



جامعة قاصدي مرباح ورقلة

كلية الحقوق والعلوم السياسية
قسم الحقوق

مذكرة مقدمة لإستكمال متطلبات شهادة ماستر أكاديمي

الميدان: الحقوق والعلوم السياسية

الشعبة: الحقوق

التخصص: القانون العام للأعمال

بعنوان:

عقد التأمين في عقود الإستثمار الأجنبي

إشراف الدكتور:

إعداد الطالبين:

- قدة حبيبة

- بن فردية أحمد ياسين ✓

- سليمان معاشو ✓

نوقشت وأجيزت بتاريخ:

أمام اللجنة المكونة من السادة:

- أ.قادري لطفي محمد الصالح...أستاذ محاضر(ب) جامعة قاصدي مرباح-ورقلة-...رئيساً

- أ. قدة حبيبة أستاذ محاضر (أ) جامعة قاصدي مرباح - ورقلة -مشرفاً

- أ.بن أكلي نصير.....أستاذ محاضر(ب) جامعة قاصدي مرباح-ورقلة-.....مناقشاً

السنة الجامعية: 2020/2019



جامعة قاصدي مرباح ورقلة
كلية الحقوق والعلوم السياسية
قسم الحقوق



مذكرة مقدمة لإستكمال متطلبات شهادة ماستر أكاديمي

الميدان: الحقوق والعلوم السياسية

الشعبة: الحقوق

التخصص: القانون العام للأعمال

بعنوان:

عقد التأمين في عقود الإستثمار الأجنبي

إشراف الدكتور:

إعداد الطالبين:

- قدة حبيبة

- بن فردية أحمد ياسين ✓

- سليمان معاشو ✓

نوقشت وأجيزت بتاريخ:

أمام اللجنة المكونة من السادة الأعضاء:

- أ.قادي لطفى محمد الصالح...أستاذ محاضر(ب) جامعة قاصدي مرباح-ورقلة...رئيساً

- أ.قدة حبيبة أستاذ محاضر (أ) جامعة قاصدي مرباح - ورقلة -مشرفاً

- أ.بن أكلي نصير.....أستاذ محاضر(ب) جامعة قاصدي مرباح-ورقلة-.....مناقشاً

السنة الجامعية: 2020/2019

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ

الرَّحِيمِ

شكر و عرفان

من باب قوله تعالى " لئن شكرتم لأزيدنكم " سورة إبراهيم الآية 07

الحمد والشكر لله الذي وفقنا وأثار لنا درب العلم والمعرفة في إنجاز هذا العمل

ومن باب قول المصطفى عليه السلام " من لم يشكر الناس لم يشكر الله "

أسمى عبارات الشكر والإمتنان إلى الذي شجعنا ووقف وراء هذا العمل بكل مجهوداته ونصائحه القيمة التي أنارت طريقنا وقومت مسارنا وكانت عوننا لنا في إتمام هذا البحث

إلى رمز العلم والعمل والإلتزام أستاذتنا المشرفة الدكتورة **قده حبيبة**

كما نتوجه بجزيل الشكر والعرفان إلى الأستاذ بن فردية محمد و إلى كل من مد لنا يد العون من قريب أو من بعيد في إنجاز هذا العمل، وفي تذليل ما واجهناه من صعوبات

كما نخص بالشكر الى كل أستاذتنا الكرام كل بإسمه والى عمال المكتبة في جامعة ورقلة

ويسرنا أيضا أن نتقدم بجزيل الشكر والعرفان الى اللجنة الموقرة التي أعطتنا من وقتها الثمين وقبلت مناقشة هذا البحث المتواضع

وقبل أن نمضي نقدم أسمى آيات الشكر والامتنان والتقدير والمحبة الى الذين حملوا أقدس رسالة في الحياة

إلى الذين مهدوا لنا طريق العلم والمعرفة

إلى جميع أستاذتنا الأفاضل

كن عالما... فإن لم تستطع فكن متعلما، فإن لم تستطع

فأحب العلماء، فإن لم تستطع فلا تبغضهم.

الإهداء

إلى مثلي الأعلى في الحياة والدي الغالي أطل الله في عمره .

إلى من تنحي هامتي لها خجلا فلا الكلمات توفيهما حقها ولا الأرقام تحصي فضائلها .

إلى رمز الحب وبلسم الشفاء أُمي الغالية أطل الله في عمرها .

إلى روعي جدي الطاهرة راجيا من الله أن يتغمده برحمته الواسعة ويسكنه فسيح جنانه.

إلى كل الأهل وأقاربي من قريب وبعيد .

إلى كل أصدقائي ورفقاء الدرب .

إلى كل أساتذتي الكرام .

إلى كل من لاقتني بهم أروع الصدف زملاء الدفعة .

إلى كل من تصفح أوراق المذكرة ويستفيد من المعلومات الموجودة فيها .

"بن فريدة أحمد ياسين"

الإهداء

أهدي هذا الجهد إلى والدي اللذان علماني العطف والصدق ومثلي الأعلى في الحياة أُمي وأبي أطال الله في عمرهما وإلى سندي في الحياة إخوتي.

إلى كل أصدقائي وزملائي.

إلى كل أساتذتي الكرام .

إلى كل الأهل والأقارب من قريب وبعيد.

إلى كل طلبة الحقوق.

"سليمانى معاشو"

يعتبر عقد تأمين الاستثمار الأجنبي من العقود المفصلة حديثاً في الدول العربية وهذا حافز لدعم التنمية الاقتصادية من خلال ضمان الاستثمار الأجنبي، وهو من العقود التي تلتزم فيه هيئة المتمثلة في هيئة الضمان بتعويض المستثمر المضمون، متى تحقق خطر غير تجاري مقابل أقساط دورية معلومة، لذلك وجب توفير حماية فعالة للمستثمر الأجنبي من المخاطر التي يتعرض لها مشروعه الإستثماري حيث كرس آليات حماية دولية لضمان هذا الاستثمار سعياً لتحقيق التنمية الاقتصادية، حيث أن ضمان المؤسسة ينصب على الأخطار غير التجارية وأن الاستثمار المضمون يجب أن يكون فيما بين الدول المتعاقدة، كما يترتب عن هذا العقد حقوق والتزامات متبادلة في حق طرفيه وفي حالة إخلال أحد الأطراف بالعقد هناك آليات قانونية لتسوية النزاعات القائمة بين الأطراف منها وسائل ودية قائمة على التفاوض والتوفيق ومنها وسائل قضائية قائمة على التحكيم، إضافة الى مبدأ القانون الواجب التطبيق .

Résumé :

Le contrat d'assurance des investissements étrangers est considéré comme l'un des contrats récemment mis en œuvre dans les pays arabes, et c'est une incitation à soutenir le développement économique en garantissant les investissements étrangers. Assurer une protection efficace de l'investisseur étranger contre les risques

auxquels son projet d'investissement est exposé, car des mécanismes de protection internationale ont été mis en place pour assurer cet investissement dans la poursuite du développement économique, car la garantie de l'institution se concentre sur les risques non commerciaux et que l'investissement garanti doit se faire entre les États contractants, comme le prévoit ce contrat. Droits et obligations réciproques du droit d'une partie, et en cas de rupture du contrat par l'une des parties, il existe des mécanismes juridiques de règlement des litiges entre les parties, y compris des moyens amiables fondés sur la négociation et la conciliation, y compris des moyens judiciaires fondés sur l'arbitrage, en plus du principe de droit applicable.

مَقَام

تعد قضية التنمية في الدول النامية واحدة من أهم القضايا التي تشغل بال المشرعين، وتستهوئ شغل الباحثين وتجعل هذه الدول تبحث عما يحقق أفضل السبل للوصول الى تنمية مستدامة، حيث يعتبر الاستثمار بشكل عام جزءاً من الإقتصاد الذي كان سببا في تقدم ورقي المجتمعات المتقدمة، أما المجتمعات النامية فالسبيل أمامها مازال رحبا للاهتمام بالاستثمار والتوسع في مجالاته حتى تستطيع اللحاق بركب التقدم والمدنية .

و يُعد الاستثمار الأجنبي من أهم أوجه النشاط الاقتصادي في الواقع الدولي المعاصر، وعنصرٌ أساسيٌّ من عناصر إستراتيجية التنمية، إذ أنه يضطلع بدور هام على صعيد عملية التنمية الاقتصادية والاجتماعية في دولة ما، لكونه قناة رئيسة يتدفق عبرها رأس المال الأجنبي والخبرة العلمية والفنية الحديثه، ولهذا أصبح الاستثمار الأجنبي عاملا لا غنى عنه لانطلاق أي اقتصاد في مسار التقدم وإحراز مكانة متميزة في الاقتصاد العالمي، فدول العالم المتقدمة والنامية على حد سواء تضع ضمن أهدافها الإستراتيجية تطوير مناخها الاستثماري وتعزيز مؤسساته والارتقاء بجودته وتكيفه مع متطلبات عصر العولمة واقتصاد السوق لاجتذاب حصة معتبرة من هذا الاستثمار إليها.

غَيْرَ أن اجتذاب رؤوس الأموال الأجنبية ووضعها قيد الاستثمار ليس بالأمر اليسير، لأن المستثمر الأجنبي ليس مستعداً للمجازفة بأمواله في بيئة غير صالحة للاستثمار بل أنه يبحث عن بيئة استثمارية آمنة تتوفر فيها من الضمانات والحوافز اللازمة والضرورية لتوظيف أمواله واستثمارها وتحقيق المزيد من الأرباح، ومن هنا انطلقت معظم الدول وخاصة النامية منها في تنافس شديد لإصدار تشريعات خاصة بالاستثمار تتضمن حزمة من الضمانات والحوافز التي من شأنها توفير البيئة المناسبة لاستثمار رأس المال الأجنبي دون قلق أو خوف .

إلا أن هذه الضمانات التشريعية التي تتقرر بمقتضى قانون تسنه الدولة لا تحقق الحماية القانونية الكافية للاستثمار الأجنبي بسبب قابليتها للتعديل أو الإلغاء بالإرادة المنفردة للدولة المضيفة للاستثمار انطلاقاً من مبدأ السيادة الوطنية للدولة على الأشخاص والأموال الموجودة على إقليمها، وعليه فإن تعديل قانون الاستثمار أو إلغائه لا يرتب على الدولة من حيث الأصل أية مسؤولية قانونية وبالتالي فإن قيام الدولة المضيفة للاستثمار بإلغاء تشريعها الداخلي الخاص بالاستثمار أو تعديله بشكل يؤدي إلى الانتقاص من الضمانات والمزايا القانونية التي كانت مقررة للاستثمار الأجنبي من شأنه أن يُفضي إلى زعزعة ثقة المستثمرين بتلك الدولة، وهذا قد يدفعهم إلى عدم الاستثمار فيها مستقبلاً، مما يؤثر سلباً على عملية التنمية الاقتصادية فيها.

ولعل من أهم الوسائل التي يتم اللجوء إليها لتحقيق الحماية القانونية الكافية في هذا الإطار هي تأمين الاستثمار الأجنبي ضد المخاطر غير التجارية التي يُحتمل أن يتعرض لها المشروع الاستثماري في الدولة

المضيفة له , ويتم ذلك عن طريق إبرام عقد بين هيئة ضمان دولية محايدة والمستثمر الأجنبي يطلق عليه عقد تأمين الاستثمار الأجنبي ضد المخاطر غير التجارية , واستناداً لهذا العقد تتحدد الالتزامات التعاقدية بين هيئة الضمان الدولية والمستثمر الأجنبي , حيث تلتزم الهيئة بتعويض المستثمر حال تعرض استثماره لأحد المخاطر غير التجارية المنصوص عليها في العقد , وذلك مقابل التزام المستثمر بأداء أقساط التأمين المتفق عليها،

وتتجلى أهمية الموضوع ودوافع إختيارنا له في أن دراسة عقد تأمين الاستثمار الأجنبي تحظى بأهمية خاصة بوصفه ضماناً هامة لجذب الاستثمار الأجنبي وزيادة تدفقه إلى الدول المضيفة للاستثمار, حيث يعتبر تأمين الاستثمار الأجنبي والحماية القانونية التي تتحقق من خلاله أحد أبرز الأسباب التي تحدو بالمستثمر الأجنبي أن يقرر أين ستكون وجهته بالتحديد في العالم النامي؟

وتتمثل هذه الفكرة في أن منح المستثمر الأجنبي تعويضاً نقدياً عن الخسارة الناشئة عن تحقق مخاطر لا تتعلق بالتعامل التجاري ولا تدخل ضمن توقعات المستثمرين كالمصادرة والتأميم وقيود تحويل العملة والحرب والاضطرابات الاجتماعية من شأنها أن تجعل المستثمر الأجنبي بمنأى عن هذه المخاطر وتحقق له الأمان القانوني في حال وقوعها , لأن إبرام هذا العقد سيجعل المستثمر الأجنبي يدير مشروعه الاستثماري بمناخ من الطمأنينة دون التخوف من مخاطر ناشئة عن أطراف أخرى تتسبب في تحقق الخسارة , ففي النهاية سيتم تعويضه عن أية خسائر يتحملها نتيجة وقوع هذه المخاطر .

ومن هذا المنطلق فإن الإشكالية تتمثل في :

آليات والطرق القانونية لمعالجة موضوع عقد تأمين الاستثمار الأجنبي ؟

وينتج عن هذه الإشكالية جملة من التساؤلات الفرعية هي:

- ماهي آليات الحماية لضمان الاستثمار الأجنبي؟

- ماهي طرق ووسائل نهاية عقد ضمان الاستثمار الأجنبي؟

- في حالة النزاع كيف يتم تسوية المنازعات وماهو القانون الواجب التطبيق؟

المنهجية المتبعة في البحث :

سيتم الأخذ بمنهج الدراسة القانونية المقارنة, وهذا من خلال نصوص الاتفاقية المنشئة للمؤسسة العربية لضمان الاستثمار (التي سوف يشار إليها فيما بعد بالمؤسسة العربية) ومن النصوص الواردة في النماذج العقدية المتنوعة التي تبرمها هذه الهيئة أساساً للمقارنة مع نصوص الاتفاقية المنشئة للوكالة الدولية لضمان الاستثمار (التي سوف يشار إليها فيما بعد بالوكالة الدولية) والنصوص المختلفة للنماذج المتنوعة لهذا العقد

التي تبرمها هذه الهيئة مع المستثمر الأجنبي , كما اعتمدنا المنهج التحليلي من خلال تحليل عدد كبير من هذه النصوص ومناقشتها في ضوء الآراء التي طرحها الفقه في هذا الصدد .

أما عن خصوص تقسيم الدراسة فتنقسم إلى فصلين نخصص **الفصل الأول** الى الإطار القانوني لنشأة عقد تأمين الاستثمار الأجنبي وسيتضمن الفصل **مبحثين الأول مفهوم عقد تأمين الاستثمار الأجنبي** ثم نبين الآليات الدولية لحماية المستثمر الأجنبي في **المبحث الثاني** ، أما **الفصل الثاني** فخصصناه بالإطار القانوني لإنهاء عقد تأمين الاستثمار الأجنبي ويتضمن هذا الفصل **مبحثين الأول ندرس فيه طرق نهاية عقد تأمين الاستثمار الأجنبي والمبحث الثاني القانون الواجب التطبيق وتسوية المنازعات** .

وإذا ما انتهينا من ذلك نكون قد وصلنا إلى **خاتمة البحث** التي سنلخص فيها أهم الاستنتاجات والتوصيات التي نتجت عن هذا البحث .

والله ولي التوفيق ...

الفصل الأول
الإطار القانوني لنشأة عقد تأمين
الاستثمار الأجنبي

تمهيد: يعرف عقد ضمان الاستثمار الأجنبي بأنه العقد الذي تلتزم بموجبه مختلف هيئات الضمان بتعويض المستثمر المضمون عن الأضرار التي يمكن أن تصبه متى تحقق خطر غير تجاري، بسبب تصرف قانوني، أو عمل مادي صادر من الدولة المضيفة باستثماره مقابل قسط معلوم¹.

و يُعد عقد تأمين الاستثمار الأجنبي من العقود الحديثة نسبياً التي أوجدتها الحاجة الملحة إلى ضرورة توفير حماية فعّالة للمستثمر الأجنبي من المخاطر التي يتعرض لها مشروع الاستثمار في الدولة المضيفة الاستثمار، ونظراً لهذه الحداثة فأن البحث في مفهوم عقد تأمين الاستثمار الأجنبي يستلزم منا بدء تحديد مفهوم هذا العقد وهذا ما سوف نخصص له **المبحث الأول** من هذا الفصل ، ثم نعرّج بعد ذلك الى الآليات الدولية لحماية المستثمر الاجنبي من خلال هذا العقد، وهذا ما نُفرده موضوعاً **للمبحث الثاني**.

المبحث الأول: مفهوم عقد تأمين الاستثمار الأجنبي

يحظى التعريف بعقد تأمين الاستثمار الأجنبي بأهمية كبيرة، وهذه الأهمية متأية من تعدد نماذج هذا العقد واختلاف الأنواع التي يمكن أن يتخذها من جهة، والخصائص التي يتمتع بها هذا العقد من جهة أخرى، ولكن هذه الأهمية لا تكتمل إلا ببيان التكييف القانوني المناسب لهذا العقد.

بناءً على ما تقدم سنقسم هذا المبحث إلى مطلبين، نتناول في **المطلب الأول** التعريف بعقد تأمين الاستثمار الأجنبي ونخصص **المطلب الثاني** إنعقاد عقد تأمين الاستثمار الاجنبي .

المطلب الأول : التعريف بعقد تأمين الاستثمار الأجنبي

سنتناول في هذا المطلب تعريف عقد تأمين الأستثمار الأجنبي في الفرع الأول على أن نبين في الفرع الثاني النماذج التي يتخذها هذا العقد والفرع الثالث خصائص هذا العقد.

1. هشام خالد، عقد ضمان الاستثمار، القانون الواجب التطبيق عليه وتسوية المنازعات التي تنور بشأنه، دار الفكر الجامعي،(د.ط)، مصر

الفرع الأول : تعريف عقد تأمين الإستثمار الأجنبي

يعرف عقد ضمان الإستثمار الاجنبي بأنه العقد الذي تلتزم بموجبه مختلف هيئات الضمان بتعويض المستثمر المضمون عن الأضرار التي يمكن أن تصيبه متى تحقق خطر غير تجاري، بسبب تصرف قانوني أو عمل مادي صادر من الدولة المضيفة بإستثماره مقابل قسط معلوم.¹

فقد عرّف عقد تأمين الإستثمار الأجنبي بأنه " الآلية التي تهدف إلى نقل العبء المالي للمخاطر القانونية التي ترافق الإستثمارات الدولية من عاتق المستثمر إلى جهاز متخصص بالضمان"²

ولو نظرنا إلى التعريف المتقدم لرأينا أنه يتناول تعريف هذا العقد من حيث أثره وهو نقل عبء تحقق الخطر من المستثمر إلى هيئة الضمان وهذا ما يخالف التعريف المنطقي الذي ينصب على بيان ماهية الشيء وليس على بيان أثره

أما الفقيه الانجليزي (Fatouros) فقد عرّفه بأنه (العقد الذي تُؤمّن بموجبه الدول المصدرة لرأس المال الإستثمارات الأجنبية لرعاياها ضد بعض المخاطر غير التجارية)³.

ويلاحظ أن التعريف أعلاه قد وقع في الخلط بين عقد تأمين الإستثمار الوطني الذي تختص بإبرامه هيئة ضمان حكومية تابعة لأحدى الدول المصدرة لرأس المال و يكون العقد فيها خاضع لقانونها الوطني والذي تهدف من ورائه إلى تأمين استثمارات مواطني هذه الدولة من المخاطر غير التجارية التي يمكن أن تتعرض لها استثماراتهم في الدول الأخرى ، وبين عقد تأمين الإستثمار الأجنبي الذي تبرمه هيئات ضمان دولية متخصصة تتمتع بشخصية قانونية مستقلة عن الدول الأعضاء فيها , تمنح بموجبه الحماية من كل ما قد تتعرض الإستثمارات الأجنبية من مخاطر غير تجارية في الدول المضيفة للإستثمار, وبالتأكيد فأن ما يعنينا في إطار هذه الدراسة هو محاولة وضع تعريف محدد لعقد تأمين الإستثمار الأجنبي دون عقد تأمين الإستثمار الوطني المذكور آنفا , وبذلك لا يمكن التعويل على العقد الأخير في محاولة إعطاء تعريف محدد لتأمين الإستثمار الأجنبي , لوجود الاختلاف الكبير بين أنظمة الضمان الدولية وأنظمة الضمان الوطنية وتوضيح ذلك مما يخرج عن نطاق هذه الدراسة.

وذهب جانب آخر إلى تعريف عقد تأمين الإستثمار الأجنبي من خلال التقريب بينه وبين طائفة من العقود المسماة التي تبدو والى حد ما أنها تقترب من هذا العقد ، ولذلك نجد أن التعاريف المعطاة لهذا العقد من أجل تحديد ماهيته جاءت معبرة عن وجهات نظر مختلفة تنبع من الزاوية التي ينظر منها إليه .

1. هشام خالد ، المرجع السابق ، ص 69-70

2. Bremer ,(w), the proposal for investment guarantee by an international agency, A.J.I.L.1964, P.68 .

1 . Fatouros .(A) , Gouvernement garantie to foreign investors ,Columbia , university press ,1962 , P .62

فقد حاول أحد أصحاب هذا الاتجاه أن يعرف العقد موضوع الدراسة من خلال تقريبه على أنه صورة من صور عقد التأمين التجاري التقليدي ، وهو على هذا الأساس " عقد يلتزم بمقتضاه المؤمن بتعويض المستثمر عن الخسارة الناشئة عن خطر محتمل نظير قسط حقيقي يدفعه المستثمر "1.

وهذا التعريف لا يسلم من النقد لعدم وجود عقد مسمى يمكن أن نطلق عليه عقد تأمين الاستثمار الأجنبي، كما أن التعريف المذكور ينم عن تصور غير تام يقوم على تفسير مفاده أن هذا العقد هو مصطلح مركب من التأمين والاستثمار وهو ما لا ينفذ بحال إلى جوهر المصطلح القانوني لهذا العقد .

كما هناك اتجاه آخر > هب إلى تعريف هذا العقد من خلال تقريبه من عقد الكفالة وهو بذلك " عقد تكفل بمقتضاه هيئة الضمان الدولية التزاماً في ذمة المقترض (الدولة المضيئة للاستثمار)، وذلك بأن تتعهد للدائن (المستثمر الأجنبي) بالوفاء بهذا الالتزام إذا لم يف به المقترض نفسه2.

ويبدو أن التعريف المتقدم لا يمكن التعويل عليه في إعطاء تعريف عام يمكن أن ينطبق على النماذج المتنوعة للعقد موضوع دراستنا ، لأنه يركز على بيان مفهوم صورة واحدة من صور عقد تأمين الاستثمار الأجنبي في حالة ما لو اتخذ هذا العقد صيغة عقد تأمين قرض من دون أن يتسع ليشمل الصور المختلفة التي يتخذها هذا العقد .

ومنهم من يُقَرِّب هذا العقد من الاشتراط لمصلحة الغير فيعرفه وفقاً لذلك بأنه " العقد الذي يبرم بين هيئات الضمان الدولية والدولة المضيئة للاستثمار لمصلحة المستثمر الأجنبي وبمقتضاه تلتزم الدولة المضيئة للاستثمار بأداء أقساط التأمين لهيئة الضمان مقابل التزام الأخيرة بتعويض المستثمر عند تحقق الخطر"3

ويُعبأ على هذا التعريف أنه يجعل من المستثمر الأجنبي في المركز القانوني للمنتفع ، بخلاف الواقع الذي تعكسه الصور المتعددة لعقد تأمين الاستثمار الأجنبي والتي تجعل من هذا المستثمر طرف أصيل في عقد يبرم بينه وبين هيئة الضمان الدولية بشكل مباشر يتلقى به الحقوق ويتحمل بموجبه الالتزامات من دون أن تكون الدولة المضيئة للاستثمار طرفاً في هذا العقد ، يتضح من هذا العرض تعدد الآراء واختلاف المضامين المعطاة لتعريف عقد تأمين الاستثمار الأجنبي ضد المخاطر غير التجارية، نظراً للخلط الذي وقع فيه هذا الاتجاه بين العقد موضوع الدراسة وبين بعض العقود المذكورة سابقاً والتي تبدو في الظاهر أنها تقترب من هذا العقد .

وتجنباً لهذا الخلط عرّف هذا العقد بأنه (العقد الذي تؤمن بمقتضاه المؤسسة العربية لضمان الاستثمار الخسائر التي تلحق المستثمر العربي إذا ما نتجت هذه الخسائر عن خطر غير تجاري)4

الفرع الثاني : نماذج عقد تأمين الاستثمار الأجنبي

تتنوع نماذج عقد تأمين الاستثمار الأجنبي المبرمة على الصعيد العملي بين المستثمر وهيئة الضمان الدولية بحسب نوع الاستثمار المشمول بالتأمين وبحسب هيئة الضمان الدولية القائمة على إعداد نماذج هذا العقد،

1 . أحمد شرف الدين ، عقود التأمين وعقود ضمان الاستثمار ، واقعها الحالي وحكمها الشرعي ، الطبعة الأولى، مطبعة حسان، القاهرة، 1982، ص 66 .
2 . إبراهيم شحاتة ، الضمان الدولي للاستثمارات الأجنبية ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، سنة 1974 ، ص 48 .
3 . إبراهيم شحاتة، نفس المرجع، ص 49 .
4 . هشام خالد ، عقد ضمان الاستثمار ، المرجع السابق ، ص 69

فالاستثمار يعرف أنواعاً وصيغاً عديدة ومتنوعة، مما يتطلب تنوعاً في أنماط العقد موضوع الدراسة كي يتمكن من توفير التأمين لها، كما وتختلف أنواع هذا العقد باختلاف هيئة الضمان الدولية التي تتولى صياغة نماذجها، فمماذج عقد تأمين الاستثمار الأجنبي التي تطرحها المؤسسة العربية لضمان الاستثمار تختلف عن تلك المتاحة للتعاقد لدى الوكالة الدولية لضمان الاستثمار.

وبالرغم من تباين النماذج التي يتبلور فيها عقد تأمين الاستثمار الأجنبي، إلا أن كل منها يتضمن قواعد موضوعية مشتركة تمت صياغتها على شكل شروط عامة وخاصة للتعاقد، تحدد بكل دقة ووضوح الحقوق والالتزامات المتبادلة لأطراف العقد (المستثمر الأجنبي وهيئة الضمان الدولية) وتضع الشروط التي يلزم توافرها في المستثمر الأجنبي الذي يصلح للتأمين ونوع الاستثمار المشمول بالتأمين والخطر الذي يتم التأمين ضده، كما وتتضمن نصوصاً تحدد فترة التأمين والمبلغ الجاري به التأمين والشروط المتعلقة بنفاذ العقد أو تعديله أو انقضائه، كما تبين القانون الواجب التطبيق على العقد ووسائل تسوية المنازعات التي تثار بشأنه¹.

وسوف نعرض بإيجاز للنماذج المختلفة لعقد تأمين الاستثمار الأجنبي بما يخدم موضوع الدراسة وذلك في

الفقرتين التاليتين :

أولاً: مجموعة النماذج العقدية للمؤسسة العربية لضمان الاستثمار :

توفر المؤسسة العربية لضمان الاستثمار نماذج متعددة لعقد تأمين الاستثمار الأجنبي والتي تمت صياغتها لمساعدة المستثمرين العرب من مقيمين ومغتربين والمستثمرين الأجانب على تنفيذ استثماراتهم في الدول العربية الأعضاء في المؤسسة العربية وفي مختلف القطاعات، وذلك بهدف زيادة حجم تدفق الاستثمارات العربية البينية والاستثمارات الأجنبية إلى هذه الدول².

ومما لاشك فيه أن النماذج المختلفة لعقد التأمين التي تقدمها المؤسسة العربية تؤدي دوراً هاماً في توفير مناخ الطمأنينة للمستثمرين مما يشجعهم على تنفيذ مشاريعهم الاستثمارية في الدول العربية ويمكنهم من التركيز التام على انجاز هذه المشاريع دون التخوف من أي ظرف خارجي قد يتسبب في خسارة الأموال المستثمرة.

وتتيح المؤسسة العربية لضمان الاستثمار ثلاثة نماذج عقدية قامت بصياغتها تبعاً لأنواع الاستثمار المراد

التأمين عليه، وهذه النماذج هي:

1. عقد تأمين الأستثمار المباشر :

يعتمد هذا النموذج إلى توفير التأمين للاستثمار المباشر الذي يتمثل في ملكية المستثمر الأجنبي لكل رأس مال المشروع المستفيد من التأمين أو جزء منه، بحيث يخضع هذا المشروع لسيطرة المستثمر وتوجيهه وإدارته ويكون مسؤولاً عن التزاماته مسؤولية غير محدودة، كأن يأخذ المشروع شكل المنشأة أو النشاط المملوك بالكامل للمستثمر الأجنبي أو المشاركة مع الغير في رأس ماله على نحو يكفل له السيطرة على إدارته، وبمقتضى هذا

1. علي حسن علوان الغزي، عقد تأمين الاستثمار الأجنبي ضد المخاطر غير التجارية، رسالة ماجستير - دراسة مقارنة، 2013، ص 12

2. عصام الدين مصطفى بسيم، نماذج عقود الضمان المطبقة في المؤسسة العربية لضمان الأستثمار، دراسة نقدية تحليلية مقارنة لبعض نصوصها، بحث منشور في مجلة الحقوق والشريعة، تصدر عن كلية الحقوق والشريعة - جامعة الكويت، السنة 4، العدد 1 يناير (كانون الثاني)، 1980، ص 122.

النموذج العقدي تلتزم المؤسسة العربية بتعويض المستثمر (المؤمن له) بنسبة معدلها 90% من الخسائر التي تلحق الإستثمار وعوائده نتيجة لتحقق خطر من المخاطر التي يغطيها هذا العقد، وذلك بالشروط والقيود الواردة في نموذج العقد، ومدة هذا العقد (10) سنوات قابلة للتجديد (5) سنوات إضافية على أن يخضع التمديد لتقدير المؤسسة.¹

2. عقد تأمين قرض :

يغطي هذا العقد الإستثمار المتمثل في شكل قرض طويل أو متوسط الأجل شرط أن تزيد مدته عن (3) سنوات يقدم من قبل المستثمر الأجنبي وهو طبقاً لنموذج هذا العقد يتمثل بأحد المصارف العربية أو المصارف المشتركة (العربية والأجنبية) بهدف تمويل أحد المشاريع القائمة في الدول العربية الأعضاء في المؤسسة، وبموجب هذا العقد تلتزم المؤسسة بتعويض المستثمر الأجنبي بنسبة تصل إلى 90% من الخسارة الناشئة عن تحقق خطر عدم الوفاء الكلي أو الجزئي للقرض أو أحد عوائده من قبل السلطات العامة للدولة المضيفة للإستثمار (المقترض)، ومدة هذا العقد يجب أن تتوافق مع جدول سداد القرض.²

3 . عقد تأمين معدات المقاولات :

ينصب هذا العقد على تأمين الأستثمار المتمثل بالمعدات التي يُدخلها المستثمر الأجنبي إلى الدولة المضيفة للأستثمار سواء كان هذا المستثمر يملك هذه المعدات أو يتحمل مسؤوليتها (المعدات المستوردة) أو يشتريها من السوق المحلية للدول المضيفة شرط أن يتم شرائها بعملة محولة من الخارج وأن تستعمل هذه المعدات وتخصص لعملية المقاوله ، ويسهم هذا العقد بتعويض المستثمر الأجنبي نسبة تصل إلى 85% من قيمة الخسائر التي تتعرض لها المعدات المشمولة بالتأمين نتيجة لتحقق احد المخاطر التي ينص عليها هذا العقد، وتعتمد مدة هذا العقد على المدة اللازمة لتنفيذ المقاوله.³

ثانياً: مجموعة النماذج العقدية للوكالة الدولية لضمان الإستثمار:

تقدم الوكالة الدولية لضمان الإستثمار التأمين ضد المخاطر غير التجارية وذلك من خلال أربع نماذج عقدية تبرمها الوكالة مع المستثمر الأجنبي في هذا المجال، وهذه النماذج هي:⁴

1. عقد تأمين ملكية الإستثمار

يسمح هذا النموذج بتوفير التأمين للإستثمار الأجنبي المباشر الذي يتخذ شكل حصص وأسهم تعود ملكيتها بشكل كامل للمستثمر الأجنبي أو كان هذا المستثمر يملك نسبة معينة منها تكفل له السيطرة على إدارة المشروع

1 . جميع نماذج هذا العقد متاحة باللغة العربية على الموقع الرسمي للمؤسسة العربية لضمان الإستثمار في شبكة المعلومات العالمية:

<http://www.iaigc.net>

2 انظر : المواد 1، 2، 5، 34 من نموذج هذا العقد .

3 .علي حسن علوان الغزي، المرجع السابق، ص 14

4 جميع نماذج هذا العقد متاحة باللغة الانكليزية على الموقع الرسمي للوكالة الدولية لضمان الإستثمار في شبكة المعلومات العالمية :

<http://www.miga.org/investmentguarantees/index>.

الاستثماري واتخاذ القرار بشأنه، وبموجب هذا النموذج يتم تعويض المستثمر الأجنبي بنسبة تصل إلى 90% من اصل الإستثمار وأرباحه وعوائده ، وذلك عند تحقق احد المخاطر غير التجارية المنصوص عليها في العقد ووفقاً للشروط الواردة فيه، واستناداً لهذا العقد توفر الوكالة الدولية بوصفها الطرف المؤمّن تغطية تأمينية لا تقل مدّتها على (3) سنوات ولا تزيد على (15) سنة، ولما كان الإستثمار المباشر ينطوي على علاقة طويلة الأجل بين المستثمر الأجنبي والدولة المضيفة للاستثمار فقد سمحت الوكالة الدولية وفي بعض الحالات بتمديد فترة التأمين مدة (20) عاماً إذا كانت طبيعة المشروع الإستثماري تتطلب ذلك.¹

2. عقد تأمين قروض المساهمين

يركز نموذج هذا العقد على توفير التأمين للاستثمار الذي يتخذ صيغة قرض يقدمه المستثمر الأجنبي إلى المشروع الإستثماري الذي يتم إنشائه في إحدى الدول الأعضاء في الوكالة الدولية، شرط أن يكون هذا المستثمر قد ساهم في ملكية رأس مال هذا المشروع، واستناداً لنموذج هذا العقد تلتزم الوكالة الدولية بتعويض المستثمر الأجنبي عن الأضرار التي تلحق به عند تحقق خطر عدم الوفاء الكلي أو الجزئي للقرض أو فوائده أو أية مستحقات أخرى، على أن تحدد نسبة التعويض تبعاً لما تم الاتفاق عليه بين طرفي العقد، أما فيما يتعلق بمدة هذا العقد فأنها تختلف باختلاف الأجل المحدد لسداد القرض، فإن كنا إزاء عقد تأمين قرض طويل الأجل فإن مدته عندئذ لا تقل (3) سنوات ولا تزيد عن (15) سنة ، أما بالنسبة للقروض القصيرة أو المتوسطة الأجل فإن مدة هذا العقد لا تقل عن سنة واحدة ولا تزيد عن (15) سنة ، ويكون الحد الأقصى لمدة العقد قابلة للتمديد (5) سنوات أخرى في بعض الحالات.²

3. عقد تأمين قروض غير المساهمين

يقوم نموذج هذا العقد على فكرة تأمين الإستثمار الذي يتمثل بالقروض المتوسطة أو الطويلة الأجل التي تقدم بهدف تمويل احد المشاريع التي تقام في إحدى الدول الأعضاء في الوكالة الدولية ، ويختلف نموذج هذا العقد عن سابقه في توفير التأمين للقروض المقدمة من قبل المستثمر الأجنبي شريطة ألا يكون الأخير احد المساهمين في ملكية المشروع الأستثماري المستفيد من القرض، وان يتعلق القرض باستثمار أو مشروع محدد يشمل شكلاً من أشكال الأستثمار المباشر، ومن الملاحظ أن نسبة التعويض الذي يحصل عليها المستثمر الأجنبي بموجب هذا العقد تصل إلى 95% من أصل القرض وفوائده و أرباحه وذلك عند تحقق الخطر المنصوص عليه في العقد.³

4. عقد تأمين قروض غير المساهمين من مخاطر عدم الوفاء بالالتزامات المالية السيادية

ويُعد نموذج هذا العقد هو الأحدث من بين نماذج عقد تأمين الأستثمار الأجنبي التي طرحتها الوكالة الدولية لضمان الأستثمار ، حيث ظهر نموذج هذا العقد إلى حيز الوجود بعد تعديل اتفاقية الوكالة الدولية في سنة 2009 لمواجهة آثار الأزمة المالية العالمية، وينصب هذا العقد على تأمين القروض المقدمة من احد المقرضين

1 . حسن علوان الغزي، المرجع السابق، ص 15

2. حسن علوان الغزي، نفس المرجع، ص 16

3. عصام الدين مصطفى بسيم، المرجع السابق، ص 225

التجاربيين (المصارف الأجنبية) إلى احد المؤسسات القطاع العامة المملوكة لأحدى الدول الأعضاء في الوكالة الدولية ، إذ تقوم الوكالة بحماية الخسائر الناشئة عن فشل الحكومة في سداد المدفوعات المستحقة عن القرض أو المرتبطة باستثمار مؤهل للتأمين من دون أن يتطلب ذلك حصول المستثمر الأجنبي على قرار تحكيمي ، وبموجب هذا النموذج يحصل المستثمر الأجنبي على تعويض تصل نسبته إلى 95% من قيمة الأضرار التي أصابته عند تحقق الخطر المنصوص عليه في العقد ، ولا تتجاوز مدة هذا العقد في جميع الأحوال عن (20) عاماً¹.

الفرع الثالث : خصائص عقد تأمين الاستثمار الأجنبي

إن تحديد مفهوم عقد تأمين الاستثمار الأجنبي لا يكتمل فقط بمحاولة التعريف بهذا العقد وبيان الصور المتعددة التي تتخذها نماذجها ، بل يستلزم الأمر تسليط الضوء على خصائص هذا العقد .

أولاً : الخصائص العامة لعقد تأمين الاستثمار الأجنبي

تتمثل هذه الخصائص بكون عقد تأمين الاستثمار الأجنبي من عقود المعاوضة الرضائية الملزمة للجانبين ومن العقود الاحتمالية ، وأخيراً فهو من العقود الزمنية المستمرة التنفيذ ، وسنتولى إيجاز هذه الخصائص فيما يأتي :

1. إنه عقد رضائي :

إن العقد الرضائي " هو ما يكفي لانعقاده تراضي الطرفين، أي اقتران الإيجاب بالقبول ، فالتراضي وحده هو الذي يكون العقد فهو ينعقد بمجرد اتحاد القبول بالإيجاب، والأصل في العقود أن تكون رضائية"². ويُعد عقد تأمين الاستثمار الأجنبي عقد رضائي، لان طرفي العقد غير ملزمين بإفراغ رضاهما في شكل خاص، كما انه لا يشترط لانعقاده القيام بإجراء معين يجعل منه عقدا عينيا كالوفاء بالقسط الأول مثلاً ولا يغير من الصفة الرضائية لهذا العقد كون صياغته تتم وفقاً لنماذج مطبوعة ومعدة سلفاً قبل إبرام العقد لأن تبادل المستثمر الأجنبي وهيأة الضمان الدولية التعبير عن إرادتين متطابقتين يكون كاف لإبرام العقد فإذا اتفقا على الأخذ بنموذج العقد قاما بالتوقيع عليه من دون أن يكون ذلك ركناً في التعاقد³.

2. إنه من عقود المعاوضة :

عقد المعاوضة " هو العقد الذي يأخذ فيه كل متعاقد مقابل ما أعطاه "⁴. إن عقد تأمين الاستثمار يعتبر من عقود المعاوضة لأن كلاً من طرفي العقد يأخذ مقابل ما أعطى، فهئية الضمان الدولية تأخذ أقساط التأمين مقابل تحملها لتبعة الخطر محل العقد ، أما المستثمر المؤمن له فيأخذ مبلغ التعويض مقابل أداءه لأقساط التأمين المتفق عليها ، ولا يغير من صفة المعاوضة التي يتسم بها هذا العقد ما

1. Commentary on the convention establishing the multilateral investment guarantee agency, miga press, 2011, P.19 .

2. أنظر: عبد الرزاق احمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الأول، مصادر الالتزام، دار النشر للجامعات المصرية، 1952، ص150

3. حسن علي الذنون ومحمد سعيد الرحو، الوجيز في النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، الطبعة الأولى، دار وائل للنشر، بيروت، 2002، ص32.

4. أنظر: عبد الرزاق أحمد السنهوري ، نفس المرج، ص164.

يذهب إليه جانب الفقه من أن المستثمر الأجنبي لا يأخذ مقابلاً للأقساط التي يدفعها إذا لم يتحقق الخطر محل العقد

بيد أن هذا التصور لا يستقيم و المنطق القانوني ، ذلك أن المقابل الحقيقي الذي يأخذه المستثمر الأجنبي هو تحمل هيئة الضمان الدولية لتبعية الخطر محل العقد سواء تحقق هذا الخطر أو لم يتحقق¹.

3. إنه عقد ملزم للجانبين :

العقد الملزم للجانبين هو "العقد الذي ينشئ التزامات متقابلة في ذمة كل من المتعاقدين ، فالظاهرة الجوهرية لهذا العقد هو التقابل القائم ما بين التزامات احد الطرفين والتزامات الطرف الآخر " ، ويمكننا أن نتلمس هذه الخصيصة في تقابل الألتزامات التي يرتبها عقد تأمين الإستثمار الأجنبي في ذمة طرفيه ، فالألتزامان الرئيسيان المتقابلان فيه هما التزام المؤمن بأداء أقساط التأمين والتزام هيئة الضمان الدولية تلتزم بتعويض المستثمر المؤمن له عند تحقق الخطر محل العقد².

4. إنه عقد احتمالي :

العقد الاحتمالي هو " العقد الذي لا يستطيع فيه كل من المتعاقدين أن يحددا وقت تمام العقد المقدار الذي أخذ والمقدار الذي أعطى ولا يتحدد ذلك إلا في المستقبل تبعاً لحدوث أمر غير محقق الحصول أو غير معروف وقت حصوله " ، وتبدو صفة الاحتمال في عقد تأمين الإستثمار الأجنبي في أن كلاً من طرفيه لا يستطيع أن يحدد عند أبرام العقد مقدار ما يأخذ ومقدار ما يعطي ، بل يتحدد ذلك في المستقبل وفقاً لتحقق الخطر غير التجاري ، ومادام هذا الخطر لم يتحقق بعد فأن تحديد التزامات كلا الطرفين سيعتمد على الصدفة والاحتمال، فالمستثمر الأجنبي قد يستحق التعويض كله بعد دفع قسط واحد أو قسطين من أقساط التأمين وقد لا يستحقه أصلاً نتيجة لعدم تحقق الخطر محل العقد ، كما تظهر صفة الاحتمال بالنسبة لهيئة الضمان الدولية وذلك لأنها لا تبني في تقديرها للأخطار المحتملة على أسس فنية ، إذ أن هذه الأخطار التي تقوم بتغطيتها لا تقبل القياس والتقدير وفقاً لتلك الأسس³.

