

محاضرات مقياس العقد التجاري الدولي

اعدت لطلبة الماستر السنة اولى

تخصص قانون الاعمال

د. بعلوج اسماء

السنة الجامعية

2021-2020

المبحث الاول: مفهوم العقد التجاري الدولي

المطلب الاول: تعريف العقد التجاري الدولي

اولا-التعريف الفقهي:

1-تعريف العقد: هو "توافق إرادتين على إحداث أثر قانوني سواء كان هذا الأثر هو إنشاء إلتزام أو نقله أو تعديله أو نهائه".

2-تعريف العقد التجاري: تنقسم العقود من حيث تنظيمها إلى عقود مدنية و عقود تجارية و عقود إدارية ، و العقود المدنية هي الأصل العم للعقود الذي يرتد إليه كل ما لا يدخل في طائفتي العقود التجارية و العقود الإدارية (2) و بما أننا بصدد دراسة العقد التجاري الدولي فيمكن القول ان العقود التجارية هي تلك الأدوات التجارية لتبادل الثروات و الخدمات في ميدان النشاط التجاري ، إذ بواسطتها يتم التعامل التجاري سواء في نطاق التجارة الداخلية أو في نطاق التجارة الدولية .

3- تعريف العقد الدولي: يقصد بالعقد كما وضحنا سابقا توافق إرادتين أو أكثر على إحداث أثر قانوني معين يتمثل في إعطاء شئ أو القيام بعمل أو الإمتناع عن عمل ، ويكون هذا الأخير عقدا دوليا إذا ما تضمن عنصرا أجنبيا يؤثر على خضوعه للقانون الداخلي أو القضاء الوطني (1) .

و عرفه بعض الفقهاء على أنه " : ظاهرة تحتل مكانا بارزا في الحياة الإجتماعية " و عرفه البعض الاخر كما يلي " إن فكرة العقد على المستوى الدولي تتمتع بوزن حقيقي وواقعي يفوق بالضرورة وزن النصوص ذات الطابع الرس " وهناك من عرفه على أنه " تلك المبادلات التجارية التي تتعدى آثارها إطار الاقتصاد الوطني نظرا لما تؤدي إليه من إنتقال الأموال و المنتجات و كذا البضائع و حتى الخدمات عبر الحدود" (2) أو هو "مجموعة التصرفات القانونية الاتفاقية التي تجري بين أطراف متصلين نانون الخاص لاجراء معاملات تجارية دولية بينهم ، فهو بهذا الوصف مصطلح يتعلق بعقد دولي ينظم عمليات البيع الدولي في مجال السلع والخدمات ، المنتجات (3) وفي هذا الاطار نقول أن هذا العقد ذو طبيعة خاصة لا يوجد تعريف جامع مانع يحدد لنا المقصود بالعقد الدولي ولذلك نأخذ مبدئيا بالتعريف القائم على أن العقد التجاري الدولي هو ذلك العقد الذي بحكم طبيعته يتخطى إطار النظام القانوني الوطني المختص أصلا بحكم الموضوع القانوني الداخلي "

ولعل الاختلافات بين الفقهاء جعلت جانب من الفقه يذهب إلى القول أنه ليس من المستحسن و  
ضع تعريف شامل لعقود التجارة الدولية مفضلين تقرير صفة الدولية من عدمها حسب ظروف كل  
قضية على حدة عندما تنظرها المحكمة .

أما بالنسبة لتحديد صفة تجارية العقد الدولي فهي مسألة تتميز بالصعوبة والتي لا تزال  
مطروحة، فالعقود التجارية لا تستقل بنظرية

خاصة عن تلك التي تسري على العقود المدنية ، فهي تخضع في تكوينها و شروط صحتها الى  
القواعد التي يقرها القانون المدني بإعتبار أن قواعد هذا الاخير تعد الشريعة العامة التي تطبق  
على كافة العقود عند إنعدام نص خاص .

بصفة مبسطة يذهب الفقه الاى ان تحديد صفة تجارية العقد الدولي، بحيث يمكن تعريفه بأنه  
تلك العقد الذي ينصب موضوعه على عمل تجاري ، أو الذي يجريه تاجر لحاجات تجارته مالم يقم  
الدليل على عكس ذلك الامر الذي يستلزم لمعرفة طبيعته البحث عن الظروف التي أحاطت بتكوينه  
و الباعث من إبرامه ، لانه وفقا لهذه الظروف قد تلحق الصفة التجارية به على الرغم من طبيعته  
المدنية و إن كانت هذه الظروف تدور حول المحاور أو المعايير التي حددها القانون لاعتبار العمل  
تجاريا لا سيما أن العقود تعد أهم هذه الأعمال .

**: أطراف العقد التجاري الدولي : إن لتحديد طبيعة أطراف العقد أهمية نتا ينجر**

عن هذه الاخيرة من آثار فيما يتعلق بمعرفة جنسية الأطراف المتعاقدة و هل يتعلق الامر بعقد أم  
إتفاقية . قد يكون طرف العقد الدولي شخصا طبيعيا أو إعتباريا ، و قد يكون الطرف من أشخاص  
القانون الدولي العام كالدولة أو إحدى الأجهزة أو المؤسسات التابعة لها ، أو من أشخاص القانون  
الخاص كالشركات و الجمعيات و كذلك المنظمات الدولية والإقليمية (2) . هذا وتتنوع المسميات  
التي تطلق على أطراف العقد الدولي حسب طبيعة العقد وموضوعه ، مثل المستورد و المصدر ،  
المورد ، والمرخص و غيرها من المسميات و يتم إختيار التسمية حسب العقد المتعارف عليه  
دوليا في العقود النموذجية من جهة و ما هو سائد التعامل به في منطقة إبرام العقد . أما بالنسبة  
لمسألة الاهلية الخاصة بالاطراف المتعاقدة فنقول أن الاهلية الخاصة بالأطراف المتعاقدة لابد منها  
لصحة و نفاذ العقد ، وهي ترتبط بالشخص الطبيعي أما الشخص المعنوي فان اهليته تخضع لقواعد  
القانون الدولي الخاص ، فمثلا المادة 10 من القانون المدني الجزائري تخضع الشخص المعنوي

الى القانون الجزائري اذا كان يمارس نشاطا في الجزائر ، والامر متروك لكل قانون محلي على حدى الا اذا نم الاتفاق على خلاف ذلك.

- مميزات وخصائص العقد التجاري الدولي : إن العقد التجاري الدولي هو ذلك العقد الذي يتجاوز الحدود الجغرافية لوحدة جغرافية معينة أو عدة وحدات ، وهذا ما يدفعنا لاستخلاص أهم المميزات والخصائص التي تجعله يختلف عن العقود الداخلية ، واهم هذه المميزات ما يلي:

1- الصفة الدولية : حيث تبرم العقود التجارية بوصفها عقودا دولية ذات طابع تجاري و تظهر هذه الميزة بصفة جلية إذا وقع بشأن أحكام العقد تنازع بين القوانين الدولية سواء تعلق الامر بأهلية التعاقد أو شروطه أو موضوع العقد أو غيرها من العناصر أو الشروط الشكلية والموضوعية الخاصة بالعقد ، حيث إختلف الفقه و القضاء حول المعيار المعتمد لإضفاء الصفة الدولية على هذه العقود بقصد لتحديد القانون الواجب التطبيق و منه حل مشكلة تنازع القوانين ، فإن لم يظهر هذا التنازع بين القوانين المتصلة بالعقد التجاري فلا يمكن بأي حال من الاحوال تصنيفه ضمن العقود الدولية بل يعتد به كعقد تجاري وطني محض تمثلت اهم المعايير المعتمدة لإضفاء الصفة الدولية على العقد في الاتي :

1-1- نقه والقضاء : يعتد الفقه والقضاء في إضفاء الصفة الدولية على العقد على معايير منها ما هو قانوني و منها ما هو إقتصادي:

1-1-1- المعيار الاقتصادي : و مفاد هذا المعيار أن تحديد صفة دولية العقد تتم وفقا لمحتواه الإقتصادي ، لأن العقد تصرف قانوني إرادي تترتب عليه آثار إقتصادية في المجال الدولي ، ويمثل أهم وسيلة قانونية في التجارة الدولية بمفهومها الواسع ، حيث تبنت محكمة النقض لفرنسية في حكم لها صادر في 1967/05/17 هذا المعيار عندما قضت ان اضافة صفة الدولية على العقد تكون بالنظر الى العلاقات و التصرفات التجارية التي تم من خلالها تدفق السلع عبر الحدود و اتبعت المحكمة في قضائها هذا على تحليلات المحامي "مارتر" و الذي يتلخص رأيه في أن العقد بعد دوليا إذا ترتب عليه تحركات أو تدفقات للاموال عبر الحدود أي يجب أن ينشئ عملية تبادل حركي بين البضائع و قيمتها عبر الحدود الدولية .

1-1-2- المعيار القانوني : و مفاده أن الصفة الدولية للعقد تتوفر كلما كانت لعناصر هذا الاخير الرئيسية علاقة مع أكثر من نظام قانوني ، و لقد عرف العميد " باتيفول " العقد الدولي على أنه

"يعتبر دوليا إذا كانت الأعمال المتعلقة بإنعقاده أو تنفيذه أو حالة الأطراف فيه سواء من جهة جنسيتهم أو مجال إقامتهم أو من ناحية تركيز موضوعه تتصل بصلات أو روابط مع أكثر من نظام قانوني " وقد قضت محكمة باريس في قرارها لها ، : يعتبر العقد دوليا إذا ارتبط بعدة معايير انونية مصدرها دول متعددة .

**1-1-3- المعيار المختلط:** يقوم هذا المعيار على أساس المزج بين المعيار الاقتصادي والقانوني ، حيث أن المعيار القانوني يمكنه غثارة مشكلة تنازع القوزانين ، ولذا لا يمكن الاعتماد عليه وحده لإضفاء الصفة الدولية على العقود ، فلا يكفي مثلا إختلاف جنسية الأطراف المتعاقدة فحسب للإعتراف للعقد بالصفة الدولية و إخضاعه لقانون أجنبي ، هذا من جهة و من جهة أخرى فقد لا يكون المعيار اقتصادي كافيا أيضا لوحده لمنح الوصف الدولي للعقد بسبب عدم الأهمية الإقتصادية للعقد على الصعيد الدولي . فلا يمكن إعتبار شخص يتسوق في بلد أجنبي مثلا بأنه يبرم عقدا دوليا ، فهذا لا يحقق تماما المقصود بمسألة الإرتباط بالإقتصاد الدولي و مصالح التجارة الدولية ، بينما لو أقدم هذا المتسوق على شراء كمية كبيرة من البضائع لأجل بيعها في بلد آخر أو لينقلها لبلد آخر فإن العقد هنا يعتبر دوليا لتحقيقه مصلحة التجارة الدولية .

هذا و يتجه القضاء الفرنسي الحديث عند التصدي لمدى دولية العقد إلى الجمع بين كل من المعيار الإقتصادي و المعيار القانوني و على هذا النحو لا يكفي القضاء عند تقرير دولية المعاملات المالية من التحقق من وجود عنصر أجنبي في الرابطة العقدية (المعيار القانوني) ، و إنما هو يحرص أيضا على التأكد من تعلق الأمر بمصالح التجارة الدولية (المعيار الإقتصادي) .

