICE على أن الاستثمارات الصالحة للتأمين تشمل كافة الاستثمارات ما بين الأقطار المتعاقدة وإليها، سواء كانت من الاستثمارات المباشرة بما في ذلك المشروعات وفروعها ووكالاتها وملكية الحصص والعقارات، واستثمارات الحافطة بما في ذلك ملكية الأسهم والسندات، وكذلك القروض التي يتجاوز أجلها ثلاث سنوات أو القروض ذات الأجل القصير إذا قرر المجلس صلاحيتها للتأمين على سبيل الاستثناء.

كما تنص المادة 17 من الاتفاقية المتضمنة إنشاء مؤسسة SIGICE على أن الاستثمار الذي يكون محل تأمين هو "...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".

يظهر موقف المشرع الجزائري من خلال المصادقة على هذه الاتفاقيات المنشئة لهيئات الضمان الدولية وبدون تحفظ حسب المراسيم الرئاسية المذكورة آنفا في تبنيه لهذا الاتجاه التوسعي باعتبار أن أحكام هذه الاتفاقيات تكون سارية المفعول بمجرد المصادقة عليها.

الفرع الثاني: التوسع في تفسير حادثة الاستثمار

يُقصد بحادثة الاستثمار *Lanouveauté de l'investissement* الجدة، بمعنى أن يكون الاستثمار جديداً، ويكون تنفيذه لاحقاً على إبرام عقد الضمان¹⁰، فحادثة الاستثمار تعتبر قيداً يحد من نطاق الضمان، فلا تصلح للضمان إلا الاستثمارات الجديدة التي يتم تنفيذها بعد تسجيل طلب الضمان، ما يعني استبعاد كل الاستثمارات القائمة قبل تقديم الطلب كقاعدة عامة، يرجع السبب في ذلك إلى كون الهدف الذي تسعى إليه أنظمة الضمان هو تشجيع تدفق الاستثمارات إلى الدولة المضيفة، ولاشك أن ضمان الاستثمارات القائمة لا شأن له بهذا الهدف، على الأقل بصورة مباشرة، كما أن الضمان المقدم يعد عنصراً مساعداً لاتخاذ قرار الاستثمار وعاملاً محفزاً للمستثمرين لدخول مجالات جديدة للاستثمار¹¹.

يكون الاستثمار جديداً إذا ما تم تنفيذه في فترة لاحقة على إبرام عقد الضمان أو على الأقل بعد قيام هيئة الضمان بتسجيل الطلب، فيعد استثماراً جديداً كل استثمار يلي مرحلة إبرام العقد سواء اتخذ ذلك صورة إنشاء استثمار جديد أو التوسع في استثمار قائم أو تجديده¹²، ويشمل ذلك أيضاً شراء المستثمر الأجنبي لأسهم أو سندات في مشروع قائم لاسيما إذا تم الشراء من مواطن الدولة المضيفة، لأن ذلك سوف يترتب عليه دخول رؤوس أموال أجنبية جديدة إلى إقليمها وتحويل للنقد الأجنبي إليها حسب نص المادة 2/12 من اتفاقية AMGI المعدلة سنة 2010.

يعد من الاستثمارات الجديدة أيضاً عوائد الاستثمارات السابقة، فهي جديرة بالضمان، بشرط أن تكون هذه العوائد من الممكن تحويلها إلى خارج الدولة المضيفة¹³، فيأتي الضمان في هذه الحالة كعامل مشجع ومحفز على إعادة استثمارها في الدولة المضيفة.

قد يترتب على قيد حادثة الاستثمار تعطيل استخدام الرأس المال انتظاراً لإبرام عقد الضمان، وهو ما يضر بمصالح المستثمر الأجنبي طالب الضمان، لذلك ولتقادي هذا التعطيل، يمكن لهيئة الضمان أن تسمح

¹⁰ المادة 12/ج من اتفاقية AMGI.

¹¹ محمد يونس يحي الصانغ، المركز القانوني للاستثمارات الأجنبية الخاصة في الدول النامية في ظل القانون الدولي المالي، أطروحة دكتوراه، تخصص: فلسفة في القانون العام، كلية القانون، جامعة الموصل، 2005، ص 224.

¹² هشام خالد، عقد ضمان الاستثمار، القانون الواجب التطبيق عليه وتسوية المنازعات التي تثور بشأنه، رسالة دكتوراه في القانون، كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، 1986، ص 220.

¹³ إبراهيم شحاتة، "تعليق على اتفاقية إنشاء الوكالة الدولية لضمان الاستثمار"، المجلة المصرية للقانون الدولي، العدد 41، القاهرة، 1985، ص 195.

بإصدار خطاب للمستثمر عند تقديم طلب الضمان، والذي يجيز له البدء في تنفيذ استثماره دون انتظار الإجراءات النهائية لإبرام عقد الضمان ودون أن يؤثر ذلك على اعتبار الاستثمار جديداً ويعد هذا الأمر من عوامل جذب الاستثمارات، وتوسّعاً بالتالي في نطاق الضمان.

الفرع الثالث: الاستثمارات الصادرة والوافدة من وإلى أقاليم الدول الأعضاء

أنشأت أنظمة الضمان الإقليمية لتشجيع وضمان الاستثمارات الصادرة من الدول ذات الفائض في رأس المال إلى الدول ذات العجز وهو ما يعرف بالاستثمارات البينية سواء بالنسبة للاتفاقية المنشئة لمؤسسة CIGICE أو لمؤسسة SIGICE.

كان الأمر على هذا النحو في بداية نشأة نظامي الضمان العربي والإسلامي، إلا أن الرغبة في توسيع نطاق الضمان أدت إلى تعديل الاتفاقيتين، فأصبحت كل الاستثمارات المنفذة في العالم العربي أو الإسلامي صالحة للضمان، فلا يشترط أن تصدر من الدول الأعضاء بل يكفي فقط أن تنفذ في أقاليم الدول الأعضاء، وهذا ما يعد توسّعاً في الاستثمارات المشمولة بالضمان، حيث تم تحديد النطاق الجغرافي للضمان في اتفاقية CIGICE و SIGICE بأقاليم الدول الأعضاء دون تمييز بين الاستثمارات المتجهة إلى إقليم دولة عضو دون أخرى.

