



جامعة محمد الصديق بن يحيى - جيجل -  
كلية الحقوق والعلوم السياسية  
قسم الحقوق



# مكانة الأعراف التجارية في التجارة الدولية

أطروحة لنيل شهادة دكتوراه الطور الثالث ل.م.د في القانون  
تخصص: قانون الأعمال

تحت إشراف:  
أ.د إرزيل الكاهنة

إعداد الطالبة:  
هيبه نجود

## لجنة المناقشة

رئيساً	جامعة محمد الصديق بن يحيى - جيجل	أستاذ	أ. د. سمار نصر الدين
مشرفاً ومقرراً	جامعة مولود معمري-تيزي وزو	أستاذ	أ. د. إرزيل الكاهنة
عضواً مناقشاً	جامعة مولود معمري-تيزي وزو	أستاذ	أ. د. فتحي وردية
عضواً مناقشاً	جامعة الإخوة منتوري- قسنطينة 1	أستاذ	أ. د. بن حملة سامي
عضواً مناقشاً	جامعة محمد الصديق بن يحيى - جيجل	أستاذ محاضر	د. خلاف فاتح
عضواً مناقشاً	جامعة محمد الصديق بن يحيى - جيجل	أستاذ محاضر	د. قريمس عبد الحق

تاريخ المناقشة : 2021/07/06

## شكر و عرفان

أشكر الله ربّ العالمين الذي مَنَّ عليّ ووفقتي لإنجاز هذه الأطروحة

وأتقدم بجزيل الشكر والعرفان للأستاذة الفاضلة أرييل الكاهنة

حفظها الله، فقد كانت المعين الأول بعد الله سبحانه لإتمام هذه

الأطروحة، من خلال كل التصويبات والتوجيهات والنصائح القيمة

التي قدمتها طيلة إعداد الأطروحة

كما أتقدم بخالص الشكر إلى الأساتذة أعضاء لجنة المناقشة

لتفضلهم بقبول مناقشة هذه الأطروحة

والشكر موصول للأستاذ موكة عبد الكريم

لكل المساعدة التي قدمها طيلة انجاز هذه الأطروحة.

## الإهداء

أهدي هذه الرسالة إلى روح والدي الطاهرة الذي لا تكفيني كل  
الكلمات والمفردات لأشكره، فقد علمني كل شيء ورافقتني طيلة  
سنوات إعداد هذه الأطروحة ليفارقنا ثلاثة أيام قبل مناقشتها  
ليعطيني درسا آخر في الصبر والمثابرة  
كما أهديتها إلى والدتي أطل الله في عمرها والتي مهما فعلت لن  
أوفيها حقها.  
كما أهديتها لأختي وأبنائها.

## قائمة لأهم المختصرات

**CNUDCI** : Commission des Nations Unis de Droit Commercial International.

**UNCITRAL**: United Nations Commission on International Trade Law.

**UNIDROIT** : institut internationale pour l'unification du droit privé.

**CCI** : chambre de commerce internationale

**OMC**: Organisation Mondiale du Commerce.

**FMI**: Fonds Monétaire International.

**OHADA**: Organisation pour l'harmonisation en Afrique du droit des affaires.

**UCP**: Uniform customs and practices.

**CIF**: cost insurance freight.

**FOB**: free on board.

**FAS**: Free Alongside ship.

**RAFTD**: Revised American Foreign Trade Definitions.

# مقدمة

ظهرت المعاملات التجارية الدولية منذ الأزمنة الأولى في شكل ما يعرف بالمقايضة التي عرفت كل المجتمعات القديمة، من خلال تبادل مختلف السلع والبضائع فيما بينها من أجل تلبية احتياجات ورغبات أفراد مجتمعاتها، لتتطور بعد ذلك بالموازاة مع ظهور النقود لتتحول إلى تجارة دولية.

وفي عصرنا هذا أصبحت التجارة الدولية تشكل أهم مصدر للثروات باعتبارها عناصر للتنمية الاقتصادية. فهي تمثل صورة حقيقية وصادقة لمدى تطور وازدهار الدول الممارسة لها.

وتتجسد التجارة الدولية في مختلف عمليات التبادل التجاري للسلع والخدمات التي تتم بين الدول أو عبر الحدود. وتعود الأسباب الحقيقية لظهور التجارة الدولية إلى حاجة البلدان النامية لاستيراد ما تحتاجه من سلع وخدمات؛ والتي لم تتمكن من إنتاجها بسبب ضعف إمكانياتها المادية والبشرية والصناعية والتكنولوجية من جهة، ولتحقيق الأرباح والفوائد بالنسبة للبلدان المتقدمة من خلال تصدير الفائض في مختلف منتجاتها من جهة أخرى.

ومع التطورات الكثيرة التي عرفها الاقتصاد العالمي لم تحافظ التجارة الدولية على شكلها البسيط الذي كانت عليه في بداية ظهورها، إذ طرأت عليها تغيرات جذرية سواء في شكل تسييرها أو في المضمون الذي تحتويه. وقد ساهم في ذلك تطور وسائل النقل والاتصال التي أثرت وانعكست عليها بشكل إيجابي، ناهيك عن اقحام التجارة الإلكترونية كنموذج حديث للتجارة بشكل عام والتجارة الدولية بشكل خاص.

ومن زاوية التنظيم عرفت التجارة الدولية تطورا آخر نتيجة ظهور العديد من المنظمات والجمعيات الدولية المهتمة بالتجارة الدولية كغرفة التجارة الدولية<sup>1</sup> ولجنة القانون التجاري

<sup>1</sup> غرفة التجارة الدولية منظمة غير حكومية تأسست في جوان سنة 1920، وهي منظمة معترف بها من قبل جمعية الأمم المتحدة، وتعتبر مؤسسة عالمية تمثل المؤسسات والتجمعات الاقتصادية المهنية والقطاعية لأكثر من 110 دولة، راجع في ذلك منيرة عبد الله الرشيد، دراسة تحليلية لقواعد تحكيم غرفة التجارة الدولية، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة المنوفية، 2018، ص7.

الدولي<sup>1</sup>. أما من الناحية الإحصائية فقد عرفت التجارة الدولية نموا هاما في السنوات الأخيرة؛ حيث سجلت سنة 1994 نسبة نمو قدرت ب:4% لتعرف ركودا هاما خاصة سنة 2001 بسبب أحداث 11 سبتمبر 2001، لتحسن سنة 2003 وتحقق نسبة نمو قدرت ب4.5% لتصل إلى نسبة 9% سنة 2004 وتحقق سنة 2005 نسبة 6.5%<sup>2</sup>، و قدرت التجارة الدولية للسلع والخدمات سنة 2005 ب:12535 مليار دولار، واحتلت كل من دول أوروبا وآسيا وأمريكا الشمالية الصدارة في التجارة الدولية للسلع بنسبة 90% من الواردات العالمية و 86% من الصادرات العالمية، بينما تقاسمت دول إفريقيا والشرق الأوسط وأمريكا الجنوبية نسبة 10% من الواردات العالمية ونسبة 14% من الصادرات العالمية، وتمثل الخدمات نسبة 20% من التجارة الدولية<sup>3</sup>.

في خضم المعطيات المذكورة آنفا تتجلى أهمية دراسة موضوع الأطروحة؛ فباختبار أن التجارة الدولية أحسن وسيلة يمكن أن تلجأ إليها الدول لتحسين مستويات اقتصادها، فإنه يجب تسليط الضوء عليها لكشف مختلف جوانبها وحقائقها وأسرارها، خاصة وأن الجزائر من البلدان المحتاجة لتطوير تجارتها الدولية، وعدم حصرها في مجال تصدير البترول فقط الذي يشكل ثروة مؤقتة يمكن أن تزول في أي وقت بالإضافة لما يعرفه من تذبذب وعدم استقرار في الأسعار.

وتكمن أهمية هذا الموضوع في ضرورة التعرف على مختلف الأنظمة التي يمكنها أن تنظم التجارة الدولية بمختلف عقودها مع تحديد أنجعها وأنسبها. فالتجارة الدولية تعرف تعدد النصوص القانونية التي سيتم التعامل بها مع الكثير من التعقيدات التي تخص الإطار

<sup>1</sup> لجنة القانون التجاري الدولي أو لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري المعروفة اختصارا *CNUDCI* أو *UNCITRAL* وهي منظمة حكومية تأسست في 17 ديسمبر 1966 بقرار من الجمعية العامة للأمم المتحدة، تعمل على تحقيق تجانس وتوحيد وتنسيق القانون التجاري الدولي.

VIELLARD Guillaume, La Contribution De La Commission Des Nations Unis Pour Le Droit Commercial International(CNUDCI) à L'harmonisation Et L'unification Du Droit Commercial International, thèse de doctorat, université de bourgogne, 2014, P26.

<sup>2</sup> KERDOUDI Jawad, Le Commerce International, Cas du Maroc, Société d'Édition et de diffusion Al Madaris, Casablanca, Maroc, 2008, PP 9-10.

<sup>3</sup> Ibid, P12.

القانوني من جهة وتداخل القوانين والتنظيمات الوطنية والقواعد الدولية التي تنظم العلاقات التجارية الدولية من جهة اخرى<sup>1</sup>.

والتجارة الدولية تتم بين أطراف تنتمي إلى أنظمة قانونية مختلفة وهذا يشكل عائقا كبيرا لتنظيمها وحسن سيرها ويخلق الكثير من المشاكل وعدم الاستقرار وعدم الثقة والأمن عند التعامل بها. فالقوانين الوطنية أثبتت عجزها وقصورها في مواجهة كل متطلبات التجارة الدولية ورغم محاولات إخضاع التجارة الدولية إلى القانون الدولي الخاص باعتباره القانون المختص بالعلاقات ذات العنصر الأجنبي إلا أن ذلك لم يجدي نفعاً؛ لأن هذا القانون يعتمد على منهج التنازع الذي لا يتناسب تماما مع التجارة الدولية ولا مع عقودها خاصة العقود التجارية الحديثة التي تخرج عن المألوف والتي تتميز بقيم مالية ضخمة ومواضيع جديدة تحتاج لكثير من الدقة والتفاصيل عند إبرامها كعقود نقل التكنولوجيا وعقود الفرنشايز وعقود تسليم المفتاح في اليد وعقود المساعدة الفنية.

وأمام تزايد الإقبال على هذه العقود الحديثة مع استمرار التجارة الدولية في التطور كان لزاما على المجتمع الدولي أن يفكر في إيجاد مخرج مناسب يغني عن اللجوء لمنهج التنازع الذي أثبت قصوره أمام هذا النوع من العقود. لذا كان من الضروري وضع أنظمة قانونية خاصة تلبي متطلبات التجارة الدولية وكل ما يتعلق بها، ومن هنا برزت فكرة وضع قانون خاص ينفرد بتنظيم التجارة الدولية.

ورغم محاولات بعض البلدان وضع قوانين وطنية خاصة بالتجارة الدولية كالعادات التجارية اليوغسلافية والتقنين التشيكي للتجارة الخارجية والتقنين التجاري الموحد الأمريكي والتقنين الألماني الخاص بالعقود الاقتصادية الدولية، إلا أن ذلك لم يجدي نفعاً باعتبار أن هذه القوانين في حقيقة الأمر قوانين وطنية تطبقها الدول متى تمت المعاملات التجارية

<sup>1</sup> نقلا عن إرزيل الكاهنة، دور آلية تأمين القرض عند التصدير في التجارة الخارجية، اطروحة لنيل درجة دكتوراه في القانون، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2006-2007، ص8.



الدولية على أراضيها أو كان أحد أطرافها من مواطنيها، وهو الأمر الذي لا يتناسب أبدا مع الطابع الدولي لمتطلبات التجارة الدولية.

لذا ظهر قانون التجارة الدولية كقانون حديث غير وطني مستقل مهمته الأساسية تنظيم وتسيير التجارة الدولية بعيدا عن منهج التنازع، والذي يعتبر مجموعة القواعد التي تسري على العقود التجارية المتصلة بالقانون الخاص والتي تجري بين دولتين<sup>1</sup>.

ورغم أن هذا القانون جاء بمظهر جديد مختلف يعتمد على تعدد المصادر التي يستقي منها أحكامه وقواعده كالقوانين الوطنية والاتفاقيات الدولية والمبادئ العامة للقانون والأعراف التجارية... إلخ، إلا أن هذا خلق الكثير من الصعوبة عند التعامل به بسبب تنوع قواعده وأحكامه وهذا الأمر جعل المتعاملين بالتجارة الدولية يتخوفون من استعماله خاصة أمام صعوبة توحيده.

إن المصادر التي يستقي منها قانون التجارة الدولية أحكامه وقواعده هي في الأصل من مكوناته، وتختلف فيما بينها كثيرا وتأثر بشكل متباين على عقود التجارة الدولية؛ وهذا بدوره خلق جدلا كبيرا حول أنسب نظام من هذه الأنظمة وأكثرها نجاعة لتنظيم التجارة الدولية؛ فالاتفاقيات الدولية تتميز بقيمتها القانونية الهامة والتي تخدم كثيرا التجارة الدولية لكنها لا تعالج كل جوانبها، أما المبادئ العامة للقانون فإنه يمكن الاعتماد عليها في بعض المسائل التجارية الدولية فقط، أما الأعراف التجارية فتعتبر أقدم نظام عرفته المجتمعات والذي ظهر بالموازاة مع التجارة الدولية وأثبت مقدرته على تنظيمها قبل ظهور القوانين والتشريعات وهذا النظام يمكن إحيائه من جديد بسبب ما يتميز به من خصائص تسمح له بالتأقلم مع كل أشكال التجارة الدولية ومع كل التطورات التي يمكن أن تطرأ عليها، خاصة وأن الأعراف التجارية لا تنتمي إلى أي قانون وطني؛ فهي ذات نشأة تلقائية بسبب الرغبة

<sup>1</sup> ورد هذا التعريف في تقرير الأمين العام للأمم المتحدة والخاص بإنشاء لجنة القانون التجاري الدولي التابعة للأمم المتحدة (UNCITRAL) في الكتاب السنوي للجنة الجزء الأول 1968-1970. عمر سعد الله، قانون التجارة الدولية النظرية المعاصرة، الطبعة الثانية، دار هومة، الجزائر، 2009، ص9.

لتلبية مختلف حاجات ومتطلبات مجتمع التجارة والتجار والتي لم تتمكن القوانين والتشريعات الوطنية من تلبيتها.

والأعراف التجارية مجموعة من القواعد الناتجة عن التعاملات التجارية الدولية والتي استمر العمل بها وتواتر عليها حتى أصبح من الصعب وغير المألوف الخروج عليها ومخالفتها حتى أصبح لها هبة القواعد القانونية الملزمة في مجتمع التجارة الدولية<sup>1</sup>. والأعراف التجارية تحوز كل المقومات التي تجعلها قادرة على تنظيم التجارة الدولية بمختلف عقودها؛ لأنها وليدة نفس المجتمع وهو مجتمع التجار ورجال المال والأعمال وهم الأعم بحاجات ومتطلبات التجارة الدولية.

إن التجارة الدولية بحاجة إلى نظام قانوني ينظمها بجميع مجالاتها ومن كل جوانبها وقد أثبتت الأعراف التجارية مقدرتها على ذلك؛ فقد انفردت منذ مدة طويلة بتنظيم التجارة البحرية بدون منازع؛ فقد تمكنت من توحيد تفسير المصطلحات التجارية INCOTERMS<sup>2</sup> التي بقيت لمدة طويلة دون توحيد وهذا سمح بتحديد التزامات البائع والمشتري بشكل دقيق رغم المسافات الفاصلة بينهما، كما أثبتت الأعراف التجارية نجاعتها كثيرا في المجال المصرفي المرتبط كثيرا بالتجارة الدولية؛ فقد نظمت بعض آليات التمويل التجاري وأهمها الاعتماد المستندي والذي شكل لمدة طويلة عائقا أمام تسهيل التعامل بالتجارة الدولية لتحديث القواعد والأعراف الموحد للاعتماد المستندي ثورة في التعاملات التجارية الدولية بسبب توحيدها التعامل بالاعتماد المستندي في أغلب مصارف العام ليصبح الوسيلة الأولى للتمويل التجاري الدولي.

<sup>1</sup> أحمد حسني سليم، تطبيق المحكم الدولي لعادات واعراف التجارة الدولية، دار النهضة العربية، القاهرة، بدون سنة نشر، ص32.

<sup>2</sup> INCOTERMS مصطلح إنجليزي يستخدم كثيرا في البيوع الدولية خاصة فيما يتعلق بتسليم وتسلم البضاعة، والتسمية الكاملة للمصطلح INTERNATIONAL COMMERCIAL TERMS . ولمزيد من التفاصيل حول هذا المصطلح وتفصيله راجع موقع الغرفة التجارية الدولية: www.icc-france.fr الولوج إلى الموقع كان يوم 10 ديسمبر 2019 على الساعة الثامنة (20) ليلا.

إن العقود التجارية الدولية تختلف كثيرا عن العقود الداخلية وتحتاج الكثير من الوقت والمراحل لإتمام التعاقد بها، هذا ما دفع مختلف المنظمات والجمعيات التجارية إلى التفكير في توحيد التعامل بهذه العقود من خلال اللجوء للأعراف التجارية لوضع ما يعرف بالعقود النموذجية أو النمطية التي أحدثت قفزة نوعية في تسهيل التعاقد التجاري الدولي، ورغم ما تلاقيه هذه العقود من معارضة إلا أنه لا يمكن إنكار ما حققته من تسهيلات عند التعاقد بها.

التجارة الدولية تواجه معضلة لا تكمن فقط في إيجاد نظام قانوني يتمكن من تنظيمها وتسهيلها، بل يمتد الأمر كذلك إلى تسوية منازعاتها بشكل يضمن حقوق أطرافها. فاللجوء إلى القضاء والمحاكم لا يخدم التجارة الدولية؛ لأن هذا الطريق يحتاج إلى الكثير من الوقت للوصول في الأخير إلى حل قد لا يرضي الأطراف ولا يحافظ على العلاقة التجارية. لذا فإن الوسائل البديلة لتسوية المنازعات تعتبر أنسب لمنازعات التجارة الدولية وأهمها على الإطلاق التحكيم التجاري الدولي الذي أصبح القضاء المختص بتسوية منازعات التجارة الدولية، فلا تكاد تخلو عقود التجارة الدولية من بند يرحب التحكيم التجاري الدولي لتسوية أي نزاع قد ينشأ بين الأطراف المتعاقدة مستقبلا، لذا فمن الطبيعي والضروري أن يتوافق أي نظام قانوني لتنظيم التجارة الدولية مع التحكيم التجاري الدولي، وقد أثبتت الأعراف التجارية هذا التوافق فسرعة اعتمادها ومرونتها يجعلانها تتأقلم مع كل المسائل التي تعالجها، وقد أصبحت مجالا خصبا يلجأ إليه المحكم لاستقاء الأحكام والقواعد لتسوية المنازعات التجارية الدولية المعروضة عليه والكثير اليوم يرى أن الأعراف التجارية يمكن أن تشكل قانون المحكم بدون منازع.

نسعى من خلال هذه الرسالة إلى تحقيق جملة من الأهداف أهمها:

1/ ضرورة تسليط الضوء على أحد أقدم المفاهيم التي عرفها القانون منذ عصور وهي الأعراف التجارية؛ وذلك من خلال التعريف بأهم الأعراف التجارية المرتبطة بالتجارة الدولية وهذا لجذب الاهتمام بها أكثر.

2/ محاولة كشف بعض الجوانب الهامة من التجارة الدولية المتعلقة أساسا بالعقود التجارية الدولية وبالمنازعات الناشئة عنها؛ لمعرفة مدى إمكانية الاعتماد على الأعراف التجارية لتنظيم التجارة الدولية.

3/ معرفة تأثير الأعراف التجارية على التجارة الدولية بصفة عامة، وتأثيرها كذلك على عقود التجارة الدولية من المرحلة السابقة على التعاقد إلى مرحلة الإبرام النهائي للعقد وتأثيرها أيضا على المنازعات الناشئة عنها.

4/ معرفة تأثير الأعراف التجارية على تنظيم بعض العقود التجارية الدولية الحديثة.

5/ محاولة التعرف على طبيعة الأعراف التجارية ومدى ملاءمتها لمتطلبات التجارة الدولية. أما عن الأسباب والدوافع الذاتية التي جعلتني أختار هذا الموضوع فهو انجذابي لموضوع يجمع بين جانب ذو طابع قديم وعريق عرف منذ القدم وهو الأعراف التجارية، وجانب جد حديث لقي اهتماما كبيرا في السنوات الاخيرة وهو التجارة الدولية؛ ليشكل لنا في النهاية موضوع أصيل غير تقليدي جدير بالدراسة والبحث، بالإضافة لارتباط هذا الموضوع بمجال التخصص مع الميول الشخصية للمواضيع ذات الطابع التجاري.

أما فيما يخص الأسباب والدوافع الموضوعية لاختيار هذا الموضوع فهو محاولة إثراء المكتبة الجزائرية بموضوع يمكن أن يساهم ولو بشكل بسيط في إيجاد حلول نخرج بها من سياسة الاعتماد على تصدير البترول، من خلال جذب الانتباه إلى التجارة الدولية وسبل تنظيمها وتطويرها، لتحقيق الفائدة المرجوة منها باعتبارها الوسيلة المثالية لتنمية الاقتصاد الوطني وتسليط الضوء على بعض العقود التجارية الدولية الحديثة التي يختلف تنظيمها كثيرا عن العقود التقليدية المعروفة .

لا يخلو أي بحث علمي من بعض الصعوبات العابرة وبدوري واجهتني بعض العراقيل الطفيفة عند إعدادي لهذا البحث، أهمها كثرة وتنوع وتعدد وعدم توحيد المصطلحات التي لها علاقة بموضوع بحثي مثل القانون التجاري الدولي وقانون التجارة الدولية والقانون عبر الدولي والقواعد عبر دولية وقانون التجار *lex mercatoria*.

بالإضافة إلى قلة التعريفات التشريعية للكثير من المفاهيم التي لها علاقة مباشرة بموضوع بحثي كالأعراف التجارية، قانون التاجر *lex mercatoria*، مصطلحات التجارة الدولية. وكذلك قلة المراجع العربية وخاصة المراجع الجزائرية الخاصة بموضوع الأعراف التجارية وكذلك بعض المواضيع المرتبطة بموضوع البحث.

بالنسبة للدراسات السابقة التي تناولت موضوع هذا البحث فإنني لم أصادف الكثير منها، فأغلب الدراسات ركزت على موضوع التجارة الدولية أو عقودها بصفة عامة مع غياب الدراسات المهمة بالأعراف التجارية ومن أهم الدراسات التي لها علاقة بهذا الموضوع نجد:

**1/ KASSIS Antoine : Théorie Générale des Usages du Commerce, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1984.**

قدم الباحث من خلال هذا الكتاب دراسة عامة عن الأعراف بما في ذلك الأعراف التجارية.  
**2/ حبيب ثروت: دراسة في قانون التجارة الدولية مع الاهتمام بالبيوع الدولية، منشأة المعارف، الإسكندرية، بدون سنة نشر؛ رغم قدم الدراسة إلا أن الباحث قدم دراسة عامة عن مختلف جوانب التجارة الدولية بأهم مكوناتها والمسائل التي تتعلق بها.**

**3/ أحمد حسني سليم: تطبيق المحكم الدولي لعادات وأعراف التجارة الدولية، دار النهضة العربية، القاهرة، بدون سنة نشر؛ والذي قدم دراسة عن دور الأعراف التجارية في تسوية منازعات التجارة الدولية عن طريق التحكيم التجاري الدولي.**

وعلى العموم ما يمكن قوله هو أن في الوقت الذي أصبح العالم بأسره يولي اهتماما كبيرا بالتجارة الدولية أثبتت القوانين والأنظمة الوطنية عجزها وقصورها عن مواجهة كل ما تثيره التجارة الدولية بعقودها، سواء من الجانب التنظيمي أو من جانب المنازعات التي تنشأ

عنها، وهذا لا يخدم التجارة الدولية بأي شكل من الأشكال بل يشكل عائقا كبيرا أمام نموها وحسن تنظيمها وسيرها؛ وقد حاول المجتمع الدولي إيجاد الحلول لمواجهة هذا الوضع حيث قام باقتراح ووضع عدة أنظمة كالاتفاقيات الدولية والمبادئ العامة للقانون والأعراف التجارية للقيام بتنظيم التجارة الدولية بعيدا عن القوانين الوطنية وعن منهج التنازع. ولكن أمام تعدد وتنوع هذه الأنظمة وتباين التعامل واختلاف تأثيرها ظهرت العديد من الآراء والأفكار والاتجاهات بين مؤيدة لنظام ومنكرة لآخر، وهذا مس أيضا الأعراف التجارية فرغم اعتبار الكثير لها أنها أصل التجارة الدولية وأنها تتمتع بمقدرة كبيرة على تنظيم التجارة الدولية إلا أن هناك من يعارضها بشدة ويعتبرها مجرد ممارسات تجارية هذا ما دفعني للتساؤل:

**هل يمكن الجزم بأن الأعراف التجارية ترقى إلى نظام قانوني يمنح لها الأولوية لتنظيم التجارة الدولية بمختلف مكوناتها تحقيقا لرغبات وحاجات الممارسين لهذه التجارة؟**

ومن أجل الإجابة عن هذا الإشكال ارتأيت الاعتماد على المنهج الوصفي من خلال تقديم العديد من التعاريف اللازمة لهذا الموضوع، وكذلك اعتمدت على المنهج الاستقرائي للإحاطة بكل جوانب الموضوع من خلال تحليل مختلف النصوص القانونية والاتفاقية والآراء الفقهية الضرورية وكل العناصر المرتبطة بالموضوع، كما استعنت بأدوات المنهج المقارن من خلال بعض المقارنات بين القاعد القانونية والقاعدة العرفية، كما استخدمت بعض أدوات المنهج التاريخي عند التطرق لنشوء وتطور بعض الأعراف التجارية والمنظمات الدولية المرتبطة بموضوع الرسالة.

ومن أجل تقديم دراسة مفصلة لموضوع مكانة الأعراف التجارية في التجارة الدولية ارتأيت إبراز مدى تأثير التجارة الدولية بالأعراف التجارية (الباب الأول) ثم فعالية استخدام الأعراف التجارية في التجارة الدولية (الباب الثاني).

**الباب الأول**  
**عن تأثير التجارة الدولية**  
**بالأعراف التجارية**

زاد الاهتمام في السنوات الأخيرة بالتجارة الدولية كثيرا بسبب الدور الهام الذي أصبحت تلعبه في تنمية الاقتصاد الوطني والعالمي، فقد أصبحت أهم وسيلة للتبادل التجاري عبر الحدود، وقد ساعد على ذلك التطور الكبير الحاصل في جميع الميادين خاصة وسائل النقل والاتصال والذي منحها طابعا جديدا أدى إلى ظهور عقود تجارية دولية حديثة تختلف كثيرا عن العقود التقليدية المألوفة؛ هذه العقود تتعامل بقيم مالية ضخمة ومواضيع تقنية وفنية دقيقة جديدة وهامة جدا أحدثت ثورة في عالم التبادل التجاري الدولي؛ ويصعب كثيرا إخضاع مثل هذه العقود الحديثة للأنظمة القانونية التقليدية السابقة التي كانت تعتمد على منهج التنازع الذي لا يتلاءم مع طبيعة التجارة الدولية؛ لذا ظهرت أنظمة كثيرة تحاول أن تنفرد بتنظيم التجارة الدولية بعقودها كالاتفاقيات الدولية وبعض التشريعات الوطنية والتي بدورها أثبتت عدم ملاءمتها للتجارة الدولية.

وأمام تعدد الآراء حول أنسب نظام يمكن أن تخضع له التجارة الدولية سواء من جانبها التنظيمي أو من جانب المنازعات التي يمكن أن تنشأ بين المتعاملين بها يرشح الكثير من الفقهاء الأعراف التجارية للقيام بهذا الدور.

فالأعراف التجارية ورغم قدمها كمفهوم ظهر منذ عصور إلا أن الأغلبية تعتبرها روح التجارة الدولية والأنسب لها بكل عقودها وبكل التطورات التي تعرفها وبكل المسائل التي تتعلق بها لأنها ليست دخيلة على التجارة الدولية فهي وليدة مجتمع التجار ورجال الأعمال عبر مختلف الأسواق وفي كل أنحاء العالم.

وللتأكد من صحة هذا الرأي لابد من تسليط الضوء على مظاهر تأثير الأعراف التجارية في التجارة الدولية ( الفصل الأول) ثم التركيز على القوة الإلزامية للأعراف التجارية في العقود التجارية الدولية (الفصل الثاني).



## الفصل الأول

مظاهر تأثير الأعراف التجارية

في التجارة الدولية

ارتبطت التجارة الدولية منذ ظهورها بالأعراف التجارية فكلاهما وليد نفس المجتمع وهو مجتمع التجار، فالكثير يرى بأن التجارة بصفة عامة نشأت تجارة دولية من خلال تبادل السلع بين المناطق المختلفة وفقا للأعراف السائدة آنذاك؛ وهذا أدى إلى نشوء علاقة وطيدة ومتلازمة بين التجارة الدولية والأعراف التجارية بسبب التداخل المستمر بينهما من عدة جوانب.

وقد خضعت التجارة الدولية عند ظهورها للأعراف التجارية لمدة طويلة قبل ظهور القوانين والتشريعات القانونية وتخضع حاليا لقانون التجارة الدولية؛ هذا القانون الحديث المستقل بذاته الذي لا يزال يعرف الكثير من الجدل، فهناك من يعترف بوجوده، وهناك من ينكره إلا أنه الأفضل لتنظيم التجارة الدولية مقارنة بالقوانين الوطنية ويؤكد أغلب الفقه أن الأعراف التجارية هي أصل هذا القانون؛ فهي تلعب دورا هاما كمصدر أساسي له، كما تساهم بشكل مستمر في تسيير وتطوير التجارة الدولية لتحقيق نوع من السهولة واليسر عند التعامل بها، وهذا يؤكد وجود علاقة وطيدة بين التجارة الدولية والأعراف التجارية بسبب التداخل المستمر بينهما وهذا يدل على التأثير الكبير للأعراف التجارية على التجارة الدولية. ورغم كل التطورات التي عرفتتها التجارة الدولية إلا أن الأعراف التجارية لا تزال تؤثر فيها بشكل مستمر وفعال خدم كثيرا التجارة الدولية. ومن أجل الوقوف على مظاهر تأثير الأعراف التجارية في التجارة الدولية سنحاول بداية التعرف على الدور المحوري للأعراف التجارية في إنشاء قانون التجارة الدولية (المبحث الأول) ثم ننتقل لمساهمة الأعراف التجارية في تسيير التجارة الدولية بأهم آلياتها (المبحث ثاني).

**المبحث الأول: الدور المحوري للأعراف التجارية في إنشاء قانون التجارة الدولية**

إن اختلاف الأنظمة القانونية للممارسين للتجارة الدولية أدى إلى عجز الأنظمة القانونية الوطنية على تنظيم العلاقة الناشئة بينهم، فمن الصعب إخضاع هذه العلاقة لقانون أحد الأطراف الذي يعتبر قانونا وطنيا في الأصل يصعب إخضاع التجارة الدولية له، ورغم وجود القانون الدولي الخاص المهتم بالعلاقات ذات العنصر الاجنبي إلا أنه أثبت قصوره أمام العلاقات التجارية الدولية التي لا تحتاج لعناصر إسناد ولا تتناسب مع مناهج التنازع بل تحتاج لقواعد قانونية يمكن تطبيقها بشكل مباشر على العلاقة التعاقدية، لذا وضع قانون التجارة الدولية لتنظيم التجارة الدولية بمختلف عقودها بشكل جديد يستجيب لكل متطلبات وحاجات التجارة الدولية.

وقانون التجارة الدولية قانون حديث يتميز بتنوع قواعده وأحكامه بسبب تعدد مصادره ومنها الأعراف التجارية، ومن أجل توضيح الدور الهام الذي تلعبه هذه الأخيرة في إنشاء قانون التجارة الدولية؛ لا بد في البداية من التذكير بإيجاز بقانون التجارة الدولية بأهم خصائصه ومميزاته، وكذلك مفهوم الأعراف التجارية وذلك من خلال التطرق لمفهوم قانون التجارة الدولية والأعراف التجارية (المطلب الأول) ثم ننتقل لمعرفة مساهمة الأعراف التجارية في إنشاء قانون التجارة الدولية من خلال التطرق لمختلف مصادره، ومعرفة مكانة الأعراف التجارية بينها وذلك من خلال اعتبار الأعراف التجارية المصدر الرسمي لقانون التجارة الدولية (المطلب الثاني).

**المطلب الأول: مفهوم قانون التجارة الدولية والأعراف التجارية**

قانون التجارة الدولية قانون حديث مستقل عن القوانين الأخرى وضع أساسا لتنظيم التجارة الدولية بمختلف عقودها وآلياتها، أما الأعراف التجارية فهي قواعد قديمة النشأة ظهرت بالتزامن مع ظهور التجارة لتلبية مختلف حاجاتها ومتطلباتها قبل ظهور القوانين والتشريعات.

وقد ارتبطت التجارة الدولية منذ ظهورها بالأعراف التجارية، واليوم أصبحت تخضع لقانون التجارة الدولية الذي رغم تعدد مصادره وتنوع قواعده وأحكامه إلا أن له علاقة وطيدة بالأعراف التجارية ويرتبط بها كثيرا، ومن أجل التأكد من ذلك يجب في البداية التعرف على قانون التجارة الدولية (الفرع الأول) مع محاولة التعرف على مفهوم الأعراف التجارية والعلاقة التي تربطها بقانون التجارة الدولية (الفرع الثاني).

**الفرع الأول: مفهوم قانون التجارة الدولية**

تتميز التجارة<sup>1</sup> الدولية بمظهر دولي يجعلها تفلت من سلطان القوانين الوطنية؛ فهي لا تتوافق وأحكام القانون التجاري الذي وضع أساسا لتنظيم العلاقات التجارية الداخلية فقط، كما أنها لا تتوافق أيضا مع قواعد القانون الدولي الخاص الذي يعنى بالعلاقات ذات العنصر الاجنبي والذي يعتمد على منهج التنازع الذي لا يتماشى مع خصوصيات التجارة الدولية ولا يخدمها؛ كما أنه يعتبر قانونا وطنيا من الصعب أن يتلاءم والطبيعة الدولية المميزة للعلاقات التجارية الدولية. هذا ما استدعى البحث عن أحكام وقواعد تلبى كل متطلبات التجارة الدولية وتسيرها دون تنازع؛ وتتمثل هذه الأحكام والقواعد في قانون التجارة

<sup>1</sup> التجارة عبارة عن بيع وشراء السلع سواء كان ذلك على صعيد التجارة الداخلية، ضمن حدود الدولة الواحدة والخدمات بقصد الربح، وعلى صعيد التجارة الخارجية بين الدول فيما بينها.

راجع في ذلك محمد نصر محمد، أحكام القانون الدولي العام في فسخ العقود الدولية، دراسة مقارنة، مركز الدراسات العربية للنشر والتوزيع، مصر، 2016، ص47.

الدولية. والذي لا بد من التوقف للتعريف به ( أولاً ) ثم التطرق لمختلف التسميات التي أطلقت عليه (ثانياً) وكذلك أهم خصائصه (ثالثاً) والصعوبات التي تواجهه (رابعاً).

### أولاً: تعريف قانون التجارة الدولية

يعتبر قانون التجارة الدولية من القوانين الحديثة نسبياً لذا فإنه يثير الكثير من الجدل حوله بسبب غموضه وتنوع قواعده وأحكامه. فرغم اعتراف الكثير به إلا أن البعض الآخر لا يزال يتخوف منه خاصة أمام صعوبة توحيد أحكامه وقواعده والذي يجعل من الصعب التعامل به. وقد أعطيت له الكثير من التعريفات الفقهية مع قلة التعريفات التشريعية.

### 1/ أهم تعاريف قانون التجارة الدولية

أعطيت عدة تعاريف لقانون التجارة الدولية نذكر منها:

#### أ/ التعاريف الفقهية لقانون التجارة الدولية

من التعاريف الفقهية لقانون التجارة الدولية نذكر:

**قانون التجارة الدولية هو مجموعة من القواعد الموضوعية التي تتجاوز حدود الدول لتحكم العلاقات التي تنشأ في إقليم أكثر من دولة أو كنظام قانوني يحتوي على قواعد موضوعية متماسكة لحكم العلاقات التجارية الدولية<sup>1</sup>.**

ويعرف أيضاً بأنه مجموعة القواعد القانونية التي تحكم العمليات التجارية التي يقوم

**بها الأشخاص الذين تقع مصالحهم في دول مختلفة<sup>2</sup>.**

كما عرف بأنه مجموعة القواعد واجبة التطبيق تفصيلاً في العلاقات التجارية

**المنتمة إلى القانون الخاص، والتي ترتبط بدول مختلفة<sup>3</sup>.**

<sup>1</sup> حبيب ثروت، دراسة في قانون التجارة الدولية مع الاهتمام بالبيوع الدولية، منشأة المعارف، الإسكندرية، بدون سنة نشر، ص 51-52.

<sup>2</sup> « *Le droit du commerce international est constitué par l'ensemble des règles juridiques qui régissent les opérations commerciales réalisées par des personnes dont les intérêts sont situés dans des états différents* ».

JADAUD Bernard, PLAISANTT Robert, Droit du Commerce International, 4eme édition, Dalloz, Paris, 1991, P01.

<sup>3</sup> عمر سعد الله، المرجع السابق، ص 8.

كما يعتبر مجموعة القواعد القانونية التي تحكم العمليات التجارية في العلاقات الدولية الخاصة وبيبين وسائل حل المنازعات المتعلقة بها<sup>1</sup>.

بينت هذه التعاريف ان قانون التجارة يمثل مجموعة القواعد القانونية التي يمكن أن تنظم العقود التجارية الدولية، أو التي يمكن تطبيقها على مختلف المعاملات التجارية التي تتم بين الدول وفي إطار القانون الخاص.

وهناك من يرى بأن قانون التجارة الدولية هو مجموعة القواعد والأنظمة متعددة المصادر، الراعية للمصالح التجارية الدولية المتعلقة بالقانون الخاص<sup>2</sup>. ويعتبر مجموعة القواعد الملزمة والمستقلة والمستمدة من المبادئ العامة والأعراف المستقرة في الاوساط التجارية الدولية، والتي تحكم العلاقات التي تتم بين المتعاملين في تلك الاوساط<sup>3</sup>.

هذه التعاريف ركزت على المصادر المتعددة للقواعد القانونية الخاصة بقانون التجارة الدولية والتمثلة في المبادئ العامة والأعراف التجارية الخاصة بمختلف المجالات التجارية.

وهناك من يرى بأن قانون التجارة الدولية يهدف إلى وضع القواعد التي تطبق على العلاقات التي تربط بين المتعاملين الاقتصاديين والعمليات التي تنشأ بينهم وذلك إذا أدت هذه العلاقات والعمليات إلى حركة في المنتجات، الخدمات، أو قيم تخص اقتصاد عدة دول<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> عدنان بن صالح العمر، حسني صالح عمارين، الأصول القانونية للتجارة الدولية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان 2017، ص 24.

<sup>2</sup> محمد نديم الخضر، اختلال تنفيذ عقود التجارة الدولية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2017، ص 32.

<sup>3</sup> بن أحمد الحاج، قانون التجارة الدولية، مركز الكتاب الاكاديمي، عمان، 2017، ص 20.

<sup>4</sup> « *Le droit du commerce international, a pour objet de fournir les règles applicables aux relations qui se nouent et aux opérations qui se constituent entre les opérateurs économiques lorsque ces relations et ces opérations impliquent des mouvements de produits, services ou valeurs intéressant l'économie de plusieurs états* ».

Voir : JACQUET Jean-Michel, DELBECQUE Philippe, COMELOUP Sabine, Droit du Commerce International, Dalloz, Paris, 2007, P 02.

هذا التعريف ركز على الهدف من قانون التجارة الدولية الذي يسعى إلى تحديد القواعد التي يمكن أن تنظم العلاقات الاقتصادية بمختلف أنواعها سواء كانت تخص تبادل المنتجات أو تقديم الخدمات والتي تتم بين عدة دول.

### ب/ تعريف الأمين العام للأمم المتحدة لقانون التجارة الدولية

لم تهتم التشريعات القانونية بتعريف قانون التجارة الدولية إلا أن أهم تعريف أعطي لقانون التجارة الدولية؛ التعريف الذي ورد في تقرير الأمين العام للأمم المتحدة والخاص بإنشاء لجنة القانون التجاري الدولي التابعة للأمم المتحدة حيث اعتبر:

**قانون التجارة الدولية هو مجموعة القواعد التي تسري على العقود التجارية المتصلة بالقانون الخاص، والتي تجري بين دولتين<sup>1</sup>.**

أكد هذا التعريف أن قانون التجارة الدولية يخص العقود التجارية الدولية، إذ ينظم العقود التجارية التي تتم بين دولتين في إطار القانون الخاص.

### 2/ تقييم التعاريف الخاصة بقانون التجارة الدولية

رغم تعدد وتنوع تعريفات قانون التجارة الدولية إلا أننا نجد أن أغلبها ركزت على فكرة القواعد القانونية التي تطبق على المعاملات التجارية التي تتم بين الدول، أي العلاقات التجارية الدولية والتي تنتمي إلى القانون الخاص وتتم عبر الحدود لكن دون أن تحدد المنهج أو الطريقة التي تطبق بها هذه القواعد.

إن الأنظمة السائدة قبل قانون التجارة الدولية كانت تعتمد على منهج تنازع القوانين لتنظيم هذه العلاقات التجارية الدولية. والجديد الذي جاء به هذا القانون والذي يسعى لتحقيقه أن قواعد وأحكامه تطبق بشكل مباشر على المعاملات التجارية الدولية، بعيداً عن أي منهج لتنازع القوانين. وهذا ما لم تشر له أغلب التعريفات، وعليه يمكن القول أن قانون التجارة الدولية هو مجموعة القواعد القانونية مختلفة المصدر والتي تطبق بشكل مباشر على

<sup>1</sup> عمر سعد الله، المرجع السابق، ص9.

مختلف المعاملات والعلاقات التجارية الدولية لتنظيمها وتسوية مختلف المنازعات الناتجة عنها.

### ثانياً: تسميات قانون التجارة الدولية

تعددت تسميات قانون التجارة الدولية؛ حيث اختلفت التعابير الدالة عليه، فمنها ما يتناسب مع طبيعة التجارة التي ينظمها ويدل عليها فعلاً، بينما هناك تعابير أخرى لا تتناسب معها على الإطلاق ولا تدل عليها ومن أهم هذه التسميات نذكر: قانون التجار (1)، القانون الدولي التجاري (2)، قانون التجارة الدولي (3)، القانون التجاري الدولي (4) وقانون التجارة الدولية (5).

### 1/ قانون التجار *Lex mercatoria*

قانون التجار من أقدم التعابير المستخدمة للدلالة على قانون التجارة الدولية وهو ترجمة حرفية لكلمة *Lex* وتعني التشريع أو القانون، وكلمة *Mercatoria* وهي صفة تعني التجاري أو المتعلقة بالتجارة، وهي مستمدة من الفعل اللاتيني *Mercor* ويعني يتاجر، ومن ذات الفعل نجد *Mercatus* ويعني السوق، ونجد *Mercatura* وتعني التجارة، ونجد *Mercimonium* وتعني البضاعة، ورغم تداول الكثير من الفقهاء لمصطلح *Lex Mercatoria* إلا أنه في الحقيقة يعنى بالضوابط الخاصة لممارسة التاجر لمهنته أي أنه قانون مهني<sup>2</sup>.

ويتكون قانون التاجر من الأعراف التجارية والمبادئ العامة للقانون، وهذا التعبير القديم جداً أصبح حالياً يستعمل للدلالة على أنه أحد مصادر قانون التجارة الدولية، واستعمل قديماً للدلالة على قانون التجارة الدولية، ومن أجل التفرقة بين التسمية كقانون ومصدر؛ ظهر مصطلح قانون التجار الجديد *new lex mercatoria* ليبدل على قانون التجارة الدولية ويبقى

<sup>1</sup> لمزيد من المعلومات حول مصطلح *Lex Mercatoria*، راجع نادر محمد إبراهيم، مركز القواعد عبر الدولية أمام التحكيم الاقتصادي الدولي، دار الفكر الجامعي، 2002، ص 159-169.

<sup>2</sup> محمود نديم الخضر، المرجع السابق، ص 15.



المصطلح القديم ليعتبر احد مصادره، ونرى أن استخدام هذا التعبير لا يدل على القانون الذي ينظم التجارة الدولية بجميع خصائصها؛ فهو لا يتماشى مع ما وصل إليه مفهوم قانون التجارة الدولية اليوم، فهو يتناول التاجر فقط حسب ما هو ظاهر من التسمية ولا يبين تجارية أو دولية النشاط المحكوم بهذا القانون وإنما يوحي بأنه قانون مهني أو قانون نقابي يعنى بتنظيم طائفة معينة من المنشغلين بالتجارة الدولية<sup>1</sup> وهم التجار.

## 2/ القانون الدولي التجاري

اشتمال قانون التجارة الدولية على ذات خصائص القاعدة القانونية دفع البعض في الفقه إلى تسميته بالقانون الدولي التجاري، أي باعتبار الدولية سمة يتصف بها القانون لا التجارة، وهذا لا يمكن التسليم به. فالأحكام التي تنطبق على المبادلات التجارية الدولية لا ترقى حتى الآن إلى مرتبة القانون الدولي؛ كما يصعب التسليم بوجود مشروع دولي على نمط المشرع الداخلي<sup>2</sup>.

## 3/ قانون التجارة الدولي

استخدم أيضا هذا التعبير<sup>3</sup>؛ ونجد انه يؤكد على دولية القانون فقط دون أن يعبر عن الطبيعة الدولية للنشاط الذي يحكمه وهي التجارة الدولية.

## 4/ القانون التجاري الدولي

استخدم هذا التعبير كثيرا، خاصة وأنه أعطي للجنة التابعة للأمم المتحدة (لجنة القانون التجاري الدولي) المكلفة بالاهتمام بالتجارة الدولية وإنشاء تنظيم لها، ونجد أن هذا التعبير قد جمع بين دولية التجارة ودولية قانونها.

<sup>1</sup> محمود نديم الخضر، المرجع السابق، ص 17.

<sup>2</sup> أحمد السعيد الزقرد، أصول قانون التجارة الدولية البيع الدولي للبضائع، المكتبة العصرية للنشر والتوزيع، المنصورة، مصر، 2007، ص 26.

<sup>3</sup> للاطلاع أكثر على مختلف تسميات قانون التجارة الدولية، راجع محمود نديم الخضر، المرجع السابق، ص 10-

## 5/ قانون التجارة الدولية

وهو التعبير الغالب حالياً؛ حيث يدل على الطابع الدولي للتجارة التي ينظمها بشكل واضح. وقد استخدمت هذه التسمية لأول مرة من قبل الإنجليزي جون ستيوارت ميل في منتصف القرن التاسع عشر، ثم ذاع صيتها في أغلب الدول بعد ذلك؛ وهذه التسمية لا تخفي معالم هذا القانون الأساسية وهي التجارية والدولية كعلامتين فارقتين عند الحديث عن قانون مغاير للقوانين الوطنية<sup>1</sup>.

## ثالثاً: خصائص قانون التجارة الدولية

إن الهدف الأساسي من استحداث قانون التجارة الدولية هو الحصول على قانون يتميز بخصائص تلبي مختلف متطلبات التجارة الدولية، وتساهم في تطورها المستمر وتتناسب مع كل ما تثيره من مسائل وقضايا، ونجد في قانون التجارة الدولية مجموعة من الخصائص تجعله قانون منفرد لا يشبه غيره من القوانين وتمثل هذه الخصائص في:

1/ **قانون التجارة الدولية حديث النشأة:** حيث تعود نشأته إلى القرون الوسطى من خلال ما جرى في غرب أوروبا وحوض البحر الأبيض المتوسط؛ وتحديداً إلى القواعد المنظمة لانتقال وتبادل السلع والخدمات التي قام بها كيان جمهوريات شمال إيطاليا منذ القرن الحادي عشر وإلى تبادل التجارة عبر بعض المدن الكبرى غرب أوروبا فيما بين القرن الثاني عشر والقرن الرابع عشر<sup>2</sup>.

2/ **قانون التجارة الدولية قانون خاص بالعلاقات التجارية الدولية:** يطبق قانون التجارة الدولية على العلاقات التجارية الدولية أي التي تتم بين دولتين أو أكثر حيث لا يمكن تطبيقه على العلاقات التجارية الداخلية، فلا عمل لأحكامه إلا في مجال العلاقات القانونية ذات الطابع الدولي<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> محمد نديم الخضر، المرجع السابق، ص 17-18.

<sup>2</sup> عمر سعد الله، المرجع السابق، ص 14.

<sup>3</sup> محسن شفيق، اتفاقية فينا للبيع الدولي، دار النهضة العربية، القاهرة، بدون سنة نشر، ص 09.

**3/ قانون التجارة الدولية قانون مستقل نسبياً:** قانون التجارة الدولية قانون مستقل عن فروع القانون الأخرى الدولية والوطنية<sup>1</sup>، فقد ساهمت في تكوين هذا القانون الجماعات المهنية بما أرسته من أعراف تجارية، وقضاء التحكيم بما أقره من مبادئ عامة، وكل ذلك بعيداً عن تدخل أي جهة رسمية ودون المرور بالإجراءات الشكلية اللازمة لسن القوانين الوضعية الداخلية<sup>2</sup>.

**4/ لا يعالج قانون التجارة الدولية إلا العلاقات التي تنتمي إلى القانون الخاص:** يهتم قانون التجارة الدولية بالعلاقات التي تنتمي إلى القانون الخاص؛ أي التي تقع بين المنشآت التجارية فلا شأن له بالاتفاقيات الثنائية أو المتعددة الأطراف التي تبرمها الدول لتنظيم التبادل التجاري بينها<sup>3</sup>، فهذا القانون يحكم علاقات من نوع علاقات القانون الخاص ولو كان أحد طرفي العلاقة أو كليهما فرداً أو شركة خاصة أو عامة، أو مؤسسة عامة أو الدولة نفسها فالعبرة هي بنوع العملية كونها من روابط القانون الخاص<sup>4</sup>، فهذا القانون يسري على العلاقات التي تنتمي إلى القانون الخاص بغض النظر عن صفات أطراف العملية أي سواء كانوا من أشخاص القانون العام أم من أشخاص القانون الخاص، ويتضح أن تدخل الدولة في النشاط الاقتصادي والتجاري لا صدى له في مجال قانون التجارة الدولية<sup>5</sup>، وما يؤكد كل هذا أن قانون التجارة الدولية هو وليد مجتمع التجار والأسواق وليس وليد السلطات التشريعية.

**5/ قانون التجارة الدولية قانون لين ومرن:** قانون التجارة الدولية لا يتشكل من قواعد أمرية ولكن من قواعد تساير منطق المعاملات التجارية<sup>6</sup>.

<sup>1</sup> عمر سعد الله، المرجع السابق، ص 19.

<sup>2</sup> بن أحمد الحاج، المرجع السابق، ص 21.

<sup>3</sup> محسن شفيق، المرجع السابق، ص 08.

<sup>4</sup> عمر سعد الله، المرجع السابق، ص 15.

<sup>5</sup> محسن شفيق، المرجع السابق، ص 09.

<sup>6</sup> عمر سعد الله، المرجع السابق، ص 17.

**6/ قانون التجارة الدولية قانون تطبيقي بحت غير نظري:** يستمد قانون التجارة الدولية جل أحكامه من الممارسات التطبيقية والاتفاقيات الدولية ويعتمد على الممارسة والتجربة في مجال التجارة الدولية وليس على المعطيات النظرية، فقد طور الممارسون للتجارة مجموعة قواعد قانونية تطبق على تجارتهم الدولية تسمى (lex mercatoria) أو ما يعرف بقانون التجار تتميز بالمرونة وقابليتها للتطور، ومسايرة المتغيرات على صعيد التجارة الدولية، وبالتالي فإن العناصر المكونة لقواعد التجارة الدولية يتم إعدادها من قبل الأشخاص الذين يزاولون أعمال التجارة الدولية، و ليس من قبل تشريعات الدول التي تكون ملزمة بتطبيقها بالرغم من عدم مشاركتها بهذه الصفة في إعدادها، وقد لعبت الاتفاقيات الدولية أيضا دورا بارزا في وضع الكثير من قواعده وضبط أحكامه<sup>1</sup>.

**7 / قانون التجارة الدولية سريع التطور:** قانون التجارة الدولية يتطور سريعا بالموازاة مع تطور وازدهار التجارة الدولية عكس التشريعات الوطنية التي يطبعها الجمود؛ لأن المشرع لا يمكنه إصدار قانون وتعديله في فترة زمنية وجيزة، وهذا يجعل هذه القوانين الوطنية غير قادرة على مواكبة التجارة الدولية بخلاف قانون التجارة الدولية الذي بإمكانه مواكبة كل تطوراتها<sup>2</sup>.

**8/ قانون التجارة الدولية يعتمد على وسائل غير تقليدية في فض النزاعات:** باتت النظم القضائية الوطنية التقليدية غير قادرة على تلبية متطلبات السرعة والمرونة التي تقتضيها المعاملات التجارية الدولية، بسبب بطء إجراءاتها وتعقيدها، وبسبب الصعوبات المترتبة عن اختلاف المراكز القانونية لطرفي النزاع عندما يحمل أحدهما جنسية الدولة التي تنظر في الدعوى، الأمر الذي دعا المتنازعين في معاملات التجارة الدولية إلى البحث عن وسائل

<sup>1</sup> عدنان بن صالح العمر، حسين صالح عمارين، المرجع السابق، ص ص 24-25.

<sup>2</sup> نرجس البكوري، دور العادات والأعراف في تأصيل قواعد التجارة الدولية، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة محمد الخامس، 2007-2008، ص4.

أخرى لفض منازعاتهم وتركهم لطرق التقاضي التقليدية، واللجوء إلى الجهات القضائية الدولية كمحكمة العدل الأوروبية ومؤسسات التحكيم التجاري الدولي<sup>1</sup>.

#### رابعاً: الصعوبات التي تواجه قانون التجارة الدولية

تواجه قانون التجارة الدولية الكثير من الصعوبات والعوائق بسبب خصوصية التجارة الدولية من جهة، وحدائته وتعدد مصادره وتنوع قواعده وأحكامه من جهة أخرى، ومن أهم هذه الصعوبات نذكر:

#### 1/ عدم تدوين وتوحيد قانون التجارة الدولية

من أهم ما يعيق قانون التجارة الدولية هو عدم كتابته وتدوينه وعدم جمع أحكامه وقواعده بشكل كامل ومفصل ودقيق، هذا ما جعل المجال مفتوحاً لتعدد الآراء والنظريات وحتى التسميات، الشيء الذي أدى إلى الاختلافات الفقهية حوله كثيراً مع تعدد الآراء حول أحكامه بين معترف بها وناكر لها، ورغم المحاولات العديدة التي تقوم بها مختلف المنظمات الدولية المهتمة بالتجارة الدولية لتوحيد قانون التجارة الدولية إلا أن التوحيد لم يتحقق بعد. وعدم توحيد أحكام وقواعد قانون التجارة الدولية أدى إلى اختلاف التعامل به من منطقة تجارية إلى منطقة تجارية أخرى، ورغم بعض المحاولات لتوحيده إلا أنه لم يصل بعد إلى التوحيد<sup>2</sup> الذي ينشده المجتمع الدولي، والذي أصبح أملاً يراود الكثير من فقهاء عصرنا الحاضر الذين يتطلعون لإنشاء تقنين عالمي للتجارة الدولية<sup>3</sup> يمكن تطبيقه بشكل موحد على مختلف المعاملات التجارية الدولية.

<sup>1</sup> عدنان بن صالح العمر، حسين صالح عمارين، المرجع السابق، ص 25.

<sup>2</sup> هناك عدة طرق وأساليب لتوحيد قانون التجارة الدولية أهمها إبرام الاتفاقيات الدولية، وضع الشروط العامة والعقود النموذجية، جمع العادات والأعراف التجارية، توحيد تفسير النصوص وأعمال المنظمات والهيئات الدولية الخاصة بالتجارة الدولية.

<sup>3</sup> محسن شفيق، المرجع السابق، ص 12.

## 2/ تعدد مصادر قانون التجارة الدولية وعدم الإجماع عليها

إن تعدد مصادر قانون التجارة الدولية والتي سنتطرق لها لاحقا بالتفصيل واختلاف الآراء حول حصرها جعلته قانون متعدد المصادر؛ وهذا التعدد في مصادره بين وطنية ودولية واتفاقية... إلخ رغم أنه يثري قانون التجارة الدولية إلا أنه أدى إلى اختلاف أحكامه وقواعده حسب المصدر الذي تنتمي إليه؛ وهذا يجعل التعامل والاستفادة منه صعبا نوعا ما إذ يتطلب ذلك الإلمام بشكل تام ومن جميع الجوانب بهذه المصادر المتنوعة والمختلفة ويتطلب ذلك مختصين وخبراء بهذه المصادر ليتمكنوا من إدراك كل خباياه وأحكامه من أجل الاستفادة منه بشكل صحيح.

## 3/ تعدد وتنوع الأطراف المتعاملة بقانون التجارة الدولية

تتعدد الأطراف المتعاملة بقانون التجارة الدولية بسبب انتسابها إلى فئات مختلفة وذلك بفعل ارتباطها بدول مختلفة، بالإضافة لكون المبادلات الاقتصادية الدولية تقوم على تدخل أطراف تخضع للقانون الخاص، وأطراف أخرى تخضع للقانون العام، فإذا كان المتعاملون من القطاع الخاص لهم إمكانية اختيار قضائهم (المحاكم التجارية)، ويتمتعون بقدر كبير من الحرية في تصرفاتهم القانونية فإن الأطراف الخاضعة للقانون العام تتمتع بقدر أقل من الحرية في هذا المجال<sup>1</sup>، ويؤدي تعدد الأطراف المتعاملة بقانون التجارة الدولية واختلاف انتمائهم القانوني إلى الصعوبة في التعامل والتعقيد خاصة في حالة نشوء أي نزاع.

### الفرع الثاني: مفهوم الأعراف التجارية

يعتبر العرف بشكل عام مصدرا ثانويا للقاعدة العرفية، ويعرف على أنه كل ما تكرر استعماله من فعل أو قول حتى أكتسب صفة الاستقرار في النفوس والتقبل في العقول، والرعاية في التصرفات<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> عدنان بن صالح العمر، حسين صالح عمارين، المرجع السابق، ص 26.

<sup>2</sup> نقلا عن محمود صالح المحمود العلواني، العرف وأثره في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2016، ص 19.

كما يعرف على أنه مجموعة العادات والقيم التي يتبعها المجتمع ويعطيها احترامه ويستخدمها في حل مشاكله، ويختلف من مجتمع لآخر ومن جماعة لأخرى، وتختلف الأعراف باختلاف مجال استخدامها<sup>1</sup>.

تطبيقا لهذا المعنى نجد أن العرف مستخدم داخل المجتمع في عدة مجالات ومنها المجال التجاري لذا وجدت تسمية العرف التجاري. على ضوء ذلك لابد من تحديد المقصود بالعرف التجاري (أولا) ثم محاولة تحديد مصادره (ثانيا) ثم تبيان مزاياه (ثالثا) وأخيرا تمييزه عن بعض المصطلحات المشابهة له (رابعا).

### أولا: المقصود بالأعراف التجارية

اعطيت عدة تعاريف للأعراف التجارية نذكر منها:

#### 1/ التعاريف الفقهية للأعراف التجارية

هناك عدة تعاريف فقهية للأعراف التجارية نذكر منها:

أ/ الأعراف التجارية هي مجموعة المعايير التي تهدف للتطبيق على أشكال مختلفة من النشاط الاقتصادي الدولي؛ بشكل مستقل عن الانظمة القانونية الوطنية<sup>2</sup>.

ب/ وهناك من يعرفها بأنها هي ما يقوم بين أوساط التجار من علاقات خاصة تأخذ طابع الاستمرار فيما بينهم ويراعونها في كافة تعاقداتهم الدولية في نفس نوع التجارة محل التعاقد<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> معدي بن ناصر الهويمل، العرف واثره في تكوين القاعدة القانونية، أطروحة دكتوراه، معهد بحوث ودراسات العالم الإسلامي، جامعة أم درمان الإسلامية، 2007-2008، صص 58 - 59.

<sup>2</sup> « *Un ensemble de normes ayant pour objet de s'appliquer à divers aspects de l'activité économique internationale, indépendamment des systèmes juridiques étatiques* ».

KASSIS Antoine, Théorie Générale des Usages du Commerce, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1984, P119.

<sup>3</sup> صالح بن عبد الله بن عطف العوضي، المبادئ القانونية في صياغة عقود التجارة الدولية، معهد الإدارة العامة، المملكة العربية السعودية، 1998، صص 19.

تبين هذه التعاريف الفقهية أن العرف التجاري يطبق على مختلف العلاقات الاقتصادية الدولية بعيدا عن القوانين الوطنية، بشرط أن يتمتع بالاستمرار وأن يتم مراعاته في مختلف المعاملات والعقود التجارية الدولية الخاصة بمجال تجاري معين.

ج/ وهناك من يرى بأن الاعراف التجارية هي قواعد السلوك التي يتم مراعاتها في أحد مجالات الأعمال عبر الدولية بانتظام؛ يدل على قبول المرتبطين بذلك المجال بإلزامها<sup>1</sup>.  
د/ وهناك من يعتبرها قواعد السلوك التي درجت أسواق التجارة الدولية على إنتاجها مع الشعور بإلزاميتها<sup>2</sup>.

هـ/ وهي أيضا الممارسات المتكررة التي تتمتع بالقوة القانونية الملزمة، هذه الممارسات يمكن ملاحظتها بين أطراف العقد، أو في الاسواق التي تتعامل فيها هذه الأطراف<sup>3</sup>.  
و/ وعرفت بأنها مجموعة من القواعد الناتجة عن التعاملات التجارية الدولية، والتي استمر العمل بها وتواتر عليها حتى اصبح من الصعب وغير المألوف الخروج عليها ومخالفتها، حتى أصبح لها هبة القواعد القانونية الملزمة في مجتمع التجارة الدولية<sup>4</sup>.  
ز | الأعراف التجارية عبارة عن ممارسات تتكرر في قطاع أو مكان معين تؤدي إلى الاعتقاد بقاعدة قانونية لها قوة إلزامية<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> نقلا عن بشار محمد الأسعد، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، منشورات الحلبي الحقوقية، 2006، ص148.

<sup>2</sup> محمود فياض، المعاصر في قوانين التجارة الدولية، مؤسسة الوراق للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، بدون سنة نشر، ص61.

<sup>3</sup> « *Les pratiques répétées dotées d'une force juridique contraignant .ces pratique peuvent être observées entre les parties à un contrat ou sur le marché sur lequel ces parties opèrent* ».

Pierre Mousseron, « Les Usages dans les Contrats Internationaux », P435, www.scribd.com (23 /02/2019 à 15h.22).

<sup>4</sup> أحمد حسني سليم، المرجع السابق، ص32.

<sup>5</sup> « *les usages sont des pratiques dont la répétition dans un secteur ou un lieu détermine produit la croyance en une règle de droit ayant une force obligatoire* ».

ALFREDO Pierre, l'Essentiel du Droit du Commerce International, ellipses, édition marketing, SA, Paris, 2014, P16.



هذه التعاريف الفقهية تؤكد أن العرف التجاري سلوك أو ممارسة تقوم على الاستمرار والتكرار في مختلف التعاقدات التجارية الدولية في مجال تجاري معين ما يؤدي إلى الشعور بالزامها وكأنها قاعد قانونية.

**ن/ الأعراف التجارية مجموعة من القواعد لإجراء التعاملات التجارية عبر الحدود، والتي تم تطويرها بصورة تلقائية بواسطة الدوائر التجارية الدولية، ويطبقها المحكمون في حالة نشوب منازعات تجارية<sup>1</sup>.**

يبين التعريف ان العرف التجاري يطبق على العلاقات التجارية التي تتم بين الدول، والذي عرف الكثير من التطور تلقائيا في مختلف الأوساط التجارية الدولية، والذي يمكن أن يستعين به المحكمون عند تسوية مختلف منازعات التجارة الدولية.

## 2/ التعريف التشريعي للأعراف التجارية

قليلة التشريعات والأنظمة القانونية التي عرفت الأعراف التجارية ونذكر منها:  
 أ/ المادة رقم 1-6-1 من مبادئ العقود التجارية الدولية (Unidroit) لسنة 2010 والتي تنص « يقصد بالعرف في هذا المجال المعنى الواسع له، والذي يشمل أي ممارسة أو سلوك يتبع بانتظام في ممارسة التجارة في قطاع معين، أو في مكان معين، ما يبرر للمتعاقد الاعتقاد بسريانه أيضا على عقده<sup>2</sup> ».

يبين نص المادة أن العرف التجاري يمثل كل الممارسات التجارية بصفة عامة شرط أن تتمتع بالاستمرار وبشكل منتظم في مجال تجاري معين وهذا ما يفسر للمتعاقدين ضرورة تطبيقه على العقد.

<sup>1</sup> نقلا عن أحمد حسني سليم، المرجع السابق، ص33.

<sup>2</sup> أمين دواس وآخرون، شرح مبادئ الينيدروا لعقود التجارة الدولية (2010)، الجزء الأول، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2017، ص341.

ب/ وتعرف الفقرة الأولى من المادة 205 من التقنين التجاري الموحد الأمريكي العرف التجاري بكونه « ممارسات أو مناهج للتعامل تتمتع بدرجة من الانتظام في مكان، أو مهنة، أو تجارة تسمح لتبرير توقع بأنه سيتم احترامها »<sup>1</sup>.

يبين نص المادة أن العرف التجاري عبارة عن مختلف الممارسات التجارية أو طرق التعامل التجاري الخاصة بمجال تجاري معين والتي تتمتع بالتنظيم الذي يفرض احترامها من قبل المتعاملين بها.

### ثانياً: مصادر الأعراف التجارية

تستمد الأعراف التجارية قواعدها من عدة مصادر منها العقود النموذجية (1) والشروط العامة (2) وكذا القواعد الدولية لتفسير المصطلحات التجارية الدولية (3) والمبادئ العامة للقانون (4) وأحكام التحكيم التجاري الدولي (5) وأعمال المنظمات التجارية المتخصصة (6).

#### 1/ العقود النموذجية

تعرف العقود النموذجية أيضاً بالعقود النمطية وهي **صيغة نموذجية لعقد مستقبلي متكامل يتضمن مجموعة كاملة من التفاصيل وشروط التعاقد بشأن سلعة معينة**<sup>2</sup>، وتكمن أهمية هذه العقود في أنها تعبر عن واقع مهني يربط المتعاملين بهذه العقود دون الارتباط بقانون دولة ما وإنشاء تنظيم يستمد قوته من نصوص العقد ذاته<sup>3</sup>.

والعقود النموذجية عبارة عن صياغة عقود معينة مسبقاً تكون جاهزة أمام أطراف العقد في شكل مطبوع مسبقاً، بحيث يكفي التوقيع عليها لإتمام التعاقد بها إذا اتفق الأطراف عليها. وقد وضعت الجمعيات المهنية هذه العقود النموذجية لتسهيل التعاقد وتوحيده بين تجار سلعة معينة، ويؤكد schmitthoff أن العقد النموذجي الدولي تطور من خلال أنشطة

<sup>1</sup> نادر محمد إبراهيم، المرجع السابق، ص 266.

<sup>2</sup> محمد أحمد إبراهيم محمود، دور قضاء التحكيم التجاري الدولي في خلق قواعد قانونية للتجارة الدولية، دار النهضة العربية، القاهرة، بدون سنة نشر، ص 46.

<sup>3</sup> المرجع نفسه، ص 47.

مجتمع الأعمال وأدى في النهاية إلى ظهور العرف التجاري الدولي، فتطور العرف التجاري عملية تدريجية تبدأ غالبا كتصرف تجاري لقلّة من المؤسسات البارزة، ثم يصبح ممارسة عامة في تجارة محددة، ليتحول لاحقا إلى عادة أو ممارسة تجارية تكتسب في النهاية الثبات والحالة القانونية للعرف، ولا يقتصر تطورها على النطاق الوطني بل قد تصبح دولية في طبيعتها<sup>1</sup>، وقد انتشرت العقود النموذجية كثيرا وهي تحمل الكثير من الأعراف التجارية التي يمكن الرجوع إليها، وبذلك تشكل هذه العقود مصدرا للأعراف التجارية.

## 2/ الشروط العامة

هي الشروط التعاقدية التي تتضمنها بعض العقود، والتي تمثل مجموعة من الشروط العامة يتفق عليها تجار سلعة معينة في منطقة جغرافية معينة، ويلتزمون بإرادتهم الحرة بإتباعها فيما يبرمونه من صفقات تتعلق بهذه السلعة<sup>2</sup>. وتعتبر الشروط العامة مجموعة من الأحكام يدخلها المتعاملون بالتجارة الدولية للاسترشاد بها عند إبرام العقود، ويلتزمون بها في معاملاتهم ويحق لهم إدخال ما يرونه مناسبا من تعديلات عليها في شأن كل تعامل على حدا، ويشترط أن لا يلحق التعديل جوهر الشروط في مجموعها<sup>3</sup>؛ هذه الشروط العامة تتحول إلى شروط مألوفة في القواعد التجارية الدولية، بما يساهم في خلق عادات تصبح بعد فترة أعراف دولية<sup>4</sup>.

ومن أهم الجمعيات المهنية المهمة بوضع الشروط العامة للجنة الاقتصادية الأوروبية التابعة للأمم المتحدة؛ والتي قامت بوضع مجموعة من الشروط العامة في الكثير من المجالات، كالشروط العامة لبيع الآلات الصناعية، الشروط العامة لبيع الأخشاب، الشروط

<sup>1</sup> بن عثمان فريدة، النظام القانوني للصبح التجارية الدولية، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2016-2017، ص 161.

<sup>2</sup> محسن شفيق، المرجع السابق، ص 10.

<sup>3</sup> عمران علي السائح، التحكيم والقانون واجب التطبيق على منازعات عقود التجارة الدولية، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2005-2006، ص 331.

<sup>4</sup> أحمد السعيد الزقرد، المرجع السابق، ص 55.

العامة لبيع وتصدير واستيراد السلع الاستهلاكية طويلة البقاء<sup>1</sup>، وهذه الشروط العامة في الأصل حلول للكثير من المسائل التي تعترض المتعاقدين عند إبرامهم مختلف العقود التجارية الدولية، ويرى البعض أن تواتر الحلول التي تتضمنها العقود النمطية والشروط العامة بالأوساط المهنية الدولية من شأنه خلق قواعد ملزمة تحكم روابط التجارة الدولية وتعد تقنيا للعادات والممارسات التجارية الدولية ذات الأصل المهني<sup>2</sup>.

### 3/ القواعد الدولية لتفسير مصطلحات التجارة الدولية

لقد تمكن التجار عبر فترة زمنية طويلة من إبداع قواعد تنظم معاملاتهم التجارية الدولية من خلال التعبير عن مضمون التزاماتهم بحروف مختصرة، يتم على أساسها البيع واصطلحوا على تسميتها بالمصطلحات التجارية الدولية (incoterms)<sup>3</sup>.

حيث يعمل التجار منذ زمن على الإشارة إلى أوجه أو أوصاف البيوع التي تجري في التجارة الدولية بحروف مختصرة مثل (CIF<sup>4</sup> أو FOB<sup>5</sup>) وغيرها؛ هذه المصطلحات أصبحت وسيلة لتحديد ذاتية صفقة التجارة الخارجية بواسطة تسمية عامة توفر على المتعاملين مناقشات طويلة، وتعينهم عن طريق صيغة مختصرة على وضع حدود للعملية الاقتصادية التي يرغبون فيها؛ أي أسسها أو عناصرها ومن هنا تظهر فائدتها في تحقيق الفهم والتنسيق بين ما يتحمله البائع في مقابل ما يقع على عاتق المشتري بمجرد الإشارة إلى صيغة أو تعبير منها<sup>6</sup>. إن التداول المستمر لهذه المصطلحات لفترة زمنية طويلة بين مختلف التجار الدوليين وفي مختلف العقود التجارية الدولية وبين مختلف المناطق التجارية أدى إلى التواتر

<sup>1</sup> عمران علي السائح، المرجع السابق، ص 332.

<sup>2</sup> محمد أحمد إبراهيم محمود، المرجع السابق، ص 47.

<sup>3</sup> أحمد برادة غزيول، التصدير والاستيراد والإشكالات القانونية، الطبعة الثانية، دار نشر المعرفة، الرباط، بدون سنة نشر، ص 19.

<sup>4</sup> CIF : cost insurance freight (تسليم البضاعة في الميناء).

<sup>5</sup> FOB : free on board (تسليم البضاعة على ظهر السفينة).

<sup>6</sup> حبيب ثروت، المرجع السابق، ص ص 51-52.

والتداول على استعمالها مع شعور التجار بالزامها؛ وهذا أدى إلى نشوء أعراف تجارية جديدة.

هذه المصطلحات التجارية وضعت لها غرفة التجارة الدولية تفسيرات موحدة تخضع للتعديل من فترة إلى أخرى تزامنا مع ما تعرفه التجارة الدولية من تطورات وتغيرات وهذا يؤدي إلى نشوء أعراف تجارية جديدة.

#### 4/ المبادئ العامة للقانون

المبادئ العامة للقانون عبارة عن قاعدة أو قاعدة عامة ذات طبيعة غير قانونية والتي يمكن استنباط القواعد القانونية منها<sup>1</sup>، ويرى بعض الفقهاء أن المبادئ القانونية العامة ساهمت في تكوين الأعراف التجارية، فرغم أن الكثير يرى أن هذه المبادئ ظهرت بصورة مستقلة خلال التشريعات المحلية إلا أن أصول المبادئ القانونية العامة تعود إلى العصور القديمة<sup>2</sup>، وهذا يجعلها تتزامن مع ظهور الأعراف التجارية لتشكل مصدرا لها.

#### 5/ أحكام التحكيم التجاري الدولي

من المعلوم والمقرر أن التحكيم التجاري الدولي يعتبر وبحق بمثابة القضاء الخاص بفض المنازعات الناشئة عن عقود ومعاملات التجارة الدولية، فهو يعتبر وبحق الأداة الفعالة التي أسهمت في تكوين العادات التجارية الدولية وتطبيقها<sup>3</sup>، واحتواء مختلف أحكام التحكيم التجاري الدولي على القواعد والممارسات التجارية الدولية التي اعتمد عليها المحكمون في حل مختلف النزاعات التجارية الدولية ساهم كثيرا في التعريف بالأعراف التجارية؛ وهذا ساعد على نشرها بشكل واسع؛ وهذا ما جعل هذه الأحكام التحكيمية مصدرا خصبا لمختلف الأعراف التجارية.

<sup>1</sup> « La règle ou la norme générale, de caractère non juridique, d'où peuvent être déduites des normes juridiques ».

SANCHEZZ SAEZ Crystelle, usage et arbitrage, thèse pour obtenir le grade de docteur, université de Montpellier, 2017, P361.

<sup>2</sup> أحمد حسني سليم، المرجع السابق، ص 37.

<sup>3</sup> المرجع نفسه، ص 159.

## 6/ أعمال المنظمات التجارية الدولية المتخصصة

تنشط على المستوى التجاري الدولي العديد من المنظمات الدولية<sup>1</sup> التي تهدف إلى تنمية التعاون الاقتصادي بين أعضائها على نحو يساهم في تنظيم وتعزيز وتنمية حركة التجارة الدولية بين أعضاء هذه المنظمات الدولية<sup>2</sup>. وتنقسم هذه المنظمات إلى منظمات حكومية<sup>3</sup> كالمعهد الدولي لتوحيد القانون الخاص والمنظمات التابعة للأمم المتحدة كلجنة قانون التجارة الدولي ومنظمات أخرى غير حكومية<sup>4</sup> كغرفة التجارة الدولية واللجنة البحرية الدولية. وتشكل الأعمال التي تقوم بها هذه المنظمات مع ما تصدره باستمرار من أعمال ومدونات واتفاقيات ومشاريع قوانين وتوصيات تخص التجارة الدولية، والتي تطرقت للأعراف التجارية مثلما حدث مع غرفة التجارة الدولية عند إصدارها للعديد من الأعمال الخاصة بالتجارة الدولية كالقواعد المنظمة للاعتماد المستندي مصدرا هاما للأعراف التجارية<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> المنظمات الدولية هيئات تقوم بإنشائها مجموعة من الدول لتحقيق أغراض ومصالح مشتركة بينها، وتكون لها إرادة ذاتية مستقلة يتم التعبير عنها في المجتمع الدولي، وفي مواجهة الدول الاعضاء فيها بواسطة أجهزة دائمة خاصة بها، راجع في ذلك سهيل الفتلاوي، منظمة التجارة العالمية، الإصدار الثاني، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الاردن، 2009، ص42.

<sup>2</sup> محمود فياض، المرجع السابق، ص66.

<sup>3</sup> المنظمات الدولية الحكومية تنشؤها الدول بواسطة اتفاقيات دولية وتتمتع بالشخصية القانونية الدولية؛ أي تتلقى الحقوق والالتزامات الدولية من القانون الدولي مباشرة، ولا تخضع للقوانين الداخلية.

راجع في ذلك عدنان بن صالح العمر وحسين صالح عمارين، مرجع سابق، ص34.

<sup>4</sup> المنظمات الدولية غير الحكومية تمثلها مجموعات طوعية، ينظمها أعضاء لا يمثلون حكومات معينة وتكون إما على أساس محلي أو قطري أو دولي، فعندما تكون عضوية المنظمة أو نشاطها مقصوران على بلد معين تعد منظمة غير حكومية وطنية، أما إذا تجاوزت أنشطتها حدود البلد المعنى فتصبح منظمة غير حكومية دولية.

راجع في ذلك مروك نصر الدين، تسوية المنازعات في إطار منظمة التجارة العالمية، دار هومة، 2005، ص15.

<sup>5</sup> الدليل على ذلك ما هو منشور على موقع الغرفة التجارية الدولية في صفحتها الرئيسية من نماذج للعقود الدولية كعقد البيع الدولي والاعتماد المستندي وكذا التحكيم التجاري الدولي كآلية لتسوية منازعات التجارة الدولية وغيرها، لمزيد من

التفاصيل راجع الموقع الإلكتروني: [www.icc-france.fr](http://www.icc-france.fr)

## ثالثاً: مزايا الأعراف التجارية

نشأ العرف بصفة عامة استجابة لمختلف رغبات أفراد المجتمع، لذا فهو يتميز بخصائص وميزات تجعل الناس يقبلون عليه ويلتزمون به وقد يفضلونه عن القانون لأنه يتميز ب:

## 1/ المرونة

يتميز العرف بالمرونة التي تجعله ملائماً لكل المجتمعات وكل الأزمنة وكل الأماكن وكل المجالات، فالعرف لا يحتاج لإجراءات أو إعدادات أو متطلبات أو شكلية، فمتى وجدت حاجة ورغبة لخلق سلوك أو ممارسة يمكنها مجازاة وضع معين في مجال ما نشأ عرف، ولا يتوقف الأمر هنا فهذا العرف من يتكيف مع كل الظروف والتطورات، وهذا ما يجعله ملائماً لكل المسائل التي يعالجها؛ لذا يمكن القول بأن العرف يتميز بمرونة ملائمة للحاجات الجديدة، على نحو يبعد عن شكلية العمل التشريعي وعن اختلاف النظم بين الدول وهذا يجعله يحتل مكانة عوضاً عن التشريع الوطني، وعن الالتجاء للاتفاقيات الدولية<sup>1</sup>، وهذا ما يميز خاصة الأعراف التجارية التي استطاعت بفضل مرونتها التأقلم مع كل ظروف التجارة الدولية ومواكبتها منذ ظهورها وبكل تطوراتها.

## 2/ الفعالية والسرعة في الاعتماد

العرف أكثر فعالية عند علاج الكثير من المسائل، فهو من ابتداء أفراد معينين يسعون لتوفير حلول مناسبة لمسائل معينة يعرفونها جيداً، وأحسن مثال على ذلك الأعراف التجارية فهي من ابتداء التجار الذين يتقنون كل أسرار وخبايا وتقنيات التجارة، وقاموا بوضعها لحل مسائل تجارية معينة فهي دقيقة المحتوى مناسبة للقضايا التي تعالجها وهذا يؤدي إلى سرعة اعتمادها وتقبلها دون أي إجراءات أو شكلية أو تعقيدات.

<sup>1</sup> حبيب ثروت، المرجع السابق، ص 379.

**3/ العرف يتصف بالشرعية واحترام النظام العام**

العرف في الغالب لا يخالف ثوابت الجماعة سواء على مستوى عقيدتها أو مذهبها أو لغتها أو غير ذلك، وهو ما يضيف عليه المشروعية الواقعية<sup>1</sup>، والأعراف التجارية تحترم المجتمع التجاري الدولي لأنها وليدة هذا المجتمع ومن الطبيعي أن تكون ملائمة له.

**4/ انسجامه مع ظروف المجتمع**

العرف يناسب ويلائم كل المجتمعات لأنه وليد هذه المجتمعات كما ينسجم كذلك مع كل المتغيرات التي قد تطرأ على هذه المجتمعات، والأعراف التجارية مناسبة تماما للتجارة الدولية وتتسجم مع كل المستجدات والتغيرات والتطورات التي تعرفها من حين إلى آخر لأنها وليدة نفس المجتمع والبيئة التي ظهرت فيها التجارة الدولية.

**5/ التعبير الصحيح عن إرادة المجتمع**

يعتبر العرف التعبير الصحيح عن إرادة المجتمع وظروفه وحاجاته لأنه ينشأ ويتطور معه<sup>2</sup>، لأنه مجموعة قواعد أقرتها الجماعة بصفة تلقائية ومنظمة والعرف يستجيب لمتطلبات المجتمع ويراعي طموح أو إرادة أفراد<sup>3</sup>، والأعراف التجارية تمثل أحسن وسيلة يمكن أن يعبر بها المجتمع التجاري الدولي عن حاجاته ورغباته ومتطلباته.

**6/ العرف يسد الفراغ التشريعي**

العرف يسد ويغطي ثغرات التشريع ويواجه كل احتمالات تطبيقه<sup>4</sup>، أي انه يؤدي دور مكملا ومفسرا للتشريع.

ورغم كل هذه المزايا للعرف إلا أنه يعاب عليه:

- البطء في التكوين والنشوء.

<sup>1</sup> بوشعيب أوعبي، المبتدأ في العلوم القانونية، دار القلم، 2010، ص 132.

<sup>2</sup> إسحق إبراهيم منصور، نظرية القانون والحق وتطبيقاتها في القوانين الجزائرية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، بدون سنة نشر، ص 157.

<sup>3</sup> عمار بوضياف، المدخل إلى العلوم القانونية، الطبعة الرابعة، جسور للنشر والتوزيع، الجزائر، 2017، ص 208.

<sup>4</sup> إسحق إبراهيم منصور، المرجع السابق، ص 157.



- عدم تدوينه وعدم كتابته للرجوع إليه في أي وقت.

- يختلف من منطقة لأخرى في الدولة الواحدة وبذلك يتعارض مع وحدة القانون الواجبة في الدولة<sup>1</sup>.

رابعاً: التفرقة بين الأعراف التجارية وبعض المفاهيم المشابهة لها

تتشابه الأعراف التجارية مع بعض المفاهيم المشابهة لها منها الاعراف التجارية الداخلية (1) والعادات التجارية(2) والمبادئ العامة للقانون (3).

### 1/ الأعراف التجارية الداخلية والأعراف التجارية الدولية

تعرف التجارة الداخلية والتجارة الدولية الأعراف التجارية على السواء، وقد يعتقد الكثير أن هناك اختلاف وتمييز بين الأعراف التجارية الداخلية والأعراف التجارية الدولية، لكن في حقيقة الأمر معظم أعراف التجارة الدولية ليست خاصة بها؛ إذ انها تطبق كذلك في العلاقات التجارية الداخلية، فأعراف التجارة الدولية وأعراف التجارة الداخلية لا يشتركان فقط في الطابع العرفي فالأمر يمتد إلى درجة الخلط التام بينهما. فمحتواهما قد يصبح متطابقاً لدرجة أن التمييز والتصنيف بينهما لا يكون غير صحيح فقط ولكن يصبح مستحيلاً<sup>2</sup>.

فالأعراف التجارية الدولية لا تتميز عن الأعراف التجارية الداخلية بأركان خاصة بها إذ أن ركني العرف؛ المادي المتمثل بتواتر العمل بقاعدة معينة أو الاستمرار بسلوك معين، والمعنوي المتمثل باعتقاد الناس أن القاعدة التي نشأت عن هذا السلوك قاعدة ملزمة مطلوب توافرها في التجارة الدولية والداخلية على السواء، ويتميزان فقط من حيث نطاق الأعمال فالأعراف التجارية الدولية يقتصر أعمالها على التجارة الدولية، بينما الأعراف التجارية الداخلية يتم أعمالها في نطاق العلاقات التجارية الداخلية<sup>3</sup>. وما يؤكد ذلك ما انتهى إليه الأستاذ schmitthoff في دراسة ميدانية لموضوع أعراف التجارة الدولية سنة 1980 تحت

<sup>1</sup> إسحق إبراهيم منصور، المرجع السابق، ص157.

<sup>2</sup> KASSIS Antoine, Op.cit., P288.

<sup>3</sup> باسود عبد المالك، « ماهية القواعد عبر الدولية في التحكيم التجاري الدولي، مجلة الدراسات الحقوقية »، المجلد 1، العدد الاول، جوان 2014، ص194.

رعاية معهد قانون وعادات الأعمال الدولية التابع لغرفة التجارة الدولية وهو اتفاق معظم التقارير التي جمعها من أهم سبع عشرة دولة على عدم التفرقة بين الأعراف الداخلية والأعراف الدولية من حيث الأركان. فقد بدا ذلك واضحا في ضوء التقارير الواردة من: أستراليا، النمسا، بلجيكا، ألمانيا الغربية، إيطاليا، هولندا، إسبانيا، السويد، سويسرا، المملكة المتحدة، والولايات المتحدة الأمريكية وقد نشرت نتائج هذه الدراسة سنة 1987 بعنوان أعراف التجارة الدولية<sup>1</sup>، إذن فلا فرق بين الأعراف التجارية الداخلية والأعراف التجارية الدولية إلا من حيث نطاق التجارة التي ينظمها.

## 2/ الأعراف التجارية والعادات التجارية

إلى جانب الأعراف التجارية توجد العادات التجارية؛ والتي تعرف بأنها مجرد سلوك أو واقع لا يتمتع بالإلزام، ويبقى مستعبدا مالم يكن مؤيدا بالشعور بالإلزامه، أو محالا عليه من طرف المشرع فيصبح ملزم<sup>2</sup>، فالعادة مجرد سلوك يستقر التجار على إتباعه مدة زمنية معينة دون توافر عنصر الإلزام الذي يتميز به العرف<sup>3</sup>.

وقد اختلف الرأي كثيرا بشأن الأعراف التجارية والعادات التجارية وكيفية التفرقة بينهما أو اعتبارهما مترادفان، حيث برز اتجاهان في هذا الموضوع: أ/ الاتجاه الأول: يؤكد أنصار هذا الاتجاه على اختلاف العرف التجاري والعادة التجارية بسبب الاختلافات الموجودة بينهما والتي تتمثل في: - إن العادة عند الفرد والجماعة، والعرف لا يصدر إلا عن جماعة وهو تأكيد على غلبته الاجتماعية<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> نقلا عن نادر محمد إبراهيم، المرجع السابق، ص 257.

<sup>2</sup> عبد الكريم الطالب، العرف في القانون المدني المغربي التأصيل النظري والواقع العرفي، اطروحة دكتوراه، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة القاضي عياض، مراكش، 1999-2000، ص 40.

<sup>3</sup> المرجع نفسه، ص 52.

<sup>4</sup> محمود صالح المحمود العلواني، المرجع السابق، ص 102.

- إن العادة مصدرها العقل أو الهوى أو الطبع أو حوادث خاصة، والعرف لا يكون مصدره إلا العقل<sup>1</sup> خاصة وأنه يصدر من الجماعة.
- العرف لا يقوم إلا بتوفر ركنيه المادي والمعنوي، أما العادة فتقوم بالركن المادي فقط فهي تعتمد على تكرار السلوك دون الشعور بالزامه ولا تكون ملزمة إلا إذا اتجهت إرادة الأفراد إلى ذلك<sup>2</sup>.
- العرف قانون يجب على القاضي العلم به وتطبيقه من تلقاء نفسه، أما العادة فإن القاضي لا يطبقها إلا إذا تمسك بها الأفراد وقاموا بإثباتها أمامه<sup>3</sup>.
- العادة تكرر للأفعال، وتختلف عن العرف في كون هذا الأخير هو القانون أو القاعدة العامة التي تنشأ من هذا التكرار، في حين أنه قد يكون هناك عادة خارج العرف، بينما لا يمكن أن يكون هناك عرف خارج العادة ترافقه أو تسبقه<sup>4</sup>.
- وتنقسم العادات إلى عادات اتفاقية وعادات معيارية ومن المهم جدا عدم الخلط بين هذين التعبيرين. فالعادات الاتفاقية تختلف في كل شيء عن العرف، أما العادات المعيارية فتحليلها يبين أنها تتكون من عنصر معياري والذي يعرف بالممارسة العامة الواسعة الانتشار والمستمرة لمدة طويلة، والمتبوعة بعنصر معنوي وهو الشعور بالإلزام من قبل المتعاقدين؛ والذي يجعل الأطراف يقتنعون أن انتهاك عادات قانونية يؤدي إلى جزاء لا يقبل الجدل، أما العادات الاتفاقية فإنها لا تحتوي إلا على العنصر المادي للعرف، والعنصر المعنوي غائب لأن الأطراف ليس لديهم أي شعور بالإلزام<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> محمود صالح المحمود العلواني، المرجع السابق، ص 102.

<sup>2</sup> محمد حسين منصور، المدخل إلى القانون القاعدة القانونية، منشورات الحلبي الحقوقية، 2010، ص 210.

<sup>3</sup> المرجع نفسه، ص 210.

<sup>4</sup> Cité par MOUSSERON Pierre, « Introduction Terminologique Des Comportements Aux Bonnes Pratiques », Journal Des Sociétés 92, Novembre 2011, P12.

<sup>5</sup> KACZOROWSKA Alina, « Les Usages Commerciaux dans les Conventions Relatives à la Vente International », La Revue Juridique, Thémis, Volume 29, Numéro 2, P 435.

ويستقر الفقه المصري على التفرقة بين العرف والعادة، فإذا كان العرف يتكون من ركنين هما الركن المادي والركن المعنوي؛ فإن العادة قد تعبر عن الركن المادي للعرف لكن لا يلزم لها استيفاء الركن المعنوي، ويترتب عن هذه التفرقة أن العرف قاعدة قانونية تتمتع بالإلزام الذاتي دون حاجة لاتفاق الأطراف حتى تصبح واجبة التطبيق، في حين أن العادة يلزم الاتفاق الصريح أو الضمني حتى تصبح واجبة التطبيق لذا توصف بكونها اتفاقية<sup>1</sup>، ورغم هذه التفرقة في الفقه المصري إلا أن الدكتور سمير تناغو يرى أن المشرع المصري يخلط في كثير من الأحيان بين مصطلح العرف والعادة في نصوص التقنين المدني، وكذلك القضاء المصري في بعض أحكامه، ولا يقتصر الأمر على الخلط اللفظي بل يصل إلى الخلط الموضوعي<sup>2</sup>.

ويقترح الاستاذ M.Schmitthoff تفرقة بين العرف التجاري والعادة التجارية من خلال معيار آخر يتمثل في الصياغة من قبل هيئة دولية، بالإضافة إلى درجة اليقين حيث يسمى عرف تجاري دولي العرف المصاغ (المقنن) أو ممارسة العرف الذي لم يصغ<sup>3</sup> ويقصد العادة التجارية.

ب/ **الاتجاه الثاني:** يرى أنصار هذا الاتجاه أن لا فرق بين الأعراف والعادات وأنهما مرادفان لبعضهما ولهما نفس المعنى، ولا يختلفان إلا في مجال استعمالهما؛ إذ يرون أن العرف أنسب للقانون المدني والعادة تتناسب أكثر مع القانون التجاري<sup>4</sup>. أما في التجارة الدولية فإنه من الممكن أن تمثل الأعراف والعادات شيء واحد، فالمصطلحين وببساطة مترادفان وهذا ما استنتجه الأستاذ fauchard عندما كتب «**العرف البحت فقد كل قوام له في القانون التجاري والعادات هي التي تستعمل للدلالة على الظاهرة العرفية**»

<sup>1</sup> نادر محمد إبراهيم، المرجع السابق، ص 260.

<sup>2</sup> المرجع نفسه، ص 261.

<sup>3</sup> KASSIS Antoine, Op.cit., P280.

<sup>4</sup> RIFFARD Jean- François, « A la recherche de la coutume en droit commercial », La Revue " La Coutume", Cycle de Conference-2010-, Ecole de Droit Universitaire d'Auvergne, Numéro 2, Mars, 2013, P71.

وأكد فقهاء آخرون أنه من المصطنع ومن غير الضروري التفرقة بين المصطلحين، ودافعوا على استعمال المصطلحين دون أي تمييز بينهما مع تفضيلهم مصطلح العادة معتبرين ذلك مشكلا بسيطا في التسمية يعكس ثراء المفردات الفرنسية؛ وسبب توجس القانونيين من استخدام الترادف يعود لتخوفهم من التكرار<sup>1</sup>.