5. إنه عقد زمني :

العقد الزمني هو " العقد الذي يكون الزمن عنصراً جوهرياً فيه بحيث يكون هو المقياس الذي يقدر به محل العقد "4.

ويُعد عقد تأمين الإستثمار الأجنبي من العقود الزمنية حيث أن تنفيذه يقتضي تعاقب فترة زمنية معينة وهي المدة التي ينصب العقد على تغطيتها، ومن ثم فإن الزمن يعد عنصراً جوهرياً في هذا العقد، فالمستثمر المؤمن له

1. إبراهيم شحاتة ، الضمان الدولي، المرجع السابق ، ص43.

2. غني حسون طه ، الموجز في النظرية العامة في الالتزام ، مطبعة المعارف ، بغداد ، 1971، ص63.

3 . هشام خالد ، خصائص وطبيعة عقد ضمان الإستثمار العربي ، مؤسسة شباب الجامعة ، الإسكندرية ، 1988 ، ص 99- 100

4 . عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص164 .

يبقى ملتزماً بأداء الأقساط المقررة طيلة مدة العقد، كما إن هيئة الضمان الدولية تبقى ملتزمة بتحمل تبعه الخطر المغطى ابتداء من تاريخ نفاذ العقد حتى تاريخ إنتهائه، ولكن يلاحظ أنه إذا كان العقد موضوع الدراسة من العقود الزمنية فإن ذلك لا يعني أنه غير محدد المدة، فهو على العكس من ذلك له مدة محددة، إذ أنه ينفذ من تاريخ معين وينقضي في تاريخ معين أيضاً .

ثانياً : الخصائص الذاتية لعقد تأمين الإستثمار الأجنبي :

تتمثل هذه الخصائص في أن هذا العقد يعتبر من عقود حسن النية التي تتم في قالب نموذجي، كما أنه يعد من العقود الدولية ذات الصفة التعويضية، وسوف نعرض لهذه الخصائص وذلك على النحو الآتي:

1. إنه من عقود حسن النية:

يعد مبدأ حسن النية من المبادئ العامة التي تحكم العقود جميعاً، وبذلك فإن هذه الخصيصة ليست مقتصرة على عقد تأمين الإستثمار الأجنبي لوحده، فهي من الخصائص العامة لأن الأصل في العقود حسن النية، ولكننا أثرنا دراستها في الخصائص الذاتية، لأن هذه الخصيصة تؤدي دوراً إستثنائياً في إطار عقد تأمين الإستثمار الأجنبي، ذلك أن هيئة الضمان الدولية تكون تحت رحمة المستثمر المؤمن له بخصوص البيانات التي يدلي بها الأخير عند التعاقد والتي تتعلق بالخطر محل العقد ووجوب التوقي منه أو الحد من آثاره عند وقوعه، فهئية الضمان الدولية تعتمد في ذلك اعتماداً كاملاً على حسن نية المستثمر، فإذا أخلَّ المستثمر المؤمن له بهذا الالتزام ولم يدلِّ بجميع البيانات المتعلقة بالخطر أو قصر في اتخاذ الاحتياطات اللازمة لدرئه أو لمنع تفاقمه بعد وقوعه فإن هذا الإخلال يبرر حق الهيئة في توقيع الجزاء المنصوص عليه في العقد، كما سيتبين لنا في الفصل الثاني من هذه الدراسة¹.

2. إنه من العقود النموذجية :

تعرف العقود النموذجية بأنها " مجموعة من الشروط النموذجية في صيغة مكتوبة وضعتها مسبقاً هيئة دولية على وفق العادات وأعراف التجارة الدولية، والتي قبلها الأطراف بعد تعديلها على وفق متطلبات التعامل الفني"، إنَّ عقد تأمين الإستثمار الأجنبي بصوره المختلفة التي رأيناها من قبل يعد عقداً نموذجياً لأنه ينصب في إطار نموذجي يكون مطبوعاً في شكل وثيقة تشتمل على شروط عامة وشروط خاصة بالتعاقد، فهي تتضمن أحكاماً تفصيلية تتعلق بتحديد أركان العقد، وحقوق والتزامات أطرافه وكيفية تنفيذها وبيان أثر الإخلال بهذه الالتزامات وصولاً إلى وضع القواعد الخاصة بمسائل القانون الواجب التطبيق على العقد ووسائل تسوية المنازعات التي يمكن أن تثار أثناء تنفيذه².

1. هشام خالد، خصائص وطبيعة عقد ضمان الإستثمار العربي، المرجع السابق، ص 120 .
2. هشام علي صادق، النظام العربي لضمان الإستثمار، منشأة المعارف، البند 57، الإسكندرية، 1977، ص 252

إنَّ إمعان النظر في النماذج المختلفة لهذا العقد تجعلنا ندرك مدى الجهد الوافر الذي بُذل من قبل هيئات الضمان في سبيل صياغتها , خاصة إذا ما علمنا أن العادات والأعراف الدولية في مجال تأمين الإستثمار الأجنبي وكما يصفها جانب من الفقه بأنها (قواعد محدودة بالنظر لكونه مجال جديد لم تستقر فيه الأحكام بعد) ، ولكن تواتر العمل بالعقود النموذجية وما استقرت عليه قرارات المحكمين من مبادئ في هذا الإطار ساهمت وبحق في إنشاء وترسيخ وتطوير هذه العادات و الأعراف¹.

3- إنه من العقود الدولية :

تواتر الفقه القانوني على تعريف العقد الدولي بأنه " العقد الذي يتضمن عنصراً أجنبياً سواء تعلق هذا العنصر بأطراف العقد أو محل إبرامه أو مكان تنفيذه أو الغاية منه "².

وبعيداً عن الجدل الفقهي الذي اتسع بشأن تحديد معيار دولية العقد , فإنه من الثابت أن عقد تأمين الإستثمار الأجنبي يعد عقداً دولياً لتطرق الصفة الأجنبية لعناصر العقد المذكور , فطرفاً هذا العقد لا تجمعها جنسية واحدة, حيث أن المستثمر المؤمّن له سواء كان شخصاً طبيعياً أو معنوياً يعد دائماً شخصاً أجنبياً عن الدولة المضيفة لاستثماره ولا يجوز لهيئات الضمان الدولية أن تؤمن المستثمر الوطني الذي ينتمي بجنسيته إلى إحدى الدول الأعضاء في هذه الهيئات , كما أن هيئات الضمان الدولية تعد وبحسب الرأي الراجح في الفقه مشروعاً دولياً يتمتع بالصفة الدولية من حيث ملكيته وإدارته ونشاطه , مما يعني تطرق الصفة الأجنبية لأحد عناصر هذا العقد وهي أطرافه , ومن ناحية أخرى يلاحظ أن عملية التأمين تنصب على الإستثمار الأجنبي والذي ينصرف معناه إلى كل استثمار ينفذ من قبل أحد أشخاص القانون الخاص طبيعياً كان أو معنوياً في دولة أخرى غير الدولة التي ينتمي إليها بجنسيته , ومن المعلوم أن هذا الإستثمار يعد عنصراً مؤثراً في العقد موضوع البحث لان محله يتمثل بالأخطار غير التجارية التي يتعرض لها الإستثمار الأجنبي , مما يوجب تطرق الصفة الأجنبية لعنصر محل العقد, ومن ناحية ثالثة إن الغاية من عقد تأمين الإستثمار الأجنبي تتمثل بنقل عبء تحقق المخاطر غير التجارية من المستثمر المؤمّن له إلى عاتق هيئة الضمان الدولية³, وبالتالي فإن من شأن هذا العقد زيادة فرص الإستثمار المأمونة للدول المصدرة لرأس المال , كما أنه في الوقت نفسه يوفر رؤوس الأموال اللازمة لتحقيق التنمية في الدول المضيفة لرأس المال , وهذه الغاية لا ينظر فيها مصلحة دولة معينة بل يؤخذ بنظر الاعتبار كافة الدول الأعضاء في هيئات الضمان الدولية , مما يعني أن غاية هذا العقد تتجاوز النطاق الاقتصادي لأيّ من هذه الدول وبذلك تتحقق الصفة الأجنبية لعنصر الغاية من العقد , وإذا كان توافر الصفة الأجنبية لأحد عناصر العقد الفعالة

1. تجدر الإشارة إلى إن جانباً من الفقه يميز بين عقود نموذجية عامة لا تتعلق بسلعة محددة وعقود نموذجية خاصة تعنى فقط بسلعة معينة دون غيرها ومثالها العقود النموذجية لتجارة الحبوب , كما يميز الفقه أيضاً بين عقود نموذجية ذاتية وتكون بمقتضاها الصيغة المطبوعة ذاتها محلاً للعقد ووسيلة لإثباته وبين نوع آخر من هذه العقود التي لا يستعمل بذاتها وإنما تصاغ بشكل يسمح للأطراف الذين يبرمون عقدهم الخاص أن يحيلوا فيه إلى تطبيق ذلك العقد, انظر تفصيلاً في ذلك ايمن سعد سليم, العقود النموذجية, دار النهضة العربية, القاهرة, 2005, ص32 وما بعدها.

2. هشام علي صادق , تنازع القوانين, ط 3, منشأة المعارف, الاسكندرية , 1974 , ص645

3. زاق الواسطي , تنازع القوانين في عقد ضمان الأستثمار , رسالة ماجستير, كلية القانون - جامعة بغداد , 2002 , ص15 .

كافياً لإسباغ الصفة الدولية عليه، فهذا ادعى إذا كانت الصفة المذكورة يتمتع بها ثلاث عناصر جوهرية للعقد هي أطرافه ومحله والغاية منه¹.

4. إنه عقد ذو صفة تعويضية :

يقصد بالصفة التعويضية لعقد تأمين الإستثمار الأجنبي أن المقابل الذي تدفعه هيئات الضمان الدولية عند تحقق الخطر محل العقد يكون تعويضاً عن خسارة فعلية لحقت بالمستثمر المؤمن له²,

معنى ذلك أنه إذا لم يتحقق الخطر فإن هذه الهيئات لا تلتزم بأيّ أداء قبل المستثمر الأجنبي، أما في حال تحقق الخطر فإن التعويض الذي تلتزم به هيئات الضمان يجب أن يتناسب مع الضرر الحاصل من حيث مداه ونطاقه فلا يجب أن يكون هذا التعويض مساوياً للمبلغ المنصوص عليه في هذا العقد والذي يمثل الحد الأقصى لالتزام الهيئات أمام المستثمر، و إنما يكون بمقدار الأقل من ذلك وقيمة الضرر الذي لحق بالمستثمر³.

المطلب الثاني : إنعقاد عقد تأمين الإستثمار الأجنبي

يعد عقد تأمين الإستثمار الأجنبي كغيره من العقود التي يشترط توفر أركان لانعقاده، كما يترتب عليه آثار قانونية من التزامات أطراف هذا العقد، وهذا ما سنتطرق له في هذا المطلب حيث قسمنا المطلب الى فرعين الفرع الأول خصصناه للأركان عقد تأمين الإستثمار الأجنبي والفرع الثاني نذكر فيه الآثار القانونية لعقد تأمين الإستثمار الأجنبي .

الفرع الأول: أركان عقد تأمين الإستثمار الأجنبي

إن عقد تأمين الإستثمار الأجنبي كغيره من العقود لا ينعقد إلا بتوافر أركان ثلاثة من التراضي والمحل والسبب ولما كان العقد موضوع الدراسة من العقود الملزمة للجانبين فإن ركن السبب في هذا العقد مزدوج، فسبب التزام كل من هيئة الضمان الدولية (المؤمن) والمستثمر الأجنبي (المؤمن له) قيام الطرف الآخر بتنفيذ التزامه، ولا جديد يضاف لركن السبب في هذا العقد، فهو يخضع خضوعاً تاماً للقواعد العامة للعقد المتعلقة بركن السبب .

أولاً: التراضي

2. هشام خالد ، عقد ضمان الإستثمار العربي ، المرجع السابق ، ص 211 - 212 .
1. إبراهيم شحاتة ، الضمان الدولي ، المرجع السابق ، ص 44 .
3. هشام خالد ، نحو نظرية عامة لضمان الإستثمارات ، المرجع السابق ، ص 247.

بما أن ركن التراضي في عقد تأمين الإستثمار الأجنبي يخضع خضوعاً تاماً للقواعد العامة في العقد المتعلقة بالتراضي ، إلا أننا سنعمد إلى التركيز على بعض جوانب التراضي التي لها أهمية خاصة في هذا العقد تجنباً للتكرار، وسوف يتم التطرق إلى القواعد المتعلقة بهذا الركن¹.

1. أطراف عقد تأمين الإستثمار الأجنبي :

حيث أنه في الواقع أن الطرفين اللذين يقوم على تراضيهما عقد تأمين الإستثمار الأجنبي هما المؤمن والمؤمن له ، وسوف نتولى بيان كل منهما في الفقرتين التاليتين :

أ. المؤمن : لم تنصّ اتفاقيات الضمان الدولية إلى تحديد المقصود بالطرف المؤمن في العقد، لكن استقراء واقع النماذج المختلفة للعقود المبرمة في هذا المجال ، يبين لنا إن تعبير المؤمن يُطلق ويُراد به دائماً هيئه الضمان الدولية ، وهي في إطار دراستنا أما إن تكون المؤسسة العربية لضمان الإستثمار أو الوكالة الدولية لضمان الإستثمار².

فالمؤسسة العربية لضمان الإستثمار تعد أول هيئة ضمان دولية تأسست عام 1974 م بعد التصديق على اتفاقية إنشائها ، وتضم المؤسسة في عضويتها كافة الدول العربية المصدرة للإستثمار أو المضيفة له إلى جانب بعض الهيئات العربية الدولية ، وتتخذ من حيث الشكل القانوني صيغة شركة مساهمة دولية تتمتع بالشخصية القانونية وبالاستقلال الإداري والمالي استناداً للمادة (3) من اتفاقية إنشائها³، وتهدف هذه الهيئة إلى تحقيق غرضين اثنين:

أولاهما : يتمثل في توفير التأمين للمستثمر الأجنبي بتعويضه تعويضاً مناسباً عن الخسائر التي تصيبه عند تحقق الخطر.

وثانيهما : يتمثل في زيادة الوعي الإستثماري من خلال مجموعة من الأنشطة المكملّة والخدمات المساندة التي تساهم في تطوير بيئة ومناخ الإستثمارات العربية وإبراز الفرص المتاحة للإستثمار .

ب. المؤمن له: هو الطرف المقابل للمؤمن في عقد تأمين الإستثمار الأجنبي ، ويُراد به في إطار دراستنا المستثمر الأجنبي الذي يتهدده الخطر غير التجاري والذي يقع على عاتقه أداء أقساط التأمين للمؤمن .

1 هشام خالد ، المؤسسة العربية لضمان الإستثمار ، دراسة قانونية ، مؤسسة شباب الجامعة ، الإسكندرية ، 1988 ، ص 79

2 الهيئات العربية الدولية المستقلة التي تتمتع بعضوية المؤسسة العربية لضمان الإستثمار هي كل من الصندوق العربي للإئتمان الاقتصادي والاجتماعي ، وصندوق النقد العربي ، والمصرف العربي للتنمية الاقتصادية في أفريقيا والهيئة العربية للإستثمار والإئتمان الزراعي ، لمزيد من التفصيل انظر : ضمان الإستثمار ، نشره دورية صادرة عن المؤسسة العربية لضمان الإستثمار تعنى بشؤون الإستثمار والتجارة في الدول العربية ، السنة 2004 ، العدد 4 ، ص 8

1. هشام خالد، عقد ضمان الأستثمار العربي، المرجع السابق ، ص 205.

والمستثمر الأجنبي قد يكون شخصاً طبيعياً أو شخصاً معنوياً ، والسؤال الذي يثار في هذا الموضوع من الدراسة ما هي الشروط التي يلزم توافرها في المستثمر الأجنبي حتى يكون صالحاً كطرف مؤمن له في هذا العقد ؟

لقد حددت المادة (1/17) من اتفاقية المؤسسة العربية هذه الشروط بالنص على إن " يشترط في المؤمن له الذي يقبل طرفاً في عقد التأمين إن يكون فرداً من مواطني إحدى الدول الأعضاء أو شخصاً اعتبارياً متمتعاً بجنسية احد هذه الدول أو متخذاً مركزه الرئيس بذات الدولة المتمتع بجنسيتها"¹

ويذهب الفقه بصدد تفسيره للنص المتقدم إلى القول إن هذه الشروط تتلخص في شرطين كل منهما يتعلق بجنسية المستثمر ولكن احدهما شرط ايجابي والآخر سلبي .

الشرط الأول: شرط ايجابي يتمثل في إنتماء المستثمر الأجنبي بجنسيته إلى إحدى الدول الأعضاء في هيئات الضمان الدولية

لقد فرقت نصوص اتفاقيات الضمان الدولية بشأن تطبيق هذا الشرط بين حالة ما إذا كان المستثمر الأجنبي شخص طبيعى أو شخص معنوي ، فإذا كان المستثمر الأجنبي شخص طبيعى يلزم في هذا الفرض إن يكون متمتعاً بجنسية إحدى الدول الأعضاء في هيئة الضمان الدولية ، ويتم التثبت بشأن توافر هذا الشرط من خلال الرجوع إلى التشريعات الداخلية لكل دولة عضو في الهيئة طبقاً لقواعد القانون الدولي التي تعتمد مبدأ حرية الدولة واستقلالها في شؤون جنسيتها².

وفي حال تمتع المستثمر الأجنبي بجنسية أو جنسيات دول أخرى إلى جانب جنسية إحدى الدول الأعضاء في هيئة الضمان الدولية ، فإنه يعتد فقط بجنسية الدولة الأخيرة ويعتبر هذا المستثمر منتمياً لها بجنسيته ويكون صالحاً كطرف مؤمن له في هذا العقد ، كما يُعتد بجنسية الدول المضيفة للاستثمار عند تمتع المستثمر الأجنبي بجنسيتها إضافة لها جنسية دولة أخرى تكون عضواً في الهيئة المذكورة ، فعندئذ لا يقبل كطرف في العقد، لأن جنسية الدولة المضيفة للاستثمار تحجب جنسية غيرها من الدول الأعضاء في الهيئة³.

هذا وان توافر شرط إنتماء المستثمر الأجنبي بجنسيته إلى إحدى الدول الأعضاء في هيئات الضمان الدولية لا يكفي لوحده لقبوله طرفاً في عقد تأمين الاستثمار الأجنبي، بل يلزم إلى جانب ذلك أن يتوافر شرط آخر، وهو ما سوف نفضله في الفقرة التالية .

¹ المادة (1/17) من اتفاقية المؤسسة العربية.

² عبد الله عبد الكريم، ضمانات الاستثمار في الدول العربية، دراسة قانونية مقارنة، ط1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2008، ص142.

³ المادة (3 / 17) من اتفاقية المؤسسة العربية و المادة (13 / ب) من اتفاقية الوكالة الدولية .

الشرط الثاني : شرط سلبي يتمثل في عدم إنتماء المستثمر الأجنبي بجنسيته إلى الدولة المضيفة

للاستثمار

إذا كان المستثمر الأجنبي شخصاً طبيعياً ينتمي بجنسيته إلى الدولة المضيفة للاستثمار فهو لا يُعد بذلك طرفاً مقبولاً في عقد تأمين الاستثمار الأجنبي ، وإذا تعددت جنسيات المستثمر الأجنبي بحيث كان التعدد ما بين جنسية إحدى الدول الأعضاء في هيئة الضمان الدولية و جنسية الدولة المضيفة للاستثمار ، فإنه يُعتد بهذه الأخيرة فقط ، ويعد المستثمر الأجنبي في هذه الحالة غير صالح كطرف مؤمن له في هذا العقد، وهذا الشرط كرسته المادة (3/17) من اتفاقية المؤسسة العربية والمادة (2/13) من اتفاقية الوكالة الدولية التي اشترطت الا يكون المستثمر الأجنبي في جميع الأحوال من مواطني الدولة المضيفة للاستثمار، ويقرر جانب من الفقه أن النصوص المتقدمة لم تفرق في هذا الصدد بين ما إذا كان المستثمر الأجنبي شخصاً طبيعياً أو معنوياً ، ففي جميع الأحوال يجب إلا يكون متمتعاً بجنسية الدولة المضيفة للاستثمار طبقاً للمعايير السائدة في التشريعات الداخلية للدول المذكورة ، وبذلك فإن المسلك المتبع لتحديد انتماء الشخص المعنوي بجنسيته للدولة المضيفة للاستثمار هو المسلك ذاته الذي أتبعته هيئات الضمان الدولية بالنسبة لتحديد إنتماء الشخص الطبيعي¹ .

نخلص مما تقدم إلى أن المراد بالمؤمن له في إطار العقد موضوع الدراسة هو المستثمر الأجنبي الذي يتهدهدده الخطر غير التجاري والذي يجب أن يكون منتماً بجنسيته إلى إحدى الدول الأعضاء في هيئات الضمان الدولية وأن لا يكون من مواطني الدولة التي يستثمر أمواله فيها وبحسب الأحكام الوارد في اتفاقيات الضمان الدولية .

2. إقتران الإيجاب بالقبول :

يتم عقد تأمين الاستثمار الأجنبي بإيجابٍ وقبولٍ يصدران عن طرفي العقد ، دون أن يشترط في ذلك أن يصدر الإيجاب عن المؤمن له والقبول بعد ذلك عن المؤمن أو العكس ، فالعبرة باقتران القبول بالإيجاب الذي يوجهه أحد طرفي العقد إلى الطرف الآخر، ويصبح القبول الصادر عن أحد طرفي العقد باتاً، ما دام الإيجاب قائماً لم يرجع عنه الطرف الموجب في العقد ولم يسقط بسبب آخر، فإذا كان التعاقد بين المؤمن له والمؤمن في مجلس واحد ولم يشتمل الإيجاب على أجل محدد للقبول ، يصح القبول ما دام مجلس العقد لم ينفض ، فإذا انفض

1. هشام علي صادق ، المؤسسة العربية لضمان الاستثمار والشركات المؤمن عليها ، بحث منشور في مجلة المال والصناعة ، تصدر عن الدائرة الاقتصادية لبنك الكويت الصناعي ، العدد 2 ، السنة 1981 ، ص 25.

المجلس قبل إن يصدر القبول لم يصح القبول بعد ذلك وعليه فإنه يجوز لمن وجه إليه الإيجاب إصدار قبوله ما دام مجلس العقد قائماً.¹

ثانياً: المحل

يُعد الخطر هو ركن المحل في عقد تأمين الإستثمار الأجنبي ، ويتصف هذا الخطر بأنه ذو طبيعة غير تجارية ، وهو خطر غير محقق الوقوع و لا يرتبط تحققه بإرادة المتعاقدين, كما أنه خطر غير مخالف للنظام العام أو الآداب , ويتنوع الخطر غير التجاري إلى الخطر السياسي والخطر الإقتصادي والإجتماعي نلخصها فيما يلي:

1. الخطر السياسي : عرّف جانب من الفقه الخطر السياسي بأنه (الخطر المرتبط بالسيادة)²، ويعاب على التعريف المذكور بأنه تعريف عام ومقتضب ومبهم ، لذا عُرف من جانب آخر على انه (كل عمل أو قرار تتخذه سلطه سيادية حكومية من شأنه أن يؤدي بشكل مباشر أو غير مباشر إلى إلحاق ضرر مادي أو اقتصادي بالمستثمر الأجنبي)³.

وقد تواترت نصوص إتفاقيات الضمان الدولية موضوع الدراسة على تأمين الإستثمار الأجنبي من الخطر السياسي، إلا أن هذه النصوص اختلفت في الأسلوب المتبع في التعبير عن هذا الخطر، حيث عبّرت اتفاقية المؤسسة العربية عن هذا الخطر بعبارة عامة مع إيراد بعض الأمثلة, وذلك بالنص على أن هذا الخطر هو (إتخاذ السلطات العامة في البلد المضيف للإستثمار بالذات أو بالواسطة إجراءات تحرم المستثمر من حقوقه الجوهرية على استثماره وعلى الأخص المصادرة والتأميم وفرض الحراسة والاستيلاء الجبري ومنع الدائن من إستيفاء حقه أو التصرف فيه أو تأجيل الوفاء بالدين)⁴، بخلاف اتفاقية الوكالة الدولية التي اكتفت نصوصها عند التعبير عن هذا الخطر بالإشارة إلى نزع الملكية مع تكملتها بعبارة احتياطية , لتغطية الحالات المماثلة من دون إيراد أمثلة على ذلك إذ نصت على انه (إتخاذ الدولة المضيفة للإستثمار لإجراء تشريعي أو إتخاذها لإجراء إداري أو امتناعها عنه والذي من شأنه أن يؤدي إلى حرمان المستثمر من ملكيته أو السيطرة على استثماره)⁵.

إنّ إمعان النظر في النصوص المذكورة يبين أن صياغتها تنطوي على قدر من المرونة يسمح بشمول هذا الخطر لأيّ إجراء يمس حقوق الملكية العائدة للمستثمر على مشروعه الإستثماري , وهو اتجاه جدير بالتأييد هذا من جانب ، ومن جانب آخر نجد إن النصوص المتقدمة اتفقت على أن المراد بالخطر السياسي هو خطر تجريد المستثمر الأجنبي من ملكيته على استثماره.

1. عبد الرزاق السنهوري، الوجيز في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام، دار النهضة العربية، 1966 القاهرة ، ص 7 .

2. سامي عفيفي ، التأمين الدولي ، الدار المصرية اللبنانية، ط2 ، القاهرة ، 1988 ، ص 22

3. أبو العلا علي أبو العلا ، نظرة انتقادية للسياسة التشريعية المصرية في مجال الإستثمار ونقل التكنولوجيا ، الطبعة الثالثة، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 2003 ، ص 23 .

2. المادة (18 / أ) من اتفاقية المؤسسة العربية .

5. المادة (11 / 2) من اتفاقية الوكالة الدولية.

يتضح مما تقدم أن المراد بالخطر السياسي في إطار إتفاقيات الضمان الدولية موضوع الدراسة هو إنتزاع ملكية المستثمر الأجنبي عن مشروعه الاستثماري، ويتخذ الخطر المتقدم صور متنوعة سنقتصر في دراستنا هذه على بيان نزاع الملكية والتأمين والمصادرة والاستيلاء وتأجيل الوفاء بالدين بوصفها من أكثر صور الخطر السياسي التي يتعرض لها المستثمر الأجنبي شيوعاً من الناحية العملية وذلك في الفقرات الآتية :

أ. نزاع الملكية للمنفعة العامة (الإستملاك)

ويراد به نزاع ملكية العقار أو الحقوق العينية المقررة بإجراء إداري يصدر بالإرادة المنفردة لإحدى الجهات الإدارية هادفاً للمنفعة العامة مقابل تعويض عادل يدفع مقدماً.¹

وقرار الاستملاك قرار إداري منشئ لحقوق عينية وشخصية ، إذ يترتب عليه ملكية الدولة للعقار الذي تم استملاكه ، كما يوصف الاستملاك بأنه إجراء سيادي تباشره السلطة العامة للدولة في حدود اختصاصها الإقليمي ، ومن ثم هو ينطبق على الأجانب أسوة بالوطنيين .

وينقسم الاستملاك إلى استملاك رضائي أو قضائي أو إداري ، والمقصود بالأنواع الأول هو الاستملاك الذي يتم عن طريق الاتفاق بين الجهات الرسمية المستمكة و المستمك منه ووفقاً للقانون ، فإذا تم الاتفاق بين الطرفين على الاستملاك يطلب المستمك من هيئة التقدير وطبقاً للقانون تقدير قيمة العقار المراد استملاكه ، وبعد صدور قرار هيئة التقدير و صيرورة القرار المذكور نهائياً بحسب الأحوال يتم إيداع بدل الاستملاك لدى الجهة المختصة أو تسجيل العقار البديل بأسم المستمك منه وخلال المدة المحددة قانوناً²، أما المراد بالاستملاك القضائي فهو الاستملاك الذي يتم عن طريق القضاء وذلك عند قيام السلطة العامة في الدولة بتقديم طلب إلى محكمه موقع العقار تقوم فيه بإستملاك أي عقار أو جزء منه أو الحقوق العينية المتعلقة به لتنفيذ مشاريعها وتحقيق أغراضها ووفقاً للإجراء المنصوص عليه قانوناً ، أما الاستملاك الإداري فهو يجري في الأملاك العائدة لجهة الإدارة نفسها وطبقاً للإجراءات المنصوص عليها في القانون³.

ويبدو أن الاستملاك الرضائي و الاستملاك القضائي هو ما يعد خطراً على المستثمر الأجنبي لأنه من غير المتصور في إطار عقد تأمين الإستثمار الأجنبي أن يكون المستثمر جهة من جهات الإدارة أو القطاع العام في الدولة .

ب . المصادرة

1. عصام جميل العسلي ، التأمين على الأستثمار في الوطن العربي ضد المخاطر غير التجارية ، مطبعة الكاتب العربي ، دمشق ، 1992 ، ص 97 .
2. عبد الباقي نعمة عبد الباقي ، نزاع الملكية امتياز مقرر للإدارة ، دراسة مقارنة ، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية والسياسية ، تصدر عن كلية الحقوق – جامعة بغداد ، المجلد الثاني ، العدد 1 ، 1987 ، ص 170 .

3. محمد طه البشير و غني حسون طه، الحقوق العينية الأصلية ، ج 1 ، ط 1 ، العاتك لصناعة الكتاب ، القاهرة ، 2009 ، ص 64 -65.

تُعرّف المصادرة على أنها إجراء عقابي تتخذه السلطة العامة في الدولة وبموجبه يتم الاستيلاء على كل الأموال العائدة للأشخاص الطبيعية والمعنوية أو بعضها جزاءً لمخالفتهم لأحكام القانون ودون أن يدفع لهم أي بدل أو تعويض¹.

وقد تكون المصادرة قضائية أو إدارية ، ويقصد بالمصادرة القضائية تلك التي تتقرر بمقتضى حكم قضائي ويستوي في ذلك انه يصدر هذا الحكم من القضاء العادي كعقوبة تبعية لأحدى الجرائم الجنائية المنصوص عليها في القانون أو أن يصدر من جهة قضائية استثنائية لمواجهة ظروف سياسية ، أما المصادرة الإدارية فإنها تتم في أعقاب الثورات الاجتماعية أو التغييرات السياسية أو في أعقاب الحروب ، وذلك لتصفية بعض الطبقات أو توقيع الجزاء على من تعاونوا مع الأعداء هذا من جهة²، ومن جهة أخرى فإن المصادرة قد ترد على شيء أو أشياء معينة وتسمى حينئذ بالمصادرة الخاصة أو قد تنصب على الذمة المالية بأكملها للفرد أو على جزء شائع منها وتسمى حينئذ بالمصادرة العامة ، وفي جميع الأحوال ينبغي أن تستند المصادرة إلى نص قانوني يخول السلطة المختصة حق المصادرة وضمن الحدود التي يرسمها القانون وعند توافر إحدى الحالات التي يقرها المشرع³.

وتختلف المصادرة عن نزع الملكية بانتفاء عنصر التعويض عن الأموال التي تمت مصادرتها ، ومن هنا كان انتفاء التعويض من أهم الخصائص التي تميز المصادرة عن نزع الملكية للمنفعة العامة ، بل إن أداء تعويض لا يتناسب مع قيمة الأموال التي تمت مصادرتها لا يفي عن هذا الأجراء وصف المصادرة ، بيد أن انتفاء التعويض لا يؤدي بالضرورة إلى وصف الإجراء القانوني بأنه مصادرة ، إذ أن كثيراً من الدول لجأت إلى تأمين المشروعات الأجنبية من دون أداء أية تعويضات ، ولم يغيّر ذلك من طبيعة الإجراء القانوني المتخذ ولم يحل دون إسباغ وصف المصادرة عليه⁴.

هذا و يذهب الرأي الراجح لدى الفقه إلى إن المصادرة التي تعد من قبيل الخطر السياسي والتي يستوجب تأمين المستثمر الأجنبي منها هي تلك التي يتم اتخاذها بطريقة عشوائية تحكيمية في مواجهة الأجانب ومن ثم ينتهي هؤلاء إلى تقرير إن المصادرة الإدارية غير المستندة إلى حكم قضائي أو المستندة إلى حكم صادر عن قضاء استثنائي هي التي تستوجب التعويض دون غيرها⁵.

ج . التأميم :

1. أحلام عدنان الجابري ، العقوبات الفرعية ، دراسة مقارنة ، أطروحة دكتوراه ، كلية القانون - جامعة بغداد ، 1999 ، ص 19 .
2. رمسيس بهنام ، النظرية العامة للقانون الجنائي ، ط 3 ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، 1997 ، ص 142 .

3. علي فاضل ، المصادرة بين النظم المتشابهة ، بحث منشور في مجلة مصر المعاصرة ، السنة 56 ، العدد 357 ، 1974 ، ص 568 - 569 .
4. هشام علي صادق ، الحماية الدولية للمال الأجنبي ، الدار الجامعية للطباعة والنشر ، بيروت ، ص 22- 23 .
5. هشام علي صادق ، النظام العربي لضمان الإستثمار ، المرجع السابق ، ص 130 ، البند 29 .

أورد الفقه للتأمين تعريفات متعددة, فقد عُرف التأمين بأنه (نقل ملكية المشروع إلى الدولة), ولو نظرنا إلى هذا التعريف لوجدنا أنه جاء مبتسراً وناقصاً, حيث أنه لم يحدد ماهية المشروع ولم يشر إلى الأهداف الموجودة من التأمين ولا إلى مسألة التعويض, لذا عرّفه جانب آخر بأنه (إجراء تنقل به ملكية المشروعات الخاصة من الأشخاص الطبيعيين أو المعنويين إلى الشعب ممثلاً بالدولة مقابل تعويض عادل)¹.

ويعد التأمين وفقاً للاتجاه السائد في القانون الدولي المعاصر عملاً من أعمال السيادة يهدف إلى نقل ملكية المشروع من القطاع الخاص باعتباره من وسائل الإنتاج إلى القطاع العام لتحقيق الصالح العام سواء كانت تلك الأموال مملوكة للأجانب أو الوطنيين, وقد تعزز هذا الاتجاه بمقتضى قرارات دولية متعددة لعل أهمها القرار المرقم (1803) في 14/10/1962 الصادر عن الجمعية العامة للأمم المتحدة الذي يقرر حق كل دولة في تأمين الممتلكات الأجنبية في إقليمها مقابل تعويض ملائم².

ويقرب التأمين كثيراً من نزع الملكية للمنفعة العامة (الاستملاك), فكلاهما يتضمنان نزع الملكية الخاصة جبراً من صاحبها مقابل تعويض عادل ومع ذلك فأنهما في الوقت نفسه يختلفان عن بعضهما, فالتأمين كما رأينا يعد عملاً من أعمال السيادة الذي تمارسه الدولة مما يؤدي إلى تحصينه ضد الرقابة القضائية بخلاف نزع الملكية للمنفعة العامة (الاستملاك) الذي يشترط لتطبيقه تحقق المصلحة العامة وبالتالي إعطاء ذوي العلاقة الحق في الطعن أمام القضاء في وجود تلك المصلحة التي تزعم الإدارة قيامها هذا من جهة, ومن جهة أخرى فإن التأمين يختلف عن نزع الملكية للمنفعة العامة (الاستملاك) من حيث موضوعهما لأن نزع الملكية يقتصر على العقار كقاعدة عامة أما التأمين فينصب عادة على المشروعات التي تتمتع كل منهما بذمة مالية مستقلة كالمصارف وشركات التأمين ويقتصر نزع الملكية للمنفعة العامة فقط على تقييد وامتلاك المال الخاص (العقار عادة) لتحقيق حاجات اجتماعية معينة فهو لا يهدف إلى تحديد وسائل الإنتاج من أيدي الأفراد ووضعها في خدمة المصلحة العامة كما هو الحال في التأمين³.

د . الاستيلاء المؤقت :

ويراد به الإجراء المؤقت الذي تتخذه السلطة العامة المختصة في الدولة وتحصل بمقتضاه على حق الإنتفاع ببعض الأموال المملوكة ملكية خاصة لأغراض تتعلق بالمصلحة العامة مقابل تعويض لاحق تقوم بأدائه للمالك, ويُعد الاستيلاء إجراء ذا طبيعة مؤقتة وينشأ عنه حق لمصلحة كل من الإدارة ومالك المال المستولى عليه, وتعبير آخر يترتب على الاستيلاء حق الدولة بالانتفاع بالمال المستولى عليه دون أن تصبح مالكة له و إنما يبقى هذا المال في ذمة مالكة ويعود إليه بعد إنتهاء مدة الاستيلاء.

1. محمد طه البشير و غني حسون طه , المرجع السابق , ص68
1. هشام علي صادق , الحماية الدولية , المرجع السابق , ص24-25 .

3. هشام خالد , عقد ضمان الأستثمار , المرجع السابق , ص175 .

ويرتبط الاستيلاء على الملكية تاريخياً بالظروف الاستثنائية , إذ انه يتقرر عادة للسلطات العسكرية التي تمنح وقت الحرب الحق بالاستيلاء على كافة الأموال الخاصة التي تقتضيها هذه الظروف ، والاستيلاء على النحو المذكور إجراء سيادي تباشره السلطة العامة في حدود اختصاصها الإقليمي ،ومن ثم فهو ينطبق على الأجانب أسوة بالوطنيين¹.

ويختلف الإستيلاء عن المصادرة والتأميم ونزع الملكية، فمن ناحية أولى يختلف الإستيلاء عن المصادرة في أنه يتم بموجب قرار صادر عن السلطة العامة في الدولة أما المصادرة فهي تصدر بموجب قرار عن المحكمة المختصة , كما أن الاستيلاء يرد على الأموال كافة من عقار ومال ومنقول في حين نجد أن المصادرة ترد دائماً على المال المنقول .

أما اختلاف الاستيلاء عن التأميم فيكون من عدة جوانب فالاستيلاء يتم بموجب قرار إداري بينما يكون التأميم بموجب قانون صادر عن السلطة التشريعية في الدولة ، ويهدف الاستيلاء إلى انتفاع السلطة الإدارية بالمال المستولى عليه لمدة محدودة وفي الحالات الطارئة والاستثنائية بينما يهدف التأميم إلى تملك الدولة للمال المؤمم، كما يختلف الاستيلاء عن نزع الملكية ، إذ يرد الاستيلاء على العقار والمنقول على حدٍ سواء في حين يرد نزع الملكية على العقار دائماً، والاستيلاء يُعدُّ إجراء مؤقتاً لا يؤدي إلى زوال ملكية المال موضوع الاستيلاء, في حين رأينا أن نزع الملكية يعتبر إجراء ينقل ملكية الأموال إلى الدولة بصورة نهائية مما يؤدي إلى زوال الملكية عن مالها الأصلي².

ه . تأجيل الوفاء بالدين :

ويراد به الأجراء الذي تفرضه حكومة الدولة المضيفة للأستثمار لصالح المدينين الوطنيين وبموجبه تمنحهم مدة إمهال إضافية لسداد ديونهم إلى المستثمر الأجنبي خلافاً للمواعيد المقررة أصلاً لذلك .

ويصيب هذا الخطر الإستثمار الأجنبي غير المباشر الذي يتخذ شكل قرض , وذلك عندما قيام المستثمر الأجنبي بإقراض أحد المشاريع التابعة لإحدى الدول الأعضاء في هيئات الضمان الدولية , ثم تمتنع الدولة المقترضة بعد ذلك عن سداد القرض في الميعاد المتفق عليه وذلك بموجب قانون أو قرار إداري أو في صورة حكم قضائي , وفي جميع الأحوال نكون إزاء إجراء من شأنه أن يمنع المستثمر الأجنبي من حقوقه الجوهرية على مشروعة الأستثماري , الأمر الذي يسبغ على هذا الخطر صفة الخطر غير التجاري ومن ثم يكون جديراً بالتأمين³ .

2. الخطر الإقتصادي والإجتماعي:

1. هشام علي صادق، الحماية الدولية، المرجع السابق، ص 19 .

2. هشام خالد، المرجع السابق، ص 184 ,

3 هشام علي صادق، النظام العربي، المرجع السابق , ص 133, البند 29

إنَّ الخطر غير التجاري الذي يتعرض له الإستثمار الأجنبي والذي ينصب العقد موضوع الدراسة على تغطية الخسارة الناشئة عن تحققه لا يقتصر كما رأينا على الخطر السياسي وحده وإنما يشمل هذا الخطر صورة الخطر الاقتصادي والاجتماعي وسوف نبين هاتين الصورتين وفي كل فقرة على حده .

أ. الخطر الإقتصادي :

يُعد الخطر الاقتصادي من أهم صور الخطر غير التجاري والذي لا يقل في أهميته عن الخطر السياسي ويراد به عموماً خطر عدم الاستقرار الاقتصادي للدولة المضيفة للإستثمار والذي يعد عائقاً في مواجهة الإستثمار الأجنبي , ويظهر عدم الاستقرار الاقتصادي في حالات تخفيض قيمة العملة الوطنية والتضخم والقيود الواردة على صرف أو تحويل العملة¹.

إنَّ الخطر الاقتصادي الذي تنص اتفاقيات الضمان الدولية موضوع الدراسة على تغطية الخسارة الناشئة عن تحققه يقتصر على القيود الواردة على تحويل أو صرف العملة فحسب مستبعده في ذلك حالتي تخفيض قيمة العملة الوطنية والتضخم², ومن ثم لا تعد الخسارة المترتبة على كل منهما من المخاطر التي تشملها هيئات الضمان الدولية بالتأمين , ويُعزى ذلك إلى أن إجراءات تخفيض العملة الوطنية تعد في إطار السياسة العامة للدولة ولا يعد إجراء تمييزياً يتخذ ضد المستثمر الأجنبي وحده , كما أن التضخم يعد من الأمور التي قد تتعرض لها كل الدول, ما يفترض بالمستثمر توقع ذلك باعتباره خطراً ذا طبيعة تجارية مما يعني في النهاية انه يخرج عن طبيعة الخطر محل العقد موضوع الدراسة الذي يتصف بالصفة غير التجارية ولا يدخل في توقعات المستثمر الأجنبي³.

