

الطبيعة القانونية لعقد ضمان الاستثمار الأجنبي

La nature juridique de contrat de garantie de l'investissement étranger

عينوش عائشة

أستاذة مساعدة قسم (أ)

كلية الحقوق والعلوم السياسية

جامعة أكلي محند أولحاج-البويرة

aichaainouche1@gmail.com

الملخص :

إذا كان عقد ضمان الاستثمار يخضع للقواعد العامة التي تحكم العقود عموماً، إلا أنه يبقى عقداً متميزاً، لاحتوائه على بعض الخصوصيات التي ينفرد بها عن العقود المشابهة له خاصة عقد الكفالة وعقد التأمين حيث يرى بعض الفقهاء عقد الضمان لا يعدو أن يكون من ناحية التكييف القانوني إلا صورة من صور عقد التأمين، وذلك من حيث أن كليهما ينطوي على ذات العناصر، ويرتبان التزامات متماثلة.

غير أن هذه السمات التي ينفرد بها عقد الضمان وجدت خاصة لمسايرة طبيعته الدولية المركبة حيث يترتب على تحديد التكييف القانوني الصحيح لعقد الضمان معرفة الطبيعة القانونية له التي تفيد بدورها في تحديد النظام القانوني لعقد الضمان.

الكلمات المفتاحية: عقد ضمان الاستثمار، النظام القانوني لعقد الضمان، التكييف القانوني لعقد الضمان.

Résumé

Le contrat de garantie de l'investissement obéit aux règles générales qui régissent les contrats, mais il reste un contrat spécial parce qu'il contient certaines spécificités qui le distinguent par rapport aux autres contrats tels que le contrat d'assurance, contrat de caution.

Sa spécificité liée à sa nature internationale l'étude de ce contrat nous démontre sa nature et son régime juridique.

Mots de clés: Contrat de garantie de l'investissement, Le régime juridique de contrat de garantie de l'investissement, La qualification juridique de contrat de garantie.

مقدمة

يلعب الاستثمار الأجنبي في المجال الدولي دوراً عظيم الفائدة بالنسبة للمتعاملين في مجاله، من المستثمر الأجنبي والدولة المضيفة له بل والدولة المصدرة له أيضاً، فعملية الاستثمار تخدم في النهاية مصالح الجميع إذا ما تمت في الحدود التي تحول دون تعسف أي طرف في اغتنام العائد منها، وبقدر ما تكون هناك مصالح في الحركة الدولية لانتقال رؤوس الأموال تكون هناك حاجة إلى وجود أداة قانونية لتنظيم هذه الحركة وتشجيعها خدمة لهذه المصالح.

لذلك يُمثل الاستثمار الأجنبي حاجة ملحة لاقتصاديات البلدان النامية والمتقدمة على السواء بدون تمييز بينهما، فتكون عملية الاستثمار تكاملية إذا تمت بين البلدان المتقدمة، وتهدف هذه العملية إلى تنمية البلدان النامية إذا تمت في إطار شمال-جنوب أو جنوب-جنوب، لذلك فقد ازدادت أهمية الاستثمار الأجنبي خلال العقود القليلة الماضية.

تُعتبر فكرة تقديم الضمان للمستثمر الأجنبي ضد المخاطر غير التجارية والتي قد يتعرض لها في الدولة المضيفة لاستثماره واحدة من أنجح الطرق وأحدثها لجذب الاستثمار الأجنبي، وترجع هذه الفكرة في أصولها إلى النظام الأمريكي لضمان الاستثمار الذي ظهرت بوادره الأولى عقب الحرب العالمية الثانية، ثم ما لبثت أن تطورت هذه الفكرة بمرور الوقت، إلى أن تبلورت ذهنية دولية تدعو إلى نظام ضمان دولي للاستثمارات الأجنبية.

وهكذا ظهر عقد ضمان الاستثمار الأجنبي كوسيلة جديدة لحماية وضمان الاستثمارات الأجنبية، ونظراً لطبيعة العلاقة بين الدول الأعضاء في هيئة الضمان الدولية وبينها وبين المستثمر فقد أثير جدال فقهي حول الطبيعة القانونية لعقد ضمان الاستثمار الأجنبي، وعليه يمكن طرح الإشكالية التالية ماهو التكييف القانوني لعقد ضمان الاستثمار الأجنبي؟

تقتضي الإجابة على هذه الإشكالية التطرق لتعريف عقد ضمان الاستثمار الأجنبي وتحديد أطرافه (المبحث الأول)، ونظراً لأن مسألة تحديد الطبيعة القانونية للعقد تكتسي قدراً كبيراً من الأهمية العلمية في مجال الدراسة القانونية، فقد حاول بعض الفقه تكييف وتحديد طبيعة العلاقة القانونية التي تربط هيئة الضمان بالمستثمر المضمون، وذلك بالعودة إلى الأحكام العامة التي تحكمه (المبحث الثاني).

غير أن تحديد الطبيعة القانونية لعقد الضمان تقتضي دراسة جوهر عملية الضمان باعتباره عقد يدخل في فئة العقود الوطنية أو فئة العقود الدولية. كما أن تحديد الطبيعة القانونية لعقد الضمان لا يكون صحيحاً إلا إذا تم الأخذ بعين الاعتبار دور تلك الروابط والعلاقات القانونية التي تنشأ بين عدة أطراف والتي تتدخل وتساهم في تركيب العقد (المبحث الثالث).

المبحث الأول: تعريف عقد ضمان الاستثمار الأجنبي

تقوم هيئات الضمان بتعويض المستثمر عن الأضرار التي تلحق به نتيجة تحقق المخاطر غير التجارية، وذلك تنفيذاً للعقد المبرم بينها وبين المستثمر الأجنبي، في مقابل التزامه بدفع أقساط الضمان،

وعليه نحاول تحديد المقصود بعقد الضمان (المطلب الأول)، وتحديد أطرافه (المطلب الثاني).

المطلب الأول: المقصود بعقد ضمان الاستثمار الأجنبي

يُعرف عقد ضمان الاستثمار الأجنبي بأنه "العقد الذي يتم إبرامه بين هيئة الضمان والمستثمر الأجنبي طالب الضمان، تلتزم بمقتضاه الهيئة بتعويض المستثمر المضمون عن الأضرار التي عسى أن تصيبه من تحقق خطر غير تجاري بسبب تصرف قانوني أو عمل مادي، صادر ضده من الدولة المضيفة لاستثماره، أو الغير مقابل قسط معلوم"⁽¹⁾.

كما يُعرف عقد ضمان الاستثمار الأجنبي بأنه "العقد المبرم بين المستثمر الأجنبي وهيئة ضمان الاستثمار الوطنية أو الدولية، بمقتضاه تعوض الهيئة المستثمر عن الخسائر الناتجة عن المخاطر غير التجارية التي يتعرض لها مشروعه الاستثماري في الدولة المضيفة، على أن يؤدي المستثمر الأقساط التي يفرضها عليه عقد الضمان"⁽²⁾.

يتمثل ضمان الاستثمار في 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 عنها⁽³⁾.

يتبين من هذه التعاريف بأن العناصر الجوهرية المكونة لعقد ضمان الاستثمار الأجنبي تشمل ثلاثة عناصر أساسية، المخاطر التي تهدد المشروع الاستثماري ومبلغ التعويض الذي تلتزم الهيئة بدفعه إذا ما تحقق الخطر، والأقساط التي يلتزم المستثمر بأدائها لهيئة الضمان. فالمخاطر المشمولة بالضمان هي المخاطر غير التجارية أو السياسية، التي يتعذر التأمين عليها عن طريق التأمين التقليدي⁽⁴⁾، والتي تتمثل في التأميم، المصادرة، نزع الملكية، خطر الإخلال بالعقد، خطر عدم التحويل، وهي ما تسمى بالمخاطر السياسية وكذلك خطر الحروب والاضطرابات الداخلية.

