ماهية القواعد عبر الدولية في التحكيم التجاري الدولي .

الأستاذ:باسود عبد المالك
جامعة الدكتور الطاهر مولاي / سعيدة / الجزائر.

مقدمة : إن استخدام مصطلح القواعد عبر الوطنية يعد إيذانا بظهور عصر جديد، عصر المجتمع الدولي للتجار، ورغم أن هذا المصطلح قد استخدم قديما ولكن ، إبان حقبة المدن الإيطالية(جنوة- البندقية- فينيسيا- أمالفي- بيزا ...و غيرها من المدن الإيطالية)، إلا أن أنه كان محدودا في المكان، فقد كان ينحصر هذا المجتمع بين ضفتي موانئ شمال إيطاليا وموانئ غرب أوروبا لا سيما في فرنسا و انجلترا، وأهميته كانت تكمن في أنه صنع مجموعة من القواعد المادية سميت بالأعراف التجارية توافق عليها طوائف من التجار، وعدت ملزمة لهم وكانت بمثابة قانون التجارة الذي تكون بعيدا عن سلطان الدولة بهدف تلبية حاجات التجارة من سرعة وفعالية وبساطة وثقة و إتمان. إذا فالسبب المباشر لظهور هذا النوع من القواعد هو عدم استجابة القوانين الوطنية لمتطلبات التجارة آنذاك.

ولنفس السبب ظهرت هذه القواعد مرة أخرى، فقد بنيت نظرية التجار الحديثة في الثمانينات على الاعتقاد بأن الحلول المعتمدة في الأنظمة القانونية الوطنية غير ملائمة . هذا الاعتقاد بأن قواعد بعض الأنظمة القانونية لا تتلاءم مع احتياجات المعاملات الدولية أدى إلى رغبة في منح المحكمين سلطة فض المنازعات المقدمة لهم، لا عن طريق القانون الواجب التطبيق وفقا لقواعد الإسناد، ولكن باستخدام قواعد مادية متلائمة مع التجارة الدولية وذلك ما اتفق

الأطراف على ذلك، أو في حالة عدم اتفاق الأطراف إذا ما رأت محكمة التحكيم ذلك ملائما.

إذا فما المقصود بهذا المنهج؟ وما طبيعته وما هي مصادره وأين تكمن أهميته؟

سنحاول تحديد مفهوم لهذه القواعد وتبيان مصادره في الجزء الأول من هذا البحث، ثم نحاول تقييم أثره وتقييم أثره على منهجية التحكيم التجاري الدولي.

يثير مفهوم القواعد عبر الدولية إشكاليات عديدة ومتنوعة، وهذا طبيعي إذا تعتبر القواعد عبر الدولية من أكثر المواضيع إثارة للجدل في إطار التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية، إن من حيث تمتعها بالصفة القانونية، أو من حيث إطار تطبيقها في ميدان التحكيم، حيث يمتد هذا التطبيق إلى مختلف جوانب التحكيم، سواء من حيث القابلية للتحكيم بنوعيها، أو من حيث القانون الواجب التطبيق على النزاع. إضافة إلى غيرها من الأطر التي تطبق فيها. مع ما يرافق ذلك من مسائل قد تثور في معرض ذلك التطبيق.

<u>المطلب الأول</u>: مفهوم نهج القواعد عبر الدولية وخصائصه.

الفرع الأول: مفهومه

يربط البعض ظاهرة القواعد عبر الدولية بظاهرة قانون التجارة القديم الذي كان يطبق على العلاقات التجارية الدولية، إلى درجة أصبح مصطلح lex mercatoria [1] الأكثر شيوعا ودلالة على هذه القواعد، إلا

أن ذلك لا ينفي وجود مشكلة في عملية تعريف وتحديد مفهوم لهذه القواعد، إن على صعيد الفقه أو على صعيد المتعاقدين.

فالبعض يستخدم مصطلح القواعد عبر الوطنية، والبعض الآخر يفضل استخدام مصطلح أعراف التجارة الدولية، والبعض استعمل عبارة أو مصطلح القواعد المادية عبر الدولية [2] . وبالمقابل فإن الأطراف المتعاقدة تستخدم تعابير متعددة ومتنوعة من قبيل المبادئ العامة للقانون في التجارة الدولية. أو تعبير المبادئ العامة المعترف بها بوجه عام، أو تعبير المبادئ المشتركة في عدة أنظمة قانونية.

و يمكن تعريف هذه القواعد على أنها تلك القواعد المادية المستمدة من الأنظمة الوطنية وأحكام المحاكم، وبعض الأعراف التجارية المجمع عليها، وقد تطورت من خلال المفاهيم الآتية: استقرار المعاملات، وتكييف العقود، وتعاون الأطراف، والأمانة في التجارة، وكلها مفاهيم ضرورية في التجارة الدولية، وقد لعب فقه القضاء التحكيمي الدور الأكبر في بناء هذا النوع من القواعد، ويقول الأستاذ إيريك لوكان في ذلك أن هذا النهج أي نهج القواعد عبر الدولية يعد نوعا من " الداروينية القانونية" الناتجة عن "انتقاء، مابين مختلف مصادر القانون والقواعد القادرة على تلبية احتياجات التجارة الدولية".

وتبريرا لهذا النهج، تم طرح فكرة مجتمع التجار الذي يخلق بطريقة عفوية قانون خاص به.

الفرع الثاني : خصائصه

وتتميز هذه القواعد بالسمات الآتية: بروز مبدأ الأغلبية في إقرارها، والطابع المتطور لهذا النهج.

أ- إبراز قيمة الأغلبية: إن كون النظام القانوني التحكيمي مبنيا على الأنظمة القانونية الوطنية لا يعني أن هذا النظام لا يشتمل على قواعد لم تقرها كافة الأنظمة القانونية الموجودة في العالم. إن نهج التعرف على المبادئ العامة للقانون، وهو النهج المعروف باسم نهج القواعد عبر الدولية، هو دائما واحد لا يتغير بغض النظر عما إذا سلك بهدف التعرف على القواعد عبر الدولية المنطبقة على موضوع النزاع المبادئ الأساسية التي لا يسمح للأطراف الخروج عنها أو المبادئ التي تمنح المحكمين سلطة البت في النزاع.

