

محاضرات في مقباس العقد التجاري الدولي

د/ اللحياني ليلي

الفصل الأول: المفهوم القانوني لقواعد التجارة و عقود التجارة الدولية

المبحث الأول: مفهوم قواعد التجارة الدولية

نتطرق في هذا المبحث لمفهوم قانون التجارة الدولية باعتباره الاطار الذي تبرم في نطاقه العقود التجارية الدولية .

المطلب 01: تعريف قانون التجارة الدولية

يلعب قانون التجارة الدولية دورا تنظيميا ، اذ يعتبر مجموعة من القواعد و المبادئ واجبة التطبيق بصفة تفصيلية على العلاقات التجارية ذات البعد الدولي .

اختلف الفقه في تعريف قانون التجارة الدولية :

-تعريف واسع اعتمد على النشاط و المعاملات التجارية الدولية و تعريف ضيق نابع من القواعد الموضوعية المكرسة في الاتفاقيات الدولية و اعراف التجارة الدولية .

-انتقد التعريف الأول على أساس عدم وجود قواعد محددة و موحدة يتم الاعتماد عليها لتطبيقها في المعاملات التجارية الدولية مما يؤدي الى عدم الاستقرار و كثرة المنازعات ، اما التعريف الثاني فانتقد على أساس انه تعريف نسبي و غير دقيق لاستبعاده اطراف يعدون من اشخاص القانون التجاري الدولي كالأشخاص الطبيعية و المعنوية مثل الشركات التجارية .

-التعريف الجامع : يعرفه على انه مجموعة من القواعد الموضوعية المتعلقة بتنظيم معاملات المتدخلين في مجال التجارة الدولية .

المطلب 02: خصائصه

نلخصها فيما يلي :

1-حديث النشأة : من حيث قواعده حديث النشأة بالنظر الى المعاملات التجارية الدولية التي عرفها اشخاص القانون الدولي منذ القدم

2-عرفي الأصل: كانت عبارة عن احكام متداولة ليتم توحيدها في قانون خاص بالمعاملات التجارية كعرف حسن النية ، مبدا سلطان الإرادة في تحديد القانون الواجب التطبيق،....

3-موضوعي و مرن : تظهر الموضوعية في تنظيمه المواضيع باحكام واقعية و قواعد موحدة تسري على المعاملات التجارية الدولية ، اما المرونة فقواعده لا تتوفر على صفة

الامر ، فهي مكملة و تغلب قانون الإرادة و حرية الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق

4-صفة الدولية : النصوص المنظمة له مستمدة من الاتفاقيات الدولية و /او وضعت من قبل هيئات مختصة .

5- قانون معولم و مستقل: تظهر العولمة من خلال مسعى المنظمة العالمية للتجارة الى توحيد نشاط التجارة الدولية و اطار قانوني خاص بها من خلال الاتفاقيات الدولية ، اما الاستقلالية فتظهر من خلال القواعد و الاحكام المنظمة للتجارة الدولية المكرسة في اتفاقيات موحدة ، و من خلال وجود نظام خاص لتسوية النزاعات ، أيضا تظهر من خلال وجود أجهزة دولية مختصة لتفعيل قانون التجارة الدولية مثل المعهد الدولي لتوحيد القانون الخاص .

المطلب 03: مصادر قانون التجارة الدولية

تنقسم الى مصادر دولية و وطنية

أولاً- مصادر دولية : تتفرع بدورها الى مصادر اتفاقية ، شبه اتفاقية و العرف و المبادئ العامة للقانون

1-مصادر اتفاقية : تكون اما اتفاقيات عقدية او شارعة

أ-اتفاقيات دولية عقدية (ثنائية) :تتعلق بتنظيم موضوع خاص بالتجارة الدولية تلتزم من خلاله الدولتين بأحكامها.

ب-الاتفاقيات الدولية الشارعة: هي اتفاقيات متعددة الأطراف موضوعها انشاء قواعد دولية موضوعية متعلقة بأحد مواضيع التجارة الدولية مثل اتفاقية فينا للبيع الدولي للبضائع 1980.

يميز الفقه بين نوعين من الاتفاقيات الشارعة :

*ذاتية التنفيذ: احكامها تسري مباشرة و يلتزم القضاء الوطني بتطبيق احكامها مثل اتفاقية فينا و اتفاقية باريس لحماية الملكية الصناعية 1883.

* غير ذاتية التنفيذ: لا تنشئ التزامات او حقوق الا للدول المتعاقدة و تحتاج الى تشريع خاص لتطبيق احكامها مثل اتفاقية تريبس : اتفاقية الجوانب المتصلة بالتجارة و حقوق الملكية الفكرية

2- مصادر شبه اتفاقية : تصدر عن هيئات و مراكز دولية متخصصة في مجال التجارة الدولية ، كجهود و اعمال لجنة الأمم المتحدة الخاصة بالقانون التجاري الدولي .

3- العرف و المبادئ العامة للقانون ، المبادئ المتعرف عليها في مجال التجارة كالعقد شريعة المتعاقدين ، القوة الملزمة للعقد، ...

ثانيا: المصادر الوطنية

القانون المدني ، القانون التجاري، قانون الإجراءات المدنية و الإدارية

المطلب04: اشخاص قانون التجارة الدولية

أولاً: الأشخاص الفاعلين في انشاء قواعد قانون التجارة الدولية

تتمثل في المنظمات الحكومية (كالمعهد الدولي لتوحيد القانون الخاص) ، المنظمة العالمية للتجارة ، لجنة الأمم المتحدة لقانون التجارة الدولية

ثانيا: الأشخاص الفاعلين في مجال ابرام المعاملات التجارية الدولية

تتمثل في الدولة سواء كانت كشخص ذات سيادة او كعون اقتصادي خاص بالإضافة الى الشركات التجارية خاصة شركات الأموال و متعددة الجنسيات .

