قانون التاجر المعاصر والأسواق العالمية الحديثة

أ/ مجد أوراس بن لعلي
كلية الحقوق والعلوم السياسية
جامعة الحاج لخضر -باتنة

ملخص:

في ظل ما يشهده العالم من عولمة اقتصادية وتجارية "على وجه الخصوص" وسعي الجزائر جاهدة للمشاركة ولعب دور فعال فيها(كالبحث عن الانضمام إلى المنظمة العالمية للتجارة WTO) يحاول هذا البحث أن يلقي الضوء على معتقد قانون التاجر Lex Mercatoria بغية جعل المهتمين والمعنيين من أكاديميين وممارسين مهنيين في ميدان التجارة الدولية على اطلاع بمعالمه وتأثيراته في عالم التجارة والأعمال الدولية مما سيقرب المفاهيم حول دوره في تنظيم أحكام التجارة الدولية الحديثة في ثوبه المعاصر تحت مسمى قانون التاجر الحديث أو المعاصر Modern Lex Mercatoria .

Abstract:

In view of the current wave of the world's economic and trade globalisation "in particular", in addition to Algeria's endeavours to participate and play an active role in this new globalised world of trade, this paper tries to shed some light on the doctrine of the Law Merchant " Lex Mercatoria" in an attempt to make the interested and concerned academics and practitioners, in the field of international commerce, acquainted with its milestones and impacts on the world of international business and trade. As a result, it should clarify and bring closer all concepts about the role of the "Lex Mercatoria" in regulating the modern international commerce with its new fashioned name "Modern Lex Mercatoria".

مقدمة:

إن تطوير قانون مستقل للتجارة الدولية، مبني على معايير (سير الأعمال) مقبولة عالميا سيكون بدون شك، التطور الأكثر أهمية في العلوم القانونية في عصرنا هذا و سيشكل منصة (أرضية) مشتركة للمحامين المختصين في القانون التجاري من جميع

أنحاء العالم ، أولئك الذين ينتمون لدول اقتصاد السوق الحر واقتصاد السوق المخطط، أولئك الذين يعملون في إطار القانون المدني (Civil law) أو القانون العام (Common law) سواء في البلدان النامية أو البلدان السائرة في طريق النمو.الشيء الذي سيمكنهم من التعاون والعمل سويا من أجل تحسين الآلية القانونية للتجارة الدولية.

بهذه الكلمات افتتح clive schmitthoff ملتقى لندن حول المصادر الجديدة لقانون التجارة الدولية في جامعة الملك (King 's collège) في سبتمبر 1962[1]. ويعتبر هذا الملتقى كأول مؤتمر من نوعه في تناوله وتعامله مع قانون التاجر المعاصر أو الحديث Modern Lex Mercatoria كما ركز Graveson عميد كلية القانون لجامعة الملك (King's college) في مقدمة هذا الملتقى على أن الملتقى وما سيستخلص منه ما هو إلا فصل سيتوسط فصول تاريخ هذه الظاهرة الممتدة منذ القدم وهي قانون التجارة الدولية.[2]

وحتى لحظة كتابة هذه الأسطر لازال العالم منقسما فيما يتعلق بمبدأ قانون التجارة الدولية بين أصحاب الرؤية التقليدية المتحفظة وأولئك الذين يؤمنون بتجارة عابرة للحدود.

هناك فقه واعتقاد قانوني سائد في بعض المناطق ينظر إلى قانون التاجر (Lex Mercatoria) بنوع من التخوف والشك الكبيرين[3]. فقد أظهرت دراسة استبيانية (1995) شملت المحامين الناشطين والممارسين في القانون التجاري الدولي أن غالبيتهم ينصحون بشدة موكليهم بعدم إدراج بند (شرط) في عقودهم يشير إلى أن قانون التاجر (Lex Mercatoria) سيكون بمثابة قانون العقد (Lex contractus)[4]. لأنه في رأيهم لا يمتلك القانون العام للحدود (القانون الدولي) صفة القوانين المحلية (الوطنية) فيما يخص كونها قابلة للإثبات ونهائية.

للإشارة فإن استبيانا قام به محامي أمريكي أطلعنا على أن المحامين الأوروبيين يميلون بشكل أكبر إلى تقبل فكرة قانون تجاري دولي (عابر للحدود). في الحقيقة يرى الكثير أن النقاش حول (Lex Mercatoria) مرده إلى الاختلاف والتباين بين طريقة تفكير كل من القانون العام والمدني[5].

بالمقابل، فقد أشيد بمبادئ UNIDROIT لعقود التجارة الدولية واعتبرت كتعبير صريح وحقيقي لما يسمى عادة بقانون التاجر (Lex Mercatoria)[6] وهذا ما يعتبر كأول لبنة في بناء نظام قانوني فوق وطني أي دولي وعابر للحدود وهو قانون التاجر المعاصر أو الحديث (Modern Lex Mercatoria)[7] في سنة 1995 طبقت هيئة تحكيم من غرفة التجارة الدولية ICC قانون التاجر (Lex Mercatoria) وبررت ذلك بما يلي :

The application of international principles [of commercial law] offers many advantages. They apply in a Uniform manner and independently from the particularities of domextic laws, they take into account the needs of international [commercial] relations and allow a fruitful exchange between legal systems which are frequently linked in an exaggerated manner to conceptual distinctions on one side and those who seek fair and pragmatic solutions for individual cases on the other. It is thus an ideal opportunity to apply [in this arbitration] what is more and more called the Lex Mercatoria.[8]

بالعربية:

إن تطبيق المبادئ الدولية لقانون التجارة يمنح العديد من المزايا فهي تطبق بشكل (طريقة) موحد ومستقل عن خصوصيات القوانين المحلية، إنها تأخذ بعين الاعتبار احتياجات العلاقات التجارية الدولية وتسمح بتبادل مثمر ومفيد بين الأنظمة القانونية التي كثيرا ما تكون مرتبطة بشكل مبالغ بخروقات مفاهيمية من جهة وتلك التي تبحث عن حلول عادلة وواقعية لقضايا وحالات فردية من جهة أخرى، وعليه فإنها فرصة مثالية (في هذا التحكيم) لتطبيق ما أصبح يمسى بـ (Lex Mercatoria) في عقد بناء نفق القناة بين فرنسا وانجلترا والذي يعتبر من أهم مشاريع البنى التحتية في أوروبا، اتفق الأطراف من فرنسا وإنجليزا على بند اختيار القانون والذي نص على تطبيق "المبادئ المعروفة والمشتركة بين القانون الفرنسي والانجليزي، وفي غياب ذلك يرجع إلى مبادئ قانون التجارة الدولية كما تم تطبيقها من قبل المحاكم الوطنية والدولية...".[9]

كل ما سبق ذكره يظهر أنه بالرغم من أن إطار العمل الاقتصادي والسياسي قد تغير بشكل كبير منذ الستينات إلا أن التساؤلات الأساسية لازالت نفسها ولم تتغير: ما هو الوضع الراهن لفكرة وعقيدة قانون التاجر الحديث وإلى أين نحن متجهون؟ هل البراغماتية (الواقعية) الريكاردية والفكر القانوني المقارن تغلب على الإيديولوجية العقائدية (الدوغماتية) القانونية والفكر القانوني التاريخي والتجريبي؟ هل وصلت إلى المرحلة التي يصبح فيها القانون المحلي يكمل فقط النظام القانوني الدولي الذاتي الدعم ؟ ما هي العلاقة بين القانون المحلي وقانون المعاملات والصفقات التجارية الدولية في عصرنا هذا؟ ما هو دور قانون التاجر الحديث وتأثيره في تنظيم التجارة الدولية؟

I - **رحلة معتقد** Lex Mercatoria:

منذ ظهور وبزوغ الهياكل القانونية الموحدة في العلاقات التجارية من العصور الوسطى إلى الوقت الحالي يمكننا أن نميز عددا من المعالم التاريخية في تطور نظرية القانون الدولي أو القانون العبر وطني (وراء الحدود الوطنية)، هذه المعالم تعطينا رؤى جد هامة حول طبيعة هذا التطور .وعليه ينبغي التذكير بها وأخذها بعين الاعتبار لما نريد أن نناقش الفائدة العلمية وجدوى النظرية والممارسة المعاصرة لقانون التجارة الدولي (عبر وطني)

1 -مالينز وبلاكستون Malynes and Blackstone **من قانون التاجر القديم إلى موجة التدوين والتقنين (جمع وتدوين القوانين):** قانون التاجر القديم كان مبنيا على ممارسات وقوانين نقابات وجمعيات التجار آنذاك، بالإضافة إلى القانون العرفي وقانون السابقة القضائية لمحاكم التجار ،الرجال ذوو الأقدام المغبرة الذين كانوا يتاجرون من شامباني (champagne) إلى سانت إيف (st.Ives) وحتى من واي (wye) الى نورمبرغ (Nuremburg) لم تكن تقلقهم خلافاتهم وفروقهم القانونية، كانت تحل منازعاتهم بنفس الطريقة وترسل إلى محاكم إنجلترا والقارة ككل، أصوات أي قنصل في البحر في جنوا (Genoa) وبرشلونة (Barcelona) يسمع له صدى وتقبل في المحاكم البحرية (قانون جري) في برستول (Bristol) وابسويش (Ipswich) أي كانت تقام المحاكم على الشاطئ ويحكم بعدالة بين البحارة المارين بين مد ومد"[10] .