ويرى البعض أن الغموض الاصطلاحي في التفرقة بين المصطلحين في النظم القانونية الداخلية قد انتقل عن دون قصد على لسان الفقه والقضاء إلى مجال التجارة الدولية، فأحكام التحكيم مثلا تستخدم مصطلحات عديدة ومختلفة مثل عادات التجارة الدولية، أعراف التجارة الدولية، مصالح التجارة الدولية وعادات وأعراف التجارة الدولية ولكنها تقصد في معظم الأحيان الأعراف عبر الدولية السارية في نطاق المعاملات التجارية الدولية<sup>2</sup>.

وقد أشار النص الانجليزي لاتفاقية فينا لسنة 1980 الخاصة بالبيع الدولي للبضائع إلى مصطلح usages في الفقرة الأولى من المادة 09، بينما ترجم النص العربي للاتفاقية هذا المصطلح بالعرف مع أن العرف يشار إليه بالإنجليزية custom<sup>3</sup>. هذا ما يوحي بترادف المصطلحين في مجال التجارة الدولية، وتصوير العادات التجارية على أنها عادات اتفاقية في الأصل تؤكد نصوص الاتفاقيات الدولية كاتفاقية لاهاي لسنة 1964 في المادة التاسعة منها بفقراتها المختلفة، وكذلك اتفاقية الأمم المتحدة بشأن البيع الدولي للبضائع فينا 1980 في المادة التاسعة منها والتي أشارت إلى التزام المتعاقدين بالأعراف التي اتفقا عليها والعادات التي استقر عليها التعامل بينهما<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> « La coutume proprement dite a perdu toute consistance en droit commercial, et c'est le terme d'usage, qui est employé pour désigner le phénomène coutumier », RIFFARD Jean- François, Op.cit. 171.

<sup>2</sup> نقلا عن ابن أحمد الحاج، المرجع السابق، ص52.

<sup>3</sup> نعم حنا رؤوف، «المعيار المتبع في تحديد الأعراف المطبقة على عقد البيع الولي»، مجلة جامعة تكريت للعلوم الإنسانية، المجلد16، العدد1، كانون الثاني 2009، ص350.

<sup>4</sup> المرجع نفسه، ص348.

وفي رأبي أن نصوص الاتفاقيتين قد استخدمتا مصطلحي الأعراف والعادات لتجنب أي تأويل أو سوء فهم أو سوء تفسير لنصوص الاتفاقيتين حول المقصود بالأعراف والتي لا يعتبرها كثيرون عادات أي حسما للخلاف القائم بين المصطلحين.

ونجد النظام القانوني للولايات المتحدة الأمريكية يستخدم مصطلح عادة usage للتعبير عن العرف، ولا يعرف القانون الإنجليزي تفرقة واضحة بين العرف والعادة<sup>1</sup>، وبصفة عامة يفضل استخدام مصطلح عادة usage ليتضمن مصطلح custom عرف، ونتيجة لانتشار الصياغة الأمريكية في مجال وضع النصوص على المستوى الدولي سواء عند صياغة العقد أو وضع لوائح منظمات التحكيم أو عند صياغة المعاهدات الدولية فإن استخدام مصطلح usage للتعبير عن العرف هو الأمر السائد<sup>2</sup>.

ويرى الفقيه الفرنسي Kassis Antoine أنه في القانون الإنجليزي نتحدث دائما عن العرف ونحن نفكر في العادة وعندنا (يقصد القانون الفرنسي) نتحدث عن العادة ونحن نفكر في العرف<sup>3</sup>، وقد انتهى Kassis Antoine إلى التسوية بين العرف والعادة حيث نزل بالعرف إلى مركز العادة وأطلق على العرف مصطلح العادات الاتفاقية Usages conventionnelles فحين يرى البعض الآخر من الفقه الفرنسي ضرورة إلغاء التفرقة بين العرف والعادة وصولا لنتيجة عكس نتيجة الفقيه Kassis Antoine حيث صعدوا بالعادة إلى مرتبة العرف حيث يتمتع كلاهما بالإلزام الذاتي<sup>4</sup>.

مما تقدم يتبين أن رغم وجود فروق عديدة بين العرف والعادة؛ إلا أن في التجارة الدولية تطور العادات التجارية جعلها تتمتع بنوع من الاستقرار جعل الممارسين لها يطمنون لاستخدامها خلال مختلف معاملاتهم التجارية الدولية وهذا ولد لديهم نوع من الشعور بالزامها

<sup>1</sup> محمد نادر إبراهيم، المرجع السابق، ص264.

<sup>2</sup> المرجع نفسه، ص ص275-276.

<sup>3</sup> KASSIS Antoine, Op.cit., P120.

<sup>4</sup> إنها الآراء التي ينسبها De Ly لكل من : Dupichot (J), De Callatay (E), Brussels, Bruylant, Béguin(J) : مشار إليه في الهامش رقم 4، محمد نادر إبراهيم، مرجع السابق، ص 263.

كالأعراف التجارية تماما؛ فانصهرت كل الفروق بينهما لتصبح الأعراف التجارية والعادات التجارية وجهان لعملة واحدة في المجال التجاري بصفة عامة أي انهما مترادفان، ومتى ذكرت العادات التجارية فالمقصود بها الأعراف التجارية؛ وحتى الاتفاقيات الدولية استعملت المصطلحين في نصوصها؛ وفي رأيي لتجنب أي جدل قد يقع عند تفسير نصوص الاتفاقيات إن كان يقصد بها الأعراف التجارية أم العادات التجارية. ومن خلال اطلاعي على العديد من المراجع والكتب التي تناولت موضوع التجارة الدولية، وتطرقت للأعراف التجارية والعادات التجارية وجدت أن أغلب الكتاب والفقهاء والقانونيين أصبحوا يستعملون المصطلحين كمترادفين دون أي تفرقة فيقولون العادات قاصدين بذلك الأعراف التجارية. وفي أغلب الوقت يذكرون العادات والأعراف التجارية على التوالي، والكثير من الاقتباسات التي استعنت بها اعتمدت على مصطلح العادات التجارية والمقصود كان الأعراف التجارية.

### 3/ الأعراف التجارية والمبادئ العامة للقانون

تعرف المبادئ العامة للقانون بأنها قاعدة أو قاعدة عامة ذات طبيعة غير قانونية، والتي يمكن استنباط القواعد القانونية منها<sup>1</sup>. وهناك من يرى أنها قاعدة قانونية تم إنشاؤها من خلال النص بعبارات عامة إلى حد ما، موجّهة لإلهام مختلف التطبيقات ومفروضة بسلطة عليا<sup>2</sup>، أما المبادئ العامة لقانون التجارة الدولية فيقصد بها كل القواعد التي لم تشتق من نظام قانوني وطني واحد ولكن كل القواعد التي اشتقت سواء من مقارنة القوانين الوطنية أو اشتقت مباشرة من المصادر الدولية كالاتفاقيات الدولية أو الاجتهاد القضائي للمحاكم الدولية<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> SANCHEZZ SAEZ Crystelle, Op.cit., P361.

<sup>2</sup> « une règle juridique établie par un texte en termes assez généraux destiné a inspiré diverses applications et imposant avec une autorité supérieure». Ibid., P361.

<sup>3</sup> GAILLARD Emmanuel, « la distinction des Principes Généraux du droit et des usages du commerce international», P204, www.academia.edu.

وتختلف الأعراف التجارية عن المبادئ العامة للقانون؛ في كون الأعراف التجارية تلقائية النشأة تخص مجتمع التجار ورجال الأعمال أي أنها موجهة لطائفة معينة ومحددة، أما المبادئ العامة للقانون فهي عبارة عن مبادئ عامة للقانون الخاص مقبولة بدرجة كافية لتشكل القانون المشترك للأمم، والاختلاف بين الأعراف التجارية والمبادئ العامة يعتبر اختلافاً في الأبعاد وليس في الطبيعة فكلاهما قواعد قانونية<sup>1</sup>، كما أن الأعراف التجارية كثيرة ومتنوعة بسبب نشوئها في أماكن كثيرة كمختلف الأسواق والمناطق التجارية، بينما المبادئ العامة للقانون محددة ومعينة ولا تختلف من منطقة لأخرى.

ويرى M.E LOQUIN أنه حسب طريقة نشوء كل من الأعراف التجارية والمبادئ العامة للقانون فإنه من الجانب الاصطلاحي لا يمكن التفرقة بينهما، فالأعراف التجارية والمبادئ العامة للقانون الدولي تعودان لنفس الظاهرة الأساسية وهي نشأتها من قانون بريتوري (droit prétorien) هذا القانون المستقل تماماً عن القوانين الوطنية<sup>2</sup>.

المبادئ العامة للقانون مبادئ مشتركة بين القوانين الوطنية المختلفة ولا تتمتع بخصوصية تكفل لها صفة الاستقلال عن هذه القوانين الوطنية، كما أنه من العسير استخلاص حل من المبادئ العامة في مجال العلاقات الاقتصادية الدولية<sup>3</sup>، عكس الأعراف التجارية التي أثبتت فعاليتها في تنظيم الكثير من المعاملات التجارية الدولية.

### المطلب الثاني: الطابع الرسمي للأعراف التجارية في قانون التجارة الدولية

تعتبر الأسباب المنشئة للقواعد القانونية في مجتمع معين مصدر القانون، والقاعدة القانونية كأي شيء آخر في الوجود لا يمكن أن تنشأ من عدم فلا بد من وجود سبب منشئ لها<sup>4</sup>. وتتعدد هذه الأسباب فمنها ما يمثل السبب الحقيقي أو الأساسي لنشوء قاعدة قانونية ما وبالتالي يصبح مصدراً رسمياً لها بدون منازع، بينما تتدخل أسباب أخرى بدرجة أقل وبشكل

<sup>1</sup> KASSIS Antoine, Op.cit., P520.

<sup>2</sup> GAILLARD Emmanuel, Op.cit., P209.

<sup>3</sup> أحمد حسني، المرجع السابق، ص94.

<sup>4</sup> سمير عبد السيد تناغو، النظرية العامة للقانون، منشأة المعارف، الإسكندرية، بدون سنة نشر، ص234.



محدود وغير فعال في إنشاء نفس القاعدة القانونية، فتعتبر مصادر تكميلية أو احتياطية أو تفسيرية لها.

أما فيما يخص قانون التجارة الدولية وأمام تعدد مصادره واختلاف الرأي حولها كثيرا خاصة تصنيفها وحصرها، فإن أغلب الفقه يرى أنها تصنف بصفة عامة إلى مصادر وطنية، مصادر دولية ومصادر خاصة، لكن دون تحديد المصدر الرسمي لهذا القانون حيث أن المصدر الرسمي لقانون التجارة الدولية يجب أن يستجيب لكل متطلبات التجارة الدولية بمختلف عقودها؛ ويجب أن يتوافق وبشكل خاص مع أهم الخصائص المميزة لهذا القانون والمتمثلة أساسا في طابعه الدولي وطبيعته المهنية، ومن هنا يمكننا أن نتساءل إن كانت الأعراف التجارية تلبى هذه المتطلبات والخصائص لتشكل مصدرا رسميا لقانون التجارة الدولية أم لا؟ ولإثبات ذلك لابد من إبراز مدى توافق الأعراف التجارية مع الطابع الدولي لقانون التجارة الدولية (الفرع الأول) ثم مدى توافق هذه الأعراف مع الطبيعة المهنية لقانون التجارة الدولية (الفرع الثاني) ثم مدى تداخل هذه الأعراف التجارية مع باقي مصادر قانون التجارة الدولية (الفرع الثالث).

### الفرع الأول: توافق الأعراف التجارية مع الطابع الدولي لقانون التجارة الدولية

عرف قانون التجارة الدولية خلال العصور الوسطى بين القرنين الحادي عشر والسادس عشر مرحلة عرفية، حيث ظهرت خلال هذه الفترة عادات وأعراف أنشأها التجار بمعزل عن السلطة المحلية؛ واكتسبت الصفة الدولية التي ظهر فيها المولد الحقيقي للقانون التجاري كمجموعة من القواعد تعارف على تطبيقها التجار في غرب أوروبا وحوض البحر الأبيض المتوسط وجمهورية شمال إيطاليا والمدن الكبرى، ليكتسب القانون التجاري في هذه المرحلة طابعا دوليا وموحدا<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> عمر سعد الله، المرجع السابق، ص ص 41-42.

نشأت العادات والأعراف التجارية الدولية بطريقة تلقائية من أجل تنظيم الروابط التعاقدية ذات الطابع الدولي، وهي تنطوي على قواعد موضوعية وضعت خصيصاً لتنظيم العلاقات القائمة في المجتمع الدولي للتجارة والأعمال فهي قواعد غير وطنية تهدف إلى تنظيم الروابط الخاصة بالتجارة الدولية وتستجيب على هذا النحو إلى أهدافها ومتطلباتها<sup>1</sup>.

يبدو أن الأعراف التجارية ظهرت تلقائياً ولكنها في حقيقة الأمر من وضع التجار كحلول للكثير من القضايا والمسائل التي تعرقل السير الحسن لتجارتهم، وهم من قاموا بنشرها من خلال نقلها بين مختلف التجمعات والأسواق فوجدوا أنها تتكيف بسهولة مع جميع معاملاتهم التجارية؛ حيث لم تلق أي نوع من المعارضة في أي مكان فأصبحت تتميز بسرعة الاعتماد، وحتى في بعض الحالات أو الوضعيات التجارية التي قد لا تتناسب معها الأعراف التجارية السارية فإن التجار يسارعون للعمل على تعديلها وتكييفها أو خلق أعراف تجارية جديدة مناسبة أكثر تتلاءم مع هذه الحالات وهذا بفضل المرونة الكبيرة التي تميزها والتي تسمح لها بمواجهة أي وضع جديد والتأقلم معه.

واستمرار التجار في استخدام الأعراف التجارية بين مختلف المناطق التجارية وإصرارهم عليها لمدة طويلة رغم ظهور أنظمة أخرى دليل على أن الأعراف التجارية تلبى جميع متطلباتهم التجارية وتتناسب كل معاملاتهم ولا تشكل أي عائق لهم في كل المناطق التجارية التي يتعاملون بها؛ وهذا أكسبها طابعاً دولياً وجعلها الأنسب لتسيير كل المعاملات التجارية الدولية لذا فالأعراف التجارية تتوافق بشكل واضح مع دولية قانون التجارة الدولية.

#### الفرع الثاني: توافق الأعراف التجارية مع الطبيعة المهنية لقانون التجارة الدولية

صحيح أن الأعراف التجارية تلقائية النشأة ولكنها في حقيقة الأمر جاءت تلبية لحاجات ورغبات التجار لإيجاد الحلول لمختلف ما يعرقل معاملاتهم التجارية الدولية، لذا فالتجار هم من خلقوا هذه الأعراف التجارية كقواعد تحكم مختلف معاملاتهم التجارية

<sup>1</sup> نقلاً عن احمد حسني سليم، المرجع السابق، ص 122.

الدولية؛ فهم الأدرى والأعلم بكل خبايا وأسرار هذه المعاملات وهم الأقدر على تحديد ما يتوافق معها من أحكام وقواعد. واستمرارهم في استخدام هذه الأعراف التجارية دون أي تفكير في التخلي عنها يدل على تلبيتها لجميع متطلبات تجارتهم الدولية، والثابت أن العادات والاعراف المهنية نشأت قديما في مجتمعات التجار واعتادوا عليها في مبادلاتهم التجارية فاستقرت في العمل واكتسبت العنصر المعنوي لاعتبارها مصدرا للقانون<sup>1</sup>. كما أن المتعاملين بالتجارة الدولية من تجار وشركات اقتصادية كبرى كالشركات متعددة الجنسيات والتي تسمى بالعبارة للقارات يرتاحون إلى الخضوع لمثل هذه القواعد العرفية التي صنعوها بأنفسهم لتلبي لهم حاجاتهم ومصالحهم المشتركة، فهي قواعد يعرفونها مسبقا، ويأمنون للعمل بمقتضاها ويجدون فيها الأمان الذي ينشدونه<sup>2</sup>.

برغم تعدد مصادر قانون التجارة الدولية واختلاف أحكامه وتنوعها إلا أن الغالبية الساحقة من قواعده نشأت كعادات وأعراف درج عليها التجار قبل أن تصبح نصوصا مكتوبة، وأصبحت الأساس الأول لقانون التجارة الدولية لكونها تأخذ صفة القاعدة القانونية إذ تنظم العلاقات التي تجري بين أشخاص ينتمون إلى وسط تجاري معين وبهذا فهي مصدر لهذا القانون وسلفه القانون التجاري<sup>3</sup>، وهذا ما جعل العادات التجارية أو القانون المهني يحتل النصيب الأوفر في تشييد قانون التجارة الدولية<sup>4</sup>.

وتشكل الأعراف التجارية لدى الفقه المناصر لنظرية قانون التجارة أساس النظام القانوني الجديد والخاص بالتجارة الدولية، ذلك لأن قواعده هي الأقدر على تحقيق الملاءمة بين نصوص القانون وبين الظروف الواقعية المتغيرة، كما أنها تأتي في الأصل عن طريق النشاط العفوي والتلقائي لممارسي التجارة الدولية لتقرر حلولا تتلاءم مع مقتضيات كل فرع

<sup>1</sup> أحمد السعيد الزقرد، المرجع السابق، ص 27.

<sup>2</sup> أحمد حسني سليم، المرجع السابق، ص 128.

<sup>3</sup> عمر سعد الله، المرجع السابق، ص 86.

<sup>4</sup> حبيب ثروت، المرجع السابق، ص 369.

من فروع التجارة<sup>1</sup>، وبصفة عامة الأعراف التجارية وليدة المجتمعات التجارية والمهنية لذا فمن الطبيعي أن تتلاءم معها بشكل تام.

من خلال ما تقدم نرى أن الأعراف التجارية ومنذ ظهورها لعبت دورا هاما في خلق قانون التجارة الدولية، فهي الأسبق في الظهور ولمدة طويلة انفردت بتنظيم مختلف المعاملات التجارية الدولية بطابع عرفي بحت قبل ظهور فكرة قانون التجارة الدولية، فمن الطبيعي أن تشكل أساسه وتساهم بشكل كبير في إنشائه، لتصبح مصدرا له ولا زالت تساهم وبشكل كبير في تحديد قواعده وتطويرها، والدليل على ذلك استمرار التجار في استخدامها والاستعانة بها في مختلف معاملاتهم التجارية الدولية وعدم استيائهم منها، وهذا لما وجدوه فيها من ملاءمة وتناسب مع التجارة الدولية لأنها تستجيب لكل مسائلها، ورغم ما عرفه قانون التجارة من تغير وتطور منذ ظهوره إلا أن الأعراف التجارية لا زالت تتوافق مع دوليته وتتناسب مع طابعه المهني؛ لذا فإنها الأنسب لتكون مصدرا رسميا له، وهذا ما سنحاول تأكيده من خلال التطرق لباقي مصادر قانون التجارة الدولية مع محاولة معرفة إن كان هناك أي علاقة للأعراف التجارية بهذه المصادر.

### الفرع الثالث: تداخل الأعراف التجارية مع مصادر قانون التجارة الدولية

بالنظر إلى المكانة التي تحتلها الأعراف التجارية في إنشاء قانون التجارة الدولية فإنها في تداخل أيضا مع باقي مصادره عند تطبيقها من قبل الفاعلين في التجارة الدولية، ويظهر هذا التداخل بالنسبة للمصادر الوطنية (أولا) والدولية (ثانيا) والمصادر الخاصة (ثالثا).

#### أولا: تداخل الأعراف التجارية مع المصادر الوطنية لقانون التجارة الدولية

يتميز قانون التجارة الدولية بمصادر متعددة ومختلفة منها المصادر الوطنية؛ فأمام صعوبة تنظيم المعاملات التجارية الدولية حرصت بعض البلدان على وضع تشريعات قانونية خاصة بالتجارة الدولية.

<sup>1</sup> بن أحمد الحاج، المرجع السابق، ص50.

هذه التشريعات الوطنية تختلف من دولة لأخرى ومن أجل معرفة مدى تأثيرها على قانون التجارة الدولية يجب في البداية التطرق لاعتبار القوانين الوطنية مصدر من مصادر قانون التجارة الدولية (1) ثم التطرق لعدم اعتبار هذه المصادر مصدرا رسميا لقانون التجارة الدولية (2) وفي الأخير التطرق لعلاقة هذه المصادر بالأعراف التجارية(3).

### 1/ اعتبار القوانين الوطنية مصدر لقانون التجارة الدولية

تخضع التجارة الدولية على الصعيد الوطني لقوانين الاستيراد والتصدير والجمارك وقوانين نقل التكنولوجيا والخدمات المالية والاستشارية، والنقل البحري والجوي والترانزيت. وتتصل التجارة الدولية إلى جانب القواعد المنظمة لها في القانون التجاري أو القواعد الخاصة بها بما يعرف بتشريعات التجارة الخارجية<sup>1</sup>. والتجارة الدولية من المنظور الداخلي تعبر عن عملية الاستيراد والتصدير بمعنى التجارة الخارجية<sup>2</sup>.

ومن جانب آخر فإن وجود العنصر الاجنبي في العلاقات التجارية الدولية رجح القانون الدولي الخاص لتنظيم هذه العلاقات لأنه هو الذي يعنى بتنظيم الحياة الخاصة الدولية، بتحديد القواعد القانونية الواجبة التطبيق على الأفراد بشأن العلاقات القانونية الدولية أي العلاقات المتضمنة عنصرا أجنبيا<sup>3</sup>، وهذا القانون يولي أهمية كبيرة لمنهج تنازع القوانين فهو يعتمد أساسا على تعيين القانون الأنسب للتطبيق على العلاقة التعاقدية التي تتوفر على العنصر الأجنبي متى نشأ عنها أي نزاع أي أنه يعتمد على قواعد الإسناد.

ومن المعلوم ان كل دولة تضع قواعد قانونية للإسناد تقتصر وظيفتها على ترجيح أحد القوانين المتزاحمة لحكم العلاقة محل النزاع وفقا لضوابط ثابتة ومحددة لكل فئة من المراكز والعلاقات المتضمنة عنصرا أجنبيا، كإخضاع الأهلية لقانون الجنسية والعقار لقانون

<sup>1</sup> عمر سعد الله، المرجع السابق، ص 32.

<sup>2</sup> أمحمد بريدة غزبول، المرجع السابق، ص 9.

<sup>3</sup> حفيفة السيد، الموجز في القانون الدولي الخاص، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2004، ص 05.

موقعه... إلخ، لهذا تم تشبيه هذا القانون بمكتب الاستعلامات الذي يتولى وظيفة الإرشاد إلى القانون الواجب التطبيق دون أن يعطي الحل الموضوعي للنزاع<sup>1</sup>، ورغم اهتمام القانون الدولي الخاص بالعلاقات الدولية إلا أنه في الحقيقة يعتبر قانونا وطنيا بحتا فلكل دولة قانونها الدولي الخاص؛ وهذا ما يجعل القانون الدولي الخاص أنسب للعلاقات والمعاملات الوطنية ذات العنصر الاجنبي إلا أنه لا يتلاءم بشكل تام مع الطبيعة الدولية البحتة للتجارة الدولية ومن الصعب تطبيقه عليها.

ويمكن القول أن منهج التنازع يفتقر إلى الروح الدولية، كما أن قواعد الإسناد يلاحظ عليها من ناحية أولى أنها قواعد لا فائدة منها إلا إذا رفعت بشأن العلاقة دعوى أمام القضاء، وبالتالي فإنها تفتقد للوظيفة الوقائية والحيلولة دون وقوع النزاع، ولا شك أن قاعدة تنعدم فائدتها قبل وقوع النزاع تعتبر أمرا مثيرا للقلق وتدعوا احيانا لهجرها بحسبها لا تتفق ومقتضيات الاستقرار والتوقع الذي تتطلبه عقود التجارة الدولية<sup>2</sup>.

كما أن تطبيق منهج التنازع على التجارة الدولية يجعلها تخضع إلى منهج معصوب العينين من حيث أساسه أو نتيجته؛ فمن حيث أساسه لأنه يفترض أن العلاقات ذات الطابع الدولي وقبل كل شيء من علاقات القانون الخاص التي لا تختلف في جوهرها عن العلاقات الوطنية، ومن حيث النتيجة لأنه يقود في النهاية وبطريقة جامدة إلى أعمال قواعد قانون دولة ما دون اهتمام بمضمون هذا القانون وقواعده ومدى ملاءمتها للعقد محل النزاع وصفته الدولية، وتلك القواعد تكونت غالبا بمقتضى مبادلات تجارية وطنية تخلو من العنصر الاجنبي وهو ما يجعل عدم الملاءمة احتمالا محقق الوقوع حيث لا يمكن التعرف على ما يقره هذا القانون من نتائج إلا بعد انتهاء تعيينه، مما لا يترك المجال للأخذ في الاعتبار عدالة النتيجة<sup>3</sup>، لذا حاولت بعض البلدان إيجاد حلول لتعقيدات القانون الدولي الخاص الذي

<sup>1</sup> عبد الله فاضل حامد، القواعد الآمرة وتطبيقاتها على العقد الدولي، دار قنديل للنشر والتوزيع، عمان، 2015، ص 13.

<sup>2</sup> نقلا عن محمد احمد أبراهيم محمود، المرجع السابق، ص 69.

<sup>3</sup> المرجع نفسه، ص 70.

يصعب الاعتماد عليه لتنظيم التجارة الدولية؛ وذلك من خلال إصدار تشريعات وطنية خاصة بالتجارة الدولية يسهل تطبيقها على مختلف المعاملات التجارية الدولية التي تخص أفرادها وتتم على أراضيها، فإذا ما قضت قواعد التنازع بتطبيق قانون وطني وجد أطراف النزاع بانتظارهم قانونا وإن كان وطنيا فقد أعد لمواجهة حاجات التجارة الدولية<sup>1</sup> ونذكر من هذه القوانين:

### أ/ العادات التجارية اليوغوسلافية

بعد نهاية الحرب العالمية الثانية لم تنظم يوغوسلافيا إلى تجمع دول أوروبا الشرقية ذات الاقتصاد المخطط بزعامة الاتحاد السوفياتي، وقامت بإلغاء مجموعة القوانين والنظم السائدة من قبل؛ وذلك من خلال إقرار أصدرته رئاسة مجلس التحرير الوطني في 03 فبراير سنة 1945 ووضعت مجموعة من التشريعات في مختلف الميادين<sup>2</sup>.

كما قامت المحكمة الاقتصادية العليا في 18 يناير 1954 بإصدار المجموعة المسماة الأعراف العامة الخاصة بتبادل البضائع؛ ورغم أنها عبارة عن سجل للعادات التجارية لكنها تعتبر تقنيا طيبا لقواعد القانون المدني أو التجاري تقوم على القواعد المقبولة عالميا بصدد التجارة الخارجية، وتطبق على المعاملات التجارية الخاصة متى كان أحد طرفي التعامل شخصا يوغوسلافيا وكان القانون اليوغوسلافي هو الواجب التطبيق، أو قبل الطرفان التحكيم أمام محكمة التحكيم اليوغوسلافية للتجارة الخارجية وما لم يستبعد الطرفان أحكام هذه القواعد كلها أو بعضها<sup>3</sup>.

### ب/ التقنين الألماني الخاص بالعقود الاقتصادية الدولية

صدر هذا التقنين في ألمانيا الديمقراطية في 05 فيفري 1976، أين اشتمل على العديد من القواعد المادية التي تعنى بالمشاكل التي تثار بصدد العقود التي تتم في مجال

<sup>1</sup> نادر محمد إبراهيم، المرجع السابق، ص36.

<sup>2</sup> حبيب ثروت، المرجع السابق، ص87.

<sup>3</sup> المرجع نفسه، ص ص87-88.

التجارة الدولية سواء من حيث إبرامها والالتزامات الناشئة عنها أو من حيث كيفية الوفاء بها وحكم التأخير في ذلك<sup>1</sup>.

### ج/ التقنين التشيكي للتجارة الخارجية

المشرع التشيكي اصدر قواعد خاصة لتحكم روابط التجارة الخارجية في ثلاث تشريعات سنة 1963 وأصبحت نافذة في 01 ابريل 1964 وتتمثل في<sup>2</sup>:

- القانون رقم 97 لسنة 1963 الخاص بقواعد القانون الدولي الخاص والتنازع القضائي.  
- القانون رقم 98 لسنة 1963 الخاص بالتحكيم في العلاقات التجارية الدولية، وتنفيذ أحكام المحكمين.

- القانون رقم 101 لسنة 1963 الخاص بالروابط القانونية في نطاق العلاقات التجارية الدولية ويسمى تقنين التجارة الدولية.

وتطبق أحكام هذا القانون على الروابط التجارية الدولية متى رغب الطرفان في عقد دولي إخضاع علاقتهما لقواعد القانون التشيكي، أو متى كان القانون التشيكي هو الواجب التطبيق وفقا لقواعد الاسناد؛ فهو المقصود حين تجري الإشارة إلى القانون التشيكي في هذا المجال وليست قواعد القانون المدني أو الاقتصادي، وقد تأثر هذا القانون بأحكام القانون الموحد للبيع الدولية للمنقولات المادية الذي اقرته اتفاقية لاهاي لسنة 1964، كما يسمح بالأخذ بالعادات التجارية المتبعة عالميا<sup>3</sup>.

### 2/ عدم اعتبار التشريعات الوطنية مصدرا رسميا لقانون التجارة الدولية

الكثير من الفقهاء لا يعتبرون قواعد القانون الوطني مصدر من مصادر قانون التجارة الدولية وذلك لتأثيرها غير المباشر على قواعد التجارة الدولية<sup>4</sup>، فانتماء الممارسين للتجارة

<sup>1</sup> بلاق محمد، حدود مساهمة القواعد المادية في حل منازعات التجارة الدولية، اطروحة دكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2015-2016، ص102.

<sup>2</sup> حبيب ثروت، المرجع السابق، ص89.

<sup>3</sup> المرجع نفسه، ص ص89-90.

<sup>4</sup> محمود فياض، المرجع السابق، ص ص18-19.



الدولية لعدة أنظمة قانونية مختلفة جعل الفقه يؤكد أن التجارة الدولية لا تجد أحسن الظروف لنموها إلا إذا فلتت من قيود واختلاف التشريعات والقوانين الوطنية<sup>1</sup> و يقصد بذلك القانون الدولي الخاص.

كما أن التطور الكبير الذي تشهده التجارة الدولية يجعل عقودها تصنف مع العقود الحديثة حيث أصبحت هذه العقود الأداة الفنية لتبادل الثروات عبر الحدود، فتتوعد أنماطها وبسبب هذا التنوع والتركيب المعقد فإنه ليس من السهل تصنيفها بين التصرفات المألوفة التي تخضع للقوانين الوطنية<sup>2</sup>. هذا ما يبين صعوبة تطبيق قواعد القانون الدولي الخاص باعتباره قانون وطني على عقود التجارة الدولية أو التجارة الدولية بصفة عامة، خاصة وأن القانون الدولي الخاص يعتمد على منهج التنازع؛ وما يؤكد ذلك ما آثره الفقه من عيوب وآفات تشوب قواعد منهج التنازع التي أحدثت انقلاباً عليه في علم القانون الدولي الخاص، وحسب رأي الكثير من الفقهاء لا بد من تدويل أو تطوير القواعد التقليدية أو حتى ابتداع قواعد دولية جديدة تتميز بسرعة كبيرة في تقديم الحلول وتكفل خروجاً واضحاً من تعقيدات العمليات الفنية التي يتميز بها القانون الدولي الخاص<sup>3</sup>.

وقد أدى تطبيق القانون الدولي الخاص إلى ظهور الكثير من العيوب عند تطبيقه على العلاقات التجارية الدولية نذكر منها:

أ- التعقيد المفرط لمنهج قواعد التنازع: حيث يعتبر هذا المنهج من أكثر المناهج صعوبة حتى على القضاة وهذا ما جعل الفقيه بروسية يصفه بلغة لم تألفها الدراسات القانونية بالقول «**بأنه مستنقع كئيب يسكنه علماء غريبو الأطوار يدرسون مسائل غامضة مستخدمين تعبيرات ومصطلحات يستعصى فهمها**»<sup>4</sup>، وهذا لا يناسب المعاملات التجارية

<sup>1</sup> عبد الكريم أحمد سلامة، قانون العقد الدولي، دار النهضة العربية، مصر، بدون سنة نشر، ص 17.

<sup>2</sup> المرجع نفسه، ص 15.

<sup>3</sup> بلاش ليندة، إخضاع العقد الدولي للقواعد الموضوعية، أطروحة دكتوراه علوم قانونية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2017، ص 12.

<sup>4</sup> المرجع نفسه، ص 18.

الدولية التي تحتاج لقواعد سريعة في الاعتماد، وبسيطة يمكن أن يفهما بسهولة كل المتعاملين بها خاصة التجار.

ب- تعتبر قواعد القانون الدولي الخاص المتعلقة بتنازع القوانين قواعد عسيرة الفهم على رجال القانون أنفسهم وتختلف من دولة لأخرى مما يثير الكثير من الشك<sup>1</sup>؛ وهذا يتنافى تماما مع التجارة الدولية التي تتطلب الكثير من السرعة والدقة والثقة والأمان في نفس الوقت.

ج- إن إعمال قواعد التنازع على التجارة الدولية يعود إلى إرادة المنظم الوطني لتحديد القانون الذي سوف يحكم النزاع إذا لم يحدد المتعاقدان هذا القانون أو تعذر عليهما معرفة القانون الذي سوف يطبقه القاضي إذا ثار نزاع بينهما ما يؤدي إلى إشاعة القلق في التعامل التجاري الدولي، وإلى استشعار رجال التجارة الدولية الحاجة إلى قواعد قانونية جديدة تكون مناسبة أكثر<sup>2</sup>، مع رفضهم الخضوع للقواعد والنصوص القانونية التي تقف حاجزا أمام تطورهم وتوسعهم إلا على سبيل الحماية أو احترام النظام العام<sup>3</sup>، وهذا ما يبين افتقار منهج التنازع للأمن واليقين القانوني<sup>4</sup>. كل هذه الصعوبات جعلت الممارسين للتجارة الدولية يبتعدون عن مناهج التنازع.

وأمام صعوبة تنظيم العقود التجارية الدولية وهروبا من مناهج التنازع مع خصوصية العلاقات الاقتصادية الدولية التي تحتم تحرير هذه العقود من هيمنة النظم القانونية الوطنية، إلا أن هذا لا يعني أن هذه العقود قد أصبحت في فراغ قانوني بل أنها تدخل في نطاق

<sup>1</sup> محمد نصر محمد، أحكام القانون الدولي العام في فسخ العقود الدولية، المرجع السابق، ص 12.

<sup>2</sup> المرجع نفسه، ص 12.

<sup>3</sup> إرزيل الكاهنة، «عن إخضاع عقد الأعمال للقانون»، مجلة القانون والعلوم السياسية، المجلد 10، العدد 01،

أفريل 2019، ص 43.

<sup>4</sup> بلاش ليندة، المرجع السابق، ص 25.

سريان قانون آخر ليس من صنع الدولة بل صادر من المجتمع الذي نشأت فيه هذه العلاقات الاقتصادية<sup>1</sup>.

هذا التحرير للعقود التجارية الدولية أدى إلى ظهور ما يعرف بالعقد بدون قانون والذي رافقه الكثير من الجدل لتحديد المقصود بتحرره وعدم خضوعه لأي قانون حيث تعرف الأستاذة LENA GANAGE العقد بدون قانون بأنه **عقد لا يخضع لأي قاعدة قانونية بحيث النظام القانوني يركز فقط على الشروط التعاقدية ويعني ذلك إرادة الأطراف** وتعرفه أيضا بأنه **عقد لا يخضع لأي قانون وطني ولكن على الرغم من ذلك تحكمه قواعد قانونية غير وطنية كالأعراف التجارية، المبادئ العامة للقانون وقانون التجار**<sup>2</sup>.

إذن فالعقد بدون قانون هو عقد لا يقصد به أنه لا يخضع على الإطلاق لكل القوانين والقواعد القانونية ولكن لا يخضع للقوانين الوطنية فقط وهذا لأنها أثبتت تقصيرها عند تنظيمه، وفي هذا الإطار ترى محكمة النقض الفرنسية في حكم للمراسلات البحرية أن **العقد بدون قانون عقد مفصول عن أي قانون وطني حيث أن النظام سيقصر فقط على الشروط التعاقدية**<sup>3</sup>.

إن فكرة العقد دون قانون التي هيمنت على العقود التجارية الدولية تجد أساسها في حرية أطراف العقد في عدم الخضوع لأي نظام قانوني تابع لدولة ما، وهذا يؤدي لامحالة إلى إقصاء كل قانون قابل للتطبيق على العقد بفرض قانون الأطراف وليس قانون الدولة<sup>4</sup>. وخضوع العقود التجارية الدولية لفكرة العقد دون قانون يؤكد بشكل قاطع أن القوانين والتشريعات الوطنية غير مناسبة للتجارة الدولية ولا تلبى متطلباتها وهذا يؤكد أنها لا يمكن

<sup>1</sup> محمد محمود ياقوت، حرية المتعاقدين في اختيار قانون العقد الدولي بين النظرية والتطبيق، منشأة المعارف، الاسكندرية، 2000، ص 366.

<sup>2</sup> SABOURIN Frédérique, « le contrat sans loi en droit international privé canadien », revue québécoise de droit international, 19.2, 2006, P 37.

<sup>3</sup> GANAGE Léna, «Le contrat sans loi en droit international privé », electronic journal of comparative law, vol 11-3, decembre2007, http : www.ejcl.org, P1.

<sup>4</sup> إرزيل الكاهنة، « عن إخضاع عقد الأعمال للقانون »، المرجع السابق، ص 44.

أن تشكل المصدر الرسمي لقانون التجارة الدولية الذي كان الهدف الاساسي لوضعه هو تنظيم التجارة الدولية لتناسبه معها ومع عقودها التجارية الدولية وهذا ما لا يتوفر في مصادره الوطنية.

### 3- علاقة الأعراف التجارية بالمصادر الوطنية لقانون التجارة الدولية

نلاحظ أن بعض هذه التشريعات الوطنية الخاصة بالتجارة الدولية اعتمدت على الأعراف التجارية، وهذا ما حدث مع العادات التجارية اليوغوسلافية فهي عبارة عن سجل للعادات التجارية، وكذلك التقنين التشيكي للتجارة الخارجية الذي يسمح بالأخذ بالعادات التجارية المتبعة عالميا، وهذا يبين أن أصل هذه التشريعات هو الأعراف التجارية.

هذا ما يبين أن الأعراف التجارية تلعب دورا هاما في إنشاء وتكوين هذه التشريعات الوطنية الخاصة بالتجارة الدولية، إذن فالأعراف التجارية تعتبر مصدرا رسميا للكثير من التشريعات الوطنية التي حاولت تنظيم التجارة الدولية، لذا فمن البديهي أن تشكل المصدر الرسمي لقانون التجارة الدولية بدون منازع، ولا يتوقف الامر هنا فالأعراف التجارية يمكن ان تؤثر على القاعدة القانونية بصفة عامة فمن المعروف أن العرف هو أقدم مصادر القاعدة القانونية، وقد اختلفت الأنظمة القانونية في ترتيبه كمصدر للقانون فنجد القوانين الأنجلو سكسونية تجعله المصدر الأول والأساسي للقانون بدون منازع، بينما القوانين اللاتينية فإنها تفضل التشريع وتعتبره المصدر الأول لقوانينها ثم يليه العرف، بينما بعض الدول الإسلامية فإنها تجعل العرف مصدراً لقوانينها بعد التشريع وبعد مبادئ الشريعة الإسلامية .

ف نجد مثلا المشرع المصري ينص في المادة الأولى من القانون المدني المصري

«1- تسري النصوص التشريعية على جميع المسائل التي تتناولها هذه النصوص في

لفظها أو في فحواها، 2 - فإذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه حكم القاضي

بمقتضى العرف، فإذا لم يوجد فبمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية، فإذا لم يوجد فبمقتضى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة»<sup>1</sup>.

وينص المشرع الجزائري في المادة الأولى من القانون المدني الجزائري « يسري القانون على جميع المسائل التي تتناولها نصوصه في لفظها أو في فحواها، وإذا لم يوجد نص تشريعي حكم القاضي بمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية، فإذا لم يوجد فبمقتضى العرف، فإذا لم يوجد فبمقتضى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة»<sup>2</sup>.

المشرع الجزائري أقر العرف كمصدر له بعد التشريع، وبعد مبادئ الشريعة الإسلامية، عكس المشرع المصري الذي قدمه على مبادئ الشريعة الإسلامية.

وينص كذلك المشرع الجزائري في المادة رقم 1 مكرر من القانون التجاري الجزائري « يسري القانون التجاري على العلاقة بين التجار، وفي حالة عدم نص فيه، يطبق القانون المدني وأعراف المهنة عند الاقتضاء»<sup>3</sup>؛ ويتضح من نص المادة المكانة الهامة للأعراف التجارية كمصدر للقانون التجاري.

إن اعتبار العرف أحد مصادر القاعدة القانونية يجعله يلعب دوراً هاماً في ولادة ونشوء القاعدة القانونية تارة، وفي تفسيرها تارة أخرى وإزالة كل الغموض الذي يسودها أو إزالة نقص في حكم هذه القواعد؛ وبعبارة أخرى القاعدة العرفية تلعب دوراً منشئاً ودوراً آخر كاشف في حياة القاعدة القانونية<sup>4</sup>، وقد اختلفت الأنظمة القانونية في تبني أدوار العرف فنجد فالقوانين الأنجلو سكسونية تعتبر العرف منشئاً لكل القواعد القانونية، أما القوانين

<sup>1</sup> المادة 1 من القانون المدني المصري رقم 131 لسنة 1948، متاح على الموقع الإلكتروني:

[www.tantawylaw.com](http://www.tantawylaw.com) ( تاريخ الولوج إلى الموقع: 21 جانفي 2017 ).

<sup>2</sup> المادة الأولى من الأمر 75-58 مؤرخ في 26 سبتمبر سنة 1975، يتضمن القانون المدني، معدل ومتمم إلى غاية سنة 2007. أنظر الموقع الإلكتروني للأمانة العامة للحكومة: [www.joradp.dz](http://www.joradp.dz)

<sup>3</sup> المادة 01 مكرر من الأمر رقم 75-58، المصدر السابق.

<sup>4</sup> الخزاعي صفاء متعب فجة، « العرف في حياة القاعدة القانونية، دراسة مقارنة في النظم الوضعية » ، مجلة الكوفة للعلوم القانونية والسياسية، مجلد10، عدد31، 2017، ص 198 .

اللاتينية فإن العرف يلعب فيها دوره الكاشف لغموض القاعدة القانونية، لأن التشريع لا يحيط بكل دقائق التطورات الاجتماعية فبمعونة الأعراف والعادات يمكن أن تحقق هذه التشريعات العدالة<sup>1</sup>.

لكن هذا التأثير للعرف على القاعدة القانونية، هل يمتد إلى التشريع بصفة عامة وفي كل الاحوال والظروف أم لا؟ إن هذا التدخل للعرف يساهم في سد الفراغ التشريعي؛ فعندما لا يجد القاضي نصا تشريعا يستند إليه لتحصيل الحكم القانوني للفصل في قضية ما فإنه يلجأ للعرف باعتباره مصدرا رسميا جعله المشرع احتياطيا يأتي بعد التشريع وأحيانا بعد التشريع وبعد مبادئ الشريعة الإسلامية، وهذا يجعل العرف ينشئ الحكم القانوني كالقاعدة التشريعية، إلا أنه لم يسن بنفس الطريقة التي يصدر بها التشريع<sup>2</sup>، وفي بعض الأحيان يهتدي القاضي إلى النص التشريعي الذي يمكن أن يحكم به لكنه عند تطبيقه قد يواجه فراغا في أمور يستلزمها ذلك التطبيق، أو قد يحتاج لأجل سلامة تطبيقه إلى ضبط صياغته أو تفسير<sup>3</sup> ألفاظه وهنا يستعين القاضي بالعرف<sup>4</sup>.

مما تقدم يتبين أن العرف يؤثر بشكل فعال في القاعدة القانونية، فهو يلعب دورا هاما في إنشائها وبشكل أحد مصادرها، كما يلعب دورا آخر في تكملتها وسد ما يشوبها من نقصان عند تطبيقها وأحيانا يتدخل لتفسيرها وإزالة ما يحيطها من غموض وهذا يؤكد التدخل الفعال للأعراف التجارية في المصادر الوطنية لقانون التجارة الدولية.

<sup>1</sup> الخزاعي صفاء متعب فجة، المرجع السابق، ص 202.

<sup>2</sup> طارق عبد الرزاق شهيد الحمامي، « دور العرف في سد الفراغ التشريعي »، مجلة المحقق الحلى للعلوم القانونية والسياسية، العدد الثاني، السنة التاسعة، 2017، ص 727 .

<sup>3</sup> التفسير: التفسير عمل يسبق التطبيق وعليه يتعدى تطبيق القاعدة القانونية قبل تفسيرها خاصة إذا كانت ذات مدلول غامض من الصعب الاهتداء إليه، عمار بوضياف، المرجع السابق، ص 265.

<sup>4</sup> طارق عبد الرزاق شهيد الحمامي، المرجع السابق، ص 727 .

ثانيا: تداخل الأعراف التجارية مع المصادر الدولية لقانون التجارة الدولية

قبل معرفة كيف يمكن للأعراف التجارية أن تتداخل مع المصادر الدولية لقانون التجارة الدولية؛ سنحاول بداية التعرف على هذه المصادر الدولية باعتبارها من مصادر قانون التجارة الدولية (1) ثم نتطرق لعلاقتها بالأعراف التجارية (2).

### 1/ القانون الدولي العام مصدر لقانون التجارة الدولية

تتمثل المصادر الدولية لقانون التجارة الدولية في القانون الدولي العام والذي يعرف بأنه مجموعة القواعد القانونية التي تنظم العلاقات بين الدول وتحكم نشاطاتها المختلفة<sup>1</sup>، كما يعرف كذلك بأنه مجموعة القواعد العرفية والاتفاقية التي تعتبرها الدول ملزمة في علاقاتها المتبادلة<sup>2</sup>.

وبالرجوع إلى نص المادة 38 الفقرة الأولى من النظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية يمكن تحديد مصادر القانون الدولي العام حيث نصت « على أن وظيفة المحكمة أن تفصل في المنازعات التي ترفع إليها وفقا لأحكام القانون الدولي وهي تطبيق في هذا الشأن: أ- الاتفاقيات الدولية العامة والخاصة.

ب- العادات الدولية المرعية والمعتبرة بمثابة قانون دل عليه تواتر الاستعمال.

ج- مبادئ القانون العامة التي أقرتها الأمم المتحدة.

د- أحكام المحاكم و مذاهب كبار المؤلفين، ويعتبر هذا أو ذاك مصدرا احتياطيا لقواعد القانون و ذلك مع مراعاة أحكام المادة 59»<sup>3</sup>.

من خلال نص المادة نجد المصادر الرسمية للقانون الدولي هي:

- الاتفاقيات الدوائية.

- العرف الدولي.

<sup>1</sup> كمال زغوم، مصادر القانون الدولي، دار العلوم للنشر والتوزيع، عنابة، بدون سنة نشر، ص6.

<sup>2</sup> نقلا عن جمال عبد الناصر مانع، القانون الدولي العام المدخل والمصادر، الجزء الأول، دار العلوم للنشر والتوزيع، عنابة، بدون سنة نشر، ص13.

<sup>3</sup> المادة 38 من النظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية، متاح على موقع محكمة العدل الدولية: [www.icj-cij.org](http://www.icj-cij.org)

- مبادئ القانون العامة.

من نص المادة يتضح أن العرف الدولي يحتل مكانة مرموقة في القانون الدولي العام باعتباره أحد مصادره الرسمية.

وسنحاول فيما يلي التطرق لهذه المصادر المتمثلة في الاتفاقيات الدولية (أ) والمبادئ العامة للقانون (ب) باعتبارها من مصادر قانون التجارة الدولية.

### أ/ الاتفاقيات الدولية كمصدر لقانون التجارة الدولية

مست الاتفاقيات الدولية أو المعاهدات الدولية كل المجالات ومنها المجال التجاري الدولي والمعاهدة بصفة عامة اتفاق يبرم بين شخصين أو أكثر من أشخاص القانون الدولي بقصد إحداث آثار قانونية، ويخضع لأحكام القانون الدولي سواء تم هذا الاتفاق في وثيقة واحدة أو أكثر وأيا كانت التسمية التي تطلق عليه، فيمكن تسمية المعاهدة بالاتفاقية (convention) أو بالاتفاق (Accord)؛ إلا أن التخصص في التسمية ليس له نتيجة عملية حيث مؤدى هذه الألفاظ جميعها واحد وكلها تدور حول فكرة واحدة هي قيام اتفاق بين دولتين أو أكثر ترتب عنه نتائج معينة لا تختلف باختلاف ما يعطي للاتفاق من تسمية<sup>1</sup>. ويمكن أن تحمل المعاهدات اسم تصريح أو إعلان (déclaration) أو بروتوكول (protocole) والتي لا تختلف عن بعضها من الناحية القانونية، وهناك أيضا ما يعرف باتفاقات الجنتلمن (gentlemen agrément) وهي اتفاقيات بين القائمين بالشؤون الخارجية لدولتين أو أكثر إلا أنها تعتبر من قبيل المعاهدات ولا تخضع لحكمها لخلوها من الصفة الإلزامية؛ وكل ما هناك أنها تربط بينهم برباط أدبي ذو طابع شخصي بحت<sup>2</sup>.

وتنقسم المعاهدات حسب العديد من المعايير؛ فهي من حيث أطرافها إما معاهدات ثنائية وإما جماعية، وهي من حيث الأثر الذي قد يتعدى الأطراف المتعاقدة إلى أشخاص القانون الدولي الآخرين فتسمى المعاهدة بالمعاهدة الشارعة، وإما أن يقتصر أثرها على

<sup>1</sup> كمال زغوم، المرجع السابق، ص 44.

<sup>2</sup> المرجع نفسه، ص 50.



أطرافها فقط فتسمى بالمعاهدة العقدية وهي من حيث مجالها تنقسم إلى معاهدات عامة ومعاهدات خاصة، وهي من حيث إجراءات إبرامها تنقسم إلى المعاهدات ذات الطابع التنفيذي واتفاقات الشراء غير الملزمة<sup>1</sup>.

في مجال التجارة الدولية جاءت فكرة الاستعانة بالاتفاقيات أو المعاهدات الدولية من خلال صعوبة تطبيق قواعد القوانين الوطنية على العلاقات التجارية الدولية، بالإضافة إلى التطور المستمر للتجارة الدولية مع التزايد المتواصل للمتعاملين التجاريين الدوليين في كل انحاء العالم؛ ما أدى إلى ضرورة التفكير في أنظمة أخرى تنظم وتلبي كل متطلبات التجارة الدولية؛ ومن هذه الأنظمة نجد الاتفاقيات أو المعاهدات التجارية الدولية.

هذه الاتفاقيات الدولية تهدف إلى تجنب الاختلاف بين التشريعات<sup>2</sup> أو لفهم موضوع معين. ونذكر من المجموعة الأولى اتفاقية لاهاي 15 جوان 1955 والخاصة بالقانون المطبق على البيوع الدولية للمنقولات، ومن المجموعة الثانية اتفاقية فينا 10 أبريل 1980 والخاصة بالبيع الدولي للبضائع<sup>3</sup>.

وقد كان يتوقع من الاتفاقيات التجارية الدولية أن تلعب دورا هاما في تسيير التجارة الدولية وأن تقضي على مشكل التنازع. إلا أن الواقع بين عكس ذلك، فمعدل التصديق المنخفض عليها من قبل الدول قلل من أهميتها في التجارة الدولية<sup>4</sup>، بالإضافة إلى مشكل تفسيرها، فأهم ما يثار أثناء تنفيذ المعاهدات على المستويين الوطني والدولي مشكلة تفسيرها، فقد تتضمن نصوصا تكون بحاجة لتوضيح أو تعليق وهذا نتيجة قصور عبارة النص عن المعنى الذي قصدته بالفعل الاطراف المتعاقدة أو لغموضه أو لتناقضه مع نص آخر<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> جمال عبد الناصر المانع، المرجع السابق، ص ص 62-63.

<sup>2</sup> ويقصد بذلك توحيد قانون التجارة الدولية حيث تعتبر الاتفاقيات الدولية من اهم وسائل توحيد القانون وقد وضعت أساسا لهذا الغرض.

<sup>3</sup> TRARI TANI Mostapha, PISSORT William, SAEREN Patrick, Droit Commercial International, éditions Berti, Alger, 2007, P27.

<sup>4</sup> KANFACK Hugues, Droit du Commerce International, Dalloz, Paris, 2009, P10.

<sup>5</sup> جمال عبد الناصر مانع، المرجع السابق، ص ص 154-155.

والدول الموقعة على المعاهدة تملك تفسيرها ويكون غالبا عن طريق تبادل خطابات بين بعضها البعض، كذلك تملك المحاكم الدولية تفسير المعاهدة إذا ما دفع إليها النزاع ويسمى في الحالتين بالتفسير الدولي للمعاهدة<sup>1</sup>، كما أن للقاضي سلطات في تفسير المعاهدة حيث ظهر رأيان هما<sup>2</sup>:

- **الرأي الأول:** يرى هذا الرأي أن القاضي الوطني يطبق أحكام المعاهدة ولكنه لا يملك تفسيرها إذا اقتضى الحال ذلك، بل عليه أن يوقف الفصل في الدعوى لحين أن يستقي التفسير من حكومته وهذا يؤدي إلى تعطيل الخصومة مما يضر بمصالح الأطراف الدولية.
- **الرأي الثاني:** يؤكد هذا الرأي أنه يمكن للقاضي تفسير المعاهدة شأنها في ذلك شأن التشريع الداخلي فيما يتعلق بالمسائل الخاصة.

رغم أن الاتفاقيات كانت تهدف أساسا إلى فض ظاهرة التنازع بين قوانين الدول المتعاهدة، إلا أنها لم تحل ففي بعض الأحيان يقوم الخلاف بين هذه الدول حول تفسير النص الموحد؛ وهو ما يؤدي إلى ظهور التنازع بين التفسيرات القضائية المختلفة؛ ولم يتردد جانب من الشراح في القول بأن السبيل الوحيد لحل هذا التنازع هو الرجوع مرة أخرى إلى قواعد الإسناد في الدولة التي طرح النزاع على محاكمها لتحديد التفسير الواجب الإلتباع<sup>3</sup>، وهذا ما سيعيدنا من جديد إلى منهج التنازع.

إن الاتفاقيات الدولية الخاصة بتنظيم التعامل بين الأطراف العاملين في مجال العلاقات التجارية الدولية لا تفي بالغرض المطلوب منها المتمثل في إيجاد نوع من الاستقرار الحقيقي لهذه النوع من العلاقات. فمثل هذه الاتفاقيات اهتمت بتنظيم بعض الأمور الفرعية فقط لتحاول إيجاد نوع من الاستقرار المزيف لمثل هذه العلاقات سواء في فترة إبرامها أو حين

<sup>1</sup> زبيدة عبد الهادي « القواعد المادية لمنازعات عقود التجارة الدولية»، جامعة الأمير سلطان الأهلية، الرياض، نوفمبر، 2016، ص12.

<sup>2</sup> المرجع نفسه، ص12.

<sup>3</sup> هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2014، ص571.

تنشأ عنها منازعات تتعلق بشأن من شؤونها<sup>1</sup>. كما أنه من الصعب جدا أن تحيط الاتفاقيات الدولية بكل جوانب المواضيع التي تعالجها؛ هذا ما يطرح الكثير من الصعوبات عند اعتماد الاتفاقيات الدولية كمصدر رسمي أو أساسي لقانون التجارة الدولية ليستمد منها هذا الأخير الأحكام التي تتماشى مع مختلف متطلبات وحاجات التجارة الدولية، فصعوبة إبرام الاتفاقية الدولية، وصعوبة توحيد تفسيرها، وقلة التصديق عليها مع استحالة إمامها بكل جوانب الموضوع الذي تعالجه لا يجعلها مصدرا رسميا يمكن أن يعتمد عليه قانون التجارة الدولية لاستخلاص أحكامه وقواعده.

### ب/ مبادئ القانون العامة مصدر لقانون التجارة الدولية

يقصد بمبادئ القانون العامة المبادئ المشتركة للعائلات القانونية المتقاربة والمتشابهة<sup>2</sup>، وهي الأصول أو القواعد الجوهرية التي تبنى عليها قواعد ثانوية في التطبيق والصياغة، كما تعتبر مبادئ شاملة متصلة بقواعد مشتركة لدى معظم التشريعات الداخلية للدول والتي تعلو فوق كل خلاف<sup>3</sup>.

تم التأكيد على هذه المبادئ منذ فترة زمنية طويلة إلا أنها لم تثر انتباه الفقهاء إلا حديثا، فمازال هذا النظام يستند بصفة رئيسية على دراسات الفقهاء أكثر من استناده على سلوك الدول والمنظمات الدولية والتطبيقات القضائية<sup>4</sup>. واختلفت الآراء كثيرا حول المقصود من هذه المبادئ وإلى أي قانون تنتمي، هذا ما أدى إلى انقسام الرأي بين اتجاه يعتبر هذه المبادئ تخص القانون الداخلي، واتجاه ثاني يعتبر أنها المبادئ التي تحكم العلاقات الدولية التي تنشأ وتتطور بالطريق الاتفاقي والعرفي، واتجاه ثالث يرى أن هذه المبادئ مشتركة بين

<sup>1</sup> أحمد حسني سليم، المرجع السابق، ص 90-91.

<sup>2</sup> نقلا عن عبد الله ناصر أبو حما العجمي، الطبيعة القانونية لعقود الاستثمار النفطي وتسوية منازعاتها، منشورات زين الحقوقية، بيروت، 2016، ص 208.

<sup>3</sup> زبيدة عبد الهادي، المرجع السابق، ص 13.

<sup>4</sup> نقلا عن عبد الله ناصر أبو حما العجمي، المرجع السابق، ص 208.

القانون الوطني والتي تكون معروفة للقاضي والقانون التجاري الدولي لأنها مستوحاة من العادات والأعراف التجارية<sup>1</sup>.

وتجدر الإشارة أن المعهد الدولي لتوحيد القانون الخاص (Unidroit) قام بإصدار مبادئ خاصة بالعقود التجارية تمثل ثمرة عقد من الزمن من الدراسات البحثية المقارنة في مجال البيوع الدولية وقوانين العقود قام بها خبراء دوليون بارزون يمثلون خلفيات قانونية متنوعة<sup>2</sup>.

ويرى جانب من الشراح المناصرين لقانون التجارة الدولية أن المبادئ القانونية العامة لا تعتبر من مكونات هذا القانون، فهي لا تعدو أن تكون مبادئ مشتركة بين القوانين الوطنية المختلفة ولا تتمتع بخصوصية تكفل لها صفة الاستقلال عن هذه القوانين الوطنية. واتساع نطاق التجارة والمعاملات الاقتصادية في العصر الحديث أدى إلى زيادة هائلة في عدد الممارسين لهذا النشاط والمنتمين إلى دول تتباين أنظمتها القانونية مما جعل من العسير استخلاص مبادئ مشتركة يمكن لها ان تحكم العلاقات المتنوعة القائمة بين أعضاء هذا المجتمع الدولي<sup>3</sup>.

ورغم أن المبادئ العامة للقانون لها العديد من الإيجابيات فهي تفيد في سد النقص في تفصيلات الأحكام المهنية وتفسيرها مما يجعلها تتكامل لتكون نظام قانوني متميز، إلا أن بعض فقهاء النظرية العامة للقانون في ظل نظام وضعي معين، يرون أن المبادئ العامة للقانون تعتبر مصدرا احتياطيا للقاعدة القانونية<sup>4</sup> فقط. ولا يمكن أن تشكل مصدرا رسميا لقانون التجارة الدولية لأنها لا يمكن ان تلبى أغلب متطلبات التجارة الدولية لأنها غير كافية في كثير من الحالات وتعجز عن تقديم الحلول الملائمة لكثير من الامور كالنزاع حول

<sup>1</sup> زبيدة عبد الهادي، المرجع السابق، ص 13.

<sup>2</sup> أمين دواس وآخرون، المرجع السابق، ص 7.

<sup>3</sup> نقلا عن هشام علي صادق، المرجع السابق، ص 178.

<sup>4</sup> حبيب ثروت، المرجع السابق، ص 387-390.

تحديد مدة التقادم او المدة التي يجوز للمشتري فيها التمسك بالعيب الخفي مثلا، كما أنه لا توجد مبادئ موحدة بشأن هذه الامور بالإضافة إلى ذلك العقود التجارية الدولية تتضمن العديد من النقاط الفنية والتقنية الدقيقة والمتطورة التي تعجز المبادئ العامة عن وضع حلول لها<sup>1</sup> أو التأقلم معها ومسايرتها.

كما أن إشارة المتعاقدين في عقودهم التجارية الدولية إلى المبادئ العامة المشتركة ليس القصد منه إخضاعه للمبادئ الواردة في المادة 38 السالف ذكرها؛ بل فيه رغبة لديهم في إخضاعها للمبادئ التي استلهمها قضاء التحكيم في خدمة مصالح المجتمع الدولي لرجال الأعمال<sup>2</sup> وهذا لإدراكهم عجز وقصور المبادئ العامة للقانون على تلبية متطلبات التجارة الدولية. ورغم ذكر المبادئ العامة للقانون ضمن المصادر التي حددتها المادة 38 من النظام الأساسي للمحكمة الدائمة للعدل الدولية إلا أن الأعمال التحضيرية التي سبقت وضع المادة السالفة الذكر أوضحت أن إضافة المبادئ العامة للقانون باعتبارها أحد المصادر الرسمية للقانون الدولي، لم تضاف باعتبارها بديلا عن المصادر الاتفاقية أو العرفية للقانون الدولي؛ وإنما قصد بهذه الاضافة تزويد هذه المصادر بضمان احتياطي ضد ما قد يعتري هذه المصادر من ثغرات كما هو الحال في القانون الداخلي<sup>3</sup> لتلعب دورا تكميليا فقط.

وبصفة عامة فإنه من العسير أن نجد حلا مستخلصا من المبادئ العامة في مجال العلاقات الاقتصادية الدولية، كما يخشى أن يؤدي أعمال هذه المبادئ في نهاية الامر إلى تحكم القاضي الذي يمكن له تبني ما يريده من حلول للنزاع المطروح أمامه تحت ستار ما يسمى بالمبادئ العامة<sup>4</sup> وهذا لا يخدم التجارة الدولية.

<sup>1</sup> أحمد حسني سليم، المرجع السابق، ص 97.

<sup>2</sup> بن أحمد الحاج، المرجع السابق، ص 57.

<sup>3</sup> نقلا عن عبد الله ناصر أبو حما العجمي، المرجع السابق، ص 208.

<sup>4</sup> نقلا عن هشام علي صادق، المرجع السابق، ص 178.

مما تقدم يتبين أن المبادئ العامة للقانون لا يمكن أن تشكل مصدرا رسميا لقانون التجارة الدولية ولكنها تلعب دورا تكميليا لباقي مصادره، ويمكن القول أنها تشكل مصادر استرشادية ضمن النظام القانوني يمكن أن يعطي أساس للاستدلال على القواعد القانونية<sup>1</sup>.

## 2/ العلاقة بين الأعراف التجارية والمصادر الدولية لقانون التجارة الدولية

للأعراف التجارية تأثير على المصادر الدولية لقانون التجارة الدولية وذلك على النحو

التالي:

### أ/ العلاقة بين الأعراف التجارية والاتفاقيات التجارية الدولية

لقد أدخلت العادات المهنية في أحكام العديد من الاتفاقيات منها<sup>2</sup>:

- اتفاقية توحيد القواعد الموضوعية كاتفاقية جنيف لتوحيد قانون الصرف.

- اتفاقية التحكيم التجاري الدولي.

- اتفاقية نيويورك الخاصة بالتحكيم 1958.

- اتفاقية لاهاي الخاصة بالقانون الموحد للبيع الدولي للمنقولات المادية 1964.

- اتفاقية فيينا للبيع الدولي للبضائع 1980.

بصفة عامة هناك علاقة وثيقة بين العرف والاتفاقيات الدولية فرغم أن العرف ينشأ أولا وبشكل تلقائي إلا أنه قد يؤدي إلى نشوء الاتفاقيات أو بتعبير آخر يكون السبب في كتابة أو تحرير الاتفاقيات الدولية إذ أنه قد يشكل موضوعا هاما تبنى وتؤسس عليه الاتفاقيات الدولية لتمنحه الصفة القانونية وبذلك تعتبر الاتفاقيات الدولية تقينا للعرف.

كما يمكن أن يلعب العرف دورا تعويضا لدى عدم سريان معاهدة في حق الدول فقد تلتزم دول بقاعدة معينة في المعاهدات بمقتضى العرف<sup>3</sup>، كما يشكل العرف مصدرا مكملًا

<sup>1</sup> م م فيصل عدنان عبد الشياح، « دراسة في الأساس النظري لقانون التجار الدولي الجديد lex mercatoria »، المجلد 31، العدد 2، ديسمبر 2016، ص 332.

<sup>2</sup> زبيدة عبد الهادي، المرجع السابق، ص 9.

<sup>3</sup> محمد السعيد الدقاق ومصطفى سلامة حسين، مصادر القانون الدولي العام، منشأة المعارف، الاسكندرية، 2003،

للكثير من أحكام الاتفاقيات والتي في بعض الأحيان تركز الأعراف التجارية عن احكامها وهذا ما حدث مع اهم اتفاقيات التجارة الدولية ومنها اتفاقية فيينا للبيع الدولي للبضائع لسنة 1980 والتي تعتبر تقنيا للأعراف التجارية.

### ب/ العلاقة بين الأعراف التجارية والمبادئ العامة للقانون

إن المبادئ العامة للقانون تشكل جزءا مكملا أو متمما لأي نظام قانوني متطور له خاصية لأن يعطي مرونة ضرورية لفعل القانون<sup>1</sup>، وبالنسبة للأعراف التجارية فإذا التقت مع المبادئ العامة القانونية تحولت هذه الأخيرة من نظام مكمل أو احتياطي أو استرشادي إلى نظام جديد أكثر فعالية يتمثل في قواعد قانون التجار (Lex mercatoria) والذي يعتبر نظام مستقل قائم بذاته والذي يتكون من الأعراف التجارية والمبادئ العامة للقانون؛ والذي عرف منذ القدم والذي أثار الكثير من الجدل؛ حيث كان يعتبر القانون المخول بتنظيم التجارة الدولية. ويعتبر مصدرا خاصا لقانون التجارة الدولية والذي سنتطرق له فيما يلي كما أن هناك من يرى بأن المبادئ العامة للقانون تعتبر مصدرا للأعراف التجارية.

### ثالثا: في اعتبار قانون التجار (lex mercatoria) مصدر لقانون التجارة الدولية

يصنف قانون التجار ضمن المصادر الخاصة لقانون التجارة الدولية باعتباره لا ينتمي إلى المصادر الوطنية ولا ينتمي إلى المصادر الدولية. لذا لا بد من دراسة هذا المصدر من حيث التعريف به (1) ثم كيف يعتبر مصدرا لقانون التجارة الدولية (2) وأخيرا علاقته بالأعراف التجارية (3).

#### 1/ مفهوم قانون التجار (lex mercatoria)

يعتبر قانون التجار قانون عرفي موحد كان يحكم المعاملات التجارية الدولية قبل ظهور حركة تقنين التشريعات الوطنية في القرنين الثامن عشر والتاسع عشر<sup>2</sup>. فقد تمتعت

<sup>1</sup> م م فيصل عدنان عبد الشياح، المرجع السابق، ص 331.

<sup>2</sup> هشام علي صادق، المرجع السابق، ص 155.

القواعد المكونة لهذا القانون بنطاق زمني بدأ منذ ازدهار التجارة الدولية في العصور الوسطى في أوروبا في القرن الحادي عشر الميلادي، وانتهى باندماجه في القوانين الداخلية الأوروبية منذ نهاية القرن السابع عشر الميلادي مع نمو النزعة الوطنية<sup>1</sup>.

وهذه القواعد عبارة عن مجموعة من الأعراف التجارية التي تطورت خلال العمل التجاري الدولي بين التجار أنفسهم في العصور الوسطى في أوروبا؛ والتي كانت تنظم المعاملات التجارية بينهم مع وجود اختلاف بسيط بينها من إقليم إلى آخر تبعاً لكيفية فهم هذه الأعراف وكيفية التعامل بها<sup>2</sup>، وترتبط هذه القواعد بالعلاقات التي يكون أحد أطرافها على الأقل يحمل صفة التاجر، وهذا الأمر جعل البعض يترجم مصطلح *lex mercatoria* ترجمة وظيفية إلى قانون التاجر، ويقصد بالتاجر ذلك الذي يرتزق فحسب من التجارة، ولا يقتصر مفهوم التاجر على الأشخاص الذين يقومون بالبيع والشراء، حيث يتضمن أيضاً ملاك السفن ومكتتبي التأمين وأصحاب البنوك التجارية والآخرين الذين يتصلون بمثل هذا النوع من التجارة<sup>3</sup>.

نشأت وتكونت هذه الأعراف في ضمير الجماعة التجارية بعد إدراكهم لعدم كفاية نصوص القانون المدني لتلبية احتياجات العمل التجاري الدولي؛ ونتيجة الحاجة إلى وجود نظام قانوني فعال وسريع يراعي متطلبات العمل التجاري الدولي، الذي يعتمد أساساً على عنصري السرعة والائتمان نشأت هذه الأعراف وتكونت أساساً من التعامل التجاري بين التجار بعضهم البعض واكتسبت قوتها الإلزامية من خلال إدراك هؤلاء التجار لأهمية هذه الأعراف ورغبتهم في جعلها إلزامية لتنظيم عملهم التجاري الدولي<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> نادر محمد إبراهيم، المرجع السابق، ص 39.

<sup>2</sup> نقلاً عن محمود فياض، المرجع السابق، ص 81.

<sup>3</sup> نادر محمد إبراهيم، المرجع السابق، ص 135.

<sup>4</sup> محمود فياض، المرجع السابق، ص 81.



وقواعد قانون التجار لم تتكون من عادات وأعراف تجار معينين تابعين لدولة واحدة بعينها أو ورثوها من أجدادهم، وإنما كانت قواعد تجسد أعراف التجار في المعارض والأسواق من جميع الدويلات وما ينشأ من نزاع يتم تسويته وفقا لعدالة السوق<sup>1</sup>.

وقد عرف قانون التجار *lex mercatoria* رواجاً كبيراً في القرن الرابع عشر، حيث تم وضع نظريات هامة تتعلق بتعريف التاجر ونظام الالتزامات ونظام الإفلاس ثم تدخلت القوانين الوطنية التنظيمية، وبالذات في أوروبا بين القرن السابع عشر ونهاية القرن التاسع عشر<sup>2</sup>.

وقد تمخض عن فكرة قانون التجار ما يلي:

انتهى في فرنسا في أواخر القرن السابع عشر بصدور الأمرين الملكييين المتعلقين بالتجارة البرية 1673، والتجارة البحرية 1681 حيث استمدت أحكام هذين الأمرين من القواعد التي دونتها طوائف التجار، ثم في ألمانيا بصدور القانون البورسي عام 1794 في بروسيا، حيث تضمن الفصل الثامن من الجزء الثاني قواعد قانون التجارة. ثم في إيطاليا مع وضع منظومة تشريعية ضخمة عام 1865 تتعلق بتنظيم التجارة، ثم في إنجلترا بشكل تدريجي خلال القرنين السابع عشر والثامن عشر بوضع القانون المسمى *common law*<sup>3</sup>.

وقد تم إحياء الحديث من جديد حول قانون التجار *lex mercatoria* في أواخر الخمسينات؛ حيث جاءت الفكرة من خلال رأي منشور في جريدة *le monde* في فرنسا للفقير Berthold Goldman في اليوم الموالي لتأميم قناة السويس، حيث تساءل عن طبيعة الشركة العالمية لقناة السويس؛ هل هي شركة وطنية أو ثنائية الجنسية أو متعددة الجنسيات؟ وما هو القانون الذي تخضع له؟ وطورت هذه الفكرة لاحقاً من خلال إشرافه على ثلاث رسائل

<sup>1</sup> أحمد مخلوف وآخرون، التحكيم التجاري الدولي، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2007، ص 59-60.

<sup>2</sup> نادر محمد إبراهيم، المرجع السابق، ص 123.

<sup>3</sup> المرجع نفسه، ص 133.

دكتوراه<sup>1</sup>؛ ليقدم بعد ذلك حوصلة عامة خلال نقاش عام في مؤتمر فلسفة القانون سنة 1964 تحت عنوان « الحدود بين القانون وقواعد قانون التجار »<sup>2</sup>.

## 2/ قانون التجار مصدر لقانون التجارة الدولية

يرى الفقه أن قانون التجار يشكل نظام قانوني مستقل بذاته<sup>3</sup> فهو نظام قانوني من حيث أن العديد من الأنظمة القانونية تعترف به، ولكنها تعتبره مصدر ثالث حيث لا يشتق من التشريعات الوطنية ولا من الاتفاقيات الدولية ولا من أحكام المحاكم<sup>4</sup>. وبما أن هذه القواعد تشكل نظام مستقل بذاته فهي منافسة لقانون التجارة الدولية وموازية له، ويمكن القول أنها تشترك معه في كون الأعراف التجارية تشكل مصدرا رئيسيا لهما، وهذا يجعل قانون التجار مصدرا خاصا لقانون التجارة الدولية ورسميا بفضل الأعراف التجارية التي كانت سببا في وجوده والتي تعتبر أساسه، لذا فإنه من غير الممكن أن لا تشكل قواعد قانون التجار أحد أهم مصادر قانون التجارة الدولية، وخير دليل على ذلك وكما أشرنا سابقا فقد سمي قانون التجارة الدولية في بداياته بقواعد قانون التجار.

## 3/ العلاقة بين الأعراف التجارية وقانون التجار

تلعب قواعد قانون التجار دورا مستقلا بذاتها في القانون الدولي للأعمال بعيدا عن المصادر التقليدية، هذه القواعد المطبقة على العلاقات الدولية لا تجد مصدرها ولا سلطتها في قانون الأمم، ولكن تم وضعها داخل المجتمع الدولي على شكل أعراف ومبادئ عامة خاصة بواسطة أحكام التحكيم، لتصبح حسب رأي البعض منفصلة عن القواعد الوطنية، لتشتق مباشرة من الأعراف التجارية الدولية<sup>5</sup>. وعليه فقواعد قانون التجار هي أيضا

<sup>1</sup> أطروحة Jenon Stouffet حول الاعتماد المستندي ونوقشت سنة 1955، أطروحة Philippe Khan حول البيع التجاري الدولي ونوقشت سنة 1961، أطروحة Philippe Fauchard حول التحكيم التجاري الدولي ونوقشت سنة 1963.

<sup>2</sup> KHAN Philippe, «La Lex Mercatoria : Point de Vue Français Quarante Ans de Controverses », Revue de droit de McGill, (1992)37 R .D, P413.

<sup>3</sup> BEGNINE Jacques, «Le Développement de la Lex Mercatoria, Menace-t-il l'Ordre Juridique International ? », Revue de droit de McGill, 1985, P487.

<sup>4</sup> COURIONS Pierre-Alain, Georges Peyrard, Droit du Commerce International, 3eme édition, Librairie Général de Droit de Jurisprudence, Paris, P63.

<sup>5</sup> TRARI TANI Mostapha, PISSROT William, SAERENS Patrick, Op.cit., P31.

تجد مصدرها الأساسي أو الرسمي في الأعراف التجارية ولولا هذه الأعراف التجارية ما وجدت هذه القواعد.

من خلال كل ما تقدم نجد أن الأعراف التجارية تؤثر بشكل واضح في باقي مصادر قانون التجارة الدولية، فهي أصل الكثير من هذه المصادر وتشكل مصدرا لها مثل ما حدث مع المصادر الوطنية وقواعد قانون التجار.

كما قد تعزز الأعراف التجارية ما جاء من أحكام في هذه المصادر مثلما حدث في الاتفاقيات الدولية؛ التي تستعين بالأعراف التجارية من خلال الإحالة عليها أو التأكيد عليها. كما أن الأعراف التجارية تساعد على منح الفعالية لبعض الأنظمة مثلما حدث مع مبادئ القانون العامة؛ وكل هذا التأثير للأعراف التجارية يجعلها أساسا متينا لقانون التجارة الدولية ويؤهلها لتكون المصدر الرسمي له بدون منازع.

### المبحث الثاني: مساهمة الأعراف التجارية في تفعيل متطلبات التجارة الدولية

لا يقتصر التداخل بين الأعراف التجارية والتجارة الدولية على مجرد الدور البارز الذي تلعبه الأعراف التجارية في إنشاء قانون التجارة الدولية؛ بل يمتد كذلك إلى المساهمة الفعالة لها في تيسير وتسهيل التجارة الدولية من خلال قضائها على بعض العراقيل التي تواجهها هذه الأخيرة. فالتجارة الدولية تعتمد على آليات ووسائل مختلفة تنتمي إلى مجالات عديدة كالنقل والتأمين والبنوك، والتي بدورها تعرف الكثير من الاختلاف وعدم التوحيد عند التعامل بها الشيء الذي يعرقل كثيرا التجارة الدولية.

التجارة الدولية اليوم تعرف نموا وتطورا مستمرا وتحتاج للكثير من الوسائل والآليات لضمان حسن سيرها وتنظيمها لتحقيق الاهداف المرجوة منها، ومن هنا يمكننا أن نتساءل كيف يمكن للأعراف التجارية أن تساهم في تفعيل وسائل التجارة الدولية؟ وهذا ما سنحاول معرفته من خلال التطرق لأهم وسائل التجارة الدولية بداية مع القواعد الموحدة لتفسير المصطلحات التجارية (المطلب الأول).

ثم مساهمة الأعراف التجارية في تطوير أحد أهم آليات تسيير التجارة الدولية وهو الاعتماد المستندي باعتباره أهم وسائل الدفع والتمويل والضمان في التجارة الدولية، وذلك من خلال القواعد والأعراف الموحدة للاعتمادات المستندية (المطلب الثاني).

### المطلب الأول: القواعد الموحدة لتفسير مصطلحات التجارة الدولية

من أجل تسهيل سير المعاملات التجارية الدولية في أحسن الظروف، ظهرت مصطلحات التجارة أو المصطلحات التجارية بقواعدها المفسرة لتساعد في إتمام هذه المعاملات بشكل قانوني يوفر الكثير من الوقت على أطراف العقد ويبين التزاماتهم بشكل دقيق يغني عن اللجوء للشرح والتفسير الطويل وهذا ما منح هذه المصطلحات التجارية مكانة هامة في التجارة الدولية إذ أصبحت عقود التجارة الدولية لا تخلو من الإشارة إليها.

وقبل الشروع في موضوع القواعد الموحدة لتفسير المصطلحات التجارية وعلاقتها بالأعراف التجارية سنحاول في البداية التذكير بالمصطلحات التجارية بشكل وجيز من خلال التطرق للمقصود بالمصطلحات التجارية الدولية (الفرع الأول) ثم ننتقل إلى القواعد الموحدة لتفسير المصطلحات التجارية (الفرع الثاني) وفي الأخير مصطلحات التجارة الدولية والقواعد المفسرة لها: أعراف تجارية (الفرع الثالث).

### الفرع الأول: المقصود بالمصطلحات التجارية الدولية

تعتبر المصطلحات التجارية مفاهيم وضعت لتسهيل سير التجارة الدولية؛ والاهتمام زاد بها عندما قررت غرفة التجارة الدولية وضع قواعد موحدة لتفسيرها لتمكين الممارسين للتجارة الدولية استخدامها بشكل موحد، مع العلم أن هذه المصطلحات من وضع التجار والكثير لا يميز بينها وبين القواعد المفسرة لها معتبرين أنهما نفس الشيء؛ ولكن الامر يختلف بينهما فقد ظهرت بداية المصطلحات التجارية والتي كان التجار يعملون بها خاصة في البيوع البحرية، لتبقى دون أي قواعد موحدة ومفسرة لسنوات عديدة وهذا أدى إلى نشوء مشاكل عديدة عند استعمالها بسبب تعدد تفسيراتها واختلافها من منطقة لأخرى، لتقوم بعد ذلك غرفة

التجارة الدولية بإصدار القواعد الموحدة لتفسير المصطلحات التجارية بهدف القضاء على المشاكل والمنازعات الناتجة عن استعمالها واختلاف تفسيرها، على هذا الأساس فإنه من الضروري شرح هذه المصطلحات من حيث تبيان ظهورها (أولاً) ثم تعريفها (ثانياً) وأخيراً خصائصها (ثالثاً).

### أولاً: ظهور مصطلحات التجارة الدولية

هناك الكثير من المصطلحات التجارية الدولية ويعتبر المصطلحان CIF و FOB أقدم مصطلحات البيع المعروفة؛ فالبيع FOB تمت الإشارة له للمرة الأولى في قضية Wakerbarth v Masson سنة 1812، والبيع CIF في قضية Ireland v Livingston سنة 1872؛ وهذا يدل على أن هذه المصطلحات هي نتيجة الأعراف التجارية المتكررة والتي تمت ممارستها قبل صدور مدونة المصطلحات التجارية سنة 1936<sup>1</sup>، وقبل المواد الخاصة بمصطلحات التوزيع الخاصة بالقانون التجاري الموحد لسنة 1952<sup>2</sup>؛ وانها وجدت قبل 1877 وهذا من قبل الجمعيات المهنية الممارسة في المجال التجاري الدولي مثل الجمعية المرموقة لرابطة تجار الذرة والتي أصبحت اليوم تعرف برابطة تجار الحبوب والأعلاف، والتي وجدت أنه من الضروري إصدار عقود نموذجية أو شروط عامة مبنية على الأعراف التجارية الدولية تتكيف مع طبيعة السلع التي تمثل موضوع تجارتهم<sup>3</sup>.

إذن فمصطلحات التجارة الدولية تمثل في حقيقة الأمر أعراف تجارية جرى التعامل بها بين التجار قبل أن تؤسس غرفة التجارة الدولية سنة 1919، وقد عرفت الكثير من التطورات لتصل إلى 14 مصطلحاً تجارياً تعرف تعديلات من حين لآخر.

<sup>1</sup> ويقصد بها القواعد الموحدة لتفسير المصطلحات التجارية والتي أصدرتها غرفة التجارة الدولية لأول مرة سنة 1936.

<sup>2</sup> ويقصد بذلك القانون التجاري الأمريكي الموحد.

<sup>3</sup> HILOU Antoine, Les incoterms de la chambre de commerce international et les termes de vente du code de commerce uniforme UCC6A2, Mémoire de Maitrise en droit, Université du Québec Montréal, 2006, PP 19-20.

ويرى الفقه من جهته أن أسباب وجود هذه المصطلحات يعود لتعدد تقنيات النشاط التجاري الدولي والتي أصبحت راسخة عند أشخاص التجارة الدولية مثل: التسليم، طريقة الدفع ونقل البضاعة، مع ضرورة منح هذه التقنيات المتعددة هيئة تعاقدية ذات تأثير قانوني، وعلى وجه التحديد مصطلحات البيع<sup>1</sup>.

### ثانياً: تعريف المصطلحات التجارية

تعرف المصطلحات التجارية بمصطلحات التجارة الدولية وأيضاً بالتعبيرات التجارية termes commerciaux وكذلك بمصطلحات البيع.

وهذه المصطلحات التجارية عبارة عن معايير أو قوالب عامة تقوم على مقتضاها بيوع البضائع مع الخارج فهي وسيلة لتحديد ذاتية صفقة التجارة الخارجية بواسطة تسمية عامة، توفر على المتعاملين مناقشات طويلة وتعينهم عن طريق صيغة مختصرة على وضع حدود للعملية الاقتصادية التي يرغبون فيها أي أسسها وعناصرها، ومن هنا تظهر فائدتها في تحقيق الفهم والتنسيق بين ما يتحمله البائع في مقابل ما يقع على عاتق المشتري بمجرد الإشارة إلى صيغة أو تعبير منها<sup>2</sup>.

ويقصد بصيغة مختصرة استعمال ثلاث حروف متفق عليها تدل على مصطلح معين مثل: CIF وهو اختصار للعبارة الإنجليزية cost insurance freight وتعني تسليم البضاعة في الميناء أو FOB وهو اختصار العبارة الإنجليزية free on board وتعني تسليم البضاعة على ظهر السفينة أو FAS وهو اختصار العبارة الإنجليزية free alongside ship وتعني تسليم البضاعة بجانب السفينة.

ورغم أن هذه المصطلحات بسيطة تتكون من ثلاث حروف إلا أنها آلية هامة للتعاقد فقد قال العميد ريبير عن البيع CIF بأنه حروف أولى ثلاثة تتكون منها كلمة تستخدم في تسمية عقد البيع المستعمل عادة في تصدير البضائع عن طريق البحر؛ وهذا الاسم يبقى

<sup>1</sup> HILOU Antoine, Op.cit., P34.

<sup>2</sup> حبيب ثروت، المرجع السابق، ص 51-52.

غامضا بالنسبة للعامة؛ أما الذين يمارسون التجارة البحرية فإنهم يعرفون معناه فهم يتعاقدون بمختصر CIF وهم يعرفون أن استعمال هذا الشكل القانوني يفرض عليهم التزامات معينة فتضمن عقد البيع الشروط CIF يكفي لتنظيم المسائل البالغة الأهمية التي تسمح بمعالجتها برقية تتضمن هذه الحروف<sup>1</sup>.

إن هذه المصطلحات التجارية تهدف إلى إنشاء نوع من اللغة والإجراءات الدولية المتناسكة لتنفيذ البيع وتأسيس إن صح التعبير سرعة وأمن الصفقة<sup>2</sup>. وتكفي الإشارة في العقد إلى هذه الحروف الثلاث لتحديد الالتزامات التي تقع على البائع والمشتري دون الاضطرار للشرح والتفسير المطول.

### ثالثا: خصائص مصطلحات التجارة الدولية

تتوفر مصطلحات التجارة الدولية على عدة خصائص تميزها تتمثل في:

- رضائية غير ملزمة للأطراف و مصدر إلزامها إرادة الأطراف إذا اتفقوا عليها.
- تحدد التزامات المتعاقدين في عقود التجارة الدولية بصورة أكثر دقة مقارنة بالتشريعات الوطنية، وتنطبق على علاقات المصدر بالمستورد فقط دون أن تمتد لتنظيم العلاقة بينهما أو بين أي منهما وبين الناقل، بمعنى أنها تترك لقواعد النقل الوطنية تحديد هذه العلاقة<sup>3</sup>.
- تحدد بدقة مكان التسليم ونقل المخاطر المتعلق بحركة البضائع ووجهتها(ضياع، سرقة، تلف..) ومكان نقل التكاليف(التغليف، المعالجة، الجمركة، التأمين...) وتحدد الوثائق المستحقة (الفواتير، شهادات التأمين، البيانات الرقمية المعادلة...)<sup>4</sup>

<sup>1</sup> أحمد بريدة غزيول، المرجع السابق، ص25.

<sup>2</sup> HILOU Antoine, Op.cit., PP19-20.

<sup>3</sup> أحمد السعيد الزقرد، المرجع السابق، ص62.

<sup>4</sup> Fiche technique GREX international CCI Grenoble, octobre 2019, (non numéroté).

- لا تحدد نقل ملكية البضاع المحددة في الشروط العامة للبيع و/ أو في العقد، ولا تحدد القانون واجب التطبيق على العقد ولا المحكمة المختصة عند نشوء نزاع ولا نتائج فسخ العقد<sup>1</sup>.

وفي البداية ظهرت في شكل أربعة عشر مصطلحا تجاريا ترتب حسب وسائل النقل وهي<sup>2</sup>:

### 1/ النقل البحري والبيع عند القيام:

- FAS تسليم البضاعة بجانب السفينة في ميناء الشحن.

- FOB تسليم البضاعة فوق ظهر السفينة في ميناء الشحن.

- CFR النولون خالص في ميناء الوصول.

- CIF النولون والتأمين خالصين في ميناء الوصول.

### 2/ النقل البحري البيع عند الوصول:

- EXS على السفينة في ميناء الوصول.

- EXQ على الرصيف في ميناء الوصول.

### 3/ النقل البري البيع عند القيام:

- FOR تسليم البضاعة على ظهر السكك الحديدية.

- DAF أجرة النقل في نقطة الوصول.

### 4/ النقل الجوي البيع عند القيام:

- FOA في عهدة الناقل الجوي بمطار القيام.

### 5/ مختلف وسائل النقل البيع عند القيام:

- EXW تسليم البضاعة في ميناء الوصول.

- DCP تسليم البضاعة وأجرة النقل خالصة في نقطة الوصول.

- CIP أجرة النقل والتأمين في نقطة الوصول.

<sup>1</sup> Fiche technique GREX international CCI Grenoble, Op.cit., (non numéroté) .

<sup>2</sup> أمحمد برادة غزويل، المرجع السابق، ص30.



## 6/ مختلف وسائل النقل البيع عند الوصول:

- DDP تسليم البضاعة خالصة الرسوم في نقطة وصولها إلى دولة المستورد.

- FRC النقل المتعدد الوسائل.

وتجدر الإشارة أن غرفة التجارة تراجع مصطلحات التجارة الدولية باستمرار فتنقص مصطلحات وتعتمد مصطلحات وتضيف مصطلحات تجارية أخرى؛ فقد تقلص عدد المصطلحات التجارية إلى إحدى عشر مصطلحا أكدتها نسخة 2020 INCOTERMS والتي دخلت حيز التنفيذ بداية سنة 2020 حيث ولأول مرة شارك ممثلين عن الصين وأستراليا من بين أعضاء غرفة التجارة الدولية مع ممثلين عن كل من فرنسا، إنجلترا، ألمانيا، الولايات المتحدة الأمريكية وتركيا والذين تحملوا مسؤولية إعداد النسخة النهائية لمصطلحات 2020؛ حيث تهدف غرفة التجارة الدولية إلى إزالة كل غموض يسود مصطلحات التجارة الدولية مع سعيها الدائم لتوضيحها لضمان فهمها لدى كل المتعاملين بها؛ وهذا لإدراكها الجيد لنتائج التفسير الخاطئ لها وتقول في هذا الشأن EMILY O'connor أحد أعضاء اللجنة المشرفة « أستطيع أن أقول لكم أنه يوجد تركيز حقيقي لجعل القواعد أكثر بساطة للفهم والاستعمال »<sup>1</sup>.

وتتضمن مجموعة قواعد 2020 INCOTERMS إحدى عشر مصطلحا تجاريا وبقية

تتكون من أربع مجموعات رئيسية<sup>2</sup>:

- **INCOTERMS التي تبدأ بحرف E:** خاصة بالإقلاع وتعني أن المشتري يتكفل بكل شيء والبائع عليه فقط عرض السلعة.

- **INCOTERMS التي تبدأ بحرف F:** وتعني ان البائع لا يتكفل بدفع مصاريف النقل

والمشتري هو الذي يقع عليه الدفع مثل FOB ,FCA,FAS

<sup>1</sup> Fiche technique GREX international CCI Grenoble, Op.cit., non numéroté.

<sup>2</sup> Ibid., (non numéroté).

- **INCOTERMS التي تبدأ بحرف C:** وتعني ان البائع يقوم بدفع مصاريف النقل مثل CIF,CIP,CFR,CPT

- **INCOTERMS التي تبدأ بحرف D:** وتعرف بمصطلحات الوصول وتعني أن المشتري لا يتكفل بشيء وكل شيء يقع على عاتق البائع مثل: DAP ,DPU ,DDP.

### الفرع الثاني: القواعد الموحدة لتفسير مصطلحات التجارة الدولية

بعد انتشار مصطلحات التجارة الدولية اختلفت تفسيراتها كثيرا من دولة لأخرى ومن منطقة تجارية لأخرى وهذا أدى إلى حدوث مشاكل بين المتعاملين بها؛ وأمام أهميتها وعدم امكانية التخلي عنها بسبب المكانة الهامة التي بلغت في مجال التعاقدات التجارية الدولية؛ كان من الضروري وضع تفسير موحد لها يساعد على التعامل بها والاستفادة منها دون أي إشكالات أو تعقيدات.

وفي البداية سحاول توضيح المقصود بالقواعد الموحدة لتفسير مصطلحات التجارة الدولية (أولا) ثم أهمية استخدامها (ثانيا) وفي الأخير مكانتها في التشريع الجزائري (ثالثا).

### أولا: مفهوم القواعد الموحدة لتفسير مصطلحات التجارة الدولية

لمعرفة المقصود بالقواعد الموحدة لتفسير المصطلحات التجارية سحاول بداية تعريفها (1) مع التطرق لكيفية ظهورها (2).

### 1/ تعريف القواعد الموحدة لتفسير مصطلحات التجارة الدولية

القواعد الموحدة لتفسير المصطلحات التجارية تعرف بقواعد INCOTERMS وهو اختصار للعبارة الإنجليزية: International Commercial Terms، لم نصادف الكثير من التعريفات للقواعد الموحدة لتفسير المصطلحات التجارية حيث عرفت في غرفة التجارة الدولية

بأنها: قواعد دولية ذات صفة اختيارية تضع تفسيرات مشتركة للمصطلحات الأساسية المستخدمة في عقود البيع الدولية.<sup>1</sup>

وعرفت أيضا بأنها مجموعة من القواعد الدولية لتفسير المصطلحات الأساسية المستعملة في المعاملات التعاقدية للاستعمال المختار من طرف رجال الأعمال الذين يفضلون القواعد الدولية الموحدة الأكيدة على القواعد غير الأكيدة والمختلفة التفسير بالنسبة لنفس المصطلحات في مختلف الدول.<sup>2</sup>

وعرفت أيضا بأنها قواعد تحدد مسؤوليات كل من المشتري والبائع في تسليم البضائع في إطار عقد البيع، فهي قواعد رسمية تحدد كيفية توزيع المصاريف، والمخاطر بين الاطراف، حيث أن قواعد INCOTERMS تدرج بانتظام في قلب عقود البيع على المستوى العالمي وأصبحت يوما بعد يوم جزءا أساسيا في اللغة.<sup>3</sup>

وعرفت أيضا بأنها تمثل مجموعة من القواعد تحدد اللغة المشتركة، أو تعتبر قانون مرجعي بين البائع والمشتري من أجل تفادي الاختلاف في التفسير، ولخلق نوع من الشفافية في العقود.<sup>4</sup>

إذن فقواعد INCOTERMS تعتبر مجموعة من القواعد وحدت تفسير أهم المصطلحات التجارية المستعملة في عقود البيع، وفي رأبي يمكن اعتبارها مجموعة من التفسيرات مبنية على قواعد دولية موحدة، جمعتها غرفة التجارة الدولية بهدف توحيد المعنى المقصود أو تحديد الالتزامات الخاصة بكل مصطلح من المصطلحات التجارية المستعملة في العقود التجارية الدولية.

