الدكتور الطاهر برايك
أستاذ محاضر بقسم الحقوق
جامعة عمار ثليجي – الأغواط

مقال للنشر بعنوان

أحكام العقد المبرم
بين المستثمر الأجنبي وهيئة الضمان

أحكام العقد المبرم بين المستثمر الأجنبي وهيئة الضمان

ملخص

من الثابت أن الإستثمار الناجح و الصحيح لا يستقيم في وضعه القانوني المطلوب إلا بوجود مجموعة من الضمانات القانونية التي تجعل من المستثمر الأجنبي مطمئنا على موارده ومشاريعه الإستثمارية لا سيما إذا ما تعلق بمرحلتي الإنجاز والإنتاج .

وإلى جانب الضمانات التشريعية والقضائية لحماية للمستثمرين الأجانب قصد دفعهم لإنجاح المسيرة الإصلاحية للإقتصاد الوطني ، هناك نوع آخر من هذه الضمانات يركن إليه المستثمر الأجنبي وتطمئن إليه نفسه فيبعثه على اتخاذ قراره بالإستثمار في البلد الذي يوفر هذا النوع من الحماية، ألا وهو الحديث عن الضمانات الإتفاقية التي من أبرزها عقود الضمان التي يبرمها المستثمر الأجنبي مع هيئات الضمان الوطنية والدولية .

Il est bien connu que le bon investissement est pas correct dans son statut juridique est nécessaire seulement s'il existe un ensemble de garanties juridiques qui rendent les investisseurs étrangers rassuré sur ses ressources et ses projets d'investissement, en particulier si les phases jointes d'achèvement et de production.

En plus des garanties législatives et judiciaires pour la protection des investisseurs étrangers afin de leur permettre le succès de la réforme de l'économie nationale, il y a un autre type de ces garanties sont bercé par l'investisseur étranger et lui a assuré de prendre la décision d'investir dans le pays qui offre ce type de protection, ce qui est de parler de l'accord de garanties notamment les contrats de sécurité conclus par l'investisseur étranger avec des organismes nationaux et internationaux de sécurité.

أحكام العقد المبرم بين المستثمر الأجنبي وهيئة الضمان

مقدمة

من الثابت أن الإستثمار الصحيح لا يستقيم في وضعه القانوني المطلوب إلا بوجود مجموعة من الضمانات القانونية التي تجعل من المستثمر الأجنبي مطمئنا على موارده ومشاريعه الإستثمارية لا سيما إذا ما تعلق بمرحلتي الإنجاز والإنتاج .

وإلى جانب الضمانات التشريعية والقضائية لحماية للمستثمرين الأجانب قصد دفعهم لإنجاح المسيرة الإصلاحية للإقتصاد الوطني ، هناك نوع آخر من هذه الضمانات يركن إليه المستثمر الأجنبي وتطمئن إليه نفسه فيبعثه على اتخاذ قراره بالإستثمار في البلد الذي يوفر هذا النوع من الحماية، ألا وهو الحديث عن الضمانات الإتفاقية ، والتي تتنوع إلى ثلاثة ضمانات :

أولا : ضمانات للمستثمر بحكم الإتفاقيات التي تبرمها الدولة المستقطبة للإستثمار مع غيرها .

ثانيا : ضمانات عقدية واردة باشتراطه أو تقرير الدولة المتعاقدة معه بعقد الإستثمار .

ثالثا : ضمانات عقدية يتمتع بها المستثمر الأجنبي من عقد التأمين مع أحد مؤسسات الضمان.

ومن ثم فإن هناك عقودا لضمان الإستثمار على المستوى الوطني بما يعرف بعقود التأمين بواسطة هيئات الضمان الوطنية التي تتنوع في صورها إلى نظاميين هما النظام التفضيلي والنظام غير التفضيلي لتأمين المخاطر التي تواجه المستثمر الأجنبي من قبل الدولة المضيفة له ولعل أهمها خطر نزع الملكية والمخاطر المتعلقة بعدم الإستقرار بأنواعه لديها ، وتمتاز هذه العقود للتأمين بهيئات الضمان الوطنية بترتيب إلتزامات قانونية على عاتق المستثمر ويقابل هذا مجموعة من الحقوق والضمانات التي تحقق له بصفة نسبية تأمينا على مشاريعه الإستثمارية .

كما أن هناك عقودا للضمان بواسطة هيئات الضمان الدولية ، وذلك لدى مؤسسات دولية مختصة بتأمين المخاطر التي تعترض المستثمر الأجنبي ، ويقتصر البحث هنا على دراسة عقد الضمان من الناحيتين الشكلية والموضوعية بخصوص التأمين على الإستثمار الأجنبي .

ومن جهة أخرى فإن الدراسة القانونية لعقود الضمان على المخاطر التي تكتنف الإستثمار تقتضي حتما النظر في الطبيعة القانونية لعقد الضمان من حيث أركانه وخصائصه وعناصره والتكييف القانوني له بين العقود التي تتقارب معه.

ولأن الحديث عن الإستثمار لايكون سائغا إلا بالنظر إلى ما يضمنه من المخاطر التي تحيط به، فإن الحديث هنا عن العلاقة العقدية التي تكون بين المستثمرين الأجانب وبين الجهات التي تتولى ضمان مشاريعهم ونشاطاتهم الإستثمارية من الأخطار التي تكتنفهم خارج دولهم، وهو ما يعرف بعقود الضمان .