هناك معلمان تاريخيان مهمان جديران بالذكر هما: في 1622 Gerard Malynes عرف Lex mercatoria في أطروحته الشهيرة "Consuetudo del Lex Mercatoria" "قانون التاجر القديم" على أنه قانون عرفي للتجار ...." أقدم من أي قانون مكتوب (مدون) ...ومبني على العقل (المنطق) والعدل[11] ، في تعليقاته على قوانين انجلترا المنشورة أول مرة في القرن 18 بلاكستون Blakstone كتب " ليس هناك قوانين (بلدية) محلية كافية لتنظيم وتحديد القضايا والأعمال المعقدة والمتشعبة للمتاجرة وحركة البضائع كما أنه ليس لديها السلطة المناسبة لهذه الغاية ... ولهذا فإن أعمال وقضايا التجارة والتجار منظمة بقانون يخصهم يسمى قانون التاجر (Lex mercatoria) [12].

إلا أنه بالرغم من التشابه الظاهر هذا، هناك فرق جوهري بين هذين الرأيين حول (Lex mercatoria). في حين أن رؤية Malynes كانت منفصلة عن أي فكرة للسيادة[13] فإن Blackstone ربط رؤيته بصلاحيات التشريعات المحلية[14]، ومع موجة التقنين في القرن 19 سقط قانون التاجر القديم في طي النسيان.[15]

2) زيتلمان Zitelmann رؤية وفكرة "قانون للعالم (عالمي)": في نهاية القرن 19 وبداية القرن 20، أدى الحماس للقومية (الوطنية) والثورة الصناعية إلى فكرة قانون دولي خاص[16] "weltprivatracht" .

بناءا على البحث المقارن الشامل في الأنظمة القانونية للدول المتقدمة آنذاك، كان من المفترض أن يكون القانون الدولي الخاص أعلى (له الأولية) من أي نظام قانوني محلي من حيث هيكله الرسمي ومحتواه الموضوعي. في نظر أنصاره، ينبغي أن يطبق وينفذ هذا القانون من خلال معاهدة للقانون العام.

- تعززت هذه الفكرة وتمت رعايتها بمولد القانون المقارن كعلم قانوني مستقل في المؤتمر الدولي الأول للقانون المقارن الذي انعقد في مارس سنة 1900[17]، ففي هذا المؤتمر قام saleilles وهو من أنصار المدرسة الفرنسية للقانون الطبيعي والذي كان متأثرا بأفكار وكتابات (Lambert and Stammler) بتقديم وطرح فكرة "رؤية عالمية للقانون" وذلك بالتأكيد على المبادئ العامة التي هي معروفة ومشتركة بين كل الأنظمة القانونية وإنشاء قانون دولي مشترك يتضمن قواعد قابلة للتطبيق تماشيا

مع حاجيات المجتمعات التي لها نفس معايير التحضر [18] ، فكرة Zitelmann التقدمية هذه كانت طبعا مثالية قانونية وكان محكوما عليه بالفشل منذ البداية وهذا بسبب نطاقها الواسع، (الذي غطى كل مجالات القانون الخاص) وكذلك بسبب إطار العمل الجيوسياسي لبداية القرن 20 وكذلك بسبب فكرة السيادة والقومية السائدتين آنذاك.

في عام 1995 قام Berman بإعادة طرح فكرة Zitelmann (بدون أن يذكر اسمه) ليعبر عن الطابع العالمي لنوع جديد من قانون التاجر مع بزوغ عصر العولمة.

« ... الاسم المناسب لهذا العصر الجديد (العولمة) هو (مجتمع عالمي ناشئ) والاسم المناسب للقانون الذي يحكمه هو "قانون العالم (عالمي)" »[19]

3) جولدمان، فوشار وكان Goldman ,Fouchard and Kahn **ولادة قانون التاجر من جديد من قبل المدرسة الفرنسية** : تم إحياء فكرة القانون (Lex mercatoria) التجاري الدولي (عبر وطني) من جديد، في نهاية الخمسينيات وبداية الستينيات من قبل المختص الفرنسي في القانون Berthold Goldman، وكانت البداية في مقال له نشر في صحيفة (le monde) في 1956 يناقش فيه جنسية شركة قناة السويس[20] . في رأيه هذه الشركة لم تكن مصرية، و لا إنجليزية ولا فرنسية بالرغم من أنه يمكن اعتبارها شخص اعتباري للقانون الخاص، بسبب خصوصية تركيبة رأس المال والتنظيم والأنشطة اعتبر Goldman هذه الشركة

"une société internationale, relevant directement de l'ordre internationale"

أي أنه اعتبر وضعيتها فيما يتعلق بمصدرها وطبيعتها القانونية على أنها في أصلها دولية وعليه رأى Goldman أن شركة قناة السويس وبالرغم من عملها وأصل مكانها الإقليميين فهي ذات طبيعة خاضعة للقانون الخاص ولكن ذات طابع دولي (عبر وطني).

في أعقاب هذه الفكرة قام Fragistas and Goldstajne بنشر مقالات في مجالات قانونية في بداية الستينات، الأول بمضمون يدور حول عولمة الإجراءات التحكيمية[21]، والثاني بمضمون يدور حول تطور قانون مستقبل للتاجر[22] ، وفي سنة 1964 تكلم Goldman بوضوح على قانون التاجر في مقالات عديدة[23] ، في البداية لم يكن يرى بأن

Lex mercatoria هي نظام مستقل بذاته[24] إلا أنه فيما بعد أصبح يؤكد على أن قانون التاجر هو في الحقيقة un ensemble أي مجموعة متكاملة من المبادئ العامة والقواعد القانونية الناشئة بشكل مؤسس وتلقائي فهذه العملية منفصلة تماما عن الأنظمة القانونية المحلية وعن عالم المشرعين المحليين المحدودين بأقاليم اختصاصها، بدلا من ذلك، القانون ينشأ داخل مجتمع التجار الذين تتعدى تجارتهم الحدود المحلية[25] ، إلا أن رؤية Goldman هذه لقانون تجاري عبر وطني (دولي) على أساس نظام قانوني مستقل لقيت موجة صدمة واعتراض كبيرين في صفوف أصحاب المذهب التقليدي (القديم)[26].

بعدها تم تطوير آرائه وأفكاره من قبل تلامذته Philippe Fouchard في ميدان التحكيم التجاري الدولي[27]. و Philippe Kahn في ميدان قانون البيع الدولي[28] ، وقانون العقود الدولي[29] وقام كلاهما بإلهام العديد ممن ساهموا في مجال قانون التجارة الدولي (عبر وطني) منذ ذلك الحين[30].

4) كلايف شميتوف Clive Shmitthoff سلطة ونفوذ المحكمين الدوليين والمنظمات الدولية: يعتبر Shmitthoff القوة الدافعة الكبرى وراء إحياء قانون التاجر (Lex mercatoria) في بداية الستينات، فقد كان يدافع عن فكرة تطور نظام مستقل لقانون التاجر الدولي (عبر وطني). في مقالاته العديدة [31] –[32] ، وما عزز هذا التطور هو التحكيم التجاري الدولي و صياغة العقود الدولية بما أن هذين المجالين يخضعان لمبدأ حرية الأطراف وهذا ما يفسح المجال لتطوير هياكل قانونية دولية (عبر وطنية)[33] ، إلا أن Shmitthoff ركز في الأساس على عمل وتأثير الوكالات والمنظمات الدولية التي لديها صلاحيات لصياغة القواعد والقوانين.

« إن قدرة هذه المنظمات الدولية على الصياغة (القوانين) هي التي تبعث بالأمل بولادة وظهور قانون مستقل للتجارة الدولية .....

... إذ يجب لنشاط هذه المنظمات التكميلي أن يخلق في النهاية انسجاما (توحيدا) لقانون مستقل ومتكامل للتجارة الدولية»[34].

