جمهورية العراق
وزارة التعليم العالي والبحث العلمي
معهد العلمين للدراسات العليا

المفهوم الموسع للالتزامات الدولية في منازعات الاستثمار

رسالة تقدم بها الطالب

رزاق حسين كاظم شُبّر

الى مجلس معهد العلمين وهي جزء من متطلبات نيل شهادة الماجستير في القانون الدولي

بإشراف الدكتور

عبد الرسول كريم ابوصبيع

استاذ القانون الدولي العام المساعد في كلية القانون /جامعة الكوفة

١٤٣٨هـ **٢٠١٧م**

بسم الله الرحمن الرحيم

فَلَا وَرَبِّكَ لَا يُؤْمِنُونَ حَتَّى يُحَكِّمُوكَ فِيمَا شَجَرَ بَيْنَهُمْ ثُمَّ لَا يَجِدُوا فِي أَنْفُسِهِمْ حَرَجًا مِمَّا قَضَيْتَ وَيُسَلِّمُوا تَسْلِيمًا

صدق الله العلي العظيم

(الآية ـ ٦٥ـ سورة النساء)

الاهداء

إلى عائلتي .....

إلى أساتذتي .....

إلى أصدقائي .....

إلى احبتي .....

إلى العائلة الاكبـر الـــــعراق

اهدي هذا الجهد المتواضع

الباحث

شكر وتقدير

في مثل هذه اللحظات يتوقف اليراع ليفكر قبل أن يخط الحروف ليجمعها في كلمات... تتبعثر الأحرف وعبثاً أن يُحاول تجميعها في سطور. سطوراً كثيرة تمر في الخيال ولا يبقى لنا في نهاية المطاف إلا قليلاً من الذكريات وصوراً تجمعنا برفاقٍ كانوا إلى جانبنا فواجبٌ علينا شكرهم.

في البدء اشكر الله عز وجل الذي أنار لي الدرب، وفتح لي أبواب العلم وأمدني بالصبر والإرادة.

وأتوجه بالشكر الجزيل إلى الأستاذ المساعد الدكتور عبد الرسول كريم الذي تفضل بالإشراف على هذه الرسالة وما قدمهُ لي من نصائحٍ وتوجيهاتٍ وملاحظات. فجزاهُ الله عنا خيراً ولهُ كل التقدير والاحترام.

كما أشكر كل من أمدني بحرفٍ ونصيحةٍ وشدّ أزري وأعانني بأي خدمة واخص بالذكر أساتذة معهد العلمين/ قسم القانون وعمادة المعهد. كما اشكر جميع العاملين في مكتبة كلية القانون في جامعة بغداد وبابل وجامعة القادسية وجامعة الكوفة. كما لا يفوتني التوجه بالشكر لكلية الحقوق جامعة بيروت العربية في لبنان والجامعة الإسلامية في لبنان وجامعة القديس يوسف .

وفي الختام أسأل الله عز وجل أن ينفع غيري بعملي هذا، فإن كان من صوابٍ فمن فضل الله تبارك وتعالى، وإن كان غير ذلك فهو مني.

المستخلص

يعد الاستثمار الاجنبي ركيزة اساسية لدفع عجلة التنمية الاقتصادية لاي بلد لاسيما البلدان النامية حيث يجلب رؤوس الامول الاجنبية وكذلك نقل التكنلوجيا الحديثه ويوفر فرص عمل كبيرة ويطور القدرات التنافسية التصديرية للبلدان .