والملاحظ بداية أن نظم ضمان الإستثمارات الوطنية والدولية غير متفقة على إطار قانوني يحدد عقود الضمان لحماية الإستثمارات ، فعند بعض النظم الوطنية فإن العقود المبرمة بين المستثمرين وهيئات الضمان هي عقود ضمان ، وقد يظهر ذلك بعيدا عن موضوع العقد من خلال التسمية في عنوان الهيئة الضامنة ، ومثاله نظام " ضمان الإستثمار في ألمانيا " فإنه يستعمل في الغالب تعبير" ضمان الإستثمار" مع كونه يفرق بين مصطلحي" الضمان " و"الكفالة " ويعطي لكل منهما معنى إصطلاحيا خاصا لا يتفق مع معناهما العام في القانون المدني والقانون التجاري [1]، وهناك نظم وطنية أخرى كالقانون الفرنسي تستعمل مصطلح " التأمين على الإستثمار " .[2]

وهذا التباين في الوصف والعنوان القانونيين موجود كذلك في نظم الضمان الدولية، فالمتأمل في اتفاقية إنشاء الوكالة الدولية لضمان الإستثمار يجد أنها تستخدم تعبير " الضمان "، مع استخدامها لمصطح " التأمين " في كثير من الجوانب منها .[3]

وبالرجوع إلى اتفاقية المؤسسة العربية لضمان الإستثمار فإنها تستعمل مصطلح " ضمان الإستثمار " في عنوانها، ونجدها تستخدم مصطلح " التأمين على الإستثمار " في كل أحكامها .[4]

---

[1] / زكرياء أحمد نصر – بحث بعنوان " نظم ضمان الإستثمار " – الكويت – الصندوق الكويتي للتنمية الإقتصادية العربية – 1968– ص 34

[2] / إبراهيم شحاتة – الضمان الدولي للإستثمارات الأجنبية – القاهرة – دار النهضة العربية– سنة 1971 – ص 36 .

[3] / دريد محمود السامرائي– الإستثمارالأجنبي : المعوقات والضمانات القانونية – مركز دراسات الوحدة العربية – بيروت سنة 2006 ص 291 .

[4] / يرجع في هذا بالتفصيل إلى موقع المؤسسة العربية لضمان الإستثمار www.iaigc.org.

فالإشكالية التي يرتكز عليها هذا البحث تتلخص في النظر في أركان عقد الضمان وتكييفه القانوني وعناصره وخصائصه ، بما سيستقصى بالمبحثين الآتين .

المبحث الأول : أركان عقد الضمان وتكييفه القانوني

المطلب الأول : أركان عقد الضمان

ككل العقود بالقواعد العامة فإن العقد الذي يبرمه المستثمر مع هيئة الضمان له ثلاثة أركان : التراضي والمحل والسبب .

الفرع الأول : التراضي : **Le Consentement**

إن لعقد الضمان طرفان هما : الهيئة الوطنية أو الدولية للضمان والمستثمر، يتم هذا العقد بتراضيهما وتطابق إرادتيهما .

وإذا نظرنا إلى المستثمر كطرف في العقد فهو يجمع في شخصه بين كونه طالبا للضمان والتأمين عن المخاطر التي تعتري إستثماره ومن ثم فهو الملتزم بأداء كل الإلتزامات الناشئة تجاه هيئة الضمان، وهو في نفس الوقت المستفيد من التعويض عند وقوع الخطر المؤمن عليه وتحقق الخسارة ، ثم هو بعد ذلك يحمل صفة ثالثة كونه الشخص المهدد بالخطر محل العقد .

ويمكن القول بأن عقد الضمان هو عقد يوافق القواعد العامة في تكوين العقود فهو رضائي يتم بمجرد أن يتبادل الطرفان التعبير عن إرادتيهما المتطابقتين طبقا للمادة **59** من القانون المدني الجزائري تحقيقا لمبدأ الرضائية فليس بشكلي ولا عيني لعدم اشتراط قيامه لأي إجراء شكلي أو عيني .

غير أن نظم الضمان الوطنية والدولية تشترط في الغالب موافقة الدولة المستقطبة للإستثمار على تنفيذ الإستثمار المطلوب ضمانه أو على إبرام عقد الضمان بشأنه مع المستثمر أو على الإجراءين معا .[1]

---

[1] / دريد محمود السامرائي– الإستثمارالأجنبي : المعوقات والضمانات القانونية – مركز دراسات الوحدة العربية – بيروت سنة 2006 ص 295 .

وعلى سبيل المثال تنص المادة **15** في فقرتها السادسة من اتفاقية المؤسسة العربية لضمان الإستثمار على ما يلي " يشترط لإبرام عقود التأمين حصول المستثمر مسبقا على إذن من السلطات الرسمية المختصة في القطر المضيف بتنفيذ الإستثمار وبالتأمين عليه لدى المؤسسة ضد المخاطر المطلوب تغطيتها " .

إلا أن مثل هذه الشروط الشكلية لا تعدو أن تكون شروطا عقدية وليست ركنا لعقد الضمان، ولا تسقط له صفته الرضائية .

الفرع الثاني : المحل : L'objet

إن محل عقد الضمان أو بالأحرى محل الإلتزام بهذا العقد بين المستثمر وهيئة الضمان هو الأخطار التي يتم تغطيتها والتي يمكن أن تكون محددة او غير محددة بحسب نوع نظام التأمين المتبع .

