

تنفيذ الالتزامات المدنية والتجارية
دراسة مقارنة فى مبادئ العقود التجارية الدولية
(اليونيدروا)

رسالة مقدمة من الباحث
أحمد صلاح الدين محمد خليل
لنيل درجة الدكتوراه فى الحقوق

لجنة المناقشة والحكم على الرسالة :

الأستاذ الدكتور/ أحمد قسمت الجداوى
أستاذ القانون الدولى الخاص بكلية الحقوق جامعة عين شمس "مشرفا ورئيسا"

الأستاذ الدكتور/ أحمد السعيد شرف الدين
أستاذ القانون المدنى بكلية الحقوق جامعة عين شمس "مشرفا وعضوا"

الأستاذ الدكتور/ حسام الدين عبد الغنى الصغير
أستاذ القانون التجارى و وكيل كلية الحقوق جامعة حلوان "عضوا"

المستشار دكتور/ عمر الشريف
رئيس محكمة الاستئناف – قطاع التشريع – وزارة العدل "عضوا"

القاهرة ١٤٢٩ هـ - ٢٠٠٨ م

مقدمة

أصبحت التجارة الدولية عقب الحرب العالمية الثانية ، واستقرار السلام ، عاملا حاسما فى تقدم وازدهار الشعوب . فلا تقتصر الحاجة للتجارة الدولية فقط على دولة معينة و إنما تمتد لتشمل كل الدول سواء كانت متقدمة أو نامية ، فلا توجد دولة لديها كل عناصر الإنتاج الضرورية لتقدم و نمو اقتصادها ، مما يجعل تيسير جريان التجارة الدولية ضروريا لتحقيق التقدم والازدهار المنشود للشعوب. فالدول المتقدمة فى حاجة إلى العديد من المواد الأولية و إلى أسواق لتصريف منتجاتها و الدول النامية لديها الرغبة فى أن تلحق بركب التقدم و التنمية ، و يعتبر العقد هو الأداة الفنية الرئيسية للقيام بهذه المهمة ^(١).

وتكتسب العقود الدولية وموضوعاتها أهمية كبيرة ، وتستمد أهميتها من ضخامة موضوعاتها وأهدافها وحجم الاستثمارات الضخمة التى تدور فى فلكها ، ومثال ذلك عقود الإنشاءات الضخمة كإنشاء مشروعات البنية التحتية وعقود الإنشاءات الصناعية كعقود تسليم المفتاح التى تحتوى على العديد من الجوانب والعلاقات المتداخلة والمعقدة ومثال ذلك مقاوله بناء واستشارات فنية وتمويل وتوريد وتدريب عمال وتأمين ونقل وضمانات للإنتاج الخ ، مما يضيف أهمية كبيرة على تناول تلك العقود ودراسة النظام القانونى الذى تخضع له .

فتعتبر العقود الدولية من أهم وسائل التعامل فى العصر الحديث والتى يتم من خلالها تبادل السلع والخدمات والمنافع مما جعل هذا الأمر محفوفًا بالمخاطر بالنسبة للدول النامية ومواطنيها حيث أنهم تحت ضغط الحاجة يبرمون تعاقدات للحصول على السلع والخدمات والمنافع ، وحتى لا يخضعون لأوضاع تعاقدية غير عادله أو غير متكافئة ، مما يجب معه دراسة العقود التجارية الدولية للوقوف على خصائصها وأحكامها وضوابطها والنظام القانونى الذى تخضع له ، لكى

(١) Goldman (B) – Frontieres du Droit et Lex Mercatoria , Archives de Philosophie du Droit - volume IX – 1964 – p. 187 .

يتحقق للدول النامية ومواطنيها الأمان فى التعامل مع العقود الدولية وتحقيق الأهداف المرجوة منها ، وذلك حتى تصبح هذه العقود الدولية وسيلة للاستفادة المتبادلة بين أطرافها وليس وسيلة للاستغلال وتكريس مصلحة أحد الأطراف دون الآخر .

ولقد كان تنازع القوانين وتعدد المناهج فى فض المنازعات الخاصة ذات الطابع الدولى بشكل عام و فى مسائل العقود الدولية بشكل خاص ، وما زال ، أحد أهم موضوعات القانون الدولى الخاص و أدقها على الإطلاق .

فهناك أهمية قصوى للتحديد المسبق للقانون الواجب التطبيق على هذه العقود باعتبارها الأداة الرئيسية التى تتم من خلالها المعاملات التجارية والمالية الدولية و الاستثمارات الأجنبية ، والتى تنزايد معدلات نموها و تنتوع صورها وأشكالها فى عالمنا المعاصر ، وما يصاحب ذلك من تطور هام فى نظامها القانونى. ولعل من أبرز سمات هذا التطور الحرص على تزويد المتعاملين بما يكفل لهم الثقة والطمأنينة التى تتطلبها المعاملات التجارية ، الأمر الذى لا يتأتى إدراكه إلا بالتحديد الواضح للنظام القانونى الذى يتعين أن تتم هذه المعاملات فى إطاره ^(١).

ويرى كل باحث منصف وعادل أن هناك فضلا كبيرا يرجع للمسلمين و العرب فى الوصول إلى كثير من النظم القانونية الحديثة التى يتباهى بها العالم الغربى الآن. ويقر بذلك أحد فقهاء القانون الدولى الخاص الأستاذ "OPPETIT"

(١) د/ هشام على صادق – القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية – دار الفكر الجامعى - الإسكندرية – ٢٠٠١ – ص ٧ .
راجع أيضا فى أهمية التحديد المسبق للقانون الواجب التطبيق على معاملات التجارة الدولية Erik Layme مقرر اللجنة التى وضعت المشروع الذى تبناه مجمع القانون الدولى فى شأن القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية فى اجتماعه بمدينة "بال" بسويسرا خلال شهر أغسطس ١٩٩٢ منشور فى :

Annuaire de l'institute de droit int. session de Bale – volume 64 –
II – A. pedone - PARIS – 1992 – p. 132 .

فى إحدى دراساته حيث يقول "نجد فى ما كتبه الفقهاء المسلمين و مصادر الشريعة الإسلامية مميزات قانونية بين المسلمين و غيرهم تثير الإعجاب" (٢) .

فالشريعة الإسلامية إلى جانب تنظيمها لقواعد التنازع نجد أنها قد جاءت بتنظيم غاية فى الدقة و العدل لقواعد المعاملات، وقد أظهرت المذاهب الفقهية الإسلامية الكنوز التى تحتوى تلك القواعد المتعلقة بالبيع والإجارة والقرض و الرهن والوديعة و الشركة..... الخ من الأحكام والمعاملات (١) . وتحتوى الشريعة الإسلامية على العديد من القواعد الجوهرية فى مجال العقود التجارية الدولية مثل العقد شريعة المتعاقدين، ومبدأ تنفيذ العقد بحسن نية، ومبدأ حرية الإثبات فى المسائل التجارية..... الخ، والتى نجد أساسا لها فى نصوص قرآنية (٢) .

وبعد أن كان منهج قواعد الإسناد مهيمنا لمدة طويلة من الزمن فى حل مشاكل العلاقات الخاصة ذات الطابع الدولى ، فقد تزايدت فى الآونة الأخيرة الانتقادات على منهج قواعد الإسناد والدعوة إلى هجره لصالح منهج القواعد الموضوعية باعتباره الأكثر مناسبة للعقود التجارية الدولية والذى من سماته منح المتعاملين فى المجال الدولى التيسير والطمأنينة فى التعامل والعلم الواضح المسبق بالقواعد التى تحكم علاقاتهم (٣) .

(٢) OPPEIT (B) – Le droit international prive droit savant – Recueil des cours - La Haye – Tome 234 – volume III – 1992 – p. 349 ets.

(١) د/ أحمد عبد الكريم سلامة – مبادئ القانون الدولى الخاص الإسلامى المقارن – دار النهضة العربية - القاهرة - ١٩٨٩ - فقرة ٢٣٠ ص ١٤٩ .

(٢) ومن أمثلة ذلك :

الآية رقم ١ بسورة المائدة "يأيتها الذين امنوا أوفوا بالعقود....."، الآية رقم ٢٩ بسورة النساء "يأيتها الذين أمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم....."، الآية ٢٨٢ من سورة البقرة "يأيتها الذين أمنوا إذا تداينتم بدين إلى أجل مسمى فاكتبوه..... إلا أن تكون تجارة حاضرة تديرونها بينكم فليس عليكم جناح ألا تكتبوها".

(٣) KEGAL (G) - The crisis of conflict of law – Recueil des cours des La Haye - Tome 112 – volume II – 1964 – p. 160 ets .

د/ منير عبد المجيد – قضاء التحكيم فى منازعات التجارة الدولية – دار المطبوعات الجامعية - الإسكندرية – ١٩٩٥ – فقرة ١ ص ٣ .

هذا بالإضافة إلى أن القوانين الوطنية تعجز في كثير من الحالات عن متابعة تطورات التجارة الدولية^(٤) ، حتى قيل بأن التجارة الدولية لا تجد أحسن الظروف لنموها إلا إذا أفلتت من قيود واختلاف التشريعات والقوانين الوطنية و التي تجعل عدم الأمان والقلق ملازما للعقود الدولية التي تخضع لها^(١) .

والقاعدة الموضوعية هي "التي تضع مباشرة الحل الواجب التطبيق في موضوع النزاع"^(٢) . والقواعد الموضوعية في مجال معاملات التجارة الدولية لها تسميات متعددة منها القانون الموضوعي للتجارة الدولية ، القانون اللاتيني ، قانون عبر الدول ، قانون فوق وطني ، القواعد الموضوعية عبر الدولية ، القانون العرفي عبر الدول ، القانون التجاري بين الشعوب "Lex mercatoria"^(٣) ، الخ . وقد عرفها البعض في مصر بقوله : يمكن تعريف هذا القانون و بالتالي قواعده بأنه "مجموعة القواعد الموضوعية أو المادية المنقاة من مصادر متعددة ، وتقدم تنظيما قانونيا وحلولا ذاتية لمعاملات التجارة الدولية ، على نحو يجعل منها قانونا خاصا مستقلا عن القانون الذي يحكم الروابط الداخلية البحتة"^(٤) .

(٤) د/ محمد محسوب عبد المجيد درويش - قانون التجار الدولي "Lex mercatoria" - بحث تأصيلي في النظام القانوني للتجارة الدولية - دار النهضة العربية - ١٩٩٥ - رقم ٢١١ ص ٢٩٦ .

(١) د/ أحمد عبد الكريم سلامة - نظرية العقد الدولي الطليق - بين القانون الدولي الخاص و قانون التجارة الدولية - دراسة تأصيلية انتقادية - دار النهضة العربية - القاهرة - ١٩٨٩ - رقم ٧ ص ١٣-١٤ .

(٢) د/ أحمد عبد الكريم سلامة - نظرية العقد الدولي الطليق - بين القانون الدولي الخاص و قانون التجارة الدولية - المرجع السابق - فقرة ٣٩ ص ٣٩-٤٠ هامش ٢ .

PIERRE MAYER - Droit International Prive - 4 edition - Montchrestien - PARIS - 1991 - p. 11.

FERRARI (F) - Le champ d'application des Principes pour les Contrats Commerciaux Internationaux elaborés par UNIDROIT - Revue International de Droit Compare - n. 4 - 1996 - p. 985 ets .

(٤) د/ أحمد عبد الكريم سلامة - علم قاعدة التنازع والاختيار بين الشرائع "أصولا و منهجا" - الطبعة الأولى - مكتبة الجلاء الجديدة - المنصورة - ١٩٩٦ - فقرة ٢٢٥ ص ٢٦٧ .

وأحد المنظمات الدولية الهامة التي عنيت بشكل كبير بوضع قواعد موضوعية موحدة دولياً لتخضع لها مباشرة معاملات التجارة الدولية هي المعهد الدولي لتوحيد القانون الخاص . والمعهد الدولي لتوحيد القانون الخاص ^(٥) والذي يطلق عليه أحياناً معهد روما و يختصر عادة بكلمة "UNIDROIT" ، قد تم تأسيسه في روما في عام ١٩٢٦ كعضو مساعد في عصبة الأمم "League of Nations" ، ثم بعد فناء العصبة أعيد تأسيسه في عام ١٩٤٠ بمقتضى اتفاقيه متعددة الأطراف ، و أصبح لهذا المعهد وجود مستقل . وهو الآن يقوم كمعهد دولي تابع لاتحاد يضم الحكومات المشتركة في عضويته ، وتتكون الجمعية العمومية للمعهد من ممثل لكل دولة مشتركة به ^(١) .

وانضمام الدول لعضوية المعهد في تزايد مستمر ، وقد وصل عدد الدول الأعضاء إلى ٦١ دولة ^(٢) منها جمهورية مصر العربية و فرنسا و ألمانيا و إيطاليا و اليابان و الهند و جنوب أفريقيا الخ ، وتمثل الدول الأعضاء تشكيلة متنوعة من نظم قانونية و اقتصادية و سياسية مختلفة بالإضافة إلى الخلفيات الثقافية المختلفة .

ويهدف معهد روما إلى توحيد قواعد بعض موضوعات القانون الخاص ومن ضمنها مسائل التجارة الدولية (البیوع الدولية على الأخص) . فالمعهد يقوم بدراسة النظم المختلفة تمهيداً لتوحيدها ، و الأسلوب الذي يتبعه المعهد في التوحيد هو إعداد مشروعات قوانين ثم يتفق مع حكومة إحدى الدول الأعضاء لكي تتولى الدعوة إلى عقد مؤتمر دبلوماسي لمناقشتها و إقرارها ، وأحياناً يجري

^(٥) " INTERNATIONAL INSTITUTE FOR THE UNIFICATION OF PRIVATE LAW "

^(١) د/ ثروت حبيب – دراسة في قانون التجارة الدولية مع الاهتمام بالبيوع الدولية "اتفاقية فيينا لبيوع ١٩٨٠" – الطبعة الثانية – مكتبة الجلاء الجديدة – المنصورة – ١٩٩٥ – ص ١٣١ .
^(٢) هذا هو عدد الدول الأعضاء الآن طبقاً لما هو مذكور على موقع المعهد على شبكة الانترنت في ٢٠٠٧/٧/٣٠ www.unidroit.org

إرسالها إلى منظمة دولية عالمية أو إقليمية كي تتولى عرضها على الدول ثم يتم إقرارها في النهاية^(٣).

كما يقوم المعهد أيضا بأنشطة مساعده لحركة توحيد القانون ، مثل قيامه بالاتصال بالهيئات والمنظمات سواء كانت حكومية أو غير حكومية والتي تهتم بتوحيد القانون و يقوم بعقد لقاءات معها لتنسيق العمل فيما بينها و لتبادل الرأى و الخبرات فى هذا المجال^(١). وكذلك يقوم معهد روما بعقد مؤتمرات دولية من أجل الإسهام فى نشر أهداف المعهد ، و يقوم أيضا بنشر الدراسات القانونية لكبار رجال القانون من المتخصصين و التى تدعو إلى إعلاء المفاهيم القانونية التى يسعى إلى تحقيقها معهد روما^(٢).

وقد حقق معهد روما العديد من الانجازات فى مجال الاتفاقيات الدولية و التى أعدت من جانب هذا المعهد و منها على سبيل المثال :-

- اتفاقيتى لاهاي لسنة ١٩٦٤ و اللتين تتضمنان قواعد موحدة للبيع الدولية ، والأولى منهما تتعلق بالقانون الموحد للبيع الدولى للمنقولات المادية ، و الثانية تشتمل على قانون موحد بشأن تكوين عقد البيع الدولى للمنقولات المادية ، و قد دخلت الاتفاقيتان حيز التنفيذ منذ ١٨،٢٣ أغسطس سنة ١٩٧٢ بالنسبة للدول التى صدقت عليهما^(٣).

^(٣) د/ ثروت حبيب – دراسة فى قانون التجارة الدولية مع الاهتمام بالبيع الدولية "اتفاقية فيينا لبيع ١٩٨٠" – المرجع السابق – ص ١٣٢ .

^(١) تم عمل ندوة قانونية مشتركة بين وزارة العدل المصرية و المعهد الدولى لتوحيد القانون الخاص ، وقد عقدت فى القاهرة يوم ٢٩ يناير عام ٢٠٠٠ ، و تم مناقشة اتفاقية معهد روما لعام ١٩٩٥ والخاصة بالحماية الدولية للأموال الثقافية وهى تعالج موضوع إعادة الممتلكات الثقافية والحضارية المسروقة أو التى تم تصديرها بطرق غير مشروعه .

^(٢) د/ أبو العلا على أبو العلا النمر – دراسة تحليلية لمبادئ معهد روما "اليونيدروا" المتعلقة بعقود التجارة الدولية – الطبعة الأولى – دار النهضة العربية – ٢٠٠٠ – ص ٨ .

KESSEDJIAN (CATHERINE) – une exercice de renovation des sources du droit des contrats du commerce international – les Principes proposes par L'Unidroit – rev. crit. – 1995 – p. 647 .

^(٣) د/ ثروت حبيب – دراسة فى قانون التجارة الدولية مع الاهتمام بالبيع الدولية "اتفاقية فيينا

- اتفاقية بروكسل لسنة ١٩٧٠ و الخاصة بعقد الرحلة (السفر) .
- اتفاقية واشنطن لسنة ١٩٧٣ و الخاصة بشكل الوصية الدولية و قد دخلت حيز التنفيذ خلال عام ١٩٧٧ .
- اتفاقية أوتاوا لسنة ١٩٨٨ و الخاصة بالتأجير التمويلي الدولي .
- و في ٢٤ يونيو عام ١٩٩٥ ، في مؤتمر دولي دبلوماسي تم إقرار اتفاقية خاصة بالحماية الدولية للأموال الثقافية وهي تعالج موضوعا هاما و دقيقا للغاية وهو العودة الدولية للأموال الثقافية المسروقة أو التي تم تصديرها بطرق غير مشروعة بالمخالفة للقوانين الوطنية ^(١) .

هذا وقد حقق معهد روما "UNIDROIT" إنجازا عظيما وبحق بإصداره مبادئ العقود التجارية الدولية في شهر مايو ١٩٩٤ ^(٢) . فالمبادئ هي إنجاز يمثل نتاج سنوات عديدة من البحث و المشاورات المكثفة والتي شارك فيها عدد كبير من رجال القانون البارزين من كل القارات الخمسة للعالم .

وترجع الخطوة الأولى لمعهد اليونيدروا في دراسة إعداد مبادئ العقود التجارية الدولية إلى عام ١٩٧١ عندما قرر المجلس التنفيذي إدراج هذا الموضوع في برنامج عمل المعهد ، و في عام ١٩٨٠ تم تشكيل مجموعة عمل خاصة لغرض إعداد مسودة أو مشروع الفصول المختلفة من المبادئ ، وهذه المجموعة التي تضم ممثلين من كل الأنظمة القانونية الرئيسية في العالم تتشكل من خبراء بارزين في مجال القوانين المتعلقة بالعقود و التجارة الدولية .

لبيوع ١٩٨٠ " - المرجع السابق - ص ١٣٤ .

^(١) د/ أبو العلا على أبو العلا النمر - دراسة تحليلية لمبادئ معهد روما "اليونيدروا" المتعلقة بعقود التجارة الدولية - المرجع السابق - ص ١٠ .

BERAUDO (JEAN-PAUL) - Les Principes d'Unidroit relatifs, au Droit du Commerce International , la semaine juridique - J.C.P.ed.G.no. 18 - 3 mai 1995 - doctrine 3842 - p. 189 .

^(٢) "UNIDROIT PRINCIPLES OF INTERNATIONAL COMMERCIAL CONTRACTS "

والجزء الأكبر من مبادئ اليونيدروا يعكس المفاهيم السائدة فى كثير من (إن لم يكن كل) الأنظمة القانونية . وتهدف المبادئ إلى توفير منظومة من القواعد معدة خصيصا لتلبية احتياجات معاملات التجارة الدولية ، كما أنها تتضمن أيضا على ما روى اعتباره أفضل الحلول .

ويلاحظ أن هذه هى المرة الأولى لمحاولة توحيد قانون التجارة الدولية فى شكل وثيقة قانونية تتضمن المبادئ المتعلقة بعقود التجارة الدولية و ليس بالطريق التقليدى المألوف و الذى يتمثل فى الاتفاقيات الدولية أو القوانين النموذجية ، ومرجع ذلك أن هذا الموضوع معقد لوجود اختلافات جوهرية بين النظم القانونية و لذلك لم يكن من حسن السياسة القانونية تنظيم هذا الموضوع فى إطار الأدوات القانونية المألوفة ^(١) .

وقد سعت المبادئ بشكل عمدى إلى تجنب استخدام مصطلحات مرتبطة بشكل خاص بأى نظام قانونى بعينه (من أجل تأكيد الطابع الدولى لها) ، و لكن فقط عندما تكون القاعدة مقتبسة بشكل حرفى بصورة أو بأخرى من اتفاقية الأمم المتحدة بشأن البيع الدولى للبضائع "CISG" ^(٢) والمقبولة بشكل واسع عالميا فإنه يتم الإشارة بشكل صريح لمصدرها . وبالقدر الذى تخاطب فيه مبادئ اليونيدروا المسائل التى وردت أيضا فى اتفاقية فيينا لعام ١٩٨٠ "CISG" ، كان

^(١) د/ أبو العلا على أبو العلا النمر – دراسة تحليلية لمبادئ معهد روما "اليونيدروا" المتعلقة بعقود التجارة الدولية – المرجع السابق – ص ١١ .

^(٢) تحمل الاتفاقية اسما رسميا هو "اتفاقية الأمم المتحدة بشأن عقود البيع الدولى للبضائع" ، و تعرف عرفا باسم "اتفاقية فيينا لعام ١٩٨٠" ، ويطلق على الاتفاقية باللغة الانجليزية :

" United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods "

وتختصر إلى "CISG" أنظر د/ محسن شفيق – اتفاقية الأمم المتحدة بشأن البيع الدولى للبضائع (دراسة فى قانون التجارة الدولى) – دار النهضة العربية – القاهرة – بدون سنة طبع – ص ٢٧ .

و يجب ملاحظة أن هناك أخطاء واردة فى النسخة الرسمية العربية للاتفاقية ، و فى تفاصيل هذه المشكلة راجع د/ حسام الدين عبد الغنى الصغير – تفسير اتفاقية الأمم المتحدة بشأن عقود البيع الدولى للبضائع – دار الفكر الجامعى – الإسكندرية – بدون سنة طبع – من ص ٤١ الى ص ٤٥ .

من الطبيعي إتباع الحلول الموجودة فى هذه الاتفاقية مع إجراء التعديلات التى تعتبر ملائمة لتعكس الطبيعة و الغرض الخاص للمبادئ .

وتعتبر مبادئ اليونيدروا فى جوهرها مرنة بشكل كافى لتأخذ فى الحسبان الظروف المتغيرة بشكل دائم و الناشئة عن التطورات التكنولوجية و الاقتصادية المؤثرة على ممارسة التجارة العابرة للحدود ، و فى نفس الوقت حاولت المبادئ التأكيد على العدالة فى علاقات التجارة الدولية عن طريق النص صراحة على واجب الأطراف العام بالتصرف طبقاً لمبدأ حسن النية و أمانة التعامل كما فرضت فى حالات معينة معايير السلوك المعقول .

والمجلس التنفيذى لمعهد روما كان على وعى كامل عند تقديم مبادئ اليونيدروا إلى مجتمع القانون الدولى و دوائر الأعمال ، أن المبادئ ليست أداة ملزمة و كذلك أن قبولها سوف يعتمد على قدرتها على الإقناع .

وتضع هذه المبادئ قواعد عامة للعقود التجارية الدولية . وعلى الرغم من حقيقة أن المبادئ قد تم إعدادها من أجل العقود التجارية الدولية ، فإنه لا يوجد ما يمنع الأفراد (أشخاص القانون الخاص) من الاتفاق على تطبيق المبادئ على عقد محلى أو وطنى صرف ، مع ملاحظة أن مثل هذا الاتفاق مع ذلك سوف يخضع للقواعد الإلزامية (الأمرة) فى القانون الوطنى الذى يحكم العقد .

وتنطبق المبادئ عندما يتفق الأطراف صراحة على أن يخضع أو يحكم عقدهم هذه المبادئ ، ويجوز أن تطبق عندما يتفق الأطراف على أن يحكم عقدهم "المبادئ العامة للقانون" ، أو قانون التجارة "Lex Mercatoria" أو ما شابه ذلك ، كما يجوز أن تنطبق عندما لا يختار الأطراف أى قانون ليحكم عقدهم .

ويجوز استخدام هذه المبادئ لتفسير أو تكملة اتفاقيات و وثائق توحيد القانون الدولى القائمة ^(١) ، كما يجوز استخدام المبادئ لتفسير أو تكملة القانون

^(١) Michael Joachim Bonell – The UNIDROIT Principles as a means of Interpreting and Supplementing International Uniform Law – ICC International Court of Arbitration – Special Supplement – Bulletin – International Chamber of Commerce – 2002 – p. 29 ets .

الوطني^(٢) . وبالنظر إلى المزايا الجوهرية للمبادئ فإنه يمكن بالإضافة إلى ما سبق أن تتخذ كنموذج للمشرعين على المستويين الوطني و الدولي عند صياغة التشريعات فى مجال القانون العام للعقد أو فيما يتعلق بالصور الخاصة للمعاملات .

وتتكون مبادئ اليونيدروا لعام ١٩٩٤ من مائة وعشرين مادة عبارة عن التمهيد بالإضافة إلى مائة وتسعة عشر مادة موزعة على سبعة فصول كالتالى:-

الفصل الأول : أحكام عامة

الفصل الثانى : تكوين العقد

الفصل الثالث : صحة العقد

الفصل الرابع : التفسير

الفصل الخامس: محتوى العقد

الفصل السادس: التنفيذ

الفصل السابع : عدم التنفيذ

وبعد مرور عشر سنوات على ظهور الإصدار الأول لمبادئ اليونيدروا ١٩٩٤ ، ظهر إصدار جديد هو مبادئ اليونيدروا ٢٠٠٤ وذلك بعد اعتماد المجلس التنفيذى بالإجماع فى شهر أبريل ٢٠٠٤^(١) . وقد زادت عدد المواد فى

(٢) Francois Dessemontet – Use of the UNIDROIT Principles to Interpret and Supplement Domestic Law - ICC International Court of Arbitration - Special Supplement – Bulletin – International Chamber of Commerce - 2002 – p. 39 ets .

(١) Michael Joachim Bonell – The New Edition of the Principles of International Commercial Contracts adopted by the International Institute for the Unification of Private Law – Uniform Law Review / Revue De Droit Uniforme – 2004 – PP. 5-40 .

مبادئ اليونيدروا ٢٠٠٤ من ١٢٠ مادة إلى ١٨٥ مادة موزعة على عشرة فصول ، و الفصول الجديدة هي :

الفصل الثامن : المقاصة

الفصل التاسع : حوالة الحقوق – حوالة الالتزامات – حوالة العقد (الحقوق و الالتزامات)

الفصل العاشر : مدد التقادم

و لذا يتعين عند إحالة الأطراف إلى المبادئ فى العقد ، تحديد تاريخ الإصدار الذى تم الإحالة إليه و كذلك تحديد لغة الطبعة التى يتم الرجوع إليها إذ أن هناك إصدارات بلغات مختلفة لهذه المبادئ (النسخة الأصلية لمبادئ اليونيدروا قد صدرت باللغة الانجليزية) ، وهذه الملاحظة من شأنها حل المشاكل التى قد تنثور فى المستقبل حول تحديد اللغة أو تاريخ الإصدار فى حالة حدوث نزاع بين طرفى العقد ^(١) .

موضوع الدراسة و خطة الرسالة

نظرا للمجال الواسع لانطباق و استخدام مبادئ اليونيدروا كما سبق الإشارة إليه وكذلك القبول الواسع والمتزايد لها فى مجال عقود التجارة الدولية ، أو كما يقول بعض الفقه "إن قيمة و أهمية المبادئ أصبح معترف بها ليس فقط فى الحالات العملية لمفاوضات العقود وتسوية المنازعات ، ولكن أيضا كمصدر ممكن و متيسر للمشرعين" ^(٢) .

^(١) د/ أبو العلا على أبو العلا النمر – دراسة تحليلية لمبادئ معهد روما " اليونيدروا " المتعلقة بعقود التجارة الدولية – المرجع السابق – ص ٧٤-٧٥ .

KESSEDJIAN (CATHERINE) – une exercice de renovation des sources du droit des contrats du commerce international – les Principes proposes par L'Unidroit – op. cit. – p. 656 .

^(٢) Robert Briner – Chairman ICC International Court of Arbitration – Special Supplement - ICC International Court of Arbitration- Bulletin – International Chamber of Commerce – 2002 – p. 5 .

ونظرا لأن الغرض الرئيسى لمبادئ اليونيدروا هى وضع قواعد عامة لتحكم العقود التجارية الدولية ، لذلك رأينا من الضرورى دراسة مفهوم التجارية و الدولية كمدخل أولى لتطبيق المبادئ هذا بالإضافة إلى أهمية معرفة الأحكام العامة التى تقوم عليها مبادئ العقود التجارية الدولية .

وحيث أن مرحلة التنفيذ فى العقود التجارية الدولية هى من أدق المراحل التى تمر بها هذه العقود وكذلك فإن النتائج والجزاءات المترتبة على عدم التنفيذ تعتبر من أهم الأمور التى يجب على أطراف العقد التجارى الدولى الإحاطة بها .

لذلك تم تقسيم موضوع الرسالة إلى ثلاثة فصول :

فصل تمهيدى : مفهوم التجارية و الدولية والأحكام العامة التى تقوم عليها المبادئ

المبحث الأول : مفهوم التجارية

المبحث الثانى : مفهوم الدولية

المبحث الثالث : الأحكام العامة التى تقوم عليها المبادئ

الفصل الأول : تنفيذ الالتزامات العقدية

المبحث الأول : التنفيذ بوجه عام

المبحث الثانى : الظروف الشاقة

الفصل الثانى : عدم التنفيذ

المبحث الأول : عدم التنفيذ بوجه عام

المبحث الثانى : مباشرة الحق فى التنفيذ

المبحث الثالث : إنهاء العقد

" The value of the Principles has been acknowledged not only in practical situations of contract negotiation and dispute settlement , but also as a possible Resource for legislators " .

المبحث الرابع : التعويضات

فصل تمهيدى

مفهوم التجارية والدولية والأحكام العامة التى تقوم عليها المبادئ

تتكون مبادئ اليونيدروا من مجموعة من القواعد القانونية المستوحاة من النظم القانونية المختلفة فى العالم ، وهذه المنظومة من القواعد معدة خصيصا لتلبية احتياجات معاملات التجارة الدولية .

وعلى الرغم من النص فى ديباجة (تمهيد) المبادئ على أن المبادئ تضع قواعد عامة أعدت بشكل أساسى لتحكم "العقود التجارية الدولية" ، إلا أن المبادئ لم تتضمن أى تعريف خاص بالعقد التجارى الدولى .

فالمبادئ لا تضع تعريفا صريحا لمفهوم "التجارية" وتفترض أن مفهوم تجارية العقود يجب أن يكون له أوسع معنى ممكن ، كما لا تضع تعريفا صريحا لمفهوم "الدولية" وتفترض أيضا أن مفهوم دولية العقود ينبغى أن يحظى بأوسع تفسير ممكن ، مما يجعل من الأهمية دراسة مفهوم التجارة ومفهوم الدولية .

والأحكام العامة التى تقوم عليها مبادئ اليونيدروا والتى تدور فى فلكها منظومة القواعد المكونة لهذه المبادئ ، تعتبر قواعدا شبه عالمية ، تعكس المفاهيم السائدة فى كثير من الأنظمة القانونية وغالبية الاتفاقات الدولية مثل حرية التعاقد وحسن النية وأمانة التعامل وكذلك عدم الشكليةالخ .

وسيتم تقسيم الدراسة فى الفصل التمهيدي إلى المباحث التالية :-

المبحث الأول : مفهوم التجارية

المبحث الثانى : مفهوم الدولية

المبحث الثالث : الأحكام العامة التى تقوم عليها المبادئ

المبحث الأول : مفهوم التجارية

القانون التجارى كالقانون المدنى فرع من فروع القانون الخاص ، ويهدف القانون المدنى والقانون التجارى نحو غاية واحدة هى ضبط العلاقات التى تنشأ بين الأشخاص فى المجتمع . فالقانون المدنى هو الشريعة العامة التى تسرى على جميع الأفراد تجارا كانوا أو غير تجار ، كما تسرى على جميع الأعمال القانونية التى تجرى بينهم بغض النظر عن طبيعتها وسواء كانت تجارية أو مدنية وذلك طالما لم توجد قواعد خاصة بشأنها^(١).

وإذا كانت قواعد القانون المدنى تتناسب و تنسجم مع طابع البيئة المدنية فإنها لا تنسجم مع طابع البيئة التجارية ، فالتبيعة التى تنسجم بها الحياة التجارية تختلف عن الحياة المدنية ، فالسرعة والائتمان هى من متطلبات الحياة التجارية ، لذلك تحتاج التجارة إلى قواعد خاصة بها تنسجم بالسرعة وتيسر الائتمان وتدعم الثقة فى التعامل التجارى وهذه القواعد هى التى يستقل ويتميز بها القانون التجارى عن القانون المدنى .

وللشريعة الإسلامية دور لا يمكن إنكاره فى تطور القانون التجارى فقد ألفت الشريعة الإسلامية بنورها على القانون التجارى بإقرارها لقواعده التى عمل بها العرب قبل البعث وإرسائها لقواعد أخرى تضمنتها القوانين التجارية الحديثة ولا يزال يجرى بها العمل حتى الآن^(٢).

والقانون التجارى هو مجموعة القواعد القانونية التى تنظم البيئة التجارية من تجار وأعمال تجارية ، وهو بهذا المعنى يضم القواعد التى تتلائم وطبيعة

(١) د/ حسنى المصرى - دروس فى القانون التجارى - نظرية الأعمال التجارية - دار النهضة العربية - القاهرة - ١٩٨٥/٨٤ - ص ٥ .

(٢) فعلى سبيل المثال جاء بالقرآن الكريم قوله تبارك و تعالى " يا أيها الذين امنوا إذا تداينتم بدين الى أجل مسمى فاكتبوه إلا أن تكون تجارة حاضرة تديرونها بينكم فليس عليكم جناح ألا تكتبوها" (الآية ٢٨٢ من سورة البقرة) ، فقد أجاز هذا النص حرية الإثبات فى المسائل التجارية نظرا لما تحتاجه من سرعة وبساطة فى التعامل، ولمزيد من التفاصيل والأمثلة الأخرى راجع د/ حسنى المصرى - المرجع السابق - من ص ١٩ إلى ص ٢٥ .

وظروف النشاط التجارى ويستقل بها عن قانون المعاملات المدنية الذى يعتبر الشريعة العامة للقانون الخاص^(١)،^(٢).

غير أن القانون التجارى ولئن كان متميزا ومستقلا عن القانون المدنى فإنه يرتبط به ارتباطا وثيقا . إذ لما كان القانون المدنى متمتعا بعمومية التطبيق على جميع الأعمال القانونية ، ولو كان العمل تجاريا أو كان القائم به تاجرا ، فإنه لا مناص من الرجوع إلى قواعد القانون المدنى كلما جاء القانون التجارى خلوا من قاعدة خاصة تحكم العمل التجارى أو التاجر^(٣).

وعلى ذلك تظهر أهمية تحديد نطاق تطبيق أحكام القانون التجارى وذلك ببيان الاتجاهات التشريعية على المستوى الدولى لتطبيق القانون التجارى (المطلب الأول) ، وكذلك بيان موقف قانون التجارة المصرى الجديد رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ (المطلب الثانى) ، وأيضا بيان موقف قانون التحكيم المصرى رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ (المطلب الثالث) ، وأخيرا بيان مفهوم التجارية طبقا لمبادئ العقود التجارية الدولية "اليونيدروا" (المطلب الرابع) .

(١) د/ فايز نعيم رضوان - مبادئ القانون التجارى "طبقا لأحكام قانون التجارة الجديد رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩" - دار النهضة العربية - القاهرة - الطبعة الثانية - ٢٠٠١/٢٠٠٠ - ص ٦٠ .
(٢) وقد عرف ابن خلدون التجارة بأنها "محاولة الكسب بتنمية المال بشراء السلع بالرخص وبيعها بالغلاء ، وذلك القدر النامى يسمى ربحا ومحاولة ذلك الربح تحصل إما بتخزين السلعة ويتحين بها حوالة الأسواق من الرخص إلى الغلاء فيعظم ربحه و إما بأن ينقل السلعة الى بلد آخر تتفق فيه ومحاولة بيعها بأعلى من ثمن الشراء أو بيعها بالغلاء على الأجل و هذا الربح بالنسبة الى أصل المال يسير إلا أن المال إذا كان كثيرا عظم الربح لأن القليل فى الكثير كثير" .

مشار إليه فى كتاب د/ محمد صالح - شرح القانون التجارى المصرى - الجزء الأول - الطبعة الرابعة - مطبعة فتح الله إلياس نورى و أولاده بمصر - ١٩٣٨ - ص ٦٠٦ .
(٣) د/ حسنى المصرى - دروس فى القانون التجارى - المرجع السابق - ص ٦ .

المطلب الأول: الاتجاهات التشريعية على المستوى الدولى لتطبيق القانون التجارى

قدمنا أن قواعد القانون المدنى هى الشريعة العامة التى تحكم نشاط الشخص طبيعيا كان أو معنويا وأن قواعد القانون التجارى تختص وتعنى بناحية من هذا النشاط هى التى تتصل بالحياة التجارية ولذلك تظهر أهمية تحديد نطاق تطبيق قواعد القانون التجارى وبيان الحدود التى تفصل بين قواعده وقواعد القانون المدنى .

ومنذ استقلال القانون التجارى بأحكام خاصة عن القانون المدنى يتنازع موضوع القانون التجارى ونطاق تطبيقه مذهبان هما المذهب الشخصى (الفرع الأول) والمذهب الموضوعى (الفرع الثانى) .

الفرع الأول: المذهب الشخصى كأساس لتطبيق القانون التجارى

يعتبر القانون التجارى وفقا لهذا المفهوم الشخصى Subjective Conception قانونا للتجار فيتحدد نطاق تطبيقه بهذه الطائفة ، ولا ينطبق على غيرها حتى ولو قاموا بأعمال تعتبر تجارية فى نظر القانون ^(١) . أى أن القانون التجارى وفقا لهذا المذهب يعتبر قانونا طائفي لا يهتم بطبيعة العمل ولكن بشخص القائم بالعمل التجارى . وقد كان المذهب الشخصى أساس القانون التجارى فى بداية نشأته ^(٢) .

ويترتب على الأخذ بالمذهب الشخصى كأساس لتطبيق القانون التجارى عدم تطبيق أحكام القانون التجارى على غير التجار حتى ولو باشرُوا إحدى المعاملات التجارية المتعارف عليها وعلى النقيض من ذلك فإن المعاملات التى يقوم بها التاجر تخضع للقانون التجارى حتى ولو كانت فى الأصل من الأعمال

(١) د/ ناجى عبد المؤمن ، د/ رفعت فخرى - مبادئ القانون التجارى الجديد - الجزء الأول "الأعمال التجارية، التاجر، المحل التجارى، النظرية العامة للشركة، شركات الأشخاص" - طبعة ٢٠٠٢ م - ص ٣٣ .

(٢) د/ سميحة القليوبى - الوسيط فى شرح القانون التجارى المصرى - الجزء الأول - دار النهضة العربية - القاهرة - ٢٠٠٥ - ص ٣١ .

المدنية . وتطبيقا لذلك لا يسرى القانون التجارى على عمليات شراء المنقولات بقصد بيعها متى كان القائم بها غير تاجر و ذلك بالرغم من أن هذه العمليات تعد تجارية بطبيعتها .

وقد استند أنصار هذه النظرية إلى النشأة الشخصية للقانون التجارى فكان عبارة عن القواعد والعادات التى تسرى على طائفة التجار فكان قانونا طائفيا أو مهنيا خاص بالتجار وحدهم . ففى ايطاليا نشأ القانون التجارى خلال القرون الوسطى نتيجة وجود طائفة التجار وتزايد قوتهم السياسية مما جعلهم قادرين على وضع قواعد خاصة بهم تلائم طبيعة أعمالهم التجارية والتى تختلف عن غيرها من الأعمال المدنية ^(١) . وفى فرنسا أيضا كانت نشأة القانون التجارى شخصية ، قاصرا على طائفة التجار الى أن قامت الثورة الفرنسية ونادت بالمساواة بين طبقات المجتمع فتحوّلت النظرة الشخصية لأحكام القانون التجارى إلى النظرة الموضوعية مع الإبقاء على بعض آثار النظرة الشخصية ^(٢) .

وللوهلة الأولى قد يرى البعض أن المذهب الشخصى يمتاز بالسهولة فى تحديد نطاق تطبيق أحكام القانون التجارى ، فقواعد القانون التجارى ستطبق على طائفة التجار والأعمال التى يباشرونها . ولكن فى حقيقة الأمر ، وبنظرة أكثر تعمقا للمذهب الشخصى ، نجد أن هناك انتقادات متعددة يمكن أن توجه إليه أهمها أن الأخذ بهذا المبدأ سوف يؤدى الى التضيق من مجال تطبيق قواعد القانون التجارى فى جانب والتوسع فى التطبيق فى جانب آخر وتفسير ذلك أنه ووفقا لمفهوم المذهب الشخصى لا تنطبق قواعد القانون التجارى على غير التاجر حتى ولو باشر عملا يعتبر من الأعمال التجارية مما يؤدى ذلك الى

^(١) ويتجلى الأخذ بالمذهب الشخصى فى التقنين التجارى الألمانى الصادر عام ١٨٩٧ و تنص المادة الأولى من هذا التقنين على أنه يعتبر تاجرا كل من يمارس حرفة تجارية ، ثم تورد تعديدا لتسع حرف يعتبرها القانون تجارية وهذه الحرف هى شراء المنقولات بقصد بيعها ، تحويل الأشياء لحساب الغير ، التأمين ذو الأقساط ، البنوك والصرف ، النقل البرى أو النهري أو البحرى ، الوكالة بالعمولة ، السمسرة ، النشر ، الطباعة .

مشار إليه فى كتاب د/ أكثم أمين الخولى - الموجز فى القانون التجارى - الجزء الأول - مطبعة المدنى - القاهرة - طبعة ١٩٧٠ - ص ٦، ٧ .

^(٢) د/ فايز نعيم رضوان - مبادئ القانون التجارى - المرجع السابق - ص ٦٢ .

تضييق مجال تطبيق القانون التجارى وعلى الجانب الآخر فان التاجر هو فرد مثل سائر الأفراد فى المجتمع يقوم بأعمال لا تدخل فى نطاق حرفته التجارية مثل الزواج والطلاق والهبه والايضاء وشراء منزل ليسكن به وشراء ملابس لازمة له أو لأولاده الخ ، وهذه الأعمال يجب أن تخضع منطقيا لقواعد القانون المدنى وذلك على الرغم من صدورها من تاجر وذلك على عكس ما يأخذ به المذهب الشخصى هذا من ناحية ، ومن ناحية أخرى فإن المذهب الشخصى يتطلب لتطبيق قواعد القانون التجارى توافر صفة التاجر فى الشخص مما يؤدى بنا إلى ضرورة تحديد الأعمال التجارية التى إذا مارسها الشخص على سبيل الاحتراف اكتسب صفة التاجر مما يصعب الأمر على المشرع فى التحديد على سبيل الحصر لهذه الأعمال التجارية والتنبيه مستقبلا بما قد يستحدث من هذه الأعمال فى الحياة التجارية .

ونظرا للانتقادات العديدة التى يمكن أن توجه وبحق للمذهب الشخصى إذا استخدم كأساس لتطبيق قواعد القانون التجارى فان ذلك يجعلنا نبحث فى المذهب الموضوعى ومدى صلاحيته كأساس لتطبيق قواعد القانون التجارى .

الفرع الثاني: المذهب الموضوعي كأساس لتطبيق القانون التجارى

على عكس المذهب الشخصى يرى أنصار المذهب الموضوعي Objective Conception أن محور أحكام القانون التجارى والأساس الذى تركز عليه فى تطبيقها هو طبيعة العمل لا صفة القائم به ^(١) .

ويعرف أنصار هذا المذهب القانون التجارى بأنة "مجموعة القواعد القانونية التى تنظم الأعمال التجارية سواء قام بها تاجر أو غير تاجر حتى ولو قام بها الشخص مرة واحدة عرضاً" ^(٢) . فهناك من الأعمال ما يعتبر بطبيعته مدنياً ومن الأعمال ما يعتبر بطبيعته تجارياً ووفقاً للمذهب الموضوعي فقواعد القانون التجارى تطبق على الأعمال التجارية بصرف النظر عن صفة الشخص القائم بالعمل وهل هو تاجر أم غير تاجر .

ولما كان المعيار الموضوعي أو المادى ينبعث من طبيعة العمل فإن الرجوع إليه فى تحديد مجال سريان كل من القانون المدنى و القانون التجارى يكون أقرب إلى طبيعة الأشياء ^(٣) .

وهكذا نجد أن المذهب الموضوعي يوسع من نطاق تطبيق أحكام القانون التجارى فهو يجعله يسرى على طائفة من الأعمال التجارية لم تكن تخضع للقانون التجارى فى ظل المذهب الشخصى وهى طائفة الأعمال التجارية التى يباشرها غير التجار . فأحكام القانون التجارى تطبق على الأعمال التى يصبغ عليها المشرع الطبيعة التجارية بصرف النظر عن انتماء الشخص الذى يمارسها الى طائفة معينة ^(٤) .

^(١) د/ ناجى عبد المؤمن - مبادئ القانون التجارى الجديد - المرجع السابق - ص ٣٤ ، وأنظر أيضاً د/ سميحة القليوبى - الوسيط فى شرح القانون التجارى المصرى - المرجع السابق - ص ٣٣ .

^(٢) د/ فايز نعيم رضوان - مبادئ القانون التجارى - المرجع السابق - ص ٦٤ .
ESCARRA - " Cours de droit Commercial " - PARIS - 1951 -
No. 91 .

^(٣) د/ على يونس - القانون التجارى - دار الفكر العربى - طبعة ١٩٥٩ - ص ٦ .

^(٤) د/ فايز نعيم رضوان - مبادئ القانون التجارى - المرجع السابق - ص ٦٤ .

وكذلك نرى أن المذهب الموضوعى يمتاز عن المذهب الشخصى من عدة جوانب ، فمن ناحية نجد أنه فى ظل المذهب الموضوعى يكون من السهولة تحديد مجال تطبيق قواعد القانون التجارى فالمشرع كل ما سيقوم به هو تحديد أنواع الأعمال التجارية التى لو تم ممارستها بواسطة أى شخص سيخضع لأحكام القانون التجارى ، ومن ناحية أخرى فإن المذهب الموضوعى يكرس مبدأ المساواة فى تطبيق أحكام القانون التجارى على جميع الأشخاص متى قاموا بمباشرة عمل تجارى ، وذلك على النقيض من المذهب الشخصى الذى يقوم على أساس أن القانون التجارى هو قانون يختص بطائفة التجار .

ومع ذلك وبالرغم مما يمتاز به المذهب الموضوعى ولكن بنظرة أكثر تعمقا نجد أن هناك انتقادات يمكن أن توجه إلى هذا المذهب ، وهذه الانتقادات تتركز فى أن تطبيق المذهب الموضوعى يقتضى أن يقوم المشرع بتحديد الأعمال التجارية التى يتحدد بها نطاق تطبيق القانون التجارى ، وحصر كافة الأعمال التجارية هو أمر يصعب على المشرع عمله ، هذا بالإضافة إلى عدم إمكانية توقع المشرع بما يستجد فى المستقبل من الأعمال ذات الطبيعة التجارية ، ومن المعلوم أن البيئة التجارية تتميز بالتطورات السريعة و المتلاحقة . وحتى لو قام المشرع بمحاولة وضع معيار لتحديد مجال تطبيق قواعد القانون التجارى فإن من الصعوبة بمكان وضع معيار منضبط يقاس عليه العمل التجارى .

ولذلك نرى أن المذهب الموضوعى أيضا كالمذهب الشخصى لا يصلح وحده كأساس لتطبيق قواعد القانون التجارى فكل من المذهبين يكون وحده عاجزا عن علاج المشاكل القانونية التى تظهر فى البيئة التجارية .

المطلب الثانى: موقف القانون التجارى المصرى

رأينا فيما سبق أنه فى ظل المذهب الشخصى يعتبر القانون التجارى قانون "التجار" وفى ظل المذهب الموضوعى يعتبر القانون التجارى قانون "الأعمال التجارية". والثابت تاريخيا أن القانون التجارى قد نشأ نشأة شخصية أو طائفية ، إذ ولد على أيدى طائفة التجار من أجل تنظيم حرفتهم التجارية غير أنه قد اتجه – خلال تطوره – اتجاها موضوعيا تحت تأثير الرغبة فى إلغاء نظام الطوائف والقضاء على الطبقية^(١).

وعلى سبيل المثال نجد أنه فى فرنسا ومع قيام الثورة الفرنسية ألغت نظام الطبقات الذى كان سائدا فى القرون الوسطى ونادت بالمساواة بين جميع المواطنين وقد نتج عن ذلك إلغاء نظام الطوائف فى فرنسا عام ١٧٩١ لإخلاله بالمساواة بسبب ما يتضمنه من قواعد خاصة تطبق على أفراد الطائفة دون سائر أفراد المجتمع ، وعلى ذلك فحين صدر القانون التجارى الفرنسى سنة ١٨٠٧ نجد أن المشرع قد اتجه ناحية المذهب الموضوعى إعمالا للمساواة التى نادى بها الثورة الفرنسية .

وعلى الرغم من ذلك فإن المشرع الفرنسى لم يغفل كليا المذهب الشخصى ، فتراه فى المادة الأولى يعرف التجار بأنهم "أولئك الذين يباشرون أعمال التجارة" ويخص طائفة التجار بمجموعة من الالتزامات مثل القيد فى السجل التجارى ومسك الدفاتر التجارية وشهر النظام المالى للزواج . . . الخ.

وهكذا مزج المشرع الفرنسى بين المذهب الموضوعى حيث أورد تعدادا للأعمال التجارية فى المادتين ٦٣٢ ، ٦٣٣ وبين المذهب الشخصى حين عرف التجار وبين التزاماتهم^(٢).

(١) د/ حسنى المصرى – المرجع السابق – ص ٨ .

(٢) Georges Ripert et Rene Roblot - "TRAITE DE DROIT COMMERCIAL"- Tome1 – 13e EDITION – PARIS - L.G.D.J. – 1989 – P. 5,6 .

أما فى مصر فنجد أنه فى ظل قانون التجارة رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ كان المشرع المصرى واضحا فى الجمع بين المذهب الموضوعى والمذهب الشخصى^(١) ، فتنص المادة الأولى على أن "تسرى أحكام هذا القانون على الأعمال التجارية ، وعلى كل شخص طبيعى أو اعتبارى تثبت له صفة التاجر" . وعلى ذلك فإن المشرع المصرى متأثرا "بالمذهب الموضوعى" قد تناول تحديد الأعمال التى تعتبر أعمالا تجارية (الفرع الأول) ، وكذلك متأثرا "بالمذهب الشخصى" تناول المشرع التاجر من حيث شروط اكتسابه صفة التاجر والتزامات التاجر (الفرع الثانى) .

(١) د/ سميحة القليوبى - الوسيط فى شرح القانون التجارى المصرى - المرجع السابق - ص ٣٦. وأنظر أيضا د/ سامى عبد الباقي أبو صالح - قانون الأعمال "وفقا لقانون التجارة الجديد رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩" - دار النهضة العربية - القاهرة - الطبعة الثانية - ٢٠٠٣/٢٠٠٤ .

الفرع الأول: الأعمال التجارية

عالج المشرع المصرى فى قانون التجارة الجديد رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ الأنواع المختلفة للأعمال التجارية وذلك فى المواد من ٤ إلى ٩^(١) . واعتاد الفقه على تقسيم الأعمال التجارية إلى أعمال تجارية بنص القانون أو بطبيعتها (الغصن الأول) وأعمال تجارية بالتبعية (الغصن الثانى) وأعمال مختلطة (الغصن الثالث) .

ويلاحظ أن المشرع المصرى فى المادة ٩ قد نفى صفة التجارية عن بعض الأعمال وهى عمليات بيع الزارع لمنتجات الأرض التى يزرعها سواء كان مالكا لها أو مجرد منتفع بها^(٢) .

الغصن الأول: الأعمال التجارية بنص القانون

عدد المشرع المصرى فى المواد من ٤ إلى ٦ بعض الأعمال وأصبغ عليها الطبيعة التجارية وتنقسم هذه الأعمال التجارية إلى أولا: أعمال تجارية منفردة أو مطلقة ، وثانيا: أعمال تجارية على وجه الاحتراف . وهناك عدة ملاحظات على هذا التعداد هى : -

١- أن التعداد الذى أورده المشرع للأعمال التجارية ليس على سبيل الحصر وإنما على سبيل المثال فنجد أن المشرع المصرى أضاف إلى الأعمال المنصوص عليها فى المواد من ٤ إلى ٦ كل عمل يمكن قياسه على هذه الأعمال لتشابه فى الصفات والغايات وذلك كما هو منصوص عليه فى المادة ٧^(٣) . والمشرع بهذا النص يهدف إلى تدارك عدم استطاعته النص على

(١) وردت المواد من ٤ إلى ٩ فى الفصل الأول "الأعمال التجارية" من الباب الأول "التجارة بوجه عام" من قانون التجارة الجديد رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ .

(٢) تنص المادة ٩ من قانون التجارة الجديد رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ على أن " لا يعد عملا تجاريا بيع الزارع منتجات الأرض التى يزرعها سواء كان مالكا لها أو مجرد منتفع بها " .

(٣) تنص المادة ٧ من قانون التجارة الجديد على أن " يكون عملا تجاريا كل عمل يمكن قياسه على الأعمال المذكورة فى المواد السابقة لتشابه فى الصفات و الغايات " .

جميع الأعمال ذات الطبيعة التجارية و كذلك عدم استطاعته التنبؤ بالمعاملات التجارية المستحدثة بالبيئة التجارية يوما بعد الآخر .

٢- أن المشرع المصرى قام بتعداد للأعمال التجارية المنفردة فى المادة "٤" ثم انتقل فى المادة "٥" إلى الأعمال التجارية على وجه الاحتراف ثم قام بالمادة "٦" بسرد أعمال تجارية تتعلق بالملاحة التجارية بحرية كانت أو جوية ولم يشترط أن يكون مزاولتها على وجه الاحتراف مما يوجها إلى تفسير ذلك بأن المشرع يقصد أن هذه الأعمال تعتبر من الأعمال التجارية المنفردة ، مما بدوره يجعلنا نتساءل إذا كان المشرع يقصد أنها أعمال تجارية منفردة فلماذا لم يقم المشرع بإضافتها إلى الأعمال التجارية المنفردة المذكورة فى المادة الرابعة أو على الأقل أن يذكرها فى مادة تالية للمادة "٤" قبل أن ينتقل إلى تعداد الأعمال التجارية على وجه الاحتراف ، ومما يزيد الأمر غموضا أنه بالنظر إلى المذكرة الإيضاحية لقانون التجارة الجديد تم ذكر أن المشروع الجديد للقانون ذكر فى المادة الرابعة أعمالا واعتبرها تجارية ولو وقعت منفردة وفى المادة الخامسة أعمالا أخرى ولم يعتبرها تجارية إلا إذا بوشرت على وجه الاحتراف ولم يتم الإشارة من قريب أو بعيد إلى ما يقصده المشرع بالأعمال التجارية الواردة فى المادة ٦^(١).

٣- أن قانون التجارة الجديد وكما هو مذكور فى المذكرة الإيضاحية له "أضاف ما من شأنه معالجة بعض مثالب طريق السرد ففتح فى المادة السابعة باب القياس"^(٢) . وطبقا للمادة ٧ فإن المشرع اشترط فى العمل الذى يمكن إضافته بالقياس إلى قائمة الأعمال التجارية هو فقط وجود تشابه فى الصفات والغايات ، وهذا المعيار الذى حدده واشترطه المشرع "تشابه فى الصفات والغايات" هو فى حقيقة الأمر معيار غير منضبط ولم ترسم حدوده بدقة وبالتالي فهو غير كاف حتى يستعين به القضاء فى تكييف الأعمال التى تطرح عليه . ولذلك نحن نميل إلى الأخذ بما خلص إليه بعض الفقه لإضافة أى عمل إلى

(١) مجلة المحاماة - ملحق تشريعات - قانون التجارة و المذكرة الإيضاحية - الجزء الأول - يونيه ١٩٩٩ - ص ٣٥٠ .

(٢) مجلة المحاماة - المرجع السابق - ص ٣٥٠ .

قائمة الأعمال التجارية المنصوص عليها في المواد ٤، ٥، ٦، وقد خلص إلى أنه "لا يعد العمل تجاريا إلا إذا كان القصد منه تحقيق الربح (المضاربة) وتعلق بتداول الثروات على أن يتم في هيئة مشروع منظم أو على سبيل الاحتراف"^(١).

وفيما يلي سرد للأعمال التجارية المنفردة أو المطلقة (أولا) ، والأعمال التجارية على وجه الاحتراف أو المقولة (ثانيا) . ويلاحظ أنه يضاف للأعمال التجارية المنفردة الكمبيالات والسندات لأمر والشيكات وغيرها من الأوراق التجارية الأخرى وذلك طبقا لنص المادة ٣٧٨^(٢).

أولا : الأعمال التجارية المنفردة

الأعمال التجارية المنفردة أو المطلقة هي تلك الأعمال التي يعتبرها المشرع تجارية بصرف النظر عن صفة القائم بها سواء كان تاجرا أو غير تاجر وحتى ولو قام بها الشخص مرة واحدة وقد عدت المواد ٤، ٦، ٣٧٨ من قانون التجارة الجديد رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ هذه الأعمال المنفردة أو المطلقة^(٣).
فطبقا للمادة "٤" يعد عملا تجاريا :-

أ - شراء المنقولات أيا كان نوعها بقصد بيعها أو تأجيرها بذاتها أو بعد تهيئتها في صورة أخرى ، وكذلك بيع أو تأجير هذه المنقولات .

(١) لمزيد من الإيضاح والتفاصيل حول معيار المضاربة ومعيار التداول ومعيار الحرفة التجارية ومعيار المقولة أو المشروع وتقييم هذه المعايير الفقهية للفرقة بين العمل التجاري والعمل المدني يرجى الرجوع إلى كتاب د/ فايز نعيم رضوان - المرجع السابق - من ص ٧٠ إلى ص ٨٠ . وكذلك كتاب د/ أبو زيد رضوان - دروس في القانون التجاري - ج ١ - ١٩٨٢/١٩٨٣ - من ص ١٥ إلى ص ١٨ .

(٢) تنص المادة ٣٧٨ من قانون التجارة الجديد رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ على أن "تسرى أحكام هذا الباب على الكمبيالات والسندات لأمر والشيكات وغيرها من الأوراق التجارية أيا كانت صفة ذوى الشأن فيها أو طبيعة الأعمال التي أنشئت من أجلها".

(٣) راجع في تفاصيل ذلك د/ ناجي عبد المؤمن - مبادئ القانون التجاري الجديد - المرجع السابق - من ص ٦٦ إلى ص ٨١ . وأنظر أيضا د/ سميحة القليوبى - الوسيط في شرح القانون التجاري المصري - المرجع السابق - من ص ١٠٩ إلى ص ١٣٠ . وأنظر أيضا د/ فايز نعيم رضوان - مبادئ القانون التجاري - المرجع السابق - من ص ١٢٨ إلى ص ١٣٦ .

ب - استئجار المنقولات بقصد تأجيرها وكذلك تأجير هذه المنقولات .

ج - تأسيس الشركات التجارية .

وطبقا للمادة "٦" يعد أيضا عملا تجاريا كل عمل يتعلق بالملاحة التجارية بحرية كانت أو جوية ، وعلى وجه الخصوص ما يأتي :-

أ - بناء السفن أو الطائرات وإصلاحها وصيانتها .

ب - شراء أو بيع أو تأجير أو استئجار السفن أو الطائرات .

ج - شراء أدوات أو مواد تموين السفن أو الطائرات .

د - النقل البحرى والنقل الجوى .

هـ - عمليات الشحن أو التفريغ .

و - استخدام الملاحين أو الطيارين أو غيرهم من العاملين فى السفن أو الطائرات .

وطبقا للمادة ٣٧٨ تعتبر من الأعمال التجارية المنفردة أيضا الكمبيالات والسندات لأمر والشيكات وغيرها من الأوراق التجارية أيا كانت صفة ذوى الشأن فيها أو طبيعة الأعمال التى أنشئت من أجلها .

ثانيا : الأعمال التجارية على وجه الاحتراف

بالإضافة إلى الأعمال السابقة والتى تعتبر تجارية ولو وقعت مرة واحدة عدد المشرع فى المادة "٥" مجموعة من الأعمال التى تعتبر تجارية ولكن اشترط المشرع مزاولتها على وجه الاحتراف (المقولة) ، أى أنه يلزم لإصباغ الصفة التجارية عليها تكرار وقوعها أو استمرارها وبالتالي تفقد هذه الأعمال صفة التجارية لو وقعت منفردة .

فالعمل الذى يزاوله الشخص على سبيل الاحتراف أو المقولة لكى يعتبر عملا تجاريا يجب تكرار هذا العمل وإتيانه على نحو مستمر مما يشكل مصدرا للرزق . كما يجب أن يكون التكرار مستندا إلى تنظيم مسبق يتمثل فى مجموعة

من الوسائل المادية والقانونية اللازمة لممارسة هذا النشاط كاستخدام الغير وتجميع مواد الإنتاج والاستقرار فى مكان خاص تم إعداده لتكرار هذه الأعمال .

ويضيف الفقه شرطاً آخر ^(١) حتى تعتبر بعض الأعمال المتعلقة بالإنتاج أعمالاً تجارية إذا تم مباشرتها على وجه الاحتراف وهذا الشرط هو أن يقوم المشروع على المضاربة على عمل الغير أى أن يتم استخدام بعض العمالة مقابل دفع أجر لهم ، مما يعنى امتزاج العمل البشرى مع عناصر الإنتاج الأخرى للوصول إلى منتج معين يدر على صاحب المشروع ربحاً معيناً . أى أن العمل الذى لا يتوافر له عنصر المضاربة على عمل الغير لا يعتبر عملاً تجارياً حتى ولو تم فى هيئة مشروع ، وتطبيقاً لذلك لا يعتبر من قبيل الأعمال التجارية عمل الحرفى Artisan مثل النجار أو السباك إذا اقتصر عمله على استغلال مجهوده ومواهبه الشخصية ولا يغير من الأمر أن يستعين الحرفى بمعاونة عدد قليل من أقاربه أو من الصبيان ما دام أن هذه المعاونة ثانوية الأهمية و بالتالى لا يتوافر عنصر المضاربة على عمل الغير .

وفيما يلى سرد للأعمال التجارية على وجه الاحتراف أو المقولة ^(٢) ، فتنص المادة "٥" على أنه تعد الأعمال الآتية تجارية إذا كانت مزاولتها على وجه الاحتراف :

أ – توريد البضائع و الخدمات .

ب – الصناعة .

ج – النقل البرى والنقل فى المياه الداخلية .

(١) Joseph HAMEL , Gaston LAGARDE et Alfred JAUFFRET - "DROIT COMMERCIAL" - TOME 1 – 2e Edition – 1er Volume – Dalloz – 1980 - No. 157 – P. 248 , 249 .

(٢) راجع فى تفاصيل ذلك د/ فايز نعيم رضوان – مبادئ القانون التجارى – المرجع السابق – من ص ١٣٨ إلى ص ١٧٩ . وأنظر أيضاً د/ ناجى عبد المؤمن – مبادئ القانون التجارى الجديد – المرجع السابق - من ص ٨٤ إلى ص ١١٢ . وأنظر أيضاً د/ سميحة القليوبى – الوسيط فى شرح القانون التجارى المصرى – المرجع السابق - من ص ١٣١ إلى ص ١٥٩ .

د - الوكالة التجارية والسمسرة أيا كانت طبيعة العمليات التي يمارسها السمسار .

هـ - التأمين على اختلاف أنواعه .

و - عمليات البنوك والصرافة .

ز - استيداع البضائع ووسائل النقل والمحاصيل وغيرها .

ح - أعمال الدور والمكاتب التي تعمل في مجالات النشر ، والطباعة ، والتصوير ، والكتابة على الآلات الكاتبة ، وغيرها ، والترجمة ، والإذاعة ، والتلفزيون ، والصحافة ، ونقل الأخبار ، والبريد ، والاتصالات ، والإعلان .

ط - الاستغلال التجاري لبرامج الحاسب الآلى والبث الفضائي عبر الأقمار الصناعية .

ى - العمليات الإستخراجية لمواد الثروات الطبيعية كالمناجم والمحاجر ومناجم النفط والغاز وغيرها .

ك - مشروعات تربية الدواجن والمواشى وغيرها بقصد بيعها .

ل - مقاولات تشييد العقارات أو ترميمها أو تعديلها أو هدمها أو طلائها ومقاولات الأشغال العامة .

م - تشييد العقارات أو شراؤها أو استئجارها بقصد بيعها أو تأجيرها كاملة أو مجزأة إلى شقق أو غرف أو وحدات إدارية أو تجارية سواء كانت مفروشة أو غير مفروشة .

ن - أعمال مكاتب السياحة ومكاتب التصدير والاستيراد والإفراج الجمركى ومكاتب الاستخدام ومحال البيع بالمزاد العلنى .

س - أعمال الفنادق والمطاعم والمقاهى و التمثيل و السينما والسيرك وغيرها من الملهى العامة .

ع - توزيع المياه أو الغاز أو الكهرباء وغيرها من مصادر الطاقة .

الفصل الثانى : الأعمال التجارية بالتبعية

ذكرنا فيما سبق الأعمال التجارية بنص القانون أو بطبيعتها وتم تقسيمها إلى نوعين ، أولاً: أعمال تجارية منفردة أو مطلقة ، وثانياً: أعمال تجارية على وجه الاحتراف أو المقاوله .

أما الأعمال التجارية بالتبعية أو الشخصية فهى أعمال مدنية الأصل ولكنها تكتسب الوصف التجارى إذا قام بها التاجر بسبب أو بمناسبة مباشرته لأعماله التجارية . وقد أطلق على هذه الأعمال أعمال تجارية بالتبعية وذلك حيث أن تجاريتها لا تستند إلى طبيعتها ، ولكن تبعا لحرفة القائم بها .

فالتاجر بجانب احترافه القيام بالأعمال التجارية فهو أيضا يعيش فى المجتمع ويمارس حياته كغيره من الأفراد ، و بالتالى فهو يمارس أنشطة وأعمال مدنية بطبيعتها لا تتصل بحياته التجارية مثل شراء الملابس و المأكولات التى تحتاجها أسرته أو استئجاره عقار لسكنه وكذلك فهو يمكن له الزواج والطلاق والإرث والهبة . . . إلى غير ذلك من الأعمال التى لا علاقة لها بشئون تجارته .

غير أن التاجر يقوم أيضا بأعمال ذات طبيعة مدنية لأغراض تتعلق بشئون تجارته وهذه الأعمال تعتبر أعمالا تجارية ليس بحسب الأصل والطبيعة لأنها مدنية ولكن بالنظر إلى شخص القائم بها فهى تعتبر لازمة ومكملة للنشاط التجارى ^(١) . أى أن العمل المدنى يمكن أن يصبح تجاريا بالتبعية متى تعلق بحرفة التاجر .

ولنضرب مثال توضيحي : إذا قام تاجر بشراء وقود ودفاتر لازمة لمحلة التجارى فهذه الأعمال تعتبر بطبيعتها أعمالا مدنية ، حيث أن الشراء هنا لا يكون لأجل البيع ولكن نظرا لقيام التاجر بها لشئون وأغراض تتعلق بتجارته فأنها تفقد صفتها المدنية وتصبح أعمالا تجارية بالتبعية لحرفة القائم بها ^(٢) .

^(١) راجع فى تفاصيل ذلك د/ سميحة القليوبى - الوسيط فى شرح القانون التجارى المصرى - المرجع السابق - ص ١٦٢ .

^(٢) ومن تطبيقات نظرية الأعمال التجارية بالتبعية ما قضت به محكمة النقض المصرية من أن "ثبوت أن الشركة تاجر وأن الدين المطالب به قيمة رسوم جمركية عن بضاعة =

وعلى النقيض من ذلك إذا قام نفس التاجر بشراء دفاتر لقيود احتياجاته المنزلية أو وقود لاحتياج منزلة فإن هذه الأعمال لا تعتبر أعمالا تجارية وبالتالي لا تفقد صفتها وطبيعتها المدنية الأصلية ، فهذه الدفاتر أو الوقود قام التاجر بشراؤها لأغراض لا تتعلق بشئون تجارته .

وقد نصت المادة "٨" من قانون التجارة الجديد رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ على الآتى :-

١ - الأعمال التى يقوم بها التاجر لشئون تتعلق بتجارته تعد أعمالا تجارية.

٢ - كل عمل يقوم به التاجر يعد متعلقا بتجارته ما لم يثبت غير ذلك.

ويتضح من نص الفقرة ١ من المادة ٨ أنه لكى يكتسب العمل المدنى الذى يقوم به التاجر الصفة التجارية بالتبعية يجب أولا أن يصدر هذا العمل من تاجر أى شخص يحترف القيام بالأعمال التجارية وثانيا أن يكون هذا العمل المدنى متعلقا بشئون تجارة التاجر أى متصلا بمباشرته لأعماله وحرقة التجارية. وتعبير الأعمال الذى ورد بمقدمة نص المادة ١/٨ يتسع ليشمل بجوار العقود والتعهدات التى يبرمها التاجر الالتزامات غير العقدية سواء أكان مصدرها الفعل الضار أم الفعل النافع ^(١) .

و نجد فى الفقرة ٢ من المادة ٨ أن المشرع المصرى قد وضع معيارا لتحديد الأعمال التى يقوم بها التاجر وتتعلق بشئون تجارته ، فقضى بأن "كل عمل يقوم به التاجر يعد متعلقا بتجارته ما لم يثبت غير ذلك" . أى أن المشرع

=
مستوردة لحسابها ، أثرة التزامها بأدائها ، يكون التزاما بدين تجارى بالتبعية استحق بمناصفة مزاولتها أعمال تجارية ويعتبر من تكاليفها" الطعن رقم ٢٤٣٩ سنة ٦٥ ق جلسة ١٩٩٦/١١/٧ - قضاء النقض التجارى - مستشار دكتور/ أحمد محمود حسنى - منشأة المعارف بالإسكندرية - طبعة ٢٠٠٠ - ص ٥٤-٥٥ .
وكذلك ما قضت به محكمة النقض المصرية من أن "الوكالة المتصلة بعمل تجارى تعتبر تجارية بالتبعية" الطعن رقم ٤٥٢ سنة ٣٧ ق جلسة ١٩٧٢/١٠/٢٨ س ٢٣ ص ١٢٢٥ - قضاء النقض التجارى - المرجع السابق .
^(١) لمراجعة تفصيلات ذلك يرجى الرجوع إلى - د/ ناجى عبد المؤمن - مبادئ القانون التجارى الجديد - المرجع السابق - من ص ١١٦ إلى ص ١٢٢ .

المصرى قد أفترض تعلق جميع أعمال التاجر بشئون تجارته وبالتالي فقد وضع المشرع قرينة قانونية على تجارية جميع الأعمال التى يقوم بها التاجر .

وبإمعان النظر فى نص المادة ٢/٨ نجد أن المشرع قد أكد أن هذه القرينة هى قرينة بسيطة قابلة لإثبات العكس حيث صرح بأن كل عمل يقوم به التاجر يعد متعلقا بتجارته "ما لم يثبت غير ذلك" ^(١) . وبالتالي يستطيع التاجر أن يثبت أن العمل الذى قام به لا صلة له ولم يكن مرتبطا بشئون تجارته ، وبالتالي يظل للعمل طبيعته المدنية . ويستطيع التاجر إثبات عكس هذه القرينة بكافة طرق الإثبات ^(٢) . ويجب ملاحظة أن القرينة السابقة لا تتوافر إذا كان العمل الذى قام به التاجر عملا مدنيا بحتا كالزواج و الطلاق ، أو كان واضحا بشكل جلى أن العمل الذى قام به التاجر لا صلة له من قريب أو بعيد بتجارة التاجر كقيام التاجر بتجهيز ابنته للزواج .

الغصن الثالث : الأعمال المختلطة

العمل القانونى قد يكون من طبيعة مدنية فيطلق عليه العمل المدنى و قد يكون من طبيعة تجارية فيطلق عليه العمل التجارى . أما العمل المختلط فلا يعتبر طائفة ثالثة من الأعمال القانونية ، فلا توجد طائفة مستقلة من الأعمال تثبت صفة العمل المختلط لها .

فالمقصود بالعمل المختلط هو العمل الذى يعتبر مدنيا بالنسبة لأحد طرفى العلاقة القانونية و تجاريا بالنسبة للطرف الآخر ^(٣) . وعلى ذلك فالعمل المختلط

^(١) من التطبيقات القضائية ما قضت به محكمة النقض المصرية من أن "أعمال التاجر افتراض تعلقها بتجارته حتى يقام الدليل على عكس ذلك" . الطعن رقم ٢٤٣٩ سنة ٢٥٦٥ ق جلسة ١٩٩٦/١١/٧ . وكذلك الطعن رقم ١١١٣ سنة ٥٩ ق جلسة ١٩٩٦/٥/٩ - قضاء النقض التجارى - المرجع السابق .

^(٢) - Joseph Hamel , Gaston LAGARDE et Alfred JAUFFRET - op. cit. - P. 278 , 279 - No.177 .

وكذلك د/ أكثم أمين الخولى - الموجز فى القانون التجارى - المرجع السابق - ص ١٤٧ .
^(٣) د/ سميحة القليوبى - الوسيط فى شرح القانون التجارى المصرى - المرجع السابق - ص ١٦٩ . وأنظر كذلك د/ فايز نعيم رضوان - مبادئ القانون التجارى - المرجع السابق - ص ١٩٨ .

ليس نوعا مستقلا من الأعمال التجارية ولكنه نوع من البحث عن طبيعة العمل بالنسبة للطرفين ، وبمعنى آخر فانه ليس هناك ما يسميه البعض خطأ "بالعمل التجارى المختلط" ^(١) .

فالعمل القانونى قد يكون مدنيا بحتا و ذلك إذا كان مدنيا بالنسبة للطرفين معا ، ومن أمثلة ذلك قيام صاحب الأرض الزراعية بتأجيرها إلى من يفلحها ففى هذا المثال نجد أن العمل القانونى مدنى بالنسبة للمؤجر ومدنى أيضا بالنسبة للمستأجر . وكذلك قد يكون العمل القانونى تجاريا بحتا وذلك إذا كان تجاريا بالنسبة للطرفين معا ، ومن أمثلة ذلك قيام تاجر تجزئة بشراء بضائع لازمة لمحلة التجارى من تاجر الجملة بهدف إعادة بيعها ، فالعملية هنا تعتبر تجارية لكل من تاجر الجملة وتاجر التجزئة . وأخيرا قد يكون العمل مختلطا بأن يكون مدنيا بالنسبة لطرف وتجاريا بالنسبة للطرف الآخر سواء كان تجاريا أصليا أو بالتبعية ، ومن أمثلة ذلك قيام شخص بشراء مواد غذائية لاستهلاكه من محل بيع المواد الاستهلاكية فالعمل هنا يعتبر مدنيا للطرف الأول وتجاريا بالنسبة للطرف الآخر .

ومتى كان العمل القانونى مدنيا بحتا فإنه يخضع لأحكام القانون المدنى وفى المقابل متى كان العمل تجاريا بحتا فإنه يخضع لأحكام القانون التجارى ، ولكن ما هو الأمر بالنسبة للعمل المختلط الذى يكون مدنيا بالنسبة لأحد الطرفين وتجاريا للطرف الآخر . . . ؟ ، أجابت على ذلك نص المادة "٣" من قانون التجارة الجديد رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ و نصت على أنه :-

"إذا كان العقد تجاريا بالنسبة إلى أحد طرفيه ، فلا تسرى أحكام القانون التجارى إلا على التزامات هذا الطرف وحده ، و تسرى على التزامات الطرف الآخر أحكام القانون المدنى ما لم ينص القانون على غير ذلك" .

(١) د/ ناجى عبد المؤمن ، د/ رفعت فخرى - مبادئ القانون التجارى الجديد - المرجع السابق - ص ١٢٣ .

الفرع الثانى : صفة التاجر

إن اكتساب الشخص صفة التاجر يجعله يصبح فى مركز قانونى خاص . فالتاجر يتمتع بمزايا لا تتقرر لغير التجار مثل حق الانتخاب والترشيح فى الغرف التجارية ، وكذلك يخضع التاجر لمجموعة من الالتزامات نص عليها القانون لا يخضع لها غير التجار مثل أمساك الدفاتر التجارية والقيّد بالسجل التجارى وشهر النظام المالى للزواج . وكذلك يخضع التاجر الذى يتوقف عن دفع ديونه لنظام الإفلاس التجارى وهو نظام أشد من نظام الإعسار المدنى . كما تختلف الأهلية القانونية لمباشرة التصرفات التجارية عن الأهلية التى يتطلبها القانون لمباشرة الأعمال المدنية الخ .

لذلك أهتم المشرع فى قانون التجارة الجديد رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ بتخصيص فصل هو الفصل الثانى من الباب الأول للتعريف بالتاجر وذلك فى المواد من ١٠ إلى ٢٠ . ومن استعراض نصوص المواد من ١٠ إلى ٢٠ من قانون التجارة الجديد نستطيع أن نستخلص أن هناك ثلاثة شروط أساسية لاكتساب الشخص صفة التاجر وهى :

- ١- احتراف الأعمال التجارية .
- ٢- أن يكون الاحتراف باسم الشخص ولحسابه .
- ٣- توافر الأهلية اللازمة لمباشرة الأعمال التجارية .

ف نجد أن المادة ١/١٠ تنص على أن يكون تاجرا "كل من يزاول على وجه الاحتراف باسمه و لحسابه عملا تجاريا"^(١) . ولا يقتصر اكتساب صفة

^(١) والاحتراف هو ممارسة العمل بصورة مستمرة ومنتظمة واتخاذ ذلك مهنة للحصول على مورد للرزق ولو كان القائم بالعمل غير موفق فباء بالخسران ، وثبوت الاحتراف مسألة واقع يفصل فيها قاضى الموضوع ولا سلطان عليّة فى هذا الشأن لمحكمة النقض ، ومتى فصلت محكمة الموضوع فى مسألة توافر أو عدم توافر ركن الاحتراف ، تعين عليها أن تقرر النتيجة التى تترتب على ذلك ، أى اكتساب أو عدم اكتساب صفة التاجر ، وهى تخضع فى هذا الشأن لرقابة المحكمة العليا . المذكرة الإيضاحية لقانون التجارة - مجلة المحاماة - المرجع السابق - ص ٣٥٠ ، ص ٣٥١ .

التاجر على الشخص الطبيعي فقط فنجد المادة ٢/١٠ تنص على أنه يكون تاجرا "كل شركة تتخذ أحد الأشكال المنصوص عليها في القوانين المتعلقة بالشركات أيا كان الغرض الذي أنشئت الشركة من أجله " .

وعلى ذلك يكون قانون التجارة الجديد قد غلب الشكل واعتبر الشركة تجارية متى اتخذت أحد الأشكال المنصوص عليها في قانون الشركات ، وذلك بصرف النظر عن الغرض الذي أنشئت الشركة من أجله ^(١) .

وبإمعان النظر في نص المادة ٢/١٠ نجد أن فكرة الاحتراف لا تنطبق على الشركات ، فالشركة تكتسب صفة التاجر إذا اتخذت أحد الأشكال المنصوص عليها في قانون الشركات . إذ يطرح عليها مجرد الشكل صفة التاجر ولو كان موضوعها عملا مدنيا ^(٢) .

أما الدولة وغيرها من أشخاص القانون العام كوزاراتها و هيئاتها الخ ، فهي لا تكتسب صفة التاجر حتى ولو باشرت نشاطا ينطوي على احترام القيام بأعمال تجارية وذلك على اعتبار أن صفة التاجر تتعارض مع الوظيفة التي تقوم بها الدولة ومع ما تتمتع به من سيادة ، و بالتالي فهي لا تلتزم بالالتزامات المفروضة على التجار كالقيد في السجل التجارى وكذلك لا يجوز شهر إفلاسها . . . الخ . وفى ذلك تنص المادة "٢٠" من قانون التجارة على أنه "لا تثبت صفة التاجر للدولة وغيرها من أشخاص القانون العام . ومع ذلك تسرى أحكام هذا القانون على الأعمال التجارية التي تزاولها إلا ما يستثنى بنص خاص" .

فالمادة ٢٠ تؤكد عدم ثبوت صفة التاجر للدولة وغيرها من أشخاص القانون العام ولكن فى نفس الوقت تقرر أن الأعمال التجارية التي تزاولها الدولة والأشخاص المعنوية العامة تخضع لأحكام القانون التجارى . أى أن الأعمال التجارية التي تزاولها الدولة أو أحد أشخاص القانون العام تظل لها الطبيعة التجارية وتخضع لأحكام القانون التجارى ولكن ذلك لا يؤدي إلى اكتساب الدولة صفة التاجر .

(١) د/ ناجى عبد المؤمن - مبادئ القانون التجارى الجديد - المرجع السابق - ص ١٣٧ .

(٢) المذكرة الإيضاحية لقانون التجارة - مجلة المحاماة - المرجع السابق - ص ٣٥١ .

وهناك فئة من الأشخاص محظور عليهم مزاوله التجارة وذلك طبقا لقوانين أو لوائح أو أنظمة خاصة مثل المحامين والقضاة والوزراء . . . الخ ، فإذا خالف هؤلاء الأشخاص الحظر المفروض عليهم فى ممارسة الأعمال التجارية وقاموا بمزاولة التجارة فإن ذلك يؤدى إلى اكتسابهم صفة التاجر وخضوعهم للالتزامات التى تقع على طائفة التجار ، و بالتالى يجوز مثلا شهر إفلاسهم باعتبارهم تجار ^(١) . وفى ذلك تنص المادة "١٧" من قانون التجارة الجديد على أنه "إذا زاول التجارة أحد الأشخاص المحظور عليهم الاتجار بمقتضى قوانين أو لوائح أو أنظمة خاصة اعتبر تاجرا وسرت عليه أحكام القانون التجارى" .

ومن الطبيعى أن اكتساب الشخص المحظور عليه مباشرة التجارة صفة التاجر لا يمنع من توقيع الجزاء الإدارى المنصوص عليه مثل شطب الاسم من جدول القيد للمحامى ^(٢) . فالحظر المفروض على هؤلاء الأشخاص لا يرجع إلى عدم مشروعية محل الالتزام ، بل لاعتبارات تتعلق بالوظيفة أو المهنة ^(٣) .

وقد يقوم الشخص بممارسة الأعمال التجارية خلف اسم مستعار بدلا من ممارسة هذه الأعمال باسمه الحقيقى ، وكذلك قد يقوم الشخص بمزاولة التجارة مستترا وراء شخص آخر مثل قيام شخص من المحظور عليهم مباشرة الأعمال التجارية باللجوء إلى شخص آخر لاستثمار أموال أو مزاولة أعمال لحساب الشخص الأول ويطلق على الشخص الأول الشخص المستتر والشخص الآخر الشخص الظاهر ^(٤) . وفى ذلك تنص المادة "١٨" على أنه "تثبت صفة التاجر

(١) د/ سميحة القليوبى - الوسيط فى شرح القانون التجارى المصرى - المرجع السابق - ص ١٨١-١٨٢ . وراجع حكم محكمة استئناف القاهرة جلسة ١١/١٢/١٩٦١ استئناف رقم ٤٨٦ سنة ٧٨ ق، المجموعة الرسمية، المكتب الفنى، العدد الأول - س ٦٠ ص ٦٢٢ رقم ٨٠ .
(٢) د/ سميحة القليوبى - الوسيط فى شرح القانون التجارى المصرى - المرجع السابق - ص ١٨٣ . وأنظر كذلك د/ فايز نعيم رضوان - مبادئ القانون التجارى - المرجع السابق - ص ٢٢٣ .

(٣) من التطبيقات القضائية ما قضت به محكمة النقض المصرية من أن "الأعمال التجارية التى يقوم بها المحامى تعتبر صحيحة" - الطعن رقم ٥٣٩ ق جلسة ١٩٧٥/١/٧ س ٢٦ ص ١٢٤ - قضاء النقض التجارى - المرجع السابق - ص ٥٣ .

(٤) د/ فايز نعيم رضوان - مبادئ القانون التجارى - المرجع السابق - ص ٢٢٦ .

لكل من احترف التجارة باسم مستعار أو مستترا وراء شخص آخر فضلا عن ثبوتها للشخص الظاهر".

فنص المادة ١٨ واضح في أن اكتساب صفة التاجر للشخص الذى يزاول الأعمال التجارية وراء اسم مستعار ، فهذا الشخص فى الحقيقة يقوم بالاتجار بنفسه ولحسابه الخاص و بالتالى فهو مسئول عن نتائج الأعمال التجارية أمام الغير . وكذلك أيضا كان نص المادة ١٨ واضحا فى اكتساب كل من الشخص المستتر والشخص الظاهر صفة التاجر ، فالشخص المستتر فى الحقيقة تتم الأعمال التجارية لحسابه فهو الذى يتحمل بنتائج ممارسة الأعمال التجارية من ربح أو خسارة و بالتالى يكون من المنطقى اكتسابه صفة التاجر ، أما الشخص الظاهر فهو يتعاقد مع الغير باسمه الشخصى ويظهر أمامهم وكأنه يتعامل لحسابه الشخصى ولذلك فإن المشرع قد أصاب عندما نص على اكتساب الصفة التجارية للشخص الظاهر وذلك حماية للغير حسن النية الذى يتعامل معه .

وقد يقوم بعض الأشخاص بانتحال صفة التاجر مستخدمين فى ذلك وسائل متعددة مثل إعلان الشخص عن ممارسته للأعمال التجارية فى الصحف أو فى الإذاعة والتلفزيون الخ ، وهنا يجوز للمحكمة اعتبار ذلك قرينة على احتراف الشخص مزاوله الأعمال التجارية و بالتالى اكتسابه صفة التاجر ، ومع ذلك أجاز المشرع له نفى هذه القرينة بإثبات أنه لم يكتسب الصفة التجارية لعدم مزاولته التجارة فعلا . وفى ذلك تنص المادة "١٩" على الأتى "تفترض صفة التاجر فيمن ينتحلها بالإعلان عنها فى الصحف أو فى منشورات أو فى الإذاعة أو التلفزيون أو بأية وسيلة أخرى ، ويجوز نفى هذه القرينة بإثبات أن من أنتحل الصفة المذكورة لم يزاول التجارة فعلا" .

هذا وقد قرر المشرع استثناء لأرباب الحرف الصغيرة ، وهم الذين يزاولون حرفة ذات نفقات زهيدة للحصول على قدر من الدخل يؤمن معاشهم اليومى ، فقد قرر المشرع عدم سريان أحكام القانون التجارى عليهم . وفى ذلك تنص المادة ١٦ على أنه :-

"١- لا تسرى أحكام القانون التجارى على أرباب الحرف الصغيرة .

٢- يعد من أرباب الحرف الصغيرة كل من يزاول حرفة ذات نفقات زهيدة ، للحصول على مقدار من الدخل يؤمن معاشة اليومي " .

سبق أن أوضحنا شروط اكتساب الشخص لصفة التاجر وهي احترام الأعمال التجارية ، وأن يكون الاحتراف باسم الشخص ولحسابه ، وتوافر الأهلية اللازمة لمباشرة الأعمال التجارية . وحرفة التجارة هي من الحرف التي تحتاج إلي قدر معين من الخبرة والدراية والوعي والحرص والحكمة عند مزاوله الأعمال التجارية ولذلك اشترط المشرع توافر الأهلية التجارية فيمن يرغب في مزاوله التجارة و بالتالي اكتساب صفة التاجر حماية له من شدة الالتزامات المترتبة على مزاوله التجارة واكتساب صفة التاجر . ويقصد بالأهلية التجارية صلاحية الشخص للقيام بالأعمال التجارية واحترافها ^(١) .

هذا وقد نصت المادة " ١١ " على أنه :-

١ - يكون أهلا لمزاوله التجارة مصريا كان أو أجنبيا :

أ- من بلغت سنة إحدى و عشرين سنة كاملة ، و لو كان قانون الدولة التي ينتمى إليها جنسيته يعتبره قاصرا في هذه السن .

ب- من أكمل الثامنة عشرة بالشروط المقررة في قانون الدولة التي ينتمى إليها جنسيته وذلك بعد الحصول على إذن من المحكمة المصرية المختصة .

٢ - لا يجوز لمن تقل سنة عن ثمانية عشرة سنة أن يزاول التجارة في مصر ولو كان قانون الدولة التي ينتمى إليها جنسيته يعتبره راشدا في هذه السن أو يجيز له الاتجار .

٣ - تكون للقاصر المأذون له في الاتجار الأهلية الكاملة للقيام بجميع التصرفات القانونية التي تقتضيها تجارته .

^(١) د/ فايز نعيم رضوان - مبادئ القانون التجارى - المرجع السابق - ص ٢٣٩ .

وكذلك فقد اهتم المشرع المصرى بوضع القواعد التى تحكم التصرف فى أموال الصغير أو المحجور عليه والموجودة فى التجارة حماية لمصالحه وذلك فى المادة "١٢" و المادة "١٣" ^(١).

هذا ولا تختلف المرأة فى تقدير الأهلية التجارية عن الرجل ، فمتى بلغت إحدى وعشرين سنة ولم يقم بها عارض من عوارض الأهلية لها الحق الكامل فى أن تتاجر ولها متى بلغت الثامنة عشرة سنة أن تطلب الأذن لها بالتجارة ولكن الأهلية السابقة تتمتع بها المرأة متى كانت غير متزوجة أو مطلقة أو أرملة أو منفصلة جسمانيا عن زوجها ^(٢).

أما المرأة المتزوجة فالأمر بالنسبة لها يختلف ، فقد أقر المشرع المصرى بأن أهلية المرأة المتزوجة لمزولة التجارة ينظمها قانون الدولة التى تنتمى إليها بجنسيتها . فالمرأة حينما تتزوج يكون عليها مسئوليات جسام ، إذ يكون عليها العناية بزوجها وأولادها ومراعاة شئون بيتها ، لذلك فإن بعض التشريعات الأجنبية تضع بعض القيود على المرأة المتزوجة عند ممارستها

^(١) تنص المادة ١٢ من قانون التجارة رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ على أنه :-
"١- إذا كان للصغير أو المحجور عليه مال فى تجارة جاز للمحكمة أن تأمر بإخراج ماله منها ، أو باستمراره فيها وفقا لما تقضى بها مصلحته .
٢- إذا أمرت المحكمة بالاستمرار فى التجارة وجب أن تمنح النائب عن الصغير أو المحجور عليه إذنا مطلقا أو مقيدا للقيام بالتصرفات التى تقتضيها التجارة .
٣- إذا طرأت أسباب جدية يخشى معها سوء إدارة النائب المأذون له فى الاستمرار فى تجارة الصغير أو المحجور عليه جاز للمحكمة أن تسحب الأذن أو أن تقيده وذلك دون إخلال بالحقوق التى أكتسبها الغير حسن النية .
٤- كل أمر يصدر من المحكمة فى شأن الاستمرار فى تجارة الصغير أو المحجور عليه أو سحب الأذن أو تقييده أو تصفية التجارة ، يجب قيده فى السجل التجارى ونشره فى صحيفة السجل .
كما تنص المادة ١٣ على أنه :-

" إذا أمرت المحكمة بالاستمرار فى تجارة الصغير أو المحجور عليه ، فلا يلتزم إلا فى حدود أمواله المستثمرة فى هذه التجارة ، ويجوز شهر إفلاسه على ألا يشمل الإفلاس الأموال غير المستثمرة فى التجارة ، وفي هذه الحالة لا يترتب على الإفلاس أثر بالنسبة إلى شخص الصغير أو المحجور عليه " .
^(٢) المذكرة الإيضاحية لقانون التجارة - مجلة المحاماة - المرجع السابق - ص ٣٥٢ .

الأعمال التجارية حفاظا على الروابط الأسرية مثل تحريم الاتجار عليها ما لم يأذن لها الزوج فى ذلك .

