

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية
وزارة التعليم العالي والبحث العلمي
جامعة أبي بكر بلقايد تلمسان
كلية الحقوق والعلوم السياسية

عقد البيع الدولي

رسالة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص.

تحت إشراف الأستاذ:

من إعداد الطالب:

د. مامون عبد الكريم

شعبة سفيان

لجنة المناقشة

رئيسا

أستاذ التعليم العالي ج. تلمسان

أ.د. تشوار جيلالي

مشرفا/ مقررا

ج. تلمسان أستاذ محاضر (أ)

د. مامون عبد الكريم

مناقشا

ج. سيدي بلعباس أستاذ التعليم العالي

أ.د. قاسم العيد عبد القادر

مناقشا

ج. سيدي بلعباس أستاذ محاضر (أ)

د. بردان رشيد

السنة الجامعية 2011 - 2012

"شكر وعرفان"

أوجه أحر التشكر لكل من ساهم في إخراج هذا العمل العلمي المتواضع، ولكل من لقبته
منهم العون والتفهم والمساعدة.

إلى رمز العنان والوفاء والمحبة، أمي.

إلى رمز الجِد والعزيمة والقوة، أبي.

إلى من أبقى ممتنا لهم ما حبيبت، إخوتي الكرام وأخواتي الكريمات، وإلى أسرهم.

إلى زوجتي الغالية، التي أمانتي بصبرها وتفهمها، وتهينتها لي الجو للبحث العلمي.

إلى ابنتي البرعمة الغالية "إيناس"، وإلى ابني العزيز "أيوب بن يسعد".

إلى كل من علمني حرفاً، اللهم زده علماً على علم وانفعه بعلمه وشجعه فيه.

إلى من أمانتي برأيه السديد ونصحه المفيد، أستاذي القدير "مامون عبد الكريم".

إلى الأساتذة الكرام الذي شرفوني وقبلوا مناقشة هذا العمل.

أستاذنا "تشار جيلالي"، الذي شرفنا بترأس لجنة المناقشة رغم كثرة انشغالاته وضيق وقته.

أستاذنا "قاسم العيد عبد القادر"، الذي تكبد عناء السفر والتنقل ودراسة ومناقشة هذا العمل.

أستاذنا "بردان رشيد"، الذي تكبد عناء السفر والتنقل ودراسة ومناقشة هذا العمل.

إلى "صديقي أمين"، وكل أصدقائي. وكل طلبتي الذين درستهم.

قائمة المختصرات

1- المختصرات العربية :

ص.:	صفحة.
ق.م.ج.:	القانون المدني الجزائري.
ق.ت.ج.:	القانون التجاري الجزائري.
ق.د.خ.:	القانون الدولي الخاص.
ق.إ.م.إ.ج.:	قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري.
ج.ر.ج.ج.:	الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية.
ط.:	طبعة.

2- المختصرات باللغة الفرنسية :

Al. (al.):	Alinéa.
Art. (art.):	Article.
Bull. civ.:	Le Bulletin Civil de la Cour de Cassation.
c. :	Contre.
CCI. (ICC):	Chambre de Commerce Internationale.
CNUDCI. :	Commission des Nations-Unies pour le Droit du Commerce International (UNCITRAL).
Comp. :	Comparer.
CVIM. :	La convention des Nations Unies sur les contrats de vente Internationale de Marchandises du 11 avril 1980.
Cass. Civ.:	Chambre civile de la cour de cassation française.
Cass.Com.:	Chambre commercial de la cour de cassation française.
Cass.Req.:	Chambre des Requêtes de la cour de cassation française.
C. Civ. Fr.:	Code civil français.
D. :	Recueil DALLOZ.

D.P. :	DALLOZ Périodique.
DPCI. :	Droit et Pratique du Commerce International.
Dr.In.P.:	Droit International Privé.
Éd. :	Édition.
Gaz. Pal. :	Gazette du Palais.
Ibid. :	Même endroit par rapport à la dernière référence.
In. :	Dans.
Infra. :	Ci-dessous.
J.O.R.A.:	Journal officiel de la république Algérienne.
JCP. :	Jurisclasseur Périodique. La Semaine Juridique.
JDI. :	Journal du Droit International (Clunet).
L.:	Loi.
L.G.D.J.:	Librairie Générale de Droit et de Jrisprudence.
LUVI. :	La convention de la Haye du 1 ^{er} juillet 1964 portant loi Uniforme sur la vente internationale d'objets mobiliers Corporels.
N°:	Numéro.
Op.Cit.:	Option citée.
O.P.U.:	Office des publications universitaires.
Ord.:	Ordonnance.
Obs. :	Observations.
p. (pp.):	page(s).
Rev. :	Revue.
RCDIP. :	Revue Critique de Droit International Privé.
RDAI. :	Revue de Droit des Affaires Internationales.
RDC. :	Revue des Contrats.
Rev. Arb. :	Revue de l'Arbitrage.
RIDC. :	Revue Internationale de Droit Comparé.
RTD. Civ. :	Revue Trimestrielle de Droit Civil.
RTD. Com. :	Revue Trimestrielle de Droit Commercial.
T.:	Tome.
v.:	Voir.
Vol. :	Volume.
Trib.Civ.:	Tribunal Civil.
T.G.I.:	Tribunal de Grande Instance.

مقدمة:

عقد البيع الدولي هو عصب التجارة الدولية وهو محركها الأساسي عبر مختلف العصور، فهو الحلقة المحورية التي تدور حولها مجموعة من العلاقات القانونية والعقدية الأخرى. ولقد حظي عقد البيع باهتمام كبير وواسع في إطار القانون المدني، فشملته دراسات فقهية كثيرة ونظم بصفة مستفيضة، سواء في القانون المدني الجزائري، أو نظيره الفرنسي، أو المصري. وإن الملاحظ يعتقد أنه لم يترك مجال أو نقطة قانونية فيما يخص عقد البيع، إلا وتم رعايتها بدراسة عميقة، حتى أصبح من المواضيع التقليدية.

لكننا بمجرد أن نتقل من عقد البيع الداخلي إلى عقد البيع الدولي، (وهو عقد البيع الذي يحتوي على عنصر أجنبي، أو يمس بمصالح التجارة الدولية)، نجد النظرية العامة لعقد البيع الواردة في القانون المدني عاجزة عن مسايرة هذا النوع من عقود البيع. لأنه لو حللنا أبسط عقود البيع الدولية، لوجدناه ظاهرة قانونية قائمة بذاتها تتداخل فيها مجموعة من العلاقات القانونية والعقدية. فالبيع الدولي في العصر الحاضر أصبح يفرض على عاقيه الدخول في علاقات أخرى، فيرتبط به غالباً عقد نقل البضائع محل البيع، وعقد التأمين عليها أثناء رحلة النقل من الأخطار المتنوعة التي قد تتعرض لها. ويضطر المشتري لفتح اعتماد مستندي لدى أحد البنوك لتكفل بتحويل ونقل ثمن البضاعة المباعة إلى البائع مقابل استلامها الوثائق التي تدل على أن البضاعة المباعة سلمت للناقل العمومي وهي في طريقها للمشتري.

كما تتداخل في تنظيم عقد البيع مجموعة من النصوص القانونية الداخلية والدولية، وهو ما يقودنا للحديث عن مصادر القواعد القانونية التي تنظم عقد البيع الدولي. فتنوع هذه المصادر، منها القواعد الوطنية، ومنها القواعد الدولية، ومنها حتى الأعراف التجارية

الدولية. ومن القواعد التي تنظم عقد البيع الدولي ما يتعلق بتنازع القوانين التي تحيل على القانون الواجب التطبيق، ومنها ما يتعلق بالقواعد الموضوعية المباشرة التي تحدد مباشرة القواعد الموضوعية التي تحل النزاع.

فعلى الصعيد الدولي، نجد أن المعهد الدولي لتوحيد القانون الخاص لروما (Unidroit)¹ قد قام بمجهودات جبارة في مجال توحيد القواعد الدولية التي تحكم العقود. فقد قام بإعداد مشروع في 1935 يتعلق بالقانون الموحد الخاص بالبيع التجارية Loi uniforme sur la vente commerciale غير أن الحرب العالمية الثانية أوقفت كل تلك المساعي.

¹- المعهد الدولي لتوحيد القانون الخاص لروما (Unidroit) منظمة حكومية مستقلة مقرها في روما، موضوعها هو دراسة وسائل وطرق عصنة وتوحيد وتنسيق القانون الخاص والأخص القانون التجاري بين الدول المنظمة. أسس هذا المؤتمر سنة 1926 كهيئة علمية تابعة لعصبة الأمم، وبعد زوال عصبة الأمم تم إعادة هيكلته سنة 1940 وأصبح منظمة مستقلة. أهم أعماله كالتالي:

- Convention portant loi uniforme sur la vente internationale des objets mobiliers corporels (La Haye, 1^{er} juillet 1964).
- Convention portant loi uniforme sur la formation des contrats de vente internationale des objets mobiliers corporels (La Haye, 1^{er} juillet 1964).
- Convention internationale relative au contrat de voyage (Bruxelles, 23 avril 1970).
- Convention portant loi uniforme sur la forme d'un testament international (Washington, D.C., 1973).
- Convention sur la représentation en matière de vente internationale de marchandises (Genève, 17 février 1983).
- Convention d'UNIDROIT sur le crédit-bail international (Ottawa, 1988).
- Convention d'UNIDROIT sur l'affacturage international (Ottawa, 28 mai 1988).
- Convention d'UNIDROIT sur les biens culturels volés ou illicitement exportés (Rome, 1995).
- Convention relative aux garanties internationales portant sur des matériels d'équipement mobiles (Le Cap, 2001).
- Protocole relatif aux questions spécifiques portant sur des matériels d'équipement aéronautiques à la Convention relative aux garanties internationales portant sur des matériels d'équipement mobiles (Le Cap, 2001).
- Protocole portant sur les questions spécifiques aux matériels d'équipement aéronautiques à la convention relative aux garanties internationales portant sur des matériels d'équipement mobiles (Luxembourg, 2007).
- Convention d'UNIDROIT sur les règles matérielles relatives aux titres intermédiaires (Genève, 2009).
- Les autres instruments juridiques qu'UNIDROIT a réalisés sont :
- Guide d'UNIDROIT sur les Accords Internationaux de Franchise Principale (2000).
- Loi type sur la divulgation des informations en matière de franchise (2002).
- Principes ALI / UNIDROIT de procédure civile transnationale (2004).
- Principes d'UNIDROIT relatifs aux contrats du commerce international (1994, 2004).
- Voir, (<http://library.unidroit.org>).

وبعد ذلك قام بإعداد اتفاقيتين دوليتين تبناهما في 25 أبريل 1964 و1 جويلية 1964، تتعلق الأولى بالقانون الموحد الخاص بتكوين عقد البيع الدولي للمنقولات المادية Loi uniforme sur la formation des contrats de vente internationale des objets mobiliers corporels، وهي اتفاقية تحوي 13 مادة وتعالج نقطتين فقط هما الإيجاب والقبول. أما الاتفاقية الثانية فهي تتعلق بالقانون الموحد الخاص بالبيع الدولي للمنقولات المادية Loi uniforme sur la vente internationale des objets mobiliers corporels، وهي تعالج بصفة مفصلة في 101 مادة التزامات البائع والمشتري، ولقد دخلت هاتين الاتفاقيتين حيز التنفيذ في 18 أوت 1972².

غير أن لجنة الأمم المتحدة لقانون التجارة الدولية La commission des nations unies pour le droit du commerce international (CNUDCI)³ قامت بمراجعة اتفاقيتي لاهاي لسنة 1964 المذكورتين أعلاه، وقد وضعت على إثر ذلك مشروع اتفاقية خاصة بالبيع الدولي للبضائع سنة 1977 أين تم تبنيتها بفيينا في 11 أبريل 1980 La convention de vente internationale des marchandises (CVIM)⁴ وقد دخلت هذه الاتفاقية

²- Voir M. André Tunc : Les conventions de la Haye du 1^{er} 1964 portant loi uniforme sur la vente internationale d'objets mobiliers corporels. Une étude de cas sur l'unification du droit. In ; Revue internationale de droit comparé, Vol. 16 N 3, juillet-septembre 1964, pp. 547-554.

- KAHN (Ph), « La convention de la haie du 1^{ère} Juillet 1964, Portant Loi Uniforme Sur La Vente Internationale des Mobiliers Corporels », R.T.D.Com. 1964

- رضا عبيد، دراسة في القواعد الموحدة في البيوع الدولية، بدون دار نشر، 1996.

- محسن شفيق: اتفاقيات لاهاي لعام 1964 بشأن البيع الدولي للمنقولات المادية، مذكرات لدبلوم القانون الخاص، 1972-1973.

³- لجنة الأمم المتحدة لقانون التجارة الدولية، هي لجنة تابعة للجمعية العامة للأمم المتحدة، أسستها بمقتضى توصيتها رقم 2205 (XXI) الصادرة في 17 ديسمبر 1966، دورها مساعدة المجتمع الدولي على توحيد القوانين في مجال التجارة الدولية. تدعى باللغة الفرنسية، Lacommission des nations unies pour le droit du commerce international (CUDCI)، وتسمى باللغة

الإنجليزية *United Nations commission on International Trade Law* (UNCITRAL)

⁴-C.Mouly: la conclusion du contrat selon la convention de vienne sur la vente internationale de marchandises, Dr. Par.com. Int., 1989.

- GAILLARD (E), « L'entrée en vigueur de la convention de vienne du 11 avril 1980 sur les contrats de vente internationale de marchandises » Gaz.Pal.1988.

حيز التنفيذ في 01 جانفي 1988 وبذلك تكون قد نسخت وألغت اتفاقيتي لاهاي لسنة 1964.

أما فيما يتعلق بالاتفاقيات الدولية التي توحد قواعد النزاع فنجد على رأسها، اتفاقية لاهاي لـ 15 جوان 1955 الخاصة بالقانون الواجب التطبيق على البيع الدولي للمنقولات المادية، وقد دخلت حيز التنفيذ في 01 سبتمبر 1964.

واتفاقية ثانية خاصة بالقانون الواجب التطبيق على البيع الدولي للمنقولات المادية، هي اتفاقية لاهاي لـ 15 أبريل 1958 وهي تتعلق بمسائل نقل الملكية، غير أن هذه الاتفاقية لم تدخل حيز التنفيذ لحد الساعة لأنه لم يتم التصديق عليها سوى من قبل إيطاليا.

وقد قامت لجنة الأمم المتحدة لقانون التجارة الدولية CNUDCI بإعداد اتفاقية مهمة جدا في مجال تنازع القوانين في مسألة التقادم، وقد تم تبنيها بنيويورك في 14 جوان 1974 وهي اتفاقية تحدد آجال تقادم فيها حقوق أطراف عقد البيع الدولي الناتجة عن العقود الدولية وعن الأعمال التصديرية المرتبطة بها، وقد حددت هذه المدة بـ 04 سنوات.

كما أن الأعراف التجارية الدولية La Lex Mercatoria تعتبر مصدر مهم للقواعد القانونية التي تنظم البيوع الدولية، فحتى وإن كان ومازال هناك جدل فقهي حول الطبيعة القانونية للقواعد المستقاة من الأعراف التجارية الدولية، فهل هي ملزمة للأطراف المتعاقدة أم لا؟، ومن أي مصدر تنبع هي بذاتها، هل من الممارسات المهنية Les principes Les pratique professionnelles، أم من المبادئ العامة للقانون Les principes généraux de droit؟.

- Vincent Heuzé : la vente international de marchandises, Droit uniforme. L.G.D.J. 2000.

- محمود سمير الشرفاوي، العقود التجارية الدولية، دراسة خاصة لعقد البيع الدولي للبضائع، دار النهضة العربية، القاهرة 1992.

فعلى سبيل المثال نجد الفقيه "قولدمان بارتهول" Goldman Berthold، في مقال كتبه سنة 1964 بعنوان "حدود القانون واللاكسماركاتوريا"⁵، يؤكد أنه رغم الاختلاف وعدم الوضوح في التأسيس القانوني النظري لطبيعة هذه القواعد إلا أنها أصبحت ظاهرة لا يمكن إغفالها في العلاقات التجارية الدولية، سواء في عقد البيع الدولي أو في الاعتمادات المستندية التي هي في غالبها منظمة بأعراف تجارية دولية، أو حتى بالنسبة للشركات التجارية الدولية⁶.

وعلى خلاف ذلك نجد الفقيه "جون ديني برودان" Jean- Denis Bredin في مقال له بعنوان "في البحث عن عدالة التجار"⁷، يعارض تماما فكرة الاعتماد على عدالة تجارية، وهو يرى أن هذه المسألة مائعة ولا يمكن تحديد معناها بدقة. فهو في مقاله يجري حوارا بين ثلاثة محكمين يكونون محكمة تحكيم ودية Amiable compositeurs كل محكم من قارة معينة (أوروبا، إفريقيا، أمريكا) الأول أستاذ جامعي عالم في القانون والثاني قاضي متمرس ونزيه والثالث مسير للعديد من الشركات العالمية. ومن خلال الحوار الذي سيره كاتب المقال على ألسنتهم توصل في الأخير أن قواعد اللاكسماركاتوريا لا يمكن بأي حال من الأحوال أن تشكل أساسا لحل المنازعات التجارية الدولية، بل قواعد القانون والمبادئ العامة للقانون هي التي يجب أن تعتمد

⁵ - Goldman Berthold : Frontières du droit et lexMercatoria, in le droit subjectif en question, Archives de philosophie de droit, 1964, T. 09, pp. 177-192.

⁶ - « L'ordre juridique de la lexmercatoria régirait, en marge de toute intervention étatique, l'ensemble des relations commerciales internationales, à la seule exception de celles qui ne mettent en présence que des collectivités publiques agissant selon les procédés qui leur sont propres ». Goldman Berthold, Op. cit., p. 177.

⁷ - Jean-Denis Bredin : A la recherche de l'aequitasMercatoria, in l'internationalisation du droit, Mélanges en l'honneur d'Yvon Loussouarn, p. 109 et suites.

كأساس⁸. ويخلص الكاتب في آخر مقاله إلى أنه لا توجد على الإطلاق عدالة دولية ولا عدالة عامة ومجردة تصلح لكل الأطراف، إنما تختلف العدالة بحسب الزاوية التي ينظر إليها منها، فعدالة الأغنياء ليست هي نفسها عدالة الفقراء، ولا عدالة العمال هي نفسها عدالة أرباب العمل ولا الموظفين⁹. وعلى هذا الأساس يرى أنه يجب أن تستند العدالة على النصوص القانونية وعلى المبادئ العامة للقانون¹⁰.

لكن رغم هذه النظرة الانتقادية لقواعد اللاكسماركاتوريا من قبل الفقيه "جون ديني برودان"، إلا أن أغلب الفقه المعاصر¹¹ يؤكد على أن هذه القواعد أصبحت بالفعل ظاهرة عامة في مجال قانون التجارة الدولية ولا يمكن إنكارها كمصدر مهم للقواعد التي تنظم العلاقات التجارية الدولية.

فيرى بعض الفقه¹² أن استعمال هذه القواعد في مجال التجارة الدولية أصبح ملاحظا بشكل لا يمكن إنكاره، وهو يرى أن هذه القواعد تنبع من مصدرين الأول هو

⁸- مما جاء في هذا المقال المشار إليه من حوار، أن أحد المحكمين يقول:

« Ce que notre équité fait du contrat ? répliqua vivement l'arbitre juriste : C'est très simple, un principe est fidélité à la parole donnée, pactasuntservanda.... »

بينما يقول آخر

« Voilà qui n'est pas simple : remarqua l'arbitre marchand...., Beaucoup de contrat un peu de droit, un peu de morale, il suffit de mélanger le tout et de l'habiller bien.... Il avait la que cette harmonieuse combinaison portait pour nom, en langue français « le pouvoir modérateur » du juge amiable compositeur ».Jean-Denis Bredin, Op. cit. p. 113.

⁹- « ... L'équité ce n'était pas la déclaration universelle des droit de l'homme, ce n'était pas les principes que les nations civilisées inscrivaient sur leurs drapeaux, il n'y avaitnulle équité générale, pas d'équité universelle, rien que des équités éclatées, une équité pour les salaries, une autre pour les marchands, une autre pour les fonctionnaires, une autre pour les clochards sur le bord des poubelles.... » Ibid., P. 118.

¹⁰- « ... L'équité se devait de respecter le droit, les principes directeurs des lois et des jugements,.... ».Ibid. p. 118.

¹¹- Antoine Kassis : Théorie générale des usages du commerce, droit comparé, contrat et arbitrage internationaux, lexmercatoria, L.G.D.j., Paris, 1984.

¹²- Filali Osman : Les principes généraux de la lexmercatoria, contribution à l'étude d'un ordre juridique anationale, L.G.D.J., 1992.

الممارسات التجارية للمحترفين، أما المصدر الثاني فمن المبادئ العامة للقانون التي يشير لها أو يطبقها المحكمون في أحكامهم¹³. ويرى كذلك الفقيه بيار مايار Pierre Mayer، أن قواعد اللاكسماركاتوريا ليست فقط من صنع المحكمين، بل هي قواعد موجودة مسبقا ومفروض على المحكمين الالتزام بها، فهي في الأصل من صنع متعاملي التجارة الدولية قبل أن يشير لها رجال القانون¹⁴. بينما يري جانب آخر من الفقه أن عادات التجار ليست قوية بما يكفي لترقى إلى أعراف تجارية دولية واجبة التطبيق، لذلك تعتبر المبادئ العامة للقانون في كثير من الأحيان بمثابة سترة نجاة للمحكمين يستعينون بها في حل المنازعات المعروضة عليهم¹⁵. وعلى هذا الأساس لا غنى لنا من الاستعانة بهذا النوع من القواعد في دراستنا لعقد البيع الدولي.

ونشير على سبيل المثال لمجموعة من المبادئ العامة للقانون المطبقة في كثير من أحكام التحكيم الدولية وتعتبر من المبادئ العامة للاكسماركاتوريا، والتي تمثنا في عقد البيع الدولي ومنها، مبدأ العقد شريعة المتعاقدين Pacta sunt servanda، ومبدأ حسن النية والإخلاص Le principe général d'exécution en bonne foi et en loyauté، ومبدأ حفظ التوازن العقدي، ومبدأ إنقاذ العقد Le principe général de sauvetage du contrat، ومبدأ احترام أعراف التجارة الدولية Le principe général de

¹³ - « ... Nous observons que les normes nationales issues, soit directement de l'activité normative des professionnels par le biais des usage corporatifs, soit de la fonction prétorienne des arbitres du commerce international par le biais des principes généraux.. » Ibid., p. 14.

¹⁴ - « ... d'un ordre juridique déjà constitué, s'imposant à l'arbitre plutôt que créé par lui, et insister sur le rôle des opérateurs du commerce international plutôt que sur celui de juristes... » Pierre Mayer: L'autonomie de l'arbitre dans l'appréciation de sa propre compétence, Op. cit. p. 26.

¹⁵ - « Il n'existe pas d'usage communs suffisamment consolidés pour avoir acquis une valeur coutumière, conduit les arbitres à puiser dans les principes généraux du droit Bouée de sauvetage » Virally Michel : un tiers droit ? Réflexions théorique, in le droit des relations économiques internationales, études offertes à Berthold Goldman, p. 379.

respect des usages du commerce international، ومبدأ إلزام الدائن بالقيام بكل ما هو لازم من أجل التقليل من الأضرار اللاحقة به بفعل مدينه Le principe général de Mitigation¹⁶.

أما قواعد اللاكسماركاتوريا النابعة من العادات المهنية، فيلاحظ أنه جرت العادة في مجتمع التجارة الدولية على تبني مجموعة من العقود التجارية الدولية النموذجية في مجالات مختلفة، تعدها جمعيات ومنظمات مهنية دولية تضم مختلف المتعاملين في فرع معين من النشاط التجاري، وتحتوي هذه العقود النموذجية على قواعد سير العلاقات التعاقدية وعلى قواعد حل المنازعات الخاصة بها وعلى تعاريف للمصطلحات التقنية والفنية المستعملة في ذلك الفرع من التجارة. كالعقود النموذجية الخاصة بتجارة البن، أو تجارة الزيوت، أو الشاي، أو الكاكاو، أو تجارة المنسوجات¹⁷. وعلى نفس المنوال قامت غرفة التجارة الدولية (La Chambre de commerce internationale (ICC)¹⁸ بصياغة

¹⁶ - هذه المبادئ ستكون محل دراسة في معرض هذا البحث كل في الموضوع الخاص بها.

¹⁷ - هناك العديد من الجمعيات المهنية العالمية التي اهتمت بصياغة عقود نموذجية في فروع التجارة التي تخصها ومنها:

- Tember Trade Federation Of The United Kingdom.
- London Corn Trade Association.
- Incorporated Oil Seed Association (London).
- Rifend Sugar Association (London).
- London Jute Association.
- London Fur Trade Association.
- British WoolFederation.
- International Wool Textile Organization.
- Cocoa Association Of London.
- London Oil And Tallow Trade Association.
- London Cattle Food Trade.
- Coffee Importers & Exporters Association.

¹⁸ - وقد أنشئت غرفة التجارة الدولية (La Chambre de commerce internationale (ICC) في عام 1919 ومقرها باريس، وهي منظمة دولية غير حكومية تضم رجال الأعمال عبر العالم، وهي تضم الآن مآت آلاف المؤسسات و الشركات والجمعيات الاقتصادية في أكثر من 130 دولة. هدفها الأساسي هو مساعدة عالم الأعمال على تسهيل المعاملات والاستثمارات الدولية، وتحرير التجارة الدولية في مجال السلع والخدمات وحركة رؤوس الأموال. أول رئيس انتخب على رأسها هو السيد « D'Etienne Clémentel » وزير سابق للتجارة بفرنسا، وبفضل مجهوداته ثم وضع مقر الأمانة العامة لغرفة التجارة الدولية في باريس، وقد ساهم في خلق المجلس الدولي للتحكيم لغرفة التجارة الدولية La cour international d'arbitrage de cci سنة 1923. ومن الأعمال المهمة للغرفة هو إصدارها للقواعد والأعراف الموحدة الخاصة بالقرض المستندي سنة 1933 وقد خضعت لعدة تعديلات ونسختها الأخيرة UCP500 دخلت حيز التنفيذ

قواعد الأنكوترمز INCOTERMS التي تتميز عن سابقتها بكونها عامة وتشمل مختلف فروع التجارة بشتى أنواعها، وهي الأكثر شيوعا واستعمالا عبر العالم¹⁹. وقواعد الأنكوترمز INCOTERMS هي اختصار للعبارة الانجليزية "International Commercial TERMS". وهي مجموعة من الرموز المستعملة في مجال التجارة الدولية تحمل دلالات خاصة متعارف عليها دوليا، يمكن من خلالها معرفة التزامات كل من البائع والمشتري من حيث مكان وزمان التسليم، وتحمل تبعة هلاك البضاعة، ومن الملتزم بنقل البضاعة أو التأمين عليها أثناء النقل، ومن يتحمل مصاريف النقل والتأمين، ومن يقوم بإجراءات التصدير والجمركة، ومن يستصدر الوثائق الخاصة بالبضاعة ومنشئها ومصدرها²⁰، وهي مصطلحات ستعرض لها بشيء من التفصيل في صلب دراستنا هذه. وعليه فلا مناص لنا من الاعتماد على قواعد ومبادئ اللاكسماركاتوريا كمصدر للقواعد القانونية التي تنظم عقد البيع الدولي.

أما على الصعيد الوطني، فنميز بين نوعين من القواعد الوطنية. الأولى قواعد تكميلية أو قواعد اختيارية يسمح للأطراف المتعاقدة بالاتفاق على مخالفتها، وفي مجال عقد البيع الداخلي نجد من هذه القواعد الكثير، وهذا في الأساس تطبيق من تطبيقات الحرية التعاقدية ومبدأ سلطان الإرادة والعقد شريعة المتعاقدين. وإذا انتقلنا إلى عقد البيع

سنة 1994، هذه القواعد مستعملة من قبل البنوك في العالم كله. كما أنها قامت بإصدار قواعد الأنكوترمز التي هي محل دراستنا الآن، وأصدرت أيضا القواعد الخاصة بها في التحكيم التجاري الدولي، وغيرها من الأعمال ذات الأهمية في مجال تنظيم التجارة الدولية.

¹⁹ - هناك قواعد أخرى شبيهة بها ولكنها ليست منتشرة عالميا مثلها، ومنها:

- Les "Revised American Foreign Trade Définitions" pour lesquelles existent une version de 1941, et une de 1990.

- Les "Universal Commercial Code" également d'origine américaine. Cité par, Didier Le Masson et Sibille Stenay. Les Incoterms, Actes du colloque des 1 er et 2 décembre 1989 sur, La convention de Vienne sur la vente internationale et Les Incoterms. P. 42.

²⁰ - Emmanuel Jolivet : Les incoterms, étude d'une norme du commerce international, édition Litec, p. 3.

الدولي نجد هذه المبادئ تزداد توسعا، فيجوز للمتعاقدين اختيار القانون الواجب التطبيق على عقدهما وهذا عملا بنص المادة 18 من القانون المدني الجزائري²¹، ويجوز لهما اختيار بنود وشروط تعاقدتهما بصفة واسعة جدا.

غير أنه يوجد نوع ثان من القواعد الوطنية، تعتبر واجبة التطبيق في كل الأحوال ولا يجوز للأطراف المتعاقدة الاتفاق على مخالفتها. إنها قواعد الضبط Les lois de polices، فهي من النظام العام الجزائري ولا يمكن لأي عقد بيع دولي يراد تنفيذه في الجزائر أن يخالف مقتضياتها²². ومن هذه القواعد ما يتعلق بحماية الأطراف المتعاقدة من الهيمنة والتعسف، ومنها ما يتعلق بالشروط والمقاييس النوعية الإلزامية للمنتوجات التي تدخل السوق الوطنية والتي تمنع من الدخول، أو بقواعد حركة الأموال من الداخل نحو الخارج. أو القواعد المتعلقة بحماية المستهلك. لذلك نجد من هذه القواعد الضابطة ما يتعلق بحماية تراضي الأطراف المتعاقدة، وما يتعلق بالبضاعة المباعة، وما يتعلق بدفع الثمن. وهي قواعد سنتعرض لها في صلب دراستنا.

وعليه فإننا سنراعي في دراستنا هذه لعقد البيع الدولي، كل من الأحكام والقواعد الدولية الناتجة عن الاتفاقيات الدولية أو عن الأعراف التجارية الدولية، وأيضا الأحكام الوطنية التي تنظم عقد البيع الدولي وبالأخص منها القواعد الضابطة وقواعد النظام العام. وسيكون ذلك بإتباع المنهجية التالية، فبعد البحوث التي أجريتها في مجال عقد البيع الدولي وبعد اطلاعي على مجموعة من المراجع والمصادر والأبحاث الوطنية

²¹ - تنص المادة 18 من القانون المدني الجزائري على أنه: "يسري على الالتزامات التعاقدية القانون المختار من المتعاقدين إذا كانت له صلة حقيقية بالمتعاقدين أو بالعقد.

وفي حال عدم إمكان ذلك، يطبق قانون الموطن المشترك أو الجنسية المشتركة.

وفي حال عدم إمكان ذلك، يطبق قانون محل إبرام العقد.

غير أنه يسري على العقود المتعلقة بالعقار قانون موقعه".

²² - محمود محمد ياقوت، قانون الإرادة وقواعد البوليس ضرورية التطبيق، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2003.

والأجنبية، وجدت نفسي من الناحية المنهجية أمام خيارين كلاهما أظنه مفيدا في تنمية الدراسات العلمية الأكاديمية في هذا المجال، ولكنني حاولت أن أفاضل بينهما وأركن بحث بالطريقة الأكثر نفعاً وإضافة علمية.

كان الخيار الأول هو أن أدرس عقد البيع الدولي من حيث الأصول والمبادئ التي يقوم عليها، فأبحث عن القانون الواجب التطبيق عليه وفقاً لمنهج تنازع القوانين، وأناقش قواعد الإسناد ومعاملة القانون الواجب التطبيق. ثم أبحث في القواعد الموضوعية الموحدة لتنظيم هذا النوع من العقود، وهي تلك القواعد الناتجة عن الاتفاقيات الدولية الموحدة لقواعد عقود البيع، أو الناتجة عن الأعراف التجارية أو ما يسمى بـ *La lex Mercatoria*، أو تلك القواعد التي تحتويها العقود الدولية النموذجية على اعتبار مبدأ سلطان الإرادة وأن بنود العقد تشكل قانوناً للمتعاقدين *La lex contractus*. فأبحث في هذه المسائل عن أسسها المنطقية والقانونية وعن تطبيقاتها وحدودها ومداهها، وعن قيمتها وطبيعتها القانونية. غير أن الدراسات التي أجريت حسب هذه المنهجية كثيرة²³.

²³ منها على سبيل المثال، في الجزائر: حبار محمد، قانون العقد والمسؤولية العقدية في القانون الجزائري والمقارن، رسالة دكتوراه، جامعة الجزائر، كلية الحقوق 1987. الطيب زروقي، النظام القانوني للعقود الدولية في القانون الجزائري المقارن، رسالة دكتوراه، جامعة الجزائر، 1990-1991. وفي مصر نجد من بين الدراسات في هذا الشأن: أحمد عبد الكريم سلامة، قانون العقد الدولي، دار النهضة العربية، 2008. ولنفس الكاتب، نظرية العقد الدولي الطليق، بين القانون الدولي الخاص وقانون التجارة الدولية، دراسة تأصيلية انتقادية، دار النهضة العربية، 1989. طرح البحور علي حسن فرج، تدويل العقد، دراسة تحليلية على ضوء الاتفاقية الخاصة بالقانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية الموقعة في روما بـ 19 يونيو 1980، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2000. محمود محمد ياقوت، حرية المتعاقدين في اختيار قانون العقد الدولي، بين النظرية والتطبيق، منشأة المعارف، 2000. ولنفس الكاتب، الروابط العقدية الدولية، بين النظرية الشخصية والنظرية الموضوعية، دراسة تحليلية ومقارنة، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2004. محمد أحمد حسن محمود الشريبي، النظام القانوني للعقد الدولي، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس. خالد أحمد محمد عبد الحميد، فسخ عقد البيع الدولي للبضائع، وفقاً لاتفاقية فيينا لعام 1980، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق جامعة القاهرة، 2000. وفي المغرب نجد: المصطفى شنيص، البيع التجاري الدولي للبضائع بين التأصيل والتنازع، أطروحة دكتوراه، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة الحسن الثاني، عين الشق، الدار البيضاء 1998-1999.

وفي فرنسا:

Kahn Philippe : La vente commerciale internationale, Sirey, 1961. Vincent Heuzé : La vente internationale de marchandises, Droit uniforme, L.G.D.J., 2000.

أما الخيار الثاني الذي كان يدور في خلدي، وهو الذي وطنت نفسي على انتهاجه. هو أن أدرس عقد البيع الدولي دراسة تحليلية مباشرة، وأبحث في القواعد الجزئية والتفصيلية التي تحكمه، فأدرس كيف ينعقد البيع الدولي، وما هي الآثار التي تنتج عنه، ما هي التزامات البائع والتزامات المشتري؟. وحاولت أن أوفق في دراستي هذه بين ما هو جار العمل به دوليا حسب الاتفاقيات الدولية والأعراف التجارية الدولية، وبين القوانين الوطنية الجزائرية الضابطة لمجال التجارة الدولية والتي يعتبر تطبيقها من النظام العام. وهذا حتى نعطي لدراستنا أبعادا دولية وجزائرية، تمكن الباحث والمتعامل الاقتصادي والتجاري، ورجل القانون أو الاقتصاد من فهم النظام القانوني لعقد البيع الدولي الذي يرم في الجزائر أو يراد تنفيذه فيها، أو الخاضع للقانون الجزائري. لذلك يجد القارئ أن هذه الدراسة اعتمدت في الغالب على المنهج المقارن، وعلى المنهج التحليلي في أحيان أخرى.

أما الإشكالية الأساسية التي ستركز عليها دراستنا لعقد البيع الدولي هي: كيف ينعقد البيع الدولي؟ وما هي الآثار المترتبة عنه؟ وفقا للقواعد الدولية، وللأعراف التجارية الدولية، وللقواعد الوطنية الجزائرية الضابطة له؟.

وقد اتبعنا الخطة التالية:

فصل تمهيدي: تعريف عقد البيع الدولي، وتطور النظام القانوني للتجارة الخارجية في الجزائر.

باب أول: انعقاد البيع الدولي.

باب ثاني: آثار عقد البيع الدولي.

الفصل التمهيدي

تعريف عقد البيع الدولي، وتطور النظام القانوني
للتجارة الخارجية في الجزائر.

مقدمة:

سنتعرض من خلال هذا الفصل التمهيدي لمجموعة من المفاهيم الأساسية، التي تتعلق بتحديد ماهية عقد البيع الدولي، وذلك لأهميته في تحديد وحصر مجال دراستنا. وبعد ذلك نتناول بالدراسة تطور الوضع القانوني للتجارة الخارجية في الجزائر وما لحقها من تغيرات، ذلك أن النظام الاقتصادي الجزائري مر بمراحل أبرزها النظام الاشتراكي ثم نظام الاقتصاد الحر. وقد تأثرت بذلك التجارة الخارجية للبلاد أين كانت تخضع لنظام احتكار الدولة لهذا الفرع من فروع التجارة ثم تم تحريره في بداية التسعينات من القرن العشرين، فكيف حصل هذا التطور، وما أثره على عقد البيع الدولي؟.

لذلك سندرس هذا الفصل في مبحثين:

المبحث الأول: مفهوم عقد البيع الدولي.

المبحث الثاني: تطور النظام القانوني للتجارة الخارجية في الجزائر.

المبحث الأول:

مفهوم عقد البيع الدولي.

يقع على عاتقنا بصفة أولية، تحديد مفهوم عقد البيع الدولي، ذلك لأن تمييزه عن العقد الداخلي يعتبر من الأهمية بما كان. فاعتبار عقد البيع دوليا يترتب عنه نتائج جمة، تجعله يعامل معاملة خاصة مميزة. إذ أن المسألة ليست من قبيل الجدل الفقهي المحض، وإنما لها آثار عملية ظاهرة تبدو أبعادها وخطورتها في العديد من النزاعات التي تعرض أمام محاكم الدول المختلفة أو أمام جهات التحكيم، والتي تتطلب لحسمها تحديد ما إذا كنا بصدد عقد دولي أو عقد داخلي. فتحديد هذه الصفة يعتبر مسألة أولية لإعمال قواعد القانون الدولي الخاص وفقا لمنهج التنازع، أو إعمال القواعد الموحدة لقانون التجارة الدولية، وفقا للمنهج المباشر أو ما يسمى بمنهج القواعد الموضوعية. كما أن الصفة الدولية للعقد تفرض على القاضي استبعاد التطبيق التلقائي للقانون الوطني على هذه العلاقة العقدية. وللأطراف المتعاقدة أيضا، حرية واسعة في اختيار القانون الذي يطبق على علاقتهم التعاقدية، إعمالا لقاعدة قانون الإرادة. بخلاف العقد الداخلي، حيث لا يحق لأطرافه اختيار قانون غير قانونهم الوطني للتطبيق على العقد الذي يخضع له بصورة تلقائية وإلزامية.²⁴

²⁴- راجع في تفصيل ذلك: هشام على صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، دار الفكر الجامعية، مصر، 2001، ص.60. وأيضا طارق محمد عبد الله الهنداوي، الإخلال الجوهري بالالتزامات في عقد البيع الدولي وأثره على أطراف العقد، رسالة دكتوراه، جامعة طنطا، كلية الحقوق، مصر، 2007، ص.17. أيضا الطيب زروقي، النظام القانوني للعقود الدولية في القانون الجزائري المقارن، رسالة دكتوراه، جامعة الجزائر، 1990-1991، ص.10.

إن محاولة وضع تعريف جامع مانع لعقد البيع الدولي يرتكز أساسا على وضع معيار دقيق يحدد من خلاله الصفة الدولية، وهو أمر ليس بالسهل اليسير، وذلك للاختلاف بين الفقهاء والأنظمة القانونية في المناهج المعتمدة لتحديد هذه المعايير. ونشير في هذا الصدد إلى أن الفقه استقر على انتهاج أحد المعيارين الأساسيين، فاعتنق جانب من الفقه المعيار القانوني كأساس لتحديد هذه الصفة الدولية. والذي يرتكز على عناصر الرابطة العقدية ومدى تعرض الصفة الأجنبية لأي منها، وهذا ما يطلق عليه بالنظرية الشخصية أو الفقه التقليدي. في حين ذهب جانب آخر إلى اعتماد المعيار الاقتصادي، والذي يطلق عليه النظرية الموضوعية أو الفقه الحديث. والذي يرتكز على مدى ارتباط العلاقة العقدية بمصالح التجارة الدولية وتأثيرها فيها، أساسا لتحديد هذه الصفة. لذلك سوف نتطرق لكل من الاتجاهين على حدة، ثم ندرس موقف المشرع الجزائري من المعيارين.

لذلك سندرس هذا المبحث في ثلاث مطالب على التوالي:

المطلب الأول: المعيار القانوني لتحديد الصفة الدولية لعقد البيع الدولي.

المطلب الثاني: المعيار الاقتصادي لتعريف العقد الدولي.

المطلب الثالث: موقف المشرع الجزائري من المعيارين.

المطلب الأول: المعيار القانوني لتحديد الصفة الدولية لعقد البيع الدولي.

حتى يكون عقد البيع دوليا حسب هذا المعيار، يجب أن يكون على اتصال بأكثر من نظام قانوني، لذلك يستوجب البحث في عناصر الرابطة العقدية عن العنصر الأجنبي، فإذا اتضح اتصال العناصر بأكثر من دولة خلاف دولة القاضي المعروض عليه النزاع اكتسبت الرابطة العقدية الصفة الدولية²⁵. أما عن تحقق العنصر الأجنبي في الرابطة العقدية فيكون إما في حالة اختلاف دولة إبرام العقد عن تلك التي ينتمي إليها أحد أطرافه، أو اختلاف مكان الإبرام عن مكان التنفيذ. فإذا ما اتصلت هذه العناصر بأكثر من نظام قانوني اعتبر العقد دوليا. وتجدد الإشارة في هذا الصدد إلى أن ثبوت الصفة الدولية للعقد من عدمها، مسألة نسبية تتوقف على طبيعة الرابطة العقدية. لذلك انقسم الفقه المؤيد لهذا المعيار إلى فريقين: فريق ينظر إلى العنصر الأجنبي في العلاقة العقدية نظرة مطلقة (الفرع الأول)، وفريق يأخذها بنظرة نسبية (الفرع الثاني).

الفرع الأول: النظرة المطلقة للعناصر الأجنبية.

يتزعم هذا الفريق الفقيه الفرنسي باتيفول Batiffol، ويرى أنه يجب النظر إلى جميع عناصر الرابطة العقدية على حد سواء، حيث أنه يكفي توفر الصفة الأجنبية في أي عنصر من عناصر العلاقة العقدية لاعتبار العقد دوليا بغض النظر عن مدى أهمية وتأثير ذلك العنصر على العقد من عدمها. فيكفي مثلا أن تختلف جنسية المتعاقدين أو

²⁵ - راجع هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، المرجع السابق، ص. 72.

مواطنهم، أو أن يقع البيع على بضاعة موجودة في دولة أجنبية أو تم إبرامه في دولة أجنبية، أو نفذ جزء منه في هذه الأخيرة²⁶.

ولقد كان الفقيه باتفول Batiffol من أشد المناصرين لهذا الاتجاه والداعين له، فهو يعرف العقد الدولي بأنه: " يعتبر العقد دوليا إذا كانت الأعمال المتعلقة بانعقاده أو تنفيذه، أو حالة أطرافه، سواء من حيث جنسيتهم أو مجال إقامتهم، أو من حيث تركيز موضوعه، تتصل بصلات أو روابط مع أكثر من نظام قانوني"²⁷.

ونظرا للطريقة الآلية الجامدة التي اعتمدها أنصار هذا الفريق، واجهوا انتقادات لاذعة، ذلك أنهم لم يميزوا بين العناصر المؤثرة في العلاقة العقدية والعناصر غير المؤثرة. فمن غير المعقول أن يعتبر عقد البيع المبرم في الجزائر بين جزائري ومغربي مقيم في الجزائر لتوريده كمية من الخضار لبيعها المواطن المغربي في السوق الجزائرية عقدا دوليا مجرد اختلاف جنسية المتعاقدين. كما أن إضفاء الصفة الدولية على العقد لوجود عنصر أجنبي ضمن عناصر الرابطة العقدية منتقد على أساس أن الرابطة العقدية التي لا تتوفر على عنصر أجنبي هي علاقة وطنية محضة تطبق عليها القواعد الموضوعية للقانون الوطني وحده دون سواه، وهي لا تستدعي حتى مجرد التفكير في أعمال قواعد الإسناد. أما في حالة ما إذا كانت العلاقة ذات عنصر أجنبي، سواء من حيث أشخاصها أو موضوعها أو

²⁶ - المشرع التونسي أيضا اعتمد على المعيار القانوني وذلك من خلال المجلة لتونسية للقانون الدولي الخاص الصادرة بمقتضى القانون 97/98، والذي ينص في المادة 2 منه:

« Est international le rapport de droit rattaché au moins par l'un de ses éléments déterminant, à un ou plusieurs ordres juridiques que l'ordre juridique tunisien ».

²⁷ - « IL est donc permis considérer qu'un contrat a un caractère international quand , par les actes concernant sa conclusion ou son exécution, ou la situation des parties quand a leur nationalité ou leur domicile , ou la localisation de son objet, il a des liens avec plus d'un system juridique. ». Batiffol, H., encyclopédie juridique – Dalloz – répertoire de droit international, Tome 1, 1968, contrats et conventions, N. 9, p.564.

سببها، فهذا من شأنه أن يفسح المجال لإعمال قواعد الإسناد دون مراعاة ما إذا كان العنصر الأجنبي مؤثر وإيجابي أم أنه مجرد عنصر سلبي غير مؤثر في العلاقة العقدية²⁸. لذلك ذهب جانب آخر من الفقه إلى ضرورة وزن قيمة العنصر الأجنبي ومدى تأثيره على الرابطة العقدية، ومدى ربطها بأكثر من نظام قانوني. وهو رأي الفريق الثاني.

الفرع الثاني: النظرة النسبية للعناصر الأجنبية.

يقسم فقهاء²⁹ هذا الفريق عناصر الرابطة العقدية إلى عناصر مؤثرة وأخرى غير مؤثرة، وقد اختلفوا في تصنيف الكثير منها.

فبالنسبة لمحل إبرام العقد: يعتبره الكثير من الفقه عنصرا هاما ومؤثرا في تحديد الصفة الدولية للعلاقة العقدية³⁰. في حين يرى الفقيه مايار Mayer بأنه لا يمكن الاعتماد بمحل الإبرام كأساس لتحديد الصفة الدولية للعلاقة العقدية، وذلك لإمكانية الغش نحو القانون من قبل الأطراف المتعاقدة نظرا لإمكانية تحديد مكان إبرام وهمي من قبل الأطراف³¹. لذلك فإن المسألة نسبية، تختلف من عقد لآخر بحسب طبيعة كل علاقة عقدية، ولا يمكن الجزم مسبقا بأن محل الإبرام تأثير على العلاقة العقدية.

أما بالنسبة لمكان تنفيذ العقد وموطن المتعاقدين: فله أيضا تأثير نسبي على العقد، فقد يكون اختلاف محل تنفيذ العقد عن مكان إبرامه، أو موطن المتعاقدين، من العناصر

²⁸ - الطيب زروقي، المرجع السابق، ص.15.

²⁹ -Knoepler (F.) : « Le contrat dans le nouveau droit international privé suisse ». En le nouveau droit international suisse, travaux des journées d'étude organisées par le centre de droit de l'entreprise le 9 et 10 octobre 1987 à l'université de Lausanne, 1988, p. 81.

³⁰ - سلامة فارس: وسائل معالجة اختلال توازن العقود الدولية في قانون التجارة الدولية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق جامعة المنوفية، 1999، ص. 44 وما بعدها.

³¹ - « Ni la nationalité des parties, ni le lieu de conclusion du contrat ne sont à prendre en considération, sauf lorsqu'ils coïncident la première parce quelle ne caractérise pas l'opération, le second parce qu'il est trop facile aux parties de le situer fictivement ou elles le jugent bon... ». P. Mayer, droit international privé, 1 ère. Edition, Montchrestien, Paris, 1977, p., 679.

الهامة والمؤثرة في منح العقد الصفة الدولية. وبناء على ذلك يمكن اعتبار العقد دوليا عندما يتم إبرامه بين طرفين ينتميان بجنسيتهم إلى دولة واحدة ولكن أحدهما يقيم بدولة أخرى كأن يبرم عقد بيع بين جزائريين أحدهما مقيم بفرنسا، أو أن يبرم عقد في الجزائر بين جزائريين يقيمان في الجزائر ولكن يراد تنفيذ العقد في تونس. غير أن القضاء الفرنسي أكد في العديد من الحالات أن اختلاف مكان الإبرام عن مكان التنفيذ، لا يعتبر دوما عنصرا مؤثرا يسمح بمنح العقد الصفة الدولية. فهو في بعض الأحيان يقر بأنه مؤثر³²، وفي أخرى يعتبره غير مؤثر³³.

وفيما يخص اختلاف جنسية المتعاقدين: فمما لا شك فيه أن للجنسية دور مهم في تحديد الصفة الدولية لبعض العقود التي تتعلق بحالة الأشخاص كعقود الزواج، وذلك لاعتبارات خاصة بمراعاة خصوصيات الأفراد والشعوب. لكن ما إن تنتقل إلى مجال العقود المالية والتجارية، ومنها عقد البيع الدولي، حتى نرى أن عنصر الجنسية يقل شأنه كضابط محدد للصفة الدولية للعقد. ويتردد كثير من الفقه في اعتباره كذلك، فبينما يرى

³² -قرر القضاء الفرنسي بأن العقد الدولي هو الذي ينتج آثاره بعد إبرامه بين الحدود، بمد البضاعة و جزر القيمة.

- Cass. Civ. 27/04/1964, Affaire Monbalieu c/ Desmyre coron. Rev., Critique, 1965, p. 346.

-Cass. Civ. 18/05/1971, Affaire Empex c/ Moltiriatic, Rev. Clunet, 1972, p. 62.

³³ - Cass. Civ. 07/10/1980, Affaire Tardieu c/ Bourdon. Rev., Critique, 1981 p. 315.

تتلخص وقائع هذه القضية في أنه بتاريخ 8 جويلية 1977 تم إبرام عقد تمثيل تجاري بباريس بين مؤسسة بوردون الخاضعة للقانون الفرنسي والتي يوجد مقرها بباريس والسيد تارديه الفرنسي الجنسية والقاطن بباريس، لكي يتولى هذا الأخير تمثيل الشركة في دولة كولومبيا بأمريكا الجنوبية وبيع منتجاتها وتصريفها، وقد تضمن العقد شرط تحكيم، كما اتفق الطرفان على اختصاص القانون الفرنسي بحكم العلاقة، واختصاص قضاء التحكيم الفرنسي بالنظر في المنازعات المحتملة بشأن تفسيره أو تنفيذه، وقد حرر العقد باللغة الفرنسية وتم تحديد العمولة المستحقة بالفرنك الفرنسي. وفور إبرام العقد حصلت إشكالات وسوء فهم بين الطرفين، وعلى إثر ذلك رفعت شركة بوردون النزاع أمام محكمة باريس طالبة إبطال العقد للتدليس. فتمسك المدعى عليه بعدم اختصاص المحكمة لوجود شرط تحكيم في العقد المبرم بينهما، مؤكدا أنه عقد دولي وأنه يخضع لمبدأ استقلالية شرط التحكيم عن القانون الذي يحكم النزاع أي القانون الفرنسي. وقد قبلت محكمة الدرجة الأولى هذا الدفع بموجب حكمها الصادر في 1978/10/26، لكنه ألغي من قبل مجلس استئناف باريس في 1979/05/07، وتأييد بقرار محكمة النقض في 1980/10/07، وقد اعتبرت محكمة النقض أن هذا العقد محل النزاع عقد وطني يخضع للقانون الفرنسي وحده، وارتكزت في ذلك جنسية الطرفين وموطنهما واختيارهما للقانون الفرنسي وقضاء التحكيم الفرنسي متجاهلة الضوابط الأخرى كاختلاف مكان الإبرام عن مكان التنفيذ. راجع في تفصيل ذلك: الطيب زروقي، المرجع السابق، ص. 29 وما بعدها.

البعض³⁴ أنه عنصر فعال ومؤثر، يرى غالبية الفقه³⁵ استبعادها كعنصر مؤثر في تحديد الصفة الدولية، وهو الرأي الذي تؤيده لأنه لو افترضنا أن أجنبيا مقيما بالجزائر أبرم عقدا لشراء بعض الحاجيات التي تخصه للاستهلاك الشخصي داخل الجزائر، فمن غير المعقول أن نصف هذا العقد بأنه عقد بيع دولي لمجرد اشتماله على عنصر أجنبي متمثل الجنسية الأجنبية لأحد أطرافه، فالواضح في المثال المعروض أن عنصر الجنسية ليس له أي تأثير ولا فعالية. وفي هذا الصدد يضرب الفقيه الفرنسي قولدمان Goldman مثلا على عدم أهمية عنصر اختلاف جنسية المتعاقدين في منح الصفة الدولية للعقد، بعقد البيع الذي يبرم بين منتج فرنسي للثمار الزراعية وبائع فاكهة إيطالي يفتح دكانه بباريس، مع الأخذ في عين الاعتبار أن مكان تسليم البضاعة ومكان الدفع بفرنسا. ويقول بأن العقد السالف الذكر يحتوي لا محالة على عنصر أجنبي وهو اختلاف الجنسية، لكن هل من المعقول تصنيف هذا العقد ضمن طائفة العقود الدولية، مع الأخذ في الاعتبار أن موضوعه يعد من الناحية الاقتصادية فرنسيا خالصا³⁶. كما أن اتفاقية فيانا لسنة 1980 المتعلقة بعقد البيع الدولي للبضائع، وهي اتفاقية أعدتها لجنة الأمم المتحدة لقانون التجارة الدولية، وتتضمن القواعد الموضوعية الموحدة لأحكام عقد البيع الدولي، فهي تستبعد صراحة من خلال الفقرة الثالثة من المادة الأولى عنصر الجنسية كعنصر محدد لمجال اختصاصها إذ تنص: "... لا تؤخذ في الاعتبار جنسية الأطراف ولا الصفة المدنية أو التجارية للأطراف أو للعقد في تحديد تطبيق هذه الاتفاقية".

³⁴- Alfonsin : «contribution a l'étude de la relation juridique en droit international privé », mélanges offerts a Maury Jacques, Tome 1, p. 29.

³⁵- Goldman (B.) : note sous l'arrêt Hicto, de la cour d'appel de paris 19/06/1970, Hicto c/ société Buisman, J.C.I. 1971, N1692.

³⁶ - Ibid.

وقد انتقد هذا الفريق الثاني الذي ركز على ضرورة أن تكون للعنصر الأجنبي أهمية وتأثيرا على العلاقة العقدية، حتى يعتمد كأساس لتحديد دولية العقد من عدمها. بأنه وقع في خطأ جوهري يتمثل في أنه صنف مسبقا عناصر العلاقة العقدية إلى عناصر مؤثرة وأخرى غير مؤثرة، متناسيا أن المسألة نسبية³⁷. فالعنصر الذي قد يكون مؤثرا في عقد معين، قد لا يكون مؤثرا في عقد آخر ولو تشابهت ظروفهما وتقاربت في بعض الأحيان. لذلك فإن تصنيفهم هذا يعتبر حكما مسبقا آليا وجامدا. ومن هنا يجب التأكيد على نسبية هذه المعايير. فعلى سبيل المثال، لا يعد شراء أحد الجزائريين المقيم بوههران ماكينة سويسرية الصنع من بائع جزائري مقيم هو أيضا بوههران عقدا دوليا، يمكن أن يخلق مشكلة تنازع القانون الواجب التطبيق، لمجرد أن موضوعه أجنبي الصنع وهو الماكينة السويسرية. فالعقد في المثال الحالي عقد وطني داخلي بامتياز يخضع في كل أحكامه للقانون الجزائري، وذلك لكون العنصر الأجنبي (الماكينة السويسرية) موضوع التعاقد، غير فعال ولا مؤثر ولا يؤدي إلى اكتساب العقد الصفة الدولية. لكن ونظرا لأن المسألة نسبية فإن الأمر قد يختلف بالنظر إلى المسألة المعروضة، كأن يتعلق الأمر بمسؤولية الشركة السويسرية المنتجة للماكينة موضوع التعاقد عن الأضرار غير المألوفة التي تسببها. إذ يعد العنصر الأجنبي في هذه الحالة عنصرا فعالا و مؤثرا في منح الصفة الدولية للعقد.

ويرى جانب من الفقه³⁸ أن اعتماد التمييز بين العناصر الفعالة المؤثرة وغير المؤثرة كأساس لمنح الصفة الدولية للعقد لم يعد كافيا، نظرا لنسبية هذا التمييز وعدم دقته. لذا ذهبوا إلى التمييز بين الدولية الموضوعية (المطلقة) والدولية الشخصية (النسبية). فنكون أمام الدولية الموضوعية حينما تتصل العناصر الذاتية للعلاقة العقدية بدولتين أو أكثر، أي

³⁷ - الطيب زروقي، المرجع السابق، ص. 15.

³⁸ - Mayer (P.) et Vincent Heuzé : « Droit international privé », 8 eme. Edition, Montchrestien, Paris, 2005, p. 05 et suit.

بنظامين قانونيين على الأقل، وذلك بغض النظر عن الدولة التي طرح النزاع أمام محاكمها. كما لو كان الأمر يتعلق بنزاع بشأن عقد مبرم بين شخص مقيم في الجزائر وآخر مقيم بألمانيا لاستيراد بضاعة من ألمانيا إلى الجزائر، أو العكس. فهذا العقد يعتبر دوليا بصفة موضوعية لاتصال عناصره الذاتية بالنظام القانوني لدولتين مختلفتين هما الجزائر و ألمانيا، سواء طرح النزاع بشأنه أمام المحاكم الجزائرية أو أمام المحاكم الألمانية، أو أمام محاكم أي دولة ثالثة. ونكون أمام الدولية الشخصية لو كانت عناصر هذه العلاقة ترتكز في دولة واحدة بينما طرح النزاع أمام قضاء دولة أخرى. كما لو تعلق الأمر بعقد بيع أبرم في الجزائر بين شركتين مقرهما في الجزائر وتخضعان للقانون الجزائري، ويراد تنفيذ العقد في الجزائر. فلما ثار بشأن هذا العقد نزاع، عرض أمام القضاء الفرنسي. ويرى الفقه³⁹ أنه من المفضل وصف هذه العلاقة العقدية " بالأجنبية " فهو عقد بيع أجنبي بالنسبة للقضاء الفرنسي المعروض أمامه النزاع، ولكنه ليس بعقد البيع الدولي. فمجرد طرح نزاع العلاقة العقدية التي ترتكز عناصرها في دولة واحدة على قضاء دولة أجنبية يؤدي في حد ذاته إلى تدويل هذه العلاقة لكنها دولية شخصية لا تصل إلى درجة الدولية الموضوعية، لكون الصفة الأجنبية لم تتطرق إلى العناصر الذاتية للعقد. ورغم ذلك يتدخل القانون الدولي الخاص في مثل هذه العلاقات العقدية، لكن ذلك لا يتم على وجهه الكامل إلا فيما لو اتصفت الرابطة العقدية بالدولية الموضوعية. ويرى البعض⁴⁰ أن الدولية في هذه الحالة نسبية، وهي لا تكفي في ذاتها لإضفاء الطابع الدولي المتطلب كشرط لإعمال قواعد التنازع التي تخضع بمقتضاها هذه الرابطة لقانون الإرادة. فلا يعتبر العقد دوليا إلا إذا اتصلت عناصره بأكثر من نظام قانوني واحد، ولا يحصل هذا الفرض

³⁹ - Mayer (P.), op.cit., p.06.

⁴⁰ - راجع طارق الهنداوي، المرجع السابق، ص. 27.

إلا في الدولية المطلقة أي الموضوعية. أما الدولية الشخصية أو النسبية، فتكون فيها عناصر الرابطة العقدية كافة منتمة إلى دولة واحدة، مما يجعله عقدا داخليا يخضع لقانون الدولة التي ينتمي إليها بعناصره، حيث أنه لا يكفي عرض النزاع الذي طرح بشأن هذا العقد أمام قضاء دولة أجنبية لمنحه الصفة الدولية. ومن هنا ينبغي على القاضي المعروض عليه النزاع، ألا يعمل قانونه الوطني لأن العلاقة العقدية أجنبية عنه، كما لا يحق له إعمال قواعد القانون الدولي الخاص، لأن العقد ليس دوليا، وإنما يخضع العقد إجباريا للقانون الوطني الذي نشأ في ظلّه وانتمت كل عناصره الذاتية إليه⁴¹.

المطلب الثاني: المعيار الاقتصادي لتعريف العقد الدولي.

يقصد بالعقد الدولي في مفهوم المعيار الاقتصادي، العقد الذي يمس بمصالح التجارة الدولية. أو العقد الذي يترتب عليه نقل البضاعة من حدود دولة إلى حدود دولة أخرى في مقابل انتقال ثمنها. أو كل عقد يترتب عليه مد وجزر السلع والأموال فيما وراء الحدود⁴². وقد كان للقضاء الفرنسي السبق في وضع أسس هذا المعيار، وذلك من خلال قرار محكمة النقض الفرنسية سنة 1927⁴³، أين تعرضت لمدى صحة شروط التعاقد المتعلقة بتحديد العملة التي يتعين الوفاء على أساسها، فقد ارتأت أن شرط التعامل بالذهب لا يمكن أن يكون جائزا إلا في العقود الدولية. وقد اعتمدت محكمة النقض على المعيار الاقتصادي في تحديد مفهوم العقد الدولي. وهو ما أكده المدعي العام

⁴¹- Lagarde (P.) : « Le nouveau droit international privé après l'entrée en vigueur de la convention de Rome du 19/06/1980, Rev. Crit. DIP., 1991, p. 293.

⁴²- راجع في ذلك : حبار محمد، قانون العقد والمسؤولية العقدية في القانون الجزائري والمقارن، رسالة دكتوراه، جامعة الجزائر، كلية الحقوق، 1987، ص. 14. أيضا طارق محمد عبد الله الهنداوي، المرجع السابق، ص. 29. وهشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، المرجع السابق، ص. 104.

⁴³- CIV., 17 mai 1927, DP.1928.I.25, note H. Capitant. Cité par Philippe Fouchard et autre, Traité de l'arbitrage commercial international, Delta, 1996, p., 59.

ماتير (procureur générale Matter)، الذي أكد أن العقد الدولي هو العقد الذي يترتب عليه دخول العملة وخروجها من إقليم دولة إلى إقليم دولة أخرى، وهو يقول في هذا الصدد أنه: "يتعين في هذا العقد أن يحدث عملية مد وجزر فيما وراء الحدود وأن يترتب نتائج متبادلة في كلتا الدولتين التي تتم العملية في إطارهما، وبناء على ذلك فإنه على سبيل المثال يعتبر موضوعا لوفاء دولي، عقد البيع التجاري الذي يؤدي إلى انتقال البضائع من دولة إلى ثانية، وإلى انتقال الثمن من الدولة الثانية إلى الدولة الأولى... أما إذا تعلق الأمر بإيجار عقار بالجزائر (العاصمة) من طرف انجليزي لصالح فرنسي فان مثل هذا العقد لا يؤدي إلى دخول أية بضاعة أو نقل نقود إلى فرنسا، وبذلك فان العملية تكتسي طابعا داخليا محضا، ومن ثم فان الوفاء في مثل هذه الحالة يجب أن يخضع لقوانين النظام العام السارية المفعول في فرنسا".

« Le contrat doit produire comme un mouvement de flux et de reflux au dessus des frontières, des conséquences dans un pays et dans un autre est par exemple, l'objet d'un règlement internationale, le contrat de vente commerciale qui doit pousser des marchandises d'un pays dans un autre et ensuite le montant du prix du second dans le premier. Inversement, la location d'un droit immobilier à Alger par un Anglais à un Français n'a produit en France ni l'entée, ni de marchandises, ni d'espèces ; l'opération donc été locale, et son payement doit donc être nécessairement soumis aux lois d'ordre public en France⁴⁴. »

وقد أكدت محكمة النقض الفرنسية فيما بعد رسوخها على المعيار الاقتصادي في تعريفها للعقد الدولي، وذلك من خلال قرارين لاحقين وقائعهما متشابهة هما قرار Mardelé c.

⁴⁴- v., Philippe Fouchard, op. cit., p., 60.

Muller في 1930-02-19، وقرار Dambricourt c. Rossart في 1931-01-27⁴⁵. ويتعلق الأمر بعقد بيع أبرم بفرنسا بين طرفين فرنسيين، وكان موضوع هذا العقد يتمثل في نقل بضائع من الولايات المتحدة الأمريكية إلى ميناء فرنسي وثن الدفع في قضية "ماردلي" يتم بمقتضى شيك مسحوب بلندن، وكان البائع فيها يتمثل في شركة فرنسية صرحت حينما أبرم العقد أنها تتصرف لحساب شركة هولندية تعتبر أما لها. أما في قضية "دامبريكوت" فان المتعاقدين اتفقا على اعتماد الشروط النموذجية التي وضعتها جمعية التجارة الدولية للحبوب بلندن (London corn Trade Association). وتم الاتفاق أيضا على عرض كل نزاع قد يحدث بصدد العقدين على التحكيم بلندن. وهو الأمر الذي من شأنه أن يجعل العقدين معا خاضعين للقانون الانجليزي. ولما عرض النزاع على القضاء الفرنسي أثيرت مسألة صحة شرط التحكيم الوارد بالعقدين، لأن هذا الشرط كان باطلا طبقا للقانون الفرنسي. لكن محكمة النقض الفرنسية قررت بمقتضى هذين الحكمين أن شرط التحكيم الوارد بالعقدين صحيح، على أساس أنه "يتعلق بمصالح التجارة الدولية" «mettant en jeu les intérêts du commerce international». وقد أوضح حكم "دامبريكوت" أن الصفقة موضوع النزاع تتعلق بقمح مستورد من الخارج تم إبرامها بواسطة وكلاء، وأن القمح تم شحنه بالولايات المتحدة طبقا لبيع "C.A.F" وحصل تسليمه بسان نازير (أي بميناء فرنسي). وأن العقد المبرم يعتبر لهذا السبب متعلقا بمصالح التجارة الدولية، وأنه طالما أن بطلان التحكيم المنصوص عليه في المادة 1006 من قانون الإجراءات المدنية الفرنسية ليس من النظام العام بفرنسا، فان الأطراف حتى ولو كانوا فرنسيين فأنهم بإمكانهم بموجب عقد مبرم بالخارج أو فرنسا العدول عن

⁴⁵- Cass. Civ., 19 fév. 1930, Mardelé c. Muller, et Cass. Civ., 27 janv. 1931 Dambricourt c. Rossart, Rev. Crit. DIP, 1931. p. 514. 1933. 1. 41, note J- P Niboyet. Cité par Philippe Fouchard, op. cit., p., 60.

أحكام هذه المادة واختيار قانون أجنبي لتنظيم اتفاقهم، كالقانون الانجليزي الذي يجيز شرط التحكيم.

« Le marché litigieux porte sur la vente de blé de provenance étrangère, avec le concours des courtiers, embarquement en Amérique, transport suivant clause CAF, et livraison à Saint Nazaire; se marche mettant en jeu les intérêts du commerce international, et la nullité de la clause compromissoire édictée par l'article 1006 du code de procédure civile n'étant pas d'ordre public en France, les parties même Françaises l'une et l'autre, ont pu valablement dans un contrat soit à l'étranger, soit en France, déroger aux dispositions de ce texte et se référer pour régler leur accords à une loi étrangère, telle que la loi anglaise admettant la validité d'une pareille clause⁴⁶ » .

وهكذا كان القضاء الفرنسي هو السباق في تحديد مضمون دولية العقود اعتمادا على المعيار الاقتصادي الذي وضع أسسه ومبادئه. وبعد أن تعرضنا لكل من محتوى المعيار القانوني والمعيار الاقتصادي في تعريفهما لعقد البيع الدولي، يجدر بنا الآن التعرض لموقف المشرع منهما.

المطلب الثالث: موقف المشرع الجزائري من المعيارين.

لم يكن للمشرع الجزائري على غرار نظرائه موقف صريح من تعريف العقد الدولي، فلا نجد أي مادة تتكلم صراحة عن ذلك. لكن إذا انتقلنا إلى مجال التحكيم التجاري الدولي فإنه يمكننا استخلاص موقف المشرع الجزائري من تعريفه لمصطلح الدولية. فبعد انضمام الجزائر في 7 فبراير 1989 إلى اتفاقية نيويورك المبرمة في 10 جوان 1958 المتعلقة باعتراف وتنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية المصادق عليها من قبل الجزائر

⁴⁶ - Ibid.

بمقتضى القانون 88-18 المؤرخ في 12 جويلية 1988⁴⁷. صدر المرسوم التشريعي رقم 09-93 المؤرخ في 25 أبريل 1993 المعدل والمتمم لقانون الإجراءات المدنية، والذي وضع الأحكام الخاصة بالتحكيم التجاري الدولي. والواضح من خلال استقراء المادة 458 مكرر التي جاء بها هذا المرسوم التشريعي، أن المشرع الجزائري قد اعتمد معيارا مزدوجا في منح الصفة الدولية للتحكيم. فقد أوجب توفر المعيار الاقتصادي أي أن يتعلق التحكيم بمصالح التجارة الدولية، وأوجب أيضا توفر المعيار القانوني بأن يكون مقر أو موطن أحد الطرفين على الأقل في الخارج⁴⁸. وهو موقف ساير فيه المشرع رأي أغلبية الفقه الجزائري⁴⁹. لكن مع صدور قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد بمقتضى القانون رقم 08-09 المؤرخ في 25 فبراير 2008⁵⁰، عدل المشرع الجزائري عن المعيار المزدوج الذي كان يتبناه لتعريف مصطلح الدولية، وأصبح يتبنى المعيار الاقتصادي فقط. وذلك بمقتضى المادة 1039 منه، التي تنص على أنه: "يعد التحكيم دوليا بمفهوم هذا القانون، التحكيم الذي يخص النزاعات المتعلقة بالمصالح الاقتصادية لدولتين على الأقل".

وبعد أن تعرضنا لمفهوم العقد الدولي، سوف ننتقل إلى بحث تطور الوضع القانوني للتجارة الخارجية في الجزائر. وتأثير ذلك على عقد البيع الدولي، على اعتبار أن أغلب

47 - الجريدة الرسمية عدد 28 لسنة 1988 ص. 771. وقد تحفظت الجزائر على هذه الاتفاقية في نقطتين: الأولى تتعلق بتطبيق الاتفاقية فقط اذا كان حكم التحكيم صادر عن دولة أخرى مصادقة على اتفاقية نيويورك. و التحفظ الثاني يتعلق بتطبيق الاتفاقية على المواد التجارية فقط دون المدنية. راجع أيضا المرسوم رقم 88-233 المؤرخ في 05 نوفمبر 1988 يتضمن الانضمام بتحفظ إلى الاتفاقية التي صادق عليها مؤتمر الأمم المتحدة في نيويورك بتاريخ 10 يونيو 1958، والخاصة باعتماد القرارات التحكيمية الأجنبية وتنفيذها، الجريدة الرسمية عدد 48 المنشورة بتاريخ 23 نوفمبر 1988.

48 - تنص المادة 548 مكرر على أنه: "يعتبر دوليا بمفهوم هذا الفصل، التحكيم الذي يخص النزاعات المتعلقة بمصالح التجارة الدولية والذي يكون مقر أو موطن أحد الطرفين على الأقل في الخارج".

49 - لقد دعا لاعتماد المعيار المزدوج لتعريف العقد الدولي كل من: حبار محمد حيث يقول في رسالته المشار إليها سابقا: "وبإشارتنا إلى ضرورة تطبيق المعيارين القانوني والاقتصادي تطبيقا جامعا باعتبار أن هذا الحل هو وحده الذي يسمح لنا بتحديد ماهية العقد الدولي بشكل واضح ودقيق...". الصفحة 52. وكذلك الطيب زروقي، المرجع السابق، صفحة 44.

50 - المنشور في الجريدة الرسمية عدد 21 الصادرة بتاريخ 23 أبريل 2008، والذي دخل حيز التنفيذ في 23 أبريل 2009.

الأحكام التي تنظم التجارة الخارجية هي قواعد ضابطة، ذات التطبيق الآني ومن النظام العام، بحيث لا يجوز للأطراف الاتفاق على مخالفتها، أو تعيين قانون آخر غيرها لحكم عقد البيع الدولي في تلك المسائل، وهو ما سنتعرض له اتباعا.

المبحث الثاني :

تطور النظام القانوني للتجارة الخارجية في الجزائر.

يتضح من خلال الاطلاع على مختلف النصوص القانونية والتنظيمية التي تعاقبت على تنظيم التجارة الخارجية في الجزائر، أنها مرت بثلاث مراحل متباينة. الأولى تمتاز باحتكار الدولة للتجارة الخارجية وتمتد من تبني الجزائر للنظام الاقتصادي الاشتراكي إلى بداية تحرير سوق الجزائر في أواخر ثمانينات القرن العشرين. أما المرحلة الثانية فهي مرحلة انتقالية تمتاز بنوع من عدم الوضوح التشريعي والتنظيمي. وأخيرا المرحلة الحالية.

لذلك سنعالج هذا المبحث في ثلاث مطالب على التوالي:

المطلب الأول: مرحلة احتكار الدولة للتجارة الخارجية.

المطلب الثاني: المرحلة الانتقالية، نحو تحرير سوق التجارة الخارجية.

المطلب الثالث: الوضع القانوني الراهن للتجارة الخارجية في الجزائر.

المطلب الأول: مرحلة احتكار الدولة للتجارة الخارجية.

بعد استقلال الجزائر تبنت سياسة اقتصادية اشتراكية، تقوم على سيطرة الدولة والقطاع العام على كل القطاعات الحيوية في البلاد ومنها التجارة الخارجية. ويتضح ذلك من خلال استطلاع النصوص القانونية والتنظيمية السارية المفعول آنذاك، وعلى رأسها الدستور الجزائري الصادر بمقتضى الأمر رقم 76-97 المؤرخ في 22 نوفمبر 1976، حيث تنص المادة 14 الفقرة 4 منه: "يشمل احتكار الدولة بصفة لا رجعة فيها التجارة الخارجية وتجارة الجملة...". وهو نفس الحكم الذي يؤكد الميثاق الوطني في جزئه الخاص بالتجارة الخارجية الصادر بمقتضى الأمر رقم 76-57 المؤرخ في 5 يوليو 1976. وتنفيذا لسياسة الدولة تلك، صدر القانون رقم 78-02 المؤرخ في 11 فبراير 1978 المتعلق باحتكار الدولة للتجارة الخارجية⁵¹، الذي ينص في المادة الأولى منه بوضوح على أن: "استيراد وتصدير البضائع والسلع والخدمات بجميع أنواعها من اختصاص الدولة وحدها". ولذلك لم تكن العقود والصفقات المتعلقة بالتجارة الخارجية تبرم مع المؤسسات الأجنبية إلا من قبل الدولة أو من قبل إحدى فروعها، وهذا حسب مقتضيات المادة 2 من ذات القانون. بل أكثر من ذلك، كان يمنع تدخل أو الاستعانة بأي وسيط بصورة مباشرة أو غير مباشرة عند تحضير أو تفاوض أو إبرام أو تنفيذ أي عقد أو صفقة دولية⁵².

وما يلاحظ أيضا أن احتكار الدولة للتجارة الخارجية كان يمارس في إطار المخطط الوطني للتنمية والبرنامج السنوي العام للتجارة الخارجية⁵³. وتطبيقا لهذا البرنامج كان

⁵¹ - جريدة رسمية الصادرة بتاريخ 14 فبراير 1978، عدد 7، ص. 171.

⁵² - المادة 9 من القانون رقم 78-02، المذكور أعلاه.

⁵³ - أنظر المادة الأولى من المرسوم رقم 84-390 المؤرخ في 22 ديسمبر 1984، المتعلق بتطبيق احتكار الدولة للتجارة الخارجية، ج. ر. الصادرة بتاريخ 29 ديسمبر 1984، العدد 70، ص. 2398. وانظر كذلك المادة 3 من المرسوم رقم 83-642 المؤرخ في 5 نوفمبر 1983، ج. ر. عدد 46 لسنة 1983، الصفحة 2835.

نائب الوزير للتجارة الخارجية يسلم للهيئات التابعة للدولة الرخص الإجمالية للاستيراد والرخص الإجمالية للتصدير⁵⁴. كما كان يسلم للمؤسسات الخاصة الجزائرية في إطار البرنامج العام للتجارة الخارجية سندات التصدير، وكانت تسلم لهم أيضا رخص للاستيراد قصد توفير حاجياتها الخاصة في الإنتاج إذا كانت هيئات الدولة المكلفة بممارسة احتكار الدولة لا توفر شروط التحكم في سير المنتجات المطلوب استيرادها⁵⁵. لكن في سنة 1988 قام المشرع الجزائري بإلغاء القانون رقم 02-78 السالف الذكر⁵⁶، وإصدار القانون رقم 29-88 المؤرخ في 19 يوليو 1988. الذي قام من خلاله بالتخفيف من حدة احتكار الدولة للتجارة الخارجية عن طريق منحه امتيازات للمؤسسات العمومية⁵⁷ أو المؤسسات الخاصة⁵⁸. وقد سمح هذا القانون الأخير، للمؤسسات الخاصة بالقيام بعمليات التصدير والاستيراد. فسمح للتجار الأشخاص الطبيعيين أو المعنويين الخاضعين للقانون الجزائري والذين يمارسون بصفة احترافية أعمال التصدير بالحصول على بطاقة مصدر صالحة لمدة 5 خمسة سنوات قابلة للتجديد. أما إذا كانوا يمارسون

54 - المادة 4 من المرسوم رقم 84-390 المؤرخ في 22 ديسمبر 1984. و راجع المادة 4 من المرسوم رقم 83-642 المؤرخ في 5 نوفمبر 1983، السالف ذكرهما.

55 - المادة 8 من المرسوم 84-390 السالف الذكر.

56 - القانون رقم 88-29 المؤرخ في 19 يوليو 1988 المتعلق بممارسة احتكار الدولة للتجارة الخارجية، ج. ر. الصادرة بتاريخ 20 يوليو 1988، العدد 29، ص. 1062. والمادة 27 منه تتضمن إلغاء أحكام القانون 78-02 السالف الذكر.

انظر كذلك المرسوم التنفيذي رقم 89-01 المؤرخ في 15 يناير 1989 الذي يضبط كيفية تحديد دفاتر الشروط المتعلقة بالامتياز في احتكار الدولة للتجارة الخارجية، ج. ر. الصادرة بتاريخ 19 يناير 1989. العدد 3، الصفحة 69.

57 - المادة 5 من القانون 88-29 المؤرخ في 19 يوليو 1988 و المادتين 2 الفقرة 2 و 10 من المرسوم التنفيذي رقم 89-01 المؤرخ في 15 يناير 1989 السابق الذكر

58 - انظر المرسوم التنفيذي رقم 88-201 المؤرخ في 18 أكتوبر 1988 المتضمن إلغاء جميع الأحكام التنظيمية التي تخول المؤسسات الاشتراكية ذات الطابع الاقتصادي التفرد بأي نشاط اقتصادي أو احتكار للتجارة. الجريدة الرسمية الصادرة بتاريخ 19 أكتوبر 1988، العدد 42، صفحة 1427. وأنظر كذلك المادتين 9 و 19 الفقرة الأولى من القانون رقم 88-29 السلف الذكر. والمادتين 3 و 10 من المرسوم التنفيذي رقم 89-01 السابق ذكرهما.

نشاطا ظرفيا له علاقة بالتصدير والاستيراد فتسلم لهم شهادة بالنسبة لكل عملية⁵⁹. ومع بداية تسعينات القرن الماضي دخلت التجارة الخارجية الجزائرية في مرحلة تحول انتقالية، وهي المرحلة التي سنعالجها في المطلب الموالي.

المطلب الثاني: المرحلة الانتقالية، نحو تحرير سوق التجارة الخارجية.

تبدأ هذه المرحلة بصدور المرسوم التنفيذي رقم 91-37 المؤرخ في 13 فبراير 1991 المتعلق بشروط التدخل في مجال التجارة الخارجية⁶⁰، والرسوم التنفيذي رقم 94-135 المؤرخ في 5 يونيو 1994 الذي يعدل المرسوم التنفيذي رقم 91-37 السالف الذكر⁶¹. وقد سمح المرسوم التنفيذي 91-37 المذكور أعلاه للتجار الأشخاص الطبيعيين والمعنويين بممارسة التجارة الخارجية⁶². وتنص المادة 4 من ذات المرسوم أن الوزير المكلف بالتجارة يحدد الشروط العامة لممارسة وظيفة التاجر بالجملة وعند الحاجة الشروط الخاصة لنشاطات معينة. وفي هذا الصدد صدر قرار مؤرخ في 10 أبريل 1991 يحدد شروط

59 - أنظر المادة 11 من المرسوم التنفيذي رقم 89-01 السالف الذكر.

60 - المرسوم التنفيذي رقم 91-37 المؤرخ في 13 فبراير 1991 المتعلق بشروط التدخل في مجال التجارة الخارجية، الجريدة الرسمية الصادرة بتاريخ 20 مارس 1991، عدد 2، الصفحة 418.

61 - المرسوم التنفيذي رقم 94-135 المؤرخ في 5 يونيو 1994 الذي يعدل المرسوم التنفيذي 91-37 المذكور أعلاه، الجريدة الرسمية الصادرة بتاريخ 12 يونيو 1994، العدد 37، الصفحة 7.

62 - تنص المادة 2 من المرسوم التنفيذي 91-37 على أنه: "التجار والأشخاص المعنويين المذكورين في المادة الأولى أعلاه هم:

- كل مؤسسة تنتج سلعا وخدمات مسجلة في السجل التجاري.

- كل مؤسسة عمومية.

- كل شخص طبيعي أو معنوي يمارس وظيفة تاجر بالجملة مسجل في السجل التجاري يعمل لحسابه أو لحساب الغير بما في ذلك الإدارة.»

ممارسة تاجر بالجملة في التجارة الخارجية⁶³. غير أن هذا القرار ألغي بموجب المادة الأولى من القرار المؤرخ في 2 يوليو 1994⁶⁴.

والجدير بالملاحظة أن فترة التسعينات تميزت بكثرة النصوص التنظيمية التي تدخلت لتنظيم التجارة الخارجية. فقد صدر المرسوم التنفيذي رقم 97-431 المؤرخ في 16 نوفمبر 1997 المتضمن إلغاء أحكام المرسوم التنفيذي رقم 94-90 المؤرخ في 10 أبريل 1994 والمتعلقة بمراقبة جودة المواد المعدة للتصدير ومطابقتها⁶⁵. وفي سنة 1999 تم إنشاء شهادة المصدر (certificat d'exportateur) بالنسبة لبعض المنتجات، ويتعلق الأمر بالتمور والجلود الخام والنفائات الحديدية وغير الحديدية والفلين الخام⁶⁶. وقد أوجب هذا القرار على كل شخص طبيعي أو معنوي مسجل بصفة منتظمة في السجل التجاري ويرغب في تصدير هذه المنتجات أن يطلب شهادة المصدر من الهيئة المختصة⁶⁷. ونشير أن المواد المستوردة تخضع لإجراءات رقابية دقيقة الهدف منها حماية المستهلك والصحة العامة. ولذلك فإن البضائع المستوردة تخضع لرقابة مفتشيه الحدود المؤهلة لمراقبة الجودة وقمع الغش. ولقد كان لمجلس النقد والقرض سلطات واسعة طبقا للقانون، لتنظيم كل

⁶³ - القرار المؤرخ في 10 أبريل 1991 يحدد شروط ممارسة نشاط تاجر بالجملة في التجارة الخارجية، الجريدة الرسمية الصادرة بتاريخ 12 يونيو، 1991 العدد 29، الصفحة 2004.

⁶⁴ - القرار المؤرخ في 2 يوليو 1994 المتضمن إلغاء أحكام القرار المؤرخ في 10 أبريل 1991 المذكور أعلاه، الجريدة الرسمية الصادرة بتاريخ 21 أوت 1994، العدد 53، الصفحة 27.

⁶⁵ - المرسوم التنفيذي رقم 97-431 المؤرخ في 16 نوفمبر 1997 المتضمن إلغاء أحكام المرسوم التنفيذي رقم 94-90 المؤرخ في 10 أبريل 1994 المذكور أعلاه، الجريدة الرسمية الصادرة بتاريخ 26 نوفمبر 1997، العدد 77، ص. 7.

⁶⁶ - أنظر القرار الوزاري المشترك المؤرخ في 13 فبراير 1999 المتضمن إنشاء شهادة المصدر لبعض المنتجات، الجريدة الرسمية الصادرة بتاريخ 2 مايو 1999، عدد 32، الصفحة 20.

⁶⁷ - يتعلق الأمر باللجنة التي تم إنشاؤها لدى وزارة التجارة طبقا للمادة 5 من القرار الوزاري المشترك المتضمن إنشاء شهادة المصدر لبعض المنتجات المذكورة أعلاه.

الأنشطة المصرفية المتعلقة بالتجارة الخارجية⁶⁸. ونظرا لأن عمليات التصدير والاستيراد تحمل في طياتها مخاطر مالية جمّة، أصدر المشرع الأمر رقم 96-06 المؤرخ في 10 يناير 1996 المتعلق بتأمين القرض عند التصدير⁶⁹ (l'assurance - crédit à l'exportation). وقد تم إنشاء الديوان الجزائري لترقية التجارة الخارجية⁷⁰ (office algérien de promotion du commerce extérieur) وهو مؤسسة عمومية ذات طابع إداري تتمتع بعدة صلاحيات في مجال التجارة الخارجية تتمثل أساسا في المشاركة في تطوير إستراتيجية

⁶⁸ - راجع النظام رقم 90-04 المؤرخ في 8 سبتمبر 1990 المتعلق باعتماد الوكلاء و تجار الجملة بالجزائر وتنصيبهم، ج. ر. الصادرة بتاريخ 24 أكتوبر 1990، العدد 54، الصفحة 1442. والنظام رقم 91-03 المؤرخ في 20 فبراير 1991 المتعلق بشروط القيام بعمليات استيراد سلع إلى الجزائر وتمويلها، ج. ر. الصادرة بتاريخ 25 مارس 1991، العدد 23، الصفحة 700. والنظام رقم 91-12 المؤرخ في 14 أوت 1991 المتعلق بتوطين الواردات، ج. ر. الصادرة بتاريخ 15 أبريل 1991، العدد 28، الصفحة 828. والنظام رقم 91-13 المؤرخ في 14 أوت 1991، المتعلق بالتوطين والتسوية المالية للصادرات غير المحروقات، الجريدة الرسمية الصادرة بتاريخ 22 أبريل 1992، العدد 30، الصفحة 873. والنظام رقم 94-11 المؤرخ في 12 أبريل 1994 الذي يعدل النظام رقم 91-03 المؤرخ في 20 فبراير 1991 المذكور أعلاه، الجريدة الرسمية الصادرة بتاريخ 6 نوفمبر 1994، العدد 72، الصفحة 34.

⁶⁹ - راجع الأمر رقم 96-06 المؤرخ في 10 يناير 1996، المتعلق بتأمين القرض عند التصدير، الجريدة الرسمية الصادرة بتاريخ 14 يناير 1996، العدد 3، الصفحة 16. والقرار المؤرخ في 21 مايو 1996 الذي يحدد الحصة المضمونة لتغطية الأخطار المرتبطة بتأمين القرض عند التصدير، ج. ر. الصادرة بتاريخ 1 نوفمبر 1997، العدد 36، الصفحة 10.

والمرسوم التنفيذي رقم 96-235 المؤرخ في 2 يوليو 1996 الذي يحدد شروط تسيير الأخطار المغطاة بتأمين القرض عند التصدير وكفايته، ج. ر. الصادرة بتاريخ 3 يوليو 1996، العدد 41، الصفحة 12.

والمرسوم التنفيذي رقم 97-388 المؤرخ في 19 أكتوبر 1997 الذي يعدل المرسوم التنفيذي رقم 96-235 المؤرخ في 2 يوليو 1996 المذكور أعلاه، ج. ر. الصادرة بتاريخ 22 أكتوبر 1997، العدد 69، الصفحة 11.

والقرار المؤرخ في 2 أكتوبر 1997 الذي يحدد مستويات الاختصاص المرتبطة بضمانات تأمين الصادرات، الجريدة الرسمية 5 نوفمبر 1997، العدد 73، الصفحة 49. والقرار المؤرخ في 9 أكتوبر 1997، الذي يتضمن الموافقة على النظام الداخلي للجنة تأمين وضمان الصادرات، ج. ر. الصادرة بتاريخ أول مارس 1998، العدد 11، الصفحة 47.

والمرسوم التنفيذي رقم 99-75 المؤرخ في 11 أبريل 1999 الذي يعدل و يتم المرسوم التنفيذي رقم 96-235 المؤرخ في 2 يوليو 1996 السالف الذكر، ج. ر. الصادرة بتاريخ 14 أبريل 1999، العدد 26، الصفحة 4.

⁷⁰ - أنظر المرسوم التنفيذي رقم 96-327 المؤرخ في أول أكتوبر 1996، المتضمن إنشاء الديوان الجزائري لترقية التجارة الخارجية، الجريدة الرسمية الصادرة بتاريخ 6 أكتوبر 1996، العدد 58، الصفحة 9. وأنظر القرار الوزاري المشترك المؤرخ في 11 سبتمبر 1997 المتضمن التنظيم الداخلي للديوان الجزائري لترقية التجارة الخارجية، الجريدة الرسمية الصادرة بتاريخ 7 ديسمبر 1997، العدد 80، الصفحة

ترقية التجارة الخارجية والمساهمة في إنشاء وسير شبكة تتضمن كافة المعلومات التجارية وبنوك المعلومات⁷¹.

ونظرا لهذا الكم الهائل من النصوص التي كانت توضع ثم تعدل أو تلغى في فترات قياسية اتسمت فترة التسعينات بالفوضى والغموض وانعدام الشفافية في مجال التجارة الخارجية⁷²، ولذلك قامت الجزائر خلال فترة الألفيات بمراجعة شاملة لسياساتها في مجال التجارة الخارجية، وهو ما سنتعرض له في المطلب الموالي.

المطلب الثالث: الوضع القانوني الراهن للتجارة الخارجية في الجزائر.

ننبه بداية إلى أن الفصل بين المرحلة الانتقالية والمرحلة الحالية مجرد فصل نظري، ويصعب كثيرا تحديد بدقة متى تنتهي مرحلة وتبدأ الأخرى. لكن يمكن أن نحدد معالم المرحلة الراهنة بصدور دستور 1996 وخصوصا بنصه في المادة 19 منه على أن: "تنظيم التجارة الخارجية من اختصاص الدولة، يحدد القانون شروط ممارسة التجارة الخارجية".

ونظرا لمساعي الجزائر للانضمام إلى منظمة التجارة الدولية OMC⁷³، وإبرامها اتفاق الشراكة مع الاتحاد الأوربي⁷⁴، ومع انضمام الجزائر إلى المنطقة العربية الكبرى

⁷¹ - راجع المادة 4 من المرسوم التنفيذي 96-327 السالف الذكر.

⁷² - في هذا الصدد صرح السيد وزير التجارة الهاشمي جعوب، لجريدة «liberté - économie» بتاريخ 07-02-2007 بأنه: "كانت الدولة التعامل الوحيد الذي ينشط في هذا الميدان لكن مع تطبيق سياسة الانفتاح و إلغاء الاحتكارات فقد أصبح المتعاملون الجزائريون والأجانب أطرافا في التعاملات التجارية الخارجية.

عرفت التعاملات في مجال التجارة الخارجية نوعا من الفوضى خلال التسعينات ... كانت التعاملات تتم بآليات غامضة ومبهمة أعطت الفرصة لامتيازات وتجاوزات غير قانونية إذ لم تكن آنذاك رؤية خاصة بالتجارة الخارجية، يضاف إلى هذا أنه اتسمت القوانين المتعلقة بالتجارة بتغيرات مستمرة وغير منتظمة مما نتج عنها عدم استقرار حقيقي لإرساء التجارة، الذي يعد العائق الرئيسي للمتعاملين الاقتصاديين...".

⁷³ - تقدمت الجزائر في 03 جوان 1987 بطلب الانضمام لنظام التجارة المتعددة الأطراف، المتمثل في الاتفاقية العامة حول التجارة والتعريفات الجمركية (GATT)، ولقد تم قبول طلب الانضمام وتنصيب مجموعة العمل القائمة على عملية انضمام الجزائر للاتفاقية العامة

للتبادل الحر وذلك بمصادقتها في 03 أوت 2004 على اتفاقية تسيير وتنمية التبادل التجاري بين الدول العربية الممضية من قبل أعضاء الجامعة العربية بتونس في 27 فبراير 1981⁷⁵. سعت الجزائر إلى تطوير منظومتها التشريعية والتنظيمية المتعلقة بالتجارة الخارجية بما يتناسب مع الطموحات والتوجهات الجديدة للبلاد.

وفي هذا الصدد قامت الجزائر برفع كل الحواجز غير الجمركية، بإلغاء قائمة المواد الممنوعة من الاستيراد وتلك التي كانت تتطلب ترخيصا مسبقا. وقامت بتبسيط التعريفات الجمركية بتخفيض عدد النسب إلى أربعة فقط وهي نسبة الإعفاء 0%، النسبة المخفضة

حول التجارة والتعريفات الجمركية في 17 جوان 1987. وفي سنة 1995، مع تحول الجات إلى المنظمة العالمية للتجارة (OMC) إثر حولة مراكش، تحولت مجموعة العمل في الاتفاقية العامة حول التعريفات الجمركية والتجارة إلى مجموعة عمل للمنظمة العالمية للتجارة مكلفة بمشروع انضمام الجزائر إليها. وقد اشرف على رئاسة مجموعة العمل في المنظمة العالمية للتجارة أولا سفير "الأرجنتين"، ثم تلاه سفير "الأوروغواي" سعادة السفير "كارلوس بيراس دال كاستيلو"، ومنذ سنة 2004 سعادة السفير "غيلرمو فالس". ويشترك في أعمال هذه المجموعة أكثر من 40 دولة عضوة في المنظمة العالمية للتجارة. ومنذ تأسيسها عام 1995، فإن المجموعة المكلفة بمشروع انضمام الجزائر قد عقدت تسعة اجتماعات لدراسة نظام التجارة الجزائري، وتقديم تقرير عن أعمالها وبروتوكول الانضمام، إضافة إلى مشروع قرار الانضمام لهيئة اتخاذ القرار التي تتمثل في المؤتمر الوزاري. ويبحث الاجتماع المقبل لمجموعة العمل في مشروع التقرير المراجع، وذلك على ضوء ملاحظات وتعقيبات بعض الأعضاء وكذا المعلومات الإضافية التي ستنتقلها الجزائر. كما ستقوم بالبحث في التطورات التي يخضع لها نظام التجارة الجزائري، والمفاوضات الثنائية فيما يخص دعم التعريفات من جهة والالتزامات الخاصة بالتجارة الخدماتية من جهة أخرى. كما ستتعقب فحص نظام التجارة الجزائري كل ما يتعلق بنظام تراخيص الاستيراد والعوائق التقنية للتجارة ووضع مقاييس الصحة النباتية، وتطبيق الضرائب الداخلية وخصوصة الشركات العمومية، والمساعدات المالية وبعض جوانب حماية حقوق الملكية الفكرية التي تمس التجارة. وتتواصل المفاوضات الثنائية مع اثني عشر بلدا معنيا. وتتمثل أهم المسائل في تلك التي لها صلة بالمشاركة في المبادرات الخاصة بالقطاعات ودعم التعريفات الجمركية والالتزامات الخاصة بقطاع السمعي البصري والخدمات المتعلقة بالطاقة. راجع الموقع الإلكتروني الرسمي لوزارة التجارة الجزائرية، www.mincommerce.gov.dz

⁷⁴ - راجع المرسوم الرئاسي رقم 05-159 مؤرخ في 27 أبريل سنة 2005، يتضمن التصديق على الاتفاق الأوروبي المتوسطي لتأسيس شراكة بين الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية من جهة، والمجموعة الأوروبية والدول الأعضاء فيها من جهة أخرى، الموقع بفالونسيا يوم 22 أبريل سنة 2002، وكذا ملاحقه من 1 إلى 6 والبروتوكولات من رقم 1 إلى رقم 7 والوثيقة النهائية المرفقة به، الجريدة الرسمية رقم 31، الصادرة بتاريخ 30 أبريل 2005.

⁷⁵ - راجع المرسوم الرئاسي رقم 04-223 المؤرخ في 03 أوت 2004 يتضمن المصادقة على اتفاقية تسيير وتنمية التبادل التجاري بين الدول العربية المحررة بتونس في 27 فبراير 1981، الجريدة الرسمية عدد 59، الصادرة بتاريخ 08 أوت 2004، الصفحة 05.

05%، النسبة الوسيطة 15%، والنسبة المرفوعة 30%، وبتخفيض أقصى نسبة إلى 30% منذ الفاتح يناير 2002، بدلا من 100% سابقا⁷⁶.

وقد صدر سنة 2003 الأمر 04-03 المؤرخ في 19 يوليو 2003 يتعلق بالقواعد العامة المطبقة في عمليات استيراد البضائع وتصديرها⁷⁷، وأهم ما يميز هذا النص الجديد هو تحريره للتجارة الخارجية، وفي هذا الصدد تنص المادة الثانية منه، في فقرتها الأولى على أنه: "تنجز عمليات استيراد المنتوجات وتصديرها بحرية...".

غير أن هذا الأمر وضع قيودا واستثناءات على حرية التجارة الخارجية تتماشى مع التزامات الجزائر الدولية، وتنحصر هذه القيود الواردة على حرية الاستيراد والتصدير في:

أولا: منع عمليات استيراد وتصدير المنتوجات التي تخل بالأمن وبالنظام العام وبالأخلاق⁷⁸.

ثانيا: أسست المادة الثالثة من الأمر 04/03 لمجموعة من العوائق والضوابط التقنية التي تحد من حرية التجارة الخارجية، وهي تخضع المنتوجات إلى رقابة وقيود صارمة

⁷⁶ - راجع المادتين 3 و5 من الأمر رقم 01-02 المؤرخ في 20 أوت 2001 يتضمن تأسيس تعريف جمركية جديدة، الجريدة الرسمية عدد 47، الصادرة بتاريخ 22 أوت 2001. وراجع أيضا المرسوم التنفيذي رقم 10-89 المؤرخ في 10 مارس 2010 يحدد كيفية متابعة الواردات المعفاة من الحقوق الجمركية في إطار اتفاقيات التبادل الحر، الجريدة الرسمية عدد 17 الصادرة بتاريخ 14 مارس 2010، الصفحة 06.

⁷⁷ - الجريدة الرسمية عدد 43، الصادرة بتاريخ 20 يوليو 2003، الصفحة 33.

⁷⁸ - راجع الفقرة الثانية من المادة الثانية من الأمر 04-03 المذكور أعلاه. راجع كذلك المرسوم التنفيذي رقم 97 - 254 المؤرخ 08 يوليو 1997، و المتعلق بالرخص المسبقة لإنتاج أو استيراد المواد السامة أو التي تشكل خطرا من نوع خاص.

خصوصا إذا كانت تمس بالصحة البشرية⁷⁹ والنباتية⁸⁰ والحيوانية⁸¹، أو تمس بالبيئة⁸²، أو تشكل خطرا على التراث الثقافي في الجزائر⁸³.

ثالثا: إقرار الأمر 03-04 السالف ذكره لتدابير الدفاع التجاري، بهدف حماية الإنتاج الوطني عن طريق فرض تعريفات جمركية على المنتجات التي تهدده.

وتنقسم هذه الإجراءات الحمائية إلى، تدابير وقائية تجاه منتج ما إذا كان مستوردا بكميات متزايدة تلحق أو تهدد بإلحاق ضرر جسيم لفرع من فروع الإنتاج الوطني. وفي هذه الحالة يمكن توقيف استيراد ذلك المنتج كليا أو جزئيا، أو رفع نسبة الحقوق الجمركية. وقد صدر في هذا الصدد المرسوم رقم 05-220 المؤرخ في 22 يونيو

⁷⁹ -راجع المرسوم التنفيذي رقم 97-37 المؤرخ في 14 يناير 1997، يحدد شروط وكيفيات صناعة مواد التجميل والتنظيف البدني وتوضيها واستيرادها وتسويقها في السوق الوطنية. والقرار المؤرخ في 28 ربيع الثاني عام 1426 الموافق 06 يوليو سنة 2005، يحدد دفتر الشروط التقنية الخاصة باستيراد المنتجات الصيدلانية الموجهة للطب البحري. والقرار المؤرخ في 07 نوفمبر 1995، يتعلق بالمواصفات التقنية والقواعد التي تطبق على المواد الغذائية عند استيرادها.

⁸⁰ -راجع المرسوم التنفيذي رقم 04-320 المؤرخ 07 أكتوبر 2004، و يتعلق بشفافية تدابير الصحة و الصحة النباتية والعراقل التقنية للتجارة. وراجع كذلك القرار الوزاري المشترك المؤرخ في 18 ديسمبر 2002، يعدل و يتم قائمة نقاط الدخول إلى التراب الوطني المتعلقة بمراقبة صحة النباتات على مستوى المراكز الحدودية. و القرار المؤرخ في 14 يوليو 2002، يحدد قائمة النباتات الخاضعة للتخصيص التقني المسبق للاستيراد، والقواعد الخاصة بصحة النباتات. والقرار المؤرخ في 24 ديسمبر 2000، يمنع استيراد وإنتاج توزيع وتسويق واستعمال المادة النباتية المغيرة وراثيا. والقرار المؤرخ في 07 نوفمبر 1995، يتعلق بالمواصفات التقنية والقواعد التي تطبق على المواد الغذائية عند استيرادها. والقرار المؤرخ في 21 مايو 1995، يحدد المقاييس التقنية والصحية للنباتات عند استيراد البذور، أنواع البقول والأشجار المثمرة والكروم والغرائس الكبرى وشتائلها. والقرار المؤرخ في 13 يناير 1993، يتعلق بشروط الصحة النباتية لاستيراد الأغراس وأجزاء الأغراس الحية من أصناف الفاكهة ونباتات الفاكهة ونباتات الزينة.

⁸¹ - راجع المرسوم التنفيذي رقم 09-261 مؤرخ في 10 مارس 2009، يحدد الإجراءات المطبقة عند استيراد وتصدير الأدوية ذات الاستعمال البيطري، ج. ر. عدد 16، الصادرة بتاريخ 15 مارس 2009، ص. 06. وراجع كذلك المرسوم التنفيذي رقم 09-261 المؤرخ في 24 مارس 2009 يتعلق بإعفاء المواد الكيماوية والعضوية المستوردة من طرف صانعي الأدوية ذات الاستعمال البيطري، الجريدة الرسمية عدد 49 الصادرة بتاريخ 30 أوت 2009، ص. 02.

⁸² - قرار وزاري مشترك مؤرخ في 26 فبراير 1992، يتضمن وقف تصدير المرجان الخام أو شبه المصنع.

⁸³ - المرسوم رقم 69-82 المؤرخ في 13 يونيو سنة 1969، يتعلق بمنع تصدير الأشياء ذات الفائدة الوطنية من الناحية التاريخية و الأثرية

2005 يحدد شروط تنفيذ التدابير الوقائية وكيفياتها⁸⁴، والقرار المؤرخ في 03 فبراير 2007 يحدد كيفيات وإجراءات تنظيم التحقيق في مجال تطبيق التدابير الوقائية⁸⁵.

وتدابير ضد المنتجات المدعمة في بلد المنشأ بشكل يهدد الإنتاج الوطني المماثل، وهو ما تنص عليه المادة 13 من الأمر 04-03 المتعلق بالقواعد العامة المطبقة في عمليات استيراد البضائع وتصديرها، التي تنص على فرض حق تعويضي على المنتجات التي يثبت أنها مدعمة من السلطات العمومية في بلد المنشأ، مما يجعلها في وضعية تنافسية مريحة مقارنة مع الإنتاج الوطني، وتلحق به ضررا جسيما أو تهدده بإلحاق ضرر جسيم. ويتمثل هذا الحق التعويضي في رسم جمركي يساوي قيمة الدعم الممنوح للمنتج في بلده الأصلي، وقد صدر المرسوم التنفيذي رقم 05-221 المؤرخ في 22 يونيو 2005 يحدد شروط تنفيذ الحق التعويضي وكيفياته⁸⁶، والقرار المؤرخ في 03 فبراير سنة 2007 يحدد كيفيات تطبيق الحق التعويضي⁸⁷، لتطبيق المادة 13 من الأمر 04-03 المذكور أعلاه.

وتفرض المادة 15 من الأمر 03-04 المذكور أعلاه أيضا تدابير حمائية ضد الإغراق. ويعتبر إغراقا إذا دخل منتج معين إلى السوق الوطنية بسعر أدنى من القيمة العادية لمنتوج مماثل، ويتحدد هذا السعر المماثل بسعره في بلد المنشأ أو سعره في البلدان الأخرى. ويكون من شأن الإغراق إلحاق أضرار جسيمة بفروع الإنتاج الوطني المماثلة. وقد صدر المرسوم التنفيذي 05-222 المؤرخ في 22 يونيو 2005 يحدد شروط تنفيذ الحق

⁸⁴ - الجريدة الرسمية عدد 43 الصادرة بتاريخ 22 يونيو 2005، ص. 7.

⁸⁵ - الجريدة الرسمية عدد 21 الصادرة بتاريخ 28 مارس 2007، ص. 14.

⁸⁶ - الجريدة الرسمية عدد 43 الصادرة بتاريخ 22 يونيو 2005، ص. 09.

⁸⁷ - الجريدة الرسمية عدد 21 الصادرة بتاريخ 28 مارس 2007، ص. 16.

ضد الإغراق وكيفياته⁸⁸، والقرار المؤرخ في 03 فبراير 2007 يحدد كيفية إجراءات تنظيم التحقيق في مجال تطبيق الحق ضد الإغراق⁸⁹.

والجدير بالذكر أن الجزائر ومنذ 2009 تفرض على كل الشركات الأجنبية التي تمارس نشاط استيراد السلع والبضائع والمواد الأولية من أجل إعادة بيعها على حالتها، أن يكون معها شريك جزائري يحوز على الأقل 30% من رأس مالها وذلك بغرض تشجيع هذه الشركات من أجل الاستثمار المنتج في الجزائر وليس فقط بيع السلع على حالها⁹⁰.

وبعد أن تعرضنا في هذا الفصل التمهيدي لمفهوم عقد البيع الدولي، وتطور الأحكام القانونية التي تنظم التجارة الخارجية في الجزائر ومدى تأثيرها على عقد البيع الدولي، سنتناول في الباب الأول من هذه الدراسة انعقاد البيع الدولي.

⁸⁸ - الجريدة الرسمية عدد 43 الصادرة بتاريخ 22 يونيو 2005، ص. 14.

⁸⁹ - الجريدة الرسمية عدد 21 الصادرة بتاريخ 28 مارس 2007، ص. 19.

⁹⁰ - راجع المادة 02 من المرسوم التنفيذي رقم 09-296 المؤرخ في 2 سبتمبر سنة 2009، يعدل المرسوم التنفيذي رقم 09-181 المؤرخ في 12 مايو سنة 2009، الذي يحدد شروط ممارسة أنشطة استيراد المواد الأولية والمنتجات والبضائع الموجهة لإعادة البيع على حالتها من طرف الشركات التجارية التي يكون فيها الشركاء أو المساهمون أجنب، الجريدة الرسمية رقم 51 المؤرخة في 06 سبتمبر 2009. وراجع المرسوم التنفيذي رقم 09-181 يحدد شروط ممارسة أنشطة استيراد المواد الأولية والمنتجات والبضائع الموجهة لإعادة البيع على حالتها من طرف الشركات التجارية التي يكون فيه الشركاء المساهمون أجنب، الجريدة الرسمية رقم 30، المؤرخة في 20 ماي 2009.

الباب الأول :

انقءاء الببع الءول

مقدمة :

ينعقد البيع الدولي مثل أي عقد بيع داخلي، بتراضي أطرافه، وتبادلهم الإيجاب والقبول وتطابقهما حول الشيء المبيع وثن البيع. غير أن عقد البيع الدولي وإن كان يشترك مع عقد البيع الوطني في هذه المبادئ العامة، إلا أنه يختلف عنه تماما في القواعد التفصيلية والجزئية المطبقة عليه. فالبيع الوطني يخضع إجباريا للقانون الوطني دونما حاجة من الأطراف للاتفاق على ذلك، بخلاف عقد البيع الدولي الذي يمكن أن تتجاذبه عدة نظم قانونية وطنية طبقا لمنهج التنازع، أو حتى دولية *Des normes internationales* أو عبر الوطنية *Transnationales* أو غير وطنية *A nationales* وفقا لمنهج القواعد الموضوعية الموحدة الناتجة عن الاتفاقيات الدولية أو عن المبادئ العامة المشتركة لدى الأمم أو عن الأعراف التجارية الدولية.

وعليه فإننا سنراعي هذه الخصوصية التي يمتاز بها عقد البيع الدولي في دراستنا لهذا الباب المتعلق بانعقاده، فنراعي عند دراسة أحكام التراضي، من مفاوضات وتبادل للإيجاب والقبول الأحكام الوطنية الواجبة التطبيق والأحكام الدولية الموحدة الناتجة عن الاتفاقيات الدولية أو عن المبادئ العامة للقانون أو عن الأعراف التجارية الدولية.

ولا يفوتنا أن ننبه أن اختلاف أطراف عقد البيع الدولي قد يؤثر على النظام القانوني المطبق عليه. فإذا كان المتعاقد شخصا طبيعيا فإنه قد لا يخضع لنفس الأحكام التي يخضع لها الشخص المعنوي، وحتى بالنسبة لهذا الأخير فإن الأشخاص المعنوية الخاصة وعلى رأسها الشركات لا تخضع لنفس المعاملة الدولية مثل الدول والأشخاص المعنوية العامة.

وعليه فإننا سندرس هذا الباب، في فصلين:

- الفصل الأول: الوضعية القانونية لأطراف عقد البيع الدولي.

- الفصل الثاني: التراضي في عقد البيع الدولي.

الفصل الأول :

الوضعية القانونية

لأطراف عقد البيع الدولي .

مقدمة:

قد تختلف الوضعية القانونية لعقد البيع الدولي باختلاف الأطراف التي أبرمته، وتثار بشأنها مجموعة من المشاكل القانونية، تتزايد حدتها في مجال التجارة الدولية. فإذا كان المتعاقد شخصا طبيعيا، قد يحتج بإبطال عقد البيع الدولي نظرا لعدم أهليته للتعاقد، أو لأن ذلك العقد فيه إضرار به لأنه مجرد مستهلك ولم توفر له الحماية الكافية قبل وأثناء وبعد التعاقد كما هو مقرر طبقا لقانونه الوطني. أما إذا كان الطرف المتعاقد شركة، فإنه يتبادر للذهن التساؤلات التالية، ما مدى الاعتراف للشركات الأجنبية بالشخصية المعنوية، ويزداد هذا التساؤل حدة إذا كانت بعض النظم القانونية لا تعترف لبعض الأنواع من الشركات بالشخصية المعنوية⁹¹. كما تثار مشكلة القانون الواجب التطبيق على نظام سير الشركات، وتمثيلها والتصرف باسمها، ومشكلة تحديد جنسية الشركة. في حين إذا كان الطرف المتعاقد دولة أو أحد فروعها، فالمشكلة التقليدية التي تثار في مجال العقود الدولية هي الحصانة الممنوحة للدولة سواء من ناحية المقاضاة أو من ناحية التنفيذ، أو خضوع الدولة لغير قانونها الوطني.

⁹¹ - على سبيل المثال شركة المحاصة ليس لها الشخصية المعنوية في القانون الجزائري، و تنص المادة 795 مكرر 2 من القانون التجاري الجزائري: "لا تكون شركة المحاصة إلا في العلاقات الموجودة بين الشركاء و لا تكشف للغير. فهي لا تتمتع بالشخصية المعنوية. لا تخضع للإشهار، و يمكن إثباتها بكل الوسائل...".