يتفق هذا الوضع مع حالة الدول العربية والإسلامية المتاحة لها العضوية في المؤسستين على التوالي، رغم وجود فائض رأسمالي في بعض منها مثل دول الخليج، يجعلها دولاً مصدرة للرأس المال، إلا أن اقتصاداتها جميعاً مازالت عاجزة عن مواكبة التقدم، فقد دفع هذا الأمر بوضعي نصوص الاتفاقيتين إلى اقتراح الضمان للاستثمارات الصادرة من أي دولة عضو في إحدى المؤسستين والمتجهة إلى إقليم دولة عضو آخر، دون تمييز بين الدول الأعضاء.

فيكفي أن يكون الاستثمار منفذاً في دولة عربية عضو في مؤسسة CIGICE حتى يكون صالحاً للضمان دون أن يكون وافداً من دولة عربية عضو، أو من أحد رعايا دولة عربية، بل الشرط الوحيد الذي تشترطه الاتفاقية هو أن ينفذ الاستثمار في إقليم دولة عربية عضو حتى يكون هذا الاستثمار مؤهلاً للضمان حسب تعديل نص الاتفاقية سنة 2007.

تكون اتفاقية CIGICE بهذا الشكل قد بسّطت نطاق ضمانها أكثر حسب نص المادة 15 منها التي تنص على أن "تشمل الاستثمارات الصالحة للتأمين كافة الاستثمارات ما بين الأقطار المتعاقدة وإليها"، ونفس الأمر نجده في مؤسسة SIGICE وذلك بعد موافقة مجلس المحافظين على توسيع مجال التغطية، أي توسيع نطاق الضمان ليشمل العمليات الاستثمارية الوافدة من مختلف الدول غير الأعضاء إلى الدول الأعضاء¹⁴، والأمر نفسه بالنسبة لموقف المشرع الجزائري الذي يظهر من خلال المصادقة على النصوص المنشئة لهيئات

¹⁴ المؤسسة العربية لضمان الاستثمار، التقرير السنوي لسنة 2001، متاح على الموقع <http://dhaman.net/ar>

الضمان الدولية، وهذا ما تم تكريسه في قانون رقم 16-09 المتعلق بترقية الاستثمار، أخذاً بهذا التوسع في مفهوم الاستثمار وهذا ما يظهر من خلال نص المادة 2 منه¹⁵.

المطلب الثاني: مظاهر التوسع في نطاق الضمان بالنظر إلى جنسية المستثمر المضمون

يتحدد نطاق ضمان الاستثمار بالنظر إلى الشروط التي تحد من أهلية المستثمر طالب الضمان، وباستقراء النصوص القانونية المنشئة لهيئات الضمان الدولية يتضح أن الجنسية¹⁶ كمتطلب شخصي للاستفادة من خدمات الضمان تقوم على شرطين أساسيين هما: الشرط الايجابي بمعنى أن يحمل المستثمر طالب الضمان جنسية الدولة المتعاقدة، والشرط السلبي: وهو ألا يحمل هذا المستثمر جنسية الدولة المضيفة للاستثمار، إلا أن كلا الشرطين يرد عليهما استثناء، وهنا تتجلى مظاهر التوسع في استثناءات الشرط الايجابي (الفرع الأول)، واستثناءات الشرط السلبي (الفرع الثاني).

الفرع الأول: استثناءات الشرط الايجابي

يُقبل كطرف في عقد ضمان الاستثمار كل شخص طبيعي أو اعتباري يحمل جنسية إحدى الدول الأعضاء في هيئة الضمان، دون اشتراط انتمائهم لدولة معينة بالذات، هذا ما تم النص عليه في مختلف الاتفاقيات الدولية المنشئة لأنظمة الضمان الدولية، وهو ما يُعرف بالشرط الايجابي إذ يعترف القانون الدولي بالاختصاص المطلق للدول في تنظيم جنسيتها حسب ما يتمشى مع مصالحها الخاصة¹⁷، فيقتضي الشرط الايجابي أن يكون المستثمر طالب الضمان متمتعاً بجنسية إحدى الدول الأعضاء في إحدى هيئات الضمان، إلا أن هذا المبدأ العام ترد عليه استثناءات وسّعت من نطاق الضمان الشخصي.

يقصد بهذه الاستثناءات الحالات التي لا يتوفر فيها الشرط الايجابي، ورغم ذلك يمكن الاستفادة من خدمات الضمان التي تقدمها هيئات الضمان، فقد نصت الاتفاقيات المنشئة لها على استثناء مفاده جواز ضمان الاستثمارات الأجنبية العائدة لمستثمرين من غير جنسيات الدول المتعاقدة في الدول الأعضاء في الاتفاقية مثل نص المادة 2/15، والمادة 1/17 من اتفاقية CIGICE.

¹⁵ قانون رقم 16-09، المؤرخ في 03 غشت 2016، المتعلق بترقية الاستثمار، ج ر، عدد 46، الصادر في 03 غشت 2016، المعدل والمتمم، حيث تنص المادة 2 منه على أنه "يقصد بالاستثمار في مفهوم هذا القانون ما يأتي:

1- اقتناء أصول تندرج في إطار استحداث نشاطات جديدة، وتوسيع قدرات الانتاج و/أو إعادة التأهيل.
2- المساهمات في رأسمال الشركة".

¹⁶ تتوقف مسألة تحديد الجنسية كرابطة سياسية وقانونية ينتمي الشخص بمقتضاها لدولة معينة، على القانون الوطني لهذه الدولة، إذ تعتبر الجنسية رابطة قانونية وسياسية ينتمي الشخص بمقتضاها إلى دولة معينة، فتصبغ على الشخص صفة الوطني، فمن ينتسب لدولة معينة من الدول يسمى مواطناً، ومن لا ينتسب إليها يعد أجنبياً، لمزيد من التفصيل أكثر: زروتي الطيب، الوسيط في الجنسية الجزائرية، دراسة تحليلية مقارنة بالقوانين العربية والقانون الفرنسي، مطبعة الكاهنة، الجزائر، 2002، ص 18؛ بن عبيدة عبد الحفيظ، الجنسية ومركز الأجانب، في الفقه والتشريع الجزائري، دار هوم، الجزائر، 2005، ص 29.

