عقد الضمان كآلية لحماية ملكية المستثمر الأجنبي

ناصيري ربيعة: طالبة دكتوراه

كلية الحقوق والعلوم السياسية. جامعة طاهري محمد بشار -الجزائر

naciririrabiaa@yahoo.com

د. ساوس خيرة. أستاذة محاضرة قسم "أ"

كلية الحقوق والعلوم السياسية. جامعة طاهري محمد بشار -الجزائر

تاريخ الاستلام: 2018/03/07 – تاريخ القبول للنشر: 2018/03/30

ملخص:

إن حماية الاستثمارات الأجنبية في الدول المضيفة تتم بموجب عدة ضمانات توفرها هذه الأخيرة للمستثمر الأجنبي لتمنحه الثقة والاطمئنان من أجل تنفيذ مشروعه الاستثماري بكل راحة؛ ويعد عقد الضمان من أهم هذه الآليات لحماية المستثمر خاصة من المخاطر غير التجارية التي يتعرض لها في الدول المضيفة لاستثماره، وهذا العقد يؤكد له الحصول على تعويض عادل إذا تعرض للضرر من جراء هذه المخاطر. وقد تبنى الضمان اتفاقيات عديدة منها الاتفاقية الدولية لضمان الاستثمار وغيرها من الاتفاقيات، وهذا لتشجيع المواطن على زيادة حجم استثماره وكذا تشجيعه لفتح أسواق جديدة لمنتجاته في دول أخرى.

الكلمات المفتاحية: المستثمر الاجنبي، عقد الضمان، المخاطر غير التجارية، حماية المستثمر.

Abstract :

The protection of foreign investment in the host countries depends on several guarantees given by those countries to the foreign investor so that he will feel confidence and reassurance to implement his investment project comfortably. The warranty contract is one of those important mechanisms that protect the investor from non-commercial risks that may face his investment in host countries; also the contract confirms that the investor will get compensation if he face

any damage from those risks. This guarantees may build several conventions such as : International Investment Guarantee Convention and others, in order to encourage citizen increase the volume of investment and encourage him to open new markets for his products in other countries.

Key words: foreign investor, warranty contract, non-commercial risks, investor protection.

مقدمة:

تعتبر الاستثمارات الأجنبية مصدر أساسي لجلب رؤوس الأموال وكذا نقل التكنولوجيا، ولكن في ظل المخاطر التي يتعرض لها المستثمر صاحب المشروع الاستثماري كان لابد من وجود ضمانات أو آليات تشجع المستثمر على استثمار أمواله لدى أي دولة توفر له ذلك.

وبما أن الحماية هي أهم شروط أي مستثمر أجنبي لاستثمار مشروعه في دول غير دولته، فإن من آليات هذه الحماية ما يعرف بالضمان و "كان أول من فكر فيه الدول الصناعية المتقدمة، حيث جاءت بضمان الاستثمار كترجمة لمصالحها في تنمية تجارتها الخارجية وزيادة صادراتها الصناعية"[1].

حيث تبرز أهمية موضوع الضمان في كونه تأمينا للاستثمار الأجنبي ضد المخاطر وتأكيد للمستثمر حصوله على تعويض بموجب عقد الضمان إذا أصابه ضرر، والمشرع الجزائري على غرار باقي التشريعات تبنى فكرة الضمان نظرا للضرورة الملحة للتنويع في أساليب حماية الاستثمارات الأجنبية لتوفير المناخ الاستثماري الملائم للمستثمر الأجنبي لتشجيعه على استثمار أمواله في الحماية سواء القانونية أو المالية، وذلك لاستقطاب أكبر عدد من رؤوس الأموال الأجنبية من أجل تنمية اقتصادها الوطني؛ فقد أصبحت عقود الضمان تمنح المستثمر الثقة كونها تحميه من المخاطر التجارية او غير التجارية.

وعلى ضوء ما تقدم تطرح الاشكالية التالية: في ظل هذا التطور الصناعي والتكنولوجي الذي نعايشه في الوقت الحاضر، إلى أي مدى يمكن الأخذ بعقود الضمان

(1)- سمية كمال، النظام القانوني للاستثمار الأجنبي في الجزائر، مذكرة لنيل شهادة ماجستير، كلية الحقوق، تخصص قانون خاص، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2003/2002، ص 164.

كآلية فعالة لحماية ملكية المستثمر الأجنبي؟

وللإجابة عن هذه الاشكالية قسمنا هذا الموضوع إلى مبحثين:

-المبحث الأول: ماهية عقد الضمان.

- المبحث الثاني: عمليات الضمان.

