



الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية
وزارة التعليم العالي والبحث العلمي
جامعة د. الطاهر مولاي - سعيدة -
كلية الحقوق والعلوم السياسية
قسم الحقوق



التخصص : قانون الأعمال

عنوان المذكرة :

دور القضاء الوطني في مراقبة تنفيذ العقود التجارية الدولية

استكمال الدراسة لنيل شهادة الماستر (ل.م.د)

تحت إشراف الدكتور:

من إعداد الطالب:

✍️ شيخ قويدر عبد القادر

✍️ نصر الله حسيبة

السنة الجامعية 2018 – 2019



شكر وثقدير

نحمد الله عز وجل ونشكره ما وفقني إليه من طلب العلم على أيدي جميع أساتذتي
من بداية المشوار إلى نهايته

وأقدم بجزيل الشكر والتقدير إلى الدكتور "عبد القادر شيخ قويدر" طاول مدة إشرافه على هذا العمل والذي لم يخل
علي بتوجيهاته ونصائحه القيمة التي أفادني بها في إتمام هذا العمل وفقه الله
وأقدم بتشكراتي الخالصة إلى أعضاء لجنة المناقشة عن قبولهم تقييم هذا العمل المتواضع مني التشكرات

نصر الله حسيبة

إهداء

إلى من أحيا بصالح دعائهما - إلى من أستلهم الصبر والعزيمة منها

إلى

من عشنا العلم فأراد في قطرة في بجره ...

♥ أمي الغالية... أبي العزيز أطل الله في عمرها

♥ إلى من أحاطوني بالرعاية ووقفوا بجاني وكانوا لي يد عون ولم يخلوا بجهن لي إخواني وأخواتي (جميلة،

مبخوث)

♥ إلى صديقتي "خديجة، حفصة، زهرة"

♥ إلى برعم العائلة حيدر

♥ إلى كل خالاتي وأخوالي

♥ إلى جدي وجدتي أطل الله في عمرها

♥ إلى جميع الزملاء الذين رافقوني في مقاعد الدراسة خاصة: (كرمة، عاليا، حبيب، خالد، هشام، وليد، حكيم،

توفيق، أحمد، أمين)

نصر الله حب



إن التجارة الدولية وذلك النشاط المتعلق يتداول الثروات عبر حدود الدول، أو ما هي ذلك النوع من التبادل للسلع بين الشعوب والكيانات الاجتماعية المختلفة، وتعرف اقتصاديا على أنها هيكل للتبادل الدولي يقوم على أساس من تقسيم للعمل الدولي في إطار السوق الرأسمالية العالمية¹

وواضح من خلال ما سبق بأن التجارة الدولية تقتصر على النشاطات الاقتصادية التي تتم بين دولتين على الأقل، أما التجارة الواقعة بين الأفراد داخل حدود الدولة الواحدة فلا تعد تجارة دولية بل تعتبر داخلية تخضع لقانون هذه الدولة.

وعقود التجارة الدولية تعد من بين أهم الوسائل التي تسير لها التجارة الدولية كما أصبحت أداة للمبادلات الاقتصادية والمعلوماتية عبر الحدود، وهذه العقود عديدة ومتنوعة لا حصر لها كونها تشير المعاملات التجارية الدولية التي هي تطور مستمر، ولعل أبرز ما يميز هذه العقود اختلافها عن العقود الأخرى في أنها لا يوجد قانون خاص بها تخضع له بل تخضع في أغلب الأحيان لقوانين القانون الدولي وبالأخص قواعد التجارة الدولية، أما الثانية فيتم تنظيمها بموجب القوانين الوطنية، وتتخذ عقود التجارة الدولية أسماء وأشكال مختلفة طبقا لاتفاق الأطراف وطبيعة عملهم، كذلك طول مدة التي يرجع تحديدها إلى إرادة الأطراف ورغبتهم في تحديد نوع من الاستقرار في معاملاتهم التجارية الدولية، وكذلك ضخامة مبالغها المالية ومواردها البشرية وقدراتها الاقتصادية والتجارية الهائلة.

فعقود الإنتاج والتوريد وعقود نقل التكنولوجيا و إنشاء المصانع والسكك الحديدية وعقود إنشاء الطرق الدولية والاتصالات، وعقود إستخراج وتكرير البترول التي تعتبر من بين أنواع عقود التجارة الدولية قد تحتاج إلى فترة من الزمن في تنفيذها وقد تمتد لسنوات عديدة.

¹: الدكتور بن أحمد الحاج، قانون التجارة الدولية، عمان، مركز الكتاب الأكاديمي، الطبعة الأولى، 2017، ص 09

بذلك يجتمع شكل العقد التجاري الدولي لقانون الدولة، التي يبرم فيها العقد والذي يكون محددًا في محتوى العقد عند تحريره تطبيقًا للقاعدة العرفية بينما الموضوع يتعلق بموضوع نشاط هذا النشاط، ويعبر كذلك على محتوياته، الباطنية، وبما أن التمرن التعاقدية تابع عن إرادة الطرفين فإن القانون المطبق سيكون كذلك ثابتًا من نفس الإرادة لكن هذا لا يمنع من أن الموضوع العقد يخضع في بعض الأحيان لقانون محل الإبرام تطبيقًا لإختيار المتعاقدين أو الاختيار القاضي عند سكوت الأطراف، وبذلك يتحد في بعض الأحيان القانون المطبق على العقد التجاري الدولي من حيث شكله وموضوعه وما يلاحظ على مسألة التمييز بين الشكل والموضوع هو أنها من المسائل الصعبة ويرجع السبب لوجود رابطة متينة بين كليهما، لكن ذلك لا يمكن اعتباره مستحيلًا، ولا يوجد ما يتمتع تطبيق ما أشار إليه، من حيث عدم بقية الشكل الموضوعي، وبما أن الموضوع تحديد القانون المختص في عقود التجارة الدولية يهتم من المهام الموكلة للقاضي، ويتمتع فيها بسلطة تقديرية، فهو يلعب دورًا حاسمًا في هذا المجال من خلال تعيين العناصر الشكلية والموضوعية، ولم يتوثق هذا المبدأ عند الفقه والاجتهاد القضائي، بل تجاوز هذه الحدود إلى مرحلة وصل فيها تأكيد حتى ما قبل التشريعات الوصفية، فرغم أن المبدأ سلطات الإدارة في تحديد قانون المطبق على العلاقة العقدية، ثم إقراره حديثًا مقارنة مع المواضيع الأخرى، إلا أن معظم التشريعات وذكرته في نظامها القانوني².

وأسباب اختيار الموضوع: من الناحية الموضوعية هو أن الموضوع العقد التجاري الدولي أصبح من أكبر المواضيع أهمية على الصعيد الدولي والسائدة فيه أما السبب الذاتي لاختياري هذا الموضوع هو ميولي ورغبتي الدائمة في دراسة هذا الجانب من الموضوع خاصة لتعلقه الكبير بعقود دولية ذات قيم مالية ضخمة هذا من جهة، ومن جهة أخرى تسليط الضوء تنفيذ عقود التجارة الدولية.

كذلك تظهر أهمية بحثنا هذا في عدة نقاط تتمثل:

²: المادة 19 من القانون المدني رقم 59/75 الصادرة 1975/09/26 الموافق 26 رمضان 1327م، الصادر في جريدة الرسمية بتاريخ المعدل بالقانون المدني رقم 02/07: "يسري على الإلتزامات التقاعدية القانون المختار من المتعاقدين إذا كانت له صلة حقيقية بالمتعاقدين أو العقد

- تطور وسائل الاتصالات ووسائل النقل اللذان أديا تطور التبادل التجاري ما أدى بدوره إلى تعدد المعارض التجارية التي يتهاافت عليها الأطراف بغية إبرام العديد من العقود.
- تنوع عقود التجارة الدولية وظهور أنماط جديدة منها ما أدى إلى عدم قدرة التشريعات الوطنية على تنظيمها.
- إثارة هذه العقود لمشاكل قانونية وفنية بالغة الدقة والتعقيد وعدم التوازن القانوني والاقتصادي لأطرافها.
- تعدد المناهج التقليدية والحديثة التي حاولت معالجتها تنازع قوانين في مجال عقود التجارة الدولية.
- كما تظهر أهمية دراسة هذا الموضوع إلى إظهار مدى الصعوبات التي خلفها عقود التجارة الدولية والمتصلة في تنوعها وعدم القدرة على الإلمام بها وتوجه الباحثين في هذا المجال إلى تكرار الأفكار والإطناب فيها، دون توسع فيها مما يمكن القول معه بندرة المراجع التي تتناول الموضوع بتحليل والدقة رغم كثرتها، في مختلف جوانبها، سواء أثناء تنفيذها أو في طرفي حل نزاعاتها، فإذا كانت عقود التجارة الدولية تعتبر من بين أهم وسائل التبادل التجاري الدولي، فما هي هذه العقود؟ وكيف كان دور القضاء الوطني في تنفيذها؟

الفصل الأول

الفصل الأول: ماهية عقود التجارة الدولية

المبحث الأول: مفهوم عقود التجارة الدولية

تلعب عقود التجارة الدولية دورا هاما على صعيد المبادلات الاقتصادية والتجارية وهذا لكونها أداة تسيير التجارة الدولية ووسيلة المبادلات الاقتصادية عبر الحدود، خاصة بعد التطورات التي يشهدها العالم في يومنا هذا، والتي مست هذه العقود بصفة خاصة وبالتالي أدى إلى تطورها واتساع نطاقها وتعاضل دورها وتنوع طبيعتها القانونية والعقدية

نظرا للدور الكبير الذي تحتله هذه العقود في اقتصاديات الدول، أصبح الاهتمام بها يزداد يوما بعد يوم سواء من طرف الفقهاء أو القانون، ومن بين الأمور التي أثارت جدلا هي إعطاء مفهوم محدد لهذه العقود وهذا لتعدد أنواعها ولكونها ذو أبعاد دولية وامتداد آثارها لأكثر من دولة واحدة

لصعوبة تحديد مفهوم عقود التجارة الدولية، سنحاول في هذا المبحث التعرض لمختلف المعايير التي حاولت التطرق لهذه المسألة في (المطلب الأول)، ولكثرة وتنوع هذه العقود سنتعرض لبعض أنواعها في (المطلب الثاني)

المطلب الأول: تعريف عقود التجارة الدولية

يقصد بالعقد بصفة عامة اتفاق إرادتين على إحداث أثر قانوني معين، وقد يتمثل هذا الأثر القانوني في إعطاء شيء أو القيام بعمل أو الامتناع عن عمل، وللعقد في مجال القانون الدولي للأفراد أهمية خاصة، حيث يعد الأداة الأساسية التي يتم من خلالها التبادل التجاري عبر الحدود، وهو ما يطلق عليه اسم العقد التجاري الدولي

فالعقد التجاري الدولي اتفاق بين شخصين أحدهما مقيم والآخر غير مقيم، يخضع لقانون الصرف والتحويل الخارجي

« une convention intervenant entre un résident et non résident de ce fait par les normes spéciales de la réglementation des changes »

إذن عقود التجارة الدولية هي تلك العقود المنصبة على معاملات تجارية موجهة لأن تتخطى حدود الدولة لتنتج آثارها في دولة أخرى¹

لكن نظرا لأهمية تعريف العقد التجاري الدولي ولصعوبته، فإن الفقه وسيعا منه لتحديد له فقد انصب اهتمامه على تحديد "دولية العقد" (الفرع الأول)، وكذلك تحديد "الصفة التجارية للعقد" (الفرع الثاني)

الفرع الأول: إشكالية دولية العقد

أمام صعوبة تعريف عقود التجارة الدولية، أوجد كل من الفقه والقضاء معايير من خلالها يمكن إضفاء الصفة الدولية على العقد، وظهر في هذا الشأن اتجاهين، الأول أخذ بالمعيار القانوني (أولا)، أما الثاني أخذ بالمعيار الاقتصادي (ثانيا)

¹: تياب نادية، التحكيم كآلية لتسوية نزاعات عقود التجارة الدولية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع قانون الأعمال، جامعة مولود فرعون، تيزي وزو، 2006، ص 02.

وفقا لهذا المعيار فإن العقد يعد دوليا إذا ارتبطت عناصره القانونية بأكثر من نظام قانوني واحد وتتمثل هذه العناصر إما في مكان إبرام العقد أو تنفيذه أو جنسية المتعاقدين أو موطنهم¹

فالعقد التجاري يستمد صفته الدولية يستمد صفته الدولية في واقع الأمر من طبيعة العلاقة التي يحكمها، ومع ذلك فإن دولية العلاقة قد أثارت بعض الصعوبات، ويمكننا أن نعتمد على المعيار الذي أتى به القانون الموحد للبيع الدولي فوفقا لهذا المعيار لا يرتبط باختلاف جنسية المتعاقدين، إذ قد يعد البيع دوليا ولو كان كل من البائع والمشتري من جنسية واحدة³، وإنما العبرة باختلاف مراكز أعمال الأطراف المتعاقدة أو مجال إقامتهم العادية وهذا هو المعيار الشخصي، ويعرف العقد الدولي بالبناء على ذلك بأنه "العقد الذي يبرم بين مختلفي الجنسية أو متحديها إذا كان مكان إبرامه أو أعمال تنفيذه أو مكان وجود محله يهم أكثر من نظام قانوني"، ويقصد من هذا التعريف الإشارة إلى أن العقد لن يعتبر دوليا إلا إذا تعلق بمعاملة دولية تقتضي تبادل بضائع وأموال أو خدمات بين دول مختلفة، ولا يتوقف اعتباره دوليا على مجرد اختلاف جنسية أو موطن أطرافه إن لم يقتض مثل هذا التبادل⁴ وقد أخذت به اتفاقية فينا لسنة 1980 وذلك في نص المادة الأولى، إذ جاء فيها مايلي:

"تطبق أحكام هذه الاتفاقية على عقود بيع البضائع المعقودة بين أطراف توجد أماكن عملهم في دول

ص 16.

⁴: خالد أحمد عبد الحميد، فسخ عقد البيع الدولي للبضائع وفقا لاتفاقية فيينا لعام 1980، ط 2، 2001، ص.

مختلفة"¹، بالإضافة إلى هذا المعيار أضاف القانون الموحد معايير ثلاثة وهي ما تسمى بالمعايير الموضوعية ألا وهي:

- 1- وقوع البيع على سلع تكون عند إبرام البيع محلا للنقل من دولة إلى أخرى أو ستكون بعد إبرام البيع محلا لمثل هذا النقل.
- 2- صدور الإيجاب والقبول في دولتين مختلفتين ولا يشترط أن تكون الدولتين اللتين يقع فيهما مركز أعمال المتعاقدين أو محل إقامتهما العادية، إذ العبرة باختلاف دولة الإيجاب عن دولة القبول.
- 3- تسليم المبيع في دولة غير التي صدر فيها الإيجاب والقبول ويعتبر البيع دوليا في هذا الغرض ولو لم يقتض انتقال المبيع من دولة إلى أخرى².

لن أنصار هذا الاتجاه اختلفوا حول مدى فاعلية العناصر القانونية للرابطة العقدية وأثر كل منها على اتسام هذه الرابطة بالطابع الدولي، ويميل الفقه التقليدي إلى التسوية بين العناصر القانونية للرابطة العقدية، بحيث يترتب على تطرق الصفة الأجنبية إلى أي منها اكتساب العقد للطابع الدولي الذي يبرر إخضاعه لأحكام القانون الدولي الخاص، ففي مفهوم هذا الرأي يعتبر العقد دوليا فيما لو كان أطرافه أو أحدهما متمتعاً بجنسية أجنبية أو مقيما في دولة غير دولة القاضي المطروح عليه النزاع، كذلك بعد العقد دوليا فيما لو كان المال محل التعاقد كائنا في دولة أجنبية أو كان العقد قد أبرم أو نفذ في غير دولة القاضي³، وهذا الرأي انتقد من طرف الفقهاء لأن معيار الجنسية لا يعبر الجنسية لا يعبر عن العملية القانونية إلا بعد إجماعه مع جملة من العناصر، أما اختلاف محل الإقامة أو محل تنفيذ العقد فيعد من العناصر

¹: أنظر: المادة 1 من اتفاقية الأمم المتحدة بشأن عقود البيع الدولي للبضائع لعام 1980.

²: أنظر: المادة 1 ف 3 من اتفاقية لاهاي لسنة 1964.

³: هشام علي صادق، مرجع سابق، ص 73-74.

الفعالة في العقد التجاري حتى لو كان للمتعاقدین جنسية واحد¹، لأنه في هذه الحالة يؤدي إلى انتقال الأموال عبر الحدود²

ثانيا: المعيار الاقتصادي لدولية العقد

إن هذا المعيار يعتمد على العملية التي يحققها العقد التجاري الدولي المتمثلة في مصالح التجارة الدولية، وهذا ما أخذ به القضاء الفرنسي حسب ما له المحامي الفرنسي paul Matter بمناسبة قضية شهيرة طرحت على محكمة النقض الفرنسية 1927³، فاتبعت المحكمة في قضائها تحليل المحامي Matter، ويتلخص رأيه في أن العقد يعد دوليا إذا ترتب عليه تحركات للأموال عبر الحدود⁴ أي أن هذا المعيار ينطوي على رابطة تتجاوز الاقتصاد الداخلي لدولة معينة، بأن تتضمن مثالا استيراد بضائع من الخارج، أو تصدير منتجات وطنية إلى دولة أجنبية، أي بترتب عليها حركة ذهاب وإياب للأموال عبر الحدود⁵ ولكن غاب بعض الشرائح على هذا المعيار وقال أن يتسم بالغموض وعدم التحديد⁶، فهو لا يضيف جديد وإنما هو مجرد تطبيق للمعيار القانوني، حيث أن تبادل السلع والخدمات عن طريق العقد بين أكثر من دولة سيبع عليه صفة الدولية لأنه يتضمن

¹: لقد أخذت اتفاقية الأمم المتحدة لسنة 190 بشأن البيع الدولي للبضائع بهذا العنصر الفعال عند تحديدها للصفة الدولية، بتبنيها محل إقامة المتعاقدين كأساس لتطبيق أحكامها على البيوع الدولية للبضائع (المادة 10 من الاتفاقية)

²: بوكلال مبروك، لخضر حكيم، دور الإرادة في تحديد القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق شعبة القانون الاقتصادي وقانون الأعمال، تخصص القانون العام للأعمال، جامعة عبد الرحمن ميرة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، بجاية، 2011/2012، ص 02.

³: وهو الحكم الذي صدر في قضية « PELISSIER »، والذي اعتمد فيه معيار تحرك الأموال، (دخول وخروج الأموال) معيارا لتجديد دولية العقد، ووفقا له يكون عندما تكون حركة الأموال ذات طبيعة مزدوجة، استيراد وتصدير.

انظر: معاشو عمار، الضمانات في العقود الاقتصادية الدولية في التجربة الجزائرية في عقود المفتاح والانتاج في اليد، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم الإدارية، جامعة الجزائر، 1998، ص 50.

⁴: بوكلال مبروك، لخضر حكيم، مرجع سابق، ص 2-3

⁵: محمد إبراهيم موسى، انعكاسات العولمة على عقود التجارة الدولية، دار الجامعة الجديدة للنشر، مصر، 2007، ص 57.

⁶: حنان عبد العزيز مخلوف، مرجع سابق، ص 43.

عنصرا أجنبيا مؤثرا في تحديد القانون الواجب التطبيق والقضاء المختص، ويتمثل هذا العنصر في آثار العقد وتنفيذه والذي يمتد خارج حدود الدولة¹.

إن المعيار الإقتصادي لدولة العقد لا يتعارض بالقطع مع المعيار القانوني الذي يعتبر العقد بمقتضاه دوليا فيما لو اتصل بأكثر من نظام قانوني واحد²

والمثال التقليدي لذلك هو عقد البيع الدولي الذي يكون فيه البائع مقيما في دولة مختلفة عن الدولة التي يقيم بها المشتري، فاختلاف محل الإقامة على هذا النحو يحقق المعيار القانوني لكون الرابطة العقدية في هذا الغرض قد اتصل بأكثر من نظام قانوني واحد، إذ يترتب على العقد في هذه الحالة أن يتم كل من تسليم الشيء المبيع ودفع الثمن في دولة مختلفة، وهو ما سيؤدي إلى انتقال للبضائع والأموال عبر الحدود فإن مفاد ذلك توافر المعيار الاقتصادي لدولة العقد في نفس الوقت الذي تحقق فيه المعيار القانوني³. لكن يجب الإشارة إلى أن توافر المعيار الاقتصادي يضيف لزوما إلى تحقيق المعيار القانوني لدولة العقد هذا النحو، أما العكس فهو غير صحيح، إذ قد تكتسب الرابطة العقدية طابعها الدولي وفقا للمعيار القانوني دون أن يتحقق مع ذلك المعيار الاقتصادي لدولة هذه الرابطة.

في هذا الإطار يمكن القول بأن المعيار القانوني لدولة العقد أوسع من المعيار الاقتصادي فهذا الأخير هو معيار مضيق لا يؤدي إلى دولية الرابطة العقدية في مجال المعاملات المالية، إلا لو تعلقت بها مصالح التجارة الدولية⁴.

¹ : Loussouarn Yvon et Bourel Pierre, Droit internationale Prive, DALLOZ, 1987, p211.

² : هشام علي صادق، مرجع سابق، ص 84.

³ : هشام علي صادق، مرجع سابق، ص 84.

⁴ : Jacquet Jean Michel et Delebecque et Philippe, Droit de Commerce international 2^{eme} édition, Dallez, Paris 2000, p10-11.

لهذا فإنه لتحديد المقصود بالدولية يمكن الاستعانة بالاتفاقيات الدولية التي تنظم البيع الدولي، كون أحكامها تتعلق بالبيع الدولي وحدة فكان من اللازم بيان الضوابط الدولية التي يمكن على أساسها تحديد هذا البيع الدولي الخاضع لأحكامها¹

فمثلا نجد أن اتفاقية لاهاي لسنة 1964 لم تعد في تحديد البيع الدولي الذي يخضع

لأحكامها بمعيار جنسية المتعاقدين وإنما أخذت كلا من المعارين القانوني منها والاقتصادي، وهذا ما تجسده في الفترة الأولى من المادة الأولى من الملحق الأول منها.²

لعل هذه الحقيقة هي التي تفسر اتجاه القضاء الفرنسي الحديث عن بحث عن دولية الرابطة العقدية المطروحة بإقرار بالتكامل بين المعايير الاقتصادي والقانوني، ومن بين القضايا التي يتجلى فيها هذا الإقرار نجد قضية "hecht" التي تحققت فيها صفة الدولية وفقا للمعيار الاقتصادي وفي نفس الوقت المعيار القانوني. وتتمثل وقائع هذه القضية في إبرام شركة بوسمان "buisman" عقد توكيل تجاري مع مواطن فرنسي هشت "hecht" في هولندا، بموجب يتولى هشت تسويق منتجات الشركة بفرنسا ولحسابها.