- وفي فرنسا توجد la société en participation ليس لها شخصية معنوية لا تقيد في السجل التجاري وسجل الشركات، ولا تخضع لإجراءات الشهر.

(art.1871 c.civ.) v. Philippe Merle : droit commercial. Sociétés commerciales. Dalloz.8^e édition p. 665.
- وفي القانون الإنجليزي نجد « the Partnership » وهي شركة من دون شخصية معنوية، Partnership Act 1890.
V. Olivier Moréteau, Droit anglais des affaires, 1re édition Dalloz, 2000, P.152.

هذه هي أهم الإشكالات التي سنحاول إجلاءها في هذا الفصل، ولذلك سنقسمه

إلى ثلاث مباحث على النحو التالي:

- المبحث الأول: الشخص الطبيعي كطرف في عقد البيع الدولي.

- المبحث الثاني: الشركات كطرف في عقد البيع الدولي.

- المبحث الثالث: الدولة كطرف في عقد البيع الدولي.

المبحث الأول:

الشخص الطبيعي كطرف في عقد البيع الدولي.

تأتي مسألة تقدير مدى أهلية الشخص الطبيعي في التعاقد في المقام الأول، وذلك لاختلاف النظم القانونية في الأحكام الموضوعية الخاصة بحماية القصر وعديمي الأهلية. فالشخص الذي قد يكون بالغاً طبقاً لقانون دولة أبرم فيها عقد بيع دولي قد يكون ناقصاً الأهلية بالنسبة لقانونه الوطني فيثير مسألة بطلان أو إبطال ذلك العقد. لهذه الأسباب لا بد من الوقوف على نظام الأهلية في العقود الدولية بشيء من التدقيق.

كما يجب التنبيه إلى أن الشخص الطبيعي قد يبرم عقد بيع دولي لمجرد إشباع حاجات اليومية الخاصة، فيكون بذلك مجرد مستهلك عادي وليس محترف، فهل يخضع لنفس القواعد التي تخضع لها العقود الدولية أم أنه يستفيد من الحماية القانونية الذي تقرها القوانين الوطنية للمستهلك.

ولذلك سنعالج هذا المبحث في مطلبين على التوالي:

المطلب الأول: أهلية الشخص الطبيعي لإبرام عقد البيع الدولي.

المطلب الثاني: وضعية المستهلك كطرف في عقد البيع الدولي.

المطلب الأول: أهلية الشخص الطبيعي لإبرام عقد البيع الدولي.

تقسم معظم الأنظمة القانونية الأهلية، إلى أهلية وجوب *capacité de jouissance*، وأهلية أداء *capacité d'exercice*، فأهلية الوجوب هي صلاحية الشخص لاكتساب الحقوق، وكل شخص قانوني سواء كان طبيعياً أو معنوياً يعتبر صالحاً لأن تكون له حقوقاً وعليه واجبات⁹². و تثبت للشخص الطبيعي بمجرد ولادته حياً، وقد تكون قبل ذلك إذا توفرت شروط، كما هو الحال بالنسبة للجنين⁹³. أما أهلية الأداء، فهي قدرة الشخص على القيام بتصرفات قانونية نافذة، أو هي صلاحية الشخص لاستعمال الحق⁹⁴. ومن هنا نلاحظ أن أهلية الأداء هي التي تعيننا بالدراسة والاهتمام في هذا الموضوع لأننا سنعالج أهلية التعاقد في العقود الدولية. وفي هذا الصدد تنص المادة 78 من القانون المدني الجزائري على أنه: " كل شخص أهل للتعاقد ما لم يطرأ على أهليته عارض يجعله ناقص الأهلية أو فاقدها بحكم القانون."⁹⁵.

ويختلف نظام الأهلية من بلد لآخر فإذا كان الشخص البالغ 19 سنة كاملة أهلاً لإجراء التصرفات القانونية طبقاً للنظام القانوني الجزائري⁹⁶، فإنه في نظم قانونية أخرى

⁹² - عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، المجلد الأول، نظرية الالتزام (مصادر الالتزام) الطبعة الثالثة منشورات الحلبي الحقوقية ببيروت. ص 283.

⁹³ - تنص المادة 25 من القانون المدني الجزائري المعدلة بمقتضى القانون رقم 05-10 المؤرخ في 20 يونيو 2005 المعدل للقانون المدني ج.ر. 44 الصادرة بتاريخ 26 يونيو 2005 على أنه: " تبدأ شخصية الإنسان بتمام ولادته حياً وتنتهي بوفاة. على أن الجنين يتمتع بالحقوق التي يحددها القانون على أن يولد حياً".

⁹⁴ - عبد الرزاق أحمد السنهوري: المرجع السابق، ص. 285.

⁹⁵ - هذه المادة معدلة بمقتضى القانون رقم 05-10 السالف الذكر وقد كانت المادة 78 القديمة تنص على ما يلي: " كل شخص أهل للتعاقد ما لم تسلب أهليته أو يحد منها بحكم القانون".

⁹⁶ - تنص المادة 40 من القانون المدني الجزائري: " كل شخص بلغ سن الرشد متمتعاً بقواه العقلية، و لم يحجر عليه يكون كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية، و سن الرشد تسعة عشر سنة كاملة".

يعتبر كامل الأهلية الشخص الذي بلغ 18 سنة⁹⁷. في حين أن بعض النظم تعتبر الشخص قاصرا إذا لم يكمل العشرين أو الواحد والعشرين⁹⁸ أو حتى الخامسة والعشرين⁹⁹.

إن هذا الاختلاف البين في النظام الموضوعي للأهلية وسن الرشد وعوارض الأهلية من جنون وسفه وعتة وغفلة، يثير إشكالات في مجال إبرام عقد البيع الدولي، فلو أبرم أجنبي عقد بيع دولي في بلد ما، قد يكون في نظر قانون ذلك البلد كامل الأهلية، بينما في نظر قانونه الوطني ناقص الأهلية. فأين يكمن الحل في مثل هذا الفرض؟. وكيف يمكن تحديد مدى أهلية الشخص الطبيعي لإبرام عقد بيع دولي؟. ووفقا لأي قانون تتحدد أهليته؟.

لقد جرت العادة في الفقه والقضاء والقوانين المختلفة على اعتبار القانون الشخصي هو الأحق بتقدير مدى أهلية المتعاقد، على أساس أن الأهلية ترتبط في غالب الأحيان بحالة الشخص¹⁰⁰. لكن تباينت في تحديد هذا القانون الشخصي، فمن التشريعات من حددته بقانون جنسية المتعاقد، ومنها من حددته بقانون الموطن، أو قانون محل الإقامة المعتاد. وعلى كل حال فإن القانون الشخصي هو المبدأ العام الذي يحدد القانون الواجب التطبيق على الأهلية، لكن ذلك لا يخلو من استثناءات تؤدي إلى

⁹⁷ - في فرنسا سن البلوغ هو 18 سنة.

Art. 388, c. civ. Fran. : « Le mineur est l'individu de l'un ou l'autre sexe qui n'a point encore l'âge de dix-huit ans accomplis. »

⁹⁸ - في مصر سن الأهلية يقدر بواحد وعشرين سنة، طبقا لنص المادة 44 من القانون المدني المصري.

وفي بريطانيا كان يحدد سن الأهلية طبقا لنظام common law بـ 21 سنة، لكن أصبح 18 سنة بصور Family law reform act 1969.

Cité par Olivier Moriteau : droit anglais des affaires, 1 er édition, Dalloz, Paris, 2000, p. 279.

⁹⁹ - القانون المكسيكي يحدد سن الرشد بـ 25 سنة، راجع في ذلك قضية ليزاردي، سيرد ذكرها لاحقا في البحث.

¹⁰⁰ - يمتد إسناد الأهلية لحالة الأشخاص Statut personnel تاريخيا للمدرسة الإيطالية في العصور الوسطى حيث ظهرت في تلك الحقبة فكرة الحالة الشخصية بالمقابل للحالة العينية Statut réel. راجع، أحمد عبد الحميد عشوش، تنازع القوانين في مسائل الأهلية، مؤسسة شباب الجامعة، 1989، ص. 14.

استبعاده. لذلك سوف نتعرض للمبدأ العام الذي يحكم الأهلية، وهو القانون الشخصي (الفرع الأول)، ثم للاستثناءات الواردة عليه (الفرع الثاني).

الفرع الأول: القاعدة العامة التي تحكم الأهلية (القانون الشخصي).

يقصد بعبارة القانون الشخصي، القانون الذي له علاقة مباشرة بالشخص. وهنا يبقى الخيار بين ثلاث ضوابط أولهم ضابط الجنسية، ثم ضابط الموطن، أو ضابط محل الإقامة المعتاد¹⁰¹.

ولقد أخذ المشرع الجزائري بالمعيار الأول وهو ضابط الجنسية، إذ تنص الفقرة الأولى من المادة 10 من القانون المدني الجزائري على أنه: " يسري على الحالة المدنية للأشخاص وأهليتهم قانون الدولة التي ينتمون إليها بجنسيتهم"¹⁰²...

وهو نفس الاتجاه الشائع في دول العالم وعلى رأسها القانون الفرنسي الذي أخضع أهلية الأشخاص لقانون جنسيتهم لكن صاغ هذه القاعدة في قالب أحادي تضمنته الفقرة الثالثة من المادة 3 من القانون المدني الفرنسي التي تنص على أنه: "القوانين

¹⁰¹ - يكمن الفرق بين الموطن ومحل الإقامة المعتاد، في كون أن الموطن يتكون من عنصرين، العنصر المادي الذي يتمثل في الاستقرار في مكان معين، والعنصر المعنوي المتمثل في نية البقاء. أما محل الإقامة فهو يقتصر على العنصر المادي فقط دون العنصر المعنوي، أي الاستقرار دون نية البقاء.

راجع في تفصيل ذلك: غالب علي الداوودي و حسن محمد الهداوي، القانون الدولي الخاص، الجزء الثاني، دار وائل للنشر، الأردن، ص. 89.

¹⁰² - كانت هذه الفقرة قبل تعديلها بمقتضى القانون 05-10 السالف الذكر مصاغة بطريقة أحادية تحكم وضعية الجزائريين أينما كانوا، و كانت تنص: " تسري القوانين المتعلقة بالحالة المدنية للأشخاص وأهليتهم على الجزائريين ولو كانوا مقيمين في بلاد أجنبية... " وحسنا ما فعل المشرع بتعديلها وإخراجها في صيغة مزدوجة تخص الجزائريين والأجانب.

المتعلقة بحالة وأهلية الأشخاص تلحق الفرنسيين ولو كانوا مقيمين في الخارج¹⁰³ ، غير أن القضاء الفرنسي فسرها تفسيراً مزدوجاً لتشمل حتى غير الفرنسيين¹⁰⁴ .

وكذلك القانون المصري الذي نص في المادة 11 من قانونه المدني على أنه: "الحالة المدنية للأشخاص وأهليتهم يسري عليها قانون الدولة التي ينتمون إليها بجنسيتهم...". وهي قاعدة مصاغة في قالب مزدوج يشمل كلا من المصريين والأجانب. ونلاحظ أن المشرع الجزائري تأثر بهذه الصياغة عند تعديله لنص المادة 10 من القانون المدني بمقتضى القانون رقم 10-05 السالف الذكر.

وإذا كان ضابط الجنسية يحقق أكثر استقراراً من ضابط الموطن لأنه لا يمكن للشخص تغيير جنسيته بسهولة، كما هو الأمر بالنسبة للموطن. إلا أن بعض الفقه الفرنسي¹⁰⁵ دعا إلى إعادة النظر في الأخذ بضابط الجنسية والأخذ بضابط الموطن كمحدد لقانون الأهلية. وهم يرون أنه إذا كان سبب اختيار الجنسية هو السيادة الوطنية فإن ضابط الموطن هو الأولى بأن يحقق سيادة أكبر للدولة حينما تطبق قانونها على كل المستوطنين في ترابها. هذا ناهيك عن أن قانون الموطن يحقق أكثر أماناً قانونياً لأن الأطراف المتعاقدة يفترض بها العلم به لأنه قانون البلد الذين يعيشون فيه، ولا يمكن الاعتذار بجهل القانون الواجب التطبيق، بخلاف القانون الأجنبي المحدد وفقاً لضابط الجنسية. كما أن ضابط الموطن غالباً ما يؤدي إلى تحديد قانون القاضي كقانون واجب

¹⁰³ – Art. 3 alinéa 3 ; C. Civ. Fran : « Les loi concernant l'état et la capacité des personnes régissent les français, même résidant en pays étranger ».

¹⁰⁴ – V. Pierre. Mayer et Vincent Heuzé : « Droit international privé » 8 e édition Delta 2005.p.365.

¹⁰⁵ – Pierre Mayer, Vincent Heuzé : Op. cit., p. 366.

التطبيق وهو ما يحقق سهولة كبيرة في تطبيقه والمرافعة به، والتخلص من عبئ إثباته لأنه ليس قانون أجنبي.

أما في الولايات المتحدة الأمريكية وباستثناء ولاية لويزيانا LOUISIANE لا تخضع الأهلية للقانون الشخصي، إنما يحكمها في غالبية الحالات القانون الذي يحكم التصرف القانوني، حيث يطبق في مسائل العقود وعلى أهلية الأفراد للتعاقد قانون محل إبرام العقد. و يرى البعض¹⁰⁶ أنه لا توجد في الولايات المتحدة الأمريكية قاعدة عامة تحكم أهلية الأشخاص، لذلك يجب تغليب العامل المستمد من التصرف القانوني على العامل المرتبط بأطراف العلاقة عند تحديد القانون الواجب التطبيق على الأهلية، وبالتالي تخرج الأهلية من نطاق القانون الشخصي.

في حين أن القانون الانجليزي ليس واضحا في هذه المسألة، وذلك راجع في الأساس إلى أنه لا يعرف نظاما عاما للأهلية أو نظرية عامة تحكمها. وهذا بخلاف القانون الفرنسي. فالقانون الانجليزي يتعامل مع الأهلية حالة بحالة، فالمرأة لها أهليتها الخاصة، وأهلية التعاقد يعالجها مع نظام العقود، والأهلية في المسؤولية التقصيرية وحدها والأهلية في الزواج وحدها، وهكذا¹⁰⁷. لذلك انقسم الفقه الانجليزي، فمنهم¹⁰⁸ من يعتبر الأهلية ليست من عناصر الحالة، إنما هي مسألة تلحق بطبيعة العقد، لذلك تختلف باختلاف عقد إلى آخر وعلى هذا الأساس أسندوها لقانون العقد. في حين يؤكد البعض الآخر¹⁰⁹ أن الأهلية تخضع للقانون الشخصي.

¹⁰⁶ - أشار إليه أحمد عبد الحميد عشوش. المرجع السابق. ص. 17.

¹⁰⁷ - Olivier Moriteau, Op. cit.p278.

¹⁰⁸ - Schmithoff, the English conflict of laws, 3 ed., Londres, 1954, p. 280.

¹⁰⁹ - Wolff, Private International law. 2 éd., Oxford, 1950. p. 283.

أشار إليه أحمد عبد الحميد عشوش، المرجع السابق. ص. 19.

وعلى صعيد الاتفاقيات الدولية التي عاجلت المسألة، نجدتها تجمع تقريبا على الاعتراف بالقانون الشخصي، فهذه اتفاقية 5 أكتوبر 1961 المتعلقة باختصاص السلطات والقانون الواجب التطبيق في مسائل حماية القصر. تنص في مادتها 12 على أنه: "يعتبر في مفهوم هذه الاتفاقية قاصرا كل شخص له هذه الصفة سواء طبقا لقانون الدولة التي ينتمي إليها، أو سواء طبقا لقانون الدولة التي يوجد بها مقر إقامته المعتادة."¹¹⁰

ومن خلال كل ما ذكرناه نلاحظ أن الأخذ بالقانون الشخصي كضابط لتحديد القانون الواجب التطبيق على الأهلية هو الشائع عالميا وبالأخص ضابط الجنسية، وهو الموقف الذي أخذ به المشرع الجزائري في الفقرة الأولى من المادة العاشرة من القانون المدني.

ولما كان القانون الواجب التطبيق على الأهلية يتحدد بجنسية الشخص، فإنه قد يثور تساؤل وإشكال حول الأشخاص عديمي الجنسية، أي قانون يطبق عليهم؟. هنا تتدخل المادة 22 من القانون المدني الجزائري، وتنص في فقرتها الأخيرة على أنه: "... في حالة انعدام الجنسية يطبق القاضي قانون الموطن أو قانون محل الإقامة."

وفي الأخير يجدر بنا التنبيه أن القانون الواجب التطبيق على الأهلية هو الوحيد المختص بحل كل النزاعات ذات العلاقة، فله يرجع اختصاص تحديد أسباب عدم الأهلية من قصر وجنون أو عته أو سفه أو غفلة، كما يرجع له اختصاص تحديد التصرفات التي يمنع على القاصر إجرائها إلا بتدخل وليه أو وصيه أو القيم عليه¹¹¹. كما يرجع لذات

¹¹⁰ - Art.12 de la convention concernant la compétence des autorités et la loi applicable en matière de protection des mineurs: « Aux fins de la présente Convention on entend par «mineur» toute personne qui a cette qualité tant selon la loi interne de l'Etat dont elle est ressortissante que selon la loi interne de sa résidence habituelle ».

¹¹¹ - في هذا الصدد تنص المادة 15 من القانون المدني الجزائري على أنه: " يسري على الشروط الموضوعية الخاصة بالولاية والقوامة وغيرها من النظم المقررة لحماية القصر وعديمي الأهلية والغائبين قانون الشخص الذي تجب حمايته.

القانون اختصاص تحديد الجزاءات المترتبة على تصرف عديم أو ناقص الأهلية من بطلان أو إبطال، إجازة أو تقادم¹¹² .

إلا أنه في حالات استثنائية يمكن للقانون الجزائري أن يتدخل إذا تعلق بحماية مستعجلة للقاصر أو عديم الأهلية أو الغائب إذا كان مقيما في الجزائر أو توجد أمواله فيها¹¹³ . ويمكن أن يفسر تدخل القانون الجزائري في هذه الحالة على أساس حفظ النظام العام، أو الأمن الاجتماعي، أو قواعد الضبط والبوليس. لأن حماية تلك الطائفة واجب على الدولة أن تقوم به في كل الأحوال سواء وفقا لقانون جنسية القاصر إذا نص على ذلك، وإذا لم ينص فطبقا للقانون الجزائري.

الفرع الثاني: الاستثناءات الواردة على قاعدة القانون الشخصي .

إذا كانت الفقرة الأولى من المادة 10 من القانون المدني الجزائري تحدد القانون الواجب التطبيق على أهلية الشخص الطبيعي بقانون جنسيته، فإن هذا القانون يخضع لبعض الاستثناءات التي تؤدي إلى استبعاده وتطبيق القانون الوطني، وهذا على غرار مجموعة من التشريعات المختلفة، وتنقسم هذه الاستثناءات إلى استثناءات خاصة بنظام الأهلية فقط، واستثناءات عامة يخضع لها كل قانون أجنبي قضت أية قاعدة إسناد بتحديد وجوب تطبيقه، سواء كنا أمام الأهلية أو الالتزامات العقدية أو غير العقدية أو الأحوال الشخصية. وهو ما سنتعرض له اتبعاً.

غير أنه يطبق القانون الجزائري بالنسبة للتدابير المستعجلة إذا كان القصر وعديموا الأهلية والغائبون موجودين في الجزائر وقت اتخاذ هذه التدابير أو تعلقت بأموالهم الموجودة في الجزائر ."

¹¹² - في هذا الصدد يوجد اجتهاد قضائي فرنسي شهير يسمى قرار (civ. 15 mai 1963) « Patino » جاء فيه

« La prescription forme avec l'incapacité et sa sanction un ensemble indissociable soumis à une unique loi ». P. Mayer, V. Heuzé : Op. cit. p. 376.

¹¹³ - راجع في هذا الصدد الفقرة الثانية من المادة 15 من القانون المدني الجزائري، التي سبق ذكرها قبل حين.

أولاً: الاستثناءات الخاصة بنظام الأهلية :

حتى وإن كانت قاعدة الإسناد تقضي بخضوع الأهلية لقانون الجنسية فإن هذه القاعدة لها استثناء خاص، وهو ما تنص عليه الفقرة الثانية من المادة 10 من القانون المدني الجزائري، التي جاء فيها: "... ومع ذلك ففي التصرفات المالية التي تعقد في الجزائر وتنتج آثارها فيها إذا كان أحد الطرفين أجنبياً ناقص الأهلية، وكان نقص أهليته يرجع إلى سبب فيه خفاء لا يسهل تبينه على الطرف الآخر، فإن هذا السبب لا يؤثر في أهليته وفي صحة المعاملة."

ويجد هذا الاستثناء سنده في الاجتهاد القضائي الفرنسي الشهير ليزاردي LIZARDI¹¹⁴ بتاريخ 16 يناير 1861 الذي وضع أسس هذا الاستثناء. وتتمثل وقائع هذا النزاع في أن: " ليزاردي " شاب مكسيكي في الثالثة والعشرين من عمره، قام بشراء بعض المجوهرات من تاجر فرنسي في باريس، ووقع بشأن تلك الصفقة عدة سندات، لكن عندما طولب أمام القضاء بالوفاء بها، دفع بالبطلان لنقص أهليته على أساس أنه لم يكن بالغاً سن الرشد وقت إبرام التصرف، وذلك وفقاً لما يقضي به القانون المكسيكي، والذي يحدد سن الرشد بخمسة وعشرين عاماً. وقد قضت محكمة النقض الفرنسية بصحة تلك السندات واستند حكمها على أنه ليس من المتعين على الفرنسي معرفة مختلف القوانين الأجنبية في أحكامها الخاصة بالقصر والبلوغ. ويكفي أن يكون المتعاقد الفرنسي قد تعاقد مع الأجنبي بحسن نية ودون خفة ورعونة، حيث قررت المحكمة:

¹¹⁴ - محكمة النقض الفرنسية. 16 يناير 1861:

Cass. Req. 16 jan 1861 .Dp 1861 .1.193. V. P. Mayer, et V. Heuzé: Op.cit. p.377.

«Dans ce cas, le français ne peut être tenu de connaître les lois des diverses nations et leurs dispositions concernant notamment la minorité, la majorité et l'entendue des engagements qui peuvent être pris par les étrangers dans la mesure de leur capacité; au il suffit alors, pour la validité du contrat qui, le français ait traité sans légèreté, sans imprudence et avec bonne foi ».

وقد أخذ بهذا الموقف المشرع المصري في الفقرة الثانية من المادة 11 من القانون المدني والتي تنص: " ومع ذلك فإن التصرفات المالية التي تعقد في مصر وتترتب آثارها فيها، إذا كان أحد الطرفين أجنبيا ناقص الأهلية وكان نقص الأهلية يرجع إلى سبب فيه خفاء لا يسهل على الطرف الآخر تبينه، فإن هذا السبب لا يؤثر في أهليته". وقد علل المشرع المصري هذا الاستثناء بأنه من الصعب على من يتعامل مع أحد الأجانب أن يكون ملما بالقواعد المتعلقة بأهليته وبوجه خاص متى كان مظهره لا يدع مجالاً للشك في كمال هذه الأهلية¹¹⁵.

ونفس الاتجاه أكدت عليه المادة 11 من اتفاقية روما لسنة 1980 المتعلقة بالقانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية¹¹⁶.

ويشترط لتطبيق هذا الاستثناء الوارد في الفقرة الثانية من المادة 10 من القانون المدني الجزائري أربع شروط أساسية، تتجلى من نص المادة، وهي على التوالي:

¹¹⁵ - الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري .ج.1.ص. 343 . عز الدين عبد الله، القانون الدولي الخاص، الجزء الثاني، في تنازع القوانين، الطبعة التاسعة، الهيئة المصرية العامة للكتاب، 1986، ص. 234.

¹¹⁶ - Article 11 de la Convention de Rome de 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles : « Dans un contrat conclu entre personnes se trouvant dans un même pays, une personne physique qui serait capable selon la loi de ce pays ne peut invoquer son incapacité résultant d'une autre loi que si, au moment de la conclusion du contrat, le cocontractant a connu cette incapacité ou ne l'a ignorée qu'en raison d'une imprudence de sa part. »

الشرط الأول: أن يكون التصرف موضوع الاستثناء من التصرفات المالية دون التصرفات المتعلقة بالأحوال الشخصية. لكن هل ينصرف هذا الاستثناء إلى كافة التصرفات المالية من دون استثناء؟.

لقد ذهب جانب من الفقه¹¹⁷ إلى تقييد مجال إعمال الاستثناء على التصرفات الجارية واليومية فقط، كسواء الحاجيات الاستهلاكية اليومية. أما التصرفات الخطرة والحساسة ذات الأهمية مثل العقود الواردة على عقار أو الصفقات التجارية المهمة، فلا يصح الاستثناء فيها. حيث لا يمكن اعتبار المتعاقد معذورا في جهله بأحكام قانون جنسية الطرف الأجنبي المتعاقد. لأن هذه التصرفات المهمة تقتضي بالضرورة الحيطة والحذر وتتطلب من المتعاقد أن يتقضي عند التعاقد أحكام قانون جنسية الطرف الآخر.

في حين يؤكد جانب آخر من الفقه¹¹⁸ أنه لا مجال لهذا التقييد، فمادامت العلة فيه هي أن التصرفات ذات الخطر تقتضي قدرا من الحذر وتقضي أهلية المتعاقد الآخر، فيكفي أن يستلزم المشرع أن يكون نقص الأهلية راجعا إلى سبب فيه خفاء لا يسهل على الطرف الآخر تبينه بسهولة. إذ أن مدى القدرة على تبين نقص الأهلية بسهولة مسألة موضوعية متروكة لتقدير القاضي، ولا شك أنه كلما زادت خطورة التصرف كلما كان القدر المطلوب من الحذر في تقصي أهلية المتعاقد أكبر.

الشرط الثاني: أن يكون التصرف معقودا في الجزائر ويرتب آثاره فيها. ولا يهم في هذا الصدد أن يكون المتعامل مع الأجنبي من المتمتعين بالجنسية الجزائرية أم لا. ذلك أن النص قد جاء عاما ولم يقصد حماية الطرف الوطني بالذات، بل حماية المعاملات التي تجري في

¹¹⁷ - عز الدين عبد الله، المرجع السابق، ص. 238.

¹¹⁸ - هشام علي صادق، تنازع القوانين، الطبعة الثالثة، منشأة المعارف بالإسكندرية، 1974، ص. 596.

حدود الإقليم الجزائري. أما إذا كان المتعاقدان الأجنبيان يحملان نفس الجنسية، فلا وجه لإعمال الاستثناء، إذ الأصل أن كلا منهما يعلم أحكام قانونه الشخصي¹¹⁹.

الشرط الثالث: أن يكون نقص أهلية العاقد الأجنبي لسبب فيه خفاء يصعب على الطرف الآخر تبينه. و لقد لاحظنا سالفًا أن محكمة النقض الفرنسية حينما أقرت بهذا الاستثناء في قرار ليزاردي صرحت: " أن يكون الشخص قد تعاقد من دون خفة، وبغير رعونة، وأن يكون حسن النية". ويخضع هذا الشرط لتقدير قاضي الموضوع بحسب ظروف وملابسات كل حالة على انفراد، وباختلاف الحال من عاقد إلى آخر، أي أنه يتعين على قاضي الموضوع إعمال المعيار الشخصي عند بحثه لتوافر هذا الشرط من عدمه.

الشرط الرابع: أن يكون العاقد الأجنبي ناقص الأهلية وفقا لقانونه الشخصي كامل الأهلية وفقا للقانون الجزائري. هذا الشرط وإن لم يكن منصوص عليه صراحة في نص الفقرة الثانية من المادة 10 من القانون المدني الجزائري، إلا أن كثيرا من الفقه¹²⁰ أكد على ضرورة أخذه بعين الاعتبار. لأنه متى كان المتعاقد الأجنبي ناقص الأهلية طبقا لكلا القانونين (القانون الجزائري وقانون جنسيته) فإن ذلك من شأنه أن يجعل المتعاقد الجزائري غير معذور في جهله نقص أهلية المتعاقد الأجنبي.

ثانيا: الاستثناءات العامة:

يخضع القانون الواجب التطبيق على الأهلية لنفس القيود التي يخضع لها أي قانون أجنبي قضت قاعدة التنازع بتحديدده.

¹¹⁹ - هشام علي صادق: تنازع القوانين...، المرجع السابق، ص. 567. راجع أيضا عز الدين عبد الله، المرجع السابق، ص. 237.

¹²⁰ - عز الدين عبد الله، المرجع السابق، ص. 236.

فيؤثر على تطبيق القانون المختار نظام الإحالة، وذلك راجع لاختلاف قواعد التنازع من بلد لآخر. فلو افترضنا حصول تنازع في أهلية شخص من جنسية أرجنتينية¹²¹ متوطن في الجزائر وأبرم عقد مع جزائري، فإن قاعدة التنازع الجزائرية تلزم بتطبيق قانون جنسيته وهو القانون الأرجنتيني، في حين أن القانون الأرجنتيني ينص على أن الأهلية تخضع لقانون الموطن، فنكون هنا أمام إحالة من الدرجة الأولى فيتوجب الأخذ بها وتطبيق القانون الوطني الجزائري عملاً بنص المادة 23 مكرر 1 من القانون المدني الجزائري¹²².

وكذلك الحال إذا كان القانون الواجب التطبيق مخالف للنظام العام. كما لو اتضح للقاضي عندما يقدم على تطبيق القانون الأجنبي التي أشارت إليه قاعدة التنازع أن أحكامه تتنافر مع الأفكار الأساسية التي يقوم عليها مجتمعه، كما لو أن ذلك القانون يعترف بنظام الرق ويجعل الشخص المملوك عديم الأهلية، أو أن هذا النظام القانوني لا يعترف للمرأة بشخصيتها القانونية أو بأهليتها، أو يحدد عوارض الأهلية على أساس اللون أو العرق أو الجنس أو الديانة. فإن ذلك يكون مخالفا للنظام العام في الجزائر.

ونفس الشيء إذا تحدد القانون الواجب التطبيق نتيجة لغش نحو القانون كما لو غير الخصم جنسيته بسوء نية حتى يصبح قاصرا وفقا للقانون الجديد ويبتل تصرفا كان قد أبرمه صحيحا.

¹²¹ - في الأرجنتين يخضع الأهلية لقانون الموطن، المادة 6 من القانون المدني الأرجنتيني.

¹²² - تنص المادة 23 مكرر 1 من القانون المدني الجزائري، على أنه: "إذا تقرر أن قانونا أجنبيا هو الواجب التطبيق فلا تطبق منه إلا أحكامه الداخلية دون تلك الخاصة بتنازع القوانين من حيث المكان. غير أنه يطبق القانون الجزائري إذا أحالت عليه قواعد تنازع القوانين في القانون الأجنبي المختص".

إن هذه الحالات تمنح للقاضي حق استبعاد ذلك القانون الأجنبي وأعمال قانونه الوطني، وهذا ما جاءت به المادة 24 من القانون المدني الجزائري¹²³.

كما تثار في هذا الصدد مسألة التنازع المتحرك، فلو افترضنا أن شخص كان بالغاً طبقاً لقانونه الوطني وأبرم تصرفات قانونية، ثم غير جنسيته من دون غش في القانون. وحصل أن كان قانون الدولة صاحبة الجنسية الأخيرة لذلك الشخص يعتبره قاصراً، وعرض النزاع على القاضي، فهل يأخذ بقانون الجنسية القديمة؟ أم بقانون الجنسية الحالية؟، على اعتبار أن الأهلية يحكمها قانون الجنسية.

إن الأحكام الموضوعية للقانون الجزائري تقضي بصحة هذا التصرف، فنجد المادة 6 معدلة من القانون المدني الجزائري تنص على أنه: "تسري القوانين المتعلقة بالأهلية على جميع الأشخاص الذين تتوفر فيهم الشروط المنصوص عليها. وإذا صار شخص تتوفر فيه الأهلية بحسب النص القديم ناقص الأهلية طبقاً للنص الجديد، فلا يؤثر ذلك على تصرفاته السابقة". هذه المادة وإن كانت لا تتعلق بأهلية التعاقد في مجال العقود الدولية إلا أنها تأتينا بمبدأ عام، وهو السعي إلى ضمان استقرار المعاملات. وبالتالي كل المعاملات التي أبرمت صحيحة وفقاً للقانون الذي كان يسري عليها في ذلك الوقت فإنها تبقى صحيحة وإن كان القانون المطبق وقت النزاع يقضي بعدم صحتها.

¹²³ - تنص المادة 24 من القانون المدني الجزائري على أنه: "لا يجوز تطبيق القانون الأجنبي بموجب النصوص السابقة إذا كان مخالفاً للنظام العام أو الآداب العامة في الجزائر أو ثبت له الاختصاص بواسطة الغش نحو القانون. يطبق القانون الجزائري محل القانون الأجنبي المخالف للنظام العام أو الآداب العامة".

وهو نفس المبدأ الذي تنص عليه الفقرة الثانية من المادة 8 المعدلة من قانون الجنسية الجزائرية¹²⁴ التي تنص: "... إن إعطاء صفة جزائري الجنسية منذ الولادة وكذا سحب هذه الصفة أو التخلي عنها بموجب أحكام المادة 7 أعلاه، لا يمس بصحة العقود المبرمة من قبل المعني بالأمر ولا بصحة الحقوق المكتسبة من قبل الغير استنادا إلى الجنسية المكتسبة سابقا من قبل الولد". إن هذه المادة وإن وردت في صيغة أحادية تخص الجزائريين فقط، إلا أنه يمكن تطبيقها أيضا بصيغة المخالفة على تصرفات الأجانب الذين غيروا جنسيتهم. وهذا حفاظا على ثبات واستقرار التصرفات والعقود التي نشأت صحيحة وقت انعقادها وفقا للقانون الساري عليها في ذلك الوقت، ثم أصبحت باطلة طبقا للقانون الواجب التطبيق الجديد.

نلاحظ مما سبق أن تحديد القانون الواجب التطبيق على الأهلية في مجال العقود الدولية، يخضع لاعتبارات متباينة. فمن جهة، لا بد من حماية الشخص في أهليته، وذلك بإخضاعها لقانونه الشخصي، أي قانون الجنسية أو قانون الوطن. ومن جهة أخرى لا بد من حماية المعاملات التي تبرم في الإقليم الوطني، بتجنب إبطال العقود الدولية بسبب نقص أهلية المتعاقد الأجنبي لسبب يخفى على المتعاقد الآخر. وهي الاعتبارات التي نجد لها بارزة ومرعية في نص المادة 10 من القانون المدني الجزائري، التي أوردت القاعدة العامة في الفقرة الأولى بإخضاع أهلية الأجنبي لقانون جنسيته، وأوردت في الفقرة الثانية الاستثناء الذي يهدف إلى حماية واستقرار المعاملات المبرمة في الجزائر من طرف شخص ناقص الأهلية طبقا لقانونه الوطني لكن نقص أهليته يعتبر خفيا على المتعاقد الآخر. كما يحسب للمشرع الجزائري التعديل الإيجابي الذي أجراه على الفقرة الأولى من المادة 10

¹²⁴ - قانون الجنسية الصادر بمقتضى الأمر رقم 70-86 بتاريخ 15 ديسمبر 1970. المعدل و المتمم بمقتضى الأمر 01/05 المؤرخ في 27 فبراير 2005 المنشور في الجريدة الرسمية عدد 15 الصادرة بتاريخ 27 فبراير 2005.

من القانون المدني بمقتضى القانون 05-10 السالف الذكر، وذلك بصياغة قاعدة الإسناد التي تحكم الأهلية في قالب مزدوج يشمل كل من الجزائريين والأجانب على حد سواء، بدلا من الصياغة الأحادية القديمة التي كانت تخلق التباسات في الفهم والتطبيق.

المطلب الثاني: وضعية المستهلك كطرف في عقد البيع الدولي.

لقد أدى التقدم الهائل في وسائل النقل والاتصالات في العصر الحديث، إلى انفتاح الأسواق الوطنية على مصراعيها لاستقبال المنتجات والخدمات من مختلف أسواق دول العالم. وأصبحت هذه المنتجات في متناول المستهلك في أي مكان يقطن فيه، ولا يحول دون ذلك لا الحدود الجغرافية ولا ابتعاد المسافات. كما أصبح يسيرا جدا على المستهلك التعاقد مع أي متعامل اقتصادي أجنبي في أي دولة من دول العالم عن طريق الانترنت فقط¹²⁵.

وقد يحصل في الواقع العملي أن يقوم مستهلك باقتناء أغراض لاستعماله الشخصي أو المتزلي من خارج الدولة التي يوجد بها محل إقامته المعتاد، وتتنقل هذه البضاعة عبر الحدود، مقابل انتقال ثمنها. كأن يقوم مستهلك جزائري مقيم بالجزائر بطلب سيارة خاصة من معمل ألماني لإنتاج السيارات، فيقوم المعمل الألماني بإرسال السيارة إلى المستهلك الجزائري، ويقوم هذا الأخير بإرسال ثمنها للمعمل. من الناحية القانونية يعتبر هذا العقد، عقد بيع دولي لأنه يحتوي على عناصر أجنبية فعالة كاختلاف محل إقامة المتعاقدين واختلاف مكان تنفيذ العقد. ومن الناحية الاقتصادية أيضا يعتبر هذا العقد عقد بيع دولي وذلك بتعلقه بالتجارة الدولية لأنه يوجد انتقال للأموال والبضائع عبر الحدود الدولية. وبالنتيجة فإنه يترتب على اعتبار عقد البيع عقدا دوليا، نتائج جمة،

¹²⁵ - خالد عبد الفتاح محمد خليل، حماية المستهلك في القانون الدولي الخاص، دار النهضة العربية، 2002، ص. 8.

قد تكون خطيرة جدا ومؤثرة على مركز المستهلك، وعلى الحماية القانونية الخاصة التي يلقاها من قبل جل التشريعات الوطنية، التي تحميه من تعسف المحترف، ومن الشروط التعسفية، أو من إعفاء المحترف من المسؤولية أو إنقاصها بشكل مجحف، أو إعفائه من ضمان مطابقة المنتجات وسلامتها¹²⁶.

وتتمثل خطورة اعتبار العقد دوليا على المستهلك، في أنه يخضع لقواعد خاصة، هدفها الأساسي تحرير التجارة الدولية من جميع القيود الوطنية، وذلك بمنح مجال واسع لحرية الأطراف في اختيار القواعد التي يخضع لها عقدهم. فلهم حرية اختيار القانون الذي يخضع له عقدهم «La loi de l'autonomie»، وبالتالي يمكنهم إخضاع عقدهم لقانون تقل أو تنعدم فيه حماية المستهلك. كما أنه في بعض الحالات، يلتزم الأطراف بإخضاع عقدهم الدولي لشروط العقد وحدها دون خضوعه لأي قانون، وهو ما يصطلح عليه بالعقد غير الخاضع لقانون «LA Lex contractus»، وهو من النتائج والتطبيقات التي تترتب عن اعتماد النظرية الشخصية المتطرفة. فتعامل بنود العقد وفقا لهذه النظرية معاملة القانون، ويجب الالتزام بها عملا بمبدأ سلطان الإرادة، ولو احتوت على شروط تعسفية، وهو أمر غير مستساغ في نظر قانون حماية المستهلك. كما يمكن أن يخضع عقد البيع الدولي، للقواعد الموضوعية المباشرة لقانون التجارة الدولية، أو الأعراف التجارية الدولية «LA Lex Mercatoria» وهي مبادئ وأعراف وضع أغلب أحكامها المجتمع الغربي الأوروبي، بما يراعي مصالحه الخاصة ومصالح تجارته الدولية فقط، دون مراعاة لمصالح دول العالم الثالث الضعفاء¹²⁷.

¹²⁶ - أبو العلا النمر، حماية المستهلك في العلاقات الخاصة ذات الطابع الدولي، دار النهضة، القاهرة 1998، ص. 10.

¹²⁷ - Antoine Kassis : Théorie générale des usages du commerce, droit comparé, contrat et arbitrage internationaux, lex mercatoria, L.G.D.j., Paris, 1984.

لذلك فإن تطبيق القواعد العامة لعقد البيع الدولي، تجعلنا نعامل المستهلك معاملة الشخص المحترف في مجال التجارة الدولية، وهو شخص ليس له دراية بشؤونها، خصوصا أنه مجال صعب حتى على الذين يحترفون التجارة الدولية، إذ كثيرا ما يجدون أنفسهم يخضعون لقواعد قانونية لا يعرفونها ولا توفر لهم الحماية اللازمة. وفي ذلك كله مشقة على المستهلك، الذي يطلب حماية خاصة من الشروط التعسفية التي قد يضعها المتعاقد الآخر المحترف، ويطلب شروط ضمان خاصة بوضعه كمستهلك.

ومن هنا يجدر بنا التساؤل، إذا كان أحد أطراف عقد البيع الدولي مجرد مستهلك يقتني أغراضا من الخارج، فهل يعتبر هذا العقد عقد بيع دولي، ويعامل تلك المعاملة القاصية التي يعامل بها هذا النوع من العقود، مراعاة لمصالح التجارة الدولية فقط؟ أم تراعى مصلحة المستهلك والحماية المقررة له؟. وقبل ذلك ينبغي علينا التساؤل عن مفهوم المستهلك الذي يمكن حمايته من تطبيق القواعد الخاصة بعقد البيع الدولي، إذا كان ذلك ممكنا؟ أهو المستهلك بمفهومه الضيق؟ أم المستهلك بمفهومه الواسع، الذي يشمل حتى المحترف الذي تعاقد خارج إطاره المهني؟.

لذلك سنتناول في هذا المطلب، مفهوم المستهلك (الفرع الأول). ثم القانون الواجب التطبيق على عقد الاستهلاك الدولي (الفرع الثاني).

الفرع الأول: مفهوم المستهلك.

يركز الفقه في تعريفه لمفهوم المستهلك على مجموعة من المعايير. على رأسها معيار الهدف من التعاقد، وهو الاستعمال الشخصي. إذ يعتبر مستهلكا كل من يسعى إلى إشباع حاجاته الخاصة، وبالتالي يكون الهدف من وراء الحصول على السلعة أو

الخدمة هدفا غير مهني *but non professionne* . فإذا أبرم المستهلك مع المهني عقد بيع فإن هدفه من وراء ذلك هو الحصول على المبيع محل العقد للاستعمال الشخصي *usage personnel* أو عائلي¹²⁸ *familial* .

وهناك المعيار الذي ينظر إلى المستهلك باعتباره الطرف النهائي في عملية الإنتاج والتوزيع¹²⁹ . فإذا كانت عملية إنتاج السلع والخدمات تمر بمراحل متعددة، وتداول عبر عدة وسطاء، فإن المستهلك هو الذي يستخدم ويستهلك السلعة أو الخدمة في النهاية. ويأتي دوره في نهاية سلسلة توزيع السلع والخدمات. وبذلك يخرج من مفهوم المستهلك كل من يتدخل في عمليات الوساطة من أجل تداول السلع والخدمات ويقوم بالشراء من أجل إعادة البيع، وهو بذلك يعتبر محترفا وليس مستهلكا¹³⁰ .

أما التشريعات فقد اختلفت حول تعريف مصطلح المستهلك.

فمنها من اعتمدت مفهوما ضيقا، قصرت فيه تعريف المستهلك على الشخص العادي الذي يقتني أغراضا للاستهلاك الشخصي والعائلي. فهي ترى أن المستهلك هو الزبون غير المحترف للمؤسسة أو المشروع، وأن المستهلك هو الشخص الطبيعي أو المعنوي الخاضع للقانون الخاص والذي يقتني أو يستعمل الأموال أو الخدمات لغرض غير مهني، أي لإشباع حاجاته الشخصية أو العائلية. وعلى هذا لا يكتسب صفة مستهلك من يتعاقد لأغراض مهنية. ويأتي على رأس التشريعات التي اعتمدت مفهوما ضيقا،

¹²⁸ - خالد عبد الفتاح محمد خليل، حماية المستهلك في القانون الدولي الخاص، دار النهضة العربية 2002، ص. 17.

H. Causse : De la notion de consommateur, in collection après le code de la consommation, Paris, Litec, 1996, p. 23 et ss. D. Ferrière : La protection des consommateurs, Paris, Dalloz, 1996, p.13.

¹²⁹ - J. M. Mousseron : Droit de la distribution, Libraires technique, 1975, p. 10.

¹³⁰ - وهو ما تأكده المادة 2 من القانون التجاري الجزائري التي تنص على أنه: "يعد عملا تجاريا بحسب موضوعه:

- كل شراء للمنفولات لإعادة بيعها بعينها أو بعد تحويلها وشغلها.

- كل شراء للعقارات لإعادة بيعها....."

القانون الفرنسي الذي أفرد للمستهلكين حماية خاصة من الشروط التعسفية بموجب القانون رقم 23/78 المؤرخ في 10 جانفي 1978 المتعلق بحماية المستهلكين ضد الشروط التعسفية. مع الإشارة أنه ثار جدل فقهي وقضائي بفرنسا نظرا لأن المادة 35 من ذلك القانون التي تنص على أن مواد هذا القانون تتعلق: " بالعقود المبرمة بين المحترفين وغير المحترفين¹³¹ أو المستهلكين "

« ... contrats conclu entre professionnels et non professionnels ou consommateurs ».¹³²

ولم تكن محكمة النقض الفرنسية ثابتة حول مفهوم المستهلك، إذ فسرتة تفسيرا ضيقا، في قرار لها صادر بـ 15 أبريل 1986¹³³. ثم عدلت عن موقفها عاما بعد ذلك إذ اعتبرت وكيلا عقاريا قام بشراء أجهزة إنذار لمحلته، مستهلكا لأنه تصرف في غير مجال

¹³¹ - لقد تعرضت محكمة النقض الفرنسية لمفهوم غير المهني في قرارها الصادر عن الغرفة المدنية الأولى في 15 أبريل 1982، وتعلق وقائعه بأن مزارعا قام بإبرام عقد مع أحد بيوت الخبرة لشراء أجهزة إطفاء حريق، ثم تلقى عرضا أفضل من شركة أخرى وأراد العدول عن التعاقد مستعملا في ذلك رخصة العدول التي نصت عليها المادة الثالثة من قانون 22 ديسمبر 1972 بشأن البيع بالموطن. وقد دفعت شركة الخبرة بأن العقد المتنازع فيه لا تنطبق عليه نصوص القانون المذكور، حيث أن العقد تم إبرامه لأغراض تتعلق بالاستغلال الزراعي أي لأغراض مهنية، لكن مجلس استئناف Bourges رفضت هذا الدفع في حكمها الصادر في 10 يناير 1980. وقد أيدت محكمة النقض الفرنسية القرار على أساس أن عقد الخبرة يخرج عن الاختصاص المهني للمزارع، وبالتالي يخضع للنصوص الحماية في قانون 22 ديسمبر 1972 ويستفيد المزارع من هذه الأحكام بصفته مستهلكا في هذه الحالة. راجع في تفصيل ذلك، خالد عبد الفتاح محمد خليل، المرجع السابق، ص. 37.

¹³² - Article 35 de la Loi n°78-23 du 10 janvier 1978 sur la protection et l'information des consommateurs de produits et de services: « Dans les contrats conclus entre professionnels et non-professionnels, ou consommateurs, peuvent être interdites, limitées ou réglementées, par des décrets en Conseil d'Etat pris après avis de la commission instituée par l'article 36, en distinguant éventuellement selon la nature des biens et des services concernés, les clauses relatives au caractère déterminé ou déterminable du prix ainsi qu'à son versement, à la consistance de la chose ou à sa livraison, à la charge des risques, à l'étendue des responsabilités et garanties, aux conditions d'exécution, de résiliation, résolution ou reconduction des conventions, lorsque de telles clauses apparaissent imposées aux non professionnels ou consommateurs par un abus de la puissance économique de l'autre partie et confèrent à cette dernière un avantage excessif. De telles clauses abusives, stipulées en contradiction avec les dispositions qui précèdent, sont réputées non écrites.

Ces dispositions sont applicables aux contrats quels que soient leur forme ou leur support. Il en est ainsi notamment des bons de commande, factures, bons de garantie, bordereaux ou bons de livraison, billets, tickets contenant des stipulations ou des références à des conditions générales préétablies.

Les décrets ci-dessus peuvent, en vue d'assurer l'information du contractant non-professionnel ou consommateur, réglementer la présentation des écrits constatant les contrats visés au premier alinéa. »

¹³³ - Cass. Civ.1^{re}, 15 Avril 1986, RTD. Civ. 1987, p. 86.

ومن التشريعات التي اعتمدت مفهوما موسعا، نجد القانون الألماني الصادر في 09 ديسمبر 1976 المتعلق بالشروط العامة للعقد، والذي وسع الحماية لتشمل كل من لم يتسن له مناقشة مضمون العقد بشكل حر حتى وإن كان محترفا¹³⁶.

وكذلك القانون الإنجليزي لسنة¹³⁷ 1977 Unfair contract terms act الذي نص على السماح للقاضي باستبعاد الشروط غير الشريفة من أي عقد كان، وأيا كان أطرافه ولو محترفا¹³⁸.

أما المشرع الجزائري فقد اعتمد مفهوما ضيقا للمستهلك، فنص في المادة الثالثة من المرسوم التنفيذي 90-39 المتعلق برقابة الجودة وقمع الغش¹³⁹ على أن المستهلك هو: " كل شخص يقتني بثمن أو مجانا، منتوجا أو خدمة، معدين للاستعمال الوسيط أو النهائي لسد حاجاته الشخصية، أو حاجة شخص آخر، أو حيوان يتكفل به".

ومن خلال هذه المادة نقف على أن المشرع لجزائري أخذ بالمفهوم لضيق للمستهلك، معتبرا إياه فقط ذلك الشخص الذي يقتني المنتجات والخدمات من أجل استعماله واحتياجاته الشخصية، لذلك فإن كان هدف الشخص من الاقتناء تلبية حاجاته المهنية فإنه لا يعتبر من قبيل المستهلكين وإنما يعتبر من قبيل المهنيين¹⁴⁰.

¹³⁶ - راجع، بودالي محمد: الشروط التعسفية... المرجع السابق، ص. 87.

¹³⁷ - voir le site suivant : <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1977/50>.

¹³⁸ - راجع، بودالي محمد: الشروط التعسفية... المرجع السابق، ص. 87.

¹³⁹ - المرسوم التنفيذي 90-39 المؤرخ في 30 يناير 1990 يتعلق برقابة الجودة وقمع الغش، جريدة رسمية عدد 05 لسنة 1990 ص. 202.

¹⁴⁰ - بولنوار عبد الرزاق، المهني والمستهلك طرفان متناقضان في العلاقة الاستهلاكية، دراسة في ضوء القانون الجزائري والفرنسي، مجلة دفاتر السياسة والقانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة قاصدي مرباح، ورقلة، العدد الأول جوان 2009. ص. 225.

- راجع أيضا: محمد بودالي، الحماية القانونية للمستهلك في الجزائر، رسالة دكتوراه، جامعة الجليلي اليابس، سيدي بلعباس، الجزائر، 2003، ص. 15 وما بعدها.

ويؤكد المشرع الجزائري موقفه في تبني المفهوم الضيق للمستهلك في الفقرة الأولى من المادة الثانية من المرسوم التنفيذي 97 - 254 المتعلق بالرخص المسبقة لإنتاج المواد السامة التي تشكل خطرا من نوع خاص واستيرادها، والتي تنص على أنه: " يقصد بالمنتوج الاستهلاكي في مفهوم هذا المرسوم، المنتج النهائي الموجه للاستعمال الشخصي للمستهلك". ثم يعزز نفس الموقف في الفقرة الثانية من ذات المادة بقوله: " لا تعتبر المواد المستعملة في إطار نشاط مهني كمنتجات استهلاكية، في مفهوم هذا المرسوم".

وهو نفس الموقف الذي جاءت به المادة الثالثة من القانون 04-02 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية¹⁴¹، حيث تنص على أنه يقصد بالمستهلك في مفهوم هذا القانون: " كل شخص طبيعي أو معنوي يقتني سلعا قدمت للبيع أو يستفيد من خدمات عرضت له ومجردة من كل طابع مهني".

على إثر تعريف المستهلك، يتعين معرفة القانون الواجب التطبيق على عقد البيع الدولي الذي يكون أحد أطرافه مستهلكا، وهو ما يقودنا لدراسة الفرع الثاني.

الفرع الثاني: القانون الواجب التطبيق على عقد الاستهلاك الدولي:

ما يلاحظ ابتداء أن المشرع الجزائري لم يأت بقاعدة صريحة تحدد القانون الواجب التطبيق على العقود التي يكون أحد أطرافها مستهلكا، وهذا ما يضطرنا إلى اللجوء إلى الفقه والقانون والقضاء المقارن للوقوف على مختلف الحلول والنظريات التي قيلت وطبقت على المسألة (أولا)، ثم نحلل موقف القانون الجزائري منها (ثانيا).

¹⁴¹ - القانون رقم 04-02 المؤرخ في 23 يونيو 2004، يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، جريدة رسمية، عدد 41 الصادرة في

23 يونيو 2004.

أولاً: موقف الفقه والقضاء والقانون المقارن من المسألة.

إذا كان مبدأ قانون الإرادة هو المبدأ الأساسي وضابط الإسناد الرئيسي في العقود الدولية، إذ يخضع العقد الدولي للقانون الذي يحدده الأطراف بإرادتهم الحرة، لما في ذلك من مزايا عديدة لا يمكن أن تحققها قاعدة التنازع الجامدة التي تحدد القانون الواجب التطبيق وفقاً للضابط إسناد محدد مسبقاً (كقانون محل الإبرام أو قانون محل التنفيذ). فقانون الإرادة يؤدي إلى حماية اليقين القانوني والتوقعات المشروعة للأطراف¹⁴². كما يؤدي إلى مراعاة مصالح هؤلاء الأطراف والمساهمة في تقدم وتطور التجارة الدولية واستقرارها. فأن هذا المبدأ (قانون الإرادة) يعد من الخطورة بما كان على العقود المبرمة من قبل المستهلكين، وذلك لأنه يعد وسيلة للضغط من جانب الطرف القوي على الطرف الضعيف في العقد وهو المستهلك، مما يؤدي إلى فقدان التوازن بين الأطراف في العقد¹⁴³.

ونظراً لأن المستهلك هو الطرف الضعيف في العلاقة التعاقدية. ولأن المتعاقد المحترف هو الذي يفرض شروطه على المستهلك، التي غالباً ما تكون محضرة مسبقاً في عقود نموذجية أو وصولات أو فواتير أو تذاكر أو غيرها من الأوراق المختلفة الأشكال والأحجام، والتي لا يناقشها المستهلك في كثير من الأحيان ولا يعيرها أي اهتمام لأسباب مختلفة، وهي تتضمن بين سطورها آثار مالية وقانونية جد خطيرة. ولأنه في مثل هذه العقود، المحترف هو الذي يحدد القانون الواجب التطبيق بإرادته المنفردة وليس باتفاق مشترك بينه وبين المتعاقد الآخر، الذي لا يساهم في اختيار القانون المطبق على

¹⁴² - خالد عبد الفتاح محمد خليل، حماية المستهلك في القانون الدولي الخاص، دار النهضة العربية 2002. ص. 70.

¹⁴³ - خالد عبد الفتاح محمد خليل، المرجع السابق، ص. 73.

العقد على بصيرة وعلم بالآثار التي يربتها القانون المختار. وقد لا يكون له العلم حتى بالشرط الذي يحدد القانون الواجب التطبيق لأنه قد يمضي على وثيقة التعاقد المليئة بالشروط المعدة مسبقا والتي لم يتسن له المشاركة في إعدادها ولا حتى في قراءتها ومعرفة أحكامها وآثارها¹⁴⁴.

لذلك يلزم حماية المستهلك في مواجهة الخضوع للقانون الذي يحدده الطرف القوي وهو التاجر أو المهني على اعتبار أن هذا القانون قد لا يتضمن أية حماية أو قد يتضمن حماية ضئيلة.

وإزاء خطورة مبدأ قانون الإرادة على العقود التي تضم طرفا ضعيفا. واجه انتقادات عديدة في هذا المجال، التي تراوحت بين من يرى ضرورة استبعاده كليا في مجال عقود المستهلك وبين من يؤيد الإبقاء عليه مع تقييده بالنصوص الآمرة في القانون الواجب التطبيق عادة. ومن دعا إلى تطبيق قانون محل الإقامة المعتاد للمستهلك، وهناك من رأى ضرورة تطبيق القانون الأصلح للمستهلك. وهو ما سنتعرض له تباعا.

أ- حماية المستهلك عن طريق الاستبعاد الكلي لمبدأ قانون الإرادة:

بما أن أغلب العقود التي يبرمها المستهلكون هي عقود إذعان *contrats d'adhésion*. والتي يبرمونها تحت ضغط الحاجة، وتتميز بعدم التكافؤ في القوى بين طرفي العقد، وعدم التكافؤ بشأن التفاوض على شروط العقد إذ يفرض الطرف القوي شروطه، وعلى المستهلك أن يقبل العقد جملة أو يرفضه جملة. ويلاحظ أن المهني الذي يبرم العقود مع المستهلكين يستغل مركزه وخبرته القانونية في إدراج الشروط التي تحقق

¹⁴⁴ - أبو العلا النمر، حماية المستهلك في العلاقات الخاصة ذات الطابع الدولي، دار النهضة، القاهرة 1998، ص. 20.

مصالحه، ويستعين في ذلك بمستشاريه القانونيين في إعداد هذه العقود. كما أنه يستغل مبدأ سلطان الإرادة في إعطائه الفرصة لاختيار القانون الملائم له ليطبقه على العقد.

وأحسن مثال على ذلك، أن بائعا في بلد (أ) يقدم عقد نموذجي *contrat-type* معد سلفا لمشتري في بلد (ب)، حيث يكون شرط اختيار القانون الواجب التطبيق مطبوع بحروف صغيرة جدا، ولا يكون أمام المشتري إلى أن يرفض العقد أو أن يقبله جملة، فهل من العدل أن نسلم بصحة هذا الشرط الذي يقضي بتطبيق قانون بلد البائع¹⁴⁵.

لهذه الأسباب نجد المشرع السويسري يدعو صراحة إلى استبعاد القانون المختار من قبل الأطراف، إذا كان يوجد قانون وطني معين مفروض بالنظر إلى الحاجة الخاصة لحماية أحد الأطراف. وهو الحكم الذي جاء به في المادة 120 من القانون الدولي الخاص السويسري الساري المفعول حاليا، التي تقضي بتطبيق قانون محل الإقامة المعتاد للمستهلك¹⁴⁶.

كما يوجد في هذا الصدد بعض الاجتهادات القضائية التي دعمت مبدأ استبعاد القانون المختار من قبل المتعاقدين إذا كان أحد أطراف العلاقة مستهلك. ونجد في هذا الصدد الحكم القضائي الاسكتلندي الصادر عام 1958 (*English.V.Donolly*) والذي يتعلق بصحة عقد بيع سيارة بالتقسيط أبرم بين شركة انجليزية، ومشتري اسكتلندي مستوطن في اسكتلندا، وتمت المفاوضات بشأن العقد في اسكتلندا وتم توقيع العرض

¹⁴⁵ - Michel Pelichet: les ventes aux consommateurs, 1981 p. 284.

¹⁴⁶ - Art. 120 du D.I.P. Suisse: « les contrats portant sur une prestation de consommation courant destinée à un usage personnel ou familial du consommateur et qui n'est pas en rapport avec l'activité professionnelle ou commerciale du consommateur sont régi par le droit de la résidence habituelle du consommateur »

الموجه للمشتري في اسكتلندا، في حين وقع القبول من جانب المشتري في إنجلترا. وقد تضمن العقد شرط اختيار القانون الإنجليزي كقانون واجب التطبيق على العقد. لكن بالرغم من وجود هذا الشرط فقد طبق القاضي الاسكتلندي التشريع الاسكتلندي المتعلق بالبيع بالتقسيط الصادر عام 1932 بالنظر لتضمنه نصوصا آمرة بشأن صحة العقد ويجب تطبيقه على العقود التي تدخل في مجال سريانه. بالإضافة إلى أن هذا القانون يهدف إلى حماية المشتري عند إبرام عقود لا يعلمها جيدا¹⁴⁷. وكذلك طبقت المحكمة العليا الاسترالية نفس المبدأ في حكم لها صادر عام 1952 بشأن عقد بيع إيجاري تم إبرامه بين مشتري متوطن بأستراليا وبائع توجد مؤسسته التجارية في فيكتوريا بالولايات المتحدة الأمريكية، وبالرغم من احتواء العقد على شرط يقضي باعتبار قانون فيكتوريا هو الواجب التطبيق على العقد استنادا للنصوص الحماية للمشتري في القانون الاسترالي، وهو ما دعا المحكمة إلى استبعاد قانون فيكتوريا كليا¹⁴⁸.

ب- تقييد قانون الإرادة :

رأى البعض¹⁴⁹ أنه لحماية المستهلك لا بد من تقييد قانون الإرادة بالقواعد الموضوعية الحماية المقررة قانونا للمستهلك، وليس من الضروري الاستبعاد الكلي لقانون الإرادة. إذ أن حماية الطرف الضعيف أبعد من أن تكون مضمونة بالضرورة باستبعاد إسناد العقد لقانون الإرادة، فهذا الاستبعاد قد يأتي متوافقا مع حماية هذا العاقد، وقد يأتي أيضا على حساب هذه الحماية.

¹⁴⁷ - أشار إليه خالد عبد الفتاح محمد خليل. المرجع السابق ص. 101.

¹⁴⁸ - نفس المرجع، ص. 102.

¹⁴⁹ - خالد عبد الفتاح محمد خليل، المرجع السابق ص. 108.

ففي بعض الأحيان إذا اتفق المتعاقدان على تطبيق قانون ما، قد يكون هذا القانون أصح وأكثر فائدة للمستهلك من قانونه الوطني. وعلى سبيل المثال توفر بعض التشريعات الوطنية حماية قانونية للمستهلك قد لا يوفرها القانون الجزائري على الإطلاق. فنجد أن القوانين الفرنسية المتعاقبة لحماية المستهلك وضعت قواعد لا توجد في القانون الجزائري، و من ذلك المدة التي يمكن للمستهلك خلالها الرجوع عن التعاقد أو إعادة النظر من جانبه في الالتزام الذي ارتبط به مسبقاً، مثل المادة 35 من قانون 22 ديسمبر 1972 بشأن البيع بالوطن *Vente à domicile* والتي جعلت المدة سبعة أيام من تاريخ الطلب أو الالتزام بالشراء¹⁵⁰. وكذلك الحال في المادة 1/8 من قانون 10 يناير 1978 بشأن حماية المستهلك في بعض عمليات الائتمان¹⁵¹. لذلك يرى البعض¹⁵² أن استبعاد مبدأ سلطان الإرادة في مجال عقود المستهلكين يؤدي إلى نتيجة تتعارض مع هدف الحماية في الأحوال التي يكون فيها طرفي العقد على قدم المساواة.

ولا يكون على الدوام استبعاد حرية الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق مستوحى من الرغبة في حماية الطرف الضعيف، وإنما قد ينطوي على غرض غير حماية العاقد الضعيف. كما قد يكون الهدف من تجنب استخدام الأطراف لمبدأ سلطان الإرادة كوسيلة لإفلات عقدهم من الخضوع لأي قانون¹⁵³. لهذه الأسباب لا بد من ترك المجال

¹⁵⁰ - Loi n°72-1137 du 22 décembre 1972 relative à la protection des consommateurs en matière de démarchage et de vente à domicile. Abrogé par Loi n°93-949 du 26 juillet 1993 - art. 4 (V) JORF 27 juillet 1993 relative au Code de la consommation.

¹⁵¹ - la loi n° 78-22 du 10 janvier 1978 relative à l'information et à la protection des consommateurs dans le domaine de certaines opérations de crédit. Abrogé par Loi n°93-949 du 26 juillet 1993 - art. 4 (V) JORF 27 juillet 1993 relative au Code de la consommation

¹⁵² - أبو العلا النمر، حماية المستهلك في العلاقات الخاصة ذات الطابع الدولي، دار النهضة، القاهرة 1998، ص. 29.

¹⁵³ - P.Mayer : la protection de la partie faible en droit internationale privé, rapport français, ouvrage collectif sur la protection de la partie faible dans les rapports contractuelles, Paris, L.G.D.J. 1996, P. 513, et ss.

لقانون الإرادة ليحكم العقود التي تكون أحد أطرافها مستهلكا مع تقييد هذا القانون بالأحكام الآمرة في قانون القاضي والتي توفر أكثر حماية المستهلك.

ت- إخضاع عقد الاستهلاك للقانون الأصلح للمستهلك:

ارتأت أغلب التشريعات إخضاع العقود الدولية التي يكون أحد أطرافها مستهلكا للقانون الأصلح للمستهلك. حيث أن قانون الإرادة يعامل معاملة الشروط التعاقدية فقط، وبالتالي لا يطبق منه إلا ما لم يكن مخالفا للقواعد الآمرة في قانون محل إقامة المستهلك.

ونجد في هذا الصدد، أن اتفاقية روما¹⁵⁴ لسنة 1980 المتعلقة بالقانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية، تعامل العقود التي يكون أحد أطرافها مستهلكا معاملة خاصة، يمكن وصفها بأنها تطبق مبدأ "القانون الأصلح للمستهلك". فهي تسمح للأطراف في عقد البيع الدولي الذي يكون أحد أطرافه مستهلكا بأن يختاروا القانون الواجب التطبيق على عقدهم، ويصبح هذا القانون هو الواجب التطبيق. لكن بشرط أن يحترم هذا القانون المختار الحد الأدنى من الضمانات الممنوحة للمستهلك في القانون الذي يوجد به محل إقامته المعتاد، والتي تشكل قواعد ضبط من النظام العام. أما في الحالة التي لم يختار فيها طرفي العقد المتضمن مستهلكا قانونا لحكم علاقتهم، أو اختاروا قانونا يقدم ضمانات أقل من الضمانات التي يمنحها قانون محل الإقامة المعتاد للمستهلك، فإن هذا الأخير هو الذي يكون واجب التطبيق.¹⁵⁵

¹⁵⁴ - Convention de Rome (1980) CEE. Convention sur la loi applicable aux obligations contractuelles.

¹⁵⁵ - Article 5de Convention de Rome : « 1. Le présent article s'applique aux contrats ayant pour objet la fourniture d'objets mobiliers corporels ou de services à une personne, le consommateur, pour un usage pouvant être considéré comme étranger à son activité professionnelle, ainsi qu'aux contrats destinés au financement d'une telle fourniture.

أما في ما يخص القانون الفرنسي، فنجد المادة¹⁵⁶ L 135-1 من قانون الاستهلاك، تنص على استبعاد تطبيق القانون العقد، إذا كان هذا القانون راجع لدولة خارج الاتحاد الأوروبي، وكان فيه مخالفة للأحكام الحمائية الواردة في قانون الاستهلاك وخصوصا إذا خالف نص المادة¹⁵⁷ L. 132-1 . وهي تتوافق مع توجيهات الاتحاد الأوروبي¹⁵⁸ .

وفي سويسرا تنص المادة 120 من القانون الدولي الخاص السويسري الصادر في 18 ديسمبر 1987 والسااري المفعول حاليا، على تطبيق قانون محل الإقامة المعتاد

2. Nonobstant les dispositions de l'article 3, le choix par les parties de la loi applicable ne peut avoir pour résultat de priver le consommateur de la protection que lui assurent les dispositions impératives de la loi du pays dans lequel il a sa résidence habituelle:

- si la conclusion du contrat a été précédée dans ce pays d'une proposition spécialement faite ou d'une publicité et si le consommateur a accompli dans ce pays les actes nécessaires à la conclusion du contrat ou
- si le cocontractant du consommateur ou son représentant a reçu la commande du consommateur dans ce pays ou

- si le contrat est une vente de marchandises et que le consommateur se soit rendu de ce pays dans un pays étranger et y ait passé la commande, à la condition que le voyage ait été organisé par le vendeur dans le but d'inciter le consommateur à conclure une vente.

3. Nonobstant les dispositions de l'article 4 et à défaut de choix exercé conformément à l'article 3, ces contrats sont régis par la loi du pays dans lequel le consommateur a sa résidence habituelle, s'ils sont intervenus dans les circonstances décrites au paragraphe 2 du présent article.

4. Le présent article ne s'applique pas:

a) au contrat de transport;

b) au contrat de fourniture de services lorsque les services dus au consommateur doivent être fournis exclusivement dans un pays autre que celui dans lequel il a sa résidence habituelle.

5. Nonobstant les dispositions du paragraphe 4, le présent article s'applique au contrat offrant pour un prix global des prestations combinées de transport et de logement. »

¹⁵⁶- Art. L135-1 Créé par la Loi n°95-96 du 1 février 1995 - art. 5. JORF 2 février 1995 : « Nonobstant toute stipulation contraire, les dispositions de l'article L. 132-1 sont applicables lorsque la loi qui régit le contrat est celle d'un Etat n'appartenant pas à l'Union européenne, que le consommateur ou le non-professionnel a son domicile sur le territoire de l'un des Etats membres de l'Union européenne et que le contrat y est proposé, conclu ou exécuté. »

¹⁵⁷Art. L132-1 : « Dans les contrats conclus entre professionnels et non-professionnels ou consommateurs, sont abusives les clauses qui ont pour objet ou pour effet de créer, au détriment du non-professionnel ou du consommateur, un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat.Les clauses abusives sont réputées non écrites. L'appréciation du caractère abusif des clauses au sens du premier alinéa ne porte ni sur la définition de l'objet principal du contrat ni sur l'adéquation du prix ou de la rémunération au bien vendu ou au service offert pour autant que les clauses soient rédigées de façon claire et compréhensible. Le contrat restera applicable dans toutes ses dispositions autres que celles jugées abusives s'il peut subsister sans lesdites clauses. Les dispositions du présent article sont d'ordre public. »

¹⁵⁸ - P. Mayer et Vincent Heuzé : « Droit international privé », 8 eme. Edition, Montchrestien Paris, 2005, p. 536.

للمستهلك على العقود التي تتعلق بأداء استهلاكي معد للاستعمال الشخصي أو العائلي للمستهلك والتي لا ترتبط بالنشاط المهني أو التجاري له¹⁵⁹.

لكن على الرغم من قيمة وأهمية هذا الحل الذي أخذت به معظم التشريعات، والذي يفرض مراعاة مصلحة المستهلك. إلا أنه لم يخلو من انتقادات وجهت له، فيرى البعض¹⁶⁰ أن هذا الحل يؤدي إلى الإخلال بالأمان القانوني للعلاقات العقدية وارتباك توقعات الأطراف بالنسبة للقانون الذي يحكم عقدهم. وذلك بالنظر إلى صعوبة التعرف على القانون الأصلح للعائد الضعيف بطريقة مسبقة، وصعوبة معرفة ما إذا كان مضمون القانون المختار يتفق أو يتعارض مع القواعد الآمرة في قانون محل الإقامة المعتادة للمستهلك.

كما انتقد هذا الحل على أساس أنه يؤدي إلى تجزئة العقد بإخضاعه لأكثر من قانون، أي قانون الإرادة وقانون محل الإقامة المعتادة للمستهلك. إلا أنه من المعروف أن التجزئة قد تحدث أيضا عند إطلاق العنان للأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق، فقد يختار الأطراف قانونا ليحكم تكوين العقد وآخر لحكم موضوع العقد وثالث لحكم

¹⁵⁹ - Art. 120 de la Loi fédérale Suisse sur le droit international privé du 18 décembre 1987 (Etat le 1^{er} janvier 2011) : c. Contrats conclus avec des consommateurs

¹ « Les contrats portant sur une prestation de consommation courante destinée à un usage personnel ou familial du consommateur et qui n'est pas en rapport avec l'activité professionnelle ou commerciale du consommateur sont régis par le droit de l'Etat de la résidence habituelle du consommateur:

a. si le fournisseur a reçu la commande dans cet Etat;
b. si la conclusion du contrat a été précédée dans cet Etat d'une offre ou d'une publicité et que le consommateur y a accompli les actes nécessaires à la conclusion du contrat, ou
c. si le consommateur a été incité par son fournisseur à se rendre dans un Etat étranger aux fins d'y passer la commande.

² L'élection de droit est exclue. »

¹⁶⁰ - أحمد الهواري، حماية العائد الضعيف في القانون الدولي الخاص، دار النهضة العربية، القاهرة، 1995، ص. 126.

شرط من شروطه. إلا أن العقد بموجب هذا الحل الذي يتعلق بتقييد مبدأ سلطان الإرادة بالنصوص الآمرة في قانون محل الإقامة المعتادة للمستهلك يكون خاضعا للقانون الأكثر حماية من بين القانونين المتنازعين، وهما قانون الإرادة وقانون محل الإقامة المعتادة للمستهلك، وأيهما أكثر حماية يطبق على العقد¹⁶¹.

ومع ذلك فإن هذا الحل الأخير يساهم بدرجة كبيرة في حماية المستهلك اتجاه الحرية الممنوحة للأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق، وما يترتب على ذلك من ضغوط على الطرف الضعيف أي المستهلك من الطرف القوي في العلاقة العقدية الدولية وهو المهني¹⁶².

ثانيا: موقف المشرع الجزائري من المسألة.

نلاحظ بداية أن المشرع لم يضع قاعدة تنازع خاصة بالقانون الواجب التطبيق على العقود التي يكون أحد أطرافها مستهلكا. لذلك فإن المسألة تخضع مبدئيا لنفس الأحكام العامة التي يخضع لها أي عقد بيع دولي. بمعنى أنه يخضع لقانون الإرادة الذي حدده الأطراف بشرط أن تكون له صلة حقيقية بالمتعاقدين أو العقد. وفي حال عدم اتفاق الأطراف على القانون الواجب التطبيق فإننا نلجأ لضوابط الإسناد الاحتياطية الواردة في الفقرتين الثانية والثالثة من المادة 18 من القانون المدني الجزائري فيتحدد القانون الواجب التطبيق وفقا لقانون الموطن المشترك أو الجنسية المشتركة أو قانون محل إبرام العقد على التوالي.

¹⁶¹ - خالد عبد الفتاح محمد خليل، المرجع السابق، ص. 121.

¹⁶² - نفس المرجع، ص. 122.

لكن رغم ذلك يمكن الاستعانة بنص المادة 24 من القانون المدني¹⁶³ التي تنص على استبعاد تطبيق القانون الأجنبي إذا كان مخالفا للنظام العام والآداب العامة في الجزائر، واستبداله بالقانون الجزائري. فإذا كان القانون الأجنبي المختار من قبل الطرفين فيه إضرار كبير بالطرف المستهلك من قبل الطرف المحترف، كسماحه بوجود شروط تعسفية، أو سماحه بإعفاء الطرف المحترف من المسؤولية عن الأضرار التي تسببها منتجاته. ففي هذه الحالة يعتبر هذا القانون مخالفا للنظام العام الجزائري، على اعتبار أن قواعد حماية المستهلك في القانون الجزائري هي قواعد ضابطة ومن النظام العام، بحيث لا يجوز الاتفاق على مخالفتها. وبهذه الطريقة نصل إلى أن القانون الواجب التطبيق على العقود التي يكون أحد أطرافها مستهلكا في القانون الجزائري بصفة أصلية هو القانون الذي اختاره الأطراف، ما لم يكن ينتقص من الضمانات التي يوفرها القانون الجزائري للمستهلك، فإن انتقص منها يطبق القانون الجزائري محله.

¹⁶³ - لقد عدل نص المادة 24 من القانون المدني بمقتضى القانون 10/05 المؤرخ في 20 يونيو 2005 (ج. ر. 44 الصادرة بتاريخ 26 يونيو 2005)، فبعدها كانت تنص في صيغتها القديمة على أنه: "لا يجوز تطبيق القانون الأجنبي بموجب النصوص السابقة إذا كان مخالفا للنظام العام، أو الآداب العامة في الجزائر". أصبحت حاليا في الصيغة التالية: "لا يجوز تطبيق القانون الأجنبي بموجب النصوص السابقة إذا كان مخالفا للنظام العام أو الآداب العامة في الجزائر، أو ثبت له الاختصاص بموجب الغش نحو القانون. يطبق القانون الجزائري محل القانون الأجنبي المخالف للنظام العام أو الآداب العامة".

المبحث الثاني:

الشركات كطرف في عقد البيع الدولي.

لقد أصبحت العلاقات التجارية الدولية هي المحرك الأساسي للعلاقات الدولية في العصر الحديث، وأغلب هذه العمليات التجارية لم يعد الأفراد هم المسيطرين عليها. بل بالعكس من ذلك، أضحت الشركات التجارية هي التي تقود دفعة التجارة العالمية¹⁶⁴.

ونظراً لأن الشركات التجارية هي أشخاص اعتبارية تنشأ في ظل نظام قانوني معين، هو الذي يعترف لها بشخصيتها المعنوية ويمنحها إياها وفقاً لشروطه الخاصة، فإنه يثار على المستوى الدولي مشكل مدى اعتراف الدول الأخرى بالشخصية المعنوية للشركات الأجنبية. لأن الاعتراف مسألة جوهرية لتمكين هذه الشركات من ممارسة حقوقها في التملك والتقاضي وغيرها من الحقوق الممنوحة للشخصية القانونية.

وبما أن أغلب الشركات هي أشخاص معنوية، لا يمكنها أن تتصرف وتبرم عقوداً باسمها إلا بمساعدة شخص طبيعي ينوب عنها ويمثلها. فإن ذلك من شأنه أن يثير التساؤلات حول مدى السلطات الممنوحة للممثلين لإلزام الشركات بالعقود التي يرمونها نيابة عنها، وما هو القانون الذي يحكم النزاع الذي يثور في مثل هذه المسائل؟، كما تثار مشكلة القانون الواجب التطبيق على نظام سير الشركات، وتمثيلها والتصرف باسمها؟.

164 - أحمد عبد الكريم سلامة، القانون الدولي الخاص، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، 2008، ص. 48.

لكن قبل أن نتعرض للمسائل المشار إليها سابقا، يجب علينا أن نجيب على مسألة جوهرية، وهي كيف تتحدد جنسية الشركة، حتى يتسنى لنا معرفة وتمييز الشركات الوطنية عن الشركات الأجنبية؟.

لذلك سنعالج هذا المبحث في مطالب ثلاثة على النحو التالي:

المطلب الأول: جنسية الشركة.

المطلب الثاني: الاعتراف بالشخصية المعنوية للشركات الأجنبية.

المطلب الثالث: القانون الواجب التطبيق على حياة الشركة.

المطلب الأول: جنسية الشركة.

إذا كانت الجنسية هي رابطة قانونية، سياسية وروحية تجمع بين الشخص والدولة التي يحمل جنسيتها. فإنه فيما يتعلق بالشركات والأشخاص المعنوية الخاصة بصفة عامة، ثار جدل فقهي حول ثبوت أو عدم ثبوت الجنسية للشركة، وهو ما سنتعرض له أولاً (الفرع الأول). ثم نبحت في المعايير الكفيلة بتحديد جنسية الشركة (الفرع الثاني). وفي الأخير موقف المشرع الجزائري منها (الفرع الثالث).

الفرع الأول: ثبوت الجنسية للشركة :

اتجه جانب من الفقه القانوني¹⁶⁵ إلى إنكار فكرة الجنسية بالنسبة للشخص الاعتباري عموماً على اعتبار أن المخاطبين بالجنسية هم فقط الأشخاص الطبيعيين الذين تتكون منهم الدولة. وحثهم في ذلك أن الجنسية أساسها رابطة روحية تجمع بين الشخص والدولة التي ينتمي إليها بجنسيته، على أساس الشعور بالولاء والانتماء، وهذا أمر لا يتوفر إلا لدى الإنسان الطبيعي. فهو شعور يستند إلى صلة من لحم ودم، لا يخص إلا البشر، فهي علاقة تقوم على دعائم خلقية ونفسية وعضوية ترجع إلى الإنسان الذي له جسد وروح¹⁶⁶.

ومن جهة أخرى فإن الجنسية هي أداة لتحديد عنصر الشعب الذي تقوم به الدولة، والشعب يتكون فقط من الأشخاص الطبيعيين وليس من الشركات. والدليل على ذلك أن الدولة حين تحصى عدد شعبها لا تأخذ في الحسبان عدد الأشخاص الاعتبارية.

¹⁶⁵ - Niboyet : Existe- T-il vraiment une nationalité des sociétés ? Rev. Crit. D. Int. P. 1927.p. 402. Et suit. Pierre Mayer et Vincent Heuzé ; droit international privé, 8^e édition Delta, 2005, p.732.

¹⁶⁶ - أحمد عبد الكريم سلامة، القانون الدولي الخاص، الجنسية والموطن، ومعاملة الأجانب، دار النهضة، ص. 49.

ومن ناحية ثالثة فإن أسس منح الجنسية والآثار المترتبة عليها لا تتناسب مع الشركات، فعلى سبيل المثال تمنح الجنسية على أساس الدم والنسب. ومن آثار الجنسية هي صلاحية ممارسة الحقوق السياسية وتحمل التكاليف التي يقتضيها الانتماء والإخلاص للدولة كالخدمة الوطنية على سبيل المثال، وهي لا تتحقق بالنسبة للأشخاص المعنوية¹⁶⁷.

غير أن الكثير من الفقه¹⁶⁸ الراجح يعارض ما ذهب إليه ذلك الفريق المنكر، ويرى بضرورة ثبوت الجنسية للشركات. لأن الضرورة القانونية تفرض وجود أداة قانونية يحدد من خلالها الانتماء أو التبعية القانونية والسياسية للشركة التي لها أهمية بالغة في الحياة الاقتصادية والسياسية للدولة، قد تفوق أهمية الأفراد¹⁶⁹. لذلك لا بد من استعمال فكرة الجنسية في هذا الشأن، فنقول شركة جزائرية، شركة فرنسية، شركة أمريكية، للدلالة على انتمائها وتبعيتها لتلك الدولة.

وردا على دافع المنكرين لجنسية الشركة أوردوا ما يلي: إن القول بأن الجنسية قوامها الشعور بالولاء والانتماء وذلك يتطلب عاطفة وروحا لا يتوفران إلا لدى الإنسان، يحمل في طياته خلطا بين المفهوم القانوني للجنسية والمفهوم الاجتماعي. فالمفهوم الأول هو المعتبر في الفكر القانوني، ويعني ارتباط الشخص بالدولة، وعليه فإن فكرة الجنسية بالمعنى القانوني يمكن أن تتحقق سواء لدى الشخص الطبيعي أو المعنوي على حد سواء. ومن جانب آخر لا مجال للدعاء بأن الأشخاص الاعتبارية ليست

167 - الطيب زروقي، الوسيط في الجنسية الجزائرية، مطبعة الكاهنة، الجزائر، 2002، ص. 83 وما بعدها.

168 - أحمد عبد الكريم سلامة: القانون الدولي الخاص. نفس المرجع، ص. 50.

Pierre Mayer et Vincent Heuzé, Op. cit., p.727.

169 - « De même que pour les pesons physique des considérations purement juridique exigent d'établir un lien de rattachement entre sociétés et états, sans se prononcer encor sur la nature de ce lien (comparable ou non a la nationalité des personnes physique), ni sur sa pluralité ou son unicité, il est possible d'énumérer les hypothèses ou le droit rattacher une sociétés à un états donné.... », Laurent Levy, la nationalité des sociétés, L.G.D.J., Paris, 1984, P. 22-23.

أعضاء في شعب الدولة، ولا يدخلون في تعداده، ذلك أن قوة الدولة ليس في تعداد شعبها فحسب بل هي رهن أيضا على قوتها الاقتصادية التي لا يمكن تدعيمها إلا عن طريق وجود الشركات في الدولة وتمتعها بجنسيتها¹⁷⁰.

وإذا كان المنكرون يرون بأن الجنسية ترتب آثار تجعل الشخص يتمتع بالحقوق السياسية كالترشح للمناصب، وتفرض التزامات يقتضيها الانتماء والإخلاص للدولة كالخدمة الوطنية، وهي مسائل لا تلائم إلا الشخص الطبيعي. فإن ذلك يحمل مغالطة كبيرة، فتلك المسائل هي عبارة عن آثار ونتائج الجنسية وهي لا تدخل في ماهيتها، لذلك لا يجب الخلط بين قيام الشيء والنتائج المترتبة عليه، وفي هذا الصدد يضرب بعض الفقه¹⁷¹ مثلا عن ذلك: "أن عدم إنجاب الزوجين أولادا لا يقدح في وجود الرابطة الزوجية ذاتها وقيامها بينهما، فكذلك الحال بالنسبة لجنسية الشركة". كما أن الشركة أيضا تتحمل التزامات وتبعات انتمائها إلى جنسية دولة بما تتناسب مع طبيعتها، والتي غالبا ما تكون التزامات مالية وضريبية، وتستفيد من حقوق على رأسها الحماية الدبلوماسية لها.

الفرع الثاني: معايير ثبوت الجنسية للشركة.

توجد عدة معايير متباينة، لتحديد جنسية الشركة، وكل معيار من هذه المعايير يتميز بخصائص تؤكد صلاحيته لتحديد هذه الجنسية، كما ينطوي في ذات الوقت على عيوب وانتقادات تؤكد عدم كفايته لتحديدها. ويمكن حصر هذه المعايير في أربعة على

¹⁷⁰ - أحمد عبد الكرم سلامة: القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص.51. الطيب زروقي: المرجع السابق، ص.85. عز الدين عبد الله، القانون الدولي الخاص، الجزء الأول، في الجنسية و الوطن و تمتع الأجانب بالحقوق، الطبعة الثامنة، دار النهضة العربية، 1968، ص.

.724

¹⁷¹ - أحمد عبد الكرم سلامة: القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص.51.

التوالي، معيار جنسية الشركاء في الشركة، معيار دولة التأسيس أو التسجيل، معيار دولة النشاط أو الاستغلال، معيار دولة مركز الإدارة الرئيسي، وهو ما سنتعرض له تباعاً.

المعيار الأول: جنسية الشركاء الذين يملكون حق القرار في الشركة (معيار الرقابة) « Critère du contrôle ».

حسب هذا المعيار فإن الشركة تحمل جنسية الشركاء فيها الذين يملكون حق الرقابة عليها وحق اتخاذ القرارات داخلها، فالشركة ما هي إلا تجمع للأفراد أو تجمع لأموالهم، لذلك فجنسية الشركاء يجب أن تؤثر على جنسية الشركة¹⁷².

ولقد برز هذا المعيار بقوة أثناء الحريين العالميتين الأولى والثانية، خصوصاً في فرنسا، وكان ذلك بصدد حراسة الأموال التي يملكها الأجانب الذين ينتمون بجنسيتهم لدول الأعداء، حيث لوحظ أن الكثير من الشركات تفلت من حكم الحراسة لمجرد التسليم لها بالجنسية الفرنسية لوجود مركز إدارتها الرئيسي في فرنسا ومزاولة نشاطها فيها، رغم أنها مملوكة ومدارة من قبل أشخاص طبيعيين مصنّفين في حكم الأعداء¹⁷³.

غير أنه يعاب على هذا المعيار أنه ينكر الوجود القانوني المستقل للشخصية المعنوية للشركة، وهذا من مبادئ العلم القانوني. فالشركة إذا أنشأت فإنه يصبح لها شخصيتها القانونية المستقلة وذمة مالية مستقلة عن ذمم أعضائها.

كما أنه من ناحية أخرى يستحيل إعمال هذا المعيار إذا كان الشركاء مختلفي الجنسية، فهل يؤخذ بجنسية الأغلبية، وإن تصرف بعض الشركاء في أسهمهم لأشخاص يحملون

¹⁷² - عز الدين عبد الله، القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص. 725. أحمد عبد الكريم سلامة، القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص. 54. الطيب زروقي، المرجع السابق، ص. 88.

¹⁷³ - Pierre Mayer et Vincent Heuzé, Op. cit. p. 732.

جنسية أخرى فهل تتغير جنسية الشركة؟ وما العمل بالنسبة لشركات الأسهم التي تسعر أسهمها في البورصات العالمية وتحصل عمليات بيع يومية لأسهمها ولأشخاص من مختلف الجنسيات. فهل يؤدي ذلك إلى تغيير جنسية الشركة في اليوم عدة مرات، فهذا أمر غير معقول. وما العمل إذا كانت أسهم الشركة لحاملها و ليست اسمية¹⁷⁴؟.

المعيار الثاني : دولة التأسيس أو التسجيل "Critère de l'incorporation".

تأخذ بهذا المعيار الدول الأنجلوأمريكية، فوفقا للقانون الانجليزي، تعتبر الإنجليزية كل شركة تأسست وسجلت في إنجلترا بغض النظر عن جنسية الشركاء أو مكان النشاط الذي تمارسه ولو كان مركز إدارتها الرئيسي في الخارج¹⁷⁵.

وحسب هذا المعيار فإن الشركة تتبع جنسية الدولة التي تأسست في ظلها وسجلت في إطارها القانوني، و يعزز هذا المعيار بعدة مبررات منها:

أن قانون دولة التأسيس هو الذي يمنح للشركة شخصيتها القانونية ويعترف لها بها، ويكون من غير المتصور إخضاع الشركة لقانون دولة أخرى، غير قانون الدولة التي أوجدتها.

كما أن منح الشركة جنسية الدولة التي أنشأت فيها يتفق مع قاعدة خضوع شكل التصرفات لقانون موقعها *Locus regit actum*، فالشركة تنشأ بموجب عقد يخضع من حيث الشكل لقانون محل إبرامه. وفي نفس الوقت فإن هذا المعيار يوفر أكثر ثبات وأمان

¹⁷⁴ - Mohamed Issad, droit international privé, tome 2, les règles matérielles. O.P.U., p.205.

أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص. 54.

¹⁷⁵ - Mostafa TrariTane et autre, droit commercial international, édition Berti 2007.p. 96.

قانوني، مما يوفر حماية للغير المتعامل مع الشركة، لأنه يصبح على دراية بالقانون الواجب التطبيق.

غير أن هذا المعيار لم يخل من انتقادات وجهت إليه. إذ أن هذا المعيار قد يفتح مجالاً واسعاً لمؤسسي الشركات للتحايل والغش نحو القانون، فيؤسسون شركات في دول لا بغرض الانتماء جدياً لجنسيتها، وإنما لأنها توفر أكثر ملاءمة لهم وأكثر تلبية لحاجاتهم ومصالحهم، كما لو كان نظامها الضريبي أكثر تساهلاً. بينما في الواقع فإن تلك الشركات لا تنشط في دولة التأسيس ولا يوجد مقر إدارتها الرئيسي فيها ولا ينتمي الشركاء إلى جنسيتها. وهو ما يجعل منح جنسية دولة التأسيس لتلك الشركة غير منسجم مع الواقع¹⁷⁶.

المعيار الثالث: دولة النشاط أو الاستغلال critère de lieu d'exploitation.

مفاد هذا المعيار أن جنسية الشركة تتحدد على أساس المكان الذي تمارس فيه نشاطها. فإذا تأسست شركة مثلاً في فرنسا ولكن تمارس نشاطها في الجزائر، فإنها تكتسب الجنسية الجزائرية.

فهذا المعيار مستحسن من عدة جوانب لكونه سهل التحديد دون أن يدع مكاناً للتحكم في اختيار الأساس الذي تنبني عليه جنسية الشركة. فالدولة التي تباشر فيها النشاط هي في الواقع الدولة التي تتجمع فيها المصالح التي تخص الشركة والدولة صاحبة الجنسية معاً.

كما أنه يحقق الواقعية التي تنشأ في منح الجنسية، فممارسة النشاط في دولة معينة يشكل رابطة جديّة وحقيقية بين الشركة والدولة، مما يبرر اكتساب جنسيتها وهو ما يحول دون

¹⁷⁶ - عز الدين عبد الله، المرجع السابق، ص. 726. أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص. 55.

تحايل الأفراد على القانون، حيث لا يكون من اليسير تغيير مكان النشاط والاستغلال¹⁷⁷.

غير أن هذا المعيار انتقد على أساس أن الكثير من الشركات الكبرى في الوقت الحاضر لا تكتفي بممارسة نشاطها في دولة واحدة فقط، وإنما تتعدد أماكن استغلالها لتشمل العديد من الدول كما هو حال الشركات متعددة الجنسيات، فإلى أي جنسية تنسب الشركة، خاصة إذا تساوت أهمية أماكن الاستغلال. كما يمكن أن يكون نشاط تلك الشركات موسمي فتعمل موسم في بلد معين وموسم آخر في بلد آخر كما هو الحال بالنسبة للشركات التي تعمل بالصيد البحري للأسماك المهاجرة كسمك التونة الذي يمتاز بالهجرة الموسمية، فموسم تنشط في سواحل موريتانيا وموسم في سواحل الجزائر موسم في سواحل مصر وهكذا، فهل تتغير جنسيتها كل موسم¹⁷⁸.

المعيار الرابع: مركز الإدارة الرئيسي principale centre d'administration

تتخذ الشركة حسب هذا المعيار جنسية الدولة التي توجد بها مركز إدارتها الرئيسي centre d'administration principale أو مركزها الاجتماعي siège sociale، دون مراعاة لمكان تأسيسها أو تسجيلها أو مكان نشاطها أو جنسية الشركاء فيها.

ويقصد بمركز الإدارة الرئيسي، المكان الذي توجد فيه أجهزة الشخص المعنوي المختصة بإصدار القرارات المتعلقة بكل أموره، كمجلس الإدارة، أو مجلس المديرين ومجلس المراقبة

¹⁷⁷ - أحمد عبد الكريم سلامة، القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص. 57.

¹⁷⁸ - Pierre Mayer et Vincent Heuzé, Op. cit. p. 734.

ومكان انعقاد الجمعيات العامة للشركاء، ومكان وجود الإدارة المالية، والأجهزة الإدارية والفنية الأخرى¹⁷⁹.

ويحقق هذا المعيار مزايا مهمة، فهو يتفق مع طبيعة الشخصية الاعتبارية للشركة، إذ لا شك أن الإدارة هي التي تهيمن على الشركة، فهي التي تتخذ القرارات. لذلك فإن مركز الإدارة هو العقل المدبر والموجه لانشطات وأهداف الشركة. وعلى هذا يكون ربط الجنسية بمركز إدارة الشركة أوثق من غيره من المعايير¹⁸⁰.

كما أن هذا المعيار أصبح يتلاءم مع النظريات الحديثة التي ترى أن الشركة نظام institution وليست مجرد عقد بين الشركاء¹⁸¹. وهو أيضا معيار واقعي وموضوعي، فلا يمكن إنكار الروابط التي توجد بين الشركة والدولة التي تتخذ فيها إدارتها، فهي روابط مادية من السهل تبيينها بما يصون توقعات المتعاملين مع الشركة.

غير أنه رغم ذلك يؤخذ على هذا المعيار أنه ليس من الممكن دائما إعماله، فقد لا تتركز إدارة الشركة في دولة واحدة، إذ قد تنعقد الجمعيات العامة في دولة بينما يكون مجلس الإدارة في دولة أخرى، وقد تكون الإدارة المالية والفنية في الدولة التي تباشر فيها الشركة نشاطها.

كما أنه في بعض الأحيان يكون مركز إدارة الشركة مجرد مركز صوري *siège fictif* في دولة غير تلك التي تدار فيها الشركة فعليا. لذلك فإن غالبية الفقه والقضاء يشترط أن

¹⁷⁹ - « le siège social est situé au lieu du principal établissement, là ou se trouvent les organes de la direction et les services administratifs, le centre de la vie juridique de la société ». Philippe Merle, Droit commercial, sociétés commerciales, Dalloz, 8^e édition 2001, p. 100.

¹⁸⁰ - أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص. 58.

¹⁸¹ - Mohamed Issad, OP. cit., p. 205.

راجع في تفصيل المفهوم التعاقدى للشركة و المفهوم النظامي : شبة سفيان ، مشاركة العامل الأجير في الشركات التجارية ، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص ، كلية الحقوق ، جامعة أبي بكر بلقايد . تلمسان . 2007-2008 ، ص. 03.

يكون مقر الإدارة رئيسي siège principal لا ثانويا أو فرعيا، وحقيقيا siège réel قائما على روابط جدية lien sérieux تأكد اتصال الشركة واندماجها في البيئة الاقتصادية والقانونية للدولة. وهذا ما أكدته القضاء الفرنسي في قرار بتاريخ 21 ديسمبر 1990 حيث قضى:

« La nationalité ; pour une société, résulte en principe de la localisation de siège réel, défini comme le siège de la direction effective, et présumé par le siège statutaire¹⁸² »

وقد أخذت بهذا المعيار العديد من الاتفاقيات الدولية والتشريعات الوطنية المختلفة، منها اتفاقية لاهاي المبرمة في 1 نوفمبر 1956 المتعلقة بالاعتراف بالشخصية القانونية للشركات والمؤسسات الأجنبية في المادة 2 فقرة 3 منها. وكذلك المادة 5 من الاتفاقية الأوروبية المبرمة ببروكسل في 20 فبراير 1968 والخاصة بالاعتراف المتبادل بالشركات والأشخاص الاعتبارية رعايا الدول الأعضاء.

وفي الأخير ننبه أن الوضع القائم حاليا لدى الفقه والقضاء ومختلف التشريعات الوطنية يدعوا إلى عدم الاعتماد على معيار واحد فقط، وإنما يوجب تطبيق تلك المعايير بطريق تكاملية للوقوف على الحقيقة الواقعية للجنسية التي تكون الشركة أكثر ارتباطا بها.

ويدعو في هذا الصدد بعض الفقه¹⁸³ إلى ترجيح معيار مركز الإدارة الرئيسي مع تعزيره بمعايير أخرى تجاوره، كمحل نشاط الشركة أو مكان تأسيسها، حيث يتم

¹⁸² - Ass. Plén., 21 déc. 1990, Rev. Crit. D.I.P., 1992. P. 70. Cité par, Michel Menjucq, Droit international et européen des sociétés, édition Montchrestien, Paris, 2001, p. 24.

¹⁸³ - أحمد عبد الكريم سلامة : المرجع السابق، ص. 59. "..... ونحن لا نقول كما يقول البعض يترك أمر تحديد جنسية الشخص الاعتباري للسلطة التقديرية المطلقة للقاضي ، بل يتعين أن يلتزم هذا الأخير بصفة مبدئية بمعيار مركز الادارة الرئيسي مع استعانتة في أعماله بمعايير مساندة حسب ظروف كل حالة على حدة."

إعمالها معاً للكشف عن الدولة التي ترتبط بها الشركة بأوثق الصلة. وهو ما أكده القضاء الفرنسي في قضية Shell Brret et Shell Française بتاريخ 8 فبراير 1972 أين قررت الغرفة المدنية الثالثة بمحكمة النقض، أنه إذا كان المركز الاجتماعي للشركة وهياكلها الرئيسية، إدارتها ونشاطها في فرنسا فإنها تخضع للقانون الفرنسي. وطبقت مختلف المعايير تطبيقاً جامعاً:

« Une société qui possède son siège social, ses établissements principaux, sa direction et son exploitation en France et est soumise aux lois française¹⁸⁴ ».

ويرى جانب من الفقه الفرنسي¹⁸⁵ أنه لا بد من معالجة مشكلة جنسية الشركة حالة بحالة، وعدم التقيّد بمبادئ عامة ومعايير محددة بصفة قبلية، وذلك للوقوف على الحقيقة الفعلية للجنسية. وفي هذا الصدد دعوا إلى تجميع كل العلامات التي تعبر عن انتماء الشركة وتصنيفها في ضابطي إسناد رئيسيين، قانوني واقتصادي-« Juridico-économique ». فالأول قانوني، مؤسس على تجميع معيار مكان التسجيل ومكان تواجد مركز الإدارة الرئيسي والفعلي للشركة. والثاني اقتصادي مؤسس عن طريق تجميع معيار مكان النشاط والاستغلال ومعيار الرقابة. وترجيح أحد هذه المعايير يجب أن يكون حالة بحالة، على حسب درجة التأثير المالي والاقتصادي وحتى الثقافي في الشركة. وفي هذا الصدد يعتبرون أن الشركة الفرع تستحق أخذ جنسية الدولة التي تمارس فيها

¹⁸⁴ - Cass. Civ. 8 févr. 1972, Rev. Crit. D.I.P. 1973, P.299. Cité par, Pierre Mayer et Vincent Heuzé, Op. cit. p.730.

¹⁸⁵ - J. Béguin, « la nationalité juridique des sociétés devrait correspondre à leur nationalité économique », mélange Catala, Litec, 2001.

نشاطها، إذا كانت تساهم في تنمية اقتصاد الدولة المضيفة، وذلك بغض النظر عن جنسية الشركة الأم التابع لها¹⁸⁶.

ولهذا نجد أغلب التشريعات زاوجت في استعمال المعايير فاستعملت بصفة أساسية معيار مركز الإدارة الرئيسي، واحتياطيا معيار مكان النشاط، ومن ذلك ما تنص عليه الفقرة 2 من المادة 11 من القانون المدني المصري التي تنص على أنه: "...أما النظام القانوني للأشخاص الاعتبارية الأجنبية من شركات وجمعيات ومؤسسات وغيرها، فيسري عليها قانون الدولة التي اتخذت فيها هذه الأشخاص مركز إدارتها الرئيسي الفعلي، ومع ذلك فإذا باشرت نشاطها الرئيسي في مصر فإن القانون المصري هو الذي يسري".

الفرع الثالث: جنسية الشركات في القانون الجزائري.

الواضح من خلال استقراء الأحكام القانونية العامة المتعلقة بالمسألة، وذلك من خلال مراجعة الفقرة 3 و4 من المادة 10 من القانون المدني، ومادة 50 من ذات القانون والمادة 547 من القانون التجاري الجزائري، وبعض القوانين الخاصة التي سنتعرض لها في تحليلنا لموقف المشرع الجزائري. أنه وإن لم يتكلم صراحة عن جنسية الشركة، غير أنه يحدد القانون الواجب التطبيق على الشركات. وهو يضع قاعدة عامة تتمثل تطبيق قانون مكان تواجد مركز إدارة الشركة الرئيسي والفعلي، ثم يضع استثناءا عليها. لذلك سوف نتكلم عن القاعدة العامة ثم عن الاستثناءات الواردة عليها.

¹⁸⁶ - Michel Menjucq, Op. cit., p. 25.

أولاً: المبدأ العام (قانون مكان تواجد مركز الإدارة الرئيسي والفعلي).

يحدد المشرع الجزائري القانون الواجب التطبيق على الشركة في الفقرة الثالثة من المادة 10 من القانون المدني المعدلة بالقانون 10-05¹⁸⁷، ويتخذ من معيار مكان تواجد المركز الاجتماعي الرئيسي والفعلي للشركة ضابطاً لذلك: وينص فيها على أنه: "...أما الأشخاص الاعتبارية من شركات وجمعيات ومؤسسات وغيرها يسري على نظامها القانوني قانون الدولة التي يوجد فيها مقرها الاجتماعي الرئيسي والفعلي....". والملاحظ أن المشرع الجزائري لم يأت بهذه القاعدة إلا بعد تعديل القانون المدني في 2005، ففي السابق كان ينص على قاعدة أحادية تنص على تطبيق القانون الجزائري دون سواه على كل الشركات العاملة في الجزائر.

ثانياً: الاستثناءات .

من خلال استقراء النصوص القانونية المختلفة نجد أن المبدأ القاضي بخضوع الشركة لجنسية بلد مكان تواجد مركز الإدارة الرئيسي والفعلي. يخضع لنوعين من الاستثناءات، عامة أين يطبق معيار الإقليمية. وخاصة أين يطبق معيار الرقابة.

أ – الاستثناءات العامة: تطبيق مبدأ إقليمية القوانين. في الفقرة 4 من المادة 10 يضع المشرع الجزائري استثناءاً عاماً، يرجع بمقتضاه لتطبيق مبدأ إقليمية القوانين، وينص على أن الشركات التي تمارس نشاطها في الجزائر تخضع للقانون الجزائري، وهو نفس المبدأ الذي يؤكده في الفقرة الأخيرة من المادة 50 من القانون المدني التي جاء فيها: "... الشركات التي يكون مركزها الرئيسي في الخارج ولها نشاط في الجزائر يعتبر مركزها في

¹⁸⁷- القانون 10/05 المؤرخ في 20 يونيو 2005، يعدل ويتمم القانون المدني، (ج . ر . 44 الصادرة بتاريخ 26 يونيو 2005)،

نظر القانون الداخلي في الجزائر.....". ونفس الحكم تؤكد أيضا المادة 547 من القانون التجاري الجزائري¹⁸⁸.

ومن خلال ذلك نلاحظ أن المشرع الجزائري أخذ بمعيار مركز الإدارة الرئيسي والفعلي كمبدأ عام، وأخذ استثناءا بمعيار مكان الاستغلال إذا كان في الجزائر، فأخضع الشركات العاملة في الجزائر للقانون الجزائري إعمالا لمبدأ إقليمية القوانين.

لكن ما يلفت الانتباه في موقف المشرع الجزائري هو أن طريقة صياغة الاستثناء توحى بأنه أفرغ المبدأ العام وهو خضوع الشركات لقانون مكان تواجد مركز إدارتها الرئيسي والفعلي من محتواه. فتشدد وتطرف في تطبيق مبدأ إقليمية القوانين. إذ أن معظم المشرعين حينما يخضعون الشركات التي تنشط في إقليمهم لقانونهم الوطني يشترطون أن يكون هذا النشاط رئيسي بالنسبة للشركة، بينما المشرع الجزائري لا يشترط أن يكون النشاط رئيسيا، و هو ما يطرح التساؤل التالي: ماذا لو مارست شركة أجنبية نشاطا عابرا ومؤقتا فقط في الجزائر، فهل تخضع في أحكامها للقانون الجزائري؟. وهذا أمر غير مستساغ وغير معقول، خصوصا إذا علمنا أن القانون الواجب التطبيق على الشركات إذا تحددت فان الشركة يجب أن تخضع له في كل أحكامه. فهو يمس الشركة في كامل حياتها الاجتماعية منذ تأسيسها وسيرها وشروط وكييفيات تمثيلها واتخاذ القرار داخلها، ومدى السلطات الممنوحة لهيئاتها وحتى انحلالها. فهل تغير الشركة الأجنبية كل هذه المسائل لتناسب مع القانون الوطني الجزائري لمجرد قيامها بنشاط عابر تمارسه في الجزائر؟.

¹⁸⁸ - تنص المادة 547 من القانون التجاري الجزائري على أنه: " يكون موطن الشركة في مركز الشركة، تخضع الشركات التي تمارس نشاطها في الجزائر للتشريع الجزائري".

لهذا من المستحسن أن يطبق مبدأ إقليمية القوانين على الشركات الأجنبية التي تمارس نشاطها الرئيسي في الجزائر. لأن ذلك يجعل هذه الشركة في ارتباط من الناحية الاقتصادية بالجزائر مما يتعين تدخل القانون الجزائري لتنظيم حياتها الاجتماعية حفاظا على مصالح الاقتصاد الوطني. أما إذا كانت تلك الشركات تمارس نشاطا فرعيا في الجزائر فان ذلك النشاط يخضع لمبدأ إقليمية القوانين، في حين الشركة ذاتها فتخضع لقانون مركز إدارتها الرئيسي والفعلي في كل ما يتعلق بالحياة الاجتماعية للشركة.

ب - الاستثناءات الخاصة: تطبيق معيار الرقابة. هذا ونجد المشرع في بعض التشريعات الخاصة يطبق معيار الرقابة، أين يشترط أن يكون المالكون وأغلبية الشركاء وأعضاء مجلس الإدارة يحملون الجنسية الجزائرية، وذلك مراعاة منه لحساسية بعض النشاطات الاقتصادية بالنسبة للمصالح الوطنية. وهذا ما طبقه في مجال القانون البحري والقانون الجوي. إذ تنص المادة 28 من القانون البحري¹⁸⁹ على أنه: "لكي تحصل السفينة على الجنسية الجزائرية يجب أن تكون ملكا كاملا لشخص طبيعي من جنسية جزائرية أو لشخص اعتباري خاضع للقانون الجزائري.

و يجب في هذه الحالة الأخيرة أن يكون من ذوي الجنسية الجزائرية:

- بالنسبة لشركات الأشخاص، الشركاء المتضامنون أو الشركاء بالتوصية.
- بالنسبة لشركات المساهمة، الرئيس المدير العام و أغلبية أعضاء مجلس الإدارة، أو الهيئة المديرة وأغلبية مجلس المراقبة عند الاقتضاء، والمالكون لأغلبية رأس المال.....

¹⁸⁹ - القانون البحري صادر بمقتضى الأمر 76-80 المؤرخ في 23 أكتوبر 1976 و المعدل بمقتضى القانون رقم 98-05 المؤرخ في يونيو 1998. (جريدة رسمية عدد 47 لسنة 1998).

تفقد السفينة جنسيتها الجزائرية إذا لم تتوفر في الشخص الطبيعي من جنسية جزائرية أو الشخص الاعتباري الخاضع للقانون الجزائري الشروط المذكورة في هذه المادة".

ونفس المعيار يؤكد المرسوم التنفيذي رقم 01-280 المؤرخ في 24 سبتمبر 2001 يحدد شروط ممارسة نشاطات وكيل السفينة ووكيل الحمولة والسفينة البحري¹⁹⁰.

وكذلك المادتان 20 و 22 من القانون رقم 98-06 المؤرخ في 27 يونيو 1998 الذي يحدد القواعد العامة المتعلقة بالطيران المدني¹⁹¹، اللتان تؤكدان نفس حكم المادة 28 من القانون البحري السابقة الذكر والتي تطبق معيار الرقابة، ونفس الشيء بالنسبة للمرسوم التنفيذي رقم 01-287 مؤرخ في 24 سبتمبر 2001 الذي يحدد شروط استخدام المحطات الجوية المختلطة التابعة للدولة وإدارتها¹⁹².

هكذا وبعد تعرضنا بالبحث في جنسية الشركة، فإننا سنتقل إلى نقطة أخرى تعتبر أيضا من الأهمية بما كان، وهي مسألة الاعتراف بالشخصية المعنوية للشركات الأجنبية.

المطلب الثاني: الاعتراف بالشخصية المعنوية للشركات الأجنبية.

الشخصية المعنوية هي كل تجمع من الأشخاص والأموال مؤسس لتحقيق هدف معين ويعترف لها القانون بتلك الشخصية القانونية. وإذا كان الاعتراف بالشخصية المعنوية أو الاعتبارية قد أصبح واقعا مسلما به في القوانين الوضعية الحديثة الداخلية¹⁹³،

¹⁹⁰ - الجريدة الرسمية عدد 56 لسنة 2001.

¹⁹¹ - الجريدة الرسمية عدد 48 لسنة 1998.

¹⁹² - الجريدة الرسمية عدد 56 لسنة 2001.

¹⁹³ - راجع في تفصيل ذلك: حسن كيرة، المدخل إلى القانون، دار منشأة المعارف بالإسكندرية، ص. 622 وما بعدها.

إلا أن الخلاف ما يزال قائما في الفقه حول طبيعة هذه الأشخاص وتكييفها، فيرى البعض أن الشخصية المعنوية هي حقيقة واقعية، بينما يرى البعض الآخر أنها مجرد افتراض وحيلة قانونية¹⁹⁴ ففي نظرهم أن الإنسان وحده هو الذي تثبت له الشخصية، أما إذا كان القانون يعترف لمجموعات من الأشخاص والأموال بالشخصية المعنوية حتى يثبت لها صلاحية اكتساب الحقوق وتحمل الالتزامات، فإنما يتوصل إلى ذلك عن طريق حيلة صناعية وافتراض قانوني محض. مما يرتب عليه إطلاق يد المشرع في التحكم في الشخص المعنوي، فهو صاحب القول الفصل في بقائها إنشاء مد في حياتها وإن شاء منعها، وله سلطة الحد من أهليتها في نطاق لا تعدوه¹⁹⁵.

وإذا كان هذا الخلاف الفقهي قائما حول الاعتراف بالشخصية المعنوية لدى الفقه حتى في نظر القانون الداخلي. فكيف يكون الحال إذا انتقلت المسألة على الصعيد الدولي؟ كيف يمكن الاعتراف بالشخصية المعنوية للشركات المؤسسة في الخارج؟. وإذا كان في بعض الأحيان النظام القانوني للدولة التي تنشأ فيها الشركة لا يعترف لها بالشخصية المعنوية كيف يكون الحل؟.

إن مسألة الاعتراف بالشخصية المعنوية للشركات الأجنبية كثيرا ما يخلق مشاكل قانونية عملية وميدانية، خصوصا إذا أرادت هذه الشركات ممارسة حقها في التقاضي والمطالبة بحقوقها أو استدعائها كمدعى عليها أمام القضاء الوطني، فيشترط لذلك ابتداء أن تكون هذه الشركة معترف لها بشخصيتها المعنوية¹⁹⁶. ويعتبر الاعتراف بالشخصية المعنوية للشركة الأجنبية مناسبة للتأكد من الوجود الفعلي أم لا لتلك الشركة، لأنه غالبا

194 - راجع المواد 49 وما بعدها من القانون المدني الجزائري.

