

نماذج عقود الضمان المطبقة في المؤسسة العربية لضمان الاستثمار دراسة نقدية تحليلية مقارنة لبعض نصوصها

الدكتور عصام الدين مصطفى بسيم
أستاذ القانون الدولي العام المساعد
كلية الشرطة - جمهورية مصر العربية

مقدمة :

لم يعد كافيا في الوقت الحاضر توافر فرص الاستثمار المربحة والضمانات القانونية الصادرة عن سلطات الدولة المستوردة لرأس المال لكي تتجه إليها رؤوس الاموال الاجنبية للمساهمة في تنميتها الاقتصادية . فهناك اعتبارات هامة أخرى أصبح يراعيها المستثمر الاجنبي عند اتخاذ قراره باستثمار رأس ماله داخل اقليم دولة معينة . ولعل من أبرز هذه الاعتبارات الهامة حجم الضمانات المتوافرة للاستثمارات الاجنبية ضد ما قد تصيبها داخل الدولة المضيفة من خسائر وأضرار نتيجة لتحقيق مخاطر غير تجارية .

فما زال عدم الاستقرار السياسي هو السمة المميزة لعدد كبير من الدول المستوردة لرأس المال ، الأمر الذي يزيد بدرجة كبيرة من احتمال قيام قلاقل سياسية وأعمال شغب واضطرابات داخلية . كما أن المحاولات التي تقوم بها هذه الدول لمعالجة مشكلاتها الاقتصادية المزمنة قد تدفعها في أغلب الأحيان إلى تأميم وسائل الإنتاج الرئيسية في البلاد ونقل ملكيتها إلى الدولة . كذلك قد تؤدي المبالغة في التمسك بالسيادة الوطنية التي حصلت معظمها عليها حديثا إلى اتخاذ إجراءات حكومية تهدف إلى نزع ملكية أو مصادرة أموال الأجانب الموجودة داخل أقاليمها أو الاستيلاء عليها بدون تعويض ، أو بتعويض غير عادل من وجهة نظر الأجانب . إلى جانب أن ما تعانيه أغلب هذه الدول من اختلالات في موازين مدفوعاتها بسبب الضغوط الهائلة التي تفرضها متطلبات تنفيذ خططها الإنمائية الطموحة ، بالإضافة إلى ندرة النقد الأجنبي المتوافر لديها قد تدفعها إلى اتخاذ العديد من الإجراءات الحكومية الهادفة إلى مراقبة الصرف الأجنبي وتقييد التحويلات النقدية داخل أقاليمها .

ويمكن حصر المخاطر التي قد يتعرض لها الاستثمار الأجنبي في الدول المستوردة لرأس المال ، بسبب العوامل السابقة ، في ثلاث فئات رئيسية :

أ - خطر نزع الملكية (نزع الملكية والتأميم والإجراءات الحكومية الأخرى ذات الطبيعة المماثلة) .

ب - خطر عدم قابلية النقد للتحويل .

ج - خطر الكوارث (الحرب وأعمال الشغب والاضطرابات الداخلية) وكلها في الواقع مخاطر غير تجارية قد ينجم عن تحققها خسائر تفوق تلك التي تسببها المخاطر التجارية بدرجة كبيرة .

وعادة ما يكون المستثمر ، عند اتخاذ قراره باستثمار رأس ماله في دولة أجنبية معينة ، قابلا للتحمل بما قد يصيبه من خسائر تجارية نتيجة لمغامرته الاستثمارية ، بيد أنه لا يكون مستعدا بأي حال لتحمل عبء الخسائر الناتجة عن تحقق مخاطر غير تجارية في الدولة المضيفة لاستثماره . وهو ما يجعل احتمال إصابة الاستثمارات الأجنبية بمثل هذه الخسائر في دولة معينة عائقا هاما يحول دون اتجاه رؤوس الأموال الأجنبية إليها والمساهمة في تنميتها الاقتصادية . ومن هنا برزت أهمية وجود وسيلة للتأمين على

الاستثمارات الاجنبية ضد الخسائر الناتجة عن تحقق مخاطر غير تجارية في الدول المستوردة لرأس المال ، بحيث تقوم الجهة المؤمن لديها بتمويض المستثمر الاجنبي عن هذه الخسائر او عن جزء كبير منها ، على الاقل ، عند تحقق المخاطر المؤمن ضدها .

وقد لا يقدم التامين ضد المخاطر غير التجارية حماية كافية ضد تحقق هذه المخاطر بالفعل ، الا أنه يقدم على الاقل حماية مناسبة ضد الاثار المترتبة على تحققها . علاوة على انه يوفر للمستثمر الاجنبي حدا أدنى من الحماية يمكن أن يخفف الى حد كبير من عبء المخاوف السياسية التي تعد عاملاً هاماً ومؤثراً على اتخاذ قرار باستثمار رأس ماله خارج دولته .

ورغم أن الدول المستوردة لرأس المال هي صاحبة المصلحة الحقيقية في جذب وتشجيع رؤوس الاموال الاجنبية على الاتجاه اليها عن طريق توفير الضمانات القانونية للمستثمرين المتوقعين ، بيد أن هذه الضمانات قد تكون أكثر جاذبية للمستثمرين الاجانب اذا قام بتقديمها طرف آخر خلاف حكومة الدولة المستوردة لرأس المال ، حيث تصبح سلامة رؤوس الاموال الاجنبية مستقلة تماماً عما قد تتخذه هذه الحكومات من اجراءات . الى جانب أن أصحاب رؤوس الاموال الاجنبية لن يقنعوا بضمان حكومة الدولة المستوردة لرأس المال وحدها لاستثماراتهم ضد المخاطر غير التجارية ، لان في ذلك تعليقا لكفالة الحق على ارادة المدين به . كما انه لن يضيف كثيراً الى الحماية الموضوعية والاجرائية المقدمة لرؤوس الاموال الاجنبية طالما أن المؤمن نفسه هو مصدر الخطر المؤمن ضده . وترتباً على ذلك ، فان الضمان لا يكون فعالاً الا اذا كان صادراً عن هيئة او حكومة اجنبية .

لكل هذه الاعتبارات ، وبسبب المنافع السياسية والاقتصادية العديدة التي يمكن أن تعود على الدول المصدرة لرأس المال من زيادة حجم استثمارات مواطنيها في الخارج ، قام عدد من هذه الدول بوضع وتنفيذ برامج وطنية لضمان استثمارات مواطنيها في الخارج ضد المخاطر غير التجارية . ويعد برنامج ضمان الاستثمارات الخارجية الامريكي اقدم هذه البرامج جميعاً ، اذ بدء في تنفيذه في سنة ١٩٤٨ ، وتلاه بعد ذلك تنفيذ برامج ضمان وطنية للاستثمارات الخارجية في كل من اليابان وجمهورية ألمانيا الاتحادية والنرويج والسويد والدانمرك وفرنسا والمملكة المتحدة وكندا .

ولما كانت الفائدة التي تقدمها البرامج الوطنية لضمان الاستثمارات

الخارجية المنفذة في الدول المصدرة لرأس المال قاصرة على مواطني هذه الدول ، ومحدودة بأقاليم الدول المستوردة لرأس المال التي تبرم اتفاقات ثنائية مع الدولة المنفذة للبرنامج (١) ، فقد قدمت عدة اقتراحات لإنشاء نظام دولي متعدد الاطراف للتأمين على الاستثمارات الاجنبية ضد المخاطر غير التجارية بهدف توسيع دائرة الاستفادة من مثل هذا النظام (٢) وتقدم ببعض هذه الاقتراحات افراد ، كما تقدم ببعض الآخر هيئات دولية (٣) .

ولاسباب مختلفة ، لم ينفذ من هذه الاقتراحات خلاف ذلك الذي تقدم به

(١) انظر في تفصيلات القيود التي تحد من انتفاع المستثمرين والدول المستوردة لرأس المال بالمزايا التي توفرها البرامج الوطنية لضمان الاستثمارات الخارجية ، في :

William Canant Brewer, The Proposal for Investment Guarantees by An International Agency, American Journal of International Law, January, 1964, p. 74.

(٢) الى جانب وجود مزايا متعددة يمكن ان يحققها نظام الضمان الدولي للاستثمارات بالمقارنة بتعدد نظم الضمان الوطنية مثل التبسيط الاداري ، وامكانية توزيع عبء الخسارة الى آخره من المزايا . انظر تفصيلا لمزايا نظام الضمان الدولي للاستثمارات ، في :

Multilateral Investment Insurance. A Staff Report of the International Bank for Reconstruction and Development, March, 1962, pp. 209 - 214; U.N. Economic and Social Office in Beirut, Investment Insurance, December 1966. p. 30.

(٣) بلغ عدد المشروعات المقدمة من افراد عشرة ، وهي مشروعات (هود ، جالان ، مافرى ، اوزبورن ، بونتزن ، رير ، شتراوس ، تيلني — بانيل ، فان ايجن ، زولوتاس) .

كما بلغت المشروعات المقدمة من هيئات دولية خمسة ، هي مشروعات (الجمعية الدولية للدراسات الهادفة الى تشجيع وحماية الاستثمارات الخاصة في الاقاليم الاجنبية ، ومجلس اوربا ، ومنظمة التعاون الاقتصادي والتنمية ، والبنك الدولي للإنشاء والتعمير ، والصندوق الكويتي للتنمية الاقتصادية العربية) .

انظر عرضا كاملا لاحكام المشروعات الفردية العشرة ، واحكام المشروعات الاربعة الاول المقدمة من هيئات دولية ، في :

id., Annex 2; I.B. St. Report, op. cit., pp. 232 et seq.

انظر كذلك شرحا كاملا ومقارنا لمشروع الصندوق الكويتي للتنمية الاقتصادية العربية تحت اسم « مشروع المؤسسة العربية » ، في :

عصام بسيم ، النظام القانوني للاستثمارات الاجنبية الخاصة في الدول الآخذة في النمو ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٧٢ ، ص ٤٠٢ وما بعدها .

الصندوق الكويتي للتنمية الاقتصادية العربية بالاشتراك مع وزارة الخارجية الكويتية ، بناء على توصية من مؤتمر التنمية الصناعية للدول العربية المنعقد في الكويت في مارس ١٩٦٦ (توصية رقم ٦٢) ، الى الاجتماع الاول لخبراء التمويل العرب الذي عقد في الكويت في الفترة من ٦ - ٩ نوفمبر ١٩٦٧ ، حيث أعيدت دراسة الاقتراح وقدم مرة أخرى للاجتماع الثاني لخبراء التمويل العرب المنعقد في الكويت في الفترة من ١٠ - ١٢ مارس ١٩٧٠. الذي وافق عليه بعد ادخال بعض التعديلات ، وبعد تغيير اسمه الى « مشروع اتفاقية بشأن انشاء المؤسسة العربية لضمان الاستثمار » . وفي اغسطس من ذات العام وافق مجلس الوحدة الاقتصادية العربية على المشروع ، كما وافق عليه أيضا في ديسمبر من العام نفسه المجلس الاقتصادي لجامعة الدول العربية . ولقد دخلت الاتفاقية حيز التنفيذ اعتبارا من اول ابريل ١٩٧٤ ، وهو تاريخ اكتمال النصاب الذي تطلبته الاتفاقية من تصديقات الاقطار العربية عليها للبدء في تنفيذها . وبذلك ظهرت الى الوجود اول هيئة دولية ، او بمعنى اصح ، اول هيئة اقليمية متعددة الاطراف لضمان الاستثمارات الاجنبية ضد المخاطر غير التجارية وهي « المؤسسة العربية لضمان الاستثمار » (٤) .

ويقتصر نشاط المؤسسة باعتبارها هيئة اقليمية على ضمان الاستثمارات المملوكة لاحد الاقطار العربية الاعضاء ، او لهيئة تابعة لاحد الاقطار العربية الاعضاء ، او لمواطني هذه الاقطار ، داخل اقاليم الاقطار العربية الاعضاء خلاف القطر الذي ينتمي اليه مالك الاستثمار ، ضد ثلاث فئات رئيسية من المخاطر غير التجارية هي :

(٤) تطلبت المادة (٤٦) من الاتفاقية المنشئة للمؤسسة ، لكي تصبح نافذة المفعول ، تصديق ما لا يقل عن خمسة اقطار اكتببت في ٦٠٪ على الاقل من رأس مال المؤسسة . وحتى نهاية عام ١٩٧٨ ، اصبحت الاقطار العربية الاعضاء في المؤسسة ثماني عشرة قطر هي : الامارات العربية المتحدة ، المملكة الاردنية الهاشمية ، الجمهورية التونسية ، الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية ، المملكة العربية السعودية ، جمهورية السودان الديمقراطية ، الجمهورية العربية السورية ، سلطنة عمان ، الجمهورية العراقية ، دولة قطر ، دولة الكويت ، الجماهيرية العربية الليبية الشعبية الاشتراكية ، الجمهورية اللبنانية ، جمهورية مصر العربية ، المملكة المغربية ، الجمهورية الإسلامية الموريتانية ، الجمهورية العربية اليمنية ، جمهورية اليمن الديمقراطية الشعبية .

١ - خطر نزع الملكية ، وعبرت عنه الاتفاقية المنشئة للمؤسسة
بالعبارة التالية : « اتخاذ السلطات العامة بالقطر المضيف بالذات او
بالواسطة اجراءات تحرم المستثمر من حقوقه الجوهرية على استثماره ،
وعلى الاخص المصادرة والتأميم وفرض الحراسة ونزع الملكية والاستيلاء
الجبري ومنع الدائن من استيفاء حقه او التصرف فيه وتأجيل الوفاء بالدين
الى اجل غير معقول » .

٢ - خطر عدم قابلية النقد للتحويل ، ووصفته الاتفاقية بأنه :
« اتخاذ السلطات العامة بالقطر المضيف بالذات او بالواسطة اجراءات
جديدة تقيد بصفة جوهرية من قدرة المستثمر من تحويل اصل استثماره
او دخله منه او اقساط استهلاك الاستثمار الى الخارج » .

ويشمل ذلك التأخير في الموافقة على التحويل بما يتعدى فترة معقولة
كما يشمل فرض السلطات العامة عند التحويل سعر صرف يميز ضد
المستثمر تمييزا واضحا .

ولا يدخل في نطاق هذا الخطر الاجراءات القائمة بالفعل عند ابرام عقد
التأمين كما لا يدخل فيه اجراءات التخفيض العام لسعر الصرف او احوال
انخفاضه » .

٣ - خطر الحرب والكوارث ، وحددته الاتفاقية بأنه : « كل عمل
عسكري صادر عن جهة اجنبية او عن القطر المضيف تتعرض له اصول
المستثمر المادية تعرضا مباشرا ، وكذلك الاضطرابات الاهلية العامة
كالثورات والانقلابات والفتن واعمال العنف ذات الطابع العام التي يكون
لها نفس الاثر » (٥) .

ولقد حددت نصوص الاتفاقية نظم واوضاع ضمان المؤسسة
للاستثمارات العربية ضد المخاطر غير التجارية الثلاثة .

وتنفيذا لنصوص الاتفاقية المنشئة للمؤسسة (٦) ، قامت المؤسسة
بصياغة أربعة نماذج لعقود الضمان لتنظيم العلاقة بينها كمؤمن ، وبين

(٥) انظر المادة (١/١٨) من الاتفاقية المنشئة للمؤسسة ، التي تحدد المخاطر المتاح الضمان
ضدها .

(٦) المادة (١/١٢)

المستثمرين الصالحين للتعاقد على الضمان الذي توفره كمؤمن لهم . ولقد خصصت أحد هذه النماذج لعقد ضمان الاستثمار المباشر ، والثاني لعقد ضمان معدات المقاولات ، والثالث لعقد ضمان القرض ، والرابع لعقد ضمان القرض بعملة أجنبية (٧) . وان كنا لا نرى حكمة ولا مبررا لصياغة نموذجين لعقد ضمان الاستثمار الذي يأخذ صورة قرض ، فطبيعة الاستثمار المؤمن عليه في نموذجي العقدين واحدة (قرض مقدم لمشروع استثماري من قطر عربي عضو) ، ولا يؤثر في طبيعته هذه كون القرض بعملة أجنبية أم بعملة محلية .

ورغم أن الأحكام التي تتضمنها هذه النماذج الأربعة لعقد الضمان توضح مدى الجهد الوافر الذي بذل في سبيل صياغتها على هذا النحو ، خاصة وأنها عقود رائدة في مجال ضمان الاستثمارات الأجنبية من جانب أول هيئة اقليمية متعددة الاطراف ضد المخاطر غير التجارية ، بيد أن هناك من بين نصوصها ما يستحق المناقشة والتعليق في ضوء الأحكام التي تضمنتها الاتفاقية المنشئة للمؤسسة ، والهدف الذي انشئت المؤسسة من أجل تحقيقه، مقارنا بما تضمنته نماذج عقود الضمان المنفذة في أهم النظم الوطنية لضمان الاستثمارات الخارجية لدى الدول المصدرة لرأس المال ، وذلك بغية المساهمة في ارساء قواعد وأسس « نظام قانوني عربي لضمان الاستثمار » .

وسوف تتناول هذه الدراسة مناقشة موضوعين في بحثين منفصلين وهما ، شروط صلاحية المستثمر للتعاقد على الضمان الذي توفره المؤسسة ، وخطر نزاع الملكية كأحد المخاطر المتاح الضمان ضدها .

المبحث الأول

شروط صلاحية المستثمر للتعاقد على ضمان المؤسسة

تنص المادة (١٧) من الاتفاقية المنشئة للمؤسسة العربية لضمان الاستثمار على أنه :

« ١ — يشترط في المستثمر الذي يقبل طرفا في عقد التامين أن يكون فردا من مواطني الاقطار المتعاقدة أو شخصا اعتباريا تكون حصصه أو أسهمه

(٧) تم الحصول على النماذج الأربعة لعقد الضمان المشار إليها في المتن من مقر المؤسسة العربية لضمان الاستثمار بدولة الكويت .

مملوكة بصفة جوهرية لأحد هذه الاقطار أو لمواطنيها . ويكون مركزه الرئيسي في أحد هذه الاقطار .

