

الحماية القانونية للاستثمار الأجنبي THE LEGAL PROTECTION OF FOREIGN INVESTMENT

م.د. سهير ابراهيم حاجم
جامعة فلوجة - كلية القانون

خلاصة الدراسة:

تهدف هذه الدراسة الى معالجة موضوع الحماية القانونية للاستثمارات الأجنبية، وخاصة ان مفهوم الاستثمار الأجنبي لم يعد في حدود الأموال النقدية ، بل تطور ليشمل عناصر اخرى كالتكنولوجيا الحديثة وأساليب الإنتاج المطورة ، وغيرها من العناصر المادية والمعنوية المكونة للمشروع الأستثماري ، وأي مساس بهذه العناصر سيؤدي الى الحاق الضرر بمصالح المستثمرين ، وعليه يتطلب تحديد العلاقة التي تربط المستثمر الأجنبي والدولة المضيفة لاستثماراته ، ومدى الضمانات الممنوحة له، ومدى الاستقرار الأمني والسياسي ، والتشريعي الذي تتمتع به الدولة المضيفة.

ABSTRACT :

This study concentrates on the legal protection for foreign investments, especially the concept of foreign investment is no longer in the range of cash, but evolved to include other elements of modern such as technology and methods developed production, and other physical and moral components of the investment project , and any prejudice to these elements will lead to inflict damage to the interests of investors, it requires the identification of the relationship between the foreign investor and the host state of the investment, the extent of the guarantees given to him, the extent of the security and political stability, legislative that enjoyed by the host country.

المقدمة

إن معظم بلدان العالم النامية منها والمتقدمة قد لجأت الى اسلوب التمويل الخارجي لدعم عملية التنمية الاقتصادية في بداية نموها ، وخاصةً أن مفهوم الاستثمار الأجنبي لم يعد ينحصر في حدود الأموال النقدية ، بل تطور ليشمل عناصر أخرى كالتكنولوجيا الحديثة ، واساليب الإنتاج المطورة ، وغيرها من العناصر المادية والمعنوية المكونة للمشروع الاستثماري ، وأي مساس بهذه العناصر سيؤدي الى الحاق الضرر بمصالح المستثمرين ، وعلية يتطلب تحديد العلاقة التي تربط المستثمر الأجنبي والدولة المضيفة لإستثمارته ، ومدى الضمانات الممنوحة له ، ومدى الاستقرار السياسي والتشريعي الذي تتمتع به الدولة المضيفة .

وعليه تم دراسة الموضوع في مبحثين رئيسيين ومبحث تمهيدي وخاتمة :
 حيث تضمن **المبحث التمهيدي** ماهية الإستثمار الأجنبي وبيان أنواعه وأهميته .
 أما **المبحث الأول** تمت دراسة الحماية القانونية للإستثمارات الأجنبية على المستوى الوطني. أما **المبحث الثاني** فقد تناولنا الحماية القانونية للإستثمارات الأجنبية على المستوى الدولي.

المبحث التمهيدي

ماهية الاستثمار الأجنبي وبيان أنواعه وأهميته

تنامي الاهتمام في الفترة الأخيرة بالاستثمارات الأجنبية ،مع اتجاه اقتصاديات العالم نحو المزيد من التحرر الاقتصادي والانفتاح وتراجع دور الدولة في المجال الاقتصادي لصالح القطاع الخاص ،وزيادة التكتلات الاقتصادية العملاقة ،وما ترتب على ذلك من تزايد جذب الاستثمار الخاص كأحد الآليات الأساسية لتحقيق الإصلاح والنمو الاقتصادي والتوظيف الكامل . ففي ظل انفتاح الأسواق العالمية على بعضها البعض من جراء عولمة الاقتصاد تزايدت حدة المنافسة على المستوى الدولي ، الأمر الذي يستدعي من مختلف المؤسسات اعتماد طرق تحميها من

مخاطر هذه المنافسة التي تهددها بالزوال ، وذلك مشروط باكتسابها قدرة تنافسية تسمح لها بالبقاء في ميدان عملها . وفي هذا الصدد نجد أن التحالفات بين المؤسسات سواء على المستوى المحلي أو العالمي تعتبر سبيلاً هاماً ضمن مجموعة من السبل ، تشمل بالإضافة الى التحالف استراتيجيات الشراء والدمج ، تسمح للمؤسسة بمواجهة هذه المنافسة .

ولمعالجة هذا الموضوع اعتمدنا خطة تتكون من محورين . المحور الأول فيها خصص للتعريف بمختلف المفاهيم القانونية والاقتصادية المتعلقة بالاستثمار الأجنبي . أما المحور الثاني فنناقش فيه أنواع الاستثمارات الأجنبية وأهميتها .

المطلب الأول : تعريف الاستثمار الأجنبي

يبدو مفهوم الاستثمار الأجنبي جداً مألوف ، حتى ليخيل أنه ليس من الصعب بدأ الإحاطة به⁽¹⁾، ولكن في الواقع وعلى الرغم من شيوع هذا المصطلح وكثرة تداوله على صعيد القانون والاقتصاد عموماً فهو: " مصطلح غير متفق على مدلوله القانوني ، فالاستثمار الأجنبي عملية مركبة تجمع بين عناصر اقتصادية واخرى قانونية ، وبعبارة اخرى ، إن للاستثمار الأجنبي وجهين احدهما اقتصادي ، والآخر قانوني ، وبالطبع لا يقل أحدهما عن الآخر أهمية نبيد أن مصطلح الإستثمار الأجنبي يرجع في أساسه الى اللغة الاقتصادية أو القاموس الاقتصادي ، لذلك فإنه كان محلاً لاهتمام رجال الاقتصاد قبل أن يتصدى له فقهاء القانون بالبحث والتعريف والتحليل . إذ لم تحظ فكرة الإستثمار الأجنبي بالعناية الكافية من قبل فقهاء القانون على الرغم من أهميته ن إلا في الخمسينيات من القرن الماضي، في الوقت الذي شغلت فيه اهتمام الاقتصاديين الذين عرضوا تعريفات متعددة للاستثمار

1 - جيل برتان : الاستثمار الدولي ، ترجمة الدكتور علي مقلد ، منشورات عويدات ، بيروت باريس ، ط1 ، 1970 ، ص7 .

الأجنبي" ⁽¹⁾. لذا ينبغي علينا ان نبحت أولاً في تعريف الإستثمار من الوجهة الاقتصادية ، بعد ذلك ننتقل الى تعريفه القانوني .

الفرع الأول : التعريف الاقتصادي للإستثمار الأجنبي

لقد كان للاقتصاديين الأسبقية على فقهاء القانون في تعريف الإستثمار ، إذ يُعد الإستثمار عنصراً رئيسياً في النشاط الاقتصادي لما له من مكانة بارزة في نظرية الدخل والتشغيل ، فالإستثمار مصدر للتوسع في الطاقة الإنتاجية من ناحية، وجزء مهم من الطلب الكلي من ناحية أخرى، فقد ذهب عالم الإقتصاد (كينز) في كتابه (النظرية العامة) بشأن الإستثمار أنه " أحد العوامل المهمة والمؤثرة في مستوى الطلب الكلي ، لأن كل جهة تنفق ، إنما تعمل على يرد إليها من ريع استثمار أموالها " ، وقال ايضاً " هو الزيادة الصافية في رأس المال الحقيقي للمجتمع كالمعدات ، والمباني ، والمخزون من السلع " ⁽²⁾، وبهذا المعنى فإن الاستثمار هو خلق رأس مال مادي جديد يؤدي الى زيادة الطاقة الإنتاجية للاقتصاد القومي ، ومن ثم زيادة القدرة على إنتاج السلع والخدمات ، لذلك كان لزاماً على الاقتصاديين أن يضعوا تعريفاً محدداً لهذا النشاط المهم ، فالاقتصاديون يعرفون الاستثمار بأنه: "إضافة جديدة الى الأصول الإنتاجية في المجتمع بقصد زيادة الناتج في الفترات التالية ". أو هو "مجموع الإضافات الصافية من المنتجات الرأسمالية الى الثروة القومية ، أي مجموع المنتجات التي لا تستهلك خلال فترة حساب الناتج القومي ، بل تضاف الى الثروة القومية أو الى رصيد المجتمع من رأس المال " ، وقد ذهب فريق آخر منهم الى القول بأنه " تحويل المدخرات الى أصول رأسمالية ، أي الى

1 - د. دريد محمود السامرائي ، الاستثمار الأجنبي المعوقات والضمانات القانونية ، مركز

دراسات الوحدة العربية ، بيروت ط1 ، آذار /مارس 2006 ، ص 47- 48 .

2 - المصدر نفسه ، ص 50.

عُدِّد، وآلات ، ومبانٍ " (1) . ويتضمن الإستثمار بهذا المعنى الإنفاق الرأسمالي لإنشاء مشروعات جديدة أو استكمال مشروعات قائمة ، وكذلك الأموال التي تنفق من أجل الامتلاك الكلي أو الجزئي لمشروع قائم عن طريق الشراء المباشر له أو شراء أسهم فيه . فالإستثمار بالنسبة للاقتصاديين هو أحد عمليات استغلال رأس المال بهدف تحقيق فائض مالي ، لذلك نجد بعض الاقتصاديين عرفه بأنه: " تكوين رأس المال واستخدامه بهدف تحقيق الربح لأجلٍ قريب أو بعيد بشكل مباشر أو غير مباشر " (2)، وعرفه أيضاً بأنه " عملية اقتصادية تهدف الى خلق رأس المال من خلال إيجاد مشروعات اقتصادية دائمة تعمل على توفير احتياجات مختلفة وتحقيق فوائد مالية " (3) . ولو أمعنا النظر في هذه التعريفات للاحظنا أنها تتخذ من العوائد المالية المترتبة على الإستثمار معياراً لتعريفه دون التركيز على عملية الإستثمار نفسها لاستخلاص عناصرها وأدواتها ، وركزت على تحقيق الربح وهو الهدف من الإستثمار ، وخلطت وبشكل واضح بين وصف الإستثمار الأجنبي وبين النتائج المالية المترتبة عليه . إن مجمل التعريفات الاقتصادية لم تأت بتعريف جامع ومانع لعملية الاستثمار بحيث يستشف منه عناصر هذه العملية واركانها ، واستخلص البعض الآخر مفهوماً اقتصادياً للاستثمار هو " انتقال لرأس المال عبر الدول بقصد التوظيف في عمليات اقتصادية مختلفة كإنشاء مشروعات إنتاجية أو المساهمة فيها ، أو الاكتتاب في الأسهم والسندات أو القروض ، بهدف الحصول

- 1 - د. محمد يونس يحيى الصائغ: المركز القانوني للاستثمارات الأجنبية الخاصة في الدول النامية في ظل القانون الدولي المالي ، أطروحة دكتوراه في القانون العام مقدمة الى كلية القانون جامعة الموصل ، العراق ، 2003، ص11.
- 2- د. نبيل الجو : مرد المتغيرات المؤثرة على استثمار القطاع المحلي في الأردن ، مركز الدراسات الاستراتيجية ، الجامعة الأردنية ، 1990، ص7.
- 3 - د. حازم حسن جمعة : المشروعات الدولية العامة وقواعد حمايتها في القانون الدولي ، أطروحة دكتوراه ، كلية الحقوق ، جامعة عين شمس ، 1980 ، ص 157.

على عوائد مجزية ، بشرط أن يتم خارج النظام القانوني والنقدي والمالي والاقتصادي للدولة المستثمرة⁽¹⁾. وبعد الوقوف على التعريف الاقتصادي للاستثمار يجدر بنا أن ننقل الى تعريه القانوني أو الوجه الثاني للعملية الاستثمارية ومعرفة التعريفات التي أوردها الفقه القانوني للاستثمار الأجنبي .

الفرع الثاني : التعريف القانوني للاستثمار الأجنبي

لقد اختلف فقهاء القانون أيضاً فيما بينهم بشأن وضع تعريف قانوني محدد وواضح للاستثمار الأجنبي فذهب بعضهم إلى القول إن الاستثمار الأجنبي بالمعنى الواسع يشمل جميع حركات رؤوس الأموال بين الدول بعضها مع البعض الآخر ، سواءً أكانت أموالاً قصيرة الأجل أم طويلة الأجل . ويغلب عليها طابع الاستثمار ، وتكون في الغالب مصحوبة بنية إعادة تحويل رأس المال مع عائده في أية صورة كانت (ربحاً ، أو فائدة ، أو حصصاً) ، نلاحظ عدم اختلاف فقهاء القانون عن الاقتصاديين في إدخالهم الربح في التعريف القانوني للاستثمار . بينما عرفه بعضهم الآخر بقوله: " إنه تقديم الأموال المادية والمعنوية من شخص طبيعي أو معنوي لا يحمل جنسية الدول المضيفة للمساهمة المباشرة أو الغير مباشرة في مشروع قائم أو سيتم إنشاؤه للقيام بنشاط اقتصادي ما خلال مدة معقولة من الزمن "⁽²⁾، وعرف الاستثمار الأجنبي بأنه انتقال عوامل الإنتاج عبر الحدود الدولية للمساهمة في الاستغلال الاقتصادي بطريقة مباشرة أو غير مباشرة ويقصد تحقيق ربح نقدي متميز . وهناك مفهوم واسع وجد قبولاً لدى الكثيرين ، يذهب إلى إن فكرة الاستثمار

1 - د. أحمد فؤاد خصاونة : الاستثمارات الأجنبية في الدول النامية وأثر السياسة الضريبية على اجتذابها ، رسالة دكتوراه في القانون العام ، مقدمة الى كلية الحقوق الجامعة الإسلامية في لبنان ، 2006 ، ص 12.

2 - د. محمد يونس يحيى الصائغ ، المركز القانوني للاستثمارات الأجنبية الخاصة في الدول النامية في ظل القانون الدولي المالي ، مصدر سابق ، ص 13.

ينبغي أن تشمل الأثمان والأموال المادية والملكية الصناعية وفن الإنتاج ونتائج البحوث وكذلك جميع الإسهامات ذات القيمة الاقتصادية حيث عُرف الاستثمار الأجنبي بأنه " ممارسة المال الأجنبي لنشاط في بلد آخر، سواء كان ذلك في مجال الصناعة الاستخراجية أو التحويلية بحيث يرافق هذا الاستثمار انتقالاً للتكنولوجيا والخبرات التقنية إلى البلد الآخر من خلال ممارسته لسيطرة وإشراف مباشرين على النشاط في المشروع. وكذلك عرفه آخرون بأنه الاستثمار الناشئ عبر الحدود نتيجة لانتقال رؤوس الأموال الاستثمارية وشتى الموارد الاقتصادية بين البلدان المختلفة بهدف جني الأرباح وتعظيم المنافع المختلفة المتحققة من جراء تلك الاستثمارات⁽¹⁾. كما أن جانباً من الفقه يعد الاستثمار هو توظيف الأموال المدخرة للحصول على دخل منها ويشمل هذا الاستثمار، استثمار المصارف والمؤسسات المالية لأموالها باقتناء الأوراق المالية (الأسهم والسندات) وغيرها للأغراض المختلفة أو للاحتفاظ بها كموجودات أو للمتاجرة بها بالوسائل المختلفة⁽²⁾. واشترط البعض للوصول إلى تعريف شامل ودقيق للاستثمار الأجنبي تضمين التعريف، العناصر المكونة للاستثمار وهي :

العنصر الأول مصدر رأس المال : ويراد به رأس المال النقدي أو العيني ذو الأصل الأجنبي والذي يرد إلى الدولة بالطرق المعتمدة قانوناً، ويشترط بهذا المال أن يؤدي إلى زيادة الطاقة الإنتاجية للدولة ويكون منسجماً مع خططها التنموية والاقتصادية والاجتماعية .

العنصر الثاني الملكية الأجنبية : يقصد بهذا العنصر أن تكون ملكية المال المستثمر تعود لشخص طبيعي أو معنوي أجنبي أي الشخص الطبيعي لا يحمل

1 - د. مرتضى جمعة عاشور، عقد الاستثمار التكنولوجي دراسة مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، ط1، 2010، ص24.

2 - د. سهام سوادى طعمة، شركات الاستثمار المالي دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، جامعة بغداد 2001.

جنسية البلد المضيف للاستثمار والشخص المعنوي أن لا يكون قد تم تأسيسه في البلد المراد الاستثمار ، فيه إلا انه في بعض القوانين المقارنة كقانون الاستثمار الفرنسي ، لا تنظر الى جنسية المستثمر وإنما الى محل اقامته . فيكون الاستثمار أجنبياً متى ما كان المال المستثمر مملوك لشخص غير مقيم حتى إذا كان هذا الشخص يتمتع بجنسية الدولة التي يتم فيها الاستثمار ، أما الشخص المعنوي فينظر الى مركز إدارته الرئيسي فإذا كان مركز إدارة الشخص المعنوي خارج حدود الدولة التي يجري فيها الاستثمار أو خارج المنطقة النقدية كأن يكون خارج السوق الأوروبية يعد استثماراً أجنبياً .

العنصر الثالث الحق في إعادة تصديره وتحويل عوائده الى الخارج : ويقصد به ثبت الحق للمستثمر الأجنبي في إعادة تصدير رأسماله المستثمر وعوائده عند تصفية الاستثمار ، وحسب النظام القانوني للدول المستقطبة للاستثمار⁽¹⁾. بعد أن بينا رأي الفقه القانوني بمسألة تعريف الاستثمار الأجنبي ، وللتعرف على مفهوم الاستثمار الأجنبي في القوانين الوطنية والدولية سنتطرق الى:

أولاً: تعريف الاستثمار في التشريعات الوطنية :

تنتهج أغلب التشريعات الوطنية عند تعريفها للاستثمار الأجنبي ، نهجاً يقوم على أساس وضع بيان تفصيلي للمال المستثمر المراد استخدامه في مجالات الإستثمار المحددة في تلك التشريعات ، أي إنها تستعين بمفهوم المال المستثمر عند تعريفها للاستثمار ، فقد عرف المشرع العراقي الاستثمار في قانون الاستثمار الجديد رقم 13 لسنة 2006، بأنه " توظيف المال في أي نشاط أو مشروع اقتصادي يعود بالمنفعة المشروعة على البلد " ⁽²⁾ . ونصت المادة 21 ، من القانون نفسه على أنه " يتكون رأس مال المشروع المشمول بأحكام هذا القانون مما يأتي :

1 - د. دريد محمود السامرائي ، الاستثمار الأجنبي المعوقات والضمانات القانونية ، مرجع سابق، ص57.