195 - حسن كبيرة، المرجع السابق، ص. 623.

196 - راجع في ذلك المادتين 13 و15 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري الجديد.

ما تكون تلك الشركات الأجنبية شركات وهمية، ومركز إدارتها في البلاد الأجنبية ليس سوى علبة بريد، مما يجعل هذه الشركة أداة لعمليات نصب واحتيال ضخمة¹⁹⁷.

نشير بداية إلى أن المشرع الجزائري لم يتكلم صراحة عن مسألة الاعتراف بالشخصية المعنوية للشركات الأجنبية، فلا يوجد أي نص قانوني جزائري يشكل الشريعة العامة في المسألة، لذلك يقع على عاتقنا بحث المسألة في القانون المقارن.

ولقد أثبتت مسألة الاعتراف بالشخصية المعنوية أمام القضاء الفرنسي في 28 جانفي 1954 أين اعتبرت محكمة النقض الفرنسية أن الشخصية المعنوية ليست حيلة قانونية أو من صنع القانون، إنما يعترف بها لكل تجمع يدافع عن مصالح مشتركة ومشروعة، لذلك يعتبر قانونا معترفا بها ومحمية.

« Que la personnalité civile n'est pas une création de la loi, qu'elles appartiennent, en principe, à tout groupement pourvu d'une possibilité d'expression collective pour la défense d'intérêts licites dignes, par suite d'être juridiquement reconnus et protégés... »¹⁹⁸.

ويرى جانب من الفقه الفرنسي أنه إن كان هذا الحكم يصلح للأشخاص المعنوية المدنية فإنه لا يصلح للشركات لأنها ليست حقيقة إنما هي حيلة قانونية تتطلب اعتراف القانون بها، لأنها لا تتشكل إلا من تاريخ قيدها في السجل التجاري¹⁹⁹.

¹⁹⁷ - Philippe Merle, op.cit .p.91.

¹⁹⁸ - cass.civ.2° ch.28 janv. 1954 .d.1954.217. Cité par, Philippe Merle, op.cit .p.92.

¹⁹⁹- « Mais, pour les sociétés, la loi s'est prononcée en faveur de la fiction puisque l'octroi de la personnalité morale dépend d'une formalité, l'immatriculation au registre du commerce et des sociétés... ». Philippe Merle : op. cit. p. 92.)

وقد صدر في فرنسا، قانون 30 ماي 1857 يتعلق بالاعتراف الدولي بشركات المساهمة الأجنبية، وهو مازال ساري المفعول لحد الساعة²⁰⁰، وهو يشترط للاعتراف بالشخصية المعنوية لشركات المساهمة الأجنبية صدور مرسوم يحدد جنسية الشركة الأجنبية، وأين أسست بطريقة سليمة ومنتظمة وأين يوجد مقرها الفعلي. فالشركات الأجنبية لا يعترف بها في فرنسا إذا لم يصدر مرسوم في حقها. ويرى الكثير من الفقه الفرنسي²⁰¹ أن الاعتراف بالشركات الأجنبية في فرنسا والسماح لها بالنشاط في فرنسا له طابع سياسي.

غير أن محكمة النقض الفرنسية حدت من مفعول قانون 30 ماي 1857، حيث سمحت للشركات الأجنبية غير المعترف بها بمرسوم بالدفاع على أموالها ومصالحها في فرنسا. فمذ المنتصف الثاني للقرن 19 أصبحت تعترف بالأهلية السلبية للشركة الأجنبية غير المعترف بها، أين سمحت لدائنيها بمقاضاتها أمام القضاء الفرنسي²⁰². ثم تطور القضاء الفرنسي وأصبح يعطي للشركات الأجنبية غير المعترف بها أهلية تقاضي إيجابية، أين يمكنها اللجوء إلى القضاء الفرنسي للدفاع عن مصالحها. ولتبرير اتجاهها هذا أسست محكمة النقض حكمها على المواد 6 و14 من الاتفاقية الأوربية لحقوق الإنسان، وعلى هذا الأساس يمكن للشركات الأجنبية وإن لم يوجد مرسوم يقضي بالاعتراف بها أن تمارس حقها في التقاضي والدفاع عن مصالحها المشروعة²⁰³.

²⁰⁰ - voir J. Béguin : « un texte à abroger : la loi sur la reconnaissance internationale des sociétés anonymes étrangères », mélanges, C. Champaud, Dalloz, 1997, p.1.

²⁰¹ - Michel Menjucq, op. cit. p. 34.

²⁰² - Cass. Civ. 19 mai 1863, cité par Michel Menjucq, op. cit. p.66.

²⁰³ - Cass. Crim. 12 novembre 1990, RJDA 1991, p. 37, cité par Michel Menjucq, op. cit. p.66.

وتنص المادة 11 من القانون المدني الفرنسي على انه: " يتمتع الأجنبي بفرنسا من جميع الحقوق المدنية الممنوحة للفرنسيين في البلد التي ينتمي إليها الأجنبي".

« L'étranger jouira en France des mêmes droit civiles que ceux sont ou seront accordés aux Français par les traités de la nation à laquelle il appartient ».

ولقد فسرها الفقه والقضاء في بداية القرن 19 تفسيرا ضيقا، ثم توسع فيها. وهو الآن يسمح للشركات الأجنبية بالتمتع بكل الحقوق ماعدا تلك التي يمنعها المشرع صراحة²⁰⁴.

المطلب الثالث: القانون الواجب التطبيق على حياة الشركة (La lex societatis).

يقصد بالقانون الواجب التطبيق على حياة الشركة، القانون الذي يحدد كل الأمور المتعلقة بحياتها منذ إنشائها، ثم كيفية ممارسة نشاطها وسيرها وتمثيلها واتخاذ القرارات من قبل هيئاتها ومدى السلطات المخولة لهم. ويستمر مفعول ذلك القانون لحين انقضائها وتصفيتهما وقسمت موجداتها.

وفي مجال عقد البيع الدولي يلعب تحديد هذا القانون دورا مهما في ضبط العلاقات العقدية الدولية، لأنه كثيرا ما يثار عند تنفيذ العقود الدولية مشكلة أن العقد المبرم باسم ولحساب الشركة الأجنبية لا يلزمها، لأن ممثلها تجاوز سلطاته المقررة له إما قانونا أو اتفاقا، أو أنه ليست له السلطات إطلاقا لإبرام تلك العقود. وهنا نتساءل، وفقا لأي قانون تتحدد السلطات الممنوحة لممثلي الشركات الأجنبية؟ وفي حالة ما إذا كان الطرف الآخر المتعاقد حسن نية، ويعتقد حسب الحالة الظاهرة أن ذلك الشخص المتعاقد

²⁰⁴ - Michel Menjucq, op. cit. p. 35.

معه له فعلا سلطة تقييد الشركة التي يمثلها بالتزامات تعاقدية؟ فما الحل إذا كان العكس؟ هل تتمسك بوضعية الحالة الظاهرة؟.

لقد استقر الفقه والقضاء في فرنسا على اعتبار المقر الحقيقي والفعلي للشركة هو معيار تحديد القانون الواجب التطبيق على الشركات، وذلك عملا بنصي المادتين 1837 من القانون المدني الفرنسي و L210-3 من القانون التجاري الفرنسي. وقد أكد القضاء على أن المقر الحقيقي والفعلي هو المكان الذي توجد فيه الإدارة العليا وهيئات الرقابة على الشركة²⁰⁵ لكن مع صدور قانون الشركات الجديد في فرنسا سنة 1966 وخصوصا في مادة 5 (1 210-6.C.com) السالفة الذكر التي تعتبر أن الشركات لا تكتسب شخصيتها المعنوية إلا من تاريخ قيدها في السجل التجاري. وكذلك تعديل المادة 1842 من القانون المدني الفرنسي سنة 1978 لتتماشى مع نفس الحكم. حصل جدل فقهي في فرنسا حول اعتبار مقر الشركة هو مكان تواجد هيئاتها أم مكان تسجيلها خصوصا إذا كانا مختلفين، أي أنها أسست في بلد وتنشط في بلد آخر. ولقد قال كثير من الفقه الفرنسي²⁰⁶ أن المشرع الفرنسي اتجه أن الاعتداد بمكان القيد في السجل التجاري لأنه هو الذي يمنح للشركة شخصيتها القانونية لذلك هو الذي يحدد القانون الواجب التطبيق. لكنهم اتفقوا على وضع استثناء على ذلك لمصلحة الغير حسن نية. بناء على نظرية الظاهر «*théorie de l'apparence*» أين يمكنه أن يتمسك بتطبيق قانون تواجد الهيئات الرئيسية للشركة وليس قانون بلد تسجيلها.

²⁰⁵ - « le siège réel est défini comme le lieu où se situent la direction supérieure et le contrôle de la société ». Cass. Req., 28octobre 1941, D.P. 1941, p. 18.

²⁰⁶ - Michel Menjueq : op. cit. p. 90. H. Synvet, l'organisation juridique du groupe international de sociétés (conflits de lois en matière de sociétés et défaut d'autonomie économique de personne morale, thèse Rennes, 1979, p. 205.

وفي هذا الصدد يقول بعض الفقه أن وجود المقر الاجتماعي الحقيقي في فرنسا يخلق وضعاً ظاهراً يجعل القانون الفرنسي يأخذ في عين الاعتبار²⁰⁷. وفي هذه الحالة لا يمكن للشركة أن تحتج في مواجهة الغير حسن النية بأحكام قانون بلد التسجيل.

غير أن جانباً آخر من الفقه ذهب إلى تفسير مغاير تماماً لنظرية الظاهر فهو يرى أن نظرية الظاهر تركز معيار مكان التسجيل وليس مكان وجود هيئات الشركة، وعليه لا يمكن للغير أن يحتج بخطئه في معرفة المقر التأسيسي (مكان التأسيس والتسجيل)²⁰⁸. وإذا ما تحدد القانون الواجب التطبيق على حياة الشركة (La lex societatis) فإن هذا القانون هو المختص بتحديد أهلية الشركة للتعاقد، وهو الذي يحدد كيفية تعيين هيئات الشركة المخولة باتخاذ القرارات باسمها، وإلزامها بها، وهو الذي يحدد مدى السلطات المخولة لفك الهيئات.

لكن الإشكال المطروح بحدة في هذه المسألة هو الاختلاف بين التشريعات الوطنية المختلفة في مدى تحديد السلطات لهيئات الشركات. فإن أغلب القوانين تفرق بين السلطات الداخلية الممنوحة للمديرين في علاقتهم مع الشركاء أين يمكن تقييدهم بشروط تأسيسية أو بمصلحة الشركة، والسلطات الخارجية للمديرين أي في علاقتهم مع الغير أين يمكن للمديرين في شركات الأشخاص أن يتصرفوا في حدود موضوع الشركة، وإذا ما تجاوزوه فإنهم يعتبرون مسئولين مسئولية شخصية قبل الغير، والشركة لا تلتزم بتلك التعاقدات التي تعتبر خارج موضوعها. أما في شركات الأموال فإن سلطات

²⁰⁷ - « la localisation en France du siège social réel crée une apparence dont le droit doit tenir compte » H. Synvet. Op. cit. p. 211 et ss.

²⁰⁸ - « la tiers ne pouvant pas, se prévaloir d'une erreur légitime portant sur une localisation du siège dans tout statutaire » M-n. Jobard Bachelier., p. 265. Cité par Michel Menjucq, op. cit. p. 94.

المسيرين تتحدد بمصلحة الشركة، وعليه فكل التصرفات التي يبرمونها لمصلحة الشركة تلتزم بها هذه الأخيرة قبل الغير²⁰⁹.

ومن هنا، لو افترضنا أن شركة مساهمة أبرمت عقد بيع مع تاجر جزائري، وحصل أن ممثل تلك الشركة تصرف خارج موضوعها، وكان القانون الواجب التطبيق يلزم الممثل الشركة بالالتزام بموضوع الشركة وإلا فلا تلتزم هذه الأخيرة بتلك التعاقدات. فان هذا العقد وفقا للقانون الواجب التطبيق يعتبر غير ملزم لتلك الشركة الأجنبية، ولكن التاجر الجزائري تصرف بحسن نية، وطبقا للوضع الظاهر فان الشركة الأجنبية من شركات الأموال، وهي تلتزم بكل ما هو في مصلحتها؟ فما هو الحل القانوني الملائم لمثل هذا القرض؟، هل يطبق القانون الواجب التطبيق تطبيقا آليا؟ ويحكم بعدم التزام الشركة بالعقد الذي أبرمه ممثلها؟ أم تحمي التعاقدات بنظرية الظاهر؟ وتلتزم الشركة الأجنبية بها؟.

لقد اختلف الفقه حول هذه المسألة فمنهم من يرى²¹⁰ أنه يقع على عاتق المتعاقد الوطني واجب الاستعلام والتحقق من السلطات المخولة للشخص الذي يتعاقد معه، ومدى قدرته على إلزام الشركة التي يمثلها، ولا يمكنه أن يحتج بجهله القانون الأجنبي أو أن يدعي أنه اعتقد وفقا لقانونه الوطني أن ذلك الشخص يتصرف داخل إطار سلطاته، لأنه من البديهي لدى كل إنسان أن قوانين البلدان تختلف. غير أن هذا الرأي يلقي انتقادات حادة، فكيف يلزم المتعاقدين العاديين بواجب الاستعلام والبحث ومعرفة شتى

²⁰⁹ - Mohamed Salah, Les Sociétés Commerciales, Tom 1, Les règles communes, la société en nom collectif, la société en commandit simple, Edition EDIK, 2005, p. 349 et ss.

²¹⁰ - « En réalité, l'orsque l'on traité avec un représentant d'une société de droit étranger, il n'existe aucune raison de croire qu'il pourra des même pouvoirs qu'un dirigeant d'une société de droit national....le créancier qui ne vérifié pas les pouvoirs de son contraction manque a son obligation et ne saurait prétendre à une quelconque protection. » Michel Menjucq : op, cit , p. 102.

القوانين الأجنبية ومعرفة تفاصيلها في الوقت الذي لا يلزم حتى القضاة بمعرفة تلك القوانين.

وفي هذا الصدد يتمسك جانب آخر من الفقه²¹¹ بنظرية الظاهر ويدعوا إلى حماية التعاقد الوطني الذي تصور من خلال الظروف المحيطة بعملية التعاقد بأن ممثل الشركة له السلطات الكافية لإلزامها بالتعاقدات، وذلك على غرار الاستثناء الموضوع عن القانون الواجب التطبيق على أهلية الشخص الطبيعي في قضية ليزاردي الشهيرة المذكورة سالفًا.

أما موقف المشرع الجزائري من مسألة تحديد القانون الواجب التطبيق على حياة الشركة، فيتضح من خلال نص المادة 10 من القانون المدني الجزائري المعدلة والتي جاء فيها: "... أما الأشخاص الاعتبارية من شركات وجمعيات ومؤسسات وغيرها يسري على نظامها القانوني قانون الدولة التي يوجد فيها مقرها الاجتماعي الرئيسي والفعلي غير أنه إذا مارست الأشخاص الاعتبارية الأجنبية نشاط في الجزائر فإنها تخضع للقانون الجزائري". فالملاحظ أن هذه المادة تحدد القانون الواجب التطبيق على الشركات بقاعدتين. الأولى أصلية تتمثل في قانون الدولة التي يوجد فيها المقر الاجتماعي الرئيسي والفعلي. أما القاعدة الاستثنائية فتتمثل في تطبيق القانون الجزائري إذا كان للشركة نشاط في الجزائر.

هذا وبعد تعرضنا لوضعية الشركة كطرف في عقد البيع الدولي يجدر بنا أن نتعرض بالدراسة لوضعية الدولة حينما تكون طرفًا في عقد البيع الدولي.

²¹¹ - Pierre Mayer et Vincent Heuzé : op. cit. p. 726.

المبحث الثالث:

الدولة كطرف في عقد البيع الدولي.

بداية نتساءل، إذا كانت الدولة أو إحدا فروعها طرفا في عقد البيع الدولي، فهل تخضع لنفس الأحكام القانونية التي يخضع لها الخواص؟. هل يخضع هذا العقد لقانون الإرادة الذي اختاره الأطراف لحكم عقدهم؟، أو هل يخضع لقانون التجار؟، أم أن الدول وفروعها التي تتعاقد نيابة عنها، تمتاز بحصانة دولية في مواجهة إخضاعها للقوانين الأجنبية، أو إخضاعها لقضاء أجنبي أو قرارات تحكيمية أجنبية؟. وبالتالي فإن عقد البيع الدولي الذي تكون دولة طرفا فيه، يخضع لقانونها الوطني فقط، وقضائها الوطني هو الوحيد المختص بالفصل في المنازعات المتعلقة به، عملا بمبدأ السيادة الوطنية؟. وعليه فهناك من كان يرى أن الدول تمتاز بحصانة من تطبيق القوانين الأجنبية عليها. غير أن الراجح حاليا أن الدول حينما تمارس أعمالا تجارية دولية ومنها عقد البيع الدولي، تنزل إلى منزلة الخواص، وتلتزم بقواعد القانون الدولي الخاص وقانون التجارة الدولية في معاملاتها تلك، ولا تصبح لها حصانة. وعليه سنتناول هذا المبحث في مطلبين على التوالي:

المطلب الأول: الفريق الداعم لحصانة الدولة من تطبيق قواعد القانون الخاص.

المطلب الثاني: الفريق الداعم لعدم حصانة الدولة من تطبيق قواعد القانون الخاص.

المطلب الأول: الفريق الداعم لحصانة الدولة من تطبيق قواعد القانون الخاص .

لقد أدى الصراع الاقتصادي والإيديولوجي الذي كان سائدا في العالم خلال المنتصف الثاني من القرن العشرين، بين المعسكر الشرقي الاشتراكي والمعسكر الغربي الرأسمالي من جهة، ومن جهة أخرى بين دول الشمال الغنية ودول الجنوب النامية إلى حساسية متبادل ومفرطة تجاه القواعد القانونية المطبقة على العقود الدولية. فالمسألة لم تكن تتعلق بالأمور التقنية القانونية فحسب، بل كانت لها أبعاد فلسفية وإيديولوجية وسياسية. دفعت بالكثير من دول العالم الثالث ودول المعسكر الشرقي إلى رفض فكرة خضوع العقود التي تكون الدولة طرفا فيها إلى قواعد القانون الدولي الخاص وقواعد قانون التجارة الدولية. الذي كانوا يرون أن مصدرها الأصلي هو أفكار استعمارية وإمبريالية، تتعارض مع سيادة الدول على ثرواتها الوطنية، ولذلك عملت الدول النامية على إقرار مبدأ السيادة الدائمة للشعوب والأمم على ثرواتها الطبيعية من قبل الجمعية العامة للأمم المتحدة سنة 1966²¹². كما يري بعض الفقه أيضا أن قواعد قانون التجارة الدولية وضعت لتلائم مع مصالح المتعاملين التجاريين الأقوياء والشركات متعددة الجنسيات على حساب دول العالم الثالث والدول المتخلفة²¹³.

²¹²- وضعت أسس هذا المبدأ توصية الجمعية العام للأمم المتحدة رقم 2158 الصادرة بتاريخ 25 نوفمبر 1966، المتعلقة بالسيادة الدائمة للشعوب والأمم على ثرواتها الطبيعية.

²¹³ - « Combien de fois les opérateurs du commerce international et leurs conseils n'ont-ils pas ... Appelé à s'affranchir du carcan des législations nationales pour se soumettre à des règles mieux adaptées, qu'il se donneraient eux-mêmes spontanément et combien de fois, en retour, cette tentative n'-t-elle pas été frappée du soupçon de dissimuler un droit des forts imposé per les entreprises puissantes aux plus faibles, voire une appréhension de l'espace juridique transnational par des pouvoirs économiques privés ». Paul LAGARDE, Approche critique de la lex mercatoria, in le droit des relations économiques internationales, Paris, 1982, pp. 125-126

ولقد كانت الجزائر منذ استقلالها إلى أواخر الثمانينيات من القرن الماضي، من كبار المدافعين عن فكرة حصانة الدولة في هذا المجال، وعدم إخضاعها للقانون الدولي الخاص وقانون التجارة الدولية، وعدم إمكانية فض المنازعات المتعلقة بالتجارة الخارجية عن طريق التحكيم التجاري الدولي.

ويتجلى موقف الجزائر هذا، من خلال النصوص القانونية التي كانت تنظم التجارة الخارجية في تلك الفترة، وعلى رأسها القانون رقم 78-02 المؤرخ في 11 فبراير 1978 المتعلق باحتكار الدولة للتجارة الخارجية²¹⁴، الذي ينص في المادة الأولى منه بوضوح على أن: "استيراد وتصدير البضائع والسلع والخدمات بجميع أنواعها من اختصاص الدولة وحدها". ولذلك لم تكن العقود والصفقات المتعلقة بالتجارة الخارجية ترم مع المؤسسات الأجنبية إلا من قبل الدولة أو من قبل إحدى فروعها، وهذا حسب مقتضيات المادة 2 من ذات القانون. بل أكثر من ذلك، كان يمنع تدخل أو الاستعانة بأي وسيط بصورة مباشرة أو غير مباشرة عند تحضير أو تفاوض أو إبرام أو تنفيذ أي عقد أو صفقة دولية²¹⁵. وما يلاحظ أيضا أن احتكار الدولة للتجارة الخارجية كان يمارس في إطار المخطط الوطني للتنمية والبرنامج السنوي العام للتجارة الخارجية²¹⁶. وتطبيقا لهذا البرنامج كان نائب الوزير للتجارة الخارجية يسلم للهيئات التابعة للدولة الرخص الإجمالية للاستيراد والرخص الإجمالية للتصدير²¹⁷. كما كان يسلم للمؤسسات

²¹⁴ - جريدة رسمية الصادرة بتاريخ 14 فبراير 1978، عدد 7، ص. 171.

²¹⁵ - المادة 9 من القانون رقم 78-02، المذكور أعلاه.

²¹⁶ - أنظر المادة الأولى من المرسوم رقم 84-390 المؤرخ في 22 ديسمبر 1984، المتعلق بتطبيق احتكار الدولة للتجارة الخارجية، ج. ر. الصادرة بتاريخ 29 ديسمبر 1984، العدد 70، ص. 2398. وانظر كذلك المادة 3 من المرسوم رقم 83-642 المؤرخ في 5 نوفمبر 1983، ج. ر. عدد 46 لسنة 1983، الصفحة 2835.

²¹⁷ - المادة 4 من المرسوم رقم 84-390 المؤرخ في 22 ديسمبر 1984. وراجع المادة 4 من المرسوم رقم 83-642 المؤرخ في 5 نوفمبر 1983، السالف ذكرهما.

الخاصة الجزائرية في إطار البرنامج العام للتجارة الخارجية سندات التصدير، وكانت تسلّم لهم أيضا رخص للاستيراد قصد توفير حاجياتها الخاصة في الإنتاج إذا كانت هيئات الدولة المكلفة بممارسة احتكار الدولة لا توفر شروط التحكم في سير المنتجات المطلوب استيرادها²¹⁸. فالملاحظ أن الدولة هي التي كانت تحتكر تماما التجارة الخارجية، وتعتبر العقود التي كانت تبرمها من أجل ذلك عقودا إدارية، تخضع لقواعد القانون الإداري الجزائري، وتختص القضاء الوطني وحده بالفصل في المنازعات المتعلقة بها.

ولقد عززت الجزائر موقفها هذا، من خلال دفاعها الشديد عن حصانة الدولة في الممارسات والمنازعات التي كانت تحصل بينها وبين المتعاملين الدوليين. ومن أهم القضايا في هذا المجال، القضية البترولية الجزائرية "زاغ زياتين". أين كانت شركات بترولية فرنسية تشغل آبار نפט في منطقة زاغ زياتين بالصحراء الجزائرية. وقد نشب نزاع بينها وبين السلطات الجزائرية، لما قامت هذه الأخيرة بتعديل قيمة الضرائب النفطية بمقتضى الأمر الصادر في 30 ديسمبر 1965، وفرض غرامات ضريبية على تلك الشركات لارتكابها مخالفات ضريبية. وازداد النزاع حدة بعدما وجهت السلطات النفطية الجزائرية مجموعة من التوجيهات التقنية في 6 مارس 1968 إلى شركة C.R.E.P.S من أجل ترشيد استغلال نפט "زاغ زياتين" الذي كانت تستزفه بطريقة غير عقلانية وهو ما يؤثر على البيئة من خلال التسريبات الغازية التي لم تصلحها، ويؤثر أيضا على الثروة النفطية الوطنية. وفي 24 أبريل 1986 قامت السلطات الجزائرية بإغلاق تلك الآبار.

على إثر ذلك قامت شركة C.R.E.P.S برفع النزاع أمام قضاء التحكيم بروما في 25 أكتوبر 1968 من أجل إلغاء قرارات السلطات الإدارية الجزائرية. وقد دفعت

²¹⁸ - المادة 8 من المرسوم 84-390 السالف الذكر.

السلطات الجزائرية بعدم اختصاص محكمة التحكيم، وأن النزاع يخضع للقانون الجزائري وحده عملاً بمبدأ سيادة الدولة على ثرواتها الطبيعية. وعلى اعتبار أن الأمر يتعلق بقرار إداري سيادي لا تختص بنظره محكمة تحكيم خاصة. إلا أن محكمة التحكيم قضت في 28 فيفري 1971 بروما باستقلالية شرط التحكيم عن القانون الوطني الجزائري، وأعملت مبدأ سلطان الإرادة وحكمة باختصاصها في نظر النزاع.²¹⁹

ويرى في هذا الصدد بعض الفقه: " أنه من غير المستساغ أن تخضع الدولة وهي بصدد القيام بوظيفة من وظائفها لقانون دولة أخرى ما لم تكن قد ارتضت ذلك صراحة"²²⁰.

في حين يرى الكثير من الفقه²²¹ أنه يجب التمييز بين عقد البيع الدولي الذي تكون أحد أطرافه الدولة أو إحدى المؤسسات العامة التي تمثلها، والذي يخضع لقواعد القانون الدولي الخاص وقواعد قانون التجارة الدولية، بحكم أنه عقد خاص وليس عقد عام. وعقود الدولة التي تعتبر في رأي الكثير من النظم القانونية عقوداً إدارية عامة، لا يمكن أن تخضع لقواعد القانون الدولي الخاص، لأن ذلك يتعارض مع فكرة السيادة الوطنية. ففي جميع الحالات التي تتعاقد فيها الدولة بوصفها سلطة عامة ذات سيادة، سواء بنفسها أو من خلال الأشخاص العامة التابعة لها، ويقصد منها تحقيق إحدى وظائفها الأساسية، تكون بمثابة عقود دولة تخرج من نطاق القانون الخاص.

²¹⁹-Belkacen Bouzana : le contentieux des hydrocarbures entre l'Algérie et les sociétés étrangères, O.P.U. 1985, p.p. 144, 145 et 204 et suite.

²²⁰ - فؤاد رياض وسامية راشد، الوسيط في القانون الدولي الخاص، الجزء الثاني تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي، القاهرة 1996، ص. 339.

²²¹ - حفيظة الحداد، العقود المبرمة بين الدولة والأشخاص الأجنبية، دار النهضة 1996. أيضا هشام علي صادق، المرجع السابق، ص. 15. - Berlin Dominique : Le régime juridique International Des accords entre états et ressortissants d'autres états, thèse Paris I 1981, P. 10.

وهو الموقف الذي أصبح راجحاً حالياً، وتدعمه أغلب أحكام التحكيم التجارية الدولية. وحتى المشرع الجزائري عدل عن موقفه السابق، وأصبح يعترف بتطبيق القانون الدولي الخاص وقانون التجارة الدولية على عقود البيع الدولية التي تكون الدولة طرفاً فيها. وهو الموقف الذي سنستعرضه في المطلب الموالي.

المطلب الثاني: الفريق الداعم لعدم حصانة الدولة من تطبيق قواعد القانون الخاص.

بعد التطور الذي حصل على الساحة الدولية وحتى على مستوى الجزائر، من الناحية الأيديولوجية والسياسية والاقتصادية. وذلك بسقوط المعسكر الاشتراكي، وتراجع الكثير من الدول عن تبني فكره، ومنها الجزائر. وفي المقابل توسع فكر العولمة على كافة المستويات، الاقتصادية والسياسية وحتى القانونية. لم تعد لفكرة حصانة الدول من الخضوع لقواعد القانون الدولي الخاص وقانون التجارة الدولية مكانة مهمة. وذلك لأن التطورات الحديثة كشفت عن ظهورها على مسرح الحياة الدولية الخاصة، بوصفها مشتريّة أو بائعة مقرضة أو مقترضة. كما أن الواقع العملي يبين لنا أن الدولة تبرم العديد من العقود، كعقود الاستثمار، وعقود نقل التكنولوجيا، وعقود المساعدات الفنية²²²، وعقود المفتاح في اليد²²³.

فالالاتجاه العالمي الحديث لقضاء التحكيم الدولي يذهب نحو عدم الاعتراف بخصوصية عقود الدولة، كما لا يعترف بضرورة خضوع عقود الدولة لقانون الدولة

²²² - صلاح الدين جمال الدين، عقود نقل التكنولوجيا، دار الفكر الجامعي 2004، وبالأخص الصفحة 262 وما بعدها.

²²³ - معاشو عمار، النظام القانوني لعقود المفتاح في اليد بالجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية، بدون سنة طبع.

- Blanc Gérard : Le contra internationale D'équipement industriel, l'exemple Algérien, thèse, Grenoble, 1980.

المتعاقدة²²⁴. ونجد ذلك في العديد من أحكام التحكيم التي أخضعت عقود الدولة لقواعد القانون الدولي الخاص ولقواعد قانون التجارة الدولية أو حتى للمبادئ العامة للقانون وللأعراف والعادات التجارية الدولية، عملاً بمبدأ استقلالية شرط التحكيم عن قانون الدولة المتعاقدة وبمبدأ سلطان الإرادة.²²⁵

ففي القضية البترولية الجزائرية "زاغ زياتين" المذكورة أعلاه، قضت محكمة التحكيم في 28 فيفري 1971 بروما باستقلالية شرط التحكيم عن القانون الوطني الجزائري، وأعملت مبدأ سلطان الإرادة، وحكمة باختصاصها في نظر النزاع.²²⁶ على الرغم من أن السلطات الجزائرية دفعت بعدم اختصاص محكمة التحكيم وأن النزاع يخضع للقانون الجزائري وحده عملاً بمبدأ سيادة الدولة على ثرواتها الطبيعية. وعلى اعتبار أن الأمر يتعلق بقرار إداري سيادي لا تختص بنظره محكمة تحكيم خاصة.

وكذلك الحال في قضية أرامكو ضد الحكومة السعودية في 1958، أين أصدر المحكم السويسري "Susar Hall" قراراً تحكيمياً اعتبر فيه أن العقد المبرم بين شركة أرامكو والحكومة السعودية عقد خاص يخضع لقواعد ومبادئ القانون الخاص. ولا يمكن للحكومة السعودية تعديله من تلقاء نفسها، على أساس أنه عقد امتياز إداري يمكن

²²⁴ - هناك أيضاً جانب آخر من الفقه، يرى إمكانية إخضاع عقود الدولة للقانون الدولي الخاص و لقواعد قانون التجارة الدولية، عملاً بمبدأ قانون الإرادة، وعليه يكون القانون الذي اختاره المتعاقدان للتطبيق على عقود الدولة أولى بالتطبيق من قانون الدولة المتعاقدة. ويرى في هذا الصدد الفقيه مركدال أن الشروط الواردة في العقود الدولية لها استقلالية خاصة، مهما كانت ما دام الأطراف على علم بها، لأنها شروط تلائم التعاملات الدولية وضرورية لها، ويجب الاعتداد بها من غير حدود ما دامت تعبر عن مبدأ الحرية التعاقدية، كما يجب البحث عن صيغة أو حيلة قانونية في القانون الوضعي لتبرير وجودها والإقرار بمشروعيتها.

- B. Mercadal : Les caractéristiques juridiques des contrats internationaux de coopération industrielle, Revue Droit et Pratique du Commerce International, 1984, p. 319 et suite.

²²⁵ - Philippe Fouchard, et autres : traité de l'arbitrage commercial international, édition litec, 1996, P.234 et suite.

²²⁶ -Belkacen Bouzana : le contentieux des hydrocarbures entre l'Algérie et les sociétés étrangères, O.P.U. 1985, p.p. 144, 145 et 204 et suite.

للإدارة أن تعدل أحكامه. ورأى المحكم أنه عقد لا يخضع لأحكام القانون الوطني السعودي، إنما هو عقد دولي يخضع لأحكام قانون التجارة الدولية. وقد جاء في حكم التحكيم هذا ما يلي: " إن القوانين الداخلية تختلف حول طبيعة الامتيازات القانونية، ثم إن مكانة الامتيازات المنجمية وكذلك الامتيازات البترولية ضئيلة في القانون الإسلامي وتختلف حسب المذاهب، وبالنسبة لرجال القانون المسلمين لا يوجد فرق بين هذه الفئات (معاهدة، عقد عام إداري، عقد مدني أو تجاري)، فتعتبر كلها تعهدات يجب أن تراعى مادام الله عليها شهيدا في كل مرة يبرم فيها الأفراد أو الجماعات عقودا". وهكذا استنتجت المحكمة التحكيمية أن عقد الامتياز المبرم بين شركة أرامكو والمملكة العربية السعودية عقد دولي خاص وليس عقد إداري²²⁷.

وهذا ما استقر عليه قضاء التحكيم عالميا، حيث أنه لم يعد يراعي مسألة عقود الدولة. فهو يعتبر أن عقود الدولة أيضا عقود دولية خاصة يمكن إخضاعها لقانون آخر غير قانون الدولة المتعاقدة، إما وفقا لمنهج التنازع تطبيقا لقواعد القانون الدولي الخاص، أو وفقا للمنهج المباشر تطبيقا الموضوعية للقواعد لقانون التجارة الدولية²²⁸.

أما الموقف الحالي للقانون الجزائري، فيتجلى بانضمام الجزائر في 7 فبراير 1989 إلى اتفاقية نيويورك المبرمة في 10 جوان 1958 المتعلقة باعتراف وتنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية المصادق عليها من قبل الجزائر بمقتضى القانون 88-88 المؤرخ في 12 جويلية

²²⁷ - أشار إليه نور الدين بكلي: اتفاق التحكيم التجاري الدولي في القانون الجزائري، رسالة ماجستير، جامعة الجزائر، 1995-1996، ص. 31.

²²⁸ - Mostafa TrariTani : Droit Algérien de l'arbitrage commercial international, 1ère. Edition, Berti 2007, p. 47 et suite. Philippe Fouchard, op. Cit. p. 245 et suite.

1988²²⁹. حيث قامت الجزائر بتعديل قانون الإجراءات المدنية في سنة 1993. بمقتضى المرسوم التشريعي 09-93 المؤرخ في 25 أبريل 1993²³⁰، إذ سمح بلجوء الدولة أو المؤسسات العامة التابعة لها إلى التحكيم لفض منازعاتها الناجمة عن العلاقات التجارية الدولية. وفي ذلك نزول للدولة إلى درجة الخواص بقبولها هذه الطريقة لفض المنازعات، والتي تركز أساسا على تطبيق قواعد القانون الدولي الخاص وقانون التجارة الدولية والمبادئ العامة والأعراف التجارية الدولية. وقد نصت المادة 442 معدلة من قانون الإجراءات المدنية القديم على أنه: "يجوز لكل شخص أن يطلب التحكيم في حقوق له مطلق التصرف فيها. ولا يجوز التحكيم في الالتزام بالنفقة ولا في حقوق الإرث و الحقوق المتعلقة بالمسكن والملبس ولا المسائل المتعلقة بالنظام العام أو حالة الأشخاص وأهليتهم.

ولا يجوز للأشخاص المعنوية التابعين للقانون العام أن يطلبوا التحكيم ما عدا في علاقاتهم التجارية الدولية."

إن إضافة الفقرة الأخيرة لهذه المادة يؤكد على إمكانية خضوع عقود البيع الدولية التي تكون الدولة أو أحد المؤسسات العامة التابعة لها طرفا فيها، لقواعد القانون الخاص مثلها مثل عقود البيع الدولية المبرمة بين الخواص.

229 - الجريدة الرسمية عدد 28 لسنة 1988 ص. 771. وقد تحفظت الجزائر على هذه الاتفاقية في نقطتين: الأولى تتعلق بتطبيق الاتفاقية فقط اذا كان حكم التحكيم صادر عن دولة أخرى مصادقة على اتفاقية نيويورك. و التحفظ الثاني يتعلق بتطبيق الاتفاقية على المواد التجارية فقط دون المدنية. راجع أيضا المرسوم رقم 88-233 المؤرخ في 05 نوفمبر 1988 يتضمن الانضمام بتحفظ إلى الاتفاقية التي صادق عليها مؤتمر الأمم المتحدة في نيويورك بتاريخ 10 يونيو 1958، والخاصة باعتماد القرارات التحكيمية الأجنبية وتنفيذها، الجريدة الرسمية عدد 48 المنشورة بتاريخ 23 نوفمبر 1988.

230 - مرسوم تشريعي رقم 09/93 مؤرخ في 25 أبريل 1993 يعدل ويتمم الأمر رقم 154/66 المؤرخ في 8 يونيو والمتضمن قانون الإجراءات المدنية، المنشور في الجريدة الرسمية عدد 27 لسنة 1993.

وهو ما يؤكده أيضا قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد الصادر بمقتضى القانون 09-08 المؤرخ في 25 فيفري 2008²³¹، إذ تنص المادة 1006 منه على أنه: "يمكن لكل شخص اللجوء إلى التحكيم في الحقوق التي له مطلق التصرف فيها. لا يجوز التحكيم في المسائل المتعلقة بالنظام العام أو حالة الأشخاص وأهليتهم. لا يجوز للأشخاص المعنوية العامة أن تطلب التحكيم، ما عدا في علاقاتها الاقتصادية الدولية أو في إطار الصفقات العمومية".

إن استعمال المشرع لعبارة "العلاقات الاقتصادية الدولية" في النص الجديد بدلا من عبارة "العلاقات التجارية الدولية"، ينبئ عن توجه المشرع نحو تحرير أكثر لعقود الدولة وعن إمكانية إخضاعها لقانون التجارة الدولية، حتى وإن كانت تتخللها مظاهر السلطة العامة أو بهدف تحقيق مصالح عامة. ذلك أن عبارة الاقتصادية أعم وأشمل من عبارة التجارية، فالأولى تضم كل العلاقات التي تبرمها الدولة بهدف تحقيق منافع تنموية للبلاد، سواء تصرفت كسلطة عامة أم كمجرد شخص من أشخاص القانون الخاص. فتشمل بالإضافة إلى عقود البيع الدولية، عقود أخرى أكثر أهمية وأكثر حساسية. إذ لطالما كانت مثار جدل حول ما إذا كانت من العقود الدولية أم أنها عقود تخضع للقانون الوطني للدولة المتعاقدة، ومنها عقود الامتياز لاستغلال الشركات الأجنبية للشروات الوطنية، وعقود الاستثمار، وعقود نقل التكنولوجيا وغيرها.

وحيث أن المادة 1050 من ذات القانون تنص على أنه: "تفصل محكمة التحكيم في النزاع عملا بقواعد القانون الذي اختاره الأطراف، وفي غياب هذا الاختيار تفصل

²³¹- المنشور بالجريدة الرسمية رقم 21 الصادرة بتاريخ 23 أبريل 2008. و الذي دخل حيز النفاذ في 23 أبريل 2009.

حسب قواعد القانون والأعراف التي تراها مناسبة". فإن نص هذه المادة يؤكد إمكانية خضوع الدولة أو بقية الأشخاص المعنوية العامة في علاقاتها الاقتصادية الدولية أو في الصفقات العمومية، وبالضرورة في عقود البيع الدولية التي تكون طرفاً فيها، لمبدأ سلطان الإرادة وللقانون الذي اختاره الأطراف لحكم عقدهم، وفي حالة عدم الاتفاق يكون لهيئة لتحكيم كامل السلطة في اختيار القانون الأنسب أو تطبيق الأعراف التجارية الدولية. وهي أمور ما كانت لتكون في ظل المفهوم الضيق لعقود الدولة الذي كان يعتبرها عقود إدارية عامة تخضع بصفة تلقائية وحصرية للقانون العام للدولة الطرف في التعاقد.

ومن هنا، حتى ولو كانت الدولة أو أحد المؤسسات العامة التابعة لها طرفاً في عقد البيع الدولي، فإن ذلك لا يجعلها تفلت من تطبيق الأحكام المرعية في التجارة الدولية، مدعية بأن العقد إداري. وعليه يمكن أن تدخل مثل هذه العقود في مجال دراستنا على أساس أنها عقد بيع دولي مثله مثل عقود البيع الدولية المبرمة بين الأشخاص الخاص. هذا وبعد تعرضنا لوضعية أطراف عقد البيع الدولي، سواء كأشخاص طبيعيين أو معنويين، خاصين أو عامين. ننتقل إلى مسألة تبادل التراخي في عقد البيع الدولي، وهو موضوع الفصل الثاني من هذا الباب.

الفصل الثاني :

التراضي في عقد البيع الدولي

مقدمة:

يتمثل التراضي أساسا في تبادل الإيجاب والقبول، لكنه في العقود الدولية غالبا ما تسبق هذه العملية مرحلة تفاوض، قد تكون طويلة وشاقة ومكلفة في بعض الأحيان. وقد تنتهي هذه المفاوضات بتبادل الإيجاب والقبول فينعدد البيع الدولي، وهي النهاية المرجوة لكل عملية تفاوض. غير أنها في بعض الأحيان تقطع عملية التفاوض من قبل أحد الأطراف دون سابق إنذار، ويكون ذلك بعدما تكبد الطرف الآخر خسائر جمة في هذه العملية من نفقات سفر وإقامة ودراسة للملف وحتى الاستعانة بخبراء ونفقاتهم. فكيف يكون الحل في هذه الحالة، هل يحمل الطرف الذي قطع المفاوضات المسؤولية عن هذا؟ أم أن لكل طرف حق قطع المفاوضات لأنها في المبدأ ليست تعاقد إنما عملية تحضير للتعاقد؟ وإذا حمل قاطع المفاوضات المسؤولية، فعلى أي أساس قانوني يكون ذلك؟ هل هي مسؤولية عقدية أم تقصيرية؟ وما هي الالتزامات الملقاة على عاتق الأطراف المتفاوضة؟ هذا ما سنحاول معالجته في المبحث الأول. ثم ندرس عملية تبادل الإيجاب والقبول، فنتعرف على شروط كل منهما وعلى آثارهما المبحث الثاني.

لذلك سنتناول دراسة هذا الفصل في مبحثين على التوالي:

المبحث الأول: المفاوضات في عقد بيع الدولي.

المبحث الثاني: الإيجاب والقبول.

المبحث الأول:

المفاوضات في عقد البيع الدولي.

لم يتعرض المشرع الجزائري لمرحلة المفاوضات في العقود بأحكام قانونية واضحة وصريحة وذلك على غرار الكثير من التشريعات الوطنية الأجنبية كالقانون الفرنسي والقانون المصري، وأغلب الاتفاقيات الدولية التي عاجلت مسألة العقود الدولية وعلى رأسها اتفاقية فيينا لسنة 1980 المتعلقة بالبيع الدولي للبضائع²³².

غير أن الواقع العملي يبين أن مرحلة المفاوضات أو ما قبل التعاقد مرحلة حساسة جدا خصوصا في عقد البيع الدولي. فلا تخلو ممارسة تجارية من إجراءات ووثائق تمهيدية لعملية التعاقد وحتى اتفاقات ظرفية أو مبدئية تنظم العملية التعاقدية.

وقد تنجر في الواقع العملي عن عملية المفاوضات العديد من المشاكل القانونية التي قد تكون صعبة ومعقدة وقد تكبد أحد الأطراف المتعاقدة خسائر ضخمة²³³. لذلك من الضروري أن نتعرض بالبحث لهذه المرحلة الحساسة، ونحاول معرفة ماهيتها، والطبيعة القانونية للوثائق المتبادلة في هذه المرحلة كخطاب النوايا، والاتفاق الإطار، وعقد المفاوضات وغيرها من المصطلحات التي تستعمل ميدانيا، والآثار المترتبة عن ذلك.

²³² - هناك بعض القوانين الأوروبية تعرض إلى بعض جوانب المفاوضات، كالقانون المدني الإيطالي لعام 1942 الذي تكلم عن ضرورة الالتزام بحسن النية في مفاوضات العقود عموما (المادة 1337)، والقانون المدني اليوناني لعام 1946 (المادة 197 والمادة 198).

²³³ - أحمد عبد الكريم سلامة، قانون العقد الدولي، مفاوضات العقود الدولية، قانون الإرادة وأزمته، دار النهضة العربية، ص. 61 وما بعدها. حياة محمد أبو النجا، الالتزام بالتفاوض في عقود التجارة الدولية، رسالة دكتوراه، جامعة المنصورة 2004.

ويجدر بنا البحث في الأثر القانوني لقطع مرحلة المفاوضات، أو نوع المسؤولية الناجمة عن الأضرار اللاحقة بأحد الأطراف نظرا لعدم إتمام مرحلة المفاوضات.

والجدير بالذكر أن المفاوضات تتم غالبا في أحد الشكلين: إما أن تكون في شكل مفاوضات حرة يدخل فيها الأطراف من دون أي تنظيم سابق تتم في إطاره، وإما أن تكون مفاوضات تعاقدية أي أنها تتم في إطار عقد مسبق ينظم عملية التفاوض وشروطها والتزامات أطرافها. ونظرا لأن لكل نظام من نظامي التفاوض أحكامه الخاصة به، ونظام مسؤولية خاص به، فإننا سوف نتعرض بالدراسة لكل واحد على حدة في مطلب خاص به. ولكن قبل ذلك نتعرض لتعريف المفاوضات.

لذلك سنقسم هذا المبحث إلى ثلاثة مطالب على التوالي:

المطلب الأول: ماهية المفاوضات.

المطلب الثاني: النظام القانوني للمفاوضات الحرة.

المطلب الثالث: النظام القانوني للمفاوضات التعاقدية.

المطلب الأول: ماهية المفاوضات.

لقد أصبح للمفاوضات أهمية بالغة في مجال إبرام العقود الدولية، ويرجع ذلك لعدة أسباب موضوعية وأخرى شخصية. فالعقود الدولية المعاصرة ليست بالعقود البسيطة التي يتفق على عناصرها وتبرم من اللقاء الأول، فهي عقود مركبة ومعقدة فنيا. ومن الأسباب الشخصية التي تدعوا إلى المفاوضات التنافس على الفوز بتلك العقود الدولية بين الشركات العملاقة ذات النشاط الدولي، ويلزم التعامل معها الوقوف على سابق خبراتها وأعمالها ومنهجها في التعامل. وتلعب إرادة الأطراف دورا لا يستهان به في تنظيم عملية التفاوض، خصوصا وأن النظم القانونية خالية من أي تنظيم يمكن إتباعه، ومن بينها القانون الجزائري. وهذا يتطلب تعريف المفاوضات (الفرع الأول). وكذلك تعيين عناصر عملية التفاوض (الفرع الثاني).

الفرع الأول: تعريف المفاوضات.

لقد أعطى الفقه تعريفات مختلفة لعملية التفاوض. فمن الفقهاء من عرفها بأنها عملية تطرح فيها مقترحات أو مشروعات صريحة لغرض التوصل لاتفاق بالتبادل أو المقايضة أو على أساس تحقيق مصلحة مشتركة²³⁴.

ومنهم من قال بأن التفاوض هو "التحاور والمناقشة للوصول إلى اتفاق مشترك بين الطرفين للحصول على حل متفق عليه للحفاظ على مصالح الأطراف المتفاوضة وحل ما بينها من مشكلات أو تقريب نظرها بأسلوب حضاري"²³⁵.

²³⁴ - حياة محمد أبو النجا، المرجع السابق، ص. 69.

²³⁵ - حسن الحسن، التفاوض والعلاقات العامة، بيروت. المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع 1993، ص. 11.

وعلى كل حال فقد أجمع الأغلبية على أنها تبادل لوجهات نظر وتسوية الاختلافات والبحث عن اتفاق مشترك ومصلحة متبادلة، والوصول لبعض أشكال الاتفاق شفويا أو تحريرها. فالمفاوضات هي عملية مواجهة أو تساوم أو مناقشة غرضها الوصول إلى اتفاق معين حول مصلحة أو حل لمشكلة ما، اقتصادية، أو قانونية أو تجارية أو سياسية.

وعلى ذلك فإن عملية التفاوض تشمل عدة عناصر، سنعالجها في الفرع الموالي.

الفرع الثاني: عناصر عملية التفاوض.

تشمل عملية التفاوض مجموعة من العناصر، تتمثل أساسا في وجود مشكلة محل التفاوض، والتفاعل والتواصل بين طرفي عملية التفاوض، ونية الوصول إلى اتفاق مشترك. وهو ما سنعالجه اتبعاً.

أولاً: وجود مشكلة أو مصالح متعارضة بين طرفي العملية التفاوضية، وفي مجال العقود الدولية يتمثل التعارض في حسم مشكلة السعر أو الثمن، أو إعادة التوازن للعملية التعاقدية عندما يطرأ تغيير في الظروف يقلب الموازين الاقتصادية للعقد ويضر بمركز أحد طرفي العقد²³⁶.

ثانياً: التفاعل والاتصال بين طرفي التفاوض، وذلك بالالتقاء الشخصي والدخول في محاورات ومناقشات ومساومات وتبادل المقترحات والأفكار حول المشكلة المطروحة.

ثالثاً: نية الوصول إلى اتفاق أو حل للمسألة المطروحة، وهذا عنصر جوهري إذا لا يمكن اعتبار المفاوضات قانوناً ما لم تكن تهدف إلى تحقيق مصلحة مشتركة معينة، وهي ليست

²³⁶- وراجع حياة محمد محمد أبو النجا، المرجع السابق، ص. 8.

مصلحة انفرادية لطرف دون آخر. ورغم أن المفاوضات يجب أن يكون لها هدف أو قصد مشترك وهو تحقيق المصلحة المشتركة لطرفيها إلا أنه قد يفشل الطرفان في الوصول إلى اتفاق. فهناك العديد من الظروف والعوامل التي تتحكم في سير العملية التفاوضية قد تجعل نتائجها إما سلبية أو ايجابية²³⁷.

المطلب الثاني: التفاوض الحر

الأصل العام في عملية التفاوض هو حرية المتعاقدين في الدخول إليها من عدمه، فلا يمكن إجبار الأطراف على الجلوس على مائدة المفاوضات، وحتى إن ارتضيا التفاوض فلهم حرية إكمال طريقه أو إنهائه دون الوصول إلى اتفاق. لذلك سنتعرض لتعريف التفاوض الحر (الفرع الأول)، ثم للنظام القانوني الذي يحكم المسؤولية عن قطع المفاوضات الحرة (فرع ثاني).

الفرع الأول: تعريف التفاوض الحر.

المفاوضات الحرة هي مفاوضات يدخل فيها الأطراف من دون أي تنظيم سابق تتم في إطاره، فلا يوجد أي عقد مبرم بين طرفي عملية التفاوض الحر يحدد بمقتضاه الأطراف الالتزامات التي توجبها عملية التفاوض على عاتقهم²³⁸.

وطبقا لنظام التفاوض الحر لا يمكن للأطراف أن يتقيدوا مبدئيا بعملية التفاوض. فيستطيع كل منهم تطبيق إستراتيجية التفاوض والأسلوب الذي يراه ملائما للوصول إلى مقصده، وعلى ذلك يمكن لكل مفاوض أن يقطع سير المفاوضات في أي وقت إعمالا

²³⁷ - أحمد عبد الكريم سلامة، قانون العقد الدولي... المرجع السابق، ص. 63.

²³⁸ - حياة محمد محمد أبو النجا، المرجع السابق، ص. 12.

لمبدأ الحرية التعاقدية. ويمكن للأطراف الاتفاق على عدم مسؤولية أي منهم عن متابعة المفاوضات²³⁹.

ونظرا لغياب الاتفاق الصريح على الدخول في المفاوضات والالتزام بمتابعتها وصولا إلى إبرام العقد النهائي، فإن قطع المفاوضات والعدول عن متابعتها لا يترتب أية مسؤولية عقدية. لأنه في هذا الإطار تعتبر المفاوضات مجرد عمل مادي لا يرقى إلى مستوى التصرف القانوني الإتفاقي الذي يؤدي الخروج على مقتضاه إلى مسؤولية²⁴⁰.

وقد أكدت الفقرة الأولى من البند 15 من المادة الثانية من مجموعة المبادئ المتعلقة بعقود التجارة الدولية التي وضعها المعهد الدولي لتوحيد القانون الخاص في روما unidroit لسنة 1994، إذ تنص على أنه: " يكون الأطراف أحرارا في التفاوض، ولا يكونون مسئولين إذا لم يصلوا إلى اتفاق²⁴¹ ".

غير أنه إذا كان قطع المفاوضات أو العدول عنها لا يترتب مسؤولية عقدية، حيث لا مسؤولية عن العدول في حد ذاته، إلا أنه يمكن ترتيب المسؤولية التقصيرية إذا اقترن قطع المفاوضات أو العدول عنها بضرر لحق الطرف الآخر²⁴² من جراء تصرفات وسلوكيات تفاوضية تخالف النزاهة والشرف وموجبات حسن النية. وهو ما يقودنا للفرع الثاني المتعلق بالنظام القانوني للمسؤولية عن قطع المفاوضات الحرة.

²³⁹ - نفس المرجع، ص. 13.

²⁴⁰ - أحمد عبد الكريم سلامة، قانون العقد الدولي... المرجع السابق، ص. 88.

²⁴¹ - « les parties sont libres de négocier et ne peuvent être tenu responsables si elles ne parviennent pas à un accord ».

²⁴² - J. Schmidt, la sanction de foute précontractuelle. Rev. Trim. D. Civ. ; 1974, p. 46 et ss. J. Cedras: l'obligation de négocier. Rev. Trim. D. com. 1985; p. 265 et ss.

الفرع الثاني: النظام القانوني للمسؤولية عن قطع المفاوضات الحرة.

تختلف التشريعات والقوانين كثيرا حول مسألة المسؤولية عن قطع المفاوضات الحرة في العقود الدولية. فالمسألة تتعلق أساسا بالتكيف القانوني للعلاقات والروابط بين أطراف عملية التعاقد *La qualification juridique*، والتكيف يخضع كما هو معروف لقانون القاضي المعروض عليه النزاع²⁴³. وفي هذه المسألة انقسمت التشريعات إلى اتجاهين رئيسيين.

الاتجاه الأول: اعتبار المسؤولية عن قطع المفاوضات الحرة مسؤولية تقصيرية.

يذهب أصحاب هذا الاتجاه²⁴⁴ إلى تطبيق قواعد المسؤولية التقصيرية عن قطع أو إنهاء المفاوضات، إذا ترتب عن ذلك ضرر لأحد الأطراف. فطالما أنه لا يوجد التزام عقدي بالدخول في المفاوضات ومتابعتها، فإنه لا يمكن أن تعتبر من قبيل العقود، وعلى هذا تطبق عليها قواعد الإسناد الخاصة بالمسؤولية التقصيرية. وهذا هو مسلك القانون المدني الجزائري (المادة 20 من القانون المدني الجزائري) وكذلك القانون المصري (م 21 مدني مصري) والفرنسي. فالواقع أن قطع المفاوضات الحرة ليس فيه إلا إخلال بالثقة وخروجا على التزام حسن النية في متابعة التفاوض، لذلك تترتب المسؤولية التقصيرية إن توفرت شروطها.

وقد أكد على هذا الاتجاه القضاء الفرنسي إذ قضت محكمة الاستئناف *Riom* في فرنسا عام 1992 بخصوص عقد توكيل توزيع وبيع سيارات تم إبرامه بين شركة *Auto*

²⁴³ - تنص المادة 09 من القانون المدني الجزائري على أنه: "يكون القانون الجزائري هو المرجع في تكيف العلاقات المطلوب تحديد نوعها عند تنازع القوانين لمعرفة القانون الواجب التطبيق".

²⁴⁴ - أحمد عبد الكريم سلامة، قانون العقد الدولي... المرجع السابق، ص. 90.

62 وشركة Rover France ، حيث قامت هذه الأخيرة بقطع المفاوضات بطريقة تعسفية. وقضت بأن الطرفين كانا لسنوات طويلة على علاقات عمل وثيقة، وكان للشركة الأولى أمل كبير في نجاح المفاوضات. في حين أن شركة « Rover France » سلكت مسلكا خبيثا conduite matoise وقطعت مفاوضات كانت طويلة ومكثفة ومكلفة دون سبب مبرر. مما يعد خطأ تقصيرا يستوجب التعويض عن الضرر المالي المترتب على عدم إبرام العقد وكذلك عن المساس بسمعتها التجارية في المنطقة التي تعمل فيها²⁴⁵. وهذا ما أكده القضاء الفرنسي حديثا بتاريخ 23 فبراير 1998²⁴⁶.

ويجب أن نشير أن قطع المفاوضات في العقود الدولية تثير مشكلة تنازع القوانين بشأن القانون الواجب التطبيق على الفعل الضار. وعملا بنص المادة 20 من القانون المدني الجزائري فان قانون محل حدوث الواقعة المنشئة للالتزام بالتعويض هو المختص.

لكن مع ذلك لا بد من الأخذ بعين الاعتبار الاستثناء الوارد في الفقرة الثانية من المادة 20 مدني جزائري²⁴⁷. والتي تفرض أن يكون الفعل الضار عمل غير مشروع طبقا لقانون محل وقوعه وطبقا للقانون الجزائري. وإعمالا لأحكام هذه الفقرة فانه إذا كان قانون الدولة التي وقع فيها الفعل المنشئ للالتزام وهو قطع المفاوضات، يعتبر مجرد قطع المفاوضات عملا يوجب المسؤولية والتعويض، فان شرط إعمال قاعدة الإسناد لا يتوفر. وبالتالي لا يطبق ذلك القانون، بل تطبق أحكام القانون الجزائري الذي لا يعتبر مجرد

²⁴⁵- cité par J. M. Loncle et J. Y. Trochon : la phase de pourparlers dans les contrats internationaux. In Revu. Dr. Aff. Int. 1997. n° 1. p33.

²⁴⁶- cour d'appel de Chambéry, 23 fév. 1998, Aff. Société Pechiney, clunet, 1999, p. 188.

²⁴⁷- تنص الفقرة الثانية من المادة 20 من القانون المدني الجزائري: "...غير أنه فيما يتعلق بالالتزامات الناشئة عن الفعل الضار لا تسري أحكام الفقرة السابقة على الوقائع التي تحدث في الخارج وتكون مشروعة في الجزائر وإن كانت تعد غير مشروعة في البلد الذي وقعت فيه".

العدول بحد ذاته عملاً غير مشروع. وبالتالي لا تترتب مسؤولية عن قطع المفاوضات إلا إذا اقترن فعله هذا بخطأ مستقل عن العدول رتب ضرراً للطرف الآخر.

الاتجاه الثاني: اعتبار المسؤولية عن قطع المفاوضات الحرة مسؤولية عقدية.

يتجه القانون الألماني²⁴⁸ إلى اعتبار المسؤولية عن قطع المفاوضات الحرة مسؤولية عقدية. فالمفاوضات في نظرهم ليست سوى مقدمة لإبرام عقد، ويجب أن تجري على ما ترسخ لدى طرفيه من علاقات ثقة وتعاون. ويحدث خلال تلك المفاوضات العديد من الإشارات بخصوص العقد المزمع إبرامه. فإذا أحل أحد أطراف التفاوض بما يجب عليه قبل تكوين العقد أمكن مساءلته على أساس فكرة الخطأ في تكوين العقد²⁴⁹ Culpa in contrahendo أو عدم بدل العناية الواجبة لتكوين العقد diligitia in contrahendo. وعلى هذا الأساس يوجد نوع من الاتفاق الضمني بين المتفاوضين يلقي على عاتقهم الالتزام بالتفاوض بالعناية اللازمة لتكوين العقد. وهي فكرة تدخل في إطار المسؤولية التعاقدية أو شبه التعاقدية، ومصدرها قاعدة عرفية استقرت في القانون الألماني. ويعد خروجاً عن العناية الواجبة في تكوين العقد، الدخول في مفاوضات بشكل يوحي للطرف الآخر ويغرس فيه الأمل في إبرام العقد النهائي، ثم يقطع فجأة المفاوضات دون سبب مقبول. ولذلك فإن المسؤولية عن قطع المفاوضات أو إنهائها تخضع لقاعدة التنازع الخاصة بالعقود الدولية المنصوص عليها في المادة 27 وما بعدها من القانون المدني الألماني المعدل عام 1986²⁵⁰.

²⁴⁸ - P. Piotet: Développement récents de la théorie de la culpa in contrahendo. In mélanges. G. Flattet, Payot, 1985.P. 363 et s.

²⁴⁹ - Ibid.

²⁵⁰ - Code civil Allemand promulgué le 18 aout 1896, entré en vigueur le 1^{er} janvier 1900. Collection des principaux codes étrangers. Voire, <http://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k504246c/f3.image.r=.langFR>

المطلب الثالث: التفاوض التعاقدى.

نظرا لأن أغلب مفاوضات العقود الدولية تستغرق وقتا كبيرا، وهذا الوقت يقابله نفقات باهظة تصرف على تنقلات وإقامة فريق التفاوض والإعداد للاجتماعات والتجهيزات اللازمة في مكان المفاوضات. أضف إلى ذلك الفرص التي يمكن أن يفقدها أحد طرفي التفاوض في الدخول في صفقة أو أكثر قد يتأثر بها مشروعه التجاري. والحال كذلك فإن قطع المفاوضات الحرة التي تتم خارج أي التزام عقدي، والاكتفاء بقواعد المسؤولية التقصيرية التي يجب على الطرف المتضرر إثبات توافر عناصرها من خطأ وضرر وعلاقة السببية، لا تقدم ضمانا كافية وحماية فعالة لعملية التفاوض كي تؤدي وظيفتها القانونية والاقتصادية. لذلك يلجأ أغلب المتعاملين في مجال العقود الدولية إلى تنظيم مفاوضاتهم بطريقة تعاقدية. لذلك يبرم الأطراف عقدا يحدد التزامات كل طرف في شأن عملية التفاوض من ناحية بدئها ومدتها وإدارتها وكيفية تقسيم نفقات التفاوض وحكم قطع المفاوضات وهو ما يسمى بعقد التفاوض. هذا وسنعالج هذا المطلب وفقا للخطة التالية، ماهية عقد التفاوض (الفرع الأول). ثم النظام القانوني للمسؤولية عن قطع المفاوضات التعاقدية (الفرع الثاني).

الفرع الأول: ماهية عقد التفاوض.

لتحديد ماهية عقد التفاوض بدقة، سنتناول تعريفه (أولا)، ثم الخصائص التي تميزه (ثانيا)، وأخيرا الالتزامات الناشئة عن عقد التفاوض (ثالثا).

أولاً: تعريف عقد التفاوض.

لقد تجاهلت غالبية القوانين الوضعية المعاصرة تعريف عقد المفاوضة، ولم يكن ذلك عن قصد، لأن ظروف المجتمع الاقتصادية وغيرها لم تكن قد كشفت بعد عن أهمية ذلك العقد. حيث كانت الحياة بسيطة، تنعقد فيها العقود بتبادل الإيجاب والقبول، دون فاصل زمني يحتاجه الطرفان للمساومة والتفاوض حول العقد. ومن هنا يمكن القول أن عقد المفاوضة من العقود الحديثة غير المسماة، وغير المنظمة قانوناً²⁵¹. ومن هنا تأتي أهمية تعريفه وتحديد معالمه.

وبداية نقول إن عقد التفاوض *contrat de négociation* لا يخرج في تعريفه عن تعريف أي عقد آخر، باعتباره تصرفاً قانونياً إرادياً يتبني طرفاه ترتيب أثر قانوني منه²⁵². وقد عرفته محكمة التحكيم بغرفة التجارة الدولية *CCI* بأنه عقد بمقتضاه يتعهد طرفاه بالتفاوض أو بمتابعتها، من أجل التوصل إلى إبرام عقد معين لم يتحدد موضوعه إلا بشكل جزئي لا يكفي في جميع الأحوال لانعقاده²⁵³. وقد أكد هذا التعريف جانب من الفقه، وهو أن عقد المفاوضة عقد يلتزم بمقتضاه كل طرف في مواجهة الطرف الآخر بالدخول في مفاوضات لإبرام عقد لاحق لم تتحدد بعد شروطه وعناصره الأساسية والثانوية²⁵⁴.

²⁵¹ - J. M. MOUSSERON: la durée dans la formation du contrat, in *Mélange Alfred Jauffret*, Aix-Marsilles, 1974, p. 509 et ss.

²⁵² - أحمد عبد الكريم سلامة، قانون العقد الدولي... المرجع السابق، ص. 96.

²⁵³ - C.C.I., sentence dans l'affaire N° 3131 en 26 octobre 1979, *Revue de l'arbitrage*, 1983, p. 525, note GOLDMAN.

²⁵⁴ - J.M.MOUSSERON : la durée dans la formation du contrat, in *Mélange Alfred Jauffret*, Aix-Marsilles, 1974, p. 509 et ss.

ثانيا: خصائص عقد التفاوض

ومن التعريف الذي أوردناه أعلاه يتبين أن لعقد التفاوض عدة خصائص ينبغي أخذها في الحسبان عند التعرض لمثل هذا العقد، ومنها:

أنه عقد حقيقي *Contrat véritable*، تتوفر فيه الأركان الأساسية اللازمة لقيام أي عقد. فمن ناحية يجب لقيامه توفر تراضي طرفي التفاوض، وتلاقي إرادتهما الحرة التي تقصد إلى ترتيب أثر قانوني معين. ومن ناحية أخرى، أن له محل كسائر العقود، وهو محاولة التوصل إلى إبرام عقد مستقبلي تشير الدلائل إلى إمكانية إبرامه. ومن ناحية ثالثة، أن له سبب باعث دافع الطرفين إلى التعاقد، وهو إتمام العقد النهائي، وتحقيق كل طرف لمقصوده منه²⁵⁵.

أنه عقد تمهيدي *Contrat préliminaire* أو عقد تحضيري *contrat préparatoire*، بمقتضاه تبدأ مسيرة المفاوضات التي تمهد لإبرام العقد النهائي، ويتم تنظيم علاقات طرفي التفاوض على نحو يقود إلى إتمام العقد. وإذا كان الطابع التمهيدي أو التحضيري لعقد التفاوض يؤدي إلى وجود التزام حقيقي على عائق كل طرف بالتفاوض ومواصلته بحسن نية، فإن الإخلال به يشكل خطأ عقديا يوجب المسؤولية. إلا أنه مع ذلك لا يولد على الإطلاق التزاما بضرورة مواصلة المفاوضات إلى نهايتها وإبرام العقد النهائي. وهذا هو معنى الطابع التحضيري أو التمهيدي لعقد التفاوض، فالالتزام الذي يفرضه هو التفاوض فقط من أجل الوصول إلى إبرام العقد النهائي، والابتعاد عن التدليس والخداع وكل ما يتنافى وحسن النية²⁵⁶.

²⁵⁵ - J. M. LONCLE et J. Y. TROUCHON: la phase de pourparlers dans les contrats internationaux, Rev. D. Aff. Int. 1997, n° 1, p. 5 et ss .

²⁵⁶ - Ibid. p. 7.

أنه عقد مؤقت *contrat provisoire*، فالأصل أنه لم يوجد إلا لمدة محدودة، وهي المدة التي تستغرقها المفاوضات بين الطرفين. فان انتهت المفاوضات، سواء بإبرام العقد النهائي أو عدمه، زال كل أثر لعقد المفاوضة²⁵⁷.

أنه عقد وليس وعدا بالتعاقد، لأن الوعد بالتعاقد عقد مستقل قد يكون ملزم لجانب واحد أو ملزم لجانبين، كما أنه لا ينعقد صحيحا إلا إذا تم التراضي على جميع العناصر الجوهرية لإبرام العقد النهائي. وفي الوعد بالتعاقد يبرم العقد النهائي بإظهار الموعد له رغبته في التعاقد دون أي إجراء آخر، كما أنه إذا نكل الواعد بوعده كان للقاضي أن يحكم بانعقاد العقد، ويقوم الحكم مقام العقد النهائي²⁵⁸. وكل ذلك لا يتوفر في شأن عقد التفاوض، فهو لا يلزم أطرافه بالتراضي على العناصر الجوهرية للعقد النهائي، وإنما يلزمهما فقط ببذل المحاولة للتوصل إلى إبرام العقد النهائي. أي يولد التزاما بوسيلة أو ببذل عناية *obligation de moyen*، وليس التزاما بتحقيق نتيجة *obligation de résultat*²⁵⁹. كما أن العقد النهائي لا يبرم لمجرد إظهار أحد طرفي التفاوض رغبته في التعاقد، بل يلزم تراضي جديد على عناصر وشروط العقد النهائي. بل قد يرتب مسؤولية من نكل عن إتمام المفاوضات بطريقة تعسفية ودون سبب معقول، عن إحلاله بالتزام تعاقدية وتوفرت شروط المسؤولية العقدية²⁶⁰.

257 - أحمد عبد الكريم سلامة، قانون العقد الدولي... المرجع السابق، ص. 98.

258 - حيث تنص المادة 72 من القانون المدني الجزائري على أنه: "إذا وعد شخص بإبرام عقد ثم نكل وقاضاه المتعاقد الآخر طالبا تنفيذ الوعد، وكانت الشروط اللازمة لتتمام العقد وخاصة ما يتعلق منها بالشكل متوفرة، قام الحكم مقام العقد".

259 - غير أنه تجدر الإشارة إلى أن بعض الالتزامات الناشئة عن عقد التفاوض يمكن أن تعتبر التزاما بتحقيق نتيجة، من ذلك الالتزام ببدء التفاوض، أي توجيه الدعوى إلى الطرف الآخر وافتتاح المفاوضات، وتقديم الاقتراحات وبدء المناقشات. وهذا على عكس الحال بالنسبة للالتزام بمتابعة التفاوض والاستمرار فيه، فهو التزام ببذل عناية، يمكن أن تترتب عليه المسؤولية إذا قطعت المفاوضات على خلاف مقتضيات الثقة وشرف التعامل وحسن النية.

260 - أحمد عبد الكريم سلامة، قانون العقد الدولي... المرجع السابق، ص. 99.

ثالثا: الالتزامات الناشئة عن عقد التفاوض.

يمكن تقسيم الالتزامات الناشئة عن عقد التفاوض إلى التزامات أساسية وأخرى ثانوية، وهو ما سنتعرض له تباعا:

أ- : الالتزامات الأساسية الناتجة عن عقد التفاوض.

إذا أبرم عقد التفاوض صحيحا، فإنه سينتج عدة التزامات أساسية على عاتق طرفيه، وكلها تنفرع عن الالتزام الجوهري الذي هو الالتزام بالتفاوض l'obligation de négocier. ومن أهم تلك الالتزامات نذكر:

1- الالتزام ببدء التفاوض: وذلك بالمبادرة باتخاذ الإجراءات اللازمة لفتح عملية التفاوض. ومن ذلك توجيه الدعوة إلى الطرف الآخر، وتقديم المقترحات حول المسائل والنقاط محل التفاوض. وتقديم الدراسات وتبادل البيانات التي يعتمد عليها إيضاح كافة الاستفسارات حول موضوع التفاوض، والزمن الذي يستغرقه²⁶¹.

2- الالتزام بالاستمرار في التفاوض: يعتبر الالتزام بالاستمرار في التفاوض في الأصل التزام ببذل عناية ولا يعني ضرورة التوصل إلى إبرام العقد²⁶². وتبدو أهميته في حالة الاتفاق على المسائل الأساسية في العقد النهائي مع ترك المسائل الثانوية أو التفصيلية لاتفاق لاحق إذا اكتمل مشروع العقد النهائي²⁶³. وهنا يتوجب الاستمرار في التفاوض

²⁶¹ - حياة محمد أبو النجا، الالتزام بالتفاوض في عقود التجارة الدولية، رسالة دكتوراه، جامعة المنصورة 2004، ص. 77.

²⁶² - نفس المرجع، ص. 79.

²⁶³ - حسب المادة 65 من القانون المدني الجزائري يمكن أن يتم التعاقد لمجرد الاتفاق على المسائل الجوهرية رغم وجود مسائل تفصيلية غير متفق عليها بعد، ويكون ذلك متى لم يكن شرط صريح بين الأطراف يقضي بخلاف ذلك. حيث تنص هذه المادة على أنه: "إذا اتفق الطرفان على جميع المسائل الجوهرية في العقد واحتفظا بمسائل تفصيلية يتفقان عليها فيما بعد ولم يشترطا أن لا أثر للعقد عند عدم الاتفاق عليها، اعتبر العقد منبرما وإذا قام خلاف على المسائل التي لم يتم الاتفاق عليها، فإن المحكمة تقضي فيها طبقا لطبيعة المعاملة ولأحكام القانون، والعرف، والعدالة."

حول تلك المسائل الباقية أو المعلقة، فإذا اتجهت نية الأطراف إلى اعتبار العقد النهائي منعقدا حتى ولو لم يصل طرفا التفاوض إلى اتفاق بشأنها كان الأمر يتعلق بالتزام بنتيجة على عكس الأصل العام في أنه التزام ببذل عناية²⁶⁴.

3- الالتزام بحسن النية في التفاوض: يعتبر الالتزام بحسن النية في التفاوض وشرف التعامل من أهم الالتزامات الأساسية الناشئة عن عقد التفاوض. فإذا كان مبدأ سلطان الإرادة وقاعدة العقد شريعة المتعاقدين *pacta sunt servanda* يهيمنان على عقد التفاوض كسائر العقود، إلا أن الالتزام بالتعامل وفق حسن النية وشرف التعامل *bonne foi loyauté et sincérité* يشكل قيما عليهما، وهو ما قالت به محكمة التحكيم بغرفة التجارة الدولية في باريس عام 1987²⁶⁵. وقد شددت المبادئ العامة للعقود التجارية الدولية التي وضعها معهد توحيد القانون الدولي الخاص بروما Unidroit عام 1994 على التزام حسن النية وجعلته مبدأ عاما يجب التزامه في كافة عقود التجارة حيث جاء بالمادة 1-7 منها أن " يلتزم الأطراف باحترام مقتضيات حسن النية في التجارة الدولية، ولا يستطيعون استبعاد هذا الالتزام أو يضيّقوا نطاقه". هذا ويعتبر القانون المدني الإيطالي لعام 1942 هو الوحيد من بين القوانين المدنية التي عالجت مسألة المفاوضات في العقود واقتصر وجه المعالجة على النص على مبدأ الالتزام بحسن النية في التفاوض²⁶⁶.

وتبدو أهمية التأكيد على هذا الالتزام في مجال مفاوضات العقود الدولية حيث يتم إتباع استراتيجيات تفاوضية تقوم على أساليب ومناورات قد تضر بمبدأ حسن النية الذي

²⁶⁴ - أحمد عبد الكريم سلامة، قانون العقد الدولي... المرجع السابق، ص. 104.

²⁶⁵ - CCI., Sentence dans l'affaire N° 4761 en 1987, p. 1012 note S. JARVIN.

²⁶⁶ - المادة 1337 من القانون المدني الإيطالي. أشار إليها أحمد عبد الكريم سلامة، قانون العقد الدولي... المرجع السابق، ص. 105.

يجب التزامه عند بدء المفاوضات وأثناء سيرها وفي إنائها²⁶⁷. ومن دلائل انتفاء حسن النية عند بدء المفاوضات، الدخول فيها من جانب أحد الأطراف دون أن تكون لديه النية الحقيقية والرغبة الجادة في التعاقد. وقد أكد هذا المعنى نص الفقرة 3 من المادة 2-15 من مجموعة المبادئ المتعلقة بعقود التجارة الدولية التي أقرها معهد توحيد القانون الخاص في روما عام 1994 والذي جاء به: " ويعتبر سيئ النية خصوصا الطرف الذي يفتح أو يتابع المفاوضات وهو يعلم أن ليس لديه النية في الوصول إلى اتفاق"²⁶⁸.

ومن دلائل سوء النية عند بدء المفاوضات كذلك طرح أفكار غامضة تشتت فكر الطرف الآخر، أو تقديم مقترحات مغالى فيها وميئوس من قبولها²⁶⁹. ومن دلائل انتفاء حسن النية أثناء سير المفاوضات السكوت التدليسي عن الإدلاء بمعلومات تؤثر في الوصول إلى اتفاق²⁷⁰. والتسويق وإطالة أمد التفاوض مع العلم بصعوبة الوصول إلى اتفاق، أو بث الأمل في نفس الطرف الآخر في الوصول إلى اتفاق نهائي مع أنه قد اتخذ قرارا بقطع المفاوضات. وكذلك عدم احترام الوقت المحدد لكل مرحلة من مراحل التفاوض، وإعادة طرح المسائل التي تم حسمها دون سبب مقبول. وأيضا إجراء

²⁶⁷ - حياة محمد محمد أبو النجا، الالتزام بالتفاوض في عقود التجارة الدولية، رسالة دكتوراه، جامعة المنصورة 2004، ص. 82.

²⁶⁸ - «... Et notamment de mauvaise foi la partie qui entame et poursuit des négociations savant qu'elle n'a pas l'intention de parvenir a un accord ».

²⁶⁹ - R. FABRE : la clause d'adaptation dans les contrats, Rev. Trim. D. Civ., 1981, p. 1et ss.

²⁷⁰ -M. FABRE-MAGNAN: de l'obligation d'information dans les contrats, essai d'une théorie, thèse paris, éd. L.G.D.J.1992.

مفاوضات موازية رغم الاتفاق على حظرها، أو العدول عن الإيجاب أو العرض بعد قبوله من الطرف الآخر²⁷¹.

ومن دلائل انتفاء حسن النية عند انتهاء المفاوضات، إثارة عقبات كرفع الثمن أو السعر بطريقة جائرة تدفع الطرف الآخر إلى انسحاب في وقت كانت فيه المفاوضات على وشك الإفضاء إلى إبرام العقد النهائي. وكذلك السلوك الاستفزازي، والاستعلاء بإشعار الطرف الآخر أنه داخل في مفاوضات غير متكافئة، مما يصيبه بالإحباط الشديد ويدفعه بالتالي الانسحاب من المفاوضات وإنهائها. وهذا ما أشارت إليه صراحة المادة 3-10 من مجموعة المبادئ العامة لعقود التجارة الدولية التي وضعتها Unidroit، حيث نصت على أنه يعتبر باطلا كل عقد يعطى ميزة زائدة وغير عادلة خصوصا من "جرائم" استغلال الطرف الآخر بطريقة غير مشروعة حال الاحتياج أو الضائقة الاقتصادية أو الحاجات المستعجلة أو عدم التبصر أو الجهل أو عدم القدرة على التفاوض مع الطرف الأول".²⁷²

²⁷¹ - المادة 2-4 من المبادئ المتعلقة بعقود التجارة الدولية المشار إليها. مع الإشارة إلى أن القانون الألماني يقرر أن الموجب يظل ملتزما بإيجابه الانفرادي و لا يستطيع الرجوع عنه، وإلا عد مخطئا تطبيقا لنظرية العناية الواجبة في إبرام العقد *diligentia in contrahendo* هذا ما لم يتفق صراحة على خلاف ذلك.

²⁷² - ARTICLE 3.10 du Principes UNIDROIT relatifs aux contrats du commerce international (2004) : (Avantage excessif)

« 1) La nullité du contrat ou de l'une de ses clauses pour cause de lésion peut être invoquée par une partie lorsqu'au moment de sa conclusion, le contrat ou la clause accorde injustement un avantage excessif à l'autre partie. On doit, notamment, prendre en considération :

a) le fait que l'autre partie a profité d'une manière déloyale de l'état de dépendance, de la détresse économique, de l'urgence des besoins, de l'imprévoyance, de l'ignorance, de l'inexpérience ou de l'inaptitude à la négociation de la première ; et
b) la nature et le but du contrat.

2) Le tribunal peut, à la demande de la partie lésée, adapter le contrat ou la clause afin de le rendre conforme aux exigences de la bonne foi en matière commerciale.

3) Le tribunal peut également adapter le contrat ou la clause à la demande de la partie ayant reçu une notification d'annulation pourvu que l'expéditeur de la notification en soit informé sans tarder et qu'il n'ait pas agi en conséquence. Les dispositions du paragraphe 2 de l'article 3.13 sont alors applicables. »

وعلى كل حال فان انتفاء حسن النية بالمعنى السابق، يشكل خطأ عقديا يستوجب المسؤولية. كل ذلك حسب القانون واجب التطبيق على عقد التفاوض، الذي يحدد المقصود بحسن النية، ومعيارها، ومن يقع عليه عبء إثبات انتفائها، وجزاء تخلفها، وهل يكون العقد قابلا للإبطال، إلى جانب التعويض عن الضرر.

4- الالتزامات بالتعاون وتقديم المعلومات: لكي يتحقق الوفاء الكامل بالالتزام الأساسي

الناشئ عن عقد التفاوض، يجب على الأطراف التعاون obligation de coopération فيما بينهم، حتى تتحقق الغاية من المفاوضات²⁷³.

وعادة لا يتم النص صراحة على الالتزام بالتعاون والمساعدة المتبادلة، بل يفترض وجوده ضمنا، وفي هذا قضت محكمة التحكيم بغرفة التجارة الدولية في باريس بأنه: "من الملائم التأكيد على أنه يوجد، وبالتوازي مع النصوص القانونية لمختلف القوانين الوطنية، في النطاق الخاص بالتجارة الدولية، عادات ومبادئ التعاون المفروضة على كل الممارسين الاقتصاديين للتجارة الدولية، حيث أن على أطراف العقد واجب ضمني بتنسيق جهودهم للتعاون والتنفيذ الدقيق لالتزاماتهم...."²⁷⁴. ويتجسد الالتزام بالتعاون في التشاور والمشاركة في إعداد جدول المفاوضات وتحديد مكان وزمان إجرائها، والتراضي على تحديد الخبراء الفنيين والاستشاريين.

²⁷³ - G. Morin: le devoir de coopération dans les contrats internationaux, droit et pratique, Rev. D.P.C.I., 1980, T. 6, N° 1.p. 9 et ss. Y. PICOD : l'obligation de coopération dans l'exécution du contrat, J.C.P.1988-1-3318.

²⁷⁴ - حول هذا الحكم راجع:

S. JARVIN : l'obligation de coopérer de bonne foi, exemple d'application au plan de l'arbitrage international, in l'arbitrage commercial international, l'apport de la jurisprudence arbitral, publication de la C.C.I, 1986, p. 158 et ss.

وأهم تطبيق للالتزام بالتعاون، نذكر الالتزام بالإعلام أو الإخبار. فالإدلاء بالمعلومات من أحد طرفي التفاوض إلى الطرف الآخر يبدو حاسماً لجلاء الرؤية والتفكير، واتخاذ القرار الملائم بناء على رضا مستنير حول الظروف والوقائع المتعلقة بالعقد المزمع إبرامه. ويجب أن تكون المعلومات المقدمة كاملة وأمينة وحقيقية. وعلى ذلك يعتبر السكوت التديسي Le silence dolosif عن الإدلاء بالمعلومات عن العملية المراد التعاقد بشأنها، أو الإدلاء بمعلومات غير دقيقة أو منقوصة، خطأً يستوجب المسؤولية. وتطبيقاً من تطبيقات سوء النية الموجب للمسؤولية. وعلى كل حال، فإن الالتزام بالتعاون لا يعدو أن يكون تطبيقاً من تطبيقات مبدأ حسن النية في مفاوضات العقود الدولية²⁷⁵، وبالتالي فهو التزام عقدي يبذل عناية يفترض وجوده، ولا يلزم النص عليه صراحة، والاختلال به يستوجب المسؤولية العقدية طبقاً لأحكام واجب التطبيق على عقد التفاوض²⁷⁶.

ب- الالتزامات الخاصة أو الفرعية الناشئة عن عقد التفاوض.

إلى جانب الالتزام الأصلي والأساسي بالتفاوض يمكن للأطراف أن يتفقوا صراحة على بعض الالتزامات الخاصة المحدودة، التي وإن كانت مستقلة عن الالتزام الأصلي المشار إليه، إلا أنها قد تكون مساعدة في إنجاح المفاوضات والوصول إلى إبرام العقد النهائي. ومن تلك الالتزامات الخاصة نذكر:

1- الالتزام بحظر المفاوضات الموازية: يسعى غالبية المتعاملين في ميدان التجارة الدولية إلى الوصول إلى أحسن الصفقات التي تحقق طموحات مشروعهم، وتوسيع أنشطتهم

²⁷⁵ -J. MESTRE : d'une exigence de bonne foi à un esprit de collaboration, Rev. Trim. Dr. Civ ; 1986, p. 101 et ss.

²⁷⁶ - Ibid. p. 102.

عبر الحدود. لذلك قد يفكر أحد الطرفين في إجراء مفاوضات موازية Des négociations parallèles مع طرف ثالث، حتى يحقق مراده.

والقاعدة العامة أن المفاوضات الموازية جائزة ومشروعة، عملاً بمبدأ حرية الاتفاقات الدولية. ومن ثم لا يمكن حظر إجراء مفاوضات موازية إلا بموجب شرط خاص يتفق عليه الأطراف صراحة، يسمى شرط القصر أو الاستبعاد Clause d'exclusivité. ولا يصح الاستناد إلى المبدأ العام الذي يحكم المفاوضات وهو حسن النية، للقول بأن ذلك المبدأ حظر إجراء مفاوضات موازية من جانب الطرفين، أحدهما أو كلاهما مع طرف ثالث، لانتهاه إلى أن وجود تلك المفاوضات يشكل سوء نية، مما يعد خطأ عقدياً يستوجب المسؤولية²⁷⁷.

غير أن الالتزام بحظر إجراء مفاوضات موازية هو أمر شائع كما تدل على ذلك الممارسات العملية في عقود التجارة الدولية الحديثة²⁷⁸. ولما كان حظر إجراء مفاوضات موازية يضر بالطرف المفاوض الذي يفرض عليه، حيث يجرمه من الوصول إلى طرف ثالث قد يقدم عرضاً أكثر تحقيقاً لمصلحته، فإنه يتوجب التحديد الدقيق للمدة المحظور

²⁷⁷ - وقد تعرضت المحاكم لجزاء الإخلال بالالتزام بحظر المفاوضات الموازية. ومن ذلك القضية التي تتلخص وقائعها في أن شركة Gallay الفرنسية تفاوضت مع شركة Alvat البلجيكية لإبرام عقد بموجبه تتنازل الأولى للثانية عن 70 % من الحصص التي تملكها بأحد فروعها، وتم الاتفاق على الثمن. غير أن الشركة البلجيكية قد علمت أثناء مفاوضاتها مع الشركة الفرنسية أن تلك الأخيرة قد أجرت مفاوضات موازية على نفس العملية مع شركة إنجليزية، مما دفعها إلى وقف المفاوضات وإنهائها، ورفعت الأمر إلى المحاكم الفرنسية، وطلبت أصلياً التنفيذ العيني للالتزام بنقل الحصص المتفق عليها مدعية انعقاد العقد، واحتياطياً بإلزام الشركتين الفرنسية والإنجليزية بالتضامن بدفع التعويض عن الأضرار التي لحقتها من جراء قيامها بمفاوضات موازية.

وقد كانت محكمة أول درجة قد أجابت الشركة البلجيكية إلى طلباتها، إلا أن محكمة الاستئناف ألغت حكم أول درجة، و انتهت إلى عدم ثبوت وجود اتفاق صريح على حظر إجراء المفاوضات الموازية، وبالتالي فإن الشركة الفرنسية لم تخالف أي التزام، بل أكدت أن تلك الشركة كانت قد طرحت عرضاً عاماً إلى مختلف الشركات في العديد من الدول تحت مسمى " البحث عن الشريك".

راجع: Cour d'appel de Versailles, 5 mars 1992, Rev. Trim. d. civ., 1992, p. 752 note J. MESTRE.

²⁷⁸ -J. M. LONCLE et J.Y. TROUCHON : la phase de pourparlers dans les contrats internationaux, Rev. D. Aff. Int. 1997, n° 1, p. 3 et ss.

خلالها إجراء المفاوضات الموازية، وكذلك للموضوع الذي يحظر فيه التفاوض الموازي²⁷⁹.

2- الالتزام بالحفاظ على سرية المعلومات: غالبا ما تدور مفاوضات العقود الدولية على مسائل ذات طابع فني أو تكنولوجي كما هو الحال في عقود نقل التكنولوجيا، والاستشارات الهندسية، والمساعدات الفنية والصناعية²⁸⁰، وتصنيع برامج الحاسبات الالكترونية²⁸¹، أو توريد بيانات من أحد بنوك المعلومات عبر شبكة الاتصالات العالمية الانترنت L'internet²⁸². ويستلزم السير في المفاوضات وصولا إلى اتفاق الكشف عن العديد من الأسرار من طرف للطرف الآخر، سواء بشأن المسائل الفنية أو التكنولوجية. أو الأسرار الخاصة بالموقف المالي وحجم تعاملات أحد الطرفين، وسائر الأسرار الأخرى التي تتصل بالكيان المادي والمعنوي له. والأصل العام المستمد من مبدأ حرية المفاوضات هو أن لطرفي التفاوض حرية استخدام المعلومات التي يتم الكشف عنها أثناء المفاوضات سواء لأغراض شخصية أو إفشائها إلى الغير²⁸³.

لذلك عادة ما يتفق طرفا التفاوض في اتفاق خاص مستقل، أو بإدراج بند في عقد التفاوض على الالتزام بالحفاظ على سرية المعلومات obligation de confidentialité التي تم تداولها والكشف عنها خلال المفاوضات. سواء في حالة نجاح

²⁷⁹ - Ibid. p. 05.

²⁸⁰ - J.SCHMIDT :la négociation des contrats de transferts de techniques avec l'union soviétique, Rev. D.P.C.I., 1984, p. 188.

²⁸¹ - J.HUET et H.MAISL : Droit de l'information et des télécommunications, Paris, Litec, 1989, p. 283 et ss. A. BENSOUSSSEN: informatique et télécoms, Paris, éd. Lefebvre, 1997, p. 171 et ss.

²⁸² - L. FAUGEROLAS: l'accès international a des banques de données, thèse, Bordeaux, Paris, 1989.

²⁸³ - M. FONTAINE: les clauses de confidentialité dans les contrats internationaux, in Rev. Dr. Aff. Int, 1991, n°. 1, p. 3.

المفاوضات والوصول إلى العقد النهائي، أم في حالة إخفاقها لمدة زمنية يتفق على مداها²⁸⁴.

ويقول البعض²⁸⁵ أن الالتزام بالسرية التزم عام في نطاقه وفي مدته، فهو يشمل كل الأسرار التي تم الإفشاء بها قبيل وأثناء المفاوضات، ويسري من وقت إذاعة تلك الأسرار فيما بين المفاوضين وحتى بعد انتهاء المفاوضات سواء أبرم العقد أم لم يبرم ولمدة يتفق عليها. ويجري قضاء التحكيم على ترتيب مسؤولية من يكشف من طرفي التفاوض عن أسرار الطرف الآخر على أساس الإخلال بالالتزام عقدي، طالما وجد اتفاق على ذلك²⁸⁶.

وقد شددت على أهمية احترام واجب الحفاظ على سرية المعلومات التي يتم الإفشاء بها أثناء المفاوضات، مجموعة مبادئ عقود التجارة الدولية لتي اعتمدها المعهد الدولي لتوحيد القانون الخاص في روما عام 1994 والمحينة عام 2004، فقد نصت المادة 1-2-16 منها على أنه: " يلزم الطرف الذي يتلقى أثناء المفاوضات، معلومات معينة ذات طابع سري من الطرف الآخر، سواء أبرم العقد أو لم يبرم بعدم إفشائها أو استخدامها بغير حق لأغراض شخصية، ويرتب الإخلال بهذا الواجب تعويضا يشمل في هذه الحالة المنافع التي كان سيحصل عليها الطرف الآخر²⁸⁷". والظاهر من النص أنه يجعل من

²⁸⁴- G. FORBIN: Comment gérer les informations confidentielles en cours de pourparlers ?, In Rev. Dr. Aff. Int. 1998, N° 4-5 ; p. 477.

²⁸⁵ - M. FONTAINE: les clauses de confidentialité dans les contrats internationaux, in Rev. Dr. Aff. Int, 1991, n° 1, p. 3.

²⁸⁶ - C. H. le stang : existe-t-il une responsabilité précontractuelle ? J.C.P. 1978. p. 12.

²⁸⁷ -ARTICLE 2.1.16 du Principes UNIDROIT relatifs aux contrats du commerce international (2004) : (Devoir de confidentialité)

« qu'il y ait ou non conclusion du contrat, la partie qui , au cours des négociation, reçoit une information a titre confidentiel par l'autre partie, est tenue de ne pas la divulguer ni l'utiliser de façon induue a des fins

الحفاظ على سرية المعلومات مبدأ عاما وواجبا عاما يلتزم به الأطراف في مواجهة بعضهم البعض، دون حاجة إلى اتفاق صريح عليه، بحيث أن الإخلال به يترتب الحق في التعويض لصاحب تلك الأسرار. وهو تعويض يشمل المنافع التي حصل عليها الطرف الآخر من استخدام أو إفشاء تلك الأسرار²⁸⁸. غير أنه يعاب على ذلك النص بأنه لم يحدد الطبيعة التعاقدية أو التقصيرية للإخلال بواجب الحفاظ على سرية المعلومات، وهو ما يعسر حل مشكلة تحديد القانون واجب التطبيق في حالة تنازع القوانين بشأن المسؤولية قبل التعاقدية²⁸⁹.

وعلى كل حال فإن ماهية الالتزام بالحفاظ على سرية المعلومات ونطاقه، وحالات الإخلال به، والجزاء المترتب على ذلك، كلها مسائل يحددها القانون واجب التطبيق على الشرط المقرر والمثبت لذلك الالتزام. سواء كان القانون الذي اختاره الأطراف خصيصا له، أم كان القانون الذي يحكم عقد التفاوض باعتباره بندا فيه. وقد يقرر قانون العقد أنه لا يلزم الاتفاق الصريح على الالتزام بالحفاظ على سرية المعلومات حتى يلتزم به طرفا التفاوض. بل يعتبر التزاما عقديا يفترض وجوده بغير حاجة إلى اتفاق، مما يمكن اعتباره من مستلزمات العقد. وهو ما يمكن الأخذ به وفقا للفقرة الثانية من المادة 106 من القانون المدني الجزائري²⁹⁰.

personnelles, le manquement a ce devoir est susceptible de donner lieu a une indemnité comprenant, le cas échéant, le bénéfice qu'en aura retire l'autre partie »

²⁸⁸ - G. FORBIN: Comment gérer les informations confidentielles en cours de pourparlers ?, In Rev. Dr. Aff. Int. 1998, p. 479.

²⁸⁹ - C. H. le stang : existe-t-il une responsabilité précontractuelle ? J.C.P. 1978. P. 14.

²⁹⁰ - تنص المادة 106 فقرة 2 من القانون المدني الجزائري على أنه: "... ولا يقتصر العقد على إلزام المتعاقد بما ورد فيه فحسب، بل يتناول أيضا ما هو من مستلزماته وفقا للقانون، والعرف، والعدالة، بحسب طبيعة الالتزام".

الفرع الثاني: النظام القانوني للمسؤولية عن قطع المفاوضات التعاقدية.

نظرا لأن عقد التفاوض هو عقد حقيقي كامل الأركان. ولما كان الأمر يتعلق بعقد يتصل بأكثر من نظام قانوني، فإنه يثير تنازعا بين القوانين. وبالتالي يطرح السؤال حول تحديد قانون واجب التطبيق عليه (أولا)، وعن نطاق المسؤولية عن قطع المفاوضات التعاقدية (ثانيا). وهو ما سنعالجه تباعا:

أولا: القانون الواجب التطبيق على عقد التفاوض.

إن تنازع القوانين في عقد المفاوضة يفض طبقا للقانون الجزائري، وسائر قوانين الدول، وفقا للقاعدة العامة التي تقضي بخضوع العقد الدولي للقانون الذي يختاره الأطراف صراحة أو ضمنا. أي اختصاص قانون الإرادة loi d'autonomie الذي تسري عليه المادة 18 من القانون المدني الجزائري²⁹¹. وبإعمال هذا النص يخضع عقد التفاوض: إما لقانون الدولة التي تم اختيار قانونها صراحة لحكم العقد، وهنا نؤكد على أهمية انتباه طرفي العقد إلى شرط القانون واجب التطبيق أو الاختصاص التشريعي *cluse de compétence législative*. بحيث ينبغي النص عليه صراحة في صلب وثيقة العقد، أو يتفقا عليه في وثيقة مستقلة، أو حتى شفويا عند رفع النزاع إلى القضاء. وهو اتفاق يمكن أن يتم حتى بعد انعقاد العقد²⁹². كما أنه يمكن تعديل الاتفاق وجعل الاختصاص لقانون آخر خلاف القانون الذي تم الاتفاق عليه أولا، وهو أمر جائز في غالب

²⁹¹ - تنص المادة 18 من القانون المدني الجزائري على أنه: "يسري على الالتزامات التعاقدية القانون المختار من المتعاقدين إذا كانت له صلة حقيقية بالمتعاقدين أو العقد. وفي حال عدم إمكان ذلك، يطبق قانون الوطن المشترك أو الجنسية المشتركة. وفي حالة عدم إمكان ذلك، يطبق قانون محل إبرام العقد..."

²⁹² - M. TOMASZWSKI : la désignation, postérieur à la conclusion du contrat, de la loi qui le régit, Revue .Crit. DIP., 1972, p. 567 et ss.

التشريعات²⁹³. وذلك بشرط أن تكون له صلة حقيقية بالمتعاقدين أو العقد²⁹⁴. ويرى البعض²⁹⁵ انه عند عدم الاختيار الصريح، يجب أن يخضع عقد التفاوض للقانون الذي كان سيخضع له العقد النهائي لو كان قد أبرم. ويدعمون قولهم أن عقد التفاوض عقد تمهيدي أو تحضيرى للعقد النهائي. وبالتالي يسري عليه قانون هذا العقد الأخير، عملاً بقاعدة الفرع يتبع الأصل. غير أن هذا الرأي انتقد²⁹⁶ لعدة أسباب، منها أنه قد يؤدي إلى الإخلال بالتوقعات المشروعة لطرفي التفاوض. لأن الأطراف لن يفكروا غالباً بقانون العقد النهائي في تلك المرحلة المتقدمة من لقاءهم. كما أن التوصل إلى اتفاق حول إبرام العقد النهائي أمر احتمالي، حيث قد لا تسفر المفاوضات عن نتيجة. وهنا سيعتمد مصير حقوق طرفي التفاوض على أمر مستقبل غير مؤكد الوقوع، هو إبرام العقد النهائي ومعرفة القانون واجب التطبيق عليه²⁹⁷.

ويمكن أن تأخذ الإرادة الضمنية لطرفي العقد في عين الاعتبار، وهي إرادة يستخلصها القاضي أو المحكم من الملابسات وظروف الحال. وقد يكون هو قانون الدولة التي تجرى فيها المفاوضات، أو غيرها. وعلى كل حال فإن القاضي أو المحكم سيلعب دوراً كبيراً في تقدير ووزن الدلائل والظروف التي ترجح تطبيق قانون دولة معينة دون غيره. كما يجب على القاضي أو المحكم الاستعانة بفكرة الأداء المميز *la prestation*

²⁹³ - من ذلك القانون الدولي الخاص السويسري لعام 1987 الساري المفعول، حيث نصت المادة 116-3 على أن " اختيار القانون يمكن إجراؤه أو تعديله في أي وقت..."، واتفاقية روما لعام 1980 بشأن القانون المطبق على الالتزامات التعاقدية (م 2/3).
²⁹⁴ - هذا الشرط أصبحت تفرضه المادة 18 من القانون المدني الجزائري بعد تعديلها في 2005.

²⁹⁵ - J. M. LONCLE et J. Y. TROUCHON : la phase de pourparlers dans les contrats internationaux, Rev. D. Aff. Int. 1997, p. 6.

²⁹⁶ - أحمد عبد الكريم سلامة، قانون العقد الدولي... المرجع السابق، ص. 102.

²⁹⁷ - حياة محمد محمد أبو النجا، الالتزام بالتفاوض في عقود التجارة الدولية، رسالة دكتوراه، جامعة المنصورة 2004، ص. 168. أحمد عبد الكريم سلامة، قانون العقد الدولي... المرجع السابق، ص. 103.

caractéristique، أو فكرة جعل الاختصاص لقانون الدولة التي يوجد معها أكثر الروابط وثوقاً²⁹⁸.

وفي حال عدم التوصل لمعرفة قانون الإرادة الصريح أو الضمني فإن عقد التفاوض يخضع لقانون الموطن المشترك لطرفي التفاوض أو قانون جنسيتها المشتركة، أو لقانون دولة محل إبرام العقد. ولا صعوبة إذا كان عقد التفاوض قد أبرم في دولة معينة، حيث يختص قانونها بحكمه. أما إن كان أطراف التفاوض قد تراضوا على التفاوض شفاهة دون معرفة أين تم ذلك، فإن قانون مكان إجراء المفاوضات والتقاء طرفي التفاوض، هو الواجب التطبيق باعتباره قانون محل الإبرام الحكمي لعقد التفاوض²⁹⁹.

ثانياً: نطاق المسؤولية عن قطع المفاوضات التعاقدية.

يرتب عقد التفاوض على عاتق طرفيه التزامات متبادلة، يتعين على كل منهما احترامها تحت طائلة تحمل تبعه المسؤولية العقدية. فإذا ثبت أن أحد الأطراف تسبب بتقصيره في أداء التزاماته الناتجة عن عقد التفاوض في ضرر لحق بالطرف الآخر، أو ثبت أنه تقاعس عن إتمام المفاوضات أو قطعها من دون سبب جدي. فإنه يلزم بإصلاح ذلك الضرر، أو بالتعويض عنه. لكن التساؤل الذي يمكن أن يطرح بالحاح في هذه الحالة هو، هل يمكن إلزام الطرف المتقاعس بإتمام عملية التفاوض؟، أو تفرض عليه غرامة تهديدية لإلزامه على تنفيذ التزاماته عينا؟. أم أن الأمر يقتصر على إلزام بالتعويض فقط؟.

لذلك سنتناول نطاق المسؤولية عن قطع المفاوضات التعاقدية في نقطتين: مدى إمكانية إلزام الطرف المتقاعس على إتمام عملية التفاوض (أ). ثم عن نطاق التعويض (ب).

²⁹⁸- وهذا تماشياً مع المادة 18 من القانون المدني الجزائري التي تفرض أن يكون للقانون المختار صلة حقيقية بالمتعاقدين أو العقد.

²⁹⁹- راجع الفقرة الثانية من المادة 18 من القانون المدني الجزائري.

أ- مدى إمكانية إلزام الطرف المتقاعس على إتمام عملية التفاوض.

إذا كان القانون واجب التطبيق على عقد المفاوضة هو المختص بتحديد الجزاء المترتب على الإخلال بأحد الالتزامات العقدية. فإن المتمعن في مختلف القوانين الوطنية المتصور اختيارها من المتفاوضين، أو تحديدها من قبل القاضي أو المحكم عند غياب الإرادة الصريحة أو الضمنية لهم، يدرك أنها تتباين حول مفهوم الجزاء ومفهوم إصلاح الضرر Réparation du préjudice في المسؤولية العقدية عن قطع المفاوضات أو الإخلال بأي التزام تفاوضي آخر. فإذا كان الأصل في تنفيذ الالتزام، هو التنفيذ العيني. فإنه من غير المتصور عند قطع المفاوضات من قبل أحد طرفيها، إلزامه بالتنفيذ العيني³⁰⁰ la réparation en nature. حيث يستحيل ذلك، لأن الأصل في التفاوض هو التراضي. فكيف يسوغ إجبار الطرف الذي قطع المفاوضات أو تقاعس عن الاستمرار فيها على العودة إلى مائدة المفاوضات أو دفعه إلى السير فيها؟. كما أن التفاوض يقوم في العديد من الحالات على اعتبارات شخصية، وهنا يكون غير مقبول إجبار أحد طرفي التفاوض على التفاوض والجلوس في مواجهة الطرف الآخر في جو نفسي يسوده التوتر والتراع، وإبرام عقد يقال عنه فيما بعد أنه تصرف إرادي!. على الأخص في ظل سيادة مبدأ الحرية الدولية للاتفاقات³⁰¹. وعلى هذا يبدو القول بإمكان اللجوء إلى الحكم بالغرامة التهديدية³⁰² لدفع الطرف المتقاعس أو الذي قطع المفاوضات على العودة إليها، أمر غير مستحب بل وغير منصوح به في مجال العقود الدولية خصوصاً. حيث يتعلق الأمر

³⁰⁰ - أحمد عبد الكريم سلامة، قانون العقد الدولي... المرجع السابق، ص. 119.

³⁰¹ - أحمد عبد الكريم سلامة، قانون العقد الدولي... المرجع السابق، ص. 120. حياة محمد أبو النجا، الالتزام بالتفاوض في عقود التجارة الدولية، رسالة دكتوراه، جامعة المنصورة 2004، ص. 180.

³⁰² - تنص المادة 174 من القانون المدني الجزائري على أنه: "إذا كان تنفيذ الالتزام عيناً غير ممكن أو غير ملائم إلا إذا قام به المدين نفسه، جاز للدائن أن يحصل على حكم بإلزام المدين بهذا التنفيذ وبدفع غرامة إجبارية نامتنع عن ذلك. وإذا رأى القاضي أن مقدار الغرامة التهديدية ليس كافياً لإكراه المدين الممتنع عن التنفيذ جاز له أن يزيد في الغرامة كلما رأى داعياً لذلك".

باعتبارات تستلزم قدرا كبيرا من التعاون والتواصل³⁰³. وهكذا يظل التنفيذ بمقابل allocation des réparation en équivalent أي بدفع بدل نقدي أو تعويض allocation des dommages et intérêts هو الجزاء الملائم³⁰⁴. وهو ما يقودنا للبحث في النقطة الموالية المتعلقة بنطاق التعويض.

ب- نطاق التعويض:

يشمل التعويض، الأضرار المادية والأدبية التي لحقت بالطرف الآخر الذي حدث الإخلال بالتزامات التفاوض في مواجهته. ومن ذلك الضرر الناتج عن ضياع الوقت والنفقات على الاستعداد للمفاوضات. وكافة النفقات التي صرفت من أجل إبرام العقد النهائي، ومصروفات التنقلات والإقامة والدراسات الأولية التي قدمت في المفاوضات. وعن السمعة التجارية، وأي ضرر آخر نشأ عن الإخلال بالتزامات المرتبطة بالعقد محل التفاوض³⁰⁵.

أما من ناحية الضرر الناتج عن تفويت الفرصة LA PERTE DE CHANCE، فيجب التفرقة بين فرضين:

الفرض الأول: وهو تفويت فرصة إبرام العقد النهائي، وقد اتجهت بعض أحكام القضاء إلى استبعاد التعويض عن فقد أو ضياع الفرصة هنا. وتستند في ذلك إلى أن ذلك يتعارض مع طبيعة عقد التفاوض، فهو عقد تمهيدي تحضيري فقط لإبرام العقد النهائي، واحتمال إتمام هذا الأمر يتساوى مع عدم احتمال³⁰⁶. فإبرام العقد النهائي يكون دائما

³⁰³ - j. SCHMIDT, La sanction de la faute précontractuelle, Revu. Trim. Dr. Civ., 1974, P. 46 et ss.

³⁰⁴ - Ibid., P. 48.

³⁰⁵ - j. SCHMIDT, Op. Cit. , P. 50.

³⁰⁶ -Bruxelles (13 e ch): 24 juin 1985, jour. Tribu. Du 12 avril 1986. P. 236.

في دائرة الافتراض أو الاحتمال. وكيف يتم التعويض مع عدم وجود الفرصة الجادة أو المحققة؟. فعدم جدية الفرصة يعني أن الضرر احتمالي وغير مؤكد، وبالتالي لا يجب التعويض عنه. وكيف يعرض عن مزايا كان سيحصل عليها المضرور من عقد لم يكن له أن يعتمد أو يعول عليه³⁰⁷.

لكن رغم ذلك يجب ترك الأمر للقاضي أو المحكم ليقدر كل حالة على حده. بحيث إذا ظهر من الظروف أن المفاوضات كانت قد شارفت على نهايتها ودخلت مرحلة حاسمة، وكان الأطراف على وشك الوصول إلى اتفاق حول العقد النهائي. بحيث يكون الأطراف قد وصلوا إلى نقطة اللاعودة Le point de non-retour، فإن قطع المفاوضات دون مبرر معقول في ظل وجود فرصة حقيقية ومؤكددة لإبرام العقد النهائي يعد ضرراً يستوجب التعويض.

ولعل ما يساند هذا الرأي على الخصوص، نص الفقرة 2 من المادة 3-4-7 من مبادئ عقود التجارة الدولية التي أعدها UNIDROIT عام 1994 المحينة عام 2004، الذي جاء به أن: "تفويت الفرصة يمكن التعويض عنه في حدود احتمال تحقيقها"³⁰⁸.

وفي هذا المعنى قضت محكمة بروكسل التجارية عام 1998 في قضية تتلخص وقائعها في أن مفاوضات كانت قد جرت بين شركة بلجيكية Pasquasy وبين شركتين إحداهما فرنسية L'Oréal والأخرى أمريكية Cosmair حول التنازل عن امتياز بيع

³⁰⁷ - حياة محمد أبو النجا، الالتزام بالتفاوض في عقود التجارة الدولية، رسالة دكتوراه، جامعة المنصورة 2004، ص. 188.

³⁰⁸ - ARTICLE 7.4.3 du Principes UNIDROIT relatifs aux contrats du commerce international (2004) : (Certitude du préjudice)

« 1) N'est réparable que le préjudice, même futur, qui est établi avec un degré raisonnable de certitude.

2) La perte d'une chance peut être réparée dans la mesure de la probabilité de sa réalisation.

3) Le préjudice dont le montant ne peut être établi avec un degré suffisant de certitude est évalué à la discrétion du tribunal. »

مستحضرات تحميل في بلجيكا وفي دولة لكسمبورغ. وقد قررت المحكمة أن العلاقات التجارية بين الطرفين كانت جيدة، حيث أبرمت صفقات تجارية خلال عشرة أشهر فقط بحوالي 14 مليون فرنك بلجيكي. وكانت ظروف الحال تنبئ عن وجود فرصة حقيقية ومؤكدة لإبرام العقد النهائي، وضياع المزايا التي كان سيحققها العقد لو أبرم، وهو ما يجب الحكم بتعويضه³⁰⁹.

وهذا ما أكدته القضاء الفرنسي أيضا³¹⁰، ففي قضية تتلخص وقائعها في أنه في غضون عام 1985 توصلت شركة poleval إلى تطوير نوع معين من الدواء وحصلت على براءة اختراع عنه في فرنسا. وفي عام 1987 قدم بيان بطريقة التصنيع إلى شركة الأدوية Sandoz فرع فرنسا، التي قامت بدورها بإبلاغه الشركة الأم "ساندوز" سويسرا. وعلى اثر اجتماع انعقد في بال بسويسرا أبلغت تلك الأخيرة شركة "بوليفال" برغبتها في إقامة تعاون معها عند توفر بعض الشروط الخاصة بالتكنولوجيا والتمويل المتعلق بتكاليف الإنتاج. ومن ثم قامت شركة "بوليفال" بإجراء الدراسات اللازمة لتصنيع الماكينة التي ستنتج الدواء الجديد وتكاليفه. كما قامت شركة "ساندوز" سويسرا من جانبها بالدراسات الخاصة بالجوانب التجارية والصناعية للمشروع. وفي عام 1989 أكدت شركة "ساندوز" سويسرا كتابة إلى شركة "بوليفال" اهتمامها ورغبتها بالمشروع ونيتها في إبرام عقد إطار contrat - cadre، مع بعض التحفظات، وأرسلت مشروع ذلك العقد إليها. وقد ردت شركة "بوليفال" بموافقتها المبدئية على ذلك العقد. غير أنه بعد اجتماع ثالث وتبادل جديد لمشروع عقد الإطار أخطرت شركة "ساندوز" سويسرا

³⁰⁹ - Bruxelles (16 e ch) :3 février 1988, jour. Tribu.Du 24 Septembre 1988. P 516.

³¹⁰ - Cour d'appel de Versailles (12 e ch.), 21 septembre 1995, affaire Ste. Civile poleval C .Sarl laboratoires Sandoz, in, R.J.D.A., 1996, n°, 2 ; p. 178.