ونقصد بالقيود الواردة على صرف أو تحويل العملة مجموعة القيود القانونية التي تفرضها الدولة المضيفة للإستثمار على المدفوعات الدولية كالقيود المفروضة على حرية دخول وخروج رأس المال أو قابليته للتحويل وبعبارة أخرى هو تدخل من قبل الدولة المضيفة للإستثمار في حرية صرف أو تحويل عملة دولة معينة إلى دولة أخرى⁴.

وقد حرصت نصوص اتفاقيات الضمان الدولية على ضرورة تأمين الإستثمار الأجنبي من خطر القيود الواردة على صرف أو تحويل العملة، كما أكدت النماذج المختلفة لعقد تأمين الإستثمار الأجنبي التي تبرمها هيئات الضمان الدولية موضوع الدراسة على تغطية هذا الخطر , فعلى سبيل المثال نجد أن نموذج عقد تأمين الإستثمار المباشر الذي تبرمه المؤسسة العربية لضمان الإستثمار عبّر عن الخطر المذكور بالنص على

1. قيس العزاوي , الضمانات السياسية والأمنية والاقتصادية للإستثمار عربياً ودولياً , بحث مقدم إلى المؤتمر الدولي التاسع (آفاق وضمانات الإستثمارات العربية - الأوروبية) , المنعقد في مركز الدراسات العربي - الأوربي , بيروت , 2002 , منشورات المؤتمر , ص54 .
2. انظر المادة (18 / ب) من اتفاقية المؤسسة العربية والمادة (11 / ب) من اتفاقية الوكالة الدولية .
3. عبد الله عبد الكريم عبد الله , المرجع السابق, ص145.
4. عصام الدين مصطفى بسيم , نماذج عقود الضمان المطبقة في المؤسسة العربية لضمان الإستثمار, دراسة نقدية تحليلية مقارنة لبعض نصوصها , بحث منشور في مجلة الحقوق والشريعة , تصدر عن كلية الحقوق والشريعة - جامعة الكويت , السنة 4 , العدد 1 يناير(كانون الثاني) , 1980 ص83.

أنه إتخاذ السلطات العامة في الدولة المضيفة للإستثمار بصورة مباشرة أو غير مباشرة إجراءات جديدة تقيد بصفة جوهرية من قدرة المؤمن له على تحويل ما تلقاه من المشروع المستفيد من مبالغ، مثل الأصل والعوائد- إلى الخارج بشرط أن يكون التحويل متاحاً عند إبرام عقد التأمين المائل وفقاً لنظم الصرف السائدة ، ويشمل ذلك الرفض أو التأخير بما يتجاوز المدد المحددة في هذا العقد كما يلحق بهذا الخطر فرض السلطات العامة في الدولة المضيفة للإستثمار سعر صرف تمييزي يقل عن 99% من سعر الصرف المعني يوم نشأة الخطر...¹.

يتضح من النص المتقدم أنه عبّر عن خطر القيود الواردة على صرف أو تحويل العملة بعبارة عامة تتمثل بالنص (على إتخاذ السلطات العامة في الدولة المضيفة للإستثمار بصور مباشرة أو غير مباشرة إجراءات جديدة تقيد بصفة جوهرية من قدرة المؤمن له ..)، ثم أتبعها بتعداد الصور التي يتحقق فيها هذا الخطر والتي تتلخص في :

أ - رفض الدولة المضيفة للإستثمار تحويل مستحقات المستثمر الأجنبي إلى الخارج بعملة قابلة للتحويل .

ب - التأخر في الموافقة على تحويل العملة المحلية المستحقة للمستثمر الأجنبي إلى الخارج بما يتجاوز المدة المحددة في العقد .

ج - فرض الدولة المضيفة للإستثمار عند تحويل العملة سعر صرف يميز ضد المستثمر الأجنبي بصورة خاصة، ويذهب جانب من الفقه وبحق إلى القول بأن اتفاقية المؤسسة العربية قد توسعت في مفهوم هذا الخطر، حيث أنها لم تفرق في الأثر بين منع التحويل وتأخر الدولة المضيفة للإستثمار وفي الموافقة على طلب تحويل العملة أو الموافقة عليه ولكن بسعر صرف تمييزي².

وبتقديرنا إن التوسع في مفهوم هذا الخطر وشموله لصورة التأخر في تحويل العملة يُلبّي مصلحة جوهرية للمستثمر الأجنبي الذي يشكو عادة من الإجراءات الروتينية التي يواجهها في الكثير من الدول المضيفة للإستثمار .

نخلص مما تقدم إلى أن المراد بالخطر الاقتصادي في إطار اتفاقيات الضمان الدولية موضوع الدراسة إتخاذ الدولة المضيفة للإستثمار لإجراءات تؤدي إلى تقييد قدرة المستثمر الأجنبي على صرف أو تحويل أصول استثماراته أو فوائدها أو الدخل الناشئ عنها³ .

ب: الخطر الإجتماعي :

1. أنظر: المادة (2 / 5) من نموذج هذا العقد .

2 هشام علي صادق، النظام العربي، المرجع السابق، ص 140 ، البند 3 .

3 . هشام علي صادق ، النظام العربي، المرجع السابق، ص 140 ، البند 3 .

ويقصد به خطر عدم الاستقرار الاجتماعي للدولة المضيفة للاستثمار والذي يتمثل بالخسائر الناشئة عن الحرب والاضطرابات المدنية أو الاجتماعية وما يفضى إليه ذلك من آثار سلبية تصيب الأستثمار الأجنبي في هذه الدولة .

وإذا كان الخطر الاجتماعي يتمثل بصفة أساسية في حالتي الحرب والاضطرابات المدنية فما هو إذن المقصود بكل منهما ؟

يُعرف الفقه القانوني الحرب بأنها " كل نزاع مسلح يقوم بين القوات المسلحة لدولتين أو أكثر إذا توافرت لدى أحدهما أو كليهما إرادة إنهاء ما يقوم بينهما من علاقات سلمية والدفاع عن المصالح القومية "، أما الاضطرابات المدنية فيراد بها " الثورات والتمرد والانقلابات والأنشطة الإرهابية وما يماثلها من الأحداث السياسية التي تتميز بخروجها عن سيطرة الدولة التي تجري فيها الأحداث " ¹.

هذا ولم يختلف موقف اتفاقيات الضمان الدولية عما ذهب إليه الفقه في بيانه المقصود بالخطر الاجتماعي وتحديدته بحالتي الحرب والاضطرابات المدنية ، فعلى سبيل المثال نجد إن المادة (18/د) من اتفاقية المؤسسة العربية عبّرت عن هذا الخطر بالنص على أنه (كل عمل عسكري صادر عن جهة أجنبية أو عن الدولة المضيفة للاستثمار تتعرض له أصول المؤمن له المادية تعرضا مباشرا ، وكذلك الاضطرابات الأهلية العامة كالثورات والفتن وأعمال العنف ذات الطابع العام التي يكون لها نفس الأثر) ، ويذهب جانب من الفقه وبحق إلى إن النص المتقدم قد توسع في مفهوم الحرب ليشمل جميع صور العمل العسكري سواء كان صادراً عن الدولة المضيفة للاستثمار أو صادراً عن جهة أجنبية ، وهو مسلك تحمد عليه اتفاقية المؤسسة العربية ، لأنه بحسب ما ذهب إليه الدكتور إبراهيم شحاتة موقف ينسجم مع الغاية المتوخاة من الاتفاقية المذكورة والتي تتمثل في حماية الأستثمارات بين الدول الأعضاء في هذه الاتفاقية ، فالإطلاق المفهوم من عبارة (العمل العسكري) أفاد امتداد التأمين للخسائر الناشئة عن ذلك العمل من دون أن يقتصر على ما ينشئ عن الحرب أو حالة الحرب ، إذ يمكن تصور الأعمال العسكرية من دون قيام الحرب أو حالة الحرب ².

2. إبراهيم شحاتة، تعليق على اتفاقية إنشاء الوكالة الدولية لضمان الاستثمار، بحث منشور في المجلة المصرية للقانون الدولي ، تصدر عن الجمعية المصرية للقانون الدولي، العدد (44) ، 1985 ، ص 193 .

2 . يشترط جانب من الفقه لقيام حالة الحرب توافر شرطين : الأول وجود قتال مسلح بين دولتين ويقصد بالقتال المسلح العمليات العسكرية وأعمال القتال التي تقوم القوات المسلحة برية كانت أو بحرية أو جوية على أن تكون تابعة لدول وإن تتخذ هذه العمليات في مواجهه بعضها البعض ، أما الشرط الثاني لقيام حالة الحرب فهو توافر نية إنهاء العلاقات السلمية لدى الدول التجارية وتخلو هذه النية مباشرة بإعلان حالة الحرب ، كما يمكن إن تستشف هذه النية من الظروف المحيطة ، وعلى خلاف ذلك يذهب جانب آخر من الفقه إلى إن قيام الحرب مناط بإعلان الحرب ولا يلزم وجود عمليات عسكرية ، كما إن وقف العمليات العسكرية لا يعنى انتهاء الحرب ما لم يتم الاتفاق على تسوية النزاع بالطرق السلمية وبذلك يظهر لنا الفرق بين حالة الحرب من ناحية والحرب من ناحية أخرى ، لمزيد من التفصيل حول هذه الآراء انظر : محمد بشير الشافعي ، القانون الدولي العام في السلم والحرب ، الطبعة الرابعة ، دار الفكر العربي ، القاهرة ، 1974 ، ص 643 .

وبتقديرنا إن التوسع في مفهوم الخطر الذي سلكته اتفاقية المؤسسة العربية يتفق مع الاتجاه الحديث في الفقه القانوني والعمل الدولي الذي يميل نحو التوسع في مدلول الحرب بحيث يخضع لحكم الحرب كل قتال مسلح على نطاق واسع .

الفرع الثاني : الآثار القانونية لعقد تأمين الإستثمار الأجنبي

يرتب العقد المبرم بين المستثمر الأجنبي وهيئة الضمان الدولية بوصفه من العقود الملزمة للجانبين التزامات وحقوق متقابلة , إذ يلتزم أحدهما بعدد من الالتزامات تقابل التزامات الطرف الآخر ، كما يقرر هذا العقد في الوقت عينه حقوقاً تمثل في جانبها الآخر التزامات على عاتق الطرف المقابل.

التزامات المؤمن له

يقرر عقد تأمين الأستثمار الأجنبي عدة التزامات تقع على عاتق المؤمن له (المستثمر الأجنبي)، أهمها الالتزام بالإدلاء بالبيانات المؤثرة في العقد والالتزام بأداء أقساط التأمين والالتزام بإشعار المؤمن عند تحقق الخطر

أولاً: الإلتزام بالإدلاء بالبيانات المؤثرة في العقد.

يعد الإلتزام بالإدلاء بالبيانات المؤثرة في العقد من أهم الإلتزامات الملقاة على عاتق المؤمن له, ويتحقق هذا الإلتزام بقيام المؤمن له بتقديم كافة المعلومات والبيانات والظروف التي يعلم بها وكذلك الاتفاقات التي يكون طرفاً فيها أو على علم بها والتي من شأنها أن تؤثر في أبرام العقد¹.

إنَّ محل هذا الإلتزام ينصب على تقرير فئتين من البيانات :

الفئة الأولى : البيانات الخاصة بالخطر المؤمن ضده :

وتتمثل هذه الفئة بمجموعة البيانات المتعلقة بطبيعة الخطر محل العقد والظروف المحيطة به والتي من شأنها أن تؤثر في شروط العقد أو في قرار هيئة الضمان الدولية بتأمين الخطر، ويعد من قبيل هذه البيانات ما نصت عليه المادة (12) من عقد تأمين الأستثمار المباشر الذي تبرمه المؤسسة العربية والتي أشارت إلى ضرورة (أن يلتزم المؤمن له بإخطار المؤسسة بأي إجراء أو ظرف أو معلومات بحوزته تمكن من العلم بها أو الحصول عليها يكون من شأنها أحداث الخطر المنصوص عليه في العقد أو يؤدي إلى حدوثه أو ترجح وقوعه

1. هشام علي صادق ، النظام العربي، المرجع السابق، ص142

وذلك فور علمه به مصحوباً بالمستندات المثبتة لذلك)، وهذا المعنى نفسه أكدته عقود التأمين التي تبرمها الوكالة الدولية إذ نصت على ذلك بالقول (يلتزم المؤمن له خلال فترة التأمين بأن يشعر الوكالة فوراً وبشكل مكتوب بكل الوقائع أو المعلومات التي من شأنها أن تؤدي إلى وقوع الخطر أو تزيد من احتمال وقوعه)، وتكتسب هذه الفئة من البيانات أهمية خاصة تتأتى من دورها في تمكين هيئة الضمان الدولية من تقدير الخطر من حيث نوعه وجسامته وزيادة فرصة تحققه من جهة والذي يتحدد في ضوءه أقساط التأمين من جهة أخرى¹.

الفئة الثانية : البيانات الخاصة بالاستثمار موضوع التأمين :

وتتمثل هذه الفئة بكافة المعلومات التي تتعلق بالاستثمار المؤمن عليه ، ومن أمثلتها ما نصت المادة (2/8) من عقد تأمين الاستثمار المباشر التي ألزمت بموجبها المؤمن له بأن يزود المؤسسة العربية (بالبيانات التي تبين الحالة الفعلية للاستثمار وقيمتها وكذلك أي تغيير في البيانات التي سبق له وأن قدمها للمؤسسة ، وأن يوفر نسخة من الميزانية السنوية العامة للمشروع الاستثماري وبيان الإيرادات والمصروفات وصافي الدخل وتوزيعه) وهذا المعنى نجد له نظير في النماذج المختلفة لعقد الاستثمار التي تبرمها الوكالة الدولية مع المؤمن له، ويبدو أن الغاية من إلزام المؤمن له بتقديم البيانات المتعلقة بالاستثمار المشمول بالتأمين تتجسد في تسهيل مهمة الرقابة التي تمارسها هيئة الضمان الدولية على هذا الاستثمار من ناحية ، وتمكينها من سلامة التقدير لصافي الاستثمار والمبلغ الجاري للتأمين والتي يحتسب على أساسها قيمة التعويض الذي تلتزم الهيئة بأدائه عند تحقق الخطر من ناحية أخرى².

من الملاحظ عند الرجوع لعقود تأمين الاستثمار الأجنبي التي تبرمها هيئات الضمان الدولية موضوع الدراسة نجد أن نصوصها لا تسعفنا في الإجابة على التساؤل المطروح ، لذلك ينبغي الرجوع بشأنه إلى القواعد العامة لعقد التأمين التجاري التقليدي³.

ويجب على المؤمن له أن يراعي مقتضيات حسن النية في تنفيذ هذا الالتزام ، وفي هذا الصدد ينبغي التمييز بين جهل المؤمن له بالبيانات التي يلتزم بتقديمها وبين حسن النية في عدم الإعلان عنها ، فالمؤمن له يكون جاهلاً إذا لم يكن يعلم بالبيانات المؤثرة بالعقد أبداً ويكون حسن النية إذا كان عالماً بها ولكنه لم يعلنها أو أعلنها ولكن بصورة غير صحيحة دون غش بل عن إهمال أو عن اعتقاد منه بأن ذلك غير مهم .

1. حسن علوان الغزي، مذكرة ماجستير، المرجع السابق، ص 51-52 .
2. المقصود بصافي الاستثمار قيمة الاستثمار بالنسبة لتاريخ معين معدله في ضوء ما طرأ عليها من زيادة أو نقص. ويحسب صافي الاستثمار وفقاً لسعر الصرف المعني في ذلك التاريخ ، أما المبلغ الجاري للتأمين فيراد به القيمة التي يغطيها العقد في كل سنة من السنوات العقدية بالنسبة إلى كل من المخاطر المشمولة بالتأمين ، ويحدد في بدء كل سنة عقدية تعبيراً عما يطلب المؤمن له تغطيته خلال هذه السنة بالذات ، انظر : المادة الأولى / 9 / 11 من عقد تأمين الاستثمار المباشر .

3. يقول الأستاذ السنهوري في هذا الصدد إنه "ليس من الضروري اشتراط العلم الفعلي ، بل يكفي أن يكون المؤمن له مستظيحاً له ، فكل بيان يعلم به المؤمن له أو كان يستطيع العلم به ويكون من شأنه أن يمكن المؤمن من تقدير الخطر يتعين على المؤمن له أن يقدمه للمؤمن "أنظر المرجع السابق، ج 7، ص 253 .

ويترتب على التمييز المتقدم في أن الجهل بالبيانات والظروف المؤثرة في العقد يؤدي إلى تخلف شرط العلم المذكور وبالتالي لا يتعرض المؤمن له للجزاء المقررة في نصوص العقد لأن شرط نشوء هذا الالتزام هو أن يكون المؤمن له عالماً بالبيانات وهو ما يتخلف في حالة الجهل والذي ينعدم معه نشوء هذا الالتزام ، بخلاف حالة حسن النية فلا نكون إزاء تخلف شرط العلم ، حيث يكون المؤمن له عالماً بالبيانات والظروف فيكون مخالفاً بالتزامه إن هو لم يعلنه ، لذلك يتعرض للجزاء المقررة في هذا المجال لأنه رغم حسن نيته قد تسبب في أن المؤمن لم يأخذ فكرة دقيقة عن البيانات المؤثرة في العقد ومن ثم يسند إليه الخطأ الذي يجيز توقيع الجزاء عليه!

ويقع على عاتق المؤمن إثبات علم المؤمن له بالبيانات المؤثرة في العقد والتي لم يعلنها بصورة صحيحة، وذلك من خلال البنود المدرجة كتابة في نموذج العقد والتي تعبر عن أهمية هذه البيانات، فما على المؤمن إذا أراد إيلاء الأهمية لبيان معين سوى صياغته بشكل مكتوب في نموذج العقد حيث أن ذلك يعد قرينه على أهمية هذا البيان.

ثانياً : الإلتزام بأداء أقساط التأمين

يعرف القسط بأنه المساهمة المقدرة مالياً لغرض تغطية الخطر، ويُعد قيام المؤمن له بأداء أقساط التأمين التزاماً أساسياً يقابل التزام المؤمن بدفع التعويض عند تحقق الخطر محل العقد².

وقد أجازت اتفاقيات الضمان موضوع الدراسة لهيئات الضمان الدولية بوصفها الطرف المؤمن في العقد تحديد القسط الذي يجب على المؤمن له أن يؤديه³، والذي يختلف مقداره في الواقع بحسب نوع الخطر المؤمن منه وطبيعة الإستثمار موضوع التأمين ، فبالنسبة للخطر فقد ترى هيئة الضمان أن احتمالات تحقق نوع معين من المخاطر غير التجارية أكثر توقعاً من احتمالات تحقق نوع آخر، ولهذا فأنها تحدد للنوع الأول أقساط تختلف عن تلك التي تحددها للنوع الثاني ، ومما يجعل القسط الذي يلتزم المؤمن له بتأديته لتأمين الخطر السياسي يختلف عن القسط المحدد للخطر الاقتصادي وهو بدورة يختلف عن ذلك الذي يتم استيفائه لتغطية الخطر الاجتماعي.

كما يختلف القسط الذي يجب تأديته للمؤمن باختلاف طبيعة الإستثمار موضوع التأمين وفيما إذ كان هذا الإستثمار يتخذ شكل استثمار غير مباشر (الأكتتاب في الأسهم والسندات مثلاً) أو يكون بصيغة استثمار مباشر (إنشاء شركة تجارية مملوكة بالكامل للمستثمر الأجنبي مثلاً)، ويعلل جانب من الفقه هذا الأمر بالقول "بأن الواقع

2. جلال محمد إبراهيم ، التأمين ، دراسة مقارنة ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 1994 ، ص 362 .

2. باسم محمد صالح، القانون التجاري، القسم الأول، العاتك لصناعة الكتاب، القاهرة، 2009 ، ص 273 .
2. انظر المادة (1/19) من اتفاقية المؤسسة العربية .

يبين لنا أن احتمالات تأثر الاستثمار الذي يتخذ شكل قرض بالخطر السياسي كالاستملاك¹ والمصادرة مثلاً أقل عادة من تأثر الاستثمار المباشر بذلك ، وبهذا يحق لهيئة الضمان الدولية تخفيض أقساط التأمين في النوع الأول من الاستثمار وزيادته في الثاني " .

إن عدم تصدي اتفاقية المؤسسة العربية واتفاقية الوكالة الدولية لطريقة تحديد أقساط التأمين واكتفائها بالنص على أن يقوم المؤمن بتحديد أقساط التأمين بصفة دورية² ، يثير الخلاف لدى الفقه حول ما إذا كانت السلطة التقديرية الممنوحة للمؤمن في هذا المجال هي سلطة تقديرية مطلقة أم لا ؟

في الواقع انقسم الفقه حيال هذا الأمر إلى اتجاهين :

الاتجاه الأول : يرى أن السلطة الممنوحة للمؤمن في تحديد أقساط التأمين هي سلطة مطلقة تجيز له إجراء التمييز في معدلات الإقساط المفروضة على المؤمن له³ ، وبتعبير آخر أن هذا الاتجاه يرى أنه بمقدور هيئة الضمان الدولية أن تحدد أقساطاً لتأمين الاستثمارات التي يجري تنفيذها في دولة معينة على نحو يختلف عن تلك المفروضة على تأمين الاستثمارات التي تنفذ في دولة أخرى بالرغم من تمتع كلا من هاتين الدولتين بعضوية هيئة الضمان الدولية ، ويدعم هذا الاتجاه رأيه بالقول أن السلطة التقديرية المطلقة التي تتمتع بها هذه الهيئات تمكنها من التمييز في معدلات الأقساط ، مما يسمح بفرض إقساط مرتفعة على بعض الدول التي يسوء فيها مناخ الاستثمار مما يدفعها إلى تحسين مناخها الاستثماري ، كما أن التمييز المذكور ينسجم لعرف جرت عليه العديد من أنظمة الضمان الوطنية التي تأسست هيئات الضمان الدولية على غرارها، فالهيئات الوطنية المذكورة درجت على تقسيم الدول التي ينوي المستثمر الوطني تنفيذ استثماره فيها إلى فئات معينة تختلف فيها الأقساط المقررة بحسب إدراج الدولة ضمن هذه الفئة أو تلك⁴ .

الاتجاه الثاني : يذهب هذا الاتجاه الذي يتزعمه الفقيه الانجليزي (Martin) إلى أن السلطة الممنوحة للمؤمن في تحديد أقساط التأمين ليست مطلقة⁵ ، أي أن هذا الرأي يفضل عدم إجراء هيئات الضمان الدولية لأي تمييز في معدلات الأقساط التي يلتزم المؤمن له بتأديتها للمؤمن قولاً منهم بان هذا التمييز لن يكون مجدداً بسبب ضالة مقدار الأقساط .

1. عاطف إبراهيم محمد ، ضمانات الاستثمار في البلاد العربية في ضوء أحكام المؤسسة العربية لضمان الاستثمار ، مطابع العمرانية ، القاهرة ، بدون سنة نشر ، ص112 .

1. نصت المادة (26) من اتفاقية الوكالة الدولية لضمان الاستثمار بأنه ((تحدد الوكالة بصفه دورية أسعار الإقساط والتكاليف الأخرى لكل نوع من أنواع المخاطر))
2. ذهب إلى هذا الاتجاه من الفقه العربي كل من الدكتور عصام بسيم في مؤلفه النظام القانوني ، المصدر السابق، 426 ، وكذلك الدكتور هشام علي صادق في مؤلفه النظام العربي ، المصدر السابق ، 222 ، البند 52 ، ومن الفقه الغربي يذهب إلى الرأي المذكور الأستاذ (straus) أشار إليه د. إبراهيم شحاتة في مؤلفه الضمان الدولي ، المصدر السابق ، ص95 ، الهامش (71)
3. هشام علي صادق ، النظام العربي ، المصدر السابق ، ص221، البند 52 .

1. Martin ,E, Multilaterals investment insurance. Harinte . L .J ,1968 . p.115 .

وانطلاقاً من هذا التفسير أنكر أصحاب هذا الاتجاه الحجج التي تبناها الاتجاه السابق مقررراً أن فرض أقساط مرتفعة على تأمين الاستثمار في بلد معين والتي ينادي بها الاتجاه الأول يفهم منه أن فرص تحقق الخطر غير التجاري تكون أكثر احتمالاً مما يؤدي إلى عزوف رأس المال الأجنبي عن الوفود إلى هذا البلد مما يجعل هيئات الضمان الدولية في حرج ، فتبدو بمظهر من يصدر أحكاماً مسبقة على مناخ الاستثمار في هذه الدولة أو تلك ، الأمر الذي يفتح المجال لنزاعات لا مبرر لها، فضلاً عن ذلك أن علاقة الدول المضيفة للاستثمار بهيئات الضمان الدولية تتسم بحساسية لا تظهر في علاقة هيئة الضمان الوطنية بالدول المضيفة لاستثمارات مواطنيها ، ومعه لا يمكن تقسيم الدول الأعضاء في الهيئات موضوع الدراسة إلى فئات متنوعة كما يذهب إلى ذلك أصحاب الاتجاه الأول¹ .

وبتقديرنا نرجح ما ذهب إليه أصحاب الاتجاه الأول ، لأنَّ السلطة التقديرية الممنوحة للمؤمن في هذا المجال تستجيب لمتطلبات الواقع ، فقد بات واضحاً اختلاف ظروف الاستثمار باختلاف الدولة المضيفة له ، مما يتحتم معه إجراء التمييز في أقساط التأمين المفروضة توجيهاً لاستقرار التعامل من ناحية واكتساباً لثقة المستثمر المؤمن له من ناحية أخرى ، وقد أوردت النماذج المختلفة لعقود التأمين التي تبرمها هيئات الضمان موضوع الدراسة تحديد مبدئياً لأقساط التأمين اللازم دفعها من قبل المؤمن له ، فمثلاً نجد أن عقد التأمين الاستثمار المباشر الذي تبرمه المؤسسة العربية تتحدد فيه أقساط التأمين بموجب نص المادة (25) من العقد التي جاء فيها ((يتم تحديد القسط بالنسبة لكل مجموعة على حده من مجموعات الخطر المؤمن منه (الخطر السياسي ، الخطر الاقتصادي والاجتماعي) عن طريق تطبيق نسبه 3/2 من 1% من المبلغ الجاري به التأمين))² ، أما بالنسبة لعقد تأمين القرض فقد حددت المؤسسة للخطر الاقتصادي (قيود تحويل أو صرف العملة الأجنبية) قسطاً مقداره نسبة 0,5 من 1% مضروبة في 90% من مجموع المبالغ الآتية :

- قيمة أصل القرض غير المسدد في بداية السنة العقدية .
- الفوائد التي استحققت قبل بداية السنة العقدية والتي لم تسدد .
- الفوائد التي سوف تستحق وتسدد خلال السنة العقدية .

في حين حددت المؤسسة لتأمين القرض من الخطر الاجتماعي (الحرب والاضطرابات المدنية) أقساطاً بواقع 0,5 من 1% مضروبة في 85% من مجموع المبالغ المذكورة أعلاه .

أما في حالة تأمين القرض من جميع أنواع الخطر غير التجاري (السياسي ، الاقتصادي ، الاجتماعي) تكون نسب الأقساط 1,25% بدلاً من 1,5% من المبلغ الجاري به التأمين والتي رأيناها في نموذج عقد تأمين الاستثمار المباشر من كافة المخاطر، ويلاحظ الفقه في هذا الصدد ارتفاع نسبة الأقساط التي يؤديها المؤمن له

2. هشام خالد، المؤسسة العربية لضمان الاستثمار، دراسة قانونية، الطبعة الثانية ، مؤسسة شباب الجامعة، الإسكندرية، 1988 ، ص 32 .
1. المبلغ الجاري به التأمين هو القيمة التي يغطيها العقد في كل سنة من السنوات العقدية بالنسبة إلى كل مجموعة من مجموعات المخاطر وتحدد في بدء كل سنة عقدية تعبيراً عما يطلب الطرف المؤمن له تغطيته خلال هذه السنة بالذات ، ويخضع تحديده للقواعد الواردة في المادتين (10) و(11) من هذا العقد.

في عقد تأمين الإستثمار المباشر قياساً بعقد تأمين القرض ، كما أن القسط الذي يُؤدى بموجب العقد الأول لا تنخفض قيمته حتى عند تأمين الإستثمار من كافة أنواع الخطر وتحدد شروط العقد مكان وطريقة دفع الأقساط، وفي جميع الأحوال ينبغي على المؤمن له أن يدفعها مقدماً عن كل سنة عقدية¹ ابتداء من اليوم الأول ويستمر في أدائها حتى في حالة تحقق الخطر محل العقد طالما أراد الإبقاء على استمرار العقد ونفاذه².

ثالثاً: الالتزام بإشعار المؤمن عند تحقق الخطر

يعد التزام المؤمن له بإشعار المؤمن عند تحقق الخطر المؤمن منه التطبيق الواضح لمبدأ حسن النية الذي يجب توافره في جميع أنواع العقود طبقاً للقواعد العامة في العقد.

ويتحقق هذا الالتزام عند قيام المؤمن له بإعلام المؤمن بوقوع الحادث أو الظرف الذي نجم عنه الخطر، وقد أشارت النماذج المختلفة للعقد المبرم بين هيئة الضمان الدولية والمستثمر الأجنبي إلى ضرورة قيام الأخير بإخطار هيئة الضمان بكل إجراء أو واقعة أو ظرف يكون من شأن أي منهما أن يشكل خطراً من المخاطر المنصوص عليها بموجب العقد ، وفي هذا الصدد نصت المادة (32) من عقد تأمين الإستثمار المباشر الذي تبرمه المؤسسة العربية على ضرورة (أن يلتزم المؤمن له بإخطار المؤمن عن الخطر الذي تحقق وذلك خلال شهر من تأريخ تحققه ، ويجب أن يتضمن الإخطار جميع المعلومات اللازمة لتحديد قيمة الخسائر مدعمة بالأدلة المثبتة لذلك)³.

إن إمعان النظر في النصوص المذكورة يبين لنا بأن التزام المؤمن له بالإخطار يقتصر على مجرد إشعار المؤمن بوقوع الخطر المؤمن منه وما أحيط به من ظروف جوهرية كتأريخ الأجراء أو الواقعة التي أدت إلى نشوء الخطر وما يكون معلوماً لدى المؤمن له من بيانات حول الخطر وطبيعته والقيمة الأولية للخسارة المتحققة والإجراءات التي اتخذت أو يزمع اتخاذها من قبل المؤمن للمحافظة على حقوقه⁴.

وبذلك فإن الأخطار وكما يصفه جانب من الفقه وبحق بأنه مجرد وصف موجز أو تحذير مختصر يوضح الظروف والملاسات الجوهرية للخطر، وعلى ذلك لا يكفي مجرد الإيضاح الذي لا يتضمن مكان وتاريخ تحقق الخطر .

1 . يراد بالسنة العقدية هي فترة اثني عشرة شهراً تبدأ من اليوم التالي لانقضاء ستة أشهر على بداية السنة المالية للمشروع المستفيد من التأمين وكل فترة مماثلة تالية حتى انتهاء العقد ، وتحدد الشروط الخاصة بالعقد مدة بداية ونهاية السنة العقدية الأولى .
3. هشام علي صادق ، المصدر السابق ، ص 224 ، البند 52 .

3 أنصر المادة (32) من عقد تأمين الإستثمار المباشر المبرم من المؤسسة العربية لضمان الإستثمار .
4. حسن علوان الغزي، المرجع السابق، ص 58 .

إنّ مضمون التزام المؤمن له بالإخطار ينطوي على أشعار المؤمن بأمرين :

أولاهما : يتمثل بكل إجراء أو واقعة تؤدي إلى نشوء الخطر المنصوص عليه في العقد أو التي من شأنها أن تزيد من احتمالية وقوعه .

ثانيهما : ويتجسد هذا الأمر بالإخطار بتحقق الخطر المؤمن منه ، وهذا المعنى أكدته نصوص عقد تأمين الإستثمار المباشر الذي تبرمه المؤسسة العربية عندما قررت بأن ((يلتزم المؤمن له بإخطار المؤمن بتحقق الخطر وذلك خلال شهر من تاريخ التحقق))¹.

يذهب جانب من الفقه وبحق إلى أن نشأة الخطر يختلف عن تحقق الخطر المنصوص عليه في نموذج العقد ، فتاريخ نشأة الخطر هو تاريخ اتخاذ أول إجراء أو حدوث أول واقعة أو ظرف يؤدي فيما بعد إلى تحقق الخطر المنصوص عليه في العقد ، أما تاريخ تحقق الخطر فهو تاريخ اليوم التالي لمضي المدة المحددة في هذا العقد كشرط لتحقيق الخطر المعني حسب نوعه ومدى انتمائه إلى أي نوع من أنواع الخطر غير التجاري التي بينها سابقاً ومراعاة لهذه التفرقة أوجبت نماذج هذا العقد على المؤمن له أخطار المؤمن بأي إجراء أو ظرف أو واقعة تتعلق بالخطر المؤمن منه سواء عند نشوئه أو عند تحققه².

وتكمن أهمية هذا الالتزام في إطار العقد موضوع الدراسة في أنه يُمكن هيئة الضمان الدولية بوصفها الطرف المؤمن في العقد من الإحاطة بالخطر و بالظروف والملابسات التي تصاحب تحققه ، ومن ثم تبادر وفي اقرب وقت إلى اتخاذ ما يلزم من التدابير والإجراءات التي تؤدي إلى حصر الضرر في أضيق نطاق ممكن ، لكي يتسنى لها القيام بأعمال التحقق وجمع الاستدلالات التي تبتغي من ورائها التأكد من الخطر الذي تحقق فعلاً هو الخطر المنصوص عليه في العقد ، وأنة وقع على وجه يستوجب مسؤولية هيئة الضمان بتعويض المستثمر الأجنبي عن الخسارة التي لحقت به من جراء تحقق الخطر³.

أما فيما يتعلق بالوقت الذي يجب فيه على المؤمن له القيام بهذا الالتزام ، فإن الرجوع إلى النصوص المتقدمة يقودنا إلى القول باختلاف عقود تأمين الإستثمار التي تبرمها المؤسسة العربية عن المسلك الذي سارت عليه عقود التأمين التي تبرمها الوكالة الدولية ، فالأولى أوجبت على المؤمن له إخطار المؤمن بتحقق الخطر خلال شهر من تاريخ تحققه ، بخلاف الثانية التي ألزمته بالقيام بذلك فور علمه به⁴، و نميل إلى تأييد الاتجاه الذي أخذت به عقود المؤسسة في هذا المجال، لأنه يمنح المؤمن له الوقت الكافي للوقوف على جميع تفاصيل الخطر الذي تحقق وتحديد المسؤول عنه ، كما أن تقييد هذا الالتزام بمدة معينة يفيد في ترتيب الجزاء على المؤمن له فيما إذا لم يقم بذلك خلال المدة المنصوص عليها في العقد .

1. انظر المادة (32-33) من العقد المذكور.

2. أحمد شرف الدين , نزع الملكية و ضمان الإستثمار , المرجع السابق , ص 257.

3 جلال محمد إبراهيم ، المرجع السابق ، ص 262

2. انظر على سبيل المثال المادة (19) من عقد تأمين قرض والمادة (2/10) من عقد تأمين الإستثمار المباشر .

هذا وان التزام المؤمن له بالإخطار يمتد ليشمل التزامات أخرى تقع على عاتقه سواء عند نشأة الخطر أو عند تحقق الخطر ، حيث يلتزم المؤمن له عند نشأة الخطر المؤمن منه بأن ((يبذل الجهد المعقول لمنع تفاقم الضرر، وأن يتخذ الإجراءات الإدارية والقضائية اللازمة وأن يتفاوض بحسن نية مع الدولة المضيفة للاستثمار وأن يكون على اتصال بهيئة الضمان وأن يتبع تعليماتها وقراراتها في هذا الأمر))¹، أما عند تحقق الخطر فعندئذ ((يجب على المؤمن له أن يبذل الجهد المعقول لتلافي حدوث الخطر، لحماية ممتلكاته وأن يبادر إلى اتخاذ التدابير التحفظية العاجلة للمحافظة على حقوقه ، وأن يمتنع عن القيام بأي عمل استفزازي أو عدائي ضد السلطة العامة في الدول المضيفة للاستثمار)).

التزامات المؤمن (أداء التعويض)

تقتصر التزامات المؤمن في إطار العقد موضوع الدراسة على أداء التعويض للمؤمن له إذا ما توافرت الشروط اللازمة لاستحقاق التعويض، وذلك بناء على طلب يتقدم به المؤمن له إلى الطرف المؤمن الذي يقع على عاتقه دفع التعويض بعد تحديد مقداره ، ولما كان الالتزام بأداء التعويض هو الالتزام الوحيد الذي يقوم به المؤمن فان دراستنا في هذا المطلب سوف تنصب على بيان هذا الالتزام مقسمين إياه إلى ثلاثة فروع ، نبين في الفرع الأول شروط التعويض ، ونعالج في الفرع الثاني طلب التعويض ، ونعقد الفرع الثالث لموضوع تقدير التعويض².

أولاً: شروط التعويض

لم تتضمن اتفاقيات الضمان الدولية نصوصاً تفصيلية تبين الشروط الواجب توافرها لاستحقاق التعويض الذي يلتزم المؤمن بأدائه ، وإنما أكتفت هذه الاتفاقيات بالنص على أن تحدد هيئة الضمان الدولية بوصفها الطرف المؤمن تلك الشروط تبعاً لنموذج عقد التأمين الذي تبرمه³.

ولدى استقراء النماذج المختلفة للعقد المبرم بين هيئة الضمان الدولية والمستثمر الأجنبي ، يلاحظ أن هنالك مجموعة من الشروط العامة المشتركة بين جميع صور هذا العقد ، إلى جانب الشروط الخاصة التي تختلف باختلاف الصورة التي يتخذها .

1 - الشروط العامة :

3. المادة (11) من عقد تأمين الإستثمار المباشر .

2. حسن علوان الغزي، رسالة ماجستير، المرجع السابق، ص 61

3. انظر المادة (16) من اتفاقية الوكالة الدولية .

لقد تواترت النماذج المختلفة للعقد على ذكر هذه الشروط ، منها على سبيل المثال ما جاء في نماذج عقود التأمين التي تبرمها المؤسسة العربية والتي نصت على أنه يشترط في جميع الأحوال لاستحقاق الطرف المؤمن له لمبلغ التعويض (أ. أن ينشأ الخطر خلال فترة التأمين ب - أن يتحقق الخطر طبقاً للإحكام الواردة في هذا العقد ج - أن تكون الأضرار المطلوب التعويض عنها قد ترتبت مباشرة على وقوع خطر من المخاطر التي يغطيها هذا العقد و الا يكون الطرف المؤمن له قد أخل بأي التزام من الالتزامات التي تفرضها عليه نصوص هذا العقد و أن يتخذ الطرف المؤمن له الإجراءات اللازمة للمحافظة على حقوقه في مواجهة سلطات الدولة المضيفة للاستثمار أو المشروع المشمول بالتأمين أو أي طرف آخر)¹.

يتضح لنا من النص المتقدم أن الشروط العامة للتعويض تتمثل عموماً بالنقاط التالية :

أ- أن يتحقق الخطر المنصوص عليه في العقد ، بيد أن مجرد وقوع الخطر لا يعني استحقاق المؤمن له لمبلغ التعويض بل لابد من حدوث الخطر على نحو يوجب مسؤولية المؤمن بأداء التعويض، وبعبارة أخرى لا يلتزم المؤمن بدفع التعويض إذا كان الخطر محل العقد قد تحقق أو اتخذ نتيجة خطأ المستثمر أو خطأ المشروع المشمول بالتأمين .

وفي هذا الصدد يقرر جانب من الفقه وبحق بأن عدم التزام الهيئة بأداء التعويض في الحالة المذكورة ينسجم مع القواعد العامة للتعويض في عقد التأمين التجاري التي تشترط إلا يكون الخطر المؤمن منه متوقفاً على محض أرادة احد المتعاقدين ، فلا يعقل أن تسأل هيئة الضمان الدولية بوصفها الطرف المؤمن عن تحقق الخطر المؤمن منه إذا كان الخطر راجعاً في حدوثه إلى خطأ المؤمن له ، ويعد من قبيل هذا الخطأ قيام المستثمر الأجنبي بعمل عدائي أو استفزازي ضد السلطة العامة في الدولة المضيفة للاستثمار إذا كان من شأنه أن يؤدي إلى تحقق الخطر².

وفيما يتعلق بالخطر الذي ينشأ عن خطأ المشروع المشمول بالتأمين ، فيبرر الدكتور هشام صادق ذلك قائلاً : ((بأن عدم التزام هيئة الضمان الدولية بأداء التعويض في هذه الحالة يعد أمراً منطقياً لأن خطأ المشروع المشمول بالتأمين هو خطأ مفترض في جانب المستثمر، وذلك فيما لو كان الأخير مساهماً في ملكية هذا المشروع على النحو الذي يخوله الرقابة في إدارته)).

ب - أن تكون الأضرار المطلوب التعويض عنها ترتبت مباشرة عن الخطر المنصوص عليه في العقد وبمفهوم المخالفة نستنتج من النص المتقدم بأن هيئة الضمان الدولية لا تلتزم بأداء التعويض للمؤمن له عن الضرر الذي أصابه كنتيجة غير مباشرة لتحقق الخطر محل العقد، ومثال ذلك أن الضرر الناشئ عن القيود التي تفرضها الدولة المضيفة للاستثمار على تحويل العملة يعد من قبيل الضرر غير المباشر إذا كانت هذه القيود من

1. المادة (25) من عقد تأمين القرض .

2. انظر: المادة (5/6) من عقد تأمين الاستثمار المباشر الذي تبرمه المؤسسة العربية .

قبيل الإجراءات العادية التي تمارسها الدولة بهدف تنظيمها للنشاط الاقتصادي في إقليمها من دون أن تنطوي هذه الإجراءات على أي تمييز ضد المستثمر الأجنبي، وبالتالي لا يلتزم المؤمن بأداء التعويض له .

ج - أن يكون المؤمن له قد أوفى بجميع الالتزامات التي يقتضيها العقد موضوع الدراسة من الإدلاء بالبيانات المؤثرة في العقد ، ودفع أقساط التأمين وأشعار المؤمن بتحقق الخطر المؤمن منه، فضلاً عن ذلك أنه يجب إلا يكون المؤمن له قد أهمل في اتخاذ الإجراءات والاحتياطات المعقولة لتلافي الخطر والأضرار المطلوب التعويض عنها أو أهمل في المحافظة على حقوقه في مواجهة الدولة المضيئة للاستثمار أو الغير¹.

2. الشروط الخاصة :

إن توفر الشروط العامة المتقدمة لا يعطي للمؤمن له الحق في استيفاء التعويض ما لم يتم التأكد من تحقق الشروط الخاصة التي اتجهت نماذج العقد موضوع الدراسة إلى تقريرها، وهذه الشروط تختلف تبعاً لنوع الاستثمار ونوع الخطر المؤمن منه².