واذا اختارت اي دولة من الدول فتح باب الاستثمار الاجنبي فعليها ان تعلم جيدا ان هنالك معادلة ثابته مفادها ان راس المال حذر لا ينتقل من مكان الى اخر الا في حالة توفر الحماية القانونية التي يعتقد المستثمر الاجنبي انها كافية لضمان حقوقه بعيدا عن الاجراءات الروتينية والتعقيدات البيروقراطية الادارية ، وطلب الحماية هذا ناتج عن عدم ثقة المستثمر الاجنبي بالوسائل التقليدية القائمة على حماية المستثمرين الاجانب في تلك البلدان التي يتوجب عليها توفير الحماية الحقيقية للاستثمارات الاجنبية بعيدا عن التعقيدات الادارية ولذلك كان ضروريا البحث عن اليات ونظم للحماية الدولية للاستثمار الاجنبي من خلال وضع قواعد حماية موضوعية وتسوية المنازعات بين المستثمر الاجنبي والدولة المضيفة وعقد اتفاقيات تشجيع وحماية الاستثمار واهم تلك القواعد والاليات هو المفهوم الموسع للالتزامات الدولية في منازعات الاستثمار او ما يطلق علية شرط المظلة ويعرف بانه الشرط الوارد في اتفاقيات حماية وتشجيع الاستثمار الذي يلزم الدولة بموجبة بالوفاء بأية التزامات اخرى فضلا عن الالتزامات الواردة في تلك الاتفاقيات سواء وجدت في عقد الاستثمار او اي التزامات دولية اخرى فلها الاولوية على تلك الالتزامات ،بحيث ينقل الالتزامات العقدية للدولة الى التزامات دولية ويستطيع المستثمر اقامة دعوى دولية بموجب تلك الاتفاقيات بدلا من دعوى عقدية بموجب عقد الاستثمار .

وبالتالي يستطيع المستثمر الادعاء بان انتهاك الدولة المضيفة لالتزاماتها بموجب عقد الاستثمار هو انتهاك للاتفاقية بموجب الشرط الوارد فيها ويحق له بناءا على ذلك اقامة الدعوى امام هيئات التحكيم الدولية .

ولم يغب عن الباحث ان موضوع الرسالة هو موضوع جديد في المكتبة القانونية العربية اذ ان شرط المظلة او المفهوم الموسع للالتزامات الدولية في منازعات الاستثمار هو موضوع تناولته بعض الكتب المتخصصة في مجال التحكيم في منازعات الاستثمار الدولي ، ولايوجد في كتب النظرية العامة (اذ ان اساسه تعاقدي ومثاله تعاهدي) ولا ادل على ذلك من ان هذا الموضوع كان من ضمن مفردات السنة التحضيرية التي درسناها في محاضرات الاستاذ الدكتور زهير الحسني وهو اختصاصه الاصيل ومؤلفاته في القانون الدولي العام ،ومن ثم فأمر طبيعي ان تتداخل فروع القانون المختلفة في تناول هذا الموضوع من قبيل القانون الدولي الخاص والقانون التجاري مضافة الى القانون الدولي العام .

وبالتالي فان توافر الصفة الدولية في الموضوع وهي صفة مشتركة ومتلازمة بين الاستثمار الاجنبي والذي يعرف بانة توظيف راس المال الاجنبي في انتاج السلع والخدمات بغية زيادة الدخل والنمو الاقتصادي وبين التحكيم التجاري الدولي الذي يلجأ الية المستثمر الاجنبي بحثا عن سرعة الاجراءات والنزاهه والحيادية في هيئة التحكيم، ففي الوقت الذي تحرص فيه تلك الدول على تشجيع الاستثمار الاجنبي في بلدانها تجدها مضطرة للقبول بالتحكيم التجاري الدولي وتفعيل المفهوم الموسع للالتزامات الدولية في منازعات الاستثمار او ما يطلق علية شرط المظلة بالإضافة الى الامتيازات الاخرى . وهذا لا يتعارض مع التشريعات الوطنية مثل قانون المرافعات المدنية العراقي رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩ حيث اجاز في المادة ٢٥١ الاتفاق على التحكيم في نزاع معين كما يجوز الاتفاق على التحكيم في جميع المنازعات التي تنشأ من تنفيذ عقد معين فجميع المنازعات تعبير مطلق والمطلق يجري على اطلاقه .

