جمهورية العراق

وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

معهد العلمين للدراسات العليا

ضمانات الاستثمار الاجنبي في القانون

رسالة ماجستير تقدم بها الطالب

عباس عنيد غانم

الى مجلس عمادة معهد العلمين للدراسات العليا وهي جزء من متطلبات شهادة الماجستير في القانون الخاص

باشراف

أ.د. باسم علوان العقابي

٢٠١٥م ١٤٣٦هـ

Republic of Iraq

الاهداء

إلى الذين علموني إلى أن تعلمت .....

أساتذتي

الأولين والآخرين

إلى الذين جاهدوا في سبيل العلم .....

فقهاء

المعرفة الصادقين

إلى استاذي الفاضل الذي ساندني .....

أ. د . باسم علوان العقابي

الى ادارة معهد العلمين للدراسات العليا

الى لجنة المناقشة أ.د. عزيز الخفاجي و أ.م.د. علي فوزي و أ.م.د. وسن قاسم

أهدي جهدي المتواضع هذا

شكر و اعتزاز

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله الذي أوضح لعباده دلائل معرفته، و أنهجهم سبيل هدايته ، وأبان لهم طريق توحيده وحكمته، وبعث إليهم أنبيائه وأوليائه وجعلهم سفرائه يدعون إلى طاعته، ويحذرون من معصيته، وصلى الله على خاتم أنبيائه وسيد أصفيائه محمد وعترته الطيبين الطاهرين ... وبعد

فقد قال سيد البلغاء:

أمير المؤمنين على بن أبي طالب ، عليه السلام

" ما اخذ الله على أهل الجهل أن يتعلموا ، حتى اخذ على أهل العلم أن يُعلموا "

لا يسعني الا ان اقدم شكري وعرفاني الى من ساعدني واشرف على بحثي هذا الى ان اكملته ، فأتفضل بالشكر الى ، الاستاذ الدكتور باسم علوان العقابي ، كما اتوجه بالشكر والعرفان الى ادارة معهد العلمين للدراسات العليا ، كذلك اتوجه بالشكر والعرفان الى ادارة مكتبات كليات القانون ، ولا انسى بالشكر الى عائلتي واصدقائي وكل من ساعدني في انجاز هذا البحث

ومن الله التوفيق

(الباحث)

المحتويات

ت	الموضوع	رقم الصفحة
١.	**المقدمة**	١-٣
٢.	**مبحث تمهيدي : مفهوم الاستثمار**	٤
٣.	المطلب الاول : ماهية الاستثمار	٤
٤.	الفرع الاول : تعريف الاستثمار	٥
٥.	اولاً: التعريف التشريعي للاستثمار	٥
٦.	ثانياً: التعريف الفقهي للاستثمار	١١
٧.	١. التعريف في الفقه الاقتصادي	١١
٨.	٢. التعريف في الفقه القانوني	١٢
٩.	الفرع الثاني : الطبيعة القانونية لعقد الاستثمار	١٤
١٠.	اولاً: عقد الاستثمار من العقود الادارية	١٤
١١.	ثانياً: عقد الاستثمار من عقود القانون الخاص	١٧
١٢.	المطلب الثاني : انواع الاستثمار ومحدداته	٢٠
١٣.	الفرع الاول : انواع الاستثمار	٢٠
١٤.	اولاً: الاستثمار الاجنبي المباشر	٢١
١٥.	ثانياً: الاستثمار الاجنبي غير المباشر	٢٢
١٦.	الفرع الثاني : محددات الاستثمار	٢٣
١٧.	اولاً: الاستقرار السياسي	٢٣
١٨.	ثانياً: الاستقرار الاقتصادي	٢٤
١٩.	ثالثاً: ايجاد بيئة قانونية سليمة وداعمة للاستثمار	٢٥
٢٠.	رابعاً: وجود بنى ارتكازية	٢٦
٢١.	خامساً: وجود ادارة تنظم وترعى عمل الاستثمار الاجنبي	٢٦
٢٢.	**الفصل الاول : مفهوم ضمانات الاستثمار الاجنبي**	٣٠
٢٣.	المبحث الاول : التعريف بضمانات الاستثمار الاجنبي	٣٠
٢٤.	المطلب الاول : المقصود بضمانات الاستثمار الاجنبي	٣٠
٢٥.	الفرع الاول : تعريف ضمانات الاستثمار الاجنبي	٣١

