جامعة المنصورة

كلية الحقوق

قسم القانون الدولي الخاص

ضوابط الاختصاص التشريعي لعقود ال B.O.T في القانونيين المصري والكويتي – دراسة مقارنة

إعداد الباحث

عبيد ناصر حمران ناصر خشمان

تحت إشراف

أ.د/ محمد السيد عرفة

أستاذ القانون الدولي الخاص

وعميد كلية الحقوق سابقا

جامعة المنصورة

٢٠٢١

المقدمة

يمكن القول أن لمشروعات البنية الأساسية أهمية كبيرة، وهىأهم ركائز تحقيق التنمية الشاملة، فقد حظيت بالاهتمام الأكبر، واعتمدت الحكومات خلال الفترات الماضية على إدراج الاعتمادات المالية الضخمة في ميزانيتها لتنفيذ مثل هذه المشروعات الكبرى، ما أحدث عجزا دائما ومستمرا بها، الأمر الذي أدى إلى البحث عن وسائل أخرى، وظهر في الآونة الأخيرة عدة آليات مبتكرة لتمويل هذه المشروعات تتمثل إحداها فيما سمى بنظام البناء والتشغيل ونقل الملكية وهو المعروف اختصارا باصطلاح BOT، وهي تستند إلى فكرة مؤداها تمكين الحكومة من التوسع في مشروعات البنية الأساسية من طريق استغلال الموارد خارج مخصصات الميزانية والتزامات الدولة الداخلية والخارجية.

وقد ازداد لجوء الحكومات إلى تنفيذ هذه المشاريع من طريق عقود BOT ولا سيما فى الدول النامية لمعالجة القصور في التمويل الحكومي ونقل التكنولوجيا، ونقل مخاطر التمويل إلى القطاع الخاص، وكذلك للارتقاء بمستوى جودة الخدمات المقدمة للمواطنين.

ونظراً إلى حرص السلطة العامة في دول العالم الثالث على بناء مرافقها الأساسية وتطويرها وتحديثها وفقا لنظامBOT، فقد عنيت العديد من المؤلفات بدراسة النظام القانوني لهذه العقود ومعالجة إشكالية تكييفها القانوني، وآلية إبرامها، من حيث كيفية اختيار المتعاقد مع الإدارة ونظامها الإجرائي، وعقدت لأجل ذلك المؤتمرات والندوات التي تناولت بالتحليل مزاياه، ورصدت محاذيره وسبل مواجهتها، وتعرف نظمه وأساليبه التعاقدية، ولقد أصبح هذا النظام عنصرا" أساسيا" في عملية التنمية وعاملا مساعدا في سد الفجوة القائمة بين الدول الصناعية والدول النامية.

وتأتي أهمية نظام الـــ BOT بالنسبة للدول النامية أنه يعمل على زيادة القدرة الاستيعابية للاقتصاد المقام فيه، ثم زيادة قدرته على جذب الاستثمارات المحلية والأجنبية، سواء لتسيير عمل المشروعات القائمة بالفعل ومساعدتها على التطوير، والتحسين والتوسع المضطرد، أو لإقامة العديد من الشركات والمصانع والمزارع التي لا يمكن إقامتها من دون توفير مشروعات البنية الأساسية التي تمت إقامتها من خلال التمويل الذاتي بنظام الـــ BOT، ثم إن النظرة العلمية لهذه المشروعات تظهر أنها لا تستمد أهميتها من الوضع أو الحاجة الحاضرة فقط، ولكنها تزداد أهميتها في ما يتصل ويتعلق بها من إمكانيات احتمالية في المستقبل، بالرغم من بعض العيوب التي تعتري تنفيذه

ونتيجة العلاقات المعقدة في عقود الـــ B.O.T فقد برزت أشكالية تنازع القوانين كإحدى موضوعات القانون الدولي الخاص في كيفية الوصول إلى القانون الواجب التطبيق من بين القوانين المتنازعة كون العلاقات القانونية التي تندرج في مجال القانون الدولي الخاص تربط بأكثر من دولة وقانون ويحتاج الأمر إلى تحديد قانون من بين هذه القوانين التي ترتبط بالعلاقة.

مشكلة الدراسة:

تتمثل مشكلة الدراسة في تحديد القانون واجب التطبيق على عقود B.O.T في القانونيين المصري والكويتي عن طريق تحديد ضوابط الاختصاص التشريعي لعقود B.O.T في كلا القانونين، بالرغم مما يفرزه ذلك من صعوبات ناتجة عن رغبة كل دولة في تطبيق قانونها لتحقيق مصالحها، حيث أصبح من الضروري في ظل البحث عن بديل توفيقي بين المصالح المتعارضة للأطراف، ويتمثل هذا البديل في الاعتماد على ضوابط موضوعية

يمكن اللجوء إليها لتحديد القانون واجب التطبيق، ومنها تكمن مشكلة البحث في محاولة رصد ضوابط تعمل على إسناد العقد إلى النظام القانوني المناسب بما يحقق التنسيق بين قوانين الدول المتنازعة في هذا الصدد.

أهمية الدراسة:

تكمن أهمية الدراسة في تطبيق نظام B.O.T في أنه مدخل تمويلي وتشغيلي لمشروعات البنية الأساسية، خاصة في الدول النامية حيث غير هذا النظام الدور التقليدي للمتعاقد من كونه مقدم خدمة إلى دور الشريك التجاري في تشغيل المشروع، وهو ما أنتج عدة صعوبات في حالة نشوء نزاع معين ما بين الأطراف، حيث يلجأ القاضي الوطني إلى تطبيق قواعد الاسناد في حالة التزاحم والنزاع على تطبيق قانون أكثر من دولة، ويقوم مباشرة بإعمال قواعد إسناده هذا بإتباع مراحل إجرائية لا تحل النزاع مباشرة، وإنما ترشد القاضي إلى القانون الواجب التطبيق بحكم العلاقة المشتملة على عنصر أجنبي، وهو ما سوف نحاول توضيحه وبيانه من خلال ضوابط الإسناد الأصلية والاحتياطية في القانونيين المصري والكويتي.

منهج البحث:

اعتمد في دراستنا لضوابط الاختصاص التشريعي لعقود B.O.T على المنهج الوصفي والتحليلي والمقارن، من خلال استقراء النصوص القانونية وتوضيح آداء الفقه وأحكام القضاء.

الدراسات السابقة:

١- هاني صلاح سري الدين، التنظيم القانوني والتعاقدي لمشروعات البنية الأساسية الممولة من طريق القطاع الخاص، دراسة تحليلية لنظام البناء والتملك والتشغيل ونقل الملكية Boot وغيره من صور مشاركة القطاع الخاص في تقدم خدمات البنية الأساسية، ٢٠٠١.

٢- محمد متولي، إدارة مشروعات البنية الأساسية بنظام (B.O.T) في الكويت، وهو بحث مقدم للمؤتمر الثاني لدور القطاع الخاص في مشروعات التنمية والبنية التحتية، الكويت، ٢٠٠٣,

٣- محمد الروبي، عقود التشييد والاستغلال والتسليم BOT، ٢٠٠٨.

صعوبات الدراسة :

١- صعوبة الحصول على المراجع

٢- الظروف التى يمر بها العالم الآن نظرا لانتشار جائحة كورونا كانت سببا فى صعوبات واجهتنى فى البحث .

خطة البحث:

مقدمة:

المبحث الأول: ضابط الاسناد الأصلي في القانونيين المصري والكويتي

المبحث الثاني: ضوابط الاسناد الاحتياطية

الخاتمة :

المبحث الأول

ضابط الاسناد الأصلي في القانونين المصري والكويتي

مر النظام القانوني للعقود التي تنطوي على عنصر أجنبي، فيما يتعلق بتحديد القانون واجب التطبيق، بالعديد من التطورات الفقهية إلى أن انتهى الفقه إلى تبني قانون الإرادة واعتباره حاكما للعقود الدولية، حيث إن الفقه الإيطالي القديم أسند هذه العقود لقانون مكان إبرام العقد باعتباره المكان الذي نشأ فيه التصرف القانوني، والذي ارتضاه ضمنياً طرف العقد والمستنتج من معرفتهما واحاطتهما لهذا القانون ([1])، غير أن البعض قال بإخضاع العقد لمكان التنفيذ استنادا للإرادة المتعاقدين ذاتها. لأن من يدخل في علاقة تعاقدية يقبل مسبقا الخضوع لقانون مركزه ([2]) في حين تبنى الفقيه الإيطالي مانشينىMancini – نظرية شخصية القوانين– ، غير أنه لم يستطع تجاهل قانون الإرادة ، فأورده كأحد أهم الاستثناءات المقررة على نظريته ([3]) بينما الفقيه الفرنسي Dumoulin قال إذا كان قانون محل إبرام العقد قد فرض اختصاصه استناداً للإرادة الضمنية فإنه بإمكان المتعاقدين بإرادتهما الصريحة اختيار قانون أخر ليحكم عقدهما ([4]) ومنذ ذلك الحين استقرت قاعدة سلطان الإرادة في ميدان العلاقات التعاقدية بمثابة عرف دولي أو مبدأ عام معترف به، في كافة الأنظمة القانونية ([5]).

---

[1]- محمد بشار الأسعد، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى، ٢٠٠٦، ص ٩٦.

[2] - محمد بشار الأسعد، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، المرجع السابق، ص ٩٧.

[3]- فلحوط وفاء مزيد، المشاكل القانونية في عقود نقل التكنولوجيا إلى الدول النامية، ط١، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠٠٨، ص ٧٣٧.

[4] - بلقاسم إعراب، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، الزيتونة للإعلام والنشر، الجزائر، بدون سنة نشر، ص ٢٧٥.

[5] - بلقاسم إعراب، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، المرجع السابق، ص ٣٣٧ وما بعدها.

ويقصد بمبدأ قانون الإرادة في القانون الدولي الخاص حرية الأطراف في تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد المزمع إبرامه إذا كان هذا العقد مما يحتمل خضوعه لقوانين بلاد مختلفة ([٦]). وهو يعطي الأطراف سلطات واسعة في اختيار القانون الواجب التطبيق والمحكمة المتخصصة لحل النزاعات. وفي مقابل العلاقات القانونية التي تحكم أفراد الدولة الواحدة، وتكون جميع عناصرها محلية تخضع للقانون المحلي، فإن القانون الذي يحكم العلاقات الناشئة عن العقود الدولية. يترك مجالا لحرية الأفراد لتوجيه نشاطهم على النحو الذي يرونه مناسبا لهم، وعليه وإضافة إلى اتفاقهم على شروط العقد لهم أن يحددوا باتفاقهم القانون الواجب التطبيق الذي سيحكم العلاقة العقدية بينهم وما يمكن أن ينشأ حولها من منازعات، وهو ما يعرف بمبدأ قانون سلطان أو استقلال الإرادة أو كما يسمى في اللغة الفرنسية. ([٧])

ويراد بمبدأ قانون الإرادة في القانون الدولي الخاص ايضاً ، حرية الأطراف في تحديد القانون واجب التطبيق على العقد، مما يحتمل خضوعه لقوانين بلاد مختلفة، ففي عام **1999** كتب "**بيتر ناي**" **peter nigh** في تأسيسه لمبدأ قانون الإرادة، بأنه يعطي الأطراف سلطات واسعة في اختيار القانون الواجب التطبيق والمحكمة المختصة لحل النزاعات، ويختار هذا القانون عادة عند إبرام العقد، ويمكن أن يتم بعد إبرامه وبمناسبة النزاع عند التنفيذ، كما يجوز تعديل هذا الاختيار. أما القانون الدولي الخاص فيراد به مجموعة القواعد التي تعني بصفة أساسية ببيان المحكمة المتخصصة والقانون الواجب

---

[٦] - عبد الفتاح بيومي حجازي، النظام القانوني لحماية التجارة الإلكترونية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ٢٠٠٢، ص ١٧٠.

[7] -regarde le site web : www.legifrance.fr٢٠٢١/٨/٢٠

التطبيق على العلاقات القانونية ذات العنصر الأجنبي وإسناد هذه العلاقات إليه، لذلك تسمى هذه القواعد بقواعد الإسناد.([8])

ويمكن القول أن مبدأ قانون الإرادة هو ضابط إسناد، لذا فلأفراد الحرية المطلقة في اختيار القانون واجب التطبيق على موضوع النزاع المثار بينهما، وهذا الاختيار قد يأخذ أشكالا في التعبير عن هذه الإرادة التي منحها القانون بدوره العناية اللازمة، وسنتطرق في هذا المبحث إلى أشكال مبدأ قانون الإرادة، ففي **المطلب** الأول سنتطرق إلى الإ**رادة** الصريحة وفي المطلب الثاني **الإرادة** الضمنية.