2 - المادة الأولى من قانون الاستثمار العراقي رقم 13 ، لسنة 2006.

1. النقد المحول الى العراق عن طريق المصارف والشركات المالية أو أي طريقة قانونية أخرى بهدف استثماره لأغراض هذا القانون ، الأموال العينية والحقوق المعنوية الموردة للعراق ، أو المشتريات من الأسواق المحلية بوسطة النقد المحول للعراق وهي :

- أ- أموال عينية لها علاقة بالمشروع .
- ب- المكائن والآلات والمعدات والأبنية والإنشاءات ووسائل النقل والأثاث والاوزم المكتبية اللازمة لإقامة المشروع .
- ت- الحقوق المعنوية التي تشمل براءات الاختراع والعلامات التجارية المسجلة، والمعرفة الفنية ، والخدمات الهندسية ، والإدارية ، والتسويقية ، وما في حكمها .

2. الأرباح والعوائد والاحتياطات الناجمة عن استثمار رأس المال في العراق، في المشروع إذا تمت زيادة رأس ماله، أو إذا استثمرت في مشروع آخر مشمول بأحكام هذا القانون .“

ونلاحظ أن المشرع العراقي قد اتبع الطريقة التفصيلية في إيراده للأموال المستثمرة ، وذكر هذه الأموال على سبيل الحصر ، وهذا واضح من النص المذكور ، أن المشرع لم يقصد إيراد هذه الأموال على سبيل المثال، كما فعل المشرع السعودي ، فنظام الاستثمار الأجنبي في السعودية رقم م/1، لسنة 2000، عرف الاستثمار الأجنبي بأنه ” توظيف رأس المال الأجنبي في نشاط مرخص له بموجب هذا النظام “⁽¹⁾.

1 - ثم بين بعد ذلك بأنه ” يقصد برأس المال الأجنبي في هذا النظام على سبيل المثال وليس الحصر للأموال والحقوق التالية متى ما كانت مملوكة للأجنبي :

- النقود والأوراق النقدية والأوراق التجارية .
- أرباح الإستثمار الأجنبي إذا تم توظيفها في زيادة رأس المال أو توسعة مشاريع قائمة أو إقامة مشاريع جديدة .

وكرس قانون تشجيع الاستثمار في الأردن رقم 16 لسنة 1995 ، في المادة الخامسة منه ، هذا الاتجاه ، وكذلك تناول قانون الاستثمار السوري رقم 10 لسنة 1991 ، بشكل تفصيلي في إيراد للأموال المستثمرة وتشجيع الإستثمار ، وهناك العديد من الدول تأخذ بالطريقة التفصيلية والتي يُعاب عليها وخصوصاً إذا ذكرت هذه الأموال على سبيل الحصر كما فعل المشرع العراقي ، والكويتي⁽¹⁾، والمشرع الإيراني⁽²⁾، بأنها قد تخلق مشاكل عملية في التطبيق وتُعيق عملية جذب الاستثمارات الأجنبية التي تكون الدول النامية عادة بحاجة ماسة إليها ، كما أن هذه الطريقة لا تتماشى مع التطور الاقتصادي والتقدم العلمي السريع الذي يشهده العالم ، والذي يُدخل بين الفينة والأخرى طوائف جديدة من الأموال المستثمرة غير تلك الواردة في التشريع ، فضلاً عن ذلك فإن المشرع لا يستطيع مهما كان حذقه وفطنته أن يحيط بصور وأنواع الأموال المستثمرة كافة ، لذلك نجد بعض التشريعات عند تعريفها للاستثمار الأجنبي تتجنب التفصيل في ذكرها للأموال المستثمرة ، وتعتمد معياراً عاماً للمال المستثمر الخاضع لأحكام قانونها ، ومن هذه القوانين التي تجنبت التفصيل ، قانون

• الآلات والمعدات والتجهيزات وقطاع الغيار ووسائل النقل ومستلزمات الإنتاج ذات الصلة بالاستثمار .

• الحقوق المعنوية كالتراخيص وحقوق الملكية الفكرية والمعرفة الفنية والمهارات الإدارية وأساليب الإنتاج “

المادة الأولى / و- ز ، من نظام الإستثمار الأجنبي الجديد في السعودية ، رقم م / 1 ، والصادر في 10/ ابريل / 2000 .

1 - أنظر المادة الأولى من القانون رقم 8 لسنة 2001، الخاص بتنظيم الاستثمار المباشر لرأس المال الأجنبي في دولة الكويت .

2 - أنظر المادة الأولى من قانون تشجيع الاستثمار وحماية الاستثمارات الأجنبية في إيران والمصادق عليه في 25/ شباط / 2002.

الاستثمار اليمني رقم 22 لسنة 1991 ، إذ نصت المادة الأولى ، الفقرة 17 منه على ” أن مصطلح الاستثمار الأجنبي ينصرف إلى النقد الأجنبي الحر المحول بقصد الاستثمار في إنشاء المشروعات أو التوسع فيها ، أو تطويرها ، وكذلك السندات المالية القابلة للتحويل إلى عملة أخرى ، والمحولة الى الجمهورية اليمنية من شخصٍ أو أشخاص عرب أو أجانب لتوظف في المشروع “⁽¹⁾. ومن هذه القوانين أيضاً قانون إقليم كردستان العراق رقم 4 لسنة 2006، إذ نصت المادة الأولى منه الفقرة 11، على أن المال المستثمر ” هو القيمة المقدرة بالعملة الوطنية أو الأجنبية المستثمرة في المشروع “، كما نصت الفقرة 12 منه على ” أن رأس المال الأجنبي : هو ما يستثمره المستثمر من أموال نقدية ، أو عينية، أو حقوق لها قيمة مالية في الإقليم“. ويؤخذ على الطريقة التفصيلية في إيراد الأموال المستثمرة والاهتمام بها لتعريف الاستثمار الأجنبي أن هذه الطريقة لا تميز بين المال المُستثمر ، والاستثمار نفسه ، فالمال المُستثمر هو عنصر من عناصر الإستثمار ، وهو يُمثل المحل ، أو الشيء الذي يقع عليه الإستثمار ، بينما يُعد الاستثمار وعاء قانوني يجمع عدة أموال بغرض تحقيق عائد اقتصادي ، ومن العيوب الأخرى أيضاً أن هذه الطريقة التفصيلية التي تنتهجها بعض التشريعات الوطنية ، إنها تجمع أنواع الاستثمار بطريقة لا تسمح بالترقية بينها ، على ما لهذه التفرقة من أهمية كبيرة وخصوصاً عندما يراد تحديد المعاملة التفضيلية التي يقررها التشريع لبعض صور الاستثمار دون الصور الأخرى⁽²⁾، وتجدر الإشارة الى أن تشريعات الاستثمار في بعض الدول لم تورد أي

1 - د. دريد محمود السامرائي ، الاستثمار الأجنبي المعوقات والضمانات القانونية ، مرجع سابق، ص50-51.

2 - المرجع نفسه ، ص53.

تعريف للاستثمار الأجنبي ، ولم تبين رأس المال المستثمر ومن هذه الدول سلطنة عُمان ، مصر ولبنان .

ثانياً: تعريف الاستثمار الأجنبي في القانون الدولي :

لم تتضمن قواعد القانون الدولي العرفية وأحكام المحاكم الدولية تعريفاً للاستثمار على الرغم من تكرار مصطلح الإستثمار في محكمة العدل الدولية ولأكثر من مرة في حكمها الشهير (برشلونة تراكش)، فقد عرف أحد قضاة محكمة العدل الدولية الإستثمار في هذه القضية برأيه الانفرادي بأنه " قرار تخصيص الأموال لنشاط إنتاجي "، إلا أن اتفاقيات الإستثمار الثنائية والجماعية بوصفها مصدراً من مصادر القانون الدولي ولأهميتها الكبيرة في تنظيم العلاقات الدولية ، حاولت سد النقص الحاصل حيث توسعت الاتفاقيات الثنائية في مفهوم الإستثمار ولم تحصره على الاستثمارات النقدية أو العينية المتطورة، بل تعدت ذلك لتشمل كل مساهمة في المشروع الإستثماري عن طريق تقديم أصول في المشروع سواء أكانت مادية أو غيرها . وبخصوص تعريف الاستثمار في الاتفاقيات الجماعية فنورد بعض الأمثلة عليها ، ففي الاتفاقية الموحدة لأستثمار رؤوس الأموال العربية لسنة 1980، عرفت هذه الاتفاقية الاستثمار في المادة السادسة منها بأنه " استخدام رأس المال العربي في احدى مجالات التنمية الإقتصادية بهدف تحقيق عائد في إقليم دولة طرف غير دولة جنسية المستثمر العربي أو تحويله إليها لذلك الغرض وفقاً لأحكام هذه الاتفاقية "، أما اتفاقية المؤسسة العربية لضمان الإستثمار الموقعة في 1971/5/27، فقد نصت المادة الخامسة عشر منها في فقرتها على أن "مصطلح الإستثمار يشمل الإستثمارات المباشرة كالمشروعات ، وفروعها، ووكالاتها ، وملكية الحصص والعقارات، كما تشمل الاستثمارات غير المباشرة مثل الاكتتاب في الأسهم والسندات، وكذلك القروض التي يتجاوز أجلها ثلاث سنوات أو القروض ذات الأجل القصير التي يقرر المجلس على سبيل الاستثناء صلاحيتها للتأمين ".

أما اتفاقية إنشاء المركز الدولي لتسوية منازعات الإستثمار بين الدول ومواطني الدول الأخرى (ICSID) التي تم التوقيع على عليها بتاريخ 18/3/1965، في واشنطن، فإن واضعي هذه الاتفاقية وحرصاً منهم على عدم حصر دور المركز على مجموعة محددة من النزاعات، لم يدرجوا بنصوصها تعريفاً لمصطلح الإستثمار، حيث أن اختصاص المركز وفقاً لنص المادة 25، من الاتفاقية يمتد الى أي نزاع قانوني ينشأ مباشرة عن أحد الإستثمارات بين دولة من الدول المتعاقدة، أو أحد الأقسام المكونة لها الذي تعنيه تلك الدولة للمركز، أو إحدى وكالاتها التي تعنيها وبين مواطني دولة أخرى متعاقدة⁽¹⁾. ومن خلال ما تقدم، يتضح أن بعض هذه الاتفاقيات قد خلا من تعريف للإستثمار، بينما توسع البعض الآخر منها في مفهوم الإستثمار، فالاتفاقيات الثنائية تحدد أحياناً مفهوم الإستثمار بطريقة التعداد الحصري، أي تضمين المعاهدة لقوائم تشمل على سبيل الحصر لا المثال الأصول الإقتصادية التي تم الإتفاق بين الأطراف المتعاقدة عليها، على اعتبارها من قبيل الإستثمارات، والبعض الآخر من الاتفاقيات يحيل الى قانون الدولة المضيفة للإستثمار، فيما يمكن ان يشكل استثنائاً وفقاً لأحكام قانونها الداخلي⁽²⁾. وهناك اتفاقيات ثنائية لا تعتمد على طريقة التعداد الحصري للأموال المستثمرة، بل تعتمد تعريفاً للإستثمار الأجنبي يقوم على أساس وضع معيار عام للأموال المستثمرة والخاضعة لأحكامها القانونية لتترك قدراً من المرونة للمعاهدة لكي تستوعب أشكالاً جديدة من الإستثمارات التي قد تظهر في ظل المتغيرات المستمرة في المعاملات التجارية، فقد ورد في المادة الأولى من اتفاق الإستثمار الثنائي المعقود بين الدنمارك وليتوانيا بأنه " كل أنواع الأصول المرتبطة بالأنشطة الإقتصادية والتي

1 - لما أحمد كوجان، التحكيم في عقود الإستثمار بين الدولة والمستثمر الأجنبي، منشورات

زين الحقوقية، بيروت، 2010، ص22.

2 - د. أحمد خصاونة، الإستثمارات الأجنبية في الدول النامية واثر السياسة الضريبية

على اجتذابها، مرجع سابق، ص17.

تُحاز بغرض إقامة علاقات اقتصادية دائمة بين مستثمر ومنشأة⁽¹⁾ وقد ذهبت بعض المعاهدات الى المبالغة في التوسع في مفهوم الاستثمار ، إذ امتد الاستثمار فيها ليشمل أي حقوق مستمدة من القانون أو العقد ولا يحق للدولة المضيفة للاستثمار ممارسة سيادتها مستقبلاً لتنظيم النشاط الاقتصادي على أرضها ، على نحو يخالف العقد المبرم مع المستثمر الأجنبي ، وإلا تحققت مسؤوليتها الدولية تأسيساً على مبدأ العقد شريعة المتعاقدين ، واحترام الحقوق المكتسبة ، مما يجعل المستثمر الذي حصل على عقد امتياز ، صاحب حق أقرب الى حقوق الملكية ، يحميه القانون الدولي حسبما قرره هذه المعاهدة ، مما لاشك فيه أن هذه النتيجة تتعارض مع الاتجاهات الحديثة في القانون الاقتصادي الدولي الذي سعى في الحقبة الأخيرة الى إرساء دعائم النظام الإقتصادي الدولي الجديد على وفق قرارات الجمعية العامة للأمم المتحدة ووكالاتها المتخصصة، على نحو يكفل حرية الدولة في مراجعة عقود التنمية الدولية وإعادة التوازن التعاقدية إليها في ضوء المتغيرات الاقتصادية⁽²⁾.

المطلب الثاني : أهمية وأنواع الإستثمارات الأجنبية :

يعتبر الاستثمار الأجنبي من اهم اوجه النشاط التجاري في الواقع المعاصر ، وذلك للدور الكبير الذي يقوم به على صعيد عملية التنمية الاقتصادية والاجتماعية في الدول المستقطبة للاستثمار ، ولكونه قناة رئيسية يتدفق عبرها رأس المال والخبرة العلمية والفنية ، كما ويعد الاستثمار الأجنبي حاجة ملحة لأقتصاديات الدول المصدرة لرأس المال ، والمستوردة له ، إذ ان حاجة الاقتصاديات النامية لرأس المال والخبرة الفنية والإدارية والتنظيمية يقابلها حاجة الاقتصاديات المتقدمة الى أسواق

1 - د. دريد محمود السامرائي ، الاستثمار الأجنبي، مرجع سابق ،ص54.

2 - د. محمد يونس يحيى الصائغ ، المركز القانوني للاستثمارات الأجنبية الخاصة، مرجع سابق ، ص27.

تستثمر فيها رؤوس الأموال الفائضة لديها . وتتصف أشكال وسياسات الاستثمار الأجنبية بالتعدد والتباين من حيث النوع والأهمية والخصائص المميزة لكل شكل من أشكال الاستثمار الأجنبي، تتباين أيضاً اختيارات وتفضيلات كل من الدول المضيفة للاستثمار من جهة والمستثمرين من جهة أخرى فيما يتعلق بتبني شكل أو نوع من هذه الاستثمارات دون الآخر⁽¹⁾. ويميز الفقه القانوني ، وكذلك الفكر الاقتصادي بين صيغ متعددة للاستثمار فمن حيث المصدر تنقسم الاستثمارات الى استثمارات عامة وأخرى خاصة :

الاستثمارات الأجنبية العامة: هي ما تقدمه الحكومات الأجنبية أو المؤسسات ، أو الهيئات التابعة لتلك الحكومات ، أو ما تقدمه المؤسسات الدولية والإقليمية ، وتتخذ هذه الإستثمارات شكل قرض نقدي أو عيني أو كليهما معاً ، وتقدم تلك القروض للدول المستفيدة من هذه الأموال هامشاً من الفوائد والعمولات ، فيما عدا المنح والمساعدات التي تخلو من هذه الفوائد والعمولات لاختلاف طبيعتها.

الاستثمارات الأجنبية الخاصة : هي تلك الاستثمارات التي يكون مصدرها الأفراد أو الشركات الأجنبية ، التي تمثل شريحة القطاع الخاص في الدول المصدرة لرأس المال ، فالاستثمار الأجنبي الخاص هو: عبارة عن رؤوس الأموال الخاصة التي تنتقل وتحرك من الدول المصدرة لرأس المال الى الدول المستوردة له ، ويحدث هذا الأمر وفق سياسات محددة للدولتين ، بهدف الاستغلال الإقتصادي بشكل مباشر أو غير مباشر لتحقيق ربح مادي ، وتكون العلاقة تكاملية بين هذين النوعين من الإستثمار ، كما أن عدم كفاية التمويل الخارجي يزيد من صعوبة الاختيار على الدول النامية بين الإستثمار الأجنبي العام والإستثمار الأجنبي الخاص ما دامت بحاجة ماسة لمزيد منها ، وهو ما أكده تقرير الأمين العام لمؤتمر الأمم المتحدة للتجارة والتنمية في الدورة الخامسة والأربعين الذي جاء فيه انه ” إذا أُريد تحقيق

1 - د. عبدالسلام أبو قحف ، اقتصاديات الإدارة والاستثمار ،الدار الجامعية في مصر، 1993، ص220.

معدل نمو اقتصادي مرضي في الدول النامية ، لا بُدَّ من حصول زيادة ضخمة في معدل تدفق رؤوس الأموال الأجنبية ، وإن الإستثمار الأجنبي الخاص ينبغي أن يكون مكماً للاستثمارات العامة المختلفة⁽¹⁾.

أما من حيث المدة التي تستغرقها الإستثمارات الأجنبية فإنها تقسم الى :
استثمارات قصيرة الأجل : وهذا النوع من الإستثمار تنظم فيه ومن خلاله الحقوق والالتزامات للأطراف المتعاقدة ، والتي غالباً ما تستحق خلال سنة واحدة ، أي تتضمن تحركاً لرأس المال لمدة تقل عن سنة واحدة ، ويُعد صندوق النقد الدولي أن الإستثمار قصير الأجل ، إذا كان بالإمكان المطالبة برد رأس المال الموظف في الخارج حين الطلب ، أو في فترة لا تتجاوز السنة من تاريخ توظيفه ، وتتسأ هذه الإستثمارات عادة بصدد انتقال السلع والخدمات بين الطرفين المتعاقدين ، وتستعين الدول بهذا النوع من الإستثمارات لتحقيق توازن في ميزان مدفوعاتها .