<sup>1</sup> نغم حنا رؤوف، «العقود النموذجية للجنة الاقتصادية الأوروبية»، مجلة جامعة تكريت للعلوم الإنسانية، العدد 6، المجلد 14، 2007، ص 335.

<sup>2</sup> بن عثمان فريدة، النظام القانوني للصيغ التجارية الدولية، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2016-2017، ص 120.

<sup>3</sup> المرجع نفسه، ص 199.

<sup>4</sup> YESSAD Houria, le contrat de vente international de marchandises, Thèse pour le doctorat en droit, Université Mouloud Mammeri De TIZI OUZOU, Faculté De Droit, 2008, p283.

## 2/ ظهور القواعد الموحدة لتفسير مصطلحات التجارة الدولية

لقد كان التجار يشيرون خلال مختلف تعاقداتهم إلى هذه المصطلحات والمعروفة بالتعبيرات التجارية termes commerciaux بواسطة حروف مختصرة مثل: FOB أو CIF والتي تمثل الالتزامات التي تقع على كل من البائع والمشتري، وهذه المصطلحات معروفة دولياً وهذا أدى إلى اختلاف المعنى المستفاد من ذات التعبير من بلد أومن مركز تجاري إلى بلد أو مركز تجاري آخر، مما فتح المجال لسوء الفهم واضطراب التعامل بها، لذلك عمدت غرفة التجارة الدولية عام 1923 إلى إعطائها مدلولاً واضحاً ومقبولاً عالمياً، وانتهت في عام 1935 إلى إقرار مدونة تضم قواعد تفسير موحدة لأحد عشر تعبيراً أطلق عليها اسم INCOTERMS 1936<sup>1</sup>.

وهذه المصطلحات المعروفة دولياً تستعمل في عقود التجارة الدولية وعمليات التأمين الدولي حتى لا يكون هناك أي مجال لسوء الفهم. وعرفت هذه المصطلحات تغييرات أو تعديلات في سنوات 1953، 1976، 1980، وفي أواخر سنة 1989 لتصبح نافذة المفعول سنة 1990 وعدلت مرة أخرى سنة 2000 وتهدف التعديلات المدخلة على معاني هذه المصطلحات جعل هذه الأخيرة تتسجم مع التطور الاقتصادي والتبادل التجاري الدولي<sup>2</sup>، كما عرفت تعديلاً سنة 2020.

وهذه القواعد المفسرة تعني مجموعة من الالتزامات التي تقع على عاتق كل من المصدر والمستورد، فعندما يشار مثلاً في عقد البيع أن التسليم يتم وفق المصطلح (FOB) فمعنى ذلك أنه يقع التزام على عاتق البائع في أن يسلم البضائع على ظهر السفينة متحملاً المخاطر والمصاريف ويتم التعاقد بمجرد وضع البضائع على السفينة، ويلتزم البائع المصدر بالسهر على أن يتم تغليف البضاعة تغليفاً مناسباً، وأن يتحمل مصاريف المراقبة والوزن، وتأدية جميع الضرائب المطبقة على السلعة بمجرد وضعها على السفينة كما يتحمل

<sup>1</sup> حبيب ثروت، المرجع السابق، ص52.

<sup>2</sup> أحمد برادة غزيول، المرجع السابق، ص25.

مصارييف التأمين<sup>1</sup>، إذن فهذه المصطلحات تلعب دورا أساسيا لتجنب الشرح المطول والتفسير الدقيق للالتزامات الواقعة على طرفي العقد التجاري الدولي.

وتجدر الإشارة إلى وجود مجموعة أمريكية للمصطلحات التجارية أصدرت سنة 1941

يطلق عليها اسم: Revised American foreign trade definitions (RAFTD)

وهذه المجموعة نصت عليها المادة الثانية من القانون الموحد الأمريكي وتسود في التجارة الخارجية الأمريكية، وتأثرت بها مجموعة الغرفة التجارية الدولية إلا أن ثمة اختلافات فيما بينهما ولكن مجموعة الغرفة التجارية الدولية هي الشائعة الاستعمال عالميا<sup>2</sup> ويعود ذلك للمكانة المرموقة لغرفة التجارة الدولية وتأثيرها الكبير على سير التجارة الدولية.

وهناك مصطلحات تجارية أخرى متعلقة بالتجارة الدولية مثل: طرق الدفع الدولي والنقل الدولي لكن هذه الأخيرة لم تصل إلى درجة القبول التي وصلت إليها قواعد الأنكوترمز من قبل متعاملي التجارة الدولية؛ وهذا بسبب عدم يقينهم من التفسيرات الممنوحة لتلك المصطلحات<sup>3</sup>.

**ثانيا: أهمية استخدام القواعد الموحدة لتفسير مصطلحات التجارة الدولية**

كما أشرنا سابقا تستخدم مصطلحات التجارة الدولية في مختلف البيوعات الدولية، وعند استعمال أطراف العقد الدولي لها فإن لهم ثلاث وسائل لتحديد معنى المصطلح التجاري المتعاقد به؛ حيث يمكنهم الرجوع إلى القانون الوطني، كما يمكنهم وضع احكام خاصة في عقد البيع تصف جميع الجوانب أو الرجوع إلى قواعد معدة كقواعد INCOTERMS الخاصة بغرفة التجارة الدولية، كما يمكنهم في بعض الحالات اختيار INCOTERMS مع تكملتها بقانون وطني<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> أحمد براءة غزيول، المرجع السابق، ص 26.

<sup>2</sup> حبيب ثروت، المرجع السابق، ص 52-53.

<sup>3</sup> بن عثمان فريدة، المرجع السابق، ص 05.

<sup>4</sup> CLAUD RIGAUD Marie et LEFEBVRE Guy, « Les Usages du Commerce International ou en Sommes-Nous ? Ou en Sont-ils ? », Revue du Barreau canadien, Vol89, 2010, P687.

وأمام هذا الإشكال في تحديد المعنى المقصود من المصطلح التجاري تظهر أهمية القواعد الموحدة لتفسير المصطلحات التجارية فهي تسمح للأطراف تحديد معنى مصطلح تجاري ما بدقة ودون الوقوع في مشكل أي القوانين يجب الرجوع إليه أو يمكن اختياره لتحديد المعنى بحكم اختلاف جنسية اطراف العقد التجاري الدولي هذا من جهة، ومن جهة أخرى هذه القواعد توفر الكثير من الوقت سواء عند التفاوض أو عند إبرام العقد وتنفيذه؛ هذا ما جعل الكثير من العقود التجارية الدولية تقترح تطبيق القواعد الموحدة لتفسير المصطلحات التجارية الخاصة بغرفة التجارة الدولية، كما أن الكثير من المنظمات تستخدمها في وثائقها النموذجية مثل اللجنة الاقتصادية الأوروبية للأمم المتحدة والبنك الدولي<sup>1</sup> وهذا من أجل توحيد وتسهيل التعاقد التجاري الدولي بصفة عامة.

وتظهر أهمية قواعد INCOTERMS من خلال تطبيقها في أكثر من ثمانين في المائة (80%) من المبيعات الدولية، وتستخدم كذلك من قبل دول لها قانون موحد كالولايات المتحدة الأمريكية وتستخدم خاصة من قبل الشركات الدولية، ومنظمات النقل، والناقلين والجمارك<sup>2</sup>، والبيوع الجوية التي ترتبط بعملية النقل الجوي للبضائع محل التعاقد، كما عالجت بعض البيوع التي ترتبط بعملية النقل البري (الشاحنات، السكك الحديدية)<sup>3</sup> ومن الناحية العملية تساعد هذه القواعد على الحد من الشكوك بين طرفي البيع الدولي وتحدد مسؤوليات والتزامات كل طرف؛ وتبين الشخص المكلف بدفع مصاريف النقل وتحمل المخاطر التي يمكن التعرض لها أثناء النقل كما تحدد الشخص الملزم بتقديم مستندات النقل<sup>4</sup>، إذن وبصفة عامة تلعب القواعد الموحدة لتفسير مصطلحات التجارة الدولية دورا هاما في تسهيل وتوحيد التعاقد التجاري الدولي وهي بذلك تخدم كثيرا التجارة الدولية.

<sup>1</sup> Claude RIGAUD Marie et Guy Lefebvre, Op.cit., P 689.

<sup>2</sup> FEDI Laurent, «La Nouvelle Codification des Incoterms2010 entre Simplification et Rationalisation, Transport Maritime», Gens de Mer, DMF 724, avril2011, P304.

<sup>3</sup> محمود فياض، المرجع السابق، ص96.

<sup>4</sup> بن شعبان حكيمة، الاعتماد المستندي والتجارة الخارجية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تيزي وزو، 2014، ص37-38.

ثالثاً: مكانة قواعد تفسير مصطلحات التجارة الدولية في التشريع الجزائري

تطرق المشرع الجزائري لموضوع المصطلحات التجارية من خلال النظام رقم 07-01 المتعلق بالقواعد المطبقة على المعاملات التجارية والحسابات بالعملة الصعبة حيث نص في المادة 27 منه « يمكن استعمال مجموعة المصطلحات التجارية *incoterms* التي تتضمنها أعراف الغرفة التجارية الدولية، في العقود التجارية إذا لم تنص الأحكام التشريعية على خلاف ذلك »<sup>1</sup>.

من نص المادة اعلاه نجد أن المشرع الجزائري قد اجاز استعمال مصطلحات التجارة الدولية، معترفا صراحة بأنها أعراف من خلال تأكيده على استعمال *incoterms* دون سواها باعتبارها أعراف الغرفة التجارية الدولية وهذا إذا لم توجد أحكام تنص على خلاف ذلك. وكذلك المرسوم التنفيذي 07-191 المتعلق بتحديد كفاءات وإجراءات ضبط السعر المرجعي للغاز الطبيعي الموجه للتصدير حيث أشارت المادتين السادسة والسابعة من هذا المرسوم التنفيذي إلى المصطلح (FOB)<sup>2</sup>.

وكذلك المرسوم التنفيذي رقم 11-108 المتعلق بتحديد كفاءات متابعة الواردات بتحديد السعر الأقصى عند الاستهلاك وكذا هوامش الربح القصوى عند الإنتاج والاستيراد وعند

<sup>1</sup> النظام رقم 07-01، مؤرخ في 03 فيفري سنة 2007، المتعلق بالقواعد المطبقة على المعاملات التجارية مع الخارج والحسابات بالعملة الصعبة معدل ومتمم.

<sup>2</sup> تنص المادة رقم 6 من المرسوم التنفيذي رقم 07-191 ( يتم حساب السعر المرجعي بناء على الأسعار التعاقدية الخالصة الكلفة FOB على الحدود الجزائرية بالنسبة للغاز الطبيعي الذي تم بيعه في حالته الطبيعية وفي الميناء الجزائري الأقرب بالنسبة للغاز الطبيعي المميع)، وتنص المادة 7 من المرسوم 07-191 (يتم تحديد لكل شهر نسبة مئوية للسعر الخالص الكلفة FOB لبترول الصحراء...) مرسوم تنفيذي رقم 07-191 مؤرخ في 17 يونيو 2007، ج رالعدد 41 صادر 20 يونيو 2007.

التوزيع بالجملة والتجزئة لمادتي الزيت الغذائي المكرر العادي، والسكر الأبيض حيث أشار في نص المادتين السادسة والسابعة للصيغ (FOB) و(CAF)<sup>1</sup>.

### الفرع الثالث: مصطلحات التجارة الدولية والقواعد الموحدة لتفسيرها: أعراف تجارية؟

المصطلحات التجارية لم تضعها أي سلطة تشريعية فهي من ابتكار وخلق التجار بغية منهم في تطوير وتسهيل عمليات التعاقد التجاري الدولي لتتم في شكل بسيط يعبر عن كل الالتزامات الناشئة عن التعاقد دون الاضطرار للشرح والتفسير الطويل خاصة إذا تم التعاقد عن بعد أي بين الدول أو عبر الحدود.

ومنذ ان وضع التجار هذه المصطلحات وبسبب ما وجدوه فيها من ملاءمة وتلبية لمختلف رغباتهم التجارية حرصوا على تداولها ونقلها من منطقة لأخرى مع تكرار العمل بها لمدة طويلة فيما بينهم بشكل مستقر وثابت وهذا أدى إلى تحقق الركن المادي من الأعراف التجارية؛ واستمرارهم في التمسك والعمل بها في العديد من المعاملات التجارية ولد لديهم شعور بالزاميتها واستحالة التخلي عنها فتوفر فيها الركن المعنوي هذا ما يجعل هذه المصطلحات التجارية أعراف تجارية بشكل لا يدع أي مجال للشك.

إن القواعد الدولية الموحدة لتفسير مصطلحات التجارة الدولية تعتبر أحد الروافد الأساسية للعادات والأعراف التجارية، وإذا كان صحيحاً أن هذه القواعد هي قواعد اختيارية كما تذهب صراحة إلى ذلك في مقدمتها غرفة التجارة الدولية أي أنها عبارة عن توصيات يمكن الاحتكام إليها أو طرحها جانبا؛ إلا أن الفقه يرى بحق فيها تقنياً يهتدى به العرف الدولي في البيوع التجارية الدولية<sup>2</sup> خاصة وأن الأطراف عند تطبيقهم مبدأ سلطان الإرادة لهم الحرية في اختيار المصطلحات التجارية التي ستحكم تعاملهم، فيصبح استعمال مصطلح

<sup>1</sup> مرسوم تنفيذي رقم 11-108 مؤرخ في 6 مارس سنة 2011 يحدد السعر الأقصى عند الاستهلاك وكذا هوامش الربح القصوى عند الانتاج والاستيراد وعند التوزيع بالجملة والتجزئة لمادتي الزيت الغذائي المكرر والسكر الأبيض، ج ر عدد 15 صادر في 9 مارس سنة 2011.

<sup>2</sup> نقلا عن أحمد حسني سليم، المرجع السابق، ص 130.



البيع في هذه الحالة كعنصر تكويني لعقد البيع وطبيعته كعرف تجاري دولي تضمن تفسير موحد من قبل كل الأطراف عند التعامل<sup>1</sup> لأن العرف التجاري شائع في المجتمع التجاري ومعروف عند كل التجار.

ويمكن القول أن هذه القواعد تعتبر عادات تجارية عالمية وهي تحرير موجز للعرف الدولي السائد في مسائل البيع<sup>2</sup>، فالمشرع الجزائري أكد أن هذه القواعد أعراف تصدرها غرفة التجارة الدولية من خلال ما جاء في المادة 27 من النظام رقم 07-01 المتعلق بالقواعد المطبقة على المعاملات التجارية والحسابات بالعملة الصعبة، كما أن الفقه الأمريكي يضع incoterms في إطار الأعراف التجارية من أجل تبرير إدراجها من قبل الاطراف في عقد البيع الدولي للبضائع وتبرير تطبيقها من قبل القاضي الأمريكي<sup>3</sup>، فاعتبارها اعراف تجارية يتيح استخدامها دون أي اشكال في العقد التجاري الدولي.

ويتم تعديل مصطلحات التجارة الدولية من حين لآخر على ضوء ما يجري عليه العمل وفقا للعرف السائد في المعاملات التجارية الدولية، فهذه القواعد لا توضع ولا تعدل من فراغ ولكن من واقع العرف التجاري الدولي أو السائد في دولة معينة اشتهرت بنوع معين من أنواع النشاط التجاري؛ فإنجلترا مثلا اشتهرت بأعرافها في مجال التأمين البحري وساد نظامها في مختلف دول العالم حتى الدول التي تأخذ بنظام قانوني مغاير عدلت تشريعاتها لتأخذ بما استقر عليه العرف الإنجليزي في مجال التأمين البحري<sup>4</sup>، ونرى أن التعديلات والإصدارات المتتالية للقواعد الموحدة لتفسير المصطلحات التجارية ما هي في حقيقة الأمر إلا أعراف تجارية جديدة تسير وتواجه التطورات التي تعرفها التجارة الدولية، وعليه نقول أن ما وصلت إليه هذه المصطلحات من مكانة هامة في تيسير وتسيير التجارة الدولية بمختلف عقودها في حقيقة الأمر نابع من كونها أعراف تجارية.

<sup>1</sup> HILOU Antoine, Op.cit., P35.

<sup>2</sup> حبيب ثروت، المرجع السابق، ص ص54-55.

<sup>3</sup> HILOU Antoine, Op.cit., P43.

<sup>4</sup> محمد نصر محمد، الوسيط في عقود التجارة الدولية، دار الكتب العالمية، بيروت، بدون سنة نشر، ص 116.

**المطلب الثاني: القواعد والأعراف الموحدة للاعتمادات المستندية**

تلعب وسائل الاداء دورا هاما في تسهيل وتسيير التجارة الدولية، إلا أن اختلاف الأنظمة القانونية للمتعاملين بالتجارة الدولية خلق الكثير من العوائق أمام إتمام مختلف العمليات التجارية الدولية خاصة البيوع الدولية بالاعتماد على هذه الوسائل؛ وهذا بسبب ما تتطلبه مثل هذه المعاملات التجارية من قيم مالية معتبرة بالإضافة لبعد المسافة بين المتعاملين بها. هذا ما أدى إلى ظهور آليات ووسائل بنكية تساعد في إتمام هذه العمليات التجارية الدولية وأهمها الاعتماد المستندي الذي شكل فارقا كبيرا في تسيير التجارة الدولية خاصة فيما يتعلق بالاستيراد والتصدير.

والاعتماد المستندي معروف باختلاف تنظيم تقنياته وقواعده من دولة لأخرى لكن تصدت الأعراف التجارية لعملية توحيد قواعده واحكامه بشكل مميز وفعال، هذا ما جعل معظم النظم القانونية تتبنى تنظيم الاعتماد المستندي وتعتمد عليه.

ولمعرفة الدور الفعال الذي لعبته الأعراف التجارية في توحيد قواعد وأحكام الاعتمادات المستندية لابد من إبراز مكانة القواعد والأعراف الموحدة للاعتمادات المستندية كأعراف تجارية (الفرع الأول) ثم مضمون هذه القواعد والأعراف الموحدة (الفرع الثاني).

**الفرع الأول: مكانة القواعد والأعراف الموحدة للاعتمادات المستندية**

تعددت القواعد المنظمة للاعتماد المستندي من دولة لأخرى ومن مصرف لآخر وهذا خلق الكثير من المشاكل عند التعامل به. وباعتبار الاعتماد المستندي من أهم وسائل التمويل التجاري الذي يعتمد عليه الممارسون للتجارة الدولية فقد أصبح من الضروري توحيد قواعده لتسهيل التعامل به أكثر وهذا سينعكس بشكل إيجابي على التجارة الدولية.

ومن أجل ذلك ظهرت فكرة توحيد القواعد والأعراف الموحدة للاعتمادات المستندية والتي سنحاول تعريفها (أولا) مع إبراز ظروف اعتمادها (ثانيا) ثم مدى اعتبارها أعراف تجارية

(ثالثًا) مع التطرق لموقف المشرع الجزائري منها(رابعًا) وفي الأخير معرفة القواعد المرافقة لها (خامسًا).

### أولاً: تعريف القواعد والأعراف الموحدة للاعتمادات المستندية

لم أصادف خلال إعدادي لهذه الرسالة الكثير من التعريفات الفقهية أو القانونية للقواعد والأعراف الموحدة للاعتمادات المستندية ما عدا التعريف الآتي:

**القواعد والأعراف الموحدة للاعتمادات المستندية مجموعة القواعد العالمية التطبيق والتي تصدر عن غرفة التجارة الدولية بباريس بفرنسا بشأن تنظيم إصدار واستخدام الاعتمادات المستندية وهي ملزمة لكافة الأطراف إذا ارتضوا الخضوع لها، ما لم يتفقوا على خلاف ذلك وفي حدود هذا الاتفاق<sup>1</sup>.**

من التعريف اعلاه نجد أن هذه القواعد وضعتها غرفة التجارة الدولية لتوحيد المفاهيم حول أهم آلية للدفع والضمان في التجارة الدولية والمتمثلة في الاعتماد المستندي لتنظيمه وضمان التعامل به بشكل موحد في مختلف مصارف العالم عند اتفاق أو اختيار أطراف العقد التجاري الدولي لهذه الآلية واعتمادهم القواعد والأعراف الموحدة لها.

### ثانياً: ظروف وضع القواعد والأعراف الموحدة للاعتمادات المستندية

يمكن تلخيص الظروف التي كانت سببا في وضع القواعد والأعراف الموحدة للاعتمادات المستندية كما يلي:

أدت نهاية الحرب العالمية الأولى إلى تغير كبير في العالم جعل الدول تركز كثيرا على التجارة الدولية لتحسين اقتصادها مع القيام بالتحسينات في القطاع المصرفي؛ حيث زاد حجم التجارة العالمية من 40 بليون دولار مع بداية الحرب العالمية في عام 1914 إلى 100 بليون دولار في عام 1920. وأمام اختلاف الممارسات المصرفية من دولة لأخرى قام عدد من المصارف الأمريكية في مدينة نيويورك بعقد عدد من التجمعات لدراسة كيفية توحيد

<sup>1</sup> عرفات أحمد المنجي، التحكيم في منازعات الاعتمادات المستندية في الفقه والقانون، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، 2017، ص 273.

الممارسات المصرفية القائمة، ومنها مؤتمر نيويورك للمصرفيين بشأن الاعتمادات التجارية والذي كان برئاسة Wilber Ward وهو النائب المساعد لرئيس بنك المدينة الوطني بولاية نيويورك، هذا المؤتمر ضم 34 بنك لصياغة وثيقة تعكس ممارسات الاعتمادات المستندية الخاصة بعمليات التصدير، ليتم عام 1920 إصدار القواعد المنظمة للاعتمادات الخاصة بعمليات التصدير (RAECC) والتي نقحت بمعرفة مؤتمر نيويورك وأشترك في كتابة نصها 34 مؤسسة مالية، وأوصى كل بنك ساهم في صياغتها بنوكه في الخارج الخضوع لهذه القواعد في معاملاتهم المتعلقة باعتمادات التصدير، وهذه المرحلة تعتبر المرحلة الأولى لتقنين الممارسات المصرفية المتعلقة بالاعتمادات المستندية في الولايات المتحدة الأمريكية وفي العالم. وفي 16 يناير ظهر ما يعرف باسم اللجنة المصغرة والتي تعرف الآن باسم جمعية الخدمات المالية الدولية؛ والتي قامت بتقنين ال (RAECC) في بداية سنة 1926 كما أنشأت لجان فرعية في 27 يناير 1926 لمواصلة التتقيقات اللازمة<sup>1</sup>.

قامت اللجنة بوضع مشروع تم اقراره في مؤتمر الغرفة التجارية الذي انعقد في امستردام سنة 1926 لتتسأ حركة توحيد نظام الاعتماد المستندي سنة 1933 في فيينا، وقامت بوضع مجموعة من القواعد التي تنظم الأعراف والممارسات الخاصة بالاعتماد المستندي ليتم إعادة صياغتها عدة مرات في الأعوام 1952، 1962، 1974، 1983، 1993، وأخيرا سنة 2007 والتي تعرف اختصارا UCP<sup>2</sup>.

**ثالثا: مدى اعتبار القواعد والأعراف الموحدة للاعتمادات المستندية: أعراف تجارية؟**

حققت القواعد والأعراف الموحدة للاعتمادات المستندية نجاحا باهرا انعكس إيجابا على التجارة الدولية؛ وخير دليل على ذلك توحيد التعامل بهذه القواعد والأعراف من خلال تبنيها من قبل أغلب التشريعات الوطنية عند تنظيمها للاعتماد المستندي وكذلك معظم البنوك

<sup>1</sup> عرفات أحمد المنجي، المرجع السابق، ص ص 273-274.

<sup>2</sup> العساف جمال عبد الكريم مصابر، « الاعتمادات المستندية في ظل قواعد الممارسات والأعراف الموحدة للاعتمادات المستندية »، مجلة القانون والأعمال، المجلد/ العدد ع30، 2018، ص76.

والمصارف حيث قضت هذه القواعد والأعراف على تباين واختلاف تنظيم الاعتماد المستندي الذي كان يشكل عائقا كبيرا امام سير مختلف المعاملات التجارية الدولية، كما أن النشرة رقم 600 من القواعد والأعراف الموحدة للاعتمادات المستندية والتي تبنتها لجنة القانون التجاري الدولي في اجتماعها الثاني والاربعين سنة 2011 بصفة رسمية أصبحت تطبق في أكثر من 175 دولة<sup>1</sup> منحتها صفة القواعد الدولية بعد أن كانت تعتبرها مجرد إجراءات وترتيبات حسب النشرة 500 هذا ما يدفعنا للتساؤل عن طبيعة هذه القواعد؟ وبالعودة للجهة التي تصدر هذه القواعد نجدها غرفة التجارة الدولية؛ وهي منظمة غير حكومية ولا تتمتع بسلطة تشريع دستورية والأحكام والقواعد التي تصدرها لا تعتبر نصوص تشريعية، وحتى قوة إلزام هذه القواعد والأعراف يحددها أطراف العقد وذلك من خلال الإشارة إليها في عقودهم. لكن الأمر في حقيقته أكبر من هذا فبعد الانتشار الواسع للقواعد والأعراف الموحدة للاعتمادات المستندية وشمولها للكثير من مصارف دول العالم وأقاليمه وتواتر العمل بصفة مطردة على الإشارة إليها نجد أن الغالبية العظمى من أحكامها قد أضحت فعلا عادات تجارية دولية أفلحت الجهود بشأنها للوصول إلى عرف دولي موحد على نطاق عالمي<sup>2</sup>.

كما أن القواعد والأعراف الموحدة للاعتمادات المستندية تعتبر تقنيا للممارسات والأعراف المصرفية والتجارية والبحرية والتأمينية وتتصل بكثير من المواد الواردة في القواعد والأعراف الدولية الموحدة لأعمال متعهدي النقل والشاحنين ووسائل النقل المختلفة بحرا وبراً وجوا<sup>3</sup>، وعليه يتبين أن القواعد والأعراف الدولية الموحدة للاعتمادات المستندية في حقيقة الأمر ما هي إلا أعراف تجارية جمعتها وقننتها غرفة التجارة الدولية لتشكل قواعد عالمية التطبيق حققت نجاحا بارزا ومميزا في توحيد تنظيم التعامل بالاعتماد المستندي لم تحققه

<sup>1</sup> العساف جمال عبد الكريم مصابر، المرجع السابق، ص77.

<sup>2</sup> حبيب ثروت، المرجع السابق، ص ص57-58.

<sup>3</sup> أحمد غنيم، القواعد والأعراف الدولية الموحدة للاعتمادات المستندية رقم600، بدون دار نشر، 2001، ص09.

غيرها من الأنظمة، كما أن التطور التكنولوجي المستمر الذي يعرفه العالم يؤثر بشكل مباشر على سير التجارة الدولية الشيء الذي يفرض مراجعة دائمة لهذه القواعد لضمان مسابقتها لكل المستجدات والتطورات التي قد تطرأ على التجارة الدولية.

**رابعاً: موقف المشرع الجزائري من القواعد والأعراف الموحدة للاعتمادات المستندية**

كما أشرنا سابق تعرف القواعد والاعراف الموحدة للاعتمادات المستندية بأنها: **مجموعة القواعد العالمية التطبيق والتي تصدر عن غرفة التجارة الدولية بباريس بفرنسا بشأن تنظيم إصدار واستخدام الاعتمادات المستندية وهي ملزمة لكافة الأطراف إذا ارتضوا الخضوع لها، ما لم يتفقوا على خلاف ذلك وفي حدود هذا الاتفاق<sup>1</sup>.**

من هذا التعريف يمكننا استخلاص بعض خصائص هذه القواعد وهي:

- مجموعة من القواعد تصدرها غرفة التجارة الدولية.
- قواعد عالمية وهذا يجعلها تتلاءم مع الطابع الدولي الذي تتميز به التجارة الدولية.
- تتمتع بقوة ملزمة مصدرها إرادة الأطراف إذا لم يتفقوا على قواعد أخرى.
- قواعد مفسرة تتيح الحرية للمحاكم الوطنية في التفسير<sup>2</sup>، خاصة وأن الكثير من الأنظمة القانونية تعتمد على تنظيم الاعتماد المستندي.

هذه الخصائص منحت القواعد والأعراف الموحدة للاعتمادات المستندية مكانة هامة فقد تمكنت من تحقيق الهدف الذي وضعت من أجله وهو توحيد تنظيم الاعتماد المستندي بشكل متميز، والدليل على تميزها هو الاعتراف بها من قبل مختلف القوانين ومن بينها القوانين الجزائرية حيث أن المشرع الجزائري لم ينظم الاعتماد المستندي وبقي معتمدا ومكتفيا في ذلك بالقواعد والأعراف الموحدة للاعتمادات المستندية الخاصة بغرفة التجارة الدولية حيث أشار للاعتماد المستندي في بعض النصوص القانونية نذكر منها:

<sup>1</sup> عرفات أحمد المنجي، المرجع السابق، ص271.

<sup>2</sup> بن بريكة فريل، مكانة الاعتماد المستندي في الجزائر، مذكرة ماجستير في القانون، كلية الحقوق سعيد حمدين، جامعة الجزائر 1، بن يوسف بن خدة، 2016-2017، ص44.

- المادة 69 من قانون المالية التكميلي لسنة 2009 المنظم بالأمر رقم 09-01 المؤرخ في 22 جويلية سنة 2009 والتي تنص «**يتم دفع مقابل الواردات إجباريا فقط بواسطة الائتمان المستندي تحدد السلطة النقدية والوزير المكلف بالمالية، عند الحاجة كيفيات تطبيق أحكام هذه المادة**<sup>1</sup>».

من خلال نص المادة نجد ان المشرع الجزائري اعتبر الاعتماد المستندي أداة لدفع الواردات بشكل إجباري وحصري وهذا بسبب الفوائد التي يحققها، فحصر وسائل الدفع التي يمكن استعمالها في التجارة الدولية في الاعتماد المستندي يسمح للدولة عن طريق بنوكها معرفة الوضعية المالية للمستورد من خلال الملف الذي يقدمه أمام البنوك وهذا الأخير لن يقبل تحويل رؤوس الأموال لأي مستورد إذا تأكد أن الأموال المراد تحويلها لا تقابلها بضاعة للاستيراد وهذا يساعد كثيرا في تجنب الصفقات الوهمية<sup>2</sup>.

لقد أصبح الاعتماد المستندي وسيلة تسمح للدولة مراقبة كل خروج للمبالغ المالية بالعملة الصعبة، كما أنه يساعد على المحافظة على ميزان المدفوعات من الأزمات التي قد يتعرض لها، ويساعد كذلك في مكافحة جريمة تبييض الأموال من خلال معرفة مصدر الأموال المتعامل بها واعطاء مكانة للبنك ليؤدي دوره في عملية تسديد الصفقات التجارية الخارجية<sup>3</sup>.

- المادة 44 من قانون المالية التكميلي لسنة 2010 والتي تنص «**يتم دفع مقابل الواردات إجباريا فقط بواسطة الائتمان المستندي، غير أنه تعفى من اللجوء إلى الائتمان المستندي الواردات من المواد الداخلة في الصنع وقطع الغيار التي تقوم بها المؤسسات المنتجة شريطة أن:**

<sup>1</sup> المادة 69 من قانون المالية التكميلي لسنة 2009 المنظم بالأمر رقم 09-01 المؤرخ في 22 جويلية سنة 2009.

<sup>2</sup> بوخيرة حسين، « استخدام البنوك الجزائرية لوسائل الدفع في التجارة الخارجية »، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، المجلد 47، العدد 2، جوان 2010، ص 175

<sup>3</sup> المرجع نفسه، ص 175.

- تستجيب هذه الواردات بصورة حصرية لمتطلبات عملية الإنتاج.
- لا تتجاوز الطلبات المجمعة السنوية المحققة في هذا الإطار مبلغ مليوني دينار جزائري (2.000.000 دج) بالنسبة لنفس المؤسسة.
- تكلف السلطة النقدية بالسهر على الاحترام الصارم لهذا التحديد<sup>1</sup>.
- المادة 23 من قانون المالية التكميلي لسنة 2011 والتي تنص « يتم الدفع مقابل الواردات الموجهة للبيع على حالها إجباريا بواسطة الائتمان المستندي فقط »<sup>2</sup>.
- المادة 26 من النظام رقم 01-07 والتي تنص « إن كفيات التسديد هي تلك المعترف بها دوليا »<sup>3</sup>.
- المادة 18 من النظام رقم 01-07 والتي تنص « تشكل وسائل الدفع في مفهوم المادة 17 أعلاه:

- الاوراق النقدية.
- الصكوك السياحية.
- الصكوك المصرفية أو البريدية.
- خطابات الاعتماد.
- السندات التجارية.
- كل أداة دفع مقومة بالعملة الصعبة الأجنبية القابلة للتحويل بصفة حرة مهما كانت الأداة المستعملة »<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> المادة 44 من قانون المالية التكميلي لسنة 2010 المنظم بالأمر رقم 10-10 المؤرخ في 16 رمضان 1431 الموافق 26 أغسطس سنة 2010.

<sup>2</sup> المادة 23 من القانون رقم 11-11 مؤرخ في 16 شعبان عام 1432 الموافق 18 يوليو سنة 2011 يتضمن قانون المالية التكميلي لسنة 2011.

<sup>3</sup> المادة 26 من النظام رقم 01-07 المؤرخ في 03 فيفري 2007، المتعلق بالقواعد المطبقة على المعاملات الجارية مع الخارج والحسابات بالعملة الصعبة.

<sup>4</sup> المادة 18 من النظام رقم 01-07 من النظام رقم 01-07 المؤرخ في 03 فيفري 2007، المتعلق بالقواعد المطبقة على المعاملات الجارية مع الخارج والحسابات بالعملة الصعبة.



مما تقدم يتبين أن المشرع الجزائري أولى اهتماما للاعتماد المستندي معتمدا في تنظيمه على القواعد والأعراف الموحدة التي وضعتها غرفة التجارة الدولية.

#### خامسا: القواعد المرافقة للقواعد والأعراف الموحدة للاعتمادات المستندية

هناك قواعد أخرى مرافقة للقواعد والأعراف الموحدة للاعتمادات المستندية تساهم أيضا في تنظيم الاعتماد المستندي تتمثل في:

المعايير الدولية والممارسات المصرفية أو international standard banking practice, Pratiques bancaires internationales standards؛ وتعتبر قواعد مرافقة للقواعد والأعراف الدولية الموحدة وتتضمن مجموع المعاملات البنكية والآراء الصادرة عن غرفة التجارة الدولية وهدفها المساعدة على تفسير أحكام القواعد الدولية الموحدة، كما تعد مكملة لها لأنها تبين كيفية تطبيق بعض الممارسات كمرافقة الاتفاقيات والفواتير ومستندات النقل والتأمين وشهادات المنشأ وقد خضعت لبعض التعديلات التقنية من أجل توحيد أحكامها والشروط المختلفة التي تحتويها لتتطابق مع أحكام القواعد والأعراف الموحدة للاعتمادات المستندية<sup>1</sup>.

#### الفرع الثاني: مضمون القواعد والأعراف الموحدة للاعتمادات المستندية

تمكنت القواعد والأعراف الموحدة للاعتمادات المستندية من توحيد تنظيم أهم آليات التمويل التجاري الدولي، وهذا جعل الاعتماد المستندي في كثير من الأحيان وسيلة إثبات للعقد التجاري بين الأطراف المتعاقدة لأنه في أغلب عمليات التجارة الدولية نجد أن أمر الشراء الصادر من المشتري يمثل العقد بينه وبين البائع أو قد يكون العرض أو الإيجاب بشراء البضاعة أو القيام بالخدمات المطلوبة هو العقد الوحيد بينهم؛ وفي بعض الأحيان قد يكون العقد بالشراء لفضيا وسيلة إثباته الوحيدة خطاب الاعتماد المستندي<sup>2</sup> كل هذا جعل الاعتماد المستندي من أهم وأفضل وسائل الأداء في عقود التجارة الدولية.

<sup>1</sup> بن بريكة فريال، المرجع السابق، ص 46.

<sup>2</sup> نقلا عن صالح بن عبد الله بن عطف العوضي، المرجع السابق، ص 248.

وأمام أهمية الاعتماد المستندي في التجارة الدولية فإنه يجب التذكير به (أولاً) مع التطرق للبعد المنتظر من تنظيمه ضمن قواعد واعراف موحدة (ثانياً).

### أولاً: مفهوم الاعتماد المستندي

سمي هذا النوع من الاعتماد بالاعتماد المستندي لكونه يتطلب تقديم مستندات تثبت انتقال ملكية البضائع<sup>1</sup>، وقد تضمنت القواعد الموحدة له ضمن نشرات الغرفة التجارية الدولية مفهوماً خاصاً له (1) محددة أطرافه (2) وأنواعه وأسلوب تنفيذه (3).

### 1/ تعريف الاعتماد المستندي

يعرف الاعتماد المستندي بأنه تعهد صادر من البنك بناء على طلب العميل (يسمى الأمر أو معطي الأمر) لصالح الغير المصدر (ويسمى المستفيد)، يلتزم بمقتضاه البنك بدفع أو قبول كمبيالات مسحوبة عليه من هذا المستفيد وذلك بشروط معينة واردة في هذا التعهد ومضمون برهن حيازي على المستندات الممثلة للبضائع المصدرة<sup>2</sup>.

ويعرف الاعتماد المستندي بالعقد الذي يلتزم بمقتضاه البنك أن يضع مبلغاً من المال

تحت تصرف شخص يحدده العميل المتعاقد، ويكون هذا الشخص (المستفيد) حائزاً

للمستندات التي تمثل البضاعة والمستندات المثبتة لعلاقته مع العميل الأمر بالاعتماد والتي على البنك التحقق منها والحصول عليها لتنفيذ التزامه بالاعتماد<sup>3</sup>.

كما عرفته المادة الثانية من النشرة 600 لعام 2007 (UCP) الصادرة عن غرفة

التجارة الدولية والخاصة بالقواعد والأعراف الدولية الموحدة للاعتمادات المستندية: أية

<sup>1</sup> محمد صبري، الأخطاء البنكية أساس مسؤولية البنك عن عدم ملاءمة الائتمان مع مصلحة الزبون، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، 2007، ص73.

<sup>2</sup> محمد جنكل، العمليات البنكية، الجزء الأول العمليات البنكية المباشرة، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، 2003، ص115.

<sup>3</sup> نقلاً عن عرفات احمد المنجي، المرجع السابق، ص28.

ترتيبات متخذة، مهما كانت تسميتها أو وصفها تكون غير قابلة للإلغاء وبذلك يشكل تعهدا باتا على البنك المصدر للاعتماد " للوفاء " مقابل تقديم مطابق<sup>1</sup>.

## 2/ أطراف الاعتماد المستندي

يمثل الاعتماد المستندي عدة أطراف نحاول أن نعرفهم حسب نص المادة الثانية من القواعد والأعراف الموحدة للاعتمادات المستندية المنشرة 600<sup>2</sup>:

- الأمر بفتح الاعتماد (applicant): هو الطرف الذي بناء على طلبه يصدر الاعتماد ويمكن ان يسمى المشتري أو المستورد.

- البنك المصدر (issuing bank): هو البنك الذي يصدر الاعتماد بناء على طلب الأمر بفتح الاعتماد أو بالأصالة عن نفسه. ويسمى فاتح الاعتماد.

- المستفيد (beneficiary): هو الطرف الذي يصدر الاعتماد لصالحه. ويسمى البائع أو المصدر.

هذا فيما يخص الأطراف الرئيسية، كما قد تتدخل أطراف أخرى في إتمام الاعتماد المستندي تتمثل في<sup>3</sup>:

- البنك معزز الاعتماد، وهو الذي يأخذ على عاتقه تعزيز الاعتماد.

- البنك القائم بتداول المستندات.

- البنك القائم بسداد قيمة المستندات، وهو مشرف السحوبات وهو المسمى من قبل البنك فاتح الاعتماد وهو يخضع للنشرة 525 للأعراف الدولية.

<sup>1</sup> أحمد غنيم، المرجع السابق، ص 57.

<sup>2</sup> المادة الثانية من النشرة رقم 600 لعام 2007 (UCP) الصادرة عن غرفة التجارة الدولية والخاصة بالقواعد والأعراف الدولية الموحدة للاعتمادات المستندية، متاح على الموقع الإلكتروني للجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي:

[www.tfi.itcilo.org](http://www.tfi.itcilo.org)

<sup>3</sup> محمد صبري، المرجع السابق، ص 78.

- البنك الممول، أي البنك فاتح الاعتماد، فهو لا يملك المال الكافي حين السداد أو لا يريد أن يتحمل أخطار زيادة ديونه، عندها يلجأ لإشراك مصرف آخر يمول هذه الصفقة لمدة محددة ووفق شروط يتفق عليها.

### 3/ أنواع الاعتماد المستندي

تتنوع الاعتمادات المستندية حسب عدة معايير وشروط ونكتفي بذكر أهمها وتتمثل في<sup>1</sup>:  
أ/ اعتمادات مستندية رئيسية وتضم الاعتماد المستندي القابل للإلغاء، الاعتماد المستندي غير قابل للإلغاء والمعزز.

ب/ اعتمادات مستندية خاصة وتضم الاعتماد المستندي الدائري، اعتماد الدفعات المقدمة، الاعتماد المستندي المقابل، الاعتماد المستندي الاحتياطي، الاعتماد المستندي القابل للتحويل، الاعتماد المستندي من حيث طريقة التحويل والاعتماد المستندي في البنوك الإسلامية.

ج/ اعتمادات مستندية حسب طريقة الشحن وتضم الاعتماد المستندي القابل للتجزئة، الاعتماد المستندي الغير قابل للتجزئة، الاعتماد المستندي الذي يسمح بإعادة الشحن، الاعتماد المستندي المقيد وغير المقيد.

### ثانياً: البعد المنتظر من تنظيم الاعتماد المستندي ضمن قواعد وأعراف موحدة

إن تنظيم الاعتماد المستندي ضمن قواعد وأعراف موحدة على مستوى الغرفة التجارية الدولية لم يكن صدفة وإنما لفائدة وبعد يخدمان التجارة الدولية؛ ويتعلق الأمر بكون الاعتماد المستندي يسمح بتسهيل دفع المبالغ المستحقة ضمن عقود التجارة الدولية (أ) كما انه يحقق ضمان أطراف العقد التجاري الدولي (ب).

<sup>1</sup> بونحاس عادل، «الاعتماد المستندي من الجانب النظري وأنواع البيوع في التجارة الدولية»، مجلة إدارة الأعمال والدراسات الاقتصادية، المجلد 1، العدد الثاني، أكتوبر 2015، ص 220.

## أ/ تسهيل دفع المبالغ المستحقة ضمن عقود التجارة الدولية

لقد أصبح الاعتماد المستندي روح التجارة الخارجية<sup>1</sup> بسبب التسهيلات التي وفرها لأطراف عقود التجارة الدولية فهو أحسن وسيلة للدفع لأنه يسمح للبائع بأن يتحصل في أقرب وقت ممكن على دينه المتمثل في ثمن البضاعة التي أرسلها إلى المشتري وهذا مقارنة بباقي وسائل الدفع الأخرى، فمن الناحية العملية البنك يقوم بالدفع فوراً للبائع متحملاً كل ما ينجر عن العملية بما في ذلك نسبة الفوائد وهذا يسمح للبائع بمباشرة عمليات تجارية أخرى دون انتظار الثمن، كما يسمح الاعتماد المستندي تجنب وتقادي الصعوبات والعراقيل التي يواجهها البائعون بسبب أنظمة رقابة النقد في بلد إقامة المشتريين لأنهم ملزمون باتخاذ الكثير من الإجراءات الضرورية قبل فتح الاعتماد المستندي<sup>2</sup>، ويعود الفضل في تحقيق هذه التسهيلات إلى القواعد والأعراف الموحدة التي تمكنت من تنظيم الاعتماد المستندي بشكل موحد مناسب لكلا طرفي العقد التجاري الدولي بعيداً عن تعقيدات التشريعات الوطنية.

## ب/ ضمان أطراف العقد التجاري الدولي

يقدم الاعتماد المستندي ثقة واطمئنان لجميع أطرافه حيث يوفر الثقة والأمان للبائع بأنه سيحصل بشكل مؤقت على ثمن البضاعة ويجنبه أخطار تتعلق أساساً بالبلد الذي أرسلت إليه البضاعة خاصة فيما يتعلق بالقوانين والأنظمة السائدة فيه، ويظهر ذلك خاصة في التزام البنك في بعض أنواع الاعتماد المستندي بدفع الثمن<sup>3</sup>. كما يجنب البائع مشاق الرجوع إلى المشتري ومخاوف المماثلة خاصة وأنها من دولتين مختلفتين، كما يضمن للمشتري عدم دفع ثمن البضاعة إلا بعد التأكد من تنفيذ البائع لالتزامه بنقل ملكية البضاعة إلى المشتري من خلال تقديمه للمستندات المحددة وفحص البنك لهذه المستندات<sup>4</sup>، هذا ما يجعل

<sup>1</sup> محمد جنكل، المرجع السابق، ص 119.

<sup>2</sup> إرزيل الكاهنة، دور آلية تأمين القرض عند التصدير في التجارة الخارجية، المرجع السابق، ص 203-204.

<sup>3</sup> المرجع نفسه، ص 203.

<sup>4</sup> محمد جنكل، المرجع السابق، ص 120.

الاعتماد المستندي ضمانة بنكية للطرفين منذ المراحل الأولى لتعاملهما وحتى قبل تصدير البضاعة فالبائع يستطيع أن يعد سلعته ويصدرها وهو مطمئن لما ستؤول إليه الأمور والمشتري يعرف تماما أن كل تعليماته ستحترم<sup>1</sup>.

وقد أصبح الاعتماد المستندي أحسن وسيلة لتأمين البائع المصدر ضد خطر عدم الحصول على البضاعة لذا فالاستعانة بالمستندات التي تتعلق بتنفيذ عملية البيع عن طريق البنك الذي يثق فيه كلا الطرفين والذي يشترط من خلاله المصدر على المستورد دفع قيمة البضاعة أو قبول كمبيالة يسحبها هو بقيمة البضاعة حال شحنها وبالتالي انتقال مركز الثقة من المتعاملين إلى البنوك التجارية<sup>2</sup>.

ولا تقتصر أهمية الاعتماد المستندي على البائع والمشتري فهي تمتد إلى البنك باعتباره احد أطراف هذا الاعتماد؛ فالبنك يحصل على عمولة مقابل قيامه بهذا الاعتماد بالإضافة للفائدة المتفق عليها من تاريخ دفع قيمة الاعتماد، وفي حالة عدم تسديد المشتري للمبلغ الذي دفعه البنك فإن البنك يمكنه عدم تسليم المستندات الممثلة للبضاعة فلا يتمكن المشتري من تسلّم البضاعة ويمكن للبنك استيفاء حقوقه من بيع البضاعة حسب الإجراءات القانونية<sup>3</sup>.

مما تقدم يتبين أن الاعتماد المستندي أصبح من أهم وأفضل وسائل الأداء في عقود التجارة الدولية على الإطلاق والفضل في ذلك يعود للقواعد والأعراف الموحد التي أصبح يخضع لها واعتبارها أعراف تجارية جعلها الأنسب لتنظيمه.

<sup>1</sup> محمد صيري، المرجع السابق، ص 88.

<sup>2</sup> بونحاس عادل، المرجع السابق، ص 195.

<sup>3</sup> محمد جنكل، المرجع السابق، ص 120.

## الفصل الثاني

القوة الإلزامية لتأثير الأعراف

التجارية في التجارة الدولية

لا تأثير لأي نظام على المعاملات التي ينظمها إذا لم يتمتع بالقيمة القانونية التي تعطي له الفعالية اللازمة لتجعله في النهاية نظام قانوني قائم بذاته يمكن الاعتماد عليه لتنظيم مختلف المعاملات في شتى المجالات، والقيمة القانونية لا تأتي من فراغ حيث تحددها مجموعة من الخصائص التي يجب أن تتوفر في كل القواعد القانونية.

وأمام الطبيعة العرفية المميزة للأعراف التجارية والتي حافظت عليها منذ ظهورها فإننا نتساءل إن كانت هذه الأخيرة تتمتع بأي قيمة قانونية تسمح لها بتشكيل نظام قانوني قائم بذاته يمكن الاعتماد عليه لتنظيم التجارة الدولية بصفة عامة وتسوية منازعاتها كالقواعد القانونية؟

ومن أجل الوقوف على القيمة القانونية للأعراف التجارية سنحاول في البداية معرفة إن كانت هذه الأخيرة تتمتع بالقوة الإلزامية التي تجعل المتعاقدين يعتمدون عليها في مختلف عقودهم التجارية الدولية؟ مع محاولة معرفة أن كانت الأعراف التجارية تشكل قواعد قانونية؟ وللإجابة على ذلك يجب في البداية كشف مختلف الخصائص المميزة للقاعدة القانونية؛ والتي متى توفرت في الأعراف التجارية ارتقت بها إلى مصاف القواعد القانونية ومنحتها القيمة القانونية لتشكل نظاما قانونيا، ومن أجل ذلك لذا لا بد من التطرق للتكييف القانوني للأعراف التجارية ( المبحث الأول)، ثم ننتقل لدراسة مدى اعتبار الأعراف التجارية قواعد قانونية ( المبحث الثاني).



**المبحث الأول: التكييف القانوني للأعراف التجارية**

الأعراف التجارية من اقدم الأنظمة التي ظهرت في كل المجتمعات وفي مختلف المجالات، ولازالت إلى يومنا هذا محافظة على طابعها العرفي والذي يجعل من الصعب تحديد طبيعتها إلا من خلال الكشف عن بعض المسائل الأساسية التي يمكن أن تساعدنا في ذلك كتحديد كيف نشأت الأعراف التجارية وما يميزها وهل تتمتع بأي إلزام رغم الطابع العرفي المميز لها؟

وبسبب قلة الدراسات الخاصة بموضوع الأعراف التجارية وبغية التعمق في موضوع الأطروحة ولغرض التوصل إلى القيمة القانونية للأعراف التجارية ارتأيت الاستعانة بالعرف بصفة عامة باعتبار أن الأعراف التجارية ما هي إلا عرف خاص وذلك من خلال القيام بعملية إسقاط على الأعراف التجارية كلما أمكنني ذلك.

وعليه يجب في البداية تحديد القوة الإلزامية للأعراف التجارية (المطلب الأول) ثم توضيح مدى انطباق خصائص القاعدة القانونية على الأعراف التجارية (المطلب الثاني).

**المطلب الأول: تحديد القوة الإلزامية للأعراف التجارية**

تخضع العقود التجارية الدولية لمبدأ سلطان الإرادة الذي يمنح الحرية لأطراف العقد لاختيار القانون المنظم له، ويستمد العقد قوته الإلزامية من النظام الذي يخضع له فإذا كان منظما بواسطة الأعراف التجارية فهل تتمتع هذه الاخيرة بأي قوة إلزامية؟

إن موضوع تحديد القوة الإلزامية للأعراف التجارية يثير إشكالا كبيرا بسبب احتفاظها بطبيعتها العرفية رغم ظهورها منذ القدم وهذا يستدعي ضرورة دراسة الظروف التي أدت إلى نشوء الأعراف التجارية (الفرع الأول) وما يميزها ومدى تأثيرها في العلاقات التي تحكمها من خلال تبيان الاركان المكونة لها (الفرع الثاني) ثم التطرق للقوة الإلزامية للأعراف التجارية (الفرع الثالث).

## الفرع الأول: ظروف نشوء الأعراف التجارية

ينشأ العرف بصفة عامة بشكل تلقائي فكل الأفعال والسلوكيات التي يعتادها الناس تلقائياً، ويستمررون في ممارستها وتكرارها لمدة طويلة تولد اعتقاداً لديهم بأنها ملزمة وتؤدي إلى نشوء عرف ما.

وهذه الأفعال والسلوكيات تنشأ في كل المجالات والميادين ومنها التجارية. وقد عرفت كل المجتمعات القديمة والحديثة عبر كل العالم الأعراف التجارية، فهذه الأخيرة ما هي إلا استجابة لمتطلبات المجتمع التجاري وحاجاته المستمرة والذي لا يمكن أن يقوم إلا بتلبيتها لذا فالأعراف التجارية تعتبر وسيلة أو آلية أنتجها المجتمع التجاري لتنظيمه.

وبالعودة إلى الحضارات القديمة نجد أنها عرفت الأعراف التجارية ولجأت إليها لتسيير كل شؤونها، فنجد مثلاً أن سكان الهند كانوا يحكمون فيما يجري بينهم بالأعراف والعادات السائدة في مجتمعهم قبل مجيء القانون، وكانوا يطلقون عليها اسم ( ذرا ماسترا ) أي النصوص العرفية التي تفصل ما للطبقات من نظام وواجبات والتي كتبتها جماعة البراهمة<sup>1</sup>. أما الصين فقد حكمت في عصورها الأولى بالأعراف إلى أن وضعت مجموعة من

القوانين جمعت في دستور (جو) وبين عامي 512-525 ق م أصدرت ولايتا (جنج)

(و تشين) كتابان في القانون يقومان على نظام الطبقات، إلا أن الناس لم يتقبلوا ذلك واحتجوا عليه ونتيجة لذلك ضعف نطاق القانون وأصبح لا يشمل إلا على الأحكام العامة الكبرى. وبقيت الأعراف والعادات هي السائدة وبقي الناس يسيرون كل أموالهم وفق الأعراف والعادات المألوفة في مجتمعهم<sup>2</sup>.

أما الرومانيون وتحت ضغط حاجة التجارة الدولية اضطروا إلى التخلي عن الرسميات والشكليات التي كانت تسود قانونهم، ووضعوا قواعد بعيدة عن الرسمية لتحكم علاقاتهم مع

<sup>1</sup> معدي بن ناصر الهويل، المرجع السابق، ص 31-30.

<sup>2</sup> المرجع نفسه، ص 31.

الأجانب وكانت نشأة تلك القواعد عرفية خالصة<sup>1</sup>، ويعتبر العرف المصدر الأساسي للحقوق القانونية في ألواحهم الاثني عشر التي نشرت عام 449 ق م<sup>2</sup>.

أما اليونانيون فقد تمسكوا بالأعراف حيث أسس (راكون) قانونا على عادات إقطاعية كانت مسارا للفوضى والخروج عن النظام<sup>3</sup>.

وقد لعب الملوك والكهنة في الأمم القديمة دورا كبيرا في تكوين الأعراف والالتزام بها، لما يتمتعون به من مركز ديني محترم يؤثر في نفوس العامة، فقد وجد الباحثون أن القواعد القانونية القديمة كانت مستمدة بالدرجة الأولى من الأعراف القضائية البدائية؛ وأولها إصلاحات الملك (أوروكاجينا) ثم قانون (أور - نمو) ثم قانون (لبت - عشتار) وقانون (أشفونا) وآخرها قانون حمورابي وكل هذه القوانين مستمدة من عادات وتقاليد قانونية جاءت من عرف قانوني عميق الجذور<sup>4</sup> وهذا يجعلها ذات أصل عرفي بحت.

وقد سادت الأحكام العرفية في المحاكم المصرية القديمة، فقد كان القضاء العرفي عند أهل مصر متحققا من خلال إدارة الدولة بوجهيها القبلي والبحري<sup>5</sup>.

وانتشرت العادات والتقاليد في أوروبا خاصة المدن الفرنسية مثل نيس، باريس ومارسيليا، حيث أمر الملك لويس الرابع عشر أمرا ملكيا بتقنين العادات في مجموعة مستقلة خاصة بالشركات والأوراق التجارية والإفلاس يطلق عليها مجموعة (سافاري) وتبعها مجموعة أخرى خاصة بالتجارة البحرية<sup>6</sup>.

أما العرب فقد عرفوا العرف في العصر الجاهلي كباقي المجتمعات حيث اشتهروا باحترافهم التجارة بين جزيرة العرب وخارجها، حيث أصدر الملك (شهر هلل) تنظيما للتجارة

<sup>1</sup> نادر محمد إبراهيم، المرجع السابق، ص 122.

<sup>2</sup> معدي بن ناصر الهويل، المرجع السابق، ص 31.

<sup>3</sup> المرجع نفسه، ص 31.

<sup>4</sup> محمود صالح المحمود العلواني، المرجع السابق، ص 35.

<sup>5</sup> المرجع نفسه، ص 36-37.

<sup>6</sup> عدنان بن صالح العمر وحسن صالح عمارين، المرجع السابق، ص 21.

وقام بتدوينه على حجر يبلغ طوله مترين ليقف عليه تجار عاصمته مدينة ( تمنع )، وهي كحلان في الوقت الحاضر، كما عرف العرب في الجاهلية أيضا القروض وتعارفوا على الربا فيها، وعرفوا أيضا الوديعة أي الأمانة، والرهن حيث تعارفوا على الاستيلاء على الرهن إذا مضى أجل الرهن ولم يدفع الراهن ما عليه<sup>1</sup>.

مما تقدم يتبين أن كل المجتمعات القديمة والحديثة عرفت العرف وعملت به لتسيير شؤونها سواء الاجتماعية أو الاقتصادية، وهذا يدفعنا للتساؤل عن الأسباب الحقيقية لنشوء العرف وتأصيله في مختلف المجتمعات؟

إن كل عرف جديد في حقيقة الأمر ينتج عن إبداع فردي، فأحيانا يكون التشريع السائد مضرا بمصالح أحد الأفراد فيفكر هذا الأخير في خلق عرف لاستبعاد القاعدة التشريعية الضارة وجعلها على الأقل تسير تطورات المجتمع<sup>2</sup>، فقد تفكر جماعة أو فئة معينة من المجتمع في تغيير ظروف سائدة غير ملائمة لتسيير شؤون ما فتفكر في خلق أعراف جديدة أكثر ملاءمة ومن هنا يمكن القول أن العرف ينشأ لتلبية المتطلبات التي عجزت الأنظمة السائدة على تلبيتها.

إذن فالعرف ينشأ استجابة لرغبات أفراد المجتمع لإيجاد حلول للمسائل التي تعترضهم سواء في حياتهم الاجتماعية أو العملية أو الاقتصادية بهدف تنظيمها وضبطها، فقد قال فقهاء المدرسة التاريخية في تفسيرهم لنشوء القانون بأن العرف صورة صادقة للقانون لأنهم يعدونه تعبيرا دقيقا ومباشرا عن الأحوال الاجتماعية التي تكتنف حياة المجتمع<sup>3</sup>.

إن العرف ينشأ من خلق فردي يتم داخل الجماعة وبالتالي قد يرفض أو يقبل وعليه فإن مصيره النجاح أو الفشل، وإن كان الفشل هو المصير الغالب فكم من عرف ابتدأ فأقبر في مهده، ولكن هناك أعراف استطاعت الصمود والانتشار وتأكيد الذات فالعرف ينشأ داخل

<sup>1</sup> محمود صالح المحمود العلواني، المرجع السابق ص ص74- 76.

<sup>2</sup> نقلا عن عبد الكريم الطالب، المرجع السابق، ص38.

<sup>3</sup> محمود صالح المحمود العلواني، المرجع السابق، ص49.

مهنة معينة ثم يصبح منتشرا بين جميع أفرادها؛ ليصبح بعد ذلك سلوكا عاديا لدى حتى غير المهنيين المعنيين<sup>1</sup>.

والأعراف التجارية ماهي إلا استجابة لرغبات التجار لتنظيم تجارتهم ووضع الحلول المناسبة لمختلف المسائل المستعصية التي تعرقل سيرها؛ وهذا من خلال ضبط سلوكيات تجارية أثبتت جدارتها في تسيير مختلف التعاملات التجارية من خلال تكرارها وتداولها بينهم ونقلها إلى مناطق تجارية أخرى، ولا يتوقف الأمر هنا فالتجار دائما يحاولون تطوير وتحديث هذه السلوكيات التجارية لتلائم ما قد يطرأ من متغيرات ومستجدات في تجارتهم، وبالتالي وضع أعراف تجارية جديدة تواكب كل المتغيرات والتطورات التي تعرفها التجارة الدولية، وهذا يوضح أن العرف ينشأ تلقائيا لكن نتيجة رغبات أفراد المجتمع بهدف تلبيتها، ويتطور ليواجه الحاجات الجديدة لهذا المجتمع، وعليه فالأعراف التجارية هي أيضا تنشأ تلقائيا لكن بسبب رغبات التجار ورجال المال والأعمال، بهدف تلبيتها وهي أيضا تتطور لتواجه الحاجات والرغبات الجديدة لمجتمع التجار، وهذا ما حدث مع الكثير من الأعراف التجارية كمصطلحات التجارة الدولية والعقود النموذجية التي وضعت أساسا لتلبية متطلبات وحاجات التجارة الدولية، وأمام التطور المستمر للتجارة الدولية وظهور الكثير من العقود الحديثة فإن العالم سيشهد أعرافا تجارية جديدة لتواكب هذه العقود.

### الفرع ثاني: أركان الاعراف التجارية

بصفة عامة رغم أن العرف ينشأ بشكل تلقائي إلا أنه يجب أن يتوفر على أركان وشروط خاصة به، لذا سنذكر بداية بأركان العرف (أولا) ثم أركان العرف التجاري (ثانيا).

<sup>1</sup> نقلا عن عبد الكريم الطالب، المرجع السابق، ص38.

## أولاً: أركان العرف بشكل عام

يتميز العرف بوجود ركنين هاميين فيه هما الركن المادي (1) والركن المعنوي (2).

## 1/ الركن المادي (l'élément matériel)

الركن المادي للعرف يتمثل في إطراد العمل على سنة معينة، هذه السنة أو السلوك ينشأ تلقائياً بسبب الحاجة إليه في العمل، ولكن ينبغي تكرار السنة على نحو يضمن ثباتها واستقرارها مدة طويلة من الزمن، ويجب أن يدرج غالبية افراد المجتمع على هذا السلوك أي ينبغي أن يكون شاملاً ليس كل الجماعة بل المكان الذي يتبع فيه، وأن يكون عاماً لكل الأشخاص الموجه لهم<sup>1</sup>.

والركن المادي هو أيضاً الاعتياد المستمر طويل الأجل وهو الأمر الذي يعبر عنه باللاتينية *substractum*، حيث يرد الاعتياد على سلوك إيجابي أو سلبي ويتميز بالاستمرار دون انقطاع، والاعتياد لا يلزم أن يشمل كل جموع الأشخاص؛ فالإجماع المطلق مستحيل ويكفي أن يكون الاعتياد صادراً من معظم الأشخاص بشكل يقترب من الإجماع دون وجود معيار حسابي في هذا الشأن<sup>2</sup>.

## 2/ الركن المعنوي (l'élément psychologique)

الركن المعنوي للعرف هو اعتقاد الجماعة بأن تعاملهم بتواتر على ذلك السلوك المتداول يعود بدرجة أساسية إلى ما عليه من طابع إلزامي وإجباري تحت طائلة الخضوع للعقاب عند مخالفتهم له<sup>3</sup>.

ويتمثل الركن المعنوي للعرف في العقيدة بإلزامه أي بمعنى الاعتقاد بأن السلوك المتبع قد أصبح ملزماً وواجب الإلتباع، وأن من يخالفه ينبغي أن يتعرض لجزاء مادي يوقع عليه<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> محمد حسين منصور، المدخل إلى القانون القاعدة القانونية، المرجع السابق، ص 209.

<sup>2</sup> نادر محمد إبراهيم، المرجع السابق، ص 260.

<sup>3</sup> بوشعيب اوعبي، المرجع السابق، ص 125.

<sup>4</sup> محمد حسين منصور، المدخل إلى القانون القاعدة القانونية، المرجع السابق، ص 210.

والركن المعنوي هو احساس من يتبعون السلوك المعتاد بأن هذا السلوك ملزم لهم قانونا ويعبر عنه باللاتينية<sup>1</sup> Opinio juris seu necessitatus .

### ثانيا: أركان الأعراف التجارية

لا تختلف أركان الأعراف التجارية عن أركان العرف، وتتمثل أيضا في الركن المادي(1) والركن المعنوي(2).

#### 1/ الركن المادي للأعراف التجارية

ويقصد به تعود التجار على سلوك تجاري أو ممارسة تجارية معينة في نشاط تجاري محدد، مع استمرارهم في التعامل به واطرادهم عليه والثبات عليه لمدة طويلة؛ حتى يستقر التعامل به عند أغلب الممارسين لهذا النوع من التجارة.

#### 2/ الركن المعنوي للأعراف التجارية

ويقصد به توفر عنصر الإلزام الذي يدفع التجار أو المتعاملين التجاريين الدوليين إلى الشعور بالإلزامية لسلوك تجاري أو ممارسة تجارية معينة خلال مختلف تعاملاتهم التجارية الدولية، واعتقادهم بتعرضهم للجزاء<sup>2</sup> المادي أو المعنوي إذا خالفوها وكأنها قواعد قانونية. ولتكتمل هذه الأركان في الأعراف التجارية يجب أن تتوفر جملة من الشروط على النحو التالي:

يشترط في العرف أن يكون قد نشأ ببطء خلال مدة زمنية طويلة مع تكراره بشكل مستقر ومتواصل خلال مختلف التعاملات حيث يقال أن الأعراف تولد من التكرار، ويقال أن العرف "ابن الوقت" لأنه يتكون خلال المدة ويقال أن " مرة واحدة" ليست عرف<sup>3</sup>، إلا أن

<sup>1</sup> نادر محمد إبراهيم، المرجع السابق، ص260.

<sup>2</sup> الجزء في التجارة نوعان: جزء مادي وهو الغرامات التي قد بتكديها التاجر، وجزء معنوي والذي ينتج من خلال المساس بسمعته ومكانته التجارية.

<sup>3</sup> «...Les coutumes naissent de la répétition l'on dit que la coutume est « la fille du temps » par ce que elle se forme dans la durée l'on dit que « une fois » n'est pas une coutume ».

JALLAMION Carine, « Introduction historique : de la règle coutumière à la règle transnational », Journal de la Société, N92, 2011, p15.

الفقه الحديث أصبح لا يشترط ذلك بسبب التطورات السريعة التي تعرفها مختلف التعاملات والتي تحتاج لعرف يلبئها ويواكبها بشكل سريع وهذا ما أدى إلى المناداة بما يعرف بالعرف المتوحش حيث يقول الأستاذ René-Jean Dupy « أن العرف المتوحش يدل على عرف لم يتكون بنفس طريقة مختلفة سريعة لأن المعاملات التجارية الحديثة لا تحتاج لعرف ينشأ بطريقة بطيئة بل تحتاج لعرف يلبئها ولو نشأ بشكل سريع، كما يشترط في العرف أيضا أن يكون عاما في المجتمع الذي نشأ فيه وأن لا يتعارض مع النظام العام والآداب العامة.

أما بالنسبة للأعراف التجارية فإنه يجب أن تتوفر شروط معينة في السلوك المعتاد بين التجار لتعتبر أعرافا تجارية والتي تتمثل في الشروط التالية<sup>2</sup>:

- تعلق العادة بالعلاقات القانونية القائمة بين التجار وقيامها في دائرة معاملاتهم.
- عموم وشمولية العادة إذ يجب أن تشمل التجار بمجملهم فلا تقتصر على طائفة معينة منهم وتكون عامة بالنسبة للموطن التجاري الذي ظهرت فيه وبالنسبة إلى نوع النشاط الذي يمارسه التاجر.
- مرور زمن طويل على نشوء العادة واطراد العمل بها مما يؤكد عموميتها وثباتها.
- اتباع العادة بصورة معتادة ومستمرة من قبل التجار فتنتشر في الوسط التجاري باستقرار وانتظام بحيث لا تعتمد لفترة ثم ينتفي وجودها.
- علم الوسط التجاري ككل بموضوع العادة واستقرارها.
- أن لا تتعارض العادة مع قاعدة قانونية أمر.
- أن لا تخالف العادة النظام العام أو الآداب العامة.

<sup>1</sup> « Coutume sauvage vient désigner une nouvelle coutume dont le mode de formation ne correspondrait plus au schéma de la coutume classique, la coutume traditionnelle, la coutume qu'il qualifie de (sage) ».

TARDIEU Aurélie, « Coutume sage et coutume sauvage dans les écrits de René- jean Dupy», P234, www.pedone.inf (26/12/2019) .

<sup>2</sup> رعد فوزي عبد الطائي، «إشكالية تطبيق العرف التجاري، الغرى للعلوم الاقتصادية والإدارية»، جامعة الكوفة، المجلد 4، العدد13، 2009، ص196.



## الفرع الثالث: القوة الإلزامية للأعراف التجارية

من أجل معرفة مدى تمتع الأعراف التجارية بالقوة الإلزامية يجب في البداية التعرف على القوة الإلزامية للعرف بصفة عامة (أولاً) ثم توضيح أساس القوة الإلزامية للأعراف التجارية (ثانياً).

## أولاً: القوة الإلزامية للعرف

القوة الإلزامية للعرف عرفت عدة نظريات عرضها الفقيه Antoine kassis المعروف برفضه للأعراف التجارية بشكل دقيق ومفصل في كتابه ( النظرية العامة للأعراف التجارية ) (Théorie générale des usages du commerce )

ومن أهم هذه النظريات الفقهية التي حاولت كشف النقاب عن مصدر أو أصل القوة الإلزامية للعرف نجد: النظرية التقليدية(1) النظرية التاريخية(2) النظرية التشريعية(3) بالإضافة للرأي الذي يرى أن القوة الإلزامية للعرف أساسها أحكام القضاء(4) والرأي الذي يعتبر الضرورات الاجتماعية أساس القوة الإلزامية للعرف(5).

## 1/ القوة الإلزامية للعرف وفق النظرية التقليدية (نظرية الركنين)

النظرية التقليدية أو نظرية ركني أو عنصري العرف، وتعرف كذلك بنظرية الرومان والكنيسيين<sup>1</sup> (romano- canonique) لأن الرومان والكنيسيين هم من قاموا بوضع أولى صياغتها، وتعتبر أقدم النظريات وتحمل اسم الفقيه Eduard Lambert، وتستمد النظرية التقليدية عناصرها الرئيسية من تشريعات الكنيسيين من جهة، ومن جهة أخرى من تشريعات مجموعة جوستان compilations de justinien . وأساس هذه النظرية أن العرف الملزم يقوم على عنصرين أو ركنين رئيسيين هما: الركن أو العنصر المادي، والركن أو العنصر المعنوي وقد قام الفقيه f. gény بتحديث هذه النظرية حيث اعتبر أن الركن المعنوي ليس فعل إرادي أو رضى؛ فهو باختصار الإيمان بالضرورة القانونية لهذه العادة، يعني الاعتقاد

<sup>1</sup> الكنيسيين: يقصد بها قانون الكنيسيين ويقصد بهم رجال الكنيسة أو رجال الدين المسيحيين.

الذي يترجم حقيقة قاعدة قانونية ملزمة أمام عقوبات عامة، وحسب f. gény فمحتوى هذا الركن أو العنصر المعنوي هو أن العادة ليتولد عنها عرف يجب أن يتوفر عند من يمارسها سلوك ممارسة قانون غير موضوعي، والذي يتضمن التعبير عن قاعدة قانونية موضوعية وبعبارة أخرى الأفعال المكونة لهذه العادة ليس لها أي تأثير لإنشاء القانون، إلا إذا وقعت في فكر عقوبات اجتماعية فعالة<sup>1</sup>، إذن فالنظرية التقليدية تربط القوة الإلزامية للعرف بضرورة توفر ركنيه المادي والمعنوي على السواء.

## 2/ القوة الإلزامية للعرف وفق نظرية المدرسة التاريخية

أسس هذه النظرية كل من الفقيه Savigny والفقيه puchta ويفرق مؤيدو نظرية المدرسة التاريخية بين القانون العرفي والعرف، ويعتقدون أن المعنى الصحيح للقانون العرفي يكمن في الوعي الجماعي فهو متواجد بشكل مستقل عن ممارسته ويرتدي طابع إلزامي قبل أن يعرف، في حين أن العرف لا يولد ( لا ينشئ) القانون الإيجابي ولكنه علامة ( يقصد العرف) يمكن من خلالها معرفته ( يقصد القانون)، وفي نظر القانونيين الخاصين بهذه المدرسة هذا الوضع هو أعلى بكثير من القانون؛ لأنه ظاهرة فورية وتلقائية للوعي الجماعي في حين أن القانون مجرد تعبير تأملي مدروس إذن فهو معرض للخطأ والتعديل<sup>2</sup>.

إن القانون ظاهرة اجتماعية متطورة تلقائياً نتيجة ما يتفاعل في ضمير الجماعة من عوامل مختلفة، فالأعرف وسيلة التعبير المباشر عن هذا الضمير الذي يخرج من القانون، وبالتالي العرف هو الشكل الأساسي الطبيعي للقانون لاسيما في صورته الأولى، وأنه مظهر من مظاهر الحياة الاجتماعية وجزء من التراث القومي كاللغة والدين<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> KASSIS Antoine, Op.cit., PP19-22.

<sup>2</sup> Ibid., PP22 -23.

<sup>3</sup> طارق عبد الرزاق شهيد الحمامي، المرجع السابق، ص719.

## 3/ القوة الإلزامية للعرف وفق النظرية التشريعية

ارتبطت النظرية التشريعية للعرف بالفقيه Edouard Lambert الذي بنى هذه النظرية على انتقاد النظرية التقليدية ( نظرية الركنين) وهذه النظرية تعتمد على جانبين اجتماعي وتاريخي، ويرى انصار هذه النظرية ان المشرع طالما لم يصدر تشريعا يعارض السلوك الذي تعود الأفراد على إتباعه فإن ذلك يعد تعبيراً ضمناً على أنه اعتمد هذه القاعدة وأقرها وهو ما يكسبها عنصر الإلزام<sup>1</sup>.

ولتوضيح آرائه استعان Lambert بالتاريخ من خلال قيامه بدراسة علمية للتأكد إذا كانت القواعد العرفية تستجيب للمفهوم الكلاسيكي، حيث قام بدراسة عدة أنظمة قانونية قديمة وحديثة تتمثل في: القانون العبري، القانون الإسلامي، القانون الروماني، القانون الفرنسي القديم، القانون الإنجليزي، والقانون الاسكتلندي ليستنتج في الأخير أنه لا يوجد في أي نظام قانوني منذ العصور الوسطى وإلى الحضارات الحديثة أي أعراف تستجيب إلى تحليل مؤيدي النظرية التقليدية، ولا يوجد في أي حقبة تاريخية عرف يولد ( ينشأ) تلقائياً باتفاق إرادي للمهتمين أو باعتقادهم الجماعي بطابعه الإلزامي<sup>2</sup>.

ويرى الفقيه Antoine Kassis بخصوص النظرية التشريعية، أنه يجب دراسة مشكلة سبب القوة الإلزامية للعرف في إطار النظرية العامة للقانون، فهو يرى أن الحجج المقدمة من قبل مؤيدي النظرية التشريعية تعتبر في بعض الأحيان موجهة ضد المدرسة التاريخية الألمانية والتي تصور العنصر المعنوي كفعل إرادي، أو كرضى ضمني وليس ضد العنصر المعنوي باعتباره اعتقاد بالطابع الإلزامي للقاعدة العرفية، أما باقي الاعتراضات ضد النظرية التقليدية (نظرية الركنين) إذا تم الأخذ بها، فهي ليست ضد القانون العرفي فقط كما تبين ذلك النظرية التشريعية ولكن ضد كل القانون وهذا يعتبر تنحية أو إزالة للقانون وليس لنظرية خاصة (يقصد النظرية التقليدية)، ويرى أنه من خلال التحليل يتبين أن الشرح الفقهي غير

<sup>1</sup> عمار بوضياف، المرجع السابق، ص 213.

<sup>2</sup> KASSIS Antoine, Op.cit., P31.

قادر على إعطاء تفسير صحيح للقانون العرفي، كما يبين التحليل أن سبب وأساس الطابع الإلزامي للعرف أصبح يمثل صراع بين المدارس الفقهية، فمن جهة لا يمكننا أن ننكر أن هذا الطابع الإلزامي الذي يمثل شرعية العرف الذي يولد قبل تكريسه من قبل الاجتهاد القضائي، حيث يتأكد بداية كإحساس وكاعتقاد، ومن جهة أخرى لا يمكن أن يسمح بنكران هذا التكريس المحدد والمعزز للطابع الإلزامي للعرف<sup>1</sup>.

#### 4/ القوة الإلزامية للعرف أساسها أحكام القضاء

يرى بعض الفقهاء أن القاعدة العرفية تستمد إلزامها من اعتماد المحاكم عليها في فصلها في القضايا إذا لم تجد حلا لها في القواعد التي تعلو العرف درجة، فالعادة تتحول إلى عرف بتدخل السلطة القضائية فهي التي تبعث في القاعدة العرفية روح الإلزام وتشعر الأفراد بقيمتها وقوتها<sup>2</sup>، هذا الرأي انتقد أيضا على أساس أنه يخالف حقيقة تاريخية تتجلى في كون العرف أقدم من القضاء فقد تعرف عليه الناس وعملوا به قبل أن يعرض على القضاء، كما أن القضاء عند تطبيقه لأحكام العرف على المتنازعين يلتزم هو بدوره بتلك الأحكام ويكون مجبرا على الخضوع لها دون أن يحدث فيها أي تعديل<sup>3</sup>؛ أي ان السلطة القضائية مكلفة بتطبيق القانون لا بإنشائه<sup>4</sup>.

#### 5/ القوة الإلزامية للعرف أساسها الضرورات الاجتماعية

يرى انصار هذا الاتجاه أن للعرف قوة ذاتية منشؤها الضرورات الاجتماعية وهذه الضرورات يقتضيها تنظيم حياة المجتمع، فعندما لا يوجد قانون ينظم الحياة كما كانت عليه المجتمعات البدائية أو عندما يفتقد التشريع لتنظيم حالة معينة كما هو في المجتمعات الحديثة فإن العرف هو الذي يحل محل القانون لتنظيم العلاقات الاجتماعية، فالعرف يعتبر وسيلة فطرية طبيعية لكل جماعة ويمكنه التصدي لتنظيم ما يستعصى على التشريع لأنه

<sup>1</sup> KASSIS Antoine, Op.cit., PP 31-34.

<sup>2</sup> عمار بوضياف، المرجع السابق، ص212.

<sup>3</sup> بوشعيب أوعبي، المرجع السابق، ص129.

<sup>4</sup> عمار بوضياف، المرجع السابق، ص213.

يملك قوة ذاتية في سد الفراغ التشريعي، كما أن هناك اعتبارات كثيرة أعطته هذه القوة منها؛ ما للقديم من قدسية في النفوس، وكذلك الشعور بالاستقرار في حالة تطبيق ما جرى الناس على إتباعه زما طويلا في مجال التعامل الاجتماعي<sup>1</sup>.

وانتقد هذا الرأي على أساس أنه يخلط بين علة الإلزام ومصدره، فعلة الإلزام في العرف ضرورة تنظيم المجتمع، أما مصدر إزمه فلا يكون إلا من إرادة قادرة على توجيه الأمر إلى المخاطبين بالقاعدة، أي أن ضرورة العرف هي التي تبرر جعله مصدرا رسميا للقانون وتعجز عن جعله ملزما، كما أن التعبير بالقوة الإلزامية للعرف لا يفسر أساس الإلزام لكن يعبر عن استقلال العرف كمصدر قائم بذاته إلى جانب التشريع والقضاء<sup>2</sup>.

### ثانيا: أساس القوة الإلزامية للأعراف التجارية

بعد تسليط الضوء على مختلف النظريات الفقهية التي اهتمت بموضوع القوة الإلزامية للعرف بصفة عامة، سنحاول التطرق لأساس القوة الإلزامية للأعراف التجارية ولا يمكن ذلك إلا من خلال الاستعانة بأهم الأعراف التجارية التي سبق وأشرت لها خلال الفصل الأول وذلك من خلال التطرق للقوة الإلزامية للقواعد الموحدة المفسرة لمصطلحات التجارة الدولية (1) والقوة الإلزامية للقواعد والأعراف الموحدة للاعتماد المستندي (2) والقوة الإلزامية للعقود النموذجية (3).

### 1/ القوة الإلزامية للقواعد الموحدة المفسرة لمصطلحات التجارة الدولية

القواعد الموحدة لتفسير المصطلحات التجارية Incoterms، بلغت مكانة هامة لأنها أصبحت ضرورية لمختلف التعاقدات والمعاملات التجارية الدولية، فقد أصبحت عنصرا أساسيا يلجأ إليه المتعاقدون رغم أنها لا تغطي كل جوانب العقود التجارية الدولية، فهي أساسا تحدد التزامات البائع والمشتري فقط، ورغم ذلك لا تخلو العقود التجارية الدولية منها،

<sup>1</sup> طارق عبد الرزاق شهيد الحمادي، المرجع السابق، ص 720.

<sup>2</sup> المرجع نفسه، ص 720.

لذا فإننا نتساءل عن تكييف أو طبيعة القواعد الموحدة المفسرة لمصطلحات التجارة الدولية ومدى إلزامها لتبلغ هذه المكانة؟

البيع الدولي لا يختلف عن البيع العادي إلا في الطريقة التي ينفذ بها خاصة مسألة النقل وما يرتبط بها من مشاكل بحكم أنها تتم عبر الحدود، أما باقي أركان البيع من تراضي ومحل وسبب فتطبق بشأنها القواعد العامة للبيع؛ ومن هنا يتدخل الاجتهاد القضائي لمحاولة تحديد التزامات طرفي العقد بناء على الصيغة التي ورد بها المصطلح في العقد واعتمادا على القاعدة القانونية « **العقد شريعة المتعاقدين** » و « **من التزم بشيء لزمه** »<sup>1</sup>، أي أن المصطلح التجاري الوارد في العقد سيحدد طريقة تنفيذه.

بالعودة لخصائص هذه القواعد المفسرة نجد أنها رضائية واتفاقية أي أن الأطراف أحرار في استعمالها أو عدم استعمالها؛ ولهم كامل الحرية في إدخال بعض التعديلات على عقودهم بإضافة شروط خاصة بجانب المصطلح الذي ارتضوه؛ وإذا لم يضيفوا أي شيء للمصطلح فإن هذا الأخير يكون ملزما لهم بما يتضمنه من حقوق والتزامات؛ كما أن الاجتهادات القضائية تتصدى لحسم النزاع اعتمادا على أن هذه المصطلحات تعتبر تحريرا موجزا للعرف الدولي السائد في مسائل البيع<sup>2</sup> وبالتالي فإنها تتمتع بالقوة الإلزامية.

برغم اعتراف أغلب الفقه بأن القواعد الموحدة المفسرة لمصطلحات التجارة الدولية هي تقنين للأعراف التجارية، إلا أن جانب آخر من الفقه يعتبرها شروطا عامة في العقد التجاري الدولي، وجانب آخر يرى أنها تمثل شروطا عامة للبيع فقط ولا تمثل شروطا عامة كاملة، فهي مجموعة من البنود يمكن إدخالها في حد ذاتها في شروط عامة أو خاصة لعقد البيع من أجل تكوين عقد كامل ومثال ذلك العقود الجاهزة التي أعدتها غرفة التجارة الدولية؛ أين تظهر فيها هذه القواعد على أنها جزء من مجموع الشروط العامة للعقد<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> أحمد براءة عزبول، المرجع السابق، ص32.

<sup>2</sup> المرجع نفسه، ص32.

<sup>3</sup> بن عثمان فريدة، المرجع السابق، ص123.

ومن أجل الفصل في طبيعة هذه القواعد فإنه يجب معرفة كيف يتم استخدام هذه القواعد في مختلف العقود التجارية الدولية (أ) وموقف التشريعات من استخدامها (ب).

### أ/ كيفية استخدام القواعد الموحدة لتفسير المصطلحات التجارية

يتم استخدام القواعد الموحدة لتفسير المصطلحات التجارية عند التعاقد بطريقتين<sup>1</sup>:

- الطريقة الأولى: تتم عند اختيار القواعد الموحدة لتفسير المصطلحات التجارية من قبل الأطراف وتضمينها صراحة في العقد.

- الطريقة الثانية: تتم من خلال استخدام القواعد الموحدة لتفسير المصطلحات التجارية ضمناً كعرف تجاري دولي دون ذكرها صراحة في العقد. وأحسن مثال على ذلك أن محكمة المقاطعة الاتحادية بمقاطعة نيويورك في الولايات المتحدة الأمريكية سنة 2002 علقت على أنه ينبغي تطبيق تعاريف القواعد الدولية لتفسير المصطلحات التجارية INCOTERMS على العقد رغم عدم وجود إشارة صريحة إلى تلك القواعد في العقد<sup>2</sup>.

إن استخدام القواعد الموحدة لتفسير المصطلحات التجارية في العقد التجاري الدولي صراحة أو ضمناً يتم على أساس القوة الإلزامية التي تتمتع بها. فإنشاء العقد التجاري الدولي يمر بمراحل عديدة يشرف عليها خبراء ومختصين وتستغرق مدة زمنية طويلة، وكل ما يتضمنه من شروط وبنود يصبح من العناصر المكونة لهذا العقد. إذن فاستخدام القواعد الموحدة المفسرة للمصطلحات التجارية بكلا الطريقتين لا يتم عشوائياً ولكن عن قصد وهذا لما تتمتع به هذه القواعد من قوة إلزامية، والتفسير الوحيد لهذه الأخيرة أن الأطراف عند تطبيقهم مبدأ سلطان الإرادة يختارون القواعد الموحدة لتفسير المصطلحات التجارية لتحكم معاملاتهم باعتبارها عنصراً مكوناً لعقد البيع، وطبيعته كعرف تجاري دولي تضمن تفسيراً موحداً له من قبل كل أطراف المعاملة، وبما أن أغلب القوانين الوطنية تفضل أن يصبح

<sup>1</sup> HELOU Antoine, Op.cit. P35.

<sup>2</sup> بن عثمان فريدة، المرجع السابق، ص127.

العقد قانون المتعاقدين لذلك تصبح الشروط التعاقدية ذات تطبيق إلزامي<sup>1</sup>. أما في الحالة التي لم يشر فيها صراحة الأطراف لهذه القواعد واستخدمت ضمناً في العقد فإنها استخدمت على اعتبار أنها عرف تجاري دولي معروف والعرف التجاري يستمد قوته الإلزامية من إرادة الأطراف الذين اتفقوا عليها.

وفي بعض الدول يتم اختيار المصطلح التجاري سواء كان من قواعد INCOTERMS أو لا وهو مفروض بنص قانوني ذو أصل وطني، هذا الأخير يصرح بميزة التطبيق الاختياري للمصطلح على هذا العقد دون التطرق إلى مضمونه، وبهذا فالمصطلح يطبق بناء على سماح النص القانوني بذلك، فنجد مثلاً أن العديد من التشريعات الوطنية تفرض صيغة CIF وكذلك صيغة FOB من أجل ضمان نشاط الناقلين والمؤمنين الوطنيين، وبهذا سواء تم استعمال قواعد INCOTERMS بناء على الإرادة الحرة للمتعاقدين أو كانت مفروضة فهي تدخل في نطاق قانون العقد، وبهذا فإنه يمكن للتشريع أن يعطي القوة الإلزامية لقواعد INCOTERMS من خلال إدخال وفرض هذه الأخيرة في القوانين والتنظيمات فتصبح بذلك قواعد وطنية<sup>2</sup> وهذا ما يتفق تماماً مع النظرية التشريعية للقوة الإلزامية للعرف.

#### ب/ موقف التشريعات من استخدام القواعد الموحدة لتفسير المصطلحات التجارية

أغلب التشريعات الوطنية تعود إلى القواعد المفسرة للمصطلحات التجارية التي وضعتها غرفة التجارة الدولية، فقد أصبحت بعض الأوامر التنظيمية تفرض استعمال هذه القواعد وبهذا جعلها ذات طابع إلزامي بوصفها أصبحت من القواعد القانونية مثل الأمر الملكي الصادر في إسبانيا سنة 1979 والذي أعطى لقواعد INCOTERMS لسنة 1953 قوة القانون<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> HELOU Antoine, Op.cit., P35.

<sup>2</sup> بن عثمان فريدة، المرجع السابق، ص178.

<sup>3</sup> المرجع نفسه، ص180.



ويجب التذكير بأعمال غرفة التجارة الدولية حول مصطلحات البيع التي اعتبرتها أعراف تجارية، حيث أكدت في إصدارها لسنة 1953 أن القواعد الموحدة لتفسير المصطلحات التجارية ذات تعريف مطابق للأعراف التجارية التي يجب أن يعرفها كل تاجر<sup>1</sup>، كما أشارت غرفة التجارة الدولية إلى الحاجة لإرادة أطراف العقد للخضوع لأحد قواعد INCOTERMS على أساس أنها ليست وحدها القواعد التي يمكن أن تحكم المعاملة الدولية فاختيار هذه القواعد يخضع لإرادة الأطراف ولهذا فهي تستمد قوتها الإلزامية من خلال تطبيق الإرادة الخاصة للمتعاملين الدوليين<sup>2</sup>.

مما تقدم يتضح أن القواعد الموحدة المفسرة لمصطلحات التجارة الدولية تستمد قوتها الإلزامية من إرادة الأطراف متى اتفقوا عليها، ومن القوانين والتشريعات التي تفرض استعمالها كالقواعد القانونية لتحوز القوة الإلزامية للقواعد القانونية رغم كونها أعراف تجارية.

## 2/ القوة الإلزامية للقواعد والأعراف الموحدة للاعتماد المستندي

ما حققه الاعتماد المستندي من نجاح باعتباره أهم وسائل الأداء في التجارة الدولية يعود أساساً للقواعد والأعراف الموحدة للاعتماد المستندي، التي أصدرتها غرفة التجارة الدولية والتي استطاعت أن توحد التعامل به في كل مصارف العالم بفضل توفر دعائم القوة الملزمة لهذه القواعد والأعراف (أ) وهذا أدى إلى تبني هذه القواعد والأعراف من قبل القوانين الداخلية (ب).

<sup>1</sup> Cité par HELOU Antoine, Op.cit., P34.

<sup>2</sup> بن عثمان فريدة، المرجع السابق، ص ص 125، 126.

## أ/ دعائم القوة الملزمة للقواعد والأعراف الموحدة للاعتماد المستندي

يعتبر M.Stoufflet من القلة الذين عمدوا إلى تحليل الطبيعة القانونية للأعراف التجارية في مجال خاص وبالتحديد في الاعتماد المستندي، وقد بني M.Stoufflet تحليله على ضوء التفرقة بين العادات الاتفاقية والأعراف وما تبنته معاً النظرية التشريعية والنظرية التقليدية (نظرية الركنين) الخاصتين بالعرف فالاستعمال العام والدائم للاعتماد المستندي جعل هذه التقنية عادة اتفاقية تطبق حتى إذا لم يتفق صراحة عليها الأطراف وذلك اعتماداً على الإرادة المفترضة لهم حيث أن القوة تستمد من مبدأ سلطان الإرادة<sup>1</sup>.

وهذه العادة الاتفاقية أي الاعتماد المستندي تتحول إلى عرف من خلال تأثير عنصرين يساهمان في بلورته ويطوران الشعور بطابعه الإلزامي عند المتعاملين بالتجارة الدولية، وأول هذه العناصر يتميز بطابع عام وهو الاجتهاد القضائي، أما الثاني ودون أن يختص بالاعتماد المستندي حيث يتدخل بشكل أقل في مجالات أخرى هو التحرير الخاص للأعراف التجارية لأن هناك نوعان من الأعراف التجارية، الأولى مقننة والثانية غير مقننة؛ فالغير مقننة يمكن أن تنصب كعرف بواسطة التشريع أما المقننة فأساساً يعتبر التقنين المرجع ليجعلها تكتسب طابع القواعد القانونية<sup>2</sup>.

ويعتبر ما قامت به غرفة التجارة الدولية طيلة سنوات لإصدار قواعد وأعراف موحدة خاصة بالاعتماد المستندي تقنياً لهذه القواعد وبالتالي أكسبها طابع القواعد القانونية رغم أن الغرفة التجارية لا تعتبر سلطة تشريعية، وإذا عدنا إلى تعريف القواعد والأعراف الموحدة للاعتماد المستندي نجدها مجموعة القواعد عالمية التطبيق، تصدر عن غرفة التجارة الدولية لتنظيم إصدار واستخدام الاعتمادات المستندية، وهي ملزمة لكافة الأطراف إذا ارتضوا

<sup>1</sup> «...» *L'emploi généralisé et constant du crédit documentaire fait de sa technique un usage conventionnel applicable même lorsque les parties ne s'y sont pas expressément réglées, reposant sur la volonté présumée des parties et dont la force découle du principe d'autonomie de la volonté*.

KASSIS Antoine, Op.cit., P 275.

<sup>2</sup> Ibid., P275.

الخضوع لها؛ مالم يتفقوا على خلاف ذلك وفي حدود هذا الاتفاق<sup>1</sup>. كما أن النشرة 600 لغرفة التجارة الدولية (UCP600) اعتبرت هذه الأعراف قواعد بعد أن كانت تعتبرها مجرد ترتيبات، وهذا دليل على القوة التي بلغتها هذه الأعراف ورغم ذلك يبقى استعمال هذه الأعراف يخضع لمبدأ سلطان الإرادة، وهذا يجعلها قواعد اتفاقية بين أطراف الاعتماد المستندي، بمعنى يجوز إخضاع الاعتماد المستندي لها مع النص في الاعتماد المستندي على استبعاد بعض المواد أو البنود الفرعية في ضوء ما سيسفر عنه الاتفاق بين العميل الأمر بفتح الاعتماد وبين المستفيد منه، وذلك كله شريطة قبول البنك المعزز - إن وجد - لما تم استبعاده من مواد أساسية وبنود فرعية<sup>2</sup>.