أما مبلغ التعويض فهو أهم حق مقرر للمستثمر، فالهدف من إبرام العقد هو الحصول على مبلغ التعويض المغطي للخسارة الناتجة عن تحقق الخطر المضمون، مقابل التزامه بدفع أقساط الضمان، وبما أن الخطر الذي يغطيه العقد لا يخضع للقياس والتقدير طبقاً لقواعد الإحصاء، فإن الأقساط الواجبة الأداء تُحدد أيضاً بطريقة تحكيمية⁽⁵⁾.

المطلب الثاني: أطراف عقد ضمان الاستثمار الأجنبي

يُبرم عقد الضمان بين طرفين المستثمر الأجنبي من جهة (الفرع الأول)، وهيئة الضمان من جهة أخرى (الفرع الثاني).

الفرع الأول: المستثمر الأجنبي: وهو صاحب المشروع الاستثماري طالب الضمان، والذي يشترط فيه أن لا يكون متمتعاً بجنسية الدولة المضيفة للاستثمار كمبدأ عام، فهو أجنبياً عن الدولة التي ينفذ فيها مشروعه الاستثماري

⁽¹⁾ هشام خالد، "عقدا ضمان الاستثمار العربي والإسلامي"، دراسة مقدمة إلى مؤتمر الجديد في مجال التأمين (الضمان) في لبنان والعالم العربي، مجلة الجديد في مجال التأمين والضمان في لبنان والعالم العربي، الجزء الأول، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2007، ص 198.

⁽²⁾ ريواف فائق حسين، عقود التأمين من المسؤولية وضمان الاستثمار في ضوء قاعدة نسبية أثر العقد، دراسة تحليلية مقارنة، المكتب الجامعي الحديث، الإسكندرية، 2014، ص 188.

⁽³⁾ CARREAU Dominique et JUILLARD Patrick, Droit international économique, 5^{ème} édition, Dalloz, Paris, 2013, p533.

⁽⁴⁾ أحمد السعيد شرف الدين، عقود التأمين وعقود ضمان الاستثمار (واقعها الحالي وحكمها الشرعي)، مطبعة حسان، القاهرة، 1982، ص 58.

⁽⁵⁾ دريد محمود السامرائي، الاستثمار الأجنبي (المعوقات والضمانات القانونية)، الطبعة الأولى، مركز دراسات الوحدة العربية، بيروت، 2006، ص 293.

حتى يعتبر استثماره أجنبيا، وقد يكون شخصا طبيعيا أو معنويا⁽¹⁾. بينما فيما يخص جنسية المستثمر، فيختلف الأمر بين عقود ضمان الاستثمار التي يبرمها المستثمر مع إحدى هيئات الدولة المصدرة للاستثمار، وبين العقود التي يبرمها المستثمر مع إحدى الهيئات الدولية.

الفرع الثاني:هيئة الضمان: التي تتعدد بتعدد أنواع نظم ضمان الاستثمار، فقد تكون هيئة وطنية تابعة للدولة المصدرة للاستثمار كما هو الشأن في النظام الأمريكي والنظام الفرنسي لضمان الاستثمار⁽²⁾، وقد تكون هيئة ضمان دولية إقليمية كما هو الوضع في المؤسستين: المؤسسة العربية لضمان الاستثمار وائتمان الصادرات والمؤسسة الإسلامية لتأمين الاستثمار وائتمان الصادرات، وقد تكون هيئة ضمان دولية عالمية كما هو الأمر بالنسبة للوكالة الدولية لضمان الاستثمار⁽³⁾.

فإذا كان الفقه متفق على تعريف عقد ضمان الاستثمار الأجنبي على أنه عقد ثنائي الطرفين، إلا أنه اختلف في تكييفه القانوني، وهذا ما يظهر من خلال المبحث التالي.

المبحث الثاني: مختلف المحاولات الفقهية في تكييف عقد ضمان الاستثمار الأجنبي

حاول الفقه تكييف عقد ضمان الاستثمار فانقسم إلى عدة اتجاهات، وقد كان لهذه الاتجاهات فضل السبق في تمييز هذا العقد عن غيره من العقود المشابهة له، وتقتصر هذه الدراسة على ذكر أهم هذه المحاولات في الاتجاه القائل بأن عقد الضمان ما هو إلا عقد كفالة (المطلب الأول)، بينما يذهب جانب آخر من الفقه إلى اعتباره عقد تأمين (المطلب الثاني).

المطلب الأول: اعتبار عقد ضمان الاستثمار عقد كفالة

يذهب جانب من الفقه⁽⁴⁾ إلى تكييف عقد الضمان على أنه عقد الكفالة Contrat de caution. وتُعرَّف الكفالة بأنها "عقد يكفل بمقتضاه شخص تنفيذ التزام بأن يتعهد للدائن بأن يفي بهذا الالتزام إذا لم يفي به المدين نفسه"⁽⁵⁾.

تُعد الكفالة عقد بين الدائن في الالتزام الأصلي وبين الكفيل، تفترض وجود دين أصلي، ويأتي عقد الكفالة باعتباره عقد تابع يعمل على ضمان الوفاء بالدين الأصلي، أما المدين الأصلي فليس طرفاً في عقد الكفالة، فتؤدي الكفالة إلى إنشاء التزام على عاتق الكفيل لصالح الدائن وهو الالتزام بضمان الدين الأصلي، وهذا يجد الدائن أمامه مدينين هما المدين الأصلي والكفيل الذي يعد مدين احتياطي⁽⁶⁾.

¹ هشام خالد، عقد ضمان الاستثمار، القانون الواجب التطبيق عليه وتسوية المنازعات التي تثور بشأنه، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2007، ص 69.

² هشام علي صادق، حماية المال الأجنبي، مع إشارة خاصة للوسائل المقترحة لحماية الأموال العربية في الدول العربية، الدار الجامعية، بيروت، 1981، ص13.

³ عبد الله عبد الكريم عبد الله، "أحكام الوكالة الدولية لضمان الاستثمار (دراسة في الأحكام العامة لاتفاقية إنشاء الوكالة ونطاق أعمالها)". مجلة الدراسات القانونية، كلية الحقوق، جامعة بيروت العربية، العدد الثاني، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2005، ص 166.

⁴ من بين هؤلاء نذكر: أحمد السعيد شرف الدين، مرجع سابق، ص 66؛ دريد محمود السامرائي، مرجع سابق، ص 300.

⁵المادة 644 من أمر رقم 75-58 مؤرخ في 1975/09/26 يتضمن القانون المدني، معدل ومتمم.

⁶ سميّر تناغو، التأمينات العينية والشخصية، الرهن الرسمي، حق الاختصاص، الرهن الحيازي، حقوق الامتياز، الكفالة، قانون التمويل العقاري، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2008، ص18.

يرى هؤلاء الفقهاء بأن عقد الضمان يعتبر من قبيل عقد الكفالة، مستندين في ذلك إلى مجموعة من الحجج (الفرع الأول) التي لم تسلم من النقد (الفرع الثاني).

الفرع الأول: حجج الفقه في اعتبار عقد ضمان الاستثمار الأجنبي عقد كفالة

تم الاعتماد في تكييف عقد ضمان الاستثمار الأجنبي بأنه عقد كفالة على الحجج التالية:

1- يتمثل الغرض من عقد ضمان الاستثمار في وفاء هيئة الضمان بالقرض الذي يقدمه المستثمر الأجنبي، فهي تقوم بكفالة التزام الدولة المضيفة للاستثمار في مواجهة المستثمر الأجنبي، ولذلك يعرف عقد الضمان على أنه "العقد الذي بمقتضاه تلتزم هيئة الضمان بكفالة التزام في ذمة المقرض المدين بأن يتعهد للدائن بأن يفي بهذا الالتزام إذا لم يف به المدين نفسه"⁽¹⁾.

