



قسم الحقوق

المسؤولية الدولية وعقود الدول مع الأفراد: حالة الشركات الأجنبية

مذكرة ضمن متطلبات
نيل شهادة الماستر في الحقوق تخصص القانون الدولي العام

إشراف الأستاذ:
-د. خنيش سنوسي

إعداد الطالب :
- صولح عادل
-

لجنة المناقشة

رئيسا
مقررا
ممتحنا

-د/أ. حجاج مليكة
-د/أ. خنيش سنوسي
-د/أ. لدغش رحيمة

الموسم الجامعي 2021/2020

إهداء

بسم الله الرحمن الرحيم

[[وقل إن عملوا فسيروا الله عملكم ورسوله و المؤمنون]]

السلامة و السلام على سيد الخلق و خير البرية محمد و على اله و صحبه

اجمعين

أهدي هذا العمل المتواضع إلى

من حبها يجري في عروقي ، و يلمح بذكرها فتواذي

إلى من أعطني العنان بلا مقابل

إلى ذاك القلب الناصع

أمي الحبيبة

إلى من صد الأشواق عن دربي لي يمد لي طريق العلم

أبي العزيز

إلى كل من كان له يد العون من قريب أو بعيد للوصول لهذا النجاح

صالح عادل

الشكر والعرفان

أتقدم بخالص الشكر والتقدير وبكل عبارات الفخر

الى أستاذي الفاضل

الأستاذ الدكتور خنيش سنوسي حفظه الله وأطال الله في عمره،

الذي كان

له الفضل الكبير والمؤثر في إنجاز هذا العمل، وهذا من خلال مختلف

مراحل إنجازه ومتابعته وإتمامه، والتأثير الكبير لتوجيهاته وملاحظاته

الدقيقة في قيامي بإنجاز هذه الرسالة وانهاؤها.

كما أتوجه بالشكر والتقدير الى كل الأساتذة وعمال مختلف المكنبات

الجامعية على مساعدتي في إنجاز هذا العمل.

كما لا أنسى شكر كل من كان له يد العون في بلوغي لقا أنا عليه

شكراً

ملخص

تعتبر المسؤولية الدولية من المواضيع التي استهلكها الفقه الدولي مبكراً، كما رمت بثقلها على العمل والقضاء الدوليين ، فكان لها نصيب وافر منهما إلى درجة أن جزءاً هاماً من قواعدها يستند في الوقت الراهن على الممارسات دولية و على أحكام القضاء الدولي وإلى جملة من آراء ومذاهب الفقهاء.

و تعتبر عقود الدولة من أهم بنود المعاملات مع الأطراف الأخرى، حيث يعرف عقد الدولة على أنه عقد يبرم بين الدولة و الشركات الأجنبية أو الشخص الطبيعي الأجنبي، و عقود الدولة هذه تثير مجموعة من المشاكل القانونية و هذه المشاكل تنسم بصعوبتها، و هذه الصعوبات لها إعتبارات متمثلة في عامل رئيسي و عوامل ثانوية.

و يهدف هذا العمل إلى معرفة مدى إحترام الدول لبعضها البعض من خلال العقود المبرمة فيما بينها و فيما بين الشركات الأجنبية.

الكلمات المفتاحية

1- المسؤولية الدولية

2- العقود

3- الشركات الأجنبية

1- Abstract

International responsibility is one of the topics that international jurisprudence consumed early on, and it also threw its weight on international work and judiciary, and it had a large share of them to the extent that an important part of its rules at the present time is based on international practices and on the provisions of the international judiciary and on a group of opinions and doctrines of jurists.

State contracts are one of the most important items of transactions with other parties, where the state contract is defined as a contract concluded between the state and foreign companies or a foreign natural person, and these state contracts raise a set of legal problems and these problems are difficult, and these difficulties have considerations Represented by a major factor and secondary factors.

This work aims to know the extent to which countries respect each other through contracts concluded between them and among foreign companies.

key words

1- International responsibility

2- Contracts

3- Foreign companies

2- Résumé

La responsabilité internationale est l'un des sujets que la jurisprudence internationale a consommé très tôt, et elle a également jeté son poids sur les travaux internationaux et judiciaires, et elle en a eu une large part dans la mesure où une partie importante de ses règles à l'heure actuelle est fondée sur les pratiques internationales et sur les dispositions de la justice internationale et sur un ensemble d'opinions et de doctrines de juristes

Les contrats d'État sont l'un des éléments les plus importants des transactions avec d'autres parties, où le contrat d'État est défini comme un contrat conclu entre l'État et des sociétés étrangères ou une personne physique étrangère, et ces contrats d'État soulèvent un ensemble de problèmes juridiques et ces problèmes sont difficiles, et ces difficultés ont des considérations représentées par un facteur majeur et des facteurs secondaires.

Ce travail vise à savoir dans quelle mesure les pays se respectent à travers les contrats conclus entre eux et entre entreprises étrangères.

les mots clés

1- Responsabilité internationale

2- Contrats

3- Entreprises étrangères

المقدمة

مقدمة

من المواضيع التي أضحت تشغل مكانا بارزا في الفكر القانوني على المستوى العالمي، موضوع مسؤولية الدولة تجاه الدول ، الذي ظهر جليا إثر توجه المجتمع الدولي نحو التعامل الإقتصادي بينهم، وزيادة المبادلات الإقتصادية وعمليات التجارية و المعاملات ، وعدم ملائمة التطبيقات القانونية الداخلية لتسوية ما ينشأ عنها من منازعات.

حيث عرّف العرب في الجاهلية نظام التحكيم إلى جانب القضاء، وقد كان المحكم هو صاحب الرأي المطلق فإذا وقعت الخصومة احتكم إليه طرفان أو أكثر هذه الخصومات كانت تقع بين العرب بسبب المفاخرة والمنافرة.

ويعرف فقهاء القانون الدولي المسؤولية الدولية على انها عبارة عن نظام قانوني تلتزم بمقتضاه الدولة التي تأتي عملا غير مشروع طبقا للقانون الدولي العام بتعويض الدولة التي لحقها ضرر من جراء هذا العمل وبناء على ذلك يتضح ان العنصر الاساسي للمسؤولية الدولية هو عدم مشروعية العمل الدولي اما العنصر الثاني لهذه المسؤولية فإنه يركز على تقدير عدم المشروعية بالنسبة لقواعد القانون الدولي العام.

ويقصد بالعمل الدولي غير المشروع هو كل مخالفة للالتزام دولي تفرض على قاعدة من قواعد القانون الدولي اذ عند اخلال دولة ما باحكام معاهدة سبق لها ان تقيدت بها فانها بذلك تكون ارتكبت عملا غير مشروع وتتحمل المسؤولية الدولية الناشئة عن هذا الاخلال وتلتزم بتعويض الدولة التي لحقها ضرر من جراء هذا العمل.

كما إختارت لجنة القانون الدولي، في دورتها الأولى المعقودة في عام 1949 ، موضوع مسؤولية الدول ضمن المواضيع التي رأت أنها مناسبة للتقنين. واستجابة لقرار الجمعية العامة 799(د-8) (المؤرخ 7 كانون الأول/ديسمبر 1952 الذي طلبت فيه من اللجنة أن تستهل، في أقرب وقت تراه مناسباً، تقنين مبادئ القانون الدولي المتعلقة بمسؤولية

الدول، قررت اللجنة، في دورتها السابعة المنعقدة في عام 1955، أن تبدأ دراسة موضوع مسؤولية الدول وعيّنت السيد: ف. ف. غارسيا آمادور" مقررًا خاصاً للموضوع. وفي الدورات الست التالية، المعقودة في الأعوام من 1956 إلى 1961، قدم المقرر الخاص ستة تقارير متتالية تتناول، في مجملها، موضوع المسؤولية عن الأضرار التي تلحق بالأشخاص الأجانب أو بممتلكاتهم¹.

وقد أنشأت اللجنة، في دورتها الرابعة عشرة المعقودة في عام 1962، لجنة فرعية تمثلت مهمتها في إعداد تقرير أولي يتضمن مقترحات تتعلق بنطاق الدراسة المقبلة ومنهجها².

كما قامت اللجنة، في دورتها الخامسة عشرة المعقودة في عام 1963، بعد أن اعتمدت بالإجماع تقرير اللجنة الفرعية، بتعيين السيد: "روبرتو آغو" مقررًا خاصاً للموضوع. وقد تلقت اللجنة، في دوراتها الحادية والعشرين إلى الحادية والثلاثين المنعقدة في الفترة من عام 1969 إلى عام 1989، ثمانية تقارير من المقرر الخاص. وكانت الخطة العامة التي اعتمدها اللجنة في دورتها السابعة والعشرين، المنعقدة في عام 1975، بشأن مشاريع المواد المتعلقة بموضوع "مسؤولية الدول" تتصور هيكل مشاريع المواد على النحو التالي: الباب الأول يُعنى بمنشأ المسؤولية الدولية؛ والباب الثاني يُعنى بمضمون المسؤولية الدولية وأشكالها ودرجاتها؛ بالإضافة إلى باب ثالث محتمل قد تقرر اللجنة إدراجه ويمكن أن يُعنى بمسألة تسوية المنازعات وأعمال المسؤولية الدولية.

وقد اعتمدت اللجنة بصفة مؤقتة في القراءة الأولى، في دورتها الثانية والثلاثين المعقودة في عام 1980، الباب الأول من مشاريع المواد الذي يتناول "منشأ المسؤولية الدولية".

¹ - التقرير الأول: حولية 1956، المجلد الثاني، ص 173، الوثيقة A؛

² - التقرير الأولي: حولية 1980، المجلد الثاني (الجزء الأول)، ص 107.

مثلما أوصت الجمعية العامة في الفقرة 3 من قرارها 156/52، المؤرخ 15 كانون الأول/ديسمبر 1997، بأن تواصل لجنة القانون الدولي أعمالها بشأن المواضيع المدرجة في برنامجها الحالي، بما فيها موضوع مسؤولية الدول، مع مراعاة تعليقات الحكومات وملاحظاتها، سواء المقدمة كتابة أو المعرب عنها في المناقشات التي جرت في الجمعية العامة. وذكرت في الفقرة 06 من ذلك القرار بأهمية حصول اللجنة على آراء الحكومات بشأن مشاريع المواد المتعلقة بمسؤولية الدول التي اعتمدها اللجنة في القراءة الأولى في دورتها الثامنة والأربعين.

وأخيرا يرجع البعض أسباب الاعتماد على مبدأ تحمل كل دولة مسؤولية معاملاتها وفق ما ينص عليه القانون الدولي ونظام التحكيم التجاري الدولي استنادا إلى اعتبارات نفسية تتمثل في رفض أطراف التجارة الدولية لقبول محاكم الأجنبي وتخوفهم من معاملة متحيزة من جهة، وفي التضارب الصارخ بين وجهات النظر القانونية في تصنيف هذا النوع من العقود بين دائرتي القانون العام او القانون الخاص من جهة ثانية.

كل هذه العوامل مجتمعة إلى جانب وجود خلفية سياسية في بعض الأحيان دفعت بالمتعاملين بشكل مستمر كل من جانبه إلى الإتجاه نحو تحمل المسؤولية وفقا لما يمليه القانون الدولي بالنظر للمزايا التي يحققها عند إحترام شروط التعاقد بين الأطراف.

1- إشكالية البحث

تقتضي الإشكالية المطروحة، التطرق و معالجة موضوع مسؤولية الدولة تجاه الدول الأخرى، و عقودها التجارية، حيث نرى أنّ هذه الأخيرة لا غنى عنها في المجال الاقتصادي والتجاري في يومنا هذا بحيث انتشرت بشكل مذهل وملفت للانتباه، ورسخت كإحدى أهم الوسائل والمرتكزات الرئيسية والفعالة في مجال الحياة الاقتصادية والتجارية.

- إلى أي مدى يمكن للتحكيم أن يحل النزاعات بين الدول المحكمة له بطرق ترضي

الطرفيين؟

و من هذا المنطلق تتبادر في أذهاننا بعض الأسئلة التي يجب أن نجيب عليها من خلال هذا البحث و هي كالتالي:

- ما هي المسؤولية الدولية و ما هي أركانها و عناصرها؟
- ما هو التحكيم الدولي و ما هي رؤيته في مجال عقود الدول مع الشركات ؟
- ما هو مفهوم عقود التجارة الدولية و ما هي ضماناته؟
- هل القواعد و القوانين الموضوعة من طرف المؤسسات و المنظمات المحتكم إليها كافلة لحل المشاكل بين الدول و الشركات؟

2- فرضيات الدراسة

1-2 الفرضية العامة

إنطلق هذا البحث عبر فصوله و مباحثه المختلفة من واقع فرضية أساسية و هي أن ثمة انتهاكات لقواعد القانون الدولي تحدث في إطار التبادلات و المعاملات بين الدول و الشركات في مجال العقود (سواء كانت الدول المحكم إليها هي المعتدى أي من يمارس فعل الاعتداء أو الانتهاك ، أو كانت هي المعتدى عليه)، و أن هذه الإنتهاكات تستوجب البحث في المسؤولية الدولية و الوقوف على العناصر الرئيسية في التحكيم بين الدول و الشركات في مجال العقود.

2-2 الفرضيات الفرعية

- 1- أغلبية الدول تحترم الإتفاقيات فيما بينها
- 2- أغلبية الدول تتحمل المسؤولية في حال إخلال العقد بينها و بين الطرف الثاني (دولة أو شركة).
- 3- التحكيم هو أنجع وسيلة لفك النزاعات بين الدول.

3- أهمية البحث

إن موضوع البحث يحمل في أعماقه الكثير من الدلائل والمؤشرات التي تبرز أهميته، والتي استدعت اختيار هذا الموضوع، و يمكن حصرها أساسا في محاولات الفقهاء والمفكرين في تطوير قواعد القانون الدولي العام عموما وفي محاولات تطوير وإبراز الدور الحاسم

والمكانة الظاهرة للمسؤولية الدولية باعتبارها جزءاً أساسياً من كل نظام قانوني خصوصاً، ففعالية هذا النظام تتوقف على مدى نضج قواعد المسؤولية ونموها باعتبارها أداة تتطور وفقاً لما تكفله من ضمانات ضد التعسف، لدرجة ان البعض يعتبر قواعد المسؤولية مفتاحاً لكل نظام قانوني.

4 أهداف البحث

يهدف هذا البحث إلى مايلي:

- الإحاطة بماهية المسؤولية الدولية و العناصر الأساسية فيها
- معرفة القوانين الخاصة بالتحكيم الدولي، و أهميته في حل النزاعات
- كيف تلجأ الشركات و الدول المتضررة إلى التحكيم.
- ما هو مفهوم عقود التجارة الدولية و ما هي أنواعها، و ما هي دولية العقد.
- ما هي أطراف عقود التجارة الدولية و ما هي ضماناتهم.

5- أسباب اختيار موضوع البحث

هناك عدة أسباب دفعتنا إلى دراسة هذا الموضوع ونذكر منها ما يلي:

- تسليط الضوء على أهمية المسؤولية الدولية و أثرها في تطور العلاقات بين الدول.
- تبيان أثر لجوء الدول إلى عنصر التحكيم للوصول إلى التوافق و الرضا.
- إبراز ضرورة العقود و الإتفاقيات بين الدول.

6- تحديد المفاهيم والمصطلحات

المسؤولية: أن يتحمل الفاعل نتائج الأفعال الغير مشروعة التي يأتيها مختاراً وهو مدرك لمعانيها و نتائجها.

الدولية: إجراءات تتفق عليه عدة دول لتسيير شؤونها مع بعضها أو مع دول تنظيم أخرى.

التحكيم: هو عملية حل نزاع متفق عليها بين الأطراف التي يتم فيها عرض النزاع إلى محكم واحد أو أكثر ممن يصدرون قراراً.

العقود: العقد في القانون هو اتفاق بين طرفين أو أكثر يتعهد فيه كل منهم بأشياء أو وعود متبادلة بحيث ينفذها القانون.

الشركات: الشركة عقد يلتزم بمقتضاه شخصان أو أكثر بأن يساهم كل منهم في مشروع يستهدف الربح بتقديم حصة من المال أو عمل، لاقتسام ما قد ينشأ عنه ربح أو خسارة.

7- المنهج المتبع

سيتم في هذا البحث إتباع المنهج الوصفي والتحليلي، الذي يقوم على التحليل وربط الأسباب بالنتائج، والمقارنة بين الأنظمة القانونية، حيث تساعد هذه المقارنة في معرفة مزايا القوانين ومعرفة عيوبهم.

8- صعوبات الدراسة

ومن الصعوبات التي واجهتني وصادفتني وأنا أتناول الموضوع عدة صعوبات يمكن تصنيفها ضمن خانة الصعوبات الموضوعية وأهمها:

- قلة المراجع المتخصصة: وهذا راجع لحدثة الاهتمام الدولي بمشكلة المسؤولية الدولية وهو ما نتج عنه قلة الأحكام القضائية وقرارات المحكمين الدوليين.

- قلة المراجع في مجال المسؤولية الدولية عن الأعمال غير المشروعة في المعاملات بين الدول و الشركات الأجنبية كما أن المراجع القليلة التي تناولت الموضوع لم تعطي الموضوع العناية الكافية حيث لم تتعمق في صلب الموضوع وبالتالي جاءت الدراسات سطحية ومتشابهة إذ لم يستطيع أي كاتب فرض شخصيته فيها

9- تقسيم الدراسة

في هذا البحث سلطنا الضوء على بيان مفهوم المسؤولية الدولية ، وبيان شروطها وأنواعها وأركانها وبيان القضاء المختص لتسوية تلك المنازعات الدولية، وذلك من خلال تقسيم الدراسة إلى ثلاثة فصول وذلك على النحو التالي:

المقدمة: وقد تضمنت الإطار العام للدراسة والذي يشمل تمهيد، أهمية البحث و إشكالية البحث وأسئلة الدراسة ، و فرضيات البحث، وكذلك المنهج المستخدم في هذا البحث مع الصعوبات التي واجهتنا خلال هذا البحث .

- **الفصل الأول:** وقد تضمن التعريف بالمسؤولية الدولية مفهومها أنواعها وخصائصها وأركان المسؤولية الدولية، و أسس قيام المسؤولية الدولية.
- **الفصل الثاني:** وقد تضمن التحكيم الدولي والتحكيم التجاري الدولي.
- **الفصل الثالث:** تناول هذا الفصل مفهوم عقود التجارة الدولية في المبحث الأول وأطراف عقود التجارة الدولية و ضماناتهم في المبحث الثاني.
- **الخاتمة:** و يتم فيها توضيح بعض النتائج التي تم إستخلاصها حول موضوع البحث.

الفصل الأول

الإطار المفاهيمي للمسؤولية

الدولية

تمهيد

تعد مبادئ القانون الدولي مبادئ تم انتقائها من خلال المعاهدات، أو العرف أو المبادئ العامة للقانون¹، وعلى صعيد آخر نجد ان المنظمات الدولية تشكل أحد الشخصيات القانونية التي برزت جراء هذه المعاهدات او المؤتمرات ذات العلاقة بالشؤون الدولية مما يدل على انها بحاجة الى محاولة تقنين العادات الدولية قديمها أو حديثها ، وهي مهمة تكثف خلالها صعوبات عديدة وتحتاج الى فترة طويلة الأمد².

نجد في هذا السياق ان القانوني "جورج سيل" يقول: لا يمكن مطلقاً أن يكون المقصود هو تدوين قوانين عالمية كاملة تشمل كل العلاقات القانونية بين الشعوب، وتسلكها جميعاً في نظام واحد. فمثل هذا التفكير خيالي محض؛ ذلك أن التقنين كلما كان أضيق في موضوعه كان أوسع في مداه، وكلما كانت المبادئ المعروضة أقرب إلى النظريات وأبعد عن التحديد اتسع مجال تطبيقها³.

إن انشاء هيئة الأمم المتحدة وصياغة ميثاقها في عام (1945) حجر الأساس في تقنين احكام العلاقات الدولية، بما تضمنه من مبادئ لحكم العلاقات الدولية تعبيراً عن أمانى الدول وعزمها على اقامة نظام دولي جديد يكفل حل الخلافات الدولية السياسية وتحقيق التعاون الإقتصادي وسعياً لتحقيق التنظيم الدولي.

و في هذا الفصل سوف نتناول في المبحث الأول مفهوم المسؤولية الدولية و في المبحث الثاني سنتطرق إلى قيام المسؤولية الدولية.

¹ - دويوي،بيارمايا: ترجمة محمد صاصيال وسليم حداد،(2008)، القانون الدولي العام، بيروت،ط2،مؤسسة مجد،ص 286،288،353،367.

² - هيكل، محمد حسين، مقالة عن مبادئ القانون الدولي وتدوين القانون الدولي، منشورة جريدة الساسة الأسبوعية وقت الإسترجاع(05 أيار 2016، الموقع الإلكتروني <http://www.hindawi.org/blogs/86028197>

³ - جورج سيل (1934)، القانون الدولي العام، الجزء الثاني، مترجم دار الترجمة العربية، ص16.

المبحث الأول: مفهوم المسؤولية الدولية

تعد المسؤولية الدولية الركيزة الأساسية لأي نظام قانوني على الصعيدين الدولي والداخلي¹، وذلك لوجود الضمانات الأساسية التي تكفل احترام وتحقيق الإلتزامات التي يقرها النظام القانوني على اشخاصه وبالتالي ما يترتب من جزاءات في حال الإخلال ومخالفة تلك الإلتزامات وعدم الإمتثال لتنفيذها².

تعتبر المسؤولية الدولية من مقتضيات المبادئ العامة للقانون الدولي لأنه من الطبيعي وجود نظام يحكم الإنتهاكات والإخلالات التي يرتكبها اشخاص القانون الدولي سواء كانت دولة معترف لها بالسيادة القانونية او منظمة دولية، يتبين ان مساهمة احكام المسؤولية داخل كل نظام قانوني تعتبر الحجر الأساس في تطور هذا النظام وازدهاره، ولا تقتصر احكام هذه المسؤولية على نظام قانوني بعينه او فرع من فروع القانون او مجال محدد منها وانما تمتد لتشمل سائر فروع القانون المختلفة و نقلا عن جمال طه فلا بد من الإشارة الى ما تبناه السيد "بادفان" الذي ذكر " ان المسؤولية اصبحت جزء اساسي من كل نظام قانوني، وان مدى فاعلية النظام القانوني تتوقف على مدى نضج ونمو المسؤولية فيه³.