ومع ذلك يجوز بقرار من المجلس أن يقبل الشخص الاعتباري طرفاً في عقد التأمين ، رغم وجود مركزه الرئيسي في قطر غير متعاقد ، بشرط أن يكون هذا الشخص الاعتباري مملوكاً بنسبة لا تقل عن خمسين بالمائة لواحد أو أكثر من الاقطار المتعاقدة أو مواطنيها أو الأشخاص الاعتبارية التي تنطبق عليها الشروط المنصوص عليها في هذه الفقرة للقبول كطرف في عقد التأمين . ويشترط في جميع الاحوال ألا يكون المستثمر من مواطني القطر المضيف (٨) .

٢ — تتضمن عقود التأمين ما يجيز للمؤسسة تعديل العقد أو فسخه أو اتخاذ أي إجراء مناسب آخر إذا تخلف بعد تاريخ إبرام العقد شرط من الشروط الواردة في الفقرة السابقة . إلا أنه يجب أن تتوافر هذه الشروط عند مطالبة المستثمر بما يستحقه من تعويض عن الخسائر المؤمن عليها .

٣ — إذا تعددت جنسيات المستثمر يكفي أن يكون أحداها جنسية أحد الاقطار المتعاقدة ، فإذا كان التعدد ما بين جنسية أحد هذه الاقطار وجنسية القطر المضيف يعتد بهذه الأخيرة » .

ويستفاد من هذا النص أن الاتفاقية لم تشترط انتهاء المستثمرين الصالحين للتعاقد على الضمان الذي توفره المؤسسة لقطر عضو من فئة معينة (الاقطار العربية المصدرة لرأس المال ، الاقطار العربية المستوردة لرأس المال) كما هو الحال بالنسبة للبرامج الوطنية لضمان الاستثمارات الخارجية (حيث توفر الضمان فقط للمستثمرين المنتمين للدولة المصدرة لرأس المال التي تنفذ البرنامج) ، وإنما اتاحت التعاقد على ضمان المؤسسة للمستثمرين المنتمين لأي قطر من الاقطار العربية الاعضاء .

كذلك لم تتطلب الاتفاقية توافر الانتماء بمعناه الفني الدقيق (الجنسية)

(٨) يلاحظ أن هذه الفقرة من المادة (١٧) من الاتفاقية قد عدلت بقرار مجلس المؤسسة رقم (٧) لسنة ٢/١٩٧٦ ، وكان النص قبل التعديل على النحو التالي : « ١ — يشترط في المستثمر الذي يقبل طرفاً في عقد التأمين أن يكون فرداً من مواطني الاقطار المتعاقدة أو شخصاً اعتبارياً تكون حصصه أو أسهمه مملوكة بصفة جوهرية لأحد هذه الاقطار أو لمواطنيها ويكون مركزه الرئيسي في أحد هذه الاقطار . ويشترط في جميع الاحوال ألا يكون المستثمر من مواطني القطر المضيف » .

بالنسبة للأشخاص الاعتبارية (٩) ، وإنما اكتفت بضرورة وجود صلات قوية بين الاستثمار وأحد أو كل الاقطار الاعضاء ، دون اشتراط وجود رابطة قانونية معينة بينه وبين قطر عضو بالذات كما هو الحال بالنسبة للأشخاص الطبيعية . فقد نصت المادة (١٧/١) من الاتفاقية على اناحة التعاقد على ضمان المؤسسة للأشخاص الطبيعية مواطني الاقطار الاعضاء دون تمييز ، وللأشخاص الاعتبارية المملوكة بصفة جوهرية لأحد هذه الاقطار أو لمواطنيها إذا كان مركزها الرئيسي في أحد هذه الاقطار (١٠) . كما أجازت لمجلس المؤسسة اعتبار الشخص الاعتباري صالحا للتعاقد على ضمان المؤسسة ، رغم وجود مركزه الرئيسي في قطر غير متعاقد ، إذا كانت نسبة ٥٠٪ على الأقل من رأس ماله مملوكة لقطر أو أكثر من الاقطار المتعاقدة أو مواطنيها أو الأشخاص الاعتبارية الصالحة للتعاقد على ضمان المؤسسة (المملوكة بصفة جوهرية لأحد الاقطار الاعضاء أو لمواطنيها ، إذا كان مركزها الرئيسي في أحد هذه الاقطار) . وفي جميع الاحوال ، يشترط ألا يكون المستثمر (الشخص الطبيعي ، أو الشخص الاعتباري) من رعايا القطر المضيف .

ولقد تبنت الاتفاقية معيارا مرنا في تحديد شروط صلاحية الشخص الاعتباري للتعاقد على ضمان المؤسسة ، حيث يمكن أن يترتب عليه اناحة التعاقد على ضمان المؤسسة للشركات المملوكة لمساهمين تابعين لعدد من الاقطار العربية الاعضاء .

وعلى العكس مما ذهب اليه الاتفاقية المنشأة للمؤسسة العربية لضمان الاستثمار ، يكتفي المشروع المقدم من البنك الدولي للإنشاء والتعمير ،

(٩) انظر المعايير المختلفة لتحديد جنسية الشخص الاعتباري ، في :

هشام صادق ، النظام العربي لضمان الاستثمار ضد المخاطر غير التجارية ، ١٩٧٧ ، منشاه المعارف ، الاسكندرية ، ص ٨٨ وما بعدها .

(١٠) انظر :

هشام صادق ، المرجع السابق ، ص ٩٩ وما بعدها .

حيث يرى أن ملكية رعايا أحد الاقطار الاعضاء لنسبة أقل من نصف رأس المال ، مثل نسبة ٣٠٪ من الحصص أو الاسهم ، قد تكفي لاستفادة الشخص الاعتباري من ضمان المؤسسة ، إذا كانت النسبة الباقية وهي ٧٠٪ مملوكة لرعايا دول اجنبية مختلفة ، بحيث لا تزيد ملكية رعايا أي من هذه الدول عن ١٠٪ مثلا من قيمة الحصص والاسهم .

بشأن انشاء هيئة دولية متعددة الاطراف لضمان الاستثمارات الاجنبية ضد المخاطر غير التجارية ، كشرط لصلاحية المستثمرين للتعاقد على الضمان الذي توفره الهيئة المقترحة ، بتوافر صلة وثيقة بين المستثمر والدولة المضيفة تعبر عنها الدولة بتأييد الطلب المقدم من المستثمر لضمان استثماره دون تدخل من الهيئة في طبيعة هذه الصلة (١١) .

الى جانب ذلك ، تتطلب الاتفاقية المنشئة للمؤسسة العربية لضمان الاستثمار توافر الشروط الهابطة في المستثمر الصالح للتعاقد على الضمان عند تقديم طلب التعاقد على الضمان ، وعند المطالبة بها يستحقه من تعويض عن الخسائر المؤمن عليها ، واحتفظت بحق المؤسسة في اتخاذ الاجراء المناسب في حالة تخلف هذه الشروط بعد تاريخ التعاقد على ضمان المؤسسة . كذلك نصت الاتفاقية على القواعد الواجبة الاتباع في تحديد الجنسية التي يعتد بها في حالة المستثمر ذي الجنسيات المتعددة .

من ناحية أخرى ، فقد صاغت المؤسسة نماذج عقود الضمان الاربعة التي اعدتها لتنظيم العلاقة بينها كمؤمن ، وبين المستثمرين الصالحين للتعاقد على الضمان الذي توفره كمؤمن لصالحهم ، فيما يتعلق بشروط صلاحية المستثمرين ، مستخدمة نفس العبارات المنصوص عليها في المادة (١٧) من الاتفاقية ، الامر الذي يثير عددا من الموضوعات التي تستحق المناقشة تحت رؤوس الموضوعات المناسبة .

١ - اخفاق نماذج عقود الضمان في التعبير عما اتجهت اليه حقيقة ارادة الاقطار العربية الاعضاء :

ان الرغبة في مساعدة الدول المستوردة لرأس المال على تنمية اقتصادياتها كانت وما زالت الدافع الرئيسي لاقتراح وتنفيذ برامج ضمان الاستثمارات الاجنبية ضد المخاطر غير التجارية ، وخاصة تلك التي تنفذها هيئة دولية متعددة الاطراف ، وذلك بهدف تشجيع رؤوس الاموال الاجنبية وما يصاحبها عادة من عناصر التنمية الاخرى على الاتجاه الى هذه الدول

(١١) المادة (١/٣/٢) من المشروع المقدم من البنك الدولي للانشاء والتعمير ، انظر نص المشروع ، في :

I. B. Sta. Rep. op. cit., pp. 232 et seq.; U.N. Beirut Office, op. cit., Annex 2.

والمساهمة في تنفيذ خططها الانمائية . ولم يكن هناك من دافع آخر لقيام المؤسسة العربية لضمان الاستثمار ، فقد أنشئت لتحقيق الرغبة المشتركة بين الاقطار العربية الاعضاء في التعاون فيما بينها على تنمية اقتصادياتها (١٢) . فالهدف الرئيسي للمؤسسة هو مساعدة الاقطار العربية الاعضاء على تنمية اقتصادياتها ، أما توفير الضمان لرؤوس الاموال العربية ضد المخاطر غير التجارية لجذبها للاستثمار داخل هذه الاقطار فما هو الا وسيلة لتحقيق هذا الهدف الرئيسي ، وليس هدفا في حد ذاته .

ولكي تكون المساعدة التي تقدمها المؤسسة للتنمية الاقتصادية في الاقطار الاعضاء غير معيبة وفعالة في نفس الوقت ، يلزم تقديمها في اطار يحول دون اتاحة الفرصة لسيطرة عناصر اجنبية على الحياة الاقتصادية داخل هذه الاقطار . وليس في استثمار رأس مال ينتهي لاي قطر عربي داخل قطر عربي آخر ما ينطوي على امكانية سيطرة عناصر اجنبية على اقتصاد القطر المضيف ، طالما كانت السيطرة على ادارة وتوجيه الاستثمار لعناصر عربية ، وذلك بسبب الوشائج والصلات الوثيقة المتعددة التي تربط بين الاقطار العربية والتي يتعذر معها القول بأن احد هذه الاقطار يسمى للسيطرة على اقتصاد القطر الآخر . ولقد تبنت الاتفاقية المنشئة للمؤسسة هذا المفهوم القومي للمستثمر الصالح للتعاقد على الضمان الذي توفره المؤسسة ، حيث تتطلب أن يكون فردا من مواطني الاقطار العربية الاعضاء ، أو شخصا اعتباريا تكون حصصه أو أسهمه مملوكة بصفة جوهرية لاحد هذه الاقطار أو لمواطنيها ويكون مركزه الرئيسي في قطر عربي عضو . كما أجاز التعديل الاخير للمادة (١٧/١) من الاتفاقية قبول الشخص الاعتباري طرفا في عقد الضمان ، رغم وجود مركزه الرئيسي في قطر غير عضو ، اذا كان واحدا أو أكثر من الاقطار العربية الاعضاء أو مواطنيها أو الاشخاص الاعتبارية الصالحة للتعاقد على ضمان المؤسسة (السابق ذكر الشروط الواجب توافرها

(١٢) يلاحظ انه رغم امكانية تقسيم الاقطار العربية الاعضاء في المؤسسة الى اقطار مصدرة لرأس المال (الاقطار العربية المصدرة للنفط) ، واقطار مستوردة لرأس المال (الاقطار العربية غير المصدرة للنفط) ، الا انها جميعا تمد اقطارا أخذة في النمو وتحتاج الى مجهودات انمائية ضخمة لتصل الى مرحلة النمو والتقدم الصناعي .

انظر في ديباجة الاتفاقية المنشئة للمؤسسة ما يوضح الرغبة المشتركة للاقطار العربية الاعضاء في التعاون فيما بينها على تنمية اقتصادياتها .

فيها) تملك ٥٠٪ على الأقل من رأس ماله (١٣) . فبالنسبة للشخص الطبيعي ، اكتفت الاتفاقية بكون المستثمر يتمتع بجنسية قطر عربي عضو لكي تنفي تماما أي شبهة لامكانية السيطرة الاجنبية على اقتصاد القطر العربي المضيف . أما فيما يتعلق بالشخص الاعتباري ، فقد فرقت الاتفاقية بين حالتين :

الحالة الاولى : عندما يكون الشخص الاعتباري مملوكا بصفة جوهريه لقطر او اكثر من الاقطار العربية الاعضاء او لمواطنيها ويكون مركزه الرئيسي في احد هذه الاقطار ، واعتبرت ان توافر هذان الشرطان في الشخص الاعتباري دليلا على ان السيطرة على ادارته وتوجيهه لعناصر عربية ، ومن ثم لن تكون هناك شبهة لامكانية سيطرة عناصر غير عربية على اقتصاد القطر العربي العضو الذي يستضيف استثمار هذا الشخص الاعتباري . وبناء عليه اعتبرت مثل هذا الشخص الاعتباري صالحا للتعاقد على الضمان الذي توفره المؤسسة ، دون حاجة لأي اجراء آخر .

الحالة الثانية : عندما يكون المركز الرئيسي للشخص الاعتباري خارج الاقطار العربية الاعضاء ، وتملك الاقطار العربية الاعضاء او مواطنيها او الاشخاص الاعتبارية التي تنطبق عليها الشروط المذكورة في الحالة الاولى ٥٠٪ على الأقل من رأس ماله . وفي هذه الحالة لا يجوز قبول الشخص الاعتباري طرفا في عقد الضمان الذي توفره المؤسسة الا بعد موافقة مجلس المؤسسة على ذلك . فقد تكون السيطرة على ادارته وتوجيهه لعناصر غير عربية ، ومن ثم يكون في استثماره داخل قطر عربي تعريض اقتصاد هذا القطر لخطر سيطرة الاجانب . والحكمة من جعل قبول مثل هذا الشخص الاعتباري طرفا في عقد الضمان مطلقا على موافقة مجلس المؤسسة هي اتاحة الفرصة للمجلس للتحقق ، قبل اصدار موافقته ، من ان السيطرة والادارة والتوجيه لعناصر عربية .

وهكذا يتضح ان نية الاقطار العربية الاعضاء قد اتجهت ، بصياغتها للمادة (١٧/١) من الاتفاقية المنشئة للمؤسسة على نحو ما هي عليه الآن ، الى ان الشرط الرئيسي لصلاحية الشخص الاعتباري للتعاقد على الضمان الذي توفره المؤسسة هو سيطرة عناصر عربية على ادارته

(١٣) المادة (١٧/١) من الاتفاقية المنشئة للمؤسسة .

وتوجيهه ، وأن النسب المئوية التي تطلبت المادة تملك العناصر العربية لها في رأس مال الشخص الاعتباري والمكان الذي يوجد به مركزه الرئيسي ما هي الا ضوابط يستهدى بها عند التحقق من وجود مثل هذه السيطرة والرقابة (١٤) . ومما يؤيد ذلك أن المادة (٢/١٧) من الاتفاقية المنشئة للمؤسسة تتطلب توافر هذه الشروط في الشخص الاعتباري وقت التعاقد على الضمان وعند المطالبة بالتعويض ، كما خولت المؤسسة الحق في تعديل العقد أو فسخه أو اتخاذ اي إجراء مناسب آخر عند تخلف أي من هذه الشروط بعد إبرام عقد الضمان . ولو كانت هذه الشروط مقصودة لذاتها ، أي لو كان هدف المؤسسة هو ضمان النسبة المئوية المحددة التي تملكها الاقطار العربية الاعضاء أو مواطنيها في رأس مال الشخص الاعتباري ضد المخاطر غير التجارية ، دون أي اعتبار لامكانية سيطرة العناصر الأجنبية غير العربية على اقتصاد القطر العربي المضيف ، لكان الجزاء الطبيعي الوحيد لتخلف هذه الشروط هو فسخ عقد الضمان . بيد أن الهدف الرئيسي للمؤسسة هو تقديم المساعدة للتنمية الاقتصادية في الاقطار العربية الاعضاء من خلال تشجيع رؤوس الاموال العربية الخاضعة لسيطرة وإدارة وتوجيه عناصر عربية على الاتجاه الى الاستثمار داخل هذه الاقطار ، ومن ثم لم يكن الجزاء الوحيد لتخلف الشروط المطلوب توافرها في الشخص الاعتباري هو فسخ عقد الضمان ، وانما ترك ذلك لتقدير المؤسسة ، فلها أن تقرر فسخ العقد أو تعديله أو اتخاذ أي إجراء مناسب آخر على ضوء ما قد يتبين لها من تأثير تخلف هذه الشروط على هوية العناصر المسيطرة على إدارة وتوجيه الشخص الاعتباري .

من ناحية أخرى ، تضمنت المادة (٣) من نماذج عقود الضمان التي أعدتها المؤسسة ، تحت عنوان « شروط صلاحية الطرف المضمون » ، ذات العبارات الواردة في نص المادة (١/١٧) من الاتفاقية المنشئة للمؤسسة ، مع تحويرات لفظية طفيفة ، ودون اضافة ما يوضح ما اتجهت اليه حقيقة ارادة الاقطار العربية المتعاقدة من ايراد هذا النص أو ما يقي اقتصاديات هذه الاقطار من خطر السيطرة الأجنبية عليها (١٥) . وما كان ينبغي أن تصاغ

(١٤) انظر تأييدا لهذا الرأي : في : هشام صادق ، المرجع السابق ، ص ٩٤ وما بعدها .