### ب/ تبني القوانين الداخلية للقواعد والأعراف الموحدة للاعتماد المستندي

من وجهة النظر القانونية المحضة تعتبر مدونة الاعتمادات المستندية عملا صادرا من هيئة خاصة لا تتمتع بسلطة التشريع دستوريا وهي غرفة التجارة الدولية. كما أن المدونة أيضا لم تنبثق عن اتفاقية دولية صادقت عليها الدول وفقا للأصول المقررة، ولهذا فأحكامها لا تأخذ صفة النصوص القانونية التشريعية الملزمة، وقوة إلزامها تجيء إذن من إشارة ذوي الشأن إليها في العقود والنماذج الخاصة بفتح الاعتماد المستندي<sup>3</sup>.

وتنص المادة الأولى من النشرة رقم 600 للقواعد والأعراف الموحدة للاعتمادات المستندية «تطبق القواعد على أي اعتماد عندما ينص الاتفاق صراحة على أنه يخضع لهذه القواعد، هذه القواعد ملزمة لجميع أطرافها ما لم تعدل وتستثنى صراحة في الاعتماد»<sup>4</sup>. يتبين أن هذه القواعد ملزمة متى تم الاتفاق عليها ولكن ليس بشكل مطلق إذ

<sup>1</sup> عرفات أحمد المنجي، المرجع السابق، ص 271.

<sup>2</sup> أحمد غنيم، المرجع السابق، ص 170.

<sup>3</sup> حبيب ثروت، المرجع السابق، ص 57.

<sup>4</sup> المادة الأولى من النشرة رقم 600 لعام 2007 (UCP) الخاصة بالقواعد والأعراف الدولية الموحدة للاعتمادات المستندية، المصدر السابق.

يمكن تغيير بعض بنودها أو استثنائه في شروط الاعتماد باعتبارها قواعد رضائية أو اتفاقية<sup>1</sup>.

إن تمكن القواعد والأعراف الموحدة من توحيد تنظيم الاعتماد المستندي جعل أغلب القوانين والتشريعات الداخلية تتبنى هذه القواعد مثل المشرع الجزائري كما سبق ورأينا في الفصل السابق، ولكن المشكل الذي يبقى مطروحا هو التناقض الذي قد يحصل أحيانا عندما تتناقض بعض مواد بعض التشريعات المحلية في بعض الدول مع هذه القواعد؛ وهذا ما يستدعي ضرورة اهتمام الطبقات القادمة بهذه القضية مع التأكيد على استخدام تعبيرات ( يجب ويتعين ) (*must should*) في بعض النصوص للفت الانتباه إلى وجوبية ما جاء فيها<sup>2</sup>، ورغم عدم الإلزامية المطلقة لهذه القواعد تبقى هذه القواعد والأعراف الموحدة الوسيلة التي أثبتت جدارتها في توحيد التعامل بالاعتمادات المستندية وهذا جلب أغلب التشريعات الوطنية والمصارف والبنوك العالمية للاعتماد عليها وتبنيها عند تنظيم الاعتماد المستندي.

### 3/ القوة الإلزامية للعقود النموذجية

اكتسحت العقود النموذجية مختلف التعاقدات التجارية الدولية ولاقت اقبالا كبيرا بسبب التسهيلات التي وفرتها وقد أصبحت وسيلة فعالة وسريعة للتعاقد التجاري الدولي. ورغم كل هذه المزايا التي تتمتع بها العقود النموذجية إلا أنها لا تزال تواجه الكثير من الانتقادات والآراء لصعوبة تكييفها لذا يجب محاولة تبيان التكييف القانوني الصحيح للعقود النموذجية (أ) ثم التقدير النهائي للقوة الملزمة للعقود النموذجية (ب).

#### أ/ التكييف القانوني الصحيح للعقود النموذجية

هناك من الفقهاء من يشكك في اعتبار العقود النموذجية أعراف تجارية ويكفيها على أساس أنها عقود اذعان، وخير مثال على ذلك اتجاه العديد من المشروعات القوية إلى تضمين عقودها النموذجية شرطا يقضي برفض أي تعديل أو تغيير لمضمون تلك العقود،

<sup>1</sup> أحمد غنيم، المرجع السابق، ص 170.

<sup>2</sup> المرجع نفسه، ص 170.

حتى وإن كان ذلك التغيير هو تغيير تستلزمه النظم القانونية الوطنية مثلما حدث الحال مع الشركة (I.B.M) الأمريكية التي حررت أكثر من مائتي عقد وذلك من دون أي تغيير في شروطها حتى ولو كان ذلك تستلزمه القوانين الوطنية لهؤلاء العملاء<sup>1</sup>.

إن عقد الإذعان هو على العموم عقد يملئ فيه المتعاقد شروطه على المتعاقد الثاني الذي ليس له الحق في مناقشتها، بل له أن يرفض العقد أو يقبله دون شرط أو قيد، ويتميز هذا العقد بسيطرة أحد المتعاقدين على الآخر فيفرض عليه شروطه ولا يقبل مناقشتها<sup>2</sup>.

وعقود الإذعان عقود تبرم بين طرفين أحدهما هو الطرف الأقوى في العقد من الناحية الاقتصادية والقانونية لأنه يتحكم في سلعة ضرورية يحتاجها الطرف الثاني، ولذلك فهو يفرض عليه شروطا تعاقدية لا يقبل المناقشة فيها، فإما يقبلها الطرف الضعيف وهو المدعى عنها أو أن يرفضها كلها<sup>3</sup>.

إذن فعقود الإذعان بالمعنى الدقيق عبارة عن تلاقي ما بين إرادتين على إحداث أثر قانوني معين، والمميز فيها هو وجود تفاوت اقتصادي كبير بين أطرافها<sup>4</sup>.

وينص المشرع الجزائري في المادة رقم 70 من القانون المدني « يحصل القبول في عقد الإذعان بمجرد التسليم لشروط مقررة يضعها الموجب ولا يقبل مناقشة فيها »<sup>5</sup>.

وبين نص المادة أن القبول في عقود الإذعان ما هو إلا الخضوع إلى الشروط التي وضعها أو فرضها الطرف القوي اقتصاديا في العقد دون أي مساهمة أو مشاركة أو اقتراح أو تدخل

<sup>1</sup> بن أحمد الحاج، المرجع السابق، ص 35.

<sup>2</sup> علي فيلالي، الالتزامات النظرية العامة للعقد، الطبعة الثالثة، موقم للنشر، 2013، ص 82.

<sup>3</sup> أيمن أسعد، العقود النموذجية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2013، ص 27.

<sup>4</sup> المرجع نفسه، ص 28.

<sup>5</sup> المادة رقم 70 من الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق 26 سبتمبر سنة 1975، المصدر السابق.

بأي شكل من الأشكال من الطرف الضعيف اقتصاديا، والذي لا يلقي أمامه أي خيار آخر يغنيه عن هذه الشروط فيسلم بها أو يخضع لها مجبرا وليس مخييرا.

إن العقود النموذجية في حقيقة الأمر لا تمثل إلا صيغة نموذجية تعدها مسبقا منظمات أو هيئات مهنية للتعاقد بها في مجال تجاري معين من خلال تعبئة المتعاقدين البيانات والتوقيع؛ إذن فالعقود النموذجية ليست كلها عقود إذعان ولكن قد ترد بعض عقود الإذعان في شكل عقود نموذجية بسبب صيغتها النموذجية المسبقة التي قد يختارها الطرف القوي للتعاقد كما قد تحتوي العقود النموذجية على شروط تعاقدية تجعلها عقود إذعان، وتتص المادة رقم 1-2-19 من المبادئ المتعلقة بالعقود التجارية الدولية « 1- عندما يستخدم أحد الأطراف أو كلاهما بنودا نمطية عند صياغة عقدهما، فتتطبق القواعد العامة لتكوين العقد فيما عدا المواد 1-2-20 حتى المواد 1-2-22.

2- تعتبر بنود نمطية البنود المعدة سلفا للاستخدام العمومي والمتكرر من أحد الأطراف والمستخدم بالفعل دون مفاوضة مع الطرف الآخر»<sup>1</sup>.

إذن فالشروط النمطية عبارة عن شروط تعاقدية أو أحكام للعقد تعد بمعرفة أحد الأطراف لتستخدم بوجه عام وبإطراد أو الأحكام التي تستخدم فعليا دون تفاوض مع الطرف الآخر والمعيار الحاسم في هذا الشأن أنها قد صيغت مسبقا لتستخدم بعمومية وإطراد، وأنها تستخدم فعليا في حالة بعينها من احد الأطراف دون مفاوضة مع الطرف الآخر، البنود النمطية يتعين على الطرف الآخر قبولها إجمالا، في حين قد تكون البنود الاخرى في العقد نفسه محلا للتفاوض بين الطرفين<sup>2</sup>، وعليه فالشروط الواردة في العقود

<sup>1</sup> المادة 1-2-19 من مبادئ العقود التجارية الدولية UNIDROIT لسنة 2010، متاح على الموقع الالكتروني للجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي: [www.unicetral.org](http://www.unicetral.org)

<sup>2</sup> أمية علوان وآخرون، المعهد الدولي لتوحيد القانون الخاص، المبادئ المتعلقة بالعقود التجارية، دار النهضة العربية، 2014، ص67.

التجارية والتي تستخدم باستمرار واطراد في أغلب العقود المماثلة دون التفاوض عليها ومع طول الاستخدام أصبحت تعتبر أعرافا تجارية.

### ب/ التقدير النهائي للقوة الملزمة للعقود النموذجية

بداية العقود النموذجية وضعت أساسا لتوحيد وتسهيل التعاقد التجاري الدولي ورغم الصياغة النموذجية المسبقة لهذه العقود إلا أنها لا تسري إلا باتفاق الأطراف ووفق إرادتهم، حيث يحق لهم تعديل بعض أحكامها واستبداله بأخرى. وباعتبار أن واضعي هذه العقود النموذجية لا يملكون الصفة التشريعية التي تخولهم وضع نصوص قانونية تعتبر ملزمة للآخرين فإن أحكام هذه العقود مجرد نصوص يتم الاسترشاد بها من قبل المتعاقدين وذلك لتحديد حقوق وموجبات كل منهما<sup>1</sup> هذا من جهة ومن جهة أخرى فإن العقود النموذجية والشروط العامة تقود إلى تحقيق مبدأ الكفاية الذاتية<sup>2</sup> للعقد الدولي، على نحو يجعل الرجوع إلى قاعدة تنازع القوانين أمرا نادرا فالشروط العديدة التي تحتويها تكاد تجعل خطورة مشكلة تنازع القوانين والقانون الواجب التطبيق غير قائمة، فكأن فكرة العقد الدولي الكافي بذاته تجد هنا بشأن فكرة العقود النموذجية والشروط العامة تأكيدا<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> ليندا جابر، القانون الواجب التطبيق على عقود الاستثمار الأجنبي، المؤسسة الحديثة للكتاب، لبنان، 2014، ص 189-190.

<sup>2</sup> مبدأ الكفاية الذاتية: العقد يكفي في ذاته للتعريف بحقوق والتزامات الأطراف دون حاجة إلى الالتجاء إلى أي نظام قانوني، حيث يرى *fauchard* أنه في التجارة الدولية يعد من أحسن السبل للإفلات من قوانين الدول، اشتراط الحد الأقصى من الاحكام الفنية والتجارية، وتسوية الصعوبات الأكثر توقعا فيستطيع الاطراف الاهتمام بها شخصيا بوضع شروط خاصة بعد مفاوضات مباشرة، ويرى احد فقهاء الدول الاشتراكية انه "من أجل تلاقي أي اضطراب في خصوص مثل تلك العقود... يجب على الاطراف أن يكونوا أكثر حيطة وانتباها بتضمين العقد حلولاً للمسائل التي يمكن أن تثور بينهم، وألا يتركوا تلك المسائل مفتوحة، إن مثل هذا الكمال في التنظيم التعاقدية يعد عامل استقرار ذو أهمية بالغة"، نقلا عن أحمد عبد الكريم سلامة، مرجع سابق، 28.

<sup>3</sup> المرجع نفسه، ص 137-141.

إن العقود النموذجية تحتوي على شروط عامة تشبه إلى حد كبير سواء من الناحية الشكلية أو الموضوعية نصوص التشريعات ومثال ذلك شروط الكوميكون<sup>1</sup>، حيث كان الهدف أصلاً لإنشاء الكوميكون هو تطوير اقتصاديات الدول المنظمة إليه وتنظيم التعاون فيما بينها، ويعتبر الفقه الغالب أن شروط الكوميكون تشكل معاهدة دولية وأدخلت إلى التشريعات الوطنية بناء على صفتها هذه، لذا فهي تعتبر من جهة نظر القانون الدولي معاهدة دولية، ومن جهة نظر القانون الداخلي هي قواعد وطنية يتم توحيدها بمعاهدة دولية و بذلك أصبح لها قوة القانون الإلزامية<sup>2</sup>.

وبالنسبة للقضاء فقد أنكر على أحكام العقود النموذجية صفة القواعد القانونية بل قرر طبيعتها التعاقدية، وعلى اعتبار أنها تشكل عادات دولية فهي في الحالتين تفتقد إلى صفة القاعدة القانونية، وهي إن كانت ملزمة فإن أساس ذلك هو خضوع الأطراف وارتضائهم لها للتطبيق على عقودهم<sup>3</sup>، إذن فالعقود النموذجية تتمتع بقوة إلزامية مصدرها إرادة الأطراف.

كخلاصة تقييمية للقوة الملزمة للأعراف التجارية في التجارة الدولية نجد أن الأعراف التجارية تتمتع بالقوة الإلزامية فهي تملك القدرة على التنظيم المباشر للرابطة العقدية ووضعها الطبيعي أمام القضاء والتحكيم<sup>4</sup>، فهي تتمتع بقيمة قانونية ذاتية ملزمة لما لها من شيوع واستقرار في الأوساط التجارية الدولية كالعرف شائع المعنى، وهذا الأمر تعرضت له العديد من الأحكام الوطنية منها دعوى "Vilatte" وفيها ذهبت محكمة استئناف باريس إلى أن ممارسة تجارة الخضروات بالجملة يعد نشاطاً منظماً بقواعد وعادات مهنية وعلى وجه

<sup>1</sup> الكوميكون: يعرف بمجلس التعاون الاقتصادي، أو منظمة التعاون الاقتصادي الدولي، وهو عبارة عن منظمة اقتصادية تأسست في 25 جانفي 1949، وكانت تضم الاتحاد السوفياتي، ألمانيا الشرقية، المجر، بلغاريا، رومانيا، تشيكوسلوفاكيا، وفيتنام؛ وتهدف هذه المنظمة إلى التخطيط المنظم بين الأعضاء وإنشاء منطقة للتبادل الحر بين دول المعسكر الاشتراكي، <https://ar.m.wikipedia.org>، تاريخ الولوج إلى الموقع: 12/ 01 /2020.

<sup>2</sup> نقلا عن ليندا جابر، المرجع السابق، ص 191.

<sup>3</sup> أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص 147.

<sup>4</sup> ليندا جابر، المرجع السابق، ص 187.



الخصوص قواعد وعادات التجارة الأوروبية للبصل، وفي معرض حديثها عن مدى جواز الاعتذار بالجهل بعادات التجارة التي استقرت في مجال بيع وشراء البصل، وانتهت إلى كونها قواعد قانونية ويفترض في من يمارس تلك المهنة عدم الجهل بهذه القواعد والعادات القانونية التي يمارسونها ويمتتع عليهم الاعتذار بجهلها<sup>1</sup>.

وبالعودة إلى نصوص اتفاقية فينا للبيع الدولي للبضائع 1980 نجد أنها أكدت أن القوة الإلزامية للأعراف التجارية مصدرها إرادة الأطراف فقد نصت صراحة على ذلك في المادة 09 بنصها « يلتزم الطرفان بالأعراف التي اتفقا عليها وبالعادات التي استقر عليها التعامل بينهما »<sup>2</sup> أي أن أطراف العقد التجاري الدولي ملزمون بالأعراف التي اختاروها إرادياً، أي أن لا إلزام لهذه الأعراف خارج إرادتهم. فأساس القوة الإلزامية للأعراف التجارية هو إرادة الأطراف أو ما يعرف بسلطان الإرادة وهذا لا ينقص من قيمة الأعراف التجارية فسلطان الإرادة يعتبر مصدراً لقوة الالتزامات الناشئة عنها. والإرادة ليست السلطان الأكبر في تكوين العقد فحسب بل في الآثار التي تترتب عنه وفي جميع الروابط القانونية الأخرى حتى وإن كانت غير تعاقدية<sup>3</sup>. فمبدأ سلطان الإرادة أصل من الأصول القانونية التي تبنى عليها تشريعات الوقت الحاضر، وتكشف لنا النظرية التحليلية أن هذا المبدأ يقوم على شقين هما الرضائية وحرية التعاقد ولا يعني هذا المبدأ أن الإرادة حرة في إنشاء ما تشاء من التزامات فقط، وإنما يعني أيضاً أنه إذا لم تنشأ الإرادة التزام ما؛ فمعنى ذلك أنه لا وجود لمثل هذا الالتزام<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> نقلا عن محمد أحمد إبراهيم محمود، المرجع السابق، ص 54.

<sup>2</sup> الفقرة الأولى من المادة رقم 09 من اتفاقية فينا للبيع الدولي للبضائع 1980. راجع الموقع الإلكتروني للجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي: [www.unicetral.org](http://www.unicetral.org).

<sup>3</sup> نقلا عن عبد القادر بلاق، المرجع السابق، ص 07.

<sup>4</sup> محمود نديم الخضر، المرجع السابق، ص 233.

لقد تم تكريس مبدأ سلطان الإرادة في العقود بصفة عامة منذ سيطرة النظام الرأسمالي فلا حدود لإرادة وحرية الأفراد لأنها هي التي تنشئ العقود وترتب آثارها، وأساس هذا المبدأ أن الإنسان في جوهره حر لا يركن لإرادة غيره من أجل تحقيق مصلحته، فالإرادة الحرة الفردية هي المصدر الوحيد للالتزام التعاقدية حيث قيل في هذا الشأن «**ليس للقوة الملزمة للعقد أساس سوى الإرادة**» والعلاقات الاقتصادية في التجارة الدولية تحتاج للحرية التعاقدية التي لا تكون إلا بإرادة الأطراف، والفكرة الأساسية للحرية الاقتصادية متواجدة أساساً في مبدأ سلطان الإرادة، وتعني أن الدولة ملزمة بالخضوع لمبدأ «**دعه يعمل، دعه يمر، دعه يتعاقد**»<sup>1</sup>.

ويمنع القانون الوطني والمقارن المساس بقداصة العلاقة التعاقدية والالتزام الناشئ بين متعاقدين يعتبر شريعة لهم كما لو كان ناشئ عن مصدر تشريعي تماماً، ويترتب على ذلك أن ارتباط المتعاقدين بالاتفاق فيما بينهم يعادل التزامهم بنص قانوني<sup>2</sup>.

وتنص كذلك المادة رقم 1-9 من المبادئ المتعلقة بالعقود التجارية الدولية لسنة 2010 «**1 - يلتزم الأطراف بما يتفقون عليه من عادات وكذلك أية ممارسات استقرت فيما بينهم**

**2- يلتزم الأطراف بأي عادة في مجال التجارة الدولية ما دامت شائعة ومتبعة في مجال المعاملات المعنية ما لم يكن من غير المعقول تطبيقها**»<sup>3</sup>.

تؤكد هذه المادة على ضرورة الالتزام بالعادات والممارسات التي استقرت بين أطراف العقد ويقصد بذلك العادات والممارسات التي تعود الطرفان التعامل بها، كما يلزمون بمختلف العادات المعروفة في مجال تجارتهم والمعروفة عند الجميع ويستثنى منها العادات

<sup>1</sup> علاق عبد القادر، أساس القوة الملزمة للعقد وحدودها-دراسة مقارنة-، مذكرة ماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة ابي بكر بلقايد، تلمسان، 2007-2008، ص ص 22- 24.

<sup>2</sup> المرجع نفسه، ص 13.

<sup>3</sup> المادة رقم 1-9 من المبادئ المتعلقة بالعقود التجارية الدولية لسنة 2010، المصدر السابق.

المستحيلة. كما تنص المادة رقم 1-3 من المبادئ المتعلقة بالعقود التجارية الدولية «1- إن العقد الذي أبرم صحيحا يلزم أطرافه، ولا يجوز تعديل العقد أو إنهائه إلا وفقا لما ورد فيه من أحكام أو بالاتفاق أو بأي طريق آخر ورد بيانه في هذه المبادئ»<sup>1</sup>.

إن نص هذه المادة تأكيد لمبدأ «العقد شريعة المتعاقدين»، وقد أقرت أغلب التشريعات الوطنية أن العقد شريعة المتعاقدين ومصدر قوة إلزامه إرادة أطرافه، حيث تنص المادة رقم 147 من القانون المدني المصري «العقد شريعة المتعاقدين، فلا يجوز نقضه، ولا تعديله، إلا باتفاق الطرفين، أو للأسباب التي يقرها القانون»<sup>2</sup>.

وكذلك المادة رقم 1103 من القانون المدني الفرنسي<sup>3</sup>، والمادة رقم 106 من القانون المدني الجزائري التي تنص «العقد شريعة المتعاقدين، فلا يجوز نقضه، أو تعديله إلا باتفاق الطرفين أو للأسباب التي يقرها القانون»<sup>4</sup>.

وتضيف أيضا المادة رقم 107 من القانون المدني الجزائري «يجب تنفيذ العقد طبقا لما اشتمل عليه وبحسن نية...»<sup>5</sup>.

المشرع الجزائري أكد كأغلب التشريعات الوطنية أن إرادة الأطراف هي المصدر الأساسي لقوة إلزام العقد، وعليه فأساس القوة الإلزامية للأعراف التجارية يكمن بشكل أساسي في إرادة أطراف العقد التجاري الدولي لذا فهي تتمتع بقوة إلزامية متى اتفق أطراف العقد التجاري الدولي عليها، كما أن الأعراف التجارية قد تستمد قوتها الإلزامية من القوانين التي أكدت عليها كالاتفاقيات الدولية التي كرست الأعراف التجارية مثل اتفاقية فيينا الخاصة بالبيع الدولي للبضائع 1980 وكذلك المبادئ المتعلقة بالعقود التجارية UNIDROIT.

<sup>1</sup> المادة 1-3 من المبادئ المتعلقة بالعقود التجارية الدولية لسنة 2010، المصدر السابق.

<sup>2</sup> المادة 147 من القانون المدني المصري رقم 131 لسنة 1948، المصدر السابق.

<sup>3</sup> « Les contrats légalement formes tiennent lieu de loi a ceux qui les ont fait », Article 1103 de Code civile français, Version au 18 septembre 2020, En vigueur depuis le 15 mars 1803, [www.legifrance.fr](http://www.legifrance.fr)

<sup>4</sup> المادة 106 من القانون المدني الصادر بموجب الأمر رقم 75-58، المصدر السابق.

<sup>5</sup> المادة 107 من القانون المدني الصادر بموجب الأمر رقم 75-58، المصدر السابق.

كما أن بعض الأعراف التجارية تستمد قوتها الإلزامية من القوانين التي تفرضها لضمان سير بعض الأنشطة التجارية كفرض استعمال بعض المصطلحات التجارية الهامة كمصطلحي FOB و CIF، وتستمد أيضا قوتها من الأنظمة التي تعتمد عليها كالقضاء والتحكيم.

### المطلب الثاني: انطباق خصائص القاعدة القانونية على القاعدة العرفية

النظام القانوني لا ينشأ من العدم فلا بد من وجود قواعد قانونية تكون أساسه، فلا يكفي اعتبار الأعراف التجارية مصدرا أساسيا لقانون التجارة ليشكل هذا الأخير نظام قانوني قائم بذاته يمكنه تنظيم التجارة الدولية.

والقواعد القانونية بصفة عامة تلعب دورا هاما في تنظيم مختلف العلاقات القائمة بين افراد المجتمع بسبب قيمتها القانونية والفضل في ذلك يعود إلى مجموعة من الخصائص الأساسية التي تحوزها، ولتتمتع الأعراف التجارية بالقيمة القانونية فإنه من الضروري أن تحوز هذه الخصائص.

وأمام تعدد خصائص القاعدة القانونية فإنه يجب في البداية التأكد من انطباق خاصيتي العمومية والتجريد في الأعراف التجارية (الفرع الأول) ثم التأكد من انطباق خاصيتي الإلزام والجزاء في الأعراف التجارية (الفرع الثاني).

### الفرع الأول: توفر خاصيتي العمومية والتجريد في الأعراف التجارية

من أهم خصائص القاعدة القانونية نجد خاصيتي العمومية والتجريد ولمعرفة إذا ما كانت الأعراف التجارية تتمتع بهاتين الخاصيتين الهامتين لابد من التعريف بداية بالمعنى المقصود بخاصيتي العمومية والتجريد بصفة عامة (أولا) ثم التطرق لمدى توافرها في الأعراف التجارية (ثانيا).

## أولاً: خاصيتي العمومية والتجريد بشكل عام

يقصد بالقانون في اللغة القانونية مجموعة قواعد السلوك العامة الملزمة للأفراد في المجتمع والتي تنظم العلاقات والروابط، وبناط كفالة احترامها من خلال الجزاء الذي توقعه السلطة العامة على من يخالفها<sup>1</sup>، ويقصد به أيضاً مجموع القواعد القانونية العامة والمجردة التي تنظم علاقات وسلوك الأفراد في المجتمع على وجه ملزم، والتي تكون مصحوبة عادة بفكرة الجزاء المادي والتي تملك السلطة العامة في المجتمع توقعه بقصد إقامة النظام وكفالة احترامه<sup>2</sup>.

أما القاعدة القانونية فهي خطاب موجه للأفراد يتضمن قاعدة سلوك اجتماعية عامة مجردة ملزمة لتنظيم الروابط بين أشخاص المجتمع، وهي قاعدة عامة مجردة من وضع سلطة نظامية تهدف إلى تنظيم روابط وعلاقات الأفراد في المجتمع، ومصحوبة بجزاء يكفل احترامها، وتوقعه السلطة المختصة عند الاقتضاء<sup>3</sup>.

إذن فالنظام القانوني يتكون أساساً من قواعد والتي لا يمكنها أن تشكل قانوناً إلا إذا توفرت فيها مجموعة من الخصائص الأساسية منها العمومية والتجريد لذا لا بد من توضيح المقصود بالعمومية في القاعدة القانونية(1) و التجريد في القاعدة القانونية(2).

## 1/ العمومية في القاعدة القانونية

يقصد بالعمومية أن القاعدة القانونية لا تخص فرداً معيناً بذاته ولا واقعة معينة بذاتها بل تخص جميع الأشخاص والوقائع. فصفة العمومية تجعل القانون يطبق على جميع الأشخاص وجميع الحالات دون استثناء أو تمييز وهي خاصية تولد مع القاعدة القانونية منذ صدورها وهي مفترضة فيها أثناء دراستها قبل صدورها<sup>4</sup>. والعمومية تجعل القاعدة القانونية لا

<sup>1</sup> محمد حسين منصور، المدخل إلى القانون، المرجع السابق، ص 07.

<sup>2</sup> محمد أحمد إبراهيم محمود، المرجع السابق، ص 192.

<sup>3</sup> يسري عوض عبدالله، المرجع السابق، ص 15.

<sup>4</sup> بوشعيب أوعبي، المرجع السابق، ص 23.

تخاطب الأشخاص بذواتهم وأسمائهم وإنما بمراكزهم القانونية وصفاتهم، والقاعدة القانونية من حيث الأشخاص المشمولين بها يتسع مجالها ويضيق وأيا كان نطاقها وعدد الخاضعين لها والمعنيين بحكمها تظل تتمتع بطابع العمومية<sup>1</sup>.

ولا يقصد بعمومية القاعدة أنها تسري على جميع أفراد المجتمع دون استثناء، ففي التجارة الدولية يقصد بالعمومية أن القاعدة القانونية تخص كل التجار وكل المعاملات التجارية الدولية، فالقواعد القانونية تتسم بالعمومية وإن خصت طائفة معينة من أفراد المجتمع، وحتى إن كانت القاعدة القانونية تنظم مركزا قانونيا وحيدا فريدا تظل تتصف بالعمومية، فالقاعدة الدستورية التي تحدد مثلا صلاحيات رئيس الجمهورية، وصلاحيات الوزير الأول، أو رئيس المجلس الدستوري أو رئيس المحكمة العليا هي قواعد عامة رغم أنها لا تنطبق إلا على شخص واحد<sup>2</sup>، إذن فقواعد القانون تظل محتفظة بالعمومية ولو تعلق الأمر بشخص واحد مادام ها الشخص لا يعين إلا بصفته<sup>3</sup>.

## 2/ التجريد في القاعدة القانونية

يقصد بالتجريد أنه عند نشوء القاعدة القانونية فإنها لا تكون مرتبطة بشخص معين أو واقعة بذاتها بل تطبق على جميع الأشخاص والوقائع الذين تتوافر فيهم شروط وصفات معينة، فالقاعدة القانونية عامة من حيث تطبيقها ومجردة من حيث نشوئها، أي لا تنشأ لحالة معينة بل لكل الحالات المماثلة في المستقبل<sup>4</sup>.

ويقصد بالتجريد أن تطبق القاعدة القانونية على أي من الوقائع المتماثلة أو على جميع الأشخاص الذين يوجدون في ظروف واحدة لقواعد وأحكام موحدة دون أن توضع لتطبيق على شخص بعينه أو واقعة بعينها<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> عمار بوضياف، المرجع السابق، ص30.

<sup>2</sup> المرجع نفسه، ص22.

<sup>3</sup> حبيب إبراهيم الخليفي، المدخل للعلوم القانونية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1998، ص18.

<sup>4</sup> محمد حسين منصور، المدخل إلى القانون، المرجع السابق، ص 17.

<sup>5</sup> محمد أحمد إبراهيم محمود، المرجع السابق، ص193.

## ثانيا: خاصيتي العمومية والتجريد في الأعراف التجارية

تنتشر الأعراف التجارية في الأسواق والمناطق التجارية، وفي الحقيقة لكل نشاط تجاري معين أعرافه التجارية الخاصة به، والأنشطة التجارية كثيرة ومتنوعة وهذا أدى إلى كثرة وتنوع الأعراف التجارية فهل يعني هذا أن الأعراف التجارية لا تتميز بالعمومية والتجريد؟.

الأعراف التجارية تطبق على كل التجار المنتمين لتجارة معينة؛ فأعراف تجارة الخشب تطبق على تجار الخشب وأعراف تجارة الحبوب تطبق على تجار الحبوب مثلا، وهذه الأعراف التجارية لا تخص فردا أو تاجر معين بذاته كما أنها لا تطبق في سوق معينة، بل تطبق في كل الأسواق والمناطق التجارية المنتشرة عبر مختلف الدول، أي أنها لا تحكم حالات تجارية فردية ذاتية بل تطبق على كل الحالات التجارية المماثلة، لكن هناك من يعتبر الأعراف التجارية مجرد تطبيقات وممارسات مهنية تختلف باختلاف السلع والخدمات ونوع التجارة فقط وهذا ينفي عنها صفة العموم؛ لأنه يتجاهل الاختلاف الكمي والنوعي بين معطيات التجارة الدولية، فالأعراف التجارية ذات طبيعة فنية خاصة وتعددها في الأسواق الدولية نابع في الأصل من اتصافها بالمرونة وهذا لا يجردها من صفة العمومية؛ لأنها لا تحكم حالات فردية وإنما تنظم وقائع على وجه العموم وتخاطب جماعات بصفاتهم لا بذواتهم<sup>1</sup> فهي مثلا تخاطب كل تجار الخشب وكل تجار الحبوب ولا تخاطب تاجرا بعينه، وتعدد الأعراف التجارية يعود أساسا لتعدد وتنوع الأنشطة التجارية بالإضافة للأنشطة التجارية الحديثة التي تظهر من حين إلى آخر وتظهر معها أعراف تجارية جديدة خاصة بها.

إن الأعراف التجارية من مكونات قانون التجارة الدولية هذا القانون الطائفي الذي يطبق على فئة من الأشخاص دون سواهم وهي الفئة التي تمارس التجارة الدولية؛ وهذا ما يقابله خاصية العمومية؛ فعمومية القاعدة القانونية لا تعني بالضرورة أنها تطبق على كل الناس

<sup>1</sup> بن أحمد الحاج، المرجع السابق، ص 156.

وإنما تطبق على فئة معينة<sup>1</sup> ونفس الشيء بالنسبة للأعراف التجارية التي تطبق على التجار فقط دون سواهم.

والعمومية لا تعني أن القاعدة القانونية تسري بحق الأفراد كافة، إذ قد يكون نطاق تطبيقها محصور بفئة أو طائفة محدودة من الأشخاص طالما كانت هذه الطائفة معينة بصفات من يدخل فيها لا بذواتهم، كما لا ينفي عموميتها أن يتوجه الخطاب فيها لشخص واحد في وقت واحد طالما كان معيناً بصفة بعينها لا بذاته<sup>2</sup>، أي صفة تاجر يختص بتجارة معينة، فالقاعدة القانونية يمكن أن توضع فقط من أجل فئة معينة لها صفة معينة، ورغم ذلك تبقى عامة لأن جميع من يدخلون في هذه الفئة سيخضعون لها، والعرف التجاري يكتسب الطابع العام في اللحظة التي يطبق فيها على كل فرد من المهنة<sup>3</sup>، أي عندما يطبق على كل تاجر ينتمي إلى تجارة معينة.

ويؤكد الفقه أن تواتر العمل على إتباع العادات التجارية التي نشأت في مجتمع التجار ورجال الأعمال العابر للحدود يؤدي مع مرور الوقت إلى تحويل هذه العادات من مجرد عادات اتفاقية إلى أعراف ملزمة لتصبح بذلك ذات مضمون عام ومجرد الأمر الذي يضيف عليها في النهاية الصفة القانونية<sup>4</sup>، والأعراف التجارية تتمتع بالتجريد والعمومية طالما أنها تعدت كونها عادات تجارية<sup>5</sup>، والكثير من الأعراف التجارية أثبتت تمتعها بالعمومية والتجريد فمثلاً العقود النموذجية رغم أنها تخص مجالات تجارية معينة إلا أن انتشارها بشكل كبير بين التجار أدى إلى تكرار إتباعها واستقرار العمل بمقتضاها في مجالات تجارية معينة وهذا ما منحها العمومية والتجريد.

<sup>1</sup> عيد عبد الحفيظ، طرق تحديد القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، أطروحة دكتوراه في العلوم، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2017، ص188.

<sup>2</sup> محمد أحمد إبراهيم محمود، المرجع السابق، ص193.

<sup>3</sup> Crystelle Sanchez Saez, Op.cit., P243.

<sup>4</sup> محمود محمد ياقوت، نحو مفهوم حديث لقانون عقود التجارة الدولية، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، 2012، ص 56.

<sup>5</sup> نادر محمد إبراهيم، المرجع السابق، ص231.



كما أن القواعد والأعراف الموحدة للاعتماد المستندي تستخدم في كل مصارف وبنوك العالم ولا تخص مصرفا معينا وهذا يمنح عمومية واضحة لهذه القواعد والأعراف، كما أن المصطلحات التجارية ليست حكرًا على أفراد معينين أو تجار معينين بل يستخدمها كل المتعاقدون التجاريون الدوليون وهذا دليل واضح على عموميتها وتجريدها.

مما تقدم نجد أن هناك أعراف تجارية تتميز بعمومية وتجريد في إطار نوع التجارة التي تحكمها كالعقود النموذجية وهذا لا ينفي عنها صفة العمومية والتجريد التي تتمتع بها القواعد القانونية، وهناك أيضا أعراف تجارية هامة تحوز عمومية وتجريد يجعلانها صالحة للتطبيق على كل أنواع التجارة الدولية مثل المصطلحات التجارية والتي يمكن التعاقد بها في كل العقود التجارية الدولية؛ وكل هذا يؤكد أن الأعراف التجارية تتمتع بعمومية وتجريد القواعد القانونية.

### الفرع الثاني: توفر خاصيتي الإلزام والجزاء في الأعراف التجارية

تتميز كذلك القاعدة القانونية بخاصيتي الإلزام والجزاء لذا لابد من تبيان المقصود بهاتين الخاصيتين (أولا) ثم توضيح مدى توافرها في الأعراف التجارية (ثانيا).

#### أولا : المقصود بخاصيتي الإلزام والجزاء بشكل عام

لاكتمال خصائص القاعدة القانونية لابد من توفر خاصيتي الإلزام والجزاء، فلا قيمة للعمومية والتجريد في القاعدة القانونية إذا لم يصحبهما إلزامية وجزاء، وعليه يجب التطرق للإلزامية في القاعدة القانونية (1) ثم الجزاء في القاعدة القانونية(2).

#### 1/ الإلزام في القاعدة القانونية

الإلزام يعني أن القاعدة واجبة الاحترام والتنفيذ من جميع المخاطبين بها، ووجه الإلزام يتجسد في الجزاء الذي يحدده القانون لمن يمتنع عن تنفيذ تلك القاعدة أو يخالفها<sup>1</sup>، وبعبارة أخرى القاعدة القانونية تكليف بأمر أو نهي وليست من قبيل النصائح والمبادئ، والإرشاد أو

<sup>1</sup> إسحق إبراهيم منصور، المرجع السابق، ص 33.

التوصيات، والإلزام إذ ينطوي على عملية الخضوع والطاعة فإن الأفراد يلتزمون به بشكل إرادي وطوعي انطلاقاً من كونه يخدم المصلحة العامة وينشد الاستقرار والعدل والمساواة أكثر من انطوائه على الإكراه والإجبار<sup>1</sup>، والإلزام يميز القاعدة القانونية عن غيرها من القواعد الاجتماعية كقواعد الأخلاق وقواعد المجاملات<sup>2</sup>، والإلزام في القاعدة القانونية مرتبط بالجزاء الذي يضمن احترامها وبالتالي التزام الأفراد بها.

## 2/ الجزاء في القاعدة القانونية

الجزاء هو رد الفعل أو الأثر الذي يترتب على مخالفة القاعدة القانونية<sup>3</sup> أو على عدم التزام الشخص بموجبات القاعدة القانونية ويؤدي كعقاب قانوني أقره المشرع وأعلن عنه بشكل صريح، والجزاء ظاهرة تنظيمية جبرية وردعية توأكب نشوء القاعدة القانونية لضمان استمرارها وإضفاء الهيبة والتقدير والاحترام على القانون<sup>4</sup>، ويؤدي الجزاء إلى احترام القانون من خلال قيامه بدورين الأول علاجي والآخر وقائي؛ الدور العلاجي يتمثل في توقيع العقاب على من يخالف القانون، أما الدور الوقائي فيتمثل في زجر الأفراد وحملهم على احترام القانون خوفاً من توقيع الجزاء عليهم عند مخالفته<sup>5</sup>.

ويعتبر الجزاء وسيلة الإلزام والإجبار وهو بمثابة القلب النابض للقاعدة القانونية لأنه هو من يضمن لها سيادة ويبعث فيها ديناميكية التنفيذ ودونه تضل القاعدة القانونية مجرد أحرف ميتة لا يضمن لها التطبيق<sup>6</sup>.

وليؤدي الجزاء دوره كما ينبغي يجب أن تتوفر فيه مجموعة من الخصائص<sup>7</sup>:

<sup>1</sup> بوشعيب أوعبي، المرجع السابق، ص 28 .

<sup>2</sup> يسري عوض عبد الله، المرجع السابق، ص22.

<sup>3</sup> عمرو طه بدوي محمد، المدخل لدراسة القانون الكتاب الأول نظرية الحق، بدون دار نشر، بدون سنة نشر، ص10.

<sup>4</sup> بوشعيب أوعبي، المرجع السابق، ص 29 .

<sup>5</sup> محمد حسين منصور، المدخل إلى القانون، المرجع السابق، ص 26.

<sup>6</sup> عمار بوضياف، المرجع السابق، ص34.

<sup>7</sup> محمد حسين منصور، المدخل إلى القانون، المرجع السابق، ص 27.

- الجزاء في القاعدة القانونية جزاء حال غير مؤجل يطبق بمجرد وقوع المخالفة، فهو غير مؤجل للحياة الآخرة كما هو الحال في الجزاءات الدينية مثلا.
- الجزاء مادي محسوس له مظهر خارجي وليس مجرد جزاء معنوي كتأنيب الضمير أو استنكار الجماعة كما هو الحال بالنسبة للأخلاق والتقاليد.
- الجزاء منظم بصورة وضعية تتولى السلطة العامة توقيعه باسم الجماعة، والدولة تتولى تحديد وتنظيم الجزاء وبيان الهيئات التي تختص بتوقيعه عند مخالفة كل قاعدة.

### ثانيا: خاصيتي الإلزام والجزاء في الأعراف التجارية

يؤكد جانب من الفقهاء المهتمين بدراسة فلسفة القانون أن قواعد القانون بصفة عامة تعد من ناحية أولى انعكاس للأوضاع القائمة والقيم السائدة داخل كل مجتمع، بما قد يكمن فيها من علاقات سيطرة أو توازن بين أفرادها، ومن ناحية ثانية فإن هذه القواعد تعد أداة للتغيير والتطوير من أجل الوصول بأفراد الجماعة التي ينظمها إلى وضع أفضل، وتجدر الإشارة من ناحية أخيرة إلى أن الواقع الاقتصادي لكل مجتمع من حيث مراكز القوة والضعف الكامنة فيه يؤثر بعمق في إعداد وتطوير القواعد القانونية الحاكمة له<sup>1</sup>.

بصفة عامة القاعدة العرفية ظهرت نتيجة التعود والتواتر على إتباع سلوك معين حول مسألة معينة، فهي عبارة عن وقائع مادية ألقت الجماعة إتباعها بوتيرة واحدة، وبصورة منتظمة وتعودت الامتثال لمضمونها يقينا منها أنها ملزمة وأن الخروج عليها يتبعه جزاء<sup>2</sup>.

إن الأعراف التجارية من صنع التجار الذين شكلوا فيما بينهم مجتمعا قائما بذاته له خصوصياته الذاتية ويخضع لقواعد خاصة به، فلم تعد الدولة الكيان الوحيد القادر على تكوين القانون، وإنما يمكن لكل مجتمع حسب الفقه الحديث أن يتولى مثل هذه المهمة دون اتخاذ شكل الدولة طالما يشكل وسطا متماسكا بدرجة كافية كما هو الشأن بالنسبة لمجتمع

<sup>1</sup> محمد طارق، « قانون التجار الدولي إشكالية الوجود وآفاق التطور»، مجلة القضاء التجاري، العدد الثالث، السنة، الثانية، شتاء/ربيع 2014، ص 137.

<sup>2</sup> عمار بوضياف، المرجع السابق، ص 208.

التجارة الدولية، حيث يكفي لتكوين القاعدة القانونية اعتبارها كقاعدة سلوك تنتمي إلى مجتمع ولو لم يكن مجتمعاً داخلياً لدولة معينة<sup>1</sup>، وهذا يدل على أن الأعراف التجارية قواعد قانونية بحكم انتمائها إلى مجتمع التجار ورغم ذلك لا بد تبيان الإلزام في الأعراف التجارية (1) ثم عنصر الجزاء فيها (2).

### 1/ الإلزام في الأعراف التجارية

يرى الفكر القانوني المعاصر في مجال التجارة الدولية أن تطور العلاقات والمعاملات في هذا المجال أدى إلى تكوين مجتمع مجاور لمجتمع الدولة أعضاؤه هم التجار، ورجال الأعمال والصناعة وله سلطة ذاتية تقوم على وضع قواعد تنظيمية لسلوك أفرادها، وضبط ما ينشأ بينهم من علاقات<sup>2</sup> تجارية بأسلوب مختلف يتماشى مع رغبات هذا المجتمع. وهذا المجتمع التجاري الدولي مجتمع مضبوط بقواعد ومبادئ خاصة به نشأت استجابة لمتطلباته وحاجاته لأنه يعتمد على تبادل قيم مالية ضخمة ومعتبرة ومن الطبيعي أن يحترم أفرادها القواعد التي تسوده والتي يجب أن تتمتع بالإلزام كالقواعد القانونية. والأعراف التجارية تتمتع بصفة الإلزام التي تجعلها بمثابة قواعد قانونية وهذا يسمح لها بتنظيم مختلف المعاملات والتعاقدات التجارية الدولية وقد أكدت ذلك العديد من التشريعات الوطنية، حيث تؤكد الفقرة الأولى من المادة رقم 205 من التقنين التجاري الموحد للولايات المتحدة الأمريكية في العرف الملزم « بأن يكون هناك توقع بأنه سيتم احترامه » كما تشير الفقرة الرابعة من المادة 28 من القانون النموذجي للتحكيم بأن يكون العرف « واجب التطبيق على المعاملة »، وكذلك الفقرة الأولى من المادة 17 من معاهدة بروكسل الأوروبية في شأن تنفيذ الأحكام بأن يكون الأطراف « مفترض فيهم العلم » بذلك العرف<sup>3</sup>، والأعراف التجارية

<sup>1</sup> عيد عبد الحفيظ، المرجع السابق، ص 185.

<sup>2</sup> أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص 39.

<sup>3</sup> نقلاً عن نادر محمد إبراهيم، المرجع السابق، ص 279.

سادت منذ زمن طويل في التجارة الدولية بمختلف معاملاتها وتعاقباتها ويعود هذا أساسا لما تتمتع به من إلزام جعل التجار يقبلون عليها بكل ثقة وأمان كالقواعد القانونية.

## 2/ الجزاء في الأعراف التجارية

الجزاء في الأعراف التجارية يعرف جدلا كبيرا فالبعض يرى أن وصفا دقيقا لعادات التجارة الدولية بحسبها قواعد قانونية يعد خروجاً عن حقيقة نشأتها وتكوينها في مجتمعات التجار، مما يصعب فرض جزاء حال مخالفتها لانعدام السلطة التي تكفل سنها أو احترامها، والتي تتمثل في سلطة الدولة كضرورة لصبغ الصفة القانونية لقاعدة ما<sup>1</sup>.

غير أن إنكار الصفة القانونية على الأعراف التجارية لن يتأتى إلا في ظل المفهوم التقليدي الذي يربط بين القانون والدولة التي توكل لها مهمة توقيع الجزاء عند مخالفة أحكام هذا القانون<sup>2</sup> وهذا لا يتوقف فقط على الأعراف التجارية، فقد أثارت مثلاً قواعد القانون الدولي العام الجدل بسبب غياب سلطة عامة للمجتمع الدولي يمكن لها توقيع جزاء مادي عند مخالفة هذه القواعد، خلافاً للوضع في المجتمعات الداخلية ومع ذلك فإن الفقه الغالب لم يعد ينكر على أحكام القانون الدولي العام صفتها القانونية الملزمة<sup>3</sup>.

إن اعتبار الجزاء ركن لا تقوم القاعدة بدونه يتوقف ليس فقط على ماهية القانون محل البحث، وإنما كذلك على طبيعة المجتمع الذي ينشأ به هذا القانون أو ذاك لتقرير وجود القاعدة ولو لم تقترن بسمة الجزاء متى وقرت بضمير المجتمع وبلغت حداً من الرقي الوجداني بسبب الشعور بالإنذار لا يمكن بعده استئصال صفة القانون لمجرد تخلف عنصر الجزاء<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> نقلاً عن نادر محمد إبراهيم، المرجع السابق، ص 51.

<sup>2</sup> بن أحمد الحاج، المرجع السابق، ص 157.

<sup>3</sup> هشام علي صادق، المرجع السابق، ص 165.

<sup>4</sup> محمد أحمد إبراهيم محمود، المرجع السابق، ص 194.

ويرى بعض الفقه أنه لا يهم أن يكون هناك جزء مادي محدد توقعه سلطة عامة عند مخالفة هذه القواعد العرفية حتى يعترف لها بصفة القانون، فمثل هذا الربط بين القانون والجزء المادي غير متطلب، إذ يكفي جانب من الشراح للاعتراف بالصفة القانونية لقاعدة السلوك الاجتماعي أن يشعر الأفراد بأهميتها وضرورتها لتنظيم مجتمعهم<sup>1</sup>، وهذا ما يتوفر في الأعراف التجارية بسبب شعور التجار بإلزامها التام عند تعاملهم بها كأنها قواعد قانونية كما انها أصبحت جد ضرورية لسير أغلب المعاملات التجارية الدولية.

إن الأعراف التجارية قديمة النشأة، فهل ارتبطت بالجزء منذ ظهورها ام أن الحاجة لإلزامها اكسبتها الجزء عند مخالفتها؟ وهل الجزء فيها مشابه للجزء في القاعدة القانونية؟.

وبالعودة إلى المجتمعات القديمة التي عرفت العرف وكرسته في جميع شؤونها نجدها تعتبر أن العرف ملزم ونافذ بذاته، وكل انتهاك له ستتولاه القوى الغيبية التي ستوقع الموت والدمار بكل من يسخر من هذه القواعد الإلزامية في القبيلة فردا كان أم جماعة<sup>2</sup>. فنجد مثلا في القديم في قبائل (troberianaders) توجد عقوبة بدائية هي الشطب من القائمة حيث كان يتعرض الفرد الذي لا يؤدي التزاماته الاقتصادية كمن يمتنع عن دفع مبلغ جرت العادة أن يدفعه إلى وقف العون الاقتصادي له، وهكذا يترك وحيداً معزولاً بدون معين والغاية من الجزاء ليست معاقبة الفرد ولكن إعادة الحال إلى ما كان عليه في السابق أي الحفاظ على النظام الاجتماعي العام<sup>3</sup>، وهذا ما يحدث الآن في مجتمع التجارة الدولية فالجزء موجود ويتخذ صورا متعددة في المجتمعات تختلف باختلاف القواعد القانونية ذاتها، وباختلاف المجتمعات التي تنشئ القاعدة فهناك الجزء الإداري، الجزء المدني، الجزء السياسي، الجزء الجنائي والجزء المعنوي<sup>4</sup> والجزء التجاري.

<sup>1</sup> هشام علي صادق، المرجع السابق، ص 165.

<sup>2</sup> دينيس لويد، ترجمة سليم الصويص، فكرة القانون، المجلس الوطني للثقافة والفنون والآداب، الكويت، 1981، ص 215.

<sup>3</sup> المرجع نفسه، ص 215 .

<sup>4</sup> يسري عوض عبد الله، المرجع السابق، ص 22.

وفي التجارة الدولية تتولى المؤسسات والمنظمات والجمعيات والنقابات المهنية توقيع الجزاء على من يخالف أعراف التجارة الدولية ويقسم الفقه هذا الجزاء إلى نوعين، جزاءات مادية تتمثل في تقديم الأطراف لضمان مالي مسبق يتحمل عبء دفعه الطرف الذي يرفض تنفيذ الحكم الصادر عن جهات التحكيم طواعية، وكذا قيمة التعويض التي قد يحكم بها القضاء كتعويض عن الضرر الذي أصاب أحد الأطراف، وجزاءات معنوية تتضمن نشر أسماء الأطراف الممتنعة عن تنفيذ الأحكام الصادرة عن المحكمين وهو جزاء خطير يمكن أن يآثر بشكل مباشر على سمعة هؤلاء في الأسواق العالمية، وتتنوع الجزاءات في التجارة الدولية كالفصل من الاتحادات الدولية المهنية أو إسقاط بعض حقوق العضوية أو الحرمان من خدمة التحكيم الطائفي مستقبلاً<sup>1</sup>، ويلاحظ أن هذه الجزاءات المعنوية لها تأثير فعال كالجزاءات المادية وأحياناً تفوقها لأنها تمس بالحياة المهنية للممارسين للتجارة الدولية.

وبصفة عامة تعرف التجارة الدولية العديد من الجزاءات التي تعارف عليها التجار ويلجؤون إليها إذا ما اتفقوا عليها، كالجزاء عن عدم المطابقة في البيوع الدولية عندما يكون يسيراً ويكون الجزاء إنقاص الثمن وبنسبة تحددها العقود النموذجية أو الشروط العامة مسبقاً لقدر النقص في الكم أو الاختلاف في درجة الجودة<sup>2</sup>.

وتتم الإشارة إلى نوع الجزاء من خلال العقد التجاري الدولي باتفاق أطرافه حيث تشير العقود النموذجية والشروط العامة إلى الكثير من صور الجزاء عند مخالفة نصوص العقد وأحكامه وهي تتفاوت بين رفض البضاعة، تخفيض الثمن، توقيع غرامة مالية، التعويض، إصلاح ما يكون في البضاعة من عيوب أو إبدالها بأخرى وأخيراً فسخ العقد<sup>3</sup>.

إن المجتمع الدولي للمتعاملين بالتجارة أصبح منظماً وله مؤسساته التي تفرض الجزاء عند مخالفة قواعده العرفية المستقرة، فهذه القواعد لم تعد بحاجة إلى اعتناق المتعاقدين لها

<sup>1</sup> نقلاً عن أحمد الحاج، المرجع السابق، ص ص 158-159.

<sup>2</sup> حبيب ثروت، المرجع السابق، ص 399 .

<sup>3</sup> المرجع نفسه، ص 38.

في اتفاقهم حتى يلتزمون بأحكامها وفقا لمبدأ " العقد شريعة المتعاقدين" فهي تتمتع بقوة الإلزام الذاتي التي تفرض على القاضي والمحكم بصفة خاصة تطبيقها من تلقاء نفسه رغم خلو العقد من أي إشارة إلى أحكامها كالقواعد العرفية التي يفترض في القاضي والمتعاملين العلم بمضمونها<sup>1</sup> وهذا يجعل أطراف العقد غير مطالبين بإثباتها.

إن الربط بين القانون والجزاء يعتبر غير ضروري، خاصة وأن الجزاء في القاعدة ولزومه لها هو أمر مازال محل نظر وخلاف في الفقه<sup>2</sup>.

مما سبق يتبين أن المتعاملين بالتجارة الدولية تنشأ عندهم قناعة تامة بوجود جزاء يسلط عليهم عند مخالفتهم للأعراف التجارية ومصدر هذه القناعة اعتقادهم بأن الأعراف التجارية تتمتع بالإلزام وتحوز كل الخصائص التي تجعلها قواعد قانونية ملزمة ولا يمكنهم مخالفتها كالقاعدة القانونية تماما.

مما تقدم يتبين أن الأعراف التجارية تتمتع بالعمومية والتجريد والإلزام ويمكن تسليط الجزاء على من يخالفها بشكل يتماشى مع مجتمع التجار؛ وبالتالي فإنها تتمتع بخصائص القاعدة القانونية.

### المبحث الثاني: عن اعتبار الأعراف التجارية قواعد قانونية

لايزال يواجه قانون التجارة الدولية الكثير من الآراء بين منكر له ومعتز به وقد طال هذا الاختلاف الأعراف التجارية أيضا باعتبارها أساس هذا القانون. وهذا أدى إلى الكثير من النقد والآراء حول الأعراف التجارية حيث برز اتجاهان مختلفان؛ أحدهما ينكر الأعراف التجارية على أساس أنها ممارسات تجارية لم تكتسب الصفة القانونية التي تجيز اعتبارها قواعد قانونية، وبالمقابل هناك اتجاه آخر يؤيد الأعراف التجارية على أساس أنها تتصف بالصفة القانونية لتمتعها بخصائص القاعدة القانونية التي تجعلها قواعد قانونية.

<sup>1</sup> هشام علي صادق، المرجع السابق، ص 166.

<sup>2</sup> محمود محمد ياقوت، نحو مفهوم حديث لقانون عقود التجارة الدولية، المرجع السابق، ص 57.



ومن أجل معرفة إن كانت الأعراف التجارية قواعد قانونية فلا بد من تحديد قيمتها القانونية وذلك من خلال التطرق للاتجاهات المنكرة والاتجاهات المؤيدة للصفة القانونية للأعراف التجارية (المطلب الأول) ثم التطرق لضرورة تطوير الأعراف التجارية (المطلب الثاني).

### المطلب الأول: الاتجاهات المنكرة والمؤيدة للصفة القانونية للأعراف التجارية

تتميز الأعراف التجارية بطابعها العرفي ورغم كل التطورات والتغيرات التي عرفها العالم إلا أنها بقيت محافظة على طبيعتها التي ظهرت بها، هذا ما جعل الفقهاء يختلفون في تقدير قيمتها القانونية. وهذا ما أدى إلى ظهور اتجاهان مختلفان حول الصفة القانونية للأعراف التجارية؛ اتجاه ينكر الصفة القانونية للأعراف التجارية معتبرا أنها مجرد ممارسات وسلوكات تجارية وشروط تعاقدية تعود عليها التجار وأصبحوا يعتمدون عليها في مختلف عقودهم التجارية الدولية دون أن تحوز الصفة القانونية (الفرع الأول) واتجاه آخر يؤيد تماما الصفة القانونية للأعراف التجارية (الفرع الثاني).

### الفرع الأول: الاتجاه المنكر للصفة القانونية للأعراف التجارية

رغم أن الأعراف التجاري انفردت لمدة طويلة بتنظيم التجارة الدولية قبل ظهور القوانين إلا أن هناك اتجاه ينكر تمتع الأعراف التجارية بأي صفة قانونية بسبب انتمائها إلى قانون التجارة الدولية الذي لا يعتبرونه نظام قانوني (أولا) وكذلك لاعتبارهم أن الأعراف التجارية لا تحوز خصائص القاعد القانونية (ثانيا).

أولا: أنكار الصفة القانونية للأعراف التجارية لعدم اعتبار قانون التجارة الدولية نظام

#### قانوني

يعتبر جانب من الفقه أن قانون التجارة الدولية قانون غير مستقل عن الأنظمة القانونية الأخرى وقواعده لا تشكل بالتالي نظاما قانونيا حيث يرى الفقيه Romano بأن أي نظام قانوني يجب أن يشتمل على مجتمع متجانس بدرجة كافية وعلى سلطة مؤثرة داخله،

ومجموعة قواعد تنظم سلوك الأشخاص داخل ذلك الكيان، ويؤكد Romano أن النظام القانوني ليس مجموعة من القواعد القانونية فحسب بل لابد من وجود عنصرين هما المجتمع المنظم والتمسك والسلطة التي تكفل حفظ ذلك النظام، والقول بوجود هذا الأخير دون توافر هذين العنصرين هو قول يفتقر للصواب ويتعارض مع المنطق القانوني<sup>1</sup>.

بينما يرى الأستاذ كيرتي جبالدينو أن النظام القانوني مجموعة مستقلة من القواعد تأتي من مصادر مترابطة على نحو تدريجي وتستلهم نفس المجموع من المبادئ والرؤية للحياة والعلاقات داخل الوحدة الاجتماعية التي يجب أن تحكمها، ويعرفه الأستاذ ميشيل فيراللي بأنه نظام تهذيب الروابط الاجتماعية يميزه وضع القواعد وكذا إنشاء نظم مخصصة لضبط الروابط الاجتماعية أو لحل المنازعات<sup>2</sup>.

يرى جانب من الفقه بأن القاعدة العرفية تكتسب الصفة القانونية والإلزام من وجود رابطة اجتماعية قادرة على خلق نظام قانوني مستقل عن غيره من النظم القانونية وهو ما لا يتوفر في ما يطلق عليه البعض رابطة رجال الأعمال الدوليين، لأن الضغوط التي تمارسها المنظمات المهنية على الأطراف لإتباع سلوك، لا يمكن أن تؤدي إلى خلق عادات وأعراف ملزمة لافتقارها معنى السلطة، والذي يفترض مراعاة مصلحة رعاياه دون جبرهم على سلوك<sup>3</sup> بمعنى أن مجتمع التجار ورجال المال والأعمال لا يمكنه أن يخلق نظام قانوني لإفتقاره للسلطة التشريعية ولا يمكن أن يرتقي إلى مستواها وهذا يرفع صفة النظام عن قانون التجارة الدولية وهذا بدوره يرفعها عن الأعراف التجارية لأنها مصدره الرئيسي .

### ثانياً: أنكار الصفة القانونية للأعراف التجارية لعدم حيازتها خصائص القاعدة القانونية

يرى بعض الفقهاء أن الأعراف التجارية لا تحوز خصائص القاعدة القانونية فهي عبارة عن قواعد عبر دولية جاءت في الأصل لخدمة وتغليب مصالح الدول المتقدمة ومشروعاتها

<sup>1</sup> بن أحمد الحاج، المرجع السابق، ص 138.

<sup>2</sup> نقلاً عن محمد أحمد إبراهيم محمود، المرجع السابق، ص 189.

<sup>3</sup> بن أحمد الحاج، المرجع السابق، ص 138.

على الطرف الضعيف اقتصاديا في العلاقات التجارية الدولية وهذا يعني أن هذه القواعد هي قواعد غير سابقة الخلق، ولم تأتي بشكل مجرد وإنما جاءت لتصنع عدالة عرجاء ومشوهة تحابي أحد أطراف العلاقة العقدية وهو الطرف القوي اقتصاديا، وهذا الأخير هو من يضع القواعد ويملي تطبيقها<sup>1</sup> وهذا ما ينفي العمومية والتجريد عن الأعراف التجارية، فهذه الأخيرة يغلب عليها الطابع المحلي والذاتي الذي لا يسمح لها بالتصدي لكل الحالات، ونأخذ على سبيل المثال الاتجاه الفقهي الذي يقر بعدم وجود عرف تجاري دولي يتعلق بمراجعة تأثير تغير الظروف على الثمن، حيث يرى الأستاذ Antoine Kassis أن مسألة مراجعة العقد في حالة تغير الظروف ليست إلا ممارسة انفرادية لكل عقد بحد ذاته، ويعود أساسا إلى إرادة الأطراف المنصهرة في العقد<sup>2</sup>، وهذا ما يدل على غياب العمومية والتجريد في الأعراف التجارية.

كما أنكر الأستاذ Lagard وجود نظام خاص بمعاملات التجارة الدولية القائمة بين المتخصصين في المجال والتي تساهم في تكريس وتطوير ممارسات وعادات اتفاقية إلى قواعد عرفية دولية، إذ يؤكد أن عادات التجار الدوليين التي يتم إعمالها لمواجهة تغير الظروف تعد حالة شاذة، وهي حالة انفرادية خاصة بالعقد يتم النص عليها صراحة ولا يمكن القياس عليها في جميع العقود الدولية<sup>3</sup>، وهذا ما ينطبق تماما على باقي الأعراف التجارية كالأعراف الخاصة بتجارة الحبوب، أو الأعراف الخاصة بتجارة الخشب... إلخ، وهذا ما ينفي صفة العمومية والتجريد عن الأعراف التجارية بصفة عامة.

وبالنسبة للقواعد والأعراف الموحدة للاعتماد المستندي فإن هناك من يرى أن هذه القواعد ليست لها أي قيمة قاعدية في ذاتها، فهي أقرب بذلك إلى فكرة العقود النموذجية التي

<sup>1</sup> بن أحمد الحاج، المرجع السابق، ص 146.

<sup>2</sup> موكة عبد الكريم، تأثير تغير الظروف على استقرار الثمن في عقود التجارة الدولية، أطروحة لنيل درجة الدكتوراه في العلوم: تخصص القانون، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2016، ص 146.

<sup>3</sup> المرجع نفسه، ص 146.

جرى العمل على الإحالة إليها صراحة، وهو ما تحرص عليه البنوك دوماً بعبارات واضحة وبالتالي فإنه لا يكفي مجرد سكوت الأطراف عن الإشارة إليها حتى تنطبق فهي ليست قواعد عرفية مما يتيح لهم إمكانية مخالفة أحكامها باتفاقهم على ذلك<sup>1</sup>. كما أن ما يدرج في العقود النموذجية والشروط العامة لا يمثل إلا بنود في العقد يمكن أن يتفق الأطراف على مخالفتها، ومصدر إلزامها اعتبارها جزء من العقد الذي اتفق عليه الاطراف.

إن وصفاً حقيقياً لعادات وأعراف التجارة الدولية بأنها قواعد قانونية يعد خروجاً عن حقيقة نشأتها وتكوينها في مجتمعات التجار، مما يصعب فرض جزاء عند مخالفتها لانعدام السلطة التي تكفل سنّها أو احترامها<sup>2</sup>، فالسلطة العامة تضمن احترام والزام القاعدة القانونية وتتضح هذه الحقيقة في حاجة القرارات الصادرة عن قضاء التحكيم التجاري الدولي لتصبح نافذة وذات فاعلية حيث يستحيل تنفيذها دون تدخل السلطة العامة للدولة والتي تملك أيضاً رفض تنفيذ أي قرار وهو ما يجعلها بلا قيمة<sup>3</sup>.

وبصفة عامة يرى الفقه التقليدي أنه لا يتصور وجود القاعدة القانونية خارج إطار الدولة بما تفرضه من جزاء عند مخالفة القوانين وهكذا فإن القاعدة التي لا تقترن بوسائل القهر العام الذي تباشره الدولة لا تعتبر قاعدة<sup>4</sup>، وعلى هذا النحو فإن الفقه التقليدي لا يعترف بوجود المنظمات المهنية التي يمكنها أن تلعب دور السلطة لتوقيع الجزاء عند مخالفة القواعد العرفية.

مما تقدم يتبين أن الاتجاه المنكر للصفة القانونية للأعراف التجارية بني نكرانه لهذه الأخيرة على أساس عدم توفر العمومية والتجريد في الأعراف التجارية، وأن الجزاء يجب أن تصدره السلطة العامة والمتمثلة في الدولة دون سواها وهذا يعني عدم تمتع الاعراف التجارية

<sup>1</sup> بن أحمد الحاج، المرجع السابق، ص 80.

<sup>2</sup> نقلاً عن محمد أحمد إبراهيم محمود، المرجع السابق، ص 51.

<sup>3</sup> بن أحمد الحاج، المرجع السابق، ص 142.

<sup>4</sup> سمير تناغو، المرجع السابق، ص 62.

بالإلزام وبخصائص القاعدة القانونية بصفة عامة؛ وهذا يوحي بتمسك هذا الاتجاه بالنظرة التقليدية للقانون.

### الفرع الثاني: الاتجاه المؤيد للصفة القانونية للأعراف التجارية

هناك اتجاه آخر يؤكد تتمتع الأعراف التجارية بالصفة القانونية على أساس أنها قواعد قانونية عرفية مشابهة للقواعد القانونية التي وضعها القانون (أولاً) وعلى أساس أنها قواعد قانونية عبر دولية تتمتع بخصائص القاعدة القانونية (ثانياً).

#### أولاً: الأعراف التجارية تحوز الصفة القانونية باعتبارها قواعد قانونية عرفية

يرى الفقيه M. Goldman أن القاعدة القانونية هي قاعدة تحكم الجماعة، وبالنسبة لمجتمع التجار فالعرف التجاري يتولد من التضامن الاجتماعي الموجود في مجتمع التجار والذي يتمتع بتوافق الآراء أو بالضمير الجماعي أي أنه معروف عند كل الممارسين، لذا فحقيقة مجتمع التجار تسمح باعتبار القواعد التي تشكل هذا المجتمع قواعد قانونية، وينتهي M Goldman إلى تسمية الأعراف التجارية بالقواعد العرفية كما يرى M fauchard أن طبيعة وعمل التحكيم التجاري تؤدي إلى تطبيق المحكم للقواعد العرفية للتجارة الدولية<sup>1</sup>، كما يرى جانب من الفقهاء أن الأعراف التجارية تضبط وتنظم العلاقات بين أشخاص ينتمون إلى وسط اجتماعي معين توجد فيه هيئات ومنظمات مهنية لها نفوذ وسلطة مهنية تمكنها من إفراز الأحكام والعادات المهنية من خلال ما تضعه من تنظيم سليم لجوانب النشاط التجاري، وهذا كله يجري إتباعه بصفة منتظمة ومتواترة، وبهذا فإنها تكتسب صفة القاعدة القانونية ذات الأصل العرفي أو غير التشريعي<sup>2</sup>، وهذا ما حدث مع غرفة التجارة الدولية عندما أصدرت القواعد والأعراف الموحدة للاعتماد المستندي التي لاقت اقبالا كبيرا من كل المتعاملين بالتجارة الدولية كما اخذت بها اغلب التشريعات الوطنية.

<sup>1</sup> KASSIS Antoine, Op.cit., PP120-121.

<sup>2</sup> حبيب ثروت، المرجع السابق، ص381.

ف نجد مثلا جانب من الفقه الفرنسي يمنح القواعد والعادات الموحدة للاعتماد المستندي قيمة القواعد القانونية العرفية؛ إذ تعتبر في نظرهم بمثابة القانون العرفي واجب التطبيق على الاعتماد المستندي مالم يتفق الأطراف على استبعادها بشكل صريح<sup>1</sup>.

فمثلا المحكمة العليا اللبنانية طبقت القواعد التي تخص الاعتمادات المستندية في حكمها الصادر في 04 أبريل 1968، حيث قالت فيه أن العقد الناشئ عن اعتماد مستندي هو عقد مبني على أعراف التجارة الدولية التي تقرها جميع المحاكم عبر العالم دون حاجة إلى أن تردّها إلى تشريعاتها الداخلية أو أن تستنبط بالضرورة من هذه التشريعات ما يبررها، إذ أنه ينشأ من الأعراف التي تمثل قانونا غير مكتوب يفترض في القاضي العلم به، كعلمه بسائر القوانين<sup>2</sup>، وعليه فاعتبار الأعراف التجارية قانون غير مكتوب يكفي لمنحها صفة القواعد القانونية.

وهناك اتجاه فقهي آخر مساند لفكرة وجود عرف تجاري دولي مستقل عن الأنظمة القانونية الوطنية يساهم في معالجة بعض المسائل الهامة كمسألة تغيير الظروف المؤثر على الثمن، حيث يؤكد أن العادات التجارية الدولية تتميز بذاتية خاصة تكسبها قيمة القواعد العرفية بالمعنى المعروف في القوانين الداخلية والتي تكسبها الإلزامية، حيث تعتبر قاعدة إمكانية مراجعة العقد في حالة تغير الظروف والتي يمكن تطبيقها على عنصر الثمن والتزام الدائن بالحد من الخسائر المشتركة التي يمكن الاعتماد عليها لمواجهة عدم استقرار الثمن بسبب تغير الظروف من العادات التي اكتسبت صفة القواعد العرفية الملزمة<sup>3</sup>.

أما في المجال المصرفي وهو مجال حساس ودقيق فإن القواعد العرفية تؤدي دورا أساسيا وهاما بصفة عامة وفي مجال الائتمان كمنشأ مصرفي بصفة خاصة مع غياب النصوص الإلزامية، حيث يعبر عن إرادة الأطراف وفق نماذج مكتوبة تكرر العرف السائد،

<sup>1</sup> بن أحمد الحاج، المرجع السابق، ص 80.

<sup>2</sup> نقلا عن عيد عبد الحفيظ، المرجع السابق، ص 47.

<sup>3</sup> موكة عبد الكريم، المرجع السابق، ص 157.

هذه النماذج تمثل العقود المصرفية بصفة عامة وكذا عمليات الاعتماد المالي وهي تخضع للتعديلات بما يلائم تطور هذا النوع من العمليات، وتتم صياغة هذه النماذج بواسطة البنوك ذاتها تجتمع في جوهرها من حيث الشكل لتكريس العرف السائد في الوسط المصرفي<sup>1</sup>. وبالنسبة لدور المنظمات والجمعيات المهنية فإنها تلعب دورا هاما في تكريس العرف في كل من فرنسا، سويسرا وبلجيكا، ففي فرنسا تم تحويل هذه الجمعيات المهنية وضع قواعد تنظيمية تتعلق بالعمليات المصرفية وبآليات عمل القروض بحيث تلزم البنوك بتطبيقها في علاقاتهم مع العملاء تحت طائلة العقوبة، بل ويحق للعملاء أنفسهم المطالبة بتطبيقها في حالة امتناع البنوك عن ذلك<sup>2</sup> رغم عدم تمتع هذه الجمعيات بأي صفة تشريعية. وإقحام الأعراف التجارية في المجال المصرفي دليل قوي أن الأعراف التجارية تتمتع بخصائص القاعدة القانونية .

الأصل أنه حيث لا يجد القاضي نصا تشريعيًا يحكم النزاع فإنه يطبق العرف، شرط ألا يخالف العرف قاعدة قانونية أمرة، كما أن نصوص قانون التجارة البحرية توجب إعمال حكم العرف في بعض الأحوال، فبخصوص العرف البحري إن العرف كما يخلق قاعدة قانونية يمكن أن يصل إلى حد إلغاء التشريع، فمثلا جرى العرف البحري على تحرير سند الشحن من نسختين أو ثلاث نسخ على خلاف ما تقضي به المادة 100 من قانون التجارة الفرنسي الملغى في وجوب كتابة سند الشحن من أربع نسخ أصلية على الأقل، والمادة 74 من نفس القانون توجب تعيين السفينة في عقد التأمين في حين جرى العرف على عكس ذلك<sup>3</sup>. وما يؤكد أن الأعراف التجارية تحوز القيمة القانونية بسبب تمتعها بخصائص القاعدة القانونية هو اعتبار العرف قانون يجعل الخصم لا يكف بإثباته لأن القاضي ملزم بالعلم به

<sup>1</sup> مصعور جليلة، مسؤولية البنك عن الائتمان المصرفي في القانون الجزائري، أطروحة دكتوراه في القانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة باتنة 1، 2016، ص 67.

<sup>2</sup> المرجع نفسه، ص 68.

<sup>3</sup> نقلا عن رغد فوزي الطائي، المرجع السابق، ص 199.

ومن ثم تطبيقه تلقائياً على ما ثبت لديه من وقائع لا فرق بين قاعدة عرفية وقاعدة تشريعية أو قاعدة مستمدة من مصدر آخر، فالقاضي هو الذي يتحرى ويثبت وجود العرف كما يفعل بالنسبة للقاعدة التشريعية أو أي قاعدة مستمدة من مصدر آخر<sup>1</sup> وهذا ما يتحقق في كثير من الأعراف التجارية، فمثلاً عند التعاقد عن طريق المصطلحات التجارية incoterms كالمصطلح FOB أو CIF فإن المتعاقدون غير مطالبين بإثبات هذه التعاقدات.

وفي هذا الصدد يرى الأستاذ Goldman أن عادات التجارة الدولية تتوافر فيها خصائص القاعدة القانونية العرفية التي تطبق في حالة غياب أي إشارة صريحة أو ضمنية في العقد بما أن أطراف العقد لم يستبعدوها صراحة في العقد، والإلزامية هذه العادات مستمدة من شعور المتدخلين في مجال التجارة الدولية بأن لها قوة ملزمة<sup>2</sup>.

وما يزيد في تأكيد الصفة القانونية للأعراف التجارية المادة التاسعة من القانون الموحد لاتفاقية لاهاي 1964 والتي تنص:

«1- يرتبط أطراف العقد بالعادات التي يشيرون إليها صراحة أو ضمناً في تعاقدهم، وكذلك بما جرى عليه العمل من قبل فيما بينهما،

2 - ويرتبطون أيضاً بالعادات التي يراها شخص عاقل من طائفتهم، وفي مثل حالتهم، على أنها تنطبق على تعاقدهم،

وفي حالة تعارض العادات مع أحكام هذا القانون وجب تقديم العادات، إلا إذا اتفق على ما يخالف ذلك.

3- وحتى حالة استخدام مصطلحات أو شروط أو صيغ دارجة في التجارة، فإن تفسيرها يجري وفقاً للمعنى الذي اعتادت الأوساط التجارية المعنية على إعطائه لها .

يؤكد نص المادة على إلزامية الأعراف التجارية، ويرجحها بشكل صريح على أحكام الاتفاقية في حالة تعارضها مع نصوص الاتفاقية من خلال ما جاء في الفقرة الثانية منها وهذا بسبب

<sup>1</sup> رعد فوزي الطائي، المرجع السابق، ص 201.

<sup>2</sup> موكة عبد الكريم، المرجع السابق، ص 157.



توفر خصائص القاعدة القانونية في الأعراف التجارية وبالتالي تمتعها بالقيمة القانونية وهذا ما جعل اتفاقية دولية هامة ترجح الأعراف التجارية على احكامها وهذا دليل واضح على أن الأعراف التجارية قواعد قانونية.

### ثانيا: الأعراف التجارية تحوز الصفة القانونية باعتبارها قواعد عبر دولية

أمام تعدد الآراء حول الانتماء الحقيقي للأعراف التجارية إن كانت تمثل قواعد قانونية أو قواعد عرفية، فضل بعض الفقهاء اعتبار الأعراف التجارية قواعد عبر دولية هذا ما يستدعي ضرورة توضيح المقصود بالقواعد عبر الدولية (1) ثم التطرق لاعتبار الأعراف التجارية قواعد عبر دولية (2).

#### 1/ القواعد عبر الدولية

استعمل تعبير القواعد عبر الدولية لأول مرة في التاريخ القانوني الحديث سنة 1931 من طرف Gutzwiller ، حيث تمت الإشارة إلى هذه القواعد على أساس انها برنامج مستقبلي ومع ظهور القانون المقارن ركز الأستاذ Rabel على أهمية هذه القواعد وأنها تشكل خطوة حاسمة لتطوير القانون الدولي الخاص في العلاقات الاقتصادية<sup>1</sup>.

والميلاد الحقيقي لمصطلح عبر الدولي Transnational يرتبط بكتاب Philippe Jessup القاضي بمحكمة العدل الدولية وأستاذ القانون الدولي والدبلوماسية بجامعة كولومبيا والذي حمل عنوان Transnational Law ويقصد بالقواعد عبر الدولية تلك القواعد القانونية التي تتمتع بإلزام مستقل عن الأنظمة القانونية الداخلية وعن نظام القانون الدولي العام، إنها قواعد ذلك الوسط الاجتماعي الذي يجمع مشروعات الأعمال بمناسبة علاقاتها الاقتصادية الدولية، والتي توصف اختصارا بكونها أعمال عبر الحدود أو عبر الدول ومن هنا جاء مصطلح القواعد عبر الدولية<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> KASSIS Antoine, Op.cit., P552.

<sup>2</sup> نادر محمد إبراهيم، المرجع السابق، ص ص 170-174.

والقواعد عبر الدولية هي القواعد التي تحكم التصرفات والوقائع التي تتجاوز حدود الدولة وتتضمن قواعد القانون الدولي العام والخاص، وكذلك القواعد الأخرى التي لا تندرج تحت أي من هذين الفرعين من فروع القانون الدولي<sup>1</sup>.

مما تقدم يتضح أن القواعد عبر الدولية هي القواعد القانونية الملزمة غير المنتمية لأي نظام قانوني وطني ومستقلة عن القانون الدولي العام والخاص، وتخص العلاقات التجارية والاقتصادية العابرة للحدود أي الدولية.

## 2/ الأعراف التجارية قواعد عبر دولية

كما سبق ورأينا تتمتع الأعراف التجارية بخصائص القاعدة القانونية فهل يمكن

اعتبارها قواعد عبر دولية رغم طبيعتها العرفية؟

إن تعبير القانون عبر الدولي يبين أن القانون يتجاوز حدود الدول ويمكن التعبير عنه بالقانون غير الوطني الذي يدل على غياب الدولة في ظاهرة إنشاء القواعد المكونة لهذا القانون والذي قام المتعاملون الاقتصاديون أنفسهم بإنشائه<sup>2</sup> وهذا بسبب قصور القوانين الوطنية التي عجزت عن تنظيم مختلف معاملاتهم التجارية الدولية.

ويعترف M Schmitthoff للأعراف التجارية بصفة النظام ولكن نظام عبر دولي ويرفض أن يعترف لهذا النظام بالاستقلال التام موضحا الفرق بين أهداف هذا القانون عبر الدولي والقانون الدولي الخاص، ويلاحظ أن هذا الأخير (القانون الدولي الخاص) يركز النزاع في نظام قانوني إقليمي، بينما القانون التجاري الدولي يسعى لإيجاد حل في مستوى فوق وطني (supra-national) ويؤكد أن القانون الدولي الخاص عبارة عن مجموعة قواعد قانونية تساعد على حل النزاعات، بينما القانون عبر الدولي التجاري يسعى لمنع حدوث

<sup>1</sup> ماهر محمد حامد، عقود التجارة الدولية وسبل حسم المنازعات الناشئة عنها، دار النهضة العربية، القاهرة، 2009، ص92.

<sup>2</sup> KASSEDJIAN Catherine, Droit du commerce international, 1ere édition, presse universitaires de France, paris, 2014, P40.

النزاعات نهائياً<sup>1</sup>؛ أي أنه ينظم العلاقات التجارية الدولية بشكل يجنب حدوث المنازعات بين أطرافها بينما يتدخل القانون الدولي الخاص بعد نشوء المنازعات.

إذن يمكن القول بصفة عامة أن النظام عبر الدولي أو القانون عبر الدولي يخصص تنظيم العلاقات الدولية التي من الصعب تنظيمها عن طريق القوانين الوطنية كالقانون الدولي الخاص وهذا ينطبق تماماً على التجارة الدولية، وبما أن الأعراف التجارية يمكنها تنظيم العلاقات الدولية بشكل مختلف تماماً عن القوانين الوطنية، كما أنها لا تنتمي إلى أي نظام قانوني وطني فإنه يمكن اعتبارها قواعد عبر دولية قادرة على تنظيم التجارة الدولية. كما يرى Schmitthoff أن القانون عبر الدولي للمعاملات التجارية يتكون من التشريع الدولي والعرف التجاري الدولي؛ ويقصد بالتشريع الدولي المعاهدات الدولية المندمجة في القانون الداخلي، و يقصد بالعرف التجاري الدولي العادات والأعراف التجارية والمعايير التي تشكلها الهيئات الدولية كما هو الشأن في ما تقوم به غرفة التجارة الدولية والمفوضية الاقتصادية الأوروبية للأمم المتحدة<sup>2</sup>.

ويرى البعض أن القانون عبر الدولي يشمل الصور القانونية التي تنظم العلاقات التي تتخطى الحدود الوطنية بما في ذلك القانون الدولي العام أو الخاص، وأنه يتكون من مجموع المبادئ العامة للقانون المقبولة لدى الأمم المتمدنة وأعراف التجارة الدولية<sup>3</sup> أي قانون التجار وقد ارتبط مصطلح "العبر الدولي" بقانون التجار *lex mercatoria* وذلك تجنباً لسوء الفهم الذي يقع كلما ذكر قانون التجار؛ فهذا الأخير كان يسميه الكثيرون القانون التجاري وهذا أدى إلى الخلط بينه وبين القانون التجاري الخاص بالعلاقات التجارية الوطنية.

<sup>1</sup> KASSIS Antoine, Op.cit., P281.

<sup>2</sup> نادر محمد إبراهيم، المرجع السابق، ص181.

<sup>3</sup> رنا أبو داوس، دور التحكيم في تطوير حل مشكلة تنازع القوانين، رسالة لنيل دبلوم الدراسات المعمقة في القانون الخاص، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة محمد الخامس، السويسي سلا الجديدة، 2008-2009، ص24.

إن مصطلح القواعد عبر الدولية يتميز بالحيادية من حيث عدم الدخول في مشاكل تحديد المقصود بالتاجر، التجارة، التجاري، كما يسمح مصطلح عبر الدولية بتفادي تحديد نوعية قواعد هذا القانون موضوعية، مادية، عرفية، تلقائية<sup>1</sup>، ويلائم مصطلح القانون عبر الدولي كثيرا قانون التاجر لأن هذا الأخير يشكل نظام قانوني ذاتي أو نظام قانوني خاص بالعلاقات الاقتصادية الدولية، ويرى Goldman أن قانون التجار Lex Mercatoria مكون من قواعد عبر دولية ويشكل " قانون عرفي دولي"، أما Schmitthoff فيراه "نظام قانوني عبر دولي"، أما M Fauchard فيفضل أن يعتبره "غير وطني"<sup>2</sup>.

ويرى Goldman أن مصطلح عبر الدول يستخدم للدلالة على استقلال قواعد قانون التجار Lex mercatoria عن الأنظمة القانونية الداخلية ونظام القانون الدولي العام، ويشير في أحد كتاباته أن القواعد عبر الدولية تتكون من ثلاثة عناصر هي: المبادئ العامة والقواعد والأعراف عبر الدولية، وتلك العناصر تكون نظام قانوني يطبق في المجتمع التجاري وإن لم يصبح بعد نظاما كاملا<sup>3</sup>.

إن القواعد عبر الدولية قواعد عامة ومجردة سواء كان مصدرها الأعراف عبر الدولية أو المبادئ عبر الدولية، أو قواعد العدالة وذلك على أساس أنها تستند في وجودها على الممارسات العملية للمتعاملين الدوليين، لذلك فهي تتلاقى مع حاجات الحياة الاجتماعية في مجتمع رجال الأعمال العابر للحدود، كما أنها جاءت لخدمة مصالح التجارة الدولية بصفة عامة<sup>4</sup>.

مما سبق يتبين أن الأعراف التجارية تعتبر قواعد عبر دولية، وقد ثبت أن القواعد عبر الدولية تتمتع بخصائص القاعدة القانونية وبالتالي فالأعراف التجارية أو كما يفضل الكثير تسميتها الأعراف عبر الدولية وبما أنها قواعد عبر دولية فهي قواعد قانونية.

<sup>1</sup> نادر محمد إبراهيم، المرجع السابق، ص 175.

<sup>2</sup> KASSIS Antoine, Op.cit., P551.

<sup>3</sup> نادر محمد إبراهيم، المرجع السابق، ص 186.

<sup>4</sup> بن أحمد الحاج، المرجع السابق، ص 150.

**المطلب الثاني: ضرورة تقنين الأعراف التجارية**

مثلاً تبين سابقاً تلعب الأعراف التجارية دوراً هاماً كمصدر رسمي لقانون التجارة الدولية، كما تساهم بشكل فعال في تسيير التجارة، وقد لاقت بعض الأعراف التجارية اهتماماً دولياً منذ سنوات عديدة وهذا منحها طابعاً جديداً يتوافق مع ما تعرفه التجارة الدولية من تطور مستمر ويعود الفضل في ذلك للمنظمات الدولية المهتمة بالتجارة الدولية، التي ظهرت منذ سنوات والتي ساهمت بشكل فعال في خلق قواعد وأحكام يمكنها أن تساعد على تنظيم التجارة الدولية بعيداً عن القوانين الوطنية وعن مناهج التنازع.

ورغم أن اهتمام هذه المنظمات كان ينصب بصفة عامة على التجارة الدولية إلا أن ذلك انعكس بشكل إيجابي على الأعراف التجارية؛ حيث نالت بعض الاهتمام من قبل هذه المنظمات والتي ساهمت في جمعها وتطويرها لتصبح أكثر ملاءمة للتجارة الدولية ومن أهم هذه المنظمات على الإطلاق غرفة التجارة الدولية التي عملت على تطوير العديد من الأعراف التجارية وخير مثال على ذلك اهتمامها بالمصطلحات التجارية وسعيها الدائم لتطويرها لتتناسب مع كل تطورات التجارة الدولية.

وسنحاول فيما يلي التطرق لأهم المنظمات الدولية التي اهتمت بالأعراف التجارية مع محاولة معرفة إن كان بإمكان هذه المنظمات تولي مهمة تقنين الأعراف التجارية، وذلك من خلال دور المنظمات الدولية في إرساء الأعراف التجارية (الفرع الأول) ثم الحاجة إلى مؤسسات متخصصة لتشريع الأعراف التجارية (الفرع الثاني).

**الفرع الأول: دور المنظمات الدولية في إرساء الأعراف التجارية**

بسبب أهمية التجارة الدولية التي عرفت انتشاراً كبيراً في كل أنحاء العالم ظهرت العديد من المنظمات والهيئات والجمعيات المهتمة بالتجارة الدولية وبكل ما يتعلق بها.

وقد تعددت المنظمات الدولية المهتمة بالتجارة الدولية بين منظمات دولية حكومية وأخرى غير حكومية وقد وجدت هذه المنظمات نفسها مجبرة على التعامل بالأعراف التجارية

بسبب التداخل المستمر بين التجارة الدولية والأعراف التجارية، وقد اختلف أسلوب تعامل هذه المنظمات الدولية بالأعراف التجارية؛ فرغم أن بعض هذه المنظمات الدولية لا تتمتع بأي طابع حكومي أو تشريعي إلا انها تعاملت بشكل أكثر فعالية مع الأعراف التجارية مقارنة بالمنظمات الدولية الحكومية وهذا أثر كثيرا في الأعراف التجارية وساهم بشكل كبير في إرسائها.

وفي البداية سنحاول التعرف على المنظمات الدولية الحكومية المهمة بالأعراف التجارية (أولا) ثم المنظمات الدولية غير الحكومية المهمة بالأعراف التجارية (ثانيا).

### أولا: المنظمات الدولية الحكومية المهمة بالأعراف التجارية

بصفة عامة المنظمات الدولية ذات شخصية قانونية دولية والقرارات التي تصدرها هي إحدى الوسائل التي تعبر بها عن إرادتها والتي تهدف إلى ترتيب آثار قانونية معينة سواء على سبيل الإلزام أو التوصية<sup>1</sup> ومن بين أهم المنظمات الدولية الحكومية المهمة بالتجارة الدولية نجد لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي (1) والمعهد الدولي لتوحيد القانون الخاص (2).

#### 1/ لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي

**La Commission Des Nations Unies Pour Le Droit Du Commerce International (CNUDCI).**

**United Nations Commission On International Trade Law (UNCITRAL).**

لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي منظمة حكومية<sup>2</sup> أنشأت في 17 سبتمبر 1966 بقرار من الجمعية العامة للأمم المتحدة، وقد ضمت اللجنة عند تكوينها تسع

<sup>1</sup> جمال عبد الناصر مانع، المرجع السابق، ص 269.

<sup>2</sup> المنظمات الدولية الحكومية: منظمات تنشؤها الدول عن طريق اتفاقيات دولية تبرمها فيما بينها، و أعضاء هذه المنظمات دول، و تتمتع بالشخصية القانونية الدولية، أي أنها تتلقى الحقوق و الالتزامات الدولية من القانون الدولي مباشرة، و تشارك في وضع قواعد القانون الدولي من خلال الاتفاقيات و الأعراف الدولية، و تخضع في سلوكها لقواعد القانون الدولي ولا تخضع للقوانين الداخلية للدول.

عدنان بن صالح و حسين صالح عمار بن، المرجع السابق، ص 34.

وعشرون دولة منها سبع دول إفريقية، خمس دول آسيوية، أربع دول من أوروبا الشرقية، خمس دول من أمريكا اللاتينية، ثماني دول من غرب أوروبا ودول أخرى منها الولايات المتحدة الأمريكية وعقدت هذه اللجنة أولى اجتماعاتها في ربيع 1968<sup>1</sup>.

وتهتم لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي بالتنسيق بين أنشطة المنظمات العامة لتوحيد قانون التجارة الدولية وتنمية التعاون فيما بينها، والعمل على زيادة إقبال الدول على الانضمام إلى الاتفاقيات الدولية القائمة والأخذ بالقوانين النموذجية الموحدة والبحث عن أفضل الوسائل لتحقيق وحدة تفسير وتطبيق الاتفاقيات الدولية والقوانين الموحدة المتعلقة بالتجارة الدولية، وجمع المعلومات عن التشريعات الوطنية ونشرها، واستظهار الاتجاهات القانونية والقضائية الحديثة في مجال قانون التجارة الدولي وتوثيق الروابط مع الأمم المتحدة وهيئاتها المختلفة التي لها شأن بالتجارة الدولية<sup>2</sup>.

### أ/ مهام لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي

هناك ثلاث مهام رئيسية للجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي والمتمثلة في تحقيق تجانس وتناسق وتوحيد القانون التجاري الدولي لأن المنظمات الدولية الأخرى مهامها محددة أو محصورة في تحقيق تجانس<sup>3</sup> وتوحيد القانون التجاري الدولي فقط بعيدا عن أي فكرة لتنسيقه، وتعمل اللجنة على تحقيق تجانس وتوحيد وتناسق القانون التجاري الدولي من خلال وضع قواعد متخصصة تخص تأمين المبادلات الاقتصادية العالمية وتسهيلها، ولتحقيق هذا الأمن تعمل اللجنة على وضع «كل ضمان وكل نظام قانوني للحماية من أجل ضمان وبدون أي مفاجأة التنفيذ الجيد للالتزامات، وتجنب أو على الأقل التقليل من الشك

<sup>1</sup> عبد الله نوار شعث، المرجع السابق، ص 6.

<sup>2</sup> أحمد السعيد الزقرد، المرجع السابق، ص 66.

<sup>3</sup> كان يقصد بتجانس القانون في السابق تأميم القانون اما اليوم فإننا نتحدث عن عولمة القانون .

FABIEN Gélina, « Codes, silence et harmonie réflexion sur les principes généraux et les usages du commerce dans le droit transnational des contrats », Les Cahiers de droit, vol 46, N4, Décembre 2005, P942.

في إنجاز القانون»<sup>1</sup> أي أن هذه اللجنة تعمل على جعل قانون التجارة الدولية مناسباً تماماً لكل المعاملات والعلاقات التجارية الدولية من خلال تحقيق توحيد خاصه وأنه متعدد المصادر ومتنوع القواعد والأحكام، مع ضرورة جعله متناسقاً ومتجانساً مع كل جوانب التجارة الدولية بمختلف معاملاتها ومع كل التطورات والتغيرات التي تعرفها بين فترة وأخرى.

## 2/ المعهد الدولي لتوحيد القانون الخاص (Unidroit)

تم إنشاء المعهد الدولي لتوحيد القانون الخاص والمعروف بمعهد روما أو معهد (Unidroit) سنة 1926 بمقتضى معاهدة جماعية عقدت في ظل عصبة الأمم ليقوم كمنظمة تابعة لها وفي نطاق أهدافها، ومقره مدينة روما حيث تعهدت دولة إيطاليا بالاتفاق عليه، وقد تولى رئاسته لأول مرة الفقيه الإيطالي Vittorioscioloja ولكن في سنة 1940 وبعد انسحاب إيطاليا من عصبة الأمم عدل نظامه الأساسي ليصبح مؤسسة مستقلة، وعدل أيضاً مرة أخرى سنة 1963 وهو الآن يقوم كمعهد دولي<sup>2</sup>.