¹⁷ هشام علي صادق، الجنسية المصرية، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2002، ص 446.

تُشكل هذه الاستثناءات تشجيعاً أكثر لحركة وتدفق الاستثمارات إلى الدول النامية وإلى العالم الإسلامي والعالم العربي على التوالي. فلم تعد الجنسية قيداً يحد بشدة من نطاق خدمات الضمان التي تقدمها هيئات الضمان، بل بالعكس فقد تضاعف دورها، ما يعني أن اتفاقيات الضمان الإقليمية هي كذلك قد وسّعت من نطاق الضمان الشخصي، فنصت على استثناء مهم جداً وذلك في اتفاقية SIGICE في تعديلها سنة 2005، والمادة 2/15 من اتفاقية CIGICE بموجب تعديل أحكامها سنة 2007¹⁸.

بموجب هذه التعديلات يمكن ضمان أي استثمار أجنبي يعود لمستثمرين من غير جنسيات الدول المتعاقدة بشرط أن يتم تنفيذها في أقاليم الدول العربية أو الإسلامية، يشجع هذا الاستثناء استثمارات الدول المتقدمة للدخول إلى المنطقة العربية والإسلامية، باعتبارها ستستفيد من خدمات الضمان المتوفرة وهذا ما يعد عامل تشجيع لها.

أخذت اتفاقيات الضمان الإقليمية بالنسبة للشخص الاعتباري بالمعيار المزدوج كقاعدة عامة، ولكن أوردت استثناء يتمثل في الأخذ بمعيار الرقابة فقط، وهي ملكية 50% على الأقل من الأسهم أو الحصص للدول الأعضاء أو مواطنيها حتى لو كان مركز الإدارة الرئيسي خارج هذه الدول، كما يسمح هذا التعديل بتقاضي الانتقادات الموجهة إلى المعيار المزدوج¹⁹، وكذلك يقوم بتشجيع المؤسسات العربية- الأجنبية المشتركة التي يكون مركزها الرئيسي في الدول غير الأعضاء، بالاستثمار في المنطقة العربية والإسلامية وامتداد الضمان إليها، وذلك في الأحوال التي تقتضيها دواعي المصلحة الاقتصادية، وبهذا تكون الاتفاقيتين قد اكتفتا بمعيار الرقابة بالنسبة لهذه المؤسسات استثناء بدلاً من المعيار المزدوج.

الفرع الثاني: استثناءات الشرط السلبي

مقتضى الشرط السلبي أن الشخص المستثمر لا يستفيد من خدمات الضمان إذا كان يحمل جنسية الدولة المضيفة لاستثماره، وقد أكدت النصوص القانونية المنشئة لهذه الأنظمة على هذا الشرط المتمثل في عدم انتماء

¹⁸ تنص المادة 2/15 "... كما يجوز للمؤسسة وفقاً للضوابط التي يقرها مجلس الإدارة وبناء على اقتراح المدير العام:

أ- تأمين الاستثمارات الأجنبية العائدة لمستثمرين من غير جنسيات الدول المتعاقدة في الدول الأعضاء".

¹⁹ كانت الانتقادات الموجهة إلى نص المادة 17 من اتفاقية CIGICE تنصب كلها على ضرورة تعديلها، بحيث تُوسّع المؤسسة من نطاق ضمانها بما لا يقتصر على ضمان استثمار المال العربي فقط، بل ليشمل كذلك استثمار المال الأجنبي غير العربي، ومن بين الفقهاء الذين أصرّوا على ضرورة تعديل نص المادة 17 من اتفاقية CIGICE نذكر: هشام خالد، شرط الجنسية وفقاً للنظام العربي لضمان الاستثمار، مؤسسة شباب الجامعة، الإسكندرية، 1988، ص 115؛ صفوت أحمد عبد الحفيظ أحمد، دور الاستثمار الأجنبي في تطور أحكام القانون الدولي الخاص، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، القاهرة، 1999، ص 500.

المستثمر للدولة المضيفة للاستثمار²⁰، حتى لو كان متمتعاً في الوقت نفسه بجنسية دولة أخرى، إلا أن هذا الشرط السلبي ترد عليه استثناءات وسّعت من نطاق الضمان الشخصي.

يقصد بهذه الاستثناءات الحالات التي لا يتوفر فيها الشرط السلبي -بمعنى أن المستثمر يتمتع بجنسية الدولة المضيفة- ورغم ذلك هناك إمكانية الاستفادة من خدمات الضمان التي تقدمها أنظمة الضمان الدولية، والتي نصت على استثناء جواز ضمان الاستثمارات التابعة للدولة المضيفة كلما انطوت عملية الاستثمار على تحويل الأموال من الخارج وفق شروط معينة حسب نص المادة 13/ج من اتفاقية AMGI.

يتماشى هذا الاستثناء مع الهدف من إنشاء أنظمة الضمان والمتمثل في زيادة تدفق الاستثمارات إلى الدول النامية إذ أن العديد من رعايا تلك الدول يقيمون خارجها ويملكون أصولاً ضخمة يمكن استثمارها في بلدانهم الأصلية، فضلاً عن إمكانية استرجاع الأموال التي سبق تحويلها من الدولة المضيفة إلى الخارج²¹، لذلك تستبعد مختلف أنظمة الضمان مبدئياً ضمان المستثمرين متعددي الجنسية كلما كانت إحداها هي جنسية الدولة المضيفة، فيتم رفض منح الضمان لجميع مواطني الدولة المضيفة ولو كانوا حاملين لجنسية دولة أخرى عضو، يرى البعض²² أمام هذه الوضعية ضرورة إدراج معيار استثنائي إلى جانب معيار الجنسية يتمثل في معيار المواطن، وهذا ما تم ترجمته فعلاً في هذا الاستثناء.