المطلب الأول

ضابط الإرادة الصريحة

يقصد بالاختيار الصريح لقانون العقد بأن يتولى الأطراف بصفة صريحة تعيين القانون واجب التطبيق على العقد، فيعتبر هذا الاختيار عنصر من عناصر الإسناد من خلاله يتم فض النزاع إذا توفرت شروط تطبيقه.

ويتم التعبير عن الإرادة وفقا للقواعد العامة بكل وسيلة تكشف عما قصده المتعاقدون دون إتباع شكل معين يقيد من كيفية التعبير عنها، فالمتعاقد يفصح عن إرادته بالوسيلة التي يراها مناسبة من خلالها يمكن إحاطة الغير فيما اتجهت إليه إرادته بطريقة مباشرة وفقا لأساليب متعددة وغير محصورة وهذا وفقاً لما تنص عليه المادة 43 من مرسوم بالقانون رقم (٦٧) لسنة ١٩٨٠ بإصدار القانون المدني الكويتي، والمادة ٩٠ من القانون رقم ١٣١ لسنة ١٩٤٨ بإصدار القانون المدني المصري. وتكون الإرادة صريحة إذا ما اتخذت مظهرا خارجيا مألوفا بين الناس. يؤديها الإنسان مباشرة أو يؤديها

[8]- زياد محمد فالح بشايشة، أحمد الحراكي، عماد قطان – دور إرادة أطراف التعاقد في اختيار القانون واجب التطبيق في الالتزامات التعاقدية الدولية وفقا للقانون الأردني- دراسة دراسة مقارنة .دون سنة .دون طبعة .ص**128**

بالوساطة كما لو تم استخدام الهاتف أو يكون بالكتابة في أي صورة من صورها، أو بالإشارة المتداولة عرفا أو باتخاذ موقف لا تدع ظروف الحال شكاٍ في دلالته على ما تقصده الإرا دة.

ويقصد بالإرادة الصريحة في مجال تنازع القوانين، تولي الأطراف تعيين القانون واجب التطبيق على نحو صريح إعمالاً لقاعدة الإسناد التي جعلت من هذه الإرادة كضابط إسناد أصلي من خلاله. يتم تعيين القانون المختص، ويتم ذلك وفقا لأشكال تتناسب مع طبيعة هذا الاختيار، فيكون عن طريق إدراج نص في العقد أو في اتفاق مستقل عن العقد سواءا كان مكتوبا أو شفويا حتى ولو كان أمام المحكمة المختصة قبل الفصل في النزاع تيسيرا على المتعاقدين وتحقيق فعالية قاعدة الإسناد التي تسند العقد الدولي لقانون الإرادة. ([٩])

وتثير المنازعات التي تنشأ عن العقود التي تبرمها الشركات دولية النشاط مع الدولة مسألة تحديد القانون واجب التطبيق على هذه العقود، وذلك لاختلاف مكان تنفيذ العقد عن الدولة التي يوجد فيها المقر الرئيسي للشركة المتعددة الجنسية من جهة، ولتعدد جنسيات مساهمي هذه الشركات من جهة أخرى، وقد نص القانون الكويتي رقم (١١٦) لسنة ٢٠١٤ بشأن الشراكة بين القطاعين العام والخاص في المادة (٢٩) منه والخاصة بتسوية المنازعات على أنه " تسري على مشروعات الشراكة بين القطاعين العام والخاص وعقودها أحكام هذا القانون واللائحته التنفيذية، كما تخضع لأحكام القوانين السارية في دولة الكويت بما لا يتعارض مع أحكام هذا القانون، وينظم العقد طريقة تسوية ما قد ينشأ من منازعات بشأن تفسيره أو تطبيقه. ويختص القضاء الكويتي بنظر المنازعات الناشئة عن تطبيق أحكام هذا القانون، ويجوز بالاستثناء من الأمر الأميري الصادر بالقانون رقم ١٢ لسنة ١٩٦٠ المشار

[٩]- أحمد عبد الكريم سلامة، قانون العقد الدولي، دار النهضة العربية، القاهرة،2001 ، ص: ١٨٠-179

اليه، وبعـــــد موافقة اللجنة العليا الاتفاق بين الجهة العامة المتعاقدة والمستثمر على تسوية المنازعات بينهما عن طريق التحكيم."

وفى الغالب يتم حل هذه المشكلة القانونية عن طريق الاتفاق بين الطرفين على تطبيق قانون الإرادة ليحكم العقد. ويسثير هذا الأمر التساؤل عن مظاهر تعبير المتعاقدين عن إرادتهما، والمبادئ التي تخضع لها الإرادة في اختيار قانون العقد.

وقد اختلف الفقه والقضاء الدولي حول ضوابط إعمال قانون الإرادة الصريحة الذي ذهبت إليه إرادة المتعاقدين، ويبرز هذا الاختلاف في حرية المتعاقدين المطلقة في تحديد القانون واجب التطبيق، وهذا ما ذهب إليه المشرع الكويتي والمصري، إلا أن المشرعين أخذا بتقييد هذه الإرادة بأن اعتمد نظرية تركيز الرابطة التعاقدية كما أخذ بتقييد هذه الإرادة وتطبيقها في نطاق محدد وظروف معينة.

وتحديد إرادة الأطراف وإعمالها كضابط إسناد في تحديد القانون واجب التطبيق على عقود البوت. يرتب نتيجة غاية في الأهمية مفادها أن للمتعاقدين حرية اختيار القانون واجب التطبيق على عقدهم, وهذا مرده إلى فكرة أساسية وضعها المشرع في دولة القاضي، للكشف عن القانون واجب التطبيق على االلتزامات التعاقدية، وعلى هذا النحو فإن اختيار الأطراف لقانون العقد لا ينبني على مطلق سلطان الإرادة، أو على قاعدة مادية من قواعد القانون الدولي الخاص، إنما على قاعدة من قواعد تنازع القوانين، لذا يتوجب على المتعاقدين ألا يحيدوا باختيارهم لهذا القانون عن الهدف الذي ترمي إليه قاعدة الإسناد في دولة القاضي وهو حل التنازع عن طريق المفاضلة والتلاؤم بين القوانين المتزاحمة لحكم الرابطة التعاقدية (١) وبهذه المثابة فإن إرادة المتعاقدين لا تقوم باختيار القانون الواجب الواجب التطبيق على العقد، إنما هي تتولى تركيز الرابطة التعاقدية في مكان محدد ضمن ظروف

---

١ - هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، ط ٢، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية٢٠٠١ ص٤٥٢.

وملابسات التعاقد. ([1]) فهي مقيدة بشروط تحد من حريتها في الاختيار، فهناك من الشروط ما ورد ذكره في نصوص القانون المدني المصري والكويتي، وشروط نص عليها المشرع في مواضع متفرقة، إلا أن القاضي يطبقها متى كانت تشكل قاعدة آمرة في قانونه.

ومن هنا يتعين على الإرادة أن تختار أحد القوانين التي تتزاحم لحكم عقد البوت، ما دام أن هناك تسليم بدورها كمعيار للإسناد في قاعدة من قواعد التنازع ذات الطابع الوظيفي، فإن هي تجاوزت دورها في حل مشكلة تنازع القوانين، فكأنها بذلك تحرر هذه الرابطة من سلطان القواعد الآمرة في أي من القوانين المتصلة بها، وهو ما يؤدي إلى إفلاتها من مجال التنازع على خلاف الهدف الذي تسعى إليه قاعدة الإسناد.

الأمر الذي يعكس خلاف ما يهدف المشرع إلى تحقيقه، وهو إطلاق حرية الأطراف في اختيار القانون الذي سينظم عقدهم، بحيث تنسب هذه الفكرة إلى أصحاب النظرية الشخصية، الذين يقرون بحرية الاختيار الإرادي لقانون العقد دونما تقييد، فالقانون المختار على هذا النحو يفقد صفته كمجموعة من القواعد الآمرة ويتحول إلى مجرد تنظيم اتفاقي تنزل أحكامه منزلة الشروط التعاقدية، فالأساس القانوني لهذه النظرية هو مبدأ الكفاية الذاتية للعقد على اعتبار أن العقد يكفي نفسه بنفسه، مضاف إليه مبدأ آخر وهو مبدأ احتياطية القانون على اعتبار أن تدخله أي القانون يجب أن يكون محصورا في الحالات الاحتياطية النادرة إذا وجدت ثغرات في العقد ولم يتفطن لها المتعاقدون.([2])

[1] - حفيظة السيد الحداد، الموجز في القانون الدولي الخاص، الكتاب الأول، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت ٢٠٠٩ ص, ٣٧٧.

[2] - هشام علي صادق، المرجع السابق، ص ٤٥٣.

الفرع الأول

وجود الارادة الصريحة

يكون التعبير عن الإرادة صريحا إذا تضمن العقد نصاً يحدد قانون العقد بعبارات واضحة جازمة تفصح عن نية المتعاقدين عن القانون الحاكم للعقد ([1])، بصورة بعيدة عن الغموض أو الالتباس، كما يمكن أن يكون التحديد عن طريق الرسائل الالكترونية المتبادلة ([2])، وقد شبه بعض الفقه اتفاق المتعاقدين على قانون العقد كأنه إبرام لعقد تأمين على الحياة تحوطا للمستقبل وما يكتنفه من أخطار محتملة ([3]) ، بمعنى أن قيام الأطراف بتحديد القانون الواجب التطبيق على النزاع، يعتبر على سبيل توقي النزاعات التي قد تنشأ مستقبلا فيما بينهم بخصوص القانون الواجب التطبيق.

والشروط العامة التي جرى العمل بها في العقود التقليدية وجدت مكانا مهما في نظام (B.O.T)، حيث يتم قبول المتعاقد الآخر لهذه الشروط العامة من خلال التوقيع ليعلن قبوله، ووضعت العديد من الإجراءات لضمان علم المتعاقد بالشرط الخاص باختيار القانون واجب التطبيق، كأن يقوم المورد بعمل تصميم يجذب انتباه المستخدم لهذه الشروط العامة، ويقوم المستخدم بإعلان إرادته لقبول مضمون هذه الشروط ومنها شرط الاختيار للقانون.

---

[1]- أحمد إبراهيم إبراهيم، القانون الدولي الخاص، الكتاب الأول، تنازع القوانين، دار النهضة العربية، القاهرة،٢٠٠٠ ص ٣٥١

[2]- حسين منصور محمد، العقود الدولية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، ص ٣٥٢.

[3]- عبد الكريم سلامة أحمد، قانون العقد الدولي، مفاوضات العقود الدولية، القانون واجب التطبيق وأزمته، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠١، ص ١٩٠.

وغالبا ما يشمل تحديد الأطراف للقانون واجب التطبيق على العقد الجانبين القضائي والتشريعي اللذان يحكمان العقد أي تحديد الجهة القضائية المختصة بالفصل في النزاعات بين الطرفين، و القانون الذي يتعين على هذه الجهة القضائية أن تطبقه للفصل في النزاع. ([1])

والتعبير الصريح في مجال الاختصاص القضائي الدولي لاختيار الخصوم للمحكمة التي تنظر نزاعاتهم حال نشوبه فيقصد به الارادة الحقيقية والمعلق عنها صراحة، كأن يتفق المتعاقدان بعبارات صريحة على الجهة القضائية التي تنظر في حال نشب بينهم نزاع حول العقد، وتكتب هده العبارات في وثيقة تدرج في العقد الأصلي، وتحديد الجهة القضائية المختصة، في عقود (B.O.T) أحد المظاهر الأساسية لانجاح الأعمال، لأنها تعطي الأمان للمتعاقدين الدوليين، بالاضافة إلى كونها تؤمن الحل في حال وجود نزاع، كما أن عرض النزاع أمام الجهة القضائية التي اختارت أطراف العقد بإرادتها اختيارا صريحا، يعد دليلا لايدع مجالا للشك أنه يخدم مصالحهم، وان كان الأصل أن يتم الاتفاق على اختيار قانون العقد لحظة إبرامه بموجب شرط صريح يدرج ضمن شروط العقد الأصلي أو بمقتضى اتفاق سيعمل به، فإن هذا الاتفاق يمكن أن يتراخى إلى مرحلة لاحقة على إبرام العقد و المتعلقة بالقانون الواجب التطبيق على االلتزامات التعاقدية، حيث يحق للأطراف في أي وقت الاتفاق على إخضاع العقد لقانون آخر غير الخاضع له من قبل، و سواء تم ذلك بإجراء اختيار لاحق يتم تبعا لنفس المادة أو بمقتضى نصوص أخرى، و إذا كان من حق المتعاقدين اختيار القانون الواجب التطبيق على عقدهم سواء عند إبرام العقد الأصلي أو في وقت لاحق لإبرامه، فإنه يجوز لهم أيضا تعديل اختيارهم السابق إلى اختيار آخر في أية فترة لاحقة على إبرام العقد. على أن قبول فكرة تعديل القانون المختار يجب أن لا يترتب عنها الإضرار بالغير الذين بنوا توقعاتهم على القانون الذي تم اختياره أولا و المراد العدول عنه. ويلزم ألا يؤدي ذلك العدول إلى المساس بصحة العقد الذي يجري تعديل اختيار القانون

[1] - عبد الكريم سلامة احمد، قانون العقد الدولي، المرجع السابق، ص ٢٠٣.