الفرع الثالث : السبب : La Cause

الظاهر من موضوع عقد الضمان أن السبب فيه هو السعي لتوفير الأمان والطمأنينة لاستثمار المستثمر في الخارج ضد المخاطر غير التجارية التي تحدق به .[1]

وبالنظر إلى هيئة الضمان فإن سبب الإلتزام لديها لا يمكن أن يكون مقتصرا على ما يظهر من الحصول على الأقساط والرسوم التي يتقدمها بها المستثمر، ولكن السبب الحقيقي هو إنجاز المستثمر لمشروعه الإستثماري ، ويظهر هذا السبب جليا فيما يكون من تشجيع هيئة الضمان للمستثمر على تنفيذ هذا النشاط الذي أقبل عليه ، مع السعي بذلك لتقليل قدرالأضرار والخسائر بتوفير الحماية والضمان من وقوعها .

ويرى الفقه أن الباعث الحقيقي في التزام هيئات الضمان بالتأمين عن هذه الأخطار هو أن يعود ذلك على الدولة المصدرة لرؤوس الأموال والمنشئة للمشاريع الإستثمارية من المصالح والفوائد من تمام تنفيذها .[2]

---

[1] / إبراهيم شحاتة – الضمان الدولي للإستثمارات الأجنبية – القاهرة – دار النهضة العربية– سنة 1971 – ص 41

[2] / أحمد السعيد شرف الدين - عقود التأمين وعقود ضمان الإستثمار : واقعها الحالي وحكمها الشرعي – بدون دار النشر– سنة 1986 – ص 61

المطلب الثاني : التكييف القانوني لعقد الضمان

سبق الحديث عن مضمون وموضوع عقد الضمان بين المستثمر وهيئات الضمان الوطنية أو الدولية بعد الحديث عن أركانه ، ومقاربة هذه الأحكام من القواعد العامة، ليفسح المجال بنظرة قانونية صرفة أمام السؤال : ماهو التكييف القانوني لعقد ضمان الإستثمارات الخارجية ؟

لقد تباينت آراء الفقهاء حول طبيعة عقد ضمان الإستثمار القانونية بالنظر للمسؤوليتين العقدية والتقصيرية وبالنظر إلى الإلتزامات الواردة فيه وبحسب السبب والباعث لدى طرفيه.

و للإجابة على هذا السؤال نقف على آراء الفقهاء مع إبداء الرأي فيها.

الفرع الأول : القول بأنه عقد كفالة :

يرى أصحاب هذا الرأي أن الطبيعة القانونية لعقد ضمان الإستثمار هي عقد كفالة على أساس أن هيئة الضمان تقوم في حقيقة الأمر بكفالة الدولة المستقطبة للإستثمار في أدائها للتعويض عن خسائر تحقق الخطر المؤمن منه، بما لها من حق الرجوع بعد ذلك .

ولعل الصورة تكون أوضح في مجال ضمان القروض، إذ يكون العقد المبرم فيها في شكل كفالة الهيئة للمقترض في الوفاء بالتزامه تجاه المستثمر .[1]

فالكفالة في هذا السياق عقد بمقتضاه تكفل هيئة الضمان إلتزاما في ذمة المقترض بأن يتعهد للمستثمر بأن يفي بهذا الإلتزام إذا لم يف به المدين نفسه .[2]

ويمكن القول كذلك في إسباغ وصف الكفالة على عقد ضمان الإستثمار أنها ضم ذمة إلى ذمة أخرى في المطالبة بتنفيذ الإلتزام، وقد تكون منجزة وقد تكون معلقة على شرط أو مضافة إلى وقت لاحق .[3]

---

[1] / أحمد السعيد شرف الدين - عقود التأمين وعقود ضمان الإستثمار : واقعها الحالي وحكمها الشرعي – بدون دار النشر– سنة 1986 ص 66 .

[2] / أحمد السعيد شرف الدين – المرجع السابق – ص 67

[3] / دريد محمود السامرائي– الإستثمارالأجنبي : المعوقات والضمانات القانونية – مركز دراسات الوحدة العربية – بيروت سنة 2006 – ص 301.

ولكن وبالرغم من التقارب السابق بيانه بين الكفالة وبين عقد ضمان الإستثمار إلا أن القول بأن عقد الضمان كفالة في تكييفه القانوني يبقى قولا غير سديد من الناحية القانونية والتأصيلية للعقد في الجوانب الآتية :

1 – إن عقد ضمان الإستثمار عقد تبادلي ملزم لجانبين بعكس الكفالة التي هي عقد ملزم لجانب واحد .[1]

2 – إن عقد ضمان الإستثمار من عقود المعاوضة التي يأخذ في كل من طرفيه مقابلا لما يعطيه بأخذ هيئة الضمان للأقساط وأخذ المستثمر للتعويض، بينما الكفالة هي عقد من عقود التبرع [2]، بحيث لا يأخذ الكفيل مقابلا لما يضمن به وإن كان له حق الرجوع بعد ذلك .

3 – إن عقد الكفالة يخول للكفيل الدفع بالتجريد الذي بمقتضاه يقوم الدائن أولا بالرجوع إلى المدين لاقتضاء الدين منه ثم عند تعذر ذلك يقوم بمطالبة الكفيل بالدين، وإذا رجعنا إلى مقتضيات عقد ضمان الإستثمار فإننا لا نجد هذا الدفع واردا، فلا يمكن لهيئة الضمان أن تدفع بمطالبة المستثمر لها بالتعويض برجوعه أولا على الدولة المستقطبة للإستثمار لمطالبتها بالتعويض، فهو وضع ينافي الغاية من إبرام عقد ضمان الإستثمار كما سبق بيانه.

4 – إن إلتزام هيئة الضمان إزاء المستثمر ليس هو التزام الدولة المستقطبة للإستثمار، بل هو التزام بالأداء للتعويض ، بينما ترد الكفالة على ذات التزام المدين الأصلي بكل الشروط والأوصاف.