## أ/ مهام المعهد الدولي لتوحيد القانون الخاص

ساهم المعهد الدولي لتوحيد القانون الخاص في العديد من المهام الخاصة بمشروعات القوانين والاتفاقيات الدولية ومنها:

- الإعداد التدريجي لمشروعات الاتفاقيات الدولية التي تهتم بتوحيد قواعد القانون الخاص سواء في مجال القواعد المادية أو في مجال قواعد تنازع القوانين، والتنسيق بين الهيئات والمنظمات الدولية المختلفة والمعنية بتوحيد القانون الخاص على المستوى الدولي وعقد لقاءات معها لتبادل الخبرات والآراء وتنسيق مناهج العمل فيما بينها<sup>3</sup>.

- يعمل المعهد على إعداد مشروعات قوانين موحدة ضمن مسائل القانون الخاص ومنها مسائل التجارة الدولية، ويقوم بإرسال هذه المشروعات إلى بعض الحكومات الأعضاء فيه

<sup>1</sup> VIEILLARD Guillaum, Op.cit., PP49-50.

<sup>2</sup> حبيب ثروت، المرجع السابق، ص ص 220-221.

<sup>3</sup> بن أحمد الحاج، المرجع السابق، ص 82.



لتتولى الدعوة إلى مؤتمر دبلوماسي لمناقشتها وإقرارها، وأحيانا ترسل إلى منظمات دولية أو إقليمية وعرضها على الدول لإقرارها في النهاية<sup>1</sup>.

- ومن أهم إنجازات المعهد الدولي لتوحيد القانون الخاص مبادئ العقود التجارية الدولية المعروفة بمبادئ UNIDROIT.

### ب/ مبادئ العقود التجارية الدولية (مبادئ UNIDROIT)

قامت اللجان التابعة للمعهد الدولي للقانون الخاص بمجموعة من الدراسات منذ عام 1971 بغرض وضع مبادئ موحدة للعقود التجارية الدولية، حيث نشر مجلس إدارة المعهد وثيقة قانونية تضمنت ما يعرف بالمبادئ المتعلقة بعقود التجارة الدولية<sup>2</sup> المعروفة بمبادئ UNIDROIT.

ومبادئ العقود التجارية الدولية تعتبر قواعد عامة خاصة بالعقود التجارية الدولية تطبق عندما يتفق الأطراف على إخضاع عقدهم لها، ويمكن تطبيقها عندما يتفق الأطراف على إخضاع عقدهم للمبادئ العامة للقانون أو لقانون التجار أو ما شابه ذلك، ويمكن تطبيقها عندما لا يختار الأطراف قانونا معيناً ليحكم عقدهم، كما يمكن استخدامها في تفسير أو تكميل وثائق أخرى للقانون الدولي الموحد، ويمكن استخدامها في تفسير القانون الوطني، ويمكن أن تفيد باعتبارها قانوناً نموذجياً للمشرعين الوطنيين والدوليين<sup>3</sup>.

ومبادئ UNIDROIT تهدف أساساً لوضع قواعد مشتركة بين معظم الأنظمة القانونية في العالم من خلال تبني الحلول التي تتناسب وطبيعة التجارة الدولية، وقد ساعد على ذلك استقلال واضعي هذه المبادئ عن حكومات الدول التي يأتون منها، وكنتيجة لذلك جاءت مبادئ UNIDROIT كوثيقة توحد قواعد عقود التجارة الدولية بطريقة غير تشريعية<sup>4</sup>، حيث

<sup>1</sup> حبيب ثروت، المرجع السابق، ص 221.

<sup>2</sup> بن أحمد الحاج، المرجع السابق، ص 85.

<sup>3</sup> امية علوان وآخرون، المرجع السابق، ص 1.

<sup>4</sup> امين داوس وآخرون، المرجع السابق، ص ص 26-27.

تعتبر هذه هي المرة الأولى التي يتم فيها توحيد القواعد السارية في نطاق التجارة الدولية بغير الأسلوب التقليدي المعروف والمتمثل في الاتفاقيات الدولية أو القوانين النموذجية<sup>1</sup>، ولم يشأ المعهد الدولي لتوحيد القانون الخاص أن يجعل مبادئ UNIDROIT في شكل اتفاقية تصادق عليها الحكومات وتلتزم بها، حيث أجاز فقط نشرها ليتم العمل بها كما أنه لم يشأ أن تكون هذه المبادئ مجرد قانون نموذجي تسيير على هداه الدول، وذلك اعترافاً منه بأن هذه الأساليب لا تحقق التوحيد المنشود للقواعد المعمول بها في التجارة الدولية، فقد أراد المعهد أن تطبق مبادئ UNIDROIT بطريقة تستند إلى قوة هذه المبادئ الإقناعية على اعتبار أنها صورة جديدة لقانون الشعوب أو قانون التجار<sup>2</sup>.

ومبادئ UNIDROIT يمكن أن تصنف مع القوانين غير الوطنية لأنها تشكل هيكلًا من القواعد المحايدة غير الملزمة التي يمكن أن يلجأ إليها أطراف العقد التجاري الدولي لتحرير عقدهم وخضوعها لها وكأنها قانون وطني<sup>3</sup> وقد تأثرت هذه المبادئ باتفاقية فيينا للبيع الدولي للبضائع 1980 حيث اتبعت الحلول التي أخذت بها الاتفاقية في كثير من المسائل مع إدخال بعض التعديلات الملائمة التي تعكس الطبيعة الخاصة لهذه المبادئ<sup>4</sup> التي تهدف إلى وضع مجموعة متوازنة من القواعد مخصصة للاستخدام في العالم كله مهما كانت التقاليد القانونية والظروف الاقتصادية والسياسة للدول التي ستطبق هذه المبادئ<sup>5</sup>.

وصدرت مبادئ UNIDROIT في ثلاث نسخ:

- النسخة الأولى صدرت سنة 1994.

- النسخة الثانية صدرت سنة 2004.

<sup>1</sup> بن أحمد الحاج، المرجع السابق، ص 85.

<sup>2</sup> امين داوس وآخرون، المرجع السابق، ص 21-23.

<sup>3</sup> KASSEDJIAN Catherine, Op.cit. P41.

<sup>4</sup> عبد الله نوار شعث، المرجع السابق، ص 180.

<sup>5</sup> SLIMANI Chahid, «Les solutions juridiques pratiques aux conflits de Commerce International»

المجلة الإلكترونية للأبحاث القانونية، العدد 1، 2018، ص 192.

- النسخة الثالثة صدرت سنة 2010

والإصدارات والنسخ المتعددة لمبادئ UNIDROIT لا تعتبر تطويراً لهذه المبادئ؛ وإنما تعتبر تكملة للنسخ الأولى وذلك من خلال التطرق لمواضيع جديدة وحديثة لم تتطرق لها النسخ الأولى.

### ج/ القيمة القانونية لمبادئ العقود التجارية الدولية (مبادئ UNIDROIT)

عدم صدور مبادئ UNIDROIT في شكل اتفاقية دولية أو في شكل قانون نموذجي يجعلنا نتساءل إن كانت هذه المبادئ تتمتع بأي قيمة قانونية؟

لقد صادقت لجنة القانون التجاري الدولي Uncitral في جلستها رقم 40 لسنة 2007 على النسخة الثانية من مبادئ UNIDROIT لعام 2004، وصادقت في جلستها رقم 45 لسنة 2010 على نسخة 2010 وأوصت باستخدامها في الحالات الواردة في ديباجتها، كما أن العديد من المنظمات الدولية تشير بها في عقودها النموذجية ومنها مركز التجارة الدولي التابع لمنظمة التجارة العالمية وغرفة التجارة الدولية<sup>1</sup> وهذا ما شجع المتعاملين بالتجارة الدولية على اختيارها لتنظيم عقودهم التجارية الدولية.

ومبادئ UNIDROIT ليست قانوناً بالمعنى الفني الدقيق فتطبيقها يتوقف إلى حد كبير على مدى اختيارها من قبل أطراف العقد، وعلى مدى تقبلها من المحاكم الوطنية وهيئات التحكيم الدولية، ففي قرارها رقم (C.07.289.N) الصادر بتاريخ 2009/06/19 أشارت محكمة التمييز في بلجيكا أن المبادئ العامة الناظمة لقانون التجارة الدولية توجد من بين أمور أخرى في مبادئ UNIDROIT للعقود التجارية الدولية، وفي قرارها رقم 100 الصادر بتاريخ 2009/10/30 قررت محكمة التحكيم الدولية التابعة لغرفة التجارة والصناعة في الاتحاد الروسي تطبيق مبادئ UNIDROIT على النزاع المائل أمامها، وذلك على اعتبار أنها وثيقة تبنتها منظمة شبه حكومية ذات سلطات معينة، وتعكس المواقف المشتركة لمعظم

<sup>1</sup> امين داوس وآخرون، المرجع السابق، ص 28.

الأنظمة القانونية في العالم فيما يتعلق بالعقود التجارية، وتم تطبيقها بشكل كبير في ممارسة التجارة الدولية وتم استخدامها من قبل المجتمع التجاري الدولي كمرجعية لتسوية النزاعات<sup>1</sup>.  
إذن فمبادئ العقود التجارية الدولية تتمتع بقيمة قانونية تجعلها قواعد قانونية يمكن التعاقد بها متى اتفق الاطراف عليها.

### د/ مكانة الأعراف التجارية في مبادئ العقود التجارية الدولية UNIDROIT

تطرفت المبادئ المتعلقة بالعقود التجارية الدولية UNIDROIT للأعراف التجارية من خلال المادة رقم 9-1 التي تنص « **1- يلتزم الأطراف بما يتفقون عليه من عادات؛ وكذلك أية ممارسات استقرت فيما بينهم.**

**2- يلتزم الأطراف بأي عادة في مجال التجارة الدولية، ما دامت شائعة ومتبعة في مجال المعاملات المعنية ما لم يكن من غير المعقول تطبيقها** »<sup>2</sup>.

نجد أن نص المادة مشابه جدا لنص المادة 09 من اتفاقية فينا 1980 الخاصة بالبيع الدولي للبضائع، وجاء نص المادة بمصطلح العادة بدل العرف، وربما يعود ذلك للترجمة الحرفية لمصطلح Usage، وتأكيدا مرة أخرى على اعتبار العادات والأعراف كمترادفين في التجارة الدولية.

وتبين المادة أعلاه أن الأعراف التجارية إذا اتفق عليها أطراف العقد التجاري الدولي، فإنهم مجبرون على ضرورة الالتزام بها سواء التي اتفقا عليها أو التي سبق وتعاملوا بها، وكذلك كل العادات والأعراف المنتشرة والمعروفة في مجال تجارتهم، وبهذا فقد منحت مبادئ UNIDROIT مكانة هامة للأعراف التجارية، فالأعراف التي يتفق الطرفان على سريانها على عقدهما تتقدم بالتطبيق على نصوص مبادئ UNIDROIT كونه يستند في إلزاميتها

<sup>1</sup> امين داوس وآخرون، المرجع السابق، ص 29.

<sup>2</sup> المادة 9-1 من مبادئ العقود التجارية الدولية UNIDROIT لسنة 2010، المصدر السابق.

على حرية الطرفين في التعاقد وفقا للمادتين 1-1<sup>1</sup> و 1-5<sup>2</sup> من مبادئ UNIDROIT، كما أن الطرفين يجوز لهما مخالفة الأحكام الواردة في نصوص مبادئ UNIDROIT والتي تعد نصوص أمرة صراحة أو ضمنا فذلك لا يجوز إعمال عرف يتناقض وهذه النصوص الآمرة<sup>3</sup> وعليه ومما تقدم نجد أن مبادئ UNIDROIT قد أقرت بالأعراف التجارية.

### ثانيا: المنظمات الدولية غير الحكومية المهتمة بالتجارة الدولية

المنظمات الدولية غير الحكومية عبارة عن مجموعات طوعية ينظمها أعضاء لا يمثلون حكومات معينة، وتكون إما على أساس محلي أو قطري أو دولي<sup>4</sup>. ومن أهم المنظمات الدولية غير الحكومية على الإطلاق التي اهتمت بالتجارة الدولية نجد غرفة التجارة الدولية (1) ثم محكمة التحكيم التابعة لغرفة التجارة الدولية باعتبارها جهاز مستقل (2).

#### 1/ غرفة التجارة الدولية

جاءت فكرة إنشاء غرفة التجارة الدولية في شهر يونيو من سنة 1914، وذلك عندما عقد مؤتمر في باريس بهدف خلق أفضل شروط التجارة الدولية، كما اجتمع في أتلانتا نيو جيرسي رجال أعمال أوروبيين وأمريكيين خلال الفترة بين 20 و 24 أكتوبر من سنة 1916 لإنشاء منظمة تعبر عن مصالحهم خاصة بعد انهيار الاقتصاد العالمي عقب الحرب العالمية الأولى، وتم تأسيس غرفة التجارة الدولية في شهر يونيو 1920 وأول رئيس لها هو Etienne Clément الذي كان يشغل منصب وزير التجارة الفرنسي<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> « يتمتع الأطراف بالحرية في إبرام العقد وفي تحديد مضمونه » المادة 1-1 من مبادئ UNIDROIT لسنة 2010، المصدر السابق.

<sup>2</sup> « يجوز للأطراف استبعاد تطبيق هذه المبادئ أو مخالفتها أو تعديل آثار أي حكم من أحكامها، ما لم يرد في المبادئ نص مخالف » المادة 1-5 من مبادئ UNIDROIT لسنة 2010، المصدر السابق.

<sup>3</sup> امين داوس وآخرون، المرجع السابق، ص 342

<sup>4</sup> مارك نصر الدين، تسوية المنازعات في إطار منظمة التجارة العالمية، المرجع السابق، ص 15.

<sup>5</sup> منيرة عبد الله الرشيد، المرجع السابق، ص 07.

وتعتبر غرفة التجارة الدولية مؤسسة عالمية تمثل ملايين المؤسسات والتجمعات الاقتصادية المهنية والإقطاعية لأكثر من 110 دولة، وهي ممثلة رسمياً بلجان وطنية لحوالي 60 دولة، وهذه اللجان الوطنية تعرض وجهات نظر غرفة التجارة الدولية لحكوماتها، وتنقل انشغالات المؤسسات الوطنية لغرفة التجارة الدولية<sup>1</sup>.

وغرفة التجارة الدولية منظمة مستقلة، تتخذ من باريس مقراً لها، وتأخذ الشخصية الاعتبارية للقانون الفرنسي، فهي منظمة غير حكومية معترف بها من قبل الأمم المتحدة، ولا يعتبر القانون الفرنسي وجود غرفة التجارة الدولية على الأراضي الفرنسية يكسبها صفة المؤسسات الفرنسية، لذلك اعتبرت محكمة استئناف باريس في أحكامها غرفة التجارة الدولية مؤسسة متجاوزة للوطنية، ويدل على استقلالية غرفة التجارة الدولية عن الأراضي والمؤسسات الفرنسية ما قضت به محكمة استئناف باريس خلال فصلها في تعيين محكم للفصل في نزاع بين إسرائيل وإيران، عند ما رفض الطرف الإسرائيلي تعيين محكما له، واللجوء إلى القاضي المساعد لتعيين محكم، فما كان من محكمة استئناف باريس إلا أن أكدت على استقلالية غرفة التجارة الدولية، وأنها كيان اعتباري عالمي، وأنها ليست منظمة فرنسية رغم أن مقرها في باريس<sup>2</sup>.

وتتشكل غرفة التجارة الدولية من 17 لجنة دائمة مشكلة من ممارسين ورجال أعمال ينتمون إلى كتل مهنية مختلفة، كالمالية، البنوك، التأمينات، الخدمات، اللوجستية، العدالة... الخ، وتقوم بنشر الكتيبات وأدلة تطبيقية تعتبر كتقنيات لقواعد السلوك للممارسين للتجارة الدولية<sup>3</sup>.

وتعتبر غرفة التجارة الدولية أداة فعالة للتعاون بين أعضاء الجماعة الاقتصادية الدولية، حيث تعمل على إيجاد حلول للمشكلات التي تنشأ في هذا المجال والتي تدخل

<sup>1</sup> KERDOUDI Jawad, Op.cit., P20.

<sup>2</sup> منيرة عبد الله الرشيد، المرجع السابق، ص 07.

<sup>3</sup> KERDOUDI Jawad, Op.cit., P20.

ضمن عمل الحكومات أي أنها تعبر عن مصالح المشروعات الخاصة على الصعيد الدولي، وهي تهتم أساسا بتسيير حركة المبادلات التجارية ومحاولة التغلب على كل العقبات الفنية التي تعرقل حركة تداول السلع والخدمات<sup>1</sup>.

وسطرت غرفة التجارة لنفسها مجموعة من الأهداف تتمثل أساسا في العمل على تنمية التعاون التجاري، مد الأوساط التجارية في مختلف الدول بالمعلومات الخاصة بالتجارة الدولية وذلك من خلال ما تصدره من بحوث ومنشورات، توحيد القواعد المطبقة في مجال معين من مجالات النشاط التجاري الدولي بعد استنباطها من الأعراف المستقرة مما ييسر على المتعاملين الدوليين تبنيتها في معاملاتهم<sup>2</sup>، ولتحقيق هذه الأهداف تمارس غرفة التجارة الدولية العديد من المهام أهمها العمل على توحيد الإجراءات من خلال إعداد قواعد موحدة عالمية خاصة بتقنيات وإجراءات التجارة الدولية، بهدف السماح لكل المتعاملين بالاقتصاد والمتباعيين جغرافيا تكلم نفس اللغة والتغلب على التناقضات التنظيمية والنزاعات السيادية، كما تلعب غرفة التجارة الدولية دورا استشاريا مع المنظمات الدولية مثل: OMC, FMI, UNCITRAL والبنك العالمي وتعتبر مصدر معلوماتي وتكوني حيث تنظم المؤتمرات والندوات حول العالم، ولها مكاتب متخصصة في لندن، جنيف وباريس كما أسست محكمة تحكيم في مقرها بباريس سنة 1923 التي تعتبر مركز تحكيم دولي خاص بتسوية المنازعات بين المتعاملين الاقتصاديين<sup>3</sup>، كما أعدت العديد من العقود النموذجية الخاصة بمجالات تجارية دولية مختلفة.

وتهتم غرفة التجارة الدولية كثيرا بالتحكيم التجاري الدولي حيث وبمناسبة دعوة المجلس الاقتصادي والاجتماعي للأمم المتحدة لتحديث القواعد المتعلقة بالتحكيم، اخذت غرفة التجارة الدولية المبادرة بأن تقدمت إلى الأمم المتحدة سنة 1953 بمسودة مشروع معاهدة لتنفيذ أحكام

<sup>1</sup> نقلا عن عيد عبد الحفيظ، المرجع السابق، ص 238.

<sup>2</sup> بن احمد الحاج، المرجع السابق، ص 73-74.

<sup>3</sup> KERDOUDI Jawad, Op.cit. PP 20- 21.

التحكيم الدولية؛ إنه المشروع الذي أعتبر بمثابة ثورة في التحكيم الدولي من ناحية إعطائه صفة الدولي أي غير المرتبط قدر المستطاع بالتشريعات الداخلية للدول بل المرتبط بسُلطان الإرادة وحده، وأحيلت مسودة غرفة التجارة الدولية إلى المجلس الاقتصادي والاجتماعي في الأمم المتحدة لبحثه، حيث تم تأليف لجنة عمل وضعت مشروعاً يحقق الحل الوسط بين معاهدة جنيف 1927 ومشروع غرفة التجارة الدولية<sup>1</sup>.

## 2/ محكمة التحكيم التابعة لغرفة التجارة الدولية

بسبب تزايد منازعات التجارة الدولية سطرت غرفة التجارة الدولية لنفسها هدفاً رئيسياً يتمثل في تأسيس محكمة للتحكيم التجاري الدولي، ليتحقق ذلك في السنة الرابعة من إنشاء غرفة التجارة الدولية.

وعرفت هذه المحكمة بمحكمة التحكيم التابعة لغرفة التجارة الدولية وهي عبارة عن جهاز إداري مستقل عن غرفة التجارة الدولية، وأعضاؤها مستقلون عن اللجان الوطنية لغرفة التجارة الوطنية وتتشكل من 124 عضواً من خبراء التحكيم من 86 دولة، يرأسهم رئيس محكمة منتخب من قبل المجلس العالمي للغرفة بناء على توصية من المجلس التنفيذي للغرفة ونواب رئيس يعينهم المجلس العالمي للغرفة من بين أعضاء المحكمة أو من غيرهم، ومن أعضاء مناوبون يتم تعيينهم من قبل المجلس العالمي للغرفة بناء على اقتراح اللجان الوطنية أو المجموعات وتعين كل لجنة أو مجموعة وطنية عضواً واحداً<sup>2</sup>.

وتعتبر هذه المحكمة مركز التحكيم الدولي الأكثر أهمية والأكثر فعالية ويعتبر نظام المصالحة والتحكيم في هذه المحكمة ثمرة خبرة استثنائية في مجال التحكيم الدولي والذي

<sup>1</sup> نادر محمد إبراهيم، المرجع السابق، ص 619-620.

<sup>2</sup> منيرة عبد الله عيد الرشدي، المرجع السابق، ص 9-10.



يعتمد على ليونة قواعده الإجرائية، وليست محكمة التحكيم هي من يفصل في النزاع ولكنها تعين المحكمين المسؤولين عن التحكيم وتقر موضوع حكم التحكيم<sup>1</sup>.

ومن خلال هذه المحكمة أنشأت غرفة التجارة الدولية نظاما موحدًا وقواعد محددة للتحكيم ترشد بها أطراف النزاع، كما وضعت العديد من قواعد وأحكام وشروط التحكيم التي يمكن لأطراف العقود الدولية وضعها عند صياغة عقودهم الدولية لتشكّل نظام التحكيم الذي يتبعونه عند رغبتهم في تسوية منازعاتهم عن طريق محكمة التحكيم التابعة لغرفة التجارة الدولية<sup>2</sup>.

ويجب عدم الخلط بين غرفة التجارة الدولية ومحكمة التحكيم التابعة لغرفة التجارة الدولية، وهذا ما جعل جانب من الفقه يرى بأن اتفاق أطراف خصومة التحكيم على اللجوء إلى غرفة التجارة الدولية بدلا من محكمة التحكيم التابعة لغرفة التجارة الدولية؛ يبطل اتفاق التحكيم، وهذا الرأي رفضته محكمة استئناف باريس ومن بعدها محكمة النقض الفرنسية التي قضت بأن إشارة اتفاق التحكيم على غرفة التجارة الدولية CCI كاف لتحديد مؤسسة التحكيم<sup>3</sup>.

ولعبت هذه المحكمة دورا كبيرا في تسوية مختلف منازعات التجارة الدولية، فقد أصبحت قطبا هاما يقصده أغلب المتعاملون بالتجارة الدولية وهذا ساعد كثيرا على إرساء العديد من الأعراف التجارية لتصبح أحكامها مصدرا مهما للأعراف التجارية.

### الفرع الثاني: الحاجة إلى مؤسسات متخصصة لتشريع الأعراف التجارية

أصبحت الأعراف التجارية أنسب وأفضل نظام يمكنه القيام بمهمة تنظيم التجارة الدولية، إلا أن احتفاظ الأعراف التجارية بطابعها التقليدي العرفي الذي ظهرت به وعدم

<sup>1</sup> FAUCHARD Philippe, Emmanuel Gaillard, Berthold Goldman, Traite de l'arbitrage commercial, Edition Litec, 1996, Op.cit., PP191-192.

<sup>2</sup> خالد محمد القاضي، موسوعة التحكيم التجاري الدولي في منازعات المشروعات الدولية المشتركة، دار الشروق، القاهرة، 2002، ص151.

<sup>3</sup> منيرة عبد الله عيد الرشدي، المرجع السابق، ص9.

كتابتها وتدوينها، أو بمعنى دقيق عدم تقنينها يبقى عائقا كبيرا أمام انفراد الأعراف التجارية بتنظيم التجارة الدولية.

الأعراف التجارية كثيرة ومختلفة ومنتشرة عبر العالم وفي كل ميادين التجارة الدولية، وإن كان القليل منها عرف بعض الاهتمام كمصطلحات التجارة الدولية وقواعد وأعراف الاعتماد المستندي، إلا أن الكثير من الأعراف التجارية الهامة لم تلقى بعد الاهتمام اللازم لتطويرها ومنحها الشكل المناسب لتساهم بشكل أكثر فاعلية في تنظيم التجارة الدولية وهذا من خلال محاولة تقنينها.

تعتبر عملية تقنين الأعراف التجارية مرحلة هامة لا بد من الإقبال عليها خاصة مع صعوبة عملية توحيد قانون التجارة الدولية بسبب تعدد واختلاف وتنوع مصادره وقواعده؛ وباعتبار الأعراف التجارية جوهر وأساس قانون التجارة الدولية والأنسب لتسيير مختلف المعاملات التجارية الدولية فإن تقنينها قد يعتبر أيسر وأسهل من عملية توحيد قانون التجارة الدولية التي تلقى صعوبات كثيرة، فمنذ سنوات لم يحقق بعد المجتمع الدولي التوحيد المنشود لقانون التجارة الدولية. هذا ما يستدعي ضرورة التطرق لمحاولات تقنين الأعراف التجارية (أولا) ثم الأجهزة المختصة بتقنين الأعراف التجارية(ثانيا).

#### أولا: محاولات تقنين الأعراف التجارية

ظهرت الأعراف منذ القدم واعتمد عليها الإنسان في تسيير مختلف شؤونه سواء الاجتماعية أو الأسرية أو الاقتصادية ومع التطور الذي عرفته البشرية تطورت الأعراف أكثر لتصبح بدورها أكثر فعالية لتسيير مختلف شؤون البشر.

ومع مرور الزمن تغيرت المجتمعات وتطورت وظهرت أعراف أخرى جديدة وهذا يبين أن الأعراف تتزايد وتتطور باستمرار وهذا بدوره أدى إلى ظهور الكثير من الأعراف الإيجابية وفي نفس الوقت ظهرت بعض الأعراف الدخيلة أو السلبية، لذا أصبح من الضروري إيجاد طريقة للمحافظة على الأعراف فظهر ما يعرف بتدوين الأعراف.

وأغلب الفقهاء يتفقون حول أهمية تدوين الأعراف فنجد مثلا الأستاذ Gilissen يرى ان دواعي وأهمية تدوين الأعراف ومنها الأعراف التجارية تتمثل فيما يلي<sup>1</sup>:

- الميل نحو تحقيق الأمان والأمن القانوني.
- محاربة الأعراف السلبية.
- علمانية القانون.

وقد عرفت أغلب المجتمعات القديمة التقنين فقد عرفته مصر الفرعونية في القرن الثامن قبل الميلاد من خلال تقنين بوخوريس وكذلك تقنين حمورابي في بابل في القرن السادس قبل الميلاد وقانون الألواح الاثني عشر في روما في القرن الخامس قبل الميلاد وكذلك مجموعة جيستيان للقانون الروماني في القرن السادس ميلادي<sup>2</sup>.

وتم إحياء فكرة تقنين الأعراف التجارية من جديد عن طريق محاولة تدوين الأعراف أو تحرير وكتابة الأعراف في القرن الثاني عشر في سياق النهضة الفكرية، التي عرفتها أوروبا حيث تم خلالها إعادة اكتشاف للقانون الروماني والقانون الكنيسي، حيث بدأت أولا المدن الإيطالية بكتابة وتحرير أعرافها وعاداتها في موثيق واعتبر ذلك بمثابة تحرير رسمي بأمر من سلطة البلدية والتي قامت بتقديمها للعدالة، ومن جانبها فرنسا وفي الجزء الشمالي منها قام بعض القضاة الملكيين فيها بتحرير الأعراف لاستخدامهم الشخصي فقط في شكل مجموعات أشهرها مجموعة Philippe Beaumanoir وهو قاضي ملكي ومجموعة أخرى سميت بأعراف وعادات Beauvais والتي كتبت سنة 1283، ولكن تميزت هذه المجموعات بأن لا قيمة رسمية لها تسمح بإثباتها<sup>3</sup>.

وبسبب غياب القيمة الرسمية للأعراف فقد أصبح إثباتها يشكل مشكلا أمام القضاء لذا ظهر ما يعرف بالأعراف الموثقة والأعراف الخاصة؛ وتتميز الأولى بأن الطرف الذي

<sup>1</sup> عبد الكريم الطالب، المرجع السابق، ص 62.

<sup>2</sup> عمرو طه بدوي محمد، المرجع السابق، ص ص 104-105.

<sup>3</sup>JALLAMION Larine, Op.cit., P 16.

استخدمها لا يلزم بإثباتها أمام القضاء لأنها تتمتع بنوع من السلطة جعلتها تبلغ درجة لم تعد فيها محل نزاع خاصة إذا كانت معروفة عند القضاء، وهذا يجعل المتعاملين بها غير ملزمين بإثباتها كما أن القاضي يمكنه استخدامها تلقائياً، أما الأعراف الخاصة فإن المتعاملين بها مطالبون بإثباتها. وقد جات مبادرة تنظيم الأعراف من قبل شارل الثاني عشر سنة 1454 وحملت اسم تنظيم (montlis-les-tours)، ليعاد تنظيمها مرة أخرى من قبل شارل الثالث عشر في مارس 1498، ليتم في النهاية خلال القرن السادس عشر تدوين الأعراف التجارية في الجزء الشمالي من فرنسا، ليستقر التعامل بمصطلح عرف للأعراف المكتوبة، ومصطلح عادة للأعراف التي يمكن أن تظهر خارج الأعراف المكتوبة أو المدونة. وقد استمدت هذه الأعراف المكتوبة سلطتها من القوة التشريعية للملك ليتم منع تدوين وكتابة الأعراف المتعارضة مع الأعراف المدونة في تنظيم (montlis-les-tours) في سنوات 1498 - 1505 - 1510 وهذا ما أدى إلى توقف تطور القاعدة العرفية<sup>1</sup>.

وفي القرن السابع عشر قام الوزير الفرنسي Colbert بتشجيع لويس الرابع عشر على إصدار أمرين ملكيين متعلقين بالتجارة هما: الأمر الملكي الصادر عام 1673 والخاص بالتجارة البرية وأشرف على وضعه SAVARY، والأمر الملكي الثاني الصادر عام 1681 والخاص بالتجارة البحرية والذي وضعه LAVAYER DE BOUTIGNY، ليصدر القانون التجاري الفرنسي عام 1807 ورغم كل التعديلات التي عرفها لا يزال معمولاً به إلى الآن وقد أخذت منه الدولة العثمانية قانونها التجاري وطبقته في الدول العربية<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> JALLAMION Larine, Op.cit., P 17 .

<sup>2</sup> منصور داود وساعد العقون، « مكانة العرف في القانون التجاري الجزائري»، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية، المجلد 04، العدد 02، السنة 2019، ص 502.

## ثانيا: الأجهزة المختصة بتقنين الأعراف التجارية

أمام تعدد وتنوع الأعراف التجارية وانتشارها في مختلف أنحاء العالم كيف يمكن تقنين الأعراف التجارية؟ ومن يمكنه تولي ذلك؟ وهل يمكن أن تساهم المنظمات الدولية في تقنين الأعراف التجارية؟ ومن أجل توضيح هذه المسائل لابد من التطرق للتقنين (1) ثم المنظمات الدولية المختصة بتقنين الأعراف التجارية (2).

## 1/ التقنين (LA CODIFICATION)

التقنين تجميع رسمي لمختلف النصوص التشريعية الخاصة بفرع من فروع القانون بشكل مرتب ومرقم في مجموعة قانونية واحدة يصطلح عليها بالتقنين أو المجموعة أو المدونة<sup>1</sup>، وهو أيضا تجميع لكل القواعد القانونية الصادرة والمتعلقة بفرع من فروع القانون في كتاب واحد، ويتم التجميع في مجموعة واحدة مرتبة ومبوبة على نحو يضمن التنسيق والملاءمة بين القواعد الداخلة في التقنين وتقوم به السلطة التشريعية المختصة، ويجب التفرقة بين التقنين والتشريع فهذا الأخير هو إخراج القاعدة القانونية في صورة مكتوبة بواسطة سلطة مختصة<sup>2</sup> أو وضع قواعد قانونية في نصوص تنظم العلاقات بين الأشخاص في المجتمع بواسطة السلطة المختصة وطبقا للإجراءات المقررة، فبواسطة التشريع توضح السلطة المختصة للمخاطبين بالقاعدة القانونية النص الذي تخضع له العلاقة وهذا باعتماد أسلوب الكتابة<sup>3</sup>، وذلك لتمكين الأفراد من معرفة سريان القاعدة القانونية ومجال تطبيقها ومضمونها ولتمكين القاضي من معرفة ألفاظ القاعدة ومقصد المشرع من خلالها، وبذلك تأتي القاعدة القانونية محددة وواضحة ودقيقة، ورغم هذه المزايا للتشريع إلا أنه يعاب عليه جموده الذي يجعله لا يتماشى وتطور المجتمع خلافا للقاعدة العرفية ويعاب عليه أيضا استعماله مصطلحات دون تحديد معناها كعبارة حسن النية، وسوء النية، والمصلحة العامة،

<sup>1</sup> بوشعيب اوعبي المرجع السابق، ص 101.

<sup>2</sup> محمد حسين منصور، المدخل إلى القانون، المرجع السابق، ص 110.

<sup>3</sup> عمار بوضياف، المرجع السابق، ص 157.

والنظام العام والخطأ الجسيم فهذه عبارات تحمل مفهوماً واسعاً، ومدلولاً في غاية من الشمولية والإطلاق<sup>1</sup>.

## 2/ دور المنظمات الدولية المتخصصة في تقنين الأعراف التجارية

كما تبين سابقاً المنظمات الدولية الحكومية وغير الحكومية المهتمة بالتجارة الدولية تلعب دوراً هاماً في إرساء الأعراف التجارية، لذا فإنها يمكن أن تساهم بشكل فعال في تقنين الأعراف التجارية، وتعتبر غرفة التجارة الدولية أهم منظمة أو جهاز باشر عملية تقنين الأعراف التجارية بشكل مختلف وذلك من خلال ما قامت به من جمع وتوحيد لمصطلحات التجارة الدولية وكذلك إصدارها للأعراف والقواعد الموحدة للاعتماد المستندي. ولكن من المعروف أن غرفة التجارة الدولية منظمة غير حكومية فهي مؤسسة خاصة تفتقر لأي سلطة تشريعية وبرغم ذلك فإنها أصدرت قواعد وأحكام تعتبر قواعد معيارية قانونية؛ حيث يرى M Stoufflet أن مؤسسات القانون الخاص لها بعض القوة المعيارية فيما يتعلق بأعضائها (الأعضاء المنخرطين فيها) ولكن ليس هذا ما تمارسه غرفة التجارة الدولية عندما تحدد قوانين بعض عمليات التجارة الدولية؛ فهي عند تحديدها لهذه القوانين لا توجهها لأعضائها ولكن لكل النشاط أو بالمعنى الواسع لكل المتعاملين بالتجارة الدولية وهذه القوانين خالية من أي إلزام<sup>2</sup> ورغم ذلك تلقى القبول عند أغلب الممارسين للتجارة الدولية، ولا تعتبر غرفة التجارة الدولية منظمة عادية تهتم بالتجارة الدولية فقط فقد أنجزت الكثير من الأعمال التي أثرت في تنظيم التجارة الدولية بشكل إيجابي رغم أنها مؤسسة غير تشريعية إلا أن قواعدها تتمتع بقيمة قانونية وتلقى قبولا كبيرا عند الممارسين للتجارة الدولية.

وهذا يبين أن رغم غياب الطابع التشريعي عن غرفة التجارة الدولية إلا أن أعمالها تتمتع بالإلزامية القواعد القانونية وكأنها صادرة عن سلطة تشريعية، ومن هنا يمكننا أن نتساءل عن مصدر القيمة القانونية لأعمال غرفة التجارة الدولية؟

<sup>1</sup> عمار بوضياف، المرجع السابق، ص ص 158-160.

<sup>2</sup> KASSIS Antoine, Op.cit., P 328.

إذن فغرفة التجارة الدولية يمكن أن تشكل الجهاز القادر على تقنين الأعراف التجارية بامتياز خاصة مع الخبرة التي اكتسبتها خلال تقنينها الأعراف التجارية التي سبق وأشرنا لها، بالإضافة للدور الهام الذي تلعبه محكمة تحكيم غرفة التجارة الدولية من خلال أعمال مختلف الأعراف التجارية عند تسوية منازعات التجارة الدولية، ولكن عملية التقنين التي تقوم بها غرفة التجارة الدولية تعتبر تقنينا غير رسمي وهذا ما جعل الأعراف التجارية تحافظ على مرونتها، ولكن مع كثرة الأعراف التجارية المنتشرة عبر العالم والمتعددة المجالات التجارية هل يمكن لغرفة التجارة الدولية تقنين أغلب الأعراف التجارية لوحدها؟.

هناك منظمات دولية أخرى يمكنها المساهمة في تقنين الأعراف التجارية كلجنة القانون التجاري الدولي والمعهد الدولي لتوحيد القانون الدولي الخاص واحسن مثال على ذلك ما قامت به المنظمتين؛ إذ تعتبر اتفاقية فيينا للبيع الدولي للبضائع لسنة 1980 عملا مشتركا بينهما وهي مثال يحتذى به ومحاولة جادة لتقنين الأعراف التجارية وكذلك اتفاقيتي لاهاي لسنة 1964 لتوحيد البيع، ورغم ذلك تبقى عملية تقنين الأعراف التجارية مهمة صعبة تحتاج تدخل وتعاون العديد من الجهات والمهتمين بالتجارة الدولية.

وقد بدأ موضوع تقنين الأعراف يلقى بعض الاهتمام من قبل جهات أخرى حيث قامت المحكمة التجارية في باريس سنة 1982 بتخصيص مكتب لتسجيل جميع الأعراف المهنية ليتمكن المحامون والقضاة والخبراء من الرجوع إليها في بعض النزاعات وإلى غاية سنة 1995 استقبل هذا المكتب أكثر من 250 وثيقة تخص الأعراف المهنية<sup>1</sup>. كما قامت مؤسسة تاريخ القانون، ومؤسسات الدول القديمة للقانون الخاصة بجامعة Montpellier في سنة 1979 بنشر فهرس خاص بالأعراف المنشورة في Midi:

<sup>1</sup> PIERRE Mousseron, « le Nouveau Dans La Preuve Des Usages : Des Parères. Aux Opinions de Coutume », Journal Des Sociétés, N 92, Novembre 2011, P 21.

(Catalogue Des Coutumes Publiées Dans Midi) وفي عام 2011 قام مركز قانون المؤسسات الخاص لنفس الجامعة Montpellier بوضع أو تأسيس مكتبة على الخط (une bibliothèque en ligne) خاصة بالأعراف التجارية عنوانها الإلكتروني: (Cde-montpellier.com)<sup>1</sup> بالإضافة لإنشاء بنوك معطيات ومراكز بحث متخصصة في إحصاء القواعد عبر الدولية CENTRAL transnational law database الذي وضع من قبل الأستاذ BERGER لتسهيل الاطلاع على القانون غير الوطني ونشره<sup>2</sup>.

إن تقنين الأعراف التجارية عملية صعبة تحتاج تكاثف جهود كل المتعاملين بالتجارة الدولية ولا يقتصر العمل على غرفة التجارة الدولية أو بعض المنظمات الدولية الأخرى؛ فالقضاء والتحكيم يمكنها المساهمة في ذلك بشكل جد فعال من خلال مختلف أحكام القضاء والتحكيم التي تم خلالها إعمال الأعراف التجارية والتي أثبتت نجاعتها في تسوية الكثير من مسائل التجارة الدولية، لذا يجب الحرص خاصة على نشر أحكام التحكيم التي اعتمدت على الأعراف التجارية، مع المحافظة على سرية معلومات اطراف النزاع. كما يجب استغلال تطور أجهزة الحاسوب والانترنت ومختلف التطبيقات والبرمجيات التي يمكن أن تسهل كثيرا عملية جمع الأعراف التجارية المنتشرة عبر العالم للتمكن من تقنين أهمها.

<sup>1</sup> PIERRE Mousseron, « le Nouveau Dans La Preuve Des Usages : Des Parères. Aux Opinions de Coutume », Op.cit., P 21.

<sup>2</sup> GANAGE Léna, Op.cit., P 1.



## الباب الثاني

فعالية استخدام الأعراف التجارية

في التجارة الدولية

تبين في الباب الأول أن الأعراف التجارية تعتبر المصدر الرسمي لقانون التجارة الدولية كما أنها تتمتع بالقيمة القانونية، وتلعب دورا هاما في تسيير وتوحيد طرق التعامل بأهم آليات التجارة الدولية، فهل يكفي هذا للاعتماد عليها لتنظيم التجارة الدولية؟

الواقع العملي للتجارة الدولية أثبت أنها تحتاج لأحكام وقواعد يمكن الاعتماد عليها في كل ما يتعلق بالتجارة الدولية بكل عقودها وبمختلف مجالاتها، وهذا يستلزم محاولة تبيان مدى فعالية هذه الأعراف التجارية في بلورة أحكام التجارة الدولية من حيث البحث في فعاليتها من الناحية النظرية وربما أحيانا من الناحية العملية. وبمعنى آخر فإنه لا يكفي اعتبار الأعراف التجارية ذات قيمة قانونية تنافس أو توازي باقي مصادر قانون التجارة الدولية في تنظيم متطلبات وحاجات التجارة الدولية فقط، ولكن يجب تبيان فعالية هذه الأعراف التجارية من الجانب النظري والعملي من خلال التوقف عند أهم المجالات المرتبطة بالتجارة الدولية التي استخدمت فيها الأعراف التجارية ولاقت رواجاً فيها بسبب ما قدمته من حلول وتسهيلات لممارسي التجارة الدولية.

وتعتبر العقود التجارية الدولية الوسيلة القانونية لممارسة التجارة الدولية والتي تتميز بصعوبة تنظيمها بسبب تعدد الأنظمة القانونية لأطرافها خاصة أمام ما تعرفه من تطور وتغير مستمر بسبب تعدد مجالاتها ومواضيعها، بالإضافة لصعوبة حل ما قد ينجر عنها من منازعات ، هذا ما يدفعنا للتساؤل إن كانت الأعراف التجارية مناسبة لمثل هذه العقود؟

ومن أجل معرفة ذلك لابد من إبراز مساهمة الأعراف التجارية في بلورة الأحكام المرتبطة بالتجارة الدولية (الفصل الأول) مع التطرق لفعاليتها أيضا في وضع الأحكام التي لها علاقة بتسوية منازعات التجارة الدولية (الفصل الثاني).

## الفصل الأول

فعالية الأعراف التجارية في بلورة  
الأحكام المرتبطة بالتجارة الدولية

لا تقتصر العلاقة بين التجارة الدولية والأعراف التجارية في اعتبار هذه الأخيرة مصدرا رسميا لقانون التجارة الدولية مع مساهمتها الفعالة في تسيير وتيسير وتطوير التجارة الدولية بأهم آلياتها فقط فالعلاقة تمتد أيضا إلى عقود التجارة الدولية.

إن العقود التجارية الدولية تتميز بالقيم المالية المعتبرة التي تمثلها لذا فإنها تحتاج للكثير من الدقة والتنظيم المحكم، وأمام ما يعترض هذه العقود من صعوبات عند تنظيمها بسبب تعدد الأنظمة القانونية لأطرافها من جهة، وبسبب خصوصية مراحل إبرامها من جهة أخرى كمرحلة المفاوضات التي تستغرق وقتا طويلا والتي قد تنتهي بإبرام العقد أو عدم إبرامه، بالإضافة لما يتمتع به أطراف هذه العقد من حرية في اختيار القانون المنظم لعقدتهم؛ كل هذا يجعلنا نتساءل عن العلاقة الكامنة بين عقود التجارة الدولية والأعراف التجارية؟ وما لدور الذي يمكن أن تلعبه الأعراف التجارية في إبرام العقد التجاري الدولي؟

ومع وجود اتفاقيات دولية حاولت تنظيم هذه العقود خاصة العقد التجاري الدولي للبضائع فإنه يمكن أيضا التساؤل عن مدى إقرار هذه الاتفاقيات الدولية المنظمة لعقد البيع الدولي للبضائع بالأعراف التجارية؟

ومن أجل معرفة ذلك يجب في البداية توضيح تأثير الأعراف التجارية على تنظيم عقود التجارة الدولية (المبحث الأول) وأمام تنوع وتعدد عقود التجارة الدولية وما عرفته من تطور أدى إلى ظهور عقود حديثة وتأكيدا على علاقة الأعراف التجارية بهذه العقود؛ سنتطرق في البداية لأهم هذه العقود التجارية الدولية على الإطلاق وهو عقد البيع الدولي للبضائع الذي يعتبر أصل العقود التجارية الدولية، ثم ننتقل لعقد الفرشاييز الدولي باعتباره يمثل صورة حديثة للعقد التجاري الدولي وذلك من خلال كشف دور الأعراف التجارية في تنظيم عقد البيع الدولي للبضائع وعقد الفرشاييز الدولي (نموذجا) (المبحث الثاني).

**المبحث الأول: تأثير الأعراف التجارية على تنظيم عقود التجارة الدولية**

رغم تعدد الأنظمة القانونية المنظمة لعقود التجارة الدولية سواء بواسطة مختلف الاتفاقيات والمعاهدات الدولية أو من خلال بعض التشريعات الوطنية واللائحة التي قد يختارها أطراف العقد التجاري الدولي بحكم خضوع هذه العقود لقانون الإرادة. إلا أن محاولة تنظيم العقود التجارية الدولية بواسطة الاتفاقيات الدولية لم يحقق التنظيم الشامل والمتكامل لكل جوانب هذه العقود فكثير من المسائل لم تتعرض لها هذه الاتفاقيات، كما أن محاولة تنظيم هذه العقود ببعض التشريعات الوطنية المخصصة لمثل هذه العقود أعادنا من جديد إلى منهج التنازع الذي لا يخدم التجارة الدولية ولا يلائمها. هذا ما يدفعنا إلى محاولة معرفة إن كان تنظيم العقود التجارية الدولية بواسطة الأعراف التجارية يساهم في استقرارها ويضمن حقوق أطرافها ويحقق تنظيمها بشكل يستجيب لكل متطلبات التجارة الدولية.

ولمعرفة كيف يمكن للأعراف التجارية أن تنظم هذه العقود؟ لا بد أن نذكر بداية وبشكل بسيط بعقود التجارة الدولية (المطلب الأول) ثم نتطرق لمسألة تدخل الأعراف التجارية في إبرام عقود التجارة الدولية (المطلب الثاني).

**المطلب الأول: في ضبط تعريف عقود التجارة الدولية**

تمثل عقود التجارة الدولية الآلية القانونية التي تضمن تبادل السلع والخدمات عبر الحدود، والأهمية الكبيرة التي بلغتها التجارة الدولية مست كذلك عقودها بسبب الدور الاقتصادي الكبير الذي أصبحت تلعبه هذه العقود بسبب تعاملها بقيم مالية ضخمة، بالإضافة إلى تنوع مواضيعها ومجالاتها.

وقد تطورت هذه العقود بشكل ملحوظ سواء مضمونا أو شكلا بسبب ظهور أنشطة تجارية دولية جديدة من حين إلى آخر حيث أصبحت مواضيعها لا تمثل السلع والبضائع المعتادة بل امتدت إلى مواضيع جديدة غير ملموسة جد هامة كتنقل التكنولوجيا والمعرفة

الفنية؛ هذا ما يدفعنا إلى ضرورة توضيح المقصود بهذه العقود (الفرع الأول) وما يميز هذه العقود عن باقي العقود الأخرى (الفرع الثاني).

### الفرع الأول: مفهوم عقود التجارة الدولية

تعرف عقود التجارة الدولية كذلك بالعقود التجارية الدولية وعلى هذا الأساس سنحدد المقصود بها (أولاً) وإمام خصوصية هذه العقود باعتبار انها تتم عبر الحدود سنتطرق للمعايير المعتمدة حتى تتصف بالطابع الدولي (ثانياً).

### أولاً: المقصود بالعقود التجارية الدولية

تتكون تسمية العقود التجارية الدولية من عبارة مركبة من ثلاث مصطلحات معروفة هي: العقد (1) التجارية (2) والدولية (3).

1/ **العقد:** هو توافق إرادتين أو أكثر على إنشاء التزام أو على نقله أو تعديله أو إنهائه<sup>1</sup>، وبمعنى آخر يعتبر العقد اتفاق يلتزم بموجبه شخص أو عدة أشخاص نحو أشخاص آخرين بمنح أو فعل شيء ما<sup>2</sup>.

2/ **التجارية:** وهي صفة لطبيعة الأعمال التي تنظمها هذه العقود؛ وهي الأعمال التجارية دون سواها، وعملية تحديد هذه الصفة تعتبر من الاعمال الصعبة لعدم توفر أي معايير خاصة بذلك يمكن اتباعها.

وبسبب هذه الصعوبات في تحديد صفة التجارية فضل مجمع القانون الدولي استخدام اصطلاح عقود العلاقات الاقتصادية وذلك في اجتماعه في مدينة بال BALE في سويسرا عام 1992، بعد أن كشفت مناقشات أعضائه عن اعتراض البعض على اصطلاح عقود

<sup>1</sup> عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان بدون سنة نشر، ص 137.

<sup>2</sup> المادة 54 من القانون المدني الصادر بموجب الأمر رقم 75-59، المصدر السابق.

التجارة الدولية، رغم ذبوع استخدامه تجنباً للخلاف بين التشريعات المختلفة حول معيار الصفة التجارية للعلاقة العقدية<sup>1</sup>.

وبسبب هذه الصعوبة في تحديد الصفة التجارية للعقود فقد انصب الاهتمام على الصفة الثانية لهذه العقود لتمييزها عن باقي العقود وهي صفة الدولية.

**3/ دولية العقد:** وهي صفة تحدد طبيعة الأعمال التجارية التي تنظمها عقود التجارة الدولية من حيث المكان أو الحيز المكاني الذي تتم فيه والذي يتعدى حدود الدولة أو الأعمال التجارية التي تتوفر على عنصر أجنبي ينتمي للعلاقة التعاقدية ويثبت دوليتها.

ومع تعدد العناصر المرتبطة بهذه العقود واختلاف تأثيرها في دولية هذه العقود؛ أضحى فكرة دولية عقد ما من الأمور الهامة والصعبة والتي تحتاج لمعايير معينة تساعد في تحديد هذه الدولية بشكل قاطع لا يدع مجالاً للشك هذا ما جعل الفقه ينقسم إلى ثلاث اتجاهات لكل اتجاه معيار معين يعتمد عليه في تحديد دولية العقد:

\* الاتجاه الأول تبني ما يعرف بالمعيار القانوني.

\* الاتجاه الثاني أخذ بالمعيار الاقتصادي.

\* الاتجاه الثالث جمع بين المعيارين.

هذا التحليل المبسط لعبارة العقود التجارية الدولية يوحي بصعوبة تعريف هذه العقود فقد أكد الأستاذ Pommer على صعوبة وضع تعريف للعقد الدولي بقوله: «إنه من شبه المستحيل تحديد المقصود بالعقد الدولي» وشدد الأستاذ jaquet على أنه: «من المثالي التشبث بتعريف جامد يشير إلى عناصر محددة في العقد الدولي» كما أكد الأستاذ lactre على أن «محاولة وضع تعريف محدد للعقد الدولي سيفتح الباب للعديد من المناقشات»<sup>2</sup>. ورغم هذا فقد حاول البعض تعريف العقد التجاري الدولي أو العقود الدولية بصفة عامة على النحو التالي:

<sup>1</sup> مشار إليه في الهامش رقم 2، هشام علي صادق، المرجع السابق، ص 13.

<sup>2</sup> نقلاً عن محمد نديم الخضر، المرجع السابق، ص 37-38.

أ/ يعرف العميد BATIFFOL العقد الدولي بأنه: يعتبر دولياً إذا كانت الأعمال المتعلقة بانعقاده أو تنفيذه أو حالة الأطراف فيه سواء من جهة جنسياتهم أو محل إقامتهم، أو من ناحية تركيز موضوعه تتصل بصلات أو روابط مع أكثر من نظام قانوني لدولة ما<sup>1</sup>.

ب/ وعرف البعض العقد الدولي بأنه يتعلق بشأن من الشؤون الخاصة كتبادل السلع والمنتجات والخدمات ويكون أطرافه من الأشخاص العاديين (طبيعي أو معنوي)، أو مع الهيئات الأجنبية أو الدول بوصفها من أشخاص القانون العام الداخلي، ويكون داخلياً إذا لم يتضمن عنصراً أجنبياً يؤثر في خضوعه للقانون أو القضاء الوطني ويكتسب الطابع الدولي في حالة وجود مثل هذا العنصر<sup>2</sup>.

ج/ ويرى البعض أن العقد الدولي هو العقد الذي تتصل عناصره القانونية بأكثر من نظام قانوني واحد سواء تطرقت الصفة الأجنبية إلى أطراف العقد، أو محل إنشائه، أو محل تنفيذه، فالعقد الدولي هو العقد الذي يختلف عن العقد الداخلي من حيث هوية عناصره؛ فبينما يكون العقد الداخلي هو العقد الذي ينشأ في الدولة وتتسم كامل أركانه بالصفة الداخلية الوطنية وينفذ أيضاً في الدولة، فالعقد الدولي هو العقد الذي تحتاج أحد عناصره على الأقل الصفة الأجنبية أو الطابع الدولي بحيث تجعل منه عقداً دولياً<sup>3</sup>.

د/ والعقد الدولي عقد يتم بين طرفين من دولتين مختلفتين على بضاعة يتم تمريرها خارج حدود دولة البائع إلى دولة المشتري مقابل ثمن يتم تسديده<sup>4</sup>.

هـ/ ويعرفه الاجتهاد القضائي الفرنسي بالعقد الذي يحتوي مباشرة على عنصر ارتباط بالخارج، وميزه الاجتهاد القضائي بحركة مد وجزر في قيم وخدمات أو في رؤوس أموال بين الحدود<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> محمد نديم الخضر، المرجع السابق، ص ص 38-39.

<sup>2</sup> محمد حسين منصور، العقود الدولية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2009، ص 10.

<sup>3</sup> ريتا سايد سيدة، العقود التجارية الدولية والعمليات المصرفية، المؤسسة الحديثة للكتاب، طرابلس، لبنان، 2014، ص 18.

<sup>4</sup> أحمد برادة غزيول، المرجع السابق، ص 54.

<sup>5</sup> Citée par YASSAD Houria, Op.cit., P41.



مما تقدم نجد أن العقد التجاري الدولي هو العقد الذي ينظم انتقال السلع والخدمات خارج الحدود أو ينظم تبادلها بين الدول ولا يخضع للقانون الوطني بحكم ارتباط عناصره بأكثر من نظام قانوني، وقد أجمعت أغلب الآراء أن ما يميز العقود التجارية الدولية عن باقي العقود هو دوليتها لذا سنحاول التطرق للمعايير المتبعة في تحديد دولية العقد.

### ثانيا: معايير تحديد دولية عقود التجارة الدولية

هناك عدة معايير لتحديد دولية العقد تتمثل في المعيار القانوني (1) المعيار الاقتصادي (2) ومعيار الجمع بين المعيار القانوني والاقتصادي (3).

#### 1/ المعيار القانوني لتحديد دولية العقد

بالعودة إلى تعريف الفقيه BATIFFOL للعقد الدولي نجده ربط دولية العقد باتصال عملية انعقاده أو تنفيذه أو جنسية أطرافه أو محل إقامتهم أو تركيز موضوعه بأكثر من نظام قانوني، وهذه العناصر تمثل ما يعرف بالعنصر الأجنبي في العقد<sup>1</sup>، وقد تكون هذه العناصر عناصر شخصية تخص طرفي العقد كالجنسية أو محل الإقامة، وقد تكون موضوعية متعلقة بموضوع العقد كمحل إبرامه أو محل تنفيذه<sup>2</sup>.

وقد رافق المعيار القانوني ظهور اتجاهان<sup>3</sup>:

➤ **الاتجاه الأول:** يقر بالتسوية بين العناصر القانونية للرابطة العقدية؛ حيث يترتب عن وجود أحد هذه العناصر توفر العنصر الأجنبي في العقد وبالتالي يكتسب صفة الدولية.

➤ **الاتجاه الثاني:** ويأخذ به الفقه الحديث بحيث لا يتعامل مع هذه العناصر على قدم المساواة ويفرق بين العناصر الفعالة والعناصر غير الفعالة في العقد، والعناصر الفعالة هي التي تجعل العقد دوليا فمثلا ضابط الجنسية لا يعتبر دائما فعالا لإضفاء الصفة الدولية، أما

<sup>1</sup> للاطلاع أكثر وبالتفصيل على هذه العناصر أنظر هشام خالد، ماهية العقد الدولي، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2007، ص ص 57 - 65.

<sup>2</sup> شريف هنية، القانون الواجب التطبيق على العقد التجاري الدولي، مذكرة ماجستير . فرع العقود والمسؤولية، كلية الحقوق والعلوم الإدارية، جامعة الجزائر، بدون تاريخ مناقشة، ص 13.

<sup>3</sup> المرجع نفسه، ص ص 14-15.

محل الإقامة أو اختلاف محل تنفيذ العقد يعدان من ضمن العناصر الفعالة في العقد التجاري الدولي حتى لو كان المتعاقدين من نفس الجنسية لأن عنصر التنفيذ يؤدي إلى انتقال الأموال عبر الحدود.

## 2/ المعيار الاقتصادي لتحديد دولية العقد

يختلف هذا المعيار عن المعيار القانوني في عدم اعتماده على عناصر العقد في تحديد الصفة الدولية. وحسب المعيار الاقتصادي فقد أصبح الفقه تدريجياً يعتبر أن العقد دولي إذا انطوى على مصالح التجارة الدولية؛ أي أنه كلما كان من شأن العقد أن يؤثر أو يمس بمصالح التجارة الدولية فإننا نكون بصدد عقد دولي، ويستمد هذا المعيار أساسه القانوني حسب بعض الفقهاء من المبادئ التي يقوم عليها وهي<sup>1</sup>:

- تخطيه الحدود الجغرافية.
- مساهمته بمصالح التجارة الدولية.
- تجاوز النطاق الاقتصادي الداخلي.

وتتجسد هذه المبادئ في أن المعيار الاقتصادي يربط دولية العقد بوجود مد وجزر وتبادل للقيم القانونية؛ أي أنه يعطي للعقد محتوى اقتصادي واقعي فهو تصرف قانوني إرادي تترتب عنه آثار اقتصادية في المجال الدولي<sup>2</sup>.

وتعود فكرة المد والجزر إلى الأستاذ MATTER ومؤدى هذه الفكرة أن دولية العقد لا تتحدد على أساس العناصر التقليدية كجنسية المتعاقدين أو مكان الإبرام، وإنما على أساس ما يرتبه العقد من مد وجزر عبر الحدود، وقد ظهرت هذه الفكرة بمناسبة قضية شهيرة طرحت على محكمة النقض الفرنسية في 17 ماي 1968، حيث كان موضوع القضية شرط الثبات النقدي حيث اقترح المحامي العام نقض الحكم لأن العقد لم يرتب مدا وجزرا عبر الحدود، وكانت محكمة النقض الفرنسية حددت المقصود بالمد والجزر وهو أن يتبع عن

<sup>1</sup> عدنان بن صالح، حسين صالح عمارين، المرجع السابق، ص 58.

<sup>2</sup> شريف هنية، المرجع السابق، ص 16.

العقد حركة مزدوجة للبضائع أو القيم من فرنسا إلى دولة أجنبية وبالعكس<sup>1</sup>. وواجه هذا المعيار الكثير من النقد ما أدى بالقضاء الفرنسي إلى اعتماد معيار آخر يتمثل في تجاوز العقد للإطار الاقتصادي الداخلي، حيث استعمل في قضية الرهون المصرفية التي وقعت بين البنك الفرنسي والأرجنتيني حيث ركز القضاء على العناصر المختلفة التي في مجملها تطبع رؤوس الأموال والتي تتضمن معيار تجاوز الاقتصاد الوطني. وظهر معيار آخر يتمثل في اشتراك المصالح الاقتصادية الدولية عندما تكون محلاً للنزاع<sup>2</sup>.

### 3/ الجمع بين المعيار القانوني والمعيار الاقتصادي لتحديد دولية العقد

أمام صعوبة تحديد صفة الدولية للعقد ومع شعور البعض بعدم كفاية أحد المعيارين القانوني أو الاقتصادي في تحديدها ذهب البعض إلى إقرار الجمع بين المعيارين، فقد أقر القضاء الفرنسي الحديث بالتكامل بين المعيار الاقتصادي والمعيار القانوني لاكتساب العقد صفة الدولية، ويبررون ذلك بأن كل عقد يكون دولياً إذا اتصل بأكثر من نظام قانوني مع تحقيقه لمصالح التجارة الدولية، فإذا اتصل عقد بمصالح التجارة الدولية فإنه بالضرورة يتصل بأكثر من نظام قانوني<sup>3</sup> وبالتالي يكتسب صفة الدولية.

### المطلب الثاني: تدخل الأعراف التجارية في مراحل إبرام عقود التجارة الدولية

بلغت عقود التجارة الدولية مكانة هامة لأنها أفضل وسيلة لتبادل السلع والخدمات بين الدول ومع كثرة وتنوع المبادلات التجارية الدولية تنوعت بدورها عقود التجارة الدولية لتخرج من إطار العقود التقليدية المألوفة، فبالإضافة لعقود البيع الدولي المعروفة التي تعتمد على البيع والشراء ظهرت عقود جديدة كعقود نقل التكنولوجيا وعقود المفتاح في اليد وعقود التعاون الصناعي... إلخ هذه العقود أصبحت تعالج مواضيع دقيقة جد معقدة ومركبة غير

<sup>1</sup> محمد نديم الخضر، المرجع السابق، ص ص 42 - 43.

<sup>2</sup> معاشو عمار، الضمانات في العقود الاقتصادية الدولية في التجربة الجزائرية (في عقود المفتاح والإنتاج في اليد)، اطروحة لنيل درجة الدكتوراه في القانون الدولي والعلاقات الدولية، معهد العلوم القانونية والإدارية، جامعة الجزائر، بن عكنون، 1999، ص 45.

<sup>3</sup> شريف هنية، المرجع السابق، ص 21.

مادية وتمثل قيم مالية ضخمة يصعب تصنيفها ضمن المواضيع المعروفة في العقود التقليدية مع صعوبة تنظيمها بسبب عدم استقرارها وتطورها المستمر.

واختلاف الأنظمة القانونية للمتعاقدين بهذه العقود جعل عملية إبرامها تختلف عن الإطار المألوف للتعاقد الذي تعود عليه الممارسون للتجارة.

وعملية إبرام عقود التجارة الدولية بصفة عامة تمر بمراحل مختلفة قبل إبرامها بشكل نهائي فهي تبدأ بمرحلة المفاوضات التي تستغرق مدة طويلة، ثم تمر بمرحلة دقيقة تتمثل في صياغة العقد لتنتهي بإبرامه ثم تنفيذه.

وللوقوف على علاقة الأعراف التجارية بعقود التجارة الدولية فإننا نتساءل إن كانت مراحل إبرام عقود التجارة تخضع للأعراف التجارية؟ خاصة مرحلة المفاوضات وهذا بسبب أهمية هذه المرحلة لأنها تعتبر مرحلة هامة وحاسمة من حياة العقد فهي التي تحدد مصير العقد فقد تنتهي المفاوضات بإبرام العقد التجاري الدولي وفي كثير من الأحيان قد تنتهي دون إبرامه، وعليه لا بد من التطرق في البداية لتدخل الأعراف التجارية في مرحلة المفاوضات للعقد التجاري الدولي (الفرع الأول) ثم مساهمة الأعراف التجارية في الإبرام النهائي للعقد التجاري الدولي (الفرع الثاني).

### الفرع الأول: تدخل الأعراف التجارية في مرحلة المفاوضات العقدية

تعتبر مرحلة المفاوضات حول العقد التجاري الدولي أولى مراحل إبرامه وتشكل الأعراف التجارية عنصرا هاما في هذه المرحلة الهامة التي تسبق الإبرام النهائي للعقد التجاري الدولي، هذا ما يتطلب ضرورة توضيح دور الأعراف التجارية في هذه المرحلة من خلال إبراز المقصود بالمفاوضات في عقود التجارة الدولية (أولا) ثم تقدير تدخل الأعراف التجارية في مفاوضات عقود التجارة الدولية (ثانيا) وفي الأخير توضيح آثار خضوع مرحلة المفاوضات للأعراف التجارية (ثالثا).

## أولاً: تحديد المقصود بالمفاوضات في عقود التجارة الدولية

إن القيم المالية الضخمة والتقنيات العلمية السرية التي أصبحت تمثلها عقود التجارة الدولية والأرباح الهائلة التي تحققها تحتم على المتعاقدين بها التحضير لها بشكل جيد؛ من خلال المرور بمفاوضات تجمع طرفي العقد لتقريب وجهات نظرهم حول العقد الذي يهدفون إلى إبرامه.

ورغم أهمية مرحلة المفاوضات والتي تمثل مرحلة جد هامة من حياة العقد لأنها تحدد الشكل النهائي للعقد إلا أنها لم تحظى بالتنظيم، وبسبب أهمية هذه المرحلة قامت غرفة التجارة الدولية بإصدار دليل بعنوان صياغة ومناقشة العقود التجارية

## Drafting And Negotiating International Commercial Contracts

وذلك من أجل تزويد رجال الأعمال والقضاة المتخصصين وخبراء القانون بالأدوات العملية لتسهيل عملية صياغة هذه العقود، والتي غالباً ما يساء فهمها وهو من تأليف الأستاذ FABIO BORTOLOTTI وهو الخبير العالمي في القانون التجاري الدولي والأستاذ في جامعة تورين، ورئيس لجنة ممارسة القانون التجاري التابعة لغرفة التجارة الدولية<sup>1</sup>.

والتفاوض بشكل عام يعرف على أنه نوع من الحوار أو تبادل الاقتراحات والمساومات والمكاتبات والتقارير والدراسات الفنية، بما في ذلك الاستشارات القانونية التي يتبادلها أطراف التفاوض ويخرج من مجال المفاوضات بالمعنى المتقدم سائر الأعمال التي يقوم بها أحد الطرفين على حدة دون أن تتصل بعلم الطرف الآخر أو تجري مناقشاتها معه وعن طريق مناقشة الاقتراح المقدم والاقتراح المقابل، وبالتالي تقدم في المفاوضات يمكن التوصل إلى إبرام الصياغة النهائية للعقد<sup>2</sup>.

كما تعرف غرفة التجارة الدولية المفاوضات بشكل عام بأنها عملية يتم من خلالها التفاوض والمناقشة بين الأطراف وتنطوي على تبادل للأفكار ووجهات النظر بغية الوصول

<sup>1</sup> محمد محمود نصر، الوسيط في عقود التجارة الدولية، المرجع السابق، ص 167.

<sup>2</sup> نقلاً عن عزيز الغرس، تسيير المفاوضات في عقود التجارة الدولية، مطابع الرباط نت، الرباط، 2016، ص 23.

إلى اتفاق حول مصلحة معينة أو بهدف العثور على حل لمشكلة اقتصادية أو قانونية أو تجارية أو سياسية<sup>1</sup>.

من التعاريف السابقة يتضح أن التفاوض بشكل عام يعتبر حوار بين طرفين حول مسألة معينة من أجل التوصل لاتفاق بشأنها، والتفاوض يتم في جميع المجالات السياسية، الاجتماعية... إلخ، فهل يختلف التفاوض في عقود التجارة الدولية؟  
تتمثل المفاوضات في عقود التجارة الدولية في تبادل وجهات النظر في مسألة تجارية بين طرفين أو أكثر بقصد الوصول إلى اتفاق مشترك يخدم مصلحة الأطراف وينتج عنه انتقال رؤوس الأموال والبضائع والخدمات من دولة إلى أخرى<sup>2</sup>.

ويعتبر التفاوض لإبرام العقد خصيصة لا جدال فيها وهي كفكرة تعتبر الركيزة الأساسية لمفهوم أو تصور القانون الذي يحكم العقد وقد عبر عن ذلك الاستاذ HENRY DE VRIES بقوله « إن فكرة التفاوض أو مبدأ التفاوض هي الفكرة الأساسية للمفهوم ذي التصور الإنجليزي لأي عقد غير موجود »<sup>3</sup> إذن فالتفاوض في عقود التجارة الدولية يمثل المرحلة التي يحاول فيها أطراف العقد التجاري الدولي تبادل كل الآراء الخاصة بعقدهم المستقبلي، وكل ما يتعلق به للوصول إلى اتفاق نهائي حول العقد يكون مرضي لكل الأطراف. وتجدر الإشارة أن التفاوض التجاري الدولي لا يكمل دائما بتحقيق هدفه؛ فقد تنتهي المفاوضات بإبرام العقد النهائي وفي كثير من الأحيان قد تنقطع المفاوضات أو تنتهي دون التوصل لإبرام العقد.

وبما أن المفاوضات هي التي تحدد مصير العقد فإنها تتم بطريقة منظمة ومدروسة وغير عشوائية تخضع لمبادئ وأسس معينة خاصة وتستغرق وقتا طويلا وتحتاج لكثير من

<sup>1</sup> نقلا عن عادل أبراغ، «خصوصية المفاوضات في عقود التجارة الدولية»، مجلة القانون والاعمال، 23 يوليو 2018، بدون ترقيم، ص1.

<sup>2</sup> يسري عبد الله عوض، المرجع السابق، ص107.

<sup>3</sup> « *The idea of bargain, fundamental to the English conception of contract is absent* »

معاشو عمار، المرجع السابق، ص109.

الجهد، والنفقات والخبراء لإدارتها على أكمل وجه لضمان انتهائها بتحقيق إبرام العقد التجاري الدولي؛ لذا فإنها تتم في إطار عقدي يضمن حقوق جميع الأطراف وهو ما يعرف بعقد التفاوض.

وعملية التفاوض في عقود التجارة الدولية تتم على أسس وخصائص تساعد على التحكم في هذه المرحلة الحساسة من العقد، ويضمن سيرها بشكل جيد، والمفاوضات بصفة عامة تتميز بالخصائص التالية<sup>1</sup>:

- 1- التفاوض لا يكون من جانب واحد؛ فهو يتم بين طرفين أو أكثر.
- 2- التفاوض يتم باتفاق أطراف العقد سواء كتابة أو بشكل شفوي.
- 3- التفاوض مرحلة تمهيدية للتعاقد ويتم بعدة اتفاقات تمهيدية خاصة في العقود الضخمة أو ذات الطبيعة الفنية المعقدة وللمستندات هذه المرحلة عدة مسميات: بروتوكول، مذكرة تفاهم، خطاب نوايا.
- 4- التفاوض على العقد نتيجة احتمالية قد تتحقق وقد لا تتحقق؛ فالتفاوض على العقد لا يلزم الطرفين.
- 5- التفاوض مؤسس على المساواة في المراكز القانونية لأطراف العقد.
- 6- التفاوض مبني على الحرية التفاوضية والتي تسمح للأطراف بالتفاوض دون قيد أو تدخل من أي جهة كانت طيلة فترة التفاوض.
- 7- التفاوض تصرف إرادي يحدث بإرادة الأطراف دون إجبار أو إكراه عليه، ولا يدخل طرف في التفاوض مع آخر أو آخرين إلا بعد أن تتوفر لديه إرادة حقيقية للتفاوض من أجل الوصول إلى اتفاق.

<sup>1</sup> يسري عبد الله عوض، المرجع السابق، ص118.

## ثانياً: في تقدير تدخل الأعراف التجارية في مفاوضات عقود التجارة الدولية

تشكل المفاوضات في عقود التجارة الدولية المرحلة الحاسمة من حياة العقد فهي التي تحدد إمكانية إبرام العقد التجاري الدولي من عدمه هذا ما جعل أطراف العقد يولونها اهتماماً كبيراً إذ يختارون لها كفاءات مختصة بالتفاوض ويخصصون لها كل النفقات اللازمة ويؤخذون الوقت اللازم لإتمامها دون كلل أو ملل.

ومن أهم ما يميز المفاوضات في عقود التجارة الدولية خضوعها لمبدأ سلطان الإرادة أي أن أطراف العقد لهم كامل الحرية في التفاوض بشأن عقدهم وهم غير مقيدون بأي قانون معين وهذا يمنحهم فرصة الاستعانة بالأعراف التجارية باعتبارها أحسن لغة يمكن التفاهم بها في العقود التجارية الدولية لأنها وليدة بيئة مجتمع التجار؛ هذا ما يجعل هذه المرحلة تخضع للأعراف التجارية وهذا يدفعنا للتساؤل عن الكيفية التي يمكن أن تتدخل بها الأعراف التجارية في هذه المرحلة وما آثار ذلك؟

من أهم ما يميز المفاوضات لجوء أطراف العقد التجاري الدولي للمصطلحات التجارية لتحديد المصطلح الذي سيتم وفقه التعاقد وهذا يعني الاستعانة بالأعراف التجارية في هذه المرحلة باعتبار أن المصطلحات التجارية وقواعدها المفسرة أعراف تجارية، حيث يتم خلال هذه المرحلة اختيار مصطلح أو أكثر من المصطلحات التجارية للتعاقد بها وهذا ما يترتب إخضاع المفاوضات وبالتالي العقد للقواعد المفسرة للمصطلح الذي اتفق عليه الأطراف.

إذن فتدخل الأعراف التجارية في هذه المرحلة الحاسمة التي تحدد مصير العقد النهائي ومع ما يترتب عن ذلك يوضح الدور الفعال والمهم الذي تلعبه الأعراف التجارية في تنظيم المفاوضات بشكل خاص وتنظيم العقد التجاري الدولي بصفة عامة.

وهناك عدة أشكال لتدخل الأعراف التجارية في مفاوضات عقود التجارة الدولية تتمثل في الطرق العديدة والمختلفة لاختيار المصطلحات التجارية المتفق عليها من قبل أطراف العقد باعتبارها أعراف تجارية وهي:



**1/ التعاقد بمصطلح من المصطلحات التجارية مع ذكر الالتزامات الخاصة به**

كما أوضحنا سابقا لكل مصطلح من المصطلحات التجارية قواعد مفسرة له وضعتها غرفة التجارة الدولية تمثل الالتزامات الناشئة عن التعاقد بالمصطلح التجاري والتي يلتزم بها اطراف العقد عند تنفيذه، وهذه القواعد المفسرة يتم تعديلها أو تنقيحها من فترة لأخرى عن طريق النشرات التي تصدرها غرفة التجارة الدولية، فالاستعانة أو التعاقد بأحد المصطلحات التجارية مع الإشارة للالتزامات الخاصة به بشكل واضح أو الإشارة للنشرة التي ينتمي لها لا يطرح أي إشكال ولا مجال لأي تأويل أو سوء فهم عند تنفيذ العقد.

**2/ التعاقد بمصطلح من المصطلحات التجارية دون ذكر الالتزامات الخاصة به**

التعاقد بمصطلح من المصطلحات التجارية دون ذكر أو تحديد الالتزامات الخاصة به أو ذكر النشرة المفسرة له التي يقصدها طرفي العقد قد يؤدي إلى الكثير من المشاكل عند تنفيذ العقد لأن تفسير المصطلح التجاري يتغير من نشرة لأخرى، وعدم تحديد النشرة قد يؤدي إلى تفسير المصطلح التجاري المقصود بشكل مختلف عن ما يقصده كل طرف وبالتالي تتغير الالتزامات الناشئة عن العقد وهذا ما قد يؤدي إلى مشاكل كثيرة ومعقدة خاصة عند تنفيذ العقد.

**3/ التعاقد بمصطلح من المصطلحات التجارية مع مخالفة مضمونه الموحد**

يمكن التعاقد على المصطلح التجاري مع مخالفة مضمونه الموحد وذلك من أجل مطابقة العقد للنظام القائم؛ وأحسن مثال على ذلك مصطلح (FOB) والذي يعني تسليم البضاعة على ظهر السفينة في ميناء الشحن المتفق عليه وقد تمت مخالفة المضمون الموحد لهذا المصطلح من خلال تعديله من قبل أغلب الفاعلين على مستوى التجارة الدولية بهدف ملاءمته مع نقل البضائع بالحاويات (conteneurs)<sup>1</sup> وفي رأبي يعتبر هذا التعديل

<sup>1</sup> عزيز الغرس، المرجع السابق، ص201.

أعراف تجارية جديدة وهذا دليل على مرونة الأعراف التجارية المناسبة لكل مستجدات وتطورات التجارة الدولية.

#### 4/ التعاقد بمصطلح من المصطلحات التجارية مع تعديله

يمكن للأطراف خلال مرحلة المفاوضات تعديل المصطلح المرغوب فيه بشرط أن لا يؤدي التعديل إلى المس بالالتزامات الأساسية للمصطلح التجاري الدولي حيث قد يؤدي التعديل المبالغ فيه إلى تغير المصطلح؛ فالالتزامات الواردة في المصطلحات التجارية الدولية يمكن تعديلها بإرادة أطراف العملية التفاوضية تطبيقاً لمبدأ الحرية التعاقدية وذلك بإضافة شروط خاصة أو الجمع بين مصطلحين أو أكثر من المصطلحات التجارية الدولية أو حذف بعض الالتزامات المنصوص عليها في المصطلح<sup>1</sup> فقط دون التغيير الجذري له.

#### ثالثاً: آثار خضوع مرحلة المفاوضات في عقود التجارة الدولية للأعراف التجارية

لجوء أطراف العقد التجاري الدولي إلى استخدام المصطلحات التجارية في مرحلة المفاوضات يؤكد بشكل واضح خضوع هذه المرحلة للأعراف التجارية. ومن المعروف أن المصطلحات التجارية تحدد الالتزامات التي تقع على عاتق طرفي العقد التجاري الدولي، واللجوء لها في المفاوضات لا يحدد الالتزامات في هذه المرحلة بل الالتزامات التي ستقع على طرفي العقد النهائي الذي يتم التفاوض بشأنه؛ وهنا يتضح تأثير الأعراف التجارية فرغم استخدامها عند التفاوض إلا أن تأثيرها يظهر في العقد النهائي وعند تنفيذه وهذا يبين الدور الهام الذي تلعبه الأعراف التجارية في تنظيم عقود التجارة الدولية بصفة عامة.

والمصطلحات التجارية وباعتبارها أعراف تجارية وبما أنها تحدد وتضبط التزامات كل من البائع والمشتري فإنها تشارك في تنظيم العقد التجاري الدولي وتساهم بشكل فعال في تحديد الكثير من المسائل الهامة عند تنفيذه كالتحديد الدقيق لحركة البضاع ووجهتها ومكان

<sup>1</sup> عزيز الغرس، المرجع السابق، ص 201.

تسليمها إن كان سيتم تسليمها بجانب السفينة أو فوق ظهرها وكذلك تحديدها للوثاق المستحقة على البائع والمشتري كوثائق النقل وشهادات التأمين وبعض التكاليف الأخرى كالتغليف والمعالجة والجمركة علما أن هذه المسائل تعتبر جد هامة وهي مكلفة جدا للمتعاقدين، وهذا يؤكد أهمية تدخل الأعراف التجارية في مرحلة المفاوضات الخاصة بالعقد التجاري الدولي والتي ستعكس لاحقا على العقد النهائي.

### الفرع الثاني: تدخل الأعراف التجارية في إبرام النهائي لعقود التجارة الدولية

تنتهي مرحلة المفاوضات في عقود التجارة الدولية إما بإبرام العقد أو دون الوصول إلى الاتفاق على إبرامه علما أنه يمكن أن تنقطع أو تتوقف المفاوضات لأسباب أخرى كرفض أحد الأطراف مواصلة المفاوضات أو انسحابه منها لأسباب ما، وما يهمنا نحن هو الانتقال إلى مرحلة إبرام العقد التجاري الدولي بعد انتهاء المفاوضات بنجاح والدور الذي يمكن أن تلعبه الأعراف التجارية في هذه المرحلة.

في هذا المعنى سندرس تدخل الأعراف التجارية في صياغة عقود التجارة الدولية (أولا) ثم ننتقل لتدخل الأعراف التجارية في تحديد القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية (ثانيا) وأخيرا تدخل الأعراف التجارية في تنفيذ العقد التجاري الدولي (ثالثا).

### أولا: تدخل الأعراف التجارية في صياغة عقود التجارة الدولية

بعد انتهاء المفاوضات بنجاح ينتقل أطراف العقد التجاري الدولي إلى مرحلة إتمام إبرام العقد والتي تتمثل في صياغته من خلال إفراغ رغبات أطرافه في شكلها النهائي، فالعقد هو الوعاء الذي يعبر عن إرادة أطرافه ويحدد التزامات وواجبات كل طرف، والتحديد الجيد لهذه الرغبات لا يتم إلا بصياغة العقد التجاري الدولي بشكل دقيق وصحيح بعيدا عن أي غموض أو تأويل فتنفيذ العقد لاحقا دون نزاع يرتبط ارتباطا وثيقا بدقة صياغته، فإذا نشأ العقد واكتملت أركانه كافة وخلا من عيوب الصياغة نشأ صحيحا وترتبت بموجبه الآثار

القانونية التي قصد الأطراف إنشائها وبالتالي سهل تنفيذه دون نزاعات ودون اختلاف في التفسير<sup>1</sup>.

لذا تعتبر صياغة العقد التجاري مرحلة هامة وحساسة وتعتبر الصياغة بصفة عامة الأداة التي يجري بمقتضاها نقل التفكير القانوني من الحيز الداخلي إلى الحيز الخارجي، فهي ببساطة أداة للتعبير عن فكرة كامنة لتصبح هكذا حقيقة اجتماعية يجري التعامل على أساسها. وتطبيقا لذلك فإن الصياغة تعني التعبير عما يريده الأطراف بطريقة تنقل المعنى المراد بشكل مكتمل ودقيق بحيث لا تظهر النزاعات بينهم وتتعدم الحاجة إلى اللجوء إلى وسائل تسويتها<sup>2</sup>.

وقد كانت صياغة العقد التجاري الدولي سابقا تقتصر على التقنية التقليدية أو العادية أو الكلاسيكية من خلال تحرير العقد التجاري الدولي من قبل مختصين وخبراء قانونيين مع إتباع القواعد العامة في الصياغة. إلا أن التطور المستمر للتجارة الدولية وعقودها ورغبة من المتعاملين بها تسهيل وتوحيد التعامل بعقود التجارة الدولية ظهرت تقنية جديدة للتعاقد التجاري الدولي تعتمد على صياغة العقود النموذجية في أنواع معينة من السلع والبضائع، وهذه الطريقة لاقت انتشارا واسعا بسبب ما قدمته من تسهيل وتيسير عند التعامل بها.

وعلى العموم فإن تدخل الأعراف التجارية في مرحلة صياغة العقد التجاري الدولي قد يكون في إطار الصياغة التقليدية (1) كما يمكن أن يكون في إطار صياغة العقود النموذجية (2).

### 1/ تدخل الأعراف التجارية في الصياغة التقليدية لعقود التجارة الدولية

تؤثر الصياغة على العقد التجاري الدولي كثيرا فالصياغة الجيدة للعقد تحقق الكفاية الذاتية فإذا جاء العقد مفصلا محبوكا في صياغته الفنية والقانونية أغنى القاضي أو المحكم

<sup>1</sup> ربيع شندب، التقنية العقدية، المؤسسة الحديثة للكتاب، لبنان، 2014، ص 61.

<sup>2</sup> طالب حسن موسى، «صياغة عقود التجارة الدولية»، الموقع الإلكتروني [www.osamabahar.com](http://www.osamabahar.com)، ص 6، تاريخ الولوج إلى الموقع (18 أكتوبر 2018).

عن الاستعانة بقواعد قانونية خارجية<sup>1</sup>. ومن أجل ضمان صياغة جيدة للعقد يجب اختيار الألفاظ المناسبة للتعبير عن رغبة أطراف العقد الحقيقية من خلال اختيار المعاني والالفاظ المناسبة المفهومة عند كل المتعاملين بالنشاط التجاري الذي ينتمي إليه أطراف العقد، مع استعمال عبارات واضحة ومصطلحات قانونية دقيقة خالية من أي غموض مع اختيار اللغة التي يحرر بها العقد والتي يفسر بها عند النزاع.

وبصفة عامة يتكون محرر العقد التجاري الدولي من ثلاث أقسام رئيسية هي الديباجة، الأحكام والملحق وأحياناً التعاريف، ومن خلال اطلاعي على العديد من العقود التجارية الدولية وجدت أنها تحرر كما يلي:

- ديباجة قصيرة تعرف بطرفي العقد وصفتهما وهدف كل واحد منهما من العقد.
- موضوع العقد والذي يحدد في شكل مجموعة من المواد أو البنود المرقمة والمعنونة؛ كل بند يحمل عنوان لجانب معين من العقد كأن تخصص مثلاً المادة الأولى أو البند الأول لطريقة طلب وتسليم البضاعة والمادة الثانية للسعر والفواتير والمادة الثالثة لطريقة الشحن والتخزين والمادة الرابعة لنظام الدفع والمادة الخامسة للمصطلحات التجارية وتفسيراتها...إلخ.
- أحكام خاصة وتختلف من عقد لآخر ويقصد بها أحكام مخصصة لهذا العقد دون سواه كالتأكيد مثلاً أن المشتري هو الوحيد الذي سيحصل على هذه السلعة في منطقة تجارية معينة (exclusivité).

ويظهر تدخل الأعراف التجارية في صياغة عقود التجارة الدولية بالشكل التقليدي عند إشارة الأطراف إلى نوع التعامل أو التعاقد الذي سيتم بينهما هل سيكون التعاقد FOB أو CIF مثلاً، وهل سيعتمدون على القواعد والتفسيرات التي وضعتها غرفة التجارة الدولية أم يختارون تفسيرات أخرى، بالإضافة لتحديد طريقة تسديد الثمن كاختيارهم الاعتماد المستندي مع القواعد والأعراف الموحدة التي وضعتها غرفة التجارة الدولية لتنظيمه، ومتى

<sup>1</sup> محمد حسين منصور، العقود الدولية، المرجع السابق، ص442.

أشار المتعاقدون لكل هذه الأعراف عند الصياغة فإنها تصبح ملزمة ويجب التقيد بها عند تنفيذ العقد؛ وهذا ما يؤكد مرة أخرى الدور الفعال الذي تلعبه الأعراف التجارية في صياغة عقود التجارة الدولية.

## 2/ تدخل الأعراف التجارية في الصياغة النموذجية لعقود التجارة الدولية

في كثير من الأحيان لا يقوم أطراف العقد التجاري الدولي بصياغته بل يعتمدون في ذلك على صيغ العقود النموذجية أو النمطية والتي انتشرت كثيرا، فقد أضحت لهذه العقود النموذجية والشروط العامة هيمنة شبه كاملة على المعاملات التجارية الدولية خاصة في نطاق عقود البيع، النقل، التأمين والعقود التي تبرمها البنوك فقد أصبحت الوسيلة المفضلة لدى المتعاملين الدوليين لتبادل السلع والخدمات عبر الحدود<sup>1</sup>.

كما قامت بعض اللجان المتخصصة للأمم المتحدة كاللجنة الاقتصادية الأوروبية بصياغة الشروط العامة لبعض عقود التوريدات والإنشاءات الصناعية وعقود توريد الماكينات والآلات والمصانع وكذلك الأمر بالنسبة للعقود الواردة على النقل والترخيص باستخدامات التكنولوجيا، كما انتشرت الشروط العامة والموحدة لعقود التجارة الدولية ذات الشكل النموذجي بين الكيانات الدولية المتقاربة جغرافيا وسياسيا<sup>2</sup>.

وبصفة عامة تساهم العقود النموذجية في توحيد قانون التجارة الدولية، وهذا جعل المنظمات والهيئات الدولية تشجع على التعامل بها في مختلف المجالات التجارية الدولية. وبسبب أهمية هذه العقود في التجارة الدولية سنحاول بداية التطرق لمفهوم العقود النموذجية (أ) ثم نحاول كشف العلاقة بينها وبين الأعراف التجارية (ب).

<sup>1</sup> بن احمد بلحاج، المرجع السابق، ص 32.

<sup>2</sup> نقلا عن أحمد الحواري، القواعد القانونية التي يطبقها المحكم على موضوعات المنازعات الدولية الخاصة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2008، ص 145.

## أ/ مفهوم العقود النموذجية أو النمطية les contrats types

على الرغم من انتشار استعمال هذا الاصطلاح إلا أن البعض يعترض على هذه التسمية فالأستاذ Léauté يفضل تسميتها الصيغ النموذجية للعقود les Formules types de contrat، غير أنه يرى مع ذلك بأن الوقت أصبح متأخراً جداً لتغيير هذا المصطلح الذي بات خطأ شائعاً<sup>1</sup>.

## أ-1/ تعريف العقود النموذجية

يمكن تعريف العقود النموذجية بأنها عقود معدة مسبقاً كنماذج يتم تبنيها واستخدامها من قبل الأطراف المتعاقدة في التجارة الدولية<sup>2</sup>.

والعقد النموذجي عبارة عن مجموعة متكاملة من شروط التعاقد بشأن سلعة معينة تتضمن تفاصيل العقد، بحيث يمكن للأطراف المتعاقدة أن تتبنى شكل العقد بالكامل ولا تكون في حاجة إلا إلى إضافة أسماء الأطراف وكمية البضاعة وزمان تسليمها ومكانه ووسيلته<sup>3</sup>.

كما أن العقود النموذجية تمثل صيغ مكتوبة أعدتها هيئات متخصصة أو اتحادات صناعية، يتفق عليها تجار سلعة معينة في منطقة جغرافية معينة ويلتزمون بإرادتهم الحرة باتباعها فيما يبرمونه من صفقات تتعلق بهذه السلعة<sup>4</sup>.

ويعرف الفرنسي Léauté العقود النموذجية بأنها صياغة لعقود معينة تتم بواسطة شخص طبيعي أو معنوي، بحيث تستخدم عند إبرام عقود مشابهة، تنصب على نفس موضوع العقود النموذجية<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> مشار إليه في الهامش رقم 1، بن احمد الحاج، المرجع السابق، ص 31.

<sup>2</sup> صالح عبد الله بن عطف العوضي، المرجع السابق، ص 133.

<sup>3</sup> محمود سمير الشراوي، العقود التجارية الدولية، دراسة مقارنة لعقد البيع الدولي للبضائع، دار النهضة العربية، القاهرة، 1992، ص 16.

<sup>4</sup> نقلاً عن نغم حنا رؤوف، «العقود النموذجية للجنة الاقتصادية الأوروبية»، المرجع السابق، ص 328.

<sup>5</sup> نقلاً عن أيمن أسعد، المرجع السابق، ص 12.

والعقود النمطية هي مجموعة العقود النموذجية المعدة في شكل وثائقي سلفاً في نوع من التجارة من قبل المنظمات المهنية الدولية أو الطوائف التجارية أو مجموعات المشروعات القوية المرتبطة والتي تحتكر أو تهيمن على قطاع من الأنشطة بشكل يتوافق وعادات التجارة الدولية والتي قبلها المتعاقدون بعد ضبطها لتتلاءم ومقتضيات التعامل بينهم<sup>1</sup>.

من خلال ما تقدم يمكن تعريف العقود النموذجية بأنها عقود تعدها منظمات مهنية وفق نماذج معينة تخص مجال تجاري دولي معين يمكن التعاقد بها بمجرد ملأ بيانات المتعاقدين ومحل العقد.

#### أ-2/ ظهور العقود النموذجية

تركزت الكثير من الجمعيات المهنية في المدن الهامة وأولها كان جمعية لتجارة القمح تأسست سنة 1873، لكن أهمها على الإطلاق في الكيان والأثر ما تركز في لندن من تجمعات على رأسها جمعية لندن لتجارة القمح التي تأسست سنة 1877 واتحاد تجارة الأخشاب في المملكة المتحدة وجمعية لندن لتجارة زيوت البذرة وجمعية لندن للجوت وجمعية لندن لتجارة المطاط وجمعية لندن لتجارة الكاكاو وغيرها<sup>2</sup>.

وتزايد عدد الجمعيات المهنية المختصة في نفس نوع السلع في جميع أقاليم العالم أدى إلى تعدد واختلاف طرق التعاقد في هذه السلع وهذا بدوره أدى إلى الكثير من سوء الفهم، ومن هنا تولدت فكرة توحيد طرق التعاقد لنفس نوع السلع أو نفس نوع النشاط التجاري عن طريق وضع صيغ موحدة تمثل العقود النموذجية.

ومن أهم الجمعيات المهنية التي تبنت فكرة العقود النموذجية نجد جمعية لندن لتجارة الحبوب التي قدمت في البداية مجموعة تضم حوالي ستين صيغة عقدية نموذجية، ومنذ سنة 1963 قدمت مجموعة أخرى تضم أربعين صيغة عقدية نموذجية تختلف فيما بينها بشكل

<sup>1</sup> محمد أحمد إبراهيم محمود، المرجع السابق، ص 46.

<sup>2</sup> حبيب ثروت، المرجع السابق، ص 32.



محدود بالنسبة لصنف البضاعة ومصدر إنتاجها وجهة وصولها ووسائل وكيفية نقلها وغير ذلك، ولا يقتصر استخدام هذه الصيغ من العقود النموذجية على أعضاء الجمعية بل تجري الإشارة إليها في العقود الخاصة بالحبوب في العالم كله<sup>1</sup>.

