

جامعة ملحد خيضر بسكرة
كلية الحقوق والعلوم السياسية
قسم الحقوق



مذكرة ماستر

الميدان : الحقوق و العلوم السياسية
الفرع : الحقوق
التخصص : قانون دولي
رقم :

إعداد الطالب (ة):

جيجخ أمينة

يوم :

النظام القانوني للعقد التجاري الدولي

لجنة المناقشة:

رئيسا	جامعة ملحد خيضر بسكرة	أ.د	ادريس قرفي
مشرفا	جامعة ملحد خيضر بسكرة	أ.د	أفوجيل نبيلة
مناقشا	جامعة ملحد خيضر بسكرة	أ.مح ب	عطاف صالح



بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

إلهي لا يطيب الليل إلا بشكرك ولا يطيب النهار إلا بطاعتك .. ولا تطيب اللحظات إلا بذكرك ... ولا
تطيب الآخرة إلا بعفوك ولا تطيب الجنة إلا برؤيتك
قتبل منا انك انت السميع العليم.

إلى من سهرت ليال طوال لراحتي، وضحت لأجل دراستي . . . وعانت معي عناء وتعب إنجازي
لمذكرتي إلى من ربنتي وأنارت دربي وأعانتني بالصلوات والدعوات فكان دعائها سر نجاحي إلى قلب
الناصر البياض إلى أعلى إنسان في هذا الوجود
"أمي الحبيبة "

إلى من كلفه الله بالهبة و الوقار إلى من علمني العطاء بدون إنتظار إلى من أحمل إسمه بكل إفتخار
إلى من كلت أنامله إلى من حصد الأشواك لأجلنا
"والدي العزيز"

إلى القلوب الطاهرة الرقيقة و النفوس البريئة إلى من يحملون في عيونهم ذكريات طفولتي و شبابي إلى
رياحيين حياتي سندي و ملاذي إخوتي و أخواتي.

((اللَّهُمَّ اِنْفَعْنِي بِمَا كَلَّمْتَنِي، وَكَلِّمْنِي مَا يَنْفَعُنِي، وَزِدْنِي حِلْمًا))

جيجخ أمينة



شكر و عرفان

قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : " لا يَشْكُرُ اللهُ مَنْ لا يَشْكُرُ النَّاسَ "

نحمد الله كثيرا و نشكره شكرا جزيلا، لأنه سهل لنا المبتغى ، و أعاننا على إتمام هذا العمل المتواضع و منحنا نور المواصلة و التحدي لإستحقاق ثمرة هذه السنين من الدراسة و العمل الجاد لإنجاز هذه
المذكرة.

واعترافا لذوي الفضل بفضلهم ووفائهم.

و تقديرا و إحتراما للسراج الذي أضاء بنوره درب كل طالب علم

إلى الأستاذ "الدكتورة "أقوجيل نبيلة"

أتقدم لها بخالص آيات شكري وتقديري على ما حظيت به من إشراف كريم وصبر جميل والذي لم تبخل علينا بتوجيهاتها ونصائحها القيمة للجهود التي بذلتها من أجلنا خلال مراحل إعدادنا لهذه المذكرة تضحية بوقتها لتوجيهه سديد وعطاء وفير .

فقد منحتنا من علمها و دقة ملاحظاتها و إرشاداتها ما يجعل من العصي سهلا و من البعيد قريبا فكانت
النبته التي سقتها و رعتها قد أثمرت عملا حسنا .

فكنت العون في إنجاز هذه المذكرة وفقك الله وأعانك أستاذتي الكريمة

فلك كل التقدير و الإحترام

كما أتقدم بالشكر الجزيل لأعضاء لجنة المناقشة فردا فردا زادكم الله عطاءا للعلم و سراج منيرا .

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ



تقوم التجارة على المساهمة في تعزيز الاقتصاد الدولي، كما تعد من أهم مقومات نجاحه وازدهاره، ولقد عرفت تطورا كبيرا عبر العصور ووصلت إلى درجة كبيرة من الارتقاء والتطور، أدى ذلك إلى تنميه المجتمعات المدنية وتحسن ظروفها المعيشية.

وباعتبار التجارة الدولية عصب الاقتصاد العالمي وأحد أهم ركائزه، حظيت بالكثير من الاهتمام من قبل القانون والفقه الدوليين، ولقد بذلت الكثير من الجهود على المستوى الدولي في سبيل توحيد القواعد التي تحكم المعاملات التجارية، باعتبار أن اختلاف القوانين الوطنية التجارية لما فيه من خطورة تطبيق أحكام تجهلها أطراف المعاملات التجارية، يعتبر أحد المشاكل الأساسية التي تواجه التعامل التجاري بين الدول والمعوق له.

ونظرا لاتساع مجال التبادل التجاري الدولي ظهرت علاقات تعاقدية ذات عنصر أجنبي تقوم على أساس مبدأ سلطان الإرادة، تسمى بالعقود التجارية الدولية وهي متنوعة ومختلفة حسب طبيعتها، وتقوم على أساس الاتفاق والرضا المتبادل بين الأطراف المتعاقدة، وتخضع في اغلب الأحيان إلى قواعد القانون الدولي وبالأخص قواعد التجارة الدولية، لكن كثرة هذه العقود و تنوعها من جهة، وظهور عقود جديدة، ما جعل المتعاملين فيها يوجدون أساليب ابرام جد متطور من جهة أخرى، بالإضافة إلى الاتصال المباشر بين الأطراف المتعاقدة بواسطة اجهزة الحاسوب الحديثة، وهو ما يعبر عنه بعقود التجارة الالكترونية والخدمات التكنولوجية.

وانطلاقا من هذه الاعتبارات العملية جعل مسألة إبرام العقود التجارية الدولية تحتاج إلى تفكير وتخطيط أكثر وأرقى وأعمق وهذا بالنظر إلى طبيعتها الخاصة، وأنها تمر بمراحل مختلفة أهمها مرحلة المفاوضات التي تتضح فيها معالم التعاقد، التي يتوج نجاحها بصياغة العقد في صورته النهائية، والتوقيع عليه من قبل الأطراف المتعاقدة ليكون جاهزا للتنفيذ.

أسباب اختيار الموضوع:

من بين الأسباب التي أدت إلى اختيار موضوع النظام القانوني للعقد التجاري الدولي، هو كونه أحد المواضيع المهمة التي لها علاقة بالمجال الاقتصادي والدولي، فهو يهتم بدوره

مقدمة

بالعلاقات التجارية وتنظيمه قوانين داخلية ودولية في نفس الوقت ما يتطلب معرفتها والاحاطة بها، واكتشاف نقاط ومواضيع ترابطها وتطابقها، بالإضافة إلى كون هذا الموضوع يدخل ضمن اختصاص القانون الدولي العام، والذي يصلح لأن يكون موضوعا للدراسة والبحث لإعداد مذكرة من اجل نيل شهادة الماستر، بالإضافة إلى دوافع أخرى تدخل في الانشداد والرغبة النفسية لدراسة هذا الموضوع.

أهمية الدراسة:

تظهر أهمية الدراسة من خلال أهمية التجارة الدولية وتنظيمها وبصورة أخص مسألة ابرام العقود التجارية الدولية وتنفيذها، باعتبارها أحد أهم الوسائل المستخدمة بشكل واسع في مجال المبادلات التجارية الدولية، وقد انتشرت وتطورت بشكل كبير، وتم ترسيخها كأحد أهم الوسائل والمرتكزات الرئيسية في المجال التجاري، كما تظهر أهمية الموضوع من خلال سعي الجهود الدولية الى وضع قانون خاص للعقود التجارية الدولية ومحاولتها لتوحيد القوانين المتعلقة بها، وكذلك إيجاد نماذج عديدة عنها حسب موضوعاتها.

كما إن مسألة القانون الواجب التطبيق على العقد التجاري الدولي من المسائل المهمة والتي لا بد من معرفتها، فتحديد القانون الواجب التطبيق على العقد التجاري الدولي لها أهمية كبيرة في تفسير العقد وتنفيذه وحل المنازعات الناشئة عنه دون إثارة مسألة تنازع القوانين بين مختلف التشريعات التي يمكن أن يكون لها صلة بأحد العناصر القانونية للعقد.

أهداف الدراسة:

تهدف الدراسة الى التعرف على طرق ابرام عقود التجارة الدولية وكيفية تنفيذها، بالأخص عقد البيع الدولي للبضائع الذي يعتبر من اهم أنواع العقود التجارية الدولية، وذلك من خلال احكام اتفاقية فيينا 1980 بشأن عقد البيع الدولي للبضائع.

كما تهدف الدراسة الى معرفة القانون الواجب التطبيق على العقد التجاري الدولي، وكيفية تسوية المنازعات الناشئة عن تنفيذه.

حدود الدراسة:

نتناول في هذه الدراسة عقد البيع الدولي للبضائع كنموذج، حيث نبين كيفية ابرامه وتنفيذه.

المنهج المتبع:

إن المنهج المتبع في إعداد هذه الدراسة هو المنهج الوصفي التحليلي، حيث يحتاج موضوع الدراسة إلى جمع البيانات ومختلف المعلومات المتعلقة بالعقد التجاري الدولي، ومن خلال ذلك يتم الوصول إلى أهم النقاط والمبادئ الأساسية التي يقوم عليها، أي محاولة الإحاطة بالنظام القانوني للعقد التجاري الدولي.

الدراسات السابقة:

حاولت العديد من الدراسات تحديد مفهوم العقد التجاري الدولي وتحليل عناصره بهدف معرفة نظامه القانوني، وقد تمت دراسة الموضوع من خلال وجهات نظر مختلفة، نستعرض إحدى هذه الدراسات السابقة ونبين أهم النتائج التي توصلت لها، ثم نقارن بينها وبين دراستنا لهذا الموضوع.

- دراسة: بكاكية حسيبة، عقود التجارة الدولية، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق، شعبة القانون الاقتصادي للأعمال، التخصص القانون العام للأعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم قانون الاعمال، جامعة عبد الرحمن ميرة، بجاية، 2012-2013.

توصلت هذه الدراسة إلى النتائج التالية:

01- وضع تعريف شامل للعقود التجارية الدولية أمر صعب رغم المحاولات العديدة وذلك بسبب تنوع هذه العقود وتطورها المستمر، إضافة إلى أن التشريعات الوطنية أصبحت غير قادرة على مسايرة هذا النوع من العقود لاختصاصها بالعقود الداخلية وعجز قواعد القانون الدولي الخاص عن حل المنازعات الناشئة عنها، مما يتطلب إيجاد حلول موضوعية تتلاءم معها وتواكب تطورها.

02- القواعد الخاصة التي وضعت لمسايرة المشاكل التي تثيرها عقود التجارة الدولية غير كافية سواء كانت تخص نوعا محددًا من العقود أو استبعادها لنوع آخر من مجال

مقدمة

تطبيقها، كما ان الواقع العملي أفرز نوع من العقود لم يكن في الحسبان كعقود التجارة الإلكترونية.

03- عقود التجارة الدولية تحتاج الى الكثير من التخطيط والتفكير لإبرامها نظرا لطبيعتها المركبة والمعقدة لوجود أطراف أجنبية والتي يمكن ان تثير مشكلة عدم الالتزام بما ترتبه هذه العقود من قبل أحد أطرافها.

04- لا يوجد تقنين خاص يحكم العقود التجارية الدولية وانما تحتكم الى الأعراف والعادات الدولية والى العقود النموذجية، ويعتبر التحكيم أهم وسيلة لحل المنازعات الناشئة عنها.

أوجه التشابه:

- تحديد مفهوم العقد التجاري الدولي وكيفية ابرامه، وكذا تحديد القانون الواجب التطبيق عليه، وطرق حل المنازعات الناشئة عنه.
أوجه الاختلاف:

- عدم تطرق الدراسة محل المقارنة الى كيفية تنفيذ العقد التجاري الدولي، حيث تطرقنا من خلال دراستنا الى هذه النقطة، وتناولنا تنفيذ عقد البيع الدولي للبضائع كنموذج.
- عدم تعمق الدراسة محل المقارنة في القانون الواجب التطبيق على العقد التجاري الدولي، حيث تناولت هذا العنصر بطريقة مقتضبة رغم أهميته في موضوع الدراسة، كما لم تبين موقف المشرع الجزائري في القانون الواجب التطبيق على العقد التجاري الدولي.

إشكالية الدراسة

يطرح موضوع الدراسة إشكالية أساسية تتمثل في:

- هل النظام القانوني التقليدي للعقد التجاري الدولي قابل للتطبيق على العقود التجارية الدولية الحديثة؟

مقدمة

تقسيم الدراسة:

وللإجابة على الإشكالية الأساسية المطروحة بصدد هذا الموضوع، تم تقسيم الدراسة كما

يلي:

الفصل الأول: ماهية العقد التجاري الدولي.

-المبحث الأول: مفهوم العقد التجاري الدولي.

-المبحث الثاني: إبرام العقد التجاري الدولي.

الفصل الثاني: القانون الواجب التطبيق على العقد التجاري الدولي وتسوية المنازعات الناشئة

عنه.

-المبحث الأول: القانون الواجب التطبيق على العقد التجاري الدولي.

-المبحث الثاني: تسوية المنازعات الناشئة على العقد التجاري الدولي.

الفصل الأول

ماهية العقد التجاري الدولي

تمهيد:

تعتبر عقود التجارة الدولية الأداة الفعالة و الأكثر استعمالا في مجال المبادلات التجارية على الصعيد الدولي، و بذلك يكون لها أهمية كبيرة في تطور و نمو عجلة الاقتصاد العالمي الذي يتطلب استمرار النشاط التجاري و تداوله، و باعتبار عقود التجارة الدولية من أهم التصرفات القانونية المبرمة في مجال المعاملات الاقتصادية الدولية و التي يلجأ إليها الكثير من المتعاملين الاقتصاديين لضمان معاملاتهم و حسن تنفيذها، فإنه لا بد من وضع مفهوم لها و تحديدها و ذلك من أجل تمييزها عن باقي العقود الأخرى، و إن أهم ما يميز عقود التجارة الدولية هو هذه الصفة الدولية، التي اختلف الفقهاء حول طبيعتها و أساسها، و لكي يكون العقد التجاري الدولي عقدا صحيحا و منتجا لأثاره القانونية لا بد من أن تتوافر فيه جميع الأركان و الشروط الموضوعية و الشكلية الواجب توافرها لقيامه صحيحا و خاليا من العيوب.

إن العقود التجارية الدولية كثيرة و متنوعة، سنتطرق إلى بعض أنواعها في هذه الدراسة، و عليه إبرام العقود التجارية لا بد أن تمر بمراحل أو لها تبدأ بالإعداد و التفاوض حول بنود العقد و الالتزامات و الشروط التي يربتها على المتعاقدين، و بعدها تتم صياغتها و تتطلب الصياغة الدقة و الوضوح و أشكالاً نموذجية في بعض الأحيان، بعد إبرام العقود التجارية الدولية يتم تنفيذها ، حيث يلتزم الأطراف المتعاقدين بجميع ما يرتبه التعاقد من الالتزامات، و إن الإخلال بها يمكن ان يرتب فسخ التعاقد و كذا جزاء و تعويضات هن الاضرار الناجمة عن هذا الإخلال، و لتفصيل ما سبق الإشارة اليه نتناول في المبحث الأول : ماهية العقد التجاري الدولي، و في المبحث الثاني نتناول إبرام العقود التجارية الدولية.

المبحث الأول: مفهوم العقد التجاري الدولي

تعتبر العقود التجارية الدولية : من أهم وأكثر وسائل خلق النشاط التجاري و الاقتصادي و العالمي، و هي الأداة القانونية التي يتم من خلالها تسيير و استقرار التعاملات التجارية الدولية، و نظرا لأهميتها قامت مختلف التشريعات و القوانين و كذلك الاتفاقيات الدولية بتنظيم أحكامها كما ساهم فقهاء القانون الدولي في وضع مفاهيم أساسية لها، و لتحديد مفهوم العقد التجاري الدولي لابد أولا ، من تعريفه و هذا ما نتناوله في المطلب الأول ثم نحدد صفة الدولية التي تميزه عن العقد الداخلي في المطلب الثاني ثم نتعرض لأركانه و التي لابد من توافرها ليرتب العقد التجاري الدولي آثاره القانونية في المطلب الثالث، ثم في المطلب الرابع نتطرق إلى ذكر بعض أنواع العقود التجارية الدولية و التي هي كثيرة و متعددة.

المطلب الأول: تعريف العقد التجاري الدولي

إن مسألة وضع تعريف محدد للعقد التجاري الدولي من المسائل الصعبة التي واجهت فقهاء القانون الدولي وذلك نظرا للطبيعة الخاصة التي يتميز بها، سنحاول في هذا المطلب التطرق أولا للتعريف اللغوي له، ثم بعدها نعرفه اصطلاحا.

الفرع الأول: التعريف اللغوي

أصل العقد في اللغة هو الربط والوصل و يأتي هذا المعنى من " عقد الشيء بغيره و هو وصله به كما تعقد و تربط الحبل بالحبل، أي إذا وصل به شدا و منه يقال " عقد فلان بينه و بين فلان عقدا"، و في هذا المعنى يأتي العهد¹.

يقول سبحانه وتعالى ﴿ اٰمِيَّا الَّذِيْنَ اٰمَنُوْا اَوْفُوْا بِالْعُقُوْدِ ۗ ﴾² و العقد هنا بمعنى العهد.

ويقول الدكتور عبد الرزاق السنهوري: إن لفظ عقد استعمل حديثا لتعويض لفظ عهد و هذا الأخير نقل إلى القوانين الرومانية من التعاملات الدينية³.

¹لسان العرب، قاموس معد على قرص مضغوط من إنتاج فليبس في 19-12-1994.

²الآية 01 من سورة المائدة.

³ عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الثاني، دار احياء التراث العربي، لبنان، 1964، ص 26

الفرع الثاني: التعريف الاصطلاحي

يعتبر العقد أهم صور التصرف القانوني، و هو التعبير القانوني لإجراء المعاملات سواء على المستوى الداخلي أو على المستوى الدولي، لذلك يمكن القول أن العقد إما أن يكون داخليا و إما أن يكون دوليا¹.

كما يقصد بالعقد بصفة عامة توافق إرادتين على إحداث أثر قانوني إما بإنشاء التزام أو نقله أو تعديله أو إنهاؤه، و إذا كان العقد داخليا (وطنيا) فإنه يخضع بكل تفاصيله للقواعد الداخلية و تحكمه النصوص الأمرة التي لا تترك المجال للأفراد لتجاوزها أو مخالفتها، كما أنه لا يثير مشكلة تنازع القوانين لأن قانون الدولة التي ينتمي إليها هو الذي يحكمه فقط، أما إذ كان العقد دوليا لاشتماله على عنصر أجنبي سواء تعلق الأمر بإبرامه أو تنفيذه أو بجنسية المتعاقدين أو بموطنهم، فدولية العقد ترتبط بمدى وجود الصفة الأجنبية في عناصره القانونية المختلفة، أي أنه إذا تعلقت العلاقة التعاقدية بأكثر من نظام قانوني واحد فإننا نكون أمام عقد دولي، و يتيح هذا الأخير للأطراف إمكانية الخروج عن القواعد الأمرة في دولة ما، و إخضاعه لقانون الإرادة الأطراف طبقا لأحكام القانون الدولي الخاص².

أما في القوانين الداخلية للدول، فقد جاء في المادة 54 من القانون المدني الجزائري الصادر بموجب الأمر 58/75 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق ل 26 سبتمبر 1975 حسب آخر تعديل له قانون 07-05 المؤرخ في 13 ماي 2007: "العقد اتفاق يلتزم بموجبه شخص، أو عدة أشخاص آخرين بمنح أو فعل أو عدم فعل شيء ما"³

وفي القانون الفرنسي فإن العقد اتفاق إرادتين أو أكثر لأجل إنشاء علاقة قانونية: - إنشاء التزام، إنشاء حق عيني - أو تعديل أو تمديد علاقة قائمة.

¹ محمود فياض، المعاصر في قوانين التجارة الدولية، الطبعة الأولى، الوراق للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2012، ص 55

² محمد وليد هاشم المصري، العقد الدولي بين النظرة التقليدية والنظرة الحديثة، مجلة الشريعة والقانون، العدد 20 يناير 2003، ص 159.

³ الأمر 58/75 المؤرخ في 20 رمضان 1395 الموافق ل 26/09/1975 المعدل بالقانون 07-05 المؤرخ في 13 ماي 2007 المتضمن القانون المدني الجزائري.

أما في الشرائع الأنجلو سكسونية فإن العقد اتفاق تتولد عنه الالتزامات ذات القوة التنفيذية و المعترف بها قانوناً¹.

ويمكن تعريف العقد التجاري الدولي بأنه اتفاق بين شخصين أحدهما مقيم والأخر غير مقيم ويخضع لقانون الصرف والتحويل الخارجي.²

إن وضع تعريف محدد للعقد التجاري الدولي يعد صعباً نظراً لصعوبة تحديد الصفة الدولية من عدمها في العقد لذلك وضعت مجموعة من المعايير و الضوابط التي يتعين الاعتداد بها لإضفاء هذه الصفة على عقد ما أو إنكارها عنه³، و هذا ما سنتعرض له في المطلب اللاحق .

المطلب الثاني: الصفة الدولية للعقد التجاري الدولي

إن سبب عدم تعريف العقد التجاري الدولي تعريفاً جامعاً مانعاً، هو أن ما قد يجعل من عقد ما دولياً بصدد نشاط معين، قد لا يضيء عليه هذه الصفة بصدد نشاط آخر، فكان من شأن هذه الصعوبة أن أدت إلى جعل الكثير من التعاريف التي جاء بها الفقهاء تعاريف قاصرة ومتباينة، وتحليل هذه التعاريف يكشف عن اعتماد أحد المعيارين، المعيار القانوني أو المعيار الاقتصادي.

و مما لا شك فيه أن اعتماد كل معيار سوف يؤدي إلى نتيجة مغايرة عند اعتماد معيار آخر، و هذا راجع للاختلاف الفقهي بين المعيار الاقتصادي و المعيار القانوني⁴ .

¹ محمود مسعود، أساليب وتقنيات إبرام العقود الدولية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2006، ص 20.

² طالب حسين موسي، قانون التجارة الدولية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان-الأردن، 2008، ص 26.

³ خالد عبد الفتاح محمد خليل، حماية المستهلك في القانون الدولي الخاص، دار النهضة العربية، القاهرة، 2002، ص 45.

⁴ محمد بلاق، قواعد التنازع والقواعد المادية في منازعات عقود التجارة الدولية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الدولي الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة ابو بكر بلقايد، تلمسان، 2010-2011، ص 11-12.

الفرع الأول: المعيار القانوني

استنادا على هذا المعيار فإن العقد يكتسب الصفة الدولية لما تكون عناصره متصلة بأكثر من نظام قانوني واحد، سواء تعلق الأمر بجنسية أطراف العقد أو محل إقامتهم أو مكان إبرام العقد أو تنفيذه.¹

إن دولية العقد حسب هذا المعيار شيء معلق على مدى تخلل الصفة الأجنبية إلى عناصره، لكن أنصار هذا الاتجاه اختلفوا حول قيمة عناصر العقد المنسوبة بالصفة الأجنبية و حدود تأثيرها على العقد، حيث ذهب اتجاه إلى مساواة بين كافة العناصر القانونية للرابطة العقدية إذ يكفي أن تتصل هذه الأخيرة بأكثر من نظام قانوني واحد لیتصف بالعقد بالدولية².

ويبدو أن مفهوم العقد الدولي وفق هذا التيار الفقهي يتسم بالجمود لكونه يقود إلى أعمال قواعد القانون الدولي الخاص بمجرد توفر عنصر أجنبي في الرابطة العقدية بغض النظر عن فعاليته أو طبيعة العلاقة التعاقدية.³

ولهذا السبب ذهب اتجاه ثان إلى التمييز بين عناصر الرابطة العقدية التي لحقتها الصفة الأجنبية إن كانت مؤثرة أو غير مؤثرة، وتبعاً لذلك إذا لحقت الصفة الأجنبية للمتعاقد لا تعد عنصراً فاعلاً في عقود المعاملات المالية بصفة عامة، فهي لا تصلح لذاتها كمعيار لدولية العقد، وعلى العكس فإن مكان تنفيذ العقد أو اختلاف موطن أطراف العقد ولو كانوا من نفس الجنسية يعد من العناصر الحاسمة في إضفاء الطابع الدولي على الرابطة التعاقدية.⁴

إن الصفة الدولية للعلاقة التعاقدية تتسم بالنسبية إذ يتم تحديدها من خلال معيار كفي، أي كيفية تأثير العنصر الأجنبي على هذه الرابطة بصرف النظر عن الكم العددي للعناصر الأجنبية لها، فقد تعدد العناصر الأجنبية في العلاقة التعاقدية لكنها تظل وطنية لا تطرح

¹ علي هشام صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، منشأة المعارف، الاسكندرية، 1995، ص 63

² علي هشام صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، المرجع السابق، ص 63

³ كوثر شوقي، مفهوم العقد الدولي، المرجع السابق.

⁴ علي هشام صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، المرجع السابق، ص 64

مشكل تتاع القوانين، بينما قد تلحق الصفة الدولية العقد لمجرد تخلل الصفة الأجنبية لعنصر واحد من عناصره مادام هذا الأخير مؤثرا.¹

وعلى الرغم من وضوح المعيار القانوني وسهولته، إلا أنه لا يكفي وحده لتقرير الصفة الدولية للعقد، فقد يكون وجود العنصر الأجنبي مجرد أمر عرضي ولا يمد بأي صلة للتجارة الدولية أو لمصالحها.²

الفرع الثاني: المعيار الاقتصادي

يعتمد هذا المعيار على العملية التي يحققها العقد التجاري الدولي المتمثلة في مصالح التجارة الدولية، و يعد العقد دوليا وفقا لهذا المعيار إذا ترتب عليه تحركات للأموال عبر الحدود الدولية، أي أن هذا المعيار ينطوي على رابطة تتجاوز الاقتصاد الداخلي لدولة معينة أي يترتب عليها حركة ذهاب وإياب للأموال عبر الحدود، و من العيوب التي تعاب على هذا المعيار أنه يتسم بالغموض و عدم التحديد، فهو لا يضيف جديد، بل هو مجرد تطبيق للمعيار القانوني، حيث الصفة الدولية على تبادل السلع و الخدمات عن طريق العقد بين أكثر من دولة لأنه يتضمن عنصرا أجنبيا مؤثرا في تحديد القانون الواجب التطبيق و القضاء المختص، و يتمثل هذا العنصر في آثار العقد و تنفيذه و الذي يمتد خارج حدود الدولة، و لا يتعارض المعيار الاقتصادي مطلقا مع المعيار القانوني الذي تعتبر العقد دوليا بمقتضاه متى اتصل بأكثر من نظام قانوني واحد.³

و المثال على ذلك عقد البيع الدولي الذي يكون فيه البائع مقيما في دولة و المشتري مقيم في دولة أخرى، فاختلاف محل الإقامة يحقق المعيار القانوني لكون الرابطة العقدية متصلة بأكثر من نظام قانوني واحد، إذ يترتب على العقد في هذه الحالة أن يتم تسليم الشيء المبيع و دفع ثمنه في دولة مختلفة، و هو ما سوف يؤدي إلى انتقال للبضائع و الأموال عبر الحدود، و مفاد ذلك توافر المعيار الاقتصادي و المعيار القانوني في نفس الوقت، إن توافر

¹كوثر شوقي، مفهوم العقد الدولي، المرجع السابق.