المبحث الثاني: المفهوم القانوني للعقد التجاري الدولي

اختلف الفقه في تعريف العقد التجاري الدولي و إيجاد تعريف جامع و مانع له ، اذ ظهر اتجاهين : اتجاه اخذ بالمعيار القانوني و اخر بالمعيار الاقتصادي .

المطلب01: المعيار القانوني

يعد العقد دوليا اذا اتصلت عناصره القانونية بأكثر من نظام قانوني واحد، فيما اختلف الراي بالنسبة للعناصر المتمثلة في مكان إبرام العقد أو تنفيذه أو جنسية المتعاقدين أو موطنهم، اذا كانت جوهرية او لا تؤثر في العقد، فشخص اجنبي يقيم بدولة اجنبية ابرم عقد شراء لاستخدامه الشخصي من السوق المحلي لا يعد عقد دولي ، كما يعد النقل دولي اذا كان من دولة الى أخرى بغض النظر عن جنسية المتعاقدين.

تعرض المعيار القانوني للنقد على أساس أنه غير كاف لاسباغ صفة الدولية على بعض العقود التي لا تتضمن أي عنصر مؤثر من عناصر الصفة الأجنبية .

المطلب02: المعيار الاقتصادي

طبقا لهذا المعيار فان العقد يعتبر دوليا إذا تعلق بمصالح التجارة الدولية أي إذا كان موضوعه تبادل السلع و الخدمات او رؤوس الأموال عبر الحدود .

انتقد هذا المعيار على أساس أنه يتسم بالغموض وعدم التحديد، فهو لا يضيف جديد و إنما هو مجرد تطبيق للمعيار القانوني ، حيث أن تبادل السلع و الخدمات عن طريق العقد بين أكثر من دولة يسبغ عليه صفة الدولية لانه يتضمن عنصرا اجنبيا مؤثرا في تحديد القانون الواجب التطبيق و القضاء المختص و يتمثل هذا العنصر في اثار العقد او تنفيذه و الذي يمتد خارج حدود الدولة .

الفصل الثاني : المفاوضات في عقود التجارة الدولية

تختلف عقود التجارة الدولية المعاصرة (عقود نقل التكنولوجيا) عن العقود الدولية اليومية البسيطة كالبيع و النقل ، حيث تنطوي على العديد من المسائل الفنية الدقيقة التي لا يمكن حسمها في جلسة او جلستين، بل تستلزم اختيار مراحل متعاقبة و مستمرة للاتفاق النهائي عليها او ابرام العقد الذي يتم فيها اتفاقيات تمهيدية تحرر فيها مستندات تحضيرية يتبادل فيها الأطراف المفاهيم حول أمور تتصل بالمفاوضات و لعل أهمها يسمى خطاب النوايا او التفاهم .

تختلف القيمة القانونية لهذه الاتفاقيات بتعدد صورها التي تعرف كلها بالاتفاقيات قبل عقدية و منها ما يتمتع بقيمة قانونية كاملة او العكس حسب إرادة الأطراف في العقد .

المبحث 01: مفهوم التفاوض

نتناول في هذا الاطار تعريف التفاوض و خصائصه و استراتيجيات التفاوض

المطلب 01: تعريف التفاوض

عرفه الأستاذ " DELEBEK " : هي مرحلة تبادل الاقتراحات او وجهات النظر بين الأطراف للتعرف على العقد المراد ابرامه من اجل الوصول لاتفاق نهائي و تحديد الشروط العامة للعقد.

المطلب 02: خصائص التفاوض

-التفاوض تصرف ارادي تابع الى الرغبة و الحاجة الى التفاوض
-تصرف اتفاقي ثنائي بين الأطراف صراحة او ضمنا مكتوب او شفهي قائم على مبدأ حسن النية .

-التفاوض ذو نتيجة احتمالية .

-وسيلة فعالة لاعادة التوازن العقدي .

المطلب 03: استراتيجيات التفاوض

تعتبر المفاوضات في العقود التجارية الدولية فن يجب على الشخص المفاوض ذو موهبة و إمكانيات قانونية و فنية هائلة من اجل الدخول في المفاوضات و الخروج بالعقد في احسن بنوده مما يسهل عملية تنفيذه و هذا وفق خطة معينة منها :

-استراتيجية الاستعلام

-استراتيجية التشدد

-استراتيجية الاخذ و العطاء

-استراتيجية المر الواقع

*عوامل نجاح المفاوضات: يجب ان تتوفر في الطرف المفاوض العديد من العوامل الفنية الشخصية و الموضوعية لنجاح المفاوضات في عقود التجارة الدولية .

المبحث الثاني : القيمة القانونية للمفاوضات قبل العقدية

اختلف الفقه في تحديد الطبيعة القانونية للمفاوضات ، فمنهم من اعتبرها ذات طبيعة عقدية و اخرون اعتبروها ذات طبيعة مادية

المطلب 1: الطبيعة المادية للمفاوضات

تقوم هذه الفكرة على أساس ان التفاوض يمثل مجرد واقعة مادية فقط نفهو غير ملزم و مفرغ من أي قيمة قانونية ، و يؤكد الفقه و القضاء على الطابع المادي للمفاوضات التي تتم دون اتفاق صريح بشأنها، و هو الموقف الذي يؤكد الأستاذ "دليبياك " و يترتب على ذلك:

-قيام المسؤولية التقصيرية على العدول عن التفاوض سواء اقترن العدول بخطا مستقل او لم يقترن بخطا ، خاصة في حالة انقطاع المفاوضات في اللحظة الأخيرة و دون مبرر ، فيكون العدول في هذه الحالة هو الخطأ بعينه و يبرر قيام المسؤولية التقصيرية .