الذي يحكمه أي قانون العقد أو تعديله في أي وقت قررت فخولت للمتعاقدين حق العدول عن القانون السابق اختياره مع التحفظ الخاص بحماية الغير وصحة العقد، حيث ساد مبدأ أن " : كل تعديل في تحديد القانون الواجب التطبيق يأتي لاحقا على إبرام العقد ، لا ينال مطلقا من صحة العقد من حيث الشكل المحدد و لا يمسه بحقوق الغير".([1])

والمبادئ الراسخة في العقود الدولية ولاسيما في عقود B.O.T، أن القانون الذي يختاره الأطراف له الصدارة في التطبيق على كافة القوانين الأخرى القابلة للتطبيق. متى كان القانون لا يتعارض مع القواعد الآمرة في النظم القانونية ذات العلاقة، وقد نص قانون التحكيم المصري رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ في المادة (١/٣٩) على أنه تطبق هيئة التحكيم على موضوع النزاع القواعد التي يتفق عليها الطرفان، وإذا اتفقا على تطبيق قانون دولة معينة اتبعت القواعد الموضوعية فيه دون القواعد الخاصة بتنازع القوانين ما لم يتفقا على غير ذلك). وتأخذ الاتفاقيات الدولية المتعلقة بالتحكيم بهذا المبدأ، ومثال على ذلك الاتفاقية الخاصة بتسوية منازعات الاستثمار (اتفاقية واشنطن لسنة ١٩٦٥) المادة (٤٢/أ) ([2]) والاتفاقية الأوروبية لسنة ١٩٦١ في جنيف المادة (١/٧) ([3]).

كما أن قواعد الهيئات الدولية للتحكيم أشارت إلى حرية الإرادة في اختيار القانون واجب التطبيق على المنازعات الدولية، ومنها على سبيل المثال لائحة محكمة التحكيم لدى غرفة التجارة الدولية بباريس المادة (٣/١٣) ([4]).

---

[1]- سليمان أحمد فضل، المنازعات الناشئة عن عقود التجارة الإلكترونية في إطار قانون الدولي الخاص، دون طبعة، دار النهضة العربية، القاهرة، سنة 2011 ص ١٧٣-١٧٤.

[2] - تنص المادة على أنه (عند عدم اتفاق الأطراف تطبق هيئة التحكيم قانون الدولة الطرف في النزاع بما في ذلك قواعد تنازع القوانين الواردة في قانون هذه الدولة وكذلك مبادئ القانون الدولي في الموضوع).

[3] - تنص المادة على أنه (للأطراف حرية تحديد القانون الذي يتعين على المحكمين تطبيقه على موضوع النزاع، وفي حالة غياب إشارة الأطراف إلى القانون الواجب التطبيق فيجب على المحكمين تطبيق قاعدة التنازع التي يرونها ملائمة للحالة المعروضة).

[4] - إذ تنص المادة على أنه (للطرفين كامل الحرية في تحديد القانون الذي يتعين على المحكم تطبيقه على موضوع النزاع، فإذا لم يحدداه، طبق المحكم قاعدة تنازع القوانين التي يراها ملائمة في هذا الشأن).

وإرادة الأطراف لها دور كبير في مجال العقود الدولية، وبالتالي فإن هذه الإرادة لها نفس الدور في مجال اختيار القانون واجب التطبيق على المنازعات التي تنشأ عن هذه العقود. سواء أكان هذا الاتفاق مشروطا في العقد بشرط التحكيم أم أنه في اتفاق خاص. إذ قد يتم الاتفاق بين طرفي العقد على أن يحكم موضوع النزاع قانون دولة معينة، وقد يتفق الأطراف على خضوع جزء معين من النزاع لقانون معين. أو يتم الاتفاق على تطبيق بعض أحكام القانون المختار دون البعض الآخر وفي مثل هذه الحالة نكون بصدد ما يسمى بالاختيار الإيجابي، وقد يتفق الأطراف على استبعاد تطبيق قانون معين أو جزء معين من القانون المختار، وهذا ما يعرف بالاختيار السلبي للقانون ([1]).

وفي جميع هذه الأحوال يتضح أن لإرادة الأطراف دورا أساسيا في اختيار القانون واجب التطبيق على موضوع النزاع أو استبعاد تطبيق قانون معين. ومع ذلك فإن هذا الدور للإرادة يحتاج إلى تفسير، من حيث بيان أساسه القانوني الذي يمكن أن نجده في قاعدة العقد شريعة المتعاقدين ، ومبدأ حرية الإرادة.

[1] - د. محمد فوزي سامي، التحكيم التجاري الدولي، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الطبعة السادسة، ٢٠١٢، ص ١٨٥-١٨٨.

الفرع الثاني

مدى حرية المتعاقدين في اختيار قانون العقد

تقتضي قاعدة خضوع العقد الدولي لأحكام القانون المختار، التسليم بحرية المتعاقدين في اختيار القانون واجب التطبيق عليه احتراما لمبدأ سلطان الإرادة الذي لا يطبق فقط في نطاق العلاقات الداخلية، وإنما يمتد أيضاً ليشمل العلاقات الخاصة الدولية، وقانون الإرادة ينطبق على عقود B.O.T وعلى كافة المعاملات التي تتسم بالطابع الدولي.

وتقوم فكرة قانون الإرادة على الاعتراف لطرفي العقد بحقهما في اختيار وتحديد القانون واجب التطبيق على العقود المبرمة في ميدان التجارة الإلكترونية، وذلك لتحديد جميع الآثار القانونية الناشئة عن العقد التي من بينها تحديد قانون العقد، والمقصود بالإرادة هي الإرادة المشتركة للمتعاقدين وليس الإرادة المنفردة لأحدهما، والتساؤل الذي يثار هنا هل أن قانون الإرادة يتناسب وخصوصية عقود البوت.

واغلب التشريعات الداخلية المعاصرة والاتفاقيات الدولية تتبنى– مبدأ سلطان الإرادة –والذي يقصد به إن إرادة الأطراف التي لها الحرية في تنظيم العقود المبرمة بينهم وفي تحديد القانون الذي يطبق على هذه العقود.

وقد قضت الفقرة الأولى من المادة الأولى ([1]) من مبادئ مؤتمر لاهاي لسنة ٢٠١٥ بأن المبادئ لا تطبق إلا إذا كان العقد دولياً ويتعلق بالتجارة أو الاستثمار، وترتيباً على ذلك، لا تطبق المبادئ إلا في حالة توافر معيارين، الأول: دولية العقد، والثاني: أن يتعلق هذا العقد في التجارة أو الاستثمار.

[1] - نصت الفقرة الأولى من المادة الأولى من المبادئ على أنه:

المعيار الأول: دولية العقد

قررت الفقرة الثانية من المادة الأولى ([1]) على أن العقد يعتبر دولياً، إذا تحقق شرطان يجب توافرهما مجتمعين، الأول: ألا تقع في دولة واحدة مؤسسات أطراف العقد، والثاني: ألا ترتبط جميع عناصر العلاقة التعاقدية في تلك الدولة دون سواها.

وعلى ذلك، لا يعتبر العقد دولياً، فلا يطبق المبدأ إذا لم تتطرق الصفة الأجنبية إلى أحد عناصر العقد، كأن تقع مؤسسات أطراف العقد في دولة واحدة، وتتصف جميع عناصره، من أطراف ومحل وسبب بالوطنية، كأن يتمتع أطراف العقد بالجنسية ذاتها أو يتم إبرام العقد وتنفيذه في الدولة ذاتها، أما خلاف ذلك، فإن العقد يعتبر دولياً ويخضع لحكم المبدأ، والحالات في مثل هذه الحالة عديدة، منها على سبيل المثال، أن تقع مؤسسات الأطراف في دول مختلفة وقت إبرام العقد، أو أن تقع في دولة واحدة ولكن يقع خارج هذه الدولة مكان إبرام العقد أو تنفيذه.

وفي مجال الاستثمار، يمكن أن يمتلك الطرف أكثر من مؤسسة وكل مؤسسة تقع في دولة، فأي مؤسسة من هذه المؤسسات هي المقصودة لتطبيق المبدأ؟ قررت المادة (١٢)([2]) الحكم في هذه الحالة، حيث قضت أن المؤسسة المقصودة هي المؤسسة الأوثق صلة بالعقد وقت إبرامه، وتعتبر المؤسسة

"1. These Principles apply to choice of law in international contracts where each party is acting in the exercise of its trade or profession. They do not apply to consumer or employment contracts."

[1] - نصت الفقرة الثانية من المبادئ على أنه:

"2. For the purposes of these Principles, a contract is international unless each party has its establishment in the same State and the relationship of the parties and all other relevant elements, regardless of the chosen law, are connected only with that State".

[2] - نصت المادة 12 على أنه:

" If a party has more than one establishment, the relevant establishment for the purpose of these Principles is the one which has the closest relationship to the contract at the time of its conclusion."

هي المؤسسة الأوثق صلة بالعقد إذا كان العقد يتعلق بأحد أعمالها أو هي التي أبرمته أو هي المسؤولة عن تنفيذه.

ويمكن القول أن تحديد دولية العقد في التشريعات الوطنية بشكل دقيق وواضح على غرار التعيين الوارد في مبادئ لاهاي، واعتبار العقد دولياً إذا تطرقت الصفة الأجنبية لأحد عناصره. سواء ارتبطت تلك الصفة بعنصر مؤثر أو غير مؤثر فيه بفائدة كبيرة، ويغلق الباب أمام تفسيرات قد تقود إلى عدم اعتبار بعض العقود دولية إذا ارتبط عنصر أجنبي بأحد عناصر العقد غير مؤثرة، كالجدل الفقهي الذي ثار في تحديد دولية العقد في القانون المصري. حيث فرق جانب من الفقه المصري ([1])، بين العناصر القانونية والتي قد تتطرق إليها الصفة الأجنبية بين عناصر مؤثرة وعناصر غير مؤثرة، فالعقد الدولي هو العقد الذي تتطرق الصفة الأجنبية لأحد عناصره المؤثرة، وإذا تطرقت الصفة الأجنبية لعنصر غير مؤثر من عناصر العقد فإن ذلك لا يؤدي إلى إضفاء صفة الدولية على هذا العقد، ويرى أنصار هذا الرأي أن الجنسية الأجنبية للمتعاقد لا تعد عنصراً مؤثراً في عقود البوت والعقود المالية ، وبناء عليه لا تصلح في ذاتها أساسا لإضفاء الطابع الدولي على هذه العقود، وعلى العكس فإن محل تنفيذ العقد واختاف موطن المتعاقدين يعدان من العناصر المؤثرة في إضفاء الطابع الدولي على عقود الاستثمار و نقل الملكية.

وطبقاً لهذا الرأي يتم تحديد الصفة الدولية للعقد من خلال طبيعة العنصر الذي لحقته الصفة الأجنبية، وما إذا كان عنصراً مؤثراً أو مجرد عنصر محايد، وذلك بغض النظر عن العناصر التي لحقتها هذه الصفة، فقد تتعدد العناصر الأجنبية في الرابطة العقدية وتبقى رابطة داخلية في مفهوم القانون الدولي

[1] - ومن أنصار هذا الرأي: أحمد صادق القشيري، الاتجاهات الحديثة في القانون الذي يحكم العقود الدولية، المجلة المصرية للقانون الدولي، ١٩٦٥ ، المجلد ٢١ ، العدد ٥، ص: ٧٥ ، هشام صادق وعكاشة محمد عبد العال وحفيظة السيد حداد، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، الاختصاص القضائي الدولي، الجنسية، الكتاب الثاني، الإسكندرية، دار المطبوعات الجامعية، ٢٠٠٦ ، ط ١ ص: ٧٤ وما بعدها، عادل أبو هشيمة محمود حوته، عقود خدمات المعلومات الإلكترونية في القانون الدولي الخاص، القاهرة، دار النهضة العربية،٢٠٠٤ ، ط ١، ص: ٤٠ .

الخاص، وقد يوصف العقد بالدولية لمجرد أن تلحق الصفة الدولية بعنصر واحد من عناصره ما دام أن هذا العنصر يعد مؤثراً.

ويرى جانب آخر من الفقه ([1])، أن كل عنصر من عناصر العقد من شأنه أن يضفي على العقد صفة الدولية متى كان هذا العنصر أجنبياً، ويرى أنصار هذا الرأي أنه لا مبرر للقول بالتفرقة بين عوامل مؤثرة في دولية العقد وعناصر غير مؤثرة للأسباب ([2]) الآتية:

١-عدم وجود أي أساس قانوني لهذه التفرقة.