(١٥) تنص المادة (٣) من نماذج عقود الضمان على أن « يشترط أن يكون الطرف المضمون فردا من مواطني الاقطار الاعضاء في المؤسسة أو شخصا اعتباريا تكون حصصه مملوكة »

المادة (٣) من نماذج عقود الضمان على هذا النحو الذي يقتصر على مجرد ترديد العبارات التي تضمنتها المادة (١/٧) من الاتفاقية المنشئة للمؤسسة ، دون الغور الى ما وراء هذه العبارات من معاني مستهدفة . فمن الطبيعي أن تتضمن الاتفاقية الخطوط العامة للشروط الواجب توافرها في المستثمر الصالح للتعاقد على الضمان الذي توفره المؤسسة ، تاركة لنماذج عقود الضمان مهمة التحديد الدقيق لمضمون ما ترمي اليه الخطوط العامة لهذه الشروط . ولا يتأتى ذلك بطبيعة الحال الا عن طريق التفسير الصحيح للنصوص العامة الواردة في الاتفاقية ، طبقاً للقواعد العامة لتفسير الاتفاقيات الدولية ، وفي ضوء ما اتجهت اليه حقيقة ارادة الاقطار العربية المتعاقدة والهدف الذي أنشأت المؤسسة لتحقيقه .

لذلك ، فاننا نفضل تعديل صياغة نص المادة (٣) من نماذج عقود الضمان الاربعة لتصبح على النحو التالي :

« يشترط أن يكون الطرف المضمون فرداً من مواطني الاقطار الاعضاء في المؤسسة أو شخصاً اعتبارياً تكون حصصه مملوكة بصفة جوهرية لاحد هذه الاقطار أو لمواطنيها ويكون مركزه الرئيسي في احد هذه الاقطار . وفي حالة وجود المركز الرئيسي للشخص الاعتباري خارج الاقطار الاعضاء ، يشترط موافقة مجلس المؤسسة ، وأن يكون خمسين بالمائة على الأقل من حصصه مملوكة لواحد أو لأكثر من الاقطار الاعضاء في المؤسسة أو لمواطنيها أو لاشخاص اعتبارية تكون حصصها مملوكة بصفة جوهرية لاحد هذه الاقطار أو لمواطنيها ويكون مركزها الرئيسي في احد هذه الاقطار . وفي جميع الاحوال ، يشترط أن تكون ادارة وتوجيه الشخص الاعتباري تحت سيطرة الاقطار الاعضاء في المؤسسة أو مواطنيها » .

« بصفة جوهرية لاحد هذه الاقطار أو لمواطنيها ويكون مركزه الرئيسي في احد هذه الاقطار . ويجوز أن يكون الطرف المضمون شخصاً اعتبارياً يوجد مركزه الرئيسي في قطر لا يتمتع بعضوية المؤسسة بشرط أن يكون هذا الشخص الاعتباري مملوكاً بنسبة لا تقل عن خمسين بالمائة لواحد أو أكثر من الاقطار الاعضاء في المؤسسة أو لمواطنيها أو لاشخاص اعتبارية تكون حصصها مملوكة بصفة جوهرية لاحد هذه الاقطار أو لمواطنيها ويكون مركزها الرئيسي في احد هذه الاقطار»

ويلاحظ أن المادة (٣) من نموذج عقد ضمان معدات المقاولات لم تتضمن الفقرة الثانية من النص السابق ، وسوف يرد في المتن تعليق على هذا النقص الموجود في هذه المادة فيما بعد .

فمثل هذه الصياغة للتعديل المقترح تمثل التفسير الصحيح لنص المادة (١٧/١) من الاتفاقية المنشئة للمؤسسة طبقا للقواعد العامة لتفسير الاتفاقيات الدولية ، كما تكشف بوضوح عما اتجهت اليه حقيقة ارادة الاقطار العربية المتعاقدة ، الى جانب انها تساعد على تحقيق الهدف الذي انشأت المؤسسة لتحقيقه ، وهو معاونة الاقطار العربية الاعضاء في تنمية اقتصادياتها عن طريق تأمين رؤوس الاموال العربية ضد المخاطر غير التجارية لتشجيعها على الاتجاه الى الاستثمار داخل هذه الاقطار ، مع المحافظة في نفس الوقت على سيطرة العناصر العربية على اقتصاديات هذه الاقطار وعدم اتاحة الفرصة لعناصر غير عربية للسيطرة عليها . اما بقاء نص المادة (٣) من نماذج عقود الضمان على ما هو عليه الان ، فقد يترتب عليه مستقبلا قبول اشخاص اعتبارية تسيطر على ادارتها وتوجيهها عناصر غير عربية كأطراف في عقد الضمان ، رغم توافر الشروط المنصوص عليها في النص الحالي لهذه المادة . فمن الممكن ان تكون السيطرة على ادارة الشخص الاعتباري وتوجيهه لعناصر غير عربية ، رغم امتلاك الاقطار العربية الاعضاء في المؤسسة او مواطنيها لجزء جوهري من رأسماله ووجود مركزه الرئيسي في احد هذه الاقطار ، او رغم امتلاك الاقطار العربية الاعضاء او مواطنيها او الاشخاص الاعتبارية المملوكة بصفة جوهريه لهذه الاقطار او مواطنيها والتي يوجد مركزها الرئيسي في احد هذه الاقطار لنسبة لا تقل عن ٥٠٪ من رأسماله . ويمكن تصور هذا الوضع المخالف للهدف الذي انشأت المؤسسة لتحقيقه ، والذي يعرض اقتصاديات الاقطار العربية الاعضاء لخطر سيطرة الاجانب غير العرب في حالتين :

اولا : حالة الشركة المتعددة الجنسية :

يقصد بالشركة المتعددة الجنسية بمعناها الفني الدقيق « المؤسسة الاقتصادية التي توجد جذورها في دولة ، وعملياتها من مختلف الانواع في دولة او دول اخرى » (١٦) او بمعنى آخر هي « شركات تمارس نشاطا انتاجيا في دولتين او اكثر ، طبقا لتخطيط يتم في مركز ينتمي الى دولة واحدة ، وبناء على قرارات تاخذ في الاعتبار اختيارات ذات طابع

(١٦) انظر في ذلك :

Charles P. Kindlberger, The International Corporation, 1970, The M. I. T. Press Cambridge, Massachusetts, and London, England, P. 181.

دولي» (١٧) . فهي تفترض وجود نشاط انتاجي يعتمد على وجود سوق متعدد الدول ، سواء تم هذا النشاط عن طريق شركة واحدة لها فروع في دول أجنبية ، أو عن طريق عدد من الشركات تنتمي كل منها لجنسية مختلفة وتخضع جميعا لسيطرة ادارة عليا هي ادارة الشركة الام .

فاذا تخيلنا وجود شركة متعددة الجنسية مملوكة بالكامل لاجانب غير عرب ، وتعمل في احدى الدول غير الاقطار العربية الاعضاء في المؤسسة العربية لضمان الاستثمار من خلال فرع لها أو شركة تابعة على هيئة مشروع دولي مشترك ، تمتلك الاقطار العربية الاعضاء أو مواطنيها أو الاشخاص الاعتبارية المملوكة بصفة جوهرية لهذه الاقطار أو لمواطنيها والتي يوجد مركزها الرئيسي في أحد هذه الاقطار ٥٠٪ على الاقل من رأس ماله . فمثل هذا المشروع الدولي المشترك (وهو أحد مكونات مجموعة الشركة المتعددة الجنسية المملوكة بالكامل لاجانب غير عرب) يكون صالحا بعد موافقة مجلس المؤسسة للتعاقد على الضمان الذي توفره المؤسسة ، وذلك طبقا للتعديل الاخير للمادة (١٧/١) من الاتفاقية المنشئة للمؤسسة (١٨) ، وبناء على الشروط الواجب توافرها في المستثمر الصالح للتعاقد على ضمان المؤسسة الواردة في المادة (٣) من نماذج عقود الضمان التي أعدتها المؤسسة (١٩) . فاذا تعاقدت المؤسسة مع مثل هذا المشروع الدولي المشترك على ضمان استثماره في قطر عربي عضو ، هل يمكن القول بان الاستثمار المضمون

(١٧) انظر في هذا المعنى :

ابراهيم شحاتة : الصيغ المختلفة لانشاء المشروعات العربية المشتركة ، ندوة المشروعات العربية المشتركة ، مجلس الوحدة الاقتصادية العربية ، ٤ - ١٨ ديسمبر ١٩٧٤ ، ص ٢

(١٨) سبق ان اشرنا في الحاشية رقم (٨) الى تعديل نص المادة (١٧/١) من الاتفاقية المنشئة للمؤسسة بمقتضى قرار مجلس المؤسسة رقم (٧) لسنة ١٩٧٦/٢ ، حيث انضيف الى النص الاصلي العبارة التالية : « ومع ذلك يجوز بقرار من المجلس ان يقبل الشخص الاعتباري طرفا في عقد التأمين ، رغم وجود مركزه الرئيسي في قطر غير متعاقد ، بشرط ان يكون هذا الشخص الاعتباري مملوكا بنسبة لا تقل عن خمسين بالمائة لواحد أو أكثر من الاقطار المتعاقدة أو مواطنيها أو الاشخاص الاعتبارية التي تنطبق عليها الشروط المنصوص عليها في هذه الفقرة للقبول كطرف في عقد التأمين . ويشترط في جميع الاحوال الا يكون المستثمر من مواطني القطر المضيف » .

(١٩) سبق ان اشرنا في الحاشية رقم (١٥) الى نص المادة (٣) من نماذج عقود الضمان .

سيكون خاضعا لسيطرة وإدارة وتوجيه عناصر عربية ؟

ان الاجابة بالنفي هي الاجابة الصحيحة على هذا السؤال ، خاصة اذا أخذنا في اعتبارنا أن النظام القانوني للشركات المتعددة الجنسية يقضي بخضوع كافة الفروع أو الشركات المكونة لمجموعة الشركة المتعددة الجنسية ، واستثمارات هذه الفروع والشركات التابعة لسيطرة ورقابة وتوجيه الإدارة العليا في الشركة الام (المملوكة بالكامل لاجانب غير عرب) في كل ما يتعلق بسياسات الاستثمار والانتاج والتوزيع والتسويق وتحديد الاسعار وما الى ذلك من أمور هامة تتعلق بالنشاط الاستثماري الذي تمارسه الشركة المتعددة الجنسية .

قد يقال رداً على ذلك بأن صلاحية مثل هذا الشخص الاعتباري (المشروع الدولي المشترك أحد مكونات الشركة المتعددة الجنسية) للتعاقد على الضمان الذي توفره المؤسسة معلقة على صدور قرار بالموافقة من مجلس المؤسسة ، وذلك طبقاً للتعديل الأخير للمادة (١٧ / ١) من الاتفاقية المنشئة للمؤسسة . وأن المجلس من جانبه يراعي قبل اصدار قراره بقبول الشخص الاعتباري طرفاً في عقد الضمان ، بالإضافة للشروط المنصوص عليها في الصيغة الحالية للمادة (٣) من نماذج عقود الضمان (٢٠) ، أن تكون السيطرة على إدارة وتوجيه الشخص الاعتباري لعناصر عربية . بيد أن مثل هذا السلوك الإرادي التطوعي من جانب مجلس المؤسسة (مراعاة أن تكون السيطرة على إدارة الشخص الاعتباري وتوجيهه لعناصر عربية) غير المترجم الى نص مكتوب في المادة (٣) من نماذج عقود الضمان باعتباره شرطاً من شروط صلاحية المستثمر للتعاقد على ضمان المؤسسة ، لن تكون له أية فاعلية في التطبيق العملي . فقد يرى مجلس المؤسسة عند تقدم الشخص الاعتباري للتعاقد على الضمان أن شرط ملكية العناصر العربية لخمسين بالمائة على الأقل من رأسماله متوافراً (٢١) ، وأن السيطرة والإدارة والتوجيه

(٢٠) انظر نص المادة (٣) من نماذج عقود الضمان في الحاشية رقم (١٥) ، حيث لم تشترط صلاحية مثل هذا الشخص الاعتباري للتعاقد على الضمان خلاف تملك الاقطار العربية الاعضاء في المؤسسة أو مواطينها أو الاشخاص الاعتبارية المملوكة بصفة جوهرية لهذه الاقطار أو لمواطينها والتي يوجد مركزها الرئيسي في أحد هذه الاقطار لما لا يقل عن ٥٠٪ من رأسماله .

(٢١) وهو الشرط الوحيد المطلوب في النص الحالي للمادة (٢) من نماذج عقود الضمان .

لعناصر عربية (٢٢) ، وبناء عليه يصدر قراره بقبول الشخص الاعتباري طرفاً في عقد الضمان . وبعد فترة من ابرام عقد الضمان ، تطرأ تعديلات أو تغييرات على النظام القانوني للشخص الاعتباري بمقتضى ترتيبات اتفاقية بين الشركاء ، بعيداً عن النسب المئوية لتوزيع الحصص الرأسمالية فيما بينهم، يترتب عليها انتقال السيطرة على الإدارة والتوجيه للعناصر غير العربية (٢٣). ففي مثل هذه الحالة ، لن يكون للمؤسسة الحق في ممارسة سلطاتها المخولة لها بموجب المادة (٢/١٧) من الاتفاقية المنشئة للمؤسسة عند تخلف شروط صلاحية المستثمر للتعاقد على الضمان (فسخ عقد الضمان أو تعديله أو اتخاذ أي إجراء مناسب آخر) ، لان ما طرأ عليه التعديل أو التغيير (هوية العناصر المسيطرة على إدارة وتوجيه الشخص الاعتباري) ليس من بين شروط الصلاحية المنصوص عليها في الصيغة الحالية للمادة (٣) من نماذج عقود الضمان ، والشرط الوحيد المنصوص عليه فيها وهو ملكية العناصر العربية لخمسين بالمائة على الأقل من الحصص الرأسمالية للشخص الاعتباري ما زال متوافراً . وبهذه الطريقة يمكن للأشخاص الاعتبارية التحايل على المؤسسة والحصول على ضمانها ، رغم عدم صلاحيتها لذلك ، دون أن يكون للمؤسسة في ظل الصياغة الحالية للمادة (٣) من نماذج عقود الضمان الحق في المساس بعقد الضمان ، سواء بفسخه أو تعديله أو اتخاذ أي إجراء مناسب آخر .

لذلك تبدو أهمية التعديل المقترح لصياغة المادة (٣) من نماذج عقود الضمان لايضاح أن الشرط الرئيسي لصلاحية المستثمر للتعاقد على الضمان الذي توفره المؤسسة ، هو خضوع الشخص الاعتباري لسيطرة وإدارة وتوجيه عناصر عربية من خلال ملكيتها لنسب مئوية معينة من رأس المال .

(٢٢) وهو ما لم يرد النص عليه في النص الحالي للمادة (٣) من نماذج عقود الضمان ، بيد أنه يتطلبه التفسير الصحيح للمادة (١/١٧) من الاتفاقية المنشئة للمؤسسة ، طبقاً للقواعد العامة لتفسير الاتفاقيات الدولية ، وبما يتفق وإرادة الاقطار العربية المتعاقدة ، والهدف الذي انشأت المؤسسة لتحقيقه ، ومصلحة الاقطار العربية الاعضاء وشعوبها .

(٢٣) انظر الترتيبات الاتفاقية لحماية مصالح الشريك الاجنبي المساهم بأقلية رأس مال المشروع الدولي المشترك ، والتي يمكن أن يترتب عليها تخويله سلطات في السيطرة على المشروع وإدارته وتوجيهه تفوق تلك التي تخولها اياه حصصه الرأسمالية ، في :

عصام بسيم ، الجوانب القانونية للمشروعات الدولية المشتركة في الدول الآخذة في النمو ، ١٩٧٨ ، مكتبة المنهل ، الكويت ، ص ١٥٨ وما بعدها .

ثانيا : حالة المشروع الدولي المشترك :

يستعمل اصطلاح « المشروع الدولي المشترك » للدلالة على ظاهرتين مختلفتين :

الاولى : وتقتصر في صورتها المثلى على المشروعات التي يساهم في انشائها أكثر من دولة ، بقصد ممارسة نشاط اقتصادي يعود بالنفع على المساهمين ، ويحتاج في العادة الى استثمار طويل الاجل وتنظيم مستمر لا يقتصر على رسم سياسة عامة او التنسيق بين سياسات متباينة ، وانما يتعدى ذلك الى الممارسة الفعلية والتشغيلية للنشاط عن طريق هيئة لها كيان مستقل عن الدول الاطراف (٢٤) .

الثانية : وهي المشروعات التي تتكون نتيجة لاتفاق بين طرف محلي او اكثر ، عام او خاص ، وطرف أجنبي أو أكثر ، يكون في العادة شخص خاص ، يشترك بمقتضاه الطرفان في تأسيس مشروع معين في اقليم الطرف الاول ، أو تكون الملكية للطرف الاول ويتولى الطرف الثاني خدمات الادارة والتوزيع وما اليها (٢٥) .

وفي اطار هذه الظاهرة الثانية تتعدد صيغ وانماط العلاقات الاستثمارية الدولية التي يطلق عليها اصطلاح « المشروع الدولي المشترك » ، بيد أنه يمكن تقسيمها حسب طبيعة مساهمة الاطراف الى صيغتين عريضتان تتسع كل منها لعدد من الصيغ المتجانسة وهي :

١ — المشروعات الدولية المشتركة في رأس المال .

Equity International Joint Business Ventures.

(٢٤) انظر في هذا المعنى :

ابراهيم شحاتة : المشروعات الاقتصادية الدولية المشتركة ، دراسة لمشاكلها القانونية وتطبيقاتها في العالم العربي ، مركز وثائق ودراسات قوانين البلاد العربية والافريقية ، كلية الحقوق جامعة عين شمس ، ١٩٦٩ ، ص ٨ .

(٢٥) انظر تعريف هذه الظاهرة بصفة عامة :

Wolfgang G. Friedmann - George Kalmanof; Joint International Business Ventures, 1961, Columbia University Press, New York and London, pp. 3—6, 84—124.

٢ — الصيغة التعاقدية للمشروعات الدولية المشتركة .

Non-equity or Contractual International Joint Business Ventures.

وقد تتداخل هاتان الصيغتان الرئيسيتان للمشروع الدولي المشترك في صيغة واحدة ، كما قد تقوم المشاركة على أساس الاقتراض الرأسمالي (٢٦) .