ولقد تناولت هذا الموضوع بثلاثة فصول الفصل الاول اختص بالتعريف بالمفهوم الموسع للالتزامات الدولية في منازعات الاستثمار وبواقع مبحثين المبحث الاول تناول التأصيل القانوني للفصل في منازعات الاستثمار وكان في مطلبين والمبحث الثاني تناول التعريف بالمفهوم الموسع للالتزامات الدولية في منازعات الاستثمار وكان في اربعة مطالب

ولقد تناولنا في الفصل الثاني المفهوم الموسع للالتزامات الدولية لدى المركز الدولي لحل منازعات الاستثمار وكان في مبحثين تطرق المبحث الاول الى الاتجاه الضيق في تفسير الالتزامات العقدية في عقود الاستثمار واتى في مطلبين وتطرق المبحث الثاني الى توسعة الالتزامات الدولية في منازعات الاستثمار وجاء في مطلبين اما الفصل الثالث تطرق الى وسائل واجراءات تسوية المنازعات الاستثمارية في ضوء المفهوم الموسع للالتزامات الدولية وايضا جاء في مبحثين تناول المبحث الاول وسائل تسوية المنازعات امام المركز الدولي (التوفيق والتحكيم) في مطلبين وتناول المبحث الثاني الطرق الكفيلة للجوء للتحكيم التجاري الدولي وخاتمة اوردت فيها اهم الاستنتاجات والتوصيات التي اامل ان تكون لها الدور الفاعل بالتعريف والتفعيل لهذا الموضوع المهم والحيوي

والله ولي التوفيق

الباحث

الموضوع	رقم الصفحه
الآية الكريمة ،الاهداء، شكروتقدير ،المستخلص	أ – و.
المقدمة	١ – ٧
الفصل الاول: التعريف بالمفهوم الموسع للالتزامات الدولية في منازعات الاستثمار	٨–٦٩
المبحث الاول :التأصيل القانوني للفصل في منازعات الاستثمار	٩
المطلب الاول :الفصل في منازعات الاستثمار من قبل القضاء الوطني وهيئات التحكيم الدولية	٩–١٠
الفرع الاول :اساس التحكيم التجاري الدولي في القانون العراقي	١١–١٤
الفرع الثاني اقرار القانون العراقي للتحكيم التجاري الدولي	١٤–١٦
المطلب الثاني :الفصل في منازعات الاستثمار من قبل هيئات التحكيم الدولية	١٦–١٧
الفرع الاول : المحاكم الدولية اولا: محكمة التحكيم الدولية الدائمة	١٧–١٨
ثانيا :محكمة العدل الدولية	١٨–٢١
الفرع الثاني: مراكز التحكيم الدولية اولا: غرفة التجارة الدولية في باريس	٢١–٢٤
ثانيا :اتفاقية واشنطن –المركز الدولي من اجل فض المنازعات المتعلقة بالاستثمارات ICSID	٢٤–٢٩
ثالثا :مركز القاهرةالاقليمي للتحكيم التجاري الدولي	٢٩–٣٠
رابعا :جهاز تسوية المنازعات بمنظمة التجارة العالمية DSB	٣٠–٣٢
المبحث الثاني :التعريف بالمفهوم الموسع للالتزامات الدولية في منازعات الاستثمار	٣٣
المطلب الاول :تعريف المفهوم الموسع للالتزامات الدولية (شرط المظلة)Umbrella Clause الفرع الاول : التعريف بشرط المظلة الفرع الثاني :اثار البنود المظلية	 ٣٣ ٣٣–٣٦ ٣٦–٣٧