المبحث الاول: ماهية عقد الضمان

إن المشروع الاستثماري الذي يقوم في إقليم الدولة المضيفة يتعرض للعديد من المخاطر خاصة تلك التي تمس بالملكية كالتأميم ونزع الملكية وغيرها...، وكان على الدولة مواجهتها بأكثر الطرق نجاعة وذلك بموجب عقود الضمان التي تعد وسيلة حقيقية لكسب ثقة المستثمر، فلابد من إلقاء نظرة في ماهية هذا العقد من خلال مطلبين:

-المطلب الاول: مفهوم عقد الضمان الدولي.

-المطلب الثاني: نطاق الضمان.

المطلب الاول: مفهوم عقد الضمان الدولي

يعد عقد الضمان من الطرق المهمة التي توفر الحماية للاستثمارات الأجنبية، لأنه ينظم من طرف هيئات دولية وأخرى عربية تضمن من خلال هذا العقد حقوق المستثمر الأجنبي، وبموجب ما تقدم كان لابد من التعرف على هذا العقد وذلك من خلال فرعين:

- الفرع الاول: نشأة عقد الضمان الدولي.

- الفرع الثاني: تعريف عقد الضمان الدولي.

الفرع الاول: : نشأة عقد الضمان الدولي

ظهرت فكرة إنشاء نظام دولي للتأمين على الاستثمارات الأجنبية عام 1957 عندما اقترحت لجنة الخبراء التابعة للجمعية الاستشارية لمجلس أوروبا إنشاء "صندوق للضمان والمعونة المالية" ويختص بالتأمين الاستثمارات الأوروبية في إفريقيا؛ وفي عام 1958 اقترحت "العصبة الأوروبية للتعاون الاقتصادي" إنشاء نظام لضمان الاستثمارات الأوروبية في الخارج تنفذه هيئات وطنية بشرط أن يتم إعادة التأمين على الاستثمارات

لدى وكالة الضمان الأوروبية؛ وفي عام 1959 وافقت الجمعية الاستشارية لمجلس أوروبا على إنشاء صندوق دولي لضمان الاستثمارات في مجال التعاون بين الدول الأوروبية والإفريقية، وتمخضت الجهود لإنشاء أجهزة دولية لضمان الاستثمار[1].

وتبنت الجزائر فكرة الضمان ولكنها لم تقم بإنشاء هيئة وطنية لضمان الاستثمارات من المخاطر غير التجارية، ولكنها انضمت إلى مجموعة من الهيئات المتخصصة في الضمان ومنها: المؤسسة العربية لضمان الاستثمار، الوكالة الدولية لضمان الاستثمار، والمؤسسة الإسلامية لتأمين وائتمان الصادرات[2].

أولا: المؤسسة العربية لضمان الاستثمارCIAGI.

ولدت فكرة إنشاء مؤسسة عربية لضمان الاستثمار تضم كل الدول العربية لعضويتها سنة 1966، ودخلت حيز التنفيذ إلى غاية سنة 1974، وهي هيئة تتمتع بالشخصية المعنوية والاستقلال الإداري والمالي، حيث تم توقيع الاتفاقية في الكويت وقد وقع عليها خمس دول فقط ثم توالت التوقيعات وأصبحت تضم 22 دولة[3]. تسعى هذه المؤسسة إلى تشجيع انتقال رؤوس الأموال العربية بين الدول المتعاقدة لتحقيق التكامل الاقتصادي العربي[4]، أي أنها تهدف إلى التأمين على الاستثمار العربي من المخاطر غير التجارية من نزع للملكية أو المصادرة، وقد انضمت إليها الجزائر بموجب الأمر رقم 16/72[5].

ثانيا: الوكالة الدولية لضمان الاستثمارAMGI.

(1)- دريد محمد السامرائي، الاستثمار الأجنبي المعوقات والضمانات القانونية، الطبعة الأولى، مركز الوحدة العربية، بيروت، 2006، ص 272؛ نوارة حسين، الحماية القانونية لملكية المستثمر الاجنبي في الجزائر، رسالة لنيل شهادة دكتوراه في العلوم، تخصص القانون، كلية الحقوق، تيزي وزو، 16 ماي 2013، ص 230.

(2)- نوارة حسين، المرجع السابق، ص 232.

(3)- عمر هاشم محمد صدفة، ضمانات الاستثمارات الأجنبية في القانون الدولي، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، 2008، ص 108.

(4)- دريد محمد السامرائي، مرجع سابق، ص 272.

(5)- الأمر 16/72 مؤرخ في 25 ربيع الثاني 1392 الموافق 1972/06/07، يتضمن المصادقة على الاتفاقية المتعلقة بإنشاء المؤسسة العربية لضمان الاستثمار، جريدة رسمية مؤرخة 1972/07/04، عدد 53.