ترتكز المسؤولية الدولية على ثالث مبادئ اساسية تقوم عليها متمثلة في انها تقام ضد شخص من اشخاص القانون الدولي وان تكون مدنية او جنائية حسب الفعل المرتكب وان يكون العمل من الأفعال التي يحظرها القانون الدولي بالرغم من ان المسؤولية قد تتحقق عن ارتكاب افعال لا يحظرها القانون ولكنها قد ترتب ضرر للغير⁴.

ان ارساء مثل هذه المبادئ يؤدي الى تقليص الأفعال الناجمة عن الدول والمنظمات من الإنتهاكات الدولية مما يسهل عملية التعايش فيما بين اعضاء المجتمع الدولي الواحد جراء الوعي بمبادئ القانون ومعرفته، كما ان احكام هذه المسؤولية المنبثقة بالإلتزام بالمبادئ

¹ - هاشم محمد، صالح، (1990)، المسؤولية الدولية عن المساس بسلامة البيئة البحرية، رسالة دكتوراة، جامعة القاهرة، ص51.

² - مقبل، مصباح جمال (2011)، الموظف الدولي ومدى مسؤولية المنظمة الدولية عن اعماله، دار النهضة العربية، القاهرة، ص129.

³ - انظر (ندا، جمال طه)، (1986)، مسؤولية المنظمات الدولية في مجال الوظيفة الدولية، الهيئة المصرية للكتاب، القاهرة، ص 14-15.

⁴ - ابو عطية، السيد (2001) الجزاءات الدولية بين النظرية والتطبيق، مؤسسة الثقافة الجامعية، القاهرة، ص246.

السابقة، تطبق دون المساس بسيادة الدولة وان تطبيق احكامها بالنتيجة لا يمس و لا ينتقص من سيادتها فلكي يتسنى اعمال مبدأ المسؤولية الدولية لا بد من ان تكون الدولة مؤهلة لتحمل تلك المسؤولية ولا يكون ذلك الا اذا كانت الدولة كاملة السيادة والتي هي حق ثابت لكل دولة¹.

تعتبر المسؤولية الدولية من اهم الأسس التي يقوم عليها القانون الدولي حيث انها الإطار الذي يقرر فيه الجزاء ضد مخالفة الإلتزامات التي يفرضها القانون وهذا ما اكدته العديد من القرارات الدولية ومنها القرار الذي اصدرته محكمة العدل الدولية الدائمة بتاريخ: 1926/03/25. بشأن مصنع شورزو الذي اثار ازمة بين المانيا وبولونيا حيث تملكت بولونيا المصنع الألماني دون دفع تعويض لألمانيا وهذا ما يخالف الإتفاقية المعقودة فيما بينهما حيث قررت المحكمة ان اي خرق للإلتزامات الدولية يستوجب تعويضاً مناسباً².

¹- ابو عطية, السيد , المرجع السابق, ص247.

²- ندا , جمال طه , المرجع السابق, ص17.

المطلب الأول: نظام المسؤولية الدولية

إنّ ظهور الأمم المتحدة وممارستها لإختصاصاتها أدى بدوره الى تعميق الأفكار المتعلقة بمسؤولية الدولة امام المنظمات الدولية عن بعض الأفعال التي تسبب إلحاق الضرر بالمجتمع الدولي ومع تزايد عدد المنظمات الدولية وتعدد اختصاصاتها واتساع دائرة العلاقات الدولية التي تقوم مابينها ومابين الدول فكان لابد من نشوء احكام وقواعد تتعلق بمسؤولية المنظمة عن افعالها وبالتالي وفي حال عدم وجود احكام تضبطها سيؤدي ذلك الى تعدد النزعات الدولية مما سيؤثر بدوره على استقرار المجتمع الدولي¹.

الفرع الأول: تعريف المسؤولية الدولية

عرف شرّاح القانون في القانون الدولي مبدأ المسؤولية الدولية بعدد من التعاريف فنجد من عرفها "بأنها الجزاء القانوني الذي يرتبة القانون الدولي على عدم احترام احد اشخاص هذا القانون لالتزاماته الدولية"².

وعرفت ايضا " بأنها ماينشأ نتيجة عمل مخالف للالتزام قانوني دولي ارتكبه أحد اشخاص القانون الدولي وسبب ضرراً لشخص دولي اخر، وان غايتها تعويض مايترتب على هذا العمل من ضرر"³.

كما عرفها الدكتور محمد طلعت الغنيمي "بأنها نظام قانوني يكون بمقتضاة على الدولة التي ينسب اليها فعل غير مشروع طبقاً للقانون الدولي التزام باصلاح ماترتب على ذلك الفعل حيال الدولة التي ارتكب هذا الفعل ضدها"⁴.

نجد ان الدكتور محمد حافظ بين تعريف الفقه الغربي للمسؤولية الدولية من خلال كتابه المسؤولية الدولية، اذ قام الفقه الغربي بتعريف للمسؤولية الدولية على أنها: " المبدأ الذي ينشئ الالتزام بالتعويض عن كل انتهاك للقانون الدولي ترتكبه دولة مسؤولة ويسبب ضرراً، وذكر الأديب "دي فيشر" بأنها فكرة واقعية تقوم على التزام الدولة بإصلاح النتائج المترتبة

¹- انظر غانم، محمد حافظ 1977، المسؤولية الدولية، القاهرة، دار العرب، ط2، صص9-68 تعريف الدكتور عبدالعزيز سرحان.

²- انظر (سرحان، عبد العزيز محمد)، 1986، القانون الدولي، القاهرة، دار النهضة العربية، ص 385.

³- الدكتور العنابي إبراهيم، 1984، القانون الدولي العام، القاهرة دار النهضة العربية، ص 84.

⁴- الغنيمي محمد طلعت، (2005)، الأحكام العامة في قانون الأمم، ط1، دار المعارف، الإسكندرية، ص1868.

على تصرف غير مشروع منسوب إليها"¹.

كما عرفها الفقيه الفرنسي "شارل روسو" بأنها؛ "وضع قانوني تلتزم بموجبه الدولة التي ينسب إليها ارتكاب فعل غير مشروع وفقاً للقانون الدولي بأن تصلح الضرر الذي لحق بالدولة التي ارتكب في مواجهتها هذا الفعل"².

مما سبق نرى أنه من الممكن ان نعرف المسؤولية الدولية على أنها التزام يترتب على شخص من اشخاص القانون الدولي نتيجة قيامه بعمل او امتناعه عن عمل مشكلاً ذلك العمل اخلاً بالالتزام دولي مسبباً للضرر و سواء كان هذا العمل مشروع او غير مشروع وبالتناوب يترتب ذلك العمل التعويض.

الفرع الثاني: طبيعة المسؤولية الدولية

يفرض القانون الدولي على أشخاصه التزامات واجبة النفاذ شأنه شأن الأنظمة القانونية

الأخرى فإذا تخلف الشخص القانوني عن القيام بالالتزامه ترتب على تخلفه تحمل تبعية المسؤولية الدولية لإمتناعه من الوفاء به³.

إن ارتباط الالتزام الدولي بحكم الضرورة بالمسؤولية الدولية أمر مسلم جرى عليه العرف بين الدول ونصت عليه صراحة بعض احكام الاتفاقيات الدولية ومن هنا نستنتج ان الطبيعة القانونية للمسؤولية الدولية تتمثل بوجود عناصر معينة لأعمالها منها ارتكاب عمل غير مشروع مخالف لقواعد القانون الدولي وينسب هذا الى اشخاص القانون الدولي ويسبب ضرراً والعبرة هنا اذا كان هذا العمل متفق مع احكام القانون الداخلي وبالتالي لا يؤدي الى مسؤولية الدولة وفقاً لنظامها الداخلي مما دفع الكثيرين الى القول بأن الدولة لاتستطيع ان تتحلل من المسؤولية الدولية وفقاً لنظامها الداخلي⁴.

¹-غانم، محمد حافظ (1975) المسؤولية الدولية، محاضرات أقيمت على طلبة كلية دبلوم القانون الدولي كلية الحقوق، جامعة عين شمس، القاهرة، صص 10-14.

²- مقبل، جمال مصباح، (2011)، مرجع السابق، صص 130.

³- السيد، رشاد، مرجع سابق، صص 276.

⁴- ندا، جمال طه، مرجع سابق، صص 23.

الفرع الثالث: اركان وعناصر المسؤولية الدولية

لقيام المسؤولية الدولية لا بد أن يقع فعل يصلح في نظر القانون الدولي أساس للمسؤولية الدولية وأن ينسب هذا الفعل لدولة من الدول أو منظمة دولية. وأن يترتب عليه أضرار بشخص آخر من أشخاص القانون الدولي العام.

ولا يتصور قيام المسؤولية الدولية ما لم تتوافر عناصر ثلاثة وهي؛ (الخطأ، الضرر، العلاقة السببية بينهما).

الخطأ: وهو السلوك الدولي الضار بدولة اخرى والذي بنطوي على الخروج عن المألوف من جانب الدولة، او صدور فعل من أحد أشخاص القانون الدولي سواء كان هذا الفعل انتهاكا للالتزامات الدولية أو لم يكن، ويقصد به الفعل الغير المشروع دوليا؛ و يعرف بأنه "العمل المخالف أو غير المتفق مع قواعد القانون الولي العام" أي أن الفعل غير المشروع دوليا هو إما انتهاك دولة لواجب دولي، أو عدم تنفيذها للالتزام تفوضه قواعد القانون الدولي ، ويمكن تعريفه أيضا بأنه : "ذلك الذي يتضمن انتهاكا لإحدى قواعد القانون الدولي العام أيا كان مصدرها أو إخلالاً بإحدى الالتزامات الدولية سواء أكان هذا الفعل ايجابيا أو سلبيا". ويشترط لوجود هذا العمل أن ينسب إلى أحد أشخاص القانون الدولي. وأن يخالف أحد الالتزامات الدولية¹.

الضرر: يجب أن يحصل الضرر لأحد أشخاص القانون الدولي العام، ويعد الضرر من أهم عناصر المسؤولية الدولية وأبرز شروطها، "ويقصد بالضرر في القانون الدولي العام المساس بحق أو بمصلحة مشروعة لأحد أشخاص القانون الدولي العام"². أي الضرر قد يصيب الدولة أو المنظمة الدولية، أو الأفراد، الذين تتدخل دولهم لحمايتهم عن طريق ما يعرف بالحماية الدبلوماسية، ويكون الضرر اما ماديا (كالاعتداء)، أو معنويا كإهانة ممثلي الدولة في الخارج، ويتعامل القانون الدولي من ناحية التعويض عن الضرر المباشر أما غير المباشر فلا يعرض عليه.

¹ - عامر صلاح الدين، (2009)، مقدمة لدراسة القانون الدولي العام، القاهرة، دار النهضة العربية، ص ص، 806-808.

² - أبو عطية، السيد، مرجع سابق ، ص 259.

الإسناد أو العلاقة السببية بين الفعل و الضرر : تبين المادة الثالثة من مشروع لجنة القانون الدولي مسؤولية الدول بما يتعلق بالفعل الغير مشروع دوليا ان ينسب الى الدولة بمقتضى القانون الدولي، وان يشكل انتهاكا لإلتزام الدولة على اخرى¹، ذلك يلزم لتحريك المسؤولية الدولية تجاه أحد أشخاص القانون الدولي إسناد الفعل غير المشروع دولياً إلى شخص مرتكب هذا الفعل، و عملية الإسناد هذه هي عملية ذهنية قانونية تتعلق بالإثبات اذ على المدعي أو طالب التعويض أن يثبت أن الفعل غير المشروع، أو الفعل المشروع المسبب للضرر قد صدر عن الشخص المدعي عليه و دون توافر هذا الشرط إضافة إلى شرط علاقة السببية المباشرة بين الفعل و الضرر فأن المسؤولية الدولية لا تكون قائمة و لا يمكن الحكم بالتعويض أو القضاء بأي أثر قانوني للمسؤولية².

المطلب الثاني: أنواع المسؤولية الدولية و أشخاصها

عرفت لجنة القانون الدولي التابعة للجمعية العامة للأمم المتحدة المسؤولية الدولية في المادة الأولى من مشروعها المتعلق بالمسؤولية الدولية بأنها: " كل تصرف دولي غير مشروع تقوم به دولة يؤدي إلى جعلها مسؤولة دوليا عن هذا التصرف³ . ويقصد أيضا بالمسؤولية الدولية: " الجزاء الذي يترتب عليه القانون الدولي العام على مخالفة أحكامه أو التزاماته بواسطة أحد الأشخاص القانون الدولي لإصلاح ما ترتب عليها من أضرار .

بات من المسلم به أن المسؤولية الدولية هي مسؤولية مدنية أساسها التعويض وليست مسؤولية جنائية عمادها العقاب الجنائي المتعارف عليه في النظم القانونية الوطنية، وسبب ذلك بالطبع يعود لغياب السلطة المركزية في المجتمع الدولي، وسيادة نظرية السيادة على الدول هي الجزاء الذي تواجه حرية الدول عند إخلالها بالتزاماتها الدولية. "ولذلك فكل إخلال بالتزام سواء أكان ذلك بعمل نشاط أو بسهو نابع من قاعدة من قواعد القانون الذي يؤدي آليا إلى خلق علاقة قانونية جديدة بين الدولة التي أخلت بالالتزام والتي

¹ - عامر، صلاح الدين، مرجع سابق، ص ص808-809.

² - ابوعطية، السيد، مرجع سابق ، ص260.

³ - المادة الأولى من المشروع المتعلق بمسؤولية الدول عن الأعمال غير المشروعة 2001.

لابد عليها من تعويض الدولة التي تطلب ذلك".
نعني بأنواع المسؤولية الدولية مختلف أنواعها أو صورها عند تلازمها مع الدولة والصورة التي تظهرها الدولة المسؤولة أمام المجتمع الدولي من حيث أشكالها، ومن حيث قيامها بالعمل غير المشروع.

الفرع الأول: المسؤولية المباشرة والمسؤولية غير المباشرة.

أولاً: المسؤولية المباشرة

القاعدة العامة في المسؤولية الدولية هي أنها تترتب مباشرة على الدولة فهي مسؤولة مباشرة للدولة الموحدة، والمتمتعة بالسيادة والتي تخل بالتزامها الدولية شخصياً أو عن طريق ممثليها وسلطاتها العامة.

غير أن الدولة صاحبة السيادة قد تجد نفسها مسؤولة عن تصرفات كيانات قانونية عامة تابعة لها دستورياً أو دولياً، وهي كيانات غير قادرة على التصرف في إطار العلاقات الدولية، وفي هذه الحالة وبالرغم من أن الفعل ارتكب من هذه الكيانات إلا أن الدولة تكون هي المسؤولة دولياً بحكم أنها هي الوحيدة التي تدير العلاقات الخارجية لهذه الجهات .
ومن طبيعة المسؤولية الدولية كذلك أن تكون مباشرة، فهي تكون عندما ينسب إلى الدولة عمل غير مشروع بما يخالف التزاماتها الدولية، سواء كان العامل صادراً عن حكومتها أو عن أحد أجهزتها الرسمية كالسلطة التشريعية أو التنفيذية أو القضائية أو ممثليها أو موظفيها، وتعد هذه الصورة الطبيعية للمسؤولية الدولية.

ثانياً: مسؤولية غير المباشرة.

كما يمكن أن تقوم المسؤولية الدولية غير المباشرة نتيجة لتحمل الدولة لفعل غير مشروع ارتكبه دولة أخرى يلزم وجود رابطة بين الدولتين.
كما يمكن أن تكون في الحالة التي تتحمل فيها الدولة مسؤولية الأعمال غير المشروعة التي تصدر عن دولة أخرى، وتفترض تلك المسؤولية وجود رابطة خاصة بين هاتين الدولتين، ومن أمثلة هذه الحالة: مسؤولية الدولة الاتحادية عما يصدر عن ولاياتها من أعمال غير مشروعة، وكذلك مسؤولية الدولة الحامية عن أعمال الدولة المحمية المخالفة للقانون الدولي، ومسؤولية الدول القائمة بالانتداب أو الوصاية عن أفعال الدولة المسؤولة بالانتداب أو الوصاية .

ويقدم الفقهاء أمثلة عديدة لتوضيح صورة المسؤولية غير المباشرة لعل أبرزها قضية الأطفال اليابانيين الذين طردوا من مدارس " سان فرانسيسكو " وأثارت الخلاف بين الولايات المتحدة الأمريكية، وتتلخص وقائع هذه القضية في أن مجلس التعليم في ولاية " كاليفورنيا " أصدر قرارا في 11 أكتوبر 1906 يفرض على الطلبة ذوي الأصول الآسيوية أن يترددوا على مدارس خاصة.

وقد شكل هذا القرار انتهاكا للمادة الأولى من معاهدة التجارة **Gresham Korino** المبرمة بين البلدين في 22 نوفمبر 1894، و قد احتجت اليابان على ذلك، وأكدت الحكومة الاتحادية بأنها لن تسمح بأية تفرقة في المعاملة، غير أن ولاية " كاليفورنيا " احتجت على تدخل الحكومة المركزية وصل إلى حد التهديد بالتدخل العسكري الأمر الذي رضخت له ولاية " كاليفورنيا " وتمت تسوية الموضوع بتغليب أحكام القانون الدولي على القانون الداخلي .

ويقدم المثال السابق للتدليل على مسؤولية الدول غيلا المباشرة عن أعمال تقسيماتها كما ويضيف إليه الفقهاء مثالا آخر وهو قضية " نيو أورليونز " بين إيطاليا والولايات المتحدة الأمريكية لعام 1890، و تتلخص وقائعها في أن مجموعة من الإيطاليين تم الفتك بهم في مقاطعة " نيو أورليونز " بولاية " لويزيانا " بالولايات المتحدة الأمريكية .

وبعد أن تمت تبرئة الجناة من قبل القضاء الداخلي، تقدمت إيطاليا بطالبها بالتعويض عن رعاياها وأنكرت الولايات المتحدة هذا الطلب بحجة أن المسؤولية تقع على عاتق ولاية "لويزيانا"، فرفضت إيطاليا هذه الحجة، ومما جاء في دفعها: " إن العلاقات بين لويزيانا، والولايات المتحدة مسألة داخلية دستورية، وأنه من وجهة نظر القانون الدولي تتم العلاقة الدولية وما يترتب عليها مع الولايات المتحدة فقط ". وأمام إصدار إيطاليا على مطالبها، سلمت الولايات المتحدة بوجهة النظر هذه ودفعت تعويضا عن الضحايا الإيطاليين .

أما عن مسؤولية الدولة غير المباشرة عن الأعمال غير المشروعة الصادرة عن الدولة المحمية أو الموضوعية تحت الانتداب أو الوصاية، ...، فيقدم الفقهاء أمثلة عديدة لتأكيد لها لاسيما من السوابق القضائية، فبالنسبة للدولة المحمية فقد أكدت مسؤولية الدولة العلمية في قضية الإدعاءات البريطانية ضد اسبانيا عن الأضرار التي لحقت بالرعايا البريطانيين في القطاع الاسباني بمراكش عام 1925، كما تم تأكيد ذات المبدأ من قبل محكمة العدل

الدولية في القضية الخاصة بحقوق الرعايا الأمريكيين في مراكش بموجب حكمها الصادر في 27 أوت 1952.

الفرع الثاني: المسؤولية الدولية التعاقدية والتقصيرية

أولاً: المسؤولية الدولية التعاقدية

وهي المسؤولية الناشئة للدولة عند إخلالها بالتزاماتها التعاقدية أي الالتزامات التي تحملتها عن طريق إبرامها ومصادقتها على معاهدة دولية ثنائية، متعددة الأطراف أو جماعية حيث تكون الدولة ملزمة بتنفيذ بنود المعاهدة بحسن نية وإلا أصبحت مسؤولة دولياً تجاه الدول الأعضاء في المعاهدة عن عدم التنفيذ وعن التنفيذ التعسفي أو سوء نية. كما يمكن أن تكون المسؤولية الدولية التعاقدية حينما تنشئ نتيجة إخلال الدولة بأحد التزاماتها التعاقدية، فالدولة تسأل هنا عن عدم الوفاء أو الإخلال بما التزمت به مع غيرها من الدول وفقاً لمعاهدات أو موثيق دولية مبرمة بينها وبين غيرها من الدول، وتلتزم تبعاً لذلك بالتعويض عن الضرر الناجم عن هذا الإخلال، حتى وإن لم ينص على ذلك في المعاهدة أو الميثاق الذي حصل الإخلال به .

والملاحظ هنا أن الصورة السابقة للمسؤولية التعاقدية تكون حين إخلال الدولة بالتزام تعاهدي مع دولة أخرى، أما ما يتعلق بتعهدات الدولة قبل الأفراد التابعين لدولة أجنبية، فإنه تجب التفرقة هنا بين ما تبرمه الدولة بصفقتها شخصاً معنوياً عادياً وبين ما تبرمه بصفقتها سلطة عامة، فما تبرمه بصفقتها شخصاً معنوياً عادياً كعقود التوريد والمقاولات، فلا يشير الإخلال به مسؤوليتها الدولية مادام أنه بإمكان الفرد المتضرر اللجوء إلى القضاء للحصول على التعويض المناسب، كما لا يحق لدولته التدخل لحمايته إلا بعد أن يستنفذ هذا الأجنبي جميع وسائل الانتصاف المحلية، ولا تسأل الدولة عما لحق بالأجنبي إلا في الحالة التي تحول بينه وبين سبل الانتصاف المقررة فيها، عندئذ تتقرر مسؤوليتها التقصيرية وحق لجولة الأجنبي المتضرر حمايته دبلوماسياً .

أما ما تبرمه الدولة من عقود مع الأفراد بصفقتها سلطة عامة كطرحها قرصاً لاكتساب العلم مثلاً، فإن الإخلال به لا يسمح لدانئيتها باللجوء إلى القضاء الداخلي للمطالبة بالسداد أو التعويض، وهذا نظراً إلى أن مثل هذه العقود تعتبر من ضمن أعمال السيادة ولا يملك

القضاء سلطة النظر فيها، وفي مثل هذه الحالة ليس على الأجنبي المتضرر سوى اللجوء إلى دولته طالبا حمايتها الدبلوماسية.

ثانيا: المسؤولية التقصيرية

المسؤولية التقصيرية لا ترتبط عموما بالتزام تعاهدي بينها وبين دولة أخرى إلا في حالة تراخيها عن اتخاذ ما يكفل تنفيذ ذلك الالتزام، كعدم سن البرلمان لقانون يكفل تنفيذ معاهدة ما على الوجه المطلوب، أو تقصير الدولة في مراقبة ما يصدر عن أجهزتها الرسمية أو موظفيها أو ممثليها من أفعال غير مشروعة من شأنها أن تقرر مسؤوليتها على النطاق الدولي، أو تراخيها في اتخاذ الحيطة والحذر لحماية الأجانب وممتلكاتهم من أعمال العنف التي يرتكبها الأفراد في حالة أعمال الشغب وهيجان الشعب.