لهذا رأى Shmitthoff أن تطور قانون مستقل للتجارة الدولية يعتمد بالأساس على رغبة واستعداد هذه المنظمات الدولية للتعاون والمشاركة من اجل خدمة الدول المتاجرة[35]

ولهذا فإنه ليس من الغريب أن يكون Shmitthoff الأب المؤسس للجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي "UNCITRAL" "Untied Nations Commission on International Trade Law" في 1966[36] هذه اللجنة تلعب دورًا هامًا في تقنين مبادئ وقواعد قانون التجارية الدولية ومن مهامها الأساسية تطوير توحيد قانون التجارة الدولية عن طريق تنسيق عمل المنظمات الناشطة في هذا الميدان وتشجيع التعاون فيما بينها.[37]

- في سنة 1971 أي بعد خمس سنوات فقط من إنشاء UNCITRAL ، واعتمادًا على آراء شميتوف Shmitthoff جاء تقرير ل UNIDROIT (المعهد الدولي لتوحيد القانون الخاص) بمشاركةUNCITRAL و UNCTAD(مؤتمر الأمم المتحدة للتجارة والتنمية) وكذلك اللجنة الأوربية للتعاون القانوني (European Committee on legal cooperation) ينادي بتوحيد جهود الهيئات السابقة الذكر بهدف وضع قاعدة لنظام قانوني يحكم عالم التجارة الدولية[38] فظهر المشروع المبني على أفكار

David[39] ، Schmitthoff[40] و Blagejevic[41] والمنبثق من المؤتمر الرابع للهيئات المذكورة آنفا الساعي إلى توحيد القانون الذي انعقد في روما من 22 إلى 24 أفريل 1968[42] ، إلا أن هذا المشروع باء بالفشل لعدم تمكنه من تجاوز العائق الأكبر في طريق توحيد الهياكل القانونية للتجارة الدولية ألا وهو فكرة السيادة الوطنية للدول.[43]

5) المقاربة (المنهج) السسيولوجية (الاجتماعية) Dezalay,Garth and Teubner

أ. قانون التاجر (Lex mercatoria) **والصراع الشمالي. الجنوبي** : في دراسة نشرت عام 1996 حول التحكيم التجاري الدولي لكل من Dezalay (المختص في علم الاجتماع الفرنسي) وGarth (أستاذ قانون أمريكي وعميد سابق لكلية القانون في جامعة أنديانا) تطرقا فيها إلى تطور قانون التاجر الجديد (Lex mercatoria) من

منظور نقدي مختلف ، فحسب رأي كلاهما فان إحياء قانون التاجر ما هو إلا وسيلة لتمكين كبريات الشركات الأجنبية من ضمان بقاء سيطرتها و حماية أرباحها في الدول الضعيفة والتي كانت مستعمرة سابقا[44] (الصراع الشمالي . الجنوبي) ،و أدرجا في هذه الدراسة كدليل بزوغ التحكيم التجاري كوسيلة لحل النزاعات الدولية خاصة في ميدان المحروقات في الستينات ، السبعينات وبداية الثمانينات[45] [46] مع انتشار موجة الاعتزاز بالسيادة الوطنية. وعليه فإن Dezalay وGarth اعتبرا قانون التاجر المعاصر فرضا للمعتقد القانوني الغربي على الدول النامية ولكن هذه النظرة ليست بجديدة فهي تمتد إلى العصر الأول لجذور قانون التاجر القديم الذي كان ينظر إليه على أنه مجموعة قوانين عرفية ايطالية في أصلها فرضت على تجار العصور الوسطى بسبب اكتساح التجارة الأوروبية من قبل التجار الإيطاليين وسيطرتهم عليها آنذاك[47] ، إذن من الواضح أن Dezalay وGarth ركزا على الصراع الشمالي الجنوبي . أكثر من اللازم في مقاربتهما السسيلوجية ولم يركزا بالشكل الكافي على ظاهرة وضع القوانين الذاتية لمجتمع التجار والتجارة ولهذا في خاتمة دراستها اعترفا بأن قانون التاجر يبقى مهما داخل المجتمع الدولي للتحكيم ويمكنه أن يخدم مصالح العالم الثالث ويستوعب مخاوفهم وشؤونهم.[48]

ب . قانون التاجر(Lex mercatoria) **كأداة تقنين** : كان Gunter Teubner ممن اتخذوا هذا الموقف وتبنوا هذه الفكرة وصرح بذلك في مقالاته العديدة[49] التي بين فيها أن قانون التاجر ما هو إلا "قانون عالمي بدون دولة (لا ينتمي إلى دولة ما)" ، كما قام Teubuer بمناقشة أسباب وأدلة الرافضين لفكرة قانون التاجر الجديد والتي اختصرها في عنصرين أساسين:

1- حجة أن الاتفاقات الشخصية الخاصة لا يمكن أن تخلق قانونا بدون تصريح ورقابة الدول والحكومات.

2- حجة أن القانون لا يمكنه أن يتواجد وأن يطبق خارج سيطرة الحكومات الوطنية والعلاقات الدولية بدون اعتراف دولي

في رده على هذه الحجج يرى Teubner أن قوة وسلطة الاتفاق التعاقدي ووظيفة هيئات التحكيم الدولية هي ما يرتكز عليه قانون التاجر الجديد فيما يخص إنشاء

وخلق القانون فالعقد التجاري الدولي يصبح هنا مصدرا حقيقيا للقانون والتقنين[50]، والهيئات الدولية للتحكيم تمنحنا آلية للرقابة على المبادئ والقواعد المتضمنة في هذه العقود كما تضفي عليها الشرعية والقبول القانوني، وفي نفس الوقت هذه الهيئات التحكيمية هي في الأصل نتاج هذه العقود التجارية (نتاج داخلي) بسبب الطابع التوافقي للتحكيم. إذن هذا النظام القانوني المستقل يستمد شرعيته وقواعده من هذه الهيئات التحكيمية[51] ، بالإضافة إلى الهيئات الدولية الأخرى المسؤولة على التقنين (صياغة القوانين) مثل UNIDROIT وICC والتي تعتبرها الأطراف المتعاقدة كصناع القانون الخاص[52] وعليه فإن اعتراف الهيئات التشريعية المحلية بهذا النظام القانوني الجديد أمر ثانوي وليس بعنصر أساسي في هذا النظام القانوني[53] ، كما رفض Teubner القول بأن مبادئ وقواعد عقيدة (Lex mercatoria) غامضة وليست محددة فهو يرى أن المصداقية والشرعية (القبول) لا تكتسبان من كون المبادئ والقواعد منظمة ومنفصلة ولكن تكتسبان من كون أن هذه العملية المنظمة والمهيكلة ذاتيا (مجتمع التجار والهيئات الدولية المختصة) هي عملية مقبولة في صناعة القانون (التقنين) [54].

ويرى Teubner كذلك بأن مرونة (Lex mercatoria) هي ما يراه هؤلاء كغموض وانعدام تفصيل ، وهذه المرونة هي التي تسمح بالتفاعل والتعامل السريعين مع التغيرات في أنماط المعاملات التجارية الدولية التي تمتاز بسرعة الوتيرة يوما بعد يوم وهذا ما يمنح الاستقرار لا اللا أمن، إذن وفقا ل Teubner قانون التاجر هو قانون مرن وليس بقانون ضعيف [55] .

6) الظاهرة الجديدة لتدوين قوانين (التدوين المتسلق) القانون الدولي (عبر وطني): هذا المعلم الأخير يتعلق بانتشار وتغلغل ظاهرة تدوين قوانين التجارة الدولية منذ صيف 1994.

ففي ماي 1994 قامت UNIDROIT بنشر مبادئ عقود التجارة الدولية [56] وبعد عام من ذلك قامت لجنة لاندو Lando Commission (لجنة قانون العقود الأوروبية) بنشر الجزء الأول من مبادئ قانون العقود الأوروبية[57] ثم في 1999 قامت نفس اللجنة بنشر نسخة منقحة وموسعة لهذه المبادئ[58] كما قامت UNIDROIT كذلك بنشر

نسخة ثانية منقحة لمبادئ عقود التجارة الدولية عام 2004 ، ثم نسخة ثالثة عام 2010 والتي أدرج فيها باب أو بند جديد يتعلق باللاشرعية [59] (illegality).

وبصبغة عصرية هناك ويكيبديا القانون ''The Wikipedia of Law" التي تتضمن مبادئ قانون التاجر الجديد المدونة عبر النت "online" وهي امتداد لقائمة مبادئ وقواعد قانون التاجر (Lex mercatoria) التي نشرتها لجنة CENTRAL عبر موقع www.tldb.net من أكتوبر 2001 حتى مارس 2009، وهي الآن منشورة عبر موقع www.lawin.org – (by principles) .