-يتم قيام المسؤولية التقصيرية باثبات الخطأ التقصيري ، مما يقع على كاهل الطرف المتضرر اثبات ذلك و ان الخطأ مستقل عنه.

ملاحظة: الاخذ بقواعد المسؤولية التقصيرية قد ينفر البعض من المفاوضات طالما ان المسؤول عن قطعها ملزم بتعويض الطرف الاخر سواء كان يتوقع الضرر او لا يتوقعه .

المطلب 2: الطبيعة العقدية للمفاوضات

يرى جانب من الفقه انه بمجرد توافق ارادتين على الدخول في مرحلة التفاوض يكون الطرفان قد عقدا فيما بينهما عقدا دون ان يصرحا بذلك، و هذا العقد هو الذي يحكم العلاقة بينهما سواء اثناء التفاوض او عند فشل العملية ، مما يجعل المسؤولية التي تنشأ عنه عقدية

، مثلا بالنسبة لعقود نقل التكنولوجيا التي تستغرق وقت و جهد و نفقات باهضة بالإضافة الى الفرص التي يمكن ان يفوتها احد الطرفين .

ان اتفاق التفاوض سواء صريح او ضمني يطلق عليه الاتفاق المبدئي او اتفاق التفاوض ، يراد منه إضفاء الطابع العقدي للمفاوضات و هذا ما اقرته غرفة التجارة الدولية.

-يترتب عن اتفاق التفاوض نشوء التزام البدء في التفاوض الذي يقع على عاتق الطرفين و متابعتها، و ذلك باتخاذ الإجراءات اللازمة لفتح عملية التفاوض خلال المدة المتفق عليها ، و ان لم يتم تحديدها يجب ان تكون معقولة بالإضافة الى تحديد مكان اجراء المفاوضات ، و الطرف الذي يتحمل نفقات الدراسة الأولية مع الالتزام بوجود استمرار المفاوضات و متابعتها ، و هذا ما أكدته محكمة التحكيم التابعة لغرفة التجارة الدولية.

المطلب 3: التنظيم الاتفاقي للمفاوضات

تكريسا لمبدأ الحرية التعاقدية و تطبيقا لنص المادة الأولى للمبادئ الموحدة للعقود الدولية و اتفاقية فينا ، يجب ان يتم تنظيم اتفاقي للمفاوضات و هو ما يحدد الطبيعة القانونية للمفاوضات في مجال العقود التجارية الدولية .

يحتاط الطرفان من خلال تضمين عقد يقيد التزامهم بالمفاوضات و النص على اعتباره جزء لا يتجزأ من العقد و و تكسب المفاوضات بذلك القوة الملزمة ، كما يمكن للمتعاقدين عدم الاعتداد باي قيمة قانونية للمفاوضات سواء لتفسير العقد او تكملته ، و يتضمن عقدهم ما يفيد بذلك.

اذا تم ابرام اتفاق المفاوضات على إضفاء الطابع التعاقدية للمفاوضات ينتج عنه ما يلي:

-يجب على الأطراف قبل الدخول في المفاوضات النص صراحة الاعتداد بهذه المرحلة و اعتبارها عملا قانونيا ملزما او العكس.

-المفاوضات جزء لا يتجزأ من العقد الأساسي

-تضمين المفاوضات شروط صريحة و احترام مختلف المبادئ التي تقوم عليها خاصة حسن النية

-الإشارة الى المسؤولية العقدية في حالة الاخلال بمبادئ المفاوضات و الالتزامات التي تفرضها

-تحديد القانون الذي يحكم المفاوضات من حيث الشكل و المضمون بالإضافة الى تحديد الاختصاص القضائي .

-يتم الاعداد للمفاوضات من خلال اتفاقيات تمهيدية تحرر في مستندات تحضيرية يتبادل فيها الأطراف الرؤية و المفاهيم حول أمور تتصل بالمفاوضات حول العقد النهائي ، و أهمها يسمى خطاب النوايا او التفاهم .

المبحث الثالث : تنظيم المفاوضات في عقود التجارة الدولية

تتم الدعوى الى التفاوض من خلال اعلان رغبة طرف لابرام عقد تجاري بواسطة خطاب النوايا او التفاهم .

المطلب 1: الاعداد للمفاوضات

تعريف خطاب النوايا: يطلق عليه مصطلح مذكرة تفاهم ، مذكرة أساسيا الاتفاق ، خطاب التفاهم ، و يعرف انه ذلك الخطاب او المستند المكتوب الموجه من طرف يرغب في التعاقد على محل معين الى الطرف الاخر يبين فيه رغبته في التعاقد معه و يطرح فيه الخطوط العريضة للعقد المزمع ابرامه و يدعو للدخول في المفاوضات العقدية .

مضمون خطاب النوايا : يختلف باختلاف القصد من المفاوضات او النية التي يسعى الطرف المصدر للخطاب في تحقيقها من خلاله ، و قد يتضمن :

-اعلان مبدئي للرغبة في الدخول في محادثات حول عملية تعاقدية (يتضمن موضوع العقد ، الثمن ، مكان التسليم ، وقت الإنجاز،...الخ)

-قد يعبر عن وضع الاطار المستقبلي المتعلق بتنظيم المفاوضات ذاتها (تحديد وقت و تاريخ و مكان المفاوضات)

-قد يتضمن الشروط العامة للعقود المزمع ابرامها في المستقبل (العقود المتكررة كعقود التوريد)

-قد يكون تعبير صريح عن النية الجادة في التعامل و الرغبة في التعاقد و الوصول الى عقد نهائي .

-قد يكون مجرد طلب معلومات او مجرد رد على استفسارات خاصة بالعملية التعاقدية دون النية بالالتزام بالدخول في مفاوضات تعاقدية .