**1-2-2- لإتفاقيات الدولية:** توجد العديد من الإتفاقيات الدولية والتي نذكر :

**1-2-1- إتفاقية لاهاي الخاصة بالبيع الدولي للمنقولات المادية 1955 :** نصت في مادتها الأولى أنها تنطبق على البوع الدولية للمنقولات المادية ، و لكنها لم تبين في هذه المادة و لا في غيرها من المواد الاثنى عشرة التي احتوتها بيان كيف تتحدد الصفة الدولية في نطاقها .

**1-2-2- إتفاقية لاهاي 1964:** المعيار الموحد جاء به القانون الموحد للبيع الدولي و الذي وضع بموجب إتفاقية لاهاي لسنة 1964 ان البيع الدولي وفقا لهذا المعيار لا يرتبط بإختلاف جنسية المتعقدين ، اذ قد يكون البيع دوليا و لو كان كل من البائع والمشتري من جنسية

واحدة و إنما العبرة باختلاف مراكز اعمال الأطراف المتعاقدة ، أو مجال إقامتهم العادية

### 1-2-3- إتفاقية فيينا بشأن البيع الدولي للبضائع 1980 : نصت ، ماد 1/1

أنه : " تطبق أحكام هذه الإتفاقية على عقود بيع البضائع المعقودة بين الأطراف الذين توجد

أماكن عملهم في دول مختلفة و ذلك عندما تكون هذه الدول متعاقدة أو عندما تؤدي قواعد القانون الدولي الخاص إلى تطبيق قانون دولة متعاقدة .

الملاحظ على هذه الإتفاقيات انها لا تلتفت إلى كون أماكن عمل الأطراف توجد في دول مختلفة إذا لم يتبين ذلك من العقد ، أو من معاملات سابقة بين الأطراف قبل إنعقاد العقد أو في وقت إنعقاده

أي لا تؤخذ بعين الإعتبار جنسية الأطراف و لا الصفة المدنية أو التجارية للأطراف أو العقد في تحديد تطبيق هذه الإتفاقيات ، فالعبرة إذن باختلاف أماكن العمل بين البائع والمشتري ووجود هذه الأماكن في دول مختلفة ، ولا أهمية بعد ذلك لجنسية الأطراف و بالتالي يعتبر البيع دوليا في حكم هذه الإتفاقية رغم اتحاد الجنسية ، فتكون الصفة المبرمة بينهما عقدا دوليا لذلك لا أهمية للصفة المدنية أو التجارية لهم أو للعقد المبرم بينهما .

1-3-3-موقف المشرع الجزائري: لم يتضمن التشريع الجزائري ما يدل على المعيار الذي أخذ به المشرع في إضفاء الصفة الدولية على العقد ، هل هو المعيار الإقتصادي أو القانوني و إنما كل ما يمكن الحديث عنه هو ما تضمنته المادة 1039 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجديد رقم 09/08 و التي نصت على أن "التحكيم يعد دوليا إذا كان يخص النزاعات المتعلقة بالمصالح الإقتصادية لدولتين على الأقل " ، حيث ركز المشرع الجزائري على المصالح الإقتصادية للدول ، و هذا يدل على إعماده على المعيار الإقتصادي أكثر من المعيار القانوني .

2-ميزة أعمال مبدأ سلطان الإرادة :من بين أهم ما تتميز به العقود التجارية الدولية هو حرية أطرافه و التي يعبر عنها عادة بمبدأ سلطان الإرادة ، حيث يجوز لهم إختيار القانون الذي سيطبق

على العقد التجاري الدولي ، فلأطراف حرية إيجاد قواعد تنظم العلاقة بينهم سواء بإختيار أي نموذج قانوني موجود في أي تشريع آخر ، أو إبتكار قواعد جديدة منظمة للعلاقة التجارية.

**3- ميزة العقد النموذجي :** تتميز العقود التجارية الدولية بوصفها عقود نموذجية ، ذلك ان مواضيع العقود تنظم في شكل عقود نموذجية تكون للأطراف حرية إختيار واحد منها اي إختيار الشكل الذي الذي يرونه يتناسب و طبيعة المعاملات التي يبرمونها ، و مع ذلك فإن النموذجية ر إن كانت من الخصائص التي تطبع هذه العقود إلا أنه ليس من مستلزماتها كما ان العقد النموذجي يتضمن مجموعة متكاملة من شروط التعاقد بشأن سلعة معينة و تتضمن تفاصيل العقد بحيث يمكن للأطراف المتعاقدة أن تتبنى شكل العقد بالكامل و لا تكون في حاجة إلا لإضافة أسماء الأطراف و كمية البضاعة و مكان وزمان التسليم .

**4-ميزة الطرف الأجنبي :**ويكون هذا العنصر في الاطراف او في محل العلاقة.

**المبحث الثاني: إبرام عقود التجارة الدولية.**

**اولا-مرحلة المفاوضات:** إن عقود التجارة الدولية لها أكثر من أسلوب لإبرامها كما هو شأن العقود التجارية المحلية، فيوجد الاتصال المباشر مع الطرف الآخر سواء أتم هذا الاتصال عبر المراسلات أم عبر الاتصالات بواسطة أجهزة الحاسوب الحديثة، وهو ما يعبر عنه بعقود المعلوماتية، كما يوجد أسلوب المزايدة إضافة إلى أسلوب المناقصة، وهذا الأخير شائع استعماله في ميدان المقاولات، لاسيما الإنشائية منها، وإلى جانب كل هذه الأساليب يكمن العمل بأسلوب التفاوض سواء أكان هذا الأسلوب مكملاً " لأي أسلوب آخر أو رئيساً لذاته بغية الوصول إلى إبرام العقد. ومن خلال التطبيق العملي فإن هذا الأسلوب هو غالباً ما تتبعه الدولة وشركاتها ومؤسساتها بالنسبة للعقود التي يمكن وصفها بالاستراتيجية، وهذا لا يعني عدم إتباع هذا الأسلوب في غير هذه العقود كما أن هذا لا يعني أن هذا الأسلوب يقتصر على أشخاص القانون العام الذين يتصرفون بأسلوب العقود، وليس بأسلوب السلطة العامة . فيتبع أسلوب التفاوض من قبل أشخاص القانون الخاص سيما الشركات والمتعددة الجنسية منها إضافة إلى أصحاب المشاريع، وإذا ما أحسن استعمال هذا الأسلوب، تمكن الطرف المفاوضات من تحقيق ما يريد . الوضع المألوف في التفاوض بافتتاحه بعدة طرق كأن يتقدم أحد الطرفين بإيجاب تجري دراسته، أو يناقش الطرفان معا مشروعاً تم إعداده من قبل الغير أو يعرض عليهما ثالث الانضمام إليه في مشروع ما فالتفاوض هو مناقشة مشتركة

لعناصر عقد مقترح تهدف إلى الوصول إلى صيغة أو تصور مشترك مقبول بين الطرفين، فإذا أعلن أحدهما قبوله الدخول في مفاوضات تمهيدية للتعاقد، فهو يعلن في الواقع قبوله للمشاركة في صنع هذا التصور المشترك الذي سوف يتم التعاقد عليه في المستقبل القريب ولكنه لا يعلن التزاما محددًا بشكل أو صيغة هذا التصور، فالبايع الذي يقبل التفاوض بشأن ما أوجبه على نفسه من البيع بثمن معين، لا يعني أنه التزم بتخفيض هذا الثمن، ومن يقبل التفاوض بشأن إقامة مصنع، لا يعني أنه التزم بتقديم شروط أفضل أو تقديم تنازلات جديدة، وعلى ذلك إذا قال الموجب وفي ختام إيجابه يقبل التفاوض بشأن الأسعار المذكورة أعلاه، فهذا لا يعني التزامه بالتخفيض، لأنه لا التزم بأمر غير محدد أو غير معين، بل هو يعطي الطرف الآخر الاختيار بين قبول الإيجاب أو قبول الدعوة على التفاوض للمشاركة في صنع إيجاب جديد ومن أجل إبراز الطابع العملي فيما يخص التفاوض نبحث ما يلي:

1- الأهمية القانونية للتفاوض: يعرف التفاوض بأنه لقاء مباشر بين طرفين أو أكثر بهدف الوصول إلى اتفاقات أو تفاهات أو حلول لنزاعات قائمة ويمكن أن يجرى عبر الوسائل الإلكترونية، غير أن المسائل التي يمكن أن تناقش من خلال اللقاء المادي أعظم أهمية من المسائل التي يتم التفاوض عليها عبر الإنترنت أو بالهاتف. ويستلزم التفاوض وهو مرحلة سابقة لإبرام العقود لاسيما العقود الكبيرة، إعدادًا وتحضيرًا يقوم به الوفد المفاوض قبل المشروع بالتفاوض.

ويمكن تعريفه قانونًا بأنه مناقشة مشتركة للمشروع عقد، وتهدف هذه المناقشة إلى تقديم إيجاب وقبول مشتركين للمتفاوضين، وقد تنشأ هذه المناقشة بموجب اتفاق يسمى بعقد التفاوض أو بدونه.

ويعرف أيضًا بأنه العقد الأولي يلتزم بموجبه الأطراف المباشرة بالتفاوض لإبرام عقد معين، ولكن لا يعني هذا الالتزام بإبرامه وإنما فقط الالتزام بالتفاوض، ومن دون شروط إلا إذا التفاوض كان حصريًا وز لأحدهما التفاوض مع طرف آخر ما دام التفاوض مستمرًا، كما يمكن أن يكون الاستمرار بالتفاوض ملزم لجانب واحد، أو ملزمًا للجانبين، أو محددًا أو بدونه وفي كل الأحوال يجب أن يكون مصحوبة بحسن النية.

وهناك من يقول أن تبادل النماذج العقدية بين الطرفين يعتبر تفاوض بينهما بطريق الكتابة، وأن مبدأ حرية التعاقد يتبع مبدأ حرية التفاوض.