وفي عصرنا الحالي الكثير من الجمعيات والمنظمات المهنية تحاول إصدار صيغ نموذجية خاصة بها وتأخذ على سبيل المثال مركز التجارة العالمي الذي عمل جاهدا على وضع صيغ عقود نموذجية خاصة بالمشاريع المشتركة، ففي بداية الأمر بادر هذا المركز بالترويج للعقد النموذجي الخاص بالأغذية القابلة للتلف ثم تلتها الكثير من العقود النموذجية التي تخص مجالات الطبع والإشهار، وأطلق المركز سنة 2001 مشروع للعقد النموذجي للمشاريع المشتركة من خلال وضع مجموعة عمل تضم خبرات مختصين من أكثر من أربعين دولة وعدة منظمات جهوية ودولية، وهذا كله بهدف اقتراح عقد نموذجي يلبي المتطلبات التالية<sup>2</sup>:

- أن تكون هذه العقود قابلة للاستخدام مباشرة دون الاستعانة بخدمات مجلس مهني.
- أن تكون هذه العقود صالحة تماما وقابلة للتنفيذ في كل الأنظمة القانونية.

### أ-3/ أهمية العقود النموذجية في إبرام عقود التجارة الدولية

إن الهدف الأساسي لاستحداث العقود النموذجية هو وضع عقود توحد التعامل والتعاقد التجاري في أنواع محددة من السلع وهذا من أجل تفادي كل أنواع سوء الفهم وسوء التفسير التي تصاحب أو تنتج عن هذه المعاملات، وهذا الهدف تطور لتصبح العقود النموذجية بمثابة وسيلة قانونية مرنة لتوحيد أحكام البيوع التي تحكم المعاملات الدولية لأنها تتفق وحاجات التجارة الدولية، وتراعي حقائق الحياة العملية التي يصعب على المشرع الدولي أو

<sup>1</sup> حبيب ثروت، المرجع السابق، ص 34.

<sup>2</sup> VULLIETY Jean- Paul, «Le Contrat Type Pour Les Jointes Ventures Contractuelles du Centre du Commerce International au Regard des Principes d'Unidroit et d'autre Normes d'Unification du Droit des Contrats », Rev. dr. Unif, 2004, PP 295 - 300.

الوطني مواجهتها<sup>1</sup> فقد أثبتت التشريعات الوطنية قصورها أمام المشكلات القانونية المتعلقة بالعقود سواء مدنية أو تجارية والتي تنصب موضوعاتها على أمور فنية أو تقنية تتطور بسرعة كبيرة ولا تستطيع القوانين ملاحقتها<sup>2</sup>، ويرى الأستاذ CAPATANA أن العقود النموذجية تنطوي على تنظيم غاية في الدقة حول الالتزامات التعاقدية وهذا جعل تطبيق القانون الدولي الخاص يتقلص بدرجة كبيرة<sup>3</sup>.

وبصفة عامة العقود النموذجية انعكست إيجابا على قانون التجارة الدولية فقد أصبحت تمثل أحد أهم وسائل توحيد، كما أنها قدمت الكثير من التسهيلات للمتعاقدين بها فهي تساعدهم على التعاقد بشكل أسرع دون الحاجة إلى خبراء ومختصين لصياغة العقد هذا ما يساعد في توفير الكثير من التكاليف والوقت والجهد.

### ب/ علاقة الأعراف التجارية بالعقود النموذجية

هناك علاقة وطيدة بين الأعراف التجارية والعقود النموذجية فهذه الأخيرة وضعتها منظمات وجمعيات مهنية لا تتمتع بأي طابع تشريعي، فهي تمثل مجتمع التجار المختص في تجارة نوع معين من السلع والبضائع، وبالتالي فإننا نرى أن هذه العقود في حقيقة الأمر وليدة مجتمع التجار وانتشارها المتزايد وتداولها في كل أقاليم العالم ولد الشعور بالزاميتها وهذا ينطبق تماما على الأعراف التجارية، كما أن استمرار استعمالها من قبل المتعاملين في مهنة أو تجارة معينة أدى إلى خلق عادة أو عرف تجاري يكون موضوع احترام هؤلاء المتعاملين في غياب الاتفاق على ما يخالفه<sup>4</sup>، لذا يمكن اعتبار العقود والشروط العامة تقنين للمعادن والممارسات التجارية في حقل تجارة أو نشاط تجاري معين، ومن ثم تكون حقيقة

<sup>1</sup> نغم حنا رؤوف، « العقود النموذجية للجنة الاقتصادية الأوروبية»، المرجع السابق، ص 344.

<sup>2</sup> عبد المهدي كاظم ونظام جبار طالب، « المعرفة الفنية وأثرها في عقد الفرانشايز»، مجلة جامعة بابل للعلوم الإنسانية، المجلد 17، العدد 2، 2009، ص 287.

<sup>3</sup> بلاش ليندة، المرجع السابق، ص 165.

<sup>4</sup> نغم حنا رؤوف، « العقود النموذجية للجنة الاقتصادية الأوروبية»، المرجع السابق، ص 337.

رافدا من روافد القواعد العرفية الدولية ذات الأصل المهني<sup>1</sup>.

وعليه ومما سبق فإنه يتبين أن العقود النموذجية لا تشكل مصدرا فقط للأعراف التجارية بل تشكل أعرافا تجارية في حد ذاتها تشبه الأعراف التجارية التي سبق ووضعتها غرفة التجارة الدولية لتفسير مصطلحات التجارة الدولية والأصول والأعراف الموحدة لتنظيم الاعتماد المستندي، واعتبار العقود النموذجية أعراف تجارية يؤكد مرة أخرى الدور البارز والفعال للأعراف التجارية ليس في صياغة عقود التجارة الدولية فقط بل وفي إبرامها إذا ما اتجهت إرادة المتعاقدين إلى التعاقد بعقد نموذجي معين؛ وهذا دليل آخر على المكانة الهامة التي بلغتها الأعراف التجارية في التعاقد التجاري الدولي.

**ثانيا: تدخل الأعراف التجارية في تحديد القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة**

### الدولية

بعد الانتهاء من التفاوض ينتقل أطراف العقد التجاري الدولي إلى مرحلة الصياغة سواء بالشكل التقليدي أو الصياغة بالشكل النموذجي، وخلال هذه المرحلة يجب على أطراف العقد تحديد القانون الواجب التطبيق على عقدهم؛ ويعتبر هذا أمرا هاما وأساسيا لأنه سيحدد النظام القانوني الذي سيخضع له العقد وكل ما يتعلق به من تنفيذ أو حل للنزاعات التي قد تنشأ مستقبلا. ورغم هذه الأهمية إلا أن في بعض الأحيان قد يغفل أطراف العقد التجاري الدولي عن تحديد القانون الواجب التطبيق على عقدهم وهذا يؤدي إلى اللجوء إلى جهات مختصة لتحديد هذا القانون.

وتعتبر مسألة تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد التجاري الدولي مسألة دقيقة بسبب انتماء أطراف هذا العقد لأنظمة قانونية مختلفة، إلا أن الأصل في هذه العقود خضوعها لقانون الإرادة أي خضوعها للقانون الذي يختاره أو يتفق عليه أطراف العقد(1)

<sup>1</sup> حبيب ثروت، المرجع السابق، ص 45.

وفي كثير من الأحيان قد يتفق أطراف العقد على الأعراف التجارية كقانون واجب التطبيق (2).

### 1/ استخدام مبدأ سلطان الإرادة في تحديد القانون الواجب التطبيق كأصل عام

ارتباط عقود التجارة الدولية بأكثر من نظام قانوني جعل من الصعب إخضاعها لقانون أي دولة (قانون أحد أطراف العقد) هذا ما أدى إلى إفلات هذه العقود من سلطان أي تنظيم قانوني وخضوعها لسلطان إرادة المتعاقدين أو ما يعرف بقانون الإرادة LA LOI D'AUTONOMIE لذا يجب في البداية توضيح المقصود بمبدأ سلطان الإرادة (أ) وكيف يستخدم هذا المبدأ(ب).

### أ/ اصطلاح سلطان الإرادة l'autonomie de la volonté

مبدأ سلطان الإرادة اصطلاح قديم كان أول من قال به هو الفيلسوف الألماني KANT في مضمون فلسفي مختلف، إلا أن أحدا من شراح القانون القدماء والمعاصرين له واللاحقين عليه لم ينتبه إليه حتى عام 1883 حيث استخدمه لأول مرة أستاذ القانون الدولي الخاص السويسري BROCHER<sup>1</sup>.

ومبدأ سلطان الإرادة يعني توافق إرادتين لإنشاء العقد وأن إرادة المتعاقدين هي التي تحدد مدى الالتزامات التي يترتبها العقد، وهذا مفاده أن كل الالتزامات ترجع في مصدرها إلى الإرادة الحرة وهذه الإرادة هي التي تحدد ما يترتب على الالتزام من آثار قانونية، ومن هنا ضرورة احترام حرية التعاقد والقوة الملزمة للعقد المستمدة من مشيئة المتعاقدين فلا يجوز نقض العقد أو تعديله إلا باتفاقهما وليس للمشرع أو القاضي أن يتدخل في العقد<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> هشام علي صادق، المرجع السابق، ص 20.

<sup>2</sup> بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، الجزء الأول، الطبعة السادسة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2008، ص43.

ويقصد باصطلاح سلطان الإرادة في المجال القانوني بصفة عامة اعتبار الإرادة مصدرا ومعيارا للحقوق الشخصية فهي الأداة الخالقة للقانون<sup>1</sup>؛ أي أن الإرادة هي مصدر القانون الوضعي، وتعد بذلك العضو المنشئ للحقوق وبذلك يصبح الفرد مصدر الحق وتتجسد وفق ذلك سيادة للإرادة وبذلك يخضع العقد التجاري الدولي لإرادة الأطراف ويتيح لهم إمكانية إسناد العقد إلى النظام القانوني الذي يختارونه، وهذا النظام يخدم مصالحهم ويرضي إلى حد كبير جميع الأطراف<sup>2</sup>.

وقد عرف مبدأ سلطان الإرادة الكثير من الآراء والنظريات ودون الغوص فيها لكي لا نبتعد عن موضوعنا الأساسي؛ فإن المفهوم الواسع لقانون الإرادة يمنح الحرية الكاملة لأطراف العقد في تحديد القانون الذي يحكم العقد، حيث تنص المادة 1-1 من المبادئ المتعلقة بالعقود التجارية الدولية UNIDROIT لسنة 2010 «**يتمتع الأطراف بالحرية في إبرام العقد وفي تحديد مضمونه**»<sup>3</sup>.

#### ب/ كيفية التعبير عن مبدأ سلطان الإرادة

يتم التعبير عن مبدأ سلطان الإرادة من الناحية القانونية والعملية من قبل أطراف العقد التجاري الدولي بطريقتين:

- **الاختيار الصريح:** ويقصد به الاعلان صراحة من قبل المتعاقدين على القانون الذي تم اختياره بشكل واضح وبعبارات صريحة تبين أن العقد محكوم بقانون معين.
- **الاختيار الضمني:** ويقصد به غياب الإعلان الصريح من قبل المتعاقدين عن القانون الذي يحكم العقد، ويتعين على القاضي في هذه الحالة الكشف عن الإرادة الضمنية للمتعاقدين مسترشدا في ذلك بمحتوى العقد في حد ذاته إضافة إلى ظروف وملابسات العقد، والاختيار الضمني لا يدفعنا للاعتقاد أن الإرادة غير موجودة بل هي موجودة لكن غير معلن

<sup>1</sup> هشام علي صادق، المرجع السابق، ص 21.

<sup>2</sup> خالد شويرب، القانون الواجب التطبيق على العقد التجاري الدولي، أطروحة دكتوراه في الحقوق، كلية الحقوق، يوسف بن خدة، جامعة الجزائر، 2008-2009، ص 31.

<sup>3</sup> المادة رقم 1-1 من المبادئ المتعلقة بالعقود التجارية الدولية UNIDROIT لسنة 2010، المصدر السابق.

عنها ومهمة القاضي استنتاجها عن طريق تفسير العقد لتحديد انصراف إرادة المتعاقدين إلى قانون معين حتى ولم يتفق الأطراف صراحة عليه<sup>1</sup>.

ولا يجب فهم الحرية المعطاة للطرفين بأنها حرية مطلقة فهي مقيدة بضرورة ترابط العقد والقانون الواجب التطبيق أي لا بد من وجود علاقة جعلت طرفي العقد يختاران قانونا معيناً، فلا يصح استخدام هذه الحرية للتهرب من قانون ما لأسباب ما كالتهرب من الضريبة مثلاً لذا فجل التشريعات العالمية تربط بين العقد والقانون المختار<sup>2</sup>.

ومع كل الحرية التي يتيحها مبدأ سلطان الإرادة لأطراف العقد التجاري الدولي في اختيار القانون الواجب التطبيق على العقد فإنه يمكنهم اختيار الأعراف التجارية كقانون واجب التطبيق على عقدهم سواء تم اختيارها صراحة وبشكل مباشر، أو بشكل غير مباشر من خلال اختيار قانون التجارة الدولية باعتبارها مصدره الرسمي أو أحد مكوناته وقد شجعت الكثير من الأنظمة القانونية الوطنية والاتفاقيات الدولية والمبادئ المتعلقة بالعقود التجارية الدولية على اختيار الأعراف التجارية كقانون واجب التطبيق على العقود التجارية الدولية.

## 2/ الأعراف التجارية قانون واجب التطبيق على العقد التجاري الدولي

يمكن أن تشكل الأعراف التجارية القانون واجب التطبيق على العقد التجاري الدولي وفق عدة أشكال وهي:

### أ/ الاختيار المباشر للأعراف التجارية كقانون واجب التطبيق

تعتبر الأعراف التجارية القانون واجب التطبيق على العقد التجاري الدولي عند اختيار أطراف العقد لها بشكل مباشر وصراحة وفي هذه الحالة فإنه من السهل تطبيقها دون أي إشكال، أو اختيارها بشكل ضمني من خلال إشارة أحد بنود العقد لها كقوله وفق أعراف غرفة التجارة الدولية أو وفق أعراف عقد نموذجي معين أو وفق أعراف تجارة معينة أو وفق

<sup>1</sup> شريف هنية، المرجع السابق، ص53.

<sup>2</sup> معاشو عمار، المرجع السابق، ص45.

أعراف عقدنا السابق وفي هذه الحالة تطبق الأعراف التجارية على العقد التجاري الدولي باعتبارها القانون واجب التطبيق الذي اتفق عليه أطراف العقد.

### ب/ الاختيار غير المباشر للأعراف التجارية كقانون واجب التطبيق

يمكن ان يتم اختيار الأعراف التجارية كقانون واجب التطبيق على العقد التجاري الدولي بشكل غير مباشر وفق الحالات التالية:

#### ب-1/ الأعراف التجارية المكملة للقانون الواجب التطبيق

يمكن أن يقع اختيار أطراف العقد التجاري الدولي على أحد القوانين الوطنية لتطبيقه على عقدهم، وكما رأينا سابقاً فإن القوانين الوطنية لا تتلاءم ولا تلبى متطلبات التجارة الدولية، لذا فمتى وقع اختيار أطراف العقد التجاري الدولي عليها فإنها تحتاج لقواعد مكملة أو مفسرة. لذا يمكن لأطراف العقد اللجوء إلى الأعراف التجارية للقيام بهذه المهمة وذلك من خلال إحالة القانون الوطني المختار عليها، فمثلاً تشير المادة الخامسة من القانون الألماني الخاص بالعقود الدولية لسنة 1976 التي تؤكد أن العادات التجارية المتفق عليها في مجال علاقات التجارة الدولية يجب أن تؤخذ في الاعتبار عند إبرام أو تنفيذ عقود التجارة الدولية مالم تخالف النصوص الآمرة في هذا القانون، هذا بالإضافة إلى اهتمام القوانين الوطنية بالنص صراحة على الرجوع إلى العادات السائدة لتكملة فراغ العقد إلى جانب قواعد العدالة<sup>1</sup>.

#### ب-2/ الأعراف التجارية كقانون واجب التطبيق وفقاً للاتفاقيات الدولية

الاتفاقيات الدولية الخاصة بالمجال التجاري الدولي أتاحت المجالاً للأعراف التجارية لتمثل القانون الواجب التطبيق على العقد التجاري الدولي وذلك من خلال الإحالة عليها متى اختار المتعاقدون هذه الاتفاقيات لتكون قانوناً منظماً للعقد، ومن أهم هذه الاتفاقيات التي

<sup>1</sup> نقلاً عن طرح البحور علي حسن فرج، تدويل العقد، منشأة المعارف، الاسكندرية، 2000، ص111.

أقرت أن الأعراف التجارية يمكن أن تشكل القانون الواجب التطبيق على العقد التجاري الدولي وفق إرادة الأطراف نجد:

- اتفاقية لاهاي المنظمة للقانون الموحد للبيع الدولي للمنقولات المادية والمنظمة للقانون الموحد الخاص بتكوين عقد البيع الدولي للمنقولات المادية في المادة التاسعة منها.
- اتفاقية الأمم المتحدة والمعروفة باتفاقية فينا 1980 والخاصة بالبيع الدولي للبضائع في مادتها التاسعة أيضا.

### ب-3/ الأعراف التجارية كقانون واجب التطبيق وفق المبادئ المتعلقة بالعقود التجارية الدولية (UNIDROIT)

المبادئ المتعلقة بالعقود التجارية الدولية UNIDROIT قد تشكل القانون الواجب التطبيق على العقد التجاري الدولي وهي بدورها تحيل على الأعراف التجارية حيث تنص المادة رقم 1-9 من المبادئ المتعلقة بالعقود التجارية الدولية UNIDROIT لسنة 2010: « أ- يلتزم الأطراف بما يتفقون عليه من عادات، وكذلك أية ممارسات استقرت فيما بينهم.

يلتزم الأطراف، بأي عادة في مجال التجارة الدولية، مادامت شائعة ومتبعة في مجال المعاملات المعنية ما لم يكن من غير المعقول تطبيقها»<sup>1</sup>.

تشير الفقرة ( أ ) إلى التزام اطراف العقد بالأعراف التجارية التي اتفقوا عليها أو أي أعراف سبق وتعاملوا بها بشكل مستمر ليستقر التعامل بها بينهم. كما يجوز لهم الالتزام بكل الأعراف التجارية المعروفة والمنتشرة في نشاطهم التجاري، إذن فمبادئ العقود التجارية الدولية تسمح بشكل واضح اختيار الأعراف التجارية كقانون واجب التطبيق على العقد التجاري الدولي متى اتفق الأطراف عليها.

<sup>1</sup> المادة رقم 1-9 من المبادئ المتعلقة بالعقود التجارية الدولية UNIDROIT لسنة 2010، المصدر السابق.



## ثالثاً: تدخل الأعراف التجارية في تنفيذ العقد التجاري الدولي

بعد الانتهاء من إبرام العقد التجاري الدولي ينتقل أطراف العقد إلى مرحلة تنفيذه والتي تعتمد أساساً على ما اتفق الأطراف عليه في مرحلة المفاوضات وتمت صياغته في العقد من بنود وشروط.

الأصل في العقد الصحيح واللازم عدم استطاعة أحد المتعاقدين الرجوع عنه بإرادته المنفردة، حيث يكون ملزماً لطرفيه ويجب عليهما الوفاء بالالتزامات المترتبة عليه ولا يمكن لأي منهما أن ينفرد بنقضه أو تعديله إلا باتفاقهما على ذلك احتراماً لمبدأ العقد شريعة المتعاقدين، أو استناداً إلى نص في القانون، فالالتزام الذي ينشئه العقد يساوي الالتزام الذي يفرضه القانون شريطة عدم مخالفته للنظام العام<sup>1</sup>.

إذن فتنفيذ العقد التجاري الدولي يخضع لما تم الاتفاق عليه بين طرفيه بما في ذلك الأعراف التجارية التي اتفقا عليها والتي يجب أن يلتزما بها مثلما تنص عليه المادة التاسعة من القانون الموحد للبيع الدولي لاتفاقية لاهاي 1964:

« 1- يرتبط أطراف العقد بالعادة التي يشيرون إليها صراحة أو ضمناً في تعاقدهم، وكذلك بما جرى عليه العمل من قبل فيما بينهما،

2 - ويرتبطون أيضاً بالعادة التي يراها شخص عاقل من طائفتهم، وفي مثل حالتهم، على أنها تنطبق على تعاقدهم،

وفي حالة تعارض العادات مع أحكام هذا القانون وجب تقديم العادات، إلا إذا اتفق على ما يخالف ذلك.

3- وحتى حالة استخدام مصطلحات أو شروط أو صيغ دارجة في التجارة، فإن تفسيرها يجري وفقاً للمعنى الذي اعتادت الأوساط التجارية المعنية على إعطائه لها»<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> موكة عبد الكريم، المرجع السابق، ص 23.

<sup>2</sup> المادة التاسعة من اتفاقية لاهاي 1964 الخاصة بالقانون الموحد للبيع الدولي، المصدر السابق.

وكذلك المادة التاسعة من اتفاقية الأمم المتحدة للبيع الدولي للبضائع فينا 1980 والتي

تنص:

« 1- يلتزم الطرفان بالأعراف التي اتفقا عليها، وبالعادة التي استقر عليها التعامل بينهما.

2- ما لم يوجد اتفاق على خلاف ذلك، يفترض أن الطرفين قد طبقا ضمنا على عقدهما أو على تكوينه كل عرف كان يعلمان به أو كان ينبغي أي يعلما به متى كان معروفا على نطاق واسع ومراعى بانتظام في التجارة الدولية بين الأطراف في العقود المماثلة السارية في نفس فرع التجارة»<sup>1</sup>.

وكذلك نص المادة رقم 1-9 من المبادئ المتعلقة بالعقود التجارية الدولية

UNIDROIT لسنة 2010:

« أ- يلتزم الأطراف بما يتفقون عليه من عادات، وكذلك أية ممارسات استقرت فيما بينهم.

يلتزم الأطراف، بأي عادة في مجال التجارة الدولية، مادامت شائعة ومتبعة في مجال المعاملات المعنية ما لم يكن من غير المعقول تطبيقها»<sup>2</sup>

من نصوص المواد أعلاه نجد أن أطراف العقد التجاري الدولي يلتزمون بالأعراف التجارية التي اتفقوا عليها عند تفاوضهم وتمت صياغتها في عقدهم سواء صراحة أو من خلال الإشارة لها على أساس أنه سبق التعامل بها بينهم (أي طرفي العقد) أو كانت معروفة ومنشرة وشائعة الاستعمال في نشاطهم التجاري عند تنفيذهم العقد.

وتؤكد المادة رقم 5 من القانون الألماني الخاص بالعقود الدولية لسنة 1976 أن العادات التجارية المنفق عليها في مجال علاقات التجارة الدولية يجب أن تؤخذ في الاعتبار عند إبرام وتنفيذ عقود التجارة الدولية ما لم تخالف النصوص الآمرة في هذا القانون. وكذلك

<sup>1</sup> المادة رقم 9 من اتفاقية الأمم المتحدة للبيع الدولي للبضائع فينا 1980، المصدر السابق.

<sup>2</sup> المادة رقم 1-9 من المبادئ المتعلقة بالعقود التجارية الدولية UNIDROIT لسنة 2010، المصدر السابق.

المادة 1496 من قانون المرافعات الفرنسي، بالإضافة إلى عناية القوانين الوطنية بالنص صراحة على الرجوع إلى العادات لتكملة فراغ العقد إلى جانب قواعد العدالة<sup>1</sup>. وأحسن مثال على التزام المتعاقدين بالأعراف التجارية المتفق عليها عند تنفيذ عقدهم التجاري الدولي التزامهم بالمصطلحات التجارية INCOTERMS التي يتفقون عليها والتي تحدد الالتزامات الرئيسية كالالتزام بالتسليم، انتقال المخاطر، توزيع المصاريف، تسليم الوثائق وتمام الإجراءات الإدارية، والتأمين كما لم تغفل قواعد INCOTERMS مجموعة من الالتزامات التي تقع على عاتق كل من طرفي عقد البيع ولكن دون تنظيم واكتفت بالإشارة لها كالنقل ودفع الثمن والمطابقة<sup>2</sup>.

وينص المشرع الجزائري في المادة 107 من القانون المدني « يجب تنفيذ العقد طبقاً لما اشتمل عليه وبحسن نية... » إذن ففي الظروف العادية ينفذ العقد التجاري الدولي وفقاً لما تم الاتفاق عليه من قبل أطرافه لكن من المعروف أن عقود التجارة الدولية تتميز بطول مدتها الزمنية وفي كثير من الأحيان قد يواجه تنفيذ العقد التجاري الدولي أوضاعاً وظروفاً جديدة سواء بسبب حدوث قوة قاهرة أو تغير في الظروف الاقتصادية، السياسية، والأمنية... إلخ، هذه الظروف تجعل من الصعب على طرفي العقد تنفيذه وفقاً لاتفاقهما وهذا ما يعرف بتغير الظروف في عقود التجارة الدولية.

وقد حاولت التشريعات الحديثة والاجتهاد القضائي وكذا التحكيم التجاري الدولي المساهمة في تأطير هذه الظروف في مجال نظري وتطبيقي متعلق بنظريتي القوة القاهرة والظروف الطارئة<sup>3</sup>، حيث تنص الفقرة الثالثة من المادة 107 من القانون المدني أنه « إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الواسع توقعها وترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام التعاقدية، وأن لم يصبح مستحيلاً، صار مرهقاً للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة جاز

<sup>1</sup> طرح البحور، المرجع السابق، ص 111.

<sup>2</sup> بن عثمان فريدة، المرجع السابق، ص 261.

<sup>3</sup> موكة عبد الكريم، المرجع السابق، ص 49.

للقاضي تبعا للظروف وبعد مراعاة مصلحة الطرفين، أن يرد الالتزام المرهق إلى حد المعقول. ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك»<sup>1</sup>.

الأصل أن العقد شريعة المتعاقدين ولكن قد تتغير الظروف وتجعل من الصعب تنفيذ العقد وفق ما اتفق الطرفان عليه، ومن هنا ظهرت نظرية الظروف الطارئة التي تشترط أن يكون تنفيذ الالتزامات المترتبة على العقد يستلزم فترة من الزمن، مع حدوث ظروف استثنائية عامة بعد انعقاد العقد لم تكن متوقعة عند إبرام العقد، وأن يكون من شأن هذه الظروف أن تجعل تنفيذ أحد المتعاقدين مرهقا له بحيث يهدد بخسارة فادحة<sup>2</sup>.

وبصفة عامة فإن نظرية الظروف الطارئة لها تأثير على موضوع العقد التجاري الدولي على أساس أنها تؤثر على اقتصاديات العقد لكن ليس إلى درجة الاستحالة في التنفيذ والتي من خلالها يلجأ الاطراف إلى مراجعة بنود العقد<sup>3</sup>.

ويعتبر موضوع تغير الظروف في عقود التجارة الدولية موضوعا دقيقا ومتشعبا يحتاج للكثير من التفصيل لا يمكن إيجازه في بحثنا هذا<sup>4</sup>.

### المبحث الثاني: تدخل الأعراف التجارية في تنظيم بعض أحكام عقود التجارة الدولية

تطور التجارة الدولية انعكس إيجابا على عقودها حيث تطورت هذه الأخيرة بشكل ملموس شكلا ومضمونا إذ تحولت إلى عقود حديثة تخرج عن الإطار المألوف لها، فقد أصبحت تنظم مسائل علمية وتقنية حديثة تحتاجها كل الدول وتسعى للحصول عليها؛ ومنها عقود نقل التكنولوجيا التي اعتبرت قفزة نوعية في التعاقد بسبب اختلاف محلها غير المادي

<sup>1</sup> المادة 107 من الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 20 رمضان عام 1935 الموافق 26 سبتمبر سنة 1975، المصدر السابق.

<sup>2</sup> علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري، الطبعة الخامسة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2003، ص 98.

<sup>3</sup> موكة عبد الكريم، المرجع السابق، ص 69.

<sup>4</sup> لمزيد من المعلومات حول موضوع تغير الظروف في عقود التجارة الدولية راجع في ذلك ( تأثير تغير الظروف على استقرار الثمن في عقود التجارة الدولية) موكة عبد الكريم، المرجع السابق.

عن باقي العقود وهو نقل التكنولوجيا بين الدول والتي تعتبر أسراراً تجارية تقدر بقيمة مالية جد معتبرة.

ورغم هذا التطور في عقود التجارة الدولية يبقى عقد البيع الدولي للبضائع أهمها ويعتبر الأصل لكل العقود التجارية الدولية وهذا العقد بقي لفترة طويلة دون تنظيم ليتم وضع اتفاقيات دولية خاصة به، لذا اخترنا أن نشمله بالدراسة كنموذج للوقوف على مدى تأثير الأعراف التجارية في تنظيمه (المطلب الأول) وبما أن العقود التجارية الدولية الحديثة أصبحت من أهم العقود التي تلقى الاهتمام فإننا اخترنا كذلك عقد الفرنشايز الدولي لدراسة دور الأعراف التجارية في تنظيمه (المطلب الثاني).

### المطلب الأول: مكانة الأعراف التجارية في تنظيم عقد البيع الدولي للبضائع

يعرف عقد البيع الدولي للبضائع صعوبة في تنظيمه بسبب اختلاف الأنظمة القانونية لأطرافه، بالإضافة إلى صعوبة إخضاعه للقوانين الوطنية التي أثبتت عجزها عند تنظيم العلاقات التجارية الدولية. هذا ما جعل المجتمع الدولي ينادي إلى إيجاد وسائل أخرى أكثر فعالية لتوحيد القواعد والأحكام المنظمة لعقد البيع الدولي للبضائع لتسهيل التعاقد به. ومن المعروف أن الاتفاقيات الدولية تعتبر من أهم وأحسن وسائل التوحيد لذا سعى المجتمع الدولي لتوحيد أحكام عقد البيع الدولي للبضائع من خلال وضع اتفاقيات دولية خاصة منظمة لهذا العقد (الفرع الأول) كما أن الأعراف التجارية لعبت دوراً هاماً ومميزاً في تنظيم عقد البيع الدولي للبضائع (الفرع الثاني).

### الفرع الأول: أهم الاتفاقيات الدولية التي حاولت تنظيم عقد البيع الدولي للبضائع

يعتبر عقد البيع الدولي للبضائع أهم العقود الدولية الخاصة بضبط المبادلات التجارية الدولية، لذا حاول المجتمع الدولي عقد العديد من المؤتمرات بغرض البحث في كيفية وضع اتفاقيات تهتم بموضوع تنظيم عقد البيع الدولي للبضائع وهو ما ترجم فعلاً في وضع كل من اتفاقيتي لاهاي 1964 (أولاً) واتفاقية فينا للبيع الدولي للبضائع 1980 (ثانياً).

أولاً: اتفاقيتي لاهاي 1964 للمنظمتين للقانون الموحد الخاص بتكوين عقد البيع الدولي

### للمنقولات المادية

بدأ المعهد الدولي لتوحيد القانون الخاص بروما العمل على إعداد قانون موحد للبيع الدولي للبضائع سنة 1930 من خلال إنشاء لجنة خاصة أسندت لها مهمة وضع مشروع اتفاقية دولية خاصة تتضمن قانوناً موحداً للبيع الدولي للبضائع سنة 1935 ليتم استطلاع رأي الدول حولها، لتتشكل بعد ذلك لجنة مصغرة عملت على تعديل المشروع حسب نتائج استطلاع الرأي لتضع صياغة جديدة للمشروع سنة 1938، ليتوقف العمل على المشروع بسبب اندلاع الحرب العالمية الثانية<sup>1</sup>.

وبعد انتهاء الحرب العالمية الثانية رأى معهد روما ضرورة العودة للبحث في المشروع بسبب ما عرفته التجارة الدولية من تطورات على أن يكون هذا المشروع محل نظر مؤتمر دبلوماسي ليتسنى له الظهور على نطاق دولي واسع. وقامت الحكومة الهولندية بتلبية رغبة معهد روما من خلال الدعوة إلى مؤتمر دبلوماسي عقد في نوفمبر عام 1951 وحضرته وفود عشرون دولة ومراقبون يمثلون خمس دول، ودعيت إليه غرفة التجارة الدولية واللجنة الاقتصادية الأوروبية ومعهد روما، وأوصى المؤتمر بإعادة النظر في المشروع بصفة شاملة على ضوء الاتجاهات العامة التي ظهرت في المؤتمر والأسس التي أوصى بالاسترشاد بها<sup>2</sup>.

أعد معهد روما مشروعاً آخر لاتفاقية دولية لتوحيد قواعد تكوين عقد البيع سنة 1958 ليتقرر عقد مؤتمر دبلوماسي لإقرار المشروعين<sup>3</sup>. وانعقد المؤتمر في الفترة من 02 إلى 25 أبريل 1964 في مدينة لاهاي، وحضره 28 دولة وعدة منظمات دولية أهمها معهد روما وغرفة التجارة الدولية لتنتهي أعمال المؤتمر بإقرار اتفاقيتين مستقلتين:

<sup>1</sup> عبد الله نوار شعث، المرجع السابق، ص ص 158-159.

<sup>2</sup> حبيب ثروت، المرجع السابق، ص ص 301-302.

<sup>3</sup> عبد الله نوار شعث، المرجع السابق، ص 159.

- اتفاقية لاهاي المنظمة للقانون الموحد للبيع الدولي للمنقولات المادية والتي دخلت حيز التنفيذ في 18 أوت 1972.

- اتفاقية لاهاي المنظمة للقانون الموحد الخاص بتكوين عقد البيع الدولي للمنقولات المادية والتي دخلت حيز التنفيذ في 23 أوت 1972.

وقد يتساءل الكثير عن عدم إدماج الاتفاقيتين في اتفاقية واحدة؟ ويبرر ذلك بتفضيل فصل الاتفاقيتين إذ قد تلاءم إحدى الاتفاقيتين بعض الدول ولا تلائمها الاتفاقية الأخرى، فإذا أدمجت الاتفاقيتين معا فإن مثل هذه الدول ستضطر للإعراض عنهما معا، أما إذا انفصلتا أقبلت كل دولة على الاتفاقية التي تلائمها<sup>1</sup> أي ضمان الإقبال أو المصادقة ولو على اتفاقية واحدة منهما.

وقد عرفت اتفاقيتي لاهاي الكثير من الانتقادات بسبب انضمام عدد قليل من الدول لها ويعود ذلك لظروف انعقادها والتي لم تكن مشجعة فقد حضر مؤتمر لاهاي خمسة وعشرون دولة أغلبها من دول أوروبا الغربية، وغابت عنه دول ذات شأن في التجارة الدولية كالاتحاد السوفياتي، الهند، الصين، وكل دول أمريكا اللاتينية تقريبا، وبعد أن عقدت لجنة القانون التجاري أولى دوراتها عام 1968، وكان البيع التجاري الدولي أول اهتماماتها قررت النظر في اتفاقيتي لاهاي لعام 1964 لتقرر ما إذا كان الأفضل الاحتفاظ بهما مع التوصية بالانضمام إليهما أم وضع اتفاقية جديدة تغني عنهما، وبعد استطلاع اللجنة رأي الحكومات أبدت أغلب الحكومات رغبتها في وضع اتفاقية جديدة يقرها مؤتمر دبلوماسي تدعوا إليه الأمم المتحدة لذا تم إنشاء مجموعة عمل جديدة عام 1969 تعمل على إعداد مشروع اتفاقية جديدة<sup>2</sup> لتوحيد أحكام وقواعد البيع الدولي للبضائع.

<sup>1</sup> محسن شفيق، المرجع السابق، ص 24.

<sup>2</sup> المرجع نفسه، ص ص 24-25.

## ثانيا: اتفاقية فينا للبيع الدولي للبضائع 1980

تعرف اتفاقية فينا للبيع الدولي للبضائع 1980 أيضا باسم اتفاقية الأمم المتحدة للبيع الدولي للبضائع وتعتبر هذه الاتفاقية أهم اتفاقية على الإطلاق خصصت لموضوع البيع الدولي للبضائع، وقد ساهمت ظروف تاريخية في وضعها (1) كما أفرزت عدة معطيات هامة في مسألة تنظيم عقد البيع الدولي (2).

## 1/ الظروف التاريخية لوضع اتفاقية فينا 1980

بسبب قلة الانضمام لاتفاقتي لاهاي 1964 واصلت لجنة القانون التجاري الدولي UNCITRAL مساعيها لتحقيق تنظيم موحد لعقد البيع الدولي للبضائع، حيث عينت مجموعة للعمل على وضع اتفاقية جديدة. وقد أخذت المجموعة اتفاقتي لاهاي 1964 بعين الاعتبار كأساس للاتفاقية الجديدة، وبعد تسع دورات من الاجتماعات وفي سنة 1976 أتمت المجموعة مشروع اتفاقية تحل محل اتفاقية لاهاي التي تخص البيع الدولي للبضائع، وفي سنة 1978 أتمت مشروع آخر لاتفاقية تحل محل اتفاقية لاهاي الخاصة بتكوين عقد البيع الدولي للبضائع وفي يونيو 1978 عرض المشروعين على (اليونسترال) ووافقت عليه لكنها قررت ضم المشروعين معا في مشروع واحد لاتفاقية دولية واحدة<sup>1</sup>.

أقرت الجمعية العامة للأمم المتحدة المشروع في قرارها رقم 93/33 بتاريخ 16 ديسمبر 1978 وأحالته إلى مؤتمر دبلوماسي انعقد في مدينة فيينا في ربيع 1980<sup>2</sup>، وناقش المؤتمر المشروع وأدخل عليه بعض التعديلات ثم أقره في 11 أبريل 1980 متوجا بذلك جهودا بذلت مدة خمسين عاما لبلوغ التوحيد العالمي في البيع التجاري الدولي، وتحمل الاتفاقية اسما رسميا هو: اتفاقية الأمم المتحدة بشأن عقود البيع الدولي وتعرف باسم اتفاقية فينا لعام 1980.

<sup>1</sup> عبد الله نوار شعت، المرجع السابق، ص 41.

<sup>2</sup> محسن شفيق، المرجع السابق، ص 36-37.



وفي الأول من جانفي سنة 1988 دخلت اتفاقية فيينا حيز التنفيذ وكانت تضم 12 دولة وفي سنة 2009 فاق عدد الدول المصادقة عليها 70 دولة ، وهذا دليل على نجاحها والذي يعود إلى تنوع الدول الأعضاء فيها والذي يراعي جميع التصنيفات: دول صناعية، دول نامية، دول ذات اقتصاد حر، دول ذات اقتصاد موجه، دول من الشمال ، دول من الجنوب، كما أن كل القارات ممثلة قد وضعت واعتمدت الاتفاقية تحت رعاية الأمم المتحدة لذا فاتفاقية فيينا يمكنها بسهولة أن تضم كل دول هذه المنظمة<sup>1</sup> وهذا يعتبر مكسب كبير للاتفاقية ويمنحها نوع من الإجماع الدولي مقارنة بغيرها من الاتفاقيات الدولية.

## 2/ مضمون اتفاقية فيينا للبيع الدولي للبضائع 1980

تضم اتفاقية فيينا مائة وواحد مادة موزعة على أربع أقسام<sup>2</sup>، وتتص المادة 92 من الاتفاقية على حق أي دولة متعاقدة عند الانضمام للاتفاقية الالتزام فقط بأحد القسمين الثاني أو الثالث وهذا لمنح الدول حرية الانضمام إلى أحد الموضوعين سواء تكوين عقد البيع الدولي للبضائع أو الأحكام الموضوعية للبيع الدولي للبضائع كأنهما اتفاقيتين منفصلتين وهذا لضمان انضمام عدد كبير من الدول.

يمكن الجزم بأن اتفاقية فيينا أصبحت النص الموحد الأكثر أهمية في مجال البيع الدولي وما يؤكد ذلك العدد الهام للتطبيقات الفقهية لها ويعود هذا لكونها حقيقة أداة للتوحيد، فوضعوا اتفاقية فيينا أخذوا من كل نظام قانوني موجود أحسن القواعد من خلال فصلها عن

<sup>1</sup> MINH HANG Nguyen, La Convention de Vente de 1980 sur la Vente International de Marchandises et Le Droit Vietnamien de La Vente, Thèse de Doctorat, Spécialité Droit des Affaires Internationales, Université François Rabelais de Tours, Soutenue 17mars 2009, P16.

<sup>2</sup> القسم الأول: نطاق تطبيق الاتفاقية والأحكام العامة.

القسم الثاني: نطاق تطبيق الاتفاقية والأحكام العامة.

القسم الثالث: الأحكام الموضوعية للبيع الدولي للبضائع.

القسم الرابع: الأحكام الختامية.

مصدرها لإعطائها صيغة بسيطة عالمية<sup>1</sup>، وعند تطبيق اتفاقية فيينا على العقد التجاري الدولي فإن هذه الأخيرة تصبح جزء من القانون الوطني بالنسبة للدول المصادقة عليها<sup>2</sup>. واليوم ومن خلال مراجعة مختصي قانون التجارة الدولية وممارسي حل النزاعات الدولية نجد أن اتفاقية فيينا عرفت نجاحا كبيرا، فحسب الخبراء هذا يعود لكونها تمنح لقانون التجارة الدولية أداة قانونية في متناول الأطراف ( أطراف عقد البيع الدولي) بشكل متساوي، وهذا يعتبر ميزة مهمة للاتفاقية مقارنة بالاتفاقيتين السابقتين (اتفاقيتي لاهاي 1964) فهي لا تفضل لا البائع ولا المشتري وتجعل المتعاقدين راضيين بكون حقوقهما والتزاماتهما المتبادلة متساوية، ولا يتوقف الأمر هنا فقد تبنى الكثير من المشرعين لعدد من الدول النموذج المعياري لاتفاقية فيينا لإعداد قواعد جديدة للبيع وهذا ما حدث مع التشريع الاسكندنافي والقانون المدني الايرلندي لسنة 1992؛ إذ دمجا الكثير من قواعد اتفاقية فيينا في أحكامهما الوطنية الخاصة بالبيع، كما ساهمت اتفاقية فيينا كثيرا في اعداد العقد الموحد المعتمد من منظمة التنسيق في افريقيا لقانون الاعمال المعروفة ب: OHADA فأعضاء هذه المنظمة لم يوقعوا على اتفاقية فيينا 1980، لذا كان من المهم أن يعتمدوا تشريعات مشتركة تقترب إلى حد كبير من أحكام هذه الاتفاقية، وقد استلهموا الكثير من اتفاقية فيينا خاصة فيما يتعلق بتشكيل عقد البيع الدولي<sup>3</sup>.

ورغم الأهمية البارزة لاتفاقية فيينا للبيع الدولي للبضائع 1980 والنجاح الذي حققته إلا أن هناك بعض الانتقادات التي وجهت لها، فهي لا تنظم كل جوانب عقد البيع الدولي ولا توفر الحلول المناسبة لكل ما يتعلق بهذا العقد فهي تختص فقط بتكوين عقد البيع الدولي والحقوق والالتزامات الخاصة بطرفيه وهذا غير كافي لضمان تنظيم متكامل لعقد البيع الدولي للبضائع.

<sup>1</sup> MINH HANG Nguyen, Op.cit., P16.

<sup>2</sup> DARNAKOUM Emmanuel, « L'application de la convention des nations unis sur les contrats de vente international de marchandises par les arbitres de la chambre de commerce international en dehors de la volonté des parties est-elle prévisible ? », Revue québécoise de droit international, 17.2, 2004, P2.

<sup>3</sup> Ibid., PP 9-16.

### الفرع الثاني: دور الأعراف التجارية في تنظيم عقد البيع الدولي للبضائع

باعتبار أن عقد البيع الدولي للبضائع يعتبر الأصل للعقود التجارية الدولية فإنه من الضروري محاولة الكشف عن دور الأعراف التجارية في تنظيمه، وكما أشرنا سابقاً تعتبر اتفاقيتي لاهاي 1964 وفيينا 1980 أنظمة منفردة بتوحيد تنظيم هذا العقد، هذا ما يتطلب ضرورة دراسة مدى اقرارهما بالأعراف التجارية لتنظيم عقد البيع الدولي للبضائع. ومن أجل ذلك لا بد من تفحص النصوص المقررة بالأعراف التجارية في كل من اتفاقيتي لاهاي 1964 (أولاً) واتفاقية فينا 1980 (ثانياً).

#### أولاً: الأعراف التجارية في اتفاقيتي لاهاي 1964

رغم أن اتفاقيتي لاهاي لم تحققاً نجاح كبير إلا انهما تعتبران الأساس الأول أو النموذج الأول لتنظيم عقد البيع الدولي للبضائع، وعدم الإقبال عليهما لا يعود لمضمونهما وإنما يعود للظروف التي أحاطت بانعقادهما وأخذهما طابع أوروبي بسبب اقتصار المشاركة على الدول الأوروبية في مؤتمر الدبلوماسي الذي خصص لهما، ما دفع باقي الدول خاصة الدول الاشتراكية إلى رفض الانضمام لهاتين الاتفاقيتين.

وبالعودة إلى موضوعنا الأعراف التجارية نجد أن المادة التاسعة من القانون الموحد لاتفاقية لاهاي 1964 قد اهتمت بالأعراف التجارية حيث تنص:

« 1- يرتبط أطراف العقد بالعادة التي يشيرون إليها صراحة أو ضمناً في تعاقدهم، وكذلك بما جرى عليه العمل من قبل فيما بينهما،

2 - ويرتبطون أيضاً بالعادة التي يراها شخص عاقل من طائفتهم، وفي مثل حالتهم، على أنها تنطبق على تعاقدهم،

وفي حالة تعارض العادات مع أحكام هذا القانون وجب تقديم العادات، إلا إذا اتفق على ما يخالف ذلك.

3- وحتى حالة استخدام مصطلحات أو شروط أو صيغ دارجة في التجارة، فإن تفسيرها يجري وفقا للمعنى الذي اعتادت الأوساط التجارية المعنية على إعطائه لها<sup>1</sup>.

تؤكد الفقرة الأولى من المادة السابقة على ضرورة التزام أطراف العقد بكل العادات أي الأعراف التجارية التي صرحوا بها في عقدهم أو قصدوها ضمنا دون ذكرها، كما أكدت كذلك على ضرورة الالتزام بكل الأعراف التجارية التي تعاملوا بها من قبل فيما بينهم.

أما الفقرة الثانية من نفس المادة فإنها تشير إلى إمكانية تطبيق كل الأعراف التجارية التي تنتشر في مجالهم التجاري والتي تكون مناسبة لتعاقدهم، وفي رأيي قد تطرق نص الاتفاقية لكل هذه الأعراف للإمام بكل الأعراف التجارية التي قد يرغب فيها طرفي العقد دون استثناء والتي تخدم العقد، ويشير النص أنه إذا حدث أي تعارض لهذه الأعراف التجارية مع أحكام الاتفاقية فإنه يجب تقديم الأعراف التجارية؛ واستخدام عبارة (... وجب تقديم...) يدل على الاعتراف الصريح من الاتفاقية بالمكانة الهامة للأعراف التجارية في تنظيم البيع الدولي مقارنة بأحكامها، فهي ترى أنها الأصلح والأنسب لتنظيم كل ما يتعلق بالبيع الدولي للبضائع وهذا يجعل الأعراف التجارية متفوقة على أحكام اتفاقية لاهاي 1964.

كما أوضحت الفقرة الثالثة من نفس المادة أن تفسير المصطلحات والشروط والصيغ التجارية المختلفة باعتبارها أعراف تجارية يخضع لتفسيرات الأوساط التجارية المعنية أي تفسيرات المجال التجاري الذي تستخدم فيه أو المجال التجاري الذي تخصه كتفسيرات تجارة الخشب أو الحبوب... إلخ وهذا اعتراف واضح بانتماء كل المصطلحات والشروط والصيغ التجارية لعالم التجار وهم الأقدر على تفسيره.

وعليه فقد أولت اتفاقية لاهاي اهتماما كبيرا للأعراف التجارية ومنحتها مكانة هامة في تنظيم عقد البيع الدولي للبضائع حيث أنها رجحتها على نصوصها في حالة تعارضهما،

<sup>1</sup> المادة رقم 9 من القانون الموحد لاتفاقية لاهاي 1964، المصدر السابق.

ويرى الفقهاء أن نص المادة التاسعة يعتبر اعترافاً من قبل مؤتمر دولي (مؤتمر لاهاي) بقيام مجتمع من التجار قادر على إيجاد هيكل يضم مجموعة مستقلة من القواعد القانونية<sup>1</sup> القادرة على توحيد تنظيم عقد البيع الدولي للبضائع.

**ثانياً: الأعراف التجارية في اتفاقية فيينا 1980 للبيع الدولي للبضائع**

تنص المادة التاسعة من اتفاقية فيينا 1980 للبيع الدولي للبضائع

«1- يلتزم الطرفان بالأعراف التي اتفقا عليها، وبالعادات التي استقر عليها التعامل

بينهما.

2 - ما لم يوجد اتفاق على خلاف ذلك، يفترض أن الطرفين قد طبقا ضمناً على عقدهما أو على تكوينه كل عرف كان يعلمان به أو كان ينبغي أي يعلما به متى كان معروفاً على نطاق واسع ومراعى بانتظام في التجارة الدولية بين الأطراف في العقود المماثلة السارية في نفس فرع التجارة»<sup>2</sup>.

بداية نلاحظ استعمال مصطلح الأعراف والعادات صراحة في الفقرة الأولى وفي رأيي هذا لتقادي الخلافات الفقهية حول مصطلحي الأعراف التجارية والعادات التجارية وهذا من أجل القضاء على أي تأويل أو تفسير لاستخدام المصطلحين، ولإرضاء كل الاتجاهات الفقهية وإنهاء الجدل القائم حول المصطلحين.

كما نلاحظ أن نص المادة أعلاه مشابه نوعاً ما لما جاء في نص المادة التاسعة من اتفاقيتي لاهاي 1964.

وتؤكد الفقرة الأولى من نص المادة السابقة على ضرورة التزام أطراف العقد بكل الأعراف التي اتفقوا عليها والأعراف التي سبق وأن تعاملوا بها ولم يشيروا لها.

أما الفقرة الثانية فتؤكد أنه يمكن لطرفي العقد تطبيق كل الأعراف التي يعلمان بها أو ينبغي أن يعلما بها، وتقصد بذلك كل الأعراف التجارية المتداولة في مجال تجارتهم الدولية

<sup>1</sup> حبيب ثروت، المرجع السابق، ص 333.

<sup>2</sup> المادة رقم 9 من اتفاقية فيينا 1980 للبيع الدولي للبضائع 1980، المصدر السابق.

والتي يجب العلم بها أو على الأقل كان ينبغي على طرفي العقد أن يعلما بها نظرا لكونها معروفة على نطاق واسع ومنتشرة بين الممارسين لنفس نوع التجارة، وأن تكون مستخدمة بانتظام في هذا النشاط التجاري.

ونلاحظ كذلك أن أحكام اتفاقية فينا لم تشر لحالة التعارض الي يمكن أن تقع بين أحكامها والأعراف التجارية عند استعمال هذه الاخيرة؛ والتي سبق وأشارت لها اتفاقية لاهاي 1964 حيث رجحت الأعراف التجارية على أحكامها، ويعود هذا إلى ما جاء ذكره في المناقشات التي جرت بصدد إعداد نصوص مشروع اتفاقية فينا 1980، فقد تعرضت للانتقاد من قبل البعض على أساس أن أحكام اتفاقية لاهاي 1964 تغلب العادات التجارية على قواعدها، لذا فضل معدو اتفاقية فينا عدم التطرق لحالة التعارض لأن هناك دول نامية معروفة بعاداتها للأعراف التجارية؛ فقد عبرت دولة المكسيك عن مخاوفها من خلال الإشارة لكون أولوية الأعراف التجارية على القانون الموحد يمكن أن يؤدي إلى فرض أعراف تجارية غير عادلة أو ممارسات غير عادلة على الطرف الضعيف<sup>1</sup>، ولكن رغم ذلك فإن إقرار الاتفاقية بمبدأ قانون الإرادة من خلال المادة السادسة منها وإقرارها لضرورة التزام الأطراف بالأعراف التجارية المتفق عليها يشجع طرفي العقد على اختيار الأعراف التجارية كقانون لتنظيم عقدهم مع إمكانية استبعاد الاتفاقية، أو اختيار الأعراف والاتفاقية معا كقانون للعقد؛ لذا فاتفاقية فينا 1980 قد فتحت المجال واسعا لتنظيم العقد التجاري الدولي بالاعتماد على الأعراف التجارية متى رغب الأطراف في ذلك سواء بشكل مباشر من خلال نص المادة التاسعة منها، أو بشكل غير مباشر من خلال إقرار الاتفاقية لمبدأ قانون الإرادة والذي يمنح الحرية لأطراف العقد لاختيار الأعراف التجارية أو غيرها من الأنظمة لتنظيم العقد، لذا فالاتفاقية جعلت نصوصها من النوع التفسيري المكمل لإرادة المتعاقدين لتكون لهم حرية مخالفتها أو تعديل بعض آثارها<sup>2</sup>، حيث تنص المادة السادسة من الاتفاقية «يجوز للطرفين

<sup>1</sup> KACZOROWKA Alina, Op.cit., P446.

<sup>2</sup> محسن شفيق، المرجع السابق، ص31.

استبعاد تطبيق هذه الاتفاقية، كما يجوز لهما فيما عدا الأحكام المنصوص عليها في المادة 12، مخالفة نص من نصوصها أو تعديل آثارها»<sup>1</sup> أي أنه إذا استبعد الطرفين الاتفاقية أمكنهما استخدام الأعراف التجارية إذا رغبوا في ذلك وإذا اختارا الاتفاقية فإن المادة التاسعة منها تقر بالأعراف التجارية وهذا يدل على المكانة الهامة للأعراف التجارية في الاتفاقية .

كما أهملت اتفاقية فيينا 1980 موضوع المصطلحات التجارية والتي سبق وتطرقت له اتفاقتي لاهاي 1964 وهذا جعل غرفة التجارة الدولية تعلق « المشاكل المتعلقة بتفسير المصطلحات التجارية ليست بالضرورة نفسها المتعلقة بأهمية الأعراف التجارية، وفي كل الأحوال يجب التوضيح أن تفسير المصطلح التجاري مثل FOB أو CIF لا يجب أن يتم بالاعتماد على أحكام الاتفاقية، ولا بتفسير قانون وطني معين، ولا بقواعد القانون الدولي الخاص؛ ولكن بالإشارة أساساً إلى المعايير الدولية للتفسير »<sup>2</sup> وقد قصدت غرفة التجارة الدولية أن الاتفاقية أولت اهتماماً خاصاً بالأعراف التجارية، وهذا لا يغني عن مشكل تفسير المصطلحات التجارية إذ كان يجب على الاتفاقية أن تهتم أيضاً بهذا الموضوع الهام. وعليه نجد أن اتفاقتي لاهاي 1964 واتفاقية فيينا 1980 قد اهتمتا بالأعراف التجارية، واجازتا إخضاع عقد البيع الدولي للبضائع للأعراف التجارية متى اتفق أطراف العقد عليها، واتفاقية لاهاي 1964 رجحت الأعراف التجارية على أحكامها عند تعارض أحكامها مع الأعراف التجارية؛ وهذا دليل واضح واعتراف دولي قانوني بالمكانة الهامة التي بلغتها الأعراف التجارية في تنظيم عقد البيع الدولي للبضائع بصفة خاصة والعقد التجاري الدولي بصفة عامة وهذا في النهاية ينعكس بشكل إيجابي على تنظيم التجارة الدولية.

<sup>1</sup> المادة رقم 6 من اتفاقية فيينا للبيع الدولي للبضائع 1980، المصدر السابق.

<sup>2</sup> « *Les problèmes liés à l'interprétation ne sont pas nécessairement les mêmes que ceux qui ont trait à l'interprétation des usages. En tous cas, il doit être précise ; que l'interprétation d'un terme commercial FAB ou CIF ne doit pas être faite au moyen des dispositions de la convention, ni d'une définition d'un droit national indiqué par les règles du droit international privé, mais en se référant essentiellement aux normes internationales d'interprétation* ».

KACZOROWKA Alina, Op.cit., P455.

**المطلب الثاني: دور الأعراف التجارية في تنظيم عقد الفرنشايز الدولي**

أدت التطورات التي عرفتها التجارة الدولية إلى تغيرات جذرية في طرق التعامل التجاري الدولي والتي أدت بدورها إلى ظهور العديد من العقود الحديثة التي تعتمد على مواضيع جديدة غير معروفة وتختلف كثيرا عن العقود التجارية الدولية التقليدية التي كانت تعتمد أساسا على بيع وشراء السلع والبضائع وتقديم الخدمات عبر الحدود.

كما أن هذه التطورات دفعت بالمتعاملين الاقتصاديين إلى التفكير في توسيع أنشطتهم التجارية والعبور بها إلى أسواق ومناطق تجارية جديدة ولكن بأقل التكاليف وبطرق آمنة ودون اللجوء للاستثمار المباشر الذي يحتاج لرؤوس أموال معتبرة مع الكثير من التقلبات والنفقات.

ولتحقيق هذه الرغبة فكر المتعاملون الاقتصاديون في عقود دولية جديدة مواضيعها تعتمد أساسا على استثمار خبراتهم وتجاربهم وأفكارهم وتقنياتهم وممارساتهم التجارية والتي يمكن أن تسمح لهم بتحقيق الفوائد والأرباح والتوسع في انشطتهم التجارية ولكن بأسلوب جديد آمن ومختلف تماما لا يعتمد على البيع والشراء بالشكل التقليدي المعروف.

ومن أهم هذه العقود الذي عرف في السنوات الأخيرة انتشارا ورواجا ملحوظا في العالم نجد عقد الفرنشايز الدولي (الفرع الأول) والذي يتصف بخصائص مميزة له (الفرع الثاني) وأمام حداثة هذا العقد وتبوءه مكانة هامة بين العقود التجارية الدولية فمن الضروري التطرق لدور الأعراف التجارية في تنظيمه (الفرع الثالث).

**الفرع الأول: مفهوم عقد الفرنشايز الدولي**

عقد الفرنشايز الدولي من العقود الحديثة التي اجتاحت العالم بشكل سريع في السنوات الاخيرة، والتي وضعت أساسا لتلبية رغبة المتعاملين الاقتصاديين المتمثلة في التوسع في أنشطتهم التجارية والخدماتية عبر الحدود مستغلين في ذلك خبرتهم وتجربتهم ومعرفتهم وأفكارهم التي توصلوا إليها خلال ممارستهم لمختلف الأنشطة التجارية والتي كانت سببا



رئيسيا في نجاح مشاريعهم التجارية لتشكل موضوعا يمكن التعاقد به عن طريق عقد الفرنشايز الدولي.

ويعتبر عقد الفرنشايز الدولي وليد الحياة المهنية والتجارية للمتعاملين الاقتصاديين أي أنه نشأ من الممارسة التجارية والخبرة المهنية التي كانت سببا في نجاح النشاط التجاري، لذا فإنه وليد الأعراف التجارية السائدة في مختلف الأنشطة التجارية والخدمات التي حققت نجاحا باهرا والتي يمكن نقلها إلى مناطق تجارية جديدة لأنها تشكل موضوعا يمكن التعاقد به مع أطراف جديدة دون اللجوء إلى الاستثمار المباشر.

وبسبب حداثة عقد الفرنشايز الدولي فإنه يجب في البداية التعريف به (أولا) مع التطرق لكيفية ظهوره (ثانيا) و تحديد أطرافه (ثالثا) وأخيرا تبيان محله (رابعا).

### أولا: تعريف عقد الفرنشايز الدولي

في البداية يجب التفرقة بين الفرنشايز كنظام والفرنشايز كعقد.

#### 1/ تعريف نظام الفرنشايز

يعرف نظام الفرنشايز بصفة عامة بأنه مجموعة قوانين للملكية الصناعية تخص علامات، اسم تجاري، رمز، رسوم، نماذج أو معرفة فنية موجهة للاستغلال من أجل بيع مواد أو تقديم خدمات للمستهلكين النهائيين<sup>1</sup>.

ويعرف نظام الفرنشايز أيضا بأنه تقديم المعلومات حول كيفية القيام بالبيع، وتحديد المعلومات حول كيفية القيام بالبيع، وتحديد الأسعار، وتقديم الخدمات، وكذا أسلوب التعامل مع الزبائن، وكيفية استقطابهم للإقبال على المؤسسات المستفيدة من تلك المعرفة الفنية<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> BERNARD BALAISE Jean et DESGORCES Richard, Droit des affaires ,commerçant, concurrence, distribution,8eme édition, LGDJ lextenso éditions, sans date, P non numérote .

<sup>2</sup> نقلا عن إرزيل الكاهنة، «عن إخضاع عقد الأعمال للقانون»، المرجع السابق، ص42.

وعرفته المحكمة الجزائرية في باريس في 04 مارس 1984 ومحكمة استئناف باريس في 23 افريل 1978 بأنه طريقة للتعاون بين مؤسسات مانحة من جهة، وبين مؤسسة أو عدة مؤسسات ممنوح لها من جهة أخرى. ويعني هذا أنه بالنسبة للشركة المانحة:

1/ ملكية اسم شركة، اسم تجاري، اختصار ورمز لعلامة بتصنيع، التجارة أو خدمات بالإضافة لمعرفة توضع في متناول مؤسسات ممنوح لها.

2/ تعاون في المنتجات و/ أو الخدمات "تقدم بطريقة أصلية وخاصة" "مستغلة إجباريا وكليا حسب التقنيات الموحدة مسبقا الموضوعة والمراقبة". هذا التعاون يهدف إلى تطوير سريع للمؤسسات المتعاقدة، عن طريق العمل المشترك الناتج عن اشتراك الرجال ورؤوس الأموال مع الاحتفاظ بالاستقلال في إطار حصري متبادل. ويعني اجر أو مصلحة اقتصادية مكتسبة للمانح مالك العلامة والمعرفة الفنية<sup>1</sup>.

2/ تعريف عقد الفرنشايز الدولي

يعرف عقد الفرنشايز بأنه اتفاق من خلال مؤسسة المانح تتفق مع آخر الممنوح له لتبادل تعويض مالي مباشر أو غير مباشر، للحق في استغلال فرنشايز بهدف المتاجرة في نوع أو عدة أنواع من المواد<sup>2</sup>.

ويعرفه قانون BOUDIN « كل شخص يضع تحت تصرف شخص آخر اسم تجاري،

علامة أو رمز مع مطالبته بالالتزام حصريا أو شبه حصري لممارسة نشاطه، والتوقيع مسبقا على كل عقد مبرم للمصلحة المشتركة للطرفين بتوفير للطرف الآخر وثيقة تتضمن

<sup>1</sup> محمد محسن إبراهيم النجار، عقد الامتياز التجاري LA FRANCHISE، دراسة في نقل المعارف الفنية، دار المطبوعات الجامعية، 2015، ص ص 6-7.

<sup>2</sup> *Le contrat de franchise est un accord par lequel une entreprise, le franchiseur, accord à une autre, le franchisee, en échange d'une compensation financière directe ou indirecte, le droit d'exploiter une franchise dans le but de commercialiser un ou plusieurs type de produits,* BERNARD BALAISE Jean et DESGORCES Richard, Op.cit., P non numérote.

معلومات صادقة تسمح له بالالتزام بالمعرفة»<sup>1</sup>.

يتبين أن عقد الفرنشايز أساسه التعاون حيث يمنح خلاله أحد الطرفين وهو المانح معرفته الفنية أو علامته التجارية أو خبرته في كيفية تقديم الخدمات أو طريقته في البيع... إلخ لطرف آخر وهو الممنوح له ليستغلها مقابل مبالغ مالية يستفيد منها المانح وإذا تم هذا التعاقد عبر الحدود فإنه يصبح دولياً.

ويعتبر عقد الفرنشايز من عقود التوزيع فصاحب الفرنشايز أو المانح قد عرف نجاح تجاري وسمح لأحد الموزعين أو عدة موزعين تطوير وإنتاج طريقته التجارية، وعقد الفرنشايز سيربط المانح مع الممنوح لهم ومجموع العقود المنجزة سيشكل في النهاية شبكة أو شبكة توزيع<sup>2</sup>.

### ثانياً: ظهور عقد الفرنشايز الدولي

مصطلح الفرنشايز مصطلح فرنسي قديم تم استخدامه لوصف الآلية التعاقدية المتمثلة في منح الامتياز وقد أعاد الأمريكيون استعمال هذا المصطلح في مطلع القرن العشرين، حيث قام أحد الصناعيين الأمريكيين بتوزيع منتجاته الصناعية بواسطة شبكة من الموزعين المستقلين عن طريق مدهم بالمساعدة الفنية ونقل المعرفة والمهارات التقنية التي يمتلكها إليهم ليقوموا بتطبيقها في تعاملهم مع المستهلكين وأدى نجاح هذه الفكرة في أمريكا إلى قيام شركات أخرى بتطبيقها<sup>3</sup>.

وفي دراسة إحصائية لانتشار الفرنشايز في الولايات المتحدة الأمريكية أظهرت النتائج أن الولايات المتحدة الأمريكية هي الرائدة في هذا المجال حيث يتم افتتاح محل يعمل بنشاط

<sup>1</sup> « Toute personne qui met à la disposition d'une autre personne un nom commercial, une marque ou une enseigne, en exigeant d'elle un engagement d'exclusivité ou quasi exclusivité pour l'exercice de son activité, est tenue préalablement à la signature de tout contrat conclue dans l'intérêt commun des deux parties de fournir à l'autre partie un document donnant des informations sincères, qui lui permet de s'engager en connaissance de cause »،

Loi DOUBIN, N° 89-1008 du 31 Décembre 1989 relative au développement des entreprise commerciales et artisanales et à l'amélioration de leur environnement économique, juridique et social.

<sup>2</sup> BOUVIER Amandine, Regards sur le contrat de franchise, thèse pour obtenir le grade de docteur, université de Montpellier, 7 décembre 2015, P58.

<sup>3</sup> لبنى عمر مسقاوي، عقد الفرنشايز، المؤسسة الحديثة للكتاب، لبنان، 2012، ص13.

الفرنشايز كل 08 دقائق في كل يوم عمل، وحوالي 41% من مبيعات السوق القطاعي على صعيد الولايات المتحدة الأمريكية تباع من خلال الحملات الخاضعة لنظام الفرنشايز، كما أن الفرنشايز يساهم بحوالي 900 مليار دولار من قيمة الناتج المحلي الأمريكي سنويا كما وفر حوالي 08 ملايين وظيفة<sup>1</sup> وحقق رقم أعمال قدره 710 مليار دولار سنة 2017.<sup>2</sup>

أما في فرنسا فقد ظهر عقد الفرنشايز في بداية السبعينات حيث تجمع سنة 1971 أربعة من المانحين أو (الفرنشايز) لإنشاء فدرالية للفرنشايز حيث وضعوا لها نظاما سنة 1972 وهو النظام المناقبي، وفي سنة 1975 ظهرت فكرة واضحة مفادها أن المؤسسات الأمريكية ستقوم باستثمارات واسعة في الأسواق الأوروبية. وقد وصل عدد شعارات الفرنشايز إلى 108 وتضم 7500 فرنشايزي لترتفع سنة 1979 إلى 203 شبكة تضم 10700 فرنشايزي<sup>3</sup>، وقد حقق سنة 2016 رقم أعمال قدره 55,11 مليار أورو.<sup>4</sup>

أما بالنسبة للبلدان العربية فقد ظهر الفرنشايز في لبنان سنة 1973 مع شركة كنتاكي (KFC) ثم شركة بيبسي كولا، أما في المملكة العربية السعودية فإن الدراسات تظهر أن هناك تجربة رائدة في هذا المجال وهي مطاعم الطازج السعودية التي انتشرت محليا وعالميا وقد بلغ حجم تداول الفرنشايز في السوق السعودية حوالي 3 مليارات دولار<sup>5</sup>، أما في الجزائر فقد ظهر نظام الفرنشايز سنة 1995 من خلال علامات بعض المواد الغذائية مثل: كوكا كولا، دانون، كانديا وعلامات فندقية مثل: الهلتون، السوفيتال، والشراتون.<sup>6</sup>

<sup>1</sup> دعاء طارق بكر البشناوي، عقد الفرنشايز وآثاره، مذكرة ماجستير في القانون، كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية نابلس، فلسطين، 2008، ص 11.

<sup>2</sup> Boumansour Rym, Lahlou Cherif, « La franchise en Algérie : contraintes et atouts », international journal of économies stratégie management of business process (ESMB), vol 11, P 40.

<sup>3</sup> نعيم مغنغب، الفرنشايز، الطبعة الثانية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2009، ص 29.

<sup>4</sup> Boumansour Rym, Lahlou Cherif, Op.cit., P40.

<sup>5</sup> دعاء طارق بكر البشناوي، المرجع السابق، ص 13-14.

<sup>6</sup> Boumansour Rym, Lahlou Cherif, Op.cit., P44.

## ثالثا: أطراف عقد الفرنشايز الدولي

عقد الفرنشايز يتم بين طرفين هما المانح والممنوح له بحيث يسمح للممنوح له القيام بعمل محدد لفترة معينة مع استعماله للاسم التجاري للمانح، كما أن المانح تبقى له السيطرة والرقابة على عمل الممنوح له مع تقديمه كل ما يلزم للممنوح له للقيام بعمله كالمساعدة الفنية والتجارية... إلخ نظير قيام الممنوح له بدفع المستحقات المالية للمانح<sup>1</sup>.

وعليه فإن عقد الفرنشايز الدولي يتم بين طرفين يعرفان بالمانح والممنوح له:

- **المانح Le Franchiseur**: و يعرف أيضا بصاحب الفرنشايز وهو شخص طبيعي أو معنوي يملك معرفة فنية أو عملية أو اسما تجاريا أو علامة تجارية... إلخ والتي كانت سببا في نجاح نشاطه التجاري أو الصناعي، يقدمها أو يمنحها للممنوح له لتشكل موضوعا للتعاقد ليستفيد منها بمقابل مع احتفاظ المانح بحق المراقبة والسيطرة والتزامه بتقديم المساعدة الفنية أو التجارية اللازمة التي يحتاجها الممنوح له.

- **الممنوح له LE Franchisé**: وهو شخص طبيعي أو معنوي يتلقى معرفة فنية أو عملية أو اسما تجاريا أو علامة تجارية... إلخ من المانح ليستفيد منها مع التزامه بتقديم مبلغ مالي معين مقابلها.

## رابعا: محل عقد الفرنشايز الدولي

يختلف محل عقد الفرنشايز الدولي عن محل العقود التجارية الدولية التقليدية فهو لا يقوم على البضاعة والسلع المادية، فقد يكون علامة تجارية أو اسما تجاريا أو خبرة تجارية أو طرق للبيع... إلخ أو معرفة فنية هذه الأخيرة تطورت كثيرا لتشكل ظاهرة اقتصادية

<sup>1</sup> نقلا عن عبد الله محمد أمين القضاء، آثار عقد الفرنشايز وانقضاؤه، مذكرة ماجستير في القانون، جامعة الشرق الأوسط، 2015، ص15.

وقانونية<sup>1</sup> والتي تعتبر مجموعة من المعارف التقنية، العمليات التجارية المكتسبة أو المعتمدة في مؤسسته الخاصة والتي تشكل "وصفة" نجاح الفرنشايز<sup>2</sup>.

وتعرف المعرفة الفنية أيضا بأنها تتمثل في منتج ما أو نوعية من المنتجات المحددة، أو هي مجموعة المعارف اللازمة لإعداد مشروع، أو ما يتعلق بأمور فنية، أو بأساليب العمل، فهي تشكل في مجموعها أو جزء منها ما يلزم لإعداد هذه الأمور أو الأساليب<sup>3</sup>.

ويمكن أن تمثل المعرفة الفنية مجموعة المعارف التكنولوجية والعملية والصناعية والإدارية الجديدة القابلة للانتقال والتي تحتفظ بها المشروعات بشكل سري وغير مشمولة ببراءات الاختراع<sup>4</sup>.

إذن فالمعرفة الفنية أو العملية هي التقنيات والمعارف والأفكار والتجارب التي اكتسبها المانح وطورها طيلة ممارسته لنشاط تجاري معين والتي تعتبر السبب الرئيسي لنجاح هذا النشاط، وتمثل المعرفة الفنية موضوع أو محل عقد الفرنشايز فقد أصبحت المعرفة الفنية كالسلع أو البضائع يمكن تقديرها بقيمة مالية جد معتبرة وهذا أتاح إمكانية بيعها وشرائها إن صح التعبير.

وهناك مجموعة من الشروط التي يجب أن تتوفر في المعرفة الفنية وهي:

1 / أن تكون مبتكرة؛ والابتكار لا ينصب بالضرورة على المنتج نفسه بل غالبا ما ينصب على أسلوب بيعه أو تسويقه أو طريقة عرضه في نقاط البيع أو الوسائل المعتمدة في هذه

<sup>1</sup> أمل سليمان الهواوشة، نقل المعارف الفنية في عقد الفرنشايز، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الإسراء، 2015، ص4.

<sup>2</sup> Cité par RIBEIRO Oertel, Le contrat International de Distribution en Droit Français et Brésilien, thèse pour obtenir le titre de docteur en droit international, Faculté de droit et sciences politique et Gestion, Université de Strasbourg , 2014, P90.

<sup>3</sup> نقلا عن معاشو عمار، المرجع السابق، ص71.

<sup>4</sup> نقلا عن أمل سليمان الهواوشة، المرجع السابق، ص48.

النقاط<sup>1</sup> ويقصد بالابتكار أن تكون المعرفة الفنية متميزة عن غيرها من المعارف العادية، وفي المجال الصناعي يجب أن تكون غير معروفة ولا يشترط أن تكون مستحدثة فقد تكون عناصرها مأخوذة أو مستعارة من وضع تقني قائم أضيفت له تحسينات ويقاس هذا التحسين بالمستوى التكنولوجي الذي سيحدثه مقارنة بما كان موجود سابقاً<sup>2</sup>.

2 / أن تكون سرية؛ ولا يشترط أن تكون السرية مطلقة وإنما يمكن أن تكون معلومة لدى قلة من المشتغلين بفرع النشاط وهذا المعيار النسبي للسرية لا يقتصر على مجموعة الأشخاص العاملين بالمعرفة الفنية وإنما يمتد إلى مضمون الابتكار إذ يمكن أن ترد السرية على وصفة جديدة لعناصر معروفة مسبقاً<sup>3</sup> وهذا ما حدث مع الكثير من المنتجات والمشروبات التي لا تعرف وصفاتها وتركيباتها والتي تبقى سرية وهي التي كانت السبب في نجاح وانتشار هذه المنتجات.

3 / أن تكون محددة وعملية وقابلة للانتقال؛ محددة لكن متطورة فعلى المانح تكييف منتجاته وخدماته مع السوق المعنية ومراجعة أساليب التسيير وعملية أي أنها تتعلق بأساليب التصنيع أو طرق التسيير أو إجراءات البيع أو طرق تنسيق المحلات التجارية وأن تكون كنتيجة لخبرة المانح، ويكون بإمكان الممنوح له تكرار النموذج المقدم بعناية وقابلة للانتقال فهو ما يميزها عن نجاح بسيط مرتبط بشخصية أو موهبة تاجر أو ما يعرف بالمهارة<sup>4</sup>، ويقصد بذلك أن يتمكن المانح من منحها ونقلها للممنوح له بسهولة وأن يتمكن هذا الأخير من ممارستها في غياب المانح.

<sup>1</sup> لبنى عمر مسقاوي، المرجع السابق، ص42.

<sup>2</sup> نقلا عن امل سليمان الهواوشة، المرجع السابق، ص57.

<sup>3</sup> محمد حسين إبراهيم النجار، المرجع السابق، ص4.

<sup>4</sup> عروسي سامية، المرجع السابق، ص42.

### الفرع الثاني: خصائص عقد الفرنشايز الدولي

يتميز عقد الفرنشايز الدولي بمجموعة من الخصائص نذكر منها:

#### أولاً: عقد الفرنشايز الدولي من العقود غير المسماة

عقد الفرنشايز عقد حديث لم يحظى بأي تنظيم تشريعي خاص به، خاصة وأنه لم يستقر بعد ولا يزال يعرف الكثير من المستجدات والتطورات والتغيرات، لذا فإنه يخضع للقواعد والأحكام العامة والأعراف السائدة والخاصة بالأنشطة والميادين التجارية التي نشأ فيها .

#### ثانياً: عقد الفرنشايز الدولي من عقود المعاوضة

يقوم عقد الفرنشايز على نقل المعرفة الفنية والعملية والنماذج والعلامات التجارية والصناعية وطرق البيع...إلخ التي كانت السبب في نجاح نشاط المانح إلى الممنوح له ولكن بمقابل مالي معتبر يسمى الرسم وهذا ما يجعل هذا العقد من عقود المعاوضة.

#### ثالثاً: عقد الفرنشايز الدولي ملزم للجانبين

تقع التزامات على كلا طرفي عقد الفرنشايز الدولي فالمانح يلتزم بمنح المعرفة الفنية والعملية أو النماذج والعلامات التجارية والصناعية وطرق البيع...إلخ إلى الممنوح له كما يلتزم بتقديم المساعدة طوال مدة العقد، وفي نفس الوقت يقع على عاتق الممنوح له الالتزام بتقديم مقابل عن تلقيه المعرفة الفنية والعملية أو النماذج أو العلامات التجارية والصناعية...إلخ.

#### رابعاً: عقد الفرنشايز الدولي يقوم على الاعتبار الشخصي

عقد الفرنشايز الدولي يعتمد على التعاون بين طرفيه حيث تؤخذ ميزات وخصائص الشخص المتعاقد بعين الاعتبار، كما أن هذا العقد يركز على العلاقات المشتركة والتعاون الوثيق بين المانح والممنوح له، فالمانح ينقل المعرفة الفنية والأسلوب التقني للممنوح له وهذا



الأخير يقدم رأس المال اللازم لإتمام المشروع ويلتزمان بالالتزامات المحددة في العقد<sup>1</sup>، وهذا يجعل عقد الفرنشايز يقوم على المعرفة الشخصية بين المانح والممنوح له والقائمة على اطمئنان المانح لقدرة الممنوح له المالية والبشرية على تنفيذ تعليماته<sup>2</sup> ووثوق الممنوح له في مقدرة المانح على تقديم المعرفة الفنية والتقنية اللازمة للمشروع.

#### خامسا: عقد الفرنشايز الدولي عقد إذعان

رغم أن عقد الفرنشايز الدولي يسمح للممنوح له من الاستفادة من مؤسسة تجارية أو صناعية قائمة دون تكبد عناء تأسيس مؤسسة جديدة من العدم قد تحقق الأرباح وقد تخسر، إلا أن عدم خضوع عقد الفرنشايز الدولي لأي تنظيم تشريعي خاص به يجعله يعاني من ثغرات في بنيانه القانوني والتعاقدية لأن الأنظمة القانونية غير معدة بشكل كاف لاستقبال مثل هذه الأنشطة الجديدة، وبصفة عامة فإن عقد الفرنشايز يتم وضعه من قبل القانونيين التابعين للمانح دون أي مفاوضات حقيقية مع الممنوح له وليس أمام هذا الأخير إلا الموافقة أو الرفض<sup>3</sup>، وهذا يجعل المانح طرفا قويا اقتصاديا في العقد والممنوح له هو الطرف الضعيف الذي ليس امامه إلا قبول ما يفرضه المانح لإتمام التعاقد وهذا يجعل عقد الفرنشايز الدولي من عقود الإذعان.

#### الفرع الثالث: دور الأعراف التجارية في تنظيم عقد الفرنشايز الدولي

عقد الفرنشايز الدولي من العقود الحديثة التي لم تحضى بأي تنظيم تشريعي خاص، وهذا العقد يخضع أساسا لمبدأ سلطان الإرادة الذي يسمح لأطرافه اختيار القانون المنظم له، ولكن من المعروف أن مبدأ سلطان الإرادة يطبق على العقود التجارية الدولية هذا ما يتطلب ضرورة التأكد من دولية عقد الفرنشايز الدولي (أولا) مع ضرورة التطرق لمخاطر تنظيمه

<sup>1</sup> ريتا سايد سيدة، المرجع السابق، ص110.

<sup>2</sup> عامر محمود الكسواني، « ماهية عقد الفرنشايز »، المجلة المصرية للدراسات القانونية والاقتصادية، العدد السادس، ديسمبر، 2015، ص327.

<sup>3</sup> المرجع نفسه، ص112.

(ثانيا) وكذلك الأنظمة التي حاولت تنظيمه (ثالثا) وفي الأخير يجب التأكد من خضوع عقد الفرنشايز الدولي للأعراف التجارية (رابعا).

### أولا: دولية عقد الفرنشايز الدولي

من المعروف صعوبة تحديد دولية العقود التجارية وهذا ما أدى إلى اعتماد المعيار القانوني والاقتصادي عند تحديدها، وأمام اختلاف وتميز عقد الفرنشايز الدولي مقارنة بالعقود التجارية الدولية التقليدية فإن تحديد دولية هذا العقد خاصة مع غياب أي تعريف قانوني للدولية يتطلب التأكد من انطباق المعيار القانوني (1) والاقتصادي (2) على عقد الفرنشايز الدولي.

#### 1/ المعيار القانوني لتحديد دولية عقد الفرنشايز الدولي

ظهر عقد الفرنشايز في البداية داخل الولايات المتحدة الأمريكية ليعرف انتشارا واسعا ويصل إلى كل قارات العالم، وقد أصبح عقد الفرنشايز دوليا بسبب تباعد أطرافه كما أنه يتميز بالتنوع الاجتماعي والاقتصادي والقانوني وهذا يجعل العلاقة التعاقدية معقدة<sup>1</sup> بحكم انتماء أطرافه لأنظمة قانونية مختلفة، وهذا ما يؤكد توفر العنصر الأجنبي في العلاقة التعاقدية القائمة والذي يجعل عقد الفرنشايز الدولي يرتبط بأكثر من نظام قانوني؛ وهذا ما يجعل عقد الفرنشايز الدولي عقدا دوليا بحكم المعيار القانوني.

#### 2/ المعيار الاقتصادي لتحديد دولية عقد الفرنشايز الدولي

يقوم عقد الفرنشايز الدولي أساسا على الاستثمار غير المباشر في مناطق تجارية جديدة بالنسبة للمانح، هذا الأخير الذي ينقل معرفة فنية أو عملية أو تقنيات أو علامات تجارية أو صناعية أو طرق بيع... الخ إلى مناطق تجارية جديدة مقابل مبالغ مالية معتبرة يستفيد منها هذه الاستثمارات غير المباشرة تمس بمصالح التجارة الدولية؛ فالشركات الكبرى

<sup>1</sup> BEN SALEM Afif, L'exigence de coopération dans les contrats internationaux de franchise, mémoire en vue de l'obtention du grade LL.M en droit, université de Montréal, mai 2008, P16.

تختار دولية النشاط للاستثمار مع تجنب مخاطره وذلك من خلال إقامة نوع من تقسيم العمل التجاري الدولي بين شركات تقوم بإنتاج المعرفة وأخرى تتخصص في استغلالها<sup>1</sup> كما أن نشاط الفرنشايز الدولي يؤدي إلى انتقال مبالغ مالية عبر الحدود فيؤدي إلى مد وجزر في قيم مالية معتبرة، وهذا يجعل عقد الفرنشايز الدولي عقدا دوليا حسب المعيار الاقتصادي كما يمكن اعتبار عقد الفرنشايز عقدا دوليا بسبب توفر المعيارين القانوني والاقتصادي معا.

### ثانيا: مخاطر تنظيم عقد الفرنشايز الدولي

بسبب أهمية الفرنشايز كعقد جديد في البيئة القانونية والتجارية فإنه حاز على اهتمام العديد من رجال القانون والتجارة والقضاء، كما أن اتحادات عامة أسست له سواء على صعيد الدول كالاتحاد البريطاني للفرنشايز والاتحاد الفرنسي للفرنشايز أو على الصعيد الدولي كالاتحاد الدولي للفرنشايز<sup>2</sup>، إلا أن هذا العقد لا يزال يعرف فراغا تشريعيًا وتخوفا كبيرا من تنظيمه.

ويرى الكثير أن تنظيم عقد الفرنشايز الدولي لا يخدمه خاصة أنه عقد حديث لا يزال يعرف الكثير من التطورات والمستجدات حيث أكد السيد JEAN PAQUET في تقرير للمجلس الاقتصادي والاجتماعي والبيئي الخاص بتجمعات التجار والحرفيين « أنه فيما يخص الفرنشايز (... ) ظهر لنا أنه من المبكر التوصية بتحديد وضعه القانوني في القانون وهناك اقتراح بهذا الخصوص قد وضع ولكن من الأحسن الانتظار قبل الاستقرار نهائيا، وهذا حتى تتطور التجربة وهذا سيجعلنا نعرف أكثر ما يجب تنظيمه ويجنبنا وضع إطار جامد جدا يمكن أن يعرقل التوسع المرغوب فيه»<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> محمد محمد سادات، «آثار عقد الفرنشايز في ضوء قواعد الفرنشايز الأمريكية»، مجلة العلوم القانونية والسياسية، عدد 15، جانفي 2017، ص 59.

<sup>2</sup> عامر محمود الكسواني، المرجع السابق، ص 307.

<sup>3</sup> Cité par BOUVIER Amandine, Op.cit., P41.

ويعود عدم التشجيع على الإقدام على تنظيم عقد الفرنشايز الدولي إلى المخاطر التي قد تنشأ عن تنظيم عقد لم يستقر بعد ولا يزال يعرف الكثير من التطور والتغير والتجديد من حين لآخر؛ حيث يرى السيد VANSQER وزير الصناعة والحرف أن وضع إطار منظم خاص بالفرنشايز يمكن أن يحدث انسداد يكون مصدرا لانقسامات خارج القواعد الموضوعية باستخدام الطرق الجديدة للتوزيع أو المصطلحات القانونية الجديدة، كما أن الفقه يناهز بضرورة عدم تنظيم عقد الفرنشايز حيث يقول الأستاذ Philippe le Toureau «سيكون من غير الضروري إنشاء وضع قانوني للفرنشايز والذي سيظهر عيوباً»<sup>1</sup> وهذا يعني أن محاولة تنظيم عقد لم يستقر بعد سيؤدي إلى ظهور الكثير من النقائص والعيوب والتناقضات وقد يعرقل التعاقد بهذا العقد أكثر مما سيخدمه ويعود ذلك إلى التغير المستمر لهذا العقد الذي من المستحيل أن يخضع لنظام قانوني خاص به يمكن أن يلم بكل جوانبه ومسائله وهو لا يزال يعرف الكثير من التطور والمستجدات والتغيرات سواء شكلا أو مضمونا.

إن فأمام حداثة عقد الفرنشايز الدولي بتطوراته المستمرة مع الانتشار الواسع والسريع له فإن تنظيمه سيحتاج لمزيد من الوقت للوصول إلى الإطار القانوني المناسب له الذي يضمن تنظيم كل جوانبه دون عيوب ويشكل يضمن حقوق أطرافه وحسن سيره دون أي مشاكل أو عراقيل.

### ثالثاً: محاولات تنظيم عقد الفرنشايز الدولي

رغم غياب التنظيم القانوني الخاص بعقد الفرنشايز الدولي إلا أن هناك بعض المحاولات التي ظهرت في بعض الدول التي عرفت انتشاراً واسعاً لهذا العقد والتي حاولت تنظيم بعض جوانبه وأهمها:

<sup>1</sup>BOUVIER Amandine, Op.cit., P42.

## 1/ محاولة تنظيم عقد الفرنشايز الدولي في الولايات المتحدة الأمريكية

من الطبيعي أن يعتبر المشرع الأمريكي أول من حاول تنظيم عقد الفرنشايز لأن هذا النشاط ظهر بداية في الولايات المتحدة الأمريكية وعرف انتشارا كبيرا فيها.

وقد حاول المشرع الأمريكي تنظيمه من خلال قانون الكشف الكلي full disclosure act

والذي يكتسب الطابع الوقائي ويسعى لحماية المانح من مخاطر التعاون مع شريك غير أهل للثقة وبدون خبرة فيلزم المانح بإعلانه بشكل كامل قبل توقيع العقد<sup>1</sup> 1979، وعليه فالمشرع الأمريكي اهتم بتنظيم المرحلة السابقة للتعاقد دون تنظيم كل جوانب ومراحل عقد الفرنشايز.

## 2/ محاولة تنظيم عقد الفرنشايز الدولي في فرنسا

تأسست الفدرالية الأوروبية للفرنشايز FEDRATION EUROPEENNE DE

FRANCHISE سنة 1972 وتعتبر منظمة دولية غير حكومية لا تسعى إلى تحقيق الربح، هدفها الأساسي العمل على تشجيع نظام الفرنشايز وانتشاره وتطويره على النحو الذي يساهم في تطوير الاقتصاد الأوروبي<sup>2</sup> وقد كان لها الفضل في إخراج المدونة الأوروبية للفرنشايز حيث تم اعتمادها من طرف دول الاتحاد الأوروبي ومنها فرنسا<sup>3</sup>.

وفي سنة 1984 وضع العاملون في ميدان الفرنشايز نظام آداب سلوكي يحدد العلاقات بين الأطراف، لكن هذا النظام لا يعد تشريعا قانونيا ولكن يمكن للمحاكم أن تعود إليه للفصل في النزاعات وأعيد النظر فيه سنة 1991<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> لبنى عمر مسقاوي، المرجع السابق، ص 34.

<sup>2</sup> عيد عبد الحفيظ، المرجع السابق، ص 239.

<sup>3</sup> زكرياء غطراف، « القواعد الناظمة لعقود التوزيع، عقد الامتياز التجاري - نموذجا - »، مجلة الفقه والقانون، العدد الثامن، يونيو 2013، ص 4.

<sup>4</sup> دعاء طارق بكر البشتاوي، المرجع السابق، ص 13-14.

وفي سنة 1986 فصلت محكمة العدل الأوروبية في نزاع حصل حول شعار فرنسي في ألمانيا فإذا بالمحكمة تصدر حكمها بتاريخ 26 جانفي ترسي فيه القواعد الواجبة التطبيق على الفرنشايز في فرنسا كما في غيرها من الدول الأوروبية، هذا القرار اعترف بأن الفرنشايز عنصر نجاح اقتصادي، وصدر أيضا في فرنسا قانون DOUBIN في 23 ديسمبر 1989 (قانون رقم 39 /1008) الذي يفرض واجب إعلام مسبق على مانح الفرنشايز، والمرسوم الصادر بتاريخ 4 أبريل 1991 يحدد مضمون مستند المعلومات السابقة على التعاقد خاصة معلومات مؤسسة المانح<sup>1</sup>.

نلاحظ أيضا أن المشرع الفرنسي كذلك اهتم بالمرحلة السابقة على التعاقد فقط دون وضع نظام قانوني شامل لكل جوانب ومراحل عقد الفرنشايز.

#### رابعا: خضوع عقد الفرنشايز الدولي للأعراف التجارية

عقد الفرنشايز الدولي منذ نشأته وإلى غاية اليوم لا توجد أي نصوص قانونية تنظمه في جل التشريعات التي تقر به رغم انتشاره الكبير في السنوات الأخيرة، تاركة الأمر إلى قواعد وأحكام يتفق حولها المتعاملون لتصبح مع الوقت ملزمة لهم، مع اعتمادهم على ما تقدمه غرفة التجارة من توضيح وتحديد لقواعد الفرنشايز الدولي<sup>2</sup>.

وأمام غياب أي اتفاقيات دولية وأي أنظمة قانونية خاصة بكل جوانب عقد الفرنشايز الدولي أكد السيد JEAN-MARIE LOUP بأن عقد الفرنشايز عبارة عن تكوين تعاقدني نشأ من الممارسة<sup>1</sup> وعليه فعقد الفرنشايز نشأ في ظل الأعراف التجارية التي كانت تمارس في الأنشطة المتعلقة بموضوع الفرنشايز أي أنه نشأ في مجتمع التجار ورجال المال والأعمال بعيدا عن سلطة الدولة وهذا يجعله ذو طبيعة عرفية بحتة.

<sup>1</sup> نعيم مغيب، المرجع السابق، ص 36-37.

<sup>2</sup> إرزيل الكاهنة، «عن إخضاع عقد الأعمال للقانون»، المرجع السابق، ص 43-44.

كما أن نظام الفرنشايز وأمام التطورات الهامة التي طرأت عليه منذ ظهوره والتي مست الكثير من جوانبه وبفضل الإيجابيات التي حققها سواء من خلال نقله للمعارف الفنية والأساليب التقنية والعملية أو من خلال مساهمته في توفير مناصب الشغل وهذا أدى إلى تدخل الكثير من المؤسسات العملاقة كما تنوعت كثيرا موضوعاته ومجالاته. كل هذه التغيرات في الفرنشايز الدولي صاحبها ترسانة قانونية متنوعة بين قواعد وأحكام ومدونات وقواعد سلوك مع صدور الكثير من المجالات وانعقاد العديد من المؤتمرات والندوات؛ إلا أن التطور الاقتصادي غير مظهر عقد الفرنشايز وهذا جعل النشاط القانوني كأنه يظهر غير منصف في فهمه للفرنشايز ومتخوف من المبادئ القانونية المطبقة في الفرنشايز خاصة الفرنشايز الدولي<sup>1</sup>، وبمعنى آخر أن محاولة وضع ترسانة قانونية متنوعة لعقد الفرنشايز الدولي غير المستقر والمتطور باستمرار يبدو غير منطقي فمن المستحيل وضع إطار قانوني جامد لعقد غير مستقر ولا يزال يتغير ويتجدد باستمرار بل بالعكس هذا الإطار القانوني سيبدو مقصرا وعاجزا امام هذا العقد وقد يؤدي إلى ظهور الكثير من العراقيل والعيوب عند التعامل بالفرنشايز الدولي.

وبما أن عقد الفرنشايز الدولي عقد تجاري دولي فإنه يخضع لمبدأ سلطان الإرادة الذي يسمح لأطراف العقد اختيار القانون المنظم لعقدهم، لذ وأمام صعوبة تنظيم عقد الفرنشايز الدولي فإننا نتساءل عن مدى ملاءمة الأعراف التجارية له؟ وهل بإمكانها تنظيمه رغم عدم استقراره؟

كما بينا سابقا فعقد الفرنشايز الدولي ذو طبيعة عرفية بحتة وقد نشأ في ظل الأعراف التجارية بعيدا عن سلطة الدولة وما يؤكد ذلك غياب أي قوانين خاصة بالتنظيم الشامل لعقد الفرنشايز الدولي فجل القوانين التي حاولت تنظيم هذا العقد ركزت على المرحلة السابقة على التعاقد فقط كقانون DOUBIN مثلا وهذا غير كافي، وامام تزايد أهمية هذا العقد وانتشاره

<sup>1</sup> F PHILIP, ZIDMEN, Le guide d'unidroit sur les accords internationaux de franchise principale : présentation et perspective, RDU1998, P749.