يكن الهدف من إنشاء أنظمة الضمان في تيسير حركة انتقال رؤوس الأموال لأغراض التنمية، ولهذا فإن تقديم الضمان لاستثمار "أجنبي" عن الدولة المضيفة يحقق حتما الفائدة المرجوة، ما دام أنه مملوكاً لأحد مواطني الدول الأعضاء حتى ولو كان من مواطني الدولة المضيفة نفسها، من هذا المنطلق كانت التفرقة بين الاستثمارات الوطنية والأجنبية، فهذه الأخيرة هي تلك المكونة من أموال جديدة محولة من الخارج، بغض النظر عن جنسية مالكيها، فالمستثمر في هذه الحالة يتمتع بجنسية مصطنعة بغرض الاستفادة من الضمان الممنوح والتي تقوم على تحقق شرطين أساسيين هما، أن تكون أصول الاستثمار المراد ضمانه قد تم تحويلها أو سيتم تحويلها من الخارج نحو الدولة المضيفة (الفرع الأول)، وأن يقدم طلب الاستفادة من الضمان مشتركاً من أطراف عقد الاستثمار (الفرع الثاني).

²⁰ تنص المادة 1/17 من اتفاقية CIGICE على أنه "ويشترط في جميع الأحوال ألا يكون المؤمن له فرداً من مواطني القطر المضيف، أو شخصاً اعتبارياً يقع مركزه الرئيسي في هذا القطر إذا كانت حصصه أو أسهمه مملوكة بصفة جوهريّة لذلك القطر أو مواطنيه".

²¹ ZOUAIMIA Rachid, « Le régime de l'investissement international en Algérie », *Revue algérienne des sciences juridiques économiques et politiques*, N°03, Alger, 1991, p410.

²² هشام خالد، شرط الجنسية وفقاً للنظام العربي...، مرجع سابق، ص 113.

أولاً: أن تكون رؤوس الأموال محولة من خارج الدولة المضيفة

يقتضي هذا الشرط قصر وصف "الأجنبي" على الاستثمار دون ماله²³، فيمكن أن يكون الاستثمار أجنبياً بالمعنى الاقتصادي والمتمثل في أموال جديدة محولة من الخارج، حتى لو كان مملوكاً من الناحية القانونية لشخص يتمتع بجنسية الدولة المضيفة، فوصف الأجنبي يلحق الرأس المال المراد استثماره وليس الشخص ماله، وهذا ما يعد توسعاً في نطاق الضمان.

يعكس أهمية تغطية هذه الحالة كون الأصول التي يُطلب ضمانها في هذه الحالة تُمثل في الواقع الاقتصادي "تمويلاً خارجياً"، فضلاً عن أن استبعاد ضمان مثل هذا التمويل الخارجي بحجة أن صاحبه مستثمر وطني قد يدفع هذا الأخير إلى التحايل عن طريق تكوين شركة في الخارج تكتسب جنسية أجنبية ويتقدم بعد ذلك بطلب الضمان باسمها.

لا شك أن النص على هذا الاستثناء سوف يشجع لا محالة الكثير من أصحاب رؤوس الأموال من مواطني الدول المضيفة الذين لهم أصول خارج دولهم على إعادتها للاستثمار فيها اعتماداً على الخدمات التي يمكن أن تُوفرها هيئات الضمان لأموالهم²⁴، كما يمكن للدول النامية بوجود هذا الاستثناء استعادة الأموال المملوكة لمواطنيها والمتواجدة بالخارج، فلا يجب أن يقتصر الضمان الفعال فقط على جنسية المستثمر طالب الضمان لكن على أساس العملة التي يُنجز بها الاستثمار كذلك²⁵، وهذا ما أخذ به المشرع الجزائري في قانون الاستثمار الساري المفعول في اعتبار الأموال المحولة من الخارج بمثابة استثمار أجنبي أخذاً بمعيار أجنبية رأس المال.

ثانياً: تقديم طلب ضمان مشترك من الدولة المضيفة والمستثمر طالب الضمان

يُفيد الشرط الثاني المتمثل في تقديم طلب كتابي مشترك من قبل أطراف عقد الاستثمار²⁶ في إزالة اللبس وفي التعبير الصريح عن رضا الدولة المضيفة في معاملة الاستثمار كأنه يعود لدولة أجنبية وليس لأحد مواطنيها، والأخذ بهذا الاستثناء استدعته ضرورة حماية وضمان جانب كبير من الاستثمارات.

²³ دريد محمود السامرائي، مرجع سابق، ص 281.

²⁴ بل أن هناك جانباً من الفقه، قد ذهب إلى أبعد من ذلك، حيث رأى وجوب مد نطاق الضمان إلى الاستثمارات ذات الأصل الوطني أيضاً، وذلك بهدف منع التحايل الذي يمكن أن يتم في هذا الصدد من خلال تحويل الوطنيين لأموالهم إلى الخارج، ثم إعادة تحويلها مرة أخرى للدولة الأم، بهدف إدراجها تحت مظلة الحماية والضمان المرجو، فيرى الدكتور فؤاد رياض أن تمديد الضمان للاستثمارات الوطنية من شأنه منع هذا التحايل، مشار إليه في: هشام خالد، شرط الجنسية وفقاً للنظام العربي...، مرجع سابق، ص 121.

²⁵ يوسف محمد، "مضمون وأهداف الأحكام الجديدة في المرسوم التشريعي 93-12 المتعلق بترقية الاستثمارات"، مجلة إدارة، المجلد التاسع، العدد 2، الجزائر، 1999، ص 88.

²⁶ المادة 11/ب من اتفاقية AMGI.