٢-لاستحالة إيجاد معيار واضح تبنى على أساسه هذه التفرقة.

٣-لأنه من المنطقي تمكين أطراف أي عقد يتصف بالصفة الدولية بأي عنصر من عناصره من اختيار القانون الواجب التطبيق على هذا العقد.

٤-بإمكان أي دولة أن تضع ما يحقق مصالحها التجارية والاقتصادية، وغيرها من خلال ما تصدره من قواعد موضوعية تنطبق على مختلف المعامات، سواء أكانت وطنية أم اشتملت على عنصر أجنبي وهو ما يؤدي إلى استبعاد أسلوب تنازع القوانين، أي اختيار القانون الواجب التطبيق في إطار هذه القواعد التي تنطبق في كافة الحالات.

المعيار الثاني: ارتباط العقد بالاستثمار.

[1] - من أنصار هذا الرأي :إبراهيم أحمد إبراهيم، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، القاهرة، دار النهضة العربية،2002 ، ط1 ، ص347 :، أحمد عبد الكريم سلامة، علم قاعدة التنازع، والاختيار بين الشرائع أصولا ومنهجا، الإسكندرية، مكتبة الجلاء، 1996، ط1 ، ص 1088 .

[2] - إبراهيم أحمد إبراهيم، الإطار القانوني للتجارة الإلكترونية، مجلة التحكيم العربي،2004 ، العدد7 ، الاتحاد العربي للتحكيم، ص ٧٦.

لا يكفي لتطبيق مبدأ حرية الأطراف في اختيار القانون توافر المعيار الأول منفرداً، بل يجب توافر معيار أخر إلى جانبه، وهو ارتباط العقد بالاستثمار، فلكي يعتبر العقد دولياً يجب توافر المعيارين مجتمعين.

ولا يعتبر العقد الذي يرتبط بأكثر من دولة دولياً، إذا لم يتعلق بالتجارة أو بالاستثمار، فمعلوم أن كل دولة تحدد في قوانينها الداخلية ماهية الأعمال الاقتصادية. وفي الحقيقة، تتعلق هذه المبادئ في عقود التجارة والاستثمار، وينبغي تفسير المقصود بالأنشطة الاقتصادية تفسيراً واسعاً يشمل جميع المسائل الناشئة عن العلاقات ذات الطابع اقتصادي سواء كانت تعاقدية أم لم تكن ([1])، وعدم التقيد بالتفسير الوارد في أحد القوانين الوطنية لدولة ما.

وعلى ذلك، تعتبر من الأنشطة: المعاملات التجارية لتوريد وتبادل السلع، واتفاقات التوزيع، والتمثيل التجاري، والوكالة التجارية، والوكالة بالعمولة، وأعمال التشييد، والاستثمار، والتمويل والأعمال المصرفية، والتأمين واتفاقات الامتياز والاستغلال، والمشاريع المشتركة وغيرها من أشكال التعاون الصناعي أو التجاري، ونقل البضائع والركوب جوا أو بحراً أو بالسكك الحديدية أو بالطرق البرية، وكذلك يعتبر العقد دولياً، إذا تعلق بممارسة مهنة معينة، كعقود الاستشارات القانونية، أو الاستشارات الهندسية، أو الطبية.

إن قاعدة خضوع العقد الدولي لقانون الإرادة فكرة قديمة في جذورها، تبلورت وتشكلت في صورتها الحالية مع نهاية القرن التاسع عشر حيث مرت هذه القاعدة بتطورات عديدة على مدار عدة قرون منذ

[1] - انظر تفسير مصطلح الأنشطة التجارية الوارد في هامش المادة الأولى من القانون النموذجي للجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي (الأونسيترال) بشأن التجارة الإلكترونية، وانظر :قرار الجمعية العامة ونصوص نموذج القانون على موقع (الأونسيترال) على شبكة الإنترنت على العنوان:
http://www.uncitral.org/uncitral/ar/uncitral_texts/electronic_commerce/1996Model.html

فقه المدرسة الإيطالية القديمة ([1]) حتى أصبحت على صورتها الحالية، وكان أول ظهور لمصطلح قانون الإرادة في مدلوله الحالي والذي يعني تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد عن طريق أطرافه في القرن السادس عشر ([2]).

وبعض الفقه الحديث يرى ([3]) أن إرادة الأطراف لا تقوم في حقيقة الأمر باختيار قانون معين لحكم العقد، بل أن كل ما تقوم به الإرادة هو تركيز العقد في مكان جغرافي معين من خال عناصر العلاقة التعاقدية والظروف المحيطة بها، فإذا ما تم تركيز العقد في مكان معين فأنه يخضع لقانون هذا المكان، وأن اختيار الأطراف في حقيقته لا يتناول القانون الواجب التطبيق وإنما يتعلق فقط بتحديد مكان العقد.

وأنصار هذا الرأي تمكنوا من تفادي النقد الذي وجه إلى قاعدة خضوع العقد لقانون الإرادة، ويتلخص هذا النقد في أنه من غير المستساغ ترك حل تنازع القوانين للأفراد وذلك بتمكينهم من سلطة تحديد القانون الواجب التطبيق، حيث يرى أنصار هذا الاتجاه أن سلطة الأفراد في اختيار القانون إنما هي مستمدة من قاعدة التنازع، ومن ثم فإن اختيار القانون الذي يحكم العقد إنما يتم نتيجة لأمر المشرع الوطني ([4]).

وفي الوقت الراهن، اختلفت الأنظمة القانونية في تبني هذه القاعدة، فبعضها لا يأخذ بهذه القاعدة ولا تسمح لأطراف العقد باختيار القانون الذي يحكم عقدهم ([5])، والبعض الآخر وهو الأغلب ([1]) يجيز

---

[1] - يقصد بالمدرسة الإيطالية القديمة مجموعة الفقهاء الإيطاليين الذين عالجوا مشكلة تنازع القوانين في إيطاليا في القرن الثالث عشر، وتوصف بالقديمة تمييزا لها عن مدرسة مانشيتي والتي يطلق عليها المدرسة الإيطالية الحديثة أو مدرسة شخصية القوانين، انظر في تفصيل ذلك :محمود محمد ياقوت، حرية المتعاقدين في اختيار قانون العقد الدولي، الإسكندرية، منشأة المعارف،2004، ط1 ، ص.26

[2] - انظر في تفصيل ذلك :ياقوت، حرية المتعاقدين في اختيار قانون العقد الدولي، ص ٢٧.

[3] - انظر في عرض هذا الرأي :فؤاد عبد المنعم رياض، سامية راشد، تنازع القوانين والاختصاص القضائي، القاهرة :دار النهضة العربية،1999 ، ط1 ، ص.225 .

[4] - رياض، وراشد، تنازع القوانين، ص: ٢٢٥.

[5] - من هذه الدول نذكر دول أمريكا اللاتينية، انظر في تفصيل هذا:

للأطراف اختيار القانون واجب التطبيق في حدود معينة، ولأجل الاختاف بين الأنظمة القانونية في هذه المسألة، جاءت مبادئ لاهاي بشأن اختيار القانون لتحث الدولة التي لا تتبنى هذه القاعدة على الأخذ بها، وفي الوقت ذاته تعزز هذه القاعدة بالنسبة للدولة التي أخذت بها. وذلك عن طريق طرح أفكار جديدة يمكن تبنيها من قبل هذه الدول.

فالهدف أو الغاية الأسمى من هذه المبادئ هو تعزيز استقلالية أطراف المعامات الاقتصادية الدولية وذلك من خال منح أطراف العقود حرية واسعة في اختيار القانون واجب التطبيق، وضمان تطبيق القانون الذي يختاره أطراف تلك العقود على أوسع نطاق ممكن في حدود واضحة المعالم ([٢]).

ولقد عرضت المادة (٢) من المبادئ مسألة حقوق الأطراف في الاختيار، والمواد (٣) و(٤) و(٥) و(١١)، حددت مجال حرية الأطراف في الاختيار، والقيود التي ترد عليها. فقد قضت الفقرة الأولى من المادة الثانية على أن العقد يخضع لأحكام القانون الذي تختاره الأطراف، وتناولت الفقرة الثانية ([٣]) من المادة ذاتها حدود حق الأطراف في الاختيار، حيث قررت في البند (أ) من الفقرة ذاتها، أن للأطراف الحق في إخضاع العقد برمته للقانون المختار أو أن هذا القانون سوف يحكم جزءا معينا من العقد، ومنحت في البند (ب) الحق للأطراف في اختيار قوانين مختلفة لكي تطبق على أجزاء مختلفة من العقد.

María Mercedes Albornoz, Choice of Law in International Contracts in Latin American Legal Systems, Journal of Private International Law (UK, 2010) vol. 6, No. 1, PP: 45-70.

[١] - معظم قوانين الدول العربية تأخذ بمبدأ حرية الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق على العقد الدولي، ومثال ذلك: القانون المصري انظر المادة (١/ ١٩) القانون الأردني انظر المادة (٢٠) القانون الإماراتي المادة (١/١٩).

[٢] - انظر الوثائق الرسمية للأمم المتحدة الوثيقة رقم (A/CN.9 / ٨٤٧) ص (١).

[٣] - نصت الفقرة الأولى والثانية من المادة الثانية على أنه:

"1. A contract is governed by the law chosen by the parties.
2.The parties may choose;
a) The law applicable to the whole contract or to only part of it; and
b) Different laws for different parts of the contract."

وتجزئة القانون واجب التطبيق على العقود الدولية، تعتبر أمراً طبيعياً، وقد تتم التجزئة عن طريق المشرع، أو القاضي، أو عن طريق الأطراف، فالمشرع في أغلب الأنظمة القانونية يُقسم المراكز القانونية أو عناصر العلاقة القانونية الواحدة إلى عدة عناصر يخضع كل منها لقانون مختلف، ومثال ذلك: عقد البوت، حيث يُخضع معظم المشرعين أهلية الأطراف للقانون الشخصي، والالتزامات لقانون الإرادة، وشكل العقد لقانون آخر، وتجزئة القانون الذي يحكم عناصر العلاقة القانونية على هذا النحو أمرا مرغوباً ومطلوباً، طالما أنها تؤدي إلى تطبيق أنسب القوانين على كل عنصر.

وقد يضطر القاضي إلى تجزئة العقد وإخراج بعض المسائل من نطاق القانون المختار ليخضعها لقواعد قانون آخر، استجابة لمقتضيات النظام العام والقواعد الآمرة، ومثال على ذلك: تخريج معظم الأنظمة القانونية المسائل التي تتعلق بحماية المستهلك، والقيود التي ترد على الاستيراد والتصدير وعلى ضرورة الحصول على أذن للقيام ببعض الأعمال. من نطاق القانون المختار من قبل الأطراف، وتخضعها للقانون الوطني، مما يرتب خضوع المسائل التي تتعلق بالعقد لأكثر من قانون.

وكذلك، فإن تجزئة العقد قد تتم عن طريق الأطراف، ويبدو الأمر جلياً في العقود المركبة، حيث يمكن للأطراف اختيار القانون المنطبق على عقد البيع، والذي قد يختلف عن القانون الذي يحكم عقد النقل، وقد يجري الأطراف التجزئة في العقد الواحد، كأن يتفقوا على أكثر من قانون، وكل قانون يحكم جزء محدد من العقد، ومثال على ذلك: أن يتفق أطراف عقد بيع دولي على إخضاع مسألة صحة العقد لقانون الدولة (أ) ومسألة التزامات الطرفين لقانون الدولة (ب) ومسألة تفسير العقد لقانون الدولة (ج).

وهذا الحكم الأخير هو المقصود من نص البندين (أ) و(ب) من الفقرة الثانية من المادة الثانية من مبادئ لاهاي سالفة الذكر، حيث يتحدد بهما معالم حرية الأطراف في اختيار القانون واجب التطبيق،

فللأطراف أن يخضعوا العقد بالكامل لحكم قانون معين، أو أن يتفقوا على إخضاع جزء معين من العقد للقانون المختار، أو أن يقسموا العقد ويخضعوا كل قسم لقانون مختلف.

وتقرير الحق لأطراف العقد في اختيار قانون يحكم جزء من العقد، مسألة ليست بجديدة على مستوى الاتفاقات الدولية، فبعض تلك الاتفاقات منحت هذا الحق لأطراف عقود التجارة الدولية منذ زمن، منها، اتفاقية روما لسنة ١٩٨٠ في شأن القانون واجب التطبيق على االلتزامات التعاقدية ([١])، حيث أعطت للمتعاقدين الحق في اختيار قانون معين ليحكم جانب من جوانب العقد، الأمر الذي يفيد إمكانية تجزئة الرابطة العقدية وإخضاع كل عنصر من عناصرها لقانون مختلف وفقاً لأحكام الاتفاقية، وكذلك الأمر في اتفاقية القانون الواجب التطبيق على عقود البيع الدولي للبضائع ([٢])، والتي قررت في الفقرة الأولى من المادة السابعة أن لأطراف عقد البيع الدولي اختيار قانون يطبق على جزء من العقد.

