جـامعة الجيلالي بونعامة خميس مليانة

جامعة الجيلالي بونعامة

كلية الحقوق

قسم: الحقوق

محاضرات مقياس العقد التجاري الدولي

المحور الأول: مفهوم العقد التجاري الدولي

أعدت لطلبة الماستر السنة أولى

تخصص قانون الأعمال

للدكتورة بعلوج أسماء

السنة الجامعية

2023-2022

المحور الاول: مفهوم العقد التجاري الدولي

المطلب الاول: تعريف العقد التجاري الدولي

اولا–التعريف الفقهي:

1–تعريف العقد: هو "توافق إرادتين على إحداث أثر قانوني سواءا 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 شيء أو القيام بعمل أو الامتناع عن عمل ، ويكون هذا الأخير عقدا دوليا إذا ما تضمن عنصرا أجنبيا يؤثر على خضوعه للقانون الداخلي أو القضاء الوطني (1) .

وعرفه بعض الفقهاء على أنه " د ظاهرة تحتل مكانا بارزا في الحياة الاجتماعية "، وعرفه البعض الاخر كما يلي " إن فكرة العقد على المستوى الدولي تتمتع بوزن حقيقي وواقعي يفوق بالضرورة وزن النصوص ذات الطابع الرسمي " 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 بالقانون 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 مالمقصود 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 العلاقة موضوعه القانون 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 لاتزال مطروحة، فالعقود التجارية لا تستقل بنظرية

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

وبصفة مبسطة يذهب الفقه الاى ان تحديد صفة تجارية العقد الدولي، بحيث يمكن تعريفه بأنه ذلك 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 .

ثانيا : أطراف العقد التجاري الدولي : إن لتحديد طبيعة أطراف العقد أهمية نتيجة لما ينجر عن هذه الاخيرة من آثار فيما يتعلق بمعرفة جنسية الأطراف المتعاقدة و هل يتعلق الامر بعقد أم إتفاقية . فقد 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 بحسب 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 محلى على حدى الا اذا نم الاتفاق على خلاف ذلك.

ثالثا- 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 تظهرهذه 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 لاضفاء 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-**بالنسبة للفقه 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 لبفرنسية في حكم لها صادر في 1967/05/17 هذا المعيار عندما قضت ان اضفاء 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 يعد 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 بما يلي : يعتبر العقد دوليا إذا إرتبط بعدة معايير قانونية 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 يكتفي 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- بالنسبة للإتفاقيات الدولية :توجد العديد من الاتفاقيات الدولية والتي نذكر منها :

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-اتفاقية لاهاي لسنة 1964: المعيار الموحد جاء به القانون الموحد للبيع الدولي و الذي وضع بموجب إتفاقيسة لاهاي لسنة 1964 ، ان البيع الدولي وفقا لهذا المعيار لا يرتبط بإختلاف جنسية المتعاقدين ، اذ قد يكون البيع دوليا و لو كان كل من البائع والمشتري من جنسية واحدة و إنما العبرة بإختلاف مراكز اعمال الأطراف المتعاقدة ، أو مجال إقامتهم العادية

1-2-3- إتفاقية فيينا بشأن البيع الدولي للبضائع 1980 :نصت في مادتها 1/1 على 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 الاتفاقيات 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 بإختلاف 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 إتحاد الجنسية ، فتكون الصفقة المبرمة بينهما عقدا دوليا لذلك لا أهمية للصفة المدنية أو التجارية لهم أو للعقد المبرم بينهما .

1-**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 1039من 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 إعتماده على المعيار الإقتصادي أكثر من المعيار القانوني .

2-ميزة إعمال 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 ، فللأطراف 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 للاطراف حرية اختيار واحد منها اي اختيار الشكل الذي الذي يرونه يتناسب و طبيعة المعاملات التي يبرمونها ، و مع ذلك فإن النموذجية و 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 اسماء الأطراف و كمية البضاعة و مكان وزمان التسليم .

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