والمشرع المصرى نجده قدم احترام هذه الاعتبارات التى استهدفها التشريعات الأجنبية ، هذا وقد اتخذ المشرع المصرى أيضا الحيلة لحماية الغير الذى يتعامل مع الزوجة التاجر .

وفى هذا نجد أن المادة "١٤" تنص على أنه :-

"١- ينظم أهلية المرأة المتزوجة لمزاولة التجارة قانون الدولة التى تنتمى إليها بجنسيتها .

٢- يفترض فى الزوجة الأجنبية التى تحترف التجارة أنها تزاولها بإذن زوجها ، فإذا كان القانون الواجب التطبيق يجيز للزوج الاعتراض على احترام زوجته التجارة أو سحب إذنه السابق وجب قيد الاعتراض أو سحب الأذن فى السجل التجارى ونشره فى صحيفة السجل ، ولا يكون للاعتراض أو سحب الأذن أثر إلا من تاريخ إتمام هذا النشر .

٣- لا يؤثر الاعتراض أو سحب الأذن فى الحقوق التى أكتسبها الغير حسن النية".
كما تنص المادة "١٥" على أنه :-

"١- يفترض فى الزوجة الأجنبية التاجرة أنها تزوجت وفقا لنظام انفصال الأموال إلا إذا كانت المشاركة المالية بين الزوجين تنص على خلاف ذلك .

٢- لا يحتج على الغير بالمشاركة المالية بين الزوجين إلا إذا أشهرت بقيدها فى السجل التجارى ونشر ملخصها فى صحيفة السجل .

٣- يجوز للغير فى حالة إهمال شهر المشاركة بين الزوجين أن يثبت أن الزواج قد تم وفقا لنظام مالى أكثر ملائمة لمصلحته من نظام انفصال الأموال.

٤- لا يحتج على الغير بالحكم الصادر خارج مصر القاضى بانفصال الأموال بين الزوجين إلا من تاريخ قيده فى السجل التجارى ونشر ملخصة فى صحيفة هذا السجل".

وأخيرا نود أن نشير إلى ملاحظة هامة وهى أن هنالك بعض الأعمال التجارية المنفردة أو المطلقة لا يؤدى اعتياد الشخص القيام بها إلى اكتسابه صفة التاجر مهما طالّت المدة ، وذلك كما هو الحال بالنسبة لسحب الكمبيالات أو الشيكات أو التعهد فى السندات الاذنية وذلك على الرغم من أن هذه الأعمال تعتبر تجارية حتى ولو وقعت مرة واحدة وذلك طبقا لنص المادة ٣٧٨ من قانون التجارة .

فالأعمال السابقة لا يمكن أن يتخذها الشخص مهنة له و بالتالى فهى لا تكسبه صفة التاجر ، فالشخص الذى يعتاد على سحب كمبيالات أو شيكات أو التعهد فى السندات الاذنية لا يهدف من وراء ذلك إلى تحقيق الكسب أو الربح ولكن فى الحقيقة يقوم بسحب هذه الأوراق التجارية لتسوية معاملات أخرى ، مثل قيام مالك العقار بسحب كمبيالات على المستأجرين من أجل استيفاء الأجرة .

المطلب الثالث: موقف قانون التحكيم المصرى رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤

أصدرت مصر فى ١٨ إبريل سنة ١٩٩٤ ^(١) أول قانون قائم بذاته للتحكيم فيها وهو القانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى المواد المدنية والتجارية و متناولا التحكيم على الصعيدين الداخلى والدولى . ولعل أول وأهم ما يميز هذا القانون الجديد ويضعه فى مصاف أنظمة التحكيم النادرة فى القانون المقارن ، أنه قد جمع من ناحية التحكيم فى المواد المدنية وكذلك التحكيم فى المواد التجارية ، ومن ناحية أخرى أدمج كل من التحكيم الداخلى والتحكيم الدولى فى بوتقة واحدة هى جماع نصوص هذا القانون الجديد ^(٢) .

هذا وقد عمل المشرع المصرى على بيان متى يكون التحكيم تجاريا وذلك فى المادة الثانية من قانون التحكيم ، والمادة الثانية من قانون التحكيم المصرى تنص على أنه :-

" يكون التحكيم تجاريا فى حكم هذا القانون إذا نشأ النزاع حول علاقة قانونية ذات طابع اقتصادى ، عقدية كانت أو غير عقدية ، ويشمل ذلك على سبيل المثال توريد السلع أو الخدمات والوكالات التجارية وعقود التشييد والخبرة الهندسية أو الفنية ومنح التراخيص الصناعية والسياحية وغيرها ونقل التكنولوجيا والاستثمار وعقود التنمية وعمليات البنوك والتأمين و النقل وعمليات تنقيب واستخراج الثروات الطبيعية وتوريد الطاقة ومد أنابيب الغاز أو النفط وشق الطرق والأنفاق واستصلاح الأراضى الزراعية وحماية البيئة وإقامة المفاعلات النووية " .

^(١) صدر القانون فى ١٨ إبريل سنة ١٩٩٤ ليعمل به بعد شهر من اليوم التالى لتاريخ نشرة وقد نشر هذا القانون فى ٢١ إبريل سنة ١٩٩٤ فى العدد ١٦ تابع من الجريدة الرسمية .

^(٢) د/ أحمد قسنت الجداوى - تنازع القوانين فى شأن قابلية النزاع للتحكيم - بحث مقدم إلى مؤتمر القانون المصرى الجديد للتحكيم التجارى وتجارب الدول المختلفة التى اعتمدت القانون النموذجى - نظمه مركز القاهرة الاقليمى للتحكيم التجارى الدولى بالاشتراك مع لجنة الأمم المتحدة لقانون التجارة الدولى (اليونسترال) - القاهرة - فندق شيراتون القاهرة - يومى ١٢ ، ١٣ سبتمبر ١٩٩٤ .

هذا ويلاحظ أن هناك عددا كبيرا من النصوص فى قانون التحكيم المصرى مأخوذة من القانون النموذجى للتحكيم التجارى الدولى لعام ١٩٨٥ الذى وضعته لجنة الأمم المتحدة للقانون التجارى الدولى (اليونسترال) "UNCITRAL"^(١). فنص المادة ٢ من قانون التحكيم المصرى شبة متطابق مع الفقرة الأولى من المادة الأولى من القانون النموذجى للتحكيم التجارى الدولى لعام ١٩٨٥^(٢).

وبالنظر إلى نص المادة الثانية نجد أن هذا النص يدل على أن المشرع المصرى قد توسع فى معيار التجارية فأصبحت كل الأنشطة والمعاملات ذات الطابع الاقتصادى عملا تجاريا طالما انتفى عنها الطابع التبرعى كاتفاقات المعونة أو المشاريع الممولة تمويلا خارجيا أو تحت رعاية ودعم الوكالات الدولية المتخصصة^(٣).

وقد اهتم المشرع فى قانون التحكيم عندما أورد فى المادة تعدادا لما يمكن أن يعد تجاريا فى مفهومه أن يسبق هذا التعداد بالنص صراحة على أن ذلك على

(١) The United Nations Commission on International Trade Law
"UNCITRAL"

(٢) تنص الفقرة الأولى من المادة الأولى "نطاق التطبيق" من القانون النموذجى للتحكيم التجارى الدولى لعام ١٩٨٥ على أنه:-
" ينطبق هذا القانون على التحكيم التجارى الدولى ، مع مراعاة أى اتفاق نافذ مبرم بين هذه الدولة وأية دولة أو دول أخرى". وجاء فى إيضاح معنى التحكيم التجارى ما يلى :-
" ينبغى تفسير مصطلح (التجارى) تفسيراً واسعاً بحيث يشمل المسائل الناشئة عن جميع العلاقات ذات الطبيعة التجارية تعاقدية كانت أو غير تعاقدية ، والعلاقات ذات الطبيعة التجارية تشمل ، دون حصر ، المعاملات التالية : أى معاملة تجارية لتوريد السلع أو الخدمات أو تبادلها ، اتفاقات التوزيع ، التمثيل التجارى أو الوكالة التجارية ، إدارة الحقوق لدى الغير ، التأجير الشرائى ، تشييد المصانع ، الخدمات الاستشارية ، الأعمال الهندسية ، إصدار التراخيص ، الاستثمار ، التمويل ، الأعمال المصرفية ، التأمين ، اتفاق أو امتياز الاستغلال ، المشاريع المشتركة وغيرها من أشكال التعاون الصناعى أو التجارى ، نقل البضائع أو الركاب جواً أو بحراً أو بالسكك الحديدية أو بالطرق البرية ".
وانظر فى ذلك أيضاً د/ منير عبد المجيد - الأسس العامة للتحكيم الدولى والداخلى - منشأة المعارف بالإسكندرية - سنة ٢٠٠٠ - ص ٣٨ وما بعدها .
(٣) د/ خالد محمد القاضى - موسوعة التحكيم التجارى الدولى - الطبعة الأولى ٢٠٠٢ م - ص ٣٨١ .

سبيل المثال ، والمشرع بذلك أراد أن يؤكد أن التحكيم يمكن أن يعد تجارياً متى
تعلق بأعمال ذات طابع اقتصادي ولو لم تكن واردة في التعداد الذي تضمنه ^(١) .

هذا وينتقد بعض الفقه نص المادة الثانية من قانون التحكيم المصري من
عدة جوانب أهمها أن عبارة "الطابع الاقتصادي" تبدو غامضة وفضفاضة ، فهل
يراد بها المعاملات ذات الطابع المالي أم ذات الجدوى الاقتصادية في ممارستها ،
أم ماذا ؟ ^(٢) .

وكان من الأفضل لو التزم المشرع فكرة "العلاقات القانونية المالية" في
تحديده للمنازعات التي يمكن تسويتها بطريق التحكيم سواء اكتسبت تلك العلاقات
الصفة التجارية أم لم تكتسبها ، كما أن هذا الوصف للعلاقات التي تخضع لتسوية
منازعتها للتحكيم يقدم عدة مزايا منها أن عدم اعتماد وصف "التجاري" وإحلال
وصف "المالي" بدلا منه يقود إلى تطويع أحكام القانون بشأن المعاملات التي
يكون واجب التطبيق عليها قانون دولة لا تعرف التفرقة بين القانون المدني
والقانون التجاري كالنظم القانونية الأنجلو أمريكية .

كما أن ذلك يساير فلسفة المشرع المصري ذاته في التوسع وبسط قضاء
التحكيم ونشره تشجيعاً لجذب رؤوس الأموال واستثمارها ، فيكفي أن تكون
المعاملة الناشئة النزاع عنها والمراد تسويته بطريق التحكيم موضوعاً استثمار
مالي أيا كانت طبيعتها : مدنية أو تجارية أو حتى إدارية .

هذا بالإضافة إلى توافق ذلك مع ما جاء بالمادة الأولى من قانون التحكيم
التي تنص على أن " تسرى أحكام هذا القانون على كل تحكيم

^(١) د/ سمير الشرقاوى - مفهوم الدولية والتجارية وفقا للقانون المصري الجديد للتحكيم - بحث
مقدم إلى مؤتمر القانون المصري الجديد للتحكيم التجاري وتجارب الدول المختلفة التي
اعتمدت القانون النموذجي - نظمه مركز القاهرة الاقليمي للتحكيم التجاري الدولي
بالاشتراك مع لجنة الأمم المتحدة لقانون التجارة الدولي (اليونسترال) - القاهرة - فندق
شيراتون القاهرة - يومى ١٢ ، ١٣ سبتمبر ١٩٩٤ - ص ٤ ، ٥ .

^(٢) لمزيد من التفاصيل يرجى الرجوع إلى كتاب د/ أحمد عبد الكريم سلامة - قانون التحكيم
التجاري الدولي والداخلي - الطبعة الأولى - ٢٠٠٤ م - دار النهضة العربية - القاهرة -
من ص ١٩٤ إلى ص ١٩٨ .

. . أيا كانت طبيعة العلاقة القانونية التى يدور حولها النزاع " . فالعبارة الأخيرة جاءت عامة وما أوردته القانون فى المادة الثانية حول معنى التجارية يعد تقييدا لها لا مبرر له ويوقع المشرع فى تناقض ينبغى أن ينتزه عنه .

وكذلك فإن هذا الوصف "العلاقات القانونية المالية" يؤدى إلى التوافق مع الاتفاقات الدولية التى انضمت إليها مصر والتى تعترف بالتحكيم وأحكامه فى منازعات تتعلق بمعاملات قد لا يتوافر فيها وصف التجارية بالمعنى الوارد بالمادة الثانية من قانون التحكيم ، ومن هذه الاتفاقيات : اتفاقية نيويورك لعام ١٩٥٨ الخاصة بتنفيذ أحكام التحكيم والاعتراف بها ، وكذلك اتفاقية واشنطن لعام ١٩٦٥ والمتعلقة بتسوية منازعات الاستثمار بين الدول ورعايا الدول الأخرى ، وكلاهما لا تشير إلى وصف "التجارية" فى المعاملة محل المنازعة .

المطلب الرابع: مفهوم التجارية طبقا لمبادئ العقود التجارية الدولية "اليونيدروا"

جاء النص فى التمهيد الخاص بمبادئ عقود التجارة الدولية على أن المبادئ تضع قواعدا عامة للعقود التجارية الدولية .

"These Principles set forth general rules for international commercial contracts."

وبإمعان النظر داخل المبادئ يتضح لنا أن المبادئ لم تضع أى تعريف خاص أو محدد للعقد التجارى الدولى ^(١) . و بالتالى نجد أنه من الأهمية بمكان معرفة ماذا تقصد المبادئ بمصطلح "العقود التجارية" ، وما هو المعيار الذى تعتقه المبادئ للفرقة بين العقد المدنى والعقد التجارى .

ولكن حقيقة الأمر أن واضعى المبادئ لم يضعوا تعريفا محددًا لمصطلح العقد التجارى وذلك عن قصد منهم ، وفى التعليق على مصطلح العقود التجارية نجد النص على أن المبادئ لا تضع أى تعريف صريح ولكنها تفترض أن مفهوم "تجارية" العقود يجب أن يتم فهمه على أوسع معنى ممكن ^(٢) . وفى ذلك تقول المبادئ فى التعليق على مصطلح العقود "التجارية" أن الاختصار على العقود التجارية لا يقصد منه أن الاتفاقية ترغب فى الأخذ بالفرقة التقليدية ما بين المدنى و التجارى والمعروفة فى بعض النظم القانونية لوصف الأطراف أو المعاملات أى يكون تطبيق المبادئ متوقفا على تمتع الأطراف رسميا بوصف التجار أو إذا كانت المعاملة بطبيعتها تجارية .

^(١) FERRARI (F) – Le champ d'application des Principes pour les Contrats commerciaux internationaux elaborés par UNIDROIT – op. cit. – p. 992 .

^(٢) "The Principles do not provide any express definition but the assumption is that the concept of 'commercial' contracts should be understood in the broadest Possible sense ."

منصوص عليه فى التعليق على التمهيد – رقم ٢ – العقود التجارية.

هذا وتستبعد المبادئ من مجال تطبيقها ما يطلق عليه "معاملات المستهلك" فهذه المعاملات يزداد خضوعها في أنظمة قانونية متنوعة لقواعد خاصة يغلب عليها الطابع الأمر وذلك بهدف حماية المستهلك ، وهو الطرف الذى يبرم العقد خارج نطاق تجارته أو مهنته ، هذا بالإضافة إلى تنوع المعيار الذى يتم تبنيه على كل من الصعيد الوطنى والصعيد الدولى بخصوص التفرقة بين عقود المستهلك وعقود غير المستهلك .

وعلى الرغم من أن المبادئ لا تعطى تعريفا صريحا لمفهوم تجارية العقود ولكنها تفترض أنه يجب أن يتم فهمه على أوسع معنى ممكن ، بحيث لا يقتصر على المعاملات التجارية لتوريد أو تبادل البضائع أو الخدمات ولكن يشتمل أيضا على أنواع أخرى من المعاملات الاقتصادية وعلى سبيل المثال الاستثمار واتفاقات الامتياز وعقود الخدمات المهنية الخ .

الوضع فى اتفاقية فيينا لعام ١٩٨٠

على الرغم من أن هناك قواعد متعددة فى مبادئ اليونيدروا تم اقتباسها بشكل حرفى بصورة أو بأخرى من اتفاقية فيينا لعام ١٩٨٠ " CISG " وذلك كما ذكرنا سابقا فى المقدمة ، إلا أن مبادئ اليونيدروا لم تتبع الطريق الذى اتخذته اتفاقية فيينا فى موضوع التجارة .

فعلى عكس مبادئ اليونيدروا ، فقد أعرضت اتفاقية فيينا عن اشتراط "التجارية" فى البيع الذى يخضع لها ^(١) ، مع أن النصوص قد أعدت من منظور تطبيقها أساسا على البيوع التجارية ^(٢) .

فقد نصت المادة ٣/١ على ألا تؤخذ فى الاعتبار الصفة المدنية أو التجارية للأطراف أو العقد ^(٣) ، ولم تورد أى تحفظ بشأن هذه المسألة مما

(١) د/ محسن شفيق - اتفاقية الأمم المتحدة بشأن البيع الدولى للبضائع (دراسة فى قانون التجارة الدولى) - المرجع السابق - ص ٦١ .

(٢) د/ ثروت حبيب - دراسة فى قانون التجارة الدولية مع الاهتمام بالبيوع الدولية " اتفاقية فيينا لبيع ١٩٨٠ " - المرجع السابق - رقم ١٠٥ ص ٢٢٨ .

(٣) تنص الفقرة الثالثة من المادة الأولى لاتفاقية فيينا لعام ١٩٨٠ على أنه :-

يحول دون أى دولة متعاقدة واشتراط تجارية البيع . هذا ويلاحظ أن تسمية الاتفاقية قد جاءت مطابقة لهذا الوضع ، فقد جاءت خالية من أى إشارة إلى تجارية البيع ^(١).

" لا تؤخذ فى الاعتبار جنسية الأطراف ولا الصفة المدنية أو التجارية للأطراف أو العقد فى تحديد تطبيق هذه الاتفاقية " .
^(١) الاسم الرسمى للاتفاقية هو " اتفاقية الأمم المتحدة بشأن عقود البيع الدولى للبضائع " .

المبحث الثانى: مفهوم الدولية

تعتبر العقود الدولية الأداة الرئيسية التى تتم عن طريقها معاملات التجارة الدولية والتى تتزايد بشكل مطرد وتتنوع صورها وأشكالها فى عالمنا المعاصر .

ودولية العقد تبدو كمسألة أولية ولازمة لإعمال قواعد القانون الدولى الخاص ، سواء ما كان من هذه القواعد ذو صفة موضوعية أو ما كان منها معتبرا من قواعد تنازع القوانين ^(١) .

فهناك مرحلة سابقة منطقيا على تحديد القانون الذى يحكم العقد وهى التى يجب خلالها التأكد أولا من أننا بصدد " عقد دولى " ^(٢) . لذلك تظهر أهمية تحديد المعيار المتبع للفرقة بين العقود الداخلية والعقود الدولية .

وعلى هذا سيتم البحث عن أهم الاتجاهات الفقهية لتحديد مفهوم العقد الدولى (المطلب الأول) ، ونظرا لأن غالبية العقود التجارية الدولية تخضع الآن للتحكيم فسيتم بيان موقف قانون التحكيم المصرى رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ (المطلب الثانى) ، وأخيرا مفهوم الدولية طبقا لمبادئ العقود التجارية الدولية "اليونيدروا" (المطلب الثالث) .

^(١) د/ هشام على صادق - القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية - دار الفكر الجامعى - الإسكندرية - طبعة ٢٠٠١ - ص ٦١ .

^(٢) د/ أحمد صادق القشبرى - الاتجاهات الحديثة فى تعيين القانون الذى يحكم العقود الدولية - محاضرة منشورة بالمجلة المصرية للقانون الدولى - المجلد الحادى والعشرون - ١٩٦٥ - ص ٧٦ .

المطلب الأول: أهم الاتجاهات الفقهية لتحديد مفهوم العقد الدولي

تعتبر مسألة معيار العقد الدولي هي من أكثر المسائل التي أثارت جدلا كبيرا في الفقه وأحكام القضاء المقارن . فالفقه يكاد يجمع على الصعوبة البالغة لوضع معيار منضبط للعقد الدولي ، بل أن بعض الفقه يرى استحالة وضع تعريف جامع وتام للمقصود بمصطلح "العقد الدولي" ^(١) .

وقد اختلف الفقه حول المعيار الواجب الإلتباع لتحديد دولية العقد كشرط لإعمال قواعد القانون الدولي الخاص ، سواء ما كان من هذه القواعد ذو طابع مادي أو ما كان منها معتبرا من قواعد تنازع القوانين ^(٢) .

وتعتبر من أهم المعايير التي أخذ بها الفقه لتحديد دولية العقد هي المعيار القانوني في تحديد مفهوم العقد الدولي والذي يحظى بتأييد الفقه التقليدي وجانب من الفقه الحديث أو المعاصر (الفرع الأول) ، والمعيار الاقتصادي في تحديد مفهوم العقد الدولي (الفرع الثاني) .

^(١) Jean-Christophe POMMIER - PRINCIPE D' AUTONOMIE ET LOI DU CONTRAT EN DROIT INTERNATIONAL PRIVE CONVENTIONNEL – Preface Yvon LOUSSOUARN – ECONOMICA – Paris – 1992 – No.139- P. 141,142 .

" Il est a peu pres impossible de definir ce qu'on entend par Contrat international " .

^(٢) د/ هشام على صادق – المرجع السابق – ص ٧١ .

الفرع الأول: المعيار القانوني في تحديد مفهوم العقد الدولي

يؤكد جانب كبير من الفقه على وجوب أن تحدد صفة الدولية في العقد تبعاً لمعيار قانوني *Critere juridique* يقضى باعتبار العقد دولياً متى اتصل عن طريق أحد عناصره الرئيسية بصلات أو روابط مع أكثر من نظام قانوني^(١).

فالعميد BATIFFOL يعرف العقد الدولي بأنه "يعتبر العقد ذو صفة دولية إذا كانت الأعمال المتعلقة بانعقاده أو تنفيذه أو حالة الأطراف فيه ، سواء من جهة جنسيتهم أو محال إقامتهم أو من ناحية تركيز موضوعه تتصل بصلات أو روابط مع أكثر من نظام قانوني"^(٢).

فالحادث أن المنازعة القانونية ، في تجريد شامل ، تنقسم ، نتيجة قيام ظاهرة تعدد الدول في الجماعة الدولية ، إلى منازعات داخلية أو وطنية بحتة تقوم أو ترتبط في سائر عناصرها بدولة معينة ، فيتعهدا التنظيم الداخلي ابتغاء فضها ، ومنازعات دولية تتعدى نطاق الدولة الواحدة منفتحة على العالم الخارجى أو على الجماعة الدولية^(٣).

فالمعيار القانوني يقوم على فكرة أساسية تعتمد على أن العقد يعتبر دولياً عندما تتصل عناصره القانونية بأكثر من نظام قانوني واحد^(٤). ومن أمثلة ذلك إبرام عقد في روما بإيطاليا بين إيطالي مقيم بإيطاليا وألماني مقيم بألمانيا

(١) د/ سلامة فارس عرب – وسائل معالجة اختلال توازن العقود الدولية في قانون التجارة الدولية – الطبعة الأولى ١٩٩٩ – بدون اسم ناشر – ص ٣٨ .

(٢) BATIFFOL (H.) - Encyclopedie juridique – Dalloz – repertoire de droit International – Tome 1 – 1968 – contrats et conventions no.9 - p.564 – " Il est donc permis conciderer qu'un contrat a un caractere international quand , par les actes concernant sa conclusion ou son execution , ou la situation des parties quant a leur nationalite ou leur domicile , ou la localisation de son object ,il a des liens avec plus d'un systeme juridique " .

مشار إليه في كتاب د/ سلامة فارس عرب – المرجع السابق – ص ٣٨ .
(٣) د/ أحمد قسمت الجداوى – مبادئ الاختصاص القضائي الدولي وتنفيذ الأحكام الأجنبية – دار النهضة العربية – القاهرة – طبعة ١٩٧٢ – ص ٢٠ .

(٤) POMMIER (Jean-Christophe) – op. cit. - No. 142 - P. 143.

بخصوص بضائع مطلوب تسليمها فى إنجلترا ويتم السداد للقيمة فى روما ،
فالعقد فى المثال السابق هو عقد دولى حيث تتصل عناصره بأكثر من دولة (ثلاث
دول) ، أى أن هذا العقد تتصل عناصره بأكثر من نظام قانونى .

فعند البحث عن هل يعتبر العقد دوليا أم وطنيا يجب أولا الكشف عن
مدى تطرق الصفة الأجنبية إلى عناصر العقد القانونية ، ومن أمثلة ذلك وجود
الجنسية الأجنبية أو تنفيذ العقد فى الخارج . . . الخ ^(١) . فالعنصر الأجنبى قد
يكون متصلا بإبرام العقد أو بتنفيذه أو بجنسية المتعاقدين أو بموطن المتعاقدين . .
الخ . فإذا اتصلت عناصر الرابطة العقدية بدولة أو أكثر غير دولة القاضى
المطروح عليه النزاع ، فإنها تكتسب على هذا النحو الطابع الدولى لتعلقها فى هذه
الحالة بأكثر من نظام قانونى واحد ^(٢) .

وعلى العكس من ذلك إذا عمل أطراف العقد على إضفاء الصفة الدولية
على العقد خلافا للحقيقة ، كما فى حالة ارتباط عناصر العقد القانونية بنظام
قانونى معين ، و بالتالى عدم وجود عنصر الصفة الأجنبية ومع ذلك يتفق أطراف
العقد على إعطاء الاختصاص التشريعى لقانون أجنبى إعمالا لمبدأ سلطان
الإرادة ، فإن هذا الاتفاق يعتبر عديم الأثر حيث أنه عند عرض الأمر على
القضاء يستطيع منعه من التطبيق وذلك إعمالا لمفهوم الغش نحو القانون ^(٣) .

ويوجد اختلاف فقهى بين أنصار الأخذ بالمعيار القانونى لدولية العقد
حول مدى فاعلية العناصر القانونية للعقد وأثر كل منها على وصف الرابطة
العقدية بالطابع الدولى ، فمنهم من يرى التسوية بين كافة عناصر الرابطة العقدية
ومنهم من يرى التفرقة بين هذه العناصر من حيث مدى التأثير الذى يصل إليه
كل منها على دولية العقد .

^(١) د/ أحمد صادق القشيري – الاتجاهات الحديثة فى تعيين القانون الذى يحكم العقود الدولية –
المرجع السابق – ص ٧٣ .

Holleaux (D.) , Foyer (J.) et De La Pradelle (G.) – Droit International
Prive - Masson – 1987 – p. 590 ets .

^(٢) د/ هشام على صادق – المرجع السابق – ص ٧٣ .

^(٣) El Kocheri (A. S.) – La notion de contrat international - these –
Rennes -1962 – p. 30 .

فيميل الفقه التقليدي إلى التسوية بين العناصر القانونية للرابطة العقدية بحيث يترتب على تطرق الصفة الأجنبية إلى أى منها اكتساب العقد للطابع الدولي مما يبرر إخضاعه لإحكام القانون الدولي الخاص ، مما يكفي "ووفقا لهذا الرأي" إعطاء المتعاقدين حق اختيار القانون الذى تخضع له الرابطة العقدية حيث أن الرابطة العقدية فى هذه الحالة ستتصل بأكثر من نظام قانونى .

ولهذا يؤكد الفقه التقليدي أن العقد يكون دوليا فيما لو تطرق العنصر الأجنبى إلى أطراف الرابطة العقدية أو موضوعها أو واقعها المنشئة ^(١) . وعلى سبيل المثال يكون العقد دوليا لو كان أحد أطرافه متمتعا بجنسية أجنبية أو كان العقد قد تم إبرامه أو تنفيذه فى غير دولة القاضى المطروح عليه النزاع أو كان أحد الأطراف مقيما فى غير دولة القاضى الخ .

وتجدر الإشارة إلى أن التطور الذى يحدث فى وسائل التعاقد على المستوى الدولي يكشف كل يوم عن جديد فى نطاق العناصر التى تؤدى إلى إكساب العقد الصفة الدولية ، ومن أمثلة ذلك المكان أو الأماكن (فى حالة تعددها) التى أجريت فيها المفاوضات على العقد ^(٢) .

وعلى الرغم من أن رأى الفقه التقليدي يمتاز بالبساطة و الوضوح نظرا لاعتماده على عناصر مستمدة من الرابطة التعاقدية ، و بالتالى فهو يحد من السلطة التقديرية للقاضى المطروح عليه النزاع عند تحديد الطابع الدولي للعقد ^(٣) ، فيكفى كما أشرنا إلى تطرق الصفة الأجنبية إلى أى من العناصر القانونية للرابطة العقدية حتى يعتبر العقد دوليا . إلا أن رأى الفقه التقليدي فى المعيار القانونى يتسم بالآلية والجمود حيث يؤدى الأخذ به إلى أعمال أحكام القانون الدولي الخاص لمجرد أن يتوافر عنصرا أجنبيا فى العقد بغض النظر عن مدى أهمية هذا العنصر أو الطبيعة الخاصة بالرابطة العقدية .

(١) د/ هشام على صادق - المرجع السابق - ص ٧٤ .

(٢) Antoine Kassis - Le nouveau droit europeen des contrats

internationaux - L.G.D.J. - PARIS - 1993 - No. 73 - P. 89 et 90.

(٣) د/ أبو العلا على أبو العلا النمر - دراسة تحليلية لمبادئ معهد روما " اليونيدروا " المتعلقة بعقود التجارة الدولية - المرجع السابق - ص ٢٢ .

لذلك ظهر فى مواجهة الفقه التقليدى السابق رأى آخر يشكك فى أنه قد لا يكون لبعض العناصر القانونية للعقد إذا تطرقت لها الصفة الأجنبية أدنى تأثير فى منح العقد الصفة الدولية . ولهذا يفضل جانب من الفقه المعاصر أن يتم التفرقة فى خصوص العناصر القانونية للرابطة العقدية ، والتي قد تتطرق إليها الصفة الأجنبية ، بين العناصر المؤثرة أو الفاعلة والعناصر المحايدة أو غير الفاعلة ^(١) . أى أنه إذا تطرقت الصفة الأجنبية إلى عنصر من عناصر العقد لا يشكل أهمية خاصة فى شأن الرابطة العقدية ، أى أن هذا العنصر يعتبر محايدا أو غير فاعل ، فإن ذلك لا يكفى لوصف العقد بالصفة الدولية .

وعلى سبيل المثال إذا قام أجنبى مقيم فى مصر بشراء مستلزمات وبضائع لاستخدامه الشخصى من السوق المحلية فإن الرابطة العقدية التى تحكم هذا الشراء لا تثير مشكلة تنازع قوانين ، ولكن تخضع هذه الرابطة العقدية والتى نشأت بين البائع المصرى والمشتري الأجنبى للقانون الوطنى أو الداخلى . فإذا قلنا أن الأجنبى الذى يشتري سجائر أو جريدة يبرم عقدا من عقود "القانون الخاص الداخلى" ، فمؤدى ذلك أن جنسيته عنصر سلبي غير مؤثر فى تكييف العملية العقدية ^(٢) .

وفى هذا الاتجاه يرى بعض الفقهاء أن جنسية المتعاقدين الأجنبية لا تعتبر عنصرا مؤثرا أو فاعلا فى العقود التجارية وبصفة عامة فى عقود المعاملات المالية ، و بالتالى فهى فى ذاتها لا تصلح أساسا لمنح هذه العقود الصفة الدولية ^(٣) . ومن أمثلة ذلك عقد بيع تم إبرامه بين منتج ألماني لثمار الفاكهة و بين بائع فاكهة

(١) Alfonsin – Contribution a l'etude de la relation Juridique en droit international Prive – Melanges offerts a Jacques Maury – tome 1 – PARIS – 1960 – P. 27 – 37 .

وأنظر أيضا د/ أحمد صادق القشيري – الاتجاهات الحديثة فى تعيين القانون الذى يحكم العقود الدولية - المرجع السابق – ص ٧٦ ، و أنظر كذلك

El Kocheri (A. S.) – La notion de contrat international – op. cit.- no. 79. ^(٢) د/ أحمد صادق القشيري – الاتجاهات الحديثة فى تعيين القانون الذى يحكم العقود الدولية – المرجع السابق – ص ٨٠ .

BATIFFOL (H.) – Le Pluralisme des methods en Droit International ^(٣) Prive - Recueil des cours – La Haye – 1973 – tome 139 – p. 108 .

هولندى يفتح محله التجارى بألمانيا ، مع ملاحظة أن مكان دفع القيمة ومكان تسليم البضائع فى ألمانيا ، فى المثال السابق نجد أن العنصر الأجنبى فى هذه الرابطة العقدية هى "اختلاف جنسية الأطراف" ، ومع ذلك فإنه من المنطقى اعتبار هذا العقد من العقود الداخلية وليس من العقود الدولية .

ويتضح مما سبق أن القاضى عند تكييفه للعلاقة العقدية المطروحة عليه، يقوم بتحديد ما إذا كانت الرابطة العقدية تتسم بالطابع الدولى مما يؤدى إلى إخضاعها لأحكام القانون الدولى الخاص مما يبرر أعمال قواعد الإسناد وخاصة خضوع العقود الدولية لقانون الإرادة ، أم انه على النقيض تتسم الرابطة العقدية بالطابع الداخلى مما يؤدى إلى إخضاع الرابطة العقدية لقانون القاضى الوطنى دون اللجوء إلى قواعد تنازع القوانين .

وتكليف العلاقة العقدية بهذه الكيفية هى مسألة قانونية دقيقة للغاية مما يحتم إخضاعها لرقابة محكمة النقض . وتزداد أهمية رقابة محكمة النقض بعد أن رفض الفقه الحديث العناصر للمعيار القانونى لدولية العقد الرأى الذى سوى بين العناصر القانونية للرابطة العقدية ، مفضلا التفرقة فى هذا الصدد بين العناصر المحايدة والعناصر المؤثرة وهى مسألة نسبية تتوقف كما رأينا على طبيعة العقد ونوعية المشكلة التى ثار بشأنها النزاع ^(١) .

(١) د/ هشام على صادق- القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية - المرجع السابق - ص ٨٢ .

الفرع الثانى: المعيار الاقتصادى فى تحديد مفهوم العقد الدولى

تتعدد الأساليب والصيغ التى تستخدم للتعبير عن المعيار الاقتصادى فى تحديده لمفهوم العقد الدولى . ومن أهم هذه الأساليب و الصيغ :-

أولاً: فكرة المد والجزر بين البضائع وقيمتها عبر الحدود الدولية :

" L'idee de flux et reflux au – dessus des frontieres . "

وظهرت هذه الفكرة لأول مرة فى القضاء الفرنسى – بعد سنوات قليلة من انتهاء الحرب العالمية الأولى – على يد المحامى العام "MATTER" وذلك بمناسبة قضية طرحت على محكمة النقض الفرنسية فى ١٧/٥/١٩٢٧^(١) . وطبقا للمفهوم السابق يكون العقد دوليا إذا استتبع حركة مد وجزر عبر حدود دولتين أو أكثر للبضائع ورؤوس الأموال ، وبالتالى لا يعد العقد دوليا إذا لم يستتبع ذلك حتى ولو تطرق إليه عنصر أجنبى آخر .

ثانيا: العقد الذى يجتاز بتبعاته وآثاره الاقتصاد الوطنى :

وقد ظهرت هذه الفكرة – لاحقا على ظهور فكرة السيد MATTER السابقة – وذلك فى حكم لمحكمة النقض الفرنسية بتاريخ ١٤/٢/١٩٣٤ وفىه اعتبرت المحكمة أن العقد يعد دوليا إذا أرتبط بعملية تجاوز نطاق الاقتصاد الداخلى للدولة^(٢) . فيعتمد تقرير الطابع الدولى للعقد على كل العناصر التى تجب أن تؤخذ فى الاعتبار لتقدير مدى تعدى وخروج اقتصاديات العقد عن نطاق الاقتصاد الداخلى للدولة .

ثالثا: العقد الذى يتعلق أو يؤدى إلى المساس بمصالح التجارة الدولية :

اتبع القضاء الفرنسى فكرة جديدة فى العديد من أحكامه – وبخاصة فى مجال التحكيم الدولى – وذلك للتعبير عن المعيار الاقتصادى فى تحديد مفهوم العقد الدولى ، وتقوم هذه الفكرة على أنه يعتبر العقد دوليا إذا كان يتعلق بمصالح

(١) د/ سلامة فارس عرب – المرجع السابق – ص ٢٨ .

(٢) Yvon LOUSSOUARN et Pierre BOUREL – DROIT INTERNATIONAL PRIVE – Dallos – PARIS – 1978 - P. 492 et 493.

التجارة الدولية أو إذا كان يأخذ فى الاعتبار أو يراعى مقتضيات التجارة الدولية^(١) . ويلاحظ كما يرى بعض الفقه أن هذه الفكرة أكثر اتساعا ومرونة فهي تترك للقاضى المطروح عليه النزاع فى كل حالة على حده تحديد هل يتعلق العقد أو يأخذ فى الاعتبار مصالح التجارة الدولية و بالتالى يعتبر عقدا دوليا فيخضع لأحكام القانون الدولى الخاص ، أم لا فيعتبر عقدا داخليا يبقى تحت سلطان القانون الوطنى .

هذا وينتقد بعض الفقه بشدة المعيار الاقتصادى ويرون عدم صلاحيته كمعيار لتحديد مفهوم العقد الدولى ، فمن ناحية يرون أن المعيار الاقتصادى ليس فى الحقيقة معيارا بل هو فى الأصل مجرد شرط Simple condition قام القضاء الفرنسى بابتداعه لتطبيق حلول موضوعية معينة فرضتها استراتيجيات قانونية و سياسية خاصة بالقانون الفرنسى كصلاحية شرط الدفع بالذهب^(٢) أو الاعتراف بأهلية الدولة للالتجاء إلى التحكيم الخ ، ومن ناحية أخرى فإنه ليس من اليسير فى الغالب تحديد المقصود بحركة المد والجزر للقيم الاقتصادية عبر حدود الدول^(٣) أو تعدى آثار المعاملات نطاق الاقتصاد الوطنى أو الاتصال بمصالح التجارة الدولية ، ومن ناحية ثالثة قصور المفهوم الاقتصادى للتحكيم الدولى حيث أن هناك من المعاملات الدولية ما لا يستتبع انتقال للقيم الاقتصادية ورؤوس الأموال عبر الحدود كاتفاقات المقاصة بين المصارف وهبة العقار بين الأجانب على الإقليم الوطنى. . . الخ ، ويؤكد هذا الفقه رأيه بأنه لا يوجد فى العديد من القوانين المقارنة أثرا للفكرة الاقتصادية لدولية التحكيم ومن ذلك القانون السويسرى لعام ١٩٨٧ ، والقانون الألمانى لعام ١٩٩٧ ، وقانون التحكيم

(١) Fouchard (Ph.) – Quand un Arbitrage est-il international ? –
Revue de Arbitral – 1970 – p. 75 ets.

(٢) Jacquet (Jean-Michel) – Principe d'autonomie et Contrats
Internationaux - Economica – PARIS – 1983 – no. 371 p. 251 .

(٣) Loussouarn (Y.) et Bredin – Droit du Commerce International –
Sirey - PARIS – 1969 – no. 511 .

السويدي لعام ١٩٩٩، وقانون التحكيم الانجليزى لعام ١٩٩٦ النافذ فى ٣١ يناير ١٩٩٧^(١).

وفى المقابل لرأى الفقه السابق نجد أن هناك جانبا من الفقه يؤيد تطبيق المعيار الاقتصادى عند تحديد مدى اعتبار العقد دوليا .

و الرأى الذى نؤيده فى هذا الموضوع أنه عند تحديد دولية الرابطة العقدية فإن المعيار الاقتصادى لا يتعارض بالضرورة مع المعيار القانونى الذى يعتد بدولية الرابطة القانونية عند اتصالها بأكثر من نظام قانونى واحد ، فالرابطة العقدية التى تؤدى إلى انتقال للبضائع والأموال بين أكثر من دولة والتى تراعى مصالح ومقتضيات التجارة الدولية يتحقق لها المعيار الاقتصادى لدوليتها وفى نفس الوقت نجد أن هذه الرابطة العقدية تتصل بأكثر من نظام قانونى واحد و بالتالى يتحقق لها أيضا المعيار القانونى لدوليتها .

ومن الأمثلة الشائعة فى ذلك وجود عقد بيع يكون فيه المشتري مقيما فى دولة تختلف عن الدولة التى يقيم فيها البائع ، وفى هذا العقد نجد أن اختلاف محل إقامة البائع والمشتري يتحقق معه المعيار القانونى حيث أن الرابطة العقدية هنا قد اتصلت بأكثر من نظام قانونى ، وفى نفس الوقت فإنه سترتب على هذا العقد انتقال للأموال والبضائع عبر حدود الدول حيث أن تسليم المبيع ودفع الثمن سيكون فى دولة مختلفة مما سيؤدى إلى توافر المعيار الاقتصادى لدولية العقد أيضا .

لذلك فإننا نرى أنه من الأفضل الجمع بين المعيار القانونى والمعيار الاقتصادى عند تحديد دولية العقد ، فيكون العقد دوليا متى اتصل بروابط أو صلات مع أكثر من نظام قانونى وفى نفس الوقت يتعلق العقد أو يؤدى إلى المساس بمصالح التجارة الدولية . و بالتالى عند عرض النزاع حول الرابطة العقدية على القضاء فإنه لى يقرر دولية العقد يجب أن يتحقق من وجود العنصر

(١) راجع رأى الدكتور/ أحمد عبد الكريم سلامة – قانون التحكيم التجارى الدولى و الداخلى- المرجع السابق – من ص ١٠٩ إلى ص ١١٧ .

الأجنبي في الرابطة العقدية أى توافر المعيار القانوني كما يتحقق أيضا من تعلق العقد أو مساسه بمصالح التجارة الدولية أى توافر المعيار الاقتصادي . هذا و قد أخذ بعض الفقه والقضاء الحديث بهذا الرأي ، فنجد أن الاتفاقية الأوروبية للتحكيم التجاري الدولي والتي تم إبرامها في جنيف عام ١٩٦١ عندما قامت بتحديد دولية العقد و بالتالي دولية التحكيم قد جمعت بين المعيار الاقتصادي لدولية العقد بارتباطه بمصالح التجارة الدولية والمعيار القانوني المستمد من اختلاف محل إقامة الطرفين ^(١) .

المطلب الثانى: موقف قانون التحكيم المصرى رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤

سبق أن أوضحنا كلا من المعيار القانونى والمعيار الاقتصادى فى تحديد دولية العقد وأشرنا إلى وجود اتجاه عند بعض الفقه و القضاء للجمع بين المعيارين عند تحديد دولية العقد . وبالنظر فى قانون التحكيم المصرى رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ نجد أن المادة الثالثة تنص على أنه :-

" يكون التحكيم دوليا فى حكم هذا القانون إذا كان موضوعه نزاعا يتعلق بالتجارة الدولية وذلك فى الأحوال الآتية :

أولا : إذا كان المركز الرئيسى لأعمال كل من طرفى التحكيم يقع فى دولتين مختلفتين وقت إبرام اتفاق التحكيم ، فإذا كان لأحد الطرفين عدة مراكز للأعمال ، فالعبرة بالمركز الأكثر ارتباطا بموضوع اتفاق التحكيم ، وإذا لم يكن لأحد طرفى التحكيم مركز أعمال فالعبرة بمحل إقامته المعتاد .

ثانيا : إذا اتفق طرفا التحكيم على اللجوء إلى منظمة تحكيم دائمة أو مركز للتحكيم يوجد مقره داخل جمهورية مصر العربية أو خارجها .

ثالثا : إذا كان موضوع النزاع الذى يشمل اتفاق التحكيم يرتبط بأكثر من دولة واحدة .

رابعا : إذا كان المركز الرئيسى لأعمال كل من طرفى التحكيم يقع فى نفس الدولة وقت إبرام اتفاق التحكيم و كان أحد الأماكن التالية واقعا خارج هذه الدولة :

أ – مكان إجراء التحكيم كما عينة اتفاق التحكيم أو أشار إلى كيفية تعيينه .

ب – مكان تنفيذ جانب جوهرى من الالتزامات الناشئة عن العلاقة التجارية بين الطرفين .

ج – المكان الأكثر ارتباطا بموضوع النزاع . "

وحقيقة الأمر أن المسلك الذى اتخذه المشرع المصرى فى المادة الثالثة السابقة لتحديد معيار الدولية قد أثار جدلا فقهيًا كبيرًا عند تفسير هذا النص . فذهب جانب من الفقه فى مصر إلى أن المشرع المصرى قد أخذ بالمعيار الاقتصادى فى تحديده لدولية التحكيم عن طريق وضعه للمعيار العام للدولية فى صدر المادة الثالثة "يكون التحكيم دوليًا فى حكم هذا القانون إذا كان موضوعه نزاعًا يتعلق بالتجارة الدولية" ^(١) . أما الحالات التفصيلية التى وردت فى الفقرات من "أولاً" حتى "رابعاً" فهى أقرب إلى العمل الفقهي منها إلى العمل التشريعي ^(٢) .

ومن الأدلة التى يؤكد بها أنصار هذا الجانب من الفقه على اعتناق المشرع المعيار الاقتصادى وحده أن معيار تعلق النزاع بالتجارة الدولية هو معيار كافى لاعتبار التحكيم يتسم بالصفة الدولية دون الحاجة إلى توافر إحدى الحالات الأربع المشار إليها فى المادة ٣ حيث أن هناك من هذه الحالات ما لا يمت بصلة للتجارة الدولية مثل ما هو مذكور فى الفقرة الثانية من اتفاق طرفى التحكيم على اللجوء إلى منظمة تحكيم دائمة أو مركز للتحكيم يوجد مقره داخل جمهورية مصر العربية أو خارجها ^(٣) ، أو كما يرى البعض أنه لم يكن هناك

^(١) يظهر من هذا النص أن التحكيم يكون دوليًا إذا كان موضوع النزاع يتعلق بالتجارة الدولية ، وهذا يعنى أنه فى مجال العقود إذا تعلقت هذه العقود بالتجارة الدولية وفقًا لمبادئ القانون الدولى الخاص فإن التحكيم الخاص بالمنازعات التى تنشأ عنها يكون تحكيمًا دوليًا . أنظر د/ مختار بريـى- التحكيم التجارى الدولى - دار النهضة العربية - القاهرة - ١٩٩٥ - بند ١٩ ص ٢٩ . وأنظر أيضا د/ أحمد صالح مخلوف - اتفاق التحكيم كاسلوب لتسوية منازعات التجارة الدولية - رسالة دكتوراه - حقوق القاهرة - ٢٠٠٠ - ص ٦٤ وما بعدها . ^(٢) د/ أحمد عبد الكريم سلامة - قانون التحكيم التجارى الدولى والداخلى - المرجع السابق - ص ١٠٧ . وأنظر أيضا د/ سلامة فارس عرب - وسائل معالجة اختلال توازن العقود الدولية فى قانون التجارة الدولية - المرجع السابق - ص ٥٩٠ . وأنظر كذلك د/ خالد محمد القاضى - موسوعة التحكيم التجارى الدولى - المرجع السابق - ص ٣٨٣ . ^(٣) يلاحظ أن المشرع الفرنسى قد اكتفى بالمعيار العام دون النص على أى حالات تفصيلية ، وذلك طبقا للحكم الوارد فى المادة ١٤٩٢ من قانون الإجراءات المدنية الفرنسى الجديد والتى تنص على أنه "يعتبر دوليًا التحكيم الذى يتعلق بمصالح التجارة الدولية" .

داع مطلقا من المشرع إلى تعداد حالات وأمثلة للتحكيم الدولى إذ أن تمتعها بالدولية يعد من قبيل تحصيل الحاصل^(١) .

وذهب جانب آخر من الفقه إلى أن المعيار الاقتصادى لا يكفى وحده لوصف التحكيم بالدولية ، فيشترط حتى يكون التحكيم دوليا أن يتعلق النزاع بالتجارة الدولية بالإضافة إلى توافر حالة من الحالات الأربعة المذكورة فى المادة "٣" من قانون التحكيم المصرى ، أى أن الحالات الأربعة هى معايير مكملة للمعيار الاقتصادى^(٢) . كما يرى هذا الجانب أن المشرع المصرى قد نقل عن وتأثر بأحكام القانون النموذجى للتحكيم التجارى الدولى لسنة ١٩٨٥ "اليونسترال"^(٣) .

(١) د/ حفيظة السيد الحداد - الطعن بالبطلان على أحكام التحكيم الصادرة فى المنازعات الخاصة الدولية - دراسة تحليلية وانتقادية لأحكام القانون المصرى رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ بشأن التحكيم فى المواد المدنية و التجارية - دار الفكر الجامعى - الإسكندرية - بدون سنة طبع - ص ٨٤ .

(٢) د/ أحمد عبد الكريم سلامة - قانون التحكيم التجارى الدولى والداخلى - المرجع السابق - من ص ١٠٨ إلى ص ١٠٩ . وأنظر أيضا د/ مصطفى محمد الجمال ، د/ عكاشة محمد عبد العال - التحكيم فى العلاقات الخاصة الدولية والداخلية - "وضع التحكيم فى النظام القانونى الكلى - اتفاق التحكيم - خصومة التحكيم" - الجزء الأول - الطبعة الأولى - الفتح للطباعة والنشر - الإسكندرية - ١٩٩٨ - ص ٧٨ .

(٣) تنص الفقرة الثالثة من المادة الأولى من القانون النموذجى للتحكيم التجارى الدولى للجنة الأمم المتحدة للقانون التجارى الدولى سنة ١٩٨٥ "اليونسترال" على أنه :-
" يكون أى تحكيم دوليا :

(أ) إذا كان مقر عمل طرفى اتفاق التحكيم ، وقت عقد ذلك الاتفاق واقعين فى دولتين مختلفتين ، أو

(ب) إذا كان أحد الأماكن التالية واقعا خارج الدولة التى يقع فيها مقر عمل الطرفين :

١ - مكان التحكيم إذا كان محدد فى اتفاق التحكيم أو طبقا له

٢ - أى مكان ينفذ فيه جزء هام من الالتزامات الناشئة عن العلاقات التجارية ، أو المكان الذى يكون لموضوع النزاع أوثق الصلة به ، أو

(ج) إذا اتفق الطرفان صراحة على أن موضوع اتفاق التحكيم متعلق بأكثر من دولة واحدة" كما تنص الفقرة الرابعة من المادة الأولى على أنه :-

" لأغراض الفقرة (٣) من هذه المادة :

(أ) إذا كان لأحد الطرفين أكثر من مقر عمل ، فتكون العبرة بمقر العمل الأوثق صلة باتفاق التحكيم .

(ب) إذا لم يكن لأحد الطرفين مقر عمل فتكون العبرة بمحل إقامته المعتاد " =

أما الرأى الذى نؤيده هو أن المشرع المصرى قد جمع بين المعيار الاقتصادى والمعيار القانونى عند قيامه بتحديد متى يكون التحكيم دوليا وذلك فى المادة "٣" من قانون التحكيم المصرى رقم ١٧ لسنة ١٩٩٤ ومما يثبت ذلك أن المشرع المصرى بدأ فى المادة ٣ بعبارة "يكون التحكيم دوليا فى حكم هذا القانون إذا كان موضوعه نزاعا يتعلق بالتجارة الدولية" وهذا هو المعيار الاقتصادى ، ثم أكمل المشرع العبارة السابقة بعبارة "وذلك فى الأحوال التالية" ثم ذكر المشرع أربع حالات على سبيل الحصر يجب توافر إحداها بالإضافة إلى المعيار الاقتصادى السابق ومن بين هذه الحالات على سبيل المثال الحالة المذكورة فى الفقرة أولا والتي تنص على أنه "إذا كان المركز الرئيسى لأعمال كل من طرفى التحكيم يقع فى دولتين مختلفتين وقت إبرام اتفاق التحكيم" وهذا يعتبر معيار قانونى لدولية النزاع ^(١) .

ونرى أنه كان من الأفضل أن يقوم المشرع عند تعداده للحالات المذكورة فى الفقرات من أولا إلى رابعا فى المادة الثالثة أن يذكر أنها على سبيل المثال بدلا من التعداد الحصرى ^(٢) الذى اتبعه المشرع نظرا لاحتمالية حدوث تطورات

أنظر د/ سلامة فارس عرب - وسائل معالجة اختلال توازن العقود الدولية فى قانون التجارة الدولية - المرجع السابق - ص ٥٨٨ . وأنظر كذلك د/ سمير الشرقاوى - مفهوم الدولية والتجارية وفقا للقانون المصرى الجديد للتحكيم - بحث مقدم إلى مؤتمر القانون المصرى الجديد للتحكيم التجارى و تجارب الدول المختلفة التى اعتمدت القانون النموذجى - نظمه مركز القاهرة الاقليمى للتحكيم التجارى الدولى بالاشتراك مع لجنة الأمم المتحدة لقانون التجارة الدولية (اليونسترال) - القاهرة - فندق شيراتون القاهرة - يومى ١٢ ، ١٣ سبتمبر ١٩٩٤ - ص ٧ و ما بعدها .

^(١) راجع د/ أحمد شرف الدين - التحكيم الداخلى والتحكيم الدولى فى قانون التحكيم الجديد (معايير التمييز وأهميته) - بحث موجود ضمن أعمال مؤتمر القانون المصرى الجديد للتحكيم التجارى وتجارب الدول المختلفة التى اعتمدت القانون النموذجى - نظمه مركز القاهرة الاقليمى للتحكيم التجارى الدولى بالاشتراك مع لجنة الأمم المتحدة لقانون التجارة الدولية (اليونسترال) - القاهرة - فندق شيراتون القاهرة - يومى ١٢ ، ١٣ سبتمبر ١٩٩٤ - ص ٧ ، ص ٨ .

^(٢) د/ إبراهيم أحمد إبراهيم - التحكيم الدولى الخاص - الطبعة الثالثة - دار النهضة العربية - القاهرة - ٢٠٠٠ - ص ٥٧ .

ومتغيرات مستقبلية قد تتطلب إدراج حالات أخرى تناسب هذه التطورات أو المتغيرات مما يعنى أهمية إعطاء المحكمة المختصة بنظر النزاع سلطة أو حرية تقديرية فى ذلك .

المطلب الثالث: مفهوم الدولية طبقاً لمبادئ العقود التجارية الدولية "اليونيدروا"

سبق الإشارة عند تعرضنا لتوضيح مفهوم التجارية طبقاً للمبادئ بأنه جاء النص في التمهيد الخاص بمبادئ عقود التجارة الدولية على أن المبادئ تضع قواعداً عامة للعقود التجارية الدولية وبأن المبادئ لم تضع أى تعريف خاص أو محدد للعقد التجارى الدولى ^(١) . وعلى ذلك تكون من الأهمية البالغة معرفة ماذا تقصد المبادئ بمصطلح "العقود الدولية" وكذلك معرفة المعيار الذى تأخذ به المبادئ لوصف العقد بالدولية .

وحقيقة الأمر أن المبادئ لم تأخذ صراحة بأى من المعايير المختلفة التى تتبناها التشريعات الوطنية أو الدولية للتفرقة بين العقد الداخلى أو الوطنى والعقد الدولى ، ولكن فى نفس الوقت تؤكد المبادئ على أن مفهوم دولية العقود يجب أن يحظى ويأخذ أوسع تفسير ممكن بحيث لا يستبعد إلا الحالات التى لا يتوافر فيها أى عنصر دولى ، أى الحالات التى تكون فيها كل العناصر وثيقة الصلة بالعقد متصلة أو مرتبطة بدولة واحدة فقط ^(٢) .

وفى ذلك تقول المبادئ فى التعليق على مصطلح العقود الدولية :-

أن الصفة الدولية للعقد يمكن أن يتم تعريفها بطرق متنوعة ، وأن الحلول التى يتم تبنيها فى كل من التشريع الوطنى والدولى تتراوح ما بين الرجوع أو الإحالة إلى مكان المنشأة أو الإقامة المعتادة للأطراف وما بين اتخاذ أكثر من معيار عام و

^(١) FERRARI (F) – Le champ d'application des principes pour les Contrats Commerciaux internationaux elaborés par UNIDROIT – op. cit. – p. 992 .

^(٢) " The principles do not expressly lay down any of these criteria . The assumption, However, is that the concept of 'international' contracts should be given the Broadest possible interpretation , so as ultimately to exclude only those situations where no international element at all is involved, i.e. where all the relevant Elements of the contract in question are connected with one country only ."

من أمثلة ذلك أن يكون للعقد "روابط هامة مع أكثر من دولة واحدة" وأن "يتيح الاختيار بين قوانين دول مختلفة" أو أن "يؤثر في مصالح التجارة الدولية". ثم بعد ذلك تؤكد المبادئ بأسلوب واضح وبجلاء بأن المبادئ لم تأخذ صراحة بأي من هذه المعايير المختلفة السابقة .

الوضع فى اتفاقية فيينا لعام ١٩٨٠

على الرغم من أن هناك قواعدا متعددة فى مبادئ اليونيدروا تم اقتباسها بشكل حرفى بصورة أو بأخرى من اتفاقية فيينا لعام ١٩٨٠ " CISG " وذلك كما ذكرنا سابقا ، إلا أن المبادئ لم تتبع أيضا الطريق الذى اتخذته اتفاقية فيينا لتحديد متى يكون العقد دوليا .

فاتفاقية فيينا عند تحديدها متى يكون العقد دوليا ، اشترطت لكى تتحقق دولية العقد وجود أماكن عمل الأطراف فى دول مختلفة ^(١) كما يجب أن تكون هذه الدول دولا متعاقدة أو أن تكون دول غير متعاقدة ولكن تؤدى قواعد القانون الدولى الخاص إلى تطبيق قانون دولة متعاقدة ، كما استبعدت بشكل صريح ضابط اختلاف جنسية الأطراف ^(٢) .

فوضعت بذلك اتفاقية فيينا معيارا بسيطا للدولية هو تواجد أماكن عمل الأطراف فى دول مختلفة بدون النظر إلى مكان إبرام العقد أو تنفيذه أو جنسية الأطراف المتعاقدة أو مكان تواجد البضاعة المرتبطة بعقد البيع ^(٣) .

^(١) وفى ذلك تنص اتفاقية فيينا فى الفقرة الأولى من المادة الأولى على أن :-
" تطبق أحكام هذه الاتفاقية على عقود بيع البضائع المعقودة بين أطراف توجد أماكن عملهم فى دول مختلفة :

أ - عندما تكون هذه الدول دولا متعاقدة أو

ب - عندما تؤدى قواعد القانون الدولى الخاص إلى تطبيق قانون دولة متعاقدة " .

^(٢) وفى ذلك تنص الفقرة الثالثة من المادة الأولى من اتفاقية فيينا على أن :-
" لا تؤخذ فى الاعتبار جنسية الأطراف ولا الصفة المدنية أو التجارية للأطراف أو للعقد فى تحديد تطبيق هذه الاتفاقية " .

^(٣) Vincent Heuze – " La vente internationale de marchandises, Droit Uniforme " - GLN , Joly editions – PARIS – 1992 – p. 85 no. 102 .

ومكان العمل لم تعرفه الاتفاقية ولكن النسخة الانجليزية من الاتفاقية قالت عنه "Place of Business" وأشارت إليه النسخة الفرنسية بكلمة "Etablissement" أى المنشأة^(١) ، ولعل هذا هو اللفظ الأدق باعتباره مركز النشاط الذى تنبثق منه المعاملات .

وقد نصت الاتفاقية على أنه "لا يلتفت إلى كون أماكن عمل الأطراف توجد فى دول مختلفة إذا لم يتبين ذلك من العقد أو من أى معاملات سابقة بين الأطراف ، أو من المعلومات التى أدلى بها الأطراف قبل انعقاد العقد أو فى وقت انعقاده"^(٢) . وذلك يعنى أن كل من الطرفين يجب أن يكون عالما وقت التعاقد بأنه يتعاقد مع طرف آخر مكان عمله موجود فى دولة أخرى ، وبالتالى يكون مفهوم منطقيا أن البضاعة فى الحقيقة سوف تتخطى حدود الدولة أو أن ثمنها سوف يرتد فيما بعد من الخارج^(٣) .

و بالتالى فإنه إذا كان أى من طرفى العقد غير عالم بمكان وجود عمل الطرف الآخر وانه فى دولة أخرى فهنا يكون المفهوم الدولى للاتفاقية مفتقدا فلا تنطبق الاتفاقية . وكان من المقصود بهذا الحكم مواجهة حالة عندما يتم التعاقد مع وكيل محلى لمنشأة أجنبية ، وذلك بدون أن تظهر هذه المنشأة فى العقد أو يعلم بها الطرف الآخر^(٤) .

وأخيرا إذا كان لأحد الأطراف أكثر من مكان عمل فيقصد بمكان العمل المكان الذى له صلة وثيقة بالعقد وبتنفيذه ، أما إذا لم يكن لأحد الأطراف مكان عمل فيتم الأخذ بمكان إقامته المعتاد^(٥) .

(١) د/ ثروت حبيب - دراسة فى قانون التجارة الدولية مع الاهتمام بالبيوع الدولية " اتفاقية فيينا لبيوع ١٩٨٠ " - المرجع السابق - رقم ١٠٦ ص ٢٣١-٢٣٢ .

(٢) نص الفقرة الثانية من المادة الأولى من اتفاقية فيينا لعام ١٩٨٠ .

(٣) د/ ثروت حبيب - دراسة فى قانون التجارة الدولية مع الاهتمام بالبيوع الدولية " اتفاقية فيينا لبيوع ١٩٨٠ " - المرجع السابق - رقم ١٠٦ ص ٢٣٢-٢٣٣ .

(٤) Bernard Audit - " La vente internationale de marchandises , Convention des Nations , Unies du 11 avril 1980 " - Droit des Affaires - L.G.D.J. - PARIS -1990 - no. 16 p. 19 .

(٥) وفى ذلك تنص المادة ١٠ من اتفاقية فيينا على أنه :-

رأينا فى موضوع مفهوم الدولية فى مبادئ اليونيدروا

على الرغم من الصعوبة البالغة والتي قد تصل إلى حد الاستحالة فى نظر بعض الفقه فى وضع تعريف جامع ويتجاوز مستوى النقد للمقصود بمصطلح العقد الدولى ، وكذلك على الرغم من أن المبادئ ليست أداة ملزمة وقبولها سيعتمد على قدرتها على الإقناع ولذلك لجأ واضعوا هذه المبادئ إلى محاولة عدم تبني أيا من المعايير المختلفة التى تتبناها التشريعات الوطنية أو الدولية للفرقة بين العقد الداخلى والعقد الدولى وذلك فى محاولة منهم لضمان أوسع قبول عالمى ممكن للمبادئ .

إلا انه وبالرغم من تفهمنا للأسباب السابقة والتي دفعت واضعى المبادئ إلى عدم وضع تعريف محدد للعقد التجارى الدولى ، فإننا نرى أنه كان من الأفضل تصدى واضعوا مبادئ اليونيدروا لتعريف العقد التجارى الدولى الذى يخضع لها ، وكان يمكن لهم التوسع فى هذا التعريف بحيث يستوعب الحالات المشار إليها فى المعيار القانونى والمعيار الاقتصادى (بدون تبني أى منهما بشكل صريح) وبحيث لا يتم استبعاد إلا الحالات التى تكون فيها كل العناصر وثيقة الصلة بالعقد متصلة بدولة واحدة فقط كما هو هدف المبادئ .

=

" فى حكم هذه الاتفاقية :

- أ- إذا كان لأحد الطرفين أكثر من مكان عمل واحد ، فيقصد بمكان العمل المكان الذى له صلة وثيقة بالعقد وبتنفيذه ، مع مراعاة الظروف التى يعلمها الطرفان أو التى كانا يتوقعانها قبل انعقاد العقد أو وقت انعقاده .
- ب- إذا لم يكن لأحد الطرفين مكان عمل ، وجب الأخذ بمكان إقامته المعتاد " .

المبحث الثالث: الأحكام العامة التى تقوم عليها مبادئ العقود التجارية الدولية

صدرت مبادئ العقود التجارية الدولية عام ١٩٩٤ ، وتضمن الفصل الأول منها الأحكام العامة (GENERAL PROVISIONS) ، وتتضمن الأحكام العامة عشرة مواد هى :

- | | |
|-----------|---|
| مادة ١-١ | حرية التعاقد |
| مادة ٢-١ | عدم الشكالية |
| مادة ٣-١ | الطابع الملزم للعقد |
| مادة ٤-١ | القواعد الإلزامية (الأمرة) |
| مادة ٥-١ | استبعاد هذه المبادئ أو تعديلها من قبل الأطراف |
| مادة ٦-١ | تفسير وإكمال هذه المبادئ |
| مادة ٧-١ | حسن النية وأمانة التعامل |
| مادة ٨-١ | العادات والتعاملات |
| مادة ٩-١ | الاحطار |
| مادة ١٠-١ | تعريفات |

ثم صدر الإصدار الثانى من مبادئ العقود التجارية الدولية فى عام ٢٠٠٤ وقد تضمن الفصل الأول الأحكام العامة ولكن تم استحداث مادتين جديدتين بالإضافة إلى المواد العشرة السابقة. والمادتين اللتين تم استحداثهم هما:-

السلوك المتضارب

طريقة احتساب الوقت الذى عينه أو حدده الأطراف

وسيتم استعراض الأحكام العامة من مبادئ العقود التجارية الدولية لعام ١٩٩٤ وذلك فى المطالب العشرة التالية ثم سيتم الإشارة إلى المادتين اللتين تم استحداثهما فى الإصدار الثانى للمبادئ عام ٢٠٠٤ .

المطلب الأول: حرية التعاقد

تنص المادة ١-١ من مبادئ العقود التجارية الدولية والصادرة عام ١٩٩٤ على حرية الأطراف في إبرام التعاقد وكذلك حريتهم في تحديد مضمونه ومحتوياته^(١). ويعتبر مبدأ حرية التعاقد من المبادئ الأساسية في مجال التجارة الدولية ، فهو يتمتع بأهمية كبيرة في مجال التجارة الدولية ، فيحق لرجال الأعمال أن يقرروا بحرية لمن سوف يعرضون عليهم بضائعهم أو خدماتهم أو ممن يرغبون في أن يوردوا لهم البضائع أو الخدمات ، هذا بالإضافة إلى إمكانية الاتفاق بحرية على الشروط الخاصة بتعاملاتهم الفردية ، ويعتبر هذا حجر الزاوية في نظام اقتصادي عالمي مفتوح ذي سوق موجهة وتنافسية .

ويوجد بالطبع عدد من الاستثناءات الممكنة على مبدأ حرية التعاقد ، ففي شأن الحرية في إبرام العقود مع أي شخص آخر فإنه توجد قطاعات اقتصادية تقرر الدول تحقيقا للصالح العام استثنائها من المنافسة المفتوحة أو الحرة وفي هذه الحالات يكون طلب البضائع أو الخدمات التي نحن بصددنا فقط من المورد المتاح الوحيد والذي يكون في العادة هيئة عامة ، والتي يمكن أن تكون أو لا تكون ملتزمة بإبرام العقد مع مقدم الطلب أيا كان في حدود المتاح من هذه البضائع أو الخدمات^(٢) .

واستقلال وحرية الأطراف في تحديد مضمون العقد مقيد بالقواعد الأمرة ، فابتداء نجد أن المبادئ نفسها تحتوى على أحكام لا يستطيع الأطراف الانتقاص منها أو الخروج عليها (سيشار إليها لاحقا في المادة ١-٥) . وعلاوة على ذلك نجد أن هناك قواعد ذات صفة أمرة بكل من القانون العام والخاص سنتها الدول

(١) " The parties are free to enter into a contract and to determine its content " .

(٢) BONELL (M.J.) – An International Restatement of Contract Law "The UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts " – 3d ed. - Transnational Publications Inc. – Ardsely – New York – 2005 – P. 88-96 .

والتي قد تعلقو على القواعد المتضمنة في المبادئ^(١) ، ومن أمثلة ذلك قوانين منع الاحتكار ومراقبة النقد والتسعير وكذلك القوانين التي تحظر أو تحرم الشروط التعاقدية غير العادلة بشكل جسيم والتي يطلق عليها الشروط التعسفية (مشار إلى القواعد الإلزامية أو الآمرة في المادة ١-٤) .

خلاصة : ونخلص من التعليقات على المادة ١-١ إلى النقاط الأساسية التالية :-

أ - أن مبدأ حرية التعاقد يعتبر مبدأ أساسى فى مجال التجارة الدولية .

ب - توجد قطاعات اقتصادية لا توجد فيها منافسات مفتوحة أو حرة .

ج - استقلال أو حرية الأطراف مقيدة بالقواعد الإلزامية أو الآمرة .

والواقع أن احترام إرادة المتعاقدين هو مبدأ جوهري فى المعاملات الدولية عامة ، تلتزم به كل الدول أيا كان مذهبها الاجتماعى أو الاقتصادى ، وتطبيق هذا المبدأ فى مجال البيع الدولى يقتضى ترك الحرية للمتعاقدین لاختيار القواعد التى تسرى على العقد الذى يبرمونه ومنح القوة الملزمة لهذه القواعد ما دامت لا تخالف النظام العام فى الدول التى تطبق فيها^(٢) . حتى أن أحد فقهاء القانون قد أكد فى مؤلفه فى نهاية القرن التاسع أن إرادة الأطراف فى مجال العقود هى كل شىء ، فهذه الإرادة هى التى تضع شروط العقد كما أنها أيضا تختار القانون الذى يحكم هذا العقد^(٣) .

هذا ويعتبر من المؤكد الآن أن قاعدة حرية الأطراف فى تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد الدولى أصبحت فى الوقت الحاضر قاعدة شبة عالمية،

(١) LOOKOFSKY (J.) – The Limits of Commercial Contract Freedom "Under The UNIDROIT Restatement and Danish Law" – The American Journal of Comparative Law – 1998 – P. 485-508 .

(٢) د/ محسن شفيق – اتفاقية الأمم المتحدة بشأن البيع الدولى للبضائع (دراسة فى قانون التجارة الدولى) - المرجع السابق – ص ٣١ .

(٣) LAURENT (F.) - " DROIT CIVIL INTERNATIONAL " – Tome 8 – BRUXELLES, PARIS – 1882 – P.383.

فقد تم إقرارها بالاتفاقات الدولية ^(١) وكذلك في معظم القوانين الوطنية ومن أمثلة ذلك القانون المصري والقانون السوري والقانون العراقي والقانون الليبي وكذلك تركيا وزائير واليابان والهند وتايوان وسويسرا الخ ^(٢) .

الوضع في اتفاقية فيينا لعام ١٩٨٠

أعاد واضعوا اتفاقية فيينا حرية الإرادة سلطانها الكامل ، فجعلوا إرادة المتعاقدين العامل الأول في تعيين نطاق تطبيقها ، يضيقونه إذا أقصوا الاتفاقية حيث تكون واجبة التطبيق ويوسعونه إذا اتفقوا على تطبيقها حيث لا تكون واجبة التطبيق ^(٣) .

فوجد المادة ٦ من الاتفاقية ^(٤) تجيز لطرفي البيع استبعاد تطبيق الاتفاقية (فيما عدا المادة ١٢) وكذلك تجيز لهم مخالفة نص من نصوصها أو تعديل آثاره . فيستطيع على سبيل المثال طرفا البيع الدولي اختيار قانون دولة ما ولو كانت بداهة غير متعاقدة ليحكم عقدهما ، فقد تكون لهما مصلحة في تطبيق أحكام معينة منه على نحو متميز عن أحكام الاتفاقية ^(٥) .

ويلاحظ أنه يجب أن يكون الاتفاق على استبعاد أحكام الاتفاقية كلها أو بعضها "صريحا" ، وليس مثل اتفاقية لاهاي التي أجازت أن يكون هذا الاتفاق

^(١) مثال ذلك م ١/٣ من اتفاقية روما للقانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية المبرمة في ١٩ يونيو سنة ١٩٨٠ م ، وهي تنص على خضوع العقد للقانون المختار بواسطة الأطراف شريطة أن يكون هذا الاختيار صريحا أو يستخلص بصفة أكيدة من نصوص العقد. راجع د/ أبو العلا على أبو العلا النمر - دراسة تحليلية لمبادئ معهد روما "اليونيدروا" المتعلقة بعقود التجارة الدولية - المرجع السابق - ص ٥٧ .

^(٢) Vincent Heuze " La reglementation francaise des contrats internationaux " - Etude critique des methodes - GLN editions - Paris - 1990 - P. 110 ets.

^(٣) د/ محسن شفيق - المرجع السابق - فقرة ١٣١ ص ٨٧ .

^(٤) تنص المادة ٦ من اتفاقية فيينا لعام ١٩٨٠ على أن :-

" يجوز للطرفين استبعاد تطبيق هذه الاتفاقية ، كما يجوز لهما ، فيما عدا الأحكام المنصوص عليها في المادة ١٢ ، مخالفة نص من نصوصها أو تعديل آثاره " .

^(٥) د/ ثروت حبيب - دراسة في قانون التجارة الدولية مع الاهتمام بالبيع الدولية " اتفاقية فيينا لبيع ١٩٨٠ " - المرجع السابق - رقم ١٠٢ ص ٢٢٣ .

صريحا أو ضمنيا ^(١) . أما حرية المتعاقدين فى الاتفاق على تطبيق الاتفاقية حيث لا تكون واجبة التطبيق ، فيرى بعض الفقه أن المتعاقدين ليسوا فى حاجة إلى نص ليكون من حقهم الاتفاق على ذلك ، ولهذا لم يجدوا واضعوا اتفاقية فيينا حاجة إلى النص على ذلك فهو يعد من تطبيقات مبدأ سلطان الإرادة الذى هو من الأصول التى تقوم عليها الاتفاقية ^(٢) .

وما تقدم يعنى أن قدرة الأطراف على اختيار القانون واجب التطبيق على عقدهم تعد ميزة أو خاصية ذاتية تنفرد بها العقود الدولية بالنظر إلى مجمل العلاقات الخاصة الدولية ^(٣) .

الوضع فى القانون المصرى

الأصل فيه هو خضوع العقد لقانون الإرادة الصريحة أو الضمنية ، فإذا لم يتفق المتعاقدان ، سواء بشكل صريح أو ضمنى على القانون الواجب تطبيقه ، فإن العقد يخضع لقانون الموطن المشترك للمتعاقدين ، فإن اختلفا موطننا يسرى قانون الدولة التى تم فيها العقد ^(٤) . فالعقد يخضع للقانون الذى اختاره العاقدان صراحة أو ضمنا وهو ما يسمى بقانون العقد ، وهذا المبدأ يعد فى ذاته قاعدة من قواعد تنازع القوانين ^(٥) .

(١) راجع د/ محسن شفيق - اتفاقية الأمم المتحدة بشأن البيع الدولى للبضائع (دراسة فى قانون التجارة الدولى) - المرجع السابق - ص ٨٨ .

(٢) راجع د/ محسن شفيق - المرجع السابق - ص ٨٩-٩٠ . و راجع كذلك

Audit (Bernard) - " La vente internationale de marchandises , Convention des Nations , Unies du 11 avril 1980 " - op. cit. - no. 44 .

(٣) د/ سلامة فارس عرب - وسائل معالجة اختلال توازن العقود الدولية فى قانون التجارة

الدولية - المرجع السابق - ص ٢٢٥ . و أنظر أيضا

Kassis (Antoine) - Le nouveau droit europeen des contrats internationaux - op. cit. - p. 188 .

(٤) تنص المادة ١٩ فقرة ١ من القانون المدنى المصرى على أن :-

" يسرى على الالتزامات التعاقدية قانون الدولة التى يوجد فيها الموطن المشترك للمتعاقدين إذا اتحدا موطننا فإن اختلفا موطننا يسرى قانون الدولة التى تم فيها العقد هذا ما لم يتفق المتعاقدان أو يتبين من الظروف أن قانونا آخر هو الذى يراد تطبيقه " .

(٥) د/ أحمد شرف الدين - عقود التجارة الالكترونية "تكوين العقد وإثباته" - دروس الدكتوراه لدبلومى القانون الخاص وقانون التجارة الدولية - بدون ناشر وسنة طبع - ص ١٨٣ .

المطلب الثاني: عدم الشكلية

تنص المادة ١-٢ من مبادئ العقود التجارية الدولية والصادرة عام ١٩٩٤ على أنه لا يوجد في هذه المبادئ ما يتطلب الكتابة لإبرام العقد أو الدلالة عليه ، ثم تستطرد المادة بالقول بإمكانية إثبات التعاقد بأى طريقة ما ويتضمن ذلك شهادة الشهود ^(١) .

فالمادة ١-٢ تنص على مبدأ مفاده أن إبرام التعاقد كقاعدة لا يتوقف على أو لا يخضع لأى متطلبات شكلية ، وعلى الرغم من أن المادة أشارت فقط إلى تطلب الكتابة إلا أنه من الممكن مد ذلك إلى متطلبات شكلية أخرى ، وهذه القاعدة تغطى أيضا التعديلات التالية أو اللاحقة أو إنهاء التعاقد باتفاق الأطراف ، ويوجد هذا المبدأ فى العديد من الأنظمة القانونية ، كما يبدو هذا المبدأ ملائما خصوصا فى مجال علاقات التجارة الدولية حيث أنه بفضل الوسائل الحديثة للاتصالات يتم إبرام العديد من المعاملات بسرعة كبيرة دون التأسيس على المستندات ^(٢) .

وتأخذ الجملة الأولى من المادة فى حسابها حقيقة أن بعض الأنظمة القانونية تعتبر المتطلبات الشكلية من المسائل المرتبطة بالجوهر (مسائل جوهرية) بينما هناك أنظمة أخرى تفرضها فقط لأغراض الإثبات ، أما الجملة الثانية من المادة فتهدف إلى توضيح أن مبدأ التحرر من الشكلية يدل ضمنا على أن الدليل الشفوى مقبول أو مسموح به فى الدعاوى القضائية .

وبالطبع فإن مبدأ التحرر من الشكلية ربما يتم تجاهله أو تجاوزه بواسطة القانون المطبق (مشار إلى ذلك فى المادة ١-٤) ، فالقوانين الوطنية وكذلك الاتفاقات الدولية ربما تفرض متطلبات خاصة تتعلق بالشكل يتطلب

^(١) " Nothing in these principles requires a contract to be concluded in or evidenced by writing . It may be proved by any means , including witnesses " .

^(٢) BRASSEUR (P.) , FONTAINE M. (ed.) – Le processus de formation du Contrat – Bruylant – Bruxelles – 2002 – p. 619-622 .

احترامها سواء فيما يتعلق بمجمل العقد أو فى شأن شروط قائمة بذاتها (من أمثلة ذلك اتفاقات التحكيم)^(١). وبالإضافة إلى ما تقدم فإن الأطراف يجوز لهم أن يتفقوا بأنفسهم على شكل معين خاص لإبرام عقدهم أو تعديله أو إنهائه .

خلاصة: ونخلص من التعليقات على المادة ١-٢ إلى النقاط الأساسية التالية :-

أ- أن العقود كقاعدة لا تتوقف على أو لا تخضع لمتطلبات شكلية .

ب- قد توجد استثناءات ممكنة أو محتملة على مبدأ عدم الشكلية إعمالاً للقانون الواجب التطبيق .

ج- قد يتفق الأطراف على متطلبات شكلية .

هذا ونود أن نشير إلى أن غالبية الاتفاقات التجارية الدولية الحديثة قد اهتمت بالنص على مبدأ عدم الشكلية وذلك إيماناً منها بأهمية إطلاق التعاملات التجارية الدولية من القيود التى تثقل وتعوق إبرامها بالسرعة المطلوبة وتماشياً مع التطور الهائل فى وسائل الاتصالات الحديثة لنقل البيانات والمعلومات .

الوضع فى اتفاقية فيينا لعام ١٩٨٠

تهدف الاتفاقية إلى إطلاق البيع الدولى من كل قيد يثقله ويعوق إبرامه بالسرعة التى قد يقتضيها التعامل التجارى الدولى^(٢) ، ولتحقيق هذا الهدف لم تشترط الاتفاقية أى شرط شكلى لصحة البيع أو إثباته ، وخصت شرط الكتابة بالذكر فنصت على عدم اشتراط الكتابة لانعقاد عقد البيع أو إثباته وكذلك عدم خضوع عقد البيع لأى شروط شكلية وجواز إثباته بكافة الوسائل بما فيها الإثبات

(١) تنص المادة ١٢ من قانون التحكيم المصرى رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ على أنه :-
" يجب أن يكون اتفاق التحكيم مكتوباً وإلا كان باطلاً . ويكون اتفاق التحكيم مكتوباً إذا تضمنه محرر وقعة الطرفان أو إذا تضمنه ما تبادله الطرفان من رسائل أو برقيات أو غيرها من وسائل الاتصال المكتوبة " .

(٢) د/ محسن شفيق - اتفاقية الأمم المتحدة بشأن البيع الدولى للبضائع (دراسة فى قانون التجارة الدولى) - المرجع السابق - رقم ٨٧ ص ٥٧ .

بالبينة ^(١) ، وهذا النص يتماشى مع الأصل العام السائد فى القانون التجارى والذى يفيد حرية الإثبات فى المسائل التجارية ^(٢) .

وبعض الدول التى تشترط تشريعاتها الوطنية الكتابة لصحة البيع أو إثباته لم تقبل هذه المرونة لذلك تم السماح لها بالتحفظ فى المادة ٩٦ على تطبيق المادة ١١ أو المواد الأخرى التى لا تشترط الكتابة فى الحالات التى توجد فيها منشأة أحد طرفى البيع فى إقليمها ، وقد تم تأكيد مضمون هذا التحفظ أيضا فى المادة ١٢ من الاتفاقية ^(٣) .

و يلاحظ أنه يخفف من حدة المادة ١٢ أن مصطلح الكتابة يشمل بالإضافة إلى المحررات المكتوبة أيضا الرسائل البرقية والتلكس وذلك كما هو وارد بالمادة ١٣ من اتفاقية فيينا ^(٤) . وحقيقة الأمر فإنه من الناحية العملية فإن البيع الدولى يقع غالبا بمعنى الكتابة الواسع المنصوص عليه فى المادة ١٣ من اتفاقية فينا، فحتى لو تم الاتفاق على عملية البيع شفويا من خلال التليفون

^(١) تنص المادة ١١ من اتفاقية الأمم المتحدة بشأن البيع الدولى للبضائع (اتفاقية فينا لعام ١٩٨٠) على أنه :-

" لا يشترط أن يتم انعقاد عقد البيع أو إثباته كتابة ، ولا يخضع لأى شروط شكلية . ويجوز إثباته بأى وسيلة بما فى ذلك الإثبات بالبينة " .

^(٢) د/ ثروت حبيب - دراسة فى قانون التجارة الدولية مع الاهتمام بالبيوع الدولية " اتفاقية فينا لبيوع ١٩٨٠ " - المرجع السابق - رقم ١١١ ص ٢٤٧ .

^(٣) قامت الدول التى تشترط تشريعاتها الوطنية الكتابة لصحة البيع أو لإثباته بإثارة خلاف شديد حول المادة ١١ من اتفاقية فينا لعام ١٩٨٠ ، ومن الدول التى تزعمت هذا الاتجاه الاتحاد السوفيتى وتم حسم هذا الخلاف عن طريق السماح بالتحفظ لهذه الدول فى المادة ٩٦ من الاتفاقية عن طريق الإعلان أنها لن تطبق المادة ١١ أو المواد الأخرى التى لا تشترط الكتابة فى الحالات التى توجد فيها منشأة أحد طرفى البيع فى إقليمها ، وقد تم تأكيد مضمون ذلك فى المادة ١٢ من اتفاقية فينا لعام ١٩٨٠ حيث تنص على أن :-

" جميع أحكام المادة ١١ والمادة ٢٩ والجزء الثانى من هذه الاتفاقية التى تسمح باتخاذ أى شكل غير الكتابة لأجل انعقاد عقد البيع أو تعديله أو فسخه رضائيا أو لوقوع الإيجاب أو القبول أو الإعلان عن قصد أحد الطرفين لا تطبق عندما يكون مكان عمل أحد الطرفين فى إحدى الدول المتعاقدة المنضمة إلى هذه الاتفاقية التى أعلنت تحفظها بموجب المادة ٩٦ من هذه الاتفاقية . ولا يجوز للطرفين مخالفة هذه المادة أو تعديل آثارها " .

^(٤) تنص المادة ١٣ من اتفاقية فينا على أنه :-

" يشمل مصطلح (كتابة) ، فى حكم هذه الاتفاقية ، الرسائل البرقية والتلكس " .

مثلا فإنه فى الغالب الأعم يتم تحرير عقد خطوة تالية لإثبات ما تم الاتفاق عليه شفويا ^(١) .

الوضع فى القانون المصرى

قنن المشرع فى قانون التجارة الجديد رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ ما استقر عليه الفقه والقضاء من أحكام فى ظل التقنين التجارى السابق وقانون الإثبات رقم ٢٥ لسنة ١٩٦٨ ، وعلى رأسها مبدأ حرية الإثبات فى المواد التجارية ^(٢) . فالمعاملات التجارية تتميز بالسرعة التى تتم بها غالبية هذه المعاملات ، الأمر الذى يكون معه من الصعب فى العديد من الأحيان إعداد دليل كتابى ^(٣) .

ف نجد المادة ٦٩ فقرة ١ تجيز إثبات الالتزامات التجارية بكافة طرق الإثبات إذا لم ينص القانون على غير ذلك ^(٤) ، وكذلك تجيز المادة ٦٩ فقرة ٢ إثبات عكس ما اشتمل عليه دليل كتابى أو إثبات ما يجاوز هذا الدليل بكافة الطرق فيما عدا الحالات التى يوجب فيها القانون الإثبات بالكتابة فى المواد التجارية ^(٥) ، كما نصت المادة ٦٩ فقرة ٣ على حجية الأوراق العرفية فى المواد التجارية على الغير فى تاريخها ولو لم يكن هذا التاريخ ثابتا ما لم يشترط القانون ثبوت التاريخ ^(٦) .

(١) د/ محسن شفيق - المرجع السابق - رقم ٨٩ ص ٥٨ .

(٢) راجع المذكرة الإيضاحية للقانون - مجلة المحاماة - ملحق تشريعات - قانون التجارة والمذكرة الإيضاحية - الجزء الأول - يونيه ١٩٩٩ - ص ٣٧٩ ، ٣٨٠ .

(٣) د/ ناجى عبد المؤمن ، د/ رفعت فخرى - مبادئ القانون التجارى الجديد - المرجع السابق - ص ٤٦ ، ٤٧ .

(٤) تنص المادة ٦٩ فقرة ١ على أن :-

" يجوز إثبات الالتزامات التجارية أيا كانت قيمتها بكافة طرق الإثبات ما لم ينص القانون على غير ذلك " .

(٥) تنص المادة ٦٩ فقرة ٢ على أن :-

" فيما عدا الحالات التى يوجب فيها القانون الإثبات بالكتابة فى المواد التجارية يجوز فى هذه المواد إثبات عكس ما اشتمل عليه دليل كتابى أو إثبات ما يجاوز هذا الدليل بكافة الطرق " .

(٦) تنص المادة ٦٩ فقرة ٣ على أن :-

هذا وقد خرج المشرع على مبدأ حرية الإثبات فى المسائل التجارية فى عدد من التصرفات التجارية ، فقد رأى المشرع أن هناك تصرفات تجارية يستغرق إبرامها أو تنفيذها وقتا طويلا من الزمن بحيث يكون أمام المتعاقدين متسع من الوقت لأعداد دليل كتابى وفى أحوال أخرى اشترط المشرع الرسمية نظرا لخطورة التصرف ^(١) ، ومن أمثلة الاستثناءات على مبدأ حرية الإثبات فى المسائل التجارية عقد الشركة وعقد بيع السفينة الخ .

هذا وقد خطت محكمة النقض المصرية إلى الأمام فى خصوص التوسع فى مفهوم الكتابة ليشمل وسائل البيانات والمعلومات مثل الفاكس والذى أصبح استخدامه شائعا فى إنجاز العديد من المعاملات ، وذلك حينما ارتفعت برسالة الفاكس إلى مصاف الأوراق المكتوبة التى يكون لها قيمة بداية ثبوت بالكتابة ومن ثم يكون لها حجية فى الإثبات إذا قدم الدليل على أن المنسوب إليه رسالة الفاكس قد أرسلها بالفعل ^(٢) .

" تكون الأوراق العرفية فى المواد التجارية حجة على الغير فى تاريخها ولو لم يكن هذا التاريخ ثابتا ، ما لم يشترط القانون ثبوت التاريخ ، ويعتبر التاريخ صحيحا حتى يثبت العكس".

(١) د/ ناجى عبد المؤمن ، د/ رفعت فخرى - مبادئ القانون التجارى الجديد - المرجع السابق - ص ٤٧ ، ٤٨ .

(٢) حكم محكمة النقض المصرية - الدائرة المدنية العمالية - فى الطعن ٦٩/٩٨٧ ق جلسة ٢٠٠٠/٦/٢٢ . وراجع فى تفاصيل الحكم ودلالاته د/ أحمد شرف الدين - عقود التجارة الالكترونية "تكوين العقد وإثباته" - دروس الدكتوراه لدبلومى القانون الخاص وقانون التجارة الدولية - المرجع السابق - من ص ٢٤٨ إلى ص ٢٥٠ .

المطلب الثالث: الطابع الملزم للعقد

تنص المادة ١-٣ من مبادئ اليونيدروا لعام ١٩٩٤ على أن العقد الذي تم إبرامه صحيحا يكون ملزما لأطرافه ، ويمكن فقط تعديله أو إنهائه طبقا لشروطه أو بالاتفاق أو بطريق آخر ورد في هذه المبادئ ^(١) .

وضعت وأكدت هذه المادة على مبدأ آخر أساسى فى قانون العقد وهو مبدأ العقد شريعة المتعاقدين ^(٢) ، فالصفة الملزمة للاتفاق التعاقدى تقتضى بوضوح ضمنا أن يكون هناك اتفاق تم إبرامه فعليا بواسطة الأطراف وأن الاتفاق الذى تم التوصل إليه لم يلحق به أى سبب للبطلان ^(٣) ، والقواعد التى تحكم إبرام الاتفاقات التعاقدية قد وردت بالفصل الثانى من المبادئ ، فى حين أن أسباب البطلان تم معالجتها بالفصل الثالث ، هذا وقد توجد متطلبات إضافية لصحة انعقاد العقود فى القواعد الآمرة المطبقة الوطنية أو الدولية .

وكنتيجة طبيعية لمبدأ العقد شريعة المتعاقدين فإنه يجوز تعديل أو إنهاء العقد متى اتفق على ذلك الأطراف ، وعلى العكس تماما يكون التعديل أو الإنهاء بدون هذا الاتفاق استثناء ، ولذلك يمكن قبوله أو السماح به فقط عندما يكون متطابقا أو منسجما مع شروط العقد أو يكون قد ورد النص عليه بوضوح فى المبادئ (مشار إلى ذلك لاحقا فى المواد ١٦-١-٦ ، ٣-٢-٦ ، ٧-١-٧ ، ١-٣-٧ ، ٣-٣-٧) .

^(١) "A contract validly entered into is binding upon the parties . It can only be modified or terminated in accordance with its terms or by agreement or as otherwise provided in these principles".

^(٢) ويطلق عليه أيضا مبدأ قدسية العقد " Pacta sunt servanda " .
^(٣) راجع حكم التحكيم فى الدعوى رقم ٨٤٨٦ أمام ICC ، التى صدر الحكم النهائى فيها فى شهر سبتمبر ١٩٩٦ ، وفيها لجأ المحكم إلى المادة ١-٣ من مبادئ اليونيدروا بخصوص نزاع بين شركة ألمانية (بائع) وشركة تركية (مشتري) ، وقد نشأ النزاع نتيجة إخفاق المشتري فى دفع قيمة البضائع مما دعى البائع إلى اللجوء إلى التحكيم للمطالبة بالتعويضات ، وفى تفاصيل ذلك يرجع إلى :

ICC International Court of Arbitration - Special Supplement -
Bulletin- International Chamber of Commerce - 2002 - p. 87,88.

وعلى الرغم من أن القاعدة هي أن العقد ينتج ويرتب آثاره فقط بين أطرافه إلا أنه قد توجد أيضا حالات يؤثر العقد فيها على الغير ، وهكذا فإن البائع تحت مظلة بعض القوانين المحلية أو الداخلية قد يكون ملتزما بواجب تعاقدى بالسلامة البدنية وسلامة الممتلكات ليس فقط للمشتري و لكن أيضا للأشخاص المصاحبين له أثناء حضورهم وتواجدهم فى المباني الخاصة بالبائع ، ومثال آخر فى نفس الاتجاه هو أن المرسل إليه الحمولة قد يكون مخولا له أن يقاضى الناقل لعدم تنفيذه لواجب تعاقدى تعهد به الناقل فى عقد النقل الذى أبرمه مع الراسل .