يقتضي هذا الشرط أن يكون التعبير عن الاتفاق على الجنسية صريحا فلا يبقى للأطراف الحرية في طريقة التعبير عن الموافقة، استنادا إلى القواعد العامة للعقود التي تقتضي بأن الرضا قد يكون صريحا أو ضمنا إلا إذا نص على خلاف ذلك، وعليه فإن الاتفاق على الجنسية يجب أن يكون صريحا ليكون مقبولا من طرف هيئة الضمان للاستفادة من خدماتها.

المبحث الثاني: مظاهر التوسع في نطاق أنواع المخاطر المؤهلة للضمان

تعرض الاستثمارات الأجنبية في الدولة المضيفة إلى نوعين من المخاطر: المخاطر التجارية والمخاطر غير التجارية، فيمتد الضمان الذي نحن بصدد دراسته ليشمل النوع الأخير فقط دون النوع الأول، ويعتبر الخطر العنصر الجوهري في عقد الضمان الذي يسعى المستثمر طالب الضمان إلى تحصين مشروعه الاستثماري من آثاره المالية، باعتباره خطر غير تجاري.

عند نشأة أنظمة الضمان الدولية أخذت بأربع أنواع من المخاطر غير التجارية المؤهلة للضمان، إلا أنه بهدف التوسع في نطاق الضمان وتفعيله تم النص على خطر المساس بالملكية من خلال التوسع في الإجراءات المماثلة لنزع الملكية أو التأميم (المطلب الأول)، وبعد أحداث 2001/09/11 بالولايات المتحدة الأمريكية أصبح خطر الإرهاب مستقلا عن خطر الحروب والاضطرابات المدنية (المطلب الثاني)، ولمواجهة آثار الأزمة المالية لسنة 2008، تم استحداث خطر عدم الوفاء بالالتزامات السيادية في سنة 2009 (المطلب الثالث).

المطلب الأول: خطر المساس بالملكية والتوسع في الإجراءات المماثلة

تتنوع الأساليب التي تتبعها الدول في سبيل أخذ ملكية الأجانب، ويمكن تلخيصها في الصور التقليدية المعروفة في القانون الدولي لأخذ الملكية: وهي التأميم، نزع الملكية، المصادرة...، ولأنه لا يمكن حصر هذه الصور فهي تدخل في ما يسمى بالإجراءات المماثلة لنزع الملكية أو التأميم، ويظهر ذلك في صورها وفي تعدد أشكالها، إلا أن القانون الدولي لم يكتف بالصور التقليدية لأخذ ملكية الأجنبي، بل أضاف أشكالا أخرى، والمتمثلة عموما في جميع الإجراءات المتخذة من قبل الدولة المضيفة والتي تؤدي إلى نفس الأثر، بمعنى نزع الملكية أو التأميم بشكل غير مباشر، وذلك عن طريق منع المستثمر من إنشاء مشروعه أو تقييد سيطرته على ممتلكاته أو استغلالها، يعني هذا أن تدخل الدولة وفقا لهذه الإجراءات المماثلة في علاقة المستثمر الأجنبي بمشروعه الاستثماري يتم بشكل يحول دون استعماله أو تؤثر في سيطرته عليه ولو بقي المشروع في حيازته²⁷.

²⁷ حول التدخل من قبل الدولة والذي يعتبره البعض من قبيل التأميم الزاحف راجع: خالد محمد الجمعة، "إنهاء الدولة المضيفة للاستثمار اتفاقية الاستثمار مع المستثمر الأجنبي (الطرق، المشروعية، الشروط)"، مجلة الحقوق، السنة 23، العدد 3، الكويت، سبتمبر 1999، ص 84؛

ARNAUD de Nanteuil, *L'expropriation indirecte en droit international de l'investissement*, Pedone, Paris, 2014, p44.

تحرص الدول المضيفة على تنظيم وتوجيه سلوك شركات الاستثمار الأجنبي بمراقبة نشاطها، لتضمن بذلك مشاركتها في المكاسب والفوائد، وتتحقق عملية الرقابة من خلال نوعين أساسيين من الإجراءات، يضم النوع الأول مجموع الأدوات المستعملة في التأثير على البيئة الاقتصادية الكلية عن طريق التأثير على بعض العناصر الأساسية كالضرائب والرسوم الجمركية ومعدل الصرف...، بينما يضم النوع الثاني مجموع الآليات المؤثرة على البيئة الاقتصادية الخاصة بالاستثمار الأجنبي، انطلاقاً من اعتماد أسلوب التدخل في إنهاء نشاط الشركة الأجنبية أو في أدائها له بطريقة سيئة، كسن القوانين الخاصة بتنظيم الملكية وتوجيه الثروة وتوزيعها... تظهر بذلك صور جديدة متنوعة وذات عدة أبعاد، تكون في شكل إجراءات تشريعية أو إدارية، تتخذها الدولة²⁸ بصفة مباشرة أو غير مباشرة، تؤثر بشكل دائم أو مؤقت على الوضعية المالية والاقتصادية للمستثمر الأجنبي رغم بقاءه مالكا للمشروع، وهي تشمل كل الإجراءات الهادفة إلى فرض القيود للحد من قدرته في التصرف في أمواله، أو في تقييد حريته في استغلال مشروعه مؤقتاً أو نهائياً²⁹.

فقد وردت فكرة حماية ملكية المستثمر الأجنبي من الإجراءات المماثلة لنزع الملكية أو التأميم بصفة واضحة في الاتفاقيات المنشئة لهيئات الضمان الدولية، إذ حاولت إزالة اللبس على مصطلح "المماثلة لنزع الملكية أو التأميم"، وذلك بحصرها منعاً للتأويل، وعليه فقد وردت مثلاً المادة 19 في فقرتيها الأولى والثانية من اتفاقية SIGICE متضمنة المبدأ العام المتمثل في ضمان نزع الملكية والإجراءات المماثلة، ومن ثم نصت على بعض الإجراءات المماثلة على سبيل المثال في الفقرة الثالثة من نفس المادة.