أنشأت الوكالة في سنة 1988 تحت رعاية البنك الدولي للإنشاء والتعمير بموجب اتفاقية سيول لسنة 1985، تتمتع بالشخصية قانونية مستقلة، وقد صادقت عليها الجزائر بموجب المرسوم الرئاسي 345/95[1]، تهدف الوكالة إلى تشجيع تدفق رأس المال والتكنولوجيا للأغراض الإنتاجية بين الدول الأعضاء وخاصة للدول النامية[2]، إصدار ضمانات للاستثمار التي تقدم لإحدى الدول الأعضاء في الوكالة من الدول الأخرى الأعضاء ضد المخاطر غير التجارية بما في ذلك التأمين المشترك وإعادة التأمين ضد هذه المخاطر[3].

ثالثا: المؤسسة الاسلامية لتأمين الاستثمارات وائتمان الصادرات SIGICE .

أنشأت بموجب اتفاقية مؤرخة في 19 فبراير 1995 بناء على قرار مجلس محافظي البنك الاسلامي للتنمية، خلال دورته 16 المنعقدة بطرابلس، وقد صادقت الجزائر عليها بموجب المرسوم الرئاسي 144/96[4]، وهي مؤسسة دولية فرعية للبنك الإسلامي للتنمية مقرها جدة بالمملكة العربية السعودية، تتمتع بالشخصية المعنوية والاستقلال الإداري والمالي[5]؛ تهدف المؤسسة إلى توسيع إطار المعاملات التجارية وتشجيع تدفق الاستثمارات الاستثمارات بين الدول الأعضاء، تقوم بتأمين وإعادة تأمين ائتمان صادرات السلع ضد المخاطر وفقا لأحكام الشريعة الإسلامية[6].

الفرع الثاني: تعريف عقد الضمان الدولي.

الضمان لغة: هو من الفعل ضمن، أي ضمن ضمناً، أي كفل الشيء وقدّم له الأمان، والضمان عبارة عن التزام.

(1)-المرسوم الرئاسي 345/95 مؤرخ 1995/10/30، يتضمن المصادقة على الاتفاقية المتضمنة إنشاء الوكالة الدولية لضمان الاستثمار، جريدة رسمية مؤرخة 1995/11/5، عدد 66، ص 3.

(2)- سمية كمال، مرجع سابق، ص 165.

(3)- عمر هاشم محمد صدفة، مرجع سابق، ص 131.

(4)- المرسوم الرئاسي 144/96 مؤرخ 1996/04/23، يتضمن مصادقة الجزائر على الاتفاقية المتضمنة إنشاء المؤسسة الاسلامية لتأمين الاستثمار وائتمان الصادرات، جريدة رسمية مؤرخة 1996/04/24، عدد 26، ص 3.

(5)- نوارة حسين، مرجع سابق، ص 234.

(6)-المادة 5 من المرسوم الرئاسي 144/96 المتضمن إنشاء المؤسسة الاسلامية لتأمين الاستثمار وائتمان الصادرات، سالف الذكر.

والضمان قانونا هو تقديم الوسائل الكفيلة بتحقيق أمان قانوني لمن تقدم له كي يقدم على العمل وهو ضامن لنتائجه؛ وتعد فكرة الضمان تعبير عن وظيفة اقتصادية أكثر منها تعبيراً عن نظام قانوني محدد[1].

ومن جهة ثانية يعرف الضمان بأنه عقد يبرمه المستثمر مع هيئة الضمان، تلتزم بمقتضاه هيئة التأمين او الضمان بتعويض المستثمر عن الخسائر التي تلحقه نتيجة تحقق خطر من المخاطر المشمولة بالضمان؛ وليكون مجديا فإنه لا يكفي أن تكون هيئة الضمان تابعة للدولة المستقطبة للاستثمار، بل يفضل أن تكون الهيئة محايدة أو منظمة دولية تساهم فيها عدة دول وتحظى بثقة المستثمرين[2].

يعد عقد الضمان هو الأساس القانوني للعلاقة الثلاثية التي تنشأ بين المستثمر الأجنبي وهيئة الضمان والتي تتكفل بتعويضه عند تحقق الضرر من جهة، ومن جهة ثانية بين المستثمر والدولة المضيفة، وعلاقة ثالثة بين هيئة الضمان والدولة المضيفة؛ ولا تنشأ هذه العلاقة إلا بموافقة الدولة المضيفة للاستثمار الأجنبي على إبرام عقد الضمان بين الهيئة المختصة بالضمان والمستثمر الأجنبي[3].