هذا النهج لا يختلف عن ذلك الذي يسمح باستخلاص المبادئ العامة للقانون وفقا للمادة 38 من نظام محكمة العدل الدولية[3]. ففي كل هذه الحالات يكون الهدف هو استخلاص، من جموع القوانين، الاتجاه أو الميل الغالب وذلك لا يستلزم بطبيعة الحال، أن تكون القاعدة المعنية قد لاقت إجماع كل الأنظمة القانونية. فاشتراط الإجماع يحول دون تحقق الهدف الرئيسي لهذا التوجه وهو التعرف على القواعد المعترف بها بصورة غالبة وتوضيح القواعد الناتجة عن مفهوم خصوصي أو بال.

ب- الطابع المتطور لنهج القواعد عبر الدولية: يعد هذا النهج متطورا لكونه يأخذ في الاعتبار تطور القوانين الوطنية فمثلا، ازدادت إدانة بعض الممارسات التي كانت تستخدم للحصول على الصفقات بعد تبني معاهدة منظمة التعاون والتنمية الاقتصادية لعام 1997 المتعلقة بمكافحة فساد الموظفين العموميين الأجانب في عقود التجارة الدولية.

إن عدم تطور كل القوانين بالسرعة ذاتها لا يعني عدم إمكانية استخلاص الاتجاهات التي يتخذها المجتمع الدولي من خلال منهج

متطور، فعند تبني عدد كبير من القوانين لحل معين، يمكن اعتبار هذه القاعدة مبدأ عاما [4]وإن لم تتبناها القوانين الأخرى التي لم تنظم بعد إلى تيار الأغلبية.

إن نهج القواعد عبر الدولية يأخذ في الاعتبار اتجاه تطور القانون عند التفريق بين القوانين المعنية، في حين أن المنهج التنازعي التقليدي أو المنهج السافيني[5]، الذي يعد النهج الأقدم والأكثر انتشارا في المصادر الوطنية والدولية، لا يتطرق إلى التنازع بين القوانين إلا عند نقطة زمنية معينة. ويعطي نهج القواعد عبر الدولية الأولوية إلى القانون المتماشي والتطور العام، بدلا من إعطائها إلى القوانين التي تبقى خارجة عن صفوف تيار الأغلبية.

وتجدر الملاحظة أن بعض الأمثال، المعطاة أحيانا بهدف إثبات أن قاعدة ما لا تعتبر مبدأ عاما ونفي طبيعتها عبر الدولية، تتعلق بقواعد تعبر عن خصوصية وطنية كانت معتمدة من بعض الدول ثم تم التخلي عنها واستبدالها بقواعد متماشية مع اتجاه المجتمع الدولي.

فقد قبل المشرع الإنكليزي بمبدأ استقلالية اتفاق التحكيم في قانون التحكيم الجديد الصادر في 1996 رغم معارضته الشديدة لذلك المبدأ، و انظم القانون الجزائري[6] إلى التيار العام للقوانين التي لا تحضر الاستعانة بالوسطاء بموجب قانون 13 فبراير1991 ، بل اكتفى بتنظيم المهنة وذلك خلافا لما كان عليه الأمر بموجب قانون 1978 الذي كان يحضر الاستعانة بالوسطاء بالمطلق.

في كل هذه الحالات، فإن الاستدلال الذي كان يتخذ هذه القواعد- قبل تفسيرها- عذرا لعدم الاعتراف بوجود مبدأ عام للقانون، يعكس منظورا ومنهجا ساكنا للقانون.

على عكس ذلك، في حال إحجام الأطراف عن اختيار القانون الواجب التطبيق، فإن الاعتراف- عن طريق النهج عبر الدولي- بالطبيعة الخصوصية لهذه القواعد قد سمح للمحكمين بألا يطبقوا هذه القواعد نظرا لأنها تخالف القواعد المقبولة بوجه عام، مما ساهم في إسراع تطور تلك القوانين. في الواقع إن تخلي الدول التي كانت تتبنى حلولا خصوصية، عن هذه الحلول في الأمثلة السابقة يؤكد صحة هذا النهج أي مذهب القواعد عبر الدولية.

ج- إلزامية القواعد عبر الدولية: يقصد بإلزامية القواعد عبر الدولية، تمتعها بالإلزام الذاتي، أي بالاستقلال عن الأنظمة القانونية الداخلية، وقد انقسم الفقه في هذا الشأن إلى قسمين: الأول ينكر عن هذه القواعد خاصية الإلزام، وقسم يعترف لها بهذه الخاصية.

1- الاتجاه المنكر: يذهب أصحاب هذا الاتجاه[7] إلى عدم الاعتراف للقواعد عبر الدولية بالصفة الإلزامية بعيد عن الأنظمة القانونية الوطنية استنادا إلى نوعين من الحجج.

الأولى تتعلق بعدم وجود خصائص وصفات القاعدة القانونية في هذا النوع من القواعد. والثانية تتعلق بالمجتمع الذي تطبق فيه.

يرى أصحاب هذا الاتجاه أن القواعد عبر الدولية لا تتمتع بخصائص القاعدة القانونية المتمثلة في التجريد والعمومية وفرض الجزاء المادي، لأنه من الخصائص الرئيسية للقاعدة القانونية تمتعها بهذه الصفات، لأن خطابها موجه إلى جمهور من الناس غير معين بذاته، كما أن الوقائع التي تعنيها هي كذلك غير محددة ومعينة. وإنما العبر ة فيها تكون بعموم الصفة وبتحقق الشرط، والتجريد يستوجب تحقق عنصري القاعدة القانونية من فرض وحكم، أي توافر المركز القانوني

الذي إذا تحقق وجب إعمال الحكم، أي إعمال الأثر الذي يوجبه القانون إذا توافر المركز أو الفرض، وألا تطبق على حالة واحدة، إذ يجب ألا يستغرقها التطبيق المنفرد، إذ هي معدة لتواجه حالات غير محددة.