5 – لا يرتب الإستثمار المباشر الذي يتخذ شكل مشروع أو نشاط إستثماري إلتزاما على عاتق الدولة برد قيمته، ولهذا لا نجد مدينا أصليا قبل المستثمر كي تقوم الهيئة بكفالة التزامه، على عكس ما هو وارد بمقتضيات عقد الكفالة بالإنتقال من المدين الأصلي أولا ثم إلى الكفيل .

<u>الفرع الثاني:</u> القول بأنه عقد تأمين

---

[1] / ابن عزي الأخضر – عقد الكفالة في القانون المدني الجزائري – رسالة ماجستير – كلية الحقوق بن عكنون – الجزائر– سنة 1986. ص 68 .

[2] / ابن عزي الأخضر – المرجع السابق . ص 70 .

يرى أصحاب هذا الرأي أن عقد ضمان الإستثمار لا يعدو على أن يكون من ناحية التكييف القانوني إلا صورة من صور عقد التأمين ، وذلك على أساس أن التزام هيئة الضمان في عقد ضمان الإستثمار أن تؤدي للمستثمر المتعاقد معها مبلغا من المال أو أي عوض آخر في حالة تحقق الحادث الذي يحمل الخطر المضمون، وذلك في مقابل أقساط أو أية دفعة مالية أخرى يؤديها المستثمر إلى هيئة الإستثمار وطنية كانت أو دولية .

ومن ناحية أخرى فإن أصحاب هذا الرأي يستندون إلى ما يستند إليه المؤمن من أسس التأمين كلها، فكل جهة للتأمين تسعى لتجميع المؤمن لهم في إطار تعاوني لاحتمالات الخطر المحدقة بهم والتي لا قدرة لهم بدفعها والتي تحجبهم عن تنفيذ التزاماتهم الإستثمارية .

فكل من عقد ضمان الإستثمار وعقد التأمين يشتركان في العناصر الجوهرية الثلاثة وهي الخطر والقسط ومبلغ التأمين .[1]

لكن هناك من يرى أن هذا القول لا يستقيم لاعتبارات قانونية نظرية وتطبيقية كالآتي :

1 – إن عقد ضمان الإستثمار يختلف عن عقد التأمين، فالخطر في عقد ضمان الإستثمار لا يقبل القياس والتقدير وفقا للأسس الفنية المتبعة في مجال التأمين التجاري ، ومنه فإن الهيئة لا تقوم بتوزيع المخاطر على مجموع المستثمرين المتعاقدين معها عن طريق تحصيل أقساط منهم تكفي للوفاء بالتزاماتها بضمان المخاطر التي يمكن أن تتحقق وهي لا تتبع الحسابات والقياسات الفنية في تقدير احتمالات وقوع تلك المخاطر ومدى جسامتها وفقا للأصول الموجودة والمعمول بها في التأمين التجاري.[2]

2 – إن عقد ضمان الإستثمار لا يتوافق مع عقد التأمين في فكرة السبب ، فالسبب في التأمين قاصر على حصولها على أقساط المؤمنين لديها بصفة تجارية بحتة، بينما السبب في عقد الإستثمار – كما سبق تفصيله – غير مقتصر على تحصيل الأقساط بل يتعداه إلى تحقيق مصلحة الدولة التي أنشأت هيئة الضمان إذا كانت وطنية أو الدول التي أنشأتها إذا كانت الهيئة دولية ، زيادة على مصلحة الدولة التي لديها الإستثمار .

---

[1] / أحمد السعيد شرف الدين - عقود التأمين وعقود ضمان الإستثمار: واقعها الحالي وحكمها الشرعي – بدون دار النشر– سنة 1986. ص 45 .

[2] / دريد محمود السامرائي– الإستثمارالأجنبي : المعوقات والضمانات القانونية – مركز دراسات الوحدة العربية – بيروت سنة 2006 – ص 304.

3 – يشترط في عقد ضمان الإستثمار ألا يكون الخطر المؤمن منه متوقفا على محض إرادة أحد المتعاقدين، بينما في عقد التأمين فإنه يكون بين الإرادتين للمؤمن والمؤمن له .[1]

الفرع الثالث : القول بأنه عقد ضمان غير مسمى

يرى بعض الفقهاء أن العقد بين المستثمر وبين هيئة الضمان هو عقد ضمان غير مسمى، ومفاد هذا العقد أن يتعهد شخص لآخر بأن يحميه من ضرر معين قد يتعرض له أو بأن يعوضه عندما يتعرض فعلا للضرر .[2]

وأول أثر قانوني لهذا العقد أنه ينشئ نوعا من الإلتزام التضاممي بين هيئة الضمان والدولة المضيفة للإستثمار، وذلك بالتزام كل منهما بتعويض المستثمر في حالة تحقق الخطر محل العقد وهو الإلتزام الذي محله واحد بينهما وهو دفع التعويض بغض النظر عن مصدره.

فمصدر التزام هيئة الضمان هو العقد المبرم بينهما وبين المستثمر، ومصدر التزام الدولة المستقطبة للإستثمار بالتعويض هو الإتفاقية التي تبرمها مع الدولة المصدرة له أو نص من النصوص الوطنية، فيظهر بذلك التضامم بين ذمتيهما المالية لأجل الدين الواحد بعيدا عن تضامنهما .[3]

وعلى شاكلة الإتجاه الذي يرى بأن عقد الإستثمار هو عقد كفالة أو عقد تأمين، فإن رأي القائلين بكون عقد الإستثمار عقد ضمان غير مسمى لا يمكن أن نسلم به تماما بالنظر للأحكام القانونية التالية :

1 – قد تلتزم هيئة الضمان بتعويض المستثمر نتيجة تحقق الخطر محل العقد دون قيام مسؤولية الدولة المضيفة للإستثمار بالتعويض، فالدولة قد لا تتعهد بتعويض المستثمر عن المخاطر

---

[1] / عبد الرزاق أحمد السنهوري – الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء السابع، المجلد الثاني: عقد التأمين والمقامرة والرهان والمرتب مدى الحياة، دار النهضة العربية – طبعة 2004 – ص 1027.