²كوثر شوقي، مفهوم العقد الدولي، المرجع السابق.

³بكاكية حسيبة، عقود التجارة الدولية، مذكرة لنيل الماستر في الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمن،

بجاية، 2012-2013، ص 09-11.

المعيار الاقتصادي يضيف لزوماً إلى تحقيق المعيار القانونية لدولية العقد، و العكس ليس صحيحاً، فقد تكتسب الرابطة العقدية طابعها الدولي و وفقاً للمعيار القانوني لدولية العقد أوسع من المعيار الاقتصادي فهذا الأخير هو معيار ضيق لا يعطي الصفة الدولية للروابط العقدية في مجال المعاملات المالية، باستثناء المتعلقة منها بالمصالح التجارة الدولية.¹

لهذا لا يمكن الاستعانة بالاتفاقيات الدولية لتحديد المقصود بالدولية في البيوع الدولية والتي تبين ضوابط دولية على أساسها يحدد البيع الدولي الذي يخضع لأحكامها²

الفرع الثالث: ضابط الدولية في اتفاقية فيينا 1980 بشأن العقود الدولية للبضائع

حددت اتفاقية فيينا متى يكون عقد البيع دولياً فنصت على أن أحكامها تطبق على عقود بيع البضائع المعقودة بين أطراف توجد مراكز أعمالهم في دول مختلفة دون الاعتداد بجنسياتهم، فوضعت الاتفاقية بذلك للدولية معياراً واحداً بسيطاً هو تواجد مراكز عمل المتعاقدين في دولتين مختلفتين، دون أن ينظر في ذلك إلى مكان إبرام العقد أو تنفيذه أو جنسية المتعاقدين أو مكان وجود البضاعة موضوع عقد البيع، و لم تعرف الاتفاقية المقصود بمركز الأعمال فقد يكون المتعاقد شخصاً معنوياً أو فرداً، و يكفي في الحالتين أن يوجد له مكان في دولة معينة يمارس فيه عمله، و يجب أن يكون هذا المكان دائماً سواء كان مصنفاً أو محلاً تجارياً أو مكتباً أو وكالة، أما المنشآت العارضة فلا تؤخذ في الاعتبار عند النظر في تعيين نطاق تطبيق الاتفاقية، لكن اشترطت الاتفاقية للاعتداد بتواجد مراكز عمل المتعاقدين في دول مختلفة أن يتبين ذلك من العقد أو من المعاملات سابقة بين الأطراف أو من المعلومات التي أدلى بها الأطراف قبل انعقاد العقد أو في وقت انعقاده³.

¹ محمد إبراهيم موسى، انعكاسات العولمة على العقود التجارة الدولية، دار الجامعة الجديدة للنشر، مصر، 2007، ص 56-57

² محمد إبراهيم موسى، انعكاسات العولمة على العقود التجارة الدولية، المرجع السابق، ص 57

³ خليل إبراهيم محمد، القانون الواجب التطبيق على عقد البيع الدولي وفقاً لاتفاقية فيينا لعام 1980، مجلة الرافدين للحقوق،

المجلد 10، العدد 35، 2008، ص 90

المطلب الثالث: أركان العقد التجاري الدولي

لا يعتبر العقد التجاري الدولي اتفاقاً نهائياً وعقداً صحيحاً منتجاً لجميع آثاره القانونية التي أبرم من أجلها إلا إذا استوفى المتطلبات والإجراءات الشكلية والموضوعية التي يجب أن تكون صحيحة ومشروعة وخالية من العيوب التي قد تشوبها، وتتمثل الموضوعية منها في الرضا والمحل والسبب أما المتطلبات والإجراءات الشكلية تتمثل في الكتابة والإمضاء.

الفرع الأول: التراضي

يشترط لقيام العقد الدولي أن تكون إرادة تعاقدية موجودة أصلاً و غير معيبة فإن كانت إرادة أحد المتعاقدين غير موجودة كان العقد باطلاً، أما إذا كانت موجودة و لكنها معيبة يكون العقد في هذه الحالة قابلاً للإبطال¹.

يعتبر التراضي ركناً أساسياً في العقد و يقوم على تلاقي إيجاب و قبول الأطراف المتعاقدة، و لا يكفي وجود الرضا وحده لإبرام العقد الدولي بل يشترط صدوره من الشخص المؤهل قانوناً خالياً غير مشوب بعيب من عيوب الإرادة كما هي محددة في التشريعات و القوانين المدنية و هي الغلط، الإكراه، التدليس و الغبن².

التدليس هو خديعة توقع الشخص في وهم يدفعه إلى التعاقد، أما الغش هو الخديعة التي تقع عند التنفيذ العقد بعد تمام انعقاده³، و الغلط هو ما يتولد في ذهن العاقد فيجعله يتصور الأمر على غير حقيقته، بأن يرى فيه شيء غير موجود في الحقيقة أو يتوهم خلوه من صفة، و الغلط يمكن أن يكون في الشيء أو في الشخص أو في القيمة أو الباعث و قد يكون غلطاً فردياً أو مشتركاً أو غلطاً في الوقائع أو في القانون⁴.

¹ الموسوعة العربية المتخصصة، العقود الدولية، منشور في الموقع الإلكتروني <http://arab-ency.com.sy>، اطع عليه بتاريخ 2021/05/06.

² عصام نجاح، محاضرات عقود التجارة الدولية، ماستر 01، قانون أعمال، ص 10-11، اطع عليه من موقع: fdsp.univ-guema.dz، بتاريخ 2021/05/08.

³ الموسوعة العربية المتخصصة، الموقع السابق.

⁴ محمود مسعودي، أساليب وتقنيات أبرام العقود الدولية، المرجع السابق، ص 113-114.

أما الإكراه فيقصد به ذلك الضغط المادي أو المعنوي الذي تتأثر به إرادة الشخص فيندفع إلى التعاقد من دون حق، أما الاستغلال فهو استغلال " لهفوات الطرف الآخر للحصول على مزايا دون مقابل، أو للتوصل، إلى مزايا غير متعادلة¹.

إن وجود الرضا مرتبط ارتباطا وثيقا بطريقة التعبير عنه، فيكون التعبير صريحا أو ضمنيا².

الفرع الثاني: المحل

المحل هو الشيء المتعاقد عليه، وهو إما نقلا لحق عيني أو عملا أو امتناع عن عمل³، أي هو الأداء الذي يتفق الأطراف بشأنه والذي لولاه لما فكر الأطراف في تكوين العقد والذي ترتبط به الالتزامات الأخرى التي يمكن أن يولدها العقد، أي أنه النواة القانونية للعملية الاقتصادية التي يمكن تحقيقها بواسطة العقد الدولي⁴.

فالعقد لا يكون صحيحا إلا إذا كان محله موجدا صحيحا و مشروعاً وقت إبرام العقد⁵، و الشروط الواجب توافرها في المحل هي :

- أن يكون ممكنا وموجودا في الحاضر أو المستقبل
- أن يكون معينا أو قابلا للتعين، تعيينا نافيا للجهالة.
- أن يكون قابلا للتعامل فيه⁶.

¹ الموسوعة العربية المتخصصة، الموقع السابق.

² محمود مسعودي، أساليب وتقنيات أبرام العقود الدولية، المرجع السابق، ص 115.

³ موقع القانونية المغربية Elkanounia.com : أطلع عليه بتاريخ 2021/05/08.

⁴ محمود مسعودي، أساليب وتقنيات أبرام العقود الدولية، المرجع السابق، ص 118

⁵ موقع القانونية المغربية Elkanounia.com : أطلع عليه بتاريخ 2021/05/08

⁶ محمود مسعودي، أساليب و تقنيات أبرام العقود الدولية، المرجع السابق، ص 118.

الفرع الثالث: السبب

هو الدافع أو الباعث على إبرام العقد، حسب الأنظمة اللاتينية لا بد أن يكون موجودا أو مشروعاً، أما في الأنظمة الأنجلو سكسونية فلا تعترف في مجملها بركن السبب لاختلاطه بالمحل¹.

والسبب في العقود الدولية مفهوم واسع وأداة مراقبة أكثر شمولاً من المحل وباقتراحه بالنظام العام والآداب العامة يصبح ذا محتوى سياسي يخضع في تقديراته للأسس التي تقوم عليها الدولة وتوجهاتها العامة.

و يترتب على عدم وجود السبب أو كونه سبباً كاذباً أو صورياً وكذا عدم مشروعيته أو مخالفته للنظام والآداب العامة بطلان العقد².

الفرع الرابع: الكتابة

إن واقع تطبيق الدولي في مجال التعاقدات الدولية وما درجت عليه من أعمال المنظمات الدولية المهمة بهذا الميدان فرض ضرورة التجسيد الكتابي لما انصرفت إليه إرادة الأطراف المتعاقدة، إن كل المراحل التي تمر بها هذه المباحثات إلا وتدون في شكل محررات تكون اتفاق مبدئي أو عقد أولي أو بروتوكول أو اتفاق أو تعهد شرفي حول الإطار العام أو خطاب نوايا أو تعهد بالتعاقد.... إلى ما في ذلك من الصيغ المبتكرة و خلاف للنظرة القائلة بتحرر العقود بصفة عامة و العقود الدولية من كل شكلية، فإننا نرى أن الكتابة تفرض نفسها و تصبح واقع ضروري و حتمي ملزم لتجسيد الاتفاق النهائي³.

¹ عصام نجاح، محاضرات عقود التجارة الدولية، المرجع السابق، ص14.

² رملي محمد، النظام القانوني للعقود الدولية، مذكرة لنيل شهادة الماستر، تخصص قانون اقتصادي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الطاهر مولاي، سعيدة، 2015-2016، ص 56.

³ محمودي مسعود، أساليب وتقنيات إبرام العقود الدولية، المرجع السابق، ص104-105.

الفرع الخامس: الإمضاء

يعرف الإمضاء على أنه الاسم أو العلامة المميزة التي يصفها شخص في آخر محرر للتأكيد والإشهاد على صحة ما تضمنه هذا المحرر ومدى جدية الممضي بالتمسك بالالتزامات التي يتضمنها المحرر وكذا التعهد بتنفيذ محتويات ومضمون هذه الالتزامات، ويشترط إتباع طريقة واحدة في الإمضاء، ويعرف الإمضاء أيضا أنه كل علامة مميزة وشخصية مكتوبة بخط اليد تسمح من التعرف على من قام بها دون أي شك محتمل وتعبّر عن إرادته القطعية بالموافقة على التصرف الموقع عليه¹.

المطلب الرابع: أنواع العقود التجارية

إن العقود التجارية الدولية عديدة ومتنوعة تختلف حسب موضوعاتها ولكل منها تركيبة محددة تختلف عن الأخرى، حيث تبرم من أجل تحقيق أهداف معينة، أكثر العقود التجارية الدولية استعمالا على مستوى الدولي نذكر، عقد البيع الدولي للبضائع (الفرع الأول)، عقود الامتياز التجاري (الفرع الثاني)، عقد نقل التكنولوجيا (الفرع الثالث)، عقد الاعتماد المستندي (الفرع الرابع).

الفرع الأول: عقد البيع الدولي للبضائع

المقصود بالبيع الدولي للبضائع بيع أي شيء محسوس بثمن محدد على النطاق الدولي، أي البيوع المتعلقة بالمنقولات المادية و غير المادية التي تقوم عليها التجارة الدولية².

تدخل عقود بيع الخدمات ضمن عقود البيع الدولي للبضائع، ففي الكثير من الحالات نجد العقود المشتركة بين بيع بضائع ومواد بيع خدمات مثل ما هو الشأن في عقد التسليم المفتاح الذي من خلاله، يقوم المقاول الأجنبي بإقامة المشروع أو المصنع كاملا، حيث يقوم ببنائه وتجهيزه بالآلات والمعدات، ويبدأ بتشغيله ثم يقوم بتسليمه جاهزا إلى الطرف المحلي،

¹محمودي مسعود، أساليب وتقنيات إبرام العقود الدولية، المرجع السابق، ص109-110.

²صالح بن عبد الله بن عطف العوفي، المبادئ القانونية في صياغة عقود التجارة الدولية، مركز الطباعة والنشر بمعهد الإدارة،

كما يقدم أيضا خدمات أكثر تتمثل في تقديمه المساعدة التقنية والمساهمة في تشغيله بنقل التكنولوجيا اللازمة لتشغيله¹.

الفرع الثاني: عقود الامتياز التجاري (عقد الفرنشايز)

يرجع أصل المصطلح FRANCHISE إلى الكلمة الفرنسية القديمة FRANCHIR أو AFFRANCHIR، واللذان تعنيان التحرير من العبودية والقيود، واستخدم هذا المصطلح في القرن 12 و13، ليدل على معنى الامتياز الذي يمنحه السيد أو النبيل لشخص ما، والذي بموجبه كان يتنازل عن جزء من حقوقه المادية أو المعنوية لقاء² وفاء مقابل من الشخص المقابل مثل (قيام هذا النبيل بالتنازل عن جزء من إقطاعه أو أرضه للشخص المقابل ليقوم هذا الأخير باستغلالها على أن يقوم هذا الأخير جزء من ربحها إلى هذا النبيل)³.

و يمكن القول أن عقد الامتياز هو الاتفاق الذي بموجبه تقوم شركة أو مؤسسة بتأجير علامتها التجارية، و نظامها الإنتاجي لمستثمر اخر و بالمقابل يلتزم المستثمر بتنظيم الإجراءات و الإرشادات التي يوفرها لمانح الامتياز الذي يدفع بدوره رسوما تتمثل في مبلغ مقطوع عند التعاقد و نسبة مئوية من الأرباح و هذا العقد ينطوي على ثلاثة أنواع منها: عقد الامتياز الصناعي، عقد الامتياز التوزيع، عقد امتياز الخدمات⁴.

الفرع الثالث: عقد نقل التكنولوجيا.

يقصد بالتكنولوجيا مجموعة معلومات تتعلق بكيفية تطبيق نظرية علمية أو اختراع فهي تطبيق العلمي لثمرات العلم وابتكار أفضل الطرق لاستعمالها⁵.

¹ بكاركية حسيبة، عقود التجارة الدولية، المرجع السابق، ص 15.

² محمود فياض، المعاصر في قوانين التجارة الدولية، المرجع السابق، ص 395-396.

³ محمود فياض، المعاصر في قوانين التجارة الدولية، المرجع السابق، ص 396.

⁴ زمام خليل، الخدمات المصرفية ودورها في تنفيذ العولمة الدولية، مذكرة تخرج لنيل شهادة الماجستير في قانون الاعمال، كلية

الحقوق بن عكنون، جامعة الجزائر 01، 2011-2012، ص 69

⁵ طالب حسين موسى، قانون التجارة الدولية، المرجع السابق، ص 38

يقصد بعقد نقل تكنولوجيا العلمية الفكرية التي تقوم بين مورد التكنولوجيا ومستوردها، حيث تتيح للمستورد فرصة الوصول إلى معلومات والخبرات التي يملكها المورد¹.

فنقل التكنولوجيا عبارة عن نقل معلومات فنية لاستعمالها في انتاج السلع أو في تطبيق طريقة فنية أو في تقديم خدمات كعقد تسليم مفتاح حيث يشمل موضوع العقد تركيب الات المصنع وأجهزته وتشغيلها، ويتضح أن جوهر العقد هو في الاختراع أو حق المعرفة أو معلومات او خدمات فنية، فلا يبرم عقد آخر يهدف إلى تحقيق غاية اقتصادية معينة تستلزم نقل التكنولوجيا كإقامة مصنع لإنتاج سلعة معينة، ويخضع عقد نقل التكنولوجيا كغيره من العقود لأحكام وخاصة مصدرها تصنعه إرادة المتعاقدين².

الفرع الرابع: عقد الاعتماد المستندي

هو تعهد مكتوب صادر عن البنك (يسمى المصدر)، بناء على طلب المشتري (مقدم الطلب أو الأمر) ، لصالح البائع (المستفيد)، و يلتزم البنك بموجبه بالوفاء في حدود مبلغ محدد خلال فترة معينة، متى قدم البائع مستندات السلعة مطابقة لتعليمات شروط الاعتماد، و قد يكون التزام البنك بالوفاء نقداً أو بقبول ، و يستعمل الاعتماد المستندي في تمويل التجارة الخارجية، و هو يمثل في عصرنا الحاضر الاطار الذي يحظى بالقبول من جانب سائر الأطراف الداخليين في ميدان التجارة الدولية بما يحفظ مصلحة هؤلاء الأطراف جميعاً من مصدرين و مستوردين، بالنسبة للمصدر يكون لديه الضمان بواسطة الاعتماد المستندي، بأنه سوف يقيض قيمة البضائع التي يكون قد تعاقد على تصديرها و ذلك فور تقديم وثائق شحن البضاعة إلى البنك الذي يكون قد أشعره بورود الاعتماد، و بالنسبة للمستورد، فإنه يضمن كذلك أن البنك الفاتح للاعتماد لن يدفع قيمة البضاعة المتعاقد على استيرادها إلا بتقديم وثائق شحن البضاعة بشكل مستكمل للشروط الواردة في الاعتماد المستندي المفتوح لديه³.

¹ طارق كاظم عجيل، ماهية عقد نقل التكنولوجيا وضمانات نقلها دراسة تأصيلية في القانون، مقال منشور بمجلة جامعة كربلاء العالمية، كلية القانون، جامعة ذي قار، المجلد السادس، العدد الأول، 2008، ص 19.

² طالب حسين موسى، قانون التجارة الدولية، المرجع السابق، 39-41.

³ محمد نصر محمد، الوافي في عقود التجارة الدولية، الطبعة الاولى، دار الرأية للنشر والتوزيع، عمان، الاردن، 2013، ص

الفرع الخامس: العقود الإلكترونية

العقد الإلكتروني هو العقد الذي يتلاقى فيه الإيجاب بالقبول عبر شبكة اتصالات دولية باستخدام التبادل الإلكتروني للبيانات، ويقصد انشاء التزامات تعاقدية.¹

ومنه فان العقد الدولي الإلكتروني هو التقاء ايجاب صادر من الموجب بشأن عرض مطروح بطريقة الكترونية، سمعية او مرئية او كليهما على شبكة الاتصالات، بقبول مطابق له صادر من الطرف المقابل بذات الطرق بهدف تحقيق عملية او صفقة معينة يسعى الطرفان لإنجازها.²

والعقد الإلكتروني لا يختلف عن العقد العادي الا بالطريقة التي يتم فيها ابرام العقد وقانون الإرادة يسري عليه كما يسري على العقد التجاري الدولي العادي³، حيث نصت المادة (4/1) من التوجيه الأوروبي رقم (2000/31) بشأن التجارة الإلكترونية لعام 2000 على ان: " هذا التوجيه لا يضع قواعد إضافية بشأن القانون الدولي الخاص....."⁴

فخضوع العقد الإلكتروني الدولي لقانون الإرادة يعد من المبادئ المهمة في المعاملات الإلكترونية وبذلك تكون الإرادة ضابط للإسناد في العقود الدولية الإلكترونية.⁵

يتم ابرام العقود الإلكترونية بطريقتين أساسيتين هما طريقة الدخول المباشر الى الموقع وهو الطريقة الأكثر انتشارا في ابرام العقود الإلكترونية حيث يتم ذلك بالدخول الى موقع احدى الشركات التي تقدم عرضا على الانترنت في شكل ايجاب موجه متضمن شروط لا تقبل المناقشة او التعديل حيث لا يكون هناك تبادل فعلي للإرادة، وبذلك يعد العقد الإلكتروني عقد

¹ عبد الدائم، العقد الإلكتروني، مجلة البحوث، جامعة حلب، سلسلة العلوم القانونية، العدد 44، 2010، ص18.

² مهنت عزمي أبو مغلي، منصور عبد السلام الصرايرة، القانون الواجب التطبيق على عقود الاستهلاك الإلكترونية ذات الطابع الدولي، دراسات علوم الشريعة والقانون، المجلد 41، العدد 02، 2014، ص 1342.

³ Directive 2000-31-ec of the European parliament and of the council of 8 June 2000 on certain legal aspects of information society services, in particular electronic commerce, in the internal market (directive on electronic commerce).

⁴ التوجيه الأوروبي رقم (2000/31) بشأن التجارة الإلكترونية لعام 2000.

⁵ مهنت عزمي أبو مغلي، منصور عبد السلام الصرايرة، القانون الواجب التطبيق على عقود الاستهلاك الإلكترونية ذات الطابع الدولي، المرجع السابق، ص 1345.

اذعان لا يملك الموجه له الايجاب ابداء رايه او مناقشة شروط التعاقد، اما الطريقة الثانية والتي تتم عن طريق البريد الالكتروني بخلاف الطريقة الأولى تستعمل فيها الإرادة لكن بطريقة غير مباشرة بحيث يستطيع المتعاقد التريث قبل التعبير عن ارادته بشكل نهائي ويكون التعبير عنها عن طريق ارسال الرسائل الالكترونية واستقبالها بطريقة سريعة وامنة وخاصة اذا تضمن البريد الالكتروني توقيعاً الكترونياً وهذه الطريقة مفضلة في مجال إبرام العقود الالكترونية ومفاوضاتها حيث يتم تبادل الوثائق والملفات عن طريق البريد الالكتروني وبهذا يصبح العقد تفاوضياً عن طريق تبادل الإرادة الكترونياً وبالتالي مناقشة الشروط التعاقدية وابداء مختلف الآراء من قبل الأطراف المتعاقدة غير ان العقود الالكترونية تنتقص الى الأمان لذا يتم الاعتماد عادة على ما يعرف بالتوقيع الالكتروني من اجل التعرف على هوية المتعاقد الحقيقية.¹

يبقى العقد الالكتروني سواء ابرم بطريقة الدخول المباشر الى الموقع او عن طريق البريد الالكتروني من عقود الإذعان لنقص فرص التفاوض واستحالة معاينة السلع والبضائع عن طريق الوسائط الالكترونية كما في الحقيقة وبالتالي يكون المتعاقد ملزماً بقبول المقدم اليه حتى ولو كان محل الإبرام غير مطابق لما تم الاتفاق عليه مع المتعاقد الاخر.²

المبحث الثاني: إبرام عقود التجارة الدولية

تمر عقود التجارة الدولية في عملية إبرامها بمراحل مختلفة نظراً للطبيعة المتميزة الخاصة بها والمختلفة عن باقي العقود الأخرى، حيث تبدأ عملية إبرامها بمرحلة الإعداد لها والمفاوضات (المطلب الأول)، التي يتبلور فيها الإيجاب والقبول والذي يعبر عنه بالتراضي في العقود التجارية الدولية (المطلب الثاني)، ثم في الأخير تتم صياغتها في شكلها النهائي (المطلب الثالث) لتكون بعدها جاهزة للتنفيذ من قبل الأطراف المتعاقدة (المطلب الرابع).

¹ عبد العزيز زرداوي، الطبيعة القانونية للعقد الالكتروني، التواصل في الاقتصاد والإدارة والقانون، العدد 38، كلية الحقوق، جامعة باجي مختار عنابة، جوان 2014، ص 263-266.

² محمد شريف عبد الرحمان احمد عبد الرحمان، عقود الإذعان، دار النهضة العربية، القاهرة، 2006، ص 22.

المطلب الأول: مرحلة الإعداد والمفاوضات

و هي أول مرحلة في إبرام العقود التجارية الدولية و هي مهمة لإتمام التعاقد و تعد الركيزة الأولى في تكوينه، حيث تكون مرحلة الإعداد سابقة للمفاوضات بين الأطراف المتعاقدة، و تشمل مرحلة الإعداد تحديد الموضوع العقد و أهدافه و دراسة المحيطة و السوق و كذا القوى المؤثرة عليه، و تنتهي مرحلة الإعداد بالدخول في المفاوضات التي تشمل الإعلان عن العملية و إجراء الاتصالات مع المتعاملين، و تهدف المفاوضات إلى تبادل و جهات النظر بين أطراف العقد التجاري الدولي أو ممثليهم إلى حين والوصول إلى التراضي و التوافق التام و إبرام العقد الدولي بما يرضيهم .

الفرع الأول: مرحلة الإعداد

تهيمن على هذه المرحلة المسائل المتعلقة بتحديد موضوع التعاقد و التعريف المبدئي لأهدافه و كذا تلك الخاصة بدراسة المحيط و ما يقتضي من مراعاة لأخلاقيات التعاقد، ثم إن كل من هذه المسائل تنطوي على انعكاسات و آثار قانونية تؤثر إيجاباً أو سلباً على الاتفاق النهائي¹.

أولاً: تحديد موضوع التعاقد والتعريف المبدئي لأهدافه

إبرام العقود الدولية معقدة بطبيعتها تتضافر في تكوينها عدة عوامل، فالوسط الذي تقوم فيه يتميز بعدم الاستقرار، و هذا يتطلب دقة و صرامة التحليل فيجب على المقبل على التعاقد في المجال الدولي وضع استراتيجية تأخذ بالحسبان ما يلي: دراسة الجدوى و ما اذا كان الاستثمار مفيداً ام غير مفيد، وضع البدائل، تحديد الهدف الرئيسي و مكوناته، مراقبة و تقييم نتائج هذه المرحلة².

و يرتبط موضوع التعاقد ارتباطاً وثيقاً بالسياسة العامة للمشروع و استراتيجية أعمالها، و الواقع أن السياسة العامة للمشروع هي تعبير عن القواعد التي يفرضها المتحكمون و الحائزون

¹محمودي مسعود، أساليب وتقنيات إبرام العقود الدولية، المرجع السابق، ص 76.

²رملي محمد، النظام القانوني للعقود الدولية، المرجع السابق، ص 48

سلطة القرار به و هي مقيدة على استراتيجية المشروع ذلك بتحديد المعايير التي يجب أن تقوم عليها، فتحديد موضوع التعاقد يجد أساسه و يستمد مصدره من المقومات الأساسية للمشروع، و يعتبر من القرارات الهامة التي تؤثر على الوظائف المالية و الإنتاجية و تسيير الموارد البشرية، التزويد بالموارد الأساسية و تحقيق الغرض الذي أنشئ من أجله العقد¹.

ثانياً: دراسة المحيط

و تشمل دراسة السوق و السلعة و كذا القوى المؤثرة في السوق و هذه المرحلة لا تقل أهمية على تحديد موضوع العقد و التعريف المبدئي لأهدافه و غالباً ما نجدهما متزامنتان².