ومثل هذه الصفات منعدمة في القواعد عبر الدولية، حيث يأخذ عليها البعض كونها ستارا لتقزيم دور الدول النامية في بناء اقتصادها، وتعرية التجار الوطنيين أما منافسيهم، إذ لا يستندون فحسب إلى قانون هو مبدعوه وفارضوه، بل إلى مركز اقتصادي قلب التوازن المالي للعلاقة التعاقدية قبل أن يتم إبرام العقد، هذا بالإضافة إلى أن خلق القواعد عبر الدولية لا يتم عفويا، إذ يؤخذ عليها مراعاتها ومحاباتها للشركات عبر الدولية عن طريق تحييد دور القانون الوطني كأداة توجيه للاقتصاد القومي خاصة في الدول النامية، ثم إن عدم وجود قانون دولي للتجار، وإنما عادات وأعراف خاصة بتجارة محددة (الحبوب- التبغ- البن) والتي يغلب عليها الطابع المحلي، كما في أعراف ليفربول أو هامبورغ، من شأنه أن ينقض صفة العمومية في القواعد عبر الدولية.

ويذهب أصحاب هذا الاتجاه إلى أنه حتى ولو توافرت خاصيتا التجريد والعمومية في هذه القواعد، فإنها لا تتمتع بالجزاء المادي الذي يجعل منها قاعدة قانونية، فأي نظام قانوني لا تقوم له قائمة ما لم تقترن قواعده بجزاء يكفل احترامها وبقائها، فالذي يميز النظام القانوني للدولة هو وجود ذلك الجزاء الذي تتكفل السلطة بتوقيعه وفي هذا الصدد يلاحظ أن القواعد الموضوعية للتجارة الدولية[8] تفتقد هذا الجزاء، فلكي تتمتع هذه القواعد بالصفة الإلزامية يجب أن تندمج في نظام قانوني داخلي، فهذا الاندماج هو الذي يمنح القواعد عبر الدولية الجزاء المادي كالقواعد القانونية الوطنية وإن كان ما أشاروا إليه بهذا الصدد كان بخصوص الأعراف.

وبالإضافة إلى ما تقدم من حجج فقد أورد أصحاب هذا الاتجاه حججا أخرى في نفس المنوال نذكر منها

- **التناقض**: اعتبر kassis [9] أن المبادئ العامة التي تكون أحد أشكالlex mercatoria تنطوي على مضامين متناقضة ويعطي مثالا على ذلك رفض قضاء التحكيم في غرفة التجارة الدولية لنظرية الظروف الطارئة، تطبيقا لمبدأي العقد شريعة المتعاقدين وقرينة الاحتراف، والذي يعد أمرا متعارضا مع مبدأي الحفاظ على توازن الأداءات ذات التنفيذ المستمر والعدالة، وهما من مبادئ lex mercatoria أيضا.

- **النقص أو عدم الكمال**: يرى البعض أن القواعد عبر الدولية لا تحتوي على قواعد كفاية تغطي مختلف المسائل التي تثور في مجال العقود الدولية، فهي وإن اشتملت على قواعد تتصل بتفسير تلك العقود وإبرامها، إلا أنها تخلو من القواعد القانونية التي تحكم مسائل أخرى، على درجة كبيرة من الأهمية، من ذلك: أهلية الأطراف، التراضي، إلى غير ذلك من القواعد الضابطة لهذه المسائل.

ويشير البعض الآخر إلى قلة عدد المبادئ التي تشكل جزءا من هذه القواعد، كعيب يلازمها وقد حصرها بعض الفقهاء بعشرين مبدأ، والتي لن يكون بإمكانها تلبية الحاجات الملحة للتجارة الدولية.

- **الطابع المكمل للقواعد عبر الدولية:** بمعنى أن عادات وأعراف التجارة الدولية، وإن شكلت قواعد قانونية قادرة على حكم وتنظيم العقود الدولية، إلا أن تلك القواعد ليست إلا قواعد تكميلية، فهي لا تطبق بقوة سريانها، بل لا بدأن يقرر الأطراف بإرادتهم الصريحة أو الضمنية رغبتهم بتطبيق أحكامها، وفي ذلك اقتراب من نظرة kassis

[10]بشأن الأعراف التجارية التي اعتبرها مجرد عادات اتفاقية تستمد إلزامها من اتفاق الأطراف.

- **القواعد عبر الدولية إحساس شخصي بالعدالة:** إن تطبيق المحكم للقواعد عبر الدولية يعد في حقيقة الأمر إعمالا لشعور الشخصي للمحكم بالعدالة. وبالتالي يتماثل تطبيق المحكم للقواعد عبر الدولية، مع تطبيق المحكم لقواعد العدالة والإنصاف. فاللجوء إلى القواعد عبر الدولية هو شكل من أشكال التفويض بالصلح الذي يلزم لصحته اتفاق الأطراف، وفي ذلك يقول الأستاذ محمد شحاته:"... طالما أن الخصوم لم يرغبوا في منح المحكم سلطة الفصل في النزاع كمفوض بالصلح، فإنه من غير المعقول التفكير في تخويله سلطة الفصل على مقتضى قواعد التجارة الدولية."

2- **الاتجاه المؤيد:** يرى أصحاب هذا الرأي أنه يمكن أن تمتع القواعد عبر الدولية بالطابع الملزم خارج الأنظمة القانونية الوطنية، معتبرين أنها تتمتع بخصائص وصفات القواعد القانونية وبوجود مجتمع مستقل تطبق فيه.

و يرون أن الأعراف التجارية المبادئ العامة المستقرة في قضاء التحكيم الدولي تتمتعان بميزتي العمومية والتجريد. وإذا كان الأمر لا يحتاج لأي نقاش بخصوص الأعراف لجهة تمتعها بهذه الميزات، فإن الأمر خلاف ذلك بشأن المبادئ العامة عبر الدولية، حيث أخذ عليها عدم ملاءمتها للطرف الضعيف ومحاباتها للشركات عبر الدولية، انطلاقا من تمسكها بقاعدة العقد شريعة المتعاقدين. وهذا الأمر يحرمه من صفة التجريد.