¹: هشام علي صادق، مرجع سابق، ص 88-112.

²: خالد أحمد عبد الحميد، مرجع سابق، ص 9-10.

وعلى إثر هذا التعاون نشأ نزاع بين الطرفين فكيف النزاع في هذه القضية بالدولة، فجنسية طرفي النزاع مختلفة وموضوعه يتعلق بمصالح التجارة الدولية.¹

الفرع الثاني: مفهوم تجارية العقد

لا تستقل العقود التجارية بنظرية خاصة عن تلك التي تسري وتطبق على العقود المدنية، فهي تخضع في تكوينها وشروط صحتها إلى القواعد التي يقرها القانون المدني، باعتبار قواعده تعد الشريعة العامة التي تطبق على كافة العقود عند عدم وجود نص خاص أو قاعدة مخالفة جرى العرف على إتباعها بين المتعاملين في مثل هذا النشاط، مع هذا فإنه ينبغي تحديد هذه الطبيعة، نظرا لما يترتب عليها من أهمية عملية كبيرة سواء على المستوى الوطني أو الدولي.²

لهذا فلدراسة العقود التجارية الدولية يقضي الأمر استبعاد طوائف العقود التي لا تعد من عقود المبادلات التجارية وفقا للمعنى المقصود في الاصطلاح القانوني، ومثل هذه العقود التي يجب

¹ : Voir art 1 alinéa 1 de l'annexe de la convention de la Haye de la 1/07/1964 portant loi uniforme sur la formation des contrats de vente internationale des objets mobiliers corporels : « La présente loi est applicable à la formation des contrats de vente d'objets mobiliers corporels entre des parties ayant leur établissement sur le territoire d'états différents dans chacun des cas suivants.

Lorsque l'offre ou la réponse implique que la chose fait ou fera
l'objet d'un transport de territoire d'un état dans le territoire d'un
autre état.

Lorsque les actes constituant l'offre et l'acceptation sont le
accomplis sur le territoire d'états différents.

Lorsque la délivrance de la chose doit se réaliser sur le territoire d'un
état autre que celui où sont accomplis les actes constituant l'offre et l'acceptation
du contra... »

أنظر: جديد رياض، التزامات البائع في عقد البيع الدولي، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في قانون الأعمال، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2002، ص 4.

² : تعويلت كريم، استقلالية اتفاق التحكيم الدولي، دراسة في ضوء المرسوم التشريعي رقم 93-09 والقانون المقارن، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في قانون الأعمال، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2004، ص 35.

استبعادها نجد مثلاً عقود الأحوال الشخصية ومن أهمها عقد الزواج، ولو أنها تتصف بالطابع الدولي كما هو الشأن في حالة الزواج بين زوجين مختلفي الجنسية، فالمشرعون ينظمون هذه المسائل تنظيمًا أمرًا هو الذي يفسر إسناد هذا العقد للقانون الشخصي للزوجين دون الإعتداد بإرادتهم في هذا الشأن¹ كذلك عقود العمل، فإنه يحرص المشرعون أيضًا على تنظيمها على نحو أمر، ولذا فإن اتصافها هي الأخرى بالطابع الدولي كما ولو جرى تنفيذ العمل خارج الدولة التي طرح النزاع أمام محاكمها قد يؤدي إلى تطبيق قانون دولة التنفيذ وليس بالضرورة القانون الذي اختارته إرادة المتعاقدين ويرجع هذا في الرغبة بحماية الطرف الضعيف في العقد².

في سبيل تحديد الصفة التجارية للعقد التجاري، قبل أن هذا الأخير هو الذي ينصب موضوعه على عمل تجاري، أو الذي يجريه تاجر لحاجيات تجارته ما لم يقع الدليل على عكس ذلك، الأمر الذي يستلزم لمعرفة طبيعة البحث عن الظروف التي أحاطت بتكوينه والبواعث والهدف من إبرامه، نظرًا لأنه وفقًا لهذه الظروف تدور حول المحاور أو المعايير التي حددها القانون لاعتبار العمل تجاريًا³، لاسيما أن العقود تعد أهم هذه الأعمال.

أما فيما يخص أركان العقود التجارية فهي لا تختلف عن غيرها من العقود التي يلتزم لوجودها الرضا (الإيجاب والقبول)، المحل والسبب. وإن كانت هذه العقود تتميز ببعض الأمور مثل أن أطرافها لهم الحرية في إبرامها دون التقيد بأوضاع شكلية معينة كذلك عدم ضرورة الاجتماع لإبامه كون

¹: محمد إبراهيم موسى، انعكاسات العولمة على عقود التجارة الدولية، مرجع سابق، ص 22.

²: طالب حسن موسى، الموجز في قانون التجارة الدولية، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، والأردن، 1+997، ص 34.

³: هشام علي صادق، مرجع سابق، ص 09-10.

الوقت له قيمته الغالية عند التجار حيث يمكنهم التعاقد بوسائل الإتصال الحديثة دون الحاجة إلى الإنتقال. كما تتميز بإمكانية إثباتها بكافة طرق الإثبات¹.

إزاء هذه الصعوبة العملية في تحديد الصفة التجارية للعقود الدولية، لم تقضي اتفاقيات الدولة الحديثة في مجال التجارة الدولية، لانطباق أحكامها أن يكون العقد تجارياً سواء من حيث الصفة (صفة أطرافه كونهم تاجر أو غير تاجر) أو من حيث الطبيعة (مدنية أو تجارية)، وهذا ما تبرزه بوضوح الفترة الثالثة من المادة الأولى من اتفاقية فيينا لسنة 1980 بشأن البيع الدولي للبضائع، بعدم اعدادها بصفة أطراف عقد البيع أو الطبيعة المدنية أو التجارية للعقد عن تحديد نطاق تطبيقها².

المطلب الثاني: أهم أنواع عقود التجارة الدولية

تتنوع عقود التجارة الدولية بتنوع موضعها وهي عديدة، نذكر منها على سبيل المثال الإمتياز التجاري وعقود المشروعات المشتركة لقيام بأنواع متنوعة من الأعمال وعقود النقل التقنية في شكل تراخيص صناعية وعقود بيع الخدمات عقود الإنشاءات وبناء المصانع بأنواعها المختلفة سواء في شكل عقود تسليم المفاتيح أو في شكل أعمال إنشائية، عقود القروض الدولية أو غيرها من الأشكال التعاقدية المختلفة والمطبقة في التجارة الدولية.

¹: هناك المعيار المادي الذي يكمن في نظرية الأعمال التجارية والمعيار الشخصي الذي يستند إلى نظرية التاجر، فوفقاً للأساس الأول يطبق القانون التجاري على العمل التجاري بحد ذاته، بصرف النظر عن الشخص القائم به وما إذا كان تاجر أم لا، لكن انتقد هذا الرأي نظراً لصعوبة الوصول إلى تحديد جامع مانع للأعمال التجارية خاصة في ظل التطور السريع للمجتمعات الحديثة ما يؤدي إلى التوسع من دائرة هذه الأعمال، أما المعيار الثاني فقواعده يتم إعمالها على جموع الأشخاص الذين يتخذون من التجارة حرفة لهم، أي لا تسري قواعده إلا على التاجر، وهذا الأخير هو الذي يمارس نشاطاً اقتصادياً من خلاله تداول للثروات والأموال، كذلك يقوم بإمسك الدفاتر التجارية ويفيد اسمه في الدفتر التجاري، أي هذا الاتجاه يعرف العمل التجاري أنه "ذلك العمل الذي يقوم به التاجر ويتخذ حرفة لها". انظر: محمد موسى، انعكاسات العولمة على عقود التجارة الدولية، مرجع سابق، ص 24.

²: إبراهيم أحمد إبراهيم، إدارة العقود والاتفاقيات، ورقة عمل مقدمة لندوة إدارة العقود والاتفاقيات، من 15/12 مارس 2005، جامعة عين شمس، ص 4.

كل شكل من هذه الأشكال السابقة للعقود مصمم ليقوم بهدف محدد، كما أنه لكل منها تعقيدها وتركيباته، ونظرا لعدة هذه العقود وتنوعها سوف تقصر على بعض أنواع هذه العقود والتي تعد أكثر شيوعا وهي: عقد البيع الدولي للبضائع (الفرع الأول)، عقد الوكالات التجارية (الفرع الثاني)، عقود الإمتياز التجارية (الفرع الثالث)، وعقود المشروعات المشتركة (الفرع الرابع)

الفرع الأول: عقد البيع الدولي للبضائع والخدمات

تعد عقود البيع الدولية للبضائع والخدمات أكثر أنواع العقود شيوعا، وقد تم البحث بصفة مستقلة في هذا النوع من العقود بشكل واسع ومكثف من قبل الكثير من الكتاب¹ وكذلك لقيت مكانة هامة في الاتفاقيات الدولية، فمثلا من أهم الأعمال التي أنجزتها لجنة الأمم المتحدة لقانون التجارة الدولية (uncitral)² هو قانون البيوع الدولية للبضائع الذي كان على جدول أعمالها منذ عام 1968 في دورتها الأولى، كما أنجزت هذه اللجنة اتفاقية في البيع الدولي للبضائع في نيويورك سنة 1974 والبروتوكول المعدل لإتفاقية مدة التقادم في البيع الدولي للبضائع في فيينا عام 1980 كذلك نجد اتفاقية الأمم المتحدة بشأن عقود البيع الدولي للبضائع في فيينا سنة 1980، والتي دخلت حيز النفاذ في أول يناير عام 1988 بالنسبة للدول التي انضمت إليها³

وعقود البيع الدولي للبضائع في حقيقتها يعني بيع أي شيء محسوس بضمن محدد على النطاق الدولي أو هي البيوع التي تتعلق بالمنقولات المادية وغير المادية التي تقوم عليها التجارة الدولية⁴

¹: صالح بن عبد الله بن عطف العوفي، المبادئ القانونية في صياغة عقود التجارة الدولية، مركز الطباعة والنشر بمعهد الإدارة العامة، 1998، ص 26.

²: اليونسكترال: UNCETRAL: تأسست عام 1966، كانت ثمرة جهود من أجل التوفيق بين مبادئ التجارة الدولية المتعلقة بتنفيذ الأحكام التحكيمية الأجنبية الموقع في جنيف 1931، واتفاقية نيويورك في 1958 والاتفاقية الأوربية حول التحكيم الدولي في 1961 وقد مشروعي اتفاقتين: الأولى لتكوين عقد البيع الدولي، والثانية لآثاره، وقد تم دمج المشروعين في مشروع اتفاقية موحدة، أنظر: <http://www.uncitral.org/clout/abstracts.html>

³: محمود سمير الشرقاوي، مرجع سابق، ص 09.

⁴: صالح بن عبد الله بن عطف العوفي، مرجع سابق، ص 27.

أما عقود بيع الخدمات Sale of Vices تعد من ضمن عقود البيوع الدولية، لأنها أصبحت شائعة ومطلوبة على نطاق واسع خارج النطاق الإقليمي لموقع الشركة التي تقوم بتقديم الخدمة أيا كان نوعها وأمثلتها كثيرة منها: عقود بيع الخدمات المالية متمثلة في تأسيس البنوك ذات العنصر الأجنبي وشركات الإقراض الدولية¹. كذلك نجد عقود خدمات مشهورة في الدول النامية مثل: عقد الخدمات الإدارية الذي هو في الحقيقة عقد شراء الخبرة التي لدى البائع أو الإداري يطبقها المشتري على نشاطه أو أعماله²

في كثير من الحالات نجد العقود المشتركة بين بيع بضائع ومواد وبيع خدمات مثل ما هو الشأن في عقد تسليم المفتاح الذي من خلاله يقوم المقاول الأجنبي بإقامة المشروع أو البضائع كاملا حيث يقوم ببناء وتجهيزه بالآلات والمعدات ويبدأ بتشغيله جاهزا إلى الطرف المحلي³، كما يقدم أيضا خدمات أكثر تتمثل في تقديمه المساعدة التقنية والمساهمة في تشغيله بنقل مثلا التكنولوجيات اللازمة لتشغيله⁴.

الفرع الثاني: عقود لوكالات التجاري

تلعب عقود الوكالات التجارية دورا هاما بسبب تزايد النشاط التجاري في العصر الحديث، واتساع نطاق الخدمات التي تتطلبها التجارة الدولية، حيث يصعب أن تتعامل الشركات مع

¹: شركات الإقراض الدولية تقدم قروض طويلة الأجل لتنشيط تجارتها الخارجية، وتبدو أهمية هذه القروض كونها تمثل رقابة حقيقية من جانب المؤسسات المالية على المشروع لأنه يقوم بإخطار المؤسسات المالية بأي تعديلات تطرأ على أنشطته وميزانيته، وعدم الاقتراض في المستقبل إلا بعد أخذ موافقتها، وعدم توزيع الأرباح إلا بعد سداد القرض، أنظر: طالب حسن موسى، قانون التجارة الدولية، ط7، دار الثقافة للنشر والتوزيع، والأردن، 2010، ص 24.

²: صالح بن عبد الله بن عطايف العوفي، مرجع سابق، ص 28-29.

³: محمد حسين منصور، العقود الدولية، دار الجامعة الجديدة، مصر، (د.س.ن)، ص 16-17.

⁴: طالب حسن موسى، الموجز في قانون التجارة الدولية، مرجع سابق، ص 26-27.

المستهلك مباشرة، بل تتعامل معه طبقة من الوسطاء، لذا برزت صور متنوعة من العقود مثل: عقد الوكيل التجاري، الوكيل بالعمولة، الممثل التجاري والموزع التجاري، وذلك عبر الدول المختلفة¹.

فمعظم الشركات تلجأ إلى عقود الوكالات التجارية لتسهيل تعاملها مع المستهلك، وهذا عن طريق لجوئها إلى وكيل محلي²، فالوكيل يجلب منتجات المصنع أو البائع ليعرضها على المشتري أو المستهلك عن طريق الاتصال به بواسطة الدعاية، بإثبات نماذج إيضاحية ودعائية للمنتجات، ومن ثم البحث عن مشترين لها، ثم ينعقد عقد البيع الحقيقي بين البائع والمشتري مباشرة، أما الوكيل فيتم دفع أتعابه في عقد الصفقة بنسبة مئوية من قيمة المنتجات التي يتم بيعها³ (هو لا يشاهد انتقال المنتجات بين المنتج والمشتري).

كما يمكن للشركة الأجنبية أن تقوم بتعيين وكيل موزع لبضائعها أو خدماتها من واطني الدولة التي ترغب التسويق فيها، حيث يقوم الموزع ببيع منتجات الشركة الأجنبية في البلد المقصود، وفي هذه الحالة يتحمل واقعيًا كل المخاطر من أجل طلب البضاعة وبيعها وتسليم الثمن من المشتري النهائي لها ويكون عقد البيع في هذه الحالة بين الموزع والمشتري، أما عن أتعابه فيتحصل عليها من المكسب المتحصل من البضاعة المباعة⁴، أما عن الأنظمة والقوانين التي تحكم العلاقة بين الأطراف، فلدى كل دولة مبادئ قانونية وقواعد خاصة تم تطويرها لتنظيم العلاقة بين الشركة المنتجة.

¹: محمد حسين منصور، مرجع سابق، ص 21-22.

²: يمكن للشركات المصنعة أن تؤسس مكتبًا لها أو فرع في الدولة التي ترغب في توزيع منتجاتها فيها، حيث يمكن أن تسوق بضائعها ومنتجاتها من خلال هذا المكتب أو الفرع في البلد الأجنبي، لكن هذه الطريقة فيها بعض الخطورة نظرًا لما يتطلبه ذلك من استثمار أموال طائلة أو قد يكون هناك بعض العوائق القانونية في الدولة التي ترغب توزيع منتجاتها فيها.

³: صالح بن عبد الله بن عطف العوفي، مرجع سابق، ص 21-22.

⁴: صالح بن عبد الله بن عطف العوفي، مرجع سابق، ص 31.

الفرع الثالث: عقود الامتياز التجارية

تحقق عقود الامتياز التجارية الانتشار الدولي للشركات الكبرى ويساعد صغار المستثمرين على الاستثمار من المعارف الفنية والعلامات التجارية لتلك الشركات التي تمنحهم التدريب الفني والتسويقي والإداري وأبحاث التطوير وتطبيقات التكنولوجيا الحديثة¹

وتعتبر عقود الامتياز التجارية Franchise Contrats نظاما جديدا لتسويق البضائع والخدمات وهي في نطاقها ومعناها تقع بين عقود التوزيع وعقود التراخيص Licensing Agreement.

حيث أن عقود توزيع المنتجات هي العقود التي بموجبها يعطي المشروع لمشروع آخر الحق في احتكار توزيع منتجات أو خدماته طبقا للشروط التي يحددها العقد، أما عقود التراخيص فهي الاتفاق الذي يقع بين مشروعين يمنح بمقتضاه المشروع الأول للمشروع الثاني حقوقه الناشئة على المخترعات الصناعية براءات الاختراع باستغلالها نظير أجر يتفق عليه، كما يمكن أن تشمل تراخيص الصناعة على حق استخدام علامة تجارية مميزة لسلعة ما².

ففي عقود الامتياز عادة ما يتم استثمار أموال كبيرة، حيث نجد أن من يقوم بتشغيل المطاعم أو الفنادق أو غيرها من الأعمال وفق نظام الامتياز مستخدما العلامة التجارية للشركة الأم، يدفع لمالك الامتياز نسبة معينة من إجمالي الدخل وليس من الأرباح سواء حصل على الأرباح أم لا، فالمستثمر يستفيد بدوره من الدعاية الكبيرة والشهرة العالمية للمالك³

وهناك أشكال كثيرة جدا لهذا النوع من العقود للتعاقد على المستوى الدولي، فهي قد تكون بصيغة شركة مشتركة بين المالك للامتياز والممنوح له الامتياز، أو قد تكون عن طريق عقد إدارة للامتياز الممنوح له من مقره الرئيسي، أو أن يقوم مالك الامتياز بإنشاء مكتب لإدارة الامتياز في

¹: محمد حسين منصور، مرجع سابق، ص 24.

²: طالب حسين، قانون التجارة الدولية، مرجع سابق، ص 23.

³: صالح بن عبد الله بن عطف العوفي، مرجع سابق، ص 44.

البلد المضيف أو يكون المكتب على المستوى الإقليمي كما هو الحال بالنسبة لشركات الفنادق والمطاعم التي تعمل في الشرق الأوسط وشرق آسيا¹

الفرع الرابع: عقود المشروعات المشتركة

المشروعات المشتركة Joint Ventures من أهم أساليب التجارة الدولية في الوقت الحاضر خاصة بالنسبة للدول النامية، كما أصبح ملاحظا في العلاقات الاقتصادية الدولية أن الاستثمار في أغلب دول العالم لا يكون ممكنا إلا بواسطة المشاركة مع العناصر الوطنية سواء كانت حكومية أو خاصة، وهذه المشاركة تتم بأخذ شكل معين كشركة ذات مسؤولية محدودة²

لكن لا يوجد تعريف محدد للمشروع المشترك، فهناك من عرّف المشروع المشترك أنه هو الاستغلال المشترك لما يقدمه الأطراف من مال ومهارات وتكنولوجيا في نشاط اقتصادي معين بهدف أقسام ما ينشأ عنه من أرباح وغالبا ما يكون العقد طويل المدة بين اثنين أو أكثر من المشروعات المنتجة من دول مختلفة بغرض التعاون في إنتاج معين، ويلتزم الأطراف بالإخلاص ولولاء المتبادل فيما بينهم³، كما أن أغلبية الكتاب عرفوا عقود المشروعات المشتركة بأنها شركة أو مؤسسة تجارية شكلت بين شخصين أو شركتين أو منطقتين، يكون واحد منهما على الأقل شريكا مشغلا، تهدف إلى توسيع نشاطها بغرض الحصول على أعمال جديدة مربحة ومستقرة ودائمة، وتكون ملكية الأسهم مشاركة من قبل المشاركين بنسبة توزيع أقل أو أكثر دون أن يكون لأحدهم حق التحكم الكامل⁴. والمشروعات المشتركة تؤسس بأنواع متعددة من الأعمال التجارية الدولية، نظرا لأن المشروع المشترك ليس محددًا بنوع معين من الشراكة، فقيام اتحاد المشاركة يعتمد على الأهداف التي يرغب الشركاء في تحقيقها من خلال الاتفاق على تكوين مشروع مشترك بينهم، فقد يتكون المشروع المشترك

¹: صالح بن عبد الله بن عطف العوفي، مرجع سابق، ص 45.

²: خالد محمد القاضي، موسوعة التحكيم الجاري الدولي في منازعات المشروعات الدولية المشتركة مع خاصة لأحدث أحكام القضاء المصري، الشروق، 2002، ص 51.

³: محمد حسين منصور، مرجع سابق، ص 17-18.

⁴: صالح بن عبد الله بن عطف العوفي، مرجع سابق، ص 52.

بين الأطراف أو جمعهم، كما قد يتكون من أجل توريد مواد يحتاجها الشركاء جميعا في أعمالهم أو إنتاج نوع معين من المنتجات لبيعه في السوق تحت علامة تجارية معينة، أو قد يتم الدخول في اتحاد مشاركة لتسويق المنتجات التي ينتجها الأطراف بصفة مستقلة إلى غير ذلك من الأعمال التجارية المختلفة¹

¹: صالح بن عبد الله بن عطف العوفي، مرجع سابق، ص 54-55.

المبحث الثاني: أطراف عقود التجارة الدولية وضمائناهم

نظرا لكون التجارة الدولية تتجاوز إقليم دول معينة وون إبرامها بين أطراف أجنبية يؤدي إلى القلق والتخوف وعدم الثقة لعدم معرفتهم ببعضهم، لهذا يعد تحديد أطراف هذه العقود مسألة مهمة جدا إلى جانب هذا فرغم تحديد هذه الأطراف فهم لا يكونون آمنين على حصولهم على حقوقهم كاملة لهذا نشأت فكرة الضمانات لتي تضمن لهم الحصول على حقوقهم على الوجه الأكمل، هذا ما دفع بهم إلى البحث عن ما يضمن لهم حقوقهم، فكون الضمان العام¹، لا يكون مجديا وكافيا في حمايتهم مما تطلب وجود ضمانات إضافية خاصة تخدم هذه العقود.

لهذا سنتطرق الأطراف عقود التجارة الدولية في (المطلب الأول)، ثم ضماناتهم في (المطلب الثاني).