1-دراسة السوق:

وتعني الالمام بكل المکانیزمات والآليات التي تمر بها السلعة في مختلف مراحل وجودها وكذا المتعاملين فيها والظروف الاقتصادية والنفسية والقانونية التي تحيط بهم ومعرفتها معرفة دقيقة، وذلك من خلال:

- تحليل نتائج نشاطات المتعامل ومتابعة الأعمال التي يقوم بها القطاع المنتمي إليه، وتقييم مختلف التعاملات السابقة والاستفادة من التجارب
- اعتماد الدراسات والتحليل التي يقوم بها هيئات ومكاتب الدراسة المتخصصة والخبراء والفنيين والتجمعات المهنية المنتمية إلى قطاع نشاطه.
- إجراء تحقيقات خاصة تمكنه من الوقوف على تفاصيل الأمور في ميدان التعامل والسوق الخاصة به، تسند مهمة القيام بها إلى أهل المعرفة والخبرة³.

2-دراسة السلعة

تصنف السلع إلى أموال وخدمات ويشمل هذا التصنيف بدوره الأموال والخدمات ذات الاستهلاك العادي والأموال والخدمات ذات الاستعمال الدائم أو الأموال والخدمات الكمالية، وتمر بمراحل لدى إعدادها وترويجها وتسويقها، يكمن حصرها في أربع مراحل: الأولى تكون

¹رملی محمد، النظام القانوني للعقود الدولية، المرجع السابق، ص 48

²محمودي مسعود، أساليب وتقنيات إبرام العقود الدولية، المرجع السابق، ص 79

³محمودي مسعود، أساليب وتقنيات إبرام العقود الدولية، المرجع السابق، ص 78

فيها السلعة في طور الدراسة والتجربة لتنتقل بعدها إلى فترة الترويج ثم التعريف بالمنتج وتطويره ثم فترة النضج وأخيراً فترة الإشباع والتلاشي وتخضع السلع في واقع الأمر لمؤثرات منها الحاجة والرغبة وما يطرأ عليهما من تطور¹.

3- القوى المؤثرة في السوق

وتصنف إلى ثلاث مجموعات كبرى متباينة حسب الأنظمة السياسية والمناطق الجغرافية التي تنتمي إليها وهي:

- المجموعة الأولى: الدول المتطورة التي تنتهج اقتصاد السوق
- المجموعة الثانية: الدول النامية
- المجموعة الثالثة: الدول ذات اقتصاد المخطط².

ثالثاً: دراسة المنظومة التشريعية والتنظيمية وأثارها على عملية التعاقد الدولي

تعتبر الإطار الشرعي لكل الترتيبات التي تتخذ لدى إبرام العقد الدولي وهي عالم من قوانين نظم متعددة ومختلفة، فعمليات التصدير والاستيراد والاستثمار مجال واسع من القواعد القانونية غالباً ما تكون غير معروفة للمتعاملين ما يستدعي التحضير والاطلاع عليها ليتسنى للمتعامل التعامل معها، إن الاطلاع ودراسة المنظومة التشريعية والتنظيمية يعني فهم المصالح التي تخدمها والأهداف والأولويات التي ترتبها، وتلعب دوراً رئيسياً في تحديد:

- طبيعة العملية التعاقدية ومدتها.
- الميكانيزمات المالية والجمركية ومختلف الرسوم وطرق الدفع.
- التزامات الأطراف في كل مرحلة من مراحل إبرام العقد التجاري.
- القانون الذي يحكم العقد التجاري الدولي والقوانين الأخرى التي تحكم المعاملات المتعلقة به.

¹رملی محمد، النظام القانوني للعقود الدولية، المرجع السابق، ص 49.

²محمودي مسعود، أساليب وتقنيات إبرام العقود الدولية، المرجع السابق، ص 81-82

- طرق تسوية وحل النزاعات الناجمة عن العقد الدولي¹.

الفرع الثاني: المفاوضات

المفاوضات هي حوار يجري بين متعاقدين احتماليين من أجل التوصل إلى توافق الإرادات تجاه الحقوق والالتزامات التي تمثل محل العقد، لذا فإنه من الضروري إيجاد حالة من الرضا بين المتفاوضين من أجل تحقيق الأهداف التي تجري من أجلها المفاوضات².

إن المبادئ التي تحكم المفاوضات تختلف من عقد لآخر، فما يرد ضمن إطار عقد يبرم بالاتفاق المباشر يختلف عن عقد يبرم بأسلوب الممارسة، فالاتفاق المباشر تكون المفاوضات فيه مفتوحة نسبياً، حيث يجري تحديد الشروط التعاقدية من قبل الزبون الاحتمالي، إلا أن صياغتها ترد ضمن نقاط عامة، دون مناقشة وإقرار تفاصيلها بشكل متكامل خلال مرحلة المفاوضات، و الواقع العملي أن مقدم العطاء يحاول أن يحرر عطاءه بطريقة تجعله جذاباً، مع أنه لا يعلم النوايا الزبون، و غالباً ما يكون من الصعب عليه التراجع عن عرضه خلال مرحلة المفاوضات و لكن يمكنه الإضافة و المهم في الأمر أن العرض المقدم في إطار الاتفاق المباشر لا يكون متكاملًا في عناصره لذا تسعى المفاوضات للوصول إلى اتفاق نهائي الإرادات تدريجياً³.

وبالعكس فإن إبرام عقد بالممارسة يكون من خلال مفاوضات مختلفة، حيث يتم على إثر إيداع عطاء، من قبل الراغب بالتعاقد، لذا فإن هذا النوع من المفاوضات سيكون ذا صفة مقيدة، وأحياناً تباشر المفاوضات فور تقديم التعهد وتجرى إحالة العقد على من قدم أفضل عطاء، علماً بأن النقاط التي سيجري عليها التفاوض ستكون أقل عدداً من الناحية العملية مقارنة بالعقد المبرم عن طريق الاتفاق المباشر⁴.

تمر المفاوضات بمرحلتين أساسيتين هما المفاوضات المبدئية والاتفاق التمهيدي.

¹رملی محمد، النظام القانوني للعقود الدولية، المرجع سابق، ص 49-50.

²محمد علي جواد، العقود الدولية (مفاوضاتها، إبرامها، تنفيذها)، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2010، ص 57

³محمد علي جواد، العقود الدولية (مفاوضاتها، إبرامها، تنفيذها)، المرجع سابق، ص 57

⁴محمد علي جواد، العقود الدولية (مفاوضاتها، إبرامها، تنفيذها)، المرجع السابق، ص 58.

أولاً: مرحلة المفاوضات المبدئية

و هي من أهم المراحل في عملية التفاوض و يتم فيها الاتصالات بين الاطراف حيث تحركهما في بدء الأمر إرادة مشتركة لإتمام مشروع ما و بالتالي فإن¹ المناقشات حول شروط العقد المراد إبرامه تكشف الإرادات و توضحها و تعرف المفاوضات الابتدائية على أنها : " تبادل الآراء و المقترحات بين أطراف العقد حول المسائل المتعلقة بالعقد و التي سوف تكون مستقبلاً عبارة عن التزامات واقعة على عاتق الأطراف، كالمسائل المتعلقة بمقابل العقد، و كيفية الوفاء به، و المتعلقة بمحل العقد و طبيعته و خصائصه، و تلك المتعلقة بنقل الملكية، و غيرها من المسائل الأخرى و تعد هذه المرحلة مرحلة نقاش و مواجهة و حوار مبدئي من أجل التوصل إلى اتفاق نهائي² .

ثانياً: مرحلة الاتفاق التمهيدي

يقصد بالاتفاق التمهيدي المرحلة النهائية من المفاوضات التي تسبق إبرام العقد المباشر، حيث تقوم الأطراف المتفاوضة بعرض ما تم التوصل إليه من مباحثات من حيث شروط التعاقد والتزامات كل طرف خلال فترة المفاوضات، إذ تتم في هذه المرحلة تحديد ما انتهت إليه المفاوضات بدقة من شروط والتزامات كل طرف، والمستندات المؤيدة لجميع وجهات النظر المعتمدة بصفة مبدئية تمهيدا لصياغتها في عقد نهائي ملزم للأطراف عند توقيعه³ .

من المتصور في هذه المرحلة إرجاء بعض التفاصيل غير الجوهرية ليتم الاتفاق عليها أثناء التعاقد⁴ .

¹ سميحة القيلوبي، " التفاوض في عقود نقل التكنولوجيا"، مجلة الأحكام، المجلد الثامن، القاهرة 1997، ص 20.

² سميحة القيلوبي، " التفاوض في عقود نقل التكنولوجيا"، المرجع السابق، ص 20-26.

³ نصيرة أبو جمعة سعدي، عقود نقل التكنولوجيا في مجال التبادل الدولي، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق جامعة الإسكندرية، مصر، 1987، ص 12.

⁴ نصيرة أبو جمعة سعدي، عقود نقل التكنولوجيا في مجال التبادل الدولي، المرجع السابق، ص 12

وقد عرف البعض الآخر أن الاتفاق التمهيدي بأنه الاتفاق الذي يهدف إلى التحضير للعقد المستقبلية بشكل أساسي وبتعبير آخر هي الاتفاقات التي يراد منها الاستعداد للاتفاق النهائي الذي يأتي فيما بعد، ويكون محتواها متميزا عن العقد الذي يراد إبرامه¹.

يكشف الاتفاق التمهيدي الذي يعد مهما في العقود التي تتطلب التفاوض لأجل إبرامها على بعض عناصر محل العقد، وهذا يتطلب المحافظة على سرية وخصوصية محل التعاقد وعدم استخدام تلك المعلومات في حالة فشل المفاوضات علما أن هذا الاتفاق عادة ما يتضمن شرط جزائيا مرتفع القيمة لهذه الغاية، وبالتالي فإن الاتفاق التمهيدي صورة غير رسمية للعقد النهائي المراد إبرامه وله صورة عديدة² أهمها:

1-الاتفاق على المبدأ

في هذه المرحلة توضع الخطوط الرئيسية للتفاوض وتعطى للأطراف الفرصة الكاملة للتحدي عن بعضهم خاصة فيما يتعلق بصدق النوايا ويتم بعد ذلك الدخول في المناقشات والمباحثات، حيث يتقف كل طرف على مطالب الطرف الاخر، أي اتفاق الأطراف على بدء أو متابعة التفاوض بخصوص عقد معين بقصد إبرامه³.

إن هذا الاتفاق لا يتضمن نصوصا محددة لأن الإطار العام غير محدد إلا أنه يهدف إلى تشجيع الأطراف على متابعة الاتصالات فيما بينهم⁴.

2-خطاب إعلان النوايا

هو عبارة عن محرر شائع الاستعمال في الميادين المتعلقة بالتمويل والقروض ويأخذ تسميات أخرى مثل خطاب تطمين أو تصريح بالتكفل⁵.

¹ نصيرة أبو جمعة سعدي، عقود نقل التكنولوجيا في مجال التبادل الدولي، المرجع السابق، ص 13

² سميحة القليلوي، التفاوض في عقود نقل التكنولوجيا، المرجع السابق، ص 26

³ اسلام الدين بعلول، الإطار القانوني لمفاوضات عقود التجارة الدولية، مذكرة لنيل شهادة ماستر حقوق، تخصص قانون

اعمال، كلية الحقوق جامعة ام بواقي، 2018-2019، ص 13

⁴ اسلام الدين بعلول، الإطار القانوني لمفاوضات عقود التجارة الدولية، المرجع السابق، ص 13

⁵ محمودي مسعود، أساليب وتقنيات إبرام العقود الدولية، المرجع السابق، ص 102

يفيد هذا الإعلان الرغبة في التعاقد بصورة مبدئية ويفتح مجال المفاوضات للوصول إلى نتيجة، ويمكن ان ينص على التعهدات الجوهرية للطرفين، كدور كل منهما وقيمة الأداء المختلفة، ومجال التنفيذ وجزاء التأخير، ويعتبر هذا الخطاب عقدا مستقلا حقيقيا، يتبنى عليه عقدا أو عقود لاحقة لتحديد العناصر الفرعية خصوصا الفنية منها، ويطلق على خطاب إعلان النوايا أحيانا بروتوكول اتفاق¹.

3-الاتفاق على تأجيل إبرام العقد خلال مدة معينة

قد تتوصل الأطراف في عملية المفاوضات إلى تأجيل إبرام العقد النهائي لمدة محددة، وذلك بسبب عدم الاتفاق على الحلول مرضية للأطراف بالإضافة إلى عدم استعداد أي منهم للتنازل عن وجهة نظره وذلك من أجل إعطائهم فرصة لإعادة حساباتهم مرة أخرى، وهذا أفضل من إنهاء المفاوضات ويجب أن تكون مدة التأجيل محددة ومتفق عليها وخلالها تعرض الأفكار والشروط الجديدة التي قد تلائم الأطراف المتفاوضة، وإذا انتهت مدة التأجيل دون اتفاق انتهت كليا المفاوضات².

المطلب الثاني: التراضي في العقد التجاري الدولي

ينعقد العقد بإيجاب وقبول يصدران عن طرفي العقد والعبارة باتصال القبول بالإيجاب الذي يوجهه أحد طرفي العقد إلى الطرف الآخر، ووفقا لأحكام القانون الموحد لاتفاقية لاهاي سنة 1964 بشأن البيع الدولي للمنقولات المادية، فإن الإيجاب والقبول لا ينتجان أثرهما إلا إذا وصلا إلى علم الطرف الآخر، ويعتبر تسليم التعبير عن الإرادة إلى الطرف الذي وجه له بمثابة وصول هذا التعبير إل الطرف الذي وجه إليه، وما يصدق على الإيجاب القبول، يصدق أيضا في القانون الموحد على الرجوع فيهما³.

وقد عالجت اتفاقية فيينا 1980 بشأن البيع الدولي للبضائع أحكام الإيجاب والقبول بنصوص تتشابه مجموعها مع أحكام اتفاقية لاهاي 1964 بشأن تكوين العقد، وعالجت المواد

¹اسلام الدين بعلول، الإطار القانوني لمفاوضات عقود التجارة الدولية، المرجع السابق، ص 14

²سميحة القليلوي، التفاوض في عقود نقل التكنولوجيا، المرجع السابق، ص 28

³محمد نصر محمد، الوافي في عقود التجارة الدولية، المرجع سابق، ص 62.

من 14 إلى 17 من اتفاقية فيينا 1980 بشأن البيع الدولي للبضائع قواعد الإيجاب ونظمت المواد من 18 إلى 22 أحكام قبول¹.

ونصت 14 من اتفاقية فيينا 1980 بشأن البيع الدولي للبضائع في فقرتها الأولى على أن الإيجاب يعتبر عرضاً محدداً بطريقة كافية، ويعبر عن إرادة الموجب في أن يلتزم في حالة صدور القبول من الطرف الموجه إليه، فهو تعبير عن التزام الموجب بالبقاء على إيجابه متى صدر القبول من الطرف الذي وجه إليه الموجب إيجابه، والغالب أن يبدأ أحد المتعاقدين بالإيجاب يتلوه قبول المتعاقد الآخر ولكن ليس من الضروري أن يأتي سابقاً على القبول، فقد يتم العقد بتلاقي تعبيرين متعاصرين عن إرادتين متطابقتين².

و القبول هو التعبير الذي يصدر عن الموجه إليه الإيجاب، معلناً إرادته بالرضا بالعرض الذي وجه إليه الموجب دون تعديل فيه، وقد نصت المادة 18 من اتفاقية فيينا 1980 بشأن البيع الدولي للبضائع في فقرتها الأولى على أن: " يعتبر قبولاً التعبير أو السلوك³ الذي يصدر عن الموجه إليه الإيجاب و الذي على موافقته على هذا الإيجاب، و لا يعتبر السكوت أو الموقف السلبي في ذاتهما قبولاً، و يعني هذا التعريف أن القبول كما يكون صريحاً بصور تعبير محدد يدل عليه من الموجب له، فإنه قد يكون ضمناً بإيجاد الموجب له سلوكاً يعبر عن موافقته على الإيجاب، الموجب إليه كما لو قام المشتري بدفع الثمن أو قام البائع بتسليم المبيع و قد أكدت الفقرة الثانية من المادة 18 أن السكوت لا يعد ذاته قبولاً، كذلك فإن الموقف السلبي من جانب الموجب له لا يصل إلى درجة القبول، فسكوت الموجه إليه الإيجاب لا يرقى إلى درجة القبول الضمني، و قد نصت المادة 02 من القانون الموحد لاتفاقية لاهاي سنة 1964 بشأن تكوين عقد البيع على أن كل شرط يرد في الإيجاب ليشترط اعتبار السكوت قبولاً يعتبر باطلاً⁴.

¹اتفاقية الأمم المتحدة بشأن عقود البيع الدولي للبضائع، منشور في الموقع <https://ar.wikipedia.org>

² محمد نصر محمد، الوافي في عقود التجارة الدولية، المرجع السابق، ص 63

³ محمد نصر محمد، الوافي في عقود التجارة الدولية، المرجع السابق، ص 71

⁴ محمد نصر محمد، الوافي في عقود التجارة الدولية، المرجع السابق، ص 71-72.

إن تطابق القبول مع الإيجاب هو الذي يؤدي إلى انعقاد العقد، فالقبول غير المطابق للإيجاب زيادة أو نقصاناً أو تعديلاً، لا يؤدي إلى تمام العقد ويعتبر رفضاً يتضمن إيجاباً جديداً، كما أن السكوت لا يعتبر في ذاته قبولاً، إلا متى كان هذا السكوت ملائماً، ويصل التعبير عن الإرادة إلى الطرف الآخر وذلك في الصور الآتية:

- 1- إذا وجه شفاهه إلى الموجه إليه التعبير أي الطرف الآخر.
- 2- إذا سلم من صاحب التعبير إلى الموجه إليه بأية وسيلة أخرى شخصياً، أو إلى مركز أعماله أو إلى محل إقامته المعتادة إذا لم يكن له مركز أعمال أو عنوان بريدي¹.

المطلب الثالث: صياغة العقد التجاري الدولي

تأتي مرحلة الصياغة بعد الاعتناء بدراسة الإيجاب المقدم أو القبول المعروض و تشطب كل فراغ يلاحظ في السند المعروض للتوقيع و ملاحظة الكلمات ذات الأحرف المائلة أو الناعمة و عدم استعمال العبارات التي تلزم أحد الاطراف بشيء لا تريده، فإن كانت الحاجة تقتضي إبرام عقد نقل مع مقالول لنقل الحبوب من مكان لآخر و لا يتأثر هذا النقل سواء تم بالسيارات أم بالسكك الحديدية، فلا توجد مصلحة في تحديد واسطة النقل كالسيارات مثلا مادام الاتفاق يتناول جدولاً منهجياً للتنفيذ، ففي هذه الحالة لو تعذر النقل بالسيارات فلا يمكن إلزام المقالول بالتنفيذ بواسطة نقل أخرى إن كانت ممكنة، و يفضل تجنب استعمال العبارات المطاطية، و من الناحية اللغوية يجب الابتعاد عن استخدام الألفاظ و العبارات المعقدة او ذات المعاني المتعددة أو غير المألوفة في لغة رجال الاعمال و إذا تطلب الامر استعمال عبارة متداولة معروفة للطرفين و غير مألوفة في التعامل فيجب إيضاحها، و من الناحية الفنية يجب التأكد من أن المصطلح الفني يعطي نفس المعنى عند كل من الطرفين فإذا ما تعدد المعنى و يجب بيان المعنى المتفق عليه بوضوح، و من الناحية القانونية يجب استخدام المصطلح القانوني المناسب مثلا الخطأ غير الغلط و الضمان غير التضامن².

¹ محمد نصر محمد، الوافي في عقود التجارة الدولية، المرجع السابق، ص 80-81.

² طالب حسين موسى، قانون التجارة الدولية، المرجع السابق، ص 116-117.

ولدراسة الصياغة في العقد التجاري الدولي نتناول الفرع الأول: مبادئ الصياغة في عقود التجارة الدولية ثم عناصرها في الفرع الثاني.

الفرع الأول: مبادئ الصياغة في عقود التجارة الدولية

إن الصياغة الجيدة للعقد التي تضمن تحقيق رغبات الأطراف المتعاقدة والتي تؤدي إلى حسن تنفيذ الالتزامات التعاقدية المتقابلة للأطراف تقتضي اعتماد مجموعة من المبادئ المهمة والمتمثلة في:

أولاً: وضع الهدف وتحديد الموضوع

لابد أن يعرف الذي يقوم بصياغة العقد نطاقه و طبيعة التعامل، و الهدف الذي تسعى الأطراف المتعاقدة الوصول إليه من خلال إبرام العقد، و هذا يتطلب تحديد التزامات و حقوق كل طرف بوضوح و دقة و لتحديد هذه الحقوق و الالتزامات لابد من أن يتحقق القائم بصياغة العقد من الهدف الذي ترمي إليه الأطراف من التعاقد و كل ذلك يبدأ مع طرح الفكرة الموضوعية حول العقد، لأن وضع الفكرة الموضوعية في صياغة تسليمية هو العمل المهم الذي يعكس رغبة العميل، بالإضافة إلى ذلك لابد من اطلاعه على كافة الوثائق التي لها علاقة بموضوع التعاقد، و هذه الوثائق و المستندات تعتبر بمثابة المادة الخام الأولية التي تفيده صياغة العقد كونها توضح ما توصل إليه الأطراف من اتفاق¹.

ثانياً: اختيار الكلمات والدقة اللغوية

إن تطبيق المبادئ الرئيسية في الصياغة كحسن اختيار الكلمات والعبارات يهدف إلى النقل الحقيقي للفكرة الموضوعية إلى الواقع كما هي في ذهن صاحبها، وأي غموض أو تعارض بين الفكرة والمكتوب يؤدي إلى عدم الاتفاق، نظراً لإخلال ذلك بالمبادئ العامة من تطابق بين الإيجاب والقبول واتفاقهما على الموضوع محل العقد².

¹ أبو العلا علي أبو العلا النمر، دور المستشار القانوني في عقود التجارة الدولية، دار الكتب القانونية، مصر، 2002، ص

² ناس فخر الدين، شروط ومبادئ صياغة عقود التجارة الدولية، مذكرة مكملة لنيل شهادة الماستر في الحقوق، تخصص قانون الأعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة العربي بن مهيدي، أم البواقي، 2019-2020، ص 45

قد تنثور النزاعات بشأن العقود التجارية الدولية لتعدد التفسيرات بسبب استخدام الكلمات والعبارات بما يخالف معناها المعتاد المتعارف عليه، لهذا يجب على القائم بصياغة العقد أن يجمع الكلمات التي تتصل ببعضها وتجنب تلك التي لا علاقة لها ببعض وهذا لتوضيح المعنى بحيث تعكس المعنى المتعارف عليه، بالإضافة إلى الدقة والوضوح، وبذلك تحقق رغبات الأطراف المتعاقدة من أجل تنفيذ التزاماتها التعاقدية بأسلوب صحيح¹.

ثالثاً: وضوح الصياغة

إن عدم الاستخدام السليم للمقيدات النحوية، وضمائر الإشارة والوصل، أي صياغة العقد بطريقة لغوية صحيحة من الناحية النحوية يؤدي إلى غموض الصياغة وعدم وضوحها مما قد يسبب تغيير المعنى خاصة إذا كانت الصياغة بلغة أجنبية وبالتالي يؤدي إلى اختلاف التفسير وحصول النزاع بين الأطراف المتعاقدة².

ومن الوسائل الإيضاح للمعنى المقصود في العقود التجارية استخدام الجمل القصيرة والسهلة، والابتعاد عن التطويل الزائد الذي لا فائدة منه، ووضوح الصياغة يقتضي ترتيب وتنظيم فقرات العقد وشروطه ترتيباً عملياً يسهل عملية الفهم، وهذا يتطلب ممن يقوم بمهمة الصياغة أن يتجنب في ترتيبه وتنظيمه للعقد الشروط التي تشير في مضمونها إلى شروط أخرى فيه أو أجزاء أو فقرات منه، كما يستحسن أن توضع عناوين لكل قسم من أقسام العقد وذلك بهدف تسهيل مهمة الرجوع إلى أحكام العقد³.

رابعاً: تحديد اللغة الرسمية والأصلية للعقد

إن الأطراف المتعاقدة عادة لا تتكلم نفس اللغة، وقد يكونون قادرين على التحدث بلغة أخرى مشتركة قد تكون لغة أحد الأطراف أو لغة أخرى تكون لغة الاتصال بينهم، ومن

¹ صالح بن عبد الله عطف العوفي، المبادئ القانونية في صياغة عقود التجارة الدولية، فهرسة مكتبة فهد الوطنية، الرياض، 1988، ص 115.

² صالح بن عبد الله عطف العوفي، المبادئ القانونية في صياغة عقود التجارة الدولية، المرجع السابق، ص 156.

³ وناس فخر الدين، شروط ومبادئ صياغة عقود التجارة الدولية، المرجع السابق، ص 47.

الضروري أن تتفق الأطراف على لغة للعقد، لأن بعض التعبيرات والكلمات المعقدة والمتخصصة التي لا تفهمها الأطراف على حقيقتها قد تؤدي إلى تفسيرات مختلفة للعقد¹.

إن الاختيار المسبق للغة الرسمية للعقد منذ بداية المفاوضات، يسمح في حالة نشوء نزاع بين الأطراف المتعاقدة حول تفسير العقد إلى الرجوع لهذه اللغة المختارة و البحث عن معنى المصطلح الحقيقي فيها دون الرجوع إلى لغى أخرى، و عند اتفاق الأطراف على صياغة العقد بلغة كل منهما يجب عليهم التدقيق في اختيار الألفاظ و المصطلحات المتقابلة و من المستحسن تحرير قائمة بهذه المصطلحات تلحق بالعقد، و قد تظهر الحاجة إلى الاستعانة² بمترجم أو أكثر، كما يتعين على الأطراف المتعاقدة رفع الصوت لتمكين المترجم من السماع بوضوح ما يقال و يمكنه ترجمة العبارات كاملة دون نقائص³.

الفرع الثاني: عناصر صياغة العقد التجاري الدولي

يتكون العقد المكتوب من ورقة واحدة أو عدة أوراق تضم شروطه وأحكامه، ومع التطور التكنولوجي في الوقت الراهن أصبح هناك محررات إلكترونية، ويقسم العقد المكتوب إلى ثلاث أقسام هي: الديباجة، الأحكام والملاحق، ويمكن أن يضاف إليها عنصر رابع وهو التعاريف.

أولاً: الديباجة

هي مقدمة تأتي في بداية العقد، تبين أهدافه وصفات الأطراف، العلاقات والموافق المتبادلة للأطراف، الظروف المحيطة بالتعاقد، التذكير بمراحل التفاوض، ملاحظات وتأكيد الأطراف إلى غير ذلك من الأمور، وتلعب الديباجة دوراً هاماً في إظهار مقاصد المتعاقدين عندما لا يكشف عنها ظاهرة نصوص العقد مما يسهل عملية التفسير والتنفيذ⁴.