و عليه قد يأخذ عدة صور أهمها:

1-الخطاب دعوة للتعاقد: من خلال الدعوة لوضع اطار عملية التفاوض

2-الخطاب دعوة للبدء في المفاوضات : دعوة للبدء في المفاوضات حول العقد مع

الالتزام بحسن النية

3-خطاب الاتفاق المبدئي الحر: تكون عادة بعد ان تكون المفاوضات قد قطعت شوطا كبيرا و الوصول الى أمور ارضت محرر الخطاب.

4-خطاب الاتفاق المبدئي التعاقدى : يتم اللجوء اليه خاصة في عقود نقل التكنولوجيا اين يكوناتفاق تعاقدى على الالتزامات مما يترتب مخالفتها مسؤولية تعاقدية .

5-خطاب المشروع النهائي للعقد : هو الخطاب الذي يفيد ام مرحلة المفاوضات انتهت الى تصور لمشروع بنود و نصوص العقد النهائي غير ان التوقيع عليه معلق على استيفاء بعض الشروط القانونية (مثل عقود نقل التكنولوجيا التي تحتاج الى ترخيص لمباشرة النشاط)

المطلب 2: الالتزامات التي يربتها التفاوض

1-الالتزام بحسن النية : يستوجب حسن النية الصدق ، الصراحة ، النزاهة ، التعاون و مواصلة التفاوض ، و هو مبدأ اقره المشرع و نص عليه في المادة 107 من ق.م.ج.

2-الالتزام بحسن السلوك: حسن السلوك في التعامل سواء في مرحلة تكوين العقد او اثناء تنفيذه.

3-الالتزام بالاعلام : يلتزم المتفاوض بالاعلام و الارشاد بكافة المعلومات الحقيقية المتعلقة بالعقد ، و عن مدى ملائمة العملية تقنيا و فنيا و ماليا ، مما يستوجب عليه الالتزام بالمصارحة و الشفافية في مرحلة تكوين العقد و ابرامه و يعتبر مظهر من مظاهر حسن النية

4-الالتزام بالتعاون: يقصد به التعاون الوطيد و المستمر بين الأطراف المتفاوضة مما يوصل الى نهاية منطقية ، و يتم التعاون في اطار الثقة المتبادلة و احترام مواعيد جلسات التفاوض و الجدية في مناقشة العروض .

5-الالتزام بالسرية : في عقود التجارة الدولية خاصة التي لها علاقة بالمعرف الفنية و نقل التكنولوجيا ، يعتبر الالتزام بالسرية من العناصر الأساسية التي تقع على عاتق الأطراف ، يتحدد نوع المعلومات السرية بالرجوع الى اتفاق الأطراف ، فاذا لم يتفق الأطراف على ذلك يتولى المحكم او القاضي تحديد تلك المعلومات وفق سلطتهم التقديرية مستعينين بالمرشد العملي خاصة في مجال عقود نقل التكنولوجيا الذي يحتوي على عدة صيغ نموذجية للاتفاق على سرية المعلومات المتبادلة بين الأطراف في مرحلة المفاوضات .

6-الالتزام باستمرار المفاوضات: التزام تبادلي على الطرفين يعد وفق ما يقتضيه مبدأ حسن النية في المفاوضات ، فهو التزام ببذل عناية و ليس بتحقيق نتيجة ، و عليه يجب ان

تكون المفاوضات في اطار مشروع تعاوني يتم البث فيه عن المصالح المشتركة للأطراف بهدف الوصول لاتفاق مشترك و يجمع بين مصالحه.

فلا يجوز لأي طرف ان يفاجئ الطرف الاخر بطلب غير مقبول و غير متوقع و يصر عليه بطريقة تعسفية تهدم العملية التفاوضية في اخر لحظة دون وجود أسباب جدية و موضوعية .

7- الالتزام بحظر المفاوضات الموازية : يلزم مبدأ حسن النية ان يتم المفاوضات بين الطرفين دون ان يلجأ احد الأطراف الى طرف اخر(طرف ثالث) ، تعتبر في هذه الحالة مفاوضات موازية و هي محظورة يعتبر الطرف فيها سيء النية في حالة اتفاق الأطراف على حظرها .

الفصل الثالث: ابرام عقود التجارة الدولية

صياغة العقود لها أهمية كبيرة في الواقع العملي ، مما أدت أهميتها بلجنة القانون التجاري الدولي التابعة للأمم المتحدة سنة 1987 من اعداد دليل قانوني لصياغة عقود التجارة الدولية و تم نشره سنة 1988.

المبحث1: صياغة العقد من حيث الشكل

أولا : الكتابة

القاعدة في القوانين التجارية مبدأ الرضائية و حرية الاثبات الا انه يشترط في بعض الحالات الكتابة كركن شكلي للانعقاد كعقود الشركات التجارية و الاسناد التجارية .

ثانيا: الصياغة

يعني التعبير عما يريده اطراف العقد بطريقة تنقل المعنى المراد بشكل مكتمل و دقيق و مكتوب حتى يتفادى النزاع مستقبلا ، و ذلك من خلال التعرف على رغبة العميل ، مثلا اذا كان طلب عقد نقل التكنولوجيا فيجب معرفة اذا كان غايته البيع او عقد ترخيص صناعي.

-يجب تجنب استعمال صيغة تفضي للمجهول : مثل ضرورة التعاقد مع احد الناقلين دون تحديد هوية الناقل .

-يجب استعمال الكلمات المناسبة: خاصة و ان اللغة العربية غنية بمصطلحاتها و معانيها ، كما تؤدي المصطلحات القانونية الى معاني تؤثر على معنى الالتزامات التعاقدية ، مثلا البطلان و باطل ، الفسخ و الانفساخ ،....

-تجنب استعمال الكلمات ذات معاني متعددة او غير مألوفة او وضع قائمة المصطلحات تلحق بالعقد تتضمن المعنى .