و يلاحظ أن المادة ١-٣ بالنص فيها على مبدأ القوة الملزمة للعقد بين أطرافه لا تقصد الإجحاف أو المساس بأى أثر قد يكون للعقد فى مواجهة الغير وفقا للقانون المطبق .

خلاصة : ونخلص من التعليقات على المادة ١-٣ إلى النقاط الأساسية التالية :-

- أ - أن هذه المادة قد أكدت على مبدأ العقد شريعة المتعاقدين .
 - ب - قد يوجد استثناءات على ضرورة أن يكون تعديل أو إنهاء العقد باتفاق الطرفين تطبيقا لمبدأ العقد شريعة المتعاقدين .
 - ج - قد تمتد آثار العقد إلى الغير .
- ومن الملاحظ أن لوائح مراكز التحكيم تهتم بالنص صراحة على ضرورة أن تلتزم المحكمة بشروط العقد ومن أمثلة ذلك المادة ١٣ من لائحة غرفة التجارة الدولية^(١) . وكذلك اهتمت قوانين التحكيم التجارى الدولى بالنص على التزام هيئة التحكيم بالفصل فى النزاع وفقا لشروط العقد ، ومن أمثلة ذلك المادة ٢٨ فقرة ٤ من القانون النموذجى للتحكيم التجارى الدولى (اليونسترال)^(٢) ، و أيضا أهتم بالنص على ذلك قوانين التحكيم

(١) تقضى المادة ١٣ من نظام تحكيم غرفة التجارة الدولية فى فقرتها الخامسة بأن :-

" يراعى المحكم فى كل الأحوال أحكام العقد والعادات التجارية " .

(٢) تنص المادة ٢٨ فقرة ٤ من القانون النموذجى للتحكيم التجارى الدولى للجنة الأمم المتحدة

للقانون التجارى الدولى (اليونسترال ١٩٨٥) على أنه :-

" فى جميع الأحوال ، تفصل هيئة التحكيم فى النزاع وفقا لشروط العقد وتأخذ فى اعتبارها العادات المتبعة فى ذلك النوع من النشاط التجارى المطبقة على المعاملة " .

الوطنية^(١)،^(٢). وقد أكدت العديد من أحكام التحكيم الدولية على قاعدة العقد شريعة المتعاقدين فى أحكامها^(٣).

الوضع فى اتفاقية فيينا لعام ١٩٨٠

لم تنص الاتفاقية بشكل صريح على مبدأ القوة الملزمة للعقد أو العقد شريعة المتعاقدين كما فعلت مبادئ اليونيدروا . أما الفقرة الأولى من المادة ٢٩ من الاتفاقية والتي تنص على أن "يجوز تعديل العقد أو فسخه برضا الطرفين" فإنها لا ترقى إلى مستوى المبدأ سواء من حيث الصياغة والمضمون أو من حيث الموضوع فهى قد وردت فى الجزء الثالث من الاتفاقية والخاص ببيع البضائع .

ونرى أنه يخفف من ذلك القصور فى نصوص الاتفاقية أن مبدأ القوة الملزمة للعقد هو نتيجة طبيعية لمبدأ سلطان الإرادة والذى اهتمت به اتفاقية فيينا اهتماما كبيرا كما ذكرنا سابقا عند تعرضنا لمبدأ حرية التعاقد .

(١) تنص المادة ٣٩ فقرة ٣ من قانون التحكيم المصرى رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ على أنه :-
" يجب أن تراعى هيئة التحكيم - عند الفصل فى موضوع النزاع - شروط العقد محل النزاع " .

(٢) تنص المادة ١٤٧٧ من قانون المرافعات الفرنسى فى شأن التحكيم الدولى والتي تقضى بأنه يتولى المحكم حل النزاع طبقا لقواعد القانون الذى اختاره الأطراف ، ، وفى جميع الأحوال تأخذ العادات التجارية فى الاعتبار .

Rene DAVID - "L' ARBITRAGE DANS LE COMMERCE

INTERNATIONAL" - ECONOMICA - Paris - 1982 - P.583 .

(٣) فعلى سبيل المثال أكد المحكم DUPUY على أن "قاعدة العقد شريعة المتعاقدين تعتبر أساسا للقانون الدولى وأنه لا يوجد قضاء دولى أيا كان قد أثار القليل من الشك حول وجود هذه القاعدة فى القانون الدولى" وذلك فى قضية TEXACO فى نزاع بين الحكومة الليبية وشركة TEXACO Overseas وقد صدر الحكم فيها فى ١٩ يناير ١٩٧٧ ، وقد نشر الحكم كاملا فى: International Legal Materials - T. 17 - January - 1978 - p. 3-37 .

راجع د/ إبراهيم أحمد إبراهيم - التحكيم الدولى الخاص - المرجع السابق - ص ١٣٩ .
وراجع أيضا :

STERN (B.) - Trois arbitrages un meme probleme , trois solutions ,
les Nationalisations petroliere libyennes devant l'arbitrage international
- Revue De l'arbitrage - 1980 - pp. 3-43 .

الوضع فى القانون المصرى

يكاد يجمع الفقه المصرى على أن مبدأ القوة الملزمة للعقد أو العقد شريعة المتعاقدين يعد نتيجة طبيعية لمبدأ سلطان الإرادة ، فما دام المشرع يعترف للإرادة بسلطان فى حدود النظام العام والآداب فإن ما تتعقد عليه إرادة الطرفين يكون بالنسبة لهما بمثابة قانون واجب الاحترام ^(١) ، و بالتالى لا يستطيع أحد المتعاقدين أن ينفرد بنقض أو تعديل العقد أو الرجوع عن ما تعهد به .

وتحريم نقض العقد أو تعديله بغير اتفاق طرفيه ، لا يعنى منع ذلك بالنسبة لكل من هذين الطرفين فقط ، بل أنه يقتضى أيضا تحريم ذلك على القضاء ، فالقاضى لا يستطيع أن يعدل من شروط العقد ، أو أن يعفى أى من أطرافه من التزاماته ، ما دام العقد صحيحا ، حتى ولو كان ذلك بدعوى تحقيق العدالة ومنع الظلم ^(٢) .

وفى ذلك تنص الفقرة الأولى من المادة ١٤٧ من القانون المدنى المصرى على أن "العقد شريعة المتعاقدين ، فلا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين ، أو للأسباب التى يقررها القانون" ^(٣) . ويلاحظ أن المقصود بالعقد هنا هو العقد النهائى ، دون العقد الابتدائى ، فالعقد النهائى هو الذى تستقر به العلاقة بين الطرفين ويصبح هو قانونهما المشترك ^(٤) .

(١) د/ عبد المنعم فرج الصدة - مصادر الالتزام - دار النهضة العربية - القاهرة - ١٩٨٦ - فقرة ٢٨٩ ص ٣٢٩ .

(٢) د/ جميل الشرفاوى - النظرية العامة للالتزام - الكتاب الأول - مصادر الالتزام - دار النهضة العربية - القاهرة - ١٩٨١ - فقرة ٦٨ ص ٣٢٠ .

(٣) وقد قضت محكمة النقض بأن "العقد- وعلى ما جرى به نص المادة ١٤٧ من القانون المدنى- شريعة المتعاقدين ، فلا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين والقول بغير ذلك يؤدى إلى تعديل العقود بالإرادة المنفردة لأحد المتعاقدين دون الآخر ويؤدى إلى عدم استقرار المراكز القانونية". الطعن رقم ٥٦/١٨٠٤ ق جلسة ١٩٩٠/٤/٥ ، الطعن رقم ٤٣/٨٤٣ ق جلسة ١٩٩٠/١/٣١ ، وراجع فى ذلك د/ أحمد شرف الدين - نظرية الالتزام - الجزء الأول - مصادر الالتزام - الكتاب الأول - المصادر الإرادية (العقد- الإرادة المنفردة) - بدون اسم ناشر - ٢٠٠٣ - هامش ص ٣٠٢ .

(٤) وقد قضت محكمة النقض المصرية بأن "العقد النهائى - دون العقد الابتدائى- هو الذى تستقر به العلاقة بين الطرفين ويصبح قانون المتعاقدين - ومن ثم فإذا تبين أن عقد البيع =

وهناك أحوال محددة يسمح فيها القانون للقاضي بأن يعدل شروط العقد ،
مثل ما تنص عليه المادة ٧٠٩ مدنى من حق القاضي فى تعديل أجر الوكيل ^(١)
وكذلك ما تنص عليه المادة ١٤٩ مدنى من سلطة القاضي فى أن يعدل الشروط
التعسفية فى عقود الإذعان (حماية للطرف الضعيف من عنت الطرف القوى) ^(٢)،
بل أن المادة ١٤٧ مدنى والتي تضع فى فقرتها الأولى مبدأ القوة الملزمة للعقد
نجد أنها تورد فى فقرتها الثانية استثناء على هذا المبدأ بإقرار سلطة للقاضي فى
أن يعدل الالتزامات الناشئة عن العقد برد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول وذلك
فى ظروف معينة .

النهائى قد خلا من النص على الشرط الجزائى الوارد فى عقد البيع الابتدائى أو الإحالة
إلية فإن هذا يدل على أن الطرفين قد تخليا عن هذا الشرط وانصرفت نيتهما إلى عدم
التمسك به أو تطبيقه" . نقض ١٩٧٠/٣/٢٦ س ٢١ ص ٥١٣ ، وراجع فى ذلك د/ أحمد
شرف الدين - نظرية الالتزام - الجزء الأول - مصادر الالتزام - المرجع السابق - هامش
ص ٣٠٢، ٣٠٣ .

^(١) د/ جميل الشرقاوى - النظرية العامة للالتزام - الكتاب الأول - مصادر الالتزام - المرجع
السابق - فقرة ٦٨ ص ٣٢١ ، ٣٢٢ .

^(٢) د/ محمود عبد الرحمن محمد - الاستغلال والغبن فى العقود ودورهما فى إقامة التوازن بين
الأداءات العقدية - دار النهضة العربية - القاهرة - بدون سنة طبع .

المطلب الرابع: القواعد الإلزامية (الأمرة)

تنص المادة ١-٤ من مبادئ اليونيدروا لعام ١٩٩٤ على أنه لا يوجد في هذه المبادئ ما يقيد التطبيق للقواعد الأمرة سواء كان مصدرها أو أصلها وطني (قومي) أو دولي أو فوق قومي ، والتي يكون تطبيقها وفقا للقواعد وثيقة الصلة بالقانون الدولي الخاص ^(١) .

فإعطاء المبادئ طبيعة خاصة لا يجعلها تسود أو تغلب على القواعد الأمرة الواجبة التطبيق سواء كان مصدرها وطني أو دولي أو فوق قومي ، وبعبارة أخرى فإن الأحكام الإلزامية أو الأمرة سواء تم سنّها بواسطة الدول بشكل تلقائي أو تنفيذاً لمعاهدات أو اتفاقيات دولية أو تم تبنيها بواسطة منظمات فوق قومية فإنه لا يمكن للمبادئ أن تهيمن أو تفرض نفوذها وسلطانها عليها .

كما أنه في الحالات التي يحيل فيها الأطراف إلى المبادئ فإن ذلك يعتبر اتفاقاً على دمجها في العقد ، وستواجه المبادئ قبل كل شيء الحدود التي تملّيها القواعد الأمرة بالقانون الذي يحكم العقد ، أي أنها سوف تلزم الأطراف فقط في المدى الذي لا تؤثر فيه على قواعد القانون واجب التطبيق والذي لا يجوز للأطراف عدم احترامه تعاقدياً ، وبالإضافة إلى ذلك القواعد الأمرة لمحكمة النزاع ، هذا ومن الممكن أيضاً أن تسود أو تعلو بطريقة مماثلة القواعد الأمرة للدول الأخرى بشرط أن تكون واجبة التطبيق مهما يكن القانون الذي يحكم العقد هذا ويشترط أيضاً في حالة قواعد الدول الأخرى أن يكون هناك ارتباط وثيق بين هذه الدول والعقد الذي نحن بصددده ^(٢) .

^(١) " Nothing in these principles shall restrict the application of mandatory rules , whether of national , international or supranational origin , which are applicable in accordance with the relevant rules of private international law " .

^(٢) LANDO (O.) – The Role of party Autonomy and the Relevance of Usages - Bonelli M.J./ Bonelli F. (eds.) – Contratti Commerciali Internazionali e Principi UNIDROIT – Giuffrè – Milano 1997 – pp. 107-122 .

وعلاوة على ذلك ، فإنه حتى فى الحالة التى تكون فيها المبادئ هى المطبقة على أنها القانون الذى يحكم العقد لو عرض النزاع أمام هيئة تحكيم ، فإن ذلك لا يمكن أن يضر بتطبيق هذه القواعد الآمرة والتى تكون واجبة التطبيق بصرف النظر عن أى قانون سوف يطبق على العقد^(١) ، وهذه القواعد الآمرة والتى لا يمكن استبعادها بمجرد أن يتم اختيار قانون آخر نجد لها أمثلة فى مجال تنظيمات ولوائح الصرف الأجنبية ، وأيضاً تراخيص الاستيراد والتصدير (سيشار إلى ذلك لاحقاً فى المواد ١٤-١-٦ ، ١٧-١-٦ من المبادئ والخاصة بمتطلبات الحصول على ترخيص أو إذن حكومى) ، وكذلك القوانين واللوائح الخاصة بتقييد الممارسات التجارية الخ .

وتختلف كل من المحاكم وهيئات التحكيم الى حد بعيد فى الطريقة التى يتم بها تحديد القواعد الآمرة المطبقة على العقود التجارية الدولية ، ومن أجل هذا السبب تعمدت هذه المادة الإحجام عن الدخول فى الوقائع الموضوعية لهذه المسائل المتباينة المعقدة ، وعلى وجه الخصوص ما إذا كان يمكن بالإضافة إلى القواعد الآمرة لمحكمة النزاع والقانون العقدى الأخذ فى الحسبان قواعد الدول الأخرى ، وإذا كان من الممكن ذلك فإلى أى مدى وعلى أساس أى معيار ، وهذه المسائل يكون تسويتها طبقاً أو وفقاً لقواعد القانون الدولى الخاص وثيق الصلة بكل حالة خاصة على حدة .

خلاصة: ونخلص من التعليقات على المادة ١-٤ إلى النقاط الأساسية التالية :-

- أ - أن الغلبة أو السيادة للقواعد الآمرة الواجبة التطبيق .
- ب - يتم تطبيق القواعد الآمرة فى حالة حدوث دمج للمبادئ فى التعاقد .
- ج - تطبيق القواعد الآمرة إذا كانت المبادئ هى القانون الذى يحكم العقد .
- د - اللجوء إلى قواعد القانون الدولى الخاص وثيق الصلة بكل حالة خاصة على حدة .

^(١) BONELL (M.J.) – Soft Law and party Autonomy – The Case of the UNIDROIT Principles – 51 Loyola Law Review – 2005 – pp. 229-252 .

الوضع فى اتفاقية فيينا لعام ١٩٨٠

لم تنص اتفاقية فيينا على ضرورة الالتزام بالقواعد الآمرة فى القوانين الوطنية ولكنها اكتفت باستبعاد بعض أنواع البيوع من نطاق تطبيق الاتفاقية ^(١) ، وهذه البيوع غالبا ما يتم تنظيمها بقواعد أمرة فى القوانين الوطنية .

ف نجد أنها قد استبعدت على سبيل المثال فى الفقرة الأولى من المادة الثانية البيع للمستهلك و وصفته بأنه بيع "البضائع التى تشتري للاستعمال الشخصى أو العائلى أو المنزلى" وكلها أوصاف يقصد بها الدلالة على البيوع القليلة الأهمية التى تعقد للاستهلاك الشخصى ^(٢) ، وهذه البيوع غالبا ما يتم تنظيمها فى القوانين الوطنية بقواعد أمرة تهدف إلى حماية المستهلكين ، ويقع على المشتري عبء إثبات أن الشراء كان للاستعمال الشخصى ، حيث أن الغالب أن يكون هو من يتمسك بتطبيق القانون الوطنى عليه ، ويكون على البائع حينئذ إثبات أنه كان لا يعلم وقت التعاقد الغرض من الشراء ولم يكن فى إمكانه أن يعلم بذلك ^(٣) .

وكذلك من أمثلة البيوع التى استبعدتها الاتفاقية من نطاق تطبيقها بسبب أن تنظيمها فى الغالب فى القوانين الوطنية يكون بقواعد أمرة ما نصت عليه

(١) تنص المادة ٢ من اتفاقية فيينا لعام ١٩٨٠ على أن :-

" لا تسرى أحكام هذه الاتفاقية على البيوع التالية :

أ - البضائع التى تشتري للاستعمال الشخصى أو العائلى أو المنزلى ، إلا إذا كان البائع لا يعلم قبل انعقاد العقد أو وقت انعقاده ، ولا يفترض فيه أن يعلم ، بأن البضائع اشترى لاستعمالها فى أى وجه من الوجوه المذكورة .

ب -بيوع المزاد .

ج -البيوع التى تعقب الحجز أو غيرها من البيوع التى تتم بموجب أمر من السلطة القضائية .

د -الأوراق المالية والأوراق التجارية والنقود .

هـ- السفن والمراكب والحوامات والطائرات .

و - الكهرباء " .

(٢) د/ محسن شفيق - اتفاقية الأمم المتحدة بشأن البيع الدولى للبضائع (دراسة فى قانون التجارة الدولى) - المرجع السابق - رقم ١١٤ ص ٧٧ .

(٣) Audit (Bernard) - " La vente internationale de marchandises , Convention des Nations , Unies du 11 avril 1980 " - op. cit. - no. 28 p. 28,29 .

الفقرة ٣ من المادة ٢ من الاتفاقية والتي تستبعد البيوع التي تتم بموجب أمر من السلطة القضائية^(١).

الوضع فى القانون المصرى

اهتمت القوانين الوطنية بالنص على ضرورة احترام النظام العام وعدم مخالفته ، ففكرة النظام العام تعمل على حماية المفاهيم الاجتماعية والأخلاقية والاقتصادية والحضارية للمجتمع ، ويختلف مفهوم النظام العام من دولة إلى أخرى تبعا للقيم السائدة به . وتقوم الدول بسن قواعد أمرة ضمن تشريعاتها لا يجوز الاتفاق على ما يخالفها ، مما يعتبر قيودا هامة على مبدأ سلطان الإرادة والذى تعرض لانتقاد شديد بعد المغالاة فى نطاقه ونتائجه^(٢).

ف نجد المشرع المصرى قد نص فى الفقرة الثانية من المادة رقم ٢ من قانون التجارة الجديد رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ على عدم جواز تطبيق الاتفاقات بين المتعاقدين إذا تعارضت مع النظام العام فى مصر^(٣) . كما يوجد نصوص عديدة متفرقة فى القانونين المدنى والتجارى المصرى تعتبر نصوصا أمرة لا يجوز الاتفاق على مخالفتها .

فمثلا نجد المادة ١٤٩ من القانون المدنى تنص على أنه "إذا تم العقد بطريق الإذعان ، وكان قد تضمن شروطا تعسفية جاز للقاضى أن يعدل هذه الشروط أو أن يعفى الطرف المذعن منها ، وذلك وفقا لما تقضى به العدالة ، ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك" ، فبمقتضى المادة ١٤٩ يكون للقاضى سلطة تقديرية واسعة ، فهو الذى يقدر ما إذا كان الشرط تعسفيا أم لا ، وكذلك فهو يتخير الوسيلة الملائمة لرفع الجور عن الطرف المذعن وذلك عن طريق إما

(١) Heuze (Vincent) - " La vente internationale de marchandises, Droit uniforme " - op. cit. - no. 90 p. 76 .

(٢) راجع فى ذلك د/ أحمد شرف الدين - نظرية الالتزام - الجزء الأول - مصادر الالتزام - المرجع السابق - ص ٤٤ ، ٤٥ .

(٣) تنص الفقرة الثانية من المادة رقم ٢ من قانون التجارة رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ على أن :-
" لا يجوز تطبيق الاتفاقات بين المتعاقدين ، أو قواعد العرف التجارى أو العادات التجارية متى تعارضت مع النظام العام فى مصر " .

تعديل الشرط التعسفى أو إلغائه ، ولا تتحقق هذه الحماية للطرف المذعن إلا إذا كانت القاعدة التى تقررها أمرة ولذلك نص المشرع على أن كل اتفاق مخالف لما منحه المشرع للقاضى من سلطة يعتبر باطلاً^(١) .

كما أن قانون التجارة يوجد به أيضا العديد من القواعد الأمرة والتى لا يجوز الاتفاق على مخالفتها ، فعلى سبيل المثال نجد فى مجال البيع بالتقسيط أن الفقرة الثانية من المادة ١٠٥ تضع قاعدة تحكم ما يجب أن يرده البائع من الأقساط التى قبضها فى حالة الحكم بفسخ البيع وتجعل باطلا كل اتفاق على تحميل المشتري بالتزامات أشد من ذلك^(٢) . وكذلك نجد فى الفصل الخاص بنقل التكنولوجيا تنص الفقرة الثانية من المادة ٨٧ على أن " وفى جميع الأحوال يكون الفصل فى موضوع النزاع بموجب أحكام القانون المصرى وكل اتفاق على خلاف ذلك يقع باطلاً " .

رأينا فى الموضوع

يحتوى كل تشريع وطنى على بعض القواعد القانونية الأمرة ويمكن تقسيم القواعد الأمرة الوطنية إلى نوعين من القواعد :-

أ - قواعد أمرة تحدد الإطار العام الذى تعمل فيه إرادة الأطراف فى نطاق النظرية العامة للالتزامات ، ومن هذه القواعد على سبيل المثال القواعد المتعلقة بعيوب الإرادة وأيضا قواعد الأهلية وكذلك التقادم..... الخ ، وهذه القواعد غالبا لا تخلق أو تزعج أطراف العقود التجارية الدولية بل إن غالبية المناصرين للتوسع فى مبدأ سلطان الإرادة لا يرون مانعا فى خضوع العقود الدولية لهذه القواعد والتى يمكن أن نطلق عليها قواعد أمرة إطارية .

(١) راجع د/ منصور مصطفى منصور ، د/ جلال محمد إبراهيم - الوجيز فى مصادر الالتزام - بدون اسم ناشر - ٢٠٠١ / ٢٠٠٢ - ص ٩٥ .

(٢) تنص الفقرة الثانية من المادة ١٠٥ من قانون التجارة رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ على أن :-
" وفى حالة الحكم بفسخ البيع يجب أن يرد البائع الأقساط التى قبضها بعد استئصال ما يعادل أجره الانتفاع بالمبيع بالإضافة إلى تعويض عن التلف الذى لحقه بسبب الاستعمال غير العادى ، ويقع باطلا كل اتفاق على تحميل المشتري التزامات أشد من ذلك " .

ب- قواعد أمرة تحد من نطاق حرية الأطراف فى تنظيم تعاقداتهم بما يرونه مناسباً لهم ، وقد يكون الهدف من هذا النوع من القواعد الأمرة حماية المصلحة العامة للمجتمع أو حماية الطرف الضعيف فى العلاقة التعاقدية من تعسف الطرف الآخر ، وهذا النوع من القواعد الأمرة هو الذى يقلق بشدة أطراف العقود التجارية الدولية مما يجعلهم يحاولون بشتى الطرق استبعاد هذه القواعد من مجال تنظيم تعاقداتهم .

والحقيقة أن المادة ١-٤ من مبادئ اليونيدروا عندما أقرت بأنه لا يوجد فى هذه المبادئ ما يقيد التطبيق للقواعد الأمرة وأنه لا يمكن للمبادئ أن تهيمن أو تفرض نفوذها وسلطانها عليها ، نجد أن المبادئ لم تفرق بين النوعين السابقين من القواعد الأمرة و بالتالى يكون كلا النوعين يسود أو يعلو على مبادئ اليونيدروا ، وهذا الأمر بالفعل قد يزعج ويقلق أطراف العقود التجارية الدولية ، وقد يكون سبب اتخاذ هذا الموقف من واضعى المبادئ هو أن المبادئ ليست أداة ملزمة فهى لم تأخذ على سبيل المثال شكل معاهدة ، أو يكون السبب هو تشجيع التوسع فى استخدام المبادئ لتفسير أو تكملة القانون الوطنى وكذلك تشجيع المشرعين على المستوى الوطنى لاتخاذ المبادئ كنموذج عند صياغة التشريعات فى مجال القانون الذى يحكم العقد أو فيما يتعلق بالصور الخاصة للمعاملات مما يحقق أحد الأهداف الرئيسية المنشودة لواضعى مبادئ اليونيدروا .

المطلب الخامس: استبعاد هذه المبادئ أو تعديلها من قبل الأطراف

تنص المادة ١-٥ من مبادئ اليونيدروا لعام ١٩٩٤ على أنه يجوز للأطراف أن يستبعدوا تطبيق هذه المبادئ أو عدم احترامها (مخالفتها) أو تغيير آثار أى من أحكامها ، باستثناء ما اشترط على خلاف ذلك فى المبادئ^(١) .

فالقواعد التى وضعت بالمبادئ تعتبر بشكل عام قواعد ليس لها صفة إلزامية أو أمرة ، مما يعنى أنه يمكن للأطراف فى كل حالة على حدة سواء وببساطة أن يستبعدوا تطبيقها بشكل كلى أو بشكل جزئى أو تعديل مضمونها بحيث يتم تكييفها طبقا للاحتياجات الخاصة بطبيعة المعاملة المستخدمة .

كما يجوز أن يكون استبعاد أو تعديل المبادئ بواسطة الأطراف بشكل صريح أو ضمنى ، ويكون هناك استبعاد أو تعديل ضمنى عندما يتفق الأطراف صراحة على شروط بالعقد تكون متعارضة مع أحكام المبادئ ولا يغير من هذا الأمر ما إذا كانت هذه الشروط قد تم التفاوض بخصوصها بشكل مستقل أو على حدة أو أن تكون تشكل جزءا من شروط نموذجية تم إدماجها عن طريق الأطراف فى عقدهم^(٢) . أما فى حالة ما إذا اتفق الأطراف بشكل واضح وصريح على التطبيق فقط لبعض فصول المبادئ (ومن أمثلة ذلك عندما يتم الاتفاق على أنه بخصوص التنفيذ وعدم التنفيذ لهذا العقد فإن مبادئ اليونيدروا هى التى ستطبق) فإنه يفترض أن الفصول المعينة سوف يتم تطبيقها مع الأحكام العامة فى الفصل الأول .

(١)

" The parties may exclude the application of these principles or derogate from or vary the effect of any of their provisions , except as otherwise provided in the principles " .

BONELL (Michael Joachim) – Soft Law and party Autonomy –^(٢)
The Case of the UNIDROIT Principles – 51 Loyola Law
Review – 2005 – pp. 229 ets .

ويوجد عدد قليل من أحكام المبادئ يعتبر له صفة إلزامية ، ويعنى هذا أن أهمية هذه الأحكام الأمرة فى منظومة المبادئ هو عدم السماح للأطراف فى استبعادها أو عدم احترامها (الخروج عليها) إذا رغبوا فى ذلك ^(١) ، ويجب أن نلاحظ أن الأحكام المعنية تعتبر معايير للتصرفات وقواعد نجد لها صفة إلزامية تحت مظلة معظم القوانين الوطنية أيضا ^(٢) .

خلاصة : ونخلص من التعليقات على المادة ١-٥ إلى النقاط الأساسية التالية :-

- أ - القاعدة العامة هى أن المبادئ ليس لها صفة إلزامية أو أمرية .
 - ب- يجوز للأطراف استبعاد أو تعديل المبادئ صراحة أو ضمنا .
 - ج- أن هناك عدد قليل من الأحكام الأمرة وردت فى المبادئ .
- ونرى أن مبدأ الاستبعاد أو التعديل من قبل الأطراف والوارد فى المادة ١-٥ من المبادئ هو فى حقيقة الأمر تأكيداً لمبدأ سلطان الإرادة وذلك فى مجال قانون التجارة الدولية ، و تنص على هذا المبدأ غالبية الاتفاقات الدولية فى مجال التجارة الدولية .

الوضع فى اتفاقية فيينا

سبق الإشارة عند التعرض لمبدأ حرية التعاقد فى المطلب الأول إلى أن واضعوا اتفاقية فيينا أعادوا لحرية الإرادة سلطانها الكامل وأنه من تطبيقات ذلك ما نصت عليه المادة ٦ من الاتفاقية والتي تجيز لطرفى البيع استبعاد تطبيق الاتفاقية (فيما عدا المادة ١٢) وكذلك تجيز لهم مخالفة نص من نصوصها أو تعديل آثاره ^(٣) .

^(١) من أمثلة ذلك أنه لا يجوز للأطراف استبعاد أو تقييد واجب حسن النية وأمانة التعامل وذلك كما هو منصوص عليه فى المادة ١-٧ والتي سيتم شرحها لاحقاً .

^(٢) LANDO (O.) – The Role of party Autonomy and the Relevance of Usages - Bonelli M.J./ Bonelli F. (eds.) – contratti commerciali internazionali e principi UNIDROIT – Giuffrè – Milano 1997 – pp. 107-122 .

^(٣) تنص المادة ٦ من اتفاقية فيينا لعام ١٩٨٠ على أنه :-
" يجوز للطرفين استبعاد تطبيق هذه الاتفاقية ، كما يجوز لهما ، فيما عدا الأحكام المنصوص عليها فى المادة ١٢ ، مخالفة نص من نصوصها أو تعديل آثاره " .

ونضيف إلى ما سبق أن استبعاد تطبيق الاتفاقية قد يكون كلياً كما عندما يتضمن العقد بنداً يفيد استبعاد أحكام الاتفاقية كلية ، أو يتضمن العقد شرطاً يتعارض تماماً مع مضمون أحكامها ^(١) كأن يشير الشرط إلى تطبيق قانون داخلي لدولة غير متعاقدة . وقد يكون استبعاد تطبيق الاتفاقية جزئياً عندما ينصب على حكم معين متعلق على سبيل المثال بمكان تسليم البضاعة ، فعند ذلك يكون الاستبعاد وارد فقط على الحكم الخاص بهذه المسألة في الاتفاقية .

وعلى الرغم من أن الصفة التكميلية لأحكام الاتفاقية من خصائصها المميزة حيث يستطيع المتعاقدان استبعاد تطبيقها سواء كان ذلك كلياً أو جزئياً ، إلا أنه يجب ملاحظة أن الأطراف يجب أن يتفقا على ذلك صراحة فلا يكفي الاتفاق على تطبيق القانون الوطني لإحدى الدول لأن هذه الدولة إذا كانت متعاقدة فسوف تكون أحكام اتفاقية فيينا هي الواجبة التطبيق مما يجب معه أن يذكر المتعاقدان صراحة استبعادهما لأحكام الاتفاقية ^(٢) .

رأينا في وجود أحكام أمرة ضمن منظومة مبادئ اليونيدروا

أشارت المادة ١-٥ من المبادئ إلى وجود بعض الأحكام لها صفة إلزامية (أمرة) لا يجوز للأطراف استبعادها أو مخالفتها ومن أمثلة هذه الأحكام ما تنص عليه المادة ١-٧ والمتعلقة بحسن النية وأمانة التعامل (سيتم شرحها لاحقاً) في الفقرة الثانية من أن الأطراف لا يجوز لهما استبعاد أو تقييد هذا الواجب ، وكذلك ما تنص عليه المادة ٥-٧ والمتعلقة بتحديد الثمن في الفقرة الثانية من أنه إذا كان تحديد الثمن غير معقول بشكل واضح عندما يجب تحديده من جانب أحد الأطراف فإنه يستبدل به الثمن المعقول على الرغم من أي شرط تعاقدى قد

^(١) د/ ثروت حبيب – دراسة في قانون التجارة الدولية مع الاهتمام بالبيوع الدولية " اتفاقية فيينا لبيوع ١٩٨٠ " – المرجع السابق – رقم ١١٠ ص ٢٤٤ ، ٢٤٥ . وراجع أيضاً :

Audit (Bernard) – " La vente internationale de marchandises , Convention des Nations , Unies du 11 avril 1980 " – op. cit. – no. 43 p. 39 .

^(٢) THIEFFRY (Jean) – "Les nouvelles regles de la vente internationale" (٢) - Droit et pratique du commerce internationale – tome 15 – 1989 – No. 3 P. 372.

يخالف ذلك ^(١) ، وكذلك ما تنص عليه المادة ٧-٤-١٣ والمتعلقة بالتعويض الاتفاقى عن عدم التنفيذ فى الفقرة الثانية من جواز تخفيض مبلغ التعويض الاتفاقى إلى القدر المعقول إذا كان زائدا بشكل فادح على الرغم من أى اتفاق قد يخالف ذلك ^(٢) . وعلى الرغم من أن هذه الأحكام الآمرة توجد فى مبادئ اليونيدروا على سبيل الاستثناء من الأصل العام وهو حرية الأطراف فى استبعاد تطبيق مبادئ اليونيدروا سواء بشكل كلى أو جزئى أو تعديل مضمونها ، إلا أن وجود هذه الأحكام الآمرة يثير الدهشة وبحق لدى بعض الفقه حيث أن مبادئ اليونيدروا ليس لها إلا قيمة تعاقدية فكيف يمكن أن تتضمن نصوصا آمرة ^(٣) .

هذا بالإضافة إلى أن المبادئ قد أقرت بشكل صريح فى المادة ١-٤ منها بأنه لا يوجد فى هذه المبادئ ما يقيد التطبيق للقواعد الآمرة سواء كان مصدرها وطنى أو دولى وكان هذا النص عام بدون أى استثناء مما يزيد الأمر غموضا وتعقيدا إذا حدث تعارض مثلا بين النصوص الآمرة فى المبادئ والنصوص الآمرة فى قانون وطنى قد يكون واجب التطبيق .

ونرى أنه إذا حدث هذا التعارض فإن القواعد الآمرة فى القانون الوطنى الواجب التطبيق ستعلو بالفعل على الأحكام الآمرة التى تتعارض معها فى مبادئ اليونيدروا ، والحقيقة أنه يخفف كثيرا من تعقيد هذه المسألة أن الأحكام الآمرة فى مبادئ اليونيدروا تعتبر معايير للتصرفات وقواعد نجد لها صفة إلزامية (آمرة) تحت مظلة معظم القوانين الوطنية .

^(١) تنص الفقرة الثانية من المادة ٥-٧ من مبادئ اليونيدروا على أن :-
" عندما يجب تحديد الثمن من جانب طرف واحد ، وكان هذا التحديد غير معقول بشكل واضح ، فيستبدل به الثمن المعقول بالرغم من أى شرط تعاقدى مخالف لذلك " .
^(٢) تنص الفقرة الثانية من المادة ٧-٤-١٣ من مبادئ اليونيدروا على أن :-
" ومع ذلك ، وعلى الرغم من أى اتفاق قد يخالف ذلك ، فإنه يجوز تخفيض المبلغ المحدد إلى القدر المعقول إذا كان زائدا بشكل فادح فيما يتعلق بالضرر الناتج عن عدم التنفيذ و فيما يتعلق بالظروف الأخرى " .
^(٣)

المطلب السادس: تفسير وإكمال هذه المبادئ

تنص المادة ٦-١ من مبادئ اليونيدروا لعام ١٩٩٤ على أنه :-

١ - يجب فى تفسير هذه المبادئ أن يؤخذ بعين الاعتبار الصفة الدولية لها ومراعاة أغراضها بما فى ذلك الاحتياج إلى تعزيز وتشجيع التوحيد فى تطبيقها .

٢ - القضايا والمسائل التى تدخل فى مجال أو نطاق المبادئ ولكن لم يتم حسمها أو تسويتها بشكل واضح وصريح بها ، يتم حسمها أو تسويتها بقدر ما يمكن طبقا للمبادئ العامة الأساسية لها ^(١) .

المبادئ مثل أى موضوع أو نص قانونى آخر سواء كان من طبيعة تشريعية أو طبيعة عقدية ، ربما يسبب أو يحدث ارتيابا أو شكوكا فيما يتعلق بالمعنى الدقيق أو الصحيح لمحتواها أو مضمونها ، ومن ناحية ثانية فإن التفسير للمبادئ يختلف عن العقود الفردية التى تطبق عليها . وبالرغم من أن المبادئ تعتبر ملزمة للأطراف فقط على المستوى التعاقدى أى أن تطبيقها يعتمد على دمجها فى العقود الفردية ، إلا أنها تبقى مستقلة وتقرر أو تضع قواعدا تعمل على انطباقها بطريقة موحدة على عدد غير محدود من العقود مختلفة الأنماط أو الأنواع والتى تم صياغتها فى جهات مختلفة من العالم ، وكنتيجة لهذا فإنه يجب تفسير المبادئ بطريقة تختلف عن الشروط الخاصة بكل عقد فردى .

و قد وضعت قواعد التفسير الخاصة بشروط العقود الفردية فى الفصل الرابع من المبادئ ، أما المادة الحالية وهى المادة ٦-١ فإنها تتعامل مع الطريقة التى يتم تفسير المبادئ بها .

(١)

- " 1- In the interpretation of these principles , regard is to be had to their international character and to their purposes including the need to promote uniformity in their application .
- 2- Issues within the scope of these principles but not expressly settled by them are as far as possible to be settled in accordance with their underlying general principles " .

والمعيار الأول الذى تم وضعه عن طريق هذه المادة لتفسير المبادئ هو احترام أو مراعاة الطابع الدولى لها ، وهذا يعنى أن شروطها و مفاهيمها يكون تفسيرها بشكل مستقل ، أى أنه يتم التفسير فى مجال أو سياق المبادئ نفسها وليس بالإحالة إلى المعنى والذى ربما تم إلحاقه بشكل تقليدى بها بواسطة قانون داخلى معين .

و نستطيع أن نتفهم أن هذه الطريقة أصبحت أساسية وضرورية عندما نعيد إلى أذهاننا أن المبادئ هى نتيجة لدراسات مقارنة متكاملة تم تنفيذها بواسطة محامين ينتمون إلى خلفيات ثقافية وقانونية مختلفة كلياً . فعند صياغة الأحكام الفردية للمبادئ كان يجب على هؤلاء الخبراء إيجاد لغة قانونية محايدة ووافية يمكن لهم عن طريقها التوصل إلى مفاهيم مشتركة أو عامة ، وكذلك فإنه فى الحالات الاستثنائية عندما يتم استخدام أو استعمال شروط أو مفاهيم تتميز بها واحد أو أكثر من القوانين الوطنية فإنه لم يكن يقصد بذلك مطلقاً استخدامها بمعناها التقليدى .

وبالنص فى المادة على أنه يجب عند تفسير المبادئ احترام ومراعاة أغراضها ، فإن هذه المادة تكون قد جعلت من الواضح أنه لا يكون تفسيرها أو تأويلها بمعنى ضيق أو حرفى ولكن يتم ذلك فى ضوء الأغراض والمنطق الأساسى لأحكامها بشكل فردى وأيضاً المبادئ فى مجملها .

ويتحقق الغرض من الأحكام الفردية عن طريق النص نفسه وعن طريق التعليقات الواردة عليه . وفى ما يتعلق بأغراض المبادئ فى مجملها فإن هذه المادة - نظراً لحقيقة أن للمبادئ هدفاً رئيسياً هو وضع إطار موحد لعقود التجارة الدولية - تشير إلى الاحتياج إلى تعزيز وتشجيع تطبيقها بشكل موحد ، أى لضمان وكفالة أن تكون فى الممارسة العملية فى أوسع نطاق ممكن وأن تطبق بنفس الطريقة فى البلدان المختلفة . وفى ما يتعلق بالأغراض الأخرى فنراها فى الملاحظات الواردة فى المقدمة ونراها علاوة على ذلك لاحقاً فى المادة ١-٧ والتي على الرغم من أنها تخاطب الأطراف كما سنرى إلا أنها من الممكن أيضاً

أن يتم رؤيتها كتعبير لغرض أساسي في المبادئ في حد ذاته لتعزيز وتشجيع التقيد بحسن النية وأمانة التعامل في العلاقات التعاقدية .

وهناك عدد من المسائل ، والتي تقع في مجال المبادئ ، لم يتم تسويتها صراحة بواسطتها ، والحاجة إلى تعزيز وتشجيع التوحيد في تطبيق المبادئ يقتضى ضمنا ضرورة إيجاد حل عندما تظهر هذه الثغرات كلما كان ذلك ممكنا وذلك ضمن نطاق منظومة المبادئ نفسها قبل اللجوء إلى القوانين الوطنية أو الداخلية^(١) .

وتعتبر الخطوة الأولى هي محاولة تسوية وحسم المسألة التي لم يتم حلها وذلك من خلال تطبيق القياس على أحكام خاصة بالمبادئ ، وهكذا فإن المادة ٦-١-٦ والتي تتعلق بمكان التنفيذ فإنها تحكم وتنطبق أيضا على الاسترداد .

أما إذا كانت المسألة المثارة لا يمكن حلها بمجرد مد أحكام خاصة بحالات قياسية ، فإن الالتجاء في هذه الحالة يجب أن يكون للمبادئ العامة الأساسية لها ، أي أنه يتم اللجوء إلى المبادئ والقواعد التي يجوز تطبيقها على أوسع نطاق بسبب طبيعتها العامة . وبعض هذه المبادئ الأساسية أو الجوهرية قد تم النص عليها صراحة في مبادئ اليونيدروا (من أمثلة ذلك أنظر المادة ١-١ ، ٣-١ ، ٥-١ ، وما سيتم شرحه لاحقا في المادة ٧-١) . أما الآخرين فيتم استخلاصهم من أحكام معينة ، أي أن القواعد الخاصة المتضمنة في تلك الأحكام

^(١) بل ويرى عدد من فقهاء القانون أن هناك أحكام بالمبادئ يمكن استخدامها في تفسير وسد الثغرات في اتفاقيات دولية تهدف إلى توحيد دولي للقانون ومنها اتفاقية فيينا لعام ١٩٨٠ ومن هذه الأحكام بمبادئ اليونيدروا المادة ٧-١ والخاصة بالتزام الأطراف بالتصرف طبقا لما يقتضيه حسن النية وأمانة التعامل في التجارة الدولية . أنظر في ذلك :

Bonell (Michael Joachim) – The UNIDROIT Principles as a means of Interpreting And Supplementing International Uniform Law – ICC International Court of Arbitration – Special Supplement – Bulletin – International Chamber of Commerce – 2002 – p. 30 .

" Since the provisions contained in the UNIDROIT Principles are in general more comprehensive and detailed , they may in many cases provide an answer to ambiguities or gaps in CISG " .

يجب أن يتم تحليلها لأجل أن نتيقن من ما إذا كان يمكن اعتبارها تعبيراً عن مبدأ أكثر عمومية وتكون بذلك قابلة وقادرة على التطبيق أيضاً على حالات تختلف عن الحالات التي تنظمها على وجه التخصيص .

وبالطبع فإن الأطراف يكون لهم الحرية دائماً في أن يتفقوا على قانون وطني معين يتم الرجوع إليه لاستكمال المبادئ ، وشرط من هذا النوع يمكن صياغته أو تلاوته كالتالي "هذا التعاقد يتم حكمه بواسطة مبادئ اليونيدروا ويتم استكمالها بواسطة قانون البلد س" أو "يتم تفسير وتنفيذ هذا التعاقد طبقاً لمبادئ اليونيدروا ، والمسائل التي لم يتم حسمها أو تسويتها صراحة في تلك المبادئ يتم تسويتها طبقاً لقانون البلد س" .

خلاصة : ونخلص من التعليقات على المادة ١-٦ إلى النقاط الأساسية التالية :-

أ - قد تظهر شكوكاً فيما يتعلق بالمعنى الدقيق لمضمون أحكام المبادئ ، وتفسير المبادئ يختلف عن العقود الفردية التي تطبق عليها .

ب - يتم احترام أو مراعاة الطابع الدولي للمبادئ عند تفسير المبادئ .

ج - يتم تفسير المبادئ في ضوء أغراضها .

د - للأطراف الحرية في الاتفاق على قانون وطني معين لاستكمال المبادئ .

ونود أن نشير إلى أن الاتفاقات الدولية الحديثة قامت غالبيتها بالنص في صلبها على قواعد استرشادية تستخدم لتفسير أحكامها وذلك أملاً منها في تحقيق التوحيد في تطبيقها .

الوضع في اتفاقية فيينا

نصت اتفاقية فيينا في المادة ٧ منها على الطريقة التي يتم بها تفسير نصوصها وذلك في الفقرة ١ وكذلك كيفية سد النقص في أحكامها وذلك في الفقرة ٢ ^(١) .

^(١) تنص المادة ٧ من اتفاقية فيينا لعام ١٩٨٠ على أنه :-

فبالنسبة للتفسير وضعت الاتفاقية الموجهات التي يجب أن يضعها المفسر في اعتباره سواء كان محكما أو قاضيا أو شارحا أو باحثا..... الخ ، ومن هذه الموجهات الصفة الدولية للاتفاقية ، فالمفسر ينبغي أن يضع في اعتباره أنه أمام نصوص دولية وضعت للتوفيق بين أنظمة تشريعية متباينة وتستخدم مصطلحات قانونية مختلفة ، ويقتضى هذا من المفسر أن يتخلى عن طرائق التفسير التي اعتاد عليها في دولته ^(١) وأن يتخلى عن مفاهيمه الوطنية والتي اعتاد على الأخذ بها حتى ولو كان اللفظ الوارد في نص الاتفاقية والمراد تفسيره يتشابه لغويا مع السائد في نظامه القانوني ^(٢) .

ويمكن للمفسر في نظر عدد من الشراح الرجوع للأعمال التحضيرية للاتفاقية والأخذ من وثائق الاتفاقية نفسها ومراحل وضعها لدى لجنة القانون التجاري الدولي ومن مناقشات مؤتمر فيينا سنة ١٩٨٠ نفسه ^(٣) .

ومن الأمور الأخرى الهامة التي يجب على المفسر مراعاتها هو الحاجة إلى تحقيق التوحيد في تطبيق الاتفاقية وهذا يتطلب من القضاة والمحكمين في كل دولة متعاقدة متابعة التطبيقات في الدول المتعاقدة الأخرى حتى إذا ما تبينوا ظهور اتجاهات نحو حلول معينة ، فمن الخير أن يلتزموا بقدر المستطاع بها

" ١ - يراعى في تفسير هذه الاتفاقية صفتها الدولية وضرورة تحقيق التوحيد في تطبيقها كما يراعى ضمان احترام حسن النية في التجارة الدولية .
٢ - المسائل التي تتعلق بالموضوعات التي تتناولها هذه الاتفاقية والتي لم تحسمها نصوصها ، يتم تنظيمها وفقا للمبادئ العامة التي أخذت بها الاتفاقية ، وفي حالة عدم وجود هذه المبادئ ، تسرى أحكام القانون الواجب التطبيق وفقا لقواعد القانون الدولي الخاص " .
^(١) د/ محسن شفيق - اتفاقية الأمم المتحدة بشأن البيع الدولي للبضائع (دراسة في قانون التجارة الدولي) - المرجع السابق - رقم ٧٢ ص ٤٩ .

^(٢) Audit (Bernard) - " La vente internationale de marchandises , Convention des Nations , Unies du 11 avril 1980 " - op. cit - no. 53 p. 48 .

^(٣) د/ ثروت حبيب - دراسة في قانون التجارة الدولية مع الاهتمام بالبيع الدولية " اتفاقية فيينا لبيع ١٩٨٠ " - المرجع السابق - رقم ١١٤ ص ٢٥٥ . و راجع أيضا :

Audit (Bernard) - op. cit. - no. 53 p. 48.

حفاظا على وحدة التفسير مما يحقق التوحيد فى التطبيق للاتفاقية^(١) ، كما يجب على المفسر مراعاة حسن النية فى التجارة الدولية (سيتم شرحها لاحقا فى المطلب التالى) .

أما بالنسبة لسد النقص فى أحكام الاتفاقية وذلك عند حدوث نزاع يتعلق موضوعه بمسألة مما تتناوله الاتفاقية ولكن لم يرد بشأنه حكم فيها ، نجد أن الفقرة الثانية من المادة ٧ وضعت الحل وهو أن يقضى المحكم أو القاضى فى النزاع عند غيبة النص وفقا للمبادئ العامة التى تقوم عليها الاتفاقية ومن أمثلتها احترام أرادة المتعاقدين والالتزام بالعرف السائد فى التجارة الدولية والاقتصاد فى الفسخ والتوازن بين طرفى البيع.....الخ^(٢) . أما إذا لم تسعف المبادئ العامة القاضى أو المحكم بحل فإنه فى هذه الحالة فقط (حالة النقص فى نصوص الاتفاقية والذى لا يمكن إكماله من مبادئها العامة) يمكن الرجوع إلى القانون الداخلى الذى تعينه قواعد القانون الدولى الخاص^(٣) .

الوضع فى القانون المصرى

نجد أن القانون المدنى المصرى فى المادة ١٥٠^(٤) قد وضع قواعد تفسير العقد ، ويقصد بتفسير العقد القيام بتحديد ما اتجهت إليه الإرادة المشتركة

(١) د/ محسن شفيق - اتفاقية الأمم المتحدة بشأن البيع الدولى للبضائع (دراسة فى قانون التجارة الدولى) - المرجع السابق - رقم ٧٣ ص ٥٠ .

(٢) د/ محسن شفيق - اتفاقية الأمم المتحدة بشأن البيع الدولى للبضائع (دراسة فى قانون التجارة الدولى) - المرجع السابق - رقم ٧٦ ص ٥١ . و راجع أيضا :

Audit (Bernard) - " La vente internationale de marchandises ,
Convention des Nations , Unies du 11 avril 1980 " - op. cit - no. 55
p. 50 .

ولأمثلة للمبادئ العامة التى استخلصتها المحاكم و هيئات التحكيم راجع د/حسام الدين عبد الغنى الصغير - تفسير اتفاقية الأمم المتحدة بشأن عقود البيع الدولى للبضائع - المرجع السابق - من ص ١٦٢ الى ص ١٧٣ .

(٣) د/ ثروت حبيب - دراسة فى قانون التجارة الدولية مع الاهتمام بالبيع الدولية " اتفاقية فيينا لبيع ١٩٨٠ " - المرجع السابق - رقم ١١٤ ص ٢٥٨ .

(٤) تنص المادة ١٥٠ من القانون المدنى المصرى على أن :-
" ١- إذا كانت عبارة العقد واضحة ، فلا يجوز الانحراف عنها عن طريق تفسيرها للتعرف على أرادة المتعاقدين .

للمتعاقدين^(١) . ويجب ملاحظة أن تفسير العقد يأتى بعد البحث فى انعقاد العقد وصحته ، حيث لا جدوى من تفسير العقد إلا إذا كان انعقد صحيحا ، وذلك حتى يكون قابلا للتنفيذ^(٢) .

فإذا كانت عبارة العقد واضحة فى الدلالة على قصد المتعاقدين فانه لا يجوز للقاضى الانحراف عنها عن طريق تفسيرها للتعرف على إرادة المتعاقدين ، فعبرة العقد فى هذه الحالة لا تحتاج إلى تفسير وهذا ما نصت عليه الفقرة الأولى من المادة ١٥٠ مدنى وهذا ما قرره أيضا محكمة النقض المصرية فى عدد من أحكامها^(٣) . أما فى حالة عدم وضوح عبارة العقد فإنه طبقا للفقرة الثانية من المادة ١٥٠ فإن على القاضى أن يبحث عن النية المشتركة للمتعاقدين مع عدم الوقوف عند المعنى الحرفى للألفاظ ويمكنه الاستعانة فى ذلك بطبيعة المعاملة وكذلك بما ينبغى أن يتوافر من أمانة وثقة بين المتعاقدين وذلك وفقا للعرف الجارى فى المعاملات .

=

٢- أما إذا كان هناك محل لتفسير العقد ، فيجب البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين دون الوقوف عند المعنى الحرفى للألفاظ ، مع الاستهداء فى ذلك بطبيعة التعامل ، وبما ينبغى أن يتوافر من أمانة وثقة بين المتعاقدين ، وفقا للعرف الجارى فى المعاملات .^(١) وهذا ما ذهب إليه أيضا مبادئ اليونيدروا حينما نصت فى الفقرة الأولى من المادة ٤-١ على أن " يجب أن يفسر العقد وفقا للقصد المشترك لأطرافه " .^(٢) د/ أحمد شرف الدين - نظرية الالتزام - الجزء الأول - مصادر الالتزام - المرجع السابق - ص ٢٨٣ .

^(٣) وقد قضت محكمة النقض المصرية بأن " مفاد المادة ١/١٥٠ أن القاضى ملزم بأن يأخذ عبارة المتعاقدين الواضحة كما هى فلا يجوز له تحت ستار التفسير الانحراف عن مؤداها الواضح إلى معنى آخر ولئن كان المقصود بالوضوح هو وضوح الإرادة لا اللفظ إلا أن المفروض فى الأصل أن اللفظ يعبر بصدق عما تقصده الإرادة ، وعلى القاضى إذا ما أراد حمل العبارة على معنى مغاير لظاهرها أن يبين فى حكمة الأسباب المقبولة التى تبرر هذا المسلك و لما كان ما تقضى به هذه المادة المشار إليها يعد من القواعد التى وضعها المشرع وينطوى الخروج عنها على مخالفة للقانون لما فيه من تحريف ومسح وتشويه لعبارة العقد الواضحة ويخضع بهذه المثابة لرقابة محكمة النقض " . نقض مدنى فى ١٩٧٧/١١/٣٠ الطعن ١٠٣ لسنة ٤٤ ق . مجموعة المكتب الفنى السنة ٢٨ ص ١٧٢٤ . راجع فى ذلك د/ عبد الرشيد مأمون - الوجيز فى النظرية العامة للالتزامات - الكتاب الأول - مصادر الالتزام - دار النهضة العربية - القاهرة - بدون سنة طبع - هامش ص ٢١٩ .

والضوابط السابقة التي أوردتها المشرع لإعانة القاضى على التعرف على القصد المشترك للمتعاقدين لم ترد على سبيل الحصر ، وإنما يجوز الاستهداء بوسائل أخرى مثل المفاوضات السابقة على أبرام العقد والتعامل السابق بين المتعاقدين الخ^(١)،^(٢) .

رأينا فى موضوع تفسير مبادئ اليونيدروا

تختلف بالطبع قواعد ومناهج التفسير بين القوانين الوطنية وبين القوانين الموحدة التى تقرها اتفاقيات دولية ، فالقوانين الوطنية يتم إعدادها لتطبق فى دولة واحدة تتشكل محاكمها من قضاة لهم ثقافة قانونية واحدة ويتبعون فى التفسير مناهج محددة ويخضعون فى ذلك لمحكمة عليا تراقب هذا التفسير وتقوم بتوحيده كلما اختلف وتشعب ، أما القوانين الموحدة فهى تعد لتطبق فى دول متعددة تختلف فيما بينها من حيث الثقافة القانونية ومصادر التشريع ومناهج التفسير و من هنا تظهر خطورة التفسير فى مجال القوانين الموحدة فقد تختلف المحاكم الوطنية فى تفسير نصوصها مما يفسد التوحيد المأمول ويضيع نفعه .

ويرى العديد من الفقه أن خير وسيلة لعلاج خطورة التفسير فى مجال القوانين الموحدة هو إنشاء محكمة عليا دولية تتولى تفسير القوانين الموحدة كلما تشعبت الاختلافات فى شأنها^(٣) ونظرا لأن هذا الحل صعب التحقيق لذلك تقوم

(١) وفى ذلك تنص المادة ٤-٣ من مبادئ اليونيدروا على أنه فى تطبيق المادتين ٤-١ (قصد الأطراف) و ٤-٢ (تفسير البيانات و التصرفات) يجب أن يؤخذ فى الاعتبار كافة الظروف بما فيها :

- أ- المفاوضات التمهيدية بين الأطراف
- ب- العادات التى استقر عليها التعامل فيما بين الأطراف
- ج- سلوك الأطراف اللاحق لإبرام العقد
- د- طبيعة العقد و الغرض منه
- هـ- المعنى المتعارف عليه للشروط والتعبيرات فى التجارة المعنية
- و- الأعراف .

(٢) راجع د/ أحمد شرف الدين - نظرية الالتزام - الجزء الأول - مصادر الالتزام - المرجع السابق - من ص ٢٨٦ إلى ص ٢٩٢ .

(٣) د/ محسن شفيق - اتفاقية الأمم المتحدة بشأن البيع الدولى للبضائع (دراسة فى قانون التجارة الدولى) - المرجع السابق - رقم ٧١ ص ٤٨ ، ٤٩ .

الاتفاقات الدولية بالنص فى صلبها على قواعد إرشادية لتفسير أحكامها (مثل ما قامت به اتفاقية فيينا) .

وقد اتبعت مبادئ اليونيدروا ما قامت به اتفاقية فيينا من وضع قواعد للتفسير (وذلك كما تم شرحه سابقا) ، وعلى الرغم من أن قواعد التفسير الإرشادية تقلل من احتمالات اختلاف وتشعب التفسير سواء من قبل القضاة أو المحكمين أو الباحثين الخ ، إلا أنها لا تقضى تماما على هذه المشكلة الخطيرة والتي تفسد التوحيد المأمول .

لذلك كنا نتمنى أن يقوم المعهد الدولى لتوحيد القانون الخاص " معهد روما " بإنشاء مثلا مركز أو قسم بالمعهد يضم عددا من الخبراء المتميزين للإجابة على طلبات التفسير التى تقدم له بخصوص الشكوك والتي قد تحدث فيما يتعلق بالمعنى الدقيق أو الصحيح لمضمون مبادئ اليونيدروا ، بحيث يستطيع القضاة والمحكمون والمتعاقدون والباحثون وكل من لهم احتكاك واهتمام بالمبادئ الحصول على هذا التفسير وبما يضمن بالفعل التوحيد الحقيقى فى فهم وتفسير مبادئ اليونيدروا .

المطلب السابع: حسن النية وأمانة التعامل

تنص المادة ١-٧ من مبادئ اليونيدروا لعام ١٩٩٤ على أنه :-

١- يجب على كل طرف أن يتصرف طبقاً لما يقتضيه حسن النية وأمانة التعامل في التجارة الدولية .

٢- لا يجوز للأطراف استبعاد أو تقييد هذا الواجب ^(١).

يوجد عدد من الأحكام في كل مكان من الفصول المختلفة للمبادئ والتي تشكل تطبيقاً مباشراً أو غير مباشر لمبدأ حسن النية وأمانة التعامل ، فنرى ذلك مثلاً في المواد ١-٦-٣ ، ١-٦-٥ ، ١-٦-١٦ ، ١-٦-١٧ ، ١-٦-٢-٣ ، ١-٧-٢ ، ١-٧-٦ ، ١-٧-٧ ، ١-٧-٨ ، ١-٧-٤-١٣ . . . الخ، وهذه المواد سيتم شرحها لاحقاً في الفصل الأول والثاني (هذا بالإضافة إلى وجود مواد أخرى في مختلف فصول المبادئ) ^(٢). ومفاد ذلك اعتبار حسن النية وأمانة التعامل أحد الأفكار الجوهرية والأساسية للمبادئ .

وبالنص بصيغة عامة على أنه يجب على كل طرف أن يتصرف طبقاً لما يقتضيه حسن النية وأمانة التعامل ، فإن الفقرة الأولى من هذه المادة تكون قد وضحت أنه حتى في حالة غياب أحكام خاصة في المبادئ فإن سلوك وتصرف الأطراف طوال حياة العقد بما في ذلك عملية التفاوض يجب أن يكون وفقاً لحسن النية وأمانة التعامل ^(٣) .

(١)

"1- Each party must act in accordance with good faith and fair dealing
In international trade .

2- The parties may not exclude or limit this duty " .

(٢) "The UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts" – 3d ed.
BONELL (M.J.)– An International Restatement of Contract Law
- op. cit. – pp. 127-151 .

(٣) ومن الأمثلة الإيضاحية في هذا الشأن ما يلي :-

١ - منح الطرف (أ) الطرف (ب) مهلة مدتها ثمانية وأربعين ساعة يمكن للطرف (ب) خلالها

=

=

والإحالة إلى "حسن النية وأمانة التعامل في مجال التجارة الدولية" يجعل من الواضح من البداية أنه في سياق المبادئ لا يتم تطبيق المفهومين وفقاً للمعايير المعتادة التي يتم تبنيها من خلال الأنظمة القانونية الوطنية المختلفة ، وبتعبير آخر فإن هذه المعايير الداخلية أو الوطنية قد تؤخذ في الحسبان ولكن فقط في المدى الذي تتبين أو تظهر فيه أنها مقبولة بشكل عام بين الأنظمة القانونية المختلفة ، وتتضمن الصيغة المستخدمة علاوة على ذلك أن حسن النية وأمانة التعامل يجب أن تفسر في ضوء الظروف الخاصة بالتجارة الدولية ^(١) ، وفي الواقع فإن معايير ممارسة الأعمال التجارية قد تختلف أو تتفاوت حقا إلى حد بعيد من قطاع تجاري إلى الآخر ، بل وحتى خلال قطاع تجاري معين فإن صرامتها أو شدتها قد تزيد أو تقل اعتمادا على البيئة الاجتماعية الاقتصادية والتي فيها تعمل المشروعات ، وحجم هذه المشروعات والمهارات التقنية أو الفنية الخاصة بها الخ .

ويجب ملاحظة أن أحكام المبادئ والتعليقات التي عليها تحيل من حين إلى آخر سواء فقط إلى حسن النية أو إلى حسن النية وأمانة التعامل، وهذه الإحالة

قبول العرض المقدم من الطرف (أ) ، وعندما يقرر الطرف (ب) قبل نهاية المدة الممنوحة له بوقت قصير القبول ولكن لم يكن من الممكن ذلك بسبب أن نهاية ميعاد المهلة كان يقع في عطلة نهاية الأسبوع (الأحد) والفاكس الخاص بمكتب الطرف (أ) كان خارج الخدمة ولم يكن هناك جهاز رد آلي تليفوني يمكن له استقبال الرسالة. وعندما رفض الطرف (أ) قبول الطرف (ب) في يوم الاثنين التالي فإن تصرف الطرف (أ) يكون متناقض مع حسن النية بما أنه عندما تم تقرير حد لوقت القبول كان يجب على الطرف (أ) أن يتأكد من أن الرسائل يمكن استقبالها في مكتبة طوال مدة الثمانية وأربعين ساعة .

٢- الطرف (أ) هو وكيل، تعهد أو أخذ على عاتقه بالنيابة عن الطرف (ب) وهو الأصل ، أن يعمل على رفع وتنشيط مبيعات بضائع الطرف (ب) في منطقة محددة . وبمقتضى العقد فإن حق الطرف (أ) في المقابل ينشأ فقط بعد موافقة أو تصديق الطرف (ب) على العقود التي جلبها الطرف (أ) ، وعلى الرغم من أن الطرف (ب) له الحرية في أن يقرر سواء قبول أو عدم قبول العقود التي جلبها الطرف (أ) ، فإنه يعتبر الرفض المنتظم والغير مبرر بقبول أو التصديق على أي عقد قام بجلبه الطرف (أ) سوف يكون مخالف أو ضد حسن النية .

^(١) HARTKAMP (A.S.)– The Concept of Good Faith in the UNIDROIT Principles For International Commercial Contracts – 3 Tulane Journal of International and Comparative Law – n. 1/2 – 1994 – pp. 65-71 .

يجب دائما أن يتم فهمها باعتبارها إحالة إلى حسن النية وأمانة التعامل في التجارة الدولية على النحو المعين والمحدد في هذه المادة^(١).

و يعتبر واجب الأطراف في التعامل طبقا لمبدأ حسن النية وأمانة التعامل ذو طبيعة جوهرية لا تجيز للأطراف استبعاده أو تقييده تعاقديا (أى أن المبدأ ذو طبيعة إلزامية أو أمرة)^(٢) ، ومن التطبيقات الخاصة على الحظر العام لاستبعاد أو تقييد مبدأ حسن النية وأمانة التعامل بين الأطراف المواد ٧-١-٦ و ٧-٤-١٣ والتي سيتم استعراض نصوصها لاحقا . ومن جانب آخر فإنه لا يوجد ما يمنع الأطراف من أن يضمنوا عقدهم لواجب أو التزام بالتقيد بمعايير سلوكية أكثر صرامة .

خلاصة : ونخلص من التعليقات على المادة ٧-١ إلى النقاط الأساسية التالية :-

أ - أن حسن النية وأمانة التعامل أحد الأفكار الجوهرية والأساسية للمبادئ.

^(١) ومن الأمثلة الإيضاحية في هذا الشأن ما يلي :-

١ - بمقتضى عقد لبيع تجهيزات أو معدات ذات تقنية عالية ، يسقط أو يفقد المشتري الحق في التعويل أو التمسك بوجود أى عيب في البضاعة وذلك إذا لم يتم توجيه إخطار للبائع يعين فيه طبيعة العيب أو الخلل بدون أى تأخير غير ملائم أو غير مبرر بعد أن يكون قد اكتشف أو كان يجب عليه أو يتوقع منه أن يكتشف العيب أو الخلل . يعمل الطرف (أ) و هو المشتري ببلد تستخدم فيها بشكل شائع هذه التجهيزات أو المعدات ، وقد اكتشف عيب أو خلل في هذه التجهيزات بعد أن قام بوضعها في حيز التشغيل ، ولكن في إخطاره للطرف (ب) وهو البائع للتجهيزات فإن الطرف (أ) قام بإعطاء بيانات مضللة وخادعة لطبيعة العيب أو الخلل . يفقد الطرف (أ) أو يسقط حقه في التمسك بالعيب أو الخلل نظرا لأن الاهتمام بشكل أكبر بفحص العيب أو الخلل كان سيجعل من الممكن إعطاء الطرف (ب) المواصفات الضرورية (و بالتالى كان سيتمكن الطرف ب من إصلاح العيب أو الخلل) .

٢ - في هذا المثال يتم افتراض نفس الحقائق التى بالمثال رقم "١" السابق ، والاختلاف يكون فى أن الطرف (أ) يعمل ببلد يكون فيها هذا النوع من التجهيزات أو المعدات حتى الآن غير معروف تقريبا ، الطرف (أ) لا يفقد أو يسقط حقه في التمسك بالعيب أو الخلل وذلك بسبب أن الطرف (ب) كان على علم بافتقار الطرف (أ) للمعرفة التقنية ، ولم يكن يتوقع بشكل معقول أن الطرف (أ) يمتلك القدرة على تعيين طبيعة هذا العيب أو الخلل .

^(٢) FARNSWORTH (E.A.) – Duties of Good Faith and Liability for Bad Faith Under the UNIDROIT Principles – Relevant International Conventions and National Laws – 3 Tulane Journal of International and Comparative Law - n. 1/2 – 1994 – pp. 47-63 .

ب- يجب أن يفسر مبدأ حسن النية وأمانة التعامل في ضوء الظروف الخاصة بالتجارة الدولية .

ج- مبدأ حسن النية وأمانة التعامل ذو طبيعة إلزامية أو أمرة .

ونود الإشارة إلى أن مبدأ حسن النية هو مبدأ مقبول في جميع النظم القانونية ، فقد نصت عليه الغالبية العظمى من القوانين الوطنية ، وكذلك فقد اهتمت غالبية المعاهدات والاتفاقات الدولية على النص على هذا المبدأ الأخلاقي بشكل صريح في نصوصها . أو كما يرى أحد الفقهاء فإن حسن النية يعد واحداً من أهم الوسائل المستخدمة (سواء عن طريق المشرعين أو القضاة) في تغلغل القاعدة الأخلاقية في القانون الوضعي ^(١) .

الوضع في اتفاقية فيينا

لم تنص اتفاقية فيينا على مبدأ حسن النية في مادة مستقلة كما فعلت مبادئ اليونيدروا ولكنها أشارت إلى هذا المبدأ في الفقرة الأولى من المادة السابعة^(٢) عند تعرضها لمسألة تفسير الاتفاقية فنصت على مراعاة ضمان احترام حسن النية في التجارة الدولية .

والحقيقة أن موضع النص على مبدأ حسن النية وذلك في الفقرة الأولى من المادة السابعة مقترنا بالتفسير قد أثار الاختلاف حول حدود تطبيقه ، فذهب بعض الفقه إلى أنه موجه إلى القضاة والمحكمين وحدهم يراعونه عند قيامهم بتفسير نصوص الاتفاقية أو شروط العقد ، وذهب جانب آخر من الفقه إلى أبعد من ذلك فرأوا أنه مبدأ عام يلزم كل ذي شأن في عقد البيع فيلتزم به القضاة والمحكمون وهم يفسرون الاتفاقية وشروط العقد ويلتزم به المتعاقدون وهم

(١)

GEORGES RIPERT – " LA REGLE MORALE DANS LES OBLIGATIONS CIVILES " – L.G.D.J. – 4 ed – Paris – 1949 – P.157 .

(٢) تنص اتفاقية فيينا لعام ١٩٨٠ في الفقرة الأولى من المادة السابعة على أنه :-
" يراعى في تفسير هذه الاتفاقية صفتها الدولية وضرورة تحقيق التوحيد في تطبيقها كما يراعى ضمان احترام حسن النية في التجارة الدولية " .

يبرمون عقدهم وينفذونه^(١) ويدلل هذا الفقه على رأيه بأن الاتفاقية تتضمن أحكاما لا يفسرها إلا حسن النية الذى ينبغى أن يسود فى المعاملات ، ومن أمثلة ذلك المواد من ٨٥ إلى ٨٨ والمتعلقة بحفظ البضائع والتي تفرض على كل طرف المحافظة على مال لم تعد له فيه مصلحة^(٢) وكذلك المادة ٧٧ والتي تفرض على الطرف الذى يتمسك بمخالفة العقد أن يتخذ التدابير المعقولة والملائمة للظروف للتخفيف من الخسارة الناجمة عن المخالفة^(٣) .

ونرى أن هذا قصور بالاتفاقية أدى إلى هذا الخلاف بين الفقهاء حول حدود تطبيق مبدأ حسن النية ، فواضعوا الاتفاقية عندما نصوا على مبدأ حسن النية مقترنا بالتفسير قد وضعوا حلا وسطا بين الرأى الذى يرى أن قاعدة حسن النية هى قاعدة أفلاطونية لا تحمل معنى قانونيا محددا و بالتالى يكون موضعها فى موسوعة أخلاقية وليس بالاتفاقيات ، وبين الرأى الذى يرى أن الطابع الأخلاقى للقاعدة لا يبرر إقصائها عن الاتفاقيات ، وهذا الحل الوسط قد تسبب فى هذا الخلاف . أما مبادئ اليونيدروا فنرى أنها قد أصابت بحق عندما لم تتبع ما ذهب إلى اتفاقية فيينا وقامت بالنص على مبدأ حسن النية فى مادة مستقلة ضمن الأحكام العامة التى تقوم عليها المبادئ .

الوضع فى القانون المصرى

نص القانون المدنى المصرى على أنه يجب تنفيذ العقد بطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية وذلك فى الفقرة الأولى من المادة ١٤٨^(٤) .

(١) د/ محسن شفيق - اتفاقية الأمم المتحدة بشأن البيع الدولى للبضائع (دراسة فى قانون التجارة الدولى) - المرجع السابق - رقم ٤٢ ص ٣٠ .
(٢) د/ محسن شفيق - المرجع السابق - رقم ٤٢ ص ٣١ .
(٣)

Audit (Bernard) – " La vente internationale de marchandises ,
Convention des Nations , Unies du 11 avril 1980 " – op. cit – p. 49 .
(٤) تنص المادة ١٤٨ فقرة ١ من القانون المدنى المصرى على أنه :-
" يجب تنفيذ العقد طبقا لما أشتمل عليه وبطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية " .

وحسن النية فى تنفيذ العقد مبدأ عام ينصرف إلى كل العقود ويقيّد المدين فى طريقة تنفيذ التزامه ، كما يقيّد الدائن فى المطالبة بحقه ، وتطبيقاً لهذا المبدأ يجب على المَقاول الذى تعهد بتوصيل أسلاك مع حساب التكاليف على أساس المسافة التى تمتد فيها أن يقوم بذلك من أقصر الطرق كما يجب على الدائن الذى اتفق مع مَقاول على تركيب أدوات من ماركة معينة وتعذر عليه الحصول عليها إلا بجهد ونفقات كبيرة أن يقبل التركيب من ماركة أخرى إذا لم تكن أقل من الأولى جودة ^(١) .

وهناك العديد من النصوص فى القانون المدنى وقانون التجارة تشير إلى أهمية مراعاة حسن النية ، ومن أمثلة ذلك ما تنص عليه الفقرة الأولى من المادة ١٢٤ مدنى من أن " ليس لمن وقع فى غلط أن يتمسك به على وجه يتعارض مع ما يقضى به حسن النية " ، وكذلك ما تنص عليه المادة ٩٨ من قانون التجارة الجديد رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ من أنه يجوز للبائع إذا لم يتم دفع الثمن فى الميعاد أن يعيد بيع البضاعة للغير وذلك بعد إعدار المدين فإذا بيعت بحسن نية بثمن أقل من المتفق عليه كان من حق البائع مطالبة المشتري بالفرق ^(٢) .

ويلاحظ أن القانون يجزى حسن النية فى تنفيذ العقد حيث يمنح المدين أجلاً "نظرة الميسرة" فى حالة ما إذا كان عدم تنفيذه التزامه التعاقدى بحسن نية ، كما يجازى سوء النية فى تنفيذ العقد حيث يلتزم المدين فى المسؤولية العقدية بالتعويض عن الضرر غير المتوقع إذا كان قد ارتكب غشاً أو خطأ جسيماً ^(٣) .

^(١) د/ منصور مصطفى منصور ، د/ جلال محمد إبراهيم - الوجيز فى مصادر الالتزام - المرجع السابق - ص ٢٣٠ ، ٢٣١ .

^(٢) تنص المادة ٩٨ من قانون التجارة رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ على أن :-
" إذا لم يدفع الثمن فى الميعاد المتفق عليه جاز للبائع بعد إعدار المشتري أن يعيد بيع البضاعة للغير فإذا بيعت بحسن نية بثمن أقل من الثمن المتفق عليه كان من حق البائع مطالبة المشتري بالفرق " .

^(٣) د/ أحمد شرف الدين - نظرية الالتزام - الجزء الأول - مصادر الالتزام - المرجع السابق - ص ٣٠٠ ، ٣٠١ .

المطلب الثامن: العادات والتعاملات

تنص المادة ٨-١ من مبادئ اليونيدروا لعام ١٩٩٤ على أن :-

١- يلتزم الأطراف بالعادات التي اتفقوا عليها وكذلك بأى تعاملات تكون قد ثبتت أو استقرت بينهم .

٢- يلتزم الأطراف بالعادة المعروفة على نطاق واسع والمرعية بانتظام فى التجارة الدولية بواسطة الأطراف فى فرع التجارة الخاص المعنى وذلك باستثناء عندما يكون من غير المعقول التطبيق لهذه العادة ^(١) .

إن هذه المادة وضعت وأكدت على مبدأ وفقا له يكون الأطراف مقيدين أو ملتزمين بشكل عام بالتعاملات والعادات والتي تلتقى أو تتفق مع المتطلبات المبينة فى هذه المادة ، فهذه المتطلبات الأنفة الذكر يجب أن تلتقى أو تتفق مع التعاملات والعادات حتى يمكن تطبيقها فى الحالات وللأغراض المشار إليها بجلاء فى المبادئ .

فالتعاملات التي ثبتت أو استقرت بين الأطراف من خلال تعاقد معين تكون بشكل تلقائى ملزمة ، باستثناء عندما يستبعدا الأطراف صراحة من التطبيق ^(٢) . وما إذا كان تعامل معين يمكن اعتباره قد ثبت أو أستقر بين الأطراف فإن ذلك بطبيعة الحال سوف يعتمد على الظروف الخاصة بالحالة التي

(١)

"1- The parties are bound by any usage to which they have agreed and by any practices which they have established between themselves .
2- The parties are bound by a usage that is widely known to and regularly observed in international trade by parties in the particular trade concerned except where the application of such a usage would be unreasonable."

LANDO (O.) – The Role of party Autonomy and the Relevance of Usages - op. cit. – pp. 107-122 . (٢)

نحن بصددنا ^(١) ، ولكن التصرف في هذا الشأن في معاملة واحدة سابقة فقط بين الأطراف لن يكون كافيا عادة .

كما أن النص على أن الأطراف ملتزمون بالعادات التي اتفقوا عليها في الفقرة الأولى من هذه المادة تعتبر مجرد تطبيق للمبدأ العام الخاص بحرية التعاقد والوارد في المادة ١-١ ، وفي الحقيقة فإن الأطراف يجوز لهم إما التفاوض على كل الشروط الخاصة بعقدهم ، أو أنه في بعض المسائل المعنية يتم الإحالة ببساطة إلى مصادر أخرى بما فيها العادات .

ويجوز للأطراف اشتراط تطبيق أى عادة ما ، ويتضمن ذلك العادة التي نمت في خلال قطاع تجارى والذي لا ينتمى إليه الأطراف ، وكذلك العادة التي تتصل أو تتعلق بعقد من نوع آخر ، بل انه من المتصور أيضا أن نرى اتفاق الأطراف على تطبيق ما يطلق عليه أحيانا بالخطأ أنه عادات، ويعنى ذلك مجموعة من القواعد الصادرة عن جمعية أو اتحاد تجارى معين تحت عنوان "عادات" ولكنها فقط تعكس إلى حد ما خطوط عريضة للسلوك أو التصرف ^(٢) .

وتضع الفقرة ٢ من هذه المادة المعيار لتعيين هوية العادات التي تطبق في حالة غياب اتفاق خاص بواسطة الأطراف ، فالعادة يجب أن تكون معروفة على نطاق واسع ومرعية بانتظام بواسطة الأطراف في فرع التجارة الخاص المعنى وذلك يعتبر شرطا لتطبيق أى عادة سواء كانت على المستوى الدولى أو مجرد على المستوى الوطنى أو المحلى .

^(١) ومن الأمثلة الإيضاحية في هذا الشأن ما يلي :-

الطرف (أ) مورد ، قام بشكل متكرر بقبول مطالبات من عميلة الطرف (ب) في أول عقد للتعامل بينهما بخصوص عيوب في البضائع سواء في الكمية أو في الخصائص النوعية وذلك في حدود مدة أسبوعين بعد التسليم للبضائع ، وعندما قام الطرف (ب) بإعطاء إخطار آخر عن عيوب ولكن بعد أسبوعين ، فإن الطرف (أ) لا يستطيع الاعتراض على أن هذا الإخطار يعتبر متأخرا جدا بدعوى أن الإخطار خلال مدة الأسبوعين تعتبر تعامل ثابت أو مستقر بين الطرف (أ) والطرف (ب) .

^(٢) BONELL (M.J.) – An International Restatement of Contract Law
"The UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts" –
3d ed. - op. cit. – pp. 97-102 .

أما المؤهل الإضافى للعادة والمنصوص عليه فى الفقرة الثانية وهو "فى التجارة الدولية" فيقصد منه تبادى العادات التى نشأت لأجل المعاملات الوطنية فى أن يتم استحضارها أو استخدامها أيضا فى المعاملات التجارية مع الأجانب^(١). واستثناء مما تقدم ، قد يتم تطبيق عادات محلية أو ذات أصل وطنى صرف بدون أى أحالة إليها بواسطة الأطراف ، وهكذا فإن العادات التى توجد فى بورصات سلع وبضائع معينة أو فى معارض تجارية أو فى موانئ فإنه يجب تطبيقها بشرط أن تكون متبعة بانتظام فيما يتصل ويتعلق بالأجانب أيضا^(٢). واستثناء آخر يتعلق بحالة رجل (أو سيدة) الأعمال الذى أبرم بالفعل عدد من العقود المتشابهة فى بلد أجنبى والذى يجب لذلك أن يلتزم بالعادات التى ثبتت أو استقرت داخل هذه البلد لهذه العقود^(٣).

و قد تكون العادة مرعية بانتظام بواسطة أغلبية رجال الأعمال فى قطاع تجارى معين ، ولكن ربما يكون تطبيقها على حالة معينة برغم ذلك يكون غير معقول ، وأسباب ذلك قد توجد فى الظروف الخاصة التى يعمل فيها سواء أحد

(١) ومن الأمثلة الإيضاحية فى هذا الشأن ما يلى :-

الطرف (أ) وكيل عقارى ، يستحضر أو يستخدم عادة مهنية معينة فى بلدة فى مواجهة الطرف (ب) العميل الأجنبى . الطرف (ب) غير مقيد أو غير ملتزم بهذه العادة إذا كانت هذه العادة ذات طبيعة محلية وتخص تجارة يسود فيها أو يغلب عليها الصفة الوطنية .

(٢) ومن الأمثلة الإيضاحية فى هذا الشأن ما يلى :-

الطرف (أ) مدير محطة ، يتمسك بعادة مهنية فى الميناء المعين به فى مواجهة الطرف (ب) وهو ناقل أجنبى . يلتزم الطرف (ب) بهذه العادة المحلية طالما أن الميناء يتم استخدامه بشكل معتاد من الأجانب وأن العادة التى نحن بصددتها تحترم أو تراعى بانتظام فيما يتعلق بكل العملاء ، بصرف النظر عن محل أعمالهم أو عن جنسيتهم .

(٣) ومن الأمثلة الإيضاحية فى هذا الشأن ما يلى :-

الطرف (أ) وكيل مبيعات ينتمى إلى البلد (x) ، تسلم طلب من الطرف (ب) وهو أحد عملائه فى البلد (y) ، وذلك للحصول على الخصم المألوف أو المعتاد و قدرة ١٠% عند دفع القيمة نقدا . لا يجوز للطرف (أ) الاعتراض على التطبيق لمثل هذه العادة بسبب كونها مقصورة على أو محصورة فى البلد (y) وذلك إذا كان الطرف (أ) قد قام بأعمال تجارية فى هذه البلد لمدة زمنية معينة.

الأطراف أو الطرفين معا و/أو الطبيعة الشاذة أو غير القياسية للمعاملة التجارية ،
ففى مثل هذه الحالات فإن العادة لن يتم تطبيقها^(١)،^(٢) .

وكل من سلوك التعامل والعادات ما إن يتم تطبيقها فى حالة معينة معطاة
فإنها تفوز أو تعلو على الأحكام المتعارضة معها والواردة فى المبادئ ، والسبب
فى ذلك هو أن العادات والتعاملات تلزم الأطراف باعتبارها شروطا ضمنية للعقد .
وعلى هذا فإنه يبطلها أو يحل محلها الشرط الصريح الذى اتفق عليه الأطراف ،
وبنفس الطريقة فإن الأخيرة (الشرط الصريح) تفوز أو تعلو على المبادئ ،
ويعتبر الاستثناء الوحيد على ذلك هو هذه الأحكام والتى تم الإعلان أو الإفصاح
عنها على وجه التخصيص بأنها ذات صفة إلزامية أو أمرة (راجع التعليق
السابق شرحه على المادة ١-٥) .

خلاصة : ونخلص من التعليقات على المادة ١-٨ إلى النقاط الأساسية التالية :-

أ - يلتزم الأطراف بالتعاملات والعادات التى تتفق مع المتطلبات المبينة
فى هذه المادة .

ب -التعاملات التى استقرت بين الأطراف تكون ملزمة لهم باستثناء إذا
استبعدوا الأطراف صراحة من التطبيق .

ج- يلتزم الأطراف بالعادات التى اتفقوا عليها .

^(١) FERRI (G.B.) – Il ruolo dell'autonomia delle parti e la rilevanza degli
usi nei Principi UNIDROIT– Bonell M.J. / Bonelli F. (eds.) –
Contratti Commerciali Internazionali e Principi UNIDROIT –
Giuffrè – Milano – 1997 – pp. 123-141 .

^(٢) ومن الأمثلة الإيضاحية فى هذا الشأن ما يلى :-
عادة ما توجد فى قطاع تجارى للسلع أو البضائع و طبقا لها لا يجوز للمشتري التمسك
بعيوب فى البضائع إذا لم تكن مصدق عليها على نحو واف بواسطة وكالة فحص أو تفتيش
معتترف بها دوليا . عندما يضطلع أو يتولى أمر البضائع الطرف (أ) وهو المشتري وذلك
فى ميناء الوصول ، وقد كانت أعمال وكالة الفحص أو التفتيش المعترف بها دوليا والوحيدة
فى الميناء تتعرض للإضراب وكان طلب وكالة أخرى من أقرب ميناء سوف يكون مكلف
إلى حد كبير . التطبيق للعادة فى هذه الحالة سوف يكون غير معقول والطرف (أ) يجوز له
التمسك بالعيوب التى قام باكتشافها حتى ولو لم يتم التصديق عليها بواسطة وكالة فحص أو
تفتيش معترف بها دوليا .

د- هناك عادات أخرى تطبق فى حالة غياب اتفاق خاص بين الأطراف .

هـ- هناك عادات قد يكون تطبيقها غير معقول .

و- تفوز أو تعلو العادات على الأحكام المتعارضة معها الواردة فى المبادئ .

ونود الإشارة إلى أن الالتجاء للعادات والتعاملات التجارية هو أمر منطقي وبديهي وذلك فى المسائل التجارية وقد أشارت إلى ذلك تقنيات تجارية عديدة سواء على المستوى الوطنى أو على المستوى الدولى . حتى أن قضاء التحكيم الحديث يميل إلى تأكيد حق المحكمين فى التطبيق المباشر لهذه العادات ولو لم يتمسك الأطراف بهذا التطبيق صراحة أو ضمنا ^(١)، ^(٢) .

هذا و نرى أن العادات "Usages" يجب أن يتم تفسيرها بالمعنى الواسع الذى يعنى كل ممارسة أو سلوك معين يتم مراعاته بانتظام ومعروف على نطاق واسع فى قطاع تجارى معين ، فالمبادئ تهدف إلى ترجمة الممارسات الفعلية التى تجرى فى مجال التجارة الدولية وبغض النظر عما إذا كانت تدخل فى القوانين الداخلية تحت مسمى عادة أو عرف أو غيرها .

الوضع فى اتفاقية فيينا

أكدت اتفاقية فيينا على الدور الهام للعرف التجارى خاصة فى مجال البيوع الدولية ، فجعلت للعرف الذى يتفق على تطبيقه أطراف البيع قوة ملزمة ، وافترضت اتجاه قصدهما إلى تطبيق الأعراف السائدة فى التجارة الدولية ما لم

(١) Yvon LOUSSOUARN et Jean Denis BREDIN - " DROIT DU COMMERCE INTERNATIONAL " - PARIS - 1969 - P.10 ets.

(٢) فنجد أن الفقرة الثالثة من المادة ٣٩ من قانون التحكيم المصرى رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ تنص على أنه :-

" يجب أن تراعى هيئة التحكيم - عند الفصل فى موضوع النزاع - شروط العقد محل النزاع والأعراف الجارية فى نوع المعاملة " .

يتفق الأطراف صراحة على إقصائها^(١) ، وهذا ما نصت عليه المادة التاسعة من الاتفاقية^(٢) .

فالفقرة الأولى من المادة التاسعة تتعرض للأعراف (العادات) التي اتفق طرفا العقد على تطبيقها ومن أمثلة ذلك الاستعانة بتقنيات أو مجموعات العادات (مثل الإشارة إلى مصطلح معين من المصطلحات التجارية المعروفة INCOTERMS كمصطلح C.I.F أو F.O.B أو غيرهما)^(٣) ، كما تتعرض الفقرة الأولى للممارسات العملية التي جرى عليها التعامل بين الطرفين واستقرت في التعامل بينهم والتي أشار إليها العقد ومن ثم أصبحت حكما تعاقديا ملزما لهم^(٤) .

أما إذا لم يوجد اتفاق صريح بين الطرفين ، فقد افترضت الفقرة الثانية من المادة التاسعة اتفاقهما ضمنا على تطبيق كل عرف متبع في نوع العقد الذي يبرمونه وذلك إذا توافرت الشروط التالية:-

- ١- علم الطرفين بوجود هذا العرف ، ويفترض هذا العلم إذا كان العرف من الذبوع و الثبات بحيث لا ينبغي لتاجر سوى الإدراك يشتغل في نوع التجارة التي يتعلق بها العرف الإدعاء بجهل وجوده .
- ٢- ذبوع العرف على نطاق واسع في محيط التجارة الدولية .

(١) د/ محسن شفيق - اتفاقية الأمم المتحدة بشأن البيع الدولي للبضائع (دراسة في قانون التجارة الدولي) - المرجع السابق - رقم ٤٤ ص ٣١ .

(٢) تنص المادة ٩ من اتفاقية فيينا لعام ١٩٨٠ على أنه :-

" ١- يلتزم الطرفان بالأعراف التي اتفقا عليها وبالعادات التي أستقر عليها التعامل بينهما .

٢- ما لم يوجد اتفاق على خلاف ذلك ، يفترض أن الطرفين قد طبقا ضمنا على عقدهما أو على 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 نفس فرع التجارة " .

(٣) د/ ثروت حبيب - دراسة في قانون التجارة الدولية مع الاهتمام بالذبوع الدولية " اتفاقية فيينا لذبوع ١٩٨٠ " - المرجع السابق - رقم ١١٣ ص ٢٥٣ .

(٤) Audit (Bernard) - " La vente internationale de marchandises , Convention des Nations , Unies du 11 avril 1980 " - op. cit - no. 49.

٣- تواتر تطبيق العرف بصورة منتظمة على العقود المماثلة التي تبرم بشأن نوع التجارة^(١).

أى أن هناك عادات تفرض نفسها على طرفى البيع الدولى ، فالعادة هنا تتفوق على نصوص الاتفاقية نفسها والتي تتعارض معها^(٢).

ويتضح مما تقدم أن العرف والعادة يستمدان قوتهما الإلزامية فى نطاق اتفاقية فيينا من اتفاق الطرفين الصريح أو الضمنى على تطبيقه ، وهما يسبقان مرتبة نصوص الاتفاقية التى جاءت جميعا (فيما عدا المادة ١٢) من النوع المفسر (المكمل) الذى يجوز للمتعاقدين مخالفته^(٣).

الوضع فى القانون المصرى

نجد أن العرف يحتل مكانة واضحة فى بعض المعاملات خاصة فى المعاملات التجارية ، فهو يفسر ما قد يكون مبهما من عبارات العقد ، بل انه أيضا يكمل النقص فى بعض المسائل التى يسكت أو يغفل المتعاقدان عن تنظيمها^(٤). فنجد الفقرة الثانية من المادة ١٥٠ مدنى تشير إلى انه إذا كانت العبارة تحمل أكثر من معنى فسرت على المعنى الذى يتفق مع العرف الجارى^(٥).

(١) د/ محسن شفيق - اتفاقية الأمم المتحدة بشأن البيع الدولى للبضائع (دراسة فى قانون التجارة الدولى) - المرجع السابق - رقم ٨٢ ص ٥٥ .

(٢) Audit (Bernard) - " La vente internationale de marchandises , Convention des Nations , Unies du 11 avril 1980 " - op. cit - no. 50 p. 45 .

(٣) د/ محسن شفيق - اتفاقية الأمم المتحدة بشأن البيع الدولى للبضائع (دراسة فى قانون التجارة الدولى) - المرجع السابق - رقم ٨٣ ص ٥٥ .

(٤) د/ أحمد شرف الدين - نظرية الالتزام - الجزء الأول - مصادر الالتزام - المرجع السابق - ص ٢٩٠ .

(٥) د/ منصور مصطفى منصور ، د/ جلال محمد إبراهيم - الوجيز فى مصادر الالتزام - المرجع السابق - ص ٢٢٤ .

وتنص الفقرة الثانية من المادة ١٥٠ مدنى على أنه :-

" أما إذا كان هناك محل لتفسير العقد ، فيجب البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين دون الوقوف عند المعنى الحرفى للألفاظ ، مع الاستهداء فى ذلك بطبيعة التعامل ، وبما ينبغى أن يتوافر من أمانة وثقة بين المتعاقدين ، وفقا للعرف الجارى فى المعاملات".

وطبقا للفقرة الأولى من المادة ٢ من قانون التجارة رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ فإن اللجوء إلى قواعد العرف التجارى والعادات التجارية تكون بعد أحكام الاتفاق بين المتعاقدين ونصوص قانون التجارة أو غيره من القوانين المتعلقة بالمواد التجارية ، فإذا لم يوجد عرف تجارى أو عادة تجارية فعند ذلك يتم تطبيق أحكام القانون المدنى ، أى أن الاستعانة بالعرف التجارى والعادة التجارية فى المواد التجارية يكون قبل اللجوء إلى تطبيق أحكام القانون المدنى ^(١) . كما تنص الفقرة الثانية من المادة ٢ فى قانون التجارة على أنه لا يجوز تطبيق قواعد العرف التجارى أو العادات التجارية إذا ما تعارضت مع النظام العام فى مصر .