المطلب الثاني: نطاق الضمان

بما أن عملية الضمان تحمي المستثمر الأجنبي فكان لابد من تحديد شروط هذه العملية سواء على المستوى الدولي أو العربي، وكون أن الضمان هو عقد يلتزم به المستثمر فإن الهيئة أيضا ملزمة بذلك لأنها تضمن له مخاطر معينة بموجب هذا العقد؛ وعليه قسمنا هذا المطلب إلى فرعين:

-الفرع الاول: شروط الضمان.

-الفرع الثاني: المخاطر التي يغطيها الضمان.

(1)- عبد الله عبد الكريم عبد الله، ضمانات الاستثمار في الدول العربية دراسة قانونية مقارنة، الطبعة الأولى/ الاصدار الأول، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2008، ص 23.

(2)- دريد محمد السامراني، مرجع سابق، ص 256.

(3)- نوارة حسين، مرجع سابق، ص 236، 237.

الفرع الأول: شروط الضمان

يلزم لإبرام عقد الضمان عموما توافر شروط معينة في الاستثمار وتتمثل فيما يلي:

أولا: شرط السلامة الاقتصادية والمساهمة في تنمية الدولة المضيفة

هذا الشرط يدفع بهيئة الضمان إلى البحث المسبق في نوعية وأثر الاستثمار المطلوب ضمانه ومدى قدرته على تنمية اقتصاديات الدولة المضيفة، فمن حق الهيئة قبول أو رفض ضمان الاستثمار رغم موافقة الدولة المضيفة، ولكن كان على واضعي الاتفاقية الاكتفاء بكون الاستثمار الأهداف والأولويات الانمائية المعلن عنها من طرف الدولة المضيفة، لأن الدولة هي صاحبة السلطة في تقرير صلاحية الاستثمار وقدرته على تنمية الطاقات الإنتاجية لها[1]. وهذا ما تؤكده المادة 12 الفقرة 4 من الاتفاقية المتضمنة إنشاء الوكالة الدولية لضمان الاستثمار.

ثانيا: شرط الجنسية

يحظى الاستثمار بضمان الوكالة اذا كان مملوك لأحد المستثمرين لإحدى الدول الأعضاء فيها وذلك كي يقتصر نشاط وفوائد هيئة الضمان على الاستثمارات التابعة للدول التي اسهمت في تمويلها، أي أن يكون المستثمر متمتعا بجنسية الدولة العضو في هيئة الضمان، أي أن يكون المستثمر يتمتع بجنسية دولة عضو في الهيئة غير الدولة المضيفة[2]؛ وإذا تعددت الجنسيات للمستثمر يكفي أن تكون إحداها جنسية احدى الدول التي تكون عضو في الهيئة، وإذا كان التعدد ما بين جنسية احدى هذه الدول وجنسية الدولة المضيفة يعتد بهذه الأخيرة بالنسبة للشخص الطبيعي[3].

أما الشخص الاعتباري يجب أن يكون قد تأسس طبقا لقانون الدولة العضو أو

---

(1)- عبد الله كعباش، الحماية الوطنية والدولية للاستثمار الأجنبي وضمانه من المخاطر التجارية في الدول النامية، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، فرع القانون الدولي والعلاقات الدولية، جامعة الجزائر، بن عكنون، 2002/2001، ص 249.

(2)- هشام علي صادق، النظام العربي لضمان الاستثمار ضد المخاطر غير التجارية، منشأة المعارف، الاسكندرية، 197، ص 110.

(3)- عمر هاشم محمد صدفة، مرجع سابق، ص 110.

يكون مقر عمله الرئيسي في هذه الدولة ويكون أغلبية رأس ماله مملوك للدولة العضو بشرط أن لا تكون هذه الدولة العضو في أي من هذه الحالات هي الدولة المضيفة[1].

ثالثا: شرط موافقة الدولة على الاستثمار المضمون

لكي يكون الاستثمار صالحا للضمان تشترط هيئة الضمان موافقة الدولة المضيفة للاستثمار وهذا طبقا لنص المادة 15 من الاتفاقية المنشئة للوكالة الدولية لضمان الاستثمار التي نصت على أنه: «لا يجوز للوكالة أن تبرم عقداً للضمان قبل موافقة الدولة المضيفة على قيام الوكالة بضمان الاستثمار ضد المخاطر المطلوب تغطيتها».

كما سبق وذكرنا هناك علاقة تنشأ بين هيئة الضمان و الدولة المضيفة للاستثمار ولا يتحقق ذلك إلا بموافقة هذه الأخيرة على ابرام عقد الضمان بين الهيئة المختصة و المستثمر الأجنبي، لإنشاء الالتزام القانوني بالرجوع على الهيئة لاستيفاء المقابل الذي تم دفعه للمستثمر كتعويض عن الضرر[2].