الإستثمارات طويلة الأمد : وهي التي تتمثل في القروض ، شراء أسهم أو سندات أجنبية سواء كانت حكومية أو خاصة التي تزيد مدتها على سنة وغالباً ما تنصب على أصول ثابتة كإقامة فروع لمشروعات أجنبية داخل الدولة المقترضة⁽²⁾. كما أن دخول الأموال وبكميات كبيرة الى اقتصاد الدول وخروجها منه بسرعة قد يضر اقتصاديات تلك الدول بدل من أن ينفعها ، وبالتالي فإن الاستثمارات طويلة الأجل أكثر جدوى وأهمية من تنمية اقتصاد الدول التي تزاول النشاط ، وعلى الدول وخصوصاً العراق والذي هو بحاجة ماسة الى استثمارات حقيقية تسهم في زيادة نموه الاقتصادي أن تعمل على تشجيع هذا النمط من الاستثمار وتفضيله على الاستثمارات قصيرة الأجل ووضع القواعد القانونية اللازمة لتنظيمه .

1 - كعباش عبدالله ، الحماية الوطنية والدولية للإستثمار الأجنبي وضمائه من المخاطر غير التجارية في الدول النامية ، رسالة ماجستير ، فرع القانون الولي والعلاقات الدولية ، مقدمة الى كلية الحقوق جامعة الجزائر ، 2001، ص10.

2 - محمد لبيب شقير ، العلاقات الإقتصادية الدولية ، دار النهضة العربية ، 1961، ص98-99.

ومن حيث درجة رقابة المستثمر وسيطرته على استثماراته قسمت الدراسات الاقتصادية الاستثمار من هذه الناحية الى استثمار مباشر (Direct Investment) واستثمار غير مباشر (Indirect Investment) ، وتقوم فكرة التمييز بين الاستثمار المباشر وغير المباشر على مدى قدرة المستثمر في السيطرة والرقابة على المشروع ، ذلك انه في ظل أسلوب الاستثمار المباشر ، يكون للمستثمر الحق في اتخاذ القرار ، أما في نطاق الاستثمار غير المباشر فإن دور المستثمر يقتصر على مجرد تقديم رأس المال الى المشروع دون أن يكون له حق السيطرة عليه ، والاختيار بين الاسلوبين يعود بالدرجة الأولى الى التقدم الاقتصادي والاجتماعي ، والى طبيعة النظام السياسي للدولة المضيفة ، وقد يكون المستثمر الأجنبي مضطراً لقبول أسلوب الاستثمار المباشر أو الغير مباشر حسب ما ترتضيه الدولة المضيفة ، مما يعني أن فكرة التمييز بين الأسلوبين لا تكمن في مقاصد الاستثمار ، بقدر ما تكمن في طبيعة استعماله ولو أن اللجوء إليه في جميع الأحوال ضرورة لا بد منها⁽¹⁾. كما أن الاستثمار الأجنبي المباشر يمثل رافداً من روافد التمويل ويتضمن تنوعاً واسعاً في التنظيم والإنتاج والتسويق لتسهيل انتقال السلع والخدمات ورأس المال والتقنيات بين الدول ، واصبحت الشركات متعددة الجنسيات تمارس عدداً كبيراً من الأنشطة الإنتاجية المختلفة . والتي لا يوجد في كثير من الأحيان أي رابط يجمعها سوى الحصول على عوائد كبيرة وتجنب أو التقليل من احتمالات الخسارة التي قد تتعرض لها في حال لم تتوسع إنتاجها أو نشاطها⁽²⁾.

1 - كعباش عبدالله ، الحماية الوطنية والدولية للاستثمار الأجنبي وضمانه من المخاطر غير التجارية في الدول النامية ، مرجع سابق ، ص22.

2 - د. هيل عجمي جميل ، الاستثمار الأجنبي الخاص في الدول النامية الحجم والاتجاه والمستقبل ، منشورات مركز الإمارات للدراسات والبحوث الإستراتيجية ، العدد 32 ط1999، ص11.

المبحث الأول الحماية القانونية للإستثمار الأجنبي على المستوى الوطني

لم تعد مهمة توفير الحماية القانونية للاستثمارات الأجنبية تقع على عاتق الدول المستقطبة لرأس المال الأجنبي وحدها ، بل إن الدول المصدرة لرؤوس الأموال ، أصبحت معنية بالأمر أيضاً ، وقد اتضح بأن الإستثمارات الأجنبية تجلب منافع لكلا الطرفين العملية الإستثمارية ، ونتيجة لتلاقي مصالح الدول المضيفة والمصدرة لرأس المال وتوافقها على ضرورة إزالة كل العوائق التي تعترض الإستثمار الأجنبي ، فإن المخاطر غير التجارية التي قد يتعرض لها المستثمر أصبحت تمثل عائقاً أمام انتقال رؤوس الأموال . مما أدى بالدول المضيفة والمصدرة لرأس المال الى البحث عن الوسائل والآليات القانونية التي من شأنها طمأنة المستثمر على المناخ الإستثماري الذي يروم الإستثمار فيه ، لأنه مهما قدمت الدول المضيفة للاستثمار من تسهيلات للمستثمرين فيها وإعفاءات ضريبية كبيرة وامتيازات مالية أو أي شروط تشجيعية أخرى تمنحها الدول المضيفة للمستثمرين ، فإن ذلك لا يفيدهم بشيء وسيبقى المستثمرون مترددون في استثمار أموالهم ما دام شبح الخوف وانعدام الثقة يسيطر عليهم ، وقد عملت الدول المضيفة على تلطيف مناخها الإستثماري من خلال سنها لتشريعات خاصة تعنى بتنظيم وحماية وتشجيع الإستثمار الأجنبي ، إلا أن هذه التشريعات لا تُعد ضماناً كافية بالنسبة للمستثمر الأجنبي ، فلا يوجد ما يمنع الدول المضيفة من إلغاء تشريعاتها أو تعديلاتها ، وهذه الحقيقة يدركها المستثمر تمام الإدراك مما يزيد من عدم اطمئنانه لوسائل الحماية التي توفرها له الدولة المضيفة ، ولإعطائه مزيداً من الأمان ، حرصت الدول المضيفة على تأكيد التزامها من خلال عقدها للمعاهدات والاتفاقيات الدولية مع دولة المستثمر⁽¹⁾ ، كما إن الدول المصدرة لرأس المال هي أيضاً أوجدت آليات قانونية لحماية أموال

1 - كعباش عبدالله ، الحماية الوطنية والدولية للإستثمار الأجنبي، مرجع سابق ، صص5.

مستثمريها في الخارج وذلك لتشجيعهم على قبول فرص الإستثمار المتوافرة في الدول المضيفة ، والضمان المقدم من دولة المستثمر سيكون بالتأكيد أكثر تشجيعاً للمستثمر الأجنبي من الضمان المقدم من الدول المضيفة ، ولغرض بحث هذا الموضوع ، سنقسم هذا المبحث الى مطلبين : الأول، سنورد فيه وسائل الحماية القانونية من الدول المستقطبة لرأس المال ، والثاني ، سنبحث فيه وسائل الحماية القانونية التي تقدمها الدول المصدرة لرأس المال .

المطلب الأول

وسائل الحماية القانونية التي تقدمها الدول المستقطبة لرأس المال

إن الدول النامية قد تبذل جهوداً معتبرة لجذب الإستثمارات الأجنبية إليها ، إلا أن هذه الجهود قد تذهب أدراج الرياح فيما إذا عمّ التشاؤم في أوساط المستثمرين ، فالمستثمر بحكم أنه رجل أعمال يهمله بدرجة كبيرة ضمان استثماره ، وتحقيق أكبر قدر من الأرباح وبأقل خسارة ممكنة ، كما أن طبيعة الإستثمار المباشر تقتضي من المستثمر أن لا يضع في حساباته مجرد خسارته للأموال ، بل أن خسارته ستمتد لكل عناصر المشروع المادية والمعنوية ، مثل خسارته للخبرة والمبادرة والأساليب الإدارية الحديثة التي يدير بها المشروع وكذلك براءات الاختراع والشهرة ، وإن إصابة المشروع بضررٍ من الأضرار يعني إصابة آماله وطموحات المستثمر وحتى ، لا يفقد المستثمر أماله وطموحاته ويحافظ على استمرار وديمومة رؤوس أمواله فقد اهتمت الدول المضيفة بإيجاد وسائل حماية قانونية لإستثمارات المستثمرين الأجانب في بلادها⁽¹⁾، ومن هذه الوسائل ما يأتي :

أولاً: الحماية التي نصت عليها دساتير الدول المضيفة للإستثمار الأجنبي .

إن ما تتضمنه غالبية دساتير الدول النامية من نصوص تقرر احترام الملكية الخاصة أياً كانت جنسية صاحبها ، وتكفل عدم المساس بها إلا بقانون مع توافر

1 - د. سامي عفيفي حاتم ، التأمين الدولي، دار المعرفة اللبنانية ، 1968، ص227.

المصلحة العامة للدولة ، ومقابل تعويض عادل ، يشكل وسيلة من وسائل الحماية القانونية التي تقدمها تلك الدول لضمان الإستثمارات الأجنبية ، ومن الملاحظ أن هنالك شبه إجماع دولي في موضوع احترام الملكية الخاصة وحمايتها بغض النظر عن جنسية صاحبها ، كما يظهر ذلك وبوضوح من خلال تصدي معظم دساتير العالم الى موضوع حماية الممتلكات الخاصة ، ففي العراق مثلاً نجد أن دستور جمهورية العراق الصادر في 16/7/1970، قد عبر عن احترام الملكية الخاصة وعدم المساس بها من خلال " نص المادة /16، منه التي تضمنت الفقرات الآتية:

أ- الملكية وظيفة اجتماعية تمارس في حدود أهداف المجتمع ومنهاج الدولة ، وفقاً لأحكام هذا القانون .

ب- الملكية الخاصة والحرية الإقتصادية الفردية ، مكفولتان في حدود القانون على أساس عدم استثمارها فيما يتعارض أو يضر بالتخطيط الإقتصادي العام .

ت- لا تنزع الملكية الخاصة إلا لمقتضيات المصلحة العامة ووفق تعويض عادل حسب الأصول التي يحددها القانون .

ث- الحد الأعلى للملكية الزراعية يُعينه القانون وما فاض عن ذلك يُعد ملكاً للشعب ."

اما الدستور العراقي الجديد تم الاستفتاء عليه وإقراره عام 2005، والذي يعكس في الواقع التوجه الجيد لنظام الانفتاح الاقتصادي ، والاجتماعي ، والسياسي في العراق ، فقد أكد حمايته للملكية الخاصة ، وهذا ما يتضح من نص المادة /23، منه والتي تنص على ما يأتي :

" 1- الملكية الخاصة مصونة ، ويحق للمالك الانتفاع بها واستغلالها والتصرف بها ، في حدود القانون .

2- لا يجوز نزع الملكية إلا لأغراض المنفعة العامة مقابل تعويض عادل ، وينظم ذلك بقانون .

3- †- للعراقي الحق في التملك في أي مكانٍ في العراق ، ولا يجوز لغيره تملك غير المنقول ، إلا ما استثني بقانون .
 †- يحظر التملك لأغراض التغيير السكاني“ .

أما المشرع المصري فقد تناول موضوع الملكية الخاصة في مختلف الدساتير المتعاقبة ، ففي دستور /1964، نصت المادة /6، منه على ” أن الملكية الخاصة محترمة وأن وظيفتها الاجتماعية منظمة من طرف القانون ، ولن تكون هناك مصادرة إلا بسبب المصلحة العامة مع تعويض عادل “، وهذا النص هو ترديد لما جاء به نص المادة /5، من دستور مصر لعام /1958، ونفس النص يطابق نص المادة /11، من دستور /1956، والمادة/9، من دستور /1923. (1) كما أن دستور مصر لعام 1971، جاء هو الآخر مؤكداً على حماية الملكية الخاصة حيث نصت المادة /34، منه على ” إن الملكية الخاصة مصونة ولا يجوز فرض الحراسة عليها إلا في الأحوال المبينة في القانون وبحكم قضائي وليس بنزع الملكية إلا للمنفعة العامة مقابل تعويض “، ونصت المادة /35، منه على أنه ” لا يجوز التأميم إلا لاعتبارات الصالح العام ومقابل تعويض “ وكذلك المادة/36، منه نصت على ” إن المصادر العامة للأموال تُعد محظورة ولا تجوز المصادرة الخاصة إلا بحكم قضائي “. وبهذا يكون المشرع المصري قد ميز بين المصادرة كعقاب سياسي والتي لا يجوز تطبيقها ، وبين المصادرة الخاصة التي تكون نتيجة فعل الشخص ذاته ولارتكابه أفعالاً يجرمها القانون ، وبهذه الصورة فإن الدستور المصري قد ضيق من نطاق المصادرة ومن مخاطرها على الإستثمارات الأجنبية(2). أما الدستور الجزائري لسنة 1976، قد رسم السياسة العامة التي يجب على الدولة أن تتخذها في مواجهة

1 - د. هشام خالد ، الحماية القانونية للاستثمارات العربية ، مؤسسة شباب الجامعة ، الاسكندرية، ط2، 1988، ص35.

2 - د. عاطف ابراهيم محمد ، ضمانات الإستثمار في البلاد العربية ، مطبعة العمرانية ، الجيزة، مصر، 1998، ص136.

الإستثمارات الخاصة وحدد إطارها العام الذي يمكن أن تقوم به ، فنص في المادتين 16،17/، منه على أن ” الملكية الخاصة يجب أن تسهم في تنمية البلاد وأن تحقق منفعة اجتماعية ، وبالمقابل فإن نزاعها لن يتم إلا بناءً على تعويض عادل ومنصف “ ، أما دستور عام 1996، فقد نص في المادة/20، منه على ” عدم إمكانية نزع ملكية أحد إلا وفقاً للقوانين والتنظيمات السارية المفعول ، وأن يكون ذلك مقابل تعويض عادل ومنصف ومسبق “، ومن هذا يتضح تبني الجزائر لمبدأ حرية الملكية الخاصة والمحافظة على حمايتها بالرغم من أن النظام الإقتصادي في الجزائر هو نظام اقتصادي موجّه قائم على الملكية العامة لوسائل الإنتاج⁽¹⁾. كما أن هناك بعض الدساتير قد نصت على حماية المال الأجنبي بصورة صريحة كما جاء في دستور دولة الإمارات العربية المتحدة لعام/1971، حيث نص على ” يتمتع بالأجانب بالحقوق والحريات المقررة في المواثيق الدولية ،أو في المعاهدات والاتفاقيات التي يكون الإتحاد طرفاً فيها “⁽²⁾، ويؤكد كذلك الدستور في المادتين/39، 21، على الملكية الخاصة ، وعدم جواز تأميمها أو مصادرتها إلا عن طريق القضاء ووفقاً للتشريعات النافذة⁽³⁾، ومن الملاحظ أن أغلب دساتير الدول العربية السابقة والحالية قد تضمنت نصوصاً لحماية الملكية الخاصة ، مثل الدستور الكويتي لعام / 1962، والسوداني لعام / 1985، واللبناني لعام / 1990 ، كما وتجدر الإشارة الى أن الحماية الدستورية للملكية الخاصة لم تقتصر على دساتير الدول النامية المستوردة لرؤوس الأموال الأجنبية ، بل أن الدول المصدرة لرؤوس الأموال هي الأخرى حرصت على حماية المال الخاص ، كما جاء في نص

1 - كعباش عبدالله، الحماية الوطنية والدولية للاستثمار الأجنبي مرجع سابق ، ص68-69.

2 - د. هشام خالد ، الحماية القانونية للإستثمارات العربية ، مرجع سابق،ص37.

3 - محمد علي عوض الحرايزي، الدور الاقتصادي للمناطق الحرة في جذب الإستثمارات ،دراسة مقارنة ،بيروت، منشورات الحلبي، ط2007، ص1، ص134.

المادتين /15،14، من دستور ألمانيا الاتحادية ، والمادة /29، من الدستور الياباني ، والمادة / 29 ، من الدستور البلجيكي .إلا أنه يؤخذ على المبادئ الدستورية في هذا الصدد أنها تقرر أحكاماً عامة غير محدودة المضمون ، فالحق في التعويض عند نزع الملكية أو التأميم منصوص عليه في معظم الدساتير ، لكن آليات وإجراءات التعويض تختلف من دولة الى أخرى وتثير مصاعب عند التطبيق وذلك لأحالتها بهذا الخصوص الى التشريعات العادية، الأمر الذي قد يسلبها قيمتها الحقيقية في النهاية ، مما يولد مخاوف لدى المستثمرين الأجانب من قيمة وفعالية الأحكام الدستورية⁽¹⁾، ثم أن هذه الأحكام عرضة للتغيير، شأنها في ذلك شأن التشريعات العادية ، ولا سيما في الأحوال التي يكون فيها الدستور مرناً⁽²⁾.

ثانياً: البيانات والتصريحات الحكومية المرغبة بالإستثمار الأجنبي

إن البيانات الحكومية التي تتمثل بالتصريحات تصدر عن لسان رئيس الدولة أو رئيس وزرائها أو وزير خارجيتها ،التي يعبر من خلالها عن موقف حكومته من الإستثمارات الأجنبية ورغبتها في تشجيع هذه الإستثمارات عن طريق منحها مجموعة من التسهيلات والإعفاءات والضمانات ، تعد بنظر بعضهم وسيلة من وسائل الحماية القانونية التي تقدمها الدول المستقطبة لرؤوس الأموال الأجنبية . لقد شهد العراق في الآونة الأخيرة العديد من التصريحات والبيانات السياسية الرغبة بالإستثمارات الأجنبية والمؤكد على ضرورة تقديم الضمانات والحماية القانونية للمستثمر الأجنبي والتي جاءت على لسان صيغة كبار المسؤولين في الدولة العراقية ، إلا أن التعهدات التي تلتزم بها الدولة المضيفة في صيغة بيانات سياسية ليس لها في الواقع أي قيمة قانونية ولا يترتب على مخالفتها على مخالفتها أو العدول عنها من قبل

1 - د. هشام خالد ، الحماية القانونية للاستثمارات العربية ، مرجع سابق ،ص43.

2 - د. محمد يونس يحيى الصائغ ، المركز القانوني للاستثمارات الأجنبية الخاصة في الدول النامية في ظل القانون الدولي المالي ، أطروحة دكتوراه في القانون العام ، العراق، جامعة الموصل ،2005،ص53.