هذا ويوجد العديد من النصوص فى القانون المدنى وقانون التجارة تشير إلى أهمية الاستعانة بالعرف والعادة وعدم الإخلال بهم ، فنجد على سبيل المثال المادة ٢٣٢ مدنى تنص على أنه لا يجوز تقاضى فوائد على متجمد الفوائد وكذلك عدم جواز أن يزيد مجموع الفوائد التى يتقاضاها الدائن على رأس المال وذلك دون إخلال بالقواعد والعادات التجارية ^(٢) وكذلك ما نصت عليه المادة ٢٣٣

(١) تنص المادة ٢ من قانون التجارة رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ على أن :-

" ١ - تسرى على المواد التجارية أحكام الاتفاق بين المتعاقدين ، فإذا لم يوجد هذا الاتفاق ، سرت نصوص هذا القانون أو غيره من القوانين المتعلقة بالمواد التجارية ، ثم قواعد العرف التجارى والعادات التجارية ، فإذا لم يوجد عرف تجارى أو عادة تجارية وجب تطبيق أحكام القانون المدنى .

٢ - لا يجوز تطبيق الاتفاقات بين المتعاقدين ، أو قواعد العرف التجارى أو العادات التجارية متى تعارضت مع النظام العام فى مصر " .

(٢) تنص المادة ٢٣٢ مدنى على أن :-

" لا يجوز تقاضى فوائد على متجمد الفوائد ، ولا يجوز فى أية حال أن يكون مجموع الفوائد التى يتقاضاها الدائن أكثر من رأس المال وذلك كله دون إخلال بالقواعد والعادات التجارية " . وقد قضت محكمة النقض المصرية بأن " القانون وإن حظر تقاضى فوائد على متجمد الفوائد كما منع تجاوز الفوائد لرأس المال إلا أنه أخرج من هذا الحظر ما تقضى به القواعد والعادات التجارية ، كما أقر ما جرى عليه العرف التجارى فى الحساب الجارى " . نقض ٦٨/٣/٥ س ١٩ ص ٤٨٢ .

راجع فى ذلك د/ أحمد شرف الدين - نظرية الالتزام - الجزء الثانى - أحكام الالتزام - بدون اسم ناشر - ٢٠٠٢ - هامش ص ١٠٧ .

مدنى من أنه يتبع فى طريقة حساب الفوائد المركبة فى الحساب الجارى ما يقضى به العرف التجارى ^(١) .

كما نجد فى قانون التجارة على سبيل المثال أن المادة ٩١ تنص على أن " إذا كان الثمن مقدرا على أساس الوزن فالعبرة بالوزن الصافى إلا إذا اتفق أو جرى العرف على غير ذلك " ، وكذلك ما تنص عليه الفقرة الأولى من المادة ٩٣ من أنه عند عدم تحديد ميعاد التسليم فإن التسليم يتعين أن يتم بمجرد إبرام العقد إذا لم تستلزم طبيعة المبيع أو يقضى العرف بتحديد ميعاد آخر ^(٢) .

^(١) تنص المادة ٢٣٣ مدنى على أن :-

" الفوائد التجارية التى تسرى على الحساب الجارى يختلف سعرها القانونى باختلاف الجهات ، ويتبع فى طريقة حساب الفوائد المركبة فى الحساب الجارى ما يقضى به العرف التجارى " .

^(٢) تنص الفقرة الأولى من المادة ٩٣ من قانون التجارة رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ على أن :-
" إذا لم يحدد ميعاد للتسليم ، وجب أن يتم التسليم بمجرد إبرام العقد ما لم تستلزم طبيعة المبيع أو يقضى العرف بتحديد ميعاد آخر " .

المطلب التاسع: الإخطار

تنص المادة ١-٩ من مبادئ اليونيدروا لعام ١٩٩٤ على أنه :-

- ١- عندما يكون من المفروض أو المطلوب الإخطار فإنه يمكن توجيهه بأى وسيلة ملائمة للظروف .
 - ٢- يعتبر الإخطار نافذ المفعول أو منتجا لأثره وذلك عندما يصل إلى الشخص الذى تم توجيهه له .
 - ٣- ولتحقيق الغرض من الفقرة ٢ فإن الإخطار يعتبر قد وصل إلى الشخص و ذلك عندما يتم توجيهه له شفويا أو يتم تسليمه فى موطن أعمال الشخص أو عنوانه البريدى .
 - ٤ - ولتحقيق الغاية أو الغرض من هذه المادة فإن الإخطار يشمل أى إعلان أو طلب أو مطلب أو أى وسائل أخرى للإبلاغ عن القصد أو النية ^(١) .
- تضع هذه المادة أولا المبدأ وهو أن الإخطار أو أى وسائل أخرى للإبلاغ عن القصد أو النية (الإعلانات - الطلبات - المطالبات - الخ) والتي تتطلبها الأحكام الفردية للمبادئ لا تخضع أو تتوقف على أى متطلبات خاصة فيما يتعلق بالشكل ، ولكن يجوز توجيهها بأى وسيلة ملائمة للظروف .
- ولمعرفة أى الوسائل تكون ملائمة فإن ذلك سوف يعتمد على الظروف الفعلية للحالة المثارة ، وبخاصة مدى كون الوسائل المختلفة للإبلاغ متاحة

(١)

- 1- Where notice is required it may be given by any means appropriate to the circumstances .
- 2- A notice is effective when it reaches the person to whom it is given.
- 3- For the purpose of paragraph (2) a notice 'reaches' a person when given to that person orally or delivered at that person's place of business or mailing address .
- 4- For the purpose of this article 'notice' includes a declaration, demand, Request or any other communication of intention " .

وموثوق فيها وكذلك مدى الأهمية و/أو الإلحاح (الاستعجال) فى تسليم الرسالة . وهكذا فإذا كانت خدمة البريد غير موثوق بها أو لا يمكن التعويل عليها ، فإنه قد يكون أكثر ملائمة استخدام وسيلة الفاكس أو التلكس أو الأشكال الأخرى لوسائل الاتصال الالكترونية وذلك بخصوص وسيلة إبلاغ يجب أن تكون فى شكل كتابة ، أو عن طريق التليفون إذا كان الإبلاغ الشفوى كافيا .

و فى اختيار وسيلة الاتصال فإن الراسل يجب أن يأخذ فى حسبانہ كقاعدة الوضع القائم فى بلده وكذلك الوضع القائم فى بلد المرسل إليه .

وفيما يتعلق بكل أشكال أو أنواع الإخطارات فإن المبادئ تتبنى ما يطلق عليه قاعدة " التسليم " ، أى أنها لا تنتج أثرها ما لم أو حتى يتم وصولها إلى الشخص الذى تم توجيهها إليه . وكذلك فإن الأطراف بالطبع يكونوا دائما أحرار فى الاشتراط صراحة على تطبيق قاعدة " الإرسال " ، وقد يكون ذلك ملائما بشكل خاص فيما يتعلق بالإخطار الذى يتعين أن يوجهه أحد الأطراف لكى يحمى أو يحافظ على حقوقه فى حالات عدم التنفيذ الفعلى أو المتوقع من الطرف الآخر ، وذلك عندما لا يكون من العدل وضع مخاطر الفقد أو الخطأ أو التأخير فى نقل أو إرسال الرسالة على عاتق المذكور أولا (الطرف الأول) ، ويعتبر هذا أكثر واقعية إذا ما وضعنا نصب أعيننا الصعوبات التى قد تظهر على المستوى الدولى فى إثبات التسليم الفعلى للإخطار .

ويكون من المهم فيما يتعلق بقاعدة التسليم أن يتم بدقة تحديد متى تصل إلى المرسل إليه رسائل الإبلاغ المثارة ، وفى محاولة لتعريف هذا المفهوم فإن الفقرة الثالثة من هذه المادة قد رسمت أو قدمت الفروق أو الاختلافات بين الرسائل الشفوية والرسائل الأخرى . فتصل الرسائل الشفوية إلى المرسل إليه إذا ما أبلغت إليه شخصيا أو إلى شخص آخر مفوض له فى أن يتلقاها . أما الرسائل الأخرى فتصل إلى المرسل إليه بمجرد أن يتم تسليمها سواء إلى المرسل إليه شخصيا أو إلى موطن أعماله أو إلى عنوانه البريدى، فالرسالة الخاصة المثارة لا يكون ضروريا أن تصل إلى يد المرسل إليه ، فيكفى أن يتم تسليمها إلى عامل أو مستخدم عند المرسل إليه ومفوض فى قبولها أو يتم وضع الرسالة فى الصندوق البريدى للمرسل إليه أو أن يتسلمها فاكس أو تلكس أو كمبيوتر المرسل إليه .

خلاصة : ونخلص من التعليقات على المادة ١-٩ إلى النقاط الأساسية التالية :-

أ- لا يخضع الإخطار أو أى وسائل أخرى للتعبير عن القصد أو النية لأى متطلبات خاصة فيما يتعلق بالشكل ويجوز توجيهه بأى وسيلة ملائمة للظروف .

ب- تتبنى المبادئ ما يطلق عليه قاعدة " التسليم " .

ج- حرية الأطراف فى الاشتراط صراحة على تطبيق قاعدة "الإرسال".

د- هناك فروق بين الرسائل الشفوية والرسائل الأخرى عند تحديد متى تصل إلى المرسل إليه .

الوضع فى اتفاقية فيينا

تم الإشارة فى اتفاقية فيينا إلى الإخطار فى أماكن متفرقة منها ، فنجد مثلا الاتفاقية فى المادة ٢٦ قد جعلت الفسخ يتم بإخطار موجه إلى الطرف الآخر^(١) ، ويجوز توجيه الإخطار بأى وسيلة تتناسب مع الظروف من ناحية السرعة المطلوبة فى توجيه الإخطار وضمان وصوله إلى المتعاقد الآخر ، فيمكن أن يكون الإخطار عن طريق برقية تلغرافية أو توكس أو فاكس أو عن طريق البريد الالكترونى ، ويستوى أن يكون إخطار الفسخ كتابيا أو شفويا إذ جاء لفظ الإخطار فى المادة ٢٦ عاما يشمل أى إخطار سواء كان كتابيا أم شفويا^(٢) ، إلا أنه إذا كان الإخطار شفويا فإنه يجب أن يكون واضحا ومفهوما للطرف الآخر فإذا تعذر عليه فهمه أو إدراكه فلن يحدث أثره^(٣) ، ونرى أنه من الأفضل فى حالة الإخطار الشفوى أن يتبع بتوجيه إخطار كتابي على الفور ليثبت المتعاقد

^(١) تنص اتفاقية فيينا فى المادة ٢٦ على أن :-

" لا يحدث إعلان فسخ العقد أثره إلا إذا تم بواسطة إخطار موجه إلى الطرف الآخر " .

^(٢) Enderlein (Fritz) , Maskow (Dietrich) – International Sales Law , United Nations Convention on contracts for the International Sale of Goods – Oceana Publications – NewYork – London – Rome – 1992 – p. 117 .

^(٣) Schlechtriem (Peter) – Uniform Sales Law , The UN-Convention on Contracts For the International Sale of Goods – Vienna – 1986 – p.62 .

بذلك حسن نيته وحتى يتجنب ما قد يثار من منازعات بخصوص الإخطار الشفوي وخاصة فيما يتعلق بمشكلة الإثبات إذا ما طرح النزاع أمام القضاء .

والمادة ٢٧ التى تتناول حالة تأخير الإخطار أو عدم وصوله ^(١) لم تبين متى يحدث الإخطار أثره صراحة مما قد يؤدي إلى حدوث خلاف فى رأى حول هل تبنت الاتفاقية فى المادة ٢٧ مبدأ الإرسال ، أى أن الإخطار يحدث أثره بمجرد إرساله ، أم أن إخطار الفسخ لا يحدث أثره إلا عندما يصل إلى المرسل إليه .

ونرى أن الراجح هو أن نص المادة ٢٧ يعفى المرسل الذى أرسل إخطار أو طلب أو تبليغ (طالما تم ذلك بالوسيلة والظروف المناسبة) من تحمل تبعه التأخير أو عدم الوصول للإخطار أو الطلب أو التبليغ بسبب خطأ أو إهمال الجهة المرسله كهيئة البريد أو التلغراف أو التلكس ، وقد تحفظ النص فى صدره فقال ما معناه أن حكمه لا يسرى إذا وجد فى الاتفاقية (فى الجزء الثالث) نص صريح يخالفه ^(٢) .

والحقيقة أنه فى الاتفاقية عدد من النصوص فى الجزء الثالث مخالفة لذلك وتقضى بأن الإخطار أو الطلب أو التبليغ لا يحدث أثره إلا إذا وصل فعلا إلى المخاطب ، مما يعنى أن الاتفاقية تأخذ فى الأصل بمبدأ الاستلام (الوصول) . ف نجد مثلا أن المادة ٤٨ فقرة ٤ من الاتفاقية تقرر أنه إذا طلب البائع من المشتري أن يعلمه بما إذا كان يقبل التنفيذ أو أخطر البائع المشتري بعزمه على تنفيذ

^(١) تنص المادة ٢٧ من اتفاقية فيينا على أن :-

" ما لم ينص هذا الجزء من الاتفاقية صراحة على خلاف ذلك ، فإن أى تأخير أو خطأ فى إيصال أى إخطار أو طلب أو تبليغ يبعث به أحد الطرفين فى العقد وفقا لأحكام هذا الجزء و بالوسيلة والظروف المناسبة ، وكذلك عدم وصول الإخطار أو الطلب أو التبليغ ، لا يحرم هذا الطرف من حقه فى التمسك به " .

^(٢) د/ محسن شفيق - اتفاقية الأمم المتحدة بشأن البيع الدولى للبضائع (دراسة فى قانون التجارة الدولى) - المرجع السابق - رقم ١٧٥ ص ١٢٢ ، ١٢٣ .

التزاماته فإن الطلب أو الإخطار لا يحدث أثره إلا إذا وصل إلى المشتري ^(١) ، وكذلك تقرر الفقرة ٢ من المادة ٦٥ بأن الإخطار الذى يوجهه البائع إلى المشتري بتعيين مواصفات البضاعة يجب أن يتسلمه المشتري فإذا لم يتم المشتري بتحديد مواصفات مختلفة فى المدة المحددة بعد استلام الإخطار من البائع تصبح المواصفات التى وضعها البائع نهائية ^(٢) ، هذا بالإضافة إلى ما تنص عليه الفقرة الرابعة من المادة ٧٩ من أنه يجب على الطرف الذى لم ينفذ التزاماته أن يوجه إخطارا بالعائق وأثره فى قدرته على التنفيذ يصل إلى الطرف الآخر خلال مدة معقولة ^(٣) .

ونرى أن مبادئ اليونيدروا قد أجادت وأصابت بالفعل عندما جمعت الأحكام الخاصة بالإخطار ونصت عليها فى مادة مستقلة ضمن الأحكام العامة التى تقوم عليها (مع السماح للأطراف فى الاشتراط صراحة على تطبيق قاعدة الإرسال عندما يكون ذلك ملائما لهم كما تم الشرح سابقا) ، وبالتالى لم يعد هناك أى مجال للاختلاف فى رأى حول الأحكام الخاصة بالإخطار عند تطبيق مبادئ اليونيدروا .

^(١) تنص الفقرة ٤ من المادة ٤٨ من اتفاقية فيينا على أن :-
" لا يحدث الطلب أو الإخطار الذى يقوم به البائع وفقا للفقرتين ٢ ، ٣ من هذه المادة أثره إلا إذا وصل إلى المشتري " .

^(٢) تنص الفقرة ٢ من المادة ٦٥ من اتفاقية فيينا على أن :-
" إذا حدد البائع بنفسه المواصفات كان عليه أن يبلغ المشتري بتفاصيلها وأن يحدد فترة معقولة يمكن فيها للمشتري أن يحدد مواصفات مختلفة ، وإذا لم يتم المشتري بذلك فى المدة المحددة بعد استلام إخطار من البائع بهذا الشأن تصبح المواصفات التى وضعها البائع نهائية " .

^(٣) تنص الفقرة ٤ من المادة ٧٩ من اتفاقية فيينا على أن :-
" يجب على الطرف الذى لم ينفذ التزاماته أن يوجه إخطارا إلى الطرف الآخر بالعائق و أثره فى قدرته على التنفيذ، وإذا لم يصل الإخطار إلى الطرف الآخر خلال مدة معقولة بعد أن يكون الطرف الذى لم ينفذ التزاماته قد علم بالعائق أو كان من واجبه أن يعلم به فعندئذ يكون مسئولا عن التعويض عن الأضرار الناتجة عن عدم استلام الإخطار المذكور " .

الوضع فى القانون المصرى

تنص المادة ٢١٩ مدنى على أن " يكون إعدار المدين بإذاره أو بما يقوم مقام الإذار ، ويجوز أن يتم الإعدار عن طريق البريد على الوجه المبين فى قانون المرافعات ، كما يجوز أن يكون مترتبا على اتفاق يقضى بأن يكون المدين معذرا بمجرد حلول الأجل دون حاجة إلى أى إجراء آخر " .

والإعدار هو التنبيه على المدين بالوفاء ووضعه موضع المقصر فى تنفيذ التزاماته ، وطبقا لنص المادة ٢١٩ مدنى فإن الأصل أن يتم إعدار المدين إما بإذاره أو بما يقوم مقام الإذار ، والإذار ورقة رسمية من أوراق المحضرين يعلنها الدائن إلى المدين على يد محضر يبين فيها بوضوح أنه يطلب منه تنفيذ التزامه وهذه هى الطريقة العادية للإذار ، أما ما يقوم مقام الإذار فيقصد به أى ورقة رسمية تعلن إلى المدين و تنطوى على معنى الإعدار كإعلان صحيفة الدعوى ^(١) . أما الإعدار عن طريق البريد على الوجه المبين فى قانون المرافعات فلم يعد معمولا به فى الوقت الحاضر ^(٢) .

والقاعدة المتعلقة بوجوب الإعدار عن طريق الإذار أو بما يقوم مقام الإذار ليست من النظام العام ^(٣) فيمكن أن يتفق الدائن والمدين على وسائل أخرى للإعدار كخطاب مسجل أو برقية ^(٤) ما دام القانون يسمح لهم بالاتفاق عن الاستغناء عن الإعدار تماما و اعتبار المدين معذرا بمجرد حلول أجل الالتزام دون حاجة إلى أى إجراء آخر .

^(١) د/ أحمد شرف الدين - نظرية الالتزام - الجزء الثانى - أحكام الالتزام - المرجع السابق - ص ٤٢ ، ٤٣ .

^(٢) قانون المرافعات الحالى لا ينظم الإذار بواسطة المحضرين عن طريق البريد بعد أن ألغى هذا النظام بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٢ ، ولذا تعتبر هذه الطريقة للإعدار غير معمول بها فى الوقت الحاضر .

راجع د/ جميل الشرفاوى - النظرية العامة للالتزام - الكتاب الثانى - أحكام الالتزام - دار النهضة العربية - القاهرة - ١٩٩٢ - هامش ص ٥١ .

^(٣) د/ جلال محمد إبراهيم - النظرية العامة للالتزام - القسم الثانى - أحكام الالتزام - بدون اسم ناشر - ٢٠٠١ / ٢٠٠٢ - ص ٦٥ .

^(٤) د/ أحمد شرف الدين - نظرية الالتزام - الجزء الثانى - أحكام الالتزام - المرجع السابق - ص ٤٣ .

أما قانون التجارة فقد نظم فى المادة ٥٨ كيفية إعدار المدين أو إخطاره فى المواد التجارية ^(١) ، وقد جاء نص المادة ٥٨ ليقنن ما استقر عليه الفقه والقضاء فى ظل التقنين الملغى من أنه لا يشترط أن يتم إعدار المدين فى المواد التجارية بالطرق المقررة فى القانون المدنى نظرا لما تستلزمه المعاملات التجارية من سرعة وإنما يجوز أن يتم ببرقية أو بخطاب عادى تطبيقا لقاعدة عرفية سائدة ^(٢) ، فطبقا للمادة ٥٨ من قانون التجارة يكون الاعذار أو الاخطار فى المواد التجارية بإنذار رسمى أو بكتاب مسجل مصحوب بعلم الوصول كما أجازت فى أحوال الاستعجال أن يكون الإعدار أو الإخطار ببرقية أو توكس أو فاكس أو غير ذلك من وسائل الاتصال السريعة .

(١) تنص المادة ٥٨ من قانون التجارة رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ على أن :-
" يكون إعدار المدين أو إخطاره فى المواد التجارية بإنذار رسمى أو بكتاب مسجل مصحوب بعلم الوصول ، ويجوز فى أحوال الاستعجال أن يكون الاعذار أو الاخطار ببرقية أو توكس أو فاكس أو غير ذلك من وسائل الاتصال السريعة " .
(٢) المذكرة الإيضاحية لقانون التجارة - مجلة المحاماة - قانون التجارة و المذكرة الإيضاحية - الجزء الأول - ملحق تشريعات - ص ٣٧١ .

المطلب العاشر: تعريفات

تنص المادة ١-١٠ من مبادئ اليونيدروا لعام ١٩٩٤ على أنه يعتبر في هذه المبادئ أن :-

- * يشمل مصطلح " المحكمة " هيئة التحكيم .
- * عندما يكون للطرف أكثر من موطن أعمال ، فإن موطن الأعمال ذو العلاقة يكون هو الأقرب علاقة أو صلة بالعقد وتنفيذه ، مع الأخذ في الاعتبار الظروف المعروفة أو المتوقعة من الأطراف سواء قبل أو أثناء انعقاد العقد .
- * يشير مصطلح " المدين " إلى الطرف الذى يكون عليه تنفيذ التزام معين ، ويشير مصطلح " الدائن " إلى الطرف المخول له أو المؤهل للمطالبة بتنفيذ هذا الالتزام .
- * يقصد بمصطلح " الكتابة " أى شكل أو طريقة لرسائل المعلومات أو البيانات والذى يحافظ على سجل أو تسجيل للمعلومات التى يحتويها وكذلك يكون قادر على أو قابل لإعادة نسخه فى شكل ملموس أو مادى ^(١) .

(١)

" In these principles :

- * " court " includes an arbitral tribunal ;
- * Where a party has more than one place of business the relevant "place of business" is that which has the closest relationship to the contract and its performance, having regard to the circumstances known to or contemplated by the parties at any time before or at the conclusion of the contract;
- * " obligor " refers to the party who is to perform an obligation and "obligee" Refers to the party who is entitled to performance of that obligation .
- * " writing " means any mode of communication that preserves a record of the information contained therein and is capable of being reproduced in tangible form . "

بخصوص أهمية المبادئ لأغراض تسوية المنازعات عن طريق التحكيم فقد تم التأكيد على ذلك سابقا ، ولأجل تبسيط اللغة ، فإن مصطلح " محكمة " يستخدم فى سياق المبادئ على أن يكون من المفهوم أنه يغطى أو يشمل هيئات التحكيم بالإضافة إلى المحاكم .

ولغرض التطبيق للمبادئ فإن موطن أعمال الطرف يكون ذو أهمية وصلة وثيقة بعدد من الأمور مثل المكان الذى يتم فيه تسليم الإخطارات (راجع مادة ٩-١ فقرة ٣) ، وإمكانية مد الوقت الخاص بالقبول بسبب أن يوم عطلة قد وقع فى آخر يوم منها ، ومكان التنفيذ (سيتم إيضاح ذلك لاحقا عند شرح المادة ٦-١-٦) ، وكذلك تحديد الطرف الذى سوف يتقدم بطلب للترخيص الحكومى (سيتم إيضاح ذلك لاحقا عند شرح المادة ٦-١-٦ فقرة أ) .

أما بخصوص الطرف الذى يكون له مواطن أعمال متعددة (عادة مكتب رئيسى ومكاتب فرعية مختلفة) فإن المادة الحالية تضع قاعدة أنه عند تحديد موطن الأعمال وثيق الصلة بالموضوع يجب أن يتم مراعاة أن يكون الأقرب صلة أو علاقة بالعقد وإلى تنفيذه . ولا يوجد فى المادة ما يشير إلى الرأى فيما يتعلق بحالة عندما يختلف مكان إبرام العقد عن مكان تنفيذه ، ولكن فى هذه الحالة فإن الأخير (مكان التنفيذ) سوف يظهر أو يبدو أنه المكان الأوثق صلة .

وفى تحديد موطن الأعمال الذى يكون له الصلة أو العلاقة الأقرب بعقد معين وإلى تنفيذه ، فانه يجب أن يكون مأخوذ فى الاعتبار الظروف المعروفة إلى أو المتوقعة من كلا الطرفين فى أى وقت سواء قبل أو أثناء إبرام العقد . أما الوقائع والمعروفة فقط لأحد الأطراف أو التى أصبح الأطراف على علم بها فقط بعد إبرام العقد فإنها لا يمكن أن تؤخذ فى الاعتبار .

وعندما يكون من الضرورى التعيين الأفضل للطرف الذى ينفذ والطرف المستفيد من تنفيذ الالتزامات فإن مصطلحات " المدين " و " الدائن " تستخدم بصرف النظر عن ما إذا كان الالتزام مالى أو غير مالى.

وأخيرا فإنه فى بعض الحالات تشير المبادئ إلى " الكتابة" أو " عقد مكتوب" ومن أمثلة ذلك أنظر المواد ١-٢ ، ٢-٢ ، ١٢-٢ ، ١٧-٢ الخ ، و تعين المبادئ هذا المطلب الشكلى بشروط عملية وفعالة ، وهكذا فإن الكتابة تشمل ليس فقط التلغراف والتلكس و لكن أيضا أى شكل أو طريقة لرسائل المعلومات أو البيانات والتي تحتفظ بسجل أو تدوين وكذلك يكون فى الاستطاعة إعادة نسخه فى صورة ملموسة أو مادية .

خلاصة: ونخلص من التعليقات على المادة ١-١٠ إلى النقاط الأساسية التالية :-

أ- أن مصطلح " محكمة " يستخدم فى سياق المبادئ ليغطى أو يشمل هيئات التحكيم بالإضافة إلى المحاكم .

ب- فى حالة تعدد مواطن أعمال الطرف فإنه عند تحديد موطن الأعمال وثيق الصلة بالموضوع يجب أن يتم مراعاة أن يكون الأقرب صلة أو علاقة بالعقد و تنفيذه .

ج- استخدام مصطلح " المدين " و " الدائن " يكون بصرف النظر عن ما إذا كان الالتزام مالى أو غير مالى .

د- تشمل " الكتابة " ليس فقط التلغراف والتلكس ولكن أيضا أى شكل أو طريقة لرسائل المعلومات أو البيانات والتي تحتفظ بسجل أو تدوين وكذلك يمكن إعادة نسخه فى صورة ملموسة أو مادية .

ملاحظات لنا على التعريفات

١- أشارت التعريفات إلى كيفية تحديد موطن الأعمال عندما يكون للطرف أكثر من موطن أعمال واعتبرت أن موطن الأعمال ذو العلاقة هو الأقرب علاقة أو صلة بالعقد وتنفيذه مع الأخذ بعين الاعتبار للظروف المعروفة أو المتوقعة من الأطراف سواء قبل أو أثناء انعقاد العقد ، وهذا التحديد لموطن الأعمال يتطابق تماما مع ما نصت عليه الفقرة الأولى من المادة رقم ١٠ من اتفاقية فيينا ^(١) .

^(١) تنص الفقرة الأولى من المادة ١٠ من اتفاقية فيينا على أن :-

٢- توسعت التعريفات بمبادئ اليونيدروا فى مفهوم الكتابة ليشمل ليس فقط التلكس والتلغراف ولكن أيضا أى شكل أو طريقة لرسائل المعلومات أو البيانات والتي تحافظ على سجل أو تدوين للمعلومات التى تحتويها ويكون فى الاستطاعة إعادة نسخها فى شكل مادي أو ملموس ، وهذا التوسع فى مفهوم الكتابة من جانب مبادئ اليونيدروا يستطيع أن يستوعب متطلبات التجارة الالكترونية ^(١) ، ونرى أن مبادئ اليونيدروا قد تفوقت فى ذلك على اتفاقية فيينا والتي اكتفت بالإشارة إلى أن مفهوم الكتابة فى حكم الاتفاقية يشمل الرسائل البرقية والتلكس ^(٢) وقد نجد العذر لاتفاقية فيينا فى ذلك بسبب قدم هذه الاتفاقية نوعا ما (تم إقرار الاتفاقية فى ١١ أبريل ١٩٨٠) ^(٣) .

وأخيرا وبعد أن تم استعراض الأحكام العامة التى تقوم عليها مبادئ العقود التجارية الدولية لعام ١٩٩٤ فإننا سنعرض المادتين الجديدتين اللتين تم استحداثهما فى الإصدار الثانى من مبادئ العقود التجارية الدولية لعام ٢٠٠٤ كما أشرنا لذلك سابقا فى بداية هذا المبحث ، وذلك كالتالى :-

أولا: السلوك المتضارب

لا يحق لأى طرف القيام بتصرف يتضارب أو يتعارض مع الفهم الذى تسبب فيه ، والذى أخذ به الطرف الآخر ، والذى اعتمادا عليه فإن هذا الطرف الآخر

" فى حكم هذه الاتفاقية : إذا كان لأحد الطرفين أكثر من مكان عمل واحد ، فيقصد بمكان العمل المكان الذى له صلة وثيقة بالعقد وبتنفيذه ، مع مراعاة الظروف التى يعلمها الطرفان أو التى كانا يتوقعانها قبل انعقاد العقد أو وقت انعقاده " .

(١) حددت المادة الثانية من قانون الأونسيترال النموذجى بشأن التجارة الالكترونية المقصود برسالة البيانات على نحو يشمل أى معلومات يتم إنشاؤها أو إرسالها أو استلامها أو تخزينها بوسائل إلكترونية أو ضوئية أو بوسائل مماثلة بما فى ذلك على سبيل المثال لا الحصر التبادل الإلكتروني للبيانات أو البريد الإلكتروني أو البرق أو التلكس أو البرق المصور (الفاكس) . راجع فى ذلك د/ أحمد شرف الدين - عقود التجارة الالكترونية (تكوين العقد و إثباته) - المرجع السابق - ص ٧٧ .

(٢) تنص المادة ١٣ من اتفاقية فيينا على أن :-

" يشمل مصطلح كتابة ، فى حكم هذه الاتفاقية ، الرسائل البرقية والتلكس " .

(٣) د/ محسن شفيق - اتفاقية الأمم المتحدة بشأن البيع الدولى للبضائع (دراسة فى قانون التجارة الدولى) - المرجع السابق - رقم ٣٧ ص ٢٧ .

قام بمقتضاه و بطريقة معقولة بفعل أو تصرف تسبب فى الضرر أو الأذى ^(١) .

ثانيا: طريقة احتساب الوقت الذى عينه أو حدده الأطراف

- ١- تدخل أيام العطلات الرسمية أو الأجازات والتي تحدث أو تظهر خلال المدة التى عينها الأطراف للقيام بعمل معين فى حساب تلك المدة .
- ٢- ومع ذلك ، فإنه إذا كان اليوم الأخير من المدة المحددة عطلة رسمية أو أجازة وذلك فى موطن أعمال الطرف الذى سيؤدى هذا العمل ، فإنه تمتد المدة حتى أول يوم عمل لاحق ، ما لم تدل الظروف على عكس ذلك .
- ٣- تعتبر المنطقة التى يعتد بها فى تحديد الوقت هى موطن أعمال الطرف الذى وضع الوقت ، ما لم تدل الظروف على عكس ذلك ^(٢) .

(١)

"A party cannot act inconsistently with an understanding it has caused the other party to have and upon which that other party reasonably has acted in reliance to its detriment . "

(٢)

- 1- Official holidays or non-business days occurring during a period set by parties for an act to be performed are included in calculating the period .
- 2- However, if the last day of the period is an official holiday or non-business day at the place of business of the party to perform the act, the period is extended until the first business day which follows, unless the circumstances indicate otherwise.
- 3- The relevant time zone is that of the place of business of the party setting the time, unless the circumstances indicate otherwise . "

الفصل الأول: تنفيذ الالتزامات العقدية

الأصل أن ينفذ المتعاقدان التزاماتهما المترتبة عن العقد وبطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية في التعامل ، فتتقضى الالتزامات التعاقدية بالوفاء بها .

وكنتيجة للمبدأ العام "الطابع الملزم للعقد" فإن التنفيذ يجب أن يتم طالما كان ذلك ممكنا وبصرف النظر عن العبء الذى قد يفرض على الطرف المنفذ ، فعندما يصبح تنفيذ العقد أكثر إرهاقا بالنسبة لأحد الأطراف فإن هذا الطرف وبالرغم من ذلك يظل ملزما بتنفيذ التزاماته .

ولكن قد تقع أحداث يكون من شأنها أن تؤدي إلى تغيير جوهري في توازن العقد مما يخلق حالة استثنائية تم الإشارة إليها في مبادئ اليونيدروا بوصف " الظروف الشاقة " .

وعلى ذلك سيتم تقسيم الدراسة في هذا الفصل إلى المبحثين التاليين :-

المبحث الأول : التنفيذ بوجه عام

المبحث الثانى : الظروف الشاقة

المبحث الأول: التنفيذ بوجه عام

اهتمت مبادئ اليونيدروا بموضوع تنفيذ العقد فأفردت له الفصل السادس منها ، وقد تناولت مبادئ اليونيدروا عدد من الموضوعات المتعلقة بالتنفيذ منها ما يمكن اعتباره من الأمور المعتادة التعرض لها مثل وقت التنفيذ ومكان التنفيذ ، ومنها ما يعتبر من النادر التعرض لها مثل تطلب الحصول على ترخيص أو إذن عام ، ومنها ما تم معالجته بشكل تفصيلي ودقيق انطلاقا من رغبة المبادئ في الإبقاء على العقد وتنفيذه متى كان ذلك ممكنا ومراعاة لاعتبارات التجارة الدولية مثل موضوع نظام أولويات التنفيذ .

وسيتم تقسيم الدراسة في هذا المبحث إلى المطالب التالية :-

المطلب الأول : ظروف التنفيذ

المطلب الثاني : كيفية التنفيذ

المطلب الثالث : طرق و عملة الدفع

المطلب الرابع : أوجه الدفع

المطلب الخامس : الأذن العام (الترخيص) كشرط لصحة العقد أو تنفيذه

المطلب الأول: ظروف التنفيذ

يتعرض هذا المطلب لشرح القواعد التي تحكم تحديد زمان التنفيذ ومكانه وتحمل تكاليف تنفيذ الالتزامات ، لذلك سيتم تقسيم الدراسة في هذا المطلب إلى الفروع التالية :-

الفرع الأول: زمان التنفيذ

الغصن الأول: وقت التنفيذ

الغصن الثاني: التنفيذ قبل حلول الأجل

الفرع الثاني: مكان التنفيذ

الفرع الثالث: تكاليف التنفيذ

الفرع الأول: زمان التنفيذ

سنتعرض في هذا الفرع الى تحديد وقت تنفيذ الالتزام وذلك في الغصن الأول ، وكذلك الأحكام الخاصة بالتنفيذ قبل حلول الأجل وذلك في الغصن الثاني.

الغصن الأول: وقت التنفيذ

تنص المادة ٦-١-١ من مبادئ اليونيدروا على أنه :-

" يجب على كل طرف أن يؤدي أو ينفذ التزاماته :

(أ) إذا كان الوقت محددًا أو ثابتًا بواسطة العقد أو يمكن تعيينه من خلال العقد ، فيكون التنفيذ في ذلك الوقت.

(ب) إذا كان هناك فترة من الوقت محددة أو ثابتة بواسطة العقد أو يمكن تعيينها من خلال العقد فيكون التنفيذ في أي وقت خلال هذه الفترة ما لم تدل الظروف على أن الطرف الآخر يكون له اختيار وقت التنفيذ.

(ج) وفى أى حالة أخرى، يكون التنفيذ خلال مدة معقولة بعد انعقاد العقد^(١).

بقصد تحديد متى يتم تنفيذ الالتزام التعاقدى فإن هذه المادة والتي تعتبر مستلهمة أو مستوحاة من المادة ٣٣ من اتفاقية الأمم المتحدة بشأن البيع الدولي للبضائع "CISG"^(٢) تميز بين ثلاث حالات :

الحالة الأولى تكون عندما يشترط العقد على وقت دقيق أو محدد للتنفيذ أو يجعله ممكن التحديد ، والحالة الثانية إذا لم يقم العقد بتعيين لحظة دقيقة أو محددة ولكن خصص فترة من الوقت للتنفيذ ، فإن أى وقت خلال هذه الفترة يقوم باختياره الطرف الملتزم بالتنفيذ سوف يكون مقبولا ما لم تدل الظروف على أن الطرف الآخر يكون له اختيار وقت التنفيذ^(٣) . وأخيراً فى جميع الحالات الأخرى فإن التنفيذ يكون واجب الأداء خلال مدة معقولة^(٤) .

(١)

"A party must perform its obligations :

- (a) if a time is fixed by or determinable from the contract , at that time ;
- (b) if a period of time is fixed by or determinable from the contract , at any time within that period unless circumstances indicate that the other party is to choose a time ;
- (c) in any other case, within a reasonable time after the conclusion of the contract "

" United Nation Convention on contracts for the International Sale of Goods " .

(٣) مثال إيضاحي :

عرض الطرف (أ) تقديم النصح للطرف (ب) بخصوص خططه الأخيرة لشراء معدات وبرامج كمبيوتر ، وقد تم الاتفاق على أن خبراء الطرف (أ) سوف يقوموا بزيارة الطرف (ب) فى شهر " مايو " ، فيكون من حيث المبدأ للطرف (أ) أن يعلن متى بالضبط سوف تحدث أو تقع هذه الزيارة فى شهر مايو . ومع ذلك فإن الظروف ربما تترك الاختيار للطرف (ب) ، مثل لو كانت الحالة أن العقد يترك صراحة للطرف (ب) اختيار التواريخ المحددة ، أو عندما (على سبيل المثال) يكون مفهوماً أن بعض من مساعدين الطرف (ب) والذين يكونوا فى أحوال كثيرة غائبين فى رحلات عمل يجب تواجدهم عندما يصل خبراء الطرف (أ) (أنظر مادة ٦-١-١-فقرة ب) .

(٤) مثال إيضاحي :

=

الوضع فى اتفاقية فيينا

حددت اتفاقية فيينا فى المادة ٣٣ الوقت الذى يجب فيه على البائع أن يسلم البضائع ^(١) ، فطبقاً للفقرة "أ" من المادة ٣٣ فإن البائع يلتزم بتسليم البضاعة فى التاريخ المحدد فى العقد أو فى التاريخ الذى يمكن تحديده بالرجوع إلى العقد ، أما إذا لم يشتمل العقد على مثل هذا التعيين وجب التسليم فى الميعاد الذى يحدده العرف ^(٢) .

و تعرض الفقرة "ب" من المادة ٣٣ حالة عندما يجب على البائع أن يقوم بالتسليم للبضائع خلال فترة معينة أو قابلة للتعيين سواء بموجب العقد أو العرف ، كأن يذكر مثلاً فى العقد أن التسليم للبضائع يكون خلال شهر أبريل القادم ، فعند ذلك يكون للبائع تحديد التاريخ الدقيق للتسليم خلال شهر أبريل كأن يحدد يوم ٥ أبريل مثلاً ، إلا إذا تبين من الظروف أنه قد ترك للمشتري اختيار موعد التسليم وفى هذه الحالة يجب على المشتري أن يخطر البائع باليوم الذى يختاره ليقوم البائع بتجهيز البضاعة وإعدادها للتسليم مع ملاحظة أن هذا الواجب لم يستلزمه

الطرف (أ) أحد مقاولى البناء ، واجه مشاكل غير عادية عند قيامه بالحفر بالموقع ، ويحتاج إلى معدات خاصة لاستكمال العمل والتي لا توجد بحوزته . يتصل الطرف (أ) وعلى الفور تليفونياً بمقاول آخر (ب) والذى يملك المعدات اللازمة ويوافق على أن يعيرها للطرف (أ) . ومع ذلك لم يكن هناك رأى أو كلمة أخيرة فيما يتعلق بمتى يجب تسليم المعدات للطرف (أ) ، فى هذه الحالات يكون حدوث التنفيذ إذا "خلال مدة معقولة" . وبما أن العمل قد توقف بسبب المشاكل المشار إليها سابقاً ، فإن الطرف (أ) يحتاج بشكل عاجل لتسلم المعدات وفى هذه الحالة فإن عبارة "خلال مدة معقولة" تعنى على الأرجح أن التنفيذ يكون مستحقاً تقريباً بشكل فوري . (أنظر مادة ٦-١-١-١ فقرة ج) .

^(١) تنص المادة ٣٣ من اتفاقية الأمم المتحدة بشأن البيع الدولى للبضائع (فيينا لعام ١٩٨٠) على أنه يجب على البائع أن يسلم البضائع :

- أ- فى التاريخ المحدد فى العقد أو فى التاريخ الذى يمكن تحديده بالرجوع إلى العقد أو .
 - ب- فى أى وقت خلال المدة المحددة فى العقد أو التى يمكن تحديدها بالرجوع إلى العقد، إلا إذا تبين من الظروف أن المشتري هو الذى يختار موعداً للتسليم أو .
 - ج- خلال مدة معقولة من انعقاد العقد ، فى جميع الأحوال الأخرى .
- ^(٢) د/ محسن شفيق - اتفاقية الأمم المتحدة بشأن البيع الدولى للبضائع (دراسة فى قانون التجارة الدولى) - المرجع السابق - رقم ١٩٧ ص ١٤٠ .

النص ولكن يستوجبه حسن النية حتى لا يفاجأ البائع باختيار المشتري يوم يستحيل عليه فيه إعداد البضاعة للتسليم^(١) .

أما في الأحوال الأخرى عندما لا يحدد العقد ميعادا للتسليم ولا يوجد عرف يعينه ، فإن الفقرة "ج" من المادة ٣٣ تقرر أن البائع يجب عليه تسليم البضائع خلال مدة معقولة من انعقاد العقد ، وهذه المدة يتم تقديرها حسب طبيعة البضائع وحالتها وهل هي موجودة بالفعل أم سيتم تصنيعها^(٢) .

وفي المقابل حددت اتفاقية فيينا في المادة ٥٩ الميعاد الذي يجب فيه على المشتري أن يدفع الثمن^(٣) فقررت أن يكون ذلك في التاريخ المحدد في العقد أو الذي يمكن تحديده بالرجوع إلى العقد ، فإذا خلا العقد من بيان كيفية تحديد هذا التاريخ يتم الرجوع إلى أحكام الاتفاقية ، وقد وضعت الاتفاقية قاعدة أساسية في الفقرة الأولى من المادة ٥٨^(٤) في هذا المجال هي إقامة الارتباط بين ميعاد دفع الثمن وميعاد التسليم^(٥) ، فإذا لم يكن المشتري ملزما بدفع الثمن في وقت محدد وجب عليه أن يقوم بدفع الثمن عندما يضع البائع البضائع أو المستندات التي تمثلها تحت تصرف المشتري وفقا للعقد والاتفاقية .

هذا وطبقا للمادة ٥٩ من الاتفاقية فإنه يجب على المشتري أن يدفع الثمن بمجرد حلول ميعاد الوفاء به وذلك دون حاجة إلى قيام البائع بتوجيه طلب للوفاء

(١) د/ محسن شفيق - المرجع السابق - رقم ١٩٨ ص ١٤١ .

(٢) Audit (Bernard) - " La vente internationale de marchandises , Convention des Nations , Unies du 11 avril 1980 " - op. cit. - no. 83 p.83 .

(٣) تنص المادة ٥٩ من اتفاقية فيينا على أن :-

" يجب على المشتري أن يدفع الثمن في التاريخ المحدد في العقد أو الذي يمكن تحديده بالرجوع إلى العقد أو أحكام هذه الاتفاقية دون حاجة إلى قيام البائع بتوجيه أى طلب أو استيفاء أى إجراء " .

(٤) تنص الفقرة الأولى من المادة ٥٨ من اتفاقية فيينا على أن :-

" إذا لم يكن المشتري ملزما بدفع الثمن في وقت محدد ، وجب عليه أن يدفع الثمن عندما يضع البائع البضائع أو المستندات التي تمثلها تحت تصرف المشتري وفقا للعقد وهذه الاتفاقية . ويجوز للبائع أن يعتبر الدفع شرطا لتسليم البضائع أو المستندات " .

(٥) د/ محسن شفيق - اتفاقية الأمم المتحدة بشأن البيع الدولي للبضائع (دراسة في قانون التجارة الدولي) - المرجع السابق - رقم ٢٧٤ ص ١٩٨ .

أو إخطار إلى المشتري بحلول ميعاد الوفاء أو اعذاره أو غير ذلك من الإجراءات التى قد تنص عليها القوانين الوطنية^(١) .

الوضع فى القانون المصرى

طبقا لنص الفقرة الأولى من المادة ٣٤٦ مدنى^(٢) فإنه إذا لم يوجد اتفاق أو نص فى القانون يتحدد به وقت الوفاء بالالتزام فإنه يجب الوفاء بالالتزام فورا بمجرد ترتب الالتزام نهائيا فى ذمة المدين .

فالقاعدة العامة أنه قد يتكفل الاتفاق أو القانون بتحديد وقت الوفاء ، إلا أنه استثناء منها يجوز للقاضى أن يحدد موعدا متأخرا عن الموعد المتفق عليه أو عن الموعد الذى حدده القانون ، و بالتالى لا يصبح الوفاء بالالتزام واجبا إلا عندما يحل الأجل أو الوقت الذى يحدده القاضى^(٣) ، وهذا ما يطلق عليه نظرة الميسرة أو الأجل القضائى^(٤) .

وقد تقتضى طبيعة الشئ المبيع قدرا من الوقت فى تسليمه أو يكون هناك عرف يقضى بتسليم المبيع فى ميعاد معين^(٥) ، وفى ذلك تنص الفقرة

(١) د/ محسن شفيق - المرجع السابق - رقم ٢٧٦ ص ٢٠٠ .

(٢) تنص الفقرة الأولى من المادة ٣٤٦ مدنى على أنه :-

" يجب أن يتم الوفاء فورا بمجرد ترتب الالتزام نهائيا فى ذمة المدين ، ما لم يوجد اتفاق أو نص يقضى بغير ذلك " .

(٣) د/ أحمد شرف الدين - نظرية الالتزام - الجزء الثانى - أحكام الالتزام - المرجع السابق - ص ٣٦٠ ، ٣٦١ .

(٤) تنص الفقرة الثانية من المادة ٣٤٦ مدنى على أن :-

" على أنه يجوز للقاضى فى حالات استثنائية ، إذا لم يمنعه نص فى القانون ، أن ينظر المدين إلى أجل معقول أو آجال ينفذ فيها التزامه ، إذا استدعت حالته ذلك ولم يلحق الدائن من هذا التأجيل ضرر جسيم " . راجع فى شروط منح نظرة الميسرة والنتائج المترتبة عليها د/ إسماعيل غانم - فى النظرية العامة للالتزام - الجزء الثانى - أحكام الالتزام و الإثبات - مكتبة عبد الله وهبة - عابدين مصر - ١٩٦٧ - ص ٣٨٩ ، د/ أحمد شرف الدين - أحكام الالتزام - المرجع السابق - من ص ٣٦١ إلى ص ٣٦٥ . وأنظر أيضا د/ حسام الدين كامل الأهوانى - النظرية العامة للالتزام - الجزء الثانى - أحكام الالتزام - بدون اسم ناشر - ١٩٩٦ - من ص ٤٣٧ إلى ص ٤٤٤ .

(٥) د/ محمود سمير الشرفاوى - الالتزام بالتسليم فى عقد بيع البضائع - دار النهضة العربية - القاهرة - ١٩٩١ - ص ٣٩ .

الأولى من المادة ٩٣ من قانون التجارة رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ على أنه " إذا لم يحدد ميعاد للتسليم ، وجب أن يتم التسليم بمجرد إبرام العقد ما لم تستلزم طبيعة المبيع أو يقضى العرف بتحديد ميعاد آخر " .

وكذلك تعالج الفقرة الأولى من المادة ٥٣ من قانون التجارة ^(١) مسألة كيفية تحديد الوقت الذى ينبغى أن يتم فيه التسليم إذا كان محل الالتزام تسليم شىء خلال موسم معين أو فصل محدد من فصول السنة ، وذلك بالرجوع إلى العرف السائد فى مكان التسليم ، فإذا لم يوجد عرف وجب أن يتم التسليم فى وقت مناسب قبل نهاية الموسم أو الفصل ، والمقصود بالوقت المناسب هو ذلك الذى يسمح للدائن باستخدام الشىء محل التسليم الاستخدام الذى أعد له فى هذا الموسم المعين أو فى ذلك الفصل من فصول السنة ^(٢) .

^(١) تنص الفقرة الأولى من المادة ٥٣ من قانون التجارة رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ على أنه :-
" إذا كان محل الالتزام التجارى تسليم شىء خلال موسم معين أو فصل من فصول السنة وجب الرجوع إلى العرف السائد فى مكان التسليم لتعيين الوقت الى يجب أن يتم فيه . فإذا لم يوجد عرف وجب أن يتم التسليم فى وقت مناسب قبل نهاية الموسم أو الفصل " .
^(٢) مجلة المحاماة - ملحق تشريعات - قانون التجارة والمذكرة الإيضاحية - الجزء الأول - يونيه ١٩٩٩ - ص ٣٦٩ ، ٣٧٠ . و راجع أيضا د/ عبد الحميد الشواربى - الالتزامات والعقود التجارية وفقا لقانون التجارة رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ - ج ١ - منشأة المعارف بالإسكندرية - بدون سنة طبع - ص ٢٣ ، ٢٤ .

الغصن الثاني: التنفيذ قبل حلول الأجل

تنص المادة ٦-١-٥ من مبادئ اليونيدروا على أنه :-

(١) يجوز للدائن رفض التنفيذ قبل حلول مواعده المحدد ، إلا إذا لم يكن له مصلحة مشروعة في ذلك الرفض.

(٢) قبول أحد الأطراف بالتنفيذ قبل حلول مواعده أو أجله لا يؤثر على الوقت الخاص بتنفيذه لالتزاماته وذلك إذا كان هذا الوقت قد تم تحديده بصرف النظر عن تنفيذ التزامات الطرف الآخر.

(٣) يتحمل المدين النفقات الإضافية التي تتسبب للدائن من جراء التنفيذ قبل حلول الميعاد ، وذلك دون الإجحاف أو الإخلال بأى معالجة أخرى ^(١).

عندما يكون التنفيذ مستحقاً في لحظه معينة (يكون تحديدها وفقاً للمادة ٦-١-١) فإنه يجب أن يحدث في هذا الوقت ، ومن حيث المبدأ فإنه يجوز للدائن أن يرفض التنفيذ قبل حلول مواعده . وعادة ما يكون الوقت الموضوع للتنفيذ مرتبطاً بأنشطه الدائن ، والتنفيذ قبل حلول أجله قد يكون غير ملائم أو يؤدي إلى إعاقة هذه الأنشطة ، لذلك يكون للدائن مصلحة مشروعة في رفضه ، ومن حيث المبدأ فإن التنفيذ قبل حلول الميعاد يشكل إخلالاً بتنفيذ التعاقد ^(٢).

(١)

- " (1) The obligee may reject an earlier performance unless it has no legitimate interest in so doing .
- (2) Acceptance by a party of an earlier performance does not affect the time for the performance of its own obligations if that time has been Fixed irrespective of the performance of the other party's obligations .
- (3) Additional expenses caused to the obligee by earlier performance are to be borne by the obligor , without prejudice to any other remedy " .

^(٢) مثال إيضاحي :

اتفق الطرف (أ) على تنفيذ خطة الصيانة السنوية لجميع المصاعد التي توجد في المبنى الإداري للطرف (ب) في تاريخ ١٥ أكتوبر . جاء عمال الطرف (أ) في يوم ١٤ أكتوبر وهو يوم ستحدث فيه اجتماعات هامة مع العديد من الزائرين في المبنى، الطرف (ب) مؤهل أو يمكن له رفض هذا التنفيذ قبل حلول أجله حيث سيكون غير ملائم أو عائقاً له بشكل واضح.

ويمكن أن تنشأ حالات تكون فيها المصلحة المشروعة للدائن في التنفيذ في الوقت المحدد غير ظاهرة أو واضحة ، وعندما يتم قبول التنفيذ قبل حلول موعده فإنه سوف لا يسبب له أى ضرر هام أو ذى شأن ، فإذا أثبت الطرف الذى يعرض التنفيذ قبل حلول موعده تلك الحالة فإن الطرف الآخر لا يستطيع رفض التنفيذ قبل حلول أجله ^(١) .

وبافتراض قبول أحد الأطراف التنفيذ قبل حلول أجله من جانب الطرف الآخر ، فإنه ينشأ تساؤل حول ما إذا سيؤثر ذلك على وقت تنفيذ الالتزامات الخاصة بالطرف الأول. والفقرة الثانية من المادة ٦-١-٥ تتعامل مع الحالات التى تكون فيها الالتزامات واجبة الأداء فى وقت معين والذى لا يكون مرتبطاً بتنفيذ الطرف الآخر لالتزاماته وهذا الوقت الخاص بالتنفيذ يبقى بدون تغيير ^(٢)، ^(٣) .

وهذا النص مع ذلك لا يعالج الحالة العكسية أو المضادة والتى تكون فيها الالتزامات بينها ارتباط زمنى ، عدة حالات قد تنشأ فى ذلك الحين، وهذه الظروف أو الحالات ربما فى حد ذاتها تثبت أو تقيم المصلحة المشروعة للدائن

^(١) مثال إيضاحى :

الوقائع هى نفسها كما فى المثال السابق ، ولكن الاختلاف يكون فى أنه ولا يوم ١٤ أو ١٥ أكتوبر له أهمية خاصة عند الطرف (ب) . إذا استطاع الطرف (أ) إثبات أن الطرف (ب) ليس له مصلحة مشروعة فى رفض التنفيذ قبل حلول الأجل ، فإن الطرف (ب) لا يجوز له رفض التنفيذ يوم ١٤ أكتوبر .

^(٢)

FONTAINE (M.) – "paiement" et "performance" Reflexions sur les difficultes du dialogue comparatif a propos des principes d'UNIDROIT – Melanges en L'honneur de denis Tallon – D'ici , d'ailleurs: harmonization et dynamique du Droit – PARIS – Societe de legislation compare – 1999 – pp. 57-67 .

^(٣) ومن الأمثلة الإيضاحية فى هذا الشأن ما يلى :

يتعهد الطرف (ب) بأن يسلم بضائع للطرف (أ) فى يوم ١٥ مايو و يتعهد الطرف (أ) بسداد الثمن فى ٣٠ يونيه ، يرغب الطرف (ب) فى تسليم البضائع فى يوم ١٠ مايو والطرف (أ) ليس لديه مصلحة مشروعة فى رفض هذا التنفيذ قبل حلول أجله . ومع ذلك ، فلا يؤثر ذلك على الوقت المتفق عليه لسداد الثمن والذى تم تحديده بصرف النظر عن تاريخ التسليم .

فى رفض التنفيذ قبل موعده المحدد ، فإذا تم رفض التنفيذ قبل حلول أجله هكذا فإن وقت التنفيذ للدائن لا يتأثر ^(١) .

وإذا كان التنفيذ قبل حلول موعده مقبولا مع إبداء كل التحفظات الواجبة فيما يتعلق بعدم التنفيذ المرتبط به ، فإن الدائن يجوز له أيضاً التحفظ بخصوص حقوقه فيما يتعلق بوقت التنفيذ الخاص به ، فالدائن يجوز له فى نفس الوقت الذى يقبل فيه التنفيذ قبل موعده المحدد أن يقرر ما إذا كان سيقبل النتائج أو العواقب فيما يتعلق بالتزاماته أم لا .

وإذا تم قبول التنفيذ قبل حلول موعده المحدد فإنه قد يستتبع ذلك مصاريف إضافية للدائن ، وفى جميع الأحوال فإن هذه المصاريف يتم تحميلها على الطرف الآخر ^(٢) . وإذا تم اعتبار التنفيذ قبل حلول موعده يعادل عدم التنفيذ (الحالة العادية) ، فإن هذه المصروفات سوف تكون جزءاً من التعويضات ، وذلك دون إجحاف أو إخلال بأى تعويض آخر متاح أو متيسر. وإذا لم يتم اعتبار التنفيذ قبل حلول أجله عدم تنفيذ (عندما لم يظهر للدائن أى مصلحة مشروعة فى رفض عرض التنفيذ قبل حلول أجله ، أو عندما يجد أن العرض يمكن قبوله بدون تحفظ) فإن الدائن سوف يكون مؤهلاً أو مخولاً له فقط الحق فى هذه النفقات .

خلاصة: ونخلص من التعليقات على المادة ٦-١-٥ إلى النقاط الأساسية التالية :-

أ - من حيث المبدأ فإن التنفيذ قبل حلول الميعاد يشكل إخلالاً بتنفيذ التعاقد.

^(١) مثال إيضاحى :

يتعهد الطرف (ب) بأن يسلم بضائع للطرف (أ) فى يوم ١٥ مايو و يتعهد الطرف (أ) بسداد الثمن "عند التسليم" ، إذا ما قام الطرف (ب) بتقديم البضائع رسمياً فى يوم ١٠ مايو فإن الطرف (أ) واعتماداً على الظروف يجوز له أن يرفض هذا التنفيذ قبل حلول أجله مدعياً بأنه ليس فى وضع أو حالة تسمح له بالسداد فى هذا الوقت ، أو أن أخذ البضائع يكون متوقفاً على التقيد بالموعد الأخير الأصلى لسداد الثمن ، أو أن يقرر قبول البضائع ويقوم بسداد ثمنها على الفور.

^(٢) مثال إيضاحى :

إذا كان الطرف (أ) ليس له مصلحة مشروعة فى رفض تسلم البضائع فى يوم ١٠ مايو بدلاً من يوم ١٥ مايو، ولكن هناك مصاريف تخزين إضافية سيتم دفعها من أجل الخمسة أيام الإضافية ، فإن هذه التكاليف أو النفقات يتحملها الطرف (ب) .

ب يمكن أن تنشأ حالات تكون فيها المصلحة المشروعة للدائن في التنفيذ في الوقت المحدد غير ظاهرة أو واضحة.

ج قبول الدائن للتنفيذ قبل حلول أجله لا يكون له تأثير على وقت تنفيذه لالتزاماته في حالة عدم وجود ارتباط بين المواعيد الخاصة بتنفيذ الأطراف لالتزاماتهم.

د -المصروفات الإضافية الناتجة عن التنفيذ قبل حلول أجله يتحملها الطرف المنفذ ، وإذا تم اعتبار التنفيذ قبل حلول مواعده يعادل عدم التنفيذ (الحالة العادية) فإن هذه المصروفات سوف تكون جزءا من التعويضات وذلك دون إجحاف أو إخلال بأى تعويض آخر متاح.

الوضع في اتفاقية فيينا

قد يحدث الخلل في التنفيذ على وجه إيجابى ، كما فى حالة تسليم البائع البضائع للمشتري قبل الميعاد المحدد لذلك، وهذا الخلل قد يحدث حرجا للمشتري ، فمثلا إذا أسرع البائع إلى تصدير البضائع للمشتري قبل الميعاد المحدد فى العقد فإن هذا التصدير المعجل يمكن أن يفاجئ المشتري فى وقت لا يكون فيه مستعدا لاستقبال البضائع فتظل على أرصفة الميناء حتى يتم استعداده لتشيويها^(١) .

لذلك أجازت الاتفاقية فى الفقرة الأولى من المادة ٥٢ للمشتري أن يقبل أو يرفض استلام البضائع إذا سلمها البائع قبل التاريخ المحدد^(٢) . فإذا رفض المشتري استلام البضائع تحمل البائع نفقات إعادة البضائع أو تخزينها حتى يحل ميعاد التسليم^(٣) ، أما إذا قبل المشتري استلام البضائع فعند ذلك يحتفظ البائع حتى ميعاد التسليم الأصلي بالحق فى تكملة البضائع أو توريد بضائع بديلة لغير

(١) د/ محسن شفيق - اتفاقية الأمم المتحدة بشأن البيع الدولى للبضائع (دراسة فى قانون التجارة الدولى) - المرجع السابق - رقم ٢٦٨ ص ١٩٢ .

(٢) تنص الفقرة الأولى من المادة ٥٢ من اتفاقية فيينا على أن :-
" إذا سلم البائع البضائع قبل التاريخ المحدد ، جاز للمشتري أن يستلمها أو أن يرفض استلامها " .

(٣) د/ محسن شفيق - اتفاقية الأمم المتحدة بشأن البيع الدولى للبضائع (دراسة فى قانون التجارة الدولى) - المرجع السابق - رقم ٢٦٩ ص ١٩٣ .

المطابقة لما جاء فى العقد أو إصلاح العيب فى مطابقة البضائع ويكون ذلك مشروط بألا يترتب على استعمال البائع لهذا الحق مضايقة للمشتري أو تحميله نفقات غير معقولة ^(١)، ^(٢) .

رأينا فى الموضوع

الخلل فى التنفيذ والذى يأخذ صورة عدم تنفيذ الالتزام فى الميعاد المحدد له هو بالطبع الأكثر حدوثا فى الواقع العملى وهو الأشد ضررا فى الغالب بالدائن ، أما الخلل فى التنفيذ والذى يأخذ صورة التنفيذ قبل حلول الأجل فهو الأقل حدوثا ويكون فى الغالب إما قليل الضرر أو عديم الضرر بالدائن .

لذلك نرى أن مبادئ اليونيدروا قد أجادت وأصابت بالفعل عندما نصت صراحة على أن حق الدائن فى رفض التنفيذ قبل حلول موعده المحدد مقيد بأن يكون له مصلحة مشروعة فى ذلك الرفض ، وهو ما لم تفعله اتفاقية فيينا فقد أجازت للمشتري أن يستلم أو يرفض استلام البضائع إذا سلمها البائع قبل التاريخ المحدد (الفقرة الأولى من المادة ٥٢ السابق الإشارة إليها) ولم تضع عليه قيودا صريحة فى ذلك الأمر ولكن قد يخفف من هذا القصور فى اتفاقية فيينا أن الأطراف ملتزمون بواجب حسن النية فى التعامل و بالتالى فإن رفض المشتري لاستلام البضائع من البائع قبل الميعاد المحدد على الرغم من عدم وجود مصلحة مشروعة للمشتري فى ذلك يمكن اعتباره خرقا لواجب حسن النية فى التعامل .

(١) تنص المادة ٣٧ من اتفاقية فيينا لعام ١٩٨٠ على أن :

" فى حالة تسليم البضائع قبل الميعاد ، يحتفظ البائع ، حتى ذلك الميعاد ، بحق تسليم الجزء أو الكمية الناقصة من البضائع أو توريد بضائع بديلة لغير المطابقة لما جاء فى العقد أو إصلاح العيب فى مطابقة البضائع ، بشرط ألا يترتب على استعمال هذا الحق مضايقة للمشتري أو تحميله نفقات غير معقولة . ومع ذلك يحتفظ المشتري بالحق فى طلب تعويضات وفقا لأحكام هذه الاتفاقية " .

(٢) راجع فى ذلك :

Enderlein (Fritz) , Maskow (Dietrich) – International Sales Law ,
United Nations Convention on contracts for the International Sale of
Goods – op. cit. - p.153 .

الوضع فى القانون المصرى

تعالج المادة ٦٣ من قانون التجارة حالة الوفاء بالدين قبل حلول الأجل وتفرق فى هذا الشأن بين ما إذا كان المدين مآذونا فى الوفاء بالدين قبل حلول الأجل أم لا ^(١) .

فطبقا للفقرة الأولى من المادة ٦٣ فإنه إذا كان المدين مآذونا فى الوفاء بالدين قبل حلول الأجل ، فليس له أن يخصم جزءا من الدين إلا بموافقة الدائن ، وذلك ما لم يوجد نص فى القانون أو عرف يقضى بغير ذلك . ويتفق هذا مع القواعد العامة فى القانون بأن وفاء المدين بالدين المؤجل مع علمه بقيامه يعتبر تنازلا منه عن الأجل ، والتنازل من مسقطات الأجل وبذلك يصبح الدين حالا مستحق الأداء ، ولا يستطيع أن يخصم جزءا منه إلا بموافقة الدائن ^(٢) .

أما إذا كان غير مآذون فى الوفاء بالدين قبل حلول الأجل ، فطبقا لحكم الفقرة الثانية من المادة ٦٣ ، فله أن يجبر الدائن على قبول هذا الوفاء إذا دفع له العائد المستحق عن الدين حتى انتهاء الأجل أو إبرائه من رده إذا كان قد دفع مقدما ، وذلك ما لم يوجد اتفاق أو عرف أو نص فى القانون يقضى بغير ذلك .

و يشكل هذا الحكم استثناء من القواعد العامة التى تقضى بأنه إذا كان الأجل مضروبا لصالح الدائن والمدين معا ، فلا يجوز لأحدهما أن يفرد بالتنازل

^(١) تنص المادة ٦٣ من قانون التجارة رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ على أن :-
" ١- إذا كان الدين مؤجلا وكان المدين مآذونا فى الوفاء به قبل حلول الأجل فليس له عند استعمال هذا الحق أن يخصم جزءا من الدين إلا بموافقة الدائن ما لم يوجد نص فى القانون أو عرف يقضى بغير ذلك .
٢- وإذا كان المدين غير مآذون فى الوفاء بالدين قبل حلول الأجل ، فله أن يجبر الدائن على قبول هذا الوفاء إذا دفع له العائد المستحق عن الدين حتى انتهاء الأجل أو إبرائه من ردة إن كان قد دفع مقدما ، ما لم يوجد اتفاق أو عرف أو نص فى القانون يقضى بغير ذلك " .

^(٢) مجلة المحاماة - ملحق تشريعات - قانون التجارة والمذكرة الإيضاحية - الجزء الأول - يونيه ١٩٩٩ - ص ٣٧٤ .
وراجع أيضا د/ عبد الحميد الشواربى - الالتزامات والعقود التجارية وفقا لقانون التجارة رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ - المرجع السابق - ص ٤٨ ، ٤٩ .

عنه ، وهو استثناء مبرر على أى حال إذا لم يصب الدائن فى هذه الحالة أى ضرر بسبب هذا الوفاء المعجل ^(١) .

ونرى أن نص المادة ٦٣ من قانون التجارة لا يعالج كل المسائل المرتبطة بالتنفيذ قبل حلول الأجل ، خاصة مدى تأثير تنفيذ أحد الأطراف لالتزامه قبل حلول الأجل على الوقت الخاص بتنفيذ الطرف الآخر لالتزاماته ، فالمادة ٦٣ تتعلق بشكل خاص بالوفاء بالدين قبل حلول الأجل وليس بالالتزام بشكل عام .

(١) مجلة المحاماة - ملحق تشريعات - قانون التجارة والمذكرة الإيضاحية - الجزء الأول -
يونيه ١٩٩٩ - ص ٣٧٤ .
وراجع أيضا د/ عبد الحميد الشواربى - الالتزامات والعقود التجارية وفقا لقانون التجارة
رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ - المرجع السابق - ص ٤٩ ، ٥٠ .

الفرع الثانى : مكان التنفيذ

تنص المادة ٦-١-٦ من مبادئ اليونيدروا على أن :-

(١) إذا كان مكان التنفيذ لم يتم تحديده أو غير قابل للتحديد من خلال العقد ، فيكون تنفيذ الطرف كالاتى:-

أ - بالنسبة للالتزام النقدي ، يكون تنفيذه فى موطن أعمال الدائن.

ب - بالنسبة لأى التزام آخر ، يكون تنفيذه فى موطن الأعمال الخاص بالطرف المنفذ (المدين).

(٢) يجب أن يتحمل أو يدفع الطرف أى زيادة فى النفقات الطارئة أو العارضة المصاحبة للتنفيذ والتي تسبب فيها أى تغيير فى موطن أعماله لاحق لإبرام العقد^(١).

المكان الذى يتم فيه تنفيذ الالتزام يكون فى أحوال كثيرة محدداً بواسطة شرط صريح فى العقد أو قابل للتحديد من خلال العقد. فمن الواضح مثلاً أن التزاما بالبناء يجب أن يتم تنفيذه فى موقع البناء أو الإنشاء وكذلك فإن التزاما بنقل بضائع يجب أن يتم تنفيذه وفقاً للمسلك أو الطريق الذى تم الاتفاق عليه .

ومع ذلك فهناك احتياج لقواعد مكملة لتغطى الحالات التى يسكت العقد فيها عن تنظيم هذه المسألة وكذلك لم تشر أو تدل الظروف على مكان حدوث التنفيذ ، و تضع أو توفر المادة ٦-١-٦ فقرة ١ حلين . فالقاعدة العامة هى أن الطرف ينفذ التزاماته فى موطن الأعمال الخاص به ، والقاعدة الثانية هى مخصصة للالتزامات النقدية والتي ينطبق عليها الحل المضاد أو العكسى أى أن

(١)

"1- If the place of performance is neither fixed by , nor determinable from, the contract a party is to perform :

- (a) a monetary obligation , at the obligee's place of business ;
- (b) any other obligation , at its own place of business .

2- A party must bear any increase in the expenses incidental to performance which is caused by a change in its place of business subsequent to the conclusion of the contract ".

المدين يقوم بتنفيذ التزاماته فى موطن الأعمال الخاص بالدائن (مع عدم الإخلال بالتطبيق للمادة ٦-١-٨ والخاصة بالدفع عن طريق التحويل النقدى والتى سيتم شرحها لاحقاً) .

وهذه الحلول ربما لا تكون الأكثر إرضاء فى جميع الحالات ، ولكنها تعكس الاحتياج إلى وجود قواعد عندما لا يكون الأطراف قد وضعوا فى اتفاقهم أى ترتيبات أو استعدادات أخرى أو عندما لا تشير الظروف إلى غير ذلك ^(١) .

ونظراً لأهمية موطن الأعمال الخاص بالأطراف لأجل تطبيق الفقرة الأولى من المادة ٦-١-٦ ، فإنه من الضرورى تقديم معالجة لحالة عندما يقوم أحد الأطراف بتغيير موطن أعماله بعد إبرام العقد ، فهذا التغيير قد يستلزم مصاريفاً إضافية للطرف المنفذ ، والقاعدة التى شرعتها الفقرة الثانية من المادة ٦-١-٦ هى أن كل طرف يجب أن يتحمل الزيادة فى المصروفات والتى حدثت بسبب التغيير فى موطن أعماله .

^(١) أمثلة إيضاحية :

١ يريد الطرف (أ) أن يتعلم بعض المهندسين لديه اللغة الخاصة بالبلد (س) ، وهى البلد التى سوف يعملوا بها لبعض الوقت . وقد اتفق مع الطرف (ب) وهى مدرسة لغات من أجل سلسلة من الدروس المكثفة . فإذا لم يوجد شئ آخر تم الاشتراط عليه فإن إعطاء الدروس سوف يحدث أو يقع فى موطن أعمال الطرف (ب) (أنظر المادة ٦-١-٦ فقرة ١- ب) .

٢ الوقائع فى هذا المثال هى نفسها مثل ما سبق ذكره فى المثال رقم ١ ، قامت مدرسة اللغات بإرسال فاتورتها للطرف (أ) . التكلفة الخاصة بالدروس يجب "من حيث المبدأ" أن يتم سدادها فى موطن أعمال الطرف (ب) (أنظر المادة ٦-١-٦ فقرة ١- أ) . ومن الجدير بالملاحظة أنه على الرغم من أن كلا من المثالين السابقين يرتبط بواقعة تعاقد الطرف (أ) مع الطرف (ب) من أجل سلسلة دروس لغات مكثفة إلا أن كل من المثالين يتعلق بالالتزام مختلف عن الالتزام بالمثال الآخر و بالتالى تختلف صفة الطرف من حيث كونه مدين أم دائن فى المثال الأول عنه فى المثال الثانى . وبصورة أكثر توضيحاً فإن المثال الأول يتعرض للالتزام غير نقدى وهو الالتزام بإعطاء دروس اللغة المكثفة لمهندسى الطرف (أ) فالطرف المدين فى هذا المثال هو الطرف (ب) و بالتالى يكون تنفيذ هذا الالتزام غير النقدى طبقاً للمادة ٦-١-٦ فقرة ١- ب فى موطن أعمال الطرف المنفذ (المدين) وهو فى هذه الحالة الطرف (ب) ، أما المثال الثانى فيتعرض للالتزام نقدى وهو سداد فاتورة التكلفة الخاصة بالدروس والطرف المدين فى هذا الالتزام هو الطرف (أ) أما الطرف الدائن فهو الطرف (ب) ويكون تنفيذ هذا الالتزام النقدى طبقاً للمادة ٦-١-٦ فقرة ١- أ فى موطن أعمال الطرف الدائن وهو فى هذا المثال الطرف (ب) .

وعلاوة على ذلك فمن الممكن أن يستتبع تغيير الطرف لموطن أعماله أضراراً أخرى للطرف الآخر ، والالتزام بالتصرف وفقاً لما يقتضيه حسن النية وأمانة التعامل (مادة ١ - ٧) وكذلك واجب التعاون (مادة ٥ - ٣) كثيراً ما يفرضوا على الطرف الذى قام بتغيير موطن أعماله التزاماً بإعلام الطرف الآخر بذلك فى الوقت المناسب لكى يتمكن هذا الأخير من أن يقوم بأى ترتيبات أو استعدادات قد تكون ضرورية ^(١) .

خلاصة: ونخلص من التعليقات على المادة ٦-١-٦ إلى النقاط الأساسية التالية :-

أ - مكان التنفيذ هو المحدد أو القابل للتحديد من خلال العقد عندما يكون ذلك ممكناً .

ب - هناك قواعد مكملة عند سكوت العقد عن هذا التحديد .

ج - هناك نتائج تترتب على تغيير موطن أعمال أحد الأطراف واللاحق أو التالى على إبرام العقد .

الوضع فى اتفاقية فيينا

الأصل أن يسلم البائع البضاعة فى المكان المعين فى العقد أو فى أى وثيقة أخرى تكون سارية على العقد ^(٢) ، فإذا اتفق المتعاقدان صراحة فى العقد على تحديد مكان التسليم فيجب الالتزام باتفاقهما فى هذا الشأن ، وقد يترك

^(١) مثال إيضاحى :

دخل الطرف (أ) فى اتفاق مساعدة تقنية أو فنية مع الطرف (ب) ، وبمقتضى شروط هذا الاتفاق يأخذ الطرف (أ) على عاتقه أن يقوم بتدريب عدد ١٠ من مهندسى الطرف (ب) لفترة شهرين وذلك فى مبانى الطرف (أ) . و يكون إيواء أو إقامة المهندسين فى فندق محلى يقدم أسعار معقولة جداً بسبب موقع الطرف (أ) والذى يوجد فى منطقة ريفية . وبعد أن تم إبرام الاتفاق ولكن قبل وصول مهندسى الطرف (ب) قام الطرف (أ) بإخطار الطرف (ب) بأنه قد تم تغيير موطن أعماله إلى المدينة العاصمة والتى يكون فيها أسعار الفندق أكثر ارتفاعاً بمقدار كثير . وبصرف النظر عن ما إذا كانت التكاليف الأولية للإيواء أو الإقامة للمهندسين كان سيتم دفعها أو سدادها بواسطة الطرف (أ) أو الطرف (ب) ، فإن التكاليف الإضافية سوف يتحملها الطرف (أ) .

^(٢) د/ محسن شفيق - اتفاقية الأمم المتحدة بشأن البيع الدولى للبضائع (دراسة فى قانون التجارة الدولى) - المرجع السابق - رقم ١٩٣ ص ١٣٧ .

الأطراف تحديد ذلك للأعراف التجارية السارية على ذلك النوع من البيوع وفى الغالب يحيل الطرفان المتعاقدان فى ذلك إلى المصطلحات التجارية الدولية Incoterms^(١) ومن أمثلة ذلك يكون مكان التسليم الذى يلتزم به البائع هو ظهر السفينة الناقلة للبضائع فى حالة البيع C.I.F أو البيع F.O.B .

أما إذا لم يوجد اتفاق أو عرف يحدد مكان التسليم للبضائع فإن الاتفاقية وضعت فى المادة ٣١ حلول احتياطية لتحديد مكان التسليم^(٢) . فإذا تضمن عقد البيع نقل البضائع فيكون التزام البائع هو تسليم البضائع إلى أول ناقل لتسليمها إلى المشتري ، ويقصد النص بالناقل الأول مواجهة حالة عندما يتعدد الناقلون مثل عندما يقتضى الأمر نقل البضائع بحرا من ميناء الإسكندرية إلى ميناء مرسيليا ثم النقل برا إلى باريس فعند ذلك يبرأ البائع من التزامه بتسليم البضائع بمجرد مناولتها إلى الناقل الأول وهو الناقل البحرى ولا شأن له بعد ذلك بما يحدث بين الناقل البحرى والناقل البرى الذى يليه^(٣) .

(١)

Plantard (Jean – Pierre) – " Un nouveau droit uniforme de la vente Internationale: La convention des Nations Unies du 11 avril 1980 " – Journal du Droit International – No. 2 – 1988 – p. 336 .

(٢) نصت اتفاقية الأمم المتحدة بشأن البيع الدولى للبضائع (فينا لعام ١٩٨٠) فى الفصل الثانى والخاص بالتزامات البائع على مكان تسليم البضائع وقررت ما بين كون عقد البيع متضمن نقل البضائع أم لا وفى ذلك تنص المادة ٣١ على أن :-
" إذا كان البائع غير ملزم بتسليم البضائع فى أى مكان آخر ، فإن التزامه بالتسليم يكون على النحو الآتى :

أ- تسليم البضائع إلى أول ناقل لإيصالها إلى المشتري ، إذا تضمن عقد البيع نقل البضائع.
ب- وفى الحالات التى لا تندرج تحت الفقرة الفرعية السابقة ، إذا كان العقد يتعلق ببضائع محددة أو بضائع معينة بالجنس ستسحب من مخزون محدد أو تصنع أو تنتج ، وعرف الطرفان وقت إبرام العقد أن البضائع موجودة فى مكان معين أو أنها ستصنع أو ستنتج فى مكان معين ، يلتزم البائع بوضع البضائع تحت تصرف المشتري فى ذلك المكان .
ج- وفى الحالات الأخرى ، يلتزم البائع بوضع البضائع تحت تصرف المشتري فى المكان الذى كان يوجد فيه مكان عمل البائع وقت إبرام العقد " .

(٣) د/ محسن شفيق – اتفاقية الأمم المتحدة بشأن البيع الدولى للبضائع (دراسة فى قانون التجارة الدولى) – المرجع السابق – رقم ١٩٤ ص ١٣٧ .

أما إذا لم يتضمن عقد البيع نقل البضائع وكانت البضائع محددة أو معينة بنوعها وستسحب من مخزون محدد أو تنتج أو تصنع ، فإن البائع يلتزم بأن يضع البضائع تحت تصرف المشتري في المكان المعين الذي عرف الطرفان وقت إبرام العقد أن البضائع موجودة فيه أو أنها ستنتج أو ستصنع فيه .

أما في غير الحالات السابقة فيلتزم البائع بوضع البضاعة تحت تصرف المشتري في المكان الذي كان يوجد فيه مكان عمل البائع وقت إبرام العقد ، وهذا الحكم يتفق مع نوع البيع الذي تطلق عليه المصطلحات التجارية الدولية Incoterms اسم Ex Works (vente a l'usine) والذي يتم تسليم البضائع فيه في منشأة البائع ^(١) ، فإذا لم تكن له منشأة فالعبرة بمحل إقامته المعتاد ^(٢) .

و في المقابل يلتزم المشتري بدفع الثمن في المكان الذي اتفق عليه المتعاقدان في العقد ، وفي الغالب لا يتم إغفال تحديد هذا المكان في العقد ^(٣) . أما إذا لم يكن قد تم الاتفاق على مكان معين للدفع فإن الفقرة الأولى من المادة ٥٧ من اتفاقية فيينا ^(٤) قد أوضحت أن المشتري عند ذلك يكون ملزماً بدفع الثمن إلى البائع في مكان عمل البائع ، والعبرة بمكان عمل البائع وقت الوفاء بالثمن فإذا غير البائع مكان عمله في الفترة بين إبرام العقد وحلول ميعاد الوفاء بالثمن وجب

^(١) Audit (Bernard) – " La vente internationale de marchandises , Convention des Nations , Unies du 11 avril 1980 " – op. cit. – Note 2 p. 82.

^(٢) د/ محسن شفيق – اتفاقية الأمم المتحدة بشأن البيع الدولي للبضائع (دراسة في قانون التجارة الدولي) – المرجع السابق – رقم ١٩٦ ص ١٤٠ .
^(٣)

Plantard (Jean – Pierre) – " Un nouveau droit uniforme de la vente Internationale: La convention des Nations Unies du 11 avril 1980 " – Journal du Droit International – op. cit. – p. 348 .

^(٤) أوضحت اتفاقية فيينا لعام ١٩٨٠ كيفية تحديد مكان دفع المشتري للثمن وذلك في الفصل الثالث والخاص بالتزامات المشتري حيث تنص المادة ٥٧ فقرة ١ على أنه :-

" إذا لم يكن المشتري ملزماً بدفع الثمن في مكان معين وجب عليه أن يدفعه إلى البائع : أ- في مكان عمل البائع أو .

ب- في مكان التسليم ، إذا كان الدفع مطلوباً مقابل تسليم البضائع أو المستندات " .

أداء الثمن فى المكان الجديد ^(١) ، والبائع يتحمل أى زيادة قد تحدث فى مصاريف الدفع تكون ناتجة عن تغيير مكان عمله بعد أن ينعقد العقد ^(٢) . أما إذا كان الدفع مطلوباً مقابل تسليم البضائع أو المستندات فإن المشتري يكون ملزماً بدفع الثمن إلى البائع فى مكان التسليم .

الوضع فى القانون المصرى

يلتزم المدين والدائن بمكان الوفاء المعين الذى اتفقوا عليه ، وهذا الاتفاق قد يكون صريحاً وقد يكون ضمنياً كما فى حالة وجود التزامات متقابلة ناشئة عن عقد ملزم للجانبين ويتفق الطرفان على أن الوفاء يتم فى وقت واحد ، فيستخلص من ذلك وجود اتفاق ضمنى على أن يكون مكان الوفاء هو مكان واحد ^(٣) .

أما عندما لا يوجد اتفاق بين الطرفين بشأن مكان التنفيذ أو لم يقض القانون بتحديد مكان خاصة فى مكان آخر ، فإن المادة ٣٤٧ مدنى قد وضعت

(١) د/ محسن شفيق - اتفاقية الأمم المتحدة بشأن البيع الدولى للبضائع (دراسة فى قانون التجارة الدولى) - المرجع السابق - رقم ٢٧٣ ص ١٩٧ ، ١٩٨ .

(٢) تنص الفقرة الثانية من المادة ٥٧ من اتفاقية فيينا على أن :-

" يتحمل البائع أى زيادة فى مصاريف الدفع ناتجة عن تغيير مكان عملة بعد انعقاد العقد " .
(٣) د/ أحمد شرف الدين - نظرية الالتزام - الجزء الثانى - أحكام الالتزام - المرجع السابق - ص ٣٦٥ ، د/ حسام الدين كامل الأهوانى - النظرية العامة للالتزام - الجزء الثانى - أحكام الالتزام - المرجع السابق - ص ٤٣١ .

وقد قضت محكمة النقض المصرية بأن " لما كان الأصل فى تنفيذ الالتزام أن يكون دفع الدين فى محل المدين إلا إذا اتفق على خلاف ذلك ، وكان الطرفان قد اتفقا على أن يكون الدفع فى محل الدائن بمصر ، وكان قد تعذر على المدين أن يقوم بالوفاء بسبب قطع العلاقات بين مصر وإيطاليا ولم يكن كذلك من المجدى أن يقدم الدائن سند الدين إلى الحارس العام فى ذلك الوقت إذ لم يكن فى مقدور هذا الحارس المطالبة به لأن الدين لم يكن ثابتاً بالفرع الذى يملكه المدين فى مصر ، لما كان ذلك ، فإنه لا يمكن نسبة أى خطأ إلى الدائن فى عدم المطالبة بالدين أثناء قطع العلاقات ، أما بعد عودة العلاقات فإن من واجب المدين أن يقوم بالدفع فى محل الدائن وفقاً لنص العقد ، أما وهو لم يفعل فلا يجوز له التحدى بقيام أى خطأ فى جانب الدائن " . طعن ٢٤١ لسنة ٢١ ق جلسة ١٩٥٤/١٢/٩
قضاء النقض فى المواد المدنية ، قاعدة ١١٦٦ ص ٤٧١ .

القاعدة العامة لتحديد مكان الوفاء ^(١) ، و قد فرق نص المادة ٣٤٧ مدنى بين حالتين هما :-

الحالة الأولى : إذا كان محل الالتزام شيئاً معيناً بالذات :

فإنه طبقاً للفقرة الأولى من المادة ٣٤٧ مدنى يكون مكان الوفاء هو مكان وجود هذا الشيء وقت نشوء الالتزام ، ولكل من الدائن والمدين أن يتمسك بذلك ولو نقل الشيء بين وقت نشوء الالتزام ووقت تنفيذه إلى مكان آخر ^(٢) ، فمثلاً إذا باع شخص لآخر سيارة معينة بالذات وكانت هذه السيارة موجودة وقت إبرام البيع فى القاهرة فيجب تسليم هذه السيارة فى القاهرة ويكون من حق الدائن أن يمتنع عن تسليمها فى مكان آخر بحيث إذا وافق مضطراً على تسليمها فى أى مكان آخر فيكون من حقه مطالبة المدين بنفقات نقلها من المكان الذى تسلم فيه السيارة إلى القاهرة وكل هذا ما لم يوجد اتفاق على غير ذلك بين الدائن والمدين ^(٣) .

الحالة الثانية : إذا كان محل الالتزام شيئاً معيناً بالنوع :

ومن أمثلة ذلك كمية من قمح أو فحم أو سكر أو بضائع ينتجها مصنع البائع ، فإنه طبقاً للفقرة الثانية من المادة ٣٤٧ مدنى يكون مكان الوفاء هو موطن المدين وقت الوفاء أو فى مركز أعماله إذا كان الالتزام متعلقاً بهذه الأعمال ^(٤) ،

^(١) تنص المادة ٣٤٧ مدنى على أن :-

" ١- إذا كان محل الالتزام شيئاً معيناً بالذات ، وجب تسليمه فى المكان الذى كان موجوداً فيه وقت نشوء الالتزام ، ما لم يوجد اتفاق أو نص يقضى بغير ذلك .

٢- أما فى الالتزامات الأخرى ، فيكون الوفاء فى المكان الذى يوجد فيه موطن المدين وقت الوفاء ، أو فى المكان الذى يوجد فيه مركز أعمال المدين إذا كان الالتزام متعلقاً بهذه الأعمال " .

^(٢) د/ جميل الشرفاوى - النظرية العامة للالتزام - الكتاب الثانى - أحكام الالتزام - المرجع السابق - ص ٣١٦ .

^(٣) د/ أحمد شرف الدين - نظرية الالتزام - الجزء الثانى - أحكام الالتزام - المرجع السابق - ص ٣٦٦ .

^(٤) فيبضائع المصنع ، يكون تسليمها فى مركز إدارة المصنع وليس فى موطن المدين الذى هو مكان إقامته المستقرة ، وإذا كان بائع القمح أو السكر تاجراً فالتسليم فى مركز إدارة أعماله التجارية . راجع د/ جميل الشرفاوى - النظرية العامة للالتزام - الكتاب الثانى - أحكام الالتزام - المرجع السابق - هامش ص ٣١٦ .

ويعبر عن القاعدة السابقة بأن الدين مطلوب لا محمول بمعنى أنه يجب على الدائن أن يسعى إلى موطن المدين لاستيفاء الدين^(١).

وتوجد نصوص خاصة بتحديد مكان الوفاء فى بعض العقود المسماة ، ومن أمثلة ذلك ما نصت عليه الفقرة الأولى من المادة ٤٥٦ مدنى^(٢) من أن الثمن يكون مستحق الوفاء فى المكان الذى سلم فيه المبيع ، وبذلك يكون المشرع قد خرج عن حكم القواعد العامة التى تقضى بحسب الأصل بأن الوفاء بالالتزام يكون فى موطن المدين (م ٢/٣٤٧ مدنى)^(٣).

(١) د/ أحمد شرف الدين - نظرية الالتزام - الجزء الثانى - أحكام الالتزام - المرجع السابق - ص ٣٦٦ ، ٣٦٧ . وراجع أيضا د/ محمد حسام محمود لطفى - النظرية العامة للالتزام - المصادر ، الأحكام ، الإثبات - بدون اسم ناشر - القاهرة - ٢٠٠٧ - ص ٢٨٥ . وكذلك د/ إسماعيل غانم - فى النظرية العامة للالتزام - الجزء الثانى - أحكام الالتزام والإثبات - المرجع السابق - ص ٣٩٠ .

(٢) تنص الفقرة الأولى من المادة ٤٥٦ مدنى على أن :-
" يكون الثمن مستحق الوفاء فى المكان الذى سلم فيه المبيع ، ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضى بغير ذلك " .

(٣) د/ محمود السيد عبد المعطى خيال - عقد البيع - بدون اسم ناشر - ١٩٩٧/١٩٩٨ م - ص ٢٤٤ . و د/ حسام الدين كامل الأهوانى - النظرية العامة للالتزام - الجزء الثانى - أحكام الالتزام - المرجع السابق - ص ٤٣٥ . وأنظر أيضا د/ سليمان مرقس - شرح القانون المدنى - العقود المسماة - المجلد الأول - عقد البيع - الناشر : عالم الكتب - القاهرة - ١٩٨٠ - ص ٤٢٥ .

الفرع الثالث : تكاليف التنفيذ

تنص المادة ٦-١-١١ من مبادئ اليونيدروا على أن :-

" كل طرف يتحمل بالتكاليف الخاصة بتنفيذ التزاماته " ^(١).

كثيراً ما يستلزم التنفيذ للالتزامات تكاليف أو نفقات والتي ربما تكون من أنواع مختلفة مثل تكاليف النقل في سبيل تسليم البضائع وعمولة البنك لعمل التحويل النقدي والرسوم التي يتم دفعها عندما يتم التقدم بطلب الترخيص الخ ، ومن حيث المبدأ فإن هذه التكاليف يتحملها الطرف الذي يقوم بالتنفيذ.

وبالطبع فإن الأطراف يمكنهم وضع ترتيبات أخرى ، ولا يوجد ما يمنع الطرف الذي يقوم بالتنفيذ من أن يضع أو يضمن هذه التكاليف مقدماً في السعر الذي يتم إعطاؤه ، والقاعدة الواردة في المادة ٦-١-١١ تطبق في حالة غياب مثل هذه الترتيبات ^(٢).

وهذا الحكم يعين من الذي سيتحمل هذه التكاليف وليس من الذي سيقوم بسدادها ، ومن المعتاد أن يكون هو نفس الشخص ولكن مع ذلك قد يكون هناك حالات مختلفة ومن أمثلة ذلك عندما تضع تنظيمات الضرائب واجب أو عبء السداد على طرف معين ، ففي مثل هذه الحالات إذا كان الطرف الذي يجب عليه السداد مختلف عن الطرف الذي يجب أن يتحمل بالتكاليف طبقاً للمادة ٦-١-١١ فإن الأخير يجب أن يرد أو يعيد هذه التكاليف إلى الطرف المذكور أولاً.

(١)

" Each party shall bear the costs of performance of its obligations " .

^(٢) مثال إيضاحي :

وافق الطرف (أ) وهو استشاري على أن يرسل خمس خبراء لإجراء أعمال مراجعة بشركة الطرف (ب) ، ولا يوجد ما يوضح ما يخص مصاريف سفر الخبراء ، لم يدخل الطرف (أ) في اعتباره أو حسابه هذه التكاليف عندما قام بتحديد أتعابه ، ومع ذلك فإن الطرف (أ) لا يجوز له إضافة مصاريف السفر هذه إلى الفاتورة.