الفرع الثاني: المخاطر التي يغطيها الضمان

نصت كل من الوكالة الدولية والمؤسسة العربية لضمان الاستثمار على تغطية المخاطر غير تجارية ويمكن تحديدها كما يلي:

أولا: العجز عن تحويل العملة

بصفة عامة فإن خطر تحويل العملة التي تضمنه الوكالة بضمانه يشمل جميع صور القيود التي تفرضها حكومة الدولة المضيفة سواء تم فرضها قانونيا او عمليا، وكذا القيود التي تفرضها الهيئات العامة وغيرها من الأجهزة العامة للدولة المضيفة[3]، وقد حددت المؤسسة هذا الخطر في ثلاث صور وهي:

- رفض السلطات العامة في القطر المضيف تحويل مستحقات المستثمر المضمون من العملة المحلية إلى الخارج بعملة قابلة للتحويل أيا كان نوعها؛

(1)- المادة 13 من المرسوم الرئاسي 345/95، يتضمن المصادقة على الاتفاقية المتضمنة إنشاء الوكالة الدولية لضمان الاستثمار، سالف الذكر.

(2)- نوارة حسين، مرجع سابق، ص 237.

(3)- عبد الله عبد الكريم عبد الله، مرجع سابق، ص 165.

- تأخر الموافقة على تحويل العملة المحلية المستحقة للمستثمر المضمون إلى خارج الدولة المضيفة؛
- قيام سلطات الدولة المضيفة بفرض سعر صرف تمييزي ضد المستثمر عند التحويل[1].

ثانيا: خطر التأميم

يعتبر التأميم ثاني خطر تغطيه الوكالة الدولية حيث تشمل هذه المخاطر اتخاذ الحكومة المضيفة لإجراء تشريعي أو اتخاذها أو اغفالها عن اتخاذ إجراء إداري مما يترتب عليه حرمان المستفيد من الضمان من ملكيته او من السيطرة على استثماره او من منافع جوهرية لاستثماره[2].

إن نشأة الخطر لا تؤدي إلى استحقاق التعويض بينما يرتب حرمان المستثمر من حقوقه الجوهرية على استثماره تحقق الخطر ويعطي للمستثمر الحق في المطالبة بالتعويض؛ إلا أن النص قد استثنى من الاجراءات الضارة بالاستثمار الأجنبي تلك التي تتخذها السلطة القضائية، او بعض الإجراءات التي تحدث نتيجة خطأ، غش، وموافقة المستثمر على ذلك[3].

ثالثا: خطر الحرب والاضطرابات المدنية

تقوم الهيئة بضمان الخسائر التي تلحق الأصول المادية للمشروع نتيجة أي عمل عسكري او اضطرابات مدنية التي تخرج عن سيطرة الحكومة المضيفة، أو نتيجة للإجراءات التي تتخذها الدولة عموما لمواجهة هذه الاعمال[4]، وهذا يبرز لنا دور هذه الاتفاقيات كونها أوجدت عقود الضمان لحماية الاستثمارات التي يملكها المستثمر من

(1)- عمر هاشم محمد صدقة، مرجع سابق، ص 121، 122؛ نور الدين بوسهوة، المركز القانوني للمستثمر الأجنبي في القانونيين الدولي والجزائري، رسالة دكتوراه، تخصص القانون الخاص، كلية الحقوق، قسم القانون الخاص، جامعة سعاد دحلب، البليدة، 2005/2004، ص 94.

(2)- المادة 11 فقرة 1 من المرسوم الرئاسي 345/95، يتضمن المصادقة على الاتفاقية المتضمنة إنشاء الوكالة الدولية لضمان الاستثمار، سالف الذكر.

(3)- عبد الله كعباش، مرجع سابق، ص 256.

(4)- دريد محمد السامراني، مرجع سابق، ص 259.

أي ضرر يصيبها، وإن كان هذا الضرر ناتجا عن حرب، عمل عسكري، ثورة او أي من أعمال العنف[1].

رابعا: الإخلال بالعقد

من المخاطر المغطاة أيضا إذا قامت الدولة المضيفة بنقض العقد او الاخلال بالتزاماتها الموجودة العقد ويمكن تحديدها كالآتي:

- إذا كان من غير الممكن للمستفيد من الضمان اللجوء الى هيئة قضائية أو هيئة تحكيم للفصل في ادعائه نقض العقد او الإخلال بأحكامه؛
- إذا لم تقم تلك الهيئة بالفصل في الادعاء خلال مدة معقولة على النحو المحدد في عقد الضمان طبقا للوائح الوكالة؛
- إذا لم يكن من الممكن تنفيذ القرار الصادر من الهيئة المذكورة[2].