وبالنسبة للأنظمة القانونية الوطنية نجد أن نسبة كبيرة من تلك الأنظمة تقرر حق الأطراف في اختيار القانون، ولكنها لا تمنح الأطراف مكنة تجزئة الاختيار إلى أكثر من قانون بنصوص صريحة، ويرى الرأي الغالب في الفقه وجوب النظر إلى العقد على أنه عملية واحدة تخضع في مجموعها لقانون واحد ([٣]).كما قررت محكمة الرايخ الألماني في بعض أحكامها إلى إمكان تجزئة العقد، بحيث تتعدد القوانين التي تحكم العقد وآثاره، وبناءً على ذلك لا يوجد ما يمنع الأطراف من إخضاع كل جزء من العقد لقانون معين، كأن يخضع تكوين العقد لقانون معين ويحكم تنفيذه قانون آخر ([٤]).

---

[1] - See، Convention on the law applicable to contractual obligations، opened for signature in Rome on 19 June 1980 (80/934/EEC). Official Journal L 266, 9 October 1980 (EU Council of the EU Document).

[٢] - حررت هذه الاتفاقية في لاهاي بتاريخ 22 ديسمبر1986 /، باللغات الإنجليزية والفرنسية، ويمكن الاطلاع على نصوص هذه الاتفاقية على العنوان:
https://www.hcch.net/de/instruments/conventions/full text/?cid=61

[٣] - انظر: فؤاد عبد المنعم رياض وسامية راشد، أصول تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٠، ص: ٣٢٨.

[٤] - انظر: المرجع السابق، ص: ٣٢٧.

ونصت الفقرة الثالثة من المادة الثانية من المبادئ على أنه يجوز للمتعاقدين إجراء اختيار القانون أو تعديله في أي وقت، على ألا يمس أي اختيار أو تعديل لاحق لإبرام العقد بصحة العقد الرسمية ولا بحقوق الغير، ويحتاج الأمر إلى شيء من التفصيل.

ففيما يتعلق بوقت الاختيار، فإن الأصل أن يتم اتفاق المتعاقدين على اختيار القانون واجب التطبيق على علاقاتهم العقدية عند إبرام العقد، غير أنه قد يحدث تراخي من المتعاقدين في اختيار القانون الذي يحكم علاقاتهم التعاقدية ،إلى مرحلة لاحقة على إبرام العقد، فوفقاً للنص السابق، لا يوجد ما يمنع ذلك، حيث يجوز لهما اختيار القانون بعد إبرام العقد.إلا أن التأخر في اختيار الأطراف لقانون العقد، قد يمتد إلى حين نشوء النزاع وطرحه على المحكمة المختصة أو أمام المحكمين، وبالنسبة للاعتراف بحق الأطراف في تعديل اختيار القانون الذي يحكم علاقاتهم العقدية، فقد منحت المبادئ المتعاقدين الحرية في تعديل اختيارهم للقانون الذي يحكم عقدهم في أي وقت، حيث يحق لهما اختيار قانون العقد أو تعديله في أي وقت، وهذا أمر طبيعي ومرغوب في عقود التجارة الدولية، فقد يتبين للمتعاقدين أن القانون الذي اختارها في البداية لا يتمشى مع حاجات العقد والطبيعة الخاصة لموضوع التعامل، وتبدو أحكامه متخلفة بالمقارنة بأحكام القانون الذي أجمعا على تعديل الاختيار إليه ([٥]).

والاعتراف للمتعاقدين بحق الاختيار اللاحق لقانون العقد يتضمن التسليم بقدرتهم على تعديل اختيارهم السابق لهذا القانون، ([٦]) فالاختيار اللاحق لقانون العقد يتضمن تعديا للقانون الذي كان مختصاً بحكم العقد منذ البداية، وهو القانون الذي أشار إلى تطبيقه قانون المحكمة المطروح عليها النزاع، بواسطة قواعد تنازع القوانين الوطنية لتلك المحكمة.

---

[٥] - انظر: أحمد عبد الكريم سلامة، القانون الدولي الخاص الإماراتي، دولة الإمارات العربية، جامعة الإمارات، ٢٠٠٢، ط ١، ص: ٣٧٧.

[٦] - انظر: هشام صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، الإسكندرية، دار الفكر الجامعي، ٢٠٠١ ص: ٤٧٧.

وحرية الأطراف في اختيار أو تعديل قانون العقد ليست مطلقة وفقاً للمبادئ، حيث هناك قيدان ([٧])، الأول: ألا يؤثر هذا الإجراء في سامة وصحة العقد، والثاني: عدم الإضرار بحقوق الغير، فيجب ألا تؤدي حرية الأطراف في اختيار أو تعديل القانون إلى المساس بحقوق الغير التي كان يقرها لهم القانون الأول، ومثال على ذلك: إذا كان الغير مرتهناً ويتمتع ببعض الحقوق وفقا لقانون العقد القديم، فإنه يتعين ألا يؤدي التعديل اللاحق لقانون العقد من قبل الطرف الاخر إلى المساس بحقوقه التي ترتبت له في ظل القانون القديم.

وكذلك، يجب ألا يؤدي التعديل اللاحق لقانون العقد إلى بطلان العقد، فمن الممكن أن يكون العقد صحيحاً وفقاً للقانون الأول، وباطلاً طبقاً للقانون الجديد.

ففكرة حرية الأطراف في تعديل قانون العقد التي نادت بها المبادئ والقيود التي ترد عليها، ليست جديدة على القانون الدولي الخاص، حيث أقرتها بعض التشريعات الوطنية والدولية، فقد أجازت المادة ٣/ ١١٦ من القانون الدولي الخاص السويسري ([٨]) للمتعاقدين هذا الحق حيث قضت بأنه: يتم اختيار قانون العقد أو تعديله هذا الاختيار في أي وقت، فإن تم ذلك في مرحلة لاحقة على إبرام العقد، فإن تطبيق القانون المختار(أو التعديل اللاحق) يسري بأثر رجعي وقت الإبرام مع التحفظ الخاص بحقوق الغير، وقد اعتنقت المادة ٢/ ٣ من اتفاقية روما لسنة ١٩٨٠ في شأن القانون الواجب التطبيق على االلتزامات التعاقدية، واتفاقية القانون الواجب التطبيق على عقد البوت في المادة ٢/ ٧ هذا الاتجاه.

المطلب الثاني

[٧] - لمزيد من التفصيل حول القيود التي ترد على حرية الأطراف في اختيار القانون في التشريعات الوطنية، انظر: أشرف وفا محمد، الوسيط في القانون الدولي الخاص، القاهرة، دار النهضة، ٢٠٠٩، ط ١، ص: ٥٤٨ وما بعدها.

[٨] - القانون الدولي الخاص السويسري لعام 1987 بصيغة المعدلة في 1 يوليو2014 ، انظر نصوص القانون على العنوان:

http://www.andreasbucher law.ch/images/stories/pil_act_1987_as_amended_un- til_1_7_2014.pdf

ضابط الارادة الضمنية

هناك حالات لا تكون فيها إرادة الأطراف صريحة، فتسعى المحكمة إلى البحث عن هذه الإرادة في تحديدها للقانون الواجب تطبيقه من خلال أي تعبير ضمني عنها، مثل وجود نص مستقى من قانون دولة معينة في العقد أو شرط يقضي بإخضاع أي نزاع يثور حول العقد لاختصاص محكمة دولية معينة... الخ. ([9])

وتعرف الارادة الضمنية بأنها المظهر الذي اتخذ ليس في ذاته موضوعا للكشف عن الارادة. ولكن مع ذلك لايمكن تفسيره دون وجود هذه الارادة، والارادة الضمنية في مجال الاختصاص القضائي تعني أن يكون خضوع الخصوم لولاية قضاء الدولة ضمنيا، و يحدث ذلك عندما يعين الخصوم موطنا مختارا لهم في دولة معينة، أو حينما يترافع الخصم في دعوى مرفوعة ضده دون أن يدفع بعدم اختصاص المحكمة، فإذا عرضنا نصوص القانون بشأن هذه المسألة نجدها كثيرة، كما نجد أن المشرع قد وضع قاعدة إسناد أصلية و قواعد إسناد إحتياطية لهذه الحالة، فقاعدة الاسناد الأصلية هي المرتبطة بالإرادة في اختيار القانون المختص بتصريح المشرع في قوله" : ما لم يتفق المتعاقدان على غير ذلك"، و هنا لابد لنا من توضيح أن الإرادة تعد بحكم تعبير المشرع **(مطلقة)** فتشمل الاتفاق الصريح و الضمني، و أن مفهوم التعبير المطلق للإرادة يشمل إمكانية تطبيق أكثر من قانون في وقت واحد عند تجزئة العقد، باختيار قوانين مختلفة لتطبيقها على كل جزء منه، طالما أن الإرادة قد اتجهت نحو ذلك . لذلك يجب العمل ما أمكن على تجنب تجزئة القانون المختار من الناحية الموضوعية، و يبقى التساؤل قائما حول

[9]- فؤاد عبد المنعم رياض وسامية راشد، أصول تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٠، ص: ٣٣٤.

ضرورة وجود صلة للعقد بالقانون أو القوانين التي يختارها الأطراف من عدمه، إذ يرى البعض ضرورة وجود هذه الصلة منعا من حرية الاختيار للتحايل نحو القانون ([1])

بالإضافة إلى ما سبق، قد يتفق أطراف العقد صراحة على القانون الذي يحكم عقدهم، لكن ذلك لا يعني انتهاء دورهم، حيث يوجد بجانب الإرادة الصريحة للأطراف إرادة ضمنية يجب الاهتمام بها، لأنها إرادة حقيقية تنبئ عن رغبة واضحة وإن كانت خفية إلى تطبيق نظام قانون معين.

ويعد الاختيار الضمني اختيارا حقيقيا و لكنه غير معلن، يستخلصه القاضي من ظروف الحال، و تؤكد كافة نصوص القانون الدولي الخاص المعاصرة على ضرورة البحث عن الإرادة الضمنية للمتعاقدين، فقد تتجه جميعها إلى اعتبار أنه " : يسري على االلتزامات التعاقدية القانون المختار من المتعاقدين..." و هذا على أنها تقرر قاعدة حرية الأطراف في تعيين القانون الواجب التطبيق على عقدهم، و يستوي أن يكون هذا الاختيار صريحا أو ضمنيا، على أن اتفاق الأطراف على اختيار القانون الواجب التطبيق يجب أن يكون صريحا أو يمكن استنتاجه بشكل واضح من نصوص العقد أو مجموع ظروف الموضوع ، كما يكون التصرف القانوني سواء انطوى على عنصر أجنبي أم لا محكوما بالقانون المحدد في العقد بوضوح أو بواسطة القانون الذي يمكن استنتاجه بشكل مؤكد من أحكام هذا العقد ([2]).

([2]).

الفرع الأول

المؤشرات من داخل العقد (المؤشرات الخاصة)

[1]- د. كمال طلبة المتولي سلامة، الاتجاعات الحديثة في عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية B.O.T – دراسة مقارنة – الطبعة الأولى، ٢٠١٥، مركز الدراسات العربية للنشر والتوزيع، القاهرة، ص ٤٧.

[2] - أحمد علاء محي الدين مصطفى، التحكيم في منازعات العقود الادارية الدولية. الاسكندرية، دار الجامعة الجديدة، ٢٠٠٩، ص٣٥٣.