ويعد من قبيل الشروط الخاصة بالتعويض ما جاء في نصوص عقد تأمين الإستثمار المباشر الذي تبرمه المؤسسة والتي اشترطت للتعويض عن الخطر السياسي ضرورة ((أن يترتب على الأجراء الذي اتخذته السلطة العامة في الدولة المضيئة للاستثمار حرمان الطرف المؤمن له من حقوقه الجوهرية على استثماره لفترة (6) أشهر ما لم تكثف المؤسسة بمحض أرائها التقديرية بمدة اقل))³ ، كما أوجبت على المؤمن له أن ((يقوم بتسليم الطرف المؤمن كافة المبالغ والأموال أيأ كان نوعها ، والتي سبق له تسلمها بصفة مباشرة أو غير مباشرة من أي جهة أخرى عن الأضرار التي أصابته والتي يضمنها هذا العقد والتي تعذر عليه أخراجها من الدولة المضيئة للاستثمار))⁴.

ويبدو أن الغاية المتوخاة من الشرط الأخير تتجسد بتفادي حصول المؤمن له على أكثر من تعويض عن الضرر الواقع نفسه ولأكثر من جهة واحدة وهذا ما لا يجوز كما سوف يتبين لنا عند تقدير التعويض .

أما فيما يتعلق بالشروط الخاصة بالتعويض عن الخطر الاقتصادي (القيود الواردة على صرف أو تحويل العملة) ، فقد نص عقد تأمين الإستثمار المذكور في المادة (23) منه على وجوب انقضاء مدة شهرين من تأريخ :

أ - رفض السلطة العامة في الدولة المضيئة للاستثمار تحويل مستحقات المؤمن له من الإستثمار وعوائده التي دفعت له بالعملة المحلية ، وذلك من تأريخ الرفض أو تأريخ تسلمها للعملة المحلية أي التاريخين جاء لاحقاً.

1. ناصر عثمان محمد ، المرجع السابق ، ص 174 .
2. حسن علوان الغزي، رسالة ماجستير، المرجع السابق، ص 63
1. المادة (1/16) من نموذج العقد المذكور .
2. المادة (33) من العقد المذكور .

ب - في حالة التأخير في الموافقة على طلب التحويل من قبل السلطة العامة المختصة في الدولة المضيفة ، من تأريخ تقديم طلب التحويل المستوفي الشروط إلى تلك السلطة ، أو من تأريخ تسلمها للعملة المحلية أي التاريخين جاء لاحقاً¹.

ج - تأريخ موافقة السلطة العامة في الدولة المضيفة للاستثمار على التحويل أو من تأريخ تسلمها للعملة المحلية أي التاريخين جاء لاحقاً ، في حال تعذر على المؤمّن له إجراء التحويل عن طريق مشروع بسعر صرف لا يقل عن 99% من سعر الصرف المعني يوم نشأة الخطر .

ويذهب جانب من الفقه إلى القول بأن انقضاء المدة المذكورة في العقد ليست مدة ثابتة ، بل من المتصور أن يطرأ عليها التغيير بحسب ما يتناسب مع ملابسات كل حالة وفي ضوء المعلومات التي تتوافر لهيئة الضمان الدولية عن ظروف الاستثمار في هذا البلد أو ذاك.

وبالإضافة إلى الشرط المتقدم يجب على المؤمّن له أن يبذل الجهد المعقول لأجراء التحويل خلال الفترة السابقة على تحقق الخطر وأن يُثبت أن العملة المراد تحويلها كانت تحت تصرفه في الدولة المضيفة للاستثمار أما نقداً أو ما هو بمثابة النقد كما يجب ألا يتأخر في اتخاذ إجراءات تحويل العملة مدة ستين يوماً من تاريخ تسلمها².

وبعد توفر الشروط العامة والخاصة المنصوص عليها في العقد ، لا بد أن يتقدم المؤمّن له بطلب التعويض إلى المؤمّن .

ثانياً. طلب التعويض

يُعد قيام المؤمّن له بتقديم طلب التعويض للطرف المؤمّن من الشروط العامة لاستحقاق التعويض، ولكننا فضلنا دراسته بصورة مستقلة، بالنظر لما حظي به هذا الشرط من تفصيل تضمنته النماذج المتنوعة للعقد موضوع الدراسة³، وطلب التعويض هو الوسيلة التي يُفصح من خلالها المستثمر الأجنبي عن رغبته في اقتضاء حقه بالتعويض بعد تحقق الخطر وفقاً للشروط الواردة في نصوص العقد ، ويقدم هذا الطلب وفقاً لنموذج خاص بذلك⁴، ولكن ما هو مضمون هذا الطلب ؟

نصت النماذج المتعددة لعقد تأمين الإستثمار الأجنبي على وجوب أن يشتمل طلب التعويض على القدر الكافي من المعلومات المناسبة لتقدير الضرر وتحديد التعويض، أو أية معلومات إضافية أخرى قد يطلبها المؤمّن

1. ناصر محمد عثمان ، المصدر السابق ، ص 176

1. المادة (4/18) من العقد المذكور .

3. هشام خالد ، عقد ضمان الإستثمار، المرجع السابق ، ص 275.

1. أنظر الموقع الشبكي للمؤسسة العربية لضمان الإستثمار .

، وفي هذا الصدد نصت المادة (7/5) من عقد تأمين الإستثمار المباشر الذي تبرمه المؤسسة على، أنه يجب أن يشتمل هذا الطلب بالضرورة على ما يلي :

1. نسخة من قائمة الجرد وحساب القيمة الفعلية للأضرار والخسائر التي أصابت الأصول المادية للمشروع

2- كل البيانات المتعلقة بالوقائع التي من شأنها أن تمنع المشروع المشمول بالتأمين من تشغيل أو تنفيذ العمليات الخاصة به سواء كان الأمر متعلقاً بالخسارة المؤقتة للدخل أو الخسارة الدائمة .

في حين أن عقد تأمين معدات المقاولات يشترط على المؤمن له أن يرفق بطلب التعويض ((بياناً مفصلاً عن المعدات التي أصابها الضرر وطبيعة ومدى هذا الضرر، والقيمة الفعلية للضرر، على أن يدعم ذلك بالأدلة الكافية ، كما يلتزم بأن يقدم للمؤمن كافة المعلومات المتعلقة بالأمر الآتية¹ :

أ - مصدر الضرر ووقت حصوله .

ب - عقود التأمين المبرمة مع أية جهة أخرى في شأن المعدات المشمولة بالتأمين .

ج - أي تعويض سبق للطرف المؤمن له استلامه مقابل الأضرار نفسها .

كما ((يجب على المؤمن له أن يتقدم بطلب التعويض فور انقضاء المدة المحددة لتحقيق الخطر المنصوص عليه في العقد ، وخلال فترة أقصاها 3 أشهر على الأكثر وإلا سقط حقه في التعويض))².

ويبدو أن الغاية المتوخاة من القيد المتقدم (تقديم طلب التعويض خلال مدة معينة) كما يذهب إلى ذلك جانب من الفقه وبحق يهدف إلى الحيلولة دون تراخي المستثمر الأجنبي في التقدم بطلب التعويض إلى فترة طويلة قد يصعب معها على هيئة الضمان الدولية التيقن من سلامة الأدلة المقدمة أو الحفاظ على حقوقها قبل الدولة المضيفة للاستثمار أو الغير³.

ويتعين على هيئة الضمان الدولية بوصفها الطرف المؤمن في العقد أن تبت في طلب التعويض بصورة نهائية ، وذلك خلال المدة المنصوص عليها في العقد ، وفي هذا الصدد نصت المادة (1/19) من عقد تأمين الإستثمار المباشر التي جاء فيها ((تقوم المؤسسة بأخطار المؤمن له خطياً بقرارها بشأن استحقاق التعويض خلال 60 يوم عمل من تأريخ اكتمال الطلب)) ، بخلاف ما عليه الحال في عقد تأمين معدات المقاولات الذي تضمن وجوب قيام المؤمن بأخطار الطرف المؤمن له خلال فترة أقصاها 180 بشأن طلب التعويض⁴ .

1. حسن علوان الغزي، رسالة ماجستير، المرجع السابق، ص65.

2. المادة (17) من عقد تأمين الأستثمار .

3. هشام خالد ، عقد ضمان الإستثمار، المرجع السابق ، ص276 .

4. أنظر: المادة (45) من العقد المذكور .

ومن الواضح بعد استعراض النصوص المتقدمة بأن المدة التي يجب على المستثمر الأجنبي التقيد بها عند تقديم الطلب ليست واحدة و إنما تختلف باختلاف طبيعة الاستثمار المشمول بالتأمين، وهذا المعنى لا نجد له نظير عند استقراؤنا لعقود التأمين التي تبرمها الوكالة الدولية ، حيث يبدو أنها فضلت تقييد المؤمن له بمدة واحدة في جميع أنواع العقود حددتها بمقدار (180) يوماً ابتداء من تأريخ اكتمال الطلب للمعلومات اللازمة فيه أي كان نوع الاستثمار المشمول بالتأمين أو الخطر المراد تغطيته ، هذا ويصبح قرار هيئة الضمان في شأن طلب التعويض نهائياً إذا لم يقر المؤمن له باتخاذ إجراءات التحكيم أو التفاوض المنصوص عليها في العقد خلال مدة (120) يوماً من تأريخ أخطاره كتابة بهذا القرار¹ .

وبعد تقديم طلب التعويض لا يحق المؤمن له سحب هذا الطلب إلا بعد موافقة المؤمن على ذلك، ويؤسس جانب من الفقه الحكم المذكور على اعتبار هام يتمثل في الحيلولة دون قيام المؤمن له بسحب طلب التعويض بعد اتخاذ هيئة الضمان الدولية لكافة الإجراءات التي تمكنها من الحصول على حقوق المستثمر الأجنبي من قبل الدولة المضيفة لاستثماره وما يعنيه ذلك من تكبدها للكثير من الجهود والنفقات المبذولة من أجل ذلك².

ثالثاً: تقدير التعويض

بعد قيام المؤمن له بتقديم طلب التعويض إلى الطرف المؤمن واستيفاء هذا الطلب للشروط المنصوص عليها في العقد، نصل إلى مرحلة تقدير التعويض، ولكن ما هي الكيفية التي يتم بموجبها تقدير التعويض في إطار العقد موضوع الدراسة ؟

في الواقع يختلف تقدير التعويض الذي تلتزم هيئة الضمان الدولية بأدائه للمستثمر الأجنبي باختلاف نوع الاستثمار والخطر المؤمن منه، ففي عقد تأمين الأستثمار المباشر الذي تبرمه المؤسسة العربية يتم تقدير التعويض طبقاً لقيمة صافي الأستثمار أو المبلغ الجاري للتأمين خلال السنة العقدية التي تحقق فيها الخطر أيهما أقل³، بعد أن يتم ضرب تلك القيمة أو ذلك المبلغ بنسبة 85% في حالة ما إذا كان الخطر محل العقد هو الخطر السياسي أو الخطر الاجتماعي وبنسبة 90% في حالة تحقق الخطر الاقتصادي⁴.

أما في عقد تأمين القرض فيتم تقدير التعويض طبقاً لقيمة الأقساط والفوائد المستحقة التي تحقق في شأنها الخطر منقوصاً منها ما عوض عنه المؤمن له أو استلمه من مبالغ خارج الدولة المضيفة للاستثمار، ويحدد مبلغ التعويض المستحق عن الخسارة الناجمة عن تحقق الخطر بما يعادل 90% من قيمة الخسارة وتخصم من مبلغ التعويض مصاريف التحويل الفعلية على إلا تتجاوز 0,5% من المبلغ المحول⁵، بخلاف الفرض الخاص بعقد تأمين معدات المقاولات ، إذ أشارت المادة (52) من هذا العقد إلى أنه في حال تحقق الخطر السياسي من

1. المادة (44) من عقد تأمين الأستثمار المباشر .

2. هشام خالد ، عقد ضمان الأستثمار، المرجع السابق ، ص 278 .

3. انظر المادة (48 / 1) من العقد المذكور .

4. المادة 49 والمادة (50 / 3) من العقد المذكور .

5. المادة (33) من عقد تأمين القرض .

استملاك أو تأمين أو مصادره أو استيلاء وكذلك في حال تحقق الخطر الاقتصادي فإن مبلغ التعويض يحسب على أساس نسبة 85% من حاصل العملية الحسابية الآتية : القيمة الفعلية للمعدات المشمولة بالتأمين في اقرب تاريخ متاح قبل نشأة الخطر أو قيمة المبلغ الجاري للتأمين أيهما اقل منقوصاً منهما قيمة ما استطاع الطرف المؤمن له تسلمه من التعويضات التي أدبت له بصفة مباشرة أو غير مباشرة من مصادر أخرى غير المؤسسة عن نفس الأضرار المطلوب التعويض عنها¹، أما عند تحقق الخطر الاجتماعي (الحروب والاضطرابات المدنية) فيحسب التعويض على أساس نسبة 85% من حاصل العملية الحسابية الآتية : قيمة التكاليف المعقولة لإصلاح المعدات أو الفارق بين القيمة النقدية الفعلية للمعدات لحظة تحقق الخطر وبين سعر السوق بعد حدوث الضرر أيهما اقل منقوصاً منه قيمة ما استطاع الطرف المؤمن له تسلمه خارج الدولة المضيفة للاستثمار من التعويضات التي أدبت له بصفة مباشرة أو غير مباشرة من مصادر أخرى غير المؤسسة عن نفس الأضرار المطلوب تعويضها , وفي حالة الخلاف بين طرفي العقد على تقدير قيمة الضرر يقوم بتقديره شخص يعينه الطرفان ويجب أن يكون تقدير التعويض في جميع الأحوال طبقاً للقواعد المشار إليها في العقد وإذا لم يتفقا على تعيين هذا الشخص وجب الالتجاء إلى إجراءات تسوية المنازعات المشار إليها في العقد وتكون مصاريف التقدير مناصفة بين الطرفين² .

أما بالنسبة للقيمة التي يتم على أساسها تقدير التعويض ، فإن عقود التأمين التي تبرمها الوكالة الدولية لم تبين ذلك على وجه التحديد ، وإنما اكتفت بنصوصها بمعالجة أحكام التعويض بشكل مقتضب ، في حين أن عقود تأمين الإستثمار التي تبرمها المؤسسة العربية توافقت في أغلبها على اختيار القيمة الدفترية للاستثمار المشمول بالتأمين أو قيمة الجزء الذي وقع في شأنه الخطر المؤمن منه بوصفه معيار يتم على أساسه تقدير التعويض³، من ذلك ما نصت عليه المادة (20) من عقد تأمين الإستثمار المباشر على أنه

1- في حال تحقق خطر المصادرة والتأمين المنصوص عليها في العقد تحدد قيمة الأضرار التي تتخذ أساساً للتعويض على أساس القيمة الدفترية الإستثمار أو الجزء الذي وقع بشأنه الخطر المنصوص عليه في البند (ج) المتعلق بحرمان المؤمن له من السيطرة الفعلية على ما استلمه في الدولة المضيفة للاستثمار من أصل الإستثمار وعوائده ، فتحدد قيمة الأضرار بقيمة تلك المبالغ وذلك إذا كان المؤمن له هو المالك لكل رأسمال المشروع المستفيد المؤمن عليه ، أما إذا كان المؤمن له مالكاً لحصة أو أسهم في المشروع المستفيد مؤمن عليها ، فتحدد الأضرار بحصة المبالغ التي لحقها الخطر وبما يعادل نسبة الحصة أو الأسهم المؤمن عليها إلى رأسمال المشروع المشمول بالتأمين .

2- أما في حالة تحقق خطر عدم التحويل يتم حساب التعويض على أساس قيمة النقد غير المحول وذلك إذا كان المؤمن له المالك لكل رأسمال المشروع المؤمن عليه ، أما إذا كان المؤمن له مالكاً لحصة أو لأسهم في

1. هشام خالد ، عقد ضمان الإستثمار، المرجع السابق ، ص278 .
2. أنظر : المادة (51و52) من عقد تأمين القرض .
3. هشام خالد ، المرجع السابق ، ص280 .

المشروع المؤمن عليه حددت الأضرار بحصة من المبالغ التي لحقها الخطر، وبما يعادل نسبة الحصة أو الأسهم المؤمن عليها إلى رأسمال المشروع المؤمن عليه.

3- أما خطر الحرب والاضطرابات الأهلية، فيتم حساب التعويض على أساس حصة المؤمن له المشمول بالتأمين إلى مجموع ما يملكه في المشروع المشمول بالتأمين¹.

أما بالنسبة لوقت تقدير التعويض، فإن الإحاطة بهذا الأمر تتطلب التفرقة بين وقت تقدير التعويض عن الضرر الناشئ عند تحقق الخطر وبين وقت دفع التعويض، فالأول يمثل الوحدة الزمنية التي يتم على أساسها تقدير قيمة الضرر المتحقق الذي أصاب الأستثمار المؤمن عليه نتيجة تحقق الخطر، أما وقت دفع التعويض فيقصد به الفترة الزمنية التي يجب فيها على المؤمن دفع التعويض المستحق الأداء².

وفي هذا الصدد لم نلاحظ تبايناً بين نماذج عقود التأمين التي تبرمها المؤسسة العربية عن تلك العقود التي تبرمها الوكالة الدولية، فجميع نماذج هذا العقد وأن اهتمت بتحديد الوقت الذي يجب فيه دفع التعويض، إلا أنها لم تكن حاسمة في تحديد الوقت الذي يجب فيه تقدير التعويض، فمثلاً تحدد المادة (1/23) من عقد تأمين الأستثمار المباشر الذي تبرمه المؤسسة وقت دفع التعويض خلال شهر واحد من تأريخ أتمام المؤمن له للإجراءات المنصوص عليها في العقد، لكنها في الوقت نفسه لم تضع حداً زمنياً معيناً للفترة التي يجب فيها تقدير التعويض، وقد سار على المسلك ذاته نموذج عقد تأمين المساهمة في رأس المال الذي تبرمه الوكالة الدولية والذي اكتفى بالنص على وجوب قيام الوكالة الدولية بوصفها الطرف المؤمن في العقد بدفع التعويض عن الخسارة المتحققة مدة (30) يوماً تبدأ من تأريخ إعلان الوكالة عن مسؤوليتها عن دفع التعويض من دون بيان الوقت الذي يجب فيه تقدير التعويض، ويعد المسلك المذكور اتجاه غير محبذ لأن من شأنه المساس بحقوق الطرف المؤمن له على التعويض المستحق له، لذا نقترح على الوكالة الدولية تنظيم الأحكام الخاصة بوقت تقدير التعويض في صلب نموذج العقد على نحو تراعى فيه خصوصية محل العقد ونوع الأستثمار المؤمن عليه بالإضافة إلى نوع الخطر³.

كما يختلف مقدار الحد الأقصى للتعويض الذي تلتزم هيئة الضمان الدولية بأدائه للمستثمر الأجنبي باختلاف نوع الأستثمار المشمول بالتأمين، ففي عقد تأمين الأستثمار المباشر يحسب الحد الأقصى للتعويض بالنسبة للمخاطر المغطاة على أساس 90% من الحد الجاري للتأمين أو قيمة الأضرار المتخذة أي القيمتين أقل،

1. تختلف القيمة الدفترية للمشروع الأستثماري عن قيمته السوقية فالأولى تطلق ويراد بها قيمة أصول المشروع حسبما هي مثبتة في دفاتره الحسابية فالأصول الثابتة تقيد في دفاتر المشروع بسعر التكلفة أو بسعر السوق أخذاً أقل السعيرين منهما، وتعني أيضاً القيمة الصافية للمشروع أي المبلغ الذي تزيد قيمته أصوله على قيمة التزاماته، فالقيمة الدفترية لسهم المشروع هي القيمة الصافية لأصوله مقسومة على عدد الأسهم الموزعة على المساهمين، أنظر: موسوعة المصطلحات الإدارية و الاجتماعية والاقتصادية والتجارية منشورة على شبكة الانترنت، الموقع الآتي: www.ency . reefnet. gov . sy

2. حمدي محمد مصطفى، تعويض المشروع الأستثماري الأجنبي المتضرر كأحد الضمانات القانونية في قوانين الأستثمار العربية، بحث مقدم إلى مؤتمر الأستثمار بين التشريعات الوطنية والاتفاقيات الدولية وأثره في التنمية الاقتصادية المنعقد في جامعة الإمارات العربية المتحدة، 2011، منشورات المؤتمر، الجزء الثاني، ص 828

3. أنظر المادة (1/23) من العقد المذكور.

ويكون على المؤمن له تحمل نسبة 10% والتي لا يجوز أن يؤمن عليها لدى أي جهة أخرى أو يحيلها إليها، أما الحد الأقصى في عقد تأمين معدات المقاولات فلا يتعدى بأي حال من الأحوال 85% من المبلغ الأقصى للتأمين

1.

وفي هذا الصدد يقرر جانب من الفقه وبحق أن هيئة الضمان الدولية لا تلتزم بدفع المبلغ المتفق عليه لمجرد تحقق الخطر محل العقد ، و أنما تغطيه للخسارة الناجمة عنه وفي حدود تلك الخسارة بشرط إلا يتجاوز المبلغ المتفق عليه ، ويعني ذلك أن التزام الهيئة وكما مر بنا سابقا يخضع لمبدأ التعويض بما يقتضيه من عدم زيادة مبلغ التعويض المدفوع عن الضرر الفعلي ، حيث لا يجوز أن يكون المستثمر بعد تحقق الخطر في مركز أفضل مما كان عليه قبل تحققه ، ومن هنا لا يجوز للمؤمن له أن يتقاضى من الهيئة عند تحقق الخطر تعويضاً أكبر من المبلغ المتفق عليه أو من قيمة الضرر الذي لحقه ، وذلك حتى لا يكون التأمين وسيلة إثراء غير مشروعة للمستثمر الأجنبي ، وفي هذا الشأن نصت المادة (4/20) من اتفاقية المؤسسة العربية التي جاء فيها ((لا يجوز أن يزيد التعويض المدفوع للمؤمن له على قيمة الخسارة التي لحقت به نتيجة لتحقيق الخطر المؤمن ضده أو مبلغ التأمين المتفق عليه في عقد التأمين ، أيهما أقل))².

وقد يتعذر على هيئة الضمان الدولية تقدير قيمة الأضرار التي لحقت بالمؤمن له وذلك إذا كان الخطر المتحقق يتمثل بالحرب والاضطرابات المدنية فما هو الحكم في هذا الفرض ؟

لقد عالجت عقود تأمين الاستثمار التي تبرمها المؤسسة هذه المسألة مفصلاً ، إذ أشارت إلى أنه إذا كانت المؤسسة العربية قد قررت أن التعويض مستحق للمؤمن له فيما يتعلق بالخسارة الناتجة عن تحقق الخطر المتعلق بالحرب والاضطرابات المدنية ، إلا أن الظروف السائدة في الدولة المضيفة للاستثمار تحول دون تحديد مبلغ التعويض ، فعندئذ يجوز لها أن تؤدي للمؤمن له تعويضاً مؤقتاً يتم تقديره في ضوء المعلومات المتاحة لها وقتئذ ، شرط ألا يتجاوز هذا التعويض في جميع الأحوال عن 50% من قيمة المبلغ الجاري للتأمين ، وذلك وفقاً لشروط منصوص عليها في العقد³.

ومن الملاحظ أن قيام هيئة الضمان الدولية بتعويض المستثمر الأجنبي أو الموافقة على تعويضه يترتب عليه حلول الهيئة محل هذا المستثمر في جميع ماله من حقوق تتعلق بالاستثمار المؤمن عليه في مواجهة الدولة المضيفة للاستثمار أو غيرها من المدنيين ، حيث نصت المادة (18/أ) من اتفاقية الوكالة على أنه ((تحل الوكالة محل المؤمن له الذي تعوضه أو توافق على تعويضه فيما كان له من حقوق أو مطالبات تتعلق باستثماره في

1. يقصد بالحد الأقصى للتأمين أو القيمة القصوى التي يحددها العقد ويكون للمؤمن له الحق في طلب تغطيتها خلال مدة سريان العقد ، وهو يحدد عند إبرام العقد ، ويجوز زيادته أو تخفيضه خلال السنوات العقدية اللاحقة وذلك وفقاً للأحكام المنصوص عليها في العقد ، أنظر المادة (9/15) من عقد تأمين قرض .
2. أنظر المادة (4/20) من اتفاقية المؤسسة العربية .

3. أنظر المادة (3/20) من عقد تأمين الاستثمار المباشر .

مواجهة الدول المضيفة للاستثمار وغيرها من المدينين)) ، وقد نظمت الاتفاقيات موضوع الدراسة عقود تأمين الأستثمار التي تيرمها هيئات الضمان الدولية أحكام وشروط هذا الحلول¹ .

المبحث الثاني : الآليات الدولية لحماية المستثمر الأجنبي

لقد انضمت الجزائر الى أنظمة ومؤسسات الضمان الإقليمية والدولية المقررة لضمان تأمين الإستثمار وذلك بعد صدور المرسوم التشريعي 12/93 المتعلق بترقية الاستثمار²، حيث توجد إتفاقيتين للضمان على مواجهة ما يمكن أن يعترض المستثمر من مخاطر، وذلك بإقرار نظام تأمين خاص يختلف عن شركات التأمين الخاصة وحتى العمومية، وتتمثل هاتين الإتفاقيتين في الوكالة الدولية لضمان الاستثمار، والاتفاقية العربية لضمان الاستثمار، لهذا قسمنا المبحث الى مطلبين الأول خصصناه للوكالة الدولية لضمان الاستثمار والمطلب الثاني إتفاقية المؤسسة العربية لضمان الاستثمار .

المطلب الأول : الوكالة الدولية لضمان الاستثمار

بعد المصادقة على المعاهدة المتعلقة بإنشاء الوكالة حيز التنفيذ في 12 أفريل 1988 من طرف الدول الأعضاء، سنتطرق في هذا المطلب الى الطبيعة القانونية والإطار التنظيمي للوكالة الدولية كفرع أول وعملية حماية وضمان الاستثمار في الوكالة الدولية كفرع ثاني .

الفرع الأول : الاطار القانوني والتنظيمي للوكالة الدولية لضمان الاستثمار

1. لمزيد من التفصيل حول موضوع حلول هيئة الضمان الدولية محل المستثمر الأجنبي انظر: إبراهيم شحاتة , الضمان الدولي , المرجع السابق, ص 88 وما بعدها , وهشام علي صادق , النظام العربي, المرجع السابق, ص 202- 212 , وهشام خالد , عقد ضمان الاستثمار, المرجع السابق , ص 256 وما بعدها .

2. فرحات وهيبه، أنظمة ضمان الاستثمارات الأجنبية في الدول النامية، رسالة ماجستير، كلية الحقوق جامعة الجزائر، 2008-2009، ص11.

ندرس من خلال هذا الفرع الاطار القنوني وكذا التنظيمي للوكالة الدولية لضمان الاستثمار من خلال تقسيم الفرع الي قسمين نذكر في القسم الاول الطبيعة القانونية للوكالة الدولية والقسم الثاني الاطار التنظيمي للوكالة الدولية لضمان الاستثمار.

أولا : الطبيعة القانونية للوكالة الدولية لضمان الاستثمار

تتمتع الوكالة بالشخصية القانونية الكاملة خاصة أهلية التعاقد، وتملك الأموال الثابتة والمنقولة والتصرف فيها كما أنها متميزة عن شخصية الأعضاء المؤسسين وتملك ذمة مالية مستقلة ورأس مال خاص بها لتتمكن من إصدار ضمانات باسمها ولحسابها الخاص¹، لتحقيق الهدف الاساسي من إنشائها والمتمثل في تدفق الاستثمارات الأجنبية خاصة نحو الدول النامية وهذا ما نصت عليه المادة 02 من اتفاقية الوكالة في فقرتها الثانية "هدف الوكالة هو تشجيع تدفق الاستثمارات للأغراض الإنتاجية فيما بين الدول الأعضاء تكملة لأنشطة البنك الدولي للإنشاء و التعمير".

وللوكالة رأسمال خاص قد حدد سقفه بـ بليون دولار أمريكي (ألف مليون دولار أمريكي)² من حقوق السحب الخاصة، وموزعة على مئة ألف سهم قيمة كل سهم عشرة آلاف من حقوق السحب الخاصة، ورأسمالها قابل لزيادة في أي وقت وتطرح الأسهم للاكتتاب من قبل الدولة الأعضاء مع مراعاة الحد الأدنى للاكتتاب المحدد في نص المادة 06 بـ 50 سهما أي خمسمائة ألف من حقوق السحب الخاصة، حيث يدفع كل عضو 10 % فقط نقدا من قيمة الأسهم المكتتبه خلال 90 يوما و 10 % أخرى في شكل سندات إذنية غير قابلة للتحويل ومعفاة من الفوائد، يتم صرفها بقرار من مجلس الإدارة عند الضرورة يمكن دفعها نقدا عند الحاجة، وتدفع قيمة الاسهم بالعملة الصعبة على انه يمكن للدول النامية الدفع بعملاتها المحلية بنسبة لا تتجاوز 25% من القيمة التي تدفها نقدا المتمثلة في نسبة 1%³.

ثانيا : الإطار التنظيمي للوكالة الدولية لضمان الاستثمار

نلخص في هذا العنصر العضوية في الوكالة الدولية ومدة انقضائها، وهيكل ومقر الوكالة الدولية .

1. العضوية في الوكالة الدولية لضمان الإستثمار

¹ أنظر المادة 01 و المادة 05 من الاتفاقية الوكالة الدولية لضمان الاستثمار، المرجع السابق .
² قادري عبد العزيز، الإستثمارات الدولية، التحكيم التجاري الدولي ضمان للاستثمار، دار مومة، 2006، ص 428.
³ قادري عبد العزيز، نفس المرجع، ص429.

الاتفاقية العضوية مفتوحة لكل الدول الأعضاء في البنك اضافة الى سويسرا، غير أن هذا لا يعني أن أي دولة عضو في البنك مجبرة أن تكون عنصرا في الوكالة وأعضاؤها منقسمون الى قسمين قسم في محدد في الجدول أمن الاتفاقية تضم الدول المتقدمة، وهي الدول الاعضاء في السوق الأوروبية المشتركة وأستراليا واليابان وكندا وجنوب افريقيا والولايات المتحدة الأمريكية وهي أعضاء أصلية أما دول القسم الثاني وهي الدول النامية منها الصين والهند والدول العربية، ودول وسط جنوب أمريكا اللاتينية هذا ويمكن انسحاب الأعضاء من الوكالة بعد انقضاء 03 سنوات من انضمامها إليها¹، كما يمكن وقف عضوية دولة ما عند إخلالها بالتزاماتها مع بقائها مطالبة بتنفيذ التزاماتها².

وتنتهي عضوية العضو الموقف تلقائيا بعد سنة من تاريخ وقفه ما لم يقرر مجلس المحافظين مدة فترة الوقف وإلغائها³.

2. هيكل ومقر الوكالة الدولية لضمان الإستثمار .

يتكون هيكل الوكالة الدولية لضمان الإستثمار من مجلس محافظين، ومجلس إدارة ورئيس وموظفين وهذا حسب نص المادة 31 من اتفاقية سيول، حيث يعتبر مجلس محافظي الوكالة الجهاز الموسع لهذه المنظمة، وهو يتألف من محافظ ونائب له من كل الدول عضو المادة 31/ب، ومهام المجلس محددة في المادة 31 الفقرة الاولى والتي تخوله جميع السلطات عدا السلطات الممنوحة بشكل محدد لجهاز آخر من أجهزة الوكالة، كما تسمح الاتفاقية بأن يفوض مجلس المحافظين بعض سلطاته دون غيرها، ودورات مجلس المحافظين سنوية مع امكانية عقد دورات استثنائية بطلب منه أو بطلب من مجلس الادارة، على ان يقدم طلب هذا الأخير من طرف 05 أعضاء أو عدد منهم يمثلون 25% من مجموع الأصوات المادة 7/31.

أما مجلس الادارة فهو الجهاز التنفيذي للوكالة، يتكون من 12 عضوا على الأقل يرأسه مدير البنك الدولي الذي لا يشترك في التصويت إلا عند تعادل الأصوات، أما دورات المجلس فتكون إما بدعوة من رئيسه أو بطلب من ثلاثة أعضاء المجلس، مع العلم أن أعضاء مجلس الادارة منتخبون من طرف مجلس المحافظين كما جاء في نص المادة 41 الفقرة الاولى .

يقع مقر الوكالة الدولية لضمان الإستثمار في مدينة واشنطن بمقاطعة كولومبيا، إلا إذا قرر مجلس المحافظين غير ذلك كما جاء في نص المادة 36 الفقرة الاولى⁴، ويمكن للوكالة أن تنشئ لها مكاتب أخرى في أماكن أخرى عندما تقتضي الضرورة ذلك .

الفرع الثاني : عملية حماية وضمان الإستثمار في الوكالة الدولية لضمان الإستثمار .

1 أنظر المادة 51 من اتفاقية الوكالة الدولية للاستثمار، المرجع السابق
2 أنظر المادة 53/52 من اتفاقية الوكالة الدولية للاستثمار، نفس المرجع
3 أنظر المادة 52/ب من اتفاقية الوكالة الدولية للاستثمار، نفس المرجع
4. أنظر المادة 1/36 من اتفاقية الوكالة الدولية لضمان الإستثمار، المرجع السابق.

نلخص في هذا الفرع أهم الاستثمارات الصالحة للضمان و المستثمر الصالح للضمان و أيضا المخاطر التي تغطيها الوكالة الدولية لضمان الاستثمار.

أولا : الاستثمارات الصالحة للضمان.

من خلال ما تناولته اتفاقية سيول الاستثمارات الصالحة لضمان الوكالة في المادة 12 ومنها، القروض الطويلة والقروض متوسطة الأجل ومشروعات الاستثمار المباشر، وكذلك الاستثمارات التي يوافق عليها مجلس الإدارة¹.

كما تمنح اتفاقية سيول مجلس الإدارة أن يقدم الحماية والضمان على كل أنواع الاستثمارات ماعدا القروض التي لا ترتبط باستثمار تكون الوكالة قد ضمنته او عازمت على ضمانه، كما تحمي الوكالة وتضمن الصادرات التي لها علاقة مباشرة باستثمار ضمنته، وهذا ما يعني ان الوكالة لا تضمن ولا تحمي الصادرات اذا كانت لا تسهم في الاستثمارات التي تكون الوكالة قد ضمنتها كما لا تضمن إلا الاستثمارات الجديدة، غير أنه يمكن للوكالة ضمان وحماية الاستثمارات التي تهدف الى تطوير استثمار موجود، أو اعادة استثمار الأرباح المترتبة على استثمار قائم اذا كان من الممكن تحويلها الى خارج الدولة المضيفة .

وحتى تحافظ الوكالة على فاعليتها في ميدان الاستثمار فهي تقتصر على ضمان الاستثمارات المتسمة بالسلامة الاقتصادية والتي تساهم في التنمية الاقتصادية والاجتماعية للدولة المضيفة للاستثمار².

كما أن الوكالة لا تحمي ولا تضمن الاستثمارات الأجنبية إلا بعد التأكد من وجود مناخ ملائم للاستثمارات في الدول المضيفة وفي وجود ضمانات كافية لحمايته ومعاملته معاملة عادلة .

ثانيا : المستثمر الصالح للضمان .

يجب على المستثمرين الذين تقبل الوكالة ضمان وحماية استثماراتهم أن يكون شخصا طبيعيا من دولة عضو غير الدول المضيفة، أما الأشخاص الاعتبارية فيشترط أن تكون قد تأسست في دولة عضو دون الدولة المضيفة، أو يوجد مقر أعمالها الرئيسي في الدولة العضو، أو أن يكون أغلبية رأسمالها مملوكة من طرف عضو أو أكثر أو لمواطنيها دون أن يكون هذا العضو ينتمي الى الدولة المضيفة كما أن الضمان يشمل الأشخاص الاعتبارية العمومية والخاصة ما دامت تقوم بنشاط تجاري بحسب المادة 3/13 ومن خلالها نجد هناك استثناءا على شرط إلزامية أن يكون المستثمر أجنبيا عن الدولة المضيفة للاستثمار³، وذلك عندما يقوم مواطنو الدولة المضيفة للاستثمار أو أي شخص معنو (اعتباري) يمتلكه مواطنوها بتحويل الأصول من الخارج شرط موافقة

1. قادري عبد العزيز، المرجع السابق، ص 435

2. قادري عبد العزيز، المرجع السابق، ص 436

3. أنصر المادة، 3/13 من اتفاقية الوكالة الدولية لضمان الاستثمار، المرجع السابق .

مجلس إدارة الوكالة بالأغلبية الموصوفة¹، خاصة وأن العديد من رعايا الدولة المضيفة للاستثمار يقيمون في الخارج ويملكون أموالاً كثيرة يمكن استثمارها في بلدانهم الأصلية².

ثالثاً : المخاطر التي تغطيها الوكالة (الصالحة للضمان).

من خلال المادة 11 من اتفاقية الوكالة التي عالجت موضوع المخاطر الصالحة للضمان لدى الوكالة و حددت أربع أنواع من تلك المخاطر مع السماح للوكالة بتغطية أنواع أخرى تجارية بناءً على طلب مشترك من المستثمر والدولة المضيفة للاستثمار ،وموافقة مجلس إدارة الوكالة بالأغلبية الخاصة³.

1. المخاطر المتعلقة بتحويل العملة .

تناولت المادة 11 جميع صور هذه المخاطر ،والتي يقصد بها تقييد الدولة المضيفة للاستثمار للمستثمر من تحويله لثمار استثماره ونتائج تصفية ذلك الاستثمار للخارج ،وكذلك يشمل عدم القدرة على تحويل العملة المحلية الى عملة أجنبية ،وعدم القدرة على نقل الأموال الى الخارج وكذا تلاعب الدولة المضيفة بمعدلات الصرف بالشكل الذي لا يؤثر على المستثمر الأجنبي ويحرمه من الاستفادة من ثمار ونتائج تصفية استثماره .

2. خطر التأميم والإجراءات المماثلة له .

يعد هذا العنصر كثنائي الأخطار التي تغطيها الوكالة وذلك حسب المادة 11 منها وهو أي اجراء تتخذه الدولة المضيفة من شأنه أن يؤدي الى حرمان المستثمر من ملكية المشروع الاستثماري أو الإنقاص منها أو الاضرار بمنافع أساستها الاقتصادية⁴.

3. خطر الإخلال بعقد الاستثمار .

و يتمثل هذا الخطر في نقض الدولة المضيفة لعقد بينها وبين المستثمر الأجنبي الذي تضمنه الوكالة ،أو إخلالها بالتزاماتها التعاقدية، وقد حددت المادة 11 ثلاث حالات هي⁵:

-عدم وجود هيئة (قضائية أو تحكيم) يلجأ إليها المستثمر للمطالبة بحقوقه ضد الدولة المضيفة .

-إذا لم تقم تلك الهيئة بالفصل في الادعاء في مدة معقولة على نحو المحدد في عقد الضمان وفق لوائح

الوكالة .

-إذا لم يكن من الممكن تنفيذ القرار الصادر من الهيئة لصالحه .

1. في حالة تمتعه بأكثر من جنسية فإن جنسية الدولة العضو تحجب الدولة غير العضو، كما تحجب جنسية الدولة المضيفة غيرها من الدول الأعضاء.

2. قادري عبد العزيز، المرجع السابق، ص 438

3. قادري عبد العزيز، نفس المرجع، ص 440

4. أنظر المادة 11 من اتفاقية الوكالة الدولية للاستثمار .

5. أنظر المادة 11 من اتفاقية الوكالة الدولية للاستثمار. المرجع السابق.

وفي كلت الأحوال لا يكون باستطاعة المستثمر الأجنبي الحصول على حقوقه نتيجة إخلال الدولة

المضيفة بعقد الاستثمار المبرم بينهما .

4. خطر الحروب والاضطرابات المدنية.

يتمثل هذا النوع من المخاطر في الثورات، الحروب، التمرد، الانقلابات، وعموما الأحداث السياسية

الخارجة عن سيطرة الدولة المضيفة .

أما مخاطر الإرهاب فلا تغطيها الوكالة إلا بتوسيع الضمان وفقا للمادة 11/ب، والتي أجازت صلاحية

ضمان مخاطر غير تجارية أخرى بطلب مشترك من المستثمر والدولة المضيفة وبموافقة مجلس الإدارة

بالأغلبية التامة، واستبعدت الفقرتان (ب) و (ج) من المادة 11 من الضمان الخسائر الناتجة عن أحداث وقعت

قبل إبرام عقد الضمان، أو عن اجراء تتخذه الحكومة المضيفة كان المستثمر قد وافق عليه أو كان مسؤولا عن

اتخاذها أو عن مخاطر تخفيض قيمة العملة .

المطلب الثاني : إتفاقية المؤسسة العربية لضمان الاستثمار

يعود ظهور فكرة إنشاء المؤسسة العربية لضمان الاستثمار في المؤتمر العربي لتنمية الصناعة في مارس

1966 بدولة الكويت، حيث يتم تكليفها لإعداد مؤتمر يناقش فيه خبراء التمويل العرب إمكانية وضع إتفاقية

لضمان الاستثمارات في البلاد العربية تشجيعا للاستثمار فيها وكذلك لحاجة البلاد العربية للأموال لتنمية

إقتصادها .

دخلت إتفاقية إنشاء المؤسسة العربية لضمان الاستثمار حيز التنفيذ في أول أبريل 1974، وبأشرت

أعمالها منتصف سنة 1975 متخذة من دولة الكويت مقرا دائما لها، وانضمت إليها الجزائر بموجب الأمر

16/72 المؤرخ في 7 يونيو 1972 المتضمن المصادقة على الإتفاقية المتعلقة بإنشاء المؤسسة العربية لضمان

الاستثمار، (ج/ر) عدد 153 .

الفرع الأول : النظام القانوني والتنظيمي للمؤسسة العربية لضمان الاستثمار.

نلخص من خلال ما جاء في الفرع الاطار القانوني للمؤسسة العربية لضمان الاستثمار والاطار التنظيمي في

المؤسسة العربية لضمان الاستثمار.

أولا : الاطار القانوني للمؤسسة العربية لضمان الاستثمار .

تتخذ المؤسسة العربية لضمان الاستثمار شكل شركة مساهمة دولية، وتتمتع بشخصية قانونية²، تضم

الدول العربية المصدرة والمستقبلة لرؤوس الأموال، بحيث أن كل الدولة العربية بإمكانها المساهمة في رأسمال

1 أنظر الأمر 16/72 المؤرخ في 7 يونيو 1972، (ج/ر) عدد 53 المتعلق بإنشاء المؤسسة العربية لضمان الاستثمار .