تنشأ المسؤولية الدولية التقصيرية عند ارتكاب الدولة لفعل أو امتناعها عن القيام بفعل يفرضه عليها القانون الدولي دون أن يكون مصدره الاتفاق أو الإرادة .

ونجد أن مصطلح المسؤولية التقصيرية في القانون الدولي مستعار من القانون الداخلي ولا يطبق هذا الشكل في إطار القواعد الأولية والثانوية للمسؤولية الدولية التي كلها تعتمد على فكرة العمل غير المشروع المخالف للقانون الدولي سواء كان قانونا اتفاقيا أو عرفيا أو صادرا من أي جهة دولية كانت، أي مهما كان مصدره أو شكله.

الفرع الثالث: أشخاص المسؤولية الدولية وترتيب المسؤولية الدولية

بحكم أن الدولة هي الشخص الدولي الرئيسي والأصيل الذي ينشئ ويخضع لقواعد القانون الدولي، فإنها تعتبر هي الشخص الدولي الأول الذي تخاطبه قواعد المسؤولية الدولية ويلتزم باحترامها.

وفي نفس السياق فإن المنظمة الدولية هي الأخرى تخضع للقواعد المنظمة للمسؤولية الدولية المرتبطة بالتزاماتها ووظائفها، وفي حدود ما هو مرتبط بصلاحياتها كشخص دولي ثانوي وظيفي، أما باقي المخاطبين بأحكام المسؤولية المخاطبين بأحكامه من أفراد وشركات ما بين دولتين ومنظمات غير حكومية حسب موضوعات المسؤولية الدولية من تقرير للمسؤولية الدولية وإيجاد قواعد للحماية لهذه الأشخاص.

فمن أشخاص المسؤولية الدولية أو أشخاص القانون الدولي العام، يندرج تحت هذا الموضوع

كل من الدولة والمنظمة الدولية¹.

أولاً: الدولة كشخص رئيسي

يمكن القول من البداية أن المسؤولية الدولية ترتبط بفكرة الشخصية القانونية الدولية وبالتالي، وبدون جدل يمكن القول أن الدولة هي الشخص الدولي الوحيد الذي يقوم بإفشاء قواعد القانون الدولي والذي يخضع لها ويلتزم بأحكامها. كما أن الدولة هي الشخص القانوني الدولي الذي يقوم بإنشاء علاقات دولية فيما بينها أو بينها وبين المنظمات الدولية².

ومادام أن المسؤولية الدولية ترتبط أساساً وقبل كل شيء بالدول فإنه من المنطقي والقانوني أن تكون الدولة هي الأولى المعنية بهذه المسؤولية في ضوء علاقاتها المتبادلة. حيث تبقى الدولة هي المسؤولة المباشرة عن ما يصدر من أشخاصها وهيئاتها كما أنها صاحبة الحق في المطالبة بالتعويض عند تعرضها للانتهاكات لحقوقها أو مساس بها، وبالإضافة إلى ذلك فإن تقرير وتكريس وتحريك المسؤولية الدولية كلها راجعة إلى الدولة. ونتيجة لتقرير المسؤولية الدولية للدولة أولاً فإنه من الضرورة إعادة التأكيد على ما سبقت الإشارة إليه وهو ضرورة تمتع الدولة بالشخصية القانونية الدولية التي تؤهلها لاكتساب الحقوق وتحمل الواجبات وكذا إقامة العلاقات الدولية الخارجية والتمتع بكل الصلاحيات الدولية والداخلية في مواجهة مواطنيها وهيئاتها المركزية واللامركزية بشكل انفرادي واستثنائي، وهو الأمر الذي يجعلنا نستثني الدول الناقصة السيادة والدول الخاضعة للاستعمار من الخضوع لقواعد المسؤولية الدولية كونها لا تتمتع بالسيادة الكاملة ولا تتمتع بحرية التصرف دولياً على الخصوص.

ثانياً: المنظمات الدولية في إطار المسؤولية الدولية.

إن الملاحظ في هذا الموضوع هو أن مسؤولية المنظمة مرتبطة أساساً بالوظائف والأهداف المحددة لها وبالتالي فليس لهذه المسؤولية أن تتعدى أو أن تتجاوز هذا النطاق القانوني سواء في حالة كون المنظمة مدعية أي مطالبة بالتعويض والإصلاح أو مدعى عليها أي مسؤولية عن الضرر الناتج عن تصرفها.

¹- إسلام محمد عبد الصمد، الحماية الدولية للبيئة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2016 ص20.

²- إسلام محمد عبد الصمد، نفس المرجع السابق، ص22.

وهو عكس الدولة التي تتحمل كامل المسؤوليات الناتجة عن تصرفاتها الدولية والداخلية وبالتالي فإن القول بمسؤولية المنظمة الدولية لا يعني التوافق والتناسب بين الصورتين لمسؤولية الدولة والمنظمة بل لكل منها نظامها القانوني وأحكامها وقواعدها المنظمة لها. إن هذا التباين والاختلاف بين المسؤوليتين يؤدي إلى اعتبار مسؤولية المنظمة الدولية مرتبطة بحدود أجدتها موثيقها التأسيسية وأنظمتها الداخلية المحددة لصلاحيات أجهزتها المختلفة ولعلاقاتها مع الدول الأعضاء وغير الأعضاء ومجالات عملها ووظائفها. وللتأكيد أكثر على مسؤولية المنظمة الدولية بادرت محكمة العدل الدولية إلى إصدار آراء استشارية في الموضوع من أهمها ما يربط المنظمة بضرورة العمل في إطار حقوقها وواجباتها كالرأي الاستشاري لسنة 1962 المتعلق بنفقات منظمة الأمم المتحدة والرأي الاستشاري لسنة 1971 المتعلق بناميبيا.

ثالثاً: ترتيب المسؤولية الدولية لأشخاص القانون الدولي العام

أسفرت التطورات الموائية لترتيب المسؤولية الدولية على المنظمات الدولية منذ 1949 إلى بروز كيانات ذات الصفة الدولية من حيث تكوينها أو من حيث الاهتماماتها دولياً، مما جعلها تتمتع بحقوق دولية مضمونة لها ومؤكدة على مستوى العلاقات الدولية، نظراً لأهمية هذه الكيانات أو لأهمية الدور الذي تلعبه على المستوى التعامل بحقوق دولية مضمونة لها ومؤكدة على مستوى التعامل والتحرك الدوليين، على الصعيد الاقتصادي أو الاجتماعي القانوني أو التحرري، أو للأهمية مركزها في إطار تحسين العلاقات الدولية بين الدول أو أفرادها. وكان لهذه الجماعات أن ساهمت في النشاطات الدولية وفي أبرز قواعد نظامية جديدة في المجتمع الدولي¹.

ولقد واجه هذا التطور وظهور هذه الأشخاص جدل فقهي واسع بين المعارض والمؤيد لخضوعها وتنظيمها في إطار قواعد قانونية دولية وتمتعها بالضمانات والحقوق الدولية، حيث يرى فريق من الفقه أن هذه الكيانات لا ترقى لأن تكون أشخاص دولية بينما يرى الفريق الثاني من الفقه أن مثل هذه الأشخاص لها أن تتمتع بحماية القانون الدولي وأن

¹- بلخيري حسينة، المسؤولية الدولية الجنائية، دار الهدى، الجزائر، سنة 2006، ص 20.

تخضع لمساءلته، وبالتالي فإن قواعد المسؤولية الدولية يمكن أن يتجاوز نطاقها الدولة والمنظمة لكي تحكم مثل هذه الأشخاص أو لكي تضع لها قواعد حماية في مواجهة بعضها أو في مواجهة الدول لها. ونتيجة لهذا الواقع أوجدت القواعد الدولية مجموعة من الأحكام والنصوص القانونية المتباينة وذات المواضيع المتخصصة فيما يتعلق بهذه المجموعات أو الكيانات الجديدة على الصعيد الدولي¹.

¹ - نفس المرجع السابق، ص 20.

المبحث الثاني: قيام المسؤولية الدولية

تقوم الدول بأعمال ونشاطات تؤدي إلى إحداث أضرار بالدول الأخرى أو لمواطني هذه الدول، وذلك بصورة عمدية أو مخالفة للقانون الدولي العام أو بشكل غير عمدي نتيجة الأضرار التي تنتسب فيها الدولة عند إقدامها على أفعال مشروعة. إن للمسؤولية الدولية للدول خاصة تنشأ نتيجة تصرفات صادرة من الدولة أو ممن له علاقة بالدولة من أجهزة وأشخاص طبيعية ومعنوية، لذلك يتوجب من البداية البحث عن كيفية وظروف قيام المسؤولية الدولية وعن أسسها وشروطها وأركانها¹.

المطلب الأول: أسس المسؤولية الدولية

يعتبر أساس المسؤولية الدولية من أشد المواضيع إثارة للخلاف بين الفقهاء، وهذا بالنظر إلى مختلف النظريات التي حاولت كل طائفة من الفقه تأسيس المسؤولية الدولية عليها بتقديم تبريرات وحجج مختلفة، ومما زاد من حدة الخلاف، أن الأخذ بكل نظرية أو أساس للمسؤولية يؤدي، بل نتائج تختلف عن الأخذ بأساس آخر، كما أن هذا الخلاف أدى إلى عدم دقة أحكام القضاء في بعض الحالات، وإلى تذبذبه في الأخذ بأساس ثم آخر. ورغم تلك الاختلافات الفقهية حول أسس المسؤولية الدولية أجاز الملاحظ أن هناك اقتراباً بينها وإجماعاً في مختلف الكتابات على الأخذ بأسس محددة وثابت لم يتجاوزها إلى أسس جديدة أو غير مسبوقة في كتابات الفقه الدولي².

فلقد أجمعت طائفة من الفقه الدولي على وجوب توفر خطأ يمكن أن ينسب إلى شخص قانوني دولي كأساس يمكن أن تقوم عليه المسؤولية الدولية، في حين، فإنه يتردد في كتابات فقهية أخرى أن المسؤولية الدولية تتأسس على الفعل غير المشروع دولياً. ويلخص الفقيه " روتر " هذا الاتجاه فيقول: " إن المسؤولية الدولية ناتجة أساساً من الفعل غير المشروع، ومن ثم يجب التعويض"، كما يحاول الفقيه " شوارزنيقر " أن يجمع الأساسيين معا فيقول: " إن المسؤولية الدولية ناتجة عن إحدى الحالتين: خرق التزام دولي، حيث يشكل عملاً غير مشروع، أو خطأ دولي³."

¹ - الدكتور: زازة لخضر، أحكام المسؤولية الدولية في ضوء قواعد القانون الدولي العام، 2011، دار الهدى، الجزائر، 2011، ص50.

² - المرجع السابق، ص50

³ - المرجع السابق، ص 52.

ومع ذلك، فإن الغالبية من الفقه الدولي تميل إلى الأخذ بأساس العمل غير المشروع دولياً، وهي تستخدم لهذا الغرض ألفاظاً وتعابير أكثر موضوعية وانضباطاً مثل " العمل Acte " أو الواقعة Le fait " أو " السلوك Le comportement " غير المشروع "، Illicite وهذا الاتجاه هو الذي رست عليه لجنة القانون الدولي في مشروعها النهائي بشأن المسؤولية الدولية حيث جاء في المادة الأولى من هذا المشروع بأن: " أي فعل غير مشروع دولياً تقوم به الدولة يتتبع مسؤوليتها الدولية."

وعلى الرغم من أن هذا الاتجاه أصبح السائد فقها وقضاءاً إلى درجة أن بنت عليه لجنة القانون الدولي مشروعها، إلا أنه في حقيقة الأمر لا يبقى الأساس الوحيد، بل هو يشكل مبدأ عاماً لا يؤثر على حقيقة ما أسفرت عنه التطورات الدولية من إمكانية نشوء مسؤولية الدولة حتى عن أفعال لا يحظرها القانون الدولي ولا تعد غير مشروعة في حد ذاتها، بل وعلى الرغم من مشروعيتها فإنها يمكن أن ترتب مسؤولية الدولة على أساس المخاطر المحتملة وما ينجم عنها من أضرار، ويبقى هذا الموضوع بدوره أساساً آخر لم تهمله لجنة القانون الدولي كذلك فقدمت في ضوئه مشروعاً آخر يضاف إلى جملة ما قررت من مشاريع بغرض تدوين القانون الدولي¹.

أولاً: نظرية التعسف في استعمال الحق

وتعتبر نظرية عدم التعسف في استعمال الحق من المبادئ العامة للقانون التي أسفرت في مختلف الأنظمة القانونية من قبل أن تنتقل إلى القانون الدولي، فهي تمتد بجذورها إلى القانون الروماني والقانون الفرنسي القديم، وقد عرفت الشريعة الإسلامية السماح قبل ستة قرون من ظهورها في الفقه الغربي².

وإذا كانت المادة (38) من النظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية قد اعتبرت المبادئ العامة للقانون التي أقرتها الأمم المتحدة مصدراً من مصادر القانون الدولي، فإن نظرية عدم التعسف في استعمال الحق تعتبر مبدأً أكداً من جملة هذه المبادئ العامة.

وهذا بإجماع كل كتابات الفقه الدولي، فقد نص عليها تقريباً في كل الأنظمة القانونية الرئيسية في العالم، كالمادة (226) من القانون المدني الألماني، والمادة (2) من القانون المدني السويسري، والمادة (5) من القانون المدني المصري ونصت عليه كذلك المادة

¹- زازة لخضر، نفس المرجع، ص52.

²- زازة لخضر، نفس المرجع، ص74.

(124) مكرر من القانون المدني الجزائري .

ولا يختلف هذا المبدأ في ضوء القانون الدولي عما هو معروف في الأنظمة القانونية الوطنية فالشروط التي يتألف منها في القانونين واحدة ويمكن حصرها في ما يلي:

- إذا لم يقصد به سوى الإضرار بالغير .

- إذا كانت المصالح التي يرمي إلى تحقيقها قليلة الأهمية بحيث لا تتناسب البتة مع ما يصيب الغير من ضرر بسببها .

- إذا كانت المصالح التي يرمي إلى تحقيقها غير مشروعة .

وبصرف النظر عما هو مستقر في النظم القانونية الوطنية بشأن هذا المبدأ فإن هذا الأخير قد بات أساسا للمسؤولية الدولية يضاف إلى جملة الأسس الأخرى التي تقوم عليها هذه المسؤولية، كما أن القضاء الدولي قد عرف التعامل معه والفصل في ضوئه في عدد من السوابق القضائية الدولية.

ثانيا: الأسس المتعلقة بالعدالة والإنصاف:

إن الأسس المتعلقة بالعدالة والإنصاف هي تلك الأسس التي جعلتها الجماعة الدولية لتتصف الدولة المتضررة على الدولة الضارة في جانب المسؤولية الدولية.

أولا: الإنصاف والعدالة في المسؤولية الدولية:

وهو إنصاف الطرفين لا طرف على حساب الآخر، وهو وضع الأضرار المترتبة على المسؤولية الدولية في مستوى نسبي، دون الإضرار طرف على حساب الآخر.

- مضمون العدالة والإنصاف:

ترتبط هذه الأسس بمفهوم العدالة التي تحيلنا إلى موضوع توازن المصطلح وعدم الإضرار بالجهتين حتى وإن كان هناك ضرر فمن المنطقي في إطار العدالة التوفيق بين الضرر الذي يلحق بالدولتين أو مجمل الدول ذات العلاقة في الموضوع بحيث ستنقى كل من المصالح والأضرار في مستوى نسبي دون الإضرار بجهة على حساب أخرى أو استفادة جهة دون أخرى .

وبالإضافة إلى مسألة النسبية في المصالح من أجل تحقيق العدالة فإن تحقيق الإنصاف بين مصالح الدول يدفع بنا إلى القول بضرورة مراعاة جهات دولية على حساب جهات أخرى خاصة بالنسبة للدول الفقيرة والنامية التي تحتاج إلى حماية مصالحها والتأكيد عليها أكثر

من غيرها من الدول المتقدمة والغنية، وهكذا يصبح مبدأ العدالة مقترنا بمبدأ الإنصاف ومبدأ التضامن والمساعدة.

أما عند تحديد المصطلحين فإن الأمر يختلف بين الاثنين، حيث أن مفهوم الإنصاف سيبقى غامضا غامضا على مستوى الفقه والقضاء الدوليين خاصة وأن القضاء الدولي يخلط بين المبدأين العدل والإنصاف وكذا بين المبادئ العامة للقانون.

غير أن التعريف الأكثر تماشيا مع هدف الإنصاف يجعلنا نقول أن الإنصاف هو تحقيق العدالة على أوضاع خاصة، بينما العدالة فهي إعطاء كل ذي حق حقه وتقرير المساواة بين الجميع فالعلاقة بين الإنصاف والعدالة هي أن الإنصاف جاد لتطبيق مبادئ العدالة على نزاع معين مما يجعل مهمته هي في تفريد العدالة التي هي في الأصل عامة ومجردة .

ثانيا: تطبيقات مبادئ العدل والإنصاف في القانون الدولي

جاءت الإشارة إلى مبادئ العدل والإنصاف بشكل مميز ضمن النظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية واعتبرت من قبيل المصادر التي يلجأ إليها القاضي الدولي عند اتفاق الأطراف على ذلك طبقا للمادة (38) من هذا النظام.

الفصل الثاني

التحكيم الدولي و التحكيم التجاري

تمهيد

إذا كانت البشرية عرفت التحكيم منذ القدم، وشهدت المجتمعات تطورا ملحوظا في مجال العدالة¹، حيث شعر الإنسان بأن القوة الذاتية لا تعتبر الوسيلة الوحيدة والمثالية لفض المنازعات²، لذا فإن الفكرة التي يقوم عليها التحكيم في كل التشريعات المعاصرة، هي حق الأطراف في الاتفاق فيما بينهم على تجنب دور قضاء الدولة في منازعاتهم. وقد اهتم الفقهاء بتنظيم التحكيم وإقامته على مبادئ معينة، ويمثل التحكيم الصورة الأساسية لخروج اختصاص القضاء، إذ تمنح غالبية الدول للمحكمن وهم في الأصل ليست لهم سلطة القضاء أي سلطة الفصل في بعض النزاعات، وجوهر فكرة التحكيم واحدة سواء في النظم القديمة أو الحديثة بمعنى أنه يهدف إلى تحقيق مدى شرعية ادعاءات الخصوم حول مسألة معينة حقا كانت أو مركزا قانونيا معينا عن طريق طرف ثالث يتفقان عليه³.

فالتحكيم يعمل في ظل نظام قانوني قائم ونافذ ومحترم في الدول والمجتمعات، وهذا النظام هو الذي يسمح للتحكيم الدولي بوضع نظام قانوني إلى جانب النظام القضائي التابع للدولة⁴.

وسنحاول في هذا الفصل الوقوف على مفهوم وتطور التحكيم الدولي في المبحث الأول أما في المبحث الثاني سوف نتطرق إلى موضوع التحكيم التجاري الدولي مع ذكر أهم ما يميزه عن باقي وسائل فض النزاعات الأخرى.

¹- محمد محي الدين عوض، أصول التشريعات العقابية للدول العربية، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، الرياض، ط 1995م، ص 9

²- أحمد امليحي، قواعد التحكيم في القانون الكويتي، مؤسسة دار الفن للطباعة والنشر، الكويت، ط 1996، ص 16

³- ناريمان عبد القادر، اتفاق التحكيم وفقا لقانون التحكيم في المواد التجارية، دار النهضة العربية، القاهرة، ط 1، ص 11، 1996

⁴- نبيل إسماعيل عمر، التحكيم في المواد المدنية والتجارية الوطنية والدولية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية. 2005، ط 2، ص 8.

المبحث الأول: التحكيم الدولي

يعتبر التحكيم الدولي ذو أهمية خاصة، مع كثرة اللجوء إليه نظرا لما يحققه للدول والهيئات من مزايا فإنه كثيرا ما يثير العديد من الصعوبات والإشكالات مع الأهمية البالغة التي يحظى بها في شتى المجالات، خصوصا مع تزايد المعاملات التجارية وفتح فرص أكثر للاستثمارات الأجنبية، والمبادلات الاقتصادية، واتساعها على نطاق واسع وعجز المحاكم الرسمية لعدم القدرة للتصدي لتلك النزاعات.

المطلب الأول: مفهوم التحكيم الدولي

لقد عرف العرب التحكيم وأقروا مشروعيته قبل ظهور الإسلام حيث كان النظام القبلي السائد في تلك العصور يحكم كافة العلاقات داخل العشائر والقبائل وفي علاقاتها مع غيرها من القبائل المجاورة فهو من أهم مظاهر العدالة في المجتمعات البدائية قبل الإسلام¹، حيث لم تكن توجد لديهم سلطة تشريعية تسن القوانين وعلى الرغم من ذلك فقد كانوا يلجأون للتحكيم لتسوية المنازعات التي تحدث بينهم، حيث يتم إبرام اتفاق بين المتخاصمين يحددون فيه موضوع النزاع، واسم الشخص الذي سيتولى الفصل فيه أو أسماء الأشخاص الذين يتولونه من بين الأشخاص الذين اشتهروا من قبائلهم بالصفات الحميدة كالذكاء، والأمانة، والعدالة، والإيمان بعبادات وتقاليد القبائل". لذا فقد كان رئيس القبيلة حكما كما كان الحكماء والرهبان يمارسون التحكيم، ومن أشهر المحكمين في الجاهلية "الحارث ابن عوف"، و"هرم ابن سنان"²، اللذان صنعا السلام بين القبيلتين التي دارت بينهما حرب داحس والغبراء بل لقد كان هناك العديد من النساء اللواتي كان الناس يحتكمون إليهن في منازعاتهم مثل "جمعة بنت حابس"، و"هند بنت الحسن وسحرة بنت لقمان وفي القرن العشرين ذاع التحكيم وانتشر نطاقه ليساير اتجاهها معاكسا نحو انسلاله من قبضة سلطان القضاء العادي، ليصبح قضاءا خاصا ينصبه أطراف النزاع بأنفسهم³، مع أنه أصبح أهم طريقة يرغب المتعاملون في

¹- فحطان الدوري عبد الرحمن، عقد التحكيم في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، دار الفرقان الأردن، الطبعة 1، 1422هـ، ص 37

²- جواد علي، المفصل في تاريخ العرب قبل الإسلام، ج 5، ط 2، 1980، ص 65

³- مصطفى جمال عكاشة، محمد عبد العالي، التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية والداخلية، ط 1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان

1998، ص 05

التجارة الدولية إليها لفض خلافاتهم التجارية ، فلا يكاد يخلوا عقد من العقود الدولية إلا وأدرج فيه شرط تحكيمي غايته حل نزاع هذا العقد". ولقد أدى نمو العلاقات الاقتصادية الدولية بين الأفراد والدول الذي رسخ تقاليد تجارية في المجتمع العالمي ، وبنى كيانا خاصا مستقلا عن كيانات الدول ، خالي من وجود سلطة عامة تسيطر عليه أو تقيم العدل بين أفرادها ، إلى اللجوء للتحكيم الدولي والأخذ به.