¹ صالح بن عبد الله عطف العوفي، المبادئ القانونية في صياغة عقود التجارة الدولية، المرجع السابق، ص 215

² وناس فخر الدين، شروط ومبادئ صياغة عقود التجارة الدولية، المرجع السابق، ص 47-48

³ وناس فخر الدين، شروط ومبادئ صياغة عقود التجارة الدولية، المرجع السابق، ص 48

⁴ بكاكريه حسيبة، عقود التجارة الدولية، المرجع السابق، ص 46

ثانياً: أحكام العقد

وهي مضمون وموضوع العقد نفسه أو منطوقة، ويعتبر القسم الرئيسي في العقد، حيث يضم شروط وأحكام وبنود العقد المعبرة عن الحقوق والالتزامات المتبادلة للطرفين، كذلك القانون الواجب التطبيق والقضاء المختص بالنظر في النزاع الذي يمكن أن يثور بسبب تطبيق أو تنفيذ العقد¹.

ثالثاً: الملاحق

وهي جزء متمم للعقد، وتتضمن بعض المسائل الفنية أو الأحكام التفصيلية المتصلة بموضوعة مثل الرسومات والتصميمات والمواصفات الفنية، ويقوم عادة الفنيون بإعداد هذه الوثائق وهذا للعناية بعدم وجود تناقض بين ملاحق والعقد لتفادي النزاعات².

رابعاً: التعاريف

ليس بالضرورة أن يحتوي العقد على تعريفات، لكن يتضمنها أحيانا الدلالة على مقاصد³، المصطلحات القانونية والفنية ولتحديد المعاني اللغوية التي تثير لبسا حول تحديد مضمونها، ويجري العمل على وضع التعاريف في مقدمة العقد أو الديباجة أو ضمن ملحق مستقل، كما يمكن أن يتم الاستعانة بمجموعات التعاريف التي تتولى وضعها هيئات متخصصة مثل: غرفة التجارة الدولية التي وضعت دليلاً للمصطلحات التجارية الدولية " أنكوترمز".

المطلب الرابع: تنفيذ العقد التجاري الدولي

إن الهدف من إبرام العقود التجارية الدولية لا يتوقف عند إنشاء الالتزامات بين الأطراف المتعاقدة بل الغاية من ذلك هو تنفيذ هذه الالتزامات، حيث يكتسي تنفيذ هذه الالتزامات أهمية

¹ محمد علي جواد، العقود الدولية، (مفاوضاتها، إبرامها، تنفيذها)، المرجع السابق، 2010، ص 45

² بكارية حسبية، عقود التجارة الدولية، المرجع السابق، ص 46

³ محمد حسين منصور، العقود الدولية، دار الجامعة الجديدة، مصر، (دون سنة طباعة)، ص 138.

أساسية أكبر من إبرامها، ولدراسة تنفيذ العقود التجارية الدولية لابد من التطرق إلى واجبات الأطراف والتزاماتها المتبادلة لتنفيذ العقد التجاري الدولي، وطرق وأليات تجسيد محل العقد.

الفرع الأول: واجبات الأطراف والتزاماتها المتبادلة لتنفيذ العقد الدولي

إن واجبات الأطراف والتزاماتها المتبادلة مرتبطة ارتباطا وثيقا بالإجراءات والترتيبات الرامية إلى قيام هذه الأطراف بها التزمته، وتستمد من أحكام الاتفاقيات الدولية والتشريعات والقوانين الوطنية ومن البنود والاشتراطات التعاقدية وكذا العرف والعادات والممارسات التي يندرج العقد التجاري الدولي في سياقها¹.

إذا نشأ العقد صحيحا، وأصبح له قوة ملزمة، ولم يعتريه ما يوجب زواله أو انحلاله من بطلان أو فسخ أو رجوع أو إلغاء وجب على الأطراف تنفيذه، ويتم تنفيذ العقد طبقا لما اشتمل عليه من أحكام وبحسن نية².

وفي هذا المعنى جاء نص المادة 01/07 من التقنين المدني الجزائري حيث تنص على أنه: " يجب تنفيذ العقد طبقا لما اشتمل عليه من أحكام وبحسن نية"³.

إن تنفيذ العقد الدولي طبقا لما اشتمل من أحكام و بحسن نية يقتضي و يفرض واجب تعاون أطرافه لتحقيق الهدف المتوخى من وراء إبرامه و يرجع ذلك في واقع الأمر إلى المنطق الذي يندرج ضمنه العملية التعاقدية برمتها، مادام إبرام العقود هو ناتج توافق الإرادة فإنه يستدعي تعاون أطرافها في تنفيذها و هذا يفرض أن يعمل كل أطراف العقد من أجل تحقيق الأغراض والأهداف التي يسعى كل طرف على تحقيقها⁴، وعليها مراعاة حسن النية المتبادلة، وهذا يتطلب ان لا يسيء صاحب الحق استخدام حقه، وأن لا يستخدمه على نحو تتجاوز فيه المضار الاجتماعية له المصالح المشروعة لصاحب الحق تجاوزا لا مبرر له، ويتجلى واجب التعاون في عدة مظاهر كرسها القضاء و كذا أحكام محاكم التحكيم وتتعلق أساسا بـ :

¹ محمودي مسعود، أساليب وتقنيات إبرام العقود الدولية، المرجع السابق، ص 129

² محمودي مسعود، أساليب وتقنيات إبرام العقود الدولية، المرجع السابق، ص 130

³ الأمر 58/75 المؤرخ في 20 رمضان 1395 الموافق ل 1975/09/26 المعدل بالقانون 07-05 المؤرخ في 13 ماي 2007 المتضمن القانون المدني الجزائري.

⁴ محمودي مسعود، أساليب وتقنيات إبرام العقود الدولية، المرجع السابق، ص 131

- واجب التعاون للحصول على التصريحات والرخص الإدارية.
- واجب تقديم المعلومات اللازمة لتنفيذ الالتزامات التي تقع على عاتق كل طرف من أطراف العقد الدولي.
- واجب تقديم المشورة والنصح كما يقتضي ذلك الالتزام التي المفروض على المهني المحترف والخبير المتخصص.
- واجب المحافظة على سرية الأعمال¹.

الفرع الثاني: تجسيد محل العقد

تقتضي الصياغة السليمة تحديد موضوع العقد تحديدا واضحا، بحيث يكون مانعا الجهالة الفاحشة وتناول أي مسألة ولو كانت جزئية لو كانت تهم المتعاقد في التنفيذ².

وتجسيد محل العقد التجاري الدولي يضمن الالتزام بتسليم المحل ودفع الثمن وضمان حسن التنفيذ والمطابقة وكذلك ضمان العيوب الخفية³.

أولاً: الالتزام بتسليم المحل تسليم محل العقد الدولي هو تقديم الشيء الذي تم التعاقد حوله وفقا للبنود والأحكام التي يتضمنها العقد الدولي للمدين وتمكينه منه ويتم تحقيق ذلك بعد إتمام كل الإجراءات المتعلقة بعملية التسليم⁴.

والشيء المتفق عليه هو محل التنفيذ في عقد البيع مثلا فالتسليم ينصب على المبيع كما هو معروف في العقد، إذ يجب على البائع تسليم ذلك الشيء طبقا لما ورد في العقود ولا يمكن أن يعوضه بشيء آخر حتى وان لم يكن ضارا⁵.

حيث تتضمن عملية التسليم تحضير السلع و دفعها للتسليم و ذلك بتعبئتها في الطرود الخاصة بها، تغليف السلع حسب طبيعتها و خصوصيتها و طبيعة عملية النقل (بري، بحري،

¹ محمودي مسعود، أساليب وتقنيات إبرام العقود الدولية، المرجع السابق، ص 132

² طالب حسين موسى، قانون التجارة الدولية، المرجع السابق، ص 122

³ طالب حسين موسى، قانون التجارة الدولية، المرجع السابق، ص 123

⁴ محمودي مسعود، أساليب وتقنيات إبرام العقود الدولية، المرجع السابق، ص 141.

⁵ رملي محمد، النظام القانوني للعقود الدولية، المرجع السابق، ص 65.

جوي) التي ستتبع إرسالها، ووسم المغلفات ووضع العلامات الفارقة عليها متبوعة بالصيغة التجارية التي تم البيع بموجبها لتسهيل عملية فرزها و سحبها في الموانئ و المطارات، بالمقابل يلتزم المستلم قبول الشيء المتفق عليه بعد معاينته و فحصه و التأكد من مطابقته للمواصفات المتفق عليها و يتم تحرير محضر أو وصل إخلاء و إبراء الذمة المدين و يمكن أن يتضمن بعض التحفظات في حالة نقص أو إتلاف بعض أو جزء من السلع يمكن تداركه لاحقاً كما أن الوقت عنصر حاسم في إتمام الإجراءات المرتبطة بالالتزام بالتسليم، و سواء كانت المدة مرنة أو صارمة فإن التأخير في التنفيذ أو مخالفة الآجال المحددة قد يؤدي إلى جزاء، كما يشمل الالتزام بتسليم المحل تقديم المستندات المتعلقة بتسليم المعقود عليه و الشائع استعمالها : شهادة المطابقة، شهادة المصدر، شهادة التصدير، الفاتورة القنصلية، سند الشحن، وثيقة التأمين¹.

ثانياً: الالتزام بدفع الثمن

يجب ان تنص الشروط العقدية على الثمن المقرر دفعه إلى المتعاقد و تعيين أشكال التسديد، و لا بد أن يعين الثمن بدقة و يمكن أن يكون متغيراً، و هذا حسب طبيعة العقد، بالنسبة للثمن الثابت فإنه لا يترتب عليه أي مشاكل قانونية لأن تعيينه يتم بالكامل أثناء إبرام العقد باستثناء حالات المراجعة التي تتسبب فيها المتغيرات الاقتصادية الدولية التي تظهر بعد التوقيع على العقد، أما بالنسبة للثمن المتغير فإنه يتم تعيين مقداره و تحديد أشكاله لاحقاً و بصورة تدريجية مع مراحل تنفيذ العقد، تبعاً للمتغيرات و الظروف الاقتصادية².

ثالثاً: ضمان حسن التنفيذ

قد تكون الضمانات قانونية أو اتفاقية حسب مصدرها فالضمانات القانونية يرتبها القانون لحق يجعل له مركز امتياز بصرف النظر عن إرادة الدائن، بينما الضمانات الاتفاقية تنشأ من إرادة الطرفين، من حيث موضعها، و تنقسم الضمانات إلى ضمانات شخصية و أخرى عينية، و الضمان الشخصي ينشأ عن تدخل شخص ثالث هو الكفيل الذي يضمن الوفاء بالالتزام

¹ محمودي مسعود، أساليب و تقنيات إبرام العقود الدولية، المرجع السابق، ص 151

² رملي محمد، النظام القانوني للعقود الدولية، المرجع السابق، ص 65-66.

والضمان العيني ينشأ من تخصيص أموال لضمان الحق، كما تنقسم الضمانات إلى ضمانات عامة تقع على جميع أموال المدين بينما الخاصة تقع على عين معينة¹.

إن الضمان مرتبط ارتباطاً وثيقاً بنوعية المخاطر المحتملة التي يمكن أن يتعرض لها المتعامل في مجال العقود الدولية².

رابعاً: ضمان المطابقة

يجب ان يكون المحل المسلم مطابقاً للقدر والمواصفات المتفق عليها أو ما تقتضي قواعد المهنة وعرف التعامل ويتم التأكد من مطابقة المحل للمواصفات المتفق عليها في العقد من خلال اشتراط شهادة جودة، حيث أصبح هناك حد أدنى من المواصفات العالمية التي يتعين توافرها في المنتج المعد للتصدير إلى الخارج³.

وتعني المطابقة الانسجام والانطباق بالتوافق مع عينة مرجعية أو مقاييس ومعايير أو طرق صنع مسجلة التي يتفق أطراف العقد التجاري الدولي عليها، ويدخل في تحديدها عدة عناصر أساسية تخص الكمية والنوعية والفعالية، قد يتضمن العقد الدولي اشتراطات بكيفيات إجراء فحوصات واختبارات وتجارب لتحقيق من المطابقة⁴.

خامساً: ضمان العيوب الخفية

من بين الالتزامات التي تقع على عاتق البائع هو ضمانه لعيوب الفكرة أو التصنيع، ومن أجل التطبيق لالتزام ضمان البائع، لابد من التمييز بين العيوب الظاهرة، والعيوب الخفية وتتعلق بعيوب الفكرة أو التصنيع التي من شأنها أن تجعل التجهيزات غير صالحة للاستعمال، إلا ان العيوب الظاهرة هي التي يمكن أن تظهر للمشتري المحترف في الوقت الذي يتم فيه التسليم، أما باقي العيوب الأخرى فهي عيوب خفية⁵.

¹ محمودي مسعود، أساليب وتقنيات إبرام العقود الدولية، المرجع السابق، ص 199-200.

² محمودي مسعود، أساليب وتقنيات إبرام العقود الدولية، المرجع السابق، ص 200.

³ رملي محمد، النظام القانوني للعقود الدولية، المرجع السابق، ص 67.

⁴ محمودي مسعود، أساليب وتقنيات إبرام العقود الدولية، المرجع السابق، ص 200-201.

⁵ محمد علي جواد، العقود الدولية (مفاوضاتها-إبرامها-تنفيذها)، المرجع السابق، ص 153-154.

إن صيغة الضمان في العقود الدولية لا بد وأن تأتي كلية ومانعة للتمكين من تغطية كل المخاطر التي يتعرض لها المتعامل ذلك أن التجارب والفحوصات التي يقوم بها حتى وإن تمت من قبل خبراء أو أخصائيين فإنها قد تكون مجدية، ولكن بعد إتمامها والتأكد من المطابقة قد تظهر بعد ذلك عيوب في المعقود عليه لم يكن الاختبار والفحص من الكشف عنها¹.

العيب الخفي هو الذي لا يظهر أثناء تسليم الشيء الذي تم التعاقد حوله، وهناك شروط يجب أن تتوفر في العيب الخفي لكي يتم ضمانه وهي:

- أن يكون العيب جوهريا ومؤثرا

- أن يكون العيب خفيا

- أن يكون العيب معلوما لدى المشتري².

ولضمان الحق في الرجوع على المورد لدى ظهور العيب الخفي على المتعامل أن يقوم بفحص الشيء المعقود عليه بمجرد تسليمه وإخطار المورد ثم رفع دعوى الضمان خلال المدة الزمنية التي يحددها القانون الذي يحكم العقد الدولي³.

¹محمودي مسعود، أساليب وتقنيات إبرام العقود الدولية، المرجع السابق، ص 205-206.

²محمودي مسعود، أساليب وتقنيات إبرام العقود الدولية، المرجع السابق، ص 207.

³محمودي مسعود، أساليب وتقنيات إبرام العقود الدولية، المرجع السابق، ص 210.

الفصل الثاني

القانون الواجب التطبيق على العقد

التجاري الدولي وتسوية المنازعات الناشئة

عنه

تمهيد:

إذ كان نمو الاقتصاد العالمي يعتمد على زيادة النشاط التجاري الدولي فإنه لابد لتحقيق هذا النمو إزالة العوائق التي تواجه مختلف النشاطات التجارية وذلك من أجل ضمان استمرارها وحسن تنفيذها، وبالتالي فإن تنظيم عقود التجارة الدولية له أثر كبير على زيادة حجمها واتساع نطاقها ولا يكون ذلك إلا من خلال نظام قانوني فعال يضمن هذا التنظيم ويضع أحكام وأسس التعامل في مجال المبادلات التجارية.

ونظرا للطبيعة الخاصة التي تميز عقود التجارة الدولية والمتمثلة في اشتغالها على العنصر الأجنبي، فإن القانون الواجب التطبيق عليها يثير الكثير من الإشكاليات خصوصا مشكلة تنازع القوانين غير أن مبدأ سلطان الإرادة يلعب دورا كبيرا في اختيار القانون الواجب التطبيق، كما تخضع العقود التجارية الدولية إلى أحكام العديد من الاتفاقيات.

كما سبق القول ان الخصوصية التي تتميز بها عقود التجارة الدولية و المتمثلة في الطابع التجاري للعلاقة العقدية ذات العنصر الأجنبي، فإن تحديد القانون الواجب التطبيق على هذه العقود أعطى مفاهيم جديدة فرضتها ظروف و ملاسات التجارة الدولية، مما أدى إلى عدم ملائمة القواعد و النظم القانونية المختلفة لدى التشريعات التي تعنى بتنظيم العقود الداخلية، و تقتضي القواعد المستقرة لهذا الشأن بضرورة إخضاع العقد لقانون الإرادة، أي القانون الذي نشير إليه إرادة المتعاقدين و يحكم هذا القانون كل ما يتعلق بتكوين العقد و شروطه الموضوعية كالتراضي ، المحل، السبب و أهلية الأطراف المتعاقدة، كما ينظم آثار العقد و ما يترتب عنه من التزامات و حقوق متبادلة بين أطرافه و ما تثيره مخالفة أحكامه من مسؤولية عقدية و تنحصر عادة خيارات الأطراف المتعاقدة في تحديد القانون الواجب التطبيق سواء بالقانون الوطني للدولة المتعاقدة كما هو الحال في أغلب العقود الدولية أو بالمبادئ العامة للقانون و خاصة تلك المطبقة في ميدان العلاقات الدولية الاقتصادية، أو حتى بإيجاد نظام قانوني مستقل يقوم العقد ذاته بتحديدته.

إن السماح بتطبيق القانون الأجنبي هو نقطة البداية في تنازع القوانين ، كون الدول لا تجعل لقانونها اختصاصا مطلقا، فسلطان القانون محدد بحدود سيادة الدولة و لا يمكن أن ينفذ القانون الأجنبي إلا إذا أذن به المشرع الوطني، لذلك يجب أن يكون هناك نوع من التسامح داخل كل دولة بحيث يسمح القانون للقاضي بتطبيق قانون غير قانونه، لأنه إذا تمسك كل مشرع وطني بالإقليمية المطلقة أو الشخصية المطلقة في تطبيق القانون الوطني، فلن يحصل عندئذ أي تنازع للقوانين و لا حاجة معه لأعمال قواعد التنازع، و يكون بذلك قانون القاضي هو الواجب تطبيقه لعدم قبول مزاحمة أي قانون أجنبي في حكم العلاقات القانونية المشوبة بعنصر أجنبي¹.

إن معرفة القانون الواجب التطبيق على العقود التجارية الدولية له أهمية كبيرة خصوصا في حالة نشوء منازعات حول تفسيرها أو تنفيذها، فمعرفة القانون الواجب التطبيق على العقد التجاري تساهم بشكل كبير في حل النزاع الناشئ، وقد تلجأ الأطراف المتعاقدة من أجل تسوية النزاعات الناشئة عن التزاماتهم التعاقدية إلى الطرق السلمية لحلها ونذكر منها: الصلح والوساطة والمفاوضات والتوفيق والتحكيم وفي حالة عدم توصلهم إلى حلول مرضية لجميع الأطراف يمكنهم اللجوء إلى القضاء.

من أجل دراسة هذا الفصل سنتناول في المبحث الأول القانون الواجب التطبيق على العقد التجاري الدولي، وفي المبحث الثاني: تسوية المنازعات الناشئة عنه.

¹بن زيادة ام السعد، اختصاص القانون الجزائري في حل تنازع القوانين (دراسة مقارنة)، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في الحقوق، كلية الحقوق، جامعة الجزائر رقم 01 يوسف بن خدة، 2014-2015، ص 01-02.

المبحث الأول: القانون الواجب التطبيق على العقد التجاري الدولي

إن أهم المسائل الناجمة عن العقود الدولية تتمحور حول تعيين القانون الواجب تطبيقه فيما يتعلق بالأثار المترتبة عن العقد، من حيث تنفيذه أو عدم تنفيذه، و تعديل شروطه و تفسيره و تحديد الجهة المختصة بالفصل في النزاعات المتعلقة به ، و إذا كان المبدأ المقرر في ظل تنازع القوانين في الوقت الحاضر هو ضرورة إخضاع العقد التجاري الدولي لقانون دولة ما، فإن هذا المبدأ لم يكن يستقر دون منازع، حيث اهتدى كل من الفقه و القضاء إلى أنه لا بد لكل عقد قانون يحكمه، و هو قانون يجد مصدره في تشريعات دولة ما أي قانونها، ليصبح معتمدا في مختلف الأنظمة القانونية فيعتمد أيضا في المجال الدولي بتأكيده من قبل القضاء و محكمة العدل الدولية و لدى كثير من الهيئات الخاصة الدولية و المتخصصة في مجال العقود الدولية .

وتخضع بعض العقود الدولية إلى أحكام العديد من الاتفاقيات الدولية التي تحكم أنواع من العقود الدولية وموضوعاتها والتي تتسم بنصوصها على القوانين الوطنية للأطراف المتعاقدة، وسنفضل ذلك في المطلب الأول: القانون الوطني، ثم في المطلب الثاني، الاتفاقيات الدولية وأخيرا، المطلب الثالث: قانون إرادة الأطراف.

المطلب الأول: خضوع العقد التجارة الدولية للقانون الوطني

إذا لم تتفق الأطراف في عقود التجارة الدولية على اختيار القانون الذي يحكم عقدهم صراحة، و تعذر في الوقت نفسه استخلاص إرادتهم الضمنية، فإن هذا لا يصلح أن يكون حجة للامتناع عن الفصل في النزاع من طرف القاضي و إلا وقع تحت طائلة العقاب المقرر عن جريمة إنكار العدالة، و إنما وجب عليه أن يجتهد للوصول إلى الحل الأنسب رغم الصعوبة التي يثيرها تحديد هذا القانون¹، و من أجل البحث في كيفية تحديد القانون الواجب التطبيق في ظل غياب اتفاق صريح أو ضمني بين الأطراف المتعاقدة بشأن عقد تجاري دولي

¹ هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، الطبعة الثانية، 2001، ص 548.

سننظر بالدراسة إلى الإسناد الموضوعي في حالة عدم الاتفاق في الفرع الأول و موقف المشرع الجزائري في الفرع الثاني .

الفرع الأول: الإسناد الموضوعي في ظل غياب اتفاق بين الأطراف المتعاقدة

استقر فقه الدولي الخاص منذ القديم فيما يتعلق بتحديد القانون الواجب التطبيق على العقد التجاري الدولي في حالة عدم وجود إرادة صريحة أو ضمنية للمتعاقدين، على اعتماد ضوابط ثابتة مرتبطة بإرادة الافراد بوصفها إسنادا معبرا عن الصلة الوثيقة التي تربط عقدهم بقانون دولة محل الإبرام أو جنسية المتعاقدين أو موطنهم المشترك، ونجد أن أغلب التشريعات الوطنية قد تبنت هذا الاتجاه وأعطت موقفا حاسما ومحددا لهذه الحالة¹.

و في الحالة التي لم يحدد فيها المشرع ضوابط جامدة في ظل عدم اختيار المتعاقدان القانون المختص، يعمد القضاء إلى استخلاص القانون الواجب التطبيق من خلال تركيز العقد عن طريق تحديد طبيعته الذاتية و هو ما يسمح بالإسناد المستقل لكل فئة من العقود ذات الطبيعة الموحدة في ضوء فكرة محل الاداء المميز و هو إسناد مسبق لا يختلف من عقد لآخر من العقود ذات الطبيعة الواحدة خاصة و أنه يقوم على افتراض مسبق مؤداه أن محل تنفيذ الأداء المميز هو موطن المدين بهذا الأداء ما يضمن استقرار العلاقات التجارية الدولية و يصون توقعات الأطراف المشروعة².

إن فكرة الأداء المميز هي عبارة عن تركيز موضوعي بحت على دور فيه للإرادة على الإطلاق³، و لا حتى بوصفها عنصرا من عناصر التركيز، قوامها أن كل عقد ينفرد بأداء يميزه و يحدد خصائصه مشيدة بذلك التركيز بناء على عناصر مادية و موضوعية مستوحاة من طبيعة الرابطة العقدية محل الاعتبار، فإذا كان من المؤكد أن معظم العقود تتحدد بأداء أحد الأطراف، و هذا الأداء هو الذي يميز العملية التعاقدية بالنظر لوظيفتها الاقتصادية بينما لا

¹ محمد بلاق، قواعد التنازع والقواعد المادية في منازعات عقود التجارة الدولية، المرجع السابق، ص 51-52.

² هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، المرجع السابق، ص 563.

³ عكاشة محمد عبد العال، قانون العمليات المصرفية الدولية، الاسكندرية، 1994، ص 62

يكون الأداء الأخر إلا بالمقابل نقدي، فإنه يبدو عادلا و مقبولا و متوافقا مع احترام توقعات الأطراف إخضاع العقد لقانون موطن المدين بالأداء المميز في العقد¹.

وبالرجوع الى اتفاقية روما الخاصة بالقانون واجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية، جاءت المادة 04 من هذه الاتفاقية بمجموعة من الضوابط بشأن إخضاع العقد لقانون الدولة التي يرتبط بها ارتباطا وثيقا وذلك بنصها على ما يلي: "إذا لم يتم اختيار القانون الواجب التطبيق طبقا لأحكام الفقرة 03، يخضع العقد لقانون الدولة التي يكون له معها روابط وثيقة، وإذا كان جزء من هذا العقد منفصل عن باقي العقد وله روابط وثيقة مع دولة أخرى، فإنه يجوز ان يطبق قانون هذه الدولة على هذا الجزء من العقد على سبيل الاستثناء."²

وبمراعاة الفقرة 05 يفترض ان العقد يمثل الروابط الأكثر قوة مع الدولة التي يقع فيها محل الإقامة المعتادة للطرف الذي يورد الالتزام الرئيسي وقت إبرام العقد او اذا كان الامر يتعلق بشخص معنوي (جمعية او شركة) كانت ادارته المركزية توجد في هذه الدولة، ومع ذلك اذا كان العقد قد ابرم في اطار النشاط المهني لهذا الطرف، فان هذه الدولة تكون هي الدولة التي تقع فيها منشآته الرئيسية، وإذا كان الأداء يجب توريده بواسطة شخص آخر غير المؤسسة الرئيسة، فان هذه الدولة تكون هي التي تقع فيها هذه المؤسسة...³

وبذلك تكون الاتفاقية قد تبنت ضابط الأداء المميز للعلاقة التعاقدية لتحديد القانون الواجب التطبيق، حيث وضعت قرينة مفادها ان أوثق القوانين صلة بالعقد تتحقق في الدولة التي يوجد بها وقت إبرام العقد محل إقامة الطرف الذي يلتزم بالأداء المميز في العملية.⁴

¹ هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، مرجع سابق، 563

² اتفاقية روما لعام 1980 بشأن القانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية.

³ الشرايري، ضوابط تدويل معاملات المستهلك في نظام التجارة الالكترونية، بحث منشور في مجلة القانون، العدد 19، الأردن، ص 27.