المطلب الأول: أطراف عقود التجارة الدولية

يعد التعرف على الأطراف مسألة جوهرية في أي نوع من العقود سواء كانت داخلية أو خارجية، وتتجلى هذه الأهمية خاصة في عقود التجارة الدولية فتحدد الأطراف فيها يكون مهما للتعرف على عدة مسائل كذلك لتحديد المسؤوليات التي تقع عليهم.

لذا نجد ضرورة تعريف الطرف فيالعقد التجاري الدولي (الفرع الأول)، بالإضافة إلى هذا نتطرق إلى أهمية تحديده (الفرع الثاني) وأخيرا سنرى مسؤولية الأطراف في العقد التجاري الدولي (الفرع الثالث)

¹: الضمان العام: أي أن المدين ملزم في كل ماله بدفع الديون التي عليه أولا عملا بالقاعدة الشرعية التي تقضي بأن: أموال المدين جميعها ضامنة للوفاء بديونه"

الفرع الأول: تعريف الطرف في العقد التجاري الدولي

أول شيء يجب القيام به في العقد بصفة عامة هو ذكر أسماء المتعاقدين، وهل هناك طفين في العقد أو عدة أطراف، هيئة ونوعية كل طرف (طبيعية، معنوية...)، الأحكام القانونية التي تحكم العلاقة ما بين الأطراف التي تعهدت بتنفيذ العقد، كذلك تحديد الوثائق التي يحتاجها المتعاقدين (العقود، الشروط العامة، الشروط الخاصة، الملاحق...) لتعزيز وتدعيم مواقفهم عند الحاجة، كذلك الأمر في العقد التجاري الدولي فيجب ذكر جميع هذه العناصر¹

والطرف في العقد التجاري الدولي قد يكون شخصا طبيعيا أو اعتباريا، والشخص الاعتباري قد يكون من أشخاص القانون العام كالدولة أو إحدى الأجهزة أو المؤسسات التابعة لها، أو من أشخاص القانون الخاص كالشركات والجمعيات، كذلك المنظمات الدولية والإقليمية².

وتتنوع المسميات التي تطلق على أطراف العقد بحسب طبيعته وموضوعه مثل: المستورد والمصدر المورد، المرخص والمرخص له، المتلقي والناقل، البائع والمشتري، الموزع والمستأجر، الوكيل والوسيط، المقرض والمقترض، أي أن يتم اختيار المسمى بحسب طبيعة العقد، والمتعارف عليه دوليا، وما هو متعارف عليه في منطقة إبرام العقد³.

ففي العقد التجاري الدولي عادة ما يتم في بداية العقد تحديد أطرافه والتعريف بهم تفصيلا، وقد يكون هذا التجديد في الفقرة التي تبين تاريخ التعاقد، مثلا:

"هذا العقد تم في يوم _____ سنة _____ الموافق ل _____"⁴.

وتحديد أطراف العقد يكون بالنص على أسمائهم، سواء كانوا جميعا أشخاصا طبيعيين أو أشخاصا لا اعتباريين، لأن الشركة كشخص اعتباري وعبر ممثليها، يمكن أن تكون طرفا في العقد

¹: صالح ص-خالص، الإعلام التجاري والمفاوضات التجارية الدولية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2001، 102.

²: محمد حسين منصور، مرجع سابق، ص 68-69.

³: محمد حسين منصور، مرجع سابق، ص 69.

⁴: صالح بن عبد الله بن عطايف العوفي، مرجع سابق، ص 187.

وتوقع عليه كطرف فيه كذلك وصف مدى مسؤولية من يقوم بالتوقيع على العقد شيء ضروري ومهم، لأن من يقوم بالتوقيع سوف يكون هو الشخص المسؤول عن كافة الالتزامات التي تنشأ عنه أو ملزماً لغيره بموجب وكالة تخوله ذلك¹.

فمثلاً إذا كان العقد يجري بين وكيلين وجب تعيينها وذكر الوثائق التي تخولهما سلطة التوقيع صراحة². وذلك كما يلي:

تم التوقيع بواسطة _____ وكالة عن _____ بموجب الوكالة المؤرخة في _____.³

إما في حالة الشركة أو المؤسسة مثلاً ففي التعاملات التجارية الدولية يتم طلب شهادة تثبت أن مجلس الإدارة قد وافق على هذا العقد، ومن ثم تثبت تخويل شخص ما بالتوقيع عليه.

الفرع الثاني: أهمية تحديد أطراف العقد التجاري الدولي

يعد تحديد الأطراف في العقد التجاري الدولي من الأمور الهامة وذلك لعدة أسباب نذكر منها:

أولاً: إن معرفة جنسية أطراف العقد، يترتب عليه الكثير من المسائل المهمة لعل أهمها تحديد الطابع الدولي أو الداخلي للعقد وهل الأمر يتعلق باتفاقية أو عقد⁴، لأن اتصاف العقد بالصفة الدولية يتحقق في حالة ارتباطية بأكثر من دولة من ناحية أطرافه أو موضوعية أو سببه⁵، كذلك لأنه كلما تباينت جنسية هذه الأطراف كلما خرجنا من دائرة المنظومة التشريعية الوطنية ويتحقق هذا سواء في علاقة الأشخاص الطبيعيين أو الاعتباريين كما لو تعاقد جزائري مع فرنسي، فبظهور هذا العنصر

¹: صالح بن عبد الله بن عطايف العوفي، مرجع سابق، ص 187.

²: صالح بن عبد الله بن عطايف العوفي، مرجع سابق، ص 75.

³: صالح بن عبد الله بن عطايف العوفي، مرجع سابق، ص 187.

⁴: محمد حسين منصور، مرجع سابق، ص 68.

⁵: إبراهيم أحمد إبراهيم، إدارة العقود والاتفاقيات، ورقة عمل مقدمة لندوة إدارة العقود والاتفاقيات، 12 إلى 15 مارس، 2005، ص 03.

الأجنبي على مستوى طرفي العلاقة القانونية أصبح من الضروري تصنيف العلاقة التجارية في إطار العلاقة الدولية، كذلك تكمن هذه الأهمية في تحديد القانون الواجب التطبيق.

ثانياً: التعرف على الأطراف يلعب دوراً هاماً في تحديد منطقة إبرام العقد¹، لأنه في الغالب يكون أطراف العقد من دولتين مختلفتين أو أكثر، فلذلك يصعب أحياناً تحديد مكان إبرام العقد، ولهذا حرص التشريع السويسري للقانون الدولي الخاص الصادر في 18 ديسمبر 1987م على النص في الفقرة لثانية من المادة 124 على أنه إذا كان العقد قد أبرم بين شخصين يوجد كل منهما في دولة مختلفة فإنه يكون صحيحاً من حيث الشكل إذا توافرت فيه الشروط التي يتطلبها قانون من أي الدولتين، أي قانون دولة أحد الطرفين²، كما أن مكان انعقاد العقد يؤدي دوراً فعالاً في تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد، فمثلاً في العقود التجارية الإلكترونية يتحدد القانون الواجب التطبيق على العقد على أساس تركيز العقد مكانياً، وهو المكان الذي يرتبط به العقد بالارتباط الوثيق³، وهذه القاعدة عامة تم التأكيد عليها في مختلف التشريعات، فمثلاً في المادة 18 من القانون المدني الجزائري قام بإخضاع موضوع العقد لقانون المكان الذي وقع فيه إبرام العقد بقولها: "يسري على الالتزامات التعاقدية قانون المكان الذي يبرم فيه العقد ما لم يتفق المتعاقدان على تطبيق قانون آخر".

¹: محمد حسين منصور، مرجع سابق، ص 68.

²: هشام علي صادق، مرجع سابق، ص 15-17.

³: سلطان عبد الله محمود الجوّاري، عقود التجارة الإلكترونية والقانون الواجب التطبيق: دراسة قانونية مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2010، ص 262.

ثالثاً: إن معرفة أسماء الأطراف المتعاقدة ومعرفة عناوينهم يمكن كل طرف من إرسال الطلبات.

والإنذارات والإبلاغ للطرف الآخر بصورة مسيرة وعلى نحو يمكن أن يترتب عليها مقتضاها القانوني في الوقت ذاته¹.

رابعاً: تساهم معرفة أطراف العقد في بيان القضاء المختص بتسوية المنازعات، وتعيين القانون الواجب التطبيق وغير ذلك من المسائل التي يحكمها القانون الدولي²، لأنه في مجال عقود التجارة الدولية على عكس العقود التجارية الداخلية التي لا تثار في شأنها مشكلة اختيار قانون العقد لأنها تخضع بداهة للقانون الداخلي، أما عقود التجارة الدولية فالأطراف العقد الحرية في تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد³ والقضاء المختص بتسوية المنازعات الناشئة عن العقد⁴.

¹: طارق الحموري، قراءة مبسطة في عقود التجارة الدولية، ندوة صياغة وإبرم عقود التجارة الدولية، شرم الشيخ، مصر، من 25 إلى 29 ديسمبر 2007، ص 13.

²: محمد حسين منصور، مرجع سابق، ص 68.

³: محمود محمد ياقوت، حرية المتعاقدين في اختيار قانون العقد الدولي بين النظرية والتطبيق: (دراسة تحليلية ومقارنة في ضوء الاتجاهات الحديثة)، منشأة توزيع المعارف، مصر، 2004، ص 11 و 07.

⁴: يتجلى دور الأطراف في عقود التجارة الدولية في اختيار القانون الواجب على العقد، فإذا عرض نزاع نشأ عن العقد على محكم فإن هذا الأخير يكون مقيداً بالقانون الذي اختاره الأطراف، انظر حسني المصري، التحكيم التجاري الدولي في ظل القانون الكويتي والقانون المقارن، 1996، ص 338.

خامسا: التعرف على الأطراف يكون ضروريا لتحديد أهليتهم وصفتهم القانونية في إبرام العقد وذلك للحكم بصحته ونفاذه من جهة، وإعمال أحكام عيوب الإرادة من جهة أخرى¹، فالأهلية تعتبر شرطا لصحة التعاقد من حيث الموضوع، وبالتعرف على أطراف العقد يمكن التعرف على أهليتهم وهذه الأخيرة تخضع للقانون الشخصي لكل متعاقد هذا بالنسبة للشخص الطبيعي، أما الشخص المعنوي فتحدث عن صفة من يبرم العقد باسمه أو نهايته أو كممثل له، والعقد قد يتم إبرامه بواسطة الأصيل أو من ينوب عنه².

سادسا: إن مبدأ نسبية آثار العقد يرتبط بأطرافه حيث تتصرف إليهم آثاره من حقوق والتزامات، دون الغير الذي يظل كقاعدة عامة بعيدا عن العقد، إلا في بعض الحالات الاستثنائية، أي أن الأصيل أن آثار العقد تتصرف بالضرورة إلى المتعاقدين لكن كاستثناء يمكن أن تتصرف آثاره إلى غير الأطراف في عدة فروض مثل: الخلف العام والخاص، التنازل عن العقد والتعاقد من الباطن³.

¹: محمد حسين منصور، مرجع سابق، ص 28.

²: المرجع نفسه، ص 69-70.

- تعتبر الأهلية من القواعد التي لا يمكن للأطراف استبعادها أو تجاوزها في شروطها العقدية، أنظر: د. محمد علي جاود، العقود الدولية: (مفاوضاتها، إبرامها، تنفيذها)، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2010، ص 35-36.

³: محمد حسين منصور، مرجع سابق، ص 67-73.

الفرع الثالث: مسؤولية الأطراف في العقد التجاري الدولي

في العقود التجارية الدولية يتم صياغة النصوص والمواد التي تتعلق بمسؤولية الأطراف وهي تهدف في نطاقها إلى تحديد المسؤولية عن تنفيذ الإلتزامات أو الحد منها أو تأكيدها أو تعديلها أو تعديل قواعد المسؤولية العقدية المنصوص عليها في القانون الواجب التطبيق على العقد، حيث تتطلب من يقوم بتحديد الإحاطة الكاملة بظروف التنفيذ المستقبلية للعقد والبيئة القانونية التي سوف ينفذ فيها أو القانون الواجب التطبيق على العقد.

ويتم تحديد مسؤولية الأطراف أثناء الصياغة لعدم رغبتهم إخضاع مسؤوليتهم للقانون الواجب التطبيق على العقد ولتعديلها وفق ما يلاءم مصالحهم وفقا لما تم الإلتفاق عليه بينهم، وعادة ما يكون هذا موقف الطرف الأقوى في العقد، حيث يضيق هذا الأخير من مسؤوليته ويوسع من مسؤولية الطرف الآخر.

لكن ما يجب التنبيه إليه هو رغم إعطاء الأطراف الحرية في تحديد مسؤوليتهم، إلا أن هذه الحرية يمكن أن تصطدم بقرارات كثير من المشرعين والمحاكم في كثير من الدول التي لا تقبل هذه الحرية المطلقة في أن يقوم أحد أطراف العقد بوضع فقرات فيه تحدد أو تحد من مسؤوليته أو تعفيه منها، خاصة إذا كانت هذه المسؤولية مفروضة عليه بقوة القانون في حالة إخلاله في تنفيذ التزاماته، وقد تقضي المحاكم بأن مثل هذه الشروط غير قانونية وغير قابلة للتنفيذ وفقا للقانون الواجب التطبيق على العقد¹.

¹: صالح بن عبد الله بن عطايف العوفي، مرجع سابق، ص 304، 303.

المطلب الثاني: ضمانات أطراف عقود التجارة الدولية

يصعب حصر أنواع الضمانات في عقود التجارة الدولية نظرا لكون المعاملات التجارية الدولية في تطورها تنشئ وتكشف أنواعا جديدة من هذه الضمانات وفقا لمتطلبات الحاجة إليها، هذا النوع يكون تلبية ووفقا لطبيعة هذه العقود والمعاملات التجارية الخاصة بها

ونظرا لهذا التنوع سنتطرق لأهم هذه الضمانات والأكثر استعمالا في عقود التجارة الدولية وهي: الاعتماد المستندي (الفرع الأول) ثم خطاب الضمان (الفرع الثاني)

الفرع الأول: الاعتماد المستندي

الاعتماد المستندي عملية تقوم بدور هام في مجال عقود التجارة الدولية لأنها تؤدي إلى التوفيق بين مصالح أطراف هذه العقود كما يعتبر من أهم ضماناتهم، لهذا سنتعرض لتعريفه (أولا) ثم خصائصه (ثانيا)

أولا: تعريف الاعتماد المستندي

يستمد الاعتماد المستندي أحكامه من القواعد والأعراف الدولية الموحدة والتي وضعتها غرفة التجارة الدولية في مؤتمرها المنعقد 1933 والمعدل سنة 1951 بمؤتمرها المنعقد ببرشلونة ثم تعديلها سنة 1962 و1974 وكان آخر تعديل لها سنة 1983 وصارت نافذة من 1984/10/01¹

ولقد وجدت عدة تعريف للاعتماد المستندي نذكر منها:

¹: طالب حسن موسى، مرجع سابق، ص 78.

- الاعتماد المستندي تعهد كتابي صادر عن البنك استنادا على طلب مستورد البضائع لصالح المصدر يتعهد فيه البنك بدفع أو قبول كمبياليات مسحوبة عليه عند تقديمها مستوفاة للشروط الواردة في الاعتماد¹.

- كذلك هناك من عرفه أنه: اتفاق بين المصرف (البنك) أو عملية (المستورد)، يتعهد بموجبه المصرف بنفسه أو من خلال مصرف آخر في بلد المورد بدفع قيمة البضائع للمورد عند التأكد من شحنها طبقا للمواصفات المتفق عليها من خلال المواصفات التي قدمها المستورد².

كما عرفه جانب من الفقه بأنه: ذلك الاعتماد الذي يفتحه البنك بناء على طلب شخصي يسمى الأمر أيا كانت طريقة تنفيذه أي سواء بالقبول أو بالوفاء لصالح عميل لهذا الأمر، ومضمون بحيازة المستندات الممثلة لبضاعة في الطريق أو معدة للإرسال³.

الحقيقة أن هذه التعريفات تحقق معنى واحد الهدف منه شرح عملية الاعتماد المستندي، ولكن نلاحظ أن تعريف المشرع الفرنسي في القانون التجاري الفرنسي في المادة 720 أبرز سمة هامة للإعتماد المستندي وهي استقلال العلاقة القانونية الناشئة بمناسبة الاعتماد المستندي عن العلاقة الناشئة عن العقد، وتنص هذه المادة على أن: "الاعتماد المستندي، اعتماد يفتحه مصرف بطلب من الأمر لصالح عميل هذا الأخير ومضمون بحيازة مستندات ممثلة ببضاعة تكون موضوعا لعملية نقل أو

¹: شاعة عبد القادر، الاعتماد المستندي أداة دفع وقرض: (دراسة الواقع في الجزائر)، مذكرة لنيل شهادة ماجستير في العلوم الاقتصادية، فرع التحليل الاقتصادي، جامعة الجزائر، كلية العلوم الاقتصادية وعلوم التسيير، 2005-2006، ص 49.

²: محمد بن عبد العزيز بن سعد اليميني، الشرط الجزائري وأثره في العقود المعاصرة: (دراسة فقهية مقارنة)، رسالة قدمت استكمالا لمتطلبات الحصول على درجة الدكتوراه في الدراسات الإسلامية، تخصص فقه وأصول، جامعة الملك سعود، 1425هـ-1426هـ.

³: عصام حنفي محمود، قانون التجارة الدولية، جامعة بنها، كلية الحقوق، (د، س، ن)، ص 124.

معدة لنقلها، والاعتماد المستندي مستقل عن عقد البيع الذي يكون أساسا له، والتي تظل المصارف غريبة عنه¹.

تجدر الإشارة إلى أن المستندات في عقود التجارة الدولية تختلف وفقا لاتفاق المتعاقدين والأعراف السارية في كل نوع من العقود الدولية، فمثلا في عقود البيوع الدولية فإن تلك المستندات قد تكون ممثلة للبضائع كسند الشحن أو سند الإبداع في المستودعات العامة، شهادة فحص البضاعة، شهادة النوع، كما يمكن أن تكون مثلا لازمة لضمان وصول البضاعة إلى المشتري كوثيقة تأمين إلى غير ذلك من المستندات. كما أنه في هذه العملية لا يقوم المصرف ففتح الاعتماد بوفاء قيمة الاعتماد إلا بعد أن يسلم العميل (مثلا البائع) المستندات المتعلقة بالبضاعة إلى المصرف ففتح الاعتماد ليتولى الأخير تسليمها للأمر (الذي قام بفتح الاعتماد مثلا مشتري)².

ثانيا: خصائص الاعتماد المستندي

يتضح من التعريفات السابقة أن الاعتماد المستندي يتميز بعدة خصائص:

✓ عقد الاعتماد المستندي يستجيب لدواعي الائتمان والثقة المفتقدة في العقود الدولية، ففي البيوع الدولية مثلا: يوفر للبائع المستند إمكانية المطالبة بثمان البضائع من مصرف ذي ثقة، كما يوفر عنصر الأمان والاطمئنان للمشتري أيضا³ لأن المصرف لا يدفع النقود أو مبلغ الاعتماد إلا بعد أن يستلم منه المستندات المطلوبة والتأكد من مطابقتها لشروط الاعتماد، كما أن البنك يضمن استيفاء مبلغ الاعتماد من خلال حيازته للمستندات الممثلة للبضاعة⁴.

¹: المرجع نفسه، ص 125.

²: تلزم اتفاقية فينا المتعلقة بالبيوع الدولية في مادتها 34 البائع بتسليم المستندات المتعلقة بالبضاعة في الزمان والمكان المتفق عليه في العقد ووفقا للشكل الذي يقتضيه، أنظر: أسيل باقر جاسم، المخالفة الجوهرية للعقد وآثارها (دراسة في عقد البيع الدولي للبضائع)، ص 222، 223.

³: عصام حنفي محمود، مرجع سابق، ص 125.

⁴: طالب حسين موسى، الموجز في القانون التجارة الدولية، مرجع سابق، ص 79-80.

✓ عقد الاعتماد المستندي عند مستقل عن عقد البيع الذي قام تنفيذا له، كما أن البنك يعتبر أجنبيا عن العقد¹، إلى جانب أن الاعتماد المستندي يخضع لقانون المكان الكائن فيه البنك أو الفرع الذي يقوم بتنفيذ العملية وهو في الوقت نفسه يعتبر العنصر الجوهرى والمميز لها في العملية، فيحكم العقد برمته وقد تأكدت فكرة إسناد الاعتماد المستندي إلى قانون مكان التنفيذ الذي يحكم العقد².

✓ عقد الاعتماد المستندي عقد ملزم لجانين، فهو يربط التزامات متقابلة في ذمة أطرافه بمجرد انعقاده، حيث يتعهد البنك بوضع مبلغ الاعتماد تحت تصرف عميله ويؤمن له ظروف الائتمان اللازمة، مقابل أن يدفع له العمولة المتفق عليها³.

✓ إن شخصية المستفيد من الاعتمادات ذات اعتبار فيه، فهو ينقضى بوفاته إذا ما حصلت الوفاة قبل تقديم المستندات أو إذا كان المستفيد شركة فانحلت، أي أنه يقوم على الاعتبار الشخصى لأنه يعتمد على الثقة وحسن التصرف التجارى والأخلاق فى التعامل⁴، أما عن انفصاله فهو يقتضى عند تنفيذ التزامات الاعتماد⁵.

¹: أسيل باقر جاسم، المرجع السابق، 222-223.

²: تنص المادة العاشرة من القواعد الموحدة لغرفة التجارة الدولية بالنسبة للضمانات التعاقدية على أن: إذا كان الضمان لا يشير إلى القانون الواجب التطبيق يكون هو قانون مكان المؤسسة الضامنة فإذا كان الضامن له أكثر من مؤسسة، فإن القانون المطبق هو قانون الفرع الذي التزم بالضمان.

³: عصام حنفى محمود، مرجع سابق، ص 126.

⁴: طالب حسين موسى، الموجز فى قانون التجارة الدولية، مرجع سابق، ص 80

⁵: طارق الحمورى، مرجع سابق، ص 06.

الفرع الثالث: أنواع الاعتمادات المستندية

يمكن تقسيم الاعتماد المستندي إلى اعتماد قابل للإلغاء واعتماد غير قابل للإلغاء واعتماد مستندي مؤيد.