2. أنظر المادة 03 من إتفاقية المؤسسة العربية لضمان الاستثمار، المصادق عليها بموجب الامر 16/72 المؤرخ في 1972/06/07، ج.ر.

عدد 53 لسنة 1972 .

المؤسسة سواء المصدرة لرأس المال منها أو المستقطبة له مما يتيح للمؤسسة ضمان الإستثمار باسمها ولحسابها الخاص دون أن تعود على الدول المساهمة في كل مرة، مما يمكنها من الوفاء بالتزاماتها تجاه المستثمر العربي دون تعريضه الى أي ضرر ناجم عن تأخر الدول الأعضاء عن دفع التعويض المستحق .

غير أنه من الناحية العملية فإن المؤسسة عانت من محدودية رأسمالها وعدم قدرة أقساط الضمان فيها على تغطية نفقاتها الإدارية الى غاية 1982¹، كما أقرت اتفاقية المؤسسة في نصوصها القانونية على ألا تزيد عمليات الضمان التي تقوم بها عن خمسة أمثال رأسمالها، وهو ما يتعارض مع حقائق السوق وكذلك يؤثر سلبا على نشاط المؤسسة وعن الأهداف التي وجدت من أجلها والمتمثلة أساسا في توفير الأمان والاطمئنان للمستثمر العربي وتشجيع الإستثمار في البلاد العربية .

لذلك فإن ما تقوم به المؤسسة من عمليات ضمان هو ناتج عن الأقساط التي يدفعها المستثمرين أنفسهم، وليس له علاقة بتحفيز المؤسسة للمستثمرين رغم غاية المؤسسة دفع عجلة الإستثمار وانتقال رؤوس الأموال العربية لا الضمان في حد ذاته .

ثانيا : التنظيم الهيكلي والإداري في المؤسسة العربية لضمان الإستثمار .

نذكر من خلال هذا العنصر هيكل المؤسسة العربية لضمان الإستثمار والعضوية فيها .

1- هيكل المؤسسة العربية لضمان الإستثمار .

تتكون أجهزة المؤسسة العربية لضمان الإستثمار من :

أ- **مجلس المؤسسة :** ويتألف من عضو أو ممثل عن كل بلد متعاقد، ويتمتع بكامل الصلاحيات لتحقيق أهداف المؤسسة ما لم يوجد نص في الاتفاقية يسمح ببعض الصلاحيات لجهاز آخر في المؤسسة، ومهام المجلس محدد كما التالي :

رسم السياسة العامة، وضع النظم واللوائح اللازمة، تحديد النشاطات التي توظف فيها أموال المؤسسة، تعيين المدير العام ونائبه وإنهاء خدماتهما حسب النظام الداخلي، تصديق الميزانية وتوزيع الأرباح، قبول انضمام أطراف جديدة للاتفاقية، وقف أو حل المؤسسة² .

ب- **لجنة الإشراف :** تتكون من ستة خبراء يتم إختيارهم من طرف مجلس المؤسسة بناءً على ترشيح أعضاء المؤسسة، أما العضو السادس فيعيّنه المجلس بناءً على ترشيح الاتحاد العام لغرف التجارة والصناعة للبلاد العربية على ألا يكون له صوت في المداولات .

إختصاصها تقديم توصيات للمجلس وبحث التقارير، التحقق من مطابقة عمليات التأمين للنظم واللوائح المعمول بها في المؤسسة، إعداد تقارير كل نصف عن أعمالها وعرضها في المجلس³ .

1. كعباش عبد الله، الحماية الوطنية والدولية للإستثمار الأجنبي وضمانه من المخاطر غير التجارية في الدول النامية، رسالة ماجستير، فرع القانون الدولي والعلاقات الدولية، كلية الحقوق، بن عكنون الجزائر 2001-2002، ص 266.

2. قادري عبد العزيز، المرجع السابق، ص 447.

3. عبد الله عبد الكريم، ضمانات الإستثمار في الدول العربية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2008، ص 139.

ج- المدير العام: وتتمثل مهامه في إدارة المؤسسة، إبرام عقود التأمين مع المستثمرين، توظيف أموال المؤسسة، وضع برامج البحوث ومتابعة توظيفها، إعداد تقرير سنوي عن أعمال المؤسسة وتقديمه للمجلس، إعداد الوثائق اللازمة لأعمال المجلس، إعداد خطط دورية لتطوير أعمال المؤسسة وتعيين أعضاء الجهاز الفني والإداري، تمثيل المؤسسة قانونياً، حضور اجتماعات المجلس ومداولاته دون أن يكون له حق التصويت .

د- نائب المدير العام : يجب أن لا يكون من نفس جنسية المدير العام، تتمثل اختصاصاته في معونة المدير العام، والحلول محله عند غيابه والقيام ببعض الاختصاصات المفوضة له .

2- العضوية في المؤسسة العربية لضمان الإستثمار .

من حق الدول العربية والهيئات العامة التابعة لها ولكل هيئة عربية دولية الانضمام إلى اتفاقية المؤسسة لاكتساب صفة العضوية في المؤسسة¹.

كذلك حددت الاتفاقية قواعد وقف العضوية عند إخلال أحد أعضائها بالتزاماته المترتبة عن العضوية، حيث يمكن لمجلس المساهمين أن يتخذ قراراً بالأغلبية الخاصة لوقف العضو المعني ويترتب هذا الوقف الأحكام التالية :

- يتوقف العضو المعني عن ممارسة حقوقه أثناء فترة التوقف ويضل مسؤولاً عن كافة التزاماته القائمة أو المحتملة تجاه المؤسسة خلال نفس الفترة .

- تمتنع المؤسسة عن ضمان عمليات الاستثمار الصادرة أو الواردة إلى إقليم العضو المعني بالوقف .
- تنتهي عضوية العضو المعني بعد سنة من تاريخ وقفه، ما لم يتخذ قرار بإلغاء الوقف، ويمكن لأي عضو الانسحاب من اتفاقية إنشاء المؤسسة بعد مضي 05 سنوات، ويتم الانسحاب بواسطة اخطار كتابي يوجه الى المؤسسة، ويكون الانسحاب نافذاً بعد ثلاث أشهر من توجيه الاخطار بالانسحاب حيث ينتج عنه إنتهاء العضوية، ولا يؤثر الانسحاب على الالتزامات القائمة والمحملة تجاه المؤسسة المتعلقة بالعمليات التي قام بها قبل انسحابه .

من خلال نص المادة الثامنة من الاتفاقية المنشئة للمؤسسة والتي تشير الى أن رأسمال المؤسسة تغير وقد حددته بـ 10 ملايين دينار كويتي، ويقسم رأسمالها إلى عشرة آلاف سهم قيمة كل سهم ألف دينار كويتي .
وحددت الاتفاقية الحد الأدنى لحصة العضو بـ 05 % من قيمة الرأسمال الأول على أن يدفع الأعضاء نسبة 50 % من حصصهم بالدينار الكويتي أو بأي عملة أخرى قابلة للتحويل مقسمة على 05 أقساط سنوية².
أما الجزء غير المدفوع فيتم دفعه كلما قرر المجلس ذلك على أن تقدم المبالغ بالدينار الكويتي أو أي عملة قابلة للتحويل، واستثناءً على ذلك يمكن لأي دولة تعاني من اختلال في ميزان مدفوعاتها أن تدفع بعملتها المحلية نسبة 25% بعدما يصرح المجلس العام للمؤسسة بذلك .

الفرع الثاني : عمليات الضمان التي تقوم بها المؤسسة العربية لضمان الإستثمار .

¹ أنظر المادة 07 الفقرة 2-3 من اتفاقية المؤسسة العربية لضمان الإستثمار، المرجع السابق .

² قادري عبد العزيز، المرجع السابق، ص 453

أولاً : الاستثمارات الصالحة لضمان المؤسسة العربية لضمان الإستثمار .

من خلال نص المادة 15 من الاتفاقية فإن الاستثمارات القابلة لضمان المؤسسة هي :

- الاستثمارات الخاصة أو العامة الناشئة على أسس تجارية¹.

- جميع الاستثمارات بين الدول المتعاقدة سواء كانت استثمارات مباشرة أو إعادة استثمار أرباح أو استثمارات سابقة .

- الاستثمارات التي تتم بين الدول المتعاقدة ،ويشترط أن يكون المستثمر متمتعاً بجنسية أحد الدول الأعضاء سواء كان شخصاً طبيعياً ،وأن يتم تنفيذ الإستثمار في إحدى الدول الأعضاء غير الدول التي ينتمي إليها المستثمر .

- توسيع نطاق مفهوم الاستثمارات الصالحة للضمان ،من خلال ما قرره المادة 15 من صلاحية استثمارات الحافظة بما فيها ملكية الأسهم والسندات وكذلك القروض التي يفوق أجلها 03 سنوات طالما كان القرض متسماً بطابع إنمائي ،كما أجازت أيضاً منح قروض ذات الأمد القصير والتي تقرر صلاحيتها للتأمين إستثناءً من القاعدة .

- كما إشتراطت الاتفاقية أن تكون الاستثمارات جديدة كي تكون محلاً للضمان دون القديمة كي لا يؤدي ذلك الى عجز المؤسسة .

غير أن الاتفاقية تضمنت من خلال المادة 16 أولويات الاستثمارات الصالحة للضمان وهي تتمثل في "الكفيلة بزيادة التعاون الاقتصادي بين الأقطار المتعاقدة وخاصة المشروعات العربية المشتركة والمشروعات المحققة للتكامل الاقتصادي العربي" ،وكذلك الاستثمارات "التي يثبت للمؤسسة فاعليتها في بناء الطرقات الإنتاجية لاقتصاد الدولة المضيفة" وأيضاً الاستثمارات "التي يعتبر الضمان الذي تقدمه المؤسسة عاملاً أساسياً في تنفيذها"².

ثانياً :المستثمرون الصالحون لضمان المؤسسة العربية لضمان الإستثمار .

حددت المادة السابع عشر من الاتفاقية بالنسبة للشخص الطبيعي حتى يكون مستثمراً صالحاً للضمان أن يكون متمتعاً بجنسية أحد الدول المتعاقدة، على أن تكون هذه الجنسية من جنسية الدولة المضيفة وإذا كان المستثمر يتمتع بجنسية أو جنسيات أخرى إلى جانب جنسية الدولة المتعاقدة فإنه يعتد بجنسية الدولة المتعاقدة ،وإذا كان التعدد مابين جنسية إحدى هذه الأقطار وجنسية القطر المضيف يعتد بهذه الأخيرة³.

أما إذا كان المستثمر شخصاً معنوياً فقد كررت المادة السابع عشر في فقرتها الأولى في هذا الشأن حتى يكون الشخص المعنوي صالحاً للضمان :

- أن تكون حصص أو أسهم رأسماله مملوكة بصفة جوهرية لإحدى الدول المتعاقدة أو لمواطنيها .

- أن يكون مركز إدارته الرئيسي في إحدى هذه الدول .

1 . عبد الله عبد الكريم ،المرجع السابق ، ص 140

2 قادري عبد العزيز ،المرجع السابق ،ص 460

3 أنظر المادة 03/07 من إتفاقية المؤسسة العربية لضمان الإستثمار ،المرجع السابق.

وبعد أن صدر عن مجلس المؤسسة القرار رقم 03 لسنة 1977 قامت المؤسسة بتعديل الفقرة الأولى من المادة 17 حيث أصبحت تقبل بضمان الشخص المعنوي الذي يوجد مركزه الرئيسي خارج الدولة الأعضاء أو لمواطنيها .

ثالثا: المخاطر الصالحة للضمان .

من خلال نص المادة 18 من اتفاقية إنشاء المؤسسة لتحديد المخاطر الصالحة للضمان حيث إستثنت المخاطر التجارية عن نطاق الضمان ،لأن المستثمر عادة هو من يتحملها ،أما المخاطر التي تسعى المؤسسة إلى ضمانها فهي المخاطر غير التجارية ¹.

1-المخاطر السياسية .

ويقصد بها المخاطر التي تتحقق عند قيام الدولة المضيفة بأي إجراء من شأنه حرمان المستثمر من ممارسة حقوقه على استثماره كالتأميم ،المصادرة ،الحراسة ،الإستلاء ونزع الملكية ². كما تشمل المخاطر السياسية أيضا حرمان المستثمر من استلام مستحقاته من أصل استثماره أو حصته إن كان مساهما ،أو حرمانه من ممارسة سلطته على مشروعه الإستثماري ³.

2-مخاطر القيود الواردة على تحويل العملة .

ويتحقق هذا الخطر عندما تتخذ الدولة المضيفة إجراءات من شأنها أن تحد من قدرة المستثمر على تحويل أصل استثماره ،أو فوائدها أو الدخل الناشئ عنها كما لو فرضت الدولة سعر صرف مختلف عن سعر الصرف السائد في السوق يؤدي إلى الإضرار بالمستثمر ، أو كأن تقوم الدولة المضيفة باتخاذ إجراءات تمنع التحويل المالي إلى الخارج .

3-مخاطر الحروب والإضطرابات الداخلية .

وتتمثل هذه المخاطر في الأعمال العسكرية سواءاً الأجنبية أو من الدولة المضيفة والتي تمس بصفة مباشرة أصول المستثمر العادية ،ذلك أن الخسائر غير المباشرة وغير المادية لا تعد صالحة للضمان حتى تتجنب المؤسسات الطلبات غير المحدودة لدفع الضمان ،ويستبعد كذلك الأعمال الفردية والأعمال التخريبية التي يقوم بها العاملون في المشروع لأنها غير عامة، كما يدخل في إطار هذه المخاطر الثورات وأعمال العنف ذات الطابع العام، أما مخاطر الإرهاب فلا تغطيها الوكالة إلا بتوسيع الضمان وفقا للمادة 11/ب، والتي أجازت صلاحية ضمان مخاطر غير تجارية أخرى بطلب مشترك من المستثمر والدولة المضيفة وبموافقة مجلس الإدارة بالأغلبية التامة ⁴.

1. هشام عليي صادق، المرجع السابق، ص 128

2. عبد الله عبد الكريم، المرجع السابق، ص 144

3. أنظر المادة 18 من اتفاقية المؤسسة العربية لضمان الإستثمار ،المرجع السابق .

4. أنظر المادة، 11/ب من إتفاقية المؤسسة العربية لضمان الإستثمار

الفصل الثاني

الإطار القانوني لانتهاء عقد تأمين
الاستثمار الأجنبي

تمهيد: إن الحديث عن نهاية عقد تأمين الاستثمار الأجنبي يجعلنا نميز عدة نماذج لنهاية هذا العقد و كل نهاية هناك جهة مسؤولة عنها سواء المؤمن له (المستثمر الأجنبي) والمؤمن (هيئة الضمان الدولية) ما يرتب عن هذا الانتهاء واجبات و حقوق في الوقت نفسه على طرفي العقد يجب الوفاء به و هذا بحسب كل نهاية لهذا العقد و القانون الذي من شأنه تسوية الخلافات و المنازعات الناشئة عن هذه النهاية .

و قد ارتأينا أن نتناول هذا العنوان و نقسمه إلى مبحثين الأول نتطرق فيه لطرق نهاية عقد تأمين الاستثمار الأجنبي و الثاني ندرس فيه القانون الواجب التطبيق في تسوية المنازعات.

المبحث الأول : طرق نهاية عقد الاستثمار الأجنبي

ينتهي عقد تأمين الاستثمار الأجنبي وفق ما أشارت إليه الدراسات مثل غيره من العقود نتيجة الإخلال بأي شرط من شروط العقد الواردة في نموذج العقد غير أننا ميّزنا نماذج أخرى لنهاية هذا العقد و لهذا سوف ندرس هذا المبحث من خلال مطلبين الأول نتناول فيه نهاية العقد العادية المتوقعة و الثاني نبين فيه نهاية العقد الغير عادية (المستجدة).

المطلب الأول : نهاية عقد تأمين الاستثمار الأجنبي العادية (المتوقعة)

يعدّ عقد تأمين الاستثمار الأجنبي من العقود الزمنية المستمرة التنفيذ وعليه فان الرابطة العقدية بين الاطراف تبقى مستمرة إلى غاية حلول الأجل الذي تم تحديده لانقضاء العقد ، كما يمكن لطرفي العقد إبقاء العقد بعد انتهاء المدة المنصوص عليها فيه فترة الضمان (مدته) وهو ما سوف نتناوله في الفرع الأول وتجديد العقد هو ما سنعرضه في الفرع الثاني.

الفرع الأول : انقضاء فترة الضمان

كما سبق الإشارة إليه أيضا فإن عقد تأمين الاستثمار الأجنبي عقد زمني مستمر التنفيذ إلى غاية حلول الأجل الذي تم تحديده لانقضاء العقد أي انتهاء الغرض من العقد، و من هنا فإن الميزة الرئيسية لعقد تأمين الاستثمار الأجنبي هي أنه ينقضي فعلا بانقضاء المدة التي يجري الاتفاق عليها بين أطرفه، فقد يكون هناك تحديد صريح لمدة العقد¹، حيث يعلن الطرفان بإرادتهما الواضحة بتعيين مدة معينة لاستمرارية العقد و تحديد تاريخ محدد ينتهي بطول العقد، و تعتبر هذه الطريقة الغالب العمل بها في هذا الإطار مع هيئات الضمان الدولية و هذا ما جاءت به المادة (3) على سبيل المثال من نموذج عقد تأمين الاستثمار المباشر الذي تبرمه المؤسسة العربية بما يلي >>مدة هذا العقد عشرة سنوات عقدية ما لم يرد في العقد نص يشير خلاف ذلك<< و تعتبر هذه الطريقة المباشرة لتحديد أجل العقد في صلب نموذج العقد.

غير أنه هناك بعض الدراسات أكدت وجود نماذج أخرى لعقد تأمين الاستثمار الأجنبي لا تحدد المدة التي بموجبها ينتهي العقد تحديدا صريحا و مباشرة مثال ذلك عقد تأمين القرض و عقد تأمين المقاولات التي تبرمها المؤسسة العربية، فكيف إذا يتم الوصول إلى تحديد مدة العقد في هذا الغرض ؟

يذهب جانب من الفقه² إلى استخلاص إدارة الطرفين سبب في الكشف عن مدة العقد من خلال طريقتين أولهما البحث في النموذج العقد ذاته و استخلاص هذه الإرادة من بنود العقد بحيث نجد أن عقد تأمين القرض ينطبق عليه ذلك من خلال بنوده يفهم منه أنه على أن المراد بها العمل بهذا العقد لحين انتهاء الفترة العقدية الأخيرة المحددة في جدول سداد القرض المنصوص عليها في اتفاق القرض المبرم بين المستثمر الأجنبي و الدولة المضيفة للإستثمار³.

ثانيهما النظر في العناصر الخارجة عن العقد ينطبق هذا على عقد تأمين معدات المقاولات الذي تبرمه المؤسسة العربية، حيث أن أعمال المقاولات التي يقوم بها المستثمر الأجنبي في الدولة المضيفة

1 . هشام خالد ، عقد ضمان الاستثمار القانون الواجب التطبيق عليه وتسوية المنازعات الي قد تنور بشأنه، المرجع السابق، ص 287
2 . عاطف إبراهيم، المرجع السابق، ص 170
3 . انظر المادة (09) من العقد المذكور.

للاستثمار لا تعد عنصرا في عقد التأمين المذكور، ومع ذلك يمكن الاستعانة بتاريخ انتهاء أعمال المقاوله للتوصل إلى تاريخ انتهاء عقد تأمين معدات المقاولات، فهذا العقد ينتهي بانتهاء عقد المقاوله.

هناك نماذج مفادها أن العقد ينقضي في جميع الأحوال بانتهاء المدة الأخيرة من فترة العقد المقسمة إلى فترات زمنية محددة، فمثلا نجد أن مدة العشر سنوات التي بموجبها ينتهي عقد تأمين الاستثمار المباشر المذكور سالفًا مقسمة بدورها إلى سنوات عقدية، و يعني هذا أن حلول أجل انتهاء السنة العقدية الأخيرة يعني انتهاء العقد المذكور و من الجدير تبيانه أن السنة العقدية تبدأ من تاريخ إبرام العقد و تنتهي بانتهاء فترة 180 يوما بعد بداية السنة المالية للمشروع المشمول بالتأمين، ثم كل فترة سنة تمر بعد ذلك اعتبارا من هذا التاريخ، و هكذا على التوالي خلال فترة التأمين ما لم ينته العقد قبل ذلك لأي سبب من الأسباب الواردة في العقد¹.

و جدير بالبيان أيضا أن السنة العقدية الأولى يمكن أن تكون مدتها في الواقع أكثر أو أقل من سنة، لكونها ترتبط كما رأينا بتاريخ إبرام العقد من جهة، و بانتهاء السنة المالية من جهة أخرى، و يرى جانب من الفقه أن الغاية المتوخاة من تحديد انتهاء مدة السنة العقدية بمرور 180 يوما على انتهاء السنة المالية للمشروع المشمول بالتأمين قصد تمكين هيئة الضمان الدولية من دراسة ما يلتزم المستثمر الأجنبي بتقديمه إلى هيئة الضمان الدولية من بيانات تتعلق بمبالغ الاستثمار و تواريخها إلى غير ذلك من البيانات التي أوجبت النماذج المختلفة للعقد و على المستثمر الأجنبي أن يقدمها خلال مدة تسعين يوما بعد انتهاء السنة المالية المذكورة²، حيث ذكرنا فيما سبق على أن الغاية من تقديمها هو تسيير رقابة الهيئات على سلامة تقدير التعويض الذي تلتزم بأدائه للمستثمر الأجنبي عند تحقق الخطر المنصوص عليه في العقد.

الفرع الثاني : تجديد العقد

المقصود بالتجديد هو إتفاق طرف العقد على إبقاء الرابطة العقدية بعد انتهاء مدتها³، و التجديد في إطار عقد تأمين الاستثمار الأجنبي هو اتفاق المستثمر الأجنبي و هيئة الضمان الدولية على إبقاء العقد بعد انتهاء المدة المنصوص عليها فيه، سواء كان هذا الاتفاق صريحا أو ضمنيا، فالتجديد الصريح يكون بموجب شرط صريح يرد في نموذج العقد، أما بالنسبة للتجديد الضمني هو سكوت طرفا العقد عن طلب انهاءه بعد انتهاء مدته، و يبقى هذا الاتفاق الضمني قائما ما بقي المؤمن له منتفعا بالتأمين بعد انتهاء مدة العقد، و رضا المؤمن و عدم اعتراضه على ذلك ففعل المؤمن له يعد إيجابا و ما قام به

1. المادة (3) من عقد تأمين الاستثمار المباشر.

2. هشام علي صادق، ص 230 البند 51.

3. محمد طرسي زهرة، المرجع السابق، ص 267.

المؤمن يعد قبولاً للتجديد و لكن هذه الإرادة الصادرة عن الطرفين يجب أن تكون قاطعة الوضوح و الدلالة¹.

لقد تبنت المؤسسة العربية في عقود التأمين التي تبرمها يتبع التجديد الصريح دون التجديد الضمني و لعل ما يؤيد ذلك ما ورد في نص المادة (3) من عقد تأمين الاستثمار المباشر و التي جاء فيها ((مدة العقد عشرة سنوات ما لم يرد خلاف ذلك في الشروط الخاصة بالعقد، و ما لم ينتهي قبل ذلك لأحد الأسباب الواردة فيه. و المدة قابلة للتجديد خمسة سنوات إضافية، و ذلك على أساس سنوي، و يخضع التجديد لتقدير المؤسسة))².

إن الاتجاه الذي تبنته المؤسسة العربية لا يثير أي مشكلة قانونية لأنه يوضح و بوجه لا يقبل اللبس شروط التجديد و مدته في نصوص العقد من جهة، كما أنه يتحاشى ما يؤدي إليه التجديد الضمني غالباً من عدم التمييز بينه و بين بعض المراكز القانونية التي يمكن أن تختلط به كامتداد العقد، و الذي يراد به سحب جميع آثار عقد تأمين الاستثمار الأجنبي الى ما بعد انقضاء المدة المعينة له بنفس الشروط الواردة في العقد، أما التجديد الضمني فهو انشاء عقد جديد يحل محل العقد السابق الذي تم الاتفاق عليه.

إن عقود التأمين التي تبرمها الوكالة الدولية قد جاءت خالية من نص يجيز تجديد العقد، و لكن هذا لا يعني أن العقد غير قابل للتجديد مرة أخرى، و لعل ما يؤيد ذلك ما ورد في التعليمات الخاصة بعمليات التأمين الصادرة عن الوكالة الدولية و التي تنص على جواز تجديد العقود التي تبرمها الوكالة الدولية لمدة تتفاوت بحسب نوع الاستثمار المشمول بالتأمين على ألا تتجاوز المدة في أي الأحوال عن عشرين عاماً.

ما يترتب على تجديد عقد تأمين الاستثمار الأجنبي هو إنشاء عقد جديد و لكن لمدة غير المدة المتفق عليها في العقد الأصلي السابق، و من هنا فلا بد من توافر أركان العقد و الشروط اللازم توفرها في المستثمر الأجنبي وقت التجديد، و عليه فإن التجديد سواء كان صريحاً أو ضمناً يتم بإيجاب و قبول طرفي العقد و يؤدي إلى إنقضاء عقد تأمين الاستثمار الأجنبي القديم و ينشئ عقد جديد يحل محله

المطلب الثاني : نهاية عقد تأمين الاستثمار الأجنبي الغير العادية

1 . أحمد شرف الدين، أحكام التأمين، دراسة في القانون و القضاء المقارن، الطبعة الأولى، القاهرة، 1991، ص. 377.
2 . أنظر المادة (14) من عقد تأمين معدات المقاولات.

على الرغم من أن عقد تأمين الاستثمار الأجنبي ينقضي بانتهاء مدته أو بتجديد العقد إلا أن هناك نماذج أخرى مختلفة تؤدي الى نهاية العقد و انقضائه سوف نتطرق اليها في هذا المطلب حسب التقسيم الاتي :

الفرع الأول : فسخ عقد تأمين الاستثمار الأجنبي

إن عقد تأمين الاستثمار لأجنبي كما بينا سابقا من العقود الملزمة للجانبين، فهو ينشئ التزامات متقابلة على عاتق كل من المستثمر الأجنبي و هيئة الضمان الدولية¹، كما ينشئ العقد في الوقت ذاته ارتباطا في تنفيذ هذه الالتزامات المتقابلة و أن إخلال أحد أطراف العقد في تنفيذ الالتزامات المترتبة عليه يسمح للطرف بالامتناع من جانبه عن تنفيذ التزاماته و قد يؤدي إلى طلب فسخ العقد و من ثم انقضائه.

و إذا كان أثر الفسخ يتمثل في إعادة الحال إلى ما كان عليه قبل التعاقد، بيد أنه يرد على هذا الأصل استثناء هام بالنسبة للعقود المستمرة التي من شأنها انشاء التزامات متجددة أو ممتدة كعقد تأمين الاستثمار الأجنبي، فالفسخ في هذا العقد لا يرتب أثرا رجعيا و إنما يقتصر أثره على مستقبل الالتزامات التي لم تنفذ، بسبب اصطدام الأثر الرجعي للفسخ بعقبة المدة التي تعد من عناصر محل العقد و انقضاء الزمن لا سبيل إلى رده و هكذا ينصرف الفسخ في مثل هذا العقد إلى مستقبله، تاركا ما تم في ماضيه لأطراف العقد ليطالب من تضرر بالتعويض إن كان له مقتضى و رغب بذلك .

و يجوز أن يقع الفسخ طبقا للقواعد العامة إما بتدخل القضاء، أو عن طريق الاتفاق بناء على شرط فاسخ مقترن بالعقد، أو بقوة القانون إذا استحال على أحد المتعاقدين أو كليهما تنفيذ الالتزام الذي تقرر بموجبه العقد بسبب أجنبي أو قوة قاهرة².

و يشترط لإمكان طلب الفسخ في هذا العقد توافر الشروط التي حددتها القواعد العامة للعقد و التي تتمثل في أن يكون العقد ملزما للجانبين، فهذا النوع من العقود فقط ينشأ التزامات متقابلة على عاتق كل طرفي العقد، أو إخلال أحد المتعاقدين كما سبق أو بينا هو الذي يبرر طلب الفسخ و لا يتصور الفسخ بالعقود الملزمة لجانب واحد، أما الشرط الثاني فيتحقق بعدم قيام أحد المتعاقدين بتنفيذ التزامه، فعدم التنفيذ هو الذي يبرر فسخ العقد ويجعله أمرا مقبولا، إذ أن ما يخالف طبيعة العقود الملزمة للجانبين أن لا ينفذ أحد العاقدين ما يجب عليه في العقد مع بقاء الآخر ملزما بالتنفيذ، و أخيرا

1. هشام خالد ،عقد ضمان الاستثمار القانون الواجب التطبيق عليه وتسوية المنازعات الي قد تثار بشأنه، المرجع السابق، ص 291

2. هشام خالد ،عقد ضمان الاستثمار القانون الواجب التطبيق عليه وتسوية المنازعات الي قد تثار بشأنه، المرجع السابق، ص 292

يشترط استعداد المتعاقد الآخر لتنفيذ التزاماته الناشئة عن العقد و قدرته على إعادة الحال إلى ما كانت عليه قبل العقد¹.

و تتشابه أحكام الفسخ من حيث شروطه و آثاره في التشريعات الوطنية المختلفة، غير أن هذه الأحكام تختلف في بعض الأحيان عن أحكام الفسخ الواردة في اتفاقيات الضمان الدولية و النماذج المتنوعة لعقد تأمين الاستثمار الأجنبي.

و بالرجوع إلى اتفاقيات الضمان الدولية أنها جعلت لهيأة الضمان الدولية لوحدها بوصفها الطرف المؤمن في هذا العقد الحق في فسخ العقد إذا تخلف المستثمر الأجنبي عن تنفيذ التزاماته و هذا المعنى يفهم من نص المادة (17) من اتفاقية المؤسسات العربية التي جاء فيها ((تتضمن عقود التأمين ما يجيز للمؤسسة تعديل العقد أو نسخة أو اتخاذ أي إجراء مناسب آخر))، و منه يتضح لنا أن فسخ العقد في إطار عقد تأمين الاستثمار الأجنبي حق يتقرر لجانب المؤمن وحده أما المؤمن له الذي يتمثل بالمستثمر الأجنبي فلا حق له في فسخ العقد.

حيث تختلف نماذج هذا العقد من حيث تدرج شروط الفسخ الذي تتضمنه تبعاً لهيأة الضمان الدولية التي تبرم العقد، فمن الملاحظ في هذا الصدد أن شروط الفسخ الواردة في جميع نماذج عقد تأمين الاستثمار التي تبرمها المؤسسة العربية يذهب إلى اعتبار العقد مفسوخاً من تلقاء نفسه من دون الحاجة إلى حكم أو إنذار، فمثلاً نصت المادة (27) من عقد تأمين الاستثمار المباشر على أنه ((إخلال المؤمن له بأي التزام من الالتزامات التي تقع على عاتقه يجعل العقد مفسوخاً من تلقاء نفسه و دون الحاجة إلى إنذار أو حكم))²، و مثل هكذا شروط و طبقاً للقواعد العامة للفسخ يعفي المؤمن من إنذار المؤمن له كما أنه يغني عن الحصول على الحكم بالفسخ و هو أقصى ما يمكن الوصول إليه في هذا المجال و هو ما لا نجد له نظير في شرط الوارد في عقود التأمين التي تبرمها الوكالة الدولية و الذي يجعل العقد مفسوخاً فقط إذ لم يقم المؤمن له بتنفيذ التزامه³.

و بذلك فإن شرط الفسخ الوارد في العقد موضوع الدراسة استبد بتحديد قوته للطرف المؤمن في العقد خلافاً للقواعد العامة في الفسخ التي أنطقت هذه المسألة لمحض اتفاق المتعاقدين.

كما تمنح الوكالة الدولية المؤمن له مهلة معينة بعد الإنذار من أجل تنفيذ التزامه و قبل فسخ العقد، حتى إذا انتهت هذه المهلة من دون معالجة الإخلال الذي وقع يفسخ العقد عندئذ، و لعل ما يؤيد ذلك نص المادة (280) و التي جاء فيها ((إذا لم يقم الطرف المؤمن له في العقد بأداء إسقاط التأمين عند ميعاد الاستحقاق، جاز للمؤمن أن يفسخ العقد بعد بمرور (30) يوماً من إنذار المؤمن له

1. أنظر: عبد المجيد الحكيم، أحكام الالتزام، ج 2، ط 2، جامعة بغداد، 1967، ص 423.
2. أنظر: المادة (79) من عقد تأمين معدات المقاولات و المادة (47) من عقد تأمين القرض.
3. عبدالمجيد الحكيم، الموجز، المرجع السابق، ج 2، ص 122.

بالفسخ)). كما تعد هذه المدة معقولة حيث يمكن للمستثمر الأجنبي بتصحيح الخلل الذي نشأ، كما أن انقضاء هذه المدة يكون دليلاً على استحالة التوصل إلى اتفاق بشأن هذا الاخلال مما يجعل الفسخ مبرراً من جانب الوكالة.

كما أجاز لهيئة الضمان الدولية بفسخ العقد لتوفر أحد الأسباب :

- إذا تخلف بعد إبرام العقد شرط الجنسية المنصوص عليه في اتفاقيات الضمان الدولية و التي يجب توافرها في المستثمر الأجنبي من تاريخ إبرام العقد و حتى مطالبته بالتعويض عند تحقق الخطر المنصوص عليه في العقد¹

- تقديم المؤمن له بيانات أو معلومات غير صحيحة أو الامتناع عن تقديمها أو عن تصحيح معلومات خاطئة سبق له أن قدمها بناء على طلب هيئة الضمان الدولية .

- عدم قيام المؤمن له بسداد أقساط التأمين في مواعيد استحقاقها المنصوص عليها في العقد .

- إذا توقف المؤمن له عن ممارسة نشاطه أو في حالة اشهار افلاسه أو في حالة ابرامه صلحا و اقيا من الإفلاس .

- إذا قام المؤمن له أو المشروع الاستثماري المستفيد من التأمين بحسب الأحوال بمخالفات جسيمة للقوانين و التعليمات المطبقة في الدولة المضيفة للاستثمار أو كان يمارس عملية غسل الأموال المتعلقة بالاستثمار .

- إذا كان المؤمن له أو مشروع الاستثمار المستفيد من التأمين بحسب الأحوال، يقوم بممارسات فساد أو احتيال أو غش أو سخرية تتعلق بالاستثمار المؤمن عليه .

الفرع الثاني : تحقق الخطر المضمون و أداء التعويض

إذا تحقق هذا الخطر المؤمن منه فإنه يقع على عاتق المؤمن له (المستثمر) لزوماً، إبلاغ وإشعار المؤمن عنه وقف و تحقق هذا الخطر المؤمن منه و ذلك خلال مدة شهر(30) يوماً من تاريخ تحققه و يجب أن يتضمن الأخطار جميع المعلومات اللازمة لتحديد قيمة الخسائر مدعمة بالأدلة المثبتة لذلك و أنه عند تحقق الخطر المضمون ((يجب على المؤمن أن يبذل الجهد المعقول في حدوث الخطر، و لحماية ممتلكاته وأن يبادر إلى اتخاذ التدابير التحفظية العاجلة للمحافظة على حقوقه، وأن يمتنع عن

1 . انظر: المادة (81) من عقد تأمين معدات المقاولات والمادة (4) من عقد تأمين الاستثمار المباشر وكذلك المادة (3) من عقد تأمين القرض.

القيام بأي عمل إستفزازي أو عدائي ضد السلطة العامة في الدولة المضيفة للاستثمار)¹. و هذا حتى يتسنى للوكالة بدفع التعويض و القيام بالالتزام الملقى على عاتقها .

أولاً : شروط التعويض

رغم أن هذا التعويض لا نجد اتفاقيات الضمان الدولية تتضمن نصوصاً تفصيلية تبين الآليات و الشروط الواجب توافرها لاستحقاق التعويض الذي يلتزم المؤمن بأدائه، و إنما اكتفت هذه الاتفاقيات بالنص على أن تحدد هيئة الضمان الدولية بوصفها الطرف المؤمن تلك الشروط والآليات تبعاً لنموذج عقد التأمين الذي تبرمه² حيث نجد أن مختلف العقود التي تبرمها هيئة الضمان الدولية و المستثمر الأجنبي، يجب توفر شروط عامة مشتركة بين جميع مختلف صور هذه العقود، إلى جانب الشروط الخاصة التي تختلف باختلاف الصور التي تميزها كما يلي:

أ.الشروط العامة: لقد نصت النماذج التي تأتت بها عقود التأمين التي تبرمها المؤسسة العربية على سبيل المثال ما يلي:.

- أن تحقيق الخطر المنصوص عليه في العقد، غير أن مجرد وقوع الخطر لا يعنى إستحقاق المؤمن له لمبلغ التعويض بل لابد من حدوث الخطر على نحو يوجب مسؤولية المؤمن بأداء التعويض، و بعبارة أخرى لا يلتزم المؤمن بدفع التعويض إذا كان الخطر محل العقد قد تحقق أو اتخذ نتيجة خطأ المشروع المشمول بالتأمين.

و في هذا الصدد يرى جانب من الفقه بأن عدم التزام الهيئة بأداء التعويض في الحالة المذكورة ينسجم مع القواعد العامة للتعويض في عقد التأمين التجاري التي تشترط ألا يكون الخطر المؤمن منه متوقف على محض إرادة احد المتعاقدين، فلا يعقل أن تسال هيئة الضمان الدولية بوصفها الطرف المؤمن عن تحقق الخطر المؤمن منه إذا كان الخطر راجعاً في حدوثه الى خطأ المؤمن له³، و يعد

1 . نص المادة (35) من عقد تأمين معدات تأمين المقاولات و المادة (21) من عقد تأمين قرض.

2 . المادة (16) من اتفاقية الوكالة الولية.

3 . د. دريد السامرائي، المصدر السابق، ص 305.

من قبيل هذا الخطأ قيام المستثمر الأجنبي بعمل عدائي أو استفزازي ضد السلطة العامة في الدولة المضيفة للاستثمار إذا كان من شأنه أن يؤدي الى تحقق الخطر¹.

و فيما يتعلق بالخطر الذي ينشا عن خطأ المشروع المشمول بالتأمين، فيقرر ذلك الدكتور هشام صادق بقوله ((بأن عدم التزام هيئة الضمان الدولية بأداء التعويض في هذه الحالة يعد أمرا منطقيا لان خطأ المشروع المشمول بالتأمين هو خطأ مفترض في جانب المستثمر، و ذلك فيما لو كان الأخير مساهما في ملكية هذا المشروع على النحو الذي تخوله الرقابة في إدارته))².

- أن تكون الاضرار المطلوب التعويض عنها ترتبت مباشرة عن الخطر المنصوص عليه في العقد، و بمفهوم المخالفة نستنتج من النص المتقدم بأن هيئة الضمان الدولية لا تلتزم بأداء التعويض للمؤمن له عن الضرر الذي أصابه كنتيجة غير مباشرة لتحقيق الخطر محل العقد، و مثال ذلك أن الضرر الناشئ عن القيود التي تفرضها الدولة المضيفة للاستثمار على تحويل العملة يعد من قبيل الضرر غير المباشر إذا كانت هذه القيود من قبيل الإجراءات العادية التي تمارسها الدولة بهدف تنظيمها للنشاط الاقتصادي في إقليمها من دون أن تتطوي هذه الإجراءات على أي تمييز ضد المستثمر الأجنبي، و بالتالي لا يلتزم المؤمن بأداء التعويض له³.

- أن يكون المؤمن له قد أوفى بجميع الالتزامات التي يقتضيها العقد بالإدلاء بالبيانات المؤثرة في العقد، و دفع أقساط التأمين و اشعار المؤمن بتحقيق الخطر المؤمن منه، فضلا عن ذلك أنه يجب ألا يكون المؤمن له قد أهمل في اتخاذ الإجراءات و الإحتياطات المعقولة لتلافي الخطر و الاضرار المطلوب التعويض عنها أو أهمل في المحافظة على حقوقه في مواجهة الدولة المضيفة للاستثمار أو الغير⁴.

أ- الشروط الخاصة : إن توفر الشروط العامة المتقدمة لا يعطي للمؤمن له الحق في استيفاء التعويض ما لم يتم التأكد من تحقق الشروط الخاصة أيضا، و هذه الشروط تختلف تبعا لنوع الاستثمار و نوع الخطر المؤمن منه.

و يعد من قبيل الشروط الخاصة بالتعويض ما جاء في نصوص عقد تأمين الاستثمار المباشر الذي تبرمه المؤسسة و التي اشترطت للتعويض عن الخطر السياسي ضرورة ((أن يترتب الاجراء الذي اتخذه السلطة العامة في الدولة المضيفة للاستثمار حرمان الطرف المؤمن له من حقوقه الجوهرية على استثماره لفترة (6) ستة أشهر ما لم تكفي المؤسسة بمحض ارادتها التقديرية بمدة

¹ . انظر: المادة (5/6) من عقد تأمين الاستثمار المباشر الذي تبرمه المؤسسة العربية.

² . انظر مؤلفة النظام العربي، المصدر السابق، ص168، البند 38.

³ . انظر المادة (5/6) من عقد تأمين القرض.

⁴ . ناصر عثمان محمد، المصدر السابق، ص176.

أقل))¹، كما أوجبت على المؤمن له أن ((يقوم بتسليم الطرف المؤمن كافة المبالغ و الأموال أيا كان نوعها، و التي سبق له تسلمها بصفة مباشرة أو غير مباشرة من أي جهة أخرى عن الاضرار التي أصابته و التي يضمنها هذا العقد و التي تعذر عليه إخراجها من الدولة المضيفة للاستثمار))².

و يبدو أن الغاية من الشرط الأخير تتجسد لتفادي حصول المؤمن له على أكثر من تعويض عن الضرر الواقع نفسه و لأكثر من جهة واحدة و هذا ما لا يجوز كما سوف يتبين لنا عند تقدير التعويض.

أما فيما يتعلق بالشروط الخاصة بالتعويض عن الخطر الاقتصادي (القيود الواردة على صرف أو تحويل العملة)، فقد نص عقد تأمين الاستثمار المذكور في المادة (23) منه على وجوب انقضاء مدة شهرين من التاريخ.

- رفض السلطة العامة في الدولة المضيفة للاستثمار تحويل مستحقات المؤمن له من الاستثمار و عوائده التي دفعت له بالعملة المحلية، و ذلك من تاريخ الرفض أو تاريخ تسلمها للعملة المحلية أي التاريخين جاء لاحقاً.

- في حالة التأخير في الموافقة على طلب التحويل من قبل السلطة العامة المختصة في الدولة المضيفة، من تاريخ تقديم طلب التحويل المستوفي الشروط إلى تلك السلطة، أو من تاريخ تسلمها للعملة المحلية أي التاريخين جاء لاحقاً.