الوضع فى اتفاقية فيينا

لم تضع اتفاقية فيينا نصا صريحا يقرر بأن كل طرف يتحمل تكاليف تنفيذ التزاماته ، ولكن هذا مفهوم ضمنا فى سياق نصوص اتفاقية فيينا ، فعلى سبيل المثال فإن المادة ٥٤ من الاتفاقية ^(١) تقرر بأن التزام المشتري بدفع الثمن يتضمن اتخاذ ما يلزم واستيفاء الإجراءات المطلوبة سواء بموجب العقد أو بموجب القوانين والأنظمة الواجبة التطبيق وذلك من أجل تسديد الثمن ، والإجراءات التى يقوم بها المشتري قد تكون من طبيعة تجارية مثل إعداد وتقديم خطاب ضمان بنكى ^(٢) أو فتح اعتماد مستندى وقد تكون الإجراءات ذات طبيعة إدارية مثل الحصول على موافقة الجهة الإدارية المختصة للقيام بتحويل النقد الأجنبى اللازم للوفاء بالثمن أو الحصول على أى موافقات أخرى تستلزمها القوانين الوطنية ^(٣) . و نرى أنه من البديهي والمفهوم ضمنا من ذلك أن المشتري سيتحمل تكاليف اتخاذ ما يلزم واستيفاء الإجراءات المطلوبة .

رأينا فى الموضوع

على الرغم من أنه قد يرى البعض أن نص المادة ٦-١-١١ يعتبر من قبيل تحصيل الحاصل ، إلا أننا نرى أن النص صراحة فى المادة ٦-١-١١ على أن كل طرف يتحمل التكاليف الخاصة بتنفيذ التزاماته يلتفت نظر الأطراف بشكل واضح إلى هذا الأمر وأن يأخذوا فى اعتبارهم وحساباتهم هذه التكاليف عند تحديدهم للسعر (الثمن) أو أن يقوموا بالاتفاق على ترتيبات أخرى ، وذلك سيؤدى بالفعل إلى منع حدوث نزاعات مستقبلية بين الأطراف فى هذا الأمر خاصة منع مطالبة أحد الأطراف للآخر بتكاليف تنفيذه لالتزام ما على الطرف الأول بدعوى أن السعر أو الثمن لم يتضمن حساب هذه التكاليف .

^(١) تنص المادة ٥٤ من اتفاقية فيينا على أن :-

" يتضمن التزام المشتري بدفع الثمن اتخاذ ما يلزم واستيفاء الإجراءات المطلوبة بموجب العقد أو بموجب القوانين والأنظمة الواجبة التطبيق من أجل تسديد الثمن " .
^(٢) د/ محسن شفيق - اتفاقية الأمم المتحدة بشأن البيع الدولى للبضائع (دراسة فى قانون التجارة الدولى) - المرجع السابق - رقم ٢٧٢ ص ١٩٧ .

^(٣) Audit (Bernard) - " La vente internationale de marchandises , Convention des Nations , Unies du 11 avril 1980 " - op. cit. - p. 140 .

الوضع فى القانون المصرى

قررت المادة ٣٤٨ مدنى بأن الأصل أن تقع نفقات الوفاء بالالتزام على عاتق المدين وذلك ما لم يوجد اتفاق أو نص يقضى بغير ذلك ^(١) ، فالوفاء واجب على المدين ولذا فإنه يتحمل ما يتكلفه أداء هذا الواجب من نفقات ^(٢) ، فمثلا إذا احتاج الوفاء بالالتزام إلى نقل شىء من مكان معين إلى مكان آخر لتسليمه فيه فإن نفقات النقل تقع على عاتق المدين ويتحملها هو كذلك إذا كان محل الالتزام مبلغا نقديا والتزم المدين بالوفاء به فى موطن الدائن وأرسل هذه النقود إليه بحوالة بريدية أو مصرفية فنفقات إرسال هذه النقود تقع على عاتق المدين ^(٣) .

والقاعدة التى تقررها المادة ٣٤٨ مدنى ليست أمره ، فيجوز الاتفاق على ما يخالفها كأن يتفق على تحميل الدائن كل أو بعض نفقات الوفاء .

وكذلك قد ينص القانون على حكم خاص لنفقات الوفاء فى بعض صور الالتزام ^(٤) . فتوجد حالات ينص فيها القانون صراحة على التزام الدائن بهذه النفقات مثل المادة ٤٦٢ مدنى ^(٥) التى تقضى بأن نفقات تسجيل عقد البيع تكون على المشتري ، ذلك أن التسجيل لازم لانتقال الملكية فى العقارات ونقل الملكية هو التزام على البائع لا على المشتري ، فالمشتري هو الدائن بالالتزام بنقل الملكية ومع هذا فقد ألزمه المشرع صراحة بنفقات التسجيل ^(٦) .

(١) تنص المادة ٣٤٨ مدنى على أن :-

" تكون نفقات الوفاء على المدين إلا إذا وجد اتفاق أو نص يقضى بغير ذلك " .

(٢) د/ جميل الشرقاوى - النظرية العامة للالتزام - الكتاب الثانى - أحكام الالتزام - المرجع السابق - ص ٣١٧ .

(٣) د/ أحمد شرف الدين - نظرية الالتزام - أحكام الالتزام - المرجع السابق - ص ٣٦٨ .

(٤) راجع فى ذلك د/ جميل الشرقاوى - النظرية العامة للالتزام - الكتاب الثانى - أحكام الالتزام - المرجع السابق - ص ٣١٧ ، وراجع كذلك د/ محمد حسام محمود لطفى - النظرية العامة للالتزام - المصادر ، الأحكام ، الإثبات - المرجع السابق - ص ٢٨٦ .

(٥) تنص المادة ٤٦٢ مدنى على أن :-

" نفقات عقد البيع ورسوم الدمغة والتسجيل وغير ذلك من مصروفات تكون على المشتري ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضى بغير ذلك " .

(٦) د/ أحمد شرف الدين - نظرية الالتزام - الجزء الثانى - أحكام الالتزام - المرجع السابق - ص ٣٦٨ . وأنظر أيضا د/ إسماعيل غانم - فى النظرية العامة للالتزام - الجزء الثانى - أحكام الالتزام والإثبات - المرجع السابق - ص ٣٩٠ .

المطلب الثانى: كيفية التنفيذ

يتعرض هذا المطلب لشرح القواعد التى تحكم كيفية تنفيذ الأطراف لالتزاماتهم سواء من ناحية هل يتم التنفيذ دفعة واحدة أو على دفعات وذلك فى الحالات التى يمكن تنفيذ الالتزام فيها إما دفعة واحدة أو على دفعات ، أو من ناحية حقوق الطرف الدائن عندما يكون التنفيذ واجب الأداء ويعرض عليه المدين تنفيذ جزئى ، وأيضا من ناحية تحديد الطرف الذى يكون عليه التنفيذ أولا وذلك فى العقود الملزمة للجانبين والتى يكون فيها كلا الطرفين له التزامات فى مواجهة الآخر .

ولذلك سيتم تقسيم الدراسة فى هذا المطلب إلى الفروع التالية :-

الفرع الأول : التنفيذ دفعة واحدة أو على دفعات

الفرع الثانى : التنفيذ الجزئى

الفرع الثالث : نظام أولويات التنفيذ

الفرع الأول: التنفيذ دفعة واحدة أو على دفعات

تنص المادة ٦-١-٢ من مبادئ اليونيدروا على أنه :-

" فى الحالات التى تطبق عليها المادة ٦-١-١ (ب) أو (ج) ، فإنه يجب على كل طرف أن يؤدي أو ينفذ التزاماته دفعة واحدة إذا كان هذا التنفيذ يمكن تقديمه دفعة واحدة ولم تدل الظروف على طريقة أخرى" ^(١).

أداء الطرف لالتزامه يكون من الضروري أحيانا تقديمه دفعة واحدة (من أمثلة ذلك تسليم شئ مفرد) ، أو البديل وهو ضرورة أن يستغرق حدوثه فترة من الوقت (من أمثلة ذلك إنشاء بناء).

(١)

" In cases under Article 6-1-1 (b) or (c) , a party must perform its obligations at one time if that performance can be rendered at one time and the circumstances do not indicate otherwise " .

ومع ذلك فإنه يوجد أيضاً حالات يمكن تنفيذ الالتزام فيها إما دفعة واحدة أو على دفعات ومن أمثلة ذلك (التسليم لكميات من البضائع) ، والمادة ٦-١-٢ تعرض أو تتناول هذه الحالة الأخيرة ، فعندما لا يكون هناك شرط تعاقدى فيما يتعلق بكيفية تقديم أو تنفيذ هذا الالتزام أو لا يمكن تحديد ذلك من خلال العقد فإن القاعدة المقررة هي أن يكون التنفيذ واجب الأداء دفعة واحدة ما لم تدل الظروف على طريقة أخرى ^(١) .

الوضع فى اتفاقية فيينا

لا يوجد فى اتفاقية فيينا نص يشابه نص المادة ٦-١-٢ من مبادئ اليونيدروا ، وذلك على الرغم من شبه تطابق المادة ٣٣ من اتفاقية فيينا مع المادة ٦-١-١ من مبادئ اليونيدروا كما تم الشرح سابقا عند التعرض لوقت التنفيذ . أما المادة ٧٣ من اتفاقية فيينا ^(٢) فهي تتعلق بالعقود التى تقضى بتسليم البضائع على دفعات و بالتالى فهي لا تضع حلا لكيفية التنفيذ هل على دفعة

(١) أمثلة إيضاحية :

١ -تعهد الطرف (أ) بأن يقوم بتسليم ١٠٠ طن من الفحم للطرف (ب) فى شهر مارس . ومن الناحية المادية فإنه قد يكون من الممكن بل أنه ربما يكون من المريح أو الملائم للطرف (أ) أن يسلم ال ١٠٠ طن على دفعات ، مثلاً ٢٥ طن كل أسبوع من هذا الشهر ، ومع ذلك فإن القاعدة طبقاً للمادة ٦-١-٢ أن الطرف (أ) يجب أن يسلم ال ١٠٠ طن دفعة واحدة .

٢ - الوقائع هي نفسها الواردة فى المثال الإيضاحى رقم ١ ، الاختلاف يتمثل فى أن الطرف (ب) يحتاج إلى الفحم بشكل تدريجى لمواجهة الاحتياجات الخاصة بعملياته . يمتلك الطرف (ب) أيضاً إمكانيات تخزينية محددة ولا تستطيع أن تتعامل بشكل ملائم أو كاف مع إيداع ال ١٠٠ طن دفعة واحدة ، مع علم الطرف (أ) بالاحتياجات الخاصة بالطرف (ب) ، هنا تكون الظروف توحى أو تشير إلى أن الطرف (أ) يجب أن يقوم بالتسليم على دفعات خلال شهر مارس .

(٢) تنص المادة ٧٣ من اتفاقية فيينا على أنه :-

" ١ - فى العقود التى تقضى بتسليم البضائع على دفعات ، إذا كان عدم تنفيذ أحد الطرفين للالتزام من التزاماته المتعلقة بإحدى الدفعات يشكل مخالفة جوهرية للعقد بشأن تلك الدفعة جاز للطرف الآخر فسخ العقد بالنسبة لتلك الدفعة .

٢ - إذا كان عدم تنفيذ أحد الطرفين للالتزام من التزاماته المتعلقة بإحدى الدفعات يعطى الطرف الآخر أسباباً جدية للاعتقاد بأنه ستكون هناك مخالفة جوهرية للعقد بشأن الالتزامات المقبلة جاز له أن يفسخ العقد مستقبلاً على أن يتم ذلك خلال مدة معقولة . =

واحدة أم على دفعات فى الحالات التى مسموح فيها بالتنفيذ خلال مدة من الوقت والمقررة فى الفقرتين ب، ج من المادة ٣٣ من اتفاقية فيينا (كما تم الشرح سابقا).

رأينا فى الموضوع

على الرغم مما قد يرى البعض من عدم عدالة حكم المادة ٦-١-٢ من مبادئ اليونيدروا من جانب أنها تجبر كل طرف أن يؤدي التزاماته دفعة واحدة (طالما كان ذلك ممكنا ولم تدل الظروف على طريقة أخرى) وذلك على الرغم من أنه مسموح له التنفيذ خلال مدة من الزمن فى الحالات التى تطبق عليها الفقرتين ب، ج من المادة ٦-١-١ من مبادئ اليونيدروا .

إلا أننا نرى أن المبادئ قد أجادت بالنص صراحة على حكم ما يغطى الحالات التى تطبق فيها الفقرتين ب، ج من المادة ٦-١-١ من المبادئ ، وهذا النص الصريح يجعل الأطراف على علم مسبق بهذا الحكم و بالتالى يستطيعوا الاتفاق على ما يخالفه كأن يتفقوا على السماح بالتنفيذ على دفعات خلال المدة المسموح فيها بالتنفيذ .

وكذلك نرى أن اتفاقية فيينا بها قصور بالفعل حيث لا يوجد حكم يعالج كيفية التنفيذ هل على دفعة واحدة أم على دفعات فى الحالات التى تطبق فيها الفقرتين ب، ج من المادة ٣٣ من الاتفاقية، فإذا قام البائع خلال المدة المسموح بها فى الفقرتين السابقتين بإرسال جزء من البضائع للمشتري فهل سيعتبر ذلك تسليما لإحدى الدفعات ومن ثم يخضع لحكم المادة ٧٣ من الاتفاقية أم أنه سيعتبر تنفيذا جزئيا للالتزام بتسليم البضائع دفعة واحدة مما يعد إخلالا بالتنفيذ يخضع لحكم المادة ٥١ من الاتفاقية (سيتم التعرض للمادة ٥١ لاحقا فى الفرع الثانى) ، هذا ما لم نستطيع الوصول إلى حكم له من خلال قراءة وتحليل نصوص اتفاقية فيينا.

=

٣- للمشتري الذى يفسخ العقد بالنسبة لإحدى الدفعات أن يعلن فى نفس الوقت فسخ العقد بالنسبة للدفعات التى تم استلامها أو بالنسبة للدفعات المقبلة إذا كان لا يمكن استعمال هذه البضائع للأغراض التى أرادها الطرفان وقت انعقاد العقد بسبب عدم قابليتها للتعبير " .

الفرع الثاني: التنفيذ الجزئي

تنص المادة ٦-١-٣ من مبادئ اليونيدروا على أن :-

(١) يجوز للدائن أن يرفض عرض ما للتنفيذ بشكل جزئي عندما يكون وقت التنفيذ واجب الأداء ، سواء كان هذا العرض أم لم يكن مصحوبا بضمان فيما يتعلق بالجزء الباقي من التنفيذ ، إلا إذا لم يكن للدائن مصلحة مشروعة في هذا الرفض.

(٢) يتحمل المدين النفقات الإضافية التي تلحق بالدائن والتي تسبب فيها التنفيذ الجزئي وذلك دون الإخلال بأي تعويض أو معالجة أخرى^(١).

الحالة التي تعالجها المادة ٦-١-٣ تتميز عن الحالة التي تعالجها المادة ٦-١-٢ . فالحكم الخاص بالتنفيذ دفعة واحدة أو على دفعات يحاول أن يرد على سؤال تمهيدى يختص فقط بحالات خاصة معينة ، فإذا كان تنفيذ الطرف لالتزامه يمكن تقديمه دفعة واحدة أو على دفعات وكذلك إذا كان العقد لا يبين بشكل صريح أو قابل للتحديد كيف يقوم هذا الطرف بالتنفيذ ، فمن حيث المبدأ يجب أن يكون التنفيذ دفعة واحدة .

أما المادة ٦-١-٣ (التنفيذ الجزئي) فإنها تتميز بنظرة عامة أكبر ، فهي تشترط أو تنص على أنه عند حلول ميعاد التنفيذ فإن الدائن يجوز له من حيث المبدأ أن يرفض عرضا ما للتنفيذ الجزئي ، وينطبق هذا عند الاستحقاق ، بصرف النظر عن ما إذا كان الواجب الأداء ذلك الحين هو تنفيذ شامل أو دفعة

(١)

- " 1- The obligee may reject an offer to perform in part at the time performance is due , whether or not such offer is coupled with an assurance as to the balance of the performance , unless the obligee has no legitimate interest in so doing .
- 2- Additional expenses caused to the obligee by partial performance are to be borne by the obligor without prejudice to any other remedy " .

من التزام أكبر ^(١) . فعندما يكون التنفيذ مستحق الأداء (سواء كان الالتزام بكامله أو دفعة منه) ، فإنه يجب التنفيذ بالكامل لما هو مستحق الأداء.

فمن حيث المبدأ فإن الدائن يجوز له رفض عرض ما للتنفيذ الجزئى ، سواء كان هذا العرض أم لم يكن مصحوباً بضمان فيما يتعلق بالجزء الباقى من التنفيذ ، منذ أن كان مؤهلاً أو مخولاً له استلام كامل ما تم الاشتراط عليه ، ومع عدم الإخلال بما سوف يذكر بعد ذلك فإن التنفيذ الجزئى يشكل عادة إخلالاً أو خرقاً للتعاقد . والطرف الذى لم يحصل على التنفيذ الكامل عند الاستحقاق يجوز له أن يلجأ إلى المعالجة أو التعويض المتاح.

وكقاعدة فإن الدائن تكون له مصلحة مشروعة فى طلب التنفيذ كاملاً لما تم التعهد به عندما يحين الوقت الذى يكون فيه التنفيذ مستحق . وبالطبع فإن الدائن يجوز له أيضاً الإحجام عن رفض العرض بالتنفيذ بشكل جزئى بينما يقوم بالتحفظ على حقوقه الناتجة عن الخرق أو الإخلال بالتعاقد ، كما يجوز له أن يوافق على التنفيذ الجزئى مع عدم قيامه بأى تحفظ وفى هذه الحالة فإن التنفيذ الجزئى لا يمكن معاملته بعد ذلك كعدم تنفيذ ^(٢) .

وقد يوجد حالات تكون فيها المصلحة المشروعة للدائن فى استلام التنفيذ الكامل غير ظاهرة أو واضحة ويكون فيها القبول المؤقت للتنفيذ الجزئى

^(١) مثال إيضاحى :

يدين الطرف (أ) بمبلغ ١٠٠٠٠٠٠٠ دولار أمريكى (مليون دولار أمريكى) لبنك ، وقد تم الاتفاق على أن الطرف (أ) سوف يرد مبلغ ١٠٠٠٠٠٠ دولار أمريكى (مائة ألف دولار أمريكى) فى اليوم الأول من كل شهر ابتداء من شهر يناير . وفى اليوم الأول من شهر أبريل عرض الطرف (أ) أن يرد فقط مبلغ ٥٠٠٠٠ دولار أمريكى (خمسون ألف دولار أمريكى) والباقى بعد أسبوعين ، من حيث المبدأ فإن البنك مؤهل أو يجوز له رفض اقتراح الطرف (أ) .

^(٢) مثال إيضاحى :

يرغب الطرف (أ) فى فتح فرع لمكتبه فى بروكسل وقد استأجر المساحة اللازمة للفرع فى مبنى تحت التشييد ، وكان يجب الانتهاء منه فى وقت الانتقال إليه فى يوم ١ سبتمبر. وفى هذا التاريخ كان أربعة من العشرة مكاتب المكونين للفرع تم الانتهاء منهم فقط وأصبحوا متاحين للطرف (أ) ، مع وجود ضمان أن المكاتب الست المتبقية ستكون جاهزة فى شهر واحد . من حيث المبدأ فإن الطرف (أ) يجوز له رفض الانتقال إلى الأربع مكاتب هذه .

لن يتسبب فى ضرر جوهري أو هام للدائن . فإذا قام الطرف الذى يقدم أو يعرض التنفيذ الجزئى بإثبات أن هذه هى الحالة، فإن الدائن لا يستطيع رفض ذلك التنفيذ الجزئى (مع الخضوع للفقرة ٢ من المادة الحالية) ولا يكون هناك عدم تنفيذ فى هذه الحالات ^(١) . هذا وقد ينظر إلى ذلك كنتيجة للمبدأ العام الخاص بحسن النية وأمانة التعامل المعلن عنه فى المادة ٧-١ .

وإذا تم قبول التنفيذ الجزئى فإنه قد يستتبع ذلك مصاريف إضافية للدائن ، وفى جميع الحالات فإن مثل هذه المصاريف يتحملها الطرف الآخر . وإذا تم اعتبار التنفيذ الجزئى عدم تنفيذ (مثلما يكون الحال عادة) ، فإن هذه المصاريف سوف تكون جزءا من التعويضات ، وذلك دون الإخلال بأى تعويض أو معالجة أخرى متاحة . أما إذا لم يتم اعتبار التنفيذ الجزئى عدم تنفيذ (حالة أن الدائن لم يستطيع أن يبين أو يظهر أن له أى مصلحة مشروعة فى رفض العرض المقدم بالتنفيذ الجزئى ، أو تبين أن العرض تم قبوله بدون تحفظ) ، فعند ذلك سوف يكون الدائن مخولا له فقط الحق فى هذه المصروفات ^(٢) .

خلاصة: ونخلص من التعليقات على المادة ٦-١-٣ إلى النقاط الأساسية التالية :-

أ - أن التنفيذ الجزئى يتميز عن التنفيذ على دفعة واحدة أو على دفعات.

^(١) مثال إيضاحى :

تعهدت إحدى شركات الطيران بالقيام بنقل ١٠ سيارات من إيطاليا إلى البرازيل كوديعة واحدة يجب أن يتم تسليمها فى تاريخ معين . وعندما أصبح تاريخ التنفيذ مستحق ، وجدت بعض الظروف التى جعلت من الصعوبة تنفيذ ذلك ولكن لم تصل إلى حد الاستحالة ، فشركة الطيران لم تجد مساحة كافية فى طائرة شحن واحدة . اقترحت شركة الطيران أن تقوم بالتسليم على مرتين متعاقبتين خلال أسبوع . وقامت شركة الطيران بإثبات أنه لن يسبب ذلك عدم ملائمة أو إزعاج للمشتري للسيارات ، والتى لن يتم استعمالها بالفعل قبل الشهر التالى . فى هذه الحالة فإن الدائن لا يكون له مصلحة مشروعة فى رفض هذا التنفيذ الجزئى .

^(٢) مثال إيضاحى :

الوقائع هى نفسها الواردة فى المثال الإيضاحى السابق ، فإذا كان على المشتري أن يدفع قيمة مصاريف إضافية لعمل ترتيبات مضاعفة لرفع السيارات فى المطار ، فهذه التكاليف الإضافية سوف تتحملها شركة الطيران .

ب - من حيث المبدأ فإن الدائن مؤهل أو مخول له رفض التنفيذ الجزئى وينطبق هذا عند الاستحقاق .

ج - التنفيذ الجزئى يشكل عادة إخلالا أو خرقا للتعاقد .

د - أن حق الدائن فى رفض التنفيذ الجزئى مشروط بوجود مصلحة مشروعة له فى فعل ذلك .

هـ - أن المصاريف الإضافية التى نتجت عن التنفيذ الجزئى يتحملها المدين .

الوضع فى اتفاقية فيينا

تعرضت اتفاقية فيينا لحالة التنفيذ الجزئى فى المادة ٥١ منها عند عرضها للجزاءات التى تترتب على مخالفة البائع للعقد ^(١) ، فطبقا للمادة ٥١ من الاتفاقية فإنه إذا لم يسلم البائع غير جزء من البضائع أو إذا كان جزء فقط من البضائع المسلمة مطابقا للعقد تطبق أحكام المواد من ٤٦ إلى ٥٠ بشأن الجزء الناقص أو الجزء غير المطابق .

وبتحليل نصوص المواد من ٤٦ إلى ٥٠ من اتفاقية فيينا نجد أنه فى حالة تسليم البائع لجزء فقط من البضائع (عندما يحل وقت التنفيذ) فإن حقوق المشتري فى هذا الفرض تكون مقصورة على الجزء من العقد الذى وقعت فيه المخالفة فى التنفيذ ، فيكون للمشتري أن يطالب البائع بتسليم الجزء الناقص من البضاعة أو تخفيض الثمن بالنظر إلى هذا الجزء ويضاف إلى ذلك المطالبة بالتعويض ^(٢) كما لا يجوز للمشتري أن يفسخ العقد برمته إلا إذا كان عدم التنفيذ

^(١) تنص المادة ٥١ من اتفاقية فيينا على أنه :-

" ١ - إذا لم يسلم البائع غير جزء من البضائع أو إذا كان جزء فقط من البضائع المسلمة مطابقا للعقد ، تطبق أحكام المواد من ٤٦ إلى ٥٠ بشأن الجزء الناقص أو الجزء غير المطابق .

٢ - لا يجوز للمشتري أن يفسخ العقد برمته إلا إذا كان عدم التنفيذ الجزئى أو العيب فى المطابقة يشكل مخالفة جوهرية للعقد " .

^(٢) د/ محسن شفيق - اتفاقية الأمم المتحدة بشأن البيع الدولى للبضائع (دراسة فى قانون التجارة الدولى) - المرجع السابق - رقم ٢٦٦ ص ١٩١ .

الجزئى يشكل مخالفة جوهرية للعقد . وذلك يعنى ضمنا أن اتفاقية فيينا لم تجز للمشتري أن يرفض عرض البائع بالتنفيذ الجزئى .

رأينا فى الموضوع

يضع عقد البيع التزاما على البائع بتسليم البضاعة المبيعة كما يضع التزاما على المشتري بدفع الثمن ، والأصل أن يسلم البائع البضائع للمشتري كاملة عندما يحل وقت التسليم كما يدفع المشتري الثمن للبائع كاملا عندما يحل ميعاد السداد و بالتالى يحق للمتعاقد رفض التسليم الجزئى ، إلا إذا وجد اتفاق على ذلك أو فى حالتى القوة القاهرة أو القبول الضمنى ^(١) .

وقد أخذت غالبية القوانين الوطنية بهذا الحكم ، فوجد القانون الأنجليزى قد نص على أن المشتري لا يلتزم بقبول البضائع المسلمة إليه على دفعات ما لم يتفق على غير ذلك ^(٢) ، وكذلك فقد ألزم القانون التجارى الأمريكى الموحد البائع بتسليم البضاعة دفعة واحدة كما ألزم المشتري بسداد الثمن بنفس الطريقة ما لم يتفق على غير ذلك ^(٣) .

لذلك نحن نؤيد ما ذهبنا إليه مبادئ اليونيدروا فى المادة ٦-١-٣ عندما أجازت للدائن أن يرفض عرضا ما للتنفيذ الجزئى عندما يحل وقت التنفيذ (إلا إذا لم يكن للدائن مصلحة مشروعة فى هذا الرفض) ، كما ننتقد بشدة ما ذهبنا إليه اتفاقية فيينا عندما حددت حقوق المشتري عند تسليم البائع جزءا من البضائع ولم يكن من ضمنها حق المشتري فى رفض عرض البائع بالتنفيذ الجزئى عندما يحل وقت التنفيذ وذلك على الرغم مما قد يقال من

(١) د/ أحمد حسنى - البيوع البحرية - دراسة لعقود التجارة البحرية الدولية سيف و فوب - الطبعة الثانية - منشأة المعارف بالإسكندرية - ١٩٨٣ - رقم ٢٤٣ ص ٢٨٢ .

(٢) تنص المادة ١/٣١ من قانون بيع البضائع الإنجليزى لعام ١٩٧٩ على أن :-

" Unless otherwise agreed , the buyer of goods is not bound to accept delivery thereof by installments " .

(٣) تنص المادة 2-307 من القانون التجارى الأمريكى الموحد على أنه :-

" Unless otherwise agreed , all goods called for by a contract for sale must be tendered in a single delivery and payment is due only on such tender" .

مبررات فى ذلك الأمر وفى مقدمتها أن هذا الحكم فى اتفاقية فيينا جاء متسقا مع السياسة العامة التى سارت عليها الاتفاقية وهى محاولة الحفاظ على العقد كلما أمكن ذلك .

الوضع فى القانون المصرى

أخذ القانون المدنى المصرى بما ذهبت إليه المادة ٦-١-٣ من مبادئ اليونيدروا ، فقد نص فى الفقرة الأولى من المادة ٣٤٢ مدنى على عدم جواز إجبار المدين للدائن على قبول وفاء جزئى لحقه ^(١) .

فالمدين يجب عليه أن يفى بكل ما هو مستحق عليه فلا يجوز له أن يجبر الدائن على استيفاء جزء من الدين وهو ما يطلق عليه قاعدة عدم تجزئة الوفاء^(٢)، وهذه القاعدة لا تنصرف فقط إلى أصل الدين بل تسرى كذلك بالنسبة لملحقاته كالمصاريف والفوائد فلا يجوز للمدين إجبار الدائن على قبول الوفاء بأصل الدين منفصلا عن ملحقاته^(٣) ، فللدائن أن يمتنع عن قبول هذا الوفاء الجزئى^(٤) .

وقاعدة عدم تجزئة الوفاء ليست متعلقة بالنظام العام ، فيجوز للأطراف طبقا لنص المادة ١/٣٤٢ الاتفاق مقدما على جواز تجزئة الوفاء وعند ذلك لا يحق للدائن رفض الجزء الذى يعرضه عليه المدين ، كما يجوز للدائن حتى ولو

(١) تنص الفقرة الأولى من المادة ٣٤٢ مدنى على أن :-

" لا يجوز للمدين أن يجبر الدائن على أن يقبل وفاء جزئيا لحقه ، ما لم يوجد اتفاق أو نص يقضى بغير ذلك " .

(٢) راجع فى ذلك د/ أحمد شرف الدين - نظرية الالتزام - الجزء الثانى - أحكام الالتزام - المرجع السابق - ص ٣٥٢ .

(٣) د/ أنور سلطان - النظرية العامة للالتزام - أحكام الالتزام - دار الجامعة الجديدة للنشر - الإسكندرية - ٢٠٠٥ - ص ٣٢٤ ، ٣٢٥ . وأنظر كذلك د/ عبد المنعم البدر اوى - النظرية العامة للالتزامات فى القانون المدنى - الجزء الثانى - أحكام الالتزام - مكتبة سيد عبد الله وهبة - القاهرة - ١٩٧٥ - ص ٣٣٥ ، ٣٣٨ .

(٤) د/ جلال محمد إبراهيم - النظرية العامة للالتزام - القسم الثانى - أحكام الالتزام - المرجع السابق - ص ٣٧ ، د/ حسام الدين كامل الأهوانى - النظرية العامة للالتزام - الجزء الثانى - أحكام الالتزام - المرجع السابق - ص ٤٢٤ .

لم يكن هناك اتفاق على جواز تجزئة الوفاء أن يقبل الوفاء الجزئي ، فقاعدة عدم تجزئة الوفاء مقررة لمصلحة الدائن ^(١) .

وهناك حالات استثنائية أجاز فيها القانون للمدين تجزئة الوفاء ومن ثم يجبر الدائن على قبول الوفاء الجزئي ومن أمثلة ذلك إذا ما لجأ القاضى فى نظرة الميسرة إلى منح المدين أجالا يقسط فيها الوفاء ^(٢) ، كما تنص الفقرة الثانية من المادة ٤٢٧ من قانون التجارة رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ على عدم جواز امتناع حامل الكمبيالة عن قبول الوفاء الجزئي ^(٣) وقد أشارت المذكرة الإيضاحية لقانون التجارة أن إجبار الحامل على قبول الوفاء الجزئي المقدم له من المسحوب عليه بقصد تخفيف العبء الملقى على عاتق الضامين بتمكينهم من إبراء ذمتهم ولو جزئيا كلما أمكن ^(٤) .

^(١) راجع فى ذلك د/ أحمد شرف الدين - نظرية الالتزام - الجزء الثانى - أحكام الالتزام - المرجع السابق - رقم ١٧٥ ص ٣٥٢ ، وراجع كذلك د/ حسام الدين كامل الأهوانى - النظرية العامة للالتزام - الجزء الثانى - أحكام الالتزام - المرجع السابق ص ٤٢٤ .

^(٢) د/ جلال محمد إبراهيم - النظرية العامة للالتزام - القسم الثانى - أحكام الالتزام - المرجع السابق - ص ٣٨ ، كذلك د/ حسام الدين كامل الأهوانى - النظرية العامة للالتزام - الجزء الثانى - أحكام الالتزام - المرجع السابق ص ٤٢٥ ، د/ محمد حسام محمود لطفى - النظرية العامة للالتزام - "المصادر ، الأحكام ، الإثبات" - المرجع السابق - ص ٢٧٧ .

^(٣) تنص الفقرة الثانية من المادة ٤٢٧ من قانون التجارة رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ على أن :-
" لا يجوز لحامل الكمبيالة أن يمتنع عن قبول الوفاء الجزئي " .

^(٤) مجلة المحاماة - ملحق تشريعات - قانون التجارة و المذكرة الإيضاحية - الجزء الأول - يونيه ١٩٩٩ - ص ٥٢٥ .

الفرع الثالث: نظام أولويات التنفيذ

تنص المادة ٦-١-٤ من مبادئ اليونيدروا على أن :-

(١) فى المدى أو النطاق الذى يمكن فيه أن تصدر أو تقدم تنفيذات الأطراف بشكل متزامن ، فإن الأطراف يكونون ملزمين بتقديمها أو تنفيذها بشكل متزامن ما لم تشر الظروف إلى غير ذلك.

(٢) فى المدى أو النطاق الذى يكون فيه تنفيذ أحد الأطراف فقط يتطلب فترة زمنية ، فإن هذا الطرف ملزم بتقديم تنفيذه أولاً ، ما لم تشر الظروف إلى غير ذلك ^(١).

فى العقود الملزمة للجانبين والتى يكون فيها كلا الطرفين عليه التزامات فى مواجهة الآخر ، فإنه ينشأ سؤال أساسى ولكن معقد وهو من الطرف الذى يكون عليه التنفيذ أولاً . فإذا لم يكن الأطراف قد أجروا أو عقدوا أى ترتيبات خاصة أو محددة ، فعندئذ فإنه فى التطبيق العملى سوف يتم الاعتماد إلى حد بعيد على العادات ويجب أيضاً أن نأخذ فى اعتبارنا أنه فى أحوال كثيرة يكون هناك التزامات متعددة على كل طرف والتى قد يتعين أن يتم تنفيذها فى أوقات مختلفة .

و تنص المادة ٦-١-٤ على مبدأين رئيسيين ، مع إدراك أن فى كلا الحالتين قد تشير الظروف إلى غير ذلك . وفى الواقع ، إن الغرض الأساسى من هذه المادة هو لفت انتباه الأطراف إلى مشكلة أولويات التنفيذ ، وتشجيعهم أو مساعدتهم عند الضرورة على صياغة أو إعداد أحكام تعاقدية مناسبة . وهناك اختلاف أو تمييز قد وضع بين الحالات التى يكون فيها تنفيذ الأطراف يمكن

(١)

" 1- To the extent that the performances of the parties can be rendered simultaneously , the parties are bound to render them simultaneously unless the circumstances indicate otherwise .

2- To the extent that the performance of only one party requires a period of time , that party is bound to render its performance first, unless the circumstances indicate otherwise " .

تقديمه بشكل متزامن والحالات التى يكون فيها تنفيذ أحد الأطراف فقط يتطلب فترة من الزمن .

ففى الحالة الأولى ، فإن القاعدة هى أن الأطراف يكونوا ملزمين بأن ينفذوا بشكل متزامن (فقرة ١) ، فالبائع مؤهل أو مخول له استحقاق مبلغ السداد عند التسليم ولكن الظروف قد تشير إلى غير ذلك ، ومن أمثلة ذلك أى استثناء ينشأ من شروط التعاقد أو من العادات والذى قد يسمح لأحد الأطراف بأن ينفذ فى وقت ما بعد الآخر ^(١) .

أما إذا كان تنفيذ أحد الأطراف فقط لالتزامه يتطلب بحسب طبيعته فترة من الزمن ، ونجد أمثلة لذلك فى أعمال الإنشاءات وكثير من عقود الخدمات ^(٢) ، فالقاعدة الواردة فى الفقرة ٢ هى أن هذا الطرف ملزم بتقديم تنفيذه أولاً ، ما لم تشر الظروف إلى عكس ذلك ^(٣) ، فمثلاً أقساط التأمين تدفع عادة مقدماً ومثل ذلك أيضاً يكون الإيجار وكذلك نفقات الشحن .

و يجب ملاحظة أن المادة ٦-١-٤ تعرض القواعد التى سوف تحدد تطبيق المادة ٧-١-٣ والخاصة بالامتناع عن التنفيذ (سيتم شرحها لاحقاً) .

خلاصة : ونخلص من التعليقات على المادة ٦-١-٤ إلى النقاط الأساسية التالية :-

أ - يتم القيام بالتنفيذ بشكل متزامن عندما يكون ذلك ممكناً.

^(١) مثال إيضاحى :

اتفق الطرف (أ) والطرف (ب) على مقايضة كمية محددة من البترول مقابل كمية محددة من القطن. فإذا لم تشر الظروف إلى غير ذلك، فإن البضائع يتعين تبادلها بشكل متزامن. ^(٢)

FONTAINE (M.) – "paiement" et "performance" Reflexions sur les difficultes du dialogue comparatif a propos des principes d'UNIDROIT – Melanges en L'honneur de denis Tallon – D'ici , d'ailleurs: harmonization et dynamique du droit – PARIS – Societe de Legislation Compare – 1999 – pp. 57-67 .

^(٣) مثال إيضاحى :

تعهد الطرف (أ) بأن يكتب رأى قانونى لمساعدة الطرف (ب) فى دعوى تحكيم . فإذا لم يتم اتخاذ ترتيبات فيما يتعلق بمتى يجب الدفع للطرف (أ) كسداد مقابل الخدمات ، فإن الطرف (أ) يجب عليه أن يقوم بأعداد الرأى القانونى قبل المطالبة بالسداد .

ب - هناك استثناء عندما يتطلب تنفيذ أحد الأطراف فقط فترة من الزمن.

ج - هناك علاقة بين نظام أولويات التنفيذ والحق في الامتناع عن التنفيذ.

الوضع فى اتفاقية فيينا

لم تضع اتفاقية فيينا قاعدة شاملة لنظام أولويات التنفيذ كما فعلت مبادئ اليونيدروا فى المادة ٦-١-٤ ، ولكنها وضعت فقط قاعدة أساسية فى المادة ٥٨ من الاتفاقية تستخدم لتحديد ميعاد الوفاء بالثمن عندما يخلو العقد من بيان كيفية تعيين هذا الميعاد ^(١) ، وهذه القاعدة الأساسية تقيم الارتباط بين ميعاد دفع الثمن وميعاد التسليم . فالمشتري يقوم بدفع الثمن عندما يضع البائع البضاعة أو مستنداتها تحت تصرفه ، والبائع يسلم البضاعة أو مستنداتها عندما يسلم المشتري الثمن ، وهو وضع يتفق والقانون الطبيعى ^(٢) .

كما أجازت الفقرة الأولى من المادة ٥٨ للبائع أن يعتبر الدفع شرطاً لتسليم البضائع أو المستندات و بالتالى يستطيع الامتناع عن تسليمها حتى يقبض الثمن ، والمشتري بدوره يملك نفس هذا الحق وفقاً للقانون الطبيعى من جهة وبطريق القياس على حق البائع من جهة أخرى ^(٣) فيمكن للمشتري أن يمتنع عن دفع الثمن حتى يضع البائع البضاعة أو مستنداتها تحت تصرفه .

^(١) وفى ذلك تنص المادة ٥٨ من اتفاقية فيينا لعام ١٩٨٠ وذلك فى الفصل الثالث والخاص بالتزامات المشتري على أنه :-

" ١ - إذا لم يكن المشتري ملزماً بدفع الثمن فى وقت محدد ، وجب عليه أن يدفع الثمن عندما يضع البائع البضائع أو المستندات التى تمثلها تحت تصرف المشتري وفقاً للعقد وهذه الاتفاقية ، ويجوز للبائع أن يعتبر الدفع شرطاً لتسليم البضائع أو المستندات .

٢ - إذا تضمن العقد نقل البضائع جاز للبائع إرسالها بشرط أن لا تسلم البضائع أو المستندات التى تمثلها إلى المشتري إلا مقابل دفع الثمن .

٣ - لا يلزم المشتري بدفع الثمن إلا بعد أن تتاح له الفرصة لفحص البضائع ، ما لم يكن ذلك متعارضاً مع كيفية التسليم أو الدفع المتفق عليها بين الطرفين " .

^(٢) د/ محسن شفيق - اتفاقية الأمم المتحدة بشأن البيع الدولى للبضائع (دراسة فى قانون التجارة الدولى) - المرجع السابق - رقم ٢٧٤ ص ١٩٩ .

^(٣) د/ محسن شفيق - اتفاقية الأمم المتحدة بشأن البيع الدولى للبضائع (دراسة فى قانون التجارة الدولى) - المرجع السابق - رقم ٢٧٥ ص ١٩٩ .

والفقرة الثانية من المادة ٥٨ أجازت للبائع عندما يتضمن العقد نقل بضائع أن يشترط عند إرسالها أن لا تسلم البضائع أو المستندات التى تمثلها إلى المشتري إلا مقابل دفع الثمن .

رأينا فى الموضوع

الحكم الذى وضعته المادة ٥٨ من اتفاقية فيينا يقترب نوعا ما من الحكم الذى وضعته مبادئ اليونيدروا فى الفقرة الأولى من المادة ٦-١-٤ (تقديم تنفيذات الأطراف بشكل متزامن) ، ولكن لم تضع الاتفاقية حكما يغطى أولويات التنفيذ عندما يتطلب تنفيذ أحد الأطراف فقط لالتزامه بحسب طبيعته فترة من الزمن و لم يتضمن العقد أو لا يمكن الرجوع إلى العرف فى تحديد ذلك (مع ملاحظة أنه من النادر فى مجال عقود التجارة الدولية أن لا يتضمن العقد أو الأعراف والعادات التجارية السارية تحديد لمواعيد تنفيذ الأطراف لالتزاماتهم خاصة عندما يتطلب التنفيذ فترة من الزمن) .

ونرى أن مبادئ اليونيدروا كانت أكثر تفوقا بمعالجة نظام أولويات التنفيذ بشكل تفصيلي مما يتفق مع اعتبارات واحتياجات التجارة الدولية وتحقيقا لرغبة المبادئ فى المحافظة على العقد وتنفيذه كلما أمكن ذلك .

الوضع فى القانون المصرى

يتشابه الوضع فى القانون المصرى مع الوضع فى اتفاقية فيينا ، فالقانون المدنى المصرى عندما تعرض لالتزامات المشتري حدد فى الفقرة الأولى من المادة ٤٥٧ مدنى وقت الوفاء بالثمن بأنه الوقت الذى يسلم فيه المبيع ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضى بغير ذلك ^(١) ، مع ملاحظة أن هذا الحكم يخالف القواعد العامة التى تقضى بأنه يجب أن يتم الوفاء فورا بمجرد ترتب الالتزام نهائيا فى

(١) تنص الفقرة الأولى من المادة ٤٥٧ مدنى على أن :-
" يكون الثمن مستحق الوفاء فى الوقت الذى يسلم فيه المبيع ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضى بغير ذلك " .

ذمة المدين ^(١) والعلة فى ذلك هو أن عقد البيع من العقود التبادلية التى تولد التزامات متقابلة يجب أن تنفذ جميعا فى وقت واحد ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضى بغير ذلك ^(٢) .

^(١) تنص الفقرة الأولى من المادة ٣٤٦ مدنى على أن :-
" يجب أن يتم الوفاء فورا بمجرد ترتب الالتزام نهائيا فى ذمة المدين ، ما لم يوجد اتفاق أو نص يقضى بغير ذلك " .
^(٢) د/ محمود السيد عبد المعطى خيال - عقد البيع - بدون اسم ناشر - ١٩٩٧ / ١٩٩٨ م -
رقم ٢١٧ ص ٢٤٥ .

المطلب الثالث: طرق وعملة الدفع

قامت مبادئ اليونيدروا بوضع قواعد دقيقة للغاية وذلك عند تنظيمها لطرق وعملة الدفع ، ويتمشى هذا التنظيم الدقيق مع احتياجات و اعتبارات التجارة الدولية ويحقق للمبادئ أحد أهدافها الرئيسية وهو الرغبة فى الحفاظ على العقد وتنفيذه كلما كان ذلك ممكنا .

وفى المقابل لم تضع اتفاقية فيينا قواعد منظمة لطرق وعملة الدفع^(١) وذلك على الرغم مما لهذه المسائل من أهمية خاصة فى البيوع الدولية ، لذا نرى أن ذلك يعتبر قصورا حقيقيا فى اتفاقية فيينا .

وسيتم تقسيم الدراسة فى هذا المطلب إلى الفروع التالية :

الفرع الأول : الدفع بالشيك أو بالوسائل الأخرى

الفرع الثانى : الدفع عن طريق التحويل النقدي

الفرع الثالث : عملة الدفع

الفرع الرابع : تحديد عملة الدفع فى حالة عدم النص عليها

(١)

Michael Joachim Bonell – The UNIDROIT Principles as a means of Interpreting and Supplementing International Uniform Law – ICC International Court of Arbitration – Special Supplement – Bulletin – International Chamber of Commerce – 2002 – p. 30 .

الفرع الأول: الدفع بالشيك أو بالوسائل الأخرى

تنص المادة ٦-١-٧ من مبادئ اليونيدروا على أنه :-

(١) يجوز أن يتم الدفع في أى شكل مستخدم في المسلك العادى للأعمال في مكان الدفع .

(٢) ومع ذلك ، فالدائن الذى يقبل إما بمقتضى الفقرة ١ أو إما اختياراً شيكاً أو أى أمر آخر للدفع أو تعهد بالدفع ، فإنه يفترض أن قبوله بذلك معلق على شرط أن هذه الوسيلة سوف ينفذ الوفاء بها بالفعل^(١).

كثيراً ما يتم سداد الالتزامات النقدية بواسطة الشيكات أو وسائل أخرى مشابهة ، أو بواسطة التحويلات بين المؤسسات المالية . ومع ذلك فالمشكلات المتعلقة بها نادراً جداً ما تكون خاضعة للتقنين على المستوى الدولى ، واستثناء واحد ملحوظ هو القانون النموذجى لليونسترال الخاص بالتحويلات الائتمانية الدولية . ودون محاولة لوضع قواعد تفصيلية ، والتي قد لا تكون متوافقة أو منسجمة مع التقدم السريع جداً فى الأساليب المستخدمة فى هذا المجال ، فإن المواد ٦-١-٧ و ٦-١-٨ شرعت أو أقامت بعض المبادئ الأساسية والتي يتم الاستعانة بها فى ما يتعلق بالمدفوعات الدولية .

فالفقرة ١ من المادة ٦-١-٧ تسمح بأن يتم الدفع فى أى شكل يكون معتاد فى مكان الدفع . ومع عدم الإخلال بالتحفظ الوارد فى الفقرة ٢ ، فإن المدين يجوز له مثلاً الدفع نقداً ، بشيك ، حوالة مصرفية ، كمبيالة ، بطاقة ائتمان ، أو فى أى شكل آخر مثل وسائل الدفع الالكترونية المتطورة الجديدة ، شرط أن تكون الوسيلة المختارة معتادة أو مألوفة فى مكان الدفع ، مما يعنى معتادة فى موطن

(١)

" 1- Payment may be made in any form used in the ordinary course of business at the place for payment .

2- However , an obligee who accepts , either by virtue of paragraph (1) or voluntarily , a cheque , any other order to pay or a promise to pay , is presumed to do so only on condition that it will be honored" .

أعمال الدائن . ومن حيث المبدأ فإن الدائن يجب أن يرضى أو يقتنع بأن يستلم المدفوعات فى أى شكل يكون معتادا أو مألوفاً فى موطن أعماله ^(١) .

و تنص الفقرة ٢ على مبدأ عام معترف أو مسلم به ، وطبقاً له فإن قبول الدائن لأحد الوسائل والتي يتعين أن يفى بها مؤسسة مالية أو شخص آخر (الغير أو المدين نفسه) يكون قبولاً معلقاً فقط على شرط أن هذه الوسيلة سوف ينفذ الوفاء بها بالفعل ^(٢)، ^(٣) .

^(١) مثال إيضاحي :

الطرف (أ) مستورد من لوكسمبرج ، استلم فاتورة بضائع تم شراؤها من الطرف (ب) وهو شركة فى أمريكا الوسطى ، وأرسل شيك باليورو لسداد القيمة. يجوز للطرف (ب) رفض هذه الوسيلة للدفع إذا كانت البنوك فى بلده غير مألوف لها التعامل بشيكات يورو .

^(٢) مثال إيضاحي :

الطرف (أ) مقاول ، يجب عليه الدفع للطرف (ب) وهو مقاول من الباطن أو فرعى وذلك مقابل أعمال أتمها هذا الأخير فى موقع البناء . يعانى الطرف (أ) من أزمة فى السيولة أو التدفقات النقدية بسبب أن عميله (ج) قد تأخر فى سداد الدفعة الأولى المستحقة . قام العميل (ج) مع ذلك بإعطاء الطرف (أ) سندات أذنيه بقيمة مديونيته . عرض الطرف (أ) أن يدفع للطرف (ب) عن طريق تظهير عدد كاف من السندات الأذنيه ، إذا وافق الطرف (ب) على قبولهم (من المحتمل فى هذه الحالة ألا يقوم بهذا القبول بسبب أن طريقة الدفع هذه لا تعتبر وسيلة معتادة للسداد) ، فإن نفاذ فعالية هذا الدفع من الطرف (أ) إلى الطرف (ب) يكون مشروطاً بوفاء العميل (ج) بالسندات الأذنيه عند استحقاقها.

^(٣) وفى دعوى التحكيم رقم Rsp 88/94 بتاريخ ١٧/١٢/١٩٩٦ والمنظورة أمام محكمة تحكيم:

Arbitral Court of the Economic Chamber and the Agrarian Chamber of the Czech Republic

وكان موضوع الدعوى إبرام شركة بولندية وأخرى روسية عدد من العقود من أجل إصلاح مركبين صيد ، وتنص العقود على الإحالة إلى القانون البولندى بصفته القانون المطبق . وقد طالب المدعى البولندى بسداد قيمة الإصلاحات ، واعتراض المدعى عليه الروسى بأنه قد فوض أحد عملائه (والذى يعتبر مدين له بمبلغ مماثل) بأن يقوم بالسداد بالنيابة عنه .

رفضت محكمة التحكيم هذا الدفاع على أساس أنه بسبب كون تفويض السداد لا يعادل استبدال المدين الأصلي بمدين جديد ، لذلك فإن المدين الأصلي يعتبر قد أدى أو سدد الدين فقط عندما يقوم الغير (الشخص الثالث) بالفعل بالسداد للدائن . ومن أجل تدعيم حكمها ، فإن محكمة التحكيم قد أحالت ليس فقط للمادة ٩٢١ فقرة (٥) من القانون المدنى البولندى ولكن أيضاً للمادة ٦-١-٧ فقرة (٢) من مبادئ اليونيدروا ، مما يؤكد على المستوى الدولى أن القاعدة فى هذه الحالة هى أن المدين الأصلي يبقى مسئول قانونياً .

راجع ملخص حكم التحكيم و المنشور فى :

Uniform Law Review / Revue de droit uniforme – 1997 – p. 604 – 605.

وهذا الافتراض يمكن فى بعض الأحيان أن ينقلب أو يسقط بواسطة العادات التجارية ، فعلى سبيل المثال توجد دول يكون فيها تسليم وسائل الدفع مثل الشيكات المعتمدة والحوالات المصرفية وكذلك الشيكات المصرفية تعتبر معادلة للوفاء من المدين ، ونتيجة لذلك ينتقل خطر إفلاس أو عجز البنك عن الدفع إلى الدائن . ففى مثل هذه البلاد فإن القاعدة الواردة فى المادة ٦-١-٧ فقرة ٢ سوف تطبق فقط على ما يسمى بالشيكات الشخصية.

خلاصة: ونخلص من التعليقات على المادة ٦-١-٧ إلى النقاط الأساسية التالية:-

أ - القاعدة العامة فيما يتعلق بشكل الدفع هو أن الدفع يمكن أن يتم فى أى شكل يكون معتادا فى مكان الدفع مع عدم الإخلال بالتحفظ الوارد فى الفقرة ٢ .

ب - افتراض أن وسيلة الدفع سوف يتم الوفاء بها بالفعل هو شرط لقبولها ، مع ملاحظة أن هذا الافتراض يمكن فى بعض الأحيان أن يسقط بواسطة العادات التجارية .

الوضع فى القانون المصرى

أجاز قانون التجارة المصرى للدائن فى المواد التجارية أن يطلب دفع الدين بشيك وذلك فى حالة إذا ما تجاوز مقدار الدين مائة ألف جنية ^(١) ، وواضح من ذلك أن الخيار هنا ممنوح للدائن فلا يجوز للمدين إجبار الدائن على دفع الدين بشيك ^(٢) بدلا من سداده نقدا .

وهذا الوضع بقانون التجارة المصرى يختلف مع ما تنص عليه الفقرة الأولى من المادة ٦-١-٧ من مبادئ اليونيدروا والتي تجيز للمدين أن يقوم بالدفع فى أى شكل مستخدم فى المسلك العادى للأعمال فى مكان الدفع (مثل الشيك) ولا يجوز للدائن أن يرفض ذلك .

^(١) تنص المادة ٦٢ من قانون التجارة رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ على أنه :-
" فى المواد التجارية يجوز للدائن أن يطلب دفع الدين بشيك إذا جاوز مقدار الدين مائة ألف جنية " .

^(٢) مجلة المحاماة - ملحق تشريعات - قانون التجارة و المذكرة الإيضاحية - الجزء الأول - يونيه ١٩٩٩ - ص ٣٧٤ .

الفرع الثانى: الدفع عن طريق التحويل النقدي

تنص المادة ٦-١-٨ من مبادئ اليونيدروا على أنه :-

(١) ما لم يشر الدائن إلى حساب معين ، فإنه يجوز أن يتم الدفع عن طريق تحويل إلى أى من المؤسسات المالية والتي أفصح الدائن بأنه لديه حساباً فيها.

(٢) فى حالة الدفع عن طريق التحويل ، فإن التزام المدين يكون قد تم أدائه عندما يصبح التحويل للمؤسسة المالية للدائن نافذاً^(١).

بالرغم من المبدأ الذى أعلنت عنه المادة ٦-١-٦ "وهو أن دفع الالتزام النقدي يتعين أن يتم فى موطن أعمال الدائن" لا يزال قائماً ، فإن الفقرة ١ من المادة ٨-١-٦ تقضى بأنه يمكن أيضاً أن يتم ذلك فى أحد المؤسسات المالية والتي أفصح الدائن عن أنه يحتفظ بحساب فيها ، ومع ذلك إذا أشار الدائن إلى حساب معين فعند ذلك فإن الدفع يجب أن يتم فى هذا الحساب^(٢) . ومن الطبيعي ، فإن الدائن يستطيع أيضاً أن يعلن أنه لا يرغب فى أن يتم الدفع بواسطة التحويل .

و تعالج الفقرة ٢ من هذه المادة السؤال الصعب والخاص بتحديد متى يعتبر التحويل النقدي قد تم ، أى يعنى متى يعتبر التزام المدين قد تم أدائه . وهذا

(١)

" 1- Unless the obligee has indicated a particular account , payment may be made by a transfer to any of the financial institutions in which the obligee has made it known that it has an account .

2- In case of payment by a transfer , the obligation of the obligor is discharged when the transfer to the obligee's financial institution becomes effective " .

(٢) مثال إيضاحي :

الطرف (أ) حوض بناء سفن مؤسس فى هلسنكى ، يقوم بإصلاح سفينة تخص الطرف (ب) وهو شركة سويديه ، وقد تم إرسال الفاتورة على أحد مطبوعاته والتي تشير إلى حساب بنكى فى فنلنده وآخر فى السويد . فإنه ما لم ينص الطرف (أ) على أن الدفع يجب أن يتم فى الحساب الفنلندي أو عن طريق وسائل أخرى غير التحويل البنكى ، فإن الطرف (ب) يكون مخولاً له القيام بالدفع فى الحساب السويدي .

الأمر يعتبر ذا أهمية ، فعلى سبيل المثال متى يتقرر ما إذا كان الدفع قد تم فى ميعاده ، أو فى حالة حدوث قيام أحد البنوك بعدم إرسال المبالغ المالية التى تلقاها .

إن اختيار الحل المرضى قد كان محور خلاف وجدل كبير فى عدد من الدول وكذلك على المستوى الدولى ، وقد تم اقتراح كثير من الأوقات الممكنة مثل قيد الخصم من حساب الذى قام بالتحويل ، قيد الإضافة لحساب البنك المحول إليه ، تاريخ إشعار قيد الإضافة لهذا الحساب ، قرار البنك المحول إليه بقبول تحويل الإضافة ، وقت قيد الإضافة إلى حساب المحول إليه ، إخطار أو إعلان الإضافة إلى المحول إليه ،إلى غير ذلك . وقد ازداد الأمر تعقيداً عن طريق التغييرات اللازمة فى إجراءات تحويل الموارد المالية كنتيجة لتقنيات التحويل الالكترونية الحديثة ، فى حين أن الممارسات أو المعاملات البنكية قد تختلف أيضاً من حالة إلى أخرى .

وقد جعل هذا الغموض أنه من الصعوبة جداً تعيين قاعدة محددة لإثبات متى يكون الدفع بواسطة التحويل قد تم ، و برغم ذلك تقدم الفقرة ٢ من هذه المادة نتيجة مفيدة فهى تنص على مبدأ أساسى سوف يسمح بوجود قاعدة أكثر دقة فى كل حالة ، فيكون مثل هذا الدفع نافذاً عندما يصبح التحويل للمؤسسة المالية للدائن نافذاً ، وهذا الحل يوجد فى فكرة أن المؤسسة تعمل كوكيل للدائن . وهذا يعنى أن الدفع سوف لن يكون نافذاً لمجرد أنه قد تم إعطاء أمر للمؤسسة المالية للمحيل ، وأن حساب المحيل قد تم الخصم منه ^(١) .

ومع ذلك فإن الدفع يكون نافذاً قبل إعلان أو إخطار المحول إليه أو إضافة المبلغ إلى حسابه عن طريق مؤسسته المالية وذلك بالرغم من أن اللحظة المحددة التى يكون فيها الدفع للمؤسسة المالية للدائن يمكن اعتباره نافذاً سوف تعتمد على الممارسات أو المعاملات البنكية فى الحالة التى نكون بصدددها .

^(١) مثال إيضاحى :

الطرف (أ) هو مرخص له ، أعطى بنكه (ج) أمر تحويل بمبلغ ٥٠٠٠ دولار أمريكى وهى قيمة إتاوات مستحقة للطرف (ب) وهو المرخص والذى له حساب لدى البنك (د) .
قام البنك (ج) بالخصم من حساب الطرف (أ) ولكنه فشل فى إرسال المبلغ المالى للبنك (د) وأصبح مفلس . لا يعتبر الطرف (أ) أنه قد سدد للطرف (ب) بشكل نافذ المفعول .

الوضع فى القانون المصرى

النقل أو التحويل المصرفى هو عملية يقيد البنك بمقتضاها مبلغا معيناً فى الجانب المدين من حساب عميل لديه يسمى الأمر وبناء على طلبه ، ويقيد ذات المبلغ فى الجانب الدائن لحساب آخر قد يكون باسم الأمر نفسه أو باسم شخص آخر يسمى المستفيد ^(١) .

وتتم عملية النقل المصرفى فى صور متعددة هى :

١ - التحويل المصرفى بين حسابين فى بنك واحد لنفس العميل

٢ - التحويل المصرفى بين حسابين مختلفين فى بنك واحد

٣ - النقل المصرفى بين حسابين مختلفين فى بنكين مختلفين ، فيقوم البنك المفتوح لديه حساب العميل الأمر بقيد المبلغ المراد تحويله فى الجانب المدين من هذا الحساب ، ويضع تحت تصرف البنك المفتوح لديه حساب المستفيد مبلغا مساويا للمبلغ المراد تحويله ، ويقوم هذا البنك الأخير بقيد المبلغ فى الجانب الدائن من حساب المستفيد ، ويتم تسوية العلاقات بين البنكين عن طريق المقاصة أو بموجب شيك ^(٢) .

وقد تناول قانون التجارة المصرى رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ عملية النقل المصرفى فى المواد من رقم ٣٢٩ إلى رقم ٣٣٧ . وطبقا للمادة ٣٣٢ من قانون التجارة فإن المستفيد يملك القيمة محل النقل المصرفى من وقت قيدها فى الجانب الدائن من حسابه ^(٣) . ويصدر أمر التحويل من الأمر سدادا لدين فى ذمته

(١) د/ فايز نعيم رضوان - العقود التجارية و عمليات البنوك - الطبعة الثانية - دار أم القرى - المنصورة - ١٩٩٦ - ص ٣٢٥ .

(٢) د/ رضا السيد عبد الحميد - القانون التجارى - الجزء الثانى - عمليات البنوك وفقا للقانون رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ - بدون اسم ناشر - ٢٠٠٢ - ص ٧٦ .

(٣) تنص المادة ٣٣٢ من قانون التجارة رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ على أن :-

" ١ - يملك المستفيد القيمة محل النقل المصرفى من وقت قيدها فى الجانب الدائن من حسابه ويجوز للأمر الرجوع فى أمر النقل إلى أن يتم هذا القيد .

٢ - وإذا اتفق على أن يتقدم المستفيد بنفسه بأمر النقل إلى البنك ، فلا يجوز للأمر الرجوع فى الأمر ، وذلك مع مراعاة ما تقضى به المادة ٣٣٧ من هذا القانون " .

للمستفيد وهذا الدين يكون ناشئاً عن علاقة كانت قائمة بينهما ، وفى ذلك تنص المادة ٣٣٣ من قانون التجارة على أن هذا الدين يبقى قائماً بتأميناته وملحقاته إلى أن تقيد القيمة بالفعل فى الجانب الدائن من حساب المستفيد ^(١) . وهذا يعنى أنه فى قانون التجارة المصرى ينقضى التزام المدين بتمام قيد المبلغ المحول فى الجانب الدائن من حساب المستفيد .

وهناك ملاحظة هامة فى ذلك الأمر وهى انه إذا كان المستفيد من المبلغ محل النقل المصرى يملك هذا المبلغ من وقت قيده فى الجانب الدائن من حسابه فإن ذلك يختلف عن وضع المستفيد من الشيك الذى يملك مقابل وفائه منذ تاريخ إصدار الشيك ^(٢) ، وكننتيجة لذلك فإنه فى حال تزامن أمر تحويل وشيك صادران فى تاريخ واحد على مقابل واحد لا يكفيهما معاً بالأولوية للمستفيد من الشيك ^(٣) .

(١) تنص المادة ٣٣٣ من قانون التجارة رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ على أن :-

" يبقى الدين الذى صدر أمر النقل وفاء له قائماً بتأميناته وملحقاته إلى أن تقيد القيمة فعلاً فى الجانب الدائن من حساب المستفيد " .

(٢) د/ على سيد قاسم - قانون الأعمال - الجزء الثالث - وسائل الائتمان التجارى و أدوات الدفع فى القانون رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ - الأوراق التجارية - الطبعة الرابعة - دار النهضة العربية - القاهرة - بدون سنة طبع - ص ٤٣٤ .

(٣) راجع فى ذلك د/ رضا السيد عبد الحميد - القانون التجارى - الجزء الثانى - عمليات البنوك وفقاً للقانون رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ - المرجع السابق - ص ٦٩ .

الفرع الثالث: عملة الدفع

تنص المادة ٦-١-٩ من مبادئ اليونيدروا على أنه :-

(١) إذا ما كان الالتزام النقدي معبراً عنه بعملة ما غير عملة مكان الدفع ، فإنه يجوز للمدين أن يقوم بالدفع بعملة مكان الدفع وذلك إلا إذا :

أ كانت هذه العملة غير حرة التحويل.

ب- كان الأطراف قد اتفقوا على أنه يجب الدفع فقط بالعملة التي تم التعبير بها عن الالتزام النقدي.

(٢) إذا كان من المستحيل على المدين أن يقوم بالدفع بالعملة التي تم التعبير بها عن الالتزام النقدي ، فإن الدائن يجوز له أن يطلب الدفع بعملة مكان الدفع ، حتى في الحالة المشار إليها في الفقرة ١ (ب).

(٣) يتم الدفع بعملة مكان الدفع طبقاً لسعر الصرف المطبق السائد هناك عندما يكون الدفع مستحق.

(٤) ومع ذلك، إذا لم يقم المدين بالدفع في الوقت الذي يكون فيه الدفع مستحقاً ، فإن الدائن يجوز له أن يطلب أن يتم الدفع طبقاً لسعر الصرف المطبق السائد إما عندما يكون الدفع مستحقاً أو في وقت الدفع الفعلي^(١).

(١)

- " 1- If a monetary obligation is expressed in a currency other than that of the place for payment , it may be paid by the obligor in the currency of the place for payment unless :
- (a) that currency is not freely convertible ; or
 - (b) the parties have agreed that payment should be made only in the currency in which the monetary obligation is expressed .
- 2- If it is impossible for the obligor to make payment in the currency in which the monetary obligation is expressed , the obligee may require payment in the currency of the place for payment , even in the case referred to in paragraph (1)(b) .

=

عادة ما يتم التعبير عن الالتزامات المالية أو النقدية بعملة محددة (عملة الحساب) ، وعادة يجب أن يتم الدفع بنفس العملة . ومع ذلك ، فعندما تكون عملة مكان الدفع تختلف عن عملة الحساب ، فإن الفقرة ١ والفقرة ٢ من هذه المادة تطبق على الحالات التي يجوز للمدين فيها أو يكون من الواجب عليه الدفع بالعملة السابقة (عملة الحساب) .

وكقاعدة عامة فإن المدين تم إعطاؤه الحق في اختيار الدفع بعملة مكان الدفع ، والذي قد يكون له فوائد عملية معينة ، وإذا كانت هذه العملة حرة التحويل فإن ذلك لن يسبب صعوبة للدائن ^(١) ، أما إذا لم تكن عملة مكان الدفع حرة التحويل فإن هذه القاعدة لا تنطبق ^(٢) .

و يجوز للأطراف أيضاً استبعاد تطبيق القاعدة عن طريق الاتفاق على أن الدفع يجب أن يتم فقط بالعملة التي تم التعبير بها عن الالتزام النقدي أو

=

3- Payment in the currency of the place for payment is to be made according to the applicable rate of exchange prevailing there when payment is due .

4- However , if the obligor has not paid at the time when payment is due , the obligee may require payment according to the applicable rate of exchange prevailing either when payment is due or at the time of actual payment " .

^(١) مثال إيضاحي :

الطرف (أ) شركة فرنسية ، استلمت طلب توريد آلات من مشتري برازيلي ، تم التعبير عن السعر بالدولار الأمريكي . وطبقاً للمادة ٦-١-٦ ، فإن السداد لهذا الالتزام النقدي يجب أن يتم من حيث المبدأ في موطن أعمال الدائن ، مما يعني فرنسا . فيجوز الدفع للسعر بالفرنك الفرنسي وذلك إذا وجدت الشركة البرازيلية أن ذلك أكثر راحة أو ملائمة ، أنظر المادة ٦-١-٩ فقرة (١) .

^(٢) مثال إيضاحي :

نفس الشركة الفرنسية لها مصنع في البلد (س) ، حيث سيتم تجميع أو تركيب الآلات . وينص التعاقد على أن المشتري البرازيلي يجب عليه دفع الثمن للشركة التابعة في البلد (س) . وبما أن عملة البلد (س) غير حرة التحويل ، فإن الدفع يجوز فقط أن يتم بالدولار . أنظر المادة ٦-١-٩ فقرة (١) (أ) .

المالى ، فإذا كان هناك مصلحة فى الدفع بالفعل بعملة الحساب فإن الدائن يجب عليه تحديد أو تعيين ذلك فى التعاقد ^(١) .

وفى بعض الحالات ، قد يجد المدين أنه من المستحيل أن يقوم بالدفع بالعملة التى تم التعبير بها عن الالتزام ، وقد يكون ذلك نتيجة لتطبيق أنظمة الصرف أو قواعد أمره أخرى أو طبقاً لأى سبب آخر يعوق أو يمنع المدين من الحصول على هذه العملة بالكمية الكافية . والفقرة ٢ تعطى الدائن الحرية فى أن يطلب الدفع بعملة مكان الدفع ، حتى إذا كان التعاقد يحتوى على بند نافذ (اتفاق الأطراف على أنه يجب الدفع فقط بالعملة التى تم التعبير بها عن الالتزام المالى) ، وهذا يعتبر خيار إضافى متاح للدائن والذى قد يجده مقبولا أو حتى مفيدا وذلك فى هذه الظروف ^(٢) . وكذلك فالفقرة ٢ لا تمنع أو تحول دون استعمال أى معالجة متاحة فى حالة حدوث عدم قدرة للمدين فى الدفع بعملة الحساب والتى تعادل عدم التنفيذ للتعاقد (مثل التعويضات) .

وتعالج الفقرة ٣ وكذلك الفقرة ٤ مشكلة تحديد سعر الصرف الذى يتم الأخذ به عندما يكون الدفع بعملة مكان الدفع مفضلاً على عملة أخرى مشروط بها فى التعاقد ، وقد يحدث ذلك عندما ينتفع المدين من الفقرة ١ أو الدائن من أحكام الفقرة ٢ . ويوجد حلان مقبولان على نحو واسع ، وفى الحالات العادية فإن

^(١) مثال إيضاحى :

نفس الشركة الفرنسية تحتاج بشكل متكرر لشراء مكونات معينة من مصادر بالولايات المتحدة الأمريكية لدمجها فى الآلات ، وقد اشترطت أن على المشتري البرازيل أن يقوم بالدفع فقط بالدولار . وفى هذه الحالة ، فإن الدفع يجوز فقط أن يتم بالدولار . أنظر المادة ٩-١-٦ فقرة (١) (ب) .

^(٢) مثال إيضاحى :

الطرف (أ) بنك سويسرى ، أقرض الطرف (ب) ١٠٠٠٠٠٠٠ مليون دولار أمريكى ، وفى تاريخ الاستحقاق ، إذا كان الطرف (ب) غير قادر على أن يجد المبلغ الضرورى بالدولار ، يجوز للطرف (أ) والذى يعلم أن الطرف (ب) يمتلك ودائع بالفرنك السويسرى عند بنك محلى آخر أن يطلب الدفع بالفرنك السويسرى ، وذلك حتى لو كان عقد القرض قد اشترط على أنه يجب أن يتم الرد فقط بالدولار الأمريكى ، أنظر المادة ٩-١-٦ فقرة (٢) .

سعر الصرف يكون هو السعر السائد عند استحقاق الدفع^(١) ، ومع ذلك إذا كان المدين في حالة تخلف عن الوفاء بالدين فإن الدائن يكون له الخيار بين سعر الصرف السائد عندما يكون الدفع مستحقاً أو السعر السائد في وقت الدفع الفعلي. ووجود خيارين بخصوص السعر المطبق يبرره حقيقة أنه قد يكون هناك أسعار صرف مختلفة وذلك يتوقف على طبيعة العملية^(٢).

خلاصة: ونخلص من التعليقات على المادة ٦-١-٩ إلى النقاط الأساسية التالية :-

أ - كقاعدة عامة فإن المدين تم إعطاؤه الحق في اختيار الدفع بعملة مكان الدفع مع وجود استثناءات.

ب - توجد حالات يجد المدين فيها استحالة في القيام بالدفع بالعملة التي تم التعبير بها عن الالتزام النقدي أو المالي.

ج - تضع المادة قواعداً لتحديد سعر الصرف الواجب التطبيق .

^(١) وفي دعوى التحكيم رقم 8240 بتاريخ 7/1995 والمنظورة أمام محكمة تحكيم :

ICC International Court of Arbitration - Brussels

اتفق أطراف التعاقد (وهم من سويسرا وسنغافورة وبلجيكا) على إنهاء العقد ، ولكن نشأ تساؤل فيما يتعلق بكيفية تنظيم إعادة شراء ما سبق بيعه من بضائع في المخزون . وعلى الرغم من أن الأطراف قد أشاروا إلى أن القانون السويسري هو القانون الذي يحكم عقدهم ، إلا أن محكمة التحكيم عند تقريرها لسعر الصرف الذي يتعين اختياره للدفع بالعملة المحلية ، قد أشارت وأحالت إلى المادة ٦-١-٩ فقرة ٣ من مبادئ اليونيدروا من أجل التأكيد على قاعدة مشابهة للقانون السويسري في المجال الدولي . راجع تفاصيل حكم التحكيم و المنشور في :

ICC international Court of Arbitration Bulletin – Vol. 10 – No. 2 – Fall 1999 - p. 60 – 62 . and see also :

Uniform Law Review / Revue de droit uniform – 1991 – p. 168 – 169 .
^(٢) مثال إيضاحي :

الوقائع هي نفسها المذكورة في المثال الإيضاحي السابق . اختار الطرف (أ) أن يتم رد الدين بالفرنك السويسري ، والدفع الذي كان مستحق أدائه في يوم ١٠ أبريل قد حدث بالفعل في يوم ١٥ سبتمبر ، وكان سعر الصرف في يوم ١٠ أبريل هو ٢ فرنك سويسري مقابل واحد دولار أمريكي ، وفي يوم ١٥ سبتمبر أصبح ٢,١٥ فرنك سويسري مقابل واحد دولار أمريكي . يكون الطرف (أ) مؤهلاً أو مخولاً له تطبيق السعر الأخير . أما إذا انخفضت قيمة الدولار بدلاً من ازدياد قيمته ، فإن الطرف (أ) سوف يقوم باختيار السعر المطبق في يوم ١٠ أبريل .

الوضع فى القانون المصرى

تعرض قانون التجارة المصرى لموضوع عملة الوفاء وذلك عند التعرض للأحكام الخاصة بالشيك ، فقررت المادة ٥١٠ حرية الاتفاق على تحديد عملة الوفاء فى الشيك فإذا اشترط الوفاء بمبلغ الشيك بعملة معينة فإنه يجب الوفاء بهذه العملة وذلك إذا كان للساحب لدى المسحوب عليه رصيد بها ^(١) .

أما إذا لم يكن للساحب لدى المسحوب عليه رصيد من العملة الأجنبية المتفق عليها فى الشيك ، فإنه يجوز أن يتم الوفاء بالعملة المصرية مقوما وفقا لسعر الصرف المعلن عنه "بيع / تحويلات" لدى المسحوب عليه وذلك فى وقت تقديم الشيك للوفاء وذلك إذا وجد عند المسحوب عليه مقابل وفاء بهذه العملة ما لم يرفض الحامل هذا الوفاء ^(٢) ، أى أن الحامل لا يجبر على قبول الوفاء بالعملة المصرية فله أن يتمسك بحقه فى استيفاء قيمة الشيك بالعملة الأجنبية المذكورة به ^(٣) .

وفى حالة إذا ما تقدم الحامل لاستيفاء قيمة الشيك فى التاريخ المبين به ولم يتمكن من ذلك ، فعند ذلك يكون له الخيار بين استيفاء قيمته بعد ذلك إما بسعر الصرف السارى يوم التقديم أو سعر الصرف السارى وقت الوفاء ^(٤) . أما

^(١) تنص الفقرة الأولى من المادة ٥١٠ من قانون التجارة رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ على أن :-
" إذا اشترط الوفاء بمبلغ الشيك فى مصر بنقد أجنبى معين ، وجب الوفاء بهذا النقد إذا كان للساحب لدى المسحوب عليه مقابل وفاء به " .

^(٢) تنص الفقرة الثانية من المادة ٥١٠ من قانون التجارة رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ على أن :-
" وإذا اشترط الوفاء بمبلغ الشيك فى مصر بنقد أجنبى معين دون أن يكون للساحب لدى المسحوب عليه مقابل الوفاء بهذا النقد ، جاز الوفاء بالعملة المصرية وفقا لسعر الصرف المعلن بيع / تحويلات لدى المسحوب عليه وقت تقديم الشيك للوفاء إذا وجد عند المسحوب عليه مقابل وفاء بهذه العملة ما لم يرفض الحامل هذا الوفاء " .
^(٣) مجلة المحاماة - ملحق تشريعات - قانون التجارة و المذكرة الإيضاحية - الجزء الأول - يونيه ١٩٩٩ - ص ٥٤٩ .

^(٤) د/ سميحة القليوبى - الأوراق التجارية - دار النهضة العربية - القاهرة - ٢٠٠٥ - ص ٤١٠ وتنص الفقرة الثالثة من المادة ٥١٠ من قانون التجارة رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ على أن:-
" إذا لم يتم الوفاء وقت تقديم الشيك ، كان للحامل الخيار بين سعر الصرف السارى يوم التقديم (إفقال) أو وقت الوفاء . وفى مجال تطبيق حكمى البندين ٢ ، ٣ فإنه إذا لم يوجد سعر معلن للتحويلات فيتم تطبيق سعر البنكنوت " .

إذا كان التراخي في تقديم الشيك يرجع إلى فعل الحامل وتم تقديم الشيك بعد انقضاء ميعاد التقديم فعند ذلك لا يكون هناك خيار للحامل وإنما يلزم بسعر الصرف الساري في اليوم الذي انتهى فيه ميعاد التقديم^(١)،^(٢).

(١) تنص الفقرة الرابعة من المادة ٥١٠ من قانون التجارة رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ على أن :-
" إذا قدم الشيك للمرة الأولى بعد انقضاء ميعاد التقديم كانت العبرة بسعر الصرف الساري في اليوم الذي انتهى فيه ميعاد التقديم " .

(٢) مجلة المحاماة - ملحق تشريعات - قانون التجارة و المذكرة الإيضاحية - الجزء الأول -
يونيه ١٩٩٩ - ص ٥٤٩ .

الفرع الرابع: تحديد عملة الدفع في حالة عدم النص عليها

تنص المادة ٦-١-١٠ من مبادئ اليونيدروا على أنه :-

" عندما لا يكون الالتزام المالي معبرا عنه بعملة محددة ، فإن الدفع يجب أن يتم بعملة المكان الواجب فيه الدفع " ^(١).

تحديد عملة الدفع تثير مشكلة خاصة وذلك إذا لم يكن التعاقد ينص على العملة التي يكون الالتزام النقدي بها مستحق . وبالرغم من أن مثل هذه الحالات قد تكون نادرة ، ولكنها تحدث ، فعلى سبيل المثال قد ينص التعاقد على أن الثمن سوف يكون الثمن الشائع أو أنه سوف يكون تحديده عن طريق الغير أو أن بعض المصاريف أو التكاليف سوف يتم ردها عن طريق أحد الأطراف إلى الآخر ، وذلك دون تحديد بأي عملة ستكون هذه المبالغ مستحقة الأداء . فالقاعدة المعلن عنها في المادة ٦-١-١٠ هي أنه في مثل هذه الحالات يجب أن يتم الدفع بعملة المكان الذي يجب أن يتم فيه الدفع ^(٢).

والمادة ٦-١-١٠ لا تختص بالعملة التي يتم بها تقدير التعويضات ، فهذا الأمر يتم معالجته في المادة ٧-٤-١٢ في سياق الكلام عن موضوع عدم التنفيذ .
خلاصة: ونخلص من التعليقات على المادة ٦-١-١٠ إلى النقاط الأساسية التالية:-

- أ- حالات عدم تحديد عملة الدفع قد تكون نادرة ولكنها تحدث .
- ب- لا تختص المادة ٦-١-١٠ بالعملة التي يتم بها تقدير التعويضات .

(١)

" Where a monetary obligation is not expressed in a particular currency, payment must be made in the currency of the place where payment is to be made " .

(٢) مثال إيضاحي :

الطرف (أ) عميل ياباني ، أعطى تعليمات لسمساره الطرف (ب) لشراء أسهم في بورصة فرانكفورت بألمانيا . فإذا قام الطرف (ب) بدفع قيمتهم باليورو ، فهل يجب أن يتم توجيه الفاتورة للطرف (أ) باليورو أم بالين الياباني ؟ : إذا كان يجب على الطرف (أ) أن يسدد للطرف (ب) في طوكيو ، فسوف يكون الدفع بالين .

الوضع فى القانون المصرى

أشار قانون التجارة رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ عند التعرض للقواعد التى تحكم الشيك وذلك فى الفقرة الخامسة من المادة رقم ٥١٠ إلى أنه عندما يتم تعيين مبلغ الشيك بنقد يحمل تسمية مشتركة وكانت قيمته تختلف فى بلد الإصدار عن قيمته فى بلد الوفاء وتعذر تحديد العملة ، فإنه يفترض عند ذلك أن المقصود عملة بلد الوفاء ^(١) .

فعلى سبيل المثال إذا سحب شيك من السودان على مصر وذكرت العملة بالجنيه (و تعذر تحديد العملة هل هى جنيه مصرى أم جنيه سودانى) ، فإنه يتعين أن يتم الوفاء بالجنيه المصرى ^(٢) عملة بلد الوفاء .

(١) تنص الفقرة الخامسة من المادة ٥١٠ من قانون التجارة رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ على أنه :-
" إذا عين مبلغ الشيك بنقد يحمل تسمية مشتركة وتختلف قيمته فى بلد الإصدار عن قيمته فى بلد الوفاء افترض أن المقصود نقد بلد الوفاء " .

(٢) مجلة المحاماة - ملحق تشريعات - قانون التجارة و المذكرة الإيضاحية - الجزء الأول -
يونيه ١٩٩٩ - ص ٥٤٩ . وراجع أيضا د/ على جمال الدين عوض - الشيك فى قانون
التجارة - دار النهضة العربية - القاهرة - ١٩٩٨ - ص ٢٥٢ .

المطلب الرابع: أوجه الدفع

تتعلق فى الغالب مشكلة تحديد أولوية أوجه الدفع بالالتزامات النقدية ، ولكن فى بعض الأحيان قد تحدث مشكلات فيما يتعلق بتحديد أولوية أوجه الوفاء فى الالتزامات غير النقدية .

وسيتيم تقسيم الدراسة فى هذا المطلب إلى الفرعين التاليين :-

الفرع الأول: تحديد أولوية أوجه الدفع

الفرع الثانى: تحديد أولوية أوجه الوفاء فى الالتزامات غير النقدية

الفرع الأول: تحديد أولوية أوجه الدفع

تنص المادة ٦-١-١٢ من مبادئ اليونيدروا على أن :-

- (١) المدين الذى عليه التزامات نقدية متعددة لنفس الدائن ، يجوز له أن يحدد عند الدفع الدين الذى يعتزم الوفاء به ، ومع ذلك فإن الدفع ينصب على أو يسدد أولاً أية نفقات ثم الفوائد المستحقة ثم أخيراً أصل الدين.
- (٢) إذا لم يقم المدين بهذا التعيين ، فإنه يجوز للدائن خلال مدة معقولة بعد الدفع ، أن يعلن المدين بالالتزام الذى يوجه إليه هذا الدفع ، شريطة أن يكون هذا الالتزام أو الدين مستحق وغير متنازع فيه.
- (٣) فى حالة غياب توجيه الدفع طبقاً للفقرتين ١ و ٢ ، فإن الدفع يكون موجهاً للالتزام أو الدين الذى يستوفى أحد المعايير التالية وبالترتيب المشار إليه :

أ - الالتزام الذى يكون قد حل أو الذى يحل أجله أولاً.

ب - الالتزام الأقل ضماناً بالنسبة للدائن.

ج - الالتزام الأكثر عبئاً أو إرهاقاً على المدين.

د - الالتزام الذى نشأ أولاً.

وإذا لم تنطبق أى من المعايير السابقة ، فإن الدفع يكون موجهاً إلى كل الالتزامات بشكل متناسب^(١).

تتعامل المادتان ١٢-١-٦ ، ١٣-١-٦ مع المشكلة التقليدية المتعلقة بتوجيه المدفوعات . فإذا كان المدين عليه التزامات نقدية متعددة فى نفس الوقت لنفس الدائن وقام المدين بدفع مبلغ لا يكفى لسداد كافة هذه الالتزامات ، فإنه يظهر التساؤل عن ما هى الالتزامات التى يوجه إليها أو ينكب عليها هذا السداد .

فالمادة ١٢-١-٦ ، والتى تعتبر مستمدة من المبادئ المتعارف عليها بشكل واسع فى هذا الخصوص ، تعطى المدين الإمكانية لتوجيه مدفوعاته لدين معين ، بشرط أن تسدد هذه المدفوعات أى مصاريف وفوائد مستحقة قبل سداد أصل الدين . وفى حالة غياب توجيه الدفع من المدين فإن الدائن يمكن له أن يوجه الدفع الذى تسلمه على ألا يكون لدين متنازع فيه . و تضع الفقرة ٣ معياراً ينطبق فى حالة غياب أى توجيه للدفع من الأطراف^(٢) .

(١)

- " 1- An obligor owing several monetary obligations to the same obligee may specify at the time of payment the debt to which it intends the payment to be applied . However , the payment discharges first any expenses , then interest due and finally the principal .
- 2- If the obligor makes no such specification , the obligee may , within a reasonable time after payment , declare to the obligor the obligation to which it imputes the payment , provided that the obligation is due and undisputed .
- 3- In the absence of imputation under paragraphs (1) or (2) , payment is imputed to that obligation which satisfies one of the following criteria in the order indicated :
- (a) An obligation which is due or which is the first to fall due;
 - (b) The obligation for which the obligee has least security;
 - (c) The obligation which is the most burdensome for the obligor;
 - (d) The obligation which has arisen first.

If none of the preceding criteria applies , payment is imputed to all the obligations Proportionally " .

=

(٢) مثال إيضاحي :

الوضع فى اتفاقية فيينا

لم تنص اتفاقية فيينا لعام ١٩٨٠ على قواعد يمكن أن تضع حلاً للمشكلات التى قد تحدث فيما يتعلق بتحديد أولوية أوجه الدفع فى الالتزامات النقدية ، وذلك على الرغم من أهمية هذه المسألة .

الوضع فى القانون المصرى

تعرض القانون المدنى المصرى لنظام أولويات التنفيذ فى المواد أرقام ٣٤٣ ، ٣٤٤ ، ٣٤٥ . فإذا كان المدين مديناً بدين واحد فقط ولكن كان يلحق به مصروفات وفوائد ، وكان ما أداه المدين لا يفي بالدين مع هذه الملحقات فإنه يخصم ما أدى طبقاً للترتيب التالى وهو من المصروفات ثم من الفوائد ثم من

حاصل الطرف (أ) على ثلاث قروض من خلال عقود منفصلة تبلغ قيمة كل قرض مائة ألف دولار أمريكى (US \$ ١٠٠٠٠٠) وذلك من البنك (ب) ، وسداد هذه القروض يكون مستحق فى ٣١ ديسمبر . استلم الطرف (ب) مبلغ مائة ألف دولار أمريكى (US \$ ١٠٠٠٠٠) من الطرف (أ) فى يوم ٢ يناير مصحوب برسالة غير دقيقة نصها "رداً للقرض" . أعطى الطرف (ب) اهتمام قليل للأمر ولم يقم بأى رد فعل فى البداية ، ولكن بعد مرور ثلاثة أشهر قام بمقاضاة الطرف (أ) لمطالبته بسداد المبلغ المتبقى وهو مائتى ألف دولار أمريكى (US \$ ٢٠٠٠٠٠) ولم يتفق الأطراف فيما يتعلق بأى القروض الذى تم ردها بالدفع الذى تم فى شهر يناير .

الطرف (ب) عنده ضمانات متماثلة على كل حالة قرض ، ولكن معدلات الفائدة لم تكن متماثلة فهي ٨% على القرض الأول و ٨,٥٠% على الثانى و ٩% على الثالث . وطبقاً لهذا فإن سداد شهر يناير يكون موجه للقرض الثالث .

وقد تم تطبيق هذا الحكم (سداد شهر يناير موجه للقرض الثالث) وذلك لأنه بتطبيق المادة ١٢-١-٦ على المثال السابق نجد أن المدين لم يحدد وقت الدفع القرض الذى يعتزم الوفاء به وكذلك فإن الدائن لم يعلن المدين بالقرض الذى يوجه إليه هذا الدفع ، وبالتالى يتم تطبيق الفقرة الثالثة من المادة ١٢-١-٦ والتى وضعت أربعة معايير يتم الرجوع إليها بالترتيب ، ونظراً لأن المعيار الأول لا ينطبق لأن القروض جميعاً تستحق فى ٣١ ديسمبر وكذلك المعيار الثانى لا ينطبق لأن الضمانات متماثلة على كل قرض ، لذلك تم تطبيق المعيار الثالث وهو توجيه الدفع للالتزام الأكثر عبثاً أو إرهاقاً على المدين وهو فى المثال السابق القرض الثالث نظراً لأن معدل الفائدة عليه هو الأكثر (٩%) بالمقارنة بالقرض الأول (٨%) والقرض الثانى (٨,٥٠ %) .

أصل الدين ما لم يتفق على غير ذلك^(١)،^(٢) ، أى أن الملحقات المذكورة (مصروفات و فوائد) مقدمة فى وجوب الوفاء بها على أصل الدين فما يبقى من الدين يكون باقيا من أصله لا من الملحقات^(٣) .

أما إذا تعددت الديون فى ذمة المدين وكانت لدائن واحد من جنس واحد وكان ما أداه المدين لا يكفى للوفاء بكل هذه الديون فإن المادة ٣٤٤ مدنى تجيز للمدين عند الوفاء أن يعين الدين الذى يريد الوفاء به وذلك فى حالة عدم وجود مانع قانونى أو اتفاقى يحول دون هذا التعيين^(٤) ، أى أن القاعدة التى تعطى المدين سلطة تعيين الدين الذى يفى به قاعدة مكملة لا قاعدة أمرة و بالتالى يجوز

(١) تنص المادة ٣٤٣ مدنى على أن :-

" إذا كان المدين ملزما بأن يوفى مع الدين مصروفات وفوائد ، وكان ما أداه لا يفى بالدين مع هذه الملحقات ، خصم ما أدى من حساب المصروفات ، ثم من الفوائد ، ثم من أصل الدين ، كل هذا ما لم يتفق على غيره " .
(٢) وقد قضت محكمة النقض بأن :-

" تقضى المادة ٣٤٣ من القانون المدنى بأنه إذا كان المدين ملزما بأن يوفى مع الدين مصروفات وفوائد وكان ما أداه لا يفى بالدين مع هذه الملحقات خصم ما أدى من حساب المصروفات ثم من الفوائد ثم من أصل الدين ، كل هذا ما لم يتفق على غيره . وإذا كان يتضح من تقرير الخبير الحسابى الذى ندبته المحكمة أن جملة الفوائد التى أضافها الخبير إلى التعويض المستحق للمطعون عليهم تقل عن المبلغ الذى سدده لهم الطاعن ، وكان الطاعن لم يدع وجود اتفاق على كيفية خصم المبالغ المسددة منه للمطعون عليهم ، فإن الطاعن يكون قد أدى جميع الفوائد التى استحققت للمطعون عليهم قبل صدور الحكم و تكون المبالغ الباقية من أصل التعويض ، وإذا قضى الحكم المطعون فيه بالفوائد عليها من تاريخ صدوره فإنه لا يكون قد قضى بفوائد على متجمد الفوائد " . طعنان ٤٧٥ ، ٨٤٧ لسنة ٣٩ ق. جلسة ١٩٧٦/١٢/٣٠ س ٢٧ ص ١٨٥٧ ، قضاء النقض فى المواد المدنية، قاعدة ١٢٣٩ ص ٤٨٩ . راجع د/ أحمد شرف الدين - نظرية الالتزام - الجزء الثانى - أحكام الالتزام - المرجع السابق - هامش ص ٣٥٥ .
(٣) د/ جميل الشرقاوى - النظرية العامة للالتزام - الكتاب الثانى - أحكام الالتزام - دار النهضة العربية - القاهرة - ١٩٩٢ - ص ٣١١ . وراجع أيضا د/ حسام الدين كامل الأهوانى - النظرية العامة للالتزام - الجزء الثانى - أحكام الالتزام - المرجع السابق - ص ٤٢٦ .

(٤) تنص المادة ٣٤٤ مدنى على أنه :-

" إذا تعددت الديون فى ذمة المدين ، وكانت لدائن واحد من جنس واحد ، وكان ما أداه المدين لا يفى بهذه الديون جميعا ، جاز للمدين ، عند الوفاء ، أن يعين الدين الذى يريد الوفاء به ، ما لم يوجد مانع قانونى أو اتفاقى يحول دون هذا التعيين " .

الاتفاق على مخالفتها بالاتفاق على أن المدفوع هو دين معين أو حتى الاتفاق على إعطاء هذه السلطة للدائن^(١).

أما إذا لم يعين المدين عند الوفاء الدين الذى يريد الوفاء به فإن المادة ٣٤٥ وضعت القاعدة التى تعين ذلك وهى أن الخصم يكون من حساب الدين الذى حل فإذا تعددت الديون الحالة فيكون الخصم من حساب أشدها كلفة على المدين فإذا ما تساوت هذه الديون فى الكلفة فعند ذلك يكون الخصم من حساب الدين الذى يعينه الدائن^(٢) ، ولم يحدد القانون معنى الكلفة ووسائل تقديرها لمعرفة أكثر الديون كلفة ولذا فإن الفقه يذهب إلى أن الأمر متروك للقضاء ليحكم فى ذلك وفقا للظروف الواقعية لكل حال^(٣).