الدولة أية مسؤولية قانونية تجاه من ارتبطت معهم من المستثمرين ، وكل ما في الأمر إنها ستخلق جواً يسوده عدم الثقة وعدم الاستقرار⁽¹⁾.

ثالثاً : الحماية القانونية للإستثمار الأجنبي بموجب عقود الإستثمار

يُعد عقد الإستثمار أحد وسائل الحماية الوطنية ، بما يتضمنه من شروط و ضمانات تحمي المستثمر الأجنبي في الدول المضيفة له ، سواء في إطار قانونها الوطني الخاص بالاستثمار أم خارجه ، ويرتبط عقد الاستثمار على عاتق الدولة المتعاقدة التزامات معينة يتعين عليها الوفاء بها ، وإن إخلال الدولة للإلتزاماتها التعاقدية يشكل اعتداء على حقوق المستثمر الأجنبي ، وبذلك يرتب على الدولة التزاماً بتعويض المستثمر عن الأضرار التي قد تلحقه نتيجة لهذا الأعتداء ، كما أن الدولة التي يحمل المستثمر جنسيتها تستطيع الحلول محله في مطالبة الدولة المستقطبة للاستثمار بحقوق ذلك المستثمر استناداً لفكرة الحماية الدبلوماسية⁽²⁾، وحق الدولة في الحماية الدبلوماسية لمواطنيها يقوم على أساس أن الضرر الذي ألم بأحد رعاياها هو ضرر واقع على المجتمع الوطني برمته ، مما يخولها الصلاحية لمقاضاة الدولة التي أحدثت الضرر أمام المحاكم الدولية ومطالبتها بالتعويضات المترتبة على مسؤوليتها⁽³⁾. إلا أن الحماية الدبلوماسية هو حق مخول للدولة وليس للمتضرر ، من هنا فإن الدولة هي وحدها التي تقرر في ما إذا كانت ستمارس هذا الحق من عدمه ، تبعاً لظروفها ومصالحها مع الدولة المتسببة بالضرر ، ولا

- 1 - د. عصام الدين مصطفى بسيم ، النظام القانوني للإستثمارات الأجنبية الخاصة في الدول النامية ، أطروحة دكتوراه مقدمة الى كلية الحقوق جامعة عين شمس ، 1975، ص125.
- 2- د. حسن عطية الله، سيادة الدولة النامية على موارد الأرض الطبيعية ، دراسة في القانون الدولي للتنمية الإقتصادية ، القاهرة ، 1978، بدون ذكر جهة النشر، ص 270 .
- 3- د. هشام علي صادق ، الحماية الدولية للمال الأجنبي ، مع إشارة خاصة للوسائل المقترحة لحماية الأموال العربية في الدول الغربية ، الدار الجامعية للطباعة والنشر ، بيروت ، ص102.

يستطيع المتضرر (المستثمر) إرغام دولته على ذلك إن لم تبادر في استعمال هذا الحق ، لذلك توصف الحماية الدبلوماسية بأنها حق خاص ولصيق بالدولة ، أما الشخص المتضرر ، ما هو إلا مجرد موضوع من مواضيع هذه العلاقة ولا يمكنه أن يكون طرفاً في النزاع⁽¹⁾. ولمعرفة مدى فعالية الضمان الذي يحصل عليه المستثمر بواسطة عقد الإستثمار الذي يعقده مع الدولة يجب معرفة الطبيعة القانونية لعقد ما ، رده الى نظام قانوني معين يحدد طبيعة الحقوق والالتزامات الناشئة عنه ، والقانون الذي يحكمه ، والنظام القضائي الذي تخضع له المنازعات الناشئة عنه⁽²⁾، إن مسألة تحديد الطبيعة القانونية لعقود الإستثمار ومعرفة الاتجاه الذي تنتمي إليه ، هل هي من عقود القانون العام ؟ أم هي من عقود القانون الخاص ؟ إن الإجابة عن هذا التساؤل يثير مسألة شديدة الحساسية ، إذا لم تكن مسألة إيديولوجية أو سياسية تتطوي على اعتبارات عديدة وليس مجرد اعتبارات قانونية ، حيث إن التفاوت في المراكز القانونية والاقتصادية لأطراف هذه العقود ، والإحساس المتبادل لكل من الدولة والمستثمر بأنه هو الطرف الضعيف في العقد والذي يتعين حمايته مما أدى بالدولة والمتعاقد معها لأن يدفع كل منهما باتجاه مختلف عن الآخر حفاضاً على مصالحه ، فالدولة تحاول تكييف العقد بأنه من عقود القانون العام وصولاً الى تأمين العقد أو تسكينه في القانون الوطني للدولة المتعاقدة ، الذي يشك الطرف الأجنبي دائماً بحيادتيه بحق أو بدون حق ، أما الطرف الأجنبي فيحاول تكييف العقد بأنه من عقود القانون الخاص وصولاً الى سلخ العقد من القانون الداخلي للدولة المتعاقدة أو محاولة تدويله ، مما يؤدي ذلك بالتأكيد الى الاصطدام بالسلطات العامة للدولة ، وما لها من حقوق كسلطة عامة، كما ستدفع الدولة المتعاقدة بالحصانة القضائية

1 - المرجع نفسه ، ص 104.103.

2 - د. بشار محمد الأسعد ، عقود الدولة في القانون الدولي ، منشورات زين الحقوقية ، بيروت

ط1، 2010، ص86.

والحصانة ضد التنفيذ⁽¹⁾). وبما أن عقود الإستثمار الأجنبي تبرم بين طرفين ينتمي كل منهما الى نظام قانوني مختلف عن الآخر ، الدولة المستقطبة لرؤوس الأموال الأجنبية من جهة ، والمستثمر التابع لدولة أخرى من جهة ثانية ، فالدولة بوصفها شخصاً سيادياً تتمتع بمزايا استثنائية لا يتمتع بها المستثمر الأجنبي المتعاقد معها الذي يُعد كأصل عام شخصاً من اشخاص القانون الخاص⁽²⁾. حيث أن القانون الدولي ينكر على الفرد الشخصية الدولية ويحرمه بصفته فرداً لا دولة ، من حق الإسهام في العلاقات الدولية ، ومن حق الانضمام الى المنظمات الدولية أو اللجوء الى المحاكم الدولية⁽³⁾. ويؤكد جانب من الفقه على أن القانون الوطني للدولة المضيفة للإستثمار الأجنبي هو القانون الطبيعي الواجب التطبيق على عقود الإستثمار التي تبرمها مع الأجانب، وذلك بناءً على تكييفها كعقود إدارية ، استناداً الى فكرة السيادة التي تقضي عدم خضوع الدولة لقانون آخر غير قانونها⁽⁴⁾ ، لذا يصبح من الضروري بالنسبة للطرف الأجنبي الخاص القائم بالإستثمار داخل الدول المضيفة تأمين نفسه بعددٍ من الضمانات القانونية ، بغرض حمايته بقدرٍ كافٍ من احتمال أن تضيع حقوقه ، أو أن يختل التوازن التعاقدية نتيجة تدخل الدولة كسلطة عامة في صورة إصدار قواعد تشريعية حديثة ، أو فرض إجراءات تنفيذية جديدة . لذلك فإن المستثمر أثناء فترة التفاوض يصر لعلاج عدم المساواة بينه وبين الدولة

1 - د. محمد عبدالعزيز علي بكر ، فكرة العقد الإداري عبر الحدود ، دراسة في النظام القانوني

للعقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجانب ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ط1،

2000، ص204.

2 - د. حفيظة السيد الحداد ، العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية - تحديد ماهيتها

والنظام القانوني لها ، دار الفكر الجامعي ، الإسكندرية ، 2001، ص44.

3 - د. محمد المجذوب ، القانون الدولي العم ، منشورات الحلبي ، بيروت ، ط6، 2007،

ص365.

4 - د. بشار محمد الأسعد ، عقود الدولة في القانون الدولي ، مرجع سابق ، ص106-107.

المتعاقد معه ، على توفير عددٍ من الضمانات ، مثل الإتفاق على آلية لتسوية المنازعات ، واستثناء النظام القانوني الداخلي للدولة المتعاقدة ، والإعتماد على الكفاية الذاتية للعقد المبرم مع الدولة أو تدويل هذا العقد بإخضاعه لقواعد القانون الدولي أو قواعد قانون التجارة الدولية ، وتجميد النظام القانوني للدولة المتعاقدة أو ما يعرف بشرط عدم المساس بالعقد والثبات التشريعي والعمل على تجسيد هذه الضمانات بصورة شروط تعاقدية⁽¹⁾. ولكن ماهي آثار إخلال الدولة بالتزاماتها الناشئة عن عقد الإستثمار ؟ هنالك جانب من الفقه يرى أن الدولة عندما تتعاقد مع المستثمر الأجنبي الخاص ، سواءً أكان شخصاً طبيعياً أو معنوياً ، فإنها غير مسؤولة عن الوفاء بالتزاماتها التعاقدية ، ولا تترتب عليها أية مسؤولية قانونية وإنما المسؤولية تكون هنا مسؤولية أخلاقية فقط ، ويرجع السبب حسب هذا الرأي أن الدولة هي المكلفة بحماية المصلحة العامة وتمتلك حق السيادة الذي لا يجوز التنازل عنه عند تعاقدها مع المستثمر الأجنبي ، لذلك فهي تستطيع مستقبلاً وإرادتها المنفردة أن تُعدل أو أن تلغي عقد الإستثمار بما يتوافق مع مصالحها العامة . وهنالك رأي آخر وهو الأرجح يؤكد أن وجود الدولة في عقد الإستثمار لا يعني عدم خضوعها للقانون ، فالدولة تبقى ملتزمة بما يتضمنه عقد الإستثمار من التزامات ، وإن مخالفة تلك الالتزامات يؤدي الى قيام مسؤوليتها الدولية في مواجهة المستثمر ، فالعدل والمنطق القانوني السليم يقضيان بأن الدولة والمستثمر عليهما الالتزام بينود عقد الإستثمار على القدر نفسه ، لا أن يعطي أحد أطراف العقد الحق بتعديل أو إلغاء العقد بإرادته المنفردة ودون موافقة الطرف الأخر ، فمسؤولية الدولة عند إخلالها بتعاقداتها حسب هذا الرأي تبقى قائمة ، وإن كان يثير الكثير من الإشكاليات والصعوبات القانونية بشأن تطبيق الحصانة القضائية للدولة واستحالة

1 - د. بشار محمد الأسعد ، عقود الإستثمار في العلاقات الدولية الخاصة ، ماهيتها والقانون

الواجب التطبيق عليها ووسائل تسوية منازعاتها ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ،

ط 1 ، 2006 ، ص 209.

التنفيذ الجبري عليها . إذ إن القول بعد مسؤولية الدولة عن التزاماتها التعاقدية التي ينشئها عقد الإستثمار يؤدي الى الإخلال بالثقة وحسن النية اللازمين للتعاقد ، ويخول الدولة إمكانية العبث بمصالح المستثمرين الأجانب وذلك بإصدار تشريعات أو اتخاذ إجراءات تؤثر في توازن العقد ، فقواعد القانون الدولي تفرض على الدولة التزاماً يقضي بوجود احترام تعهداتها ، ويثير هذا الالتزام في حالة نقضه مسؤولية الدولة عن أداء تعويض عادل للمستثمر الأجنبي⁽¹⁾. معليه يتضح أن الضمانات المقدمة بموجب عقود الإستثمار لا تُعد لوحدها ضماناً كافياً بنظر المستثمرين الأجانب ، ولا توفر الحماية القانونية الكافية المطلوب تقديمها من الدول المضيفة للإستثمارات الأجنبية .

رابعاً: الحماية القانونية بموجب قوانين الإستثمار في الدول المضيفة للإستثمارات الأجنبية

إن تنظيم وحماية الإستثمار الأجنبي يقتضي وجود نظام قانوني منطور في الدولة المضيفة من شأنه أن يرسى الأسس التي تضمن تدفق أكبر قدر ممكن من الإستثمارات الأجنبي بشكل يحقق مصالحها الوطنية المتمثلة بإنجاز خطوات واضحة على طريق النمو الإقتصادي والاجتماعي ، وقد تضمنت قوانين تشجيع الإستثمار مجموعة من المزايا والضمانات التي تهدف الى توفيق بين الاعتبارات المتعارضة ، أي الحرص على اجتذاب رأس المال من جهة وعلى تحقيق التنمية السياسية والاجتماعية والاقتصادية التي تتبعها الدولة من جهة أخرى⁽²⁾. لذلك نلاحظ أن ضمانات الإستثمار الأجنبي التي ترد في قوانين الإستثمار تختلف من حيث المدى والحجم من دولة الى أخرى، وذلك باختلاف نمط الإستثمار المرغوب

1 - د. دريد محمود السامرائي ، الإستثمار الأجنبي المعوقات والضمانات القانونية ، مرجع سابق ، ص 253. 254.

2 - د. د. علي كريمي ، النظام القانوني لانتقال رؤوس الأموال بين الأقطار العربية ، مركز دراسات الوحدة العربية ، بيروت ، ط1 ، 1990 ، ص 73.

في استقطابه والأهداف التي ترمي الدولة إلى تحقيقها ، فالحوافز والضمانات التي تقدمها الدول المضيفة للإستثمار هي ليست غاية بحد ذاتها ، بل هي وسيلة تستخدمها الدول لتشجيع الإستثمار الأجنبي ومن ثم تحقيق غاياتها وأهدافها المشروعة في تمويل خطط التنمية . وعموماً فإن تصنيف تقنيات الإستثمار في البلدان المستقطبة للإستثمارات الأجنبية يتأرجح بين اعتبارين متناقضين هما :

الأول : الرغبة في دعوة رؤوس الأموال الأجنبية للمشاركة في عملية التنمية المحلية.

والثاني : الرغبة في دعم السيطرة الوطنية على المشروعات الأجنبية حفاظاً على الاستقلال السياسي والاقتصادي .

وهذا التباين في الرغبات والمصالح انعكس على تشريعات الإستثمار في البلدان المضيفة للإستثمارات الأجنبي مما أدى ببعض الباحثين والدارسين إلى تصنيف وتقسيم تشريعات الإستثمار إلى مجموعات تتباين من حيث أهمية تشجيع وحماية الإستثمار الأجنبي فيها⁽¹⁾.

1) مجموعة القوانين ذات الطابع التشجيعي للإستثمار الأجنبي :

بمقتضى هذه القوانين يتم منح المستثمر الأجنبي معاملة تفضيلية عن المستثمر الوطني ، فيمنح المستثمر الأجنبي مزايا وضمانات تفوق تلك الممنوحة لنظيره الوطني ، ويتم ذلك من خلال استثناء المستثمر الأجنبي من بعض القيود النقدية المطبقة في الدولة أو التخفيف من الأعباء الضريبية والجمركية المفروضة عليه ، أو أن يتم منح المستثمر الأجنبي من دون المستثمر الوطني بعض الضمانات والمزايا التي تُعد استثناء على القواعد العامة ، مثل تعهد الدولة بعدم سريان التعديلات التي تدخلها الدولة على تشريعاتها الداخلية على المشروع الإستثماري ، أو أن تتعهد الدولة بعدم تعديل الإتفاق المبرم مع المستثمر الأجنبي بإرادتها

1 - د. عبدالواحد محمد الفار ، أحكام التعاون الدولي في مجال التنمية الإقتصادية، القاهرة دار عالم الكتب ، دون ذكر سنة النشر ، ص94.

المنفردة، وقد تستبعد الدولة تطبيق القانون الداخلي على المستثمر الأجنبي ، فتقوم الدولة بتحديد منطقة جغرافية معينة في إقليمها تسمى المناطق الحرة توقف فيها تطبيق تشريعاتها الوطنية على المشروعات التي تزاول نشاطاً اقتصادياً أو تجارياً فيها⁽¹⁾، كما أن الدول التي تتبنى القوانين ذات الطابع التشجيعي تقوم عادةً بالسماح للمستثمر الأجنبي وإعطائه الحرية الكاملة في كافة القطاعات وتمنحه حوافز وضمانات واسعة النطاق .

(2) مجموعة القوانين ذات الاتجاه الرادع أو المقيد للإستثمار الأجنبي :

إن تشريعات الإستثمار في الدول تنتهج هذا الاتجاه تنظر الى الإستثمار الأجنبي على أنه عنصر أجنبي يهدد الاستقلال السياسي والاقتصادي للدولة المضيفة ، مما يستوجب مراقبة نشاط الشركات الأجنبية التي تتولى الإستثمار بها ، والتأكد من عدم مساس نشاطها بالمصالح الوطنية⁽²⁾، وفي هذا الاتجاه تسمو الاعتبارات الوطنية على مزايا الإستثمار الأجنبي ، لذلك يكون المستثمر الأجنبي في ظل التشريع الذي يأخذ بهذا الاتجاه محاطاً بمجموعة من الالتزامات لا يقابلها في الوقت نفسه منح معاملة متميزة له من ناحية الحوافز أو الحماية القانونية لاستثماراته، تجعله في مركز مساوي أو أفضل من المستثمر الوطني ، لذا فإن هذا النوع من التشريعات يفضل الإستثمارات الوطنية على الإستثمارات الأجنبية ولا يساوي بينهما في المعاملة .

(3) مجموعة القوانين ذات الاتجاه التوفيقى أو الاتجاه الملائمة :

يقوم هذا الاتجاه على سياسة انتقائية رقابية مقترنة بحوافز نسبية ، وتهتم الدول التي تأخذ بهذا الاتجاه بوضع قيود على الاستثمار الأجنبي ولا تصرح به إلا وفقاً

1 - د. احمد شرف الدين ، المرشد الى إعداد تشريع الإستثمار ، دراسة مقارنة ، المؤسسة العربية لضمان الإستثمار ، 1981، ص68.

2 - د. عصام الدين مصطفى بسيم ، النظام القانوني للإستثمارات الأجنبية الخاصة في الدول النامية ، مرجع سابق ، ص53.