-عدم استعمال عبارات تلزم العميل بشيء لا يريده الطرف الاخر (مثلا ان تفرض على العميل وسيلة نقل السلعة)

-تجنب استعمال الكلمات الفضفاضة مثلا الالتزام بالتأمين ضد الاخطار المألوفة

ثالثا: لغة العقد

يجب تحديد اللغة المعتمدة في العقد

المبحث2: صياغة العقد من حيث المضمون

يتعين ان يتضمن العقد بنودا تحتوي على ما يلي :

- 1- تحديد موضوع العقد: مثل عقد بيع ، ايجار، توريد،...
- 2- مقدمة العقد: ديباجة تتضمن اهداف و خبرة الأطراف و مقاصد الطرفين،...
- 3- العريفات: قد تحتاج بعض العقود الى تعريفا خاصة العقود التقنية
- 4- التزامات الأطراف و جزاء مخالفتها: تحديد التزامات كل طرف في العقد و الجزاء المترتب في حالة مخالفة الالتزام
- 5- مدة العقد: تحديد المدة او الية انتهائه او تجديده
- 6- ضمانات العقد: مثل طلب شهادة المنشأ او خطاب الضمان او الاعتماد المستنديين....، كضمان حول الاتفاق المبرم بين الطرفين .
- 7- طرق فض النزاع: تحديد آلية فض النزاع اما تسوية ودية عن طريق المصالحة او الوساطة او التحكيم او تسوية قضائية.
- 8- مسائل أخرى : تتضمن مثلا : أسماء المتعاقدين ، عنوانهم ، طرق التبليغ، الدخول حيز التنفيذ، وقت توقيع العقد، سرية المعلومات،....

الفصل الرابع : القانون الواجب التطبيق

يثير القانون الواجب التطبيق اشكالا قانونيا خاصة في غياب التصريح بالقانون المختص بالعقد .

المبحث الأول: اخضاع العقد التجاري الدولي لقانون الإرادة

يخضع العقد لقانون الإرادة سواء الصريحة او الضمنية ، حيث يمكن للأطراف اخضاع العقد لقانون دولة معينة او اختيار قانون يحكم العقد كله او بعض جوانبه و لا يشترط ان يكون له صلة بالعقد بالنسبة للقواعد الموضوعية دون قواعد التنازع.

يحدد الأطراف ضمن شروط العقد القانون الذي يحكم العلاقة التعاقدية و هو ما يطلق عليه مبدأ سلطان الإرادة في تحديد قانون العقد .

المطلب 01: أساس قانون الإرادة

تأثرت التشريعات الداخلية باتجاهين فقهيين :

* النظرية الشخصية: اطلقت حرية الأطراف في تحديد قانون العقد ، و بالتالي يسمو افاق الأطراف على القانون باعتباره يستمد قوته من اتفاق الأطراف
* النظرية الموضوعية : قيدت من حرية الأطراف ، اذ يجوز اختيار القانون الواجب التطبيق بشرط اختيار القانون الذي له صلة بالعقد او بين العقد و القانون المختار

المطلب 02: شروط اختيار القانون الواجب التطبيق

حسب قواعد التنازع في القانون المدني الجزائري لاسيما المادة 18 منه "تسري على الالتزامات التعاقدية القانون المختار بين المتعاقدين اذا كانت له صلة بالمتعاقدين او بالعقد " عليه المشرع الجزائري يشترط:

✓ ان يكون العقد دولي

✓ التعبير عن القانون الواجب التطبيق على العقد: الأصل ان يكون صريحا باتخاذ اشكال الكتابة التي ينص عليها القانون الداخلي ، لكن المادة 18 لم تحدد طريقة التعبير صريحة او ضمنية، و بالعودة للقواعد العامة المادة 2/60 تكون صراحة او ضمنا ، كما نصت اتفاقية روما يمكن ان يكون صريحا او ضمنا يمكن اسخلائه من ظروف العقد

✓ وجود صلة حقيقة بين قانون الإرادة و المتعاقدين او العقد: من خلال مصطلح "صلة حقيقة" الزم المشرع إرادة المتعاقدين بصلتهم بالقانون او يكون العقد له صلة بالقانون المختار

المطلب 03: نطاق قانون الإرادة

يعتبر مجال تطبيق قانون الإرادة هو الالتزام التعاقدية بشكل عام ، و يتم تطبيق القانون المختار على كافة نواحي العقد باستثناء الاهلية و شكل العقد
القانون المختار يسري على الأركان العامة للعقد و شروط صحة اثباته و الآثار المترتبة عنه .

يطبق القانون الجزائري محل القانون الأجنبي المخالف للنظام العام و الاداب العامة، فيما يتم استبعاد قانون الإرادة في حالة مخافة النظام العام لدولة القاضي او وجود حالة غش نحو القضاء الوطني للقاضي.

-يتوفر العقد الدولي على اركانه لينتج اثاره:

1-ركن الرضا: يتم الرضا عن طريق الايجاب و قبول الطرفين الذي يخضع للإرادة ما عدا الاهلية التي يتم اخضاعها لقانون جنسية الشخص الذي يجب ان يكون كامل الاهلية.

2-محل و سبب التعاقد : يخضع المحل لقانون الإرادة ما عدا الاستثناء المتعلق بالمحل مالا او عملا

-في حالة المحل مالا: يخضع لقانون موقع المال ، و يفرق بين العقار الذي يخضع لموقع العقار (المادة 2/18 ق.م) و الأموال المنقولة التي تخضع لقانون الإرادة .

-في حالة المحل عملا: يخضع لقانون محل تنفيذ العقد بالنسبة لركن السبب ، فقد اتفق الفقه على اخضاعه لقانون العقد مع مراعاة قيد النظام العام .