ويطلق اصطلاح « المشروع الدولي المشترك في رأس المال » على المشروعات الدولية المشتركة التي يساهم أطرافها في رأسمالها المشترك ويكونون بالتالي شركة من نوع أو آخر للقيام بالمشروع . ويمكن أن يأخذ توزيع حصص رأس المال بين الطرف المحلي والطرف الاجنبي عدد من البدائل (٢٧) ، أكثرها شيوعا في العمل هي :

أ — ملكية الطرف الاجنبي لاجلبية رأس المال .

ب — ملكية الطرف الاجنبي لاقلية رأس المال .

والاصل أن كل طرف في المشروع الدولي المشترك يكون له الحق في ارباح وثمار المشروع ، وفي اقتسام الموجودات عند الانتهاء أو الحل أو التصفية ، وفي المشاركة في التصويت على أمور معينة تهم المشروع مثل تعيين المديرين وتوزيع الموجودات وتغيير أغراض الشركة وتغيير هيكل رأس المال وما الى ذلك من أمور هامة ، بما يتناسب وحصته في رأس المال ، ما لم يكن هناك اتفاق بين الأطراف على استقلال هذه الحقوق عن النسب المئوية للملكية الحصص الرأسمالية . وقد يبدو لأول وهلة أن السيطرة على ادارة وتوجيه المشروع الدولي المشترك تكون من نصيب الطرف المالك لاجلبية رأس المال ، حيث تضي الاغلبية بصفة عامة على حائزها أغلبية حقوق التصويت في الاجهزة الادارية المختلفة للمشروع . بيد أن الامر قد لا يكون كذلك دائما ، فهناك عوامل مختلفة ومتنوعة قد تفصل بين النسب

(٢٦) انظر في ذلك بالتفصيل :

عصام بسيم ، الجوانب القانونية للمشروعات الدولية المشتركة في الدول الاخذة في النمو ، المرجع السابق ، ص ٦٥ وما بعدها .

(٢٧) انظر هذه البدائل الخمسة بالتفصيل في :

عصام بسيم ، المرجع السابق ، ص ٧٥ وما بعدها .

المثوية للملكية رأس المال ودرجة السيطرة على ادارة المشروع وتوجيهه (٢٨) . فمن الممكن الاتفاق بين الشركاء في المشروع الدولي المشترك في رأس المال على اصدار فئات خاصة من الحصص الرأسمالية تخول كل منها للمالكها عددا من حقوق التصويت يختلف عما تخوله الأخرى (٢٩) . كما أن توزيع حصص رأس المال التي تخول الحق في التصويت على عدد كبير من الافراد أو الشركات الصغيرة يمكن مالك اكبر اقلية من السيطرة الفعلية على عمليات المشروع دون حاجة للملكية اغلبية حصص رأس المال (٣٠) . كذلك تعتبر درجة فاعلية ونشاط كل شريك عاملا هاما في تحديد السيطرة على المشروع ، فغالبا ما يكون مالكي الحصص الرأسمالية المحليين مجرد محصلين للارباح ، أو يكون نشاطهم محصورا في التمثيل في اجتماعات مجلس الادارة ، تاركيين الادارة الفعلية للمشروع في ايدي الشركاء الاجانب (٣١) . الى جانب أن الشريك

(٢٨) انظر شرحا تفصيليا لهذه العوامل في :

عصام بسيم ، المرجع السابق ، ص ١٥٦ وما بعدها .

انظر ايضا في ذلك :

Wolfgang G. Friedmann — Jean Piere Beguin, with collaboration of James Paterson and Allain Pellet, Joint International Business Ventures in Developing Countries, Case Studies and analysis of recent trends, 1971, Columbia University Press, New York and London, PP. 14 - 400.

(٢٩) انظر في ذلك بالتفصيل :

عصام بسيم ، الجوانب القانونية للمشروعات الدولية المشتركة في الدول الاخذة في النمو ، المرجع السابق ، ص ٧٣ وما بعدها .

انظر ايضا :

Manual on the Establishment of International Joint - Venture Agreement in Developing Countries, United Nations Industrial Development Organization, Vienna, U.N. Publication, Sales No. : E. 71. 11. B. 23., October 1971, P. 7 et seq.

(٣٠) انظر في ذلك :

Friedmann - Kalmanoff, op. cit., p. 220.

(٣١) انظر في ذلك :

Lloyd N. Cutler, Joint Ventures with Foreign Business Association, Investors and Government, Institute on Private Investments Abroad, Proceedings of the 1959(1) Southwestern Legal Foundation, Dallas, Texas, p. 270 et seq.

Friedmann - Beguin, op. cit., p. 15. انظر ايضا امثلة على ذلك ، في :

الاجنبي المتقدم تكنولوجيا في فنون الانتاج التي يتخصص فيها المشروع يملك عمليا من الوسائل ما يتيح له قدرا من الرقابة والسيطرة يجاوز نسبة مساهمته في رأس المال . كما قد تكون لقدرة الشريك الاجنبي المالك لاقلية رأس المال على التوسط لدى الهيئات والمؤسسات المالية للحصول على قروض رأسمالية اثر كبير في السيطرة على المشروع الدولي المشترك (٣٢) . كذلك يترتب على تداخل الصيغتان الرئيسيتان للمشروع الدولي المشترك (عندما يساهم الطرف الاجنبي باقلية رأس المال ، ثم يبرم اتفاق معونة فنية او اتفاق خدمات مع المشروع الدولي المشترك) تخويل الشريك الاجنبي سلطات في السيطرة الفعلية على ادارة المشروع وتشغيله اكبر مما تخولها له حصته في رأس المال (٣٣) . علاوة على أن العادة قد جرت على أن يتفق الشركاء في المشروع الدولي المشترك على ترتيبات معينة فيما يتعلق بالرقابة والسيطرة على المشروع بعيدا عما تخوله نسبة ملكية كل شريك في رأس المال، خاصة اذا كان الشريك الاجنبي يملك اقلية رأس المال ويرغب في الحصول على ضمانات تفوق ما تقرره القوانين في الدولة المضيفة لحماية مصالح صفار المساهمين (٣٤) . وهكذا يتضح أن ملكية اقلية رأس مال المشروع الدولي المشترك كثيرا ما تكون رمزا أكثر منها انعكاسا لدرجة السيطرة الفعلية على عمليات المشروع .

وترتبا على ذلك ، لا تعد ملكية الاقطار العربية الاعضاء في المؤسسة العربية لضمان الاستثمار او مواطينها لنسبة جوهريه من رأس مال الشخص الاعتباري ووجود مركزه الرئيسي في أحد هذه الاقطار (وهو الشرط الوحيد المطلوب في المادة (٣) من نماذج عقود الضمان لصلاحيه الشخص الاعتباري

(٣٢) انظر في هذا المعنى : Friedmann - Kalmanoff, op. cit., p. 160.

(٣٣) انظر في ذلك :

عصام بسيم ، الجوانب القانونية للمشروعات الدولية المشتركة في الدول الآخذة في النمو ، المرجع السابق ، ص ١٥٦ وما بعدها .

(٣٤) انظر ذلك بالتفصيل ، في :

المرجع السابق ، ص ١٥٨ وما بعدها .

للتعاقد على ضمان المؤسسة) دليلا قاطعا على أن السيطرة على هذا الشخص الاعتباري والرقابة على تشغيله وتوجيه عملياته تمارسها عناصر عربية . ولهذا تبدو أهمية التعديل للمادة (٣) من نماذج عقود الضمان ، حيث يوضح التعديل ضرورة توافر سيطرة العناصر العربية على ادارة وتوجيه الشخص الاعتباري الصالح للتعاقد على ضمان المؤسسة في جميع الاحوال ، حماية لاقتصاديات الاقطار العربية الاعضاء من خطر السيطرة الاجنبية .

وليس من المقبول الاعتراض على التعديل المقترح للمادة (٣) من نماذج عقود الضمان على أساس أن مراعاة سيطرة العناصر العربية على ادارة وتوجيه الشخص الاعتباري هو الاسلوب الجاري عليه العمل من جانب المسؤولين في المؤسسة فيما تبرمه من عقود ضمان في ظل النص الحالي لهذه المادة ، ومن ثم ليس هناك ما يدعو الى ادخال مثل هذا التعديل المقترح . فمثل هذا القول غير جائز ، فان كان ذلك هو الاسلوب الجاري عليه العمل اليوم من جانب المسؤولين عن المؤسسة فيما يبرموه من عقود ضمان ، فقد لا يكون كذلك غدا بالنسبة لمن سيخلفونهم في مراكزهم . فنماذج عقود الضمان لا تصاغ لعملية ضمان واحدة ، وانما تصاغ ليستمر العمل بها طوال حياة المؤسسة .

كذلك لا يجوز الاعتراض على التعديل المقترح بحجة أن موافقة القطر العربي المضيف على الاستثمار وعلى شموله بضمان المؤسسة ، والتي تتطلبها المادة (٦/١٥) من الاتفاقية المنشئة للمؤسسة (٣٥) ، تعد دليلا كافيا على أن سلطات هذا القطر قد أصدرت موافقتها بعد التأكد من أنه ليس ثمة خطر ما من سيطرة الاجانب غير العرب على اقتصادها من خلال الشخص الاعتباري طالب الضمان . فمثل هذه الموافقات في نظم ضمان الاستثمارات الاجنبية ضد المخاطر غير التجارية لا تتطلبها الجهة المؤمنة لهذا السبب ، وانما لتعزيد موقفها بعد حلولها محل المستثمر المؤمن لصالحه عند تحقق المخاطر المؤمن ضدها (٣٦) . الى جانب أن المؤسسة العربية لضمان الاستثمار قد انشئت للقيام بدور محدد وهو مساعدة الاقطار العربية الاعضاء على تنمية

(٣٥) تنص المادة (٦/١٥) من الاتفاقية المنشئة للمؤسسة على ان : « يشترط لابرام عقود التأمين حصول المستثمر مسبقا على اذن السلطة الرسمية المختصة بالقطر المضيف ، بتنفيذ الاستثمار وبالتأمين عليه لدى المؤسسة ضد المخاطر المطلوب تغطيتها » .

Brewer, op. cit., p. 68.

(٣٦) انظر تاييدا الملك ، في :

اقتصادياتها من خلال تأمين رؤوس الاموال العربية ضد المخاطر غير التجارية لتشجيعها على الاستثمار داخل هذه الاقطار والمساهمة في تنفيذ خططها الانمائية . وحتى تقوم المؤسسة بهذا الدور على الوجه الاكمل ، ولكي تكون مساعدها للتنمية الاقتصادية في هذه الاقطار غير معيبة ، ينبغي الا تقدم ضمانها للمستثمر (الشخص الاعتباري) الذي تسيطر على ادارته وتوجيهه عناصر غير عربية ، والا تكون قد ساعدت بتقديمها هذا الضمان على امتداد سيطرة الاجانب غير العرب المسيطرين على الشخص الاعتباري الى اقتصاد القطر العربي المضيف . والمؤسسة بما لها من اجهزة فنية متخصصة ، وبما لديها من خبراء على مستوى عال من الكفاءة ، اقدر من عدد غير قليل من الاقطار العربية الاعضاء على تحديد الطرف الذي يمارس السيطرة الفعلية على الشخص الاعتباري طالب الضمان ، خاصة وأن التطورات التي طرأت في السنوات الاخيرة على انماط وصيغ العلاقات الاستثمارية الدولية قد جعلت من الاساليب القانونية لصياغة اتفاقات المشاركة الاستثمارية امر بالغ التعقيد (٣٧) . وقبول المؤسسة للتعديل المقترح للمادة (٣) من نماذج عقود الضمان يمكنها من أن تستبعد من نطاق الصلاحية للتعاقد على الضمان الذي توفره تلك الاشخاص الاعتبارية التي تسيطر على ادارتها وتوجيهها عناصر غير عربية ، رغم تملك العناصر العربية لجزء جوهري من رأسمالها ووجود مركزها الرئيسي في أحد الاقطار العربية الاعضاء . وبذلك تحمي الاقطار العربية الاعضاء من خطر سيطرة الاجانب غير العرب على اقتصادياتها ، على الاقل ، في حدود ما تقوم به من عمليات ضمان .

كما لا ينبغي القول بأن مثل هذا التعديل المقترح للمادة (٣) من نماذج عقود الضمان سوف يؤثر سلبيا على عدد المستثمرين الصالحين للتعاقد على الضمان الذي توفره المؤسسة ، وبالتالي يخفض من عدد عمليات الضمان التي تقوم المؤسسة بابرامها . فالمسألة ليست عددا من عمليات الضمان تقوم المؤسسة بابرامها ، وانما هي اخطر من ذلك بكثير ، فهي تتعلق بمصائر الاقطار والشعوب العربية . ونجاح المؤسسة في اداها لرسالتها لا يقاس

(٣٧) انظر تفصيلا للصيغ والانماط المختلفة المتعددة للمشروعات الدولية المشتركة والمشاكل القانونية التي يمكن أن تثيرها في :

عصام بسيم ، الجوانب القانونية للمشروعات الدولية المشتركة في الدول الاخذة في النمو ، المرجع السابق ، ص ٦٣ وما بعدها .

بعدد عقود الضمان التي أبرمتها أو بحجم الاستثمارات التي قدمت لها الضمان ،
وانما يقاس بمدى مساهمتها الفعلية غير المعيبة في تنمية اقتصاديات الاقطار
العربية الاعضاء دون تعريضها لخطر السيطرة الاجنبية . وهو خطر بدت
بوادره بقرار مجلس المؤسسة رقم (٣) لسنة ١٩٧٧ بالموافقة على قبول
اربعة وعشرين مصرفا ومؤسسة مالية عربية — اجنبية مشتركة كأطراف
في عقود الضمان ، وتفويض المدير العام للمؤسسة بإبرام عقود ضمان معها
دون الرجوع للمجلس لفحص كل حالة على حدة . ولسنا نعتقد أن عواقب
هذا الخطر خافية على الخبراء المتخصصين ، فالنظرة الفاحصة لقائمة
المؤسسات المالية والمصارف العربية الاجنبية المشتركة التي تضمنها قرار
مجلس المؤسسة توضح ، في ضوء ما سبق أن ذكرناه ، مدى جسامة الخطر
المحدق باقتصاديات الاقطار العربية الاعضاء (٣٨) . كما اننا لا نعتقد أبدا أن
الاقطار العربية الاعضاء في المؤسسة ستكون سعيدة والمسئولون في المؤسسة
يقدمون لها قائمة مطولة بعدد عمليات الضمان التي منحت لاستثمارات في
اقتصاداتها ، بينما مقدراتها الاقتصادية تهددها مخاطر السيطرة الاجنبية (الشكل
الجديد للاستثمار) ، أو بينما تكون تعاني فعلا من مثل هذه السيطرة الاجنبية
بأشكالها المختلفة المتعددة .

(٣٨) تضمن قرار مجلس المؤسسة العربية لضمان الاستثمار رقم (٣) لسنة ١٩٧٧ قائمة
بالمؤسسات المالية والمصارف العربية الاجنبية المشتركة التي قبلها كأطراف في عقود
الضمان وفوض مدير عام المؤسسة بالتعاقد معها وهي :

فرايب هولدينغ (لوكسمبورج) ، بنك فرايب الدولي (باريس) ، اتحاد المصارف العربية
الفرنسية (يوباف باريس) ، اتحاد المصارف العربية الفرنسية المحدودة (يوباف المحدود
لندن) ، اتحاد المصارف العربية والاوروبية (لوكسمبورج) ، الشركة المالية العربية
اليابانية (هونج كونج) ، اتحاد المصارف العربية الامريكية (يوباف نيويورك) ، البنك
العربي الاوروبي (لوكسمبورج) ، البنك العربي الاوروبي المحدود (لندن) ، البنك
العربي الاوروبي (بروكسل) ، البنك العربي الاوروبي (فرانكفورت) ، الشركة العربية
والدولية للاستثمار (لوكسمبورج) ، المصرف العربي والدولي للاستثمار (باريس) ،
المصرف العربي الاسباني (مدريد) ، البنك السعودي العالمي (لندن) ، المؤسسة
المالية العربية السعودية (لوكسمبورج) ، البنك السعودي (باريس) ، بنك الكويت
المتحد (لندن) ، اتحاد المصارف التونسي (باريس) ، المصرف العربي عبر القارات
(باريس) ، البنك العربي لما وراء البحار المحدود (زيورخ) ، البنك اللبناني للتجارة
(باريس) ، بنك الخليج الدولي ، بنك البحرين والكويت .

٢ — اختلاف شروط الصلاحية في نموذج عقد ضمان معدات المقاولات :

تتمثل صياغة المادة (٣) من نماذج عقد ضمان القرض ، وعقد ضمان القرض بعملة أجنبية ، وعقد ضمان الاستثمار المباشر ، حيث أوردت عبارات نص المادة (١/١٧) من الاتفاقية المنشئة للمؤسسة كاملة مع تحويل في بعض الالفاظ . في حين تختلف عنها صياغة المادة (٣) من نموذج عقد ضمان معدات المقاولات ، حيث أوردت الفقرة الاولى من المادة (١/١٧) من الاتفاقية المنشئة للمؤسسة فقط دون اضافة التعديل الذي أدخل على هذه المادة بقرار مجلس المؤسسة رقم (٧) لسنة ١٩٧٦/٢ (السابق الاشارة اليه في الحاشية رقم (٨)) ، رغم ان المادة (٣) من نماذج العقود الاربعة تحدد شروط صلاحية المستثمر للتعاقد على ضمان المؤسسة . وليس هناك تعليل معقول لهذا الاختلاف في الشروط الواجب توافرها في المستثمر الصالح للتعاقد على الضمان الذي توفره المؤسسة بين نماذج العقود الثلاثة الاولى ونموذج العقد الرابع خلاف القول بأن نماذج عقود الضمان الثلاثة الاولى قد صيغت او عدلت صياغتها بعد التعديل الذي ادخله قرار مجلس المؤسسة على نص المادة (١/١٧) من الاتفاقية ، وأن نموذج عقد ضمان معدات المقاولات قد صيغ قبل هذا التعديل ولم يتم تعديله بعد . لذا يلزم تعديل نص المادة (٣) من نموذج عقد ضمان معدات المقاولات ليتفق مع مثيله من نماذج عقود الضمان الاخرى ومع النص الحالي للمادة (١/١٧) من الاتفاقية المنشئة للمؤسسة ، خاصة وأنه يتناول موضوع هام وهو تحديد الشروط الواجب توافرها في المستثمر الصالح للتعاقد على ضمان المؤسسة .