الوضع المألوف للتفاوض أن يكون الإيجاب من صنع أحد الطرفين، وإن كان الإيجاب مستكملًا لشروطه من حيث تضمنه العناصر الجوهرية لمشروع العقد، وكان لا يزال قائمًا، فإن مصير إبرام

العقد يتوقف على مشيئة الطرف الآخر، باعتبار أن العقد ينعقد بتلاقي الإيجاب مع القبول، بينما في العقود التي تسبقها المفاوضات لا يتوقف قيام العقد على مشيئة أحد المتعاقدين بل على مشيئتهما معا، وتفصيل ذلك هو أن المفاوضات تؤدي إلا وضع تصور مشترك لكل الموضوعات التي جرت مناقشتها، ومن ثم تسفر عن صياغة مشروع للعقد، وهو ما يمكن اعتباره بمثابة إيجاب مشترك أسفرت عنه إرادة الطرفين، معا أي أن الطرفين يوجبان على نفسيهما الالتزام بالعقد النهائي. والمفاوضات لا تعبر عن إرادة الالتزام بل عن إمكانية الالتزام، فهي أقرب إلى تبادل آراء بين طرفين بغية التعاقد. التفاوض يشمل كل البنود المطروحة، وأن انفضاض مجلس العقد يعد معلقا على الانتهاء منها إلا إذا حصلت الإرادة بإرجاء بعض البنود لاتفاق لاحق، وتم النص على ذلك في العقد، فما دامت المفاوضات لم تنته بعد يكون لأي من الطرفين قطعها من دون أن يتحمل أي مسؤولية، فمجرد قطع المفاوضات لا يعتبر خطأ في ذاته، وعلى من يدعيه الإثبات، كأن يثبت بأنه كان عازما منذ البداية على ذلك، أو أن غرضه كان تقويت الفرصة على الطرف الآخر، فوفقا للقواعد العامة إذا تقدم أحد الطرفين بإيجاب، التزم بالبقاء على إيجابه طول المدة التي اقترن بها الإيجاب، أو المدة التي يمكن استخلاصها من الظروف، فإذا انتهت المدة دون صدور القبول سقط الإيجاب، ولا التزام على الموجب بأن يجدد إيجابه أيا كانت الأسباب التي أدت بالطرف الآخر إلى التراخي في القبول، ولا مسؤولية عليه إذا رفض الإيجاب المقابل، وإذا تبين أن الطرف المنسحب لم يكن ينوي التعاقد أصلا وبالرغم من ذلك دعا إلى مفاوضات لا طائل من ورائها، فقد أخل إذا بالاحترام الواجب للثقة التي ولدها في نفس المتعاقد الآخر باحتمال إبرام العقد، والذي قد يرتب على هذا الاحتمال فينفق على الخبراء والدراسات والاستعدادات المالية فالتفاوض يرتب التزام بحسن النية على المتفاوضين، وأن مخالفته يرتب جزاء بالتعويض من خلال المسؤولية التقصيرية التي تقوم على الخطأ التقصيري، أو الخطأ التعاقدي عند إبرام عقد التفاوض.

## 2-التزامات التفاوض:

2-1- عدم قطع المفاوضات بسبق الإصرار : وكيف بأنه تعسفي والقضاء يبحث كل حالة بحسب وقائعها أي كل حالة على حدة فالمفاوض الذي يقطع التفاوض فجأة قد يعد مرتكبا خطأ تعاقديا أو تقصيريا بضر بالطرف الآخر الذي كان يأمل الانتهاء من التفاوض بإبرام العقد النه .  
ولوحظ أن المدعي يصعب عليه إثبات الركن المتحقق بالضرر الذي لحقه وأنه ناتج من خطأ الطرف الآخر الذي قطع التفاوض.

ونجد أن القضاء الفرنسي التجأ إلى مبدأ فقدان الحظ موجه لا يلزم الضحية بإثبات العلاقة السببية، وإنما إثبات فوات فرصة الحظ، وهذا يعني أن الضحية لا يحصل على تعويض كامل وإنما تعويض بمقدار فوات الفرصة على أن تكون الفرصة حقيقية كما لو أن التفاوض استغرق وقتاً طويلاً أدى بالمفاوض بعدم المباشرة باستغلال براءة اختراع مما أدى إلى كشف سرها، أو أن التفاوض أدى إلى بذل نفقات كثيرة، وكان الطرف الآخر يرمي من مد التفاوض إلى اقتناص ما يريده من أسرار.

2-2- الحفاظ على سرية المعلومات التي حصل عليها الأطراف أثناء التفاوض: سواء أكان متعلقاً بسر المعرفة أم بغيره، والمقصود بالسر المذكور السرية الكائنة في التكنولوجيا بذاتها تكنولوجيا تحتوي على جزء سري هو بالذات الذي يسعى الطرف الآخر للحصول عليه، ويدف مقابلته ثمناً غالباً ما يكون باهظاً، وقد يكمن السر في تصميم الآلة أو الجهاز أو في كيفية استعماله أو في تركيب المادة أو في طريقة التعليب والتبريد والمزج وغير ذلك من الأسرار الصناعية، لذا يطلب الحائز كفالة مالية قبل المفاوضة ضماناً للمحافظة على السرية على أن يخصم مبلغ الكفالة من الثمن بعد إبرام العقد وفي هذه الحالة على الطرف الآخر أن يحتاط فقد تفشل المفاوضات بسبب غير إذاعة السر ثم ينع الحائز من رد الكفالة إلا إذا كان مطمئناً إلى أمانة الحائز ومثانة مركزه المالي، وعليه الرفض إن كان مبلغ الكفالة مبالغاً فيه وإذا رضا بالشرط فعليه تحديد التفاصيل بشأن رد مبلغ الكفالة لاسيما فيما يتعلق بتحديد المدة التي يتعين خلالها رد المبلغ بعد فشل المفاوضات، كما يمكن أن يكون السر ، يُطلعُ حائز التكنولوجيا على الأسرار الخاصة بالطرف الآخر سواء ما تعلق بالاطلاع على ميزانياته أو أخبار عملائه، ويُفضل تأشير المستندات والمعلومات التي تتطلب السرية سواء من قبل الطرفين المتفاوضين أو من أحدهما، ويحدد عادة كما :

يلتزم الطرفان بالحفاظ على سرية المعلومات والمستندات المتبادلة والمؤشرة على وجوب ، ريتها من جانب أحدهما والالتزام بجعل التابعين لهما أن يلتزموا بها أيضاً، ويبقى الالتزام سارياً ما دام التفاوض مستمراً، كما يبقى طيلة الثلاث سنوات التالية الانتهاء التفاوض، سواء أبرم العقد النهائي أم لم يبرم، ما لم ينقض السر قبل انتهاء هذه المدة عند كشف الغير عنه وسقوطه في النطاق العام.

2-3- اطلاع الآخر على المنازعات والقيود التي تحيط بموضوع التفاوض: يمكن الإجابة بأنه ليس كل ما يتم الاتفاق عليه أثناء التفاوض يكون ملزماً للطرفين ، إلا إذا تم إدراجه في العقد فمحاضر

التفاوض لا تعتبر عقداً وإنما العقد هو ما يمثل الإرادة المتطابقة لكل من الطرفين والتي جاءت للإرادتين السابقتين عليهما فمثلاً لو تضمن التفاوض أمراً ولكن العقد المبرم لم يتضمنه كما لو تضمن التفاوض تغليف البضاعة بعناية خاصة في حين لم ينص العقد على ذلك، فإن قواعد التجارة الدولية تقضي في المثال بأن السكوت عن بعض المسائل والتي لا تحول دون اعتبار العقد منعقداً، يفسر بأنه تم الاتفاق على تركها إلى تطبيق الأعراف، والتي تفيد هنا بأن الطرف المعني لا يلزم إلا بالتغليف المعتاد، ولا يحق للطرف الآخر بحث هذه المسألة مجدداً، إلا بموافقة الطرف الآخر وصولاً إلى تعديل العقد، كما أن عدم إثارة بعض الجوانب، لا يفسر التنازل عنها، فعدم التفاوض في مدى التزام المجهز بضمان التجهيزات من العيوب لا يعني إعفاء المجهز منها حيث إن اتفاقية فيينا تنص في (م 41) على التزام المورد بتسليم بضاعة خالية من كل ادعاء للغير بشأنها وضمان الاستحقاق والتعرض .

و أهمية محاضر التفاوض تفيد بالإثبات وتفسير العقد بعد إبرامه ومع ذلك يجب الامتناع عن الاستعانة بها إذا نص العقد على اعتبارها كأن لم تكن.

### 3-الاتفاق على الدخول في التفاوض:

بشير التعامل إلى نشوء عقد يسمى بعقد التفاوض، ويعرف بأنه " اتفاق يلتزم بمقتضاه شخص تجاه شخص آخر بالبداية أو الاستمرار في التفاوض بهدف إبرام عقد معين" ويلاحظ على هذا التعريف ما :

- لا يؤدي إبرام هذا العقد إلى الالتزام بإبرام العقد المطلوب موضوع التفاوض.
- إن إبرام عقد التفاوض يجعل من الالتزام بحسن النية، التزاماً قائمة على أساس المسؤولية العقدية لا التقصيرية.
- شترط في عقد التفاوض شكلية معينة، ولو كان موضوعه عقداً شكلياً.
- يمكن أن يكون عقد التفاوض محددًا بمدة محددة أم غير محدد بمدة، فإن كان كذلك فلا بد من أن تكون المدة غير المحددة معقولة ينتهي بها التفاوض من دون مسؤولية لمن يريد أن ينهيها، وتحدد المعقولة مع ما يتلائم وطبيعة موضوع التفاوض، وما يوجد من عرف تجاري به.
- قد يتم تبادل المفاوضات أوراق ومستندات أثناء التفاوض وبمصطلحات متعددة، مثل مذكرات تفاهم، رؤوس الاتفاق والاتفاق من حيث المبدأ وغيرها من المصطلحات، والقاعدة العامة أن هذه المستندات لا تولد سوى التزامات أدبية بحتة، ولكن خطورتها أنها قد تتعدى إلى التزامات عقدية

ذات آثار قانونية، وهذا يعتمد على الصياغة القانونية التي تضمنتها هذه المستندات، فقد تعني أن العقد النهائي قد تم إبرامه من خلال ما ورد فيها، وفي حالة ورود ألفاظ أو عبارات غامضة يجب على القاضي أن يقوم بتفسيرها اعتماداً على الإرادة المشتركة للطرفين المتعاقدين، والرجوع إلى محاضر التفاوض، المتضمن المحاضر الكاملة، بحيث يفترض فيها أن ما تم إدراجه فيها هو انتهى إليه المتعاقدان من فهم مشترك للمسألة.

4- الشروط اللازم توافرها في عضو الوفد المفاوض: لكي تم التفاوض لا بد من وجود ما لا يقل عن وفدين، و قانون التجارة الدولية لا يشترط شروطاً خاصاً يجب توافرها في أعضاء الوفد، فهو لا يضيف إلى ما تشترطه القواعد العامة في القانون والتي تقضي بلزوم تمتع الشخص بالأهلية اللازمة لإجراء التصرفات التي تنتج آثارها القانونية وهذا يتوقف فيما إذا كان أصيلاً أو يتصرف بموجب سلطة ممنوحة إليه ربما أن التفاوض غالباً ما يجري بين شركات كبيرة فإن أعضاء وفودها يكونون من العاملين لديها وهذا ما يستدعي إطلاع الوفد المقابل على الوثائق التي تحدد مراكزهم القانونية وبهذا يتحقق الإطلاع على التحويل القانوني الممنوح لهم، أضف إلى ما تقدم أن مصلحة المفاوض تلزمه أن يقدم شخصاً ذو تكوين قانوني، كما أن رئيس الوفد يجب أن يكون قادراً على اتخاذ القرار المناسب ولا مانع من ضم خبراء إلى الوفد من خارج مؤسسته.

#### -مرحلة ٤ العقد:

1-تعريفها: تأتي مرحلة الصيغة بعد الاعتناء بدراسة الإيجاب المقدم أو القبول المعروض وتشطيب كل فراغ يلاحظ في السند المعروض للتوقيع، وملاحظة الكلمات ذات الأحرف المائلة أو الناعمة، وعدم استعمال العبارات التي تلزم بشي لا يقصده المتعاقدان، فإن كانت الحاجة تقضي إبرام عقد نقل مع مقاول لنقل الحبوب من مكان لآخر، ولا يتأثر هذا النقل سواء تم بالسيارات أم بالسكك الحديدية، فلا توجد مصلحة تحديد واسطة النقل كالسيارات مثلاً ما دام الاتفاق يتناول جدولاً منهجياً للتنفيذ ففي هذه الحالة لو تعذر النقل بالسيارات فلا يمكن إلزام المقاول بالتنفيذ بواسطة نقل أخرى إن كانت ممكنة ويفضل تجنب استعمال العبارات المطاطية كما لو نص العقد على التأمين ضد الأخطار المألوفة أو عبارة "التي يتم التأمين عليها عادة" أو عبارة (أن يتم التنفيذ خلال مدة معقولة أو بدون أي تأخير معقول) أو عبارة (لا يصرف الاعتماد إلا بعد إبراز المستندات الرسمية والأصولية) هذه العبارات تفتح باب المنازعات.