هناك العديد من المؤشرات التي يمكن استخلاصها من العقد نفسه وهي:

أولا: مكان تنفيذ العقد

يعد الفقيه الألماني سافيني من أبرز المدافعين عن اختصاص قانون مكان التنفيذ العقد إذ يرى أن كل التزام ما هو إلا نتاج عوامل واضحة ويجري تنفيذه في مكان معين وثم يمكن تركيز العقد في محل التنفيذ (١) وعلى هذا الأساس يعد مكان تنفيذ العقد من المعايير الثابتة الذي يقوم على صفة جوهرية بين العقد ومكان تنفيذه الذي يمثل الأساس الذي يسعى الأطراف إلى تحقيقه من وراء إبرام العقد، كما أن مصالح الأطراف ومصالح الغير تتأثر بهذا التنفيذ (٢) كما أن قانون مكان التنفيذ القوانين التي تناط به عملية تنظيم إجراء وإمكانية التنفيذ وعلى هذا الأساس يرى جانبا فقهيا أنه من (٣)، المرجح أن تتجه إرادة الأطراف إلى إخضاع العقد للقانون الذي يقوم بتنظيم إلا أنه من جانب آخر يرى البعض أن قانون تنفيذ العقد من الصعوبة تطبيقه في بعض الحالات وخاصة تلك التي يكون فيها تعدد مكان التنفيذ فنجد أن عقد البيع الدولي عادة ما " يتضمن شرطا يشير إلى أن تسليم المبيع يكون في موطن المشتري وأن يتم الوفاء بالثمن في موطن البائع ومن ثم فإن الاستناد على ضابط محل التنفيذ بصورة قطعية في الفرض السابق من شأنه أن يؤدي إلى إخضاع البائع والمشتري لقوانين مختلفة فكل التزام سيحكمه قانون مكان التنفيذ الخاص به الأمر الذي يؤدي إلى نتيجة غير متوقعة وهي تجزئة العقد ذي الطبيعة الواحدة". (٤)

---

١ - أحمد عبد الحميد عشوش، قانون العقد بين ثبات اليقين واعتبارات العدالة. الاسكندرية، مؤسسة شباب الجامعة، ١٩٩٩، ص ١١٣.

٢ - عبد الله عز الدين، القانون الدولي الخاص تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدوليين، ١٩٦٩، دار الحلبي الحقوقية، ص٤٢.

٣ - منصور سامي، عبد العال عكاشة، القانون الدولي الخاص. بيروت، الدار الجامعية، ١٩٩٥، ص ٣٩.

٤ - عصام الدين القصبي، النظام القانوني للعمليات المصرفية الدولية، القاهرة، دار النهضة الجامعية، ١٩٩٣، ص٥٠.

ويؤيد الباحث ما ذهب إليه الاتجاه الأول باعتبار ان مكان تنفيذ العقد يمثل غاية التعاقد التي يرجوها الأطراف من تعاقدهم، وعليه يعد مكان التنفيذ العقد من المؤشرات التي تؤكد اتجاه إرادة الأطراف ضمنا بإخضاع عقدهم الى قانون مكان تنفيذ العقد.

ثانيا: الجنسية المشتركة لأطراف العقد

تعد الجنسية المشتركة لأطراف العقد إحدى الضوابط التي سبق للقضاء الفرنسي اعتمادها في تحديد القانون واجب التطبيق([1]). فقضت محكمة النقض الفرنسية في حكمها الصادر في ٢ نوفمبر ١٩٣٧، القانون الواجب التطبيق على العقد هو قانون الدولة التي يتبعها المتعاقدان بجنسيتها" وهناك تشريعات قد تبنت هذا الاتجاه . ومن التطبيقات فى المحاكم الفرنسية نجد أنه قد هجر الجنسية المشتركة لأطراف العقد كمعيار أساسي لتحديد القانون واجب التطبيق بل اشترط توافر امور أخرى من شأنها الكشف عن هذه الإرادة ([2]).

ثالثا: الاختصاص القضائي

يعد الاختصاص القضائي من المؤشرات التي تدل على إرادة الأطراف فيما يتعلق بالخضوع لقانون دولة المحكمة. فانعقاد الاختصاص القضائي لمحاكم دولة محددة. يعد مؤشراً على رغبة الأطراف الضمنية في إسناد الاختصاص التشريعي لقانون دولة المحكمة الواقع أمامها النزاع ([3]).

رابعا: لغة العقد

---

[1] - احمد عبد الحمد عشوش، النظام القانوني لعقد القرض الدولي، مؤسسة شباب الجامعة، الطبعة الأولى، ١٩٩٠، ص١٢٩.

[2] - https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURIT

[3] - عز الدين عبد الله، القانون الدولي الخاص تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدوليين، مرجع سابق، ص ٤٢٣.

يمكن أن يستدل قاضي النزاع من خلال اللغة التي حرر بها العقد ، إرادة الأطراف الضمنية في تحديد القانون واجب التطبيق على العقد موضوع النزاع ، غير أنه وفقا للفقه أن اللغة التي حرر بها العقد لا يعد مؤشرا حاسما في تحديد القانون واجب التطبيق ([1]) فقد يختار الأطراف لغة عالمية لتسهيل إجراءات التفاوض دون أن تتجه نواياهم إلى إخضاع عقدهم لقانون دولة اللغة ([2]) أو قد يختار الأطراف اللغة الإنجليزية التي عادة تستخدم في تحرير سندات الشحن ،وغاية أطراف العقد هو التيسير للغير بما تحتويه من شروط ([3]).

وتطبيقاً لذلك القضاء الفرنسي في هذا الخصوص جاء في إحدى أحكامه أن صياغة العقود باللغة الإنجليزية لا يعني مطلقا اتجاه إرادة إلى تطبيق القانون الإنجليزي، وذلك لانعدام الصلة بين العقد والنظام القانون الإنجليزى ([4]).

ويؤيد الباحث الفقه الغالب باعتبار أن اللغة وان كانت لا تعد مؤشرا جوهريا يمكن الاستناد إليه للكشف عن إرادة الأطراف الضمنية إلا أنها عنصرا مساندا للعناصر الأخرى.

خامسا: تحرير العقد لدى موثق رسمي

أحياناً يعمد الأطراف في سبيل تأكيد التزاماتهم العقدية إلى توثيقه لدى الموثق الرسمي في دولة معينة. ففي بعض الحالات يعمدون إلى توثيق التزامهم العقدي أمام أحد قناصل دولة معينة ، ولذا يرى جانب من الفقه أن تحرير العقد لدى موثق رسمي في دولة معينة أو أمام أحد القناصل يفيد برضا

---

[1] - طارق عبد الله عيسى المجاهد، تنازع القوانين في عقود التجارة الدولية، اطروحة دكتوراه، جامعة بغداد، ٢٠١٤م.

[2] - احمد عبد الحمد عموش، النظام القانوني لعقد القرض الدولي، مرجع سابق، ص ١٤٢.

[3] - هشام صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، مرجع سابق، ص٣٣٤.

[4] - طارق عبد الله عيسى المجاهد، تنازع القوانين في عقود التجارة الدولية، مرجع سابق. ص ١٤.

الطرفين بتطبيق قانون الدولة التي يتبعها الموثق الرسمي ([1])، إلا أن البعض يرى أن مجرد تحرير العقد بمعرفة موثق تابع لدولة معينة لا يعد سوى قرينه بسيطا وتأثيرها محدود للدلالة على رغبة الأطراف في الخضوع لقانون الدولة لذا يرى هذا الجانب أنه يجب توافر عناصر أخرى كجنسية أطراف العقد، أو عنصر المكان الذي أجريت فيه المفاوضات([2]).

الفرع الثاني

المؤشرات العامة

هناك مجموعة من المؤشرات العامة لمعرفة اتجاه الارادة الضمنية منها:

أولا: وجود ارتباط بين عقدين أو أكثر :

يرى البعض أن ارتباط العقد موضوع النزاع بعقد آخر يفيد اتجاه إرادة الأطراف ضمناً إلى خضوعه لقانون العقد الأصلى فيما لو قام أطراف العقد بإخضاعه لقانون معين ([3]) "فعقد الكفالة الذي يعد ضمانا للدين المقرر بمقتضى العقد الأصلي ، يطبق عليه قانون العقد الأصلي، وكذلك فيما لو اتفق الأطراف على تعديلات على العقد الأصلي فيطبق في هذه الحالة قانون الذي يحكم العقد الأصلى ([4]).

---

[1] - عز الدين عبد الله، القانون الدولي الخاص تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدوليين. مرجع سابق، ص٤٢٣.

[2] - طارق عبد الله عيسى المجاهد، تنازع القوانين في عقود التجارة الدولية، مرجع سابق، ص ١٤١.

[3] - طارق عبد الله عيسى لمجاهد، تنازع القوانين في عقود التجارة الدولية، مرجع سابق، ص ١٤٢.

[4] - هشام صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، مرجع سابق، ص٣٣٣.

ويؤيد الباحث هذا الجانب الذي يرى أن عدم حصول خلافات بين الأطراف بشأن القانون الذي يحكم العقد الأصلي يعد مؤشر قوى من ارتضاء الأطراف بتحديد نفس القانون على العقد اللاحق للعقد الأصلي أو مرتبط به بشكل وثيق.

ثانيا: مبدأ التصحيح

مبدأ التصحيح من القرائن التي يمكن من خلالها التوصل إلى نية الأطراف في الاختيار الضمني للقانون واجب التطبيق ([1]) وقضى القضاء الأمريكي بهذا الخصوص أنه لو كان أحد القوانين المرتبطة بالعقد يؤدي إلى إبطاله على خلاف القانون الآخر، فإنه يفترض أن إرادة الأطراف الضمنية قد اتجهت ضمناً إلى تطبيق القانون الأخير بوصفه القانون المصحح للعقد ، إذ لا يمكن تصور أن يختار المتعاقدين قانونا يبطل عقدهم ([2]). ويؤيد الباحث الرأى القائل بأن القرائن التي يستدل بها قاضي النزاع للوصول إلى القانون واجب التطبيق متباينة في قوتها وبدلالتها على الإرادة الضمنية الأمر الذي يثير أكثر من إشكالية في تحديد القانون لواجب التطبيق، إذ على القاضي أن يضع جميع هذه القرائن بعين الاعتبار للوصول إلى القانون واجب التطبيق إذ لا يمكن اعتماد عنصرا واحدا يستخلص منه القانون واجب التطبيق، إذ لابد من الإستناد إلى العناصر الآخرى التي تشير إليها ظروف التعاقد وملابساته. إلا أنه من جهة أخرى نرى أن هناك من المؤشرات التي يمكن اعتبارها مؤشرات جوهرية تكفي بذاتها للكشف عن الإرادة الضمنية لأطراف العقد، ومنها شرط الاختصاص التشريعي، كذلك توثيق العقد لدى موثق رسمي أو أحد ممثلي الدولة من القناصل.

المبحث الثاني

[1] - عوني محمد الفخري، ارادة الاختيار في العقود الدولية التجارية والمالية، بيروت، ٢٠١٢، منشورات زين الحقوقية، ص١٤٥.

[2] - هشام صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، مرجع سابق، ص٣٣٥.

ضوابط الاسناد الاحتياطية

يمكن القول انه عند عدم وجود الإرادة الصريحة لأطراف العقد في تحديدهم للقانون واجب التطبيق على نزاعاتهم المستقبلية يبحث القاضي عن الإرادة الضمنية لأطراف العقد. وذلك من خلال شروط التعاقد أو ظروفه من أجل الحصول على قرائن، يستدل بها القاضي للوصول إلى القانون واجب التطبيق، والذي يمثل الإرادة الضمنية لأطراف العقد، إلا أنه أحياناً لا يتيسر للقاضي الوصول إلى الإرادة الضمنية لأطراف العقد في حالة غياب إرادة الأطراف الصريحة، وعليه قد يحيل المشرع إلى اسناد مسبق يخضع له الأطراف في حالة غياب الارادة الصريحة والضمنية، والتي تتمثل بالموطن المشترك لأطراف العقد أو بلد ابرام العقد .

المطلب الأول

ضابط مكان ابرام العقد

تم وضع ضوابط احتياطية يتم على أساسها تحديد القانون الواجب التطبيق في حالة سكوت المتعاقدان عــن الاختــيار الصريح أو الضمني لهــذا القانــون المستــند في ذلك إلى القانون الأوثق صلة بالرابطة العقدية، والبحث عن هذا الضابط يفترض علينا تحديد ما إذا كانت هذه الاتفاقية تأخذ بالضوابط العامة أو تحديد الضابط الاحتياطي بالرجوع إلى ظروف وملابسات التعاقد ، وتجسيد الضابط الاحتياطي من قبل القضاء.

وعرف المشرع المصري الموطن في المادة (٤٠) من القانون المدني –الموطن– هو المكان الذي يقيم فيه الشخص عادة" وتنص الفقرة (٢) من نفس المادة "ويجوز أن يكون للشخص أكثر من موطن كما أوردت الفقرة (٣) أيضا من نفس المادة وان لم يكن للشخص مكان يقيم.

ويعد الموطن المشترك لأطراف العقد الاسناد الأول عند سكوت إرادة الأطراف عن تحديد القانون واجب التطبيق على التزامهم التعاقدي بموجب النص المادة (١٩) من القانون المدني المصري التي تنص على : يسري على االلتزامات التعاقدية قانون الدولة التي يوجد فيها الموطن المشترك للمتعاقدين اذ اتحد موطنا، ويمثل قانون الموطن المشترك للمتعاقدين من وجهة نظر المشرع أنسب القوانين لحكم العلاقة التعاقدية ([1]).