وفي الواقع إذا كان مبدأ العقد شريعة المتعاقدين هو عمليا ضد مصلحة الطرف الضعيف الوطني، بسبب تطبيق القواعد عبر الدولية، فإنه يمكن الحد من ذلك بواسطة القواعد ذات التطبيق الضروري [11] والنظام العام عبر الدولي ، هذا بالإضافة إلى أن إعمال المبدأ ليس بالضرورة في صالح الطرف القوي ضد الطرف الضعيف، إذ توجد عدة حالات صدرت فيها قرارات تحكيمية، جرى فيها تطبيق مبدأ قدسية العقد ومبدأ المعقولية لصالح الطرف الضعيف.

ومن حيث العمومية، فإن تمتع القاعدة القانونية بصفة التجريد يستتبع تمتعها بصفة العمومية، ولا يؤثر على صفتها هذه تعددها من حيث أماكن تطبيقها. فلئن كانت الأعراف عبر الدولية عبارة عن تطبيقات مهنية، تختلف باختلاف السلعة أو الخدمة التي تتعلق بتنظيمها، فإن ذلك لا يحرمها من صفتها كقواعد عامة ومجردة، كونها لا تحكم حالات فردية، إنما تنظم مهنة أو خدمة بين مهن وخدمات يتم التعامل فيها في ميدان التجارة الدولية، فحصر هذه الأعراف بنطاق خاص لا يؤثر على عموميتها وتجردها، كما هي الحال بخصوص الأعراف المحلية الداخلية.

وبالإضافة إلى ما تقدم يرى أصحاب هذا الطرح أن هذه القواعد تمتع بالقدرة على فرض الجزاء الذي يضفي عليها صفة القواعد القانونية، إذ يشير الأستاذfouchard [12] إلى تضمنها لنوعين من الجزاءات: المالية والمعنوية، كتقديم تأمين لتغطية مصاريف الحكم أو مبلغ التعويض الذي قد يحكم به المحكم، هذا بخصوص الجزاءات المالية. أما بالنسبة للجزاء المعنوي فقد يكون بنشر أسماء أطراف التحكيم الممتنعين عن تنفيذ حكم التحكيم، وحرمان الطرف المتخلف عن تنفيذ الحكم من التمتع بخدمة التحكيم في نطاق مهنته في المستقبل، فمثل

هذه الجزاءات وإن لم تكن مطابقة لتلك المفروضة من قبل الدولة، إلا أنها كافية للاعتراف للقواعد عبر الدولية بالتمتع بالجزاء، وهي جزاءات فعالة تتناسب مع مجتمع التجار.

وبالمحصلة فإننا نعتقد أن المجتمع الدولي قد فصل في مسألة إلزامية هذه القواعد من عدمها، بدليل أن جل المعاهدات الدولية والتشريعات الداخلية قد تبنت مثل هذه القواعد إما صراحة أو ضمنا. فعلى صعيد المعاهدات الدولية، فإن معاهدة نيويورك لسنة 1958 وإن لم تتخذ موقفا صريحا لهذه الناحية، فإنها لا تمانع في تطبيق هذه القواعد وذلك خلافا لمعاهدة جنيف لسنة 1961 وواشنطن لسنة 1965، وعمان لسنة 1987، حيث تمت الإشارة صراحة لهذه القواعد، فقد نصت المادة السابعة من معاهدة جنيف لسنة 1961 على التزام المحكم بتطبيق الأعراف التجارية في حالة سكوت أطراف النزاع عن اختيار القانون واجب التطبيق، وأشارت المادة 42 من اتفاقية واشنطن لسنة 1965 إلى وجوب تطبيق قواعد العادلة والإنصاف، أما معاهدة عمات قد تحدثن بصراحة في المادة 21 منها على وجوب تطبيق قواعد العدالة والإنصاف أو الأعراف التجارية، وذلك بطيعة الحال عند عدم اختيار المحتكمين لقانون واجب التطبيق على موضوع النزاع.

وفي رأينا أن أهم إشارة لتطبيق هذا القواعد عبر الدولية هو ما جاء فقه القضاء التحكيمي في فرنسا وتبناه المشرع الفرنسي، فقد تبنى فقه القضاء التحكيمي الفرنسي القواعد عبر الدولية بمقتضى قرار" داليكو" الصادر بتاريخ 20 ديسمبر1993، وذلك بعد أن كان المنهج التنازعي هو السائد في القضاء الفرنسي.

مع العلم أن المشرع الفرنسي كان قد نص سابقا في المادة 1496 من قانون المرافعات الفرنسي[13]الجديد على ما نصه" يفصل المحكم في النزاع على مقتضى قواعد القانون"، وقد اعتبرت هذه العبارة بمثابة النص الصريح على أن المقصود بقواعد القانون ليس فقط القواعد التشريعية وحسب بل يمتد هذا المصطلح ليشمل اتفاقات الطرفين التي لا تتعارض مع النظام العام وحسن الآداب والأعراف والعادات التجارية الجارية. وقد انتقلت هذه العبارة إلى مختلف التشريعات الوطنية ومن بينها التشريع الجزائري، فقد نص المشرع الجزائري في المادة 1050[14] من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على" تفصل محكمة التحكيم في النزاع عملا بقواعد القانون الذي اختاره الأطراف، وفي غياب هذا الاختيار تفصل حسب قواعد القانون والأعراف التي تراها ملائمة".

المطلب الثاني: مصادر القواعد عبر الدولية:

إن القواعد عبر الدولية، كأية قاعدة قانونية أخرى، تحتاج لمصدر تستمد منه إلزامها وشرعيتها، وقد وجد الفقه الحديث في الأعراف والمبادئ عبر الدولية مصدرا رئيسيا لهذه القواعد، وإضافة إلى ذلك يشير البعض إلى مصادر أخرى ثانوية على جانب من الأهمية في نشأة هذه القواعد، تتمثل في الاتفاقات التعاهدية والقوانين النموذجية والقواعد المهنية ومدونات السلوك.

الفرع الأول: المصادر الرئيسية: تنقسم هذه المصادر إلى قسمين، الأول يتمثل بالأعراف التجارية الدولية، والثاني يتمثل بالمبادئ العامة عبر الدولية.