تعريف التحكيم لغة

التحكيم في اللغة هو مصدر في الأمر والشيء، أي جعله حكما وفوض الحكم إليه، وحكموه بينهم أي طلبوا منه أن يحكم بينهم فهو حكم ومحكم ، وحكمه في ماله تحكما أي جعل إليه الحكم فيه¹. ويقال حكما فلان فيما بيننا أي أجزنا حكمه بيننا.² ويقال حكمت بالتشديد الرجل إذ فوضت الحكم إليه³، وحكموه فيما بينهم أمره أن يحكم في الأمر أي يجعلوه حكما فيما بينهم وحاكمه خاصمه والمحاكمة المخاصمة.

قال تعالى : { فلا وربك لا يؤمنون حتى يحكموك فيما شجر بينهم ثم لا يجدوا في أنفسهم حرجا مما قضيت ويسلموا تسليما }⁴.

ويقال حاكمته إلى الحاكم أي خاصمته إليه ودعوته لحكمه، وحاكمته إلى الله دعوته إلى حكمه، واحتكموا أو تحاكموا إلى الحاكم، إذا رفعوا أمرهم إليه، وفي الحديث الشريف: {واليك حاكمت}⁵، أي رفعت الحكم إليك ولا حكم إلا لك.

¹- زين الدين محمد بن أبي بكر عبد القادر الرازي ، مختار الصحاح ، مؤسسة الرسالة ، بيروت ، ط 1987 ، ص 148.

²- أبي الفضل جمال الدين محمد بن منظور ، لسان العرب ، بيروت- لبنان، ج1، الطبعة 1990 ، ص 141.

³- زين الدين محمد بن أبي بكر عبد القادر الرازي ، مرجع سابق، ص 148

⁴- سورة النساء، الآية 65

⁵- رواه البخاري في صحيحه عن ابن عباس رضي الله عنه في باب التهجد في الليل، ج3، ص61، الحديث رقم 1128

التحكيم في الاصطلاح القانوني

أما التحكيم في الاصطلاح الوضعي فلم تتعرض الغالبية من القوانين المنظمة للتحكيم في الدول العربية والأجنبية إلى تعريف التحكيم لذا فقد عرفت تعريفات متعددة، منها ما يصدق على اتفاق التحكيم، ومنها ما يعطي أهمية للطبيعة الخاصة للتحكيم، وبعضها يعطي أهمية لإرادة أطراف النزاع، ويعرف كذلك بأنه قضاء خاص يتولاه أفراد مزودون بولاية الفصل في النزاعات.

وذهب الفقيه الأستاذ "روبيرت" Ropert أن التحكيم نظام للقضاء الخاص تقضي فيه خصومة معينة عن اختصاص القضاء العادي، يعهد بها إلى أشخاص يختارون للفصل فيها¹. والواقع أن هذه التعريفات لا تأخذ في اعتبارها الدور المهم والملحوظ الذي تتمتع به إرادة أطراف النزاع إلى هيئة التحكيم في تنفيذ الحكم الصادر عنها، فالتحكيم نظام قضائي خاص يختار فيه الأطراف محكومهم ويعهدون إليهم بمقتضى اتفاق أو شرط خاص مكتوب في المنازعات التي تنشأ بينهم بخصوص علاقاتهم التعاقدية أو غير التعاقدية ذات طابع الدولي والتي يجوز تسويتها عن طريق التحكيم بإنزال حكم القانون عليها وإصدار قرار قانوني ملزم لهم². كما أن التحكيم هو الاتفاق على طرح النزاع على أشخاص معينين يسمون محكمين ليفصلوا فيه دون المحكمة المختصة³. وعلى ذلك فالتحكيم نظام اختياري لتسوية المنازعات وهو الطريقة التي اعتادها الناس قديما وحديثا، في حل مشاكلهم وقضاياهم في إطار ما تفرضه عليهم من التزامات وقيود بحيث أصبحت مألوفة لديهم، وتحظى بقبول واحترام من الجميع ولها أشخاص معينون يقومون بفرضها وتنظيمها وتنفيذها⁴.

ومن هنا نستخلص أن التحكيم لا يعدو أن يكون مجرد وسيلة قانونية اعترفت بها الأنظمة للفصل في المنازعات المراد عرضها على التحكيم، بعيدا عن مسلك القضاء وسلطاته، فهو نظام بديل عن هذا الأخير في حسم المنازعات لكونه يتركز على عنصرين أساسيين هما

¹ - jean robert ,l'arbitrage droit interne privé, édition dalloze :5, 1983, P 3.

² - هدى عبد الرحمن، دور المحكم في خصومة التحكيم وحدود سلطاته، دار النهضة العربية، القاهرة، ط 1997 ، ص20

³ - أحمد أبو الوفاء، التحكيم الاختياري، والتحكيم الإجمالي، منشأة المعارف، الإسكندرية، ط 1983 ،ص18

⁴ - عبد المؤمن ولد محمد مولانا، التحكيم بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، رسالة ماستر، جامعة محمد الأول، كلية العلوم القانونية والاقتصادية، وجدة، المغرب، 2009 ،ص13

اتفاق التحكيم، وحكم المحكمين الذي تنتهي به الخصومة، ويضع حدا للنزاع، فالتحكيم عقد لا يختلف عن غيره من العقود، ولا يؤثر على ذلك أنه ينتج الحكم للدور الكبير الذي تلعبه الإرادة في التحكيم، فالتحكيم يبدأ باتفاق، سواء كان هذا الاتفاق شرطا أو مشاركة، فالإرادة هي التي تمنح المحكم سلطة الحكم في النزاع، بدلا من المحكمة المختصة بنظر النزاع¹.

فقد عرفت المادة 37 من الاتفاقية الأولى المؤرخة في 18 تشرين الأول 1907 المتعلقة

بطرق التسوية السلمية للمنازعات الدولية، التحكيم بأنه: " يتمثل هو الآخر في تسوية المنازعات بين الدول، وبمعرفة قضاة يتم اختيارهم من قبل هذه الدول، وعلى أساس احترام القانون وينطوي اللجوء إلى التحكيم ضمنا على تعهد بالامتنال في منطوق حسن النية لقرار التحكيم، ومن خلال هذا التعريف يبدو أنه ليس هناك فرق بين التحكيم والقضاء الدوليين حيث أنهما وسيلتين للتسوية القانونية للمنازعات الدولية، أي التسوية التي تم على احترام الحق وفقا للأحكام القانون.

ويعرف التحكيم الدولي بأنه النظر في نزاع بمعرفة شخص وهيئة يلجأ إليه، أو إليهما المتنازعون مع التزامهم بتنفيذ القرار الذي يقرر في النزاع، فالتحكيم الدولي هو وسيلة لتسوية المنازعات فيما بين الدول بواسطة الفقهاء الذين تختارهم، وعلى أساس احترام القانون الدولي، ومن ثم فإن أهم ما يمتاز به التحكيم هو قيام الأطراف باختيار محكمهم حيث يمكن القول بأن التحكيم يتم على يد طرف ثالث من غير أطراف النزاع، سواء كان المحكم شخصا أم هيئة تحكيم ويعتبر المحكم قاضي اختاره الطرفان لحسم النزاع بينهما بحكم يصدره وفقا للقانون يكون ملزما لهما ويحوز قوة الشيء المقضي به في مواجهتهم.

¹ - نجيب أحمد عبد الله ثابت الجبلي، التحكيم في القوانين العربية، 2006، ص42

المطلب الثاني: أهمية التحكيم الدولي

لقد شهد التحكيم الدولي في العصر الحديث قفزة نوعية، من خلال اتفاقية لاهاي سنة 1899، حيث سعت الدول جدياً إلى إنشاء محكمة تحكيمية دولية، حيث نصت على الاتفاقية الخاصة ببعض المنازعات الدولية بالطرق السلمية بواسطة المساعي الحميدة والوساطة والتحكيم، وتضمنت هذه الاتفاقية النص صراحة على إنشاء محكمة دولية دائمة للتحكيم، أطلقت عليها تسمية المحكمة الدائمة للتحكيم، ثم سعت الدول بعد الحرب العالمية الثانية إلى إنشاء منظمة الأمم المتحدة بغية تحقيق الأمن والسلم، التي فشلت العصبة في تحقيقهما، وفي تاريخ 28 افريل سنة 1949 تأسست الجمعية العامة للأمم المتحدة بناء على مبادرة من الوفد البلجيكي بإعادة النظر في الميثاق العام للتحكيم، حتى يمكنه التكيف مع الأوضاع الدولية الجديدة، وقد تم قبول هذا الاقتراح من طرف الجمعية العامة التي أوصت جميع الدول الأعضاء بالانضمام إلى الصيغة الجديدة المعدلة في الميثاق العام للتحكيم، حيث أصبح نافذا ابتداء من تاريخ 1950/09/20 واستمرت هذه الجهود إلى أن انتهت سنة 1958 إلى وضع نموذج لقواعد إجراءات التحكيم، ليكون دليلاً مرشداً للدول عبر التوقيع على تعهدات باللجوء إلى التحكيم.

وعلى الرغم من هذه المحاسن إلا أن الجمعية العامة للأمم المتحدة، لم تصادق على هذا المشروع النموذجي بسبب معارضة العديد من الدول، وعلى رأسها الاتحاد السوفيتي سابقاً واكتشفت الجمعية العامة سنة 1958 بجعا اعتبار هذه المشروع نموذجاً تقني به الدول عند إبرام اتفاقيات للإحالة إلى التحكيم، حيث يعتبر التحكيم إن صح التعبير هو الخيار الأول أمام المتعاملين في حقل التجارة الدولية لكونه يعد الوسيلة المثالية الأكثر ملائمة مع متطلبات الدول، وتكمن أهمية التحكيم في تحقيق العديد من المزايا والفوائد التي كانت السبب في كثرة اللجوء إليه في المنازعات، بدلاً من القضاء العادي للدول وأهم هذه المميزات:

- **السرعة** : حيث يلعب عامل الوقت دورا هاما في تحديد ومدى نجاعة نظام التحكيم، لذا يوجد في مقدمة ما يؤخذ على القضاء المدة الطويلة التي يستغرقها في الفصل في القضايا¹
- **السرية** : تمتاز السرية في التحكيم بضمان سرية تامة لكل ما يجري خلالها والحفاظ على أسرار الحياة الخاصة، والحميمية للأطراف كما تحفظ هذه السرية مهما كانت نتيجة اللجوء إلى هذه البدائل، بغض النظر عن النتيجة النهائية سواء كانت بتسوية أو تعذرت التسوية.
- **المحافظة على استمرار العلاقات بين الأطراف**: يتلشى الحقد بين الأطراف لأنهم اتفقوا على اللجوء إلى التحكيم بإرادتهم الحرة، وقبلوا مسبقا ما يصدره المحكم من قرارات ويقومون بتنفيذها طواعية واختيارا منهم، هو ما يجعل حكم المحكم وكأنه صادر من مجلس العقد، ومن ثمة يترتب عليه إحلال الوثام محل الخصام، ويكون له أثر فعال في تحقيق السلم الاجتماعي واستمرار المعاملات واستقرارها مستقبلا². كما تتطلب إجراءات التحكيم الحضور الشخصي لأطراف النزاع، ومشاركتهم في كافة أطوار الإجراءات، وهو ما يتيح لهم فرصة القيام بمكاشفة ومصارحة بعضهم لبعض، بدون وسيلة ويمكنهم من تفريغ كل المآخذ المتبادلة، ومن ثم النفوذ إلى جوهر النزاع في جو أقل عدوانية إن لم يكن أخويا وحميميا في بعض الأحيان³. ولقد أظهر التحكيم تطورا كبيرا اعتبارا لمميزاته العديدة، ولئن كان القضاء الوطني لم تعد له القدرة على التصدي لفض منازعات التجارة الدولية بالكفاءة والحسم اللازمين لأنه مقيد بالقواعد الجامدة التي تختلف اختلافا تاما من دولة لأخرى، من شأنه عرقلة التجارة الدولية عند النزاع⁴.

¹- مولاي عبد المؤمن ولد محمد مولانا ، مصدر سابق ، ص 21

²- محمد السيد عرفة، التحكيم والصلح وتطبيقاتهما في المجال الجنائي ، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية ، الرياض ، ط 2006 ، ص 470

³- مولاي عبد المؤمن ولد محمد مولانا ، مصدر سابق ، ص 22

⁴- ناريمان عبد القادر، مصدر سابق، ص 75

لذا أصبح التحكيم مرتعا خصبا وقضاء أصيلا للمعاملات الداخلية والخارجية بصفة عامة والتجارة الدولية بصفة خاصة نتيجة للتطور العالمي الحالي المتزايد، وتختلف أهمية التحكيم باختلاف الزاوية التي ينظر إليها، ومجال التعامل الذي أملت الظروف والضرورات الاقتصادية والصناعية، التي أملت كذلك أحكامها في التعاملات الدولية بين كافة الدول وتبلورت مفاهيم التجارة الدولية وانسيابية حركتها في شرايين العالم الذي أصبح أشد اتصالا وأكثر ارتباطا وأوسع نطاقا وبالتالي لا شيء يبرر اللجوء إلى القضاء على اعتبار هذا الأخير أصبح ضيقا بالنسبة لهذه المعاملات ولا يمكن أن يستوعبها من هنا ظهرت أهمية التحكيم.

إن تطور فكرة أهمية التحكيم وازدهار أسلوبه قد واكبه وساعد على تحقيقه نشاط الحركة التشريعية في بعض الدول، من أجل سن قوانين ترمي من ناحية إلى التخفيف من على كاهل القضاء الوطني إلى تحرير التحكيم من رقابة القوانين ورقابة الأجهزة القضائية.

المطلب الثالث: أنواع التحكيم الدولي

تصنف الأنظمة القانونية التحكيم إلى عدة أقسام، حسب الزاوية التي ينظر إليه منها فهناك التحكيم الاختياري - هو الأصل - والتحكيم الإجباري، والتحكيم المؤسسي، والتحكيم المطلق، والتحكيم الحر.

فالتحكيم الإجباري يفرض على الطرفين بنص قانوني أو بموجب اتفاقية ثنائية أو دولية موقعه أو مصادق عليها من طرف الدولة التي ينتمون إليها، وقد كان سائدا بشكل كبير في الدول الاشتراكية سابقا، فيما يتعلق بالنزاعات التي تحدث بين شركات القطاع العام كما أن بعض القوانين تلزم الأطراف مهما كانت طبيعتهم وصفاتهم بضرورة عرض نزاعات معينة على التحكيم حيث يكون التحكيم هو الجهة المختصة الوحيدة للبت في هذه النزاعات¹، أما التحكيم الاختياري فهو الذي يتوقف قيامه على إرادة الأطراف الحرة التي يعبرون بها صراحة عن اختيارهم للتحكيم بدلا من القضاء لفض نزاعاتهم القائمة أو المحتملة، وقد يكون هذا الاختيار واردا ضمن عقد يبرمه الطرفان في نطاق معاملة بينهما تنشأ هذه المعاملة على التحكيم، وفي هذه الحالة يسمى شرط التحكيم². وقد يكون العقد الأصلي لا يتضمن شرط التحكيم ولكن بعد قيام النزاع، قد يبقى الطرفان في عقد مستقل على اختيار التحكيم لفضه وفي هذه الحالة يسمى اتفاق التحكيم، وقد يقبل الطرف التحكيم بشروط غير ملائمة له كإجراء التحكيم في بلد أجنبي أو وفق لنظام مركز تحكيمي باهظ التكاليف إلى غير ذلك.

أما التحكيم المؤسسي فقد فرضته المنازعات الدولية والمعاملات الخارجية، فهو الذي يسند فيه الطرفان مهمة التحكيم إلى شخص معنوي، كغرفة التجارة الدولية بباريس ومركز واشنطن لتسوية منازعات الاستثمار، أو أية غرفة أو مركز آخر للتحكيم عبر العالم والتي بدأت في التكاثر والانتشار على نطاق واسع، وتتولى المؤسسة المعنية تعيين المحكمين ضمن قائمة من المحكمين والخبراء المعتمدين والمقبولين لديها، إلا أن أهم خاصية تختص بها هذه

¹ - محمد سلام، الصلح والتحكيم والوسائل البديلة، دار الجامعة الجديدة، ص 341

² - مولاي عبد المؤمن ولد محمد مولانا، مصدر سابق، ص 24

المراكز، أو تلك الغرف في كونها مؤسسات ذات استقلالية تامة عن السلطات العمومية، التي لا تتدخل في شؤونها إلا من حيث تقيدها بالقوانين المنظمة لها¹. ويقصد بالتحكيم المؤسسي، أو المنظم التحكيم الذي يخضع للنظام الخاص بالمؤسسة أو مركز، حيث يحدد هذا النظام إجراءات التحكيم والقواعد التي تسري عليه من الناحيتين الموضوعية والإجرائية².

أما التحكيم الداخلي فهو الذي يتعلق بنزاع ترتبط كافة عناصره بأقاليم الدولة، أي أنه لا يتضمن أي عنصر أجنبي فالتحكيم الدولي هو الذي يرتبط أحد عناصره بدولة أجنبية كجنسية الخصوم أو موضوع النزاع أو مكان التحكيم، وتختلف الأحكام التي تطبق على كل نوع من هاذين النوعين، ولكن من الملاحظ أن هناك قوانين وأنظمة عربية لا تفرق بين هذين النوعين من التحكيم، فلا تضع قوانين خاصة لكل نوع منهما³. فالتحكيم الدولي يجمع بين أطراف من دول مختلفة وعادة ما يجري خارج دولهم أو يكون موضوعه نزاعاتهم التجارية الدولية، وصفقات انجاز الأشغال الكبرى، كبناء الطرق والسدود والمركبات الصناعية الضخمة، ومد أنابيب الطاقة عبر القارات والبحار. أما التحكيم المطلق هو عندما يعفى المحكم من تطبيق قواعد القانون ويحكم بمقتضى الإنصاف، فقد تبدو الملاحظة فيما يتعلق بالتحكيم المطلق وكأن هذا الأخير يعطي الحرية للمحكم في تطبيق قواعد العدل والأنصاف، وإطلاق العنان له دون أن يكون مقيدا بقواعد أي قانون ويعتبر التحكيم حرا عندما يختار أطراف النزاع بمناسبة نزاع معين محكما، ويحددون الإجراءات والقواعد التي تطبق عليه بأنفسهم، ويعتقدون أنها تخدم مصالحهم فليس للمحكم والحالة هذه الانصياع وتطبيق هذه القواعد، ويكون التحكيم دوليا عاما إذا كان قاصرا على المنازعات التي تثار بين الدول أو غيرها من أشخاص القانون الدولي العام، كالتحكيم الذي تم بين قطر والمملكة البحرينية بشأن النزاع المتعلق بالحدود، وحكم لصالح البحرين، والتحكيم بين مصر وإسرائيل بخصوص قضية طابا،

¹ - عبد الإله البرجاوي، مجلة دولية يصدرها منتدى البحث القانوني، مراكش، العدد 2، ط 2000، ص 63

² - أحمد شرف الدين، دراسات في التحكيم في منازعات العقود الدولية، مكتبة أبناء وهبت حسان، القاهرة، ط 1993، ص 27

³ - أحمد الشفيق قاسم، التحكيم التجاري الدولي دراسة مقارنة في القانون السوري والعربي والأجنبي، دار الجاحظ، (3) دمشق، ط 2007، ص

ويكون التحكيم دوليا خاصا إذا كان محل المنازعات الناشئة بحق المعاملات الخاصة الدولية التي تثار بين الأفراد أو الأشخاص الاعتبارية والتي تتضمن عنصرا أجنبيا¹. وفي الأخير مهما تكن طبيعة التحكيم و أي كانت أصنافه وأنواعه بالنسبة للقانون الدولي، والوجهة التي تتولاه فإنه يبقى وسيلة بديلة لتسوية النزاعات، وإن كان البعض يأخذ عليه بأنه يحمل بعضا من سلبيات القضاء ويؤدي في بعض الأحيان إلى دفع الطرفين لسلوك مساطر قضائية لتدارك بعض أخطائه أو تفادي الامتثال لقراراته.

¹ - إبراهيم أحمد إبراهيم، التحكيم الدولي الخاص، ط 2، دار النهضة العربية، القاهرة، 1997، ص 21

المبحث الثاني: التحكيم التجاري الدولي

لإبراز و تبيان مدلول و مفهوم مصطلح التحكيم التجاري الدولي نجد أنه تعددت فيه التعاريف الفقهية و التشريعية و حتى القضائية، و لما كان اللجوء إلى التحكيم لحسم المنازعات الناشئة في مجال التجارة الدولية يلقي قبولا أكثر من قبل المتعاملين في الوسط الدولي ، و أصبح في الوقت الحاضر الطريقة الشائعة لفض المنازعات و نتيجة لهذا الإقبال اختصت العديد من الفرق التجارية في هذا المجال، وأنشأت فيها هيئات للتحكيم و مراكز عديدة للتحكيم على الصعيدين الوطني و الدولي¹.

وعليه سنتناول في المطلب الأول تعريف التحكيم التجاري الدولي و الذي يتمثل في التعريف الوارد في اتفاقية لاهاي و كذا التشريعات الوطنية أما المطلب الثاني سوف نتطرق فيه إلى تمييز التحكيم عن وسائل فض النزعات الأخرى.

المطلب الأول: تعريف التحكيم التجاري الدولي

لقد تعددت تعاريف التحكيم التجاري الدولي كما أسلفنا الذكر، لكن سنوجز أهمها من خلال هذا المطلب وكذا التطرق إلى معظم الاتفاقيات الدولية والإقليمية وكذا التشريعات الوطنية.