المبحث الثاني: عمليات الضمان

عملية الضمان وكونها تقوم بموجب عقد يجب أن يلتزم به الطرفان، فإن هيئة الضمان ملزمة بتعويض المستثمر في حالة حدوث ضرر، وعليه فإن هناك استثمارات معينة تقوم الهيئة بضمانها، إضافة إلى الالتزامات المفروضة على الهيئة من جراء هذا الضمان، وسنتعرض لذلك في مطلبين:

- المطلب الاول: الاستثمارات الصالحة للضمان.
- المطلب الثاني: آثار عملية الضمان.

المطلب الاول: الاستثمارات الصالحة للضمان

حسب ما ورد في المادة 12 اتفاقية الوكالة الدولية هناك أنواع من الاستثمارات المسموح بضمانها والتي يمكن تحديدها كالآتي:

(1)- عمر هاشم محمد صدفة، مرجع سابق، ص 124.

(2)- المادة 11 فقرة 3 من المرسوم الرئاسي 345/95، يتضمن المصادقة على الاتفاقية المتضمنة إنشاء الوكالة الدولية لضمان الاستثمار، سالف الذكر.

- الاستثمار المباشر ويتمثل في ملكية المستثمر لكل او بعض رأس مال المشروع خاضع لسيطرة المستثمر، والمادة 12 قد حددت كل اشكال الاستثمار المباشر منها حقوق الملكية؛
- الاستثمار غير المباشر كالقروض التي يقدمها المشاركون في ملكية المشروع، بشرط أن تكون هذه القروض متوسطة او طويلة الأجل، و الاستثمار عن طريق المساهمة في رؤوس أموال المشروعات، ويمكنها أن تحقق كثيرا من الفوائد الاقتصادية للدولة المصدرة لرأس المال، كفتح أسواق جديدة أمام منتجاتها وزيادة حجم تجارتها الدولية وتأمين حصولها على المواد الأولية بأسعار معتدلة[1].

وتقتصر الضمانات على الاستثمارات التي يبدأ تنفيذها بعد تسجيل الوكالة لطلب الضمان وتتمثل في:

- تحويل للنقد الأجنبي لتجديد او تطوير استثمار قائم؛
- استخدام الأرباح التي تدرها استثمارات قائمة اذا كان من الممكن تحويلها خارج الدولة المضيفة؛
- مواكبة الاستثمار للأهداف والأولويات الانمائية المعلنة للدولة المضيفة[2].

كما يوجد استثمارات أخرى منها ضمان معدات المقاولات، كالمعدات التي يستخدمها مقاول ينتمي لإحدى الدول الأعضاء بشرط أن تكون المعدات مستوردة من خارج الدولة؛ ضمان ائتمان الصادرات أي القروض المرتبطة بعمليات التصدير والاستيراد فيما بين الدول الأعضاء ولو قل أجلها عن 3 سنوات[3].

كما يوجد استثمارات يمكن ضمانها من جميع المخاطر وهي:

(1)- دريد محمد السامراني، مرجع سابق، ص 267؛ عمر هاشم محمد صدفة، مرجع سابق، ص 136.

(2)- المادة 12 من المرسوم الرئاسي 345/95، يتضمن المصادقة على الاتفاقية المتضمنة إنشاء الوكالة الدولية لضمان الاستثمار، سالف الذكر.

(3)- عمر هاشم محمد صدفة، مرجع سابق، ص 115.

- القروض المستخدمة في مشروعات الإسكان؛
- القروض بين مؤسسات الإقراض؛
- أي استثمار خارجي في حدود 75% من قيمته؛ ويشترط فيها أن تحظى بأهمية كبيرة في تنمية اقتصاد الدولة المستقطبة للاستثمار[1].

المطلب الثاني: آثار عملية الضمان

تفرض عملية الضمان التزامات عديدة على عاتق الأطراف الثلاثة، كونها تنشأ بموجب عقد أو اتفاق، وعليه كان لابد من تحديد هذه الالتزامات بالنسبة للمستثمر و هيئة الضمان وكذا الدولة المضيفة وهذا ما سنتعرض له من خلال الفروع الأتية:

-الفرع الأول: التزامات وحقوق المستثمر.

-الفرع الثاني: التزامات الدولة المضيفة.

-الفرع الثالث: التزامات هيئة الضمان.

الفرع الأول: التزامات وحقوق المستثمر

المستثمر له حقوق على هيئة الضمان وكذا عليه التزامات وتتمثل فيما يلي:

أولا: التزامات المستثمر

تتمثل التزامات المستثمر في:

- **أداء أقساط الضمان:** إن التزام المستثمر المضمون بأداء أقساط الضمان شرط أساسي لا يقوم بدونه التزام المؤسسة بالتعويض، فالقسط يختلف بحسب الخطر المطلوب تغطيته، فإن مقدار القسط بالنسبة لخطر نزع الملكية أو الحرب يكون بنسبة تختلف عن مقدار تحويل العملة؛ إضافة إلى ذلك يمكن لهيئة الضمان أن تفرض أقساط أعلى على الدول التي يكون مناخ الاستثمار فيها أسوأ من غيرها ما يشكل حافزاً لها لتحسينه[2].