2- معظم الأخطار التي يغطيها عقد الضمان قد تحدث بمقتضى إجراءات حكومية تتخذها الدولة المضيفة، التي تكون قد تهددت مسبقاً للدولة المصدرة للرأس مال بتعويض مستثمريها عن الخسائر التي قد تصيبهم نتيجة هذه الإجراءات، فتكون مسئولة نحوهم، وبذلك يكون الالتزام بالتعويض بمثابة الالتزام الذي تكفله هيئة الضمان والتي ستقوم بالوفاء به في حالة امتناع الدولة عن الوفاء به⁽²⁾.

الفرع الثاني: النقد الموجه إلى هذا الرأي

على الرغم من اقتراب عقد الضمان من عقد الكفالة في بعض أحكامه، إلا أنه لا يمكن أن يتطابق

معه من الناحية القانونية والفنية، وذلك للأسباب والانتقادات التالية:

1- يختلف عقد الضمان عن عقد الكفالة من حيث المصطلح، فالكفالة Cautionnement هو ذلك العقد الذي يلتزم بموجبه الكفيل تجاه الدائن المكفول له، والكفيل هو الذي يلتزم لفائدة الدائن، وينظم إلى جانب المدين الأصلي لتنفيذ الالتزام إذا لم ينفذه المدين، بينما مصطلح الضمان Garantie فهو حماية شخص من ضرر يهدده، وتعويضه عن ذلك إذا ما تحقق هذا الضرر.

2- عقد الضمان عقد تبادلي ملزم للجانبين حسب بعض الفقه⁽³⁾، على خلاف عقد الكفالة باعتباره عقداً ملزماً لجانب واحد، كما أن عقد الضمان من عقود المعاوضة التي يأخذ فيها كل متعاقد مقابلاً لما يعطيه، أما الكفالة فإنها قد تكون من عقود التبرع بحيث لا يأخذ الكفيل مقابلاً لالتزامه بالضمان، فعقد الضمان يختلف عن عقد الكفالة من الناحية القانونية.

3- تكييف عقد الضمان بأنه عقد كفالة فكرة لا أساس لها من الصحة⁽⁴⁾، إذ أن التزام هيئة الضمان تجاه المستثمر ليس هو نفس التزام الدولة المضيفة للاستثمار تجاهه، بل هو التزام آخر له مضمونه الخاص وأوصافه الخاصة. في حين أن الكفالة ترد على ذات التزام المدين الأصلي بكل شروطه وأوصافه⁽⁵⁾.

⁽¹⁾ أحمد السعيد شرف الدين، مرجع سابق، ص 66.

⁽²⁾ أما بالنسبة لمخاطر الحروب والاضطرابات المدنية، فيقر أنصار هذا الاتجاه على أنها لا ترتبط بوجود التزام سابق على عاتق الدولة المضيفة. فهي إذن من قبيل القوة القاهرة التي لا تسأل عنه الدولة المقترضة، إلا أنها يمكن حسم تغطيتها استثناء متى تعهدت هذه الأخيرة بتحمل تبعاتها وبذلك تضمن الهيئة تبعة القوة القاهرة، المرجع نفسه، ص 69.

⁽³⁾ هشام خالد، "عقدا ضمان الاستثمار العربي والإسلامي"، مرجع سابق، ص 213.

⁽⁴⁾ كون الكفالة عقد يفترض وجود علاقة قانونية أصلية إذ أن الالتزام الأصلي الذي تضمنه الكفالة ليس مصدره العقد دائماً، بينما الالتزام الناشئ عن الكفالة فمصدره العقد دائماً، لأن الكفالة بحسب تعريفها عقد راجع في ذلك: سمير تناغو، مرجع سابق، ص 17.

⁽⁵⁾ دريد محمود السامرائي، مرجع سابق، ص 302.

4- يتميز عقد الكفالة بأنه من عقود التبرع التي لا يجوز اشتراط العوض فيها، في حين يعتبر عقد الضمان من عقود العوض، تلتزم بموجبه هيئة الضمان بتعويض المستثمر عن الضرر الحاصل، أما إذا انتفى الضرر فهية الضمان لا تلتزم بأي شيء لأن الضمان "عقد تعويض عن الضرر"⁽¹⁾.

يتضح من كل ما سبق أن اعتبار عقد الضمان بأنه عقد كفالة لا يتفق مع المنطق القانوني، مما يضطرنا إلى البحث عن تكييف قانوني آخر.

المطلب الثاني: اعتبار عقد ضمان الاستثمار عقد تأمين

يُعرف عقد التأمين Contrat d'assurance حسب المادة 619 من القانون المدني الجزائري على أنه "عقد يلتزم المؤمن بمقتضاه أن يؤدي إلى المؤمن له أو 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 أخرى يؤديها المؤمن له للمؤمن".

هذا بالنسبة لعقد التأمين بينما مصطلح تأمين الاستثمارات الأجنبية أو ضمانها ظهر لأول مرة في المنظومة القانونية الجزائرية في سنة 1972 بموجب المصادقة على أحكام الاتفاقية المنشئة للمؤسسة العربية لضمان الاستثمار التي اعتمدت مصطلح تأمين الاستثمار بدل ضمان الاستثمار⁽²⁾، ثم في سنة 1990 بموجب أحكام اتفاقية الاستثمار الخاصة لما وراء البحار، التي تقوم بموجبها مؤسسة تأمين الاستثمارات الخاصة لما وراء البحار OPIC⁽³⁾ بضمان وتأمين وإعادة التأمين على الاستثمارات الأمريكية المنجزة في الجزائر⁽⁴⁾.

انطلاقاً من تعريف عقد التأمين المذكور أعلاه، وكذلك ما ذهب إليه بعض الاتفاقيات الدولية لضمان الاستثمار باعتبار أنها اعتمدت مصطلح التأمين في نصوصها بدل مصطلح الضمان، من هذا المنطلق حاول بعض من الفقه تكييف عقد الضمان على أنه عقد تأمين لوجود عناصر مشتركة بينهما(الفرع الأول)، غير أن هذا الاتجاه هو كذلك لم يسلم من النقد(الفرع الثاني).

الفرع الأول: حجج الفقه في اعتبار عقد ضمان الاستثمار عقد تأمين

يرى بعض الفقه⁽⁵⁾ أن عقد الضمان لا يعدو أن يكون من ناحية التكييف القانوني إلا صورة من صور عقد التأمين، وذلك من حيث أن كليهما ينطوي على ذات العناصر، كما أنهما يرتبان التزامات متماثلة، ويظهر ذلك في أركان العقد (أولاً) وفي آثاره (ثانياً).

أولاً- أركان العقد: يقوم كل من عقد التأمين وعقد الضمان على نفس الأركان وهي التراضي، المحل والسبب فيعتبر كلا العقدين من العقود الرضائية، وينعقد كل منهما بمجرد اقتران الإيجاب بالقبول. وينصب التراضي في الحالتين على تغطية المخاطر الموصوفة في العقد. ويرد المحل على ضمان هذه المخاطر، وإن كان نوع الخطر يختلف من عقد لآخر،

⁽¹⁾ هشام خالد، "عقدا ضمان الاستثمار العربي والإسلامي"، مرجع سابق، ص 219.

² اتفاقية المؤسسة العربية لضمان الاستثمار واثمان الصادرات، مصادق عليها بموجب أمر رقم 72-16 مؤرخ في 07/06/1972، ج ر، العدد 53، الصادر في 04/07/1972. للاطلاع على الصيغة الرسمية للاتفاقية بتعديلاتها متاحة على موقع المؤسسة: اتفاقية المؤسسة العربية لضمان الاستثمار <http://www.iaigc.org>

³) **OPIC:O**verseas **P**rivate **I**nternational **C**orporation.