الفرع الأول: التعريف اللغوي و الإصطلاحي

1- التعريف اللغوي

بداية كلمة " التحكيم " في اللغة العربية ترد على أن أصل الكلمة هي من مصدر الفعل وهو «حكم» وهي من الحكمة، التي تعني معرفة الأشياء بأفضل العلوم ومنها كذلك الحكم بمعنى العلم والفقهاء وهي كذلك الحكم والحاكم والحكومة، وقيل حكموه بينهم، أمره

¹ - د. سراج محمد ابوزيد، التحكيم في عقود البترول، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000 ص11.

أن يحكم وحكمه الأمر فاحتكم جاز فيه حكمه. المحكم بفتح الكاف هو الشيخ المجرب المنسوب إلى الحكمة والحكمة هي العدل¹.

2- التعريف الاصطلاحي

التعريف الاصطلاحي لا يخرج عن التعريف اللغوي، فنجد الكثير من التعاريف ندرج بعضها، أن التحكيم نظام خاص للتقاضي ينظمه القانون، يسمح بمقتضاه للخصوم في منازعات معينة بأن يتفقوا على إخراج منازعة قائمة أو مستقبلية عن ولاية القضاء العام في الدولة، وذلك لتحل هذه المنازعة بواسطة شخص أو أشخاص عاديين يختارهم الخصوم، ويستندون إليهم للفصل في النزاع².

كما عرفه آخرون "التحكيم هو الطريقة لحل النزاع يعتمد على اختيار الأطراف لقضاتهم بدلا من الاعتماد على التنظيم القضائي³.

الفرع الثاني: التعريف القانوني

سننظر في التعريف القانوني إلى تعريف اتفاقية لاهاي وكذا مختلف التشريعات الوطنية بما فيها التشريع الجزائري.

1- التعريف الإتفاقي

التعريف السائد للتحكيم هو ذلك الذي سبق وتضمنته المادة 37 من اتفاقية لاهاي للتسوية السلمية للمنازعات الدولية التي توصل إليها مؤتمر السلام الدولي الثاني الذي عقد في لاهاي عام 1907، حيث قررت المادة أن موضوع التحكيم الدولي هو تسوية المنازعات بين الدول بواسطة قضاة من اختيارهما وعلى أساس احترام القانون وان اللجوء إلى التحكيم ينطوي على تعهد بالخضوع بحسن نية للحكم.

¹- محمد وليد العبادي، أهمية التحكيم وجواز اللجوء إليه في منازعات العقود الإدارية دراسة مقارنة، مجلة، دراسات علوم الشريعة والقانون، المجلد، العدد 34، 2 كلية الدراسات الفقهية والقانونية، جامعة آل البيت، المفرق، الأردن، 2007، ص 357 عن ابن منظور. لسان العرب المحيط الأولى ص 687-689.

²- كروم نسرين، إجراءات التحكيم التجاري الدولي في القانون المقارن والقانون الجزائري، رسالة ماجستير كلية الحقوق جامعة سعد دحلب البليلة، مارس، 2007 ص 06.

³- كروم نسرين، نفس المرجع السابق ص 07.

2- التعاريف الواردة في مختلف التشريعات المقارنة

نجد انه لم تنص التشريعات الوطنية الحديثة المنظمة للتحكيم لتحديد ما هو المقصود بالتحكيم بشكل مباشر، ولعل ذلك راجع إلى أغلبية هذه التشريعات استوحي من القانون النموذجي للتحكيم والذي جعل عدم تعريف التحكيم احتراماً منه للخلافات الوطنية بشأن تحديد مفهوم التحكيم¹.

ومع هذا نجد أن القانون المصري رقم 27 لسنة 1994 ، وعلى الرغم من انه مستوحى من القانون النموذجي للتحكيم حيث نجد انه تعرض لتحديد المقصود بالتحكيم، فنصت المادة الرابعة فقرة الأولى

من قانون التحكيم المصري على انه ” ينصرف لفظ التحكيم في حكم هذا القانون إلى التحكيم الذي يتفق عليه طرفا النزاع بإرادتهما الحرة سواء كانت الجهة التي تتولى إجراءات التحكيم بمقتضى اتفاق الطرفين منظمة أو مركز دائم للتحكيم أو لم يكن كذلك“. كما نجد أن المشرع الأردني لم يتطرق إلى تعريف التحكيم في قانون التحكيم الجديد لسنة 2001². لكن ورد تعريف التحكيم في القانون القديم رقم(18) سنة 1953. حيث نصت المادة الثانية منه بقولها “يكون للعبارات والكلمات التالية الواردة في هذا القانون المعاني المخصصة لها أدناه إلا إذا دلت القرينة على غير ذلك: تعني كلمة (محكمة) محكمة الصلح إذا كان اتفاق التحكيم يتعلق بادعاء يدخل في اختصاص محكمة الصلح وتعني المحكمة البدائية في جميع الأحوال الأخرى. وتعني كلمة (القاضي) رئيس المحكمة البدائية أو أي قاض من قضاتها إذا كانت المسألة تقع ضمن صلاحية محكمة بدائية أو قاضي صلح إذا كانت تقع ضمن صلاحية محكمة

¹ د. حفيفة السيد الحداد، الموجز في النظرية العامة في التحكيم التجاري الدولي ، الطبعة الأولى. منشورات، الحلبي الحقوقية، بيروت ، لبنان 2004، ص 40 .

² - قانون التحكيم الأردني ، رقم 31 لسنة 2001 المنشور في الجريدة الرسمية رقم 3366 تاريخ ، 8001/2/16 من الجريدة الرسمية العام 2001 ص 2821.

صلح. وتعني عبارة (اتفاق التحكيم) الاتفاق الخطي المتضمن إحالة الخلافات القائمة أو المقبلة على التحكيم سواء أكان اسم المحكم أو المحكمين مذكوأر في الاتفاق أم لم يكن¹.

هناك تعريف آخر للمشرع الفرنسي، والذي عرفه بأنه إجراء خاص لتسوية بعض أنواع الخلافات بواسطة محكمة تحكيم يعهد إليها الأطراف بمهمة القضاء فيه بمقتضى اتفاق تحكيم.

كما لا نجد تعريف واضح ودقيق من طرف المشرع الجزائري رغم انه تناول مختلف أحكام التحكيم التجاري الدولي من خلال المواد المدرجة ضمن المرسوم التشريعي 93 - 09 ، ولا حتى في القانون الجديد 09 - 08 المؤرخ في 25/02/2008 المتضمن قانون الإجراءات المدنية الذي نظم فيه المشرع الجزائري التحكيم بنوعيه الداخلي والدولي.

الفرع الثالث: تعريف الفقه والقضاء

سنتناول في هذا الفرع تعاريف الفقهاء الناشطين في مجال التحكيم التجاري الدولي وكذا تعريف القضاء.

1- التعريف الفقهي للتحكيم التجاري الدولي

إهتم الفقه بالتحكيم فنجد عدة تعاريف مختلفة لكنها متشابهة في مضامينها وغاياتها فنجد الفقه المقارن عرفه "بأنه نوع من العدالة الخاصة الذي يتم وفقا له إخراج بعض المنازعات من ولاية القضاء العادي ليعهد بها إلى أشخاص يختارون للفصل فيها"².

¹ - محمد وليد العبادي، المرجع السابق، ص 358.

² - محمد وليد العبادي، المرجع السابق، ص 358.

كما ذهب الأستاذ الفرنسي Motulsky إلى تعريف التحكيم بأنه "الحكم في منازعة بواسطة أشخاص يتم اختيارهم، كأصل عام بواسطة أشخاص آخرين وذلك بموجب اتفاق¹."

كما عرفته الدكتورة حفيفة السيد الحداد بأنه "نظام خاص للتقاضي ينشأ من الاتفاق بين الأطراف المعنية على العهدة إلى شخص أو أشخاص من الغير بمهمة الفصل في المنازعات القائمة بينهم بحكم يتمتع بحجية الأمر المقضي²."

بالرغم من تنوع هذه التعاريف الفقهية للتحكيم وتعددتها فإنها تصب في معين واحد، وتدور حول جوهر أساسي يتبلور بأن التحكيم هو أسلوب خاص مبتكر للوقوف على النزاعات وتسويتها بعرضها على محكمين يتفق عليهم دون اللجوء إلى سلطة القضاء سواء كان قضاءً عادياً أو قضاءً إدارياً³.

2- التعريف القضائي للتحكيم التجاري الدولي

كما هو معروف فإن وظيفة القضاء هي تطبيق حكم القانون للوصول إلى تحقيق العدالة والحكم القضائي هو عنوان الحقيقة، وحجية نسبية تجاه الكافة، ومن هنا نجد أن تصدي القضاء لتعريف التحكيم يصيب فيما أسلفنا ويعزز من قوة التحكيم باعتباره وسيلة اقرها القضاء دون اللجوء إليه⁴.

حيث عرفت المحكمة الدستورية العليا المصرية التحكيم بكونه "عرض لنزاع معين بين طرفين على محكم من الأختيار يعين باختيارهما، أو بتفويض منهم، على ضوء شروط يحددها، ليفصل هذا المحكم في ذلك النزاع بقرار يكون نائياً عن شبهة الممالة،

¹ - د. حفيفة السيد الحداد، المرجع السابق، ص 42.

² - د. حفيفة السيد الحداد، المرجع السابق، ص 44.

³ - محمد وليد العبادي، المرجع السابق، ص 358.

⁴ - محمد وليد العبادي، المرجع السابق، ص 359.

مجرداً من التحامل، وقاطعاً لداء الخصومة في جوانبها، التي أحال الطرفان إليه، بعد أن يدلي كل منهما بوجهة نظره تفصيلاً من خلال ضمانات التقاضي الرئيسية".

كذلك نجد محكمة التمييز الأردنية تعرضت لتعريف التحكيم، وعرفته بقولها "بأنه طريق إستثنائي لفض الخصومات قوامه الخروج عن طريق التقاضي العادية وما تكفله من ضمانات، وهو مقصور إلى ما تتصرف إليه إرادة الفريقين إلى عرضه على المحكم¹".

من هذه التعاريف نستخلص أن للتحكيم التجاري الدولي مميزات يتميز بها وهي:

- أنه تسوية للنزاع بواسطة قضاة من اختيار الأطراف.
- أنه تسوية للنزاع على أساس حكم القانون.
- أن الحكم الذي يصدر ملزم للأطراف.

هذه العناصر الثلاث التي تسمح ببيان مكان التحكيم في وسط وسائل التسوية السلمية الأخرى التي يلجا إليها لفض المنازعات الدولية، فالتحكيم على المستوى الدولي ليس بوسيلة سياسية أو دبلوماسية للتسوية مثل المساعي الحميدة أو الوساطة أو التوفيق مع الملاحظة إن التوفيق من وسائل التسوية المختلطة سياسية وقانونية معا وان كان ذكرها مع الوسائل السياسية راجع إلى غلبة الجانب السياسي للأسلوب.

بالإضافة إلى النتائج التي تنتهي إليها الغير الملزمة². والتي سنتطرق بالتفصيل فيما

يخص تمييز التحكيم التجاري الدولي عن باقي هذه الوسائل لاحقاً.

إن اللجوء إلى التحكيم لحسم النزاعات الناشئة في مجال التجارة الدولية يلقى قبولا حيث أصبح الطريقة الشائعة و المثلى في الوقت الحاضر لفض النزاعات نتيجة لتطور المعاملات التجارية والخدماتية و العولمة، والتي هي في العالم الثالث مازالت تحولاتها بطيئة لا تتناسب مع المعطيات الجديدة لذا فقد برز ظهور مراكز تحكيم تجاري دولي و هناك إحصائية لغرفة التجارة الدولية ICC في باريس تبرهن على تعاظم دور التحكيم التجاري الدولي في مجال تسوية المنازعات و التي يكون احد أطرافها من دول العالم الثالث و في هذه الإحصائية يأتي

¹ - محمد وليد العبادي ، تمييز حقوق رقم 95/379 ، مجلة نقابة المحامين ، 1997 ص1157.

² - د. إبراهيم محمد العناني ، اللجوء إلى التحكيم الدولي (العام- الخاص -التجاري) ، الطبعة الثانية ، دار النهضة العربية

على رأس الدول الأخذة بهذا الأسلوب: الجزائر_ نيجيريا_ ليبيا_ سوريا_ مصر حين قامت غرفة التجارة الدولية بتتصيب محكمين من الدول النامية خصوصا من مصر و لبنان و الأردن و تونس و كولومبيا و كوريا بالإضافة إلى اتخاذ الغرفة العديد من الدول النامية مقرا لهيئاتها التحكيمية كما هو الحال في القاهرة و بانكوك و تونس و أبيدجان لهذا نجد على الصعيد الدولي من أهمها:

محكمة التحكيم للغرفة التجارية الدولية في باريس، معهد التحكيم الدولي انجلترا، محكمة لندن للتحكيم والتوفيق، المركز الدولي لفض المنازعات الاستثمار(واشنطن)، معهد التحكيم الدولي معهد التحكيم الدولي انجلترا(لندن)، جمعية التحكيم الأمريكية(نيويورك)، المحكمة الدائمة للتحكيم بهولندا(لاهاي) المجلس المتوسط للتحكيم والخاص بدول البحر المتوسط (تونس)، المركز الإسلامي للتحكيم التجاري(القاهرة).

المطلب الثاني: تمييز التحكيم عن وسائل فض النزاعات الأخرى

يعتبر التحكيم عبارة عن انصراف أو اتفاق إرادة أطرافه على إحالة النزاع إلى محكمة أو هيئة تحكيم لتتولى الفصل في النزاع يجعل التحكيم متميزا عن غيره من المفاهيم والنظم القانونية الأخرى. على هذا الأساس كان لابد من تحديد مميزاته وأوجه التفرقة بين هذه الوسائل والتي سنتطرق إليها من خلال هذا المطلب.

الفرع الأول: التحكيم والقضاء¹

في الواقع من السهولة لكل متأمل أن يميز ما بين عمل المحكم وعمل القاضي فهو أمر واضح وجلي.

فالقاضي موظف عام يمثل السلطة القضائية في الدولة وله الولاية القضائية الدائمة ويصدر الأحكام ويتقاضى أجره من الدولة وليس من الخصوم، أما التحكيم فهو اتفاقي النشأة حيث أن المحكم يتم تعيينه من قبل أطراف النزاع وهو شخص عادي له ولاية قضائية مؤقتة بالنزاع المحال إليه للتحكيم وتنتهي مهمته بإصدار الحكم في هذه المسألة ثم يعود فردا عاديا.

¹ - أحمد مسلم ، أصول المرافعات ، دار الفكر العربي ، مصر 1996، ص 113- 114.

إن كان القاضي هو المنوط به عبء تحقيق العدالة فإن المشرع من أجل تسيير مرفق القضاء ومعاونة القاضي في القيام بوظيفته اوجد بجانب القضاء أعوان القضاء¹، مثل المحامين والمحضرين والخبراء والمترجمين مما دفع البعض بان يرى أن المحكم يعد من أعوان القضاء الإجرائيين وذلك لان المهمة التحكيمية تخضع للمبادئ العامة في فكرة أعوان القضاء.

لكننا في حقيقة الأمر نختلف مع هذا الرأي كون أن مهمة المحكم أو طبيعة عمل المحكم تجد أساسها وقوتها القانونية من خلال اتفاق الأطراف على إحالة النزاع الناشئ أو المحتمل نشؤه على التحكيم وذلك بموجب العقود المبرمة بينهم حتى ولو قام القاضي بتعيين المحكم في حالة عدم اتفاق أطراف النزاع على تعيينه لا يعد هذا تدخلا أو فصلا في طبيعة المهمة الموكلة للمحكم هذا فضلا عن أن التحكيم له قواعده القانونية كنظام إجرائي ولا تطبق على المحكم القواعد المقررة لأعوان القضاء.

ولابد من الإشارة إلى أن هناك عنصرا مشتركا بين التحكيم وبين نقل الاختصاص القضائي بالاتفاق، هو وجود اتفاق في الحالتين على عدم الخضوع للقضاء صاحب الولاية لكن في التحكيم يكون البديل هو قضاء خاص أما في الاتفاق على نقل الاختصاص القضائي فيكون البديل هو محكمة أخرى من محاكم الدولة أو من محاكم غيرها من الدول ولذلك ففي هذه الحالة الأخيرة تظل الإجراءات القضائية واجبة التطبيق، خلافا للحالة الأولى حيث يملك الأطراف اختيار الإجراءات التي تخضع لها الخصومة أمام المحكم. هذا الوضع يختلف عن الحالة التي يتفق فيها الأطراف على اختيار قاضي أو قضاة هيئة معينة كمحكمين في الحالات التي يسمح فيها القانون بذلك.

ففي هذه الحالة يتعلق الأمر بتحكيم بالمعنى الفني، مما يوجب على القضاة في هذه الحالة الخضوع لنظام التحكيم كون إرادة أطراف النزاع انصرفت إلى اختيار إجراءات أخرى غير الإجراءات القضائية، وبالتالي الإعفاء من تطبيق قواعد القانون الموضوعي المطبقة على النزاع وذلك باعتبار القضاة في هذه الحالة محكمين لا قضاة.

¹ - د. احمد مسلم، المرجع السابق، ص 114.

بناء على ما تقدم وان كان كلا من التحكيم والقضاء يتفقان في أنهما ذات طابع قضائي سواء دائم بالنسبة للقضاء الدولة ومؤقت بالنسبة للمحكم، إلا أنهما يختلفان في طبيعة المهمة وما يترتب عليها من إجراءات طبقا للقواعد العامة التي تحكم كل منهما.

الفرع الثاني: التحكيم والصلح

يتشابه التحكيم مع الصلح في وجود عقد بين المتنازعين في كل منهما و في كون كل منهما يوصل إلى إنهاء أو حسم النزاع بينهم¹.

رغم ذلك، يبقى الخلاف واضحا وبينا فيما بين التحكيم والصلح من عدة نواحي حيث يختلف التحكيم عن الصلح، لان الصلح عقد ينم بين أطراف الخصومة أنفسهم أو بمن يمثلونهم يقومون بمقتضاه بحسم خلافاتهم عن طريق نزول كل عن بعض ما يتمسك به بينما في التحكيم يقوم المحكم بمهمة القضاء، فالتحكيم اشد خطورة من الصلح لأن التجاوز عن الحق في هذا معلوم قبل تمامه، بينما في التحكيم يتعذر معرفة ما قد يمكن أن يحكم به المحكم.

فمحل العقد في التحكيم هو عدم عرض النزاع على القضاء التابع للدولة وهو التزام بعمل سلبي في معنى الامتناع واختيار محكمين للفصل في النزاع.

أما في الصلح فمحل العقد هو تسوية مباشرة لنزاع قائم بين الأطراف بواسطة الأطراف أنفسهم أي انه في الصلح لا يوجد محكم. وفي التحكيم لا ينتهي النزاع بمجرد إبرام الاتفاق على التحكيم وانما ينتهي بممارسة المحكم المختار لمهمته واصداره حكما فيه، وهذا الحكم يكون قابلا للتنفيذ وفقا للإجراءات التي قررتها القواعد العامة وذلك بمجرد الحصول على أمر بتنفيذه، أما في الصلح ينتهي النزاع بمجرد التنازل المتبادل المرضي لكل المتنازعين والاتفاق وفقا لعقد الصلح لا يكون قابلا للتنفيذ بذاته ما لم يتم في صورة

¹ - د.محمد عبد الخالق الزعبي، قانون التحكيم كنظام قضائي اتفاقي من نوع خاص ملحقا به أهم اتفاقيات وتشريعات التحكيم الدولية، الطبعة الأولى، الناشر بالإسكندرية، 2010ص16.

عقد رسمي أو يتم أمام المحكمة التي تنتظر النزاع المطروح عليها قبل التوصل إلى الصلح.

فمهمة المحكمة إذا هي إصدار حكم ملزم لأطراف النزاع اللذين توافقوا إرادتهم لعرض النزاع على التحكيم على خلاف مهمة من يقوم بالصلح حيث لا يلزم الأطراف إلا في حالة قبولهم لما يصدره من حكم يرتضي عليه الطرفان¹.

فعندما يخول شخص بإجراء التصالح لا يعني ذلك انه مخول أو يملك سلطة القيام بالتحكيم ومن جانب آخر في الصلح يتنازل كل خصم عن جزء من الحق الموضوعي مقابل تنازل الآخر عن جزء مقابل منه، أما في التحكيم فلا يوجد تنازل وإنما يوجد تفويض للمحكم في فض النزاع بما يراه عادلا وبالتالي يمكن أن يجيب كل طلبات أحد الخصوم ويرفض طلبات الآخر²، ولكن على رغم الفارق فيما بين التحكيم والصلح إلا أن إرادة أطراف النزاع قد تضمن العقد عند صياغته شروطا تجعله محلا للشك في تحديده، هل هو تحكيم أم صلح، مثال ذلك: إذا اتفق طرفا النزاع على تحكيم شخص ثالث فيه، لكنهما أضافا إلى هذا الاتفاق النص على إفراغ ما ينتهي إليه هذا الشخص في صورة اتفاق يوقعان عليه، فإذا ما انتهى هذا الشخص إلى قرار بشأن النزاع المطروح عليه، و قام الطرفان بتحرير عقد بينهما ضمناه قراره، فقد يثور التساؤل حول حقيقة الأمر بينهما و ما إذا كان يتعلق بتحكيم أو بصلح، لكن يمكننا التمييز من خلال فحص المهمة التي يقوم بها الشخص الثالث، فإذا حسم النزاع بحكم ملزم يكون الأمر متعلق بحكم تحكيم، أما إذا انصرفت مهمته إلى التوفيق و التوسط بينهما للتقريب بينهما كان الأمر صلحا تسري عليه أحكام الصلح.

¹ - د. عكاشة عبد العال ، التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية والداخلية ، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية. بيروت 1998 ص 25.

² - د. نبيل إسماعيل عمر، التحكيم في المواد المدنية و التجارية الوطنية- الطبعة الأولى- عام 2004 دار الجامعة الجديدة الإسكندرية، ص 4-2.