أولاً: الاعتماد المستندي غير قابل للإلغاء

ويسمى كذلك الاعتماد القطعي أو النهائي أو البات هو الاعتماد الذي لا يجوز إلغاؤه أو تعديله إلا باتفاق جميع أطرافه ويكون ذلك إذا ما نص العقد على ذلك¹. ويرتب هذا الاعتماد في ذمة البنك التزاما شخصيا مباشرا أمام المستفيد بتنفيذ ما ورد في خطاب الاعتماد². كذلك تم تعريف هذا النوع من الاعتماد في عقود البيوع الدولية بأنه عبارة عن تعهد لا رجوع فيه من أحد البنوك، يتعهد فيه أن يدفع مبلغ الثمن أو أن يقبل سفاتج مسحوبة عليه أو على المشتري وتقديمها مصحوبة بمستندات الشحن ومستوفاة لشروط الاعتماد، وهو يؤكد مبدأ اشتراط الدفع نظير المستندات حيث يعطي للبائع الضمانة الكافية، فعند تقديم المستندات يكون البائع قد دفع فعلا أجرة النقل وقسط التأمين، فإذا رفض المشتري المستندات لسبب ما يكون معرضا لفقد قيمة البضاعة³.

ثانياً: الاعتماد المستندي القابل للإلغاء

يسمى كذلك بالاعتماد غير القطعي أو الاعتماد البسيط أو يرى أليات، حيث يجوز للأمر بفتح الاعتماد أو المصرف الرجوع عنه في كل وقت وبالإرادة المنفردة⁴. وذلك دون حاجة إلى إخطار

¹: طالب حسين موسى، الموجز في قانون التجارة الدولية، مرجع سابق، ص 80.

²: عصام حنفي محمود، مرجع سابق، ص 128.

³: عثمانية منى، البيوع البحرية، مذكرة لنيل إجازة المدرسة العليا للقضاء، الدفعة الثامنة عشر، الجزائر، 2010، 2007، ص 30.

⁴: طالب حسين موسى، الموجز في قانون التجارة الدولية، مرجع سابق، ص 80.

المستفيد ما لم يكن تم التنفيذ، ويجب غي هذا الاعتماد أن يخطر البنك المستفيد في خطاب الاعتماد أنه قابل للإلغاء في كل وقت وإلا كان الاعتماد باتا غير قابل للإلغاء¹

يعتبر الاعتماد المستندي القابل للإلغاء قليل الفائدة من الناحية العملية لأنه طالما يتوقف استمرار الاعتماد على إرادة البنك فإن عنصر الائتمان لا يتوافر لدى المستفيد العميل²

ثالثا: الاعتماد المؤيد

يسمى أيضا بالاعتماد المثبت أو المؤكد، ويمكن تعريفه بأنه الاعتماد البات غير قابل للإلغاء الذي يؤيده بنك آخر، فيلتزم بدوره مباشرة تجاه المستفيد³، ويكون ذلك عندما يشترط المستفيد تأييد الاعتماد من بنك موجود في بلده، فيلجأ البنك فاتح الاعتماد إلى بنك يتعامل معه في مكان المستفيد ويطلب منه التعهد بالدفع وإخطار المستفيد بذلك، فإن تعهده هذا البنك الأخير بالدفع كان الاعتماد مؤيدا أي مضمون من بلد المستفيد⁴

الفرع الثاني: خطاب الضمان

هناك طريقة أخرى يضمن فيها الطرفان حصوله على حقوقه كاملة وفقا لما هو منصوص عليه في العقد ألا وهي خطاب الضمان، حيث سنتعرض إلى (أولا)، ثم أنواعه (ثانيا)، وأخيرا علاقات أطرافه وآثاره (ثالثا).

أولا: تعريف خطاب الضمان

¹: عصام حنفي محمود، مرجع سابق، ص 128.

²: سميحة القليوبي، الأسس القانونية للتجارة البحرية، دار النهضة العربية، 2011، ص 198.

³: طالب حسين موسى، الموجز في قانون التجارة الدولية، مرجع سابق، ص 82.

⁴: عصام حنفي محمود، مرجع سابق، ص 128-129.

هناك محاولات عديدة لتعريف خطاب الضمان فنجد من عرفه بأنه: "تعهد مكتوب يصدر من البنك بناء على طلب شخص يسمى الأمر، بدفع مبلغ معين أو قابل للتعيين لشخص آخر يسمى المستفيد، إذا طلب منه خلال المدة المعينة في الخطاب ودون اعتداد بأية معارضة¹

- هناك من عرفه بأنه "تعهد مصرفي لدفع مبلغ من النقود عند أول طلب من المستفيد بالتطبيق لنصوص التعهد دون إمكانية التمسك بأي دفع من عقد الأساس مع التحفظ بالنسبة لحالة الغش

- كذلك عرف بأنه: "تعهد كتابي صادر عن البنك بناء على طلب عميله يلتزم فيه لصالح هذا العميل في مواجهة شخص ثالث هو المستفيد بأن يدفع مبلغا معيناً إذا طلبه المستفيد خلال أجل محدد في الخطاب". أو هو "علاقة قانونية فيما بين البنك والمستفيد يترتب عليها التزامات على عاتق البنك بدفع البنك بدفع مبلغ من النقود عند أول طلب خلال مدة محددة²

أما قواعد الانسترا ل فقد عرفت خطاب الضمان في المادة 2 ف 1 بأنه "يمثل التعهد التزاما مستقلا، يعرف في الممارسة الدولية بأنه كفالة مستقلة أو خطاب اعتماد ضامن، مقدما من مصرف أو مؤسسة أخرى أو شخص آخر (الكفيل أو المصدر) بأن يدفع للمستفيد مبلغا معيناً أو قابلاً للتعيين لدى تقديم مطالبة بسيطة أو مطالبة مشفوعة بمستندات أخرى، حسب أحكام التعهد أو أي من شروطه المستندية، تبين أو يستدل منها استحقاق السداد بسبب تقصير في أداء التزام ما أو سبب حدث طارئ آخر، أو سداد لمال مفترض أو مستلف، أو سداد لأي دين مستحق السداد واقع على الأصيل (الطالب) أو شخص آخر³ كما عرف خطاب الضمان بأنه: "تعهد يصدر من مصرف بناء على طلب أحد المتعاملين معه "الأمر" وهنا يقوم المستورد بدفع مبلغ معين أو قابل للتعيين لشخص آخر هو المستفيد،

¹: عصام حنفي، المرجع السابق، ص 149.

²: : صالح بن عبد الله بن عطف العوفي، مرجع سابق، ص 317-318

³: عصام حنفي محمود، مرجع سابق، ص 128.

ويكون المصدر دون قيد أو شرط إذا طلب منه ذلك خلال المدة المعينة في الخطاب ويحدد فيه الغرض الذي صدر من أجله¹

يصدر خطاب الضمان عادة بعد لاتفاق بين عدة أطراف هي البائع، المشتري والذي بموجبه يترتب على عاتق كل طرف التزامات معينة، والعملية التي عادة يصدر الخطاب بشأنها تتضمن ثلاثة أطراف أو أكثر أولهما البنك أو المؤسسة المصرفية أو شركة التأمين المصدرة للخطاب، والثاني الأمر وهو طالب إصدار خطاب الضمان، والثالث هو المستفيد من هذا الضمان سواء كان المشتري أو رب العمل أو صاحب المشروع²

وأهمية خطاب الضمان في ضمان تنفيذ عقود التجارة الدولية تتجلى في حاجة الأطراف إليها في علاقاتهم التجارية الدولية لما تؤديه من دور كبير في حماية والتأكد من أن الطرف الآخر سوف ينفذ التزاماته التعاقدية كما تم الاتفاق عليها دون تأخير أو مماطلة وخطاب الضمان لا يصدر إلا بغطاء³ كامل من قبل العميل الذي يعطيه البنك.

ثانيا: أنواع خطاب الضمان

تهدف البنوك والمؤسسات المالية وشركات التأمين بتقديم عدة أنواع من خطابات الضمان أو ما شابهها من أنواع الكفالات التي تهدف إلى ضمان تنفيذ أطراف العقد التجاري الدولي للالتزامات التعاقدية فيه.

¹: طالب حسين موسى، الموجز في قانون التجارة الدولية، مرجع سابق، ص 88.

²: صالح بن عبد الله بن عطف العوفي، مرجع سابق، ص 319.

³: غطاء خطاب الضمان: هو الضمانات التي يطلبها البنك من العميل الأمر طالب خطاب الضمان، لكي يغطي بها موقفه فيما لو اضطر البنك إلى تنفيذه تعهده ودفع قيمة الخطاب إلى المستند، أنظر: عصام حنفي محمود، مرجع سابق، ص 184.

من أنواع الضمانات المتعارف عليها هي ما تتطلبه لعض العقود من وجوب تقديم ضمان معين عند التقدم للعطاء لضمان جدية الدخول في المناقصات وهو ما يسمى بالضمان الابتدائي، وعند رسو المناقصة أو العقد على المتعاقد هناك ضمانات أخرى يلزم تقديمها مثل الضمان النهائي أو ضمان حسن التنفيذ، كذلك نجد الضمانات الاحتياطية والضمانات التزكية والأمان، وهي ما سنتعرض إليها:

1- **خطاب الضمان الابتدائي:** يستخدم هذا الضمان في مراحل التقدم للعطاء وتقديم العروض، حيث يقوم كل من يرغب في التقدم للعطاء لمناقصة أو مزايدة أن يرفق بعرضه خطاب ضمان ابتدائي بقيمة معينة، وهذا النوع من الضمانات ينتهي في مدة قصيرة بانتهاء الغرض منه، حيث يسترده مقدمه إذا لم يكن ذا حظ في رسو العطاء عليه، أما إذا رسي العقد عليه فسوف يكون ملزماً باستبدال خطاب ضمان آخر به وهو خطاب ضمان حسن التنفيذ أو الضمان النهائي.

2- **خطاب الضمان أو ضمان حسن التنفيذ:** يعد هذا الضمان أحد الضمانات التي ابتدعتها التي وخلقتها ضرورة التجارة الدولية في الوقت الحاضر، ويقدم هذا النوع من الضمان عند توقيع العقد بعد رسو العطاء على المتعاقد، وهو عادة ما يحل محل الضمان الابتدائي لذلك يسمى الضمان النهائي، والهدف منه هو ضمان حسن تنفيذ للالتزامات التعاقدية وفقاً للشروط المنصوص عليها في العقد، يكون أيضاً ضماناً للدفعة الأولى المقدمة للمقاول للبدء في العمل، لأن العقود عند إبرامها تتطلب دفع مبلغ مقدم كدفعة أولى بموجبها يبدأ المتعاقد العمل في المشروع

3- **خطاب الضمان الاحتياطي:** هذا النوع هو صيغة أو شكل خاص من أنواع الضمانات وهو يقوم أساساً بنفس دور ضمان حسن التنفيذ، ويستخدم هذا النوع بكثرة في العقود التجارية الدولية وذلك لقلّة التكاليف فيه، ولهذا الخطاب مميزات أهمها أن المستفيد يعتمد على البنك

المصدر وثقته فيه، أما بالنسبة للعميل فهو لا يقدم مبلغ الضمان إلى البنك المصدر بدفع الثمن.

4- **خطاب التزكية والأمان:** هذه تعتبر أداة من قبل الشركة الأم للمتعاقد مع إحدى الشركات التابعة لها وذلك لتزكيته وتطمين المتعاقد أن الشركة التابعة لها قادرة على القيام بالتزاماتها المتعاقدة عليها.

وعادة تكون ذلك عندما يأتي المتعاقد في المفاوضات على عقد معين مع الشركة مثلاً ويطلب على سبيل المثال أن تضمن الشركة الأم الشركة المتعاقدة¹.

¹: صالح بن عبد الله بن عطف العوفي، مرجع سابق، ص 327، 337.

الفصل الثاني

الفصل الثاني: رقابة القضاء الوطني على تنفيذ عقود التجارة الدولية

إن مسألة تحديد القانون المطبق على العقد التجاري الدولي في حالة سكوت المتعاقدين ثم حسمها من قبل العقد الدولي، وحتى القضاء، من خلال عدة أحكام قضائية صدرت حديثا أثر فيها خضوع هذا العقد للقانون الأوثق صلة بالرابطه العقدية.

ويتولى تحديد هذا القانون القاضي المعروض عليها المسألة، بحيث من ضمن عدة قوانين القانون الذي له صلة بالعقد التجاري الدولي، ويجد الترتيبات أعملت موقفا محمدا وحاسما لحالة سكوت المتعاقدين، ومن ضمنها التشريع الجزائري، من أجل تسهيل للقاضي تنفيذ القانون المطبق وتم ذلك بوضع قاعدة احتياطية يتم الرجوع إليها كل مرة تكون فيها الإرادة غير موجودة، وتصنف هذه القاعدة بأنها تحدد القانون المطبق من ضمن القوانين التي تكون لها صلة وثيقة بالرابطه العقدية وهو إما يؤدي بنا إلى دراسة هذا الضابط الاحتياطي بتسليط الضوء على ضوابط عامة.

ولقد إرتأينا في دراستنا في مبحثين فنتناول حالات عدم الاختيار قانون يحكم العقد التجاري الدولي في (المبحث الأول)، آلية الرقابة في قسم المنازعات في (المبحث الثاني)

المبحث الأول: حالات عدم الاختيار لقانون العقد التجاري الدولي

إن عدم وجود اختيار مريح أو ضمني يفترض على المحكمة المختصة أن تحكم في المنازعة المعروضة عليها، وفقا للقانون الأوثق صلة بالرابطة العقدية، واشترط أن تكون صلة وثيقة يرجع إلى وجود عدة قوانين لها صلة بالعقد، لكن قد يكون قانون واحد فقط يستجيب إلى هذا الشرط ويتطلب تطبيقه على العقد التجاري الدولي.

ويتولى القاضي البحث هذا القانون مسترشدا في ذلك إلى حذف قرائن تختلف مكانتها من عقد إلى آخر ويختلف كذلك من حيث وجودها مسبقا في العقد، أو تم استنتاجها من ملابسات وظروف التعاقد، مما يدفعنا إلى دراسة على هذه الضوابط بعد تحديد سلطة القاضي في البحث عن القانون الأوثق صلة بالعقد.

المطلب الأول: سلطة القاضي في تحديد القانون بعد عدم اختياره قبل المتعاقدين

يصبح تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد التجاري الدولي من اختصاص القاضي يعد مكان للمتعاقدين، فعقد سكوت أطراف المتعاقد على إختيار هذا القانون يظهر فراغ قانوني يسده القاضي باختياره للقانون الأوثق صلة، هذا ما يدفعنا إلى دراسة أساس الذي يشد عليه القاضي في تحديد القانون المطبق، وعدى سلطته في تجزئة الرابطة العقدية وتطبيق نظرية الإحالة¹.

الفرع الأول: أساس إستناد القاضي للقانون الأوثق صلة.

إن سكوت الأطراف المتعاقدة عن إختيار الصريح للقانون الذي يحكم العقد التجاري الدولي وتقدر على القاضي أن يكشف بطريقة مؤكدة من إرادتهم الض في هذا المهنية في هذا الإختيار، فإن ثمة مشكلة على درجة من أهمية، بل والضربة تثور على القاضي وهي التصدي لنسيان القانون الواجب التطبيق في حالة السكوت، ولقد يرى القضاء الفرنسي في البداية على إسناد العقد في مثل

¹ Vincent Henzé : La vente internationale de marchandises (droit uniforme) L. G. D.J, editions DELTA. 2000, p251.

الفصل الثاني : رقابة القضاء الوطني على تنفيذ عقود التجارة الدولية

هذا القرض للقانون يتصل بالرابطة العقدية تحت ستار فكرة الإدارة المفوضة للمتعاقدین (hypothétique).

بحيث كانت المحاكم في السابق تستند عقد البحث عن القانون الواجب التطبيق على العقد الدولي، وحتى التجاري منها إلى الإرادة الصريحة للمتعاقدین أو الضمنية إضافة إلى المفترضة في حالة سكوت الأطراف عن تحديده والذي يكون نتيجة إما اختلاف الإدارة الحقيقية للأطراف المتعاقدین أو الغياب الكلي للإدارة في علا الطرفين سواء لعدم تتيح الأطراف أو لأنهم لم يتوقعوا وجود نزاع أثناء إبرام العقد.

وبذلك يتولى القاضي وفقاً لما يرى عليه القضاء التحصين عن الإدارة التي كان من المفروض أن تكون مشتركة بين المتعاقدین لو حكوا في هذه المسألة، لكن الاختلاف يبقى ظاهراً في هذه المسألة ويعود موجه إلى أن الإدارة الضمنية تكون فيها إدارة موجودة لكن غير مصر عنها من قبل المتعاقدین، فيحاول القاضي البحث عليها من أجل تطبيقها على البلاغة التفقدية، بينما الإدارة المفترضة تكون إدارة الأطراف في الاختيار غير موجودة، وبذلك غير معلن عنها فيحاول القاضي أن يضع نفسه مكانهم ليقول لو فكروا المتعاقدان في هذه المسألة لاختار هذا القانون أو ذلك¹.

لذلك وخلاصة هذا الرأي فإن الأطراف مهما بلغوا من الحيلة والحذر أثناء إبرامهم للعقد التجاري الدولي، فإنهم لا يتمكنوا أن يضعوا كل الحلول لكل المشاكل التي تطرأ مستقبلاً بمدد العقد المبرم، من ضمنها القانون المطبق على العقد التجاري الدولي.

ولتحديد هذا القانون كان يرجع إلى الإدارة المفترض للمتعاقدین التي يتولى لتحديد القاضي المختص، لكن هذه الفكرة لاقت مهاجمة من بعض القضاء ولأسباب تعددت في هذا الشأن من بينها:

¹: محمد إبراهيم موسى، التطويع القضائي للقواعد القانونية الواجبة التطبيق في مجال عقود التجارة الدولية، ص 64.

الفصل الثاني : رقابة القضاء الوطني على تنفيذ عقود التجارة الدولية

- إن إعطاء مهمة تحديد القانون المطبق للقاضي مدعيا إسناده إلى الإدارة المفترضة بشكل عبئا ثقيلًا، قد يكون له نتائج سلبية على المتعاقدين.
- من بينها انحراف القاضي عن إدارة الأطراف مدعيا وجود إدارة مفترضة، وبذلك إحلال إرادة القاضي حل إرادة الأطراف المتعاقدة.
- يرجع البعض الآخر من القضاء معارضة إرادة المفترضة إلى أن الإرادة إما أن تكون موجودة ويتم التعبير عليها صراحة أو ضمنا في إختيار القانون أو لا توجد، ولا تأخذ بهذا الشأن بالإرادة المفترضة لأنهم يعتبرون أن الإرادة المفترضة هي مجودوهم وتصور يتناقض مع فكرة الإرادة في حد ذاتها، وبذلك الإرادة المفترضة لأنهم في حقيقة الأمر إرادة المشرع أو القاضي الذي طرح أمامه النزاع أكثر منها إرادة المتعاقدين.
- وتحليل بسيط سنجد الأسباب لوجدناها تصل وظيفة القاضي تنحصر في البحث على وجود إرادة المتعاقدين في العقد من عدم وجودها، إذن أن القاضي يكون ملزما في هذا الظرف بتطبيق القانون الذي اختارته إدارة المتعاقدين إذا وجدت حفظ دون أن يلعب هذا الأخير دورا أساسيا يتولى على إثره الفصل في المنازعة في حالة عدم وجود قانون يحكم الرابطة العقدية والواقع غير ذل بحيث لا يتمرد دور القاضي على حد تطبيق قانون الدولة التي اختارها المتعاقدين بإدارة صريحة أو ضمنية نستنتج من ظروف التعاقد بل يمل إلى حد وضع قانون يحكم العقد التجاري الدولي ضمنا لوجود عقد يدرك قانون يحكمه وتحقيقا. المنطق قانوني يقتضي اجتماع العقد الدولي لنظام قانوني معين¹.

1- وجود عقد دولي:

حيث يقع على القاضي عبئ التأكد أن العقد لم يحدد فيه القانون المطبق من ضمن عقود التيارات الدولية، ويتحقق ذلك وفق المعايير بين السابقين الممثلين في المعيار القانوني، والذي يقصد به اتصال بأكثر من نظام قانوني واحد، أو المعيار الإقتصادي يتعلق بالعقد بمصالح التيارات الدولية، فبمجرد

¹: هشام خالد، عقود الدولية خاصة، مجلة المحاماة المصرية، 1991، 71، العددان 1 و2، ص 105.

الفصل الثاني : رقابة القضاء الوطني على تنفيذ عقود التجارة الدولية

التأكد من وجود عقد تباري دولي يعطي الحق للقاضي في اختيار القانون المطبق على المتعاقدين في حالة سكوت الأطراف عن إختياره.

أن القاضي قبل إختياره للقانون الذي له صلة بالرابعة العقدية، يضع في عين اعتباره أنه من المفترض في المتعاقدين العلم بمحتوى هذا القانون، حيث ولما ذكرنا سابقا أن هناك صلة.

من القوانين يجب على من له مصلحة العلم بها من بينها قانون من محل إبرام ومحل التنفيذ، ويرجع القاضي لهذه القوانين للإختيار، منها القانون الأوثق صلة بالرابعة العقدية.

فحرية القاضي في شأن تعيين القانون المطبق على العقد التجاري الدولي متوقعة على إختيار قانون يكون للمتعاقدین على علم به، ويكون له صلة وثيقة بالرابعة العقدية، وبذلك فالمهمة الموكلة للقاضي تكون فيها الحرية: "حرية وظيفية" أي أن يستخدمها القاضي في حالة سكوت الأطراف فقط كما يستخدمها للبحث عن القانون الأنسب والأكثر تباطاً بالعلاقة العقدية، منعا لإحتمال قيام القاضي بإختيار قانون عشوائي، ودون أساس قانون يستند إليه.

حل القاضي كذلك أن يتأكد من أن القوانين المتواجدة لحكم العلاقة التعاقدية والتي يكون من ضمنها القانون الأوثق صلة لم يتركب فيها المتعاقدان غشا نحو القانون لكن مسألة النظام العام لا تطرح في شأن القانون الأوثق صلة الذي يتولى تحديده القاضي¹.

¹: سمير شويب، القانون الواجب التطبيق على العقد التجاري الدولي، مذكرة لنيل شهادة دكتوراه، في الحقوق، فرع ملكية الفكرية، جامعة الجزائر بن يوسف بن خدة، سنة 2009، ص95.

الفرع الثاني: مدى سلطة القاضي في تجزئة الرابطة العقدية.

إن منح القاضي سلطات في البحث عن القانون الأوثق صلة دفع إلى التساؤل إذا كان القاضي ملزماً بالبحث عن القانون الواجب التطبيق، والحقيقة هو مجبر على ذلك نظراً لأنه ملزم بالفعل في القضية وإلا اعتبر ممتنعاً عن الحكم، وهو من أجل ذلك يبذل المستحيل فهل القوى التي يتمتع بها المتعاقدان تنتقل بصفة مباشرة إلى القاضي عن سكوتهم من حيث قابلية تجزئة العقد؟

أولاً: مدى سلطة القاضي في تجزئة الرابطة العقدية.