⁴ المادة الأولى من الاتفاق الرامي إلى تشجيع الاستثمارات الموقع عليه في واشنطن بين حكومة الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية وحكومة الولايات المتحدة الأمريكية، المصادق عليه بموجب مرسوم رئاسي رقم 319-90 مؤرخ في 1990/10/17، ج ر، العدد 45، الصادر في 1990/10/24.

⁵ نذكر من بين هؤلاء: هشام خالد، عقد ضمان الاستثمار، القانون الواجب التطبيق...، مرجع سابق، ص 318.

فهذا الاختلاف لا يمنع من اعتبار العقدين متماثلين في ركن المحل، كما أن ليس هناك ما يمنع من إدراج المخاطر غير التجارية ضمن المخاطر التي تغطيها عقود التأمين. فحداثة المخاطر غير التجارية هي السبب في عدم قيام شركات التأمين العادية بإدراجها ضمن الأخطار التي تغطيها عقود التأمين في العادة⁽¹⁾.

يعد السبب في كل من عقد ضمان الاستثمار وعقد التأمين واحداً، فبسبب التزام المستثمر المضمون بدفع القسط لهيئة الضمان هو التزام هذه الأخيرة بتعويضه عن الخسارة الناتجة عن تحقق واحد أو أكثر من المخاطر المشمولة بالضمان، مقابل أداء المستثمر المضمون لأقساط الضمان باستمرار بشكل دوري، وهو نفس الأمر الذي نجده في عقد التأمين أيضاً.

ثانياً- آثار العقد: يترتب على عقد ضمان الاستثمار الأجنبي حسب هذا الاتجاه آثار متماثلة للآثار المترتبة عن عقد التأمين، من جهة ترتب عقود الضمان التزاما على المستثمر المضمون بأداء أقساط الضمان المقررة في العقد، كما تلزمه بإعلان الخطر عند التعاقد والإخطار بتغييره بعد ذلك، أي بكل المعلومات المتعلقة بموضوع العقد، وفي مقابل ذلك تلزم هيئة الضمان بدفع التعويض المستحق إلى المستثمر المضمون عند تعرضه لأحد المخاطر، ونفس الأمر ينطبق على عقد التأمين باعتبار أن كلا العقدين من العقود الملزمة للجانبين وأيضاً من عقود المعاوضة. إلا أن ذلك لا يكفي لاعتبار عقد الضمان عقد تأمين لاختلاف العقدين من عدة جوانب أخرى⁽²⁾.

الفرع الثاني: النقد الموجه إلى هذا الاتجاه

رغم تشابه عقد ضمان الاستثمار الأجنبي مع عقد التأمين في الكثير من الحالات، إلا أنهما مختلفان من عدة نواحي كذلك منها ما يتعلق بالمصطلح المعتمد (أولاً)، والغرض من كل نظام (ثانياً) وطبيعة الهيئة (ثالثاً)، والأساس الفني للعقد (رابعاً)، وطبيعة الخطر ومسببه (خامساً).

أولاً- من حيث المصطلح المستعمل: يختلف مصطلح "الضمان Garantie" عن مصطلح "التأمين Assurance"، وذلك بالرغم من أن بعض الاتفاقيات الدولية المتعلقة بضمان الاستثمار استعملت مصطلح التأمين في أحكامها التفصيلية، مثلما هو الشأن بالنسبة لأحكام الاتفاقية المنشئة للمؤسسة العربية لضمان الاستثمار وائتمان الصادرات، حيث تنص المادة 28/1¹ منها على أن "الغرض من المؤسسة هو تأمين المؤمن له العربي".

بينما المؤسسة الإسلامية لضمان الاستثمار وائتمان الصادرات فلم تكتف بالنص على مصطلح التأمين في أحكام الاتفاقية بل أطلقتها أيضاً على الاسم الذي تحمله المؤسسة والموسومة باسم "المؤسسة الإسلامية لتأمين الاستثمارات وائتمان الصادرات"⁽³⁾، رغم أن الغرض من استعمال مصطلح التأمين في أحكام الاتفاقيتين هو التعبير عن ضمان الاستثمارات الأجنبية Garantie des investissements étrangers، وهو المصطلح الأصح والأدق الذي يجب اعتماده، فعدم الوضوح والدقة في استعمال المصطلحات التي وردت في اتفاقات وعقود الضمان كان له تأثيراً بالغاً على موقف هذا الاتجاه من الفقه بقولهم أن عقد الضمان مثله مثل عقد التأمين.

⁽¹⁾ المرجع نفسه.

⁽²⁾ أنزليوي صليحة، النظام القانوني لعقد ضمان الاستثمار الدولي، مذكرة لنيل درجة الماجستير في القانون، فرع قانون الأعمال، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزيوزو، 2006، ص 67.

⁽³⁾ الاتفاقية المنشئة للمؤسسة الإسلامية لضمان الاستثمار وائتمان الصادرات، المصادق عليها بموجب مرسوم رئاسي رقم 96-144 مؤرخ في 1996/04/23، ج ر، العدد 26، الصادر في 1996/04/24. للاطلاع على الصيغة الرسمية للاتفاقية بتعديلاتها متاحة على موقع

المؤسسة: <http://www.iciec.org>

ثانيا- من حيث الغرض من كل نظام: تهدف عمليات التأمين إلى تحقيق أكبر قدر ممكن من الربح لمن يمارسها، إذ أن شركات التأمين تهدف من وراء إبرامها لعقود التأمين إلى تحقيق مصلحة تجارية محضة، كونها شركات تجارية تمارس نشاطا تجاريا، فتقوم بتحصيل الأقساط من المؤمن لهم لتحقيق الربح. بينما عمليات ضمان الاستثمارات الأجنبية التي تمارس عن طريق هيئات الضمان المختلفة، فغرضها تشجيع انتقال رؤوس الأموال بين الدول الأعضاء المتعاقدة لتمويل جهودها الإنمائية ودعم علاقاتها الاقتصادية في إطار من التعاون الفعال حسب ديباجة الاتفاقية المنشئة للمؤسسة العربية.

ثالثا- من حيث طبيعة الهيئة: يعتبر سير أنظمة التأمين من المواضيع الخاصة، بينما سير أنظمة الضمان هو من المواضيع العامة، حتى ولو أن تنظيم هيئة الضمان يظهر في شكل شركة تجارية. إذ تتسم هيئات الضمان بطابعها الوطني فهي هيئات وطنية تتبع الدولة التي تنتمي إليها⁽¹⁾ ولو تمتعت بالشخصية الاعتبارية المستقلة، ويصدق هذا القول على أنظمة الضمان الوطنية المختلفة فتعد هيئات الضمان الوطنية بمثابة مرافق عامة تبرم عقود الضمان بدافع المصلحة العامة، فهي تقوم على تنفيذ سياسة حكومية التي تحت على تشجيع وترقية الاستثمار الوطني في الخارج.

رابعا- من حيث الأساس الفني للعقد: لا يعتمد عقد ضمان الاستثمار على الأسس الفنية التي يستند عليها عقد التأمين بصفة عامة، ويرجع ذلك في الواقع إلى أن الخطر في عقد الضمان لا يقبل القياس والتقدير وفقا للأسس الفنية المتبعة في التأمين، ومن ثم فإن هيئة الضمان لا تقوم بتوزيع المخاطر على مجموع المستثمرين المتعاقدين معها، عن طريق تحصيل أقساط منهم تكفي للوفاء بالتزاماتها بضمان المخاطر التي يمكن أن تتحقق، وهي لا تتبع الحسابات الرياضية في تقدير احتمالات وقوع، تلك المخاطر ومدى جسامتها وفقا للأصول المعروفة في التأمين⁽²⁾. فالأقساط في عقد ضمان الاستثمار الأجنبي ليست أقساطا تجارية، بل يتم تقديرها عادة بمبالغ زهيدة تقل قيمتها بالمقارنة مع قيمة الخطر، كما أن تقدير التعويض في عقد الضمان، لا يخضع للأسس المعمول بها في نظام التأمين، إنما يخضع تقديره لقواعد خاصة تحددها اتفاقات وعقود الضمان بصورة مستقلة⁽³⁾.