شركة "بوليفال" الفرنسية أنها لن تستمر في مشروع استغلال الطريقة الجديدة لإنتاج الدواء، وتم قطع المفاوضات عام 1990. على أثر ذلك رفعت شركة "بوليفال" دعوى على شركة "ساندوز" سويسرا و"ساندوز" فرنسا لتعويض الأضرار الناتجة عن عدم تنفيذ الاتفاق بعد انعقاده، واحتياطيا على أساس المسؤولية التقصيرية لإنهاء والقطع التعسفي للمفاوضات. وبحكمها الصادر في 21 ديسمبر 1995 أكدت محكمة استئناف "فرساي" أن الأطراف قد نظموا تعاقديا تفاوضهم بتبادلهم مشروعات العقد، وهذا هو عقد التفاوض الذي نشأ عنه التزامات تعاقدية حقيقية. إذ قامت مجموعة شركات "ساندوز" وبدون سبب جدي وموضوعي بقطع المفاوضات بعد أن سارت شوطا كبيرا استمر ما يقرب من أربع سنوات، فأنها تكون قد خالفت التزاماتها الناتجة عن عقد التفاوض. وكما تقول المحكمة أنه: "...بتركها شركة بوليفال تأمل في إبرام العقد على مدار قرابة أربع سنوات، فإن شركة ساندوز تكون قد قامت بمخالفة مقتضيات الشرف وحسن النية، وقد سببت ضررا لشركة بوليفال مما يوجب عليها التعويض". وعلى ذلك حكمت لها بتعويض قدره أربعة ملايين فرنك فرنسي³¹¹.

أما الفرض الثاني: فهو تفويت فرصة إبرام عقد بديل. وإذا كان من الممكن التعويض عنها. إلا أن هناك العديد من الصعوبات التي تثور بخصوص إثبات أن المفاوضات المتضرر كان سيبرم بنحو مؤكد عقدا بديلا للعقد الذي كانت تدور المفاوضات من أجل التوصل إليه، لو انه لم يدخل في المفاوضات مع الطرف الآخر الذي قطع المفاوضات دون سبب معقول. كما أن مبلغ التعويض يمكن أن يكون ضئيلا لو كان

³¹¹ - Cour d'appel de Versailles (12 e ch.), 21 septembre 1995, affaire Ste. Civile poleval C .Sarl laboratoires Sandoz, in, R.J.D.A., 1996, n°, 2 ; p. 178.

خطأ المسئول عن فشل المفاوضات يسيرا. كما لو كان قد أهمل بعض الأمور التي تسبب في ذلك، وانتهت المفاوضات في وقت مبكر وقبل إحراز أي تقدم فيها³¹².

ومهما يكن من أمر، فإن القانون واجب التطبيق على عقد التفاوض هو الذي سيحكم كل المسائل الأخرى الخاصة بالمسؤولية عن الإخلال بالالتزامات الناشئة عن العقد، ومنها الشرط الجزائي *la clause pénal*، والشروط المقيدة أو المعفية من المسؤولية³¹³.

هذه هي بعض الأحكام الخاص بنظام المفاوضات في العقود الدولية والتي سعينا للبحث فيها. وفي ظل الفراغ التشريعي القائم في معظم القوانين الوضعية لمختلف الدول إن لم يكن كلها، بما فيها القانون الجزائري. فإن غالب قواعد المفاوضات ناتجة كما سبق أن رأينا عن الممارسات العملية، وما أرساه القضاء الوطني لمختلف الدول وقضاء التحكيم التجاري الدولي.

³¹² - j. SCHMIDT, Op. Cit. , P. 52.

³¹³ - حياة محمد محمد أبو النجا، المرجع السابق ص. 190.

المبحث الثاني:

الإيجاب والقبول

تعتبر عملية تبادل الإيجاب والقبول في كل التشريعات والقوانين والنظم، حجر الزاوية في إبرام أي عقد بما في ذلك عقد البيع الدولي، ولحسن الحظ يوجد نوع من التوافق على المستوى الدولي في تعريف العقد على أنه تبادل للإرادات. فالمادة 54 من القانون المدني الجزائري تنص على أن: "العقد اتفاق يلتزم بموجبه شخص أو عدة أشخاص نحو شخص أو عدة أشخاص آخرين بمنح أو فعل أو عدم فعل شيء ما". وتضيف المادة 59 من ذات القانون أنه: "يتم العقد بمجرد أن يتبادل الطرفان التعبير عن إرادتهما المتطابقتين دون الإخلال بالنصوص القانونية".

هذا وإن كانت أغلب القوانين المقارنة إن لم نقل كلها تجمع على ضرورة تطابق الإيجاب والقبول لانعقاد البيع، إلا أنه مع ذلك توجد فروق متعددة وتباينات حمة بينها في معالجتها لماهية الإيجاب والقبول، وما يعتبر من العروض إيجابا أم أنه مجرد دعوة لبدء التفاوض، وما يعتبر من التصرفات قبولا يؤدي إلى انعقاد العقد أم أنه مجرد إيجاب جديد، ومدى تطابق الإيجاب مع القبول، ولحظة انعقاد العقد. فعلى سبيل المثال الإعلان الموجه إلى الجمهور أو العرض في واجهات المحلات وفي النشرات الإشهارية لا يعتبر في أغلب التشريعات لأجلو الأمريكية سوى دعوة للبدء في المفاوضات ولا يشكل إيجابا³¹⁴. في

³¹⁴ - وفاء مصطفى محمد عثمان، توازن المصالح في عقد البيع الدولي للبضائع وفقا لاتفاقية فيينا لعام 1980. رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، مصر، 2005، ص. 22 وما بعدها.

حين أن القانون الفرنسي، يعتبر أن العرض الموجه للجمهور إيجابا ويرتب أثره مجرد تقدم أول شخص بالقبول³¹⁵.

وحيث أن موضوع دراستنا يتعلق بعقد البيع الدولي، فإن وجود هذه الاختلافات بين التشريعات قد يخلق تنازعا حقيقيا في معرفة مدى صحة العقد الدولي المبرم أم لا؟.

ونظرا لوجود هذه الاختلافات بين القوانين فإن المجتمع الدولي سعى بكل ما يمكن إلى توحيد القواعد القانونية التي تحكم البيوع الدولية. ومن أهم القواعد الموجودة في الموضوع، ما جاءت به اتفاقية فينا لسنة 1980 المتعلقة بعقد البيع الدولي للبضائع والتي دخلت حيز التنفيذ في 01 جانفي 1988. بحيث تنظم مرحلة الإيجاب في المواد من 14 إلى 17 منها، ثم تناولت بالتنظيم مرحلة القبول ضمن المواد من 18 إلى 22، ثم عالجت مسألة تطابق الإيجاب والقبول في المادتين 23 و 24 على التوالي. ونجد أيضا من بين القواعد الموحدة، ما جاءت به مبادئ عقود التجارة الدولية التي صاغها المعهد الدولي لتوحيد القانون الخاص "Unidroit"³¹⁶. وعلى هذا الأساس سنراعي في دراستنا لمسألة التراضي في عقد البيع الدولي أحكام القانون الجزائري ونقارنها بأحكام القوانين المقارنة وكذلك بالقواعد الموحدة لأحكام العقود التجارية الدولية.

وبناء على ذلك سنقسم دراسة هذا المبحث إلى مطلبين:

المطلب الأول: الإيجاب.

المطلب الثاني: للقبول.

³¹⁵- François Collart Dutilleul, et Philippe Delebecque: Contrats civils et commerciaux, 5^eedition, Dalloz, P. 83. Vincent Heuzé : la vente international de marchandises, Droit uniforme, L.G.D.J. 2000, p. 142.

³¹⁶- principes Unidroit relatifs aux contrats du commerce international publié par l'institut international pour l'unification du droit privé, 2004.

المطلب الأول: الإيجاب.

إن مرحلة الإيجاب الأهمية بالغة في إبرام عقد البيع الدولي، باعتبارها أول خطوة في تكوين العقد. وقد تكون حصيلة المفاوضات التي تتم بين الأطراف في العقود التجارية الدولية. ونشير هنا أن المشرع الجزائري لم يعط تعريفا دقيقا لمعنى الإيجاب، وإن كان قد تحدث عن بعض التطبيقات الخاصة التي سنوضحها في حينها. وهو ما يجعلنا نستقصي تعريف الإيجاب وفقا للمنهج المقارن (الفرع الأول)، ثم نبحت في آثار الإيجاب (الفرع الثاني).

الفرع الأول: تعريف الإيجاب.

يعرف الإيجاب على أنه العرض الذي يعبر فيه الشخص على وجه جازم عن إرادته في إبرام عقد معين، بحيث إذا اقترن به قبول مطابق له انعقد العقد، ولا يجوز بعد ذلك لأي من الطرفين بإرادته المنفردة التنصل أو التحلل من آثاره³¹⁷. وهو تعريف مشابه لما ذهب إليه اتفاقية فينا لسنة 1980 إذ تعرف الإيجاب في المادة 14 منها بأنه: "أي عرض لإبرام عقد إذا كان موجها إلى شخص أو عدة أشخاص محددين، وكان محمدا بشكل كاف ويتبين منه اتجاه قصد الموجب إلى الالتزام به في حالة القبول، ويكون العرض محمدا بشكل كاف إذا عين البضائع وتضمن صراحة أو ضمنا تحديدا للكمية والتمن أو بيانات يمكن بموجبها تحديدها"³¹⁸.

³¹⁷ - وفاء مصطفى محمد عثمان، المرجع السابق. ص 46.

³¹⁸ - Art.14.-1 de la CVIM « Une proposition de conclure un contrat adressée à une ou plusieurs personnes déterminées constitue une offre si elle est suffisamment précise et si elle indique la volonté de son auteur d'être lié en cas d'acceptation. Une proposition est suffisamment précise lorsqu'elle désigne les marchandises et expressément ou implicitement, fixe la quantité et le prix ou donne les indications permettant de les déterminer.... »

ونجد نفس التعريف تؤكد عليه المادة 2 من مبادئ عقود التجارة الدولية التي وضعها المعهد الدولي لتوحيد القانون الخاص UNIDROIT سنة 1994.³¹⁹

ويتضح من خلال تلك التعاريف السابقة أن الإيجاب يجب أن تتوفر فيه شروط حتى يرتب آثاره. فيجب أن يكون باتا وجازما، ويجب أن تتوفر فيه نية الالتزام في حالة قبول العرض. ويجب أن يكون العرض محددًا تحديداً كافياً، وهو ما سنتعرض له تباعاً.

الشرط الأول: أن يكون الإيجاب باتا وجازما. يشترط في الإيجاب أن يكون باتا، بأن تنصرف فيه إرادة الموجب إلى الالتزام بما تعهد به وبشكل مطلق، ولا يترك فيه الموجب لنفسه مجال للاختيار. ويعتبر هذا الشرط جوهرياً لاعتبار العرض إيجاباً، إذ أنه أساس التمييز بين الإيجاب والدعوة إلى التفاوض، ففي هذه الأخيرة لا يعلن الموجب استعداداً للتعاقد، بل تنصرف نيته فقط إلى التفاوض على شروط العقد. بينما في الإيجاب يكون الموجب قد انتهى من وضع شروطه التي يرغب بالتعاقد على أساسها³²⁰، وقد أكد القضاء الفرنسي أيضاً على هذا الشرط³²¹.

الشرط الثاني: نية الالتزام في حالة قبول العرض. حتى يعتبر الإيجاب صحيحاً لا بد أن تكون لصاحب العرض أو البائع نية الالتزام بإبرام العقد في حالة القبول، وتستخلص هذه النية من كافة الظروف المحيطة بالتعاقد، مثل الألفاظ أو التصرفات التي تمت أثناء المفاوضات وكذلك سلوك الأطراف قبل إبرام العقد. وتعد نية الالتزام بالإيجاب النقطة

³¹⁹- Cf. ARTICLE 2.1.2 du Principes UNIDROIT relatifs aux contrats du commerce international (2004) : (Définition de l'offre)

« Une proposition de conclure un contrat est une offre si elle est suffisamment précise et si elle indique la volonté de son auteur d'être lié en cas d'acceptation ».

³²⁰- وفاء مصطفى محمد عثمان: المرجع السابق، ص. 47.

³²¹-« Entre commerçants, une proposition de contracter ne constitue une offre que si elle indique la volonté de son auteur d'être lié en cas d'acceptation ». Cassa. Com., 6 mars 1990, Bull. Civ., IV. N° 74.

المميزة بين العقود وغيرها من الالتزامات الأدبية كالارتباطات الاجتماعية أو الأخلاقية التي لا تتوفر فيها هذه النية فلا تعتبر التزاما قانونيا³²². وقد أكدت على هذا الشرط الفقرة الأولى من المادة 14 من اتفاقية فينا لسنة 1980 السالفة الذكر³²³.

الشرط الثالث: أن يكون الإيجاب محددًا تحديداً كافياً. نظراً لأن الإيجاب هو أول خطوة في إبرام عقد البيع الدولي، فإنه يجب أن يكون محددًا تحديداً كافياً، بحيث يكون محتويًا على كافة عناصر العقد، سواء الجوهرية منها أو الثانوية.

فالعناصر الجوهرية هي التي من دون تحديدها لا ينعقد العقد، وتكاد تجمع كل التشريعات الوطنية وحتى الاتفاقيات الدولية والفقهاء والقضاء المقارن على أن العناصر الجوهرية في عقد البيع هي الشيء المبيع وثن البيع³²⁴. وفي هذا الصدد نجد المادة 352 من القانون المدني الجزائري تنص على أنه: " يجب أن يكون المشتري عالماً بالمبيع علماً كافياً، ويكون العلم كافياً إذا اشتمل العقد على بيان المبيع وأوصافه الأساسية بحيث يمكن التعرف عليه".

أما العناصر الثانوية فهي تنظم المسائل التفصيلية حول التزامات الطرفين، كمكان التسليم ووقته وكيفية دفع الثمن وغيرها من المسائل غير الأساسية في انعقاد العقد. فهي لا تؤثر في إبرام العقد إذا أغفلها الطرفان، لكن من الجائز أن تتحول إلى عناصر جوهرية بحسب طبيعة العقد وبحسب إرادة المتعاقدين. وهذا ما تؤكد المادة 65 من القانون المدني الجزائري التي تنص على أنه: " إذا اتفق الطرفان على جميع المسائل الجوهرية في العقد

³²² - وفاء مصطفى محمد عثمان: المرجع السابق، ص. 48.

³²³ - « ... si elle indique la volonté de son auteur d'être lié en cas d'acceptation ».

³²⁴ - Vincent Heuzé : Op. Cit, p.142.

واحتفظا بمسائل تفصيلية يتفقان عليهما فيما بعد ولم يشترطا أن لا أثر للعقد عند عدم الاتفاق عليها، اعتبر العقد مُبرما وإذا قام خلاف على المسائل التي لم يتم الاتفاق عليها، فإن المحكمة تقضي فيها طبقا لطبيعة المعاملة ولأحكام القانون، والعرف والعدالة".

وإذا كان القانون الجزائري يؤكد على ضرورة التحديد الكافي للإيجاب، فإن الاتفاقيات الدولية أيضا تتجه نفس الاتجاه، وعلى رأسها اتفاقية فينا لسنة 1980 المتعلقة بعقد البيع الدولي للبضائع السالفة الذكر. إذ اشترطت الفقرة الأولى من المادة 14 منها ضرورة أن يكون العرض محددًا بصورة كافية بحيث إذا قبله الطرف الآخر يبرم العقد، ولا يكون التحديد كافيًا وفقا لذات الاتفاقية إلا إذا حدد فيه الشيء المبيع والثلث³²⁵.

وعلى هذا الأساس يجب أولاً تحديد البضاعة تحديداً كافيًا على اعتبار أنها موضوع التعاقد. فإن كان الأمر يتعلق بشيء نوعي فيجب تحديده هو بالذات وبالذقة الكافية، كالقول السيارة من نوع كذا، صنف كذا، طراز كذا، رقم تسجيلها كذا، رقم هيكلها كذا. وإن كان المبيع شيئاً مثلثاً فإن التحديد يكون بذكر الأوصاف المميزة له، وعلى الأقل يكون التحديد بذكر نوعه كالقول قمح، ذرة، حديد، نحاس، قطن، وهكذا³²⁶.

أما بالنسبة لتحديد جودة ونوعية المبيع فهي أيضاً مسألة أساسية في الإيجاب، لأن نقص تحديدها قد يخلق مشاكل متعددة. فعلى سبيل المثال إن كان المبيع قمحا وجب أن يكون خالياً من الرطوبة، وإن كان المبيع مواداً خاماً وجب أن تكون خالية من الشوائب، وإن كان المبيع تجهيزات وجب أن تكون فعالة ونافعة، وهو ما يحقق الغرض

³²⁵ - Art. 14 de la CVIM : « une proposition est suffisamment précise lorsqu'elle désigne les marchandises et expressément ou implicitement, fixe la quantité et la prix ou donne des indications permettant de les déterminer ».

³²⁶ - هذا ما يمكن استخلاصه من المادة 352 من القانون المدني الجزائري.

الذي يقتنى من أجله المبيع. لأن البائع ملزم في كل الأحوال بضمان صلاحية المبيع لتحقيق الأغراض المنشودة منه حسبما هو ظاهر من طبيعته ومن استعماله، حتى ولو لم يظهر ذلك في العقد³²⁷.

وفيما يتعلق بكيفية تحديد جودة ونوعية المبيع، فإن ذلك يتم في غالب الأحيان باللجوء إلى البيع بالعينة. وفي هذه الحالة يجب أن يكون المبيع مطابقا للعينة، وهو ما تؤكد عليه المادة 353 مدني جزائري التي تنص: "إذا انعقد البيع بالعينة يجب أن يكون المبيع مطابقا لها....". كما قد يتم تحديد جودة المبيع باعتماد المعايير الدولية للجودة، مثل شهادة ISO للجودة، أو بالاعتماد على معايير وطنية، مثل AFNOR الفرنسية، أو DIN الألمانية، أو BSI البريطانية، أو JISC اليابانية... وغيرها من المقاييس الوطنية³²⁸. وفي حالة عدم تحديد الأطراف لجودة المبيع فإنه يمكن اللجوء إلى الأعراف التجارية الدولية، أو الممارسات التجارية المعتادة بين طرفي التعاقد إن وجدت. أو إلى معيار المواصفات المقبولة أو الشيء المعقول. ومعنى ذلك أن يحتوي المبيع على المواصفات التي يقبلها الرجل المعقول إذا وضع في نفس الظروف، وهو ما تنص عليه الفقرة الثانية من المادة الثامنة من اتفاقية فيينا المتعلقة بعقد البيع الدولي للبضائع المذكورة سابقا³²⁹، وكذلك المادة 379 من القانون المدني الجزائري.

³²⁷- في هذا الصدد تنص المادة 379 من القانون المدني الجزائري على أنه: "يكون البائع ملزما بالضمان إذا لم يشتمل المبيع على الصفات التي تعهد بوجودها وقت التسليم، أو إذا كان بالمبيع عيب ينقص من قيمته، أو من الانتفاع به بحسب الغاية المقصودة منه حسبما هو مذكور بعقد البيع، أو حسبما يظهر من طبيعته أو استعماله. فيكون البائع ضامنا لهذه العيوب ولو لم يكن عالما بوجودها....".

³²⁸- Vincent Heuzé, op. cit. p. 144.

³²⁹- Art. 8, alinéa 2 de la CVIM : « le sens qu'une personne raisonnable de même qualité que l'autre partie, placée dans la même situation, leur aurait donné ».

ويجب أيضا تحديد كمية المبيع في الإيجاب ولو بطريقة ضمنية، خصوصا أن مسألة وحدة القياس والوزن قد تثير مشاكل في البيوع الدولية نظرا لاختلافها من دولة لأخرى. فنجد النظام العام للقياس في العالم يركز على النظام المتري في حين أن الدول الأنجلوسكسونية لها مقاساتها الخاصة من ذراع وقدم وأنش وميل، كما نجد مقاسات خاصة بقطاعات نشاط تختلف عن غيرها ولا يفهمها إلا المتخصصون³³⁰. غير أنه إن لم يحدد الأطراف وحدة القياس، فإن ذلك قد يحصل بالرجوع إلى الشروط العامة والأعراف المطبقة في السوق في مجال التخصص والنشاط. وحتى هذه الطريقة الأخيرة في تحديد الكمية لا تخلو من مشاكل، فعلى سبيل المثال إذا كانت الوحدة الاعتيادية لقياس البترول هي البرميل فإن البعض يقيس البترول بالطن المتري. وفي مجال الطاقة الغازية أيضا وحدة القياس الشائعة هي المتر المكعب، ومع ذلك فإنه توجد وحدة قياس بريطانية خاصة هي «British thermal Unit» (B.T.U) التي تقيس كمية الغاز بالنظر إلى كمية الطاقة الحرارية التي يولدها³³¹. ومن هنا تظهر أهمية التحديد الكافي لكمية المبيع في الإيجاب.

هذا وبعد تحديد البضاعة تحديدا كافيا من حيث نوعها وجودتها وكميتها، يجب أن يحدد الإيجاب أيضا ثمن المبيع، أو أن يضع معايير واضحة وكافية لتحديد الثمن. حيث أثار مسألة وجوب تحديد الثمن في الإيجاب جدلا فقها كبيرا³³²، فهل عدم تحديد

³³⁰ - Vincent Heuzé, op. cit. p. 145.

³³¹ - « Si l'unité de quantité dans le domaine pétrolier est le Baril, la tonne métrique n'est pas inconnu ; en matière d'hydrocarbures gazeux, on utilise souvent la British Thermal Unit (B.T.U) qui donne la quantité de gaz par rapport à une unité calorifique, mais aussi l'unité de volume du système métrique (mètre cube) ; dans le domaine de l'uranium, les contrats utilisent le Kilogramme pour l'oxyde et la livre avoir du poids pour le fluorure ». Ph. Kahn., l'interprétation des contrats internationaux, JDI. 1981, p. 5.

³³² - راجع في تفصيل ذلك، وفاء مصطفى محمد عثمان، المرجع السابق، ص. 54 و ما بعدها

Voir aussi, Vincent Heuzé: Op.Cit. p. 145 et suite. Et Bonell, « la nouvelle convention des nations unies sur le contrat de vente international de marchandises », Revue Dr. Pra. com. In. , 1981, p. 7.

السعر في الإيجاب يبطل هذا الأخير، ولا يرتب أثره في انعقاد العقد ولو قابله قبول؟. أم أن العقد ينعقد حتى بدون تحديد الإيجاب لثمن البيع؟.

ولقد ازدادت حدة هذا الجدل على المستوى الدولي، خصوصا عند تفسير الفقهاء لنصوص مواد اتفاقية فينا المتعلقة بعقد البيع الدولي للبضائع لسنة 1980، وبالأخص المادتين 14 و55 التي تحوي حكيمين متعارضين في المسألة.

فالمادة 14 من الاتفاقية تفرض أن يكون الثمن محددًا أو قابلاً للتحديد في الإيجاب حتى يعتبر صحيحًا، وإلا اعتبر مجرد دعوة للتفاوض وليس إيجابًا. لكن المادة 55 من ذات الاتفاقية تنص على أنه: "إذا انعقد البيع صحيحًا من دون أن يكون ثمن البضاعة المباعة محددًا في العقد بطريق صحيحة أو ضمنية تجعله قابلاً للتحديد، ففي هذه الحالة يحال الأطراف ما لم يوجد اتفاق مخالف، على السعر المعتاد العمل به وقت انعقاد العقد في الفرع التجاري المختص بالنسبة لنفس البضاعة المباعة في نفس الظروف"³³³.

فالملاحظ للمادتين 14 و55 من الاتفاقية يجد تعارضًا واضحًا، فالأولى تؤدي إلى نزع صفة الإيجاب عن العرض الذي لا يحدد الثمن أو يجعله قابلاً للتحديد. بينما الثانية أي المادة 55 تؤدي إلى اعتبار العقد صحيحًا حتى ولو لم يكن الثمن محددًا أو قابلاً للتحديد، فأبي النصين يطبق؟.

³³³ - Art. 55 de la CVIM : « Si la vente est valablement conclue sans que le prix des marchandises vendues ait été fixée dans le contrat expressément ou implicitement ou par une disposition permettant de le déterminer, les parties sont réputées, sauf indication contraire, d'être tacitement référées au prix, habituellement pratiqué au moment de la conclusion du contrat dans la branche commerciale considérée pour les mêmes marchandises vendues dans des circonstances comparables ».

ذهب بعض الفقه³³⁴ إلى حل مشكلة التعارض بين المادتين عن طريق رد كل مادة إلى موقعها من الاتفاقية. فالمادة 14 موجودة في القسم الثاني المتعلق بتكوين عقد البيع، بينما المادة 55 فهي موجودة في القسم الثالث المتعلق بأثر عقد البيع. وهما قسمين منفصلين تماما، نظرا لأن المادة 92 من ذات الاتفاقية تسمح للدول التي تصادق عليها أن تستبعد أحد القسمين من مصادقتها ويصبح غير ساري المفعول بالنسبة لها. فإذا صادقت على القسم الثاني دون الثالث كانت المادة 14 هي الواجبة التطبيق، أما إذا صادقت على القسم الثالث دون الثاني فإن المادة 55 هي الواجبة التطبيق. لكن ما العمل إذا كانت الدولة قد صادقت على كامل الاتفاقية؟، فهذا يعني أن التعارض يبقى قائما وجديا. وهذا ما قسم الفقه إلى قسمين، فريق يرحح تطبيق المادة 55 والآخر يرحح تطبيق المادة الرابعة عشر.

فغالبية الفقه الأنجلو أمريكي³³⁵ يدعم ترجيح المادة 55، وقد قدموا لذلك مجموعة من الحجج. منها أنه في البيوع التي يكون تنفيذها طويل الأمد، وفي عقود التوريد، من المستحيل عمليا أن يتم تحديد الثمن مرة واحدة في الإيجاب. لذلك يمكن أن يكون تحديد الثمن لاحقا لإبرام العقد. لكن على الرغم من هذه الحجة، إلا أن المادة 55 تلقى انتقادا على أساس أنها تنص على أن التحديد اللاحق للثمن يكون على أساس سعر السوق وقت إبرام العقد *au moment de la conclusion du contrat*، وبناء على ذلك لا يمكن لهذه الطريقة أن تحمي توازن المصالح المالية للمتعاقدين في عقود التوريد من تغيير

³³⁴ - Vincent Heuzé: Op. Cit. p. 145.

³³⁵ - Peter Schlechtriem: Commentary on the U. N. convention on the international sale of goods, oxford, 1998. Cité par Vincent Heuzé, Op. Cit. p. 148.

الظروف. وعلى هذا الأساس رجح غالبية فقهاء القانون المدني³³⁶ تطبيق نص المادة 14 من الاتفاقية.

أما فيما يتعلق بموقف المشرع الجزائري من المسألة فهو واضح وجلي، حيث أنه لا يقضي ببطالان العقد لمجرد أن الطرفين لم يحددا ثمن المبيع صراحة، بل يكفي أن يقتصر تقدير الثمن على بيان الأسس التي يحدد بمقتضاها فيما بعد، أو إذا تبين أن المتعاقدين قد نويا الاعتماد على السعر المتداول في التجارة، أو السعر الذي جرى عليه التعامل بينهما. ويكون التقدير في زمان ومكان التسليم وليس وقت انعقاد البيع، وبذلك حسنا ما فعل المشرع الجزائري خلافا لاتفاقية فيينا. وهو ما تأكده المادتان 356 و357 من القانون المدني الجزائري³³⁷.

الفرع الثاني: آثار الإيجاب.

بما أن الإيجاب هو الخطوة الأولى والأساسية لإبرام العقد، وهو تعبير عن إرادة أحد الأطراف في إبرام العقد. يجب علينا بحث الآثار المترتبة عن الإيجاب. ومعنى ذلك هل يعتبر الإيجاب ملزما للموجب في كل الأحوال، ويؤدي إلى انعقاد العقد في حالة مقابله بقبول؟ أم أنه يمكن للموجب الرجوع عن إيجابه وإلغائه؟ ومتى يصبح الإيجاب ملزما؟ هل من تاريخ صدوره من الموجب؟ أم من تاريخ وصوله إلى الطرف الآخر؟

³³⁶- Vincent Heuzé: Op. Cit. p. 149.

³³⁷- تنص المادة 356 مدني جزائري على أنه: "يجوز أن يقتصر تقدير ثمن المبيع على بيان الأسس التي يحدد بمقتضاها فيما بعد. وإذا وقع الاتفاق على أن الثمن هو سعر السوق وجب عند الشك الرجوع إلى سعر السوق الذي يقع فيه تسليم المبيع للمشتري في الزمان والمكان، فإذا لم يكن مكان التسليم سوق وجب الرجوع إلى سعر السوق في المكان الذي يقضي العرف أن تكون أسعاره هي السارية."

وتنص المادة 357 على أنه: "إذا لم يحدد المتعاقدان ثمن البيع فلا يترتب على ذلك بطلان البيع متى تبين من أن المتعاقدين قد نويا الاعتماد على السعر المتداول في التجارة، أو السعر الذي جرى عليه التعامل بينهما".

إن ما يؤكد ضرورة بحث هذه الإشكالات هو الاختلاف العميق لدى القوانين المقارنة في المسائل المتعلقة بوقت إحداث الإيجاب لآثاره، ومدى إمكانية العدول عن الإيجاب من الموجب. لذلك نعالج هذه المسألة في نقطتين: الأولى، متى يحدث الإيجاب أثره؟، الثانية، هل يمكن للموجب أن يعدل عن إيجابه؟.

أولاً: متى يحدث الإيجاب أثره.

طبقاً للقانون المدني الجزائري فإن الإيجاب لا يرتب أثره بمجرد صدوره عن الموجب بل يجب أن يصل إلى علم من وجه إليه. وهذا ما تقضي به المادة 61 من القانون المدني الجزائري، والتي تعتبر أن الوصول هو قرينة على العلم به، غير أن هذه القرينة بسيطة يجوز إثبات عكسها³³⁸. وهو اتجاه موافق لما ذهب إليه اتفاقية فيينا لسنة 1980 المتعلقة بعقد البيع الدولي للبضائع، وذلك من خلال المادة 15³³⁹ التي تنص على أن: "الإيجاب يرتب أثره إذا وصل إلى المرسل إليه". وتؤكد المادة 24 من ذات الاتفاقية أن الإيجاب يعتبر قد وصل إلى الوجه إليه، إذا حصل شفاهة أو بأي وسيلة أخرى، وإذا أرسل إلى الوجه إليه نفسه أو إلى مؤسسته أو عنوانه البريدي أو عنوان محل إقامته المعتاد³⁴⁰. وبذلك تكون إتفاقية فيينا قد أخذت بنظرية الوصول « Théorie de la réception ». وهذا يعني أن الإيجاب حتى وان كان غير قابل للرجوع عنه (كما لو كان الموجب قد قيد نفسه بفترة زمنية يبقى فيها الإيجاب سارياً) فإنه لا يرتب أثره إلا من تاريخ وصوله

338 - تنص المادة 61: "ينتج التعبير عن الإرادة أثره في الوقت الذي يتصل فيه بعلم من وجه إليه، ويعتبر وصول التعبير قرينة على العلم به ما لم يقدّم الدليل على عكس ذلك".

339 - Article 15 de la convention de vienne. « Une offre prend effet lorsqu'elle parvient au destinataire ».

340 - Article 24 de la convention de vienne: « aux fins de la présente partie de la convention, un offre.. « parvient » à son destinataire lorsqu'elle lui est faite verbalement ou est délivrée par tout autre moyen au destinataire lui-même, à son établissement, à son adresse postale au, s'il n'a pas d'établissement ou d'adresse postale, à sa résidence habituelle ».

إلى الموجه إليه، وعليه إذا عدل عنه الموجب وأرسل عدوله قبل وصول الإيجاب الأصلي فإنه في هذه الحالة لا يرتب أثرا، وهو ما أكدته الفقرة الثانية من المادة 15 من اتفاقية فيانا³⁴¹.

ثانيا: إمكانية سحب الإيجاب والعدول عنه.

تثير مشكلة إمكانية سحب الإيجاب أو العدول عنه، اختلافات كبيرة وجوهرية على مستوى القوانين المقارنة، فبعض القوانين تمنع بشدة إمكانية إلغاء الإيجاب، ومنها القانون الألماني في المادة 145 من القانون المدني الألماني³⁴²، والمادة 03 من قانون الالتزامات السويسري الساري المفعول حاليا³⁴³.

أما بالنسبة للدول الأنجلوساكسونية Common Law، فعلى العكس تسمح للموجب أن يعدل عن إيجابه في أي وقت حتى وإن كان قد حدد لنفسه أجلا لإبقاء الإيجاب قائما³⁴⁴.

في حين أننا نلاحظ أن القانون الجزائري على غرار نظيره الفرنسي وعلى غرار اتفاقية فيانا للبيع الدولي للبضائع، أخذ موقفا وسطا بين الموقفين السابقين المتطرفين.

³⁴¹- Article 15 alinéa 2 du CVIM.: « ... une offre même si elle irrévocable, peut être rétractée si la rétractation parvient au destinataire avant ou en même temps que l'offre ».

³⁴² - § 145 du BGB Allemand. Voire la tradition française du Code civil Allemand promulgué le 18 aout 1896, entré en vigueur le 1^{er} janvier 1900. Collection des principaux codes étrangers.
<http://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k504246c/f3.image.r=.langFR>

³⁴³ - Art. 3 du Code suisse des obligations du 30 mars 1911 (Etat le 1^{er} janvier 2012)

« 1. Offre avec délai pour accepter

¹ Toute personne qui propose à une autre la conclusion d'un contrat en lui fixant un délai pour accepter, est liée par son offre jusqu'à l'expiration de ce délai.

² Elle est déliée, si l'acceptation ne lui parvient pas avant l'expiration du délai. »

³⁴⁴- Vincent Heuzé: op. cit. p.158

فالقانون الجزائري يسمح للموجب كأصل عام أن يرجع عن إيجابه مادام لم يقبله قبول يؤدي إلى انعقاد العقد. ووضع استثناء واحد أئى يلزم الموجب بالبقاء على إيجابه ولم يسمح له بالعدول، وذلك إذا عين الموجب أجلا للقبول سواء صراحة أو ضمنا. وهذا ما تقضي به المادة 63 من القانون المدني الجزائري، التي تنص: "إذا عين أجل للقبول التزم الموجب بالبقاء مع إيجابه إلى انقضاء هذا الأجل، وقد يستخلص الأجل من ظروف الحال، أو من طبيعة المعاملة".

وكذلك الشأن بالنسبة لاتفاقية فيانا لسنة 1980 المتعلقة بعقد البيع الدولي للبضائع التي تقر أصلا بمبدأ حرية العدول عن الإيجاب وذلك من خلال الفقرة الأولى من المادة 16 منها. لكن يشترط أن يكون العدول قبل أن يرسل القابل قبوله، ولا يكفي أن يصدر العدول قبل إرسال القابل قبوله بل يجب أن يصل العدول قبل هذا التاريخ.

غير أن الفقرة الثانية من نفس المادة 16 تضع استثناءين لا يمكن معهما للموجب أن يرجع عن إيجابه³⁴⁵. الحالة الأولى، إذا كان الموجب قد حدد لنفسه أجلا ليتلقى فيه الإيجاب، فلا يمكنه العدول قبل ذلك الأجل. والظاهر أن هذه الحالة لا تثير إشكالات خصوصا إذا كان الأجل محدد بطريقة صريحة، لكن إذا كان الأجل محدد ضمنا فكيف يكون الحل. أما الحالة الثانية، التي يكون فيها الإيجاب غير قابل للعدول عنه، فهي إذا خلق الإيجاب اعتقادا عقلانيا لدى المخاطب به بأنه غير قابل للعدول عنه وتصرف على أساس ذلك الاعتقاد. لذلك يشترط في هذه الحالة الأخيرة توفر شرطين. الأول هو أن يكون الإيجاب غير واضح صراحة أو ضمنا بأنه غير قابل للرجوع عنه ويكون التعبير عنه

³⁴⁵- Article 16. § 2 C.V.I.M : « cependant, une offre ne peut être révoquée :

a) si elle indique en fixant un délai déterminé pour l'acceptation, ou autrement, qu'elle est irrévocable ; ou
B) s'il était raisonnable pour le destinataire de considérer l'offre comme irrévocable et s'il agi en conséquence ».

بطريقة تخلق اعتقاد " عقلائي " بالطابع الملزم للإيجاب. أما الشرط الثاني فهو أن يكون المخاطب قد تصرف على أساس هذا الاعتقاد كما لو أنه أرسل البضاعة المطلوبة في الإيجاب أو بدأ في تصنيعها مثلا.

وفي كل الأحوال ينتهي مفعول الإيجاب في حالة إعلان من وجه إليه رفضه الصريح لقبوله، أو في حالة تجاوز الأجل إذا كان الإيجاب مقترنا بأجل لتلقي القبول فيه دون أن يحصل هذا الأخير داخل الأجل³⁴⁶.

المطلب الثاني: القبول.

لا يكفي أن يصدر الإيجاب من الموجب حتى ينعقد البيع وفقا للأحكام العامة، بل يجب أن يقابله قبول مطابق له. فالقبول هو كل تعبير عن إرادة المخاطب بالإيجاب سواء كان صريحا أو ضمنيا أو بتصرف يعلن فيه عن رغبته في إبرام العقد بالشروط والضوابط التي حددها الموجب في إيجابه، خلال المدة الزمنية المحددة في الإيجاب أو خلال فترة زمنية معقولة³⁴⁷.

وهذا التعريف تتفق حوله العديد من النصوص الدولية، فنجد المادة 18 فقرة أولى من اتفاقية فيانا (CVIM) تنص:

« Une déclaration ou autre comportement du destinataire indiquant qu'il acquiesce à une offre constitue une acceptation, le silence ou l'inaction à eux seuls ne peuvent valoir acceptation... ».

³⁴⁶ - راجع المواد 61 وما بعدها من القانون المدني الجزائري.

³⁴⁷ - Jean – Michel Jacquet, et autres, Droit du commerce international, 1 er Edition ; Dalloz, 2007, p. 347.

وكذلك تنص الفقرة الثانية من المادة 6.1.2 من مبادئ المعهد الدولي لتوحيد القانون الخاص الخاصة بالعقود الصادرة في 1994 والمحنة في عام 2004 على أن القبول " هو كل تصريح أو تصرف صادر عن المخاطب بالإيجاب، يعبر من خلاله بأنه موافق على الإيجاب³⁴⁸ .

ومن خلال ذلك كله نلاحظ أنه يجب صدور القبول من المخاطب بالإيجاب واضحا ومحددا وغير مشروط، ويجب أن يكون القبول متطابقا مع الإيجاب تطابقا تاما. وعلى غرار المطلب السابق المتعلق بالإيجاب، سندرس محتوى القبول (الفرع الأول)، ثم آثار القبول (الفرع الثاني).

الفرع الأول: محتوى القبول.

يمكننا أن نميز في محتوى القبول، بين المسائل المتعلقة بالشكل (أولا)، والمسائل المتعلقة بالموضوع (ثانيا).

أولا: من حيث الشكل. يمكن أن يكون القبول عبارة عن تصريح أو عبارة عن تصرف وعمل مادي يدل على القبول³⁴⁹ . وتثار أيضا في مجال شكل القبول مسألة السكوت وعدم التصرف، فهل يدل على القبول أم لا ؟. وهو ما سنتعرض له على التوالي.

³⁴⁸- ARTICLE 2.1.6 du Principes UNIDROIT relatifs aux contrats du commerce international (2004) (Mode d'acceptation)

1) Constitue une acceptation toute déclaration ou autre comportement du destinataire indiquant qu'il acquiesce à l'offre. Le silence ou l'inaction ne peuvent à eux seuls valoir acceptation

2) L'acceptation d'une offre prend effet au moment où l'indication d'acquiescement parvient à l'auteur de l'offre

3) Cependant, si, en vertu de l'offre, des pratiques établies entre les parties ou des usages, le destinataire peut, sans notification à l'auteur de l'offre, indiquer qu'il acquiesce en accomplissant un acte, l'acceptation prend effet au moment où cet acte est accompli.

³⁴⁹- تنص المادة 60 من القانون المدني الجزائري: "التعبير عن الإرادة يكون باللفظ أو الكتابة، أو بالإشارة المتداولة عرفا. كما يكون باتخاذ موقف لا يدع أي شك في دلالة على مقصود صاحبه. ويجوز أن يكون التعبير ضمنيا إذا لم ينص القانون أو يتفق الطرفان على أن يكون صريحا.

أ- القبول بالتصريح. هذه هي الطريقة البسيطة والمباشرة للتعبير عن القبول. فإذا كان التصريح واضحاً ودقيقاً ومتطابقاً مع الإيجاب انعقد العقد من دون أي إشكال. وقد يتخذ التصريح الصادر من المخاطب إما في صورة موافقة كتابية، أو موافقة شفهية أو عبر الرسائل الإلكترونية. لكن يجب أن يكون القبول صادر من وجه له الإيجاب أو ممن ينوب عنه، ولا يمكن لأي شخص آخر غير مخاطب بالإيجاب أن يصدر قبولاً، فهنا لا ينعقد العقد لانعدام العلاقة بين الموجب والقابل³⁵⁰.

ب- القبول بالتصرف. أما الشكل الثاني للقبول، فهو التصرف الدال على الموافقة على الإيجاب، ويكون ذلك بقيام المخاطب بالإيجاب بتصرفات مادية دالة وكاشفة عن نيته في التعاقد، مثل قيامه بإرسال البضاعة المطلوبة من الموجب، أو بقيامه بفتح اعتماد مستندي لتسديد ثمن البضاعة التي عرضها عليه الموجب، أو إذا بدأ في تصنيع البضاعة المطلوبة أو قام بشراء المواد الأولية اللازمة لتصنيعها. لكن في كل الأحوال لا بد أن تكون هذه التصرفات المادية تدل بطريقة قاطعة على توجه إرادة القائم بها نحو قبول الإيجاب. ولا تخلو هذه الطريقة في القبول من أخطار، لأنه في كثير من الأحيان قد لا يعلم الموجب بهذه التصرفات المادية التي يقوم بها القابل، وبذلك يعتقد أنه لا يوجد قبول ولم ينعقد العقد، مما يجعله يتحرر من الإيجاب الذي أصدره³⁵¹.

ت- السكوت. أما السكوت وعدم إبداء أي تصرف، فيوجد شبه إجماع لدى القوانين المقارنة والاتفاقيات الدولية على عدم اعتباره في حد ذاته قبولاً، فالمبدأ أنه لا ينسب لساكت قول. غير أن السكوت إذا كان مُلابس «Le silence circonstancié»

350 - وفاء مصطفى محمد عثمان، المرجع السابق، ص. 96.

351 - يزيد أنيس نصير، الارتباط بين الإيجاب والقبول في القانون المدني الأردني والمقارن، مجلة الحقوق، العدد الثالث، مجلس النشر العلمي، جامعة الكويت، سبتمبر 2003، ص. 97.

أي إذا اقترنت به ظروف وملابسات توحى على نية معينة للمخاطب بالإيجاب وعن قصده في قبول التعاقد، فإنه قد يفسر في بعض الأحيان على أنه قبول. وهو ما تؤكد عليه المادة 68 من القانون المدني الجزائري التي تنص: "إذا كانت طبيعة المعاملة، أو العرف التجاري أو غير ذلك من الظروف تدل على أن الموجب لم يكن لينتظر تصريحاً بالقبول فإن العقد يعتبر قد تم إذا لم يرفض الإيجاب في الوقت المناسب. ويعتبر السكوت في الرد قبولاً، إذا اتصل الإيجاب بتعامل سابق بين المتعاقدين، أو إذا كان الإيجاب لمصلحة من وجه إليه".

ونفس الاتجاه نجده لدى القانون والقضاء الفرنسي إذ لا يعتبر أن السكوت قبولاً إلا إذا كان مُلابس³⁵². وهذا المذهب تؤكد أيضاً اتفاقية فيينا التي تنص في الفقرة الأولى من المادة 18 منها أن: "السكوت وعدم التصرف لا يعتبر في حد ذاته قبولاً³⁵³. ويرى بعض الفقه³⁵⁴ أن عبارة في حد ذاته «à eux seuls» الواردة في هذه المادة تدل صراحة على أن الاتفاقية تعتد بالسكوت الملابس كقبول، وهو ما تؤكد أمانة لجنة الأمم المتحدة لقانون التجارة الدولية في تعليق لها على المادة 18 من الاتفاقية CNUDCI. حيث تري أنه يجب الأخذ بعين الاعتبار المعاملات السابقة المعتادة بين الطرفين، وتضرب لذلك مثلاً مفاده، أنه إذا سبق للمتعاقدين على طول 10 سنوات الأخيرة للمعاملات بينهم أن المشتري كان يطلب بانتظام البضاعة فيقوم البائع بإرسالها

³⁵²- « Ne méconnaît pas la règle selon laquelle le silence, à lui seul, ne vaut pas acceptation, non plus que la CVIM, la cour d'appel qui relève souverainement que l'acheteur avait lui-même demandé la modification des caractéristiques des pièces commandées, et avait ensuite accepté sous réserves le plan des pièces comportant la modification, ainsi que la livraison des pièces modifiées ».C.A. Paris, 10 sep. 2003. R.T.D. Com. 2004, p. 394.

³⁵³- Art. 18. Al. 1^{er} de la CVIM : « ... le silence ou l'inaction à eux seuls ne peuvent valoir acceptation ».

³⁵⁴- Vincent Heuzé : Op.Cit. P.164.

له في أجل من 6 إلى 9 أشهر من تاريخ كل طلب، من دون أن يقوم البائع بالتصريح بأنه قبل أم لا. غير أنه في المرة الأخيرة أرسل المشتري طلبه ومضى الأجل المعتاد الذي كانت ترسل فيه البضاعة دون أن يقوم البائع بإرسالها. فإنه في هذه الحالة يمكن للمشتري أن يتابع البائع على عدم إتمام التزاماته التعاقدية، رغم أن البائع كان في موقف سكوت ولم يصدر منه أي تصريح أو تصرف يدل على قبوله الطلب، غير أن المعاملات المعتادة بين الأطراف تجعل من السكوت في هذه الحالة ملابسا ويحتمل تأويله على أنه قبول³⁵⁵.

ثانياً: من حيث الموضوع. فيجب أن يكون القبول تاماً ومتطابقاً مع الإيجاب، إذ الأصل أن القبول يكون بسيطاً ومباشراً كقوله "نعم"، وبذلك يوافق على كل المحتويات والشروط الواردة في الإيجاب. أما إذا وافق القابل على الإيجاب لكن وضع مع موافقته شروطاً أخرى، أو عدل من محتوى الإيجاب، ففي هذه الحالة لا يعتبر هذا قبولاً وإنما يعتبر إيجاباً جديداً يحتاج إلى موافقة وقبول من الموجب الأول حتى ينعقد العقد³⁵⁶. لذلك يجب أن تتوفر في القبول ثلاثة شروط أساسية، سنتعرض لها (أ). ثم نتعرض للقبول المقترن بالشروط العامة الواردة في العقود النموذجية السائد التعامل بها في مجال التجارة الدولية (ب).

³⁵⁵- Le commentaire du secrétariat de la CNUDCI Propose de la prise en considération de pareilles habitudes l'exemple suivant : « au cours des dix dernière année précédentes, l'acheteur a commandé à intervalles réguliers des marchandises qui devaient lui être expédiés dans un délai de six à neuf mois, suivant chaque commande .A l'exception des toutes première fois, le vendeur n'a jamais accusé réception des commandes, mais a toujours expédié les marchandises qui lui étaient commandées, A un moment donné ; sons en aviser l'acheteur , le vendeur n'expédie pas les marchandises, l'acheteur peut poursuivre le vendeur pour rupture du contrat, en arguant qu'en vertu d'une pratique qui s'est établie entre les parties, le vendeur n'était pas tenir d'accuser réception de la commande, et que dans ce cas , le silence du vendeur vaut acceptation de l'offre ». Cité par Vincent Heuzé, Op. Cit. P. 165.

³⁵⁶- تنص المادة 66 من القانون المدني الجزائري على أنه: "لا يعتبر القبول الذي يغير الإيجاب إلا إيجاباً جديداً".

أ- شروط القبول.

الشرط الأول: ألا يكون القبول مشروطا. فيجب أن يصدر القبول باتا منجزا وغير معلق على شرط، ليتقابل مع إيجاب بات فينقذ العقد. لذلك لا يؤدي القبول المشروط إلى إبرام أي العقد³⁵⁷.

الشرط الثاني: انصراف نية المخاطب بالإيجاب إلى القبول. إن انصراف نية المخاطب إلى الارتباط بالإيجاب هو العنصر الرئيسي الذي يقوم عليه إبرام العقد، لأن العقد سلوك ينطوي على قصد، فإذا توافرت هذه النية يتكون العقد، لذلك يشترط في القبول أن تتجه إرادة القابل إلى الالتزام بالإيجاب الصادر من الموجب بدون أي تحفظ وبشكل تام³⁵⁸.

الشرط الثالث: ألا يحتوي القبول على أية إضافات أو تعديلات على الإيجاب. على الرغم من أن الأنظمة القانونية المختلفة تؤكد على ضرورة تطابق القبول مع جميع عناصر الإيجاب تطابقا تاما، إلا أنها قصرت هذا التطابق على التطابق الجوهرى. فبمعنى آخر ضرورة اتفاق الطرفين على جميع العناصر الضرورية اللازمة لقيام العقد والتي لا يتصور العقد من دونها، مثل المبيع والتمن، بحيث إذا تعذر معرفة أي من العنصرين قبل التعاقد، تعذر أيضا القول بأن أحد الطرفين قد باع وأن الآخر قد اشترى³⁵⁹. بخلاف العناصر غير الجوهرية التي لا يؤدي عدم الاتفاق عليها إلى التأثير على انعقاد العقد³⁶⁰.

³⁵⁷ - راجع المادة 66 من القانون المدني الجزائري المذكورة أعلاه.

³⁵⁸ - وفاء مصطفى محمد عثمان، المرجع السابق، ص. 98.

³⁵⁹ - وفاء مصطفى محمد عثمان، المرجع السابق، ص. 99. راجع أيضا المادة 66 من القانون المدني الجزائري.

³⁶⁰ - وهذا ما تؤكد المادة 65 من القانون المدني الجزائري.

لذلك يوجد نوعين من عدم التطابق: الأول، عدم التطابق الجوهرية، أين يضيف القابل شروطا جديدة أو يعدل من شروط الإيجاب أو يدخل نوع آخر من القيود الجوهرية، فهنا لا يعتبر العقد مبرما والرد عليه يعد إيجابا مضادا³⁶¹. أما النوع الثاني فهو عدم التطابق الثانوي، وهو لا يمنع من إبرام العقد لأن الاختلاف بين القبول والإيجاب لا يؤثر على العناصر الأساسية الواردة في الإيجاب³⁶². وفي هذا الصدد نجد أن المشرع الجزائري اتخذ موقفا صريحا إذ تنص المادة 66 من القانون المدني: "لا يعتبر القبول الذي يغير الإيجاب إلا إيجابا جديدا".

وكذلك اتفاقية فيانا للبيع الدولي للبضائع (CVIM) تنص في المادة 19 فقرة أولى منها:

« Une réponse qui tend à être l'acceptation d'une offre, mais qui contient des additions, des limitations ou autres modification, est un rejet de l'offre et constitue une contre offre ».

فالأصل العام وفقا للاتفاقية أنه إذا عدل القابل محتوى الإيجاب فإننا نصبح أمام إيجاب مقابل «contre-offre» ولا ينعقد العقد إلا بقبول من الموجب الأول. غير أن الفقرة الثانية من المادة 19 المذكورة سالفًا، تضع استثناء مفاده أنه إذا وافق المخاطب بالإيجاب لكنه وضع تعديلات غير جوهرية على الإيجاب ولا تمس بجوهره، وعلم بما الموجب دون أن يعلن رفضه الصريح لهذه التعديلات في مدة معقولة ومن دون تأخر غير مبرر، فإن العقد يعتبر ينعقد حسب الشروط التي وضعها الموجب والتعديلات التي ألحقها القابل³⁶³. بينما تعتبر الفقرة 3 من المادة 19 من الاتفاقية سابقة الذكر أن الاختلاف بين

³⁶¹ - راجع المادة 66 من القانون المدني الجزائري.

³⁶² - راجع المادة 65 من القانون المدني الجزائري.

³⁶³ - Art. 19. Al. 2, CVIM : « cependant, une repense qui tend à être l'acceptation d'une offre, mais qui contient des éléments complémentaires ou différent n'altérant pas substantiellement les termes de l'offre. Constitue une acceptation, à moins que l'auteur de l'offre, sons retard injustifié, n'en relève les différences

الإيجاب والقبول إذا حصل حول السعر أو طريقة الوفاء، أو في جودة وكمية البضاعة أو في مكان ووقت التسليم أو في مدى مسؤولية أحد الأطراف في مواجهة الآخر، أو في شروط تسوية النزاعات، فإن هذا الاختلاف يعتبر جوهرى ومؤثر على الإيجاب، وبالتالي فإن هذا القبول يعتبر إيجابا جديدا³⁶⁴.

إن هذا التعداد الذي جاءت به الفقرة 3 من المادة 19 للمسائل التي يعتبر الاختلاف حولها مساسا جوهريا بمحتوى الإيجاب « modification altérant substantiellement les termes de l'offre » ، وبالتالي لا ينعقد العقد. اعتبرها الكثير من الفقه³⁶⁵ وحتى القضاء بأنها وردت على سبيل المثال فقط لا على سبيل الحصر. وفي تطبيقات مختلفة اعتبر القضاء بأن رفض شرط التحكيم لا يعتبر موافقة بل هو إيجاب مقابل³⁶⁶. واعتبر كذلك اشتراط المشتري لشروط خاصة بتعليب وتغليف السلع إيجابا مقابلا³⁶⁷. في حين اعتبرت محكمة بادن بادن الألمانية بأن القبول الذي يوضح بأن أي احتجاج يجب أن يحصل في ظرف 30 يوما، لا يؤثر على المعنى الجوهرية للإيجاب وبالتالي فإن العقد قد انعقد وفقا لمقتضيات الفقرة 2 من المادة 19 من اتفاقية فيانا³⁶⁸. وقد

verbalement ou n'adresse un avis à cet effet, s'il ne le fait pas, les termes du contrat sont ceux de l'offre, avec les modifications comprises dans l'acceptation ».

³⁶⁴ - Art. 19a. 3.CVIM : « Des éléments complémentaires ou différents relatifs notamment au prix, au paiement, à la qualité et à la quantité des marchandises, au lieu et au moment de la livraison, à l'étendue de la responsabilité d'une partie à l'égard de l'autre, ou au règlement des différends; sont considérés comme altérant substantiellement les termes de l'offre ».

³⁶⁵ - Vincent Heuzé : Op. Cit. P.166.

³⁶⁶ - « En vertu des art 18, et 19 de la CVIM Une réponse qui tend à l'acceptation d'une offre mais contient des éléments différents altérant substantiellement les termes de l'offre- tell, selon l'article.19, 3, une stipulation divergente sur le règlement des différends. Ne vaut pas acceptation, ce qui n'entraîne pas l'application d'une clause attributive de compétence contenue dans l'offre ». Cass. Civ. Ch. 1^{er}. 16 juillet 1998, Rrv. Crit. DIP. 1999, P.122.

³⁶⁷ - OLG Hamm, 22 septembre 1992. Cité par C. Witz, les premières applications jurisprudentielles du droit Uniforme de la vente internationale, LGD. 1995. P. 142 et s

³⁶⁸ - OLG Baden- Baden, 14 Aout 1991. Cité par C, Witz, Op.Cit. P.142 et s.

قضت المحكمة العليا في النمسا بأن المسائل المعدودة في المادة 19 فقرة 3 من اتفاقية فيانا يمكن أن تعتبر أنها لا تمس بالمعاني الجوهرية للإيجاب، إذا كانت الأعراف والمفاوضات وظروف القضية تقضي بذلك³⁶⁹.

إن هذه الاجتهادات القضائية التي تراعي الواقع العملي، تعارض في كثير من الأحيان المعنى الحرفي لنص الفقرة 3 من المادة 19 من اتفاقية فيانا السالفة الذكر، وما يدل على أن ذلك التعداد الوارد فيها هو على سبيل الحصر ويؤدي الاختلاف حوله إلى عدم انعقاد العقد. هو أن مشروع اتفاقية فيانا الذي قدمته لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولية CNUDCI في 1978، كان يحتوي صراحة على فقرة واضحة تنص على المسائل المذكورة في الفقرة 3 مادة 19، لا يمكن اعتبارها تؤثر بصفة جوهرية على معنى الإيجاب إذا كان المخاطب بها يعتقد بناء على ما جاء في الإيجاب أو بناء على الظروف الخاصة المحيطة بعملية التعاقد بأن هذه الشروط مقبولة من قبل الموجب.

« Ne devait pas être considéré comme altérant substantiellement les termes de l'offre, si le destinataire de celle-ci avait lieu de croire, en vertu de l'offre ou des circonstances particulières de l'affaire, que ces éléments sont acceptables pour l'auteur de l'offre ».

ونظرا لأن الفقرة كانت موجودة في مشروع الاتفاقية ثم حذفت من النص النهائي فهذا يدل على أن هذا الاستثناء لا يدخل في نية واضعي الاتفاقية³⁷⁰.

³⁶⁹ - Oberster Gerichtshof, 20 mars 1997, cité par Vincent Heuzé, Op. Cit., P. 167.

³⁷⁰ - Vincent Heuzé : Op. Cit. P.167.

ب- اختلاف الشروط العامة للبيع والشروط العامة للشراء.

تجري أغلب المعاملات في التجارة الدولية على أن المؤسسات تعد بصفة انفرادية نماذج للعقود التي تتعامل بها، وتورد في تلك النماذج مجموعة من الشروط العامة التي تؤطر العقد، وتحدد الحقوق والواجبات³⁷¹.

إن المبدأ السائد عالمياً هو الاعتراف بالقيمة التعاقدية لتلك الشروط العامة الواردة في العقود النموذجية، ويطبق عليها مبدأ العقد شريعة المتعاقدين. وإن كانت في بعض الأحيان تخضع لاستثناءات وحدود تهدف إلى ضمان أن الأطراف المتعاقدة توجهت إرادتها فعلاً للقبول بها، وعلى هذا الأساس تعتبر باطلة ولا يعتد بالشروط العامة التي لم تبلغ بصفة صحيحة للطرف الآخر كما لو وجهت له بلغة لا يفهمها أو أنها حررت بطريقة غير مقروءة وغير واضحة. وتتجه الكثير من التشريعات إلى إبطال بعض الشروط العامة التي تمنح لمحررها امتيازات كبيرة تجاه الطرف الآخر «des avantages exorbitants»، كما أن البعض الآخر من التشريعات من تفرض أن تكون موافقة خاصة ومستقلة من طرف المتعاقد على الشروط العامة «Acceptation Solennelle»³⁷².

أما النقطة التي تثير إشكالية معتبرة في مسألة الشروط العامة، هي أنه في كثير من الأحيان يضع كل طرف من طرفي التعاقد شروطاً عامة نموذجية خاصة به، ويقومون بتبادلها في نفس الوقت الذي يتراضون فيه على التعاقد. فهل يعتبر العقد قد انعقد؟ أم أننا نكون أمام إيجاب جديد متبادل؟ وإذا اعتبر العقد قد انعقد، فوفقاً لأي الشروط، شروط

³⁷¹- Jean – Michel Jacquet, et autre, op. cit., p. 348.

³⁷²- C. Mouly : la conclusion du contrat selon la convention de Vienne sur la vente international de marchandises, Dr. Par. com. Int., 1989, P. 400, et s.

العامة للبائع أم الشروط العامة للمشتري؟. لتوضيح صورة المشكل أكثر فإننا نضرب المثال العملي التالي: الموجب أرسل الإيجاب إلى المخاطب مرفقا بالشروط العامة النموذجية للبيع، فقام المخاطب بإرسال قبوله لكن حرره في وثيقة تجارية خاصة به تحوي على ظهرها مجموعة من الشروط العامة النموذجية للشراء التي حررها هو، وهي تختلف تماما عن الشروط التي أرسلها الموجب مرفقة بإيجابه. فإذا طبقنا أحكام المادة 19 من اتفاقية فيينا CVIM التي تبنت نظرية الكلمة الأخيرة « last shot » « dernier mot »، فإن الحل يكون كالآتي:

- إذا لم يكن الخلاف الحاصل حول الشروط العامة يؤثر بشكل جوهري على معاني الإيجاب ومحتواه « N'altérant pas substantiellement les termes de l'offre » ، فإن العقد ينعقد وفقا للشروط العامة للقبابل (الشروط العامة للشراء في المثال السابق)، إلا إذا اعترض عليها البائع صراحة في وقت معقول، فإن العقد لا ينعقد في هذه الحالة ويعتبر القبول بشروط كأنه مجرد إيجاب جديد³⁷³.

- أما إذا كان الخلاف يؤثر بشكل جوهري على معاني الإيجاب ومحتواه « altérant substantiellement les termes de l'offre »، فإن هذا الرد الأخير على الإيجاب لا يعتبر قبولاً بل هو إيجاب جديد لأن الشروط العامة التي أرسلها مع قبوله تؤثر جوهريا على محتوى الإيجاب الأول. لكن هنا أيضا إذا قام الموجب الأول بتنفيذ العقد دون أن يعترض على الشروط العامة للقبابل، فإنه يعتبر وكأنه قبل هذا الإيجاب الجديد وينعقد العقد في هذه الحالة أيضا وفقا للشروط العامة للمشتري³⁷⁴.

³⁷³ - Art. 19 du CVIM.

³⁷⁴ - Ibid.

- وقد يحصل عمليا في بعض الأحيان أن ينفذ عقد بيع كليا من دون أن يحصل انعقاد حقيقي له، ويكون ذلك بأن ينفذ كل طرف التزاماته لكنه يؤكد أن ذلك تم وفقا للشروط العامة الخاصة به فقط، وهنا نكون أمام حالة تنازع حقيقي للشروط العامة «Un conflits des conditions générales»، لأنه لا يمكن القول أن العقد انعقد وفقا للشروط العامة للبائع أو وفقا للشروط العامة للمشتري. وقد اعتبر القضاء الفرنسي في بعض أحكامه أن الشروط العامة المتعارضة تعتبر باطلة « les conditions générales « les conditions générales s'annulent mutuellement »³⁷⁵.

ويرى جانب من الفقه أنه لا يجب معاملة الشروط العامة على نفس الدرجة وإبطالها كلها في حالة التعارض، لأنه مادام الأطراف قد قاموا بتنفيذ التزاماتهم التعاقدية، فيجب النظر إلى نية المتعاقدين. هل أولوا أهمية قصوى للشروط العامة أم لا؟. لأنه في بعض الأحيان يرسل القابل شروطه العامة فقط ليبطل الشروط العامة للموجب دون أن يكون

³⁷⁵-« Ent vertu des articles 18 et 19 de la convention de Vienne du 11 avril 1980...une repense qui tend à l'acceptation d'une offre mais contient des éléments différents altérant substantiellement les termes de l'offre ne vaut pas acceptation, cette solution n'entraîne pas l'application de la clause contenue dans l'offre, non plus que celle contenue dans l'acceptation » Cass. civ. 1, 16 juillet 1998, Revu. Crit. DIP., 1999, p. 122.

تتمثل وقائع هذا النزاع في أن الشركة الفرنسية Sociétés Française Verreries de saint Gobain والألمانية Martin swerk تبادلنا الإيجاب والقبول، ولكن كل طرف حرر تصريحه على وصل بحوي شروطه العامة للتعاقد، ومن تلك الشروط يوجد شرط الاختصاص القضائي، في حالة نزاع يتعلق بجودة البضاعة. فالشركة الفرنسية وضعت شرط بأن الاختصاص القضائي لفظ المنازعات يعود إلى المحكمة التجارية لأورليون Tribunal de commerce de Orléans. بينما الشركة الألمانية Martin swerk المتعاقدة بواسطة وسيطها الشركة الفرنسية Lanza France، قبلت العرض لكنها أرسلت قبولها على وصل Bon de commande بحوي على شروط الاختصاص القضائي للمحكمة التي يوجد بها مقر الشركة الألمانية، وقد نفذ العقد من قبل الشركة الألمانية. ولما تنازع الطرفين عرض النزاع على القضاء الفرنسي، حيث قضت محكمة أورليون ومجلس استئناف Orléans الصادر في 03 جانفي 1996 بعدم اختصاصه لأن يوجد تعارض بين الشروط الواردة في الإيجاب والوارد في القبول، وهذا التعارض جدي ويؤثر على معني ومحتوى الإيجاب. لذلك فكلاهما ملغى وباطل حسب مقتضيات (اتفاقية فيانا م.19.ق.3) وقد أيدت محكمة النقض الفرنسية اتجاه مجلس استئناف أورليون.

في نيته إلزام الطرف الآخر بشروطه العامة.³⁷⁶ وهذا حل تبناه القضاء الفرنسي أيضا.³⁷⁷

الفرع الثاني: آثار القبول.

الأثر الأساسي للقبول هو انعقاد العقد،³⁷⁸ وهنا نتساءل عن الوقت الذي ينتج فيه القبول أثره، أي متى ينعقد العقد؟. ونتساءل أيضا عن بعض الحالات التي لا يكون فيها للقبول أي أثر. كما لو كان القبول متأخرا أو خارج الأجل الذي حدده الموجب لتلقي القبول، فهل ينعقد العقد في هذه الحالة، بهذا القبول المتأخر؟.

أولا: الوقت الذي يرتب فيه القبول أثره.

طبقا للقانون الجزائري فإن القبول يرتب أثره في الوقت الذي يتصل فيه بعلم الموجب، ويعتبر وصول التعبير قرينة على العلم به، ما لم يقيم الدليل على عكس ذلك. هذا ما تقضي به المادة 61 من القانون المدني الجزائري.

³⁷⁶- « Or, nous pensons, quant à nous, que tous ces documents ne méritent pas d'être traités à égalité. Il n'est pas douteux, en effet, qu'ils font partie intégrante de la proposition de contracter qui a été la première émise. En revanche, il nous paraît difficile d'admettre que la réponse, qui s'exprime par un acquiescement sans réserve, constitue une contre offre à raison seulement de ce que, pour la porter à la connaissance de son destinataire, son auteur a utilisé un papier à lettres ou a été à toutes fins, imprimé au préalable le texte de ses propres conditions standardisées. Ces la raison pour laquelle, dons une telle hypothèse, il serait sans doute plus conforme à l'intention réelle des intéressés de dénier toute valeur contractuelle à ces dernières, et de déclarer le contrat conclu dans les termes fixés par l'offre. » Vincent Heuzé : Op.cit., P. 169.

³⁷⁷- « ...qu'en l'absence, sur le recto des bons de commande, d'un renvoi exprès aux condition générales d'achat figurons au verso, le destinataire de ces Bons de commande ne peut être considéré comme ayant accepté les dites conditions générales d'achat et notamment la clause attributive de juridiction y figurons au profit du tribunal de commerce de paris, dès lorsque, de son côté, il confirmait systématiquement son acceptation de commandes par un document se référant à ses propres conditions générales de vente, les quelles comportent une clause attributive de compétence au profit d'une juridiction italienne ; et cette confirmation de commande, étant postérieur à la date de la formation de contrat ne peut elle-même s'analyser comme une contre offre, si bien que le silence de l'acheteur à propos des conditions générale de vente aux quelles elle renvoie et plus particulièrement de la clause attributive de juridiction que celles-ci contiennent, est dénié de toute portée.. » C.A., Paris, 13 décembre 1995, JCP. 1997, 2, n° 22772.

³⁷⁸- Art 23 de la CVIM : « le contrat est conclu au moment où l'acceptation d'une offre prend effet conformément aux dispositions de la présente convention ».

ونفس الاتجاه أخذت به اتفاقية فيانا للبيع الدولي للبضائع، حيث تقضي في الفقرة الثانية من المادة 18 منها بأن القبول يرتب أثره في الوقت الذي يصل إلى مصدر الإيجاب.

« L'acceptation d'une offre prend effet au moment où l'indication d'acquiescement parvient à l'auteur de l'offre »³⁷⁹.

الواضح أن كل من القانون الجزائري واتفاقية فيانا للبيع الدولي للبضائع تبني "نظرية الوصول" « théorie de la réception ». ومعنى ذلك أن القبول إذا لم يصل إلى علم من وجه إليه (أي الموجب) فإن العقد لا ينعقد. ولهذا نجد اتفاقية فيانا توضح بدقة معنى "الوصول" « parvient » في نص المادة 24 منها³⁸⁰.

يرى بعض الفقه³⁸¹ أن تبني نظرية الوصول يمكن أن يخلق مشاكل كبيرة، وبالأخص إذا لم يحصل القبول بطريق التصريح. ولقد سبق أن رأينا بأن القبول يمكن أن يكون عن طريق التصرفات الدالة عليه فقط، كما يمكن أن يكون القبول عن طريق السكوت إذا كان مُلابساً. وعليه إذا كان القبول بالطريقتين الأخيرتين فإن العقد لا ينعقد رغم وجود إيجاب وقبول مادام هذا الأخير لم يصل إلى علم الموجب. لذلك فإن الفقرة 3 من المادة 18 من اتفاقية فيانا توضح بأنه يمكن استثناء أن يرتب القبول بتصرف أثره من تاريخ التصرف وليس من تاريخ العلم به من الموجب، إذا كان محتوى الإيجاب أو ما تعود الأطراف عليه في تصرفاتهم السابقة أو الأعراف تقضي بذلك³⁸². وبمفهوم

³⁷⁹ - art.18 al. 2, du CVIM.

³⁸⁰ - Article 24 du CVIM. : Aux fins de la présente partie de la Convention, une offre, une déclaration d'acceptation ou toute autre manifestation d'intention "parvient" à son destinataire lorsqu'elle lui est faite verbalement ou est délivrée par tout autre moyen au destinataire lui-même, à son établissement, à son adresse postale ou, s'il n'a pas d'établissement ou d'adresse postale, à sa résidence habituelle.

³⁸¹ - Vincent Heuzé, op. cit., p. 170.

³⁸² - Art 18 al (3) de la CVIM: « cependant, si en vertu de l'offre, des habitudes qui se sont établies entre les parties ou des usages, le destinataire de l'offre peut indiquer qu'il acquiesce en accomplissant un acte se

المخالفة للفقرة 3 مادة 18 السابقة، فإنه في حالة القبول يتصرف، إذا لم يكن الإيجاب أو التعاملات السابقة المعتادة بين الطرفين أو العرف يقضي بأن العقد ينعقد من تاريخ إجراء التصرف، فإن العقد لا ينعقد إلا من تاريخ علم الموجب بالتصرفات الدالة على القبول وليس من تاريخ التصرف ذاته. وهو ما ينطوي على خطورة كبيرة، لأنه من الممكن أن يرجع الموجب عن إيجابه ضانا بأن من وجه إليه لم يقبل، في حين أن هذا الأخير قبل وتصرف على أساس الإيجاب، كما لو قام بتصنيع البضاعة المطلوبة، أو إرسالها أو إرسال الثمن. لهذا ينصح بالحذر في مثل هذه الحالات³⁸³.

أما إذا كان القبول ناتج عن مجرد سكوت القابل مرفوقا بملاسات تدل على أنه قبل، فإن المشكل يزداد تعقيدا بالنسبة لمعرفة التاريخ الذي يرتب فيه هذا النوع من القبول أثره، وبالتالي تاريخ انعقاد العقد. وفي هذا الصدد اقترحت أمانة لجنة الأمم المتحدة لقانون التجارة الدولية (CNUDCI) في تعليقها على مشروع اتفاقية فيانا، أن يأخذ بأحد التاريخين لانعقاد العقد، إما تاريخ انقضاء الأجل الذي كان من المفترض أن يعبر فيه من وجه إليه الإيجاب عن رفضه التعاقد، وإما من تاريخ وصول الإيجاب إلى الموجه إليه³⁸⁴.

rapportant, par exemple, à l'expédition des marchandises ou au paiement du prix, sans communication à l'auteur de l'offre, l'acceptation prend effet au moment où cet acte est accompli, pour autant qu'il le soit dans les délais prévus par le paragraphe précédent ».

³⁸³-Vincent Heuzé, Op.Cit.P.171.

³⁸⁴- commentaire du projet de convention (CVIM) par le secrétariat de la CNUDCI, Documents Officiels, Nations Unies, A/ conf, 97/19.P.57.

ثانيا: القبول غير المنتج لأثر.

لا يكون للقبول أي أثر منتج في العقد إذا حصل بعد سحب الموجب لإيجابه، أو إذا حصل بعدما بلغ الموجب لمن وجه له الإيجاب أنه قد ألغاه وتراجع عنه، ففي هاتين الحالتين يعتبر القبول من غير معنى ومن غير أثر، فلا يمكن لهذا القبول أن يؤدي إلى انعقاد العقد. وعلى أقصى تقدير فإنه يمكن اعتبار هذا القبول بمثابة إيجاب مقابل أو إيجاب جديد « contre-offre ».

ونفس الشيء يقال عن القبول المتأخر، وهنا يجب التفرقة بينما إذا كان الموجب قد حدد أجلا لتلقي القبول فيه أم أنه لم يحدد أجلا. فإذا كان الأجل محدد في الإيجاب صراحة، فإن العقد لا ينعقد إلا إذا حصل القبول داخل ذلك الأجل، ولا يثار أي مشكل إذا كان الأجل محددًا بطريقة مضبوطة كما لو جاء في صيغة " عرض صالح لغاية 1 مارس 2012". لكن الأمر يصبح أكثر حساسية في حال ما إذا حدد الإيجاب أجلا غير دقيق، كما لو جاء الإيجاب في صيغة "عرض صالح لمدة 15 يوما" فمن أي تاريخ يبدأ حساب هذا الأجل.

لقد تعرضت المادة 20 من اتفاقية فيانا (CVIM) لبعض الحلول في مثل هذه الحالة، وفرقت ما إذا كان الاتصال بين الموجب والقابل ثم بوسائل فورية كالهاتف، فإن الأجل يبدأ من تاريخ الاتصال. أما إذا تم بوسائل غير فورية كالرسائل أو التليغرام، فإن الأجل يحسب من التاريخ المؤشر على التليغرام أو على الرسالة أو غلافها³⁸⁵.

³⁸⁵ - Art 20 de la (CVIM) : « 1- le délai d'acceptation fixé par l'auteur de l'offre dans un télégramme ou une lettre commence à courir au moment où le télégramme est remis pour expédition ou à la date qui apparaît sur la lettre ou, à défaut, à la date qui apparaît sur l'enveloppe. Le délai d'acceptation que l'auteur de l'offre fixe par téléphone, par télex, ou d'autres moyens de communication instantanés commence à courir au moment où l'offre parvient au destinataire.

وعلى هذا الأساس فإن أي قبول يحصل متأخراً وخارج الأجل المحدد يعتبر غير فعال ولا أثره في انعقاد العقد، لكن هذا الجزاء المترتب عن القبول المتأخر يعتبر ميزة يستفيد منها الموجب الذي حدد الأجل، ولو رأى هذا الأخير أنه مازال في صالحه انعقاد العقد ولو تم القبول خارج الأجل الذي حدده، فيمكنه أن يعتبر القبول المتأخر صالحاً، بشرط أن يخطر القابل بذلك من دون تأخر، وهذا ما تقضي به الفقرة الأولى من المادة 21 من اتفاقية فيينا³⁸⁶.

وبهذا فإن عقد البيع حينما تتوفر فيه الشروط القانونية للإيجاب والقبول، ويتطابقان معاً تطابقاً تاماً، فإنه يترتب آثاره القانونية. ويصبح ملزماً لكلا طرفيه، البائع والمشتري. وهذا ما يقودنا لدراسة الباب الثاني المتعلق بآثار عقد البيع الدولي.

2- Les jours fériés ou chômés qui tombent pendant que court le délai d'acceptation sont comptés dans le calcul de ce délai. Cependant, si la notification ne peut être remise à l'adresse aux lieux d'établissement de l'auteur de l'offre, le délai est prorogé jusqu'au premier jour ouvrable suivant ».

³⁸⁶ - Art 21 al 1.de la CVIM : « Une acceptation tardive produit néanmoins effet entant qu'acceptation si, sans retard, l'auteur de l'offre en informe verbalement le destinataire ou lui adresse un avis à cet effet ».

الباب الثاني :

آثار عقد البيع الدولي .

مقدمة:

متى انعقد البيع الدولي، وتوافرت أركانه، فانه يستلزم ترتيب آثار. إذ تنشأ عنه الحقوق والالتزامات التي أجهت إرادة المتعاقدين إلى إنشائها، ذلك أن عقد البيع هو من عقود المعاوضة التي ترتب التزامات متبادلة في ذمة كل طرف من طرفيه، حيث يكون كل منها دائناً ومديناً في الوقت نفسه. فيلتزم البائع بتسليم البضاعة والمستندات المتعلقة بها، وأن ينقل ملكية البضائع ويسلمها على النحو الذي يقتضيه العقد، بحيث تكون مطابقة له في كميتها ونوعيتها وأوصافها وكذلك تغليفها وتعبئتها، فضلاً عن كونها صافية من أي حق أو ادعاء للغير. وفي المقابل يلتزم المشتري بدفع ثمن البضائع وأن يستلمها.

هذا ويجب على كلا طرفي عقد البيع الدولي سواء البائع أو المشتري، مراعاة مجموعة من المبادئ العامة أثناء تنفيذ العقد، وهي مبادئ تشكل التزامات مشتركة يقع على عاتق كلا الطرفين احترامها والتقيدها. وتتمثل أساساً هذه الالتزامات المشتركة في واجب تنفيذ مقتضيات العقد حسبما اتفق عليه الطرفين (العقد شريعة المتعاقدين) Le principe général de Pacta sunt servanda، وتنفيذه بحسن نية وبإخلاص Le principe général d'exécution en bonne foi et en loyauté، ومبدأ حفظ التوازن العقدي، ومبدأ إنقاذ العقد Le principe général de sauvetage du contrat، ومبدأ احترام أعراف التجارة الدولية Le principe général de respect des usages du commerce international، ومبدأ إلزام الدائن بالقيام بكل ما هو لازم من أجل التقليل من الأضرار اللاحقة به بفعل مدينه Le principe général de Mitigation. وهي المبادئ التي يجب علينا التعرف عليها قبل أن نتطرق للالتزامات طرفي عقد البيع الدولي.

فمقتضى مبدأ حسن النية، والإخلاص في التنفيذ (L'exécution en bonne foi et en loyauté): أنه يجب على المتعاقدين، أي كلا من البائع والمشتري. بذل كل ما في وسعهما لإنجاز التزاماتهما وفقا لما تمليه الأخلاق التجارية الحسنة Les bonnes moeurs، ويجب عليهما الإخلاص والوفاء في التنفيذ، ويجب عليهما التعاون فيما بينهما وتسهيل كل العقبات التي قد تعترض عملية التنفيذ، وإعلام بعضهما البعض بكل شؤون العقد³⁸⁷. وهذا مبدأ عام في القانون يلتزم به الأطراف حتى من دون وروده في العقد، وحتى من دون الحاجة إلى النص عليه في القانون³⁸⁸، ولا يمكن للأطراف على الإطلاق الاتفاق على استبعاده أو حتى الإنقاص من محتواه. فهو مبدأ معترف به عالميا في مختلف القوانين والاتفاقيات الدولية وحتى الأعراف التجارية الدولية وأحكام التحكيم المختلفة³⁸⁹.

فمبادئ معهد روما لتوحيد القانون الخاص Les principes d'unidroit نصت على هذا المبدأ صراحة من خلال المادة الأولى منها³⁹⁰. وأكدت أيضا اتفاقية فيينا للبيع الدولي

³⁸⁷- « Les seules conséquences pratiques qu'on puisse tirer de l'obligation d'exécuter de bonne foi sont minces ; par elle on expliquera une collaboration nécessaire des parties, une obligation réciproque de coopérer, de s'aider, d'informer son contractant ; par elle on pourra empêcher le créancier de surcharger son débiteur, de contraindre celui-ci au mode d'exécution le plus lourd ; par elle on évitera le débiteur à se prêter au contrôle du créancier, à ne pas refuser d'accomplir ce qui est l'accessoire de son obligation principale, il y a une étroite connexité entre cette obligation générale d'exécution de bonne foi et l'obligation de se comporter en bonne père de famille ; ce sont des résidus d'équité que le droit ne peut éliminer ». Lyon-Caen, de l'évolution de la notion de bonne foi, Revu. Juridique civ. Français, 1948, p. 83.

³⁸⁸- Filali Osman : Les principes généraux de la lex Mercatoria, contribution à l'étude d'un ordre juridique anational, L.G.D.J., P. 19.

³⁸⁹-« Argument de raison et d'évidence ou principe général de droit et de justice universellement admis, la bonne foi est, en tout cas, au centre et au cœur de la majorité des sentences arbitrales, elle constitue une règle d'interprétation et le guide de toute action comme de tout jugement », M. HORSMANS (Guy), l'interprétation des contrats internationaux, in l'arbitrage commercial international. L'apport de la jurisprudence arbitrale, p.153.

³⁹⁰-Art. 1 du principe d'unidroit : « Les parties sont tenues de se conformer aux exigences de la Bonne Foi dans le commerce international, elles ne peuvent exclure cette obligation né en limiter la portée ».

لسنة 1980 على هذا المبدأ في المادة 07 فقرة أولى منها³⁹¹. وحتى القانون المدني الجزائري لم يغفل إلزام طرفي العقد بالتقيد بهذا المبدأ في تنفيذ تعاقدتهما، فتتص المادة 107 فقرة أولى منه على أنه: " يجب تنفيذ العقد طبقا لما اشتمل عليه وبجس نية..."³⁹².
ويجمع أغلب الفقه على أن هذا المبدأ مبدأ عام مستقل عن كافة النصوص القانونية وهو ليس في حاجة لها ليستمد قوته القانونية³⁹³.

ومبدأ حفظ التوازن العقدي، بحيث تحفظ المصالح الاقتصادية لطرفي التعاقد، وفي حال اختلال التوازن الاقتصادي للعقد نتيجة لتغير الظروف الاقتصادية أو نتيجة لفعل أحد المتعاقدين فإنه يجوز تغيير شروط التعاقد والالتزامات التي تقع على عاتق الطرفين بما يحفظ التوازن العقدي. وتطبيقا لهذا المبدأ نجد العديد من النظريات والتطبيقات القانونية التي كرسها قضاء التحكيم وحتى القضاء الوطني، ومنها نظرية تغير الظروف، ونظرية

³⁹¹-Article 7 du CVIM : « 1) Pour l'interprétation de la présente Convention, il sera tenu compte de son caractère international et de la nécessité de promouvoir l'uniformité de son application ainsi que d'assurer le respect de la bonne foi dans le commerce international..... ».

³⁹²- Voir aussi l'article 1134 alinéa 03 du code civil français.

³⁹³- أبو العلا النمر، القانون الخاص الدولي، دراسة تحليلية لمبادئ اليونيدروا المتعلقة بعقود التجارة الدولية 2004، الطبعة الأولى، ص.

فعل الأمير³⁹⁴ Le fait de prince، ونظرية إعادة التفاوض La théorie de imprévision' او هي مشهورة في قانون التجارة الدولية بمصطلح³⁹⁵ Hardship.

ومبدأ إنقاذ العقد Le principe général de sauvetage du contrat، حيث دأب قضاء التحكيم الدولي على تطبيق هذا المبدأ كثيرا، وبالأخص عندما يطلب منه فسخ العقود الدولية، ومقتضى هذا المبدأ هو تفضيل تنفيذ العقد الدولي بأضرار قليلة مع تعويض الطرف المتضرر عنها. وهذا أفضل من فسخه وتحميل أحد الأطراف أضرار جسيمة³⁹⁶.

ومبدأ إلزام الدائن بالقيام بكل ما هو لازم من أجل التقليل من الأضرار اللاحقة به بفعل مدينه Le principe général de Mitigation، ومعنى ذلك أن الشخص الذي يطلب التعويض عن ضرر لحقه من الطرف الآخر عليه أن يبذل كل الجهود الممكنة لتقليل الأضرار، وإذا لم يقدّم بها فلا يمكنه أن يحصل على التعويضات عن الأضرار التي كان من الممكن له أن يتفادها إذا بذل جهدا معقولا³⁹⁷. ومثال ذلك، إذا حصل اتفاق بين البائع والمشتري على نوعية بضاعة معينة لكن عندما أرسل البائع البضاعة ووصلت

³⁹⁴ - معنى نظرية فعل الأمير أن التعاقد الذي يتسبب بفعله هو في تغيير الظروف والتوازن المالي والاقتصادي للعقد ويسبب ضررا للمتعاقدين الآخر وزيادة في الأعباء المالية للعقد فإنه يحمل مقدار الزيادة التي تسبب فيها، كما لو اتفق بائع ومشتري بأن البيع يكون بالتسليم في محلات المشتري، وأثناء تنفيذ العقد غير المشتري محلاته من مدينة إلى أخرى تبعد مئات الكيلومترات، وتسبب ذلك في زيادة تكلفة النقل، فوفقا لنظرية فعل الأمير يلزم المشتري بدفع الفارق المالي الذي تسبب فيه بفعله هو.

³⁹⁵ - Ph. Stoffel-Munck, Regards sur la théorie de l'imprévision, vers une souplesse contractuelle en droit privé français, PUAM 1994, p.24. B. Oppetit, « L'adaptation des contrats internationaux aux changements de circonstances : la clause de "hardship" », JDI 1974. M Almeida Prado, Le hardship dans le droit du commerce international, Bruylant, FEC 2003, p. 1.

³⁹⁶ - Mireille Taok, La résolution des contrats dans l'arbitrage commercial international, LGDJ, 2009.

³⁹⁷ - « Cette dernière règle est intéressante et, semble-t-il, très juste. Elle postule que le demandeur ne puisse obtenir réparation pour la partie du préjudice qu'il aurait pu éviter en prenant des mesures raisonnables, étant précisé qu'on lui accorde le droit de recouvrer les dépenses qu'il a raisonnablement engagées en vue de minimisée le dommage », Jean-Michel Jacquet et autres, Droit du commerce international, op. cit., P. 266.

إلى المشتري ووجد أن نسبة كبيرة منها بدأت تفسد، فإن من واجبه القيام بكل الإجراءات الضرورية واللازمة لحفظ البضاعة التي بقية سليمة، فيعزلها عن البضاعة الفاسدة ويوفر لها شروط حفظ وتخزين مناسبة حتى لا تتزايد الأضرار. أو يصرف الجزء السليم من البضاعة ويبيعه في السوق ولو بخسارة جزئية، عوض أن يترك البضاعة كلها تفسد بحجة أن البضاعة لم تسلم له حسب الأوصاف المتفق عليها. وبعد قيامه بهذه الخطوات الإيجابية للتقليل من الأضرار اللاحقة يمكنه أن يرجع على البائع بالتعويض عن بقية الخسائر. وهذا المبدأ يتمشى مع مبدأ التنفيذ بحسن نية وإخلاص والتعاون بين المتعاقدين بما يحقق مصلحتهما المشتركة. وفي هذا الصدد نجد المادة 8.4.7. من مبادئ Unidroit، تؤكد صراحة على هذا المبدأ³⁹⁸.

وعلى ضوء هذه المبادئ العامة تتحدد الالتزامات التي تقع على عاتق طرفي عقد البيع الدولي. فالبايع ملزم بالسعي لنقل ملكية الشيء المبيع للمشتري، وتسليمه إياهم مطابقاً للمواصفات المتفق عليها، وأن يضمن له أن المبيع مطابق وخالي من مطالبات الغير. أما المشتري فيلزم بدفع الثمن، وتسلم البضاعة. لذلك سنتناول الالتزامات الخاصة بكل طرف من طرفي عقد البيع الدولي على حدة، التزامات البائع ثم التزامات المشتري على النحو التالي:

الفصل الأول: التزامات البائع في عقد البيع الدولي.

الفصل الثاني: التزامات المشتري في عقد البيع الدولي.

³⁹⁸ - Art. 7.4.8. Du principe d'Unidroit (2004) : « a) Le débiteur ne répond pas du préjudice dans la mesure où le créancier aurait pu l'atténuer par des moyens raisonnables ;
b) Le créancier peut recouvrer les dépenses raisonnablement occasionnées en vue d'atténuer le préjudice ».

الفصل الأول :

التزامات البائع في عقد البيع الدولي .

مقدمة:

تتمثل التزامات البائع عموماً، في القيام بكل ما هو واجب لنقل ملكية الشيء المبيع للمشتري. كما أنه ملزم بتسليم الشيء المبيع للمشتري. ويقع على البائع التزام المطابقة، إذ يجب أن تكون البضاعة مطابقة للأوصاف المتفق عليها في العقد، وصالحة للاستعمال في الأغراض المخصصة لها، وخالية من مطالبات الغير القانونية. كما يقع أيضاً على البائع التزام تسليم الوثائق والمستندات التي تسمح بالتعريف بالبضاعة، لأنه في البيوع الدولية غالباً ما يتم بيع البضاعة وهي موجودة في بلد بعيد عن المشتري، وتكون محل نقل من طرف وسطاء. لذلك يجب تسليم الوثائق الدالة على البضاعة من أجل تسهيل المعاملات. ولذلك سنتناول هذا الفصل وفقاً للخطة التالية:

المبحث الأول: الالتزام بنقل الملكية.

المبحث الثاني: الالتزام بتسليم البضائع.

المبحث الثالث: الالتزام بالمطابقة.

المبحث الرابع: الالتزام بتسليم الوثائق.

المبحث الأول:

الالتزام بنقل الملكية.

النقطة الأساسية التي تميز عقد البيع عن غيره من العقود، كالإيجار أو الوديعة أو الرهن أو العارية، هو أن البيع يترتب عنه أثر أساسي هو انتقال ملكية المبيع من المشتري إلى البائع، بخلاف العقود الأخرى التي لا تترتب هذا الأثر. فعمليا تجمع كل القوانين والتشريعات على أن الشيء المبيع يجب أن يصبح ملكا للمشتري في لحظة أو في أخرى. لكن تحديد هذه اللحظة التي تنتقل فيها الملكية مهم جدا في عدة حالات منها مثلا، حالة هلاك المبيع قبل التسليم الفعلي له. أو في حالة إفلاس أو إعسار البائع أو المشتري قبل تنفيذ العقد، فانتقال الملكية إلى المدين يسمح لجماعة دائنيه المطالبة بالتنفيذ على ذلك المبيع من لحظة انتقال الملكية ولو لم يتم التسليم. كما أن التاجر الذي يشتري من أجل إعادة البيع يحتاج إلى معرفة اللحظة التي تنتقل فيها ملكية المبيع إليه ليعيد بيعها حتى من دون استلامها أو حتى وهي عند البائع.

هذا وإن كانت كل التشريعات والاتفاقيات الدولية تجمع على هذا الأثر الأساسي لعقد البيع، إلا أنها تختلف كثيرا في تطبيقاته. سواء من حيث القواعد الموضوعية التي تحكمه، أو من حيث قواعد التنازع التي تحكم انتقال الملكية في المبيع. لذلك سنتناول دراسة هذا المبحث في مطلبين على النحو التالي:

المطلب الأول: لانتقال الملكية في عقد البيع الدولي وفقا للقواعد الموضوعية.

المطلب الثاني: انتقال الملكية في عقد البيع الدولي وفقا لقواعد التنازع.

المطلب الأول: انتقال الملكية في عقد البيع الدولي وفقا للقواعد الموضوعية.

على الرغم من أن تحديد لحظة انتقال ملكية المبيع في مسألة جوهرية وأساسية في مجال التجارة الدولية. إلا أنه توجد اختلافات كثيرة بين التشريعات المقارنة حولها، وقد عجزت الجهود الدولية لتوحيد قانون التجارة الدولية عن إيجاد حل وسط تتفق وتتوحد حوله مختلف التشريعات في العالم.

فاتفاقية فيانا لسنة 1980 المتعلقة بعقد البيع الدولي للبضائع جاءت خالية من التعرض لمسألة انتقال الملكية بل أنها استبعدتها من مجال تطبيقها صراحة من خلال نص المادة 4 منها، وذلك لصعوبة توحيد الرؤى القانونية بين مختلف الدول³⁹⁹.

وحتى قواعد الأنكوتارمز «Les incoterms» التي نشرتها غرفة التجارة الدولية⁴⁰⁰ والتي تجمع الأعراف الدولية الخاصة بعقود البيع الدولية، وإن كانت عاجلت بالتفصيل مسألة انتقال المخاطر إلا أنها تحاشت التعرض لمسألة انتقال الملكية على الرغم من أنها مسألة أساسية في عقد البيع.

وإذا انتقلنا إلى التشريعات المقارنة لمعرفة القواعد الموضوعية التي تحكم انتقال الملكية في عقد البيع وفقا لها، فإننا نجدها متباينة كثيرا.

فالقانون الفرنسي مثلا، قد رتب انتقال الملكية في عقد البيع للمنقولات لمجرد تبادل الإيجاب والقبول بين البائع والمشتري، فلحظة التراضي هي لحظة انتقال الملكية.

³⁹⁹ - Art. 04 du CVIM : « La présente convention régit exclusivement la formation du contrat de vente et les droits et obligations qu'un tel contrat fait naître entre vendeur et l'acheteur. En particulier, sauf disposition contraire expresse de la présente convention, celle-ci ne concerne pas :

- La validité du contrat ni celle d'aucune de ses clauses non plus que celle des usages ;
- Les effets que le contrat peut avoir sur la propriété des marchandises vendues. »

⁴⁰⁰ - Incoterms ICC 2010 pub. ICC 715.

وهذا ما تؤكد المادة 1583 من القانون المدني الفرنسي التي تنص: " يكتسب المشتري من البائع قانونا ملكية المبيع بمجرد اتفاقهما على المبيع والتمن، ولو كان المبيع لم يسلم والتمن لم يدفع"⁴⁰¹. ففي القانون المدني الفرنسي يوجد مبدأ عام مفاده أن الملكية تنتقل في عقد بيع المنقولات بصورة آلية لمجرد تبادل التراضي بين الأطراف، وهو ما يصطلح عليه بـ ⁴⁰² « Le principe du transfert solo consensus de la propriété ». وهذا ما أدى ببعض الفقه الفرنسي إلى اعتبار أن نقل الملكية ليس على الإطلاق التزام على عاتق البائع، لأنه يتحقق بصورة آلية وبقوة القانون لمجرد التراضي، ولا يحتاج من البائع أن يقوم بأي عمل مادي لنقل الملكية⁴⁰³. فانتقال الملكية مستقل عن التزام البائع بتسليم المبيع، وهو ما جعل البعض الآخر من الفقه يصف عملية انتقال الملكية بالعملية الذهنية أو الحيلة القانونية⁴⁰⁴.

أما مسألة انتقال الملكية في القانون البريطاني فينظمها حاليا قانون 1979 المتعلق ببيع البضائع (*Sale of Goods Act 1979*) والذي دخل حيز التنفيذ في 1 جانفي 1980، وخضع لمجموعة من التعديلات أهمها في سنتي 1994 و1995⁴⁰⁵. وعند معالجة هذا

⁴⁰¹ - Art. 1583 C.Civ.Fra. : « ...la propriété est acquise de droit à l'acheteur à l'égard du vendeur, dès qu'on est convenu de la chose et de prix, quoique la chose n'ait pas encore été livrée ni le prix payé ».

⁴⁰² - C.Witz : analyse critique des règles régissant le transfert de propriété en droit Français à la lumière du droit allemand, JCB., P.533.

⁴⁰³ - « ...les solutions retenues, notamment par les droits Français, Anglais ou Italien, selon lesquels le transfert de propriété s'opère, en principe de façon automatique dès l'échange des consentements, et ne peut donc, normalement constituer une obligation à la charge du vendeur... » Vincent Heuzé, Op.cit., P.207.

⁴⁰⁴ - « ...Mais le transfert de propriété et avant tout une abstraction, une opération intellectuelle... » François Collart D. et Philippe Delbecque : Op.Cit., P.163.

⁴⁰⁵ - هذا التقنين الصادر في 1979 مختلف عن سابقه، فهو تقنين يقترّب من الطريقة الفرنسية ويمتاز بالاستقلالية عن السوابق القضائية. وذلك بخلاف التقنين السابق له وهو (*Sale of Goods Act 1893*) الذي يحتوي على جمع كل التطبيقات والسوابق القضائية ضمنه مع

القانون لمسألة انتقال الملكية في عقد بيع البضائع « *Contract of Sale* » فرق بين نوعين من العقود. الأول يدعى *Sale* وهو يؤدي إلى انتقال الملكية بصورة فورية لمجرد تبادل الإيجاب والقبول، وبالتالي يرتب حق عيني للمشتري على الشيء المباع بحيث يصبح ملكه من تاريخ التراضي من دون حاجة إلى التسليم (القسم الثاني فقرة 4 من القانون المشار إليه). أما النوع الثاني فيدعى *agreement to sell* وهو عقد لا يؤدي إلى الانتقال الفوري للملكية، إنما يكون انتقال الملكية مستقبلي أو موقوف على تحقق شرط معين، وبذلك لا يترتب عن هذا العقد حق عيني على الشيء المباع، إنما ينتج عنه التزام شخصي في ذمة البائع للقيام بما هو لازم لنقل الملكية، فإذا لم يؤدي التزاماته تترتب عنه مسؤولية عقدية ويلزم بالتعويض دون أن يكون للمشتري ممارسة أي حق عيني على الشيء المباع، وإنما يعتبر هذا الشيء جزء من الضمان العام للمدين (القسم الثاني فقرة 5 من القانون المشار إليه) ⁴⁰⁶.

أما القانون الألماني فلا تنتقل الملكية وفقاً له إلا بالتسليم المادي للمبيع، وفقاً لما يسمى بإجراء « *Traditio* » وهو ما تقضي به المواد 873، 925، 929 من القانون المدني الألماني ⁴⁰⁷، ونفس الاتجاه يتبناه القانون المدني السويسري في المادتين 655 و714 منه ⁴⁰⁸.

بعض التعديلات والتوضيحات وإلغاء التناقضات، فهو تقنين بالطريقة الإنجليزية ويعتمد دائماً على الأحكام التي تتضمنها السوابق القضائية. راجع في ذلك.. Olivier Moréteau, Droit anglais des affaires 1^{er} édition Dalloz, 2000. P.416.

⁴⁰⁶ - «...La clé de la distinction est le transfert de propriété, dans un cas (sale) la vente est translativ de propriété, dans l'autre (agreement to sell), elle ne l'est pas, mais créer une obligation personnelle à la charge du vendeur de faire en sorte que le transfert puisse avoir lieu dans les conditions voulues... ». Olivier Moréteau, Droit anglais des affaires 1^{er} édition Dalloz, 2000.P.423.

⁴⁰⁷ - Code civil Allemand promulgué le 18 aout 1896, entré en vigueur le 1^{er} janvier 1900. Collection des principaux codes étrangers. Voire, <http://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k504246c/f3.image.r=.langFR>

⁴⁰⁸ - François C. D. et Philippe D.: Op.cit. P.167.

في حين أن المشرع الجزائري، اعتبر أن نقل الملكية هو التزام يقع على عاتق البائع، وأورد الأحكام الخاصة به ضمن العنوان الفرعي الثاني من القسم الأول من الفصل الأول من الباب السابع من القانون المدني الخاص بالعقود المتعلقة بالملكية وقد عنونه بالتزامات البائع. وأوجبت المادة 361 من القانون المدني الجزائري على البائع بأن يقوم بما هو لازم لنقل الملكية وأن يمتنع عن كل ما من شأنه أن يجعل انتقالها عسيرا أو مستحيلا، إذ تنص هذه المادة على أنه: " يلتزم البائع أن يقوم بما هو لازم لنقل الحق المبيع إلى المشتري وأن يمتنع عن كل عمل من شأنه أن يجعل نقل الحق عسيرا أو مستحيلا"⁴⁰⁹. وحيث أن صياغة هذه المادة توحي بأن المشرع الجزائري لم يعتبر أن انتقال الملكية يتم بصفة آلية مجرد اتفاق الأطراف كما هو الشأن بالنسبة للقانون الفرنسي، وهو ما أكده بعض الفقه الجزائري⁴¹⁰.

هذا وما يجب الإشارة إليه أن انتقال الملكية حتى يرتب أثره بصورة فعالة، يجب أن يمنح للمشتري سلطات على الشيء المبيع يمكن أن يحتج بها حتى في مواجهة الغير، وليس فقط في مواجهة البائع والمشتري، فيكون له بذلك ممارسة حق عيني على المبيع. هذا الاحتجاج بانتقال الملكية في مواجهة الغير قد تعترضه مشاكل وصعوبات خاصة في بيع المنقولات، فالعقبة الأولى التي تعترضه هي المبدأ العام القاضي بأن "الحيازة في المنقول بحسن نية سند الملكية" فإذا كان هذا المنقول في حيازة الغير حسن النية فإن ذلك يعرقل انتقال الملكية من البائع إلى المشتري. وهو ما تؤكد المادة 835 من القانون

⁴⁰⁹ صياغة هذه المادة شبيهة بنص المادة 428 من القانون المدني المصري التي جاء فيها: " يلتزم البائع أن يقوم بما هو ضروري لنقل الحق المبيع إلى المشتري، وأن يكف عن أي عمل من شأنه أن يجعل نقل الحق مستحيلا أو عسيرا".

⁴¹⁰ - « ...Ainsi, en vertu du droit algérien, le transfert de propriété d'un bien ne se réalise pas, comme en droit Français et Belge, par le simple consentement des parties... », MostéphaTrariTani et autre, droit commercial international Op. Cit. P.71.

المدني الجزائري التي تنص: "... من حاز بسند صحيح منقولاً أو حقا عينيا على المنقول أو سند لحامله فانه يصبح مالكا له إذا كان حسن النية وقت حيازته.

إذا كان حسن النية والسند الصحيح قد توافر لدى الحائز في اعتباره الشيء خاليا من التكاليف والقيود العينية فانه يكسب ملكية خالية من هذه التكاليف والقيود العينية. والحيازة في حد ذاتها قرينة على وجود السند الصحيح وحسن النية ما لم يقيم دليل على خلاف ذلك". وهي مادة شبيهة لما جاءت به المادة 2279 من القانون المدني الفرنسي من أحكام⁴¹¹، إذ تنص على أن حيازة في المنقول سند الملكية. وكذلك المادة 1141 من القانون المدني الفرنسي⁴¹² التي تنص على أنه إذا اشترى منقول من طرف مشتريين مختلفين فان الملكية تثبت للمشتري الذي يجوز هذا المنقول أولا بحسن نية⁴¹³.

وبعد الاطلاع على هذه القواعد الموضوعية التي تحكم انتقال الملكية في القوانين المقارنة، والوقوف على أهمية الاختلافات التي بينها حول المسألة. فبعضها يرتب انتقال الملكية بصفة آلية لمجرد التراضي، والبعض الآخر يعتبره التزام على عاتق البائع، والبعض لا يرتب انتقال الملكية إلا بالتسليم المادي للمبيع. وهذا يؤدي في مجال العقود الدولية إلى مشاكل فعلية وحقيقية، وهو ما يؤدي بنا إلى وجوب دراسة المسألة من زاوية قواعد التنازع التي تحكمها.

⁴¹¹ - V. Art 2276 C.Civ.Fran : « En fait de meubles, possession vaut titre ».

⁴¹² Art. 1141 du code civil Fran. : « Si la chose qu'on s'est obligé de donner ou de livrer à deux personnes successivement est purement mobilière, celle des deux qui en a été mise en possession réelle est préférée et en demeure propriétaire, encore que son titre soit postérieur en date, pourvu toutefois que la possession soit de bonne foi. »

⁴¹³ - François. C. D. et Philippe Delbecque. Op.cit. P.169.

المطلب الثاني: القواعد التي تحكم انتقال الملكية وفق منهج النزاع.

بعدما لاحظنا أن القواعد الموضوعية المقارنة تثير مجموعة من الاختلافات إلى درجة أن عجزت كل الجهود الدولية لتوحيد قانون التجارة الدولية حول المسألة، مما أدى بالاتفاقيات الدولية كاتفاقية فيينا لسنة 1980 إلى استبعاد التعرض لها صراحة. وهو ما يدعو إلى الرجوع لقواعد النزاع لتحديد القانون الوطني الواجب التطبيق على المسألة.

وإن كانت القاعدة العامة هي اعتبار مسألة انتقال الملكية من مقتضيات والآثار المباشرة لعقد البيع وبالتالي تخضع لنفس القانون الذي يخضع له العقد. أي قانون الإرادة بصفة أصلية، أو قانون الموطن المشترك أو الجنسية المشتركة بصفة احتياطية. وهذا حسب مقتضيات المادة 18 من القانون المدني الجزائري.

إلا أن انتقال الملكية في عقد البيع هو إقرار حق عيني على الشيء المبيع، وقاعدة الإسناد التي تحكم الحقوق العينية على المنقولات تؤكد بأنها تخضع لقانون الجهة التي توجد فيها وقت تحقق السبب، وهو ما تؤكد الفقرة الثالثة من المادة 17 من القانون المدني الجزائري التي تنص: "...ويسري على المنقول المادي قانون الجهة التي يوجد فيها وقت تحقق السبب الذي ترتب عليه كسب الحيازة أو الملكية أو الحقوق العينية الأخرى أو فقدانها".

وفي هذا الصدد تنص المادة 3 فقرة 2 من القانون المدني الفرنسي على أنه: "العقارات حتى المملوكة لأجانب تخضع للقانون الفرنسي"⁴¹⁴، وإن كانت هذه المادة

⁴¹⁴- Art. 3 al. 2 du code civil Fran. : «...Les immeubles, même ceux possédés par des étrangers, sont régis par la loi française... »

مصاغة في شكل أحادي إلا أن القضاء الفرنسي أعطها تفسيراً مزدوجاً وذلك بصيغة المخالفة. فمن جهة اعتبرت غرفة العرائض بمحكمة النقض الفرنسية في 19 مارس 1872⁴¹⁵ أن المنقولات تخضع لمكان تواجدها عملاً بقاعدة (Lex rei sitae)، ومن جهة أخرى العقارات المتواجدة في بلاد أجنبية تخضع لقانون موقعها.

ويعتبر أغلب الفقه⁴¹⁶ أن خضوع المنقول لقانون مكان تواجده، هو الأكثر منطقية وواقعية، وهي قاعدة إسناد تتماشى مع مبدأ سيادة الدول على أقاليمها، حيث تخضع الأموال الموجودة في إقليم دولة معينة لقانونها.

لكن رغم ذلك لا يخلوا تطبيق قاعدة الإسناد هذه من مشاكل، فإذا كان المال المنقول محل نقل دولي كما هو الشأن بالنسبة للبيع الدولي للبضائع الذي تعقبه عملية نقلها من دولة إلى أخرى إما براً أو بحراً أو جواً، وقد تمر بأقاليم عدة دول، أو قد تكون متواجدة في مناطق خارج سيادة أي دولة كما لو كانت متواجدة في سفينة بأعالي البحار، فلأي قانون تخضع هذه البضائع؟. لقد اقترح بعض الفقه أن تخضع البضاعة محل النقل الدولي لقانون محل وجهتها⁴¹⁷ «la loi du destination»، وهو ما ذهبت إليه اتفاقية لاهاي لـ 15 أبريل 1958 المتعلقة بالقانون الواجب التطبيق على انتقال الملكية في البيع الدولي للمنقولات المادية (التي لم تدخل حيز التنفيذ لحد الساعة لعدم اكتمال

⁴¹⁵-D P 1874, 1, 475, cité Pierre Mayer et V. Heuzé ; op. cit., p. 470.

⁴¹⁶- عز الدين عبد الله، القانون الدولي الخاص، الجزء الثاني، تنازع القوانين، الطبعة التاسعة، الهيئة المصرية العامة للكتاب، 1986، ص. 377 وما بعدها.

⁴¹⁷- « quant aux choses transportées, la doctrine propose de les soumettre à la loi de leur lieu de destination ». P. Mayer et V. H., op. cit., p471.

نصاب الدول المصادقة عليها)⁴¹⁸ من خلال مادتها السادسة التي تخضع الأموال المادية المنقولة المباعة التي تكون محل نقل لقانون البلد المرسل إليها.

كما أن وجود قاعدتي تنازع مختلفتين يمكن إعمالهما في آن واحد، الأولى تتعلق بقانون العقد أي قانون الإرادة كأصل عام، والثانية هي قانون موقع المال، يخلق تنازع لقواعد التنازع في حد ذاتها قبل أن نتحدث عن تنازع القوانين، وهذا ما قد يؤدي إلى مشاكل عملية كثيرة في مجال العقود الدولية. فلو افترضنا مثلا أن جزائري أبرم عقد شراء عتاد صناعي من شركة فرنسية، واتفق الطرفان على إخضاع عقدهم للقانون الفرنسي، ولكن العتاد الصناعي محل عقد البيع متواجد في ألمانيا. فإننا نكون في هذه الحالة بين قانونين كلاهما واجب التطبيق وفقا لقاعدة التنازع الخاصة به، وكلاهما يؤدي إلى تطبيق أحكام موضوعية مختلفة تماما عن الآخر، فالقانون الفرنسي في هذا المثال يعتبر واجب التطبيق لأنه القانون الذي اتفق عليه الأطراف، وقواعده الموضوعية تؤدي إلى انتقال الملكية في بيع المنقولات لمجرد التراضي عملا بمبدأ *transfert solo consensus de la propriété* السابق ذكره، أما القانون الألماني فيعتبر أيضا واجب التطبيق باعتباره قانون بلد مكان تواجد المال المنقول عملا بحكم المادة 17 من القانون المدني الجزائري، والأحكام الموضوعية لانتقال الملكية في المنقولات وفق القانون الألماني تقضي بأنها لا تتم إلا بالتسليم المادي للمبيع وفق قاعدة *Tradition* السابق ذكرها، فما هو الحل الذي يمكن أن نطبقه على حالة كهذه؟.

⁴¹⁸ - La convention de La Haye du 15 avril 1958 sur la loi applicable au transfert de propriété en cas de vente à caractère internationale d'objets mobilières corporels (non entrée en vigueur).

لذلك علينا قبل أن نتعرض لحل مشكل تنازع القوانين، أن نحل مشكل تنازع قواعد الإسناد، وأن نحدد بدقة أي قاعدة إسناد هي الواجبة التطبيق، فهل نطبق قانون العقد، أم نطبق القانون العيني أي قانون موقع تواجد المال المنقول؟.

في هذا الصدد اقترح جانب من الفقه⁴¹⁹ مجموعة من الحلول تتناسب مع الاحتمالات المختلفة، فيطبق قانون موقع المال كقاعدة عامة على كل المسائل الخاصة به ومنها الحقوق العينية المرتبطة به كالملكية والحيازة والانتفاع وغيرها. غير أنه إذا كان الأمر يتعلق بتصرف قانوني منشئ لحقوق عينية فيخضع لذات القانون الذي يحكم التصرف وبالنسبة للعقد يتعلق الأمر بقانون الإرادة، ولا يتدخل في هذه الحالة قانون موقع المال إلا بمقتضى قواعد الآمرة وقواعد النظام العام الخاصة به. أما القواعد المكملة والقواعد التي يجوز للأطراف الاتفاق على مخالفتها فتخضع لقانون العقد⁴²⁰. لذلك في المثال السابق ذكره، المتعلق بجزائري أبرم عقد مع فرنسي لشراء ماكينة واتفق الأطراف على تطبيق القانون الفرنسي على عقدهم لكن الماكينة محل البيع موجودة في ألمانيا. فيكون حله كالتالي، يخضع المال المنقول المبيع كقاعدة عامة لقانون العقد أي قانون الإرادة وهو القانون المختار من قبل الأطراف المتعاقدة والذي هو القانون الفرنسي، غير أنه يخضع في ذات الوقت للقواعد الآمرة للقانون الألماني وقواعد النظام العام الخاصة به لأنها مسائل سيادية.

⁴¹⁹ - Pierre Mayer et Vincent Heuzé, Op. Cit., p. 473.

⁴²⁰ - Ibid.

المبحث الثاني:

الالتزام بتسليم البضائع.