ومن الناحية اللغوية يجب الابتعاد عن استخدام الألفاظ والعبارات المعقدة أو ذات المعاني المتعددة أو غير المألوفة في لغة رجال الأعمال وإذا تطلب الأمر استعمال عبارة متداولة معروفة للطرفين وغير مألوفة التعامل فيجب إيضاحها، ومن الناحية الفنية يجب التأكد من أن المصطلح الفني يعطى المعنى نفسه عند كل من الطرفين فإذا ما تعدد المعنى، وجب بيان المعنى المتفق بوضوح. ومن الناحية القانونية: يجب استخدام المصطلح القانوني المناسب، الخطأ غير الغلط والضمان غير التضامن.

## 2- طرق الصياغة:

2-1- صياغة جامدة وصياغة مرنة: يقصد من الأولى التعبير عن الالتزام العقدي بطريقة قطعية ومحددة مثل رقم أو تاريخ معين بحيث يصبح الملزم شخصاً محلاً بالتزامه إذا هو لم يحقق هذا الرقم أو لم يحترم هذا التاريخ، ويقصد من الصياغة المرنة التعبير عن الالتزام العقدي بطريقة أكثر مرونة من خلال التقييد بصفات أو عناصر وأسس بحيث يصبح الملزم موفياً بالتزامه إذا هو احترم الصفات أو العناصر أو الأسس، ومثال ذلك لو كان محل الالتزام توريد مادة تنتج مادة صناعية، فإن المستورد لهذه الماكينة يمكنه صياغة الالتزام بالطريقة الجامدة بالقول إنه يجب أن تنتج الماكينة هذه المادة الصناعية بمواصفات رقمية محددة بطريقة قطعية، فيقال بدرجة 99.8 % وبقابلية التفاعل بدرجة 89 %، بينما لو أخذنا الصيغة المرنة، يمكن القول بأنه يجب أن تنتج الماكينة هذه المادة الصناعية بحيث تكون مقبولة للتسويق في الأغراض المحددة لها، أو بحيث تكون مقبولة من المصانع الأخرى التي تستخدم هذه المادة، أو بحيث تكون موافقة للأصول الفنية المتعارف عليها، فإن كانت درجة النقاوة أقل من تلك الأرقام، فإن المورد يكون قد أخل بالتزامه بينما بالصياغة المرنة تكون للمورد مرونة كافية في تنفيذ الالتزام.

ومثال آخر للصياغة الجامدة في المقاول إخلاء الموقع بعد إتمام العمل من الشواغل خلال (15 يوماً) من تاريخ الإنجاز في حين أن الصياغة المرنة تكون بالقول: عليه رفع الشواغل عند الإنجاز بأسرع وقت ممكن.

والفرق بين الصياغتين من حيث الأثر أن الجامدة يكفي أن يدعي المدعي بأن المدعى عليه لم يحقق الرقم المطلوب أو التاريخ المحدد في العقد مما يؤدي هذا إلى جعل عبء الإثبات على المدعى عليه لنفي المسؤولية بينما في المرنة يقع عبء الإثبات على عاتق المدعى نفسه إذ عليه أن يثبت أنه نفذ كل المواصفات والأهداف المطلوبة في. ن لم ينفذ الطرف الآخر التزاماته كما يجب.

واختيار أحد الصباغتين يعتمد على طبيعة الالتزام، فلتحديد الأثمان يكون اللجوء إلى الصياغة الجامدة بدلا من الصياغة المرنة فتكون عندما يصر إلى تحديده بطريقة أخرى كما لو كان اعتماد سعر السوق وهكذا.

2-2- بة و : فالأولى تبين أسباب كل التزام وأهدافه، أما الثانية فتبين فقط مضمون الالتزام أو حدوده، وتبدو أهمية الصياغة المسببة في أنها تمكن المشتري من طلب إبطال العقد فيما بعد للغلط إذا تبين أن المبيع لا يصلح للغرض الذي تم الشراء من أجله بالرغم من أن هذا الشيء قد يكون صالحا للاستعمال بنجاح في أغراض أخرى، مثلا تشتري شركة سيارات المواد المبردة أو المتلجة دون أن تذكر الهدف الذي تسعى إليه من وراء الشراء، ثم تشكو من بعد أن السيارات برغم جودتها لا تصلح لنقل منتجاتها هي على وجه الخصوص والتي تتطلب نوعا معينا من التبريد، فعندئذ لا يستجاب لهذه الشركة إن هي طلبت إبطال العقد للغلط حيث لم يثبت أن البائع كان يعلم أن المشتري إنما يسعى وراء صفة جوهرية معينة في السيارات المباعة، ولكن إذا كانت الصياغة مسببة فإن الشركة المشتري تقول أنها تشتري هذه السيارات لاستعمالها في نقل مواد معينة، وعندئذ يجب على البائع أن يحذر عند الشراء من عدم صلاحية هذا النوع من السيارات لغرض المقصود وإلا تعرض لإبطال العقد للغلط.

3-مشمات العقد المصاغ: بتمل العقد عادة على ثلاثة أجزاء: الأول تعيين أطرافه ومدته وتحديد موضوعه، والثاني للالتزامات الطرفين وجزء مخالف الثالث لكيفية انقضاء العقد، وتضاف أحكام ختامية تتعلق باختيار القانون الواجب التطبيق، وطرق فض المنازعات، وهناك ملاحظات أخرى بشأن هذه المشمات:

3-1- الديباجة: كثيرا ما يستهل العقد أحكامه بديباجة تشير إلى أهدافه وإلى خبرة المورد ، موضوع العقد كما لو كان تكنولوجيا مثلا فإنه يؤكد على عدم وجود براءات اختراع في دولة المستورد تحول دون استعمالها كما تشير إلى حاجة المستورد إلى التكنولوجيا وعدم معرفته بها قبل بدأ المفاوضات في شأنها، وتشير أيضا إلى السرية التي يجب أن تحاط بعناصر التكنولوجيا وتؤكد أحياء رغبة الطرفين في التعاون وإقامة علاقات تجارية متصلة بينهما.

والأصل أن الديباجة تعتبر جزءا من العقد وهي بهذا الوصف تقوم بدور هام في استظهار مقاصد المتعاقدين عندما لا يكشف عنها ظاهر النصوص.

وهناك تشريعات لا تعتبر الديباجة جزءاً من العقد إلا إذا نص فيه على ذلك ولهذا يحسن إضافة هذا البيان في العقد.

و تقسيم العقد إلى مقدمة وفصول وعناوين يفيد ما يلي:

- أ- يستطيع كل طرف أن يعرف بدقة كل ما عليه من التزامات وحقوق.
- ب- إذا وضع النص في فصل معين فإنه يأخذ الطابع العام لهذا الفصل مما يساعد على تفسير النصوص، فذكر عمل معين في الفصل الخاص بالتزامات المقاول يشير إلى أنه التزم بمقابل وان الإخلال به يعرضه للجزاء بعكس إذا ما ورد ذكر العمل في الفصل المخصص للإجراءات.
- ج- يحول دون إغفال مسألة ما دون نص يحكمها مما يثير المشكلات عند التنفيذ.
- د- ويسهل على الأطراف معرفة كل أبعاد العقد عن طريق الترتيب المنطقي للمواد فيتم التوقيع على العقد من معرفة وإحاطة كاملة.

3-2- أطراف العقد: الغالب أن يكون طرفا العقد من جنسيتين مختلفتين ويتكلمان لغتين مختلفتين، وقد يتفقان على تحريره لغة واحدة سواء أكانت لغة أحدهما أم لغة أئهما وإذا حدث نزاع فلا يلتزم القدر نظر العقد إلا باللغة الوطنية وهي لغة دولة القاضي، وعندئذ يلتزم المدعي بأن يقدم ترجمة رسمية للعقد، وللطرف الأخر الاعتراض لعدم دقة الترجمة، ونا يفصل القاضد هذا الخلاف باللجوء إلى الخبرة، ولا تنشأ في هذا الفرض أي صعوبة.

وقد يتفق الطرفان على تحرير العقد بلغات متعددة، وهذه الحالة يجب ألا يغفلا عن تعيين اللغة المعتمدة ن ذلك يوفر عليها فيما بعد الدخول في مناقشات عقيمة حول مدلول الألفاظ والمصطلحات، وإذا اتفقا على تحرير العقد بلغة كل منهما واعتبار اللغتين معتمدين، وجب أن يدققا اختيار الألفاظ والمصطلحات المتقابلة، وقد يكون من المستحسن أن يحررا قائمة بهذه المصطلحات تلحق بالعقد، أو أن يخصصا بندا في مطلعته للتعريف بالمصطلحات المستعملة فيه، ويشير البعض إلى المنظمات الدولية المعنية لوضع دليل للمصطلحات الدائعة في المعاملات الصناعية الدولية أسوة بدليل المصطلحات التجارية المعروفة بالأنكوتيرمز، وقد جرى العمل في الدول العربية على كتابة العقد باللغة العربية بحجة أنها اللغة الرسمية للبلد، وهذا مظهر من مظاهر السيادة، وإن مثل هذا لا يلائم الشركات الأجنبية، لذا تحاول تحرير العقد بلغة ثانية مثل الإنكليزية، وتشتترط عند النزاع أن يكون الرجوع إليها لتحديد المقصود أو في الأقل إعطائها قوة اللغة العربية نفسه.

3-3- إرفاق الترخيص بالعقد: قد يتضمن العقد القيام بأعمال بناء أو تركيب مصنع ولأجل ذلك لا بد من قيام الشركة الأجنبية بالحصول على ترخيص من السلطة الوطنية كترخيص بناء أو ترخيص استيراد أو أي ترخيص آخر، وللشركة أن تربط بين بداية سريان المدد المنصوص عليها في العقد وبين تاريخ الحصول على مثل هذه التراخيص.

3-4- الملاحق: جرى العمل في العقود على إضافة ملاحق للمسائل الفنية المتصلة بموضوع العقد، وتعتبر جزءاً متمماً له، ويحسن النص على ذلك في العقد قطعاً للخلاف والعناية بعدم وجود تناقض بين الملاحق والعقد قطعاً للنزاعات.

3-5- تعديل العقد: يراعى في تحرير العقد بان يكون مفتوحاً لاستقبال التعديلات والتحسينات التي قد تدخل عليها سواء من المورد أم من المستورد وذلك في حال طرأ تغيير على التكنولوجيا محل العقد مثلاً فيتضمن العقد من الشروط ما يمكن كل طرف من الإفادة مما قد يضيفه الآخر.