الواسع حاولت بعض المنظمات الدولية المهتمة بالتجارة الدولية التدخل لتنظيم هذا العقد بعيدا عن القوانين والتشريعات الجامدة وفي ظل الأعراف التجارية وأهمها غرفة التجارة الدولية (1) وكذلك المعهد الدولي للقانون الخاص UNIDROIT (2).

### 1/ تنظيم غرفة التجارة الدولية لعقد الفرنشايز الدولي

تصدت غرفة التجارة الدولية لمشكلة تنظيم عقد الفرنشايز الدولي لأنها تهتم بكل ما يخص التجارة الدولية وعقودها خاصة المسائل التي لم تتمكن التشريعات والأنظمة القانونية والاتفاقيات الدولية من تنظيمها، وتسعى غرفة التجارة الدولية دائما لتنظيمها بشكل مختلف معتمدة في ذلك على أسلوب عرفي إن صح التعبير بسبب عدم تمتعها بأي صفة تشريعية، ورغم عدم تمتعها بهذه الصفة إلا أنها حققت الكثير من التوفيق والنجاح عند تنظيمها للكثير من المسائل الهامة المرتبطة بالتجارة الدولية.

وباعتبار أن الفرنشايز نظام قانوني يقوم أساسا على أساليب موحدة في العمل وعلى شكل شبكة متعددة الأطراف فإنه من الضروري أن تكون شروط التعاقد موحدة مع كل فروع الشبكة لضمان التجانس المظهري والوظيفي للشبكة، لذا فإن أحسن وسيلة لانضمام الممنوح له إلى الشبكة الفرنشايز يتم بموجب عقد نموذجي<sup>1</sup> باعتباره من وسائل توحيد التعاقد التجاري الدولي، وهذا ما أخذت به غرفة التجارة الدولية إذ تصدت لمعضلة تنظيم عقد الفرنشايز الدولي دون اللجوء لأي قوانين أو تشريعات وذلك من خلال قيامها بوضع عقد نموذجي يعتمد عليه في عمليات الفرنشايز الدولية حيث ظهرت صيغة العقد إلى حيز الوجود آخذة بعين الاعتبار الأهداف التالية<sup>2</sup>:

- صياغة عقد متوازن يأخذ بعين الاعتبار المصالح المشروعة لطرفي العقد.

<sup>1</sup> عبد المهدي كاظم ناصر ونظام جبار طالب، المرجع السابق، ص 287.

<sup>2</sup> لبنى عمر مسقاوي، المرجع السابق، ص 41.



- الأخذ بعين الاعتبار القوانين المتعلقة بالآداب المهنية للفرنشايز كافة وخصوصا تلك الصادرة عن الاتحاد الأوروبي.

- الأخذ بعين الاعتبار الأفكار والاقتراحات الصادرة عن التجمعات المهنية المتعلقة بالفرنشايز.

- صياغة عقد يظهر العناصر المميزة للفرنشايز.

- صياغة عقد يظهر كاتفاقية واحدة لها خصائصها وليس تجميع لعقود مختلفة.

نلاحظ أن غرفة التجارة الدولية عند تنظيمها لعقد الفرنشايز اعتمدت على أسلوب العقد النموذجي لتوحيد وتسهيل التعاقد في الفرنشايز الدولي وهو أسلوب عرفي، وقد اخذت بعين الاعتبار الآداب المهنية خاصة الصادرة من الاتحاد الأوروبي وكذلك مختلف الاقتراحات التي تشير إليها مختلف التجمعات المهنية والتي هي في الأصل نابعة من الأعراف التجارية السائدة دون تركيزها على أي تشريعات أو أنظمة قانونية خاصة بالفرنشايز وهذا في رأيي يدل على أن غرفة التجارة الدولية تدرك الطبيعة العرفية البحتة لهذا العقد التي لا تتلاءم إطلاقا مع الأنظمة القانونية الجامدة وترى أنه من المستحسن إخضاعه للأعراف التجارية التي نشأ فيها باعتبارها الوسيلة الأنسب لتنظيمه بسبب مرونتها التي تسمح لها بالتأقلم مع كل التطورات والتغيرات التي لا يزال يعرفها عقد الفرنشايز الدولي .

## 2/ تنظيم المعهد الدولي للقانون الخاص (UNIDROIT) لعقد الفرنشايز الدولي

المعهد الدولي للقانون الخاص حاول أيضا التصدي لمشكلة تنظيم عقد الفرنشايز الدولي، ومن المعروف أن هذا المعهد ورغم اعتباره منظمة حكومية إلا أنه يهتم كثيرا بعقود التجارة الدولية بما في ذلك مساهمته في كل ما يخص تطوير العرف التجاري حيث ورد في مقدمة مبادئ العقود التجارية الدولية UNIDROIT لطبعة 1994 «تمثلت الجهود التي بذلت حتى الآن في سبيل التوحيد الدولي للقانون في صياغة وثائق ملزمة مثل التشريعات

فوق - قومية أو اتفاقيات دولية أو قوانين نموذجية، ونظرا لأن هذه الوثائق كثيرا ما تظل نصوصا ملهمة كما تميل إلى ان تضع حلولاً جزئية، فقد تعالت الأصوات باللجوء إلى وسائل غير تشريعية لتوحيد أو توفيق القانون. وقد نادى بعض هذه الأصوات بتطوير أشمل لما يسمى بالعرف التجاري الدولي وذلك مثلا عن طريق الشروط النموذجية والعقود المصاغة من دوائر الأعمال المهمة بالموضوع مستندة إلى العادات التجارية الخاصة بأنواع أو جوانب معينة من المعاملات الخاصة...<sup>1</sup> وقد حافظ المعهد على نفس الأسلوب لتنظيم عقد الفرنشايز الدولي حيث قام في البداية بوضع قانون نموذجي خاص يكشف المعلومات في الفرنشايز وهو مستوحى من قانون DOUBIN.<sup>2</sup>

وبسبب الطبيعة العرفية لعقد الفرنشايز الدولي وأمام صعوبة تنظيمه قام المعهد بوضع دليل خاص بالفرنشايز تمت صياغته من قبل ممارسين ذوي خبرة يمثلون المانحين والممنوح لهم الرئيسيين (franchiseurs et franchisés principaux) وقد بذل مجهود جبار من أجل جعل هذا الدليل مفيد للمستخدمين المحتملين والمتعددين سواء كانوا مانحين أو ممنوح لهم رئيسيين أو فرعيين (sous-franchisé) وحتى المحامين والمختصين في العلاقات التجارية والأساتذة وطلبة الجامعات... إلخ كما أن معدي هذا الدليل حاولوا تقديم احسن الممارسات لمواجهة التطور السريع لطبيعة الفرنشايز مع التأكيد على تحديث الدليل بين فترة وأخرى لأنه لا شيء غير قابل للتغيير في مجال الفرنشايز<sup>3</sup>؛ نلاحظ أن المعهد قد لجأ للممارسين للفرنشايز والذين لا يتمتعون بأي صفة تشريعية دون لجوئه للقانونيين، كما اعتمد على أحسن الممارسات التي يمكنها أن تساير تطور الفرنشايز والتي هي في حقيقة الأمر أعراف تجارية دون أن يركز على أي أنظمة قانونية وهذا يدل على أن المعهد يدرك جيدا أن هذا العقد الحديث غير المستقر لا يمكن تنظيمه إلا من خلال الأعراف التجارية لملاءمتها

<sup>1</sup> أمية علوان وآخرون، المرجع السابق، ص ب ب.

<sup>2</sup> FOUMIER Frédérique, Enjeux, risque et opportunités de la franchise, RedLink, juin 2005, P26.

<sup>3</sup> F. PHILIP, ZIDMEN, Op.cit., P769.

لطبيعته العرفية ولما تتميز به من خصائص تجعلها قادرة على مواجهة كل التغيرات التي تطرأ عليه من حين لآخر.

مما تقدم يتبين أن عقد الفرشايذ الدولي وليد الأعراف التجارية السائدة في مجتمع التجار وطبيعته عرفية بحتة تجعل من الصعب إخضاعه لأي نظام قانوني، وتعتبر الأعراف التجارية أحسن وسيلة يمكن أن تنظمه بشكل فعال خاصة وأنه لم يستقر بعد والدليل على ذلك الاعتماد على العقود النموذجية عند تنظيمه.

## الفصل الثاني

### استخدام الأعراف التجارية

### في تسوية منازعات التجارة الدولية

كغيرها من المعاملات تنشأ عن المعاملات التجارية الدولية العديد من المنازعات ومن المعروف أن القضاء كان الطريق الأساسي لتسويتها، لكن التطور الكبير الذي عرفته التجارة الدولية وتزايد التعامل بها في كل أرجاء العالم أدى إلى تنوع واختلاف منازعاتها وهذا ما جعل القضاء غير ملائم لبعضها.

وصعوبة تسوية منازعات التجارة عن طريق القضاء دفع المجتمع الدولي إلى التفكير في طرق أخرى تساعد على تسوية هذه المنازعات بشكل أكثر فعالية، ومع ظهور الوسائل البديلة لتسوية المنازعات وجدت منازعات التجارة الدولية الوسيلة المناسبة المثلى لتسويتها خارج القضاء.

وقد أثبتت الوسائل البديلة لتسوية المنازعات نجاعتها في تسوية الكثير من المنازعات المختلفة ومنها منازعات التجارة الدولية. ورغم تعدد هذه الوسائل واختلافها إلا أن التحكيم التجاري الدولي يعتبر أفضلها على الإطلاق؛ فقد أصبح القضاء المختص بتسوية مثل هذه المنازعات، كما أن الوساطة والتوفيق التجاري أيضا أصبحا يلقيان إقبالا متزايدا من قبل المتعاملين بالتجارة الدولية لحل بعض منازعات التجارة الدولية.

وبرغم تخصص التحكيم التجاري الدولي في تسوية منازعات التجارة الدولية إلا أن القضاء بدوره لا يزال يعرف بعض الإقبال لتسوية هذه المنازعات. وأمام اختلاف كل من القضاء والتحكيم في تسوية مثل هذه المنازعات فإننا نتساءل إن كان للأعراف التجارية أي دور فعال سواء عن طريق القضاء أو عن طريق التحكيم التجاري الدولي أو عن طريق وسائل بديلة أخرى في تسوية منازعات التجارة الدولية؟

وهذا ما سنحاول الإجابة عليه من خلال أعمال القضاء للأعراف التجارية عند تسوية منازعات التجارة الدولية (المبحث الأول) ثم أعمال الوسائل البديلة لتسوية المنازعات للأعراف التجارية عند تسوية منازعات التجارة الدولية (المبحث الثاني).

**المبحث الأول: إعمال القضاء للأعراف التجارية عند تسوية منازعات التجارة الدولية**

لا تقتصر الأهمية البالغة للأعراف التجارية على تنظيم وتسيير التجارة الدولية فقط، فقد أصبحت هذه الأعراف تساهم كذلك في وضع الحلول للمنازعات التجارية الدولية بسبب ملاءمتها لها بشكل كبير، هذا ما دفع القضاء إلى تطبيق الأعراف التجارية في تسوية الكثير من منازعات التجارة الدولية.

ومحافظة الأعراف التجارية على الطابع العرفي المميز لها يجعلنا نتساءل كيف يمكن للقاضي استخدام الأعراف التجارية عند تسوية منازعات التجارة الدولية؟

إن القاضي يبذل قصارى جهده لتسوية ما يطرح عليه من منازعات تجارية دولية وقد يستعين في كثير من الأحيان بالأعراف التجارية، وفي هذه الحالة يجد أمامه أسلوبين لإعمالها؛ إما عن طريق منهج التنازع من خلال قواعد الإسناد التي تشير إلى الأعراف التجارية (المطلب الأول) وإما من خلال تطبيقها بشكل مباشر على المنازعة المطروحة عليه (المطلب الثاني).

**المطلب الأول: إعمال القضاء للأعراف التجارية بواسطة منهج التنازع عند تسوية****منازعات التجارة الدولية**

تواجه منازعات التجارة الدولية مشكلة كبيرة أمام القضاء بسبب ما يعرف بأزمة تنازع القوانين، فقد أثبتت التشريعات الوطنية عجزها أو قصورها عن ملاحقة المستجدات القانونية للنشاط التجاري الدولي. الأمر الذي عملت معه الأجهزة القانونية الوطنية سواء منها التشريعية أو القضائية للمساهمة بدورها في إيجاد حلول قانونية للأوضاع الناجمة عن المعاملة التجارية الدولية، خاصة مع توجه كل الدول لفتح حدودها للمستثمرين الأجانب قصد الاستفادة بأكبر قدر من التطور الاقتصادي الدولي<sup>1</sup>. هذا ما أدى إلى استخدام القضاء للأعراف التجارية لمواجهة أزمة تنازع القوانين، لذا فإن القاضي يمكنه الاستعانة بالأعراف

<sup>1</sup> نرجس البكوري، «تطبيق العادات والأعراف أمام المحاكم في المنازعات التجارية الدولية»، مجلة المنارة للدراسات القانونية والإدارية، عدد 2، 2012، ص ص 86-87.

التجارية عند نظره للمنازعة التجارية سواء استجابة لإرادة أطراف المنازعة (الفرع الأول) أو استنادا لقواعد الإسناد (الفرع الثاني).

**الفرع الأول: إعمال القضاء للأعراف التجارية استنادا لضابط الإسناد الذي يشير لإرادة**

### الأطراف

تعتبر الأعراف التجارية أحد الحلول الرئيسية لمواجهة أزمة تنازع القوانين في منازعات التجارة الدولية فباعتبار أن هذه المنازعات تعتبر علاقات ذات عنصر أجنبي، فإن القاضي الوطني وأثناء نظره في هذا النوع من المنازعات يجد نفسه أحيانا مجبرا على الاستعانة بقاعدة إسناد وطنية أصدرها مشرعه الوطني وهذا من أجل الوصول إلى القانون الواجب التطبيق، والذي قد يكون عادات وأعراف التجارة الدولية وذلك اعتبارا لضابط الإسناد المتمثل في إرادة الأطراف لاختيار هذه القواعد، وليس أمام القاضي في هذه الحالة غير تطبيق عادات وأعراف التجارة الدولية<sup>1</sup> على أساس إرادة الأطراف، كما أن هذه المنازعات ناشئة أصلا عن عقود دولية تجيز لأطرافها الخضوع إلى مبدأ سلطان الإرادة الذي قد يختار من خلاله الأطراف الأعراف التجارية لتنظيم عقدهم.

**الفرع الثاني: إعمال القضاء للأعراف التجارية طبقا لقاعدة الإسناد**

قد يجد القاضي الوطني نفسه مجبرا على إخضاع النزاع التجاري الدولي المطروح عليه للأعراف التجارية عن طريق قواعد الإسناد التي تشير لها، ولكن هذا خلق جدلا كبيرا لأن قواعد الإسناد تقترض وجود قانونين أو أكثر يتزاحمان من أجل التطبيق، ووجود هذا النوع من التنازع لا يتصور إلا بين قانونين صادرين عن دول كاملة السيادة، أما عادات وأعراف التجارة الدولية فإنها لا تنتمي إلى دول معينة بل هي قواعد غير وطنية لا يمكن إعمالها بصفة الإسناد الوطنية؛ أي أن القاضي أو بالأحرى القوانين الوطنية لا تتصور وجود تزام

<sup>1</sup> نرجس البكوري، « تطبيق العادات والأعراف أمام المحاكم في المنازعات التجارية الدولية»، المرجع السابق، ص 88.

بينها وبين القوانين عبر الوطنية<sup>1</sup> أي بينها وبين الأعراف التجارية، وحتى إن أمكن إعمال الأعراف التجارية طبقاً لقاعدة الإسناد فإن لهذه الأخيرة مجرد دور تكميلي شرط عدم مخالفة أحكامها لقواعد النظام العام لدولة القاضي<sup>2</sup>.

ويعتبر تحديد القوانين التي تتزاحم توجهها متشدداً لذلك ظهر اتجاه آخر يدحض هذه الفكرة التي تجعل من التزاحم مقصوراً فقط بين قانونين منتميين لدولتين مختلفتين وذاتا سيادة، فقد خرجت اتفاقية روما المتعلقة بالقانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية والموقعة في 19 يونيو 1980 عن هذه القاعدة، فقد أكدت في المادة 19 منها أن مسألة التنازع قائمة حتى مع قانون وحدة إقليمية لا تتمتع بصفة دولة، فيمكن مثلاً أن يقوم التنازع فيما بين شرائع تنتمي كلها إلى نفس الدولة الواحدة وهذا يجعل من المتصور وجود تزاحم بين قانون وطني وعادات وأعراف التجارة الدولية من أجل التطبيق<sup>3</sup>؛ وهذا يتيح الفرصة للقاضي لإعمال الأعراف التجارية باعتبارها القانون واجب التطبيق طبقاً لقاعدة الإسناد.

والتنازع لا ينشأ فقط بين القوانين والأعراف التجارية فقد ينشأ أيضاً بين الأعراف التجارية في حد ذاتها أمام القاضي الوطني فقد اقترحت الأستاذة Françoise Lymarie من خلال رسالتها حول عادات التجارة الدولية مجموعة من الحلول لفض التنازع القائم بين عادات وأعراف التجارة الدولية وذلك حسب الحالات التالية<sup>4</sup>:

- 1- حالة التنازع بين عادة عامة وعادة خاصة؛ يتم في هذه الحالة إعمال العادة الخاصة لأنها تهم أو تختص بنشاط تجاري محدد بذاته.
- 2- حالة التنازع بين عادة عامة وعادة محلية؛ في هذه الحالة يتم إعمال العادة المحلية بالأفضلية.

<sup>1</sup> يونس قربي، « عادات وأعراف التجارة الدولية أمام القضاء والتحكيم»، مجلة الإشعاع، العدد 32، يونيو 2007، هيئة المحامين بالقنيطرة، المغرب، ص 175.

<sup>2</sup> نرجس البكوري، تطبيق العادات والأعراف أمام المحاكم في المنازعات التجارية الدولية، المرجع السابق، ص 89.

<sup>3</sup> يونس قربي، المرجع السابق، ص 175.

<sup>4</sup> مشار إليه في الهامش رقم 20، المرجع نفسه، ص 180.



3- حالة التنازع بين عادة خاصة وعادة محلية؛ في هذه الحالة يفضل تطبيق العادة الخاصة لأنها أكثر دقة والأقرب إلى النشاط التجاري، والعادة المحلية تحكم جميع الأنشطة التجارية المحلية.

4- حالة التنازع بين عادتين محليتين أو أكثر لكن هذه العادات تنتمي إلى دولتين مختلفتين؛ في هذه الحالة يتم إعمال العادة التي تنتمي إلى قانون الدولة الواجب التطبيق طبقاً لقاعدة إسناد القاضي.

وبصفة عامة عند التنازع بين الأعراف التجارية فالأولوية للعرف الخاص ثم العرف المحلي وأخيراً العرف العام، وبمعنى آخر يقدم العرف الخاص على العرف العام لأنه كلما كان العرف مطبقاً في نطاق ضيق كلما كان أدق في تنظيم المعاملات<sup>1</sup> لأنه الأكثر صلة بالموضوع.

وفي إطار تنازع الأعراف التجارية قضت محكمة استئناف مدينة أنتروب الواقعة في بلجيكا ومحكمة النقض البلجيكية؛ أن الأعراف التجارية الخاصة بميناء الإقلاع تسود على قواعد INCOTERMS إذ وكما في هذه الحالة لم يتم النص عليها بين الأطراف، وأن العقد لم يبرم بشروط (FOB أنتروب انكوتيرمز) ولكن فقط (FOB أنتروب)، والبائع من أجل أن يفي بالتزاماته الخاصة بالتسليم قام بتسليم البضاعة في محيط السفينة بدل التسليم تحت الرافعة، والعرف التجاري في هذه الحالة يسود على العرف التجاري الدولي الأكثر عمومية؛ والسبب أن (FOB انكوتيرمز) يعتبر عرف تجاري دولي لأنه من وضع غرفة التجارة الدولية، أما العرف التجاري (FOB أنتروب) فيعتبر عرف تجاري خاص بمدينة أنتروب ويتعلق الأمر بعرف تجاري محلي والذي في هذه الحالة المميّزة تفوق على العرف التجاري الدولي<sup>2</sup> لأنه الأكثر دقة وأقرب للنشاط التجاري.

<sup>1</sup> منصور داود وساعد العقون، المرجع السابق، ص 519.

<sup>2</sup> Crystelle Sanchez Saez, Op.cit., P377.

مما تقدم يتبين أن القاضي يمكنه إعمال الأعراف التجارية عند تسوية منازعات التجارة الدولية طبقاً لقاعدة الإسناد حتى ولو تراخمت مع غيرها من القوانين، كما أنه عند حدوث تراحم بين الأعراف التجارية فإن العرف التجاري الأكثر خصوصية والأكثر محلية يسود على العرف التجاري الدولي لأنه الأكثر صلة بموضوع النزاع.

**المطلب الثاني: إعمال القضاء للأعراف التجارية بدون منهج التنازع عند تسوية منازعات**

### التجارة الدولية

أصبحت الأعراف التجارية المفضلة عند المتعاملين بالتجارة الدولية لتنظيم مختلف معاملاتهم التجارية الدولية مقارنة بباقي الأنظمة وهذا بفضل ما تتمتع به من مرونة وخصائص ما دفع القضاء إلى اللجوء لإعمالها بطرق أخرى بعيداً عن منهج التنازع وقواعد الإسناد عند تسوية منازعات التجارة الدولية؛ ويتعلق الأمر بإعمال القضاء للأعراف التجارية المختارة من قبل أطراف العقد التجاري الدولي (الفرع الأول) وإعمال القضاء للأعراف التجارية بشكل مباشر على موضوع النزاع (الفرع الثاني) وإعمال القضاء للأعراف التجارية بشكل غير مباشر على موضوع النزاع (الفرع الثالث).

**الفرع الأول: إعمال القضاء للأعراف التجارية المختارة من قبل أطراف العقد التجاري الدولي**

قد يختار أطراف العقد التجاري الدولي الأعراف التجارية صراحة وبشكل واضح لتحكم عقدهم اعتماداً على مبدأ سلطان الإرادة، والقاضي في هذه الحالة يجد نفسه مجبراً على إعمالها على أي نزاع ينشأ بخصوص هذا العقد، وإعمال الأعراف التجارية في هذه الحالة يأخذ صورة عقدية خالصة باعتبار أن الإحالة على الأعراف التجارية جاءت من إرادة الأطراف، فالأعراف التجارية تعتبر كشروط أو بنود في العقد وفي هذه الحالة فإنها تعلق على النصوص القانونية المكملة في القانون الحاكم للعقد ولا تقوى مطلقاً على مخالفة قواعده

الأمرة<sup>1</sup> وتعتبر الأعراف التجارية في هذه الحالة القانون الواجب التطبيق على العقد التجاري الدولي وكل ما يتعلق به وما ينجر عنه من منازعات.

كما قد يختار أطراف العقد التجاري الدولي الاعراف التجارية ضمناً لتحكم وتنظم عقدهم كالإشارة مثلاً لعقد سابق تم بينهم واعتمد الطرفان فيه على الأعراف التجارية وفي هذه الحالة ليس أمام القاضي إلا استنتاجها من حيثيات وشروط وبنود العقد لتطبيقها على النزاع.

### الفرع الثاني: إعمال القاضي للأعراف التجارية بشكل مباشر على موضوع النزاع

أصبح القضاء اليوم يعتبر الأعراف التجارية الحل الأمثل للكثير من المنازعات التجارية الدولية وهذا بسبب تناسبها التام مع هذا النوع من المنازعات. فالقضاء لم يترك تطبيق الأعراف التجارية متوقفاً فقط على إرادة الأطراف حيث أصبح بإمكان القاضي الوطني تطبيقها دون الاستعانة بقاعدة الإسناد أو أي وسيلة أخرى، مما يحتم على القاضي العلم بها فهي بمثابة قانون غير مكتوب يفترض به العلم به كعلمه بسائر القوانين وبالتالي لا يجوز الاحتجاج بجهله لها لأنه لا يعذر بجهل القانون وفي هذا الشأن تقول محكمة التمييز اللبنانية في حكم لها صادر في 04 أبريل 1968 « *إن العقد الناشئ عن فتح اعتماد مستندي هو عقد مبني على أعراف التجارة الدولية التي ترعى كيفية إنشائه وآثاره* »<sup>2</sup>.

وفي حكم آخر صادر عن محكمة استئناف باريس صدر في 10 فبراير 1981 حيث جاء في حيثيات الحكم « *إن المتعاملين في مجال معين من التجارة يجب أن يكونوا بطبيعة الحال على علم بقواعد وعادات تجارتهم وخصوصاً عادات التجارة الأوروبية الخاصة*

<sup>1</sup> طرح البحور، المرجع السابق، ص 110.

<sup>2</sup> نرجس البكوري، « تطبيق العادات والأعراف أمام المحاكم في المنازعات التجارية الدولية»، المرجع السابق، ص ص

بتجارة البطاطا، وهذا الالتزام الملقى على عاتق الأطراف يشكل تجسيدا للمبدأ القانوني المعروف والذي بمقتضاه لا يعذر أحد بجهله للقانون»<sup>1</sup>.

من خلال هذه الأحكام يتضح بأن القضاء يطبق الأعراف التجارية في كثير من الحالات بشكل مباشر على موضوع النزاع دون اللجوء إلى أي قاعدة إسناد، وهذا تأكيد لقيمة الأعراف التجارية التي أصبحت تخدم مواضيع منازعات التجارة الدولية وتشكل الحل الأمثل لها كأنها قواعد قانونية يجب على القاضي العلم بها لتطبيقها كلما اقتضى الأمر ذلك.

### الفرع الثالث: إعمال القضاء للأعراف التجارية بشكل غير مباشر على موضوع النزاع

قد يجد القاضي الوطني نفسه مجبرا على إعمال الأعراف التجارية بشكل غير مباشر من خلال الإحالة على اتفاقية دولية تحكم العقد التجاري الدولي وتحيل على الأعراف، التجارية كاتفاقيتي لاهاي للقانون الموحد للبيع الدولي لسنة 1964 أو اتفاقية فيينا للبيع الدولي للبضائع لسنة 1980 أو تطبيقا للمبادئ المتعلقة بالعقود التجارية الدولية Unidroit وقد صدرت عدة أحكام قضائية تجسد هذه الحالة؛ منها حكم صدر في المقاطعة الجنوبية لتكساس بالولايات المتحدة الأمريكية بتاريخ 07 فيفري 2006 حيث ورد فيه أن « قواعد الأنكوتيرمز باعتبارها المصدر الأساسي لشروط التسليم التجاري التي يستخدمها أطراف عقود البيع الدولي، يمكن اعتبارها جزءا متضمنا في اتفاقية فيينا للبيع الدولي بمقتضى الفقرة الثانية من مادتها التاسعة» هذا الحكم وافقته أحكام أخرى بنفس المضمون أهمها حكم محكمة الاستئناف الأمريكية للمقاطعة الخامسة بتاريخ 11 جوان 2003 وحكم

<sup>1</sup> (Un exploitant d'un commerce de primeurs en gros, est un professionnel tenu de connaître les règles et usages de son commerce, et plus particulièrement les règles et usage du commerce inter-européen de pomme de terre, Cette obligation constitue le simple transposition de principe de droit commun selon lequel nul n'est censé d'ignorer la loi)

نرجس البكوري، تطبيق العادات والأعراف أمام المحاكم في المنازعات التجارية الدولية، المرجع السابق، ص45.

محكمتين أرجنتينيتين في مارس وأفريل سنة 2003 على التوالي<sup>1</sup>، إذن فالقاضي عند الإحالة على الأعراف التجارية من خلال اتفاقية دولية فإنه يطبق الأعراف التجارية بشكل غير مباشر.

وفي رأيي إعمال القضاء للأعراف التجارية عند تسويته منازعات التجارة الدولية حسب الحالات التي تطرقنا إليها جعل القضاء يعترف ويقر بالأعراف التجارية ويمنحها قيمة قانونية وهذا بسبب الخصائص المميزة لها والمثابفة لخصائص القواعد القانونية، وهذا الاعتراف من قبل نظم هام كالقضاء يجعل الأعراف التجارية تزامم القواعد القانونية وبهذا فإنه يرتقي بها ويعتبرها نظام قانوني قائم بذاته يمكن الاعتماد عليه عند تنظيم التجارة الدولية وعند تسوية منازعاتها ويشجع كل المتعاملين بالتجارة الدولية على الإقبال عليها.

ويلعب القضاء دورا آخر في تسوية منازعات التجارة الدولية بالاعتماد على الأعراف التجارية؛ من خلال سماحه بتنفيذ أحكام التحكيم التجاري الدولي التي طبقت فيها الأعراف التجارية على العقود محل النزاع. وبهذا فإن القضاء قد اعترف بالأعراف التجارية<sup>2</sup> وهذا الاعتراف يكاد يكون اعترافا وإقرارا صريحا بوجود هذه الأعراف التجارية وفعاليتها<sup>3</sup> في تنظيم التجارة الدولية وتسوية منازعاتها.

**المبحث الثاني: إعمال الوسائل البديلة لتسوية المنازعات للأعراف التجارية عند تسوية**

### منازعات التجارة الدولية

يفضل أغلب المتعاملون بالتجارة الدولية تسوية المنازعات الناشئة عن عقودهم بعيدا عن القضاء بواسطة الوسائل البديلة لتسوية المنازعات. وبرغم تعدد هذه الوسائل يبقى التحكيم التجاري الدولي أهمها وأفضلها بسبب ملاءمته التامة لمنازعات التجارة الدولية فقد

<sup>1</sup> بن عثمان فريدة، المرجع السابق، ص 187.

<sup>2</sup> يونس قربي، المرجع السابق، ص 176.

<sup>3</sup> هشام علي صادق، المرجع السابق ص 590.

أصبح القضاء المختص بنظر هذه المنازعات دون منازع، وفي الآونة الأخيرة لقي كذلك التوفيق التجاري والوساطة إقبالا متزايدا لتسوية منازعات التجارة الدولية.

الوسائل البديلة لتسوية المنازعات تختلف عن القضاء فهي عبارة عن مجموعة من الإجراءات التي تشكل بديلا عن المحاكم في حسم النزاعات وغالبا ما تستوجب تدخل شخص ثالث<sup>1</sup>، وهي ليست مفهوما حديثا فقد عرفت منذ القدم وتم إحيائها من جديد تزامنا مع التطور الكبير الذي عرفته التجارة الدولية مع صعوبة إخضاع منازعاتها على القضاء.

لقد أصبح القضاء النظامي مع ما ظهر من عيوب البطء وعدم التخصص لا يتناسب البتة مع حاجة المنازعة التجارية الوطنية أو الدولية التي تحتاج السرعة في الفصل والتخصص في الموضوع وهذا ما دفع التجار والمستثمرين إلى العودة لنظام القضاء العرفي، ولكن بشكل جديد فيما يعرف بالوسائل البديلة لحل المنازعات، فقد لجأت الدول لاستخدام هذه الوسائل أوائل سنة 1970 فكانت أمريكا وبعض الدول الأوروبية أول من استخدمها لتنتشر في معظم دول العالم<sup>2</sup> بسبب ما حققته من نجاعة في تسوية المنازعات لتلقى هذه الوسائل البديلة لتسوية المنازعات الكثير من الاهتمام من خلال مختلف التشريعات الوطنية والاتفاقيات الدولية.

في هذا المقام وامام تعدد الوسائل البديلة لتسوية المنازعات فإنه يجب في البداية تبيان أعمال الوساطة والتوفيق التجاري للأعراف التجارية عند تسوية منازعات التجارة الدولية (المطلب الأول) ثم أعمال التحكيم التجاري الدولي للأعراف التجارية عند تسوية منازعات التجارة الدولية (المطلب الثاني).

<sup>1</sup> سوامل سفيان، الطرق البديلة لحل المنازعات المدنية في القانون الجزائري، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر، بسكرة، 2013-2014، ص 12.

<sup>2</sup> المرجع نفسه، ص 14.

## المطلب الأول: إعمال الوساطة والتوفيق التجاري للأعراف التجارية عند تسوية منازعات التجارة الدولية

عقود التجارة الدولية تمثل قيمة مالية جد معتبرة وموضوعاتها دقيقة جدا لذا يشير أطراف هذه العقود في أغلب الأحيان إلى الوسيلة التي يفضلونها لتسوية أي نزاعات قد تنشأ مستقبلا مفضلين الوسائل البديلة لتسوية المنازعات عن القضاء وهذا لما تتميز به من خصائص مناسبة لمنازعات التجارة الدولية كالسرعة في الفصل وبساطة الإجراءات. ومن بين أهم الوسائل الفعالة البديلة لتسوية المنازعات غير التحكيم التجاري الدولي نجد الوساطة والتوفيق التجاري (الفرع الأول) وامام زيادة الإقبال على هاتين الوسيلتين سنحاول توضيح تدخل الأعراف التجارية في تسوية منازعات التجارة الدولية عن طريق الوساطة والتوفيق التجاري (الفرع الثاني).

### الفرع الأول: تعريف الوساطة والتوفيق التجاري

الوساطة والتوفيق التجاري اصطلاحان يتم استخدامهما غالبا على نحو مترادف فقد استخدمت لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي هذين الاصطلاحين باعتبارهما مترادفين، وذلك في القانون النموذجي الذي أصدرته بشأن التوفيق التجاري الدولي والذي اعتمد بتاريخ 2006/06/24، ويذهب جانب كبير من الفقه إلى اعتبار الوساطة والتوفيق بمعنى واحد، ولا يجدون أي اختلاف بينهما، فالوساطة هي نفسها التوفيق<sup>1</sup>. وهناك من اعتبر التوفيق التجاري أحد أشكال الوساطة القانونية التي ينظمها القانون لتسوية بعض المنازعات تسوية ودية<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> معتز حمدان، الوساطة ودورها في تسوية منازعات التجارة الدولية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2018، ص ص 26-27.

<sup>2</sup> نقلا عن هدى جمال الدين الأهواني، النظام القانوني للتوفيق التجاري في منازعات التجارة الدولية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2015، ص 23.

## 1/ التعريف الفقهي للوساطة

تعرف الوساطة بأنها آلية أو وسيلة لتسوية المنازعات بمقتضاها يتم الاتفاق على اللجوء إلى طرف ثالث يتسم بالكفاءة والحياد والاستقلال، ليقوم بفحص طلبات وادعاءات الأطراف، ويعمل على تقريب وجهات النظر بينهم وتقديم الحلول والمقترحات بغية التوصل إلى تسوية ودية للنزاع تحضى بموافقة الأطراف، وذلك تحت غطاء من السرية وحسن النية<sup>1</sup>.

وتعتبر الوساطة عملية مفاوضات غير ملزمة يقوم بها طرف ثالث محايد يهدف إلى مساعدة أطراف النزاع للتوصل إلى حل النزاع القائم بينهم وذلك من خلال إتباع واستخدام فنون مستحدثة في الحوار لتقريب وجهات النظر وتقييم المراكز القانونية لطرفي النزاع تحت غطاء من السرية<sup>2</sup>.

إذن فالوساطة تقوم على تدخل طرف ثالث محايد يعمل على تقريب وجهات نظر المتنازعين للوصول إلى حل وسط غير ملزم يتفق عليه الأطراف.

## 2 /التعريف التشريعي للوساطة

عرف الاتحاد الأوربي الوساطة من خلال مبادئ التوجيه في الوثيقة 2008/52/EC بأنها عملية منظمة أيا كانت تسميتها، يلجأ إليها طرفان أو أكثر من أجل تسوية نزاع قائم بينهما بمساعدة الوسيط<sup>3</sup>.

كما عرفها القانون النموذجي للتوفيق التجاري بأنها عملية سواء أشير إليها بتعبير التوفيق أو الوساطة أو بتعبير آخر في مدلول مماثل يطلب فيها الطرفان إلى شخص آخر أو أشخاص آخرين مساعدتهما في سعيهما إلى التوصل إلى تسوية ودية لنزاعهما

<sup>1</sup> معتز حمدان، المرجع السابق، ص 23.

<sup>2</sup> سفيان سوام، المرجع السابق، ص 41.

<sup>3</sup> نقلا عن معتز حمدان، المرجع السابق، ص 27.



الناشئ عن علاقة تعاقدية أو علاقة قانونية أخرى، أو المتصل بتلك العلاقة ولا يكون للموفق الصلاحية لفرض حل للنزاع على الطرفين<sup>1</sup>.

مما تقدم يتبين أن عملية الوساطة أو التوفيق التجاري تعتمد على تدخل شخص ثالث محايد لتسوية نزاع قائم، يعرف بالوسط بالنسبة للوساطة، والموفق بالنسبة للتوفيق التجاري واللدان يلعبان دوراً أساسياً وهما لتسوية النزاع من خلال محاولة تقريب وجهات النظر للوصول إلى تسوية مرضية لجميع الأطراف غير ملزمة.

**الفرع الثاني: تدخل الأعراف التجارية في تسوية منازعات التجارة الدولية عن طريق**

### الوساطة والتوفيق التجاري

تعتبر الوساطة من أكثر الوسائل شيوعاً في حسم المنازعات التجارية لاسيما العقود الدولية الكبرى كعقود الإنشاءات الهندسية الدولية والمعروفة بعقود (FIDIC) ودلت الإحصاءات أن أربع قضايا من أصل خمس قضايا وساطة تنتهي بالتسوية ويكون القرار من صنع المتنازعين<sup>2</sup>، وهذا يدل على الطبيعة العرفية المميزة لهذه التسوية باعتبار أن المتنازعين هم التجار ورجال المال والأعمال وهم من يتوصلون في النهاية إلى تسوية النزاع وهذا يجعل قرار التسوية نابعا من الأعراف التجارية السائدة في المجال التجاري الذي يرتبط به النزاع.

وتعتبر الوساطة والتوفيق التجاري الوسائل الأولى التي يمكن أن يلجأ إليها أطراف النزاع قبل اللجوء إلى القضاء أو التحكيم التجاري الدولي، فإذا تم اختيار القضاء أو التحكيم لتسوية النزاع فإنه لا يمكن اللجوء لهما. فقد وضعت غرفة التجارة الدولية نظاماً للتوفيق والذي يتضمن نظام تعيين لجان التوفيق لتقترح على الأطراف المتنازعة شروط تسوية النزاع القائم بينهم، ويشترط لبدء التوفيق اتفاق الأطراف على ذلك حتى ولو كان هناك شرط في

<sup>1</sup> معتز حمدان، المرجع السابق، ص 26.

<sup>2</sup> غسان رياح، التحكيم التجاري البحري، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2016، ص 36.

العقد ينص على التوفيق لتسوية النزاع<sup>1</sup>، كما قررت المادة الخامسة من الملحق (2) من اتفاقية منظمة التجارة العالمية والمتضمن التفاهم بشأن القواعد والإجراءات التي تحكم تسوية المنازعات بنصها: «...3- يجوز لأي طرف في نزاع أن يطلب المساعي الحميدة أو التوفيق أو الوساطة في أي وقت، ويجوز بدؤها في أي وقت وانهاؤها في أي وقت، وعند انتهاء إجراءات المساعي الحميدة أو التوفيق أو الوساطة يجوز للطرف الشاكي أن ينتقل إلى طلب إنشاء فريق التحكيم»<sup>2</sup>.

عند اختيار أطراف النزاع الوساطة كوسيلة لتسوية نزاعهم الناشئ فإنهم يفوضون الوسيط لتنظيم هذه العملية، ويكون الوسيط طليقا غير مقيد بأي نصوص تشريعية أو أي قواعد قانونية حيث يجري تسوية للنزاع المعروض عليه مستلهما ما يراه محققا للعدالة وما يفرضه عليه ضميره ليحقق مبدأ المساواة بين الأطراف<sup>3</sup>، بما في ذلك الأعراف التجارية التي قد تشكل القواعد المناسبة لحل النزاع.

والوسيط يعمل بجهد بالغ لتقريب وجهات نظر طرفي النزاع أخذا في الاعتبار النقاط الأكثر أهمية محاولا مقارنتها للوصول إلى الحل المناسب المرضي لكل الأطراف لذا فإنه يلعب دور فعالا<sup>4</sup> وإيجابيا من أجل تسوية النزاع.

والوسيط أثناء نظره أي نزاع تجاري دولي فإنه يمكنه أن يحدد القانون الذي أختره طرفي النزاع وفقا لمبدأ الإرادة سواء صراحة أو يستنتجها إذا كان ضمنيا والذي قد يكون أعراف التجارة الدولية المرتبطة بالنزاع وما عليه إلا محاولة تطبيقها وتذكير أطراف النزاع بها للوصول إلى تسوية النزاع.

<sup>1</sup> خالد محمد القاضي، المرجع السابق، ص152.

<sup>2</sup> محمد إبراهيم موسى، التوفيق التجاري الدولي وتغير النظرة السائدة حول سبل تسوية منازعات التجارة الدولية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2016، ص 34.

<sup>3</sup> معتز حمدان، المرجع السابق، ص 200.

<sup>4</sup> غسان رياح، المرجع السابق، ص40.

إذن فلأعراف التجارة دور كبير عند تسوية النزاع التجاري الدولي عن طريق الوساطة أو التوفيق التجاري سواء اتجهت إرادة أطراف النزاع لاختيارها صراحة أو ضمناً، وتنتهي هذه التسوية بإصدار قرار تسوية من قبل الوسيط أو الموفق التجاري لكنه غير ملزم حيث يحق لأطراف النزاع قبوله أو رفضه.

### المطلب الثاني: إعمال التحكم التجاري الدولي للأعراف التجارية عند تسوية منازعات

#### التجارة الدولية

أثبتت القوانين الوطنية عدم تناسبها مع احتياجات ومتطلبات التجارة الدولية وأمتد الأمر كذلك إلى منازعات التجارة الدولية التي وجدت ضالتها في التحكم التجاري الدولي باعتباره نظام قضائي عالمي يعلو فوق النظم القضائية الوطنية، فقد أصبح ضرورة يفرضها واقع التجارة الدولية، ولم يعد دوره قاصراً على فض المنازعات بعد نشوئها، بل أصبح في نظر الكثير من أعضاء المؤتمر الدولي الرابع للتحكيم المنعقد في موسكو سنة 1972، والمؤتمر الدولي الخامس المنعقد في لندن في أكتوبر سنة 1974 أداة فعالة يجب استخدامها لتفادي قيام المنازعات أثناء مفاوضات إبرام العقود الدولية طويلة المدى التي تتعلق بالتصنيع أو نقل التكنولوجيا والمشروعات المشتركة أو أثناء تنفيذ هذه العقود<sup>1</sup>.

في البداية وأمام أهمية التحكيم التجاري الدولي لآبد من توضيح مكانته في التجارة الدولية (الفرع الأول) ثم التذكير بمفهومه (الفرع الثاني) ثم التطرق لطبيعته القانونية (الفرع الثالث) لننتقل للفرق بين القضاء والتحكيم (الفرع الرابع) ثم أنواعه (الفرع الخامس) وأخيراً إعمال الاجتهاد التحكيمي للأعراف التجارية عند تسويته منازعات التجارة الدولية (الفرع السادس).

#### الفرع الأول: مكانة التحكيم التجاري الدولي في التجارة الدولية

صدرت العديد من أحكام التحكيم في القرن السادس قبل الميلاد هذا ما جعل الكثير يعتقد أن نظام التحكيم قد ظهر ما بين القرنين الرابع والسادس قبل الميلاد في اليونان

<sup>1</sup> أبو زيد رضوان، الأسس العامة في التحكيم التجاري الدولي، بدون دار نشر، 1981، ص ص 8-9.

القديمة<sup>1</sup>، والتحكيم يصعد بجذوره إلى عدالة المعارض والأسواق في القرون الوسطى والتي كانت تركز أساسا على عادات وأعراف التجار<sup>2</sup>، وهذا ما يمنح الأصل العرفي للتحكيم التجاري الدولي. ومنذ ظهور التجارة الدولية ارتبطت بالتحكيم التجاري الدولي فأزدهر بازدهارها وأفل نجمه بأفولها وهذا ما جعل التجارة المرتع الخصب لإنماء وتطوير قواعد التحكيم<sup>3</sup>.

واعتماد التحكيم على الأعراف التجارية التي كانت تنتشر وتسود مختلف الأسواق والمناطق التجارية بعيدا عن تدخل أي سلطة يجعله ذو طبيعة عرفية وهذا يتناسب مع طبيعة التجارة الدولية التي هي بحاجة إلى نظام بسيط غير معقد وليد نفس البيئة ونابع من أعرافها.

وأثبت التحكيم التجاري الدولي نجاح أسلوبه في تسوية مختلف المنازعات التجارية الدولية وذبوع استخدامه في عقود التجارة الدولية لم يعد محل شك؛ فقد ساهم ازدهاره مع تطور التجارة الدولية في انتشاره ورسوخه كوسيلة لفض المنازعات الخاصة بالتجارة الدولية؛ فالشركات الأجنبية تحجم وبدون تردد عن توقيع عقودها الاستثمارية أو الخدمية مع الدول النامية إلا إذا تضمن العقد شرط التحكيم، وذلك لاعتقادها أن التحكيم هو الأكثر ضمانا لمصالحها في حال نشوب أي نزاع يظهر في المستقبل<sup>4</sup>، وتأكيدا على المكانة الهامة التي بلغها التحكيم التجاري الدولي في التجارة الدولية أوضح مجمع القانون الدولي في دورته التاسعة والأربعين أنه من المرغوب فيه لصالح التطور الاقتصادي العالمي أن تتضمن الاتفاقيات الاقتصادية والمالية المتعلقة بمشروعات التنمية والتي تبرمها الدول فيما بينها أو

<sup>1</sup> مشار إليه في الهامش رقم 1، السيد عمر التميمي، أنواع التحكيم وتمييزه عن غيره، الصلح، الوكالة، الخبرة، المكتب العربي الحديث، الإسكندرية، 2009، ص 14.

<sup>2</sup> أحمد مخلوف وآخرون، المرجع السابق، ص 65.

<sup>3</sup> أبو زيد رضوان، المرجع السابق، ص 4.

<sup>4</sup> أيسر عصام داؤد سليمان، الأثر المانع لاتفاق التحكيم في عقود التجارة الدولية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية،

2014، ص 58.

مع المنظمات والمؤسسات الدولية أو مع لأشخاص الخاصة شرط تحكيم لتسوية ما قد يثور من منازعات بشأنها<sup>1</sup>، وهذا التفضيل في اللجوء إلى التحكيم التجاري يبين أنه أحسن وسيلة لفض منازعات التجارة الدولية.

### الفرع الثاني: مفهوم التحكيم التجاري الدولي

التحكيم بصفة عامة من الوسائل البديلة لتسوية مختلف المنازعات، ويختص التحكيم التجاري الدولي بمنازعات التجارة الدولية والذي يجب بداية تعريفه (أولاً) ثم تحديد مكوناته (ثانياً).

#### أولاً: تعريف التحكيم التجاري الدولي

عرفت المحكمة الدستورية العليا التحكيم بصفة عامة بأنه عرض نزاع معين بين طرفين على محكم من الأعيان، يعين باختيارهما أو بتفويض منهما أو على ضوء شروط يحددها ليفصل هذا المحكم في ذلك النزاع بقرار قاطع لدابر الخصومة في جوانبها التي أحالها الطرفان إليه بعد أن يدلي كل منهما بوجهة نظره تفصيلياً من خلال ضمانات التقاضي الرئيسية<sup>2</sup>.

ويعرف René David التحكيم بأنه تقنية تهدف لإعطاء حل لسؤال يخص العلاقات بين شخصين أو أكثر، عن طريق شخص أو عدة أشخاص آخرين- محكم أو محكمين-، والذين يستمدون سلطتهم من اتفاقية خاصة، ويتخذون القرار على أساس هذه الاتفاقية، دون أن تستثمر هذه المهمة من قبل الدولة<sup>3</sup>.

ويعرف التحكيم التجاري الدولي بأنه اتفاق الأطراف في منازعة تجارية ذات طبيعة دولية على إحالة منازعاتهم القائمة أو التي تنشأ في المستقبل إلى هيئة تحكيم خاصة، أو

<sup>1</sup> أحمد حسني سليم، المرجع السابق، ص 103.

<sup>2</sup> فتحي والي، قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2007، ص13.

<sup>3</sup> « L'arbitrage est une technique visant à faire donner la solution d'une question intéressant les rapports entre deux ou plusieurs personnes, par une ou plusieurs personnes- l' arbitre ou les arbitres- les quelles tiennent leurs pouvoirs d'une convention privée et statuent sur la base de cette convention sans être investies de cette mission par l'état »,

Cité par FAUCHARD Philippe, GAILLARD Emmanuel, GOLDMÉN Berthold, Op.cit., P12.

إلى محكمة تحكيم دائمة لفض هذه المنازعات طبقاً للقواعد والإجراءات القانونية المتفق عليها فيما بينهم، وفي حالة عدم وجود مثل هذا الاتفاق فيترك لهيئة التحكيم فض المنازعة على أساس القواعد والأعراف الدولية المتعلقة بالتجارة الدولية، شريطة استيفاء المقترضات الأساسية للعدالة والحياد والنزاهة، واستصدار قرار تحكيم نافذ وحائز لقوة الأمر المقضي فيه، يعرض على محاكم الدولة المعنية لوضع الصيغة التنفيذية عليه، ضمن ضوابط يحددها النظام العام الدولي<sup>1</sup>.

ويعرف أيضاً بأنه جهة قضاء خارج القضاء العام، ينزل بمقتضاه الخصوم عن الالتجاء إلى القضاء بمحض إرادتهم، ويترجون نزاعاتهم على محكم أو أكثر للبت فيه بحكم يقبلونه مسبقاً، متحليين بذلك من شكليات القضاء النظامي<sup>2</sup>.

مما تقدم يتبين أن التحكيم التجاري الدولي آلية أو وسيلة لتسوية منازعات التجارة الدولية بعيداً عن القضاء وبواسطة محكم أو هيئة تحكيمية تفصل في النزاع بحكم ملزم للطرفين.

### ثانياً: مكونات التحكيم التجاري الدولي

التحكيم التجاري الدولي مجموعة من الإجراءات المتسلسلة للفصل في منازعة معينة ولا يمكن أن تتم هذه الإجراءات إلا بتوفر أهم عنصر مكون للعملية التحكيمية وهو اتفاق التحكيم، ويدير العملية التحكيمية المحكم أو هيئة التحكيم لتنتهي العملية بصدور حكم تحكيم ملزم لطرفي النزاع؛ وهذا ما يميز التحكيم التجاري الدولي عن باقي الوسائل البديلة لحل المنازعات. وبداية سنوضح المقصود باتفاق التحكيم (1) ثم هيئة التحكيم (2).

#### 1/ اتفاق التحكيم

يعتبر اتفاق التحكيم جوهر التحكيم التجاري الدولي فالالتجاء إلى التحكيم يكون تنفيذاً لأحد شروط العقد، وهو الأمر الشائع في العقود الدولية ذات الشكل النموذجي وهذا الشرط

<sup>1</sup> نقلاً عن هشام خالد، أولويات التحكيم التجاري الدولي، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2004، ص 57.

<sup>2</sup> محمد بريدة غزيول، المرجع السابق، ص 257.

أصبح يتمتع بذاتية مستقلة، ولا يتأثر ببطان أو فسخ محتمل لهذا العقد، كذلك قد يكون اللجوء إلى التحكيم تنفيذا لمشاركة مستقلة يبرمها أطراف الخصومة<sup>1</sup>.

إذن فالتحكيم التجاري الدولي يبني على اتفاق التحكيم الذي يمثل الاتفاق الذي بمقتضاه يتعهد الأطراف بأن يتم الفصل في أي منازعات تنشأ بينهم أو المحتمل نشوؤها من خلال التحكيم<sup>2</sup>.

وعرفت المادة السابعة في فقرتها الأولى من القانون النموذجي اتفاق التحكيم بأنه « اتفاق بين الطرفين على أن يحيل إلى التحكيم جميع أو بعض المنازعات المحددة التي نشأت أو قد تنشأ بينهما بشأن علاقة قانونية محددة تعاقدية كانت أو غير تعاقدية ويجوز أن يكون اتفاق في صورة شرط تحكيم واردة في عقد أو في صورة اتفاق منفصل»<sup>3</sup>.

وتنص المادة 10 من قانون التحكيم المصري « 1- اتفاق التحكيم هو اتفاق طرفين على الالتجاء إلى التحكيم لتسوية كل أو بعض المنازعات التي تنشأ أو يمكن أن تنشأ بينهما بمناسبة علاقة قانونية معينة عقدية كانت أو غير عقدية

2- يجوز أن يكون اتفاق التحكيم سابقا على قيام النزاع سواء قام مستقلا بذاته أو ورد في عقد معين بشأن أو بعض المنازعات التي تنشأ بين الطرفين، وفي هذه الحالة يجب أن يحدد موضوع النزاع بيان الدعوى المشار إليه في الفقرة الأولى من المادة 30 من هذا القانون، كما يجوز أن يتم اتفاق التحكيم بعد قيام النزاع ولو كانت قد أقيمت في شأنه دعوى أمام جهة قضائية، وفي هذه الحالة يجب أن يحدد الاتفاق المسائل التي يشملها التحكيم وإلا كان باطلا.

<sup>1</sup> أبو زيد رضوان، المرجع السابق، ص 20.

<sup>2</sup> نقلا عن أحمد عبد الحي السيد، التحكيم الدولي في إطار العقود التجارية الدولية وسوق الأوراق المالية، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، 2008، ص 25.

<sup>3</sup> مأمون عبد العزيز، إبراهيم، التجارة والتحكيم الدولي، دار الإعمار للنشر والتوزيع، عمان، 2016، ص 173.

3- ويعتبر اتفاق التحكيم كل إحالة ترد في العقد إلى وثيقة تتضمن شرط التحكيم، إذا كانت الإحالة واضحة في اعتبار هذا الشرط جزءاً من العقد»<sup>1</sup>.

وينص المشرع الجزائري من خلال القانون رقم 08-09 الصادر بتاريخ 25 فبراير 2008 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية في المادة رقم 1011 «اتفاق التحكيم هو الاتفاق الذي يقبل الأطراف بموجبه عرض نزاع سبق نشوؤه على التحكيم»<sup>2</sup>. وعرفته المادة الثانية في الفقرة (ب) من اتفاقية نيويورك لسنة 1958 «أنه يقصد باتفاق التحكيم شرط التحكيم في عقد أو اتفاق التحكيم الموقع عليه من الأطراف أو الاتفاق الذي تضمنته الخطابات المتبادلة أو البرقيات»<sup>3</sup>.

مما سبق يتبين أن اتفاق التحكيم هو اتفاق الأطراف على اللجوء إلى التحكيم لتسوية أي منازعات تنشأ عن العقد، ويتخذ اتفاق التحكيم عدة صور فيمكن أن يرد في شكل شرط تحكيم (أ) أو في شكل مشاركة تحكيم (ب)، كما أضاف المشرع المصري في قانون التحكيم رقم 27 لسنة 1994 في الفقرة الثالثة من المادة العاشرة السابقة شرط التحكيم بالإحالة (ج).  
أ/ شرط التحكيم

في هذه الصورة من اتفاق التحكيم يتفق أطراف العقد التجاري الدولي من خلال شرط، أو بند يرد في العقد التجاري الدولي؛ على إحالة ما ينشأ من منازعات بشأن العقد إلى التحكيم التجاري الدولي. وفي كثير من العقود خاصة النموذجية يتم تحديد مؤسسة التحكيم التي سنتولى تسوية أي نزاع قد ينشئ مستقبلاً، وقد أوصت غرفة التجارة الدولية الأطراف الذين يرغبون في اللجوء إلى التحكيم أن تتضمن عقودهم الشرط النموذجي التالي «جميع

<sup>1</sup> المادة 10 من قانون التحكيم المصري رقم 27 لسنة 1994، المصدر السابق.

<sup>2</sup> المادة رقم 1011 قانون رقم 08-09 مؤرخ في 25 فبراير سنة 2008، يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج ر العدد 21 صادر بتاريخ 23 أبريل سنة 2008.

<sup>3</sup> المادة 2 من اتفاقية نيويورك 1958 اتفاقية نيويورك مؤرخة في 10 يونيو سنة 1958 الخاصة باعتماد القرارات التحكيمية الأجنبية وتنفيذها المصادق عليه من قبل الجزائر ويتحفظ بموجب مرسوم رقم 88-233 مؤرخ في 5 نوفمبر سنة 1988، ج ر العدد 48 صادر بتاريخ 23 نوفمبر سنة 1988.



الخلافاً التي تنشأ عن هذا العقد يتم حسمها نهائياً وفقاً لنظام المصالحة والتحكيم لغرفة التجارة الدولية بواسطة محكم أو عدة محكمين يتم تعيينهم طبقاً لذلك النظام»<sup>1</sup>.

### ب/ مشاركة التحكيم

في هذه الصورة من اتفاق التحكيم يتفق أطراف العقد التجاري الدولي من خلال عقد مستقل عن العقد الأصلي؛ على إحالة نزاع نشأ عن العقد التجاري الدولي إلى التحكيم التجاري الدولي وفي أغلب الأحيان تتم مشارطات التحكيم بعد نشوء النزاع.

### ج/ شرط التحكيم بالإحالة

هذه الصورة من اتفاق التحكيم تعتبر صورة حديثة لاتفاق التحكيم فشرط التحكيم بالإحالة يتم من خلال العقد الأصلي المبرم بين الأطراف، والذي لم يتضمن شرطاً صريحاً للتحكيم بل اكتفى الأطراف فيه بالإشارة أو الإحالة إلى عقد سابق بينهم كعقد نموذجي أو شروط عامة معروفة في مجال التعامل بينهم، وذلك لتكملة النقص أو سد الثغرات التي تعترى عقدهم وكان ذلك العقد النموذجي أو تلك الشروط العامة تتضمن شروطها أو بنودها بنداً أو شرطاً يقضي بتسوية المنازعات التي تنشأ عن طريق التحكيم، دون أن يستطيع أولئك الأطراف التنصل من ذلك، بمقولة استقلال ذلك العقد الأصلي عن العقد أو الشروط العامة المحال إليها والمحتوية على شرط التحكيم، والأساس القانوني لاعتبار الإحالة اتفاقاً على التحكيم هو توافر إرادة الطرفين المشتركة بهذه الحالة في الالتجاء إلى التحكيم، فإذا لم تتطوي هذه الإحالة على رضا الطرفين الواضح بالتحكيم كوسيلة لحل ما قد ينشأ بينهما من منازعات متعلقة بالعقد فإن الإحالة لا تكون كافية<sup>2</sup>، وأعترف المشرع المصري بشرط التحكيم بالإحالة في الفقرة الثالثة من المادة العاشرة من قانون التحكيم المصري (... ويعتبر اتفاقاً على التحكيم كل إحالة ترد في العقد إلى وثيقة تتضمن شرط التحكيم، إذا كانت الإحالة واضحة في اعتبار هذا الشرط جزءاً من العقد) وهناك العديد من القوانين المقارنة الأخرى

<sup>1</sup> خالد محمد القاضي، المرجع السابق، ص151.

<sup>2</sup> نقلاً عن أيسر داؤد سليمان، المرجع السابق، ص ص80-81.

التي اعترفت بصحة شرط التحكيم بالإحالة كقانون التحكيم الموريطاني لعام 2000 في مادته الثانية، وقانون التحكيم اليوناني لعام 1999 في مادته السابعة، وقانون التحكيم العماني لعام 1997 في مادته العاشرة، وقانون المرافعات الفرنسي في المادة رقم 1443 وقانون التحكيم الهولندي لعام 1986 في المادة رقم 21<sup>1</sup>.

## 2/ المحكم أو هيئة التحكيم

اختيار أطراف النزاع للتحكيم التجاري الدولي لتسوية النزاع الناشئ يتطلب تعيينهم محكم أو هيئة تحكيم وذلك من خلال اتفاق التحكيم، فقد بينت المادة الخامسة من اتفاقية نيويورك 1958 أن تشكيل هيئة التحكيم يتم وفقا لاتفاق الطرفين، كما أن المادة رقم 17 في فقرتها الأولى من القانون المصري للتحكيم التجاري لسنة 1994 تنص « **لطرفي التحكيم الاتفاق على اختيار المحكمين وعلى كيفية ووقت اختيارهم** »<sup>2</sup>.

وينص المشرع الجزائري في المادة رقم 1041 من القانون 08-09 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية « **يمكن للأطراف مباشرة أو بالرجوع لنظام التحكيم تعيين المحكم أو المحكمين أو تحديد شروط تعيينهم وشروط عزلهم واستبدالهم** »<sup>3</sup>.

وعليه فإنه يتم تعيين هيئة التحكيم وفقا لإرادة أطراف اتفاق التحكيم الذين يمكنهم تشكيل هيئة تحكيم خاصة مع تحديد كل الإجراءات الخاصة بعملية التحكيم وهذا ما يعرف بالتحكيم الخاص أو التحكيم الحر أو اختيارهم لمؤسسة تحكيم تتولى هي العملية التحكيمية وهذا ما يعرف بالتحكيم المؤسساتي.

## الفرع الثالث: الطبيعة القانونية للتحكيم التجاري الدولي

تعددت الآراء حول الطبيعة القانونية للتحكيم التجاري الدولي حيث ظهرت عدة اتجاهات؛ اتجاه يعتبر التحكيم ذو طبيعة تعاقدية (أولا) واتجاه ثاني يعتبره ذو طبيعة قضائية

<sup>1</sup> أيسر داؤد سليمان، المرجع السابق، ص ص 85-86.

<sup>2</sup> المادة 17 من قانون التحكيم المصري رقم 27 لسنة 1994، المصدر السابق.

<sup>3</sup> المادة 1041 من القانون 08-09 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، المصدر السابق

(ثانيا) واتجاه ثالث يرجح الطبيعة المختلطة (ثالثا) واتجاه رابع يعتبر التحكيم التجاري الدولي ذو طبيعة خاصة أو مستقلة (رابعا).

### أولا: الطبيعة التعاقدية للتحكيم التجاري الدولي

من المعروف أن جوهر التحكيم التجاري الدولي هو اتفاق التحكيم، سواء كان هذا الأخير من بنود وشروط العقد أو كان مشاركة مستقلة، وهذا يجعل اتفاق التحكيم بكل أنواعه مصدرا لأحكام التحكيم، وطبقا للمفهوم التعاقدى للتحكيم فإن اتفاق التحكيم هو الأساس، والقرار الصادر من المحكم ليس إلا انعكاسا لهذا الاتفاق ومن ثم لا بد أن يتخذ الصفة التعاقدية<sup>1</sup>.

وقد انتقد هذا الرأي على أساس أن التحكيم لا يمكن أن يقوم على اتفاق التحكيم فقط فهو نظام متكامل يعتمد على اجراءات تنظيمية عديدة ومكونات اخرى غير اتفاق التحكيم كما أن لا تأثير لأحكامه دون اجراءات التنفيذ.

### ثانيا: الطبيعة القضائية للتحكيم التجاري الدولي

يرى أنصار هذا الاتجاه أن التحكيم ذو طبيعة قضائية على أساس المهمة التي يقوم بها المحكم فهي مهمة قضائية، وتستمد من معيار موضوعي يتمثل في حسم النزاع وليس من معيار شكلي، ففكرة المنازعة وكيفية حلها هي التي تحدد طبيعة العمل الذي يقوم به المحكم باعتباره قاضيا يختاره الخصوم للفصل بينهم، والمحكم يفصل في النزاع شأنه شأن القاضي ووظيفته وظيفة قضائية<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> أبو زيد رضوان، المرجع السابق، ص 24.

<sup>2</sup> أحمد عبد الحي السيد، المرجع السابق، ص 93-94.

ولقي هذا الرأي أيضا انتقادا على أساس أن عمل المحكم يختلف عن عمل القاضي فليس للمحكم ما للقاضي من حصانة ودوام واستقرار، كما أن حجية أحكام التحكيم وقوتها التنفيذية تختلف عن الحكم القضائي<sup>1</sup>.

### ثالثا: الطبيعة المختلطة للتحكيم التجاري الدولي

العملية التحكيمية ذات نظام مختلط فهي تبدأ باتفاق ثم تسير بإجراء وتنتهي بقضاء هو قرار التحكيم، ويمر التحكيم بفترة زمنية يتعاقب عليها طابعان هما الطابع التعاقدية يجسده اتفاق الأطراف على التحكيم واختيارهم للقانون واجب التطبيق، وطابع قضائي تجسده وظيفة المحكم والتي تتمثل في حسم النزاع المطروح عليه<sup>2</sup>.

إذا كان التحكيم يبدأ بعقد فهو ينتهي بحكم وإذا كان يخضع لقواعد القانون المدني من حيث انعقاده فإنه يخضع لقواعد المرافعات من حيث آثاره وإجراءاته، وإذا كان يبطل بما تبطل به العقود فإن حكمه يطعن فيه في كثير من التشريعات كما يطعن في الأحكام وينفذ كما تنفذ الأحكام<sup>3</sup>، كما أن مصالح التجارة الدولية تتطلب اطلاق حرية الاتفاق التحكيمي في بدايته ثم تحويله في مرحلته الأخيرة إلى القضاء ليكتسب حجية ذاتية<sup>4</sup>، هذا ما يضيف الطبيعة المختلطة للتحكيم التجاري الدولي.

### رابعا: الطبيعة الخاصة أو المستقلة للتحكيم التجاري الدولي

اعتبار اتفاق أطراف التحكيم لا يعني على الإطلاق أن التحكيم مجرد عقد أو نظام تعاقدية ولا يكفي لتحديد الطبيعة القانونية للتحكيم والقول بأن التحكيم يبدأ باتفاق ثم ينتهي بحكم قضائي هو هروب من مواجهة المشكلة<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> أسامة أحمد الحواري، المرجع السابق، ص 38.

<sup>2</sup> محمد أحمد إبراهيم محمود، المرجع السابق، ص 82.

<sup>3</sup> نقلا عن رنا أبو داوس، المرجع السابق، ص 77.

<sup>4</sup> أسامة أحمد الحواري، المرجع السابق، ص 39.

<sup>5</sup> أيسر عصام داؤد سليمان، المرجع السابق، ص ص 56-57.

إن التحكيم ذو طبيعة مستقلة فإذا كان الأساس في التحكيم هو اتفاق التحكيم فإن هذا الاتفاق لا يمثل جوهر التحكيم ولا يجوز المبالغة في دوره، ففي التحكيم الإجباري وتعيين المحكمة للمحكمن في بعض الحالات ما يبعد التحكيم عن فكرة العقد. كما أن الغاية من التحكيم غير الغاية من القضاء؛ فغاية القضاء تكمن في إنزال حكم القانون بواسطة السلطة العامة أما غاية التحكيم فهي غاية اجتماعية اقتصادية<sup>1</sup> تتمثل في فض النزاع بعيدا عن السلطة العامة.

#### الفرع الرابع: الفرق بين القضاء والتحكيم التجاري الدولي

القضاء والتحكيم طريقتان أو أسلوبان وجدا من أجل تسوية مختلف المنازعات، وبرغم هذا الهدف المشترك بينهما إلا أن هناك العديد من الاختلافات الجوهرية بينهما جعلت أغلب المتعاملين بالتجارة الدولية يفضلون التحكيم التجاري الدولي عن القضاء عند نشوء نزاعات تجارية دولية، ويمكن تعداد هذه الاختلافات كما يلي:

- إن قضاء الدولة قضاء العلاقات المحطمة، يحتكم إليه الخصمان فيغلب ادعاء أحدهما على ادعاء الآخر ثم يصرفهما غريمين، بينما التحكيم هو قضاء العلاقات المتصلة يجري فيه الخصمان إلى المحكم والعلاقات قائمة بينهما، وينصرفان من حضرته ولا تزال العلاقات قائمة<sup>2</sup>.

- يختار الخصوم المحكمن في حين أنهم لا يختارون القضاء.

- اللجوء إلى التحكيم يكون بناء على اتفاق معين، في حين أن اللجوء إلى القضاء يتم دون اتفاق، كما أن إجراءات التحكيم تتميز بالبساطة والسهولة أما إجراءات القضاء فهي أكثر تعقيدا.

<sup>1</sup> أسامة احمد الحواري، المرجع السابق، ص40.

<sup>2</sup> هشام خالد، أولويات التحكيم التجاري الدولي، المرجع السابق، ص 170.

- القاضي يفصل في النزاع المطروح أمامه مقيدا في ذلك بقواعد القانون الوضعي<sup>1</sup>، أما المحكم فهو يتمتع بسلطات أوسع من القاضي لأنه لا يتقيد بأحكام القانون الوضعي ما عدا ما يخالف النظام العام والآداب، كما أن قرارات القاضي قرارات رسمية لها صفة الإلزام القانوني ويجوز تنفيذها بالطرق الجبرية، أما قرارات المحكم فلا تنفذ إلا بعد وضع الصيغة التنفيذية عليها من قبل المحاكم<sup>2</sup>.

- يقوم القضاء بمراقبة الأحكام الصادرة من محاكم التحكيم، ويتدخل لمنحها الصيغة التنفيذية والإجراءات اللازمة لتنفيذها وفق القانون.

- القضاء يتميز بالعلنية أما التحكيم فيعتمد على السرية.

### الفرع الخامس: أنواع التحكيم

أكدت المادة الخامسة من اتفاقية نيويورك 1958 أن تشكيل هيئة التحكيم يجب أن يتم وفقا لاتفاق الطرفين، ونص المشرع المصري في المادة 17 في الفقرة الأولى من قانون التحكيم المصري « **لطرفي التحكيم الاتفاق على اختيار المحكمين، وعلى كيفية ووقت اختيارهم** »<sup>3</sup>، كما بين المشرع الجزائري في المادة 1041 من القانون 08-09 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية « **يمكن للأطراف مباشرة أو بالرجوع لنظام التحكيم تعيين المحكم أو المحكمين أو تحديد شروط تعيينهم وشروط عزلهم أو استبدالهم...** »<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> القانون الوضعي: يستخدم مصطلح القانون الوضعي للتعبير عن القانون السائد، أي المعمول به فعلا في بلد ما، وفي وقت معين، فيقال مثلا القانون الوضعي الجزائري الحالي تعبيراً عن القانون السائد في الجزائر في الوقت الحاضر، أي الساري المفعول، أحمد سي علي، المرجع السابق، مدخل للعلوم القانونية النظرية والتطبيق في القوانين الجزائرية، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2009، ص 17.

<sup>2</sup> هشام خالد، أولويات التحكيم التجاري الدولي، المرجع السابق، ص 170.

<sup>3</sup> المادة 17 من قانون التحكيم المصري رقم 27 لسنة 1994، المصدر السابق.

<sup>4</sup> المادة 104 من القانون 08-09 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، المصدر السابق.

ونصت المادة 11 في فقرتها الثانية من القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي لسنة 1958 أنه « **للطرفين حرية الاتفاق على الإجراءات الواجب إتباعها في تعيين المحكم أو المحكمين** »<sup>1</sup>.

مما تقدم يتبين أن للأطراف الحرية في اختيار أو تعيين هيئة التحكيم التي ستتولى العملية التحكيمية؛ وهذا أدى إلى ظهور نوعين من التحكيم فإذا حدد الأطراف هيئة التحكيم أو المحكم مع تحديد كل الإجراءات الخاصة بالعملية التحكيمية فإن التحكيم في هذه الحالة يعرف بالتحكيم الخاص أو التحكيم الحر، أما إذا اختار الأطراف مؤسسة تحكيم تتولى كل إجراءات التحكيم يعرف التحكيم في هذه الحالة بالتحكيم المؤسسي.

وبالعودة إلى منازعات التجارة الدولية فإننا نتساءل عن أفضل نوع من أنواع التحكيم التجاري الدولي يجب أن يلجأ أطراف النزاع التجاري الدولي لتسوية نزاعهم التحكيم الخاص (أولاً) أم التحكيم المؤسسي (ثانياً)؟

### أولاً: التحكيم الخاص

التحكيم الخاص ويعرف أيضاً بتحكيم الحالات الخاصة أو التحكيم الحر أو التحكيم الذاتي؛ ويتم هذا النوع من التحكيم خارج إطار أي مؤسسة أو مركز من مراكز التحكيم حيث يتولى الخصوم إقامته بمناسبة نزاع معين من خلال تشكيلهم هيئة التحكيم، وتحديد كل القواعد والإجراءات الخاصة بالعملية التحكيمية، أو الإحالة إلى قواعد تحكيم توضع لأجل هذا الغرض أو بعبارة أخرى التحكيم الخاص هو تحكيم أعد لحالة خاصة بعينها<sup>2</sup>.

### ثانياً: التحكيم المؤسسي

انتشار وتزايد هيئات ومؤسسات ومنظمات دائمة للتحكيم في الكثير من الدول أدى إلى نقشي ظاهرة التحكيم المؤسسي حتى من قبل الحرب العالمية الثانية، وزادت عقب انتهاء

<sup>1</sup> المادة 11 من القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي لسنة 1985. متاح على الموقع الإلكتروني للجنة الأمم المتحدة

لقانون التجاري الدولي: [www.unicetral.org](http://www.unicetral.org)

<sup>2</sup> بشار محمد الأسعد، المرجع السابق، ص 30.

الحرب وحتى الآن، وقد وجدت هذه الهيئات اعترافاً بها بمقتضى المادة الأولى في الفقرة الثانية من معاهدة نيويورك 1958 حيث نصت « لا يقصد بأحكام المحكمين تلك الأحكام التي يصدرها المحكمون المعينون في حالات محدودة فحسب بل يراد بها أيضاً تلك الأحكام التي تصدر عن منظمات تحكيم دائمة يلتجئ إليها أطراف النزاع »<sup>1</sup>، ويعرف التحكيم المؤسساتي بتحكيم هيئات التحكيم الدائمة، أو التحكيم النظامي ويتم من خلال اختيار أطراف النزاع مؤسسة تحكيم أو مركز تحكيم يتولى العملية التحكيمية بكل إجراءاتها. والتحكيم المؤسساتي تحكيم حقيقي، ومركز التحكيم شخص معنوي يمكن أن يشكل قانونياً محكمة التحكيم أو المحكم<sup>2</sup>.

وقد تبين أن التحكيم المؤسساتي أفضل وأنسب لمنازعات التجارة الدولية مقارنة بالتحكيم الخاص، فمنذ أواخر السبعينات وخلال الثمانينيات من القرن الماضي وأمام التطورات الكبيرة التي عرفتتها التجارة الدولية وتنوع وزيادة المنازعات التي أضحت تثيرها، اتجهت العديد من المؤسسات التحكيمية الدائمة إلى تطوير قواعدها حتى تتمكن من مواكبة هذه التطورات وهذا أدى إلى الإقبال على التحكيم المؤسساتي وهذا لما يحققه من مزايا للعملية التحكيمية<sup>3</sup>. ورغم أن التحكيم الحر أسبق ظهوراً من التحكيم المؤسساتي، فقد عرفت كل الشعوب القديمة التحكيم الحر في كل المجالات من خلال تعيين شخص محايد يتمتع بالخبرة لحل نزاع ما، إلا أن هذا التحكيم بقي تقليدياً يعتمد على ما يتمتع به المحكم من خبرة، أما التحكيم المؤسساتي فقد تطور عبر السنوات ليخرج عن الإطار التقليدي للتحكيم ويتحول إلى تحكيم نظامي يتمتع بالخبرة والفعالية لحل نزاعات التجارة الدولية.

ومن أهم المؤسسات التحكيمية التي يفضلها المتعاملون بالتجارة الدولية نجد محكمة التحكيم الدائمة التابعة لغرفة التجارة الدولية، حيث تشير الإحصاءات أن 90% من

<sup>1</sup> حبيب ثروت، المرجع السابق، ص 132.

<sup>2</sup> FAUCHARD Philippe, GAILLARD Emmanuel, GOLDMZN Berthold, Op.cit., P 37.

<sup>3</sup> بشار محمد الأسعد، المرجع السابق، ص ص 37-38.



المنازعات التجارية الدولية تحال إلى هذه المحكمة، حيث بلغ عدد القضايا المعروضة عليها 593 قضية سنة 2006، وفي سنة 2007 بلغ 599 قضية، وقد نظرت هذه المحكمة ما مجموعه 10 آلاف قضية منذ عام 1924 إلى عام 2001 أي نسبة 40% من القضايا المطروحة على مؤسسات التحكيم الدولي<sup>1</sup>.

### الفرع السادس: استخدام الاجتهاد التحكيمي للأعراف التجارية عند تسوية منازعات التجارة الدولية

التحكيم التجاري الدولي يهدف إلى تسوية منازعات التجارة الدولية بأسلوب يحافظ على العلاقات التجارية الدولية ويعززها، لذا فهئة التحكيم عند نظرها للنزاع المعروض عليها تبذل قصارى جهدها لإيجاد أنسب القواعد والقوانين التي تضمن حل النزاع التجاري الدولي بشكل مناسب يرضي كل الأطراف ويضمن كل الحقوق ويحافظ على العلاقات التجارية.

وللوصول إلى هذا الشكل من التسوية فإن هيئة التحكيم أو المحكم مطالبون بتحديد القانون واجب التطبيق على موضوع النزاع والذي من خلاله يمكن تسوية النزاع، فالمحكم أو هيئة التحكيم غير مقيدون بأي قوانين أو قواعد خاصة فهم أحرار يمكنهم تطبيق القوانين والقواعد التي يرونها واجبة التطبيق على موضوع النزاع بما فيها الأعراف التجارية.

ولتوضيح ذلك يجب في البداية توضيح المقصود بالقانون واجب التطبيق على موضوع النزاع (أولاً) ثم الأعراف التجارية قانون واجب التطبيق على موضوع النزاع (ثانياً) ثم فعالية أعمال التحكيم التجاري الدولي للأعراف التجارية (ثالثاً) وفي الأخير دور التحكيم التجاري الدولي في إرساء الأعراف التجارية (رابعاً).

#### أولاً: القانون واجب التطبيق على موضوع النزاع في التحكيم التجاري الدولي

ما لمقصود بالقانون واجب التطبيق على موضوع النزاع في التحكيم التجاري الدولي هل هو القانون الذي يطبق على إجراءات التحكيم؟ أم القانون الذي يفصل في موضوع النزاع؟ أم أنهما نفس القانون؟

<sup>1</sup> منيرة عبد الله عيد الرشدي، المرجع السابق، ص ص 4-5.

يختلف القانون واجب التطبيق على إجراءات التحكيم للفصل في النزاع والقانون واجب التطبيق على موضوع النزاع ولا يجوز الخلط بينهما، وهذا ما عبرت عنه محكمة استئناف باريس بقولها « من الضروري التمييز بين القانون واجب التطبيق على إجراءات التحكيم وذلك القانون واجب التطبيق على موضوع النزاع، إن القانون واجب التطبيق لا يجب أن يختلط بالضرورة مع القانون واجب التطبيق على موضوع النزاع »<sup>1</sup>.

إن القانون واجب التطبيق لا يمثل القانون واجب التطبيق على إجراءات العملية التحكيمية وإنما يمثل القانون الذي يطبق على موضوع النزاع لتسويته. فالأول يقصد به إجراءات سير العملية التحكيمية التي تختلف من مركز لآخر، أما القانون واجب التطبيق على موضوع النزاع فيقصد به القواعد القانونية التي ستفصل في النزاع وتحله والتفرقة بين القانونين تعتبر جد مهمة من حيث سلطة المحكم في الخروج عن القاعدة القانونية إذ قد يعفى من اتباع القواعد التي تنظم الإجراءات ولكنه لا يستطيع التغاضي عن تطبيق القواعد الواجبة التطبيق على موضوع النزاع<sup>2</sup>، وتتعدد القوانين والأنظمة القانونية التي يمكن أن تشكل القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع بما في ذلك الأعراف التجارية.

### ثانياً: الأعراف التجارية قانون واجب التطبيق على موضوع النزاع

القانون واجب التطبيق على موضوع النزاع هو الذي يحل النزاع وكما بينا سابقاً فعقود التجارة الدولية تتم بين أطراف تختلف أنظمتها القانونية، فكيف يمكن لهيئة التحكيم أن تحدد هذا القانون أمام اختلاف الأنظمة القانونية لأطراف النزاع؟

يمكن لهيئة التحكيم أن تحدد القانون واجب التطبيق على موضوع النزاع بشكل مباشر من العقد وذلك متى اتفق الأطراف على القانون الذي يفصل في موضوع النزاع وذلك على أساس مبدأ سلطان الإرادة. فقد أكدت العديد من القوانين والتشريعات إمكانية تحديد القانون واجب التطبيق على موضوع النزاع على أساس سلطان إرادة أطراف النزاع حيث قررت

<sup>1</sup> منيرة عبد الله عيد الرشيد، المرجع السابق، ص ص 82-85.

<sup>2</sup> ماهر محمد حامد، المرجع السابق، ص 180.

المادة 7 من الاتفاقية الأوروبية للتحكيم التجاري الدولي لجنيف 1961 حرية طرفي النزاع في تعيين القانون الذي يلتزم المحكمون بتطبيقه على موضوع النزاع الذي تعينه قاعدة الإسناد التي يرونها ملائمة للحالة المعروضة، وفي كلتا الحالتين فعلى المحكمين مراعاة اشتراطات العقد وعادات التجارة والمادة استعملت تعبير " **القانون الواجب التطبيق** " دون استعمال " **التشريع الواجب التطبيق** " ويقصد بذلك واضعي المعاهدة أن أطراف النزاع يختارون ليس فقط تشريع دولة معينة، بل يمكنهم أيضا اختيار القواعد المهنية أو العادات أو الأحكام العامة لقانون التجارة الدولية<sup>1</sup>.

وأكدت العديد من النصوص القانونية على ضرورة الأخذ بمبدأ سلطان إرادة أطراف خصومة التحكيم لاختيار القانون واجب التطبيق على موضوع النزاع فبالإضافة إلى المادة السابقة توجد أيضا المادة 1/33 من قواعد اليونسترال والمادة 01/24 من قواعد غرفة التحكيم بإستكهولم والمادة 2/1د من اتفاقية روما الخاصة بالقانون واجب التطبيق على الالتزامات العقدية لعام 1980، كما أوضحت المادة 01/38 من النظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية بأن اختيار أطراف خصومة التحكيم للقانون واجب التطبيق يعد مبدأ عام للقانون<sup>2</sup>.

ويسهل على هيئة التحكيم تحديد القانون واجب التطبيق على موضوع النزاع متى اتفق عليه أطراف العقد صراحة وبشكل واضح، ولكن في كثير من الأحيان قد لا يتفق أطراف النزاع على القانون واجب التطبيق على موضوع النزاع؛ وفي هذه الحالة فإنه يمكن لهيئة التحكيم استنتاج القانون واجب التطبيق على موضوع النزاع من خلال العقد نفسه من خلال اتجاه نية أطراف النزاع إلى اختيار مؤسسة تحكيمية معينة وطبقا لقواعدها، فالقضاء الفرنسي يؤكد أنه إذا استند الأطراف إلى قواعد تحكيم خاصة فإن هذا التحكيم ينطبق، وعندما يعين شرط التحكيم مؤسسة تحكيم دائمة للنزاع فإن هذا الاختيار يؤدي إلى خضوع

<sup>1</sup> حبيب ثروت، المرجع السابق، ص ص 165 - 170.

<sup>2</sup> منيرة عبد الله عيد الرشدي، المرجع السابق، ص 83.

النزاع لتحكيم هذه المؤسسة. وهذه القاعدة عبرت عنها وبوضوح محكمة النقض الفرنسية، وكذلك محكمة استئناف باريس في إحدى قضاياها « أن الأطراف باتفاقهم على اللجوء إلى محكمي تحكيم غرفة التجارة الدولية، كانوا بهذا أيضا وفي غياب كل النصوص العقدية خاضعين لقواعد المحكمة المذكورة » وأكدت كذلك محكمة باريس الابتدائية من جانبها « إن جمهورية غينيا والشركات المدعى عليها بتحديداتها غرفة تحكيم باريس كمركز منظم لتحكيمهم قد اتخذت من لائحتها دليلا متفقا عليه ومقبولا لإجراءاتها، وبهذا أيضا منحت لهذه المؤسسة الدائمة عبأ تنظيم عمليات التحكيم مؤكدة على نظمها وقوانينه »<sup>1</sup>.

اختيار أو اتفاق أطراف النزاع على القانون واجب التطبيق على موضوع النزاع صراحة أو من خلال أحكام وشروط العقد لا يطرح أي إشكال، لكن عدم اتفاقهم على أي قانون وانعدام ما يدل عليه في العقد أو يشير إليه يدفعنا للتساؤل عن السبيل الذي يسلكه المحكم أو هيئة التحكيم في هذه الحالة لتحديد القانون واجب التطبيق على موضوع النزاع؟ إن عدم تحديد القانون واجب التطبيق على موضوع النزاع مع انعدام أي إشارة إليه يجعل هيئة التحكيم غير مقيدة بأي قانون وبأي قواعد، فتجد نفسها حرة ومجبرة في نفس الوقت على اختيار القانون أو القواعد التي تخدم موضوع النزاع وتناسبه، هذه القواعد يجب ان تضمن الفصل في النزاع بحكم لا يمكن الطعن عليه من جهة ويرضي جميع الأطراف ويحفظ جميع الحقوق من جهة أخرى. لذا فاختيار أو تعيين المحكمين للقانون الواجب التطبيق لا يتم بشكل عشوائي ومنتسرع؛ فلا بد من ملاءمة القانون أو القواعد المختارة لموضوع النزاع وهذا الشرط يجب أن يتوفر حتى لو كان القانون من اختيار أطراف النزاع كما يجب أن لا يتعارض بأي شكل من الاشكال مع النظام العام.

<sup>1</sup> محمد عبد الحميد مسعود، مرشد الباحثين عن حلول إشكاليات تحكيم منازعات التجارة الدولية في فرنسا وجمهورية مصر العربية، بدون دار نشر، 2016، ص 108.

حرية هيئة التحكيم في اختيار القانون واجب التطبيق على موضوع النزاع تجعلنا نتساءل إن كانت الأعراف التجارية تشكل القانون واجب التطبيق على موضوع النزاع المناسب لتسوية منازعات التجارة الدولية الذي يمكن أن تختاره هيئة التحكيم؟ إن هيئة التحكيم عند نظرها للنزاع التجاري الدولي تسعى لحله من خلال إيجاد قانون أو قواعد ملائمة ومناسبة تماما لمثل هذه المنازعات، وكما تبين سابقا فالأعراف التجارية تتميز بمرونة وخصائص تجعلها القواعد الأكثر ملاءمة للتجارة الدولية ومنازعاتها. لذا فإنه يمكن لهيئة التحكيم الرجوع للأعراف التجارية سواء من خلال تطبيقها بشكل مباشر أو من خلال الرجوع إلى قانون التجارة الدولية وهذا ما تدعو إليه أغلب مراكز التحكيم فقد خفف نظام تحكيم غرفة التجارة الدولية من إجبارية تطبيق المحكمين للقانون الوطني فقط وذلك من خلال ثلاث إجراءات<sup>1</sup>:

- الإجراء الأول يسمح للمحكمين بالحكم وديا إذا رغب الأطراف في ذلك وعمليا فإن هذا الإجراء نادر.

- الإجراء الثاني أدخل عن طريق نظام المصالحة والتحكيم لسنة 1975 حيث أن المادة رقم 13(5) تجعل المحكمين مجبرين على الأخذ بالاعتبار لحيثيات العقد والأعراف التجارية.

- الإجراء الثالث والذي دخل نظام تحكيم غرفة التجارة الدولية سنة 1998 حيث تم تغيير مصطلح " قانون" مطبق الذي ظهر في تنظيم 1975 في المادة 13(3) "بقواعد القانون" المطبقة تقديسا لإمكانية الأطراف اختيار قانون آخر غير القانون الوطني حيث تنص المادة 17(1) من نظام التحكيم لسنة 1998 « **الأطراف أحرار في اختيار القواعد القانونية التي يجب على الهيئة التحكيمية تطبيقها على موضوع النزاع** » .

كما أكدت المادة 1496 من التقنين الفرنسي أن للمحكمين فقط أن يطبقوا القواعد القانونية وليس قانون دولة محدد ومنذ ذلك الحين فتح الطريق للمحكمين لتطبيق قواعد

<sup>1</sup> FLORIAN Grisel, « Droit et non-droit dans les sentences arbitrales CCI : une respective historique, ICC international court of arbitration bulletin », vol25, nombre2, 2014, PP17-18.

قانونية ذات طبيعة وأصول مختلفة، وبصفة خاصة القواعد القانونية التي تتجمع عادة تحت تعبير *Lex Mercatoria* ، وقد أثبت حكم *Valenciana* أن المحكم قرر أن النزاع يسوى وفق للعادات الوحيدة للتجارة الدولية، الذي أطلق عليه بخلاف ذلك اسم *lex Mercatoria* بحسبانه القانون الأكثر ملاءمة<sup>1</sup>.

إذن بصفة عامة هيئة التحكيم مطالبة دائما بمراعاة الأعراف التجارية عند نظر منازعات التجارة الدولية فقد قررت الفقرة الثالثة من المادة 39 من قانون التحكيم المصري أن تراعي هيئة التحكيم عند الفصل في موضوع النزاع شروط العقد محل النزاع والأعراف الجارية في نوع المعاملة، وأكدت ذلك أيضا الفقرة الرابعة من المادة 28 من القانون النموذجي للتحكيم « في جميع الأحوال تفصل هيئة التحكيم في النزاع وفقا لشروط العقد وتأخذ في اعتبارها العادات المتبعة في ذلك النوع من النشاط التجاري المنطبقة على المعاملة »<sup>2</sup>.

كما أوضحت المادة 21 من قواعد غرفة التجارة الدولية أن اختيار القانون واجب التطبيق على موضوع النزاع وفي غياب اتفاق أطراف خصومة التحكيم عليه يكون أمر تحديده متروكا لهيئة التحكيم شريطة أن تراعي في اختيارها للقانون واجب التطبيق أحكام العقد المبرم بين الطرفين، وأن تأخذ بعين الاعتبار أي أعراف تجارية ذات صلة<sup>3</sup>.

كما أقرت العديد من التشريعات الوطنية ضرورة أن يأخذ المحكم بعين الاعتبار الأعراف التجارية عند نظره لمنازعات التجارة الدولية، حيث أقر ذلك المشرع المغربي من خلال الفصل 44-327 في الفقرة الثانية « في جميع الأحوال، تأخذ الهيئة التحكيمية بعين الاعتبار مقتضيات العقد الذي يربط بين الأطراف والأعراف والعادات السائدة في ميدان

<sup>1</sup> محمد عبد الحميد مسعود، المرجع السابق، ص 116.

<sup>2</sup> أحمد مخلوف وآخرون، المرجع السابق، ص 463-465.

<sup>3</sup> منيرة عبد الله عبد الرشيد، المرجع السابق، ص 82.

التجارة»<sup>1</sup>، ونفس الشيء أقره المشرع المصري من خلال المادة 3139 من قانون التحكيم المصري رقم 27 لسنة 1994.

ونفس الشيء أكدته المشرع الجزائري من خلال نص المادة 1050 من القانون رقم 08-09 المؤرخ في 25 فبراير 2008 يتضمن قانون الاجراءات المدنية والادارية « تفصل محكمة التحكيم في النزاع عملا بقواعد القانون الذي اختاره الأطراف، وفي غياب هذا الاختيار تفصل حسب قواعد القانون والأعراف التي تراها ملائمة»<sup>2</sup>.

وقد ورد في القسم الثاني من قانون أصول المحاكمات المدنية اللبنانية رقم 90 لسنة 1983 الذي كان تحت عنوان التحكيم الدولي في المادة 813 والتي تنص « يفصل المحكم في النزاع وفقا للقواعد القانونية التي اختارها الخصوم، وإلا وفقا للقواعد التي يراها مناسبة وهو يتقيد في جميع الأحوال بالأعراف التجارية»<sup>3</sup>.

وبصفة عامة يجب على هيئة التحكيم أن تأخذ بعين الاعتبار الأعراف التجارية عند نظرها في منازعات التجارة الدولية ويقصد بعين الاعتبار أو في الاعتبار؛ أنه بما أن محكمة التحكيم غير مقيدة بأي قانون أو قواعد قانونية فإنه يجب عليها عدم تجاهل الأعراف التجارية سواء اتفق عليها الأطراف أم لم يتفقوا عليها لأنها قد تكون الحل الأمثل وهذا دليل على فعالية الأعراف التجارية في تسوية منازعات التجارة الدولية، وفي رأينا يقصد أيضا بعبارة في الاعتبار جذب انتباه المحكم أو هيئة التحكيم للأعراف التجارية التي لها علاقة بموضوع النزاع فإذا كانوا يجهلونها وجب عليهم الاطلاع عليها لأنها قد تشكل الحل الأنسب لموضوع النزاع مقارنة بقواعد قانونية أخرى، ويمكن إعمال الأعراف التجارية باعتبارها قانون واجب التطبيق على موضوع النزاع وفقا للحالات التالية:

<sup>1</sup> بن عثمان فريدة، المرجع السابق، ص 168.

<sup>2</sup> المادة 1050 من القانون رقم 08-09 يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، المصدر السابق.

<sup>3</sup> علي علاء حسين، «القانون الواجب التطبيق على شرط التحكيم في عقود التجارة الدولية، دراسة تحليلية»، مجلة مركز دراسات الكوفة، المجلد/العدد 41، 2016، ص 13.