لمعايير محددة ، فإذا ما صرح له ، فإنه يكون محلاً ل ضمانات ومزايا عديدة⁽¹⁾ ، وفي هذا الاتجاه تكون العلاقة فيما بين الدولة المضيفة والمستثمر الأجنبي علاقة تنظيمية يخضع فيها المستثمر الأجنبي الى سلطة الدولة المضيفة . إن هذا التصنيف يتيح لنيل معرفة مدى التضحيات التي تبذلها الدول المضيفة للإستثمار الأجنبي ، في سبيل التوفيق بين رغبتها في الحصول على الإستثمارات الأجنبية ، وبين رغبتها في بناء اقتصاد مستقل ، الشيء يفسر تأرجح التشريعات بين التشجيع والتقييد ، وإن التفسير الذي أعطي للتشريعات الرقابية أو كما يسميها البعض بالتشريعات التوفيقية ما هو إلا تطبيق للتشريعات المقيدة . لأن الدول تأخذ بهذا النوع من التشريعات تحاول التوفيق بين الإستفادة من الإستثمارات الأجنبية والحفاظ بسيطرتها على القطاعات الأساسية وتحقيقاً لذلك تضع بعض القيود ، وتحفظ لنفسها بالقطاعات الحيوية وتترك الباقي للإستثمار الأجنبي ، سواء كان ذلك بصورة مباشرة أو غير مباشرة⁽²⁾ ، جيع الدول المضيفة على الإستثمار المشترك الذي يتيح لها مجالاً أوسع لرقابة نشاط المستثمرين ، ونلمس هذا الاتجاه في قانون الإستثمار العراقي رقم 13 ، لسنة 2006 المعدل ، والذي استثنى بعض القطاعات الحيوية من أحكامه ، فقد أخضع جميع مجالات الإستثمار لأحكامه باستثناء الإستثمار في مجال استخراج النفط والغاز ، والإستثمار في قطاع المصارف وشركات التأمين⁽³⁾ ، وكذلك التشجيع على الإستثمار المشترك⁽⁴⁾ . إلا أنه يبدو أن المشرع العراقي وبأستثنائه قطاعي النفط والغاز من نطاق قانون الإستثمار ، أراد أن يخضع الإستثمار في هذين القطاعين الحيويين لقواعد تختلف عن تلك القواعد الموجودة في قانون الإستثمار رقم 13 ، لسنة 2006 المعدل ، دون أن ي حرم المستثمرين الأجانب

1 - د. احمد شرف الدين ، المرشد الى إعداد تشريع الإستثمار ، مرجع سابق ، ص 69.

2 - د. عبدالواحد محمد الفار ، أحكام التعاون الدولي ، مرجع سابق ، ص 95 . 96.

3 - المادة / 29 ، من قانون الإستثمار العراقي رقم 13 ، لسنة 2006 المعدل .

4 - الفقرة / 3 من المادة / 15 ، من قانون الإستثمار العراقي رقم 13 ، لسنة 2006 المعدل .

من الولوج الى هذين القطاعين والإستثمار فيهما والإسهام في تطويرهما ، لذلك تم تشريع قانون للإستثمار رقم 64، لسنة 2007 ، الخاص في تصفية النفط الخام ، وقد نصت المادة / 2 ، منه على ما يأتي : ” **أولاً** : للقطاع الخاص إنشاء مصافي لتكرير النفط الخام وامتلاك منشآتها وإدارتها وتسويق منتجاتها عدا امتلاكه للأرض .

ثانياً : يُقصد بالقطاع الخاص لأغراض هذا القانون ، كل شركة ، أو مجموعة شركات عراقية أو أجنبية ، منفردة أو مؤتلفة ذات إمكانية مالية برأس مال خاص مؤسسة وفق أحكام قانون الشركات العراقي رقم 21، لسنة 1997 ، وقادرة على إنشاء مصافي لتصفية النفط الخام بمؤهلات تقنية وخبرتيه “ . وفيما يخص الإستثمار في قطاعي المصارف والتأمين ، فالإستثمار في هذين القطاعين لا يخضع لقانون الإستثمار العراقي ، وإنما يخضع لقوانين خاصة ، فالإستثمار في مجال المصارف يخضع لقانون المصارف العراقي رقم 94، لسنة 2004 ، وقد حددت المادة / 4 منه كيفية منح التراخيص للمصارف التي تروم العمل في العراق .

أما للإستثمار في مجال التأمين وإعادة التأمين فإنه يخضع لقانون تنظيم أعمال التأمين الصادر بموجب أمر سلطة الائتلاف رقم 10، لسنة /2005، حيث نصت المادة الأولى منه على أنه ” تسري أحكام هذا القانون على المؤمنين ومعيدي التأمين سواء أكانوا شركات عامة أم خاصة عراقية أم أجنبية التي تزاول في العراق كل أو بعض أعمال إعادة التأمين المنصوص عليها في هذا القانون وكذلك تسري على وكلاء ووسطاء التأمين الذين يزاولون تلك الأعمال في العراق “ . مما تقدم يتبين أن المشرع العراقي عندما استثنى الإستثمار في مجال استخراج النفط والغاز والإستثمار في قطاعي المصارف وشركات التأمين من أحكام قانون الإستثمار العراقي رقم 13 لسنة 2006 المعدل ، أراد إخضاع الإستثمار في هذه القطاعات الحيوية والمهمة لقوانين خاصة تتسجم والخصوصية التي تتمتع بها هذه القطاعات في الاقتصاد العراقي ، وفي مسيرة التنمية الإقتصادية القائمة في البلد ، ولم يقصد حرمان الشركات الأجنبية أو فروع هذه الشركات أو المستثمرين الأجانب من

الإستثمار في هذه القطاعات⁽¹⁾ . فتقديم الإعفاءات والمزايا يكون بلا جدوى في حال انعدام الضمان الحقيقي للإستثمارات الأجنبية ، فالمستثمر مستعد لتحمل الخسائر التجارية ، إلا أنه غير مستعد لتحمل عبء الخسائر الناتجة عن المخاطر غير التجارية التي تكون نتيجة القرارات والإجراءات التي تتخذها الدولة المضيفة للإستثمار بهدف الاستيلاء على أمواله بدون تعويض أو بتعويض غير متناسب مع قيمة الأموال المستولى عليها وهذه القرارات والإجراءات تتمثل بنزع الملكية للمنفعة العامة والمصادرة والتأميم ، والتي تمثل عقبة أمام المستثمر الأجنبي الذي يرغب في استثمار أمواله خارج موطنه الأصلي⁽²⁾. وقد نصت الفقرة / 3 من المادة /12، من قانون الإستثمار العراقي رقم 13 لسنة 2006، على " عدم المصادرة أو التأميم كلاً أو جزءاً لأي مشروع استثماري مشمول بحكامه واستثنى ما يصدر بحقه حكم قضائي بات ". والمصادرة هي إجراء تتخذه السلطة العامة في الدولة وبمقتضى هذا الإجراء يتم الإستيلاء على ملكية كل أو بعض الأموال والحقوق المالية المملوكة للأشخاص سواء كانوا وطنيين أم أجنبى ودون تعويض . حيث أن الطابع الجزائي للمصادرة يؤدي بالضرورة الى انتفاء التعويض عن الأموال المصادرة ، وإجراء المصادرة قد يتخذ من السلطة القضائية وتسمى حينئذٍ بالمصادرة القضائية ، وقد يتخذ هذا الإجراء من السلطة التنفيذية ويسمى بالمصادرة الإدارية ، ويجب أن تستند السلطتين القضائية والتنفيذية وفي كلا الحالتين الى نص قانوني يخولهما حق

1 - د. طارق كاظم عجيل ، شرح قانون الإستثمار العراقي ، منشورات مكتبة السنهوري ، بغداد ، 2009، ص7.

2 - مروة موفق مهدي ، الضمانات والحوافز القانونية التي تقررها قوانين الإستثمار العربية للإستثمارات الأجنبية ،رسالة ماجستير في القانون العام ، كلية الحقوق جامعة النهرين ، العراق ، بغداد، 2007،ص91.

المصادرة في الحدود التي يرسمها القانون ، وعند توافر إحدى الحالات التي يقرها
المشرع⁽¹⁾.

المطلب الثاني

وسائل الحماية القانونية التي تقدمها الدول المصدرة لرأس المال

إن الإستثمارات الأجنبية لها دور هام وفعال على اقتصاد الدول المستوردة لرأس
المال ، وكذلك الدول المصدرة لرؤوس الأموال، فالدول المصدرة لرأس المال تدرك
الدور الفعال لإستثمار أموالها خارج نطاقها الوطني في مجال توفير المواد الأولية
التي تحتاج إليها صناعاتها ، وكذلك في مجال غزو الأسواق الخارجية لتسويق
منتجاتها ، مما دفع بالحكومات المصدرة لرؤوس الأموال الى تشجيع مواطنيها وحثهم
على الإستثمار في الخارج ، وقد وضعت هذه الدول أساليب وأنماط قانونية لحماية
ممتلكات رعاياها من الخاطر التي قد تتعرض لها الدول المضيفة للإستثمارات
الأجنبية ، وذلك من خلال آليات الحماية الإجرائية المتمثلة بنظام الحماية
الدبلوماسية ، وآليات موضوعية تتمثل في إنشاء هيئات ضمان وطنية تنحصر
مهمتها الأساسية في تأمين استثمارات مواطنيها ضد كل أو بعض المخاطر غير
التجارية التي قد تتعرض لها هذه الإستثمارات في الخارج ، وسنبحث هذا الموضوع
في الفقرتين التاليتين وهما :

أولاً: نظام الحماية الدبلوماسية

في حالة عدم تمكن المستثمر الأجنبي من الحصول على حقوقه بواسطة وسائل
الحماية القانونية المتاحة على الصعيد الداخلي للدول المضيفة للإستثمارات
الأجنبية، فإن ذلك لا يعني ضياع حقوقه ، بل بإمكان المستثمر الأجنبي اللجوء الى
دولته لتحل محله للمطالبة بحقوقه استناداً الى مبدأ نظام الحماية الدبلوماسية، وهو

1 - د. هشام علي صادق ، الحماية الدولية للمال الأجنبي ، مع إشارة خاصة للوسائل المقترحة

لحماية الأموال العربية في الدول الغربية ، الدار الجامعية للطباعة والنشر ، بيروت ،

نظام إجرائي عرفته الدول منذ فترة طويلة، إلا أن نطاق تطبيقه والآثار المترتبة عليه تثير خلافاً فقهيّاً حول مدى إمكانية الدولة من حماية أحد رعاياها في حالة ما إذا أصابه ضرر في الدولة التي يقيم فيها ، بسبب اتخاذها لإجراءات تعسفية ضده أو أنها لم تحترم تعهداتها ، و من بين مبادئ العرف الدولي والتي استقر عليها القانون الدولي، أن الشخص الأجنبي يتمتع بما يُعرف بالحد الأدنى من الحقوق ، وإن على الدول عدم المساس بها⁽¹⁾. وقد ذهبت الولايات المتحدة والدول الأمريكية والدول الغربية على التأكيد على هذا المبدأ ، فهذه الدول تعتبر أن هنالك حد أدنى من العدالة ينبغي أن توفره الدولة للأجنبي ، حتى وإن كانت لا توفره إلى مواطنيها ، فإن كان النظام القانوني لتلك الدولة لا يتفق وذلك المستوى على الرغم من أن شعب الدول المضيفة للإستثمارات الأجنبية قد يكون قانعاً به ، أو يكون مرغماً على العيش في ظلّه ، لا يمكن إرغام أي بلد آخر على قبوله نظاماً لا يوفر سبيلاً مرضياً لمعاملة مواطنيه فيه⁽²⁾. وبما أن المسؤولية الدولية هي علاقة قانونية لا تقوم إلا بين أشخاص القانون الدولي ، فإنه يصعب على الفرد المتضرر إثارته في وه دولة أجنبية ، ولذلك يتوجب عليه اللجوء إلى دولته لتطالب له بحقه، إلا أن الدولة لا يمكنها ممارسة حمايتها الدبلوماسية تجاه من يطالب بها من رعاياها، ولا يمكنها رفع دعوى المسؤولية الدولية ضد دولة أجنبية نيابةً عن هؤلاء الرعايا ، إلا إذا توافرت الشروط الآتية:

1. يشترط وجود رابطة قانونية أو سياسية بين الدولة والشخص طالب

الحماية ، أي أن يكون طالب التعويض متمتعاً بجنسية الدولة

المطالبة بحقه خلال الفترة الفاصلة بين حصول الفعل الضار والفصل

1 - د. هشام علي صادق ، الحماية الدولية للمال الأجنبي....، مرجع سابق ،ص102-103.

2 - د. عبدالواحد محمد الفار ، طبيعة القاعدة الدولية الإقتصادية في ظل النظام الدولي القائم ، القاهرة ، دار النهضة العربية ، 1985، ص14.

في دعوى المسؤولية ، أما إذا انتفى شرط الجنسية فلا يحق لأي دولة التمسك بالحماية الدبلوماسية .

2. استنفاد جميع وسائل التقاضي الداخلية التي تسمح بها تشريعات الدول التي صدر عنها الفعل الضار⁽¹⁾. أي أن المستثمر الأجنبي المتضرر عليه استنفاد طرق الطعن المحلية إدارية كانت أم قضائية ، والمنصوص عليها في تشريعات الدول المضيفة للإستثمار الأجنبي ، ودون مراعاة هذا الشرط لا تستطيع دولة المتضرر المطالبة بالحماية الدبلوماسية ، والقول بخلاف ذلك معناه الحكم السابق لأوانه ، لأن المستثمر قد يحصل على التعويض المستحق دون الحاجة الى الحماية الدبلوماسية⁽²⁾. ويمكن للمستثمر الأجنبي والدولة المضيفة للإستثمار استبعاد شرط استنفاد الوسائل القضائية الداخلية بموجب اتفاق التحكيم .

ثانياً: إنشاء هيئات ضمان وطنية

إذا كلن نظام الحماية الدبلوماسية ، لا يوفر الحماية القانونية اللازمة للمستثمرين الأجانب لما يثيره من تعقيدات وحساسيات سياسية فيما بين الدول ، فإن نظام الضمان يجنب الدول المضيفة والمصدرة لرؤوس الأموال الصراعات السياسية التي قد تُفضي الى نزاعات دولية ، كما أنه يوفر في الوقت نفسه الحماية القانونية والمالية للمستثمر ، كونه يحتوي على آليات وتقنيات تسمح للمتضرر الحصول على التعويض فور وقوعه ودون الحاجة الى اقامة دعوى⁽³⁾. وظهور أنظمة الضمان الوطنية جاء نتيجة لتداخل مصالح المستثمرين الأجانب ودولهم مما أدى الى بروز

1 - د. محمد المجذوب ، القانون الدولي العام ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، ط6، 2007، ص337.

2 - د. هشام علي صادق . الحماية الدولية للمال الأجنبي ، مرجع سابق ، ص 158- 159 .

3 - كعباش عبدالله ، الحماية الوطنية والدولية للإستثمار الأجنبي ... ، مرجع سابق ، ص138.

شعور قوي يقضي بضرورة حمايتهم وضمان ممتلكاتهم من الخسائر التي يتعرضون لها نتيجة قيام الحروب والثورات في الدول المضيفة لهم ، ما داموا يسهمون في تحقيق الأهداف السياسية والاقتصادية المتوخاة من تواجدهم في الخارج ، وعرفت الدول الأوروبية نظم الضمانات المالية منذ القرن التاسع عشر من خلال ما أبرمته من اتفاقيات فيما بينها لضمان قروض رعاياها في الخارج ومن هذه الاتفاقيات : الإتفاق المبرم بين فرنسا وبريطانيا وروسيا وملك اليونان في عام 1832 ، والإتفاق المبرم بين فرنسا وبريطانيا وتركيا في عام 1855⁽¹⁾، وتعد الولايات المتحدة الأمريكية أول مبدع لفكرة الضمان ضد الأخطار غير التجارية حيث بادرة في عام 1948، الى إنشاء أول نظام ضمان حكومي تقوم فيه هيئة حكومية بالتأمين على استثمارات الرعايا الأمريكيين في الخارج ضد الأخطار غير التجارية ، وتبعها بعد ذلك العديد من الدول المصدرة لرؤوس الأموال مثل اليابان وبعض الدول الأوروبية ، فقد أنشأت اليابان أول نظام لضمان استثمارات مواطنيها في الخارج ضد الأخطار غير التجارية عام /1956، وألمانيا عام /1959، وبعدها تبعهم كل من : النرويج ، والنمسا ، والدنمارك ، وأستراليا ، والسويد ، وكندا ، وهولندا ، وسويسرا ، وبلجيكا ، والمملكة المتحدة ، ونيوزلندا ، وفنلندا⁽²⁾.

1 - د. ابراهيم شحاته ، الحماية الدولية للإستثمارات الأجنبية ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 1971، ص19.

2 - د. محمد يونس يحيى الصانع ، المركز القانوني للإستثمارات الأجنبية الخاصة في الدول النامية في ظل القانون الدولي المالي ، مرجع سابق ، ص72.

المبحث الثاني الحماية القانونية للإستثمارات الأجنبية على المستوى الدولي

لطالما ظلت الضمانات الداخلية عن لعب الدور الكافي لطمأنة المستثمرين، وتشجيعهم على جلب رؤوس أموالهم والإستثمار في الدول المضيفة للإستثمارات، فالتخوف من عدم كفاية تلك الضمانات، والهلع من بسط سلطان الدولة المضيفة للإستثمار والتي تُعد بنظر المستثمرين هي مصدر الخطر، كان سبباً في البحث عن ضمانات دولية تحمي الإستثمارات الأجنبية، وتفرض قوتها على أطراف العملية الإستثمارية، وذلك لتحقيق نوع من التوازن القائم على تلبية المصالح المشتركة بين الطرفين، الدولة المضيفة للإستثمار، والمستثمر الأجنبي، مما يؤدي الى خلق مناخ استثماري يكون عاملاً أساسياً في تدعيم مصالح التجارة الدولية.

لذا ظهرت الحاجة الى إبرام معاهدات متعددة الأطراف على المستوى العالمي، كنتيجة لتطوير بنیان المجتمع الدولي، وقد اسفرت الجهود الدولية الدائمة بهذا المجال عن مجموعة من المعاهدات الجماعية، تُعد الآن حجر الأساس في كل نشاط اقتصادي استثماري، فقد تم التوصل في عام / 1965، الى عقد اتفاقية المركز الدولي لتسوية منازعات الإستثمار التي تقع بين الدول ورعايا الدول الأخرى، وكذلك في عام / 1985، تم التوصل الى اتفاقية إنشاء الوكالة الدولية لضمان الإستثمار كهيئة دولية تعمل على ضمانات الإستثمارات الأجنبية، وهاتان الإتفاقيتان جاءتا نتيجة للجهود الدولية التي بذلها البنك الدولي، وعلى المستوى الإقليمي أنشأت المؤسسة العربية لضمان الإستثمار كهيئة إقليمية تضمن الإستثمارات البينية في الدول العربية⁽¹⁾.