إن القاعدة العامة تجعل من تجزئة الرابطة العقدية حكراً على المشرع¹. إلى أن هذا لا يمنع المتعاقدان من إخضاع العقد من حيث موضوعاً إلى أكثر من نظام قانوني، وكما سبق أشار إليه أنه رغم الانتقادات التي وجهت إلى هذه الرسالة إلا أن أغلبية الفقهاء اعترفوا للمساندين بحقهم في تطبيق عدة قوانين تنتمي كل منها إلى دولة مختلفة على العناصر المتنوعة للعلاقة العقدية التي أكثر بشأنها النزاع، ومن خلالها يمكن للمتعاقدين تجزئة العقد التجاري الدولي، واجتماع كل عنصر منه لقانون معين بشرط أن تكون لهذه القوانين صلة المتعاقدين أو بالعقد في حد ذاتهم ولا يمس ذلك بانسجام الرابطة العقدية²

ولكن هل يجوز للقاضي أثناء بحثه عن القانون الأوثق صلة التي تتم نتيجة لسكوت المتعاقدين عن اختيار قانون يحكم العقد تجزئة الرابطة العقدية وإخضاع كل عنصر من عناصره لقوانين مختلفة يكون وثيق صلة بها؟

¹ إن القانون الدولي المعاصر يتجه أكثر إلى الرابطة العقدية تطبيق القانون الأنسب بحيث يخضع بشكل العقد لقانون محل الإجراء وموضوعه لقانون الإرادة والأهلية للقانون الشخصي مما يؤدي إلى تعدد القوانين التي تحكم العقد التجاري الدولي رغم تعبيره على إتفاق واحد.

² Pierre ;pyer. Droit international privé. 6^{eme} edition. Nontchrestien 1998, page 198

الفصل الثاني : رقابة القضاء الوطني على تنفيذ عقود التجارة الدولية

قد اختلفت الإتجاهات حول حسم هذه المسألة بحيث هناك اتجاه يتعرف بهذا الحق للقاضي بينما اتجاه آخر لا يسمح بذلك وما يجسد رأي الغالبية:

الاتجاه الأول:

إن هذا الاتجاه اعتبر أنه إذا كان من غير معقول أن يصح على المساعدين بضرورة المحافظة على وحدة العقد عقد اختيارهم للقانون الواجب التطبيق في شأنه، فنسق الشيء بالنسبة للقاضي حيث لا يمكن التمسك بهذا المبدأ في مواجهة القاضي عند القيام بالبحث عن القانون الأوثق صلة، وبذلك لا يمكن لا يمكن تنفيذ سلطة القاضي بإجباره على اختيار قانون واحد بل له السلطة التقديرية الواسعة في هذا الشأن.

وهذا الاتجاه التقليدي أخذ به القضاء الألماني في عدة أحكام صدرت على المحكمة الفيدرالية الألمانية ومن بينها القرار الصادر في 1971/09/22 الذي اتجه في حالة سكوت المتعاقدين إلى القانون الأورث صلة مع إخضاع كل من الالتزامات المتبادلة التي يفوضها العقد لقانون الدولة تنفيذ هذه الالتزامات، وهو ما يترتب عليه تجزئة العقد وجعله يخضع لأكثر من عقد واحد.

الاتجاه الثاني:

فهو رأي حديثنا يميل إليه الفقه الأوروبي ويرى حكم الاتجاه الأول من حيث ضرورة احترام مبدأ وحدة العقد أثناء بحث القاضي عن القانون الواجب التطبيق، ووفقا لهذا الرأي العقد بشكل وحدة لا يقبل تجزئته إلا إذا أرادها المتعاقدان، ولا يمكن للقاضي التدخل في المسألة، بحيث لا يجوز للقاضي إجتماع العلاقة العقدية لأكثر من نظام قانون يكون أوثق صلة بالرابطة العقدية¹.

وبذلك يمكن للمتعاقدين إخضاع الرابطة العقدية لقوانين مختلفة في الحالات المعقولة، بحيث لا يتمتع المتعاقدان بحرية مطلقة في تجزئة، لأن هناك حالات يتمتع فيها المتعاقدان من التجزئة ومن نفس

¹ :Patrick courbe : contrats commerciaux internationaux, J, class, d.com. Fas 335, P21.

الفصل الثاني : رقابة القضاء الوطني على تنفيذ عقود التجارة الدولية

الشيء بالنسبة للقاضي يتمتع عليه لتجزئته إذا كانت عناصر العقد لا يمكن فصلها وإخضاعها لقوانين مختلفة.

وأحسن نضال هو طلب فتح العقد لعدم التنفيذ الذي لا يمكن فيه اجتماع العقد لقانون معين ونسخه لقانون مختلف عن الأول، بحيث لا يستطيع القاضي على إثر ذلك الفصل في النزاع وفقا للقانونين معا بل يجب أن يخضع فسخ العقد لعدم تنفيذه لقانون واحد، وقد تأخر القضاء الأوروبي بصفة عامة بهذا النظر حيث يميل عند غياب اختيار المتعاقدين إلى تطبيق القانون المناسب، وفقا للضابط الاحتياطي في جملة سواء كانت قواعد مكملة أو حفاظا على وحدة العقد، وبذلك استقر عليه الفقه والقضاء، ما عاد القضاء الألماني لا يجوز تجزئة العقد التجاري الدولي من قبل القاضي بل هو حكم على المشرع والمتعاقدين.

الفرع الثالث: الضوابط المسبقة في تحديد القانون النسب:

إن سكوت المتعاقدين على تحديد القانون الواجب التطبيق يفوض على التالي البحث عن القانون الأنسب لحكم العلاقة العقدية، وهو في سبيل تحقيق ذلك قد يستند إلى ضوابط تعبر كقرائن تساعد في بحثه عن هذا القانون، وقد تكون هذه الضوابط عامة تذكر مسبقا في العقد التجاري الدولي إلى ضوابط أخرى يمكن استنتاجها من ظروف وملابسات التعاقد، لذلك يفترض علينا دراسة كل ضابط على حدا وتحديد الفرق بينهما¹.

¹ Herri Batiffol paul la gare: droit international privé tome six^{eme} édition 1976, p 259.:

أولا الضوابط العامة:

قد يتقدر تحديد القانون الأوثق صلة بالرابطة العقدية، فتذهب التشريعات لحسم هذه الصعوبة إلى وضع ضوابط محددة يستهدي بها القاضي أثناء تحديده للقانون المطبق على العقد التجاري الدولي والنوع الأول من هذه الضوابط تعتبر عامة نظرا لأنها من المفروض أن تتوفر في كثير من عقود التجارة الدولية إن لم تنل حسما.

ولقد حاول الفقهاء إيجاد تسمية أخرى لهذه الضوابط ومن بينهم "يا تيفول" نظرا للخصومية الأساسية التي يتمتع بها في إنهاء إسناد جامد (rifide) لأن القانون الأوثق صلة بالعلاقة العقدية وحتى لهذا النوع من الضرائب يكون محدد وغير قابل لتغييره بعد إبرام العقد التجاري ويتولى القاضي البحث عنه مباشرة من أجل جعل العقد خاصا إليه.

لقد تنور حصر هذه الضوابط من ضابطين يتمثلان في قانون مكان إبرام العقد وقانون مكان تنفيذه

بينما قانون الجنسية المشتركة لم يحمل الاتفاق عليه، ويرجع السبب إلى أن أولا لا يعتبر على صلة وثيقة بل مع المتعاقدين، كما أن البعض يعتبر أن الجنسية المشتركة للطرفين لا تكسب العقد الصفة الدولية ولا تكون هنا أحكام تنازع القوانين، لكن هذا لم يمنع المحاكم من اعتبار العقد دوليا رغم أنه أبرم بين أطراف من نفس الجنسية، كما أن بعض التشريعات وضعها التشريع المصري¹، قد اعتبره كضابط احتياطي يرجع إليه في حالة صمت الأطراف، على العكس بالنسبة إلى المتعاقدين السابقين فقد حصل الاتفاق عليها.

¹: تنص مادة 19 من القانون المدني يسري على التزامات التعاقدية قانون الدولة التي يوجد فيها الموطن المشترك للمتعاقدين إذا اتخذ موطنًا، يسري قانون الدولة التي تم فيها العقد، هذا لم ينفق المتعاقدين أو يتبين من ظروف أن قانون آخر الذي يراد تطبيقه

الفصل الثاني : رقابة القضاء الوطني على تنفيذ عقود التجارة الدولية

وبذلك يمكن للقاضي اللجوء إليها في حالة سكوت المتعاقدين، ويصرحان في أنهما يحققان شرط العلم للمتعاقدین بهذا القانون، مما يحقق لهما الحل القانوني الذي ينشدهان ويمون على هذا النوع توقعاتهما المشروعة من ناحية واستقرار المتطلب للتجارة الدولية من ناحية أخرى¹.

قانون محل إبرام:

وفقا لهذا الضابط فإنه في حالة سكوت المتعاقدين على إختيار القانون الذي يحكم العقد، يتولى القاضي البحث عن القانون المناسب بالرجوع إلى قانون محل الإبرام.

المحدد في العقد ويعد قانون مكان إبرام قرينة كانت تأخذ به المدرسة الإيطالية القديمة في تحديد النظام القانوني للعقود الدولية، ولقد تبعتها في ذلك إعطاء مجموعة من الدول ومن القضاء انجليزي والبلجيكي والإسباني² وحتى قضاء الولايات المتحدة الأمريكية إضافة إلى الجزائري (المادة 18).

ويمكن الفرق بينهما في أن المدرسة الإيطالية كانت تطبق قانون محل الإبرام فقط ولا تأخذ بقانون حيث هذا القانون يمنعها في كل الأحوال، لأنه يعبر عن مكان ميلاد العقد، بينما قضاء الدول المذكورة أعلا فتأخذ بقانون بلد الإبرام في حالة سكوت المتعاقدين عن التفسير عن الإرادة، كما أن القضاء وخاصة التونسي في بادئ الأمر كان مترددا في حسم الأخذ بهذا القانون ويظهر ذلك من خلال حكمها الشهير السابق الذكر والصادر بتاريخ 1910/12/05 حيث أقرت فيه محكمة النقض الفرنسية على حبل القانون محل الإجرام يأخذ المرتبة الثانية في حالة سكوت المتعاقدان بعد قانون الجنسية المشتركة للمتعاقدین، فوفقا لهذا الحكم القانون المطبق على العقد في حالة سكوت المتعاقدین هو قانون الجنسية المشتركة للمتعاقدین إذا اتخذت جنسيتها أي في حالة العكسية فيطبق قانون محل الإبرام.

¹: هشام صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، الإسكندرية، سنة 1995، ص 614.

²: علي علي سليمان النظرية العامة للإلتزامات في القانون المدني الجزائري ديوان المطبوعات الجامعة، الطبعة الثالثة، 1993، ص

الفصل الثاني : رقابة القضاء الوطني على تنفيذ عقود التجارة الدولية

لكن بعد ذلك الحكم، أتت سلسلة من الثورات أكدت هذا الضابط بصفة واضحة¹، ومن ضمنها قرار صدر النوعة المدنية في 1932/05/03 وآخر في 1937/11/10 ومما تقدم يلاحظ أهمية هذا الضابط ما دفع الفقهاء على اعتباره القانون الوحيد الذي يجب تطبيقه على العقد في حالة سكوت الأطراف وأرجعوا ذلك إلى عدة أسباب ومن ضمنها:

1- أن المكان الذي يبرم فيه العقد إما يبرم على مكان شأنه، ويسهل ذلك المتعاقدين الرجوع إليه للتأكد من صحة المتعاقد والسلامة القانونية للشروط التي يصفها المتعاقدين في عقود التجارة الدولية.

2- أن من الناحية العلمية لا يمكن محل الإبرام أن يكون متعدد بل في أي عقد محل إبرام يكون واحدا ويمكن تحديده من دون أي صعوبة تثار، وبذلك يكون من السهل للمتعاقدتين معرفته.

3- أنه من الناحية الثانوية: بشكل الأخذ بمحل الإبرام توحيد القانون المطبق على العلاقة العقدية² من حيث شكل العقد موضوعا، بحيث وكما سبق بيانه سابقا أن شكل التمريعات يخضع لقاعدة عريضة والمتمثلة في *locus fitactun*

أي قانون محل إبرام، وبذلك فإن شكل العقد وموضوعه يخضعان إلى قانون واحد والمتمثل في قانون محل الإبرام.

ومما تقدم فإن العقد الدركي مرتبط بقانون محل الإبرام، وقد أيد هذا الرأي وأخذت في قوانينها بعض التشريعات ومن ضمنها القانون الجزائري لكن هذا الضابط قد لا يشكل وقتا لعل وثيقة بالرابطة العقدية.

¹ Henri Batiffod, p 570

² سامي بديع المنصور وعكاشة عبد العال، الوسيط في القانون الدولي الخاص، دار العلوم العربية، بيروت، لبنان، سنة 1987، ص 389

ثانيا: قانون محل التنفيذ.

يعتبر قانون محل التنفيذ الضابط الثاني الذي يكمن للقاضي الرجوع إليه في تحديد القانون المطبق على العقد إذا سكت المتعاقدان عن اختياره، ويرجع الأخذ بهذا القانون إلى أن قانون محل التنفيذ أصبح هو المفضل لدى الفقه الحديث نظرا للانتقادات التي وجهت لمحل الإبرام، إضافة أن العقد يظهر من خلال التمرنات الخارجية¹ ويقوم بها المتعاقدان كتسليم البضاعة في عقد البيع الدولي مثلا والذي يبيد الالتزام الرئيسي قبل الالتزام بنقل الملكية، وبذلك يوجد محل التنفيذ صلة وافقية ليست العلاقات العقدية والقانون المطبق² وعن التجربة الجزائرية في هذا المجال أثبتت أخذ بقانون محل التنفيذ كذلك باعتبار أن هناك تعلية صارمة تفوض على المؤسسات الجزائرية تطبيق القانون الجزائري على العقود التي تبوحها والذي يعد مكان تنفيذ في نفس الوقت.

ولقد أخذ بهذا الرأي كل من القضاء الألماني والسويسري، بحيث أن أول مرة قررت فيها المحكمة الفيدرالية طرحت كيفية تسديد محل تنفيذ يريج إلى قرار صدر في تاريخ 1918/10/11 والمتعلق بعقد البيع الدولي حيث اعتبر أن تحديد القانون المطبق على عقد البيع الدولي، ثم عن طريق الأطراف وفي حالة سكوت المتعاقدان يعود الإختصاص لقانون محل تنفيذ العقد³ فطبق لهذا الاجتهاد القضائي الثابت الذي لا يكف التخلي عنه ثم إقرار خضوع العقد لقانون محل التنفيذ.

ونفس الشيء حدث للقضاء الألماني بحيث اتجهت أحكام القضاء الألماني بصفة خاصة إلى تطبيق قانون دولة التنفيذ عند سكت الإدارة عن الاختيار الریح لقانون العقد، وقد غير كذلك القضاء الفرنسي من رأيه واتجهت أحكام إلى إقرار هذا القانون.

¹: Jean derrupe : droit international privé, 8^{ème} édition, D-E-L-T , 1988, page 110

²: Ency-D-op-citp369 Herri batiffod contrat et convetion ,

³: Pierre Enfel : La détermination des points de rattachement en droit international privé, Unuversité de Genére 1953 pezz otti S-A P113.

الفصل الثاني : رقابة القضاء الوطني على تنفيذ عقود التجارة الدولية

إذن من الفقهاء من يفضل إخضاع العقد التجاري الدولي إلى قانون محل التنفيذ من قانون محل الإبرام، وتركز ميزة هذا القانون أنه يؤدي إلى أن يتحاشى في موقع التنفيذ كل الصعوبات الخاصة بصفة العقد أو التنفيذ¹ وفي الحقيقة أن اختيار قانون آخر حتى لو كان قانون محل إبرام، لو كانت ثم صلة وثيقة كم سلاحظه قد يؤدي جزئيا إلى تعطيل إنتاج العقد لآثاره، ولم يتوقف الأخذ به حل التنفيذ عند حد الفقه والقضاء، بل وصل إلى درجة أن اختارته مجموعة دول السوق الأوروبية المشتركة في المشروع التنفيذي الإنتقالية الخاصة بتجديد القانون الواجب التطبيق "أن يكون قانون الدولة التي سينفذ العقودية واجب التطبيق حل النزاعات التساندية وغير التساندية" من خلال المادة 4 من هذا المشرع² لكن تطبيق قانون محل التنفيذ رغم وجود تأيد من الفقه والقضاء الحديث، على أنه لا يمكن إخضاع إجراءات تنفيذ العقد لغيره قانون دولة التنفيذ إلا أنه لا يحقق الوحدة المنشودة التي يتولى تحقيقها قانون إبدال الإبرام ذلك لأن شكل العقد يخضع لقانون محل الإبرام بينما موضوعه لقانون محل التنفيذ

لكن رغم الطابع الملائم لهذا الضابط إلا أن له عيوباً بحيث يتقدر على إثرها تطبيق قانون محل التنفيذ، لو تعددت أمكنة التنفيذ أرما يعرف بمحل التنفيذ متعدد أركان محل التنفيذ غير معين في العقد أو تعذر تحديده.

ثانيا: الضوابط المتعلقة بظروف التعاقد:

تثبت أنه في بعض الحالات يقدر تطبيق الضرائب العامة في تحديد القانون المطبق على العقد التجاري الدولي سواء بالنسبة لقانون محل الإبرام أو قانون محل التنفيذ، كما سندرك عنه تعوضاً مؤقت التشريع الجزائري في حالة سكوت أن هذا القانون يقدر تطبيقه إذا كان محل إبرام قد تم تحديده من قبل الأطراف المتعاقدة بصفة عويصة أو صعب تحديده نتيجة لحالة التعاقد بين الغائبين.

¹: محمود الكيلاني، عقود التجارة الدولية في مجال نقل التكنولوجيا، منشأة المعارف الاسكندرية 1989، ص 536.

²: نصيرة بوجمعة نقل التكنولوجيا في مجال التبادل الدولي رسالة دكتوراه سنة 1987، جامعة الاسكندرية، ص 404.

الفصل الثاني : رقابة القضاء الوطني على تنفيذ عقود التجارة الدولية

لذا حول كل من الفقه المعاصر وحتى القضاء الفرنسي في السنوات السابقة منعاً من الوقوع في حالات متماثلة يتقدر فيها تحديد القانون المختص بإيجاد حل آخر يتم من خلاله تحديد هذا الأخير بالرجوع إلى ظروف وصلاحيات التعاقد، وقصد بهذا المصطلح الفكري التي تكون محيطة بالعلاقة العقدية أثناء إبرام العقد التجاري الدولي.

وبذلك يمكن للقاضي البحث في ضمن القوانين المتواجدة، والتي تسارع بحكم العلاقة العقدية إذا وجد قانوناً أوثق صلة بالعقد وفقاً لمقتضيات وظروف التعاقد ويتمتع القاضي بهذا الحق الذي يتمتع له سلطات الواسعة على إثر عرض النزاع عليه.

والملاحظ أن تحديد هذا القانون وفقاً لهذه الظروف يختلف ويتنوع من عقد إلى عقد آخر حتى وإن كانت تلك العقود تتمتع بطبيعة واحدة¹، فكل عقد يختلف فيه تحديد القانون المطبق على حالة سكوت الأطراف على عقد آخر يحمل نفس الفئة، على العكس بالنسبة للضوابط السابقة الذكر التي لا تتمتع بهذا التباين فإسناد مسبق لا يختلف من عقد لآخر في عقود ذات طبيعة واحدة، فالعقود وفقاً لهذه الضوابط تعتبر فيها المسألة محسومة بالنسبة للقانون المطبق، وهذا التباين كان له الأثر الكبير بالنسبة للأحكام الصادرة لهذا في هذا الصدد والتي أخذت بها الضوابط مما دفع إلى وجود تباين مديد في هذه الأحكام²، على نحو يصعب معه لقول بوجود حل ثابت للمشكلة العينة.

وأول من أتى بهذه الفكرة ولو بطريقة غير مباشرة الفقه التونسي "ياتيفول" أثناء دراسته للقانون المطبق على التمرنات التعاقدية التي أثر فيها "تركيز العقد" بحيث لم يتوقف هذا الفقيه عند حد تركيز العقد في حالة وجود اختيار المتعاقدين للقانون الذي يحكم العقد بل وصل إلى غياب إرادة المتعاقدين، بحيث القاضي عند بحثه عن القانون الذي يركز فيه العلاقة العقدية يتم ذلك بالرجوع إلى ظروف وملابسات التعاقد³، وعلى هذا الأساس قد ينتمي القاضي إلى تركيز العقد في بلد آخر.

¹ Vincent Henze : op : cit p 236

² هشام خالد، عقود الدولية الخاصة، المرجع السابق، ص. 105.

³ Henri Batiffol paud la barde : op, cit, p237

الفصل الثاني : رقابة القضاء الوطني على تنفيذ عقود التجارة الدولية

ولقد أخذ بها الضابط القضاء الإنجليزي عندما كان يأخذ بالنوع الأول من الضوابط أي قانون محل الإبرام أو قانون محل التنفيذ، وقد تبعه في ذلك القضاء التونسي الحديث من خلال بعض الأحكام القضائية التي صدرت في شأنها، وتم على إثرها استناد العقد للقانون الأوثق صلة.

ومن ضمن أحكام القضاء صدر عن محكمة النقض الفرنسية حكم بتاريخ 1959/7/06 الذي تم الإقرار فيه أنه: "إذا لم تقم الأطراف المساندة بإختيار القانون المطبق على العقد صراحة حتى القاضي الذي ينظر في الموضوع يتولى البحث على هذا القانون مسندا في ذلك إلى ظروف التعاقد وملايساته"

وبذلك يتمتع القاضي بالمرونة اللازمة، والتي يستحقها لبحثه عن القانون الأوثق صلة بالرابطة العقدية التي يتم تطبيقه على العقد التجاري الدولي، لا فالقاضي له سلطة تحديد هذا القانون في كل حالة على حد ما، فإذا نسب له وجود هذا القانون وفقا لظروف وملايسات التعاقد يتولى بعد ذلك تطبيقه على العلاقة العقدية.