## 1/ أعمال المحكم للأعراف التجارية على موضوع النزاع استجابة لسلطان إرادة أطراف

## النزاع

قد يحزم أطراف النزاع مشكلة تحديد القانون واجب التطبيق على موضوع النزاع من خلال قيامهم بتحديد صراحة على أساس مبدأ سلطان الإرادة، فقد يختار أطراف الخصومة التحكيمية قواعد قانون التجارة الدولية وفي هذه الحالة يجد المحكم نفسه مجبرا على تطبيق قواعد هذا القانون والتي قد تتمثل في الأعراف التجارية باعتبارها من مكونات هذا القانون.

فقد قضت هيئة التحكيم التابعة لغرفة التجارة الدولية في النزاع رقم 8365 لسنة 1996 بأن السند الوارد في عقد الضمان بتطبيق المبادئ العامة للقانون الدولي وعادات التجارة يعطي إشارة صريحة لرغبة الطرفين في استبعاد تطبيق قانونهم الوطني أو تطبيق أي قانون آخر وبالتالي فالمجال متسع أمام المحكم لتطبيق قانون التجارة الدولية وبالتالي تطبيق أعراف التجارة الدولية باعتبارها مصدره الرسمي، كما يمكن أن يختار أطراف الخصومة التحكيمية الأعراف التجارية صراحة فيجد المحكم نفسه مجبرا على تطبيقها فقد قضت أيضا هيئة التحكيم التابعة لغرفة التجارة الدولية بباريس في النزاع رقم 1569 لسنة 1970 بعد استبعادها تطبيق القانون الألماني وانتهت فيه إلى أن الأطراف قد رغبوا في أن يروا النزاع قد تم تسويته دون الرجوع لأي قانون وطني واستنادا فقط إلى أساس الأحكام التعاقدية ووفقا لعادات وأعراف التجارة الدولية<sup>1</sup>.

إذن وبصفة عامة القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع يخضع لمبدأ سلطان إرادة أطراف النزاع وهذا يسمح بتطبيق الأعراف التجارية متى اتفق عليها الأطراف، لكن هذه الحرية التي يتمتع بها أطراف النزاع في اختيار هذا القانون لا تعتبر مطلقة إذ يجب أن يتصل هذا القانون بموضوع النزاع ويخدمه وأن لا يتعارض مع النظام العام.

<sup>1</sup> محمد أحمد إبراهيم محمود، المرجع السابق، ص 160.



## 2/ إعمال هيئة التحكيم للأعراف التجارية عند عدم اتفاق أطراف النزاع على القانون

## واجب التطبيق على موضوع النزاع

كما سبق وأشرنا يمكن لهيئة التحكيم في حالة عدم اتفاق أطراف الخصومة التحكيمية على القانون واجب التطبيق على موضوع النزاع تطبيق قواعد قانونية تلائم موضوع النزاع انطلاقاً من العادات والأعراف التجارية وذلك وفقاً للحالات التالية:

## أ/ إعمال هيئة التحكيم للأعراف التجارية باعتبارها الأكثر صلة بموضوع النزاع

من المسلم به أن هيئة التحكيم تعمل على إصدار حكم تحكيم غير قابل للطعن لذا فإنها تفضل تطبيق القانون الأكثر اتصالاً بموضوع النزاع، وتعتبر الأعراف التجارية القواعد الأكثر اتصالاً بمواضيع منازعات التجارة الدولية بصفة عامة، فقد قضت محكمة النقض الفرنسية في حكمها الصادر في 22 أكتوبر 1991، أنه إذا لم يتفق أطراف خصومة التحكيم على القانون واجب التطبيق فإن هذا يخول محكمة التحكيم التابعة لغرفة التجارة الدولية تطبيق أعراف التجارة الدولية باعتبارها القانون واجب التطبيق ما دامت هي الأكثر اتصالاً بموضوع النزاع المطروح عليها<sup>1</sup>.

كما يمكن لهيئة التحكيم إعمال الأعراف التجارية على موضوع النزاع من خلال تطبيقها لقواعد أو قوانين تتصل بموضوع النزاع وتقر أو تحيل على الأعراف التجارية كـ بعض الاتفاقيات الدولية مثل اتفاقية فينا 1980 للبيع الدولي للبضائع أو مبادئ العقود التجارية الدولية UNIDROIT.

إن فاعراف التجارة الدولية تعتبر أكثر القواعد اتصالاً بمواضيع منازعات التجارة الدولية بشكل مباشر أو من خلال ارتباطها الوثيق بقواعد وقوانين أخرى تتصل أيضاً بمواضيع التجارة الدولية لذا فالأعراف التجارية تعتبر هي الأصلح لتسوية مثل هذا النوع من المنازعات.

<sup>1</sup> منيرة عبد الله عبد الرشيد، المرجع السابق، ص 94.

## ب/إعمال هيئة التحكيم للأعراف التجارية لتكملة القانون واجب التطبيق على موضوع

## النزاع

يمكن لهيئة التحكيم اللجوء للأعراف التجارية لتكملة القانون واجب التطبيق على موضوع النزاع والذي اختاره أطراف الخصومة التحكيمية بعد أن ثبت أنه لا يمكنه لوحده تسوية النزاع بسبب بعض الثغرات التي تشوبه، أو لنقص فيه وفي هذه الحالة تجد هيئة التحكيم نفسها مجبرة على اللجوء إلى الأعراف التجارية لسد هذا النقص أو الفراغ التشريعي فقد قضت محكمة التحكيم التابعة لغرفة التجارة الدولية في حكمها رقم 7365 الصادر في 07 ماي 1995 في القضية التي عرفت بقضية CUBIC والتي تتعلق بنزاع مطروح أمام غرفة التجارة الدولية ناشئ عن عقد بين الحكومة الإيرانية وشركة CUBIC للأنظمة الدفاعية وهي شركة أمريكية حيث اتفق الطرفان على بيع وتركيب معدات عسكرية إلى وزارة الدفاع الإيرانية عام 1977، إلا أن شركة الأنظمة الدفاعية قامت بتوريد إنتاجها إلى كندا وذلك لامتناع وزارة الدفاع الإيرانية عن سداد مستحقات الشركة وتوجيه الإنتاج إلى كندا، حيث طبقت هيئة التحكيم قواعد وأعراف التجارة الدولية، فطعننت وزارة الدفاع على حكم التحكيم بالبطلان لمخالفة هيئة التحكيم للقانون واجب التطبيق على النزاع وهو القانون الإيراني وأعتبرت المحكمة بأن تطبيق هيئة التحكيم لقواعد وأعراف التجارة الدولية ليس طرحاً أو استبعاداً للقانون واجب التطبيق الذي اختارته أطراف الخصومة، ولكن كانت أعراف التجارة الدولية مكملة ومتممة وضرورية للقانون الإيراني واجب التطبيق وهذا ما أكدته المادة 21 من قواعد غرفة التجارة الدولية والتي أكدت على ضرورة أن تأخذ هيئة التحكيم بعين الاعتبار أي أعراف تجارية ذات صلة<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> منيرة عبد الله عيد الرشيد، المرجع السابق، ص 97.

## ج/ إعمال هيئة التحكيم للأعراف التجارية من خلال السلطة التقديرية لها

برغم تحديد أطراف النزاع للقانون واجب التطبيق على موضوع النزاع إلا أنه قد لا يخدم النزاع أو لا يتصل به أو لا يناسبه، وفي هذه الحالة يمكن للمحكم أو هيئة التحكيم استبعاد القانون الذي اختاره أطراف النزاع والعودة للأعراف التجارية أو أي قانون آخر مناسب لحل النزاع وذلك من خلال سلطتها التقديرية التي يجيزها أطراف النزاع.

## د/ إعمال هيئة التحكيم للأعراف التجارية عند تعارض القانون واجب التطبيق على

## موضوع النزاع مع مقتضيات التجارة الدولية

قد تثير بعض القوانين والقواعد عند اختيارها من قبل أطراف النزاع كقانون واجب التطبيق على موضوع النزاع بعض الإشكاليات بسبب تعدد تفسيراتها. وهذا ما قرره هيئة التحكيم التابعة لغرفة التجارة الدولية والمنعقدة في نيويورك في الدعوى رقم 8385 لسنة 1995 والتي انتهت لعدم إعمال القانون الفيديريالي الأمريكي (RICO) واجب التطبيق رغم اتفاق الأطراف على تطبيقه وتطبيق قواعد قانون التجارة الدولية؛ وذلك لأن القانون الذي اتفق الأطراف عليه يثير خلافات كثيرة عند تطبيقه لتعدد التفسيرات التي يحتملها هذا القانون وكونه يفرض تعويضا ثلاثي الأضعاف لا يجد مجاله إلا في الحالات التعاقدية غير المشروعة مثل دفع الرشاوي، حيث يكون تطبيقه في هذه الحالة واجبا باعتباره قاعدة جزائية، وانتهت هيئة التحكيم إلى أنه « من الأهمية بما كان في مجال التجارة الدولية اختيار قواعد تولد نتائج متوقعة تستجيب لمقاصد الأطراف وتأخذ في الاعتبار العادات السائدة في السوق الدولي، وهي فرصة لتطبيق *Lex Mercatoria* لتقرير التعويض الذي تستحقه الشركة المدعية مع منحها عائد نقل التكنولوجيا المستحق حتى تاريخ 1991/12/31»<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> محمد أحمد إبراهيم محمود، المرجع السابق، ص 165.

من خلال ما تقدم يتبين أن هيئة التحكيم عند نظرها منازعات التجارة الدولية يمكنها إعمال الأعراف التجارية سواء استجابة لإرادة أطراف النزاع عند اختيارهم الأعراف التجارية صراحة أو ضمنا لتسوية النزاع، أو من خلال ما تتمتع به هيئة التحكيم من حرية في اختيار القانون واجب التطبيق على موضوع النزاع عند عدم تحديد أطراف النزاع لهذا القانون أو عدم توفر ما يشير إليه في حيثيات العقد، وهذا يعود إلى ما تتمتع به الأعراف التجارية من مرونة وخصائص و مميزات تجعلها الأنسب والأفضل لتسوية منازعات التجارة الدولية مقارنة بغيرها من الأنظمة، وهذا ما أكدته أغلب التشريعات من خلال إصرارها على ضرورة أن يأخذ في الاعتبار المحكم أو هيئة التحكيم الأعراف التجارية عند نظره منازعات التجارة الدولية.

ويمكن القول أن هيئة التحكيم تعمل الأعراف التجارية كإعمالها للقواعد القانونية لأنها الأكثر صلة بمواضيع منازعات التجارة الدولية وأفضل وسيلة لتسويتها لما تتمتع به من ليونة تجعلها مناسبة للمنازعات التي تختلف الأنظمة القانونية لأطرافها، وهذا دليل آخر على المكانة الهامة التي تحتلها الأعراف التجارية ليس فقط في تنظيم التجارة الدولية بل وفي فض منازعاتها كذلك.

### ثالثا: فعالية إعمال التحكيم التجاري الدولي للأعراف التجارية

رغم اعتراض البعض على الأعراف التجارية وذلك لاعتبارهم لها أنها مجرد ممارسات وسلوكات تجارية لا تتمتع بخصائص القواعد القانونية، إلا أن الواقع العملي أثبت عكس ذلك عند تسوية منازعات التجارة الدولية.

فالتحكيم التجاري الدولي يعتمد بشكل كبير على الأعراف التجارية وهذا لا يعني أن التحكيم التجاري الدولي عند إعماله للأعراف التجارية قد أصبح تحكيما وديا لا يتقيد فيه المحكم عند الفصل في موضوع النزاع بأحكام قانونية ملزمة، فالأعراف التجارية في الحقيقة قواعد ملزمة للأطراف ومصدر الإلزام فيها لا يتخذ نفس الشكل في القواعد القانونية التي

تصنعها الدولة، ويجب التفرقة بشكل قاطع بين تحكيم العدالة وهو مبتغى التحكيم الودي وبين التحكيم الذي يقوم على تطبيق الأعراف التجارية والذي يقوم على مقتضى القانون وهو قانون التجارة الدولية، وبإمكان المحكم إعماله أي (قانون التجارة الدولية) باعتبار أن العقد أو النزاع يرتبط بهذا القانون أكثر من ارتباطه بأي قانون وطني من صنع الدولة<sup>1</sup>.

التحكيم التجاري بحاجة إلى قواعد تساعد على تحقيق هدفه، والواقع العملي يثبت أن الأعراف التجارية قد حققت نجاحا كبيرا في تسوية منازعات التجارة الدولية بواسطة التحكيم التجاري الدولي، فالمصطلحات التجارية INCOTERMS مثلا يمكن أن يرجع إليها المحكمون لتحديد القانون واجب التطبيق حيث تستعمل كعلامة لارتباط العقد بنظام قانوني معين؛ من خلال تحديد مكان تسليم البضائع رغم اعتراض بعض المحكمين على اعتبار مكان تسليم البضائع هو الذي يحدد القانون واجب التطبيق<sup>2</sup>. والمحكمون يعمدون إلى تطبيق قواعد INCOTERMS لصعوبة تركيز المنازعة في أحد الأنظمة القانونية الوطنية، وقد أكد الأستاذين Drains السكرتير العام لمحكمة العدل الدولية بغرفة التجارة الدولية، والمحكم الدولي Lalive في أحد أبحاثهما المشتركة بأن بعض المعاملات التجارية الدولية تتصل بشكل وثيق بالأعراف لدرجة أن المحكمين يشيرون إليها مباشرة لحل المشاكل المتعلقة بها دون توجيه النظر إلى حلول القانون الداخلي التي تطبق بصفة عامة على المنازعة، وذلك هو الحال على سبيل المثال فيما يتعلق بالبيوع الدولية، حيث يشير المحكمون بشكل نظامي إلى قواعد INCOTERMS لتفسير المصطلحات التجارية مثل مصطلحي FOB و CIF<sup>3</sup>.

إن المحكم في التحكيم الودي يتجه مباشرة إلى النزاع وهو طليق اليدين إلا من قواعد العدالة كما يقدرها هو، أما في التحكيم الذي يطبق عادات وأعراف التجارة الدولية فإنه يجد نفسه ملزما باستخلاص الحل العادل بين الخصوم على ضوء المفاهيم القانونية ذات الطابع

<sup>1</sup> أبو زيد رضوان، المرجع السابق، ص ص 176-177

<sup>2</sup> بن عثمان فريدة، المرجع السابق، ص ص 173-175.

<sup>3</sup> المرجع نفسه، ص 176.

الدولي، والتي يمكن استجلاؤها من مصادر مختلفة سواء في العقود الدولية ذات الشكل النموذجي أو من القواعد العرفية المقننة أو غير المقننة لعادات وأعراف التجارة الدولية<sup>1</sup>. إذن فإعمال التحكيم للأعراف التجارية يمنحه فعالية ونجاعة فيمكن أن تشكل هذه القواعد قانون المحكم الذي يمكن ان يعتمد عليه لإيجاد أفضل الحلول عند تسوية منازعات التجارة الدولية.

#### رابعاً: دور التحكيم التجاري الدولي في إرساء لأعراف التجارية

أصبحت الأعراف التجارية الحل الأمثل والأنسب للتحكيم التجاري الدولي لتسوية مختلف منازعات التجارة الدولية؛ بسبب ما تتمتع به من خصائص جعلتها ملائمة لمثل هذا النوع من المنازعات فعدم إعمال الأعراف التجارية من قبل التحكيم التجاري الدولي يجعل المحكم لا يجد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع في كثير من الحالات، كما أن إخضاع منازعات التجارة الدولية لنظام آخر كمنهج التنازع يعتبر غير ملائم حتى ولو تم توحيد أنظمة تنازع القوانين أو استقل قضاء التحكيم التجاري الدولي بنظام خاص لتنازع القوانين فإنه في النهاية سيجعل عقود التجارة الدولية تخضع للقوانين الوطنية<sup>2</sup>، ومن المعلوم أن هذه القوانين أثبتت عجزها وتقصيرها عند تنظيم التجارة الدولية وحل منازعاتها.

إن إعمال التحكيم التجاري الدولي للأعراف التجارية يخدمها كثيرا ويساهم بشكل كبير في تحديدها بشكل دقيق، خاصة الأعراف التجارية غير المقننة، وهذا يخدم كثيرا التجارة الدولية من خلال تحديد الأعراف التجارية الحقيقية وتجنب الأعراف التجارية الدخيلة، فقد قضت محكمة التحكيم لدى غرفة التجارة الدولية في القضية رقم 1657 لسنة 1969 بأنه لا يوجد عرف أو عادة موحدة تسمح بفسخ العقد عندما ينقضي ميعاد فتح الاعتماد المستندي إلا في حال ما إذا كان ميعاد الشحن قد انقضى، وكذلك قرارها رقم 5953 لسنة 1988

<sup>1</sup> أبو زيد رضوان، المرجع السابق، ص 178.

<sup>2</sup> عمران علي السائح، المرجع السابق، ص 322.

والذي رأت فيه أنه لا توجد أي عادة خاصة بالتجارة بشأن تجارة الفحم لذا يجب اللجوء إلى المبادئ العامة للتجارة الدولية كمبدأ العقد شريعة المتعاقدين، ومبدأ حسن النية<sup>1</sup>.

واستمرار أعمال التحكيم التجاري الدولي للأعراف التجارية ساهم كذلك في إرساء هذه الأعراف التجارية من خلال التعريف بها في مختلف أحكامه التي يصدرها وهذا جعل التحكيم التجاري مصدرا هاما للأعراف التجارية خاصة الأعراف التجارية غير المقننة، فقد أصبح مرجعا هاما لاستخلاص مختلف الأعراف التجارية وأكدت ذلك الأستاذة

JOELLE SIMON في رسالتها عن التجارة الدولية للغلال عام 1982 حيث أشارت بأن المحكمين يقومون بدور المشرع في المنازعات التي تنشأ حول عقود الغلال؛ فهم يتدخلون لتعديل القواعد التي أقرتها المنظمات المهنية في العقود النموذجية بهدف إيجاد حل مناسب للنزاع المعروض ومع الزمن تندمج اجتهادات المحكمين في آليات العمل وتحوز العمومية والديمومة عن طريق التعاون أو حتى عن طريق التواطؤ بين المنظمات المهنية ومؤسسات التحكيم<sup>2</sup>.

ويؤكد الأستاذ Mayer أن المحكمين يعتمدون في قراراتهم على السوابق كما لو كان لهذه السوابق سلطة بحيث تحقق هذه الأحكام نوعا من التوافق، أو حتى التلاقي مع حلول أعطيت لمنازعات سابقة عرضت على التحكيم، فالمحكم هو الذي ينشئ قانون التجارة الدولية ولا يجده جاهزا كما يذهب إليه بعض الفقه<sup>3</sup>. ونفس الشيء ينطبق على الأعراف التجارية فقضاء التحكيم يسعى دائما إلى إيجاد الحلول الذاتية التي تلائم معاملات عقود التجارة الدولية عن طريق إرسائه لبعض العادات والقواعد التي لا نظير لها في الأنظمة القانونية الوطنية فهو يمنح سلطته للعادات المتبعة في الاوساط المهنية ويساعد على تحديد

<sup>1</sup> محمد أحمد إبراهيم محمود، المرجع السابق، ص 271.

<sup>2</sup> المرجع نفسه، ص 176.

<sup>3</sup> نقلا عن بلاق محمد، المرجع السابق، ص 154.

مضمونها ويساهم في خلق عادات جديدة عن طريق تكرار الحلول التي يعتمدها للمشاكل التي تصادف إبرام العقود الدولية وتنفيذها<sup>1</sup>.

وبرغم أن الفضل يعود للأعراف التجارية التي جعلت التحكيم التجاري الدولي يجد الحلول المناسبة لمنازعات التجارة الدولية إلا أن التحكيم التجاري الدولي له أيضا الفضل في إحياء الأعراف التجارية وتطويرها حيث يرى الأستاذ Goldman أنه إذا كان حاليا مجرد عدد قليل من سوابق التحكيم فخلال خمسين عاما سيكون لدينا أحكاما عمرها خمسون سنة وستنضج بالتدرج عن طريق تطبيق عادات وأعراف التجارة الدولية وتفسيرها بما يتلاءم ومصالح التجارة الدولية<sup>2</sup>، وربما قد تساعد هذه الأحكام على تنظيم وتسوية منازعات عقود التجارة الدولية خاصة العقود الحديثة التي لم تستقر بعد ولا زالت تتغير باستمرار والتي يصعب إخضاعها لأي نظام قانوني.

مما سبق يتبين أن هناك علاقة تكاملية بين التحكيم التجاري الدولي والأعراف التجارية فإعمال التحكيم التجاري الدولي للأعراف التجارية يساهم في إرسائها والتعريف بها وبشكل مصدرا هاما لها خاصة غير المقننة منها، وفي نفس الوقت يمكن أن تشكل الأعراف التجارية قانون المحكم لتسوية منازعات التجارة الدولية وهذا لملاءمتها لهذا النوع من المنازعات، وهذا اعتراف آخر وتأكيد على نجاعة الأعراف التجارية وإقرار بها وبالمكانة الهامة التي بلغت في تنظيم التجارة الدولية وفض منازعاتها.

<sup>1</sup> بلاق محمد، المرجع السابق، ص 149.

<sup>2</sup> محمد أحمد إبراهيم محمود، المرجع السابق، ص 175.



خاتمة

بعد انتهائنا من البحث في موضوع مكانة الأعراف التجارية في التجارة الدولية تبين لنا أن تعدد الأنظمة القانونية للمتعاملين بالتجارة الدولية يجعل من الصعب الاعتماد على القوانين الوطنية ومناهج التنازع لتنظيمها وهذا ما أدى إلى تحرير العقود التجارية الدولية من سلطان القوانين الوطنية والمناداة إلى العقد الطليق أو العقد بدون قانون.

ولكن رغم ذلك تبقى التجارة الدولية بحاجة إلى قانون يلبي جميع متطلباتها وحاجاتها يطبق بشكل مباشر على مختلف عقودها سواء التقليدية أو الحديثة وهذا ما أدى إلى المحاولات المستمرة لبعث قانون التجارة الدولية من جديد ليتولى هذه المهمة إلا أن ذلك يعتبر صعباً؛ بسبب تعدد مصادر هذا القانون التي أدت إلى تنوع واختلاف قواعده واحكامه بالإضافة إلى معضلة توحيدته بالشكل الذي يسمح له بتنظيم التجارة الدولية بشكل فعال وآمن، وهذا أصبح يشكل عائقاً كبيراً أمام سير وتطور ونمو التجارة الدولية بمختلف عقودها خاصة الحديثة منها.

إن التجارة الدولية بحاجة إلى نظام قانوني فعال ومرن يمكنه أن يتأقلم مع كل المستجدات والمتغيرات التي تطرأ من حين إلى آخر عليها وعلى عقودها وعلى منازعاتها، والأعراف التجارية تحوز الكثير من الخصائص التي تجعلها الأنسب للتجارة الدولية بكل ما تثيره فرغم قدمها إلا أنها نشأت بالموازاة مع التجارة الدولية وأصبحت ملازمة لها لأنها وليدة نفس المجتمع وهو مجتمع التجار ورجال المال والأعمال ومن الطبيعي أن تلائم التجارة الدولية.

وقد أثبتت الأعراف التجارية أنها أحسن وسيلة لتنشيط التجارة الدولية بفضل مقدرتها على تسيير الكثير من الآليات التجارية الدولية الهامة كالاعتماد المستندي الذي ينتمي إلى قطاع حساس يصعب تنظيمه، بالإضافة لتحديدتها بشكل دقيق وواضح التزامات البائع والمشتري من خلال توحيد تفسيرها لمصطلحات التجارة الدولية التي أصبحت أهم وسائل التعاقد التجاري الدولي، بالإضافة لتسهيلها التعاقد التجاري الدولي من خلال العقود

النموذجية التي رغم كل الانتقادات التي تواجهها إلا أنها تبقى ضرورة اقتصادية لا يمكن التخلي عنها خاصة في العقود التجارية الدولية الحديثة.

رغم اعتبار الكثير أن الأعراف التجارية مجرد سلوكيات وممارسات تجارية إلا أنها أثبتت أنها تتمتع بخصائص ذاتية لا تتوفر عليها الكثير من الأنظمة الأخرى كالمرونة والسرعة في الاعتماد؛ وهذا ما تبحث عنه التجارة الدولية لأنه يلائم كثيرا سير وتطور مختلف المعاملات التجارية الدولية.

إن مكانة الأعراف التجارية في التجارة الدولية لا تنحصر في تنظيمها فقط فقد أثبتت الأعراف التجارية نجاعتها في تسوية منازعات التجارة الدولية سواء عن طريق القضاء أو عن طريق الوسائل البديلة لتسوية المنازعات؛ هذا ما دفع أغلب المتعاملين بالتجارة الدولية إلى تفضيلها عن باقي الأنظمة في مختلف تعاقداتهم ومعاملاتهم التجارية الدولية.

والأعراف التجارية مرتبطة وملازمة للتجارة الدولية فلا يكاد يخلو أي عقد تجاري دولي من الإشارة إلى الأعراف التجارية لأنها مناسبة تماما لهذا النوع من التعاقد وهذا دليل على تطور الأعراف التجارية رغم احتفاظها بطابعها العرفي الذي ظهرت به.

ورغم الجدل الكبير الذي ما زالت تعرفه الأعراف التجارية بسبب قلة الأعراف التجارية المقننة مع غياب المؤسسات التشريعية المتخصصة بتقنينها؛ إلا أن العدد القليل من الأعراف التجارية التي عرفت التقنين أحدثت فارقا كبيرا عند استخدامها في التجارة الدولية بما قدمته من تسهيلات وتيسيرات لكل المتعاملين بالتجارة الدولية.

ورغم الطابع العرفي للأعراف التجارية إلا أنها أثبتت أنها تتمتع بخصائص القاعدة القانونية في إطار المجتمع التجاري الدولي، وهذا يجعلها النظام القانوني الأنسب لهذا المجتمع مقارنة بباقي الأنظمة الوطنية والاتفاقية التي لا تتوافق بشكل تام مع هذا المجتمع.

وقد حظيت الأعراف التجارية باهتمام العديد من الأنظمة القانونية الاتفاقية الدولية كاتفاقية فيينا 1980 الخاصة بالبيع الدولي للبضائع، واتفاقيتي لاهاي لسنة 1964 لتوحيد

البيع الدولي وكذلك المبادئ المتعلقة بعقود التجارة الدولية UNIDROIT وهذا يؤكد أن الأعراف التجارية ملائمة تماما للتجارة الدولية

كما لقيت الأعراف التجارية اهتماما بالغا من قبل القضاء ومختلف الوسائل البديلة لتسوية منازعات التجارة الدولية وخاصة التحكيم التجاري الدولي الذي تجمعها علاقة تكاملية مع الأعراف التجارية إذ يمثل أحد أهم مصادرها، بينما تمثل الأعراف التجارية قانون المحكم بامتياز، وهذا يدل على المكانة الهامة التي بلغتها الأعراف التجارية والتي جعلتها ترتقي إلى مستوى النظام القانوني الذي يمكن أن يلبي مختلف متطلبات وحاجات التجارة الدولية ويمكن الاعتماد عليه لتنظيم مختلف عقود التجارة الدولية وتسوية ما قد ينشأ عنها من منازعات، وهذا يمنح مكانة جد هامة للأعراف التجارية في التجارة الدولية وما يؤكد ذلك مجموعة النتائج التي توصلت إليها عند إعدادي لهذا البحث:

- عرف مصطلحي الأعراف التجارية والعادات التجارية الكثير من الجدل؛ وفي المجال التجاري الدولي يفضل استخدام مصطلحي الأعراف التجارية والعادات التجارية كمترادفين بنفس المعنى وأغلب الفقه الحديث أصبح يشير لهما معا وعلى التوالي بقوله "العادات والأعراف التجارية" إنهاء للجدل القائم بينهما.

- رغم اختلاف التجارة الداخلية والتجارة الدولية إلا أن الأعراف التجارية الداخلية والأعراف التجارية الدولية لا تختلفان من حيث الطبيعة، وتختلفان فقط في النطاق الذي تتم فيه التجارة، فالأعراف التجارية الدولية تخص المعاملات التجارية الدولية أما الأعراف التجارية الداخلية فتخص المعاملات التجارية الوطنية.

- رغم تعدد وتنوع مصادر قانون التجارة الدولية إلا أن الأعراف التجارية تبقى جوهر قانون التجارة الدولية وتمثل مصدره الرسمي بدون منازع بفضل توافقها التام مع طابعه الدولي والمهني على السواء وهذا ما لا يتوفر في باقي مصادره التي لا تتوافق مع الطابع الدولي والمهني المميز لقانون التجارة الدولي وهذا لا يجعلها مصادر رسمية له.

- لا تشكل الأعراف التجارية مصدرا رئيسيا لقانون التجارة فقط؛ فهي مصدر مهم أيضا لباقي مصادره خاصة التشريعات الوطنية التي وضعتها بعض الدول لتنظيم التجارة الدولية كالعادات التجارية اليوغوسلافية والتقنين التشيكي للتجارة الخارجية وكذلك لمصدره الخاص المتمثل في قانون التجار Lex Mercatoria.

- تتنوع الأعراف التجارية وتتخذ عدة أشكال فهناك مصطلحات التجارة الدولية والقواعد والأعراف الموحدة للاعتماد المستندي والعقود النموذجية، كما أن هناك الكثير من الأعراف التجارية لم تعرف التقنين بعد.

- تلعب الأعراف التجارية دورا هاما في إبرام العقد التجاري الدولي من خلال تدخلها في كل مراحل إبرامه سواء مرحلة المفاوضات ومرحلة الصياغة ومرحلة الإبرام النهائي ومرحلة التنفيذ.

- يمكن لأطراف العقد التجاري الدولي تطبيق الأعراف التجارية صراحة أو ضمنا وذلك من خلال مبدأ سلطان الإرادة الذي يتيح لهم فرصة اختيار القانون واجب التطبيق على عقدهم.

- اتفاقية فيينا 1980 الخاصة بالبيع الدولي للبضائع واتفاقيتي لاهاي لسنة 1964 لتوحيد البيع الدولي تعتبران تقنينا للأعراف التجارية بسبب المكانة الهامة التي منحتها الاتفاقيتين للأعراف التجارية .

- تلعب الأعراف التجارية دورا هاما في تنظيم العقود التجارية الدولية بصفة عامة وتعتبر أحسن وسيلة لتنظيم العقود الدولية الحديثة كعقد الفرشاييز الدولي الذي لم يحضى بالنصوص القانونية والتشريعية اللازمة لتنظيمه وتعتبر العقود النموذجية أفضل وسيلة تقرها المنظمات الدولية المهتمة بالتجارة الدولية لتنظيم هذا العقد.

- اهتمام الكثير من الاتفاقيات كاتفاقيتي لاهاي لتوحيد البيع الدولي 1964 واتفاقية فيينا 1980 الخاصة بالبيع الدولي للبضائع وبعض الأنظمة الأخرى كالمبادئ الخاصة بالعقود

التجارية (Unidroit) يعتبر اعتراف وإقرار دولي بالأعراف التجارية وبالمكانة الهامة التي بلغتها في التجارة الدولية.

- تتمتع الأعراف التجارية بالقوة الإلزامية التي تمكنها من تنظيم العقود التجارية الدولية وتستمد قوتها الإلزامية من إرادة الأطراف متى اتفقوا عليها، و تستمدها كذلك من القوانين التي تفرض استخدامها ومن الأنظمة القانونية التي تعتمد عليه كالقضاء والتحكيم.

- الأعراف التجارية قواعد عرفية ورغم طابعها العرفي وعدم صدورها من قبل سلطة تشريعية إلا أنها أثبتت أنها تحوز خصائص القاعدة القانونية في المجتمع الذي تنظمه وهو المجتمع التجاري الدولي وتعتبر قواعد عبر دولية أو أعراف عبر دولية وهذا يمنحها قيمة قانونية كالقواعد القانونية لتشكل نظام قانوني قائم بذاته.

- الجزء من خصائص القاعدة القانونية ومرتبطة بسلطة الدولة إلا أنه في المجتمع التجاري الدولي يختلف كثيرا حيث يمكن أن تتولى المنظمات الدولية والمهنية الخاصة بالمجتمع التجاري الدولي بعيدا عن سلطان الدولة، كما يمكنه ان يتخذ اشكالا أخرى خاصة بالمجتمع التجاري.

- رغم صعوبة تسوية منازعات التجارة الدولية بسبب انتماء أطراف النزاع إلى أنظمة قانونية مختلفة إلا أن الأعراف التجارية أثبتت نجاعتها في فض هذا النوع من المنازعات سواء عن طريق القضاء أو بواسطة الوسائل البديلة لتسوية المنازعات، وبرغم الطابع العرفي للأعراف التجارية إلا أن القضاء يعمل الأعراف التجارية كأنها قواعد قانونية بفضل ما تتوفر عليه من خصائص تجعلها ملائمة تماما لفض هذه المنازعات وهذا يتطلب ضرورة معرفة القاضي بالأعراف التجارية كعلمه بالقواعد القانونية.

- إعمال القضاء للأعراف التجارية عند تسوية منازعات التجارة الدولية يعتبر اقرار بوجود الأعراف التجاري، واعتراف صريح بأنها قواعد قانونية تحوز القيمة القانونية التي تجعلها نظام قانوني يمكن الاعتماد عليه في تسوية منازعات التجارة الدولية.

- يعتمد التحكيم التجاري الدولي كثيرا على الأعراف التجارية عند تسوية مختلف منازعات التجارة الدولية، وتشكل الأعراف التجارية قانون المحكم الذي يمكن أن يعتمد عليه لتسوية منازعات التجارة الدولية لذا يجب على المحكم أو هيئة التحكيم عند نظرهم مختلف منازعات التجارة الدولية عدم تجاهلهم الأعراف التجارية وأخذها بعين الاعتبار لأنها قد تشكل الحل الأمثل لموضوع النزاع.

- يمكن أن تشكل الأعراف التجارية القانون الواجب التطبيق على العقد التجاري الدولي، كما يمكن أن تشكل القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع عند تسوية منازعات التجارة الدولية بواسطة القضاء أو التحكيم سواء استجابة لإرادة الأطراف أو من خلال تطبيقها من قبل المحكم أو القاضي وفق عدة حالات.

- يشكل التحكيم التجاري الدولي آلية هامة لإرساء مختلف الأعراف التجارية خاصة غير المقننة بفضل الأحكام التي يصدرها خلال تسويته منازعات التجارة الدولية عن طريق الأعراف التجارية وهذا يجعله مصدر رئيسي للأعراف التجارية.

- تساهم بعض المنظمات الدولية الحكومية وغير الحكومية في إرساء الأعراف التجارية، والقليل من الأعراف التجارية عرفت التقنين بفضل مبادرات غرفة التجارة الدولية رغم عدم تمتعها بالطابع التشريعي والمتمثلة في مصطلحات التجارة الدولية والقواعد والأعراف الموحدة للاعتماد المستندي بينما الكثير من الأعراف التجارية لم تعرف التقنين.

- أعمال غرفة التجارة الدولية تعتبر تقنيا غير رسمي للأعراف التجارية ولا يمكنها وحدها القيام بتقنين أغلب الأعراف التجارية، إذ يجب تعاون كل المؤسسات والمنظمات الدولية المهتمة بالتجارة الدولية لتحقيق تقنين شامل لأغلب الأعراف التجارية الهامة، وتبقى قلة المؤسسات التشريعية المهتمة بالأعراف التجارية عائقا كبيرا أمام عملية تقنين الأعراف التجارية.

- وفي نهاية بحثنا هذا لا يفوتنا الإشارة إلى مجموعة من الاقتراحات التي يمكن أن تساهم في إثراء موضوع مكانة الأعراف التجارية في التجارة الدولية:
- ضرورة إنشاء أجهزة ومؤسسات متخصصة بجمع الأعراف التجارية عبر العالم خاصة الأعراف التجارية غير المقننة والتي يمكن أن تخدم التجارة الدولية، وذلك من خلال الاعتماد على وسائل الاتصال الحديثة وبرامج الحواسيب والإنترنت.
  - ضرورة العمل على تطوير الأعراف التجارية لتواكب مختلف التطورات التي تعرفها التجارة الدولية خاصة العقود التجارية الدولية الحديثة.
  - ضرورة خلق اهتمام أكاديمي بالأعراف التجارية خاصة في الجامعات العربية ومنها الجزائرية من خلال عقد الندوات والأيام الدراسية والمؤتمرات العلمية وإنشاء مخابر بحث تعمل على التعريف بالأعراف التجارية ولما لا العمل على جمعها وتطويرها.
- وفي النهاية ومن خلال كل ما تقدم نجد أن الأعراف تعتبر نظام قانوني نشأ بالموازاة مع التجارة الدولية، ويلبي كل متطلباتها وهذا يجعله الأنسب لتنظيمها بمختلف عقودها وتسوية منازعاتها.



قائمة المراجع

والمصادر

أولاً: المراجع باللغة العربية

1/ الكتب:

أ/الكتب المتخصصة

- 1) أبو زيد رضوان، الأسس العامة في التحكيم التجاري الدولي، بدون دار نشر، 1981.
- 2) أحمد السعيد الزقرد مصر، أصول قانون التجارة الدولية البيع الدولي للبضائع، المكتبة العصرية للنشر والتوزيع، المنصورة، 2007.
- 3) أحمد حسني سليم، تطبيق المحكم الدولي لعادات وأعراف التجارة الدولية، دار النهضة العربية، بدون سنة نشر، القاهرة.
- 4) أحمد عبد الحي السيد، التحكيم الدولي في إطار العقود التجارية الدولية وسوق الأوراق المالية، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، 2008.
- 5) أحمد غنيم، القواعد والأعراف الدولية الموحدة للاعتمادات المستندية رقم 600، بدون سنة نشر، 2001.
- 6) أحمد مخلوف وآخرون، التحكيم التجاري الدولي، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2007.
- 7) أسامة أحمد الحواري، القواعد القانونية التي يطبقها المحكم على موضوعات المنازعات الدولية الخاصة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2008.
- 8) أحمد برادة غزيول، التصدير والاستيراد والإشكالات القانونية، الطبعة الثانية، دار نشر المعرفة للنشر والتوزيع، الرباط، بدون سنة نشر.
- 9) امين داووس وآخرون، شرح مبادئ ليندروا لعقود التجارة الدولية 2010، الجزء الأول، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2017.

- 10) أيسر عصام داوود سليمان، الأثر المانع لاتفاق التحكيم في عقود التجارة الدولية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2014.
- 11) أيمن أسعد، العقود النموذجية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2013.
- 12) بشار محمد الأسعد، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2006.
- 13) بن أحمد الحاج، قانون التجارة الدولية، مركز الكتاب الاكاديمي، عمان، 2017.
- 14) حبيب ثروت، قانون التجارة الدولية مع الاهتمام بالبيوع الدولية، منشأة المعارف، الاسكندرية. بدون سنة نشر.
- 15) خالد محمد القاضي، موسوعة التحكيم التجاري الدولي في منازعات المشروعات الدولية المشتركة، دار الشروق، القاهرة، 2002.
- 16) ربيع شندب، التقنية العقدية، المؤسسة الحديثة للكتاب، لبنان، 2014.
- 17) ريتا سايد سيدة، العقود التجارية الدولية والعمليات المصرفية، المؤسسة الحديثة للكتب، طرابلس، لبنان.
- 18) سعيد حسين علي، عقود قانون التجارة الدولية، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، 2017.
- 19) سهيل الفتلاوي، منظمة التجارة العالمية، الإصدار الثاني، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2009.
- 20) السيد عمر التميوي، أنواع التحكيم وتمييزه عن غيره، الصلح، الوكالة، الخبرة، المكتب العربي الحديث، الإسكندرية، 2009.
- 21) صالح بن عبد الله بن عطف العوضي، المبادئ القانونية في صياغة عقود التجارة الدولية، معهد الإدارة العامة، المملكة العربية السعودية، 1998.

- 22) طالب حسن موسى، قانون التجارة الدولية، الطبعة السابعة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2012.
- 23) طرح البحور علي حسن فرج، تدويل العقد، منشأة المعارف، الاسكندرية، 2000.
- 24) عبد الكريم احمد سلامة، قانون العقد الدولي، دار النهضة العربية، القاهرة، بدون سنة نشر.
- 25) عبد الكريم عوض خليفة، احكام القضاء الدولي قواعد العرف ودورها في إرساء قواعد العرف الدولي والمبادئ العامة للقانون، دار الجامعة الجديدة للنشر، الاسكندرية، 2009.
- 26) عبد الله فاضل محمد، القواعد الآمرة وتطبيقاتها على العقد الدولي، دار قنديل للنشر والتوزيع، عمان، 2015.
- 27) عبد الله ناصر أبو حما العجمي، الطبيعة القانونية لعقود الاستثمار النفطي وتسوية منازعاتها، منشورات زين الحقوقية، بيروت، 2016.
- 28) عبد الله نوار شعت، التجارة الدولية في إطار المعاهدات والتعاقدات، مكتبة الوفاء القانونية، الاسكندرية 2017.
- 29) عدنان بن صالح العمر، حسين صالح عمارين، الأصول القانونية للتجارة الدولية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2017.
- 30) عرفات احمد المنجي، التحكيم في منازعات الاعتمادات المستندية في الفقه والقانون، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، 2017.
- 31) عزيز الغرس، تسيير المفاوضات في عقود التجارة الدولية، مطابع الرباط نت، الرباط، 2016.
- 32) عمر سعد الله، قانون التجارة الدولية النظرية المعاصرة، الطبعة الثانية، دار هومة، الجزائر، 2009.
- 33) غسان رياح، التحكيم التجاري البحري، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2016.

- (34) فتحي والي، قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2007.
- (35) لبنى عمر مسقاوي، عقد الفرشاييز، المؤسسة الحديثة للكتاب، لبنان، 2012.
- (36) ليندا جابر، القانون الواجب التطبيق على عقود الاستثمار الأجنبي، المؤسسة الحديثة للكتاب، لبنان، 2014.
- (37) مأمون عبد العزيز إبراهيم، التجارة والتحكيم الدولي، دار الإعصار للنشر والتوزيع، عمان، 2016.
- (38) ماهر محمد حامد، عقود التجارة الدولية وسبل حسم المنازعات الناشئة عنها، دار النهضة العربية، القاهرة، 2009.
- (39) محسن شفيق، اتفاقية فينا للبيع الدولي، دار النهضة العربية، القاهرة، بدون سنة نشر.
- (40) محمد إبراهيم موسى، التوفيق التجاري الدولي وتغير النظرة السائدة حول سبل تسوية منازعات التجارة الدولية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2016.
- (41) محمد أحمد ابراهيم محمود، دور قضاء التحكيم التجاري الدولي في خلق قواعد قانونية للتجارة الدولية، دار النهضة العربية، القاهرة.
- (42) محمد السعيد الدقاق ومصطفى سلامة حسين، مصادر القانون الدولي العام، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2003.
- (43) محمد جنكل، العمليات البنكية، الجزء الأول العمليات البنكية المباشرة، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، 2003.
- (44) محمد حسين منصور، العقود الدولية، دار الجامعة الجديدة، للنشر والتوزيع، الإسكندرية، 2009.
- (45) محمد صبري، الأخطاء البنكية أساس مسؤولية البنك عن عدم ملاءمة الائتمان مع مصلحة الزبون، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، 2007.

- 46) محمد عبد الحميد مسعود، مرشد الباحثين عن حلول إشكاليات تحكيمات منازعات التجارة الدولية في فرنسا وجمهورية مصر العربية، بدون دار نشر، 2016.
- 47) محمد محسن إبراهيم النجار، عقد الامتياز التجاري FRANCHISE، دراسة في نقل المعارف الفنية، دار المطبوعات الجامعية، 2015.
- 48) محمد محمود ياقوت، حرية المتعاقدين في اختيار قانون العقد الدولي بين النظرية والتطبيق، منشأة المعارف، الاسكندرية، 2000.
- 49) محمد محمود ياقوت، نحو مفهوم حديث لقانون عقود التجارة الدولية، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، 2012.
- 50) محمد نديم الخضر، اختلال تنفيذ عقود التجارة الدولية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2017.
- 51) محمد نصر محمد، أحكام القانون الدولي العام في فسخ العقود الدولية، دراسة مقارنة، مركز الدراسات العربية للنشر والتوزيع، مصر، 2016.
- 52) محمد نصر محمد، الوسيط في عقود التجارة الدولية، دار الكتب العالمية، بيروت، بدون سنة نشر.
- 53) محمود سمير الشراوي، العقود التجارية الدولية، دراسة خاصة لعقد البيع الدولي للبضائع، دار النهضة العربية، القاهرة، 1992.
- 54) محمود صالح المحمود العلواني، العرف وأثره في الشريعة الاسلامية والقانون الوضعي، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2016.
- 55) محمود فياض، المعاصر في قوانين التجارة الدولية، مؤسسة الوراق للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، بدون سنة نشر.
- 56) مروك نصر الدين، تسوية المنازعات في إطار منظمة التجارة العالمية، دار هومة، الجزائر، 2005.

- 57) معتز حمدان ، الوساطة ودورها في تسوية منازعات التجارة الدولية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2018
- 58) منشورات المعهد الدولي لتوحيد القانون الخاص، المبادئ المتعلقة بالعقود التجارية الدولية 2010، ترجمة أمية علوان وآخرون، دار النهضة العربية، القاهرة، 2014.
- 59) نادر محمد إبراهيم، مركز القواعد عبر الدولية أمام التحكيم الاقتصادي الدولي، دار الفكر الجامعي، 2002.
- 60) نعيم مغبغب، الفرشائز، الطبعة الثانية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2009.
- 61) هدى جمال الدين الأهواني، النظام القانوني للتوفيق التجاري في منازعات التجارة الدولية، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، 2015.
- 62) هشام خالد، أولويات التحكيم التجاري الدولي، دار الجامعي، الإسكندرية، 2004.
- 63) هشام خالد، ماهية العقد الدولي، منشأة المعارف، الاسكندرية، 2007.
- 64) هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2014.
- 65) يسري عوض عبد الله، العقود التجارية الدولية مفاوضاتها-إبرامها- تنفيذها، إصدارات مكتب اليسري للمحاماة والاستشارات، الخرطوم، بدون سنة نشر.
- ب/ الكتب العامة:**

- 1) أحمد سي علي، مدخل للعلوم القانونية النظرية والتطبيق في القوانين الجزائرية، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2009.
- 2) إسحاق إبراهيم منصور، نظرية القانون والحق وتطبيقاتها في القوانين الجزائرية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، بدون سنة نشر.
- 3) بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، الجزء الأول، الطبعة السادسة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2008

- 4) بوشعيب أوعبي، المبتدأ في العلوم القانونية، دار القلم، بدون دار نشر، 2010.
- 5) جمال عبد الناصر مانع، القانون الدولي العام المدخل والمصادر، الجزء الأول، دار العلوم للنشر والتوزيع، عنابة. بدون سنة نشر.
- 6) حبيب إبراهيم الخليلي، المدخل للعلوم القانونية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1998.
- 7) حفيظة السيد، الموجز في القانون الدولي الخاص، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2004.
- 8) دينيس لويد، ترجمة سليم الصويص، فكرة القانون، المجلس الوطني للثقافة والفنون والآداب، الكويت.
- 9) سمير عبد السيد تتاغو، النظرية العامة للقانون، منشأة المعارف، الإسكندرية. بدون سنة نشر.
- 10) عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان بدون سنة نشر.
- 11) علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري، الطبعة الخامسة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2003.
- 12) علي فيلاي، الالتزامات النظرية العامة للعقد، الطبعة الثالثة، موقم للنشر، الجزائر، 2013.
- 13) عمار بوضياف، المدخل إلى العلوم القانونية، الطبعة الرابعة، جسور للنشر والتوزيع، الجزائر، 2017.
- 14) عمرو طه بدوي محمد، المدخل لدراسة القانون الكتاب الأول نظرية الحق، بدون دار نشر، بدون سنة نشر.



15) كمال زغوم، مصادر القانون الدولي، دار العلوم للنشر والتوزيع، عنابة، بدوم سنة نشر.

16) محمد حسين منصور، المدخل إلى القانون القاعدة القانونية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2010.

17) مصطفى احمد فؤاد، القانون الدولي العام القاعدة القانونية، دار الجامعة للنشر والتوزيع، الاسكندرية، 1997.

### /// الرسائل والمذكرات الجامعية:

#### أ/ رسائل الدكتوراه:

1) إرزيل الكاهنة، دور آلية تأمين القرض عند التصدير في التجارة الخارجية، أطروحة لنيل درجة الدكتوراه في القانون، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2009.

2) بلاش ليندة، إخضاع العقد الدولي للقواعد الموضوعية، أطروحة لنيل درجة الدكتوراه في القانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2017.

3) بلاق محمد، حدود مساهمة القواعد المادية في حل منازعات التجارة الدولية، اطروحة دكتوراه في القانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2015-2016.

4) بن عثمان فريدة، النظام القانوني للصيغ التجارية الدولية، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2016-2017.

5) بوطباله معمر، الإطار القانوني لعقد التفاوض، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الإخوة منتوري، قسنطينة، 2016-2017.

6) خالد شويرب، القانون الواجب التطبيق على العقد التجاري الدولي، أطروحة دكتوراه في الحقوق، فرع الملكية الفكرية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2008.2009.

- (7) سولم سفيان، الطرق البديلة لحل المنازعات المدنية في القانون الجزائري، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر، بسكرة، 2013-2014.
- (8) عبد الكريم الطالب، العرف في القانون المدني المغربي التأسيس النظري والواقع العرفي، أطروحة دكتوراه، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة القاضي عياض، مراكش، 1999-2000.
- (9) عمران علي السائح، التحكيم والقانون واجب التطبيق على منازعات عقود التجارة الدولية، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2005-2006.
- (10) عيد عبد الحفيظ، طرق تحديد القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، أطروحة لنيل درجة الدكتوراه في العلوم: تخصص القانون، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2017.
- (11) مصعور جلييلة، مسؤولية البنك عن الائتمان المصرفي في القانون الجزائري، أطروحة دكتوراه في القانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة باتنة 1، 2016.
- (12) معاشو عمار، الضمانات في العقود الاقتصادية الدولية في التجربة الجزائرية (في عقود المفتاح والإنتاج في اليد)، أطروحة لنيل درجة الدكتوراه في القانون الدولي والعلاقات الدولية، معهد العلوم القانونية والإدارية، جامعة الجزائر، 1999.
- (13) معدي بن ناصر الهويل، العرف وأثره في تكوين القاعدة القانونية، أطروحة دكتوراه، معهد بحوث ودراسات العالم الإسلامي، جامعة أم درمان الإسلامية، 2007-2008.
- (14) موكة عبد الكريم، تأثير تغير الظروف على استقرار الثمن في عقود التجارة الدولية، أطروحة لنيل درجة الدكتوراه في العلوم: تخصص القانون، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2016.

ب/ مذكرات الماجستير:

- (1) أمل سليمان الهواوشة، نقل المعارف الفنية في عقد الفرشاييز، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الإسراء، 2015.
- (2) بن بركة فريال، مكانة الاعتماد المستندي في الجزائر، مذكرة ماجستير في القانون، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1 ، 2016-2017.
- (3) بن شعبان حكيمة، الاعتماد المستندي والتجارة الخارجية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تيزي وزو، 2014.
- (4) دعاء طارق بكر البشتاوي، عقد الفرشاييز وآثاره، مذكرة ماجستير في القانون، كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية نابلس، فلسطين، 2008.
- (5) رنا أبو داوس، دور التحكيم في تطوير حل مشكلة تنازع القوانين، رسالة لنيل دبلوم الدراسات المعمقة في القانون الخاص، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة محمد الخامس، السويسي سلا الجديدة، 2008-2009.
- (6) شريف هنية، القانون الواجب التطبيق على العقد التجاري الدولي، مذكرة ماجستير فرع العقود والمسؤولية ، كلية الحقوق والعلوم الإدارية، جامعة الجزائر . بدون تاريخ مناقشة.
- (7) عبد الله محمد أمين القضاة، آثار عقد الفرشاييز وانقضاؤه، مذكرة ماجستير في القانون، جامعة الشرق الاوسط، 2015.
- (8) عروسي سامية، الطبيعة القانونية لعقد الفرشاييز، مذكرة ماجستير في القانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة سطيف، 2015.
- (9) علاق عبد القادر، أساس القوة الملزمة للعقد وحدودها-دراسة مقارنة- ، مذكرة ماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة ابي بكر بلقايد، تلمسان، 2007-2008.
- (10) منيرة عبد الله عيد الرشيد، دراسة تحليلية لقواعد تحكيم غرفة التجارة الدولية، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة المنوفية، 2018.

11) نرجس البكوري، دور العادات والأعراف في تأصيل قواعد التجارة الدولية، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة محمد الخامس، 2007-2008.

12) ||| / المقالات العلمية:

1) إرزيل الكاهنة، « عن إخضاع عقد الأعمال للقانون » ، مجلة القانون والعلوم السياسية، المجلد 10، العدد 01، أبريل 2019. ص ص 38-51.

2) باسود عبد المالك، « ماهية القواعد عبر الدولية في التحكيم التجاري الدولي »، مجلة الدراسات الحقوقية، المجلد 1، العدد 1، جوان 2014، ص ص 183-206.

3) بوخيرة حسين، « استخدام البنوك الجزائرية لوسائل الدفع في التجارة الخارجية »، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، المجلد 42، العدد 2، جوان 2010، ص ص 157-183.

4) بونحاس عادل، « الاعتماد المستندي من الجانب النظري وأنواع البيوع في التجارة الدولية »، مجلة إدارة الأعمال والدراسات الاقتصادية، المجلد 1، العدد 2، أكتوبر 2015، ص ص 192-221.

5) الجبوري عبد العزيز شوبش عبد الحميد وداود فضيلة سلمان، « نظرة في الانكوتيرمز 2000 » ، ومقارنتها مع البيوع الدولية في قانون التجارة العراقي، مجلة بابل، العلوم الإنسانية، المجلد 17، العدد 3، ص ص 618-606.

6) الخزاعي صفاء متعب فجة، العرف في حياة القاعدة القانونية، « دراسة مقارنة في النظم الوضعية » ، مجلة الكوفة للعلوم القانونية والسياسية، مجلد 10، عدد 2017، ص ص 191-208.

- (7) العساف جمال عبد الكريم مصابر، « الاعتمادات المستندية في ظل قواعد الممارسات والأعراف الموحدة للاعتمادات المستندية » ، مجلة القانون والأعمال، المجلد/ العدد 30، 2018، ص ص 75-98.
- (8) رعد فوزي عبد الطائي، « إشكالية تطبيق العرف التجاري » ، الغرى للعلوم الاقتصادية والإدارية، المجلد 4، العدد 13، 2009، جامعة الكوفة، ص ص 193-204.
- (9) زكرياء غطراف، « القواعد الناظمة لعقود التوزيع » ، عقد الامتياز التجاري - نموذجاً - مجلة الفقه والقانون، العدد الثامن، يونيو 2013، ص ص 4-25.
- (10) طارق عبد الرزاق شهيد الحمامي، « دور العرف في سد الفراغ التشريعي »، مجلة المحقق الحلى للعلوم القانونية والسياسية، العدد الثاني، السنة التاسعة، 2017، ص ص 714-739.
- (11) عادل أبراغ، « خصوصية المفاوضات في عقود التجارة الدولية » ، مجلة القانون والاعمال، 23 يوليو 2018، بدون ترقيم.
- (12) عبد المهدي كاظم ونظام جبار طالب، « المعرفة الفنية وأثرها في عقد الفرنشايز »، مجلة جامعة بابل للعلوم الإنسانية، المجلد 17، العدد 2 لسنة 2009، ص ص 274-294.
- (13) عامر محمود الكسواني، « ماهية عقد الفرنشايز » ، المجلة المصرية للدراسات القانونية والاقتصادية، العدد السادس، ديسمبر، 2015، ص ص 298-340.
- (14) علي علاء حسين، « لقانون الواجب التطبيق على شرط التحكيم في عقود التجارة الدولية، دراسة تحليلية »، مجلة مركز دراسات الكوفة، المجلد/العدد 41، 2016،
- (15) م م فيصل عدنان عبد الشيعاع، « دراسة في الأساس النظري لقانون التجار الدولي الجديد lex mercatoria »، مجلة العلوم القانونية، المجلد 31، العدد 2، ديسمبر 2016، ص ص 323-355.

- 16) محمد طارق، « قانون التجار الدولي إشكالية الوجود وآفاق التطور»، مجلة القضاء التجاري، العدد الثالث، السنة الثانية، شتاء/ربيع 2014، ص ص 136-149.
- 17) محمد محمد سادات، « آثار عقد الفرنشايز في ضوء قواعد الفرنشايز الأمريكية»، مجلة العلوم القانونية والسياسية، عدد 15، جانفي 2017، ص ص 57-79.
- 18) منصور داود وساعد العقون، « مكانة العرف في القانون التجاري الجزائري»، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية، المجلد 04، العدد 02، السنة 2019، ص ص 505-524.
- 19) نرجس البكوري، « تطبيق العادات والأعراف أمام المحاكم في المنازعات التجارية الدولية»، مجلة المنارة للدراسات القانونية والإدارية. عدد 2، 2012، ص ص 85-108.
- 20) نغم حنا رؤوف، « العقود النموذجية للجنة الاقتصادية الأوروبية»، مجلة جامعة تكريت للعلوم الإنسانية، العدد 6، المجلد 14، حزيران 2007، ص ص 325-356.
- 21) نغم حنا رؤوف، « المعيار المتبع في تحديد الأعراف المطبقة على عقد البيع الدولي»، مجلة جامعة تكريت للعلوم الإنسانية، المجلد 16، العدد 1، كانون الثاني 2009، ص ص 345-370.
- 22) هدية عبد الحفيظ مفتاح بن هندي، « التنظيم الاتفاقي في الاطار العقدي صورها وأثارها»، مجلة الجامعة الأسمرية، العدد 21 السنة 11، ليبيا، ص ص 207-237.
- 23) يونس قربي، « عادات وأعراف التجارة الدولية أمام القضاء والتحكيم»، مجلة الإشعاع، العدد 32، يونيو 2007، المغرب، ص ص 170-184.

#### IV- الوثائق:

- القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي لسنة 1985. متاح على الموقع الإلكتروني للجنة الأمم المتحدة لقانون التجاري الدولي: [www.unicetral.org](http://www.unicetral.org)

- اتفاقية لاهاي المنظمة للقانون الموحد الخاص بتكوين عقد البيع الدولي للمنقولات المادية  
1964. متاح على الموقع الالكتروني للجنة الأمم المتحدة لقانون التجاري الدولي:

[www.unicetral.org](http://www.unicetral.org)

- اتفاقية فينا للبيع الدولي للبضائع 1980. متاح على الموقع الالكتروني للجنة الأمم المتحدة  
لقانون التجاري الدولي: [www.unicetral.org](http://www.unicetral.org)

- النشرة 600 لعام 2007 (UCP) الصادرة عن غرفة التجارة الدولية والخاصة بالقواعد  
والأعراف الدولية الموحدة للاعتمادات المستندية. متاح على الموقع الالكتروني للجنة الأمم  
المتحدة لقانون التجاري الدولي: [www.tfij.itcilo.org](http://www.tfij.itcilo.org)

- مبادئ العقود التجارية الدولية UNIDROIT لسنة 2010. متاح على الموقع الالكتروني  
للجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي: [www.unicetral.org](http://www.unicetral.org)

- النظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية، متاح على موقع محكمة العدل الدولية:  
[www.icj-cij.org](http://www.icj-cij.org)

## V / النصوص القانونية

أ/ النصوص القانونية الجزائرية:

### • الاتفاقيات الدولية:

- اتفاقية نيويورك مؤرخة في 10 يونيو سنة 1958 الخاصة باعتماد القرارات التحكيمية  
الأجنبية وتنفيذها المصادق عليه من قبل الجزائر وبتحفظ بموجب مرسوم رقم 88-233  
مؤرخ في 5 نوفمبر سنة 1988، ج ر العدد 48 صادر بتاريخ 23 نوفمبر سنة 1988.

### • النصوص التشريعية:

- أمر رقم 75-58 مؤرخ في 26 سبتمبر سنة 1975، يتضمن القانون المدني، معدل ومتمم  
إلى غاية سنة 2007. أنظر الموقع الالكتروني للأمانة العامة للحكومة:

[www.joradp.dz](http://www.joradp.dz)

- أمر رقم 75-59 المؤرخ في 26 سبتمبر سنة 1975، يتضمن القانون التجاري، معدل ومتمم إلى غاية سنة 2007. أنظر الموقع الالكتروني للأمانة العامة للحكومة: [www.joradp.dz](http://www.joradp.dz) معدل ومتمم.

- مرسوم التشريعي رقم 93-09 مؤرخ في 25 أبريل سنة 1993 ، يعدل ويتمم الأمر رقم 66-154 مؤرخ في 8 يونيو سنة 1966 المتضمن قانون الإجراءات المدنية، ج ر العدد 27 صادر بتاريخ 27 أبريل سنة 1993.

- قانون رقم 08-09 مؤرخ في 25 فبراير سنة 2008، يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج ر العدد 21 صادر بتاريخ 23 أبريل سنة 2008.

- أمر رقم 09-01 مؤرخ في 22 يوليو سنة 2009، يتضمن قانون المالية التكميلي لسنة 2009، ج ر العدد 44 صادر بتاريخ 26 يوليو سنة 2009.

- أمر رقم 10-01 مؤرخ في 26 غشت سنة 2010، يتضمن قانون المالية التكميلي لسنة 2010، ج ر العدد 49 صادر بتاريخ 29 غشت سنة 2010.

- قانون رقم 11-11 مؤرخ في 18 يوليو سنة 2011، يتضمن قانون المالية التكميلي لسنة 2011، ج ر العدد 40 صادر بتاريخ 20 يوليو سنة 2011.

#### • النصوص التنظيمية:

- مرسوم تنفيذي 07-191 مؤرخ في 17 يونيو سنة 2007، يحدد كفاءات وإجراءات ضبط السعر المرجعي للغاز الطبيعي الموجه للتصدير، ج ر العدد 41 صادر بتاريخ 20 يونيو سنة 2007 .

- مرسوم تنفيذي رقم 10-89 مؤرخ في 10 مارس سنة 2010، يحدد كفاءات متابعة الواردات المعفاة من الحقوق الجمركية في إطار التبادل الحر، ج ر العدد 17 صادر في 17 مارس سنة 2010.



- مرسوم تنفيذي رقم 11-108 مؤرخ في 6 مارس سنة 2011، يحدد السعر الأقصى عند الاستهلاك وكذا هوامش الربح القصوى عند الإنتاج والاستيراد وعند التوزيع بالجملة والتجزئة لمادتي الزيت الغذائي المكرر العادي والسكر الأبيض، ج ر العدد 15 صادر في 9 مارس سنة 2011.

• النظام:

- نظام رقم 07-01 مؤرخ في 03 فيفري سنة 2007، يتعلق بالقواعد المطبقة على المعاملات الجارية مع الخارج والحسابات بالعملة الصعبة، ج ر العدد 31 صادر بتاريخ 13 مايو سنة 2007. معدل ومتمم بالنظام رقم 16-01 مؤرخ في 6 مارس سنة 2016، ج ر العدد 17 صادر بتاريخ 16 مارس سنة 2016.

ب/ النصوص القانونية الأجنبية:

- القانون المدني المصري رقم 131 لسنة 1948. متاح على الموقع الإلكتروني: [www.tantawylaw.com](http://www.tantawylaw.com) تاريخ الولوج إلى الموقع: 21 جانفي 2017.  
- قانون التحكيم المصري رقم 27 لسنة 1994. متاح على الموقع الإلكتروني: [www.e-lawyerassistance.com](http://www.e-lawyerassistance.com) تاريخ الولوج إلى الموقع: 21 جانفي 2017.

ثانيا/ المراجع باللغة الأجنبية:

**A / Ouvrage :**

- 1) ALFREDO Pierre, l'Essentiel du Droit du Commerce International, ellipses, édition marketing S.A, Paris, 2014.
- 2) BERNARD BALAISE Jean et DESGORCES Richard, Droit des affaires commerçant, concurrence, distribution, 8eme édition, LGDJ, lextenso éditions, Paris, sans date.
- 3) FAUCHARD Philipe, GAILLARD Emmanuel, GOLDMEN Berthold, Traite de l'arbitrage commercial international, Edition Litec, Paris, 1996.
- 4) GOURIONS Pierre- Alain, PEYARD Georges, Droit du commerce international, 3eme édition, Librairie général de droit de jurisprudence, Paris, 2001.

- 5) JACQUET Jean-Michel, Philippe Delebecque, Sabine Corneloup, Droit du commerce international, Dalloz, Paris, 2007.
- 6) JADAUD Bernard, PLAISANT Robert, Droit du Commerce International, 4eme édition, Dalloz, Paris, 1991.
- 7) KASSEDJIAN Catherine, Droit du commerce international, 1ere édition, presse universitaires de France, Paris, 2013.
- 8) KASSIS Antoine, Théorie Générale des Usages du Commerce, LGDJ, Paris, 1984.
- 9) KENFACK Hugue, Droit du Commerce International, éditions Dalloz, 2009.
- 10) Kerdoudi Jawad, le commerce international, cas du Maroc, société d'Édition et de diffusion Al madaris, Casablanca, Maroc, 2008.
- 11) TRARI TANI Mostapha, PISSORT William, SAERENS Patrick, Droit Commercial International, éditions Berti, Alger, 2007.

**B / Thèses et Mémoires:**

• **Thèses :**

- 1) BOUVIER Amandine, Regards sur le contrat de franchise, thèse pour obtenir le grade de docteur, université de Montpellier, 7 decembre 2015.
- 2) OERTEL Ribeiro, Le Contrat International de Distribution en droit Français et Brésilien, Thèse pour l'obtention de titre de docteur en droit international, Faculté de droit et science politique et de gestion, université Strasbourg, 2014.
- 3) SANCHEZZ SAEZ Crystelle, usage et arbitrage, thèse pour obtenir le grade de docteur, université de Montpellier, 2017
- 4) VIELLARD Guillaum, La Contribution De La Commission Des Nations Unis Pour Le Droit Commercial International(CNUDCI) à L'harmonisation Et L'unification Du Droit Commercial International, thèse de doctorat, université de bourgogne, 2014.
- 5) YESSAD Houria, le contrat de vente international de marchandises, Thèse pour le doctorat en droit, Université Mouloud Mammeri De Tizi OUZOU, Faculté De Droit, 2008.

• **Mémoires :**

- 1) BEN SALEM Afif, L'exigence de coopération dans les contrats internationaux de franchise, Mémoire en vue de l'obtention du grade LL.M en droit, mai 2008, université de Montréal.
- 2) HILOU Antoine, les incoterms de la chambre de commerce international et les termes de vente du code de commerce uniforme UCC6A2, Mémoire de maîtrise en droit, université du Québec Montréal, 2006.

**C / Articles :**

- 1) Boumansour Rym, Lahlou Cherif, «La franchise en Algérie : contraintes et atouts », international journal of économies stratégie management of business process (ESMB), vol 11.PP39-47.
- 2) BEGININE Jacques, «le Développement de la Lex Mercatoria, Menace-t-il l'Ordre Juridique International ? », revue de droit de McGill, 1985, PP 478-538.
- 3) CLAUDE RIGAUD Marie et Guy Lefebvre, «les usages du commerce international ou en sommes-nous ? Ou en sont-ils ? », revue du barreau canadien, vol 89,2010, PP 643-693.
- 4) DARNAKOUM Emmanuel, « L'application de la convention des nations unis sur les contrats de vente international de marchandises par les arbitres de la chambre de commerce international en dehors de la volonté des parties est-elle prévisible ? », Revue québécoise de droit international, 17.2, 2004 ,PP 1-31.
- 5) FABIEN Gélinas, Codes, «silence et harmonie réflexion sur les principes généraux et les usages du commerce dans le droit transnational des contrats», Les Cahiers de droit, vol 46, N4, Décembre, 2005 , PP 941-960.
- 6) FEDI Laurent, «La Nouvelle Codification des Incoterms2010 entre Simplification et Rationalisation international», Doctrine NTG, avril 2011, PP303-313.
- 7) GANAGE Léna, «Le contrat sans loi en droit international privé», Electronic Journal of Comparative Law, vol 11-3, Décembre 2007, [http: www.ejcl.org](http://www.ejcl.org), PP 1-32.
- 8) JALLAMION Larine, « Introduction Historique : de la Règle Coutumière à la Règle Transnationale », Journal Des Sociétés, N 92, Novembre 2011, PP14-19.
- 9) KACZOROWSKA Alina, « Les Usages Commerciaux dans les Conventions Relatives à la Vente International », La Revue Juridique, Thémis, Volume 29, Numéro 2, PP429-456.
- 10) KHAN Philippe, « La Lex Mercatolia : Point de Vue Français Quarante Ans de Controverses », revue de droit de McGill, (1992)37 R .D, PP 413-427.
- 11) MOUSSERON Pierre, « Introduction Terminologique Des Comportements Aux Bonnes Pratiques », Journal Des Sociétés 92, Novembre 2011, PP 12-13.
- 12) MOUSSERON Pierre, «le Nouveau Dans La Preuve Des Usages : Des Parères. Aux Opinions de Coutume », Journal Des Sociétés, N 92, Novembre 2011, PP20-24.
- 13) RIFFARD Jean- François, «A La recherche de la coutume endroit commercial », La Revue "La Coutume", Cycle de Conference-2010-Ecole de Droit Universitaire d'Auvergne, Numéro2, Mars, 2013, PP 69-81.

14) SABOURIN Frédérique, «le contrat sans loi en droit international privé canadien », revue québécoise de droit international, 19.2, 2006, PP37-36.

15) SLIMANI Chahid, «Les solutions juridiques pratiques aux conflits de Commerce International », 2018 , المجلة الإلكترونية للأبحاث القانونية، العدد1، PP185-195.

16) VULLIETY Jean-Paul, «Le Contrat Type Pour Les Joints Ventures Contractuelles du Centre du Commerce International au Regard des Principes d'Unidroit et d'autre Normes d'Unification du Droit du Contrat », Rev.dr. unif.2004-2, PP 295-314.

#### **D / DOCUMENTS :**

1) F PHILIP, ZIDMEN, Le guide d'unidroit sur les accords internationaux de franchise principale : présentation et perspective, RDU1998.

2) Fiche technique GREX international CCI Grenoble, octobre 2019.

3) FLORIAN Grisel, Droit et non-droit dans les sentences arbitrales CCI: une respective historique, ICC international court of arbitration bulletin, vol25, nombre2, 2014.

4) FOUMIER Frédérique, Enjeux, risque et opportunités de la franchise, RedLink, juin 2005.fr.scribd.cm

5) GAILLARD Emmanuel, la distinction des Principes Généraux du droit et des usages du commerce international, www.academia.edu.

6) MOUSSERON Pierre, Les Usages dans les Contrats Internationaux, fr.scribd.com

7) TARDIEU Aurélie, Coutume sage et coutume sauvage dans les écrits de René- jean Dupy, www. pedone.inf

#### **E / Textes juridiques françaises :**

- Code civile, Version au 18 septembre 2020. En vigueur depuis le 15 mars 1803, [www.legifrance.fr](http://www.legifrance.fr)

- Loi N° 89-1008 du 31 Décembre 1989 relative au développement des entreprise commerciales et artisanales et à l'amélioration de leur environnement économique, juridique et social, JORAF n° 0001 du 2 janvier 1990, [www.legifrance.fr](http://www.legifrance.fr)

# فهرس الموضوعات

فهرس الموضوعات:

2	مقدمة
11	الباب الأول عن تأثر التجارة الدولية بالأعراف التجارية
14	الفصل الأول: مظاهر تأثير الأعراف التجارية في التجارة الدولية
15	المبحث الأول: الدور المحوري للأعراف التجارية في إنشاء قانون التجارة الدولية
16	المطلب الأول: مفهوم قانون التجارة الدولية والأعراف التجارية
16	الفرع الأول: مفهوم قانون التجارة الدولية
17	أولاً: تعريف قانون التجارة الدولية
17	1/ أهم تعريفات قانون التجارة الدولية
19	ب/ تعريف الأمين العام للأمم المتحدة لقانون التجارة الدولية
19	2/ تقييم التعاريف الخاصة بقانون التجارة الدولية
20	ثانياً: تسميات قانون التجارة الدولية
20	1/ قانون التجار Lex mercatoria
21	2/ القانون الدولي التجاري
21	3/ قانون التجارة الدولي
21	4/ القانون التجاري الدولي
22	5/ قانون التجارة الدولية
22	ثالثاً: خصائص قانون التجارة الدولية
25	رابعاً: الصعوبات التي تواجه قانون التجارة الدولية
25	1/ عدم تدوين وتوحيد قانون التجارة الدولية
26	2/ تعدد مصادر قانون التجارة الدولية وعدم الإجماع عليها
26	3/ تعدد وتنوع الأطراف المتعاملة بقانون التجارة الدولية
26	الفرع الثاني: مفهوم الأعراف التجارية
27	أولاً: المقصود بالأعراف التجارية
27	1/ التعاريف الفقهية للأعراف التجارية
29	2/ التعريف التشريعي للأعراف التجارية
30	ثانياً: مصادر الأعراف التجارية
30	1/ العقود النموذجية

31	2/ الشروط العامة
32	3/ القواعد الدولية لتفسير مصطلحات التجارة الدولية
33	4/ المبادئ العامة للقانون
33	5/ أحكام التحكيم التجاري الدولي
34	6/ أعمال المنظمات التجارية الدولية المتخصصة
35	ثالثا: مزايا الأعراف التجارية
35	1/المرونة
35	2/ الفعالية والسرعة في الاعتماد
36	3/ العرف يتصف بالشرعية واحترام النظام العام
36	4/ انسجامه مع ظروف المجتمع
36	5/ التعبير الصحيح عن إرادة المجتمع
36	6/ العرف يسد الفراغ التشريعي
37	رابعا: التفرقة بين الأعراف التجارية وبعض المفاهيم المشابهة لها
37	1/ الأعراف التجارية الداخلية والأعراف التجارية الدولية
38	2/ الأعراف التجارية والعادات التجارية
43	3/ الأعراف التجارية والمبادئ العامة للقانون
44	المطلب الثاني: الطابع الرسمي للأعراف التجارية في قانون التجارة الدولية
45	الفرع الأول: توافق الأعراف التجارية مع الطابع الدولي لقانون التجارة الدولية
46	الفرع الثاني: توافق الأعراف التجارية مع الطبيعة المهنية لقانون التجارة الدولية
48	الفرع الثالث: تداخل الأعراف التجارية مع مصادر قانون التجارة الدولية
48	أولا: تداخل الأعراف التجارية مع المصادر الوطنية لقانون التجارة الدولية
49	1/ اعتبار القوانين الوطنية مصدر لقانون التجارة الدولية
52	2/ عدم اعتبار التشريعات الوطنية مصدرا رسميا لقانون التجارة الدولية
56	3- علاقة الأعراف التجارية بالمصادر الوطنية لقانون التجارة الدولية
59	ثانيا: تداخل الأعراف التجارية مع المصادر الدولية لقانون التجارة الدولية
59	1/ القانون الدولي العام مصدر لقانون التجارة الدولية
66	2/ العلاقة بين الأعراف التجارية والمصادر الدولية لقانون التجارة الدولية
67	ثالثا: في اعتبار قانون التجار (lex mercatoria) مصدر لقانون التجارة الدولية
67	1/ مفهوم قانون التجار (lex mercatoria)

70	2/ قانون التجار مصدر لقانون التجارة الدولية .....
70	3/ العلاقة بين الأعراف التجارية وقانون التجار .....
71	المبحث الثاني: مساهمة الأعراف التجارية في تفعيل متطلبات التجارة الدولية.....
72	المطلب الأول: القواعد الموحدة لتفسير مصطلحات التجارة الدولية .....
72	الفرع الأول: المقصود بالمصطلحات التجارية الدولية .....
73	أولاً: ظهور مصطلحات التجارة الدولية.....
74	ثانياً: تعريف المصطلحات التجارية.....
75	ثالثاً: خصائص مصطلحات التجارة الدولية .....
78	الفرع الثاني: القواعد الموحدة لتفسير مصطلحات التجارة الدولية.....
78	أولاً: مفهوم القواعد الموحدة لتفسير مصطلحات التجارة الدولية .....
78	1/ تعريف القواعد الموحدة لتفسير مصطلحات التجارة الدولية.....
80	2/ ظهور القواعد الموحدة لتفسير مصطلحات التجارة الدولية .....
81	ثانياً: أهمية استخدام القواعد الموحدة لتفسير مصطلحات التجارة الدولية.....
83	ثالثاً: مكانة قواعد تفسير مصطلحات التجارة الدولية في التشريع الجزائري .....
84	الفرع الثالث: مصطلحات التجارة الدولية والقواعد الموحدة لتفسيرها: أعراف تجارية؟.....
86	المطلب الثاني: القواعد والأعراف الموحدة للاعتمادات المستندية.....
86	الفرع الأول: مكانة القواعد والأعراف الموحدة للاعتمادات المستندية.....
87	أولاً: تعريف القواعد والأعراف الموحدة للاعتمادات المستندية .....
87	ثانياً: ظروف وضع القواعد والأعراف الموحدة للاعتمادات المستندية.....
88	ثالثاً: مدى اعتبار القواعد والأعراف الموحدة للاعتمادات المستندية: أعراف تجارية؟.....
90	رابعاً: موقف المشرع الجزائري من القواعد والأعراف الموحدة للاعتمادات المستندية .....
93	خامساً: القواعد المرافقة للقواعد والأعراف الموحدة للاعتمادات المستندية .....
93	الفرع الثاني: مضمون القواعد والأعراف الموحدة للاعتمادات المستندية.....
94	أولاً: مفهوم الاعتماد المستندي .....
94	1/ تعريف الاعتماد المستندي .....
95	2/ أطراف الاعتماد المستندي .....
96	3/ أنواع الاعتماد المستندي.....
96	ثانياً: البعد المنتظر من تنظيم الاعتماد المستندي ضمن قواعد وأعراف موحدة.....
100	الفصل الثاني: القوة الإلزامية لتأثير الأعراف التجارية في التجارة الدولية .....



101	المبحث الأول: التكيف القانوني للأعراف التجارية .....
101	المطلب الأول: تحديد القوة الإلزامية للأعراف التجارية .....
102	الفرع الأول: ظروف نشوء الأعراف التجارية .....
105	الفرع ثاني: أركان الاعراف التجارية .....
106	أولاً: أركان العرف بشكل عام.....
106	1/ الركن المادي (l'élément matériel).....
106	2/ الركن المعنوي (l'élément psychologique) .....
107	ثانياً: أركان الأعراف التجارية .....
107	1/ الركن المادي للأعراف التجارية.....
107	2/ الركن المعنوي للأعراف التجارية.....
109	الفرع الثالث: القوة الإلزامية للأعراف التجارية .....
109	أولاً: القوة الإلزامية للعرف .....
109	1/ القوة الإلزامية للعرف وفق النظرية التقليدية (نظرية الركنين) .....
110	2/ القوة الإلزامية للعرف وفق نظرية المدرسة التاريخية .....
111	3/ القوة الإلزامية للعرف وفق النظرية التشريعية.....
112	4/ القوة الإلزامية للعرف أساسها أحكام القضاء .....
112	5/ القوة الإلزامية للعرف أساسها الضرورات الاجتماعية .....
113	ثانياً: أساس القوة الإلزامية للأعراف التجارية .....
113	1/ القوة الإلزامية للقواعد الموحدة المفسرة لمصطلحات التجارة الدولية .....
117	2/ القوة الإلزامية للقواعد والأعراف الموحدة للاعتماد المستندي .....
120	3/ القوة الإلزامية للعقود النموذجية.....
128	المطلب الثاني: انطباق خصائص القاعدة القانونية على القاعدة العرفية .....
128	الفرع الأول: توفر خاصيتي العمومية والتجريد في الأعراف التجارية.....
129	أولاً: خاصيتي العمومية والتجريد بشكل عام.....
129	1/ العمومية في القاعدة القانونية .....
130	2/ التجريد في القاعدة القانونية.....
131	ثانياً: خاصيتي العمومية والتجريد في الأعراف التجارية.....
133	الفرع الثاني: توفر خاصيتي الإلزام والجزاء في الأعراف التجارية.....
133	أولاً : المقصود بخاصيتي الإلزام والجزاء بشكل عام .....

- 1/ الإلزام في القاعدة القانونية ..... 133
- 2/ الجزاء في القاعدة القانونية ..... 134
- ثانيا: خاصيتي الإلزام والجزاء في الأعراف التجارية ..... 135
- 1/ الإلزام في الأعراف التجارية ..... 136
- 2/ الجزاء في الأعراف التجارية ..... 137
- المبحث الثاني: عن اعتبار الأعراف التجارية قواعد قانونية ..... 140
- المطلب الأول: الاتجاهات المنكرة والمؤيدة للصفة القانونية للأعراف التجارية ..... 141
- الفرع الأول: الاتجاه المنكر للصفة القانونية للأعراف التجارية ..... 141
- أولا: أنكار الصفة القانونية للأعراف التجارية لعدم اعتبار قانون التجارة الدولية نظام قانوني ..... 141
- ثانيا: أنكار الصفة القانونية للأعراف التجارية لعدم حيازتها خصائص القاعدة القانونية ..... 142
- الفرع الثاني: الاتجاه المؤيد للصفة القانونية للأعراف التجارية ..... 145
- أولا: الأعراف التجارية تحوز الصفة القانونية باعتبارها قواعد قانونية عرفية ..... 145
- ثانيا: الأعراف التجارية تحوز الصفة القانونية باعتبارها قواعد عبر دولية ..... 149
- 1/ القواعد عبر الدولية ..... 149
- 2/ الأعراف التجارية قواعد عبر دولية ..... 150
- المطلب الثاني: ضرورة تقنين الأعراف التجارية ..... 153
- الفرع الأول: دور المنظمات الدولية في إرساء الأعراف التجارية ..... 153
- اولا: المنظمات الدولية الحكومية المهتمة بالأعراف التجارية ..... 154
- 1/ لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي ..... 154
- 2/ المعهد الدولي لتوحيد القانون الخاص (Unidroit) ..... 156
- أ/ مهام المعهد الدولي لتوحيد القانون الخاص ..... 156
- ثانيا: المنظمات الدولية غير الحكومية المهتمة بالتجارة الدولية ..... 161
- 1/ غرفة التجارة الدولية ..... 161
- 2/ محكمة التحكيم التابعة لغرفة التجارة الدولية ..... 164
- الفرع الثاني: الحاجة إلى مؤسسات متخصصة لتشريع الأعراف التجارية ..... 165
- أولا: محاولات تقنين الأعراف التجارية ..... 166
- ثانيا: الأجهزة المختصة بتقنين الأعراف التجارية ..... 169
- 1/ التقنين (LA CODIFICATION) ..... 169
- 2/ دور المنظمات الدولية المتخصصة في تقنين الأعراف التجارية ..... 170

174	الباب الثاني: فعالية استخدام الأعراف التجارية في التجارة الدولية
176	الفصل الأول: فعالية الأعراف التجارية في بلورة الأحكام المرتبطة بالتجارة الدولية
177	المبحث الأول: تأثير الأعراف التجارية على تنظيم عقود التجارة الدولية
177	المطلب الأول: في ضبط تعريف عقود التجارة الدولية
178	الفرع الأول: مفهوم عقود التجارة الدولية
178	أولاً: المقصود بالعقود التجارية الدولية
181	ثانياً: معايير تحديد دولية عقود التجارة الدولية
181	1/ المعيار القانوني لتحديد دولية العقد
182	2/ المعيار الاقتصادي لتحديد دولية العقد
183	3/ الجمع بين المعيار القانوني والمعيار الاقتصادي لتحديد دولية العقد
184	المطلب الثاني: تدخل الأعراف التجارية في مراحل إبرام عقود التجارة الدولية
184	الفرع الأول: تدخل الأعراف التجارية في مرحلة المفاوضات العقدية
185	أولاً: تحديد المقصود بالمفاوضات في عقود التجارة الدولية
188	ثانياً: في تقدير تدخل الأعراف التجارية في مفاوضات عقود التجارة الدولية
189	1/ التعاقد بمصطلح من المصطلحات التجارية مع ذكر الالتزامات الخاصة به
189	2/ التعاقد بمصطلح من المصطلحات التجارية دون ذكر الالتزامات الخاصة به
189	3/ التعاقد بمصطلح من المصطلحات التجارية مع مخالفة مضمونه الموحد
190	4/ التعاقد بمصطلح من المصطلحات التجارية مع تعديله
190	ثالثاً: آثار خضوع مرحلة المفاوضات في عقود التجارة الدولية للأعراف التجارية
191	الفرع الثاني: تدخل الأعراف التجارية في الإبرام النهائي لعقود التجارة الدولية
191	أولاً: تدخل الأعراف التجارية في صياغة عقود التجارة الدولية
193	1/ تدخل الأعراف التجارية في الصياغة التقليدية لعقود التجارة الدولية
194	2/ تدخل الأعراف التجارية في الصياغة النموذجية لعقود التجارة الدولية
199	ثانياً: تدخل الأعراف التجارية في تحديد القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية
200	1/ استخدام مبدأ سلطان الإرادة في تحديد القانون الواجب التطبيق كأصل عام
202	2/ الأعراف التجارية قانون واجب التطبيق على العقد التجاري الدولي
205	ثالثاً: تدخل الأعراف التجارية في تنفيذ العقد التجاري الدولي
209	المبحث الثاني: تدخل الأعراف التجارية في تنظيم بعض أحكام عقود التجارة الدولية
209	المطلب الأول: مكانة الأعراف التجارية في تنظيم عقد البيع الدولي للبضائع

الفرع الأول: أهم الاتفاقيات الدولية التي حاولت تنظيم عقد البيع الدولي للبضائع .....	210
أولاً: اتفاقيتي لاهاي 1964 للمنظمتين للقانون الموحد الخاص بتكوين عقد البيع الدولي للمنقولات المادية	
.....	210
ثانياً: اتفاقية فينا للبيع الدولي للبضائع 1980 .....	212
1/ الظروف التاريخية لوضع اتفاقية فيينا 1980 .....	212
2/ مضمون اتفاقية فيينا للبيع الدولي للبضائع 1980 .....	213
الفرع الثاني: دور الأعراف التجارية في تنظيم عقد البيع الدولي للبضائع .....	215
أولاً: الأعراف التجارية في اتفاقيتي لاهاي 1964 .....	215
ثانياً: الأعراف التجارية في اتفاقية فينا 1980 للبيع الدولي للبضائع .....	217
المطلب الثاني: دور الأعراف التجارية في تنظيم عقد الفرشايذ الدولي .....	220
الفرع الأول: مفهوم عقد الفرشايذ الدولي .....	221
أولاً: تعريف عقد الفرشايذ الدولي .....	221
1/ تعريف نظام الفرشايذ .....	221
ثانياً: ظهور عقد الفرشايذ الدولي .....	224
ثالثاً: أطراف عقد الفرشايذ الدولي .....	226
رابعاً: محل عقد الفرشايذ الدولي .....	226
الفرع الثاني: خصائص عقد الفرشايذ الدولي .....	229
أولاً: عقد الفرشايذ الدولي من العقود غير المسماة .....	229
ثانياً: عقد الفرشايذ الدولي من عقود المعاوضة .....	229
ثالثاً: عقد الفرشايذ الدولي ملزم للجانبين .....	229
رابعاً: عقد الفرشايذ الدولي يقوم على الاعتبار الشخصي .....	229
خامساً: عقد الفرشايذ الدولي عقد إذعان .....	230
الفرع الثالث: دور الأعراف التجارية في تنظيم عقد الفرشايذ الدولي .....	230
أولاً: دولية عقد الفرشايذ الدولي .....	231
1/ المعيار القانوني لتحديد دولية عقد الفرشايذ الدولي .....	231
2/ المعيار الاقتصادي لتحديد دولية عقد الفرشايذ الدولي .....	231
ثانياً: مخاطر تنظيم عقد الفرشايذ الدولي .....	232
ثالثاً: محاولات تنظيم عقد الفرشايذ الدولي .....	233
رابعاً: خضوع عقد الفرشايذ الدولي للأعراف التجارية .....	235

- 1/ تنظيم غرفة التجارة الدولية لعقد الفرشايذ الدولي ..... 237
- 2/ تنظيم المعهد الدولي للقانون الخاص (UNIDROIT) لعقد الفرشايذ الدولي ..... 238
- الفصل الثاني: استخدام الأعراف التجارية في تسوية منازعات التجارة ..... 242
- المبحث الأول: إعمال القضاء للأعراف التجارية عند تسوية منازعات التجارة الدولية ..... 243
- المطلب الأول: إعمال القضاء للأعراف التجارية بواسطة منهج التنازع عند تسوية منازعات التجارة الدولية ..... 243
- الفرع الأول: إعمال القضاء للأعراف التجارية استنادا لضابط الإسناد الذي يشير لإرادة الاطراف ... 244
- الفرع الثاني: إعمال القضاء للأعراف التجارية طبقا لقاعدة الإسناد ..... 244
- المطلب الثاني: إعمال القضاء للأعراف التجارية بدون منهج التنازع عند تسوية منازعات التجارة الدولية ..... 247
- الفرع الأول: إعمال القضاء للأعراف التجارية المختارة من قبل أطراف العقد التجاري الدولي ..... 247
- الفرع الثاني: إعمال القاضي للأعراف التجارية بشكل مباشر على موضوع النزاع ..... 248
- الفرع الثالث: إعمال القضاء للأعراف التجارية بشكل غير مباشر على موضوع النزاع ..... 249
- المبحث الثاني: إعمال الوسائل البديلة لتسوية المنازعات للأعراف التجارية عند تسوية منازعات التجارة الدولية ..... 250
- المطلب الأول: إعمال الوساطة والتوفيق التجاري للأعراف التجارية عند تسوية منازعات التجارة الدولية ..... 252
- الفرع الأول: تعريف الوساطة والتوفيق التجاري ..... 252
- 1/ التعريف الفقهي للوساطة ..... 253
- 2/ التعريف التشريعي للوساطة ..... 253
- الفرع الثاني: تدخل الأعراف التجارية في تسوية منازعات التجارة الدولية عن طريق الوساطة والتوفيق التجاري ..... 254
- المطلب الثاني: إعمال التحكم التجاري الدولي للأعراف التجارية عند تسوية منازعات التجارة الدولية ..... 256
- الفرع الأول: مكانة التحكيم التجاري الدولي في التجارة الدولية ..... 256
- الفرع الثاني: مفهوم التحكيم التجاري الدولي ..... 258
- أولاً: تعريف التحكيم التجاري الدولي ..... 258
- ثانياً: مكونات التحكيم التجاري الدولي ..... 259
- 1/ اتفاق التحكيم ..... 259
- 2/ المحكم أو هيئة التحكيم ..... 263

263	الفرع الثالث: الطبيعة القانونية للتحكيم التجاري الدولي.....
264	أولاً: الطبيعة التعاقدية للتحكيم التجاري الدولي .....
264	ثانياً: الطبيعة القضائية للتحكيم التجاري الدولي .....
265	ثالثاً: الطبيعة المختلطة للتحكيم التجاري الدولي .....
265	رابعاً: الطبيعة الخاصة أو المستقلة للتحكيم التجاري الدولي .....
266	الفرع الرابع: الفرق بين القضاء والتحكيم التجاري الدولي .....
267	الفرع الخامس: أنواع التحكيم .....
268	أولاً: التحكيم الخاص .....
268	ثانياً: التحكيم المؤسسي .....
270	الفرع السادس: استخدام الاجتهاد التحكيمي للأعراف التجارية عند تسوية منازعات التجارة الدولية... ..
270	أولاً: القانون واجب التطبيق على موضوع النزاع في التحكيم التجاري الدولي .....
271	ثانياً: الأعراف التجارية قانون واجب التطبيق على موضوع النزاع .....
277	1/ إعمال المحكم للأعراف التجارية على موضوع النزاع استجابة لسلطان إرادة أطراف النزاع .....
	2/ إعمال هيئة التحكيم للأعراف التجارية عند عدم اتفاق أطراف النزاع على القانون واجب التطبيق على
278	موضوع النزاع .....
281	ثالثاً: فعالية إعمال التحكيم التجاري الدولي للأعراف التجارية .....
283	رابعاً: دور التحكيم التجاري الدولي في إرساء لأعراف التجارية .....
295	قائمة المراجع والمصادر .....
315	فهرس الموضوعات: .....

## المخلص:

رغم كل التطورات التي عرفتها التجارة الدولية إلا أن الممارسين لها لا يزالون يواجهون الكثير من الصعوبات عند ممارستها خاصة مع ظهور العقود التجارية الحديثة، ويعود ذلك لتعدد واختلاف القواعد والأحكام المنظمة للتجارة الدولية؛ ومنها الأعراف التجارية والتي رغم قدمها إلا أنها تعتبر أحسن نظام يمكن أن ينفرد بتنظيم التجارة الدولية بمختلف عقودها وتسوية منازعاتها كذلك. وبرغم احتفاظ الأعراف التجارية بطابعها العرفي إلا أنها أثبتت نجاعتها في تنظيم الكثير من المسائل التجارية الدولية الهامة؛ وهذا بسبب ما تتمتع به من خصائص ومميزات تجعلها ملائمة تماما لكل ما تثيره التجارة الدولية، كما أن الأعراف التجارية أثبتت انها تتأقلم بسهولة مع كل التطورات والتغيرات التي تعرفها عقود التجارة الدولية.

### **Abstract:**

Despite all the developments which the international trade has known, practitioners still face many difficulties when practicing them, especially with the emergence of modern commercial contracts;

This difficulty is due to the different legal systems of these contracts parties in one hand, and the different and multiple rules and regulations organising the international trade on the other hand;

Among the most important the trade usages, which, despite outdated (being ancient), are considered to be the best system that can be unique in organizing international trade in its various contracts and legitimating their conflicts as well. Although the commercial customs retain their customary character seen with it, they have proven themselves to be effective in organizing many important international trade issues; this is because of the characteristics and features that make them fully appropriate to all that is raised by international trade, and also make them easily adapt to all the developments and changes that know the International Trade contracts.

---