٢٦.	الفرع الثاني : خصائص ضمانات الاستثمار الاجنبي	٣٣
٢٧.	اولا: انها ضمانات منصوصة	٣٤
٢٨.	ثانياً: انها ضمانات مستمرة مع استمرار عمل المشروع الاستثماري	٣٧
٢٩.	ثالثاً: انها ضمانات شاملة	٣٨
٣٠.	المطلب الثاني : تمييز ضمانات الاستثمار مما يلابسها	٣٩
٣١.	الفرع الاول : تمييزها من مزايا الاستثمار	٣٩
٣٢.	الفرع الثاني : تمييز الضمانات من الاعفاءات الضريبية	٤٣
٣٣.	المبحث الثاني : اساس واهمية ضمانات الاستثمار الاجنبي	٤٩
٣٤.	المطلب الاول : اساس ضمانات الاستثمار الاجنبي	٤٩
٣٥.	الفرع الاول : الاساس العقدي لضمان الاستثمار الاجنبي	٥٠
٣٦.	اولاً: ضمان الاستثمار الاجنبي في عقد الاستثمار	٥٠
٣٧.	ثانياً: تأثير جنسية المستثمر على الضمان في عقد الاستثمار	٥٣
٣٨.	الفرع الثاني : الاساس القانوني لضمانات الاستثمار الاجنبي	٥٧
٣٩.	المطلب الثاني : اهمية ضمانات الاستثمار الاجنبي	٦٠
٤٠.	الفرع الاول : اهمية ضمانات الاستثمار الاجنبي للدولة	٦٠
٤١.	اولاً: اهمية الضمان بالنسبة للاقتصاد الوطني	٦١
٤٢.	ثانياً: اهمية الضمان بالنسبة لجذب الاستثمار الاجنبي	٦٣
٤٣.	ثالثاً: اهمية الضمان بالنسبة لحركة السوق والمنافسة	٦٥
٤٤.	رابعاً: اهمية الضمان بالنسبة لنقل التكنلوجيا الحديثة	٦٧
٤٥.	خامساً: اهمية الضمان بالنسبة لايجاد فرص عمل وتقليل البطالة	٦٩
٤٦.	الفرع الثاني : اهمية ضمانات الاستثمار الاجنبي بالنسبة للمستثمر	٧١
٤٧.	اولاً: اهمية الضمان في طمأنة المستثمر الاجنبي	٧١
٤٨.	ثانياً: اهمية الضمان في تشجيع الاستثمار الاجنبي للدخول الى الدول المضيفة	٧٣
٤٩.	ثالثاً: اهمية الضمان في المساواة المستثمر الاجنبي مع المستثمر المحلي	٧٥
٥٠.	**الفصل الثاني : انواع ضمانات الاستثمار الاجنبي**	٧٩
٥١.	المبحث الاول: ضمانات ضد المخاطر غير التجارية	٧٩
٥٢.	المطلب الاول : عدم التأميم	٧٩

٥٣.	الفرع الاول : تعريف التأميم	٨٠
٥٤.	اولاً: ان يكون التأمين لغرض المنفعة العامة	٨١
٥٥.	ثانياً: ان يكون التأمين وفق احكام القانون	٨٢
٥٦.	ثالثاً: عدم التمييز في نزع الملكية	٨٥
٥٧.	الفرع الثاني: ضمانات المستثمر عند تأميم المشروع	٨٧
٥٨.	اولاً: تقديم التعويض العادل للمستثمر الاجنبي الذي تم تأميم مشروعه	٨٧
٥٩.	ثانياً: ان يكون التعويض نقدياً او عينياً	٨٩
٦٠.	ثالثاً :ان يكون التعويض بعملة قابلة للتحويل	٩٠
٦١.	المطلب الثاني : عدم المصادرة	٩٣
٦٢.	الفرع الاول: الاصل عدم جواز المصادرة	٩٣
٦٣.	اولاً: المصادرة الادارية	٩٤
٦٤.	ثانياً: المصادرة الجنائية	٩٤
٦٥.	الفرع الثاني: المصادرة استثناء	٩٧
٦٦.	المبحث الثاني: الضمانات ضد المخاطر التجارية	١٠١
٦٧.	المطلب الاول: شرطا الثبات التشريعي والعقدي	١٠١
٦٨.	الفرع الاول: شروط الثبات التشريعي	١٠١
٦٩.	الفرع الثاني: شرط الثبات العقدي	١٠٦
٧٠.	المطلب الثاني: التحكيم كوسيلة لفض نزاعات الاستثمار	١١٣
٧١.	الفرع الاول: تعريف التحكيم	١١٤
٧٢.	الفرع الثاني: دور التحكيم في توفير الضمان	١١٩
٧٣.	اولاً: انها اداة تمتاز بسرعة الاجراءات وسريتها	١١٩
٧٤.	ثانياً: انه وسيلة ضمان للرضا والاتفاق	١٢٠
٧٥.	ثالثاً: انه اداة تمنح المحكمين بالفصل في النزاع مبدأ الاختصاص بالاختصاص	١٢٣
٧٦.	رابعاً: انه اداة مرنة لطرفي الاستثمار	١٢٤
٧٧.	خامساً: انها اداة منصوص عليها في الاتفاقيات الدولية	١٢٥
٧٨.	**الخاتمة**	١٢٧
٧٩.	الاستنتاجات	١٢٧