- تاريخ موافقة السلطة العامة في الدولة المضيفة للاستثمار على التحويل أو من تاريخ تسلمها للعملة المحلية أي التاريخين جاء لاحقاً، في حال تعذر على المؤمن له اجراء التحويل عن طريق مشروع بسعر صرف لا يقل عن 99% من سعر الصرف المعني يوم نشأة الخطر.

و ذهب بعض الفقهاء إلى القول بأن انقضاء المدة المذكورة في العقد ليست مدة ثابتة، بل من المتصور أن يطرأ عليها التغيير بحسب ما يتناسب مع ملابسات كل حالة و في ضوء المعلومات التي تتوافر لهيئة الضمان الدولية عن ظروف الاستثمار في هذا البلد أو ذاك³.

و بالإضافة إلى الشرط المتقدم يجب على المؤمن له أن يبذل الجهد المعقول لإجراء التحويل خلال الفترة السابقة على تحقق الخطر و أن يثبت أن العملة المراد تحويلها كانت تحت تصرفه في الدولة المضيفة للاستثمار إما نقداً أو ما هو بمثابة النقد كما يجب ألا يتأخر في اتخاذ إجراءات تحويل العملة مدة ستين يوماً من تاريخ تسلمها⁴.

1 . المادة (1/16) من نموذج العقد المذكور.

2 . المادة (33) من العقد المذكور.

3 . ناصر محمد عثمان، المرجع السابق، ص176.

4 . المادة (18/4) من العقد المذكور.

ثانياً: طلب التعويض

بعد تحقق الشروط العامة و الخاصة المنصوص عليها في العقد، يقوم المؤمن له بتقديم طلب التعويض للطرف المؤمن من الشروط العامة لاستحقاق التعويض، و يعتبر هذا الشرط جوهرياً.

و طلب التعويض هو الوسيلة التي يفصح من خلالها المستثمر الأجنبي عن رغبته في اقتضاء حقه بالتعويض بعد تحقق الخطر وفقاً للشروط الواردة في نصوص العقد، و يقدم هذا الطلب وفقاً للنموذج الخاص بذلك¹.

و قد نصت النماذج المتعددة لعقد تأمين الاستثمار الأجنبي على وجوب أن يشتمل طلب التعويض على القدر الكافي من المعلومات المناسبة لتقدير الضرر و تحديد التعويض، أو أية معلومات إضافية أخرى قد يطلبها المؤمن، و في هذا الصدد نصت المادة (7/5) من عقد تأمين الاستثمار المباشر الذي تبرمه المؤسسة على أنه يجب أن يشتمل هذا الطلب بالضرورة على ما يلي²:

1. نسخة من قائمة الجرد و حساب القيمة الفعلية للأضرار و الخسائر التي أصابت الأصول المادية للمشروع.

2. كل البيانات المتعلقة بالوقائع التي من شأنها أن تمنع المشروع المشمول بالتأمين من تشغيل أو تنفيذ العمليات الخاصة به سواء كان الأمر متعلقاً بالخسارة المؤقتة للدخل أو الخسارة الدائمة.

في حين أن عقد تأمين معدات المقاولات يشترط على المؤمن له أن يرفق بطلب التعويض بياناً مفصلاً عن المعدات التي أصابها الضرر و طبيعة و مدى هذا الضرر، و القيمة الفعلية للضرر، على أن يدعم ذلك بالأدلة الكافية، كما يلتزم بأن يقدم للمؤمن كافة المعلومات المتعلقة بالأمر الآتية:

أ. مصدر الضرر و وقت حصوله.

ب. عقود التأمين المبرمة مع أية جهة أخرى في شأن المعدات المشمولة بالتأمين.

ج. أي تعويض سبق للطرف المؤمن له استلامه مقابل الأضرار نفسها.

1. أنظر الموقع الشبكي للمؤسسة العربية لضمان الاستثمار.

2. أنظر المادة 7/5 من عقد تأمين الاستثمار المباشر، المرجع السابق.

كما ((يجب على المؤمن له أن يتقدم بطلب التعويض فور انقضاء المدة المحددة لتحقيق الخطر المنصوص عليه في العقد، و خلال فترة أقصاها 3 أشهر على الأكثر و إلا سقط حقه في التعويض))¹.

و يبدو أن الغاية المرجوة من القيد المتقدم (تقديم طلب التعويض خلال مدة معينة) كما أشار إليه بعض الفقهاء بأنه يهدف إلى الحيلولة دون تراخي المستثمر الأجنبي في التقدم بطلب التعويض إلى فترة طويلة قد يصعب معها على هيئة الضمان الدولية التيقن من سلامة الأدلة المقدمة أو الحفاظ على حقوقها قبل الدولة المضيفة للاستثمار أو الغير².

و يتعين على هيئة الضمان الدولية بوصفها الطرف المؤمن في العقد أن تثبت في طلب التعويض بصورة نهائية، و ذلك خلال المدة المنصوص عليها في العقد، و في هذا الصدد نصت المادة (1/19) من عقد تأمين الاستثمار المباشر التي جاء فيها ((تقوم المؤسسة بأخطار المؤمن له خطيا بقرارها بشأن استحقاق التعويض خلال 60 يوم عمل من تاريخ اكتمال الطلب))، بخلاف ما عليه الحال في عقد تأمين معدات المقاولات الذي تضمن وجوب قيام المؤمن بأخطار الطرف المؤمن له خلال فترة أقصاها 180 بشأن طلب التعويض³.

و بعد تقديم طلب التعويض لا يحق للمؤمن له سحب هذا الطلب إلا بعد موافقة المؤمن.

ثالثا: تقدير التعويض

يختلف تقدير التعويض الذي تلتزم هيئة الضمان الدولية بأدائه للمستثمر الأجنبي باختلاف نوع الاستثمار و الخطر المؤمن منه، ففي عقد تأمين الاستثمار المباشر الذي تبرمه المؤسسة العربية يتم تقدير التعويض طبقا لقيمة صافي الاستثمار أو المبلغ الجاري للتأمين خلال السنة العقدية التي تحقق فيها الخطر أيهما أقل⁴، بعد أن يتم ضرب تلك القيمة أو ذلك المبلغ بنسبة 85% في حالة ما إذا كان الخطر محل العقد هو الخطر السياسي أو الخطر الاجتماعي و بنسبة 90% في حالة تحقق الخطر الاقتصادي⁵.

أما بالنسبة للقيمة التي يتم على أساسها تقدير التعويض، فإن عقود التأمين التي تبرمها الوكالة الدولية لم تبين ذلك على وجه التحديد، و إنما اكتفت نصوصها بمعالجة أحكام التعويض بشكل مقتضب، في حين أن عقود تأمين الاستثمار التي تبرمها المؤسسة العربية توافقت في أغلبها على

1 . المادة (17) من عقد تأمين الاستثمار.

2 . هشام خالد، عقد ضمان الاستثمار، المصدر السابق، ص276.

3 . انظر المادة (45) من العقد المذكور.

4 . انظر المادة (1/48) من العقد المذكور.

5 . المادة 49 والمادة (3/50) من العقد المذكور.

اختيار القيمة الدفترية للاستثمار المشمول بالتأمين أو قيمة الجزء الذي وقع في شأنه الخطر المؤمن منه بوصفه معيار يتم على أساسه تقدير التعويض¹، في ذلك ما نصت عليه المادة (20) من عقد تأمين الاستثمار المباشر على أنه:

1. في حال تحقق خطر المصادرة و التأمين المنصوص عليها في العقد تحدد قيمة الأضرار التي تتخذ أساسا للتعويض على أساس القيمة الدفترية للاستثمار أو الجزء الذي وقع بشأنه الخطر المنصوص عليه في البند (ج) المتعلق بحرمان المؤمن له من السيطرة الفعلية على ما استلمه في الدولة المضيفة للاستثمار من أصل الاستثمار و عوائده، فتحدد قيمة الأضرار بقيمة تلك المبالغ و ذلك إذا كان المؤمن له هو المالك لكل رأس مال المشروع المستفيد المؤمن عليه، أما إذا كان المؤمن له مالكا لحصّة أو أسهم في المشروع المستفيد مؤمن عليها ، فتحدد الأضرار بحصة المبالغ التي لحقها الخطر و بما يعادل نسبة الحصة أو الأسهم المؤمن عليها إلى رأسمال المشروع المشمول بالتأمين.

2. أما في حالة تحقق خطر عدم التحويل يتم حساب التعويض على أساس قيمة النقد غير المحول و ذلك إذا كان المؤمن له المالك لكل رأس مال المشروع المؤمن عليه، أما إذا كان المؤمن له مالكا لحصّة أو لأسهم في المشروع المؤمن عليه حددت الأضرار بحصة من المبالغ التي لحقها الخطر، و بما يعادل نسبة الحصة أو الأسهم المؤمن عليه إلى رأسمال المشروع المؤمن عليه.

3. أما خطر الحرب والاضطرابات الأهلية، فيتم حساب التعويض على أساس حصة المؤمن له المشمول بالتأمين إلى مجموع ما يملكه في المشروع المشمول بالتأمين².

أما بالنسبة لوقت تقدير التعويض، فإن الإحاطة بهذا الأمر تتطلب التفرقة بين وقت تقدير التعويض عن الضرر الناشئ عند تحقق الخطر و بين وقت، دفع التعويض، فالأول يمثل الوحدة الزمنية التي يتم على أساسها تقدير قيمة الضرر المتحقق الذي أصاب الاستثمار المؤمن عليه نتيجة تحقق الخطر، أما وقت دفع التعويض، فيقصد به الفترة الزمنية التي يجب فيها على المؤمن دفع التعويض المستحق الأداء³.

1 . هشام خالد، عقد ضمان الاستثمار، المصدر السابق، ص280.

2 . تختلف القيمة الدفترية للمشروع الاستثماري عن قيمته السوقية فالأولى تطلق ويراد بها قيمة أصول المشروع حسبما هي مثبتة في دفاتره الحسابية فالأصول الثابتة تفيد في دفاتر المشروع بسعر التكلفة أو بسعر السوق أخذاً اقل السعيرين منهما، وتعني أيضا القيمة الصافية للمشروع أي المبلغ الذي تزيد قيمة أصوله والتزاماته، فالقيمة الدفترية لسهم المشروع هي القيمة الصافية لأصوله مقسومة على عدد الأسهم الموزعة على المساهمين، انظر: موسوعة المصطلحات الإدارية والاجتماعية والاقتصادية والتجارية منشورة على شبكة الانترنت، الموقع الأتي: www.ency.refnet.gov.sy.

3. حمدي محمد مصطفى، تعويض المشروع الاستثماري الأجنبي المتضرر كأحد الضمانات القانونية في قوانين الاستثمار العربية، بحث مقيم إلى مؤتمر الاستثمار بين التشريعات الوطنية والاتفاقيات الدولية وأثره في التنمية الاقتصادية المنعقد في جامعة الامارات العربية المتحدة، 2011، منشورات المؤتمر، الجزء الثاني، ص828.

و في هذا الصدد لم نلاحظ تباينا بين نماذج عقود التأمين التي تبرمها المؤسسة العربية عن تلك العقود التي تبرمها الوكالة الدولية، فجميع نماذج هذا العقد و أن اهتمت بتحديد الوقت الذي يجب فيه دفع التعويض، إلا أنها لم تكن بدأ مسيرته في تحديد الوقت الذي يجب فيه تقدير التعويض، فمثلا تحدد المادة (1/23) من عقد تأمين الاستثمار المباشر الذي تبرمه المؤسسة وقت دفع التعويض خلال شهر واحد من تاريخ إتمام المؤمن له للإجراءات المنصوص عليها في العقد، لكنها في الوقت نفسه لم تضع مدة زمنية معينة للفترة التي يجب فيها تقدير التعويض، و قد سار على المسلك ذاته نموذج عقد تأمين المساهمة في رأس المال الذي تبرمه الوكالة الدولية و الذي اكتفى بالنص على وجوب قيام الوكالة الدولية بوصفها الطرف المؤمن في العقد بدفع التعويض عن الخسارة المتحققة مدة (30) يوما تبدأ من تاريخ إعلان الوكالة عن مسؤوليتها عن دفع التعويض من دون بيان الوقت الذي يجنب فيه تقدير التعويض، و يعد المسلك المذكور اتجاه غير محبذ لأن من شأنه المساس بحقوق الطرف المؤمن له على التعويض المستحق له .

كما يختلف مقدار الحد الأقصى للتعويض الذي تلتزم هيئة الضمان الدولية بأدائه للمستثمر الأجنبي باختلاف نوع الاستثمار المشمول بالتأمين، ففي عقد تأمين الاستثمار المباشر بحسب الحد الأقصى للتعويض بالنسبة للمخاطر المغطاة على أساس 90% من الحد الجاري للتأمين أو قيمة الأضرار المتخذة أي القيمتين أقل و يكون على المؤمن له تحمل نسبة 10% و التي لا يجوز أن يؤمن عليها لدى أي جبهة أخرى أو يحيلها إليها¹.

إن هيئة الضمان الدولية لا تلتزم بدفع المبلغ المتفق عليه لمجرد تحقق الخطر محل العقد، و إنما تغطيه للخسارة الناجمة عنه و في حدود تلك الخسارة ألا يتجاوز المبلغ المتفق عليه²، و يعني ذلك أن التزام الهيئة وكما رأينا سابقا يخضع لمبدأ التعويض بما يقتضيه من عدم زيادة مبلغ التعويض المدفوع عن الضرر الفعلي، حيث لا يجوز أن يكون المستثمر بعد تحقق الخطر في مركز أفضل مما كان عليه قبل تحققه، و من هنا لا يجوز للمؤمن له أن يتقاضى من الهيئة عند تحقق الخطر تعويضا اكبر من المبلغ المتفق عليه أو من قيمة الضرر الذي لحقه، و ذلك حتى لا يكون التأمين وسيلة إثراء غير مشروعة للمستثمر الأجنبي، و في هذا الشأن نصت المادة (4/20) من اتفاقية المؤسسة العربية التي جاء فيها ((لا يجوز أن يزيد التعويض المدفوع للمؤمن له على قيمة الخسارة التي لحقت به نتيجة لتحقق الخطر المؤمن ضده أو مبلغ التأمين المتفق عليه في عقد التأمين، أيهما أقل))

لقد عالجت عقود تأمين الاستثمار التي تبرمها المؤسسة إذا كان الخطر المتحقق متمثل بالحرب والاضطرابات المدنية إذ أشارت إلى أنه إذا كانت المؤسسة العربية قد قررت أن التعويض مستحق للمؤمن له

1 . يقصد بالحد الأدنى للتأمين أو القيمة القصوى التي يحددها العقد و يكون للمؤمن له الحق في طلب تغطيتها خلال مدة سريان العقد، و يتحدد عند إبرام العقد، و يجوز زيادته أو تخفيضه خلال السنوات العقدية اللاحقة وذلك وفقا للأحكام المنصوص عليها في العقد، انظر المادة (9/15) من عقد تأمين قرض.

2 . محمود السامرائي، المرجع السابق، ص 295.

فيما يتعلق بالخسارة الناتجة عن تحقق الخطر المتعلق بالحرب و الاضطرابات المدنية، إلا أن الظروف السائدة في الدولة المضيفة للاستثمار تحول دون تحديد مبلغ التعويض، فعندئذ يجوز لها أن تؤدي للمؤمن له تعويضا مؤقتا يتم تقديره في ضوء المعلومات المتاحة لها وقتئذ، شرط ألا يتجاوز هذا التعويض في جميع الأحوال عن 50% من قيمة المبلغ الجاري التأمين، و ذلك وفقا للشروط المنصوص عليها في العقد¹.

إن قيام هيئة الضمان الدولية بتعويض المستثمر الأجنبي أو الموافقة على تعويضه يترتب عليه حلول الهيئة محل هذا المستثمر أو غيرها من المدنيين، حيث نصت المادة (1/18) من اتفاقية الوكالة على أنه ((تحل الوكالة محل المؤمن له الذي تعوضه أو توافق على تعويضه فيما كان له من حقوق أو مطالبات تتعلق باستثماره في مواجهة الدول المضيفة للاستثمار وغيرها من المدنيين))².

المبحث الثاني: القانون الواجب التطبيق على عقد تأمين الاستثمار الأجنبي و طرق تسوية المنازعات

يمثل تحديد القانون الواجب التطبيق مسألة هامة في عقد تأمين الاستثمار الأجنبي، إذا استمد صحة هذا العقد منه و كذا التزامات و حقوق الأطراف و يعد تحديد القانون الواجب التطبيق مسألة مبدئية لازمة للفصل في المنازعات سواء بالوسائل الودية أو القضائية، و نظرا للطبيعة الخاصة التي تميز هذا العقد كونه يبرم بين هيئات ضمان دولية و مستثمر أجنبي و قد تنشأ الخلافات في تنفيذ أو تفسير بعض التزامات طرفي العقد مما يستلزم وجود وسائل و طرق محايدة و فعالة لحل و تسوية الخلافات و المنازعات التي قد تنشأ بين طرفي العقد.

فارتأينا تخصيص هذا المبحث و تقسيمه إلى مطلبين :

الأول نتناول فيه القانون الواجب التطبيق و الثاني لدراسة وسائل تسوية المنازعات التي تثار بشأنه.

المطلب الأول : القانون الواجب التطبيق على عقد تأمين الاستثمار

إتخذ فقهاء القانون الدولي المعاصر نظريات في تحديد القانون الواجب التطبيق على عقد تأمين الاستثمار الأجنبي، فالأول يخضع إلى قوانين وطنية من خلال قواعد الاسناد الوطنية و الثانية تبرز وجود قواعد مادية دولية تحكم هذا العقد حيث تفصل بينها و بين القوانين الوطنية ذات استقلالية في

1 . انظر المادة (57) من عقد تأمين معدات المقاولات، و المادة (3/20) من عقد تأمين الاستثمار المباشر.

2. أنظر المادة 1/18 من اتفاقية الوكالة الدولية لضمان الاستثمار، المرجع السابق.

مصادرها و نطاق تطبيقها حيث سنرى ذلك من خلال دراستنا فقنما بتقسيم هذا المطلب إلى فرعين، الأول نعالج فيه القوانين الوطنية، و الثاني نبين فيه القواعد المادية الدولية.

الفرع الأول: القانون الواجب التطبيق في ضوء قواعد الاسناد الوطنية

يخضع العقد لقانون الإرادة كما أكدت كلية كافة التشريعات على أن الإرادة هي أهم قواعد الاسناد الوطنية و أكثرها شيوعا و استقرارا في ميدان العقود الدولية و قد أدرج القضاء الداخلي والدولي و قضاء التحكيم التجاري الدولي على تطبيقها.

و تكون هذه الإرادة باتفاق طرفي العقد على اختيار هذا القانون أو بدون اتفاق و هو ما سوف نتطرق إليه دراستنا.

أولا : اختيار المتعاقدين للقانون الواجب التطبيق

إن اختيار المتعاقدين للقانون الواجب التطبيق على العقد الدولي إما أن يكون اختيارا صريحا أو اختيارا ضمنيا، و يكون الاختيار صريحا إذا حدد القانون الواجب التطبيق بموجب شرط صريح يدرج في بنود عقد تأمين الاستثمار الأجنبي أو بمقتضى اتفاق مستقل عنه¹.

يكون القانون المختار ذا صلة بالعقد مقرررا في ذلك بأن فقه القانون الدولي الخاص يشترط وجود هذه الصلة قولا منه بأن هذا الاختيار لا يكون مشروعا إلا بوجود صلة بين الدولة التي تم اختيار قانونها و بين بقية عناصر العقد، فمثل هذه الصلة هي التي تنفي نية الغش لدى التعاقد².

و هذا بمنح إرادة المتعاقدين الحق في اختيار القانون الواجب التطبيق على العقد انما يكون بمقتضى قواعد تنازع القوانين في دولة القاضي³، و على حد تعبير الفقيه الفرنسي باتي فول "أن الإرادة ما هي إلا ضابط إسناد يقتصر دورها على التركيز الموضوعي للعقد في إطار نظام قانوني يرتبط به في ضوء مقتضيات التعاقد و ظروفه و مناسباته"⁴

¹ انظر: إبراهيم أحمد إبراهيم، القانون الدولي الخاص المرجع السابق، ص 351.

² . انظر: محمود محمد ياقوت. حرية المتعاقدين في اختيار قانون العقد الدولي بين النظرية والتطبيق. منشأة المعارف، الإسكندرية , 2000 ص 94، و حفيظة السيد حداد، العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية (تحديد ماهيتها والنظام القانوني لها)، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2001، ص 416-417.

³ . هشام علي صادق و حفيظة السيد حداد، القانون الدولي الخاص، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 1999، ص 353.

⁴ . هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، الطبعة الثانية دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2001، ص 513.

و يترتب على ذلك أنه إذا تبين للمحكم أن القانون الذي اختارته إرادة المتعاقدين لا صلة له بالعقد فقد أصبح من حق القاضي أن يصحح هذا الاختيار و يطبق القانون الأوثق صلة بالعقد والذي غفلت إرادة الأطراف عنه¹.

حيث يرى أصحاب الدراسة الشخصية بأنه ليس من حق المحكم تغيير القانون المختار بدعوى أنه يفتقد الصلة المزعومة بينه وبين العقد، لأن ذلك يخل بتوقعات الأطراف و مصالحهم التي يسعى القانون الدولي الخاص إلى حمايتها²، معللاً ذلك بأن حرية المتعاقدين في اختيار القانون الواجب التطبيق على العقد تستند إلى مطلق سلطان الإرادة، فإرادة الفرد عندهم تسمو على القانون الذي يقوم الأطراف باختياره، لذا يبدو طبيعياً عدم اشتراطهم وجود صلة بين العقد و القانون الذي يقوم الأطراف باختياره³.

بالرغم من تخويل المتعاقدين الحق في اختيار القانون الواجب التطبيق على العقد، إلا أنه ينبغي الانتباه بأن السماح للمتعاقدین باستخدام حقهم بالاختيار يجب أن يكون في حدود أهداف المشرع بمقتضى قاعدة التنازع التي أعطت للأفراد الحق في تعيين القانون الواجب من بين القوانين التي تتصل بالعقد بنحو أو بآخر.

و في إطار عقد تأمين الاستثمار الأجنبي فإننا نؤكد على أهمية أن يقوم الأطراف بالاختيار الصريح لقانون العقد تجنباً لما يمكن أن يثيره غياب هذا الاختيار من مشاكل، و أن يكون هذا القانون ذا صلة بالعقد إلا أن قاعدة خضوع العقد لقانون الإرادة تطرح التساؤل عن الوقت الذي يمكن فيه للمتعاقدین اختيار القانون الواجب التطبيق عليه؟ و بعبارة أخرى هل يلزم أن يتم هذا الاختيار عند التعاقد أم يمكن أن يتم في مرحلة لاحقة على التعاقد؟ الأصل أن يقوم الأطراف عند إبرام عقد هم باختيار القانون الواجب التطبيق عليه -سواء في صلب العقد الأصلي أو في اتفاق لاحق و هو ما ذهب إليه الفقه التقليدي⁴.

بالمقابل يذهب غالبية الفقه إلى تخويل المتعاقدين الحق في الاختيار اللاحق لقانون العقد، فليس هناك ما يمنع من تحديد قانون العقد بعد إبرامه في اتفاق مستقل، و حتى في مرحلة متأخرة و عند طرح النزاع القائم بينهم أمام المحكمة و قبل الفصل في النزاع، و لو كان الاتفاق المذكور يتضمن تعديلاً لاتفاق سابق شرط رعاية حقوق الغير⁵.

1 . حفيظة السيد حداد، المرجع السابق، ص 417.

2 . للتوسع في هذه الانتقادات انظر: احمد عبد الكريم سلامه، علم قاعدة التنازع والاختيار بين الشرائع أصولاً ومنهجاً، الطبعة الأولى، مكتبة الجلاء الجديد، القاهرة، ص 120.

3 . عكاشة محمد عبد العالي، قانون العمليات المصرفية الدولية (دراسة في القانون الواجب التطبيق على عمليات البنوك ذات الطبيعة الدولية)، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1964، ص 402.

4 . هشام محمود عبد العال، المصدر السابق، ص 107، ود. حفيظة السيد حداد، المصدر السابق، ص 424.

5 . بشار محمد الأسعد، عقود الدولة في القانون الدولي، الطبعة الثانية، منشورات زين الحقوقية، بيروت، 2011، ص 141 – 142.

و عليه فإنه ما دام اختيار المتعاقدين للقانون الواجب التطبيق هو مهمة الأطراف بالدرجة الأساس، فإنه يتعين الإقرار بحقهم في الاختيار اللاحق لهذا القانون. كما يرى غالبية الفقهاء انه في غياب الإرادة الصريحة يتعين على المحكم في حالة تخلف الاختيار الصريح القانون العقد البحث عن الاختيار الضمني للمتعاقدين في تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد¹ و يستعين المحكم لمعرفة ذلك بقرائن تعينه للكشف عن هذه الإرادة وذلك بوصفها إرادة حقيقة تنبئ عن ميل واضح - وإن كان كامنا- إلى اختيار قانون معين للعقد، دون الاقتصار على عنصر دون آخر، ثم الترجيح بين هذه العناصر للوصول إلى أكثرها أهمية في نظر المتعاقدين، لاسيما لو أمكن الجمع بين أكثر من عنصر للتأكد من الوصول إلى قصد المتعاقدين.

و يمكن القول بوجود عدد من المؤشرات العامة التي اتفق الفقه و قضاء التحكيم على الأخذ بها في هذا الصدد، و لعل من أهمها اتفاق المتعاقدين على اختيار المحكمة المختصة أو وجود شرط للتحكيم في دولة معينة كمكان للتحكيم و إبرام العقد بلغة معينة، كذلك الإشارة لنصوص قانون معين أو الاصطلاحات المقررة في هذا القانون².

أما عقد تأمين الاستثمار الأجنبي و هو غالبا ما يتصل بعقد آخر سابق له هو عقد الاستثمار، فأنا نعتقد أن بوسع المحكم المطروح عليه النزاع أن يعتبر اختيار المتعاقدين الصريح للقانون الواجب التطبيق على عقد الاستثمار من قبل الاختيار الضمني للقانون الواجب التطبيق على عقد تأمين الاستثمار الأجنبي، شرط ألا يتعارض ذلك مع نصوص العقد أو ظروف التعاقد.

نلخص إلى أن الاختيار الضمني بمجرد الاستدلال عليه بقرائن مؤكدة يتمتع بنفس سلطة الاختيار الصريح فيوجب الاحتكام بموجبه للقانون الذي وقع عليه هذا الاختيار.

ثانيا: عدم اختيار المتعاقدين للقانون الواجب التطبيق

لقد استقر فقه القانون الدولي الخاص المعاصر على أن غياب الإرادة الصريحة للقانون الواجب التطبيق على العقد، فإنه لا يجوز للمحكم البحث عما يسمى بالإرادة المفترضة للأطراف³، ذلك أن إرادة المتعاقدين في اختيار قانون العقد إما أن تكون صريحة أو ضمنية، أما الإرادة المفترضة فهي مجرد وهم أو مجاز و الاستناد إليها عند غياب الاختبار هو استناد منتقد لأن الإرادة إما أن توجد أو لا توجد، فهي تصور مجازي يتنافى مع الإرادة الحقيقية للمتعاقدين⁴.

1. أنتقد جانب من الفقه النظر المذكور للتوسع في هذه الانتقادات انظر: إبراهيم أحمد إبراهيم، المصدر السابق، ص 351، و هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق، المرجع السابق، ص 418 وما بعدها. وكذلك عوني محمد فخري، التنظيم القانوني للشركات متعددة الجنسية والعولمة، بيت الحكمة، بغداد، 2002 ص 194.

2. احمد عبد الرزاق خليفة السعيدان، القانون والسيادة وامتيازات النفط مقارنة بالشرعية الإسلامية الطبعة الثالثة، مركز دراسات الوحدة العربية، بيروت، 2009، ص 194.

1. أنظر: حفيظة السيد حداد، المرجع السابق، ص 427.

2. محمود محمد ياقوت. المرجع السابق، ص 77-78، هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق، المرجع السابق، ص 533.

فيما مضى كان سكوت الإرادة عن الاختيار يسار إلى افتراضات معينة، و لا سيما تلك التي تميل إلى الأخذ بمكان الانعقاد أو مكان التنفيذ، و ذلك لتحديد القانون الواجب التطبيق على النزاع المعروف، و لكن هذه الافتراضات تعد الآن مرفوضة و غير رائجة، إذ لم تعد تعطى الأولوية لأي عامل بمفرده بصفته عاملا حاسما، بل ان ما يجري عليه العمل الآن و عندما تكون هناك ظروف متنوعة للنظر فيها عند تحديد القانون على النزاع هو عد هذه الافتراضات السابقة مجرد عوامل تأخذها هيئة التحكيم بعين الاعتبار مع ما تأخذ من ظروف أخرى للقضية¹.

و على هذا فإنه يتعين على المحكم و عند البحث عن القانون الواجب التطبيق على العقد أن يجتهد التحديد هذا القانون، إلا أنه يمكن في الواقع التمييز بين عدة اتجاهات في إسناد العقد للقانون الواجب التطبيق.

فظهر اتجاه يترك المجال واسعة لاجتهاد و تقدير المحكم، حيث يقوم هذا الاتجاه بتركيز العقد في القانون الأوثق صلة به في ظل ظروف التعاقد و ملابساته و يطلق على هذا الاتجاه بالتركيز الموضوعي للعقد.

و يرى جانب من الفقه بأن تركيز العقد يعني اختيار مقره استنادا لما يحيط به من أحداث خارجية، ثم اختيار أحد هذه الأحداث و ترجيحه على باقي الأحداث الأخرى و اعتبار أن محل وقوع هذا الحدث هو مقر العقد².

وبذلك يقوم المحكم وفقاً لهذا المنهج بالبحث في كل حالة على حدة عن أقرب القوانين صلة بالعقد والذي يعبر عن مركز الثقل في الرابطة العقدية كما تشير به ظروف التعاقد و ملابساته، و معنى ذلك أن التركيز الموضوعي للعقد لا يمارسه المشرع، و إنما يقوم به المحكم، حيث يحدد القانون الواجب التطبيق من غير أن يحدد له المشرع موجهات معينة يسير على هداها، فهو يتمتع في ظل هذا المنهج بسلطة واسعة بالاعتماد على العناصر الشخصية و الموضوعية³ و إذا كان هذا الاتجاه يأخذ بالحسبان طبيعة كل عقد من العقود، بيد أنه قد يؤدي إلى انتقاد عنصر اليقين و المعرفة المسبقة، و هو ما يؤدي إلى الإخلال بتوقعات المتعاقدين، بالنظر لتوقف تحديد قانون العقد على ظروف و ملابسات التعاقد في كل حالة على حدة، و هو ما قد يختلط بالبحث عن إرادة المتعاقدين الضمنية في تطبيق هذا القانون أو ذاك فيلقي على التركيز الموضوعي في هذه الحالة طابعا شخصيا.

3. احمد عبد الرزاق السعيدان، المرجع السابق، ص 61 - 62.

2 . Dicey and Morris, The conflict of law, 8 TH. Ed. Stevens and sons, London, 1968, P.622.

2. بشار الأسعد، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، ماهيتها - القانون الواجب التطبيق عليها وسائل تسوية منازعاتها، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2006، ص 312.

كل هذا دفع ببعض التشريعات الحديثة و الاتفاقيات الدولية ذات الصلة إلى تبني نظرية الأداء المميز في إسناد العقد عند سكوت المتعاقدين تماما عن اختيار القانون الواجب التطبيق¹، و يعد إسناد العقد من خلال نظرية الأداء المميز من أحدث الاتجاهات في تحديد القانون الواجب التطبيق على العقود الدولية، إذ أنه الاتجاه الذي ظهرت فكرته أولا في الفقه و القضاء السويسري².

تقوم نظرية الأداء المميز على أساس تفريد معاملة العقود، و تعيين القانون الواجب التطبيق على كل طائفة من العقود ذات الطبيعة الواحدة، و ذلك من خلال تجزئة الإسناد بحيث يخص لكل طائفة من العقود ضابط الإسناد الذي يتماشى و طبيعتهما و المحدد سلفا من خلال قواعد التنازع³، و تعتمد هذه النظرية إلى تحليل موضوعي بحث للطبيعة الذاتية للعقد وصولا إلى تحديد الالتزام الرئيس أو الأداء المميز في العقد، و من ثم إسناد العقد في مجموعة إلى قانون محل التنفيذ المفترض لهذا الأداء أو الالتزام الرئيسي، و الذي يعد على هذا النحو مركز للرابطة العقدية في مجموعها⁴.

و قانون محل تنفيذ الأداء المميز بالعقد هو موطن الطرف المدين بهذا الأداء أو مركز ادارته الرئيس إن كان شخصا معنويا، فالعقد الذي يبرمه المحامي مع موكله الأجنبي يخضع على سبيل المثال لقانون الدولة التي يمارس فيها المحامي نشاطه، على اعتبار أن أداء المحامي في هذا العقد يعد أداء مميز على خلاف أداء الموكل (الأجر) الذي يعد أداء محايدا⁵.

و يتميز الإسناد وفقا لهذه النظرية بأنه إسناد مرن يصون توقعات الأفراد، حيث يكفل لهم العلم المسبق بالقانون الذي سيطبق على العقد المبرم بينهم، مما يؤدي إلى استقرار العلاقات التجارية الدولية فالإسناد هنا يقوم على قاعدة من قواعد تنازع القوانين يتحدد فيها معيار الإسناد على نحو واضح و مسبق من دون أن يترك للمحكم تحديد قانون العقد في ضوء ظروف التعاقد و ملابساته، و هو ما يتصور معه اختلاف القانون الواجب التطبيق من عقد لآخر رغم وحدة طبيعة كل من العقدين و انتمائها لطائفة واحدة من العقود.

1 . انظر المادة (117 / 2 و 1) من القانون الدولي الخاص السويدي و المادة (28) من القانون الدولي الخاص الألماني، وكذلك انظر: المادة (2/4) من اتفاقية روما لعام 1980 بشأن القانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية.

1. انظر بشأن ظهور هذا المعيار في الفقه و القضاء السويسري، د. هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق المصدر السابق، ص 581 وما بعدها.

3 . حفيظة السيد حداد. المرجع السابق، ص 429.
3. أحمد عبد الكريم سلامة، قانون العقد، المرجع السابق، ص 199.

4. تجدر الإشارة إلى إن العبرة في ترجيح قانون موطن المدين بالأداء المميز ترجع إلى وضوح هذا المسار و سهولة العلم به مسبقا بدلا من الاعتماد بمحل التنفيذ الفعلي والذي سيكون مجهولا عند التعاقد، فضلا عن أن الراجح هو تطابق محل التنفيذ الفعلي و محل التنفيذ المفترض في غالبية الأحوال، انظر في ذلك مفصلا د. هشام علي صادق، المرجع السابق، ص 589 – 590.

ومما سبق يتبين لنا بأن نظرية الأداء المميز تتسم بمراعاتها الطبيعة الذاتية للعقد الدولي، و هذا يجعلها من أقرب المناهج لحل مسألة تنازع القوانين في عقد تأمين الاستثمار الأجنبي، مع التأكيد من أن الأداء المميز في هذا العقد يجب النظر إليه في المكان الذي يحقق فيه الغاية المرجوة منه و ترتيب منافع بالنسبة للدولة المضيفة للاستثمار

الفرع الثاني: القانون الواجب التطبيق في ضوء القواعد المادية الدولية

لقد أيد الفقه الحديث اللجوء لمنهج القواعد المادية الدولية لتحديد القانون الواجب التطبيق على عقد تأمين الاستثمار الأجنبي رعاية الطبيعة الدولية لهذا العقد¹، و لذلك فهو يخضع هذا العقد للمبادئ العامة للقانون والمبادئ المعترف بها في القانون الدولي إلا أن هذا المسلك و إن كان متفق مع الاتجاهات الحديثة في إسناد العقود الدولية.

أولاً : العقد وفق المبادئ العامة للقانون

لقد تعددت اتجاهات المحددة للمبادئ العامة للقانون و اختلفت باختلاف الفلسفة القانونية التي يؤمن بها كل من يتصدى لبيان مدلول هذه المبادئ ، لذلك اختلف الفقه في إعطاء تعريف محدد لها.

فقد عرفها الفقيه الفرنسي ريبير بأنها ((تلك القواعد التي تبلغ من العمومية و الأهمية ما يجعلها أساساً للعديد من القواعد التفصيلية المتفرعة منها))²، و على النهج ذاته عرفها الدكتور مفيد شهاب بأنها ((القواعد العامة و الأساسية التي تهيمن على الأنظمة القانونية و التي تتفرع عنها قواعد أخرى تطبيقية تخرج إلى حيز التنفيذ في صورة العرف و التشريع))³، و يعاب كلا التعريفين المتقدمين أنهما يتضمنا خلطاً واضحاً بين القواعد القانونية و المبادئ العامة للقانون، هذا الخلط الذي حاول جانب من الباحثين أن يتلقاه عند تصديده لتحديد المقصود بالمبادئ العامة للقانون، إذ عرفها بأنها ((تلك المبادئ التي تعبر عن أصول أدبية فوقية يلتزمها التنظيم القانوني))⁴.

1 . يتناول الفقه القانوني تعريفات ذات مدلولات مختلفة بشأن القواعد المادية و ذلك بحسب الاتجاه الذي يتبناه هذا الفقيه أو ذاك إلا أن الفقه في راية الراجح يعرفها على أنها "تلك القواعد التي تضع حلولاً موضوعياً للعلاقات الخاصة الدولية تحديداً دون أن تختلط بالقواعد التي تحكم العلاقات الوطنية المطبقة من خلال منهج التنازع أو بتلك التي تتقرب لحماية المصالح الوطنية الحيوية بغض النظر عن طبيعة العلاقة محل التنظيم " للتوسع في تعريف القواعد المادية و مصادر هذه القواعد انظر بالتفصيل :أحمد مهدي صالح , القواعد المادية في العقود الدولية . رسالة ماجستير، كلية القانون - جامعة بغداد , 2004 , ص 8 وما بعدها.

2. Ripert (G), Les regles du droit civil applicable aux rapports international aux, (R.C.D.I),1933. P.569.

3. مفيد محمود شهاب، المبادئ العامة للقانون بوصفها مصدراً للقانون الدولي، بحث منشور في المجلة المصرية للقانون الدولي تصدر عن الجمعية المصرية للقانون الدولي، المجلد (23)، 1967، ص 1(3).

4. مصطفى محمد الجمال، و د. عكاشة عبد العال، التحكيم في العلاقات الخاصة والدولية، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت 1997، ص 794 .

وقد عرف الفقه المبادئ العامة للقانون بأنها ((تلك الركائز التي تؤسس أي نظام قانوني و تلقى قبولا من الكثير من النظم القانونية))¹.

و قد تزايدت أهمية المبادئ العامة للقانون في ميدان العقود الدولية، حيث كثر لجوء قضاء التحكيم إليها لاستخلاص الحلول المناسبة للمنازعات المتعلقة بتلك العقود، و ذلك أن اعمال قواعد الإسناد الوطنية يفضي في كثير من الحالات إلى نتائج لا تتفق و حاجات العقود الدولية الحديثة، فقاعدة الإسناد عادة ما تشير إلى تطبيق قانون وطني لا تتفق أحكامه مع متطلبات تلك العقود بسبب ما تنطوي عليه من تنوع و تركيب و تعقيد يجعلها تختلف عن العقود التجارية الداخلية².

كما أن انتشار التحكيم التجاري الدولي بوصفها أداة لتسوية منازعات التجارة الدولية، لما يتمتع به من بساطة الإجراءات و سرعة وحرية في اختيار القانون الواجب التطبيق، جعل من المبادئ العامة للقانون تشكل الأساس و المصدر للكثير من أحكام التحكيم، إذ يميل المحكمون عموما إلى تأسيس أحكامهم بطريقة مجردة على القواعد و النظريات الراسخة المتمثلة في المبادئ العامة للقانون، مما يضيف عليها صفة الموضوعية والعالمية و عدم التحيز³.

إن الاتفاقيات المنشئة لهيئات الضمان الدولية قد اعتمدت السوابق المعمول بها في الشركات الدولية،⁴ عندما أخضعت هذه الهيئات العقود التي تبرمها للمبادئ العامة المشتركة بين الدول الأعضاء في الهيئة. و إن كان ذلك على نحو متفاوت في الوضوح. حيث يبدو إن طريق اتفاقية المؤسسة العربية كان أكثر توفيقا في هذا المجال، إذ أنها نصت صراحة على تطبيق المبادئ العامة المشتركة بين الدول المتعاقدة و ذلك بموجب المادة (2/6) من الاتفاقية و التي جاء فيها (عند عدم وجود حكم في النصوص المشار إليها سابقا تطبق المبادئ القانونية المشتركة في الأقطار المتعاقدة و المبادئ المعترف بها في القانون الدولي)، بخلاف اتفاقية الوكالة الدولية التي لم تشر إلى هذا الأمر بوضوح.

و هذا لا يمنع هيئة التحكيم من تطبيق المبادئ العامة للقانون فيما لو طرح نزاع يتعلق بالقانون الواجب التطبيق على عقود تأمين الاستثمار المختلفة التي تبرمها الوكالة الدولية، و ذلك لأن هيئة التحكيم ملزمة بأن تضمن قراراتها الحيثيات والأسباب التي أدت إلى اتخاذها⁵، و هنا يتعين على هيئة التحكيم أن تدعم أسبابها ببعض المبادئ القانونية العامة ما دامت بصدد مسائل قانونية متنازع في شأنها، فضلا عن أنه ليس لها أن تمتنع عن

1. نور حمد الحجايا. القانون الذي يحكم النزاع المحكم فيه. بحث مقدم إلى مؤتمر التحكيم الدولي (ر أهم الحلول البدينية لحل المنازعات التجارية)). المنعقد في كلية القانون - جامعة الإمارات العربية المتحدة. 2018 منشورات المؤتمر، ج 1، ص 668 وما بعدها.

2. محمد حسين منصور، العقود الدولية، دار الجامعة الجديدة للنشر، بدون سنة نشر، ص 459.

1. سامية راشد، دور التحكيم في تدويل العقود، دار النهضة العربية، القاهرة، 1990، ص 56، البند 24.

4. منها على سبيل المثال ما نص عليه المادة (2) من نظام شركة (Saalor)، و المادة (1) من نظام شركة (Air - Afrqu) انظر في ذلك مفصلا: أحمد صادق القشيري، الاتجاهات الحديثة في تعيين القانون الذي يحكم العقود الدولية، بحث منشور في المجلة المصرية للقانون

الدولي تصدر عن الجمعية المصرية للقانون الدولي، المجلد 21، السنة 1965، ص 81 - 82.

5. أنظر المادة (4/ع) من الملحق الثاني من اتفاقية الوكالة الدولية.