⁴ مهند عزمي أبو مغلي، منصور عبد السلام الصرايرة، القانون الواجب التطبيق على عقود الاستهلاك الالكترونية ذات الطابع الدولي، المرجع السابق، ص 1357.

الفرع الثاني: موقف المشرع الجزائري

إن المشرع الجزائري من خلال المادة 18 من القانون المدني الجزائري أخذ بقانون الإدارة باعتباره مبدأ عالمي، لكن قيد هذا المبدأ من خلال وجوب أن يكون القانون الذي تختاره الأطراف المتعاقدة ذو صلة حقيقية بالعقد سواء كان محل العقد أو مكان تنفيذه، أو أن يكون القانون المختار ذو صلة حقيقية بالمتعاقدين سواء كان ذلك من حيث جنسية أطراف الرابطة التعاقدية أو موطنهم¹.

حيث نصت المادة 18 من القانون المدني الجزائري على: " يسري على الالتزامات التعاقدية القانون المختار من المتعاقدين إذا كانت له صلة حقيقية بالمتعاقدين أو بالعقد.

و في حالة عدم إمكان ذلك، يطبق قانون الموطن المشترك أو الجنسية المشتركة، و في حالة عدم إمكان ذلك، يطبق قانون محل إبرام العقد، غير أنه يسري على العقود المتعلقة بال عقار قانون موقعه².

وحسب المادة 18 من القانون المدني الجزائري المذكورة أعلاه فإن قانون بلد الإبرام لا يرجع إليه إلا في حالة عدم اتفاق أطراف العقد على قانون معين فيكون المشرع الجزائري قد يجعل بذلك من مكان إبرام العقد ضابطا احتياطيا.

و لا توجد أي صعوبة في تعيين مكان إبرام العقد إذا كان المتعاقدين حاضرين بخلاف إذا كان التعاقد بين غائبين ففي هذه الحالة يقول الفقه بأن هذا التعيين يخضع لقانون القاضي على اعتبار أن تعيين محل إبرام العقد هو تفسير لقاعدة الإسناد في قانونه و عليه فإن مكان إبرام العقد وفقا للقانون المدني الجزائري بين غائبين هو مكان الذي يعمل فيه الموجب بالقبول ما لم يوجد اتفاق أو نص يقضي بخلاف ذلك حسب المادة 67 من القانون المدني الجزائري³.

¹ الطيب زروتي، دراسات في القانون الدولي الخاص، دار هومة، الجزائر، 2010، ص 271.

² قانون رقم 05-07 مؤرخ في 13 ماي 2007 المتضمن القانون المدني الجزائري

³ بلعيد عبد الكريم، قانون الإرادة طبقا للمادة 18 من القانون المدني الجزائري قبل وبعد تعديلها، كلية الحقوق بن عكنون،

الجزائر، ص 373، اطع عليه بتاريخ 2021/05/26 من الموقع الإلكتروني asjp.cerist.dz

وفي حالة العقود المتعلقة بال عقار جاء في الفقرة 04 من المادة 18 من القانون المدني الجزائري: " غير أنه يسري على العقود المتعلقة بال عقار قانون موقعه"، وهو استثناء من الخضوع لقانون العقد، فالمشرع الجزائري استثنى العقود المتعلقة بال عقار من الخضوع للقاعدة العامة الواردة في الفقرات الثلاث السابقة من نفس المادة والتي تقضي بخضوع العقد إلى مكان الإبرام إذا لم يتفق المتعاقدان على مكان آخر، ويطبق قانون موقع العقار بالنسبة للعقود المتعلقة به على جميع جوانبه¹.

أما بالنسبة لشكل العقد فإنه من خلال نص المادة 19 من القانون المدني الجزائري، نلاحظ أن المشرع الجزائري أخضع شكل العقد لقاعدة محل الإبرام أو لقانون الجنسية المشتركة للمتعاقدين، يعتبر محل الإبرام عنصرا هاما في تحديد القانون الذي يحكم شكل العقد، رغم الطابع الاختياري، إلا أنه يصعب تحديده إذا تم التعاقد بين غائبين أولا تبرز ذلك أهمية تحديد مكان و زمان إبرام التصرفات القانونية و بالخصوص التعاقدية منها².

ان قانون الإرادة في مجال العقود الالكترونية لا ينحصر على القانون الوطني، اذ يترتب على ذلك حكم قواعد قانونية داخلية اعدت أصلا لحكم علاقات محددة بإقليم معين، لا على عقود التجارة الالكترونية التي تمتاز بالطابع الدولي العابر للحدود فتطبيق القانون الوطني قد يؤدي الى اختلاف الاحكام القضائية وتباينها، ويظهر هذا من خلال قضيتي playmen الامريكية وقضية Yahoo الفرنسية، حيث رفض القضاء الفرنسي غلق الموقعين لاستخدامهما اعمالا غير مشروعة، بحجة الدفاع على مصلحة المجتمع في حين قضية playmen، اعتبرت انها تشكل إهانة للقضاء الأمريكي ثم أصدرت حكم بإغلاق الموقع كأحد الحلول الممكنة³.

¹ المنشور في الموقع الالكتروني: tribunal.dz.com ، اطاع عليه بتاريخ 2021/05/26.

² خالد شويرب، القانون الواجب التطبيق على العقد التجاري الدولي، اطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة يوسف بن خدة، الجزائر، 2008-2009، ص 63.

³ غوثي ابتسام، العقد الالكتروني الدولي بين احكام القانون الوطني ومتطلبات التدويل، مذكرة لنيل شهادة الماستر، تخصص القانون الاقتصادي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الدكتور الطاهر مولاي، سعيدة، 2013-2014، ص 19.

المطلب الثاني: الاتفاقيات الدولية

تخضع العقود إلى أحكام العديد من الاتفاقيات الدولية التي تحكم بعض أنواع العقود الدولية و موضوعاتها، و التي تسمو بنصوصها على القوانين الوطنية للأطراف المتعاقدة، تطبيقا لما هو متعارف عليه في القانون الدولي ، و من بين هذه الاتفاقيات: اتفاقيتي لاهاي لعامي 1955 و 1964 في البيوع الدولية للمنقولات المادية، و اتفاقية لاهاي 1977 في عقود التمثيل التجاري، اتفاقية فيينا لعام 1980 في البيوع التجارية، و اتفاقية منظمة للدول الأمريكية عام 1994 في العقود الدولية ... إلخ ، و باعتبار عقد البيع هو الدعامة الأساسية للتجارة الدولية في جميع البلدان مهما كان نظامها القانوني أو مستوى التنمية الاقتصادية فيها، لذا تعتبر اتفاقية البيع واحدة من الاتفاقيات الدولية الأساسية المتعلقة بقانون التجارة، و التي يستصوب أن يعتمدها الكل، من خلال هذا المطلب سنتناول بالدراسة اتفاقية فيينا لعام 1980 بشأن البيع الدولي للبضائع و نبرز أهم أهدافها و مبادئها، كيفية تنظيمها لعقد البيع الدولي كما يلي :

الفرع الأول: نبذة تاريخية حول إقرار اتفاقية فيينا 1980 بشأن البيع الدولي للبضائع وأهم ما جاءت به من مبادئ وأهداف:

نتناول في هذا الفرع لمحة تاريخية عن صدور اتفاقية فيينا بشأن البيع الدولي للبضائع وكذلك اهم ما جاء في هذه الاتفاقية من مبادئ واهداف.

أولا: نبذة تاريخية حول إقرار اتفاقية فيينا 1980 بشأن البيع الدولي للبضائع:

بسبب فشل اتفاقية لاهاي لسنة 1964 في الوصول إلى الغايات المرجوة من تنظيم وتوحيد عقود نقل البضائع عبر الدول، شعرت المجموعة الدولية بالحاجة إلى إيجاد تنظيم قانوني دولي جديد يحقق هذه الأهداف و يجد قبولا من المجموعة الدولية، أمنت المجموعة الدولية بأهمية لجنة التجارة الدولية التابعة للأمم المتحدة للقيام بهذه المهمة، بسبب تمثيلها لمختلف فئات وطوائف الأنظمة الاقتصادية على مستوى الدولي، الأمر الذي سيضمن التمثيل السياسي والتجاري لكافة دول العالم على نحو عادل.

في عام 1969، بدأت مجموعة عمل داخلا اللجنة مكونة 14 دولة عضو تم اختيارهم من قبل أعضاء اللجنة في العمل انطلاقا من ذات القواعد التي أقرتها اتفاقيتي لاهاي لسنة 1964، حيث قامت اللجنة بدراسة إشكاليات هاتين الاتفاقيتين، و أوجه الاعتراضات التي قدمتها الدول النامية و الاشتراكية عليهما .¹

مع مراجعة الانتقادات القانونية التي قدمها فقهاء القانون التجاري عليهما، رغبة منها في الوصول إلى اتفاقية تحصل على تأييد رسمي و غير رسمي على المستوى الدولي انتهت مجموعة العمل من إعداد المشروع الأول للاتفاقية في يناير 1976، و صدقت عليه اللجنة في اجتماعها الذي عقد في مدينة فيينا في يوليو 1977 ، كما أن مشروع الاتفاقية الخاص بتكوين عقد البيع و الذي اقترحته مجموعة العمل قد تم التداول فيه في اجتماع اللجنة بنيويورك سنة 1978 و أدمج في القانون الموضوعي للبيع الدولي في عام 1980، قامت اللجنة بتنظيم مؤتمر دولي في فيينا وقعت فيه 20 دولة على اتفاقية، حيث نظمت عقود البيع الدولي للبضائع على نحو تشمل تنظيم انعقاد العقد و تنظيم الآثار القانونية المترتبة عليه، و صدرت الاتفاقية باللغات الرسمية الست للأمم المتحدة، و دخلت حيز النفاذ في عام 1988 بعد أن صادقت عليها 11 دولة وفقا لنص المادة 99 من الاتفاقية.²

ثانيا: مبادئ وأهداف اتفاقية فيينا 1980 بشأن البيع الدولي للبضائع

لا شك أن الغرض الأسمى الذي تهدف إليه اتفاقية الأمم المتحدة بشأن عقود البيع الدولي للبضائع من أجل تحقيقه هو توحيد القواعد القانونية التي تحكم البيوع الدولية و لا يخفى على أحد أن التوحيد يؤدي إلى نمو التجارة الدولية و انتعاشها و لقد ذكرت ديباجة الاتفاقية هذا المعنى، ترى أن اعتماد قواعد موحدة، تنظم عقود البيع الدولي للبضائع، و تأخذ في الاعتبار مختلف النظم الاجتماعية و الاقتصادية و القانونية، من شأنه أن يسهم في إزالة الحواجز القانونية في مجال التجارة الدولية و أن يعزز تنمية التجارة الدولية.³

¹ محمود فياض، المعاصر في قوانين التجارة الدولية، المرجع السابق، ص، 147.

² محمود فياض، المعاصر في قوانين التجارة الدولية، المرجع السابق، ص 148-149.

³ حسام الدين عبد الغني الصغير، تفسير اتفاقية الامم المتحدة بشأن عقد البيع الدولي للبضائع، دار النهضة العربية، ص 10

واعتبرت اتفاقية أن وضع نصوص موحدة في شأن البيع الدولي للبضائع لا يكفي لتحقيق التوحيد بل يتعين تفسير نصوصها في مختلف الدول التي تنظم إليها بطريقة تكفل وحدة التفسير لبلوغ التوحيد في تطبيقها، إذ يعتبر البيع الدولي للبضائع عصب التجارة الدولية ومحورها، حيث يدور حوله عدد كبير من العقود الأخرى كالتأمين والنقل والوكالة، مما يعطي أهمية خاصة لدراسة تفسير اتفاقية الأمم المتحدة بشأن عقود البيع الدولي للبضائع (اتفاقية فيينا 1980)¹.

جاءت المادة 07 من الاتفاقية ببعض المبادئ في الحديث عن تفسير أحكامها: "يراعي في تفسير هذه الاتفاقية صفتها الدولية وضرورة تحقيق التوحيد في تطبيقها ومراعاة حسن النية في التجارة الدولية"².

و أشارت الفقرة الثانية من نفس المادة بقولها " المسائل التي تتعلق بالموضوعات التي تتناولها هذه الاتفاقية و لم ترد بشأنها نصوص فيها، يتم تنظيمها وفقا للمبادئ العامة التي تقوم عليها"³.

ومن خلال المادة السابقة الذكر، فإن هدف اتفاقية فيينا هو حماية التجارة الدولية ويتم ذلك من خلال إزالة العقبات القانونية التي تعيق سهولة إبرام العقود والتي يتم بموجبها تداول السلع بين الدول وهو عقد البيع الدولي.⁴

كما أن مراعاة حسن النية في التجارة الدولية من المبادئ الأساسية التي تهدف اتفاقية فيينا لعام 1980 بشأن عقود البيع الدولي للبضائع إلى تحقيقه، ويقضي هذا المبدأ بأن يراعى عند تفسير الاتفاقية الأخذ بما يحقق مصلحة التجارة الدولية وما تتطلب من أن يسود بين

¹ الطيب عبد الرحمن محمد، أهمية العقد الدولي في التجارة الدولية و القانون الواجب التطبيق عليه، منشور في الموقع:

<http://hdl.hanndke.net>، اطلع عليه بتاريخ 2021/05/26.

² وليد علي محمد عمر، الثمن في عقد البيع الدولي للبضائع، المكتب الفني للإصدارات القانونية، بدون تاريخ اصدار، ص 11

³ اتفاقية فيينا لعام 1980 بشأن عقود البيع الدولي للبضائع.

⁴ وليد علي محمد عمر، الثمن في عقد البيع الدولي للبضائع، المرجع السابق، ص 11

أطراف العلاقة التجارية الدولية مبدأ حسن النية كما تهدف الاتفاقية أيضا بإيراد هذا الأساس إلى تقادي لجوء المحاكم إلى الرجوع إلى قوانينها الوطنية عند تفسير أحكام الاتفاقية.¹

و تهدف أيضا إلى تحقيق التوحيد و هذا الأساس الذي ورد في المادة 01/07 يحث بوضوح على التحرز عند تفسير الاتفاقية من الرجوع إلى أحكام القوانين الوطنية لأن من شأن هذا الرجوع ألا يحقق توحيد قانون التجارة الدولية بشأن البيع الدولي للبضائع، أما التمسك بهدف التوحيد فإن من شأنه أن يحصر المفسر لأحكام الاتفاقية في نطاق نصوصها و الأسس التي تقوم عليها².

الفرع الثاني: البيوع المستبعدة من نطاق تطبيق اتفاقية 1980 بشأن العقد الدولي للبضائع

إن قواعد اتفاقية البيع للبضائع بصفتها اتفاقية أساسية أكثر تحديدا من قواعد القانون الدولي الخاص (تنازع القوانين)، و كانت الغاية منها أن تؤدي مباشرة إلى الحل الأساس في مجال العلاقات الخاصة الدولية، و تجنب تطبيق القوانين الوطنية تحقيقا للتوحيد و هو الهدف الأسمى الذي تسعى الاتفاقية إلى بلوغه، كما ان من أهداف الاتفاقية الرئيسية تقليل ضرورة اللجوء إلى القواعد القانون الدولي الخاص، و مع ذلك فالعلاقة بين قواعد الاتفاقية و قواعد القانون الدولي الخاص تظهر في أكثر من جانب، و من ثم فإن الطبيعة الذاتية للاتفاقية لا تعني انفصال أحكامها بالكامل عن القوانين الوطنية، التي يتم التوصل إلى تطبيقها من خلال تنازع القوانين، فالاتفاقية لم تنظم جميع مسائل البيع الدولي للبضائع، فهناك بيوع عديدة مستبعدة من نطاق تطبيقها كما أن هناك عدة مسائل في عقد البيع ذاته لم تتناولها الاتفاقية بالتنظيم³.

و من البيوع المستبعدة وفقا لاتفاقية فيينا 1980 بيع العقار، لأن العقار لا يعد من البضائع، و كذلك بيع المنقولات المعنوية كبراءات الاختراع، و العلامات التجارية لأن لفظ البضائع يشير إلى المنقولات المادية بصفة خاصة، كما استبعدت الاتفاقية أيضا من نطاق

¹ محمد نصر محمد، الوافي في عقود التجارة الدولية، المرجع السابق، ص 85

² محمد نصر محمد، الوافي في عقود التجارة الدولية، المرجع السابق، ص 85

³ خليل ابراهيم محمد، القانون الواجب التطبيق على عقد البيع الدولي وفقا لاتفاقية فيينا لعام 1980، المرجع السابق.

تطبيقها المقايضة لأنها أشارت صراحة إلى الالتزام المشتري بأداء الثمن، و المقايضة هي مبادلة شيء بشيء كما استبعدت الاتفاقية أيضا أنواع أخرى من البيوع، فنصت على عدم سريان أحكامها على البيوع البضائع التي تشتري لاستعمال الشخصي أو العائلي أو المنزلي، إلا إذا كان البائع لا يعلم قبل انعقاد العقد أو وقت انعقاده، و لا يفترض فيه أن يعلم بأن البضائع اشترت لاستعمالها في أي وجه من الوجوه المذكورة، و تعد هذه البيوع بيوعا استهلاكية، و غالبا ما يتم تنظيم هذه البيوع في القوانين الوطنية بقواعد أمرة تهدف إلى حماية المستهلكين بالإضافة إلى انعدام الصلة بينها و بين التجارة الدولية، كما تعتبر من البيوع المستبعدة بيوع المزاد و البيوع التي تعقب الحجز أو غيرها من البيوع التي تتم بموجب أمر من السلطة القضائية، إذا أنه في بيوع المزاد لا يعرف فيها المشتري إلا لحظة رسو المزاد، فلا يمكن التعرف على دولية البيع و مدى خضوعه للاتفاقية قبل هذه اللحظة، بينما البيوع التي تتم بأمر من السلطة القضائية فالغالب أن يتم تنظيمها بقواعد أمرة في القوانين الوطنية، بالإضافة إلى بيوع الأوراق المالية كالأسهم و السندات و شهادات الاستثمار، و الأوراق التجارية كالسندات و الشبكات، و بيع النقود أي عمليات الصرف الأجنبي¹

و بيع السفن و المراكب و الطائرات و بيع الكهرباء و يرجع استبعادها إلى كونها يتم تنظيمها في الغالب في القوانين الوطنية بأحكام خاصة تختلف عن أحكام البيع، و قد تكون أمرة، و فيما يتعلق ببيع النقود فإنه لا يستبعد من نطاق الاتفاقية إذا بيعت بوصفها سلعة كبيع النقود الأثرية، أما بيع الكهرباء فيرجع استبعاده إلى الخلاف حول ما إذا كانت منقولا ماديا أو معنويا و يقتصر استبعادها وحدها دون غيرها من مصادر الطاقة الأخرى².

الفرع الثالث: الالتزامات المتقابلة لأطراف عقد البيع الدولي وإثباته

يعد الالتزام البائع بتسليم الشيء المبيع الأكثر أهمية من بين التزاماته الأخرى، هذا الالتزام وتطبيقاته المتعددة منصوص عليه في المواد 30 إلى 35 من اتفاقية فيينا 1980 بشأن عقد البيع الدولي للبضائع، ويمكن تلخيص الالتزامات الواردة على عاتق البائع في المادة 30 إلى

¹ خالد أحمد عبد الحميد، فسخ عقد البيع الدولي للبضائع وفقا لاتفاقية فيينا 1980،

² خالد أحمد عبد الحميد، فسخ عقد البيع الدولي للبضائع وفقا لاتفاقية فيينا 1980، المرجع السابق.

الالتزام بتسليم البضاعة، والالتزام بتسليم المستندات المتعلقة بالبضاعة، والالتزام بالمطابقة لما ورد من مواصفات بخصوص البضاعة في العقد¹.

حيث نصت المادة 30 من اتفاقية فيينا 1980 للعقد الدولي للبضائع " يجب على البائع أن يسلم البضاعة، ويسلم المستندات المتعلقة بها وأن ينقل ملكية البضاعة وفقا لما يتطلبه عقد البيع وفقا لهذه الاتفاقية"².

وتوجب التزامات أخرى ثانوية على البائع تفرض بموجب العقد أو العرف كالتزام بنقل البضاعة والتزامه بالتأمين عليها والتزامه بالمحافظة عليها حتى التسليم أما بالنسبة للمشتري فقد منحته الاتفاقية الوسائل من أجل المطالبة بحقوقه في حال إخلال البائع بتنفيذ التزامه بالتسليم، إذ بإمكانه اللجوء إلى طريق الفسخ في الحالة التي يشكلها إخلال البائع بالتسليم مخالفة جوهرية أو سلوك طريق التنفيذ العيني وإصلاح العيب واستبدال البضاعة أو فسخ عقد البيع الدولي وفقا لاتفاقية فيينا، واللجوء إلى إنقاص الثمن، بينما تتمثل التزامات المشتري التي جاء تحديدها³ في الفصل الثالث من الاتفاقية تحت مسمى التزامات المشتري وقد حملت المشتري التزامين أساسيين هما الالتزام بالدفع الثمن والالتزام بتسليم الشيء المبيع وفقا للمادة 53 من اتفاقية فيينا⁴ 1980.

بالنسبة لإثبات عقد البيع الدولي للبضائع، فإنه يعتبر وفقا لاتفاقية فيينا عقدا رضائيا وليس عقدا شكليا فلم تشترط لإبرام هذا العقد أن يفرغ في شكل معين، فلا يخضع العقد لأي شرط شكلي ولا يشترط إبرام عقد البيع ولا إثباته بالكتابة، ويمكن إثبات بما فيها البيئة وهذا ما جاء في نص المادة 11 من اتفاقية فيينا سنة 1980 للعقد الدولي للبضائع⁵.

¹ رفرافي عبد الرحمان، تنفيذ العقد الدولي، المرجع نفسه، ص 129.

² اتفاقية فيينا 1980 بشأن البيع الدولي للبضائع

³ رفرافي عبد الرحمان، تنفيذ العقد الدولي، المرجع السابق، ص 194.

⁴ رفرافي عبد الرحمان، تنفيذ العقد الدولي، المرجع السابق، ص 194.

⁵ محمد نصر محمد، الوافي في عقود التجارة الدولية، المرجع السابق، ص 91

الفرع الرابع: فسخ عقد البيع الدولي والآثار المترتبة عليه

يعد مبدأ العقد شريعة المتعاقدين من المبادئ الأساسية المأخوذ بها في التجارة الدولية، فيلتزم المتعاقدان بتنفيذ جميع ما اشتمل عليه العقد و بطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية، حتى ولو أصبح هذا التنفيذ مرهقا لأحدهما، ولا يجوز لأي منهما تنفيذ العقد على نحو مختلف أو تقديم بديل لهذا التنفيذ، أو إنهاء العقد بإرادته المنفردة، ورغم ذلك فإن تنفيذ العقد قد يتم على نحو معيب، أو لا يتم هذا التنفيذ على الإطلاق¹.

ففي حال عدم التزام البائع أو المشتري في تنفيذ أي من التزاماتهما التعاقدية أو بمقتضى أحكام اتفاقية، يحق للطرف الآخر التمسك بأي من الجزاء القانوني في الأخذ به. التمسك بالتنفيذ العيني، منح البائع مهلة إضافية للتنفيذ، طلب إنقاص السعر، طلب فسخ العقد، تعليق تنفيذ التزام هو المطالبة بالتعويض².

ويميز فسخ العقد من أهم الآثار المترتبة على الإخلال بالالتزامات التعاقدية بين البائع والمشتري في عقد البيع، حيث يعرف الفسخ بأنه حل الرابطة العقدية بناء على طلب أحد طرفي العقد إذا أخل الطرف الآخر بالتزاماته فهو جزء لإخلال أحد المتعاقدين بالتزاماته وبمقتضاه يستطيع الطرف الآخر حل الرابطة³.

ويترتب على وقوع الفسخ لارتكاب مخالفة جوهرية ثلاثة آثار هي انقضاء التزامات المتعاقدين نتيجة انحلال العقد وزواله وعودة الطرفين إلى الحالة التي كانا عليها من قبل العقد و ثبوت حق الطرف المتضرر في الحصول على تعويض مناسب عما لحقه من ضرر بسبب ارتكاب الطرف الآخر مخالفة جوهرية للعقد⁴.

¹ خالد أحمد عبد الحميد، فسخ عقد البيع الدولي للبضائع وفقا لاتفاقية فيينا 1980، المرجع السابق.

² محمود فياض، المعاصر في قوانين التجارة الدولية، المرجع السابق، ص 198

³ خالد أحمد عبد الحميد، فسخ عقد البيع الدولي للبضائع وفقا لاتفاقية فيينا 1980، المرجع السابق

⁴ صفا عبد النور العيساوي، آثار فسخ عقد البيع الدولي، كلية الحقوق جامعة بابل، العراق، 06-03-2011.

المطلب الثالث: قانون إرادة الأطراف

يشكل قانون الإرادة الضابط الأصلي في تحديد القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، وذلك نظرا لتبنيه العديد من التشريعات والاتفاقيات الدولية وكذلك في قضاء التحكيم التجاري الدولي، ولقد احتل قانون الإرادة مكانة كبيرة سواء داخليا أو دوليا، فهو الأساس والركيزة المعتمدة في إبرام عقود التجارة الدولية، وسوف نقوم بتعريف قانون الإرادة في الفرع الأول ثم نتطرق إلى أساسه القانوني في الفرع الثاني وحدود هذا القانون في الفرع الثالث.

الفرع الأول: تعريف إرادة الأطراف

يقصد بقانون الإرادة في القانون الدولي الخاص، القانون الذي يختاره المتعاقدان صراحة أو ضمنا¹، وكذلك هو القانون الذي يحكم الالتزامات التعاقدية استنادا إلى إرادة الأطراف، و ينحصر دور الإرادة في تعيين القانون و ليس تحرير العقد من سيطرة القانون².

إن الهدف الأساسي من فكرة قانون الإرادة تتمثل في الاعتراف للأطراف المتعاقدة بحق الاختيار والحرية في تحديد القانون الواجب التطبيق على عقدهم وهنا ينتهي دور الإرادة، وبذلك يكون العقد المبرم بين الأطراف خاضع لقانون إرادتهم المختار دون تدخل الاطراف في ذلك حيث تكون الإرادة في هذه الحالة مرشدة إلى القانون الواجب التطبيق ولا تقدم حل للنزاع بصفة مباشرة، وتتقيد بالقواعد الموضوعية لهذا القانون³.

الفرع الثاني: أساس قانون الإرادة

يختلف الأساس القانوني لمنح الإرادة حق اختيار القانون الواجب التطبيق باختلاف النظرة إلى دور الإرادة حيث يختلف هذا الدور حسب نظريتين في هذا الموضوع هما النظرية الشخصية والنظرية الموضوعية.

¹ فراس كريم شعبان، ارم عصام خضير، أثر مبدأ قانون الارادة على احتلال التوازن في العقود الدولية، مجلة جامعة تكريت، العراق، العدد 29، 2016، ص 228.