٨٠.	المقترحات	١٢٩
٨١.	**الملاحق**	١٣٢
٨٢.	**المصادر والمراجع**	١٣٥
٨٣.	**Abstract**	A–B

المقدمة

١. فكرة الموضوع :

يعد موضوع الاستثمار من الامور المهمة في الوقت الحاضر ولاسيما الاستثمار الاجنبي وهذا ما جعلنا نرى اليوم بلدان لا تملك قوة عسكرية كبيرة لكنها تملك اقتصاد قوي من خلال الاستثمار بصورة عامة والاستثمار الاجنبي بصورة خاصة مما جعلها تلعب دوراً مهماً وفعالاً في العالم ، لذلك عمدت هذه الدول الى اصدار تشريعات وتقديم ضمانات ومغريات الهدف منها جعل المناخ العام للاستثمار جاذب.

اما في العراق فلم يكن الاستثمار مفعل بمعناه الصحيح وعلى الرغم صدور قانون الاستثمار العربي رقم (٦٢) لسنة ٢٠٠٢ لكنه ظل حبراً على ورق الى ان الغي بعد ٢٠٠٣، كذلك على الرغم من تشكيل سوق بغداد للأوراق المالية مطلع التسعينات لكن لم تكن هنالك شركات اجنبية موجودة وحتى مستوى استثمار السوق لم يكن فعالا بسبب الحصار الاقتصادي على العراق وبعد عام ٢٠٠٣ اكتسب موضوع جذب وتشجيع المستثمرين للولوج في السوق العراقية الواعدة والكبيرة اهمية توازي وتلازم بناء الدولة العراقية الجديدة كونه أصبح احد ركائز البناء الأساس اذ ان وجود بيئة استثمارية تعمل على تشجيع الاستثمارات ونقل التقنيات الحديثة للإسهام في عملية تنمية العراق وتطويره وتوسيع قاعدته الانتاجية والخدمية وتنويعها كما حددها قانون الاستثمار رقم (١٣) لسنة ٢٠٠٦ المعدل.

الا ان حركة الاستثمار في العراق واجهت وتواجه الكثير من المصاعب والعقبات ابتداءً من كون التجربة فتية او بسبب الوضع الامني والسياسي غير المستقر او نقص الخبرات او وجود الروتين والبيروقراطية وغيرها من الامور التي تكون بمثابة سلبية تجاه حركة ودخول الاستثمار في العراق .

ومن هنا لابد من تفعيل آليات ومقترحات تساهم في جذب الاستثمار الاجنبي ومن ابرز هذه الامور هي تفعيل المزايا والضمانات للاستثمار الاجنبي لجعلها جاذبة، و نحن نعرف المقولة الشهيرة (رأس المال جبان) ولكي يكون المستثمر الاجنبي مطمأن لابد من تقديم جميع المزايا والضمانات له وتعزيز هذه الضمانات ولاسيما القانونية منها والحقيقة ان العراق بوصفه دولة نامية فهو بحاجة ماسة الى الاستثمار الاجنبي لاسيما أن الظروف التي مر بها جعلته بحاجة ماسة للاستثمار الاجنبي ، لذلك أحسن المشرع العراقيَّ صنعاً عندما اصدر قانون الاستثمار رقم (١٣) لسنة ٢٠٠٦ بصيغته الحالية على الرغم من وجود ثغرات ومآخذ عليه والذي شجع المستثمر الاجنبي بالمخاطرة برأس ماله وادخاله في العراق من خلال توفير الكثير من الضمانات له والتي سنتطرق لها في بحثنا .

٢. فرضية البحث:

لكون تجربة الاستثمار في العراق فتية ولوجود اسباب ومعوقات عديدة تحول دون تفعيل عمل الاستثمار ولاسيما الاستثمار الاجنبي ، اذ لابد من تفعيل اليات كثيرة ومنها القانونية لغرض تشجيع الاستثمار الاجنبي ومن هنا لابد من الاعادة والمراجعة المستمرة لقانون الاستثمار والمزايا والضمانات المقدمة للاستثمار ايضاً.