3-6- أطراف العقد: الغالب أن يكون المورد شركة متعددة الجنسيات مقرها في دولة متقدمة، والمستورد شركة قطاع عام أو خاص بدولة نامية، وإذا كان العقد يجري بين وكيلين عن المنشأتين وجب تعيينهما، وذكر الوثائق التي تخولهما سلطة التوقيع، وإذا كان موضوع العقد تكنولوجياً، وجب أن مصدر حيازة المورد لها هل هو الابتكار أم الانتقال إليه من الغير ومدى حقه في التصرف فيها، وإذا وجدت فيها براءة اختراع، اشتمل العقد على بيان نوعها وتاريخها وجهة تسجيلها، وإذا كانت لا تمنح بعد ولا يزال فحص الاختراع جارياً وجب ألا يهمل العقد بيان الآثار التي تترتب في حالة رفض منح البراءة.

3-7- محل العقد: تقتضي الصياغة السليمة تحديد موضوع العقد تحديداً واضحاً بحيث يكون مانعاً للجهالة الفاحشة، وتناول أي مسألة ولو كانت جزئية لو كانت تهم المتعاقد في التنفيذ، فلو كان موضوع العقد هو استيراد مادة النشاء ويهم المستورد حجم التعبئة أو وزنها فلا بد من النص عليها، وفي حالة انعدام النص وعدم التفاوض بشأنها فيعتبر المصدر موفياً بالتزامه بإرسال النشاء بالكمية والنوعية المتفق عليها، وتعتبر مسائل التعبئة وأحجامها وأوزانها من المسائل الفرعية بدليل أنها لم تكن موضع تفاوض ولو كانت مسائل أساسية لثم مناقشتها أثناء التفاوض وقد يستلزم توضيح محل العقد وضع ملاحق تربط به، كملحق خاص بالرسومات والمواصفات والصور وغيره من الوثائق اللازمة لاستيعاب موضوع العقد وملحق لبيان الأجهزة والآلات والتجهيزات اللازمة للتطبيق، وملحق ببيان المواد الأولية اللازمة

للإنتاج، وملحق لبيان قطع الغيار، وملحق بالتعليمات الخاصة بتركيب الآلات والأجهزة وإعدادها للتشغيل وصيانتها، ومراقبة الإنتاج وتخزينه وتسويقه.

### المبحث الثالث: أداء المقابل في العقد الدولي

توجد عدة أساليب لأداء المقابل:

أولاً-الأداء النقدي: قد يكون الأداء عيني أو في صورة مقايضة، فالمقابل العيني هو ما يتعهد المستورد بتوريده إلى المورد وقد يكون سلعة مما تنتجه التكنولوجيا موضوع العقد كنصف الإنتاج أو ربعه، وقد يكون مادة أولية مما يحتاجه المورد، ويوجد في دولة المستورد كالبنترول والفاكهة (للعصير) الخضراوات (للتجميد أو التعليب) وإن هذا الأسلوب العيني يمثل ضماناً للمستورد لأنه يكون على يقين من ضمان الحصول على النتائج المتوخاة من العقد فالأداء النقدي يجب بيان مقداره ومكان الوفاء به، وقد يكون مبلغ إجمالي أو نصيباً في عائد تشغيل تكنولوجيا عندما تكون هذه موضوع العقد أو الأمرين :

إجمالي يدفع عند إبرام العقد ونصيباً من العائد السنوي بعد تشغيل التكنولوجيا، والمقابل الإجمالي هو الصورة الغالبة في نقل التكنولوجيا رغم أنه يمثل بعض المضار لكل من الطرفين فبالنظر للمورد يكون المبلغ الإجمالي عادة أقل حصة من حصيلته من العائد لاسيما إذا استثمر التكنولوجيا عندما تأتي بعائد كبير وبالنسبة للمستورد يعني المقابل الإجمالي إخراج مبلغ كبيراً دفعة واحدة يفضل أن يوظفه في الاستثمار لاسيما إذا كانت منشأته مبتدئة.

ويقابل هذين المثالين جملة مزايا تحفز الطرفين على تفضيل طريقة الوفاء الإجمالي فبالنظر إلى المورد تمكنه هذه الطريقة من أن يسترد المبالغ التي أنفقها في ابتكار التكنولوجيا بوفاء واحد وسريع وقد يوجه المبلغ الذي يقبضه إلى إجراء بحوث ابتكار تكنولوجيا أحدث تنفع منشأته، وإذا كان غير راغب في إنشاء علاقات متصلة بالمستورد، أو أنه غير مطمئن إلى مركزه المالي أو إلى أمانته أو إلى موقف حكومته من نقل التكنولوجيا الأجنبية، فإن طريقة الوفاء الإجمالي هي وحدها التي تمكنه من اتقاء هذا القلق، وتفضل هذه الطريقة كلما كانت التكنولوجيا التي ينقلها مهددة بظهور تكنولوجيا أحدث منها، ويبادر إلى فض يده عن العقد قبل أن تبور بضاعته وبالنسبة للمستورد تمكنه طريقة الوفاء الإجمالي من تحديد نفقات تأسيس المنشأة على وجه الضبط، وهو أمر يده في كثير من النواحي المالية لاسيما في استغلال الأرباح الصافية، وإذا كان غير راغب في إنشاء علاقات متصلة مع المورد، أو غير مطمئن إلى تدخله في شؤون منشأته فالوفاء الإجمالي يقصر العلاقة بينهما، وقد يقسط المقابل على دفعات، وفي حالة التقسيط قد تبدأ الدفعات بمبالغ قليلة ثم تصاعد، أو تبدأ بمبالغ كبيرة ثم تتدرج في الهبوط، والطريقة

الأولى هي الغالبة في العمل لأنها أرفق بالمستورد الذي يتعذر عليه أداء مبالغ كبيرة في مستهل حياة

: أداء المقابل عن طريق الحساب المفتوح: لو كان البائع يعرف المشتري تمام المعرفة والثقة موجودة بينهما، فيمكن تجنب استعمال طريق الاعتماد المستندي بأن يرسل البائع المستندات من قبله مباشرة، ثم يدفع المشتري عند تسلم البضاعة بحوالة مصرفية أو بعد مدة يتفق عليها، وإذا كان البنك يعرف بهذه العلاقة فيمكن للبائع الحصول على تسهيلات مصرفية من بنكه نفي هذه الصفقة.

: الأداء بواسطة بوالص ا (التأمين): يسلم البائع وثائق الشحن إلى بنكه طالبا منه تقديمها إلى بنك المشتري مع تعليمات بعدم تسليمها إليه إلا بعد دفع قيمة الفاتورة وتسمى هذه الطريقة الدفع مقابل تسلم الوثائق ويمكن للبائع إعطاء ائتمان للمشتري بأن يسحب ه سفتجة وعليه قبولها ليتمكن من تسلم المستندات المرسله وتسمى بطريقة الوثائق مقابل القبول ويمكن أن يطلب البائع من البنك أن يسلم المستندات إلا بعد قيام المشتري بسحب كمبيالة لصالح البائع يسلمها للبنك ليستلم الوثائق.

رابعا: أداء المقابل عن طريق الاعتماد المستندي (الاعتماد المالي): يستمد هذا العقد أحكامه من القواعد والأعراف الموحدة الدولية والتي وضعتها غرفة الجارة الدولية في مؤتمرها المنعقد في فيينا سنة 1933 وآخر تعديل سنة 2007:

1- تعريفه: يمكن تعريفه بأنه عقد يتعهد المصرف ففتح الاعتماد بموجبه بفتح الاعتماد بناء على طلب الأمر بفتح الاعتماد لصالح شخص آخر هو المستفيد بضمان مستندات تمثل بضاعة معدة للنقل أو منقولة، ومن خلال هذا التعريف نلاحظ ما يلي:

1- ي الاعتماد بالمستندي لأنه يضمن إرسال مجموعة المستندات التي تمثل بضاعة عن طريق المصرف الذي يستلمها من المستفيد، ليتولى إرسالها على الأمر بفتح الاعتماد. وتتمثل آيته في خطاب الاعتماد المستندي الذي يوجهه المصرف إلى المستفيد لإعلامه بأنه إذا ما قدم إليه المستندات الواردة فيه، والتي يشير إلى قيامه بتنفيذ التزاماته بإرسال بضائع معينة إلى الأمر بفتح الاعتماد، فإن المصرف ملتزم بصرف الاعتماد له.

2- ويمتاز هذا الاعتماد عن الاعتماد الذي يمنحه المصرف مقابل ضمان يتمثل في بضاعة ويسمى بالاعتماد المضمون بالبضاعة، فتكون الأخيرة بحوزته أما الاعتماد المستندي تكون البضاعة في حوزته ابتداء، فهي إما تكون بالطريق وإما على وشك نقلها ولا يتسلم المصرف ابتداء إلا مستندات تمثلها، فحيازته للبضاعة حيازة حكمية، وحقه عليها كعق الدائن

المرتهن، ولكنه لا يحوز المرهون حيازة مادية، كالدائن المرتهن الاعتيادي، بيد أنه يستطيع تحقيق هذه الحيازة خلال مدة ليست طويلة، والتي تبدأ من وقت الشحن، وتنفيذ النقل إلى وقت التفريغ في ميناء الوصول وبإمكان المصرف حينئذ اتخاذ بعض التدابير الاحترازية إذا لم يكن على ثقة كاملة من الأمر بفتح الاعتماد، كان يحصل على قسم من مبلغ الاعتماد.

3- لا يدفع المصرف النقود إلى المستفيد من الاعتماد الا بعد أن يستلم منه المستندات المطلوبة فيتجنب الأمر بفتح الاعتماد تجميد نقوده، كما لا يضطر إلى سدادها إلى المستفيد قبل أن يستلم منه البضاعة، ويضمن المستفيد، فيمضي في تنفيذ التزاماته وتسليمه البضاعة إلى الناقل للمباشرة في نقلها لأنه يعرف مقدما بأنه سيستلم الثمن ولو أن البضاعة لا زالت في الشحن أو في الطريق ولم يستلمها المشتري (الجدير ذكره قد يشترط المصرف من الأمر بفتح الاعتماد سداد قيمة الاعتماد بالكامل عند إبرامه عقد الاعتماد المستندي، ولكن تبقى ميزته بأن المشتري لا يسدد الثمن إلى البائع إلا بعد تنفيذ التزاماته).

4- إن شخصية المستفيد من الاعتماد ذات اعتبار فيه، فهو ينقضي بوفاته إذا ما حصلت الوفاة قبل تقديم المستندات أو إذا كان المستفيد شركة فانحلت وتطبيقا لذلك تقرر القواعد الخاصة بهذا الاعتماد بعدم إمكانية نقله وتحويله إلى مستفيد آخر إلا بموافقة الأطراف ذات الـ وإن حصلت مثل هذه الموافقة، فهي لا تصح إلا لمرة واحدة.

5- يكون هذا الاعتماد ذا أجل قصير وهو الأجل المحدد لوصول البضاعة إلى الميناء المقصود حيث يتمكن الأمر بفتح الاعتماد من مراجعة المصرف لاستبدال المستندات بالنقود.

2-أنواع الاعتماد المستندي:

2-1-الاعتماد القابل للإلغاء: ويسمى أيضا بالاعتماد غير القطعي أو الاعتماد البسيط ويجوز للأمر فتح الاعتماد أو المصرف الرجوع عنه في كل وقت وبالإرادة المنفردة.

2-2-الاعتماد غير القابل للإلغاء: ويسمى أيضا بالاعتماد القطعي أو النهائي أو البات وهو الاعتماد الذي لا يجوز إلغاؤه أو تعديله إلا باتفاق جميع أطرافه ويكون كذلك إذا ما نص العقد أو سكت عن ذلك.