² خالد شويرب، القانون الواجب التطبيق على العقد التجاري الدولي، المرجع السابق، ص 12

³ فراس كريم شعبان، ارم عصام خضير، أثر مبدأ قانون الارادة على احتلال التوازن في العقود الدولية، المرجع السابق، ص

أولاً: النظرية الشخصية

اعتبرت هذه النظرية أن اختيار الأطراف المتعاقدة القانون الواجب التطبيق على عقدهم منبثق من مبدأ سلطات الإرادة وليس من قواعد تنازع القوانين، حيث إرادة المتعاقدين تشكل قانوناً ويسند عنصر الإلزام إلى إرادتهم وليس إلى القانون فلأطراف كامل الحرية في اختيار القانون الواجب التطبيق على عقدهم وهذا ما جسده على العقود التجارية الدولية، كما يعتبر اختيار المتعاقدين للقانون الذي يطبق على عقدهم هو اختيار المادي أي ليس بحاجة إلى قاعدة من قواعد الإسناد، ووفقاً لهذه النظرية لا يقيد المتعاقدين في اختيار قانون العقد ولا تشترط توافر صلة بين العقد والقانون، مع إمكانية وضع شروط في العقد منافية لما تقتضي به القواعد الأمرة في القانون المختار، وفي حالة غياب الإرادة الصريحة يتعين على القاضي البحث عن الإرادة الضمنية، ووجهت لها انتقادات عدة أهمها أنه من غير المنطقي التخلي عن القانون وترك إرادة الأطراف تحكم العقد ويعاب عليها فقدان القانون لوصفه ويصبح بذلك شرط من شروط العقد ويؤدي إلى التعارض مع فكرة الإحالة المفترض تطبيقها و يرجع ذلك إن اختصاص قانون الإرادة مستمد من قواعد تنازع القوانين وليس من مطلق السلطات الإرادة¹.

ثانياً: النظرية الموضوعية

بخلاف النظرية الشخصية ترى هذه النظرية ضرورة إسناد حق اختيار القانون الذي يحكم العقد إلى قوة القانون بواسطة قاعدة من قواعد التنازع في دولة القاضي، و بذلك أي شرط يخالف القواعد القانونية الأمرة في القانون يعد باطلاً و يترتب عن الأخذ بهذه النظرية احتفاظ القانون بوصفه و بالتالي احترام القواعد والنصوص الأمرة في القانون المختار بالإضافة إلى التمتع الثبات التشريعي لبنود العقد حيث لا يمكن تجزئته أو إخضاعه لأكثر من قانون بعكس

¹ مناصف أمين، سعدي سامية، تنازع القوانين في عقود التجارة الدولية، مذكرة مقدمة للحصول على شهادة الماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد الشريف مساعدي، سوق اهراس، 2018-2019، ص 09

النظرية الشخصية كما أن هذه النظرية إرادة الأطراف التي تكمن في تركيز الرابطة التعاقدية إلى دولة معينة¹.

وعند اختيار أطراف العلاقة العقدية قانونا ليحكم العقد فيصعب مراعاة مركز نقل ذلك العقد، وفي حال عدم التطابق بين القانون المختار للتركيز الحقيقي، يقوم القاضي بالبحث عنه في ملابسات وظروف التعاقد لإيجاد القانون الواجب التطبيق وهذا راجع لعدم اختيار القانون الذي يحكم العلاقة التعاقدية بصفة مباشرة².

انتقدت هذه النظرية أيضا لإهمالها لدور الإرادة في اختيار القانون الواجب التطبيق على العقد وجعلها تقتصر على التركيز في مكان معين وبذلك ليس هناك جدوى في التمييز بين الإرادة الصريحة أو الضمنية لأنها مجرد توطين للعقد، ويعاب عليها أيضا منح القاضي السلطة المطلقة وغير المقيدة و سلطة تعديل اختيار الأطراف لما يكون غير متطابق مع التركيز الحقيقي للعقد ويؤدي ذلك إلى الإخلال بتوجهات أطراف العقد وتوقعاتها³.

الفرع الثالث: حدود قانون الارادة

للأطراف المتعاقدة الحرية في اختيار قانون يحكم العقد المبرم بينهم و هذا الحق ليس مطلقا و هناك قيود محددة لتطبيق القانون الاجنبي و تتمثل هذه القيود في كون قانون الارادة له صلة بالعقد و المتعاقدين، عدم المساس بالنظام العام، و الغش نحو القانون⁴.

أولا: قانون الارادة له صلة بالعقد والمتعاقدين

يقوم المتعاقدين باختيار قانون العقد بمقتضى قاعدة من قواعد التنازع، و تنقيد حريتهم في اختيار هذا القانون بوجود توافر صلة جادة و حقيقية بين القانون و العقد أو بين القانون و المتعاقدين و انعدام هذه الصلة يعد قرينة على التهرب من القانون الواجب تطبيقه على العقد و

¹ احمد حميد الانباري، سكوت الارادة في تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد الدولي، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق جامعة الشرق الاوسط، عمان-الاردن، 2017، ص 59-61.

² احمد حميد الانباري، سكوت الارادة في تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد الدولي، المرجع السابق، ص 59-61.

³ مناصف أمين، سعدي سامية، تنازع القوانين في عقود التجارة الدولية، المرجع السابق، ص 10

⁴ مناصف أمين، سعدي سامية، تنازع القوانين في عقود التجارة الدولية، المرجع السابق، ص 21

عش نحوه و بذلك تكون الارادة قد تخطت دائرة التنازع التي تعمل في إطارها و هذا يشكل خرقا لأهداف تلك القاعدة¹.

1- القانون ذو صلة بالعقد

العقد هو توافق ارادتين باتجاه إحداث أثر قانوني أو بمعنى آخر هو تراضي بين الطرفين تتوافق إرادتهما بتعبير عنهما وللعقد ثلاث أركان رئيسية هي: التراضي، المحل، السبب، ولا بد أن يكون كل من المحل و السبب مشروعين ويضاف ركن الشكلية في بعض العقود، ويشترط في التراضي أن يصدر من إرادتين سليمتين تهدف إلى إحداث أثر قانوني هو التعبير عن الرغبة في الارتباط بحالة قانونية تأهل على اكتساب الحقوق و تحمل الالتزامات، ولقد اختلف فقه القانون الدولي حول مدى لزوم توافر صلة بين القانون الذي اختاره الأطراف والعقد الدولي محل التنازع و ظهرت ثلاث اتجاهات²:

أ- الاتجاه الأول:

يذهب هذا الاتجاه إلى تأكيد وجوب توافر الصلة بين العقد والقانون المختار من قبل الأطراف المتعاقدة، ولكن منح الحرية للمتعاقدين في اختيار القانون يتيح لهم التهرب من الأحكام الأمرة المرتبطة بالعقد، واختلف مؤيدو هذا الاتجاه حول طبيعة هذه الصلة، وهناك من اكتفى بوجود مصلحة مشروعة للمتعاقدين في اختيار قانون العقد حتى وإن كان لا تربطه صلة به، في حين ذهب البعض إلى الاقتصار على توافر صلة معقولة بين القانون المختار والعقد بغض النظر عن كون هذا الاختيار منصب على القانون الأوثق صلة بالرابطة العقدية³.

ب-الاتجاه الثاني:

يذهب أنصار هذا الاتجاه إلى حرية الأطراف المتعاقدة في اختيار القانون الواجب التطبيق وفقا لما يرونه مناسبا لتنظيم عقدهم حتى وإن كان هذا القانون لا تربطه صلة حقيقية بالعقد

¹ محمد بلاق، قواعد التنازع والقواعد المادية في منازعات عقود التجارة الدولية، المرجع السابق، ص 46

² مناصف أمين، سعدي سامية، تنازع القوانين في عقود التجارة الدولية، المرجع السابق، ص 22

³ محمد بلاق، قواعد التنازع والقواعد المادية في منازعات عقود التجارة الدولية، المرجع سابق، ص 47

وأساس ذلك أن الهدف من قواعد الدولي الخاص هو حماية المصالح الفردية، دون الاهتمام بالتدخل الأمر الذي يسعى إليه هذا الأخير، وبذلك يتمتع الأطراف بحرية في اختيار قانون العقد بشكل لا يسمح فيه للقاضي تغيير القانون المختار على أساس انعدام الصلة بينه وبين العقد¹.

ج-الاتجاه الثالث:

اتخذ هذا الاتجاه موقف وسط بين الاتجاهين السابقين، حيث اشترط وجود صلة بين القانون المختار والعقد أو المتعاقدين ولكن دون اشتراط تحققها عن طريق عناصر شخصية كجنسية الأطراف أو مادية كمحل الإبرام أو تنفيذه واكتفى أن تكون هذه الصلة نابعة من حاجة المعاملات الدولية، وكمثال عن ذلك لما نكون أمام عقد مبرم في صورة عقد نموذجي متعارف عليه في مجال معين ومقبول قبولاً واسعاً في أوساط التجارة الدولية فيخضع الأطراف العقد للقانون الذي يحكم هذا العقد رغم انتفاء الصلة بين القانون المختار وعناصر العقد².

2-قانون الإرادة له صلة بالمتعاقدين

من خلال نص المادة 18 من القانون المدني الجزائري يتضح اشتراط المشرع الجزائري أن تكون صلة حقيقية بين القانون المختار والأطراف المتعاقدة، يعد هذا الشرط تقييداً الحرية المتعاقدين في اختيار أي قانون ليحكم علاقاتهم التعاقدية.

ويقصد بالصلة الحقيقية أن يكون القانون المختار له صلة بموطن المتعاقدين أو بجنسيتها أو أن يكون له صلة بالعقد كأن يكون مكان إبرام العقد أو قانون مكان تنفيذه، ويجب أن يكون قانون الإرادة يمثل مركز النقل الفعلي في العلاقة بمعنى يؤخذ بالقانون الذي له صلة أكبر³.

¹ محمد بلاق، قواعد التنازع والقواعد المادية في منازعات عقود التجارة الدولية، المرجع السابق، ص 47

² محمد بلاق، قواعد التنازع والقواعد المادية في منازعات عقود التجارة الدولية، المرجع السابق، ص 48

³ مسعود دير، القانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية الدولية، مذكرة لنيل شهادة الماستر، تخصص قانون دولي

خاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة العربي بن مهيدي، ام البواقي، 2015-2016، ص 27

ثانياً: النظام العام

النظام العام يشكل الأسس التي يقوم عليها النظام الأساسي والاقتصادي في الدولة ومن الحقوق الطبيعية والحريات الأساسية المكفولة والمعتقدات الاجتماعية والأخلاقية والدينية المتأصلة في المجتمع، ويعرف النظام العام " بأنه مجموع الأسس الجوهرية التي يقوم عليها نظام مجتمع معين سياسياً واجتماعياً واقتصادياً وقانونياً ودينياً"¹.

من المعروف أن قواعد القانون الدولي الخاص هدفها تنظيم المجتمع والأفراد وإلى تحقيق التعايش بين النظم القانونية المختلفة، وهي في سبيل ذلك تقتضي وجوب إخضاع العقد التجاري الدولي إلى القانون الذي يتفق الأطراف عليه، ومتى تقرر الاختصاص للقانون الأجنبي وأصبح هو الواجب التطبيق على النزاع المطروح، وعند تطبيقه تبين للقاضي أن مضمونه يخالف النظام العام في دولته في هذه الحالة يجب استبعاده ولا عمال الدفع بالنظام العام لابد أن تتوفر شروط للدفع وهي أن يكون القانون الأجنبي الواجب التطبيق مختصاً وأن يكون متعارضاً في أحكامه مع مقتضيات النظام العام لدولة القاضي وأن تكون هذه المخالفة للنظام العام حالية فإذا تبين مخالفة القانون الأجنبي المختار من قبل الأطراف المتعاقدة للنظام العام تم استبعاده واستبداله بقانون آخر يتوافق والنظام العام بدولة القاضي².

ثالثاً: الغش نحو القانون

يجد بعض الفقهاء في فكرة الغش نحو القانون مظهراً من مظاهر فكرة النظام العام، أما البعض آخر فيرى لها مفهوماً مستقلاً يقترب من النظام العام إلى حد كبير، ففي الوقت الذي تتشابه النتيجة التي يؤدي إليها كل من الدفع بالنظام العام والدفع بنظرية الغش نحو القانون، هو استبعاد القانون المختص بموجب قاعدة الإسناد ويوجد اختلاف واضح بين القانون الأول و القانون الثاني وإن الأخذ بفكرة الغش نحو القانون يستوجب توفر شرطين أساسيين، شرط

¹ حمومة سعيدة، حميوش أمير، القيود الواردة على حرية الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق على العقد التجاري، مذكرة لنيل شهادة ماستر حقوق، تخصص القانون العام للأعمال، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة عبد الرحمن، بجاية، 2014-2015، ص 53.

² حمومة سعيدة، حميوش أمير، القيود الواردة على حرية الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق على العقد التجاري، المرجع السابق، ص 61-62-63.

مادي يتمثل في إجراء تغيير إرادي في ضابط الإسناد، وشرط معنوي يتمثل في توافر نية الغش أو التحايل نحو القانون، بالنسبة للشرط المادي فهو مخالفة غير مباشرة للقانون لأنها ترتكب بواسطة القانون نفسه، حيث أجاز القانون للفرد تغيير ضابط الإسناد المتعلق بجنسيته أو موطنه أو محل إقامته الذي كان خاضعا له من قبل، و يمكن التعبير عن هذه المخالفة غير المباشرة للقانون بمظهرين التلاعب في ضوابط الإسناد، والتلاعب في العناصر المكونة للوصف القانوني للمسألة محل النزاع¹.

1- التلاعب في ضوابط الإسناد:

تعتبر ضوابط الإسناد مثل الجنسية والمواطن وموقع المال المنقول ...، الوسيلة القانونية التي تستخدم في عملية التحايل على القانون، وخصوصا لما تكون هذه الضوابط قابلة للتغيير وفق إرادة الأفراد، وليكون هناك تلاعب في ضوابط الإسناد يجب أن يكون العمل الذي²، يقوم به المتحايل عملا إراديا كما لو اكتسب الفرد جنسيته عن طريق التجنس، أما إذا حصل تغيير الجنسية بشكل لابد فيه للفرد يعتبر التغيير إراديا وبالتالي لا يعتبر تحايلا على القانون، ويشترط أن يكون الإجراء مستند إلى نص قانوني ولكن نية الفرد عند القيام به غير مشروعة ويجب أن يكون التغيير فعليا لا صوريا وإلا اعتبر الدفع بالتحايل على القانون لا أساس له³.

2- التلاعب في وصف العلاقة القانونية:

في هذه الحالة بدلا من أن يلجأ الطرف المتحايل إلى تغيير ضابط الإسناد يتجه إلى التلاعب في وصف المال على النحو الذي يبدو فيه المال منقولا ضمن نقله من دولة إلى أخرى ومن ثم تغيير النظام القانوني الذي يحكمه⁴.

¹ غالب علي الداودي، القانون الدولي الخاص بتنازع القوانين، تنازع الاختصاص القضائي الدولي، الطبعة الثانية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، 2013، ص 240.

² مسعود دير، القانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية، المرجع السابق، ص 30

³ مسعود دير، القانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية، المرجع السابق، ص 30-31

⁴ عكاشة عبد العال، تنازع القوانين، المرجع السابق، ص 2015

أما بالنسبة للشرط المعنوي أي نية التحايل تتمثل في التغيير للإفلات من أحكام القانون الواجب التطبيق، ويترتب عن ذلك الإضرار بالمصالح المشروعة للغير، وللقاضي سلطة التقصي عن نية الغش على النحو الذي يتبناه، واستظهارها من خلال الوقائع المطروحة أمامه، واستخلاص هذه النية من ظروف الدعوى¹.

المبحث الثاني: تسوية المنازعات الناشئة عن العقد التجاري الدولي

إن التعامل الدولي في مجال المبادلات التجارية يشهد في بعض الأحيان وقوع خلافات بمناسبة تنفيذ الالتزامات الناشئة عن التعهدات التي تعهدت بها الأطراف المتعاقدة من أجل تحقيق الأهداف التي تسعى إليها من خلال إبرام العقود التجارية الدولية، والممارسة العملية أدت بالأطراف المتعاقدة إلى السعي لتجنب هذه المنازعات التي تنشأ بصدد تنفيذ العقود التجارية الدولية والتي من شأنها تعطيل المصالح التجارية الحيوية للأطراف المتعاقدة والتي بطبيعتها تتطلب السرعة والمرونة ومن أجل تجنب هذا النوع من الخلافات المحتمل وقوعها ثم الإدراج وسائل وأليات لحل هذه المنازعات بطرق ودية متاحة، وممكنة، حيث تعد هذه الوسائل ضمانا للأطراف المتعاقدة لخوض الالتزامات التعاقدية، لأن استقرار المعاملات التجارية وازدهارها ملازم لعاملين مهمين هما، السرعة، والائتمان، و من أهم الوسائل التي تستعمل في حل المنازعات الناشئة عن العقود التجارية الدولية هي التوفيق (المطلب الأول)، التحكيم (المطلب الثاني)، القضاء (المطلب الثالث)، بالإضافة إلى وسائل أخرى كالصلح والوساطة .

المطلب الأول: التوفيق

إن التوفيق التجاري كوسيلة من وسائل تسوية المنازعات الناشئة عن العقود التجارية الدولية ذو أهمية وهو مكرس في الاتفاقيات الدولية كوسيلة من وسائل التسوية الودية للمنازعات التجارية، سنقوم بتعريفه في الفرع الأول، ثم تبيان خصائصه في الفرع الثاني.

¹ مسعود دير، القانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية، المرجع السابق، ص 32

الفرع الأول: تعريف التوفيق

يمكن تعريف التوفيق بأنه وسيلة من الوسائل الودية يحسم المنازعات التجارية ويتم بواسطة شخص ثالث حيادي ونزيه، يحاول أن يقرب بأطراف النزاع ويقترح اتفاق صلحي بينهم، ويطلق على هذا الشخص اسم الموفق وتكون قراراته غير ملزمة ولا يكون تنفيذها جبراً، مفاده أن الموفق يقدم اقتراحات لأطراف النزاع في نهاية عمله¹.

كما يمكن تعريفه بأنه طريق ودي لتسوية المنازعات التي تنشأ بين الأطراف قوامه اختيار أحد الأطراف للقيام بالتوفيق يسمى الموفق وصولاً إلى حل للنزاع عن طريق التقريب بين وجهات النظر المختلفة دون أن يمتد دوره إلى اقتراح حل يرتضيانه².

الفرع الثاني: خصائص التوفيق

من خلال التعريف السابق للتوفيق نستنتج مجموعة من الخصائص التي تميزه كوسيلة من وسائل التسوية الودية للنزاعات التجارية الدولية وتتمثل في:

أولاً: التوفيق طريق ودي لتسوية المنازعات التجارية الدولية

لا يعد التوفيق وسيلة قضائية لحل المنازعات التي تثور بين الأطراف المتعاقدة، وإنما هو أحد الوسائل الودية لحسم النزاع يتدخل فيها طرف ثالث يسمى الموفق من خلال الأطراف المتعاقدة أي برضائهم، ويسعى الموفق من خلال تدخله في النزاع إلى إيجاد حل للنزاع بطريقة ودية ترضي الطرفين المتعاقدين وتحول دون التجائهما إلى القضاء لفض النزاع، حيث يقدم اقتراحات في الأخير غير ملزمة ولا يخضع الموفق لوقاية القضاء³.

¹ هواف حدة، حمدي فاطمة، التسوية الودية لمنازعات التجارة الدولية، مذكرة مقدمة ضمن متطلبات نيل شهادة الماجستير،

تخصص ارادة اعمال، جامعة الجيلالي بو نعامة، خميس مليانة، 2014-2015، ص 62

² هواف حدة، حمدي فاطمة، التسوية الودية لمنازعات التجارة الدولية، المرجع السابق، ص 62

³ محمد ابراهيم موسى، التوفيق التجاري الدولي وتغيير النظرة السائدة حول سبل تسوية المنازعات التجارية الدولية، دار الجامعة

الجديدة للنشر، 2005، ص 58

ثانيا: التوفيق طريق اختياري

إن للأطراف المتعاقدة مطلق الحرية في اختيار التوفيق كوسيلة تسوية ودية لحل النزاعات بينهم، فهذه الوسيلة تعتمد بصورة أساسية على إرادة الأطراف فهو يتبع عن إرادة ورغبة الأطراف ومن ثم فإنه لا يمكن فرض هذا السبيل أو إملاؤه عليهم، فاللجوء إليه يعتمد بصورة كبيرة قبوله واتجاه الأطراف إلى سلوكه، يستوى بعد ذلك الوقت الذي يختار فيه، أي سواء أكان هذا الوقت قبل نشوء النزاع أو بعده، وقبل خضوع طريق التحكيم أو بعده¹.

يمكن أن يكون الاتفاق اللجوء إلى التوفيق سابقا عن نشوء النزاع أو تاليا له، ولو كانت قد أقيمت بشأنه دعوى قضائية أو تحكيمه، فبدأ إجراءات التوفيق إما يكون بناء على مبادرة أحد الطرفين بعد نشأة النزاع وإما امتثالا لاتفاق متبادل بين الطرفين قبل نشأته، فالاتفاق على اللجوء إلى التوفيق قد يكون في وقت سابق على رفع الدعوى أو أثناء نظر النزاع².

ثالثا: التوفيق غير ملزم للأطراف المتعاقدة

إن الاقتراحات التي يعرضها الموفق على الأطراف المتعاقدة من أجل تسوية النزاع القائم بينهم غير ملزمة وليس لها حجية الأمر المقضي فيه، يمكن للأطراف المتنازعة الأخذ بها وقبولها لحل النزاع بينهم، كما يمكن لهم رفضها وعدم قبولها والالتجاء إلى وسيلة أخرى لحل النزاع القائم بينهم³.

رابعا: الحصول على عدالة أقل تكلفة

على عكس القضاء، التوفيق لا يحتاج إلى محامين أو مصاريف شهود وخبراء وقليلة تكلفة التوفيق مقارنة بالتحكيم، وبذلك يوفر التوفيق كسبا للوقت الذي قد يتقلب معه أسعار البضائع والخدمات وأسعار الصرف⁴.

¹ هواف حدة، حمدي فاطمة، التسوية الودية لمنازعات التجارة الدولية، المرجع السابق، ص 63

² هواف حدة، حمدي فاطمة، التسوية الودية لمنازعات التجارة الدولية، المرجع السابق، ص 63

³ عبد الرحمن محمد المالكي، حل المنازعات التجارية عن طريق التوفيق منشور في الموقع www.adalh.org اطلع عليه بتاريخ: 2021/05/27.

⁴ عبد الرحمن محمد المالكي، حل المنازعات التجارية عن طريق التوفيق، الموقع السابق.

خامسا: المحافظة على العلاقات التعاقدية

إن الاختيار الأطراف للتوفيق كوسيلة لحسم النزاع لا يأتي إلا من أجل غاية وهي علاقتهم المستقبلية، فهذه الوسيلة لا تهدف فقط إلى إصلاح الأضرار المترتبة على الإخلال بالالتزامات التعاقدية، خصوصا بالنسبة للأطراف المتعاقدة على مشروع طويل الأجل، فقد يكون من المهم بالنسبة لهم الحفاظ على علاقة جيدة في حالة نشوء نزاع بينهم، وذلك من أجل الإبقاء على المعاملات التجارية المستقبلية، ويكون من الضروري في مثل هذه الأحوال محاولة حسم النزاع بين الأطراف بشكل ودي¹.

سادسا: إقامة التوازن والتعادل بين الأطراف

يسعى التوفيق إلى جانب إصلاح الأضرار المتولدة عن العلاقة التعاقدية إلى إيجاد نوع من التوازن أو التعادل بين الالتزامات الأطراف، وكل ذلك عن طريق عمل الموفق فهذا الأخير يصل للحلول التي تعبر عن رضا أطراف النزاع وتكثيف جهده يتوصل إلى حل نهائي مرضي للطرفين، عند التقاء وجهات النظر على نقطة اتفاق فإن هذا من شأنه إقامة نوع من التوازن العقدي بين التزامات الأطراف ويساعد بدوره على إعادة التوازن بين الالتزامات المتولدة على العلاقة العقدية².

الفرع الثالث: أشكال السند القانوني للتوفيق

يوجد ثلاث أشكال للسند القانوني للتوفيق هي شروط التوفيق، مشارطة، التوفيق، التوفيق بالإحالة.

أولا: شرط التوفيق

هو اتفاق أطراف العلاقة التعاقدية على الالتجاء إلى التوفيق من أجل تسوية نزاع يمكن أن يثور مستقبلا بينهم بسبب تنفيذ الالتزامات التعاقدية، سواء كان هذا الاتفاق ضمن بنود عقد

¹الخير قشي، الوسائل التحكيمية وغير التحكيمية لتسوية المنازعات الدولية، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، 1999، ص 179.

²عبد الرحمن محمد المالكي، حل المنازعات التجارية عن طريق التوفيق، الموقع السابق.

معين أو في اتفاق مستقل ملحق به، و يترتب على ذلك ان الشرط لا يكون إلا في التوفيق الرضائي، ويترتب أيضا أنه لا يحدد موضوع النزاع في شرط التوفيق، لا بد أن يستوفي أركان الاتفاق، على غرار شرط التحكيم فإن شرط التوفيق مستقل عن العقد المدرج فيه أو ملحق به، فلا يبطل ببطلان ذلك العقد ولا يتأثر بما يلحق به من أسباب تؤدي إلى تعطيله، طالما استجمع شرط التوفيق في ذاته شروط وجوده وصحته¹.

ثانيا: مشاركة التوفيق

هو الاتفاق على اللجوء إلى التوفيق بعد وقوع النزاع بين الأطراف المتعاقدة، لا بد أن يراعي ضرورة أن تتضمن المشاركة بيانا بموضوع التوفيق، أي المسائل و المشكلات التي سيتناولها وتحديد رغبة الطرفين، إن المشاركة يتم الاتفاق عليها من الأطراف في حال التوفيق الرضائي أو الاتفاقي الذي يتم خارج حدود القضاء ولا تعد مشكلة إذا أبرم أطراف النزاع مشاركة التوفيق بعد وقوع النزاع رغم وجود التوفيق في العقد أو المعاملة بينهم والمدرج به قبل وقوع النزاع فهو لتحديد الموضوع والمسائل التي سيدور حولها التوفيق، ولا يؤدي إبرام مشاركة التوفيق إلى إلغاء شرط التوفيق كما أن بطلان أحدهما لا يؤدي إلى بطلان الآخر².