3-اثار العقد

-بالنسبة للأشخاص: تخضع لقانون العقد بصفة عامة و الذي يحدد من له حق الاستفادة و مدى انصراف اثاره للغير.

-بالنسبة للموضوع: في حالة عدم اتفاق الأطراف على اثارالعقد و تنفيذه و حالة عدم تنفيذه ، يتم الرجوع الى القانون المختص ، و لكي يتمكن القاضي من تطبيق الاحكام القانونية الواجبة التطبيق يجب عليه ان يفسر العقد الذي اختلفت بشأنه الأنظمة .

ففي الدول التي تأخذ بالارادة الباطنة كالنظام الفرنسي و الانجلو ساكسوني و الدول العربية ، فانه يجب البحث عن النية الحقيقية المشتركة للمتعاقدين ، على خلاف النظام الجرمانى الذي يأخذ بالارادة الظاهرة و المصرح بها في العقد.

-بالنسبة لتحديد نطاق العقد أي بيان ما يولده من التزامات و حقوق يلتزم المتعاقدين بتنفيذه

-يرى الاتجاه الغالب اخضاع الالتزامات لقانون العقد الا انها تخضع في تنفيذها لقانون محل التنفيذ الذي يحدد طريقة التنفيذ و كفياته

المبحث الثاني : حدود تطبيق قانون الإرادة

اقرت الأنظمة الداخلية للدول و الاتفاقيات الدولية استثناءات تحد من مبدأ سلطان الإرادة.

المطلب 01: استبعاد قانون الإرادة لمخالفته النظام العام او الغش نحو القانون

تستخدم فكرة النظام العام للحد من مبدأ سلطان الإرادة وفق المادة 106 ق.مدني و اخضاعها للقيود الواردة في المادتان 96 و 97 ق.م (بطلان العقد اذا كان مخالفا للنظام العام)، و في اطار تنازع القوانين فيقتصر النظام العام على استبعاد القانون المختار حسب المادة 24 ق مدني " لا يجوز تطبيق القانون الأجنبي بموجب النصوص السابقة اذا كان

مخالف للنظام العام او الاداب العامة في الجزائر او ثبت الاختصاص بواسطة الغش نحو القانون "

-يحد النظام العام من تطبيق قانون الإرادة :

-بالنسبة للأهلية التي يتم اخضاعها لجنسية الشخص يعتبر حماية خاصة له بالنسبة للتصرفات الصادرة عن ناقص الاهلية او فاقدتها

-بالنسبة لعنصر الشكل الذي يتخذه العقد الدولي ، فيمكن ان يخضع لقانون الإرادة بالنسبة للشرط الموضوعية ، و من حيث الشكل تخضع العقود الدولية الى قانون محل الابرام ، فيما يصعب تطبيق هذه القاعدة على العقود الالكترونية التي ليس لها تركيز مكاني محدد ، لذا تطورت باتجاه اعتماد دولة موطن احد المتعاقدين ، كما اقرت اتفاقية روما ان يكون العقد صحيحا من حيث الشكل اذا توافرت فيه الشروط المنصوص عليها في احدي دول موطن احد المتعاقدين

المطلب 02: استبعاد قانون الإرادة لتطبيق قواعد ذات التطبيق الضروي (القواعد

الامرة)

يقوم القاضي بإعمال القواعد ذات التطبيق الضروي و استبعاد القانون الواجب التطبيق كلما تبين له ذلك و كلما خالفت القواعد الامرة في دولة القاضي ، سواء كانت هذه القواعد تهدف الى حماية الاقتصاد الوطني او حماية الطرف الضعيف في العلاقة العقدية . بالنسبة للقانون الجزائري هناك عدة قواعد ذات التطبيق الضروي كتلك الواردة في قانون المنافسة التي تقضي المادة 1 منه استبعاد كل التصرفات التي يمكن ان تمس بالمنافسة النزيهة .

الفصل الخامس: اعمال القوة القاهرة و الظروف الطارئة في العقد التجاري الدولي

المبحث الاول: القوة القاهرة و اثرها على العقد التجاري الدولي

المطلب 01: تعريف القوة القاهرة

القوة القاهرة هي حادث غير متوقع لا يد للشخص فيه، ولا يستطيع دفعه ويترتب عليه أن يصبح تنفيذ الالتزام مستحيلا، ومن أمثلتها وقوع فيضانات، زلزال، ثورة بركان، هبوب عاصفة، حصول حريق، وقوع سرقة، حدوث مرض مفاجئ، صدور تشريع أو قرار إداري .

تتنوع المفاهيم المتعلقة بالقوة القاهرة ولا تتخذ معنى واحدا في العقد التجاري الدولي فمنها ما هو تقليدي ومنها ما هو حديث فمن الفقهاء من يعرفها على أنها حدث يقع بعد ابرام

العقد وخلال تنفيذه لا يمكن توقعه ولا دفعه ويؤدي إلى استحالة تنفيذ العقد التجاري الدولي وهذا هو المفهوم التقليدي

القوة القاهرة هي التي تؤدي إلى أن يصبح تنفيذ أحد طرفي العلاقة التعاقدية لالتزامه مستحيلا استحالة كلية أو جزئية، ويجب أن تكون بلغت من الشدة ما يجعل من غير الممكن توقعه ومن المستحيل دفعه.