وسنبحث الإتفاقيات الثلاثة المذكورة كنموذج للحماية الدولية للإستثمارات الأجنبية، فكانت الأولى تتضمن ما تحتويه معاهدة إنشاء المركز الدولي لتسوية

1 - د. عبدالله عبدالكريم، ضمانات الإستثمار في البلاد العربية، مرجع سابق، ص 86.

منازعات الإستثمار من ضمانات قانونية وإجرائية للمستثمر ، أما الثانية فتم البحث في معاهدة إنشاء المؤسسة العربية لضمان الإستثمار ودورها في تقديم الضمانات والحماية القانونية لرؤوس الأموال العربية ، وكانت الأخيرة تقف على الحماية القانونية التي توفرها للمستثمرين ، معاهدة إنشاء الوكالة الدولية لضمان الإستثمار .

أولاً : المركز الدولي لتسوية منازعات الإستثمار

في إطار سعي البنك الدولي للإستثمار والتعمير (IBRD) الى تشجيع انسياب الإستثمارات الأجنبية الى الدول النامية للإسهام في تنميتها الإقتصادية وتزويدها بالخبرات الفنية اللازمة ، فقد سعى البنك الدولي الى إنشاء وسيلة دولية تختص بالفصل في المنازعات بين المستثمر الأجنبي والدولة المضيفة لإستثماره ، وقد أثمرت هذه الجهود بالتوصل الى إعداد اتفاقية دولية متعددة الأطراف في 18/أذار-مارس/1965، والتي دخلت حيز التنفيذ ابتداءً من 14/ت2-أكتوبر/1966، وتنشئ هذه الاتفاقية مركزاً دولياً لتسوية منازعات الإستثمار بطريق التوفيق أو التحكيم⁽¹⁾.

وقد تضمنت هذه الاتفاقية على ضمانات أفضل للمستثمرين الأجانب ، في حالة حدوث أية مخاطر سياسية أو إجراءات تتخذها الدولة المضيفة للإستثمار ضدهم ، وذلك عن طريق إيكال مهمة الفصل في أي نزاع ناشئ عن الإستثمار الى المركز الدولي المنشأ بموجب هذه الاتفاقية ، والابتعاد عن ساحة القضاء الوطني الذي يشكك به المستثمر الأجنبي كون القضاء الوطني بحسب وجهة نظر المستثمرين الأجانب يميل الى تغليب مصلحة الدولة التي ينتمي إليها⁽²⁾. والتحكيم بشكل عام يلبي رغبة الأطراف في عدم طرح نزاعاتهم أمام القضاء العادي ، فإجراءات التقاضي عادةً ما تتسم بالبطء والتعقيد ، إضافة الى إطالة أمد النزاع بسبب تعدد درجات التقاضي ، وما سنتبعه من تعدد لدرجات الطعن في الأحكام ، وما يرافق

1 - د. عصام الدين مصطفى بسيم ، النظام القانوني للإستثمارات الأجنبية الخاصة في الدول

النامية ، أطروحة دكتوراه مقدمة الكلية الحقوق جامعة عين شمس ، 1975، ص201.

2 - د. عبدالله عبدالكريم ، ضمانات الإستثمار في البلاد العربية ، مرجع سابق ، ص89.

ذلك من أساليب المماثلة في الخصومة بغرض إطالة أمد النزاع⁽¹⁾، وبذلك يمثل التحكيم الحل الأسرع لفض النزاع بين المستثمر والدولة المضيفة للإستثمار. وسرعة التحكيم ترجع الى أن المحكمين أغلب وقتهم للفصل في النزاع المعروض عليهم وإجراءات التحكيم تكون أكثر تبسيطاً من تلك المتبعة أمام القاضي الوطني ، ومن المعروف أن أحكام التحكيم تصدر بصورة نهائية ، ولا يجوز الطعن فيها بأي طريق من طرق الطعن المعروفة بالنسبة للأحكام القضائية ، بإستثناء بعض التشريعات القليلة جداً ، التي تجيز الطعن في الحكم التحكيمي أمام محاكم الإستئناف ، والتشريع العراقي لا يجيز الإستئناف المباشر لحكم المحكمين إلا أنه يجيز استئناف الحكم الصادر من الحكمة المختصة فيما يتعلق بطلب الصيغة التنفيذية للقرار التنفيذي ، كما أن إجراءات الحصول على الأمر بالتنفيذ عادةً ما تكون مبسطة وسريعة ، الأمر الذي يؤدي الى تسوية النزاع وإنتهائه في أسرع وقت⁽²⁾ . وقد بينت الفقرة الأولى من المادة /25، من اتفاقية البنك الدولي بشأن تسوية منازعات الإستثمار بين الدول ومواطني الدول الأخرى ، شروط الخضوع لتحكيم المركز الدولي لتسوية منازعات الإستثمار حيث نصت على أنه ” يمتد اختصاص المركز الى أي نزاع قانوني ينشأ مباشرة عن أحد الإستثمارات ، بين دولة من الدول المتعاقدة أو أحد الأقسام المكونة لها الذي تعينه تلك الدولة للمركز أو إحدى وكالاتها التي تعينها، وبين أحد مواطني دولة أخرى متعاقدة ، ويوافق طرفي النزاع كتابةً على عرضه على المركز ، وعندما يعطي الطرفان موافقتهم ، لا يجوز لأحدهما أن يسحب موافقته بإرادته المنفردة “ ومن خلال هذا النص يتضح وجود شرط يتعلق بطبيعة النزاع ، والذي يشترط فيه أن يكون نزاعاً قانونياً وذا صلة مباشرة بالإستثمار ، وبذلك تستبعد المنازعات ذات

1 - د. سامية راشد ، التحكيم في العلاقات الدولية الخاصة ، الكتاب الأول ، اتفاق التحكيم ،

دار النهضة العربية

2 - د. مرتضى جمعة عاشور ، التحكيم في عقود الإستثمار التكنولوجي دراسة مقارنة ، منشورات الحلبي ، ط1،

2010، ص444.

الطبيعة السياسية من نطاق اختصاص المركز. كما أن هناك شروط تتعلق بطرفي النزاع : الدولة والمستثمر ، حيث يشترط أن يكون النزاع بين دولة من الدول المتعاقدة ومواطن أو مواطنين من دولة أخرى متعاقدة ، كما يشترط موافقة الطرفين الصريحة على عرض النزاع أمام محكمة المركز⁽¹⁾. فمجرد تصديق الدولة على إتفاقية إنشاء المركز الدولي لتسوية نزاعات الإستثمار، لا يكفي لقبول اختصاص المركز ولا يترتب مجرد إنضمام الدولة الى الإتفاقية أي التزام على عاتقها ، يلزمها بتقديم نزاعاتها الحالية والمستقبلية المتعلقة بالإستثمار للمركز لغرض الفصل بها ، فاختصاص المركز من حيث الأصل اختصاص اختياري يتوقف على رغبة الطرفين باللجوء اليه ، ويتم التعبير عن هذه الموافقة كتاباً ، وفيما عدا ذلك لم تحدد الإتفاقية أي شكل خاص لتلك الموافقة ، وبهذه الصياغة تكون الإتفاقية قد اعطت مرونة كبيرة لنظام التحكيم الدولي ، وشجعت الدول النامية الى الانضمام إليه ، بعد أن كانت تنظر إليه كوسيلة هيمنة تستعملها الدول المتقدمة⁽²⁾. كما أن الإتفاقية لم تحدد ماهية عمليات الإستثمار التي تختص بفض المنازعات الناشئة عنها ، وهذا ما جعل جانب من الفقه يتوسع في تفسير اختصاص المركز ليشمل المنازعات التي تدخل في نطاق عقد الإستثمار وما يرتبط به من عمليات مكملة أو لازمة لتنفيذه ، وللمركز الدولي لفض المنازعات المتعلقة بالإستثمار دور كبير لاستثمارية ، لذلك لجأت الكثير من الدول المستقطبة للإستثمار الى تقرير اختصاص المركز الدولي بنظر تلك المنازعات ، فقد جاء قانون ضمانات وحوافز الإستثمار المصري رقم /8، لسنة/1997، ليكرس مبدأ التحكيم في تسوية منازعات الإستثمار، وذلك في المادة /7، منه التي تجيز الإتفاق بين الأطراف المعنية على تسوية هذه المنازعات

1 - لما أحمد كوجان ، التحكيم في عقود الإستثمار بين الدولة والمستثمر الأجنبي ، منشورات زين الحقوقية ، بيروت ، 2010 .

2 - حسن عطية الله ، سيادة الدول النامية على موارد الأرض الطبيعية دراسة في القانون الدولي للتنمية الإقتصادية ، القاهرة ، 1978 ، ص236.

في إطار اتفاقية تسوية منازعات الإستثمار بين الدول وبين رعايا الدول الأخرى ، التي انضمت إليها جمهورية مصر العربية بالقانون رقم 90/ لسنة/1971⁽¹⁾. كذلك اعتمد المشرع اللبناني التحكيم كوسيلة لحل منازعات الإستثمار حيث نصت المادة /18 من قانون تشجيع الإستثمار في لبنان رقم /360، لسنة 2001، على أن " تُحل المنازعات بين المستثمر والمؤسسة بطريقة ودية ، وفي حال تعذر الحل الودي يمكن اللجوء الى التحكيم في لبنان أو في أي مركز تحكيم دولي آخر"⁽²⁾، وقد انضم لبنان الى اتفاقية البنك الدولي لتسوية منازعات الإستثمار بين الدول ومواطني الدول الأخرى ، بموجب القانون رقم / 403، الصادر في 2002/6/5⁽³⁾. وهناك قوانين أخرى نصت على التحكيم كوسيلة لفض المنازعات المتعلقة بالإستثمار ، مثل قانون الإستثمار السوري رقم /10، لسنة/1991، الذي أقر اللجوء الى التحكيم في تسوية منازعات الإستثمار، وذلك في المادة /26 فقرة/ب ، وقانون الإستثمار الأردني رقم /16، لسنة / 1995، هو الآخر قد نص على إمكانية اللجوء الى التحكيم في المادة/33، منه وقانون تشجيع ، الإستثمار في السودان لسنة /1999، في الفقرة /2، من المادة/32، والمادة /70، من قانون الإستثمار اليمني رقم /22، لسنة / 1991، المعدل بموجب القانون رقم /29، لسنة/1997⁽⁴⁾. أما في العراق ، فقد نص قانون الإستثمار العراقي رقم /13، لسنة ،2006، المعدل في الفقرة /4، من المادة/27 منه، على أنه " إذا كان أحد اطراف النزاع خاضعاً لأحكام هذا القانون يجوز لهم

- 1 - أنظر المادة /7، من قانون ضمانات وحوافز الإستثمار المصري رقم /8، لسنة ،1997.
- 2 - د بشار محمد الأسعد ، عقود الإستثمار في العلاقات الدولية الخاصة ، مرجع سابق ، ص356.
- 3 - لما أحمد كوجان ، التحكيم في عقود الإستثمار ، مرجع سابق ، ص19.
- 4 - د بشار محمد الأسعد ، عقود الإستثمار في العلاقات الدولية الخاصة ، مرجع سابق ، ص357.

عند التعاقد الإتفاق على آلية حل النزاع بما فيها الإتجاه الى التحكيم وفقاً للقانون العراقي أو أية جهة أخرى معترف بها دولياً ، وقد فرق المشرع العراقي بين النزاعات ذات الطابع المدني والنزاعات ذات الطابع التجاري ، فعقد الإختصاص للقضاء العراقي في المسائل المدنية وجوز للأطراف اللجوء الى التحكيم في المنازعات التجارية حيث نصت الفقرة/5 من المادة/27 ، من قانون الإستثمار العراقي على أن ” المنازعات الناشئة بين الهيئة أو أية جهة حكومية وبين أي من الخاضعين لأحكام هذا القانون في غير المسائل المتعلقة بمخالفة أحد احكام هذا القانون ، تخضع للقانون والمحاكم العراقية في المسائل المدنية ، أما في المنازعات التجارية فيجوز للأطراف اللجوء للتحكيم على أن ينص على ذلك في العقد المنظم للعلاقة بين الأطراف “ . والعراق من الدول التي لم تنظم الى اتفاقية البنك الدولي لتسوية منازعات الإستثمار بين الدول ومواطني الدول الأخرى ، على الرغم من ان المركز المذكور يُعد في الوقت الحالي واحداً من أهم مؤسسات التحكيم الدولية الى جانب غرفة التجارة الدولية في باريس (ICC) ، وجمعية التحكيم الأمريكية (AAA) ⁽¹⁾، إلا أن الهيئة الوطنية للإستثمار في العراق قدمت مقترح الى مجلس الوزراء لانضمام العراق الى الاتفاقية المذكورة ، ومن الملاحظ أن الكثير من الإتفاقيات التي عقدها العراق في السابق تقرر إناطة المنازعات الناجمة عنها بالمركز الدولي لتسوية منازعات الإستثمار ⁽²⁾.

- 1 - لما أحمد كوجان ، التحكيم في عقود الإستثمار ، مرجع سابق ، ص14.
- 2 - ومن هذه الإتفاقيات ، اتفاقية تشجيع وحماية الإستثمارات بين العراق والجزائر لسنة /1999، حيث نصت في المادة / 6، منها على ” إذا لم يتم تسوية النزاع ودياً خلال ستة أشهر من تاريخ إثارته كتابياً من قبل أي من طرفي النزاع ، تتم إحالته بناءً على طلب أحد الطرفين الى المركز الدولي لتسوية منازعات الإستثمار (CIRDI) المنشأ بموجب الاتفاقية الخاصة بتسوية المنازعات المتعلقة بالإستثمارات بين الدول ورعايا الدول الأخرى “ ، وكذلك نص الفقرة /3من المادة /9 من اتفاقية دعم حماية الإستثمارات بين العراق ويوغسلافية لعام /2000،

ثانياً : المؤسسة العربية لضمان الإستثمار

تم التوقيع على إتفاقية إنشاء المؤسسة العربية لضمان الإستثمار في عام / 1971، من قِبَل خمس دول عربية هي : الأردن، الكويت ، السودان ، مصر وسوريا ، وبعد ذلك تم إنضمام جميع الدول العربية الى هذه المؤسسة وكان الفضل في إنشائها يعود الى مؤتمر التنمية الصناعية العربية المنعقد في الكويت⁽¹⁾، ودخلت الاتفاقية حيز النفاذ في الأول من ابريل / نيسان 1974 ، وهو التاريخ الذي اكتمل فيه التصديق عليها من جانب اثني عشر قطراً عربياً تسهم في 70% من رأس مال المؤسسة⁽²⁾. وكانت الفكرة الأساسية من إنشاء هذه المؤسسة في أن تقوم بتقديم ضمان مالي للمستثمر العربي الذي يستثمر أمواله في بلد عربي اخر غير بلده، بحيث يدفع له تعويض عند تعرض استثماره للمخاطر غير التجارية التي حددتها الاتفاقية، وتعد هذه الاتفاقية وسيلة لتشجيع وحماية الاستثمارات بين البلدان العربية، وتشجيع جهود التعاون ولإنماء الإقتصاد العربي، وهو ما نصت عليه المادة/16، من اتفاقية المؤسسة التي تعطي اولوية خاصة للاستثمارات الكفيلة بزيادة

أنظر: د. دريد محمود السامرائي ، الإستثمار الأجنبي المعوقات والضمانات القانونية ، مرجع سابق، ص333.334 .

1 -أوصى مؤتمر التنمية الصناعية للدول العربية في الكويت عام 1966، بدراسة فكرة إنشاء نظام عربي للضمان، وقد تولى الصندوق الكويتي للتنمية الإقتصادية العربية هذه المهمة، وعلى أثر ذلك أعد الصندوق الكويتي للتنمية، تقريراً بعنوان نحو اتفاقية لضمان الإستثمارات العربية، قدمها في أول اجتماع لخبراء التمويل العرب المنعقد في الكويت في شهر سبتمبر عام 1967، وقد لقي التقرير استحساناً واستجابة من قبل خبراء التمويل العرب، وكلف الصندوق الكويتي للتنمية بإعداد مشروع الاتفاقية التي تمت صياغته النهائية واقره مؤتمر خبراء التمويل العرب في شهر يونيو عام 1970، أنظر : د. سامي عفيفي حاتم ، التأمين الدولي ، دار المعرف اللبنانية ، 1968 ، ص 246.

2 - اتفاقية المؤسسة العربية لضمان الإستثمار واتمان الصادرات، الصيغة الرسمية للاتفاقية بتعديلاتها لغاية 2010/4/7.