2-3-الاعتماد المثبت: ويسمى أيضا بالاعتماد المؤبد أو المؤكد، ويمكن تعريفه بأنه الاعتماد البات الذي يؤيده مصرف آخر، فيلتزم بدوره مباشرة تجاه المستفيد، فلا يكون أحد المصرفين مجرد وسيط أو ساع للبريد بين الأمر بفتح الاعتماد وبين المستفيد منه، وإنما يلتزم كل من المصرفين

بصفة قطعية ومباشرة تجاه المستفيد، فهذا الاعتماد المثبت لا يمكن إلا أن يكون اعتمادا باتا غير قابل للرجوع فيه.

### 3- بيانات فتح الاعتماد:

1- اسم المستفيد من الاعتماد وعنوانه بكل وضوح وبلغه سليمة لتحاشي الأخطاء والأخطار في صرف مبلغه إلى شخص آخر من جراء تشابه الأسماء في الخارج وسدا لباب التحايل والغش.

2- بيان قيم مبلغ الاعتماد.

3- مدة سريان الاعتماد وتاريخ انتهائه.

4- البيانات المتعلقة بالبضاعة: لا تعتبر البضاعة محلا أو موضوعا لعقد الاعتماد المستندي، فهي موضوع عقد البيع المبرم قبله بين الأمر بصفته مستوردا وبين المستفيد بصفته مصدرا، وهذا البيع مستقل تماما عن عقد الاعتماد المستندي ومن مصلحة المستورد العناية بتحديد موضوع عقد البيع ولكن عليه أن يكتفي بتثبيت المواصفات العامة البعيدة عن التعقيد في الاعتماد المستندي، فالمواصفات التفصيلية للبضاعة لا علاقة لها مع التزامات المصرف ففتح الاعتماد، وأن يرادها فيه قد يؤدي إلى إيجاد صعوبات أمام المصرف وتؤدي إلى زيادة المخاطر، وقد تكون سببا في رفض التعامل معه<sup>1</sup>.

5- تحديد المستندات المطلوبة، وكتابة أسمائها بوضوح، وعدم الاكتفاء بدرج العبارات العمومية، تسمح للبنك بقبول أي مستند عدا المستند الذي يصدره المستفيد نفسه.

### 4- التزامات المصرف ففتح الاعتماد:

1- تبليغ المستفيد بخطاب الاعتماد المستندي من دون تأخير.

2- تدقيق المستندات عندما يقدمها إليه المستفيد، مراعي ذلك ما يلي:

أ- ألا يكتفي بالفحص الشكلي فهو ملزم برفض سند الشحن إذ تضمن توقيع غير مقروء أو مكتوب على ورقة عادية.

ب- أن تكون المستندات مقدمة خلال مدة سريان الاعتماد وعليه رفض المستندات بالرغم من تقديمها أثناء سريان الاعتماد إذا ما لوحظ مرور مدة ليست طبيعية على تاريخ إصدارها.

<sup>1</sup> رينه كورديه، ص 131 - 133.

ت-الالتزام حرفياً بشروط الاعتماد، فليس له أن يتساهل في بعضها على اعتبار أنها غير جوهرية وليس له أن يقبل مستنداً يختلف عن المستند المطلوب، ويجب أن يكون كل مستند مكتملاً بحد ذاته فلا يجوز تكملته بمستند آخر.

ث- التأكد من التطابق بين المستندات المقدمة فلو وجد تعارض بينها فعليه رفضها.

: أداء المقابل عن طريق خطاب الضمان :

1-تعريفه: يعرف بأنه تعهد يصدر من مصرف بناء على طلب أحد المتعاملين معه الأمر وهنا يكون (المستورد) بدفع مبلغ معين أو قابل للتعيين لشخص آخر هو المستفيد ويكون "المصدر" نون قيد أو شرط إذا طلب منه ذلك خلال المدة المعينة في الخطاب، ويحدد فيه الغرض الذي صدر من أجله.

2-خصائص خطاب الضمان:

1- أنه يمثل علاقة الأمر بالبنك بموجب عقد اعتماد بالضمان، ويمثل علاقة الأمر بالمستفيد والتي تنشأ هنا من عقد البيع أو المقايضة أو أي عقد آخر كما يمثل علاقة البنك بالمستفيد.

2- وهو تعهد غير معلق على شرط، فلا يجوز للمصرف أن يرفض الأداء للمستفيد بسبب يرجع إلى علاقته مع الأمر أو علاقة الأخير مع المستفيد، وهذا ما يسمى بشرط الكفاية الذاتية، فيجب تنفيذ الخطاب من دون الرجوع إلى واقعة خارجة عنه.

3- يجب أن يتقدم المستفيد بطلب صرف الخطاب خلال مدة سريانه، انتهاء مدته تبرأ ذمة المصرف تجاهه، وكانت المصارف لا تمدد الخطاب إلا بعد موافقة الأمر، مما كان سبباً للنزاعات فدرجت البنوك على تضمين صيغة الخطاب بإعطاء الحق للمستفيد الطلب من البنك مباشرة في تمديده، ويلزم البنك بالإجابة من دون الرجوع إلى الأمر.

4- يقتصر التزام المصرف على دفع مبلغ نقدي محدد للمستفيد، فلا يلزم بتنفيذ العمل أو المقايضة التي صدر من أجلها الخطاب، فالمصرف لا علاقة له بعدم تنفيذ الأمر لالتزاماته تجاه المستفيد من الخطاب.

5- بعد مصرف بموجب الخطاب كفيلاً للأمر ومتضامناً معه، فلا يحق له الدفع تجاه المستفيد بمطالبته أو لا المدين الأصلي (الأمر) قيل أن يطالب المصرف.

6- لا يجوز تداول الخطاب أو التنازل عنه إلى الغير إلا بموافقة المصرف، فلا يصرف الخطاب لو تقدم به شخص آخر غير المستفيد ولو كان حائزاً له، فهو لا يعد سنداً تجارياً قابلاً للتداول كما لا

بعد أداة وفاء، والجدير ذكره أن تسديد الثمن بهذا الطريق يمثل خطورة للمستورد لأنه يفسح المجال للمصدر باستيفاء الثمن في أي وقت يشاء، مما يستوجب على المستورد اتخاذ الضمانات الكافية قبل أن يوافق على مثل هذا الأداء.

#### المبحث الرابع: ضمانات العقد

أولاً: الشرط الجزائي: يسمى بالتعويض الاتفاقي تمييزاً له عن التعويض القضائي ولمعرفة مدى حق القضاء في تعديله نلاحظ هذه الفروض:

1- التعويض الاتفاقي أقل عن مدى الضرر، والمدين لم يرتكب غشاً أو خطأ جسيماً: لا يملك القاضي في هذا الفرض زيادة التعويض الاتفاقي باعتبار وجود اتفاق مسبق بين الطرفين على تقدير الضرر بمبلغ محدد من النقود وكان هذا التقدير هو الأساس الذي قامت عليه اقتصاديات العقد من وجهة نظر كل من المتعاقدين.

2- التعويض الاتفاقي يقل عن مدى الضرر وارتكب المدين غشاً أو خطأ. : المدين هنا بعد مستغلاً ضالة التعويض فتعمد عدم التنفيذ أو أهمل إهمالاً جسيماً ومن ثم يتجرد من الحماية ووجب إعادة الوضع إلى حالته الطبيعية وهي التعويض الكامل وبقدر الضرر فلا يلتفت القاضي إلى التعويض الاتفاقي.

3- الدائن لم يلحقه ضرر من جراء إخلال المدين بالتزامه: فلا يحكم القاضي باستحقاق التعويض

الاتفاقي في هذه الحالة باعتبار أنه ما زال نوعاً من التعويض، ولا تعويض حيث لا ضرر

4- التعويض الاتفاقي مبالغ فيه: فيعد هنا قد خرج التعويض عن وظيفته وهي جبر الضرر ليقوم بوظيفة أخرى هي غريبة عليه وهي عقاب المدين ورد يجوز للقاضي تخفيضه إلى حد جبر الضرر.

و الشرط الجزائي هو التزام تابع وليس التزام أصلي فلو بطل العقد بطل الشرط بالتبعية وأن هذا الشرط ليس التزاماً بدلياً فلا يملك المدين أن يختار أداء التعويض الاتفاقي ليتفادى التنفيذ العيني ما دام هذا ممكن ولا يملك الدائن أن يختار التعويض الاتفاقي ما دام أن المدين أبدى استعداداً للتنفيذ العيني، ولا يحق للمدين اختيار الشرط الجزائي إلا إذا كان التنفيذ العيني مرهقاً له بشرط اقتناع المحكمة وعدم إلحاق ضرر جسيم بالدائن كما يجوز تجزئة الشرط الجزائي في العقد كما يحدث في المقاولات وعقود التوريد الكبيرة حيث يشترط مبلغ محدد عن التأخير في تسليم المعدات ومبلغ عن عدم تقديم الرسومات الهندسية وثالث عن عدم التركيب في الميعاد.

: النص في العقد على شهادة التفتيش: تعتبر نوعا آخر من الضمانات التي ينص عليها العقد ، وتفيد بأن البضاعة قد تم صنعها بالأسلوب الفني المناسب ومطابقة لشروط العقد المبرم بين الطرفين، ولا تصدر هذه الشهادة إلا بعد تمام كافة الإجراءات من تواجد المفتشين في جميع مراحل الفحص المتفق عليها ومن سحب عينات وعمل تحاليل ودراسة طبقا للمراجع الفنية والمواصفات القياسية الدولية ومن هنا يفضل تحديد اسم هيئة التفتيش تحديد نافيا للجهة لنلا يقع المستورد ضحية لسوء نية المورد، فلا يكفي النص في العقد على تقديم شهادة التفتيش من دون تعيين الجهة التي تصدرها، كما لا يكفي اعتماد الشهادة لمجرد صدورها من منشأة المجهز نفسه.

: خطاب الضمان: تعمل خطاب الضمان لأكثر من غرض، فقد يستعمل كأداة لسداد الثمن كما قد يستعمل كأداة ضمان ويتم اللجوء إليه في عدة حالات منها عندما يلزم المستورد لسداد مقدمة من الثمن قبل أن يستلم البضاعة وقبل أن يباشر المورد بتنفيذ أي التزام إذ يفضل أن يشترط على المورد تقديم هذا الخطاب من أجل سداد المقدمة المذكورة، ويطلب هذا الخطاب أيضا من المورد كضمان لتنفيذ التزاماته وفق شروط العقد مما يتيح للمستورد طلب صرف الخطاب كلا أو جزء من أي وقت يرى فيه أن المورد أو المقاول قد نكل عن تنفيذ التزاماته العقدية " . وتعد هذه الضمانة أفضل من الشرط الجزائي لأن الدائن هو الذي يسعى إليه عن طريق رفع دعوى به وما يتطلب ذلك من جهد ووقت ومصاريف في حين أن الضمانة المتمثلة في خطاب الضمان، لا حاجة للمستفيد منه وهو الدائن بتوجيه أذكار أو برفع دعوى لأنه مخول اتفاقا بمراجعة البنك صرف الخطاب كليا أم جزئيا، وإذا ما أراد المدين الاعتراض فهو الذي يسعى إلى رفع الدعوى على الدائن.