[2] / إبراهيم شحاتة – الضمان الدولي للإستثمارات الأجنبية – القاهرة – دار النهضة العربية– سنة 1971. ص 49 .

[3] / محمد شوقي شاهين – الشركات المشتركة : طبيعتها وأحكامها في القانون المصري المقارن – دار النهضة العربية – 1985 – ص 433.

المـؤمن منهـا كـالحروب والإضـطرابات الداخليـة، ولا يوجـد لـذلك مرجـع لا بالإتفاقيـات ولا بالقوانين الوطنية، ومن ثم لا تكون مقيدة بالتزام قانوني بالتعويض في مواجهته .[1]

2 – إن عقد الضمان ينصب على قرض يقدمه المستثمر إلى الدولة أو إلى إحدى هيئاتها العامة، وفـي هذه الحالـة فإن محل التزام الدولـة هو رد مبلـغ القرض مـع فوائده ، بينمـا يكون محـل التزام هيئة الضمان هو أداء التعويض عند تحقق الخطر المؤمن منه .

3 – لا يلجأ الفقه عمومـا إلـى فكرة العقود غير المسماة فـي تكييف مثل هذه العقود وذلك بقصد إعطاء الوصف المناسب لنوع من العقود .

ونرى فـي الأخير أن التكييف الأقرب والأرجح لعقد ضـمان الإستثمار هو أنـه عقد ضـمان، فزيـادة علـى الأدلـة التـي قدمها الفقهـاء والتـي سبق بيانهـا نـرى أنـه الأولـى بالإسـتعمال مـن غيـره لاعتبار الجوانب الثلاثة الآتية :

1– أن أكثـر هيئـات الضـمان الوطنيـة والدوليـة تسـتعمل مصـطلح " عقد الضـمان " لبيـان عملهـا ومهامها فـي عنـاوين مؤسساتها وفـي العقود التـي تحررها والبيانـات التـي تصدرها، ومثالـه مـا نجده لدى المؤسسة العربية لضمان الإستثمار .[2]

2– أن هذا الرأي هو الأقل نقدا من الفقهاء كما سبق بيانه .

3– أن ما يتجه إليه المستثمر في سعيه لتحقيق مشروعه الإستثماري هو تطلعه للضمان أكثر من التـأمين أو الكفالـة أو غيرهمـا بالوضـع الـذي يحمـل عنـه الخسـائر التـي تلحقـه مـن المخـاطر التـي يتعاقد من أجلها مع هيئات ضمان الإستثمار .

---

[1] / دريد محمود السامرائي– الإستثمارالأجنبي : المعوقات والضمانات القانونية – مركز دراسات الوحدة العربية – بيروت سنة 2006 – ص 303

[2] / يرجع في هذا بصفة جامعة إلى موقع المؤسسة على الإنترنت : www.Iaigc.org

المبحث الثاني : عناصر وخصائص عقد الضمان

المطلب الأول : عناصر عقد الضمان

إن جوهر عقد الضمان بين المستثمر وهيئة الضمان هو تعهد من جانب هذه الهيئة بأن تتحمل عن المستثمر الخسائر الناجمة عن خطر من المخاطر التي يتعرض لها في استثماره بالخارج تشجيعا له على تنفيذ مشاريعه الإستثمارية .

فيكون عقد الضمان قائما على عناصر أساسية تتمثل في الخطر والأقساط والتعويض .

الفرع الأول : المخاطر المؤمن منها

يعتبر الخطر بمثابة العنصر الأساسي للعقد المبرم بين المستثمر وهيئة الضمان، فكل مستثمر إلا وهو يخشى جملة من المخاطر التي تحيط بنشاطه الإستثماري لا سيما وأنه ينجزه في الخارج بعيدا عن بلده فهو بهذا الوضع يحتاج إلى من يؤمن له تعويض الخسارة في ذلك .

وقد يظهر الخطر في عقد الضمان بشكل آخر عندما يتعذر تنظيم المساهمة في الخسائر الناتجة عنه بين مجموع المستثمرين المتعاقد معهم على أساس تقدير الإحتمالات وقانون الأعداد الكبيرة .[1]

ويوصف الخطر الذي يكون موضوع عقد الضمان بأنه خطر غير تجاري لخروجه عن الصفات التي تجعله قابلا للقياس والتقدير طبقا لقواعد الإحصاء .[2]

ومن الدقيق في معرفة الخطر في عقد الضمان أنه غير محقق الوقوع ولا يرتبط تحققه بإرادة المتعاقدين بل هو الغالب في الورود في مثل هذه العقود .

والخطر الذي يكون موضوع عقد التأمين لا بد أن يكون مشروعا وغير مخالف للنظام العام والآداب .[3]

---

[1] / عبد الرزاق السنهوري – الوسيط في شرح القانون المدني – دار النهضة العربية 1964 المجموعة 2 الجزء 7 ص 1092 .

[2] / باسم محمد صالح – محاضرات في التأمين – جامعة بغداد 1999 – 2000 – ص 16 .

[3] / باسم محمد صالح – المرجع السابق – ص 16 .