(١) د/ أحمد شرف الدين - نظرية الالتزام - الجزء الثانى - أحكام الالتزام - المرجع السابق - ص ٣٥٧ ، د/ محمد لبيب شنب - دروس فى نظرية الالتزام - "الإثبات ، أحكام الالتزام" - بدون اسم ناشر - ١٩٧٤ - ص ٢١٦ .
وقد قضت محكمة النقض المصرية بأنه :

" مفاد نص المادة ٣٤٤ من القانون المدنى أنه فى حالة تعدد الديون من جنس واحد فى ذمة المدين لدائن واحد ، وأراد المدين أن يوفى بأحد هذه الديون وجب عليه أن يعين وقت السداد الدين الذى يريد الوفاء به " . طعن ٤٤٤ لسنة ٤٤ ق جلسة ١٩٧٨/٢/٢٧ س ٢٩ ص ١٧٦٦ ، قضاء النقض فى المواد المدنية ، قاعدة ١٢٤٤ ص ٤٩٠ .
(٢) تنص المادة ٣٤٥ مدنى على أنه :-

" إذا لم يعين الدين على الوجه المبين فى المادة السابقة ، كان الخصم من حساب الدين الذى حل ، فإذا تعددت الديون الحالة فمن حساب أشدها كلفة على المدين ، فإذا تساوت الديون فى الكلفة ، فمن حساب الدين الذى يعينه الدائن " .

(٣) راجع فى تفصيلات ذلك د/ جميل الشرقاوى - النظرية العامة للالتزام - الكتاب الثانى - أحكام الالتزام - المرجع السابق - ص ٣١٢ ، ٣١٣ ، د/ حسام الدين كامل الأهوانى - النظرية العامة للالتزام - الجزء الثانى - أحكام الالتزام - المرجع السابق - ص ٤٢٨ ، ٤٢٩ ، د/ إسماعيل غانم - فى النظرية العامة للالتزام - الجزء الثانى - أحكام الالتزام والإثبات - المرجع السابق - ص ٣٨٨ ، ٣٨٩ ، وراجع كذلك :

د/ عبد الرازق أحمد السنهورى - الوسيط فى شرح القانون المدنى - الجزء الثالث - نظرية الالتزام بوجه عام - المجلد الثانى - انقضاء الالتزام - نسخة منقحة للمستشار مصطفى محمد الفقى - دار النهضة العربية - القاهرة - ١٩٨٤ - ص ٩٠٦ ، ٩٠٧ .

الفرع الثانى: تحديد أولوية أوجه الوفاء فى الالتزامات غير النقدية

تنص المادة ٦-١-١٣ من مبادئ اليونيدروا على أنه :-

تنطبق المادة ٦-١-١٢ مع إجراء التكييفات أو التعديلات المناسبة لتحديد أولوية توجيه تنفيذ الالتزامات غير النقدية ^(١).

تتعلق مشكلة تحديد أولوية أوجه الدفع فى العادة بالالتزامات النقدية ، ولكن أحياناً قد تحدث صعوبات مشابهة فيما يتعلق بالالتزامات ذات طبيعة مختلفة ، والمادة ٦-١-١٣ تنص على أن القواعد التى تحكم الالتزامات النقدية سوف تنطبق أيضاً مع إجراء التكييفات أو التعديلات المناسبة على هذه الحالات ^(٢).

الوضع فى اتفاقية فيينا

كما هو الحال فى تحديد أولوية أوجه الدفع فى الالتزامات النقدية ، فإن اتفاقية فيينا لعام ١٩٨٠ لم تضع أيضاً حلاً للمشكلات التى قد تحدث فيما يتعلق بتحديد أولوية أوجه الوفاء فى الالتزامات غير النقدية .

رأينا فى الموضوع

تعتبر مرحلة التنفيذ فى العقود التجارية الدولية هى من أدق المراحل التى تمر بها هذه العقود ، وأحد المشكلات التى قد تحدث فى مرحلة التنفيذ هى تحديد

(١)

" Article 6-1-12 applies with appropriate adaptation to the imputation of Performance of non-monetary obligations " .

(٢) مثال إيضاحى :

يقوم الطرف (أ) بتنفيذ أعمال بناء فى عدة مواقع فى إحدى الدول الأفريقية ، ومن خلال خمسة عقود منفصلة ومتعاقبة مبرمة مع الطرف (ب) اشترى الطرف (أ) كميات مختلفة من الأسمنت ، على أن يتم تسليمها جميعاً فى مدينة مقدشيو فى نفس التاريخ وعلى أن يتم تحميلها على نفس السفينة . والعقود متماثلة فيما عدا أن العقدين الثالث والخامس يشترطا سداد تعويضات عالية جداً فى حالة التأخير فى التسليم . وبسبب صعوبات معينة ، فإن الطرف (ب) استطاع أن يسلم فقط جزء مما كان يفترض عليه تسليمه . يكون الطرف (ب) عند التسليم مؤهلاً أو مخولاً له أن يحدد أن الكميات المسلمة تكون موجهة للوفاء بالعقدين الثالث والخامس .

أولوية أوجه الدفع فى الالتزامات النقدية أو أولوية أوجه الوفاء فى الالتزامات غير النقدية ، لذلك فإننا نستغرب من عدم نص اتفاقية فيينا على قاعدة تضع حلا لهذه المشكلة عند حدوثها ونعتبر ذلك قصورا فى اتفاقية فيينا .

أما مبادئ اليونيدروا فقد نصت على قواعد تفصيلية فى المواد ١٢-١-٦ و ١٣-١-٦ تضع حولا واضحة لمشكلة تحديد أولوية أوجه الدفع فى الالتزامات النقدية وأولوية أوجه الوفاء فى الالتزامات غير النقدية ، مما نعتبره أحد مظاهر تفوق مبادئ اليونيدروا على اتفاقية فيينا لعام ١٩٨٠ .

المطلب الخامس: الأذن العام (الترخيص) كشرط لصحة العقد أو تنفيذه

قد يكون صحة أو تنفيذ العقد متوقفا على الإذعان لمتطلبات الحصول على ترخيص عام ، وعند ذلك فإنه تنشأ عدة مسائل فيما يتعلق بالطرف الذى يقع عليه عبء تقديم طلب الترخيص وكذلك وقت تقديم الطلب وأيضا النتائج القانونية المترتبة عن الإخفاق فى الحصول على القرار الإدارى فى الوقت المستحق وأخيرا الآثار القانونية لحالة رفض طلب الترخيص .

وقد نصت مبادئ اليونيدروا على قواعد تفصيلية تضع حولا محددة لهذه المسائل ، وفى المقابل لم تنص اتفاقية فيينا لعام ١٩٨٠ على قواعد تعالج مثل هذه المسائل باستثناء ما نصت عليه المادة ٥٤ من أن التزام المشتري بدفع الثمن يتضمن اتخاذ ما يلزم واستيفاء الإجراءات المطلوبة بموجب العقد أو بموجب القوانين و الأنظمة الواجبة التطبيق من أجل تسديد الثمن (سبق التعرض للمادة ٥٤ من اتفاقية فيينا وذلك عند التصدى لموضوع تكاليف التنفيذ فى الفرع الثالث من المطلب الأول) .

وسيتم تقسيم الدراسة فى هذا المطلب إلى الفروع التالية :-

الفرع الأول: حالة تطلب الحصول على ترخيص

الفرع الثانى: اتخاذ إجراء طلب الترخيص

الفرع الثالث: حالة عدم صدور القرار سواء بمنح الترخيص أو برفضه

الفرع الرابع: حالة رفض منح الترخيص

الفرع الأول: حالة تطلب الحصول على ترخيص

تنص المادة ٦-١-١٤ من مبادئ اليونيدروا على أنه :-

عندما يتطلب قانون دولة ما الحصول على ترخيص عام من شأنه أن يؤثر على صحة العقد أو تنفيذه ، وما لم يشر سواء هذا القانون أو تدل الظروف على غير ذلك فإنه :

- أ - إذا كان لأحد الأطراف فقط موطن أعمال في تلك الدولة ، فإن هذا الطرف يجب عليه أن يتخذ الإجراءات اللازمة للحصول على الترخيص.
- ب في أى حالة أخرى ، فإن الطرف الذى يتطلب تنفيذه لالتزاماته هذا الترخيص يجب عليه اتخاذ الإجراءات الضرورية للحصول على الترخيص^(١).

بداية يجب أن نشير إلى أن المبادئ لا تعالج مدى مناسبة أو لزوم تطلب الحصول على ترخيص عام ، وكذلك ما هو نوعية الترخيص العام المطلوب ، ولكن يكون تحديد ذلك طبقاً للقانون الواجب التطبيق ، ويتضمن ذلك قواعد القانون الدولى الخاص.

وتتجه المحاكم الوطنية إلى جعل الفاعلية أو الجدوى لمتطلبات الترخيص العام فقط لقانون القاضى ، وفى بعض الأحيان تتجه إلى ما يقضى به قانون العقد. وهيئات التحكيم قد تتمتع بحرية تصرف أوسع من المحاكم الوطنية فى تقرير أى

(١)

" Where the law of a State requires a public permission affecting the validity of the contract or its performance and neither that law nor the circumstances indicate otherwise :

- (a) If only one party has its place of business in that State , that party shall take the measures necessary to obtain the permission ;
- (b) In any other case the party whose performance requires permission shall take the necessary measures " .

التراخيص العامة تكون مناسبة أو وثيقة الصلة بالعقد^(١) . هذا وتفترض المادة ١٤-١-٦ التقيد بالمتطلبات التي يفرضها أو يقضى بها القانون الواجب التطبيق . وفي مجال النظر في تطلب الترخيص العام يجب ملاحظة الأتي :-

أ - المفهوم الواسع " للترخيص العام " :

يتعين إعطاء مصطلح "الترخيص العام" تفسيراً واسعاً، فهو يتضمن كافة ما ينشأ من متطلبات الترخيص المطابقة للاعتبارات الخاصة الحكومية مثل الصحة والأمان أو سياسات تجارية معينة ، هذا ولا يؤثر في الموضوع سواء كانت الرخصة المطلوبة أو الأذن يكون منحه من جهة حكومية أو جهة غير حكومية فوضتها الحكومة في سلطات عامة من أجل غرض محدد^(٢) .

ب- توقيت الترخيص العام :

ترجع الأحكام الخاصة بالتراخيص العامة أو الحكومية في المقام الأول إلى تلك التي يتطلبها القانون الواجب التطبيق أو اللوائح السارية المفعول في وقت انعقاد العقد ، ومع ذلك فإنه قد تطبق أيضاً على التراخيص العامة الأحكام التي قد توضع بعد انعقاد العقد .

ج- الترخيص العام قد يؤثر على العقد كلياً أو جزئياً :

تنطبق الأحكام المتعلقة بالتراخيص العامة على كل من تلك المتطلبات التي تؤثر على العقد ككل وكذلك على تلك التي تؤثر على بنود مستقلة أو قائمة بذاتها في العقد فحسب^(٣) .

(١) وطبقاً للمادة ٧ (٢) من اتفاقية روما لعام ١٩٨٠ وكذلك غيرها من قواعد تنازع القوانين فإنه يمكن أيضاً الاعتداد بمتطلبات الترخيص العام الواردة في نظم قانونية أخرى مرتبطة بالتعاقد . ويمكن أيضاً أن تفرض تشريعات "اليد الطولى" في بعض النظم القانونية (هي تشريعات تسرى حتى خارج النطاق المحلي للدولة المعنية) متطلبات للترخيص العام على عاتق المرخص له أو فروع الشركات القائمة بالخارج .

(٢) وهكذا فإن الترخيص بالدفع عن طريق بنك خاص طبقاً للوائح تنظيم الصرف الأجنبي يكون له طبيعة "الترخيص العام" لأغراض هذه المادة .

(٣) ومع ذلك فعندما تختلف الآثار أو النتائج القانونية للإخفاق في الحصول على الترخيص العام طبقاً لما إذا كان هذا الترخيص يؤثر على العقد كلياً أم جزئياً ، فإنه تنطبق قواعد مختلفة "أنظر المادتان ١٦-١-٦ و ١٧-١-٦" .

د- الترخيص العام قد يؤثر على صحة العقد أو على تنفيذه :

قد يؤثر عدم الحصول على الترخيص المطلوب على صحة العقد أو يجعل تنفيذه مستحيلاً ، وعلى الرغم من الاختلافات فى النتائج القانونية المترتبة على الإخفاق فى الحصول على الترخيص العام المطلوب ، فإن المشكلات التى تحدث بخصوص طلب الترخيص العام أو بالحصول عليه تكون متشابهة ^(١) .

وهناك قاعدة هى أنه لا التزام بالإعلام بخصوص تطلب الحصول على ترخيص عام . ومع ذلك فإن وجود هذا التطلب يجب الإفصاح عنه من الطرف الذى يقع على عاتقه عبء الحصول على الترخيص العام عندما يكون مثل هذا الترخيص مطلوباً طبقاً لقواعد عادة لا يمكن الوصول إليها أو العلم بها ^(٢) .

ولتحديد أى من الأطراف يكون ملتزماً بأن يتخذ الإجراءات اللازمة للحصول على الترخيص العام فإنه يوضع فى الاعتبار الحالات الآتية :-

أ حالة أن يكون لطرف موطن أعمال فى دولة تتطلب الحصول على ترخيص عام :

إن القاعدة المعلن عنها فى الفقرة الفرعية (أ) من المادة ٦-١-١٤ والتى وضعت عبء التقدم للحصول على الترخيص العام على عاتق الطرف الذى يكون له موطن أعمال فى الدولة التى تتطلب الترخيص العام ، هى قاعدة تعكس السائد فى المعاملات التجارية الدولية . وهذا الطرف يكون فى الوضع الأفضل للتقدم للحصول على الترخيص العام من غير

^(١) وفيما يتعلق بالنتائج الأخرى فإن المادة ٦-١-١٧ فقرة ٢ تنص على أن قواعد عدم التنفيذ تنطبق على الحالة التى يكون فيها رفض الترخيص يجعل التنفيذ للعقد مستحيلاً كلياً أو جزئياً.

^(٢) وهكذا فإن المبدأ السائد أو المهيمن والخاص بحسن النية (مادة ١-٧) قد يتطلب من الطرف الذى يقع موطن أعماله فى دولة تتطلب الحصول على ترخيص عام أن يعلم الطرف الآخر بوجود مثل هذا الطلب ، والإخفاق فى ذلك قد يؤدى بالمحكمة إلى عدم الاعتراف بمطلب الترخيص تماماً أو تقرر أن الطرف الذى أخفق فى الإفصاح أو الإعلام عن وجود هذا المطلب قد ضمن ضمناً إمكانية الحصول على هذا الترخيص العام .

إبطاء ، حيث أنه على الأرجح يكون أكثر معرفة بمتطلبات طلب الحصول على الترخيص وإجراءاته .

وإذا كان أحد الأطراف فى احتياج لمعلومات إضافية من الطرف الآخر لاستكمال ملف الطلب (من أمثلة ذلك المعلومات المتعلقة بالمكان المقصود النهائى للبضائع أو معلومات فيما يتعلق بغرض أو موضوع التعاقد) ، فيجب على الطرف الآخر أن يزوده بهذه المعلومات إعمالاً لالتزامه بالتعاون (مادة ٥-٣) . فإذا لم يزوده هذا الطرف بهذه المعلومات فلا يجوز له أن يعول على قيام الطرف الأول بالتزامه ، وهذا الالتزام بالتعاون مع الطرف الآخر ينطبق حتى ولو كان قد تم النص فى العقد على أن أحد الأطراف يتحمل عبء التقدم للحصول على الترخيص العام ^(١) .

ب حالة أن يتطلب تنفيذ طرف لالتزاماته الحصول على ترخيص عام :

تتناول الفقرة الفرعية (ب) من المادة ٦-١-١٤ الحالات التى لا يكون فيها لأى من الأطراف موطن أعمال فى الدولة التى تتطلب الحصول على الترخيص ، وهى أيضاً تتناول الحالات التى يتصور فيها عقداً يكون دولياً بحق على الرغم من كون كلا الطرفين لديهم مواطن أعمال فى هذه الدولة . وفى أى من الحالات السابقة فإن الطرف الذى يتطلب تنفيذه لالتزامه الحصول على الترخيص العام يكون ملتزماً باتخاذ الإجراءات اللازمة للحصول على هذا الترخيص ^(٢) .

^(١) وهكذا فإنه إذا كان الأطراف قد أدرجوا فى تعاقدهم شرط " تسليم المصنع " والذى يفرض التزامات واسعة على المشتري ، فإن البائع يكون مع ذلك ملتزماً بأن يزود المشتري - بناء على طلب الأخير ، وعلى مسؤوليته ونفقته - بكل مساعدة فى الحصول على أى رخصة تصدير أو أى تصريح رسمى ضرورى من أجل تصدير البضائع . (قواعد الانكوترمز لعام ١٩٩٠ ، مادة أ-٢ وأنظر أيضاً مادة ب-٢) .

^(٢) مثال إيضاحى :

الطرف (أ) مقاول لديه موطن أعمال يقع فى البلد (س) ، باع مصنع على أساس نظام تسليم المفتاح للطرف (ب) والذى يقع موطن أعماله فى البلد (ص) ، ويقع القبول بعد إجراء اختبارات التشغيل فى البلد (ص) . فمن ناحية ، فإن الطرف (أ) يجب عليه التقدم للحصول على كل التراخيص العامة المطلوبة فى البلد (س) ، وأيضاً التراخيص المطلوبة فى بلاد =

ج - الطبيعة المكملة لأحكام التراخيص العامة :

الغرض من المادة ٦-١-١٤ هو تحديد الطرف الذى يجب عليه التقدم للحصول على الترخيص العام فى الحالات التى لا يكون من الواضح فيها من الذى يتحمل بهذا الالتزام . فالقاعدة المكملة (الفقرة الفرعية أ والفقرة الفرعية ب من المادة ٦-١-١٤) تنطبق عندما لا يحدد سواء العقد ولا القانون الذى يتطلب الترخيص أو الظروف أى من الأطراف يكون الملزم بالتقدم للحصول على الترخيص العام المطلوب ^(١) .

و يلتزم الطرف الذى يجب عليه التقدم للحصول على الترخيص باتخاذ الإجراءات الضرورية للحصول على هذا الترخيص ، ولكن لا يكون مسئولاً عن نتيجة التقدم بهذا الطلب . هذا ويلتزم هذا الطرف باستنفاد الوسائل الشرعية المتاحة المحلية للحصول على الترخيص ، شريطة أن تكون لها فرصة جيدة للنجاح وأن يكون اللجوء إلى هذه الوسائل الشرعية المحلية معقولاً فى ضوء الظروف المحيطة بالحالة (مثل قيمة المعاملة والقيود المتعلقة

=

أخرى (غير البلد س والبلد ص) مثل التراخيص والتسليم من الباطن ، ومن الناحية الأخرى فإن الطرف (ب) يجب عليه التقدم للحصول على تراخيص الاستيراد ، وأيضاً للحصول على كل التراخيص الأخرى المتعلقة بالموقع واستخدام المرافق المحلية والتكنولوجيا المستوردة للبلد (ص) . و يلتزم الطرف (أ) أيضاً بأن يزود الطرف (ب) بالمعلومات والمستندات التى يحتاجها الطرف (ب) للحصول على تراخيص الاستيراد والتراخيص الأخرى المتعلقة بتنفيذ الطرف (ب) لالتزاماته . والطرف (أ) غير مسئول عن التقدم للحصول على التراخيص العامة بالدولة (ص) ما لم يتم الاتفاق على ذلك فى التعاقد ، أو كان ذلك مطلب صراحة أو ضمناً وفقاً للقانون الواجب التطبيق أو الظروف المحيطة بالحالة (من أمثلة ذلك أنه قد يتطلب القانون الواجب التطبيق تراخيص فنية معينة فى الدولة ص والتى يجب أن يتقدم للحصول عليها طرف التعاقد مانح الترخيص) .
(١) مثال إيضاحي :

يخضع قانون الدولة (س) منح رخصة تصدير الحاسبات الآلية لإجراء تقديم بيان مؤكد يشير إلى البلد النهائية التى سوف ترسل إليها الحاسبات الآلية ، ومع ذلك لم يشر لا العقد ولا قانون الدولة (س) إلى أى من الأطراف يتحمل الالتزام بالتقدم للحصول على الرخصة . وبما أنه من المنطقي أن يفترض أن المشتري وحده يعلم ماذا يخطط للعمل بالحاسبات الآلية، فإن الحكمة التى تأتى خلف القاعدة التى تفرض الرخصة المطلوبة تؤدي إلى نتيجة أن المشتري هو الذى يجب عليه التقدم بطلب الرخصة .

بالميعاد^(١). وتحديد الإجراءات التي يجب اتخاذها يعتمد على اللوائح والأنظمة الإجرائية المتاحة في المكان المطلوب منح الترخيص فيه .

خلاصة: ونخلص من التعليقات على المادة ٦-١-١٤ إلى النقاط الأساسية التالية:-

أ - تحديد مدى مناسبة أو لزوم متطلبات الحصول على الترخيص العام وما هو نوعية الترخيص العام المطلوب يكون تحديده طبقاً للقانون الواجب التطبيق ويتضمن ذلك قواعد القانون الدولي الخاص .

ب- يتعين إعطاء مصطلح "الترخيص العام" تفسيراً واسعاً .

ج- ترجع الأحكام الخاصة بالتراخيص العامة في المقام الأول إلى وقت انعقاد العقد ، ومع ذلك فإنه قد تطبق أيضاً على التراخيص العامة الأحكام التي قد توضع بعد انعقاد العقد .

د- قد يؤثر الترخيص العام على العقد كلياً أو جزئياً .

هـ- قد يؤثر الترخيص العام على صحة العقد أو على تنفيذه .

و - القاعدة هي أنه لا التزام بالأعلام بخصوص تطلب الحصول على ترخيص عام ، ولكن هناك استثناء عندما يكون الترخيص مطلوباً طبقاً لقواعد عادة لا يمكن الوصول إليها أو العلم بها .

ز -الالتزام باتخاذ الإجراءات الضرورية للحصول على الترخيص هو التزام ببذل أقصى عناية أو جهد .

^(١) ويعتبر هذا الالتزام هو التزام ببذل أقصى عناية أو جهد .

الفرع الثانى: اتخاذ إجراء طلب الترخيص

تنص المادة ١٥-١-٦ من مبادئ اليونيدروا على أن :-

(١) يجب على الطرف المطالب باتخاذ الإجراءات اللازمة للحصول على الترخيص ، أن يقوم بذلك دون تأخير غير مبرر ، ويتحمل أى مصروفات ناجمة عن ذلك .

(٢) ويجب على هذا الطرف كلما كان ذلك ملائماً أن يخطر الطرف الآخر بالمنح أو الرفض لهذا الترخيص دون تأخير غير مبرر ^(١) .

إن الطرف الذى يقع عليه التزام بالحصول على ترخيص عام يجب عليه اتخاذ الإجراء اللازم على الفور بعد إبرام العقد ، وأن يتابع هذا الإجراء كلما كان ذلك ضرورياً فى ظل الظروف المحيطة . وطبقاً للمادة ١١-١-٦ فإن كل طرف يتحمل تكاليف تنفيذ التزاماته ، هذا وقد تم إعادة النص على هذه القاعدة فى الفقرة ١ من المادة ١٥-١-٦ وذلك بقصد الوضوح .

ويحتاج أطراف العقد ، بمجرد أن يكون ذلك ممكناً ، إلى معرفة ما إذا كان من الممكن الحصول على الترخيص ، وهكذا فالفقرة ٢ من هذه المادة تنص على أن الطرف المطالب بالقيام بالإجراءات الضرورية يجب عليه إعلام الطرف الآخر بنتيجة التقدم بطلب الترخيص . وهذا الواجب بالإعلام يمتد ليشمل وقائع أخرى وثيقة الصلة بالموضوع ، ومن أمثلة ذلك وقت التقدم بالطلب ونتيجته ، وما إذا كان رفض الطلب محلاً للاستئناف وما إذا كان الاستئناف يجب أن يقدم .

و تظهر الضرورة فى توجيه الإخطار ، بوضوح ، عندما يكون مثل هذا الإخطار يتطلبه القانون ، ولكن أيضاً قد يستدل على ذلك من مجرد واقعة الإشارة الى لزوم الحصول على الترخيص فى العقد .

(١)

- " 1- The party required to take the measures necessary to obtain the permission shall do so without undue delay and shall bear any expenses incurred .
- 2- That party shall , whenever appropriate , give the other party notice of the grant or refusal of such permission without undue delay " .

أما " الملائمة " لالتزام توجيه الإخطار بالمنح أو الرضا لطلب الترخيص فترجع إلى مدى الاحتياج لتوجيه الإخطار وكذلك طريقة توجيهه ، فالملائمة تكون وثيقة الصلة بمدى الحاجة إلى هذا الإعلام . ووفقاً لذلك فإن الطرف الذى يتقدم للترخيص لا يلتزم بإعلام الطرف الآخر بنتيجة التقدم بطلب الترخيص فى الحالات التى يكون فيها الطرف الأخير يحصل على هذه المعلومات من السلطة المانحة ، أو عندما تكون طلبات التراخيص تمنح بشكل منتظم أو دائم . أما فى حالة رفض الترخيص فى حالة معينة مع كون ذلك مناقضاً للتعاملات المعتادة فإن ذلك يجعل الالتزام بالإخطار أكثر وجوباً . ولا تضع المادة ٦-١-١٥ متطلبات خاصة فيما يتعلق بالشكليات المرتبطة بوسيلة إبلاغ المعلومات . "أنظر المادة ١-٩" .

و يعادل أو يعد الإخفاق فى الإعلام فيما يتعلق بمنح أو رفض الترخيص بمثابة عدم تنفيذ ، ووفقاً لذلك فإن الآثار العامة الناتجة عن عدم التنفيذ على النحو المقرر فى الفصل السابع من المبادئ تطبق ^(١) .

(١) أمثلة إيضاحية :

١ - أبرم الطرف (أ) ، والذى يقع موطن أعماله فى البلد (س) ، تعاقد مع الطرف (ب) وهو مقاول من أجل بناء مصنع فى البلد (س) . واتفقت الأطراف على أن لا يبدأ الطرف (ب) بالتزامه بأعمال البناء وألا تكون الدفعات المقدمة من الطرف (أ) مستحقة السداد حتى يتم منح الترخيص من سلطات البلد (س) . تقدم الطرف (أ) للحصول على الترخيص لكنه أخفق فى إخطار الطرف (ب) أن الترخيص قد تم منحه بالفعل ، وبعد مرور شهرين يعلم الطرف (ب) من خلال استفساره لسلطات الدولة (س) المختصة أن الترخيص قد تم منحه بالفعل وعند ذلك قام بالبداء بالعمل فى بناء المصنع . وبالرغم من أن الأطراف قد اتفقوا على أن تنفذهم لالتزاماتهم يكون مستحق من وقت منح الترخيص ، فإن إخفاق الطرف (أ) فى إخطار الطرف (ب) بأن الترخيص قد تم منحه يعوق أو يمنع الطرف (أ) من التعويل على إخفاق الطرف (ب) فى التنفيذ عند هذا الوقت (أنظر مادة ٧-١-٢) .

وهكذا فإن مدة العقد تبدأ فى السريان للطرف (ب) ابتداء من تاريخ علمه بمنح الترخيص . وعلاوة على ذلك فإن الطرف (ب) يجوز له أيضاً المطالبة بالتعويضات عن الأضرار إذا كان من الممكن إثباتها ، ومن أمثلة ذلك الضرر الناتج عن الإخفاق فى استخدام قدرته الإنتاجية والتكاليف الإضافية الناشئة عن تخزين المواد الخام خلال فترة هذين الشهرين..... الخ . (أنظر مادة ٧-٤-١ وما بعدها) . والطرف (أ) الذى من البداية بالفعل كان قد أخطر بمنح الترخيص ، يجب عليه الالتزام بالتاريخ الأصلي =

خلاصة: ونخلص من التعليقات على المادة ١-٦-١٥ إلى النقاط الأساسية التالية:-

- أ - قاعدة أن كل طرف يتحمل تكاليف تنفيذ التزاماته طبقاً للمادة ١-٦-١١
تم إعادة النص عليها في الفقرة ١ من المادة ١-٦-١٥ وذلك بقصد
الوضوح .
- ب -إن واجب إعلام الطرف الآخر بنتيجة التقدم بطلب الترخيص يتسع أو
يمتد لوقائع أخرى وثيقة الصلة بالموضوع .
- ج - " الملائمة" لتوجيه الإخطار بالمنح أو الرفض لطلب الترخيص ترجع
إلى مدى الاحتياج لتوجيه الإخطار وكذلك طريقة توجيهه .
- د - لا توجد متطلبات خاصة فيما يتعلق بالشكليات المرتبطة بوسيلة إبلاغ
المعلومات .
- هـ - يعادل أو يعد الإخفاق في الإعلام فيما يتعلق بمنح أو رفض الترخيص
بمثابة عدم تنفيذ .

=

لالتزاماته كما تم النص عليها في التعاقد . وإذا أخفق الطرف (أ) في سداد دفعة مقدمة
مستحقة بعد مرور أربع أسابيع من تاريخ منح الترخيص ، فإن الطرف (أ) يجب عليه
سداد فوائد تأخير بداية من هذا التاريخ .

٢ - الوقائع تتماثل مع ما جاء في المثال الإيضاحي (١) ، ويعتبر الاختلاف هو أن السلطة
المختصة قامت بإخطار الطرفين (أ) و(ب) في وقت واحد بأن الترخيص قد تم منحه .
لا يجوز للطرف (ب) أن يستفيد أو ينتفع من إخفاق الطرف (أ) في إخطاره لكي يؤخر
تنفيذه لالتزاماته ، ولا يكون مخولاً له المطالبة بتعويضات عن إخفاق الطرف (أ)
في الإخطار .

الفرع الثالث: حالة عدم صدور القرار سواء بمنح الترخيص أو برفضه

تنص المادة ١٦-١-٦ من مبادئ اليونيدروا على أنه :-

(١) إذا كان ، وعلى الرغم من قيام الطرف المسئول عن طلب الترخيص باتخاذ كافة الإجراءات الضرورية للحصول عليه ، أن هذا الترخيص لم يتم سواء منحه أو رفضه خلال المدة المتفق عليها ، أو خلال مدة معقولة من تاريخ إبرام العقد عند عدم الاتفاق على مدة ما ، فإن كل طرف يكون مؤهلاً أو يحق له إنهاء العقد .

(٢) عندما يكون الترخيص يؤثر فقط على بعض شروط العقد ، فإن الفقرة ١ لا تنطبق إذا كان ، ومع الأخذ في الاعتبار الظروف المحيطة ، من المعقول تدعيم استمرار بقاء العقد حتى في حالة رفض منح الترخيص^(١) .

في حين أن المادتين ١٤-١-٦ و ١٥-١-٦ تختصان بواجبات أطراف التعاقد ، فإن المادتين ١٦-١-٦ و ١٧-١-٦ تتعاملان مع الآثار القانونية في الحالات التي لم يصدر فيها قرار بخصوص طلب الترخيص خلال مدة معينة أو عندما يكون طلب الترخيص العام قد تم رفضه .

و تعالج الفقرة ١ من المادة ١٦-١-٦ حالة "لا شيء حدث" ، وهذه هي الحالة التي لم يصدر فيها القرار سواء بمنح الترخيص أو برفضه خلال المدة المتفق عليها أو خلال مدة معقولة من تاريخ إبرام العقد عند عدم الاتفاق على مدة

(١)

" 1- If , notwithstanding the fact that the party responsible has taken all Measures required , permission is neither granted nor refused within an agreed period or , where no period has been agreed , within a reasonable time from the conclusion of the contract , either party is entitled to terminate the contract .

2- Where the permission affects some terms only , paragraph (1) does not apply if , having regard to the circumstances , it is reasonable to uphold the remaining contract even if the permission is refused " .

ما ^(١) . وعلى أية حال فإنه لا يوجد أى سبب لإبقاء الأطراف منتظرين ، ويكون كل طرف مؤهلاً أو يحق له إنهاء التعاقد .

و يعتمد وجود معالجات أخرى ملائمة غير الإنهاء على الدور القانوني الذى يلعبه الترخيص العام فى خلق الالتزامات العقدية ، ويظهر ذلك بشكل خاص فى حالة عندما يكون منح الترخيص العام شرطاً لصحة العقد ، فعند غياب أو عدم وجود هذا الترخيص فإنه منذ ذلك الحين يجوز لكل طرف اعتبار العقد كأن لم يكن . والسبب الذى يجعل هذه المادة تنص أيضاً فى هذه الحالات على إنهاء العقد هو أن الأطراف وبقصد الحصول على الترخيص يكونوا خاضعين لعدد من الالتزامات التى لا يمكن السماح بأن تكون موجودة إلى ما لا نهاية . وأحقية الطرف المسئول عن الحصول على الترخيص فى إنهاء العقد طبقاً لهذه المادة يكون مشروطاً بأن يكون هذا الطرف قد اتخذ "الإجراءات الضرورية" للوصول إلى هذا الغرض ^(٢) .

ولا يتصور أن يكون للإنهاء الخاضع لأحكام هذه المادة أى آثار على النفقات التى تحملها حتى الآن الأطراف بغرض الحصول على الترخيص ، فالنفقات سوف يتحملها الطرف الذى تكبد مخاطرة عدم الحصول على الترخيص العام .

وعندما يكون الترخيص يؤثر فقط على بعض شروط العقد ، فإن الفقرة ٢ من هذه المادة تستبعد الحق فى الإنهاء وذلك حتى فى الحالات التى قد

^(١) وقد تتعدد الأسباب لعدم اتخاذ القرار ومن أمثلة ذلك بطء إجراءات أو خطوات التعامل مع طلب الحصول على الترخيص وكذلك تعليق الاستئناف أو الطعن الخ .

^(٢) مثال إيضاحي :

يقوم الطرف (أ) والمقيم فى البلد (س) ، ببيع بنادق للطرف (ب) لإعادة بيعها بواسطة الطرف (ب) فى موسم الصيد الذى يبدأ بعد أربع شهور . يتوقف صحة البيع على منح ترخيص عام من سلطات البلد (س) ، و لم يتم الاتفاق على فترة زمنية للحصول على هذا الترخيص . وعلى الرغم من أن الطرف (أ) اتخذ كل الإجراءات الضرورية للحصول على الترخيص ، ولكن بعد مرور أربعة شهور لم يتم اتخاذ قرار بعد بخصوص طلب الحصول على الترخيص المقدم من الطرف (أ) ، يجوز لكل طرف إنهاء التعاقد .

يكون فيها الترخيص قد تم رفضه ، فيكون وعلى الرغم من ذلك طبقاً للمادة ٦-١-١٧ فقرة ١ من المعقول تدعيم بقاء العقد ^(١) .

خلاصة: ونخلص من التعليقات على المادة ٦-١-١٦ إلى النقاط الأساسية التالية:-

أ - يعتمد وجود معالجات أخرى ملائمة غير الإنهاء (فى حالة عدم صدور القرار سواء بمنح الترخيص أو برفضه) على الدور القانونى الذى يلعبه الترخيص العام فى خلق الالتزامات العقدية .

ب فى حالة الإنهاء للتعاقد ، فإن نفقات الحصول على الترخيص سوف يتحملها الطرف الذى تكبد مخاطرة عدم الحصول على الترخيص العام .

^(١) مثال إيضاحي :

الطرف (أ) والمقيم فى البلد (س) ، أبرم عقداً مع الطرف (ب) يحتوى على شرط جزائى عند التأخير . ويتوقف صحة هذا الشرط الجزائى على منح ترخيص عام من سلطات البلد (س) . وعلى الرغم من قيام الطرف (أ) باتخاذ كل الإجراءات الضرورية للحصول على هذا الترخيص ، فقد استمر الوقت فى المرور بدون صدور أى قرار بخصوص الترخيص . فإنه قد يكون من المعقول فى ظل هذه الظروف تدعيم بقاء العقد ، وحتى ولو كان الترخيص قد تم رفضه فلا يجوز لأى طرف إنهاء التعاقد .

الفرع الرابع: حالة رفض منح الترخيص

تنص المادة ٦-١-١٧ من مبادئ اليونيدروا على أن :-

- (١) رفض منح ترخيص مؤثر على صحة العقد يؤدي إلى بطلان العقد . أما إذا كان الرفض يؤثر على صحة بعض شروط العقد فقط فإنه تبطل هذه الشروط دون غيرها إذا كان ، ومع الأخذ في الاعتبار الظروف المحيطة ، من المعقول تدعيم استمرار بقاء العقد .
- (٢) إذا كان رفض منح الترخيص يؤدي إلى استحالة تنفيذ العقد كلياً أو جزئياً ، فإنه تطبق القواعد الخاصة بعدم التنفيذ ^(١).

تواجه هذه المادة حالة عندما يكون طلب الحصول على الترخيص قد تم رفضه بشكل صريح . فطبيعة الالتزام المفروض على الطرف المسئول عن تقديم طلب الحصول على الترخيص من شأنه أن يكون الرفض طبقاً لهذه المادة ليس محلاً للخضوع للطعن والذي له دلائل نجاح معقولة . وعلاوة على ذلك فإنه لا يكون هناك حاجة إلى الالتجاء إلى استنفاد طرق الطعن على قرار رفض الترخيص متى كان القرار النهائي بخصوص الترخيص سوف يتم اتخاذه فقط بعد مرور الوقت الذي يمكن تنفيذ العقد فيه بشكل ذو معنى أو ذو هدف .

وتختلف الآثار المترتبة على رفض منح الترخيص اعتماداً على ما إذا كان الترخيص يؤثر على صحة العقد أو على تنفيذه :-
أ - رفض الترخيص الذي يؤثر على صحة العقد :

(١)

- 1- The refusal of a permission affecting the validity of the contract renders the contract void . If the refusal affects the validity of some terms only , only such terms are void if , having regard to the circumstances, it is reasonable to uphold the remaining contract .
- 2- Where the refusal of a permission renders the performance of the Contract impossible in whole or in part , the rules on nonperformance apply " .

عندما يكون الترخيص مؤثراً على صحة العقد ككل ، فإن رفض الترخيص يؤدي إلى بطلان العقد كله ، أى يعنى أن العقد يعتبر كأن لم يكن ^(١) . ومن ناحية أخرى فإنه عندما يكون رفض الترخيص مؤثراً على صحة بعض شروط العقد فقط ، فإن هذه الشروط فقط تكون باطلة ، بينما قد يمكن تدعيم بقاء الأجزاء المتبقية من العقد سارية شريطة أن تكون هذه النتيجة معقولة فى ظل الظروف المحيطة ^(٢) .

ب- رفض الترخيص الذى يجعل تنفيذ العقد مستحيلاً :

إذا كان رفض الترخيص يجعل التنفيذ مستحيلاً سواء كلياً أو جزئياً ، فإن الفقرة ٢ من هذه المادة تحيل إلى القواعد الخاصة بعدم التنفيذ والواردة فى الفصل السابع من المبادئ ^(٣) . هذا وقد يجعل رفض الترخيص تنفيذ أحد الأطراف لالتزامه مستحيلاً فقط فى الدولة التى تفرض مطلب الحصول على الترخيص ، بينما قد يكون من الممكن لهذا الطرف أن يؤدي التزامه فى مكان آخر ، فى مثل

^(١) مثال إيضاحي :

الطرف (أ) مقيم فى البلد (س) ، أبرم عقداً مع الطرف (ب) ، وتتوقف صحة العقد على منح ترخيص عام من سلطات البلد (س) . وعلى الرغم من قيام الطرف (أ) باتخاذ كل الإجراءات الضرورية للحصول على الترخيص ، فإن طلب الترخيص المقدم من الطرف (أ) قد تم رفضه . و يعتبر العقد كأن لم يكن .

^(٢) مثال إيضاحي :

الطرف (أ) مقيم فى البلد (س) ، أبرم عقداً مع الطرف (ب) ، ويتضمن العقد شرطاً جزائياً عن التأخير ، وصحة هذا الشرط تتوقف على منح ترخيص عام من سلطات البلد (س) . وعلى الرغم من قيام الطرف (أ) باتخاذ كل الإجراءات الضرورية للحصول على الترخيص ، فإن طلب الترخيص المقدم من الطرف (أ) قد تم رفضه . والعقد سيستمر سريانه بدون الشرط الجزائى إذا كان من المعقول ذلك فى ظل الظروف المحيطة .

^(٣) مثال إيضاحي :

طبقاً لعقد أبرمه الطرف (أ) مع الطرف (ب) ، فإن الطرف (أ) مديناً للطرف (ب) بمبلغ ١٠٠٠٠٠ دولار أمريكي . يتوقف تحويل المبلغ من البلد (س) والتى يقيم فيها الطرف (أ) إلى الحساب البنكى للطرف (ب) فى البلد (ص) على ترخيص من البنك المركزى للبلد (س) . وعلى الرغم من قيام الطرف (أ) باتخاذ كل الإجراءات الضرورية للحصول على الترخيص ، فإن طلب الترخيص المقدم من الطرف (أ) قد تم رفضه ، و يجعل رفض الترخيص من المستحيل على الطرف (أ) أن يسدد للطرف (ب) . تتحدد الآثار المترتبة عن عدم تنفيذ (أ) لالتزاماته وفقاً لأحكام الفصل السابع من المبادئ .

هذه الحالات فإن المبدأ العام لحسن النية (أنظر المادة ١-٧) سوف يمنع هذا الطرف من الاتكال على رفض الترخيص كعذر أو مبرر لعدم التنفيذ ^(١) .

خلاصة: ونخلص من التعليقات على المادة ٦-١-١٧ إلى أن حالة رفض منح الترخيص طبقاً لهذه المادة تتطلب :-

أ - أن يكون الرفض ليس محلاً للخضوع للطعن والذي له دلائل نجاح معقولة .

ب- وعلاوة على ذلك ، فإنه لا يكون هناك حاجة إلى الالتجاء إلى استنفاد طرق الطعن على قرار رفض الترخيص متى كان القرار النهائي بخصوص الترخيص سوف يتم اتخاذه فقط بعد مرور الوقت الذي يمكن تنفيذ العقد فيه بشكل ذو معنى .

^(١) مثال إيضاحي :

تتمثل الوقائع في هذا المثال مع الواردة في المثال السابق ، ويتمثل الاختلاف في أن الطرف (أ) لديه في البلد "ع" (والتي لا تتطلب مثل هذا الترخيص) موارد مالية كافية للسداد للطرف (ب) . لا يجوز للطرف (أ) التعويل أو الاتكال على رفض الترخيص من سلطات البلد (س) كعذر أو مبرر لعدم السداد للطرف (ب) .

المبحث الثانى: الظروف الشاقة

تطبيقاً للمبدأ العام "الطابع الملزم للعقد" فإن كل طرف يلتزم بأن ينفذ التزاماته التعاقدية متى كان ذلك ممكناً وبغض النظر عن العبء الذى قد يفرض على الطرف الذى يقوم بالتنفيذ . ولكن قد تقع أحداث تؤدى إلى تغيير جوهرى فى الظروف الاقتصادية للعقد الدولى أثناء مرحلة التنفيذ ، مما ينتج عنه إخلال جوهرى بتوازن العقد يجعل تنفيذ الالتزام (وإن ظل ممكناً) شديداً إرهاقاً بالمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة .

وقد عالجت مبادئ اليونيدروا هذه الحالة الاستثنائية والتي أطلقت عليها وصف "الظروف الشاقة"^(١) ، وذلك بقواعد تفصيلية قررتها فى المواد أرقام ١-٢-٦ و ٢-٢-٦ و ٣-٢-٦ .

وفى المقابل لم تضع اتفاقية فيينا لعام ١٩٨٠ قواعد تعالج حالة الظروف الشاقة ، أما المادة ٧٩ من الاتفاقية والتي تتعلق بالإعفاء من المسؤولية عن عدم التنفيذ فهي تتشابه إلى حد كبير مع مصطلح القوة القاهرة المستخدم فى النظم القانونية اللاتينية للتعبير عن استحالة تنفيذ المدين لالتزاماته التعاقدية . وسيتم تقسيم الدراسة فى هذا المبحث إلى المطالب التالية :-

المطلب الأول: وجوب احترام العقد

المطلب الثانى: تعريف الظروف الشاقة وشروطها

المطلب الثالث: آثار الظروف الشاقة

^(١) تم ترجمة مصطلح Hardship إلى الظروف الشاقة وليس الحوادث أو الظروف الطارئة ، وذلك بسبب أن هناك بعض الاختلافات بين فكرة "Hardship" فى مبادئ اليونيدروا ومفهوم الحوادث أو الظروف الطارئة فى نظم القانون المدنى .

المطلب الأول: وجوب احترام العقد

تنص المادة ٦-٢-١ من مبادئ اليونيدروا على أنه :-

عندما يصبح تنفيذ العقد أكثر إرهاقاً أو عبئاً بالنسبة لأحد الأطراف ، فإن هذا الطرف وبالرغم من ذلك يظل ملزماً بتنفيذ التزاماته وفقاً للأحكام الآتية للظروف الشاقة^(١).

إن الهدف من هذه المادة هو توضيح أنه كنتيجة للمبدأ العام "الطابع الملزم للعقد" (أنظر مادة ١-٣) ، فإن التنفيذ يجب أن يتم طالما كان ذلك ممكناً وبصرف النظر عن العبء الذى قد يفرض على الطرف المنفذ^(٢) . وبعبارة أخرى ، فإنه حتى ولو واجه أحد الأطراف خسائر جسيمة بدلاً من أرباح متوقعة أو إذا أصبح التنفيذ خالياً من المغزى أو غير مجد لهذا الطرف فإن شروط العقد وبرغم ذلك يجب أن يتم احترامها .

و من ناحية ثانية ، فإن مبدأ الطابع الملزم للعقد لا يعتبر مبدأً مطلقاً ، فعندما تحدث ظروف يكون من شأنها أن تؤدي إلى تغيير رئيسى فى توازن العقد ، فإن ذلك يخلق حالة استثنائية تم الإشارة إليها فى هذه المبادئ بوصف "الظروف الشاقة"^(٣) ، وقد تم معالجتها فى المواد التالية من هذا المبحث .

(١)

" Where the performance of a contract becomes more onerous for one of the parties , that party is nevertheless bound to perform its obligations subject to the following provisions on hardship " .

(٢) مثال إيضاحى :

فى شهر يناير من عام ١٩٩٠ ، قام الطرف (أ) وهو وكيل شحن بإبرام عقد شحن بحرى لمدة عامين مع الطرف (ب) وهو شركة نقل . ووفقاً للعقد فإن الطرف (ب) ملتزم بشحن بضائع معينة من هامبورج إلى نيويورك بسعر ثابت، على أساس شهرى خلال مدة العامين المتفق عليها . قام الطرف (ب) بالمطالبة بزيادة ٥% فى أسعار شهر أغسطس لعام ١٩٩٠ بادعاء أن هناك زيادة جوهرية فى أسعار الوقود كآثر لحادثة أزمة الخليج عام ١٩٩٠ . لا يحق للطرف (ب) المطالبة بهذه الزيادة وذلك لأنه يتحمل مخاطر أن يصبح تنفيذه لالتزاماته أكثر إرهاقاً أو عبئاً .

(٣) وفى دعوى التحكيم رقم 8486 بتاريخ 09/1996 والمنظورة أمام محكمة تحكيم :

=

وظاهرة الظروف الشاقة معترف بها من مختلف النظم القانونية تحت هيئة مفاهيم أخرى ومن أمثلة ذلك Wegfall ، Frustration of purpose ، eccessiva onerosita sopravvenuta ، der Geschäftsgrundlage ، imprevision ، الخ ^(١) .

هذا وقد تم اختيار مصطلح "الظروف الشاقة" بسبب أنه معروف على نطاق واسع في معاملات التجارة الدولية ويؤكد على ذلك تضمين ما يطلق عليه بنود الظروف الشاقة "hardship clauses" في العديد من العقود الدولية ^(٢) .

=

ICC International Court of Arbitration – Zurich

وكان موضوع الدعوى عقد تم إبرامه بين طرف هولندي وطرف تركي من أجل توريد وتركيب ماكينة لإنتاج سكر قطع ، وكان القانون المطبق على العقد هو القانون الهولندي . وبعد إبرام العقد رفض المشتري التركي أن يسدد قيمة الدفعة المقدمة المتفق عليها ، وتمسك بوجود مصاعب مالية ناشئة عن انخفاض فجائي في السوق على طلب السكر القطع . وبعد إخفاق الأطراف في الاتفاق على مراجعة العقد ، أعلن البائع الهولندي عن إنهاء العقد وطالب بالتعويضات من المشتري التركي .

وفي الدفاع الذي قدمه المشتري التركي ، تمسك بالظروف الشاقة وفقا للمادة 6.258 من القانون المدني الهولندي الجديد كأساس لتحريره من أداء الالتزام .

وفي رفض هذه الحجة ، فإن محكمة التحكيم أكدت على الصفة الاستثنائية للظروف الشاقة والتي تتطلب تغير جوهري في التوازن الأصلي للعقد ، وليس مجرد زيادة في تكلفة التنفيذ كما في الحالة الحالية . وللتأكيد على هذا الحكم ، فإن محكمة التحكيم أشارت وأحالت ليس فقط إلى المادة 6.258 من القانون المدني الهولندي الجديد (والذي يعتبر القانون المطبق) ، ولكن أيضا للمادة ٦-٢-١ من مبادئ اليونيدروا ، وكان الرجوع إلى مبادئ اليونيدروا تم تبريره بحجة أنه عند تطبيق القانون الهولندي في المجال الدولي ، يجب الأخذ في الاعتبار للرؤية السائدة في مجال عقود التجارة الدولية. راجع تفاصيل حكم التحكيم والمنشور في :

Journal du droit international – 1998 – p. 1047-1049 – with note by Y. Derains , ICC International Court of Arbitration Bulletin – Vol. 10 – No. 2 – Fall 1999 – P. 69-71 .

(١)

LEHRBERG (B.) – Renegotiation clauses- the doctrine of assumptions and unfair contract terms – European Review of Private Law – n. 3 – 1998 – p. 265-283 .

CIRIELLI (S. E.) – Clausola di hardship e adattamento nel Contratto Commerciale Internazionale – Contratto e Impresa / Europa – 1998 – p. 733 ets . ^(٢)

خلاصة: ونخلص من التعليقات على المادة ٦-٢-١ إلى النقاط الأساسية التالية :-

أ - تهدف هذه المادة إلى التأكيد على المبدأ العام "الطابع الملزم للعقد".

ب- لا يعتبر مبدأ الطابع الملزم للعقد مبدأ مطلقا .

الوضع فى القانون المصرى

يقوم مبدأ القوة الملزمة للعقد أو العقد شريعة المتعاقدين من ناحية على أساس خلقى وهو ضرورة احترام تنفيذ العهد المقطوع ، ومن ناحية أخرى يقوم على أساس اقتصادى وهو أهمية استقرار المعاملات فى المجتمع ، فإذا تم السماح لأحد المتعاقدين بأن يتحلل من التزاماته التعاقدية فسيؤدى ذلك إلى أن تسود الفوضى فى الجماعة ^(١) .

وقد أقر القانون المدنى المصرى مبدأ العقد شريعة المتعاقدين وذلك فى الفقرة الأولى من المادة ١٤٧ مدنى ^(٢) ، حيث نص على أنه لا يجوز نقض أو تعديل العقد إلا باتفاق الطرفين أو للأسباب المقررة بالقانون (سبق شرح الفقرة الأولى من المادة ١٤٧ مدنى عند التعرض للطابع الملزم للعقد فى المطلب الثالث من المبحث الثالث من الفصل التمهيدى) . وأحد الاستثناءات التى قررها القانون المدنى المصرى على مبدأ العقد شريعة المتعاقدين هو سلطة القاضى فى تعديل العقد وفقا لنظرية الحوادث الطارئة ^(٣) ، وهو ما سيتم شرحه فى المطالب التالية .

(١) د/ عبد الرشيد مأمون - الوجيز فى النظرية العامة للالتزامات - الكتاب الأول - مصادر الالتزام - المرجع السابق - ص ٢٢٨ .

(٢) تنص الفقرة الأولى من المادة ١٤٧ مدنى على أن :-
" العقد شريعة المتعاقدين ، فلا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين ، أو للأسباب التى يقررها القانون " .

(٣) لم يكن القانون المصرى قبل صدور القانون المدنى الحالى يتضمن نصا يسمح بتطبيق نظرية الحوادث الطارئة ، ولقد حاولت المحاكم الدنيا فى مصر ، قبل صدور القانون المدنى الحالى ، تطبيق النظرية دون نص ، ولكن محكمة النقض كانت لها بالمرصاد ، إذ رفضت ذلك . وقد قضت محكمة النقض بأنه " ليس للقضاء أن يسبق الشارع إلى ابتداع نظرية الطوارئ بل عليه أن يطبق القانون كما هو " . (الطعن رقم ٢٥ لسنة ١٦ ق - جلسة ١٩٤٧/٥/١٥) .
أنظر د/ منصور مصطفى منصور ، د/ جلال محمد إبراهيم - الوجيز فى مصادر الالتزام - المرجع السابق - هامش ص ٢٣٣ ، ٢٣٤ . وأنظر أيضا د/ حمدي عبد الرحمن - الوسيط فى النظرية العامة للالتزامات - الكتاب الأول - المصادر الإرادية للالتزام - العقد والإرادة المنفردة - الطبعة الأولى - دار النهضة العربية - القاهرة - ١٩٩٩ - ص ٤٨٥ ، ٤٨٦ .

المطلب الثانى: تعريف الظروف الشاقة وشروطها

تنص المادة ٦-٢-٢ من مبادئ اليونيدروا على أنه :-

تتواجد حالة الظروف الشاقة عندما تقع أحداث جوهرية تغير من توازن العقد ، سواء بسبب ارتفاع تكاليف تنفيذ التزامات أحد الأطراف أو بسبب انخفاض قيمة التنفيذ الذى يتلقاه أحد الأطراف ، و :

أ - أن تقع الأحداث أو تصبح معلومة للطرف المضرور بعد إبرام العقد و
ب - ألا يمكن أخذ هذه الأحداث فى الحسبان بشكل معقول من قبل الطرف المضرور عند وقت إبرام العقد و

ج - أن تكون الأحداث خارج نطاق سيطرة الطرف المضرور و

د - ألا تكون مخاطر هذه الأحداث متوقعة من قبل الطرف المضرور^(١).

تعرف هذه المادة الظروف الشاقة بأنها الحالة التى تقع فيها أحداث جوهرية تغير من توازن العقد ، شريطة أن تستوفى هذه الأحداث المتطلبات التى وردت فى الفقرات الفرعية من (أ) إلى (د) .

وبما أن المبدأ العام هو أن التغير فى الظروف المحيطة لا يؤثر على تنفيذ الالتزام (أنظر المادة ٦-٢-١) ، وينتج عن ذلك عدم جواز التمسك بالظروف

(١)

"There is hardship where the occurrence of events fundamentally alters the equilibrium of the contract either because the cost of a party's performance has increased or because the value of the performance a party receives has diminished , and

- (a) The events occur or become known to the disadvantaged party after the conclusion of the contract ;
- (b) The events could not reasonably have been taken into account by the disadvantaged party at the time of the conclusion of the contract ;
- (c) The events are beyond the control of the disadvantaged party ; and
- (d) The risk of the events was not assumed by the disadvantaged party"

الشاقة ما لم يكن التغيير أو الإخلال بتوازن العقد جوهرياً ، ومدى اعتبار التغيير أو الإخلال "جوهري" فى حالة معينة سوف يعتمد بالطبع على الظروف المحيطة^(١)،^(٢) . ومع ذلك إذا كان التنفيذ قابل للقياس الدقيق بقيمة مالية ، فإن التغيير الذى يبلغ ٥٠% أو أكثر من تكلفة أو قيمة التنفيذ يكون على الأرجح بمثابة تغييراً "جوهرياً" .

وطبقاً للمادة ٦-٢-٢ فإن التغيير الجوهري فى توازن العقد من الناحية العملية قد يأخذ مظهرين مختلفين ولكن قد يكونوا مرتبطين وهما :-

أ - الزيادة فى تكلفة التنفيذ :

يتميز المظهر الأول بوجود زيادة جوهريّة للتكاليف بالنسبة لأحد الأطراف فى تنفيذه لالتزاماته ، وهذا الطرف سوف يكون عادة الطرف الذى ينفذ الالتزام غير النقدي^(٣) .

ب - انخفاض قيمة التنفيذ الذى يتلقاه أحد الأطراف :

يتميز المظهر الثانى للظروف الشاقة بوجود انخفاض جوهري فى قيمة التنفيذ الذى يتلقاه أحد الأطراف ، ويتضمن ذلك الحالات التى لم يعد فيها

^(١) مثال إيضاحي :

فى شهر سبتمبر من عام ١٩٨٩ قام الطرف (أ) وهو تاجر منتجات الكترونية والمقيم فى جمهورية ألمانيا الديمقراطية سابقاً بشراء بضائع من الطرف (ب) والمقيم فى البلد (س) ، وهى أيضاً بلد اشتراكي سابقاً . يجب على الطرف (ب) أن يقوم بتسليم البضائع فى شهر ديسمبر من عام ١٩٩٠ . وفى شهر نوفمبر ١٩٩٠ قام الطرف (أ) بإخطار الطرف (ب) أن البضائع لم يعد هناك أى حاجة لها ، مدعياً أنه بعد التوحيد لجمهورية ألمانيا الديمقراطية وجمهورية ألمانيا الفيدرالية لم يعد هناك أى سوق لمثل هذه البضائع المستوردة من البلد (س) . ما لم تشر الظروف إلى غير ذلك ، فإن الطرف (أ) يكون مؤهلاً أو يحق له التمسك بالظروف الشاقة .

^(٢) JENKINS (S.H.) – Exemption for Nonperformance: UCC, CISG, UNIDROIT Principles – A Comparative Assessment – 72 Tulane Law Review – n. 6 – 1998 – p. 2015-2030 .

^(٣) وقد تكون الزيادة الجوهرية فى التكلفة "على سبيل المثال" ناشئة عن زيادة مفاجئة فى سعر المواد الخام الضرورية لإنتاج البضائع أو تقديم الخدمات ، أو عن إدخال أنظمة أمان جديدة تستلزم إجراءات إنتاجية أكثر تكلفة بكثير .

للتنفيذ أى قيمة على الإطلاق للطرف المتلقى ، وقد يكون التنفيذ إما لالتزام نقدى أو لالتزام غير نقدى ^(١) .

ويجب بطبيعة الحال أن يكون الانخفاض فى قيمة التنفيذ قابلاً للقياس الموضوعى ، فمجرد التغير من وجهة نظر الطرف المتلقى فيما يتعلق بقيمة التنفيذ ليس له أهمية فى هذا الموضوع . وفيما يتعلق بانتفاء غرض التنفيذ ، فإن ذلك يمكن أخذه فى الحسبان فقط عندما يكون الغرض الذى نحن بصدده معلوماً أو على الأقل يجب أن يكون معلوماً لكلا الطرفين ^(٢) .

وهناك شروط إضافية تنص عليها المادة ٦-٢-٢ لتنشأ الظروف الشاقة:-

أ- أن تقع الأحداث أو تصبح معلومة بعد إبرام العقد

وفقاً للفقرة الفرعية (أ) من هذه المادة ، فإن الأحداث التى تسبب الظروف الشاقة يجب أن تحدث أو تصبح معلومة للطرف المضرور بعد إبرام العقد . فإذا كان قد علم هذا الطرف بهذه الأحداث عند إبرامه العقد ، فإنه سوف يكون قادراً على أن يأخذها فى الحسبان فى هذا الوقت ولا يجوز له التمسك أو التعويل لاحقاً على الظروف الشاقة .

ب- ألا يمكن أخذ هذه الأحداث فى الحسبان بشكل معقول من قبل الطرف المضرور

وفقاً للفقرة الفرعية (ب) من هذه المادة ، فإنه حتى ولو كان التغير فى الظروف المحيطة قد وقع بعد إبرام العقد فإن هذه الفقرة تجعل من الواضح أن مثل هذه الظروف لا يمكن لها أن تسبب حالة الظروف الشاقة إذا كان من

^(١) والانخفاض الجوهرى فى القيمة أو الخسارة الكاملة فى قيمة التنفيذ قد تكون ناشئة عن إما تغيرات عنيفة فى أحوال السوق مثل تأثير الزيادة المفاجئة للتضخم على السعر المتفق عليه التعاقدى ، أو انتفاء الغرض الذى كان مطلوب من التنفيذ ومن أمثلة ذلك تأثير حظر البناء على قطعه أرض تم الحصول عليها من أجل أغراض البناء أو تأثير حظر تجارى على تصدير بضائع تم الحصول عليها بقصد تصديرها لاحقاً .

^(٢) PERILLO (J.M.)- Force Majeure and Hardship under the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts – 5 Tulane Journal of International & Comparative Law – 1997 – p. 5-28 .

المعقول أخذها في الحسبان من قبل الطرف المضرور عند وقت إبرام العقد ^(١) . وأحياناً يكون التغير في الظروف المحيطة بشكل تدريجي ، ولكن النتيجة النهائية لهذه التغيرات التدريجية قد تنشئ حالة ظروف شاقة ^(٢) . فإذا كان التغير قد بدأ من قبل إبرام العقد ، فإن حالة الظروف الشاقة لن تنشأ ما لم تكن سرعة التغير تزداد بشكل مفاجئ أثناء مدة العقد ^(٣) .

ج- أن تكون الأحداث خارج نطاق سيطرة الطرف المضرور وفقاً للفقرة الفرعية (ج) من هذه المادة فإن حالة الظروف الشاقة تنشأ فقط إذا كانت الأحداث التي سببت الظروف الشاقة خارج نطاق سيطرة الطرف المضرور .

د- ألا تكون المخاطر قد تم توقعها من قبل الطرف المضرور وفقاً للفقرة الفرعية (د) فإنه لا يمكن أن يكون هناك ظروف شاقة إذا كان

^(١) مثال إيضاحي :

وافق الطرف (أ) على أن يمد الطرف (ب) بالزيت الخام من البلد (س) وبسعر ثابت لمدة خمسة سنوات تالية ، وذلك على الرغم من التوترات السياسية الخطيرة في الإقليم . وبعد عامين من إبرام العقد ، نشبت حرب بين قوى متنافسة في دول مجاورة ، وقد تسببت الحرب في أزمة طاقة عالمية وزادت أسعار الزيت بشكل حاد . لا يحق للطرف (أ) التمسك بحالة الظروف الشاقة وذلك بسبب أن هذه الزيادة في سعر الزيت الخام لم تكن غير قابلة للتوقع . ^(٢)

PRADO (M.C.A.) – La theorie du hardship dans les Principes de L'UNIDROIT relatifs aux contrats du commerce international – une approche comparative des Principes et les solutions adoptees par le droit francais – Diritto del Commercio Internazionale – 1997 – p. 323 ets .

^(٣) مثال إيضاحي :

بموجب عقد مبيعات بين الطرف (أ) والطرف (ب) تم تحديد السعر بعملة البلد (س) ، وهي عملة قد انخفضت قيمتها سابقاً تدريجياً في مقابل العملات الرئيسية الأخرى قبل إبرام العقد . وبعد شهر أدت أزمة سياسية في البلد (س) إلى حدوث تخفيض كبير بنسبة ٨٠% في قيمة عملتها . ما لم تشر الظروف إلى غير ذلك ، فإن هذا ينشأ حالة ظروف شاقة نظراً لأن مثل هذا التسريع أو التعجيل المفاجئ في انخفاض قيمة عملة البلد (س) لم يكن قابلاً للتوقع .

الطرف المضرور قد افترض أو توقع مخاطر التغير في الظروف المحيطة^(١) . هذا واستخدام مصطلح افتراض أو توقع " assumption " يجعل من الواضح أنه ليس ضرورياً أن تكون المخاطر قد تم الاضطلاع بها بشكل صريح ، ولكن يجوز أن تستخلص من مجرد طبيعة العقد . فالطرف الذى دخل فى تعامل يتسم بالمضاربة يعتبر أنه قد وافق على درجة مخاطر معينة ، حتى ولو لم يكن قد أحيط بشكل كامل عن هذه المخاطر عند وقت دخوله فى التعاقد^(٢) .

ووفقاً للطبيعة المجردة للظروف الشاقة فإنه يمكن أن تتعلق فقط بالتنفيذ الذى لم يتم بعد ، فما أن يقوم أحد الأطراف بتنفيذ الالتزام ، فلا يحق له بعد ذلك أن يتمسك بالزيادة الجوهرية فى تكاليف تنفيذ التزاماته أو الانخفاض الجوهرى فى قيمة التنفيذ الذى يتلقاه ، كنتيجة للتغير فى الظروف المحيطة والتي

^(١) وفى دعوى التحكيم رقم 9029 بتاريخ 03/1998 والمنظورة أمام هيئة تحكيم :

ICC International Court of Arbitration - Rome

أكدت محكمة التحكيم على أنه فيما يتعلق بالمادة ٦-٢-٢ من مبادئ اليونيدروا (تعريف الظروف الشاقة) ، فإنه يجوز التمسك بالظروف الشاقة إذا كان التغير فى توازن العقد ناشئ عن حادث مخاطره لم تكن متوقعة من قبل الطرف المضرور ، و كان هذا الحادث قد وقع بعد إبرام العقد . وكان موضوع الدعوى نزاع بين شركة إيطالية (المدعى) وشركة من النمسا (المدعى عليه) ، اتفقوا على المساهمة فى تمويل مشروع طيران ، وقد قامت الشركة الإيطالية بإنهاء العقد بعد أن أخفقت الشركة النمساوية فى القيام بالدفع ، وقد تمسك المدعى عليه فى دفاعه بتطبيق حالة الظروف الشاقة فى مبادئ اليونيدروا . راجع تفاصيل حكم التحكيم والمنشور فى :

ICC International Court of Arbitration Bulletin – Vol. 10 – No. 2 – Fall 1999 – p. 88-96 .

^(٢) مثال إيضاحي :

طلب الطرف (أ) ، وهو إحدى شركات التأمين المتخصصة فى التأمين على مخاطر الملاحة البحرية ، قسط تأمين إضافي من عملاؤه الذين لديهم عقود تتضمن مخاطر الحرب والعصيان المسلح ، لكى يواجه ما يتعلق بالمخاطر الزائدة الجوهرية التى تعرض لها عند اندلاع الحرب والعصيان المسلح الذى حدث فى وقت واحد فى ثلاث بلاد فى نفس الإقليم . لا يحق للطرف (أ) مثل هذا التعديل فى التعاقد ، حيث أنه وفقاً لبندود الحرب والعصيان المسلح فإن شركات التأمين تفترض أو تتوقع هذه المخاطر حتى ولو كانت ثلاث بلدان قد تأثرت فى وقت واحد .

حدثت بعد هذا التنفيذ^(١) . فإذا كانت التغيرات الجوهرية فى توازن العقد قد حدثت فى الوقت الذى يكون فيه التنفيذ قد تم فقط بشكل جزئى ، فإن الظروف الشاقة يمكن أن تنطبق فقط على أجزاء التنفيذ والتي ما زالت واجبة التنفيذ^(٢) .

وبرغم أن المادة ٦-٢-٢ لا تستبعد صراحة إمكانية التمسك بحالة الظروف الشاقة فيما يتعلق بالأنواع الأخرى من العقود ، إلا أن حالة الظروف الشاقة عادة ما تنطبق على العقود طويلة المدة^(٣) .

وبالنظر إلى التعريفين الخاصين بكل من الظروف الشاقة والقوة القاهرة (أنظر مادة ٧-١-٧) ، فإنه فى ظل هذه المبادئ قد يكون هناك حالات واقعية يمكن اعتبارها فى نفس الوقت حالات ظروف شاقة وكذلك قوة القاهرة^(٤) . فإذا كانت هذه هى الحالة ، فإن للطرف الذى تأثر بهذه الأحداث أن يقرر المعالجة التى سيتبعها ، فإذا تمسك بالقوة القاهرة ، فسيكون ذلك بقصد أن يتم إعفاؤه من مسؤولية عدم التنفيذ . ومن ناحية أخرى ، فإذا تمسك الطرف بالظروف الشاقة فإن ذلك بغرض الدخول فى مرحلة إعادة التفاوض بشأن شروط العقد بحيث يسمح ذلك للعقد أن يبقى مستمرا على الرغم من كونه بشروط معدلة .

(١) BERNARDINI (P.) – Hardship e Force majeure – Bonell (M.J.) / Bonelli (F.) (eds.) – Contratti Commerciali Internazionali e Principi UNIDROIT – Giuffrè – Milano - 1997 – P. 193 ets .

(٢) مثال إيضاحي : أبرم الطرف (أ) عقداً مع الطرف (ب) وهو شركة للتخلص من النفايات فى البلد (س) ، وذلك من أجل اتخاذ الترتيبات الضرورية لتخزين نفاياتها . ينص التعاقد على أن المدة الزمنية ٤ سنوات وعلى أن السعر ثابت لكل طن من النفايات . وبعد سنتين من إبرام العقد ، حصلت الأنشطة البيئية فى البلد (س) على اهتمام ومكانة ، وقامت حكومة البلد (س) بفرض أسعار لتخزين النفايات أعلى عشرة مرات عن الأسعار السابقة . يجوز للطرف (ب) التمسك وبنجاح بالظروف الشاقة فقط فيما يتعلق بالعامين المتبقين من مدة حياة العقد .

(٣) أى العقود التى يكون فيها التنفيذ على الأقل لأحد الأطراف يستغرق فترة زمنية طويلة .
(٤) MASKOW (D.) – Hardship and Force Majeure – 40 American Journal of Comparative Law – n. 3 – 1992 – p. 657-669 .

و من الضروري أن يتصف تعريف الظروف الشاقة فى هذه المادة نوعاً ما بالعمومية ، و كثيراً ما تحتوى العقود التجارية الدولية على أحكام أكثر دقة وتفصيلاً فى هذه الناحية ، لذلك قد يجد الأطراف أنه من الملائم أن يتم تعديل مضمون هذه المادة بحيث تأخذ فى الحسبان المميزات الخاصة بكل معاملة معينة .

خلاصة: ونخلص من التعليقات على المادة ٦-٢-٢ إلى النقاط الأساسية التالية :-

أ - عدم جواز التمسك بالظروف الشاقة ما لم يكن التغيير أو الإخلال بتوازن العقد جوهرياً ، وهناك شروط إضافية لتنشأ الظروف الشاقة .

ب - يمكن أن تصبح الظروف الشاقة ، ووفقاً لطبيعتها المجردة ، متعلقة فقط بالتنفيذ الذى لم يتم بعد .

ج - تنطبق عادة حالة الظروف الشاقة على العقود طويلة المدة .

د - هناك حالات واقعية يمكن اعتبارها فى نفس الوقت حالات ظروف شاقة وكذلك قوة القاهرة .

هـ - من الضروري أن يتصف تعريف الظروف الشاقة فى هذه المادة نوعاً ما بالعمومية .

الوضع فى القانون المصرى

أقر المشرع المصرى فى الفقرة الثانية من المادة ١٤٧ مدنى نظرية الحوادث الطارئة ، ووفقاً لنصها ^(١) فإنه يشترط لتطبيق النظرية توافر عدد من الشروط هى :

١ - أن يكون العقد متراجحاً تنفيذه

ويتحقق تراخى التنفيذ فى العقود الزمنية كعقد التوريد ، وكذلك فى العقود الفورية إذا كان تنفيذ الالتزام يستغرق فترة من الزمن كعقد المقاوله ، أو إذا اتفق

^(١) تنص الفقرة الثانية من المادة ١٤٧ مدنى على أنه :-

" ومع ذلك إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن فى الوسع توقعها وترتب على حدوثها أن تنفذ الالتزام التعاقدى ، وإن لم يصبح مستحيلاً ، صار مرهقاً للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة ، جاز للقاضى تبعاً للظروف وبعد الموازنة بين مصلحة الطرفين أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول ، ويقع باطلاً كل اتفاق على خلاف ذلك " .

المتعاقدان على تأجيل التنفيذ كعقد بيع كمية من البضائع اتفق على تسليمها في أجل معين ^(١) ، ويشترط في جميع الأحوال ألا يكون تراخي التنفيذ راجعاً إلى خطأ المدين ^(٢) . ويلاحظ في هذا الصدد أنه لا وجه لتطبيق النظرية إذا كان الالتزام قد انقضى بالوفاء به أي بتنفيذه فعلاً ، فإذا انعقد العقد وتم تنفيذ الالتزامات المتولدة عنه ثم وقع حادث طارئ بعد التنفيذ ، فلا أثر لهذا الحادث ^(٣) . ولكن إذا تم تنفيذ الالتزام في جزء منه فقط وتبقى جزء آخر لم يتم تنفيذه فعند ذلك يجوز تطبيق النظرية على الجزء الذي لم يتم تنفيذه .

٢- يجب أن يقع في الفترة بين صدور العقد وقبل تنفيذه حادث استثنائي عام ^(٤)

والحادث الاستثنائي هو الذي يندر وقوعه كالزلازل أو الإضراب المفاجئ أو الحرب أو انتشار وباء معين أو صدور تسعيرة رسمية..... الخ . ويجب أن يكون الحادث الاستثنائي عاماً يمتد إلى طائفة كبيرة من الناس كقانون يصدر ويؤدي تطبيقه إلى تعرض طائفة من الناس لآثاره ، ومن أمثلة ذلك قانون

^(١) د/ منصور مصطفى منصور ، د/ جلال محمد إبراهيم - الوجيز في مصادر الالتزام - المرجع السابق - ص ٢٣٦ .

^(٢) د/ أحمد شوقي محمد عبد الرحمن - مصادر الالتزام الإرادية و غير الإرادية - دراسة فقهية وقضائية - منشأة المعارف بالإسكندرية - ٢٠٠٢ - ص ١١٨ .

^(٣) د/ أحمد شرف الدين - نظرية الالتزام - الجزء الأول - مصادر الالتزام - الكتاب الأول - المصادر الإرادية (العقد-الإرادة المنفردة) - المرجع السابق - ص ٣٠٩ .

وقد قضت محكمة النقض بأن نظرية الحوادث الطارئة لا تنطبق إلا عندما يكون الحادث قد طرأ في فترة من الزمن تفصل ما بين إبرام العقد وتنفيذه . ورتبت على ذلك أنه إذا كان الالتزام قد نفذ فعلاً قبل طروء الحادث فإنه ينقضى وبذلك يمتنع انطباق النظرية لأنها إنما ترد على التزام قائم لم ينفذ بعد . (نقض مدني ١٩٦٢/١٢/٢٠ - مجموعة أحكام النقض ١٣ رقم ١٨٧ ص ١١٧٩) .

راجع د/ عبد الرازق أحمد السنهوري - الوسيط في شرح القانون المدني - رقم ١ - نظرية الالتزام بوجه عام - مصادر الالتزام - المجلد الأول - العقد - الطبعة الثالثة - نسخة منقحة من المستشار مصطفى محمد الفقي ، د/ عبد الباسط جميعي - دار النهضة العربية - القاهرة - ١٩٨١ - ص ٨٦٧ .

^(٤) وقد قضى بأن " مفاد نص المادة ٢/١٤٧ من القانون المدني أنه يشترط في الحادث الطارئ من حيث طبيعته أن يكون حادثاً استثنائياً عاماً غير ممكن توقعه ويخرج عن المألوف ونادر الوقوع ويكون الحادث الاستثنائي عاماً إذا انصرف أثره إلى عدد كبير من الناس " . (الطعن ٥٣٢ لسنة ٣٥ ق - جلسة ١٩٧٠/٥/٥ س ٢١ ص ٧٨٧) .

راجع د/ منصور مصطفى منصور ، د/ جلال محمد إبراهيم - الوجيز في مصادر الالتزام - المرجع السابق - هامش ص ٢٣٧ ، ٢٣٨ .

الإصلاح الزراعى رقم ١٧٨ لسنة ١٩٥٢ حيث استقرت أحكام محكمة النقض المصرية على اعتباره حادثا استثنائيا عاما فى مدلول الفقرة الثانية من المادة ١٤٧ مدنى^(١). أما إذا كان الحادث الاستثنائى خاص بالمدين وحده ، كمرض أصابه أو غرق محصوله أو حريق شب فى منزله ، فلا يكون هذا الأمر متعلقا بنظرية الحوادث الطارئة^(٢).

٣- يجب أن يكون الحادث الاستثنائى العام غير متوقع

ويجب بالإضافة إلى كون الحادث الاستثنائى العام غير متوقع أن يكون غير مستطاع دفعه ولا يمكن تفاديه ، فإذا كان الحادث متوقعا أو كان غير متوقع ولكن يمكن دفعه أو تفاديه فلا تنطبق النظرية ، ويرجع فى تحديد التوقع إلى معيار موضوعى هو معيار الشخص المعتاد^(٣).

٤- ويجب أخيرا أن يترتب على الحادث أن يصبح التزام المدين مرهقا

وبحيث يهدد المدين بخسارة فادحة ، وذلك دون أن يؤدي إلى استحالة التنفيذ ، والخسارة الفادحة هى خسارة تجاوز المألوف فى التعاقد ، فإذا كانت الخسارة مألوفة فعند ذلك لا يتم تطبيق نظرية الحوادث الطارئة^(٤). ويقدر

(١) راجع د/ أحمد شرف الدين - نظرية الالتزام - الجزء الأول - مصادر الالتزام - الكتاب الأول - المصادر الإرادية (العقد-الإرادة المنفردة) - المرجع السابق - ص ٣١١ ، ٣١٢ . وراجع كذلك د/ عبد الرشيد مأمون - الوجيز فى النظرية العامة للالتزامات - الكتاب الأول - مصادر الالتزام - المرجع السابق - هامش ص ٢٣٤ .

(٢) د/ عبد الرشيد مأمون - الوجيز فى النظرية العامة للالتزامات - الكتاب الأول - مصادر الالتزام - المرجع السابق - ص ٢٣٢ .

(٣) راجع فى تفصيلات ذلك د/ أحمد شرف الدين - نظرية الالتزام - الجزء الأول - مصادر الالتزام - الكتاب الأول - المصادر الإرادية (العقد-الإرادة المنفردة) - المرجع السابق - من ص ٣١٢ إلى ص ٣١٤ ، وكذلك راجع د/ منصور مصطفى منصور ، د/ جلال محمد إبراهيم - الوجيز فى مصادر الالتزام - المرجع السابق - من ص ٢٣٧ إلى ص ٢٤١ .

(٤) وتطبيقا لذلك قضى بأنه " لما كان نص المادة ٢/١٤٧ من القانون المدنى يستلزم فى الإرهاق الذى يصيب المدين فى تنفيذ التزامه من جراء الحادث الطارئ أن يكون من شأنه تهديد المدين بخسارة فادحة فإن الخسارة المألوفة فى التعامل لا يعتد بها . فإذا كان الحكم المطعون فيه إذ قضى بتخفيض ثمن الأطنان المبيعة . لم يلق بالا إلى ما دفع به الطاعن من أن هبوط أسعار الأطنان الزراعية موضوع الطعن لا يجعل التزام المدين مرهقا ومهددا

الإرهاق في هذا الشأن بمعيار موضوعي لا يعتد فيه بشخص المدين ولا ظروفه الخاصة ، وإنما يراعى فيه ما يجاوز المؤلف من خسارة في التعامل ، كما ينظر فيه إلى اقتصاديات الصفقة التي أبرم بشأنها العقد محل النزاع ^(١) .

=

بخسارة فادحة بل يعتبر من قبيل الخسارة المألوفة والتفاوت المعتاد في الأسعار . فإنه يكون قد أغفل البحث في دفاع جوهرى لو ثبت لتغير به وجه الرأى فى الدعوى . ويكون الحكم قد عاره البطلان لقصور أسبابه بما يستوجب نقضه . (الطعن ١٠٦ لسنة ٢٦ ق - جلسة ١٩٦١/١٢/٧ س ١٢ ص ٧٥٢) .

راجع د/ منصور مصطفى منصور ، د/ جلال محمد إبراهيم - الوجيز في مصادر الالتزام - المرجع السابق - هامش ص ٢٤٢ .

^(١) راجع في تفصيلات ذلك د/ أحمد شرف الدين - نظرية الالتزام - الجزء الأول - مصادر الالتزام - الكتاب الأول - المصادر الإرادية (العقد-الإرادة المنفردة) - المرجع السابق - من ص ٣١٤ إلى ص ٣١٧ . وكذلك راجع د/ منصور مصطفى منصور ، د/ جلال محمد إبراهيم - الوجيز في مصادر الالتزام - المرجع السابق - من ص ٢٤٢ إلى ص ٢٤٤ ، د/ أحمد شوقي محمد عبد الرحمن - مصادر الالتزام الإرادية وغير الإرادية - دراسة فقهية وقضائية - المرجع السابق - ص ١٢٠ ، و راجع أيضا د/ حسام الدين كامل الأهوانى - النظرية العامة للالتزام - الجزء الأول - المجلد الأول - المصادر الإرادية للالتزام - بدون اسم ناشر - ٢٠٠٠ - ص ٤٢٨ .

المطلب الثالث: آثار الظروف الشاقة

تنص المادة ٦-٢-٣ من مبادئ اليونيدروا على أنه :-

- (١) يحق للطرف المضرور في حالة تواجد الظروف الشاقة أن يطلب إعادة المفاوضات ، ويجب أن يتم هذا الطلب بدون تأخير غير مبرر مع بيان الأسس التي يقوم عليها .
- (٢) لا يخول طلب إعادة التفاوض في حد ذاته الطرف المضرور في الامتناع عن التنفيذ .
- (٣) إذا فشل الطرفين في الوصول إلى اتفاق خلال مدة معقولة ، فإن كل طرف يجوز له اللجوء إلى القضاء .
- (٤) إذا وجدت المحكمة توافر الظروف الشاقة فيجوز لها ، إذا كان ذلك معقولاً :

أ -إنهاء العقد في الوقت ووفقاً لشروط يتم تحديدها ، أو

ب- تكييف أو تعديل العقد بقصد إعادة التوازن إليه ^(١) .

نظراً لأن الظروف الشاقة تكمن في التغيير الجوهرى في توازن العقد ، فإن الفقرة ١ من هذه المادة ، وكمحلة أولى ، تؤهل أو تخول الطرف المضرور

(١)

- " 1- In case of hardship the disadvantaged party is entitled to request renegotiations. the request shall be made without undue delay and shall indicate the grounds on which it is based .
- 2- The request for renegotiation does not in itself entitle the disadvantaged party to with-hold performance .
- 3- Upon failure to reach agreement within a reasonable time either party may resort to the court .
- 4- If the court finds hardship it may , if reasonable ;
(a) Terminate the contract at a date and on terms to be fixed , or
(b) Adapt the contract with a view to restoring its equilibrium " .

أن يطالب الطرف الآخر الدخول في إعادة المفاوضات حول الشروط الأصلية للعقد بقصد أن يتم تعديلها لمواجهة الظروف المحيطة التي تغيرت^(١).

هذا و يكون طلب إعادة التفاوض غير مقبولا إذا كان العقد نفسه بالفعل يتضمن بند ينهض بأعباء التعديل التلقائي للعقد (مثل بند ينهض بأعباء التقدير التلقائي للثمن عند وقوع أحداث معينة)^(٢)،^(٣). ومن ناحية ثانية، فإنه حتى في مثل هذه الحالة لا يمكن استبعاد إعادة التفاوض بسبب الظروف الشاقة إذا كان بند التعديل المدمج في العقد لا يستوعب الأحداث التي تسبب الظروف الشاقة^(٤).

و يجب أن يقدم طلب إعادة المفاوضات بأسرع وقت ممكن بعد وقت الإدعاء بحدوث حالة الظروف الشاقة (فقرة ١).

^(١) مثال إيضاحي :

الطرف (أ) وهو شركة بناء يقع مقرها في البلد (س) ، دخل في تعاقد ذو مبلغ قطعي مع الطرف (ب) وهو وكالة حكومية ، وذلك من أجل تشييد مصنع في البلد (ص) ، وغالبية الماكينات المتطورة يجب أن يتم استيرادها من الخارج . ونتيجة لحدوث انخفاض غير متوقع في قيمة عملة البلد (ص) والتي هي عملة الدفع ، فإن تكلفة الماكينات قد زادت بنسبه أكبر من ٥٠% . يحق للطرف (أ) أن يطالب الطرف (ب) بإعادة التفاوض حول المبلغ الأصلي للعقد لكي يتم تعديله لمواجهة الظروف المحيطة التي تغيرت .

^(٢) العديد من العقود الدولية تتضمن شروطا اتفاقية تهدف إلى مراجعة بنود العقد على أثر التغير في الظروف الاقتصادية المحيطة به ، ومن أمثلة ذلك عقود إدارة المشاريع الكبرى (مثل الفنادق والقرى السياحية) ، وعقود النقل طويلة المدة وبصفة خاصة النقل البحري ، وعقود استخراج الثروات المعدنية ، وعقود الإنشاءات الكبرى (مثل إنشاء السدود ومترو الأنفاق).....الخ ، راجع في أمثلة هذه العقود :

VAN OMMESELAGHE (Pierre) – Les clauses de force majeure et d'imprevision (Hardship) dans les contrats internationaux – Revue de droit international et de droit compare – Tome LVII – 1980 – p. 8 ets .

^(٣) مثال إيضاحي :

الوقائع متماثلة مع ما ورد في المثال السابق ، ويتمثل الاختلاف في أن العقد يتضمن بند تقدير للثمن يرتبط بالتغيرات في تكلفة المواد الأولية والعمالة والماكينات . الطرف (أ) غير مؤهل أو لا يحق له المطالبة بإعادة التفاوض على الثمن .

^(٤) مثال إيضاحي :

الوقائع متماثلة مع ما ورد في المثال السابق ، ويتمثل الاختلاف في أن الزيادة الجوهرية في تكاليف الطرف (أ) ناشئة عن تبني أنظمة أمان جديدة في الدولة (ص) . يحق للطرف (أ) أن يطالب الطرف (ب) بإعادة التفاوض حول مبلغ العقد الأصلي لكي يتم تعديله لمواجهة الظروف المحيطة التي تغيرت ، وذلك بسبب أن أنظمة الأمان الجديدة لا يستوعبها بند التعديل المدمج في العقد .

و سوف يعتمد الوقت المحدد للمطالبة بإعادة المفاوضات على الظروف المحيطة بالحالة ^(١) ، فعلى سبيل المثال قد يكون أطول عندما يكون التغير في الظروف المحيطة قد حدث تدريجياً . و لا يفقد الطرف المضرور حقه في المطالبة بإعادة المفاوضات تماماً بسبب إخفاقه في القيام بالمطالبة بدون تأخير غير مبرر ، ولكن التأخير في القيام بالطلب قد يؤثر على إمكانية إثبات أن حالة الظروف الشاقة قد حدثت بالفعل وكذلك الآثار الناتجة عنها على العقد ^(٢) .

و تفرض أيضاً الفقرة ١ من المادة ٦-٢-٣ على الطرف المضرور واجب الإشارة إلى الأسس التي يقوم عليها طلب إعادة المفاوضات بحيث يسمح للطرف الآخر بأن يقدر بصورة أفضل ما إذا كان طلب إعادة المفاوضات مبرراً أم لا . و يتم اعتبار الطلب غير المكتمل كما لو كان لم يتم تقديمه في الوقت المطلوب، ما لم تكن الأسس التي يقوم عليها إدعاء الظروف الشاقة واضحة جداً إلى حد أنه ليس هناك حاجة إلى الإشارة إليها في طلب إعادة المفاوضات . والإخفاق في بيان الأسس التي يقوم عليها طلب إعادة المفاوضات قد يكون له آثاراً مشابهة للآثار الناتجة عن التأخير غير المبرر في تقديم الطلب .

و تنص الفقرة ٢ من المادة ٦-٢-٣ على أن طلب إعادة المفاوضات لا يخول في حد ذاته الطرف المضرور في الامتناع عن التنفيذ ، والسبب في ذلك يكمن في الصفة الاستثنائية للظروف الشاقة وفي خطورة إمكانية إساءة استعمال وسيلة المعالجة .

(١)

FONTAINE (M.) – Les dispositions relatives au hardship et a la force majeure - Bonelli (M.J.) / Bonelli (F.) eds.- Contratti commerciali e Principi UNIDROIT - Giuffrè – Milano – 1997 – P. 183-191 .

(٢)

LEHRBERG (B.) – Renegotiation clauses- the doctrine of assumptions and unfair contract terms – European Review of Private Law – n. 3 – 1998 – p. 265-283 .

و يخضع طلب إعادة المفاوضات من الطرف المضرور وكذلك سلوك كلا الطرفين أثناء عملية إعادة التفاوض للمبدأ العام لحسن النية (مادة ١-٧) وواجب التعاون (مادة ٥-٣)^(١).

وإذا أخفق الأطراف فى الوصول إلى اتفاق على تعديل العقد لمقابلة الظروف المحيطة التى تغيرت وذلك خلال مدة معقولة ، فإن الفقرة ٣ من المادة الحالية تسمح لكل طرف باللجوء إلى القضاء ، وهذه الحالة قد تنشأ إما بسبب قيام الطرف غير المضرور بالتجاهل الكامل لطلب إعادة المفاوضات أو بسبب أن إعادة المفاوضات ، وعلى الرغم من أن سلوك الأطراف خلالها كان بحسن نية ، لم تحقق نتيجة إيجابية . و ستعتمد المدة التى يجب على الطرف انتظارها قبل اللجوء إلى القضاء على مدى تعقيد المسائل أو نقاط الخلاف المراد تسويتها وكذلك الظروف الخاصة بالحالة .

وطبقاً للفقرة ٤ من المادة ٦-٢-٣ فإن المحكمة عندما تجد أن حالة الظروف الشاقة متوافرة ، يجوز لها التصرف بإحدى طرق مختلفة :-

الإمكانية الأولى للمحكمة هى فى إنهاء العقد :

ومع ذلك ، وبما أن الإنهاء فى هذه الحالة لا يعتمد على عدم التنفيذ من قبل أحد الأطراف ، فإن آثار ذلك على التنفيذ الذى تم أدائه بالفعل قد تختلف عن ما تم النص عليه فى القواعد التى تحكم الإنهاء بوجه عام (المواد ٧-٣-١ وما بعدها) . ووفقاً لذلك ، تنص الفقرة ٤ (أ) على أن الإنهاء يقع "فى الوقت ووفقاً لشروط يتم تحديدها" بواسطة المحكمة^(٢) .

(١) وهكذا فإن الطرف المضرور يجب أن يعتقد وبصدق أن حالة الظروف الشاقة متواجدة بالفعل وألا يطلب إعادة المفاوضات كمجرد مناورة تكتيكية . وبالمثل ، فإنه بمجرد أن يتم القيام بطلب إعادة المفاوضات ، فإنه يجب على كل الأطراف أن يكون سلوكهم فى إعادة المفاوضات بأسلوب بناء ، وبخاصة عن طريق الإحجام عن أى صورة للإعاقة وكذلك عن طريق تقديم كل المعلومات الضرورية .

(٢) وفى دعوى التحكيم رقم SG 126/90 عام 1990 والمنظورة أمام محكمة تحكيم :

Schiedsgericht Berlin

وكان موضوع الدعوى عقد تسليم آلات ، وقد حدث تغيير جذرى فى توازن العقد حيث

الإمكانية الأخرى للمحكمة هي تكليف أو تعديل العقد بقصد إعادة التوازن إليه (فقرة ٤- ب) :

ولفعل ذلك ، فإن المحكمة سوف تبحث عن عمل توزيع عادل للخسائر بين الأطراف ، وقد يعتمد ذلك على طبيعة الظروف الشاقة التي تستلزم تعديل الثمن . ومع ذلك ، فإذا قامت المحكمة بهذا التوزيع ، فإن التعديل ليس بالضرورة سوف يعكس بصورة كاملة الخسائر الناتجة عن التغير في الظروف المحيطة ^(١) .

و تنص الفقرة ٤ من المادة الحالية صراحة على أن المحكمة يجوز لها إنهاء أو تعديل العقد فقط إذا كان ذلك معقولاً . فقد تجعل الظروف المحيطة كلا من الإنهاء أو التعديل غير مناسبين ، وكنتيجة لذلك فإن الحل الوحيد المعقول للمحكمة في هذه الحالة سوف يكون إما بتوجيه الأطراف إلى استئناف المفاوضات بقصد التوصل إلى اتفاق حول تعديل العقد ، أو بالتأكيد على شروط العقد كما هي قائمة ^(٢)، ^(٣) .

=

فقدت الآلات المعنية كل قيمتها للمستورد الألماني . حكمت محكمة التحكيم لصالح المستورد الألماني ، ومن أجل إثبات أن المبدأ الذي طبقا له يكون التغيير الجوهري في التوازن التعاقدى الأصلي مبررا لإنهاء العقد يعتبر مقبولا بصورة متزايدة على المستوى الدولي ، فإن المحكمة قد أشارت و أحالت إلى أحكام الظروف الشاقة المنصوص عليها في مبادئ اليونيدروا . راجع تفاصيل حكم التحكيم و المنشور في :

MASKOW (D.) – Hardship and Force Majeure – 40 American Journal of Comparative Law – n. 3 – 1992 – p. 665 .