خامسا- من حيث طبيعة الخطر ومسببه: يكون الخطر المؤمن منه في عقد التأمين خطرا طبيعيا كالحريق مثلا أو الوفاة، المرض، السرقة، الزلزال... فهي أخطار تقع بسبب الغير، بينما في عقد الضمان فإن الخطر هو خطر غير تجاري، وهو ما يعرف بالأخطار السياسية والتي تتمثل أساسا في الأخطار التي تحدث نتيجة عمل إرادي للدولة المضيفة للاستثمار مثل: التأمين، نزع الملكية، المصادرة، عدم التحويل، الإخلال بالعقد، إضافة إلى خطر الحروب و الفتن الداخلية⁽⁴⁾.

يختلفان كذلك من حيث طبيعة أقساط الضمان التي يلتزم بها الطرف المضمون عن كل خطر، كما يختلفان من حيث المدة، فعادة ما تبرم عقود التأمين لمدة لا تزيد عن ثلاثة سنوات، في حين تصل مدة عقد الضمان إلى 15 سنة، يمكن أن تمتد إلى 20 سنة⁽⁵⁾.

¹⁾ CARREAU Dominique et JUILLARD Patrick, op.cit, p534.

²⁾ دريد محمود السامرائي، مرجع سابق، ص 304.

³⁾ راجع في ذلك مثلا المواد من 20 إلى 23 من عقد تأمين استثمار الذي أعدته المؤسسة العربية لضمان الاستثمار متاح على الموقع <http://www.dhaman.org>

⁴⁾ GUYOMAR André et MORIN Etienne, Commerce international, Dalloz, Paris, 1992, p174.

⁵⁾ <http://www.miga.org>، دليل ضمان المستثمر.

يشترط في الخطر المؤمن منه في عقد التأمين ألا يكون متوقفا على محض إرادة أحد المتعاقدين. ولما كانت معظم المخاطر التي يغطيها عقد الضمان هي من الإجراءات التي تتخذها الدولة المضيفة للاستثمار، وحيث أن تلك الدولة عضو في هيئة الضمان الدولية التي تبرم العقد مع المستثمر الأجنبي، فإن الخطر يكون وفقا لهذا التصور صادرا من جانب المؤمن (هيئة الضمان)⁽¹⁾، خاصة وأنه يشترط موافقة الدولة المضيفة للاستثمار كإجراء ضروري سابق لإبرام عقد ضمان الاستثمار.

مما تقدم نصل إلى أنه لا يمكن تكييف عقد ضمان الاستثمار الأجنبي بأنه عقد تأمين، وربما ما دفع ببعض الفقه إلى اعتبار عقد الضمان عقد تأمين أو حتى عقد كفالة، هو أن كل من التأمين والكفالة والضمان ألفاظ تستعمل جميعها كلفظ معادل لفظ الالتزام بالتعويض أو المسؤولية⁽²⁾، إلا أنها مصطلحات مختلفة عن بعضها البعض، كما بينا ذلك.

في حين يرى جانب آخر أن عقد ضمان الاستثمار هو مجرد علاقة بين متعهد ومنفعة في اشتراط لمصلحة الغير، تشترط من خلاله الدولة المضيفة الضمان على الهيئة لصالح المستثمر أو أنه عقد من العقود غير المسماة، غير أن هذه المحاولات، بالرغم من دورها في إبراز أوجه الشبه بين عقد ضمان الاستثمار الأجنبي مع غيره من هذه العقود، إلا أنها لم تسلم من النقد⁽³⁾.

المبحث الثالث: عقد ضمان الاستثمار عقد اقتصادي دولي مركب

إذا كان عقد ضمان الاستثمار يخضع للقواعد العامة التي تحكم العقود عموماً، إلا أنه يبقى عقداً متميزاً، لاحتوائه على بعض الخصوصيات التي ينفرد بها عن العقود المشابهة له وهذه الخصوصيات وجدت خاصة لمسايرة الطبيعة الدولية⁽⁴⁾ لهذا العقد من جهة (الفرع الأول)، وطبيعته المركبة من جهة أخرى (الفرع الثاني).

المطلب الأول: عقد الضمان عقد اقتصادي دولي

تقسم العقود إلى عقود وطنية ودولية، وإذا كانت الأولى تتميز بخصائص أنها مدنية أو تجارية أو إدارية، فإن الأمر مختلف في العقد الدولي، وذلك لما يعتريه من صعوبة في تعريفه رغم محاولات بعض الفقهاء لتعريفه (الفرع الأول)، معتمدين في ذلك على عدة معايير (الفرع الثاني)، لإظهار الطابع الاقتصادي الخاص به (الفرع الثالث).

الفرع الأول: تعريف العقد الاقتصادي الدولي

رغم صعوبة وضع تعريف جامع ومانع للعقد الدولي⁽⁵⁾، إلا أن الفقه تواتر على تعريفه بأنه العقد الذي يتضمن عنصرا أجنبيا سواء تعلق هذا العنصر بأطرافه أو هدفه أو محل إبرامه، أو مكان تنفيذه أو بموضوعه، إذ أن

⁽¹⁾ دريد محمود السامرائي، مرجع سابق، ص 305.

⁽²⁾ إبراهيم شحاتة، الضمان الدولي للاستثمارات الأجنبية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1971، ص50.

³راجع في هذه الآراء والانتقادات الموجبة لها كل من: أحمد السعيد شرف الدين، مرجع سابق، ص 75-77؛ هشام خالد، عقد ضمان الاستثمار، القانون الواجب التطبيق...، مرجع سابق، ص 315؛ دريد محمود السامرائي، مرجع سابق، ص 303؛ إبراهيم شحاتة، مرجع سابق، ص 74.

⁽⁴⁾ باستثناء عقد الضمان المبرم في إطار أنظمة الضمان الوطنية فهي عقود لها طابع وطني ترم بين مستثمر وطني يحمل جنسية الدولة المصدرة للاستثمار وهيئة ضمان وطنية أنشأتها هذه الدولة لتشجيعه وحثه على الاستثمار في الخارج.

⁵ محمد حسين منصور، العقود الدولية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية ، 2009، ص11، وفي مفهوم العقد الدولي بصفة عامة راجع: هشام خالد، ماهية العقد الدولي، دراسة فقهية قضائية مقارنة في الأنظمة القانونية الأجلوسكسونية، اللاتينية، العربية والاتفاقيات الدولية، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2007، ص14؛ 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، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 1998، ص32.

العدد 09 جانفي 2018

فتحديد دولية العقد من عدمه على هذا النحو هي مسألة نسبية تتوقف على الرابطة العقدية، إذا كانت مثلاً جنسية المتعاقدين تعد عنصراً سلبياً غير مؤثر في المعاملات المالية، فهي على العكس تعد عنصراً حاسماً في عقود الزواج، حيث أن تمتع أحد الزوجين بجنسية أجنبية من شأنه إضفاء صفة الدولية على العقد ونفس الحكم يقال على عقود ضمان الاستثمار الأجنبي إذ الجنسية في مثل هذه العقود هي محل اعتبار.

نستنتج مما سبق أن تكييف العقد لا يتم على أساس عددي لعناصره التي لحقتها الصفة الأجنبية، وإنما يتم الإسناد على منهج كَيْفِي (نوعي)، يقوم على طبيعة العنصر الذي لحقته الصفة الأجنبية وما إذا كان يعد عنصراً مؤثراً أو محايداً.

وفقاً لهذا الرأي يمكن تعريف العقد الدولي بأنه العقد الذي تنطبق صفة أجنبية لأحد عناصره الفاعلة أو المؤثرة⁽¹⁾، وهذا ما ينطبق على عقد الضمان.