الالتزام بتسليم المبيع يعد من الالتزامات الأصلية التي تقع على عاتق البائع ولو لم ينص عليه العقد، وهو واجب النفاذ بمجرد تمام العقد، ما لم يتفق الطرفان على غير ذلك. وهذا الالتزام له أهمية خاصة، إذ أن المشتري يرم عقد البيع أصلا من أجل أن تنتقل إليه ملكية الشيء محل البيع. ولكن ذلك لا يكفي، بل لابد له أن يتمتع بسلطة المالك من خلال حيازته والانتفاع به. ولا يكون له ذلك إلا بقيام البائع بتسليم المبيع ونقل حيازته الهادئة للمشتري، إذ بتمام هذه العملية تتحقق منفعة الأخير من المبيع. لذلك أعتبر التزام البائع بالتسليم من أهم الالتزامات التي يفرضها العقد والقانون عليه⁴²¹. وإذا كان المبيع معين بنوعه وليس بذاته، فإن عملية الإفراز اللازمة لنقل الملكية قد تتم عن طريق تسليم المبيع للمشتري، كما قد يتفق في بعض البيوع على ألا تنتقل الملكية إلا مع التسليم.

كما أن التسليم الفعلي له أهمية خاصة في بيع المنقولات، لأنه قد يتعطل الأثر الناقل للملكيتها بمجرد تمام البيع إذا تصرف البائع فيها مرة أخرى إلى مشتري ثان حسن

⁴²¹ - تنص المادة 364 من القانون المدني الجزائري على أنه: "يلتزم البائع بتسليم الشيء المبيع للمشتري في الحالة التي كان عليها وقت البيع". أنظر: محمود سمير الشرقاوي، الالتزام بالتسليم في عقد بيع البضائع "دراسة مقارنة"، بحث منشور في مجلة القانون والاقتصاد للبحوث القانونية والاقتصادية، مارس 1976، العددان الأول والثاني، السنة السادسة والأربعون، ص. 1 وما بعدها. سليمان مرقس، العقود المسماة، المجلد الأول، عقد البيع، طبعة نادي القضاة، 1980، ص. 335.

النية ونقلت حيازتها إليه بالفعل، فلا تسمع دعوى الملكية من المشتري الأول استنادا إلى أن المشتري الثاني حاز المنقول وكانت حيازته تستند إلى سبب صحيح وحسن نية⁴²².

وتتجلى أهمية التسليم كذلك في أنه يعتبر وفاءا للالتزام بالتسليم وطريقا لانقضائه، وبالأخص في القانون المدني الجزائري. إذ يتوقف عليه انتقال تبعة هلاك المبيع إلى المشتري، فيتحمل البائع تبعة الهلاك إلى أن يسلم المبيع إلى المشتري لتنتقل حينئذ تبعته إلى هذا الأخير. لذلك يكون لتعيين كيفية التسليم وزمانه ومكانه أهمية بالغة لمعرفة ما إذا كان التسليم قد تم وانتقلت معه تبعة الهلاك إلى المشتري أم لا⁴²³.

ويتضح مما تقدم أن الالتزام بالتسليم يعد من أهم آثار عقد البيع في جانب البائع. لذلك توجب معظم التشريعات الوطنية والاتفاقيات الدولية لبيع البضائع على البائع أن يسلم المبيع للمشتري مجردا من كل حق آخر ما لم يكن هناك اتفاق أو نص قانوني يقضي بغير ذلك. وتلعب الأعراف التجارية الدولية دورا مهما في تحديد كيفية تنفيذ هذا الالتزام وعلى رأسها قواعد الأنكوترمز. وعلى هذا الأساس سنعالج هذا الالتزام بالتسليم في ثلاث مطالب على النحو التالي:

المطلب الأول: تعريف الالتزام بالتسليم وطبيعته.

المطلب الثاني: كيفية تنفيذ الالتزام بالتسليم.

المطلب الثالث: الالتزام بالتسليم وفقا لقواعد الأنكوترمز.

422 - فتحي عبد الرحيم، الوجيز في العقود المدنية المسماة، الكتاب الأول، عقد البيع، مكتبة دار القلم، المنصورة، الطبعة الثالثة، بدون سنة

نشر، ص. 145.

423 - سليمان مرقس، المرجع السابق، ص. 335 وما بعدها. فتحي عبد الرحيم، عقد البيع، المرجع السابق، ص. 145.

المطلب الأول : تعريف الالتزام بالتسليم وطبيعته.

لا يكفي أن تنتقل الملكية إلى المشتري حتى يستطيع أن ينتفع فعلا بالمبيع، ويحقق الهدف الذي قصده من الشراء، بل يجب لذلك من أن يسلم المبيع فعلا إلى المشتري، ليتمكن من وضع يده عليه عن طريق حيازته فعلا سواء كان ذلك بنفسه أو بواسطة غيره. وإذا كانت الحيازة القانونية عنوان لحق قانوني يكفي لنقله مجرد عمل إرادي، فإن التسليم المطلوب من البائع هو نقل الحيازة المادية للمبيع.

والتسليم- في القانون المدني الجزائري- هو وضع المبيع تحت تصرف المشتري بحيث يتمكن من حيازته والانتفاع به دون عائق ولو لم يستلمه تسليما ماديا ما دام البائع قد أخبره بأنه مستعد لتسليمه بذلك ويحصل التسليم على النحو الذي يتفق مع طبيعة الشيء المبيع⁴²⁴. وفي ضوء ما تقدم، يتم تقسيم هذا المطلب إلى فرعين متتاليين:

الفرع الأول: تعريف الالتزام بالتسليم.

الفرع الثاني: طبيعة الالتزام بالتسليم.

الفرع الأول: تعريف الالتزام بالتسليم.

على الرغم من التطور الكبير الذي طرأ على القواعد الموضوعية التي تحكم البيوع الدولية للبضائع من خلال اتفاقية فيينا لعام 1980، إلا أنها لم تضع تعريفا واضحا ومحددا للالتزام بالتسليم، كما كان عليه الحال في اتفاقية لاهاي لعام 1964. لذا جاء مفهوم التسليم في التشريعات الوطنية بصورة أفضل منه في الاتفاقيات الدولية، بل يمكننا القول

⁴²⁴ - المادة 367 من القانون المدني الجزائري.

بأن الأخيرة لم تضع مفهوما له⁴²⁵. وعلى هذا الأساس سنتعرض لماهية الالتزام بالتسليم في القانون الجزائري (أولا)، ثم في القانون الفرنسي (ثانيا)، ثم في الاتفاقيات الدولية (ثالثا).

أولا: ماهية الالتزام بالتسليم في القانون الجزائري. أورد المشرع الجزائري أحكام الالتزام بالتسليم في المواد من 364 إلى 370 من القانون المدني، وهو ينص على أنه: " يتم التسليم بوضع المبيع تحت تصرف المشتري، بحيث يتمكن من حيازته والانتفاع به دون عائق....."⁴²⁶. وليس بالضروري أن يضع المشتري يده على الشيء المبيع بصفة فعلية، أي ولو لم يستلم المبيع استلاما ماديا، فالتسليم يعتبر قد تم بمجرد دفع الشيء المبيع ووضعه تحت تصرف المشتري. مما يمكنه من السيطرة عليه وحيازته والانتفاع به، ولو لم يحزه هذا الأخير بالفعل مادام أعلمه البائع بذلك⁴²⁷. لذلك يجب التفرقة بين التسليم كالتزام في ذمة البائع في عقد البيع وبين انتقال الحيازة الفعلية للشيء المبيع إلى المشتري، فقد يعتبر المشتري متسلما للمبيع دون أن تكون له حيازته⁴²⁸.

⁴²⁵ - محسن شفيق، اتفاقية لاهاي، المرجع السابق، ص. 349. أحمد حسني، البيوع البحرية، دراسة لعقود التجارة البحرية الدولية "سيف وفوب"، نشأة المعارف بالإسكندرية، الطبعة الثانية، 1983، ص. 212.

⁴²⁶ - المادة 367 فقرة 1 من القانون المدني الجزائري..

⁴²⁷ - الفقرة 2 من المادة 367 من القانون المدني الجزائري، أنظر: علي يونس، العقود التجارية، دار الفكر العربي 1962، ص. 25. محمود سمير الشرفاوي، الالتزام بالتسليم، المرجع السابق، ص. 315. ثروت حبيب، المرجع السابق، ص. 393. سليمان مرقس، المرجع السابق، ص. 337 وما بعدها.

⁴²⁸ - عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الرابع، البيع والمقايضة، دار النهضة العربية 1986، ص. 750 هامش 3. أحمد حسني، البيوع البحرية، دراسة لعقود التجارة البحرية الدولية "سيف وفوب"، نشأة المعارف بالإسكندرية، الطبعة الثانية، 1983، ص. 262 وما بعدها.

ثانيا: ماهية الالتزام بالتسليم في التشريع الفرنسي. يعرف القانون المدني الفرنسي التسليم بأنه: "نقل الشيء المبيع إلى حيازة وسلطة المشتري"⁴²⁹. وذهب جانب من الفقه الفرنسي إلى أن التسليم هو وضع الشيء المبيع بين يدي المشتري أو تزويده بالوسائل التي تمكنه من الحصول على الشيء المبيع كسند الشحن أو تذكرة النقل، ويجب أن يتم هذا التسليم مطابقا لما تم الاتفاق عليه بين طرفي العقد⁴³⁰.

في حين اتجه جانب آخر إلى أن التسليم يتضمن أساسا وضع الشيء المبيع تحت تصرف المشتري، وان كان ذلك لا يستتبع بالضرورة أن يكون هناك تسليم عيني للشيء المبيع، إلا أنه يجب أن يكون للمشتري بموجب التسليم الذي تم القدرة على التصرف في الشيء المبيع⁴³¹.

كذلك يتجه جانب من الفقه إلى أن القانون المدني الفرنسي يعطي التسليم تعريفا خطئا بقوله أنه: "نقل الشيء المبيع إلى حيازة وسلطة المشتري"، ويرى أن كلمة سلطة puissance تزيد من واضعي القانون المدني الذين عرفوا التسليم الناقل للملكية كما كان يجري عليه العمل في القانون الروماني، أما البيع الفرنسي الحديث فلم يتضمن تسليما يدويا (مناولة يدوية Tradition)، ويضيف أصحاب هذا الرأي أن المواد من 1605 إلى 1615 المتعلقة بمختلف المسائل الخاصة بتسليم الأشياء المبيعة معظمها مواد تفسيرية كثيرا

⁴²⁹ - Art. 1604 C. Civ. Fran. : « La délivrance est le transport de la chose vendue en la puissance et possession de l'acheteur ».

⁴³⁰ -JUGLART & IPPOLITO, « cours de droit commercial » 1^{er} . éd ., T. 3, paris 1969, N°. 1875.

⁴³¹ -HEEVEN (J), « Vente et Commerce maritime ». Paris 1952, N°. 125.

ما يخالفها الاتفاق أو العرف، ومن ثم يمكن أن يتم التسليم في القانون الفرنسي كما يستحسنه الطرفان⁴³².

ثالثا: موقف الاتفاقيات الدولية. إذا تمعنا جيدا للاتفاقيات الدولية لبيع البضائع، نجد أن كل من اتفاقيتي لاهاي لعام 1964 وفيينا لعام 1980 لم تضعا تعريفا محددًا لمعنى التسليم، فقد عرفت اتفاقية لاهاي التسليم بأنه: "تسليم شيء مطابق لما تم الاتفاق عليه في العقد"⁴³³. ويرى البعض⁴³⁴ أنه بإمعان النظر نجد أن تعبير *la remise d'une chose* كما تنص النسخة الفرنسية يعني التسليم، وتعبير *Handing over of goods* كما تقول النسخة الإنجليزية يعني التسليم. ومن ثم عرفت الاتفاقية التسليم بأنه تسليم، الأمر الذي أدى بجانب فقهي⁴³⁵ للقول بأن الاتفاقية في تعريفها للتسليم إنما فسرت الماء بعد الجهد بالماء، وعرفته بأنه "تسليم". وقد جمعت اتفاقية لاهاي بين التسليم والمطابقة في مفهوم الالتزام بالتسليم، إذ جعلت المطابقة من عناصر التسليم، بحيث إذا كان الشيء الذي سلم معينا غير مطابق لما تم الاتفاق عليه، أعتبر ذلك إخلالا من البائع بالتزامه بالتسليم. وهذا الارتباط بين التسليم والمطابقة هو من الأمور التي أفرزتها هذه الاتفاقية، ويؤيد الفكر

⁴³²-PLANNIOL (M) & RIPERT (G), « Traite Élémentaire de droit civil ». 3^{ème} éd., T.2, Paris, 1949, N°. 2439.

⁴³³- Art. 19 du Convention de La Haye, 1^{er} juillet 1964 : « 1. La délivrance consiste dans la remise d'une chose conforme au contrat.

2. Dans le cas où le contrat implique un transport de la chose et lorsqu'aucun autre lieu n'a été convenu pour la délivrance, celle-ci se réalise par la remise de la chose au transporteur pour transmission à l'acheteur.

3. Lorsque la chose remise au transporteur n'était pas manifestement destinée à l'exécution du contrat par apposition d'une adresse ou tout autre moyen, le vendeur doit, non seulement remettre la chose, mais adresser à l'acheteur un avis de l'expédition et, le cas échéant, quelque document spécifiant la chose. »

⁴³⁴ - محسن شفيق، اتفاقية لاهاي، المرجع السابق، ص. 349.

⁴³⁵ - نفس المرجع.

الراجح⁴³⁶ هذا المنهج العملي للاتفاقية، لأن المشتري لا يهمله فقط أن يقوم البائع بتسليم المبيع فحسب، وإنما يهمله أيضا أن يكون الشيء المسلم إليه مطابقا لما تم الاتفاق عليه.

وعى صعيد آخر لم تضع اتفاقية فيينا لعام 1980 معنى عام لمفهوم التسليم، إلا أنها حرصت في مواضع متفرقة من نصوصها على بيان المقصود منه. واستعمل واضعي الاتفاقية في سبيل ذلك اصطلاحين مختلفين باللغة الانجليزية، برغم أنهما يدلان على معنى واحد وهو "التسليم" وهما «Delevery» و«Handing Over». ويمكن أن يستعمل باللغة العربية اصطلاحين مختلفين لكل منهما. فاستعملوا الأول للدلالة على أنه يكفي أحيانا لتمام التسليم مجرد وضع البضاعة تحت تصرف المشتري وإخطاره بذلك⁴³⁷، فيكون البائع قد أوفى بالتزامه بتسليم المبيع بوضعه تحت مكنة وسيطرة المشتري دونما اشتراط الاستيلاء المادي عليه⁴³⁸. وعلى العكس من ذلك فقد استعملوا الثاني للدلالة على انه يشترط لتمام أداء الالتزام بالتسليم توافر الحيازة المادية الفعلية من المشتري للمبيع، أي مناولته إياه يدا بيد واستيلائه عليه ماديا. وبهذا الفهم يكون في الاتفاقية فرق بين لفظ Delevery وعبارة⁴³⁹ Handing Over. وبذلك فاتفاقية فيينا وإن لم تضع تعريفا للتسليم، إلا أنها وصفته، ويمكن أن يستخلص من هذا الوصف أن التسليم هو السيطرة المادية للمشتري على المبيع.

⁴³⁶ - محسن شفيق، اتفاقية لاهاي، المرجع السابق، ص. 348 و 349. ثروت حبيب، المرجع السابق، ص. 393. محمود سمير الشرقاوي، الالتزام بالتسليم، المرجع السابق، ص. 364.

⁴³⁷ - ويستعمل للدلالة على هذا المعنى باللغة الفرنسية عبارة: « Mettre les marchandises a la disposition de l'acheteur »

⁴³⁸ - ويتفق هذا الفرض مع المادة 367 من القانون المدني الجزائري..

⁴³⁹ - محسن شفيق، اتفاقية الأمم المتحدة، المرجع السابق، ص. 135. محمود سمير الشرقاوي، العقود التجارية الدولية، مرجع سبق ذكره، ص. 128.

وفي ضوء ما تقدم، يمكن القول بأن الالتزام بالتسليم في مجال البيوع التجارية، سواء أكانت ذات صبغة وطنية أو دولية، هو التزام البائع بوضع الشيء المبيع تحت تصرف المشتري بحيث يتمكن من حيازته، حيازة هادئة تمكنه من الانتفاع به دون عائق وفقا لما يفرضه العقد والقانون.

الفرع الثاني: طبيعة الالتزام بالتسليم.

بداية تجدر الإشارة إلى أنه يقع على البائع التزاما أصليا بنقل ملكية المبيع، ويتفرع عن هذا الالتزام التزامان فرعيان هما: الالتزام بالمحافظة على المبيع والالتزام بتسليمه إلى المشتري. ويؤيد ذلك ما ورد بالمواد 364 إلى 370 من القانون المدني الجزائري. والإشكال الذي يثور في هذا الباب، يتعلق بما إذا كان الالتزام بتسليم المبيع يعد التزاما بتحقيق نتيجة أم التزاما ببذل عناية؟، وتكمن أهمية هذا التساؤل في الوقوف على حقيقة مؤداها من المسئول عن تحمل تبعة هلاك المبيع من طرفي العقد؟.

للإجابة على هذا التساؤل ينبغي أن نوضح الفرق بينهما، حتى يتسنى رد الالتزام بالتسليم إلى أي منهما. فقد يكون من واجب الملتزم بذل الجهد في سبيل تحقيق غاية معينة، ولكن دون أن يلتزم بتحقيق النتيجة المرغوبة، بمعنى أن ما يطلب من هذا الشخص هو اتخاذ ما يلزم من الوسائل التي تؤدي إلى تحقيق النتيجة، دون أن يلتزم بتحقيق تلك النتيجة، ولذا يسمى هذا الالتزام التزاما بوسيلة أو ببذل عناية. بينما قد يكون ما يجب على الملتزم هو تحقيق نتيجة محددة بصرف النظر عما قام به من جهد وما اتخذه من

الوسائل التي تؤدي إلى تحقيق النتيجة، لذا قيل أن التزام من يجب عليه القيام بهذه الأعمال، هو التزام بتحقيق نتيجة⁴⁴⁰.

ويمكن القول بأن التزام البائع بالتسليم هو التزام بتحقيق نتيجة محله القيام بعمل معين يتم به تقديم المبيع ونقل حيازته إلى المشتري، وفقا لما يستلزمه العقد، ويفرضه القانون واجب التطبيق سواء كان قانونا وطنيا أم اتفاقية دولية أو عرفا تجاريا⁴⁴¹. والدليل على ذلك ما أشارت إليه اتفاقية فيينا عند استعراضها لالتزامات البائع بقولها: "يجب على البائع أن يسلم البضائع على النحو الذي يقتضيه العقد وهذه الاتفاقية"⁴⁴²، وما ذهب إليه الفقه في معنى التسليم وفقا لاتفاقية لاهاي بأن التسليم هو "إعطاء شيء مطابق للعقد" أو هو "نقل السلطة والسيطرة على بضائع مطابقة لما تم الاتفاق عليه"⁴⁴³.

وفي هذا الصدد أكد بعض الفقه⁴⁴⁴ على أهمية التفرقة بين الالتزام بتسليم المبيع والالتزام بالمحافظة عليه حين تسليمه. وتبدوا هذه الأهمية في التعرف على المسئول عن تبعة الهلاك، أخذا في الاعتبار أن التزام البائع بتسليم المبيع هو التزام بتحقيق نتيجة، وهو التزام متفرع عن الالتزام بنقل الملكية، لذا فالمبيع قبل تسليمه يهلك على مسؤولية البائع.

⁴⁴⁰ - جميل الشرقاوي، النظرية العامة للالتزامات، الكتاب الثاني، أحكام الالتزام، دار النهضة العربية 1981، ص. 14 وما بعدها.

⁴⁴¹ - GAILLARD (E), « L'entrée en vigueur de la convention de vienne du 11 avril 1980 sur les contrats de vente internationale de marchandises » Gaz.Pal. 1988, P.654.

⁴⁴² - Art. 30 du CVIM. : « Le vendeur s'oblige, dans les conditions prévues au contrat et par la présente convention, à livrer les marchandises, à en transférer la propriété et, s'il y a lieu, à remettre les documents s'y rapportant. »

⁴⁴³ - رضا عبيد، دراسة في القواعد الموحدة في البيوع الدولية، بدون دار نشر، 1996، ص. 139. محمود سمير الشرقاوي، العقود التجارية الدولية، مرجع سبق ذكره، ص. 128.

⁴⁴⁴ - محمود سمير الشرقاوي، العقود التجارية الدولية، مرجع سبق ذكره، ص. 129.

في حين أن الالتزام بالمحافظة على المبيع حتى تسليمه يعد التزاما ببذل عناية، ويكون البائع قد أوفى بالتزامه إذا بذل في تنفيذه من العناية كل ما يبذله الشخص العادي، ولو لم يتحقق الغرض المقصود، فإذا هلك المبيع أو تلف بالرغم من ذلك، لا يكون البائع مسؤولاً. بموجب التزامه بالمحافظة على المبيع، وإن كان يتحمل تبعه الهلاك أو التلف بموجب التزامه بالتسليم.

وفي هذا الصدد ننوه إلى أن تبعه الهلاك في القانون المدني الجزائري يرتبط بالتسليم وليس بنقل الملكية، إذ ربط بين تبعه هلاك المبيع في عقد البيع وتنفيذ الالتزام بالتسليم، فإذا هلك المبيع كله أو بعضه قبل التسليم ولسبب لا يد لأحد المتعاقدين فيه، فإن كان الهلاك كلياً انفسخ البيع واسترد المشتري ما أداه من ثمن، وإن كان جزئياً خير المشتري إن شاء فسخ العقد أو أخذ الباقي بحصته من الثمن، إلا إذا كان الهلاك بعد إعدار المشتري لتسلم المبيع، فيتحمل المشتري تبعه الهلاك، وهذا ما تقتضيه المادتين 369 و370 من القانون المدني الجزائري.

في حين أن الالتزام بالتسليم في التقنين المدني الفرنسي، ليس التزاماً بتحقيق نتيجة، بل هو التزام ببذل عناية يختلط بالالتزام بالمحافظة على المبيع حين تسليمه. وتبعه الهلاك في ظل هذا القانون تدور مع نقل الملكية لا مع التسليم، إذ يعتد في المادة 1138 منه بأن الالتزام الرئيسي على البائع هو نقل ملكية الشيء المبيع، وانفصل عنه الالتزام بالتسليم وأصبح التزاماً ثانوياً بالنسبة له، ولا يصح أن يفسخ العقد لعدم تنفيذ هذا الالتزام الثانوي، مادام الالتزام الأصلي بنقل الملكية قد نفذ، وأصبح المشتري مالكا للمبيع فيتحمل تبعه هلاكه. لذلك فإن هلك المبيع أو تلف بسبب أجنبي قبل التسليم، وعجز البائع عن تسليمه دون أن يكون ذلك بخطأ منه، برئت ذمته من الالتزام بالتسليم، وجاز له أن يطالب المشتري بالثمن، فيكون المشتري هو الذي تحمل تبعه الهلاك⁴⁴⁵.

⁴⁴⁵-Art. 1138 C. Civ. Fran. : « L'obligation de livrer la chose est parfaite par le seul consentement des parties contractantes. Elle rend le créancier propriétaire et met la chose à ses risques dès l'instant où elle a

المطلب الثاني: كيفية تنفيذ الالتزام بالتسليم.

عدم تعريف اتفاقية فيينا 1980 للالتزام بالتسليم، يفسر الرغبة الضمنية للاتفاقية للاحتكام إلى التشريعات الوطنية. ويشير القانون المدني الجزائري في هذا الصدد بأن تنفيذ التسليم يكون بوضع البضائع المباعة تحت تصرف المشتري بحيث يتمكن من حيازتها والانتفاع بها بدون عائق ولو لم يستلمها تسليماً مادياً مادام البائع قد أعلمه بذلك⁴⁴⁶.

ووضع البضائع المباعة تحت تصرف المشتري عمل يقوم به البائع، فلا يجوز للمشتري أن يجريه دون تدخل من جانب البائع. وإذا كان الغالب أن يقترن التسليم القانوني بالتسليم الفعلي، فإن تحقق الانتقال الفعلي للحيازة بخصوص البضائع المادية من البائع إلى المشتري لا يشترط تحققه بالضرورة. فقد يتحقق التسليم القانوني دون المادي، وأحياناً لا تنتقل البضائع المباعة انتقالاتاً مادياً من يد إلى أخرى، بل يتم تسليمها بمجرد تغيير النية كما إذا كان المشتري يحوز البضائع المباعة قبل البيع بناءً على إيجار أو عارية، فأصبح يحوزها بعد البيع باعتباره مالكا، ويوصف ذلك بالتسليم الحكمي.

وبما أن كيفية تنفيذ الالتزام بالتسليم تثير مسألة مكان وزمان التسليم، فإنه يجب أن نبين ذلك في خصوص البيع الدولي للبضائع. لما لذلك من أهمية عملية نظراً لدولية العقد، أي تمامه على الصعيد الدولي بين أطراف يوجدون في دول مختلفة أو لتعلق موضوع العقد ببضائع في دولة أخرى. وبناءً على ذلك نقسم هذا المطلب إلى الفروع التالية: الفرع الأول، صور التسليم. أما الفرع الثاني، مكان التسليم. والفرع الثالث، زمان التسليم.

du être livrée, encore que la tradition n'en ait point été faite, à moins que le débiteur ne soit en demeure de la livrer ; auquel cas la chose reste aux risques de ce dernier »

⁴⁴⁶ - المادة 367 من القانون المدني الجزائري.

الفرع الأول: صور التسليم

بالعودة إلى المادة 367 من القانون المدني الجزائري يمكننا استخلاص أن التسليم قد يكون فعليا (أولا)، كما قد يكون حكما أو معنويا (ثانيا).

أولا: التسليم الفعلي. يعتبر التسليم الفعلي القاعدة العامة في التسليم. وهو يعني وضع المبيع تحت تصرف المشتري بحيث يتمكن من حيازته والانتفاع به دون عائق، ولو لم يستول عليه ماديا، إذا كان البائع قد أعلمه بذلك. ويشترط لصحة التسليم الفعلي، أن يتم وضع المبيع تحت تصرف المشتري (الشرط الأول)، وأن يعلم البائع المشتري بذلك (الشرط الثاني).

الشرط الأول: أن يتم وضع المبيع تحت تصرف المشتري. ولكي يعتبر المبيع موضوعا تحت تصرف المشتري، يجب على البائع توفير كل ما من شأنه أن يمكن المشتري من حيازته واستطيع معها هذا الأخير أن ينتفع به الانتفاع المقصود منه دون عائق يحول بينه وبين هذا الانتفاع. ولا يشترط أن يتم انتقال حيازة الشيء المبيع فعلا إلى المشتري بحيث يستولي عليه استيلاء ماديا، مادام لا يوجد ما يمنع قانونا من هذا الاستيلاء⁴⁴⁷.

الشرط الثاني: وأن يعلم البائع المشتري بذلك. حيث يجب لتمام التسليم قيام البائع بواجبه نحو إخطار المشتري بأن الشيء المبيع قد وضع تحت تصرفه⁴⁴⁸، ولا يشترط في هذا الإخطار شكل معين، بل يجوز أن يتم شفاهة مادام في وسع البائع أن يثبت قيامه

⁴⁴⁷ - هذا ما يؤكد الشرط الأول من الفقرة الأولى من المادة 367 من القانون المدني الجزائري التي جاء فيها: "يتم التسليم بوضع المبيع تحت تصرف المشتري بحيث يتمكن من حيازته والانتفاع به من دون عائق ولو لم يستلمه تسليما ماديا...". أنظر أيضا محمود سمير الشرفاوي، الالتزام بالتسليم، المرجع السابق، ص. 329.

⁴⁴⁸ - وهذا ما يمكن استخلاصه من الشرط الثاني من الفقرة الأولى من المادة 367 من القانون المدني الجزائري التي جاء فيها: "... ما دام البائع قد أخبره بأنه مستعد لتسليمه بذلك...".

بذلك. فإذا ما قام البائع بذلك، فإنه يكون قد نفذ التزامه بالتسليم، ويقع عبء إثبات حدوث التسليم بهذه الكيفية على البائع⁴⁴⁹.

والأصل في التسليم الفعلي في عقد بيع البضائع باعتبارها من المنقولات المادية، أن يكون تسليمًا ماديًا، أي بمناولة المبيع من البائع إلى المشتري أو من ينوب عنه قانونًا يدا بيد، بحيث يتصل به اتصالًا ماديًا ويدخل في حيازته وسيطرته فعليًا. ويكون البائع قد أوفى بالتزامه بالتسليم بهذه الصورة، إذا قدم إلى المشتري كل الوسائل اللازمة لتمكينه من حيازة المبيع في المكان المتفق عليه لتسليمه، ولو لم يستول عليه بعد استيلاء ماديًا، طالما أن المبيع جاهز لأن يكون تحت سيطرة المشتري مع علمه بذلك. وهذا هو الأصل في تسليم المنقول المادي. إلا أنه لا يوجد ما يحول دون تحقق التسليم الفعلي بصورة رمزية، متى قام البائع باتخاذ موقف إيجابي يرمز إلى هذا التسليم، كأن يسلم شيئًا يقوم مقام تسليم المبيع محل البيع ذاته، كتسليم مفتاح المخزن المودع به المبيع أو سند الإيداع أو سند التخزين إذا كان المبيع محلاً للإيداع. وكذلك تسليم سندات شحن المبيع إذا كان محلاً للنقل. أو بإفراز المبيع إذا كان معينًا بنوعه فقط في حضور المشتري ودعوته إلى تسلمه⁴⁵⁰. في مثل هذه الفروض يعد تسليم الشيء الدال على المبيع والذي يمثله بمثابة تسليم المبيع ذاته، وهي من صور التسليم الشائعة في التجارة الدولية⁴⁵¹. كما أنه في التسليم الرمزي يجب على البائع أن يعمل جديًا على تحقق التسليم وإلا كان محلاً بهذا الالتزام، إذ في بعض الأحوال لا يكفي تسليم مفتاح المخزن الموجود به المبيع كي يعتبر

449 - محمود سمير الشرقاوي، الالتزام بالتسليم، المرجع السابق، ص. 330.

450 - حيث ينص الشطر الأخير من الفقرة الأولى من المادة 367 من القانون المدني الجزائري على أنه: "... ويحصل التسليم على النحو الذي يتفق مع طبيعة الشيء المبيع."

451 - محسن شفيق، الوسيط في القانون التجاري المصري، الجزء الثاني، العقود التجارية، مكتبة النهضة المصرية، الطبعة الثالثة 1957، ص.

9. محمود سمير الشرقاوي، الالتزام بالتسليم، المرجع السابق، ص. 332.

تسليما لهذا المبيع ولو بصورة رمزية، متى كان موضوع في غرفة أو حاوية داخل مخازن البائع. ويعد البائع غير منفذ لالتزامه بالتسليم ما لم يرخص للمشتري بدخول مخازنه ليتمكن من حيازة البضاعة فعلا⁴⁵².

وفي هذا الصدد نلاحظ أن التسليم الرمزي غير كاف بذاته كدليل قاطع على حيازة المبيع. فتحقق الحيازة من عدمها هي مسألة واقع، يستقل بتقديرها قاضي الموضوع بحسب الحالة المعروضة وما يتوافر فيها من دلائل. كما أن التسليم المادي أقوى من التسليم الرمزي، لذا لا ينتج الأخير أثره في مواجهة الغير حسن النية الذي يجوز البضاعة حيازة مادية، ويقدم الأول على الثاني حال تعارضهما⁴⁵³.

ثانيا: التسليم الحكمي أو المعنوي. وهو ما تأكده الفقرة الثانية من المادة 367 مدني جزائري⁴⁵⁴، فيتم التسليم الفعلي بمجرد تراضي المتعاقدين على أن المبيع قد تم تسليمه من البائع إلى المشتري. وإن كان البائع قد استبقى المبيع في حيازته بعد البيع لسبب آخر لا علاقة له بالملكية، وبالتالي فهو تصرف قانوني وليس عملا ماديا. إذ يعد بمثابة اتفاق على تغيير صفة الحائز للشيء المبيع، دون تغيير في الحيازة الفعلية للشيء محل التسليم. ومثال ذلك إذا كان المبيع قبل البيع مودع لدى المشتري أو مرهون تحت يده، ثم يقوم بشراؤه، فلا يكون هناك ثمة تسليم فعلي له، وإنما تتغير صفة المشتري إلى مالك للمبيع. أو أن يبقى المبيع في حيازة البائع بعد البيع، ولكن لا كمالك وإنما لسبب آخر غير الملكية كمودع لديه أو دائن مرتهن أو مستأجر، وعلى ذلك يظل البائع حائزا للمبيع ولكن

⁴⁵² - محمود سمير الشرفاوي، الالتزام بالتسليم، المرجع السابق، ص. 332 .

⁴⁵³ - تنص المادة 835 من القانون المدني الجزائري التي تنص: "... من حاز بسند صحيح منقولاً أو حقاً عينياً على المنقول أو سند لحامله فإنه يصبح مالكا له إذا كان حسن النية وقت حيازته."

⁴⁵⁴ - تنص الفقرة الثانية من المادة 367 من القانون المدني الجزائري على أنه: "... وقد يتم التسليم بمجرد تراضي الطرفين على البيع إذا كان المبيع موجودا تحت يد المشتري قبل البيع أو كان البائع قد استبقى المبيع في حيازته بعد البيع لسبب آخر لا علاقة له بالملكية".

بصفة جديدة غير صفة المالك⁴⁵⁵. فالتسليم هنا لا يعني إذن نقل الحيازة المادية للمشتري واستيلاء هذا الأخير على المبيع استيلاء فعلياً. فإذا كان التسليم التزاماً في ذمة البائع، فإن التسليم وهو حيازة المشتري للمبيع حيازة فعلية يعد التزاماً في ذمة هذا الأخير، مادام البائع وفر له سبل ذلك.

ومن تطبيقات التسليم الحكمي البيع سيف، حيث يكون الشيء المبيع في هذا النوع من البيوع في الغالب "بضائع معينة بنوعها ومصدرها إلى المشتري". ولما كان هذا البيع بيعاً بحرياً عند الشحن، ومن أحكامه الأساسية أن يتم التسليم فيه بشحن البضاعة في ميناء الشحن، فإن تضمين عقد البيع الشرط سيف يعني أن المتعاقدين قد اتفقا على أن يتم التسليم عند الشحن، ويعتبر التسليم في هذه الحالة تسليمياً حكماً طبقاً للقواعد العامة. ويتضمن هذا البيع اتفاقاً ضمناً بينهما على أن تكون واقعة الشحن هي التي تحدد كل من وقت إفراز المبيع ونقل الملكية وكذلك وقت التسليم ومكانه وانتقال مخاطر البضاعة إلى المشتري، ولا يوجد في القواعد العامة ما يمنع من ذلك⁴⁵⁶.

الفرع الثاني: مكان التسليم.

الأصل في تحديد هذا المكان هو اتفاق أطراف التعاقد صراحة عليه. فإن عيناه فيجب أن يتم التسليم في هذا المكان، ولو لم يكن هو المكان الموجود فيه المبيع وقت إبرام العقد، وفي هذه الحالة يقع على البائع التزام بنقله إلى المكان المعين وتحمل مصاريف هذا النقل ما لم يتفق على تحميلها للمشتري. فإن لم يفعلوا وخلا العقد من تحديد مكان

⁴⁵⁵ - محمود سمير الشرقاوي، الالتزام بالتسليم، المرجع السابق، ص. 339. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، المرجع السابق، ص. 755 وما بعدها.

⁴⁵⁶ - أحمد حسني، البيوع البحرية، دراسة لعقود التجارة البحرية الدولية "سيف وفوب"، نشأة المعارف بالإسكندرية، الطبعة الثانية، 1983، ص. 265 وما بعدها.

التسليم صراحة، يرجع للإرادة الضمنية للمتعاقدين، ثم العرف التجاري⁴⁵⁷. وإذا لم يوجد هذا ولا ذلك، فيجب الأخذ بما تقرره القواعد العامة، حيث تميز بين ما إذا كان المبيع قيميا أو مثليا، فإذا كان المبيع شيئا معيناً بالذات التزم البائع بتسليمه في المكان الذي كان موجودا فيه وقت نشوء التزام أو ذكر في العقد أنه موجود فيه. ولا يعد البائع منفذا لالتزامه بالتسليم إلا إذا جرى إيصاله للمشتري طالما أنه لا يوجد اتفاق أو عرف أو نص قانوني يقضي بغير ذلك. أما إذا لم يعين مكان وجوده وقت نشوء الالتزام أو كان المبيع مثليا - لم يعين إلا بنوعه - فيكون التسليم واجبا في المكان الذي يوجد فيه موطن البائع وقت الوفاء أو في مركز أعماله إذا كان البيع متعلقا بهذه الأعمال⁴⁵⁸.

وعليه، سنعالج مسألة تحديد مكان التسليم، من خلال التعرض لموقف المشرع الجزائري منها (أولا)، ثم موقف المشرع الفرنسي (ثانيا)، ثم موقف الاتفاقيات الدولية (ثالثا).

أولا: موقف المشرع الجزائري. ولقد أشار المشرع الجزائري لمكان التسليم من خلال نص المادة 368 مدني التي تحوي قاعدة تكميلية يجوز الاتفاق على مخالفتها وقد جاء فيها أنه: "إذا وجب تصدير المبيع إلى المشتري فلا يتم التسليم إلا إذا وصل إليه ما لم يوجد اتفاق يخالف ذلك". ووفقا لنص هذه المادة إذا كان المبيع واجب تصديره إلى المشتري، فلا يتم التسليم إلا إذا وصل إليه. ويكون التسليم عند التفريغ في ميناء الوصول في موطن المشتري (وهو الدائن بالتسليم)، لا عند الشحن الذي هو موطن البائع (وهو المدين بالتسليم). وتكون تبعة هلاك المبيع في أثناء نقله إلى محل المشتري على عاتق البائع، سواء

457 - محمود سمير الشرقاوي، الالتزام بالتسليم، المرجع السابق، ص. 351. سليمان مرقس، عقد البيع، المرجع السابق، ص. 357. محسن

شفيق، الوسيط، المرجع السابق، ص. 9.

458 - عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص. 760 وما بعدها.

كان المبيع معيناً بالذات أو النوع، ولو أن ملكيته تنتقل إلى المشتري في الأول من وقت العقد، وفي الثاني من وقت فرزه أي في الغالب من وقت شحنه⁴⁵⁹.

ثانياً: موقف التشريع الفرنسي. القاعدة العامة في القانون الفرنسي تنص على أنه: " يتم تسليم الشيء المبيع في المكان الذي يوجد فيه هذا المبيع عند إبرام العقد"⁴⁶⁰. ويسري هذا الحكم حين يخلو العقد من اتفاق أطرافه - صراحة أو ضمناً - على تحديد مكان الوفاء بالتسليم أو عدم وجود عرف يحدد هذا المكان. وقد استقر العرف التجاري في فرنسا على أن يتم التسليم في مكان البائع بحيث يتحمل المشتري مخاطر النقل⁴⁶¹. وإذا كانت البضاعة المبيع محل نقل، فالرأي مستقر في ظل هذا القانون بأن تسليم البضاعة المبيعة إلى الناقل لنقلها إلى المشتري، يعد تسليمها لها إلى الأخير، ما لم يوجد اتفاق صريح بين طرفي البيع على غير ذلك⁴⁶².

ثالثاً: مكان التسليم من منظور الاتفاقيات الدولية. إذا كانت التشريعات الوطنية قد اجتمعت على قاعدة واحدة بخصوص مكان تسليم المبيع، وهي ترك المسألة لحرية اتفاق الأطراف، وهو ما يتفق مع ما جرى عليه العمل في هذا شأن، فقد يثور التساؤل عن التوجه الذي استقرت عليه الاتفاقيات الدولية لبيع البضائع؟. وستعرض لموقف اتفاقية لاهاي لعام 1964 (أ)، ثم لموقف اتفاقية فيينا لعام 1980 (ب).

⁴⁵⁹ - سليمان مرقس، المرجع السابق، ص. 357 و358.

⁴⁶⁰ - Art. 1609 du C. Civ. Fran. : « La délivrance doit se faire au lieu ou était, au temps de la vente, la chose qui en a fait l'objet, s'il n'en a été autrement convenu ».

⁴⁶¹ - Vincent Heuzé : la vente internationale... OP. Cit. p. 217.

⁴⁶² - محمود سمير الشرفاوي، الالتزام بالتسليم، المرجع السابق، ص. 351.

أ- بالنسبة لاتفاقية لاهاي لعام 1964، نجد أن القواعد التي تحكم تسليم المبيع فيها لا تختلف كثيرا عن القواعد التي تضمنتها التشريعات الوطنية، وفي هذا الصدد تفرق الاتفاقية بين حالتين:

الحالة الأولى: إذا كان البيع لا يستلزم نقل المبيع. وفي هذه الحالة يكون التسليم واجبا في المكان الذي كان يوجد فيه مركز أعمال البائع وقت إبرام العقد أو محل إقامته العادية إذا لم يوجد مركز أعمال له⁴⁶³. ولا عبء بمركز الأعمال الحالي أو محل الإقامة الحالية، وهذا هو الفارق بين الاتفاقية والتشريعات الوطنية التي تعتد بمركز الأعمال الحالي⁴⁶⁴.

الحالة الثانية: إذا كان البيع يستلزم نقل المبيع دون أن يعين في العقد مكان التسليم. وفي هذه الحالة يكون مكان التسليم هو المكان الذي يسلم فيه المبيع إلى الناقل⁴⁶⁵، بشرط أن يكون تسليم المبيع للناقل بقصد نقله إلى المشتري أتى تنفيذا لعقد البيع (تسليم مع تخصيص غرضه)، فان تخلف هذا الشرط يعد البائع مخلا بتنفيذ التزامه بالتسليم في هذه الحالة، إذ لا يكفي التسليم المجرد إلى الناقل لتنفيذ التزام البائع، فقد يكون الغرض من التسليم شيئا آخر غير تنفيذ العقد. وإذا كان المبيع معيناً بذاته ويعلم المتعاقدان مكان وجوده وقت إبرام العقد، كان التسليم واجبا في هذا المكان، أما إذا كان معيناً بنوعه

⁴⁶³ - المادة 1/23 من اتفاقية لاهاي. ويسمى البيع في هذا الفرض Al'usine أو Ex work.

Art. 23 du Convention La Haye, 1^{er} juillet 1964: « 1. Lorsque le contrat de vente n'implique pas un transport de la chose, le vendeur doit délivrer la chose au lieu où il avait, lors de la conclusion du contrat, son établissement ou, à défaut d'établissement, sa résidence habituelle.

2. Si la vente porte sur un corps certain et si les parties connaissent le lieu où il se trouve lors de la conclusion du contrat, c'est en ce lieu que le vendeur doit délivrer la chose. Il en est de même si les choses vendues sont des choses de genre à prendre dans une masse déterminée ou si elles doivent être fabriquées ou produites dans un lieu connu des parties lors de la conclusion du contrat. »

⁴⁶⁴ - محمود سمير الشرقاوي، الالتزام بالتسليم، المرجع السابق، ص. 353.

⁴⁶⁵ - هذا هو مفهوم الفقرة الثانية من المادة 19 من اتفاقية لاهاي، حيث تعالج الحالة التي يستلزم فيها تنفيذ العقد نقل المبيع دون أن يعين في العقد مكان تسليمه، فتقضى بأن التسليم عندئذ يتم "بتسليم الشيء للناقل لنقله إلى المشتري".

فقط ويلزم إفرازه من كمية أكبر أو يلزم صنعه أو إنتاجه في مكان يعلمه المتعاقدان، كان واجب التسليم في هذا المكان. وتسري القواعد السالفة ما لم يتفق الأطراف على خلاف ذلك⁴⁶⁶.

ب- أما اتفاقية فيينا لعام 1980، فقد حذت حذو اتفاقية لاهاي بشأن القواعد التي تحكم مكان تسليم المبيع، فطبقاً للمادة 31 من هذه الاتفاقية، تكون العبرة أصلاً في تحديد المكان الذي يتعين فيه على البائع تسليم المبيع للمشتري هو اتفاق المتعاقدين. وفي الغالب يحدد في عقد البيع الدولي للبضائع مكان التسليم سواء صراحة أو بالإحالة إلى القواعد أو الشروط التي يتبناها المتعاقدان، كمجموعة المصطلحات التجارية الدولية Incoterms. ويفرق نص المادة 31 من الاتفاقية بين الحالتين:

الحالة الأولى: حيث يقتضي تنفيذ عقد البيع نقل البضاعة المبيعة، ويكون البائع هو الملتزم بإبرام عقد النقل، يقع تسليم المبيع في المكان الذي تتم فيه مناولته إلى الناقل بقصد إيصاله إلى المشتري⁴⁶⁷. ولا تبرأ ذمة البائع من الالتزام بالتسليم إلا بتحقيق شروط ثلاثة:

الشرط الأول: وجوب أن يقع تسليم المبيع مادياً، أي بنقل حيازته حيازة مادية إلى الناقل، فلا يكفي مجرد وضع المبيع تحت تصرف وسيطرة الناقل.

⁴⁶⁶ - المادة 2/23 من اتفاقية لاهاي. في تفصيل ذلك انظر محسن شفيق، اتفاقية لاهاي، المرجع السابق، ص. 353 وما بعدها.
⁴⁶⁷ - Art. 31 du CVIM. : « Si le vendeur n'est pas tenu de livrer les marchandises en un autre lieu particulier, son obligation de livraison consiste :

a) Lorsque le contrat de vente implique un transport des marchandises, à remettre les marchandises au premier transporteur pour transmission à l'acheteur ;

b) Lorsque, dans les cas non visés au précédent alinéa, le contrat porte sur un corps certain ou sur une chose de genre qui doit être prélevée sur une masse déterminée ou qui doit être fabriquée ou produite et lorsque, au moment de la conclusion du contrat, les parties savaient que les marchandises se trouvaient ou devaient être fabriquées ou produites en un lieu particulier, à mettre les marchandises à la disposition de l'acheteur en ce lieu ;

c) Dans les autres cas, à mettre les marchandises à la disposition de l'acheteur au lieu où le vendeur avait son établissement au moment de la conclusion du contrat. »

الشرط الثاني: أن يتم التسليم تنفيذاً لعقد البيع، أي مع تخصيص غرضه في إيصال المبيع للمشتري وليس لغرض آخر.

الشرط الثالث: أن العبارة بتسليم المبيع بالكيفية السالفة تكون بالنسبة للناقل الأول، إذ يواجه النص حالة تعدد الناقلين كلما لو اقتضى نقل البضاعة عدة مراحل مختلفة بحرية وبرية مثلاً، فتراً ذمة البائع عند حد الناقل الأول، ولا شأن له بأي عمليات نقل أخرى تتم بعد ذلك على هذا المبيع حتى يصل للمشتري⁴⁶⁸.

الحالة الثانية: حيث لا يقتضي تنفيذ عقد البيع نقل البضاعة المبيعة، ولا يوجد التزام على البائع بإبرام عقد النقل، ويتعلق البيع ببضائع محددة أو بضائع معينة بالجنس ستسحب من مخزون محدد أو تصنع أو تنتج، ففي هذه الأحوال طالما كان الطرفان يعلمان وقت إبرام عقد البيع أن البضائع - المحددة بذاتها أو التي ستسحب من مخزون محدد - موجودة في مكان معين أو كانا يعلمان وقت إبرام العقد أن البضائع - غير الموجودة بعد في ذلك الحين - سوف تصنع أو تنتج في مكان معين، فيقع التسليم بوضع البضاعة تحت تصرف المشتري في ذلك المكان⁴⁶⁹.

ويجب أن يكون علم الطرفان بهذا المكان علماً حقيقياً وليس مفترضاً، لكونه المكان الذي عينه النص ليقع التسليم فيه. والتسليم المعني هنا، هو مجرد جعل البائع البضاعة في متناول المشتري بحيث لا يحتاج إلى أكثر من أخذها في حيازته، وقد يتطلب ذلك أن يعد البائع البضاعة ليتسلمها المشتري، مثل تعبئتها وإخطار المشتري بتسلمها. وفي غير تلك الأحوال السالفة جميعاً - بمعنى أنه في أي حالة أخرى يفرزها التطبيق

468 - محمود سمير الشرقاوي، العقود التجارية الدولية، المرجع السابق، هامش 2 ص. 130. محسن شفيق، اتفاقية الأمم المتحدة، المرجع

السابق، ص. 137.

469 - المادة 2/31 من اتفاقية فيينا.

العملي - يتم التسليم بوضع البضاعة تحت تصرف المشتري في المكان الذي كان يوجد فيه مركز أعمال البائع وقت إبرام العقد⁴⁷⁰، والعبرة بمكان مركز الأعمال أو محل الإقامة - بحسب الأحوال - وقت إبرام العقد، فان تغير بعد ذلك لا تبرأ ذمة البائع من الالتزام بالتسليم إلا بوضع البضاعة تحت تصرف المشتري في المكان القديم، إلا إذا وافق المشتري على تسلمها في المكان الجديد. وتسري القواعد السالفة ما لم يتفق الأطراف على خلاف ذلك⁴⁷¹.

الفرع الثالث: زمان التسليم

يتضمن عقد البيع في الغالب الميعاد الذي يلتزم فيه البائع بتسليم المبيع، ولم يتضمن القانون المدني الجزائري وهو بصدد تنظيم عقد البيع أي قواعد خاصة بتحديد ميعاد التسليم، تاركا الأمر للقواعد العامة. وعلى ذلك يجب على البائع تسليم المبيع في الميعاد المحدد في العقد، طالما كان محددًا بدقة وإلا اعتبر عدم وفائه خلال هذا الميعاد إخلالا منه بهذا الالتزام. وفي الواقع العملي غالبا ما تثار الصعوبة حول تعيين هذا الميعاد، إما لعدم تحديده في العقد أصلا، وإما ذكر فيه بشكل مرن مما قد يؤدي إلى اختلاف الطرفان حوله:

ففي الصورة الأولى: حيث لا يوجد اتفاق يكون الميعاد الذي يقضي به العرف - متى وجد- هو الواجب الأخذ به، وغالبا ما جرى التعامل التجاري على ذلك حيث يحدد

⁴⁷⁰ - المادة 3/31 من اتفاقية فيينا. يكون البيع في هذه الصورة ما تطلق عليه قواعد الانكرو ترمز اسم Ex work أي البيع الذي يتم في منشأة البائع، ويجري الفقه التجاري على ذات الحل الوارد بهذه الصورة، ويرتب عليه أن المشتري يتحمل تبعه هلاك البضاعة وهي في الطريق. انظر: مراد فهيم، القانون التجاري، العقود التجارية وعمليات البنوك، دار المعارف بالإسكندرية، طبعة 1982، منشأة المعارف، ص. 21.

⁴⁷¹ - محسن شفيق، اتفاقية الأمم المتحدة، المرجع السابق، ص. 137 وما بعدها. محمود سمير الشرفاوي، العقود التجارية الدولية، المرجع السابق، ص. 129 وما بعدها.

العرف مهلة معينة لتسليم المبيع، فإن لم يوجد اتفاق ولا عرف، فيجب على البائع التسليم خلال وقت معقول متى اقتضت طبيعة المبيع تأخير التسليم إلى وقت معين⁴⁷².
فإن لم تتوافر الحالات السالفة، يكون لزاما على البائع تنفيذ التزامه بالتسليم فور تحمله به، أي بمجرد إبرام العقد عقد البيع⁴⁷³. فإذا كان البيع واردا على بضاعة حاضرة وجب على البائع تسليمها فورا للمشتري.

وفي الصورة الثانية: قد يستعمل المتعاقدان في العقد تعبيرات مرنة للدلالة على ميعاد التسليم، مما يؤدي لإثارة الخلاف بشأن حقيقة هذا الميعاد. ومن تطبيقات ذلك التفاهم على أن يتم التسليم "في أسرع وقت ممكن"، وعندئذ يجب على البائع بذل الجهد الكافي لتسليم المبيع فورا، واتخاذ ما يلزم لهيئة الظروف المحيطة من حيث الوقت اللازم لصنعه أو نقله، وبانتفاء الخطأ أو التقصير منه لا يجوز للمشتري في حدود هذا الوقت التضرر من التأخير مهما طال. وعلى عكس ذلك فإن أثبت المشتري خطأ أو إهمال البائع، حينئذ يعد الأخير مخطئا بالتزامه بالتسليم، وجاز للأول طلب فسخ العقد⁴⁷⁴.

وقد يتفق الطرفان على تسليم المبيع خلال مدة معينة "إن أمكن ذلك" أو "تقريبا"، ففي مثل هذا الفرض لا يعد عدم الوفاء من البائع خلال هذه المدة إخلالا منه بالتزامه بالتسليم، لأن العبارات المستخدمة تفيد حتما التسامح ببعض الشيء في ميعاد التسليم، ومنح البائع مهلة إضافية معقولة للقيام بذلك. كما قد يتفق الطرفان على أن يتم التسليم

⁴⁷² - كما إذا كان المبيع شيئا غير معين إلا بنوعه، وكان البائع سيحصل على المقادير المبيعة من السوق ثم يسلمها بعد ذلك للمشتري، فيجب منح الأول وقت معقول يتيسر له فيه الحصول على المقادير المبيعة من السوق. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، المرجع السابق، ص. 759.

⁴⁷³ - فتحي عبد الرحيم، المرجع السابق، ص. 142. محسن شفيق، الوسيط، المرجع السابق، ص. 10. أكثم الخولي، المرجع السابق، ص. 19. محمود سمير الشرفاوي، العقود التجارية الدولية، المرجع السابق ذكره، ص. 347.

⁴⁷⁴ - أكثم الخولي، المرجع السابق، ص. 20 هامش 3.

"متى شاء المشتري" وفي هذا الفرض ليس للأخير الادعاء بإخلال البائع بالتزامه بتسليم المبيع وفق إرادته الحرة، بل له ذلك وفق ما يقضي به العرف التجاري من ميعاد وما تقضيه طبيعة المبيع من وقت لتسليمه⁴⁷⁵. والقواعد والأحكام السالفة يعتد بها في ظل القانون الفرنسي، لعدم وجود نصوص فيه تتعارض معها، ويتفق القانون الفرنسي والجزائري بشأن هذه المسألة.

أما على صعيد الاتفاقيات الدولية، فنجد أن اتفاقية لاهاي تقضي بأنه: "إذا نص العقد على ميعاد التسليم، وجب على البائع مراعاته، وإذا لم يتضمن العقد مثل هذا التعيين وجب التسليم في الميعاد الذي يعينه العرف"⁴⁷⁶. ويلتزم البائع بالتسليم عند حلول الميعاد المعين أو الذي يقضي به العرف ودون حاجة إلى أي إجراء من جانب المشتري كالإعذار مثلا، بشرط أن يكون الميعاد معينا على وجه الضبط أو قابلا للتعيين أو يتوقف تعيينه على حدث مؤكد الوقوع ويعلم الطرفان على وجه التحديد يوم وقوعه.

وفي البيوع الدولية للبضائع، غالبا ما يتفق على تسليم المبيع خلال فترة زمنية معينة، لا بتاريخ مقطوع⁴⁷⁷. ويتولى البائع تعيين هذه الفترة، إلا إذا اتضح أن تعيينها متروك

⁴⁷⁵ - أكنم الخولي، المرجع السابق، هامش 5 ص. 19 و20.

⁴⁷⁶ - Art. 20 du Convention La Haye, 1^{er} juillet 1964 : « Lorsque la date de la délivrance a été fixée par les parties ou résulte des usages, le vendeur est tenu de délivrer la chose à cette date sans qu'il soit besoin d'aucune formalité, à condition que la date ainsi fixée soit déterminée ou déterminable d'après le calendrier, ou qu'elle soit liée à un événement certain dont le jour de réalisation puisse être connu exactement des parties. »

⁴⁷⁷ - إذ يجتاط البائع لنفسه ضد أي ظروف تعوق التسليم في التاريخ المقطوع، لدى يتفق على التسليم خلال فترة زمنية - كشهر يوليو أو خلال موسم الصيف - ومن أمثلة هذه الظروف عدم التأكد من طرق المواصلات لحلول فصل الجليد أو انتشار الإضراب بين عمال النقل أو وقوع إضراب سياسي أو لأن مقدرة البائع على إنتاج السلعة المطلوبة أو كميتها غير مؤكدة. محسن شفيق، اتفاقية لاهاي، المرجع السابق، ص. 353.

للمشتري⁴⁷⁸. ويجب على البائع تسليم المبيع خلال الفترة الزمنية المعينة في العقد أو التي يقضي بها العرف، دون حاجة لقيام المشتري باتخاذ إجراء معين، وإلا اعتبر محلاً بالتزامه بالتسليم⁴⁷⁹.

وإذا لم يعين العقد ميعاد للتسليم ولم يوجد عرف يقضي بتعيينه، وجب أن يقوم به البائع عقب إبرام العقد بمدة معقولة يراعي في تقديرها الظروف وطبيعة الشيء، وتقدير معقولة المدة من مسائل الواقع يستقل بتقديرها قاضي النزاع آخذاً في الاعتبار الظروف القائمة وقت البيع لتمكين البائع من إعداد مثل الشيء المبيع وتجهيزه للتسليم⁴⁸⁰. وذهب جانب من الفقه إلى أن اتفاقية لاهاي أخذت بمذهب القانون الانجليزي في تحديد زمان تسليم البضاعة، ويقرر أن هذا الاتجاه هو الذي يسود التجارة الدولية بصفة عامة⁴⁸¹.

وسارت اتفاقية فيينا على ذات المنحى، إذ يجب على البائع أن يسلم البضائع أساساً، في التاريخ المحدد في العقد صراحة أو في التاريخ الذي يمكن تحديده بالرجوع إلى العقد⁴⁸². فإذا لم يشتمل العقد على مثل هذا التعيين، وجب التسليم في الميعاد الذي يحدده العرف، ويقوم البائع بتنفيذ التزامه بالتسليم عند حلول الميعاد المعين أو الذي يقضي به العرف دون حاجة إلى أي إجراء من جانب المشتري كالإعذار مثلاً⁴⁸³. أما حين لا يحدد

⁴⁷⁸-Art. 21 du Convention La Haye, 1^{er} juillet 1964 : « Lorsqu'il résulte de la convention des parties ou des usages que la délivrance devra être effectuée au cours d'une certaine période (tel mois, telle saison), il appartient au vendeur de fixer la date exacte de la délivrance, à moins qu'il ne résulte des circonstances que cette fixation est réservée à l'acheteur. »

⁴⁷⁹ - لهذه القاعدة ما يبررها في التجارة الدولية، حيث يكون البائع والمشتري من كبار التجار أو المنشآت الكبرى التي تملك إدارات منظمة تعني عن ضرورة إخطارها بحلول ميعاد التسليم.

⁴⁸⁰ - المادة 22 من اتفاقية لاهاي. محسن شفيق، اتفاقية لاهاي، المرجع السابق، ص. 353.

⁴⁸¹ - المادة 2/33 من اتفاقية فيينا

⁴⁸² - المادة 1/33 من اتفاقية فيينا.

⁴⁸³ - محسن شفيق، اتفاقية الأمم المتحدة، المرجع السابق، ص. 140.

الطرفان موعد التسليم بتاريخ مقطوع، وإنما خلال مدة زمنية معينة أو اتضح من العقد ذلك، فإن البائع يكون قد نفذ التزامه إذا قام بتسليم البضائع في أي وقت خلال هذه المدة، اللهم إلا إذا تبين من الظروف أن المشتري هو الذي يختار موعداً للتسليم⁴⁸⁴. وفي هذه الحالة، يجب على المشتري إخطار البائع باليوم الذي يختاره، كي يقوم الأخير على تجهيز البضاعة وإعدادها للتسليم، على الرغم من عدم اشتراط النص على هذا الإخطار، لكنه من موجبات حسن النية في تنفيذ عقد البيع الدولي، لكي لا يفاجأ البائع باختيار يوم يستحيل عليه فيه إعداد البضاعة للتسليم، ولا يمكن الادعاء بإخلال الأخير بالتزامه دون هذا الإخطار⁴⁸⁵.

وفي جميع الأحوال الأخرى، يكون البائع قد نفذ التزامه إذا سلم المبيع خلال مدة معقولة من انقضاء العقد⁴⁸⁶، وتعد هذه الصورة لتحديد ميعاد التسليم من الحالات التي تبنت فيها اتفاقية فيينا معيار "المعقولة" وتقدير المعقولة من عدمها من مسائل الواقع ويترك تقديرها للقاضي الذي ينظر التراع أو المحكم بحسب الأحوال، مراعيًا في ذلك ظروف الحال وقت البيع لتمكين البائع من إعداد الشيء وتجهيزه للتسليم⁴⁸⁷.

484 - المادة 2/33 من اتفاقية فيينا. محمد شكري سرور، المرجع السابق، ص. 136.

485 - محسن شفيق، اتفاقية الأمم المتحدة، المرجع السابق، ص. 141.

486 - المادة 3/33 من اتفاقية فيينا. وهذا النص ما هو إلا تكريس لما يجري عليه العرف في البيوع التجارية من إعطاء البائع مهلة للتسليم بحسب طبيعة البضاعة. مراد فهميم، المرجع السابق، ص. 21.

487 - محمود سمير الشرقاوي، العقود التجارية الدولية، مرجع سبق ذكره، ص. 134. محسن شفيق، اتفاقية الأمم المتحدة، المرجع السابق، ص. 141.

المطلب الثالث: الالتزام بالتسليم وفقا لقواعد الأنكوترمز.

قبل أن نتعرض للالتزام بالتسليم وفقا لقواعد الأنكوترمز، يجدر بنا تعريف هذه القواعد. لذلك سنقسم هذا المطلب إلى فرعين: نبدأ بتعريف قواعد الأنكوترمز وطبيعتها القانونية (الفرع الأول). ثم التزام البائع بالتسليم وفقا لقواعد الأنكوترمز (الفرع الثاني).

الفرع الأول: تعريف قواعد الأنكوترمز INCOTERMS وطبيعتها القانونية.

للتعريف بقواعد الأنكوترمز، نتعرض لثلاث مسائل. نبذة عن تاريخ هذه القواعد (أولا)، ثم نتعرض لآخر تعديل طرأ عليها في سنة 2010 (ثانيا)، ثم الطبيعة القانونية لقواعد الأنكوترمز (ثالثا).

أولا: نبذة تاريخية عن هذه القواعد. قواعد الأنكوترمز INCOTERMS هي اختصار للعبارة الإنجليزية "International Commercial TERMS". وهي مجموعة من الرموز المستعملة في مجال التجارة الدولية تحمل دلالات خاصة متعارف عليها دوليا، يمكن من خلالها معرفة التزامات كل من البائع والمشتري من حيث مكان وزمان التسليم، وتحمل تبعه هلاك البضاعة، ومن الملتزم بنقل البضاعة أو التأمين عليها أثناء النقل، ومن يتحمل مصاريف النقل والتأمين، ومن يقوم بإجراءات التصدير والجمركة، ومن يستصدر الوثائق الخاصة بالبضاعة ومنشئها ومصدرها⁴⁸⁸. وقد قامت غرفة التجارة الدولية La Chambre de commerce internationale (ICC)⁴⁸⁹ بجمع هذه القواعد وتحديد معانيها

⁴⁸⁸ - Emmanuel Jolivet : Les incoterms, étude d'une norme du commerce international, édition Litec, p. 3.

⁴⁸⁹ - وقد أنشئت غرفة التجارة الدولية (ICC) La chambre de commerce internationale في عام 1919 ومقرها باريس، وهي منظمة دولية غير حكومية تضم رجال الأعمال عبر العالم، وهي تضم الآن مآت آلاف المؤسسات والشركات والجمعيات الاقتصادية في أكثر من 130 دولة. هدفها الأساسي هو مساعدة عالم الأعمال على تسهيل المعاملات والاستثمارات الدولية، وتحرير التجارة الدولية في مجال السلع والخدمات وحركة رؤوس الأموال. أول رئيس انتخب على رأسها هو السيد « D'Etienne Clémentel » وزير سابق للتجارة بفرنسا، وبفضل مجهوداته ثم وضع مقر الأمانة العامة لغرفة التجارة الدولية في باريس، وقد ساهم في خلق المجلس الدولي للتحكيم لغرفة التجارة الدولية La cour international d'arbitrage de cci سنة 1923. ومن الأعمال المهمة للغرفة هو إصدارها للقواعد

والالتزامات الناشئة عنها أول مرة سنة 1936 وكانت تحتوي على 9 قواعد فقط واستمرت في العمل بها حتى عدلت سنة 1953، وعدلت مرة أخرى سنة 1967 ثم سنة 1974، وبعدها في 1976 ثم أضيف إليها نوعان من البيوع التجارية الدولية سنة 1980، ثم عدلت سنة 1990⁴⁹⁰ وبعد ذلك سنة 2000 وكانت تضم 13 قاعدة. وآخر تعديل حاصل عليها هو تعديل 2010، والذي دخل حيز التنفيذ في 1 جانفي 2011 أين أصبحت تضم 11 قاعدة فقط⁴⁹¹. وقد أصبح لهذه القواعد في العصر الحالي انتشار واسع واعتراف لدى كل بلدان العالم، ومن بينها الجزائر أين يمكن من دون أي مانع قانوني اللجوء إلى تطبيق هذه القواعد في العلاقات التجارية الخارجية للمتعاملين الجزائريين. وهذا ما تؤكدته المادة 27 من النظام الصادر عن بنك الجزائر رقم 01/07 المؤرخ في 03 فبراير 2007 المتعلق بالقواعد المطبقة على المعاملات الجارية مع الخارج والحسابات بالعملة الصعبة⁴⁹² التي تنص صراحة أنه: "يمكن استعمال مجموع المصطلحات التجارية (Incoterm) التي تتضمنها أصول وأعراف الغرفة التجارية الدولية في العقود التجارية مالم تنص الأحكام التشريعية التنظيمية على خلاف ذلك".

ثانيا: قواعد الأنكوترمز 2010. تجري غرفة التجارة الدولية ICC تعديلات على Incoterms كل عشر سنوات تقريبا، وذلك لمواكبة التطورات التي تطرأ على التجارة الدولية. ولهذا فقد قامت بمراجعة الـ Incoterms 2000 وأدخلت عليها عدة

والأعراف الموحدة الخاصة بالقرض المستندي سنة 1933 وقد خضعت لعدة تعديلات ونسختها الأخيرة UCP500 دخلت حيز التنفيذ سنة 1994، هذه القواعد مستعملة من قبل البنوك في العالم كله. كما أنها قامت بإصدار قواعد الأنكوترمز التي هي محل دراستنا الآن، وأصدرت أيضا القواعد الخاصة بها في التحكيم التجاري الدولي، وغيرها من الأعمال ذات الأهمية في مجال تنظيم التجارة الدولية.

⁴⁹⁰ - في نسخة 1936 كان يوجد مصطلح « FOB » وهو يخص النقل البحري عبر السفن فقط، أين يتم التسليم بوضع البضاعة على ظهر السفينة. غير أنه في نسخة الأنكوترمز 1953 استحدث مصطلح « Franco wagon »، الذي يتعلق بحالات النقل عبر السكك الحديدية. ثم في سنة 1976 استحدث مصطلح « Franco aéroport » الذي يتعلق بالنقل الجوي. غير أنه في نسخة 1980 استحدث مصطلح « Franco transporteur » الذي يشمل كل وسائل النقل من دون استثناء سواء كانت برية بحرية أو جوية. وهذا ما أدى بنسخة الأنكوترمز 1990 إلى إلغاء مصطلحات « Franco wagon »، « Franco aéroport » وذلك لأنه يمكن احتواؤهم ضمن مصطلح « Franco transporteur ».

⁴⁹¹ - Incoterms ICC 2010 pub. ICC 715.

⁴⁹² - المنشور بالجريدة الرسمية عدد 31 الصادرة بتاريخ 13 مايو 2007.

تغييرات، آخذة في الحسبان التطورات التي حدثت خلال العشر السنوات الماضية وأصدرت تباعا لذلك الـ Incoterms 2010.

وأهم الأسباب التي دعت لإحداث هذه التغييرات هي⁴⁹³:

انتشار مناطق التجارة الحرة عبر العالم، حيث أن الشروط الجديدة تأخذ بعين الاعتبار أن هناك في كثير من الأحيان لا حدود جمركية بين مجموعة من الدول كدول الاتحاد الأوروبي مثلا.

كما أثرت فيها التطورات التي حصلت في الاتصالات الإلكترونية. إذ انه خلال السنوات العشر الماضية، أصبحت الاتصالات الإلكترونية بأسعار معقولة. وهذا التطور قد انعكس في الـ Incoterms 2010، إذ بينت أن أي وثيقة ورقية يمكن استبدالها بسجل أو إجراء إلكتروني مساو لها، في حالة إذا ما وافق الأطراف على ذلك أو جرت به عادات سارية⁴⁹⁴.

ومن جهة أخرى كان لأحداث 11 سبتمبر وغيرها من الأحداث اللاحقة أثر على تطور قواعد الأنكوترمز. فقد حرصت الحكومات على اتخاذ إجراءات صارمة ضد الأنشطة الإرهابية، وخاصة في حالة نقل السلع عبر الحدود. فاعتمدت معايير دولية لتوفير مقومات الأمن والسلامة للحركة الدولية للبضائع، L'adoption du cadre Safe (normes en matière de sécurisation et facilitation des échanges). وفي هذا الصدد فان الشروط الجديدة تلزم أطراف البيع (البائعين والمشتريين) بأن يزود كل طرف منهما الطرف الآخر باحتياجاته من المعلومات التي تفيد المجال الأمني⁴⁹⁵.

كما أثر فيها تغير الشروط العامة لبوليصة التأمين على نقل البضائع، حيث تمت مراجعة الشروط العامة المتعلقة ببوليصة التأمين وأصدرت مجموعة جديدة من الأحكام مؤرخة في 2009. والآنكوترمز 2010 تأخذ في الاعتبار هذه التغييرات. فعلى

⁴⁹³ - <http://international.bretagne.cci.fr/>.

⁴⁹⁴ - Ibid.

⁴⁹⁵ - Informations publiées le 27 septembre 2010 par l'International Chamber of Commerce (ICC) sur les nouveaux incoterms qui s'appellent dorénavant les Incoterms® 2010. <http://www.iccbooks.com/Product/ProductInfo.aspx?id=653>.

سبيل المثال الشرط CIF يلزم البائع في فقرتي A3 و B3 بتنظيم الاحتياجات التأمينية التي تعكس شروط ال Institute Cargo Clauses. إلا أن البائع ليس ملزماً بأكثر من الحصول على الحد الأدنى للغطاء التأميني على النحو الوارد في "الشرط C من Institute Cargo Clauses، أو ما يماثلها"⁴⁹⁶.

ولقد أثرت كل هذه المتغيرات في عالم الأعمال على قواعد الأنكوترمز، وذلك لأن هذه القواعد نابعة أساساً من واقع الأعمال ومن الأعراف التجارية الدولية. فكما يقول بعض الفقه بحق أن غرفة التجارة الدولية لا تخلق قواعد الأنكوترمز، إنما الممارسات التجارية الدولية هي التي تغيرت خلال عشر سنوات الأخيرة، وعلى هذه القواعد أن تسير المتغيرات"⁴⁹⁷.

أما أهم المتغيرات التي طرأت على الـ Incoterms 2010 فتتمثل في التالي:

توسيع نطاق تطبيق قواعد 2010 ليشمل النطاق الوطني لدول، فبعدما كانت الشروط العامة السابقة تركز على عقود البيع الدولية فقط، وسعت Incoterms 2010 نطاق تطبيقها ليشمل إلى جانب النطاق الدولي النطاق الوطني للدول. أي أن القواعد الجديدة يمكن العمل بمقتضاها بين التجار الوطنيين وداخل الدولة الواحدة وعبر المناطق الحرة"⁴⁹⁸.

تصحيح مشكلة رسوم مناولة البضائع، فبعدما كانت تواجه المشتري مشكلة احتمال دفع تكاليف الشحن مرتين. مرة إلى البائع عن طريق عقد البيع، ومرة

⁴⁹⁶ - <http://www.iccbooks.com/Product/ProductInfo.aspx?id=653>.

⁴⁹⁷ - «Ce n'est pas l'ICC qui invente des règles. La pratique du commerce international a changé en 10 ans et les incoterms doivent refléter la pratique. Les incoterms sont appliqués ensuite de façon mondiale comme une loi dans la mesure où ils sont intégrés dans le contrat de vente et interprétés comme une clause contractuelle transposable dans le droit de chaque pays.». Christoph Martin Radtke, avocats qui a aidé à la conception des nouveaux incoterms 2010. <http://international.bretagne.cci.fr/>.

⁴⁹⁸ - <http://www.iccbooks.com/Product/ProductInfo.aspx?id=653>.

أخرى إلى مشغل المحطات عند استلام البضائع في الميناء أو محطة الحاويات. أصبحت الشروط الجديدة أكثر وضوحاً في تحديد التزامات الأطراف في هذه المسألة⁴⁹⁹.

التعرض لمشكلة مبيعات السلسلة، إذ تسعى شروط الأنكوترمز 2010 إلى توضيح بأن التزامات بائع في وسط بيع سلسلة، تختلف عن التزامات البائع الأولي. إذ في كثير من الأحيان، المبيعات التي تنطوي على السلع الأساسية، يتم بيعها عدة مرات خلال العبور. والبائع في منتصف السلسلة لا يشحن البضاعة فعلياً وذلك لأن هذه المهمة قد تمت بالفعل من قبل البائع الأولي في السلسلة. وشروط الأنكوترمز 2010 توضح هذا الاختلاف من خلال توفير الالتزام بـ "شراء البضائع المشحونة" كبديل "لشحن البضائع" في شروط الأنكوترمز ذات الصلة⁵⁰⁰.

تم حذف أربع قواعد من الأنكوترمز 2000 وهي: DAF⁵⁰¹, DES⁵⁰², DEQ⁵⁰³, DDU⁵⁰⁴، وتم استبدالهما بقاعدتين جديدتين وهما: DAT⁵⁰⁵ وقاعدة DAP⁵⁰⁶.

كما تم شرح الشروط وتوضيحها بحيث يسهل فهمها وتطبيقها، وقد شمل كل شرط على مذكرة إرشادية لتوضيح الطريقة الصحيحة لاستخدام الشرط.

وقد أصبحت الشروط FOB, CFR, CIF تعتبر أن مخاطر فقد أو تلف البضائع تتحول إلى المشتري عندما توضع على ظهر السفينة on board، وليس عند عبور البضاعة سور السفينة كما كان الحال في الشروط التي قبلها.

كما تم تقسيم الشروط إلى عائلتين:

⁴⁹⁹ - في حالة الشحن بشروط التجارة الدولية التالية: DAP, DAT, CIF, CFR, CIP, CPT, و DDP فان البند A6/B6 من أنكوترمز 2010 لهذه الشروط يوضح هذه التكاليف بشكل واضح.

⁵⁰⁰ - <http://www.iccbbooks.com/Product/ProductInfo.aspx?id=653>.

⁵⁰¹ - **DAF**: Delivery At Frontier.

⁵⁰² - **DES**: Delivery Ex Ship.

⁵⁰³ - **DEQ**: Delivery Ex Quay.

⁵⁰⁴ - **DDU**: Delivery Duty Unpaid.

⁵⁰⁵ - **DAT**: Delivery At Terminal.

⁵⁰⁶ - **DAP**: Delivery At Place.

العائلة الأولى، تضم الشروط التي تصلح لوسائل النقل المختلفة Les Incoterms multimodaux⁵⁰⁷. وتضم الأنواع التالية، تسليم المصنع EXW⁵⁰⁸، التسليم خالص للناقل FCA⁵⁰⁹، النقل مدفوع حتى CPT⁵¹⁰، النقل والتأمين مدفوع حتى CIP⁵¹¹، التسليم في محطة نهائية DAT⁵¹²، التسليم في المكان DAP⁵¹³، التسليم مع دفع الرسوم DDP⁵¹⁴.

أما العائلة الثانية، فهي تخص الشروط التي تصلح للنقل البحري والنقل عبر الممرات الملاحية الداخلية⁵¹⁵ Les Incoterms maritimes. وتضم هذه العائلة الأنواع التالية، خالص إلى جانب السفينة FAS⁵¹⁶. خالص على ظهر السفينة FOB⁵¹⁷، وقد أكد التعديل الجديد، أن هذا المصطلح يصلح للاستعمال في عمليات نقل البضائع غير المعبأ في حاويات أين تنقل وهي سائبة من دون حزم أو رزم marchandises en vrac، وقد تشمل حمولة سفينة كاملة، كما هو الحال في نقل الحبوب مثلاً أو البترول. وشرط ثمن البضاعة ومصاريف النقل CFR⁵¹⁸. ثمن البضاعة والتأمين ومصاريف النقل CIF⁵¹⁹.

ثالثاً: الطبيعة القانونية لقواعد الأنكوترمز.

يثور التساؤل عن الطبيعة القانونية لقواعد الأنكوترمز، من أجل معرفة ما إذا كانت عبارة عن قواعد اتفاقية تأخذ قوتها الملزمة من اتفاق طرفي التعاقد على تطبيقها، ويمكن للمتعاقدين بذلك أن يتفقوا على تعديل محتويات هذه القواعد بما يرونه مناسباً، وبهذه الحالة نصفها بالعادات الاتفاقية؟، أم أنها عبارة عن أعراف تجارية دولية، قد

⁵⁰⁷- 1^{ère} famille : tout type de transport : EXW / FCA / CPT / CIP / DAT / DAP / DDP.

⁵⁰⁸- **EXW**: *Ex Works* (A l'usine).

⁵⁰⁹- **FCA**: *Free Carrier* (Franco transporteur).

⁵¹⁰- **CPT**: *Carriage Paid* (Port payé jusqu'à ...).

⁵¹¹- **CIP**: *Carriage and Insurance Paid to* (Port payé assurance comprise jusqu'à...).

⁵¹²- **DAT**: *Delivered at Terminal* (Rendu à port de destination).

⁵¹³- **DAP**: *Delivered at Place* (Rendu au lieu de destination).

⁵¹⁴- **DDP**: *Delivered Duty Paid* (Rendu droits acquittés).

⁵¹⁵- 2^{ème} famille : transports maritimes et fluviaux exclusivement : FAS / FOB / CFR / CIF.

⁵¹⁶- **FAS**: *Free Alongside Ship* (Franco le long du navire).

⁵¹⁷- **FOB**: *Free On Board* (Franco à bord).

⁵¹⁸- **CFR**: *Cost and Freight* (Coût et fret).

⁵¹⁹- **CIF**: *Cost Insurance and Freight* (Coût assurance et fret).

تكون ملزمة لأطرافها حتى من دون الإشارة إلى محتواها في بعض الأحيان؟. فهل قواعد الأنكوترمز هي عبارة عن عقود دولية نموذجية؟، أم أنها عبارة عن أعراف تجارية دولية؟.

لقد جرت العادة في مجتمع التجارة الدولية على تبني مجموعة من العقود النموذجية التجارية الدولية في مجالات مختلفة، تعدها جمعيات ومنظمات مهنية دولية تضم مختلف المتعاملين في فرع معين من النشاط التجاري، كالعقود النموذجية الخاصة بتجارة البن، أو تجارة الزيوت، أو الشاي، أو الكاكاو، أو تجارة المنسوجات⁵²⁰، وعلى نفس المنوال قامت غرفة التجارة الدولية CCI بصياغة قواعد الأنكوترمز التي تتميز عن سابقتها بكونها عامة وتشمل مختلف فروع التجارة بشتى أنواعها، وهي الأكثر شيوعاً واستعمالاً عبر العالم⁵²¹.

وفي هذا الصدد يرى بعض الفقه⁵²²، أنه يجدر برجال الأعمال ألا ينتظروا حتى تضع لهم الجهات الرسمية القواعد القانونية والاتفاقيات الدولية لحل المشاكل التي تعترض

⁵²⁰ هناك العديد من الجمعيات المهنية العالمية التي اهتمت بصياغة عقود نموذجية في فروع التجارة التي تخصها ومنها:

- Tember Trade Federation Of The United Kingdom.
- London Corn Trade Association.
- Incorporated Oil Seed Association (London).
- Rifend Sugar Association (London).
- London Jute Association.
- London Fur Trade Association.
- British Wool Federation.
- International Wool Textile Organization.
- Cocoa Association Of London.
- London Oil And Tallow Trade Association.
- London Cattle Food Trade.
- Coffee Importers & Exporters Association.

⁵²¹ - هناك قواعد أخرى شبيهة بها ولكنها ليست منتشرة عالمياً مثلها، ومنها:

- Les "Revised American Foreign Trade Definitions" pour lesquelles existent une version de 1941, et une de 1990.

- Les "Universal Commercial Code" également d'origine américaine. Cité par, Didier Le Masson et Sibille Stenay. Les Incoterms, Actes du colloque des 1 er et 2 décembre 1989 sur, La convention de Vienne sur la vente internationale et Les Incoterms. P. 42.

⁵²² - حسن دياب، العقود التجارية وعقد البيع CIF، دراسة مقارنة، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، الطبعة الأولى، 1999، ص. 06.

نمو علاقاتهم التجارية... لذلك فإن رجال الأعمال يصنعون قوانينهم بأنفسهم من قديم الزمان عن طريق التجربة العملية، ويحددون التزاماتهم وحقوقهم بواسطة العادات والأعراف التجارية التي تحقق مصالحهم المشتركة، ولا تزال هذه الرغبة مستمرة لديهم حتى الآن.

إن أول ما يميز قواعد الأنكوترمز، أنها لا تعد ملزمة إلا إذا أشار المتعاقدان إليها في عقودهم، فهي تستمد إلزامها في هذه الحالة من اتفاق الأطراف على تبنيها⁵²³، وهي تهدف إلى تحديد التزامات الأطراف في عقود التجارة الدولية تحديداً واضحاً ودقيقاً، وحتى غرفة التجارة الدولية ذاتها تعتبر هذه القواعد اختيارية facultatif بالنسبة للأطراف⁵²⁴.

ونشير بأن وضع وتعديل هذه القواعد يتم على ضوء ما يجري عليه العمل وفقاً للعرف السائد في المعاملات التجارية الدولية، فهي قواعد لا توضع ولا تعدل من فراغ، ولكن من واقع العرف التجاري الدولي، أو العرف التجاري السائد في دولة معينة اشتهرت بنوع معين من أنواع النشاط التجاري المختلفة. فإنجلترا مثلاً اشتهرت بأعرافها في مجال التأمين البحري، وساد نظامها مختلف دول العالم، حتى الدول التي تأخذ بنظام قانوني مغاير عدلت تشريعاتها لتأخذ بما استقر عليه العرف الإنجليزي في مجال التأمين البحري.

ونلاحظ أن أطراف العلاقة التجارية الدولية قد يشيرون في عقودهم إلى الأخذ بقواعد الأنكوترمز كما هي، أو مع تعديل معين يتفقون عليه أو مع إضافة شروط أخرى تتجسد في قواعد دولية أو وطنية أو صادرة من منظمة أخرى مثل قواعد غرفة تجارة

⁵²³- « les règles Incoterms traduisent les principaux termes utilisés par les opérateurs du commerce international. Elles sont donc un outil et non une obligation. » Informations publiées le 27 septembre 2010 par l'International Chamber of Commerce (ICC) sur les nouveaux incoterms qui s'appellent dorénavant les Incoterms® 2010. <http://www.iccbooks.com/Product/ProductInfo.aspx?id=653>.

⁵²⁴ - « Des règles internationales de caractère facultatif préconisant l'interprétation des termes utilisés dans les contrats de vente avec l'étranger ». Cité par, Didier Le Masson et Sibille Stenay. Les Incoterms, Actes du colloque des 1 er et 2 décembre 1989 sur, La convention de Vienne sur la vente internationale et Les Incoterms. P.38.

الحبوب في لندن أو قواعد مجمع لندن لمكتبي التأمين، خاصة إذا أخذنا في الاعتبار أن قواعد الأنكوترمز تهتم أساساً، كما قدمنا بياناً وتحديد التزامات طرفي عقد البيع، فقد يأخذ الطرفان مثلاً بهذه القواعد مع الإشارة إلى التأمين على البضاعة محل البيع ضد كل الأخطار وفقاً لشروط مجمع لندن.

وهذا ما يؤكد المشكل الأساسي الذي أثاره كثير من الفقه⁵²⁵، وهو أن استعمال الأطراف المتعاقدة لهذه المصطلحات قد لا يعني بالضرورة تبني التفسير الذي وضعته غرفة التجارة الدولية لها. فهناك العديد من المصطلحات هي عبارة عن أعراف تجارية دولية مستعملة على نطاق عالمي واسع، كما هو الحال بالنسبة لمصطلح FOB أو CIF فاستعمال هذه المصطلحات لا يعني بالضرورة الاتفاق على التفسير الذي تعطيه إياها غرفة التجارة الدولية. لذلك تنصح غرفة التجارة الدولية الأطراف المتعاقدة بأن ينصصوا صراحة بأن المقصود هو تفسير المصطلح الصادر عنها، كقولهم: FOB. CCI. أو CIF. CCI.⁵²⁶

وحتى بالنسبة للمصطلحات التي هي ابتكار محض وخالص لغرفة التجارة الدولية كما هو الحال بالنسبة لمصطلح FCA: *Free Carrier* (Franco transporteur) فإن تفسير الالتزامات الناشئة عنه يختلف من طبعة لأخرى. فقواعد الأنكوترمز خضعت لعدة تعديلات كما سبق أن رأينا، وهو ما قد يخلق التباس بين الأطراف حول أي نسخة من هذه القواعد هي الواجبة التطبيق. وهذا ما أدى بالفقه⁵²⁷ وبغرفة التجارة الدولية إلى أن تنصح الأطراف بأن ينصصوا صراحة على سنة صدور النسخة التي يقصدون تطبيقها⁵²⁸.

⁵²⁵-Vincent Heuzé : La vente internationale de marchandises, droit uniforme. L.G.D.J. 2000, p. 229.

⁵²⁶-<http://www.iccwbo.org/incoterms/id3045/index.html?cookies=no>

⁵²⁷- Vincent Heuzé : op. cit., p. 230.

⁵²⁸ -les parties qui les utilisent sont invitées par la Chambre de Commerce Internationale à faire référence à l'année d'édition de la version qu'ils veulent utiliser. De préférence : Incoterms ICC 2010 pub. ICC 715.

الفرع الثاني: التزام البائع بالتسليم وفقا لقواعد الأنكوترمز.

إن استعمال الأطراف المتعاقدة لمصطلحات الأنكوترمز ضمن عقودهم، تعني أن البائع ملزم بتسليم البضاعة وفقا لمقتضيات الشرط المستعمل. فقواعد الأنكوترمز تحدد كيفية تنفيذ هذا الالتزام وتضع على البائع التزامات أخرى إضافية. وهنا يمكن تصنيف قواعد الأنكوترمز، إلى قواعد تضع التزامات دنيا على عاتق البائع وهي مريحة له من الناحية العملية لأن التسليم يتم في محلاته، كالتسليم في المصنع: **A l'usine EXW**. وأخرى مفضلة بالنسبة للمشتري لأن التسليم لا يحصل إلا في محل المشتري كما هو الحال في استعمال مصطلح **DDP: Delivered Duty Paid (Rendu droits acquittés)** ومصطلحات أخرى تتراوح بين هذه وتلك. لذلك يجب أن نبحث في الالتزام بالتسليم وفق كل مصطلح على حدا.

أولاً: البيع وفق شروط النقل المتعدد Les Incoterms multimodaux.

يوجد سبع حالات ضمن هذه العائلة من البيوع نحددتها على التوالي:

1- البيع في المصنع، تسليم المصنع (A l'usine) EXW: Ex Works. وهو بيع يضع على البائع أدنى الالتزامات فيما يخص التسليم، فهو يلزمه فقط بوضع البضاعة تحت تصرف المشتري وأن يعلمه بذلك، ويقع على المشتري السعي لاستلامها في الزمان والمكان المعين في العقد. فإذا لم يعين العقد المكان والزمان، وجب على المشتري الاستلام في المكان المتعارف عليه وفي وقت معقول بالنسبة لبضاعة مماثلة⁵²⁹. فالبائع ملزم بوضع

⁵²⁹ - « au lieu d'usage dans un délai raisonnable pour la livraison d'une telle marchandise ». Cité par Vincent Heuzé : op. cit., p. 231.

البضاعة في مكان مقبول ومعتاد « au lieu d'usage ». وإذا كان هناك خيار بين عدة أماكن للتسليم فإن للبائع أن يختار المكان الأفضل بالنسبة له⁵³⁰.

وهذا الشرط "EXW" يعني البائع من واجب تحميل البضاعة في وسائل النقل التي يوفرها المشتري، فعملية التحميل تقع على عاتق المشتري. غير أنه يمكن للأطراف أن يتفقوا على خلاف ذلك، وبالنتيجة يلزم البائع بالقيام بعمليات تحميل البضاعة على وسائل النقل التي يوفرها المشتري⁵³¹.

2- التسليم خالص للناقل (Franco transporteur) FCA: Free Carrier . يتم

اللجوء إلى هذا الشرط كلما اقتضى البيع عمليات نقل متعددة، برية أو جوية أو عن طريق السكك الحديدية. وكما سبق أن رأينا فإن مصطلح Franco transporteur جاء ليحوي المصطلحات التي ألغيت سنة 1990 وهي Frano wagon ومصطلح FOB Aéroport. ووفقا لهذا المصطلح يكون تسليم البضاعة بوضعها في محلات الناقل العمومي المعين من قبل المشتري الذي يقع عليه التعاقد مع ناقل عمومي ويخطر البائع بمكان وزمان وضع البضاعة لدى الناقل العمومي.

ونظرا لأن وسائل النقل التي يمكن اللجوء إليها متعددة فإن الأطراف المتعاقدة تكون أمامها عدة احتمالات عند استعمال هذا الشرط⁵³²:

- فإذا كانت البضاعة معدة للنقل بالسكك الحديدية، فإن التسليم يكون بوضع البائع البضاعة في المكان الذي تحدده شركة النقل بالسكك الحديدية.

⁵³⁰ - « Si les parties ne sont convenues d'aucun endroit précis au lieu de livraison convenu et si le choix entre plusieurs endroits est possible, le vendeur peut choisir l'endroit qui lui convient le mieux au lieu de livraison ». Cité par Vincent Heuzé : op. cit., p. 231.

⁵³¹ - Ibid.

⁵³² - <http://www.iccwbo.org/incoterms/id3045/index.html?cookies=no>.

- وإذا كان النقل عبر الطرقات البرية، فإن التسليم يكون بوضع البضاعة تحت تصرف الناقل الذي حدده المشتري. أما إذا كان اتفاق على أن التسليم للناقل يكون في محلات البائع، فإن هذا الالتزام لا يتم إلا بقيام البائع بتحميل البضاعة على سيارات النقل المرسلة من المشتري⁵³³.
- وإذا كان النقل عبر الممرات النهرية فإن التسليم يكون بوضع البضاعة على العبارة المعينة من قبل المشتري.
- أما إذا كان النقل بحري فيميز بين حالتين: الأولى، إذا كانت البضاعة تستوجب تحميلها في حاويات فإن التسليم يكون بتسليم الحاوية إلى الناقل العمومي. أما إذا كانت البضاعة لا تحمل في حاويات فيكون التسليم بتسليم البضاعة ذاتها إلى الناقل. ونفس الحل يطبق في حالة النقل الجوي.
- وفي حالة النقل متعدد الوسائط (بري، بحري، جوي) فإن التسليم يكون بوضع البضاعة تحت تصرف أول ناقل معين من قبل المشتري أو ممثله⁵³⁴.
- وفي هذا الصدد نشير أن البائع يتحمل كل المخاطر التي قد تحصل للبضاعة إلى حين تمام عملية التسليم للناقل على النحو السابق بيانه. وبهذا التسليم تنتقل المخاطر إلى مسؤولية المشتري وهو الذي يتحمل تكاليف نقل البضاعة والتأمين عليها⁵³⁵.

3- النقل مدفوع حتى (CPT: Carriage Paid (Port payé jusqu'à ...). النقل

والتأمين مدفوع حتى (CIP: Carriage and Insurance Paid to (Port payé حتى

assurance comprise jusqu'à ...)) يشكل هذين المصطلحين نسخة معدلة من

المصطلحين CFR و CIF المتعلقين بالنقل البحري، غير أن المصطلحين السابقين يتعلقان

⁵³³ - <http://www.iccbooks.com/Product/ProductInfo.aspx?id=653>.

⁵³⁴ - Ibid.

⁵³⁵ - Vincent Heuzé : op. cit., p. 232.

بالنقل المتعدد. فالأمر يتعلق بالبيع عند الإقلاع، إذ أن التسليم يتم في بلد البائع عند أول ناقل يسلمه البضاعة. غير أنه يقع على البائع في البيع CPT مسؤولية التعاقد مع الناقل العمومي وتحمل مصاريف النقل، غير أن تحمل المخاطر تنتقل إلى المشتري بمجرد تسليم البائع البضاعة إلى الناقل. ويضاف للبائع في البيع CIP مسؤولية التعاقد مع شركة تأمين من أجل التأمين على البضاعة ضد الأخطار خلال عملية النقل⁵³⁶.

4- التسليم في المحطة النهائية (Rendu à port de destination) **DAT: Delivered at**

destination) **DAP: Delivered** في المكان (Rendu au lieu de destination)

at Place. التسليم مع دفع الرسوم **DDP: Delivered** (Rendu droits acquittés)

Duty Paid تشترك هذه المصطلحات الثلاثة في أن التسليم فيها يتم في بلد المشتري، فهي بيوع بالتوصيل *des vente a l'arrivé*. ففي حالة استعمال الشرط DAT فإن التسليم لا يتم إلا بوصول البضاعة إلى المحطة النهائية التي يحددها المشتري، وبذلك فإن البائع يتحمل كل المصاريف ويتحمل مخاطر نقل البضاعة ومخاطر هلاكها قبل الوصول.

أما إذا استعمل الشرط DAP فيكون البائع ملزماً بتسليم البضاعة في المحلات التي يحددها المشتري والتي غالباً ما تكون محلاته، ويتحمل البائع كل المصاريف الناتجة عن النقل ويتحمل المخاطر إلى حين التسليم.

أما الشرط DDP، فزيادة على التزام البائع بتوصيل البضاعة إلى محلات المشتري فإنه يلتزم أيضاً بتخليص كل الحقوق الجمركية الناتجة عن عملية التصدير وكذلك عملية الاستيراد⁵³⁷.

⁵³⁶ - Vincent Heuzé : op. cit., p. 233.

⁵³⁷ - <http://www.iccbooks.com/Product/ProductInfo.aspx?id=653>.

ثانيا: البيع وفقا لشروط تصلح للنقل البحري والنقل عبر الممرات الملاحية الداخلية

:Les Incoterms maritimes

تضم هذه العائلة أربع شروط فصلها كالتالي:

- 1- خالص إلى جانب السفينة (FAS: Free Franco le long du navire)
في هذا النوع من البيوع، يؤدي البائع التزامه بتسليم البضاعة للناقل بجانب السفينة، فهو ليس مسئول عن تحميلها على متن السفينة ولا عن المخاطر التي تنتج عن ذلك⁵³⁸.
- 2- خالص على ظهر السفينة (FOB: Free On Board Franco à bord)، وقد أكد التعديل الجديد، أن هذا المصطلح يصلح للاستعمال في عمليات نقل البضائع غير المعبئة في حاويات أين تنقل وهي سائبة من دون حزم أو رزم marchandises en vrac، وقد تشمل حمولة سفينة كاملة، كما هو الحال في نقل الحبوب مثلا أو البترول. ووفقا لهذا الشرط لا يتم التسليم إلا بتحميل البضاعة على ظهر السفينة المعينة من قبل المشتري⁵³⁹.
- 3- ثمن البضاعة ومصاريف النقل (CFR: Cost and Freight Coût et fret)، يتم التسليم وفقا لهذا الشرط بوضع البضاعة من قبل البائع لدى الناقل العمومي، فهو يبيع عند الإقلاع Vante a départ غير أن البائع ملزم بالتعاقد مع الناقل وتحمل مصاريف النقل.
- 4- ثمن البضاعة والتأمين ومصاريف النقل (CIF: Cost Coût assurance et fret)
البيع وفقا لهذا الشرط تطبق عليه نفس الالتزامات المشار إليها سابقا في الشرط CFR، غير أنه يضاف إليها التزام البائع بإبرام عقد تأمين على البضاعة وتحمل تكاليف ذلك⁵⁴⁰.

⁵³⁸ - Vincent Heuzé : op. cit., p. 234. V. <http://www.iccbooks.com/Product/ProductInfo.aspx?id=653>.

⁵³⁹ - Ibid.

⁵⁴⁰ - حسن دياب، العقود التجارية وعقد البيع CIF، دراسة مقارنة، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، الطبعة الأولى، 1999، ص. 93.

وفي الأخير نلاحظ أن الانتشار الواسع لاستعمال قواعد الأنكوترمز عالميا في المعاملات التجارية الدولية، كوسيلة وأداة اتفاقية لتحديد التزامات الأطراف المتعاقدة في البيوع الدولية، حيث لا نكاد نجد عقد بيع دولي يخلو من مثل هذه المصطلحات. فكما لاحظنا من خلال تلك الرموز البسيطة يمكن تحديد المكان والزمان الذي يتم فيه تسليم البضاعة، ومتى تنتقل مخاطر هلاك البضاعة من البائع إلى المشتري، ومن يتحمل نفقات نقل البضاعة والتأمين عليها. وهذا يجعل أهمية بالغة لإتقان وفهم معاني مثل هذه المصطلحات التقنية، في العصر الحاضر لكل الممارسين في حقل القانون أو في عالم الأعمال⁵⁴¹.

⁵⁴¹ - حسن دياب، المرجع السابق، ص. 07.

المبحث الثالث:

الالتزام بالمطابقة.

الغالب في البيوع الدولية أن المشتري لا يرى البضاعة المبيعة قبل التعاقد وإنما يرم العقد بمقتضى أوصاف تذكر فيه وتؤخذ عادة من عينات أو كتالوجات أو نماذج يرسلها البائع ليختار منها المشتري السلعة التي يرغب فيها، لذلك يجب أن تكون البضاعة التي يسلمها البائع مطابقة مع ما وقع عليه الاتفاق بينه وبين المشتري.

ولقد أصبح الالتزام بالمطابقة في مجال عقد البيع الدولي يحتل مكانة هامة وبارزة تفوق أهمية الالتزام بالتسليم ذاته، فالمطابقة هي التي تفرز الفائدة التي تعود على المشتري من عقد البيع الدولي للبضائع. فإذا كان التسليم يعني أنه عملية مادية يتم من خلالها وضع البضاعة تحت تصرف المشتري في الزمان والمكان المعينين في العقد، فإن هذه العملية غير مقصودة لذاتها، بل لجورها المتمثل في كون المبيع المسلم مطابق لشروط العقد⁵⁴². فلا فائدة ترجى من التسليم في نظر المشتري إلا بكونه مطابق للاتفاق⁵⁴³. ولا يمكننا في هذا الصدد أن ننسى ما للقواعد الوطنية الآمرة من أهمية في هذا الصدد، فمسألة مطابقة المنتجات وخاصة منها الموجهة للاستهلاك البشري أو حتى التي تمس الصحة الحيوانية والنباتية، تنظم في غالب الدول ومنها الجزائر بمقتضى قواعد الضبط الملزمة لكل الأطراف.

⁵⁴²-Audit Bernard, La vente internationale de marchandises, convention des nations unies du 11 avril 1980, L.G.D.J., Paris 1990. P.80

⁵⁴³- KAHN (Ph.) « Vente commerciale Internationale » J.C.D.I. 1989, P.18.

والجدير بالذكر أن أغلب القوانين والاتفاقيات الموحدة - لاهاي وفيينا - لم تضع تعريف واضح ومحدد للالتزام بالمطابقة، وإنما اكتفت بتعداد العناصر التي تبلور ذلك الالتزام. ويذهب جانب من الفقه⁵⁴⁴ إلى أن الالتزام بالمطابقة هو "تعهد محله عمل يلتزم به البائع بتسليم المبيع وفقا لما يفرضه العقد والقانون". وأن هذا الالتزام يعد التزاما بتحقيق نتيجة، مفاده تسليم المبيع وفقا لما يستلزمه العقد ويفرضه القانون الواجب التطبيق، سواء كان قانونا وطنيا أم اتفاقية دولية.

وقد عاجلت اتفاقية فيينا للالتزام بمطابقة البضائع وحقوق الغير وادعاءاتهم، أي المطابقة بفرعها المادي والقانوني في المواد من 35 إلى 44، فعاجلت الاتفاقية التزام البائع بضمان ادعاء الغير عند تنظيمها للالتزام بالمطابقة، باعتبار أن البائع يضمن التعرض الصادر من الغير بملكية المشتري للبضاعة، وهو الالتزام بالمطابقة القانونية⁵⁴⁵.

وفي هذا الصدد نجد أيضا أن المشرع الجزائري لم يعط تعريفا جامعا مانعا للالتزام بالمطابقة والضمان، إلا أنه تكلم عن محتويات المطابقة القانونية أو ضمان التعرض القانوني للمشتري في المبيع في المواد من 371 إلى 377 من القانون المدني الجزائري. أما ضمان المطابقة المادية فتعرض لأحكامها في المواد من 379 إلى 386 من القانون المدني الجزائري. إذ تنص المادة 379 منه أنه: "يكون البائع ملزما بالضمان إذا لم يشتمل المبيع على الصفات التي تعهد بوجودها وقت التسليم إلى المشتري أو إذا كان بالمبيع عيب ينقص من قيمته، أو من الانتفاع به بحسب الغاية المقصودة منه حسبما هو مذكور بعقد البيع،

⁵⁴⁴ - جمال عبد العزيز، الالتزام بالمطابقة في عقد البيع الدولي للبضائع، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 1996، ص. 2.

⁵⁴⁵ - نصت الاتفاقية على هذا الالتزام في المواد من 41 إلى 44. في تفصيل ذلك راجع: سمير الشرقاوي، العقود التجارية الدولية، المرجع السابق ذكره، ص. 126.

أو حسبما يظهر من طبيعته أو استعماله. فيكون البائع ضامناً لهذه العيوب ولو لم يكن عالماً بوجودها....."

لذلك سنعالج الالتزام بالمطابقة في مطلبين على النحو التالي:

المطلب الأول: المطابقة المادية للمبيع.

المطلب الثاني: المطابقة القانونية للمبيع.

المطلب الأول: المطابقة المادية للمبيع.

لقد أشار القانون المدني الجزائري على غرار غيره من القوانين، وعلى غرار اتفاقية فيينا إلى معايير وعناصر المطابقة المادية. إذ نصت اتفاقية فيينا على أنه: "على البائع أن يسلم بضائع تكون كميتها نوعيتها وأوصافها وكيفية تغليفها أو تعبئتها مطابقة لأحكام العقد"⁵⁴⁶. ويتضح من ذلك أن المطابقة المادية تتمثل في المطابقة الكمية، والمطابقة النفعية.

لكن ما هو ما الضابط الذي يستند إليه لمعرفة مدى توافر المطابقة المادية من عدمه؟

نشير بداية إلى أن الضابط الأساسي للمطابقة المادية هو العقد، والشروط التي يحددها الطرفان فيما يتعلق بالبضاعة محل البيع. وهو ما يمكن أن نستخلصه من موقف المشرع الجزائري في المادة 379، وكذلك اتفاقية فيينا من خلال المادة 35، إذ تنص على أنه: "على البائع أن يسلم بضائع تكون في كميتها مطابقة لأحكام العقد....". فكل ما يشترطه العقد في البضاعة من صفات يجب أن تتوفر عند تسليمها للمشتري، وإلا فإن

⁵⁴⁶ - Art. 35 du CVIM. : « 1) Le vendeur doit livrer des marchandises dont la quantité, la qualité et le type répondent à ceux qui sont prévus au contrat, et dont l'emballage ou le conditionnement correspond à celui qui est prévu au contrat.

2) A moins que les parties n'en soient convenues autrement, les marchandises ne sont conformes au contrat que si :

a) Elles sont propres aux usages auxquels serviraient habituellement des marchandises du même type ;
b) Elles sont propres à tout usages spécial qui a été porté expressément ou tacitement à la connaissance du vendeur au moment de la conclusion du contrat, sauf s'il résulte des circonstances que l'acheteur ne s'en est pas remis à la compétence ou à l'appréciation du vendeur ou qu'il n'était pas raisonnable de sa part de le faire ;
c) Elles possèdent les qualités d'une marchandise que le vendeur a présentée à l'acheteur comme échantillon ou modèle ;
d) Elles sont emballées ou conditionnées selon le mode habituel pour les marchandises du même type ou, à défaut du mode habituel, d'une manière propre à les conserver et à les protéger.

3) Le vendeur n'est pas responsable, au regard des alinéas a à d du paragraphe précédent, d'un défaut de conformité que l'acheteur connaissait ou ne pouvait ignorer au moment de la conclusion du contrat. »

البائع يكون قد تخلف عن تنفيذ التزامه بضمان المطابقة⁵⁴⁷. وهذا الاتجاه تبنته أيضا اتفاقية لاهاي، فهي وإن لم تعرف المطابقة لكنها أوردت في المادة 1/33 أمثلة لأهم الاحتمالات التي تقع فيها عدم المطابقة، وجاءت في نهاية النص السالف بقاعدة تقضي بتحقق عدم المطابقة كلما وقع التسليم على شيء " لا تتوافر فيه الصفات والخصائص المنصوص عليها في العقد أو التي يمكن استخلاصها منه". فتكون بذلك شروط العقد هي معيار المطابقة المادية وفقا لهذه الاتفاقية. ويجمع الفقه⁵⁴⁸ على أن البائع لا يتحلل من التزامه بالمطابقة إلا بدفعه بضاعة مطابقة لما حدده العقد، وإلا كان مخلا بهذا الالتزام.

وبعد أن عرضنا لمعيار المطابقة المادية، نعرض لعنصرها المطابقة الكمية (في فرع أول)، والمطابقة النوعية (في فرع ثان).

الفرع الأول: المطابقة الكمية

الأصل العام الذي يحكم كمية البضاعة المبيعة هو اتفاق أطراف التعاقد، فيكون لهم أن يحددوا المقدار الواجب تسليمه، ومتى عين في العقد هذا المقدار فإن البائع يكون ضامنا للقدر المعين ويسأل عن تسليمه، ما لم يكن هناك اتفاق صريح على عدم ضمانه لهذا القدر أو كان العرف يقضي بعدم ضمانه⁵⁴⁹.

⁵⁴⁷ - محسن شفيق، واتفاقية الأمم المتحدة، ص. 144. محمود سمير الشرقاوي، العقود التجارية الدولية، المرجع السابق، ص. 137. محمد شكري سرور، المرجع السابق، ص. 137. جمال عبد العزيز، المرجع السابق، ص. 28.

⁵⁴⁸ - محسن شفيق، اتفاقية لاهاي، المرجع السابق، ص. 365. محمود سمير الشرقاوي، الالتزام بالتسليم، المرجع السابق، ص. 364 وما بعدها.

-KAHN (Ph), « La convention de la haie du 1^{ère} Juillet 1964, Portant Loi Uniforme Sur La Vente Internationale des Mobiliers Corporels », R.T.D. Com. 1964, P.712.

⁵⁴⁹ - محمود سمير الشرقاوي، الالتزام بالتسليم، المرجع السابق، ص. 358.

ولقد اهتمت معظم التشريعات الوطنية بمسألة النقص أو الزيادة في مقدار المبيع (المطابقة الكمية). فنجد أن القانون المدني الجزائري يلزم البائع بأن يسلم المشتري كمية البضاعة المتفق عليها⁵⁵⁰، فإذا عين في العقد مقدار الشيء المبوع، كان البائع مسؤولاً عن نقص هذا المقدار، بحسب ما يقضى به العرف، ما لم يتفق على غير ذلك⁵⁵¹. وتتوافر حالة عدم المطابقة الكمية عندما يسلم البائع بضائع ناقصة. فإذا وجد نقص في المبيع، فإن البائع يسأل عن هذا النقص وفقاً للقواعد العامة مع مراعاة ما يقضى به العرف⁵⁵².

وتتوافر عدم المطابقة الكمية كذلك في حالة زيادة المبيع عن القدر المتفق عليه، فإذا وجد بالمبيع زيادة، وكان هناك اتفاق خاص بين المتعاقدين في خصوص هذه المسألة وجب العمل بهذا الاتفاق، فإذا لم يوجد اتفاق وجب العمل بالعرف، فإن لم يوجد اتفاق أو عرف، فرق المشرع الجزائري بين ما إذا كان الثمن بحساب الوحدة أو مقدراً جملة واحدة⁵⁵³. ومعنى ذلك أنه إذا كان الثمن معيناً بسعر الوحدة، وكان المبيع لا يصلح للتقسيم وجب على المشتري أخذ المبيع كله ودفع ما يقابل الزيادة، إلا إذا كانت الزيادة جسيمة فيجوز له فسخ العقد وليس للبائع أن يعترض على ذلك. أما إذا كان المبيع

550- تنص المادة 364 من القانون المدني الجزائري على أن: "يلتزم البائع بتسليم المبيع للمشتري في الحالة التي كان عليها وقت البيع".
551- تنص المادة 1/365 من القانون المدني الجزائري على أنه: "إذا عين في العقد مقدار المبيع كان البائع مسؤولاً عما نقص منه بحسب ما يقضى به العرف....".

552- تقضى القواعد العامة بأنه إذا وجد نقص في المبيع، وكان هناك اتفاق خاص بين المتعاقدين بصدد هذه المسألة، وجب إعمال الاتفاق، فإذا لم يوجد اتفاق وجب العمل بالعرف التجاري في التعامل. فإذا كان النقص محسوساً لا يتسامح فيه، كان للمشتري أن يرجع على البائع بالتعويض بسبب هذا النقص، ويكون هذا التعويض إنقاصاً للثمن بنسبة ما نقص من مقدار المبيع، فإن لم يكن قد دفع الثمن جاز له أن يخصم منه قيمة التعويض الذي يحكم له به، وإن كان قد جاز له المطالبة بقيمة التعويض. وليس بالضروري أن يكون التعويض بقدر قيمة العجز بل قد يزيد أو ينقص عن هذه القيمة تبعاً لقيمة الأضرار التي لحقت به بسبب هذا النقص. في تفصيل ذلك راجع: عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، 1986، المرجع السابق، ص. 727 و728. د. سليمان مرقس، عقد البيع، المرجع السابق، ص. 349 و350.

553- المادة 2/365 من القانون المدني الجزائري تنص على أن: "... وبالعكس إذا تبين أن قدر الشيء المبوع يزيد على ما ذكر في العقد، وكان الثمن مقدراً بحسب الوحدة، وجب على المشتري، إذا كان المبيع غير قابل للتقسيم، أن يدفع ثمناً زائداً إلا إذا كانت الزيادة فاحشة ففي هذه الحالة يجوز له أن يطلب فسخ العقد كل هذا ما لم يوجد اتفاق يخالفه".

يصلح للتقسيم، فإن الزيادة تكون ملكا للبائع، ولا يجبر المشتري على أخذها مقابل زيادة الثمن بقدر قيمتها، كما أن البائع لا يجبر على تركها في مقابل قيمتها بحسب سعر البيع. و على المشتري أن يمارس حقه في إنقاص الثمن أو فسخ العقد قبل مضي سنة من تسليم المبيع تسليمًا فعليًا⁵⁵⁴.

ويجب مراعاة ما يسمح به العرف التجاري في التجاوز عن القدر اليسير، وعندئذ لا يرجع المشتري على البائع بشيء من أجل هذا القدر، ولا يسأل الأخير إلا عن النقص المحسوس الذي يجاوز القدر الذي جرى العرف على التسامح فيه⁵⁵⁵. وفي الممارسة العملية، قد يكتفي أطراف التعاقد بإدراج بعض شروط العرف التجاري في عقودهم لتحديد المطابقة الكمية، منها على سبيل المثال (شرط التقريب)، وهذا الشرط يترك للبائع المرونة التي يحتاج إليها، فيسمح له بأن يقدم أكثر أو أقل بقليل من الكمية المنصوص عليها في العقد. وفي حالة تضمين العقد هذا الشرط دون تحديد نسبة المسموح، فإن هذه النسبة إنما تختلف تبعاً لطبيعة ونوع البضاعة محل البيع والعادات والأعراف التجارية السارية التي تحدد دلالة هذا الشرط. ويعتبر هذا الشرط لصالح البائع فقط، فهو احتياط مأخوذ ضد المشتري، وبصرف النظر عن سبب هذا الشرط، وبالتالي لا يكون للمشتري أن يطالب بالتسليم طبقاً للحد الأدنى أو أن يطلب الكمية القصوى تبعاً لهذا الشرط. فالتسامح بشأن الكمية سواء بالزيادة أو النقص طبقاً لشرط حوالي "التقريب" ليس حقاً مطلقاً للبائع، فلا يكون لهذا الشرط أي أثر إلا عندما يكون النقص

⁵⁵⁴ - المادة 366 من القانون المدني الجزائري.

⁵⁵⁵ - عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، 1986، المرجع السابق، ص. 727. سليمان مرقس، عقد البيع، المرجع السابق، ص. 349. علي جمال الدين عوض، القانون التجاري، العقود التجارية، دار النهضة العربية، 1982، ص. 34.