التعاون الاقتصادي بين البلدان العربية وخاصة المشروعات العربية المشتركة والمشروعات المحققة للتكامل الاقتصادي العربي⁽¹⁾. وقد حددت المادة/17 ، من اتفاقية إنشاء المؤسسة العربية لضمان الإستثمار ، المستثمرين الصالحين للضمان (فتشترط هذه المادة في المستثمرين المضمونين ، أن يكونوا من مواطني الدول العربية المتعاقدة متى كان شخصاً طبيعياً ، أما الشخص الاعتباري ينبغي أن تكون حصصه أو أسهمه مملوكة بصفة جوهريّة لإحدى هذه الدول أو لمواطنيها ويكون مركزه الرئيس بإحداها، وفي الحالة التي يكون فيها المستثمر منتماً بجنسيته إلى أكثر من دولة ، فيكفي أن يكون حاملاً لجنسية إحدى الدول الأعضاء المتعاقدة)، وفي هذا الأمر تشجيع للمستثمر العربي الذي يحمل جنسية أجنبية الى جانب جنسية بلده العربي ، للقدوم والاستثمار في البلدان العربية. وفي حالة كون التعدد في الجنسية قائماً بين جنسية دولة متعاقدة والدولة المضيفة فيعتد بجنسية الدولة المضيفة ، لأن الأشخاص المستبعدين من نطاق ضمان المؤسسة ليس هم الأشخاص الذين لا يحملون جنسية إحدى الدول العربية المتعاقدة فقط ، بل إن الضمان لا يشمل الإستثمارات المملوكة لمواطني الدولة المضيفة . وقد تم تعديل الفقرة الأولى من المادة/17، من إتفاقية إنشاء المؤسسة العربية لضمان الاستثمارات، لتسمح بضمان استثمارات الشخص الاعتبارية متى كان الرعايا العرب يمتلكون فيها نسبة 50% من رأس مال الشخص الاعتباري حتى وإن كان مركزه الرئيس يوجد خارج الدول المتعاقدة⁽²⁾ ، حيث أضيفت العبارة الآتية بعد نهاية الفقرة الأولى من

1 - حيث نصت الفقرة الأولى من المادة /16 ، على انه ” تعطي المؤسسة فيما تعقده من عمليات ، في الحدود التي تتفق وسلامتها اوضاعها والرغبة في خدمة المؤمن لهم ، أولوية خاصة للإستثمار بين الأقطار المتعاقدة ، وخاصة المشروعات العربية المشتركة ، والمشروعات المحققة للتكامل الإقتصادي العربي“

2 - نصت المادة /17، من اتفاقية إنشاء المؤسسة على ما يلي: ” أولاً: يشترط في المستثمر الذي يقبل طرفاً في عقد التأمين أن يكون فرداً من مواطني الأقطار المتعاقدة أو شخصاً

المادة / 17 ، من الاتفاقية ” ومع ذلك يجوز ان يقبل الشخص الاعتباري طرفاً في عقد التأمين رغم وجود مركزه الرئيس في قطر غير متعاقد تحقيقاً للاعتبارات الخاصة بتشجيع الاستثمارات في الأقطار المتعاقدة فيما لو اقتضت ذلك دواعي المصلحة الاقتصادية العربية“⁽¹⁾ . وكان هذا الهدف من التعديل ، هو جذب رؤوس الأموال للمؤسسات المالية العربية الكثيرة ، والتي يتواجد مقرها الرئيس في خارج الدول العربية ، وتوفير الحماية القانونية لها وعدم حرمانها من ضمان المؤسسة العربية لضمان الإستثمار⁽²⁾ . أما عن دور المؤسسة في ضمان استثمارات المستثمر العربي الذي يستثمر أمواله في دولة عربية أخرى عضو في المؤسسة ضد المخاطر غير التجارية ، فقد أشارت الفقرة الأولى من المادة/ 18 ، من الإتفاقية الى هذه المخاطر ، فسمحت للمؤسسة بتوفير ضمانها لكل او بعض الخسائر المترتبة على تحقيق واحد او اكثر من المخاطر غير التجارية الواردة بالنص مثل المصادرة، والتأميم، وفرض الحراسة، ونزع الملكية، والاستيلاء الجبري، ومنع الدائن من استيفاء حقه، أو التصرف فيه وتأجيل الوفاء بالدين إلى اجل غير معقول⁽³⁾، ومن الملاحظ

اعتبارياً تكون حصصه أو أسهمه مملوكة بصفة جوهرية لأحد هذه الأقطار أو لمواطنيها ، ويكون مركزه الرئيس في أحد هذه الأقطار ، ويشترط في جميع الأحوال إلا يكون المستثمر من مواطني القطر المضيف . ثانياً : تتضمن عقود التأمين ما يجيز للمؤسسة تعديل العقد أو فسخه أو اتخاذ اي إجراء مناسب آخر إذا تخلف بعد إبرام العقد شرط من الشروط الواردة في الفقرة السابقة ، إلا أنه يجب ان تتوفر هذه الشروط عند مطالبة المستثمر بما يستحق من تعويض عن الخسائر المؤمن عليها . ثالثاً : إذا تعددت جنسيات المستثمر يكفي أن تكون إحداها جنسية أحد الأقطار المتعاقدة ، فإذا كان التعدد ما بين جنسية أحد هذه الأقطار وجنسية القطر المضيف أخذ بهذه الأخيرة .“

- 1 - د. هشام علي صادق ، الحماية الدولية للمال الأجنبي ، مرجع سابق ، ص 310.
- 2 - د. عاطف إبراهيم محمد ، ضمانات الإستثمار في البلاد العربية ، مرجع سابق ، ص 105.
- 3 - تنص الفقرة الأولى من المادة /18 ، على انه ” يغطي التأمين الذي توفره المؤسسة كل أو بعض الخسائر المترتبة عن تحقيق واحد أو اكثر من المخاطر غير التجارية التالية:

أن المادة/18، من الإتفاقية اتسمت بالعمومية والمرونة كالنص على التأمين لواحد أو أكثر من المخاطر المؤدية إلى حرمان المستثمر من حقوقه الجوهرية على استثماره، تاركَةً مجال تحديد هذه المخاطر لعقود التأمين التي تتولى المؤسسة إبرامها حالة بحالة وهذه الصياغة تفتح المجال أمام امتداد ضمان المؤسسة لأي خطر سياسي غير متوقع ، مما يكسب المؤسسة ثقة المستثمرين المتعاملين معها⁽¹⁾.

وأشارت المادة/ 15، من اتفاقية إنشاء المؤسسة الى الإستثمارات الصالحة للضمان ضد المخاطر غير التجارية التي تم بيانها ، (وتشمل كافة الإستثمارات ما بين الأقطار المتعاقدة سواء كانت من الإستثمارات المباشرة بما في ذلك المشروعات وفروعها ، وكالاتها ، ملكية الحصص والعقارات ، أو من استثمارات الحافطة ، بما في ذلك ملكية الأسهم والسندات وكذلك القروض التي يجاوز أجلها ثلاث سنوات ،

أ- اتخاذ السلطات العامة في القطر المضيف، أو بواسطة اجراءات تحرم المستثمر من حقوقه الجوهرية على استثماره وعلى الأخص المصادرة والتأميم وفرض الحراسة ونزع الملكية والاستيلاء الجبري ، ومنع الدائن من استيفاء حقه ، أو التصرف فيه وتأجيل الوفاء بالدين الى اجل غير معقول .

ب- اتخاذ السلطات العامة بالقطر المضيف بالذات أو بواسطة إجراءات جديدة تقيد بصفة جوهرية من قدرة المستثمر على تحويل اصل استثماره أو دخله منه أو اقساط استهلاك الإستثمار إلى الخارج ويشمل ذلك التأخير في الموافقة على التحويل بما يتعدى فترة معقولة كما يشمل فرض السلطات العامة عند تحويل سعر الصرف يتميز ضد المستثمر تمييزاً واضحاً، ولا تدخل في نطاق هذا الخطر الإجراءات القائمة بالفعل عند إبرام عقد التأمين كما لا تدخل فيها إجراءات التخفيض العام لسعر الصرف أو أحوال انخفاضه.

ت- كل عمل عسكري صادر عن جهة اجنبية أو عن القطر المضيف تتعرض له أصول المستثمر المادية تعرضاً مباشراً وكذلك الاضطرابات الأهلية العامة كالثورات والانقلابات والفتن وأعمال العنف ذات الطابع العام التي يكون لها نفس الأثر“.

1 - د. هشام علي صادق ، الحماية الدولية للمال الأجنبي، مرجع سابق ، ص 306.

أو القروض ذات الأجل القصير التي يقرر مجلس المؤسسة على سبيل الإستثناء صلاحيتها للتأمين)، وأشترطت المادة/ 15-4، من الاتفاقية (أن يكون الإستثمار الصالح للضمان من الإستثمارات الجديدة التي يلي تنفيذها إبرام عقد التأمين)، وهذا الأمر يتفق مع ما أقرته أغلب نظم الضمان المعاصرة⁽¹⁾. فالإستثمارات القائمة مثلاً قبل طلب الضمان تُعد إستثمارات قديمة، ومن ثم لا تصلح محلاً للضمان ، ولعل الحكمة من ذلك تكمن في كون الضمان عاملاً محفزاً لتشجيع المستثمرين على ارتياد مجالات جديدة للإستثمار وعنصراً مساعداً لاتخاذ القرار الإستثماري ، كما تُعد عملية إعادة استثمار عوائد مشروع استثماري قائم استثماراً جديداً لأغراض الضمان، وكذلك شراء أصول أو مشروعات قائمة ما دام قد ارتبط بتحويل نقد أجنبي الى داخل البلد المضيف .

كما وبينت المادة / 19، من الاتفاقية ” أن المؤسسة تتقاضى لقاء ضمانها أقساطاً للضمان موحد تنطبق على جميع أقطار الأعضاء دون تمييز بين دولة وأخرى ، وتقوم المؤسسة لقاء هذه الأقساط بتعويض نسبة من الخسارة المترتبة على تحقق أي من المخاطر المضمونة تبلغ 85% من قيمة الخسارة في حالتي الإجراءات الماسة بحقوق المستثمر والحرب ، و 90% في حالة خطر عدم تحويل الأرباح كذلك يلزم عقد الضمان الطرف المستفيد أن يتحول دائماً من الخسارة غير المغطاة بالضمان وألا يؤمن عليها أو يحيلها الى طرف ثالث “ ، وتكم الغاية من وراء ذلك في جعل الطرف المستفيد يتحملة جانباً من الخسارة حريصاً في معاملته ، بحيث تكون له مصلحة في تجنب الخسارة أو التقليل من حجمها ، وبعد أن تدفع المؤسسة التعويض للمستثمر المضمون تحل محله قانوناً في حدود ما تدفعه من تعويض⁽²⁾.

1 - المرجع نفسه ، ص 307 - 309 .

2 - د. عاطف ابراهيم محمد ، ضمانات الإستثمار في البلاد العربية ، مرجع سابق ، ص 258.

وقد بينت الإتفاقية طرق تسوية الخلافات التي تحصل بين المؤسسة والمستثمر حيث أوضحت المادة/3، من ملحق تسوية المنازعات ، بأن ” تسوي خلافات الأطراف عن طريق التوفيق وعلى الأطراف المتنازعة تزويد الموفق بالبيانات التي تساعد على أداء مهامه أما إذا تعذر التوصل الى اتفاق تعين اللجوء الى التحكيم “ ويكون اللجوء الى التحكيم في هذه الحالة وجوباً ، كما يُستشف من نص الفقرة /5 من المادة /3، التي تنص على أنه ” إذا لم يتمكن الموفق من إصدار تقريره في المدة المحددة وإذا لم يتفق الأطراف على قبول الحلول المقترحة في التقرير يتعين تسوية المنازعات عن طريق التحكيم “. وقد أوضحت المادة / 30 ، 1-2 ، من الإتفاقية أنه ” يجوز لأي قطر من الأقطار المتعاقدة الانسحاب من هذه الإتفاقية بعد مضي خمس سنوات من تاريخ نفاذها في شأنه ، ويكون ذلك بإخطار كتابي يوجه الى المؤسسة في مقرها ، ولا يصبح نافذاً إلا بعد إنقضاء ثلاثة أشهر من تاريخ الإخطار ، كما يجوز خلالها للعضو أن يسحب إخطاره ، هذا ويترتب على الإنسحاب انتهاء عضوية القطر أو الهيئة العامة التابعة له في المؤسسة “ ، وقد جاء في نص المادة /31، من الإتفاقية ” إن عضوية العضو الموقوف تنتهي بعد مضي سنة من تاريخ وقفه ، ما لم يتخذ المجلس قراراً بإلغاء الوقف “ ، هذا وعلى الرغم من الوعود الكثيرة التي وعدت بها الدول العربية بشأن إعادة إعمار العراق ، ودور الإستثمارات العربية في إصلاح ما دمرته الحرب فإن مجلس المؤسسة لم يتخذ قرار إعادة عضوية العراق الى المؤسسة وهو في أمس الحاجة الى ذلك بعد أن أُهيت عضويته بسبب أحداث 1990/8/2.⁽¹⁾

1- د . محمد يونس يحيى الصائغ ، المركز القانوني للاستثمارات الأجنبية الخاصة في الدول النامية في ظل القانون الدولي المالي ، أطروحة دكتوراه في القانون العام ، كلية الحقوق جامعة الموصل ، العراق ، 2005، ص239.

ثالثاً : الوكالة الدولية لضمان الإستثمار MIGA

جاءت فكرة إنشاء نظام دولي لضمان الإستثمار الأجنبي ، بعد فشل الجهود الدولية في التوصل الى ابرام اتفاقية دولية جماعية تكون كإطار عام لتنظيم وحماية الإستثمارات الأجنبية في الدول المضيفة لهذه الإستثمارات ، فتيقنت الدول المتقدمة والدول النامية من ضرورة إيجاد نظام ضمان دولي للإستثمار ، وبعد محاولات عديدة وجهود كبيرة بذلها البنك الدولي ، تم التوصل الى قرار مشروع الاتفاقية من قبل مجلس محافظي البنك الدولي في اكتوبر/ت/1985، الذي دعيت إليه الدول الأعضاء في البنك وسويسرا لغرض التوقيع والتصديق عليه ، وتقرر أن تصبح الاتفاقية سارية المفعول بعد توقيع خمس دول من المجموعة الأولى (الدول المتقدمة) وخمسة عشر دولة من المجموعة الثانية (الدول النامية) ، بشرط أن تبلغ إسهامات الأعضاء ثلث رأسمال الوكالة، ودخلت الاتفاقية حيز التنفيذ في 12/4/1988⁽¹⁾، وتهدف هذه الهيئة الدولية التي تتمتع بشخصية قانونية مستقلة⁽²⁾، الى تشجيع تدفق رأس المال من الدول المتقدمة الى الدول النامية طبقاً لشروط تتواءم مع احتياجات واهداف تلك الدول ، فالهيئة تقوم بمهمتين رئيسيتين هما : التأمين ، وإعادة التأمين ضد المخاطر غير التجارية المحتمل وقوعها على المشاريع الإستثمارية التي تزاول نشاطها في إحدى الدول الأعضاء ، والتي تكون وافدة من الدول الأعضاء الأخرى⁽³⁾، كما وتعمل على إجراء الأبحاث ونشر المعلومات المتعلقة بفرص الإستثمار المتاحة في الدول النامية بغبة تشجيع المستثمرين لاستثمار أموالهم في تلك الدول⁽⁴⁾.

- 1 - د. عاطف ابراهيم محمد ، ضمانات الإستثمار في البلاد العربية ، مرجع سابق ، ص 109.
- 2 - أنظر المادة/الأولى - الفقرة/ب، من اتفاقية الوكالة الدولية لضمان الإستثمار.
- 3 - أنظر المادة/ الثانية - الفقرة/أ ، من اتفاقية الوكالة الدولية لضمان الإستثمار.
- 4 - انظر المادة/23- الفقرة/أ ، من اتفاقية الوكالة الدولية لضمان الاستثمار .

والعضوية في هذه الوكالة متاحة لجميع اعضاء البنك الدولي وسويسرا، ويُعد هذا الأمر إيجابياً كونه يسمح باشتراك الدول المستوردة والدول المصدرة لرؤوس الأموال في عضوية الوكالة الدولية لضمان الإستثمار⁽¹⁾ وإذا كان الإنضمام الى الوكالة مفتوح للدول ، فإن الانسحاب منها ممكناً ايضاً ، شريطة أن ينتظر العضو المنسحب مرور ثلاث سنوات على إنضمامه للوكالة ، وللوكالة الدولية أيضاً أن توقف عضوية أي دولة أخلت بالتزاماتها وتبقى الدولة الموقوفة محملة بكافة الالتزامات خلال مدة الوقف⁽²⁾. وبخصوص المشروعات المؤهلة للضمان ، فقد بينت المادة/ 12- أ، من اتفاقية الوكالة الدولية لضمان الإستثمار ، الإستثمارات الصالحة للضمان وشملت القروض ذات الأجل المتوسط والطويل والإستثمار عن طريق الإسهام في رؤوس أموال المشروعات وفي أصولها يكون فيها للمستثمر دور في التوجيه والتحكم بالمشروع ، وغير ذلك من صور المشروعات التي تتخذ شكل الإستثمارات المباشرة ، ويوافق عليها مجلس الوكالة بالأغلبية ، وتسهم في تنمية الدول المضيفة وفقاً للأولويات التي تتبناها هذه الأخيرة في نطاق برنامجها التنموي ، ولمجلس إدارة الوكالة أن يمنح الضمان لأي نوع من أنواع الإستثمار ، ما عدا القروض التي لا ترتبط بالإستثمار مثل قروض الإتمان على الصادرات مهما كان مصدرها ونوعها ، خلافاً لبعض أنظمة الضمان الوطنية ، فالمؤسسة العربية للضمان على سبيل المثال تسمح بضمان قروض التصدير والإستيراد بين البلدان المتعاقدة شريطة أن يتعلق القرض بتصدير أو استيراد مواد أولية أو سلع تم إنتاجها

1 - د. دريد محمود السامرائي ، الإستثمار الأجنبي المعوقات والضمانات القانونية ، مركزت دراسات الوحدة العربية ، بيروت ، ط1، 2006، ص284.

2 - د. د. منى محمود مصطفى ، الحماية الدولية للإستثمار الأجنبي المباشر ودور التحكيم في تسوية منازعات الإستثمار ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 1990، ص21.

كلياً أو جزئياً في إحدى الدول المتعاقدة⁽¹⁾. وتشرط الوكالة الدولية لضمان أي استثمار أن يكون هذا الاستثمار جديداً ، أي أن الوكالة الدولية لضمان الاستثمار لا تضمن الاستثمارات القائمة ، بل تضمن الاستثمارات التي ستقام ، لأن الهدف الذي وجد من أجله نظام الضمان الدولي ، يتمثل في تشجيع تدفق رؤوس الأموال وجذب المزيد من الاستثمارات الى الدول النامية ، وامتداد الضمان الى الاستثمارات القائمة لن يضيف شيئاً في حجم الاستثمار الوارد الى تلك الدول⁽²⁾.