والوضع الذي ينتج هذا الخطر هو وجود واقعة خارجة عن العقد تتمثل في تصرف قانوني من قبل الدولة المضيفة للإستثمار مثل نزع الملكية أو منع تحويل النقد، أو واقعة مادية مثل صور عدم الإستقرار الإجتماعي .

الفرع الثاني : الأقساط المدفوعة من المستثمر

لا يرتبط مقدار هذه الأقساط بأي حساب مسبق للخسائر المحتملة بل تحدد بطريقة تحكمية .[1]

وما من شك أن هناك صلة بين الخطر المؤمن منه والقسط المدفوع كمبدأ عام مسلم به في مجال التأمين، فتقدير القسط يختلف من موضوع خطر لآخر، وهو ما يسمى بمبدأ " نسبية القسط إلى الخطر " " Proportionnalite de la prime au risque".[2]

وتقدير هيئة الضمان للأقساط يكون قائما على عدم مراعاتها أن يكون مجموعها كافيا لتغطية الخسائر التي ألزمت بضمانها إزاء المستثمرين المتعاقد معهم وهو ما يفضي إلى القول بأن تقدير الأقساط هو تحكمي من هيئة الضمان .

ولهذا السبب نجد كثيرا من نظم الضمان تصف الأقساط بالرسوم مثل اتفاقية الوكالة الدولية لضمان الإستثمار تأكيدا لصفتها مقابل خدمة تغطية المخاطر .[3]

ويظهر عند الكثير من نظم الضمان كالمؤسسة العربية لضمان الإستثمار أنها لا تعتمد على الأقساط للوفاء بالإلتزام بالتعويض الذي تتحمله عن المستثمر عند تحقق الخطر محل العقد، بل إن الهدف الأساسي الذي تسعى إليه من تحصيل ذلك هو مواجهة مصروفاتها الإدارية واستخدامها بقدر الإمكان في تكوين الإحتياطات المناسبة .[4]

يبقى القول بأن الأقساط التي يدفعها المستثمر لهيئة الضمان هي زهيدة بالنظر إلى المخاطر التي تقوم بتغطيتها وضمانها، ولكن ليس هناك ما يمنع عند الإقتضاء أن تصير

---

[1] / دريد محمود السامرائي– الإستثمارالأجنبي : المعوقات والضمانات القانونية – مركز دراسات الوحدة العربية – بيروت سنة 2006 – ص293 .

[2] / عبد الرزاق السنهوري – الوسيط في شرح القانون المدني – دار النهضة العربية 1964 المجموعة 2 الجزء 7 ص 1144 .

[3] / أنظر المادة 26 من اتفاقية الوكالة الدولية لضمان الإستثمار التي تنص على ما يلي " تحدد الوكالة بصفة دورية أسعار الأقساط والرسوم والتكاليف الأخرى لكل نوع من أنواع المخاطر " .

[4] / أنظر الفقرة الثانية من المادة 19 من اتفاقية المؤسسة التي تنص على ما يلي " تدخل المؤسسة في اعتبارها عند تحديد معدلات الأقساط السنوية الحاجة إلى مواجهة مصروفاتها الإدارية وبقدر الإمكان الحاجة إلى تكوين الإحتياطات المناسبة "

الأقساط عالية المقدار لتجميع موارد كافية تواجه بها الخسائر المحققة بعد ذلك، وإن كان هذا الوضع يحيد بالهيئة المؤمنة عن باعثها الحقيقي من عقد الضمان وهو تشجيع الإستثمار في الخارج .[1]

الفرع الثالث : التعويض

تؤدي هيئة الضمان ما التزمت به من أداء التعويض جبرا للأضرار والخسائر اللاحقة بالمستثمر بموجب عقد الضمان المبرم بينهما .

ويعتبر مبلغ التعويض بالنظر إلى مبدئه دينا إحتماليا في ذمة الهيئة لا يتحقق إلا عند تحقق الخطر المؤمن منه .

ولا تدفع الهيئة التعويض للمستثمر بمجرد وقوع الخطر محل العقد، وإنما التعويض يتصل أكثر في مضمونه بتغطية الخسائر الناجمة عن تحقق الخطر ولذا فهو يظهر في حدود مقدار الخسارة ، على أن يكون حده الأقصى المبلغ المتفق عليه فلا يتجاوزه التعويض . [2]

فلا يجوز أن يأخذ المستثمر من الهيئة المتعاقد معها عند تحقق الخطر تعويضا أكبر من المتفق عليه أو من قيمة الضرر الذي لحقه، ونجد المؤسسة العربية لضمان الإستثمار تقرر ما يلي " لا يجوز أن يزيد التعويض المدفوع للمستثمر على قيمة الخسارة التي لحقت به نتيجة لتحقق الخطر المؤمن ضده أو مبلغ التأمين المتفق عليه في عقد التأمين ، أيهما أقل " .[3]

المطلب الثاني : خصائص عقد الضمان

من خلال ما تقدم من البيان حول أركان وعناصر عقد الضمان، يمكن لنا أن نخلص إلى أن هذا العقد قائم على جملة من الخصائص وهي :

---

[1] / إبراهيم شحاتة – الضمان الدولي للإستثمارات الأجنبية – القاهرة – دار النهضة العربية– سنة 1971 – ص 41 .

[2] / إبراهيم شحاتة – الضمان الدولي للإستثمارات الأجنبية – القاهرة – دار النهضة العربية– سنة 1971 – ص 40 .

[3] / أنظر الفقرة الرابعة من المادة 20 من اتفاقية المؤسسة .