المطلب الثاني: موقف المشرع الجزائري في حالات غياب القانون المطبق على العقد التجاري الدولي:

كمعظم التشريعات التي أقرت في نطاقها القانوني ضابطا محدد يرجع إليه كبديل على القانون الذي من المفروض أن يختاره المتعاقدين، فالقانون الذي من المفروض أن يختار المتعاقدان، فالقانون الجزائري تنبه من جهته المسألة حيث أثر المشروع استثناء على القاعدة التي تحكم العقد التجاري الدولي من خلال تطبيق قانون محل الإبرام، إلا أن هذا الضابط المختار من المشروع لا يمكن تطبيقه بسهولة خاصته في السنوات الأخيرة بحيث أصبح يطرح إشكالية من نوع خاص، متعلقة بنوع جديد من عقود التجارة الدولية تعرف بالعقود الإلكترونية، مما يفرض عليها دراسة الضابط وهو محل إبرام العقد الذي يؤكد على أخذه بالضوابط العامة التي تتوفر في أغلبية العقود بدلا عن الضوابط المتغيرة

الفصل الثاني : رقابة القضاء الوطني على تنفيذ عقود التجارة الدولية

لتحدد بعدها الصعوبة التي تشوب عند البحث على هذا الضابط سواء في عقود التجارة الدولية العادية أو العقود التي تبحث عن التطور التكنولوجي.

الفرع الأول: قانون محل إبرام العقد.

إن مسألة البحث عن الضابط الذي يأخذه المشرع الجزائري عند سكوت الأطراف يتم حسمه بالرجوع إلى نص المادة 18، الفترة الأولى من القانون المدني الجزائري، الذي يعتبر تحليلها من الأمور الصحيحة¹ لكن الرأي الغالب الذي رجع إلى نفس المادة باللغة الفرنسية تبين أنه أخذ بقانون محل الإبرام كضابط احتياطي يرجع له عند سكوت الأطراف، مما يؤدي بنا إلى دراسته محل إبرام العقد، والإشكاليات التي تطرأ على تحديده التي تؤدي إلى صعوبة تحديد القانون المطبق إذا كان القانون الجزائري هو مستند إليه من خلال قواعد التنازع الموجودة به.

أولاً: محل الإبرام العرضي:

إن إقرار المشرع الجزائري لقانون محل الإبرام يرجع له القاضي عند سكوت المتعاقدين عن تحديد القانون الملائم للرابطة العقدية ما هو إلا تكويننا للإستناد المسبق الذي يتم وفقاً للضابط العام، وبذلك فلم يأخذ هذا الأخير بما أقره الفقه المعاصر حول الأخذ بظروف وملابسات التعاقد من أجل تحديد القانون الأوثق صلة بالرابطة العقدية.

فيقع على القاضي الجزائري المختص أن يقوم في البداية بتكييف النزاع، وهو ما يسمح له بالإضافة ومن العقد على العلاقة المطروحة أمامه، وهذه المسألة تقتضي الرجوع إلى قانون القاضي

¹: من خلال نص المادة 18 الفقرة 1 من القانون المدني الجزائري تنص: أنه يسري على الإلتزامات التعاقدية قانون مكان الذي يبرم فيه العقد ما لم يتفق المتعاقدان على تطبيق قانون آخر "يظهر لأول وهلة أن المشرع الجزائري قد أخضع التفرقات التعاقدية لقانون محل الإبرام كضابط الأصلي وليس ضابط احتياطي بحيث لم يجعل من محل الإبرام كبديل على مبدأ سلطات الإرادة عندهم وجودها" إلا أن الحقيقة غير ذلك إتباعاً على ما صارت عليه التشريعات الدول وحتى الاجتهاد القضائي الذي أثبت عكس ما يظهر لأول وهلة.

الفصل الثاني : رقابة القضاء الوطني على تنفيذ عقود التجارة الدولية

وهذا ما أكدته كذلك نص المادة 9 من القانون المدني¹، وبعدها يطبق المادة 18² من القانون المدني. فإذا وجد أن المتعاقدين لم يتفقا حول القانون المطبق على العقد يرجع إلى القانون محل الإبرام التي تعتبر قواعده احتياطية.

لقد حاول البعض تحديد قانون محل الإبرام فمن الفقهاء من اعتبر أن قانون محل الإبرام يحدد مكان الذي يوقع فيه العقد أما البعض الآخر اعتبر أن العقد ما دام يمر عادة به وحلة المفاوضات من أجل تقريب وجهات النظر، فمكان إجراء المفاوضات هو المكان الذي يبرم فيها العقد وعادة ما يحدد مكان التوقيع من مكان إبرام المفاوضات، ذلك أنه قد لا يحدد مكان التوقيع كما أنه ليس كل الحالات يتم فيها توقيع العقد في دولة أحد الأطراف.

كما أن قانون مكان إجراء المفاوضات قد يصعب تحديده عند ما يتم المفاوضات في أماكن مختلفة سابقة لعدة دول، وبالتالي فمحل الإبرام هو المكان الذي يتلاقى فيه الإيجاب مع القبول المطابق له ويتم على إثره إنشاء العقد، والأشياء الإيجابية التي تقررت على إثر إخضاع العقد التجاري الدولي لقانون محل الإبرام في حالة سكوت المتعاقدين وتتم في:

- تحقيق توحيد القانون المطبق على العلاقة العقدية من حيث شكلها وموضعها، فلقد أثر المشرع الجزائري في نص المادة 19 من القانون المدني الجزائري أنه: "تخضع العقود ما بين الأحياء في شكلها لقانون البلد الذي تمت فيه، ويجوز أيما أن يخضع للقانون الوطني المشترك للمتعاقدين" وبذلك قد يطبق القاضي قانون محل الإبرام على شكل العقد، وفقا للمادة السابقة ويطبق نفس هذا القانون على موضوع العلاقة العقدية في حالة سكوت الأطراف على تحديده تطبيقا للمادة 1/18 من القانون المدني سابقة الذكر أيضا للقاعدة العرفية المتمثلة

2- الشيء الإيجابي الثاني هو أن القاضي يتولى تطبيق مباشرة قانون محل الإبرام: لكن رغم

¹: تنص المادة 9: يكون القانون الجزائري هو المرجع في تكييف العلاقات المطلوبة تحديد نوعها عند تنازع القوانين لمعرفة القانون الواجب التطبيق.

²: Mohand issad : droit international privé les refles, confitit 2 édition 1983- Tomel office des publications univerqitaires page 295.

الفصل الثاني : رقابة القضاء الوطني على تنفيذ عقود التجارة الدولية

هذه الإيجابيات التي أدت ببعض الفقهاء إلى تفصيل محل الإبرام بإعتباره ضابطا يعبر على قرينة يمكن للقاضي الرجوع إليها في حالات إثبات العكس، بوجود اختيار صريح أو ضمني من قبل المتعاقدين للقانون الذي يحكم العلاقة العقدية، لكن هناك حالات رغم عدم إثبات وجود اختيار من المتعاقدين يتعذر فيها تطبيق قانون محل الإبرام من ضمنها أن هذا الأخير بصفة عرضية¹، ويقصد بمحل الإبرام العرضي أن يتم علاقتي الإيجاب مع القبول مطابقا لينشأ العقد صفقة أو أن يكون هناك قانون آخر أكثر ملائمة لحكم العقد فمن الطبيعي أن يرجع إليه القاضي.

ثانيا: التعاقد بين غائبين:

لا يعد محل الإبرام معين بصفة عرضية الوحيد الذي يعرقل ويصعب من تحديد ضابط الإسناد الاحتياطي الذي حدده المشرع الجزائري، فإلى جانب هذا يوجد حالة أخرى تقوي بالتعاقد بين غائبين يصعب فيه تحديد محل إبرام العقد.

ويرجع هذا النوع من التعاقد إلى أن تبادل الإرادات لم يعد يتم بين المتعاقدين بالطريقة

التقليدية التي يتطابق فيها الإيجاب مع القبول في جلسة العقد la seance contractuelle ويتم على أساسها إبرام العقد في مكان واحد، بل أصبحت العقود العامة، وحتى عقود التجارة الدولية الخاصة يتم التعاقد فيها بصور مختلفة منها المراسلة كالبريد وقد تتم باستعمال أجهزة حديثة سواء "الفاكس" أو "التلكس" وحتى "الإتصالات الهاتفية"².

¹ Henri Batiffol, op. cit. 254

² : إن مسألة التعاقد عن طريق الاتصالات الهاتفية،؟؟؟ التعاقد قد تم بين حاضرين حكما من حيث الزمان ذلك لأن القول الذي يتم من طريق الهاتف يصدر فورا بعد لإيجاب دون أن تكون هناك فترة زمنية تفصل بينهما، بينما من حيث مكان إبرام العقد، فالمتعاقدان موجودين في دول مختلفة لا يتحدوا بذلك في جلسة واحدة، ويصبح التعاقد بين غائبين، راجع في ذلك - عبد الرزاق الصنهوري الموجز في النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني المصري، ص 72-78.

الفصل الثاني : رقابة القضاء الوطني على تنفيذ عقود التجارة الدولية

لذلك فالمهم في التعاقد بين غائبين أنه لا يجمع المتعاقدين في جلسة واحدة أولاً لأنه تكون فترة زمنية تفصل بين صدر القبول وعلم الموجب به¹ وهذا لا يهم مما يصل تحديد محل الإبراء من الصدور المعينة، فهل يتحدد قانون دولة إرسال الإيجاب أو دولة تصديره أولاً الدولة التي يتم فيها علم الطرف الآخر بالقبول؟.

أو بصفة أوضح في عقد التوكيل التجاري أو عقد البيع الدولي، قد يتم إبرامه بقبول من الموكل أو المشتري في عقد البيع تم إرساله عن طريق الفاكس من الجزائر إلى شركة تمارس نشاطه في إنجلترا ولم تعمل المرسل إليها بالقبول الموجه إليها.

فهل يعتبر عقد التوكيل التجاري أو عقد البيع الدولي قد انعقد من وقت إرساله أو بعد ذلك؟ ذلك فإذا هناك أهمية بالغة في تحديد محل الإبرام في التعاقد بين غائبين ذلك لأن التحديد إذا كان تسمح لنا أن نبحث عن القانون المطبق عليه في حالة سكوت المتعاقدين عن ذلك.

1- أن مسألة التعاقد عن طريق الإتصالات الهاتفية، يعبر فيها التعاقد قد تم بين حاضرين حكماً من حيث ذلك لأن القبول الذي يتم عن طريق الهاتف يصدر قرار بعد إيجاب دون أن تكون هناك فترة زمنية تفصل بينهما يبين من حيث مكان إبرام العقد، فالمتعاقدان موجودين في دول مختلفة لا يتحدوا بذلك في جلسة واحدة، ويصبح التعاقد بين غائبين، راجع في ذلك.

¹: بلحاج العربي النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، الجزء الأول، التصرف القانوني، ديوان المطبوعات الجامعية، ص 1995، ص79.

الفرع الثاني: إشكالية التجارة الإلكترونية.

لم يد العقد يتم بالطريقة البسيطة والتقليدية المعروفة والمتمثلة في تطابق إرادتين من أجل إحداث آثار قانونية، حيث ظهر في المجال الدولي نوع جديد من عقود التجارة الدولية فتسابق التطور التكنولوجي الحادث، وتقوى بالتجارة الإلكترونية وهي مسألة إشكالية تحديد القانون الواجب التطبيق عليها حركة سكوت الأطراف عن تحديد ذلك لأن هذا النوع يحقق معاملات تتم بين غائبين¹ لذلك يصعب تحديد محل الإبرام.

أولاً: التعاقد عن طريق شبكة الانترنت:

لقد أصبح التعاقد عن طريق شبكة الانترنت ملتزم في عمليات تسويق السلع والخدمات. فبعد أن كانت السلعة تمر بمراحل عديدة ومن يد إلى أخرى ابتداء من المنتج أو الصانع ثم الموزع ثم لتاجر الحملة ويليه تاجر الجزئية وأخيراً تصل إلى يد المشتري أو المستهلك دون وجود وسطاء في العملية البيعية ويؤدي ذلك إلى انخفاض ثمن بيع السلعة على المستهلك لعدم وجود وسطاء في التفاعل. ويرى بيل غيتش صاحب شركة مايكروسوفت أن المعاملات التجارية عبر الانترنت يمكن أن تحقق فكرة آدم سميث وقد بدأ باستخدام شبكة الانترنت في الأغراض التجارية سنة 1992 عندما ظهرت « world wide web » ويعني باللغة العربية الشبكة العالمية للمعلوماتية.

وأهم المميزات التي أكسبت (www) جاذبية خاصة عن باقي خدمات الانترنت. عدم اقتصرها على تقديم البيانات صورة قوائم وملفات مجودة لا تحتوي على أي لمسة جمالية بل اعتمدت على أسلوب الوصف والصور الملونة.

كذلك اعتمادها على طرق البحث السهلة والسريعة التي تقوم على موجب الإشارة إلى المواقع الموارد الدخول عليها point and navigation. ومن هنا بدأ إقبال رجال الأعمال

¹: Jean Marc Mousserou, Jacques Rayanand, Réfis Farbe, Jean- Luc Pierre droit du commerce international, deux^{ème} édition, 2000 LITE op319.

الفصل الثاني : رقابة القضاء الوطني على تنفيذ عقود التجارة الدولية

وأصحاب المؤسسات والشركات التجارية وبدأ ذلك عن طريق اعتمادهم في حوصلاتهم على البريد الإلكتروني في إتمام صفحتهم في مبادئ صفحتهم في مبادئ الأمر عن طريق عرض منتجاتهم وخدماتهم من خلال مواقع لهم على شبكة الانترنت (www)

وقد ظهرت أولى هذه المواقع التجارية على الشبكة في عام 1993 وقد كانت هذه المواقع متفرقة إلى حد كبير إلى أدوار الترويجية والإعلامية حتى تم تطوير وسائل فعالة لسداد قيمة السلع بالاتصال المباشر بالكمبيوتر.

وقد كان من أهم أسباب إقبال رجال الأعمال على استخدام شبكة الإنترنت في إجراء صفحتهم وأعمالهم التجارية، أنها تسهل عليه الإتصال بين الشركة وعملائها وكذا بينها وبين مورديها من جميع أنحاء العالم. وتكلفة أقل من أي وسيلة تكنولوجية أخرى تستخدم في ذلك الغرض كما أن البريد الإلكتروني سهل عمليات الإتصال بين البائع والمشتري.

وكذلك عمليات التفاوض حول سلفة معينة. وإتمام عمليات البيع والعقود الخاصة بالصفقات التجارية بين الشركات بصورة سريعة وغير مكلفة في نفس الوقت¹.

وقد كان عدد المواقع التجارية على شبكة الأنترنت صدرت عام 94/93 فيكفي الفرد أن يتعرف على المواقع الجديدة التي تتم إضافتها على الشبكة بالدخول مرة واحدة كل أسبوع.

وفي عام 1995 وصل عدد مواقع التواصل التجارية على شبكة الأنترنت إلى 27 ألف موقع تقريبا في شهر أبريل. وتزايد هذا العدد بصورة كبيرة حتى وصل إلى 110 آلاف موقع في شهر أكتوبر من نفس العام. وقد كان هذا الإقبال الشديد هو الحائز الأساسي للتوسع في مجال التجارة الإلكترونية عبر الأنترنت.

¹: أنظر التجارة الإلكترونية في المجال السياسي، ص36، وما بعدها وكذلك تبرير عن مستخدمي الأنترنت في العالم إعداد مركز المعلومات ودعم إتخاذ القرار، رئاسة مجلس الوزراء نوفمبر عام 2000.

الفصل الثاني : رقابة القضاء الوطني على تنفيذ عقود التجارة الدولية

أما في عام 1996 فقد بدأ تجار البنوك في استخدام شبكة الأنترنت في عملية التسويق لسلعهم لغرض بيعها على الشبكة، وتزايدت هذه العملية مع زيادة الإهتمام بتأمين المعاملات التي تتم على شبكة الأنترنت. وقد وصل حجم التجارة الإلكترونية عام 1996 ما يقرب 3 مليار دولار وبذلك تخطى رجال الأعمال مرحلة الإعلان والترويج إلى مرحلة إتمام عمليات البيع عن طريق الأنترنت، وذلك أن يختار المشتري ما يرغب من في شرائه ويحضوا البائع الذي يقوم بدوره بإرسال السلعة إليه.

ويتم الدفع عن طريق أنظمة الدفع الإلكترونية ومن أهمها بطاقات الإئتمان كما يتم التوقيع على العقد الإلكتروني عن طريق شفرة معينة يستحيل تزويرها.

ولقد ارتفع حجم التجارة الإلكترونية عام 1998 حتى وصلت إلى 84 ألف دولار ومنذ ذلك الحين والتجارة الإلكترونية عبر شبكة الأنترنت في إزهار وتزايد مستمر نتيجة للتطورات الهائلة. التي ترشدها يوم في وسائل شبكات الإتصال وقد وصل عدد مستخدمي شبكة الأنترنت في نهاية عام 1998 إلى 151 مليون مستخدم تقريبا.

وزاد ذلك العدد بزيادة تقدرها 50/ حتى وصل في نهاية عام 1999 إلى 266 مليون مستخدم، إلى أن وصل إلى 349 مليون مستخدم في عام 2000¹

وتشير الإحصائيات والتقديرات إلى نمو في حجم التجارة الإلكترونية الدولية . ففي فرنسا أشارت إحدى التقارير إلى أن العديد من المنشورات الفرنسية قد يتعين استخدام الأنترنت وذلك 24/ عام 1997 مقابل 14/ عام 1996 وأثار التقرير أن العدد قد يتضاعف ليصل إلى 48/ في عام 1998.

¹: أنظر التجارة الإلكترونية في المجال السياسي، المرجع السابق. ص36.

الفصل الثاني : رقابة القضاء الوطني على تنفيذ عقود التجارة الدولية

أما في الولايات المتحدة الأمريكية فقد وصلت المبيعات عام 1996 إلى 518 مليون دولار مقابل 50 مليون فرنك في هذا العام. ويتوقع أن تصل هذه الأرقام إلى 6579 مليون دولار في الولايات المتحدة الأمريكية. وتسعة مليارات من الفرنكات الفرنسية عام 2001.

وهناك إحصائية أخرى تشير إلى أن نسبة المعاملات زادت عن ??? مليارات دولار في الولايات المتحدة الأمريكية عام 1998. ومبلغ 150 مليون فرنك فرنسي عام 1998. وتشير الدلائل كذلك إلى أن 60/ من النمو الإقتصادي خلال السنوات الأولى من القرن الواحد والعشرون سيرجع في المقام الأول إلى التجارة إلكترونية والتفاعل في تكنولوجيا المعلومات عموماً¹

وتشير الإحصائيات كذلك إلى أن حركة التجارة الإلكترونية في زيادة مستقرة ففي عام 2000 وتحديدًا في بدايتها تحقق فائض قدره 275 مليون دولار. وهذا الفائض أو الربح يصل في عام 2003 إلى 100 مليار دولار لتعاملات الأفراد و100 مليار دولار لتعاملات الهيئات.

ولكي يتمكن الأفراد من إبرام العقود عبر شبكة الأنترنت لابد من توافر الآتي:

- كمبيوتر 100 وكلما كان أسرع كان ذلك أفضل.
- جهاز صودم ويطلق عليه إسم كارت فاكس.
- اشتراك مع موزع الخدمة.
- البرمجيات المناسبة كالمصفحات.

ولقد وجدت الأنترنت في ظل الحرب الباردة، بين الولايات المتحدة الأمريكية والإتحاد السوفياتي- سابقا- حيث علمت وزار الدفاع الأمريكية على إنشاء ما يعرف بوكالة المشروعات البحوث المتقدمة وكان هدف الوكالة إجراء أبحاث في مجال الدفاع لضمان تفوق الولايات المتحدة الأمريكية في مجال أبحاث الدفاع خاصة بعد ما أطلق الرؤساء هويتهم القضائية (سبوتيك) سنة 1975م.

¹: التعاقد عبر الأنترنت، دكتور أسامة أبو الحسن مجاهد، ص 11 وما بعدها، سنة 2002.

الفصل الثاني : رقابة القضاء الوطني على تنفيذ عقود التجارة الدولية

وتم تجنيد جميع الإمكانيات المتاحة لدى معظم الجامعات الأمريكية لخدمة الوكالة ولتسهيل صفة الوكالة أنشأت الولايات المتحدة الأمريكية جهاز كمبيوتر عمالات الربط أربع جامعات أمريكية لتسهيل عمليات تبادل الأبحاث بينهم، أطلق على هذه الشبكة اسم آربانيت.

وفي عام 1972 تم ربط معظم الجامعات الأمريكية بشبكة آربانيت وثبتت الولايات المتحدة الأمريكية شبكة آربيت بإعتبارها شبكة بيانات دفاعية وفي عام 1983 انقسمت شبكة آربانيت إلى جزئين، شبكة الإستخدامات العمومية وشبكة الإستخدامات المدنية.

وفي سنة 1986 قامت المؤسسات القومية للعلوم بإنشاء شبكة nsfwet، وهي عبارة عن شبكة مكونة من خمس مراكز لأجهزة الكمبيوتر العملاقة. بعد ذلك سعت الجامعات إلى الانضمام إلى هذه الشبكة من أجل إبراء البحث العلمي وتبادل المعلومات بين الجامعات والباحثين¹

ثانيا: كيفية تحديد قانون الإبرام في التجارة الإلكترونية:

من خلال الدراسات ، السابقة تبين أنه في مواد العقود هناك عدة حلول يمكن الرجوع إليها في تحديد القانون المطبق في حالة سكوت الأطراف عن ذلك، فقد يكون قانون محل تنفيذ الالتزامات، أو قانون محل إبرام الإتفاق إضافة أن عددا من الدول ومن بينها القانون الجزائري تأخذ بمحل الإبرام كقاعدة احتياطية ويرجع إليها القاضي عند عدم؟؟ المتعاقدين على تحديد القانون المطبق على العقد التجاري الدولي.

وتأخذ التجارة الإلكترونية نفس الحكم إذ تتمتع بالصفة الدولية سواء تم ذلك وقت المعيار القانوني أو المعيار الإقتصادي أو كلاهما معا، فالعقود المتعلقة بمصالح التجارة الدولية التي يكون أحد أطرافها متمتع بالشخصية الجزائرية أو المقيمة بالجزائر سواء كانت بينهما أو توكيلا تجاريا، أو إلى غير ذلك التي يستغل فيها الوسيلة الإلكترونية تدفع في بعض الحالات إلى اختصاص القاضي الجزائري الذي يتولى تطبيق المادة 18 من القانون المدني الجزائري بعد تكييف العلاقة التعاقدية.

¹: جرائم الكمبيوتر والأنترنت، الأستاذ محمد أمين الرومي المحامي، سنة 2003، ص 122، 123.