أو الزيادة في الكمية راجعا إلى ظروف خارجة عن إرادته، فإذا ما خالف التزامه متعمدا فلا يستفيد من هذا الشرط.

وتنص اتفاقية لاهاي على أنه: " يجب أن يكون الشيء الذي يسلمه البائع مطابقا لما وقع عليه الاتفاق، بحيث إذا سلم شيئا مختلفا في كميته اعتبر متخلفا عن تنفيذ التزامه بالتسليم المطابق"⁵⁵⁶. ومن ثم فقد اعتبرت هذه الاتفاقية البائع مخلا بالتزامه بالمطابقة، عندما يسلم كمية مختلفة سواء بالنقصان أو الزيادة عما تعهد به في العقد.

بينما لم تتناول اتفاقية فيينا المطابقة الكمية بالتفصيل الذي جاء في اتفاقية لاهاي، فألزمت الاتفاقية الجديدة البائع بأن يسلم كمية البضائع مطابقة لأحكام العقد، ومفاد ذلك أنها تركت للأطراف المتعاقدة مطلق الحرية بشأن حدود المطابقة الكمية⁵⁵⁷.
وحيثما تناولت اتفاقية فيينا حالة زيادة الكمية عما هو متفق عليه، أفردت حكما خاصا لهذه المسألة. إذ قضت بأنه: " إذا سلم البائع كمية من البضائع تزيد عن الكمية المنصوص عليها في العقد جاز للمشتري أن يستلم الكمية الزائدة أو أن يرفض استلامها، وإذا استلم المشتري الكمية الزائدة كلها أو جزء منها يجب عليه دفع قيمتها بالسعر المحدد في

⁵⁵⁶-Art. 33 du Convention La Haye, 1^{er} juillet 1964 :« 1.Le vendeur n'a pas exécuté son obligation de délivrance a) lorsqu'il n'a remis qu'une partie de la chose vendue ou lorsqu'il a remis une quantité différente en plus ou en moins de celle qu'il avait promise dans le contrat;

b) lorsqu'il a remis une chose autre que celle prévue au contrat ou une chose d'une autre espèce;

c) lorsqu'il a remis une chose non conforme à un échantillon ou modèle remis ou adressé à l'acheteur, à moins qu'il ne l'ait présenté à titre de simple indication sans aucun engagement de conformité;

d) lorsqu'il a remis une chose qui ne possède pas les qualités nécessaires pour son usage normal ou son utilisation commerciale;

e) lorsqu'il a remis une chose qui ne possède pas les qualités nécessaires pour un usage spécial prévu expressément ou tacitement par le contrat;

f) en général, lorsqu'il a remis une chose qui ne possède pas les qualités et particularités prévues expressément ou tacitement par le contrat.

2. La différence de quantité, l'absence d'une partie, d'une qualité ou d'une particularité ne sont pas prises en considération lorsqu'elles sont sans importance. »

⁵⁵⁷ - المادة 1/35 من فيينا.

العقد⁵⁵⁸. فيقتصر حق خيار المشتري على الجزء الزائد وحده، أما المقدار المطابق للعقد فيقع عليه التزام بتسلمه. إلا أنه من الناحية العملية، قد يتعذر على المشتري استلام القدر المتفق عليه في العقد ورفض الكمية الزائدة، ولا مناص من تسلم الكمية كلها بما فيها القدر الزائد، ويرجع ذلك لأسباب قانونية أو فنية منها على سبيل المثال وجود سند شحن واحد لكمية البضاعة كلها مقابل دفع الثمن الإجمالي أو بسبب كيفية تعبئة البضاعة وتجهيزها ورفضها بحيث يتعذر فصل الكمية الزائدة وحدها، وفي هذه الحالة لا يكون أمام المشتري إلا رفض البضاعة كلها وفسخ العقد إذا كانت الزيادة تمثل مخالفة جوهرية له، أو قبول البضاعة كلها والمطالبة بالتعويض عن الضرر الذي لحقه من جراء ذلك، وقد يتمثل في تخفيض سعر كمية البضاعة الزائدة⁵⁵⁹. أما إذا اختار المشتري رفض الجزء الزائد متى أمكن فصله عن الكمية المسلمة فيلتزم البائع بسحبه في أسرع وقت ممكن مع تحمله أية نفقات ضرورية دفعها المشتري في سبيل حفظ وإعادة هذا القدر الزائد وهو ما يقتضيه مبدأ العدالة. لكن إذا اختار المشتري قبول الجزء الزائد كله أو بعضه، التزم بدفع ثمن الجزء الذي قبله بالسعر المحدد في العقد، وليس بسعر السوق وقت التسلم. وعلى العموم فإن مبدأ احترام حسن النية في البيع الدولي يقتضي أن يستعمل المشتري هذا الحق خلال ميعاد معقول وفقاً لما يمكن أن يصدر من شخص عاقل من صفة المشتري إذا وضع في نفس الظروف، فإن لم يفعل ذلك أمكن اعتباره قابلاً للمقدار الزائد⁵⁶⁰.

⁵⁵⁸ - المادة 2/52 من اتفاقية فيينا.

⁵⁵⁹ - جمال عبد العزيز، المرجع السابق، ص. 38.

⁵⁶⁰ - المادتان 1/7 و 2/8 من اتفاقية فيينا.

الفرع الثاني: المطابقة النوعية

يجب أن يتوافر في المبيع الصفات التي اتفق عليها الطرفان أو كفلها البائع للمشتري كما يجب أن يكون المبيع صالحا للاستعمال سواء من حيث الأغراض العامة التي تستعمل من أجلها عادة بضائع من نفس النوع أو من حيث صلاحيتها للاستعمال في الأغراض الخاصة التي أحيط بها المشتري علما صراحة أو ضمنا وقت انعقاد العقد. ويجب أن يكون المبيع من حيث الشكل معبأ ومغلفا بالصورة التي تستعمل عادة في تعبئة أو تغليف البضائع من نفس نوعه، وفي حالة عدم وجود طريقة معتادة لذلك، فتكون التعبئة والتغليف بالكيفية المناسبة لحفظه وحمايته. ويمكن استخلاص عناصر المطابقة النوعية من خلال نصوص مختلفة منها القانون المدني الجزائري في المواد 379 إلى 386 منه، ومن مجموع القواعد الآمرة المتعلقة بحماية المستهلك وضمنان مطابقة المنتوجات للمقاييس. وكذلك اتفاقية فيينا واتفاقية لاهاي وغيرها من القوانين. وعليه سنتعرض لمسائل التالية: توافر الصفات المتفق عليها في العقد (أولا). ثم توافر الصفات الموجودة في العينة أو النموذج في حالة البيع بالعينة (ثانيا). ثم صلاحية المبيع للاستعمال في الأغراض المبتغاة (ثالثا). ثم مطابقة المبيع للشروط والمقاييس التي تفرضها القواعد الآمرة (رابعا). ثم مطابقة المبيع من حيث التعبئة والتغليف (خامسا).

أولا: توافر الصفات المتفق عليها في العقد.

لقد تعرض المشرع الجزائري للمطابقة النوعية وهو بصدد عرضه للالتزام البائع بضمان العيوب الخفية وفوات الوصف، فبنى هذا الضمان على أساس تخلف الصفات التي كفل البائع للمشتري وجودها في المبيع أو بسبب العيب الذي يلحق به، فينقص من قيمته أو منفعته بحسب الغاية المقصودة منه مما يجعله غير صالح للانتفاع به في الغرض

الذي أعد من أجله⁵⁶¹. وعلى وجه العموم، يمكن القول أن الشيء المعين بالذات يجب أن يسلم مطابقا تماما للحالة والمواصفات التعاقدية التي تم الاتفاق عليها. أما حين لا يوجد اتفاق خاص بين المتعاقدين، وجب أن يسلم المبيع بالحالة التي كان عليها وقت البيع، لأن من شروط انعقاد البيع تعيين الشيء المبيع في العقد، فإذا كان المبيع قيمي، فإن تعيينه يكون بصفاته وحالته التي هو عليها وقت البيع، ما لم يوجد اتفاق خاص بين طرفي العقد.

أما إذا كان الشيء المبيع من المثليات، فيجب أن يسلم مطابق للمواصفات التعاقدية التي تم الاتفاق عليها، فإن لم يوجد اتفاق خاص بشأنها، يرجع للعرف أو أية ظروف أخرى ملائمة، فإن لم يوجد هذا ولا ذلك، وجب تسليم المبيع من صنف متوسط لا من صنف جيد حتى لا يغبن البائع ولا من صنف رديء حتى لا يغبن المشتري⁵⁶².

وفي نفس الاتجاه يذهب القانون الفرنسي، الذي أكد على تسليم الشيء المبيع بالحالة التي كان عليها وقت البيع⁵⁶³. مما جعل الفقه الفرنسي يعتبر أن البائع غير موف بالتزامه إذا سلم شيئا ذا قيمة أو مواصفات أعلى من المواصفات التي كان عليها وقت المبيع، ومن باب أولى، إذا كان ذا طبيعة مختلفة. وقد قضت محكمة النقض الفرنسية بأنه: "لا يعتبر الشيء المسلم مطابقا، وفقا لالتزام البائع بالمطابقة، حيث إن التزام البائع لا

⁵⁶¹ - المادة 1/379 من القانون المدني الجزائري.

⁵⁶² - عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، 1986، المرجع السابق، 1986، ص. 714. سليمان مرقس، المرجع السابق، ص. 345.

⁵⁶³ - Art. 1614 du code civil Fran. : « La chose doit être délivrée en l'état ou elle se trouve au moment de la vente. Depuis ce jour, tous les fruits appartiennent à l'acquéreur. »

يتحدد فقط بالحفظ والصيانة، ولكن يتضمن أيضا التزامه بأن يسلم الشيء بطريقة مطابقة لما تم الاتفاق عليه⁵⁶⁴.

وفي ذات السياق نجد أن اتفاقية لاهاي لعام 1964 أقرت قاعدة عامة في المادة 33 منها بأنه يجب أن يتوافر في الشيء محل البيع الذي يسلم الصفات والخصائص المنصوص عليها في العقد صراحة أو ضمنا. ويبنى على ذلك أنه حين تتخلف أي صفة أو خاصية في المبيع المسلم كانت محل اعتبار لدى المشتري وضمناها عقد البيع صراحة أو يمكن استخلاصها من بنود العقد مجتمعة، فإن البائع يكون مخلا بالتزامه بتسليم مبيع مطابق⁵⁶⁵. وتنص اتفاقية لاهاي بأنه لا يعتد بعدم المطابقة إذا كان تافها ولا يؤثر في قابلية المبيع للتصريف التجاري⁵⁶⁶، كاختلاف اللون إذا كان لا يقلل من إقبال الجمهور على السلعة. وهذا الحكم روعي فيه اجتناب المنازعات الطفيفة أو الكيدية التي قد يلجأ إليها المشتري للتوصل من العقد⁵⁶⁷. ويراعى عدم الخلط بين عدم المطابقة التافهة وعدم المطابقة التي تعتبر مخالفة غير جوهري، فالأول لا يعتد به ولا يعتبر مخالفة أصلا ومن ثم لا يخول المشتري أي حق. بينما الثاني يعتبر إخلالا بالالتزام بالمطابقة ويقرر له جزاءات خاصة.

وكذلك تفرض اتفاقية فيينا لعام 1980 على البائع أن يسلم بضائع تكون نوعيتها وأوصافها مطابقة لأحكام العقد، بتوافر مجموعة من العناصر، من بينها صفات البضاعة التي سبق للبائع عرضها على المشتري كعينة أو نموذج⁵⁶⁸. وعلى الرغم من أن اتفاقية

⁵⁶⁴ - Cass. Com. 20 déc. 1982, D. 1983, P.477, obs. Audit.

⁵⁶⁵ - المادة 1/33/ب من اتفاقية لاهاي.

⁵⁶⁶ - المادة 2/33 من اتفاقية لاهاي.

⁵⁶⁷ - محسن شفيق، اتفاقية لاهاي، المرجع السابق، ص. 365.

⁵⁶⁸ - المادة 1/35 و 2/35 ج من اتفاقية فيينا.

فينا لم تحو بين نصوصها على حكم مماثل لما نصت عليه اتفاقية لاهاي في المادة 2/33 منها والذي يقضي بالألا يعتد بعدم المطابقة إذا كان تافها ولا يؤثر في قابلية المبيع للتصريف التجاري، إلا أنه يمكن إعماله استنادا لمبدأ حسن النية في تنفيذ العقود في مجال التجارة الدولية وما تفرضه العادات والأعراف التجارية في هذا الصدد⁵⁶⁹.

ثانيا: توافر الصفات الموجودة في العينة أو النموذج في حالة البيع بالعينة.

ينص القانون المدني الجزائري على أنه إذا كان البيع بالعينة، وجب أن يكون المبيع مطابقا لها⁵⁷⁰. والعينة وسيلة لتعيين المبيع بأوصافه، فهي المبيع مصغرا، وبمضاهاة المبيع على العينة يتبين إن كان البائع قد نفذ التزامه تنفيذا سليما فيما يتعلق بجنس المبيع ونوعه وجودته وغير ذلك من الأوصاف التي يتميز بها⁵⁷¹. ويجب أن يكون المبيع مطابقا للعينة مطابقة تامة، وللمشتري أن يرفض المبيع أو أي جزء منه لا يكون مطابقا لها، حتى لو أثبت البائع أن المبيع أعلى صنفا أو جودة من العينة ذاتها، ومتى جاء المبيع مطابقا للعينة لا يجوز للمشتري رفضه ولو كان غير ملائم لحاجته⁵⁷².

وفي البيوع الدولية للبضائع، غالبا ما لا يرى المشتري البضاعة المبيعة قبل التعاقد. إنما يبرم العقد بمقتضى أوصاف في البضاعة يتفق عليها وتذكر فيه. وقد يرسل البائع إلى المشتري نموذجا أو عينة للبضاعة محل العقد، وفي الحالة الأخيرة يتخذ من العينة أو النموذج وسيلة لتحديد الصفات التي يجب أن تكون عليها البضاعة المسلمة. وتعد هذه

⁵⁶⁹ - المادة 1/7 من اتفاقية فيينا.

⁵⁷⁰ - المادة 353 من القانون المدني الجزائري.

⁵⁷¹ - عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، المرجع السابق، 1986، ص. 912.

⁵⁷² - سليمان مرقس، المرجع السابق، ص. 343 وما بعدها. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، المرجع السابق، 1986، ص. 300 وما بعدها.

الوسيلة من أكثر الوسائل شيوعا في مجال التجارة الدولية، إذ تسمح للبائع بأن يقدر نطاق التزامه بدقة هذا من ناحية، وتتيح للمشتري فرصة رؤية البضائع بوضوح وتقدير مدى توافر المواصفات التي يرغبها فيها من ناحية أخرى. وقد تبنت الاتفاقيات الدولية هذه الوسيلة، فاعتبرتها اتفاقية لاهاي لعام 1964 حالة من حالات عدم المطابقة، عندما يسلم البائع شيئا لا يطابق العينة أو النموذج الذي تم الاتفاق عليه⁵⁷³. وهو نفس ما قرره اتفاقية فيينا لعام 1980، فلا تكون البضائع مطابقة إلا إذا كانت تتضمن صفات البضاعة التي سبق للبائع عرضها على المشتري كعينة أو نموذج⁵⁷⁴. وكذلك المشرع الجزائري يؤكد من خلال المادة 353 من القانون المدني الجزائري على ضرورة تطابق صفات المبيع مع صفات العينة⁵⁷⁵.

ثالثا: صلاحية المبيع للاستعمال في الأغراض المتبغاة.

إذا لم تحدد في العقد مسألة مواصفات البضاعة، فينبغي أن تكون هذه البضاعة مطابقة لاستعمالها العادي. وهذا ما يمكن استخلاصه من موقف المشرع الجزائري في المادة 379 من القانون المدني التي تنص: "... أو إذا كان بالمبيع عيب ينقص من قيمته أو من الانتفاع به بحسب الغاية المقصودة منه حسبما هو مذكور بعقد البيع، أو حسبما يظهر من طبيعته أو استعماله...". فجعل المشرع الجزائري معيار العيب بأن كان ينقص من قيمة المبيع أو من منفعه بحسب الغاية المقصودة منه. وتحديد هذه الغاية المقصودة يتم من خلال معيار قصد المتعاقدين، كما هو مبين في العقد والغرض الذي أعد الشيء من

⁵⁷³ - المادة 1/33 ج من اتفاقية لاهاي المشار إليها سابقا.

⁵⁷⁴ - المادة 2/35 ج من اتفاقية فيينا.

⁵⁷⁵ - تنص المادة 353 من القانون المدني الجزائري على أنه: "إذا انعقد البيع بالعينة يجب أن يكون المبيع مطابقا لها، وإذا تلفت العينة أو هلك في يد أحد المتعاقدين ولو دون خطأ كان على المتعاقد بائعا أو مشتريا، أن يثبت أن الشيء مطابق أو غير مطابق للعينة".

أجله. فإذا احتاط المشتري وبين في عقد البيع الأغراض المقصودة من المبيع، فينبغي عندئذ أن تعتبر هذه الأغراض جميعاً منافع مقصودة في المبيع، وليس من الضروري أن تكون المنافع المذكورة في العقد، هي المنافع المألوفة. وبذا يعتد بالغرض الذي أعد له المبيع بوجه عام وتستعمل من أجله عادة بضائع من نفس النوع أو بالغرض الخاص الذي كان ينوي المشتري أن يستعمله فيه، مادام أعلم البائع بهذا الغرض صراحة أو ضمناً وقت العقد. أما إذا لم يذكر في العقد شيء لا صراحة ولا ضمناً عن المنافع المقصودة من المبيع، كان من الواجب تحديد تلك المنافع استناداً إلى طبيعة الشيء المبيع. ولما كانت الأغراض تستنتج عادة من طبيعة الشيء فهي تكون عامة أو قد تخصصها هذه الطبيعة⁵⁷⁶.

وقد أشار المشرع الفرنسي بشكل غير مباشر لصلاحيّة المبيع للاستعمال في الأغراض المبتغاة بنوعيتها العامة والخاصة، أي سواء للاستعمال العادي أو الخاص. وذلك عند معالجته للعيب الضار الذي يتعلق باستعمال الشيء، بأن كان هذا الشيء غير صالح للاستعمال الذي خصص له أو يقلل من انتفاعه، بحيث ما كان المشتري ليتعاقد عليه، أو يعطي سعراً أقل إذا علم بهذا العيب⁵⁷⁷. وتعتبر محكمة النقض الفرنسية بأن الالتزام بالتسليم لا يعد فقط تسليم للشيء المتفق عليه، بل أن يضع البائع تحت تصرف المشتري شيئاً يطابق كل جوانب الهدف الذي يسعى إليه الأخير من وراء ذلك البيع. وفي هذا الصدد قضت بأن: "البائع الذي يسلم جهاز في مجمله غير صالح للاستعمال الذي كان يسعى إليه المشتري، يعتبر مقصراً بصدده التزامه بالتسليم، على الرغم من أن هذا الجهاز

⁵⁷⁶ - عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، المرجع السابق، 1986، ص. 910. سليمان مرقس، المرجع السابق، ص. 396.

⁵⁷⁷ - Art. 1641 du code civile Fran. : « Le vendeur est tenu de la garantie à raison des défauts cachés de la chose vendue qui la rendent impropre à l'usage auquel on la destine, ou qui diminuent tellement cet usage que l'acheteur ne l'aurait pas acquise, ou n'en aurait donné qu'un moindre prix, s'il les avait connus. » Voir TOURNEAU (P.H.) : Conformités et garanties en Droit Français de la vente, in Les ventes internationales de marchandises, Economica, Paris, 1981, N° 53, P.252 et s.

قد كان مطابقا لطلب الشراء وحالته الوظيفية جيدة"⁵⁷⁸. كما قضت بأنه: " إذا كان المبيع يتعلق بجهاز تعقيم قاتل للجراثيم المتولدة، ولكن غير صالح لفرز الخمائر اللبنية التي يجب أن تكون زجاجات الخمر خالية منها، فقد اعتبر أن البائع مسئولاً بسبب أن المشتري قد حدد الهدف الذي يبتغيه من وراء استعمال هذا الجهاز والصفة التي كان يأملها ويجب توافرها فيه"⁵⁷⁹.

ونجد أن اتفاقية لاهاي لعام 1964 أوردته ضمن حالات عدم المطابقة في المادة 33، فيعد البائع مخلاً بالتزامه بضمان المطابقة إذا سلم شيئاً لا تتوافر فيه الصفات اللازمة للانتفاع به سواء في الاستعمال العادي أو الاستعمال التجاري المعد له. كما إذا تعهد البائع بتسليم عشرة آلاف زوج من الأحذية، فسلمها كاملة ولكنها كانت للقدم الأيمن، أو كما إذا تعهد بتسليم طن من الدقيق الأبيض الصافي المعد لصنع الحلوى فسلمه من الدقيق المخلوط الذي لا يصلح لهذا الاستعمال التجاري⁵⁸⁰. كما تلزم اتفاقية فيينا لعام 1980 البائع أن يسلم بضائع صالحة للاستعمال في الأغراض التي تستعمل فيها عادة بضائع من نفس النوع⁵⁸¹.

وتجدر الإشارة إلى أنه وإن كانت اتفاقية فيينا لم تشر صراحة إلى صلاحية البيع للاستعمال التجاري. إلا أنه يدخل ضمناً في مفهومها، لكونها تعالج كذلك الحالة التي يقوم فيها المشتري بإعادة بيع البضائع مرة أخرى⁵⁸². لكن أحياناً قد تكون غاية

⁵⁷⁸ - CASS. 1^{re} civ, 20 Mars, 1989, D. 1989, P.178. ATIAS (CH) : L'obligation de délivrance conforme. R.D.S., 1^{er} cha, chr 1. 1991, P.3.

⁵⁷⁹ - Cass. Com. 25 Juin 1980, Bull. Civ, 1980. IV, N°. 144, P. 112.

⁵⁸⁰ - المادة 1/33 من اتفاقية لاهاي.

⁵⁸¹ - المادة 2/35 من اتفاقية فيينا.

⁵⁸² - المادة 3/38 من اتفاقية فيينا. محسن شفيق، اتفاقية الأمم المتحدة، المرجع السابق، ص. 144.

المشتري من البضاعة محل البيع استعمالها في أغراض خاصة ومحددة بذاتها تفوق استعمالها العادي. فحينئذ ينبغي أن تلي البضائع التي يسلمها البائع تلك الأغراض الخاصة، وليس له التنصل من مسؤوليته عن عدم مطابقتها للاستعمال الخاص، طالما أنه أحيط علماً بذلك ومضى في إبرام العقد على هذا الأساس⁵⁸³.

ومن تطبيقات ذلك، ما قضت به هيئة التحكيم بغرفة التجارة الدولية بباريس لصالح دولة بنين ضد إحدى الشركات الرومانية بشأن صفقة من الحافلات اتصفت بعدم مطابقتها المادية، بوجه خاص عدم صلاحيتها للاستعمال الخاص. إذ ظهر عند تسيير هذه الحافلات عيوب كثيرة فيها، حيث الجو في دولة بنين استوائي شديد الرطوبة. ولم تكن تلك الحافلات مجهزة لمثل هذا الجو، مع أنه كان مشروطاً صراحة على ذلك في العقد⁵⁸⁴.

لكن يشترط أن يكون البائع على علم بالغرض الخاص الذي يقصده المشتري من البضاعة محل البيع وقت إبرام العقد على الأكثر، وعلة ذلك إفساح المجال أمامه كي يوازن ما بين إذا كان بمقدوره توفير البضاعة المطلوبة بالمواصفات التي تجعلها تفي بهذا الغرض الخاص سواء من حيث الكمية المطلوبة منها أو من حيث الوقت المحدد لتقديمها. وبالتالي المضي قدماً في إبرام العقد، أم عدم مقدرته على الوفاء بتلبية تلك الجوانب مجتمعة وبالتالي يرفض طلب الشراء ويمتنع عن إتمام الصفقة⁵⁸⁵.

⁵⁸³ - مثال ذلك: أن يتعهد البائع لبعثة للبحث عن البترول في الصحراء بتسليم عشرين سيارة من طراز "جيب" تكون صالحة للاستعمال في الصحراء من حيث احتمال حرارة الشمس والقدرة على السير في الرمال، فإذا سلم البائع العدد المطلوب من السيارات ومن نفس الطراز ولكنها غير صالحة للاستعمال في الصحراء، فإنه يكون قد تخلف عن تنفيذ التزامه بضمان المطابقة.

⁵⁸⁴ - أشار إليه جمال عبد العزيز، المرجع السابق، ص. 88.

⁵⁸⁵ - جمال عبد العزيز، المرجع السابق، ص. 90.

رابعاً: مطابقة المبيع، للشروط والمقاييس التي تفرضها القواعد الآمرة.

ما يجب أن ننبه عليه في مجال مطابقة المبيع أنه توجد مجموعة من القواعد الآمرة التي لا يمكن للأطراف المتعاقدة الاتفاق على مخالفتها، فهي من النظام العام ويجب أن تتوفر في كل سلعة أو خدمة من المحتمل أن تقدم للجمهور وللمستهلكين فيما بعد. فيجب في المبيع أن يراعي مجموعة من المقاييس والقواعد الخاصة بنوعية المبيع وجودته وتغليفه، وخصوصاً المنتجات الموجهة للاستهلاك البشري أو الحيواني أو حتى المتعلقة بصحة النباتات.

وفي هذا الصدد نجد القانون 89-02 المؤرخ في 07 فبراير 1989 المتعلق بالقواعد العامة لحماية المستهلك، يؤكد أن كل منتج سواء كان شيئاً مادياً أو خدمة، مهما كانت طبيعته، يجب أن يتوفر على ضمانات ضد كل المخاطر التي من شأنها أن تمس صحة المستهلك و/أو أمنه أو تضر بمصالحه المادية⁵⁸⁶. ويجب أن يتوفر كل منتج أو خدمة تعرض للاستهلاك المقاييس المعتمدة والمواصفات القانونية والتنظيمية التي تهمه وتميزه. ويجب أيضاً أن يستجيب للطلبات المشروعة للاستهلاك، لا سيما ما يتعلق بطبيعته وصفه ومنشئه ومميزاته الأساسية وتركيبته ونسبة المقومات اللازمة له وهويته وكمياته. كما ينبغي أن يستجيب المنتج للطلبات المشروعة للمستهلك فيما يخص النتائج المرجوة منه وأن يقدم المنتج وفق مقاييس تغليفه، وأن يذكر مصدره وتاريخ صنعه والتاريخ الأقصى لاستهلاكه وكيفية استعماله والاحتياطات الواجب اتخاذها من أجل ذلك وعمليات المراقبة التي أجريت عليه⁵⁸⁷.

⁵⁸⁶ - المادة 02 من القانون 89-02 المذكور أعلاه.

⁵⁸⁷ - المادة 03 من القانون 89-02 المذكور أعلاه.

كما أن القانون 03-09 المؤرخ في 25 فبراير 2009 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش⁵⁸⁸، والذي ألغى بمقتضى المادة 94 منه القانون 02-89 المشار إليه أعلاه، أتى بأحكام مشابهة لقانون حماية المستهلك وإن لم نقل مطابقة لها، وهو يؤكد أن أي بضاعة مستوردة إلى الجزائر يجب أن تخضع قبل جمركتها لمراقبة مدى مطابقتها من قبل أعوان مراقبة الجودة وقمع الغش ومن قبل المخابر المؤهلة والمعتمدة لهذا الغرض⁵⁸⁹. ويفرض هذا القانون إلزامية النظافة والنظافة الصحية للمواد الغذائية وسلامتها. ويعرف المطابقة من خلال المادة 03 منه على أنها: "استجابة كل منتج موضوع للاستهلاك للشروط المتضمنة في اللوائح الفنية وللمتطلبات الصحية والبيئية والسلامة والأمن الخاص به".

ويمنع هذا القانون وضع أي مواد غذائية للاستهلاك تحتوي على ملوث بكمية غير مقبولة بالنظر إلى الصحة البشرية والحيوانية وخاصة فيما يتعلق بالجانب السام له⁵⁹⁰. كما يلزم هذا القانون أن تكون المنتجات الموضوعة للاستهلاك مضمونة وتوفر على الأمن بالنظر إلى الاستعمال المشروع المنتظر منها، وأن لا تلحق ضررا بصحة المستهلك وأمنه ومصالحه، وذلك ضمن الشروط العادية للاستعمال أو الشروط الأخرى الممكن توقعها من المتدخلين⁵⁹¹. كما أن المادة 10 من ذات القانون (03-09) تحدد العناصر التي يتكون منها أمن المنتج والتي يجب على المتعامل احترامها وهي، مميزات المنتج وتركيبته وتغليفه وشروط تجميعه وصيانتته، وتأثير المنتج على المنتجات الأخرى عند توقع استعماله مع هذه المنتجات، وعرض المنتج ووسمه والتعليمات المحتملة الخاصة باستعماله وإتلافه وكذا كل الإرشادات أو المعلومات الصادرة عن المنتج، ويجب على المتعامل أيضا

⁵⁸⁸ - المنشور بالجريدة الرسمية عدد 05 بتاريخ 08 مارس 2009.

⁵⁸⁹ - المادة 30 فقرة 02 من القانون 03-09 المذكور أعلاه.

⁵⁹⁰ - المادة 05 من القانون 03-09 المذكور أعلاه.

⁵⁹¹ - المادة 09 من القانون 03-09 المذكور أعلاه.

أن يؤخذ في عين الاعتبار فئات المستهلكين المعرضين لخطر جسيم نتيجة استعمال المنتج خاصة الأطفال.

ويفرض القانون 03-09 المشار إليه إلزامية مطابقة المنتجات من حيث طبيعتها وصنفها ومنشئها ومميزاتها الأساسية، وتركيبها ونسبة مقوماتها اللازمة والأخطار الناجمة عن استعمالها، وأن يستجيب المنتج للنتائج المرجوة منه والمميزات التنظيمية من ناحية تغليفه وتاريخ صنعه والتاريخ الأقصى لاستهلاكه وكيفية استعماله وشروط حفظه والاحتياطات المتعلقة بذلك والرقابة التي أجريت عليه⁵⁹².

وإذا كان محل عقد البيع الدولي مواد صيدلانية مستعملة في الطب البشري فإنه لا يمكن توجيهها إلى التسويق الداخلي في الجزائر إلا إذا حصلت على مقرر مصادقة تمنحه الوكالة الوطنية للمواد الصيدلانية المستعملة في الطب البشري بعد أخذ رأي لجنة المصادقة على المواد الصيدلانية والمستلزمات الطبية المستعملة في الطب البشري⁵⁹³.

هذا وقد أحالة كل القوانين المذكورة أعلاه إلى التنظيم من أجل تطبيق أحكامها التقنية الخاصة بمراقبة المطابقة وفي هذا الصدد نجد العديد من التنظيمات التي تحدد الشروط التقنية للكثير من المنتجات، ومن ذلك نجد:

المرسوم التنفيذي 567-05 المؤرخ في 10 ديسمبر 2005 الذي يحدد شروط مراقبة مطابقة المنتجات المستوردة عبر الحدود وكيفيات ذلك⁵⁹⁴، الذي يفرض إجبارية خضوع البضائع المستوردة للمراقبة قبل عملية جمركتها، ويفرض على المستوردين التقدم

⁵⁹² - المادة 11 من القانون 03-09 المذكور أعلاه.

⁵⁹³ - المادة 193 من القانون رقم 85-05 المؤرخ في 16 فبراير 1985 المتعلق بحماية الصحة وترقيتها، المعدل والمتمم بالقانون 13-08

المؤرخ في 20 يوليو 2008. الجريدة الرسمية عدد 44 الصادرة بتاريخ 03 غشت 2008.

⁵⁹⁴ - المنشور بالجريدة الرسمية عدد 80 بتاريخ 11 ديسمبر 2005.

إلى المفتشيات الحدودية التابعة لإدارة المكلفة بحماية المستهلك وقمع الغش الموجودة على مستوى المراكز الحدودية البرية والبحرية والجوية⁵⁹⁵، وأن يقدم ملف يتكون من، التصريح باستيراد المنتج يحرره المستورد حسب الأصول، نسخة طبق الأصل مصادق عليها من السجل التجاري، نسخة مصادق عليها من الفاتورة، النسخة الأصلية لكل وثيقة أخرى تطلب طبقاً للتنظيم المعمول به وتعلق بمطابقة المنتوجات المستوردة⁵⁹⁶، وتم مراقبة مدى مطابقة المنتج من طرف أعوان المراقبة إما بالعين المجردة أو بأخذ عينات للتأكد من مطابقتها مخبرياً⁵⁹⁷. وعند ملاحظة مطابقة المنتج للقواعد والنظم يمنح رخصة بدخوله الإقليم الوطني. أما إذا تبين أن المنتج غير مطابق يسلم للمستورد مقرر رفض دخول المنتج ويجب أن يبين بوضوح سبب الرفض⁵⁹⁸. وفي هذه الحالة يمكن للمستورد أن يقدم طعناً مبرراً قانوناً لدى المديرية الولائية للتجارة المختصة إقليمياً التي يجب عليها أن تدرس الملف خلال أربع أيام عمل وتصدر القرار المناسب مبرراً، أين يمكنها إلغاء مقرر الرفض أو أن تؤيده⁵⁹⁹، وفي هذه الحالة الأخيرة يمكن للمستورد التوجه بطعن آخر للمديرية الجهوية للتجارة يتضمن تحويل وجهة المنتج الذي تبين عدم مطابقته بغرض ضبط مطابقته أو تغيير وجهته أو إعادة توجيهه أو إعادة تصديره أو إتلافه. وإذا تبين عدم مطابقة المنتج المستورد أو أن إعادة ضبط مطابقته مستحيلة فإنه يجب على المستورد إعادة تصديره أو إعادة توجيهه إلى استعمال آخر مشروع طبقاً

⁵⁹⁵ - راجع في هذا الصدد القرار الوزاري المشترك المؤرخ في 15 غشت 2006 يتضمن تحديد سير الأقسام الإقليمية للتجارة ومفتشيات

مراقبة الجودة وقمع الغش عند الحدود، المنشور بالجريدة الرسمية عدد 07 بتاريخ 28 يناير 2007.

⁵⁹⁶ - المادة 03 من المرسوم 05-567 المذكور أعلاه.

⁵⁹⁷ - المادة 06 من المرسوم 05-567 المذكور أعلاه.

⁵⁹⁸ - المادة 09 من نفس المرسوم.

⁵⁹⁹ - المادتين 10 و11 من نفس المرسوم.

لتنظيم، وإلا فيحجز ويتلف من قبل مصالح التفتيش على نفقة المستورد⁶⁰⁰. وفي حالة الرفض يمكن للمستورد اللجوء إلى مصالح الإدارة المركزية المكلفة بحماية المستهلك وقمع الغش من أجل اتخاذ مقرر نهائي. وهذا لا يمنع المستورد من اللجوء إلى طرق الطعن القضائية المقررة قانونا.

ونجد كذلك المرسوم التنفيذي 465-05 المؤرخ في 06 ديسمبر 2005 المتعلق بتقييم المطابقة⁶⁰¹، يفرض أن تحمل كل المنتوجات المستوردة إجباريا علامة المطابقة الإلزامية التي تسلمها الهيئات المؤهلة لبلد المنشأ والمعترف بها من قبل المعهد الجزائري للتقييس، ويمنع دخول المنتوجات التي لا تحمل علامة المطابق الإلزامية ويمنع تسويقها داخل تراب الجزائر⁶⁰².

كما أن للمرسوم التنفيذي 484-05 المؤرخ في 22 ديسمبر 2005 الذي يعدل ويتمم المرسوم التنفيذي 367-90 المؤرخ في 10 نوفمبر 1990 المتعلق بوسم السلع الغذائية وعرضها⁶⁰³ أهمية بالغة في مسألة مدى مطابقة المنتوجات الغذائية، ويحدد هذا المرسوم البيانات الإلزامية التي يجب أن يحتويها الوسم الخاص بالبضاعة وكيفية كتابته وعرضه، وتمثل هذه البيانات الإلزامية في الآتي، تسمية المبيع، الكمية الصافية للمواد المعبئة مسبقا، اسم الشركة أو عنوانها أو العلامة المسجلة وعنوان المنتج أو الموضب أو الموزع أو المستورد إذا كانت البضاعة مستوردة، البلد الأصلي و/أو بلد المنشأ، تحديد حصة الصنع، طريقة الاستعمال واحتياطات الاستعمال في حال ما إذا كان إغفاله لا يسمح

⁶⁰⁰ - المادة 12 من نفس المرسوم.

⁶⁰¹ - المنشور بالجريدة الرسمية عدد 80 بتاريخ 11 ديسمبر 2005.

⁶⁰² - المادة 15 من المرسوم 456-05.

⁶⁰³ - المنشور بالجريدة الرسمية عدد 83 بتاريخ 25 ديسمبر 2005.

باستعمال مناسب للمادة الغذائية، تاريخ الصنع أو التوضيب، تاريخ الصلاحية الدنيا، أو في حالة المواد الغذائية سريعة التلف ميكروبيولوجيا التاريخ الأقصى للاستهلاك، قائمة المكونات، الشروط الخاصة بالحفظ⁶⁰⁴.

هذا وقد أصدرت العديد من الوزارات في الجزائر وعلى رأسها وزارة التجارة مجموعة من القرارات الوزارية التي تحدد الشروط التقنية التي يجب أن تتوفر إجباريا في مجموعة من السلع والبضائع خصوصا واسعة الاستهلاك منها، وفي هذا الصدد نذكر بعض النظم والقرارات التي تحدد الشروط التقنية لبعض السلع ومنها:

فيما يتعلق باللحوم والمنتجات اللحمية، نجد القرار الوزاري المؤرخ في 26 يوليو 2000 يتعلق بالقواعد المطبقة على تركيبة المنتجات اللحمية المطهية ووضعها رهن الاستهلاك⁶⁰⁵. والقرار الوزاري المؤرخ في 29 مارس 2006 يجعل منهج تحديد نسبة النيترات في اللحم والمنتجات اللحمية إجباريا⁶⁰⁶. والقرار الوزاري المؤرخ في 26 أبريل 2006 الذي يجعل منهج تحديد نسبة المواد الدسمة الإجمالية في اللحم والمنتجات اللحمية إجباريا⁶⁰⁷. والقرار الوزاري المؤرخ في 26 أبريل 2006 الذي يجعل منهج تحديد نسبة الآزوت الإجمالي في اللحم والمنتجات اللحمية إجباريا⁶⁰⁸. والقرار الوزاري المؤرخ في 25 ديسمبر 2005 يجعل منهج معايرة وتحضير العينة لتجربة اللحم والمنتجات اللحمية إجباريا⁶⁰⁹. والقرار الوزاري المؤرخ في 21 فبراير 2006 الذي يجعل منهج تحديد نسبة

⁶⁰⁴ - المادة 60 من المرسوم 05-484 المذكور أعلاه.

⁶⁰⁵ - ج. ر. 54 بتاريخ 30 غشت 2000.

⁶⁰⁶ - ج. ر. 43 الصادرة بتاريخ 28 يونيو 2006.

⁶⁰⁷ - ج. ر. عدد 33 الصادرة بتاريخ 21 مايو 2006.

⁶⁰⁸ - ج. ر. عدد 37 الصادرة بتاريخ 04 يونيو 2006.

⁶⁰⁹ - ج. ر. عدد 27 الصادرة بتاريخ 26 أبريل 2006.

الفوسفور الإجمالي في اللحم والمنتجات اللحمية إجبارياً⁶¹⁰. والقرار الوزاري المؤرخ في 19 أكتوبر 2005 الذي يجعل منهج تحديد الرطوبة في اللحم والمنتجات اللحمية إجبارياً⁶¹¹. والقرار الوزاري المؤرخ في 15 يناير 2006 الذي يجعل منهج قياس العامل الهيدروجيني للحم والمنتجات اللحمية إجبارياً⁶¹². والقرار الوزاري المؤرخ في 15 غشت 2006 الذي يجعل منهج البحث والتعرف على المواد المنشطة في اللحم والمواد اللحمية إجبارياً⁶¹³.

وفيما يتعلق بمنتجات الصيد البحري، نجد القرار الوزاري المؤرخ في 08 يوليو 2006 الذي يجعل منهج تحديد نسبة الآزوت القاعدي المتبخر الإجمالي في منتجات الصيد البحري إجبارياً⁶¹⁴. والقرار الوزاري المؤرخ في 08 يوليو 2006 الذي يجعل منهج تحديد الهستامين في منتجات الصيد البحري بواسطة كروماتوغرافيا في طور سائل ذات دقة عالية إجبارياً⁶¹⁵.

وفيما يتعلق بمادة الإسمنت نجد قرار صادر عن وزارة السكن والعمران مؤرخ في 04 يونيو 2003 يتضمن تحديد المواصفات التقنية والقواعد المطبقة على الإسمنت⁶¹⁶.

وحتى مادة الجافيل، صدر بشأنها قرار عن وزارة التجارة بتاريخ 25 نوفمبر 2006 الذي يجعل منهج تحديد كمية الكلور الفعال وإبوكلووريت الصوديوم في ماء

⁶¹⁰- ج. ر. عدد 27 الصادرة بتاريخ 26 أبريل 2006.

⁶¹¹- ج. ر. عدد 01 الصادرة بتاريخ 08 يناير 2006.

⁶¹²- ج. ر. عدد 23 الصادرة بتاريخ 12 أبريل 2006.

⁶¹³- ج. ر. عدد 59 الصادرة بتاريخ 24 سبتمبر 2006.

⁶¹⁴- ج. ر. عدد 58 الصادرة بتاريخ 20 سبتمبر 2006.

⁶¹⁵- ج. ر. عدد 58 الصادرة بتاريخ 20 سبتمبر 2006.

⁶¹⁶- ج. ر. عدد 40 الصادرة بتاريخ 02 يوليو 2003.

جافيل إجبارياً⁶¹⁷. كما توجد العديد من المراسيم والقرارات التي تنظم الشروط التقنية لمختلف المنتجات⁶¹⁸.

⁶¹⁷ - ج. ر. عدد 13 الصادرة بتاريخ 21 فبراير 2007.

⁶¹⁸ - من بين المراسيم والقرارات التي تنظم الشروط التقنية للمنتجات نجد: - القرار الوزاري المشترك المؤرخ في 31 ديسمبر سنة 2008، يعدل القرار الوزاري المشترك المؤرخ في 28 ديسمبر سنة 1997 الذي يحدد قائمة المنتجات الاستهلاكية ذات الطابع السام أو التي تشكل خطراً من نوع خاص وكذا قوائم المواد الكيميائية المحظور أو المنظم استعمالها لصنع هذه المنتجات (الجريدة رقم 23 المؤرخة في 19 أبريل 2009). والمرسوم التنفيذي رقم 97-254 مؤرخ في 8 يوليو سنة 1997 يتعلق بالرخص المسبقة لإنتاج المواد السامة أو التي تشكل خطراً من نوع خاص واستيرادها. والمرسوم التنفيذي رقم 04-210 مؤرخ في 28 يوليو سنة 2004، يحدد كفاءات ضبط المواصفات التقنية للمغلفات المخصصة لاحتواء مواد غذائية مباشرة أو أشياء مخصصة للأطفال. المرسوم التنفيذي رقم 90-40 مؤرخ في 30 يناير سنة 1990 يجعل بيع ملح اليود إجبارياً لاتقاء الافتقار إلى اليود. المرسوم التنفيذي رقم 91-572 مؤرخ في 31 ديسمبر سنة 1991 يتعلق بدقيق الخبازة والخبز. والمرسوم التنفيذي رقم 92 - 25 مؤرخ في 13 يناير سنة 1992، يتعلق بشروط استعمال المواد المضافة إلى المنتجات الغذائية و كفاءات ذلك. والمرسوم التنفيذي رقم 92 - 30 مؤرخ في 20 يناير سنة 1992، يتعلق بخصائص أنواع البن و عرضها. والمرسوم التنفيذي رقم 96-371 مؤرخ في 3 نوفمبر سنة 1996، يعدل و يتمم المرسوم التنفيذي رقم 92-30 المؤرخ في 20 يناير سنة 1992 والمتعلق بخصائص أنواع البن و عرضها. والمرسوم التنفيذي رقم 97-37 مؤرخ في 14 يناير سنة 1997، يحدد شروط وكفاءات صناعة مواد التجميل والتنظيف البدني وتوضيها واستيرادها وتسويقها في السوق الوطنية. والمرسوم التنفيذي رقم 97-429 مؤرخ في 11 نوفمبر سنة 1997، يتعلق بالخصائص التقنية المطبقة على المتوجات النسيجية. والمرسوم التنفيذي رقم 97-494 مؤرخ في 21 ديسمبر سنة 1997، يتعلق بالوقاية من الأخطار الناجمة عن استعمال اللعب. والقرار الوزاري المشترك مؤرخ في 18 غشت سنة 1993، يتعلق بمواصفات بعض أنواع الحليب المعد للاستهلاك وعرضه. والقرار الوزاري المشترك مؤرخ في 8 يناير سنة 1994، يتعلق بنوعية الفواكه والخضر الطازجة الموجهة للاستهلاك وعرضها. وقرار وزاري مشترك مؤرخ في 2 يوليوس سنة 1995، يتعلق بوضع الدواجن المذبوحة رهن الاستهلاك. والقرار الوزاري المشترك مؤرخ في 26 فبراير سنة 1997 والمتعلق بشروط تحضير المرقاز وتسويقه. والقرار الوزاري المشترك مؤرخ في 8 مارس سنة 1997، يتعلق بالمميزات التقنية والقواعد المطبقة على الفولاذ المستدير للخرسانة المسلحة. والقرار الوزاري المشترك مؤرخ في 24 مارس سنة 1997 يتعلق بالمواصفات التقنية لوضع مستخلصات ماء جافيل رهن الاستهلاك وشروطها وكفاءتها. والقرار الوزاري المشترك مؤرخ في 16 أبريل سنة 1997، يتعلق بشروط استيراد وتسويق المواد النسيجية المصنعة و المستعملة و كفاءتها. والقرار الوزاري المشترك مؤرخ في 27 أبريل سنة 1997، يحدد المواصفات التقنية للسكر المسحوق أو السكر المرطب. والقرار الوزاري المشترك مؤرخ في 25 مايو سنة 1997، يتعلق بالمواصفات التقنية لأنواع سميد القمح الصلب و شروط و كفاءات وسمها. والقرار الوزاري المشترك المؤرخ في 10 غشت سنة 1997، يتعلق بالمواصفات التقنية لأنواع الحليب المركز غير المحلي والمحلي وشروط عرضها وكفاءته. قرار وزاري مشترك مؤرخ في 24 غشت سنة 1997، يتعلق بالاحتفاظ بالطماطم المركزة. قرار وزاري مشترك مؤرخ في 6 سبتمبر سنة 1997، يتعلق بالمواصفات التقنية لبعض الخضر الجافة و شروط و كفاءات وسمها. قرار وزاري مشترك مؤرخ في 6 سبتمبر سنة 1997، يتعلق بالمواصفات التقنية لبعض الأرز و شروط و كفاءات وسمها. قرار وزاري مشترك مؤرخ في 25 نوفمبر سنة 1997، يتعلق بالخصائص التقنية للخل وكفاءات و شروط وضعه رهن الاستهلاك. قرار وزاري مشترك مؤرخ في 24 يناير سنة 1998، يعدل و

وعلى هذا الأساس يجب على المتعاملين في التجارة الخارجية احترام هذه القواعد الآمرة، ويجب أن تكون البضاعة مطابقة للمعايير المحددة من خلال تلك النظم السابق الإشارة إليها تحت طائلة عدم قبول دخول البضاعة غير المطابقة للتراب الوطني.

يتمم القرار المؤرخ في 23 يوليو سنة 1994 و المتعلق بالمواصفات الميكرو بيولوجية لبعض المواد الغذائية. قرار وزاري مشترك مؤرخ في 7 أكتوبر سنة 1998، يتعلق بالخصائص التقنية للياهورت وكيفيات وضعه للاستهلاك. قرار وزاري مشترك مؤرخ في 2 ديسمبر سنة 1998، يتعلق بالمواصفات التقنية لأنواع الحليب الجاف و شروط و كيفيات عرضها. قرار وزاري مشترك مؤرخ في 10 ديسمبر سنة 1998، يتعلق بالمواصفات التقنية للزبدة وكيفيات وضعها للاستهلاك. قرار وزاري مشترك مؤرخ في 19 سبتمبر سنة 1999، يحدد قواعد تحضير اللحوم المفرومة عند الطلب ووضعها للاستهلاك قرار وزاري مشترك مؤرخ في 5 أكتوبر سنة 1999، يتعلق بمواصفات فول الكاكاو ومنتجات الكاكاو. قرار وزاري مشترك مؤرخ في 21 نوفمبر سنة 1999، يتعلق بدرجات الحرارة وأساليب الحفظ بواسطة التبريد والتجميد أو التجميد المكثف للمواد الغذائية. قرار وزاري مشترك مؤرخ في 15 ديسمبر سنة 1999، يتعلق بشروط استعمال المحليات في المواد الغذائية. قرار وزاري مشترك مؤرخ في اول يوليو سنة 2000، يتضمن منع استيراد اطر العجلات المستعملة. قرار وزاري مشترك مؤرخ في 31 يناير سنة 2001، يعدل القرار الوزاري المشترك المؤرخ في 16 أبريل سنة 1997 والمتعلق بشروط استيراد وتسويق المواد النسيجية المصنعة والمستعملة وكيفياتها. قرار وزاري مشترك مؤرخ في 25 أبريل سنة 2001، يتعلق بمواصفات الإطارات المطاطية لعجلات العربات ومقطوراتها وكيفيات وضعها للاستهلاك. قرار وزاري مشترك مؤرخ في 26 مايو سنة 2001، يعدل ويتمم القرار الوزاري المشترك المؤرخ في 2 يوليو سنة 1995 والمتعلق بوضع الدواجن المذبوحة رهن الاستهلاك. قرار وزاري مشترك مؤرخ في 14 فبراير سنة 2002. يحدد قائمة المواد المضافة المرخص بها في المواد الغذائية. قرار مؤرخ في 21 مايو سنة 1991 يتعلق بتركيبة الخبز الذي يعرضه الخبازون للاستهلاك و شروط تقديمه. قرار مؤرخ في 7 نوفمبر سنة 1993، يتضمن تعريف عيوب البن الأخضر. قرار مؤرخ في 10 سبتمبر سنة 1994، يتضمن كيفيات تطبيق المرسوم التنفيذي رقم 90-266 المؤرخ في 15 سبتمبر سنة 1990 والمتعلق بضمان المنتجات والخدمات. قرار مؤرخ في 23 يوليو سنة 1994، يتعلق بالمواصفات الميكروبيولوجية لبعض المواد الغذائية. قرار مؤرخ في 23 يوليو سنة 1995، يحدد في إطار قمع الغش كمية المنتوجات التي تحول إلى المخبر قصد التحليل الفيزيائي - الكيميائي وشروط حفظها. قرار مؤرخ في 27 أكتوبر سنة 1999، يتعلق بمواصفات مسحوق الحليب الصناعي وشروط عرضه وحيازته واستعماله وتسويقه وكيفيات ذلك. قرار مؤرخ في 26 يوليو سنة 2000، يتعلق بمواصفات مياه الشرب الموضبة مسبقا وكيفيات عرضها. قرار مؤرخ في 16 يناير سنة 2001، يعدل القرار المؤرخ في 26 يوليو سنة 2000 والمتعلق بمواصفات مياه الشرب الموضبة مسبقا وكيفيات عرضها. قرار مؤرخ في 24 مايو سنة 2004، يجعل منهج إحصاء الكوليفورم في الحليب المخمر إجباريا. مرسوم تنفيذي رقم 91-514 مؤرخ في 22 ديسمبر سنة 1991، يتعلق بالحيوانات التي يمنع القانون ذبحها (جريدة الرسمية رقم 68).

خامسا: مطابقة المبيع من حيث التعبئة والتغليف.

على الرغم من ازدياد الاهتمام من قبل العاملين في مجال التجارة الدولية بشأن تعبئة وتغليف البضائع، إلا أن اتفاقية لاهاي لعام 1964 لم تتعرض لمثل هذه المسألة، إذ جاءت المادة 33 منها والتي تعالج مطابقة البضائع محل البيع خالية من أي حكم بشأنها، بالرغم من الأهمية البالغة في مجال بيع البضائع وبصفة خاصة في البيوع الدولية، بسبب طول المسافات التي تستغرقها عمليات نقل البضائع، وما قد تتعرض له من عوامل جوية مختلفة، فضلا عن عمليات الشحن والتفريغ وبالتالي احتمال تلفها أو فسادها ما لم يراعى تعبئتها وتغليفها بصورة جيدة وكافية. وعندئذ يشكل ذلك عيب ويعد البائع مخلا بضمان التزامه بالمطابقة⁶¹⁹.

وقد تداركت اتفاقية فيينا 1980 القصور الذي شاب اتفاقية لاهاي بعدم تناو لها مسألة التعبئة والتغليف بالمعالجة. وإن كانت الاتفاقية الجديدة لم تضع أحكاما تفصيلية لكيفية تعبئة وتغليف البضاعة، إلا أنها على الأقل اعتبرت عنصرين من عناصر المطابقة. وفرضت على البائع أن يسلم بضائع تكون في تغليفها أو تعبئتها مطابقة لشروط العقد⁶²⁰. وألقت على عاتق البائع التزاما بتعبئة وتغليف الشيء المبيع، وفقا للطريقة التي تستعمل عادة في تعبئة أو تغليف بضائع من نفس نوعها. وفي حالة غياب طريقة معتادة، يجب أن تكون التعبئة أو التغليف بالكيفية المناسبة لحفظها وحمايتها، وإلا اعتبرت البضائع غير مطابقة لشروط العقد ويكون البائع مخلا بضمانه بهذا الالتزام⁶²¹. وهو نفس موقف

⁶¹⁹- AUDIT (B.), Op.Cit., N°.100, P.97.

⁶²⁰ - المادة 1/35 من اتفاقية فيينا.

⁶²¹ - المادة 1/35 د من اتفاقية فيينا.

المشرع الجزائري الذي يمكن استخلاصه من خلال النصوص القانونية والتنظيمية المتعلقة بمراقبة الجودة وقمع الغش المشار إليها أعلاه⁶²².

المطلب الثاني: المطابقة القانونية للمبيع.

لقد عاجلت القوانين الوطنية ومنها على سبيل المثال القانون المدني الجزائري والفرنسي هذا الالتزام تحت مسمى التزام البائع بضمان التعرض والاستحقاق. إذ لا يكفي أن ينقل البائع إلى المشتري ملكية الشيء المبيع وأن يسلمه إياه، بل يجب فضلا عن ذلك أن يضمن له بقاء الملكية وتمكينه من حيازة المبيع حيازة هادئة مستقرة على نحو يستطيع معه أن يتمتع بسلطات ومزايا على المبيع يكفلها له القانون، دون أن يعترضه عارض من البائع نفسه أو من شخص آخر من الغير الأجنبي عن العقد يعكر صفو ذلك ويفوت عليه المنفعة المقصودة من المبيع⁶²³. فالبايع لا يتحلل من التزاماته العقدية بمجرد قيامه بتنفيذ التزامه بالتسليم، إنما يلتزم أيضا بالامتناع عن كل فعل مادي أو قانوني من شأنه منازعة المشتري في حيازته للمبيع. كما يلتزم بالوقوف وراء المشتري ليشد من أزره كلما هاجمه الغير بادعاء قانوني على المبيع، سواء تمثل الادعاء بحقوق عينية أصلية أو تبعية على هذا المبيع⁶²⁴ أو بحقوق ملكية صناعية⁶²⁵. ومما تقدم يمكن تعريف ضمان التعرض بأنه: "ضمان البائع كل فعل مادي أو قانوني صادر من نفسه، وكل فعل قانوني صادر من غيره، فيكون من شأنه المساس بحق المشتري في التمتع بملكية المبيع كله أو

⁶²² - المرسوم التنفيذي 05-484 المؤرخ في 22 ديسمبر 2005 الذي يعدل ويتمم المرسوم التنفيذي 90-367 المؤرخ في 10 نوفمبر 1990 المتعلق بوسم السلع الغذائية وعرضها. المنشور بالجريدة الرسمية عدد 83 بتاريخ 25 ديسمبر 2005.

⁶²³ - جاسم علي سالم ناصر، ضمان التعرض والاستحقاق في العقود، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق جامعة القاهرة 1990. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، المرجع السابق، 1986، ص. 791. سليمان مرقس، المرجع السابق، ص. 361.

⁶²⁴ - محسن شفيق، اتفاقية الأمم المتحدة، المرجع السابق، ص. 160. سليمان مرقس، المرجع السابق، ص. 370.

⁶²⁵ - المادة 42 من اتفاقية فيينا 1980.

بعضه⁶²⁶. ومن ثم يهدف هذا الضمان إلى حماية حقوق المشتري الواردة على البضاعة المبيعة والانتفاع بها في هدوء⁶²⁷.

ويفرض القانون المدني الجزائري على البائع أن يقدم البضائع إلى المشتري خالية من أي حق أو عبء أو ادعاء يتعلق بهذه البضائع. فيفرض على البائع بأن يضمن عدم التعرض للمشتري في الانتفاع بالمبيع كله أو بعضه، سواء كان التعرض من فعله هو أو من فعل شخص أجنبي كان له وقت البيع حق على المبيع يحتج به على المشتري، ويكون البائع ملتزماً بالضمان ولوثبت للأجنبي حقه بعد البيع إذا كان هذا الحق آل إليه من البائع نفسه⁶²⁸.

وهو ذات اتجاه المشرع الفرنسي، حيث ألزم البائع بأن يضمن للمشتري حيازة هادئة للمبيع من أي استحقاق أو تعرض لانتفاعة بهذا المبيع⁶²⁹.

غير أن معظم الفقه⁶³⁰ يرى أن التمسك بضمان التعرض والاستحقاق في البيوع التجارية التي ترد على البضائع، فرض من النادر أن يثور في التطبيق العملي. وسندهم في ذلك أن هذه البضائع تعد من المنقولات المادية، مما يسمح للمشتري أن يتصدى لحق أو ادعاء الغير من خلال التمسك بقاعدة الحيازة في المنقول سند الملكية.

ويقع على عاتق البائع من جهة أولى التزام بالامتناع عن عمل (ضمان فعله الشخصي)، مفاده أن يكف عن كل فعل من شأنه المساس بملكية المشتري للمبيع

⁶²⁶ - فتحي عبد الرحيم، عقد البيع، المرجع السابق، ص. 167.

⁶²⁷ - Vincent Heuzé, Op.Cit., N° 312, P.239 et s.

⁶²⁸ - المواد من 371 إلى 378 من القانون المدني الجزائري.

⁶²⁹ - المادتان 1625 و 1626 من التقنين المدني الفرنسي.

⁶³⁰ - محسن شفيق، الوسيط، المرجع السابق، ص. 11 و 12. محمود سمير الشرقاوي، الالتزام بالتسليم، المرجع السابق، ص. 318.

وحيازته والانتفاع به في هدوء. وهو التزام يتسع مداه ونطاقه، إذ يشمل جميع الأفعال المادية والتصرفات القانونية التي تصدر منه سواء أدت إلى استحقاق كلي أو جزئي، أو إلى حرمان المشتري من انتفاعه أو استعماله للمبيع كلياً أو جزئياً. فهو يتضمن التعرض المادي والتعرض القانوني الصادر منه على حد السواء. ويعد ذلك تطبيقاً للقاعدة التي تقول: "أن من وجب عليه الضمان امتنع عليه التعرض". كما أنه التزام غير قابل للانقسام بطبيعته حتى ولو كان المبيع ذاته قابلاً للانقسام⁶³¹.

ومن جهة أخرى يقع على عاتق البائع التزام بعمل، مفاده أن يدفع عن المشتري أي تعرض يصدر من الغير يجرمه من التمتع بمزايا وسلطات ملكيته للمبيع. وهو التزام يضيق مداه ونطاقه، إذ لا يشمل سوى تعرض الغير المبني على سبب قانوني. أي مستنداً إلى حق مقرر للغير على المبيع، ويخرج عن نطاق هذا الضمان التعرض المادي الصادر من الغير. فإذا لم يكن تعرض الغير مبني على سبب قانوني فإن البائع لا يكون مسئولاً عنه، وعلى المشتري أن يدفع هذا التعرض بكافة الوسائل التي كفل بها القانون حماية حق الملكية وحيازة الأموال⁶³². ويعد التزام البائع بأن يدفع عن المشتري أي تعرض قانوني يصدر من الغير التزاماً بتحقيق نتيجة عيناً وليس التزاماً بوسيلة.

وما تجدر الإشارة إليه أن اتفاقيتي لاهاي وفيينا وإن لم تتعرضا للآثار التي يحدثها عقد البيع الدولي في شأن البضائع المبيعة⁶³³. إلا أنهما تناولتا ما يثيره هذا الالتزام -نقل الملكية- من صعوبة عند قيام تعرض من الغير يدعي ملكية البضاعة أو يتمسك بحق عيني

⁶³¹ - سليمان مرقس، المرجع السابق، ص. 372. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، المرجع السابق، ص. 805.

⁶³² - سليمان مرقس، المرجع السابق، ص. 369.

⁶³³ - المادة 4 من اتفاقية فيينا والمادة 8 من اتفاقية لاهاي.

عليها، أو يستند هذا الادعاء إلى حقوق ملكية صناعية⁶³⁴. فنجد أن اتفاقية فيينا تناولت المطابقة القانونية بالمعالجة، وميزت بين حق أو ادعاء الغير بوجه عام، وحق أو ادعاء الغير الناشئ عن الملكية الصناعية. في حين لم تتعرض لحالة التعرض الصادر من البائع نفسه سواء كان ماديا أم قانونيا، فإذا حدث ووقع وجب إخضاعه لأحكام القانون الوطني واجب التطبيق⁶³⁵.

لهذا سندرس الالتزام بالمطابقة القانونية وفقا لفرعين، ضمان التعرض الصادر من الغير بوجه عام (الفرع الأول). ثم ضمان التعرض الصادر من الغير في حالة النزاع حول الملكية الصناعية (الفرع الثاني).

الفرع الأول: ضمان التعرض الصادر من الغير بوجه عام.

تفرض اتفاقية فيينا⁶³⁶ على البائع أن يسلم بضائع خالصة من أي حق أو ادعاء للغير. ومن ثم يقع على عاتق البائع التزام بأن يضمن للمشتري كل تعرض يصدر من الغير، سواء استند هذا التعرض إلى مجرد ادعاء لم يثبت بعد، أم إلى حق كامل الأركان كحق الملكية أو حق الرهن مثلا. ويشترط لتوافر هذا الضمان، أن يكون التعرض صادر من الغير قانونيا، أي يستند إلى حق عيني أو ادعاء متعلق بحق عيني يدعيه الغير على البضاعة محل البيع، كحق الملكية أو الرهن أو الامتياز أو الانتفاع⁶³⁷. فلا يضمن البائع التعرض المادي، كما إذا كان التعرض صادر من الجهة الإدارية أو غيرها من السلطات

⁶³⁴ - محسن شفيق، الوسيط، المرجع السابق، ص. 159 وما بعدها.

⁶³⁵ - محسن شفيق، اتفاقية الأمم المتحدة، المرجع السابق، ص. 160.

⁶³⁶ - Art. 41 du CVIM. : « Le vendeur doit livrer les marchandises libre de tout droit ou prétention d'un tiers, à moins que l'acheteur n'accepte de prendre les marchandises dans ces conditions. Toutefois, si ce droit ou cette prétention est fondé sur la propriété industrielle ou autre propriété intellectuelle, l'obligation du vendeur est régie par l'article 42. »

⁶³⁷ - جمال عبد العزيز، المرجع السابق، ص. 243 وما بعدها.

العامّة في الدولة على أساس أن البضائع مخالفة للشروط الصحية المنصوص عليها في القانون الوطني، مما يترتب عليه عدم دخول هذه البضائع لأراضي هذه الدولة أو إعاقه إطلاقها في التداول. وعلة ذلك أن هذا التعرض لا يتعلق بحق أو ادعاء الغير على تلك البضائع، وإنما هو تعرض مادي يخرج عن نطاق تطبيق المادة 41 من اتفاقية فيينا⁶³⁸. ويشترط كذلك اتخاذ المشتري موقفا إيجابيا يتمثل في إخطار البائع بوجود حق أو ادعاء للغير على البضائع محل البيع، محددًا طبيعة هذا الحق أو الادعاء في ميعاد معقول من اللحظة التي علم فيها بهذا الحق أو الادعاء أو إذا كان من واجبه أن يعلم به. إلا إذا كان البائع يعلم بوجود هذا الحق أو الادعاء وطبيعتهما⁶³⁹.

وقد وضعت اتفاقية فيينا استثناءات على تطبيق هذا الضمان، حيث تنص المادة 41 منها على أنه: "على البائع أن يسلم البضائع خالصة من أي حق أو ادعاء للغير، إلا إذا وافق المشتري على أخذ البضائع مع وجود مثل هذا الحق أو الادعاء، ومع ذلك إذا كان الحق أو الادعاء مبنيًا على الملكية الصناعية، فإن التزامات البائع تخضع لأحكام المادة 42"⁶⁴⁰، ويستفاد من ذلك أن هذا النص يشير إلى استثناءين يضيقان من نطاق تطبيق هذا الضمان وهما:

⁶³⁸ - محسن شفيق، اتفاقية الأمم المتحدة، المرجع السابق، ص. 160. محمود سمير الشرقاوي، العقود التجارية الدولية، المرجع السابق، ص.

143.

⁶³⁹ - المادة 43 من اتفاقية فيينا. محمود سمير الشرقاوي، العقود التجارية الدولية، المرجع السابق، ص. 143.

⁶⁴⁰ - محمود سمير الشرقاوي، العقود التجارية الدولية، المرجع السابق، ص. 143.

الاستثناء الأول: قبول المشتري البضاعة رغم وجود حق أو ادعاء للغير: فيعفى البائع من هذا الضمان، متى قبل المشتري البضاعة مع علمه بوجود الحق أو الادعاء الصادر من الغير⁶⁴¹.

الاستثناء الثاني: حالة الملكية الصناعية: لا يلتزم البائع بضمان تعرض الغير للمشتري، عندما يكون الحق أو الادعاء الصادر من الغير متعلقاً بملكية صناعية، إلا إذا توافرت الشروط الخاصة التي تنص عليها المادة 42 من هذه الاتفاقية⁶⁴²، والتي سنتناولها بالدراسة فيما يلي.

الفرع الثاني: ضمان التعرض الصادر من الغير في حالة النزاع حول الملكية الصناعية.

نشير بداية أن اتفاقية فيينا لا تعالج سوى بيع المنقولات المادية، ولا تسري أحكامها على بيع المنقول المعنوي، وبيع حقوق الملكية الصناعية والتجارية⁶⁴³. ومع ذلك، فقد وضعت اتفاقية فيينا حكماً خاصاً لحالة التعرض القانوني الصادر من الغير للمشتري، إذا كان مبنيًا على حق الملكية الصناعية. إذ يلتزم البائع بأن يضمن للمشتري

⁶⁴¹ - محسن شفيق، اتفاقية الأمم المتحدة، المرجع السابق، ص. 161. جمال عبد العزيز، المرجع السابق، ص. 249.

⁶⁴² - Art. 42 du CVIM. : « 1) Le vendeur doit livrer les marchandises libres de tout droit ou prétention d'un tiers fondé sur la propriété industrielle ou autre propriété intellectuelle, qu'il connaissait ou ne pouvait ignorer au moment de la conclusion du contrat, à condition que ce droit ou cette prétention soit fondé sur la propriété industrielle ou autre propriété intellectuelle ;

a) En vertu de la loi de l'Etat ou les marchandises doivent être revendues ou utilisées, si les parties ont envisagé au moment de la conclusion du contrat que les marchandises seraient revendues ou utilisées dans cet Etat ; ou

b) Dans tous les autres cas, en vertu de la loi de l'Etat ou l'acheteur a son établissement.

2) Dans les cas suivants, le vendeur n'est pas tenu de l'obligation prévue au paragraphe précédent ;

a) Au moment de la conclusion du contrat, l'acheteur connaissait ou ne pouvait ignorer l'existence du droit ou de prétention ; ou

b) Le droit ou la prétention résulte de ce que le vendeur s'est conformé aux plans technique, dessins, formules ou autres spécifications analogues fournis par l'acheteur. »

⁶⁴³ - محمود سمير الشرقاوي، العقود التجارية الدولية، المرجع السابق، ص. 62 و 63.

خلو البضاعة المباعة من أي حق للغير يتعلق بالملكية الصناعية أو التجارية، إذ أن مثل هذا التعرض يفسد حق المشتري في التمتع بالحيازة الهادئة للمبيع⁶⁴⁴.

وتثير حقوق وادعاءات الغير التي تستند إلى الملكية الصناعية عدة صعوبات. فالبضائع التي يسهل تداولها في دولة ما، قد لا تكون كذلك في دولة أخرى، إما بسبب دمج إجراءات تقنية أو فنية معينة في البضاعة ذاتها، أو لأن البضائع اتخذت شكلا غير محميا أو لم يعد محميا في الدولة الأولى، ولكن ما زالت ذات حماية في الدولة الثانية⁶⁴⁵. لذلك فمن غير المقبول إعمال هذا الضمان على إطلاقه دون تحفظ، لأن مخالفة قواعد الملكية الصناعية تقع عادة في حالة البيوع الدولية خارج دولة البائع وفي ظل قانون أجنبي عنه، بحيث لا يجوز افتراض علمه به أو تحميله مسؤولية العلم به. كما أن تحديد المكان الذي سترسل إليه البضاعة لإعادة بيعها أو لاستعمالها فيه، هو أمر من شأن المشتري قد يقرره قبل البيع أو بعده دون أن يكون للبائع حق في اختياره. وبالتالي لا يتصور أن يطلب من البائع مراعاة قواعد الملكية الصناعية في قانون هو لا يعلم لأي دولة سيكون⁶⁴⁶. لذلك اشترطت الاتفاقية في المادة 42 منها لإعمال ضمان البائع في حالة ادعاءات الغير المبينة على حقوق الملكية الصناعية المتعلقة بالبضاعة محل البيع شرطين (أولاً)، كما أنها وضعت استثنائين (ثانياً)، سنتعرض لهما على التوالي:

أولاً: شروط ضمان التعرض الصادر من الغير في حالة الملكية الصناعية. اشترطت

اتفاقية فيانا في المادة 42 منها شرطين لإعمال ضمان البائع في حالة ادعاءات الغير المبينة

⁶⁴⁴ - المادة 1/42 من اتفاقية فيينا. محسن شفيق، اتفاقية الأمم المتحدة، المرجع السابق، ص. 162. محمود سمير الشرقاوي، العقود التجارية

الدولية، المرجع السابق، ص. 144.

⁶⁴⁵ - جمال عبد العزيز، المرجع السابق، ص. 254. وأيضاً:

-Vincent Heuzé, Op.Cit., N°.315, P.242.

⁶⁴⁶ - محسن شفيق، اتفاقية الأمم المتحدة، المرجع السابق، ص. 162.

على حقوق الملكية الصناعية المتعلقة بالبضاعة محل البيع. الشرط الأول، هو كون البائع على علم بالحق الذي يدعيه الغير أو الادعاء الصادر منه. أما الشرط الثاني، فهو استناد الحق الذي يدعيه الغير إلى قانون ينظم الملكية الصناعية. وهو ما سنوضحه تباعاً:

الشرط الأول: كون البائع على علم بالحق الذي يدعيه الغير أو الادعاء الصادر منه. والملاحظ ابتداءً، أن علم البائع بحق أو ادعاء الغير هو ضابط شخصي، وبالتالي فإن تقييد أعمال هذا الضمان وفقاً له يؤدي إلى تضيق تطبيقه، خاصة إذا كان البائع سيئ النية، وادعى على خلاف الحقيقة عدم علمه بحق أو ادعاء الغير، وهو ما قد يؤدي إلى عدم الاستقرار في المعاملات وعدم التوازن بين طرفي عقد البيع⁶⁴⁷. ومن أجل تلافي تلك العيوب أضاف النص ضابطاً مادياً بديلاً في الحالة التي لا يستطيع فيها المشتري إثبات علم البائع أو إنكار الأخير له رغم توافره، يتمثل في إثبات المشتري أن البائع لا يتصور أو ما كان ينبغي أن يجهل وجود الحق أو الادعاء، وفقاً لما يفهمه شخص عاقل من نفس صفة البائع إذا وجد في نفس الظروف⁶⁴⁸.

ويستفاد من ذلك أن البائع يتحمل مسؤوليته تجاه الادعاء الصادر من الغير بالملكية الصناعية. إلا إذا كان لا يعلم أو كان لا يمكن أن يعلم بهذا الحق أو الادعاء في الدولة التي لم يكن هناك شك بالاعتقاد بأن البضائع ستدخل فيها⁶⁴⁹. والعبرة في شأن علم البائع أو افتراض علمه بالحق أو الادعاء بوقت إبرام العقد، أما ما يحدث بعد ذلك من وقائع

⁶⁴⁷ - المادة 1/42 من اتفاقية فيينا. في تفصيل ذلك انظر:

-Vincent Heuzé, Op.Cit., N°.314, P.242.

⁶⁴⁸ - محسن شفيق، اتفاقية الأمم المتحدة، المرجع السابق، ص. 163. محمود سمير الشرفاوي، العقود التجارية الدولية، المرجع السابق، ص.

145. وأيضاً:

Vincent Heuzé, Op.Cit., N°.316, P.243.

⁶⁴⁹ -AUDIT (B.) Op.Cit., P.113.

تحمل نبأ وجود الحق أو الادعاء إلى علم البائع، أو تبرير افتراض علمه بهما، فلا أثر له في قيام التزام البائع بالضمان في هذا الفرض⁶⁵⁰.

ويرى جانب من الفقه⁶⁵¹ بأن هناك التزام يقع على البائع بأن يعلم المشتري بما يتعلق بالبضاعة من حقوق وادعاءات وصلت إلى علم الأول بعد إبرام عقد البيع، وسبب ذلك أن المشتري يستطيع أن يغير من قراره في شأن توجيه البضاعة، كأن يعين دولة أخرى لمكان الوصول لا توجد بها مثل هذه الحقوق وتلك الادعاءات التي تتصل بالملكية الصناعية. أو كي يتفاوض مع صاحب الحقوق المشار إليها لإبرام عقد ترخيص مثلا لاستعمال هذه الحقوق، مما يترتب عليه اعتبار البائع ملزما بإصلاح الضرر والتقليل منه.

الشرط الثاني: استناد الحق الذي يدعيه الغير إلى قانون ينظم الملكية الصناعية: حسب اتفاقية فيينا يجب أن يستند التزام البائع بضمان حق أو ادعاء الغير بالملكية الصناعية لقانون الدولة التي سيعاد فيها بيع البضائع أو استعمالها، وكان طرفي البيع يتوقعان وقت إبرام العقد إعادة بيع أو استعمال البضاعة في تلك الدولة. فالمرجع هو ما يتوقعه الطرفان وقت إبرام العقد، ويتبين هذا التوقع من العقد نفسه أو التفسير الضمني لإرادة الطرفين، لاسيما مع الأخذ في الاعتبار مجريات الأمور أثناء المفاوضات وما دار خلالها بهذا الخصوص⁶⁵². وعلى ذلك يكون هذا القانون هو الواجب الاستناد إليه، ولو غير

⁶⁵⁰ - محسن شفيق، اتفاقية الأمم المتحدة، المرجع السابق، ص. 163.

⁶⁵¹ - جمال عبد العزيز، المرجع السابق، ص. 262 و 263.

⁶⁵² - المادة 1/42 أ من اتفاقية فيينا. في تفصيل ذلك راجع:

المشترى بعد إبرام العقد توقعاته فأعاد بيع البضاعة أو استعمالها في دولة أخرى، لأن العبرة بما يجري وقت إبرام العقد⁶⁵³.

وفي هذا الصدد، ذهب جانب من الفقه⁶⁵⁴ إلى أن الإشارة إلى قانون الدولة التي يعاد فيها بيع البضائع أو استعمالها، يجب ألا يفهم على أنه القانون الداخلي لهذه الدولة بمفردها ولكن يمكن أن يضاف إليه القانون الأجنبي الذي تعينه قواعد تنازع القوانين لهذه الدولة عند الاقتضاء بتحديد ماهية المخالفات المدعى بها. في حين ذهب فريق فقهي آخر⁶⁵⁵ إلى أن هذه الإحالة لا تتعلق إلا بالقانون الموضوعي، ولا تشمل القانون الدولي الخاص.

وفي الحالات الأخرى غير إعادة بيع البضاعة أو استعمالها على نحو آخر، تكون العبرة بقانون الدولة التي يوجد فيها مكان عمل المشتري⁶⁵⁶. وفي حالة تعدد الأماكن يعتد بالمكان الذي يعد أوثق صلة أو أكثر ارتباطا بالعقد وتنفيذه⁶⁵⁷.

ثانيا: الاستثناءات التي ترد على ضمان البائع في حالة الملكية الصناعية

وضعت اتفاقية فيينا استثناءين، أين يسقط الضمان المؤسس على ادعاء الغير الملكية الصناعية المفروض على البائع، سنتعرض لهما كالتالي:

الاستثناء الأول: علم المشتري بالحق أو الادعاء. تنص الفقرة الثانية من المادة 42 من اتفاقية فيينا على أنه: " لا يسري التزام البائع بالضمان، متى تبين وقت إبرام العقد أن

⁶⁵³ - محسن شفيق، اتفاقية الأمم المتحدة، المرجع السابق، هامش 249، ص. 163.

⁶⁵⁴ - Vincent Heuzé, Op.Cit., N° 316, P.242.

⁶⁵⁵ - جمال عبد العزيز، المرجع السابق، ص. 256.

⁶⁵⁶ - المادة 1/42/ب من اتفاقية فيينا. محمود سمير الشرقاوي، العقود التجارية الدولية، المرجع السابق، ص. 145.

⁶⁵⁷ - المادة 1/10 من اتفاقية فيينا.

المشتري كان يعلم أو لا يمكن أن يجهل وجود الحق أو الادعاء". ويواجه هذا النص الحالة التي يثبت فيها سوء نية المشتري، بعلمه أو بعدم جواز افتراض جهله بوجود الحق أو الادعاء للغير على البضاعة، خاصة إذا أخذنا في الاعتبار أنه يسهل إثبات العلم بهذه الادعاءات في بلد المشتري، ومن ناحية أخرى ينبغي على المشتري التحقق من جدوى الانتفاع بالبضاعة في الدولة التي يتم فيها تداول هذه البضاعة⁶⁵⁸.

وذهب جانب فقهي⁶⁵⁹ إلى أن إقامة التوازن العقدي بين أطرافه، والذي يعد أحد أهم المبادئ التي تقوم عليها اتفاقية فيينا يفرض تطبيق مفهوم العلم الفعلي للمشتري، كي يتمسك البائع بعدم ضمانه تبعا لهذا الاستثناء، إلا أنه في ذات الوقت يقع على المشتري التزام بالاستعلام عن هذه الحقوق وتلك الادعاءات، في حدود تفسير عبارة " لا يمكن أن يجهلها" لكن دون توسع.

غير أنه تجدر الإشارة إلى تعطل الضمان في هذا الفرض حتى ولو كان البائع أيضا سيئ النية يعلم أو يفترض أنه يعلم بالحق أو الادعاء، إذ أن سوء نية المشتري يجب سوء نية البائع في هذا الخصوص. لذلك فإن مجرد علم المشتري أو افتراض علمه وإبرامه العقد رغم ذلك لا يجيز له أن يتمسك في مواجهة البائع بالتزامه بهذا الضمان، ولو رفض المشتري تسلم البضاعة⁶⁶⁰.

الاستثناء الثاني: أن يكون الحق أو الادعاء بفعل أو بسبب المشتري. لا يسري التزام البائع بالضمان متى تبين أن سند حق الغير أو ادعائه على البضاعة المباعة يرجع إلى مراعاة

⁶⁵⁸ - المادة 42/2 من اتفاقية فيينا. محمود سمير الشرقاوي، العقود التجارية الدولية، المرجع السابق، ص. 145. وأيضا: -AUDIT (B.) Op.Cit., N°.117, P.113.

⁶⁵⁹ - جمال عبد العزيز، المرجع السابق، ص. 264 و267.

⁶⁶⁰ - محسن شفيق، اتفاقية الأمم المتحدة، المرجع السابق، ص. 164. محمود سمير الشرقاوي، العقود التجارية الدولية، المرجع السابق، ص.

البائع في إنتاجه للسلعة، لما قدمه له المشتري من رسومات أو تصميمات أو أشغال أو أية مواصفات أخرى⁶⁶¹. ويواجه هذا النص الحالة التي يكون فيها المشتري هو مقترف المخالفة، والسبب المباشر لوقوع التعرض من الغير، فحينئذ يتحمل وحده مسؤولية ما قام به من اعتداء على حقوق الغير الصناعية، وبالتالي يعتبر الحق أو الادعاء العالق بالبضاعة التي أنتجها البائع بناء على توجيهات المشتري، حالة خاصة، لا تمثل أي مؤاخظة أو إخلال من البائع⁶⁶².

لكن ما مدى مسؤولية البائع في الحالة التي يعلم فيها بالمخالفة أو كان لا يمكن أن يجهلها، ومع ذلك لم يخبر المشتري بها؟.

لم تلزم اتفاقية فيينا البائع صراحة بلفت انتباه المشتري إلى المخالفة التي ستقع ولو كان يعلم بها أو كان ينبغي له أن يعلم بها. ويرى جانب من الفقه⁶⁶³ أنه لا يقع على البائع أي مسؤولية في مثل هذا الفرض طالما أن البضاعة المسلمة كانت مطابقة لشروط وتعليمات المشتري، ومن ثم فهو المتسبب في وقوع التعرض وعليه وحده تحمل مسؤولية ذلك. في حين يذهب جانب آخر من الفقه⁶⁶⁴ إلى أن مبدأ حسن النية في تنفيذ العقد الذي يعد من الأسس التي أقامت عليها الاتفاقية فلسفتها، يفرض على البائع أن يبين للمشتري هذه الحقوق أو تلك الادعاءات التي يمكن أن يتعرض بها الغير لهذا الأخير، طالما أنه يعلم بها أو كان ينبغي له أن يعلم بها. وقد ذهب رأي من المؤيدين للاتجاه السالف⁶⁶⁵ إلى أنه في حال إخلال البائع بواجب إخبار المشتري بهذه الحقوق أو

⁶⁶¹ - المادة 2/42/ب من اتفاقية فيينا.

⁶⁶² - جمال عبد العزيز، المرجع السابق، ص. 269.

⁶⁶³ - Vincent Heuzé, Op.cit., P.244.

⁶⁶⁴ - محسن شفيق، اتفاقية الأمم المتحدة، المرجع السابق، ص. 165. جمال عبد العزيز، المرجع السابق، ص. 271.

⁶⁶⁵ - جمال عبد العزيز، المرجع السابق، ص. 271.

الادعاءات رغم علمه بها، يكون مسئولاً عن تعويض المشتري نتيجة الضرر الذي لحقه بسبب إهمال البائع.

المبحث الرابع:

الالتزام بتسليم الوثائق.

نظرا لأن البيع الدولي للبضائع يتم في كثير من الأحيان بين أطراف تقع منشآتهم في دول مختلفة، فإنه يستلزم نقل هذه البضائع من دولة إلى أخرى. ولا يتم غالبا تسليم تلك البضائع ولا قبض ثمنها بطريقة مباشرة، وإنما يكون تسليمها حكما بتسليم المستندات التي تعبر عن البضاعة للمشتري. لذلك يعتبر الالتزام بتسليم الوثائق التزاما أساسيا في البيع الدولي للبضائع، فهو لا يقل أهمية عن تسليم البضاعة ذاتها. والشائع عمليا أن يتم تسليم هذه المستندات من البائع للمشتري عبر البنوك بواسطة التحصيل المستندي أو خصم الكمبيالة المستندية أو الاعتماد المستندي⁶⁶⁶.

وقد تكون هذه المستندات ممثلة للبضاعة، ويقوم تسليمها مقام تسليم البضاعة ذاتها، كسند الشحن بالنسبة للبضائع المنقولة بحرا، وسندات إيداع بالنسبة للبضائع المودعة في مخزن عام، ومن ثم يعد تسليمها نقلا رمزيا لحيازة البضائع. وقد تتعلق هذه المستندات بالبضائع كضرورة لازمة لعملية التسليم والتسلم، ومن ثم تنفيذ عقد البيع الدولي، كوثيقة التأمين وشهادة المنشأ، وشهادة الصلاحية، والشهادة الصحية والشهادة القنصلية، والفاتورة، وترخيص التصدير، وشهادة الخبرة والتحليل، وغيرها من المستندات التي يطلبها المشتري لغرض الاستيراد. فتوافر تلك المستندات مطابقة لما اتفق عليه،

⁶⁶⁶ - علي جمال الدين عوض، الاعتمادات المستندية دراسة للقضاء والفقهاء المقارن وقواعد سنة 1983 الدولية، دار النهضة العربية 1989،

يطمئن المشتري إلى قيام البائع بتنفيذ التزاماته، وبوجه خاص التزامه بتسليم المستندات، وحينئذ يستحق البائع ثمن بضائعه.

ويترتب على وفاء البائع لالتزامه بتسليم المستندات مطابقة لما اتفق عليه، أن يتم تداول البضائع عبر الدول المختلفة بسهولة ويسر. كما توفر هذه المستندات للمشتري الحق في التصرف في البضاعة قبل وصولها. وكذلك الحق في تسلمها عند وصولها. وفي الرجوع على الغير، كالناقل أو شركة التأمين بما تخوله المستندات من حقوق للمشتري، سواء في مطالبة الناقل بالتعويض عن التلف أو الهلاك الذي يترتب مسؤوليته نتيجة إهماله، أو مطالبة المؤمن بالتعويض التأميني وفقا لوثيقة التأمين⁶⁶⁷.

وفي هذا الصدد نجد النظام رقم 01/07 المؤرخ في 03 فبراير 2007 المتعلق بالقواعد المطبقة على المعاملات الجارية مع الخارج والحسابات بالعملة الصعبة⁶⁶⁸ الصادر عن بنك الجزائر باعتباره هيئة ضبط إداري في المجال البنكي والمصرفي⁶⁶⁹ يفرض وبصرامة أن تتم كل العمليات التجارية مع الخارج عن طريق تبادل المستندات الثبوتية.

كما أن الاتفاقيات الدولية عنيت بالمستندات التي تتعلق بعملية البيع الدولي، فقد أوجبت اتفاقية لاهاي لسنة 1964 على البائع تسليم المستندات مطابقة وفي الزمان والمكان الذين يعينهما العقد أو العرف⁶⁷⁰. كذلك نصت على ذات الالتزام اتفاقية فيينا لسنة 1980 بقولها: "إذا كان البائع ملزما بتسليم المستندات المتعلقة بالبضائع، فإن عليه

⁶⁶⁷ - محسن شفيق، اتفاقية الأمم المتحدة، المرجع السابق، ص. 142. محمود سمير الشرقاوي، العقود التجارية الدولية، المرجع السابق، ص.

135.

⁶⁶⁸ - المنشور بالجريدة الرسمية عدد 31 الصادرة بتاريخ 13 مايو 2007.

⁶⁶⁹ - المادة 127 من الأمر 11/03 المؤرخ في 26 غشت 2003 المتعلق بالنقض والقرض تعطي لبنك الجزائر سلطة تنظيم سوق الصرف، وفي هذا المجال يصدر التنظيمات المختلفة التي تكون ملزمة لكل الأطراف.

⁶⁷⁰ - المادتان 50 و51 من اتفاقية لاهاي.

أن يوفى بهذا الالتزام في الزمان والمكان المعينين في العقد وعلى النحو الذي يقتضيه.....⁶⁷¹. غير أن كلتا الاتفاقيتين حرصتا على عدم تحديد المستندات المطلوبة والتي يجب على البائع تسليمها، ولعل مرد ذلك هو تعددها وتنوعها وتغير فوائدها وفقا لطبيعة تلك المستندات من ناحية، ونوع وطبيعة البضاعة وما تتطلبه الجهات الإدارية والجمركية في الدول التي تمر بها من ناحية أخرى. ومن ثم يكون المرجع في تعيين هذه المستندات هو اتفاق الطرفين في عقد البيع الدولي، فإذا لم يوجد اتفاق فيكون المرجع للعادات والأعراف التجارية⁶⁷². لذلك نقسم هذا المبحث إلى مطلبين على النحو التالي:

المطلب الأول: مضمون الالتزام بتسليم الوثائق.

المطلب الثاني: مطابقة الوثائق.

⁶⁷¹- Art. 34 de la convention de Vienne : « Si le vendeur est tenu de remettre les documents se rapportant aux marchandises, il doit s'acquitter de cette obligation au moment, au lieu et dans la forme prévus au contrat..... ».

⁶⁷²- المادة 3/8 والمادة 9 من اتفاقية فيينا. والمادة 9 من اتفاقية لاهاي. في تفصيل ذلك، محسن شفيق، اتفاقية الأمم المتحدة، المرجع السابق، ص. 142.

المطلب الأول: مضمون الالتزام بتسليم الوثائق.

يجب أن يقوم البائع بتسليم المستندات المتعلقة بالبضاعة المباعة إلى المشتري إما بتسليمها إياه يدا بيد، وإما بتسليمها لإدارة البريد لإرسالها إليه. وفي الحالة الأخير لا تبرأ ذمة البائع من التزامه بإرسالها للمشتري، وإنما يجب أن يتسلمها هذا الأخير فعلاً. فالعبرة ليست بخروج المستندات من حوزة البائع، وإنما بدخولها في حوزة المشتري، لأنه خلال الفترة التي تكون فيها المستندات في حوزة البريد لا يكون للمشتري القدرة على التصرف في البضاعة وهو ما تخوله له المستندات إذا كانت بين يديه⁶⁷³.

ولما كان المشتري هو الذي يتحمل المخاطر التي تتعرض لها البضائع منذ الشحن في الكثير من عقود البيع الدولية. فإن العدالة تقضي بأن تكون المستندات تحت تصرفه دون إبطاء، حتى يمكنه أن يتصرف فيها بما يتفق مع مصلحته، أو أن يتخذ الإجراءات اللازمة تجاه المؤمن أو الناقل عند اللزوم. ولن يتسنى له ذلك إلا بحصوله على المستندات الممثلة للبضاعة أو التي تتعلق بها.

لذلك يجب على البائع أن يراعي بكل دقة تقديم هذه المستندات للمشتري في الميعاد المتفق عليه في العقد. فإن خلا العقد من شرط صريح في هذا الشأن، وجب تقديمها للمشتري بعد الشحن بأسرع ما يمكن. وعلى البائع أن يبذل العناية المعتادة لإرسال المستندات للمشتري فور حصوله عليها. ويترك لمحكمة الموضوع أو المحكم

⁶⁷³ - ويتضح ذلك من التعبير الذي استخدمته اتفاقية فيينا في هذا الصدد، إذ استعملت تعبير Remettre les documents في النص الفرنسي. في تفصيل ذلك انظر، محسن شفيق، اتفاقية الأمم المتحدة، المرجع السابق، ص. 142.

بحسب الأحوال تقدير ما إذا كان البائع قد تصرف بالحرص المطلوب تبعاً لظروف كل حالة⁶⁷⁴.

كذلك يجب على البائع تقديم هذه المستندات إلى المشتري في موطنه أو موطنه التجاري عندما يكون له موطناً تجارياً متميزاً عن موطنه الخاص. فيتم تسليم وتسليم المستندات في وقت واحد وفي نفس المكان، ما لم ينص عقد البيع على خلاف ذلك⁶⁷⁵.

وفي كثير من الأحيان ما يكون استلام الوثائق بواسطة البنك، في حالة اللجوء إلى الاعتماد المستندي كوسيلة لتنفيذ عقد البيع الدولي. إذ أن تباعد الأطراف المتعاقدة في البيع الدولي ينشأ الحذر والريبة بين طرفي العقد، نظراً للفاصل المكاني بينهما وعدم معرفة كل منهما الآخر في كثير من الأحيان، مما يصعب تنفيذ التزامات أحدهما تجاه الآخر. فالبايع لا يلتزم بالوفاء بتقديم المستندات إلا إذا أوفى المشتري بإلزامه بدفع الثمن، فالمستندات لا تسلم إلا مقابل دفع الثمن. وعلى صعيد آخر لا يدفع ثمن البضاعة إلا إذا استلم المستندات التي تخول للمشتري حيازة البضاعة. فالأول في حاجة إلى وسيلة تكفل له الحصول على ثمن البضاعة فور شحنها، والثاني في حاجة إلى وسيلة تضمن له وصول البضاعة مطابقة من خلال المستندات الممثلة لها والمتعلقة بها وفي الوقت والمكان المعينين في العقد⁶⁷⁶.

ولتسهيل تنفيذ هذا الالتزام، ومن ثم تنفيذ عقد البيع الدولي، قدم العرف التجاري للمتعاقدين نظام الاعتماد المستندي. فمن خلاله يتم الاستعانة بشخص وسيط يكون في

⁶⁷⁴ - محسن شفيق، اتفاقية الأمم المتحدة، المرجع السابق، ص. 143.

⁶⁷⁵ - نفس المرجع.

⁶⁷⁶ - محمود مختار بريري، قانون المعاملات التجارية " الأوراق التجارية وعمليات البنوك والإفلاس"، دار النهضة العربية 1995، ص.

الغالبا بنكا يثق فيه كل من البائع والمشتري، وتمر عن طريقه المستندات بمناسبة تنفيذ عقد البيع، وبشروط يطمئن كل منهما إلى أنه سيستوفي حقه دون مخاطرة. ويمثل اتفاق كل من البائع والمشتري على الاعتماد المستندي من خلال عقد البيع الدولي شرطا من شروط العقد، تتحدد من خلاله طبيعة هذا الاعتماد، وما يترتب عليه من آثار وعلاقات⁶⁷⁷.

لذلك يتم تنفيذ الالتزامات التي يفرزها عقد البيع الدولي من حيث التسليم والتسلم عن طريق البنوك. إذ الغالب أن يشترط البائع لجوء المشتري إلى بنك بعينه يتعهد أمامه بدفع الثمن متى سلمه المستندات التي تتعلق بالبضاعة. وبالتالي يفتح بنك العميل الأمر (المشتري) اعتمادا مستنديا لصالح البائع المستفيد. ويسمى الخطاب الذي يرسله البنك إلى المستفيد متضمنا تعهده "خطاب الاعتماد المستندي"، ويتضمن هذا الأخير الشروط التي تحدد حقوق والتزامات كل من البنك فاح الاعتماد، والبائع المستفيد من هذا الاعتماد. وعليه يعتبر البنك الوسيط هو المسؤول عن نقل المستندات وتسليمها للمشتري. وسوف نتعرض للاعتماد المستندي بشيء من التفصيل لاحقا عند معالجة ضمانات الوفاء بالثمن⁶⁷⁸.

⁶⁷⁷ - حسن فتحي عثمان، الجانب القانوني لعمليات البنوك في ضوء قانون البنك المركزي والجهاز المصرفي والنقد رقم 88 لسنة 2003، مطبعة جامعة طنطا 2004، ص. 284 وما بعدها.

⁶⁷⁸ - حسن فتحي عثمان، المرجع السابق، ص. 284 وما بعدها.

المطلب الثاني: مطابقة الوثائق.

لقد عرف بعض الفقه⁶⁷⁹ المطابقة المستندية بأنها: "التزام البائع بتسليم المستندات التي تمثل البضاعة أو المتعلقة بها، بشكل يماثل ما تم الاتفاق عليه في العقد، دون تعارض فيما بينها من ناحية، وبين هذه المستندات والبضاعة المسلمة فعلا من ناحية أخرى".

كما أن اتفاقية فيينا عاجلت التزام البائع بتسليم المستندات التي تمثل البضاعة أو تتعلق بها وما إذا كانت هذه المستندات مطابقة لما تم الاتفاق عليه وهي بصدد عرض قواعد وأحكام الالتزام بالتسليم. إذ تنص المادة 30 منها على أنه: "يجب على البائع أن يسلم البضائع والمستندات المتعلقة بها وأن ينقل ملكية البضائع على النحو الذي يقتضيه العقد وهذه الاتفاقية"⁶⁸⁰. وفي هذا الصدد يثور التساؤل التالي: ما هو الضابط الذي يمكن الاعتماد به كأساس للمطابقة المستندية؟ هل هو العقد، أم الاعتماد المستندي؟ لذلك سنتعرض العقد كأساس لمطابقة الوثائق (أولا). ثم خطاب الاعتماد المستندي كأساس لمطابقة الوثائق (ثانيا).

أولا: العقد كأساس لمطابقة الوثائق.

أوجبت اتفاقية فيينا كما أشرنا في مادتها 30 على البائع أن يسلم المستندات المتعلقة بالبضائع "على النحو الذي يقتضيه العقد" ويقصد بذلك أن تكون هذه المستندات مطابقة للعقد، فالمعيار الذي يحكم المطابقة المستندية وفق هذه الاتفاقية هو العقد ذاته. ومما يؤكد ذلك، أنه إذا كان العقد أساس المطابقة المادية للبضائع وفق هذه

⁶⁷⁹ - جمال عبد العزيز، الالتزام بالمطابقة في عقد البيع الدولي للبضائع، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 1996، ص. 208.

⁶⁸⁰ - Art. 30 de la convention de Vienne : « le vendeur s'oblige, dans les conditions prévues au contrat et par la présente convention, a livrer les marchandises, a en transférer la propriété et, s'il y a lieu, a remettre les documents s'y rapportant. »

الاتفاقية، فمن باب أولى أن يتخذ كأساس للمطابقة المستندية، تطبيقاً للقاعدة التي تقضى بأن ما يفرض على الكل يطبق على الجزء⁶⁸¹.

وتجدر الإشارة إلى أن هذه الاتفاقية لم تشر صراحة إلى العرف كضابط لهذه المطابقة. إلا أنه يجوز الأخذ به استناداً إلى المادة 9 منها، والتي توجب على المتعاقدين الأخذ في الاعتبار الأعراف التجارية السائدة، لما للأعراف من دور هام في التجارة الدولية، وما يفرضه مبدأ حسن النية في تنفيذ التزامات أطراف عقد البيع الدولي.

وكذلك تبنت اتفاقية لاهاي العقد كمعيار أساسي للمطابقة المستندية، فضلاً عن إقرارها بالعرف التجاري صراحة في هذا الصدد⁶⁸². كما أخذت قواعد الأنكوترمز بمعيار العقد كضابط للمطابقة المستندية، حيث ألزمت البائع بأن يقدم الفاتورة التجارية أو الوثيقة الإلكترونية المماثلة أو أية مستندات أخرى قد يتطلبها العقد وفقاً لما تم الاتفاق عليه في عقد البيع الدولي⁶⁸³.

ثانياً: خطاب الاعتماد المستندي كأساس لمطابقة الوثائق.

غالباً ما يتم تسوية الالتزامات الناشئة عن عقد البيع الدولي عن طريق الاعتماد المستندي، وبموجبه يرسل البنك فاتح الاعتماد بناء على طلب العميل الأمر (المشتري) إلى البائع خطاباً يسمى خطاب الاعتماد، يخطره فيه بشروط الاعتماد المفتوح من المشتري لصالحه. ويقوم البائع بإرسال المستندات المتعلقة بالبضائع إلى هذا البنك مرفقاً بها كمبيالة مستندية مسحوبة على الأخير بثمن البضاعة، ويلتزم البنك بتنفيذ شروط

⁶⁸¹ - محسن شفيق، اتفاقية الأمم المتحدة، المرجع السابق ص. 142.

⁶⁸² - المادتان 50 و 51 من اتفاقية لاهاي.

⁶⁸³ - راجع الالتزام الأول من التزامات البائع في كافة أنواع البيوع التي أوردتها قواعد الأنكوترمز لعام 2010 المشار إليها سابقاً.

الاعتماد. إذ يقع عليه التزام أولي وأساسي قبل دفع قيمة الكمبيالة المستندية الممثلة لقيمة البضائع إلى البائع المستفيد، بفحص المستندات المقدمة إليه والتأكد من مطابقتها لتعليمات المشتري، والسابق إخطار البائع بها في خطاب الاعتماد. ومن ثم يصبح خطاب الاعتماد ضابطاً للمطابقة المستندية⁶⁸⁴.

ويجب على البنك فاتح الاعتماد أن يقوم بفحص المستندات المقدمة من البائع المستفيد ومراجعتها والتأكد من مطابقتها لخطاب الاعتماد. فان كانت مطابقة قبلها البنك الفاحص ودفع قيمة الاعتماد إلى البائع المستفيد، أما إذا كانت غير مطابقة تعين على البنك الفاحص رفضها.

ويثير التزام البنك بفحص المستندات في الاعتماد المستندي العديد من المشاكل والمنازعات، حيث أن عملية فحص المستندات تعد أدق مهمة يقوم بها البنك. ويعد هذا الالتزام من جانبه من أخطر الالتزامات التي يربتها الاعتماد على عاتقه على الإطلاق، لأن تقديم المستندات من البائع، وتحقق البنك من مطابقتها تماماً لتعليمات المشتري، يعنى تنفيذ البائع لالتزامه، ومن ثم وجب على البنك الوفاء. ومن ناحية أخرى فان حيازة البنك لهذه المستندات تمثل حيازة للبضائع ذاتها، ومن ثم فإن استرداد حقه مرهون بمطابقة المستندات المقدمة لخطاب الاعتماد⁶⁸⁵.

⁶⁸⁴ - حسن فتحي عثمان، المرجع السابق، ص. 288 وما بعدها. محمود سمير الشرقاوي، العقود البحرية، دار النهضة العربية 1990، ص.

102. سميحة القليوبي، الأسس القانونية لعمليات البنوك، دار النهضة العربية 1988، ص. 411.

⁶⁸⁵ - حسن فتحي عثمان، المرجع السابق، ص. 292.

وقد أكدت القواعد والأعراف الموحدة الخاصة بالقرض المستندي الصادرة عن غرفة التجارة الدولية cci⁶⁸⁶ إذ تنص بأنه: " في عمليات الاعتمادات المستندية يتم التعامل بين كافة الأطراف ذات العلاقة بالمستندات. وليس بالبضائع أو الخدمات أو الأداءات الأخرى التي قد تكون المستندات متعلقة بها"⁶⁸⁷. وقد تناولت بنص صريح في المادة الثالثة منها فكرة الالتزام المجرد ، وتتضمن هذه المادة ما يسمى في لغة القانون بالالتزام المجرد أو ما يسمى بمبدأ الكفاية الذاتية، بالمقابل للالتزام المسبب. ويكثر هذا الالتزام المجرد في عمليات البنوك، حيث يهدف إلى زرع الثقة للتعهدات في بعض صورها كبديل للنقود مما يحقق لها الشيوخ والانتشار في مجال التسهيلات الائتمانية. ويترتب على هذه الفكرة أن البنك لا يدخل في اعتباره شروط عقد البيع، ولا شروط عقد الائتمان، ولا عادات التجارة الخاصة بعقد البيع أو النقل البحري، ولا لأوامر السلطة أو الحكومة، ولا ظروف البائع المستفيد ولا ظروف بلده حتى لا تعوق المطابقة التامة للمستندات مع شروط عقد الاعتماد⁶⁸⁸.

وقد ألزمت القواعد والأعراف الموحدة RUU600 البنوك بفحص جميع المستندات المشترطة في الاعتماد بعناية معقولة خلال سبعة أيام عمل مصرفية لاحقة على يوم تسليم المستندات. وأن العبرة في تحقيق المطابقة من عدمه هو أن تكون المستندات في ظاهرها متفقة مع شروط الاعتماد⁶⁸⁹. وإن ذلك يعني أن البنك أثناء قيامه بعملية الفحص

⁶⁸⁶ - القواعد والأعراف الموحدة الخاصة بالقرض المستندي الصادرة عن غرفة التجارة الدولية لأول مرة سنة 1933، والتي خضعت لعدة تعديلات منها RUU 500 لسنة 1993 دخلت حيز التنفيذ سنة 1994. وآخر تعديل خضعت له كان في 25 أكتوبر 2006 ودخل حيز التنفيذ في 01 جويلية 2007. Règles et Usances Uniformes (RUU600).

⁶⁸⁷ - المادة 4 من القواعد والأعراف الموحدة.

⁶⁸⁸ - علي الأمير إبراهيم، التزام البنك بفحص المستندات بالنسبة للاعتمادات المستندية في عقود التجارة الدولية ومسئولياته، دار النهضة العربية 2004، ص. 61.

⁶⁸⁹ - المادة 13 من القواعد والأعراف الموحدة. في تفصيل ذلك انظر، حسن فتحي عثمان، المرجع السابق، ص. 305 و306.

والمطابقة لا ينظر خارج المستندات المقدمة إليه لمعرفة مدى مطابقتها للاعتماد، فهو يضاهاى المستندات محل الفحص مع شروط خطاب الاعتماد المرسل إلى البائع المستفيد ويقرر بناء على هذا بأتهما متطابقتين أو غير متطابقتين⁶⁹⁰. وأن البنك ليس من حقه أن يفسر شروط الاعتماد ولا شروط المستندات المقدمة ليخرج عنها بحجة أن هذا الخروج فيه حماية لمصالح المشتري. كذلك فانه ليس للبنك أدنى سلطة في التفسير ولا في التقدير ولا في الاستنتاج. كما ليس له قبول مستندات تعادل المستندات المطلوبة، بل لا بد من تقديم المستندات المطلوبة ذاتها إليه. كذلك ليس له اشتراط تقديم مستند أو أكثر لم يذكر صراحة في خطاب الاعتماد، إذ يلتزم بفحص المستندات المعينة فقط في خطاب الاعتماد دون سواها. فإن خرج البنك عن هذا النطاق فقد حقه في الرجوع على المشتري لاسترداد ما دفعه نظير المستندات، بل فقد عمولته وامتنع عليه استرداد مصاريفه، وقد يلزم بتعويض الأمر عما أصابه من أضرار بسبب ضياع الصفقة عليه. وهذا الإطار لنطاق التزام البنك مستقر عليه في الفقه والقواعد والأعراف الموحدة⁶⁹¹.

وإن كان التزام البنك يقتصر على فحص المستندات للتحقق من مطابقتها لشروط الاعتماد، فيجب أن تكون المستندات المقدمة مطابقة تماما لما هو مطلوب في الاعتماد. والمقصود بالمطابقة هنا هي المطابقة التامة والفعلية لعبارات وتعليمات العميل الأمر، وليس لعقد البيع ولا العادات التجارية. والمفروض أن الخطاب مطابق لتعليمات العميل

⁶⁹⁰ - وقد قضت محكمة النقض الفرنسية بعدم مسؤولية البنك الذي نفذ الاعتماد إذا كانت البضاعة غير مطابقة للمستندات، ما دامت المستندات المقدمة مطابقة لتعليمات الواردة بخطاب الاعتماد، إلا إذا كان هناك غش من البائع وكان البنك يعلم ذلك. Cassa. Com. 15/12/1974. R. T. D. com. 1976, p. 387.

⁶⁹¹ - راجع حسن فتحي عثمان، المرجع السابق، ص. 302 وما بعدها. سميحة القليوبي، المرجع السابق، ص. 411. نجوى محمد كمال أبو الخير، البنك والمصالح المتعارضة في الاعتماد المستندي، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة 1993، ص. 103.

وقد أكدت على ذلك القواعد والأعراف الموحدة في أكثر من موضع، إذ تنص المادة 4 منها على أنه: "في عمليات الاعتمادات المستندية يتم التعامل بين كافة الأطراف ذات العلاقة بالمستندات وليس بالبضائع أو الخدمات أو الأداء الأخرى التي قد تكون المستندات متعلقة بها". وأيضاً تنص المادة 3 منها على أنه: "ليس للبنك إلا النظر في المستندات وحدها لمراقبة تنفيذ تعليمات المشتري".

الآمر⁶⁹² . وذهب جانب من الفقه⁶⁹³ إلى القول بأن فحص البنك ينصب على مجرد التحقق من توافر التطابق الظاهري للمستندات مع شروط الاعتماد وليس عليه أكثر من ذلك، فهو غير ملتزم بالقيام بأي تحريات للتحقق من حقيقة وسلامة المستندات.

وقد نصت القواعد والأعراف الموحدة على أنه: " يجب على البنوك أن تفحص جميع المستندات المطلوبة بالاعتماد بعناية كافية للتأكد من أنها في ظاهرها تطابق أو لا تطابق شروط الاعتماد وبنوده"⁶⁹⁴ .

ويستفاد مما تقدم، أن جميع المستندات المطلوبة في الاعتماد يجب أن تكون في ظاهرها مطابقة لشروط خطاب الاعتماد، حتى ولو كان بعض هذه الشروط لم يرد بعقد البيع. حيث لا شأن للبنك بذلك، بل إن عليه أن ينفذ تعليمات العميل الأمر بخدافيرها وبمنتهى الدقة. غير أن ذلك لا يعني أن يكون الفحص سطحياً، فالعكس هو الصحيح. بمعنى أنه يجب على البنك أداء الفحص بشكل دقيق وعناية فائقة بوصفه بنكا محترفا ومتخصص في هذا النشاط، وما تحتمه عليه دقة التزاماته وخطورتها، بهدف الاطمئنان إلى السلامة الظاهرية للمستندات⁶⁹⁵ .

ولئن كان البنك ملتزماً بالمطابقة المستندية على نحو ما تقدم، فيجب عليه أن ينجز ذلك خلال مدة معقولة، فيقرر قبول المستندات من البائع المستفيد متى تحقق من مطابقتها لشروط الاعتماد أو رفضها إن تبين له عدم مطابقتها، وينبغي ألا تطول هذه المدة منعا للإضرار بأطراف الاعتماد المستندي. وقد تباينت الآراء واتجاهات البنوك بشأن

⁶⁹² - علي الأمير إبراهيم، المرجع السابق، ص. 76.

⁶⁹³ - محمود مختار بريري، المرجع السابق، ص. 420. نجوى محمد كمال أبو الخير، المرجع السابق، ص. 103 و 104.

⁶⁹⁴ - المادة 1/13 من القواعد والأعراف الموحدة لعام 1993 المتعلقة بالاعتمادات المستندية.

⁶⁹⁵ - نجوى محمد كمال أبو الخير، المرجع السابق، ص. 378.

المدة المعقولة اللازمة لإتمام المطابقة المستندية. وقد حسمت القواعد والأعراف الموحدة للاعتمادات المستندية الصادرة عن غرفة التجارة الدولية هذه المدة المعقولة، إذ نصت على أنه: "يتاح للبنك فاتح الاعتماد والبنك معزز الاعتماد أو لأي بنك يعين للعمل نيابة عنهما فترة زمنية معقولة لا تتعدى سبعة أيام عمل لدى البنوك تبدأ من اليوم التالي لاستلام المستندات، وذلك لفحص المستندات وتقرير ما إذا كان سيقبل تلك المستندات أو سيرفضها وأن يبلغ النتيجة للطرف الذي تسلم منه المستندات"⁶⁹⁶. وإن تبين للبنك عدم مطابقة المستندات لشروط الاعتماد، وجب عليه رفض قبولها، وإخطار العميل الأمر فوراً بالرفض مبيناً أسبابه.

ومما تقدم يتضح أن التزام البنك بفحص المستندات هو في حقيقته التزام بالمطابقة المستندية، ولتلك المطابقة شقان: مطابقة مادية ومطابقة كيفية، فالمطابقة المادية تشمل التزام البنك بالتحقق من اكتمال المستندات التي حددها العميل الأمر ومن تحقق الشكلية فيها وعدم تناقضها فيما بينها، وهو التزام بتحقيق نتيجة، فلا يجوز للبنك التخلص من المسؤولية الناشئة عن الإخلال بهذا الالتزام بأن يثبت أنه بذل العناية الواجبة في سبيل التحقق من أن المستندات المطلوبة كاملة وأنها متوافقة فيما بينها، إذ أن عمل البنك في هذا الخصوص عمل مادي بحت ولا ينطوي على أية نواحي فنية. أما المطابقة الكيفية فتشمل تحقق البنك من صحة المستند وسلامته، أي من صدوره من المنسوب إليه، وأنه خال من التزوير، سواء كان تزويراً مادياً أو معنوياً، والالتزام بالبنك في هذا الخصوص يعد التزاماً ببذل عناية، بحيث يستطيع البنك التخلص من المسؤولية الناتجة عن الإخلال بهذا

⁶⁹⁶ - المادة 13/ب من القواعد والأعراف الموحدة.