يعود أمر تكييف بقية الإجراءات وتحديد طبيعتها للسلطة التقديرية للهيئات القضائية أو التحكيمية عند الفصل في النزاعات القائمة على إحدى الإجراءات المتخذة من طرف الدولة المضيفة، إذا كانت تعد من الإجراءات المماثلة أم لا، وذلك لتغطيتها بالضمان من عدمه، فيعتبر كل إجراء يحول دون إمكانية المستثمر الأجنبي من استغلال حقوقه الجوهرية المرتبطة بالاستثمار، إجراءات مؤهلة للضمان، سواء كانت إجراءات تقليدية أو مماثلة، وفي هذا توسع كبير في نطاق المخاطر المشمولة بالضمان.

يظهر موقف المشرع الجزائري من خلال الاتفاقيات الجماعية والثنائية التي نصت عليها بصريح العبارة، حيث نصت كل الاتفاقيات الدولية التي صادقت عليها الجزائر على ضمان الحماية التامة والأمن الكاملين، اللذين يقتضيان الحماية من كل الإجراءات المباشرة أو غير المباشرة، بغض النظر عن الجهة المصدرة

²⁸ تدخل في إطار المخاطر السياسية غير التجارية التي تصدر عن السلطة الإدارية أو السياسية أو القضائية، التي تهدد التوازن المالي والاقتصادي للمستثمر الأجنبي، والتي تستند في التسبب فيها على القوانين والتنظيمات الخاصة بالدولة المضيفة، لتأخذ ملكية المستثمر الأجنبي بطريقة تدريجية راجع في ذلك:

SALEM Mahmoud, « Le développement de la protection conventionnelle des investissements étrangers », *Journal du droit international*, N°3, 1986, p611.

²⁹ EL-GAMAL Hosni, L'assurance des investissements étrangers dans les pays sous-développés contre les risques non commerciaux, (pays arabes), Thèse de Doctorat, Faculté de droit et des sciences économiques, Université de Paris I, 1970, p312.

للإجراء³⁰، فالمصطلحين "التامة والكاملين" يجعلان كل الإجراءات قابلة لأن تكون موضوع حماية وضمن وداخله في نطاقها، حتى وإن لم تنص عليها القوانين الداخلية بصفة رسمية أو صريحة، كون هذه الأحكام التي صادقت عليها الجزائر تعد جزء من التشريع، بل هي تسمو على القانون الداخلي.

تعتبر مسألة عدم تنظيم الإجراءات المماثلة في قوانين الاستثمار الداخلية مسألة ثانوية، لأنه حتى في الحالات التي نصت فيها القوانين على منعها، فلا يعني بالضرورة حرمان الدولة من حقها أو منعها من اللجوء إلى مثل هذه الإجراءات والتي تراها مناسبة وضرورية لتنظيم شؤونها الاقتصادية كتخفيض الحد الأدنى للأرباح، رفع نسبة الصرف... فلم ينص المشرع الجزائري مثلا على مصطلح الإجراءات المماثلة بطريقة مباشرة، إلا أنها موجودة في نصوص مبعثرة تتعلق بتنظيم النشاطات الاقتصادية تشير إليها ضمنا³¹، كتنقييد المشرع الجزائري حرية المستثمر الأجنبي في التنازل عن مشروعه الاستثماري بموجب أحكام المادة 30 من قانون رقم 09-16 المتعلق بترقية الاستثمار³².

من آثار الأخذ بالشفعة كونها تمارس بشكل جبري، أنها تشبه آثار التأمين والإجراءات المماثلة التي تمس بحق الملكية فلها آثار مماثلة كونها تتداخل مع حقوق الملكية³³، باعتبار الشفعة سببا من أسباب اكتساب الملكية، من هنا يمكن اعتبار إجراء الشفعة من الإجراءات المماثلة للتأمين أو نزاع الملكية فهو من جملة التأمينات الزاحفة على أساس أنه تأمين بصورة غير مباشرة، لذلك فهو إجراء يرقى إلى مرتبة الأخطار السياسية التي تهدد الاستثمارات الأجنبية، وتستوجب شمولها بالضمان، إذ توجي التعديلات التي تضمنتها قوانين المالية التكميلية لسنتي 2009 و 2010 بعودة الدولة المتدخلة³⁴، وهو ما تأكد مؤخرا في قانون رقم 09-16 المتعلق بترقية الاستثمار.

المطلب الثاني: استقلال أقساط خطر الإرهاب خطر الحروب والاضطرابات المدنية

تتضمن مخاطر الحروب والاضطرابات المدنية كل الإجراءات أو الأحداث السياسية التي لا تكون للدولة المضيفة أية سلطة في رقابتها أو التحكم فيها، والتي من شأنها أن تؤثر سلبا على ممتلكات المستثمرين الأجانب بما فيها العمليات الإنتاجية والتسويقية الناتجة عن تلك الاستثمارات، بشكل يؤدي إلى إتلافها أو الإنقاص من

³⁰ حول أبعاد وحدود المبدأ راجع: عيوط محند وعلي، المرجع السابق، ص ص 260-262.

³¹ أمر رقم 03-03، المؤرخ في 19 يوليو 2003، المتعلق بالمنافسة، ج ر، عدد 43، الصادر في 20 يوليو 2003، المعدل والمتمم، المادتان 4 و 7 منه.

³² تنص المادة 30 من قانون رقم 09-16 على أنه "... تتمتع الدولة بحق الشفعة على كل التنازلات عن الأسهم أو الحصص الاجتماعية المنجزة من قبل أو لفائدة الأجانب".

³³ ZOUAIMIA Rachid, « Le cadre juridique des investissements en Algérie : les figures de la régression », *Revue académique de la recherche juridique*, Faculté de droit et des sciences politique, Université de Bejaia, N° 2, 2013, p16.

³⁴ ZOUAIMIA Rachid, « Le régime des investissements étrangers à l'épreuve de la résurgence de l'Etat dirigiste en Algérie », *Revue algérienne des sciences juridiques économiques et politiques*, N° 2, 2011, p9.