ثانياً- المعيار الاقتصادي

يُعتبر العقد دولياً وفقاً لهذا المعيار إذا كان يتصل بمصالح التجارة الدولية، وفق ما ذهبت إليه محكمة النقض الفرنسية⁽²⁾. ولما كان مصطلح التجارة الدولية هو في ذاته يحتاج إلى تعريف، فقد اتخذ المعيار صُوراً متعددة، حيث كانت كل صورة بمثابة حلٍّ يُلبّي حاجات اقتصادية معينة شهدها المجتمع الفرنسي الذي ظهر فيه المعيار، كحاجة لتفادي أو لتطبيق نص قانوني معين وذلك على النحو التالي:

1- الصورة الأولى: معيار المد والجزر: لكي يعتبر العقد دولياً وفقاً لهذا المعيار، يجب أن ينطوي على مد و جزر (ذهاب وإياب) لقيم اقتصادية عبر حدود دولتين أو أكثر.

تعرض معيار المد والجزر للعديد من الانتقادات لعدم قدرته على استيعاب جميع العلاقات الاقتصادية الدولية، مما يجعل من الصعوبة بمكان الأخذ بهذا المعيار في نطاق بعض العقود، مثل عقود الخدمات الدولية، كما أنه لا يأخذ في الحسبان تنوع طرق الوفاء، إذ ليس كل ذهاب للبضاعة يقابله إياب يتمثل في مبلغ الوفاء، فقد يتم الوفاء بطرق أخرى لذلك اضطر القضاء الفرنسي إلى تطوير المعيار الاقتصادي لدولية العقد إلى صورة أخرى.

2- الصورة الثانية: معيار مصالح التجارة الدولية: وفقاً لهذا المعيار يعتبر العقد دولياً إذا كان العقد يتصل بعملية اقتصادية، تتضمن حركة الأموال والخدمات أو بمدفوعات عبر الحدود حتى ولو كانت في اتجاه واحد، وقد ظهر هذا الاتجاه بمناسبة بحث مسألة صلاحية شرط التحكيم في عقود التجارة الدولية، وهذا ما ذهبت إليه محكمة النقض الفرنسية في حكمها الصادر في 19/02/1930⁽³⁾.

لقد تبني المشرع الفرنسي في قانون الإجراءات المدنية ما استقر عليه القضاء الفرنسي من تبني معيار مصالح التجارة الدولية كمعيار لدولية التحكيم وذلك في المادة 1492 من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي التي تقضي بأنه يكون التحكيم دولياً إذا كان متعلقاً بمصالح التجارة الدولية⁽⁴⁾.

⁽¹⁾ هشام خالد، عقد ضمان الاستثمار، القانون الواجب التطبيق...، مرجع سابق، ص 80.

⁽²⁾ إكلولي محمد، مرجع سابق، ص 82.

⁽³⁾ راجع وقائع القضية في: إكلولي محمد، مرجع سابق، ص 85.

⁽⁴⁾ جاء نص المادة كما يلي

“ Est international l'arbitrage qui met en cause des intérêts du commerce international ”.

يتطلب المعيار الاقتصادي لدولية العقد وجوب انتقال قِيم اقتصادية عبر الحدود وإن كانت له صورتين: صورة (معيار المد والجزر) التي تتطلب أن يكون الانتقال "متبادلا"، وصورة (مصالح التجارة الدولية) والتي تكتفي بأن يكون الانتقال في اتجاه واحد.

ثالثا-المعيار المختلط

يجمع المعيار المختلط بين المعيارين السابقين معا، إذ لا يكفي لتقرير دولية العقد التحقق من وجود عنصر أجنبي في الرابطة العقدية (المعيار القانوني)، بل لا بد من تعلق الأمر بمصالح التجارة الدولية (المعيار الاقتصادي).

فقد استندت محكمة النقض الفرنسية في حكمها الصادر في 1972/07/04⁽¹⁾ إلى المعيار المختلط لتقرير دولية العقد المبرم بين شركة هولندية وشخص فرنسي الجنسية، أصبح بمقتضاه وكيلا للشركة الهولندية، مما يجيز له تسويق منتجاتها في فرنسا، وهو ما يكشف اتصال الرابطة العقدية بكل من النظام القانوني الفرنسي والنظام القانوني الهولندي، إلا أن المحكمة لم تكتف بتوافر المعيار القانوني لتقرير دولية العقد، بل أشارت في تأكيدها على دولية العقد إلى ما يهدف إليه العقد من انتقال الأموال عبر الحدود والذي يمس مصالح التجارة الدولية.

غير أن الكثير من الفقهاء يؤكدون كفاية المعيار القانوني الحديث لتقرير دولية العقد دون الأخذ بالمعيار الاقتصادي، على اعتبار أن التمييز بين العناصر الفاعلة والعناصر غير الفاعلة هي الأساس الصحيح لدولية الرابطة العقدية⁽²⁾ ومن هؤلاء د/هشام صادق إذ يرى أن المعيار القانوني الحديث الذي يمتاز بالمرونة والنسبية يصلح أساساً موحدًا للكشف عن دولية العقود بصفة عامة، سواء كانت من العقود المتعلقة بالعلاقات الاقتصادية أو غيرها دون الاستعانة بالمعيار الاقتصادي، وفي ضوء ذلك يمكن تعريف العقد الدولي بأنه العقد الذي بحكم طبيعته ينتمي بعناصره الذاتية الفاعلة لأكثر من نظام قانوني واحد⁽³⁾. وعليه نتساءل عن مدى توفر هذه المعايير في عقد الضمان للقول بدوليته؟

الفرع الثالث: الطابع الاقتصادي الدولي لعقد ضمان الاستثمار الأجنبي

يتم إبرام عقد الضمان بين طرفيه هما هيئة الضمان التي تختلف وتعدد بتعدد أنظمة الضمان المختلفة من جهة، ومن جهة أخرى المستثمر الأجنبي صاحب المشروع الاستثماري. وعلى هذا فإن عقد الضمان يبرم عموماً بين أشخاص لا تجمعهم جنسية واحدة وهذا يعني تطرق الصفة الأجنبية لأحد عناصره وهو أطرافه باستثناء عقد الضمان المبرم بين المستثمر الأجنبي وهيئة الضمان الوطنية، إذ يشترط في هذه الحالة أن يكون الطرفين يحملان جنسية الدولة المصدرة للرأس مال وإلا لن ينعقد العقد، هذا من جهة أولى.

من جهة ثانية فان هيئات الضمان بمختلف أنواعها تضمن الاستثمارات الأجنبية التي يملكها مستثمر أجنبي. وعليه فان عقد الضمان ينصب بالضرورة على استثمار أجنبي، وبذلك تنطبق صفة أجنبية أخرى لأحد عناصر العقد وهو موضوعه.

⁽¹⁾ بشار الأسعد، مرجع سابق، ص 84.

(²) إقلاولى محمد، مرجع سابق، ص 86.

⁽³⁾ هشام على صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، منشأة المعارف، الاسكندرية، 1995، ص 51.

من جهة ثالثة فإن الهدف الذي وجد عقد الضمان من أجل تحقيقه هو توفير فرص الاستثمار المأمونة للدول المصدرة لرؤوس الأموال وتشجيع تدفق الاستثمارات الأجنبية إلى الدول المضيفة لها، وفي الوقت نفسه توفير رؤوس الأموال اللازمة لتحقيق برامج التنمية في كل الدول المستوردة لها، وهذا الهدف لا ينظر فيه إلى تحقيق مصلحة دولة معينة⁽¹⁾، بل يتناول أي دولة منظمة إلى إحدى الاتفاقيات المنشئة لهيئات الضمان الدولية.

كما أن عقد الضمان بما يوفره من حماية واطمئنان للمستثمرين الأجانب يعتبر سببا مباشرا لخروج رؤوس الأموال من الدول المصدرة لها إلى الدول المستوردة لها، الأمر الذي يتبين منه تجاوز هذا العقد للنطاق الاقتصادي لأي دولة معينة بالذات، وبذلك تتطرق صفة أجنبية لأحد عناصر هذا العقد الاقتصادي وهو الهدف منه.