٣. هدف البحث :

من المعروف ان التوجه للدولة العراقية بعد عام ٢٠٠٣ نحو الاقتصاد بأن شكل اقتصاد العراق هو اقتصاد حر ولمّا كانت البيئة العراقية السابقة قبل ٢٠٠٣ غير مشجعة للاستثمار الاجنبي وان النسبة الكبيرة جدا من التشريعات القانونية تتقاطع مع الاستثمار الاجنبي وغير ملبية لطموح الاستثمار بصورة عامة والاستثمار الاجنبي بصورة خاصة وللأسف فان اغلب هذه القوانين لازالت غير فعالة الى يومنا هذا مما سبب خلل في جذب الاستثمار الاجنبي الى جمهورية العراق كان ولابد من المطالبة بتعديل او تغيير هذه القوانين هذا من جانب ومن جانب اخر فإن كون العراق فتي في تجربة اقتصاد السوق وكذلك الاستثمار بشقيه (المحلي والاجنبي) وبسبب ظروف اخرى ادت الى وجود معوقات للاستثمار منها التجاذبات السياسية والوضع الامني غير المستقر في بعض الاحيان وعدم وجود بنى ارتكازية وعدم وجود نظام مصرفي متطور ووجود روتين وبيروقراطية وغيرها هناك وجود ضبابية لدى المستثمر الاجنبي تجاه تحديد بوصلته و رؤيته الى العراق فكان لابد من طمأنته تجاه هذا الموضوع وتبيان الضمانات والمزايا الموجودة ضمن النظام القانوني والاداري داخل العراق، ان المتابعة المستمرة ووجود بحوث ودراسات تعنى بموضوع الاستثمار الاجنبي يساهم في وضع حلول للمعوقات والمشاكل التي تواجه الاستثمار بصورة عامة والاستثمار الاجنبي بصورة خاصة ومن هنا جاء هذا البحث للوقوف على الضمانات ولاسيما القانونية التي تعطى الى المستثمر الاجنبي.

٤. مشكلة البحث :

بسب الظروف القاهرة التي مر بها العراق في الاوقات السابقة جعلت المناخ العام لتشجيع الاستثمار غير فعال ، ولغرض ايجاد بيئة فعالة تزرع الطمأنينة لدى المستثمر ولاسيما الاجنبي ، لابد من ايجاد وسائل فعالة تكون جاذبة ومشجعة له ومن ابرز هذه الوسائل ، هي الضمانات بجميع انواعها سواء كانت ضمانات تجارية أم غير تجارية.

٥. منهج البحث :

سوف يكون منهج البحث لهذا الموضوع من خلال دراسة للضمانات التجارية وغير التجارية والتركيز على بعض منها لأهميتها في الوقت الحاضر لأنها تشكل نقطة وقوف وتخوف لدى الاستثمار الاجنبي فضلاً عن أن التعرض لمقارنة بين ضمانات الاستثمار الموجودة في العراق

وخاصة في قانون الاستثمار رقم ١٣ لسنة ٢٠٠٦ المعدل وبين قوانين استثمار عربية ابرزها قوانين (مصر ، والاردن والكويت) ، ونستعرض ماهية واهمية الضمانات ولاسيما المقدمة للاستثمار الاجنبي

٦. هيكلية البحث :

سوف تكون هيكلية البحث وفق دراسة مقارنة تشمل(العراق ، مصر ، الاردن ، والكويت) كذلك ، سوف يتناول البحث مبحث تمهيدي يتناول مفهوم وتعريف الاستثمار والتطرق الى انواعه . ومن ثم سوف ندخل في فصول الرسالة وهي فصلان.

الفصل الاول سوف يتناول ، مفهوم ضمانات الاستثمار الاجنبي ويقسم هذا الفصل على مبحثين ، الاول يتناول ، التعريف بضمانات الاستثمار الاجنبي ، والثاني اساس واهمية ضمان الاستثمار.

اما الفصل الثاني فسيتناول ، انواع ضمانات الاستثمار الاجنبي ، ويقسم هذا الفصل على مبحثين الاول يتناول ، ضمانات ضد المخاطر غير التجارية ، وسيتناول المبحث الثاني من هذا الفصل ، الضمانات ضد المخاطر التجارية .

واخيراً سوف تكون الخاتمة التي تنقسم على استنتاجات ومقترحات .