^(١) حيث أن المحكمة سوف تأخذ في اعتبارها ، على سبيل المثال ، ما إذا كان أحد الأطراف قد قبل تحمل المخاطر وما إذا كان الطرف المخول له استلام التنفيذ مازال مستفيدا من هذا التنفيذ .

^(٢) PRADO (M.C.A.) – La theorie du hardship dans les Principes de L'UNIDROIT relatifs aux contrats du commerce international – une approche comparative des Principes et les solutions adoptees par le droit francais – Diritto del Commercio Internazionale – 1997 – p. 323-373 .

^(٣) مثال إيضاحي :

=

خلاصة: ونخلص من التعليقات على المادة ٦-٢-٣ إلى النقاط الأساسية التالية :-

- أ - يكون طلب الطرف المضرور إعادة المفاوضات غير مقبولا إذا كان العقد نفسه بالفعل يتضمن بندا ينهض بأعباء التعديل التلقائي للعقد، مع ملاحظة أن إعادة التفاوض بسبب الظروف الشاقة لا يمكن استبعاده إذا كان بند التعديل المدمج في العقد لا يستوعب الأحداث التي تسبب الظروف الشاقة.
- ب - يعتمد الوقت المحدد للمطالبة بإعادة المفاوضات على الظروف المحيطة بالحالة .
- ج - لا يفقد الطرف المضرور حقه في المطالبة بإعادة المفاوضات تماماً بسبب إخفاقه في القيام بالمطالبة بدون تأخير غير مبرر .
- د - قد يكون الإخفاق في بيان الأسس التي يقوم عليها طلب إعادة المفاوضات له آثارا مشابهة للآثار الناتجة عن التأخير غير المبرر في تقديم الطلب .
- هـ - لا يخول طلب إعادة المفاوضات في حد ذاته الطرف المضرور في الامتناع عن التنفيذ .
- و - يخضع طلب إعادة المفاوضات من الطرف المضرور وكذلك سلوك كلا الطرفين أثناء عملية إعادة التفاوض للمبدأ العام لحسن النية والمبدأ العام لواجب التعاون .

=

الطرف (أ) مصدر ، تعهد بأن يورد مشروبات كحولية إلى الطرف (ب) وهو مستورد في البلد (س) لمدة ٣ سنوات . وبعد سنتين من تاريخ إبرام العقد ، صدر تشريع جديد في البلد (س) يحرم بيع واستهلاك المشروبات الكحولية ، تمسك الطرف (ب) على الفور بوجود حالة الظروف الشاقة وطالب الطرف (أ) بإعادة التفاوض حول العقد . أقر الطرف (أ) بحدوث الظروف الشاقة ، ولكن رفض أن يقبل تعديلات العقد التي اقترحها الطرف (ب) ، وبعد شهر من المناقشات غير المثمرة لجأ الطرف (ب) إلى المحكمة . وإذا كان الطرف (ب) عنده إمكانية بيع المشروبات الكحولية في بلد مجاورة ، وعلى الرغم من أن السعر أقل بشكل جوهري ، فإن المحكمة قد تقرر تدعيم بقاء العقد ولكن مع تقرير تخفيضاً للسعر المتفق عليه . أما إذا كان على العكس تماماً الطرف (ب) ليس عنده هذه الإمكانية ، فقد يكون من المعقول للمحكمة أن تنتهي العقد ، ومع ذلك في نفس الوقت تطالب الطرف (ب) بأن يدفع للطرف (أ) قيمة شحنة البضاعة الأخيرة والتي مازالت في الطريق .

ز- ستعتمد المدة التى يجب على الطرف انتظارها قبل اللجوء إلى القضاء على مدى تعقيد المسائل أو نقط الخلاف المراد تسويتها وكذلك الظروف الخاصة بالحالة .

ط- إذا قررت المحكمة التى تنتظر حالة الظروف الشاقة إنهاء العقد ، فإن آثار ذلك على التنفيذ الذى تم أدائه بالفعل قد تختلف عن ما تم النص عليه فى القواعد التى تحكم الإنهاء بوجه عام .

ظ- إذا قررت المحكمة تعديل العقد بقصد إعادة التوازن إليه ، فإن المحكمة سوف تبحث عن عمل توزيع عادل للخسائر بين الأطراف .

الوضع فى القانون المصرى

عندما تتوافر الشروط الخاصة بنظرية الحوادث الطارئة ، فإنه طبقاً لنص الفقرة الثانية من المادة ١٤٧ مدنى "جاز للقاضى تبعا للظروف و بعد الموازنة بين مصلحة الطرفين أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول" .

ويتبين من هذا النص أن القاضى إنما يرد الالتزام الذى أصبح مرهقا ، لتوافر شروط الحادث الطارئ ، إلى الحد المعقول فهو لا يزيل كل خسارة عن المدين و إنما يعمل على الحد من هذه الخسارة بتحقيق شئ من التوازن بين التزامات الطرفين ^(١) .

(١) د/ أحمد شرف الدين - نظرية الالتزام - الجزء الأول - مصادر الالتزام - الكتاب الأول - المصادر الإرادية (العقد-الإرادة المنفردة) - المرجع السابق - ص ٣١٧ .
وتطبيقاً لذلك قضت محكمة النقض المصرية بأن "مفاد نص الفقرة الثانية من المادة ١٤٧ من القانون المدنى وما ورد فى الأعمال التحضيرية بشأنه أنه متى توافرت الشروط التى يتطلبها القانون فى الحادث الطارئ فإن للقاضى سلطة تعديل العقد ببرد الالتزام الذى صار مرهقا إلى الحد المعقول . وهو حين يختار - فى حدود سلطته التقديرية - الطريق المناسب لمعالجة الموقف الذى يواجهه . لا يرفع كل خسارة عن عاتق المدين ويجعلها على الدائن وحده . ولكن يحد من فداحة هذه الخسارة التى ستصيب المدين . ويصل بها إلى الحد المعقول بتحميل المدين الخسارة المألوفة التى كان يمكن توقعها عادة وقت التعاقد . ويقسم ما يزيد على ذلك من خسارة غير مألوفة على المتعاقدين . وذلك مراعاة للموازنة بين مصلحة كل منهما" . الطعن ٣٥/٥٣٢ ق جلسة ١٩٧٠/٥/٥ س ٢١ ص ٧٨٧ ، وفى نفس المعنى الطعن ٥٨٠ لسنة ٤٣ ق جلسة ١٩٧٧/٣/١ س ٢٨ ص ٦٠٠ .

وللقاضى حرية اختيار الوسيلة الملائمة لرد الإرهاق إلى الحد المعقول^(١) ، فسلطة القاضى واسعة فى هذا الشأن و هى سلطة تجاوز سلطته العادية المتمثلة فى تفسير العقد فهو لا يقتصر على هذا التفسير وإنما يجاوز ذلك إلى تعديل العقد وذلك برد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول^(٢) ، وللقاضى فى سبيل ذلك أن يسلك أحد طرق ثلاث :-

١- قد يرى القاضى أن إنقاص الالتزام المرهق يحقق الغرض المنشود ، ويرفع عن كاهل المدين الخسارة الفادحة .

٢- و قد يرى القاضى بدلا من أن ينقص التزام المدين أن يقوم برفع الالتزام المقابل للالتزام المرهق .

٣- وقد يعالج القاضى الموقف بوقف تنفيذ الالتزام فترة من الزمن حتى ينتهى الحادث الطارئ وتتعدم آثاره^(٣) .

ونظرا إلى أن سلطة القاضى تنحصر فى رد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول ، فلا يجوز له أن يحكم بفسخ العقد بناء على طلب المدين وإلا كان فى ذلك تحميل أثر الحادث للدائن وحده^(٤) ، أى نقل عبء الإرهاق إلى الدائن وهذا لا يجوز^(٥) . وعلى ضوء ذلك يمكن القول بأن الحادث الطارئ يختلف عن القوة

(١) د/ منصور مصطفى منصور ، د/ جلال محمد إبراهيم - الوجيز فى مصادر الالتزام - المرجع السابق - هامش ص ٢٤٦ .

(٢) د/ أحمد شرف الدين - نظرية الالتزام - الجزء الأول - مصادر الالتزام - الكتاب الأول - المصادر الإرادية (العقد-الإرادة المنفردة) - المرجع السابق - ص ٣١٨ .

(٣) راجع فى تفصيلات الطرق التى يسلكها القاضى فى سبيل رد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول : د/ عبد الرشيد مأمون - الوجيز فى النظرية العامة للالتزامات - الكتاب الأول - مصادر الالتزام - المرجع السابق - ص ٢٣٥-٢٣٦ ، د/ أحمد شرف الدين - نظرية الالتزام - الجزء الأول - مصادر الالتزام - الكتاب الأول - المصادر الإرادية (العقد-الإرادة المنفردة) - المرجع السابق - من ص ٣١٨ إلى ص ٣٢٠ ، د/ حمدى عبد الرحمن - الوسيط فى النظرية العامة للالتزامات - الكتاب الأول - المصادر الإرادية للالتزام - العقد والإرادة المنفردة - الطبعة الأولى - المرجع السابق - من ص ٤٩٦ إلى ص ٤٩٨ .

(٤) د/ منصور مصطفى منصور ، د/ جلال محمد إبراهيم - الوجيز فى مصادر الالتزام - المرجع السابق - هامش ص ٢٤٨ .

(٥) د/ أحمد شرف الدين - نظرية الالتزام - الجزء الأول - مصادر الالتزام - الكتاب الأول - المصادر الإرادية (العقد-الإرادة المنفردة) - المرجع السابق - ص ٣٢٠ .

القاهرة ، إذ أن القوة القاهرة لا تجعل تنفيذ الالتزام مرهقا للمدين ، بل تجعله مستحيلا ، ومن ثم يفسخ العقد معها ^(١) .

ومن الجلى أنه إذا زال أثر الحادث الطارئ قبل أن يتم تنفيذ التزام المدين بعد رده إلى الحد المعقول ، فإنه يجب إعادة هذا الالتزام إلى ما كان عليه قبل تعديله ^(٢) .

ويراعى أن سلطة القاضى فى تعديل العقد من النظام العام ، فكل اتفاق بين الطرفين على استبعادها أو تقييدها باطل لا أثر له ^(٣) .

رأينا فى الموضوع

بعد استعراض آثار الظروف الشاقة فى مبادئ اليونيدروا وآثار نظرية الحوادث الطارئة فى القانون المصرى يتضح لنا أن الاختلافات بينهما تأخذ مظهرين رئيسيين :-

أولاً: أن المادة ٦-٢-٣ من مبادئ اليونيدروا تعطى الطرف المضروب كمرحلة أولى الحق فى أن يطالب الطرف الآخر بالدخول فى إعادة المفاوضات حول شروط العقد الأصلية و ذلك بقصد تعديله لمواجهة الظروف المحيطة التى تغيرت ، مع ملاحظة أن طلب إعادة المفاوضات يجب أن يقدم بأسرع

وقد قضت محكمة النقض المصرية بأن المادة ٢/١٤٧ مدنى "تعطى للقاضى رخصة يجريها عند توافر شروط معينة وتقتصر سلطته بشأنها على رد الالتزام التعاقدى الذى لم يتم تنفيذه إلى الحد المعقول إذا كان تنفيذه مرهقا للمدين دون أن يكون له فسخ العقد أو إعفاء المدين من التزامه القائم أو إلزام الدائن برد ما استوفاه منه" نقض ١٩٧٣/١٢/٣٠ مجموعة المكتب الفنى س ٢٤ ص ١٣٢٠ .

(١) د/ عبد الرشيد مأمون - الوجيز فى النظرية العامة للالتزامات - الكتاب الأول - مصادر الالتزام - المرجع السابق - ص ٢٣٦ .

(٢) د/ جلال على العدوى - أصول الالتزامات - مصادر الالتزام - منشأة المعارف بالإسكندرية - ١٩٩٧ - ص ٢٦٤ .

(٣) د/ منصور مصطفى منصور ، د/ جلال محمد إبراهيم - الوجيز فى مصادر الالتزام - المرجع السابق - ص ٢٤٨ ، د/ حسام الدين كامل الأهوانى - النظرية العامة للالتزام - الجزء الأول - المجلد الأول - المصادر الإرادية للالتزام - المرجع السابق - ص ٤٣٠ ، ٤٣١ .

وقت ممكن بعد وقت الإدعاء بحدوث حالة الظروف الشاقة . وفى المقابل لا تنص المادة ١٤٧ مدنى على حق مشابه لذلك للطرف المضرور ، وإنما يكون اللجوء مباشرة للقاضى للمطالبة بتعديل الالتزامات التعاقدية التى أصبحت مرهقة .

ونرى أن ما نصت عليه المادة ٦-٢-٣ من مبادئ اليونيدروا من حق للطرف المضرور فى أن يطلب إعادة المفاوضات كمرحلة أولى ، هو الأكثر تماشيا ومناسبة لمتطلبات واحتياجات عقود التجارة الدولية .

ثانيا: طبقا للمادة ٦-٢-٣ من مبادئ اليونيدروا ، فإنه إذا وجدت المحكمة توافر الظروف الشاقة ، يجوز لها إما تعديل العقد بقصد إعادة التوازن إليه أو إنهاء العقد فى الوقت ووفقا لشروط يتم تحديدها بواسطة المحكمة نفسها (والتي قد تختلف عن القواعد التى تحكم الإنهاء المنصوص عليها فى الفصل السابع من المبادئ). وفى المقابل نجد أنه طبقا لنص المادة ١٤٧ من القانون المدنى المصرى فإن سلطة القاضى تنحصر فى تعديل العقد وذلك برد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول ولا يجوز له أن يحكم بفسخ العقد .

ونرى أن ما قرره المادة ٦-٢-٣ من مبادئ اليونيدروا من أنه يجوز للمحكمة تعديل أو إنهاء العقد إذا كان ذلك معقولا ، هو أكثر ملائمة لعقود التجارة الدولية ، فقد يحدث فى الواقع العملى أن يتعرض أحد أطراف العقد الدولى لحالة ظروف شاقة وعند عرض النزاع على المحكمة (بعد فشل إعادة التفاوض بين الأطراف) قد تجد المحكمة عدم ملائمة إجراء تعديل بالعقد من أجل تدعيم بقاءه فتقرر أن الأكثر معقولية هو إنهاء العقد وتحدد المحكمة نفسها وقت وشروط الإنهاء الملائمة (وقد سبق عرض مثال إيضاحى فى هذا الشأن) .

الفصل الثانى : عدم التنفيذ

سبق أن أوضحنا أن مبدأ العقد شريعة المتعاقدين يعتبر من المبادئ الجوهرية التى تقوم عليها التجارة الدولية ، فيلتزم المتعاقدان بتنفيذ جميع ما اشتمل عليه العقد المبرم بينهما وبطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية فى التعامل ، وذلك حتى ولو أصبح هذا التنفيذ مرهقا لأحدهما .

وطبقاً لذلك لا يجوز لأى من المتعاقدان تنفيذ العقد على نحو مختلف ، أو تقديم بديل لهذا التنفيذ ، أو إنهاء العقد بإرادته المنفردة ، ومع ذلك فقد يتم تنفيذ العقد على نحو معيب أو لا يتم هذا التنفيذ على الإطلاق ، وعند ذلك يجوز للطرف المضرور مباشرة الحق فى المطالبة بالتنفيذ أو اللجوء الى الجزاءات المقررة له لمواجهة الإخلال بالتنفيذ كإنهاء العقد والمطالبة بالتعويضات عندما تتوافر الشروط المقررة لذلك .

وسيتم تقسيم الدراسة فى هذا الفصل الى المباحث التالية :-

المبحث الأول: عدم التنفيذ بوجه عام.

المبحث الثانى : مباشرة الحق فى التنفيذ.

المبحث الثالث: إنهاء العقد.

المبحث الرابع: التعويضات.

المبحث الأول: عدم التنفيذ بوجه عام

عرفت مبادئ اليونيدروا عدم التنفيذ فى المادة ٧-١-١ بأن :-

عدم التنفيذ هو إخفاق أحد الأطراف فى تنفيذ أى من التزاماته وفقا للعقد ، بما فى ذلك التنفيذ المعيب أو التنفيذ المتأخر .^(١)

تعرف هذه المادة عدم التنفيذ لأجل أغراض هذه المبادئ ، ويجب لفت الانتباه الى الاهتمام الخاص بسمتين فى التعريف هما :

الأولى هى أن عدم التنفيذ تم تعريفه بحيث يشمل كل أشكال التنفيذ المعيب بالإضافة الى الإخفاق الكامل فى التنفيذ^(٢) . والسمة الثانية هى أنه لأجل أغراض هذه المبادئ فإن مفهوم عدم التنفيذ يشتمل على كل من عدم التنفيذ بعذر وبغير عذر ، وقد يكون عدم التنفيذ بعذر بسبب سلوك الطرف الآخر تجاه العقد، أو بسبب أحداث خارجية غير متوقعة. وأى طرف لا يكون مؤهلا أو مخولا له المطالبة بالتعويضات أو التنفيذ العينى إذا كان عدم التنفيذ من جانب الطرف الآخر بعذر ، ولكن الطرف الذى لم يتلقى التنفيذ سوف يحق له أن ينهى التعاقد سواء كان عدم التنفيذ بعذر أم لا^(٣) .

وسيتم تقسيم الدراسة فى هذا المبحث الى المطالب التالية :-

المطلب الأول : تسبب الطرف الآخر فى عدم التنفيذ .

المطلب الثانى : التصحيح من الطرف المخل بالتنفيذ .

المطلب الثالث: المدة الإضافية للتنفيذ .

^(١) "Non-performance is failure by a party to perform any of its obligations under the contract, including defective performance or late performance."

^(٢) وبالتالي يعتبر عدم تنفيذ بالنسبة للقائم بالبناء قيامه بإنشاء مبنى يكون جزء منه متطابق مع العقد وجزء منه معيب أو عندما يتأخر فى الإنتهاء من إنشاء المبنى .

^(٣) أنظر المادة ٧-٣-١ وما بعدها والتي سيتم شرحها لاحقا فى المبحث الثالث .

المطلب الرابع: عدم التنفيذ المبرر.

المطلب الأول : تسبب الطرف الآخر فى عدم التنفيذ

نتناول فى هذا المطلب حالات عدم إمكانية الاستناد الى عدم تنفيذ الطرف الآخر (الفرع الأول) ، وكذلك الحق فى الامتناع عن التنفيذ (الفرع الثانى) .

الفرع الأول: تدخل الطرف الآخر:

تنص المادة ٧-١-٢ من مبادئ اليونيدروا على أنه :-

لا يجوز لأحد الأطراف التمسك بعدم تنفيذ الطرف الآخر وذلك فى المدى الذى يكون فيه عدم التنفيذ هذا راجعاً الى فعل أو إهمال الطرف الأول أو الى حادث آخر يتحمل الطرف الأول تبعته^(١).

يمكن النظر الى هذه المادة وكأنها تعطى عذرين لعدم التنفيذ ، ولكن مفهوم هذه المادة يذهب الى أبعد من ذلك . فعندما تطبق المادة، فإن السلوك ذو الصلة بهذا الموضوع لا يصبح عدم تنفيذ بعذر ولكن يفقد وصف عدم التنفيذ تماماً . ويستتبع ذلك ، على سبيل المثال ، أن الطرف الآخر لن يكون قادراً على الإنهاء بسبب عدم التنفيذ . هذا ويوجد حالتين بارزتين يمكن تأملهم :

فى الحالة الأولى يكون أحد الأطراف غير قادر على أن ينفذ سواء بشكل كلى أو بشكل جزئى وذلك بسبب أن الطرف الآخر قام بفعل شئ جعل التنفيذ الكلى أو الجزئى غير ممكن^(٢).

^(١) "A party may not rely on the non-performance of the other party to the extent that such non-performance was caused by the first party's act or omission or by another event as to which the first party bears the risk".

^(٢) مثال إيضاحى :

اتفق الطرف (أ) على أن ينفذ بناء على أرض خاصة بالطرف (ب) ويبدأ التنفيذ فى ١ فبراير. إذا قام الطرف (ب) بإغلاق بوابة الدخول الى الأرض ولم يسمح للطرف (أ) بالدخول، فإن الطرف (ب) لا يستطيع أن يشتكى من أن الطرف (أ) قد أخفق فى البدء فى

وتتعرض المبادئ لإمكانية أن يكون الفعل التدخلى لأحد الأطراف يعد فقط بمثابة إعاقة جزئية لتنفيذ الطرف الآخر ، وفى مثل هذه الحالات سوف يكون من الضروري تقدير القدر أو المدى الذى يكون فيه عدم التنفيذ سببه تدخل الطرف الأول والقدر الذى يكون فيه عدم التنفيذ سببه عوامل أخرى .

والحالة الثانية هى أن عدم التنفيذ قد يكون ناتجا عن حادث يتحمل مخاطره أو تبعته بشكل صريح أو ضمنى طبقا للعقد الطرف الذى يحتج أو يتذرع بعدم التنفيذ ^(١) .

الوضع فى اتفاقية فيينا

نصت المادة ٨٠ من اتفاقية فيينا ^(٢) على حكم يشابه الحالة الأولى من المادة ٧-١-٢ من مبادئ اليونيدروا ، فعندما يرجع عدم تنفيذ أحد طرفى البيع لالتزامه الى فعل أو إهمال صدر من الطرف الآخر وجعل تنفيذه للالتزام متعذرا، وفى هذه الحالة تقرر المادة ٨٠ من الاتفاقية أنه لا يجوز مطالبة بهذا التنفيذ أو

العمل. هذا وسيعتبر سلوك الطرف (ب) فى أحوال كثيرة يعادل عدم تنفيذ إما بسبب وجود شرط صريح يؤهل أو يخول الطرف (أ) الدخول الى الأرض أو بسبب أن سلوك الطرف =

(ب) يعتبر مخالفة أو خرق لالتزامات حسن النية والتعاون. وهذه النتيجة لا تكون مع ذلك متوقعة على أن عدم تنفيذ الطرف (ب) يكون بغير عذر، فهذه النتيجة سوف تكون هى نفسها عندما يكون عدم تنفيذ الطرف (ب) بعذر ومثال ذلك إذا كان الدخول الى الأرض مسدود أو ممنوع بسبب مضربون عن العمل .
^(١) مثال إيضاحي :

الطرف (أ) مقاول أعمال بناء ، أبرم عقد بناء يتم تنفيذه فى مواقع خاصة بالطرف (ب) والذى عنده بالفعل عدة مبانى فى هذه المواقع و التى تخضع لوثيقة تأمين تغطى أى أضرار أو خسائر بالمبانى . فإذا اتفق الأطراف على أن تبعة مخاطر خسائر الحوادث تقع على الطرف (ب) باعتباره الطرف المؤمن له ، فعند حدوث حريق فى موقع البناء تسبب فى توقف الطرف (أ) عن القيام بالأعمال المطلوبة منه ، فإن الطرف (ب) لا يستطيع أن يحتج بعدم تنفيذ الطرف (أ) لالتزامه نظرا لأن الطرف (ب) يتحمل تبعة مخاطر حادث الحريق طبقا لاتفاق الطرفين .

^(٢) تنص المادة ٨٠ من اتفاقية فيينا لعام ١٩٨٠ على أن :-
" لا يجوز لأحد الطرفين أن يتمسك بعدم تنفيذ الطرف الآخر لالتزاماته فى حدود ما يكون عدم التنفيذ بسبب فعل أو إهمال من جانب الطرف الأول " .

تحميله مسئولية ذلك . ومن أمثلة ذلك تخلف البائع عن صنع السلعة وإرسالها الى المشتري بسبب تخلف هذا المشتري عن إرسال المواصفات أو الرسومات التي يلزمه العقد بتقديمها للبائع ، ومثاله أيضاً تخلف المشتري عن أداء الثمن بسبب امتناع البائع عن تعيين المصرف الذى يودع فيه الثمن كما هو مشروط فى العقد^(١) .

ويلزم لتطبيق حكم المادة ٨٠ من اتفاقية فيينا توافر ثلاث شروط هى :-
أولاً: عدم تنفيذ أحد المتعاقدين لالتزامه .

ثانياً: صدور فعل أو إهمال من المتعاقد الآخر .

ثالثاً: أن تتوافر علاقة سببية بين هذا الفعل أو الإهمال وعدم التنفيذ^(٢) .

ولا يشترط أن يوصف ما صدر عن الدائن أنه خطأ ، ولكن يكفى أن يكون فعل أو إهمال يمكن أن ينسب إليه أو الى أحد تابعيه^(٣) ، ويجب أن يكون هذا الفعل أو الإهمال يؤدي الى تعذر تنفيذ المدين لالتزامه .

والنتيجة التى رتبها الاتفاقية على توافر الشروط السابقة هى إعفاء الطرف المدين فى الالتزام من كل ما يقابله من حقوق للطرف الدائن ، كحقه فى طلب التنفيذ العيني أو فى إعلان الفسخ أو فى طلب التعويض^(٤) ، أى أن الإعفاء

(١) د/ محسن شفيق - اتفاقية الأمم المتحدة بشأن البيع الدولى للبضائع (دراسة فى قانون التجارة الدولى) - المرجع السابق - رقم ٣٤٨ ص ٢٦٠ .

(٢) Heuze (Vincent) - "La vente internationale de marchandises, Droit uniforme"- op. cit.-No 463 p.349

(٣) Audit (Bernard) - "La vente internationale de marchandises, Convention des Nations, Unies du 11avril 1980 " - op. cit. - No 187 p.179.

(٤) د/ محسن شفيق - اتفاقية الأمم المتحدة بشأن البيع الدولى للبضائع (دراسة فى قانون التجارة الدولى) - المرجع السابق - رقم ٣٤٨ ص ٢٦١

يمتد ليشمل كافة الجزاءات التي قررتها الاتفاقية في حالة الإخلال بالعقد^(٥)، بل أن من حق الطرف المدين مطالبة الطرف الآخر بالتعويض عن الضرر الذي نشأ عن فعله أو امتناعه^(١).

الوضع في القانون المصري

أعتبر القانون المصري خطأ الدائن سببا أجنبيا لا يد للمدين فيه ويترتب عليه انقضاء الالتزام ، فطبقا لنص المادة ٣٧٣ من القانون المدني المصري^(٢) فإنه إذا أثبت المدين أن الوفاء بالالتزام أصبح مستحيلا عليه لسبب أجنبي لا يد له فيه فينقضى هذا الالتزام ، والسبب الأجنبي قد يكون قوة قاهرة أو حادث فجائي أو خطأ الدائن^(٣) أو فعل الغير (سيتم تأجيل شرح شروط وآثار استحالة التنفيذ وذلك لحين التعرض لحالة القوة القاهرة في مبادئ اليونيدروا في المطلب الرابع من المبحث الحالي) .

رأينا في الموضوع

يرى بعض الفقه أن نص المادة ٨٠ من اتفاقية فيينا هو تطبيق للمبدأ الذي وضعته الاتفاقية لتفسير أحكامها ، وهو ضرورة أن يراعى في هذا التفسير "ضمان احترام حسن النية في التجارة الدولية " ، والنص بهذا الوصف لم يكن ضروريا لأن حكمه ليس محل شك^(٤).

^(٥) Heuze (Vincent) – "La vente internationale de marchandises, Droit uniforme"- op. cit.-No. 464 p.351.

^(١) د/ محسن شفيق – اتفاقية الأمم المتحدة بشأن البيع الدولي للبضائع (دراسة في قانون التجارة الدولي) – المرجع السابق – رقم ٣٤٨ ص ٢٦١ .

^(٢) تنص المادة ٣٧٣ مدني على أنه :-
" ينقضى الالتزام إذا أثبت المدين أن الوفاء به أصبح مستحيلا عليه ، لسبب أجنبي لا يد له فيه " .

^(٣) د/ أحمد شرف الدين – نظرية الالتزام – الجزء الثاني – أحكام الالتزام – المرجع السابق – رقم ٢٢٩ ص ٤٤٣ ، د / جميل الشرقاوي – النظرية العامة للالتزام – الكتاب الثاني – أحكام الالتزام – المرجع السابق – ص ٣٦٣ .

^(٤) د/ محسن شفيق – اتفاقية الأمم المتحدة بشأن البيع الدولي للبضائع (دراسة في قانون التجارة الدولي) – المرجع السابق – رقم ٣٤٩ ص ٢٦١ .

ونؤيد ما ذهب إليه الرأى السابق ، ونرى أنه يمتد ليشمل أيضا الحكم الذى نصت عليه المادة ٧-١-٢ من مبادئ اليونيدروا ، فهذا الحكم لم تكن هناك حاجة للنص عليه لأن الأحكام العامة التى تقوم عليها المبادئ توجبه .

الفرع الثانى : الامتناع عن التنفيذ

تنص المادة ٧-١-٣ من مبادئ اليونيدروا على أنه :-

(١) عندما يلتزم الطرفان بالتنفيذ فى وقت واحد ، فإن لكل طرف أن يمتنع عن التنفيذ حتى يقوم الطرف الآخر بالتنفيذ .

(٢) عندما تكون التزامات الطرفين بالتنفيذ على التوالى ، فإن الطرف الذى يكون تنفيذ التزامه متأخرا يجوز له أن يمتنع عن تنفيذ التزامه حتى يقوم الطرف الأول بالتنفيذ ^(١) ، ^(٢) .

(١)

"1-Where the parties are to perform simultaneously either party may withhold performance until the other party tenders its performance.

2-Where the parties are to perform consecutively, the party that is to perform later may withhold its performance until the first party has performed".

^(٢) وفى دعوى التحكيم رقم 8547 بتاريخ 00.01.1999 والمنظورة أمام هيئة تحكيم :

ICC International Court of Arbitration, Paris

وكان موضوع الدعوى عقد بيع دولى ينضمّن تسليم بضائع بشكل متعاقب (متتابع) . قام المشتري (المدعى عليه) بالتوقف عن الدفع على أساس عدم مطابقة البضائع ، ونازع البائع (المدعى) فى حق المشتري فى التوقف عن الدفع وذلك حتى الوقت الذى يتم فيه إثبات وتعيين عدم المطابقة .

ونظراً لعدم وجود نص صريح بهذا الصدد فى القانون الواجب التطبيق ، قامت هيئة التحكيم بالرجوع فى هذا الموضوع الى المادة ٧-١-٣ من مبادئ اليونيدروا والتى تنص على أنه لكل طرف أن يمتنع عن التنفيذ حتى يقوم الطرف الآخر بالتنفيذ (تنفيذ نافذ المفعول) ، وقررت هيئة التحكيم أن تعيين درجة أو مدى عدم المطابقة لا يؤثر فى هذا الموضوع .

راجع تفصيل حكم التحكيم والمنشور فى :

ICC International Court of Arbitration Bulletin - Vol. 12 - No. 2

- Fall 2001 - p. 57- 60 .

يجب قراءة هذه المادة مع المادة ٦-١-٤ (نظام أولويات التنفيذ) ،
وتختص المادة الحالية بوسائل المعالجة وتتشابه أو تتوافق في الأثر مع مفهوم

الدفع بعدم التنفيذ في القانون المدني^(١).

ولا يواجه نص المادة صراحة مسألة قيام أحد الأطراف بتنفيذ جزئى
لالتزامه ولكن لا يتم استكمال التنفيذ ، ففي مثل هذه الحالة فإن الطرف المخول له
استلام التنفيذ يكون مؤهلا للامتناع عن التنفيذ ولكن فقط عندما يكون في
الظروف العادية هذا الأمر متفق مع حسن النية (مادة ١-٧) .

خلاصة : ونخلص من التعليقات على المادة ٧-١-٣ الى النقاط الأساسية التالية :-

أ - تتشابه هذه المادة في الأثر مع مفهوم الدفع بعدم التنفيذ في القانون
المدنى .

ب - لا يواجه نص المادة صراحة مسألة قيام أحد الأطراف بتنفيذ جزئى
لالتزامه ولكن لا يتم استكماله .

الوضع فى اتفاقية فيينا

لم تضع اتفاقية فيينا نصا صريحا ينظم الحق فى الامتناع عن التنفيذ ،
ولكن يمكن أن يستخلص من نص الفقرة الأولى من المادة ٥٨ من الاتفاقية^(٢)
قاعدة تقترب مما قرره الفقرة الأولى من المادة ٧-١-٣ من مبادئ اليونيدروا .

(١) مثال إيضاحي :

اتفق الطرف (أ) على بيع ألف طن من القمح الأبيض للطرف (ب) ، ويكون التسليم سيف
"CIF" روتردام ، و يتم السداد عن طريق اعتماد مستندى معزز يفتح بالمارك الألماني
فى أحد البنوك الألمانية .

لا يكون الطرف (أ) ملزما بشحن البضاعة إلا عندما يفتح الطرف (ب) الاعتماد المستندى
طبقا لالتزاماته العقدية .

(٢) تنص الفقرة الأولى من المادة ٥٨ من اتفاقية فيينا على أن :

فالفقرة الأولى من المادة ٥٨ من الاتفاقية (والتي تتعلق بتحديد ميعاد الوفاء بالثمن عندما لا يكون هناك وقت محدد له) وضعت قاعدة أساسية تقيم الارتباط بين ميعاد دفع الثمن وميعاد التسليم ، فالمشتري يقوم بدفع الثمن عندما يضع البائع البضائع أو المستندات التي تمثلها تحت تصرفه ، كما أجازت للبائع أن يعتبر الدفع شرطاً لتسليم البضائع أو المستندات ، وبالتالي يستطيع البائع الإمتناع عن تسليمهم حتى يقبض الثمن والمشتري بدوره يملك نفس هذا الحق فيمكن له أن يمتنع عن دفع الثمن حتى يضع البائع البضائع أو مستنداتها تحت تصرفه (سبق شرح الفقرة الأولى من المادة ٥٨ من اتفاقية فيينا وذلك عند التعرض لنظام أولويات التنفيذ في المطلب الثاني من المبحث الأول من الفصل الأول ونحيل الى ما سبق شرحه) . أما عندما تكون التزامات الطرفين على التوالي ، فلم نجد نصاً في اتفاقية فيينا يضع حكماً ينظم الحق في الإمتناع عن التنفيذ في هذه الحالة .

الوضع في القانون المصري

أجاز نص المادة ١٦١ من القانون المدني المصري ^(١) لكل متعاقد في العقود الملزمة للجانبين أن يمتنع عن تنفيذ التزامه إذا لم يقم المتعاقد الآخر بتنفيذ ما التزم به وذلك إذا كانت الالتزامات المتقابله مستحقة الوفاء .

ففي العقود الملزمة للجانبين يجوز لكل متعاقد بدلاً من أن يطلب فسخ العقد لعدم تنفيذ المتعاقد الآخر لالتزامه ، أن يمتنع عن تنفيذ التزامه (أى يوقف تنفيذ التزامه) وذلك حتى ينفذ المتعاقد الآخر الالتزام المقابل له ، وهو ما يطلق عليه الدفع بعدم التنفيذ أى الإمتناع المشروع عن تنفيذ الالتزام مؤقتاً ^(٢) . فالدفع

" إذا لم يكن المشتري ملزماً بدفع الثمن في وقت محدد . وجب عليه أن يدفع الثمن عندما يضع البائع البضائع أو المستندات التي تمثلها تحت تصرف المشتري وفقاً للعقد وهذه الاتفاقية . ويجوز للبائع أن يعتبر الدفع شرطاً لتسليم البضائع أو المستندات " .
^(١) تنص المادة ١٦١ مدني على أن :

" في العقود الملزمة للجانبين ، إذا كانت الالتزامات المتقابله مستحقة الوفاء ، جاز لكل من المتعاقدين أن يمتنع عن تنفيذ التزامه إذا لم يقم المتعاقد الآخر بتنفيذ ما التزم به " .
^(٢) د/ أحمد شرف الدين - نظرية الالتزام - الجزء الأول - مصادر الالتزام - الكتاب الأول - المصادر الإرادية - المرجع السابق - ص ٤٥١ ، د/ حمدي عبد الرحمن - الوسيط في

بعدم التنفيذ يعد وسيلة من وسائل جبر المتعاقد على تنفيذ التزامه والمستحق الأداء ، إذا أراد هو أن يقتضى تنفيذ الالتزام المقابل بعد ذلك ^(٣) . كما يعتبر الدفع بعدم التنفيذ تطبيقاً خاصاً من تطبيقات الحق فى الحبس فى نطاق العقود الملزمة للجانبين ^(١) .

ويشترط للتمسك بالدفع بعدم التنفيذ عدة شروط هى :-

١- أن يكون العقد ملزماً للجانبين :

يجب للتمسك بالدفع بعدم التنفيذ أن يكون العقد ملزماً للجانبين ، كما يجب أن تكون الالتزامات المتولدة عن العقد للجانبين تبادلية أو متقابلة أى أن يوجد تقابل بين الالتزام الذى لم ينفذ والالتزام الذى يقع على عاتق المتمسك بالدفع ويمتنع عن تنفيذه ^(٢) .

٢- أن يكون الالتزام الذى يدفع المتعاقد بعدم تنفيذه مستحق الأداء :

النظرية العامة للالتزامات - الكتاب الاول - المصادر الإرادية للالتزام - المرجع السابق - ص ٦٤٢ .

^(٣) د / نبيل ابراهيم سعد - النظرية العامة للالتزام - مصادر الالتزام - دار الجامعة الجديدة - الاسكندرية - ٢٠٠٤ - ص ٣٢٥ .

^(١) راجع د / عبد الرشيد مأمون - الوجيز فى النظرية العامة للالتزامات - الكتاب الاول - مصادر الالتزام - المرجع السابق - ص ٢٦٦ ، وكذلك د / منصور مصطفى منصور ود / جلال محمد ابراهيم - الوجيز فى مصادر الالتزام - المرجع السابق - ص ٢٧٢ ، د / أحمد شرف الدين - نظرية الالتزام - الجزء الاول - مصادر الالتزام - الكتاب الاول - المصادر الإرادية - المرجع السابق - ص ٤٥٣، ٤٥٢ .

وقد قضت محكمة النقض بأن " خولت المادة ١٦١ من القانون المدنى للمتعاقد فى العقود الملزمة للجانبين حقا فى أن يمتنع عن تنفيذ التزامه إذا لم يقم المتعاقد الآخر بتنفيذ ما التزم به . وهذا الحق - وهو ما اصطلح على تسميته بالدفع بعدم التنفيذ - إن هو إلا الحق فى الحبس فى نطاق العقود الملزمة للجانبين " الطعن ٣٥ لسنة ٣٠ ق جلسة ١٩٦٥/١١/١١ س ١٦ ص ١٠١٨ . قضاء النقض فى المواد المدنية قاعدة ٨٦٣ ص ٢٧٢ .

^(٢) د / أحمد شرف الدين - نظرية الالتزام - الجزء الاول - مصادر الالتزام - الكتاب الاول - المصادر الإرادية - المرجع السابق - ص ٤٥٥ .

ويجب أيضا للتمسك بالدفع بعدم التنفيذ أن يكون الالتزام الذى يدفع بعدم تنفيذه التزاما مستحق الأداء أى واجب التنفيذ حالا ^(٣) ، ولا يجوز التمسك بالدفع بعدم التنفيذ إذا كانت طبيعة العقد تفرض على أحد أطرافه أن يبدأ هو بتنفيذ التزامه قبل تنفيذ الالتزام المقابل فلا يحق لهذا الطرف أن يتمسك بالدفع بعدم التنفيذ إذ يجب عليه أن يفى بما التزم به قبل أن يقوم الطرف الآخر بتنفيذ التزامه ^(١) .

٣- ألا يتعسف المتعاقد فى استعمال الدفع :

ويجب أخيرا للتمسك بالدفع بعدم التنفيذ ألا يكون الطرف المتعاقد المتمسك بالدفع متعسفا فى استعماله ، فإذا كان الجزء الذى لم ينفذه أحد المتعاقدين من الالتزام قليل الأهمية بالنسبة للالتزام فى جملته فلا يجوز للمتعاقد الآخر أن يتمسك بالدفع بعدم التنفيذ كى يوقف تنفيذ كل التزاماته ، وإنما يكفيه أن يمتنع عن تنفيذ جزء من التزاماته تعادل الجزء الذى لم يتم تنفيذه إذا كانت تجزئة الالتزام أمرا ممكنا ^(٢) .

^(٣) وتطبيقا لهذا قضت محكمة النقض بأن " يشترط لاستعمال الدفع بعدم التنفيذ تطبيقا لنص المادة ١٦١ من القانون المدنى أن يكون الالتزام الذى يدفع بعدم تنفيذه مستحق الوفاء ، أى واجب التنفيذ حالا " الطعن ٣٣٣ لسنة ٣٥ ق - جلسة ١٩٦٩/٧/٣ س ٢٠ ص ١١١٨ .
راجع د / منصور مصطفى منصور ود/ جلال محمد ابراهيم - الوجيز فى مصادر الالتزام - المرجع السابق - ص ٢٧٣ .

^(١) د / أحمد شرف الدين - نظرية الالتزام - الجزء الاول - مصادر الالتزام - الكتاب الاول - المصادر الإرادية - المرجع السابق - ص ٤٥٧ ، د / عبد الرشيد مأمون - الوجيز فى النظرية العامة للالتزامات - الكتاب الاول - مصادر الالتزام - المرجع السابق - ص ٢٦٨ .
وقد قضت محكمة النقض بأن " يشترط لقبول الدفع بعدم التنفيذ فى العقود الملزمة للجانبين ألا يوجب العقد على المتعاقد الذى أبدى هذا الدفع أن يبدأ بتنفيذ التزامه قبل المتعاقد الآخر إذ يمتنع عليه فى هذه الحالة أن ينتفع بالدفع ويتعين عليه أن يفى بما التزم به دون أن ينتظر وفاء المتعاقد الآخر لالتزامه " طعن ٣٤/٥٠٥ ق جلسة ١٩٦٨/١٢/١٠ س ١٩ ص ١٥٠٤ . قضاء النقض فى المواد المدنية قاعدة ٨٦٩ ص ٢٧٣ .

^(٢) د / عبد الرشيد مأمون - الوجيز فى النظرية العامة للالتزامات - الكتاب الاول - مصادر الالتزام - المرجع السابق - ص ٢٦٨ ، د / أحمد شرف الدين - نظرية الالتزام - الجزء الاول - مصادر الالتزام - الكتاب الاول - المصادر الإرادية - المرجع السابق - ص ٤٥٨ ، ٤٥٩ .

ويترتب على الدفع بعدم التنفيذ وقف تنفيذ الالتزام فهو لا يؤدي الى زوال الالتزام كما في حالة الفسخ ، ووقف التنفيذ لا يؤثر على مقدار التنفيذ إذا كان العقد من العقود الفورية كالبيع ومن أمثلة ذلك إمتناع المشتري عن دفع الثمن حتى يقوم البائع بتسليم المبيع ففي هذه الحالة تبقى التزامات المشتري دون نقص ، أما إذا كان العقد من العقود الزمنية كالإيجار أو من العقود المستمرة في التنفيذ كعقود توريد الكهرباء فإنه يترتب على وقف تنفيذ العقد نقص في الالتزام بمقدار مدة الوقف ، وكما أن الدفع بعدم التنفيذ يحتج به في مواجهة المتعاقد الآخر فإنه يمكن أن يحتج به أيضا في مواجهة الغير ^(١) .

وقد قضت محكمة النقض المصرية بأن " يجب ألا يساء استعمال الدفع فلا يباح للعاقد ان يتمسك به ، أى بالدفع بعدم التنفيذ ، ليمتنع عن تنفيذ التزامه إذا كان مالم ينفذ من الالتزام المقابل ضئيلا لدرجة لا تبرر إتخاذ هذا الموقف الذى لا يكون متفقا مع ما يجب توافره من حسن النية وإنما يكفيه فى هذه الحالة إنقاص التزامه الى الحدود العادلة التى تتناسب مع مالم ينفذ من الالتزام المقابل " نقض مدنى ١٠/٥/١٩٦٦ س ١٧ ص ١٠٤ .

^(١) راجع فى آثار الدفع بعدم التنفيذ د / أحمد شرف الدين - نظرية الالتزام - الجزء الاول - مصادر الالتزام - الكتاب الاول - المصادر الإرادية - المرجع السابق - من ص ٤٦١ الى ص ٤٦٣ ، د / عبد الرشيد مأمون - الوجيز فى النظرية العامة للالتزامات - الكتاب الاول - مصادر الالتزام - المرجع السابق - ص ٢٦٩ ، ٢٧٠ ، د / منصور مصطفى منصور ود/ جلال محمد ابراهيم - الوجيز فى مصادر الالتزام - المرجع السابق - ص ٢٧٥ .

المطلب الثانى: التصحيح من الطرف المخل بالتففيذ

تنص المادة ٧-١-٤ من مبادئ اليونيدروا على أنه :

(١) يجوز للطرف المخل بالتففيذ أن يقوم ، وعلى نفقته الخاصة ، بتصحيح أى عدم تففيذ شريطة :

أ- أن يوجه إخطاراً ، بدون تأخير غير مبرر ، يشير فيه إلى الاسلوب و التوقيت المقترح للمعالجة .

ب- أن تكون المعالجة مناسبة فى ضوء الظروف المحيطة .

ج- أن لا تكون هناك مصلحة مشروعة للطرف المضرور فى رفض المعالجة .

د- أن يكون تأثير المعالجة على الفور .

(٢) لا يمنع أو يحول إخطار الإنهاء دون الحق فى التصحيح .

(٣) عند الإخطار النافذ بالتصحيح ، فإنه يتم تعليق حقوق الطرف المضرور و التى تتضارب أو تتعارض مع تففيذ الطرف المخل وذلك حتى إنتهاء الوقت المحدد للتصحيح .

(٤) يجوز للطرف المضرور أن يمتنع عن التففيذ أثناء التصحيح .

(٥) على الرغم من التصحيح ، فإن الطرف المضرور يحتفظ بالحق فى المطالبة بالتعويضات عن التأخير بالإضافة إلى أى ضرر سببه أو لم يمنعه التصحيح^(١) .

(١)

(1) The non- performing party may, at its own expense, cure any non-performance, provided that:

(a) without undue delay, it gives notice indicating the proposed manner and timing of the cure;

=

تنص الفقرة ١ من هذه المادة على أنه إذا ما اجتمعت شروط معينة ، فإن الطرف المخل بالتنفيذ يجوز له معالجة ذلك بتصحيح عدم التنفيذ . وفى الواقع فإنه باجتماع هذه الشروط ، فإن الطرف المخل بالتنفيذ يكون قادراً على أن يمد مدة التنفيذ لمدة وجيزة إلى ما بعد المدة المشتراط عليها فى العقد ، ما لم يكن التنفيذ فى الميعاد لازماً طبقاً للعقد أو الظروف المحيطة . وهكذا فإن هذه المادة تدعم أو تساند الإبقاء على العقد ، وكذلك فإنها تعكس سياسة تخفيض الخسارة الاقتصادية إلى أقل حد كما هو وارد فى المادة ٧-٤-٨ (و الخاصة بتخفيض الضرر و التى سيتم شرحها لاحقاً) وكذلك المبدأ العام الخاص بحسن النية والمنصوص عليه فى المادة ٧-١^(١).

و تكون المعالجة (التصحيح) مؤثرة أو منجزة فقط بعد أن يقوم الطرف المخل بالتنفيذ بتوجيه إخطار بالمعالجة ، و يتعين أن يكون الإخطار معقولاً فيما يتعلق بتوقيته ومحتواه بالإضافة إلى طريقة إبلاغه ، و يجب أن يتم إخطار التصحيح أو المعالجة بدون تأخير غير مبرر بعد أن يعلم الطرف المخل بالتنفيذ بحدوث عدم التنفيذ . وفى نطاق المعلومات المتاحة حينئذ ، فإن الإخطار يتعين أن يشير إلى كيف ستكون المعالجة مؤثرة ومتى ذلك ، ويتعين أيضاً أن يصل الإخطار إلى الطرف المضرور بطريقة تعتبر معقولة فى

=

- (b) cure is appropriate in the circumstances;
- (c) the aggrieved party has no legitimate interest in refusing cure; and
- (d) cure is effected promptly.
- (2) The right to cure is not precluded by notice of termination.
- (3) Upon effective notice of cure, rights of the aggrieved party that are inconsistent with the non- performing party's performance are suspended until the time for cure has expired.
- (4) The aggrieved party may withhold performance pending cure.
- (5) Notwithstanding cure, the aggrieved party retains the right to claim damages for delay as well as for any harm caused or not prevented by the cure.

MONFELI (T.) – Il diritto alla correzione dell'inadempimento dal diritto nordamericano ai Principi UNIDROIT – Diritto del commercio internazionale – n. 2 – 1999 – P. 273 ets.

ظل الظروف المحيطة . ويعتبر إخطار التصحيح أو المعالجة " نافذ المفعول " عندما تكون قد اجتمعت المتطلبات المذكورة في الفقرة " ١ " من أ إلى ج .

ويعتمد ما إذا كانت المعالجة مناسبة في ضوء الظروف المحيطة على ما إذا كان من المعقول في ضوء طبيعة العقد السماح للطرف المخل بالتنفيذ بأن يقوم بمحاولة أخرى للتنفيذ ، وكما تم الإشارة في الفقرة ٢ ، فإن التصحيح لا يتم استبعاده أو منعه لمجرد أن الإخفاق في التنفيذ يعادل عدم تنفيذ جوهري^(١) .

ولا يجوز للطرف المخل بالتنفيذ القيام بالتصحيح إذا استطاع الطرف المضرور أن يثبت أن له مصلحة مشروعة في رفض التصحيح . ومن ناحية ثانية ، إذا كان إخطار التصحيح قد تم توجيهه كما ينبغي وإذا كانت المعالجة مناسبة في ضوء الظروف المحيطة ، فإنه من المفترض أن يسمح للطرف المخل بالتنفيذ بأن يقوم بالتصحيح . فالمصلحة المشروعة قد تظهر مثلاً إذا كان على الأرجح أنه عند محاولة التصحيح ، فإن الطرف المخل بالتنفيذ سوف يسبب ضرراً أو أذى للأشخاص أو الممتلكات^(٢) . ومن ناحية أخرى ، فإن المصلحة المشروعة لن تكون ظاهرة إذا ، وعلى أساس عدم التنفيذ ، قرر ببساطة الطرف المضرور أنه لا يرغب في استمرار الروابط التعاقدية .

(١) وتتضمن العوامل التي تأخذ في الاعتبار عند تحديد مدى مناسبة المعالجة ما إذا كانت المعالجة المقترحة تبشر بأن تكون ناجحة في علاج المشكلة وما إذا كان التأخير اللازم أو المحتمل لتكون المعالجة نافذة المفعول سوف يكون غير معقول أو سوف يكون في حد ذاته يشكل عدم تنفيذ جوهري .

(٢) مثال إيضاحي :
اتفق الطرف (أ) على إنشاء طريق على ممتلكات للطرف (ب) ، وعندما أصبح الطريق مكتمل ، اكتشف الطرف (ب) أن درجة تحدر أو تدرج الطريق هي أشد إنحداراً مما يسمح به العقد . اكتشف الطرف (ب) أيضاً أنه أثناء عملية البناء ، قامت عربات النقل الخاصة بالطرف (أ) بالتسبب في ضرر أو أذى لأشجار الطرف (ب) .
قام الطرف (أ) بتوجيه إخطار بالتصحيح لإعادة إصلاح درجة تحدر أو تدرج الطريق . حتى ولو كان التصحيح من نواح أخرى سوف يكون ملائماً في ظل الظروف المحيطة ، فإن رغبة الطرف (ب) في منع حدوث أذى أو ضرر أكثر للأشجار قد يمثل مصلحة مشروعة في رفض التصحيح أو المعالجة .

ويتعين أن يتم التصحيح أو المعالجة على الفور بعد أن يكون إخطار التصحيح قد تم توجيهه ، فالوقت يعتبر جوهرياً عند ممارسة أو استعمال الحق فى التصحيح ، فالطرف المخل بالتنفيذ غير مسموح له أن يحجز الطرف المضرور لمدة انتظار طويلة ^(١) . وقد يتضمن التصحيح الإصلاح والاستبدال و أيضاً أى أعمال أو أنشطة أخرى تعالج عدم التنفيذ وتعطى الطرف المضرور كل ما كان مؤهلاً لتوقعه طبقاً للعقد .

وتشكل الإصلاحات تصحيحاً فقط عندما تزيل كل آثار الإخلال بالتنفيذ السابق ولم تهدد هذه الإصلاحات قيمة أو جودة المنتج ككل ^(٢) . هذا ويترك للمحاكم تحديد عدد المرات التى يجوز فيها للطرف المخل بالتنفيذ أن يحاول التصحيح أو المعالجة .

وعندما يكون الطرف المخل بالتنفيذ قد وجه إخطاراً نافذاً بالتصحيح ، فإن الطرف المضرور يجوز له طبقاً للفقرة ٤ أن يمتنع عن تنفيذ التزاماته ، ولكن وفقاً للفقرة ٣ لا يجوز له استعمال أى معالجات تتضارب مع حق الطرف المخل بالتنفيذ فى التصحيح وذلك حتى يصبح من الواضح أن التصحيح اللائق وفى الوقت المناسب لم يحدث أو سوف لن يحدث ^(٣) .

وإذا قام الطرف المضرور بإنهاء العقد بشكل شرعى طبقاً للمواد ٧-٣-١

(١) غياب أو عدم وجود إزعاج أو عائق من جانب الطرف المضرور لا يعطى مبرراً فى تأخير التصحيح للطرف المخل بالتنفيذ .

(٢) مثال إيضاحى :

اتفق الطرف (أ) على تركيب خط تجميع لأجل الطلاء بالمينا فى درجة حرارة عالية وذلك فى مصنع الطرف (ب) ، وقد تم تركيب المواتير مع عدم التزيت بشكل كافى وكنتيجة لذلك تعطلت المواتير بعد عدة ساعات من التشغيل .

استبدل الطرف (أ) المواتير فى الوقت المناسب ، ولكن رفض فحص واختبار التجهيزات المتبقية للتأكد من أن الأجزاء الأخرى من خط التجميع لم يصيبها ضرر . لا يعتبر الطرف (أ) قد قام بتصحيح نافذ المفعول .

(٣) وتشمل المعالجات المتضاربة توجيه إخطار بالإنهاء ، الدخول فى معاملات بديلة ، طلب التعويضات أو إعادة الوضع إلى ما كان عليه سابقاً .

فقرة ١ و ٢-٣-٧ فقرة ١^(١) ، فإن آثار الإنهاء يتم كذلك تعليقها بواسطة إخطار بالتصحيح نافذ المفعول . فإذا تم معالجة أو تصحيح عدم التنفيذ، فإن إخطار الإنهاء يكون عديم الأثر . وعلى الجانب الآخر ، فإن الإنهاء يصبح نافذ المفعول إذا انتهى وقت المعالجة وأي إخلال بالتنفيذ جوهري لم يتم تصحيحه.

وطبقاً للفقرة ٥ من المادة الحالية ١-٧-٤ ، فإنه حتى لو قام الطرف المخل بالتنفيذ بالتصحيح بشكل ناجح فإنه يكون مسئولاً عن أى أذى أو ضرر يكون قد حدث قبل التصحيح بسبب عدم التنفيذ ، بالإضافة إلى أى أذى إضافي سببه التصحيح نفسه أو بسبب التأخير أو بسبب أى ضرر لم يمنع التصحيح . ومبدأ التعويض الكامل عن تكبد أو تحمل الضرر أو الأذى ، كما تم النص عليه في المادة ٢-٤-٧^(٢) ، يعتبر جوهرياً بالنسبة للمبادئ .

وقرار وضع هذه المادة موضع التنفيذ يكون رهنا بمشيئة الطرف المخل بالتنفيذ (المدين) ، فما ان يتسلم الطرف المضرور إخطاراً نافذاً بالتصحيح فيجب عليه أن يسمح بالتصحيح وأن يتعاون مع الطرف المخل بالتنفيذ كما هو منصوص عليه في المادة ٣-٥^(٣) . فإذا امتنع الطرف المضرور عن السماح بالتصحيح عندما يتطلب منه القيام بذلك ، فإن أى إخطار بالإنهاء يكون غير نافذ المفعول ، وعلاوة على ذلك فإن الطرف المضرور لا يجوز له أن يطالب بمعالجة أى عدم تنفيذ كان من الممكن تصحيحه^(٤) .

(١) سيتم شرح هذه المواد لاحقاً في المبحث الثالث من الفصل الحالي .

(٢) والتي سيتم شرحها لاحقاً في المبحث الرابع من الفصل الحالي .

(٣) ومن أمثلة ذلك ، أنه يتعين على الطرف المضرور أن يسمح بأى فحص أو معاينة تكون ضرورية بشكل معقول للطرف المخل بالتنفيذ من أجل أن يكون التصحيح مؤثراً .

(٤) مثال إيضاحي :

اتفق الطرف (أ) على تركيب سقيفة على أملاك للطرف (ب) لأجل حماية ماكينات الطرف (ب) من تقلبات الجو ، وقد تم تركيب السطح بطريقة بها عيب أو خلل . وأثناء هبوب عاصفة ، تسرب الماء إلى داخل السقيفة وتضررت ماكينات الطرف (ب) ، قام الطرف (ب) بتوجيه إخطاراً بالإنهاء . فقام الطرف (أ) بتوجيه إخطاراً بالتصحيح في الوقت المناسب ، ولم يكن الطرف (ب) يرغب في التعامل مع الطرف (أ) أكثر من ذلك و رفض التصحيح .

خلاصة : ونخلص من التعليقات على المادة ٧-١-٤ إلى النقاط الأساسية التالية :-

أ - باجتماع الشروط من (أ) إلى (د) والمنصوص عليها في الفقرة ١ ، فإن الطرف المخل بالتتفيذ يكون قادراً على أن يمد مدة التتفيذ لمدة وجيزة إلى ما بعد المدة المشترط عليها فى العقد ، ما لم يكن التتفيذ فى الميعاد لازماً طبقاً للعقد أو الظروف المحيطة .

ب -تدعم أو تساند هذه المادة الإبقاء على العقد .

ج -يعتمد ما إذا كانت المعالجة مناسبة فى ضوء الظروف المحيطة على ما إذا كان من المعقول فى ضوء طبيعة العقد السماح للطرف المخل بالتتفيذ بأن يقوم بمحاولة أخرى للتتفيذ .

د - قد يتضمن التصحيح الإصلاح والاستبدال وأيضاً أى أعمال أو أنشطة أخرى تعالج عدم التتفيذ وتعطى الطرف المضرور كل ما كان مؤهلاً لتوقعه طبقاً للعقد .

هـ- يترك للمحاكم تحديد عدد المرات التى يجوز فيها للطرف المخل بالتتفيذ أن يحاول التصحيح أو المعالجة .

و- قرار وضع هذه المادة موضع التتفيذ يكون رهناً بمشيئة الطرف المخل بالتتفيذ (المدين) ، فما ان يتسلم الطرف المضرور إخطاراً نافذاً بالتصحيح فيجب عليه أن يسمح بالتصحيح وأن يتعاون مع الطرف المخل بالتتفيذ .

=

فإذا كانت المعالجة أو التصحيح مناسباً فى ضوء الظروف المحيطة و اجتمعت الشروط الأخرى للتصحيح ، فإن الطرف (ب) لا يستطيع أن يطالب بمعالجة التركيب الخاطئ ولكن يستطيع أن يطالب بالتعويض عن الأذى أو الضرر الذى حدث بالماكينات قبل الوقت الذى كان التصحيح سيصبح فيه نافذاً . أما إذا كان التصحيح غير مناسب فى ضوء الظروف المحيطة ، أو إذا كان التصحيح المقترح لا يستطيع حل المشكلة ، فإن العقد يتم إنهاؤه بواسطة الإخطار الموجه من الطرف (ب) .

الوضع فى اتفاقية فيينا

قيدت اتفاقية فيينا حق المشتري فى فسخ العقد بما قرره من حق للبائع فى تصحيح الخل فى تنفيذ التزاماته ، وفى نطاق هذا الحق فرقت الاتفاقية بين الإصلاح الذى يتم عندما يتم تسليم البضائع قبل الميعاد وبين الإصلاح الذى يتم بعد تاريخ التسليم .

أولا : إصلاح الخل فى التنفيذ قبل الميعاد المعين للتسليم :

قررت اتفاقية فيينا فى المادة ٣٧ حق البائع فى حالة تسليم البضائع قبل الميعاد فى تصحيح الخل فى التنفيذ ^(١) ، ويلزم أن يكون المشتري قد وافق على قبول هذا التسليم المبكر فالحكم الوارد فى المادة ٣٧ يفترض أن هذه الموافقة قد تمت فعلا لأن المشتري لا يكون ملزما بذلك ^(٢) . ويظل البائع حتى حلول الميعاد الأصلى للتسليم محتفظا بحق إصلاح عدم المطابقة ليغلق على المشتري طريق استعمال الحقوق التى تهيئها له الاتفاقية (إن اراد ذلك) فى حالة تخلف البائع عن تنفيذ التزاماته ^(٣) ، فيكون من حق البائع على سبيل المثال تسليم الجزء أو الكمية الناقصة من البضائع أو توريد بضائع بديله لغير المطابقة لما جاء فى العقد أو إصلاح العيب فى مطابقة البضائع ، لكن هذا الحق لا يمتد الى ضمان البائع للتعرض الصادر من الغير إذا ادعى هذا الغير حقا على البضاعة وقد يرجع ذلك

(١) تنص المادة ٣٧ من اتفاقية فيينا على أنه :

" فى حالة تسليم البضائع قبل الميعاد ، يحتفظ البائع ، حتى ذلك الميعاد ، بحق تسليم الجزء أو الكمية الناقصة من البضائع أو توريد بضائع بديله لغير المطابقة لما جاء فى العقد أو إصلاح العيب فى مطابقة البضائع ، بشرط ألا يترتب على استعمال هذا الحق مضايقة للمشتري أو تحميله نفقات غير معقولة . ومع ذلك يحتفظ المشتري بالحق فى طلب تعويضات وفقا لاحكام هذه الاتفاقية " .

(٢) Enderlein, Maskow – United Nations Convention on contracts for the International Sale of Goods – op. cit – p. 152

(٣) د/ محسن شفيق – اتفاقية الأمم المتحدة بشأن البيع الدولى للبضائع (دراسة فى قانون التجارة الدولى) – المرجع السابق – رقم ٢١٢ ص ١٥٠ .

الى أن تعرض الغير لا يحدث فى الغالب إلا بعد حلول الميعاد الأسمى للتسليم^(١). واستعمال البائع للحق فى إصلاح الخلل فى التنفيذ مشروط بألا يترتب عليه مضايقة للمشتري أو تحميله نفقات غير معقولة ، وعدم المعقولة هنا أمر متروك للقاضى أو المحكم^(٢) ، ويحتفظ المشتري بالحق فى المطالبة بتعويض الضرر الذى يلحقه بسبب عدم المطابقة ولو قام البائع بإصلاحه قبل الميعاد الأسمى للتسليم ويسرى على هذا التعويض أحكام الاتفاقية .

ويجب ملاحظة أنه يستوى أن تكون العيوب المطلوب إصلاحها جوهرية أو غير جوهرية ، فلم تفرق الاتفاقية فى المادة ٣٧ بينهما فى الحكم ، وبالتالي فإنه إذا طلب البائع إصلاح العيب فى المطابقة قبل ميعاد التسليم فإن المشتري لا يستطيع أن يعارض هذا الحق حتى لو شكل العيب مخالفة جوهرية للعقد^(٣).

ثانيا : إصلاح الخلل فى التنفيذ بعد ميعاد التسليم :

أعطت اتفاقية فيينا كما رأينا البائع الحق فى إصلاح العيب فى مطابقة البضائع عندما يقوم بتسليمها قبل ميعاد التسليم المحدد ، وكذلك قررت الاتفاقية فى الفقرة الأولى من المادة ٤٨ حكما^(٤) تمكن به البائع من استعمال هذا الحق بعد الميعاد المعين للتسليم وذلك إعمالا لمبدأ هو من صميم فلسفة الاتفاقية وهو

(١)

Kritzer (Albert H.) – " Guide to practical Applications of the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods " – kluwer law and Taxation Publishers–Deventer – Boston –1989– p. 297 .

(٢) د/ محسن شفيق – اتفاقية الأمم المتحدة بشأن البيع الدولى للبضائع (دراسة فى قانون التجارة الدولى) – المرجع السابق – رقم ٢١٢ ص ١٥٠ ، ١٥١ .

(٣) Heuze (Vincent) – "La vente internationale de marchandises, Droit uniforme"- op. cit.-No 297 p.225.

(٤) تنص الفقرة الأولى من المادة ٤٨ من اتفاقية فيينا على أنه :

" مع عدم الإخلال بأحكام المادة ٤٩ ، يجوز للبائع ، ولو بعد تاريخ التسليم أن يصلح على حسابه كل خلل فى تنفيذ التزاماته بشرط ألا يترتب على ذلك تأخير غير معقول ولا يسبب للمشتري مضايقة غير معقولة أو شكوكا فى قيام البائع بدفع المصاريف التى أنفقها المشتري . ومع ذلك يحتفظ المشتري بحق المطالبة بالتعويضات المنصوص عليها فى هذه الاتفاقية" .

انقضاء الفسخ كلما كان ذلك مستطاعاً^(١). وجعلت الفقرة الأولى من المادة ٤٨ من الاتفاقية حق البائع فى إصلاح العيب فى مطابقة البضائع بعد ميعاد التسليم يغطى كل خلل فى تنفيذ التزاماته كالتزام بالتسليم والالتزام بالمطابقة .

ويلاحظ أن المنطق يقضى بأنه لا مجال لإصلاح الخلل فى التنفيذ إذا كان مما لا يمكن إصلاحه ويقع هذا على وجه الخصوص فى حالة التأخير فى التسليم عندما يكون لميعاد التسليم أهمية خاصة عند المشتري كما إذا كانت البضاعة موسمية ويترتب على تأخير تسليمها فوات موسمها^(٢) ، أما إذا لم يكن ميعاد التسليم من جوهر العقد فإن تنفيذ البائع لالتزامه حتى ولو كان متأخراً يعد علاجاً لما صدر عنه من إخلال ويمنع وصف المخالفة الجوهرية ويمنع بالتالى المشتري من فسخ العقد^(٣) ، والإصلاح بعد ميعاد التسليم سينتج عنه فى الغالب ضرراً للمشتري يتمثل فى التنفيذ المتأخر للالتزام ولذلك نصت الاتفاقية على احتفاظ المشتري بحقه فى المطالبة بالتعويضات^(٤).

والحق الذى قرره الفقرة الأولى من المادة ٤٨ للبائع قد احاطته بعدة شروط هى :

أ- أن يتحمل البائع نفقات إصلاح الخلل الذى وقع فى تنفيذ الالتزام ، كمصاريف إصلاح العيب أو مصاريف ارسال قطع الغيار^(٥).

ب- أن يسارع البائع الى اعلام المشتري برغبته فى إصلاح الخلل فى التنفيذ دون تأخير غير معقول ، ويكون التأخير غير معقول إذا كان يصل الى درجة

(١) د/ محسن شفيق - اتفاقية الأمم المتحدة بشأن البيع الدولى للبضائع (دراسة فى قانون التجارة الدولى) - المرجع السابق - رقم ٢٤٩ ص ١٧٧ .

(٢) د/ محسن شفيق - اتفاقية الأمم المتحدة بشأن البيع الدولى للبضائع (دراسة فى قانون التجارة الدولى) - المرجع السابق - رقم ٢٤٩ ص ١٧٧ .

(٣) Schlechtriem (Peter) - Uniform Sales Law - op. cit. - p. 87
(٤) Heuze (Vincent) - "La vente internationale de marchandises, Droit uniforme"- op. cit.-No 408 p.308.

(٥) د/ محسن شفيق - اتفاقية الأمم المتحدة بشأن البيع الدولى للبضائع (دراسة فى قانون التجارة الدولى) - المرجع السابق - رقم ٢٥٠ ص ١٧٧ .

المخالفة الجوهرية ففي هذه الحالة لا يحق للبائع إصلاح الخلل في التنفيذ إلا إذا وافق على ذلك المشتري ^(١).

ج- ألا يترتب على إصلاح الخلل في التنفيذ مضايقة للمشتري غير معقولة ، ومن أمثلة ذلك إذا اقتضى إصلاح عيب الآلة أو الجهاز تعطيل العمل في منشأة المشتري لمدة طويلة ^(٢) ، هذا ويصعب وضع تعريف شامل للمضايقة غير المعقولة فتحديدها سوف يختلف من حالة الى أخرى طبقا للظروف المحيطة بالحالة ^(٣).

د - أن يقوم البائع برد المصاريف التي أنفقها المشتري لمواجهة الخلل في التنفيذ، وإذا وجدت لدى المشتري شكوكا جدية في دفع البائع لهذه المصاريف فإن ذلك يبرر رفض المشتري طلب إجراء الإصلاح.

ويجوز للبائع أن يعرض إصلاح الخلل الذي وقع في التنفيذ بمناسبة كل مخالفة ولو كانت جوهرية ، ولكن يشترط لقبول عرضه في حالة المخالفة الجوهرية ألا يكون المشتري قد سبقه الى فسخ العقد ، فمتى وقع الفسخ فلا مكان للإصلاح ، ولهذا استهلكت المادة ٤٨ أحكامها بتحفظ قالت فيه " مع عدم الإخلال بأحكام المادة ٤٩ " ^(٤).

^(١) Enderlein, Maskow – United Nations Convention on contracts for the International Sale of Goods – op. cit. – p. 186.

^(٢) د/ محسن شفيق – اتفاقية الأمم المتحدة بشأن البيع الدولي للبضائع (دراسة في قانون التجارة الدولي) – المرجع السابق – رقم ٢٥٠ ص ١٧٨ .

^(٣) Enderlein, Maskow – United Nations Convention on contracts for the International Sale of Goods – op. cit. – p. 187.

^(٤) د/ محسن شفيق – اتفاقية الأمم المتحدة بشأن البيع الدولي للبضائع (دراسة في قانون التجارة الدولي) – المرجع السابق – رقم ٢٥١ ص ١٧٨ .

المطلب الثالث: المدة الإضافية للتنفيذ

تنص المادة ٧-١-٥ من مبادئ اليونيدروا على أنه :-

- (١) فى حالة عدم التنفيذ ، يجوز للطرف المضرور أن يسمح بمدة إضافية من الوقت للتنفيذ عن طريق توجيه إخطار إلى الطرف الآخر.
- (٢) أثناء المدة الإضافية يجوز للطرف المضرور أن يمتنع عن تنفيذ التزاماته التبادلية وكذلك يجوز له المطالبة بالتعويضات ولكن لا يجوز له اللجوء إلى أى معالجة أخرى . فإذا تسلم إخطاراً من الطرف الآخر بأن الأخير لن يقوم بالتنفيذ خلال تلك المدة ، أو عند إنتهاء تلك المدة دون القيام بالتنفيذ الواجب ، فإن الطرف المضرور يجوز له أن يلجأ إلى أى معالجة يمكن أن تكون متاحة وفقاً لهذا الفصل .
- (٣) فى حالة التأخير فى التنفيذ والذى لا يكون جوهرياً ، وقيام الطرف المضرور بتوجيه إخطار يسمح بمدة إضافية من الوقت ذات امتداد معقول ، فيجوز له إنهاء العقد فى نهاية هذه المدة . فإذا كانت المدة الإضافية المسموح بها ليست ذات أمتداد معقول فإنه يجب أن تمتد إلى الطول المعقول . ويجوز للطرف المضرور أن يشترط فى إخطاره أنه إذا أخفق الطرف الآخر فى التنفيذ خلال المدة المسموح بها فى الإخطار سينتهى العقد من تلقاء نفسه .
- (٤) لا تنطبق الفقرة " ٣ " عندما يكون الالتزام الذى لم يتم تنفيذه هو فقط جزء ثانوى من الالتزام التعاقدى للطرف المخل بالتنفيذ^(١) .

(١)

- (1) In a case of non- performance the aggrieved party may by notice to the other party allow an additional period of time for performance.
- (2) During the additional period the aggrieved party may withhold performance of its own reciprocal obligations and may claim damages but may not resort to any other remedy. If it receives notice from the other party that the latter will not perform within that period, or if upon expiry of that period due performance has not

=

تتعامل هذه المادة مع الحالة التي يكون فيها تنفيذ أحد الأطراف قد تأخر والطرف الآخر مستعد أو يرغب في إعطاء مدة إضافية للتنفيذ . وهذه المادة مسئلة من الفكرة أو المفهوم الألماني والمعروف بـ " Nachfrist " ^(١) وعلى الرغم من ذلك فإنه يمكن التوصل إلى نتائج مشابهة بوسائل ذات مفاهيم مختلفة في نظم قانونية أخرى .

وتقرر أو تسلم هذه المادة بأن التنفيذ المتأخر يختلف بشكل هام وذو معنى عن الأشكال الأخرى للتنفيذ المعيب . ولا يمكن معالجة التنفيذ المتأخر نظراً لأنه ما ان يكون تاريخ التنفيذ قد مر أو انقضى فإنه لن يظهر مرة أخرى ، لكن وبرغم ذلك في العديد من الحالات فإن الطرف المخول له الحصول على التنفيذ سوف يفضل أكثر التنفيذ حتى لو كان متأخراً عن عدم التنفيذ مطلقاً . ومن ناحية ثانية ، فإنه في اللحظة عندما يخفق أحد الأطراف في التنفيذ في الوقت

=

been made, the aggrieved party may resort to any of the remedies that may be available under this Chapter.

- (3) Where in a case of delay in performance which is not fundamental the aggrieved party has given notice allowing an additional period of time of reasonable length, it may terminate the contract at the end of that period. If the additional period allowed is not of reasonable length it shall be extended to a reasonable length. The aggrieved party may in its notice provide that if the other party fails to perform within the period allowed by the notice the contract shall automatically terminate.
- (4) Paragraph 3 does not apply where the obligation which has not been performed is only a minor part of the contractual obligation of the non- performing party".

^(١) والذي بموجبه إذا تأخر المتعاقد عن تنفيذ التزاماته ، يجب على المتعاقد الآخر أن يمنحه مهلة معقولة للتنفيذ ، ويخطر به بأنه لن يقبل التنفيذ بعد إنقضاء هذه المهلة . فإذا لم يتم التنفيذ خلالها جاز للمتعاقد الذي وجه هذا الاخطار أن يفسخ العقد (المادة ٣٢٦ من القانون المدني الألماني) وانظر:

Kritzer (Albert H.) – " Guide to practical Applications of the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods" - op.cit. – p. 23 .

المحدد فإنه كثيراً ما يكون من غير الواضح إلى أى مدى التنفيذ المتأخر سوف يحدث فى الواقع .

وفى كثير من الأحوال قد تكون المصلحة التجارية للطرف الذى يتسلم أو يتلقى التنفيذ بسبب ذلك هى أن إتمام سريع للتنفيذ بصورة معقولة ، على الرغم من التأخير ، سوف يكون مقبول تماماً ، ولكن التأخر لفترة طويلة فى اتمام التنفيذ لن يكون كذلك . والإجراء المنصوص عليه فى هذه المادة يمكن الطرف الذى يتلقى التنفيذ من أن يعطى الطرف المنفذ فرصة ثانية بدون الإضرار بالمعالجات الأخرى المتاحة له .

ولا يستطيع الطرف الذى يمنح المدة الإضافية الإنهاء أو المطالبة بالتنفيذ العيني أثناء المدة الإضافية ، أما الحق فى التعويض عن الأضرار الناشئة عن التنفيذ المتأخر فلن يتأثر^(١) .

ويعتمد الوضع فى نهاية المدة الإضافية على ما إذا كان التنفيذ المتأخر بالفعل جوهرياً فى الوقت الذى تم فيه منح المدة الإضافية . ففى هذه الحالة ، إذا لم يكن العقد قد تم تنفيذه بالكامل أثناء المدة الإضافية ، فإن الحق فى الإنهاء بسبب عدم التنفيذ الجوهري يبرز أو يظهر للوجود مرة أخرى بمجرد أن تنتهى المدة الإضافية . ومن ناحية أخرى ، إذا لم يكن بعد التنفيذ المتأخر جوهرياً ، فإن

(١) مثال إيضاحي :

اتفق الطرف (أ) على تركيب هيكل لا يخترقه الرصاص لسيارة الطرف (ب) الرولز رويس . ينص العقد على أن هيكل السيارة يتم الإنتهاء منه بحد أقصى ١ فبراير لكى يمكن شحن السيارة إلى الدولة التى يقيم فيها الطرف (ب) . وفى يوم ٣١ يناير تم طلب استلام السيارة ولكن لم يكن قد تم الإنتهاء منها بشكل كامل بعد . أقنع الطرف (أ) الطرف (ب) أنه سيكون قادراً على الانتهاء من العمل بالسيارة إذا قام باعطائه أسبوع آخر ، وقد وافق الطرف (ب) على أسبوع كمدة إضافية من الوقت . فإذا تم الإنتهاء من السيارة خلال الأسبوع ، فإنه يجب على الطرف (ب) قبولها ولكن يمكن له التعويض عن أى أضرار قد لحقت به ، ومن أمثلة ذلك مصاريف الشحن الإضافية . أما إذا لم يتم الإنتهاء من العمل خلال الأسبوع ، فإن الطرف (ب) يجوز له رفض قبول الاستلام و أن ينهى العقد .

الإنهاء سوف يكون فقط ممكناً عند نهاية المدة الإضافية إذا كانت المدة الإضافية من الوقت ذات امتداد معقول^(١).

خلاصة : ونخلص من التعليقات على المادة ٧-١-٥ إلى النقاط الأساسية التالية:-

أ - تتعامل هذه المادة مع الحالة التي يكون فيها تنفيذ أحد الأطراف قد تأخر و الطرف الآخر مستعد أو يرغب في إعطاء وقت إضافي للتنفيذ .

ب -تقرر أو تسلم هذه المادة بأن التنفيذ المتأخر يختلف بشكل هام و ذو معنى عن الأشكال الأخرى للتنفيذ المعيب .

ج -يعتمد الوضع في نهاية المدة الإضافية على ما إذا كان التنفيذ المتأخر بالفعل جوهرياً في الوقت الذي تم فيه منح المدة الإضافية .

الوضع في اتفاقية فيينا

أجازت اتفاقية فيينا لكل متعاقد أن يمنح المتعاقد الآخر فترة إضافية تكون مدتها معقولة ليقوم فيها بتنفيذ التزامه ، فقد أجازت في المادة ٤٧ ذلك للمشتري^(٢).

^(١) مثال إيضاحي :

الطرف (أ) وهو شركة في الدولة (س) ، أبرم عقد مع الطرف (ب) وهو شركة في الدولة (ص) ، بغرض إنشاء طريق للسيارات بطول ١٠٠ كيلو متر في البلد الأخير . والعقد ينص على أن طريق السيارات سوف يتم الإنتهاء منه خلال عامين من تاريخ بدء العمل . وبعد عامين ، كان الطرف (أ) في الواقع قد أنشأ ٨٥ كيلو متر ، وكان من الواضح أنه سوف يأخذ على الأقل ثلاثة أشهر إضافية للإنتهاء من طريق السيارات . قام الطرف (ب) بتوجيه إخطار إلى الطرف (أ) لإكمال الطريق خلال شهر إضافي . لا يحق للطرف (ب) إنهاء العقد في نهاية هذا الشهر بسبب أن المدة الإضافية من الوقت غير معقولة ، ويجب أن تمتد إلى المدة المعقولة والتي هي ثلاثة شهور .
^(٢) تنص المادة ٤٧ من اتفاقية فيينا لعام ١٩٨٠ على أنه :-

" ١ - يجوز للمشتري أن يحدد للبائع فترة إضافية تكون مدتها معقولة لتنفيذ التزاماته .
٢ - فيما عدا الحالات التي يتلقى فيها المشتري إخطاراً من البائع بأنه سوف لا ينفذ التزاماته في الفترة الإضافية المحددة لا يجوز للمشتري قبل إنقضاء هذه الفترة أن يستعمل أي حق من الحقوق المقررة له في حالة مخالفة العقد . غير أن المشتري لا يفقد بسبب ذلك حقه في طلب تعويضات عن التأخير في التنفيذ " .

كما أجازت في المادة ٦٣ ذلك للبائع^(١).

وطبقا للفقرة الأولى من المادتين ٤٧ و ٦٣ من الاتفاقية فإن منح المهلة الإضافية ليس التزاما على عاتق أى طرف من طرفى عقد البيع ، وإنما هو حق اختياري يجوز له استعماله إن رأى أنه يحقق مصالحه ويدفع المتعاقد الآخر الى تنفيذ التزاماته ، ولا يستعمله إن قدر أنه لا نفع من وراء المهلة الإضافية كما في حالة عجز المتعاقد الآخر عن التنفيذ أو عدم رغبته في القيام بالتنفيذ^(٢).

ولم تضع اتفاقية فيينا حدودا للمهلة الإضافية واكتفت بالنص على أن تكون مدتها معقولة ، لذلك فإن تقديرها لا يكون إلا بالرجوع الى كل حالة على حدة ، وطالما أن الطرف المتعاقد هو صاحب الخيار في منح المهلة أو عدم منحها فمن المنطوق أن يكون هو صاحب الأمر في تحديد مدتها عند منحها^(٣).

ويجوز منح المهلة الإضافية حتى ولو كانت المخالفة المرتكبة جوهريّة ، فالطرف المضرور قد لا يرغب في هذه الحالة في فسخ العقد ويرى إعطاء الطرف المخالف فرصة لتنفيذ التزامه وذلك رغبة منه في الإبقاء على العقد ، فالفسخ في حالة ارتكاب مخالفة جوهريّة ليس بالضرورة أمرا حتميا^(٤).

وطبقا للفقرة الثانية من المادتين ٤٧ و ٦٣ من الاتفاقية فإنه لا يجوز للطرف مانح الفترة الإضافية أن يستعمل أيا من حقوقه المقررة له في حالة

(١) تنص المادة ٦٣ من اتفاقية فيينا لعام ١٩٨٠ على أنه :-

" ١ - يجوز للبائع أن يحدد للمشتري فترة إضافية تكون مدتها معقولة لتنفيذ التزاماته .
٢ - فيماعد الحالات التي يتلقى فيها البائع إخطارا من المشتري بأنه سوف لا ينفذ التزاماته في الفترة الإضافية المحددة ، لا يجوز للبائع قبل إنقضاء هذه الفترة أن يستعمل أى حق من الحقوق المقررة له في حالة مخالفة العقد . غير أن البائع لا يفقد بسبب ذلك حقه في طلب تعويضات عن التأخير في التنفيذ " .

(٢) د/ محسن شفيق - اتفاقية الأمم المتحدة بشأن البيع الدولي للبضائع (دراسة في قانون التجارة الدولي) - المرجع السابق - رقم ٢٤٢ ص ١٧٢ .

(٣) د/ محسن شفيق - اتفاقية الأمم المتحدة بشأن البيع الدولي للبضائع (دراسة في قانون التجارة الدولي) - المرجع السابق - رقم ٢٤٣ ص ١٧٢ .

(٤) Audit (Bernard) - "La vente internationale de marchandises, Convention des Nations, Unies du 11avril 1980 " - op. cit. - No. 155 p.148.

مخالفة العقد وذلك قبل انقضاء هذه الفترة ، وذلك فيما عدا الحالات التى يتلقى فيها هذا الطرف إخطارا من الطرف الآخر بأنه سوف لا ينفذ التزاماته فى الفترة الإضافية المحددة . هذا وقد وضعت الاتفاقية استثناء على الحكم السابق وهو أن الطرف مانح الفترة الإضافية لا يفقد بسبب ذلك حقه فى طلب تعويضات عن التأخير فى التنفيذ .

ويجب أن يوجه الطرف الذى يرغب فى منح فترة إضافية للتنفيذ إخطارا الى الطرف الآخر بهذه المهلة التى منحها له ، فلا يكفى للدلالة على منح مهلة إضافية مجرد صدور تصرف من المتعاقد يدل ضمنا على ذلك ^(١) ، كما يجب أن يشتمل إخطار منح المهلة الإضافية على تحديد واضح لمدتها وعلى تصريح بأنها مهلة نهائية لا مهل بعدها (فإما التنفيذ أو اتخاذ الإجراءات القانونية) ^(٢) .

ومن الآثار الهامة للمهلة الإضافية أنه إذا انقضت هذه المهلة دون تنفيذ الطرف لالتزاماته فإن المخالفة المرتكبة تتحول الى مخالفة جوهريّة تجيز للطرف مانح المهلة الإضافية إعلان فسخ العقد ^(٣) وذلك حتى ولو لم تكن هذه المخالفة منذ بدايتها جوهريّة ^(٤) .

وقد ذهب بعض الفقه الى أن منح المهلة الإضافية مقصور على الالتزام

^(١) Enderlein, Maskow – United Nations Convention on contracts for the International Sale of Goods – op. cit. – p. 241

^(٢) د/ محسن شفيق – اتفاقية الأمم المتحدة بشأن البيع الدولى للبضائع (دراسة فى قانون التجارة الدولى) – المرجع السابق – رقم ٢٤٣ ص ١٧٢ ، ١٧٣ .

^(٣) وقد قضت هيئة التحكيم بغرفة التجارة الدولية بباريس بأن إنتظار البائع عدة شهور بعد تاريخ إستحقاق الثمن يعد مهلة إضافية منحها للمشتري لتنفيذ التزامه بدفع الثمن فيحق له بعدها فسخ العقد .

راجع حكم التحكيم فى الدعوى رقم (7585) 1992 والمنشور فى :
Bulletin de la cour internationale d'arbitrage de la CCI – vol.6– no. 2
– Novembre – 1995 – p. 59.

^(٤)

Beraudo (Jean – paul), Kahn (philippe) – " Le nouveau droit de la vente internationale de marchandises convention de vienne – 11 avril 1980 " – Marches Internationaux, Aout – Septembre 1989 – Chambre de Commerce et d'industrie de Paris – p. 103.

بالتسليم وحده بالنسبة للبائع ، والالتزام بدفع الثمن واستلام البضاعة بالنسبة للمشتري ، وذلك تأسيساً على أن الفسخ في حالة إنتهاء المهلة الإضافية دون تنفيذ لا يكون إلا بالنسبة لهذه الالتزامات وحدها ^(١) (وذلك كما سنرى عند التعرض لموضوع الحق في إنهاء العقد في المطلب الأول من المبحث الثالث) . إلا أننا نختلف مع الرأي السابق ونؤيد الرأي الذى ذهب الى أنه يجوز منح المهلة الإضافية للطرف الذى يتخلف عن تنفيذ أى التزام من الالتزامات الملقة على عاتقه ^(٢) ، حيث أن نص الفقرة الأولى من المادة ٤٧ و ٦٣ جاء عاماً بإجازة منح المهلة الإضافية دون تخصيص بالتزام معين .

الوضع فى القانون المصرى

أجازت المادة ٩٦ من قانون التجارة المصرى الجديد للمشتري بأن يخطر البائع بالتنفيذ خلال مدة مناسبة يحددها وذلك إذا لم يقيم البائع بتسليم المبيع فى الميعاد المحدد فى العقد ^(٣) ، ويقصد بمدة مناسبة المدة المعقولة التى تتفق وطبيعة المبيع وظروف التعاقد ^(٤) ، وقد استحدثت المادة ٩٦ حكماً جديداً خرجت به على القواعد العامة فى القانون المدنى وعلى ما جرى عليه الفقه والقضاء فى

^(١) Audit (Bernard) – "La vente internationale de marchandises, Convention des Nations, Unies du 11avril 1980 " – op. cit. – No. 131 p.128.

^(٢) راجع رأى د/ محسن شفيق – اتفاقية الأمم المتحدة بشأن البيع الدولى للبضائع (دراسة فى قانون التجارة الدولى) – المرجع السابق – رقم ٢٤٤ ص ١٧٣ .
^(٣) تنص المادة ٩٦ من قانون التجارة رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ على أنه :-

" إذا لم يقيم البائع بتسليم المبيع فى الميعاد المحدد فى العقد ، فللمشتري أن يخطره بالتنفيذ خلال مدة مناسبة يحددها . فإذا لم يسلم البائع المبيع خلال تلك المدة ، جاز للمشتري أن يحصل على شئ مماثل للمبيع على حساب البائع وأن يطالبه بالفرق بين الثمن المتفق عليه وما دفعه بحسن نية للحصول على ذلك الشئ . وإذا كان للمبيع سعر معلوم فى السوق جاز للمشتري – وإن لم يشتر فعلاً شيئاً مماثلاً له – أن يطالب البائع بالفرق بين الثمن المتفق عليه وسعر السوق فى اليوم المحدد للتسليم . وللمشتري بدلاً من ذلك أن يخطر البائع بأن عدم التسليم خلال المدة المعينة فى الإخطار يترتب عليه إعتبار العقد مفسوخاً ، وله فى هذه الحالة أن يطلب التعويض إن كان له مقتضى "

^(٤) د / سميحة القليوبى – شرح قانون التجارة المصرى رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ – العقود التجارية وعمليات البنوك – الطبعة الثالثة – دار النهضة العربية – القاهرة – ٢٠٠٠ – ص ٣٦٣ .

ظل التقنين التجارى الملغى ، حيث أعطت للمشتري إذا امتنع البائع عن التسليم خلال المدة الإضافية التى منحها له المشتري الحق فى أن يشتري شيئاً مماثلاً للمبيع على حساب البائع دون حاجة الى الحصول على إذن من المحكمة^(١) وأن يطالبه بفروق الأسعار ، كما يكون للمشتري حتى وإن لم يشتري بالفعل شيئاً مماثلاً للمبيع أن يطالب البائع بالفرق بين الثمن المحدد فى العقد وسعر السوق يوم التسليم . وللمشتري بدلاً من ذلك أن يخطر البائع بأن عدم التسليم خلال المدة المعينة فى الإخطار يترتب عليه إعتبار العقد مفسوخاً ، بكل ما يترتب على ذلك من آثار أهمها تحريم الفسخ بحيث لا يكون للمحكمة أية سلطة تقديرية فى هذا الشأن^(٢) ، وفى هذه الحالة يحق للمشتري طلب التعويض إذا كان له مقتضى نتيجة ما أصابه من أضرار^(٣) .

(١) مجلة المحاماه - قانون التجارة والمذكرة الإيضاحية - المرجع السابق - ص ٣٩٤ .
(٢) مجلة المحاماه - قانون التجارة والمذكرة الإيضاحية - المرجع السابق - ص ٣٩٤ .
(٣) د / سميحة القليوبى - شرح قانون التجارة المصرى رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ - العقود التجارية وعمليات البنوك - المرجع السابق - ص ٣٦٤ .

المطلب الرابع: عدم التنفيذ المبرر

نتناول فى هذا المطلب مدى حجىة بنود أو شروط الإعفاء من المسئولية عن عدم التنفيذ (الفرع الأول) ، و عدم التنفيذ الناشئ عن القوة القاهرة (الفرع الثانى) .

الفرع الأول: بنود أو شروط الإعفاء

تنص المادة ٧-١-٦ من مبادئ اليونيدروا على أن :-

البند أو الشرط الذى يحد من أو يستبعد مسئولية أحد الأطراف عن عدم التنفيذ أو الذى يسمح لأحد الأطراف بأن يقدم تنفيذا يختلف بشكل جوهري عما توقعه بشكل معقول الطرف الآخر ، لا يجوز التمسك به إذا ما كان ذلك سيعتبر عدم إنصاف بشكل جسيم ، مع الأخذ بعين الاعتبار غرض العقد ^(١) .

لا تحتوى المبادئ على قاعدة عامة تسمح للقضاء بإسقاط شروط العقد التعسفية أو غير المعقولة . وبمعزل عن مبدأ حسن النية وأمانة التعامل (مادة ١-٧) والذى قد يتم التمسك به بشكل استثنائى فى هذا المجال ، فإنه يوجد فقط حكم واحد يسمح بالإبطال فى أى وقت للعقد ككل و أيضا لأى من شروطه المستقلة أو القائمة بذاتها وذلك عندما يمنحان بشكل جائر أو غير عادل لأحد الأطراف ميزة أو فائدة مفرطة (مادة ٣-١٠) .

والسبب فى احتواء المبادئ على نص خاص لبنود أو شروط الإعفاء هو شيوع استخدامهم فى التعامل فى العقد الدولى وتفضى إلى حدوث نزاع أو خلاف كبير بين الأطراف . و اختارت المادة الحالية لصالح ذلك قاعدة والتى تعطى المحكمة سلطة تقديرية واسعة على أساس مبدأ العدالة ، فيجوز للمحكمة تجاهل

(١)

"A clause which limits or excludes one party's liability for non-performance or which permits one party to render performance substantially different from what the other party reasonably expected may not be invoked if it would be grossly unfair to do so, having regard to the purpose of the contract".