كما يجدر بنا كذلك ذكر الشروط التجارية الدولية ''Incoterms'' التي نشرت أول مرة في 1936 و نقحت مرات عديدة آخرها كان في 01 جانفي 2011 وهي النسخة التاسعة ''Incoterms 2010'' وهي سلسلة من الشروط المعدة مسبقا لعقود البيع الدولية والتي يتم استخدامها بشكل واسع في العالم[60] .

موجة التدوين هذه تعكس تغيرا في نموذج وصورة قانون التجارة الدولي وكأنه تم خوصصة صناعة ووضع قانون التجارة الدولي فقانون التاجر الحديث إنما يوضع من قبل أطراف المعاملات (الأعمال) التجارة الدولية ومن قبل لجان التحكيم في المنازعات القائمة بينهم.

إذن فإن هذا التدوين يطلق عليه بالمتسلق كونه يخالف عملية وضع وتدوين القوانين التقليدية فهو يبدأ من الأسفل لا من الأعلى وليس عن طريق الوسائل الرسمية في عملية التقنين التقليدية ولكن عن طريق المجهود الخاص للأكاديميين والممارسين طبعا في إطار (تحت غطاء) الهيئات الدولية مثل UNIDROIT ثم إن فكرة التقنين (التدوين) المتسلق هذه تتضمن التطور التدريجي للقانون عبر الزمن .فهي عملية بطيئة ولكن ثابتة كما أنها لا تنتهي ودائما في طور التقدم نحو إيجاد قواعد أكثر عملية وتناسب مع التطورات الجديدة في ميدان التجارة الدولية[61] ، ولهذا فإنه سيكون من الخطأ أن يتم تكبيل هذا القانون بقيود التقنين التقليدي (تدوين القوانين).

II . **الوضعية الحالية لفكرة ومعتقد القانون الدولي (عبر وطني) للتجارة** : بعد هذه النظرة التاريخية في معالم (Lex mercatoria) السؤال الذي يطرح نفسه هو: أين نحن الآن وأين هو قانون التاجر في القرن 21.

1) تطور أماكن الأسواق العالمية والمجتمعات المدنية الدولية :سيكون من السهل جدا بل ومن المسلم به عند البعض أن نشرح الوضعية الحالية لمعتقد قانون التجارة الدولي بفكرة أو مصطلح عولمة العالم الاقتصادي (العولمة التي يشهدها العالم الاقتصادي) هذا المصطلح المجرد أصبح فكرة مبتذلة (cliché) بدلا من مصطلح ذو محتوى موضوعي وحقيقي[62] ولكن مفهوم العولمة قد يكون بمثابة نقطة انطلاق لتقييمنا لثلاثة أسباب:

أولا : تكاليف المعاملات التي تدخل في تطبيق القوانين المحلية على المعاملات التجارية الدولية (عبر وطنية) تعيق التقدم نحو أسواق معولمة إذ يعتبر القانون الأجنبي بمثابة " فخ العولمة" أو "مصيدة العولمة".

ثانيا: العولمة لها علاقة مع سيادة الدولة (السيادة الوطنية) وكما ذكرنا سالفا ، فان السيادة الوطنية تعتبر واحدة من العقبات الرئيسية في طريق تطوير قانون التاجر الحديث (المعاصر)

ثالثا: تأكيد المؤسسين الأوائل لقانون التاجر على أن العوامل الاقتصادية . وقبل كل شيء السعي لزيادة الإنتاجية ، ترشيد الإنتاج، تقليص تكاليف المعاملات وكذلك التحول من الأسواق المحلية والإقليمية إلى أسواق عالمية تتماشى مع هذه التطورات . لديها . تأثير كبير على تطور نظام قانوني عالمي عبر وطني[63] ، إذ أن أنصار القانون التجاري الدولي (عبر وطني) يعتبرون أنفسهم مؤرخين لتطورات التجارة الدولية وشروط إطار عملها القانوني ومستخلصين للنتائج والخلاصات القانونية من خلال ملاحظاتهم للظواهر المعاشة من واقع الحياة[64].

إن التغيرات الاقتصادية الهائلة التي حدثت والتي تحدث اليوم بوتيرة سريعة ومتسارعة ترتبط بشكل مباشر بتلك العمليات السسيلو جية والاقتصادية الموجودة على هامش (في محيط) العملية القانونية التي تعمل بمثابة مختبر لإنشاء الهياكل القانونية العابرة للحدود الوطنية (الدولية).

وعليه فإن كلا من العوامل الاقتصادية والتطورات القانونية ينبغي أن تؤخذ بعين الاعتبار في تقييم المناخ الحالي لتدويل وعولمة القانون التجاري، أي أنه لا يمكن تفسير وجود قانون التاجر كنظام قانوني مستقل بحجة قانونية أو واقعية واحدة مثل: انتشار الشروط العامة للعقد أو القيمة المعيارية للمعاملات والاستخدامات التجارية.

ففي ضوء هذه التغيرات الهائلة في الظروف الاقتصادية والجيوسياسية (الجغرافية السياسية) يعتبر من الضروري أن تكون هناك رؤية شاملة تأخذ في الاعتبار كل جوانب الاقتصاد المعاصر.

من بين هذه العوامل الاقتصادية والجيوسياسية التي تؤثر على نظرية (Lex mercatoria) ما يلي:

. تلاشي واختفاء الحرب الباردة (بالرغم من أنها بدأت تطفو إلى السطح من جديد مؤخرا بسبب أزمة القرم) وكذلك صراع الشمال مع الجنوب.

. تطور التكامل الأوروبي وإنشاء سوق أوروبي موحد ومشترك.

. الزيادة الكبيرة والمدهشة للشركات العبر وطنية (الدولية) في صورتها الواقعية من خلال الاندماجات الضخمة للشركات [65] .

. تغير المناخ الثقافي العام للشركات تبعا لأنشطة الشركات العبر وطنية [66] .

. الثورة التي شهدتها تكنولوجيا الاتصالات الدولية.

ـ الزيادة في استخدام الانترنت وتبادل البيانات الالكترونية (EDI) وتبادل البيانات الالكتروني للإدارة التجارة والنقل (EDIFACT).

. الزيادة الهائلة في التدفق المالي الدولي.

. إنشاء أسواق مالية دولية (بما فيها أسواق رأس المال).

. إنشاء إقتصاد دولي ومعاملات دولية حديثة [67] .

وقد أحدثت هذه التغيرات الاقتصادية والجيوسياسية سلسلة من التطورات القانونية والتي ترتبط بشكل مباشر بعولمة (عبر وطنية) القانون التجاري:

. انتصار مذهب حرية الأطراف [68] .

. الإدراك بأنه في العديد من الحالات لا تتناسب الجوانب التقنية للقواعد القانونية المحلية مع التجارة الدولية [69] .

. خصخصة "الطابع الغير رسمي" في وضع القوانين سواء في مجال القانون الخاص أوالقانون الدولي العام [70]

. الزيادة في أهميته ودور المنظمات الغير حكومية [71].

ـ نجاح عقود البيع الدولي للبضائع (CISG) وأجهزة (بما فيها العقود) القانون الدولي الموحد الأخرى [72].

. تراجع أهمية القانون الدولي الخاص [73].

. التركيز والتشديد على الإنصاف والاعتدال في قانون العقود الدولية [74].

. تقبل القانون المقارن كعلم قانوني مستقل [75].

. التقارب التدريجي بين القانون المدني والقانون العام (القانون المشترك) [76].

. التطور نحو "قانون مدني أوروبي" [77].

. اللجوء المتزايد بشكل كبير إلى التحكيم وآليات الحلول البديلة لفض النزاعات (ADR-Alternative Dispute Resolution) في التجارة الدولية [78]

ـ بروز معادلة التحكيم والمحاكم المختصة كإجراءات تقاضي حقيقية وفعلية وكذلك ظهور قانون تحكيم حقيقي وفعلي [79].

كل هذه العوامل لها أربعة قواسم مشتركة:

1- التوجه نحو "مجتمع مدني دولي" [80].

2- تلاشي وعدم أهمية الحدود الوطنية في الأسواق التي يمكن وصفها بالعالمية حقا بالإضافة إلى التراجع الملحوظ في أهمية السيادة في هذا المجال [81].

3- التراجع النسبي لسلطة الدولة في توجيه والتأثير على التطورات الاقتصادية الوطنية والدولية.

4- التوجه الملحوظ نحو انتهاج الطرق والمنهجيات الغير رسمية في صنع القرارات ووضع القواعد الدولية. وبالتالي، عندما ننظر إلى ما وراء الفكرة المجردة المنتشرة "للعولمة" نجد ظاهرة ملموسة وواقعية تتمثل في إزالة الطابع الوطني المحلي (التجريد من الوطنية) للعملية القانونية سواء في محيط القانون التجاري الدولي [82]أو القانون الدولي العام [83].