الفرع الثالث: التحكيم والتوفيق والوساطة

تعتبر الوساطة وسيلة لحل المنازعات التي تنشأ بين الأفراد وتتطلب الوساطة و التوفيق شأنها شأن التحكيم تدخل طرف من الغير يعهد له لأداء هذه المهمة والذي يطلق على هذا الغير المختار لفظ الوسيط أو الموفق، وأهمية التفرقة بين كل من الوساطة والتحكيم أهمية بالغة تكمن في نطاق تطبيق محل من هاتين الآليتين من ناحية والأخذ بالاعتبار القوة القانونية المترتبة على القرار المتخذ في كل منهما من ناحية أخرى. فمن الناحية الأولى تتمتع آلية الوساطة كوسيلة سلمية لفض المنازعات بين الأفراد بنطاق أوسع كأصل عام من ذلك الذي يتمتع به نظام التحكيم، أما من الناحية الثانية فإن الحكم الصادر عن المحكم يتميز بحجية الأمر المقضي فيه منذ صدوره بينما العكس في القرار الصادر عن انتهاء الوساطة حيث لا يتمتع بأية حجية وذلك رغم أن كل من المحكم والوسيط والمفاوض منوط به حسم النزاع إذ يظل الفارق الأساسي هو أن المحكم يفصل في النزاع المعروف عليه بحكم ملزم أما ما صدر عن الوسيط أو المفاوض هو مجرد حل للمسألة المعروضة والذي لا يعد ملزم لهما إلا إذا قبلوه وبالتالي فهما آليتين مستقلتين كل منهما من الأخرى¹.

الفرع الرابع: التحكيم والخبرة

يختلف التحكيم عن الخبرة، Expertise إذ أن اللجوء إلى تعيين خبير في نزاع إما يتم بقصد إبداء الرأي الفني في أمر من الأمور التي لا يستطيع القاضي أو المحكم تكوين الرأي الصحيح فيها، ولا يكون رأي الخبير ملزماً للقاضي أو المحكم، لأنه لا يفصل في النزاع وإنما يعاون من يفصل فيه على استجلاء جانب غامض منه، لذلك فإن الخبير ليس محكماً.

ومع ذلك فإن القانون لا يشترط أن يكون المحكم من المشتغلين بالقانون، بل يمكن أن يكون من التخصصيين أو من ذوي الخبرة في مجال النشاط الذي يتصل بالنزاع، لذلك

¹ - حفيظة السيد الحداد، الموجز في النظرية العامة في التحكيم التجاري الدولي، المرجع السابق، ص 82 - 83

قد يلجأ الخصوم إلى الخبير ليكون محكما وخبيرا في الوقت ذاته قاصدين ان يفصل في النزاع مستعينا بخبرته¹.

¹- د. محمود سمير الشرفاوي، أستاذ القانون التجاري و القانون البحري ، عميد كلية الحقوق جامعة القاهرة «سابقا» محام بالنقض، التحكيم التجاري الدولي، دراسة قانونية مقارنة، الناشر دار النهضة العربية 2011. ص 7-9.

الفصل الثالث

عقود التجارة الدولية

تمهيد

أصبحت عقود التجارة الدولية ظاهرة لا غنى عنها في المجال الاقتصادي والتجاري في يومنا هذا بحيث انتشرت بشكل مذهل وملفت للانتباه، ورسخت كأحدى أهم الوسائل والمرتكزات الرئيسية والفعالة في مجال الحياة الاقتصادية والتجارية. وبعد التطور الكبير الذي مسها فتحت آفاقا تجارية واسعة للتجارة العالمية، وظهرت أنواع عديدة منها لم يكن لنا بها عهد من قبل وهذا نظرا لتعدد موضوعاتها ونشاطاتها.

لهذا أصبحت عقود التجارة الدولية تحظى باهتمام كبير ومهما كانت هناك محاولات لإعطاء مفهوم لها إلا أنها لم تتجح، وهذا لكثرتها وتنوعها كذلك للدور الكبير الذي تلعبه في اقتصاديات الدول.

وكونها عابرة للحدود وتبرم بين أطراف ذوي جنسيات مختلفة، فإن إبرامها يمكن أن يصطدم بعدة صعوبات خاصة لكون العقود التجارية تقوم على أساس الثقة المتبادلة بين أطرافها. فكيف تتحقق هذه الثقة وأطرافها كل من دولة مختلفة ومعظمهم لا يعرفون بعضهم البعض؟ كذلك ما الذي يضمن لهم استيفاء حقوقهم؟

وللتعرض لكل هذه النقاط ارتأينا دراستها في مبحثين، فتناولنا مفهوم عقود التجارة الدولية في (المبحث الأول)، وأطراف عقود التجارة الدولية و ضماناتهم في (المبحث الثاني).

المبحث الأول: مفهوم عقود التجارة الدولية

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

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

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

المطلب الأول: تعريف عقود التجارة الدولية

يقصد بالعقد بصفة عامة اتفاق إرادتين على إحداث أثر قانوني معين، وقد يتمثل هذا الأثر القانوني في إعطاء شيء أو القيام بعمل أو الامتناع عن عمل. وللعقد في مجال القانون الدولي للأفراد أهمية خاصة، حيث يعد الأداة الأساسية التي يتم من خلالها التبادل التجاري عبر الحدود، وهو ما يطلق عليه اسم العقد التجاري الدولي. فالعقد التجاري الدولي اتفاق بين شخصين أحدهما مقيم والآخر غير مقيم، يخضع لقانون الصرف والتحويل الخارجي.

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

إذن عقود التجارة الدولية هي تلك العقود المنصبة على معاملات تجارية موجهة لأن تتخطى حدود الدولة لتنتج آثارها في دولة أخرى¹. لكن نظرا لأهمية تعريف العقد التجاري الدولي ولصعوبته، فإن الفقه وسعيا منه لتحديد تعريف له فقد انصب اهتمامه على تحديد "دولية العقد" الفرع الأول، وكذلك تحديد "الصفة التجارية للعقد" الفرع الثاني.

الفرع الأول: إشكالية دولية العقد

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

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

- المعيار القانوني لدولية العقد

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

فمثلا يعد عقد البيع دوليا وفقا لهذا المعيار إذا أبرم العقد في باريس بين فرنسي مقيم في فرنسا وبلجيكي يقيم في بلجيكا، وتعلق ببضاعة كانت في إيطاليا و مطلوب تسليمها هناك، على أن يتم دفع الثمن في فرنسا، فمثل هذا العقد يتسم بالطابع الدولي لاتصال عناصره بثلاث دول، أي بأكثر من نظام قانوني واحد².

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

¹- حنان عبد العزيز مخلوف، العقود الدولية، جامعة بنها، ، 2010 ص 42.

²- هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2001 73

³- محمود سمير الشرقاوي، العقود التجارية الدولية:(دراسة خاصة لعقد الدولي للبضائع)، دار النهضة العربية، القاهرة، 1992 ص16.

⁴- خالد أحمد عبد الحميد، فسخ عقد البيع الدولي للبضائع وفقا لاتفاقية فيينا لعام ،1980، ط2، 2001 ص2.

جاء فيها ما يلي: « تطبق أحكام هذه الاتفاقية على عقود بيع البضائع المعقودة بين أطراف توجد أماكن عملهم في دول مختلفة¹ » .

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

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

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

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

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

³- هشام علي صادق، مرجع سابق، ص 73-74.

أو محل تنفيذ العقد فيعد من العناصر الفعالة في العقد التجاري حتى لو كان للمتعاقدين جنسية واحدة¹، لأنه في هذه الحالة يؤدي إلى انتقال الأموال عبر الحدود².

- المعيار الإقتصادي لدولية العقد

إن هذا المعيار يعتمد على العملية التي يحققها العقد التجاري الدولي المتمثلة في مصالح التجارة الدولية، وهذا ما أخذ به القضاء الفرنسي حسب ما قاله المحامي الفرنسي Paul Matter بمناسبة قضية شهيرة طرحت على محكمة النقض الفرنسية سنة 1927³، فاتبعت المحكمة في قضائها تحليل المحامي، Matter و يتلخص رأيه في أن العقد يعد دوليا إذا ترتب عليه تحركات للأموال عبر الحدود الدولية⁴، أي أن هذا المعيار ينطوي على رابطة تتجاوز الاقتصاد الداخلي لدولة معينة، بأن تتضمن مثلا استيراد بضائع من الخارج، أو تصدير منتجات وطنية إلى دولة أجنبية، أي يترتب عليها حركة ذهاب وإياب للأموال عبر الحدود⁵. ولكن عاب بعض الشراح على هذا المعيار وقال أنه يتسم بالغموض وعدم التحديد⁶، فهو لا يضيف جديد و إنما هو مجرد تطبيق للمعيار القانوني، حيث أن تبادل السلع والخدمات عن طريق العقد بين أكثر من دولة يسبغ عليه صفة الدولية لأنه يتضمن عنصرا أجنبيا مؤثرا في تحديد القانون الواجب التطبيق

¹- لقد أخذت اتفاقية الأمم المتحدة لسنة 1980 بشأن البيع الدولي للبضائع بهذا العنصر الفعال عند تحديدها للصفة الدولية، بتبنيها محل إقامة المتعاقدين كأساس لتطبيق أحكامها على البيوع الدولية للبضائع (المادة 10 من الاتفاقية).
²- بوكلال مبروك، لحضير حكيم، دور الإرادة في تحديد القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق شعبة القانون الاقتصادي وقانون الأعمال، تخصص القانون العام للأعمال، جامعة عبد الرحمان ميرة، كلية الحقوق والعلوم السياسية- بجاية، 2011/2012. ص 02.
³- وهو الحكم الذي صدر في قضية **PELISSIER** والذي اعتمد فيه معيار تحرك الأموال، (دخول وخروج الأموال) معيارا لتحديد دولية العقد، ووفقا له يكون العقد دوليا عندما تكون حركة الأموال ذات طبيعة مزدوجة، استيراد وتصدير. انظر: معاشو عمار، الضمانات في العقود الاقتصادية الدولية في التجربة الجزائرية في عقود المفتاح والإنتاج في اليد، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم الإدارية، جامعة الجزائر، 1998، ص 50.
⁴- بوكلال مبروك، لحضير حكيم، مرجع سابق، ص 2-3.
⁵- محمد إبراهيم موسى، انعكاسات العولمة على عقود التجارة الدولية، دار الجامعة الجديدة للنشر، مصر، 2007، ص 57.
⁶- حنان عبد العزيز مخلوف، مرجع سابق، ص 43.

والقضاء المختص، ويتمثل هذا العنصر في آثار العقد وتنفيذه والذي يمتد خارج حدود الدولة¹.

إن المعيار الاقتصادي لدولية العقد لا يتعارض بالقطع مع المعيار القانوني الذي يعتبر العقد بمقتضاه دولياً فيما لو اتصل بأكثر من نظام قانوني واحد².

والمثال التقليدي لذلك هو عقد البيع الدولي الذي يكون هفي البائع مقيماً في دولة مختلفة عن الدولة التي يقيم بها المشتري، فاختلف محل الإقامة على هذا النحو يحقق المعيار القانوني لكون الرابطة العقدية في هذا الغرض قد اتصلت بأكثر من نظام قانوني واحد، إذ يترتب على العقد في هذه الحالة أن يتم كل من تسليم الشيء المبيع ودفع الثمن في دولة مختلفة، وهو ما سيؤدي إلى انتقال للبضائع والأموال عبر الحدود، فإن مفاد ذلك توافر المعيار الاقتصادي لدولية العقد في نفس الوقت الذي تحقق فيه المعيار القانوني.

لكن يجب الإشارة إلى أن توافر المعيار الاقتصادي يضيف لزوماً إلى تحقيق المعيار القانوني لدولية العقد على هذا النحو، أما العكس فهو غير صحيح، إذ قد تكتسب الرابطة العقدية طابعها الدولي وفقاً للمعيار القانوني دون أن يتحقق مع ذلك المعيار الاقتصادي لدولية هذه الرابطة.

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

¹ -LOUSSOUARN Yvon et BOUREL Pierre, Droit internationale Prive, DALLOZ, 1978, p211.

² - هشام علي صادق، مرجع سابق، ص 84.

الفرع الثاني: مفهوم تجارية العقد

لا تستقل العقود التجارية بنظرية خاصة عن تلك التي تسري وتطبق على العقود المدنية، فهي تخضع في تكوينها وشروط صحتها إلى القواعد التي يقررها القانون المدني، باعتبار قواعده تعد الشريعة العامة التي تطبق على كافة العقود عند عدم وجود نص خاص أو قاعدة مخالفة جرى العرف على إتباعها بين المتعاملين في مثل هذا النشاط، مع هذا فإنه ينبغي تحديد هذه الطبيعة، نظرا لما يترتب عليها من أهمية عملية كبيرة، سواء على المستوى الوطني أو الدولي¹.

لهذا فدراسة عقود التجارة الدولية يقضي الأمر استبعاد طوائف العقود التي لا تعد من عقود المبادلات التجارية وفقا للمعنى المقصود في الاصطلاح القانوني، ومثل هذه العقود التي يجب استبعادها نجد مثلا عقود الأحوال الشخصية ومن أهمها عقد الزواج، ولو أنها تتصف بالطابع الدولي كما هو الشأن في حالة الزواج بين زوجين مختلفي الجنسية، فالمشروعون ينظمون هذه المسائل تنظيمًا آمرا هو الذي يفسر إسناد هذا العقد للقانون الشخصي للزوجين دون الاعتداد بإرادتهما في هذا الشأن وكذلك عقود العمل، فإنه يحرص المشروعون أيضا على تنظيمها على نحو أمر، ولذا فإن اتصافها هي الأخرى بالطابع الدولي كما ولو جرى تنفيذ العمل خارج الدولة التي طرح النزاع أمام محاكمها قد يؤدي إلى تطبيق قانون دولة التنفيذ وليس بالضرورة القانون الذي اختارته إرادة المتعاقدين ويرجع هذا في الرغبة بحماية الطرف الضعيف في العقد².

في سبيل تحديد الصفة التجارية للعقد التجاري، قيل أن هذا الأخير هو الذي ينصب موضوعه على عمل تجاري، أو الذي يجريه تاجر لحاجات تجارته ما لم يقع الدليل على عكس ذلك، الأمر الذي يستلزم لمعرفة طبيعة البحث عن الظروف التي أحاطت بتكوينه والبواعث والهدف من إبرامه، نظرا لأنه وفقا لهذه الظروف قد تلحق الصفة التجارية به

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

² - هشام علي صادق، مرجع سابق، ص 10-09.

على الرغم من طبيعته المدنية، وإن كان هذه الظرو تدور حول المحاور أو المعايير التي حددها القانون لاعتبار العمل تجارياً¹، لاسيما أن العقود تعد أهم هذه الأعمال.

أما فيما يخص أركان العقود التجارية فهي لا تختلف عن غيرها من العقود التي يلزم لوجودها الرضا (الإيجاب والقبول)، المحل والسبب. وإن كانت هذه العقود تتميز ببعض الأمور مثل أن أطرافها لهم الحرية في إبرامها دون التقيد بأوضاع شكلية معينة، كذلك عدم ضرورة الاجتماع لإبرامه كون الوقت له قيمته الغالية عند التجار، حيث يمكنهم التعاقد بوسائل الاتصال الحديثة دون الحاجة إلى الانتقال. كما تتميز بإمكانية إثباتها بكافة طرق الإثبات².

إزاء هذه الصعوبة العملية في تحديد الصفة التجارية للعقود دولية، لم تقتض الاتفاقيات الدولية الحديثة في مجال التجارة الدولية، لانطباق أحكامها أن يكون العقد تجارياً، سواء من حيث الصفة (صفة أطرافه كونهم تجار أو غير تجار) أو من حيث الطبيعة (مدنية أو تجارية)، وهذا ما تبرزه بوضوح الفقرة الثالثة من المادة الأولى من اتفاقية فيينا لسنة 1980 بشأن البيع الدولي للبضائع، بعدم اعتدادها بصفة أطراف عقد البيع أو بالطبيعة المدنية أو التجارية للعقد عند تحديد نطاق تطبيقها³.

¹- محمد إبراهيم موسى، انعكاسات العولمة على عقود التجارة الدولية، مرجع سابق، ص24.

²- إبراهيم أحمد إبراهيم، إدارة العقود والاتفاقيات، ورقة عمل مقدمة لندوة إدارة العقود والاتفاقيات، من 12-15 مارس، 2005، جامعة عين شمس، ص4.

³- حنان عبد العزيز مخلوف، مرجع سابق، ص19.

المطلب الثاني: أنواع عقود التجارة الدولية

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

كل شكل من هذه الأشكال السابقة للعقود مصمم ليقوم بهدف محدد، كما أنه لكل منها تعقيده و تركيباته، ونظرا لعدة هذه العقود وتنوعها سوف تقتصر على بعض أنواع هذه العقود والتي تعد أكثر شيوعا وهي:

عقد البيع الدولي للبضائع (الفرع الأول)، عقد الوكالات التجارية (الفرع الثاني)، عقود الامتياز التجارية (الفرع الثالث)، وعقود المشروعات المشتركة (الفرع الرابع).

الفرع الأول: عقد الوكالات التجارية

تعد عقود البيوع الدولية للبضائع والخدمات أكثر أنواع العقود شيوعاً، وقد تم البحث بصفة مستقلة في هذا النوع من العقود بشكل واسع ومكثف من قبل الكثير من الكتاب¹، وكذلك لقيت مكانة هامة في الاتفاقيات الدولية، فمثلاً من أهم الأعمال التي أنجزتها لجنة الأمم المتحدة لقانون التجارة الدولية² UNCITRAL هو قانون البيوع الدولية للبضائع الذي كان على جدول أعمالها منذ عام 1968 في دورتها الأولى. كما أنجزت هذه اللجنة اتفاقية مدة التقادم في البيع الدولي للبضائع في نيويورك سنة 1974 والبروتوكول المعدل لاتفاقية مدة التقادم في البيع الدولي للبضائع في فيينا عام 1980 كذلك نجد اتفاقية الأمم المتحدة بشأن عقود البيع الدولي للبضائع في فيينا سنة 1980 والتي دخلت حيز النفاذ في أول يناير عام 1988 بالنسبة للدول التي انضمت إليها³.

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

أما عقود بيع الخدمات Sale of Vices تعد من ضمن عقود البيوع الدولية، لأنها أصبحت شائعة ومطلوبة على نطاق واسع خارجاً لنطاق الإقليمي لموقع الشركة التي تقوم بتقديم الخدمة أياً كان نوعها وأمثلتها كثيرة منها: عقود بيع الخدمات المالية متمثلة في تأسيس البنوك ذات العنصر الأجنبي وشركات الإقراض الدولية، كذلك نجد عقود خدمات مشهورة في الدول النامية، مثل عقد الخدمات الإدارية الذي هو في الحقيقة عقد شراء الخبرة التي لدى البائع أو الإداري، يطبقها المشتري على نشاطه أو أعماله⁵.

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

² اليونسترال UNCETRAL: تأسست عام 1966 كانت ثمرة جهود من أجل التوفيق بين مبادئ التجارة الدولية المتعلقة بتنفيذ الأحكام التحكيمية الأجنبية الموقع في جنيف 1931 واتفاقية نيويورك في 1958 والاتفاقية الأوروبية حول التحكيم الدولي في 1961 : الأولى لتكوين عقد البيع الدولي، والثانية لأثاره، وقد تم دمج المشروعين

³ محمود سمير الشرفاوي، مرجع سابق، ص 09.

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

⁵ صالح بن عبد الله بن عطف العوفي، مرجع سابق ص 28-29.

في كثير من الحالات نجد العقود المشتركة بين بيع بضائع ومواد وبيع خدمات مثل ما هو الشأن في عقد تسليم المفتاح الذي من خلاله يقوم المقاول الأجنبي بإقامة المشروع أو المصنع كاملاً، حيث يقوم ببناء وتجهيزه بالآلات والمعدات ويبدأ بتشغيله ثم يقوم بتسليمه جاهزاً إلى الطرف المحلي¹، كما يقدم أيضاً خدمات أكثر تتمثل في تقديمه المساعدة التقنية والمساهمة في تشغيله بنقل مثلاً التكنولوجيا اللازمة لتشغيله.

الفرع الثاني: عقود الوكالة التجارية

تلعب عقود الوكالات التجارية دوراً هاماً بسبب تزايد النشاط التجاري في العصر الحديث، واتساع نطاق الخدمات التي تتطلبها التجارة الدولية، حيث يصعب أن تتعامل الشركات مع المستهلك مباشرة، بل تتعامل معه عبر طبقة من الوسطاء، لذا برزت صور متنوعة من العقود مثل عقد الوكيل التجاري، الوكيل بالعمولة، الممثل التجاري والموزع التجاري، وذلك عبر الدول المختلفة².

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

كما يمكن للشركة الأجنبية أن تقوم بتعيين وكيل موزع لبضائعها أو خدماتها من مواطني الدولة التي ترغب التسويق فيها، حيث يقوم الموزع ببيع منتجات الشركة الأجنبية في البلد المقصود، وفي هذه الحالة يتحمل واقعيًا كل المخاطر من أجل طلب البضاعة

¹ محمد حسين منصور، العقود الدولية، دار الجامعة الجديدة، مصر ، (ن.س.د). ص 16-17.

² محمد حسين منصور، مرجع سابق، ص 21-22.

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

وبيعها وتسلم الثمن من المشتري النهائي لها ويكون عقد البيع في هذه الحالة بين الموزع والمشتري. أما عن أتعابه فيتحصل عليها من المكسب المتحصل من البضاعة المباعة، أما عن الأنظمة والقوانين التي تحكم العلاقة بين الأطراف، فلدى كل دولة مبادئ قانونية وقواعد خاصة تم تطويرها لتنظيم العلاقة بين الشركة المنتجة والوكيل.

الفرع الثالث: عقود الإمتياز التجارية

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

وتعتبر عقود الامتياز التجارية Franchise Contrats نظاما جديدا لتسويق البضائع والخدمات وهي في نطاقها ومعناها تقع بين عقود التوزيع وعقود التراخيص Licensing Agreement. حيث أن عقود توزيع المنتجات هي العقود التي بموجبها يعطي المشروع لمشروع آخر الحق في احتكار توزيع منتجات أو خدماته طبقا للشروط التي يحددها العقد، أما عقود التراخيص فهي الاتفاق الذي يقع بين مشروعين يمنح بمقتضاه المشروع الأول للمشروع الثاني حقوقه الناشئة على المخترعات الصناعية براءات الاختراع باستغلالها نظير أجر يتفق عليه، كما يمكن أن تشمل تراخيص الصناعة على حق استخدام علامة تجارية مميزة لسلعة ما².

ففي عقود الامتياز عادة ما يتم استثمار أموال كبيرة، حيث نجد أن من يقوم بتشغيل المطاعم أو الفنادق أو غيرها من الأعمال وفق نظام الامتياز مستخدما العلامة التجارية للشركة الأم، يدفع لمالك الامتياز نسبة معينة من إجمالي الدخل وليس من الأرباح سواء

¹- صالح بن عبد الله بن عطف العوفي، مرجع سابق، ص 31.

²- محمد حسين منصور، مرجع سابق، ص 24.

حصل على الأرباح أم لا، فالمستثمر يستفيد بدوره من الدعاية الكبيرة والشهرة العالمية للمالك¹.