أولا: الأعراف التجارية الدولية: يعطي بعض الفقه و الاجتهاد التحكيمي مصطلح الأعراف التجارية مفهوما واسعا يشتمل، بالإضافة

إلى الأعراف بحد ذاتها، على المبادئ العامة عبر الدولية، ففي قضية framattome [15] أشارت الهيئة التحكيمية إلى وجوب تطبيق مبادئ حسن النية والعقد شريعة المتعاقدين لأنهما من أعراف التجارة الدولية. ومثل هذا المسلك منتقد لأنه يتضمن خلطا بين مفاهيم مستقلة ودمجا غير مبرر لمصدرين من مصادر القواعد عبر الدولية، تتفاوت درجة أهميتها في تكوين هذه القواعد، فالأعراف التجارية الدولية تشكل المصدر الرئيسي للقواعد عبر الدولية لدرجة دفعت بعض الفقه إلى وصفها بأنها قانون فرعي أو مهني أو طائفي.

وهذه الأعراف لا تتميز عن الأعراف الداخلية بأركان خاصة بها، إذ أن ركني العرف، المادي المتمثل بتواتر العمل بقاعدة معينة أو باستمرار سلوك معين. والمعنوي، المتمثل باعتقاد الناس أن القاعدة التي نشأن عن هذا السلوك قاعدة ملزمة، مطلوب توافرهما في ميدان التجارة الدولية، كما في ميدان العلاقات القانونية الداخلية، وإن كان يتميزان من حيث نطاق الإعمال، فالأعراف التجارية الدولية يقتصر إعمالها على ميدان التجارة الدولية، بينما الأعراف التجارية الداخلية يتم إعمالها في نطاق العلاقات الداخلية في دولة معينة أو حتى حيز جغرافي معين من هذه الدولة، أ, في قطاع معين في الدولة.

ويبدو أن الأعراف التجارية الدولية قد أخذت مكانة أكثر أهمية من الأعراف التجارية الداخلية، وتجسدت هذه الأهمية في اتجاه المجتمع الدولي إلى تقنينها في إطار معاهدات دولية، أو إلى النص على إلزامها وضرورة الأخذ بها في إطار التشريعات الوطنية كما سلف الذكر. و في إطار التقنين نجد أن معاهدة الأمم المتحدة الخاصة بعقد البيع الدولي للبضائع لسنة 1980 والمعروفة بمعاهدة فيينا [16]والتي جاء في مادتها التاسعة ما يلي" يلتزم الطرفان بالأعراف والعادات التي اتفقا عليها

وبالعادات التي استقر التعامل عليها بينهما، ما لم يوجد اتفاق مخالف، يفترض أن الطرفين قد طبقاه ضمنا على عقدهما وعلى تكوينه، كل عرف كانا يعلمان به أو كان ينبغي أن يعلما به، متى كان معروفا على نطاق واسع ومراعى بانتظام في التجارة الدولية بين الأطراف، في العقود المماثلة السارية في ذات فرع التجارة". ويستخلص من هذا أن معاهدة فيينا قد تطلبت وجود الركن المادي للعرف المتمثل في العلم بالعرف يقينا أم تقديرا ، الذي يضاف إلى الركن المعنوي المتمثل هنا بوجوب أن يكون مراعى بانتظام في التجارة الدولية.

ثانيا: المبادئ العامة عبر الدولية: نبحث ابتداء في تحديد معناها، ثم في القوائم التي وضعت تدليلا عليها

أ- مفهوم المبادئ العامة: يشير الفقه إلى نظريات مختلفة في تحديد هذا المفهوم[17]، فالبعض اعتبرها قواعد قانونية داخلية مشتركة، والبعض الآخر رأى أنها هي ذاتها المقصودة في المادة 38 من نظام محكمة العدل الدولية، والفقه الحديث انتقد المذهبين السابقين معا وأعطاها مفهوما مختلف عما سبق ذكره.

1- المبادئ العامة عبارة عن قواعد قانونية داخلية مشتركة: تبرز في هذا النطاق نظريتان، الأولى تدعى الأساس المشترك والتي تبناها الفقيه الإيطالي. Sammartano[18] والثانية تدعى نظرية القانون المقارن، وأبداها الفقيه الفرنسيGaillard[19] . فالأولى تعتبر أن عدم اختيار الأطراف لقانون ما، كي يطبق على العلاقة القانونية التي تربط الأطراف، يتضمن اختيارا مزدوجا إيجابيا وسلبيا. ويتمثل الاختيار الإيجابي بالقواعد التشريعية المشتركة بين الأنظمة القانونية للأطراف، في حين أن الاختيار السلبي يتمثل بالقواعد المختلفة بين هذه الأنظمة، بمعنى أن

هذه النظرية تقوم على تطبيق القواعد القانونية المشتركة بين عدد من الأنظمة الوطنية، أي أنها تستند إلى مصدر وطني أي داخلي. الأمر الذي يجعلها غير ملائمة لتحديد مفهوم المبادئ العامة عبر الدولية بوصفها مصدرا مستقلا لهذه القواعد.

2- المبادئ العامة الواردة في المادة 38 من نظام محكمة العدل الدولية هي ذاتها المبادئ العامة عبر الدولية: يرى أصحاب هذا الرأي أن المبادئ التي أشارت إليها المادة 38 من نظام محكمة العدل الدولية والتي عني بها أنه للقاضي الحق بأن يحكم وفقا لقواعد العدل والإنصاف. وقد انتقد هذا المسلك كونه يتضمن خلطا بين القواعد عبر الدولية، وبين قواعد القانون الدولي العام.

3- نحو فهم جديد للمبادئ العامة عبر الدولية: المبادئ العامة عبر الدولية هي عبارة عن قواعد نشأت بفعل السوابق التحكيمية في العلاقات القانونية الدولية، حيث استطاع المحكمون أن يضفوا على هذه القواعد ذاتيتها المتفقة والمتسقة وطبيعة التجارة الدولية. ويظهر هذا الأمر في أحكام التحكيم التي أشارت إلى المبادئ العامة عبر الدولية بوصفها مبادئ قانونية عامة، أو المبادئ العامة التي أقرها فقه القضاء التحكيمي.