وهذه العملية لديها تأثير هام على النظرية القانونية كما أن هذه العلاقة بين وضع القواعد الدولية والنظرية القانونية بدورها تمتلك أهمية بالغة في فكرة القانون العبر وطني "هذه واحدة من تلك الحالات النادرة التي تكون فيها القرارات القانونية العملية تعتمد بشكل مباشر على الأفكار النظرية المبلورة مسبقا" [84].

2) تراجع أهمية سيادة الدولة في نظرية المصادر القانونية القديمة:

إن خسارة الدول لمواقفها المهيمنة في السابق في عملية وضع القواعد والسياسات الدولية وتراجع أهمية السيادة بالإضافة إلى تطور حرية الأطراف في قانون العقود الدولية تسببت في إعادة النظر في النظرية التقليدية للمصادر القانونية والتي تجاوزت الفكر الوضعي للأمس [85] .فقد بدأت تبرز فكرة جديدة (غير وضعية) للقانون[86] فيما أن القانون لابد أن يأخذ بعين الاعتبار كل تعقيدات وتركيبات المجتمع [87] فإن الصالح العام لا يمثل بالمنظمات الحكومية الوطنية والدولية فقط، بل يمثل كذلك بقوة التنظيم الذاتي والتنسيق للأفراد والمنظمات الخاصة في شكل قوة معيارية.

وعليه فإن النظرية القديمة لمصادر القانون والتي تتمحور حول فكرة السيادة [88] تشهد استبدالها بتعددية قانونية تتقبل بأن للمجتمع قدرة على التنظيم الذاتي والتنسيق ليس كمجرد نمط واقعي يفتقر إلى دلالة ثقل قانوني مستقل.

إلا أنه يجب الإشارة والتركيز على أن هذا التغير الجوهري في النظرية القانونية ليس بجديد، فما نشهده اليوم هو عودة إلى فكرة العلاقة بين سيادة الدولة والمصادر القانونية في مطلع القرن 20، وإن كان ذلك في محيط اقتصادي وجيوسياسي مختلف.

فقد لخص رايزر Raiser هذه الرؤى والأفكار في دراسته المشهورة حول الشروط العامة للعقود كالتالي:

(بالرغم من كونه مؤيدا ومدافعا عن النظرية الوضعية للنظرية التقليدية لمصادر القانون)

"بما أنه تبين أن من المستحيل تأهيل وإدراج شروط العقد العامة كأجزاء من العقود أو كأجزاء من المراجع التقليدية لمصادر القانون الموضوعي يبقى الاختيار الوحيد هو طرح التساؤل حول التمييز بين القاعدة القانونية والمعاملة القانونية، ما مدى صحة

الفكرة التي تقول بأن الأطراف حين إبرام صفقة أو معاملة بينهم، ما يقومون به هو مجرد وضع نمط أوشكل واقعي والذي إما يمنحه أو ينفي عنه القانون الصبغة القانونية؟ أليست الأطراف نفسها قادرة على تنظيم أحوالها المعيشية "التجارية" بدون الحاجة إلى تدخل أو وساطة النظام القانوني للدولة وبالتالي تخلق القانون فيما بينها؟

من هذا المنظور، فإن مبدأ حرية الأطراف يعني عزوف الدولة والنظام القانوني عن التدخل في تنظيم العلاقات القانونية للأطراف الخاصة وبدلا من ذلك السعي إلى الاعتراف بكل الأنظمة القانونية المتخصصة أي بمعنى لا مركزية وضع القوانين...

إذ لا يمكن للدولة أن تصل إلى الوضعية (أو أن تدعيها لنفسها) التي تملي على الجميع كونها الضامن الوحيد للقانون فالواقع التجريبي يظهر بأن درجة اعتماد المعاملة على اعتراف الدولة يعتمد على عوامل سياسية واقتصادية وبالتالي تختلف من حالة إلى أخرى ومن عشرية زمنية إلى أخرى[89] ".

وبالمثل تبنى Daguit مفهوم اللامركزية في وضع القوانين وفكرة الأهمية المتناقصة للدولة ذات السيادة في نظرية المصادر القانونية في مطلع القرن 20 [90].

3) دور قانون التاجر المعاصر وتأثيره في الأسواق العالمية:

في ظل العوامل الاقتصادية والجيوسياسية للاقتصاد المعولم في بداية القرن 21 وفي إطار هذا المجتمع المدني العالمي الناشئ بسبب تراجع أهمية الإقليمية، فإن فكرة اللامركزية في وضع القوانين والتي طورت على المستوى المحلي أصبحت تنطبق بشكل أكبر على مجال التبادل والتجارة المعاصرة [91]، ما يفتح الباب أخيرا لتقبل قانون التاجر(Lex mercatoria) كنظام قانوني مستقل بذاته إذ أن الحجج الأيديلوجية التي تم طرحها خلال الخمسين سنة الماضية ضد (Lex mercatoria) بدأت تتلاشى وتضمحل [92] فلقد كان

(Clive Schmitthof) محقا حين قال في بداية الستينات بأن قانون التجارة المعاصر بالمقارنة مع قانون التاجر للقرون الوسطى لديه عيب كبير واحد وهو المفهوم الحديث للدولة القومية الذي نشأ عنه هذا النظام القانوني المعقد لأنظمة محلية

متعددة مستقلة بذاتها[93] ، أما اليوم فان هذا المفهوم يخضع لتغيرات هائلة ما يجعل قانون التاجر الحديث يستفيد من هذه التطورات المرتبطة بظاهرة العولمة[94].

إذ لم يعد العقد التجاري الدولي الحديث موضوع تطبيق القانون المحلي بل أصبح مصدرا حقيقيا للقانون، وعليه فإن ميدان التجارة الدولية يعتبر المناخ المثالي للتطور الحر للهياكل والتركيبات التعاقدية (أي للعقود)[95] ، كما أنه من غير المستغرب في ظل هذا الاقتصاد والمعاملات الدولية الحديثة أن تسعى النظريات الاقتصادية إلى شرح ومسايرة قانون التاجر الحديث [96] .

إذ هناك عوامل عديدة تقف وراء هذا التطور، الميول المتأصل في هذه العقود الشاملة والذي يناي BGB "شق العقود في القانون الألماني" [97] ، أضف إلى ذلك كونها جزءا من سلسلة العقود المماثلة والنموذجية التي يبرهما رجال الأعمال بغرض إتمام المعاملات والصفقات التجارية ثم هناك الثقة المتبادلة ومبدأ حسن النية

(Good Faith) في ميدان التجارة والأعمال الدولية ما يجعل الوعد بالتعاقد ضرورة حتمية [98] ، كذلك العقلانية المفترضة في العقود النموذجية والشروط العامة للعقد[99] ، وفكرة نمو وتطور الكفاءة المهنية والمسؤولية لرجال الأعمال الدوليين[100] ، مع وجود رقابة عل الامتثال للقوانين والالتزام بالعقود من خلال هيئات التحكيم الدولية التي تستمد سلطتها هي الأخرى من إرادة الطرفين[101] ، ثم إن وضع القوانين من قبل الهيئات الدولية المختصة في صياغة القوانين إلى جانب الفرق العاملة "الخاصة" كلها تساهم في هذه العملية القانونية الشاملة التي تولد في نهاية المطاف قوة معيارية للمبادئ والقواعد التي تضعها (أو تصيغها)[102].

هذا القانون المستقل للتجارة الدولية لديه الصفات الرئيسية التي حددها Benson (بنسون) باسم "الخصائص المرغوبة لقانون التاجر".

1- الطابع العالمي.
2- المرونة والقدرة الديناميكية على النمو.
3- السرعة والطابع العام (الغير رسمي)
4- الاعتماد على الممارسة والعرف التجاريين.[103]

خـاتمــة:

إذا التطورات في المناخ الجيوسياسي والإقتصادي للعالم في ظل العولمة التي يشهدها القرن 21 بالموازاة مع إنشاء الأسواق العالمية، بما في ذلك الأسواق الإلكترونية، أوجدت أرضية خصبة لنمو نظرية حديثة لقانون الأعمال التجارية العبر وطنية (الدولية).

فالتساؤل اليوم ، ليس ما إذا كان التفكير والمنطق السليم يكمن في قواعد القانون[104] ، ذلك أن قوة وضع القوانين في مجتمع التجار تنمو من وعيهم بالمناهج المعقولة والحلول ذات المنطق السليم للأنماط المتغيرة وتحديات الاقتصاد الدولي (العبر وطني) خارج نطاق القوانين المحلية.