(1)- دريد محمد السامراني، مرجع سابق، ص 262.

(2)- دريد محمد السامراني، مرجع سابق، ص 263؛ هشام خالد، عقد ضمان الاستثمار –القانون الواجب التطبيق عليه وتسوية المنازعات التي قد تثور بشأنه، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، 2000، ص 249-251.

- **تقديم تقرير دقيق ببياناته:** يلتزم المستثمر المضمون بالإدلاء بكل البيانات والمعلومات حتى التي من شأنها التأثير على ابرام العقد ويتم ذلك أثناء ابرام العقد، أي من وقت المفاوضات مع الهيئة إلى غاية ابرام العقد، وذلك لحق الهيئة في معرفة كل ملابسات لتقدير الخطر المضمون؛ وإعمالا بمبدأ حسن النية المستثمر الأجنبي ملزم بالإدلاء بالمعلومات التي من شأنها تغيير محل الخطر او الانتقاص من تقدير المؤسسة لجسامته[1].

- **التنازل عن حقوقه لصالح هيئة الضمان:** على المستثمر المضمون عند المطالبة بالتعويض عن الضرر من جراء تحقق الخطر، أن يتنازل للهيئة عن حقوقه خلال 180 يوم على الأكثر من تاريخ اخطاره كتابة بقرارها بالموافقة على أداء التعويض، فالهيئة تحل محل المستثمر المضمون في مواجهة المتسبب في الضرر ولكن في حالة فشلها في الحصول على عائد بعد حلولها محله لا يحق لها استعادة قيمة التعويض[2].

ثانيا: حقوق المستثمر

للمستثمر عدة حقوق ويمكن تحديدها في: التعويض في حالة نزع ملكية المشروع الاستثماري والذي تحدد قيمته على أساس القيمة الأصلية للمشروع؛ ويحصل على تعويض في حالة منع تحويل العملة؛ وأيضا في حالة عدم الاستقرار الاجتماعي نتيجة الحروب والاضطرابات الداخلية[3].

الفرع الثاني: التزامات الدولة المضيفة

إن الدولة المضيفة للاستثمار هي ليست طرف في عقد الضمان ولكن عليها التزامات تجاه هذه العلاقة، حيث تلتزم الدولة بقبول حلول هيئة الضمان محلها في تعويض المستثمر والرجوع عليها، وهذا ما جاء في القواعد العامة فعند تحقق الخطر

(1)- هشام خالد، المرجع السابق، ص 243.

(2)- المرجع السابق، ص 256-262؛ 17. طالب برايم سليمان، الضمانات التشريعية لحماية الاستثمار الأجنبي –دراسة مقارنة-، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، 2016، ص 195.

(3)- دريد محمد السامراني، مرجع سابق، ص 264.

المؤمن منه بفعل الغير تنعقد مسؤوليته قبل المؤمن له، فيكون لهذا الأخير حق مطالبة المسؤول بما أصابه من ضرر، وهذا ما جاء في المادة 18 من اتفاقية الوكالة الدولية؛ وقبول الدولة المضيفة بفكرة الحلول من أهم الضمانات المكرسة لحماية المستثمر الأجنبي، ويستبعد تنصل الدولة المضيفة من التزامها بالتعويض بعذر كونها طرف أجنبي عن عقد الضمان. كما تلتزم الدولة المضيفة بأداء مبلغ التعويض لهيئة الضمان وهذا من آثار مبدأ الحلول، لأنه يقابل التزام هيئة الضمان بأداء مبلغ التعويض للمستثمر الأجنبي المستفيد من العقد[1].

الفرع الثالث: التزامات هيئة الضمان

هيئة الضمان كغيرها من الطرفين السابقين قبل دخولها في علاقة الضمان تفرض عليها عدة التزامات تتمثل في:

- الالتزام بتقييم المشروع ومدى صلاحيته للضمان: أي التأكد من قدرته على التنمية الاقتصادية للدولة ومدى فاعليته في بناء طاقات إنتاجية لاقتصاد الدولة المضيفة؛
- الالتزام بتقييم الظروف المحيطة بالاستثمار: على الوكالة أن تستوثق عند ضمان الاستثمار أي النظام المعمول به في حماية الاستثمار في إقليم الدولة المضيفة؛
- الالتزام بتعويض المستثمر الاجنبي: متى توفرت شروط استحقاق التعويض جاز له المطالبة به وفقا لأحكام العقد، وذلك بتقديم طلب التعويض مدون فيه كافة المعلومات المحددة لحقوقه[2].