الفرع الأول : عقد الضمان رضائي

فهو من العقود الرضائية التي يكفي لقيامها تطابق الإيجاب والقبول، ولا يحتاج عقد الضمان إلى شكلية معينة أو شرطا عينيا لقيامه ، فبمجرد أن يتم التراضي على مقتضياته بين المستثمر وهيئة الضمان فإنه يصير مرتبا لآثاره القانونية، وكل ما يأتي من بعض الإجراءات كموافقة الدولة المضيفة للإستثمار على المشروع الإستثماري فإنه لا يكون إلا من قبيل الشروط التي لا تشكل ركنا للعقد .

الفرع الثاني: عقد الضمان من عقود المعاوضة

فكل من المستثمر وهيئة الضمان يأخذ مقابلا عن أدائه ، فالمستثمر يأخذ مقابلا يتمثل في مبلغ التعويض الذي يستحقه عما يؤديه من دفع الأقساط ، وهيئة الضمان تأخذ من المستثمر عن ذلك مقابلا يتمثل في الأقساط المتفق عليها .

ويرى بعض الفقه بأنه لا يمكن الجزم بأن عقد الضمان من عقود المعاوضة وذلك في حالة عدم تحقق الخطر محل الضمان حيث لا يأخذ المستثمر التعويض ، ومن ثم يكون أداؤه للأقساط بلا عوض ، ولكن الحقيقة أن عقد الضمان هو بعوض يناله المستثمر حتى في حالة عدم تحقق الخطر المنتظر، ويكفي أن يعلم المستثمر طيلة الإنجاز لمشروعه الإستثماري أن الهيئة المتعاقد معها تتحمل عنه تبعة الخطر محل العقد سواء تحقق أو لم يتحقق .

ومن الثابت في القواعد العامة وفي عقد الضمان أنه لا يطلب التوازن بين ما يؤديه طرفاه لتحقيق أن هذا العقد من عقود المعاوضة ، فلا ينظر إلى الموازنة بين مجموع الأقساط وقيمة التعويض المستحق عند تحقق الخطر .

الفرع الثالث: عقد الضمان ذو صفة تعويضية

وذلك لأن المقابل الذي تدفعه هيئة الضمان عند تحقق الخطر إنما يكون تعويضا عن خسارة فعلية لحقت بالمستثمر الذي تعاقدت معه، ومنه فإن هذا المقابل لا يكون مساويا بالضرورة

للمبلغ المنصوص عليه في العقد والذي يمثل الحد الأقصى لالتزام هيئة الضمان تجاه المستثمر، وإنما يكون بمقدار الأقل من ذلك المبلغ وقيمة الخسارة التي لحقت به .[1]

الفرع الرابع: عقد الضمان تبادلي

وذلك أن هذا العقد هو ملزم لجانبيه معا، فالمستثمر ملزم بأداء الأقساط المطلوبة بصفة منتظمة ، والهيئة ملزمة بدفع التعويض عند تحقق الخطر محل عقد الضمان .

ولكن الإلتزام بدفع الأقساط من المستثمر ما هو إلا سبب للعقد بحسب ما يؤديه، بينما الباعث الحقيقي لالتزام الهيئة هو ما يلتزم به المستثمر بالنظر إلى حماية وضمان إستثماره وهو تنفيذه لمشروعه الإستثماري ونجاحه في أدائه .

وينبغي الإشارة في هذا الصدد إلى أن عدم أداء المستثمر الأجنبي لبعض الإلتزامات التبعية يؤدي إلى سقوط حقه في التعويض أو جزء منه لتعلقها بالإلتزام الأصلي وذلك موافقة للقواعد العامة .[2]

الفرع الخامس: عقد الضمان أساسه حسن النية

فعقد الضمان يقتضي جانبا كبيرا من حسن النية عند المستثمر، ويقصد بحسن النية في هذا الصدد إلتزام المستثمر الذي يتعاقد مع هيئة الضمان بالتعاون التام معها وعدم القيام بأي تصرف من شأنه الإضرار بمصلحة هذه الهيئة .[3]

فعليه أن يكشف كل مقتضيات وتفاصيل مشروعه الإستثماري، وعليه بالإدلاء بكل البيانات التي تطلب منه عند التعاقد مع الهيئة ، كما يكون من واجب حسن نية المستثمر في هذا السياق أن لا يقدم على ما يقود إلى الوقوع في الخسارة والضرر من أجل الحصول على

---

[1] / دريد محمود السامرائي– الإستثمارالأجنبي : المعوقات والضمانات القانونية – مركز دراسات الوحدة العربية – بيروت سنة 2006 – ص 300 .

[2] / ومثاله الجزاءات عن التأخير في ميعاد اداء القسط في الآجال التي المقررة فإنها تتبع الإلتزام الأصلي بأداء الأقساط، إذ تقرر عقود الضمان التي تعقدها المؤسسة العربية لضمان الإستثمار مع المستثمرين العرب من إلتزام المستثمر بأداء أقساط الضمان السنوية في تاريخ لا يتعدى بداية السنة العقدية، فإذا تأخر المستثمر في الأداء عن تاريخ اليوم الأول من السنة العقدية فإنه يخضع لجزاء تأخيري تقدره عقود الضمان بنسبة 10% سنويا من قيمة الأقساط، وعليه أن يؤدي الأقساط مع الجزاء التأخيري خلال مدة أقصاها ثلاثون 30 يوما من بداية السنة العقدية . أنظر المادة 58 من عقد الضمان المباشر والمادة 43 من عقد ضمان القروض .

[3] / باسم محمد صالح – محاضرات في التأمين – جامعة بغداد 1999 – 2000 – ص 23

التعويض، فيعتبر بذلك تصرفا كيديا بالطرف الآخر، وكثيرا ما ترتب هيئات الضمان من أجل سد هذا الجانب جملة من الشروط ينبغي للمستثمر أن يؤديها ويوفيها طبقا للمتفق عليه لتجنب الوقوع في الخسارة أو على الأقل للتخفيف من قدرها .