وهناك أشكال كثيرة جدا لهذا النوع من العقود للتعاقد على المستوى الدولي، فهي قد تكون بصيغة شركة مشتركة بين المالك للامتياز والممنوح له الامتياز، أو قد تكون عن طريق عقد إدارة للامتياز الممنوح له من مقره الرئيسي، أو أن يقوم مالك الامتياز بإنشاء مكتب لإدارة الامتياز في البلد المضيف أو يكون المكتب على المستوى الإقليمي كما هو الحال بالنسبة لشركات الفنادق والمطاعم التي تعمل في الشرق الأوسط وشرق آسيا².

الفرع الرابع: عقود المشروعات المشتركة

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

لكن لا يوجد تعريف محدد للمشروع المشترك، فهناك من عرف المشروع المشترك أنه هو الاستغلال المشترك لما يقدمه الأطراف من مال ومهارات وتكنولوجيا في نشاط اقتصادي معين بهدف اقتسام ما ينشأ عنه من أرباح وغالبا ما يكون العقد طويل المدة بين اثنين أو أكثر من المشروعات المنتجة من دول مختلفة بغرض التعاون في إنتاج معين، ويلتزم الأطراف بالإخلاص والولاء المتبادل فيما بينهم. كما أن غالبية الكتاب عرفوا عقود المشروعات المشتركة بأنها شركة أو مؤسسة تجارية شكلت بين شخصين أو شركتين أو منطمتين، يكون واحد منهما على الأقل شريكا مشغلا، تهدف إلى توسيع نشاطها بغرض الحصول على أعمال جديدة مربحة ومستقرة ودائمة، وتكون ملكية

¹- طالب حسن موسى، قانون التجارة الدولية، مرجع سابق، ص23.

²- صالح بن عبد الله بن عطف العوفي، مرجع سابق، ص 45.

الأسهم مشاركة من قبل المشاركين بنسبة توزيع أقل أو أكثر دون أن يكون لأحدهم حق التحكم الكامل.

والمشروعات المشتركة تؤسس بأنواع متعددة من الأعمال التجارية الدولية، نظرا لأن المشروع المشترك ليس محددًا بنوع معين من الشراكة، فقيام اتحاد المشاركة يعتمد على الأهداف التي يرغب الشركاء في تحقيقها من خلال الاتفاق على تكوين مشروع مشترك بينهم، فقد يتكون المشروع المشترك بين الأطراف للتعاون في البحوث اللازمة لتطوير صناعة أو منتج معين له علاقة بتجارة أو مجال عمل أحد الأطراف أو جميعهم. كما قد يتكون من أجل توريد مواد يحتاجها الشركاء جميعًا في أعمالهم أو إنتاج نوع معين من المنتجات لبيعه في السوق تحت علامة تجارية معينة، أو قد يتم الدخول في اتحاد مشاركة لتسويق المنتجات التي ينتجها الأطراف بصفة مستقلة إلى غير ذلك من الأعمال التجارية المختلفة¹.

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

المبحث الثاني: أطراف عقود التجارة الدولية و ضماناتهم

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

لهذا سنتطرق لأطراف عقود التجارة الدولية في المطلب الأول، ثم ضماناتهم في المطلب الثاني.

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

المطلب الأول: أطراف عقود التجارة الدولية

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

لذا نجد ضرورة تعريف الطرف في العقد التجاري الدولي في الفرع الأول، بالإضافة إلى هذا نتطرق إلى أهمية تحديده في الفرع الثاني، و أخيرا سنرى مسؤولية الأطراف في العقد التجاري الدولي في الفرع الثالث.

الفرع الأول: تعريف الطرف في العقد التجاري الدولي

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

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

وتتنوع المسميات التي تطلق على أطراف العقد بحسب طبيعته وموضوعه مثل المستورد والمصدر المورد، المرخص والمرخص له، المتلقي والناقل، البائع والمشتري، المؤجر والمستأجر، الوكيل والوسيط المقرض والمقترض، أي يتم اختيار المسمى بحسب طبيعة

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

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

العقد، والمتعارف عليه دولياً، وما هو متعارف عليه في منطقة إبرام العقد¹.
 ففي العقد التجاري الدولي عادة ما يتم في بداية العقد تحديد أطرافه والتعريف بهم
 تفصيلاً، وقد يكون هذا التحديد في الفقرة التي تبين تاريخ التعاقد، مثلاً:
 "هذا العقد تم في يوم_____ سنة_____ الموافق لـ _____"².
 وتحديد أطراف العقد يكون بالنص على أسمائهم، سواء كانوا جميعاً أشخاصاً
 طبيعيين أو أشخاصاً اعتباريين، لأن الشركة كشخص اعتباري وعبر ممثليها، يمكن أن
 تكون طرفاً في العقد وتوقع عليه كطرف فيه كذلك وصف مدى مسؤولية من يقوم
 بالتوقيع على العقد شيء ضروري ومهم، لأن من يقوم بالتوقيع سوف يكون هو الشخص
 المسؤول عن كافة الالتزامات التي تنشأ عنه أو ملزماً لغيره بموجب وكالة تخوله ذلك .
 فمثلاً إذا كان العقد يجري بين وكيلين وجب تعيينهما وذكر الوثائق التي تخولهما سلطة
 التوقيع صراحة وذلك كما يلي:

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

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

¹- محمد حسين منصور، مرجع سابق ، ص69.

²- صالح بن عبد الله بن عطف العوفي، مرجع سابق، ص 187.

³- طالب حسن موسى، العقود الدولية، مرجع سابق، ص75.

الفرع الثاني: أهمية تحديد أطراف العقد التجاري الدولي

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

نذكر منها:

أولاً: إن معرفة جنسية أطراف العقد، يترتب عليه الكثير من المسائل المهمة لعل أهمها تحديد الطابع الدولي أو الداخلي للعقد وهل الأمر يتعلق باتفاقية أو عقد¹، لأن اتصاف العقد بالصفة الدولية يتحقق في حالة ارتباطه بأكثر من دولة من ناحية أطرافه أو موضوعه أو سببه.

كذلك لأنه كلما تباينت جنسية هذه الأطراف كلما خرجنا من دائرة المنظومة التشريعية الوطنية ويتحقق هذا سواء في علاقة الأشخاص الطبيعيين أو الاعتباريين كما لو تعاقد جزائري مع فرنسي، فبظهور هذا العنصر الأجنبي على مستوى طرفي العلاقة القانونية أصبح من الضروري تصنيف العلاقة التجارية في إطار العلاقة الدولية، كذلك تكمن هذه الأهمية في تحديد القانون الواجب التطبيق.

ثانياً: التعرف على الأطراف يلعب دوراً هاماً في تحديد منطقة ومكان إبرام العقد، لأنه في الغالب يكون أطراف العقد من دولتين مختلفتين أو أكثر، فلذلك يصعب أحياناً تحديد مكان إبرام العقد، ولهذا

حرص التشريع السويسري للقانون الدولي الخاص الصادر في 18 ديسمبر 1987م على النص في الفقرة الثانية من المادة 124 على أنه إذا كان العقد قد أبرم بين شخصين يوجد كل منهما في دولة مختلفة فإنه يكون صحيحاً من حيث الشكل إذا توافرت فيه الشروط التي يتطلبها قانون أي من الدولتين، أي قانون دولة أحد الطرفين².

كما أن مكان انعقاد العقد يؤدي دوراً فعالاً في تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد، فمثلاً في عقود التجارة الإلكترونية يتحدد القانون الواجب التطبيق على العقد على أساس

¹- محمد حسين منصور، مرجع سابق، ص 68.

²- هشام علي صادق، مرجع سابق، ص 15-17.

تركز العقد مكانيا، وهو المكان الذي يرتبط به العقد بالارتباط الأوثق¹، وهذه القاعدة عامة تم التأكيد عليها في مختلف التشريعات، فمثلا في المادة 18 من القانون المدني الجزائري قام بإخضاع موضوع العقد لقانون المكان الذي وقع فيه إبرام العقد بقولها " : يسري على الالتزامات التعاقدية قانون المكان الذي يبرم فيه العقد ما لم يتفق المتعاقدان على تطبيق قانون آخر.

ثالثا: إن معرفة أسماء الأطراف المتعاقدة ومعرفة عناوينهم يمكن كل طرف من إرسال الطلبات والإنذارات والإبلاغ للطرف الآخر بصورة مسيرة وعلى نحو يمكن أن يترتب عليها مقتضاها القانوني في الوقت ذاته .

رابعا: تساهم معرفة أطراف العقد في بيان القضاء المختص بتسوية المنازعات، وتعيين القانون

الواجب التطبيق وغير ذلك من المسائل التي يحكمها القانون الدولي².

لأنه في مجال عقود التجارة الدولية على عكس العقود التجارية الداخلية التي لا تثار في شأنها مشكلة اختيار قانون العقد لأنها تخضع بداهة للقانون الداخلي، أما عقود التجارة الدولية فلأطراف العقد الحرية في تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد والقضاء المختص بتسوية المنازعات الناشئة عن العقد .

خامسا: التعرف على الأطراف يكون ضروريا لتحديد أهليتهم وصفتهم القانونية في إبرام العقد وذلك

للحكم بصحته ونفاذه من جهة، و أعمال أحكام عيوب الإرادة من جهة أخرى³.

فالأهلية تعتبر شرطا لصحة التعاقد من حيث الموضوع، وبالتعرف على أطراف العقد يمكن التعرف على أهليتهم وهذه الأخيرة تخضع للقانون الشخصي لكل متعاقد هذا

¹ - سلطان عبد الله محمود الجوارى، عقود التجارة الإلكترونية والقانون الواجب التطبيق: دراسة قانونية مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2010، ص 256.

² - محمد حسين منصور، مرجع سابق، ص 68.

³ - محمد حسين منصور، مرجع سابق، ص 28.

بالنسبة للشخص الطبيعي، أما الشخص المعنوي فننتحدث عن صفة من يبرم العقد باسمه أو نيابة عنه أو كمثل له، والعقد قد يتم إبرامه بواسطة الأصيل أو من ينوب عنه. **سادسا:** إن مبدأ نسبية آثار العقد يرتبط بأطرافه حيث تنصرف إليهم آثاره من حقوق والتزامات، دون الغير الذي يظل كقاعدة عامة بعيدا عن العقد، إلا في بعض الحالات الاستثنائية. أي أن الأصل أن آثارالعقد تنصرف بالضرورة إلى المتعاقدين لكن كاستثناء يمكن أن تنصرف آثاره إلى غير الأطراف في عدة فروض مثل: الخلف العام والخاص، التنازل عن العقد و التعاقد من الباطن¹.

الفرع الثالث: مسؤولية الأطراف في العقد التجاري الدولي

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

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

لكن ما يجب التنبيه إليه هو رغم إعطاء الأطراف الحرية في تحديد مسؤوليتهم، إلا أن هذه الحرية يمكن أن تصطدم بقرارات كثير من المشرعين والمحاكم في كثير من الدول التي لا تقبل هذه الحرية المطلقة في أن يقوم احد أطراف العقد بوضع فقرات فيه تحدد أو

¹- محمد حسين منصور، مرجع سابق، ص 67-73.

تحد من مسؤوليته أو تعفيه منها. خاصة إذا كانت هذه المسؤولية مفروضة عليه بقوة القانون في حالة إخلاله في تنفيذ التزاماته، وقد تقضي المحاكم بأن مثل هذه الشروط غير قانونية وغير قابلة للتنفيذ وفقا للقانون الواجب التطبيق على العقد¹.

¹- صالح بن عبد الله بن عطف العوفى، مرجع سابق، ص 303-304.

المطلب الثاني: ضمانات أطراف عقود التجارة الدولية

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

ونظرا لهذا التنوع سنتطرق لأهم هذه الضمانات و الأكثر استعمالا في عقود التجارة الدولية وهي: الاعتماد المستندي في الفرع الأول، أمّا بالنسبة للفرع الثاني سنتكلم عن خطاب الضمان.

الفرع الأول: الاعتماد المستندي

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

1- تعريف الاعتماد المستندي

يستمد الاعتماد المستندي أحكامه من القواعد و الأعراف الدولية الموحدة و التي وضعتها غرفة التجارة الدولية في مؤتمرها المنعقد في فينا سنة 1933 والمعدلة سنة 1951 بمؤتمرها المنعقد ببرشلونة ثم تعديلها سنة 1962 و 1974 وكان آخر تعديل لها سنة 1983 و صارت نافذة من 1984/10/01.

ولقد وجدت عدة تعاريف للاعتماد المستندي نذكر منها:

الاعتماد المستندي تعهد كتابي صادر عن البنك استنادا على طلب مستورد البضائع لصالح المصدر يتعهد فيه البنك بدفع أو قبول كمبيالات مسحوبة عليه عند تقديمها مستوفاة للشروط الواردة في الاعتمادك هناك من عرفه أنه: اتفاق بين المصرف (البنك) أو عميله(المستورد)، يتعهد بموجبه المصرف بنفسه أو من خلال مصرف آخر في بلد

المورد بدفع قيمة البضائع للمورد عند التأكد من شحنها طبقا للمواصفات المتفق عليها من خلال المواصفات التي قدمها المستورد¹.

كما عرفه جانب من الفقه بأنه: ذلك الاعتماد الذي يفتحه البنك بناء على طلب شخصي يسمى الأمر أيا كانت طريقة تنفيذه، أي سواء بقبول كمبيالات أو بالوفاء لصالح عميل لهذا الأمر، ومضمون بحيازة المستندات الممثلة لبضاعة في الطريق أو معدة للإرسال². الحقيقة أن هذه التعريفات تحقق معنى واحد الهدف منه شرح عملية الاعتماد المستندي.

ولكن نلاحظ أن تعريف المشرع الفرنسي في القانون التجاري الفرنسي في المادة 720 ابرز سمة هامة للاعتماد المستندي وهي استقلال العلاقة القانونية الناشئة بمناسبة الاعتماد المستندي عن العلاقة الناشئة عن العقد، وتتص هذه المادة على أن: " الاعتماد المستندي، اعتماد يفتحه مصرف بطلب من الأمر لصالح عميل هذا الأخير ومضمون بحيازة مستندات ممثلة ببضاعة تكون موضوعا لعملية نقل أو معدة لنقلها، والاعتماد المستندي مستقل عن عقد البيع الذي يكون أساسا له، والتي تظل المصارف غريبة عنه³.

تجدر الإشارة إلى أن المستندات في عقود التجارة الدولية تختلف وفقا لاتفاق المتعاقدين والأعراف

السارية في كل نوع من العقود الدولية، فمثلا في عقود البيوع الدولية فإن تلك المستندات قد تكون ممثلة للبضائع كسند الشحن أو سند الإيداع في المستودعات العامة، شهادة فحص البضائع، شهادة النوع، كما يمكن أن تكون مثلا لازمة لضمان وصول البضاعة إلى المشتري كوثيقة تأمين إلى غير ذلك من المستندات. كما أنه في هذه العملية لا يقوم المصرف فاتح الاعتماد بوفاء قيمة الاعتماد إلا بعد أن يسلم العميل (مثلا البائع)

¹ محمد بن عبد العزيز بن سعد اليميني، الشرط الجزائي وأثره في العقود المعاصرة، دراسة فقهية مقارنة (رسالة قدمت استكمالاً لمتطلبات الحصول على درجة الدكتوراه في الدراسات الإسلامية، تخصص فقه وأصول، جامعة الملك سعود، 1425/1426.

² عصام حنفي محمود، قانون التجارة الدولية، جامعة بنها، كلية الحقوق، ص124.

³ عصام حنفي محمود، مرجع سابق، ص125.

المستندات المتعلقة بالبضاعة إلى المصرف فاتح الاعتماد ليتولى الأخير تسليمها للأمر (الذي قام بفتح الاعتماد مثلا مشتري)¹.

2- خصائص الاعتماد المستندي

يتضح من التعريفات السابقة أن الاعتماد المستندي يتميز بعدة خصائص:

- عقد الاعتماد المستندي يستجيب لدواعي الائتمان و الثقة المفقدة في العقود الدولية، ففي البيوع الدولية مثلا، يوفر للبائع المستفيد إمكانية المطالبة بثمن البضائع من مصرف ذي ثقة، كما يوفر عنصر الأمان والاطمئنان للمشتري أيضا²، لأن المصرف لا يدفع النقود أو مبلغ الاعتماد إلا بعد أن يستلم منه المستندات المطلوبة و التأكد من مطابقتها لشروط الاعتماد، كما أن البنك يضمن استيفاء مبلغ الاعتماد من خلال حيازته للمستندات الممثلة للبضاعة³.
- عقد الاعتماد المستندي عقد مستقل عن عقد البيع الذي قام تنفيذا له، كما أن البنك يعتبر أجنبيا عن العقد⁴. إلى جانب أن الاعتماد المستندي يخضع لقانون المكان الكائن فيه البنك أو الفرع الذي يقوم بتنفيذ العملية وهو في الوقت نفسه يعتبر العنصر الجوهري والمميز لها في العملية، فيحكم العقد برمته وقد تأكدت فكرة إسناد الاعتماد المستندي إلى قانون مكان التنفيذ الذي يحكم العقد .
- عقد الاعتماد المستندي عقد ملزم لجانبين، فهو يرتب التزامات متقابلة في ذمة أطرافه بمجرد انعقاده، حيث يتعهد البنك بوضع مبلغ الاعتماد تحت تصرف عميله ويؤمن له ظروف الائتمان اللازمة، مقابل أن يدفع له العمولة المتفق عليها.

¹- تلزم اتفاقية فينا المتعلقة بالبيوع الدولية في مادتها 34 البائع بتسليم المستندات المتعلقة بالبضاعة في الزمان والمكان المتفق عليه في العقد وفقا للشكل الذي يقتضيه. انظر: أسيل باقر جاسم، المخالفة الجوهرية للعقد وآثارها: (دراسة في عقد البيع الدولي للبضائع) ص222-223.

²- عصام حنفي محمود، مرجع سابق، ص125.

³- طالب حسن موسى، الموجز في قانون التجارة الدولية، مرجع سابق، ص79-80.

⁴- أسيل باقر جاسم، مرجع سابق، ص222-223.

3- أنواع الاعتمادات المستندية

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

1- الاعتماد المستندي غير قابل للإلغاء

ويسمى كذلك الاعتماد القطعي أو النهائي أو البات هو الاعتماد الذي لا يجوز إلغاؤه أو تعديله إلا باتفاق جميع أطرافه ويكون كذلك إذا ما نص العقد على ذلك. ويرتب هذا الاعتماد في ذمة البنك التزاما شخصيا مباشرا أمام المستفيد بتنفيذ ما ورد في خطاب الاعتماد¹. كذلك تم تعريف هذا النوع من الاعتماد في عقود البيوع الدولية بأنه عبارة عن تعهد لا رجوع فيه من أحد البنوك، يتعهد فيه أن يدفع مبلغ الثمن أو أن يقبل سفاتج مسحوبة عليه أو على المشتري وتقديمها مصحوبة بمستندات الشحن ومستوفاة لشروط الاعتماد، وهو يؤكد مبدأ اشتراط الدفع نظير المستندات حيث يعطي للبائع الضمانة الكافية، فعند تقديم المستندات يكون البائع قد دفع فعلا أجره النقل وقسط التأمين، فإذا رفض المشتري المستندات لسبب ما يكون معرضا لفقد قيمة البضاعة².

2- الاعتماد المستندي القابل للإلغاء

يسمى كذلك بالاعتماد غير القطعي أو الاعتماد البسيط أو غير البات، حيث يجوز للأمر بفتح الاعتماد أو المصرف الرجوع عنه في كل وقت وبالإرادة المنفردة. وذلك دون حاجة إلى إخطار المستفيد ما لم يكن قد تم التنفيذ، ويجب في هذا الاعتماد أن يخطر البنك المستفيد في خطاب الاعتماد انه قابل للإلغاء في كل وقت وإلا كان الاعتماد باتا غير قابل للإلغاء³.

¹ طالب حسن موسى، الموجز في قانون التجارة الدولية، مرجع سابق، ص80.

² عثمانية منى، البيوع البحرية، مذكرة تخرج لنيل إجازة المدرسة العليا للقضاء، الدفعة الثامنة عشر، الجزائر، 2007، ص30.

³ عصام حنفي محمود، مرجع سابق، ص128.

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

3- الاعتماد المؤبد

يسمى أيضا بالاعتماد المثبت أو المؤكد، ويمكن تعريفه بأنه الاعتماد البات غير قابل للإلغاء الذي يؤيده بنك آخر، فيلتزم بدوره مباشرة تجاه المستفيد¹، ويكون ذلك عندما يشترط المستفيد تأييد الاعتماد من بنك موجود في بلده، فيلجأ البنك فاتح الاعتماد إلى بنك يتعامل معه في مكان المستفيد ويطالب منه التعهد بالدفع واطار المستفيد بذلك، فإذا تعهده هذا البنك الأخير بالدفع كان الاعتماد مؤبدا أي مضمون من بلد المستفيد.

الفرع الثاني: خطاب الضمان

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

1- تعريف خطاب الضمان

هناك محاولات عديدة لتعريف خطاب الضمان فنجد من عرفه بأنه:

- تعهد مكتوب يصدر من البنك بناء على طلب شخص يسمى الأمر، بدفع مبلغ معين أو قابل للتعيين لشخص آخر يسمى المستفيد، إذا طلب منه خلال المدة المعينة في الخطاب ودون اعتداد بأية معارضة².
- هناك من عرفه بأنه "تعهد مصرفي لدفع مبلغ من النقود عند أول طلب من المستفيد بالتطبيق

¹ - طالب حسن موسى، الموجز في قانون التجارة الدولية، مرجع سابق، ص80.

² - عصام حنفي محمود، مرجع سابق، ص149.

لنصوص التعهد دون إمكانية التمسك بأي دفع من عقد الأساس مع التحفظ بالنسبة لحالة الغش.