ويرى الفقه المؤيد لهذا الاسناد أن قانون الموطن المشترك لأطراف العقد يتصف بالإيجابيات التي تؤكد على فاعلية تطبيقه عند سكوت ارادة الأطراف عن تحديد القانون الواجب التطبيق، ومنها أن تطبيق قانون الموطن المشترك للأطراف من القوانين التي يتوقع الأطراف تطبيقه عند سكوتهم عن تحديد القانون واجب التطبيق، وبذلك لا يخل هذا الاسناد بتوقعات الأطراف كما أن أحكام قانون الموطن متعارف عليها من قبل الأطراف وعليه لا يتفاجأ أطراف العقد بتطبيق احكام مختلفة على عمليتهم التعاقدية ([2]).

إلا أن هناك جانب اخر من السلبيات التي يراها جانب من الفقه ترد على تطبيق قانون الموطن المشترك لأطراف العقد التي تؤكد على عدم فاعلية هذاالاسناد ومنها أنه ليس بالضرورة أن يشترك أطراف العقد في موطن مشترك واحد فقد يختلف الموطن في عقود البوت وعليه يعتبر قانون الموطن المشترك غير قادر على حكم علاقات التعاقد .إلا اذ اتحد الموطن لأطراف العقد فقط . فضلاً عن أن

[1] - بشار الاسعد، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، مرجع سابق، ص ٢٥٦.
[2] - احمد ابراهيم ابراهيم، القانون الدولي الخاص تنازع القوانين، القاهرة، دار النهضة العربية، ١٩٩٩، ص٥٥٥.

قواعد كسب وفقدان الموطن تختلف من دولة إلى أخرى والتي قد يكون من السهل تغيير الموطن بموجبها، الأمر الذي يمثل صعوبة على المحكمة في تحديد أو اثبات الموطن، كما أن اعتبار الموطن المشترك يمثل مركز الثقل لجميع أنواع العقود امرا يثير التساؤل حيث ان مركز الثقل للعملية التعاقدية قد يختلف من عقد الى اخر ([٣]) كما ان قانون الموطن المشترك لأطراف العقد من القوانين المحلية بالنسبة لأطراف العقد وعليه قد يرغب اطراف العقد بتطبيق قانونا اجنبيا بالنسبة لهم ([٤]).

ويرى الباحث ان قانون الموطن المشترك لأطراف العقد وان كان لا يمثل مركز الثقل لجميع أنواع العقد وهي سلبية ترد عليه كونه واجب التطبيق بصورة عامة على جميع أنواع العقود، الا انه من القوانين التي تحقق الأمان القانوني لأطراف العقد، باعتباره من القوانين المتعارف عليها من قبل الأطراف، فالموطن المشترك لأطراف العقد، يحقق الأمان القانوني لأطراف العقد.

وقد اسند المشرع الكويتي والتشريعات المقارنة عند سكوت إرادة الأطراف عن تحديد القانون واجب التطبيق الى قانون محل ابرام العقد باعتباره الواجب التطبيق عند عدم وجود موطن مشترك لأطراف العقد أي أن القاضي لا يستطيع تطبيق قانون محل ابرام العقد إذا وجد موطن مشترك لأطراف العقد اذ لابد من التزام القاضي بالتدرج الذي وضعه المشرع ([٥]) وذلك بموجب المادة (١٩) من القانون المدني المصري.

ويرى جانب من الفقه أن تطبيق قانون محل ابرام العقد له عدةإيجابيات، باعتبار محل ابرام العقد يمثل الميلاد الأول للعقد وعليه لا يمكن فصل العقد عن قانون ميلاده اذ انه يمثل اقوى الصلات به وكذلك ان بلد الإبرام في العادة لا يتعدد اذ يجري عقد الاتفاق ضمن مجلس واحد وعليه لا يطبق أكثر من قانون

---

[٣] - هشام صادق، الموجز في القانون الدولي الخاص، الاسكندرية، الفنية للطباعة والنشر، ١٩٩٧، ص ٣١.

[٤] - طلال ياسين العيسى، العقود الدولية وتطبيقاتها في القانون العراقي، اطروحة دكتوراه، بغداد، ١٩٩٦، جامعة بغداد، ص١١٧.

[٥] - بشار الاسعد، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، مرجع سابق، ص ٢٥٦.

على العقد بل يحفظ قانون بلد الإبرام وحدة القانون المطبق على العقد وعليه يرى هذا الجانب ان هذه الإيجابيات تؤكد فاعليه تطبيق قانون بلد الإبرام ([٦]).

إلا أن هذا المعيار لم يسلم من الانتقادات أيضا إذ أول انتقاد الذي وجه اليه ان التقاء الأطراف في بلد الابرام قد يكون مجرد ظرف عارض التقى به المتعاقدين صدفة ومن ثم لا قد يكون قانون بلد الإبرام يمثل مصالحهم الحقيقية ([٧]).

كما يرى هذا الاتجاه أن التطور في مجال التجارة الدولية والتطور التكنولوجي فتح الباب أمام تعاقدات لا تتم بموجب بلد واحد، إذ يحدث التعاقد ما بين بلدين مختلفين كون التعاقد يحصل عن طريق الهاتف او البريد الالكتروني وغيرها من وسائل الاتصال الالكترونية، وعليه سيتم صعوبة تحديد قانون بلد لأبرام لاختلاف مكان الايجاب عن القبول وعلم الموجب كون التشريعات تختلف بهذا الخصوص ([٨]) ، هذا الخلاف التشريعي يمثل صعوبة في تحديد مكان أبرام العقد فضلا عن صعوبة تحديد مكان الإبرام الكترونيا لأن "بروتوكولات نقل رسائل البيانات بين نظم معلومات مختلفة عادة تسجل اللحظة التي تكون فيها رسالة البيانات مسلمة أو مقروءة من جانب المرسل اليه لكنها لا تشير إلى الموقع الجغرافي لنظم الاتصال ([٩]).

ويؤيد الباحث الانتقادات التي وجهت إلى قانون بلد الابرام التي تفقد أهميته في تحديد القانون واجب التطبيق كون اعتبار بلد الابرام حدثا عارضا في العملية التعاقدية وارد جداً كما أن التطور في الوسائل التعاقدية الالكترونية يجعل تحديد قانون بلد الابرام صعبا.

---

[٦] - طارق عبد الله عيسى المجاهد، تنازع القوانين في عقود التجارة الدولية، مرجع سابق، ص ٤٧٠.

[٧] - صفوت احمد عبد الحفيظ، دور الاستثمار الاجنبي في تطور احكام القانون الدولي الخاص، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، ١٩٩٩، ص١٨٥.

[٨] - صفوت احمد عبد الحفيظ، دور الاستثمار الاجنبي في تطور احكام القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص١٨٤.

[٩] - نافع بحر الباني، تنازع القوانين في منازعات التجارة الالكترونية، اطروحة دكتوراه، بغداد، ٢٠٠٤، جامعة بغداد، ص٧٢.

وفكرة الاسناد المسبق في الأصل تحاول تحقيق غايتان الأولى باعتبار هذه الضوابط المسبقة تمثل مركز الثقل في العقد وعليه سيكون القانون الذي يحدده ضابط الاسناد الأجدر بحكم العلاقة التعاقدية وهو الأمر الذي لا يتمثل بقانون بلد الإبرام والغاية الثانية تتمثل في حماية توقعات ومصالح الأطراف وهو أمراً لا يقدمه قانون بلد الابرام وعليه يرى الباحث أن قانون بلد الإبرام يفقد أهميته في تحديد القانون الواجب التطبيق.

المطلب الثاني

ضابط مكان تنفيذ العقد

يمكن القول أن هذا الضابط يتعلق بموضوع العقد وليس بمحل إبرامه، وقد كان أول من نبه إلى أهمية إسناد العقو الدولية إلى قانون محل التنفيذ هو الفقيه(SAVINY) باعتبار أن الرابطة العقدية ترتب آثارها في هذه الدولة.ويعتبر قانون محل التنفيذ الضابط الثاني الذي يمكن للقاضي الرجوع إليه في تحديد القانون المطبق على العقد إذا سكت المتعاقدان عن اختياره، ويرجع الأخذ بهذا القانون إلى أن قانون مكان التنفيذ أصبح هو المفضل لدى الفقه الحديث نظرا للانتقادات التي وجهت لمحل الإبرام، ويستخلص محل التنفيذ من خلال التصرفات التي يقوم بها المتعاقدون كتسليم البضاعة، والالتزام بدفع

الثمن في عقود البيع التي تتم بين وحدات من جنسيات مختلفة، ليكون بذلك لمحل التنفيذ صلة واقعية عملية بين العلاقة العقدية والقانون المطبق.

ولقد تبنت العديد من التشريعات الوطنية للقانون الدولي الخاص هذا الضابط فقد لاقت انتشارا واسعا كإسناد احتياطي في الحالات التي تجهل فيها إرادة المتعاقدين، ويفضل الإسناد إلى قانون دولة التنفيذ على أساس أنه المكان الذي تتجسد فيه االلتزامات التعاقدية، كما أنه يحقق مصالح المتعاقدين على اعتبار أن تنفيذ العقد هو هدف المتعاقدين والغاية التي يسعيان إلى تحقيقها، ويجني هؤلاء الأفراد ثمار تعاقدهم في هذه الدولة، فضلا عن أن محل التنفيذ يكون عرضيا ويرتبط ارتباطا وثيقا بالعقد. ([١٠])

ولتفادي النقد الذي وجه إلى قرينه محل إبرام العقد لاختيار القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع، فإن بعض الفقهاء يفضلون الأخذ بقرينة محل تنفيذ العقد لتحديد القانون الواجب التطبيق، و ذلك أن محل تنفيذ العقد هو الهدف من التعاقد، غير أن الأخذ بقرينة محل التنفيذ تصطدم بصعوبة تحديد محل التنفيذ عندما تتعدد مجالات التنفيذ تبعا لتعدد االلتزامات الناشئة عن العقد، إلا أن هذا الاعتراض مردود عليه بأنه في حالة تعدد مجال التنفيذ فإن العبرة بمحل التنفيذ الرئيسي، والأصل أن يوضح الأطراف مكان التنفيذ و في حالة عدم التحديد لمحل التنفيذ من قبل الأطراف فيكون تحديده باعتبار المكان الذي يقوم فيه المدين بالوفاء الفعلي بالتزامه، وإن بدا محل التنفيذ أقرب الروابط الموضوعية لأنه يعطي العقد توطينا حقيقيا يمكن معه افتراض إرادة الطرفين.

إن محل تنفيذ العقد يأخذ به كقرينة ومبرر اعتمادا على أن تنفيذ العقد هو القصد النهائي منه، كما أنه هو محل الوفاء في الأوراق التجارية. ويرى(باتيفول) أن قانون محل تنفيذ العقد هو خير قانون، غير أنه وإذا كان يفترض بأن محل تنفيذ العقد قد يتعدد، فإنه يأخذ في هذه الحالة بالمحل الذي يتم فيه

[١٠]- سليمان احمد فضل، المنازعات الناشئة عن عقود التجارة الالكترونية في إطار القانون الدولي الخاص، دار النهضة العربية، دون سنة طبع ، ص ٢٠٠-٢٠١.

التنفيذ الرئيسي ويحيل القضاء إلى الأخذ به إلا إذا تعدد محل التنفيذ أو كان غير معين، فإنه يأخذ حينئذ بقانون محل إبرام العقد. ([11])

عندما استقرت قاعدة خضوع العقد لقانون الإرادة، وأصبح من حق المتعاقدين اختيار القانون واجب التطبيق صراحةً، اتجهت بعض أحكام القضاء إلى تطبيق قانون دولة التنفيذ عند سكوت الإرادة عن الاختيار الصريح لقانون العقد على أساس أن إرادة المتعاقدين الضمنية قد اتجهت إلى ذلك، بل إن هناك من الأحكام ما اتجهت إلى تطبيق قانون دولة التنفيذ على الرابطة العقدية بصرف النظر عن إرادة المتعاقدين في ذلك، وهو ما يفيد الإيمان بالإسناد المسبق لقانون دولة التنفيذ بوصفه تعبيرا عن مركز الثقل في الرابط العقدية، و بهذه المثابة ينطبق قانون دولة التنفيذ وفقا لهذا القضاء باعتباره القانون الأوثق صلة بالرابطة العقدية على الأقل عند سكوت الإرادة عن الاختيار الصريح أو الضمني لقانون آخر، لذلك فقد انتهى القضاء إلى نتائج منطقية من خلال إعماله لنظرية (باتيفول) في التركيز الموضوعي للرابطة العقدية وفقا لظروف التعاقدو أحداثه الخارجية، وهي نظرية تنتهي إلى إسناد العقد للقانون السائد في مركز الثقل في هذه الرابطة، ومركز يرتبط عادة ارتباطا وثيقا بالدولة التي يجري فيها تنفيذ العقد.([12])

[11]- سليمان أحمد فضل، المنازعات الناشئة عن عقود التجارة الإلكترونية في إطار القانون الدولي الخاص، دار النهضة العربية،
2011ص.-114

[12]- هشام علي صادق، مرجع سابق، ص557 .