إن المبادئ والقواعد التي تشكل (Lex mercatoria) لديها ميزة وطبيعة معيارية، ليس لأنها عادلة ومعقولة من منظور موضوعي بل لأن رجال الأعمال، هيئات التحكيم والمنظمات التي تصيغ القوانين كلها على حد سواء تعتبرها عادلة ومعقولة وتتصرف وفقا لذلك عن طريق التنظيم الذاتي للتجارة الدولية.

فقانون التاجر الحديث قابل للتطبيق بسبب العقلانية المتأصلة فيه: "veritas non auctoritas facit legem" أما من منظور اقتصادي فإن "Private ordering" أي التنظيم الخاص يساعد على تقليص تكاليف المعاملات وحماية الحقوق الفكرية المتبادلة في التجارة الدولية [105] ، وأصبح السؤال الآن: ما إذا كان هناك مجموعة قوانين ومبادئ منفصلة في القوانين التجاري الدولي لمجالات متخصصة في التجارة والأعمال الدولية مثل: (Lex petrolia) لصناعة المحروقات الدولية[106] و (Lex informatica) للتبادل الدولي للمعلومات[107] و (Lex constructionis) لصناعة البناء الدولية[108] .

وبالتالي ، فإنه في هذا الاقتصاد المعولم للقرن 21 يظهر معنى آخر لرؤية جوزيف ستوري Joseph Story في القرن 19 : "القانون التجاري العبر وطني (الدولي) يمكن أن يعلن ويظهر حقا بلغة تشيشرو "cicero" ... أن يكون إلى حد كبير قانون العالم التجاري أجمع وليس قانون دولة واحدة فقط. "

"Non erit alia lex Romae, alia Athenis; alia nunc, alia posthac; sed et apud omnes gentes, et omni tempore, alia eademque lex obtinebit".[109]

[1]- Schmitthoff, in Schmitthoff (ed.), The Sources of the Law of International Trade, 1964, pp. 3, 5.

[2]- Graveson, in Schmitthoff (ed.), The Sources of the Law of International Trade, 1964, pp. V, VII.

[3] -See Molineaux, J. Int'l Arb. 2000, No. 1, 147: 'The opponents see the lex mercatoria as a sort of legal Loch Ness monster - occasionally in the headlines as a result of a purported sighting but ultimately non-existent.'

[4]- Selden, Ann. Surv. Int'l & Comp. L. 1995, 111, 113 et seq.

[5]- Tetley, Uniform L. Rev. 1999, 877, 888.

[6]- Bonell, RabelsZ 56 (1992), 274, 287.

[7]- Bonell, RDAI 1988, 873, 874.

[8]- ICC Award No. 8385, Clunet 1997, 1061, 1066 (translation by the author); cf. also ICC Award No. 8365, Clunet 1997, 1078, where the tribunal developed eight principles which, in its view, form part of the lex mercatoria.

[9]- Cf. Jayme, in Nicklisch (ed.), Rechtsfragen privatfinanzierter Projekte, 1994, pp. 65, 73; Karrer, IPRax 1994, 56 et seq.

[10]-Thayer, Brooklyn L. Rev., 1936, 139, 141.

[11]- Malynes, Consuetudo Vel Lex Mercatoria Or The Ancient Law-Merchant, 1622, p. 3 : 'Every man knewth, that for Manners and Prescriptions, there is great diversitie amongth all Nations: but for the Customs observed in the course of trafficke and commerce, there is that sympathy, concordance, and agreement, which may bee said to bee of like condition to all people, diffused and spread by right reason, and instinct of nature consisting perpetually. And these Customs are properly those observations which Merchants maintaine betweene themselves', ibid., p. 8: '. . . and this Law of Merchants hitherto observed in all countries, ought in regard of commerce, to be esteemed and held in reputation as the Law of twelve Tables was amongst the Romanes. For herein you shall find every thing built upon the foundations of Reason and Justice . . .'.

[12]- Blackstone, Commentaries on the Laws of England, Vol. I, 15th edn 1809, p. 273.

[13]- See Malynes, supra note 11, Introduction: 'I have intituled the Booke, according to the ancient name of Lex Mercatoria, and not Ius Mercatorum, because it is a Customary Law approved by the authoritie of all Kingdomes and Commonweales, and not a Law established by the Soveraigntie of any Prince.' (emphasis added).

[14]- See Blackstone, supra note 12, p. 75, note 8: 'The lex mercatoria, or the custom of merchants, like the lex et consuetudo parliamenti, describes only a great division of the law of England . . . But the expression has frequently led merchants to suppose, that all their new fashions and devices immediately become the law of the land; a notion which, perhaps, has been too much encouraged by the courts. Merchants ought to take their law from the courts, and not the courts from the merchants; and when the law is found inconvenient for the purposes of extended commerce, application ought to be made to parliament for redress.'

[15]- Cf. for the integration of the law merchant into the English common law Pillans and Rose v. van Mierop and Hopkins, [1765] 3 Burr. 1663, Eng. Rep. 97, 1035 (per Lord Mansfield); cf. generally Blaurock, in Ferrari (ed.), The Unification of International Commercial Law, 1998, pp. 9, 10 et seq.

[16]- Zitelmann, Allgemeine Österreichische Gerichts-Zeitung, 1888, 193 et seq., 201 et seq.; Klein, in Festschrift für Ernst Zitelmann, 1913, p. 3 et seq.

[17]- See Gutteridge, Comparative Law, 2nd edn 1949, 5.

[18]- Gutteridge, ibid.

[19]- Berman, Fordham Int'l L.J. 1995, at 1617, 1619; see also for the new law merchant in the context of the "Global Civil Society" and the "Global Market Place" infra II.1.

[20]- Goldman, 'La Compagnie de Suez, Société Internationale', Le Monde, October 4, 1956, 3 (I was made aware of this article by Professor Philippe Kahn, France, at the Conference on 'International Uniform Commercial Law Conventions, Lex Mercatoria and UNIDROIT Principles', November 4, 1999 Verona University, Faculty of Law, Italy).

[21]-Fragistas, Rev. crit. dr. int. pr. 1960, 1 et seq.

[22]- Goldstajn, J. Bus. L. 1961, 12 et seq.; see also Goldstajn, Festschrift Schmitthoff, 1973, p. 171 et seq.

[23]- Goldman, Frontières du droit et lex mercatoria, Archives de philosophie du droit 1964, 177 et seq.; Goldman, Trav. com. fr. dr. int. pr. 1977-1979, 221; Goldman, La lex mercatoria dans les contrats et l'arbitrage internationaux: réalité et perspectives, Clunet 1979, p. 475 et seq.; Goldman, Festschrift P. Lalive, 1993, p. 241 et seq.

[24]-Goldman, Archives de philosophie du droit 1964, 189.

[25]- Goldman, Clunet 1979, 499.

[26]- Lagarde, in Le droit des relations économiques internationales, Études offertes à Berthold Goldman, 1987, pp. 125, 150.

[27]- Fouchard, L'Arbitrage Commercial International, 1965, p. 423 et seq.

[28]- Kahn, La Vente commerciale internationale, 1964, p. 365 et seq.

[29]- Kahn, in Le contrat économique international, 1975, p. 171 et seq.

[30]- See, e.g. the extensive studies by Dasser, Internationale Schiedsgerichte und Lex Mercatoria, 1989 ; De Ly, De lex mercatoria, Inleiding op de studie van het transnationaal handelsrecht, 1989; Osman, Les Principes Généraux de la Lex Mercatoria, 1992; Stein, Lex Mercatoria, Realität und Theorie, 1995; Berger, The Creeping Codification of the Lex Mercatoria, 1999 ; see also Horn, Das Recht der internationalen Anleihen, 1972, p. 510 et seq., p. 522 et seq. , Horn, Law & Pol'y Int`l Bus. 1977, 753 et seq.; Lando, 34 ICLQ 1985, 34 et seq.; Berman/Kaufmann, Harv. Int'l L.J. 1978, 221 et seq.; Carbonneau, Col.J.Transnat'l.L. 1985, 579 et seq.; Braeckmans, TvPr. 1986, 1 et seq. ; v. Struycken, in L'évolution contemporaine du Droit des Contrats, Journées René Savatier, 1986, p. 209; Lalive, in Mémoire de la faculté de droit de Genève, p. 50 et seq.; Paulsson, Int'l Bus. Lawy. 1990, 4 et seq.; Berman/Dasser, in Carbonneau (ed.), Lex mercatoria and Arbitration, pp. 21, 33 et seq.

[31]- Schmitthoff, International Business Law: A New Law Merchant, Current Law and Social Problems, 1961, p. 129 et seq.; Schmitthoff, RabelsZ 28 (1964), 747 et seq.; Schmitthoff, in Horn/Schmitthoff (eds), The Transnational Law of International Commercial Transactions, 1982, 19 et seq.