ويظهر هذا الوجه من لزوم حسن النية لدى المستثمر بشكل مادي فيما ترتبه عقود الضمان من إلزام للمستثمر بتعويضها عن الأضرار الناجمة عن تقديم معلومات غير صحيحة أو الإمتناع غير المبرر عن تقديم البيانات المطلوبة بموجب عقد الضمان.[1]

الفرع السادس: عقد الضمان زمني تتابعي

فعقد الضمان ليس من العقود الفورية التي تنقضي بتنفيذها جملة واحدة، وذلك على أساس أن عنصر المدة المتتابعة جوهري بمقتضيات عقد الضمان، وذلك لأن تنفيذه يقتضي تعاقب فترة زمنية متتابعة توازي تتابع الأقساط المدفوعة .

وعليه فإن هيئة الضمان تبقى ملتزمة بتبعة الخطر المغطى إبتداء من تاريخ نفاذ العقد حتى تاريخ إنتهائه، وفي المقابل يظل المستثمر ملتزما بدفع الأقساط طيلة مدة العقد.[2]

الفرع السابع: عقد الضمان إحتمالي

يظهر جانب الإحتمال بالنسبة لهيئة الضمان في أنها لاتبني تقديرها للخسائر المحتملة على أسس فنية لأن المخاطر التي تقوم بتغطيتها لا تقبل القياس والتقدير وفقا لتلك الأسس .[3]

كما تظهر الإحتمالية بعقد الضمان في جهة المستثمر في أنه قد يستحق التعويض كله بعد دفع قسط أو قسطين أو أكثر، وبالعكس قد لا يستحقه رغم دفع الأقساط كلها عند عدم تحقق الخطر المؤمن منه .

---

[1] / أنظر المادة 47 من عقد ضمان الإستثمار المباشر الذي تبرمه المؤسسة العربية لضمان الإستثمار .

[2] / محمد شوقي شاهين – الشركات المشتركة : طبيعتها وأحكامها في القانون المصري المقارن – دار النهضة العربية – 1985 – ص 425 .

[3] / دريد محمود السامرائي– الإستثمارالأجنبي : المعوقات والضمانات القانونية – مركز دراسات الوحدة العربية – بيروت سنة 2006 – ص 299.

خاتمة :

تعدّ فكرة تقديم ضمانٍ ماليٍّ للمستثمر الأجنبيّ، ضدّ الخسائر غير التجارية ، واحدةً من أنجح الطرق لجذب الاستثمار، ولنجاعة هذا الضمان يظهر الإقبال إلى درجة الإلتزام والوجوب على عقود الضمان بين هيئات تأمينٍ وطنية أو دولية وبين المستثمرين لتلتزم بموجبه بتعويضه عن الخسائر التي قد تلحق باستثماره نتيجة تحقّق خطرٍ أو عدّة مخاطر يشملها هذا التأمين.

ووتظهر فاعلية هذه العقود للضمان في تغطية أنظمة تأمين الاستثمارات لكل المخاطر غير التجارية ذات الطابع السياسيّ أو الحكوميّ ، أو التي تنشأ عن تدابير تتخذها الدولة المضيفة للاستثمار بصفةٍ مباشرةٍ أو غير مباشرة ، ولا تشمل المخاطر التجارية ، بما فيها الإفلاس والخسائر الناجمة عن إقامة المشروع الاستثماريّ ، لأنّ هذه المخاطر ليست حكراً على الاستثمار الأجنبيّ دون غيره ، وإنما تتعلق بجميع الاستثمارات سواءً أكانت وطنيةً أم أجنبية.

وهذا الوضع في ضرورة عقود الضمان لتأمين الإستثمار يفرض على الدول تفعيل القوانين والنصوص المتعلقة بذلك لا سيما بالنص على توجيهها وفاعليتها في دليل الإستثمار الأجنبي من أجل تحفيزه والإستفادة من إقباله ومشاريعه الإستثمارية في بحثه عن المناخات المناسبة لدى الدول جنبا إلى جنب مع الضمانات التشريعية والقضائية والإتفاقية .

المراجع المعتمدة :

1- زكرياء أحمد نصر – بحث بعنوان " نظم ضمان الإستثمار " – الكويت – الصندوق الكويتي للتنمية الإقتصادية العربية – 1968.

2- إبراهيم شحاتة – الضمان الدولي للإستثمارات الأجنبية – القاهرة – دار النهضة العربية– سنة 1971 .

3- دريد محمود السامرائي– الإستثمارالأجنبي : المعوقات والضمانات القانونية – مركز دراسات الوحدة العربية – بيروت سنة 2006 .

4- أحمد السعيد شرف الدين - عقود التأمين وعقود ضمان الإستثمار : واقعها الحالي وحكمها الشرعي – بدون دار النشر– سنة 1986 .

5- ابن عزي الأخضر – عقد الكفالة في القانون المدني الجزائري – رسالة ماجستير – كلية الحقوق بن عكنون – الجزائر– سنة 1986 .

6- عبد الرزاق أحمد السنهوري – الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء السابع، المجلد الثاني: عقد التأمين والمقامرة والرهان والمرتب مدى الحياة، دار النهضة العربية – طبعة 2004 .

7- محمد شوقي شاهين – الشركات المشتركة : طبيعتها وأحكامها في القانون المصري المقارن– دار النهضة العربية – 1985 .

8- باسم محمد صالح – محاضرات في التأمين – جامعة بغداد 1999 – 2000 .