الخاتمة

فى نهاية هذا البحث قد توصلنا لمجموعة من النتائج والتوصيات على النحو التالى"

١-النتائج:

- كانت الارادة ولا تزال المعيار الأساسي وصاحبة الدور الحاسم في تحديد القانون الواجب التطبيق على االلتزامات التعاقدية، خاصة في الجوانب الموضوعية للعقد دون الشكلية منها والحكمة في ذلك هي تمكين المتعاقدين من الحرية في الاختيار من جهة والمطالبة باستمرارية العقد و تنفيذه من جهة أخرى، غير أن هناك طرف ثان برز دوره في مسألة تحديد القانون واجب التطبيق ألا وهو قاضي الموضوع الذي منح له الاختصاص في هذا الشأن ولو بطريقة احتياطية إذ يكون له الحق في الاختيار متى ما

صمت الأطراف عن تحديد القانون الواجب ليحدده وفقا للظروف و المعطيات التي تتلائم و طبيعة العقد و مصلحة الأطراف.

- حرية الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق على التزاماتهم التعاقدية هي حرية مطلقة إلا أنه يجب توافر شرطين هما:

- قانون الارادة له صلة بالعقد ومنه محل التنفيذ ومحل الابرام.
- قانون الارادة له صلة بالمتعاقدين ومنه الموطن المشترك والجنسية المشتركة.

- بالعودة الى النصوص التشريعية وماصاحبها من ممارسات قضائية، يتضح أن القاضي عموما لم يكتف بالمنطق السابق، بل يتدخل في مسألة التحديد حتى ولو كانت هناك إرادة في ذلك، ويظهر ذلك جليا عندما يقوم القاضي باستبعاد القانون المختار عندما لا تتوفر فيه شروط الصلة أو الارتباط مع العقد أو المتعاقدين مع ما يكتنف هذا المصطلح من غموض وكذلك معايير تحديد هذه الصلة.
- لقد سعى كل من المشرعين المصري والكويتي الى مواكبة التطورات المتسارعة في مجال العلاقات الدولية بين الخواص، من خلال تعديل بعض النصوص القانونية المتعلقة بقواعد الاسناد متفاديا بذلك موجة الانتقادات التي كانت موجهة له قبل إجرائها، غير ان هذا الموقف يبقى قاصرا وناقصا خاصة من الناحية العملية، لذلك تبرز الحاجة الى توضيح بعض النقاط الأساسية خاصة في مجال العقود الدولية وما يترتب عليها من التزامات.

٢- التوصيات:

- ضرورة استقرار المشرع الكويتى على رؤية تشريعية واضحة في سنه للقواعد الناظمة للعقود الادارية الدولية من خلال الحرص على عدم الاندفاع عند اقتباس القواعد القانونية، والانطلاق من واقع ممارسة هذه النشاطات بضبط أحكام قانونية تنسجم مع خصوصية هذه العقود، خاصة لما لها من أهمية وخطورة في نفس الوقت لارتباطها بالتنمية الاقتصادية والمحافظة على المال العام.
- اعادة تنظيم مجال المناقصات والمزايدات، وتفويض الجهات المختصة بضبط المصطلحات والاجراءات، خاصة لتعلقها المباشر بالمال العام والخدمة العامة.

فغموض بعض نصوصها قد يأدي الى خلو العقد من مؤشرات تحدد قانون الارادة، مما يدخل الاطراف في اشكاليات اعمال قواعد الاسناد.

- ضرورة التنسيق بين النصوص القانونية الناظمة لأحكام الاستثمار المناقصات والمزايدات ، والقانون المدنى والقانون الادارى وقانون المرافعات في سبيل توفير إطار قانوني متكامل وغير متناقض خاصة وأن هذه القوانين تلعب دورا ثلاثيا في تنظيم عقود القانون الدولي الخاص.
- نناشد المشرع المصرى والكويتى تخصيص جزء أكبر للمنازعة التحكيمية في القانون الدولي الخاص، خاصة مع غياب الاجتهاد القضائي المؤثرفي كل من مصر والكويت.
- العمل على جمع القواعد القانونية المتفرقة في مختلف النصوص التشريعية الوطنية والاتفاقيات الدولية المنظمة لعقود B.O.T في دليل وطني نظامي يسهل على المتعاقدين الأجانب الراغبين التعاقد مع مصر أو الكويت، فهم السياسة المنتهجة، وتوقع الشروط والمبادئ المسيرة لهذه العقود.

قائمة المراجع

١- الكتب :

- د. ياسر كامل الصيرفي، النظام القانوني لعقد B.O.T ومدى خضوعه لقواعد القانون الخاص، جامعة الحقوق، لجنة التأليف والتعريب والنشر، ٢٠٠٨.
- عصام أحمد البهجي، عقود البوت الطريق لبناء مرافق الدولة الحديثة، دار الجامعة الجديدة، ٢٠٠٨.

- وليد حيدر جابر، التفويض في إدارة واستثمار المرافق العامة، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى، بيروت، ٢٠٠٩.

– محمد احمد غانم، مشروعات البنية الأساسية نظام B.O.T، المكتب الجامعي الحديث، الطبعة الأولى، ٢٠٠٩.

– دراسة الجدوى ونظام B.O.T، دراسة معدة من مكتب مهارات الإدارة الحديثة، دار الفاروق للاستثمارات الثقافية.

– سمير عبد العزيز –اسماعيل حسين اسماعيل –شكري رجب العشماوي، نظام البناء التشغيل ونقل الملكية B.O.T لتمويل وإدارة وتحديث مشروعات البنية الاساسية، الدار الجامعية، الاسكندرية، ٢٠٠٧.

– مصطفى عبد المحسن الحبشي، الوجيز في عقود ال B.O.T، دار الكتب القانونية، ٢٠٠٨.

– هاني صلاح سري الدين، التنظيم القانوني والتعاقدي لمشروعات البنية الأساسية الممولة من طريق القطاع الخاص، دراسة تحليلية لنظام البناء والتملك والتشغيل ونقل الملكية Boot وغيره من صور مشاركة القطاع الخاص في تقدم خدمات البنية الأساسية، القاهرة، دار النهضة العربية، ٢٠٠١.

– محمد محمد عبد اللطيف، الاتجاهات المعاصرة في ادارة المرافق العامة الاقتصادية، دار الثقافة الجامعية، ١٩٩٩.

– جابر جاد نصار، عقود البوت والتطور الحديث لعقد االلتزام، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٢.

– محمد محمد عبد اللطيف، الاتجاهات المعاصرة في ادارة المرافق العامة الاقتصادية، دار النهضة العربية، ٢٠٠٠.

– فلحوط وفاء مزيد، المشاكل القانونية في عقود نقل التكنولوجيا إلى الدول النامية، ط١، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠٠٨.

– بلقاسم إعراب، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، الزيتونة للإعلام والنشر، الجزائر، بدون سنة طبع.

– عبد الفتاح بيومي حجازي، النظام القانوني لحماية التجارة الإلكترونية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية،٢٠٠٢.

– زياد محمد فالح بشايشة، أحمد الحراكي، عماد قطان – دور إرادة أطراف التعاقد في اختيار القانون واجب التطبيق في االلتزامات التعاقدية الدولية وفقا للقانون الأردني، دراسة مقارنة، دون سنة، دون طبعة .

– هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، ط ٢، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ٢٠٠١.

– حفيظة السيد الحداد، الموجز في القانون الدولي الخاص، الكتاب الأول، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠٠٩.

– أحمد إبراهيم إبراهيم، القانون الدولي الخاص، الكتاب الأول، تنازع القوانين، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٠.

– حسين منصور محمد، العقود الدولية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، ٢٠١٠.

– عبد الكريم سلامة أحمد، قانون العقد الدولي، مفاوضات العقود الدولية، القانون واجب التطبيق وأزمته، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠١.

– سليمان أحمد فضل .المنازعات الناشئة عن عقود التجارة الإلكترونية في إطار قانون الدولي الخاص، دون طبعة، دار النهضة العربية، القاهرة، 2011.

– إبراهيم أحمد إبراهيم، الإطار القانوني للتجارة الإلكترونية، مجلة التحكيم العربي،2004 ، العدد7 ، الاتحاد العربي للتحكيم.

– القانون النموذجي للجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي (الأونسيترال) بشأن التجارة الإلكترونية وقرار الجمعية العامة ونصوص نموذج القانون على موقع (الأونسيترال) على شبكة الإنترنت على العنوان:

http://www.uncitral.org/uncitral/ar/uncitral_texts/electronic_commerce/1996Model.html

– محمود محمد ياقوت، حرية المتعاقدين في اختيار قانون العقد الدولي، منشأة المعارف، الإسكندرية، الطبعة الأولى، ٢٠٠٤.

– أحمد عبد الكريم سلامة، القانون الدولي الخاص الإماراتي، دولة الإمارات العربية، جامعة الإمارات، ٢٠٠٢، ط ١، بدون سنة طبع.

– هشام صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ٢٠٠١.

– أشرف وفا محمد، الوسيط في القانون الدولي الخاص، دار النهضة العربية، القاهرة، ط ١، ٢٠٠٩.

– القانون الدولي الخاص السويسري لعام 1987 بصيغة المعدلة في 1 يوليو2014 ، انظر نصوص القانون على العنوان:

www.andreasbucher.law.ch

– كمال طلبة المتولي سلامة، الاتجاهات الحديثة في عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية B.O.T – دراسة مقارنة – الطبعة الأولى، مركز الدراسات العربية للنشر والتوزيع، القاهرة، ٢٠١٥.

– محمد الروبي، عقود التشييد والاستغلال والتسليم BOT، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٨.

– فرج طرح البحور، تدويل العقد، منشأة المعارف، الاسكندرية، ٢٠١٠.

– مصطفى ابو احمد علاء محي الدين، التحكيم في منازعات العقود الادارية الدولية، دارة الجامعة الحديدة، الاسكندرية ٢٠١٤.

– احمد عبد الحميد عشوش، قانون العقد بين ثبات اليقين واعتبارات العدالة، مؤسسة شباب الجامعة، الإسكندرية، ١٩٩٩.

– عبد الله عز الدين، القانون الدولي الخاص تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدوليين، بدون دار نشر، ١٩٦٩.

– منصور سامي، عبد العال عكاشة، القانون الدولي الخاص، الدار الجامعية، بيروت، ١٩٩٥.

– عصام الدين القصبي، النظام القانوني للعمليات المصرفية الدولية، دار النهضة الجامعية، القاهرة، ١٩٩٣.

- موسوعة التشريعات الفرنسية، على الموقع الالكتروني التالي:
https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURIT

– عوني محمد الفخري، ارادة الاختيار في العقود الدولية التجارية والمالية، منشورات زين الحقوقية، بيروت، ٢٠١٢.

– احمد ابراهيم ابراهيم، القانون الدولي الخاص تنازع القوانين، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٢.

– هشام صادق، الموجز في القانون الدولي الخاص، الفنية للطباعة والنشر، الاسكندرية، ١٩٩٧.

– سليمان أحمد فضل، المنازعات الناشئة عن عقود التجارة الإلكترونية في إطار القانون الدولي الخاص، دار النهضة العربية، القاهرة، 2011.

٢– سائل العلمية:

- إبراهيم الدسوقي عبد اللطيف الشهاوي، تطور عقود امتياز المرفق العام، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، قسم القانون العام، جامعة عين شمس، ٢٠٠٣.

– طلال ياسين العيسى، العقود الدولية وتطبيقاتها في القانون العراقي، اطروحة دكتوراه، بغداد، جامعة بغداد، ١٩٩٦.

– طارق عبد الله عيسى المجاهد، تنازع القوانين في عقود التجارة الدولية، اطروحة دكتوراه، جامعة بغداد، ٢٠١٤م.

– نافع بحر الباني، تنازع القوانين في منازعات التجارة االلكترونية، اطروحة دكتوراه، بغداد، جامعة بغداد، ٢٠٠٤.

٣– الأوراق والأبحث العلمية:

- ورقة عمل من الهيئة العامة لشؤون الثروة السمكية بعنوان: استثمار القطاع الخاص في النشاط الزراعي إلى المؤتمر الثاني لدور القطاع الخاص في مشروعات التنمية الأساسية، الكويت ٢٨ و٢٩ يناير كانون الثاني ٢٠٠٣.

– د. محمد متولي، إدارة مشروعات البنية الأساسية بنظام (B.O.T) في الكويت، بحث مقدم للمؤتمر الثاني لدور القطاع الخاص في مشروعات التنمية والبنية التحتية، الكويت، ٢٠٠٣.

مع حفظ الألقاب العلمية