الفصل الثاني : رقابة القضاء الوطني على تنفيذ عقود التجارة الدولية

وبالتالي يطبق إرادة المتعاقدين في تحديد القانون الواجب التطبيق وهذه المسألة محسومة، لكن الصعوبة تكمن الضابط الإحتياطي، والمتمثل في قانون محل إبرام لأنه لا يجمع كل المتعاقدين بجلسة واحدة يتم على أساسها تحديد مكان إبرام العقد، القاضي عقد سكوت الأطراف عن تحديد القانون المطبق على العقد التجاري المبرم باستعماله الوسيلة الإلكترونية يرجع إلى قانون الدولة التي يتطابق فيها العرض المقدم من الموجب (الإيجاب) مع القبول¹، ويطبق القواعد الموجودة في قانون تلك الدولة على العقد التجاري الإلكتروني.

فكيف يمكن للطرفين المتعاقدين توجب وجهات النظر فيها بينهما مع وجود بعد في المسافة التي تعمل بينهما من أجل إبرام العقد؟ فمن خلال هذه الإجابة يمكن تحديد المكان الذي يتم فيه إبرام العقد الذي يتم على أساسه تحديد القانون المطبق على العقد التجاري الإلكتروني في حالة سكوت المتعاقدين عن تحديده، فمن خلال كل ما تقدم يلاحظ المكانة البالغة التي يحتلها محل إبرام في العقود التجارية الإلكترونية²

فعلا أن العقد لا ينتج آثاره إلا من وقت إبرام العقد فإن تحديد القانون الواجب التطبيق. يتم وفقا لقانون محل الإبرام، تطبيقا للقاعدة الإحتياطية التي نص عليها المشرع، وبصفة عامة فإنه لا يمكن أن يتحقق " إبرام العقد " إلا بعد أن يتبادل الأطراف التراضي فيها بينهما وهذه القاعدة التقليدية التي يتطلب تراضي الأطراف المتعاقدة متواجدة لذلك في عقود التي تبرم باستعمال الوسيلة الإلكترونية، فإن تحديد محل إبرام يتم في المكان الذي يتبادل فيه الأطراف علاقة التراضي³، وهذا المكان يصعب تحديده لعدم وجود نظام قانوني محدد ينظم هذا النوع من العقود ويحدد المكان الذي يبرم فيه العقد، مما يدفعنا إلى اللجوء إلى القواعد العامة التي تأخذ بها كل العقود، ويترتب عن ذلك أحد النظريات

¹ : Jean-Louis Baudouin : les obligations, xvon blais, converans ville, édition 1989 page 97.

² : F Moutero : « L'internet et le droit des obligations contractuelles », édition de jeune barreau de bruxelles, 1997 page 50

³ : G Demolombe: Traité des contrats ou des obligations conventionnelles on fenirad, Tome 1, Hachette, paris page 48

الفصل الثاني : رقابة القضاء الوطني على تنفيذ عقود التجارة الدولية

سابقة الذكر من أجل تحديد مكان إبرام العقد، فمثلا: إذا تم عقد بيع إلكتروني لبضاعة معينة بين الطرفين الموجودون في دول مختلفة ففي هذه الحالة، هل يتم تحديد محل إبرام العمل وفقا لقانون الدولة التي أرسل فيها الموجب بغرضه أو دولة محل القبول أو علم صاحب الإيجاب؟.

اختلفت النظريات في تحديد أي من النظريات يأخذ بها فمنهم من أخذ بنظرية الإعان أو إرسال القبول ففي هذه الحالة يتم تحديد القانون محل إبرام المطبق على العقد الإلكتروني وفقا للدولة التي يتم تتبعها الطرف الذي قبل العرض، بينما إذا تم الأخذ بنظرية الوصول أو العلم بالقبول فهنا يتم الرجوع إلى قانون الدولة التي قام الموجب بإرسال فيها عرضه للتعاقد¹.

وبما أن المشرع الجزائري يأخذ بنظرية العلم بالقبول، فإذا كان القاضي الجزائري هو المختص في تحديد القانون النطبق على العقد التجاري الإلكتروني، في حالة سكوت المتعاقدين عن ذلك فيطبق قانون الدولة التي يعلم فيها الموجب بقبول الطرف الآخر، وفقا للمادة 69 ق.م بصفة أوضح فإنه إذا أبرم بعقد بيع إلكتروني ببضاعة بين طرف مقيم في فرنسا وهو صاحب البضاعة المعروضة للبيع، وطرف آخر مقيم في الجزائر، أو جزائري الجنسية الذي أرسل قبوله عن طريق شبكة الأنترنت، ففي هذه الحالة إذا كان القانون الجزائري هو المختص يطبق قانون الدولة التي يعلم فيها الموجب بقبول الطرف الآخر، وفقا للمادة 69 القانون المدني، بصفة أوضح فإنه إذا أبرم عقد البيع الإلكتروني ببضاعة بين طرف مقيم في فرنسا وهو صاحب البضاعة المعروضة للبيع، وطرف آخر مقيم في الجزائر، أو جزائري الجنسية الذي أرسل قبوله من طرف شبكة الأنترنت، ففي هذه الحالة إذا كان القانون الجزائري هو المختص يطبق قانون الدولة التي يعلم فيها الموجب بالقبول، أي القانون الفرنسي لأن القابل أرسل قبوله إلى فرنسا ليعلم به الطرف الآخر، ويعتبر وصول القبول ترتيبته على العلم به.

¹ Licenel Thomyre : L'échange des consentements dans le commerce électronique SDI les electronic vol 5, n1, 15 mai 1999, 15

الفصل الثاني : رقابة القضاء الوطني على تنفيذ عقود التجارة الدولية

أما إذا القاضي الفرنسي هو المختص كان القانون الواجب التطبيق هو محل إبرام العقد الإلكتروني، فإنه وفقا لإتجاهات الحديثة التي تأخذ به محكمة النقض الفرنسي فإنه قانون الدولة التي يرسل فيها القابل قبوله، أي القانون الجزائري هو الذي يحكم عقد البيع الإلكتروني وفقا لنظرية إرسال القبول¹

¹ : Licenel Thomyre : L'échange des consentements dans le commerce électronique SDI les electronic vol 5, n1, 15 mai 1999, 15

المبحث الثاني: آلية الرقابة في نقص النزاعات.:

إبرام عقد التجاري الدولي يتطلب الكثير من التفكير والتخطيط مما قد يستلزم إدخال العديد من الشروط التعاقدية أو النصوص التي يتم إعدادها وصياغتها بهدف الإلمام بجميع النقاط الأساسية بالعقد وتفادي الوقوع في النزاعات بعد ذلك.

من بين أهم هذه الشروط والنصوص نجد وضع فقرة في العقد توضح الأسلوب أو الطريقة التي سيتم بها حل المنازعات التي قد تنشأ في العقد في المستقبل، لأن طبيعة التعامل التجاري الدولي كغيرها من التعاملات لا يمكن أن تخلو من خلافات تعكر صفو العلاقة بين الأطراف والتي تصل إلى ما يطلق عليه بالمنازعة، وتعرف المنازعة بصفة عامة بأنها: "عدم الاتفاق حول مسألة من الواقع أو القانون، يترتب عنها تعارض بين الأعوان"¹ أما على المستوى الدولي فتقول على أنها: "تلك المنازعات ذات الطابع الثانوي بين الأشخاص الطبيعية أو المعنوية من جنسيات مختلفة، أو بين الأشخاص العامة في الدول أو إحدى مؤسساتها من ناحية وبين أشخاص أجنبية أو معنوية من جهة أخرى" والنزاع في العقود التجارية الدولية يمكن أن يكون ناشئ عن عدم تنفيذ العقد أو خلاف في تفسير بنوده أو مضمونه، إلى غير ذلك من النزاعات لعل أهم وسيلة لتسوية المنازعات في القضاء، وذلك لأن كل دولة جهازا يتولى الفصل في المنازعات يسمى القضاء الوطني² لكن برزت عدة وسائل أخرى لفض المنازعات ضمنها الصلح، الوساطة والتحكيم وهي التي تسمى بالطرق البديلة لحل النزاعات. ولكن الوسيلة الأكثر بروزا في التحكيم لها من مزايا كثيرة والتحكيم نظام قديم غير انتشاره في نزاعات عقود التجارة الدولية ظهر حديثا.

التحكيم الذي يهمننا هو التحكيم التجاري الدولي كونه هو الذي يتفق عليه. أطراف العقد التجاري الدولي. لتسوية النزاعات التي تنشأ بينهم.

¹: مصطفى منى محمود، الحماية الدولية للإستثمار الأجنبي المباشر ودور التحكيم في تسوية منازعات الاستثمار، دار النهضة العربية، مصر، 1990، ص 38.

²: منير عبد المجيد، الأسس العامة للتحكيم التجاري الدولي والداخلي في القانون الخاص في ضوء الفقه وقضاء التحكيم، منشأة معارف، مصر، 2000، ص 47

الفصل الثاني : رقابة القضاء الوطني على تنفيذ عقود التجارة الدولية

ولهذا سنتطرق إلى القضاء كألية لتسوية النزاعات التي تنشأ عن العقد التجاري الدولي في (المطلب الأول) ثم التحكيم كألية أخرى في (المطلب الثاني).

المطلب الأول: القضاء كألية لتسوية منازعات عقود التجارة الدولية:

يعد اللجوء إلى القضاء لإنهاء منازعة قائمة عن العلاقات التجارية الدولية رهيب بعدم إتفاق أطراف العلاقة التجارية على عدم اللجوء للتحكيم أحد الطرفين ذلك، مما جعل المتظرر يلجأ إلى ساحات القضاء الإجبار عليه لإنهاء الخصومة، وعلى هذا فإن اللجوء إلى القضاء في هذه الحالة هي وسيلة غير إتفاقية لإنهاء الخصوصية عكس ماهو سائد في التحكيم.

يتحدد الإختصاص القضائي في مجال العلاقات التجارية الدولية بمراعات القواعد العامة لإختصاص القضائي الوطني¹، كذلكوفقا لقواعد القانون الدولي العام وعقد لا يتم تعيين الجهة القضائية المختصة بموجب العقد المبرم، فالجهة القضائية التي تختص بالنظر في النزاع تكون محكمة مقر إقامة المدعي عليه، إلى أن في مثل هذا الحل يمكن أن يتوحد إلى حلول وأحكام قضائية تكون غير قابلة للتنفيذ بسبب نص القواعد الداخلية على قواعد الإختصاص غير القاعدة المتفق عليها دوليا.

لهذا فإنه في مثل هذه الحالة تطبق قواعد إسناد الوطنية² فنجد مثلا إتفاقية الأم المحددة بشأن البيع الدولي للبضائع المبرحة في 1980 تطبيق أمام القضاء التحكيم أو الدولة المتعاهدة مباشرة بعد مرور بتنازع القوانين³.

كمثال عن الأحكام القضائية الصادرة في مجال البيوع البحرية الذي يعد نوع من العقود التجارية الدولية، نجد الحكم الصادر في القضاء السويسري 7 ماي 1993، والمتعلق بعقد بيع

¹ الأطر العامة للعلاقات التجارية الدولية، منتدى التعليم العالي والبحث العلمي، أنظر /ub/ www. Eshamel. Net t 17283-atml

² فيما يخص قواعد الإسناد نجد المشرع الجزائري نظمها المادة 10 إلى المادة 24 من القانون المدني الجزائري.

³ عثمانية منى، البيوع البحرية، مذكرة تخرج لنيل إجازة المدرسية العليا للقضاء، (الدفعة الثانية عشر)، الجزائر 2010، 2007، ص 54.

الفصل الثاني : رقابة القضاء الوطني على تنفيذ عقود التجارة الدولية

المعدات الصناعية أبرم بين فنلندي ومشتري سويسري وأقام البائع دعواه أمام القضاء السويسري لمطالبة المشتري بوفاء ثمن البضاعة، وعلى الرغم من إبرام العقد قبل دخول اتفاقية حيز التنفيذ في سويسرا إلا أن المحكمة قررت خضوع عقد البيع لاتفاقية 1980 على اعتبار فلندا دولة متعاقدة وأن قواعد القانون الدولي الخاص السويسري تقضي بأن القانون الواجب التطبيق هو القانون التقليدي.

ما تجدر الإشارة إليه بأن القاضي الوطني يقوم بدور المراقب لتطبيق القانون الأجنبي أمام القضاء الوطني. بحيث يقع عليه استبعاد هذا القانون من دائرة التطبيق كلما لمس أن هناك تبادل على القانون من طرف المتخاصمين بعدم تمكينهم من إتمام ذلك التحايل وفقا لأحكام قضائية.

كما يقوم القاضي بدور الرقيب الصارم فيها يتعلق بمسائل النظام العام والأداب العامة، فكلما كان القانون الأجنبي الواجب تطبيقه مخالفا للنظام العام والأداب العامة فإن القاضي الوطني يستبعد ذلك القانون لمصالح التنوع الوطني وينتهي الأمر بإصدار حكم قضائي في منازعة العلاقات التجارية الدولية وهذا الحكم يكون واجب التنفيذ على الإقليم الوطني كما أنه ينفذ خارج إقليم الدولة التي صدر فيها بتزويدها بالصفة التنفيذية من قبل السلطات القضائية في دول التنفيذ¹

الفرع الأول: طرق الطعن العادية:

هناك بعض التشريعات تأخذ بجواز إستئناف حكم التحكيم كقاعدة، وهناك من أخذت بالإستئناف كإستثناء.

الأصل في حكم التحكيم أنه يقبل الإستئناف، هذا الأصل ينطبق على حكم التحكيم العادي لأنه لا يوجد من يخالف ذلك، وأن حق الإستئناف ثابت للخصوم حتى وإن لم يتم عليه إتفاق التحكيم، ومن بين هذه التشريعات التي تأخذ بالإستئناف كقاعدة التشريع الجزائري، الذي أجاز إستئناف حكم التحكيم الصادر داخل الجزائر ما لم يتنازل الأطراف عن حقهم في ذلك².

¹: الأحوال العامة للعلاقات التجارية الدولية، مرجع سابق

²: سليم بشير. الحكم التحكيمي والرقابة القضائية، جامعة لخضر " باتنة " بدون نشر، سنة 2014، ص271

الفصل الثاني : رقابة القضاء الوطني على تنفيذ عقود التجارة الدولية

المادة 1033 ق إ م إ على أنه: "يرجع الإستئناف أحكام التحكيم..... ما لم يتنازل الأطراف على حق الإستئناف في اتفاقية التحكيم".

كذلك الأمر للمشرع الفرنسي حيث أعطى لأحكام التحكيم الداخلي حق الطعن بالإستئناف طبقاً لنص مادة 1481 ق إ م إ إلا إذا إتضحت إتفاق التحكيم ما يفيد تنازل الأطراف عن حق الطعن حتى مع هذا التفويض التحفظ وتضمنين الإتفاق التحكيم ما يفيد تمسكهم بإمكانية الطعن بالإستئناف¹ فالإستئناف هو نظر للموضوع من جديد².

كما أجاز المشرع اللبناني الطعن في الحكم الداخلي بتكوين الإستئناف ما لم يكن الخصوم قد تخلوا عن ذلك في اتفاقية التحكيم³. هذا حسب نص المادة 799 من قانون الأصول المحاكمات المدنية اللبناني رقم 90 لسنة 1983

الفرع الثاني: طرق الطعن الغير العادية:

حدد المشرع الجزائري طرق الطعن غير العادية في التحكيم الداخلي والتي تتمثل في إعتراض الغير الخارج عن الخصومة عمداً بأحكام المادة 1032 ق 2 ق إ م إ.

أولاً: اعتراض الغير خارج عن الخصومة:

اعتراض غير خارج عن الخصومة عن صحة القانون لكل شخص يقدر أن الحكم الصادر عن خصومة معينة بين طرفيها قد أضربه، أن يدعي هذا الحكم بصيغة اعتراض ليتمكن بهذه الطريقة من رفع الضرر الذي قد يتعرض له فعلاً الحكم الذي لا حجة عليه، ولا يسوع امتداده إلاّ بآثره فهو طعن

¹: تنص مادة 1482 من قانون المرافعات الفرنسي على أنه: حكم التحكيم قابل للإستئناف، إلا إذا تنازل الأعوان عن ذلك في اتفاقية التحكيم.

²: حمزة وهاب محاضرات في التحكيم التجاري الدولي محاضرة جامعة العربي بن مهيدي، أم البواقي، 20/04/2015، ص 47

³: فؤاد ديب، تنفيذ أحكام التحكيم الدولي والكساد في الاتفاقيات الدولية والتشريعات العربية الحديثة، جامعة دمشق للعلوم الانسانية والثانوية، العدد 3، دمشق 2011، ص 66.

الفصل الثاني : رقابة القضاء الوطني على تنفيذ عقود التجارة الدولية

بحكم يتقدم به شخص آخر حكم بمصلحته، ولم يكن خصما ولا مثالا في الدعوى، وذلك في الأحوال المقررة في القانون

ويقصد بالغير الشخص الذي لم يكن من الخصوم في الدعوى التي صدر فيها الحكم لا بنفسه ولا بنيابة العامة غيره عنه، فهو لم يكن من أشخاص الدعوى وهم المدعي عليه والشخص الثالث، فهؤلاء أطراف الدعوى سواء مارسوا الدعوى بأنفسهم أو بواسطة من يتوب عنهم قانونا نيابة اتفاقية أو قانونية كالوكيل والوصي والقيم ومتولي الرق ومن يمثل الشخص المعنوي وغيرهم وعدا هؤلاء من غير بالنسبة للحكم الصادر في الدعوى¹

ثانيا الطعن بالنقض في حكم التحكيم:

نص المشرع الجزائري في المادة 1034. ق إ م إ حل إمكانية الطعن بالنقض في التوارات الفاصلة في الاستثناء وبعد استقراء المواد الواردة في الفصل الرابع طرق الطعن. في أحكام التحكيم من الباب الأول في الصلح والوساطة، من الكتاب الخاص، في الطرق البديلة لحل النزاعات، حيث لم ترد أية إشارة تفيد بالصحة القضائية المختصة بالنظر في الطعن وكذا ميعاد رفعه لهذا يمكن الرجوع إلى الأحكام العامة المنصوص عليها في قانون إجراءات المدنية والإدارية.

ثالثا: التماس إعادة النظر.

التماس إعادة النظر يعني أن القاضي الذي أصدر الحكم أو القرار سحب ما صدر عنه من أخطاء بدون قصد دون إرادة، ويتميز الطعن بالتماس إعادة النظر عن طرق الطعن الأقوى بأنه لا يناقش صحة ما يذهب إليه القاضي من حيث موضوع الدعوى بل يقتصر على إعادة دراسة ومناقشة الخطأ المادي أو الإجرائي الذي حمل خارج إرادته، والذي وقع اكتشافه بعد صدور الحكم أو القرار، وهذا الطعن يعتبر بمثابة واجهة للحكم أو القرار، لذلك يمكن القول أن الطعن بالتماس إعادة النظر يشبه من حيث أن الطعن بالنقض يمارس لتصحيح الخطأ في تطبيق القانون أمام جهة قضائية

¹: غسان مدحت خير الدين، طرق الطعن في الأحكام، طبعة 1(عمان: دار الراجحة للنشر والتوزيع)، 2014، ص 90

الفصل الثاني : رقابة القضاء الوطني على تنفيذ عقود التجارة الدولية

التي أصدرت نفس الحكم أو القرار المطعون فيه، ولكن لتدارك ما صدرت أخطاء غير إرادية وغير مفقودة، أما أوجه التشابه بينهما تتمثل في أن أسباب الطعن أمام كل منها مذكورة على سبيل الحصر، وإذا كان للمحكمة العليا حسب المادة 234 من قانون الإجراءات المدنية القديم السالف الذكر أن يتعرض تلقاء نفسه أي وجه أو سبب من أوجه وأسباب الطعن بالتماس إعادة النظر¹.

المطلب الثاني: التحكيم كآلية لتسوية عقود التجارة الدولية

التحكيم هو إتفاق الخصوم على تولية طرف ثالث فصل النزاع بينهما، حيث أن التحكيم هو تولية الخصمين حكما يحكم بينهما وركنه اللفظ عليه مع قبول الآخر².

حديثا أصبح التحكيم هو الوسيلة لأكثر تفصيلا بالنسبة للمتعاملين على المستوى الدولي وهذا نظرا لوجود عدد من الاتفاقيات الدولية التي تناولته، لعل أهمها إتفاقية نيويورك المغلقة بالاعتراف وتنفيذ الأحكام الأجنبية لعام 1958، وكذلك وضعت لجنة القانون التجاري الدولي التابعة للأمم المتحدة، قواعد خاصة بالتحكيم كما وضعت قانونا نموذجيا للتحكيم.

إضافة إلى هذا فقد إهتمت الدول الغربية والعربية على السواء بالتحكيم، فمنها من خصم له بابا مستقلا في تشريعاتها المتضمنة للتقاضي مثل قانون المراعات المدنية والتجارية لدولة الإمارات العربية ومنها من خصص له قوانين مستقلة.

التحكيم الذي يهمننا هو التحكيم التجاري الدولي، ونظرا لخصوصية هذا الأخير، فليس كل نوع يمكن أن يسوى في إطاره، لأنه له طابع يميزه عن غيره من النزاعات، فيجب أن يكون من

¹: عبد العزيز سعد، أبحاث تحليلية في قانون الإجراءات المدنية، الجزائر، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، سنة 2008، ص

²: صالح بن عبد الله بن عملاق الصوفي، المرجع السابق، ص 358.

الفصل الثاني : رقابة القضاء الوطني على تنفيذ عقود التجارة الدولية

النزاعات القانونية لا السياسية¹ لأن كل من القانون الدولي والقوانين والوطنية المقارنة تتحدث عن العلاقة الثانوية في مجال التجارة الدولية العقدية أو غير العقدية، وهو ما نصت عليه المادة 1/2 من اتفاقية نيويورك لسنة م 1958/ والمادة 7 من القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي².