قيمتها، وتشمل أخطار الحروب الخسائر التي تنتج عن نشوب الحروب وأعمال الشغب والفوضى، فيغطي عقد الضمان الأضرار الناتجة عن الأعمال العسكرية والاضطرابات الداخلية، حسب المادة 1/18 من اتفاقية CIGICE والمادة 1/11 من اتفاقية AMGI.

يُقصد بخطر الحرب الثورات والتمرد والانقلابات وما يماثلها من الأحداث السياسية التي تتميز بخروجها عن سيطرة الدولة المضيفة، ويقصد بالثورات حالة من الصراع تمتد إلى نطاق واسع تنتهي إما بانقلاب أو عصيان عام أو حرب أهلية وفي هذه الأثناء قد يقع الإرهاب الداخلي أو المحلي كعمل من أعمال الثورة أو التمرد³⁵، فيدخل في نطاقه كل الأحداث التي لها أصل سياسي مثل الثورة، الفتنة، الانقلاب السياسي كالشغب والتخريب، التمرد وكل عمل عسكري...

تسمح الصياغة العامة والمرنة التي وردت بها نصوص الاتفاقيات المنشئة لهيئات الضمان الدولية، بتوسيع نطاق الضمان ليشمل كل الأعمال التي يمكن أن توصف بالنزاعات المسلحة والأعمال العسكرية التي قد تُسفر عنها الأحداث الدولية في المستقبل، أو ما يظهر من إجراءات مماثلة يمكن أن تصل إلى حد التدخل المسلح كما تشكل الأعمال الإرهابية مصدر قلق كبير لدى المستثمرين الأجانب في الوقت الحالي، تتعكس سلباً على حجم ومعدل تدفق الاستثمارات الأجنبية، باعتبارها تهدد المستثمر في ماله ونفسه، وذلك نتيجة عمليات الاغتيال والتخريب لوسائل الإنتاج والممتلكات والتجهيزات الصناعية والخدماتية ولمختلف وسائل النقل...³⁶، يُمكن ضمان مثل هذه الأعمال بناءً على طلب مشترك من المستثمر طالب الضمان والدولة المضيفة طبقاً لأحكام من المادة 11 من اتفاقية AMGI³⁷.

فقد كان الضمان ضد خطر الإرهاب جزءاً من المخاطر السياسية المغطاة في عقود الضمان ولا يتطلب أقساطاً مستقلة بل يدخل في مخاطر الحروب والاضطرابات المدنية، إلا أنه تم فصله عن البقية وأصبح له طلباً محدداً ومستقلاً بعد أحداث 11/09/2001 التي مست الولايات المتحدة الأمريكية³⁸.

المطلب الثالث: خطر عدم الوفاء بالالتزامات المالية السيادية

ظهرت البوادر الأولى لخطر عدم الوفاء بالالتزامات المالية السيادية نتيجة لأزمة الأرجنتين حيث انهار اقتصاد الدولة، وهي حالة شبيهة بحالات إفلاس الشركات، خاصة بعد أن أصبحت الحدود أكثر تداخلاً بين المخاطر السياسية التقليدية الناجمة عن قرارات الدولة المضيفة وتلك الناجمة عن الأزمات الاقتصادية ذات

³⁵ عاطف إبراهيم محمد، ضمانات الاستثمار في البلاد العربية في ضوء أحكام المؤسسة العربية لضمان الاستثمار، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، القاهرة، 1996، ص 55.

³⁶ HAROUN Mehdi, op. cit, p11.

³⁷ تنص المادة 11/ب من اتفاقية AMGI على أنه "يجوز لمجلس الإدارة - بناءً على طلب مشترك من المستثمر والدولة المضيفة- أن يوافق بالأغلبية الخاصة على إضفاء الصلاحية للضمان على مخاطر غير تجارية محددة خلافاً للمخاطر المشار إليها في الفقرة (أ)"، وهو نفس ما تنص عليه المادة 3/19 من اتفاقية SIGICE.

³⁸ المؤسسة العربية لضمان الاستثمار، التقرير السنوي لعام 2003، ص 8.

الأثر المماثل، ونتيجة لذلك تزايد الاهتمام بضمانات الدولة المضيفة للاستثمار وبنوعية وشفافية الإجراءات التي تتخذها لتحسين مناخها الاستثماري لتخفيف درجة المخاطر وحدتها السياسية والتجارية على المستثمرين، لذلك تنامي التفكير بتطوير عقود الضمان لتغطي حالة العقود المبرمة بالعملة المحلية، ووضع ملاحق مرتبطة بها في حالة تعرض العملة المحلية للتراجع الحاد³⁹.

ينصب عقد الضمان في هذه الحالة على ضمان القروض المقدمة من أحد الدائنين التجاريين (المصارف والبنوك الأجنبية) إلى أحد المؤسسات العامة المملوكة لإحدى الدول الأعضاء في هيئة الضمان كالوكالة الدولية مثلاً، فتقوم هذه الأخيرة بضمان الخسائر الناتجة عن فشل الحكومة في سداد المدفوعات المستحقة عن القرض أو المرتبطة باستثمار مضمون دون أن يتطلب ذلك حصول المستثمر الأجنبي على قرار تحكيمي⁴⁰.

لذلك تقوم الوكالة AMGI ومؤسسة SIGICE بضمان الخسائر الناجمة عن فشل الحكومة في سداد مدفوعاتها المستحقة بموجب التزام غير مشروط بالسداد المالي أو ضمان مرتبط باستثمار مؤهل، ولا يتطلب ذلك حصول المستثمر على قرار تحكيمي، وتنطبق مدة التغطية على أوضاع يكون فيها الالتزام السيادي بسداد مبلغ مالي غير مشروط ولا يمكن الطعن فيه.