المطلب الثاني :شروط العمل بالمفهوم الموسع للالتزامات الدولية (شرط المظلة)	٣٧
الفرع الاول :ان يكون عقد الاستثمار من عقود الدولة	٣٧-٤٣
الفرع الثاني :عدم اختصاص القضاء الوطني	٤٣ -٤٩
الفرع الثالث :ان تكون الدول ذات الشأن اطراف في اتفاقية المركز الدولي	٤٩-٥٦
المطلب الثالث :الطبيعة القانونية للمفهوم الموسع للالتزامات الدولية (شرط المظلة)	٥٦
الفرع الاول :الشروط الموضوعية	٥٦-٥٩
الفرع الثاني :الشروط الاجرائية	٥٩-٦٢
المطلب الرابع :تمييز المفهوم الموسع للالتزامات الدولية عن الحصانة القضائية لاستثمار الطرف الاجنبي	٦٢
الفرع الاول :المقصود بالحصانة القضائية لاستثمارات الطرف الاجنبي	٦٢-٦٥
الفرع الثاني :تمييز المفهوم الموسع للالتزامات الدولية عن الحصانة القضائية لاستثمار الطرف الاجنبي	٦٦-٦٩
الفصل الثاني :المفهوم الموسع للالتزامات الدولية لدى المركز الدولي لحل منازعات الاستثمار icsid	٧٠-١١٠
المبحث الاول :الاتجاه الضيق في تفسير الالتزامات العقدية في عقود الاستثمار	٧٠
المطلب الاول:طبيعة عقد الاستثمار	٧١-٧٣
الفرع الاول :الصفة الوطنية لعقد الاستثمار	٧٣-٧٧
الفرع الثاني: الصفة الدولية لعقد الاستثمار	٧٧-٨٢
المطلب الثاني :تضييق الالتزامات العقدية لاطراف عقد الاستثمار	٨٢
الفرع الاول:الدولة المتعاقدة	٨٢-٩٠
الفرع الثاني:المستثمر الاجنبي	٩٠-٩٧
المبحث الثاني:توسعة الالتزامات الدولية في منازعات الاستثمار	٩٧
المطلب الاول :الالتزامات العقدية ثابتة يضاف لها الالتزامات الدولية كحماية للاستثمارات الاجنبية	٩٧
الفرع الاول :التزامات الدولة	٩٧-٩٩

الفرع الثاني :التزامات الطرف الاجنبي	٩٩-١٠١
المطلب الثاني:نقل الالتزامات العقدية الى التزامات دولية	١٠١-١٠٣
الفرع الاول:التدويل المباشرلعقود الدولة وخضوعهاللقانون الدولي العام	١٠٣-١٠٦
الفرع الثاني:التدويل غير المباشر وخضوع عقود الدولة لنظام قانوني ثالث	١٠٦-١١٠
الفصل الثالث: وسائل واجراءات تسوية المنازعات في ضوء المفهوم الموسع للالتزامات الدولية	١١١
المبحث الاول: وسائل تسوية المنازعات امام المركز الدولي(التوفيق والتحكيم)	١١٢-١١١٣
المطلب الاول: ماهية التوفيق والتحكيم	١١٣
الفرع الاول: مفهوم التوفيق	١١٣-١١٧
الفرع الثاني: مفهوم التحكيم	١١٧-١٢١
المطلب الثاني: اجراءات فض النزاع لدى المركز الدولي لحل منازعات الاستثمار	١٢١-١٢٢
الفرع الاول: اجراءات اقامة الدعوى التحكيمية	١٢٢-١٣٠
الفرع الثاني: القانون الواجب التطبيق	١٣٠-١٣٣
المبحث الثاني: الطرق الكفيلة للجوء الى التحكيم التجاري الدولي	١٣٣
المطلب الاول: اللجوء الى التحكيم التجاري الدولي بموجب التشريعات الداخلية والقضاء الدولي	١٣٣-١٣٤
الفرع الاول: التشريعات الداخلية	١٣٤-١٣٦
الفرع الثاني: القضاء الدولي	١٣٦-١٤٤
المطلب الثاني:اللجوء الى التحكيم التجاري الدولي بموجب الاتفاقيات الدولية	١٤٤-١٤٥
الفرع الاول: المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار	١٤٥
الفرع الثاني:المجلس العربي لتسوية منازعات الاستثمار	١٤٥-١٤٩
الخاتمة	١٥٠-١٥٤
المصادر	١٥٥-١٦٥
قائمة مختصرات	١٦٦
Summary	A-B-C