بالنسبة للمشرع الجزائري : لم يعرف المشرع الجزائري القوة القاهرة ، بل أشار إليها في صلب القانون كسبب معفي من المسؤولية ، المواد 127، 138، 851...الخ، تعريفها في الاتفاقيات الدولية فيمكن ان نجد تعريف لها ضمن:

- **اتفاقية الأمم المتحدة لبيع البضائع والسلع فيينا سنة 1980 :** تم تعريف القوة القاهرة على أنها سبب أجنبي لا يمكن توقعه ويستحيل دفعه وهذا ما جاء في المادة 79 الفقرة الأولى والتي تنص على "لا يسأل أحد الطرفين عن عدم تنفيذ أي من التزاماته إذا أثبت أن عدم التنفيذ كان بسبب عائق يعود إلى ظروف خارجة عن إرادته وأنه لم يكن من المتوقع بصورة معقولة أن يأخذ العائق في الاعتبار وقت انعقاد العقد أو أن يكون بإمكانه تجنبه أو تجنب عواقبه أو التغلب عليه".

أشارت نماذج اللجنة الأوروبية إلى اعتبار القوة القاهرة سببا قانونيا يبرر عدم تنفيذ أي من الطرفين لالتزامات التعاقدية .

إن المفهوم التقليدي للقوة القاهرة يؤدي الى إعفاء الأطراف من تنفيذ التزاماتهم، وهذا ما يؤثر سلبا على العقد وعلى أطرافه، وهذا ما ذهب إليه المشرع الجزائري في نص المادة 107 ق.م.ج " يجب تنفيذ العقد طبقا لما اشتمل عليه وبحسن نية".

المطلب 2: شروط إعمال نظرية القوة القاهرة

حتى يتم إعمال نظرية القوة القاهرة على عقود التجارة الدولية يجب توفر شروط نتناولها كالاتي:

1 - أن يكون الحادث غير متوقعا (عدم إمكانية التوقع)

فيجب أن تكون القوة القاهرة مما لا يمكن توقعه، فإذا كان من الممكن توقع الحادث فيكون الشخص عندئذ مقصرا إذا لم يتخذ الإجراءات لاجتناب ما يمكن أن يترتب عن القوة

القاهرة من نتائج، ولا يشترط فيها أنها لم يسبق وقوعها، ومعيار التوقع هنا هو معيار موضوعي ولا يكتفي فيه بالمعيار الشخصي العادي، بل يجب أن لا يكون الحادث متوقعا من أشد الناس حيطة وبهذا يكون عدم إمكان التوقع مطلقا لا نسبيا

ثانيا: عدم إمكانية دفع أو تفادي القوة القاهرة

ذلك بأن تكون الاستحالة مطلقة وليست نسبية، فلا يمكن اعتبار القوة القاهرة بأن تكون غير متوقعة فقط، بل يجب أن تكون مستحيلة الدفع من جانب الطرف المتعاقد فإذا كان بالإمكان دفع الحادث فلا وجود للقوة القاهرة هنا.

ثالثا: أن يتعذر التغلب على القوة القاهرة أو تخطيها.

هذا الشرط يوجب على المدين المتعاقد بذل جهده لمواجهة الحادث بغية تخطيه والتغلب عليه، فإذا قام بذلك وفشل في الوفاء بالتزاماته، فإنه يعفى من المسؤولية كنتيجة لما بذله من جهد لمواجهة الحادث وتنفيذ التزاماته

المطلب 03: الآثار المترتبة عن اعمال القوة القاهرة

ينبغي الإشارة أن مفهوم القوة القاهرة في التشريعات الوطنية ونتائجها يختلف عن نتيجتها في العقد التجاري الدولي.

فالأولى تذهب إلى فسخ العقد عكس التحكيم الذي يأخذ بفكرة إعادة التفاوض وحيث أن أغلب التشريعات تأخذ بفكرة انتفاء مسؤولية المدين بنصوص صريحة كأثر للقوة القاهرة ولا يخرج عنها سوى المشرع الإنجليزي.

ذهبت أغلب الدول في تشريعاتها الداخلية الى هذا التعريف، ولكن التعريف الحديث للقوة القاهرة نجده يتوافق وفكرة إعادة التفاوض، ويعتبر من آثارها، وإذا أنها في مفهومها الحديث تعتبر في مجال العقود التجارية الدولية لها دور كبير في إعداد شروط العقد وتنظيم آثاره، وذلك رغبة من الأطراف في تحقيق الاستقرار اللازم لمعاملاتهم فيجعلهم يتجنبون نتائج القوة القاهرة بمفهومها التقليدي المتمثلة في انفساخ العقد.

المبحث الثاني : نظرية الظروف طارئة و اثرها على العقد التجاري الدولي

المطلب 01 : نظرية الظروف الطارئة

عرف الفقهاء نظرية الظروف الطارئة على أنها " تغير الظروف التي تم ابرام العقد في إطارها الذي يؤدي إلى جعل تنفيذ الالتزام أحد الأطراف مرهقا مما يهدد بخسارة فادحة "

فالظروف الطارئة هي حوادث استثنائية تطرا على العقد بعد ابرامه و قبل تنفيذه و انه حادث لم يكن متوقعا من شأنه ان يؤدي الى اخلال التوازن بين التزامات الطرفين اختلالا فادحا اذ يصبح الالتزام الملتقى على عاتق المدين مرهقا ويسبب له خسارة فادحة أخذت كل التشريعات الوطنية بنظرية الظروف الطارئة على غرار المشرع الجزائري حيث أشار إليها في نص المادة 107 من القانون المدني، وذلك في حالة حدوث إرهاب لأحد المتعاقدين، وتباين التزامات الطرفين مما يستدعي تعديل العقد تبعا لظروف جديدة وهذا ما يطلق عليه بإعادة التفاوض، أي أن هذه النظرية في مقابل العقود التجارية الدولية لها نفس المفهوم في ظل القوانين الوطنية ولكن مع زيادة أكثر في الحرية التعاقدية وتجنب تدخل القاضي لإعادة التوازن

تعتبر هذه النظرية كاستثناء عن مبدأ القوة الملزمة للعقد وأيضا على مبدأ سلطان الإرادة مما يستدعي معه اتخاذ تدابير للمحافظة على العقد.