يمكن شراء هذه التغطية بصورة منفردة أو جماعية ولكن على المستثمر اختيار التغطية المرغوب فيها قبل أن تمنح الوكالة ضمانها⁴¹، فقد حصلت الوكالة AMGI على موافقة مجلس المديرين التنفيذيين لتوسيع نطاق التغطية ضد خطر عدم الوفاء بالالتزامات المالية السيادية ليشمل مؤسسات الأعمال المملوكة للدولة⁴²، وفي سنة 2014 استخدمت الوكالة منتج عدم الوفاء بالالتزامات المالية السيادية في معاملة بأسواق رأس المال لأول مرة، وما أدى إلى هذه التطورات المستجدة هي أزمة الديون السيادية اليونانية التي أصبحت عاجزة عن سداد ديونها، ويقصد بأزمة الديون السيادية عدم قدرة الدول على الوفاء بالالتزامات السيادية المترتبة على الدين العام الذي أصدرته.

فعندما بدأت الأزمة المالية عام 2008، أسرعت الحكومات لاحتوائها من خلال العديد من التدابير التي ركزت على تعزيز ميزانيات البنوك والمؤسسات المالية المختلفة، للحد من انتقال الآثار السلبية إلى الدول والقطاعات الأخرى في الاقتصاد، إلا أن ما نتج عن ذلك هو تحمل الحكومات نفسها أعباءً مالية فاقت قدرة بعض الدول على احتمالها، خصوصاً في ظل عدم متانة الوضع المالي لهذه الدول، من هنا بدأت مظاهر الأزمة تتحول من أزمة في القطاعات المالية في عدة دول إلى أزمة ديون سيادية.

³⁹ المرجع نفسه، ص 8.

⁴⁰ راجع نموذج عقد الضمان الذي أعدته الوكالة الدولية، متاح على الموقع <http://www.miga.org>

Contrat of Guarantee for Non-Shareholder Loans/Non-Honoring of a Financial Obligation

⁴⁹ الوكالة الدولية لضمان الاستثمار، دليل ضمان الاستثمار، 2012، ص 8.

⁴² المؤسسة العربية لضمان الاستثمار، التقرير السنوي لسنة 2013، ص 1.

يمكن أن يعتبر امتناع الدولة أو إحدى هيئاتها العامة عن الدفع أو تأجيل الوفاء لإعسار أو إفلاس إجراء حكوميا من شأنه تقييد حقوق المستثمر بوصفه دائئا، حيث يكتسب الخطر في هذه الحالة الصفة غير التجارية ما يجعله من قبيل المخاطر المؤهلة للضمان، من جهة، وما دامت القروض الخارجية المقدمة إلى الحكومات والهيئات العامة تعد من الاستثمارات الصالحة للضمان، من جهة أخرى⁴³.

يجب أن يكون التأخير غير معقول، ويعد كذلك إذا تجاوز المدة المتفق عليها في عقد الضمان سواء تعلق الأمر بأقساط القرض أو فوائده من تاريخ وقوعه، فيجوز لمجلس إدارة هيئة الضمان بناء على طلب مشترك بين المستثمر والدولة المضيفة أن يوافق على إضفاء الصلاحية للضمان على مخاطر غير تجارية محددة والتي يسميها البعض بالمخاطر الخاصة⁴⁴.

فقد خولت الاتفاقيات الدولية المنشئة لهيئات الضمان للمستثمر الحق في اختيار المخاطر التي يرغب في تغطيتها فلا يكون مجبرا على تغطية كل المخاطر، بل الضمان الذي توفره هذه الهيئات يغطي كل أو بعض الخسائر المترتبة على تحقق واحد أو أكثر من المخاطر غير التجارية، ويرجع السبب في ذلك إلى كونه صاحب التقدير النهائي لمصلحه وفقا لما يراه مناسبا للظروف السائدة في الدولة المضيفة.

خاتمة

يتبين مما تقدم التوسع المتعدد المظاهر لنطاق الضمان الدولي للاستثمار الأجنبي سواء بالنسبة لمفهوم الاستثمارات المؤهلة للضمان أو بالنسبة لجنسية الرأس المال بدلا من جنسية المستثمر الأجنبي، وكذاب النسبة لنطاق المخاطر المشمولة بالضمان من خلال ظهور أنواع الخطر المستحدثة كخطر عدم الوفاء بالالتزامات المالية السيادية، وذلك بفضل التعديلات التي عرفتها النصوص القانونية المنشئة لأنظمة الضمان المختلفة والمتعلقة بالقيود التي تحد من نطاق الضمان، فقد أصبحت هذه القيود مرنة جدا بهدف تكريس حماية أكبر ونطاق ضمان أوسع للاستثمارات الأجنبية استجابة لمطالب المستثمرين.

يظهر من خلال مصادقة الجزائر على هذه الاتفاقيات المنشئة لهيئات الضمان الدولية وبدون تحفظ في تبني هذا الاتجاه التوسعي باعتبار أن أحكام هذه الاتفاقيات تكون سارية المفعول بمجرد المصادقة عليها، والمتتبع للتعديلات المختلفة المتعلقة بقانون الاستثمار الجزائري يجد أنها تصب في هذا الاتجاه، وتكرس هذا التوسع.

يقوم هذا التوسع الحاصل باستدراج الدول النامية لقبوله شيئا فشيئا، فالملاحظ على الاتجاه الحاصل بالنسبة لنطاق الضمان أنه يكرس دائما حماية للمستثمر الأجنبي على حساب مصالح الدول النامية، فأصبح

⁴³ هشام خالد، عقد ضمان الاستثمار مرجع سابق، ص 191.

⁴⁴ المادة 11/ب من اتفاقية AMGI؛ المادة 3/19 من اتفاقية SIGICE.

المستثمر الأجنبي (الشركات المتعددة الجنسيات خاصة) لا يكتفي بالضمان المقدم والموجود بل يطلب المزيد وبشكل دائم.

يترتب عن تحقق الخطر المغطى بالضمان حلول هيئة الضمان محل المستثمر بعد تعويضه تطبيقاً لمبدأ الحل، وتنظم عقود الضمان شروط هذا الحل الذي يُمكن هيئة الضمان من استرجاع مبالغ التعويض التي دفعتها إلى المستثمر، وتنص أنظمة الضمان على شروط والتزامات على عاتق المستثمر والدولة المضيفة من شأنها أن تعطي لمبدأ الحل الفعالية الضرورية لحماية حقوق هيئة الضمان.