[32]-Schmitthoff, supra note 1, p. 36.

[33]- Schmitthoff, International Trade Usages, 1987, No. 71: 'Substantive law is often born in the womb of procedure. In keeping with their international character, the law which these international arbitral bodies create is transnational. It is the new lex mercatoria'; see also David, Le Droit du Commerce International,1987, p. 127 et seq.

[34]- Schmitthoff, supra note 1, p. 37, see also Berman, see supra note 19, at 1621: 'The interests that these associations represent constitute a vast infrastructure of world intercourse, involving patterns and norms of behaviour that give rise to universally recognized rights and duties.

[35]- Schmitthoff, supra note 1, p. 38.

[36]- Resolution 2205 (XXI), Adopted by the General Assembly at its 1497th Plenary Meeting on December 17, 1966, 'Establishment of the United Nations Commission on International Trade Law'.

[37]- Ibid., Art. 8 (a).

[38]- See the proposal by Schmitthoff, JZ 1978, 495, 498.

[39]- David, UNIDROIT Annuaire 1967-1968, Vol. II, pp. 77, 87: ' . . . le nouveau droit commun doit se présenter comme un droit législatif; il ne saurait être de nos jours un droit de la doctrine'; cf. also David, ibid., pp. 254, 256 et seq.

[40]- Schmitthoff, UNIDROIT Annuaire 1967-1968, Vol. II, pp. 93, 115: 'The gradual establishment of a codified world trade law, essentially identical in all national jurisdictions, can only be achieved by a series of international conventions'; see also Schmitthoff, supra note 1, p. 38: ' . . . [T]he convention method can likewise be used as a form of co-operation between countries of different economic structures'.

[41]- Blagojevic, UNIDROIT Annuaire 1967-1968, Vol. II, pp. 119, 139 et seq.

[42]- Cf. the summary of the results of the conference in UNIDROIT (ed.), Annuaire 1967-1968, Vol. II, p. 317 et seq., stating that the unification efforts through international agreements 'still constitute the most appropriate method for the achievement of a certain degree of uniformity in the various domestic laws'.

[43] -See Berger, supra note 30, p. 137 et seq.

[44]- Dezalay/Garth, Dealing in Virtue, 1996, p. 85 et seq.

[45] -See, e.g. The Government of the State of Kuwait v. The American Independent Oil Company (AMINOIL), ILM 1982, 976 et seq.(1982); Texaco Overseas Petroleum Company/California Asiatic Oil Company v. The Government of the Libyan Arab Republic, ILM 1978, 1 et seq. (1977); Libyan American Oil Company (LIAMCO) v. The Government of the Libyan Arab Republic, ILM 1981, 1 et seq. (1977); Saudi Arabia v. Arabian American Oil Company (ARAMCO), ILR 1963, 117 et seq. (1958); Sapphire International Petroleums Ltd. v. National Iranian Oil Company, Int'l L. Rep. 1967, 136 et seq. (1963); BP Exploration Co. (Libya) v. Government of the Libyan Arab Republic, ILR 1979, 297 et seq.; see for an evaluation of these awards as 'typical examples of . . . misunderstood statelessness', Highet, in Carbonneau (ed.), Lex Mercatoria and Arbitration, 2nd edn 1997, p. 137 et seq.

[46]- Dezalay/Garth, supra note 44, p. 89.

[47] -Gutteridge, supra note 17, p. 14.

[48] -Dezalay/Garth, supra note 44, p. 90, note 58.

[49] -Teubner, Rechtshistorisches Journal 1996, 255 et seq.; Teubner, in Teubner (ed.), Global Law without a State, 1997; see also Lieckweg, Wird die Globalisierung des Rechts durch Organisationen der Wirtschaft vorangetrieben?, Wittener Diskussionspapiere, No. 48, 1999.

[50] -Ibid, 274 et seq.; see also Lieckweg, supra note 66, p. 6 (the contract as a 'conditional program of global validity'); Berger, supra note 30, p. 105 et seq.

[51] -Ibid, 276; see also Stein, supra note 30, p. 164 et seq.; Berger, supra note 30, p. 110.

[52] -See supra I 4. for Clive Schmitthoff's emphasis on formulating agencies and infra I 6. for the changing paradigm of international trade and commerce.

[53] -Teubner, Teubner, supra note 49, p. 278 et seq.

[54]- After all, the notion of a code as a comprehensive legal 'system' covering 'the thousand unexpected questions' of real live ('ius semper loquitur') has been abandoned since the days of the Prussian General Law of the Land (Allgemeines Landrecht), see Esser, Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts, 4th edn 1990, p. 7; Lando, in Sarcevic (ed.), Essays on International Commercial Arbitration, 1991, pp. 129, 149; Böckstiegel, Der Staat als Vertragspartner ausländischer Privatunternehmen, 1971, p. 112; Kötz, Mod. L. Rev. 1997, 1, 11; Berger, supra note 30, p. 94.

[55]-Teubner, supra note 49, p. 282.

[56]- UNIDROIT (ed.), Principles of International Commercial Contracts, 1994.

[57] -Lando/Beale (eds), The Principles of European Contract Law, 1998.

[58] -Lando/Beale (eds), Principles of European Contract Law, Parts I and II Combined and Revised, 2000.

[59]- http://www.unidroit.org

[60]-See: http://www.iccwbo.org/products-and-services/trade-facilitation/incoterms-2010/ and http://en.wikipedia.org/wiki/Incoterms

[61] -Berger, supra note 30, p. 218 et seq.

[62] -See generally Delbrück, Indiana Journal of Global Legal Studies 1993, 9 et seq.; Walker/Fox, Global Legal Studies Journal 1996, 375, 379 et seq.; Luhmann, Das Recht der Gesellschaft, 1993, p. 571 et seq.

[63] -Goldstajn, supra note 22, p. 13; Kahn, supra note 31, p. 365.

[64] -Stein, supra note 30, p. 13.

[65] -See, e.g. the report about the Daimler/Chrysler Merger 'Shrinking the Atlantic' by Thoma/Reuter, European Counsel May 1999, 1 et seq.

[66] -Robé, in Teubner (ed.), Global Law without a State, 1996, p. 234 et seq.

[67] -This economic theory (NIIT) takes a transaction-oriented approach to international business and deals with the territorial limitations of lawmaking and law enforcement and the problems (coordination of economic behavior, increase of transaction costs) arising out of this phenomenon for the property rights exchanged in international trade; see Schmidtchen, RabelsZ 59 (1995), 56, 62 et seq.; Schmidtchen/Schmidt-Trenz, Jahrbuch Neue Politische Ökonomie 1990, 3 et seq.; Yarbrough/Yarbrough, J. Inst. and Theoretical Econ. 1994, 239 et seq.

[68] -See Goldstajn, supra note 22, 17; Berger, Am. Rev. Int'l Arb. 1993, 1 et seq.

[69] -Lando, Int'l & Comp. L.Q. 1985, 747, 748; Stein, supra note 30, p. 16 et seq.; Berger, supra note 30, 14 et seq.; Park, in Carbonneau (ed.), Lex Mercatoria and Arbitration, 2nd edn 1997, pp. 143, 151: 'No one opts to lose a dispute because of an unfair application of legal "technicalities"'; Delaume, Law and Practice of Transnational Contracts, 1988, Preface, p. IX : 'The legal context in which transnational contracts are negotiated and implemented is in the process of rapid evolution. The time is no longer where such contracts fitted into well established categories of transactions between commercial men, subject to private law, or between subjects of international law conducting business inter se. Today, a number of contractual relationships involve both subjects of private and public international law, and, with increasing frequency, a plurality of parties whose combined efforts are required for the carrying out of a single venture. Neither traditional domestic law rules nor, to the extent that they can be identified with sufficient precision, international law norms necessarily provide adequate answers to problems that they were not designed to meet in the first place'.

[70] -See supra I.6.; see for the codification of public international law through the International Law Commission Thirlway, International Customary Law and Codification, 1972, p. 61 et seq.

[71] -See Berman, supra note 19, at 1621; Hobe, Global Legal Studies Journal, 1997, 191 et seq.; Schoener, Global Legal Studies Journal, 1997, 537 et seq.; see for the activities of NGOs the homepage "www.ngo.org".

[72] -See Ferrari, Rev. int. dr. comp. 1995, 985 et seq.

[73] -See Juenger, in Carbonneau (ed.), Lex Mercatoria and Arbitration, 2nd edn 1997, p. 265, 276: 'The breakdown of the [conflict of law doctrine]

that has long been characterized by its fixation on sovereignty and governmental interests offers room for hope'; Juenger, The Problem with Private International Law, 1999, p. 29 et seq.: 'Why, then, do we cling to the conventional wisdom, the idea that national law must govern international transactions and that all national laws are of equal value? Among the reasons that come to my mind there are, first and foremost, the force of habit and the hesitation to deviate from the trodden path'.