الالتزام إذا أثبت أنه بذل عناية الرجل الحريص في فحص المستندات فحصاً ظاهرياً، وكانت في ظاهرها صادرة ممن نسبت إليه وخالية من التزوير⁶⁹⁷.

وهكذا يكون ضابط المطابقة المستندية في ظل وجود عقد اعتماد مستندي هو خطاب الضمان الذي يترجم تعليمات العميل الأمر المبنية في عقد الاعتماد، ومن ناحية أخرى حدد التزام المستفيد البائع⁶⁹⁸.

وبذا نكون قد تعرضنا للالتزامات الأساسية الملقاة على عاتق البائع في عقد البيع الدولي، والمتمثلة في الالتزام بنقل الملكية إلى المشتري وتسليمه المبيع مطابقاً للاتفاق، وتسليم المستندات الدالة على المبيع مطابقة. وهذا ما يقودنا إلى دراسة الفصل الثاني من هذا الباب، والمتعلق بالتزامات المشتري.

⁶⁹⁷ - علي الأمير إبراهيم، المرجع السابق، ص. 112.

⁶⁹⁸ - محمود مختار بريري، المرجع السابق، ص. 420.

الفصل الثاني :

التزامات المشتري في عقد البيع الدولي

مقدمة:

يرتب عقد البيع الدولي التزامات أساسية على عاتق المشتري، متقابلة مع التزامات البائع. فيلزم المشتري أساساً بأن يدفع ثمن البضاعة وأن يتسلمها، وفقاً لما يتطلبه العقد. وفي مجال العقود الدولية يجب أولاً تحديد الأسس والضوابط التي يتم من خلالها تعيين الثمن. فإذا لم يعين الثمن صراحة في العقد، فإنه يمكن اللجوء للسعر الذي جرى عليه التعامل بين المتعاقدين. أو لسعر السوق. أو الثمن الذي اشترى به البائع، أو صنع به المبيع، زائد نسبة فائدة. أو تفويض الغير في تحديد ثمن المبيع. كما أن كيفية الوفاء بالثمن قد تثير مشاكل قانونية في مجال البيع الدولي. فمن الملتزم بدفع الثمن؟. وما نوع العملة الواجب الوفاء؟. وما هو زمان الوفاء بالثمن؟. ومكانه؟. وماهي ضمانات الوفاء بالثمن في البيوع الدولية؟. كما أن استلام البضاعة هو التزام واجب على عاتق المشتري، فكيف يقوم بتأديته؟. وهل يمكن للمشتري أن يتحلل من واجب استلام البضاعة، إذا كانت غير مطابقة لشروط العقد أو ماتقضي به طبيعتها وغرضها؟.

لذلك سنتناول هذا الفصل في مبحثين على التوالي:

المبحث الأول: الالتزام بدفع الثمن.

المبحث الثاني: الالتزام بتسلم البضائع.

المبحث الأول:

الالتزام بدفع الثمن

يمكن النظر إلى طبيعة الثمن في عقد البيع من زاويتين. فمن جهة أولى يعتبر ركنا أساسيا في عقد البيع، الذي لا يعتبر كاملا إلا باتفاق الأطراف المتعاقدة على كل من الشيء المبيع والثمن، بوصفه عقدا ينشئ التزامات متقابلة بين طرفين. فالبايع يلتزم بتسليم المبيع والمشتري يلتزم بتسلم هذا المبيع كما يجب عليه دفع ثمنه. فيكون المبيع والثمن محليين رئيسيين في عقد البيع. لذلك يعد الثمن ركنا هاما لتكوين عقد البيع والسبب لالتزام البائع. ومن جهة أخرى يعتبر الالتزام بدفع الثمن أثرا من آثار عقد البيع. لذلك ندرس الالتزام بدفع الثمن من خلال مطلبين على النحو التالي:

المطلب الأول: تعريف الالتزام بدفع الثمن ومشملاته.

المطلب الثاني: ضمانات الوفاء بالثمن في البيوع الدولية.

المطلب الأول: تعريف الالتزام بدفع الثمن ومشمولاته.

يعد الثمن من أهم الالتزامات الأساسية الملقاة على عاتق المشتري، فيجب عليه أدائه بحسب مقتضيات حسن النية في تنفيذ العقود. لكونه غاية البائع من البيع والسبب الرئيسي لالتزامه. ومن ناحية أخرى يعد الثمن معياراً للتفرقة بين عقد البيع وما عداه من العقود الأخرى، فبتخلفه لن نكون بصدد عقد بيع. ويجب أن يكون الثمن مبلغاً نقدياً وأن يتخذ المشتري كل ما يلزم من إجراءات ضرورية من أجل سداده⁶⁹⁹.

لكن رغم هذه الأهمية لم تعتن معظم الأنظمة القانونية الوطنية والموحدة بوضع تعريف محدد له، ويرجع ذلك إلى أن معناه وغايته واحدة فيها⁷⁰⁰. فالثمن هو مبلغ من النقود يتخذ المشتري كل ما يلزم من إجراءات مطلوبة من أجل سداده، مقابل انتقال الشيء المبيع إليه.

ولقد عاجلت اتفاقية فيينا للالتزام بدفع الثمن بشيء من التفصيل والتوسع. فحسب المادة 54 منها لا يقتصر الالتزام بدفع الثمن على مفهومه الضيق بمعنى تأدية المشتري المقابل النقدي للبضائع المشتراة، وإنما يتضمن أيضاً اتخاذ المشتري ما يلزم واستيفاء الإجراءات المطلوبة بموجب العقد أو بموجب القوانين والأنظمة واجبة التطبيق

699 - فتحي عبد الرحيم، عقد البيع، المرجع السابق، ص. 90. محسن شفيق، الوسيط، المرجع السابق، ص. 6.

700 - تنص المادة 1582 من القانون المدني الفرنسي على أن: "البيع اتفاق يلتزم بموجبه أحد الطرفين بتسليم شيء والطرف الآخر بأداء ثمنه...."

Art. 1582 du code civile Fran. : « La vente est une convention par laquelle l'un s'oblige à livrer une chose, et l'autre à la payer. Elle peut être faite par acte authentique ou sous seing privé »

وحرصت بعض التشريعات على التأكيد بوجوب كون الثمن نقدياً، فعلى سبيل المثال نجد أن القانون المدني الجزائري رغم عدم تعريفه للثمن، إلا أنه يُستفاد منه ضرورة كونه مبلغاً نقدياً معيناً أو قابلاً للتعين فتتص المادة 351 منه على أن: "البيع عقد يلتزم بمقتضاه البائع أن ينقل للمشتري ملكية شيء أو حقاً مالياً آخر في مقابل ثمن نقدي". وكذلك الشأن بالنسبة للقانون المدني المصري، حسب المادة 418 منه.

من أجل الوفاء بالثمن⁷⁰¹. لذلك يقع على عاتق المشتري التزام بالقيام بكافة التدابير اللازمة التي تمكنه من السداد لمصلحة البائع، وتدخل في ذلك جملة إجراءات قد تكون ذات طبيعة تجارية أو ذات طبيعة إدارية، تتضمن إعداد خطاب الضمان أو قبول الكمبيالة أو فتح اعتماد مستندي لصالح البائع أو تقديم ضمان بنكي أو ما شابه ذلك من إجراءات، والحصول على النقد الأجنبي اللازم للوفاء بالثمن، والحصول على الموافقات التي يتطلبها القانون المحلي من الجهات الإدارية المختصة لإرسال النقد الأجنبي إلى البائع بما يتحقق به اتفاق وسيلة دفع الثمن مع القوانين الوطنية التي تحكم سداد الثمن⁷⁰². ويعتبر هذا الالتزام جزءاً من التزام المشتري بأداء الثمن، بحيث إذا تخلف عن تنفيذه وكان هذا الخلل يشكل مخالفة جوهرية، جاز للبائع فسخ العقد⁷⁰³. ومن تطبيقات ذلك أن اشتراط قيام المشتري بفتح اعتماد مستندي يعتبر عنصراً جوهرياً في العقد، بحيث تطبق بشأنه المبادئ الأساسية للبيع شأنه شأن أي التزام آخر، فإذا اشترط وجوب فتح الاعتماد قبل الشحن، فللبائع حق الدفع بعدم التنفيذ ووقف إرسال البضائع مادام أنه لم يخطر بتعهد البنك مصدر الاعتماد. كما أن عدم تنفيذ المشتري لالتزامه يفتح الاعتماد في الأجل المتفق عليه يميز فسخ البيع ضد المشتري.

ولتعريف الالتزام بدفع الثمن وتحديد مشتملاته بدقة. نتعرض لأسس وضوابط تعيين الثمن (الفرع الأول). ثم لكيفية الوفاء بالثمن (الفرع الثاني).

⁷⁰¹ - Art. 54 du CVIM. : « L'obligation qu'a l'acheteur de payer le prix comprend celle de prendre les mesures et d'accomplir les formalités destinées à permettre le paiement du prix qui sont prévues par le contrat ou par les lois et les règlements. »

⁷⁰² - خالد عبد الحميد، المرجع السابق، ص. 113.

⁷⁰³ - محسن شفيق، اتفاقية الأمم المتحدة، المرجع السابق، ص. 197.

الفرع الأول: أسس وضوابط تعيين الثمن.

يشترط في الثمن أن يكون معينا في العقد أو قابلا للتعيين من خلال أسس واضحة، فيجب أن يحدد مقداره وشروط الوفاء به بالاتفاق بين الطرفين على ذلك في العقد، أو على الأقل يكون قابلا للتعيين ببيان الأسس التي يمكن بمقتضاها تحديده فيما بعد⁷⁰⁴. ولا تثار أي مشكلة في الفرض الذي يتفق فيه المتعاقدان على مقداره مباشرة في العقد أو على الأسس التي سيتم تقديره بمقتضاها، لكن صعوبة المسألة تظهر في الحالة التي يغفل فيه الطرفان هذا الأمر صراحة.

تجدر الإشارة إلى أن خلو عقد البيع من تحديد ثمن المبيع أو بيان الأسس التي يمكن في ضوئها تحديده فيما بعد، يمثل عيبا جوهريا يلحق بالعقد ذاته فيعدمه ويؤدي إلى بطلانه لتخلف ركن الثمن الذي يبنى عليه هذا النوع من العقود⁷⁰⁵. وذلك عندما لا يتضمن العقد أي وسيلة حساب تسمح بتحديد الثمن بصفة موضوعية⁷⁰⁶.

ومع ذلك فقد تبني المشرع الجزائري على غرار غيره موقفا مرنا في هذا الصدد، أين اعتبر خلو العقد من أي تحديد للثمن لا يؤدي بالضرورة إلى بطلان البيع، متى تبين من ظروف الحال أن المتعاقدين قد اتجهت نيتهما نحو اعتماد السعر المتداول في التجارة أو

⁷⁰⁴ - المادة 356 من القانون المدني الجزائري. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، المرجع السابق 1986، ص. 469. فتحي عبد الرحيم، عقد

البيع، المرجع السابق، هامش 2 ص. 244. سليمان مرقس، المرجع السابق، ص. 166.

⁷⁰⁵ - عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، المرجع السابق، 1986، ص. 483 و 484. محمود سمير الشرقاوي، العقود التجارية الدولية، المرجع

السابق، ص. 172. سليمان مرقس، المرجع السابق، ص. 165.

⁷⁰⁶ - أحمد محمد الرفاعي، تحديد الثمن وأثره على رضاء المشتري، دار النهضة العربية، 1999، ص. 19 و 20.

السعر الذي جرى عليه التعامل بينهما كأساس لتقدير ثمن المبيع، رغبة من المشرع في الحفاظ على استقرار العقود بقدر الإمكان متى توافق ذلك مع إرادة أطرافه⁷⁰⁷.

كما أن اتفاقية لاهاي لم تشترط تعيين الثمن في العقد، بل اشترطت فقط وجوب دفعه وأدائه⁷⁰⁸، وعالجت عدم تحديد الثمن بافتراضها أن العبرة عندئذ تكون "بالثمن العادي الذي يبيع به البائع وقت إبرام العقد"⁷⁰⁹. وذلك رغبة منها في الحفاظ على عقد البيع الدولي بقدر الإمكان. وكذلك اتفاقية فيينا، لم تشترط بدورها وجوب تعيين الثمن في العقد، بل اكتفت بالنص على وجوب دفع الثمن⁷¹⁰. قد عالجت هذه الاتفاقية مسألة عدم تحديد الأطراف المتعاقدة للثمن بافتراض اعتماد سعر معين إذ نصت على أنه: "إذا انعقد العقد بشكل صحيح دون الإشارة إلى تحديد الثمن صراحة أو ضمناً أو بطريقة قابلة للتحديد، فإن الثمن المطبق هو السعر الاعتيادي المطبق وقت انعقاد العقد بالنسبة لنفس البضائع المباعة في ظروف مماثلة في نفس النوع من التجارة، ما لم يوجد ما يخالف ذلك"⁷¹¹. ويرى جانب من الفقه⁷¹² أنه كان جديراً بالاتفاقيات الدولية وضع حكم

⁷⁰⁷ - إذ تنص المادة 357 من القانون المدني الجزائري على أنه: "إذا لم يحدد المتعاقدان ثمن البيع، فلا يترتب على ذلك بطلان البيع متى تبين من أن المتعاقدين قد نوبوا الاعتماد على السعر المتداول في التجارة أو السعر الذي جرى عليه التعامل بينهما".

⁷⁰⁸ - Article 56 du Convention de La Haye : «L'acheteur s'oblige à payer le prix et à prendre livraison de la chose dans les conditions prévues au contrat et à la présente loi. »

⁷⁰⁹ - Article 57 du Convention de La Haye : « Lorsque la vente est conclue sans que le prix ait été déterminé par le contrat, directement ou par référence, l'acheteur est tenu de payer le prix habituellement pratiqué par le vendeur lors de la conclusion du contrat. »

⁷¹⁰ - المادة 53 من اتفاقية فيينا وتنص على أن: "يجب على المشتري بموجب شروط العقد وهذه الاتفاقية أن يدفع ثمن البضائع وأن يتسلمها".

Art. 53 du CVIM. : « L'acheteur s'oblige, dans les conditions prévues au contrat et par la présente convention, à payer le prix et à prendre livraison des marchandises. »

⁷¹¹ - المادة 55 من اتفاقية فيينا. وفاء مصطفى محمد عثمان، توازن المصالح في تكوين عقد البيع الدولي للبضائع وفقاً لاتفاقية فيينا لعام 1980، دار النهضة العربية 2006، ص. 52 وما بعدها.

Art. 55 du CVIM. : « Si la vente est valablement conclue sans que le prix des marchandises vendues ait été fixé dans le contrat expressément ou implicitement ou par une disposition permettant de le déterminer, les

واضح في هذا الصدد، لما لتحديد الثمن من أهمية في عقود البيع خاصة البيع الدولي للحد من المنازعات التي تثار في هذا الشأن من أجل الحفاظ على عقد البيع بقدر الإمكان. فتطبيق الضوابط الافتراضية التي وضعتها تلك الاتفاقيات صعب في الواقع العملي، إذ لا يكون ذلك يسيرا إذا كانت طبيعة المبيع لا تقبل التسعير بطريقة موحدة في السوق، فالتحف واللوحات الفنية مثلا يكون لكل قطعة منها ثمن خاصة يتوقف على قيمتها الفنية والتاريخية وندرتهما ومقدار تعلق البائع بها ورغبة المشتري فيها. فإن أعمال تلك الضوابط بشأنها يكون متعذرا، فلا ينعقد البيع إذا لم يتضح من العقد أسس تعيين الثمن لتخلف ركن الثمن، إذ من غير المعقول ترك تعيينه لإرادة البائع وحده أو الالتجاء إلى القضاء أو هيئة تحكيمية لتعيينه، لأن التعيين في هذا الفرض لا يقوم على أسس مادية فحسب، وإنما تدخله عناصر معنوية لا يستطيع القاضي أو المحكم تقديرها.

ومما سبق نجد شبه إجماع أن الأساس في تحديد الثمن هو اتفاق الأطراف المتعاقدة، وفي حالة عدم وجود هذا الاتفاق فإننا نلجأ لمجموعة من الأسس والمعايير التي يمكن من خلالها تحديد الثمن. سندرسها على التوالي:

أولاً: السعر الذي جرى عليه التعامل بين المتعاقدين. إذا لم يحدد المتعاقدان الثمن في عقد البيع، ينعقد البيع بالسعر الذي جرى عليه التعامل بينهما⁷¹³. فإذا كان بين المتعاقدين تعامل سابق، بأن كان أحدهم قد اعتاد أن يورد للآخر سلعة معينة بسعر

parties sont réputées, sauf indications contraires, s'être tacitement référées au prix habituellement pratiqué au moment de la conclusion du contrat, dans la branche commerciale considérée, pour les mêmes marchandises vendues dans des circonstances comparable. »

⁷¹² - محسن شفيق، اتفاقية لاهاي، المرجع السابق، ص. 148 و 149. وأيضا اتفاقية الأمم المتحدة، المرجع السابق، ص. 196.

⁷¹³ - المادة 357 من القانون المدني الجزائري.

معين، فاستمرار الأول في توريد السلعة للآخر دون ذكر الثمن يكون معناه أنهما متفقان ضمناً على أن يكون الثمن هو السعر المعين في التعاملات السابقة⁷¹⁴.

ثانياً: سعر السوق. قد يتخذ سعر السوق كميّاراً لتحديد ثمن المبيع، ويتم ذلك متى تبين اتجاه نية الطرفين إلى اعتماد هذا السعر. ويعد سعر السوق الوسيلة الأكثر استعمالاً وفاعلية لتحديد ثمن البيع في وقت لاحق على اتفاق الأطراف، فهو يجعل الثمن قابلاً للتحديد بصفة مستقلة عن إرادة المتعاقدين⁷¹⁵. وقد يؤخذ بسعر السوق السائد للسلعة في مقر موطن البائع باعتبار أنه السعر الذي يبيع به بضاعته، وهو موقف اتفاقية لاهاي التي عولت على الثمن الذي يبيع به البائع وقت إبرام العقد⁷¹⁶. في حين نجد أن اتفاقية فيينا استندت إلى سعر السوق الاعتيادي الموجود وقت انعقاد العقد بالنسبة لنفس البضائع المباعة في ظروف مماثلة في نفس النوع من التجارة⁷¹⁷. أما المشرع الجزائري فكان له موقف واضح وصريح من خلال الفقرة الثانية من المادة 356 من القانون المدني التي تنص: "... إذا وقع الاتفاق على أن الثمن هو سعر السوق وجب عند الشك الرجوع إلى سعر السوق الذي يقع فيه تسليم المبيع للمشتري في الزمان، والمكان، فإذا لم يكن في مكان التسليم سوق وجب الرجوع إلى سعر السوق في المكان الذي يقضي العرف أن تكون أسعاره هي السارية". فالعبرة حسب المشرع الجزائري بسعر السوق المتفق بين الأطراف فإذا تعذر على الأطراف تحديد السوق فبسعر السوق الذي تسلم فيه البضاعة للمشتري، أو السوق الذي يقضي به العرف.

⁷¹⁴ - عبد الرازق السنهوري، الوسيط، المرجع السابق، 1986، ص. 478. سليمان مرقس، المرجع السابق، ص. 272.

⁷¹⁵ - أحمد محمد الرفاعي، المرجع السابق، ص. 21.

⁷¹⁶ - المادة 57 من اتفاقية لاهاي المشار إليها سابقاً.

⁷¹⁷ - المادة 55 من اتفاقية فيينا المذكورة سابقاً.

ثالثا: الثمن الذي اشترى به البائع، أو صنع به المبيع، زائد نسبة فائدة. قد يتخذ من الثمن الذي اشترى به البائع، أو صنع به المبيع، معيارا لتحديد الثمن، فيدفع المشتري مثل الثمن الذي اشترى به البائع أو أكثر بحسب الاتفاق بين المتعاقدين، وتأخذ هذه الصورة مكانة خاصة في الفقه الإسلامي ويطلق عليها بيوع الأمانة وتتمثل في المراجعة والتولية والاشتراك والوضعية⁷¹⁸. ويجب تبيان الثمن الأول بوضوح من جانب البائع، والتحقق منه من جانب المشتري الذي له أن يثبت بكافة طرق الإثبات أن الثمن الذي بينه البائع يزيد على الثمن الحقيقي، فإن ثبت ذلك وكان مرده كتمان البائع لما أحاط اتفاقهما من ملاسبات جوهرية أو كذب، اعتبر غشا منه وجاز للمشتري إبطال العقد للتدليس والرجوع على البائع بالتعويض. ويجوز للمتعاقدين أن يتفقا على أن يحسب الثمن على أساس ثمن التكلفة مضافا إليه ربح معين أو على أساس متوسط الأثمان التي باع بها البائع في وقت معين أو على أساس التسعيرة الرسمية في تاريخ البيع أو تاريخ التسليم⁷¹⁹.

رابعا: تفويض الغير في تحديد ثمن المبيع. قد يتفق الطرفين المتعاقدين على أن يترك لشخص أجنبي يعيناه تحديد الثمن، ويرتضيا مقدما بالثمن الذي يحدده، ولم تتصدى الاتفاقيات الدولية لبيع البضائع لمثل هذا الحكم، وكان جديرا بها أن ينال عنايتها خاصة في الحالة التي يخلو فيها العقد من تعيين الثمن، إذ نرى أن من شأن هذا التفويض جعل الثمن قابلا للتعيين⁷²⁰.

⁷¹⁸ - عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، المرجع السابق، 1986، ص. 471.

⁷¹⁹ - سليمان مرقس، المرجع السابق، ص. 166.

⁷²⁰ - وقد اختلف الفقه في تكييف مهمة الغير، فذهب البعض إلى أن مهمته تحكيمية، إلا أن التحكيم يفترض قيام نزاع ولا يوجد نزاع بين المتعاقدين فهما متفقان على أن يكلا بتقدير الثمن لهذا الغير. وذهب البعض الآخر إلى أن مهمته مهمة خبير، إلا أن الخبير غير ملزم، فهو رأى استشاري لا يقيد الخصوم ولا القاضي، في حين أن ما يحدده هذا الغير ملزم للمتعاقدين. بينما يرى الغالبية أنه مفوض من المتعاقدين في تحديد الثمن وهو أقرب التكييفات إلى الصحة، رغم اعتراض البعض على هذا التكييف وذهبوا إلى أن التقدير الذي يقوم به الغير مجرد واقعة

وقد أخذ المشرع الفرنسي بهذا الحكم في القانون المدني إذ نص على أنه: "يجوز ترك تحديد الثمن لتحكيم شخص ثالث، ولا ينعقد البيع إذا رفض هذا الشخص تحديد الثمن أو عجز عن تحديده"⁷²¹. فإذا قام الغير بعد تعيينه باتفاق طرفي العقد بتحديد الثمن، كان هذا الثمن ملزماً ونهائياً لكليهما، حيث يعد عنصراً في عقدهما، وبه يكون البيع كاملاً، ويجب أن يكون هذا التحديد دقيقاً وواضحاً، وأن يكون قائماً على أسس موضوعية خارجة عن إرادة طرفي العقد⁷²². وحينما لا يقوم المفوض بتقدير الثمن لأي سبب اعتبر البيع كأن لم يكن لعدم اكتمال ركن من أركانه، ولا يجوز للقاضي إجبار المفوض على تقدير الثمن أو تعيين شخص مكانه أو أن يتولى تقدير الثمن بنفسه، إذ ليس للمحاكم أن تتدخل في تكوين العقود⁷²³.

الفرع الثاني: كيفية الوفاء بالثمن.

إذا كان المشتري يلتزم أساساً بدفع ثمن المبيع، فإن هذا الالتزام يقتضي أدائه في الموعد والمكان المتفق عليهما أو الذي ينبغي أدائه فيهما، وبالعملة الواجب الأداء بها. لذلك نتساءل عن العملة الواجب الوفاء بها، وعن زمان الوفاء بالثمن ثم عن مكان هذا الوفاء، على النحو التالي:

أولاً: الملتزم بدفع الثمن. يؤخذ من تعريف عقد البيع ذاته وفق نص المادة 351 مدني جزائري أن المشتري يلتزم بدفع ثمن نقدي مقابل نقل ملكية المبيع إليه، غير أنه ليس

مادية يتوقف عليها تعيين الثمن وانعقاد العقد. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، المرجع السابق، 1986، ص. 479. سليمان مرقس، المرجع السابق، ص. 168 وما بعدها.

⁷²¹ - Article 1592 Code civil Français: « Il peut cependant être laissé à l'arbitrage d'un tiers; Si le tiers ne veut ou ne peut faire l'estimation, il n'y a point de vente ».

⁷²² - أحمد محمد الرفاعي، المرجع السابق، ص. 33 وما بعدها.

⁷²³ - عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، المرجع السابق، 1986، ص. 481. سليمان مرقس، المرجع السابق، ص. 171.

بالضروي كون المشتري هو الملتزم بدفع الثمن. فقد يلتزم الغير في نفس عقد البيع بدفع الثمن وتكون ملكية المبيع للمشتري. وحينئذ تكون علاقة البائع بالمشتري علاقة تعاقدية، ويصبح البائع ملزماً بنقل ملكية المبيع للمشتري، وتسليمه إياه، وضمان التعرض والاستحقاق والعيوب الخفية. ويلزم المشتري بتسلم المبيع، لكن الغير هو الذي يلتزم تجاه البائع بدفع الثمن والمصروفات. فتكون العلاقة بين البائع والغير علاقة معاوضة، أما العلاقة بين المشتري والغير فتكون تبرعاً أو بمقابل⁷²⁴.

وفي هذا الصدد نتساءل، على من تقع مسؤولية الإخلال بعدم الوفاء بالثمن؟. إن عدم الوفاء بالثمن من الغير بالكيفية المتفق بها على الأداء، يعد إخلالاً بالالتزام بدفع الثمن تمتد آثاره للمشتري. فهو الذي تعود عليه المنفعة النهائية من المبيع، وهو بحسب الأصل الملتزم بدفعه ولو اعتبر كفيلاً ضمناً لهذا الغير في أداء الثمن، والقول بغير ذلك يجعل البائع ملزماً بتسليم المبيع للمشتري دون قبض ثمنه⁷²⁵.

ثانياً: نوع العملة الواجب الوفاء بها. مبدئياً لا تثار أدنى مشكلة في الحالة التي يتفق فيها المتعاقدين على العملة التي يجب الوفاء بها. لكن صعوبة المشكل تزداد في الحالة التي يغفل فيه الطرفين هذا الأمر، خاصة في البيوع الدولية. فقد يظن البائع أن عملته الوطنية هي أساس الوفاء، باعتبار أنها النقود التي يبيع بها بضاعته عادة. وقد يظن المشتري أن عملته الوطنية هي أساس الوفاء، باعتبار أنها النقود التي يشتري بها عادة. فكيف يمكن حل هذه المشكلة؟.

⁷²⁴ - عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، المرجع السابق، 1986، هامش 1 ص. 973. سليمان مرقس، المرجع السابق، ص. 417.

⁷²⁵ - عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، المرجع السابق، 1986، ص. 973. سليمان مرقس، المرجع السابق، ص. 418.

أصلاً يجب على المشتري أداء الثمن بالكيفية المتفق عليها في العقد، وبالعملة المعينة لهذا الوفاء. ولا محل للتساؤل السابق طرحه في البيوع الوطنية، إذ يتعين الوفاء بالعملة الوطنية، ما لم يتفق الطرفان على خلاف ذلك. لكن الصعوبة تبدو بشأن البيوع الدولية، وسبب ذلك أن الاتفاقيات الدولية لا تتضمن أحكاماً تتعلق بنقود الوفاء بالثمن، مع ما لهذه المسألة من أهمية.

فحين يشترط الدفع بعملة معينة بذاتها كالدولار الأمريكي فتكون هي الواجب الوفاء بها. فإن عرض المشتري الوفاء بعملة أخرى كال يورو الأوروبي اعتبر ذلك إخلالاً جوهرياً منه بالتزامه، وللبائع حق فسخ العقد بغض النظر عن السبب الذي أدى إلى عجز المشتري عن الوفاء بالعملة الأجنبية المتفق عليها في العقد. أي سواء كان ذلك نتيجة عجزه عن تحصيل وتوفير مثل هذه العملة، أو كان نتيجة لعدم ترخيص الجهات الرسمية في بلده. إذ أن البائع لا علاقة له بذلك. وكل ما في الأمر أنه ينظر للسبب بخصوص تقدير التعويض فقط. فإذا كان منع الترخيص سابقاً على إبرام العقد، فلا شك أن المشتري يتحمل الفسخ مع التعويض، أما إذا كان منع الترخيص لاحقاً على إبرام العقد فإن المشتري يكون تحت قوة قاهرة تمنعه من الوفاء، فلا يسأل عن تعويض البائع ما لم يكن عدم الترخيص متوقعاً لديه. ويبقى للبائع حق فسخ العقد في كل الأحوال⁷²⁶.

أما حين يخلو العقد من اتفاق على نوع العملة الواجب الوفاء بها، وجب الرجوع إلى العرف. فإذا لم يوجد عرف، فلا مناص عندئذ من القول بوجود الوفاء بنقود الدولة التي يقع بها مركز أعمال البائع باعتبار أن الوفاء واجب في الأصل في هذا المكان⁷²⁷.

⁷²⁶ - محسن شفيق، اتفاقية لاهاي، المرجع السابق، ص. 149. واتفاقية الأمم المتحدة، المرجع السابق، ص. 196.

⁷²⁷ - نفس المرجع.

ثالثا: زمان الوفاء بالثمن. يعد اتفاق المتعاقدين على ميعاد دفع الثمن بمثابة الأصل العام الذي يؤخذ في عين الاعتبار سواء في الأنظمة القانونية الوطنية أو الاتفاقية الدولية، فإذا كان القانون المدني الجزائري يتضمن في نصوصه الوقت الذي يجب فيه أداء الثمن⁷²⁸، إلا أنه يعمل بتلك النصوص عند عدم اتفاق المتعاقدين على هذا الميعاد، فإن خلا العقد من هذا الاتفاق ولم يوجد عرف يقضي بذلك فيؤخذ عندئذ بما توجهه تلك النصوص.

وهو ما انتهجته الاتفاقيات الدولية، فاتفاقية لاهاي نجدها تعول على إرادة المتعاقدين في تحديد ميعاد الوفاء بالثمن، إذ يلتزم المشتري بأداء الثمن عند حلول ميعاد الوفاء المتفق عليه دون حاجة إلى إجراء من جانب البائع كإخطار أو إعدار⁷²⁹.

وقد سارت اتفاقية فيينا على ذات النهج، إذ القاعدة فيها أنه يجب على المشتري أن يدفع الثمن في التاريخ المحدد في العقد أو الذي يمكن تحديده بالرجوع إلى العقد، ويلتزم بدفعه في هذا التاريخ دون حاجة إلى قيام البائع بأي طلب أو استيفاء أي إجراء⁷³⁰.

ولأن الاتفاق هو المرجع بشأن تحديد ميعاد وفاء المشتري لالتزامه بدفع الثمن، فإنه من باب أولى أن لطرفي العقد أن يتفقا على أن يكون أداء الثمن معجلا أو مؤجلا، أي سواء قبل تسليم المبيع أو بعده، فإذا اتفقا على أن يكون أداء الثمن معجلا التزم

⁷²⁸ - المادة 1/388 من القانون المدني الجزائري.

⁷²⁹ - Article 60 du Convention de La Haye : « Lorsque la date du paiement a été fixée par les parties ou résulte des usages, l'acheteur est tenu de payer le prix à cette date sans qu'il soit besoin d'aucune formalité. »

⁷³⁰ - المادة 59 من اتفاقية فيينا. محسن شفيق، اتفاقية الأمم المتحدة، المرجع السابق، ص. 198.
Art. 59 du CVIM. : « L'acheteur doit payer le prix à la date fixée au contrat ou résultant du contrat et de la convention, sans qu'il soit besoin d'aucune demande ou autre formalité de la part du vendeur. »

المشتري بأدائه في الحال فور العقد ولو مع تأجيل تسليم المبيع، وليس له أن يمتنع عن الوفاء بحجة عدم تسليم البائع للمبيع، وإلا اعتبر ذلك إخلالا منه بهذا الالتزام رغم عدم تسلمه الفعلي للمبيع بعد⁷³¹. وعلى العكس من ذلك فيما لو اتفق على أن يكون الوفاء بالثمن في أجل لاحق على التسلم، سواء تم سداده على أقساط أو جملة واحدة، فيقتصر التزام المشتري على الوفاء عند حلول هذا الأجل رغم تعجيل التسليم. وهذا الفرض الأخير هو الغالب في البيوع التجارية، فهي بيوع آجلة بغية تمكين المشتري من التحقق من البضاعة ومدى مطابقتها للمواصفات المتفق عليها، كما أن مقتضى هذا الأجل الممنوح للمشتري لا يجيز للبائع الامتناع عن تسليم المبيع للمشتري بحجة عدم استيفائه كامل الثمن، إذ يعد تصرفه في هذه الحالة إخلالا منه بالتزامه بالتسليم⁷³².

وتبدو صعوبة المسألة في الفرض الذي يخلو فيه العقد من اتفاق على ميعاد للوفاء بالثمن، فوفقا للقانون المدني الجزائري يكون الثمن في هذه الحالة واجب الوفاء في الوقت الذي يسلم فيه المبيع⁷³³. ومن خلال نصوص القانون الجزائري يكون التزام المشتري بدفع الثمن مشروطا بكون السلعة حاضرة والثمن حال. وأساس ذلك أن عقد البيع من العقود التبادلية الملزمة للجانبين، إذ يلتزم البائع بتسليم المبيع ويلتزم المشتري بالوفاء بالثمن المقابل له، فتسليم المبيع ودفع الثمن في هذه الحالة وجهان لعملة واحدة. أما عندما لا يحدد في العقد ميعاد لتسليم المبيع أو على وقت لدفع الثمن، يكون كلا الالتزامين واجب الوفاء فوراً بمجرد تمام العقد إعمالاً للقواعد العامة. وقد يقضي العرف بأحكام أخرى فيتعين إتباعها إذا لم يتفق الأطراف على ما يخالفها.

⁷³¹ - عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، المرجع السابق، 1986، ص. 994 وما بعدها. سليمان مرقس، المرجع السابق، ص. 421.

⁷³² - محسن شفيق، الوسيط، المرجع السابق، ص. 13.

⁷³³ - المادة 1/388 من القانون المدني الجزائري والتي تنص على أنه: "يكون ثمن المبيع مستحقا في الوقت الذي يقع فيه تسليم المبيع، ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضي بخلاف ذلك".

وقد أخذت اتفاقية فيينا بذات النهج السالف، فأوجبت على المشتري الوفاء بالثمن عند عدم الاتفاق على ميعاد محدد عند تسلمه المبيع، فربطت الاتفاقية أداء كل طرف بأداء الطرف الآخر⁷³⁴. وإذا كان البيع يستلزم نقل المبيع بواسطة ناقل، فللبائع أن يشترط على الأخير عدم تسليم البضاعة للمشتري إلا مقابل دفع الثمن، وفي ذات الوقت لا يلتزم المشتري بدفع الثمن إلا بتمام فحص البضاعة والمستندات، إذ بدون هذا الفحص يكون أداء الثمن مخاطرة لم تشأ الاتفاقية أن تعرض المشتري لها⁷³⁵. وخلافا لما تقدم، فإن اتفاقية لاهاي قررت أنه عند خلو العقد من اتفاق على ميعاد دفع الثمن، فإن المرجع في ذلك يكون للعرف ولم تضع حكما خاصا بهذا الغرض⁷³⁶.

رابعا: مكان الوفاء بالثمن. يختلف تحديد مكان الوفاء بالثمن بحسب كونه معجلا أو مؤجلا. فإن كان الثمن معجلا التزم المشتري بأدائه في مكان تسليم البضاعة المبيعة، وإن كان مؤجلا ففي موطن المشتري وقت حلول الأجل، ما لم يوجد اتفاق أو ظرف يقضي بغير ذلك⁷³⁷.

⁷³⁴- Art. 58 du CVIM. : « 1- Si l'acheteur n'est pas tenu de payer le prix à un autre moment déterminé, il doit le payer lorsque, conformément au contrat et à la présente convention, le vendeur met à sa disposition soit les marchandises, soit les documents représentatifs des marchandises. Le vendeur peut faire du paiement une condition de la remise des marchandises ou des documents.

2- Si le contrat implique un transport des marchandises, le vendeur peut ne faire l'expédition sous condition que celle-ci ou les documents représentatifs ne seront remis à l'acheteur que contre paiement du prix.

3- l'acheteur n'est pas tenu de payer le prix avant d'avoir eu la possibilité d'examiner les marchandises, à moins que les modalités de livraison ou de paiement dont sont convenues les parties ne lui en laissent pas la possibilité. »

⁷³⁵ - المادة 2/58، 3 من اتفاقية فيينا المذكورة أعلاه. في تفصيل ذلك انظر: محسن شفيق، اتفاقية الأمم المتحدة، المرجع السابق، ص. 199.

⁷³⁶ - محسن شفيق، اتفاقية لاهاي، المرجع السابق، ص. 150.

⁷³⁷ - حيث تنص المادة 387 من القانون المدني الجزائري على أنه: "يدفع ثمن البيع من مكان تسليم المبيع ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضي بغير ذلك. فإذا لم يكن ثمن المبيع مستحقا وقت تسلم المبيع وجب الوفاء به في المكان الذي يوجد فيه موطن للمشتري وقت استحقاقه الثمن".

فالأصل العام في تحديد مكان الوفاء بالثمن هو اتفاق المتعاقدين. فإن لم يحدد مكان الوفاء به في العقد، فالمرجع يكون للعرف. فإن لم يوجد اتفاق أو عرف يقضي بتحديد مكان الوفاء بالثمن، وجب على المشتري أدائه في مكان تسليم المبيع إذا كان الثمن معجلا، أما إذا كان الثمن مؤجلا ولم يتفق على مكان معين كان الوفاء به واجبا في موطن المشتري وقت حلول الأجل وفقا للقواعد العامة التي تقضي بأن يكون الوفاء في موطن المدين بالالتزام.

ويجب على البائع متى حل موعد استحقاق الثمن إذا كان الثمن مؤجلا ولم يوجد اتفاق صريح أو ضمني على مكان الوفاء أن يسعى إلى موطن المشتري لمطالبته بالوفاء، فإذا لم يتحقق هذا السعي من جانب البائع وتمسك المشتري بحقه في أن يكون مكان الوفاء هو موطنه، كان امتناع المشتري عن الوفاء في موطن البائع مشروعاً ولا يكون ذلك إخلالاً منه بالتزامه⁷³⁸.

وفي الاتفاقيات الدولية، نجد أنه وفقا لاتفاقية لاهاي يجب الوفاء بالثمن كأصل عام في مركز أعمال البائع، أو في محل إقامته العادية عند عدم وجود مركز أعمال له. ويلتزم المشتري بإيصال الثمن إلى هذا المكان، دون أن يسعى إليه البائع للحصول عليه. وفي حال تغيير مركز الأعمال بعد إبرام العقد، يجب على المشتري الوفاء به في هذا المكان الجديد، مع تحمل البائع أي نفقات زائدة لإيصال هذا الثمن في المكان الجديد. أما إذا كان الثمن واجب الأداء عند تسلم المبيع أو المستندات الخاصة به، فيكون المشتري ملزما بأدائه في مكان تسليم المبيع⁷³⁹.

⁷³⁸ - المادة 387 من القانون المدني الجزائري.

⁷³⁹ - المادة 59 من اتفاقية لاهاي. في تفصيل ذلك راجع: محسن شفيق، اتفاقية لاهاي، المرجع السابق، ص. 383 وما بعدها.

وفي اتفاقية فيينا نجد أن الأصل العام في الوفاء بالثمن هو المكان الذي يعينه العاقدان لهذا الغرض، فإن حددها في عقدهما وجب الالتزام به في ذلك المكان. والغالب عمليا أن يعينه لما لهذه المسألة من أهمية، لاسيما عندما توجد قيود على تداول النقد الأجنبي في دولة المشتري، إذ يحرص البائع عندئذ على اشتراط الوفاء في دولته أو في دولة أخرى. ويكون على المشتري عند وجود مثل هذا الشرط تدبير كيفية إخراج نقود الثمن من دولته، فهو واجب ألقته عليه المادة 54 من هذه الاتفاقية⁷⁴⁰. وإن خلا العقد من تعيين لهذا المكان، فيكون الثمن واجب الأداء في مكان العمل الرئيسي للبائع وقت إبرام العقد. والمشتري ملزم بحمل ثمن إلى البائع، ولا يجبر الأخير على السعي إلى المشتري للحصول عليه. فإن أبدل البائع مقره بمقر جديد، وجب على المشتري أدائه في هذا المكان الجديد، مع تحمل البائع أي نفقات زائدة في سبيل هذا الوفاء. ما لم يكن الوفاء مشروطا بتسليم البضاعة ومستنداتها، فيكون التزام المشتري بأدائه هو مكان هذا التسليم⁷⁴¹.

Article 59 du Convention de La Haye, 1er juillet 1964, portant loi uniforme sur la formation des contrats de vente internationale des objets mobiliers corporels : « 1. L'acheteur doit payer le prix au vendeur à son établissement ou, à défaut, à sa résidence habituelle; lorsque le paiement doit être fait contre remise de la chose ou des documents, il doit être effectué au lieu de cette remise.

2. Lorsque, par suite d'un changement d'établissement ou de résidence habituelle du vendeur après la conclusion du contrat, les frais de paiement sont augmentés, le vendeur doit supporter cette augmentation. »

⁷⁴⁰ - محسن شفيق، اتفاقية الأمم المتحدة، المرجع السابق، هامش 312 ص. 197.

⁷⁴¹ - Art. 57 du CVIM. : « 1- Si l'acheteur n'est pas tenu de payer le prix en un autre lieu particulier, il doit payer le vendeur :

a- à l'établissement de celui-ci ; ou

B- Si le paiement doit être fait contre la remise des marchandises ou des documents, au lieu de cette remise.

2- Le vendeur doit supporter toute augmentation des frais accessoires au paiement qui résultent de son changement d'établissement après la conclusion du contrat.

المطلب الثاني: ضمانات الوفاء بالثمن في البيوع الدولية.

تؤدي التبادلات التجارية بين المتعاملين الدوليين إلى حركة ضخمة للأموال والبضائع عبر حدود الدول، ويكون خطر عدم الوفاء بالديون في هذه العلاقات التجارية الدولية أكثر حدة وتأثيراً منه في العلاقات الداخلية. فالواقع العملي يبين أن عمليات التجارة الدولية وخصوصاً الضخمة منها، تكون في كثير من الأحيان مقترنة بقروض وعمليات ائتمانية، فالمشتري لا يسدد الثمن مباشرة وإنما على دفعات، كما هو الحال في أغلب العمليات الواردة على الطائرات والسفن والمحطات البحرية للاستغلال البترولي، وحتى التجهيزات الفضائية كالأقمار الصناعية، فإن أغلب المتعاملين في هذه المجالات يقتنون تجهيزاتهم عن طريق الاعتمادات الإيجارية، أو ما يسمى بعقود الـليزنج أين يسدد الثمن على شكل أقساط طويلة المدى، وهو ما قد يزيد من مخاطر الائتمان. وحتى العمليات التجارية البسيطة تؤدي إلى حركة للبضائع والأموال عبر الحدود، فما الذي يضمن للبائع الذي يرسل للمشتري البضاعة أن يقبض ثمنها منه. لهذه الأسباب يحتاج المتعاملون في التجارة الدولية إلى آليات قانونية لضمان استيفاء أموالهم، وهو ما أدى بالتشريعات الوطنية وحتى الاتفاقيات الدولية إلى التدخل لمنحهم أكثر أمان وأكثر ثقة، فما هي هذه الضمانات القانونية الوطنية والدولية؟. لهذه الأسباب نتكلم في هذا المطلب عن دور القانون الوطني في ضمان الوفاء بالديون الناتجة عن العقود الدولية (الفرع الأول)، ثم ضمان الوفاء بالديون الناتجة عن العقود الدولية وفقاً للاتفاقيات الدولية (الفرع الثاني).

الفرع الأول: ضمان الوفاء بالديون في العقود الدولية وفقا للقانون الوطني.

نتعرض في هذا الفرع لثلاثة مسائل مهمة في ضمان الوفاء بالثمن في العقود الدولية، فندرس الاعتماد المستندي كآلية لضمان الوفاء بالثمن (أولاً)، ثم نتعرض لضمان الوفاء بالثمن في الاعتمادات الإيجارية الدولية (ثانياً)، وندرس نظام التأمين عن الأخطار المتعلقة بالتجارة الخارجية (ثالثاً).

أولاً: الاعتماد المستندي كآلية لضمان الوفاء بالثمن في عقد البيع الدولي. الاعتماد

المستندي هو الآلية الأكثر شيوعاً والأكثر ممارسة في تنفيذ عقود البيع الدولية. فهو يحقق ضمانات معقولة وأكيدة للوفاء بالثمن من طرف المشتري (المستورد) من جهة، ولضمان تسليم البضاعة من طرف البائع (المصدر) من جهة أخرى. لكن ورغم ما لهذه الآلية (الاعتماد المستندي) من أهمية في العلاقات التجارية الدولية، إلا أنه لا توجد نصوص قانونية صريحة تنظم العلاقات والالتزامات بين أطراف الاعتماد المستندي وبالأخص في الجزائر⁷⁴². فأغلب الأحكام التي تنظمه ناتجة عن الأعراف والممارسات التجارية البنكية. وكما هو معلوم فإن العرف في المواد التجارية يعتد به كمصدر من مصادر القانون التجاري⁷⁴³. غير أن البنك الجزائري وباعتباره هيئة ضبط إداري في المجال البنكي والمصرفي⁷⁴⁴ أصدر نظاماً رقم 01/07 المؤرخ في 03 فبراير 2007 المتعلق بالقواعد المطبقة على المعاملات الجارية مع الخارج والحسابات بالعملة الصعبة⁷⁴⁵، وهو نظام وإن لم يكن

⁷⁴² - في مصر تعرض القانون التجاري المصري الجديد رقم 18 لسنة 1999 لأحكام الاعتماد المستندي في المواد 1/314 وما بعدها.

⁷⁴³ - تنص المادة 1 مكرر من القانون التجاري الجزائري: "يسري القانون التجاري على العلاقات بين التجار، وفي حالة عدم وجود نص فيه يطبق القانون المدني وأعراف المهنة عند الاقتضاء".

⁷⁴⁴ - المادة 127 من الأمر 11/03 المؤرخ في 26 غشت 2003 المتعلق بالنقض والقرض تعطي لبنك الجزائر سلطة تنظيم سوق الصرف، وفي هذا المجال يصدر التنظيمات المختلفة التي تكون ملزمة لكل الأطراف.

⁷⁴⁵ - المنشور بالجريدة الرسمية عدد 31 الصادرة بتاريخ 13 مايو 2007.

ينص صراحة على الاعتماد المستندي إلا أن استقرائه يؤدي بنا إلى القول أن أي عملية تجارية دولية يجب أن يتم الدفع فيها حسب هذه الطريقة. لذلك يجدر بنا دراسة القرض المستندي وفق هذه الأعراف وهذا النظام المشار إليه، فما هو القرض المستندي؟ وما هي الضمانات التي يحققها لأطرافه؟.

I- تعريف القرض المستندي وأطرافه. يعرف الاعتماد المستندي على أنه، تلك العملية التي يقبل بموجبها بنك المستورد أن يحل محل المستورد في الالتزام بتسديد وارداته لصالح المصدر الأجنبي مباشرة أو عن طريق البنك الذي يمثله مقابل استلام الوثائق أو المستندات التي تدل على أن المصدر قد قام فعلا بإرسال البضاعة المتعاقد عليها⁷⁴⁶. ومن خلال هذا التعريف المقدم سالفا يمكننا استنتاج الأطراف المتدخلة في الاعتماد المستندي، وهي كالتالي:

أ- المستورد (طالب فتح الاعتماد، المشتري) Le donneur d'ordre: وهو المتعامل الذي يطلب فتح الاعتماد المستندي بالشروط والمتطلبات التي يراها مطابقة لاتفاقية البيع المعقودة بينه وبين المستورد. يكون هذا الطرف ملزما بدفع قيمة المسحوبات المتداولة أو دفع قيمة المستندات نظرا للاعتماد طالما كانت هذه المستندات ظاهريا مطابقة لأحكام وشروط الاعتماد الموقع منه⁷⁴⁷.

ب- المصدر (المستفيد من الاعتماد، البائع) Le bénéficiaire: وهو الشخص الذي يكون الاعتماد مفتوح لصالحه، حيث يرتبط المستفيد مع البنك من خلال خطاب فتح

⁷⁴⁶ - عباس مصطفى المصري، عقد الاعتماد المستندي في قانون التجارة الجديد، دار الجامعة الجديدة للنشر، 2005، ص. 05. وراجع أيضا، عبد القادر عثمان، وسائل الدفع في التجارة الخارجية، الاعتمادات المستندية، بدون دار نشر، 1993، ص. 06. وراجع، حسين شحادة، موقف البنك من المستندات المخالفة في الاعتماد المستندي، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، عين شمس، 2000، ص. 18.

⁷⁴⁷ - حسين شحادة، المرجع السابق، ص. 21.

الاعتماد الذي يصل إليه من بنكه. ويتوجب عليه تنفيذ الصفقة حسب المواصفات والشروط المتفق عليها سابقا والتي طلبها العميل في البلد الآخر. ويعتبر المصدر مسؤول عن جميع الترتيبات فيما يخص نقل البضاعة وشحنها انطلاقا من البنود والشروط المنصوص عليها في العقد الذي أبرم بينه وبين المستورد إضافة إلى تجميع وتجهيز كل الوثائق والمستندات بصورة مطابقة لما هو على متن العقد، ثم يقوم بتقديمها للبنك المبلغ ضمن مدة صلاحية الاعتماد، وبالمقابل قبض قيمتها حسب ما هو منصوص عليه⁷⁴⁸.

ج- البنك فاتح الاعتماد (بنك المستورد) La banque émettrice: هو بنك المستورد الذي يفتح الاعتماد طبقا للشروط الواردة في طلب فتح الاعتماد. يعتبر هذا البنك الرابط بين المصدر والمستورد في المبادلات التجارية، يقدم إليه طلب فتح الاعتماد حيث يقدر الموافقة عليه أو الرفض بعد الدراسة والتحليل لوضعية طالب الاعتماد. وفي حالة قبوله يلتزم بتنفيذه في مواجهة بقية الأطراف. ويتمثل التزامه في التعهد بالنيابة عن عمله المستورد في قبول أو دفع قيمة المستندات والوثائق التي يتسلمها والمقدمة إليه من المستفيد شرط أن تكون هذه الوثائق مطابقة لأحكام شروط العقد (الاعتماد)⁷⁴⁹.

د- البنك مبلغ الاعتماد (بنك المصدر) La banque notificative: وهو بنك المراسل الذي يطلب إليه بنك فاتح الاعتماد تبليغ الاعتماد للمستفيد من جهة. ويلتزم من جهة أخرى بتسلم المستندات من المستفيد على أن يقوم هذا البنك بقبض قيمتها بعد أن يقوم بدوره بتدقيق المستندات ومراقبتها للتأكد من مدى مطابقتها للشروط والبنود الموجودة

⁷⁴⁸ - عبد القادر عثمان، وسائل الدفع في التجارة الخارجية، الاعتمادات المستندية، بدون دار نشر، 1993، ص. 07. وراجع، حسين

شجادة، موقف البنك من المستندات المخالفة في الاعتماد المستندي، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، عين شمس، 2000، ص. 22.

⁷⁴⁹ - عباس مصطفى المصري، المرجع السابق، ص. 17.

في العقد ومن ثم القيام بدفع قيمتها إلى المستفيد. في حالة وجود اختلاف في الوثائق فإن البنك المبلغ هنا يكون له الخيار في أن يدفع للمستفيد لقاء كفالة أو تعهد بإعادة القيمة المدفوعة إذا رفضت المستندات من بنك فتح الاعتماد بسبب هذه الاختلافات. يمكن أن يلعب البنك المبلغ دور التبليغ فقط دون أن يكون ضامناً للوفاء بالثمن، كما يمكنه أن يكون معزز لضمان الوفاء، وهكذا تحصل ثقة أكبر للمصدر في ضمان استيفاء ثمن المبيع⁷⁵⁰.

II- الإجراءات العملية التي يتم وفقها الاعتماد المستندي.

يبدأ باتفاق البائع (المصدر) والمشتري (المستورد) على عقد البيع المبرم بينهما وعلى أن تسوية الدفع ستتم عن طريق الاعتماد المستندي. ثم تعقبه مرحلة التوطين La domiciliation: وهو إجراء مسبق يتم قبل البدء في تنفيذ عملية تمويل عقد تجاري مع الخارج. وهذا ما تنص عليه تنظيمات التجارة الخارجية، حيث يعتبر التوطين عملية إجبارية في التجارة الخارجية تستوجب القيام بعدة إجراءات محددة من طرف البنك المركزي في النظام 01/07 المشار إليه سابقاً⁷⁵¹. حيث يتم فتح ملف التوطين لدى بنك أو مؤسسة مالية معتمدة بحضور المستورد الموطن لديها مرفوقاً بعقد تجاري أو كل الوثائق التي تحل محله، والتي تكون فيشكل فاتورة شكلية (Facture préforma) أو فاتورة نهائية (Facture définitive) أو غيرها من الوثائق المختلفة⁷⁵². حيث أن هذه

⁷⁵⁰- عباس مصطفى المصري، المرجع السابق، ص. 28.

⁷⁵¹- تنص المادة 29 من النظام 01/07 المشار إليه: "تخضع كل عملية استيراد أو تصدير للسلع أو الخدمات إلى إلزامية التوطين لدى وسيط معتمد، باستثناء عمليات العبور والعمليات المشار إليها في المادة 33 أذناه. يسبق التوطين كل تحويل/ ترحيل للأموال، التزام و/أو التخليص الجمركي للبضائع".

⁷⁵²- تنص المادة 32 من النظام 01/07: "يمكن أن تتخذ الوثيقة التجارية المعتمد عليها في عملية التوطين المصرفي أشكالاً مختلفة، كالعقد، الفاتورة الشكلية، سند طلب نهائي، التأكيد النهائي للشراء، المراسلات المتبادلة التي تحتوي على كل المعلومات الضرورية للتعرف على الأطراف المتعاملة وطبيعة العملية التجارية".

الفاتورة تكون مرفقة بطلب التوطين⁷⁵³، ويجب أن يتضمن مجموعة من المعلومات الإلزامية تنص عليها المادة 26 من ذات النظام تتمثل في: (أسماء وعناوين الشركاء المتعاقدين، بلد المصدر والمنشأ والمقصد للسلع والخدمات، طبيعة السلع والخدمات، الكمية والنوعية والمواصفات التقنية، سعر التنازل عن السلع والخدمات بعملة الفوترة وتسديد العقد، آجال التسليم بالنسبة للسلع والإنجاز بالنسبة للخدمة، بنود العقد الخاصة بالتكفل بالمخاطر والمصاريف الفرعية الأخرى، شروط التسديد).

أما المرحلة الثالثة، فهي فتح الاعتماد المستندي *L'ouverture du crédit documentaire*: يتم فتح الاعتماد بناء على طلب محدد من طرف العميل يحمل المعلومات الآتية، اسم الوكالة البنكية، اسم المستورد، نوع الاعتماد المطلوب فتحه، قيمة الاعتماد، اسم البنك المراسل في الخارج، اسم المصدر، مدة صلاحية القرض، نوع الدفع، الوثائق الواجب الحصول عليها، رقم الفاتورة، تعيين ميناء الإرسال وميناء الوصول، توقيع المستورد على الطلب. وبعد أن يحصل البنك على الطلب يقوم بالتأكد من تطابق المعلومات الواردة في الطلب مع تلك الواردة في الفاتورة المبدئية، وشروط البيع المستعملة ومدى كفاية المبلغ لتغطية الاعتماد المفتوح.

المرحلة الرابعة، متابعة وتسيير الاعتماد المستندي *La gestion du crédit documentaire*: بعد فتح الاعتماد المستندي من طرف المستورد لدى بنكه لصالح المصدر فإن الوكالة تقوم بإرسال خطاب فتح الاعتماد إلى بنك المصدر. بموجبه يتأكد البنك المشعر أن البيانات الواردة في الطلب صحيحة. ثم يقوم البنك المبلغ بتبليغ الاعتماد المستندي إلى المصدر الذي يلتزم بتقديم الوثائق المحددة في الاعتماد والتي تثبت أنه سلم

⁷⁵³ - راجع المادتين 30 و31 من النظام 01/07 المشار إليه.

البضاعة إلى الشاحن وهي سليمة حسب الشروط المتفق عليها وهي في طريقها للمستورد. وبعدها يتأكد البنك من مطابقة الوثائق لشروط الاعتماد يسلم للمصدر ثمن البضاعة ويرسل تلك الوثائق إلى المستورد عن طريق بنكه. ونظرا لأن الوفاء بقيمة البضاعة يتم بواسطة الاعتماد المستندي قبل أن تصل هذه الأخيرة، لذلك يحاول المشتري قدر الإمكان عن طريق المستندات أن يتأكد من سلامة البضاعة ومن توفر بعض الخصائص التي يشترط أن تكون فيها من خلال الوثائق التالية⁷⁵⁴:

1- خطاب الاعتماد، وهو صك يصدره البنك استجابة لطلب عمليه بإنشاء اعتماد، تحدد فيه حقوق المستفيد، والشروط التي يمكنه بمقتضاها الحصول على هذا الحق ومختلف المستندات المطلوبة⁷⁵⁵.

2- سند الشحن (بوليصة الشحن): هو الإيصال الذي يوقع عليه ربان السفينة، بأنه قد تسلم البضاعة لنقلها. وهو بذلك يثبت القيام بتنفيذ العقد، فهو أهم المستندات على الإطلاق. ويتضمن مجموعة من المعلومات منها، أسماء الأطراف المشاركة في الاعتماد، ميناء الشحن، ميناء التفريغ، اسم الشاحن، الأجرة، بيان صفة البضاعة، مقدارها، عددها، العلامة المميزة لها وتوقيع الناقل⁷⁵⁶.

3- الفاتورة: وهي مهمة في جميع المعاملات التجارية التي تعتمد على الوثائق. وتتضمن أسماء المتعاملين، العنوان، رقم السجل التجاري، رقم التعريف الضريبي، التاريخ، رقم الفاتورة، نوعية البضاعة، طبيعتها، الوزن، الكمية، سعر الوحدة، السعر الإجمالي للبضاعة، وأي شروط أخرى تخص عملية البيع⁷⁵⁷.

⁷⁵⁴ - تنص المادة 32 من النظام 01/07: "يمكن أن تتخذ الوثيقة التجارية المعتمد عليها في عملية التوطين المصري أشكالا مختلفة، كالعقد، الفاتورة الشكلية، سند طلب نهائي، التأكيد النهائي للشراء، المراسلات المتبادلة التي تحتوي على كل المعلومات الضرورية للتعرف على الأطراف المتعاملة وطبيعة العملية التجارية".

⁷⁵⁵ - عباس مصطفى المصري، المرجع السابق، ص. 37.

⁷⁵⁶ - حسن دياب، العقود التجارية وعقد البيع سيف، المرجع السابق، ص. 120.

⁷⁵⁷ - راجع المادتين 30 و31 من النظام 01/07 المشار إليه.

4- وثائق التأمين: هي وثائق تفيد بان البضاعة مؤمن عليها، كما تعطي لصاحب البضاعة الحق في الحصول على التعويض في حالة حدوث الحوادث والأخطار التي تم التأمين من اجلها أو ضدها⁷⁵⁸.

5- الوثائق الجمركية: وهي وثائق تمنح من طرف هذه المصالح في بلد المصدر.

6- شهادة المنشأ: وهي وثيقة تبين منشأ البضاعة الأصلي.

7- وثيقة العبور: وهي وثيقة تؤكد صحة المعلومات الخاصة بالبضاعة مؤشر عليها من جهة مختصة و تكون مرفقة بالفاتورة التجارية وتأكد عبورها الحدود.

8- وثائق خاصة بالنوعية والتحليل: ومنها، شهادة القبول، وهي شهادة مقدمة من طرف هيئة مختصة من اجل التأكد من نوعية البضاعة ومطابقتها للفاتورة. والشهادة الصحية التي تثبت بان هذه البضاعة خالية من الأمراض⁷⁵⁹.

ثم المرحلة الأخيرة: أين يقوم المشتري بتسلم الوثائق الواردة إليه من قبل بنكه إلى الشاحن ويستلم بضاعته، ويخصم بنك المصدر المبلغ من حساب البنك المستورد الموجود عند هذا الأخير، كما يقوم المستورد بتسديد مبلغ القرض والعمولات المرتبطة بالاعتماد المفتوح إلى بنكه. ومن ثم يكون الاعتماد قد تم انجازه.

⁷⁵⁸- حسن دياب، العقود التجارية وعقد البيع سيف، المرجع السابق، ص. 219.

⁷⁵⁹- راجع المادة 30 من القانون 09-03 المؤرخ في 25 فبراير 2009 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، المنشور بالجريدة الرسمية عدد 05 بتاريخ 08 مارس 2009. والمرسوم التنفيذي 05-567 المؤرخ في 10 ديسمبر 2005 الذي يحدد شروط مراقبة مطابقة المنتوجات المستوردة عبر الحدود وكيفيات ذلك، المنشور بالجريدة الرسمية عدد 80 بتاريخ 11 ديسمبر 2005، الذي يفرض إجبارية خضوع البضائع المستوردة للمراقبة قبل عملية جمركتها، ويفرض على المستوردين التقدم إلى المفتشيات الحدودية التابعة للإدارة المكلفة بحماية المستهلك وقمع الغش الموجودة على مستوى المراكز الحدودية البرية والبحرية والجوية. راجع أيضا القرار الوزاري المشترك المؤرخ في 15 غشت 2006 يتضمن تحديد سير الأقسام الإقليمية للتجارة ومفتشيات مراقبة الجودة وقمع الغش عند الحدود، المنشور بالجريدة الرسمية عدد 07 بتاريخ 28 يناير 2007.

III- النتائج المترتبة عن استعمال الاعتماد المستندي كوسيلة لدفع الديون الدولية.

الاعتمادات المستندية هي وسيلة سداد تحقق فوائد كثيرة لا تحققها أي وسيلة أخرى، فهي ضمان بالنسبة لطرفي عقد البيع الدولي، وذلك لتوسط مؤسسات مصرفية لها ائتمان قوي في السوق⁷⁶⁰. وهو وسيلة وفاء بالتزامات العقدية، حيث يمكن للمصدر أن يحصل على ثمن بضاعته فور بدء تنفيذ العقد بتقديم المستندات المطلوبة والمطابقة تماما لشروط الاعتماد للبنك مبلغ الاعتماد. وتضمن للمستورد أن الثمن لا يدفع للمصدر إلا بعد أن يوفي بالتزامه بتسليم البضاعة إلى الشاحن سليمة ومطابق للشروط المتفق عليها وتسليم الوثائق الدالة على ذلك للبنك مبلغ الاعتماد. كما تمكنه أيضا من التصرف في البضاعة حتى قبل وصولها، عن طريق التصرف في المستندات التي تمثلها ما إن يدفع ثمنها، ذلك لأن المصرف يرسل إليه المستندات بمجرد استلامها من المصدر⁷⁶¹.

لكن رغم فوائد الاعتماد المستندي إلا أنه لا يخلو من مخاطر قد تواجهها البنوك، منها ما يتعلق بالتمويل *Les risques relatifs au financement*، ويظهر هذا النوع من الخطر إذا كان الاعتماد غير محدد القيمة. بمعنى أن البنك المتعامل مع المستورد قد التزم بالدفع للبائع المصدر ثمن البضائع المرسلة للمستورد من دون تحديد القيمة القصوى لها. فالخطر الذي يواجهه البنك هنا هو خطر عدم قدرة المستورد على تسديد المبلغ المحدد وفي الوقت المقرر، ففي هذه الحالة قد يطلب من البنك تمديد الأجل ليسمح له بتحويل البضاعة إذا كانت مواد أولية أو إيجاد مشتري إذا كانت منتجات نهائية. وفي هذه الحالة يجب على البنك إيجاد الحلول، فإذا كان لا يريد التخلي عن الضمان يقوم بالاحتفاظ

⁷⁶⁰ - عباس مصطفى المصري، المرجع السابق، ص. 6.

⁷⁶¹ - نفس المرجع.

بحقه نحو هذه البضاعة بإظهار جميع الوثائق الخاصة بالسلعة و يقوم عندئذ و كيل شحن البضائع بأمر من البنك بتخزين البضاعة لحسابه⁷⁶². ومن الأخطار ما يتعلق بفحص الوثائق Les risques relatifs à l'examen des documents، إذ يجب على كل من بنك المصدر وبنك المستورد أن يفحص الوثائق ويعيد النظر فيها. ففي حالة ما إذا كانت المستندات غير مطابقة لشروط الاعتماد قد يتعرض بنك المصدر لخطر عدم الوفاء⁷⁶³.

ثانياً: ضمانات الوفاء بالثمن في عقد الاعتماد الإيجاري الدولي، الليزنج.

تجري أغلب العمليات التجارية الدولية الخاصة بالمنقولات ذات القيمة المالية العالية، كالطائرات والسفن والبيانات البحرية والأقمار الصناعية، عن طريق الاعتمادات الإيجارية، أو ما يسمى بالليزنج. أين لا يقوم المشتري بتسديد ثمنها مباشرة إلى البائع، بل تقوم مؤسسة مالية أو بنك أو شركة تأجير معتمدة باقتناء هذا المبيع وتملكه ثم تأجيره إلى المستأجر، الذي يلتزم خلال المدة المتفق عليها بأن يسدد بدلات إيجار دورية في تواريخ محددة. وعند نهاية المدة المتفق عليها يكون له الخيار بأن يشتري هذا الأصل مع حساب بدلات الإيجار التي سدها في ثمن المبيع، أو أن يرد الأصل المؤجر ويضع حد للإيجار التمويلي، أو أن يستمر في استغلال الأصل عن طريق الإيجار⁷⁶⁴.

⁷⁶² - عصام الدين القصبي، النظام القانوني للعمليات المصرفية الدولية، دراسة تطبيقية خاصة بالاعتمادات المستندية، القاهرة، دار النهضة العربية، 1993، ص. 169 وما بعدها.

⁷⁶³ - عصام الدين القصبي، المرجع السابق، ص. 169 وما بعدها.

⁷⁶⁴ - نجوى إبراهيم البدالي، عقد الإيجار التمويلي، دار الجامعة الجديدة للنشر، 2005، ص. 8. راجع أيضاً، محمود فهمي، منير سالم، عبد الله سالم، التأجير التمويلي، الجوانب القانونية والتنظيمية والمحاسبية، بدون ناشر، 1997، ص. 3. وانظر، عبد الرحمان السيد قرمان، عقد التأجير التمويلي طبقاً للقانون 95 لسنة 1995، دراسة مقارنة بين القوانين المصري والفرنسي، دار النهضة العربية، القاهرة، ص. 5.

ولقد تدخل المشرع الجزائري في هذا المجال، وحاول تنظيم هذا النوع من العقود، من خلال الأمر رقم 96-09 المؤرخ في 10 يناير 1996 المتعلق بالاعتماد التجاري⁷⁶⁵.

وفي هذا الصدد نجد المادة 5 من هذا الأمر تفرق بين الاعتماد التجاري الوطني والاعتماد التجاري الدولي، وتأخذ بمعيار مكان إقامة أطراف العقد كأساس للتمييز بينهما. فإذا كان كل من المؤجر (أي البنك أو المؤسسة المالية أو شركة التأجير المعتمدة) مانح الاعتماد، والمستأجر أي المتعامل الاقتصادي يقيم بالجزائر، فإن عقد الاعتماد التجاري يعتبر في هذه الحالة وطني. أما إذا كان أحد الأطراف مقيما خارج الجزائر، فهذا يكفي لاعتبار العقد كاعتماد تجاري دولي في نظر هذا الأمر. ويحيل هذا الأمر في تحديد مفهوم الإقامة إلى التشريع والتنظيم المعمول به، وفي هذا الصدد تصبح المواد من 36 إلى 39 والفقرة 5 من المادة 50 من القانون المدني هي الواجبة التطبيق لمعرفة محل إقامة الأطراف⁷⁶⁶.

وحرصا من المشرع الجزائري على ضمان حماية الائتمان الممنوح من قبل المؤسسات المالية أو البنوك أو شركات التأجير، كمؤجرين في عقد الاعتماد التجاري. من أجل استرداد ديونهم وحقوقهم المختلفة التي في عاتق المستأجر، مكنهم من حقوق وامتيازات هامة جدا، تؤدي إلى اقتضاء حقوقهم في مواجهة المدين المستأجر بصرامة ليس لها مثيل في غيرها من العقود. فبمجرد عدم دفع المستأجر لقسط واحد فقط يمكن

⁷⁶⁵ - المنشور في الجريدة الرسمية، عدد 3 صفحة 25، المصادرة بتاريخ 14 يناير 1996.

⁷⁶⁶ - تنص المادة 5 من الأمر 96-09 السالف الذكر: "يعرف الاعتماد التجاري على أساس أنه "وطني" عندما تجمع العملية شركة تأجير أو بنكا أو مؤسسة مالية بتعامل اقتصادي وكلاهما مقيمان في الجزائر.

على أساس أنه "دولي" عندما يكون العقد الذي يرتكز عليه: أما مضمي بين متعامل اقتصادي مقيم في الجزائر وشركة تأجير أو بنك أو مؤسسة مالية غير مقيمة بالجزائر.

- وإما مضمي بين متعامل اقتصادي غير مقيم في الجزائر وشركة تأجير أو بنك أو مؤسسة مالية مقيمة في الجزائر.

- أن صفتي المقيم وغير المقيم في الجزائر هما المحددتان في التشريع والتنظيم المعمول بهما في الجزائر.

للمؤجر بعد خمسة عشر يوما من اعذاره أن يضع حدا للاعتماد الاجباري، ويسترد العين المؤجرة بمجرد استصدار أمر على عريضة غير قابل للاستئناف من رئيس محكمة مكان إقامة المؤجر. ويمكن للمؤجر بعد ذلك أن يتصرف في العين المؤجرة كما يشاء، عن طريق البيع أو التأجير أو الرهن⁷⁶⁷. وقد اعتبر المشرع الجزائري أن عدم دفع قسط واحد من قبل المستأجر، بمثابة فسخ تعسفي للعقد من قبله⁷⁶⁸. ومنح للمؤجر حق اللجوء إلى القضاء للمطالبة بدفع الايجارات المتبقية والمستحقة، وكذا التعويض الشامل للخسائر المحتملة وما فاتته من كسب⁷⁶⁹.

ومن بين الضمانات الممنوحة أيضا للمؤجر (مانح الاعتماد)، هو أن أصل المؤجر يبقى بعيدا عن أي مطالبات لدائني المستأجر، سواء العاديين أو الممتازين في حالة حله بالتراضي أو قضائيا (إن كان شخص معنوي)، أو تسوية قضائية أو إفلاسه، فهذا الأصل يعود للمالكه وهو المؤجر⁷⁷⁰. وفي مقابل ذلك فإن المؤجر له حق امتياز قانوني من أجل تحصيل مستحقاته الناشئة عن عقد اعتماد إيجاري من أصل وملحقات، ويرتب هذا الامتياز بعد تلك المذكورة في المادتين 900 و901 من القانون المدني والامتيازات الخاصة

⁷⁶⁷ - تنص المادة 20 من الأمر 96-09 السالف الذكر: "يمكن المؤجر طوال مدة عقد الاعتماد الاجباري وبعد إشعار مسبق أو اعذارا لمدة خمسة عشر يوما كاملة، أن يضع حدا لحق المستأجر في الانتفاع بالأصل المؤجر واسترجاعه بالتراضي أو عن طريق مجرد أمر غير قابل للاستئناف يصدر بديل العريضة عن رئيس محكمة مكان إقامة المؤجر، وذلك في حالة عدم دفع المستأجر قسطا واحدا من الإيجار، وفي هذه الحالة يمكن المؤجر أن يتصرف في الأصل المسترجع عن طريق تأجير أو بيع أو رهن الحيازة، أو عن طريق أية وسيلة قانونية أخرى لنقل الملكية. ويعد كل بند مخالف لعقد الاعتماد الاجباري بندا غير محرر.

لا يمكن للمستأجر أن يتمسك بعقد الاعتماد الاجباري للاستفادة من مواصلة الإيجار وفقا للشروط المتفق عليها أوليا، إذا مارس المؤجر حقه في استرجاع الأصل المؤجر وفقا للشروط المحددة في الفقرة السابقة، ما عدا حالة وجود موافقة صريحة من المؤجر، ويشكل عدم دفع قسط واحد من الإيجار فسحا تعسفيا لهذا العقد".

⁷⁶⁸ - راجع الفقرة الأخيرة من المادة 20 من الأمر 96-09 السابق ذكرها.

⁷⁶⁹ - المادة 21 من الأمر 96-09 السالف الذكر.

⁷⁷⁰ - المادة 22 من الأمر 96-09 السالف الذكر.

بالأجراء. لذلك فإن المؤجر في عقد الاعتماد التجاري يستوفي حقه قبل أي دائن آخر من دائني المستأجر سواء عادي أو مرتفن⁷⁷¹.

ومن الضمانات أيضا، أنه في حالة الضياع الجزئي أو الكلي للأصل المؤجر. فإن المؤجر وحده هو الذي يكون مؤهلا لقبض التعويضات الخاصة بالتأمين، بغض النظر عن تكفل المستأجر بأقساط التأمين المكتتبة ودون الحاجة إلى تفويض خاص لهذا الغرض⁷⁷².

وهكذا نلاحظ أن المشرع الجزائري سن مجموعة من الضمانات لتمكين البنوك أو المؤسسات المالية أو شركات التأجير التي تمنح اعتمادات وقروض إيجارية من استيفاء أموالها بأفضل السبل، وبإجراءات بسيطة وبامتيازات مقررة قانونا ولا يمكن على الإطلاق الإنقاص منها أو الاتفاق على مخالفتها لأنها من النظام العام، وتساهم في تعزيز الثقة الائتمانية في هذا النوع من العقود.

ثالثا: التأمين كوسيلة لضمان الوفاء بالثمن في عقد البيع الدولي.

تعرض العمليات التجارية الدولية لعدة مخاطر، منها إعسار الطرف الآخر المتعاقد، أو إفلاسه وعدم قدرته على الوفاء بالثمن. كما قد تتعرض لمخاطر خاصة، سياسية (كنشوب حرب أو حصار أو انقلاب في بلد المتعاقد الأجنبي). أو مالية (كصول عوائق لتنقل الأموال وتحويلها من بلد البائع إلى بلد المشتري). أو حتى مخاطر طبيعية (كالزلازل والبراكين والأعاصير). وهو ما يدفع إلى ضرورة إقامة نظام تأمين خاص بالعمليات التجارية الدولية.

⁷⁷¹ - راجع المواد 23، 24، 25 من الأمر 96-09 السالف الذكر.

⁷⁷² - راجع المادة 26 من الأمر 96-09 السالف الذكر.

في فرنسا تم إنشاء الشركة الفرنسية للتأمين في التجارة الخارجية Compagnie Française d'assurance pour le commerce extérieur (COFACE) وذلك بمقتضى المرسوم المؤرخ في 16 مارس 1957 المعدل بمقتضى مرسوم 25 أبريل 1964 والمعدل أيضا بمقتضى مرسوم 14 ماي 1994⁷⁷³. وتقوم هذه الشركة باسم ولحساب الدولة بتسيير المرفق العام الخاص بتأمين عمليات التصدير من الأخطار السياسية، وأخطار الكوارث الطبيعية والأخطار التجارية غير المألوفة المتعلقة بالتجارة الخارجية، ويصطلح عليها بـ « l'assurance-crédit d'état ». كما تقوم الشركة COFACE لحسابها الخاص بغيرها من شركات التأمين العادية بتأمين الأخطار التجارية المألوفة قصيرة الأمد، ويصطلح عليها هنا بـ⁷⁷⁴ « l'assurance-crédit de marché ».

وعلى غرار هذا الوضع الحاصل في فرنسا، قام المشرع الجزائري في سنة 1996 بإنشاء نظام لتأمين القرض عند التصدير وذلك بمقتضى الأمر رقم 96-06 المؤرخ في 10 يناير 1996 المتعلق بتأمين القرض عند التصدير⁷⁷⁵. وقد أوكل المرسوم التنفيذي 96-235 المؤرخ في 02 يوليو 1996، الذي يحدد شروط تسيير الأخطار المغطاة بتأمين القرض عند التصدير وكيفية⁷⁷⁶، المعدل بالمرسوم التنفيذي رقم 97-388 المؤرخ في 19 أكتوبر 1997⁷⁷⁷، والمعدل والمتمم أيضا بالمرسوم التنفيذي 99-75 المؤرخ في 11 أبريل

⁷⁷³- CF. Code Assur., art. R 442.1 : « dans l'intérêt du commerce extérieur de la France, les risques commerciaux, politique, monétaires, catastrophique, ainsi que certains risques dits extraordinaires, liés aux échanges internationaux, sort, en application de la loi du 5 juillet 1945, garantis et gérés pour le compte de l'état et sous son contrôle par la société anonyme dénommée COFACE ».

⁷⁷⁴- Jean- Michel Jacquet et autres, Droit du commerce international, 1^{er} édition, Dalloz, 2007, p.585.

⁷⁷⁵- منشور بالجريدة الرسمية الصادرة بتاريخ 14 يناير 1996، عدد 3.

⁷⁷⁶- المنشور في الجريدة الرسمية، عدد 41 لسنة 1996.

⁷⁷⁷- المنشور في الجريدة الرسمية، عدد 69 لسنة 1997.

1999⁷⁷⁸ ، مهمة تسيير هذا النظام للشركة ذات الأسهم المسماة الشركة الجزائرية للتأمين وضمان الصادرات⁷⁷⁹ ، ولجنة التأمينات عند التصدير⁷⁸⁰ .

وقد قسم الأمر 06-96 السالف الذكر الأخطار المضمونة إلى الأخطار التجارية، والأخطار السياسية وأخطار عدم التحويل وأخطار الكوارث.

فالأخطار التجارية تتولى الشركة تسييرها لحسابها الخاص وتحت رقابة الدولة. ويتحقق الخطر التجاري عندما لا يفي المشتري بدينه، شخصا طبيعيا كان أو معنويا خاضع للقانون الخاص. بخلاف الأشخاص الخاضعة للقانون العام من إدارات عمومية أو شركات مكلفة بخدمة عمومية، ففي حالة عدم وفائها يعتبر هذا الخطر سياسي وليس تجاري⁷⁸¹ . ويضمن الخطر التجاري في حدود أقصاها 80% من القيمة، وهو ما تحدده المادة 2 من القرار الصادر عن وزارة المالية المؤرخ في 21 ماي 1996، الذي يحدد الحصة المضمونة لتغطية الأخطار المرتبطة بتأمين القرض عند التصدير⁷⁸² .

أما بقية الأخطار، السياسية، وأخطار عدم التحويل وأخطار الكوارث، فإن الشركة لا تسييرها لحسابها الخاص وإنما لحساب الدولة وتحت رقابتها. ونكون أمام خطر سياسي عندما يكون المشتري الذي لم يفي بدينه إدارة عمومية أو شركة مكلفة بخدمة عمومية، أو في حالة حرب أهلية أو أجنبية أو ثورة، أو أعمال شغب وغيرها من الوقائع

⁷⁷⁸ - المنشور في الجريدة الرسمية، عدد 26 لسنة 1999.

⁷⁷⁹ - نص المادة 2 من المرسوم التنفيذي 96-235: "يعهد تسيير تأمين القرض عند التصدير، المؤسس بموجب الأمر رقم 96-06... إلى الشركات ذات الأسهم المسماة الشركة الجزائرية للتأمين وضمان الصادرات، المنشأة بعقد موثق بتاريخ 3 ديسمبر 1995".

⁷⁸⁰ - قرار وزير المالية، المؤرخ في 09 أكتوبر 1997، يتضمن الموافقة على النظام الداخلي للجنة تأمين وضمان الصادرات، ج. ر. عدد 11 لسنة 1997.

⁷⁸¹ - راجع المادة 5 من الأمر 06-96 السالف الذكر.

⁷⁸² - المنشور في الجريدة الرسمية، عدد 36 لسنة 1996.

المماثلة التي وقعت في بلد إقامة المشتري. أو في حالة قرار تأجيل دفع الديون بأمر من سلطات بلد إقامة المشتري⁷⁸³. أما خطر عدم التحويل، فيحصل عندما تكون أحداث سياسية أو مصاعب اقتصادية تحول دون وصول الأموال التي يدفعها المشتري أو تتسبب في تأخير التحويل⁷⁸⁴. أما خطر الكوارث، فنكون أمامها عندما لا يفني المشتري بدينه بسبب وقوع كارثة في بلد إقامته، مثل الزلزال والفيضان والإعصار والظوفان والانفجار البركاني، والتي تؤثر بصفة مباشرة على نشاطه وقدرة وفائه⁷⁸⁵. وتمنح الضمانات في هذه الأنواع من الأخطار (السياسية، وعدم التحويل، والكوارث) وفقا لثلاث مستويات. فتختص الشركة بمنح الضمانات في العقود التي تقل مدتها عن 12 شهرا، وتقل قيمتها عن عشرين مليون دينار. بينما تختص اللجنة بمنح الضمانات في العقود التي تقل مدتها عن 12 شهرا وتتراوح قيمتها بين عشرين مليون دينار و200 مليون دينار. أما العقود التي تفوق قيمتها عن 200 مليون دينار سواء قصيرة الأمد أو طويلة الأمد فيختص بها وزير المالية⁷⁸⁶، وتبلغ نسبة الحصة المغطاة بالضمان في هذا النوع من الأخطار إلى 90% حسب القرار الصادر عن وزارة المالية المؤرخ في 21 ماي 1996، الذي يحدد الحصة المضمونة لتغطية الأخطار المرتبطة بتأمين القرض عند التصدير⁷⁸⁷.

⁷⁸³ - راجع المادة 6 من الأمر 96-09 السالف الذكر.

⁷⁸⁴ - راجع المادة 7 من الأمر 96-09 السالف الذكر.

⁷⁸⁵ - راجع المادة 8 من الأمر 96-09 السالف الذكر.

⁷⁸⁶ - راجع المادة 2 من القرار الصادر عن وزير المالية المؤرخ في 2 أكتوبر 1997 يحدد مستويات الاختصاص المرتبطة بضمانات تأمين

الصادرات، جريدة رسمية، عدد 73 لسنة 1996.

⁷⁸⁷ - المنشور في الجريدة الرسمية، عدد 36 لسنة 1996.

الفرع الثاني: ضمان الوفاء بالديون في العقود الدولية وفقا للاتفاقيات الدولية.

على المستوى الدولي نجد العديد من الهيئات الدولية التي سعت إلى توحيد إما قواعد النزاع، أو القواعد الموضوعية التي تحكم ضمانات الوفاء بالثمن في العقود الدولية. وعلى رأسها لجنة الأمم المتحدة لقانون التجارة الدولية (CNUDCI)، ومعهد روما لتوحيد القانون الخاص (UNIDROIT). فلقد ساهمت هذه الهيئات في وضع العديد من الاتفاقيات الدولية، أو القوانين النموذجية أو حتى صياغة المبادئ العامة لقانون التجارة الدولية التي تتعلق بضمان وفاء الديون الناتجة عن العقود الدولية. لذلك سنتعرض لدور كل هيئة من تلك الهيئات الدولية على حدة.

أولاً: مساعي لجنة الأمم المتحدة لقانون التجارة الدولية CNUDCI في ميدانالضمانات الدولية.

لقد قامت لجنة الأمم المتحدة لقانون التجارة الدولية La commission des nations unis pour le droit du commerce international (CUDCI). إنشائها⁷⁸⁸ بمساعي كبيرة من أجل توحيد قانون التجارة الدولية وبالأخص في مجال طرق الوفاء الدولية والضمانات والتأمينات الدولية. وقد أنشأت هذه اللجنة عدة مجموعات عمل⁷⁸⁹، منها ثلاثة لها علاقة بالموضوع المعالج وهي:

⁷⁸⁸ - لجنة الأمم المتحدة لقانون التجارة الدولية، هي لجنة تابعة للجمعية العامة للأمم المتحدة، أسستها بمقتضى توصيتها رقم 2205 (XXI) الصادرة في 17 ديسمبر 1966، دورها مساعدة المجتمع الدولي على توحيد القوانين في مجال التجارة الدولية. تدعى باللغة الفرنسية، La commission des nations unis pour le droit du commerce international (CUDCI)، وتسمى باللغة الإنجليزية *United Nations commission on International Trade Law* (UNCITRAL).

⁷⁸⁹ - www.cnudci.fr.

المجموعة الرابعة، وقد كلفت منذ 1973 إلى 1987 بدراسة كل المسائل المتعلقة بالأوراق التجارية الدولية، وتمخض عن عملها إقرار اتفاقية دولية تتعلق بالسفحة والسند لأمر الدوليين *Convention des Nations Unies sur les lettres de change internationales et les billets à ordre internationaux*، التي تم تبنيها من قبل الجمعية العامة للأمم المتحدة في 09 ديسمبر 1988. وتطبق هذه الاتفاقية على جميع الأوراق التجارية الدولية، التي يشير فيها الأطراف صراحة أن هذه السفحة أو هذا السند لأمر دولي ويخضع لاتفاقية الأمم المتحدة⁷⁹⁰.

ثم كلفت منذ 1988 بدراسة المسائل المتعلقة بالوفاء الدولي، وقد أُنجزت قانون نموذجي خاص بالوفاء الدولي *Loi type de la CNUDCI sur les virements internationaux*، الذي تبنته لجنة الأمم المتحدة لقانون التجارة الدولية في 15 ماي 1992. وهو يعالج المسائل المتعلقة بالتزامات الأمر بالدفع والبنك في مواجهة المستفيد. وكذا مدى مسؤولية البنك عن التأخر في الوفاء أو الأخطاء، وغيرها من المسائل المتعلقة بالدفع الدولي. وفي 11 ديسمبر 1995 تبنت الجمعية العامة للأمم المتحدة اتفاقية دولية خاصة بالضمانات المستقلة ورسائل الاعتماد *Convention des Nations Unies sur les garanties indépendantes et les lettres de crédit stand-by*. فحسب هذه الاتفاقية الضمانات المستقلة هي كل تعهد صادر من بنك أو أي شخص بأن يدفع مبلغ محدد أو قابل للتحديد للمستفيد بناء على طلب بسيط أو بعد تقديم وثائق، ويكون ذلك بسبب عدم وفاء الطرف الأصيل بالتزاماته⁷⁹¹. وقد دخلت هذه الاتفاقية

⁷⁹⁰ - Ibid.

⁷⁹¹ - Article 2 de la Convention des Nations Unies sur les garanties indépendantes et les lettres de crédit stand-by :

1. Aux fins de la présente Convention, un engagement est un engagement indépendant, connu dans la pratique internationale sous le nom de garantie indépendante ou lettre de crédit stand-by, pris par une banque ou une autre institution ou personne ("garant/émetteur"), de payer au bénéficiaire un certain montant ou un montant déterminable sur simple demande ou sur demande accompagnée d'autres documents, conformément aux termes et à toutes conditions documentaires de l'engagement, indiquant, ou dont il peut être déduit, que le paiement est dû en raison de la non-exécution d'une obligation, ou pour toute

حيز التنفيذ في 01 جانفي 2000. وفي 12 ديسمبر 2001 صادقت الجمعية العامة للأمم المتحدة، على اتفاقية دولية تتعلق بحوالة الديون في التجارة الدولية *Convention des Nations*⁷⁹² وهي اتفاقية *Unies sur la cession de créances dans le commerce international*، وهي اتفاقية تساهم في رفع الحواجز القانونية المفروضة على بعض الممارسات المالية الدولية، كحوالة الديون الدولية المستقبلية. وتساهم في توحيد القوانين الداخلية في بعض المسائل الخاصة كأثر الحوالة الحاصلة بين الدائن والمحال له في مواجهة المدين.

أما المجموعة الخامسة، فقد كلفت بين 1995 إلى 1999 بمعالجة مسائل الإعسار والإفلاس الدولي. وفي هذه المرحلة قامت بوضع قانون نموذجي خاص بالإعسار الدولي، ودليل لكيفية تطبيقه، وذلك في 30 ماي 1997 *Loi type de la CNUDCI* *l'insolvabilité internationale et Guide pour son incorporation*. يهدف هذا القانون النموذجي لمساعدة الدول على جعل تشريعاتها متطورة ومتجانسة، عادلة وفعالة في مواجهة مسائل الإعسار الدولي، في الحالات التي يكون فيها للمدين المعسر أموال يراد التنفيذ عليها في دول مختلفة، أو يكون للمدين المعسر دائنين من دول مختلفة. والجدير بالملاحظة أن هذا القانون النموذجي يعترف بوجود اختلافات شكلية وإجرائية بين

autre éventualité, ou en raison d'un prêt ou d'une avance d'argent ou du fait de l'arrivée à échéance d'une dette du donneur d'ordre ou d'une autre personne.

2. L'engagement peut être pris :

- a) À la demande ou sur les instructions du client ("donneur d'ordre") du garant/émetteur;
 - b) Sur les instructions d'une autre banque, d'un autre établissement ou d'une autre personne ("partie ordonnatrice") agissant à la demande de son client ("donneur d'ordre");ou
 - c) Pour le compte du garant/émetteur lui-même.
3. Il peut être stipulé dans l'engagement que le paiement sera effectué sous toute forme, y compris :
- a) Par paiement dans une monnaie ou unité de compte spécifiée;
 - b) Par acceptation d'une lettre de change (traite);
 - c) Par paiement différé;
 - d) Par la fourniture d'un article de valeur spécifié.

4. Il peut être stipulé dans l'engagement que le garant/émetteur lui-même est le bénéficiaire lorsqu'il agit pour une autre personne.

⁷⁹²-PUBLICATION DES NATIONS UNIES Numéro de vente: F.04.V.14 ISBN 92-1-233401-6

التشريعات، لكنه يضع مجموعة من الإجراءات تهدف إلى التعاون والاعتراف الدولي فيما يخص إجراءات التنفيذ على المدينين المعسرين المتخذة في دولة أجنبية.⁷⁹³

وفي سنة 2000 كلفت ذات المجموعة (الخامسة) بدراسة الممارسات في مجال العقود الدولية. ثم من 2001 إلى يومنا هذا عادت للاشتغال على مادة الإعسار والإفلاس الدولي. فقامت في 25 جوان 2004 بوضع دليل تشريعي خاص بقانون الإعسار Guide législatif de la CNUDCI sur le droit de l'insolvabilité. أين يضع مجموعة من التوجيهات التي تساعد السلطات الرسمية والتشريعية في مختلف دول العالم على كيفية وضع قوانين خاصة بمعالجة مسائل الإعسار والإفلاس الدولي، بما يتناسب مع ضرورة التوحيد الدولي من جهة، ومراعاة خصوصيات النظام العام في تلك الدول من جهة أخرى. فنجد هذا الدليل التشريعي يضع لكل مسألة معينة مجموعة من الخيارات التشريعية يمكن للمشرعين أن يختاروا منها ما يتناسب مع حاجتهم⁷⁹⁴. ثم في 1 جويلية 2009 تبنت لجنة الأمم المتحدة لقانون التجارة الدولية الدليل التطبيقي الخاص بالتعاون في مادة الإعسار الدولي Guide pratique de la CNUDCI sur la coopération en matière d'insolvabilité internationale (le "Guide pratique")⁷⁹⁵. وهو دليل يساعد الممارسين من قضاة ومتعاملين دوليين على الاطلاع على

⁷⁹³- Voir la PRÉAMBULE de la Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale et Guide pour son incorporation : « La présente Loi a pour objet d'offrir des moyens efficaces pour traiter des cas d'insolvabilité internationale, afin de promouvoir les objectifs suivants:

- a) Assurer la coopération entre les tribunaux et les autres autorités compétentes du présent État et des États étrangers intervenant dans les affaires d'insolvabilité internationale;
- b) Garantir une plus grande certitude juridique dans le commerce et les investissements;
- c) Administrer équitablement et efficacement les procédures d'insolvabilité internationale, de manière à protéger les intérêts de tous les créanciers et des autres parties intéressées, y compris le débiteur;
- d) Protéger les biens du débiteur et en optimiser la valeur; et
- e) Faciliter le redressement des entreprises en difficultés financières, de manière à protéger les investissements et préserver les emplois. »

⁷⁹⁴- هذا الدليل منشور بالموقع الرسمي للجنة الأمم المتحدة لقانون التجارة الدولي www.cnumci.fr.

PUBLICATION DES NATIONS UNIES Numéro de vente: F.05.V.10 ISBN 92-1-233411-3.

⁷⁹⁵- تبنت الجمعية العامة للأمم المتحدة هذا الدليل في 16 ديسمبر 2009 (sa résolution 64/112).

الممارسات الدولية في هذا المجال. فيضم هذا الدليل عدة أمثلة عن اتفاقات دولية وعن اجتهادات وتطبيقات قضائية حصلت خلال عشر سنوات الأخيرة. غير أن هذا الدليل ليست له أي قيمة قانونية *Le Guide pratique n'a aucune vocation normative*، وكل ما في الأمر أنه يوضح الممارسات الدولية في مجال الإعسار الدولي.⁷⁹⁶

بينما المجموعة السادسة، فقد تم إنشائها سنة 2002 وهي تعكف منذ ذلك التاريخ إلى اليوم على دراسة الضمانات الدولية، وقد نجم عن عملها وضع دليل تشريعي خاص بالعمليات المضمونة بواسطة تأمينات عينية منقولة *Le Guide législatif de la CNUDCI sur les opérations garanties par des sûretés réelles mobilières* الذي تم تبنيه من قبل لجنة الأمم المتحدة لقانون التجارة الدولية في دورتها الواحدة والأربعون المنعقدة بفيينا بين 25 جوان إلى 12 جويلية 2007، أين تم تبني القسم الأول منه. ثم من 10 إلى 14 ديسمبر 2007، تم تبني القسم الثاني منه. وقد تبنت الجمعية العامة للأمم المتحدة هذا الدليل في 11 ديسمبر 2008 بمقتضى توصيتها رقم 121/63.⁷⁹⁷

ثانياً: مساعي معهد روما لتوحيد القانون الخاص (Unidroit) في ميدان الضمانات

الدولية.

لقد عمل معهد روما Unidroit على وضع اتفاقية دولية مهمة جدا في مجال الضمانات والتأمينات العينية الخاصة بالتجارة الدولية. ويتعلق الأمر باتفاقية CAP الخاصة بالضمانات الدولية الخاصة للعتاد المنقول الممضاة في 16 نوفمبر 2001. *Convention (Unidroit) relative aux garanties internationales portant sur des matériels*

⁷⁹⁶ - هذا الدليل منشور بالموقع الرسمي للجنة الأمم المتحدة لقانون التجارة الدولي www.cnudci.fr.
PUBLICATION DES NATIONS UNIES Numéro de vente: F.10.V.6 ISBN 978-92-1-233491-2.

⁷⁹⁷ - هذا الدليل منشور في الموقع الرسمي للجنة الأمم المتحدة لقانون التجارة الدولي. www.cnudci.fr.

d'équipement mobiles. وقد تم الإضاء على هذه الاتفاقية من قبل 28 دولة، ودخلت حيز التنفيذ في 01 مارس 2006⁷⁹⁸. تهدف هذه الاتفاقية إلى إقرار الضمانات والتأمينات العينية الاتفاقية على المنقولات ذات القيمة العالية، والتي بطبيعتها تنتقل بين حدود الدول، أو حتى في الفضاء. مثل الطائرات، محركات الطائرات، السفن، المنصات البترولية البحرية، الأقمار الصناعية، المعدات الفضائية، وغيرها من المعدات عالية القيمة والتي تصلح أن تكون محل الرهن⁷⁹⁹. وتساهم هذه الاتفاقية في خلق ضمانات دولية معترف بها على مستوى الدول المختلفة، وذلك بعد قيد هذه الضمانات والتأمينات والرهن على مستوى سجل دولي يتمتع بالشخصية المعنوية. ينظم هذا السجل وفقا للمادتين 16 و17 من الاتفاقية، ويتم القيد وفقا للمواد من 18 إلى 26 منها⁸⁰⁰. الضمانات المقيدة في

⁷⁹⁸ - معلومات متحصل عليها من الموقع الرسمي لمعهد روما لتوحيد القانون الخاص www.unidroit.com

⁷⁹⁹ - Article 2 du Convention CAP:

1. La présente Convention institue un régime pour la constitution et les effets d'une garantie internationale portant sur certaines catégories de matériels d'équipement mobiles et les droits accessoires.
2. Aux fins de la présente Convention, une garantie internationale portant sur des matériels d'équipement mobiles est une garantie, constituée conformément à l'article 7, portant sur un bien qui relève d'une catégorie de biens visée au paragraphe 3 et désignée dans le Protocole, dont chacun est susceptible d'individualisation:
 - a) conférée par le constituant en vertu d'un contrat constitutif de sûreté;
 - b) détenue par une personne qui est le vendeur conditionnel en vertu d'un contrat réservant un droit de propriété; ou
 - c) détenue par une personne qui est le bailleur en vertu d'un contrat de bail. Une garantie relevant de l'alinéa a) du présent paragraphe ne peut relever également de l'alinéa b) ou c).
3. Les catégories visées aux paragraphes précédents sont:
 - a) les cellules d'aéronefs, les moteurs d'avion et les hélicoptères;
 - b) le matériel roulant ferroviaire; et
 - c) les biens spatiaux.
4. La loi applicable détermine la question de savoir si une garantie visée au paragraphe 2 relève de l'alinéa a), b) ou c) de ce paragraphe.
5. Une garantie internationale sur un bien porte sur les produits d'indemnisation relatifs à ce bien.

⁸⁰⁰ - Article 16 du Convention CAP:

1. Un Registre international est établi pour l'inscription:
 - a) des garanties internationales, des garanties internationales futures et des droits et des garanties non conventionnels susceptibles d'inscription;
 - b) des cessions et des cessions futures de garanties internationales;

هذا السجل تسبق كل الضمانات الأخرى غير المقيدة، أو المقيدة في تاريخ لاحق، ويمكن الاحتجاج بها لدى وكيل تفليسة الدائن. وفي حالة عدم الوفاء بالالتزامات المحملة برهن، يمكن للدائن أن يتخذ كل الإجراءات اللازمة لاسترداد حقوقه. فيمكنه أن يسيطر على حيازة المال المرهون، أو يتولى الرقابة والحراسة عليه، يبعه لاسترداد أمواله، أو تأجيله، التحصل على كل مداخيل أو فوائد يحققها هذا المنقول. وتجدر الإشارة أنه في 16 نوفمبر 2001 (في نفس تاريخ إبرام الاتفاقية) تم إقرار بروتوكول يتعلق بالمسائل الخاصة بالعتاد والمعدات الجوية *Protocole portant sur les questions spécifiques aux matériels d'équipements aéronautiques à la convention relative aux garanties internationales portant sur des matériels d'équipements mobiles.* وقد خصص هذا البروتوكول لكل ما هو خاص بالعتاد الجوي، وذلك نظرا لكثرة التعامل دوليا في هذا المجال.

ومن خلال ما سبق عرضه سلفا، نلاحظ أنه نظرا للمخاطر الكبيرة التي تصحب العمليات التجارية الدولية، سعت مختلف التشريعات وكذلك الممارسات والأعراف الدولية وحتى الاتفاقيات الدولية والقوانين النموذجية إلى خلق آليات فعالة تتناسب مع طبيعة تلك العمليات. فنجد الاعتماد المستندي، الآلية الأكثر شيوعا وانتشارا عالميا لدفع ثمن المبيع في عقود البيع الدولية، وهو يحقق الأمان والضمان القانوني لكل من المصدر والمستورد لاستيفاء حقوقهم عن طريق تدخل بنك أو مؤسسة مالية لها وزن وثقة مالية

c) des acquisitions de garanties internationales par l'effet d'une subrogation légale ou conventionnelle en vertu de la loi applicable;

d) des avis de garanties nationales; et

e) des subordinations de rang des garanties visées dans l'un des alinéas précédents.

2. Des registres internationaux distincts pourront être établis pour les différentes catégories de biens et les droits accessoires.

3. Aux fins du présent Chapitre et du Chapitre V, le terme "inscription" comprend, selon le cas, la modification, la prorogation ou la mainlevée d'une inscription.

معتبرة في السوق تشرف على إتمام العملية. وكذلك الشأن بالنسبة للاعتمادات الإيجارية الدولية وما حفها به المشرع الجزائري من ضمانات تسمح للممول باستيفاء ديونه، ونظام التأمين عن الأخطار الناتجة عن التجارة الدولية. ولذلك نجد مختلف الهيئات الدولية الفاعلة في حقل قانون التجارة الدولية قدرت أهمية موضوع ضمان الوفاء بالديون الدولية لتعزيز التبادل التجاري بين الدول، وسعت لوضع اتفاقيات دولية أو قوانين نموذجية توحد القواعد الموضوعية التي تحكم الضمانات.

المبحث الثاني:

الالتزام بتسليم البضائع

كما سبق أن قدمنا فالبائع يلتزم بتسليم البضاعة، وذلك بوضعها تحت تصرف المشتري وتمكينه من حيازتها والانتفاع بها دون عائق، ولو لم يحزها بالفعل ما دام البائع قد أعلمه بذلك. ولذلك يلتزم المشتري بتسليم تلك البضائع. ويستفاد هذا الالتزام من نص المادة 394 من القانون المدني الجزائري التي تنص بأنه: "إذا لم يعين الاتفاق أو العرف مكانا أو زمانا لتسليم المبيع وجب على المشتري أن يتسلمه في المكان الذي يوجد فيه المبيع وقت البيع وأن يتسلمه دون تأخير باستثناء الوقت الذي تتطلبه عملية التسليم". فهل من خصوصية لمضمون هذا التسليم في الاتفاقيات الدولية، وهل يلتزم المشتري في كل الأحوال بتسليم البضاعة، أم توجد حالات يمكنه فيها رفض التسليم؟. لذلك نقسم هذا المبحث إلى مطلبين على النحو التالي:

المطلب الأول: مفهوم الالتزام بتسليم البضاعة.

المطلب الثاني: حالات رفض المشتري تسليم البضاعة.

المطلب الأول: مفهوم الالتزام بتسلم البضائع.

إذا كان الالتزام الرئيسي الملقى على عاتق البائع يتمثل في تسليم بضائع مطابقة لما اتفق عليه في العقد، فإن هذا الالتزام يقابله التزام في جانب المشتري يتمثل في تسليم هذه البضائع في المكان والزمان المتفق عليهما في العقد أو وفقا لما يحدد العرف⁸⁰¹.

ويمكن تعريف التسلم من خلال ما سبق بأنه: "تلقّي المشتري الحيازة المادية للمبيع من البائع وإدخالها تحت سيطرته الفعلية"، وبهذه الحيازة المادية يتمكن المشتري من فحص المبيع والتأكد من مدى مطابقته للاتفاق، وتحقق منفعة منه. إذ ليس غرض هذا الأخير مجرد تسليم المبيع، بل كونه صالحا للغرض الذي اشتراه من أجله⁸⁰².

وقد يكون التسلم فعليا أو حكما. فالتسلم الفعلي يقتضي قيام المشتري بنشاط إيجابي نحو نقل الحيازة المادية للبضائع إليه بأي وسيلة، ويتحقق التسلم المادي بتلقّي المشتري الحيازة المادية للبضاعة من البائع ومناولتها له يدا بيد، بحيث تتصل بالأخير اتصالا ماديا وتدخل تحت سيطرته الفعلية، فإنه قد يتحقق بصورة رمزية بتسلم المشتري شيء يقوم مقام تسليم البضائع محل البيع ذاتها⁸⁰³. وقد يكون التسلم حكما متى اعتبره القانون كذلك، كما لو كان المبيع في حيازة المشتري قبل البيع أو كان البائع قد استبقى

⁸⁰¹ - وهذا ما تؤكدته المادة 394 من القانون المدني الجزائري التي جاء فيها: "إذا لم يعين العرف أو الاتفاق مكانا أو زمانا لتسلم المبيع وجب على المشتري أن يستلمه في المكان الذي يوجد فيه المبيع وقت البيع وأن يستلمه دون تأخير باستثناء الوقت الذي تتطلبه عملية التسلم."

⁸⁰² - فتحي عبد الرحيم، عقد البيع، المرجع السابق، ص. 272. محمود سمير الشرقاوي، الالتزام بالتسليم، المرجع السابق، ص. 319.

⁸⁰³ - التسلم المادي للبضائع يعتبر قد تم سواء تسلمها المشتري بنفسه أو من ينوب عليه، أو سواء سلمها البائع بنفسه أو من ينوب عنه، مادام تمام هذه العملية لم يخالف اتفاقا خاصا بين الطرفين في عقد البيع. ومن صور التسلم الرمزي للبضائع تسليم شيء يمثل البضاعة ذاتها قانونا، كسند شحن البضائع أو سند الإيداع بالنسبة للبضائع المودعة في المخازن أو تسليم مفتاح المخزن المودعة فيه البضائع، إذ يعتبر تسليم أي منها نقلا رمزيا لحيازة البضائع ويقوم مقامها. محمود سمير الشرقاوي، الالتزام بالتسليم، المرجع السابق، ص. 330. محسن شفيق، الوسيط، المرجع السابق، ص. 9.

المبيع في حيازته بعد البيع لسبب آخر غير الملكية⁸⁰⁴. وفي كل الصور السالفة الذكر تبرأ ذمة البائع ويترتب على التسلم حكمه، خاصة انتقال تبعه الهلاك للمشتري.

وحسب اتفاقية لاهاي يعد المشتري قد نفذ التزامه بتسلم المبيع حين يقوم بالأعمال اللازمة لتمكينه من تسلمه وقيامه بسحبه⁸⁰⁵. في حين جاء نص اتفاقية فيينا على ذلك بصورة أكثر واقعية ومعقولة إذ يكون المشتري قد نفذ التزامه بتسلم المبيع حين يقوم بجميع الأعمال التي يمكن توقعها منه بصورة معقولة لتمكين البائع من القيام بالتسليم كمسألة أولية، ثم قيامه بسحبه وتسلمه فعليا كمسألة أخيرة⁸⁰⁶.

ومما تقدم يستفاد أن عملية التسلم للمبيع من جانب المشتري تقضي توافر عنصرين: الأول هو قيام المشتري بكافة الأعمال والتصرفات التي تمكن البائع من تسليم المبيع (الفرع الأول)، أما الثاني فهو قيامه بحسب المبيع وإدخاله في حيازته المادية في الوقت والمكان المتفق عليهما⁸⁰⁷ (الفرع الثاني). وسنعرض لهذين العنصرين تباعا.

⁸⁰⁴ - المادة 2/367 من القانون المدني الجزائري.

⁸⁰⁵ - Article 65 du Convention de La Haye, 1er juillet 1964, portant loi uniforme sur la formation des contrats de vente internationale des objets mobiliers corporels : « La prise de livraison consiste pour l'acheteur à accomplir les actes nécessaires pour que la remise de la chose soit possible et à la retirer. »

⁸⁰⁶ - Art. 60 du CVIM. : « L'obligation de l'acheteur de prendre livraison consiste ;
a) A accomplir tout acte qu'on peut raisonnablement attendre de lui pour permettre au vendeur d'effectuer la livraison ; et
b) A retirer les marchandises. »

⁸⁰⁷ - محسن شفيق، اتفاقية الأمم المتحدة، المرجع السابق، ص. 201. محمود سمير الشرقاوي، العقود التجارية الدولية، المرجع السابق، ص.

الفرع الأول: قيام المشتري بكل ما يلزم من أعمال وتصرفات تمكن البائع من تسليم

المبيع.

يجب على المشتري التعاون مع البائع لإتمام تنفيذ البيع تطبيقاً لمبدأ حسن النية في تنفيذ الالتزامات المتبادلة في عقد البيع الدولي للبضائع، والذي يعد من المبادئ الأخلاقية التي تقوم عليها فلسفة الاتفاقيات الدولية⁸⁰⁸. فحسن النية يقتضي التعاون المستمر بين طرفي العقد أثناء تنفيذه، فيلزم بموجبه كل متعاقد في أن يقدم إلى الآخر ما يعاونه على حسن تنفيذ التزامه⁸⁰⁹. ومن ثم فإن عدم وفاء المشتري بكل عمل ضروري يكون لازماً لتحقيق ما يعاون البائع على حسن تنفيذ التزاماته العقدية، خاصة التزامه بالتسليم يعد إخلالاً من الأول بالتزامه بالتسلم.

لذلك يجب على المشتري توفير المستندات اللازمة لاستيراد البضاعة في الحالة التي يستلزم فيها دخولها بلده أو البلد المتفق على إرسالها إليها إذن ترخيص استيراد، ويحصل عليه على نفقته الخاصة⁸¹⁰. ويرجع أساس التزام المشتري بتقديم هذا المستند إلى كونه عمل ضروري للقيام بكل ما هو لازم لتسلم البضاعة. وإذا أدى عدم توفير المشتري مثل

⁸⁰⁸ - لم تنص اتفاقية لاهاي على هذا المبدأ، وإنما يمكن استنباطه من نصوصها عامة، من خلال المادة 3/9 والمادة 17 من ذات الاتفاقية. في حين نصت اتفاقية فيينا على هذا المبدأ بقولها "يراعي في تفسير هذه الاتفاقية... كما يراعي احترام حسن النية في التجارة الدولية". المادة 7 من اتفاقية فيينا.

⁸⁰⁹ - وفاء حلمي أبو جميل، الالتزام بالتعاون، دار النهضة العربية، 1992، ص. 20.

⁸¹⁰ أوجبت قواعد الأنكوترمز على المشتري أن يحصل ويقدم على مسؤولية ونفقته شهادة أو ترخيص الاستيراد أو أي مستند آخر من هذا النوع قد يحتاج إليه لاستيراد البضاعة. وقد حكم القضاء الإنجليزي بذلك سنة 1943 في قضية Mitchell Cotts & Co. (Middle East) LTD V. Hairo LTD. وتتلخص وقائعها في أن عقد بيع سيف لم ترد به إشارة إلى من من الطرفين عليه أن يحصل على ترخيص الاستيراد، وكان كل من الطرفين يعتقد أن عبء الحصول على هذا الترخيص يقع على الطرف الثاني، وعند وصول البضائع تقدم المشتري -الذي كان قد تسلم المستندات من قبل- لاستلامها ولما لم يكن معه ترخيص استيراد فقد حجزت البضاعة بواسطة السلطات الجمركية ثم صودرت، ورفض المشتري دفع الثمن ونازع في أن واجب الحصول على إذن الاستيراد يقع على عاتق البائع. وعندما عرض الأمر على محكمة الاستئناف قضت بأحقية البائع في الحصول على الثمن، إذ أن من واجب المشتري أن يتخذ الخطوات اللازمة للحصول من السلطات المختصة على ترخيص الاستيراد. راجع أحمد حسني، البيوع البحرية، المرجع السابق، هامش 677، ص. 356.

هذا المستند إلى قيام السلطات الجمركية بالحجز على البضاعة ومصادرتها في ميناء الوصول وتعرضها للتلف أو الهلال في المخازن، فإن ذلك يشكل إخلالا جوهريا منه بالتزامه بالتسليم مما يرتب مسؤولية ويعطي للبائع الحق في إعلان فسخ العقد وطلب التعويض. وعلى العكس من ذلك قد يحدث أن يتفق الطرفان أحيانا على التزام البائع بالحصول على هذا الترخيص، وفي هذه الحالة فإن عدم تقديمه يخول للمشتري طلب فسخ البيع.

كما تقتضي بعض البيوع قيام المشتري بإبرام عقد نقل البضائع إذا كان ملتزما بذلك بموجب عقد البيع كما في البيع فوب⁸¹¹ F.O.B، إذ يجب عليه حجز فراغ على ظهر إحدى السفن لتمكين البائع من شحن البضاعة عليها، فضلا عن إخطار البائع بكل المعلومات اللازمة للشحن خاصة الوقت الذي تكون فيه السفينة التي حجز فراغا عليها مستعدة لتلقي البضاعة. وترتبا على ذلك، إذا لم يف المشتري بهذا الالتزام نتيجة خطئه أو إهماله يكون محلا بالتزامه بتسليم المبيع، وأساس ذلك اتصال إبرام عقد النقل وإخطار البائع به بالتزام المشتري بتسليم البضاعة المباعة في هذا النوع من البيوع، مما يعطي للبائع حق إنذاره بالتسليم أو طلب فسخ العقد مع التعويض⁸¹².