ينبغي الإشارة أن هذه النظرية معترف بها في كل التشريعات الوضعية مثل المشرع الجزائري والإيطالي وكذا القانون المصري على عكس المشرع الفرنسي لا يأخذ بهذه النظرية واعتبره خروجاً عن مبدأ العقد شريعة المتعاقدين،(ثم تبنى القضاء الإداري الفرنسي هاته النظرية من خلال قضية شركة الغاز بمدينة بوردو و المعروفة).

المطلب 02: شروط اعمال نظرية الظروف الطارئة في العقد التجاري الدولي

إن نظرية الظروف الطارئة نظرية عامة تنطبق على كافة العقود بما فيها العقد التجاري الدولي إذا توافرت شروطها، وما يلاحظ هو تقارب وتمائل شروط النظرية مع شروط شرط إعادة التفاوض مع فارق بسيط أنها تهتم بالحادث فقط دون المدين وهذا ما يميزها عن شرط إعادة التفاوض ، و من شروط اعمال النظرية:

أولاً: أن يكون العقد مستمرا في تنفيذه

يشترط لإعمال النظرية أن يتم العقد فعلا، بأن يكون صحيحا مستمرا في تنفيذه سواء كان من عقود المدة أو من العقود المستمرة، أو العقود الفورية ذات التنفيذ الدوري أو المؤجل (كعقد التوريد) أي ضرورة وجود فترة زمنية بين إبرام العقد واكتمال تنفيذه سواء كانت طويلة أو قصيرة ويتصور وقوع الحادث خلالها.

الأصل أن نطاق تطبيق النظرية هو العقود المستمرة وكذا العقود الدورية أو المؤجلة أو المترامية التنفيذ بغير خطأ المدين حيث يصبح تنفيذ الالتزام مرهقا لأحد المتعاقدين، فيتم إصلاح ما اختل من التوازن الاقتصادي للعقد، وعلى هذا الأساس لا تطبق هذه النظرية على العقود التجارية الدولية الاحتمالية إذ هي تعرض المتعاقد بطبيعتها للمخاطر، واحتمال الكسب أو الخسارة

لذلك، فنظرية الظروف الطارئة تستهدف رفع الحرج عن المدين برد التزامه إلى الحد المعقول وهذا في العقود الوطنية، بينما في العقد التجاري الدولي فيترتب عليه حسب اتفاق أطراف الالتزام بإعادة التفاوض .

تجدر الإشارة بعدم خضوع عقد القرض بين الأشخاص لنظرية الظروف الطارئة وإنما يلتزم الطرفان بمبلغ الدين المذكور في العقد دون خضوعه للارتفاع أو انخفاض الأسعار.

ثانيا: أن يكون الحادث عاما واستثنائيا

يعتبر الحادث عاما واستثنائيا كل حادث يطرأ بعد إبرام العقد بصفة غير متوقعة وأن يخرج عن المألوف كانتشار وباء أو زلزال، أو سيول، أو فرض تسعيرة اجبارية، أو تخفيض قيمة العملة مثلا، وهو أيضا الحادث الذي يندر حدوثه أي غير متوقع.

ثالثا: أن يجعل الحادث الالتزام مرهقا

يشترط أخيرا أن يكون من شأن هذه الظروف أن تجعل التزامات أحد المتعاقدين للعقد التجاري الدولي مرهقا له بحيث يهدد بخسارة فادحة، ويقضي هذا الشرط أن يكون تنفيذ الالتزام المترتب على أحد أطرافه ممكنا و لكن مرهقا، أي أن الحادث يهدد طرفي العقد بخسارة جسيمة إذا نفذ التزامه كما هو ، لذلك فلا محل لتطبيق النظرية إذا كان من شأن هذه الظروف أن تجعل التزام المدين ثقيلًا لا مرهقا، فالعبرة بما يتحمله المدين من خسارة فإذا

كانت الخسارة فادحة وغير من المألوف حدوثها فتطبق النظرية والعكس صحيح فإذا كان الحادث يهدد أحد طرفي العقد التجاري الدولي بخسارة من المتكرر أو المألوف وقوعها فلا مجال لإعمال نظرية الظروف الطارئة

لذلك فهناك فرق نميز به بين تطبيق نظرية الظروف الطارئة التي نحن بصددھا وبين الظروف المفاجئة التي تعتبر مساوية للقوة القاهرة ويترتب عليها استحالة تنفيذ الالتزام، في حين يترتب عن الظروف الطارئة بجعل هذه الالتزامات مرهقة لأطراف العقد التجاري الدولي عند التنفيذ وهذا هو الفرق الذي نميز به لإعمال أحد النظريتين.

المطلب 03: الآثار المترتبة عن اعمال نظرية الظروف الطارئة

تختلف النتائج المترتبة عن نظرية الظروف الطارئة في العقد التجاري الدولي عن العقود الوطنية، ففي هاته الأخيرة للقاضي سلطة تقديرية للتدخل و مراجعة شروط العقد بغرض إعادة التوازن العقدي بين الطرفين المتعاقدين. وهذا ما ذهب إليه المشرع الجزائري في نص المادة 2/107 " جاز للقاضي تبعا للظروف وبعد مراعاة لمصلحة الطرفين أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول... " ،

يترتب عن إعمال هاته النظرية الالتزام بإعادة التفاوض الذي يفترض ان يتضمنه العقد التجاري الدولي ضمن بنوده ، و عليه يلتزم الطرفين في حالة تغير الظروف المحيطة بالعقد كجائحة كورونا بالجلوس الى طاولة التفاوض و مراجعة العقد من جديد ولكن وفق شروط جديدة يراعى فيها مصلحة الطرفين ، مما يعيد التوازن العقدي و يحافظ فيها على استمرارية العقد .