ب- اجتهادات الفقهاء في تحديد قائمة إسمية للمبادئ العامة عبر الدولية:

أولا: قائمة Mustillk [20] تتمثل المبادئ العامة عبر الدولية، برأي القاضي الإنكليزي اللورد بعشرين مبدأ فقط تتمثل في: الأصل تنفيذ العقود وفقا لشروطها- وجوب تعديل العقد بتغير الظروف، على الأقل في العقود الطويلة الأجل.- عدم جواز التعسف في استعمال الحق-

وجوب تنفيذ العقد بحسن نية- المسؤولية عن الخطأ في مرحلة التفاوض- بطلان العقود التي تم الحصول عليها بواسطة الرشوة والطرق غير الشريفة، وكذلك العقود الصورية التي قصد منها تحقيق غرض غير مشروع- عدم جواز دفع الأشخاص التابعة للدولة بعدم أهليتها لإبرام اتفاق التحكيم.- الشركة الأم المتحكمة في مجموعة الشركات الوليدة، تعد طرفا متعاقدا بالنيابة عن كل أطراف المجموعة، على الأقل فيما يتعلق باتفاق التحكيم- الالتزام بالتفاوض بحسن نية للتغلب على الظروف الطارئة- صحة الاتفاق على الدفع بالذهب- إنهاء العقد بالإرادة المنفردة في العقود الملزمة لجانبين عند إخلال الطرف الآخر بالتزام جوهري- لا يجوز لأحد المتعاقدين أن يتسبب في منع تحقق شرط التزامه- عدم التزام المحكمة بتكييف الخصوم- التعويض عن الإخلال بالعقد يقتصر على الأضرار المتوقعة- التزام المتضرر باتخاذ الإجراءات المعقولة للحد من الأضرار- التعويض عن عدم التسليم يتم احتسابه وفقا لثمن البضاعة في السوق- على الدائن الالتزام بعناية الشخص الحريص على حقوقه وإلا ترتب سقوطها- حق المدين بالتمسك بالمقاصة- تفسير العقد وفقا لمبدأ إعمال النص خير من إهماله- عدم الرد على الخطاب المكتوب يعد دليلا على قبوله.

ثانيا: قائمةLoquin [21]: لم يتعرض **Loquin** إلى جميع المبادئ عبر الدولية كما فعل سلفه إنما أشار إلى بعضها مقسما إياها إلى أربعة مجموعات.

1- المجموعة الأولى وتشتمل على المبادئ المتعلقة بسلامة التعامل وهي: مبدأ قرينة الاحتراف لدى المتعاملين في ميدان التجارة الدولية- فعالية البند التحكيمي- عدم جواز التذرع بغياب الأهلية لدى المتفاوض على العقد منع التناقض على حساب الغير.

2- المجموعة الثانية: تتناول مسألة قابلية التحول والتغير في الاتفاقية وتشتمل على الالتزام بإعادة التفاوض.

3- المجموعة الثالثة: تتعلق بتعاون أطراف العقد وتتضمن: - مبدأ إعلام الطرف الآخر بالظروف التي تعيق تنفيذ العقد- مبدأ الحد من الأضرار الواقعة – مبدأ التقسيم المتساوي للمخاطر.

4- المجموعة الرابعة: تتعلق بالاستقامة في التعامل وتشتمل بصورة رئيسية على مبدأ تحريم الرشوة و استعمال النفوذ.

ثالثا: قائمة Gaillard [22]

وضع **Gaillard** قائمته، بعد فحصه للاجتهاد التحكيمي الذي تعرض للمبادئ العامة في نطاق العلاقات القانونية الدولية، حيث تبين له أن هذه المبادئ تتعلق إما بصحة اتفاقية التحكيم أ, تفسيرها أو تنفيذها.

أ- المبادئ المتعلقة بصحة اتفاقية التحكيم: بخصوص الأهلية والسلطة لإبرام اتفاقية التحكيم، يوجد مبدأ عدم جواز الدفع بانتفاء السلطة لدى موقع العقد.

- بخصوص عيوب الرضا يوجد مبدأ قرينة الاحتراف لدى المتعاملين في ميدان التجارة الدولية، وكذلك نظرية الظاهر. فالمبادئ المتعلقة بنظرية الظاهر وقرينة الاحتراف من شأنها أن تشجع الأخذ بنظرية صحة الاتفاقية الموقعة.

وإذا كان معظم المبادئ المتقدمة يستهدف حماية أحد أطراف العلاقة القانونية، فإن المصلحة العامة ليست بعيدة عن نطاق الحماية

التي تؤمنها المبادئ عبر الدولية، حيث تقرر مبدأ بطلان العقد الحاصل بصورة مخالفة للنظام العام الدولي والآداب العامة، وكذلك بطلان العقود التي تنطوي على رشوة أو على تشجيع لتجارة المخدرات والأسلحة بين الأفراد أو الإرهاب، أو على خرق لحقوق الإنسان والملكية الثقافية العالمية. فمثل هذه العقود تكون باطلة لمخالفتها النظام العام الدولي الحقيقي أو عبر الدولي.

ب- المبادئ المتعلقة بتفسير اتفاقية التحكيم: وتنطوي على:

- مبدأ تفسير الاتفاقيات بحسن نية- مبدأ الفعالية، أي المبدأ الذي يقضي بإعمال النص لا إهماله- مبدأ السكوت يجب أن يفسر كرضا- مبدأ التفسير الجامع والشامل للاتفاقية- في حالة الشك يفسر البند ضد مصلحة الطرف الذي أدرجه- مبدأ أن تفسير العقد لا ينتج فقط عن العناصر الداخلية، إذا أن إرادة الأطراف تقدر في مضمونها، وخصوصا حسب العادات المتبعة في النشاط الذي أبرم العقد بشأنه- مبدأ التزام المحكمين بالتكييف الذي يعطيه الأطراف لتصرفهم.