المبحث الثاني

خطر نزع الملكية

ان اقصى اجراء يمكن اتخاذه ضد مصالح المستثمر الاجنبي ، هو استيلاء حكومة الدولة المضيئة على امواله ومصالحه المالية بدون تعويض ، أو بتعويض غير متناسب مع قيمة الاموال والمصالح المالية المستولى عليها . لذلك ، فان الخوف من التأميم ونزع الملكية والاجراءات الحكومية الاخرى ذات الطبيعة المماثلة يشكل عائقا هاما للاستثمارات الاجنبية في الدول المستوردة

لراس المال (٣٩) .

ورغم تنوع وتعدد الاساليب التي يمكن أن تتبعها الحكومات المختلفة في الاستيلاء على المصالح المالية للأجانب الموجودة داخل اقليمها (٤٠) ، بيد أنها تتشابه جميعها في كونها اجراءات يمكن نسبتها الى الدولة ، تؤدي أو تهدف بصفة أساسية الى حرمان الاجنبي حرمانا فعالا من الفوائد المالية التي تعود عليه من أمواله ، سواء بطريق مباشر أو بطريق غير مباشر (٤١) . فقد لا تعتبر الاجراءات الحكومية في حد ذاتها نزعا للملكية طبقا للمعنى التقليدي المتعارف عليه في القانون الدولي ، الا انها تؤدي تدريجيا وبطريق غير مباشر لذات نتائج نزع الملكية ، فتحرم المستثمر من سلطاته الجوهرية على استثماره ، أو تحول دون تحقيقه لمكاسبه المتوقعة . ولقد اصطلح على تسمية مثل هذه الاجراءات الحكومية « نزع الملكية التدريجي » . وقد يكون من العسير وضع تعريف شامل يحدد الاجراءات الحكومية التي تندرج تحت اصطلاح « نزع الملكية التدريجي » لصعوبة التفرقة بين هذه الاجراءات والاجراءات الاخرى التي تتخذها حكومة الدولة المضيفة لتنظيم شئونها الاقتصادية أو للحصول

(٣٩) انظر في هذا المعنى :

American Society of International Law, Proceeding of Sixty - Second Annual Meeting, 25-27 April, 1968, p. 45.

(٤٠) انظر في تعريف نزع الملكية :

S. Friedmann, Expropriation in International Law, 1953, London, Stevens and Sons Limited, pp. 5—7, 12—13.

انظر في تعريف التأميم :

D. P. O'Connel, International Law, Volume 2, Second Edition, 1970, p. 769.

انظر في بعض اشكال اخرى متميزة للاضرار الاقتصادية :

Reestatement of the Law, Second, Foreign Relations Law of the United States, as Adopted and Promulgated by the American Law Insitute at Washington, D.C., 1965, S. 192, p. 572.

(٤١) انظر في هذا المعنى :

Gillian White, Nationalisation of Foreign Property, 1961, The London Institute of World Affairs, London, Stevens and Sons Limited, p. 4; Schawcross, The Problems of Foreign Investment in International Law, Recueil des Cours, 1961, I., P. 343.

على دخل (٤٢) . بيد أنه يمكن دائما ذكر امثلة لها كالتمييز في الضرائب والتمييز في توزيع حصص النقد الاجنبي او تراخيص الاستيراد ، ونقض التعهدات ، والمغالاة في خفض الحد الاقصى للارباح او لاسعار البيع . كذلك حظر استقدام او توظيف خبراء او فنيين او المغالاة في القيود المفروضة بشأنهم والاجبار على تشغيل العمالة المحلية (٤٣) .

١ - المقصود بخطر نزع الملكية في الاتفاقية المنشئة

للمؤسسة العربية لضمان الاستثمار :

لما كان خطر نزع الملكية والتأميم والاجراءات الحكومية الاخرى ذات الطبيعة المماثلة هو اهم المخاطر غير التجارية التي يخشى المستثمرون الاجانب التعرض لها في الدول المستوردة لرأس المال ، فقد حرصت كافة البرامج الوطنية لضمان الاستثمارات الخارجية والمشروعات المقدمة من هيئات وافراد من أجل انشاء هيئة دولية متعددة الاطراف لضمان الاستثمارات الاجنبية ضد المخاطر غير التجارية على النص على خطر نزع الملكية باعتباره احد المخاطر المتاح الضمان ضدها .

وهو ما نصت عليه الاتفاقية المنشئة للمؤسسة العربية لضمان الاستثمار ، فقد جاء بالمادة (١٨/١) تحت عنوان المخاطر الصالحة للتأمين :

« ١ - يغطي التأمين الذي توفره المؤسسة كل او بعض الخسائر المترتبة على تحقق واحد او أكثر من المخاطر غير التجارية التالية :

١ - اتخاذ السلطات العامة بالقطر المضيف بالذات او بالواسطة اجراءات تحرم المستثمر من حقوقه الجوهرية على استثماره ، وعلى الاخص المصادرة والتأميم وفرض الحراسة ونزع الملكية والاستيلاء الجبري ومنع الدائن من استيفاء حقه او التصرف فيه وتأجيل الوفاء بالدين الى أجل غير معقول » .

Brewer, op. cit., pp. 65 - 66.

(٤٢) انظر في هذا الرأي :

انظر أيضا :

ابراهيم شحاتة ، الضمان الدولي للاستثمارات الاجنبية ، ١٩٧١ ، دار النهضة العربية بالقاهرة ، ص ٧٥ .

(٤٣) انظر تاييدا لذلك في :

U.N.Beirut Office, op. cit., p. 20; Brewer, op. cit., p.83.

ولقد تبنت الاتفاقية المنشئة للمؤسسة معيارا مرنا في التعبير عن خطر نزع الملكية الذي يغطيه ضمان المؤسسة ، حيث أوردت عبارة عامة تسمح للمؤسسة بالتعاقد على الضمان ضد المخاطر الناتجة عن كافة الاجراءات الحكومية التي تتخذها أو تصرح بها حكومة القطر المضيف ويترتب عليها حرمان المستثمر من حقوقه الجوهرية على استثماره . ثم أردفت هذه العبارة العامة ببعض الامثلة لهذه الاجراءات مثل نزع الملكية والتأميم والمصادرة والاستيلاء الجبري وفرض الحراسة ومنع الدائن من استيفاء حقه أو التصرف فيه وتأجيل الوفاء بالدين الى أجل غير معقول . ويلاحظ أن من بين هذه الامثلة التي أوردتها الاتفاقية للاجراءات الحكومية التي يغطيها ضمان المؤسسة ما لا يعد نزعا للملكية طبقا للمعنى التقليدي المتعارف عليه في القانون الدولي ، بيد أنه يؤدي تدريجيا وبطريق غير مباشر لذات نتائج نزع الملكية (منع الدائن من استيفاء حقه أو التصرف فيه وتأجيل الوفاء بالدين الى أجل غير معقول) . وهو ما يدل على أن ارادة الاقطار العربية الاعضاء في المؤسسة قد انصرفت عند التعاقد الى أن الضمان الذي توفره المؤسسة ضد خطر نزع الملكية يغطي اجراءات نزع الملكية بالمعنى التقليدي المتعارف عليه في القانون الدولي ، بالاضافة الى الاجراءات الحكومية الاخرى التي لا ينطبق عليها وصف نزع الملكية بالمعنى السابق الا أنها تؤدي تدريجيا وبطريق غير مباشر لذات نتائج نزع الملكية ، فتحرم المستثمر من سلطاته الجوهرية على استثماره ، أو تحول دون تحقيق مكاسبه المتوقعة ، وهو ما اصطلح على تسميتها « نزع الملكية التدريجي » (٤٤) .

ولقد تأثرت الاتفاقية المنشئة للمؤسسة العربية لضمان الاستثمار في تعريفها لخطر نزع الملكية بالنص المائل في المشروع المقدم من لجنة المديرين التنفيذيين بالبنك الدولي للانشاء والتعمير الى مجلس مديري البنك في ١٩ أغسطس ١٩٦٨ ، بشأن انشاء هيئة دولية متعددة الاطراف لضمان الاستثمارات الاجنبية ضد المخاطر غير التجارية . فالمادة (١/١/٣) من هذا المشروع تعرف خطر نزع الملكية المشمول بضمان الهيئة المقترحة بأنه :

((٤)) انظر في تحديد ما يرمز اليه بنزع الملكية التدريجي :

ابراهيم شحاتة ، الضمان الدولي للاستثمارات الاجنبية ، المرجع السابق ، ص ٧٤

انظر ايضا امثلة للاجراءات التي تؤدي الى نزع الملكية التدريجي ، في :

U.N. Beirut Office, op. cit., p. 20.

« نزع الملكية والمصادرة والتصرفات الحكومية الأخرى (عمل أو امتناع عن عمل) ذات الأثر المماثل ، الصادرة عن حكومة الدولة المضيفة أو إحدى هيئاتها العامة والتي يترتب عليها حرمان المستثمر من حقوقه أو سلطاته الجوهرية على الاستثمار ومنافعه » (٤٥) .

وقد يختلف النص في مشروع البنك الدولي عنه في الاتفاقية المنشئة للمؤسسة من حيث شكل الصياغة ، حيث أورد النص الأول أمثلة للمخاطر التي يغطيها ضمان الهيئة المقترحة ثم الحق بها عبارة عامة تغطي جميع الإجراءات الحكومية ذات الأثر المماثل . بينما صيغ النص الثاني على العكس من ذلك ، فأورد عبارة عامة تغطي كافة الإجراءات الحكومية التي يترتب عليها ذات نتائج نزع الملكية وتبعها بأمثلة للمخاطر التي يغطيها الضمان . ورغم هذا الاختلاف الشكلي في الصياغة ، إلا أن الصيغتين لا تختلفان من حيث المضمون . كذلك لا خلاف على أنهما تغطيان ، إلى جانب إجراءات نزع الملكية بالمعنى التقليدي المتعارف عليه في القانون الدولي ، تلك الإجراءات الحكومية الأخرى التي لا يمكن وصفها بنزع الملكية إلا أنها تؤدي تدريجياً وبطريق غير مباشر لذات نتائج نزع الملكية ، فتحرم المستثمر من سلطاته الجوهرية على استثماره ، أو تحول دون تحقيق مكاسبه المتوقعة ، أي « نزع الملكية التدريجي » . (٤٦)

(٤٥) انظر نص مشروع البنك الدولي بشأن إنشاء هيئة دولية متعددة الأطراف لضمان الاستثمارات الأجنبية ضد المخاطر غير التجارية ، في :

I.B. Sta. Rep., op. cit., p. 232 et seq.; U.N. Beirut Office, op. cit., Annex 2.

(٤٦) انظر في هذا الرأي شرحنا وتعليقنا على « مشروع الاتفاقية » في :

عصام بسيم ، النظام القانوني للاستثمارات الأجنبية الخاصة في الدول الآخذة في النمو ، المرجع السابق ، ص ٤١٩ .

انظر أيضاً تأييداً لهذا الرأي بالنسبة لنص المادة (١/١٨) من الاتفاقية المنشئة للمؤسسة العربية لضمان الاستثمار ، في :

هشام صادق ، النظام العربي لضمان الاستثمار ضد المخاطر غير التجارية ، المرجع السابق ، ص ١٢٨ - ١٢٩ .

مع ملاحظة أن المؤلف قد شغل وظيفة المستشار القانوني للمؤسسة العربية لضمان الاستثمار من بداية نشاطها الفعلي وحتى يوليو ١٩٧٦ ، وساهم في وضع نماذج عقود الضمان التي تطبقها المؤسسة .

وكون المادة (١/١/١٨) ، من الاتفاقية المنشئة للمؤسسة العربية لضمان الاستثمار تغطي ، الى جانب نزع الملكية بالمعنى التقليدي المتعارف عليه في القانون الدولي ، تلك الاجراءات الحكومية الاخرى التي لا يمكن وصفها بنزع الملكية الا انها تؤدي تدريجيا وبطريق غير مباشر لذات نتائج نزع الملكية ، (نزع الملكية التدريجي) لا يعد أمرا غير مألوف في مجال ضمان الاستثمارات الاجنبية ضد المخاطر غير التجارية . فالمشروع المقدم من الجمعية الدولية للدراسات الهادفة الى حماية وتشجيع الاستثمارات الخاصة في الاقاليم الاجنبية (A. P. P. I) ، بشأن انشاء هيئة دولية متعددة الاطراف للتأمين على الاستثمارات الاجنبية ضد المخاطر غير التجارية ، ينص صراحة على شمول الضمان الذي توفره الهيئة المقترحة لخطر « نزع الملكية التدريجي » (٧) . كما اتاحت الفرصة في سنة ١٩٦٧ لقضاء التحكيم لتعريف خطر نزع الملكية في برنامج ضمان الاستثمارات الخارجية الامريكي ، وذلك بمناسبة الفصل في النزاع بين « وكالة التنمية الدولية » Agency for International Development (A.I.D) المشرفة على تنفيذ البرنامج ، وبين شركة امريكية Valentine Petroleum and Chemical Corporation .

وكان النزاع يتلخص في ان الشركة الاميركية امنت طبقا لبرنامج ضمان الاستثمارات الخارجية الامريكي لدى وكالة التنمية الدولية على استثمار خارجي لها ياخذ شكل عقد امتياز بانشاء معمل لتكرير النفط بدولة تاهيتي . وبعد ابرام عقد الضمان الذي يغطي خطر نزع الملكية والجراءات النازعة للملكية بين الشركة الامريكية ووكالة التنمية الدولية ، قامت حكومة تاهيتي

« انظر ايضا في نغطية المادة (١/١/٢) من مشروع البنك الدولي للاجراءات الحكومية التي اصطلح على تسميتها « نزع الملكية التدريجي » ، في : ابراهيم شحاتة ، الضمان الدولي للاستثمارات الاجنبية ، المرجع السابق ، ص ٧٥ مع ملاحظة ايضا ان المؤلف كان يشغل وظيفة المستشار القانوني للصندوق الكويتي للتنمية الاقتصادية العربية ، وساهم اثناء شغله لهذه الوظيفة بجهد كبير في صياغة مشروع الاتفاقية المنشئة للمؤسسة العربية لضمان الاستثمار ، والتي يتشابه فيها نص المادة (١/١/١٨) مع نص المادة (١/١/٢) من مشروع البنك الدولي من حيث المضمون .

(٧) انظر نص مشروع الجمعية الدولية للدراسات الهادفة الى حماية وتشجيع الاستثمارات الخاصة في الاقاليم الاجنبية (A. P. P. I) ، في :

I.B. Sta. Rep. op. cit., Annex 2, p. 232 et seq.; U.N. Beirut Office, Annex 2.

بنقض تعهداتها مع الشركة الامريكية المؤمن لصالحها والفت عقد الامتياز الممنوح لها والمؤمن عليه لدى وكالة التنمية الدولية . وبناء عليه لجأت الشركة الامريكية المؤمن لصالحها الى وكالة التنمية الدولية طالبة دفع قيمة مبلغ الضمان المؤمن به لتحقيق خطر نزع الملكية المؤمن ضده . بيد أن وكالة التنمية الدولية رفضت طلب الشركة بدعوى أن خطر نزع الملكية المؤمن ضده لم يتحقق بالغاء حكومة تاهيتي لعقد الامتياز الممنوح للشركة الامريكية والمؤمن عليه لديها ، وذلك استنادا الى أن عبارة « نزع الملكية » أو « الاجراء النازع للملكية » يستلزم بالضرورة الاستيلاء على اموال ، وهو ما لم تقم به حكومة تاهيتي التي اقتصر الاجراء الصادر عنها على مجرد الغاء عقد الامتياز الممنوح للشركة الامريكية دون الاستيلاء على اي اموال مملوكة لها . ولقد رفض المحكمون ادعاء وكالة التنمية الدولية بأن تحقق خطر نزع الملكية المؤمن ضده يستلزم بالضرورة استيلاء حكومة تاهيتي على اموال مملوكة للشركة عندما قرروا أن :

« يتضمن اصطلاح « نزع الملكية » الوارد في النص التشريعي الخاص بضمانات الاستثمار ، الى جانب اشياء أخرى ، اي الغاء أو انكار أو تعطيل من جانب الحكومة الاجنبية لعقد لها مع مستثمر ، عندما لا يكون السبب في هذا الالغاء أو الانكار أو التعطيل راجعا لخطا أو سوء سلوك من جانب المستثمر ، ويكون تأثيره سلبيا بطريقة جوهرية على استمرار تشغيل المشروع . كما أن تعريف « الاجراء النازع للملكية » في عقد الضمان لا يقتصر هو الآخر على الاستيلاء على اموال للمستثمر . فالإشارة الى اجراء يحرم المستثمر من الممارسة الفعالة لحقوقه على المشروع الاجنبي ، سواء باعتباره مالكا لحصص رأسمالية أو مقرضا ... أو يحرم المشروع الاجنبي ، من خلال ممارسة مثل هذه الحكومة لسلطاتها بطريقة تعسفية أو تمييزية ، من ممارسة سيطرة جوهرية على استعمال امواله أو التصرف فيها أو من تشييد المشروع أو تشغيله ، هي بالتأكيد لا تقتصر على الاستيلاء على اموال مادية . كذلك ، فإن التعريف في عقد الضمان واسعا بدرجة تكفي لاستيعاب ليس فقط الغاء الحقوق التي يخولها عقد الامتياز وإنما أيضا « الاستيلاء الاستثنائي Constructive taking » أو « نزع الملكية التدريجي Creeping expropriation » .