الفصل بالنزاع المطروح أمامها بحجة نقص القانون أو قصوره، وإلا عدت مرتكبة لإنكار العدالة فإزاء المنع الصريح لهذه الحالة، يبدو من المنطقي أن تلجأ هيئة التحكيم إلى المبادئ العامة للقانون في الأنظمة القانونية المختلفة والتي تلائم الفصل في النزاع. لقد أكد الفقه المعاصر على أهمية الدور الذي تؤديه المبادئ العامة للقانون بخصوص عقد تأمين الاستثمار الأجنبي، فهذا العقد يتسم بالحدوث و عدم التكامل النسبي والإلتجاء إلى المبادئ العامة للقانون يسد النقص الذي يشوبها وصولاً لمرحلة التكامل لاسيما أن القوانين الداخلية عاجزة عن مواجهة المشاكل الناشئة عن عقود تأمين الاستثمار الأجنبي للطبيعة الخاصة التي تتميز بها هذه العقود¹.

أن الرجوع للمبادئ العامة للقانون يمثل استجابة لما ينادي به الاتجاه السائد فقها وقضاء، الذي يرى ضرورة إخضاع العقد للنظام القانوني الأوثق صلة به²، إذ لا يمكن القول بأن عقد تأمين الاستثمار الأجنبي مرتبط بدولة معينة من الدول الأعضاء في هيئات الضمان، فهو في الواقع يرتبط بالنظام الخاص الذي كرسته اتفاقيات الضمان مما يؤدي ارتباطه بالأنظمة القانونية للدول الأعضاء كلها، وهو يعني إخضاع العقد في النهاية للأنظمة القانونية كلها، والذي يجسد الارتباط الحقيقي بين هذه الأنظمة هو المبادئ العامة للقانون³.

و من المبادئ العامة المتعارف عليها في الأنظمة القانونية والتي تمارس دوراً هاماً في تسوية منازعات العقود الدولية، ومنها عقد تأمين الاستثمار الأجنبي، مبدأ (العقد شريعة المتعاقدين) ومبدأ (تنفيذ العقد بحسن النية) ومبدأ (توازن الأداءات العقدية) ومبدأ (عدم جواز التعسف في استخدام الحق) ومبدأ (سقوط الحق والتملك بمضي المدة) ومبدأ (وجوب تفسير العقد وفقاً للإرادة المشتركة للمتعاقدين) إلى غير ذلك من المبادئ القانونية الراسخة في مختلف الأنظمة القانونية⁴.

ثانياً: خضوع العقد لمبادئ القانون الدولي

لم يأتي الفقه بتعريف محدد و موحد و اختلفت التعريفات لمبادئ القانون الدولي غير أنها ساقطت في قولها بأنه ((مجموعة القواعد العرفية و المعاهدات التي تتصل بالتجارة الدولية، كاتفاقيات حماية و تشجيع الاستثمار الأجنبي لمختلف الدول بالنسبة لعقود الاستثمار الأجنبي مثلاً))⁵.

و يذهب الرأي الغالب من الفقه إلى امكانية إخضاع العقود الدولية لإحكام القانون الدولي العام، بحيث يعد هذا القانون هو مصدر القواعد التي تحكم تلك العقود، و قد تزعم هذا الاتجاه الفقيه الانجليزي ((Mann)) كما وجد صداه في القرار الصادر عن معهد القانون الدولي لسنة 1979 التي أكد فيه على حرية إرادة الأطراف في

1. هشام علي صادق، النظام العربي، المرجع السابق، ص 55 - 56. البند 11.

2. دليفيكو، أسس القانون المقارن والمبادئ العامة للقانون، ترجمة د. ثروت أنيس الأسبوطي، مجلة القانون والاقتصاد للبحوث القانونية والاقتصادية، تصدر عن كلية الحقوق جامعة القاهرة، العدد 3، السنة 1960.30، ص 498.

3. هشام خالد، عقد ضمان الاستثمار، المرجع السابق، ص 368.

4. لمزيد من التفصيل حول أمثلة المبادئ العامة وتطبيقاتها العملية في قضاء التحكيم انظر: قائمتي (Mustill) (Bryer) مشار إليها لدى صفوت عبد الحفيظ، المرجع السابق، ص 165 - 166.

5. صلاح الدين الجمال، التحكيم وتنازع القوانين في عقود التنمية التكنولوجية، الطبعة الأولى، دار الفكر والجامعي، الإسكندرية، 2005، ص 240.

اختيار القانون الدولي كقانون يحكم العقد، و يؤكد هذا الاتجاه على أهمية الدور الذي تمارسه قواعد القانون الدولي العام في ميدان العقود الدولية، مبررة بأن هنالك قانونا دوليا للتجارة بين الأمم يشتمل على مجموعة من القواعد تكفي كقواعد لإخضاع هذه العقود إلى نظام القانون الدولي العام، كما أن تطبيق هذه القواعد سوف يبيح لطرفي العقد امكانية التمسك بها في مواجهة الطرف الأمر مباشرة، خاصة بالنسبة للعقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية الخاصة، و هو ما يسهل من تحريك المسؤولية الدولية للدولة التي تخل بحقوق المتعاقد الآخر الناشئة عن العقد¹.

من خلال واقع العقود الدولية، يظهر جليا أن إخضاع هذه العقود للقواعد القانون الدولي العام إما أن يتم باتفاق المتعاقدين على إخضاع عقدهم لأحد مصادر القانون الدولي كاتفاقية دولية مثلا، أو قد يتم بالاتفاق على تطبيق مبادئ القانون الدولي العام نفسه، و الحالة الأخيرة تتخذ صورة متعددة، فقد تأخذ صورة الإشارة الصريحة بتطبيق مبادئ القانون الدولي إلى جانب مبادئ العدل و الإنصاف، أو تأخذ صورة تطبيق قواعد القانون الوطني مضافا إليها قواعد القانون الدولي القابلة للتطبيق على النزاع، كما قد تأخذ صورة تطبيق مبادئ القانون الدولي إلى جانب المبادئ العامة للقانون، و هذه الأخيرة تتجسد في عقود تأمين الاستثمار التي تبرمها هيئات الضمان الدولية². لقد أشارت العقود المختلفة التي تبرمها المؤسسة العربية إلى المبادئ المعترف بها في القانون الدولي و يرى الدكتور هشام خالد "أن هذه المبادئ تتوزع على فروع القانون الدولي كالقانون التجاري الدولي و القانون الدولي للتنمية الاقتصادية فضلا عن القانون الدولي العام"³.

إن هناك علاقة وثيقة بين اتفاقيات الاستثمار الدولية و العقود المرتبطة بها، إذ إن القواعد التي تتضمنها هذه الاتفاقيات، و هذا يعتمد على وضوح هذه القواعد و تواتر النص عليها في الاتفاقيات تسهم في تكوين قانون دولي للاستثمار الأجنبي من جانب، و من جانب آخر إن هذه القواعد تشكل هيكل قانونيا للعقود المرتبطة باتفاقيات الاستثمار الأجنبي إن قدرة هيئات الضمان الدولية على الدخول مع الدول الأعضاء فيها باتفاقيات تتعلق بمبادئ أو قواعد معاملة الاستثمارات المؤمن عليها، يجعل منها أحد المساهمين في وضع قواعد القانون الدولي المتعلقة بالاستثمار و التأمين عليه⁴، كما أن هذه المبادئ و القواعد تعد مصدرا من مصادر القانون الواجب التطبيق على عقود تأمين الاستثمار التي تبرمها هذه الهيئات. و بينما تتيح اتفاقية المؤسسة العربية إمكانية تطبيق المبادئ المعترف بها في القانون الدولي على المنازعات الناشئة عن عقود التأمين التي تبرمها، و ذلك في صلب الفقرة (2) من المادة (6) من الاتفاقية، نجد أن اتفاقية الوكالة الدولية لم تتضمن أي إشارة تتعلق بهذه المبادئ، كما أن عقود التأمين التي تبرمها جاءت خالية تماما من نص يتضمن إتاحة تطبيق المبادئ المعترف بها في

1 . للمزيد من التفصيل حول هذا الاتجاه انظر: مصطفى الجمال و عكاشة عبد العال. المرجع السابق و احمد عبد الكريم سلامة، نظرية العقد الطليق بين القانون الدولي الخاص وقانون التجارة الدولية. والطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة. 1989، ص 284.

2. انظر: حفيظة الحداد، المرجع السابق، ص 596 وما بعدها. و سعيد عبد الغفار شكري، القانون الدولي العام للعقود، الطبعة الأولى، دار الفكر العربي، القاهرة، 2007، ص 69.

2. انظر مؤلفه: عقد ضمان الاستثمار، المرجع السابق، ص 369 – 370.

4. انظر المادة (41) من اتفاقية المؤسسة العربية لضمان الاستثمار، وكذلك الفقرة (ب) البند 2 من المادة (23) من اتفاقية الوكالة الدولية.

القانون الدولي مكتفية بالنص على تطبيق المبادئ العامة للقانون على المنازعات التي تثيرها عقود الضمان الدولية.

حيث نوه الفقيه الفرنسي ديبوي (Dubuivy) إلى أن الإشارة إلى تطبيق المبادئ العامة للقانون تسمح بتطبيق المبادئ المعترف بها في القانون الدولي على العقود الدولية، فالمبادئ العامة للقانون وفقا لهذا الاتجاه هي بعض المبادئ المشتركة في الأنظمة القانونية للدول المختلفة في العالم و القانون الدولي، و بذلك فإن تطبيق المبادئ العامة للقانون سوف يؤدي إلى حكم العقد بالقانون الدولي¹ و الواقع أن هذا الاتجاه لا يمكن قبوله، فهو لا يصلح للتطبيق على منازعات عقود التأمين التي تبرمها الوكالة الدولية، لأن التسليم بما يذهب إليه أصحاب هذا الاتجاه يؤدي إلى الاختلاف في تفسير الأمور و تحديد مضمونها عند عرض النزاع على التحكيم و ذلك ينال من التوقعات المشروعة للمتعاقدين مما ينعكس سلبا على مسألة إقدام المستثمرين على إبرام عقود التأمين التي تبرمها الوكالة الدولية مستقبلا.

و بالمقابل ذهب جانب آخر يترجمه الفقيه الإنجليزي بروسبر ويل (Prosperweil) إلى أن الإشارة إلى المبادئ العامة للقانون لا تهدف إلى إخضاع العقد لقواعد القانون الدولي، فالأطراف المتعاقدة إذا كانت تريد تطبيق قواعد القانون الدولي على العقد فما عليها سوى أن تضمن العقد نصه صريحا يشير إلى تطبيق هذه القواعد²

أن الاتجاه الأخير ينسجم و منازعات العقود محل الدراسة، فهو يفرق بين المبادئ العامة للقانون و مبادئ القانون الدولي لاختلاف كل منهما عن الآخر و استقلاله عنه، و لعل القرار الصادر من معهد القانون الدولي في دورته المنعقدة سنة 1989، الذي أكد فيه الفصل بين الإشارة إلى كلا من المبادئ العامة للقانون و القانون الدولي، حيث نصت الفقرة (2) من المادة (2) على أنه (يكون لأطراف العقد الحق في اختيار ... إما المبادئ العامة للقانون، و إما المبادئ المطبقة على العلاقات الاقتصادية الدولية، و إما مبادئ القانون الدولي أو مزيج من هذه المصادر) سندا يؤيد هذه التفرقة³.

و عليه فإن المبادئ المعترف بها في القانون الدولي على ضوء عقد تأمين الاستثمار الأجنبي يراد بها مجموعة القواعد القانونية المستقرة في القانون الدولي و المرتبطة بالاستثمار و العقود المتعلقة به و التي يمكن الاستعانة بها لتحديد القانون الواجب التطبيق على العقد.

المطلب الثاني : آليات تسوية المنازعات الناشئة عن عقد تأمين الاستثمار الأجنبي

1. هذا الرأي مشار إليه لدى حفيظة الحداد، العقود المبرمة. المرجع السابق، ص 604 - 605.

2. عبد الحكيم مصطفى عبد الرحمن، المرجع السابق، ص 82.

1. صفوت عبد الحفيظ، المرجع السابق، ص 179.

تظهر العلاقة بين المستثمر الأجنبي و هيئة الضمان الدولية في بدايتها بالحسنة. و لكنها سرعان ما تتغير إذا ما تضاربت و تعاكست مصالح الطرفين سيما و أن المنازعات التي تنشأ بين الطرفين لا تأخذ و لا تخضع دائما للاختصاص القضائي للمحاكم الوطنية في الدول الأعضاء في هيئات الضمان.

ما يجعل مسألة المنازعات التي يثيرها العقد أمرا غاية في الأهمية مما يحتم توفير وسائل فعالة و محايدة لتسوية هذه المنازعات فتجد أن اتفاقيات الضمان الدولية ميزت نوعين من وسائل تسوية المنازعات الخاصة بهذا العقد حيث تمثلت الوسيلة الأولى بالودية حددتها بالتفاوض و التوفيق و الثانية بالوسائل القضائية المقتصرة في التحكيم وحده.

الفرع الأول : وسائل التسوية الودية

قد يتخلل العلاقة بين طرفي عقد تأمين الاستثمار الأجنبي نزاع مما يتوجب عليهم لزوما اللجوء في البداية إلى وسيلة أولية و هي الوسيلة الودية لفض هذا الخلاف.

و المقصود بالوسائل الودية بأنها مجموعة الوسائل الرضائية التي يتم اللجوء إليها لحسم النزاع الذي ينشئ بين الأطراف، بحيث أن التسوية التي تم التوصل إليها عن طريق هذه الوسائل لا تكون ملزمة إلا برضاء هذه الأطراف و من هذه الوسائل التفاوض و التوفيق و الوساطة و الخبرة الفنية و المحاكمات المصغرة¹.

و بالرغم من تنوع وسائل التسوية الودية، إلا أن العودة إلى نصوص اتفاقيات الضمان الدولية يبين لنا أن هذه الاتفاقيات قد قصرت هذه الوسائل على التفاوض و التوفيق بوصفهما أكثر الوسائل شيوعا في تسوية منازعات العقود الدولية من دون التعرض لبقية الوسائل لندرة اللجوء إليها من الناحية العملية²

و من جانب آخر إن هذه الاتفاقيات ألزمت أطراف النزاع في عقد تأمين الاستثمار الأجنبي على اللجوء أولا و بشكل دائم إلى التفاوض، فإذا فشل الأطراف في تسوية النزاع عن طريقه جاز لهم بعد ذلك اللجوء إلى التوفيق³.

أولا : التفاوض

1. للتوسع في تعريف وسائل التسوية الودية وأنواعها انظر: كريستوفر أمهاوس وهيرمان فيريست، التحكيم والوسائل البديلة لحسم المنازعات، ((كيفية حسم منازعات التجارة الدولية))، ترجمة ونشر مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي، ص36 وما بعدها، وكذلك انظر

2: Gold berg , Sander , Rogers , Disputes Resolution , Negotiation , Mediation and other Processes , second Edition , Little , Brown and company, 1992,b7.

2 . الجدير بالذكر أن اتفاقية المؤسسة الإسلامية لضمان الاستثمار وان كانت قد ثبتت في المادة (59) منها إجراء التسوية الودية كوسيلة لحل منازعات عقد تأمين الاستثمار الذي تبرمه إلا أنها في الوقت ذاته لم تحدد وسيلة معينة دون غيرها، وذلك مما يسمح معه استخدام كافة وسائل التسوية الودية المعروفة في ميدان العقود الدولية.

3 . انظر المادة (2) من الملحق رقم (1) من اتفاقية المؤسسة العربية والمادة (2) من الملحق رقم (2) من اتفاقية الوكالة الدولية.

التفاوض من أهم الوسائل الودية لتسوية المنازعات التي تنشئ في ميدان العقود الدولية، و يعرف التفاوض عموماً على أنه الاتصال المباشر بين الطرفين المتنازعين بغية تسوية النزاع الناشب بينهما، كما يمكن تعريفه بأنه وسيلة للتداول تهدف إلى تعديل أو إنهاء خلاف، و يعرف أيضاً بأنه التشاور و التواصل بقصد الإقناع¹.

لقد ظهرت عملية التفاوض منذ وقت بعيد على شكل مساومة حيث يبغى كل طرف إلى تحقيق أقصى منفعة من الصفقة المتفاوض عليها نظير أدنى مقابل، و مع مرور الوقت لم تعد المسألة مجرد مساومة تحكمها اجتهادات شخصية و إنما علم له قواعد و أصول أفردت له كتابات متخصصة².

و يتمتع التفاوض في الوقت الحاضر بمكانة متميزة من بين الوسائل الودية لتسوية النزاع، فهو في الواقع من أفضل هذه الوسائل؛ لأنه يمتاز بالمرونة، إذ أنه لا يحتاج إلى مظاهر و شكليات لإنهاء الخلاف القائم بل مجرد تعيين الزمان و المكان و المواضيع التي تحتاج إلى حوار و نقاش جدي و ذلك بحسن نية و رضاء الأطراف أنفسهم بهدف الوصول إلى حل نقاط الخلاف فيما بينهم، كما أنه و في الوقت نفسه يسهم في تضيق شقة الخلاف بين الأطراف المتنازعة و المحافظة على علاقاتهم مع الالتفات إلى ضرورة توافر حد أدنى من المساواة القانونية بين هذه الأطراف و إلا كانت نتيجة التفاوض انعكاساً سلبياً لسيطرة الطرف القوي على الطرف الضعيف³.

و نميز نوعين أساسيين من التفاوض هما التفاوض العقلاني الذي يهدف إلى حفظ المصالح المتقابلة و المشتركة لأطراف النزاع عوضاً عن الحقوق و الالتزامات التي يمكن التمسك بها أمام القضاء أو التحكيم و هناك أيضاً ما يسمى بالتفاوض بالمساعدة و التي يتدخل فيها شخص ثالث يحاول التقريب بين الطرفين و البحث عن الحلول المحتملة لتسوية النزاع⁴.

و قد أعطت اتفاقيات الضمان الدولية دوراً هاماً للتفاوض في تسوية منازعات عقد تأمين الاستثمار الأجنبي⁵، و بلا شك أن مسلك هذه الاتفاقيات يمثل استجابة لما استقر عليه العمل حديثاً في العلاقات التعاقدية المتضمنة عنصراً أجنبياً، و في هذا الصدد أوجبت المادة (2) من الملحق رقم (1) من اتفاقية المؤسسة العربية ((على أطراف النزاع السعي إلى تسوية منازعاتهم عن طريق المفاوضات، و لا يجوز اللجوء إلى إجراءات

1 . انظر: علاء أباريان، الوسائل البديلة لحل المنازعات التجارية، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، منشورات ال حقوقية، بيروت، 2008، ص71، وكذلك انظر: أحمد عبد الكريم سلامة، قانون العقد الدولي، المرجع السابق، ص 60 وما بعدها.

2 . دريد السامرائي، المرجع السابق، ص 312.

3 . علاء أباريان، المرجع السابق، ص 71.

4 . بشار محمد الأسعد، عقود الاستثمار، المرجع السابق، ص 320.

5 . تجدر الملاحظة إلى أن اتفاقيات الضمان الدولية قد اعتمدت التفاوض وسيلة لحل المنازعات الناشئة حول تفسير هذه الاتفاقيات أو تطبيقها وكذلك المنازعات الناشئة حول الاستثمارات المؤمن عليها ولم تقتصر على تسوية النزاع الناشئ عن عقد تأمين الاستثمار، انظر: المادة (34) والمادة (35) من اتفاقية المؤسسة والمادة (56) ، (57) من اتفاقية الوكالة.

التوفيق أو التحكيم إلا بعد استنفاد سبل التسوية عن هذا الطريق، و تعتبر المفاوضات قد استنفدت إذا فشل الأطراف في التوصل إلى حل خلال ستة أشهر من طلب أي طرف الدخول فيها)) و هو الاتجاه ذاته الذي سلكته اتفاقية الوكالة الدولية عندما نصت على لزوم ((أن يسعى الطرفان في أية منازعة إلى تسويتها عن طريق المفاوضات قبل اللجوء إلى التوفيق و التحكيم، و تعتبر المفاوضات قد استنفدت إذا فشل الطرفان في الاتفاق على تسوية خلال مائة و عشرين يوماً من تاريخ تقديم الطلب للدخول في المفاوضات))¹، كما تواترت النماذج المختلفة لعقد تأمين الاستثمار الأجنبي التي تبرمها هيئات الضمان الدولية على أن يتم تسوية المنازعات التي تنشأ بينها و بين المؤمن له (المستثمر) عن طريق التفاوض، فإذا لم يؤد ذلك إلى حل يقبله الطرفان تتم تسوية النزاع إما عن طريق التوفيق أو التحكيم بحسب الأحوال.

بحيث لا يجوز اللجوء إلى التوفيق أو التحكيم إلا بعد أن يتعذر تسوية النزاع من خلال التفاوض.

كما تشترط النصوص القانونية شكلاً خاصاً للتفاوض فقد يتم التفاوض شفاهاً أو كتابةً، و إن كنا نميل مع الاتجاه الذي يذهب إلى ضرورة أن يتخذ التفاوض شكلاً مكتوباً حتى يسهل إثباته و تحديد الوقت الذي بدأت فيه²، و لا يخفى ما لذلك من أهمية، فقد رأينا أن اتفاقيات الضمان لا تجيز اللجوء إلى إجراءات التوفيق أو التحكيم، إلا بعد فشل المتفاوضين في تسوية النزاع المطروح خلال مدة معينة حددتها اتفاقية المؤسسة بستة أشهر في حين عينتها اتفاقية الوكالة مائة و عشرون يوماً، و بذلك يتعين تحديد اليوم الذي بدأت فيه إجراءات التفاوض حتى يتسنى لنا احتساب الميعاد السابق، و حتى يمكن البدء في اتخاذ الإجراء اللاحق في حال عدم الوصول إلى حل، و لن يتسنى ذلك إلا عن طريق إثبات إجراءات التفاوض بالكتابة و يمكن لكل من هيئة الضمان الدولية و المستثمر الأجنبي – و في أي وقت- أن يبديا الرغبة في حل النزاع عن طريق التفاوض و ذلك بإرسال كتاب إلى الطرف الآخر يبين فيه ذلك و يضمه مقترحاته لحل هذا النزاع، و يتعين على الطرف الآخر بدوره أن يرد على ذلك بكتاب آخر يبين فيه وجهة نظره في المقترحات المرسلة إليه و يستمر ذلك حتى يتم التوصل إلى حل ترضيه الأطراف³.

كما يمكن أن يتخذ التفاوض صورة اجتماعات دورية تعقد بين ممثلي كل من هيئة الضمان و المستثمر الأجنبي حيث يقومون بتبادل وجهات النظر حول المسألة محل النزاع و كيفية تسويتها، و في حالة ما إذا كان تسوية النزاع عبر هذه الوسيلة مما يحتاج إلى تدخل خبراء فنيين، فيجوز للمتفاوضين تشكيل لجنة فنية تتألف من مندوبين عن كل منهما تتولى دراسة موضوع النزاع و وضع تقدير يسترشد به المتفاوضين في تسوية النزاع⁴.

1. المادة (2) من الملحق رقم (2) من اتفاقية الوكالة الدولية .

2. هشام خالد، المرجع السابق، ص 460.

3. على صادق أبو هيف، القانون الدولي العام، الطبعة الثانية، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1975، ص 730.

4. عبد العزيز المرسي حمود، الجوانب القانونية لمرحلة التفاوض ذو الطابع التعاقدية، دراسة مقارنة بدون مكان طبع، 2005، ص 49.

و في جميع الأحوال يجب الالتزام بالمدة التي حددتها اتفاقيات الضمان الدولية لإتمام التفاوض، فإذا توصل الطرفان إلى حل للمسألة المطروحة تعين إثبات مضمونه في محرر منعا من نشوء المنازعة حوله في المستقبل بحيث يكون حجة عليهم في هذا الصدد¹.

ثانيا : التوفيق

في حال فشل أطراف النزاع في تسوية منازعاتهم الناشئة حول عقد تأمين الاستثمار الأجنبي من خلال التفاوض، جاز لهم عندئذ اللجوء إلى التوفيق، إذ يعد التوفيق إحدى الوسائل الودية الهامة لتسوية النزاع الناشئ في ميدان العقود الدولية، إذ أخذت به الكثير من قوانين الدول كوسيلة لحل النزاع كما نصت عليه الاتفاقات الدولية وقواعد مراكز التحكيم الدولية².

و يمكن تعريف التوفيق عموماً بأنه ((وسيلة لتسوية النزاع يلجأ بمقتضاها أطرافه إلى هيئة محايدة تتولى تحديد الوقائع و اقتراح أسس لتسوية النزاع يمكن أن يرتضيها الطرفان))، و قد عرف أيضاً بأنه ((طريق ودي لتسوية المنازعات التي تنشأ بين الأطراف قوامه اختيار أحد الأشخاص (الموفق) للقيام بالتوفيق وصولاً إلى حل النزاع عن طريق التقريب بين وجهات النظر المختلفة و إبداء المقترحات الكفيلة لوضع حل يرضي الأطراف و تقديم تقرير غير ملزم بهذه المقترحات لطرفي النزاع))³.

كما عرفه قانون الأونسيترال النموذجي للتوفيق التجاري الدولي لسنة 2002 من خلال نص المادة (3/1) منه بأنه ((أي عملية سواء أشير إليها بتعبير التوفيق أو بتعبير آخر ذي مدلول مماثل يطلب فيها الطرفان إلى شخص آخر أو أشخاص آخرين مساعدتهما في سعيهما إلى التوصل إلى تسوية ودية لنزاعهما الناشئ عن علاقة تعاقدية أو علاقة قانونية أخرى تتصل بتلك العلاقة و لا يكون للموفق الصلاحية لفرض حل النزاع))⁴. و عليه يتضح أن للتوفيق معنيين، الأول يقصد به إجراء تسوى بمقتضاه المنازعة تسوية ودية عن طريق جهود طرف ثالث، و المعنى الثاني يقصد به إحالة النزاع إلى لجنة تقدم اقتراحاتها لتسوية النزاع، و على كلا المعنيين لا تكون هذه المقترحات ملزمة لأي من أطراف النزاع إلا إذا وافقوا عليها.

و يعد التوفيق مرحلة تأتي بعد التفاوض تسبق التحكيم و هو يساعد على التعاون بين الأطراف فهو يهدف إلى إيجاد نقاط مشتركة بين وجهات النظر المتعارضة تفادياً لإجراءات التقاضي مع المحافظة على العلاقات

1. هشام خالد، المرجع السابق، ص 461.

2. نصت على التوفيق المادة (2) من نظام غرفة التجارة الدولية في باريس والمادة (28) من لائحة المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار والمادة رقم (1) من ملحق الاتفاقية الموحدة لاستثمار رؤوس الأموال العربية في الدول العربية لسنة 1980، أيضاً ضمنته الكثير من الدول في قوانينها الداخلية منها السودان والامارات، أما بالنسبة للعراق فان قانون الاستثمار النافذ لم يشر إلى التوفيق بصورة خاصة كوسيلة لحل النزاع. 3. للتوسع في هذه التعاريف و الانتقادات الموجهة إليها انظر : علاء أباريان ، المرجع السابق ، ص 69 ، وكذلك د محمد ابراهيم موسى، التوفيق التجاري الدولي وتفسير النظرية السائدة حول تسوية منازعات التجارة الدولية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2005، ص38. 4. هذا القانون متاح على شبكة المعلومات العالمية على الموقع الالكتروني:

الودية بين الأطراف بجانب أنه يساعد في حسم النزاع عن طريق طرف ثالث يحظى باحترام كلا الطرفين يطلق عليه اسم (الموفق)، و الذي يكون محايدا و غالبا ما يكون مختصا بما يناسب طبيعة العامل محل النزاع¹.

و إذا كان التوفيق يهدف إلى حل النزاع وديا، إلا أن ذلك لا يجعله يقترب من الوساطة، فبالرغم من أن الوسيط و الموفق يجتهدان لحل النزاع و أن كلا منهما يعد طرفا محايدا و مستقلا يسعى إلى تقريب وجهات النظر بين أطراف النزاع بهدف إيجاد أقرب الحلول و أنجحها²، إلا أن الواقع العملي يميز بينهما بشكل صريح فالوسيط يجتهد و يعمل بغية إيجاد النقاط الأكثر تقدير، أو مقارنتها مع الأكثر أهمية و محاولة مقاربتها لغرض الوصول إلى حل يرضي المتنازعين، أما الموفق فبعد أن يقابل أطراف النزاع، يحاول أن يقترح بنفسه اتفاق يمكن أن يكون مخرجا سليما للنزاع³.

و يمكن التمييز بصدد إجراءات التوفيق بين نمطين أساسيين هما التوفيق الخاص و التوفيق المؤسسي فالتوفيق الخاص هو ببساطة عملية يتم تنظيمها و ادارتها وفقا لما يحدده الأطراف أنفسهم دون مساعدة من أية مؤسسة أخرى، و تعد قواعد التوفيق التجاري التي اعتمدها لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري لسنة 2002 مثلا لقواعد التوفيق الخاص⁴.

أما التوفيق المؤسسي فيتميز بتنظيمه عن طريق إحدى المؤسسات أو المراكز المتخصصة و التي غالبا ما تكون مؤسسات أو مراكز تحكيمية، كقواعد التوفيق لدى المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار، و أيضا قواعد التوفيق الخاصة بمركز الوساطة و المصالحة التابع لمركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي.

و قد أشارت اتفاقيات الضمان الدولية إلى أسلوب التوفيق بوصفه من الوسائل الودية لتسوية النزاع الناشئ عن العقد موضوع الدراسة، حيث نصت في المادة (1/3) من الملحق رقم (1) من اتفاقية المؤسسة العربية على أنه ((إذا لم تؤد المفاوضات إلى اتفاق بين الأطراف في المنازعة جاز لهم محاولة تسويتها عن طريق التوفيق)) كما أخذت اتفاقية الوكالة الدولية بأسلوب التوفيق عندما أشارت إلى أنه إذا لم يتم حل النزاع عن طريق التفاوض يجوز لأي من الطرفين تسوية المنازعة عن طريق التحكيم. ما لم يتفق الطرفان على اللجوء أولا إلى إجراءات التوفيق⁵.

إن اتفاقيات الضمان الدولية جعلت من التوفيق إجراء اختياريًا تركت تقديره لأطراف النزاع في اللجوء إليه أو العزوف عنه، بخلاف ما عليه الحال بالنسبة للتفاوض فقد رأينا فيما تقدم أن هذه الاتفاقيات جعلت منه

1 . مرتضى جمعة عاشور، عقد الاستثمار التكنولوجي، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2010، ص412.
2 . Alan redfern, Martin Hunter, Law and Practice of international commercial Arbitration, London, sweet and Maxwell, 1999, p 153.

3 . مرتضى جمعة عاشور، المرجع السابق، ص 413.

4 . بشار الأسعد، المرجع السابق، ص 319.

5 . المادة (1/3) من الملحق رقم (2) من اتفاقية المؤسسة العربية .

اجراء لازما يجب على أطراف النزاع أن يسلكوه فلا يجوز اللجوء إلى غيره من وسائل تسوية النزاع قبل استنفاده و بذلك يتبين أن اتفاقيات الضمان الدولية لم تسوى في الحكم بين التفاوض و التوفيق إن إجراء التوفيق غير ملزم و تقدير اللجوء إليه متروك لأطراف النزاع، فإن الأطراف إذا اختاروا التوفيق كوسيلة لتسوية النزاع فيتعين عليهم الاستمرار في إجراءاته حتى النهاية، و كان الأجدر باتفاقيات الضمان تلافي ذلك بأن تسوي في الحكم بين الإجراءيين المتقدين (التفاوض، التوفيق) بأن تجعلهما مع اختياريين أو إجباريين، إذ أن التفرقة بينهما مما لا تستند إلى أساس سليم كما ذهب إلى ذلك و بحق جانب من الفقه¹، لذا نقترح على هيئات الضمان الدولية تعديل الملحق الخاص بتسوية النزاع الذي نصت عليه اتفاقيات الضمان الدولية و ذلك بجعل التوفيق اجراء إلزاميا حتى يتم تسوية النزاع في اقرب وقت ممكن، و نرى أن تتم صياغة النص على أنه ((إذا لم تؤد المفاوضات إلى اتفاق بين أطراف النزاع يجب عليهم تسويتها عن طريق التوفيق، فإن فشل ذلك تعين اللجوء إلى التحكيم)).

و تقتصر مهمة الموفق على محاولة التقريب بين وجهات النظر في النزاع و يكون له ابداء المقترحات الكفيلة بالوصول إلى حل يرتضيه الأطراف، كما يجب أن يتعاون أطراف النزاع مع الموفق طبقا لمقتضيات حسن النية و يقومان بتزويده بالبيانات و الوثائق التي تساعد في أداء مهمته ، و لكيلا يلحق الضرر بأي من أطراف النزاع قررت اتفاقيات الضمان بأن كل ما يعرض أثناء التوفيق من تقرير أو وجهة نظر أو عروض لتسوية النزاع يقدمها الطرفان لا يكون لها أية حجة أمام محكمة التحكيم التي يعرض عليها النزاع فيما بعد².

و يجب على الموفق أن يقدم لأطراف النزاع، و خلال مدة لا تتجاوز ستة أشهر من تاريخ تعيينه تقرير بنتائج مهمته يتضمن تحديدا للمسائل المختلف عليها و لمقترحاته بشأن تسويتها، و يتعين على كل من طرفي النزاع ابداء رأيه في هذا التقرير و إبلاغه كتابة إلى الطرف الآخر في موعد لا يتجاوز (60) ستون يوما من تاريخ تسلمه التقرير³، فإذا لم يتمكن الموفق من إصدار تقريره في المدة المحددة أو إذا لم يتفق الأطراف على قبول الحلول المقترحة، يتعين تسوية النزاع عن طريق التحكيم.

و عليه تعد الوسائل الودية التي نصت عليها اتفاقيات الضمان الدولية بوصفها وسائل بديلة عن التحكيم لحسم منازعات عقد تأمين الاستثمار الأجنبي.

الفرع الثاني: الوسائل القضائية (التحكيم)

1 . هشام علي صادق، النظام العربي، المرجع السابق، ص 242 ، البند 55 .

2 . الفقرة (4) من المادة (3) من الملحق رقم (1) من اتفاقية المؤسسة.

3 . الفقرة (4) من المادة (3) من اتفاقية المؤسسة والمادة (3) الفقرة (ز) البند (1، 2، 3، 4) من اتفاقية الوكالة الدولية.

غالبا ما تبوء محاولات حل النزاع بالوسائل الودية بالفشل مما يجعل طرفي العقد أمام الخيار الأخير ألا و هو التحكيم الذي يمثل الوسيلة النهائية و الملاذ الأخير لحسم المنازعات حيث يعد التحكيم أيضا الوسيلة الوحيدة ذات الطبيعة القضائية التي تمكن من خلالها الفصل في المنازعات الناشئة عن عقد تأمين الاستثمار الأجنبي.

أولا : التحكيم

لقد عرف الفقه التحكيم بأنه نظام لتسوية المنازعات عن طريق افراد عاדיين يختارهم الخصوم إما مباشرة أو عن طريق وسيلة أخرى يرتضونها، أو بتعبير آخر هو مكنة أطراف النزاع بإقصاء منازعاتهم عن الخضوع لقضاء المحاكم المخول لها طبق القانون كما تحل عن طريق أشخاص يختارونهم¹.

و قد عرف أيضا بأنه "الطريقة التي تختارها الأطراف لفض المنازعات التي تنشأ عن العقد عن طريق طرح النزاع، و البت فيه أمام شخص أو أكثر يطلق عليه اسم (المحكم أو المحكمين)، دون اللجوء إلى القضاء العادي"²، و يعرف أيضا بأنه "نظام لتسوية المنازعات، يعترف بموجبه لأطراف النزاع بأن يختاروا في علاقاتهم التعاقدية بعض الأشخاص الذين ليس لهم صفة رسمية ليحكموا و يفصلوا في نزاع قائم و من المحتمل أن يقوم بينهم في المستقبل"³.

و بالرغم من كثرة التعريفات التي قيلت بصدد التحكيم، إلا أنها جميعا تدور حول مفهوم واحد و هو أنه أسلوب لحل المنازعات ملزم لأطرافها، و يبنى على اختيار الخصوم بإرادتهم أشخاصا من ذوي الخبرة للفصل فيما يثور بينهم أو يحتمل أن يثور بينهم من نزاع⁴.

إن التعبير عن ارادة اطراف النزاع باللجوء إلى التحكيم يتم من خلال اتفاق التحكيم، و هو ذلك الاتفاق الذي بمقتضاه تتعهد الأطراف بأن يتم الفصل في المنازعات الناشئة بينهم أو المحتمل نشوئها بينهم من خلال التحكيم⁵.

إن لجوء أطراف النزاع إلى التحكيم يكون من خلال صورتين، احدهما تتمثل في شرط التحكيم، و هو نص يرد ضمن بنود العقد الأصلي يقرر فيه أطراف العقد اللجوء إلى التحكيم لحل المنازعات التي من المحتمل أن تنشأ مستقبلا بين المتعاقدين حول تنفيذ العقد أو تفسيره، أما الصورة الأخرى فإنها تتمثل في أن يبرم أطراف العقد بعد نشوء النزاع بينهما اتفاقا مستقلا عن العقد الأصلي يقرران فيه اللجوء إلى التحكيم لحسم النزاع الذي

1. أبو زيد رضوان ، الأسس العامة في التحكيم التجاري الدولي ، دار الفكر الجامعي ، الإسكندرية ، 1981 ، ص 19.
2. فوزي محمد سامي، التحكيم التجاري الدولي، المرجع السابق، ص 13.
3. حسن الهداوي ود. غالب علي الداودي، المرجع السابق، ص 208.

4. للتوسع في موقف الفقه والتشريع والقضاء حول تعريف التحكيم انظر: د. حفيظة السيد حداد، الموجز في النظرية العامة في التحكيم التجاري الدولي، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2007، ص 39 وما بعدها، و د. أبو زيد رضوان، المرجع السابق، ص 12 وما بعدها.
5. حول طبيعة اتفاق التحكيم وأركان هذا الاتفاق انظر: د. فوزي محمد سامي، المصدر السابق، ص 115 وما بعدها، و د. مصطفى محمد الجمال، و د. عكاشة عبد العال، المصدر السابق، ص 320 وما بعدها.

نشأ عن العقد و هذا ما يسمى بمشارطة التحكيم .و الفرق ما بين الصورتين واضح فالأولى تتعلق بنزاع مستقبلي غير محدد، في حين تتعلق الثانية بنزاع وقع فعلا و أصبح محددًا و واضحا.

بالنظر لعقد تأمين الاستثمار الأجنبي الذي تبرمه هيئات الضمان الدولية كافة تكشف عن أن اتفاق التحكيم يرد ضمن بنود العقد الأصلي، فعلى سبيل المثال ما ورد في عقد تأمين ملكية الاستثمار من أن (أي نزاع بين المستثمر الأجنبي و الوكالة الدولية ينشأ أو يتعلق بالعقد المبرم بينهما يتم تسويته بالتحكيم النهائي وطبقا لقواعد التحكيم الصادرة عن الوكالة)¹.

و عليه فإن اللجوء إلى التحكيم لتسوية المنازعات الناشئة عن عقد تأمين الاستثمار الأجنبي إنما يكون تنفيذًا لشروط تحكيم يرد في نموذج العقد ذاته²، و بكل تأكيد فإن الصورة التي يتخذها اتفاق التحكيم في عقد الدراسة تنطوي على استجابة لما أستقر عليه العمل الدولي حديثًا بصدد العقود الدولية النموذجية، و الذي معه يصعب القول بوجود أي عقد من هذه العقود يخلو من شرط التحكيم³.

و تجدر الإشارة أنه و بالرغم من ورود شرط التحكيم ضمن بنود العقد الأصلي، إلا أنه و في الوقت نفسه يتمتع باستقلال ذاتي عن العقد، و هو ما يصطلح عليه مبدأ استقلال شرط التحكيم عن العقد الأصلي حيث يستند هذا المبدأ إلى أن هذا الشرط يعد عقدا ضمن العقد الأصلي الذي يرد فيه، و بتعبير آخر أن شرط التحكيم يشكل عقد معادلا للعقد الأصلي، و يرجع ذلك إلى أن لكل من العقدين موضوع مختلفا عن الآخر فعلى الرغم من ورود شرط التحكيم في العقد الأصلي في الاعم الأغلب من الحالات، إلا أنه يظل متميزا عنه بمحله الخاص به، فمحل شرط التحكيم هو عمل إجرائي بحت يتعلق بحسم المنازعات الناشئة عن العقد الأصلي الذي يهدف إلى تحديد الحقوق و الالتزامات الموضوعية لأطرافه⁴.

مما يترتب عن هذه الاستقلالية أثرين :

- عدم ارتباط مصير اتفاق التحكيم بمصير العقد الأصلي.

- خضوع اتفاق التحكيم لقانون آخر غير ذلك القانون الذي يخضع له العقد الأصلي .

وبالنسبة لاتفاقيات الضمان الدولية لعقد تأمين الاستثمار الأجنبي ،فإنها لم تنص صراحة على مبدأ استقلالية التحكيم عن العقد الأصلي ،إلا انه يمكن استخلاص اتجاهها الضمني لإقراره من خلال إقرارها لمبدأ اختصاص

. Contract of guarantee for equity investment, 14.1.1

2 . انظر المادة (71) من عقد تأمين الاستثمار المباشر التي تبرمها المؤسسة العربية والمادة (1/14) من عقد تأمين الاستثمار الغير المباشر الذي تبرمه المؤسسة الإسلامية لضمان الاستثمار.

3 . محمود سمير الشرقاوي، المرجع السابق، ص5.

4 . للتوسع بمبدأ استقلال التحكيم والمبررات التي يستند إليها انظر: د. إبراهيم أحمد إبراهيم، التحكيم الدولي الخاص، بالطبعة الثالثة، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000، ص90-98. وكذلك انظر: د. مصطفى الجمال، امتداد شرط التحكيم خارج الإطار التقليدي للعقد المتعلق به، بحث منشور في مجلة الدراسات القانونية، تصدر عن كلية الحقوق، جامعة بيروت العربية، العدد السابع، يوليو (تموز)، 2001، ص 67 وما بعدها.

المحكم بالفصل في اختصاصه ، إذ إن تكريس المبدأ الأخير يعني ترك تقدير مدى الأخذ بمبدأ استقلال شرط التحكيم للمحكم، و بلا شك أن المحكم سيكون أكثر ميلا للأخذ بمبدأ الاستقلال مما يستتبع اختصاصه بالفصل في النزاع.