ج- المبادئ المتعلقة بوجوب تنفيذ اتفاقية التحكيم : وتتمثل هذه المبادئ في

- مبدأ إعلام الطرف الآخر بالظروف التي تعيق تنفيذ العقد- فمبدأ التعاون بين أطراف العقد لضمان حسن تنفيذه يضع على عاتق الطرف المتعاقد، مهمة إعلام الطرف الآخر بما يطرأ أثناء تنفيذ العقد- مبدأ الأخذ بالظروف الطارئة وخصوصا في العقود الطويلة الأجل- مبدأ إعادة التفاوض بحسن نية في العقود الطويلة الأجل- مبدأ مسؤولية الطرف الذي يخل بتنفيذ العقد- مبدأ إمكانية الطرف المتعاقد مع المفلس بأن يثير دفع عدم التنفيذ- مبدأ الفسخ بسبب عدم التنفيذ-

مبدأ التزام الدائن بالموجب غير المنفذ بالحد من خسائره- مبدأ التعويض الكامل عن الأضرار الواقعة- مبدأ تخفيض البنود الجزائية التعسفية- مبدأ وجوب التعويض عن الضرر المباشر والمتوقع- مبدأ تقدير بدل العطل والضرر غير المنفذ من العقد بالنسبة للأجزاء الأخرى- مبدأ إعمال المقاصة متى توافرت شروطها.

تلك هي أهم القوائم التي حاول الفقهاء أن يحصروا فيها أهم المبادئ العامة، وذلك استنادا إلى أحكام المحكمين في ميدان التجارة الدولية، والتي أكدت على الطابع الملزم لهذه المبادئ، الأمر الذي يجعل من القواعد عبر الدولية، انطلاقا من اعتبار هذه المبادئ مصدرا لها، تتمتع بالطبيعة القانونية الملزمة.

لكن هذا الأسلوب، أي أسلوب تحديد المبادئ العامة في قوائم محددة هو أسلوب مستهجن، وذلك لاستحالة حصر جميع هذه المبادئ العامة عبر الدولية، وذلك لارتباطها بعامل غير مستقر ومتطور والمتمثل في اجتهادات فقه القضاء التحكيمي، ولذلك كان من الأفضل أن توضع معايير تعرف بها هذه المبادئ العامة عبر الدولية بدلا من حصرها في قوائم لا يمكن أ،ن تستوعبها بمرور الوقت.

وإلى جانب المصادر الأساسية للقواعد عبر الدولية وجدت مصادر أخرى ولكنها أقل شأنا من الأولى وتتمثل في

المصادر الثانوية: تتمثل هذه المصادر في الاتفاقيات الدولية الخاصة بالتجارة الدولية، وبالآليات ومدونات السلوك التي تضعها المنظمات المهنية ومؤسسات التحكيم.

1- الاتفاقيات الدولية الخاصة بالتجارة الدولية : تبرز هذه الاتفاقيات الخاصة بالبيوع الدولية[23]، وبالتحكيم الدولي، وكذلك الاتفاقيات التي تستهدف وضع قوانين وعقود نموذجية.

أما بخصوص الاتفاقيات الخاصة بالبيوع الدولية، فإنها تستهدف غالبا توحيد القواعد الأساسية المتعلقة بالبيع، من ذلك اتفاقية فيينا الخاصة بالبيع الدولي للبضائع، والتي رمت إلى تبني قواعد موحدة تطبق على عقود بيع البضائع الدولية، وتتلاءم مع مختلف الأنظمة الاجتماعية والاقتصادية والقانونية، وتساهم في إزالة العوائق أمام التبادلات الدولية، وتشجع على نمو التجارة الدولية وفي هذا الإطار تبرز أيضا اتفاقية لاهاي بشأن البيع الدولي للمنقولات المبرمة سنة 1955.

أما النوع الثاني من الاتفاقيات فهو ذلك الخاص بالتحكيم التجاري الدولي، والتي شهدت في الآونة الأخيرة اهتماما متزايدا من طرف الدول، دل على ذلك العدد الكبير من هذه الدول الذي انظم إلى هذه الاتفاقيات الدولية، وخصوصا اتفاقية نيويورك لسنة 1958 الخاصة بالاعتراف وبتنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية، وكذلك اتفاقية جنيف لسنة 1961 وكذلك اتفاقية عمان لسنة 1987.

فاتفاقيات التحكيم التجاري الدولي تساهم بصورة لا لبس فيها بظهور قواعد غير وطنية، وعبر وطنية تكون أكثر ملائمة من القواعد الداخلية، لحكم العلاقات التجارية الدولية، خاصة و أن التحكيم يعد القضاء الأمثل لفض منازعات التجارة الدولية، وإلى جانب هذا النوع من الاتفاقيات ظهر النوع آخر وهو كذلك مرتبط بالتحكيم التجاري الدولي، وهو ذلك النوع من الاتفاقيات الذي أطلق عليه تسمية القوانين النموذجية، ومن أهمها القانون النموذجي الصادر عن الأمم المتحدة سنة 1985 والذي يستهدف وضع قواعد محددة بشأن التحكيم في العلاقات التجارية الدولية. و وظهور هذا النوع من الاتفاقيات ومسارعة الدول إلى تبنيها أو تبني جزء منها، يوضح مدى الأهمية الكبيرة التي

أصبحت تلعبها هذه الاتفاقيات في بلورة قواعد عبر دولية تتمتع بالصفة القانونية الوطنية.

2- الأنظمة المهنية ومدونات السلوك وتطبيقات المؤسسات التحكيمية: إلى جانب الاتفاقيات الدولية تلعب العقود النموذجية والشروط العامة دورا مهما في إنشاء وإعداد قانون غير وطني خاص بالتعاملات الدولية، وكذلك أيضا مدونات السلوك وتطبيقات المؤسسات التحكيمية على غرار غرفة التجارة الدولية بباريس. وقد تعزز هذا الدور بالتبني المضطرد للعاملين في ميدان التجارة الدولية لمحتويات ومضامين هذه الأنظمة والمدونات كي تطبق على علاقاتهم القانونية، وهو الأمر الذي يشكل دليلا على فائدتها.

فأما العقود النموذجية[24] فهي تلك العقود التي ساهمت التطورات الاقتصادية والاجتماعية والسياسية لظهورها، كعقود التأمين والتوريد وبعض البيوع، التي تجري على نسق واحد تفرضه طائفة من التجار أو منظمة ما ينتمون إليها كالنقابات والغرف التجارية، مما جعل البعض يقول أن المتعاقدين يفقدون سلطانهم في نطاق هذه العقود حيث لا يملكون سوى الانصياع لشروطها الآمرة المحددة سلفا فلا تتوافر لهم حرية مناقشتها فتضعف إرادتهم بل وتكاد تنمحي في إطار هذا النوع من العقود إرادتهم، ورغم شيوع هذه النظرة عن العقود النموذجية إلا أن الفكر القانوني ولئن سلم بشرعية هذه العقود من حيث المبدأ نظرا لما تحققه من مصلحة مشتركة للتجار الذين ينتمون لطائفة معينة تحترف نوعا معينا من التجارة، إلا أنه تصدى لفكرة الإذعان عن طريق إبطال الشروط المجحفة التي قد تتضمنها هذه العقود أو إعفاء الطرف المذعن منها كلية.