إذا كان الثابت أن تطرق أي صفة أجنبية لأحد عناصر العقد الفعالة أو المؤثرة تكفي لإسباغ الصفة الدولية عليه، فإن هذا أولى إذا كانت الصفة الأجنبية قد تطرقت إلى ثلاث عناصر جوهرية فعالة، وهي موضوع العقد ووظيفته وأطرافه.

يتبين مما تقدم أن عقد ضمان الاستثمار الأجنبي هو عقد اقتصادي دولي، والذي هو نتيجة لمجموع العلاقات القانونية بين عدة متدخلين، باعتبار أنه عقد مشروط بإجراءات أولية أخرى، مما يجعله من العقود المركبة.

المطلب الثاني: عقد ضمان الاستثمار الأجنبي عقد مركب

يُعتبر عقد ضمان الاستثمار من العقود المركبة، يتم إبرامه بتدخل مجموعة من العلاقات القانونية الخارجة عن طرفي العقد، بحيث يعتبر وجودها في عملية الضمان عنصرا أساسيا لإبرام عقد الضمان بين المستثمر طالب الضمان وهيئة الضمان، فتتدخل هذه العلاقات في تكوين العقد وإن كانت لا ترقى إلى درجة الأركان الرئيسة المحددة لطبيعة العقد، ومنها العلاقة التي تربط الدولة المصدرة والدولة المضيفة للاستثمار (الفرع الأول)، وكذلك علاقة المستثمر الأجنبي بدولته الوطنية من جهة، وعلاقته أيضا بالدولة المضيفة لاستثماره من جهة أخرى (الفرع الثاني)، وفي الأخير علاقة هيئة الضمان بالدولة المضيفة للاستثمار (الفرع الثالث).

الفرع الأول: علاقة الدولة المضيفة للاستثمار بالدولة المصدرة له

يُقصد بالدولة المضيفة للاستثمار الدولة المستوردة للرأسمال، بهدف تحقيق التنمية والتطور الاقتصادي وهي الدولة التي يتم تنفيذ المشروع الاستثماري فيها. وبغرض تشجيع تدفق الاستثمارات الأجنبية إليها تلجأ عادة إلى الدخول في اتفاقات دولية ثنائية أو جماعية مع الدولة أو الدول المصدرة للرأسمال، من أجل حماية هذه الاستثمارات، وهذا ما يفسر في واقع الأمر كثرة الاتفاقيات الثنائية المبرمة في مجال تشجيع وترقية الاستثمارات. يتم النص بموجبها على السماح لهيئات الضمان الوطنية بأن تبرم عقود الضمان لتشجيع انتقال رؤوس الأموال إلى الخارج.

إلا أنه ونظرا لأن الدول المضيفة للاستثمار خاصة الدول النامية قد تتردد في قبول نظم الضمان الوطنية التي تضطلع بها هيئات وطنية تابعة للدول المصدرة للرأسمال خوفا من أن عملية ضمان الاستثمار قد يكون لها طابعا سياسيا أكثر مما هو طابع اقتصادي قانوني. كما أن بعض الدول المضيفة للاستثمار ترفض الدخول في اتفاقات ثنائية

⁽¹⁾ هشام علي صادق، النظام العربي لضمان الاستثمار ضد المخاطر غير التجارية، دار المطبوعات الجامعية، القاهرة، 2007، ص 81.

مع الدولة المصدرة للرأسمال بشأن تطبيق نظامها الوطني للضمان على الاستثمار الأجنبي، لأنها تجد في هذه الاتفاقات قيدا على سيادتها الوطنية في معاملة الاستثمارات الأجنبية على أراضيها⁽¹⁾.

من هنا تظهر الحاجة إلى الاتفاقيات المتعددة الأطراف والتي تربط كل من الدولة المضيفة والدولة المصدرة للرأسمال، والتي تتضمن إنشاء هيئة دولية لضمان الاستثمار⁽²⁾، حيث يكون انضمام كل من هذه الدول إلى هذه الاتفاقيات فرصة تمكن المستثمرين من إمكانية إبرام عقد الضمان مع هيئات الضمان الدولية، تتحمل بموجبه هذه الأخيرة تبعة الأضرار التي تلحق باستثماراتهم عند تحقق مخاطر غير تجارية، بغض النظر عن ارتباط الدولتين المصدرة والمستوردة للاستثمار- بموجب اتفاقية ثنائية أو جماعية أخرى لحماية وضمان الاستثمار- من عدمه، مادامت ظروف الاستثمار في الدولة المضيفة ملائمة ومقبولة.

الفرع الثاني: علاقة المستثمر المضمون بدولته الوطنية والدولة المضيفة للاستثمار

تظهر علاقة المستثمر الأجنبي بصدد إبرامه لعقد ضمان الاستثمار مع هيئة الضمان من ناحيتين، وذلك من ناحية علاقته بدولته الوطنية باعتباره يحمل جنسيته(أولا)، ومن ناحية أخرى علاقته بالدولة المضيفة لاستثماره(ثانيا).

أولا- علاقة المستثمر المضمون بالدولة المصدرة للاستثمار

تظهر العلاقة في هذه الحالة، في حالة أنظمة الضمان الوطنية، تلك التي تضمن بوجه عام مواطنيها فقط، أي المتمتعين بجنسية الدول المنشئة لهذه الأنظمة دون سواهم، وبالمقابل فإن النتيجة العكسية المترتبة على ذلك هي حرمان عديدي الجنسية من هذا الحق حتى ولو كانوا متوطنين في الدولة المصدرة للاستثمار.

بينما في حالة أنظمة الضمان الدولية، فإنه يشترط لقبوله طرفا لإبرام عقد الضمان أن يكون من مواطني دولة عضو في الهيئة التي يتعاقد معها في حالة الشخص الطبيعي، أو أن يكون تابعا لدولة عضو استنادا إلى مركز إدارته الرئيسي المتواجد بها أو بخضوعه لرقابتها أو رقابة مواطنيها إذا كان المستثمر شخصا اعتباريا.

ثانيا- علاقة المستثمر المضمون بالدولة المضيفة للاستثمار

تعد علاقة المستثمر بالدولة المضيفة لاستثماره علاقة تعاقدية يحكمها عقد الاستثمار المبرم بينهما بهدف إقامة أو إنشاء استثمار من طرفه في إقليم الدولة المضيفة لاستثماره⁽³⁾.

فعقد الاستثمار يبرم بين طرفين هما: الدولة باعتبارها صاحبة السيادة فهي شخص من أشخاص القانون الدولي العام، والطرف الآخر هو الفرد الذي لا ينتهي مبدئيا إلى ذلك القانون، وفي هذا الصدد فإن المستثمر يسعى دائما من خلال علاقته بالدولة المضيفة للحصول على أكبر قدر من الحرية في العمل، وأكبر قدر من الحماية ضد المخاطر غير التجارية التي تهدد مشروعه الاستثماري.

⁽¹⁾ ريوافائق حسين، مرجع سابق، ص 200.

⁽²⁾ تنص المادة 4/1 "العضوية في الوكالة مفتوحة لجميع الدول الأعضاء في البنك وسويسرا" من الاتفاقية المنشئة للوكالة الدولية لضمان الاستثمار، المصادق عليها بموجب مرسوم رئاسي رقم 95-345 مؤرخ في 1995/10/30، ج ر، العدد 66، الصادر في 1995/11/05. للاطلاع على الصيغة الرسمية للاتفاقية بتعديلاتها متاحة على موقع الوكالة <http://www.miga.org>

⁽³⁾ عيبوط محمد وعلي، "عقد الاستثمار: بين القانون الداخلي والقانون الدولي"، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، العدد الأول، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري تيزي وزو، 2011، ص 7.