ثانيا : إجراءات التحكيم

إن لجوء اطراف النزاع في عقد تأمين الاستثمار الأجنبي إلى التحكيم يتطلب منهم إتباع إجراءات معينة تعرف بإجراءات التحكيم، و نعني بها هنا إجراءات التحكيم بمعناها الواسع و يراد بها تلك المسائل المتعلقة بولاية القضاء التحكيمي، و تشكيل هيئة التحكيم و اختصاصاتها، و إجراءات سير المرافعات المتبعة لديها حتى صدور القرار التحكيمي بصفته النهائية وتنفيذ هذا القرار¹.

فإذا رغب أحد أطراف النزاع في عقد تأمين الاستثمار الأجنبي الالتجاء إلى التحكيم طبقا للقواعد الخاصة بالتحكيم التي تتبع لدى هيئة الضمان التي أبرمت العقد، فيجب على الطرف الراغب بالتحكيم سواء في ذلك هيئة الضمان الدولية أو المستثمر الأجنبي إخطار الطرف الآخر بذلك.

و يلاحظ في هذا الصدد أنه و بالرغم من اختلاف قواعد التحكيم المتبعة لدى المؤسسة العربية عن تلك المقررة أمام الوكالة الدولية من حيث الصيغة و الطريقة التي يشعر بها الطرف الراغب بالتحكيم الطرف الآخر² إلا أن هذه القواعد اتفقت على تحديد الأمور التي يجب أن يتضمنها إخطار التحكيم من أهمها المعلومات اللازمة عن المسائل موضوع النزاع و القرار المطلوب صدوره و اسم المحكم المعين من قبله، و يعتبر التاريخ الذي يتسلم فيه الطرف الآخر لإخطار التحكيم هو تاريخ بدأ إجراءات التحكيم، فيتعين و خلال شهرين من تاريخ تسلمه الإخطار المذكور أن يخطر طالب التحكيم باسم المحكم الذي عينه، و يختار المحكمان خلال شهرين من تاريخ تعيين آخرهما حكما مرجحا يكون له صوت مرجح عند انقسام الآراء بالتساوي في هيئة التحكيم.

و القواعد المتبعة لدى هيئات الضمان الدولية في هذا المجال لا تمنع طرفي النزاع من الاتفاق على تشكيل هيئة التحكيم من محكم وحيد على أن يتم ذلك خلال شهرين من تاريخ الإخطار بالرغبة في الالتجاء إلى التحكيم³.

يتضح مما سبق أن قواعد التحكيم الخاصة بالمؤسسة العربية و الوكالة الدولية و المقررة لتسوية المنازعات الناشئة عن هذا العقد قد سائرت الاتجاه العام في فقه التحكيم الدولي و ما استقر عليه العرف الدولي من أتباع قاعدة وترية تشكيل هيئة التحكيم، أي تكوينها من عدد فردي من المحكمين و ان كنا نفضل تشكيل هيئة

1 . وبالمعنى الضيق تبدأ إجراءات التحكيم بعد تشكيل هيئة التحكيم وتنتهي بصدور قرار التحكيم النهائي. ولأهمية التفرقة بين المقصود بإجراءات التحكيم في المعنى الضيق والواسع، انظر: د. حمزة احمد حداد، التحكيم في القوانين العربية، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2007، ص277، البند406 و408
2 . طبقا للائحة تحكيم الوكالة تبدأ إجراءات التحكيم بتقديم طلب من قبل الطرف الراغب بالتحكيم إلى الأمين العام المحكمة العدل الدولية في لاهاي ويتضمن معلومات كاملة طبقا للمواد 3، 4، 5، 6 من لائحة تحكيم الوكالة الدولية.

3 . انظر المادة (83) من عقد تأمين مقاولات والفقرة (2) من المادة (7) من لائحة تحكيم الوكالة

تحكيم من ثلاثة أفراد على تلك المشكلة من محكم وحيد، لأن النزاع الذي يثيره عقد تأمين الاستثمار الأجنبي نزاع معقد و تعدد المحكمين يمكنهم في هذه الحالة من الاضطلاع بما يتطلبه فحص النزاع من وقت وجهد، كما أن تعقد النزاع يتطلب خبرات مختلفة لا يمكن توفيرها إلا إذا تعدد المحكمون¹.

و في حالة لم يعين أحد الطرفين محكما أو لم يتفقا على اختيار المحكم الوحيد أو إذا لم يتفق المحكمان المعينان من الطرفين على اختيار المحكم المرجح خلال المدة المقررة فإن القواعد الخاصة بالتحكيم المتبعة لدى هيئات الضمان الدولية على اختيار إحدى محاكم التحكيم الدولية كسلطة تعيين لهيئة التحكيم في هذه الحالة² فجزوت لطرفي النزاع أن يطلب من سلطة التعيين تشكيل هيئة التحكيم أو استكمال تشكيلتها بحسب الأحوال مع الأخذ بنظر الاعتبار أن النماذج العقدية للمؤسسة العربية لضمان الاستثمار أناطت سلطة التعيين برئيس محكمة الاستثمار العربية³، في حين أن الوكالة الدولية أناطت هذه السلطة بالأمين العام لمحكمة التحكيم الدائمة في لاهاي من أجل القيام بهذه المهمة⁴.

و للأطراف الحرية في اختيار المحكم دون شروط تتعلق بالجنس أو الدين أو الجنسية، إلا أن نظام التحكيم المتبع أمام هيئات الضمان الدولية انفرد بوضع شروط خاصة في المحكم الذي يطرح عليه النزاع ويستوي في ذلك المحكم الذي تم اختياره من قبل أطراف النزاع أو الذي تم تعيينه من قبل سلطة التعيين، و ذلك عندما اشترطت وجوب ألا يكون المحكم المرجح أو المحكم الوحيد من مواطني الدولة التي ينتمي إليها المستثمر (المؤمن له) بجنسيته، كما لا يكون المحكم المرجح من جنسية احد المحكمين الآخرين، فضلا عن كونه من ذوي الخبرة العالية في مجالات القانون و التجارة و الصناعة و التمويل و متمتعا بالنزاهة و الأخلاق العالية⁵. و هذا نفيا لشبهة انحياز المحكم في أذهان أطراف النزاع.

لقد اعتبر نظام التحكيم المعتمد لدى هذه الهيئات بدء النظر في الدعوى من قبل هيئة التحكيم مانعا يحول دون قيام أطراف النزاع بطلب استبدال المحكمين إلا في حالات استثنائية تتمثل في استقالة المحكم أو وفاته أو عجزه عن العمل⁶، و بعكس لائحة التحكيم الخاصة بالوكالة الدولية لم تتعرض قواعد تحكيم المؤسسة لمسألة رد المحكمين و الأسباب التي توجب الرد متى وجدت ظروف تثير شكوكا لها ما يبررها حول حيادية المحكم

1 . لمزيد من التفصيل حول قاعدة وترية تشكيل هيئة التحكيم انظر: د. فوزي محمد سامي، المرجع السابق، ص140، كذلك انظر: د. مصطفى الجمال و د. عكاشة عبد العال، المرجع السابق، ص576 وما بعدها.
2 . انظر في سلطة التعيين تفصيلا: د. حمزة حداد، المرجع السابق، 124 بند 169.
3 . المادة (52) من عقد تأمين الاستثمار المباشر، المادة (83) عقد تأمين معدات المقاولات، المادة (52) من عقد تأمين قرض الصادر عن المؤسسة العربية.
4 . المادة (7) الفقرة (4) من لائحة التحكيم الصادرة عن الوكالة الدولية لضمان الاستثمار.
5 . انظر المادة (1/9) من لائحة التحكيم الخاصة بالوكالة الدولية لضمان الاستثمار.
6 . انظر المادة (3/84) من عقد تأمين الاستثمار المباشر وتقابلها المادة (3) الفقرة (1) من لائحة تحكيم الوكالة الدولية.

وإستقلاله أو إذا لم يكن حائزاً للمؤهلات التي تشترط فيه، بل جعلت الأمر متروكاً لتقدير هيئة التحكيم التي تتمتع بحرية واسعة للبت في هذا الأمر ما لم تقيد حريتها باتفاق أطراف النزاع حول ذلك¹.

ثالثاً: إصدار قرار التحكيم وتنفيذه

غالباً ما تنتهي إجراءات التحكيم بإصدار القرار و تبليغه إلى أطراف النزاع، و عندئذ تتخذ الإجراءات الخاصة بتنفيذه، و هذا حسب ما يلي:

1- إصدار قرار التحكيم

بعد إنهاء جلسات التحكيم و الانتهاء من تقديم الوثائق و المذكرات من قبل طرفي النزاع الذين تتاح لهم الفرصة لإبداء الطلبات و الدفع، فعندئذ لا بد أن ترجع هيئة التحكيم إلى تلك الوثائق و أقوال الطرفين، و بعد دراسة و تمحيص للموضوع من كافة جوانبه و استناداً للقانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع و طبقاً لإجراءات التحكيم المتبعة من قبل هيئات الضمان الدولية تصدر هيئة التحكيم قرار التحكيم².

فإذا كانت هيئة التحكيم مؤلفة من ثلاثة محكمين فلا بد من إجراء المداولة بينهم قبل اصدار القرار، وبخلاف قواعد التحكيم المقررة لدى المؤسسة العربية، حددت الفقرتين (1) و (2) من المادة (22) من لائحة تحكيم الوكالة الدولية الكيفية التي تتم بها المداولة قبل اصدار القرار، إذ أنها افترضت أن تجري المداولة مقصورة على المحكمين دون غيرهم و بصورة سرية ما لم يقرروا خلاف ذلك.

أما فيما يتعلق بالمهلة التي يجب على هيئة التحكيم أن تصدر فيها القرار، يلاحظ في هذا الصدد أن قواعد تحكيم المؤسسة لم تحدد ميعاداً لصدور القرار و ذلك بخلاف حالة التفاوض و التوفيق (الوسائل الودية) إذ حددت لها وقتاً معيناً لإتمام هذين الإجراءين³.

و يبدو أن التوفيق توافق مع لائحة تحكيم الوكالة الدولية عندما أشارت المادة (20) منها إلى أن هذه المدة تحدد بمعرفة أطراف النزاع أو الأمين العام لمحكمة التحكيم الدائمة أو من قبل هيئة التحكيم المعروض عليها النزاع، و هو اتجاه جدير بالتأييد، و ذلك حتى لا يتراخى المحكمون في نظر النزاع فتضيع ميزة السرعة التي ينشدها أطراف النزاع من وراء اللجوء إلى التحكيم.

1 . انظر المواد (17، 16، 15) من هذه اللائحة.
2 . تجدر الملاحظة أنه ليس جميع القرارات التي يتخذها المحكم أثناء سير الإجراءات التحكيمية تعد قرارات تحكيم تحسم النزاع نهائياً، للتوسع في أنواع القرارات التي يتخذها المحكم انظر: د. إبراهيم الدسوقي أبو الليل، قواعد وإجراءات التحكيم، بحث منشور في مجلة الحقوق، تصدر عن كلية الحقوق والشريعة- جامعة الكويت، العدد 201، السنة 17، 1993، ص 99-100.
3 . انظر: المادة (2) من الملحق رقم (1) من اتفاقية المؤسسة العربية.

و قرار هيئة التحكيم إما أن يتخذ بالاتفاق أو بالأغلبية أو من خلال المحكم المرجح عند تشتت الآراء¹، و متى ما يصدر القرار بالأغلبية فعندئذ يصار إلى توقيع الأغلبية التي وافقت على القرار، و في هذا الصدد اشترطت لائحة تحكيم الوكالة على ضرورة أن يذكر اسم المحكم المخالف و أسباب مخالفته و أن يرفق رأيه بأوراق التحكيم في حين أن قواعد تحكيم المؤسسة لم تشترط ذلك².

إن قواعد التحكيم الخاصة بهيئات الضمان الدولية قد اشترطت أن يكون قرار التحكيم كتابيا و أن يكون مسببا³، فشرط الكتابة يسمح لهيئة التحكيم بتبليغ قرارها لأطراف النزاع و تسليم كل طرف نسخة منه، كما أن تسبب القرار التحكيمي يوضح بجلاء الجهد الذي بذله المحكم في إصدار قراره و البيانات التي استند إليها مما يزيد من ثقة الأطراف في هيئة التحكيم، هذا هو الاتجاه السائد في التحكيم الدولي الحديث⁴.

هذا و وفقا لأحكام المادة (1/4) من الملحق رقم (1) من اتفاقية المؤسسة العربية (يكون القرار الصادر نهائيا و ملزما للأطراف و يتعين تنفيذه بمجرد صدوره، ما لم تحدد هيئة التحكيم مهلة لتنفيذه أو لتنفيذ جزء منه و لا يجوز الطعن بالقرار أو طلب إعادة النظر فيه).

من نص المادة السابقة يتضح أن الحكم الصادر من هيئة التحكيم يعد حكما نهائيا و بالتالي يمكن تنفيذه تلقائيا دون اللجوء إلى أي إجراءات أخرى و لا يجوز الاعتراض على تنفيذ الحكم الصادر من هيئة التحكيم أو فرض تنفيذه كما لا يجوز الطعن فيه و بذلك أعطت الاتفاقية قرار التحكيم حجية مطلقة تفوق حجية الأحكام القضائية، بحيث أن القرار المذكور يقبل التنفيذ دون الخضوع للطرق المعهودة للطعن في الأحكام.

2- تنفيذ قرار التحكيم

يتضمن قرار التحكيم عموما الحكم على أحد أطراف النزاع و إعطاء الحق للطرف الآخر، و غالبا ما يتضمن هذا القرار وجوب دفع التعويض نتيجة للإخلال بالالتزامات الناشئة من عقد تأمين الاستثمار الأجنبي أو عدم تنفيذه.

كما تحرص قواعد التحكيم المقررة لدى هيئات الضمان الدولية على ضمان الفعالية الدولية لتنفيذ أحكام المحكمين، عندما وضعت نظاما مستقلا بشأن الاعتراف و تنفيذ قرارات التحكيم الصادرة من هيئات التحكيم المشكلة بموجب هذه القواعد⁵، و ذلك عندما نصت على أن قرار الهيئة يعد نهائيا و ملزما لأطراف النزاع

1 . انظر: المادة (4) الفقرة (1/ز) من الملحق رقم (1) من اتفاقية المؤسسة العربية.

2 . الفقرة (3) من المادة (53) من لائحة تحكيم الوكالة.

3 . انظر: الفقرة (6) من المادة (54) من عقد تأمين الاستثمار المباشر والتي تقابل المادة (2/50) من لائحة تحكيم الوكالة.

4 . انظر: محسن شفيق، التحكيم التجاري الدولي (دراسة مقارنة في قانون التجارة الدولية)، دار النهضة العربية، القاهرة، 1977، ص20.

5 . عبد الحميد الأحمد، المرجع السابق، ص6.

ويتعين تنفيذه بمجرد صدوره وتخضع إجراءات تنفيذه لقواعد تنفيذ أحكام المحكمين في الدولة المطلوب التنفيذ فيها¹.

رابعاً : التحكيم الدولي في ظل التشريع الجزائري

يذهب الأستاذ أحمد محيو إلى القول إن الممارسات الأولى للتحكيم الدولي في الجزائر ما بعد الإستقلال كان لها من الأثر السلبي بحيث الوقوع على التصور العام لفكرة ولممارسة التحكيم كإجراء قضائي من نوع خاص.

لقد ارتبط موضوع التحكيم الدولي بالجزائر بالآثار المباشرة الناشئة عن تنفيذ مضمون اتفاقيات إيفيان بشأن حقوق الامتياز الممنوحة للشركات الفرنسية العاملة في مجال إستغلال المحروقات، من حيث أنها نصت على تفضيل إجراء التراضي conciliation أو التحكيم I arbitrage وفي حالة الإختلاف يكون لأحد الطرفين الفرنسي أو الجزائري اللجوء مباشرة إلى محكمة العدل الدولية .

وبتالي كان هذا التوجه تنمة لمضمون التقنين البترولي الصحراوي المعمول به في فرنسا قبل الاستقلال، مع وجود فارق هام هو تحويل الإختصاص القضائي بشأن المنازعات الناشئة عن نشاط الشركات البترولية الفرنسية من مجلس الدولة الفرنسي إلى التحكيم الدولي .

كان أول إتفاق جزائري فرنسي لمسألة التحكيم بتاريخ 14 سبتمبر 1963² ليتبع بالإتفاق المؤرخ في 29 جويلية 1965 والذي تضمن تعريف مغاير لنظام إستغلال المحروقات وشروط تواجد الشركات الفرنسية³، إضافة إلى موضوع التحكيم الدولي، إن مضمون هذه الإتفاقيات على إختلافها الشكلي شكل قيد على السلطات الجزائرية في توجيه ومراقبة الأعمال المترتبة عن حقوق الإمتياز الممنوحة للشركات الفرنسية تحديدا .

ثم إن مضمون التحكيم المدون في هذه الاتفاقيات جاء مخالفا تماما لما هو معمول به في القانون الدولي، بحيث جاء معرقلا لممارسة السلطة الوطنية لإختصاصها في مجال الجباية البترولية .

إن التوجهات السياسية والإقتصادية التي مارستها الجزائر ونادت بها على الصعيد الدولي ضمن مجموعة ال 77 بعد 1965 ما كانت لتقبل بالمضمون "المقيد لممارسة صلاحياتها كدولة وطنية" المعبر عنه عبر الإتفاقيات الجزائرية الفرنسية لسنوات 1963 و 1965، ثم إن الممارسات و "تماطل" الغير مبرر للسلطات الفرنسية بشأن مراجعة مضمون هذه الإتفاقية، دفع بالسلطات الجزائرية حينها إلى إتخاذ مواقف أكثر راديكالية تمثلت في تأمين المحروقات، وإستبعاد إجراء التحكيم الدولي بالتبعية لفض المنازعات وجعل الإختصاص

1 . انظر: المادة (4/ي) من لائحة تحكيم الوكالة الدولية.

2 . الجريدة الرسمية الجزائرية لسنة 1963 ص 966.

3 . الجريدة الرسمية الجزائرية لسنة 1965 ص 980.

القضائي للغرفة الإدارية لدى المحكمة العليا بإعتبارها هي المختصة بالنظر في كل القضايا التي تكون الدولة أحد أطرافها .

لقد تم التطرق و الدراسة في هذا الفصل بداية إلى طرق نهاية عقد تأمين الاستثمار الأجنبي حيث اشتمل على أربعة نهايات لهذا العقد من انقضاء فترة مدة الضمان و تجديد عقد التأمين و تنتهي أيضا كما رأينا بفسخ عقد التأمين أو تحقق الخطر المضمون (محل العقد) و أداء التعويض من طرف المؤمن إلى المؤمن .

و انتقلنا في دراستنا إلى القانون الواجب و تسوية المنازعات حيث أظهرت الدراسات وجود اتجاهين لتحديد القانون الواجب التطبيق على عقد التأمين الأول للقانون المطبق يخضع العقد إلى قواعد الإسناد الوطنية كأول والثاني يخضعه إلى المبادئ العامة للقانون بصفة احتياطية عند انعدام نص في العقد يبين ذلك القانون المطبق.

و في الأخير تم دراسة الوسائل الخاصة بتسوية المنازعات المتعلقة بعقد التأمين حيث ميّزنا بين نوعين من الوسائل ، الأولى الوسائل الودية التي نصت عليها اتفاقيات الضمان الدولية بالتفاوض و التوفيق حيث جعلت التفاوض أمرا واجبا و لازما و لا يمكن اللجوء إلى غيره من الوسائل دون المرور به و استنفاده بعكس التوفيق، و الثانية الوسائل القضائية المتمثلة في التحكيم الذي تتم اللجوء إليه لحسم المنازعات المتعلقة بعقد تأمين الاستثمار الأجنبي كما أنها لا تخضع لاختصاص المحاكم الوطنية للدول الأعضاء في هيئات الضمان الدولية .

لقد إتجهت هذه الدراسة القانونية في الواقع إلى الوصول إلى فكرة واضحة ودقيقة, قدر الإمكان, حول عقد تأمين الاستثمار الأجنبي ضد المخاطر, حيث ومن خلال الدراسة تبين أن قضية التنمية الاقتصادية تلقى إهتماما لدى الشعوب العربية باعتبارها الوسيلة الوحيدة لخروجها من دائرة التخلف واللاحق يركب التقدم .

وتحقيق التنمية الاقتصادية يتطلب عدة عوامل أهمها رأس المال, وكشفت الدراسة أن ضمان المؤسسة ينصب على الأخطار غير التجارية وأن الاستثمار المضمون يجب أن يكون فيما بين الدول المتعاقدة, كما وأن عقد الضمان يرتب حقوق والتزامات متبادلة في حق طرفيه أوضحتها تفصيلا فيما تقدم .

واتضح لنا أن عقد الضمان يخضع للاتفاقية المنشئة للمؤسسة واللوائح التي يضعها مجلسها, كذا لشروط العامة وفضلا على ذلك فقد خولت الاتفاقية للمتعاقدين حق تحديد القانون الواجب التطبيق على عقدهم المعنى .

ويمكننا في هذه الخاتمة أن نركز على أهم ما توصلنا إليه من النتائج وهي كالتالي :

1. يُعد عقد تأمين الاستثمار الأجنبي من العقود الحديثة نسبيا التي تسهم وبشكل كبير في توفير مناخ آمن للاستثمار الأجنبي من شأنه أن يساعد المستثمرين على تنفيذ مشاريعهم دون قلق أو خوف مما يؤدي إلى زيادة تدفق الاستثمارات العربية والأجنبية بين الدول الأعضاء في هيئات الضمان الدولية .

2. من الصعوبة إيراد تعريف جامع ومانع لعقد تأمين الاستثمار الأجنبي , ومع ذلك عرّفته هذه الدراسة بأنه العقد الذي يُبرم بين هيئة الضمان الدولية والمستثمر الأجنبي الذي ينتمي بجنسيته إلى إحدى الدول الأعضاء في هذه الهيئة , تلتزم بموجبه الأخيرة بتعويض الأضرار التي تصيب المستثمر الأجنبي عند تحقق الخطر غير التجاري المنصوص عليه في العقد وفقاً لشروط معينة مقابل الأقساط التي يؤديها المستثمر للهيئة المذكورة .

3. كشفت الدراسة عن اختلاف أنواع عقد تأمين الاستثمار الأجنبي وتعدد نماذجه , فتعدد أنواعه تبعا للأشكال التي يتخذها الاستثمار المراد التأمين عليه , وتختلف نماذجه بحسب هيئة الضمان الدولية القائمة على إعداد نماذج هذا العقد .

4. انتصرت هذه الدراسة للاتجاه الفقهي الراجح الذي يُكَيّف عقد تأمين الاستثمار الأجنبي من المخاطر غير التجارية بوصفه عقد تأمين تجاري , آخذين بنظر الاعتبار خصوصية العقد محل الدراسة , إذ استأثرت اتفاقيات الضمان الدولية والتعليمات الصادرة عن هيئات الضمان الدولية

بوضع تنظيم قانوني يحكم العقد من حيث أطرافه ومحلّه والقانون الواجب التطبيق عليه ووسائل تسوية المنازعات التي تثار بشأنه .

5. تبين لنا من خلال الدراسة إن المحل الذي ينصب عليه عقد تأمين الأستثمار الأجنبي هو الخطر غير التجاري الذي يصعب على المستثمر الأجنبي التنبؤ به أو السيطرة عليه , ويتنوع هذا الخطر إلى الخطر السياسي الذي يتمثل بالاستملاك والتأميم والمصادرة والاستيلاء وتأجيل الوفاء بالدين والخطر الاقتصادي الذي يقتصر على القيود الواردة على صرف أو تحويل العملة والخطر الاجتماعي الذي يتجسد بالحرب والاضطرابات المدنية .

6. توصلنا إلى أن عقد تأمين الأستثمار الأجنبي يقرر عدة التزامات تقع على عاتق المؤمن له (المستثمر الأجنبي) أهمها الالتزام بالإدلاء بالبيانات المؤثرة في العقد و الالتزام بأداء أقساط التأمين والالتزام بإشعار المؤمن عند تحقق الخطر, وبالمقابل فإن هناك التزام أساس يتحمله المؤمن (هيئة الضمان الدولية) يتمثل بأداء التعويض للمؤمن له عند تحقق الخطر إذا ما توافرت الشروط اللازمة لذلك .

7. ينقضي عقد تأمين الأستثمار الأجنبي عند تحقق الخطر محل العقد وأداء التعويض من قبل الطرف المؤمن في العقد, وكذلك ينتهي للأسباب الواردة في نموذج العقد, والتي تتمثل بانتهاء الأجل المحدد للعقد، أو نتيجة فسخ العقد أو تجديده .

8. إن إخلال أحد طرفي عقد تأمين الأستثمار الأجنبي بالالتزامات الناشئة عن العقد على النحو الذي تترتب عليه مسؤولية الطرف المخل يجيز للطرف الآخر المتضرر المطالبة بإيقاع الجزاء المنصوص عليه في نموذج العقد نتيجة هذا الإخلال , وتنوع صور هذه الجزاءات إلى الدفع بعدم التنفيذ أو الغرامة التأخيرية أو التعويض بحسب الأحوال .

9. لقد أظهرت الدراسة وجود اتجاهين رئيسيين بشأن تحديد القانون الواجب التطبيق على عقد تأمين الأستثمار الأجنبي، الأول يسعى إلى إخضاع هذا العقد إلى أحد القوانين الوطنية المتنازعة من خلال قواعد الإسناد الوطنية ، و الآخر يخضع العقد بصفة أصلية للمبادئ العامة للقانون وللمبادئ القانون الدولي بوصفها من القواعد المادية الدولية , وانتهينا إلى تقرير أن القانون الواجب التطبيق على العقد بصفة أصلية هو القانون الذي تشير إليه قواعد الإسناد الوطنية , وأما القواعد المادية المذكورة فأنها تطبق بصفة احتياطية عند عدم وجود نص في العقد يبين ذلك القانون .

10. لقد أظهرت الدراسة بأن هنالك نوعين من الوسائل الخاصة بتسوية المنازعات المتعلقة بعقد تأمين الأستثمار الأجنبي من المخاطر غير التجارية ، وهي الوسائل الودية التي حددتها اتفاقيات

الضمان الدولية بالتفاوض والتوفيق , وقد جعلت الاتفاقيات موضوع الدراسة اللجوء إلى التفاوض أمراً لازماً بحيث لا يجوز اللجوء إلى غيره من الوسائل ألا بعد استفادته.

11. أما النوع الآخر من الوسائل فهي الوسائل القضائية وقد أظهرت هذه الدراسة بأن التحكيم هو الوسيلة الوحيدة ذات الطبيعة القضائية التي يتم اللجوء لحسم منازعات عقد تأمين الأستثمار الأجنبي , وأن المنازعات المتعلقة بهذا العقد لا تخضع مطلقاً لاختصاص المحاكم الوطنية للدول الأعضاء في هيئات الضمان الدولية .

12 . وجدنا أن قواعد التحكيم المعتمدة لدى هيئات الضمان الدولية قد نظمت إجراءات التحكيم المتبعة من قبل هيئة التحكيم المطروح عليها النزاع ابتداء من اتفاق التحكيم وانتهاءً بصدور قرار التحكيم وتنفيذه , كما تبين لنا أن هذه القواعد كانت انعكاساً للعديد من الاتجاهات الحديثة في التحكيم الدولي التي تؤدي إلى جعل التحكيم أكثر يسراً وفعالية كما تؤدي إلى تمكين المحكمين من أداء مهمتهم على الوجه الأكمل .

التوصيات :

1. نقترح قيام المؤسسة العربية لضمان الأستثمار بتعديل اتفاقية إنشائها على نحو تسمح بشمول التأمين للخسارة التي تصيب الأصول الغير المادية للمستثمر الأجنبي نتيجة لتحقق الخطر الاجتماعي لأن ذلك أصبح ضرورة يملئها الواقع الدولي الحديث ، ولتلافي هذا النقص نقترح تكمله نص المادة (18 / د) من الاتفاقية المذكورة بعبارة (غير المادية) لتكون صياغتها على النحو الآتي (يغطي التأمين كل عمل عسكري صادر عن جهة أجنبية أو عن الدولة المضيفة للاستثمار تتعرض له أصول المؤمن له المادية وغير المادية تعرضاً مباشراً , وكذلك الاضطرابات الأهلية العامة كالثورات والانقلابات والفتن وأعمال العنف ذات الطابع العام التي يكون لها نفس الأثر) .

2. نفضل تعديل اتفاقيتي المؤسسة العربية لضمان الأستثمار والوكالة الدولية لضمان الأستثمار على نحو الذي يضمن تنظيم الأحكام الخاصة بوقت تقدير التعويض على نحو تراعى فيه بالإضافة إلى نوع الخطر خصوصية محل العقد ونوع الأستثمار المؤمن عليه .

3. نقترح تعديل الملحق الخاص بتسوية النزاع الذي نصت عليه اتفاقيات الضمان الدولية وذلك بجعل التوفيق إجراءً إلزامياً حتى يتم تسوية النزاع في اقرب وقت ممكن ، ونرى أن تتم صياغة النص على أنه ((إذا لم تؤدِ المفاوضات إلى اتفاق بين أطراف النزاع يجب عليهم تسويتها عن طريق التوفيق ، فإن فشل ذلك تعين اللجوء إلى التحكيم)) .

4 . نفضل أن تقوم المؤسسة العربية لضمان الاستثمار بتعديل قواعد التحكيم المتبعة لديها على النحو الذي تحدد فيه لهيئة التحكيم المعروض عليها النزاع فترة زمنية معينة لصدور قرار التحكيم , وذلك أسوة بحالتي التفاوض والتوفيق (الوسائل الودية) إذ إنها حددت وقت معين لإتمام هذين الإجراءين، فلا يتصور أن تمتد إجراءات التحكيم من دون أن تقيد بمدة محددة .

قائمة المصادر والمراجع

Les Références

قائمة المصادر والمراجع

قائمة المصادر والمراجع :

1. الكتب القانونية باللغة العربية :

1. إبراهيم شحاتة, الضمان الدولي للأستثمارات الأجنبية, دار النهضة العربية, القاهرة, ط 1 سنة 1974.
2. إبراهيم شحاتة , المؤسسة العربية لضمان الاستثمار ودورها في توجيه حركة الاستثمارات العربية, الصندوق الكويتي للتنمية الاقتصادية العربية, الكويت , سنة 1974
3. إبراهيم شحاتة , تعليق على اتفاقية إنشاء الوكالة الدولية لضمان الاستثمار , بحث منشور في المجلة المصرية للقانون الدولي , تصدر عن الجمعية المصرية للقانون الدولي , العدد (44) سنة 1985
4. إبراهيم شحاتة, الضمان الدولي للاستثمارات الأجنبية, دار النهضة العربية, القاهرة, ط 1, سنة 1974
5. أحمد مهدي صالح , القواعد المادية في العقود الدولية . رسالة ماجستير, كلية القانون - جامعة بغداد, سنة 2004
6. أحمد شرف الدين , عقود التأمين وعقود ضمان الاستثمار , واقعها الحالي وحكمها الشرعي الطبعة الأولى, مطبعة حسان , القاهرة , سنة 1982
7. أحمد شرف الدين, أحكام التأمين, دراسة في القانون والقضاء المقارن, الطبعة الأولى, القاهرة سنة 1991,
8. جلال محمد إبراهيم , التأمين , دراسة مقارنة , دار النهضة العربية , القاهرة, ط 1, سنة 1994
9. عبد الرزاق احمد السنهوري , الوسيط في شرح القانون المدني , الجزء الأول, مصادر الالتزام دار النشر للجامعات المصرية , سنة 1952
10. عبد العزيز المرسي حمود, الجوانب القانونية لمرحلة التفاوض ذو الطابع التعاقدية, دراسة مقارنة بدون مكان طبع, سنة 2005
11. عبد الله عبد الكريم عبد الله , ضمانات الاستثمار في الدول العربية , دراسة قانونية مقارنة الطبعة الأولى , دار الثقافة للنشر والتوزيع , عمان , سنة 2008
12. على صادق أبو هيف, القانون الدولي العام, الطبعة الثانية, منشأة المعارف, الإسكندرية سنة 1975
13. غني حسون طه , الموجز في النظرية العامة في الالتزام , مطبعة المعارف , بغداد, سنة 1971
14. قادري عبد العزيز, الاستثمارات الدولية, التحكيم التجاري الدولي, ضمان الاستثمار, (د.ط), دار همومة, الجزائر, سنة 2004

قائمة المصادر والمراجع

15. محمود محمد ياقوت. حرية المتعاقدين في اختيار قانون العقد الدولي بين النظرية والتطبيق. منشأة المعارف، الإسكندرية، سنة 2000
 16. محمد طه البشير، الحقوق العينية الأصلية، الجزء الأول، الطبعة الثالثة، العاتك لصناعة الكتاب، القاهرة، سنة 2009
 17. مرتضى جمعة عاشور، عقد الاستثمار التكنولوجي، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، سنة 2010،
 18. هشام خالد، المؤسسة العربية لضمان الاستثمار، دراسة قانونية، مؤسسة شباب الجامعة، الإسكندرية، سنة 1988 .
 19. هشام خالد، خصائص وطبيعة عقد ضمان الاستثمار العربي، مؤسسة شباب الجامعة، الإسكندرية، سنة 1988
 20. هشام خالد، عقد ضمان الاستثمار، القانون الواجب التطبيق عليه وتسوية المنازعات التي تنشور بشأنه، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، سنة 2000 .
 21. هشام خالد، ماهية العقد الدولي، دراسة فقهية قضائية مقارنة، منشأة المعارف، الإسكندرية سنة 2007
 22. هشام علي صادق، الحماية الدولية للمال الأجنبي مع إشارة خاصة للوسائل المقترحة لحماية الأموال العربية في الدول الغربية، (د.ط)، دار الفكر الجامعي، مصر، سنة 2000 .
 23. هشام علي صادق، النظام العربي لضمان الاستثمار ضد المخاطر غير التجارية، (د.ط) ديوان المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر، سنة 2003 .
2. الكتب القانونية باللغة الأجنبية :

1. Alan redfern, Martin Hunter, Law and Practice of international commercial Arbitration, London, sweet and Maxwell, 1999
2. Bremer ,(w), the proposal for investment guarantee by an international agency, A.J.I.L.1964
3. Dicey and Morries, The conflict of law, 8 TH. Ed. Stevens and sons, London, 1968
4. Fatouros ,(A) , Government guarantee to foreign investors ,Columbia university press ,1962 , P .62 .

3. Gold berg , Sander , Rogers , Disputes Resolution , Negotiation , Mediation and other Processes , second Edition , Little , Brown and company, 1992

4. Ripert (G), Les regels du droit civil applicable aux rapports international aux, (R.C.D.I),1933

3. مواقع الأنترنت :

1. جميع نماذج هذا العقد متاحة باللغة الانكليزية على الموقع الرسمي للوكالة الدولية لضمان الاستثمار في شبكة

المعلومات العالمية : <http://www.miga.org/investmentguarantees/index>

2. جميع نماذج هذا العقد متاحة باللغة العربية على الموقع الرسمي للمؤسسة العربية لضمان الاستثمار في

شبكة المعلومات العالمية : <http://www.iaigc.net>

3. [http // www. Jus. Uin.NO/im/un](http://www.Jus.Uin.NO/im/un) conciliation . rules .2002) PDF

4.المذكرات الجامعية :

1. علي حسن علوان الغزي، عقد تأمين الاستثمار الأجنبي ضد المخاطر غير التجارية، رسالة ماجستير -

دراسة مقارنة، 2013

2. كعباش عبد الله، الحماية الوطنية والدولية للإستثمار الأجنبي وضمانه من المخاطر غير التجارية في الدول

النامية، رسالة ماجستير، فرع القانون الدولي والعلاقات الدولية، كلية الحقوق، بن عكنون الجزائر 2001-2002

3. فرحات وهيبة، أنظمة ضمان الاستثمارات الأجنبية في الدول النامية، رسالة ماجستير، كلية الحقوق جامعة

الجزائر، 2008-2009.

5.المقالات :

1. إبراهيم شحاتة، تعليق على اتفاقية إنشاء الوكالة الدولية لضمان الاستثمار، بحث منشور في المجلة المصرية

للقانون الدولي ، تصدر عن الجمعية المصرية للقانون الدولي، العدد (44) ، 1985

2. عصام الدين مصطفى بسيم ، نماذج عقود الضمان المطبقة في المؤسسة العربية لضمان الأستثمار، دراسة

نقدية تحليلية مقارنة لبعض نصوصها ، بحث منشور في مجلة الحقوق والشريعة ، تصدر عن كلية الحقوق

والشريعة - جامعة الكويت ، السنة 4 ، العدد 1 يناير(كانون الثاني) ، 1980

3 هشام علي صادق ، المؤسسة العربية لضمان الاستثمار والشركات المؤمن عليها ، بحث منشور في مجلة

المال والصناعة ، تصدر عن الدائرة الاقتصادية لبنك الكويت الصناعي ، العدد 2 ، السنة 1981.

قائمة المصادر والمراجع

4. أحمد صادق القشيري، الاتجاهات الحديثة في تعيين القانون الذي يحكم العقود الدولية، بحث منشور في المجلة المصرية للقانون الدولي تصدر عن الجمعية المصرية للقانون الدولي، المجلد 21، السنة 1965.
5. مصطفى الجمال، امتداد شرط التحكيم خارج الإطار التقليدي للعقد المتعلق به، بحث منشور في مجلة الدراسات القانونية، تصدر عن كلية الحقوق، جامعة بيروت العربية، العدد السابع، يوليو (تموز)، 2001.

فهرس المحتويات

الصفحة	المحتوى
-	شكر و عرفان
-	إهداء
-	ملخص الدراسة
أ	مقدمة
	الفصل الأول:
	الإطار القانوني لنشأة عقد تأمين الاستثمار الاجنبي
11	المبحث الأول: مفهوم عقد تأمين الاستثمار الأجنبي
11	المطلب الأول : التعريف بعقد تأمين الاستثمار الأجنبي
11	الفرع الأول : تعريف عقد تأمين الاستثمار الأجنبي
14	الفرع الثاني : نماذج عقد تأمين الاستثمار الأجنبي
14	أولاً: مجموعة النماذج العقدية للمؤسسة العربية لضمان الاستثمار
16	ثانياً: مجموعة النماذج العقدية للوكالة الدولية لضمان الاستثمار
19	الفرع الثالث : خصائص عقد تأمين الاستثمار الاجنبي
19	أولاً : الخصائص العامة لعقد تأمين الاستثمار الأجنبي
21	ثانياً : الخصائص الذاتية لعقد تأمين الاستثمار الأجنبي
25	المطلب الثاني : إنعقاد عقد تأمين الاستثمار الأجنبي
25	الفرع الاول : أركان عقد تأمين الإستثمار الاجنبي
26	أولاً : التراضي
30	ثانياً : المحل
42	الفرع الثاني : الآثار القانونية لعقد تأمين الاستثمار الأجنب
42	اولاً: الالتزام بالإدلاء بالبيانات المؤثرة في العقد
45	ثانياً : الالتزام بأداء أقساط التأمين
49	ثالثاً:الالتزام بإشعار المؤمن عند تحقق الخطر
65	المبحث الثاني : الآليات الدولية لحماية المستثمر الأجنبي
65	المطلب الاول : الوكالة الدولية لضمان الاستثمار
65	الفرع الاول : الاطار القانوني والتنظيمي للوكالة الدولية لضمان الاستثمار

فهرس المحتويات

66	أولا :الطبيعة القانونية للوكالة الدولية لضمان الاستثمار
66	ثانيا: الإطار التنظيمي للوكالة الدولية لضمان الاستثمار
68	الفرع الثاني :عملية حماية وضمان الاستثمار في الوكالة الدولية لضمان الإستثمار
68	أولا : الاستثمارات الصالحة للضمان.
69	ثانيا : المستثمر الصالح للضمان
70	ثالثا : المخاطر التي تغطيها الوكالة (الصالحة للضمان).
72	المطلب الثاني : إتفاقية المؤسسة العربية لضمان الاستثمار
72	الفرع الأول : النظام القانوني والتنظيمي للمؤسسة العربية لضمان الاستثمار.
72	أولا :الإطار القانوني للمؤسسة العربية لضمان الإستثمار .
73	ثانيا : التنظيم الهيكلي والإداري في المؤسسة العربية لضمان الاستثمار .
75	الفرع الثاني : عمليات الضمان التي تقوم بها المؤسسة العربية لضمان الإستثمار .
75	أولا : الاستثمارات الصالحة لضمان المؤسسة العربية لضمان الإستثمار
76	ثانيا :المستثمرون الصالحون لضمان المؤسسة العربية لضمان الاستثمار
77	ثالثا :المخاطر الصالحة للضمان .
الفصل الثاني :	
الإطار القانوني لانتهاة عقد تأمين الاستثمار الأجنبي	
80	المبحث الأول : طرق نهاية عقد الاستثمار الأجنبي
80	المطلب الأول : نهاية عقد تأمين الاستثمار الأجنبي العادية (المتوقعة) انقضاء فترة الضمان و تجديد العقد
80	الفرع الأول : إنقضاء فترة الضمان
82	الفرع الثاني : تجديد العقد
84	المطلب الثاني : نهاية عقد تأمين الاستثمار الأجنبي الغير العادية
84	الفرع الأول : فسخ عقد تأمين الاستثمار الأجنبي
88	الفرع الثاني : تحقق الخطر المضمون و أداء التعويض
89	أولا : شروط التعويض
93	ثانيا: طلب التعويض
95	ثالثا: تقدير التعويض
99	المبحث الثاني: القانون الواجب التطبيق على عقد تأمين الاستثمار الأجنبي و طرق تسوية المنازعات

فهرس المحتويات

100	المطلب الأول : القانون الواجب التطبيق على عقد تأمين الاستثمار
100	الفرع الأول: القانون الواجب التطبيق في ضوء قواعد الاسناد الوطنية
100	أولا : اختيار المتعاقدين للقانون الواجب التطبيق
104	ثانيا: عدم اختيار المتعاقدين للقانون الواجب التطبيق
107	الفرع الثاني: القانون الواجب التطبيق في ضوء القواعد المادية الدولية
107	أولا : العقد وفق المبادئ العامة للقانون
111	ثانيا: خضوع العقد لمبادئ القانون الدولي
114	المطلب الثاني : آليات تسوية المنازعات الناشئة عن عقد تأمين الاستثمار الأجنبي
114	الفرع الأول : وسائل التسوية الودية
115	أولا : التفاوض
118	ثانيا : التوفيق
122	الفرع الثاني: الوسائل القضائية (التحكيم)
123	أولا : التحكيم
126	ثانيا : إجراءات التحكيم
128	ثالثا: إصدار قرار التحكيم وتنفيذه
131	رابعا : التحكيم الدولي في ضل التشريع الجزائري
133	خلاصة الفصل :
134	الخاتمة :
144	قائمة المصادر والمراجع :