ولذلك ، فإن مدار البحث ليس هو ما اذا كان الغاء امتياز حكومي يمكن أن يشكل نزعا للملكية بمعناه في نصوص ضمان الاستثمار الواردة في قانون

المساعدات الاجنبية وعقد الضمان ام لا ، وانما هو ما اذا كان ، بناء على وقائع هذه القضية ، مثل هذا الالفاء او الانكار او التعتيل لعقد الامتياز قد حدث ام لا ، وما اذا كان هذا الاجراء قد حدث بخطا من المستثمر ام سوء سلوك منه ام لا » (٤٨) .

وواضح من قرار محكمة التحكيم عدم وجود خلاف حول تغطية الضمان ضد خطر نزع الملكية في برنامج ضمان الاستثمارات الخارجية الامريكي ليس فقط لنزع الملكية بالمعنى التقليدي المتعارف عليه في القانون الدولي ، وانما ايضا لنزع الاجراءات الحكومية التي لا يمكن وصفها بنزع الملكية الا انها تؤدي تدريجيا وبطريق غير مباشر لذات نتائج نزع الملكية « نزع الملكية التدريجي » (٤٩) . كذلك يوفر برنامج ضمان الاستثمارات الخارجية الكندي الضمان ضد اي عمل تتخذه حكومة الدولة المضيفة او احدى هيئاتها ويترتب عليه حرمان المستثمر من حقوقه في استثماره او اي حق يتصل به ، بالإضافة الى نزع الملكية والمصادرة والحرمان من الاستعمال (٥٠) . الى جانب أن برنامج ضمان الاستثمارات الخارجية الانجليزي الذي تقوم على تنفيذه ادارة ضمان قروض التصدير ، بموجب قانون ضمان الصادرات والاستثمارات الخارجية الصادر سنة ١٩٧٢ ، يقدم الضمان ضد كافة الاجراءات الحكومية النازعة للملكية ، سواء امكن وصفها بذلك ، أم كانت لا يمكن نعتها بهذه الصفة الا انها تؤدي تدريجيا وبطريق غير مباشر لذات نتائج نزع الملكية (٥١) .

(٤٨) انظر قرار محكمة التحكيم في قضية :

Arbitration between Volantine Petroleum and Chemical Corporation v. The U.S. Agency for International Development, 15 Sept. 1967, International Legal Materials, Vol. IX, No. 5, Sept. 1970, p. 898.

(٤٩) انظر تأييدا لهذا الرأي في :

Theodor Meron, Investment Insurance in International Law, 1976, Oceana Publications, Inc., Dobbs Ferry, New York, p. 580.

(٥٠) انظر نص المادة (٢٤/١ ب ، ج) من قانون تنمية الصادرات الكندي الصادر في سنة ١٩٦٩ ، في : p. 126 id.,

انظر ايضا المادة (١٠) من عقد ضمان الاستثمار الاجنبي الصادر عن هيئة تنمية الصادرات Export Development Corporation في كندا : id., p. 819.

(٥١) انظر في ذلك : id., pp. 137, 900, 924.

٢ — تعريف خطر نزع الملكية في نماذج عقود الضمان :

تباينت صياغة النصوص التي تعرف خطر نزع الملكية الذي يغطيه الضمان في نماذج عقود الضمان الاربعة التي اعدتها المؤسسة العربية لضمان الاستثمار لتنظيم العلاقة بينها كمومن ، وبين المستثمرين الصالحين للتعاقد على الضمان الذي توفره كمومن لهم . كما عجزت بعض هذه النصوص عن التعبير بدقة عن خطر نزع الملكية طبقا لمعناه الذي انصرفت اليه ارادة الاقطار العربية المتعاقدة في الاتفاقيات المنشئة للمؤسسة . وهو ما يدعونا الى مناقشة تعريف خطر نزع الملكية في كل نموذج من نماذج عقود الضمان الاربعة على حدة .

١ — خطر نزع الملكية في نموذج عقد ضمان الاستثمار المباشر :

عرفت المادة (١/٥) من نموذج عقد ضمان الاستثمار المباشر خطر نزع الملكية بأنه :

« اتخاذ السلطات العامة بالقطر المضيف بالذات او بالواسطة اجراءات تحرم الطرف المضمون من حقوقه الجوهرية على استثماره بما يتعدى الفترة المبينة في المادة (٤١) من هذا العقد ، وعلى الاخص المصادرة والتاميم وفرض الحراسة ونزع الملكية والاستيلاء الجبري .

والمقصود بحرمان الطرف المضمون من حقوقه الجوهرية بمقتضى هذا النص :

١ — حرمانه من حقه في استلام مستحقاته من اصل استثماره او عوائده منه .

٢ — حرمانه من الممارسة الفعلية لحقوقه الجوهرية بوصفه شريكا في المشروع المستفيد مثل حقه في التصرف في حصصه واسهمه .

٣ — حرمانه من السيطرة الفعلية في القطر المضيف على ما تسلمه من هذا الاصل وتلك العوائد من الخارج . ويشترط ان تبدأ الاجراءات المكونة لهذا الخطر خلال تسعة اشهر على الاكثر من تسلمه هذه المبالغ من المشروع المستفيد .

٤ — حرمان المشروع المستفيد من استعمال واستغلال جزء اساسي من ممتلكاته » .

ولقد اتبعت هذه المادة في تعريف خطر نزع الملكية ذات الاسلوب الذي تبنته المادة (١/١/١٨) من الاتفاقية المنشئة للمؤسسة ، فأوردت عبارة عامة (اتخاذ السلطات العامة بالقطر المضيف بالذات أو بالواسطة اجراءات تحرم الطرف المضمون من حقوقه الجوهرية على استثماره) ، ثم اردفتها بأمثلة للاجراءات الحكومية المكونة لخطر نزع الملكية المؤمن ضده (وعلى الاخص المصادرة والتأميم وفرض الحراسة ونزع الملكية والاستيلاء الجبري) . ولو كان النص قد اكتفى بذلك فقط لكان بمنأى عن النقد ، حيث كان يفهم منه أنه يغطي ، علاوة على نزع الملكية بالمعنى التقليدي المتعارف عليه في القانون الدولي ، تلك الاجراءات الحكومية الاخرى التي لا يمكن وصفها بنزع الملكية الا أنها تؤدي تدريجيا وبطريق غير مباشر لذات نتائج نزع الملكية (نزع الملكية التدريجي) ، وهو ما كان يعد متفقاً والتفسير الصحيح لنص المادة (١/١/١٨) من الاتفاقية المنشئة للمؤسسة . بيد أن نص المادة (١/٥) من نموذج عقد ضمان الاستثمار المباشر لم يكتف بذلك ، وانما اضاف عبارة أخرى (والمقصود بحرمان الطرف المضمون من حقوقه الجوهرية بمقتضى هذا النص) ثم عدد حالات أربع على سبيل الحصر على أنها دون غيرها التي يترتب عليها حرمان الطرف المضمون من حقوقه الجوهرية على استثماره ، مع أن نص المادة (١/١/١٨) من الاتفاقية المنشئة للمؤسسة واضح فيما يتعلق بشمول الضمان الذي توفره المؤسسة لكافة الاجراءات الحكومية التي يترتب عليها حرمان المستثمر المضمون من حقوقه الجوهرية على استثماره ، سواء منها ما يمكن وصفه بنزع الملكية بالمعنى التقليدي المتعارف عليه في القانون الدولي كالمصادرة والتأميم وفرض الحراسة ونزع الملكية والاستيلاء الجبري ، أو ما لا يمكن نعتة بهذه الصفة الا أنه يؤدي تدريجيا وبطريق غير مباشر لذات نتائج نزع الملكية ، أي نزع الملكية التدريجي . وهي اجراءات حكومية من العسير وضع تحديد شامل لها في نموذج عقد الضمان لصعوبة التفرقة بينها وبين الاجراءات الاخرى التي تتخذها حكومة القطر المضيف لتنظيم شئونها الاقتصادية أو للحصول على دخل (٥٢) . وما كان يجوز لنص في نموذج عقد الضمان أن يقتيد على هذا النحو

(٥٢) انظر في هذا المعنى : Brewer, op. cit., pp. 65—66.

ابراهيم شحاتة ، الضمان الدولي للاستثمارات الاجنبية ، المرجع السابق ، ص ٧٥

انظر ايضا : Brewer, op. cit., pp. 65 - 66

نصا في اتفاقية دولية اتجهت ارادة الاقطار المتعاقدة على صياغته بمرونة ووضوح تسمحان بتغطية الضمان الذي توفره المؤسسة التي انشأتها الاتفاقية للاجراءات الحكومية التي اصطلح على تسميتها نزع الملكية التدريجي ، خاصة وأن المادة محل النقد (المادة ١/٥) من نموذج عقد ضمان الاستثمار المباشر (قد أقرت هذا التفسير لنص الاتفاقية جزئيا عندما فسرت المقصود بعبارة « حرمان الطرف المضمون من حقوقه الجوهرية على استثماره » بأربع حالات لا تعد بذاتها نزعا للملكية بالمعنى التقليدي المتعارف عليه في القانون الدولي ، الا انها تؤدي تدريجيا وبطريق غير مباشر لذات نتائج نزع الملكية (نزع الملكية التدريجي) . كما أن صياغة نص المادة (١/٥) من نموذج عقد ضمان الاستثمار المباشر على هذا النحو المقيد لنص المادة (١/١٨) من الاتفاقية المنشئة للمؤسسة يعد خروجاً على القواعد العامة لتفسير الاتفاقيات الدولية التي تقضي بضرورة تفسير الاتفاقيات بحسن نية ، طبقاً للمعنى العادي للكلمات المكونة لنصوصها ، وفي ضوء الهدف من الاتفاقية وأغراضها (٥٣) . وتحديد حالات أربع فقط باعتبارها دون غيرها التي تؤدي الى « حرمان الطرف المضمون من حقوقه الجوهرية على استثماره » يعد خروجاً على المعنى العادي للكلمات المكونة لهذه العبارة ، خاصة عند تفسيرها في ضوء الهدف من الاتفاقية والأغراض التي تسعى المؤسسة لتحقيقها (٥٤) . ولا شك في أن تقييد نطاق خطر من الاخطار التي تتيح المؤسسة الضمان ضد تحققها يعوق بلوغ المؤسسة للأهداف التي تسعى اليها .

وقد يقال هنا أن المادة (٢/١٨) من الاتفاقية المنشئة للمؤسسة

(٥٣) انظر في تلك المادة (٢١) من اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات سنة ١٩٦٩ ، انظر نص الاتفاقية في :

The work of the International Law Commission, revised edition, United Nations Publication, Office of Public Information, New York, Sales No. : E. 72. I. 17., pp. 215 et seq.

(٥٤) انظر ديباجة الاتفاقية المنشئة للمؤسسة العربية لضمان الاستثمار ، حيث توضح أن الهدف الرئيسي للمؤسسة هو التعاون الفعال بين الاقطار العربية الاعضاء من أجل مساعدة التنمية الاقتصادية في كل منها عن طريق تأمين رؤوس الاموال العربية ضد المخاطر غير التجارية لتشجيعها على الاستثمار داخل اقاليمها والمساعدة في تنفيذ خططها الإنمائية .

تنص على أن :

« تبين عقود التأمين على وجه التحديد المخاطر التي يغطيها التأمين في كل حالة ... » ، لذلك فقد أورد نص المادة (١/٥) من نموذج عقد ضمان الاستثمار المباشر تحديداً للمقصود بعبارة « حرمان الطرف المضمون من حقوقه الجوهرية على استثماره » الواردة بالنص . بيد أن هذا القول لا يجوز بسبب أن الإجراءات الحكومية التي لا يمكن وصفها بنزع الملكية بالمعنى التقليدي المتعارف عليه في القانون الدولي إلا أنها تؤدي تدريجياً وبطريق غير مباشر لذات نتائج نزع الملكية (نزع الملكية التدريجي) ، والتي لا خلاف على أن ضمان المؤسسة يغطيها طبقاً للمادة (١/١/١٨) من الاتفاقية المنشئة للمؤسسة ، هي بطبيعتها لا تقبل التحديد على سبيل الحصر للأسباب السابق ذكرها . إلى جانب أنه يتعذر التنبؤ سلفاً عند تحرير عقد الضمان بكل ما يمكن أن تتخذه مستقبلاً حكومة قطر المضيف للاستثمار المشمول بالضمان من إجراءات يمكن أن تؤدي تدريجياً وبطريق غير مباشر لذات نتائج نزع الملكية .

وترتبط على ذلك ، ليس من الملائم ، ولا مما يساعد على تحقيق أهداف المؤسسة ، ولا مما يتفق وقواعد تفسير الاتفاقيات الدولية وضع تحديد للمعنى المقصود بعبارة « حرمان الطرف المضمون من حقوقه الجوهرية على استثماره » .

ب — خطر نزع الملكية في نموذج عقد ضمان القرض :

عرف نموذج عقد ضمان القرض في المادة (١/٥) خطر نزع الملكية الذي يغطيه الضمان على النحو التالي :

« اتخاذ السلطات العامة في قطر المضيف بالذات أو بالواسطة إجراءات تحرم المستثمر من حقوقه الجوهرية كدائن ، وعلى الأخص المصادرة والتأميم وفرض الحراسة والاستيلاء الجبري ، ومنع الدائن من استيفاء حقه أو التصرف فيه وتأجيل الوفاء باقتساط القرض وفوائده إلى أجل يزيد عن ستة شهور من تواريخ الاستحقاق بجدول السداد » .

ومن هذا النص يتضح أن نموذج عقد ضمان القرض قد صاغ تعريف خطر نزع الملكية الذي يغطيه الضمان بذات العبارات الواردة في المادة (١/١/١٨) من الاتفاقية المنشئة للمؤسسة مع تحويل طفيف في اللفاظ ليتناسب

النص مع طبيعة الاستثمار المضمون (قرض) ، حيث أوردت المادة (١/٥) ذات العبارة العامة ثم تبعتها بنفس الأمثلة كما هو الحال في صياغة المادة (١/١/١٨) من الاتفاقية المنشئة للمؤسسة ، دون التعرض لتحديد الحالات التي تشكل حرمانا للطرف المضمون من حقوقه الجوهرية على استثماره كما جاء بالمادة (١/٥) من نموذج عقد ضمان الاستثمار المباشر . وبذلك يكون نص المادة (١/٥) من نموذج عقد ضمان القرض أكثر اتفقا مع التفسير الصحيح لنص المادة (١/١/١٨) من الاتفاقية المنشئة للمؤسسة ، وأكثر ملائمة لتحقيق أهداف المؤسسة من مثيله في نموذج عقد ضمان الاستثمار المباشر .

ج - خطر نزع الملكية في نموذج عقد ضمان معدات المقاولات :

تنص المادة (١/٥ ، ب) من نموذج عقد ضمان معدات المقاولات على أن :

« يغطي الضمان المقرر طبقا لهذا العقد كل أو بعض الخسائر المترتبة على تحقق واحد أو أكثر من المخاطر الآتية :

١ - قيام السلطات العامة في القطر المضيف بالذات أو بالواسطة ، بتأميم المعدات المشمولة بالضمان أو بفرض الحراسة عليها أو نزع ملكيتها أو بالاستيلاء الجبري عليها أو مصادرتها .

ب - عدم قدرة الطرف المضمون على إعادة تصدير المعدات المشمولة بالضمان وذلك في الأحوال الآتية :

١ - رفض السلطات العامة في القطر المضيف طلب المقاول لاعادة تصدير معداته عند انتهاء أعمال المقولة .

٢ - تأخر السلطات العامة في القطر المضيف في اصدار الموافقة على إعادة التصدير في خلال فترة معقولة » .

من هذا النص نرى أن نموذج عقد ضمان معدات المقاولات قد قصر الضمان الذي يوفره للطرف المضمون على تلك الحالات التي وردت في المادة (١/١/١٨) من الاتفاقية المنشئة للمؤسسة كأمثلة للأجراءات الحكومية التي يغطيها الضمان والتي يترتب عليها حرمان المستثمر من حقوقه الجوهرية على استثماره . ولما كانت تلك العبارة العامة التي أوردتها المادة (١/١/١٨)

من الاتفاقية المنشئة للمؤسسة هي مجرد تعبير قصد به الدلالة على إجراءات حكومية عديدة أخرى خلاف ما ورد في نص المادة كأمثلة (٥٥) ، فإن المادة (١/٥) ، ب) من نموذج عقد ضمان معدات المقاولات ، بقصرها الضمان الممنوح للطرف المضمون على هذه الأمثلة فقط دون غيرها مما يدخل تحت هذه العبارة العامة من إجراءات حكومية أخرى ، تكون محلا للنقد . فقد قيدت بدون مقتضى نصا عاما واردا في الاتفاقية المنشئة للمؤسسة الى الحد الذي يتعارض بشدة مع ما اتجهت اليه ارادة الاقطار العربية المتعاقدة من صياغتها للمادة (١/١٨/١) على نحو ما هي عليه . حيث يوضح نص المادة الأخيرة أن ارادة الاقطار العربية المتعاقدة قد اتجهت الى تغطية الضمان الذي توفره المؤسسة لكافة الإجراءات الحكومية التي تحرم المستثمر من حقوقه الجوهرية على استثماره ، سواء منها ما أمكن وصفه بنزع الملكية بالمعنى التقليدي المتعارف عليه في القانون الدولي ، أو كان من غير الممكن نعتة بهذه الصفة الا أنه يؤدي تدريجيا وبطريق غير مباشر لذات نتائج نزع الملكية (نزع الملكية التدريجي) (٥٦) . ويعد ذلك خروجاً من المادة (١/٥) من نموذج عقد ضمان معدات المقاولات على القواعد العامة لتفسير الاتفاقيات الدولية (٥٧) ، كما أنه لا يتفق مع تعريف خطر نزع الملكية في نظم ضمان

(٥٥) من الأمثلة على الإجراءات الحكومية التي لا يمكن وصفها بنزع الملكية الا انها تؤدي تدريجيا وبطريق غير مباشر لذات نتائج نزع الملكية (نزع الملكية التدريجي) ، والتي تغطيها العبارة العامة الواردة في نص المادة (١/١٨) من الاتفاقية المنشئة للمؤسسة : التمييز في الضرائب وفي توزيع النقد الاجنبي او تراخيص الاستيراد ، ونقض التعميدات ، والمخالة في خفض الحد الأقصى للارباح او لاسعار البيع ، وحظر استقدام او توظيف فنيين من الاجانب او المخالة في القيود المفروضة بشأنهم والاجبار على تشغيل قوى عاملة محلية . انظر في ذلك : Brewer, op. cit., pp. 65—66.