الفرع الثالث: علاقة هيئات الضمان الدولية بالدولة المضيفة للاستثمار

تتميز هيئات ضمان الاستثمار الدولية بأنها هيئات تضم نوعين من الدول، فهي تضم الدول المصدرة والمستوردة للاستثمار، وتعتبر مشاركة هذه الأخيرة في عضوية الهيئة وفي تمويلها، طريقة تساعد على تحسين مناخ الاستثمار في هذه الدول حيث تستطيع الإسهام في إدارة هيئة الضمان ومراقبتها من الداخل، بينما تضمن الدول المصدرة للاستثمار بهذا الشكل الحصول على معاملة أفضل من جانب هذه الدول في مواجهة الاستثمارات الأجنبية، خاصة إذا ترتب عن هذه العضوية قبول للالتزامات في معاملة الاستثمارات والمساهمة في تغطية الخسائر التي تلحق بها⁽¹⁾.

لتكون في الأخير لهذه الدول جميعا مصلحة مالية في العمل من أجل عدم تحقق المخاطر المضمونة، وهذا ما من شأنه أن يساهم في تحسين المناخ الاستثماري. لذلك تمثل هيئات الضمان الدولية إطارا تتلاقى فيه الدول المصدرة للاستثمار مع الدول المضيفة بشأن توفير أكبر قدر ممكن من الحماية للاستثمارات الأجنبية من المخاطر غير التجارية التي تهددها. غير أن العلاقة في عقد الضمان، يمكن أن تمتد إلى إبرام اتفاقات ثنائية بين هيئة الضمان والدولة المضيفة للاستثمار- وهنا تظهر العلاقة مباشرة بين الطرفين- بشأن حماية ومعاملة الاستثمارات، تتعهد من خلالها الدولة المضيفة للاستثمارات المضمونة بتوفير قدر معين من الحماية والمعاملة لهذه الاستثمارات.

خاتمة

يُمكن القول مما تقدم، بأن عقد ضمان الاستثمار ليس بعقد تأمين ولا كفالة، ولا اشتراط لمصلحة الغير... على النحو الذي بيناه، بل هو في جوهره عملية ضمان قائمة بذاتها ومستقلة عن غيرها، تُمثل تطوراً حديثاً لتقنية دولية جديدة لتنظيم التجارة الدولية، تستجيب لمتطلبات الحياة المعاصرة، والتشجيع على تدفق الاستثمارات الأجنبية، فتلتزم بموجبه هيئة الضمان بدفع التعويض للمستفيد في حالة تحقق السبب الموجب له.

فبقدر ما تكون هناك مصالح في الحركة الدولية لانتقال رؤوس الأموال الخاصة، تكون هناك حاجة قانونية ملحة لتنظيم هذه الحركة وتشجيعها، وهذا ما تهدف هيئات ضمان الاستثمار الأجنبي إلى تجسيده وتكريسه بواسطة عقود ضمان الاستثمار النموذجية التي تعدّها وتبرمها مع المستثمرين الأجانب، هذا العقد الذي هو عقد ينفرد بسمات وخصائص تجعله فريد من نوعه باعتباره عقدا دوليا اقتصاديا مركبا ليس كغيره من العقود الأخرى. يُعتبر عقد الضمان إذن عقداً مستقلا عن غيره من العقود ما يعني أن له طبيعة قانونية مستقلة ونظام قانوني خاص به.

يترتب على اعتبار عقد ضمان الاستثمار الأجنبي عقدا اقتصاديا دوليا عدة نتائج أهمها:

- تنتقل بموجبه رؤوس الأموال من الدول المصدرة إلى الدول المستوردة لها.
- عدم إخضاع هذا العقد لولاية أي قانون وطني، حيث تكفلت عقود الضمان النموذجية التي أعدها مختلف هيئات الضمان بتحديد القانون الواجب التطبيق عليه على نحو يتناسب مع صفته الدولية.
- تقضي القاعدة العامة بأن العقود الدولية التي تتضمن عنصرا أجنبيا، تخضع للقانون الذي تختاره إرادة المتعاقدين صراحة أو ضمنا، وفقا للمبادئ العامة في القانون الدولي.

(1) ريوافانق حسين، مرجع سابق، ص 200.

1- الكتب

- ## 2- الرسائل والمذكرات الجامعية

أ- رسائل الدكتوراه

- (1) إقلاوي محمد، النظام القانوني لعقود الدولة في مجال الاستثمار(التجربة الجزائرية نموذجا)، رسالة لنيل درجة دكتوراه الدولة في القانون العام، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزبوزو، سنة 2006.
- (2) 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، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 1998.
- ب- مذكرات الماجستير
- (1) نزيوي صليحة، النظام القانوني لعقد ضمان الاستثمار الدولي، مذكرة لنيل درجة الماجستير في القانون، فرع قانون الأعمال، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزبوزو، 2006.

3- المقالات

- 1) عبد الله عبد الكريم عبد الله، "أحكام الوكالة الدولية لضمان الاستثمار (دراسة في الأحكام العامة لاتفاقية إنشاء الوكالة ونطاق أعمالها)"، مجلة الدراسات القانونية، العدد الثاني، كلية الحقوق، جامعة بيروت العربية، 2004، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2005، ص ص 165-203.
- 2) عيبوط محند وعلي، "عقد الاستثمار: بين القانون الداخلي والقانون الدولي"، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، العدد الأول، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري تيزي وزو، 2011، ص ص 7-31.
- 3) هشام خالد، "عقدا ضمان الاستثمار العربي والإسلامي"، دراسة مقدمة إلى مؤتمر الجديد في مجال التأمين (الضمان) في لبنان والعالم العربي، مجلة الجديد في مجال التأمين والضمان في لبنان والعالم العربي، الجزء الأول، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2007، ص ص 197-227.

4- النصوص القانونية

أ- الاتفاقيات الدولية

- 1) اتفاقية المؤسسة العربية لضمان الاستثمار وائتمان الصادرات، مصادق عليها بموجب أمر رقم 16-72 مؤرخ في 1972/06/07، ج ر، العدد 53، الصادر في 1972/07/04. للاطلاع على الصيغة الرسمية للاتفاقية بتعديلاتها متاحة على موقع المؤسسة <http://www.iaigc.org>
- 2) الاتفاق الرامي إلى تشجيع الاستثمارات الموقع عليه في واشنطن بين حكومة الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية وحكومة الولايات المتحدة الأمريكية، المصادق عليه بموجب مرسوم رئاسي رقم 90-319 مؤرخ في 1990/10/17، ج ر، العدد 45، الصادر في 1990/10/24.
- 3) الاتفاقية المنشئة للوكالة الدولية لضمان الاستثمار، المصادق عليها بموجب مرسوم رئاسي رقم 95-345 مؤرخ في 1995/10/30، ج ر، العدد 66، الصادر في 1995/11/05. للاطلاع على الصيغة الرسمية للاتفاقية بتعديلاتها متاحة على موقع الوكالة <http://www.miga.org>
- 4) الاتفاقية المنشئة للمؤسسة الإسلامية لضمان الاستثمار وائتمان الصادرات المصادق عليها بموجب مرسوم رئاسي رقم 96-144 مؤرخ في 1996/04/23، ج ر، العدد 26، الصادر في 1996/04/24. للاطلاع على الصيغة الرسمية للاتفاقية بتعديلاتها متاحة على المؤسسة <http://www.iciec.org>

ب- القوانين

- 1) أمر رقم 58-75 مؤرخ في 1975/09/26، يتضمن القانون المدني، معدل ومتمم.
- ثانيا- باللغة الفرنسية

- 1) CARREAU Dominique et JUILLARD Patrick, Droit international économique, 5^{ème} édition, Dalloz, Paris, 2013.
- 2) GUYOMAR André et MORIN Etienne, Commerce international, Dalloz, Paris, 1992.