وإن استمرار الأخذ بهذا النوع من العقود، تدعمه الغرف التجارية التي تمثل طوائف التجار أدى إلى إنتاج مدونات سلوك ساهمت إلى قوننة هذا التطبيق، ومثال ذلك ما فعلته غرفة التجارة الدولية عندما كرست قواعد محددة للاعتمادات المستندية، وكذلك القواعد الخاصة بتفسير العبارات المستخدمة ببعض العقود الدولية.

وعليه فقد استطاعت هذه العقود ومدونات السلوك وتطبيقات المؤسسات التحكيمية على خلق مبادئ عبر دولية.

خاتمة: إن تقنية القواعد عبر الدولية أو المنهج المباشر وذلك بخلاف المنهج غير المباشر أي تقنية قواعد الإسناد، هو منهج ذو بعد عالمي توحيدي يعتمد ما على ما يستقر عليه القانون المقارن والتطلعات الشرعية للمتعاملين الاقتصاديين، كما أنه يمنح الأمان والوضوح لهؤلاء المتعاملين وذلك في ظل الصعوبات الكبيرة التي تواجههم إما في إبرام صفقاتهم أو في فض النزاعات الناتجة عن هذه الصفقات إذا كانت مرتبطة بالقوانين الوطنية، نظرا لتباين مفاهيم هذه القوانين من دولة لأخرى وانغلاقها على معطيات واعتبارات خاصة بكل دولة، كما أنه أكثر ملائمة لقواعد التجارة الدولية من المنهج التنازعي الذي يطرح الأسئلة أكثر مما يجيب عليها، لأن قواعد التنازع حتى بعد الإسناد إليها، فإنها قد تعطي حلولا غير مقبولة أو تترك المسألة من غير حل كما هو الحال في الإحالة البعيدة التي قد تقوم برد الاختصاص من قانون لآخر في تسلسل لا نهائي أو العودة إلى قانون سبق استشارة قواعد الإسناد فيه مما يوقع فيما أسماه الفقيه الإيطالي بوزاتي لعبة التنس، أو ما سماه الفقيه الألماني كاهن بغرفة المرايا[25]، وما اعتبره معظم الفقهاء بالحلقة المفرغة لا سبيل للخروج منها.

وهذه المسائل التي وجدت في المنهج التنازعي والتشريعات الوطنية، جعلت من منهج القواعد عبر الدولية الحل الأمثل الذي يتوافق مع التوقعات المفترضة لأطراف التجارة الدولية سواء على مستوى إبرام العقود أو التوصل لفض النزاعات الناتجة عن هذه العقود أي عن طريق التحكيم التجاري الدولي.

الهوامش:

(1) حسن المصري، التحكيم التجاري الدولي، دار الكتب القانونية، مصر، 2006،ص 366.

(2) حفيظة السيد حداد، الموجز في النظرية العامة في التحكيم التجاري الدولي، منشورات الحلبي الحقوقية،بيروت ،2007،ص 202.

(3) إياد محمود بروان، التحكيم والنظام العام، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى،2004،ص556.

(4) إيمانويل غايار، الأوجه الفلسفية لقانون التحكيم الدولي،ترجمة رنا شعبان-محمد شلباية، مجد المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع،2011،ص 71.

(5) الحسين السالمي، التحكيم وقضاء الدولة،مجد المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، الطبعة الأولى،2008،ص 428.

(6) إيمانويل غايار، الأوجه الفلسفية لقانون التحكيم الدولي، المرجع السابق ،ص 72.

(7) نعيمي فوزي، مقالة حول التحكيم التجاري الدولي في تدويل النظام القانوني لعقود التجارة الدولية في الجزائر، مجلة التحكيم العالمية،بيروت، العدد الثاني عشر، 2011، ص 209.

(8) عبد الحميد الأحدب،موسوعة التحكيم الدولي،الكتاب الثاني،منشورات الحلبي الحقوقية،2008 بيروت،ص 14.

(9) إياد محمود بروان، المرجع السابق،ص 544.

(10) إياد محمود بروان، المرجع السابق،ص 544.

[11] هشام على صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، دار الفكر الجامعي، الطبعة الأولى، 2014، ص 727.

[12] إياد محمود بروان، المرجع السابق،ص 548.

[13] حسن المصري، المرجع السابق،ص 354.

[14] سائح سنقوقة، قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد، بنصه وشرحه، والتعليق عليه، وتطبيقه،الجزء الثاني، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع،2011،ص1227.

[15] إياد محمود بروان، المرجع السابق،ص 553.

[16] إياد محمود بروان، المرجع السابق،ص 554.

[17] شافير/ فربيست/ إمهوس، التحكيم الخاص بغرفة التجارة الدولية من الناحية التطبيقية، اعداد وترجمة وتنقيح ابراهيم ستوت، المنشورات الحقوقية صادر،ص228.

[18] إياد محمود بروان، المرجع السابق،ص 555.

[19] إياد محمود بروان، المرجع السابق،ص 555.

[20]إياد محمود بروان، المرجع السابق،ص 558.

[21] إياد محمود بروان، المرجع السابق،ص 561.

[22] إياد محمود بروان، المرجع السابق،ص 562.

[23] شافير/ فربيست/ إمهوس، التحكيم الخاص بغرفة التجارة الدولية من الناحية التطبيقية، اعداد وترجمة وتنقيح ابراهيم ستوت، المنشورات الحقوقية صادر،ص229.

[24] حسن المصري، المرجع السابق،ص 362.

[25] سعيد يوسف البستاني، القانون الدولي الخاص، منشورات الحلبي الحقوقية،الطبعة الأولى، 2004،ص 167.