(٥٦) انظر تاييدا لذلك في : عصام بسيم ، النظام القانوني للاستثمارات الاجنبية الخاصة في الدول الاخذة في النمو ، المرجع السابق ، ص ٤١٩ . انظر ايضا :

ابراهيم شحاتة ، الضمان الدولي للاستثمارات الاجنبية ، المرجع السابق ، ص ٧٥ هشام صادق ، المرجع السابق ، ص ١٢٨ — ١٢٩ .

(٥٧) انظر في ذلك المادة (٢١) من اتفاقية فيينا الخاصة بقانون المعاهدات في : U.N. Publ. No. : E. 72. I. 17., op. cit., p. 224.

الاستثمارات الأجنبية ضد المخاطر غير التجارية والذي يختلف عن تعريف نزع الملكية بالمعنى التقليدي المتعارف عليه في القانون الدولي ، حيث يقتصر الثاني على الإجراءات الحكومية التي يمكن وصفها بنزع الملكية ، بينما يتسع الاول ليشمل علاوة على ذلك الإجراءات الحكومية الأخرى التي لا يمكن وصفها بنزع الملكية الا انها تؤدي تدريجيا وبطريق غير مباشر لذات نتائج نزع الملكية (نزع الملكية التدريجي) (٥٨) . الى جانب أنه يتعارض والاهداف التي أنشأت المؤسسة لتحقيقها ، حيث يحرم المستثمر الصالح للتعاقد على ضمان المؤسسة من ضمان جانب لا يستهان به من الإجراءات الحكومية التي تصدرت الاقطار العربية المتعاقدة توفير الضمان ضدها لتشجيع رؤوس الاموال العربية على المساهمة في خططها الإنمائية ، الامر الذي يمكن أن يترتب عليه احجام بعض رؤوس الاموال العربية عن الاستثمار في هذه الاقطار . خاصة اذا أخذنا في اعتبارنا أن حكومات الاقطار العربية المضيفة لاستثمارات عربية مضمونة قد تحجم عن اتخاذ اجراءات نزع ملكية بالمعنى التقليدي المتعارف عليه في القانون الدولي ضد هذه الاستثمارات ، حفاظا على السمعة الحسنة في معاملة الاستثمارات الأجنبية لاجتذابها للمساهمة في خططها الإنمائية ،

(٥٨) انظر في المقصود بخطر نزع الملكية في نظم ضمان الاستثمارات الأجنبية ضد المخاطر غير التجارية : المادة (١/٢) من مشروع البنك الدولي بشأن انشاء هيئة دولية متعددة الاطراف للضمان على الاستثمارات الأجنبية ضد المخاطر غير التجارية :

I. B.Sta.Rep., op. cit., p. 232 et seq.; U.N. Beirut Office, op. cit., Annex 2.

انظر ايضا مشروع الجمعية الدولية للدراسات الهادفة الى حماية وتشجيع الاستثمارات الخاصة في الاقاليم الأجنبية (A.P.P.I.) في المرجعين السابقين .
وفي نظام ضمان الاستثمارات الخارجية الأمريكي ، انظر :

الصندوق الكويتي للتنمية الاقتصادية العربية ، بحث في نظم ضمان الاستثمار ،
أكتوبر ١٩٦٨ ، أعده الصندوق لعرضه على الاجتماع الثاني لخبراء التمويل العرب
المنعقد في الكويت في نوفمبر ١٩٦٨ ، ص ٧
انظر ايضا :

Seyamou J. Rubin, The Investment Guaranty Program of the United States, American Society of International Law, Proceedings of Fifty-Sixth Annual Meeting, April 26-28, Fourth Session, p. 28.

انظر كذلك في نظام ضمان الاستثمارات الخارجية الكندي ، وبرنامج ضمان الاستثمارات الخارجية الانجليزي :

Theodor Meron, op. cit., pp. 126, 137, 819, 900, 924.

في حين تلجأ في سبيل تحقيق أغراضها الى تلك الاجراءات التي لا يمكن وصفها بنزع الملكية الا انها تؤدي تدريجيا وبطريق غير مباشر لذات نتائج نزع الملكية (نزع الملكية التدريجي) .

د - خطر نزع الملكية في نموذج عقد ضمان القرض بعملة اجنبية :

استخدمت المادة (١/٥) من نموذج عقد ضمان القرض بعملة اجنبية النص التالي في تعريف خطر نزع الملكية الذي يغطيه الضمان :

« اتخاذ السلطات العامة في القطر المضيف بالذات أو بالواسطة اجراءات تحرم المستثمر من التمتع بحقوقه الجوهرية كدائن مثل منعه من استيفاء حقه أو التصرف فيه وتأجيل الوفاء بأقساط القرض وعوائده الى أجل يزيد على المدة المبينة في الفترة (١) من المادة (٢٩) من هذا العقد ، أو اجراءات تمس المشروع المستفيد الى الحد الذي يترتب عليه عجزه عن الوفاء للطرف المضمون بحقوقه بموجب عقد القرض . ويشمل ذلك على الاخص المصادرة والتأميم وفرض الحراسة ونزع الملكية والاستيلاء الجبري » .

ويعد هذا النص أكثر اتفاقاً من مثيله في نماذج عقود الضمان الثلاثة السابقة مع نص المادة (١/١/١٨) من الاتفاقية المنشئة للمؤسسة ، كما يتفق وارادة الاقطار العربية المتعاقدة من صياغتها لنص المادة الاخيرة بهرونة تسمح باستيعاب كافة الاجراءات التي تتخذها أو تصرح بها حكومة القطر المضيف ويترتب عليها حرمان الطرف المضمون من حقوقه الجوهرية على استثماره ، سواء منها ما يمكن وصفه بنزع الملكية بالمعنى التقليدي المتعارف عليه في القانون الدولي ، أو ما اصطلح على تسميته نزع الملكية التدريجي . فقد استخدم نص المادة (١/٥) من نموذج عقد ضمان القرض بعملة اجنبية في تعريف خطر نزع الملكية الذي يغطيه الضمان ذات العبارة العامة الواردة في المادة (١/١/١٨) من الاتفاقية المنشئة للمؤسسة ، ثم أردفها بعدد من الامثلة للاجراءات الحكومية التي تدخل في نطاق هذه العبارة العامة ، مع تحوير في بعض الالفاظ ليتناسب النص مع طبيعة الاستثمار المضمون (قرض بعملة اجنبية) .

من ناحية أخرى ، فقد أضاف نص المادة (١/٥) من نموذج عقد ضمان القرض بعملة اجنبية فقرة غير واردة في النص المماثل في نموذج عقد ضمان القرض السابق مناقشته ، حيث اعتبر بحق أن أي مساس بالمشروع المستفيد

من القرض بعملة أجنبية الى الحد الذي يترتب عليه عجزه عن الوفاء للطرف المضمون بحقوقه بموجب عقد القرض معادلا من حيث الاثر لحرمان الطرف المضمون من حقوقه الجوهرية على استثماره . كما اتبع ذات النهج الذي سارت عليه المادة (١/١/١٨) من الاتفاقية المنشئة للمؤسسة ولم يحدد على سبيل الحصر الاجراءات الحكومية التي تمس المشروع المستفيد من القرض بعملة أجنبية الى الحد الذي يترتب عليه عجزه عن الوفاء للطرف المضمون بحقوقه بموجب عقد القرض ، وانما أورد أمثلة لها تاركا الباب مفتوحا لتغطية الضمان للاجراءات الحكومية الاخرى التي لا يمكن وصفها بنزع الملكية طبقا للمعنى التقليدي المتعارف عليه في القانون الدولي الا انها تؤدي تدريجيا وبطريق غير مباشر لذات نتائج نزع الملكية (نزع الملكية التدريجي) .

ولقد أصاب نص المادة (١/٥) من نموذج عقد ضمان القرض بعملة أجنبية باعتبار الاجراء الحكومي الذي يترتب عليه المساس بالمشروع المستفيد من القرض الى الحد الذي ينتج عنه عجز المشروع عن الوفاء بحقوق الطرف المضمون بموجب عقد القرض مساويا من حيث الاثر للاجراءات الحكومية التي يترتب عليها حرمان المقرض من حقوقه الجوهرية على استثماره ، ومن ثم شملها بالضمان ضد خطر نزع الملكية . فبعد التطورات الهامة التي شهدتها العلاقات الاستثمارية الدولية في الآونة الأخيرة ، والتي كان أبرزها الدور الذي تقوم به الهيئات والمؤسسات المالية في تمويل ومساعدة مشروعات التنمية الاقتصادية في الدول المستوردة لرأس المال ، بما في ذلك المشروعات الدولية المشتركة في هذه الدول (٥٩) ، لم يعد ينظر الى الهيئة أو المؤسسة المالية المقرضة كمجرد دائن بمبلغ من المال فقط للمشروع المستفيد من القرض . فساد ما تتجاوز حقوق الهيئة أو المؤسسة المالية المقرضة بمقتضى عقد القرض تلك المقررة للدائن وبما يقربها الى حد كبير من حقوق الشريك . فقد تتطلب الهيئة أو المؤسسة المالية المقرضة عند تأسيس المشروع الاستثماري المقرض ضمانات معينة لا تمنح عادة للدائن ، كأن يكون لها الحق في ممارسة

(٥٩) انظر بالتفصيل الدور الهام الذي تقوم به الهيئات والمؤسسات المالية في تمويل مشروعات التنمية الاقتصادية في الدول المستوردة لرأس المال في :

W.S. Surry — C. Shaw, A Layer's Guide to International Business Transactions, American Law Institute and American Bare Association, 1963, pp.

« 387—616.

وسائل اشراف معينة على المشروع الاستثماري المقترض طوال مدة تشغيله (٦٠) . ولعل من أبرز الامثلة على منح المؤسسات والهيئات المالية المقرضة حقوقا لا تمنح عادة للدائن ، وانما هي قريبة الى حد كبير من حقوق الشريك ، تلك الشروط التي على اساسها تمنح « الشركة المالية الدولية » (I. F. C.) احد فروع البنك الدولي للانشاء والتعمير (القروض للمشروعات الاستثمارية . فهي تقدم القرض للمشروع الاستثماري مقابل ضمانات (Securities) تكفل لها المشاركة في عائد المشروع المقترض دون السيطرة عليه . وغالبا ما يكون من حق الشركة المالية الدولية بيع الضمانات التي تحصل عليها من المشروعات الاستثمارية مقابل القروض والتي تخولها الحق في المشاركة في عائد المشروع المقترض . وفي حالة بيع الشركة المالية الدولية لهذه الضمانات لاشخاص خاصة (طبيعية او اعتبارية) تصبح قابلة للتحويل الى حصص رأسمالية عامة في المشروع الاستثماري المقترض . وبذلك تصبح الشركة المالية الدولية عمليا شريكا في المشروع الاستثماري المقترض وليست دائنا فقط بمبلغ من المال (٦١) .

من ناحية أخرى ، فان نموذج عقد الضمان الذي وضعته « ادارة ضمان قروض التصدير — Export Credits Guarantee Department

« انظر في ذلك أيضا بصفة عامة :

Roy Blough, Joint International Business Ventures in Less Developed Countries, Institute on Private Investments Abroad, Proceedings of the 1960(2) Southwestern Legal Foundation, Dallas, Texas, pp. 526 et seq.

انظر كذلك ،

عصام بسيم ، الجوانب القانونية للمشروعات الدولية المشتركة في الدول الآخذة في النمو ، المرجع السابق ، ص ٥٩ وما بعدها .

(٦٠) انظر مثلا على ذلك بين بنك التصدير والاستيراد الأمريكي واحد المشروعات الدولية المشتركة في جمهورية تشيلي ، ومثالا آخر في الهند ، مذكوران في :

Friedmann - Beguin, op. cit., p. 402.

(٦١) انظر بالتفصيل الدور الذي تقوم به (الشركة المالية الدولية) لمساعدة مشروعات التنمية الاقتصادية في الدول المستوردة لرأس المال ، والشروط التي تمنح على اساسها القروض لهذه المشروعات ، في :

M. M. Rosen, The International Finance Corporation and Private Investment for Economic Development, in Problems and Solutions in International Business in 1968, New York, Mathew Bender, 1968, pp. 29-39.

في المملكة المتحدة لتنظيم العلاقة بينها كمؤمن ، وبين المستثمرين الصالحين للتعاقد على الضمان الذي توفره ، طبقا لقانون ضمان الصادرات والاستثمارات الخارجية الصادر في يوليو ١٩٧٢ ، كمؤمن لهم ، يطبق ذات القاعدة التي طبقتها المادة (١/٥) من نموذج عقد ضمان القرض بعملة أجنبية في المؤسسة العربية لضمان الاستثمار عندما يكون الاستثمار المؤمن عليه على هيئة قرض . فهو يعتبر الاجراءات الحكومية التي يترتب عليها حرمان المشروع الاستثماري المقرض من ممارسة سيطرة فعلية على استعمال جزء جوهري من رأسماله مساوية من حيث الاثر للاجراءات الحكومية التي يترتب عليها حرمان المقرض المؤمن لصالحه من حقوقه على استثماره (القرض) ، اذا ترتب عليها فشل المشروع المقرض أو تقصيره في دفع أقساط القرض وفوائده لمدة ستة اشهر من تاريخ استحقاق هذه المدفوعات ، ومن ثم فانه يغطيها بالضمان الذي يوفره ضد خطر نزع الملكية (٦٢) . وبالإضافة الى الاستثمارات التي على هيئة قروض ، يتيح نموذج عقد الضمان الانجليزي الضمان ضد خطر نزع الملكية للاستثمار الذي يأخذ شكل « ضمانه لقرض » . ويعتبر ان الاجراءات الحكومية التي يترتب عليها حرمان المشروع الاستثماري المقرض من ممارسة سيطرة فعلية على استعمال جزء جوهري من رأسماله مساوية من حيث الاثر لحرمان المستثمر الضامن للقرض (المؤمن لصالحه) من حقوقه على استثماره (الضمان المقدم للقرض) ، اذا ترتب على هذه الاجراءات الحكومية دفع الضامن لقيمة القرض المضمون الى المقرض ، بسبب عجز المشروع الاستثماري المقرض عن سداد القرض (٦٣) .

وهكذا يتضح ان نص المادة (١/٥) من نموذج عقد ضمان القرض بعملة أجنبية (الذي تطبقه المؤسسة العربية لضمان الاستثمار) على نحو ما هو عليه الآن ، يعكس فهما متطورا للعلاقات الاستثمارية الدولية في الوقت الحاضر . وهو ما يجب أن يسود معاملات المؤسسة العربية لضمان الاستثمار ، خاصة وأن الاقطار العربية المصدرة لرأس المال (الاقطار المصدرة

(٦٢) انظر في تلك المادة (١/٢/٢) من نموذج عقد الضمان الانجليزي ، في : Theodor Meron op. cit., p. 900.

(٦٣) انظر في تلك المادة (٢/٢/ب) من نموذج عقد الضمان الانجليزي ، المرجع السابق ، ذات الصفحة .

للنظف الاعضاء في المؤسسة) لديها العديد من الهيئات والمؤسسات المالية التي من بين أهدافها مساعدة الاقطار العربية المستوردة لرأس المال في تنمية اقتصادياتها من خلال المساهمة في مشروعات دولية مشتركة في هذه الاقطار ، أو تقديم قروض لهذه المشروعات . والمساواة في الاثر بين الاجراءات الحكومية التي يترتب عليها المساس بالمشروع الاستثماري المقرض الى الدرجة التي تعجزه عن الوفاء بحقوق المقرض بموجب عقد القرض ، وبين الاجراءات الحكومية التي تحرم المقرض المؤمن لصالحه من حقوقه الجوهرية على استثماره ، ومن ثم شمولها بضمان المؤسسة ضد خطر نزاع الملكية يشجع هذه الهيئات والمؤسسات المالية العربية على تقديم التمويل الرأسمالي (قروض) المطلوب لمشروعات التنمية الاقتصادية في الاقطار العربية الاعضاء في المؤسسة ، وهو ما يساعد بالتالي الى حد كبير على تنفيذ الخطط الانمائية لهذه الاقطار ويحقق في ذات الوقت الاهداف التي انشأت المؤسسة من أجل تحقيقها .

وان كنا نفضل تعديل نص المادة (١/٥) من نموذج عقد ضمان القروض بعملة اجنبية باضافة فقرة جديدة تسمح بشمول الضمان ضد خطر نزاع الملكية للاستثمار الذي يأخذ صورة « ضمانه لقرض » ، على نحو ما هو مطبق في نموذج عقد الضمان الانجليزي السابق الاشارة اليه . واعتبار الاجراءات الحكومية التي يترتب عليها حرمان المشروع الاستثماري المقرض من ممارسة سيطرة فعلية على استعمال جزء جوهري من رأسماله مساوية من حيث الاثر لحرمان المستثمر الضامن للقرض (المؤمن لصالحه) من حقوقه على استثماره (الضمان المقدم للقرض) ، اذا ترتب على هذه الاجراءات الحكومية دفع الضامن لقيمة القرض المضمون الى المقرض ، بسبب عجز المشروع الاستثماري المقرض عن سداد القرض . فعادة ما تعتمد المشروعات الاستثمارية الكبيرة الحجم ، سواء في انشائها أو في توسيع عملياتها ، على التمويل الرأسمالي الذي يأخذ صورة قروض من هيئات أو مؤسسات مالية متخصصة . وقد يكون التمويل الرأسمالي المطلوب للمشروعات الاستثمارية الهامة للتنمية الاقتصادية في الاقطار العربية الاعضاء في المؤسسة غير متاحا الا من جانب هيئات أو مؤسسات مالية لا تتوافر فيها شروط الصلاحية للتعاقد على الضمان الذي توفره المؤسسة ضد خطر نزاع الملكية ، ومن ثم ترفض تقديم التمويل الرأسمالي اللازم لهذه المشروعات الا بعد الحصول على « ضمان للقرض » من جانب هيئة أو مؤسسة مالية عربية ، وذلك خشية

تعرض استثماراتها (القروض) لخطر نزع الملكية في القطر العربي المضيف .
واتاحة ضمان المؤسسة ضد خطر نزع الملكية للاستثمار الذي يأخذ شكل
« ضمان لقرض » يقدم حلا مناسباً لمثل هذه المشكلة ، حيث يشجع الهيئات
والمؤسسات المالية العربية على تقديم الضمان المطلوب للجهة الأجنبية
المقرضة وييسر بالتالي حصول المشروعات الاستثمارية في الاقطار العربية
الاعضاء على احتياجاتها من التمويل الرأسمالي المطلوب .