أما من حيث نطاق ضمان المخاطر التي تغطيها الوكالة الدولية لضمان الاستثمار فهي:

- 1) العجز عن تحويل العملة ، وهذا العجز يتمثل في فرض قيود تُعزى الى الدولة المستقطبة للإستثمار على التحويل الخارجي لعملتها الى عملة قابلة للتحويل الحر ، أو عملة أخرى مقبولة لدى المستفيد من الضمان ، ويشمل أيضاً تراخي الدولة المستقطبة للإستثمار في الموافقة خلال فترة معقولة على طلب التحويل المقدم من المستفيد من الضمان⁽³⁾.
- 2) نزع ملكية الإستثمار سواء تمت عن طريق التأميم أو المصادرة أو الإستملاك للمنفعة العامة⁽⁴⁾.
- 3) عدم الإستقرار الإجتماعي ، أي مخاطر الحروب والإضطرابات المدنية .
- 4) الإخلال بالعقد ، وتغطي الوكالة الدولية خطر إخلال الدولة أو نقضها لالتزاماتها العقدية التي التزمت بها إزاء المستثمرين في حالة إخلال الدولة المضيفة لاستثماراته بالعقد المبرم بينهما ، ولكن شريطة أن لا يكون بإمكان

1 - د. هاشم صادق ، النظام العربي لضمان الإستثمار ضد المخاطر غير التجارية ، منشأة المعارف ، 1977، ص133.

2 - د. سامي عفيفي حاتم ، التأمين الدولي ، مرجع سابق ، ص266.

3 - أنظر البند الأول من المادة/11- أ ، من اتفاقية الوكالة الدولية لضمان الإستثمار.

4 - أنظر البند الثاني من المادة/ 11- أ ، من اتفاقية الوكالة الدولية لضمان الإستثمار .

المستثمر اللجوء الى هيئة قضائية أو هيئة تحكيم للفصل في ادعائه ،
نقض العقد من قبل الدولة المضيفة أو إخلالها بإحكامه ، أو في حالة عدم
قيام الهيئة القضائية أو هيئة التحكيم الموكل إليها النزاع بالفصل به خلال
مدة معقولة ، وكذلك في حالة عدم إمكانية تنفيذ القرار الصادر من الهيئة
المذكورة ، ففي تحقق إحدى الحالات الثلاثة فإن المستثمر يحصل على
تعويض من الوكالة الدولية لضمان الإستثمار ، ويُعد هذا الأمر إيجابياً
ويشجع المستثمرين على الإستثمار حيث أن الحماية القانونية الدولية
لاستثماراتهم تمتد حتى الى حالة إخلال الدولة في تعاقدها ، وهو خطر
جديد تفردت الوكالة في ضمانه ولم تألفه نظم الضمان الوطنية⁽¹⁾.

(5) أية مخاطر أخرى غير تجارية ، ويتم تغطية هذه المخاطر بناءً على طلب
مشترك من المستثمر والدولة المستقطبة للإستثمار وبموافقة مجلس إدارة
الوكالة بالأغلبية الخاصة ، ويوفر هذا السماح قدرًا من المرونة للوكالة
الدولية لضمان الإستثمار لتغطية ما قد يستجد في المستقبل من مخاطر
تعوق تدفق رؤوس الأموال الأجنبية الى الدول المستقطبة للإستثمارات
الأجنبية ، وتجدر الإشارة الى أن الوكالة تستثني من نطاق الضمان ،
تخفيض قيمة العملة الوطنية والتضخم⁽²⁾.

وقد اشترطت الوكالة لكي يحظى الإستثمار بضمانها ، يجب أن يكون الإستثمار
مملوكاً لأحد رعايا الدول الأعضاء في الوكالة الدولية لضمان الإستثمار ، حيث أن
من البديهي أن يقتصر نشاط وفوائد هيئة الضمان على الإستثمارات التابعة للدول
التي أسهمت في تمويلها وتحملت مخاطرها ، وهو شرط يشجع الدول التي لم تنظم
لهذه الاتفاقية ويحفزها للانضمام إليها ، والإستفادة من الحماية القانونية التي توفرها
للمستثمرين ، فقد جاء في المادة / 13 ، من اتفاقية الوكالة الدولية للضمان " أن

1 - أنظر البند الرابع من المادة / 11 - أ ، من اتفاقية الوكالة الدولية لضمان الإستثمار .

2 - أنظر المادة/11-ب، من اتفاقية الوكالة الدولية لضمان الإستثمار .

المستثمر إذا كان شخصاً طبيعياً يجب أن يكون متمتعاً بجنسية دولة عضو غير الدولة المضيفة ، وفي حالة تعدد جنسية المستثمر فإنه يعتد بجنسية الدولة العضو". أما الشخص الاعتباري فيجب أن يكون قد تأسس وفقاً لقانون دولة عضو ، أو أن يكون مقر عمله الرئيس قد تأسس في دولة عضو أو أن أغلبية رأسماله مملوكة للعضو أو أكثر أو لمواطني الدول الأعضاء ، شريطة أن لا تكون الدولة العضو في كل الحالات المذكورة هي الدولة المضيفة ، كما أن المادة المذكورة أشارت الى استثناء ، وهو جواز أن يمتد ضمان الوكالة الى الشخص الطبيعي أو الاعتباري الذي ينتمي بجنسيته الى الدولة المضيفة شرط أن تكون أصول الأموال المستثمرة قادمة من خارج الدولة المضيفة ، بحيث تعامل أموال هذا الشخص كاستثمار أجنبي ، فالعبرة بالمال وليس بمن يملكه⁽¹⁾.

كما أن الوكالة تسمح بضمان الشخص المعنوي العام أو المختلط طالما أنه يمارس نشاطه وفق أسس تجارية⁽²⁾ ، وهذا الاتجاه جيد ، فالإستثمارات العامة بحاجة الى الحماية القانونية والضمان شأنها شأن الإستثمارات الخاصة ، فالفكرة السائدة أن الإستثمارات الخاصة هي وحدها التي تتعرض للمخاطر ، فهذه الفكرة خاطئة، ففي الواقع أن الإستثمارات العامة تتعرض لنفس المخاطر التي تتعرض لها الإستثمارات الخاصة فمخاطر الحروب والإضطرابات الداخلية تطال كلا النوعين ولا تفرق بينهما. ومن الشروط الأخرى التي نصت عليها الاتفاقية بشكل صريح على وجوب مراعاة مناخ الإستثمار كشرط لقبول الإستثمار المضمون ، وبالرغم من اعتبار هذا الشرط وسيلة لتهرب الوكالة من ضمان الإستثمارات في بعض الدول الأعضاء ، بحجة أن الوكالة الدولية لضمان الإستثمار لا تنظر بعين الرضا للمناخ الإستثماري للدولة المضيفة ، ومن هنا تأتي ضرورة تحسين مناخ الإستثمار في البلدان

1 - د. ابراهيم شحاته ، النظام الدولي للاستثمار الأجنبي تطوره والحكمة منه ، مقال منشور

بالمجلة المصرية للقانون الدولي ، المجلد 25، لسنة 1969 .

2 - أنظر المادة / 13- أ ، من اتفاقية الوكالة الدولية لضمان الإستثمار .

المضيضة للإستثمار إذا ما أرادت أن تستفيد من الحماية القانونية الدولية التي توفرها الوكالة ، وخصوصاً الدول التي أنضمت الى الوكالة حديثاً ومنه العراق الذي أنضم الى الاتفاقية في أواخر عام 2007، بموجب القانون رقم /29⁽¹⁾، وقد جاء في الأسباب الموجبة لهذا القانون ، أن الغرض من انضمام العراق الى الوكالة الدولية لضمان الإستثمار ، هو خلق بيئة استثمارية ملائمة لجذب الإستثمارات الخارجية ورفع مستوى التنمية الاقتصادية في البلد .

1 - صدر قانون انضمام العراق الى الوكالة الدولية لضمان الإستثمار (MIGA) بتاريخ 2007/7/23، واصبح نافذاً من تاريخ نشره في الجريدة الرسمية (جريدة الوقائع العراقية العدد 4045، في 2007/8/20،) .

الخاتمة والاستنتاجات

تعتبر البيئة الملائمة والمحفزة للإستثمار من العناصر المهمة، التي يجب توفرها لإحداث تنمية اقتصادية ، حيث أن الإستثمار يواجه مخاطر كثيرة تقليدية تشترك فيها مختلف الاقتصادات . وإن كان من المسلم به أن الإستثمار الأجنبي يلعب دوراً هاماً في تحقيق النمو الأقتصادي من خلال تطوير الصناعة التصديرية ، وكما هو معروف ومن الطبيعي فأن جذب الإستثمارات الأجنبية يعتمد اعتماداً كبيراً على السياسات الحكومية العامة ، غير أن وضعية الإستثمار كعنصر أجنبي سواءً في العراق أو في أي بلد نامي آخر تتطلب تحديد العلاقة القانونية التي تربط المستثمر الأجنبي والدولة المضيفة لإستثماراته . وقد خلصنا من دراستنا لموضوع البحث الى بعض الاستنتاجات والتوصيات وهي :

الاستنتاجات :

1. إن قانون الإستثمار العراقي رقم 13، لسنة 2006/ المعدل ، يُعد من القوانين الحديثة العهد مما لا يمكن قياس نتائجه بصورة أكيدة ، ولكن هذا لا يمنع من إعادة النظر في ما يتضمنه من حوافز وحماية قانونية للإستثمارات الأجنبية حينما تدعونا الحاجة الى ذلك .
2. لا ينكر أحد توجه العراق بعد عام 2003، نحو إنتهاج مبدأ الإقتصاد الحر، واتباعه سياسة الترحيب بالإستثمارات الأجنبية ، لكن الملاحظ أن هنالك تدخل حكومي كبير في توجيه الإقتصاد ، والقطاع العام في الدولة لا زال يعمل بعقلية الإقتصاد الموجه التي اعتاد عليه لفترة طويلة جداً ، ويحاول منع القطاع الخاص من التحرر ، ومن أخذ دوره الحقيقي في تمويل التنمية، وهذا بدوره يؤثر سلباً على قرار المستثمر الأجنبي الذي ينوي الإستثمار في العراق وهو يشاهد هذه الأزواجية .

التوصيات :

- 1) يجب توفير مستوى مقبول من الأمن للمستثمرين ، فإن الاستقرار الأمني سيتبعه استقرار سياسي واقتصادي .
- 2) يجب العمل على محاربة الفساد الإداري في دوائر الدولة بكافة أشكاله وصيغته .
- 3) يجب العمل على توفير البنى التحتية الأساسية المتمثلة بخدمات الطاقة الكهربائية ، الوقود ، المياه ، وخدمات الاتصالات والنقل .
- 4) العمل على تطوير القطاع المصرفي وفق اسس إدارية حديثة .

قائمة المراجع

أولاً : الكتب

- 1) جيل برتان : الاستثمار الدولي ، ترجمة الدكتور علي مقلد ، منشورات عويدات ، بيروت باريس ، ط1 ، 1970.
- 2) د. دريد محمود السامرائي ، الاستثمار الأجنبي المعوقات والضمانات القانونية ، مركز دراسات الوحدة العربية ، بيروت ط1 ، آذار/مارس 2006.
- 3) د. نبيل الجو : مرد المتغيرات المؤثرة على استثمار القطاع المحلي في الأردن ، مركز الدراسات الاستراتيجية ، الجامعة الأردنية ، 1990.
- 4) د. مرتضى جمعة عاشور ، عقد الاستثمار التكنولوجي دراسة مقارنة ، منشورات الحلبي الحقوقية ، ط1 ، 2010.
- 5) لما أحمد كوجان ، التحكيم في عقود الاستثمار بين الدولة والمستثمر الأجنبي ، منشورات زين الحقوقية ، بيروت ، 2010.
- 6) د. عبدالسلام أبو قحف ، اقتصاديات الإدارة والاستثمار ،الدار الجامعية في مصر ، 1993.

- (7) محمد لبيب شقير ، العلاقات الإقتصادية الدولية ،دار النهضة العربية ، 1961.
- (8) د.هيل عجمي جميل ، الاستثمار الأجنبي الخاص في الدول النامية الحجم والاتجاه والمستقبل ، منشورات مركز الإمارات للدراسات والبحوث الإستراتيجية ، العدد 32 ط1، 1999.
- (9) د. سامي عفيفي حاتم ، التأمين الدولي، دار المعرفة اللبنانية ، 1968.
- (10) د. هشام خالد ، الحماية القانونية للاستثمارات العربية ، مؤسسة شباب الجامعة ، الاسكندرية ، ط1، 1988.
- (11) د. عاطف ابراهيم محمد ، ضمانات الإستثمار في البلاد العربية ، مطبعة العمرانية ، الجيزة، مصر، 1998.
- (12) محمد علي عوض الحرايزي، الدور الاقتصادي للمناطق الحرة في جذب الإستثمارات ، دراسة مقارنة ، بيروت، منشورات الحلبي، ط1، 2007.
- (13) د. حسن عطية الله، سيادة الدولة النامية على موارد الأرض الطبيعية ، دراسة في القانون الدولي للتنمية الإقتصادية ، القاهرة ، 1978، بدون ذكر جهة النشر .
- (14) د. هشام علي صادق ، الحماية الدولية للمال الأجنبي ، مع إشارة خاصة للوسائل المقترحة لحماية الأموال العربية في الدول الغربية ، الدار الجامعية للطباعة والنشر ، بيروت .
- (15) د. بشار محمد الأسعد ، عقود الدولة في القانون الدولي ، منشورات زين الحقوقية ، بيروت ط1، 2010.
- (16) د. محمد عبد العزيز علي بكر ، فكرة العقد الإداري عبر الحدود ، دراسة في النظام القانوني للعقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجانب ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ط1، 2000.

- (17) د. حفيظة السيد الحداد ، العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية - تحديد ماهيتها والنظام القانوني لها ، دار الفكر الجامعي ، الإسكندرية، 2001.
- (18) د. محمد المجذوب ، القانون الدولي العم ، منشورات الحلبي ، بيروت ، ط6، 2007.
- (19) د. بشار محمد الأسعد ، عقود الإستثمار في العلاقات الدولية الخاصة ، ماهيتها والقانون الواجب التطبيق عليها ووسائل تسوية منازعاتها ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، ط1، 2006.
- (20) د. علي كريمي ، النظام القانوني لانتقال رؤوس الأموال بين الأقطار العربية ، مركز دراسات الوحدة العربية ، بيروت ، ط1، 1990 .
- (21) د. عبدالواحد محمد الفار ، أحكام التعاون الدولي في مجال التنمية الإقتصادية ، القاهرة دار عالم الكتب ، دون ذكر سنة النشر .
- (22) د. احمد شرف الدين ، المرشد الى إعداد تشريع الإستثمار ، دراسة مقارنة ، المؤسسة العربية لضمان الإستثمار ، 1981.
- (23) د. طارق كاظم عجيل ، شرح قانون الإستثمار العراقي ، منشورات مكتبة السنهوري ، بغداد ، 2009
- (24) د. عبدالواحد محمد الفار ، طبيعة القاعدة الدولية الإقتصادية في ظل النظام الدولي القائم ، القاهرة ، دار النهضة العربية ، 1985.
- (25) د. ابراهيم شحاته ، الحماية الدولية للإستثمارات الأجنبية ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 1971.
- (26) د. سامية راشد ، التحكيم في العلاقات الدولية الخاصة ، الكتاب الأول ، اتفاق التحكيم ، دار النهضة العربية
- (27) د. مرتضى جمعة عاشور ، التحكيم في عقود الإستثمار التكنولوجي دراسة مقارنة ، منشورات الحلبي ، ط1، 2010.

28) د. منى محمود مصطفى ، الحماية الدولية للإستثمار الأجنبي المباشر ودور التحكيم في تسوية منازعات الإستثمار ، دار النهضة العربية ، القاهرة، 1990.

29) د. هاشم صادق ، النظام العربي لضمان الإستثمار ضد المخاطر غير التجارية ، منشأة المعارف ، 1977.

30) د. ابراهيم شحاته ، النظام الدولي للاستثمار الأجنبي تطوره والحكمة منه، مقال منشور بالمجلة المصرية للقانون الدولي ، المجلد 25، لسنة 1969 .

ثانياً: الرسائل والأطاريح الجامعية

1. د. محمد يونس يحيى الصائغ: المركز القانوني للاستثمارات الأجنبية الخاصة في الدول النامية في ظل القانون الدولي المالي ، أطروحة دكتوراه في القانون العام مقدمة الى كلية القانون جامعة الموصل ، العراق ، 2003.

2. د. حازم حسن جمعة : المشروعات الدولية العامة وقواعد حمايتها في القانون الدولي ، أطروحة دكتوراه ، كلية الحقوق ، جامعة عين شمس، 1980 .

3. د. أحمد فؤاد خصاونة : الاستثمارات الأجنبية في الدول النامية وآثر السياسة الضريبية على اجتذابها ، رسالة دكتوراه في القانون العام ، مقدمة الى كلية الحقوق الجامعة الإسلامية في لبنان ، 2006.

4. د. سهام سوادي طعمة ، شركات الاستثمار المالي دراسة مقارنة ، رسالة ماجستير ، جامعة بغداد 2001.

5. كعباش عبدالله ، الحماية الوطنية والدولية للإستثمار الأجنبي وضمانه من المخاطر غير التجارية في الدول النامية ، رسالة ماجستير ، فرع القانون الولي والعلاقات الدولية ، مقدمة الى كلية الحقوق جامعة الجزائر ، 2001.

6. د. عصام الدين مصطفى بسيم ، النظام القانوني للإستثمارات الأجنبية الخاصة في الدول النامية ، أطروحة دكتوراه مقدمة الى كلية الحقوق جامعة عين شمس ، 1975.

7. مروة موفق مهدي ، الضمانات والحوافز القانونية التي تقررها قوانين الإستثمار العربية للإستثمارات الأجنبية ، رسالة ماجستير في القانون العام ، كلية الحقوق جامعة النهدين ، العراق ، بغداد ، 2007.

8. د. عبدالله عبدالكريم ، ضمانات الإستثمار في البلاد العربية ، رسالة ماجستير في القانون الخاص ، كلية الحقوق جامعة بيروت العربية ، 2003.

ثالثاً : القوانين والتشريعات

1. قانون الاستثمار العراقي رقم 13 ، لسنة 2006.
2. نظام الإستثمار الأجنبي الجديد في السعودية ، رقم م / 1 ، والصادر في 10 / ابريل / 2000 .
3. نظام الاستثمار المباشر لرأس المال الأجنبي في دولة الكويت .
4. تشجيع الاستثمار وحماية الاستثمارات الأجنبية في إيران والمصادق عليه في 25 / شباط / 2002.
5. قانون ضمانات وحوافز الإستثمار المصري رقم 8 / لسنة ، 1997.
6. اتفاقية الوكالة الدولية لضمان الإستثمار.