ثالثا: التوفيق بالإحاطة

يمكن أن يتم الاتفاق على تسوية النزاع القائم بين الاطراف المتعاقدة عن طريق إحالة ترد في العقد يتضمن شرط التوفيق، كأن تضمن أطراف عقد مقاوله في اتقاقهم بندا حول تسوية المنازعات وبدلا من النص الصريح على وسيلة تسوية النزاع يختصرون الطريق ويكتبون بندا في عقد المقاوله من الباطن يحيل إلى بندا وشرط وارد في عقد المقاوله الاصيلي المبرم بين المقاول العام ورب العمل أو مالك، وينص على تسوية المنازعات وديا عن طريق التوفيق، كان ينص في عقد المقاوله على " تسوي جميع منازعات هذا العقد بذات وسائل تسوية منازعات عقد المقولة بين المقاول و رب العمل"، ويكون عقد المقاوله الأخير بنص على أن أي نزاع ينشأ بين

¹ احمد عبد الكريم سلامة، النظرية العامة للنظم الودية لتسوية المنازعات، ص 265.

²خيري عبد الفتاح البتانوني، الوساطة كوسيلة بديلة لفض المنازعات المدنية والتجارية، دار النهضة العربية، 2012، ص

الأطراف حول تفسير أو تنفيذ هذا العقد، أو أي يتعلق به يحاول الأطراف تسويته بطريق التوفيق، فإن لم ينجح بعرض النزاع على هيئة تحكيم يتم الاتفاق على تشكيلها وتحديد الإجراءات أمامها، والاعتراف بصحتها يجب أن يكون العقد المحال له مكتوب ويجب أن تكون الإحالة واضحة في اعتبار شرط التوفيق المحال إليه جزء من العقد المحال له¹.

المطلب الثاني: التحكيم

لقد أصبح اللجوء إلى التحكيم التجاري الدولي في الوقت الحاضر الوسيلة أو الطريقة الشائعة في فض المنازعات، حيث أنشأت العديد من الهيئات والمراكز الخاصة بالتحكيم على الصعيد الدولي والوطني، كما ساهمت المنظمات الدولية والمؤسسات المعينة بالتحكيم بوضع قواعد خاصة بالإجراءات المتبعة في سير عملية التحكيم، كما أصدرت العديد من الدول قوانين تعالج مسائل التحكيم الدولي، بعد أن كانت قوانينها تقتصر على معالجة قضايا التحكيم الداخلي².

من خلال هذا المطلب سنحاول تعريف التحكيم وبيان أنواعه وصوره.

التحكيم هو نظام العدالة الخاص، ويفضله يأخذ اختصاص حل النزاعات من قضاء الدولة ويوكل إلى أشخاص معروفين بحيادهم واستقلالهم ونزاهتهم. أي النظام الذي بمقتضاه يخول أطراف النزاع مهمة الفصل فيه إلى محكمين يعينونهم بمحض مشيئتهم³.

¹ احمد عبد الكريم سلامة، النظرية العامة للنظم الودية لتسوية المنازعات، المرجع السابق، ص 265.

² فوزي محمد سامي، التحكيم التجاري الدولي، دراسة مقارنة لأحكام التحكيم التجاري الدولي، الطبعة الاولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الاردن، 2008، ص 06.

³ هواتف حدة، حمدي فاطمة، التسوية الودية لمنازعات التجارة الدولية، المرجع السابق، ص 78

كما يعرف التحكيم بأنه الطريقة التي تختارها الأطراف لفض المنازعات التي تنشأ عن العقد عن طريق طرح النزاع، والبحث فيه أما شخص أو أكثر يطلق عليهم اسم المحكم أو محكمين دون اللجوء إلى القضاء¹.

الفرع الأول: تعريف التحكيم وأنواعه

يمكن للأطراف المتعاقدة اللجوء إلى التحكيم من أجل تسوية النزاعات الناشئة عن تنفيذ العقد التجاري الدولي المبرم بينهم، ومن خلال هذا الفرع سوف نتطرق إلى تعريف التحكيم كوسيلة من الوسائل المستخدمة في حل النزاعات الناشئة عن العقد التجاري الدولي، ثم نتناول أنواعه.

أولاً تعريف التحكيم

التحكيم هو نظام العدالة الخاص، ويفضله يأخذ اختصاص حل النزاعات من قضاء الدولة ويوكل إلى أشخاص معروفين بحيادهم واستقلالهم ونزاهتهم، أي النظام الذي بمقتضاه يخول أطراف النزاع مهمة الفصل فيه إلى محكمين يعينونهم بمحض مشيئتهم².

كما يعرف التحكيم بأنه الطريقة التي تختارها الأطراف لفض المنازعات التي تنشأ عن العقد عن طريق طرح النزاع، والبحث فيه أما شخص أو أكثر يطلق عليهم اسم المحكم أو المحكمين دون اللجوء إلى القضاء³.

ثانياً: أنواع التحكيم:

التحكيم نوعان، تحكيم اختياري وتحكيم إجباري، ويكون التحكيم اختياريًا عندما يكون للأطراف حرية اللجوء إليه سواء بالاتفاق التعاقدية أو بالاشتراط التحكيمي عند إبرام العقد والاتفاق التعاقدية يأتي بعد إبرام العقد وتعتبر فيه الأطراف عن إرادتها في اللجوء إلى التحكيم، ويمكن إثباته بمحضر أو عقد رسمي أو عرفي ويتضمن نوع التحكيم وكل التفاصيل الإجرائية

¹ فوزي محمد سامي، التحكيم التجاري الدولي، دراسة مقارنة لأحكام التحكيم التجاري الدولي، المرجع السابق، ص 13

² هوداف حدة، حمدي فاطمة، التسوية الودية لمنازعات التجارة الدولية، المرجع السابق، ص 78.

³ فوزي محمد سامي، التحكيم التجاري الدولي دراسة مقارنة لأحكام التحكيم التجاري الدولي، المرجع السابق، ص 13.

المتعلقة به، إما الشرط أو الاشتراط التحكيمي، يمكن أن يأتي في بند من بنود العقد الدولي بحيث تنص الأطراف المتعاقدة في مادة من مواد العقد على إمكانية اللجوء إلى التحكيم في حالة وقوع نزاع محتمل كما يمكن أن يدرج بموجب وثيقة مستقلة مثله مثل الاتفاق التعاقدية، أما التحكيم الإجباري فإنه يتعلق بالمجال الداخلي، ولا يتعدى من حيث أطرافه وموضوعه وهيئاته الحيز الجغرافي للدولة.

يظهر التحكيم الاختياري في صورتين هما، التحكيم المؤسسي الذي يلجأ فيه الأطراف المتعاقدة إلى مؤسسة مختصة مثل الغرفة التجارية الدولية التي تقوم بمحاولة حل النزاع المعروض عليها.

والصورة الثانية هي التحكيم الخاص الذي يقوم فيه الأطراف بأنفسهم باختيار القانون المنظم للعملية وكذا الإجراءات الخاصة بل منازعاتهم¹.

الفرع الثاني: شرط التحكيم ومشاركة التحكيم

يأخذ اتفاق التحكيم إحدى الصورتين شرط التحكيم أو مشاركة التحكيم، شرط التحكيم هو اتفاق بين طرفين متعاقدين على أن ما قد ينشأ بينهما من نزاع بشأن علاقة قانونية معينة يفضل فيه بواسطة التحكيم، ويرد هذا الشرط عادة في نفس العقد الأصلي مصدر الرابطة القانونية، وبالتالي فإن شرط التحكيم إنما يقصد منه تنازل المتعاقدين مسبقاً، وقبل نشوء النزاع عن مراجعة المحاكم و التزامها بعرض الخلاف على المحكمين أما المشاركة التحكيم، والمميز لمشاركة التحكيم هي أنها تتم بعد نشأة النزاع فنشأة النزاع مفترض ضروري لصحة مشاركة التحكيم².

يتميز التحكيم بحرية التعاقد والحياد حيث أن جلساته ليست مقيدة بال رسمية كما عليه الحال في المحاكم العادية حيث تفرض شكلية ولباس معين يميز القاضي من المتقاضين فجلسات التحكيم تعتبر كاجتماعات عادية يحضر فيها الأطراف مع مستشاريهم ويناقشون

¹ محمودي مسعود ، أساليب و تقنيات ابرام العقود الدولية ، المرجع السابق، ص 243-235.

² العريايوي نبيل صالح، اتفاق التحكيم، دفاثر السياسة القانون، العدد الخامس عشر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة

بشار، جوان، 2016، ص 362.

المسائل المتعلقة بالنزاع بحرية وبدون قيد، ثم إن للأطراف حرية العدول عن محاكم التحكيم إذا تبين لهم أن في هذا العدول ما يخدم مصالحهم، ومرد ذلك إلى اتفاق الأساسي الذي هو في الواقع مبني على حرية التعاقد وهذا خلاف للنزاعات المعروضة على المحاكم والتي يتعين النطق فيها بحكم ولو كان ذلك بشطب القضية¹.

كما ان التحكيم يتميز بنوع من الحياد فالأطراف يمكن لهم اختيار المحكمين من لا يحملون جنسية الأطراف المتنازعة، بالإضافة إلى استقلاليتهم إذ أن المحكمين على العموم مستقلين لا يخضعون لهيئة أو سلطان معين، بالإضافة إلى الميزة السرية، فالمتعاملون على الصعيد الدولي لا يرغبون عادة في طرح مشاكلهم في الأماكن العامة، بهدف الحفاظ على أسرارهم، إن القاعدة العامة المعمول بها لدى المؤسسات التحكيمية تتمثل في عدم نشر أسرار الجلسة، لكن الملاحظ أن سرية الحكم غير محفوظة، حيث أن هناك نشرات متخصصة تنشر هذه الأحكام وتصدر بذلك، والمعلومات القليلة التي تنشرها كافية لتوجه البحث لمن أراد معرفة مضمونها، وحتى وإن تضمن العقد نص بحفظ هذه السرية فإنه قليلا ما يحترم الأطراف بنود العقد في هذا الجانب .

إن التجربة والإحصائيات يبينان بأن الفصل في النزاع باللجوء إلى التحكيم يدوم ما بين 02 إلى 03 سنوات كنسبة متوسطة ومن 03 إلى 04 سنوات كنسبة جارية مع الملاحظة أي الفصل في بعض القضايا دام 10 سنوات أو يزيد، وما يمكن ملاحظته من جهة أخرى أن المدة في التحكيم مرهونة ومتفوقة على عدة اعتبارات أولها الاهتمام الذي يوليه رئيس المحكمة التحكيمية للنزاع، استعداد وقبول الأطراف بالحل وتنفيذه ثم يأتي عامل الوقت الذي يمكن أن تستغرقه إجراءات التحقيق كإجراء الخبرة، جمع الوثائق، إعداد الملف ... إلخ ، وبالنسبة للتكلفة عادة يكون التحكيم باهض الثمن².

¹ محمودي مسعود، أساليب وتقنيات ابرام العقود الدولية، المرجع السابق، ص 239.

² محمودي مسعود، أساليب وتقنيات ابرام العقود الدولية، المرجع السابق، ص 241

الفرع الثالث: الشروط الواجب توافرها في حكم التحكيم

لكي يصدر حكم التحكيم صحيحا غير معيب وغير قابل للطعن فيه بالبطلان، لا بد من توافر بعض الشروط الموضوعية والشكلية في حكم التحكيم الفاعل في النزاع.

أولاً: الشروط الموضوعية

إن المقصود بالقواعد الموضوعية هو القانون الذي توافقت إرادة الطرفين على اختياره لتفصل بموجبه هيئة التحكيم على النزاع، ذلك إن إرادة الطرفين هي الأقر على تحديد القانون الواجب التطبيق، فقد يختار الطرفين قانون الدولة التي يجري فيها التحكيم أو قانون محل إبرام العقد أو محل تنفيذه، ويمكن أن يرغب الطرفين في انتقاء قواعد من أنظمة قانونية مختلفة لتشكل منها قانونا تفصل عن طريقه هيئة التحكيم النزاع، ويجب أن يصدر المحكمون حكمهم وفقا لقواعد القانون الذي اختاره الأطراف، سواء بالنسبة للإجراءات أو الموضوع ويعد إلا يعد سببا لبطلان الحكم، تجاهل المحكمين لإرادة الأطراف والحكم وفقا لقانون آخر¹.

ثانياً: الشروط الشكلية

إن عنصر الشكل شرط مهم في جميع المعاملات القانونية خاصة العلاقات التعاقدية بين الاطراف، لا بد وأن تكون في شكل مكتوب، فإنه لا يعقل أن يكون الحكم شفويا في خصومة تحكيمه وملزما للطرفين، كما يجب أن تكون احكام التحكيم مسببة، فالكتابة شرط لوجود الحكم، فالكتابة شرط لوجود الحكم وإثباته، فالقانون لا يعترف بالحكم الشفوي، فمثل هذا الحكم يكون منعدما، فلا يتصور إيداع أو وضع أمر بالتنفيذ دون التقيد بما ينص عليه قانون التحكيم، كما نصت أغلب قواعد الأنظمة ذات الطابع الدولي الخاصة بالتحكيم، أن يتضمن حكم التحكيم الفاصل في النزاع، على مجمل من البيانات التي لا غنى عنها في صدور أي حكم، فقد نصت قواعد اليونسترال للتحكيم على وجوب اشتمال حكم التحكيم على توقيع المحكمين الذين أصدروا الحكم مع بيان سبب توقيع الأقلية مع ذكر أسباب القرار، إلا إذا اتفق الأطراف على عدم لزوم ذلك أو كان القرار صادرا بتسوية تم اتفاق الأطراف عليها، ذكر تاريخ

¹ عقون مصطفى، حكم التحكيم الدولي ومدى امكانية الطعن فيه، منشور في الموقع: asjp-cerist. dz، اطلع عليه بتاريخ

ومكان صدور الحكم كذلك، ويعتبر الحكم صادرا في المكان الذي تحدد الهيئة في حالة عدم الإتفاق¹.

الفرع الرابع: حجية حكم التحكيم واجراءاته:

لحكم التحكيم اهمية كبيرة تتمثل في انهاء النزاع المطروح امام الهيئة التحكيمية وحجيه هذا الحكم من شأنها ان تضع حدا للنزاع دون طرحه مره اخرى امام نفس الهيئة او امام محكمه اخرى وهذا تجنبيا لمسالة التعارض بين الاحكام فيجب على المحاكم احترام ما للأحكام من حجيه، وسنتناول في هذا الفرع حجية حكم التحكيم وكذلك نبين اجراءات التحكيم.

أولا: حجية حكم التحكيم:

إن اكتساب الحكم التحكيمي قوة الشيء المقضي فيه يكون بعد صدور الأمر بتنفيذه من الجهة المختصة حسب معظم الأحكام الوطنية والدولية التي تبنت أسلوب التحكيم في تشريعاتها، فالحجية هي الدليل والبرهان ويقصد بها أن الحكم متى أصدره القاضي أو المحكم يعتبر عادلا، أي أنه يتضمن إرادة القانون الحقيقية في الحالة المعروضة وأنه صحيح ويوافق النموذج القانوني للحكم واعتمد إجراءات صحيحة، ويكون له حجية على ما فضل فيه من أمور وعلى الخصوم الممثلين في القضية التي صدر فيها هذا الحكم، لقد توافقت معظم القوانين الوطنية والدولية إلى تأكيد اقتران الحجية بحكم التحكيم منذ صدوره، و لكنها حسب القانونيين تكون حجة غير نافذة، وحجتهم في ذلك أنها لا ترقى مرتبة الحكم القضائي القطعي، مالم تنتضي محل الطعن لدى من يجيزون الطعن به استئنافا أو الادعاء ببطلانه وانتهائها من حيث النتيجة إلى مرتبة قوة الأمر المقتضي بصدور أمر بالتنفيذ وحياسة الحكم صيغة التنفيذ حسب أحكام القانون الواجب التطبيق أو القانون بلد التنفيذ².

¹ عقون مصطفى، حكم التحكيم الدولي ومدى امكانية الطعن فيه، منشور في الموقع السابق.

² علي مصطفى ملحم، تنفيذ الحكم التحكيمي، جامعة دمشق، بدون سنة طباعة، ص 202.

ثانيا: إجراءات التحكيم:

المقصود بإجراءات التحكيم الاعمال الإجرائية المتتابعة التي من خلالها تسعى هيئة التحكيم التي تفصل في النزاع القائم بين الاطراف المتعاقدة الى الحصول على حكم يقضي بوضع حل له وطرح النزاع على محكمة التحكيم يستوجب، تعيين هيئة التحكيم حيث يكون للأطراف المتعاقدة حريه اختيار الهيئة، وطرح النزاع على الهيئة التحكيمية التي يفترض قبولها لمهمه التحكيم في النزاع المعروض عليها.¹

يمكن أن تتشكل محكمة التحكيم الدولية من محكم فرد او عدة محكمين ولكن عادة ما تفضل الاطراف المتنازعة التشكيلة الجماعية حيث يمكن لكل واحد منهم تعيين محكم على ان يكون من ذوي مؤهلات في مجال القانون المطبق على النزاع وتقاديا لتضارب المصالح يجب ان لا يكون للمحكمين علاقات اقتصادية او علاقة مصالح مباشره او بواسطة شخص اخر مع طرف من الأطراف.²

تباشر هيئة التحكيم اختصاصها بحضور الاطراف المتنازعة وفي حاله تخلف احادها عن الحضور لإحدى الجلسات او عن تقديم طلب منه من وثائق ومستندات يمكن لهيئة التحكيم ان تستمر في الاجراءات واصدار حكم في النزاع مستنده الى ما توفر لديها من عناصر اثبات.³

تشكيل هيئة التحكيم يستند الى مبدأين اساسيين هما ارادة الخصوم في اختيار الهيئة والمساواة بين طرفين النزاع من حيث اختيار المحكمين وللهيئة سماع شهادة الشهود دون تحليفهم اليمين او تعيين خبير او أكثر لإعداد تقرير مكتوب او شفوي حول النزاع.⁴

¹اكاديمية التحكيم الدولي للمستشارين العرب، إجراءات التحكيم، منشور في الموقع <http://tahkem-academy.com/>، اطلع عليه بتاريخ 29-05-2021.

²براهيمي محمد، التحكيم التجاري الدولي، منشور في الموقع <https://www.brahimi-avocat.com/ar/blog/9-4.html>، اطلع عليه بتاريخ 29-05-2021

³عبد العزيز عبد المنعم خليفة، التحكيم في منازعات العقود الإدارية الداخلية والدولية، دار الكتب القانونية، مصر، 2006، ص 40.

⁴منير عبد المجيد، التنظيم القانوني للتحكيم الدولي والداخلي، منشأة المعارف الإسكندرية، مصر، 1997، ص 133.

الفرع الخامس: التحكيم التجاري الالكتروني

يختلف التحكيم الالكتروني عن التحكيم التقليدي من خلال الوسيلة التي تتم فيها إجراءات التحكيم في العالم الافتراضي، حيث لا يتم استخدام الكتابة التقليدية ولا ضرورة للوجود المادي للأطراف المتعاقدة، كما ان الاحكام تكون جاهزة وموقعة الكترونيا، ويتميز التحكيم الالكتروني بالسرعة في الفصل في النزاعات، ويعود ذلك الى عدم انتقال الأطراف وحضورهم امام المحكمين، ويكفي سماعهم عن طريق وسائل الاتصال الالكترونية، وتبادل المستندات والأدلة عبر البريد الالكتروني، بالإضافة الى ان التحكيم الالكتروني يتميز بالسرية ويحافظ عليها منذ ارسال طلب التوسط الى غاية حصول تسوية مرضية للطرفين.¹

المطلب الثالث: القضاء

يعد اللجوء إلى القضاء لأنها منازعات ناجمة عن العلاقات التجارية الدولية مرهون بعدم اتفاق أطراف العلاقة التجارية على عدم اللجوء إلى التحكيم أو رفض أحد طرفين ذلك، مما يجعل الطرف المتضرر يلجأ إلى ساحات القضاء لإجبار الطرف الأخر على إنهاء الخصومة، وعلى هذا فإن اللجوء إلى القضاء في هذه الحالة يكون وسيلة غير اتقافية لإنهاء الخصومة عكس ما هو سائد في التحكيم.²

عما لا يتفق الأطراف المتعاقدة على تعيين جهة مختصة في النظر في النزاع الذي يمكن أن ينشأ بسبب تنفيذ العقد أو حول تفسيره أو أي مسألة بموجب العقد المبرم بينهم، تكون الجهة القضائية المختصة بالنظر في النزاع محكمة مقر إقامة الطرف المدعى عليه، إلا أن مثل هذا الحل يمكن أن يؤدي إلى حلول وأحكام قضائية تكون غير قابلة للتنفيذ بسبب نص القوانين الداخلية على قواعد اختصاص غير القاعدة المتفق عليها دولياً.³

¹ سيف الدين الياس حمدتو، التحكيم الالكتروني، مجلة العلوم القانونية والسياسية، العدد الثالث، جوان 2011، ص 49-50.

² بكارية حسيبة، عقود التجارة الدولية، المرجع السابق، ص 54.

³ بكارية حسيبة، عقود التجارة الدولية، المرجع السابق، ص 54-55.

ففي مثل هذه الحالة تطبق قواعد الإسناد الوطنية، فنجد مثلا اتفاقية الأمم المتحدة بشأن البيع الدولي للبضائع المبرمة في فيينا 1980 تطبق أمام قضاء التحكيم أو الدولة المتعاهدة مباشرة بعد المرور بمنهج تنازع القوانين¹.

كمثال عن الأحكام القضائية الصادرة في مجال البيوع البحرية الذي يعد نوعا من العقود التجارية الدولية، نجد الحكم الصادر عن القضاء السويسري في 07 ماي 1993 والمتعلق بعقد البيع معدات صناعية، أبرم بين فلندي ومشتري سويسري وأقام البائع دعواه أمام القضاء السويسري لمطالبة المشتري بالوفاء بثمن البضاعة، وعلى الرغم من إبرام العقد قبل دخول اتفاقية فيينا حيز التنفيذ في سويسرا إلا أن المحكمة قررت خضوع عقد البيع لاتفاقية فيينا 1980 على اعتبار أن فنلندا دولة متعاهدة وأن قواعد القانون الدولي الخاص السويسري تقضي بأن القانون الواجب التطبيق هو القانون الفنلندي².

إن القاضي الوطني يقوم بدور المراقب لتطبيق القانون الاجنبي أمام القضاء الوطني بحيث يقع عليه استبعاد هذا القانون من دائرة التطبيق كما تمس أن هناك تحايلا على القانون من طرف المتخاصمين بعدم تمكينهم من إتمام ذلك التحايل وفقا لأحكام قضائية، كما يقوم القاضي بدور الرقيب الصارم فيما يتعلق بمسائل النظام العام والآداب العامة، فكلما كان القانون الأجنبي الواجب تطبيقه مخالفا للنظام العام والآداب العامة، فإن القاضي يستبعد ذلك القانون لصالح التشريع الوطني وينتهي الأمر بإصدار حكم قضائي في منازعة العلاقة التجارية الدولية، وهذا الحكم يكون واجب التنفيذ على الإقليم الوطني كما أنه ينفذ خارج إقليم الدولة التي صدر فيها بتزويدها بالصيغة التنفيذية من قبل السلطات القضائية في دولة التنفيذ قد يتفق أطراف العقد التجاري الدولي إلى اللجوء إلى القضاء أي اللجوء إلى المحكمة المختصة بنظر النزاع في بلد معين والخضوع لنظامها القضائي، وفي هذه الحالة يجب عليهم التأكيد المسبق من أهليتها للنظر في منازعاتهم، كذلك في حالة طلبهم لمحكمة ما ومهما كانت جنسيتها، وعليهم التأكيد من عدم وجود أي نص في النظام العام للبلد الذي توجد فيه محكمة يمنعها من تطبيق قانون العقد المتفق عليه، وأنها تقبل بحسم مثل هذه المنازعات، كما يجب التعرف على الاجراءات

¹ عثمانية منى، البيوع البحرية، مذكرة تخرج لنيل اجازة المدرسة العليا للقضاء، الدفعة الثامنة عشر، الجزائر، 2010، ص 54

² عمر سعد الله، قانون التجارة الدولية، النظرية المعاصرة، دار هومة، 2007، ص 263

الواجب اتباعها من قبل هذه المحكمة، لكن هذه الطريقة قليلا ما تستخدم وهذا لكونها مكلفة جدا ومقيدة بالقيود التي تفرضها النظم القانونية، سواء من حيث تعدد درجات التقاضي أربط إجراءات المرافعات أو عدم تجاوب القواعد الوطنية التي يطبقها القاضي الداخلي مع طبيعة المعاملات التجارية الدولية .

كما أنه عند صدور الحكم من المحكمة المختصة في بلد معين، قد يجد المحكوم له صعوبة في تنفيذها هذا الحكم ما لم يكن هناك اتفاقية دولية بين دولة المدعي ودولة المحكمة التي صدر منها الحكم تقضي بتنفيذ الأحكام القضائية الصادرة من محاكم إحدى الدولتين في الدولة الأخرى، كذلك إذا اختار الأطراف اللجوء إلى القضاء فعليهم أولا معرفة ما إذا كان تنفيذ هذا الحكم في الدولة التي يوجد فيها الطرف المقصر في العقد أو مكان وجود أملاكه وأمواله حتى يسهل التنفيذ عليها¹.

¹بكاركية حسبية، عقود التجارة الدولية، المرجع السابق، ص 55-56

الخلاصة

الخاتمة

من خلال ما سبق تناوله في موضوع دراستنا للنظام القانوني للعقد التجاري الدولي، يمكن أن نستخلص النتائج التالية:

تتميز العقود التجارية الدولية بنظام قانوني خاص يختلف حسب طبيعتها وموضوعاتها، ولكنها تقوم على مبادئ اساسية مشتركة اهمها مبدأ سلطان الإرادة بالإضافة الى مبادئ أخرى كمبدأ حسن النية في المفاوضات لإبرامها، كما ان ابرام العقود التجارية الدولية أصبح في الوقت الحالي لا يشترط التواجد المادي للأطراف المتعاقد، فيمكن ابرامها عن طريق شبكة الانترنت بتبادل الايجاب والقبول افتراضيا وهو ما يعبر عنه بعقود التجارة الالكترونية، حيث أصبح المتعاملون الاقتصاديون يفضلون اللجوء الى هذه الطريقة في مبادلاتهم التجارية كسبا للوقت والجهد وسرعة في التعاقد.

وللعقود التجارية الدولية الحديثة نفس النظام القانوني للعقود التجارية التقليدية، الا انها تختلف في طريقة الابرام، فالعقود التجارية الدولية الحديثة تبرم في مجلس افتراضي عن طريق شبكة الانترنت، ويحكمها قانون الإرادة، غير ان إرادة أحد أطرافها محدودة خصوصا إذا تم التعاقد عبر مواقع الكترونية حيث تكون شروط التعاقد موضوعة مسبقا، وعلى الراغب في التعاقد اما قبولها كما هي دون مناقشة او عدم قبولها، لهذا تعتبر من قبيل عقود الإذعان.