الخاتمة:

من خلال ما سبق توصلنا إلى أن نظرية الضمان تقوم على فكرة بسيطة مفادها مواجهة الخسائر المالية للمستثمر الأجنبي في إقليم الدولة المضيفة، وذلك من خلال

(1)- نوارة حسين، مرجع سابق، ص 246.

(2)- هشام خالد، مرجع سابق، ص 275؛ انظر المواد 11 و12 من المرسوم الرئاسي 345/95، يتضمن المصادقة على الاتفاقية المتضمنة إنشاء الوكالة الدولية لضمان الاستثمار، سالف الذكر.

تعرضه لعدة مخاطر وجب حمايته منها.

ويعد عقد الضمان الدولي من أهم الضمانات المكرسة لحماية الاستثمار الأجنبي كونه يتم بموجب عقد او اتفاق يربط بين أطرافه ويفرض التزامات على عاتقهم إلا أنه يبقى ضمانة للمستثمر الأجنبي عند حرمانه من حقوقه وملكيته؛ فالاستثمار أصبح يلعب دوراً مهما في تنمية اقتصاد الدول المستقطبة له وكان لابد من توفير ضمانات لحمايته وعقد الضمان كان من أهم هذه الضمانات.

والمستثمر أصبح أكثر راحة في تنفيذ مشروعه الاستثماري في وجود هذا العقد، والدولة الجزائرية تبنت عقد الضمان لما له من فائدة أولا للمستثمر حتى يضمن له حقوقه وثانيا لأنها تستفيد منه أيضا كونها تحتفظ بملكية المشروع الاستثماري لأنه يتم تنفيذه على أرضها، والدولة تسعى لتنمية اقتصادها الوطني من خلال الاستثمارات الأجنبية وفي نفس الوقت وفرت ضمانات لحماية المستثمر في إقليمها.

قائمة المراجع

الكتب:

- دريد محمد السامراني، الاستثمار الأجنبي المعوقات والضمانات القانونية، الطبعة الأولى، مركز الوحدة العربية، بيروت، 2006.

-عبد الله عبد الكريم عبد الله، ضمانات الاستثمار في الدول العربية دراسة قانونية مقارنة، الطبعة الأولى/ الاصدار الأول، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2008.

- عمر هاشم محمد صدفة، ضمانات الاستثمارات الأجنبية في القانون الدولي، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، 2008،.

- هشام خالد، عقد ضمان الاستثمار –القانون الواجب التطبيق عليه وتسوية المنازعات التي قد تثور بشأنه، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، 2000.

- هشام علي صادق، النظام العربي لضمان الاستثمار ضد المخاطر غير التجارية، منشأة المعارف، الاسكندرية، 1977.

- نوارة حسين، الحماية القانونية لملكية المستثمر الاجنبي في الجزائر، رسالة لنيل شهادة دكتوراه في العلوم، تخصص القانون، كلية الحقوق، تيزي وزو، 16 ماي 2013.

- نور الدين بوسهوة، المركز القانوني للمستثمر الأجنبي في القانونيين الدولي والجزائري، رسالة دكتوراه، تخصص القانون الخاص، كلية الحقوق، قسم القانون الخاص، جامعة سعاد دحلب، البليدة، 2005/2004.

- سمية كمال، النظام القانوني للاستثمار الأجنبي في الجزائر، مذكرة لنيل شهادة ماجستير، كلية الحقوق، تخصص قانون خاص، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2003/2002.

- عبد الله كعباش، الحماية الوطنية والدولية للاستثمار الأجنبي وضمانه من المخاطر التجارية في الدول النامية، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، فرع القانون الدولي والعلاقات الدولية، جامعة الجزائر، بن عكنون، 2002/2001.

النصوص القانونية:

1. -أمر 16/72 مؤرخ في 25 ربيع الثاني 1392 الموافق 1972/06/07، يتضمن المصادقة على الاتفاقية المتعلقة بإنشاء المؤسسة العربية لضمان الاستثمار، جريدة رسمية مؤرخة 1972/07/04، عدد 53.

2. -المرسوم الرئاسي 345/95 مؤرخ 1995/10/30، يتضمن المصادقة على الاتفاقية المتضمنة إنشاء الوكالة الدولية لضمان الاستثمار، جريدة رسمية مؤرخة 1995/11/5، عدد 66، ص 3.

3. -المرسوم الرئاسي 144/96 مؤرخ 1996/04/23، يتضمن مصادقة الجزائر على الاتفاقية المتضمنة إنشاء المؤسسة الاسلامية لتأمين الاستثمار وائتمان الصادرات، جريدة رسمية مؤرخة 1996/04/24، عدد 26، ص 3.