- كذلك عرف بأنه: "تعهد كتابي صادر عن البنك بناء على طلب عميله يلتزم فيه لصالح هذا العميل في مواجهة شخص ثالث هو المستفيد بان يدفع مبلغا معيناً إذا طلبه المستفيد خلال أجل محدد في الخطاب¹.
 - أو هو "علاقة قانونية فيما بين البنك والمستفيد يترتب عليها التزامات على عاتق البنك بدفع مبلغ من النقود عند أول طلب خلال مدة محددة.
 - أما قواعد الانستفال فقد عرفت خطاب الضمان في المادة 2ف1 بأنه "يمثل التعهد التزاما مستقلا، يعرف في الممارسة الدولية بأنه كفالة مستقلة أو خطاب اعتماد ضامن، مقدما من مصرف أو مؤسسة أخرى أو شخص آخر (الكفيل) أو المصدر أن يدفع للمستفيد مبلغا معيناً أو قابلا للتعيين لدى تقديم مطالبة بسيطة أو مطالبة مشفوعة بمستندات أخرى، حسب أحكام التعهد أو أي من شروطه المستندية، تبين أو يستدل منها استحقاق السداد بسبب تقصير في أداء التزام ما أو سبب حدث طارئ آخر، أو سداد لمال مقترض أو مستلف، أو سداد لأي دين مستحق السداد واقع على الأصيل الطالب أو شخص آخر².
 - كما عرف خطاب الضمان بأنه تعهد يصدر من مصرف بناء على طلب احد المتعاملين معه الأمر وهنا يقوم المستورد بدفع مبلغ معين أو قابل للتعيين لشخص آخر هو المستفيد، ويكون المصدر دون قيد أو شرط إذا طلب منه ذلك خلال المدة المعينة في الخطاب ويحدد فيه الغرض الذي صدر من اجله³.
- يصدر خطاب الضمان عادة بعد الاتفاق بين عدة أطراف هي البائع، المشتري والذي بموجبه يترتب على عاتق كل طرف التزامات معينة. و العملية التي عادة يصدر

¹- صالح بن عبد الله بن عطف العوفي، مرجع سابق، ص317-318.

²- عصام حنفي محمود، مرجع سابق، ص128.

³-طالب حسن موسى، الموجز في قانون التجارة الدولية، مرجع سابق، ص88.

الخطاب بشأنها تتضمن ثلاثة أطراف أو أكثر أولهما البنك أو المؤسسة المصرفية أو شركة التأمين المصدرة للخطاب، والثاني الأمر وهو طالب إصدار خطاب الضمان، والثالث هو المستفيد من هذا الضمان سواء كان المشتري أو رب العمل أو صاحب المشروع¹.

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

2- أنواع خطاب الضمان

تهدف البنوك والمؤسسات المالية وشركات التأمين بتقديم عدة أنواع من خطابات الضمان أو ما شابهها من أنواع الكفالات التي تهدف إلى ضمان تنفيذ أطراف العقد التجاري الدولي للالتزامات التعاقدية فيه. من أنواع الضمانات المتعارف عليها هي ما تتطلبه بعض العقود من وجوب تقديم ضمان معين عند التقدم للغطاء لضمان جدية الدخول في المناقصات وهو ما يسمى بالضمان الابتدائي، وعند رسو المناقصة أو العقد على المتعاقد هناك ضمانات أخرى يلزم تقديمها، مثل الضمان النهائي أو ضمان حسن التنفيذ، كذلك نجد الضمانات الاحتياطية و الضمانات التزكية والأمان. وهي ما سنتعرض إليها:

- **خطاب الضمان الابتدائي:** يستخدم هذا الضمان في مراحل التقدم للغطاء وتقديم العروض، حيث يقوم كل من يرغب في التقدم للغطاء لمناقصة أو مزيدة أن يرفق بعرضه خطاب ضمان ابتدائي بقيمة معينة، وهذا النوع من الضمانات ينتهي في مدة قصيرة بانتهاء الغرض منه، حيث يسترده مقدمه إذا لم يكن ذو حظ في رسو العطاء

¹-صالح بن عبد الله بن عطف العوفي، مرجع سابق، ص 319.

- عليه، أما إذا رسي العقد عليه فسوف يكون ملزماً باستبدال خطاب ضمان آخر به وهو خطاب ضمان حسن التنفيذ أو الضمان النهائي.
- **خطاب الضمان النهائي أو ضمان حسن التنفيذ** : يعد هذا الضمان احد الضمانات التي ابتدعتها وخلقتها ضرورة التجارة الدولية في الوقت الحاضر. ويقدم هذا النوع من الضمان عند توقيع العقد بعد رسو العطاء على المتعاقد، وهو عادة ما يحل محل الضمان الابتدائي، لذلك يسمى الضمان النهائي. والهدف منه هو ضمان حسن تنفيذ للالتزامات التعاقدية وفقاً للشروط المنصوص عليها في العقد. كما يكون أيضاً ضامناً للدفعة الأولى المقدمة للمقاول للبدء في العمل لأ، ن العقود عند إبرامها تتطلب دفع مبلغ مقدم كدفعة أولى بموجبها يبدأ المتعاقد العمل في المشروع.
- **خطاب الضمان الاحتياطي** : هذا النوع هو صيغة أو شكل خاص من أنواع الضمانات، وهو يقوم أساساً بنفس دور ضمان حسن التنفيذ، ويستخدم هذا النوع بكثرة في العقود التجارية الدولية وذلك لقلّة التكاليف فيه. ولهذا الخطاب مميزات أهمها أن المستفيد يعتمد على البنك المصدر وثقته فيه، أما بالنسبة للعميل فهو لا يقدم مبلغ الضمان إلى البنك المصدر بدفع الثمن.
- **خطاب التزكية والأمان** : هذه تعتبر أداة ضمان تقدم من قبل الشركة الأم للمتعاقد مع إحدى الشركات التابعة لها وذلك لتزكيته وتطمين المتعاقد أن الشركة التابعة لها قادرة على القيام بالتزاماتها المتعاقدة عليها. وعادة يكون ذلك عندما يأتي المتعاقد في المفاوضات على عقد معين مع الشركة التابعة مثلاً ويطلب على سبيل المثال أن تضمن الشركة الأم الشركة المتعاقدة¹.

¹- صالح بن عبد الله بن عطايف العوفي، مرجع سابق، ص327-337.

الخمسائة

الخاتمة

الحمد لله الذي أعاننا على إتمام هذه الدراسة و أملنا أن نكون قد وفقنا في الإجابة على الإشكالية المطروحة سوف نعطي لمحة موجزة عن إستخلاصاتنا حول هذا الموضوع كما لا نريد أن نجعل الخاتمة موضعا نعرض فيه كل جزئيات البحث ، لأن ذلك قد لا يستجيب له تعدد التفريعات و إنما نريد أن نخرج أهم النتائج التي خرجنا بها من هذا البحث، حيث نستنتج من خلال دراستنا لموضوع المسؤولية الدولية و عقود الدولة مع الأفراد، أنّ للموضوع أهمية دولية كبيرة، نظرا لطبيعته المعقدة والمركبة، و لكون عقود الدولة من أبرز وسائل التعاملات الدولية و لكونها الأداة القانونية الأكثر استخداما في كل مجالات تعاملها مع الشركات أو الدول الأخرى، لهذا فقد حظيا باهتمام كبير من المجتمع الدولي سواء من طرف مؤسساته أو منظماته، التي حاولت وضع قواعد خاصة به تتلاءم مع ما يسفر عنه من مشاكل وتساعده على مسايرة التطور الذي يلحق به. إلا أن هذه القواعد غير كافية لمسايرة تلك المشاكل التي تثيرها، وهذا سواء لكونها تخص نوعا محددًا من العقود أو لإستبعادها بعض منها من مجال تطبيقها، وإمّا لكون الواقع العملي يفرز فروض لم تخطر ببال واضعي تلك القواعد.

إضافة إلى الصعوبات التي تواجه الدول أثناء إبرامها للعقود، فإنها تلق صعوبات أكثر أثناء تنفيذها، لأنّ تنفيذها يكتسي أهمية أكبر من إبرامها. فماذا لو أخل أحد أطراف العقد بأحكامه أو رفض تنفيذ الالتزام أصلا، أو قام بتنفيذه على غير ما تم الاتفاق عليه؟

" ولاحظ المراقبون نواقص خطيرة من حيث الديمقراطية في اتفاقات الاستثمار الدولية وهيئات التحكيم التي تسوي المنازعات بين المستثمرين والدول وتساءلوا عن سبب استمرار دخول الدول في مفاوضات بالاستناد إلى دراسات متحيزة وتكهنات مفرطة في التفاؤل بشأن نمو الناتج المحلي الإجمالي والعمالة. ولا يقتصر الأمر على إخفاق الدول في كشف المعلومات المتعلقة بالاتفاقات على نحو استباقي، بل يصل إلى حد استبعاد أصحاب مصلحة رئيسيين من طاولة المفاوضات، التي يشارك فيها بشكل أساسي محامو الشركات ومجموعات الضغط التابعة لها¹."

¹ - ألفريد موريس دي زاياس، تقرير الخبير المستقل المعني بإقامة نظام دولي ديمقراطي ومنصف، مجلس حقوق الإنسان ، الدورة 30.

إنّ زيادة معدل المعاملات التجارية الدولية و التحولات الاقتصادية الكبرى و تجاوز العلاقات التجارية الحدود الدولية ,و في وقت كشفت فيه النظم الوطنية و القضائية عن قصورها في بلوغ حد الكفاية لمواجهة عقود التجارة الدولية ,ظهر التحكيم التجاري الدولي كوسيلة ناجعة لحل النزاعات التي قد تنشأ عن العلاقات التجارية الدولية.

و مما سبق تناوله في موضوعنا، نجد عدة دلالات توحى على أنّ التحكيم وسيلة جد ناجعة في حل و فك النزاعات القائمة بين الدول و الشركات في مجال العقود.

ومن الأسباب التي تدفع الدول المتضررة الى اللجوء الى التحكيم هي الامتيازات التي يحققها من تبسط في إجراءات الفصل في النزاع و التحرر من الشكليات بغية الفصل في النزاع بأقصى سرعة ممكنة و في سرية تامة.

و أخيرا جميل ان تعتمد الدول على نصوص قانونية تتماشى مع واقع المعاملات التجارية فيما بينها مع الأخذ بعين الإعتبار شروط إبرام العقود بصفة دقيقة و واضحة لكي لا تكون هناك نزاعات بين الأطراف المتعاملة.

و عليه يجب تكيف القواعد و الإجراءات في منصة تعاملات الدول و الشركات في مجال العقود، مع التطور الذي يشهده حجم المبادلات و المعاملات الإقتصادية.

المراجع

قائمة المراجع باللغة العربية

- دويوي،بيارمايا: ترجمة محمد صاصيال وسليم حداد، القانون الدولي العام، بيروت، ط2، مؤسسة مجد 2008 .
- هيكل، محمد حسين، مقالة عن مبادئ القانون الدولي وتدوين القانون الدولي، منشورة جريدة الساسة الأسبوعية وقت الإسترجاع: 05 أيار 2016
- جورج سيل (1934)، القانون الدولي العام، الجزء الثاني، مترجم دار الترجمة العربية.
- هاشم محمد، صالح، (1990)، المسؤولية الدولية عن المساس بسلامة البيئة البحرية، رسالة دكتوراة، جامعة القاهرة.
- مقبل،مصباح جمال (2011)،الموظف الدولي ومدى مسؤولية المنظمة الدولية عن اعماله، دار النهضة العربية، القاهرة.
- (ندا، جمال طه)، (1986)، مسؤولية المنظمات الدولية في مجال الوظيفة الدولية، الهيئة المصرية للكتاب، القاهرة.
- ابوعطية ،السيد (2001) الجزاءات الدولية بين النظرية والتطبيق،مؤسسة الثقافة الجامعية،القاهرة.
- غانم، محمد حافظ 1977، المسؤولية الدولية، القاهرة، دار العرب، ط2، ص تعريف الدكتور عبدالعزيز سرحان.
- (سرحان، عبد العزيز محمد)،1986، القانون الدولي، القاهرة، دار النهضة العربية.
- الدكتور العنابي إبراهيم، 1984، القانون الدولي العام، القاهرة دار النهضة العربية.
- الغنيمي محمد طلعت، (2005)، الأحكام العامة في قانون الأمم ، ط1 ، دار المعارف، الإسكندرية.ص1868.
- -غانم، محمد حافظ (1975) المسؤولية الدولية،محاضرات أقيمت على طلبة كلية دبلوم القانون الدولي كلية الحقوق،جامعة عين شمس، القاهرة.
- عامر صلاح الدين،(2009)، مقدمة لدراسة القانون الدولي العام، القاهرة، دار النهضة العربية،
- المادة الأولى من المشروع المتعلق بمسؤولية الدول عن الأعمال غير المشروعة 2001.
- إسلام محمد عبد الصمد، الحماية الدولية للبيئة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية،2016.
- بلخيري حسينة، المسؤولية الدولية الجنائية، دار الهدى، الجزائر، سنة 2006 .
- الدكتور: زازة لخضر، أحكام المسؤولية الدولية في ضوء قواعد القانون الدولي العام، دار الهدى، الجزائر،2011.

- محمد محي الدين عوض، أصول التشريعات العقابية للدول العربية، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، الرياض، ط 1995م.
- أحمد امليحي، قواعد التحكيم في القانون الكويتي، مؤسسة دار الفن للطباعة والنشر، الكويت، ط 1996.
- ناريمان عبد القادر، اتفاق التحكيم وفقا لقانون التحكيم في المواد التجارية، دار النهضة العربية، القاهرة، ط 1996، 1.
- نبيل إسماعيل عمر، التحكيم في المواد المدنية والتجارية الوطنية والدولية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية.
- قحطان الدوري عبد الرحمن، عقد التحكيم في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، دار الفرقان الأردن، الطبعة 1، 1422هـ.
- جواد علي، المفصل في تاريخ العرب قبل الإسلام، ج 5، ط 2، 1980.
- مصطفى جمال عكاشة، محمد عبد العالي، التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية والداخلية، ط 1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 1998.
- زين الدين محمد بن أبي بكر عبد القادر الرازي، مختار الصحاح، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط 1987.
- أبي الفضل جمال الدين محمد بن منظور، لسان العرب، بيروت- لبنان، ج 1، الطبعة 1990.
- سورة النساء، الآية 65
- رواه البخاري في صحيحه عن ابن عباس رضي الله عنه في باب التهجد في الليل، ج 3، الحديث رقم 1128
- هدى عبد الرحمن، دور المحكم في خصومة التحكيم وحدود سلطاته، دار النهضة العربية، القاهرة، ط 1997.
- أحمد أبو الوفاء، التحكيم الاختياري، والتحكيم الإجباري، منشأة المعارف، الإسكندرية، ط 1983.
- عبد المؤمن ولد محمد مولانا، التحكيم بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، رسالة ماستر، جامعة محمد الأول، كلية العلوم القانونية والاقتصادية، وجدة، المغرب، 2009.
- نجيب أحمد عبد الله تابت الجبلي، التحكيم في القوانين العربية، 2006.
- محمد السيد عرفة، التحكيم والصلح وتطبيقاتهما في المجال الجنائي، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، الرياض، ط 2006.
- عبد الإله البرجاوي، مجلة دولية يصدرها منتدى البحث القانوني، مراكش، العدد 2، ط 2000.
- أحمد شرف الدين، دراسات في التحكيم في منازعات العقود الدولية، مكتبة أبناء وهبت حسان، القاهرة، ط 1993.

- أحمد الشفيق قاسم، التحكيم التجاري الدولي دراسة مقارنة في القانون السوري والعربي والأجنبي، دار الجاحظ، (3) دمشق، ط 2007.
- إبراهيم أحمد إبراهيم، التحكيم الدولي الخاص، ط 2، دار النهضة العربية، القاهرة، 1997.
- د. سراج محمد ابوزيد، التحكيم في عقود البترول، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000.
- محمد وليد العبادي، أهمية التحكيم وجواز اللجوء إليه في منازعات العقود الإدارية دراسة مقارنة، مجلة، دراسات علوم الشريعة والقانون، المجلد، العدد 34، 2 كلية الدراسات الفقهية والقانونية، جامعة آل البيت، المفرق، الأردن، 2007.
- كروم نسرين، إجراءات التحكيم التجاري الدولي في القانون المقارن والقانون الجزائري، رسالة ماجستير كلية الحقوق جامعة سعد دحلب البليدة، مارس، 2007.
- د. حفيظة السيد الحداد، الموجز في النظرية العامة في التحكيم التجاري الدولي، الطبعة الأولى. منشورات، الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2004.
- قانون التحكيم الأردني، رقم 31 لسنة 2001 المنشور في الجريدة الرسمية رقم 3366 تاريخ، 8001/2/16 من الجريدة الرسمية العام 2001
- محمد وليد العبادي، تمييز حقوق رقم 95/379، مجلة نقابة المحامين، 1997 ص 1157.
- د. إبراهيم محمد العناني، اللجوء إلى التحكيم الدولي (العالم - الخاص - التجاري)، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية.
- أحمد مسلم، أصول المرافعات، دار الفكر العربي، مصر، 1996.
- د. عكاشة عبد العال، التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية والداخلية، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية. بيروت 1998.
- د. نبيل إسماعيل عمر، التحكيم في المواد المدنية و التجارية الوطنية - الطبعة الأولى - عام - 2004 دار الجامعة الجديدة الإسكندرية.
- د. محمود سمير الشرقاوي، أستاذ القانون التجاري و القانون البحري، عميد كلية الحقوق جامعة القاهرة «سابقاً» محام بالنقض، التحكيم التجاري الدولي، دراسة قانونية مقارنة، الناشر دار النهضة العربية 2011
- - تياب نادية، التحكيم كآلية لتسوية نزاعات عقود التجارة الدولية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع قانون الأعمال، جامعة مولود معمري - تيزي وزو، 2006.
- حنان عبد العزيز مخلوف، العقود الدولية، جامعة بنها، 2010.

- هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2007.
- محمود سمير الشراوي، العقود التجارية الدولية: (دراسة خاصة لعقد الدولي للبضائع)، دار النهضة العربية، القاهرة، 1992.
- خالد أحمد عبد الحميد، فسخ عقد البيع الدولي للبضائع وفقا لاتفاقية فينا لعام، 1980، ط2.
- محمد إبراهيم موسى، انعكاسات العولمة على عقود التجارة الدولية، دار الجامعة الجديدة للنشر، مصر، 2007.
- إبراهيم أحمد إبراهيم، إدارة العقود والاتفاقيات، ورقة عمل مقدمة لندوة إدارة العقود والاتفاقيات، من 12-15 مارس، 2005 جامعة عين شمس.
- - صالح بن عبد الله بن عطف العوفي، المبادئ القانونية في صياغة عقود التجارة الدولية، مركز الطباعة والنشر بمعهد الإدارة العامة ، دار الجامعة الجديدة، مصر.
- صالح خالص، الإعلام التجاري والمفاوضات التجارية الدولية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر.
- عصام حنفي محمود، قانون التجارة الدولية، جامعة بنها، كلية الحقوق.
- عثمانية منى، البيوع البحرية، مذكرة تخرج لنيل إجازة المدرسة العليا للقضاء، الدفعة الثامنة عشر، الجزائر، 2007 .
- - ألفريد موريس دي زياس، تقرير الخبير المستقل المعني بإقامة نظام دولي ديمقراطي ومنصف، مجلس حقوق الإنسان ، الدورة 30.

قائمة المراجع بالفرنسية

- jean robert ,l'arbitrage droit interne privé, édition dalloze ,5, 1983.
- LOUSSOUARN Yvon et BOUREL Pierre, Droit internationale Prive, DALLOZ, 1978.

الفهرس

فهرس

2	المقدمة
3	الشكر و العرفان
4	ملخص
7	مقدمة
9	1- إشكالية البحث
10	2- فرضيات الدراسة
10	2-2 الفرضيات الفرعية
11	4 أهداف البحث
11	5- أسباب اختيار موضوع البحث
11	6- تحديد المفاهيم والمصطلحات
12	7- المنهج المتبع
12	8- صعوبات الدراسة
12	9- تقسيم الدراسة
14	الفصل الأول
14	الإطار المفاهيمي للمسؤولية
15	تمهيد
16	المبحث الأول: مفهوم المسؤولية الدولية
18	المطلب الأول: نظام المسؤولية الدولية
18	الفرع الأول: تعريف المسؤولية الدولية
19	الفرع الثاني: طبيعة المسؤولية الدولية
20	الفرع الثالث: اركان وعناصر المسؤولية الدولية
21	المطلب الثاني: أنواع المسؤولية الدولية و أشخاصها
22	الفرع الأول: المسؤولية المباشرة والمسؤولية غير المباشرة
24	الفرع الثاني: المسؤولية الدولية التعاقدية والتقديرية
29	المبحث الثاني: قيام المسؤولية الدولية
29	المطلب الأول: أسس المسؤولية الدولية
33	الفصل الثاني
33	التحكيم الدولي و التحكيم التجاري
34	تمهيد
35	المبحث الأول: التحكيم الدولي
35	المطلب الأول: مفهوم التحكيم الدولي

39	المطلب الثاني: أهمية التحكيم الدولي.....
42	المطلب الثالث: أنواع التحكيم الدولي.....
45	المبحث الثاني: التحكيم التجاري الدولي
45	المطلب الأول: تعريف التحكيم التجاري الدولي.....
45	الفرع الأول: التعريف اللغوي و الإصطلاحي.....
46	الفرع الثاني: التعريف القانوني.....
48	الفرع الثالث: تعريف الفقه والقضاء.....
51	المطلب الثاني: تمييز التحكيم عن وسائل فض النزاعات الأخرى
51	الفرع الأول :التحكيم والقضاء
53	الفرع الثاني :التحكيم والصلح
55	الفرع الثالث: التحكيم والتوفيق والوساطة
55	الفرع الرابع: التحكيم والخبرة
57	الفصل الثالث
57	عقود التجارة الدولية
58	تمهيد
59	المبحث الأول: مفهوم عقود التجارة الدولية.....
60	المطلب الأول: تعريف عقود التجارة الدولية
60	الفرع الأول: إشكالية دولية العقد
65	الفرع الثاني: مفهوم تجارية العقد
67	المطلب الثاني: أنواع عقود التجارة الدولية
68	الفرع الأول: عقد الوكالات التجارية
69	الفرع الثاني: عقود الوكالة التجارية
70	الفرع الثالث: عقود الإمتياز التجارية
71	الفرع الرابع: عقود المشروعات المشتركة.....
73	المبحث الثاني: أطراف عقود التجارة الدولية و ضماناتهم
74	المطلب الأول: أطراف عقود التجارة الدولية.....
74	الفرع الأول: تعريف الطرف في العقد التجاري الدولي
76	الفرع الثاني: أهمية تحديد أطراف العقد التجاري الدولي
78	الفرع الثالث: مسؤولية الأطراف في العقد التجاري الدولي
80	المطلب الثاني: ضمانات أطراف عقود التجارة الدولية
80	الفرع الأول: الاعتماد المستندي.....
84	الفرع الثاني: خطاب الضمان.....
89	الخاتمة
91	المراجع
92	قائمة المراجع باللغة العربية