نتائج الدراسة:

- تحديد الصفة الدولية للعقد الدولي تبقى من المسائل الصعبة، وقد وضعت اتفاقية فيينا 1981 بشأن البيع الدولي للبضائع معيارا لتحديدها من اجل توحيد القانون حول البيع الدولي للبضائع واعتبرت ان البيع يعد دوليا اعتدادا باختلاف مراكز اعمال الاطراف المتعاقدة او محل اقامتهم، وليس باختلاف جنسيتهم.

- يعد مبدأ سلطان الارادة من المبادئ الاساسية التي يخضع لها العقد التجاري الدولي، حيث ان اساس التعاقد في العقد التجاري الدولي يقوم على اتفاق الاطراف المتعاقدة بإرادتها الحرة وغير المشوبة بعيوب على احداث الاثر القانوني المتوخى من ابرامه.

- تتخذ العقود التجارية الدولية اشكالا مختلفة ومتعددة، ونظرا لكون أغلب العقود التجارية الدولية معقدة فنيا وتقنيا فان عملية ابرامها تمر بعدة مراحل، أهم مرحلة في العقد التجاري

الخاتمة

الدولي هي المفاوضات التي تستغرق في أغلب الأحيان وقتا طويلا قد يمتد الى سنوات كما قد تتطلب نفقات باهضة، حيث يتم خلال هذه المرحلة مناقشة ودراسة مقتضيات العقد وتحديد شروط التعاقد، وتتحدد فيها التزامات كل من المتعاقدين وكيفية التنفيذ، مواعيده، مكانه وضماناته وكذلك جزاء الاخلال به، وغالبا ما تلجأ الاطراف المتعاقدة الى اعتماد العقود النموذجية المتداولة في مجال المبادلات التجارية.

- بعد ابرام العقد التجاري الدولي والتوقيع عليه، تلتزم الاطراف المتعاقدة بما تم الاتفاق عليه في بنود العقد، حيث يرتب الاخلال بهذه الالتزامات جزاء على عاتق الطرف المخل، كالتعويض عن الضرر، او إنقاص الثمن، وفي بعض الاحيان تصل الى فسخ العقد وتعويض الطرف المتضرر.

- وبالنسبة للقانون الواجب التطبيق على العقد التجاري الدولي فانه يخضع لقانون الارادة حيث يكون للأطراف المتعاقدة حرية اختيار القواعد القانونية التي تحكم العلاقة التعاقدية التي تجمعهم سواء تعلق الامر بإخضاع العقد لقانون الموطن او قانون الابرام، كما يمكن إخضاع العقد التجاري الدولي لأحكام الاتفاقيات الدولية كاتفاقية فيينا 1980 بشأن البيع الدولي للبضائع التي سعت الى توحيد القوانين حول البيع الدولي للبضائع.

- إن مسألة تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد التجاري الدولي لها أهمية كبيرة خصوصا عندما تنشأ خلافات ومنازعات بشأن تنفيذه، وتحديد القانون الواجب التطبيق مسبقا على العقد يساعد بشكل كبير في إيجاد حل للنزاعات الناشئة عنه، وللأطراف المتعاقدة حرية اختيار الطريقة أو الوسيلة التي يمكن اللجوء إليها لحل هذه المنازعات والتي يمكن أن تكون عن طريق الصلح أو التوفيق أو المفاوضات وغيرها من الوسائل التسوية الودية، كما يمكن أن تلجأ الى التقاضي امام محكمة تحكيمية او هيئة قضائية.

-لم يأخذ المشرع الجزائري بفكرة الأداء المميز لإحلالها محل الضابط الذي يحكم القانون الواجب التطبيق في منازعات العقود التجارية الدولية المعروضة على القاضي الوطني، أي إحلالها محل الضوابط التي حددها المشرع في نص المادة 18 من القانون المدني الجزائري.

الخاتمة

- لا تختلف العقود التجارية الدولية الالكترونية عن العقود التجارية الدولية العادية الا في طريقة ابرامها، حيث لا تتطلب العقود التجارية الدولية الالكترونية الوجود المادي للأطراف المتعاقدة ويتم التعاقد فيها عبر شبكة الانترنت باستعمال مختلف الوسائط الالكترونية سواء عن طريق المواقع الالكترونية او عن طريق البريد الالكتروني، وشأنها شأن العقود التجارية الدولية العادية يحكمها قانون الإرادة الا انها تعتبر من عقود الإذعان لان إرادة احد الأطراف فيها تكون محدودة والتفاوض غير واسع كما ان احتمالية عدم مطابقة محل الابرام لما تم الاتفاق عليه مسألة واردة لعدم إمكانية المعاينة الحقيقية للسلع والبضائع، إضافة الى مسألة تحديد الهوية الحقيقية للمتعاقد صعبة فيمكن أن يتم التعاقد مع ناقص الاهلية او مع شركات وهمية وهنا تكمن خطورة التعاقد الافتراضي، لذا اصبح استعمال التوقيع الالكتروني امرا ضروريا من اجل توفير الحماية والائتمان لكل من يرغب في ابرام العقود الالكترونية، التي أصبحت مفضلة في الوقت الراهن ومناسبة لسرعتها وتوفيرها لجهد التنقل ومصاريفه.

- يعتبر قضاء التحكيم من أكثر الوسائل المستخدمة في حل تلك النزاعات حيث أصبح الجهة المعتادة والسائدة في هذا المجال.

المقترحات:

نظرا للمشاكل التي تثار بسبب تنفيذ العقد التجاري الدولي والقانون الواجب التطبيق عليه نذكر بعض المقترحات والتوصيات المقدمة لحل هذه المشكلات:

01/- الاعتراف بحرية التعاقد في مجال التجارة الدولية في جميع التشريعات الوطنية والاعخذ بهذا المبدأ يساعد على الغاء الحدود بالنسبة لحرية انتقال السلع.

02/- الاخذ بعين الاعتبار المصالح المختلفة للأطراف المتعاقدة عند وضع الشروط العامة في العقود النموذجية بحيث تتسم بالعدالة بالنسبة لجميع الاطراف دون سيطرة الطرف الذي له مركز اقتصادي قوي على الطرف الاخر.

الخاتمة

03/-مراعاة المرونة في وضع الشروط العامة في العقود النموذجية بحيث تتلاءم مع مختلف الظروف التعاقدية في مجال التجارة الدولية، وهذا من اجل جعلها وسيلة موحدة لقانون التجارة الدولية وذلك من خلال توحيد شروط التعاقد.

04/-على المشرع الجزائري الأخذ بفكرة الأداء المميز لما لها من أهمية وقيمة علمية خاصة بالنسبة للمتعاقدین وللقاضي من جهة أخرى، فهي ترشد هذا الأخير الى القانون الاصلح والأنسب لحل النزاع المتعلق بالعقد.

05/-وجوب ادخال التحكيم التجاري الافتراضي كوسيلة لحل المنازعات الناشئة عن العقود التجارية الدولية من قبل جميع الدول.

06/-السعي الى تحقيق وحدة المعاملة التجارية الدولية من خلال مضمون الشروط العامة في العقود النموذجية الذي لا بد ان يكون كاملا ومفصلا بقدر ما يمكن، وبهذا يصبح العقد التجاري الدولي قانون التعاقد، خاصة في العقود التجارية الالكترونية.

06/-توفير ضمانات وحماية أكبر في العقود التجارة الالكترونية ما يسهل التعامل بها والاطمئنان لها، ونقل العالم الاقتصادي بقفزة نوعية الى التطور في معاملاته وفض نزاعاته.

قائمة المراجع

I المصادر:

1. اتفاقية الأمم المتحدة بشأن عقود البيع الدولي للبضائع فيينا 1981.
2. اتفاقية روما لعام 1980 بشأن القانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية.
3. الأمر 58/75 المؤرخ في 20 رمضان 1395 الموافق ل 26/09/1975 المعدل بالقانون 05-07 المؤرخ في 13 ماي 2007 المتضمن القانون المدني الجزائري.
4. التوجيه الأوروبي رقم (2000/31) بشأن التجارة الالكترونية لعام 2000.
5. القران الكريم.
6. لسان العرب، قاموس معد على قرص مضغوط من انتاج فليبس في 19-12-1994.

II الكتب:

1. أبو العلا علي أبو العلا النمر، دور المستشار القانوني في عقود التجارة الدولية، دار الكتب القانونية، مصر، 2002.
2. أحمد عبد الكريم سلامة، النظرية العامة للنظم الودية لتسوية المنازعات.
3. خالد عبد الفتاح محمد خليل، حماية المستهلك في القانون الدولي الخاص، دار النهضة العربية، القاهرة، 2002.
4. الخير قشي، الوسائل التحكيمية وغير التحكيمية لتسوية المنازعات الدولية، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، 1999.
5. خيرى عبد الفتاح البتانوني، الوساطة كوسيلة بديلة لفض المنازعات المدنية والتجارية، دار النهضة العربية، 2012.
6. صالح بن عبد الله بن عطف العوفي، المبادئ القانونية في صياغة عقود التجارة الدولية، مركز الطباعة والنشر بمعهد الادارة، 1998.
7. صالح بن عبد الله بن عطف العوفي، المبادئ القانونية في صياغة عقود التجارة الدولية، فهرسة مكتبة فهد الوطنية، الرياض، 1988.

قائمة المصادر والمراجع:

8. طالب حسين موسى، قانون التجارة الدولية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان-الأردن، 2008.
9. الطبيب زروني، دراسات في القانون الدولي الخاص، دار هومة، الجزائر، 2010.
10. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الثاني، دار احياء التراث العربي، لبنان، 1964.
11. عبد العزيز عبد المنعم خليفة، التحكيم في منازعات العقود الإدارية الداخلية والدولية، دار الكتب القانونية، مصر، 2006.
12. عكاشة محمد عبد العال، قانون العمليات المصرفية الدولية، الاسكندرية، 1994.
13. علي هشام صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، منشأة المعارف، الاسكندرية، 1995.
14. عمر سعد الله، قانون التجارة الدولية، النظرية المعاصرة، دار هومة، 2007.
15. غالب علي الداودي، القانون الدولي الخاص بتنازع القوانين، تنازع الاختصاص القضائي الدولي، الطبعة الثانية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، 2013.
16. فوزي محمد سامي، التحكيم التجاري الدولي، دراسة مقارنة لاحكام التحكيم التجاري الدولي، الطبعة الاولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الاردن، 2008.
17. محمد ابراهيم موسى، التوفيق التجاري الدولي وتغيير النظرة السائدة حول سبل تسوية المنازعات التجارية الدولية، دار الجامعة الجديدة للنشر، 2005.
18. محمد ابراهيم موسى، انعكاسات العولمة على العقود التجارية الدولية، دار الجامعة الجديدة للنشر، مصر، 2007.
19. محمد حسين منصور، العقود الدولية، دار الجامعة الجديدة، مصر، (دون سنة طباعة)
20. محمد شريف عبد الرحمان احمد عبد الرحمان، عقود الإذعان، دار النهضة العربية، القاهرة، 2006.
21. محمد علي جواد، العقود الدولية (مفاوضاتها، إبرامها، تنفيذها)، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان-الأردن، 2010.

قائمة المصادر والمراجع:

22. محمد نصر محمد، الوافي في عقود التجارة الدولية، الطبعة الاولى، دار الياية للنشر والتوزيع، عمان، الاردن، 2013.
23. محمود فياض، المعاصر في قوانين التجارة الدولية، الطبعة الأولى، الوراق للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2012.
24. محمودي مسعود، أساليب وتقنيات إبرام العقود الدولية، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون الجزائر، 2006.
25. منير عبد المجيد، التنظيم القانوني للتحكيم الدولي والداخلي، منشأة المعارف الإسكندرية، مصر، 1997.
26. وليد علي محمد عمر، الثمن في عقد البيع الدولي للبضائع، المكتب الفني للإصدارات القانونية، بدون تاريخ اصدار.

III الدراسات العلمية:

أ- رسائل الدكتوراه

1. خالد شويرب، القانون الواجب التطبيق على العقد التجاري الدولي، اطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة يوسف بن خدة، الجزائر، 2008-2009.
2. نصيرة أبو جمعة سعدي، عقود نقل التكنولوجيا في مجال التبادل الدولي، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق جامعة الإسكندرية، مصر، 1987.

ب- مذكرات الماجستير

1. أحمد حميد الانباري، سكوت الارادة في تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد الدولي، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق جامعة الشرق الاوسط، عمان-الاردن، 2017.
2. زمام خليل، الخدمات المصرفية ودورها في تنفيذ العولمة الدولية، مذكرة تخرج لنيل شهادة الماجستير في قانون الاعمال، كلية الحقوق بن عكنون، جامعة الجزائر 01، 2011-2012.

قائمة المصادر والمراجع:

3. محمد بلاق، قواعد التنازع والقواعد المادية في منازعات عقود التجارة الدولية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الدولي الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة ابو بكر بلقايد، تلمسان، 2010-2011.

ج- مذكرات الماستر

1. اسلام الدين بعلول، الإطار القانوني لمفاوضات عقود التجارة الدولية، مذكرة لنيل شهادة ماستر حقوق، تخصص قانون اعمال، كلية الحقوق جامعة ام بواقي، 2018-2019.
2. بكاكرية حسيبة، عقود التجارة الدولية، مذكرة لنيل الماستر في الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمن، بجاية، 2012-2013.
3. حمومة سعيدة، حميطوش أعر، القيود الواردة على حرية الاطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق على العقد التجاري، مذكرة لنيل شهادة ماستر حقوق، تخصص القانون العام للأعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمن، بجاية، 2014-2015.
4. رفرافي عبد الرحمان، تنفيذ العقد الدولي، مذكرة مكملة من مقتضيات نيل شهادة الماستر في الحقوق، تخصص القانون الدولي وحقوق الانسان، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر بسكرة، 2016-2017.
5. رملي محمد، النظام القانوني للعقود الدولية، مذكرة لنيل شهادة الماستر، تخصص قانون اقتصادي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الطاهر مولاي، سعيدة، 2015-2016.
6. عثمانية منى، البيوع البحرية، مذكرة تخرج لنيل اجازة المدرسة العليا للقضاء، الدفعة الثامنة عشر، الجزائر، 2010.
7. غوثي ابتسام، العقد الالكتروني الدولي بين احكام القانون الوطني ومتطلبات التدويل، مذكرة لنيل شهادة الماستر، تخصص القانون الاقتصادي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الدكتور الطاهر مولاي، سعيدة، 2013-2014.

قائمة المصادر والمراجع:

8. مسعود دير، القانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية الدولية، مذكرة لنيل شهادة الماستر، تخصص قانون دولي خاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة العربي بن مهيدي، ام البواقي، 2015-2016.
9. مناصف أمين، سعدي سامية، تنازع القوانين في عقود التجارة الدولية، مذكرة مقدمة للحصول على شهادة الماستر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد الشريف مساعديه، سوق اهراس، 2018-2019.
10. هواف حدة، حمدي فاطمة، التسوية الودية لمنازعات التجارة الدولية، مذكرة مقدمة ضمن متطلبات نيل شهادة الماستر، تخصص ارادة اعمال، جامعة الجبالي بو نعامة، خميس مليانة، 2014-2015.
11. وناس فخر الدين، شروط ومبادئ صياغة عقود التجارة الدولية، مذكرة مكملة لنيل شهادة الماستر في الحقوق، تخصص قانون الأعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة العربي بن مهيدي، أم البواقي، 2019-2020.

IV المقالات:

1. حسام الدين عبد الغني الصغير، تفسير اتفاقية الامم المتحدة بشأن عقد البيع الدولي للبضائع، دار النهضة العربية.
2. خالد أحمد عبد الحميد، فسخ عقد البيع الدولي للبضائع وفقا لاتفاقية فيينا 1980،
3. خليل ابراهيم محمد، القانون الواجب التطبيق على عقد البيع الدولي وفقا لاتفاقية فيينا لعام 1980، كلية الحقوق جامعة الموصل العراق، 2007/08/05، تاريخ النشر 2007/10/02.
4. خليل إبراهيم محمد، القانون الواجب التطبيق على عقد البيع الدولي وفقا لاتفاقية فيينا لعام 1980، مجلة الرافدين للحقوق، المجلد 10، العدد 35، 2008.
5. سميحة القيلوبي، " التفاوض في عقود نقل التكنولوجيا"، مجلة الأحكام، المجلد الثامن، القاهرة 1997.

قائمة المصادر والمراجع:

6. سيف الدين الياس حمدتو، التحكيم الالكتروني، مجلة العلوم القانونية والسياسية، العدد الثالث، جوان 2011.
7. الشرايري، ضوابط تدويل معاملات المستهلك في نظام التجارة الالكترونية، بحث منشور في مجلة القانون، العدد 19، الأردن.
8. صفا عبد النور العيساوي، اثار فسخ عقد البيع الدولي، كلية الحقوق جامعة بابل، العراق، 06-03-2011.
9. طارق كاظم عجيل، ماهية عقد نقل التكنولوجيا وضمانات نقلها دراسة تأصيلية في القانون، مقال منشور بمجلة جامعة كربلاء العالمية، كلية القانون، جامعة ذي قار، المجلد السادس، العدد الأول، 2008.
10. عبد الدائم، العقد الالكتروني، مجلة البحوث، جامعة حلب، سلسلة العلوم القانونية، العدد 44، 2010.
11. عبد العزيز زرداوي، الطبيعة القانونية للعقد الالكتروني، التواصل في الاقتصاد والإدارة والقانون، العدد 38، كلية الحقوق، جامعة باجي مختار عنابة، جوان 2014.
12. العرباوي نبيل صالح، اتفاق التحكيم، دفاتر السياسة القانون، العدد الخامس عشر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة بشار، جوان، 2016.
13. علي مصطفى ملحم، تنفيذ الحكم التحكيمي، جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية.
14. فراس كريم شعبان، ارم عصام خضير، أثر مبدأ قانون الارادة على احتلال التوازن في العقود الدولية، مجلة جامعة تكريت، العراق، العدد 29، 2016.
15. محمد وليد هاشم المصري، العقد الدولي بين النظرة التقليدية والنظرة الحديثة، مجلة الشريعة والقانون، العدد 20 يناير 2003.
16. مهند عزمي أبو مغلي، منصور عبد السلام الصرايرة، القانون الواجب التطبيق على عقود الاستهلاك الالكتروني ذات الطابع الدولي، دراسات علوم الشريعة والقانون، المجلد 41، العدد 02، 2014.

1. اكاديمية التحكيم الدولي للمستشارين العرب، إجراءات التحكيم، منشور في الموقع <http://tahkem-academy.com/>
2. براهيمي محمد، التحكيم التجاري الدولي، منشور في الموقع <https://www.brahimi-avocat.com/ar/blog/9-4.html>
3. بلعيد عبد الكريم، قانون الارادة طبقا للمادة 18 من القانون المدني الجزائري قبل وبعد تعديلها، كلية الحقوق بن عنون، الجزائر، من الموقع الالكتروني asjp.cerist.dz
4. الطيب عبد الرحمن محمد، اهمية العقد الدولي في التجارة الدولية والقانون الواجب التطبيق عليه، منشور في الموقع: <http://hdl.hanndke.net>
5. عبد الرحمن محمد المالكي، حل المنازعات التجارية عن طريق التوفيق منشور في الموقع www.adalh.org
6. عصام نجاح، محاضرات عقود التجارة الدولية، ماستر 01، قانون أعمال، منشور في الموقع: fdsdp.univ-guema.dz
7. عقون مصطفى، حكم التحكيم الدولي و مدى امكانية الطعن فيه، منشور في الموقع: asjp-cerist.dz
8. كوثر شوقي، مفهوم العقد الدولي، مجلة المنارة للدراسات القانونية والإدارية، منشور على الموقع <https://revuealmanara.com>
9. الموسوعة العربية المتخصصة، العقود الدولية، منشور الموقع الالكتروني <http://arab-ency.com.sy>
10. الموقع الالكتروني: tribunal.dz.com
11. موقع القانونية المغربية Elkanounia.com

VI المراجع الأجنبية:

01. Directive2000-31-ec of the European parliament and of the council of 8 June 2000 on certain legal aspects of information society services, in particular electronic commerce, in the internal market (directive on electronic commerce).

محتوی

الفهرس

الصفحة	العنوان
/	شكر وعرافان
/	الإهداء
أ-هـ	مقدمة
39-7	الفصل الأول: ماهية العقد التجاري الدولي
7	تمهيد
8	المبحث الأول: مفهوم العقد التجاري الدولي
8	المطلب الأول: تعريف العقد التجاري الدولي
8	الفرع الأول: التعريف اللغوي
9	الفرع الثاني: التعريف الاصطلاحي
10	المطلب الثاني: الصفة الدولية للعقد التجاري الدولي
11	الفرع الأول: المعيار القانوني
12	الفرع الثاني: المعيار الاقتصادي
13	الفرع الثالث: ضابط الدولية في اتفاقية فيينا 1980 بشأن العقود الدولية للبضائع
14	المطلب الثالث: أركان العقد التجاري الدولي
14	الفرع الأول: التراضي
15	الفرع الثاني: المحل
16	الفرع الثالث: السبب
16	الفرع الرابع: الكتابة
17	الفرع الخامس: الإمضاء
17	المطلب الرابع: أنواع العقود التجارية
17	الفرع الأول: عقد البيع الدولي للبضائع
18	الفرع الثاني: عقود الامتياز التجاري (عقد الفرنشايز)

18	الفرع الثالث: عقد نقل التكنولوجيا
19	الفرع الرابع: عقد الاعتماد المستندي
20	الفرع الخامس: العقود الالكترونية
21	المبحث الثاني: إبرام عقود التجارة الدولية
22	المطلب الأول: مرحلة الإعداد والمفاوضات
22	الفرع الأول: مرحلة الإعداد
25	الفرع الثاني: المفاوضات
28	المطلب الثاني: التراضي في العقد التجاري الدولي
30	المطلب الثالث: صياغة العقد التجاري الدولي
31	الفرع الأول: مبادئ الصياغة في عقود التجارة الدولية
33	الفرع الثاني: عناصر صياغة العقد التجاري الدولي
34	المطلب الرابع: تنفيذ العقد التجاري الدولي
35	الفرع الأول: واجبات الأطراف والتزاماتها المتبادلة لتنفيذ العقد الدولي
36	الفرع الثاني: تجسيد محل العقد
73-41	الفصل الثاني: القانون الواجب التطبيق على العقد التجاري الدولي وتسوية المنازعات الناشئة عنه
41	تمهيد
43	المبحث الأول: القانون الواجب التطبيق على العقد التجاري الدولي
43	المطلب الأول: خضوع العقد التجاري الدولي للقانون الوطني
44	الفرع الأول: الإسناد الموضوعي في ظل غياب اتفاق بين الأطراف المتعاقدة
46	الفرع الثاني: موقف المشرع الجزائري
48	المطلب الثاني: الاتفاقيات الدولية
48	الفرع الأول: نبذة تاريخية حول إقرار اتفاقية فيينا 1980 بشأن البيع الدولي للبضائع وأهم ما جاء به من مبادئ وأهداف
51	الفرع الثاني: البيوع المستبعدة من نطاق تطبيق اتفاقية 1980 بشأن العقد الدولي للبضائع

52	الفرع الثالث: الالتزامات المتقابلة لأطراف عقد البيع الدولي وإثباته
54	الفرع الرابع: فسخ عقد البيع الدولي والآثار المترتبة عليه
55	المطلب الثالث: قانون إرادة الأطراف
55	الفرع الأول: تعريف إرادة الأطراف
55	الفرع الثاني: أساس قانون الإرادة
57	الفرع الثالث: حدود قانون الإرادة
62	المبحث الثاني: تسوية المنازعات الناشئة عن العقد التجاري الدولي
62	المطلب الأول: التوفيق
63	الفرع الأول: تعريف التوفيق
63	الفرع الثاني: خصائص التوفيق
65	الفرع الثالث: أشكال السند القانوني للتوفيق
67	المطلب الثاني: التحكيم
68	الفرع الأول: تعريف التحكيم وأنواعه
69	الفرع الثاني: شرط التحكيم ومشاركة التحكيم
71	الفرع الثالث: الشروط الواجب توافرها في حكم التحكيم
72	الفرع الرابع: حجية حكم التحكيم وإجراءاته
74	الفرع الخامس: التحكيم التجاري الإلكتروني
74	المطلب الثالث: القضاء
81-78	الخاتمة
90-83	قائمة المراجع
94-92	محتوى الفهرس
/	ملخص

ملخص:

للعقود الدولية التجارية مكانة هامة في إنعاش الاقتصاد الدولي، وتعد الركيزة الأساسية في إطار التعاون الدولي، وتنمية وتطوير الدول.

فهذه العقود التجارية الدولية نظرا لأهميتها سعت الدول الى تنظيمها بما يتماشى واحتياجاتها مع مساهمة التطورات وكل ما تحدثه التغيرات على مستوى مجتمعاتها، فأخذت بالأنظمة المتفق عليها دوليا كقاعدة عامة، مع استحداث استثناءات عليها بما يتماشى مع نظامها العام ومقتضيات التجارة الدولية.

وكنموذج اخذناه محلا للدراسة العقد الدولي للبضائع، من خلالها اتضح ان المشرع الوطني مازال متمسكا بالنظام القانوني التقليدي له فلا يساير التطورات الحالية حتى وان كانت فانه يسايرها بصورة بطيئة جدا مما يؤثر سلبا على المتعاملين الاقتصاديين.

وهذا ما رأيناه من خلال عدم اقبال الدولة الجزائرية على ابرام العقود التجارية الالكترونية وعدم تأمينها للمتعاملين بها، خوفا من القرصنة والوقوع في نزاعات غير منتهية، مع العلم ان التعاقد الالكتروني يتيح إمكانية الوصول الى قاعدة أوسع من العملاء وفي أسرع وقت ممكن، وفي أي مكان يتواجدون فيه، الامر الذي يوسع في المعاملات التجارية الدولية خاصة الالكترونية منها، ما يستدعي ذلك على المشرع ضرورة مساهمة التطور وتجديد نظام جديد يحكم العقد التجاري الدولي.

Summary:

International commercial contracts have an important place in reviving the international economy, and they are the main pillar in the framework of international cooperation and the development of countries.

These international commercial contracts, given their importance, sought to regulate them in line with their needs, keeping pace with developments and everything that changes occur at the level of their societies, so they took the internationally agreed regulations as a general rule, with the creation of exceptions to them in line with their general system and the requirements of international trade.

And as a model that we took as a place for studying the International Contract of Goods, through which it became clear that the national legislator is still adhering to the traditional legal system for it, it does not keep pace with current developments, even if it is keeping pace with them very slowly, which negatively affects the economic dealers.

And this is what we saw through the Algerian state's lack of interest in concluding electronic commercial contracts and not securing them for its dealers, for fear of piracy and falling into unending disputes, knowing that electronic contracting provides access to a wider base of customers as soon as possible, and wherever they are located In it, which expands international commercial transactions, especially electronic ones, which requires the legislator to keep pace with development and renewal of a new system governing the international commercial contract.