[74] -Nassar, Sanctity of Contracts Revisited: A Study in the Theory and Practice of Long-term International Transactions, 1995, p. 19 et seq. ; Sharma, N.Y.L. Sch. J. Int'l & Comp. L. 1999, 95, 101: ' . . . the judicial reluctance to police the fairness of every commercial contract by reference to moral principles has of late witnessed a significant transformation and shift in legal mentality'; see also Art. 1.7 UNIDROIT Principles , Art. 1:201 Lando-Principles ; Berger, supra note 30, p. 165 et seq.

[75] -See Lord Goff of Chieveley, Wilberforce Lecture, ICLQ 1997, 745, 748: 'Comparative law may have been the hobby of yesterday, but it is destined to become the science of tomorrow'.; Thayer, supra note 10, 154: 'The ability to envisage [through the use of comparative methodology] the legal backgrounds involved [in international commerce] . . . contributes immeasurably to the possibility of unified evolution'.; Gordley, Am. J. Comp. L. 1995, 555 et seq.; Merryman, Hastings Int'l & Comp. L. Rev. 1998, 771 et seq.

[76] -See Marcesinis, in Marcesinis (ed.), The Gradual Convergence, 1994, p. 20 et seq.; Zimmermann, ZEuP 1993, 4, 51; Gordley, ZEuP 1993, 498 et seq.; Kötz, ZEuP 1998, 493, 497 et seq.; Blase, Vindabona Journal, 1999, 3, 13; see for the gradual introduction of an overriding principle of good faith as the 'pars pro toto' of the convergence phenomenon Mason, Law Q. Rev. 2000, 66 et seq.; Wittaker, Law Q. Rev. 2000, 95 et seq.; see for the gradual convergence of the case law technique in civil and common law MacCormick/Summers, in MacCormick/Summers (eds), Interpreting Precedents, 1997, pp. 531, 532: 'The caricature picture of civil law systems free from the shackles of precedent in contrast to the common law enslaved to its own past (or preserving the "good old order") is certainly no longer remotely accurate, if it ever was'.

[77] -See Kötz, Europäisches Vertragsrecht, Vol. I, 1996, p. V et seq. ; Lando, Europ.Rev.Pr.L. 1997, p. 525 et seq.; Zimmermann, Col.J.Europ.L. 1994/95, 63 et seq.

[78] -Today, more than 90 per cent of all major international commercial contracts contain an arbitration clause, see Berger, International Economic Arbitration, 1993, p. 12.

[79]- See Berger, J. Int'l Arb. No. 4 (1992), 5 et seq.; Tetley, in Carbonneau (ed.), Lex Mercatoria and Arbitration, 2nd edn 1997, p. 50 et seq.

[80] -See generally Böhm, in Mestmäcker (ed.), Freiheit und Ordnung in der Marktwirtschaft, 1980, p. 105 et seq.; Schröder, Die neue Gesellschaft/Frankfurter Hefte, 2000, 200 et seq.; Berman, supra note 19, at 1619; see also the vision of a 'general global legal society' of von Savigny, System des heutigen Römischen Rechts, Vol. VIII, 1849, p. 30 et seq.

[81] -Walker/Fox, supra note 61, 380.

[82] -See supra I.6.

[83] -See Hobe, supra note 70, 207 who points at the development of a 'global society as opposed to the world of states'.

[84]- Teubner, supra note 49, 264.

[85]- Juenger, in Carbonneau (ed.), Lex Mercatoria and Arbitration, 2nd edn 1997, pp. 265, 276; see also Berman/Dasser, supra note 30, p. 60.

[86]- Canaris, in Basedow (ed.), Europäische Vertragsrechtsvereinheitlichung und deutsches Recht, 2000, pp. 5, 10 et seq.

[87] -See for the 'normative force of fact' Jellinek, Allgemeine Staatslehre, 3rd edn 1929, p. 338.

[88] -Jhering, Der Zweck im Recht, Vol. 1, 6th-8th edn 1923, p. 249: 'Only those rules imposed by society deserve the name of law which have behind them the force of the law or . . . the force of the sovereign state, meaning that only those rules adopt the quality of legal norms that have been vested with this effect by the sovereign state or that the state is the only source of the law' (translation by the author).

[89]- Raiser, Das Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, 1935, p. 63, 74 (translated by the author).

[90]- Duguit, Les Transformations du Droit Public, 1913, p. 85 et seq.; but see for a different view Allen, Law in the Making, 3rd edn 1939, p. 485.

[91] -See Berman, supra note 19, at 1620.

[92]- Lando, in Festskrift Till Stig Strömholm, 1997, pp. 567, 578.

[93] -chmitthoff, supra note 1, p. 37.

[94]- Teubner, supra note 49, 261.

[95]- Kahn, supra note 28, p. 42.

[96]- Cooter, U. Pa. L. Rev. 1996, 1643 et seq.; Bernstein, U. Pa. L. Rev. 1996, 1765 et seq.; Scott, J. Legal Stud. 1990, 597, 613; Charny, Harv. L. Rev. 1990, p. 373 et seq.; Posner, U. Chi. L. Rev. 1996, 133, 159 et seq.

[97]- Schmitthoff, supra note 1, p. 6 (citing Judge Lagergren).

[98]- See Hyland, Am. J. Comp. L. 1992, 541, 545; see also for the 'family, friendship, firms' phenomenon in international trade which serves as a stabilizing factor for long-term 'relational' contractual relationships Schmidtchen, supra note 66, 103

[99]- See Goldstajn, Festschrift Schmitthoff, 1973, pp. 171, 179: ' . . . it is a fact that Standard Contracts and the General Conditions have often been corrected through competition and therefore constitute rational solutions'.

[100]- See Berman/Dasser, supra note 30, p. 54: 'As a general rule, merchants trading across national boundaries are deemed to have equal bargaining power and to know best what suits them'; Kahn, in Gaillard (ed.), Transnational Rules in International Commercial Arbitration, 1993, pp. 237, 242: 'On constatera que l'introduction de la notion de professionnalisme donne une coloration spécifique à la règle générale que le contrat tienne lieu de loi aux parties'; see generally for the practical application of this principle by international arbitrators ICC Award No. 1990, Clunet 1974, 897 ; No. 1512, Clunet 1974, 905 ; No. 2291, Clunet 1976, 989 ; No. 2438, Clunet 1976, 969 with Note Derains, ibid., 971 ; No. 3130, Clunet 1981, 932 ; No. 3380, Clunet 1981, 927 ; No. 5364, Clunet 1991, 1059 ; cf. generally Berger, supra note 30, p. 236.

[101]- Gaillard, Int'l Bus. Lawy. 1999, pp. 214, 221; see also Gaillard, in van den Berg (ed.), Efficient Arbitration Proceedings: The Law Applicable in International Arbitration, ICCA Congress ser. No. 7, 1989, p. 570 et seq.

[102]- See Braeckmans, TvPr. 1986, 1, 16 ; Stein, supra note 30, p. 148 et seq.; Teubner, supra note 49, 273 et seq.; Schmidtchen, supra note 66, 101 et seq.; Galgano, Ann. Surv. Int'l & Comp. L. 1995, 99, 102; Gandolfi, Rev. trimestrielle de droit civil, 1992, 707, 710; Berman/Dasser, supra note 30, p. 54 et seq.; Ladeur, RabelsZ 64 (2000), 61, 98 et seq.; Berger, supra note 30, p. 105 et seq.

[103]- Benson, Southern Economic Journal, 1989, 644, 654.

[104]- But see Highet, supra note 45, p. 142.

[105]- Schmidtchen, supra note 66, 74.

[106] -See Doak/Bishop, Yearbook Commercial Arbitration XXIII (1998), 1131 et seq. ; see also Ad Hoc Award The Government of the State of

Kuwait v. The American Independent Oil Co. (AMINOIL) of March 24, 1982, ILM 1982, 976, 1036.

[107]- See Caprioli/Sorieul, Clunet 1997, 323, 330 et seq.; Mefford, Indiana Journal of Global Legal Studies, 1997, 211 et seq.

[108]- Molineaux, J. Int'l Arb. No. 1 1997, 55, 64 et seq. ; see also Helps, Int'l Constr. L. Rev. 1997, 525, 537 et seq.; Bruner, Int'l Constr. L. Rev. 2000, 47 et seq.

[109]- Swift v. Tyson, 41 US (16 Pet.) 1 (1842); see also Lord Mansfield in Luke v. Lyde, 2 Burr. [1759] 887: 'Mercantile law is not the law of a particular country, but the law of all nations'.