كما يجب على المشتري الالتزام بالحضور بنفسه أو من ينوب عنه قانونا لوزن البضاعة أو كيلها أو تجربتها، متى تطلب إتمام البيع هذا الإجراء وتضمن العقد شرطا

⁸¹¹ - البيع فوب F.O.B ويتكون من الحروف الأولى للكلمات الإنجليزية Free On Board وفيه يبرم المشتري عقد النقل البحري، ويقتصر دور البائع على تسليم البضاعة المباعة على ظهر السفينة التي عينها واستأجرها المشتري - وليس على الرصيف بجوارها- وأن البائع يتحمل مصاريف ومخاطر البضاعة حتى هذه اللحظة، وتنتقل المخاطر إلى المشتري ابتداء من لحظة وضع البضاعة على ظهر السفينة.

⁸¹² - أحمد حسني، البيوع البحرية، المرجع السابق، ص. 387.

يقضي بوجوبه، فحينئذ تتصل هذه العمليات بالتزام المشتري بتسلم المبيع، ويعد إخلاله بها مخالفة منه الالتزام⁸¹³.

وبناء على التزام المشتري بالتعاون، يلزم بالقيام بالأعمال الضرورية اللازمة لإتمام عمليتي التسليم والتسلم، والتي يمكن توقعها منه بصورة معقولة لإتمام تنفيذ عقد البيع⁸¹⁴. أما الأعمال الاستثنائية غير المعتادة - غير المعقول توقع قيامه بها - فإنه لا يلزم بأدائها، ما لم يتضمن العقد شرط يقضي بغير ذلك، ومن ثم تخرج هذه الأخيرة - عند عدم الاتفاق على التزامه بها - من دائرة إخلاله بالتزامه بالتسلم. وعلى العكس من ذلك فإن إخلاله بالأعمال التي تدخل في حدود المعقول والمتوقع قيامه بها يعد إخلالا منه بالتزامه بالتسلم، ونتيجة لذلك فإذا حالت تلك المخالفات دون قيام البائع بالوفاء بالتزامه بالتسليم، فإن هذه المخالفة تعد مخالفة جوهرية، مما يعطي للبائع حق إعلان فسخ العقد وطلب التعويض. في حين إذا لم يترتب على تلك المخالفة سوى زيادة الأعباء والمصاريف على البائع عُدَّت المخالفة غير جوهرية، بما لا يعطى البائع سوى الحصول على التعويضات اللازمة⁸¹⁵.

⁸¹³ - محسن شفيق، اتفاقية الأمم المتحدة، المرجع السابق، ص. 201. محمود سمير الشرقاوي، العقود التجارية الدولية، المرجع السابق، ص.

.177

⁸¹⁴ - وقد جاء نص المادة 60 من اتفاقية فيينا الذي يحكم التزام المشتري بتسلم المبيع أوفق في الصياغة والتعبير عنه في نص المادة 65 من اتفاقية لاهاي الذي يحكم ذات الالتزام. فاكتمل الثاني بالنص على التزام المشتري بكل عمل ضروري لتمكين البائع من تسليم المبيع، في حين اشترط الأول وجوب كون هذا العمل مما يمكن عقلاً ومعقولية توقعه من المشتري مما لا يفتح المجال لادعاء البائع بتقصير المشتري في أدائه لتلك الأعمال بغية تحلله من التزاماته من ناحية، وعدم تكليف المشتري بما لا طاقة له من ناحية أخرى. في تفصيل ذلك انظر: محسن شفيق، اتفاقية الأمم المتحدة، المرجع السابق، هامش 320 ص. 201.

⁸¹⁵ - خالد عبد الحميد، المرجع السابق، ص. 122 و 123. وأيضا:

Vincent Heuzé, op. cit., N°. 322, p. 249.

الفرع الثاني: قيام المشتري بسحب البضاعة.

ويقصد بها أخذ البضاعة فعلا من طرف المشتري وحيازته لها حيازة مادية وإدخالها تحت سيطرته الفعلية، ويتم ذلك بنقلها من مخازن البائع أو مصانعه أو الأماكن التي وضعت فيها تحت تصرفه إلى مخازنه، ما لم يتضمن العقد شرطا يقضي بإيصال البضاعة إلى مخازن المشتري⁸¹⁶.

ويعد سحب المشتري للبضاعة في الزمان والمكان المعينين في العقد أو وفقا لما يقضي به العرف أمر بالغ الأهمية لإتمام عمليتي التسليم والتسلم، لما قد يترتب على عدم وفائه به أو التأخير فيه من آثار قانونية أو مالية، كتأخير تفريغ السفينة مما يُدخل البائع في نزاع مع مالك السفينة بشأن غرامات التأخير، أو ترك البضاعة على رصيف الميناء مما يعرضها للتلف أو الهلاك⁸¹⁷.

ويجب على المشتري إتمام استلام البضاعة وسحبها خلال فترة معقولة من تاريخ إخطاره بوضع البضاعة تحت تصرفه وتحمله جميع نفقات هذه العملية، وتقصيره في القيام بذلك في الوقت المعقول يُعد إخلالا جوهريا بالعقد متى ترتب عليه تلف البضاعة بسبب عدم وجود أماكن لتخزينها أو ترتب على تأخره في تسلمها وسحبها وعدم حصوله على التراخيص اللازمة إن قامت السلطات الإدارية لدولته أو لدولة البائع بمصادرتها، وحينئذ يحق للبائع إعلان فسخ العقد وطلب التعويض. أما إذا أدى تأخره في استلامها وسحبها إلى تحمل البائع نفقات إضافية فقط، فالغالب أن هذه المخالفة لا تعد جوهرية

⁸¹⁶ - محمود سمير الشرقاوي، العقود التجارية الدولية، المرجع السابق، ص. 177،

⁸¹⁷ - محسن شفيق، اتفاقية الأمم المتحدة، المرجع السابق، ص. 201 و 202.

متى كان بمقدور البائع الحصول على تعويضات من المشتري تغطي ما تحمله من خسارة⁸¹⁸.

وإذا كان الأصل أن ينفذ المشتري التزامه بالتسليم في نفس الوقت والمكان الذين ينفذ فيهما البائع التزامه بالتسليم، إذ أن الالتزامين ينفذان في وقت واحد وبعملية واحدة عادة. فإن الأمر قد يختلف في البيوع الدولية كما في البيع سيف، فإذا كان تسليم وتسليم المستندات فيه يتمان في وقت واحد، فإن تسليم والبضائع قد ينفصلان في المكان والزمان، إذ يتم تسليم البضاعة في ميناء الشحن وفي غياب المشتري، بل وفي وقت غير معلوم له وذلك بتسليمها للناقل البحري الذي لا تربطه بالمشتري أية رابطة قانونية، ويلتزم الناقل بتسليم البضاعة للمشتري - المرسل إليه - في ميناء الوصول. ومفاد ذلك أن المشتري يتسلم البضاعة في ميناء التفريغ المعين في العقد وعلى ظهر السفينة عند تقديمها إليه من الناقل البحري⁸¹⁹.

المطلب الثاني: حالات رفض المشتري للتسليم.

الأصل أن ينفذ المشتري التزامه بالتسليم في نفس الوقت والمكان الذين ينفذ فيهما البائع التزامه بالتسليم، إذ أن الالتزامين ينفذان في وقت واحد وبعملية واحدة عادة. ويعد تسليم المشتري للمبيع النتيجة المنطقية لقيام البائع بتسليمه، بالنظر للارتباط اللصيق بين كل من الالتزامين. ولا يمكن فصل أحدهم عن الآخر، لأن تنفيذ أحدهما يرتبط

⁸¹⁸ - خالد عبد الحميد، المرجع السابق، ص. 123. وأيضا:

-AUDIT (B.), op. cit, N°. 144, p. 138

⁸¹⁹ - أحمد حسني، البيوع البحرية المرجع السابق، ص. 422. محمود سمير الشراقوي، العقود التجارية الدولية، المرجع السابق، ص. 30 وما بعدها.

مباشرة بتنفيذ الآخر، فلو أحجم البائع عن الوفاء بالتزامه بالتسليم، لن يستطيع المشتري الوفاء بالتزامه بالتسليم⁸²⁰.

وتجدر الإشارة إلى أن تماطل المشتري في تسلم المبيع بالصورة المتفق عليها دون سند قانوني يبيح له ذلك، يمثل إخلالا منه بأحد التزاماته العقدية. غير أنه لا يمكن التحدث عن إخلال المشتري بواجب التسلم، إذا كان ناتجا عن عدم قيام البائع بتسليم المبيع⁸²¹. فيمثل هذا الفرض أبسط الصور لعدم تحقق الإخلال في جانب المشتري بالتزامه بالتسلم، وذلك للارتباط الوثيق بين كلا الالتزامين بما لا يمكن فصل أحدهما عن الآخر. فتنفيذ المشتري لالتزامه بالتسلم مقترن بتنفيذ البائع لالتزامه بتسليم هذا المبيع، فإن تقاعس الأخير عن الوفاء بالتسليم دون سند قانوني، يصبح معه الالتزام بالتسلم من جانب المشتري لا محل له. فالالتزام باستلام المبيع لا ينشأ إلا بتنفيذ البائع لالتزامه بوضع المبيع تحت تصرف المشتري، ومن ثم يتعين إخراج هذه الحالة من حالات إخلال المشتري بالتزامه بالتسلم⁸²².

لكن إذا قام البائع بتنفيذ التزامه بتسليم المبيع، فإنه يصبح على عاتق المشتري التزام بتسليم هذا المبيع. إلا إذا كانت للمشتري أسبابه الجدية، فلا يشكل عدم التسلم مخالفة جوهرية من جانبه⁸²³. كما لو كان رفض الاستلام راجع لكون المبيع غير مطابق للأوصاف المتفق عليها، فكما سبق أن رأينا يجب على البائع أن يسلم البضائع

⁸²⁰ - محمود سمير الشرقاوي، الالتزام بالتسليم، المرجع السابق، ص. 319.

⁸²¹ - نفس المرجع.

⁸²² - خالد عبد الحميد، المرجع السابق، ص. 125. محمود سمير الشرقاوي، الالتزام بالتسليم، المرجع السابق، ص. 320.

⁸²³ - محسن شفيق، اتفاقية الأمم المتحدة، المرجع السابق، ص. 205. محمود سمير الشرقاوي، العقود التجارية الدولية، المرجع السابق، ص.

والمستندات المتعلقة بها، وأن ينقل ملكيتها على النحو الذي يقتضيه العقد، وأن تكون مطابقة من حيث كميتها ونوعيتها وأوصافها وكذلك تغليفها وتعبئتها، وتتوافر فيها الصفات اللازمة للانتفاع بها، سواء الانتفاع العادي أو للاستعمال التجاري المعدة له، أو حتى الانتفاع الخاص في أغراض خاصة، وأن يتم التسليم في المكان والتاريخ المحددان في العقد. وعلى البائع تنفيذ التزامه بما يقتضيه حسن النية في أداء الالتزامات العقدية. وأي إخلال بتسليم البضائع على خلاف ما تقدم، يعطى المشتري حق رفض تسلم البضائع دون أدنى مسئولية عليه في ذلك⁸²⁴.

ويحق للمشتري رفض تسلم البضاعة، إذا كانت غير مطابقة لشروط العقد بأكملها، أو رفض الجزء غير المطابق فقط منها. إذ لا مانع من أن يكون قبول المشتري للبضاعة جزئياً، بحيث يتسلم الجزء الذي يجده متفقاً مع شروط العقد، ويرفض الجزء الآخر في الحالة التي تسمح طبيعة البضاعة بذلك، دون أن يكون مجبراً على تسلمها كلها أو رفضها كلها. ويكون له رفض تسلم الجزء غير المطابق، وإعلان فسخ العقد بالنسبة لهذا الجزء فقط⁸²⁵.

كذلك للمشتري رفض تسلم البضاعة إذا كان تسليمها ناقصاً، ولو كان الجزء المسلم مطابقاً للاتفاق. خاصة إذا كانت منفعة المشتري من البضاعة لن تتحقق إلا بتسليمها كاملة، نظراً لحاجته الماسة لها. أو كان هناك ارتباط بين أجزائها، بحيث لا يمكن الانتفاع بها إلا بتسليمها كاملة. ويشكل التنفيذ الجزئي مخالفة جوهرية للعقد، مما

⁸²⁴ - المواد 30 و31 و33 و34 و35 من اتفاقية فيينا. والمادة 33 من اتفاقية لاهاي.

⁸²⁵ - Art. 51 du CVIM. : « 1- Si le vendeur ne livre qu'une partie des marchandises ou si une partie seulement des marchandises livrées set conforme au contrat, les articles 46 à 50 s'appliquent en ce qui concerne la partie manquante ou non conforme.

2- L'acheteur ne peut déclarer le contrat résolu dans sa totalité que si l'inexécution partielle ou le défaut de conformité constitue une contravention essentielle au contrat. »

يعطي للمشتري الحق في رفضه وإعلان فسخ العقد. أما حين لا يمثل هذا الخلل مخالفة جوهرية من البائع، فليس للمشتري إعلان فسخ العقد، بل له استعمال الحقوق الأخرى التي قررتها له اتفاقية فيينا في المواد من 46 إلى 50 منها⁸²⁶.

ويحق للمشتري أيضا رفض الجزء الزائد من البضاعة المسلمة عن الكمية المتفق عليها في العقد، إذ يكون له الخيار في تسلمه أو رفضه، ويكون له حتى رفض استلام البضاعة كلها إذا كانت الزيادة تشكل مخالفة جوهرية للعقد، إذا تعذر فصلها عن الكمية الأصلية المتفق عليها لأسباب قانونية أو فنية، كوجود سند شحن واحد لكمية البضائع كلها بما فيها الكمية الزائدة مقابل دفع الثمن الإجمالي فورا أو بسبب تعبئة البضاعة وتجهيزها. أما حين تمثل تلك الزيادة مخالفة غير جوهرية للعقد، فليس للمشتري إعلان فسخ العقد⁸²⁷.

ويمكن أيضا للمشتري كذلك رفض البضاعة ولو كانت مطابقة لشروط العقد، إذا سلمها البائع قبل التاريخ المحدد في العقد، فيكون للمشتري الخيار في تسلمها أو رفضها وفق مصلحته في ذلك، ومن باب أولى له رفضها إذا تم تسليمها بعد هذا التاريخ، أو في مكان آخر غير المكان المتفق عليه. وأخيرا للمشتري رفض استلام البضاعة إذا كان ذلك تطبيقا لما اتفق عليه في العقد أو طبقا للأعراف الدولية السائدة في هذا الخصوص⁸²⁸.

⁸²⁶ - V. Art. 51 du CVIM.

⁸²⁷ - هذا ما يمكن استقراءه من خلال الفقرة الثانية من المادة 51 من اتفاقية فيينا لسنة 1980.

⁸²⁸ - المادة 1/52 من اتفاقية فيينا. خالد عبد الحميد، المرجع السابق، ص. 122.

Art. 52 du CVIM. : « 1- Si le vendeur livre les marchandises avant la date fixée, l'acheteur a la faculté d'en prendre livraison ou de refuser d'en prendre livraison.

2- Si le vendeur livre une quantité supérieure à celle prévue au contrat, l'acheteur peut accepter ou refuser de prendre livraison de la quantité excédentaire. Si l'acheteur accepte d'en prendre livraison en tout ou en partie, il doit la payer au tarif du contrat. »

ويجب على المشتري أن يعلن قراره بالرفض أو القبول للكمية الزائدة أو الكمية المسلمة الناقصة خلال ميعاد معقول، كأى شخص عاقل يتخذ هذا القرار في نفس ظروف المشتري، مع مراعاة مبدأ حسن النية الذي ينبغي أن يأخذ به في مجال تنفيذ الالتزامات المتبادلة بين طرفي عقد البيع الدولي للبضائع⁸²⁹.

لكن حين يقوم البائع بتسليم البضاعة مطابقة لشروط العقد وفي الزمان والمكان المعينين لذلك، فإن التزام المشتري بتسلمها يعد واجب التنفيذ، ويعد رفضه لها في هذه الحالة مخالفة جوهرية للعقد، مما يعطي للبائع حق إعلان فسخ العقد والتعويض عما لحقه من ضرر من جراء ذلك⁸³⁰.

وهكذا نكون قد تعرضنا لأهم التزامين يقعان على عاتق المشتري، وهما الالتزام بدفع الثمن والالتزام بتسلم البضاعة، فإذا قام بهما المشتري على وجه صحيح كما بينا سابقاً تبرأ ذمته ويكون قد نفذ عقد البيع الدولي تنفيذاً سليماً.

⁸²⁹ - KAHN (Ph.), « L'interprétation des contrats internationaux » J.C.D.I., 1981, p. 18 et s.

⁸³⁰ - محسن شفيق، اتفاقية الأمم المتحدة، المرجع السابق، ص. 207. محمود سمير الشرقاوي، العقود التجارية الدولية، المرجع السابق، ص. 188.

خاتمة:

في ختام هذه الدراسة، وبعد أن استعرضنا أحكام عقد البيع الدولي. ابتداءً بمفهومه المبني إما على المعيار القانوني، المتمثل في توفر عنصر أجنبي في العلاقة العقدية. أو المعيار الاقتصادي، كون العقد يؤثر ويمس بمصالح التجارة الدولية بانتقال السلع مقابل الأموال عبر حدود الدول. ولاحظنا موقف المشرع الجزائري من تعريف مصطلح الدولية، فبعد انضمام الجزائر إلى اتفاقية نيويورك المبرمة في 10 جوان 1958 المتعلقة باعتراف وتنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية. صدر المرسوم التشريعي رقم 93-09 المؤرخ في 25 أبريل 1993 المعدل والمتمم لقانون الإجراءات المدنية، والذي وضع الأحكام الخاصة بالتحكيم التجاري الدولي. والواضح من خلال استقراء المادة 458 مكرر التي جاء بها هذا المرسوم التشريعي، أن المشرع الجزائري قد اعتمد معياراً مزدوجاً في منح الصفة الدولية. فقد أوجب توفر المعيار الاقتصادي أي أن يتعلق التحكيم بمصالح التجارة الدولية، وأوجب أيضاً توفر المعيار القانوني بأن يكون مقر أو موطن أحد الطرفين على الأقل في الخارج. وهو موقف ساير فيه المشرع رأي أغلبية الفقه الجزائري⁸³¹. لكن مع صدور قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد بمقتضى القانون رقم 08-09 المؤرخ في 25 فبراير 2008، عدل المشرع الجزائري عن المعيار المزدوج الذي كان يتبناه لتعريف مصطلح الدولية، وأصبح يتبنى المعيار الاقتصادي فقط. وذلك بمقتضى المادة 1039 منه.

831 - لقد دعا لاعتماد المعيار المزدوج لتعريف العقد الدولي كل من: حبار محمد حيث يقول في رسالته المشار إليها سابقاً: "وبإشارتنا إلى ضرورة تطبيق المعيارين القانوني والاقتصادي تطبيقاً جامعاً باعتبار أن هذا الحل هو وحده الذي يسمح لنا بتحديد ماهية العقد الدولي بشكل واضح ودقيق..." الصفحة 52. وكذلك الطيب زروقي، المرجع السابق، صفحة 44.

وبعد تعرضنا للتغيرات التي حصلت في النظام القانوني الجزائري بشأن التجارة الدولية منذ مرحلة احتكار الدولة للتجارة الخارجية⁸³². مروراً بالمرحلة الانتقالية نحو تحرير سوق التجارة الخارجية في الجزائر⁸³³، التي تميزت بنوع من عدم الوضوح وعدم الاستقرار التشريعي والتنظيمي. إلى المرحلة الحالية وما ينظمها من قوانين ونظم ضابطة. خصوصاً مع سعي الجزائر الحثيث للانضمام للمنظمة العالمية للتجارة OMC، وإبرامها اتفاق الشراكة مع الاتحاد الأوروبي، ومع انضمام الجزائر إلى المنطقة العربية الكبرى للتبادل الحر وذلك بمصادقتها في 03 أوت 2004 على اتفاقية تسيير وتنمية التبادل التجاري بين الدول العربية الممضية من قبل أعضاء الجامعة العربية بتونس في 27 فبراير 1981. وتطبيقاً للسياسة الاقتصادية الجديدة للجزائر صدر سنة 2003 الأمر 04-03 المؤرخ في 19 يوليو 2003 المتعلق بالقواعد العامة المطبقة في عمليات استيراد البضائع وتصديرها⁸³⁴. وأهم ما يميز هذا النص الجديد هو تحريره للتجارة الخارجية، كما أنه أوجد مجموعة من التطبيقات في مجال التجارة الخارجية تتماشى مع مبادئ المنظمة العالمية للتجارة، كإقراره لتدابير الدفاع التجاري، بهدف حماية الإنتاج الوطني عن طريق فرض تعريفات جمركية على المنتجات التي تهدده.

وقد قمنا بتقسيم الدراسة الأساسية لعقد البيع الدولي إلى بابين، الأول عاجلنا فيه انعقاد البيع الدولي، أما الثاني فعاجلنا فيه آثار عقد البيع الدولي. فتعرضنا في الباب الأول

⁸³² - القانون رقم 78-02 المؤرخ في 11 فبراير 1978 المتعلق باحتكار الدولة للتجارة الخارجية، جريدة رسمية الصادرة بتاريخ 14 فبراير 1978، عدد 7، ص. 171. ينص في المادة الأولى منه بوضوح على أن: "استيراد وتصدير البضائع والسلع والخدمات بجميع أنواعها من اختصاص الدولة وحدها."

⁸³³ - تبدأ هذه المرحلة بصدر المرسوم التنفيذي رقم 91-37 المؤرخ في 13 فبراير 1991 المتعلق بشروط التدخل في مجال التجارة الخارجية الجريدة الرسمية الصادرة بتاريخ 20 مارس 1991، عدد 2، الصفحة 418. والرسوم التنفيذية رقم 94-135 المؤرخ في 5 يونيو 1994 الذي يعدل المرسوم التنفيذي رقم 91-37 السالف الذكر الجريدة الرسمية الصادرة بتاريخ 12 يونيو 1994، العدد 37، الصفحة 7.

⁸³⁴ - الجريدة الرسمية عدد 43، الصادرة بتاريخ 20 يوليو 2003، الصفحة 33.

للوضع القانوني لأطراف العقد، إذ لاحظنا أن اختلاف الأطراف المتعاقدة من أشخاص طبيعيين أو شركات أو دول وإدارات عمومية له تأثيره على عقد البيع الدولي. فالشخص الطبيعي إذا أبرم عقد بيع دولي قد يدعي فيما بعد عدم أهلية طبقاً لقانونه الوطني، خصوصاً أن الأهلية يحكمها في الغالب قانون جنسيته. وهو ما أدى بالمشروع الجزائري على غرار غيره من المشرعين وعلى وحي القضية الشهيرة في فرنسا ليزاردي⁸³⁵ LIZARDI إلى وضع استثناء يهدف من خلاله إلى حماية التعاقدات الدولية ولو كان الشخص ناقص الأهلية وفقاً لقانونه الشخصي، متى تعلق الأمر بتصرفات مالية تعقد في الجزائر وترتب آثارها فيها وكان نقص الأهلية لسبب فيه خفاء⁸³⁶. كما قد تثار مشكلة كون الشخص الطبيعي المتعاقد في عقد البيع الدولي مجرد مستهلك جدير بالحماية القانونية التي تخولها له قوانين حماية المستهلك، ولاحظنا أن القانون الواجب التطبيق في مثل هذا الفرض هو القانون الأصح للمستهلك والأكثر حماية له.

كما أن الشركات قد تخلق عدة مشاكل قانونية إذا كانت طرفاً في عقد البيع الدولي، منها مسألة مدى الاعتراف بالشخصية المعنوية للشركات الأجنبية، ومسألة تحديد جنسية هذه الشركات والقانون الواجب التطبيق عليها، وكذا مسألة تمثيل الشركات واتخاذ القرارات باسمها وإمضاء العقود عنها ومدى إلزام الشركة بتلك العقود، خصوصاً إذا خرج ممثل الشركة عن السلطات المخولة له قانوناً.

أما الدولة أو إحدى فروعها، فلاحظنا أن المسألة التقليدية التي تثار دوماً هي مدى الحصانة الممنوحة للدول من المقاضاة والتنفيذ ومن الخضوع لغير قانونها الوطني،

⁸³⁵ - محكمة النقض الفرنسية. 16 يناير 1861:

Cass. Req. 16 jan. 1861. Dp 1861. 1.193. V. P. Mayer, et V. Heuzé: Op.cit. p.377.

⁸³⁶ - الفقرة الثانية من المادة 10 من القانون المدني الجزائري.

عملا بمبدأ السيادة الوطنية. أم أنها تعامل مثلها مثل أي متعامل خاص، وتخضع لنفس القواعد القانونية. وهذا ما خلصنا له من خلال استقراء معظم أحكام التحكيم الدولية في هذا الصدد، فلم يعد للدولة أي حصانة من تطبيق قواعد قانون التجارة الدولية في معاملاتها التجارية الدولية.

ثم انتقلنا بالدراسة إلى مسألة المفاوضات ومدى التزام الأطراف المتفاوضة بها، وطبيعة المسؤولية عن الأضرار الناتجة عن قطع المفاوضات. فلاحظنا أن الأصل في المفاوضات أنها لا تلزم أطرافها بالضرورة إلى الوصول إلى تعاقداً، ولكنها تلزمهم بالدخول في مفاوضات جديّة وبجسّ نية وإخلاص، وعليهم الالتزام بالحفاظ على الأسرار المتحصّل عليها أثناء المفاوضات وبذل الجهد من أجل التوصل إلى تعاقداً. فالأطراف مسئولون عن بذل العناية اللازمة، وليسوا مسئولين عن تحقيق نتيجة وهي التعاقد الحتمي. فلا مسؤولية عن قطع المفاوضات في حد ذاتها ولكن المسؤولية تترتب عن الأفعال الأخرى الضارة المصاحبة لقطع المفاوضات. وفرقنا في طبيعة هذه المسؤولية بين المفاوضات الحرة غير المسبوقّة باتفاق يحدّد شروط التفاوض، فالمسؤولية هنا تقصيرية تترتب عن الأفعال الضارة المصاحبة لقطع المفاوضات. أما التفاوض التعاقدية، فيسبّقه عقد يحدّد كيفية التفاوض وشروطها والتزامات أطرافها لذلك أي إخلال يترتب عنه مسؤولية عقدية.

ثم بعد ذلك انتقلنا بالدراسة إلى تبادل الإيجاب والقبول، وهما حجر الزاوية في إبرام العقد. فإذا تطابق الإيجاب والقبول حول الشيء المبيع والتمن فإن العقد يكون قد أبرم وأصبح واجب النفاذ ومرتباً لآثاره.

لذلك قمنا في الباب الثاني من هذه الدراسة ببحث آثار عقد البيع الدولي، بدراسة التزامات كل من البائع ثم المشتري على حدا. فالبائع ملزم أساسا بنقل ملكية الشيء المبيع إلى المشتري وتسليمه إياه مطابقا لشروط التعاقد، وتسليم المستندات والوثائق الدالة على المبيع والتي تسهل عملية نقله وتصديره واستيراده. أما المشتري فهو ملزم بدفع الثمن وتسلم المبيع، فتعرضنا لمشتملات الثمن وكيفية الوفاء به من حيث زمان الوفاء ومكانه، كما تعرضنا للضمانات المختلفة المقررة في مجال التجارة الدولية لحماية الدائن بأداء الثمن. فرأينا عدة آليات تضمن الوفاء الدولي منها الاعتماد المستندي، أين يتوسط عملية دفع ثمن عقد البيع الدولي بنك أو مؤسسة مالية لها ثقة مالية معتبرة تشرف على إيصال الثمن إلى البائع مقابل استلامها منه المستندات التي تبين أنه شحن البضاعة سليمة لدى الناقل العمومي وهي في طريقها إلى المشتري. ولاحظنا أيضا الحماية الصارمة التي حفها المشرع الجزائري لدفع الأقساط في الاعتماد الإيجاري الدولي، الذي أصبح حاليا أداة شائعة في مجال التجارة الدولية، وبالأخص عندما يتعلق الأمر بالتجهيزات الكبرى غالية الثمن كالطائرات والسفن وحتى الأقمار الصناعية. كما لاحظنا ما لنظام التأمين على الأخطار المتعلقة بالتجارة الخارجية من دور في ضمان الوفاء بالثمن. وإذا ما دفع المشتري الثمن فإنه يتوجب عليه تسلم البضاعة، ولا يجوز له الإخلال بالتزامه هذا إلا إذا حصل تقصير من البائع بأن سلمه بضاعة غير مطابقة لشروط الاتفاق، فيجوز في هذه الحالة للمشتري رفض تسلم البضاعة دون مسؤولية من جانبه.

ومن خلال هذه الدراسة التي أجريناها حول عقد البيع الدولي لاحظنا أنه تتداخل في حكمه عدة نظم قانونية وطنية أو دولية. فالقانون الوطني الجزائري يمكنه أن يتدخل في تنظيم عقد البيع الدولي بصفتين، فإما بصفة آمرة لا يجوز مخالفتها ويكون ذلك إذا

تعلق الأمر بحماية النظام العام داخل الوطن. فكما لاحظنا أن أي سلعة يراد إدخالها للإقليم الوطني يجب أن تخضع للرقابة وأن تكون مطابقة لمقاييس الجودة والنوعية، وخصوصا إذا كانت تمس بالصحة البشرية والنباتية والحيوانية، أو تمس بالبيئة، أو تشكل خطرا على التراث الثقافي في الجزائر. فلا يجوز للأطراف المتعاقدة استبعاد تطبيق القانون الوطني في هذا الشأن بحجة تطبيق قانون الإرادة أو حرية التجارة الدولية أو غيرها من الأسس، فقواعد القانون الوطني هنا هي قواعد ضابطة ومن النظام العام.

أما الصفة الثانية التي يتدخل فيها القانون الوطني الجزائري لتنظيم عقد البيع الدولي، فهي كقواعد مكملة أو مختارة. وهنا يجوز للأطراف المتعاقدة استبعاد أحكام القانون الوطني لصالح الشروط التعاقدية التي اتفقوا عليها، أو لصالح قانون دولة أخرى اختاروه وفقا لقواعد التنازع شريطة أن يكون له صلة بالعقد أو المتعاقدين⁸³⁷. أو لصالح قانون التجارة الدولية والأعراف التجارية الدولية، أي ما يسمى باللاكس ماركاتوريا *La lex mercatoria*. التي أصبحت حاليا مصدرا مهما للقواعد القانونية التي تطبق على العلاقات التجارية الدولية بما فيها عقود البيع الدولية، رغم ما تثيره هذه القواعد من جدل حول التأسيس النظري لها، وحول قيمتها كقواعد قانونية ملزمة للأطراف أم لا. فإذا كان جانب فقهي لا يستهان به يعارض فكرة اعتبار قواعد اللاكس ماركاتوريا كنظام قانوني جديد موازي للقوانين الوطنية والدولية يحكم التجارة الدولية. وعلى رأسهم الفقيه "بول لاغار" *PAUL LAGARDE* الذي رفض اعتبارها نظام قانوني مستقل عن القوانين الوطنية للدولة التي يراد تطبيق تلك القواعد فيها. لأنه حسب رأيه لا يمكن منح صفة القانون لمجموعة من القواعد لمجرد وجودها، بل يجب أن تكون هذه

⁸³⁷ - المادة 18 من القانون المدني الجزائري.

القواعد صادرة من سلطة عامة لها صلاحية التوجيه وأن يكون تطبيق تلك القواعد مضمون بوسائل جزاء تفرض وتطبق من السلطات العامة، بينما قواعد اللاكس ماركاتوريا لا ترقى لهذه الدرجة⁸³⁸. وقد أيدته في ذلك الفقيه "أوبتيت" OPPETIT إذ يرى أن قواعد اللاكسماركاتوريا لا ترقى لمستوى النظام، ولا حتى لمستوى مجموعة من القواعد. ولكنها حسب رأيه مجموعة من الأعراف المنفردة، التي لا يمكن أن تجتمع في نظرية جامعة مانعة ولا في نسق موحد⁸³⁹. كما أنه لا يوجد مجتمع تجار عالمي *Societas mercatorum globale et cohérente* يتمتع بأعراف مشتركة وموحدة وبأهداف موحدة ويضمن تطبيق قواعد اللاكسماركاتوريا بجزاءات فعالة، بل الواقع يؤكد وجود مجتمعات تجارية متعددة *Pluralité de sociétés de marchands*⁸⁴⁰، تجتمع كل منها في تطبيق أعراف وعادات مشتركة بسيطة في مواضيع محدودة، وهو ما يجعل حسب رأي هذا الجانب من الفقه من أن اللاكسماركاتوريا لا ترقى لدرجة اعتبارها نظام قانوني. لذلك يرى مؤيدوا هذا الاتجاه أن عادات التجار ليست قوية بما يكفي لترقى إلى أعراف تجارية دولية واجبة التطبيق، لذلك تعتبر المبادئ العامة للقانون في كثير من الأحيان بمثابة سترة نجاة للمحكمين يستعينون بها في حل المنازعات المعروضة عليهم⁸⁴¹.

كما أن الفقيه "جون دوني برودان" Jean- Denis Bredin وهو من كبار المعارضين لللاكسماركاتوريا، يرى بأنها فكرة مبنية على مبدأ تحقيق العدالة المجردة بين

⁸³⁸ - P. LAGARDE, note sous Paris, 1ère Ch. Sect. C, 13 juill. 1989, *Valenciana*, JDI, 1990, pp. 430 ss.

⁸³⁹ - OPPETIT, not sous Cass, 1ère Ch. Civ. 22 Oct. 1991, JDI, 1992, p. 456.

⁸⁴⁰ - Paul LAGARDE, *Approche critique de la lex mercatoria*, in le droit des relations économiques internationales, Paris, 1982, p. 135.

⁸⁴¹ - Virally Michel: *un tiers droit? Réflexions théorique*, in le droit des relations économiques internationales, études offertes à Berthold Goldman, p. 379.

التجار وليس تطبيق القواعد القانونية، وهي مسألة مستحيلة التحقق في النهاية لأنها غاية صعبة الإدراك إذا لم تكن بوسائل وطرق محددة⁸⁴². وفي مقاله المعنون "في البحث عن عدالة التجار"⁸⁴³، يعارض تماما فكرة الاعتماد على عدالة تجارية، وهو يرى أن هذه المسألة مائعة ولا يمكن تحديدها بدقة. وهو يرى بأن قواعد اللاكسماركاتوريا لا يمكن بأي حال من الأحوال أن تشكل أساسا لحل المنازعات التجارية الدولية، بل قواعد القانون والمبادئ العامة للقانون هي التي يجب أن تعتمد كأساس⁸⁴⁴.

لكن رغم هذه النظرة الانتقادية لقواعد اللاكسماركاتوريا من قبل الفقيه "جون ديني برودان" والفقيه "بول لاغار" والفقيه "أوبتيت"، إلا أن أغلب الفقه المعاصر⁸⁴⁵ يؤكد على أن هذه القواعد أصبحت بالفعل ظاهرة عامة في مجال قانون التجارة الدولية ولا يمكن إنكارها كمصدر مهم للقواعد التي تنظم العلاقات التجارية الدولية. فعلى رأس الفقهاء المدافعين بشدة عن نظام اللاكس ماركاتوريا نجد الفقيه "قولدمان بارتهول" Goldman Berthold، ففي مقال كتبه سنة 1964 بعنوان "حدود القانون واللاكسماركاتوريا"⁸⁴⁶، يؤكد أنه رغم الاختلاف وعدم الوضوح في التأسيس القانوني النظري لطبيعة هذه القواعد إلا أنها أصبحت ظاهرة لا يمكن إغفالها في العلاقات التجارية الدولية، سواء في عقد البيع الدولي أو في الاعتمادات المستندية التي هي في غالبها منظمة بأعراف تجارية دولية، أو حتى بالنسبة للشركات التجارية الدولية⁸⁴⁷. والملاحظ أن هذا

⁸⁴² - Jean-Denis Bredin, *La loi du juge*, in le droit des relations économique internationales, Paris, 1982, p. 15 et ss.

⁸⁴³ - Jean-Denis Bredin : *A la recherche de l'aequitas Mercatoria*, in l'internationalisation du droit, Mélanges en l'honneur d'Yvon Loussouarn, p. 109 et suites.

⁸⁴⁴ - Ibid.

⁸⁴⁵ - Antoine Kassis : *Théorie générale des usages du commerce, droit comparé, contrat et arbitrage internationaux, lex mercatoria*, L.G.D.j., Paris, 1984.

⁸⁴⁶ - Goldman Berthold : *Frontières du droit et lex Mercatoria*, in le droit subjectif en question, Archives de philosophie de droit, 1964, T. 09, pp. 177-192.

⁸⁴⁷ - Ibid.

الفقيه تبني الدفاع عن هذه الفكرة خلال كامل مشواره العلمي وفي مختلف كتاباته اللاحقة⁸⁴⁸. وفي مقال آخر له بعنوان " معركة قضائية حول اللاكسماركاتوريا"⁸⁴⁹ يؤكد أن الحقيقة التي لا يمكن إنكارها هي أن اللاكسماركاتوريا تشكل نظام قانوني كامل وجميل، وقواعده هي قواعد قانونية بحق، وهي تتماشى مع حاجات التجارة الدولية ومصدرها المبادئ العامة للقانون والأعراف التجارية المتبعة.

وفي نفس الاتجاه يذهب الفقيه فيليب فوشار Philippe Fouchard، ففي كتابه الوافي في التحكيم التجاري الدولي الذي كتبه بالاشتراك مع إيمانويل غيلار Emmanuel Gaillard وبارت هول غولدمان Berthold Goldman، يؤكد على التبنّي الواسع لنظام اللاكسماركاتوريا من قبل التحكيم التجاري الدولي⁸⁵⁰، وهو يدافع بشدة عن هذا النظام ويرد على جميع حجج المعارضين للاكسماركاتوريا.

وإذا انتقلنا إلى مستوى النصوص القانونية التي تجيز الاستعانة بنظام اللاكسماركاتوريا لحل منازعات التجارة الدولية، فإننا نجد القانون الجزائري من القوانين التي أصبحت تسمح بذلك. فبعدما كانت الجزائر بعد الاستقلال من كبار المعارضين لتطبيق قواعد قانون التجارة الدولية وقواعد القانون الخاص على العلاقات التجارية الدولية التي تكون طرفا فيها، وبالأخص مع احتكار الدولة للتجارة الخارجية طبقا للقانون رقم 02-78 المؤرخ في 11 فبراير 1978 المتعلق باحتكار الدولة للتجارة الخارجية.

⁸⁴⁸ - Goldman Berthold, *Règle de conflit, règle d'application immédiate et règle matérielles dans l'arbitrage commercial international*, Travaux du Comité français de DIP, 1966-1969. Goldman Berthold, *La lex mercatoria dans les contrats et l'arbitrage internationaux : réalités et perspectives*, Clunet 1979, p. 746.

⁸⁴⁹ - Goldman Berthold, *Une bataille judiciaire autour de la lex mercatoria, L'affaire Norsolor*, Revue de l'arbitrage, 1983, p. 379 ss.

⁸⁵⁰ - Philippe Fouchard / Emmanuel Gaillard / Berthold Goldman, *Traité de l'arbitrage commercial international*, Delta, 1996. P. 813 ss.

ولقد عززت الجزائر موقفها هذا، من خلال دفاعها الشديد عن حصانة الدولة في الممارسات التجارية الدولية والمنازعات التي كانت تحصل بينها وبين المتعاملين الدوليين. ومن أهم القضايا التي رأيناها في هذا المجال، القضية البترولية الجزائرية "زاع زياتين". أين كانت شركات بترولية فرنسية تشغل آبار نفط في منطقة زاع زياتين بالصحراء الجزائرية. وقد نشب نزاع بينها وبين السلطات الجزائرية، على إثر ذلك قامت شركة C.R.E.P.S برفع النزاع أمام قضاء التحكيم بروما في 25 أكتوبر 1968 من أجل إلغاء قرارات السلطات الإدارية الجزائرية. وقد دفعت السلطات الجزائرية بعدم اختصاص محكمة التحكيم، وأن النزاع يخضع للقانون الجزائري وحده عملاً بمبدأ سيادة الدولة على ثرواتها الطبيعية. وعلى اعتبار أن الأمر يتعلق بقرار إداري سيادي لا تختص بنظره محكمة تحكيم خاصة. إلا أن محكمة التحكيم قضت في 28 فيفري 1971 بروما باستقلالية شرط التحكيم عن القانون الوطني الجزائري، وأعملت مبدأ سلطان الإرادة وحكمة باختصاصها في نظر النزاع.

أما الموقف الحالي للقانون الجزائري، فيتجلى بانضمام الجزائر في 7 فبراير 1989 إلى اتفاقية نيويورك المبرمة في 10 جوان 1958 المتعلقة باعتراف وتنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية المصادق عليها من قبل الجزائر. بمقتضى القانون 88-18 المؤرخ في 12 جويلية 1988. حيث قامت الجزائر بتعديل قانون الإجراءات المدنية في سنة 1993 بمقتضى المرسوم التشريعي 93-09 المؤرخ في 25 أبريل 1993، إذ سمح بلجوء الدولة أو المؤسسات العامة التابعة لها إلى التحكيم لفض منازعاتها الناجمة عن العلاقات التجارية الدولية. وفي ذلك نزول للدولة إلى درجة الخواص بقبولها هذه الطريقة لفض المنازعات، والتي تتركز أساساً على تطبيق قواعد القانون الدولي الخاص وقانون التجارة الدولية والمبادئ العامة

والأعراف التجارية الدولية. وقد نصت المادة 442 معدلة من قانون الإجراءات المدنية القديم على أنه: "يجوز لكل شخص أن يطلب التحكيم في حقوق له مطلق التصرف فيها. ولا يجوز التحكيم في الالتزام بالنفقة ولا في حقوق الإرث والحقوق المتعلقة بالسكن والملبس ولا المسائل المتعلقة بالنظام العام أو حالة الأشخاص وأهليتهم. ولا يجوز للأشخاص المعنوية التابعين للقانون العام أن يطلبوا التحكيم ما عدا في علاقاتهم التجارية الدولية." إن إضافة الفقرة الأخيرة لهذه المادة يؤكد على إمكانية خضوع عقود البيع الدولية التي تكون الدولة أو أحد المؤسسات العامة التابعة لها طرفاً فيها، لقواعد القانون الخاص مثلها مثل عقود البيع الدولية المبرمة بين الخواص.

وهو ما يؤكد أيضاً قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد الصادر بمقتضى القانون 09-08 المؤرخ في 25 فيفري 2008، إذ تنص المادة 1050 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد تنص صراحة على أنه: "تفصل محكمة التحكيم في النزاع عملاً بقواعد القانون الذي اختاره الأطراف، وفي غياب هذا الاختيار تفصل حسب قواعد القانون والأعراف التي تراها مناسبة". فالملاحظ أن هذه المادة تعطي الحرية للأطراف في اختيار قانون معين بالذات، وفي هذه الحالة تلتزم محكمة التحكيم بتطبيقه عملاً بمبدأ قانون الإرادة. أما في حالة عدم اختيار الأطراف لقانون محدد، فإن محكمة التحكيم تفصل حسب قواعد القانون والأعراف التي تراها مناسبة. وقد جاءت صياغة هذه الفقرة عامة وغير مقيدة بأي شرط أو ضابط معين، وهو ما يعطي لمحكمة التحكيم حرية واسعة في الاستعانة بقواعد اللاكس ماركاتوريا. والواضح أن هذه المادة سايرت ما هو معمول به عالمياً لدى مختلف التشريعات، وعلى رأسها القانون الفرنسي من خلال المادة 1496

من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي الجديد. وقد دأب الفقه والقضاء الفرنسي⁸⁵¹ على التفسير الموسع لعبارة "قواعد القانون" الواردة في المادة 1496 وجعلها تشمل قواعد اللاكس ماركاتوريا.

وهذا ما دفعنا في دراستنا لأغلب أحكام عقد البيع الدولي سواء من حيث الانعقاد أو الآثار، إلى محاولة الدمج بين مختلف القواعد الوطنية المقارنة، وقواعد قانون التجارة الدولية والأعراف التجارية الدولية، كالأنكوترمز ومبادئ اليونيدروا الخاصة بالعقود الدولية. والاتفاقيات الدولية، وعلى رأسها اتفاقيتي لاهاي لسنة 1964 المتعلقة

⁸⁵¹ ففي اجتهادات قضائية متعددة اعتبر القضاء الفرنسي أن المحكمين الذين يطبقون قواعد اللاكس ماركاتوريا هم يطبقون القانون، ففي قضية "فوجرول" *Fougerolle* "أين تم الطعن في الحكم الذي أعطى الصيغة التنفيذية لقرار التحكيم بحجة أن المحكمين حينما طبقوا المبادئ العامة للتجارة الدولية لم يطبقوا القانون ولم يلتزموا بالمهمة المسندة لهم في اتفاق التحكيم، فقد فصلت محكمة النقض برفض الطعن وصرحت بأن المحكمين طبقوا القانون حينما فصلوا طبقاً للمبادئ العامة المطبقة عموماً في التجارة الدولية،

«Qu'en se référant aux principes généraux des obligations généralement applicables dans le commerce international, les arbitres n'ont fait que se conformer à l'obligation qu'ils avaient... de définir le droit applicable à l'accord conclu». Cass. 2^e Ch. Civ. 09 déc. 1981, Rev. Arb., 1982, p. 183.

وفي قضية نورسولور *Norsolor*، أيضا اعتبرت المحكمة الابتدائية الكبرى لباريس أن المحكمين طبقوا القانون حينما طبقوا المبادئ العامة للتجارة الدولية والمتمثلة في مبدأ حسن النية والإخلاص في تنفيذ التعاقدات، ومنحوا من خلالها تعويضات عن فسخ عقد دولي للتمثيل التجاري. وفي الموازاة لذلك رفع أيضا طلب في نفس القضية لدى المحكمة التجارية بفيينا من أجل إلغاء قرار التحكيم أين رفضت ذلك محكمة فيينا بـ 29 جوان 1981 مصرحة أن: "مبدأ حسن النية والإخلاص المستعمل طبقاً للاكسماركاتوريا من طرف محكمة التحكيم... يشكل مبدأ عاماً للقانون، وأن قرار التحكيم المؤسس على هذه المبادئ لا يشكل فصلاً للعدالة وإنما طبقاً للقانون.

TGI Paris, 4 mars 1981, Norsolor, JDI, 1981, p. 236. V. Goldman Berthold, *Une bataille judiciaire autour de la lex mercatoria, L'affaire Norsolor*, Revue de l'arbitrage, 1983, p. 379 ss.

«Le principe de bonne foi et de loyauté utilisé conformément à une lex mercatoria par le Tribunal arbitral... constitue un principe général de droit et une décision fondée sur un tel principe ne constitue pas une décision en équité», Tribunal de commerce de Vienne (Autriche), 29 juin 1981, Rev. Arb. 1983, p.197.

ثم في قضية فالانسيانا *Valenciana* أين قرر المحكم الذي تولى الفصل في القضية إخضاع التراع المعروض عليه للأعراف التجارية الدولية المعبر عنها باللاكسماركاتوريا، وهذا بعد أن اتضح له أن الأطراف لم تحدد القانون الواجب التطبيق صراحة ولا ضمناً. Sentence du 1^{er} sept. 1988, Rev. Arb. 1990, p. 701. وبعد الطعن في حكم التحكيم أعتبر مجلس استئناف باريس أن تطبيق مجموع مبادئ وأعراف التجارة الدولية المسماة باللاكس ماركاتوريا في حالة عدم تحديد القانون الوطني الواجب التطبيق يعتبر تطبيق سليم للقانون من قبل المحكم، وقد طعن في هذا القرار بالنقض أمام محكمة النقض التي رفضت الطعن على أساس أن المحكم طبق القانون والترمز بمقتضى شرط التحكيم عندما طبق قواعد التجارة الدولية المنبثقة من الممارسات والأعراف التجارية الدولية.

Paris 1^{er} Ch. Sect. C., 13 juill. 1989, Valenciana, JDI, 1990, p. 430.

بالقانون الموحد للبيع الدولي للمنقولات المادية، واتفاقية فيينا لسنة 1980 المتعلقة بعقد البيع الدولي للبضائع.

فعلى الرغم من الجزائر لم تصادق بعد على هذه الاتفاقيات، إلا أننا لم نجد مفرا من اللجوء إليها ودراسة أحكامها. لأنها من جهة تعتبر قواعد موحدة لقانون التجارة الدولية لاقت إجماعا وانتشارا دوليا لا مثيل له، ومن جهة أخرى قد يضطر رجل القانون في الجزائر محاميا كان أو قاضيا عرض عليه نزاع يتعلق بعقد البيع الدولي إلى تطبيق أحكام هذه الاتفاقيات رغم أن الجزائر لم تصادق عليها، وذلك عملا بقواعد التنازع. فإذا أشارت قاعدة التنازع لتطبيق قانون دولة مصادقة على تلك الاتفاقيات مثل فرنسا أو مصر، وجب عليه عند ذلك تطبيق اتفاقية فيينا لسنة 1980 مباشرة وكأنها أحكام موضوعية لقانون تلك الدولة التي أشار لها قاعدة التنازع.

ولذلك راعينا في دراستنا هذه لعقد البيع الدولي، الأحكام والقواعد الدولية الناتجة عن الاتفاقيات الدولية أو عن الأعراف التجارية الدولية، وأيضا الأحكام الوطنية التي تنظم عقد البيع الدولي، وبالأخص منها القواعد الضابطة وقواعد النظام العام. وحاولنا التوفيق بينها حتى نعطي لدراستنا أبعادا دولية وجزائرية في آن واحد، تمكن الباحث والمتعامل الاقتصادي والتجاري، ورجل القانون أو الاقتصاد من فهم النظام القانوني لعقد البيع الدولي الذي يبرم في الجزائر أو يراد تنفيذه فيها، أو الخاضع للقانون الجزائري.

وفي الأخير نخلص إلى مجموعة من التوصيات، التي نرى أنه من الضروري أخذها بعين الاعتبار، في أي عمل تشريعي أو تنظيمي يتعلق بعقد البيع الدولي.

أولاً، أن تنظم الجزائر ولو بتحفظ لاتفاقية الأمم المتحدة المبرمة بفيينا في 11 أبريل 1980 المتعلقة بعقود البيع الدولي للبضائع. لأنها اتفاقية دولية لاقت رواجاً عالمياً لا مثيل له، وقد صادقت عليها الكثير من دول العالم. وهي اتفاقية توحد الكثير من الأحكام القانونية المتعلقة بعقود البيع الدولية، سواء من حيث الانعقاد أو من حيث الآثار. فإذا صادقت عليها الجزائر فهذا يجعل الأحكام القانونية المطبقة على عقود البيع الدولية المبرمة في الجزائر أو المراد تنفيذها فيها أو الخاضعة للقانون الجزائري خاضعة لهذه الاتفاقية. وهذا يعطي للمتعاملين التجاريين الأجانب أماناً قانونياً كبيراً لأنها اتفاقية عالمية. كما أنها تحمي أيضاً المتعاملين الجزائريين، لأن أحكامها القانونية واضحة وليست غريبة كثيراً عن النظام القانوني الجزائري.

ثانياً، أن يضع المشرع أحكاماً قانونية واضحة تحكم مرحلة المفاوضات. خصوصاً أن هذه المرحلة جد حساسة في العلاقات التجارية الدولية. فقد تترتب عنها أضرار مادية لأحد أطرافها ونفقات طائلة يتحملها من دون جدوى. أو حتى أضرار معنوية جسيمة، كالدخول في عملية التفاوض بسوء نية، أو من دون نية الوصول إلى اتفاق. أو كالتسريب أو استغلال غير مشروع للمعلومات السرية المتحصلة من الطرف الآخر أثناء عملية التفاوض. لذلك يجب تنظيم هذه المرحلة بأحكام قانونية واضحة، تأخذ بعين الاعتبار مبدأ أن المفاوضات لا تلزم بالضرورة أطرافها بالوصول إلى تعاقد، ولكنها تلزمهم بالسعي للتعاقد بحسن نية وبإخلاص. وأن المسؤولية لا تترتب عن قطع المفاوضات في حد ذاتها، ولكنها تترتب عن الأفعال الضارة الأخرى المصاحبة لعملية التفاوض.

ثالثاً، أن يراعي المشرع الجزائري الأعراف التجارية الدولية وقواعد اللاكسماركاتوريا، عند تنظيمه للمسائل ذات العلاقة بالتجارة الدولية. كتتنظيم الاعتمادات المستندية، التي

وإن تعرض لها البنك المركزي باعتباره سلطة ضبط في المجال المصرفي، من خلال النظام رقم 01/07 المتعلق بالقواعد المطبقة على المعاملات الجارية مع الخارج والحسابات بالعملة الصعبة⁸⁵². إلا أن هذا النظام ينقصه الكثير من التوضيح بخصوص آليات الوفاء و ضمانات والتزامات أطراف الاعتماد المستندي. وهو ما يستوجب إعادة نظر وتنظيم يتوافق مع القواعد والأعراف الموحدة الخاصة بالقرض المستندي الصادرة عن غرفة التجارة الدولية cci⁸⁵³.

رابعا، ضبط وتدقيق الأحكام التشريعية والتنظيمية الضابطة الخاصة بالنظام العام، والمتعلقة بمراقبة النوعية والجودة عبر الحدود. يجعلها تتناسب مع المقاييس العالمية، وتخلق استقرار قانوني واضح، يمنع كل تناقض وكل مفاجئة قد تضر بمصالح المتعاملين التجاريين الدوليين.

وفي الأخير ننبه إلى أن أخذ هذه التوصيات بعين الاعتبار سيساهم في بعث الثقة في النظام القانوني الجزائري الذي يؤطر عقود البيع الدولية، ويجعله في مستوى عالمي. ويعزز الأمان القانوني الممنوح للأطراف المتعاقدة، مما يضمن لكل طرف وجود أحكام قانونية واضحة وصريحة تضمن إلزام خصمه بأداء كل الالتزامات التي يفرضها عقد البيع الدولي.

⁸⁵²- النظام الصادر عن البنك المركزي رقم 01/07، المؤرخ في 03 فبراير 2007، المتعلق بالقواعد المطبقة على المعاملات الجارية مع الخارج والحسابات بالعملة الصعبة، المنشور بالجريدة الرسمية عدد 31 الصادرة بتاريخ 13 مايو 2007.

⁸⁵³- القواعد والأعراف الموحدة الخاصة بالقرض المستندي الصادرة عن غرفة التجارة الدولية لأول مرة سنة 1933، والتي خضعت لعدة تعديلات منها RUU 500 لسنة 1993 دخلت حيز التنفيذ سنة 1994. وآخر تعديل خضعت له كان في 25 أكتوبر 2006 ودخل حيز التنفيذ في 01 جويلية 2007. (RUU600). Règles et Usances Uniformes.

قائمة المراجع

أولاً: المراجع باللغة العربية.

I المراجع العامة:

- الطيب زروتي، الوسيط في الجنسية الجزائرية، مطبعة الكاهنة، الجزائر، 2002.
- أحمد عبد الحميد عشوش، تنازع القوانين في مسائل الأهلية، مؤسسة شباب الجامعة، 1989.
- أحمد عبد الكريم سلامة، القانون الدولي الخاص، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، 2008.
- أحمد محمد الرفاعي، تحديد الثمن وأثره على رضا المشتري، دار النهضة العربية، 1999.
- بشار محمد الأسعد، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى، 2006.
- بهاء هلال الدسوقي، قانون التجار الدولي الجديد دراسة تحليلية Lex Mercatoria، القاهرة، 1993.
- بودالي محمد، الشروط التعسفية في العقود في القانون الجزائري، دار هومة، الجزائر، 2007.
- حسن الحسن، التفاوض والعلاقات العامة، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت 1993.
- حسن فتحي عثمان، الجانب القانوني لعمليات البنوك في ضوء قانون البنك المركزي والجهاز المصرفي والنقد رقم 88 لسنة 2003، مطبعة جامعة طنطا 2004.
- حسن كيرة، المدخل إلى القانون، دار منشأة المعارف بالإسكندرية.

- حفيظة الحداد، العقود المبرمة بين الدولة والأشخاص الأجنبية، دار النهضة، 1996.
- دريد محمود علي، الشركة المتعددة الجنسية، آلية التكوين وأساليب النشاط، منشورات الحلبي الحقوقية، 2009.
- سامي بديع منصور، في إشكالية تقنين القانون الدولي الخاص، المؤسسة الحديثة للكتاب، طرابلس لبنان، 2007.
- سليمان مرقس، العقود المسماة، المجلد الأول، عقد البيع، طبعة نادي القضاة، 1980.
- سميحة القليوبي، الأسس القانونية لعمليات البنوك، دار النهضة العربية، 1988.
- صلاح الدين جمال الدين، دور أحكام التحكيم في تطوير حلول مشكلة تنازع القوانين، دراسة في أحكام المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار بواشنطن، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2007.
- صلاح الدين جمال الدين، عقود نقل التكنولوجيا، دراسة في إطار القانون الدولي الخاص والقانون التجاري الدولي، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2004.
- طلعت جياذ لحي الحديدي، المركز القانوني الدولي للشركات متعددة الجنسية، دار الحامد للنشر والتوزيع، 2008.
- عباس مصطفى المصري، عقد الاعتماد المستندي في قانون التجارة الجديد، دار الجامعة الجديدة للنشر، 2005.
- عبد الرحمان السيد قرمان، عقد التأجير التمويلي طبقاً للقانون 95 لسنة 1995، دراسة مقارنة بين القوانين المصري والفرنسي، دار النهضة العربية، القاهرة.
- عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، الطبعة الثالثة منشورات الحلبي الحقوقية ببيروت.
- عبد القادر عثمان، وسائل الدفع في التجارة الخارجية، الاعتمادات المستندية، بدون دار نشر، 1993.

- عز الدين عبد الله، القانون الدولي الخاص، الجزء الأول، في الجنسية والموطن وتمتع الأجانب بالحقوق، الطبعة الثامنة، دار النهضة العربية، 1968.
- عز الدين عبد الله، القانون الدولي الخاص، الجزء الثاني، في تنازع القوانين، الطبعة التاسعة، الهيئة المصرية العامة للكتاب، 1986.
- عصام الدين القصبي، النظام القانوني للعمليات المصرفية الدولية، دراسة تطبيقية خاصة بالاعتمادات المستندية، القاهرة، دار النهضة العربية، 1993.
- علي الأمير إبراهيم، التزام البنك بفحص المستندات بالنسبة للاعتمادات المستندية في عقود التجارة الدولية ومسئولته، دار النهضة العربية، 2004.
- علي بن غانم، التأمين البحري وذاتية نظامه القانوني، دراسة مقارنة بين القانون الجزائري والقانون الفرنسي والانجليزي، ديوان المطبوعات الجامعية، 2000.
- علي جمال الدين عوض، الاعتمادات المستندية دراسة للقضاء والفقهاء المقارن وقواعد سنة 1983 الدولية، دار النهضة العربية، 1989.
- علي جمال الدين عوض، القانون التجاري، العقود التجارية، دار النهضة العربية، 1982.
- علي يونس، العقود التجارية، دار الفكر العربي، 1962.
- غالب علي الداوودي وحسن محمد الهداوي، القانون الدولي الخاص، الجزء الثاني، دار وائل للنشر، الأردن.
- غالب علي الداوودي، القانون الدولي الخاص، الكتاب الأول في تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي وتنفيذ الأحكام الأجنبية، دار وائل للنشر، 2005.
- فؤاد رياض وسامية راشد، الوسيط في القانون الدولي الخاص، الجزء الثاني تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي، القاهرة، 1996.

- فتحي عبد الرحيم، الوجيز في العقود المدنية المسماة، الكتاب الأول، عقد البيع، مكتبة دار القلم، المنصورة، الطبعة الثالثة، بدون سنة نشر.
- قادري عبد العزيز، الاستثمارات الدولية، التحكيم التجاري الدولي، ضمان الاستثمار، دار هومة، الطبعة الثانية، 2006.
- محسن شفيق، الوسيط في القانون التجاري المصري، الجزء الثاني، العقود التجارية، مكتبة النهضة المصرية، الطبعة الثالثة.
- محفوظ لعشب، المنظمة العالمية للتجارة، ديوان المطبوعات الجامعية، 2006.
- محمد عبد المجيد اسماعيل، تأملات في العقود الدولية وأثر العولمة على عقود الدولة، منشورات الحلبي الحقوقية.
- محمود سمير الشرقاوي، العقود البحرية، دار النهضة العربية، 1990.
- محمود فهمي، منير سالم، عبد الله سالم، التأجير التمويلي، الجوانب القانونية والتنظيمية والمحاسبية، بدون ناشر، 1997.
- محمود مختار بريري، قانون المعاملات التجارية "الأوراق التجارية وعمليات البنوك والإفلاس"، دار النهضة العربية، 1995.
- معاشو عمار، النظام القانوني لعقود المفتاح في اليد بالجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية، بدون سنة طبع.
- منير محمد الجنيهي، وممدوح محمد الجنيهي، الطبعة القانونية للعقد الالكتروني، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية.
- نجوى إبراهيم البدالي، عقد الإيجار التمويلي، دار الجامعة الجديدة للنشر، 2005.
- هشام خالد، جنسية الشركة، دراسة مقارنة، دار الفكر الجامعي، 2000.
- هشام خالد، جدوى اللجوء إلى التحكيم التجاري الدولي، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2005.

- هشام خالد، عقد ضمان الاستثمار، القانون الواجب التطبيق عليه وتسوية المنازعات التي قد تثور بشأنه، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2007.
- هشام علي صادق، تنازع القوانين، الطبعة الثالثة، منشأة المعارف بالإسكندرية، 1974.

II المراجع المتخصصة:

- أبو العلا النمر، القانون الخاص الدولي، دراسة تحليلية لمبادئ اليونيدروا المتعلقة بعقود التجارة الدولية، الطبعة الأولى، 2004.
- أبو العلا النمر، حماية المستهلك في العلاقات الخاصة ذات الطابع الدولي، القاهرة، دار النهضة، 1998.
- أحمد الهواري، حماية العاقد الضعيف في القانون الدولي الخاص، دار النهضة العربية، القاهرة، 1995.
- أحمد حسني، البيوع البحرية، دراسة لعقود التجارة البحرية الدولية "سيف وفوب"، منشأة المعارف بالإسكندرية، الطبعة الثانية، 1983.
- أحمد عبد الكريم سلامة، نظرية العقد الدولي الطليق، بين القانون الدولي الخاص وقانون التجارة الدولية، دراسة تأصيلي انتقادي، دار النهضة العربية، 1989.
- أحمد عبد الكريم سلامة، قانون العقد الدولي، مفاوضات العقود الدولية، قانون الإرادة وأزمته، دار النهضة العربية، 2008.
- حسن دياب، العقود التجارية وعقد البيع CIF، دراسة مقارنة، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، الطبعة الأولى، 1999.
- خالد عبد الفتاح محمد خليل، حماية المستهلك في القانون الدولي الخاص، دار النهضة العربية، 2002.

- خالد أحمد محمد عبد الحميد، فسخ عقد البيع الدولي للبضائع، وفقا لاتفاقية فيينا لعام 1980، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق جامعة القاهرة، 2000.
- خالد ممدوح إبراهيم، إبرام العقد الإلكتروني، دراسة مقارنة، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2008.
- خالد ممدوح إبراهيم، التحكيم الإلكتروني في عقود التجارة الدولية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2008 .
- رضا عبيد، دراسة في القواعد الموحدة في البيوع الدولية، بدون دار نشر، 1996.
- سلامة فارس، وسائل معالجة اختلال توازن العقود الدولية في قانون التجارة الدولية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق جامعة المنوفية، 1999.
- سلطان عبد الله محمود الجوارى، عقود التجارة الإلكترونية والقانون الواجب التطبيق، دراسة قانونية مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى، 2010.
- طرح البحور علي حسن فرج، تدويل العقد، دراسة تحليلية على ضوء الاتفاقية الخاصة بالقانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية الموقعة في روما بـ 19 يونيو 1980، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2000.
- محسن شفيق، اتفاقيات لاهاي لعام 1964 بشأن البيع الدولي للمنقولات المادية، مذكرات لدبلوم القانون الخاص، كلية الحقوق جامعة القاهرة، 1972-1973.
- محسن شفيق، اتفاقية الأمم المتحدة بشأن البيع الدولي للبضائع، دار النهضة العربية، القاهرة، 1988.
- محمود سمير الشرقاوي، العقود التجارية الدولية، دراسة خاصة لعقد البيع الدولي للبضائع، دار النهضة العربية، القاهرة، 1992.
- محمود محمد ياقوت، الروابط العقدية الدولية، بين النظرية الشخصية والنظرية الموضوعية، دراسة تحليلية ومقارنة، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2004.

- محمود محمد ياقوت، حرية المتعاقدين في اختيار قانون العقد الدولي، بين النظرية والتطبيق، منشأة المعارف، 2000.
- محمود محمد ياقوت، قانون الإرادة وقواعد البوليس ضرورية التطبيق، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2003.
- نادر محمد إبراهيم، مركز القواعد عبر الدولية أمام التحكيم الاقتصادي الدولي، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2002.
- هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، دار الفكر الجامعية، مصر، 2001.
- هشام علي صادق، عقود التجارة الدولية، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2007.
- وفاء حلمي أبو جميل، الالتزام بالتعاون، دار النهضة العربية، 1992.
- وفاء مصطفى محمد عثمان، توازن المصالح في تكوين عقد البيع الدولي للبضائع وفقا لاتفاقية فيينا لعام 1980، دار النهضة العربية 2006.

III الرسائل والمقالات:

- الطيب زروقي، النظام القانوني للعقود الدولية في القانون الجزائري المقارن، رسالة دكتوراه، جامعة الجزائر، 1990-1991.
- المصطفى شنضيف، البيع التجاري الدولي للبضائع بين التأصيل والتنازع، أطروحة دكتوراه، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة الحسن الثاني، عين الشق، الدار البيضاء 1998-1999.
- بودالي محمد، الحماية القانونية للمستهلك في الجزائر، رسالة دكتوراه، جامعة الجليلي اليابس، سيدي بلعباس، الجزائر، 2003.

- بولنوار عبد الرزاق، المهني والمستهلك طرفان متناقضان في العلاقة الاستهلاكية، دراسة في ضوء القانون الجزائري والفرنسي، مجلة دفاتر السياسة والقانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة قاصدي مرباح، ورقلة، العدد الأول جوان 2009.
- جاسم علي سالم ناصر، ضمان التعرض والاستحقاق في العقود، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 1990.
- جمال عبد العزيز، الالتزام بالمطابقة في عقد البيع الدولي للبضائع، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 1996.
- حبار محمد، قانون العقد والمسؤولية العقدية في القانون الجزائري والمقارن، رسالة دكتوراه، جامعة الجزائر، كلية الحقوق، 1987.
- حسين شحادة، موقف البنك من المستندات المخالفة في الاعتماد المستندي، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، عين شمس، 2000.
- حياة محمد محمد أبو النجا، الالتزام بالتفاوض في عقود التجارة الدولية، رسالة دكتوراه، جامعة المنصورة، 2004.
- طارق محمد عبد الله الهنداوي، الإخلال الجوهري بالالتزامات في عقد البيع الدولي وأثره على أطراف العقد، رسالة دكتوراه، جامعة طنطا، كلية الحقوق، مصر، 2007.
- محمد أحمد حسن محمود الشريبي، النظام القانوني للعقد الدولي، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس.
- محمود سمير الشرقاوي، الالتزام بالتسليم في عقد بيع البضائع "دراسة مقارنة"، بحث منشور في مجلة القانون والاقتصاد للبحوث القانونية والاقتصادية، مارس 1976، العددان الأول والثاني، السنة السادسة والأربعون.
- نجوى محمد كمال أبو الخير، البنك والمصالح المتعارضة في الاعتماد المستندي، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، 1993.

- نور الدين بكلي: اتفاق التحكيم التجاري الدولي في القانون الجزائري، رسالة ماجستير، جامعة الجزائر، 1995-1996.
- وفاء مصطفى محمد عثمان، توازن المصالح في عقد البيع الدولي للبضائع وفقا لاتفاقية فيينا لعام 1980، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، مصر، 2005.
- يزيد أنيس نصير، الارتباط بين الإيجاب والقبول في القانون المدني الأردني والمقارن، مجلة الحقوق، العدد الثالث، مجلس النشر العلمي، جامعة الكويت، سبتمبر 2003.

VI النصوص القانونية:

- قانون الجنسية الصادر بمقتضى الأمر رقم 70-86 بتاريخ 15 ديسمبر 1970. المعدل والمتمم بمقتضى الأمر 01/05 المؤرخ في 27 فبراير 2005 المنشور في الجريدة الرسمية عدد 15 الصادرة بتاريخ 27 فبراير 2005.
- القانون البحري صادر بمقتضى الأمر 76-80 المؤرخ في 23 أكتوبر 1976 والمعدل بمقتضى القانون رقم 98-05 المؤرخ في يونيو 1998. (جريدة رسمية عدد 47 لسنة 1998).
- القانون رقم 78-02 المؤرخ في 11 فبراير 1978 المتعلق باحتكار الدولة للتجارة الخارجية جريدة رسمية الصادرة بتاريخ 14 فبراير 1978، عدد 7، ص. 171.
- القانون رقم 85-05 المؤرخ في 16 فبراير 1985 المتعلق بحماية الصحة وترقيتها، المعدل والمتمم بالقانون 08-13 المؤرخ في 20 يوليو 2008. الجريدة الرسمية عدد 44 الصادرة بتاريخ 03 غشت 2008.
- القانون رقم 88-29 المؤرخ في 19 يوليو 1988 المتعلق بممارسة احتكار الدولة للتجارة الخارجية، ج. ر. الصادرة بتاريخ 20 يوليو 1988، العدد 29، ص. 1062.

- القانون 88-18 المؤرخ في 12 جويلية 1988 المتعلق بانضمام الجزائر إلى اتفاقية نيويورك المبرمة في 10 جوان 1958 المتعلقة باعتراف وتنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية، الجريدة الرسمية عدد 28 لسنة 1988 ص 771.
- المرسوم التشريعي رقم 09/93 مؤرخ في 25 أبريل 1993 يعدل ويتمم الأمر رقم 154/66 المؤرخ في 8 يونيو والمتضمن قانون الإجراءات المدنية، المنشور في الجريدة الرسمية عدد 27 لسنة 1993.
- الأمر رقم 96-09 المؤرخ في 10 يناير 1996 المتعلق بالاعتماد الإيجاري، المنشور في الجريدة الرسمية، عدد 3 صفحة 25، المصادرة بتاريخ 14 يناير 1996.
- الأمر رقم 96-06 المؤرخ في 10 يناير 1996، المتعلق بتأمين القرض عند التصدير، الجريدة الرسمية المصادرة بتاريخ 14 يناير 1996، العدد 3، الصفحة 16.
- القانون رقم 98-06 المؤرخ في 27 يونيو 1998 الذي يحدد القواعد العامة المتعلقة بالطيران المدني، الجريدة الرسمية عدد 48 لسنة 1998.
- الأمر رقم 01-02 المؤرخ في 20 أوت 2001 يتضمن تأسيس تعريفية جمركية جديدة، الجريد الرسمية عدد 47، المصادرة بتاريخ 22 أوت 2001.
- الأمر 03-04 المؤرخ في 19 يوليو 2003 يتعلق بالقواعد العامة المطبقة في عمليات استيراد البضائع وتصديرها الجريدة الرسمية عدد 43، المصادرة بتاريخ 20 يوليو 2003، الصفحة 33.
- القانون المدني الجزائري المعدلة بمقتضى القانون رقم 05-10 المؤرخ في 20 يونيو 2005 المعدل للقانون المدني ج.ر. 44 المصادرة بتاريخ 26 يونيو 2005.

- قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد بمقتضى القانون رقم 08-09 المؤرخ في 25 فبراير 2008 المنشور في الجريدة الرسمية عدد 21 الصادرة بتاريخ 23 أبريل 2008، والذي دخل حيز التنفيذ في 23 أبريل 2009.
- القانون 03-09 المؤرخ في 25 فبراير 2009 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، المنشور بالجريدة الرسمية العدد 05 بتاريخ 08 مارس 2009.

V النصوص التنظيمية:

- المرسوم رقم 84-390 المؤرخ في 22 ديسمبر 1984، المتعلق بتطبيق احتكار الدولة للتجارة الخارجية، ج. ر. الصادرة بتاريخ 29 ديسمبر 1984، العدد 70، ص. 2398.
- المرسوم رقم 84-390 المؤرخ في 22 ديسمبر 1984، المتعلق بتطبيق احتكار الدولة للتجارة الخارجية، ج. ر. الصادرة بتاريخ 29 ديسمبر 1984، العدد 70، ص. 2398.
- المرسوم التنفيذي رقم 88-201 المؤرخ في 18 أكتوبر 1988 المتضمن إلغاء جميع الأحكام التنظيمية التي تخول المؤسسات الاشتراكية ذات الطابع الاقتصادي التفرد بأي نشاط اقتصادي أو احتكار للتجارة. الجريدة الرسمية الصادرة بتاريخ 19 أكتوبر 1988، العدد 42، صفحة 1427.
- المرسوم التنفيذي رقم 89-01 المؤرخ في 15 يناير 1989 الذي يضبط كيفية تحديد دفاتر الشروط المتعلقة بالامتياز في احتكار الدولة للتجارة الخارجية، ج. ر. الصادرة بتاريخ 19 يناير 1989. العدد 3، الصفحة 69.
- المرسوم التنفيذي 90-39 المؤرخ في 30 يناير 1990، يتعلق برقابة الجودة وقمع الغش، جريدة رسمية عدد 05 لسنة 1990 ص. 202.
- النظام رقم 90-04 المؤرخ في 8 سبتمبر 1990 المتعلق باعتماد الوكلاء وتجار الجملة بالجزائر وتنصيبهم، ج. ر. الصادرة بتاريخ 24 أكتوبر 1990، العدد 54، الصفحة 1442.

- النظام رقم 91-03 المؤرخ في 20 فبراير 1991 المتعلق بشروط القيام بعمليات استيراد سلع إلى الجزائر وتمويلها، ج. ر. الصادرة بتاريخ 25 مارس 1991، العدد 23، الصفحة 700. المعدل بالنظام رقم 94-11 المؤرخ في 12 أبريل 1994، الجريدة الرسمية الصادرة بتاريخ 6 نوفمبر 1994، العدد 72، الصفحة 34.
- النظام رقم 91-12 المؤرخ في 14 أوت 1991 المتعلق بتوطين الواردات، ج. ر. الصادرة بتاريخ 15 أبريل 1991، العدد 28، الصفحة 828.
- النظام رقم 91-13 المؤرخ في 14 أوت 1991، المتعلق بالتوطين والتسوية المالية للصادرات غير المحروقات، الجريدة الرسمية الصادرة بتاريخ 22 أبريل 1992، العدد 30، الصفحة 873.
- المرسوم التنفيذي رقم 91-37 المؤرخ في 13 فبراير 1991 المتعلق بشروط التدخل في مجال التجارة الخارجية، الجريدة الرسمية الصادرة بتاريخ 20 مارس 1991، عدد 2. معدل ومتمم بالمرسوم التنفيذي رقم 94-135 المؤرخ في 5 يونيو 1994، الجريدة الرسمية الصادرة بتاريخ 12 يونيو 1994، العدد 37، الصفحة 7.
- القرار المؤرخ في 10 أبريل 1991 يحدد شروط ممارسة نشاط تاجر بالجملة في التجارة الخارجية، الجريدة الرسمية الصادرة بتاريخ 12 يونيو 1991 العدد 29. الملغى بالقرار المؤرخ في 2 يوليو 1994، الجريدة الرسمية الصادرة بتاريخ 21 أوت 1994، العدد 53، الصفحة 27.
- القرار المؤرخ في 07 نوفمبر 1995، يتعلق بالموصفات التقنية والقواعد التي تطبق على المواد الغذائية عند استيرادها.
- القرار المؤرخ في 21 مايو 1995، يحدد المقاييس التقنية والصحية للنباتات عند استيراد البذور، أنواع البقول والأشجار المثمرة والكروم والغرائس الكبرى وشتائلها.

- المرسوم التنفيذي رقم 96-327 المؤرخ في أول أكتوبر 1996، المتضمن إنشاء الديوان الجزائري لترقية التجارة الخارجية، الجريدة الرسمية الصادرة بتاريخ 6 أكتوبر 1996، العدد 58، الصفحة 9.
- المرسوم التنفيذي 96-235 المؤرخ في 02 يوليو 1996، الذي يحدد شروط تسيير الأخطار المعطاة بتأمين القرض عند التصدير وكيفياته، المنشور في الجريدة الرسمية، عدد 41 لسنة 1996. المعدل بالمرسوم التنفيذي رقم 97-388 المؤرخ في 19 أكتوبر 1997، المنشور في الجريدة الرسمية، عدد 69 لسنة 1997. والمعدل والمتمم أيضا بالمرسوم التنفيذي 99-75 المؤرخ في 11 أبريل 1999، المنشور في الجريدة الرسمية، عدد 26 لسنة 1999.
- القرار المؤرخ في 21 مايو 1996 الذي يحدد الحصة المضمونة لتغطية الأخطار المرتبطة بتأمين القرض عند التصدير، ج. ر. الصادرة بتاريخ 1 نوفمبر 1997، العدد 36، الصفحة 10.
- المرسوم التنفيذي رقم 96-235 المؤرخ في 2 يوليو 1996 الذي يحدد شروط تسيير الأخطار المغطاة بتأمين القرض عند التصدير وكفائته، ج. ر. الصادرة بتاريخ 3 يوليو 1996، العدد 41، الصفحة 12.
- القرار الصادر عن وزارة المالية المؤرخ في 21 ماي 1996، الذي يحدد الحصة المضمونة لتغطية الأخطار المرتبطة بتأمين القرض عند التصدير، المنشور في الجريدة الرسمية، عدد 36 لسنة 1996.
- قرار وزير المالية، المؤرخ في 09 أكتوبر 1997، يتضمن الموافقة على النظام الداخلي للجنة تأمين وضمان الصادرات، ج. ر. عدد 11 لسنة 1997.
- المرسوم التنفيذي رقم 97-254 مؤرخ في 8 يوليو سنة 1997 يتعلق بالرخص المسبقة لإنتاج المواد السامة أو التي تشكل خطرا من نوع خاص واستيرادها.

- القرار المؤرخ في 2 أكتوبر 1997 الذي يحدد مستويات الاختصاص المرتبطة بضمانات تأمين الصادرات، الجريدة الرسمية 5 نوفمبر 1997، العدد 73، الصفحة 49.
- القرار المؤرخ في 9 أكتوبر 1997، الذي يتضمن الموافقة على النظام الداخلي للجنة تأمين وضمان الصادرات، ج. ر. الصادرة بتاريخ أول مارس 1998، العدد 11، الصفحة 47.
- المرسوم التنفيذي رقم 97-431 المؤرخ في 16 نوفمبر 1997 المتضمن إلغاء أحكام المرسوم التنفيذي رقم 94-90 المؤرخ في 10 أبريل 1994 المذكور أعلاه، الجريدة الرسمية الصادرة بتاريخ 26 نوفمبر 1997، العدد 77، ص. 7.
- القرار الوزاري المشترك المؤرخ في 11 سبتمبر 1997 المتضمن التنظيم الداخلي للديوان الجزائري لترقية التجارة الخارجية، الجريدة الرسمية الصادرة بتاريخ 7 ديسمبر 1997، العدد 80، الصفحة 40.
- المرسوم التنفيذي رقم 97-37 المؤرخ في 14 يناير 1997، يحدد شروط وكيفيات صناعة مواد التجميل والتنظيف البدني وتوضيبيها واستيرادها وتسويقها في السوق الوطنية.
- المرسوم التنفيذي رقم 99-75 المؤرخ في 11 أبريل 1999 الذي يعدل و يتم المرسوم التنفيذي رقم 96-235 المؤرخ في 2 يوليو 1996 السالف الذكر، ج. ر. الصادرة بتاريخ 14 أبريل 1999، العدد 26، الصفحة 4.
- القرار الوزاري المشترك المؤرخ في 13 فبراير 1999 المتضمن إنشاء شهادة المصدر لبعض المنتجات، الجريدة الرسمية الصادرة بتاريخ 2 مايو 1999، عدد 32، الصفحة 20.
- القرار المؤرخ في 24 ديسمبر 2000، يمنع استيراد وإنتاج توزيع وتسويق واستعمال المادة النباتية المغيرة وراثيا.

- القرار الوزاري المؤرخ في 26 يوليو 2000 يتعلق بالقواعد المطبقة على تركيبة المنتوجات اللحمية المطهية ووضعها رهن الاستهلاك (ج. ر. 54 بتاريخ 30 غشت 2000).
- قرار وزاري مشترك مؤرخ في 31 يناير سنة 2001، يعدل القرار الوزاري المشترك المؤرخ في 16 أبريل سنة 1997 والمتعلق بشروط استيراد وتسويق المواد النسيجية المصنعة والمستعملة وكيفياتها.
- قرار وزاري مشترك مؤرخ في 25 أبريل سنة 2001، يتعلق بمواصفات الإطارات المطاطية لعجلات العربات ومقطوراتها وكيفيات وضعها للاستهلاك.
- المرسوم التنفيذي رقم 01-280 المؤرخ في 24 سبتمبر 2001 يحدد شروط ممارسة نشاطات وكييل السفينة ووكيل الحمولة والسمسار البحري، الجريدة الرسمية عدد 56 لسنة 2001.
- للمرسوم التنفيذي رقم 01-287 مؤرخ في 24 سبتمبر 2001 الذي يحدد شروط استخدام المحطات الجوية المختلطة التابعة للدولة وإدارتها، الجريدة الرسمية عدد 56 لسنة 2001.
- القرار المؤرخ في 14 يوليو 2002، يحدد قائمة النباتات الخاضعة للترخيص التقني المسبق للاستيراد، والقواعد الخاصة بصحة النباتات.
- القرار الوزاري المشترك المؤرخ في 18 ديسمبر 2002، يعدل ويتمم قائمة نقاط الدخول إلى التراب الوطني المتعلقة بمراقبة صحة النباتات على مستوى المراكز الحدودية.
- قرار صادر عن وزارة السكن والعمران مؤرخ في 04 يونيو 2003 يتضمن تحديد المواصفات التقنية والقواعد المطبقة على الإسمنت (ج.ر. عدد 40 الصادرة بتاريخ 02 يوليو 2003).

- المرسوم الرئاسي رقم 04-223 المؤرخ في 03 أوت 2004 يتضمن المصادقة على اتفاقية تسيير وتنمية التبادل التجاري بين الدول العربية المحررة بتونس في 27 فبراير 1981، الجريدة الرسمية عدد 59، الصادرة بتاريخ 08 أوت 2004، الصفحة 05.
- المرسوم التنفيذي رقم 04-320 المؤرخ 07 أكتوبر 2004، ويتعلق بشفافية تدابير الصحة والصحة النباتية والعراقيل التقنية للتجارة.
- المرسوم التنفيذي 05-567 المؤرخ في 10 ديسمبر 2005 الذي يحدد شروط مراقبة مطابقة المنتجات المستوردة عبر الحدود وكيفيات ذلك، المنشور بالجريدة الرسمية عدد 80 بتاريخ 11 ديسمبر 2005.
- التنفيذي 05-465 المؤرخ في 06 ديسمبر 2005 المتعلق بتقييم المطابقة، المنشور بالجريدة الرسمية عدد 80 بتاريخ 11 ديسمبر 2005.
- المرسوم التنفيذي 05-484 المؤرخ في 22 ديسمبر 2005 الذي يعدل ويتمم المرسوم التنفيذي 90-367 المؤرخ في 10 نوفمبر 1990 المتعلق بوسم السلع الغذائية وعرضها، المنشور بالجريدة الرسمية عدد 83 بتاريخ 25 ديسمبر 2005.
- المرسوم الرئاسي رقم 05-159 مؤرخ في 27 أبريل سنة 2005، يتضمن التصديق على الاتفاق الأوروبي المتوسطي لتأسيس شراكة بين الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية من جهة، والمجموعة الأوروبية والدول الأعضاء فيها من جهة أخرى، الموقع بفالونسيا يوم 22 أبريل سنة 2002، وكذا ملاحقه من 1 إلى 6 والبرتوكولات من رقم 1 إلى رقم 7 والوثيقة النهائية المرفقة به، الجريدة الرسمية رقم 31، الصادرة بتاريخ 30 أبريل 2005.
- المرسوم رقم 05-220 المؤرخ في 22 يونيو 2005 يحدد شروط تنفيذ التدابير الوقائية وكيفياتها، الجريدة الرسمية عدد 43 الصادرة بتاريخ 22 يونيو 2005، ص. 7.

- المرسوم التنفيذي رقم 05-221 المؤرخ في 22 يونيو 2005 يحدد شروط تنفيذ الحق التعويضي وكيفياته، الجريدة الرسمية عدد 43 الصادرة بتاريخ 22 يونيو 2005، ص. 09.
- المرسوم التنفيذي 05-222 المؤرخ في 22 يونيو 2005 يحدد شروط تنفيذ الحق ضد الإغراق وكيفياته، الجريدة الرسمية عدد 43 الصادرة بتاريخ 22 يونيو 2005، ص. 14.
- القرار الوزاري المشترك المؤرخ في 15 غشت 2006 يتضمن تحديد سير الأقسام الإقليمية للتجارة ومفتشيات مراقبة الجودة وقمع الغش عند الحدود، المنشور بالجريدة الرسمية عدد 07 بتاريخ 28 يناير 2007.
- النظام الصادر عن بنك الجزائر رقم 01/07 المؤرخ في 03 فبراير 2007 المتعلق بالقواعد المطبقة على المعاملات الجارية مع الخارج والحسابات بالعملة الصعبة، المنشور بالجريدة الرسمية عدد 31 الصادرة بتاريخ 13 مايو 2007.
- القرار المؤرخ في 03 فبراير 2007 يحدد كيفيات وإجراءات تنظيم التحقيق في مجال تطبيق التدابير الوقائية، الجريدة الرسمية عدد 21 الصادرة بتاريخ 28 مارس 2007، ص. 14.
- القرار المؤرخ في 03 فبراير سنة 2007 يحدد كيفيات تطبيق الحق التعويضي، الجريدة الرسمية عدد 21 الصادرة بتاريخ 28 مارس 2007، ص. 16.
- القرار المؤرخ في 03 فبراير 2007 يحدد كيفيات وإجراءات تنظيم التحقيق في مجال تطبيق الحق ضد الإغراق، الجريدة الرسمية عدد 21 الصادرة بتاريخ 28 مارس 2007، ص. 19.
- القرار الوزاري المشترك المؤرخ في 31 ديسمبر سنة 2008، يعدل القرار الوزاري المشترك المؤرخ في 28 ديسمبر سنة 1997 الذي يحدد قائمة المنتوجات الإستهلاكية ذات

- الطابع السام أو التي تشكل خطرا من نوع خاص وكذا قوائم المواد الكيماوية المحظور أو المنظم إستعمالها لصنع هذه المنتجات (الجريدة رقم 23 المؤرخة في 19 أبريل 2009).
- المرسوم التنفيذي رقم 261-09 مؤرخ في 10 مارس 2009، يحدد الإجراءات المطبقة عند استيراد وتصدير الأدوية ذات الاستعمال البيطري، ج. ر. عدد 16، الصادرة بتاريخ 15 مارس 2009، ص. 06.
- المرسوم التنفيذي رقم 261-09 المؤرخ في 24 مارس 2009 يتعلق بإعفاء المواد الكيماوية والعضوية المستوردة من طرف صانعي الأدوية ذات الاستعمال البيطري، الجريدة الرسمية عدد 49 الصادرة بتاريخ 30 أوت 2009، ص. 02.
- المرسوم التنفيذي رقم 296-09 المؤرخ في 2 سبتمبر سنة 2009، يعدل المرسوم التنفيذي رقم 181-09 المؤرخ في 12 مايو سنة 2009، الذي يحدد شروط ممارسة أنشطة استيراد المواد الأولية والمنتجات والبضائع الموجهة لإعادة البيع على حالتها من طرف الشركات التجارية التي يكون فيها الشركاء أو المساهمون أجنب، الجريدة الرسمية رقم 51 المؤرخة في 06 سبتمبر 2009.
- المرسوم التنفيذي رقم 181-09 يحدد شروط ممارسة أنشطة استيراد المواد الأولية والمنتجات والبضائع الموجهة لإعادة البيع على حالتها من طرف الشركات التجارية التي يكون فيه الشركاء المساهمون أجنب، الجريدة الرسمية رقم 30، المؤرخة في 20 ماي 2009.
- المرسوم التنفيذي رقم 89-10 المؤرخ في 10 مارس 2010 يحدد كفاءات متابعة الواردات المعفاة من الحقوق الجمركية في إطار اتفاقيات التبادل الحر، الجريدة الرسمية عدد 17 الصادرة بتاريخ 14 مارس 2010، الصفحة 06.

ثانيا: المراجع باللغة الأجنبية.**I. Les Ouvrages généraux.**

- A. BENSOUSSSEN : informatique et télécoms, Paris, éd. Lefebvre, 1997.
- Abderrahmane Mebtoul, L'Algérie face aux défis de la mondialisation, Tom I, Mondialisation et nouvelle culture économique, O.P.U., Alger 2002.
- Abderrahmane Mebtoul, L'Algérie face aux défis de la mondialisation, Tom II, réformes économiques et privatisation, O.P.U., Alger 2002.
- Alfonsin : «contribution a l'étude de la relation juridique en droit international privé », mélanges offerts a Maury Jacques, Tome 1.
- Amor Zahi, L'état et l'arbitrage, O.P.U.Alger.
- D. Ferrière : La protection des consommateurs, Paris, Dalloz, 1996.
- Français Collart Dutilleul, et Philippe Delebecque: Contrats civil et commerciaux, 5^e édition, Dalloz.
- H. Causse : De la notion de consommateur, in collection après le code de la consommation, Paris, Litec, 1996.
- J. M. Mousseron : Droit de la distribution, Libraires technique, 1975.
- J.HUET et H.MAISL : Droit de l'information et des télécommunications, Paris, Litec, 1989.
- Jean – Michel Jacquet, et autre, Droit du commerce international, 1^{er} Edition ; Dalloz, 2007.
- Laurent Levy, la nationalité des sociétés, L.G.D.J., Paris, 1984.
- Mohamed Tayeb Medjahad, contrat type des marchés publics, Editions Houma, Alger 2004.
- Mohamed Tayeb Medjahad, Le droit de l'OMC et perspectives d'harmonisations du système Algérien de défense commerciale, Editions Houma, Alger 2008.
- Mohamed Tayeb Medjahad, Les recours commerciaux aux termes des accords de l'OMC, Editions Houma, Alger 2003.
- Mostafa Trari Tani et autre, droit commercial international, édition Berti 2007.
- Mostafa Trari Tani : Droit Algérien de l'arbitrage commercial international, 1^{ère}. Edition, Berti 2007.
- Olivier Moréteau, Droit anglais des affaires, 1^{re} édition Dalloz, 2000.
- Otmane Bekenniche, L'Algérie, le GATT et L'OMC, O.P.U.,Alger 2006.

- Otmane Bekenniche, La coopération entre l'union européenne et l'Algérie, l'Accord d'association, O.P.U., Alger 2006.
- P. Mayer, droit international privé, 1 ère. Edition, Montchrestien, Paris, 1977.
- Philippe Merle : droit commercial. Sociétés commerciales. Dalloz.8^e édition.
- Philippe Fauchard et autre, Traité de l'arbitrage commercial international, Delta, 1996.
- PLANNIOL (M) & RIPERT (G), « Traite Elémentaire de droit civil ». 3^{ème} éd., T.2, Paris, 1949.
- Rachide Zouaimia, Droit de la régulation économique, Editions BERTI, Alger, 2006.

II. Les Ouvrages spéciaux.

- Antoine Kassis : Théorie générale des usages du commerce, droit comparé, contrat et arbitrage internationaux, lex mercatoria, L.G.D.j., Paris, 1984.
- Audit Bernard, La vente internationale de marchandises, convention des nations unies du 11 avril 1980, L.G.D.J., Paris 1990.
- Belkacen Bouzana : le contentieux des hydrocarbures entre l'Algérie et les sociétés étrangères, O.P.U. 1985.
- C. Witz, les premières applications jurisprudentielles du droit Uniforme de la vente international, LGDJ. 1995.
- C. Witz : analyse critique des règles régissant le transfert de propriété en droit Français à la lumière du droit allemand, J C B.
- Emmanuel Jolivet : Les incoterms, étude d'une norme du commerce international, édition Litec.
- Filali Osman : Les principes généraux de la lex Mercatoria, contribution à l'étude d'un ordre juridique anational, L.G.D.J. 1992.
- M Almeida Prado, Le hardship dans le droit du commerce international, Bruylant, FEC 2003, p. 1.
- Mayer (P.) et Vincent Heuzé : « Droit international privé », 8 eme. Edition, Montchrestien, Paris, 2005.
- Michel Menjucq, Droit international et européen des sociétés, édition Montchrestien, Pris, 2001.
- Mireille Taok, La résolution des contrats dans l'arbitrage commercial international, LGDJ, 2009.

- Mohamed Bedjaoui : L'évolution des conceptions et de la pratique Algériens sur l'arbitrage commercial, Alger, 14-15 décembre 1992.
- Mohamed Issad, droit international privé, tome 2, les règles matérielles. O.P.U.
- P. Mayer : la protection de la partie faible en droit internationale privé, rapport français, ouvrage collectif sur la protection de la partie faible dans les rapports contractuelles, Paris, L.G.D.J. 1996.
- Philippe Kahn : La vente commerciale internationale, Sirey, 1961.
- TOURNEAU (P.H.): Conformités et garanties en Droit Francia de la vente, in Les ventes internationales de marchandises, Economica, Paris, 1981.
- Vincent Heuzé : la vente international de marchandises, Droit uniforme. L.G.D.J. 2000.

III. Les Thèses et Les articles.

- B. Mercadal : Les caractéristique juridique des contra international de coopération industrielle, Rev. D.P.C.I., 1984.
- B. Oppetit, « L'adaptation des contrats internationaux aux changements de circonstances : la clause de "hardship" », JDI 1974.
- Batiffol, H., encyclopédie juridique – Dalloz – répertoire de droit international, Tome 1, 1968, contra et conventions, N. 9.
- Bénédicte Fauvarque-cosson, Les contrat du commerce international, une approche nouvelle, les principes d'unidroit relatifs aux contrats du commerce international, R.I.D.C. 2- 1998, p. 463.
- Berlin Dominique: Le régime juridique Int. Des accords entre êtas et ressortissants d'autres états, thèse Paris I, 1981.
- Blanc Gérard: Le contra internationale D'équipement industriel, l'exemple Algérien, thèse, Grenoble, 1980.
- C. H. le stang: existe-t-il une responsabilité précontractuelle ? J.C.P. 1978.
- C. Mouly : la conclusion du contrat selon la convention de vienne sur la vente internationale de marchandises, Dr. Par.com. Int., 1989.
- Didier Le Masson et Sibille Stenay. Les Incoterms, Actes du colloque des 1 er et 2 décembre 1989, sur La convention de Vienne sur la vente internationale et Les Incoterms.
- G. FORBIN: Comment gérer les informations confidentielles en cours de pourparlers ?, In Revu. Dr. Aff. Int. 1998, N° 4-5.

- G. Morin : le devoir de coopération dans les contrats internationaux, droit et pratique, Revu. D.P.C.i., 1980.
- GAILLARD (E), « L'entrée en vigueur de la convention de vienne du 11 avril 1980 sur les contrats de vente internationale de marchandises » Gaz. Pal.1988.
- Goldman (B.) : not sous l'arrêt Hicto, de la cour d'appel de paris 19/06/1970, Hicto c/ société Buisman, J.C.I. 1971, N1692.
- Goldman Berthold : Frontières du droit et lex Mercatoria, in le droit subjectif en question, Archives de philosophie de droit, 1964, T. 09, pp. 177-192.
- H .Synnet, l'organisation juridique du groupe international de sociétés (conflits des lois en matière de sociétés et défaut d'autonomie économique de personne morale, thèse Rennes, 1979.
- J. Béguin : « un texte à abroger : la loi sur la reconnaissance internationale des sociétés anonymes étrangères », mélanges, C. Champaud, Dalloz, 1997.
- J. Béguin, « la nationalité juridique des sociétés devrait correspondre à leur nationalité économique », mélange Catala, Litec, 2001.
- J. Cedras : l'obligation de négocier. Rev. Trim. D. com. 1985.
- J. M. Loncle et J. Y. Trochon: la phase de pourparlers dans les contrats internationaux. In Rev. Dr. Aff. Int. 1997. n° 1.
- J. M. LONCLE et J.Y. TROUCHON : la phase de pourparlers dans les contrats internationaux, Rev. D. Aff. Int. 1997.
- J. M.MOUSSERON : la durée dans la formation du contrat, in Mélange Alfred Jauffret, Aix- Marsilles, 1974.
- J. MESTRE: d'une exigence de bonne foi a un esprit de collaboration, Rev. Trim. Dr. Civ. 1986.
- J. Schmidt, la sanction de foute précontractuelle. Rev. Trim. D. Civ., 1974.
- J.SCHMIDT: la négociation des contrats de transferts de techniques avec l'union soviétique, Revu. D.I.C.I., 1984.
- Jean-Denis Bredin : A la recherche de l'aequitas Mercatoria, in l'internationalisation du droit, Mélanges en l'honneur d'Yvon Loussouarn, p. 109 et suites
- Knoepler (F.): « Le contra dans le nouveau droit international privé suisse ». En le nouveau droit international suisse, travaux des journées d'étude organisées par le centre de droit de l'entreprise le 9 et 10 octobre 1987 à l'université de Lausanne, 1988.

- L. FAUGEROLAS : l'accès international a des banques de données, thèse, Bordeaux, Paris, 1989.
- Lagarde (P.) : « Le nouveau droit international privé après l'entrée en vigueur de la convention de Rome du 19/06/1980, Rev. Crit. DIP., 1991.
- Lyon-Caen, de l'évolution de la notion de bonne foi, Rev. Juridique civ. Français, 1948, p. 83
- M. André Tunc : Les conventions de la Haye du 1^{er} 1964 portant loi uniforme sur la vente internationale d'objets mobiliers corporels. Une étude de cas sur l'unification du droit. In ; Revue internationale de droit comparé, Vol. 16 N 3, juillet-septembre 1964, pp. 547-554.
- M. FABRE-MAGNAN: de l'obligation d'information dans les contrats, essai d'une théorie, thèse Paris, éd. L.G.D.J.1992.
- M. HORSMANS (Guy), l'interprétation des contrats internationaux, in l'arbitrage commercial international. L'apport de la jurisprudence arbitrale, p.153.
- M.FONTAINE : les clauses de confidentialité dans les contrats internationaux, in Rev. Dr. Aff. Int, 1991, n° 1.
- M.TOMASZWSKI : la désignation, postérieure à la conclusion du contrat, de la loi qui le régit, Rev. Crit. DIP., 1972.
- Mohamed Kouddane : Le droit applicable aux relations contractuelles entre - Etats et personnes privées étrangères, Thèse de doctorat, Université Hassan II, Faculté de droit Casablanca, 1992.
- Nacer Fatiha, La bonne foi dans l'exécution du contrat dans le code civil, Revue des sciences juridiques et administratives, Faculté de droit, université Djilali Liabess- Sdi bel Abbas- Algérie, N. 05, Avril 2009, P. 73.
- Niboyet : Existe-t-il vraiment une nationalité des sociétés ? Rev. Crit. D. Int. P. 1927.
- P. Piotet: Développement récents de la théorie de la culpa in contrahendo. In mélanges. G. Flattet, Payot, 1985.
- Ph. Kahn, l'interprétation des contrats internationaux, JDI. 1981.
- Ph. KAHN, « La convention de la Haye du 1^{ère} Juillet 1964, portant loi uniforme sur la vente internationale des mobiliers corporels », R.T.D.Com. 1964.
- Ph. Stoffel - Munck, Regards sur la théorie de l'imprévision, vers une souplesse contractuelle en droit privé français, PUAM 1994, p.24.
- R. FABRE : la clause d'adaptation dans les contrats, Revu. Trim. d. Civ., 1981.

- S.JARVIN : l'obligation de coopérer de bonne foi, exemple d'application au plan de l'arbitrage international, in l'arbitrage commercial international, l'apport de la jurisprudence arbitral, publication de la C.C.I, 1986.
- Virally Michel : un tiers droit ? Réflexions théorique, in le droit des relations économiques internationales, études offertes à Berthold Goldman, p. 379.
- Y. PICOD: l'obligation de coopération dans l'exécution du contrat, J.C.P.1988.

IV. Les Textes

- Convention du 14 mars 1978 sur la loi applicable aux contrats d'intermédiaires et à la représentation.
- Convention des Nations unies du 11 avril 1980 sur les contrats de vente internationale de marchandises. (Vienne 1980).
- Convention des Nations Unies sur les lettres de change internationales et les billets à ordre internationaux. (www.cnudci.fr).
- Loi type de la CNUDCI sur les virements internationaux. (www.cnudci.fr).
- Convention des Nations Unies sur les garanties indépendantes et les lettres de crédit stand-by. (www.cnudci.fr).
- Convention des Nations Unies sur la cession de créances dans le commerce international.PUBLICATION DES NATIONS UNIES Numéro de vente: F.04.V.14 ISBN 92-1-233401-6. (www.cnudci.fr).
- Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale et Guide pour son incorporation. Du 30 mai 1997. (www.cnudci.fr).
- Guide législatif de la CNUDCI sur le droit de l'insolvabilité. (www.cnudci.fr).
- Guide pratique de la CNUDCI sur la coopération en matière d'insolvabilité internationale (le Guide pratique). PUBLICATION DES NATIONS UNIES Numéro de vente: F.05.V.10ISBN 92-1-233411-3. (www.cnudci.fr).
- Le Guide législatif de la CNUDCI sur les opérations garanties par des sûretés réelles mobilières. (www.cnudci.fr).
- Convention (Unidroit) relative aux garanties internationales portant sur des matériels d'équipement mobiles. Du 16 nov. 2001. (www.unidroit.com).
- Protocole portant sur les questions spécifiques aux matériels d'équipements aéronautiques à la convention relative aux garanties

internationales portant sur des matériels d'équipements mobiles. Du 16 nov. 2001. (www.unidroit.com).

- Convention du 7 juin 1930 portant loi uniforme sur les lettres de change et billets à ordre (avec annexes et prot.). Entrée en vigueur le 1^{er} juillet 1937.
- Convention du 19 mars 1931 portant loi uniforme sur les chèques (avec annexes et prot.). Entrée en vigueur le 1^{er} juillet 1937.
- Convention de Paris pour la protection de la propriété industrielle du 20 mars 1883, révisée à Bruxelles le 14 décembre 1900 à Washington le 2 juin 1911, à La Haye le 6 novembre 1925, à Londres le 2 juin 1934, à Lisbonne le 31 octobre 1958 et à Stockholm le 14 juillet 1967, et modifiée le 28 septembre 1979.
- Convention de Berne pour la protection des œuvres littéraires et artistiques du 9 septembre 1886, complétée à PARIS le 4 mai 1896, révisée à BERLIN le 13 novembre 1908, complétée à BERNE le 20 mars 1914 et révisée à ROME le 2 juin 1928, à BRUXELLES le 26 juin 1948, à STOCKHOLM le 14 juillet 1967 et à PARIS le 24 juillet 1971 et modifiée le 28 septembre 1979.
- Convention universelle sur le droit d'auteur révisée à Paris le 24 juillet 1971, avec Déclaration annexe relative à l'article XVII et Résolution concernant l'article XI 1971.

المفهرس

1	مقدمة.....
	الفصل التمهيدي : تعريف عقد البيع الدولي ، وتطور النظام القانوني للتجارة
13	الخارجية في الجزائر.....
15	المبحث الأول: مفهوم عقد البيع الدولي
17	المطلب الأول: المعيار القانوني لتحديد الصفة الدولية لعقد البيع الدولي.....
24	المطلب الثاني: المعيار الاقتصادي لتعريف العقد الدولي.
27	المطلب الثالث: موقف المشرع الجزائري من المعيارين.
30	المبحث الثاني : تطور النظام القانوني للتجارة الخارجية في الجزائر.....
31	المطلب الأول: مرحلة احتكار الدولة للتجارة الخارجية.
33	المطلب الثاني: المرحلة الانتقالية، نحو تحرير سوق التجارة الخارجية.....
36	المطلب الثالث: الوضع القانوني الرهن للتجارة الخارجية في الجزائر.
42	الباب الأول : انعقاد البيع الدولي.....
45	الفصل الأول : الوضعية القانونية لأطراف عقد البيع الدولي
48	المبحث الأول: الشخص الطبيعي كطرف في عقد البيع الدولي
49	المطلب الأول: أهلية الشخص الطبيعي لإبرام عقد البيع الدولي.....
51	الفرع الأول: القاعدة العامة التي تحكم الأهلية (القانون الشخصي).....
55	الفرع الثاني: الاستثناءات الواردة على قاعدة القانون الشخصي
63	المطلب الثاني: وضعية المستهلك كطرف في عقد البيع الدولي.....
65	الفرع الأول: مفهوم المستهلك.....

- 70..... الفرع الثاني: القانون الواجب التطبيق على عقد الاستهلاك الدولي:
- 81..... المبحث الثاني: الشركات كطرف في عقد البيع الدولي
- 83..... المطلب الأول: جنسية الشركة.....
- 83..... الفرع الأول: ثبوت الجنسية للشركة :
- 85..... الفرع الثاني: معايير ثبوت الجنسية للشركة.....
- 93..... الفرع الثالث: جنسية الشركات في القانون الجزائري.....
- 97..... المطلب الثاني: الاعتراف بالشخصية المعنوية للشركات الأجنبية.....
- المطلب الثالث: القانون الواجب التطبيق على حياة الشركة (La lex sociétatis).....
- 101.....
- 106..... المبحث الثالث: الدولة كطرف في عقد البيع الدولي.....
- 107..... المطلب الأول: الفريق الداعم لحصانة الدولة من تطبيق قواعد القانون الخاص .
- المطلب الثاني: الفريق الداعم لعدم حصانة الدولة من تطبيق قواعد القانون الخاص.....
- 111.....
- 117..... **الفصل الثاني: التراضي في عقد البيع الدولي**
- 119..... المبحث الأول: المفاوضات في عقد البيع الدولي.....
- 121..... المطلب الأول: ماهية المفاوضات.....
- 123..... المطلب الثاني: التفاوض الحر.....
- 123..... الفرع الأول: تعريف التفاوض الحر.....
- 125..... الفرع الثاني: النظام القانوني للمسؤولية عن قطع المفاوضات الحرة.....
- 128..... المطلب الثالث: التفاوض التعاقدي.....
- 128..... الفرع الأول: ماهية عقد التفاوض.....
- 142..... الفرع الثاني: النظام القانوني للمسؤولية عن قطع المفاوضات التعاقدية.....

151	المبحث الثاني: الإيجاب والقبول
153	المطلب الأول: الإيجاب
153	الفرع الأول: تعريف الإيجاب
161	الفرع الثاني: آثار الإيجاب
165	المطلب الثاني: القبول
166	الفرع الأول: محتوى القبول
177	الفرع الثاني: آثار القبول
182	الباب الثاني: آثار عقد البيع الدولي
188	الفصل الأول: التزامات البائع في عقد البيع الدولي
190	المبحث الأول: الالتزام بنقل الملكية
191	المطلب الأول: انتقال الملكية في عقد البيع الدولي وفقا للقواعد الموضوعية
196	المطلب الثاني: القواعد التي تحكم انتقال الملكية وفق منهج التنازع
200	المبحث الثاني: الالتزام بتسليم البضائع
202	المطلب الأول: تعريف الالتزام بالتسليم وطبيعته
202	الفرع الأول: تعريف الالتزام بالتسليم
207	الفرع الثاني: طبيعة الالتزام بالتسليم
210	المطلب الثاني: كيفية تنفيذ الالتزام بالتسليم
211	الفرع الأول: صور التسليم
214	الفرع الثاني: مكان التسليم
220	الفرع الثالث: زمان التسليم
225	المطلب الثالث: الالتزام بالتسليم وفقا لقواعد الأنكوترمز

- 225.. الفرع الأول: تعريف قواعد الأنكوترمز INCOTERMS وطبيعتها القانونية
- 234..... الفرع الثاني: التزام البائع بالتسليم وفقا لقواعد الأنكوترمز.
- 240..... المبحث الثالث: الالتزام بالمطابقة
- 243..... المطلب الأول: المطابقة المادية للمبيع.
- 244..... الفرع الأول: المطابقة الكمية
- 249..... الفرع الثاني: المطابقة النوعية
- 267..... المطلب الثاني: المطابقة القانونية للمبيع.
- 270..... الفرع الأول: ضمان التعرض الصادر من الغير بوجه عام.
- الفرع الثاني: ضمان التعرض الصادر من الغير في حالة النزاع حول الملكية
- 272..... الصناعية.
- 280..... المبحث الرابع: الالتزام بتسليم الوثائق
- 283..... المطلب الأول: مضمون الالتزام بتسليم الوثائق.
- 286..... المطلب الثاني: مطابقة الوثائق.
- 294..... **الفصل الثاني: التزامات المشتري في عقد البيع الدولي**
- 296..... المبحث الأول: الالتزام بدفع الثمن
- 297..... المطلب الأول: تعريف الالتزام بدفع الثمن ومشمولاته.
- 299..... الفرع الأول: أسس وضوابط تعيين الثمن.
- 304..... الفرع الثاني: كيفية الوفاء بالثمن.
- 312..... المطلب الثاني: ضمانات الوفاء بالثمن في البيوع الدولية.
- 313..... الفرع الأول: ضمان الوفاء بالديون في العقود الدولية وفقا للقانون الوطني..

الفرع الثاني: ضمان الوفاء بالديون في العقود الدولية وفقا للاتفاقيات	
الدولية	328
المبحث الثاني : الالتزام بتسلم البضائع	336
المطلب الأول: مفهوم الالتزام بتسلم البضائع.	337
المطلب الثاني: حالات رفض المشتري للتسلم.	343
خاتمة	348
قائمة المراجع	363
الفهرس	388

ملخص:

إذا تم وصف عقد البيع بأنه دولي، فإنه يخضع لمعاملة خاصة تختلف عن كونه داخلي. إذ يمكن لأطرافه الاتفاق على اختيار القانون الذي يخضع له، كما قد يخضع لقواعد قانون التجار وللمبادئ العامة لقانون التجارة الدولية. لكن في المقابل لا يمكنه أن يفلت من تطبيق القواعد الآمرة وقواعد الضبط للقانون الجزائري، وهي تخص كل مراحل عقد البيع الدولي، من المفاوضات إلى تبادل الإيجاب والقبول، وحماية الأطراف المتعاقدة، إلى آثار عقد البيع الدولي، وكيفية سداد الثمن وتسليم البضاعة سليمة ومطابقة للمواصفات والمقاييس.

الكلمات المفتاحية: دولية العقد، أطراف عقد البيع الدولي، المفاوضات، الإيجاب والقبول، آثار عقد البيع الدولي، قواعد الضبط، اللاكسماركاتوريا، الأنكوترمز، اتفاقية فيينا لسنة 1980.

Résumé:

Ces le contrat de vente a été qualifier comme internationale, il est soumis à un traitement spécial et différent d'être un contrat intérieur. Les parties peuvent choisir la loi qui lui est soumis, et peuvent être soumis aux règles de la loi des marchands, et aux principes généraux du droit de commerce international. D'un autre côté ne peut pas échapper à l'application des normes de l'ordre public et les règles de Police algérienne, qui est imposé à toutes les étapes du contrat de vente international, du négociations à l'échange de l'offre et l'acceptation, et la protection des parties contractantes, les effets du contrat de vente international, et la façon de payer le prix et la livraison des marchandises correctement et conformément aux spécifications et aux normes.

Mots clés: contrat international, les parties au contrat de vente, des négociations internationales, l'offre et l'acceptation, les effets du contrat de vente international, les règles de Police, La lex mercatoria, Les INCOTERMS, la Convention de Vienne de 1980.

Summary:

These sales contract has been described as international, it is treated special and different from being a interior contract. The parties may choose the law submitted to it, and may be subject to the rules of the law merchant, and general principles of international trade. On the other hand can not escape the application of standards of public order and the rules of Algerian Police, which is imposed at all stages of international sales contract, the negotiations for the exchange of supply and acceptance, and protection of the contracting parties, the effects of international sales contract, and how to pay the price and delivery of the goods properly and according to specifications and standards.

Keywords: international contract, the parties to the contract of sale, international negotiations, the offer and acceptance, the effects of international sales contract, the rules of Police, the lex mercatoria, INCOTERMS, the Vienna Convention 1980.