وبعد مناقشة تعريف نزع الملكية كأحد المخاطر المتاح الضمان ضد
تحققها في الاتفاقية المنشئة للمؤسسة العربية لضمان الاستثمار ، وفي نماذج
عقود الضمان الاربعة التي اعدتها المؤسسة لتنظيم العلاقة بينها كمؤمن وبين
المستثمرين الصالحين للتعاقد على الضمان الذي توفره كمؤمن لهم ، مقارنة
بما هو متبع في نظم ضمان الاستثمارات الخارجية في بعض الدول المصدرة
لرأس المال وفي نماذج عقود الضمان التي تطبقها ، فاننا نقترح تعديل نص
المادة (١/٥) من نماذج عقود الضمان الاربعة المطبقة في المؤسسة عن طريق
تبني الصيغة الواردة في المادة (١/١/١٨) من الاتفاقية المنشئة للمؤسسة ،
بعد اجراء بعض التغييرات اللفظية التي لا تؤثر على مضمون النص ، وانما
لتناسب وطبيعة الاستثمار المؤمن عليه في كل نموذج . كما نقترح الاقتصار
على نموذج واحد لعقد ضمان الاستثمار الذي يأخذ صورة قرض ، وليكن
نموذج عقد ضمان القرض بعملة اجنبية بعد تعديل اسمه لتطبيقه في حالة
الاستثمار الذي يأخذ شكل قرض ايا كانت العملة التي يقدم بها ، مع اضافة
الفقرة التي سبق ان اقترحناها الى المادة (١/٥) من نموذج عقد ضمان
القرض بعملة اجنبية . فهذان الاقتراحان يمكن ان يحققا النتائج التالية :

١ - توحيد المعنى المقصود بخطر نزع الملكية المتاح الضمان ضد تحققه
في نماذج عقود الضمان ، بدلا من التباين المعيب الحالي بين نصوص نماذج
العقود الاربعة في تحديد هذا المعنى ، والذي يعكس رؤية غير واضحة
لمفهوم خطر نزع الملكية في نظم ضمان الاستثمارات الاجنبية ضد المخاطر
غير التجارية .

٢ - ازالة اي لبس او غموض حول تغطية خطر نزع الملكية المشمول
بضمان المؤسسة لكافة الاجراءات الحكومية التي يترتب عليها حرمان الطرف
المضمون من حقوقه الجوهرية على استثماره ، سواء منها ما أمكن وصفه
بنزع الملكية طبقا للمعنى التقليدي المتعارف عليه في القانون الدولي ، او
ما لا يمكن نعتة بهذه الصفة الا أنه يؤدي تدريجيا وبطريق غير مباشر لذات

نتائج نزاع الملكية (نزاع الملكية التدريجي) .

٣ - اتفاق هذا المعنى الموحد لخطر نزاع الملكية في نماذج عقود الضمان مع مفهوم خطر نزاع الملكية في نظم ضمان الاستثمارات الخارجية المطبقة في الدول المصدرة لرأس المال ، وفي أهم الاقتراحات المقدمة بشأن إنشاء هيئة دولية متعددة الاطراف للتأمين على الاستثمارات الاجنبية ضد المخاطر غير التجارية ، والذي يختلف بدرجة كبيرة عن تعريف نزاع الملكية التقليدي المتعارف عليه في القانون الدولي .

٤ - تفسير نص المادة (١/١/١٨) من الاتفاقية المنشئة للمؤسسة تفسيراً صحيحاً طبقاً للقواعد العامة لتفسير الاتفاقيات الدولية ، وبما يتفق وارادة الاقطار العربية المتعاقدة والهدف من الاتفاقية .

٥ - توسيع نطاق الاجراءات الحكومية التي يغطيها ضمان المؤسسة ضد خطر نزاع الملكية ، مما يؤدي الى اجتذاب رؤوس اموال عربية اكثر واستثمارها للاستثمار داخل الاقطار العربية الاعضاء والمساهمة في تنفيذ خططها الانمائية . وهو الهدف الذي أنشأت المؤسسة من اجل السعي الى تحقيقه .

وليس من المقبول القول بأن مثل هذا الاقتراح بتعديل المادة (١/٥) من نماذج عقود الضمان التي تطبقها المؤسسة ، سوف يترتب عليه توسيع نطاق خطر نزاع الملكية الذي يغطيها ضمان المؤسسة ، ومن ثم يمكن أن يعرضها لمطالبات قد تنوء بحملها . فالمؤسسة طبقاً للمادة (٢١) من الاتفاقية المنشئة لها تحل محل المستثمر الذي تعوضه او توافق على تعويضه عن خسارة مؤمن عليها ، وذلك فيما يكون للمستثمر من حقوق على الاستثمار المؤمن عليه او ما ينشأ له من حقوق نتيجة لهذه الخسارة (٦٤) . كما أن الاقطار العربية الاعضاء في المؤسسة لم تنشئها بهدف تحقيق ربح من عملياتها . وحتى في حالة اصابتها بخسائر تعجزها عن أداء دورها ، يمكنها زيادة رأسمالها طبقاً

(٦٤) نص المادة (٢١) من الاتفاقية المنشئة للمؤسسة على ما يلي :

« ١ - تحل المؤسسة محل المستثمر الذي تعوضه او توافق على تعويضه عن خسارة مؤمن عليها وذلك فيما يكون للمستثمر من حقوق على الاستثمار المؤمن عليه او ما ينشأ له من حقوق نتيجة لتحقق الخسارة .

٢ - »

لنص المادة (٨) من الاتفاقية المنشئة لها (٦٥) . من ناحية أخرى ، فإن قضاء التحكيم الذي تم حتى الآن بين الهيئات التي تقدم ضمانات للاستثمارات الأجنبية ضد المخاطر غير التجارية والمستثمرين المؤمن لصالحهم ، قد أقر تغطية خطر نزاع الملكية المتعاقد على ضمانه للإجراءات الحكومية التي لا يمكن وصفها بنزع الملكية بالمعنى التقليدي المتعارف عليه في القانون الدولي إلا أنها تؤدي تدريجيا وبطريق غير مباشر لذات نتائج نزع الملكية (نزع الملكية التدريجي (٦٦) ، ومن ثم فلا فائدة ترجى من التهرب في صياغة المادة (١/٥) من نماذج عقود الضمان من شمول مثل هذه الإجراءات الحكومية بضمان المؤسسة ضد خطر نزع الملكية .

٣ - استبعاد إجراءات حكومية معينة من نطاق الضمان ضد خطر نزع الملكية :

تضمنت المادة (٦/د) من نموذج عقد ضمان الاستثمار المباشر نصا لم يرد في نماذج عقود الضمان الثلاثة الأخرى . فهي تنص على ما يلي :

« لا يمتد ضمان المؤسسة المقرر في المادة السابقة الى الحالات الآتية :

أ -

ب -

ج -

د - إذا كان الإجراء قد اتخذ من قبل حكومة قطر المضيف بوصفها مساهمة في المشروع المستفيد وبالتالي شريكة في إدارته »

ويفترض هذا النص وجود مشروع دولي مشترك في قطر عربي عضو

(٦٥) تنص المادة (٨) من الاتفاقية المنشئة للمؤسسة العربية لضمان الاستثمار على ما يلي :

« ١ - يكون رأس مال المؤسسة متغيرا ويحدد ابتداء بعشرة ملايين دينار كويتي وفقا لسعر التعامل الرسمي السائد في تاريخ التوقيع على هذه الاتفاقية » .

(٦٦) انظر في ذلك :

Arbitration between Valentine Petroleum and Chemical Corporation v. The U.S. Agency for International Development.

السابق الإشارة اليه في الحاشية رقم (٨)

في المؤسسة ، تساهم فيه حكومة هذا القطر بنسبة مئوية ما من رأس المال مع مستثمر مؤمن لصالحه لدى المؤسسة على حصته في رأس مال المشروع . ويحتل هذا النص أكثر من تفسير ، فيمكن تفسيره على أن الاجراء الحكومي الذي لا يغطيه ضمان المؤسسة هو الاجراء الذي تتخذه حكومة القطر المضيف بموجب سلطاتها التي تخولها اياها ما تملكه من اغلبيه حقوق التصويت في الاجهزة الادارية المختلفة للمشروع ، بسبب ملكيتها لاغلبية رأس المال ، أو بناء على ترتيبات اتفاقية بينها وبين الشريك الاجنبي تخولها هذا الحق رغم ملكيتها لاقلية رأس المال ، أو نتيجة لعوامل واعتبارات أخرى (٦٧) . من ناحية أخرى ، يمكن أن يفسر هذا النص على أن الاجراء الحكومي الذي يخرج عن نطاق ضمان المؤسسة هو كل اجراء تتخذه الحكومة في مواجهة المشروع ، سواء كانت تملك حقوق تصويت تخولها سلطة التقرير في المشروع أم لا ، حيث يكفي تمتعها بصفة المساهمة في المشروع والشريكة في ادارته ، ايا كانت نسبة هذه المساهمة أو درجة فاعلية المشاركة في الادارة .

وبالرغم من أن ظاهر النص قد يوحي بأن التفسير الثاني هو المقصود ، بيد أننا نرجح أن المقصود هو التفسير الاول . فالنصان المائلان في كل من نموذج عقد الضمان المطبق في برنامج ضمان الاستثمارات الخارجية الأمريكي، ونموذج عقد الضمان المطبق في نظام ضمان الاستثمارات الخارجية في المملكة المتحدة ، والذان لا بد وأن واضعي المادة (٦/د) من نموذج عقد ضمان الاستثمار المباشر قد تأثروا بهما لتقديم هذين النظامين لضمان الاستثمار عن نظام ضمان الاستثمار العربي (٦٨) ، يعبران بوضوح تام على أن المقصود هو المعنى الذي يتضمنه التفسير الاول .

(٦٧) انظر في العوامل والاعتبارات التي يمكن أن تخول الطرف المالك لاقلية رأس المال في المشروع الدولي المشترك حقوق تصويت أو سلطات في الادارة والسيطرة على المشروع تفوق ما تخوله اياها النسبة المئوية للملكية في رأس المال ، في : عصام بسيم ، الجوانب القانونية للمشروعات الدولية المشتركة في الدول الآخذة في النمو ، المرجع السابق ، ص ٧٣ وما بعدها ، ١٥٦ وما بعدها .

(٦٨) بدأ تطبيق برنامج ضمان الاستثمارات الخارجية الأمريكي في الولايات المتحدة الأمريكية في سنة ١٩٤٨ بمقتضى قانون التعاون الاقتصادي الصادر في نفس العام ، والذي اعتبر جزءا من خطة النهوض بالدول الأوروبية من الازمة الاقتصادية التي أعقبت الحرب العالمية الثانية . كما بدأ في تنفيذ نظام ضمان الاستثمارات الخارجية الانجليزي الذي تديره ادارة ضمان قروض التصدير في المملكة المتحدة ، بمقتضى قانون ضمان الصادرات والاستثمارات

فالمادة (٧/١٣/١) من نموذج عقد الضمان المطبق في البرنامج الأمريكي لضمان الاستثمارات الخارجية تنص على أنه :

« خلافا لما سبق ، فإن ايا من هذه الاجراءات لن يعتبر نازعا للملكية اذا تم او استمر تأثيره ، خلال المدة السابقة ، وكان نتيجة اجراء :

١ - قانوني طبقا لقوانين الدولة المضيفة .

ب - تتخذة حكومة الدولة المضيفة بقدرتها او خلال ممارستها لسلطاتها كمالكة لحصص رأسمالية في المشروع الاجنبي او تتولى ادارته وتوجيهه » (٦٩) .

كذلك تنص المادة (١/٣/٢ هـ / ١) من نموذج عقد الضمان المطبق في البرنامج الانجليزي لضمان الاستثمارات الخارجية على أن :

« ولا يعتبر ما يلي نزعا للملكية :

١ - أي عمل يصدر عن حكومة الدولة المضيفة خلال ممارستها لحقوقها او سلطاتها كمالكة لحصص رأسمالية في المشروع الخارجي او تتولى ادارته وتوجيهه ، اذا اتخذته بهذه الصفة » (٧٠) .

ويبدو من هذين النصين أن العمل الحكومي الذي لا يغطيه الضمان الذي يوفره النظامين لضمان الاستثمارات الخارجية ضد خطر نزاع الملكية ، هو ذلك العمل الصادر عن حكومة الدولة المضيفة بقدرتها او خلال ممارستها لسلطاتها التي تخولها اياها ما تملكه من حقوق تصويت بوصفها شريكة في

« الخارجية الصاندر في سنة ١٩٧٢ ، في عام ١٩٧٢ .

انظر في ذلك : Theodor Meron, op. cit., pp. 851 et seq.

أما المؤسسة العربية لضمان الاستثمار فقد بدأت في ممارسة نشاطها الفعلي بعد دخول

الاتفاقية المنشئة لها حيز التنفيذ اعتبارا من أول ابريل ١٩٧٤ .

(٦٩) انظر نص المادة (٧/١٣/١) من نموذج عقد الضمان المطبق في برنامج ضمان الاستثمارات

الخارجية الأمريكي ، في : Theodor Meron, op. cit., p. 350.

انظر أيضا نص المادة (٦/٢/٤ ب) من نموذج عقد ضمان القرض الأمريكي ، في :

المرجع السابق ، ص ٤٠٠

(٧٠) انظر نص المادة (١/٣/٢ ج / ١) من نموذج عقد الضمان الانجليزي ، في :

المرجع السابق ، ص ٩٠٤ .

المشروع ، كذلك العمل الصادر عنها بوصفها تتولى ادارة المشروع وتوجيهه حتى ولو لم تكن تملك اغلبيه حقوق التصويت .

ولا تملك حكومة الدولة المضيفه الشريكة في مشروع دولي مشترك ، بهذه الصفة الاخرى ، سلطة اتخاذ قرار ما بشأن المشروع الا اذا كانت تملك اغلبيه حقوق التصويت في الاجهزة الادارية المختلفة في المشروع ، او كانت تتولى ادارته وتوجيهه رغم عدم ملكيتها لاغلبيه حقوق التصويت. ولا يكون للحكومة الشريكة اغلبيه حقوق التصويت في الاجهزة الادارية المختلفة للمشروع الا اذا كانت تملك اغلبيه رأس المال ، او كانت تملك اقلية رأس المال الا ان حصصها الراسمالية من فئات خاصة تخول مالکها حقوق تصويت تفوق تلك التي تخولها الحصص الراسمالية العادية التي يملكها الشريك الاجنبي (٧١) . كما لا يكون للحكومة الشريكة الحق في ادارة وتوجيه المشروع الا اذا كانت مالكة لاغلبيه حقوق التصويت ، او كانت هناك ترتيبات اتفاقية بينها وبين الشريك الاجنبي تخولها الحق في ادارة وتوجيه المشروع رغم ملكيتها لاقلية حقوق التصويت (٧٢) . وهذا ما يتضح بجلاء من النصين السابقين في نماذج عقود الضمان في نظامي ضمان الاستثمارات الخارجية الامريكي والانجليزي .

وترتبيا على ذلك ، فاننا نقترح تعديل نص المادة (٦/د) من نموذج عقد ضمان الاستثمار المباشر الذي تطبقه المؤسسة العربية لضمان الاستثمار ، باعادة صياغة هذه المادة بأسلوب يوضح دون لبس او ابهام ان الاجراء الحكومي الذي لا يغطيه ضمان المؤسسة ، هو الاجراء المترتب على قرار تتخذه حكومة الدولة المضيفه الشريكة في المشروع ، خلال ممارستها لقدراتها او سلطاتها التي تخولها اياها ملكيتها لاغلبيه حقوق التصويت في الاجهزة الادارية المختلفة للمشروع ، او خلال ممارستها لادارة وتوجيه المشروع رغم عدم ملكيتها لاغلبيه حقوق التصويت ، بناء على ترتيبات اتفاقية بينها وبين الشريك الاجنبي . فلقد اصبح من الشائع في المشروعات الدولية المشتركة التي تساهم فيها حكومات الدول المضيفه باقلية رأس المال ، الاتفاق بين الشركاء على تخويل الحكومة الشريكة سلطة ادارة وتوجيه المشروع رغم ملكيتها لاقلية

(٧١) انظر في ذلك الحاشية رقم (٢٩) فيما سبق .

(٧٢) انظر في ذلك الحاشية رقم (٣٤) فيما سبق .

رأس المال أو حقوق التصويت . ويهدف هذا التعديل المقترح لنص المادة (٦/د) من نموذج عقد ضمان الاستثمار المباشر الى تلافي ما قد ينشأ من منازعات مستقبلا حول تفسير النص الحالي لهذه المادة . بالاضافة الى انه يغطي مختلف الصيغ والانماط الحديثة للمشروعات الدولية المشتركة التي تتيح لحكومة الدولة المضيئة الشريكة في المشروع سلطة ادارته وتوجيهه رغم عدم ملكيتها لاجلبية حقوق التصويت . وهي صيغ وانماط تحظى باقبال متزايد عليها في الوقت الحاضر من جانب حكومات الدول المستوردة لرأس المال ، خاصة في الدول الحديثة الاستقلال ، كما هو الحال في معظم الاقطار العربية الاعضاء في المؤسسة .