المبحث الخامس: تفسير عقد التجارة الدولي-تطبيق عن اتفاقية فيينا للبيع الدولي -

تحكم اتفاقية فيينا سنة 1980 عقد البيع الدولي للبضائع ، لذلك ورد في هذه الاتفاقية بعض النصوص التي تعالج تفسيرها، كما تتعرض لتفسير إرادة المتعاقدين ثم لتفسير العقد الذي تحكمه الاتفاقية وطريقة إثباته ، وقد وردت هذه النصوص في الفصل الثاني من القسم الأول تحت عنوان " أحكام عامة " ونلاحظ بداية ، أن ما يرد في الاتفاقية من نصوص تتعرض لتفسير أحكامها والأسس التي ينبغي أن يقوم عليها هذا التفسير ، إنما تتصل صلة وثيقة بتفسير عقد البيع الدولي الذي تحكمه الاتفاقية ، كذلك فإن وضع معيار لتفسير إرادة المتعاقدين قبل التعاقد إنما يستهدى به عند تفسير العقد، حيث تنص المادة 1/7 من الاتفاقية على أنه : " في تفسير هذه الاتفاقية يؤخذ في الاعتبار

طبيعتها الدولية والحاجة إلى تحقيق التوحيد عند تطبيقها ، ومراعاة حسن النية في التجارة الدولية " ويقصد هذا النص تفادى الرجوع إلى القوانين الوطنية لتفسير أحكام اتفاقية فيينا ولتحقيق الهدف منها من بلوغ التوحيد ، لأن الرجوع إلى القوانين الوطنية عند عرض النزاع على المحاكم للدول المختلفة من شأنه أن يعطى تفسيراً مختلفاً لأحكام الاتفاقية . ويختلف بالتالي أسلوب تطبيقها من دولة إلى دولة ، الأمر الذي يخرج بالاتفاقية عن أهدافها وهي التوحيد الدولي المنشود لأحكام عقد بيع البضائع ، وكذلك يجب مراعاة حسن النية في التجارة الدولية . يقضى هذا المبدأ بأن يراعى عند تفسير الاتفاقية الأخذ بما يحقق مصلحة التجارة الدولية وما تتطلبه من أن يسود بين أطراف العلاقة التجارية الدولية مبدأ حسن النية . و تفادى لجوء المحاكم إلى الرجوع إلى قوانينها الوطنية عند تفسير أحكام الاتفاقية .

وحسب المادة 2/7 المسائل المتعلقة بالموضوعات التي تحكمها هذه الاتفاقية ولا يوجد بشأنها نص صريح ، يقضى فيها وفقاً للمبادئ العامة التي تقوم عليها ، وعند عدم وجود هذه المبادئ ، يقضى فيها وفقاً للقانون الواجب التطبيق حسبما تشير قواعد القانون الدولي الخاص، ويتعلق هذا النص بالحالة التي يعرض فيها النزاع أمام المحاكم الوطنية بشأن تطبيق الاتفاقية كالتزام البائع بتسليم بضاعة من النوع المتفق عليه بين طرفي عقد البيع ، فهذا الالتزام يدخل ضمن نطاق الاتفاقية ، فإذا طلب المشتري إبطال العقد على أساس الغلط في صفة جوهرية للبضاعة محل البيع ، فإن هذه المسألة لم تنظمها اتفاقية فيينا، ففي هذه الحالة يقضى فيها وفقاً للمبادئ العامة التي تقوم عليها هذه الاتفاقية ، وهذه المبادئ وإن لم ينص عليها صراحة فيها ، فمن اليسير أن نستخلصها من مجموع نصوص الاتفاقية ومن الأعمال التحضيرية لها ، والمناقشات التي دارت في المؤتمرات الدولية التي تولت إعدادها ، ومنها الأخذ بمبدأ سلطان الإرادة ، ومراعاة التوازن بين التزامات طرفي البيع ، والنظر إلى صالح التجارة الدولية ، والتضييق من اجازة فسخ العقد عند الإخلال بأحد التزاماته . والمبادئ العامة التي تقوم عليها اتفاقية فيينا يمكن البحث عنها في النظم القانونية للدول المتعاقدة ، بحيث نستخلص المبادئ المشتركة لهذه النظم وتعتبر بمثابة قواعد عامة للاتفاقية .

وتنص الفقرة الأولى من المادة 8 من اتفاقية فيينا على أن يكون تفسير التعبير الصادر عن أحد الطرفين أو أى سلوك آخر له ، في حدود أغراض هذه الاتفاقية ، وفقاً لنيته التي يعلمها الطرف

الآخر أو التي لا يمكنه أن يجهلها، ويهدف هذا النص إلى تفسير التعبير الصريح عن إرادة المتعاقدين أو أى سلوك آخر يستخلص منه قانونا هذا التعبير بطريقة ضمنية ، فيتم التفسير طبقا لنية الطرف الصادر عنه التعبير متى كان الطرف الموجه إليه التعبير يعلم هذه النية أو يفترض فيه أنه يعلمها . وقد تعرضت الفقرة الثانية من المادة 8 من الاتفاقية للمعيار الذى يجب إتباعه عندما لا يثبت علم الطرف الموجه إليه التعبير بنية الصادر عنه التعبير ، أو أن الأول لا يمكن أن يفترض فيه هذا العلم ، وذلك بالنص على أنه " إذا لم يمكن تطبيق الفقرة السابقة ، فإن التعبير أو السلوك الذى يصدر عن أحد الطرفين ، يمكن تفسيره وفقا لما يفهمه شخص عاقل من نفس مستوى الطرف الآخر وفى نفس ظروفه " . ويلاحظ أن المعيار الذى أخذت به اتفاقية فيينا فى التعرف على نية المتعاقدين معيار موضوعى وليس معيارا شخصيا ، كما أن نص المادة 8 من الاتفاقية يعبر بوضوح عن ميل الاتفاقية إلى الأخذ بالإرادة الظاهرة أكثر من اتجاهها إلى الإرادة الباطنة ، إذ تعول على النية التى يعلمها الطرف الآخر أو ينبغى أن يعلمها ، فإذا لم يمكن الوصول إلى هذه النية وفقا لهذا المبدأ ، فإننا نلجأ إلى المعيار الموضوعى الذى عرضت له الفقرة الثانية من المادة 8 وهو معيار الشخص العاقل من نفس مستوى الشخص الموجه إليه التعبير وفى نفس ظروفه .

ثم تعرضت الفقرة الثالثة من المادة 8 لعناصر التى يمكن الاستهداء بها للتعرف على فهم الشخص العاقل ، وذلك بقولها : " تحديد نية أحد الطرفين أو ما يفهمه شخص عاقل ، يجب أن يؤخذ فى الاعتبار ، ظروف الحال وخاصة المفاوضات التى تمت بين الطرفين ، وأية معاملات سابقة بين الطرفين أنفسهم ، وما جرى عليه العرف ، وأى سلوك لاحق للطرفين "

وتجعل اتفاقية فيينا للعادات التجارية أهمية كبرى فى تكوين عقد البيع ، فتتص المادة 1/9 من الاتفاقية على أن : " يلتزم الطرفان بالعادات التجارية المتفق عليها بينهما وما يجرى عليه التعامل السابق بين الطرفين " . ويتبين من هذا النص أن للعادة التجارية والتعامل السابق أهمية كبرى فى تفسير إرادة طرفى العقد ، من ذلك مثلا فإنه يمكن اعتبار السكوت قبولا فى بعض الحالات ، وهو ما يسمى بالسكوت الملابس ، برغم عدم النص صراحة على ذلك فى الاتفاقية ، وذلك وفقا لنص المادة 1/9 متى جرت العادة التجارية فى بعض الظروف أو جرى التعامل السابق بين الطرفين على اعتباره كذلك . ويظهر هنا دور العادة التجارية أو التعامل السابق فى تفسير إرادة الموجه إليه

للإيجاب أما الفقرة الثانية من المادة 9 من اتفاقية فيينا فإنها تشير صراحة إلى أهمية العادات التجارية في تفسير إرادة الطرفين سواء بالنسبة لتكوين العقد أو بالنسبة لتفسير أحكام العقد ذاته ، فتقرر : " ما لم يتفق بين الطرفين على العكس ، يعتبر أنهما قد اتفقا ضمنا على أن يسرى على العقد بينهما أو على تكوينه ، العادة التجارية التي يعلمان بها أو يجب أن يعلما بها ، والتي تكون معروفة للكافة في مجال التجارة الدولية ويراعونها المتعاقدون عادة في العقود الدولية في نفس نوع التجارة محل التعاقد " . ويعنى هذا النص أن العادة التجارية تعتبر ملزمة طبقا لاتفاق ضمنى غير ظاهر بين المتعاقدين ، متى كان طرفا العقد يعلمان أو يجب أن يعلما بهذه العادة ، ولكن تحدد الفقرة الثانية من المادة 9 بعض المتطلبات القانونية لكي تعتبر مثل هذه العادة ملزمة للمتعاقدين وذلك باشتراط أن تكون معلومة للكافة في مجال التجارة الدولية في نفس نوع التجارة محل التعاقد ، ويراعونها المتعاقدون عادة في هذا المجال .

ويهدف هذا النص إلى منح قيمة قانونية كبيرة للعادات التجارية السائدة في مجال التجارة الدولية في نوع معين من أنواع النشاط ، على سبيل المثال ، في التجارة الدولية للحبوب فإن العادات التجارية التي يتبعها المتعاقدون في بيع وشراء الحبوب في السوق الدولي يجب احترامها قانونا عند تفسير عقد بيع يكون محله هذا النوع من التجارة

ويقلل هذا النص من أهمية العادات التجارية المحلية التي تعرفها البيوع الوطنية ، ولا يتبعها المتعاقدون عادة في المعاملات الدولية ، فهي عادات لا يمكن أن يعترف بدوليتها لأن الطرف المتعاقد الأجنبي لا يعلمها ولا يفترض فيه أن يعلمها .

وترجع أهمية العادات التجارية في مجال عقد البيع الدولي إلى أنها تستمد إلزامها من الاتفاق الضمنى بين المتعاقدين على الأخذ بها ، وفي هذا تغلب اتفاقية فيينا إرادة الطرفين على أحكامها

#### المبحث السابع: إثبات عقد البيع الدولي للبضائع

أولا- مبدأ حرية شكل العقد : يعتبر مبدأ حرية تكوين إثبات التصرفات التجارية ، من المبادئ المسلم بها في مختلف النظم القانونية . وبالرغم من أن اتفاقية فيينا تعالج البيع الدولي للبضائع وتتص صراحة على أنه لا يشترط أن يكون البيع تجاريا لكي يخضع لأحكامها ، إلا أنه من المقرر

أن هذه الاتفاقية تتصرف أحكامها أساسا إلى البيع التجارى الدولي ، لذلك لم يكن من الغريب أن تقرر الاتفاقية مبدأ حرية كل من تكوين وإثبات عقد البيع الدولي للبضائع.