كذلك يجب أن يكون النزاع دولياً، ولتحديد هذا الأخير إعتقد كل من المعيار الإقتصادي والمعيار الثانوي في دولة العقد، وأخيراً يجب أن يكون النزاع من النزاعات التي يجوز تسويتها عن طريق التحكيم، وما يؤكد ضرورة أهمية مسألة التباينة للتحكيم هو الذي ذهبت إليه الإتفاقيات الدولية المتعلقة بالتحكيم التجاري الدولي³. أما عن تحديد هذه المسائل القابلة للتحكيم وتتمثل في: الإلتزام بنفقة حقوق الإرث الحقوق المتعلقة بالمسكن والمجلس وكذا المسائل المتعلقة بالنظام العام وحالة الأشخاص وأهليتهم⁴

كذلك من بين أهم أنواع النزاعات التي تسوى عن طريق التحكيم التجاري الدولي تلك المنبثقة عن عقود التجارة الدولية فيتم اللجوء إلى هذه الوسيلة عن طريق إتفاق أطراف العقد سواء أثناء إبرائه وهذا يكون بشرط التحكيم ويعد من بين العقد الأصلي، أو بعد ثبوت النزاع وهذا ما

¹: تعددت المعايير للفرقة بين النوعين من النزاعات بتعدد الاتجاهات الفقهية، فظهر المعيار الموضوعي والمعيار الشخصي والمعيار الذي نادى بوضع قائمة لتعداد النزاعات القانونية أنظر: عشوش أحمد عبد الحميد، التحكيم كوسيلة لفرض النزاعات في مجال الاستثمار، دراسة مقارنة، مؤسسة شباب جامعة، مصر 1990، ص 46.

²: تيات نادية، مرجع سابق، ص 10.

³: نصت إتفاقية نيويورك على ضرورة قابلية النزاع لتسوية بطريق التحكيم، وذلك في نص المادة 1/2 التي تنص: تعترف كل دولة متعاقدة بالاتفاق المكتوب الذي يلتزم بمقتضاه الأطراف بأن يخضعوا للتحكيم كل أ ر المنازعات الناشئة أو التي ستنشأ بينهم بشأن موضوع من روابط القانون التعاقدية المتعلقة بمسألة يجوز تسويتها عن طريق التحكيم كذلك نجد المادة 1/1 من بروتوكول جنيف لعام 1523 والمتعلق بشروط صحة اتفاق التحكيم على أن تقترب الدول المتعاقدة بصحة اتفاق التحكيم وكذلك شرط التحكيم ... في المسائل التجارية والمسائل الأخرى التي لا تقبل التسوية عن طريق التحكيم، أنظر: الأحذب عبد الحميد التحكيم الدولي، مؤسسة نوفل العراق 1997، ص 34.

⁴: أنظر المادة الأولى من المرسوم التحريبي رقم 33-09

الفصل الثاني : رقابة القضاء الوطني على تنفيذ عقود التجارة الدولية

يعرف بمشارطة بعد إختيار اللجوء إلى التحكيم النزاعات الناجمة عن العقد، يجب على الأطراف مراعاة توفر شروط صحة هذا العقد من أهلية أطرافه للجوء إلى تحكيم إلى توفر شروط الرضا.

بالإضافة إلى وجود سبب ومحل مشروعين، كما يترتب شرط التحكيم آثاره إذا قام سليما وفق لشروط صحته¹

أما عن القانون الذي ينظم إتفاق التحكيم فإنه يتم إما على أساس قانون الإرادة أو على أساس قانون محل التحكيم، إضافة إلى هذا يجب على الأطراف تحديد معظم المسائل المتعلقة بالتحكيم مثلا:

كيفية الإعلان ووسائله (أي الإعلان على خصومة التحكيم)، كذلك مكان التحكيم والفقهاء التي سيتم إلى غير ذلك من الأمور الهامة².

¹: الفصل النزاع عن طريق التحكيم التجاري الدولي توافر الشروط التي نمت عليها المادة 459 من قانون إ، م، إ، ج، ج. وهي صفة المصلحة والأهلية وهي شروط عامة لقبول الدعوة أمام القضاء إضافة إلى هذا استوجب توافر شروط خاصة لا توجد في وسيلة أخرى وهي ضرورة نشوب نزاع، توافر طرفي النزاع على أهلية للجوء للتحكيم التجاري الدولي وأخيرا اتفاق طرفي النزاع على اللجوء لهذا التحكيم.

²: طبقا للفقرة الثالثة من المادة الرابعة من نظام غرفة التجارة الدولية بباريس "يشتمل طلب التحكيم على:

- إسم على الأطراف ولقبه كاملا وصفته؟؟؟.
- عرض طبيعة وظروف النزاع الذي كان سبب التقدم بالمطلب.
- إشارة إلى الموضوع المطلب، ويقدر المكان إلى المبلغ أو المبالغ المطالب بها.
- الاتفاقات المعقودة وخاصة إتفاق التحكيم.
- كل المعلومات المفيدة حول عدد المحكمين واختبارهم وكل تعين محكم مطالب به.
- كل الملاحظات المفيدة حول مكان التحكيم والقانون الواجب التطبيق ولغة تحكيم "...".



نظرا لكون عقود التجارة الدولية من أبرز وسائل التبادل التجاري الدولي، ولكونها الأداة القانونية الأكثر استخداما في هذا المجال، ونظرا لطبيعتها المعقدة والمركبة، لهذا فقد حظت باهتمام كبير من المجتمع الدولي سواء من طرف مؤسساته أو منظماتها، حيث حاولت وضع قواعد خاصة بما تتلاءم مع ما يسري عنها من مشاكل وتساعد على مسايرة التطور الذي يلحق بها، إلا أن هذه القواعد غير كافية لمسايرة تلك المشاكل التي تثيرها، وهذا سواء لكونها تحمس نوعا محددا من العقود أو لاستبعادها بعض منها من مجال تطبيقها، وإما لكون الواقع العملي يفرز فوض لم تخطر ببال واصفي تلك القواعد، مثلا عقود التجارة الالكترونية، فلم يخطر ببال أحد تطورها من عقود تقليدية ترم بالطرق التقليدية إلى عقود إلكترونية ترم عن طريق برنامج للحاسوب.

ولقد تطرأ إلى رقابة القضاء الوطني على تنفيذ عقود التجارة الدولية، بحيث يتولى القاضي البحث عن القانون الأوثق الصلة بالرابطة العقدية الذي قد يتم تحديده بأحد الأسلوبين في المجال الدولي، سواء باستعمال ضوابط عامة في كامل الضوء أو ضوابط أخرى يستند فيها القاضي لظروف الملابسات التعاقد المتغيرة من عقد إلى آخر، وهذا الأسلوب الثاني أصبح معمولاً به في قضاء القانون الدولي الخاص حديثا.

وبالنسبة للمشرع الجزائري، فلقد رأى في معيار بلد الإبرام التي يعتبر من ضمن الضوابط العامة الملائمة لحكم موضوع العقد الدولي، ومن ضمنها العقد التجاري الدولي في حالة عدم إختيار المتعاقدين له، إلا أنه يصعب تحديده سواء عندما يكون محل الإبرام محدد بصفة عرضية أو في حالة التعاقد بين الغائبين، والذي كثر التعامل بهذه الطريقة خاصة مع التطور التكنولوجي الذي حمل في السنوات الأخيرة، وإنشاء شبه الإنترنت التي يتم فيها إبرام عقود التجارة الالكترونية خاصة عقود البيع الالكتروني خاصة عقود البيع الالكتروني بين أطراف موجودين في دول مختلفة وقت إبرام العقد مما يصعب فيها تحديد محل الإبرام، لذلك حاولت الدراسات الحديثة التي أجريت حسم هذه المسألة من خلال تطبيق قواعد العمل التي تحكم التعاقد بين النابئين وبالنسبة للقانون المطبق على العقد التجاري

الدولي المختار من المتعاقدين أو من القاضي عندما يتم تطبيقه فإنه يأخذ بالقواعد الموضوعية في هذا القانون دون قواعد لا تنزع ذلك لأنها تحيل إلى قانون آخر غير الملائم على العلاقة العقدية.

وبالمقابل فحرية التعاقد في مجال عقود التجارة الدولية التي تمنح للمتعاقدین حرية الاختيار هذا ما في التحكيم التجاري الدولي، باعتبارها عدالة اتفاقية تخدم مصالح المتعاقدين بالدرجة الأولى، فلقد أثبتت الدراسة التي أجريتها ما أن المتعاقدين (الخصوم) حرية كبيرة في اختيار القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع أمام الحكم الدولي عكس ما يحدث لو عرض النزاع أمام قاضي الموضوع وحتى إختيار تطبيق قانون التجارة الدولية ليس حكراً على المتعاقدين، بل يمكن للحكمين أن يختاروه عادات وأعراف التجارة الدولية بوصفها القانون الذي يحكم الموضوع النزاع، ولا ينحصر ذلك على سد الفراغ في حالة سكوت المتعاقدين عن الاختيار بل حتى في حالة التي يختار المتعاقدين القانون المطبق، ويكون تابعا لدولة معينة، فسلطة المحكم تتجاوز بكثير سلطة القاضي، الذي لا يمكنه تطبيق هذه القواعد من جهة، وفرضها على المتعاقدين حتى عند اختيارهم المريح للقانون المطبق على العقد التجاري من جهة أخرى.

وأخيرا من الصعب التسليم بالحرية المطلقة بل يمكن للقاضي وحتى المحكم بفرض لذلك يطرح التساؤل حول إذا كان هذا التعقيد هو حماية الأطراف أم تقييد لهذه الحرية، والحقيقة أنها تحمي الأطراف بالدرجة الأولى تطراً لتجنبها احتمالات إضراب بمصلحة القوى الضعيفة في العلاقة العقدية من جهة وحماية المصالح العليا للبلاد من جهة أخرى

الله المصطفى والمبرور

قائمة المصادر والمراجع :

❖ قائمة المصادر والمراجع :

✍ قائمة المصادر :

1. المادة 19 من القانون المدني رقم 59/75 الصادرة 1975/09/26 الموافق 26 رمضان 1327م، الصادر في جريدة الرسمية بتاريخ المعدل ؟؟؟؟ بالقانون المدني رقم 02/07: "يسري على الإلتزامات التعاقدية القانون المختار من المتعاقدين إذا كانت له صلة حقيقية بالمتعاقدين أو العقد.
2. المادة 1 من اتفاقية الأمم المتحدة بشأن عقود البيع الدولي للبضائع لعام 1980م.
3. المادة 1 ف 3 من اتفاقية لاهاي لسنة 1964م.

✍ قائمة المراجع :

✍ قائمة المراجع باللغة العربية :

1. الدكتور بن أحمد الحاج، قانون التجارة الدولية، عمان، مركز الكتاب الأكاديمي، الطبعة الأولى، 2017م.
2. حنان عبد العزيز مخلوف، العقود الدولية، جامعة بنها، 2006م.
3. هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2001م.
4. محمود سمير الشرقاوي، العقود التجارية الدولية: (دراسة خاصة لعقد الدولي للبضائع)، دار النهضة العربية، القاهرة، 1992م.
5. خالد أحمد عبد الحميد، فسخ عقد البيع الدولي للبضائع وفقا لإتفاقية فينا لعام 1980، ط 2، 2001م.
6. محمد إبراهيم موسى، انعكاسات العولمة على عقود التجارة الدولية، دار الجامعة الجديدة للنشر، مصر، 2007م.

7. طالب حسن موسى، الموجز في قانون التجارة الدولية، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 1997م.
8. إبراهيم أحمد إبراهيم، إدارة العقود والاتفاقيات، ورقة عمل مقدمة لندوة إدارة العقود والاتفاقيات، من 15/12 مارس 2005، جامعة عين شمس.
9. صالح بن عبد الله بن عطف العوفي، المبادئ القانونية في صياغة عقود التجارة الدولية، مركز الطباعة والنشر بمعهد الإدارة العامة، 1998م.
10. طالب حسن موسى، قانون التجارة الدولية، ط7، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2010م.
11. محمد حسين منصور، العقود الدولية، دار الجامعة الجديدة، مصر، (د.س.ن).
12. خالد محمد القاضي، موسوعة التحكيم الجاري الدولي في منازعات المشروعات الدولية المشتركة مع خاصة لأحدث أحكام القضاء المصري، الشروق، 2002.
13. صالح ص-خالص، الإعلام التجاري والمفاوضات التجارية الدولية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2001م.
14. إبراهيم أحمد إبراهيم، إدارة العقود والاتفاقيات، ورقة عمل مقدمة لندوة إدارة العقود والاتفاقيات، 12 إلى 15 مارس، 2005م.
15. سلطان عبد الله محمود الجوّاري، عقود التجارة الإلكترونية والقانون الواجب التطبيق: دراسة قانونية مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2010م.
16. طارق الحموري، قراءة مبسطة في عقود التجارة الدولية، ندوة صياغة و إبرم عقود التجارة الدولية، شرم الشيخ، مصر، من 25 إلى 29 ديسمبر 2007م.
17. محمود محمد ياقوت، حرية المتعاقدين في اختيار قانون العقد الدولي بين النظرية والتطبيق: (دراسة تحليلية ومقارنة في ضوء الاتجاهات الحديثة)، منشأة توزيع المعارف، مصر، 2004م.

18. حسني المصري، التحكيم التجاري الدولي في ظل القانون الكويتي والقانون المقارن، 1996م.
19. د. محمد علي جاود، العقود الدولية: (مفاوضاتها، إبرامها، تنفيذها)، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2010م.
20. عصام حنفي محمود، قانون التجارة الدولية، جامعة بنها، كلية الحقوق، (د، س، ن).
21. سميحة القليوبي، الأسس القانونية للتجارة البحرية، دار النهضة العربية، 2011م.
22. محمد إبراهيم موسى، التطويع القضائي للقواعد القانونية الواجبة التطبيق في مجال عقود التجارة الدولية.
23. هشام صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، الإسكندرية، سنة 1995.
24. علي علي سليمان النظرية العامة للإلتزامات في القانون المدني الجزائري ديوان المطبوعات الجامعة، الطبعة الثالثة، 1993م.
25. بديع المنصور وعكاشة عبد العال، الوسيط في القانون الدولي الخاص، دار العلوم العربية، بيروت، لبنان، سنة 1987م.
26. محمود الكيلاني، عقود التجارة الدولية في مجال نقل التكنولوجيا، منشأة المعارف الاسكندرية 1989.
27. بلحاج العربي النظرية العامة للإلتزام في القانون المدني الجزائري، الجزء الأول، التصرف القانوني، ديوان المطبوعات الجامعية.
28. مصطفى مني محمود، الحماية الدولية للإستثمار الأجنبي المباشر ودور التحكيم في تسوية منازعات الاستثمار، دار النهضة العربية، مصر، 1990م.

29. منير عبد المجيد، الأسس العامة للتحكيم التجاري الدولي والداخلي في القانون الخاص في ضوء الفقه وقضاء التحكيم، منشأة معارف، مصر، 2000م.
30. سليم بشير. الحكم التحكيمي والرقابة القضائية، جامعة لخضر " باتنة " بدون نشر، سنة 2014م.
31. مزة وهاب محاضرات في التحكيم التجاري الدولي محاضرة جامعة العربي بن مهيدي، أم البواقي، 2015/04/20.
32. فؤاد ديب، تنفيذ أحكام التحكيم الدولي والكساد في الاتفاقيات الدولية والتشريعات العربية الحديثة، جامعة دمشق للعلوم الانسانية والثانوية، العدد 3، دمشق 2011.
33. غسان مدحت خير الدين، طرق الطعن في الأحكام، طبعة 1(عمان: دار الراجحة للنشر والتوزيع)، 2014م.
34. عبد العزيز سعد، أبحاث تحليلية في قانون الإجراءات المدنية، الجزائر، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، سنة 2008م.
- 35.

✍ قائمة المراجع باللغة الفرنسية :

1. Loussouarn Yvon et Bourel Pierre, Droit internationale Prive, DALLOZ, 1987.
2. Jacquet Jean Michel et Delebecque et Philippe, Droit de Commerce international 2^{eme} édition, Dallez, Paris 2000.
3. Vinccent Henzé : La vente internationale de marchandises (droit uniforme) L. G. D.J, editions DELTA. 2000.

4. Pierre ;pyer. Droit international privé. 6^{eme} edition. Nontchrestien 1998.
5. Patrick courbe : contrats commerciaux internationaux, J, class, d.com. Fas.
6. Herri Batiffol paul la gare: droit international privé tome six^{eme} édition 1976.
7. Jean derrrupe : droit international privé, 8^{eme} édition, D-E-L-T , 1988.
8. Ency-D-op-citp369 Herri batiffod contrat et convetion.
9. Pierre Enfel : La détermination des points de rattachement en droit international privé, Unuversité de Genère 1953 pezz otti S-A.
10. Mohand issad : droit international pvivé les refles, confitit 2 édition 1983-Tomel office des publications univerqitaires.
11. Jean Marc Mousserou, Jacques Rayanand, Réfis Farbe, Jean- Luc Pierre droit du commerce international, deux^{eme} édition, 2000 LITE.
12. Jean-Louis Baudouin : les oblifation, xvon blais, converans ville, édition 1989.
13. F Moutero : « L'internet et ledroit des oblifations contractuelle », édition de jeune barreau de bruxelles, 1997.

14. G Demolombe: Trait des contrats ou des obligations conventionnelles on fenirad, Tome 1, Hachette
15. G Demolombe: Trait des contrats ou des obligations conventionnelles on fenirad, Tome 1, Hachette, paris.
16. Licenel Thomyre : L'échange des consentements dans le commerce lectronique SDI les electronic vol 5, n1, 15 mai 1999.
17. Licenel Thomyre : L'échange des consentements dans le commerce lectronique SDI les electronic vol 5, n1, 15 mai 1999.

✍ قائمة المجلات :

1. هشام خالد، عقود الدولية خاصة، مجلة المحاماة المصرية، 1991، 71، العددان 1 و2.

✍ قائمة المذكرات :

1. تياب نادية، التحكيم كآلية لتسوية نزاعات عقود التجارة الدولية، مذكرة لنيل شهادة الماجيستر في القانون، فرع قانون الأعمال، جامعة مولود فرعون، تيزي وزو، 2006م.
2. بوكلال مبروك، الخضر حكيم، دور الإرادة في تحديد القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق شعبة القانون الاقتصادي وقانون الأعمال، تخصص القانون العام للأعمال، جامعة عبد الرحمن ميرة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، بجاية، 2011/2012م.

قائمة المصادر والمراجع :

3. تعويلت كرم، استقلالية اتفاق التحكيم الدولي، دراسة في ضوء المرسوم التشريعي رقم 93-09 والقانون المقارن، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في قانون الأعمال، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2004م.
4. شاعة عبد القادر، الاعتماد المستندي أداة دفع وقرض: (دراسة الواقع في الجزائر)، مذكرة لنيل شهادة ماجستير في العلوم الاقتصادية، فرع التحليل الاقتصادي، جامعة الجزائر، كلية العلوم الاقتصادية وعلوم التسيير، 2005-2006م.
5. محمد بن عبد العزيز بن سعد اليميني، الشرط الجزائي وأثره في العقود المعاصرة: (دراسة فقهية مقارنة)، رسالة قدمت استكمالاً لمتطلبات الحصول على درجة الدكتوراه في الدراسات الإسلامية، تخصص فقه وأصول، جامعة الملك سعود، 1425هـ - 1426هـ.
6. عثمانية منى، البيوع البحرية، مذكرة لنيل إجازة المدرسة العليا للقضاء، الدفعة الثامنة عشر، الجزائر، 2010، 2007م.
7. سمر شويب، القانون الواجب التطبيق على العقد التجاري الدولي، مذكرة لنيل شهادة دكتوراه، في الحقوق، فرع ملكية الفكرية، جامعة الجزائر بن يوسف بن خدة، سنة 2009م.
8. نصيرة بوجمعة نقل التكنولوجيا في مجال التبادل الدولي رسالة دكتوراه سنة 1987، جامعة الاسكندرية.
9. عثمانية منى، البيوع البحرية، مذكرة تخرج لنيل إجازة المدرسية العليا للقضاء، (الدفعة الثانية عشر)، الجزائر 2010، 2007م.

📌 قائمة المواقع الإلكترونية :

1. الأطر العامة للعلاقات التجارية الدولية، منتدى التعليم العالي والبحث العلمي، أنظر

www.Eshamel-ub/t17283-atml.Net

الفجر

فهرس المحتويات

البسمة

شكر وتقدير.

إهداء.

مقدمة:.....أ.

05.....الفصل الأول: ماهية عقود التجارة الدولية.

05.....المبحث الأول: مفهوم عقود التجارة الدولية.

06.....المطلب الأول: تعريف عقود التجارة الدولية.

07.....الفرع الأول : إشكالية دولية العقد

12.....الفرع الثاني : مفهوم تجارية العقد

14.....المطلب الثاني: أهم أنواع عقود التجارة الدولية.

15.....الفرع الأول : عقد البيع الدولي للبضائع والخدمات.....

16.....الفرع الثاني : عقود لوكالات التجاري.

18.....الفرع الثالث: عقود الامتياز التجارية.

19.....الفرع الرابع: عقود المشروعات المشتركة.

21.....المبحث الثاني: أطراف عقود التجارة الدولية وضمائاناتهم

21.....المطلب الأول: أطراف عقود التجارة الدولية.

22.....الفرع الأول: تعريف الطرف في العقد التجاري الدولي.....

23.....الفرع الثاني: أهمية تحديد أطراف العقد التجاري الدولي.....

27.....الفرع الثالث: مسؤولية الأطراف في العقد التجاري الدولي.....

المطلب الثاني : ضمانات أطراف عقود التجارة الدولية.....28

✿ الفرع الأول: الاعتماد المستندي.....28

✿ الفرع الثاني: أنواع الإعتمادات الضمان المستندية.....32

✿ الفرع الثالث: خطاب الضمان.....34

الفصل الثاني: رقابة القضاء الوطني على تنفيذ عقود التجارة الدولية.....39

✍ المبحث الأول: حالات عدم الاختيار قانون العقد التجاري الدولي.....40

المطلب الأول: سلطة القاضي في تحديد القانون بعد عدم اختياره قبل المتعاقدين.....40

✿ الفرع الأول : أساس إستناد القاضي للقانون الأوثق صلة.....40

✿ الفرع الثاني : مدى سلطة القاضي في تجزئة الرابطة العقدية.....44

✿ الفرع الثالث : الضوابط المسبقة في تحديد القانون النسب.....46

المطلب الثاني: موقف المشرع الجزائري في حالات غياب القانون المطبق على العقد التجاري الدولي.....53

✿ الفرع الأول : قانون محل إبرام العقد.....54

✿ الفرع الثاني : إشكالية التجارة الإلكترونية.....58

✿ الفرع الثالث: عقود الامتياز التجارية.....18

✿ الفرع الرابع: عقود المشروعات المشتركة.....19

✍ المبحث الثاني: آلية الرقابة في نقص النزاعات.....66

المطلب الأول: القضاء كآلية لتسوية منازعات عقود التجارة الدولية:.....67

✿ الفرع الأول: طرق الطعن العادية.....68

✿ الفرع الثاني: طرق الطعن الغير العادية:.....69

المطلب الثاني : التحكيم كآلية لتسوية عقود التجارة الدولية.....71

الخاتمة:.....75

قائمة المصادر والمراجع:.....78