وتنص المادة 11 من الاتفاقية على أن : " لا يشترط إبرام عقد البيع ولا إثباته بالكتابة ، فلا يخضع العقد لأى شرط شكلي. ويمكن إثبات العقد بأى طريق من طرق الإثبات بما فيها البيينة " ، ومن هذا النص يبين أن عقد البيع الدولي للبضائع يعتبر وفقا لاتفاقية فيينا عقدا رضائيا وليس عقدا شكليا ، فلم تشترط لإبرام هذا العقد أن يفرغ فى شكل معين . ومن ناحية أخرى ، فإن الاتفاقية قررت أيضا عدم خضوع إثبات هذا العقد لشكل معين ، فهو يخضع لمبدأ حرية الإثبات ، فيجوز إثباته بكافة طرق الإثبات بما فى ذلك شهادة الشهود .

وقد جاء نص المادة 11 من اتفاقية فيينا على هذا النحو ليستجيب لحاجات التجارة الدولية ، التى تتحرر من قيود الشكل عند إبرام عقد البيع الدولي .

- شرط التحفظ على مبدأ حرية تكوين وإثبات العقد : إذا كان مبدأ حرية تكوين وإثبات عقد البيع الدولي للبضائع هو الأصل وفقا لأحكام اتفاقية فيينا ، فإن الاتفاقية راعت أن قوانين بعض الدول ، قد تتطلب شكلا معينا لتكوين عقد البيع ، لذلك وضعت الاتفاقية تحفظا على مبدأ حرية شكل العقد ، يجيز للدول التى تأخذ به ، أن تطبق القاعدة التى يأخذ بها قانونها الوطنى متى كان واجب التطبيق على العقد وفقا لقواعد تنازع القوانين ، إذا كان هذا القانون يتطلب الكتابة كشكل للعقد. لذلك نصت المادة 12 من الاتفاقية على أن : " لا تطبق بخصوص كل من المادة 11 والمادة 29 والقسم الثانى من هذه الاتفاقية ( المتعلقة بتكوين عقد ا ) ) ، التى تسمح بأن يتم عقد البيع أو أى تعديل أو إنهاء له بالتراضى أو بأن يصدر الإيجاب أو القبول أو أى تعبير عن الإرادة فى أى شكل آخر غير الكتابة ، عندما يكون مركز أعمال أحد المتعاقدين فى دولة متعاقدة تكون قد أخذت بالتحفظ الوارد فى المادة 96 من هذه الاتفا . ولا يجوز للمتعاقدين مخالفة هذه المادة أو تغيير أثرها " .

-المقصود بالكتابة فى اتفاقية فيينا : رأينا من عرض النصوص الواردة فى اتفاقية فيينا بشأن شكل العقد ، أن الأصل هو حرية شكل عقد البيع ، والاستثناء أن تأخذ بعض الدول بالتحفظ الوارد فى المادة 96 من الاتفاقية ، فتطبق أحكام قوانينها التى تتطلب الكتابة كشكل لإبرام عقد البيع أو كشرط لإثباته . ويقصد بالكتابة ، كل محرر مكتوب صادر عن المتعاقدين . على أن معنى الكتابة

في مجال قانون التجارة الدولية ، ووفقا للاتجاه الحديث لا يشمل فقط كل محرر مكتوب يثبت أنه صادر عن أحد المتعاقدين أو عنهما معا وذلك بتوقيعه ممن صدر عنه ، بل يشمل المحرر المكتوب وفقا للمعنى الحديث في قانون التجارة الدولية أي محرر يثبت إرساله من أحد الطرفين إلى الآخر ولو لم يكن موقعا بخط الصادر منه هذا المحرر من ذلك البرقية والتلكس . لذلك نصت المادة 13 من اتفاقية فيينا على تعنين هذا المبدأ صراحة ، فنقرر أنه : " في تطبيق أحكام هذه الاتفاقية ، تشمل الكتابة ، البرقية والتلكس "

وإذا كانت هذه الاتفاقية لم تتطرق إلى الكتابة الالكترونية فإن قواعد الاعتداد بهذه الكتابة في إطار التجارة الدولية تجد تنظيمها في نصوص الاونسترال وقواعد غرفة التجارة الدولية للمتعاملين الاقتصاديين الذين يتعاملون بالعقود الالكترونية . والحال ان هذه العقود تفرض نفسها بشدة في إطار التجارة الدولية.

#### المبحث الثامن: طرق فض المنازعات في إطار عقود التجارة الدولية

أصبح اللجوء للوسائل البديلة لحل النزاعات في إطار عقود التجارة الدولية من متطلبات الأعمال الحديثة، و لم تعد المحاكم قادرة على التصدي لها بشكل منفرد، فمع التطور المستمر في التجارة والخدمات، وما نتج عن ذلك من تعقيد في المعاملات، والحاجة إلى السرعة والفعالية في بث الخلافات ، مما يستوجب استحداث آليات قانونية يمكن للأطراف من خلالها حل خلافاتهم بشكل سريع، وعادل وفعال، مع منحهم مرونة وحرية لا تتوفر عادة في المحاكم.

وقد عرفت الوسائل البديلة كل النزاعات اهتماما متزايدا، على صعيد مختلف الأنظمة القانونية والقضائية، وذلك لما توفره هذه الأخيرة من مرونة وسرعة في البث والحفاظ على السرعة والسرية وما تضمنه من مشاركة الأطراف في إيجاد الحلول لمنازعاتهم.

وتجد هذه الوسائل توظيفا اكبر لها في الدول المتقدمة صناعيا والمزدهرة اقتصادا ذلك لأن الأسلوب القضائي في هذه الدول يتصف بالاهتمام المتزايد بدقائق القانون وكثرة الشكليات والصعوبات والتعقيدات الناتجة عنها مما جعله بطيئا للغاية مقارنة بالسرعة التي تتطلبها العلاقات في نطاق عقود التجارة الدولية والتي يرغب اطرافها في الوصول إلى حقوقهم بأقرب وقت ممكن وبأقل جهد وتكلفة مع الحفاظ على سرية خلافاتهم واستمرار نشاطهم وحفظ علاقاتهم التجارية

وظهرت هذه الوسائل بأسماء مختلفة ، قضاء غير رسمي ، قضاء اتفاقي ، قضاء ودي  
والبعض اعتبرها عدالة غير رسمية، عدالة فعالة .

ولكن التسمية الأكثر استعمالا وشيوعا في اللغة الإنجليزية والمختصرة A.D.R والتي تدل على  
مختصر Alternative Dispute Resolution وفي اللغة الفرنسية تعرف بالـ M.A.R.C وهي  
مختصر لـ Modes Alternatifs de Règlement des Conflits وتعرف أيضا بـ  
SORREL كما هو الدارج والمستعمل في كندا وهي اختصارا لـ Solutions de Rechange  
au Règlement Litiges وجميع هذه التسميات تدور حول فكرة واحدة هو البديل أو الخيار  
Alternative عن النظام القضائي الكلاسيكي أو اللجوء إلى الطرق الودية Amiables التي  
يختارها المتنازعون لأجل حل نزاعاتهم بعيدا عن القضاء الكلاسيكي، وذلك كسبا للوقت والمال  
لديمومة روابطهم التجارية وحل نزاعاتهم بشكل غير معطن.

فقد جاء تعريف هذه الوسائل لدى بعض الفقهاء متقاربا إلى حد ما، فقد عرفها البعض "   
مجموعة من الإجراءات التي تشكل بديلا عن المحاكم في حسم النزاعات وغالبا ما تستوجب تدخل  
شخص ثالث نزيه وحيادي "وعرفها البعض " مجموعة غير محددة من الإجراءات لحل  
النزاعات، بحيث تتم في أغلب الأحيان بواسطة تدخل شخص ثالث بهدف إيجاد حل غير قضائي  
لهذه النزاعات".

واهم هذه الوسائل ما يلي:

1-المفاوضات: المفاوضات أو التفاوض هو آلية نزاع قائم بالاعتماد على الحوار  
المباشر بين الطرفين المتنازعين سعيا لحل الخلاف، ولا يحتاج التفاوض إلى أي طرف ثالث، بل  
يعتمد على الحوار بين الطرفين مباشرة، إلا أنه لا يوجد ما يمنع من تمثيل المتنازعين بواسطة  
محامين أو وكلاء لهم، إذ لا يغير ذلك من طبيعة التفاوض مادام الوكلاء يملكون سلطة اتخاذ القرار  
عن موكلهم، ويسمى هذا الأسلوب بالمفاوضات أيضا وتقدم عدة امتيازات، فمن جهة تعتبر ا  
الوسيلة الأكر سرعة لحل الخلافات فهي تتدخل في مرحلة لا زال فيها النزاع التجاري لم يبلور  
بعد نهائيا وهذا يستجيب تماما مع خصوصيات طبيعة النزاعات التجارية ومن جهة ثانية تعتبر  
المفاوضات الوسيلة الأكثر قبولا وتفضيلا من طرف الحكومات، فهي فضلا عن ما توفره من سرية

الأسلوب الوحيد لحل النزاع الذي لا يتضمن تدخلا للغير مما يوفر للدول المحكوم بها حبس المحافظة على سيادة القدرة على التحكم في مجريات حل النزاع.

2- الوساطة: وهي مرحلة متقدمة من التفاوض تتم بمشاركة طرف ثالث (وسيط)

الحوار بين الطرفين المتنازعين ومساعدتهما على التوصل لتسوية، إذن فهي آلية تقوم على أساس تدخل شخص ثالث محايد في المفاوضات بين الطرفين وتسهيل التواصل بينهما وبالتالي مساعدتهما على إيجاد تسوية مناسبة لحكم النزاع.

3- التوفيق: يعرف بأنه وسيلة قانونية يعمد في نطاقها طرف ثالث الى تقديم توصيات الى الطرفين براعي فيها ظروف كل طرف دون اجبارهم على تقبل نتائج بل للاطراف مطلق الحرية في قبول توصياته او رفضها.

ومن مزاياه اختصار الإجراءات والمحافظة على العلاقات بين الاطراف النزاع بالإضافة إلى محاولة إيجاد من التوازن بين الاطراف حيث يسعى الموفق إلى الوصول إلى حل توفيقى.

4- المساعي الحميدة: فهي عبارة عن مساعي ودية تقوم بها اطراف اجنبية عن النزاع بقصد تذليل العقبات واستئناف عملية المفاوضات حتى يتمكن الطرفان من التوصل إلى تسوية النزاع القائم، فمهمة هذه الأخيرة هي تقريب الطرفين المتنازعين بغية بحث وقائع النزاع والتوصل إلى حل لها بدون اشتراكهما في المفاوضات التي تجري بينهما

5- الصلح: ز مختلف التشريعات للخصوم والأطراف اللجوء إلى التصالح تلقائيا بإرادتهم

المنفردة دون تدخل القضاء في حسم منازعاتهم أو خصوماتهم ويعد ذلك صلحا غير قضائيا تم خارج دائرة القضاء ومن دون فرضه عليهم كونه اختياري وجوازي ومن نتائجه حسم النزاع نهائيا. ولتعريف الصلح يجب أن نتناول تعريفه لغة وفقها وكذا التعريف الذي جاء به المشرع الجزائري.

6- التحكيم: وهو إتفاق على إحالة النزاع المتصل بمسألة من مسائل التجارة الدولية والناشئة بين الخصوم إلى جهة غير المحاكم للفصل فيه ويكون القرار التحكيمي الصادر ملزما لهم ، و يسمى الإتفاق على التحكيم في نزاع معين " مشاركة التحكيم " أو " إتفاق التحكيم " أو " العقد التحكيمي " أو " ريثيقة التحكيم