أو رفض البنود التي تعتبر غير منصفة بشكل جسيم^(١) .

ولأجل أغراض هذه المادة فإن بنود أو شروط الإعفاء تعتبر كمرحلة أولى هي تلك الشروط التي تحد من أو تستبعد مسؤولية الطرف المخل بالتنفيذ في حالة حدوث عدم التنفيذ . وتعتبر شروط الإعفاء إلى مدى أبعد هي التي تسمح لطرف بأن يقدم تنفيذ يختلف بشكل جوهري عن ما توقعه بشكل معقول الطرف الآخر ، وفي التطبيق العملي فإن الشروط من هذا النوع تكون بخاصة الشروط التي يكون غرضها أو أثرها السماح للطرف المنفذ وبشكل منفرد بأن يعدل الخصائص الخاصة بالتنفيذ المتعهد به بطريقة تؤدي إلى تحول العقد^(٢) .

ويجب تمييز شروط الإعفاء عن شروط غرامة العدول عن العقد والتي تسمح لأحد الأطراف بأن ينسحب من العقد مقابل دفع تعويض^(٣) . والشرط التعاقدى الذى ينص على أن الطرف الذى لم ينفذ التزامه يلتزم بدفع مبلغ معين للطرف المضرور من أجل عدم التنفيذ هذا^(٤)، قد يكون كذلك من آثاره تحديد أو تقييد التعويض المستحق للطرف المضرور ، وفى مثل هذه الحالات فإن الطرف

(١) BONELL (M.J.) – An International Restatement of Contract Law – op. cit. – p. 159-162.

(٢) أمثلة إيضاحية :

١ - تقدم شركة سياحية رحلة ذات سعر مرتفع تشمل الإقامة على وجبة التخصيص بفنادق مصنفة على أنها ذات رفاهية وترف ، وأحد شروط العقد ينص على أن مدير الشركة السياحية يمكن له أن يبديل الإقامة إذا تطلبت الظروف المحيطة هذا الأمر . فإذا قام مدير الشركة السياحية بإنزال عملائه في فنادق درجة ثانية ، فإنه سيكون مسؤولاً أمامهم على الرغم من هذا الشرط التعاقدى نظراً لأن العملاء توقعوا الإقامة في فنادق ذات درجة مشابهة لتلك التي تم التعهد بها .

٢ - أعلن المسئول عن أحد الفنادق أن الفندق يكون مسؤولاً عن السيارات الموضوعة في الجراج الخاص بالفندق ولكن ليس مسؤولاً عن الأشياء المتروكة في السيارات . هذا الشرط لا يعتبر شرط إعفاء لأجل غرض هذه المادة نظراً لأن غرض هذا الشرط هو فقط تحديد مجال التزام المسئولين عن الفندق .

(٣) مع ملاحظة أنه في التطبيق العملي قد يكون قصد الأطراف من شروط غرامة العدول عن العقد هو استعمالها كشروط مستترة للإعفاء .

(٤) أنظر مادة ٧-٤-١٣ والخاصة بالتعويض الاتفاقي والتي سيتم شرحها لاحقاً في المبحث الرابع .

المخل بالتنفيذ قد لا يكون من حقه أن يعتمد على هذا الشرط الذى نحن بصددده وذلك إذا كانت الشروط التى وضعت فى المادة ٧-١-٦ متوافرة^(١).

وتبعاً للمنهج الذى تتبناه غالبية الأنظمة القانونية الوطنية فإن هذه المادة تبرز من افتراض أنه تطبيقاً لمبدأ حرية التعاقد (مادة ١-١) فإن شروط الإغفاء تكون صحيحة من حيث المبدأ ، ومع ذلك لا يجوز لأحد الأطراف التمسك بمثل هذه الشروط إذا ما كان ذلك سيعتبر عدم إنصاف بشكل جسيم .

وقبل أى شئ سوف تكون هذه هى الحالة عندما يكون الشرط فى طبيعته الأساسية غير منصف وعند تطبيقه سوف يؤدى إلى عدم توازن واضح فيما بين التزامات الطرفين^(٢) . وعلاوة على ذلك ، قد تتوافر ظروف أو حالات لا يكون فيها الشرط فى حد ذاته غير منصف بشكل ظاهر ولكن مع ذلك لا يجوز التمسك به ، ومن أمثلة ذلك عندما يكون عدم التنفيذ ناتج عن سلوك أو تصرف يعتبر إهمالاً جسيماً أو عندما لا يستطيع الطرف المضرور أن يتفادى نتائج الحد من أو منع المسؤولية عن طريق إتخاذ التأمين الملائم^(٣) . وفى جميع الحالات فإنه

(١) مثال إيضاحى :

أبرم الطرف (أ) عقداً مع الطرف (ب) من أجل بناء مصنع ، والعقد يتضمن شرط جزائى ينص على دفع مبلغ -١٠٠٠٠ دولار أمريكى (عشرة آلاف دولار أمريكى) عن كل أسبوع تأخير . ولم يتم الإنتهاء من العمل خلال المدة المتفق عليها وذلك بسبب تعطيل الطرف (أ) المتعمد للعمل وذلك لأجل مشروع آخر أكثر ربحاً له ، وكان الشرط الجزائى فى المشروع الأخير هو أعلى من الشرط الجزائى المنصوص عليه فى عقد بناء المصنع . و يبلغ الأذى الفعلى الذى تحمله الطرف (ب) كنتيجة للتأخير -٢٠٠٠٠ دولار أمريكى (عشرون ألف دولار أمريكى) لكل أسبوع .

لا يحق للطرف (أ) التمسك بالشرط الجزائى ، و يجوز للطرف (ب) أن يحصل على تعويض كامل عن الأذى الفعلى الذى تحمله ، بسبب أن وضع هذا الشرط الجزائى موضع التنفيذ سوف يعتبر فى ظل هذه الظروف المحيطة عدم إنصاف بشكل جسيم نظراً لتعمد الطرف (أ) عدم التنفيذ .

(٢) FERRI (G.B.) – L'invisibile presenza della causa del contratto – Europa e diritto privato – 2002 – p. 897 ets.

(٣) مثال إيضاحى :

الطرف (أ) وهو محاسب ، تعهد بأن يعد حسابات الطرف (ب) ، والعقد يتضمن شرط يستبعد أى مسؤولية للطرف (أ) عن النتائج التى تنشأ عن عدم الدقة أياً كانت فى تنفيذ الطرف (أ) للتعاقد .

=

يجب الأخذ بعين الاعتبار غرض العقد وبخاصة إلى ما كان يمكن أن يتوقعه الطرف بشكل شرعى من خلال تنفيذ التعاقد^(١).

وإذا كان أحد الأطراف غير مخول له التمسك بشرط الإعفاء ، فإن مسؤوليته لا تتأثر و يجوز للطرف المضرور الحصول على تعويض كامل عن عدم التنفيذ^(٢).

خلاصة : ونخلص من التعليقات على المادة ٦-١-٧ إلى النقاط الأساسية التالية :-

أ - السبب فى احتواء المبادئ على نص خاص لبند أو شروط الإعفاء هو شيوع استخدامهم فى التعامل فى العقد الدولى وتفضى إلى حدوث نزاع أو خلاف كبير بين الأطراف .

ب - يجب تمييز شروط الإعفاء عن شروط غرامة العدول عن العقد والتي تسمح لأحد الأطراف بأن ينسحب من العقد مقابل دفع تعويض .

ج - هناك حالات لا يجوز فيها التمسك بشروط الإعفاء .

د - هناك نتائج تترتب على عدم القدرة على التمسك بشروط الإعفاء .

=

وكننتيجة لخطأ جدى من الطرف (أ) ، دفع الطرف (ب) ضرائب أزيد بنسبة ١٠٠ % عن الضرائب المستحقة عليه. لا يجوز للطرف (أ) أن يتمسك بشرط الإعفاء والذي ينطوى على عدم إنصاف .

(١) مثال إيضاحى :

الطرف (أ) وهو مدير مستودع ، دخل فى تعاقد مع الطرف (ب) من أجل الاشراف على ومراقبة المباني الخاصة بالطرف (ب) ، ويحتوى العقد على شرط يحد من مسؤولية الطرف (ب) . حدثت سرقات فى أحد المباني نشأ عنها خسائر مفرطة فى مقدار العجز . ورغم أن الشرط المتفق عليه بين طرفين محترفين ، ولا يعتبر فى طبيعته غير منصف ، فإنه لا يجوز أن يتم الاتكال أو التعويل عليه من قبل الطرف (ب) إذا كانت السرقات قد ارتكبت عن طريق موظفى الطرف (ب) خلال عملهم .

(٢) FONTAINE (M.) – Les clauses exonératoires et les indemnités contractuelles dans les principes d'UNIDROIT: Observations critiques – Uniform Law Review / Revue de droit uniforme – 1998 – pp.405-417.

الوضع فى اتفاقية فيينا

بمراجعة نصوص اتفاقية فيينا لم نجد أى نص يعالج مسألة الشروط التعسفية أو مسألة شروط الإعفاء من المسؤولية وذلك على الرغم من شيوع استخدامهم فى التعامل فى العقود الدولية مما يفضى الى حدوث خلاف كبير بين الأطراف بشأنهم عند تنفيذ العقد كما ذكرنا سابقا.

الوضع فى القانون المصرى

أجاز المشرع فى المادة ٢١٧ من القانون المدنى اتفاق المتعاقدين فى حدود معينة على الإعفاء من المسؤولية العقدية ، وكما أجاز لهما الاتفاق على التخفيف منها سمح لهما كذلك بالاتفاق على تشديدها ^(١).

فطبقا للفقرة الاولى من المادة ٢١٧ مدنى فإنه يجوز للمتعاقدین الاتفاق على أن يتحمل المدين مسؤولية عدم التنفيذ ، حتى ولو كان السبب فى ذلك هو القوة القاهرة ، كما يجوز للمتعاقدین الاتفاق على عدم براءة ذمة المدين إلا فى حوادث جبرية محددة وأما فى غيرها من الحوادث الجبرية يكون مسئولا ، ويعتبر هذا الأمر بمثابة نوع من التأمين حيث يقوم المدين بتأمين الدائن ضد خطر القوة القاهرة وفى الغالب يكون هذا الأمر يدخل فى اعتبار المدين عند تحديد المقابل الذى سيحصل عليه من العقد ^(٢).

وإذا كان الأصل أن للمتعاقدین الحرية فى تعديل قواعد المسؤولية العقدية فإن ذلك يجب أن يكون فى حدود النظام العام والآداب ، فطبقا للفقرة الثانية من

^(١) تنص المادة ٢١٧ من القانون المدنى على أنه :-

" ١ - يجوز الاتفاق على أن يتحمل المدين تبعة الحادث المفاجئ والقوة القاهرة .
٢ - وكذلك يجوز الاتفاق على إعفاء المدين من أية مسؤولية تترتب على عدم تنفيذ التزامه التعاقدى إلا ما ينشأ عن غشه أو عن خطئه الجسيم ، ومع ذلك يجوز للمدين أن يشترط عدم مسؤوليته عن الغش أو الخطأ الجسيم الذى يقع من أشخاص يستخدمهم فى تنفيذ التزامه .

٣ - ويقع باطلا كل شرط يقضى بالإعفاء من المسؤولية المترتبة على العمل غير المشروع" .

^(٢) د / عبد الرشيد مأمون - الوجيز فى النظرية العامة للالتزامات - الكتاب الاول - مصادر الالتزام - المرجع السابق- ص ٢٥١ .

المادة ٢١٧ أجاز المشرع للمتعاقدين أن يتفقا على تخفيف مسؤولية المدين أو الإعفاء منها ، ولكن لا يستطيعان الوصول في تخفيفهما لمسؤولية المدين الى حد إعفاء المدين من المسؤولية عن غشه أو عن خطئه الجسيم ، إذ لو أبيع للمدين (باتفاقه مع الدائن) إعفاء نفسه من المسؤولية عن فعله العمد (الخطأ العمدى أو الغش) في إخلاله بتنفيذ التزامه لأدى هذا الى جعل التزام المدين معلقا على شرط إرادى محض وهذا غير جائز ، والخطأ الجسيم ملحق بالفعل أو الخطأ العمد فيأخذ حكمه ^(١).

وهناك قيد آخر لم ينص عليه المشرع ولكن أضافه الفقهاء ، وهو أن شرط الإعفاء من المسؤولية والحد منها لا يكون إلا بالنسبة للضرر الذى يقع على مال ، أما الضرر الذى يلحق الدائن فى جسمه كما لو اشترط أمين النقل إعفاءه من المسؤولية عن الضرر الذى يصيب الراكب فى جسمه فإن هذا الشرط يقع باطلا لأن سلامة الشخص فى جسمه لا يجوز أن تكون محلا لاتفاق مالى ^(٢) . هذا ويجوز للمدين أن يشترط عدم مسؤوليته عن الغش أو الخطأ الجسيم الذى يقع من أشخاص يستخدمهم فى تنفيذ التزامه ، فعمد الغير لا يأخذ منزلة الشرط الإرادى المحض ^(٣) .

^(١) د/ أحمد شرف الدين - نظرية الالتزام - الجزء الاول - مصادر الالتزام - الكتاب الاول - المصادر الإرادية - المرجع السابق - ص ٣٦٢ .
وقد قضت محكمة النقض بأن " الاتفاق فى سند الشحن على إعفاء مصلحة السكة الحديد من المسؤولية عن الاضرار التى تلحق بالبضائع يكون صحيحا طالما أن تلك الاضرار لم تنشأ عن غش أو خطأ جسيم من جانبها - فلا يسوغ إهدار شرط الإعفاء من المسؤولية فى حالة ثبوت تراخى الناقل فى استلام البضاعة من محطة الوصول الى ما بعد استحقاق رسوم الأرضية ثم اكتشافه وجود عجز فى البضاعة بعد ذلك " نقض ١٩٦٢/٣/٢٩ س ١٣ رقم ٥٨ ص ٣٧٣ .

^(٢) د/ أحمد شرف الدين - نظرية الالتزام - الجزء الاول - مصادر الالتزام - الكتاب الاول - المصادر الإرادية - المرجع السابق - ص ٣٦٢ و ٣٦٣ ، د/ عبد الرشيد مأمون - الوجيز فى النظرية العامة للالتزامات - الكتاب الاول - مصادر الالتزام - المرجع السابق - ص ٢٥٢ .

^(٣) د/ رمضان أبو السعود - النظرية العامة للالتزام - مصادر الالتزام - دار المطبوعات الجامعية - الإسكندرية - ٢٠٠٢ - ص ٢٣٩ .

أما أحكام المسؤولية التقصيرية فكل اتفاق على الإعفاء أو التخفيف منها يعتبر باطلاً ، فقد قررت الفقرة الثالثة من المادة ٢١٧ بطلان كل شرط يقضى بالإعفاء من المسؤولية المترتبة على العمل غير المشروع ، فأحكام المسؤولية التقصيرية متعلقة بالنظام العام ^(١) .

ويوجد بقانون التجارة رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ أحكام متفرقة بخصوص الإعفاء من المسؤولية أو تحديدها ، فعلى سبيل المثال نجد أنه فى الأحكام العامة بالنقل فى الفصل السابع من قانون التجارة أبطل المشرع فى المادة ٢١٣ / ٣ كل شرط يعفى الناقل من المسؤولية عن أفعال تابعيه ^(٢) .

كما قرر المشرع عند تعرضه لموضوع نقل الأشياء وذلك فى المادة ٢٤٥ من قانون التجارة ^(٣) ، إبطال كل شرط يقضى بإعفاء الناقل من المسؤولية عن هلاك الشئ كلياً أو جزئياً أو تلفه ، واعتبر فى حكم الإعفاء من المسؤولية كل شرط يكون من شأنه إلزام المرسل أو المرسل إليه بدفع كل أو بعض نفقات التأمين ضد مسؤوليه الناقل أو يقضى بنزول المرسل أو المرسل إليه للناقل عن الحقوق الناشئة عن التأمين على الشئ ضد مخاطر النقل . وأساس التحريم للشروط المشار إليها أن الناقل تكون تحت سيطرته الأشياء طوال فترة النقل حتى تمامها ^(٤) .

(١) د / منصور مصطفى منصور ود/ جلال محمد إبراهيم - الوجيز فى مصادر الالتزام - المرجع السابق - ص ٣٢٩ ، د / عبد الرشيد مأمون - الوجيز فى النظرية العامة للالتزامات - الكتاب الاول - مصادر الالتزام - المرجع السابق- ص ٢٥٠ .
(٢) تنص الفقرة الثالثة من المادة ٢١٣ من قانون التجارة رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ على أن :-
" ويقع باطلاً كل شرط يقضى بإعفاء الناقل من المسؤولية عن أفعال تابعيه "
(٣) تنص المادة ٢٤٥ من قانون التجارة رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ على أن :-
" ١ - يقع باطلاً كل شرط يقضى بإعفاء الناقل من المسؤولية عن هلاك الشئ كلياً أو جزئياً أو تلفه .

٢ - ويعد فى حكم الإعفاء من المسؤولية كل شرط يكون من شأنه إلزام المرسل أو المرسل إليه بدفع كل أو بعض نفقات التأمين ضد مسؤولية الناقل ، وكذلك كل شرط يقضى بنزول المرسل أو المرسل إليه للناقل عن الحقوق الناشئة عن التأمين على الشئ ضد مخاطر النقل " .

(٤) د / سميحة القليوبى - العقود التجارية وعمليات البنوك - المرجع السابق - ص ٤٩٧ .

وفى المقابل أجازت المادة ٢٤٦ من قانون التجارة ^(١) للناقل اشتراط تحديد مسؤوليته عن هلاك الشئ كلياً أو جزئياً أو تلفه على أن لا يقل التعويض المتفق عليه عن ثلث قيمة الشئ المنقول فى مكان وزمان نقله وإلا زيد مبلغ التعويض الى ذلك الحد^(٢)، كما يجوز للناقل أن يشترط إعفاءه كلياً أو جزئياً من المسؤولية عن التأخير ، وإذا ثبت صدور غش أو خطأ جسيم من الناقل أو من تابعيه فلا يجوز له أن يتمسك بشرط الإعفاء من المسؤولية أو تحديدها ، ويقع على عاتق الدائن بالتعويض (المرسل أو المرسل إليه) عبء إثبات الغش أو الخطأ الجسيم^(٣).

كما قرر المشرع عند تعرضه لموضوع نقل الأشخاص وذلك فى المادة ١/٢٦٧ من قانون التجارة ، بطلان كل شرط يقضى بإعفاء الناقل سواء كلياً أو جزئياً من المسؤولية عما يلحق الراكب من أضرار بدنية^(٤) . وفى المقابل أجاز للناقل اشتراط إعفاءه كلياً أو جزئياً من المسؤولية الناشئة عن التأخير أو عن الأضرار غير البدنية التى تلحق الراكب^(٥) إلا إذا ثبت صدور غش أو خطأ جسيم من الناقل أو من تابعيه فعند ذلك لا يجوز للناقل أن يتمسك بشرط الإعفاء من

(١) تنص الفقرة الأولى من المادة ٢٤٦ من قانون التجارة رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ على أن :-
" يجوز للناقل :

أ - أن يشترط تحديد مسؤوليته عن هلاك الشئ كلياً أو جزئياً أو تلفه بشرط ألا يقل التعويض المتفق عليه عن ثلث قيمة البضاعة المنقولة فى مكان وزمان نقلها وكل اتفاق على تعويض يقل عن هذا الحد يزداد إليه .

ب أن يشترط إعفاءه كلياً أو جزئياً من المسؤولية عن التأخير " .

(٢) مجلة المحاماة - قانون التجارة والمذكرة الإيضاحية - المرجع السابق - ص ٤٥٥ .

(٣) د/ سعيد الجدار - عقد نقل البضائع فى القانون التجارى الجديد رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ - دار المطبوعات الجامعية - الإسكندرية - ٢٠٠٠ - ص ١١٧ .

(٤) تنص الفقرة الأولى من المادة ٢٦٧ من قانون التجارة رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ على أن :-
" يقع باطلا كل شرط يقضى بإعفاء الناقل كلياً أو جزئياً من المسؤولية عما يلحق الراكب من أضرار بدنية " .

(٥) تنص الفقرة الأولى من المادة ٢٦٨ من قانون التجارة رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ على أن :-
" يجوز للناقل أن يشترط إعفاءه كلياً أو جزئياً من المسؤولية الناشئة عن التأخير أو عن الأضرار غير البدنية التى تلحق الراكب " .

المسئولية أو تحديدها^(١)، ويلاحظ أن الاتفاق على إعفاء الناقل من المسؤولية العقدية لا يحول دون الرجوع بالمسئولية التقصيرية إذا توافرت شروطها وفقاً للمادة ١٦٣ مدنى^(٢).

(١) تنص الفقرة الثالثة من المادة ٢٦٨ من قانون التجارة رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ على أن :-
" ولا يجوز أن يتمسك الناقل بشرط الإعفاء من المسؤولية أو تحديدها إذا ثبت صدور غش أو خطأ جسيم منه أو من تابعيه ".
(٢) د / عماد الشربيني - القانون التجارى الجديد لسنة ١٩٩٩ - الكتاب الأول - الالتزامات والعقود التجارية - بدون اسم ناشر - ١٩٩٩/٢٠٠٠م - ص ٣٦٢ .

الفرع الثانى: القوة القاهرة:

تنص المادة ٧-١-٧ من مبادئ اليونيدروا على أن :-

- (١) لا يسأل أى طرف عن عدم التنفيذ إذا ثبت أن عدم التنفيذ كان بسبب عائق خارج نطاق سيطرته و أنه ليس من الممكن توقعه بصورة معقولة لكى يدخل هذا العائق فى اعتباره أو حسابه عند وقت انعقاد العقد أو أن يكون باستطاعته تجنبه أو التغلب عليه أو على عواقبه .
- (٢) عندما يكون العائق مؤقتاً فقط ، فإن العذر فى عدم التنفيذ يظل منتجاً لأثره للمدة المعقولة مع الأخذ فى الاعتبار أثر العائق على تنفيذ العقد .
- (٣) يجب على الطرف الذى أخفق فى التنفيذ أن يوجه إخطاراً إلى الطرف الآخر بالعائق وتأثيره على قدرته على التنفيذ . وإذا لم يتسلم الطرف الآخر الإخطار خلال مدة معقولة بعد أن يكون الطرف الذى أخفق فى التنفيذ قد علم أو كان يجب عليه أن يعلم بالعائق ، فيكون مسؤولاً عن تعويض الأضرار الناشئة عن عدم تسليم الإخطار .
- (٤) لا يوجد فى هذه المادة ما يمنع أى طرف من ممارسة الحق فى إنهاء العقد أو الامتناع عن التنفيذ أو المطالبة بالفوائد على النقود المستحقة^(١) .

(١)

- (1)Non- performance by a party is excused if that party proves that the non-performance was due to an impediment beyond its control and that it could not reasonably be expected to have taken the impediment into account at the time of the conclusion of the contract or to have avoided or overcome it or its consequences.
- (2)When the impediment is only temporary, the excuse shall have effect for such period as is reasonable having regard to the effect of the impediment on the performance of the contract.
- (3) The party who fails to perform must give notice to the other party of the impediment and its effect on its ability to perform. If the notice is not received by the other party within a reasonable time after the

=

تغطي المادة ٧-١-٧ الموضوع المعالج فى نظم القانون العام (Common Law) بمبادئ إبطال واستحالة التنفيذ وكذلك معالج فى نظم القانون المدنى (Civil Law) بمبادئ ذات مسميات مختلفة مثل القوة القاهرة و Unmöglichkeit ٠٠٠٠٠ الخ^(١)، ولكن هذه المادة لا تتطابق مع أى من هذه المبادئ . وقد تم اختيار مصطلح "القوة القاهرة" بسبب أنه معروف بشكل واسع فى تعاملات التجارة الدولية و يؤكد أو يعزز ذلك تضمينه فى العديد من العقود الدولية بما يعرف ببند أو شروط "القوة القاهرة".

ولا تقيد المادة الحالية حق الطرف الذى لم يحصل على التنفيذ فى الإنهاء وذلك إذا كان عدم التنفيذ جوهرياً وما تفعله هذه المادة ، عندما يتم تطبيقها ، هو إعفاء الطرف المخل بالتنفيذ من المسؤولية عن التعويضات عند توافر شروط القوة القاهرة^(٢) والواردة فى الفقرة الأولى . و يجب ملاحظة أنه لا يدخل فى نطاق التعويضات التى يعفى منها الطرف المخل بالتنفيذ الفوائد ، و التى يجوز المطالبة بها مقابل التأخير فى دفع الثمن أو أى مبالغ أخرى مستحقة^(٣) .

وفى بعض الحالات سوف يمنع العائق أى تنفيذ على الإطلاق ، ولكن فى

=

party who fails to perform knew or ought to have known of the impediment, it is liable for damages resulting from such non-receipt.

(4) Nothing in this article prevents a party from exercising a right to terminate the contract or to withhold performance or request interest on money due.

(١)

RIMKE (J.) – Force majeure and hardship : Application in International Trade practice with Specific Regard to the CISG and the UNIDROIT principles of International contracts – Revue of the Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG) – 1999 / 2000 – p. 193 ets.

(٢)

FONTAINE (M.) – Les dispositions relatives au hardship et a la force majeure – op. cit. – p. 183-191

^(٣) سيتم إيضاح ذلك لاحقاً عند التعرض للمادة ٧-٤-٩ (والخاصة بالفائدة فى حالة الإخلال بالالتزام بدفع نقود) و ذلك فى المبحث الرابع .

حالات أخرى عديدة سوف يؤدي إلى مجرد تأخير التنفيذ وعند ذلك سيكون أثر هذه المادة هو إعطاء وقت إضافي للتنفيذ . ويجب الإشارة إلى أنه في هذه الحالة قد يكون الوقت الإضافي أكبر (أو أقل) من طول مدة الإعاقة وذلك بسبب أن المسألة الحاسمة في ذلك سوف تكون ما هو أثر الإعاقة على تقدم أو مسيرة العقد^(١) .

و يجب قراءة هذه المادة مع القسم الثاني من الفصل السادس من المبادئ والذي يعالج أو يتعامل مع حالة الظروف الشاقة^(٢) . وتعريف القوة القاهرة في الفقرة ١ من المادة ٧-١-٧ يتمتع بالضرورة بوصف عمومي إلى حد ما ، وكثيراً ما تتضمن عقود التجارة الدولية شروط أكثر تحديداً وتفصيلاً بكثير في هذا الشأن^(٣) . ولذلك قد يجد الأطراف أنه من الملائم تعديل مضمون هذه المادة لكي تأخذ في الحسبان السمات الخاصة لمعاملة معينة .

خلاصة : ونخلص من التعليقات على المادة ٧-١-٧ إلى النقاط الأساسية التالية :-

أ - تغطي هذه المادة الموضوع المعالج في نظم القانون العام ونظم القانون المدني بمبادئ ذات مسميات مختلفة ولكن هذه المادة لا تتطابق مع أي من هذه المبادئ .

^(١) مثال إضافي :

تعاقد الطرف (أ) على مد خط أنابيب للغاز الطبيعي عبر البلد (س) ، والظروف المناخية تجعل في العادة من المستحيل العمل في الفترة بين ١ نوفمبر و ٣١ مارس . ويقرر العقد أن وقت الانتهاء من العمل هو في ٣١ أكتوبر ولكن وقت البدء في العمل قد تأخر لفترة شهر بسبب حرب أهلية وقعت في بلد متاخمة والتي جعلت من المستحيل دخول كل خطوط الأنابيب إلى العمل في الوقت المحدد .

فإذا كانت النتيجة المعقولة هي إعاقة إتمام العمل وذلك حتى يتم استئنافه في الربيع التالي ، فإن الطرف (أ) يكون مؤهلاً أو مخولاً له الحصول على مهلة إضافية خمسة شهور على الرغم من أن التأخير نفسه كان فقط لمدة شهر واحد .

^(٢) أنظر ما سبق شرحه من تعليقات على المادة ٦-٢-٢ في المطلب الثاني من المبحث الثاني من الفصل الأول

^(٣)

- ب - ما تفعله هذه المادة عندما يتم تطبيقها هو إعفاء الطرف المخل بالتنفيذ من المسؤولية عن التعويضات .
- ج - يجب قراءة هذه المادة بالتزامن مع القسم الثانى من الفصل السادس من المبادئ والذى يتعامل مع حالة الظروف الشاقة .
- د - يتمتع تعريف القوة القاهرة فى هذه المادة بوصف عمومى إلى حد ما .

الوضع فى اتفاقية فيينا

سبق أن ذكرنا عند تعرضنا لحالة الظروف الشاقة (فى المبحث الثانى من الفصل الأول) أن اتفاقية فيينا لعام ١٩٨٠ لم تضع قواعد تعالج حالة الظروف الشاقة ، وأن المادة ٧٩ من الاتفاقية والتي تتعلق بالإعفاء من المسؤولية عن عدم التنفيذ ^(١) تتشابه إلى حد كبير مع مصطلح القوة القاهرة المستخدم فى النظم القانونية اللاتينية للتعبير عن استحالة تنفيذ المدين لالتزاماته التعاقدية . وقد حرصت الاتفاقية على البعد عن استخدام أى من المصطلحات المستخدمة فى

(١) تنص المادة ٧٩ من اتفاقية فيينا لعام ١٩٨٠ على أنه :-

- " ١ - لا يسأل أحد الطرفين عن عدم تنفيذ أى من التزاماته إذا أثبت أن عدم التنفيذ كان بسبب عائق يعود إلى ظروف خارجة عن إرادته وأنه لم يكن من المتوقع بصورة معقولة أن يأخذ العائق فى الاعتبار وقت انعقاد العقد أو أن يكون بإمكانه تجنبه أو تجنب عواقبه أو التغلب عليه أو على عواقبه .
- ٢ - إذا كان عدم تنفيذ أحد الطرفين نتيجة لعدم تنفيذ الغير الذى عهد إليه بتنفيذ العقد كلاً أو جزءاً فإن ذلك الطرف لا يعفى من التبعية إلا إذا :
- (أ) أعفى منها بموجب الفقرة السابقة ،
- (ب) كان الغير سيعفى من المسؤولية فيما لو طبقت عليه أحكام الفقرة المذكورة .
- ٣ - يحدث الإعفاء المنصوص عليه فى هذه المادة أثره خلال المدة التى يبقى فيها العائق قائماً .
- ٤ - يجب على الطرف الذى لم ينفذ التزاماته أن يوجه إخطاراً إلى الطرف الآخر بالعائق وأثره فى قدرته على التنفيذ . وإذا لم يصل الإخطار إلى الطرف الآخر خلال مدة معقولة بعد أن يكون الطرف الذى لم ينفذ التزاماته قد علم بالعائق أو كان من واجبه أن يعلم به فعندئذ يكون مسؤولاً عن التعويض عن الأضرار الناتجة عن عدم استلام الإخطار المذكور .
- ٥ - ليس فى هذه المادة ما يمنع أحد الطرفين من استعمال أى من حقوقه الأخرى خلاف طلب التعويضات وفقاً لأحكام هذه الاتفاقية .

التشريعات الوطنية لوصف القوة القاهرة ^(١) لتغلق الطريق على التفسيرات المستقرة بشأنهم فى النطاق الوطنى ، واختارت مصطلحا يعتبر جديداً هو العائق " empechement " ^(٢) .

ووفقا للفقرة الأولى من المادة ٧٩ ، فإن الحادث الذى يعد عائقا يجب أن يتوافر فيه ثلاثة شروط : الشرط الأول أن يكون خارج عن إرادة المدين ، الشرط الثانى أن يكون غير متوقع ، والشرط الثالث ألا يمكن تجنبه أو التغلب عليه هو أو عواقبه ^(٣) .

فيشترط أولا أن يكون الحادث الذى نشأ عنه العائق أجنبيا عن فعل المدين ، وقد عبر عن ذلك النص باشتراطه أن يكون العائق خارجا عن إرادته ، فإذا كان له شأن فى وقوعه فلا إعفاء كأن يتعذر على المشتري سداد الثمن لعدم استخراج الإذن اللازم للحصول على النقد الأجنبى ^(٤) .

ويشترط ثانياً أن يكون الحادث مما لا يمكن عقلا توقع أن المدين يأخذه فى اعتباره وقت إبرام العقد ، وضابط التوقع ماضى ، لا يقاس الى شخص المدين ، وإنما الى ما كان يفعله شخص سوى الإدراك من صفة المدين لو وجد فى نفس الظروف ، والعبرة بتوقع الحادث وقت انعقاد العقد ^(٥) .

^(١) مثل مصطلح القوة القاهرة " Force majeure " الذى يستخدم فى النظم القانونية اللاتينية، مصطلح القضاء والقدر " Act of God " ، أو انهيار العقد " Frustration " المستخدم فى النظم القانونية الانجلوسكسونية . راجع د / سلامة فارس عرب - وسائل معالجة اختلال توازن العقود الدولية فى قانون التجارة الدولية - المرجع السابق - هامش ص ٣٤٦ .

^(٢) وقد استخدمت الاتفاقية فى النسخة الانجليزية اصطلاح impediment .

^(٣) Beraudo et Kahn - " Le nouveau droit de la vente internationale de marchandises convention de vienne - op. cit. - p. 108

^(٤) Audit - "La vente internationale de marchandises, Convention des Nations, Unies du 11avril 1980 " - op. cit. - No 182 p.173

^(٥) د/ محسن شفيق - اتفاقية الأمم المتحدة بشأن البيع الدولى للبضائع (دراسة فى قانون التجارة الدولى) - المرجع السابق - رقم ٣٤١ ص ٢٥٤ .

ويشترط ثالثاً أن يكون الحادث مما لا يمكن تجنبه أو التغلب عليه أو تجنب عواقبه أو التغلب عليها ، فالمدين ملزم ببذل العناية لاتقاء وقوع الحادث فإذا وقع يجب عليه بذل الجهد للتغلب عليه فإذا أخفق تعين عليه أن يوجه عنايته الى آثار الحادث فيمنع وقوعها أو يحد منها ، وتقدير هذا الشرط يكون بتقدير تصرف الشخص المعتاد إذا وجد في نفس ظروف المدين ^(١) .

ويقع عبء إثبات توافر الشروط السابقة على الطرف الذى تخلف عن التنفيذ ويتمسك بالإعفاء ^(٢) .

وقد يعهد أحد طرفى العقد الى الغير بتنفيذ كل أو جزء من التزامه ، كتكليف ناقل بنقل البضاعة الى المكان المتفق عليه ، وقد يكون الغير هو البنك الذى تم الاتفاق على دفع الثمن عن طريقه ^(٣) ، وفى ذلك تقرر الفقرة الثانية من المادة ٧٩ بأن هذا الطرف لا يعفى من المسؤولية عن عدم تنفيذ هذا الغير لالتزامه إلا إذا أعفى منها بموجب الفقرة الأولى وكان الغير سيعفى من المسؤولية فيما لو طبقت عليه أحكام الفقرة الأولى . أى أنه لا سبيل للطرف المتخلف عن التنفيذ فى هذه الحالة إلا إذا أثبت أن شروط الإعفاء المنصوص عليها فى الفقرة الأولى من المادة ٧٩ متوافرة بالنظر إليه فى علاقته مع الطرف الآخر ومتوافرة أيضاً بالنظر الى الغير فى علاقته معه ^(٤) .

^(١) Heuze (Vincent) – "La vente internationale de marchandises, Droit uniforme"- op. cit.-No. 456 p.345

^(٢) د/ محسن شفيق – اتفاقية الأمم المتحدة بشأن البيع الدولى للبضائع (دراسة فى قانون التجارة الدولى) – المرجع السابق – رقم ٣٤١ ص ٢٥٤ ، وانظر أيضاً :

Audit – " La vente internationale de marchandises, Convention des Nations, Unies du 11avril 1980 " – op. cit. – No. 182 p.175

^(٣) Heuze (Vincent) – "La vente internationale de marchandises, Droit uniforme"- op. cit.-No. 458 p.346

^(٤) أما إذا كان الطرف المتخلف عن التنفيذ فى عقد البيع معفى من التعويض قبل الطرف الآخر لتوافر شروط الفقرة الأولى من المادة ٧٩ ، وكان هذا الغير غير معفى قبله من التعويض لعدم توافر شروط هذه الفقرة ، فلا إعفاء للطرف المتخلف عن التنفيذ رغم توافر شروط الإعفاء المنصوص عليها فى الفقرة الأولى من المادة ٧٩ بالنظر إليه ، إذ لو أعفى ثم رجع على الغير وحصل منه على التعويض فانه يكون قد حقق إثراء دون وجه حق ، ولا سبيل

ولا يعتبر من الغير فى مفهوم الفقرة الثانية من المادة ٧٩ تابعوا المتعاقد الأصلي كعماله وموظفيه ، لأنهم تحت إشرافه وهو المسئول عن أعمالهم ، فلا يعتبر تخلفهم عن التنفيذ عائقا يبرر إعفاءه من التعويض إلا إذا اتخذ التخلف عن التنفيذ مثلا صورة الإضراب أو التخريب ، وكان الإضراب أو التخريب يشكل عائقا فى حكم الفقرة الأولى من المادة ٧٩^(١).

أما إذا كان العائق مؤقتا فطبقا للفقرة الثالثة من المادة ٧٩ فإن الإعفاء يحدث أثره خلال المدة التى يبقى فيها العائق قائما ، فيتعين على الطرف الذى تخلف عن التنفيذ بسبب قيام العائق استئناف التنفيذ بمجرد زوال العائق مباشرة ، وهو ما يتفق مع المبدأ الذى تبنته الاتفاقية وهو تفضيل الحفاظ على العقد عن اللجوء الى الفسخ^(٢) ، بحيث إذا تراخى فيه التزم بتعويض الضرر الذى ينشأ عن هذا التأخير^(٣).

وطبقا للفقرة الرابعة من المادة ٧٩ فإنه يجب على الطرف الذى لم ينفذ التزاماته أن يوجه إخطارا الى الطرف الآخر يعلمه فيه بوقوع العائق ويبين له مدى أثره فى قدرته على التنفيذ ، ويقصد بذلك تمكين الطرف الآخر من تحديد موقفه من العقد واتخاذ ما يلزم لحماية مصالحه ، بأن يتخذ قراره بخصوص العقد سواء إما بالإبقاء عليه والانتظار حتى زوال العائق أو إعلان فسخه للعقد والبحث عن مصادر أخرى للحصول على ما تعاقد عليه^(٤) ، مما يستلزم معه أن

=
لاتقاء هذه النتيجة إلا بحرمانه من الإعفاء قبل الطرف الآخر فى عقد البيع ، ولا غبن عليه فى ذلك ما دام انه يستطيع الرجوع على الغير بالتعويض ، ولذا يحسن أن يدخله فى الدعوى. راجع د/ محسن شفيق - اتفاقية الأمم المتحدة بشأن البيع الدولى للبضائع (دراسة فى قانون التجارة الدولى) - المرجع السابق - رقم ٣٤٥ ص ٢٥٨.
(١) د/ محسن شفيق - اتفاقية الأمم المتحدة بشأن البيع الدولى للبضائع (دراسة فى قانون التجارة الدولى) - المرجع السابق - رقم ٣٤٦ ص ٢٥٩.

(٢) Audit - " La vente internationale de marchandises, Convention des Nations, Unies du 11avril 1980 " - op. cit. - No. 186 p.177-178
(٣) د/ محسن شفيق - اتفاقية الأمم المتحدة بشأن البيع الدولى للبضائع (دراسة فى قانون التجارة الدولى) - المرجع السابق - رقم ٣٤٣ ص ٢٥٦.

(٤) Heuze (Vincent) - "La vente internationale de marchandises, Droit uniforme"- op. cit.-No. 462 p.349

يتضمن الإخطار توضيح للعائق وهل سيؤدى الى تأخير التنفيذ فقط أم سيحدث معه تغيير فى التنفيذ عما اتفق عليه فى التعاقد^(١).

ويتعين أن يصل الإخطار الى الطرف الآخر خلال مدة معقولة بعد أن يكون الطرف الذى لم ينفذ التزاماته قد علم بالعائق أو كان من واجبه أن يعلم به ، فإذا لم يصل الإخطار فى الميعاد المعقول فلا يترتب على ذلك سقوط حقه فى التمسك بالعائق للحصول على الإعفاء من التعويض المترتب على التخلف عن تنفيذ الالتزام ، وإنما يسأل عن تعويض آخر مختلف عنه وهو تعويض الأضرار الناتجة عن عدم استلام الإخطار المذكور^(٢).

والأثر الذى رتبته المادة ٧٩ فى الفقرة الخامسة على توافر شروط العائق على النحو سالف البيان ، هو إعفاء الطرف الذى تخلف عن التنفيذ من التعويض وحده ، ولا شأن للإعفاء بالالتزام نفسه ، فيظل الالتزام قائما لا ينقضى رغم استحالة تنفيذه ، ويجوز للدائن أن يستعمل جميع الحقوق المقررة له ما عدا حق المطالبة بالتعويض ، فمثلا إذا قام العائق بالنظر الى المشتري فاستحال عليه إرسال الثمن بعد أن يكون البائع قد سلمه البضاعة أو بعضا منها كان من حق هذا البائع أن يعلن الفسخ ثم يسترد البضاعة دون تعويض على المشتري^(٣).

الوضع فى القانون المصرى

إذا استحال على المدين تنفيذ التزامه لسبب أجنبى لا يد له فيه فإنه طبقا للمادة ٣٧٣ مدنى ينقضى الالتزام^(٤) ، وإذا انقضى الالتزام بسبب استحالة تنفيذه

(١) " La vente internationale de marchandises, Convention des Nations, Unies du 11avril 1980 " – op. cit. – No. 184 p.176.

(٢) د/ محسن شفيق – اتفاقية الأمم المتحدة بشأن البيع الدولى للبضائع (دراسة فى قانون التجارة الدولى) – المرجع السابق – رقم ٣٤٧ ص ٢٦٠.

(٣) د/ محسن شفيق – اتفاقية الأمم المتحدة بشأن البيع الدولى للبضائع (دراسة فى قانون التجارة الدولى) – المرجع السابق – رقم ٣٤٢ ص ٢٥٤ ، ٢٥٥.

(٤) تنص المادة ٣٧٣ مدنى على أنه :-
" ينقضى الالتزام إذا أثبت المدين أن الوفاء به أصبح مستحيلا عليه ، لسبب أجنبى لا يد له فيه " .

على هذا النحو فإنه طبقاً للمادة ١٥٩ مدنى تنقضى معه الالتزامات المقابلة له وينفسخ العقد من تلقاء نفسه^(١).

والاستحالة التى تؤدى الى انقضاء الالتزام هى التى يترتب عليها تعذر تنفيذ الالتزام نهائياً ولا يكفى أن يصبح تنفيذه مرهقاً ، كما يجب أن تطرأ استحالة التنفيذ بعد نشوء الالتزام أما إذا كان تنفيذ الالتزام مستحيلاً منذ البداية فإن الالتزام لا يقوم أصلاً ، كما يجب أن تكون الاستحالة دائمة فإن كانت مؤقتة فإن الالتزام لا ينقضى ولكن يقف تنفيذه خلال فترة الاستحالة بحيث يصار الى تنفيذه بعد زوالها^(٢).

ويشترط أن تكون استحالة تنفيذ الالتزام مطلقة (وليست استحالة نسبية) بحيث يستحيل على الكافة (وليس المدين فقط) تنفيذ هذا الالتزام ، كما يشترط أن ترجع الاستحالة الى سبب أجنبى لا يد للمدين فيه كالقوة القاهرة والحادث الفجائى^(٣) ، ويشترط أيضاً لا اعتبار الحادث قوة القاهرة عدم إمكان توقعه واستحالة دفعه^(٤).

(١) تنص المادة ١٥٩ مدنى على أنه :-

" فى العقود الملزمة للجانبين إذا انقضى التزام بسبب استحالة تنفيذه انقضت معه الالتزامات المقابلة له ، وينفسخ العقد من تلقاء نفسه " .

(٢) د/ أحمد شرف الدين - نظرية الالتزام - الجزء الثانى - أحكام الالتزام - المرجع السابق - ص ٤٤٢ ، ٤٤٣ . وقد قضت محكمة النقض بأن " القوة القاهرة التى ينفسخ بها العقد - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - هى التى تجعل تنفيذ العقد مستحيلاً استحالة مطلقة بسبب أجنبى عن المدين مما مؤداه أنه إذا كانت القوة القاهرة تمثل مانعاً مؤقتاً من التنفيذ فلا يكون لها أثر سوى وقف تنفيذ الالتزام فى الفترة التى قام فيها الحادث حتى إذا زال هذا الحادث عاد للالتزام قوته فى التنفيذ " نقض مدنى ١٩٩١/١/٣٠ س ٤٢ رقم ٥٥ ص ٣٣٦ .

(٣) د / جلال محمد إبراهيم - أحكام الالتزام - المرجع السابق - ص ٤١٤ ، د/ أحمد شرف الدين - نظرية الالتزام - الجزء الأول - مصادر الالتزام - الكتاب الأول - المصادر الإرادية - المرجع السابق - ص ٤٤٦ . وقد قضت محكمة النقض بأن " المقصود بالاستحالة التى ينقضى بها الالتزام هى الاستحالة المطلقة بطرء قوة القاهرة أو حادث جبرى لا قبل للملتزم بدفعه أو التحرز منه " نقض مدنى ١٩٥٦/٦/٢٨ س ٧ ص ٧٨٩ .

(٤) راجع فى تفاصيل ذلك د / منصور مصطفى منصور ود/ جلال محمد إبراهيم - الوجيز فى مصادر الالتزام - المرجع السابق - من ص ٣٧٠ الى ص ٣٧٥ ، د / عبد الحى حجازى - النظرية العامة للالتزام - الجزء الثانى - مصادر الالتزام - الناشر مكتبة عبد الله وهبه - عابدين مصر - بدون سنة طبع - من ص ٣٣٨ الى ص ٣٤٠ .

فإذا أثبت المدين أن الوفاء بالالتزام أصبح مستحيلا لسبب أجنبي لا يد له فيه وبالشروط السابق ذكرها فإن الالتزام ينقضى وينفسخ العقد من تلقاء نفسه بحكم القانون ، ولا يكون هناك محل لأن يطلب الدائن التنفيذ أو الفسخ ، كما لا يجوز للدائن أن يطالب المدين بالتعويض ، وإذا اقتضى الأمر الرجوع الى القضاء للتحقق من توافر السبب الأجنبي فإن عمل القاضي يقتصر على تقرير انفساخ العقد متى اثبت المدين السبب الأجنبي ويكون الحكم فى هذه الحالة مقررًا للفسخ أو كاشفا عنه لا منشئا له ^(١) .

وقد تعرض قانون التجارة لحالة القوة القاهرة فى أماكن متعددة منه ، فعلى سبيل المثال عند التعرض للأحكام العامة للنقل نصت المادة ٢١٤ على أنه لا يعتبر من القوة القاهرة فى عقود النقل الحوادث التى ترجع الى الأدوات أو الآلات التى يستعملها الناقل فى تنفيذ النقل ولو ثبت أنه اتخذ الحيطة لضمان صلاحيتها للعمل ولمنع ما تحدثه من ضرر ^(٢) ، كما تم استبعاد الحوادث التى ترجع الى وفاة تابعى الناقل فجأة أو إصابتهم بضعف بدنى أو عقلى أثناء العمل من نطاق القوة القاهرة ولو ثبت أن الناقل اتخذ الحيطة لضمان لياقتهم البدنية والعقلية ^(٣) ، وعند التعرض للأحكام الخاصة بنقل الأشياء عرضت المادة ٢٣٧ لمدى استحقاق الناقل لأجرة النقل فى حالة قوة القاهرة تحول دون البدء فى التنفيذ

(١) راجع فى تفاصيل ذلك د/ أحمد شرف الدين - نظرية الالتزام - الجزء الأول - مصادر الالتزام - الكتاب الأول - المصادر الإرادية - المرجع السابق - من ص ٤٤٥ الى ص ٤٥٠ ، د / جميل الشرقاوى - النظرية العامة للالتزام - الكتاب الثانى - أحكام الالتزام - المرجع السابق من ص ٣٦٠ الى ص ٣٦٤ .

(٢) تنص الفقرة الأولى من المادة ٢١٤ من قانون التجارة رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ على أنه :-
" لا يعتبر من القوة القاهرة فى عقود النقل انفجار وسائل النقل أو احتراقها أو خروجها عن القضبان التى تسير عليها أو تصادمها أو غير ذلك من الحوادث التى ترجع الى الأدوات أو الآلات التى يستعملها الناقل فى تنفيذ النقل ولو ثبت أنه اتخذ الحيطة لضمان صلاحيتها للعمل ولمنع ما تحدثه من ضرر " .

(٣) تنص الفقرة الثانية من المادة ٢١٤ من قانون التجارة رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ على أنه :-
" وكذلك لا يعتبر من القوة القاهرة الحوادث التى ترجع الى وفاة تابعى الناقل فجأة أو إصابتهم بضعف بدنى أو عقلى أثناء العمل ولو ثبت أن الناقل اتخذ الحيطة لضمان لياقتهم البدنية والعقلية " .

أو إكماله^(١) .

رأينا فى الموضوع

بعد استعراضنا لحالة القوة القاهرة فى مبادئ اليونيدروا واتفاقية فيينا وكذلك فى القانون المصرى يتضح لنا الأتى :-

أولا : ان هناك شبه تطابق بين مبادئ اليونيدروا واتفاقية فيينا فى أحكام القوة القاهرة ، بل أن مبادئ اليونيدروا قد اقتبست نفس المصطلح الذى استحدثته اتفاقية فيينا للتعبير عن القوة القاهرة وهو مصطلح العائق "impediment" .

ثانيا : ان هناك اختلاف بين الأثر الذى يترتب على توافر شروط العائق فى كل من مبادئ اليونيدروا واتفاقية فيينا وبين الأثر الذى يترتب على توافر شروط القوة القاهرة فى القانون المصرى . فالإعفاء الذى تقرره كل من المادة ٧-١-٧ من مبادئ اليونيدروا والمادة ٧٩ من اتفاقية فيينا هو إعفاء مقصور على التعويض وحده ، ولا شأن له بالالتزام نفسه ، فيظل الالتزام قائما لا ينقضى رغم استحالة تنفيذه ، ويجوز للدائن استعمال جميع الحقوق المقررة له ما عدا حق المطالبة بالتعويض ، فيجوز للدائن مثلا ممارسة الحق فى إنهاء العقد أو طلب فوائد على النقود مستحقة . أما الأثر الذى يترتب على القوة القاهرة فى القانون المصرى (النظرية التقليدية) فهو انقضاء الالتزام و بالتالى انقضاء الالتزامات المقابلة له وانفساخ العقد من تلقاء نفسه ، فلا يجوز للدائن أن يطالب المدين بالتعويض ، وكذلك لا يكون هناك محل لاستعمال الدائن الحقوق المقررة له كالمطالبة بالتنفيذ أو الفسخ.

(١) تنص المادة ٢٣٧ من قانون التجارة رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ على أنه :-

" ١ - إذا حالت القوة القاهرة دون البدء فى تنفيذ النقل ، فلا يستحق الناقل أية أجره .
٢ - وإذا حالت القوة القاهرة دون مواصلة النقل ، فلا يستحق الناقل إلا أجره ما تم من النقل .
٣ - وفى جميع الأحوال يجوز للناقل المطالبة بمصاريف الشحن والتفريغ وغيرها من المصاريف الضرورية " .

المبحث الثانى : مباشرة الحق فى التنفيذ

معنى الالتزام هو وجوب تقديم الأداء الملتزم به ^(١) ، أى وجوب قيام المدين بالوفاء ، والأصل أن المدين يقوم بتنفيذ التزامه عن طوعية واختيار ، أى دون الحاجة لاتخاذ الإجراءات القانونية لجبره على ذلك ، فإذا تخلف عن أداء التزامه طوعية كان للدائن أن يلجأ الى الإجراءات المقررة له لاقتضاء حقه من المدين وإجباره على أداء ما التزم به . وعندما تأمر المحكمة أحد الأطراف بالتنفيذ فإنها قد تفرض على هذا الطرف أن يدفع غرامة إذا لم يستجيب لأمر المحكمة.

وسيتم تقسيم الدراسة فى هذا المبحث الى المطالب التالية :-

المطلب الأول : المطالبة بتنفيذ الالتزام

المطلب الثانى : الغرامة القضائية

المطلب الثالث : تغيير وسيلة المعالجة

^(١) د/ جميل الشرقاوى - النظرية العامة للالتزام - الكتاب الثانى - أحكام الالتزام - المرجع السابق - ص ٢٣ .

المطلب الأول: المطالبة بتنفيذ الالتزام

قد تتعلق المطالبة بتنفيذ الالتزام ، بتنفيذ التزام نقدي (الفرع الأول) ، أو بتنفيذ التزام غير نقدي (الفرع الثاني) ، أو بإصلاح و استبدال التنفيذ المعيب (الفرع الثالث) .

الفرع الأول: تنفيذ الالتزام النقدي

تنص المادة ٧-٢-١ من مبادئ اليونيدروا على أنه :-

عندما لا يقوم الطرف الملزم بدفع مبلغ نقدي بتنفيذ ذلك ، فإن الطرف الآخر يجوز له أن يطالب بالدفع ^(١) .

تعكس هذه المادة المبدأ المقبول بشكل عام والذي يقر بأن دفع المبلغ النقدي المستحق طبقاً لالتزام تعاقدى يمكن دائماً المطالبة به ، وإذا لم يلحق الطلب موافقة ، فإنه يمكن تنفيذه عن طريق مطالبة قانونية أمام المحكمة . ويستخدم مصطلح يطالب " require " فى هذه الحالة ليغطي الطلب الموجه إلى الطرف الآخر وأيضاً التنفيذ بالقوة الجبرية لذلك عن طريق المحكمة.

وتتطبق هذه المادة بصرف النظر عن العملة التى بها يكون الدفع مستحقاً أو التى يجوز بها الدفع . وبعبارة أخرى فإن حق الدائن فى أن يطالب بالدفع يمتد أيضاً إلى حالات الدفع بعملة أجنبية ^(٢) .

وبشكل استثنائى ، فإن الحق فى المطالبة بدفع ثمن البضائع المسلمة أو الخدمات المقدمة قد يتم استبعاده ، وتكون هذه هى الحالة بوجه خاص عندما تتطلب العادة المستقرة من البائع بأن يقوم بإعادة بيع البضائع والتى لم يتم قبولها

^(١) "Where a party who is obliged to pay money does not do so, the other party may require payment".

^(٢) ومن أجل تحديد العملة التى بها يكون الالتزام النقدي مستحقاً أو التى يجوز الدفع بها ، أنظر المواد ٩-١-٦ و ١٠-١-٦ والسابق شرحهم فى المطلب الثالث من المبحث الأول من الفصل الأول وكذلك المادة ٧-٤-١٢ و التى سيتم التعرض لها لاحقاً فى المبحث الرابع من الفصل الحالى .

أو لم يتم دفع قيمتها عن طريق المشتري^(١) .

خلاصة : ونخلص من التعليقات على المادة ٧-٢-١ إلى النقاط الأساسية التالية :-

أ - تنطبق هذه المادة بصرف النظر عن العملة والتي بها يكون الدفع مستحقاً أو التي يجوز بها الدفع .

ب - هناك حالات استثنائية قد يتم فيها استبعاد الحق في المطالبة بدفع ثمن البضائع المسلمة أو الخدمات المقدمة .

الوضع في اتفاقية فيينا

يعتبر الثمن عنصراً جوهرياً في عقد البيع ، والالتزام بدفعه هو الالتزام الرئيسي الذي يتحمل به المشتري في عقد البيع^(٢) ، والوفاء بالثمن واجب على المشتري بمجرد حلول ميعاد الوفاء به دون حاجة إلى قيام البائع باتخاذ أى إجراء^(٣) ، فلا ضرورة لطلب الوفاء أو إخطار المشتري بحلول ميعاده أو اعذاره أو غير ذلك من الإجراءات التي قد تنص عليها القوانين الوطنية^(٤) .

فإذا لم يقم المشتري بالوفاء بالثمن في الميعاد المتفق عليه ، فإنه طبقاً للمادة ٦٢ من اتفاقية فيينا يجوز للبائع أن يطلب من المشتري دفع الثمن^(٥) ، فالبائع أن يطلب التنفيذ العيني سواء كان تخلف المشتري عن التنفيذ متعلقاً

^(١) وفيما يتعلق بإمكانية تطبيق العادات والتعاملات المستقرة أنظر المادة ١-٨ و السابق شرحها في المبحث الثالث من الفصل التمهيدي.

^(٢)

Plantard – " Un nouveau droit uniforme de la vente internationale: La convention des Nations Unies du 11 avril 1980" – op. cit. – p. 345

^(٣) تنص المادة ٥٩ من اتفاقية فيينا لعام ١٩٨٠ على أنه :-

" يجب على المشتري أن يدفع الثمن في التاريخ المحدد في العقد أو الذي يمكن تحديده بالرجوع إلى العقد أو أحكام هذه الاتفاقية دون حاجة إلى قيام البائع بتوجيه أى طلب أو استيفاء أى إجراء "

^(٤) د/ محسن شفيق – اتفاقية الأمم المتحدة بشأن البيع الدولي للبضائع (دراسة في قانون التجارة الدولي) – المرجع السابق – رقم ٢٧٦ ص ٢٠٠ .

^(٥) تنص المادة ٦٢ من اتفاقية فيينا لعام ١٩٨٠ على أنه :-

" يجوز للبائع أن يطلب من المشتري دفع الثمن أو استلام البضائع أو تنفيذ التزاماته الأخرى ، إلا إذا كان البائع قد استعمل حقاً يتعارض مع هذا الطلب " .

بالتزامه بالوفاء بالثمن أو بأى التزام آخر، ويتم التنفيذ العيني بالوسائل الجائزة وفقا لقانون القاضى كتوقيع الحجز على أموال المشتري أو الحكم عليه بغرامة تهديديه أو حبسه بسبب الدين^(١).

الوضع فى القانون المصرى

قررت المادة ٢٠٣ من القانون المدنى المصرى بأن المدين يجبر بعد اعداره على تنفيذ التزامه عينا متى كان ذلك ممكنا^(٢)، وإذا كان التزام المدين ينصب على دفع مبلغ من النقود للدائن، فهذا الالتزام ممكن التنفيذ عينا فى جميع الأحوال، ولكن الدائن الذى يريد اتخاذ وسائل إجبار المدين على التنفيذ العيني يلتزم باعذار المدين، أى إخطار المدين بإصراره على المطالبة بالتنفيذ ووضعه موضع التقصير بإثبات قعوده عن التنفيذ أو تأخره فيه، وبعد الاعذار يكون للدائن اتخاذ إجراءات قسر المدين على التنفيذ بتكاليف يتحمل بها هذا المدين^(٣). والتنفيذ الجبرى للالتزام بدفع مبلغ من النقود يجرى بالحجز على أموال المدين وبيعها بالمزاد العلنى وفق القواعد المقررة فى قانون المرافعات^(٤).

وقد أجازت المادة ٩٨ من قانون التجارة^(١) للبائع إذا امتنع المشتري عن دفع الثمن فى الميعاد المتفق عليه، أن يعيد بيع البضائع للغير بعد اعدار

(١) د/ محسن شفيق - اتفاقية الأمم المتحدة بشأن البيع الدولى للبضائع (دراسة فى قانون التجارة الدولى) - المرجع السابق - رقم ٢٨١ ص ٢٠٣
(٢) تنص المادة ٢٠٣ مدنى على أنه :-

" ١- يجبر المدين، بعد اعذاره طبقا للمادتين ٢١٩ و ٢٢٠ على تنفيذ التزامه تنفيذا عينيا، متى كان ذلك ممكنا .

٢- على أنه إذا كان فى التنفيذ العيني إرهاب للمدين، جاز له أن يقتصر على دفع تعويض نقدى، إذا كان ذلك لا يلحق بالدائن ضررا جسيما" .

(٣) د / جميل الشرقاوى - النظرية العامة للالتزام - الكتاب الثانى - أحكام الالتزام - المرجع السابق ص ٣٠ .

(٤) د/ أحمد شرف الدين - نظرية الالتزام - الجزء الثانى - أحكام الالتزام - المرجع السابق - ص ١٤ .

(١) تنص المادة ٩٨ من قانون التجارة رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ على أنه :-

" إذا لم يدفع الثمن فى الميعاد المتفق عليه جاز للبائع بعد اعدار المشتري أن يعيد بيع البضاعة للغير فإذا بيعت بحسن نية بثمن أقل من الثمن المتفق عليه كان من حق البائع مطالبة المشتري بالفرق . وإذا كان للبضاعة سعر معلوم فى السوق فللبائع - وإن لم يتم

المشتري، ودون حاجة الى الحصول على إذن مسبق من المحكمة^(٢)، ويكون للبائع إذا بيعت البضائع بثمن أقل من الثمن المتفق عليه أن يطالب المشتري بالفرق وذلك شريطة أن يتم البيع بحسن نية دون إهمال أو تواطؤ في البيع لتحقيق منفعة له دون وجه حق^(٣)، كما يكون للبائع حتى وإن لم يقم بإعادة البيع فعلا أن يطالب المشتري بالفرق بين الثمن المتفق عليه وسعر البضاعة في السوق في اليوم المحدد لدفع الثمن عندما يكون للبضاعة سعر معلوم في السوق .

بإعادة البيع فعلا - أن يطالب المشتري بالفرق بين الثمن المتفق عليه وسعر البضاعة في السوق في اليوم المعين لدفع الثمن ."

(٢) مجلة المحاماة - قانون التجارة والمذكرة الإيضاحية - المرجع السابق - ص ٣٩٥ .

(٣) د / سميحة القليوبى - شرح قانون التجارة المصري رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ - العقود التجارية وعمليات البنوك - المرجع السابق - ص ٣٥٧ .

الفرع الثانى: تنفيذ الالتزام غير النقدي

تنص المادة ٢-٢-٧ من مبادئ اليونيدروا على أنه :-

عندما لا يقوم بالتنفيذ الطرف الذى يكون مدينًا بالتزام يتعدى مجرد دفع نقود ، فإنه يجوز للطرف الآخر أن يطالب بالتنفيذ إلا إذا :

أ - كان التنفيذ مستحيلاً قانوناً أو فى الواقع .

ب - كان التنفيذ أو عندما ينفذ بالقوة الجبرية مرهقاً أو مكلفاً بشكل غير معقول .

ج - كان الطرف المخول له الحصول على التنفيذ يستطيع أن يحصل على التنفيذ بصورة معقولة من مصدر آخر .

د - كان التنفيذ ذو طابع شخصى بحت .

هـ - كان الطرف المخول له الحصول على التنفيذ لم يطالب بالتنفيذ خلال مدة معقولة بعد علمه أو بعد الوقت الذى كان يجب عليه أن يعلم فيه بعدم التنفيذ ^(١) .

طبقاً للمبدأ العام الخاص بالطابع الملزم للعقد (مادة ٣-١)، فإن كل طرف يحق له كقاعدة أن يطالب بتنفيذ الطرف الآخر ليس فقط للالتزامات النقدية ولكن أيضاً للالتزامات غير النقدية المفروضة على هذا الطرف . وعلى الرغم من

(١)

Where a party who owes an obligation other than one to pay money does not perform, the other party may require performance, unless :

- (a) performance is impossible in law or in fact;
- (b) performance or, where relevant, enforcement is unreasonably burdensome or expensive;
- (c) the party entitled to performance may reasonably obtain performance from another source;
- (d) performance is of an exclusively personal character; or
- (e) the party entitled to performance does not require performance within a reasonable time after it has, or ought to have, become aware of the non-performance.

أن هذا الأمر ليس محل جدل أو خلاف فى بلاد القانون المدنى (Civil Law) ، فإن نظم القانون العام (Common law) تسمح بالتنفيذ الجبرى للالتزامات غير النقدية فقط فى ظروف أو حالات خاصة ، وتتبنى المادة الحالية (٢-٢-٧) مبدأ التنفيذ العينى وفقاً لمؤهلات معينة .

وعلى خلاف الالتزام بتسليم شئ ، فإن الالتزامات التعاقدية بالقيام بعمل معين أو الامتناع عن عمل معين يمكن فى أحوال كثيرة أن يتم تنفيذها فقط عن طريق الطرف التعاقدى الآخر نفسه ، وفى مثل هذه الحالات فإن الأسلوب الوحيد للحصول على التنفيذ من طرف غير راغب فى أن ينفذ هو عن طريق التنفيذ جبراً . و طبقاً للمبادئ لا يكون التنفيذ العينى وسيلة معالجة تقديرية ، أى يعنى أنه يجب على المحكمة أن تأمر بالتنفيذ ، ما لم تنطبق إحدى الاستثناءات المنصوص عليها فى المادة الحالية ^(١) .

والاستثناءات على الحق فى المطالبة بالتنفيذ هى :-

أ - الاستحالة :

إن التنفيذ الذى يكون مستحيلاً قانوناً أو فى الواقع ، لا يمكن المطالبة به (الفقرة الفرعية أ) . ومع ذلك فإن الاستحالة لا تؤدى إلى إبطال العقد ، فقد تكون هناك وسائل معالجة أخرى متاحة للطرف المضرور ^(٢) . ورفض منح ترخيص عام مؤثر على صحة العقد والذى يكون مطلوباً وفقاً للقانون الوطنى المطبق يؤدى إلى بطلان العقد ، وبسبب هذه النتيجة فإن مشكلة إمكانية التنفيذ الجبرى للالتزام لا تنشأ ، ومع ذلك فعندما يكون الرفض يؤدى فحسب إلى استحالة التنفيذ بدون التأثير على صحة العقد (أنظر مادة ٦-١-١٧ فقرة ٢) فإن الفقرة الفرعية (أ)

(١)

ZAHRAA (M.) , GHITH (A.A.) – Specific performance in the light of the CISG, the UNIDROIT principles and Libyan law - Uniform Law Review/ Revue de droit uniforme – 7 (2002) – p.751 ets.
^(٢) راجع ما سبق شرحه فى المادة ٧-١-٧ (فقرة ٤) الخاصة بالقوة القاهرة فى المطلب الرابع من المبحث السابق .

من المادة الحالية تنطبق ولا يمكن المطالبة بالتنفيذ^(١).

ب -الإرهاق غير المعقول :

فى حالات استثنائية ، وبخاصة عندما يكون هناك تغير حاد أو عنيف فى الظروف المحيطة بعد انعقاد العقد ، فإن التنفيذ "وعلى الرغم من أنه مازال ممكناً" قد يصبح شديد الإرهاق بما يجعل المطالبة به يتعارض مع المبدأ العام الخاص بحسن النية وأمانة التعامل^(٢). وعبارة "عندما ينفذ بالقوة الجبرية" والمنصوص عليها فى الفقرة (ب) من المادة الحالية تأخذ فى الحسبان حقيقة أنه فى نظم القانون العام (Common Law) تكون المحاكم وليس الدائن هى من تشرف على تنفيذ أوامر التنفيذ العينية . وكنتيجة لذلك ، فإنه فى حالات معينة وبخاصة التى تتعلق بالتنفيذ ممتد أو طويل المدة ، فإن المحاكم فى تلك البلدان ترفض التنفيذ العينية إذا كان الإشراف سوف يفرض عبء مفرط أو غير ملائم على المحاكم .

ج -التعامل أو الصفقة البديلة :

تكون الكثير من السلع والخدمات ذات طبيعة معيارية أو قياسية ، أى يعنى أن نفس البضائع أو الخدمات تكون معروضة عن طريق عدد من الموردين. فإذا كان العقد الذى يتعلق بمثل هذه البضائع أو الخدمات القياسية لم يتم تنفيذه ، فإن غالبية العملاء لن يرغبوا فى تضییع الوقت والجهد فى انتزاع التنفيذ التعاقدى من الطرف الآخر. وعوضاً عن ذلك، فسوف يذهبون إلى داخل السوق، ويحصلون على سلع أو خدمات بديلة ويطالبون بالتعويضات عن عدم التنفيذ . وبالنظر إلى هذه الحقيقة الاقتصادية فإن الفقرة الفرعية (ج) تستبعد التنفيذ العينية

(١) راجع ما سبق شرحه فى المادة ٦-١-١٧ والخاصة بحالة رفض منح الترخيص فى المطلب الخامس من المبحث الأول من الفصل الأول .

(٢) مثال إيضاحى :

غرقت إحدى ناقلات البترول فى المياه الساحلية بسبب عاصفة شديدة ، وعلى الرغم من أنه من الممكن إخراج السفينة من قاع البحر ، فإن الشاحن لا يجوز له المطالبة بتنفيذ عقد النقل إذا كان ذلك سوف يكبد مالك السفينة مصاريف ضخمة تفوق أو تتخطى قيمة البترول .

متى كان الطرف المؤهل أو المخول له الحصول على التنفيذ يستطيع أن يحصل على التنفيذ بصورة معقولة من مصدر آخر ، وهذا الطرف يجوز له إنهاء العقد وإبرام معاملة أو صفقة بديلة^(١).

وعبارة " بصورة معقولة " والمنصوص عليها في الفقرة (ج) من المادة الحالية تشير إلى أن مجرد واقعة أن التنفيذ المماثل يمكن الحصول عليه من مصدر آخر لا يكون في حد ذاته كافياً ، مادام لا يمكن أن يتوقع من الطرف المضرور بصورة معقولة في أحوال معينة أن يلجأ إلى مورد بديل^(٢).

د -التنفيذ ذو الطابع الشخصي البحت :

عندما يكون للتنفيذ طابع شخصي بحت ، فإن التنفيذ الجبري سوف يتعارض مع الحرية الشخصية للمدين . وعلاوة على ذلك ، فإن التنفيذ بالقوة الجبرية للالتزام كثيراً ما يفسد جودته أو طبيعته . والإشراف على تنفيذ ذو طابع شخصي إلى حد كبير قد يسبب أيضاً صعوبات عملية لا تطاق أو لا تحتل ، وذلك كما ظهر من تجربة البلاد التي حملت أو أرهقت محاكمها بهذا النوع من المسؤولية . ومن أجل كل هذه الأسباب ، فإن الفقرة الفرعية (د) تستبعد التنفيذ بالقوة الجبرية للالتزام ذو طابع شخصي بحت .

ويعتمد المجال الدقيق لهذا الاستثناء بشكل أساسي على مفهوم العبارة "ذو طابع شخصي بحت"^(٣) . فهذا الاستثناء لا يطبق على الالتزامات التي تتعهد بها الشركات ولا على الأنشطة التي تكون معتادة من المحامي والجراح أو

(١) انظر مادة ٧-٤-٥ والتي سيتم شرحها لاحقاً في المطلب الثاني من المبحث الرابع .

(٢) مثال إيضاحي :

الطرف (أ) والمقيم في بلد نامية حيث الصرف الأجنبي يكون نادراً ، اشترى ماكينة من نوع قياسي من الطرف (ب) في طوكيو . وإذعاناً للعقد ، قام الطرف (أ) بدفع الثمن ومقداره - ١٠٠٠٠٠٠ دولار أمريكي (مائة ألف دولار أمريكي) قبل التسليم .
لم يقم الطرف (ب) بالتسليم . وبالرغم من أن الطرف (أ) يستطيع أن يحصل على الماكينة من مصدر آخر في اليابان ، إلا أنه سيكون من غير المعقول ، نظراً للندرة والسعر المرتفع للصرف الأجنبي في دولته ، أن يطلب من الطرف (أ) أن يسلك هذا الطريق .
لذلك يكون الطرف (أ) مؤهلاً أو مخولاً له أن يطالب الطرف (ب) بتسليم الماكينة .
(٣) و تذهب النزعة الحديثة إلى قصر هذا المفهوم على التنفيذ ذو الطابع الفريد .

المهندس والتي يمكن معالجتها أو القيام بتنفيذها عن طريق أشخاص آخرين لهم نفس التدريب والخبرة . ويعتبر التنفيذ أنه ذو طابع شخصي بحت إذا كان غير قابل للتفويض فيه وكان يتطلب مهارات شخصية خاصة ذو طبيعة فنية أو علمية أو إذا كان التنفيذ يتضمن صلة أو علاقة لها طابع سرى وشخصي^(١) . ولا تقع تنفيذ الالتزامات بالامتناع عن عمل شيء ما تحت الفقرة الفرعية (د) .

هـ- المطالبة خلال مدة معقولة :

كثيراً ما يتطلب تنفيذ التعاقد جهود و استعدادات خاصة من جانب المدين، فإذا كان وقت التنفيذ قد انقضى ولكن الدائن قد أخفق في أن يطلب التنفيذ خلال مدة معقولة ، فإن المدين يجوز أن يكون مؤهلاً أو مخولاً له افتراض أن الدائن لن يكون مصراً على التنفيذ . فإذا كان الدائن قد سمح بترك المدين في حالة من الشك فيما يتعلق بما إذا كان التنفيذ سوف يتم المطالبة به ، فعند ذلك قد ينشأ خطر من قيام الدائن بالمضاربة غير العادلة مما يحدث أذى أو ضرر بالمدين عند حدوث تطور في السوق إيجابى أو واعد . ومن أجل هذه الأسباب فإن الفقرة الفرعية "هـ" قد استبعدت الحق في التنفيذ إذا لم يتم المطالبة به خلال مدة معقولة بعد أن يكون الدائن قد علم أو بعد الوقت الذى كان يجب عليه أن يعلم فيه بعدم التنفيذ^(٢) .

(١) أمثلة إيضاحية :

١ - تعهد من قبل شركة مهندسين معماريين بتصميم شارع مكون من ١٠ (عشرة) منازل خاصة يمكن تنفيذه عيناً بسبب أن الشركة تستطيع أن تفوض أو توكل هذه المهمة إلى أحد الشركاء أو أن توظف أو تستخدم مهندساً معمارياً من خارج الشركة للقيام بتنفيذ ذلك .

٢ - وعلى النقيض ، فإن تعهد من قبل مهندس معمارى ذو شهرة عالمية بتصميم مدخل أو ردهة لمدينة جديدة يجسد صورة مدينة القرن الحادى والعشرون ، لا يمكن تنفيذه جبراً بسبب أنه ذو طابع فريد بصورة كبيرة ويستلزم ممارسة ذات مهارات خاصة جداً .

(٢) وفيما يتعلق بقاعدة مشابهة تتعلق بسقوط الحق في إنهاء العقد ، أنظر المادة ٧-٣-٢ فقرة ٢ والتي سيتم شرحها لاحقاً في المطلب الثانى من المبحث الثالث .

خلاصة : ونخلص من التعليقات على المادة ٧-٢-٢ إلى النقاط الأساسية التالية :-

أ - كقاعدة ، يحق لكل طرف أن يطالب بتنفيذ الطرف الآخر ليس فقط للالتزامات النقدية ولكن أيضاً للالتزامات غير النقدية المفروضة على هذا الطرف.

ب - هناك استثناءات على الحق في المطالبة بتنفيذ الالتزامات غير النقدية.

ج - تسمح نظم القانون العام (Common Law) بالتنفيذ الجبرى للالتزامات غير النقدية فقط في ظروف أو حالات خاصة .

د - طبقاً للمبادئ ، لا يكون التنفيذ العيني وسيلة معالجة تقديرية ، أى يعنى أنه يجب على المحكمة أن تأمر بالتنفيذ، ما لم تنطبق إحدى الاستثناءات المنصوص عليها في المادة الحالية .

الوضع في اتفاقية فيينا

أجازت اتفاقية فيينا للمشتري أن يطلب من البائع تنفيذ التزاماته وذلك في الفقرة الأولى من المادة ٤٦ من الاتفاقية ^(١) ، فالتنفيذ العيني يكون بإجبار البائع على تنفيذ التزامه كما يعينه العقد أو نصوص الاتفاقية ^(٢) ، ويشترط لكي يطالب المشتري بالتنفيذ العيني ألا يكون قد استعمل حقا يتعارض مع هذا الطلب ، كأن يكون قد فسخ العقد مثلاً فعند ذلك لا حق له في المطالبة بالتنفيذ العيني .

وعلى الرغم من أن اتفاقية فيينا قد جعلت التنفيذ العيني من الجزاءات الأساسية التي تترتب على التخلف عن تنفيذ الالتزامات التي تنشأ عن عقد البيع ، إلا أنها قررت في المادة ٢٨ منها أن المحكمة لا تكون ملزمة بإصدار حكم بالتنفيذ العيني إلا إذا كان من حقها أن تفعل ذلك بموجب قانونها بشأن عقود بيع

^(١) تنص الفقرة الأولى من المادة ٤٦ من اتفاقية فيينا لعام ١٩٨٠ على أنه :-
" يجوز للمشتري أن يطلب من البائع تنفيذ التزاماته إلا إذا كان المشتري قد استعمل حقا يتعارض مع هذا الطلب " .

^(٢) د/ محسن شفيق - اتفاقية الأمم المتحدة بشأن البيع الدولي للبضائع (دراسة في قانون التجارة الدولي) - المرجع السابق - رقم ٢٤٧ ص ١٧٤ .

مماثلة لا تخضع للاتفاقية ^(١) .

وقد ظهر خلاف بين الفقه حول المقصود بالقانون الوطنى للمحكمة فى نص المادة ٢٨ ، فهل المقصود القواعد الموضوعية فى هذا القانون ، أم قواعد التنازع التى قد تحيل الى قانون غير قانون المحكمة ، ونؤيد ما ذهب إليه بعض الفقه من أن الرأى المفضل هو أن الإشارة هنا الى القواعد الموضوعية فى قانون المحكمة ^(٢) .

رأينا فى الموضوع

نرى أن هناك اختلاف رئيسى بين اتفاقية فيينا ومبادئ اليونيدروا فى موضوع التنفيذ العينى للالتزام غير النقدى ، ويتمثل هذا الاختلاف فيما سبق أن ذكرناه من أن المادة ٢٨ من الاتفاقية قررت أن " المحكمة غير ملزمة بإصدار حكم بالتنفيذ العينى إلا إذا كان بوسعها أن تقوم بذلك بمقتضى قانونها فيما يتعلق بعقود بيع مماثلة لا تشملها هذه الاتفاقية " ، أما وفقا للمبادئ فإن التنفيذ العينى لا يعتبر وسيلة معالجة تقديرية فيجب على المحكمة أن تأمر بالتنفيذ عندما لا توجد إحدى الاستثناءات المنصوص عليها فى المادة ٧-٢-٢ من المبادئ .

الوضع فى القانون المصرى

التنفيذ العينى فى التشريع المصرى هو الأصل ، بمعنى أنه لا يستطيع المدين أن يجبر الدائن على قبول التنفيذ بمقابل ما دام التنفيذ العينى ممكنا وجائزا (أى تتوافر شروطه) ، ولا يحق للدائن أن يطالب المدين ابتداء بالتعويض (التنفيذ بمقابل) ما دام المدين مستعدا للقيام بالتنفيذ العينى أى انه ليس للدائن أن

(١) تنص المادة ٢٨ من اتفاقية فيينا لعام ١٩٨٠ على أنه :-

" إذا كان من حق أحد الطرفين ، بمقتضى أحكام هذه الاتفاقية ، أن يطلب من الطرف الآخر تنفيذ التزام ما فإن المحكمة غير ملزمة بإصدار حكم بالتنفيذ العينى إلا إذا كان بوسعها أن تقوم بذلك بمقتضى قانونها فيما يتعلق بعقود بيع مماثلة لا تشملها هذه الاتفاقية " .
(٢) راجع هذا الرأى وأسبابه فى د/ محسن شفيق - اتفاقية الأمم المتحدة بشأن البيع الدولى للبضائع (دراسة فى قانون التجارة الدولى) - المرجع السابق - رقم ١٨٣ ص ١٢٨ .

يحدد عن طلب التنفيذ العيني الى طلب التعويض ما دام التنفيذ العيني ممكنا^(١)، ذلك أن التنفيذ بطريق التعويض صورة احتياطية للتنفيذ لا يجوز اللجوء إليها إلا عند تعذر تنفيذ الالتزام تنفيذًا عينيًا ، ولكن إذا اقتصر الدائن على المطالبة بالتعويض دون التنفيذ العيني ولم يعرض المدين التنفيذ العيني وجب على القاضى الحكم بالتعويض^(٢) .

وإذا امتنع المدين عن التنفيذ العيني لالتزامه اختيارا ، ووفقا للطريقة المحددة للوفاء بالتزامه ، وأصر الدائن على مطالبته بالتنفيذ العيني ، يجب فى هذه الحالة أن تتخذ إجراءات إجبار المدين على هذا التنفيذ . ويضع القانون لحق الدائن فى إلزام المدين بالتنفيذ العيني وقسره عليه شروطا، كما تختلف كيفية التنفيذ العيني للالتزام باختلاف محل الالتزام أو موضوعه فهو قد يكون التزاما بنقل حق عيني أو التزاما بعمل أو امتناعا عن عمل .

هذا وقد نص المشرع المصرى على أحكام التنفيذ العيني وذلك فى المواد من ٢٠٣ الى ٢١٤ من القانون المدنى، وسنقتصر على التعرض للمادة ٢٠٣ مدنى والتي تتضمن المبدأ الأساسى فى التنفيذ العيني^(٣) . ويستخلص من نص المادة ٢٠٣ مدنى أنه يشترط لجبر المدين على تنفيذ التزامه عينا عدة شروط هي:-

أ- إغذار المدين

يجب على الدائن أن يعذر المدين بتنفيذ التزامه عينا قبل أن يطلب ذلك

(١) فإذا لجأ الدائن الى طلب التعويض وعرض المدين القيام بتنفيذ التزامه عينا متى كان ذلك ممكنا فلا يجوز للدائن أن يرفض هذا العرض ، وبررت محكمة النقض ذلك بأن التعويض ليس التزاما تخييريا أو التزاما بدليا بجانب التنفيذ العيني : نقض مدنى ١٩٧٩/٦/٢٠ الطعن ٣٦٤ لسنة ٤٦ ق . راجع د/ أحمد شرف الدين - نظرية الالتزام - الجزء الثانى - أحكام الالتزام - المرجع السابق - ص ١٠ .

(٢) د / جلال محمد إبراهيم - أحكام الالتزام - المرجع السابق - ص ٣٩ .

(٣) تنص المادة ٢٠٣ من القانون المدنى المصرى على أنه :-
" ١- يجبر المدين ، بعد اعذاره طبقا للمادتين ٢١٩ و ٢٢٠ على تنفيذ التزامه تنفيذًا عينيًا ، متى كان ذلك ممكنا .

٢- على أنه إذا كان فى التنفيذ العيني إرهاب للمدين ، جاز له أن يقتصر على دفع تعويض نقدى ، إذا كان ذلك لا يلحق بالدائن ضررا جسيما " .

من القضاء ، ومعنى إعدار المدين دعوته رسميا الى الوفاء بالتزامه اختيارا ، ويكون الاعذار بطريق الإنذار أو بما يقوم مقامه ، وهناك حالات لا مجال فيها للاعذار وهى الحالات التى يتحقق فيها التنفيذ العيني بحكم القانون ^(١) ، وقد نظم القانون الاعذار فى المادتين ٢١٩ و ٢٢٠ مدنى وهو إجراء لازم لاعتبار المدين مقصرا فى التنفيذ ^(٢) .

ب- أن يكون التنفيذ العيني ممكنا

فإذا استحال تنفيذ الالتزام عينا فليس من المتصور أن يكون للدائن مطالبة المدين بتنفيذه ، إذ لا تكليف بمستحيل ، ولا يقبل طلب التنفيذ العيني ، سواء كانت استحالة التنفيذ بفعل المدين أو راجعة الى سبب أجنبي ، ويقتصر حق الدائن فى الحالة الأولى على المطالبة بالتعويض أما فى الحالة الثانية فإن الالتزام ينقضى فلا ينفذ لا عينا ولا بطريق التعويض ^(٣) .

ج- ألا يكون فى التنفيذ العيني إرهاب للمدين

فإذا لم يكن التنفيذ العيني مستحيلا وإنما كان ممكنا ولكن فيه إرهاب للمدين ، عندئذ يقتصر المدين على دفع تعويض نقدي ، ويجب ألا يصاب الدائن بضرر جسيم بسبب العدول عن التنفيذ العيني الى التعويض ، فإذا كان العدول عن التنفيذ العيني يصيب الدائن بضرر جسيم ولو كان التنفيذ العيني مرهقا للمدين

^(١) د/ أحمد شرف الدين - نظرية الالتزام - الجزء الثانى - أحكام الالتزام - المرجع السابق - ص ١٢ و ١٣ ، د / جلال محمد إبراهيم - أحكام الالتزام - المرجع السابق - ص ٤١ .
^(٢) د/ فتحى عبد الرحيم عبد الله - الوجيز فى النظرية العامة للالتزامات - الكتاب الثانى - أحكام الالتزام - مكتبة الجلاء الجديدة - المنصورة - ١٩٨٩ - ص ٢٨ ، د / جميل الشرفاوى - النظرية العامة للالتزام - الكتاب الثانى - أحكام الالتزام - المرجع السابق - ص ٢٠ .

^(٣) راجع فى تفاصيل ذلك د/ أحمد شرف الدين - نظرية الالتزام - الجزء الثانى - أحكام الالتزام - المرجع السابق - ص ١٥ و ١٦ ، د / جميل الشرفاوى - النظرية العامة للالتزام - الكتاب الثانى - أحكام الالتزام - المرجع السابق - ص ٢٧ و ٢٨ ، د / جلال محمد إبراهيم - أحكام الالتزام - المرجع السابق - ص ٤٠ و ٤١ .

فإنه يجب الرجوع الى الأصل وهو التنفيذ العيني دون التعويض^(١).

د - أن يتقدم الدائن بطلب التنفيذ العيني أو يتقدم به المدين

فإذا لم يطلب الدائن التنفيذ العيني ولم يعرضه المدين فإن القاضى يحكم بالتعويض ، إذ يعتبر هنا أن الطرفان قد اتفقا ضمنا على قبول التعويض واستبداله بالتنفيذ العيني .

وإذا كان التنفيذ العيني للالتزام يستلزم تدخل المدين شخصيا للوفاء به ، ولم يكن التنفيذ العيني لهذا الالتزام مستحيلا أو مرهقا للمدين ولكنه يصر على عدم تنفيذه لالتزامه ، فمع ذلك لا يتصور الجبر على هذا التنفيذ بقسر هذا المدين على القيام بالأعمال اللازمة لتنفيذ التزامه ، حيث أن جبر المدين فى هذه الحالة على التنفيذ العيني يعتبر فيه مساس بحريته الشخصية و بالتالى يقتصر حق الدائن على طلب التعويض ، لأن فى جبر المدين على القيام بالعمل مصادرة لحريته الشخصية كما أنه سيكون غير منتج لأن طبيعة هذه الأعمال تقتضى أن يكون أداؤها اختيارا ، ويمكن اللجوء الى وسيلة غير مباشرة لحث المدين على الوفاء بالتزامه وهى الغرامة التهديدية على أمواله فإذا لم تفلح هذه الوسيلة فى حمل المدين على التنفيذ العيني فلا يكون أمام الدائن إلا طلب التعويض أى التنفيذ بمقابل^(٢) .

(١) وقد قضت محكمة النقض بأن " التنفيذ العيني هو الأصل والعدول عنه الى التعويض النقدي رخصة لقاضى الموضوع يتعاطها كلما رأى فى التنفيذ العيني إرهاقا للمدين بشرط ألا يحقق ذلك ضررا جسيما للدائن ، وإذن فمتى كانت المحكمة قد رأت أن عدم التنفيذ العيني من شأنه أن يضر بالدائن ضررا جسيما فإنه لا تثريب عليها إذا هى أعملت حقا أصيلا لهذا الدائن وقضت بالتنفيذ العيني ولا شأن لمحكمة النقض فى التعقيب عليها فى ذلك " . نقض ١٤/٤/١٩٥٥ س ١٦ ص ٩٦٩ . راجع د/ أحمد شرف الدين - نظرية الالتزام - الجزء الثانى - أحكام الالتزام - المرجع السابق - هامش ص ١٧ .

(٢) د / جميل الشرقاوى - النظرية العامة للالتزام - الكتاب الثانى - أحكام الالتزام - المرجع السابق - ص ٣٨ ، د/ أحمد شرف الدين - نظرية الالتزام - الجزء الثانى - أحكام الالتزام - المرجع السابق - هامش ص ١٨ و ١٩ ، د / إسماعيل غانم - فى النظرية العامة للالتزام - أحكام الالتزام والإثبات - المرجع السابق - ص ١٤ .

أما إذا كان التنفيذ العيني لالتزام بعمل لا يقتضى تدخل المدين بشخصه فى تنفيذه (كبناء منزل) ، فطبقا للمادة ٢٠٩ مدنى ^(١) يجوز للدائن أن يلجأ الى القضاء ليطلب منه الإذن بتنفيذ الالتزام عن طريق الغير على حساب المدين وذلك بشرط أن يكون هذا التنفيذ ممكنا ، كما يجوز للدائن فى حالة الاستعجال أن ينفذ الالتزام على نفقة المدين دون ترخيص من القضاء .

(١) تنص المادة ٢٠٩ من القانون المدنى المصرى على أنه :-
" ١- فى الالتزام بعمل ، إذا لم يقم المدين بتنفيذ التزامه ، جاز للدائن أن يطلب ترخيصا من القضاء فى تنفيذ الالتزام على نفقة المدين إذا كان هذا التنفيذ ممكنا .
٢- ويجوز فى حالة الاستعجال أن ينفذ الدائن الالتزام على نفقة المدين دون ترخيص من القضاء " .

الفرع الثالث: إصلاح واستبدال التنفيذ المعيب

تنص المادة ٧-٢-٣ من مبادئ اليونيدروا على أن :-

يشمل الحق في التنفيذ في حالات ملائمة الحق في طلب الإصلاح و الاستبدال أو معالجة أخرى للتنفيذ المعيب، وتنطبق وفقاً لذلك أحكام المواد ٧-٢-١ و ٧-٢-٢^(١).

تطبق هذه المادة المبادئ العامة للمواد ٧-٢-١ و ٧-٢-٢ على حالة خاصة لعدم التنفيذ ، ومع ذلك فهي متكررة الحدوث كثيراً ، أى التنفيذ المعيب . ولقصد التوضيح فإن المادة حددت أن الحق في المطالبة بالتنفيذ يتضمن حق الطرف الذي استلم تنفيذ معيب في أن يطلب معالجة هذا العيب .

وطبقاً للمبادئ يشير التصحيح إلى حق كل من الطرف المخل بالتنفيذ في تصحيح تنفيذه^(٢) وكذلك حق الطرف المضروب في أن يطلب مثل هذا التصحيح من قبل الطرف المخل بالتنفيذ ، وتتعامل المادة الحالية مع الحق الأخير .

وتشير المادة الحالية صراحة إلى مثالين محددين للمعالجة ، أى الإصلاح والاستبدال . وإصلاح السلع المعيبة (أو استيفاء خدمة ناقصة) تكون الحالة الأكثر شيوعاً وكذلك استبدال التنفيذ المعيب يكون أيضاً متكرر الحدوث ، والحق في طلب الإصلاح أو الاستبدال قد يوجد أيضاً فيما يتعلق بالدفع النقدي^(٣) . وبصرف النظر عن الإصلاح و الاستبدال فإنه توجد أشكال أخرى للمعالجة ، مثل إزالة حقوق الغير من على البضائع أو الحصول على ترخيص عام ضروري.

(١)

" The right to performance includes in appropriate cases the right to require repair, replacement, or other cure of defective performance. The provisions of Articles 7.2.1 and 7.2.2 apply accordingly" .

(٢) أنظر ما سبق شرحه على المادة ٧-١-٤ و الخاصة بالتصحيح من الطرف المخل بالتنفيذ في المطلب الثاني من المبحث الأول من الفصل الحالي .

(٣) ومثال ذلك في حالة سداد ناقص أو دفع بعملة مخالفة للعملة التي يجب الدفع بها أو الدفع إلى حساب يختلف عن الذي اتفق الأطراف عليه .

ويخضع الحق فى المطالبة بمعالجة التنفيذ المعيب إلى نفس القيود مثل الحق فى التنفيذ بشكل عام ، فمعظم الاستثناءات على الحق فى طلب التنفيذ والتي تم النص عليها فى المادة ٢-٢-٧ تنطبق بسهولة على الأشكال المختلفة لمعالجة التنفيذ المعيب . وفقط تطبيق الفقرة الفرعية (ب) من المادة ٢-٢-٧ يتطلب تعليق خاص ، ففى كثير من الحالات المتضمنة لعيوب تعتبر صغيرة وغير هامة ، فإن كل من الاستبدال والإصلاح قد يستلزم "مصاريف وجهود غير معقولة" ولذلك يتم استبعادهم^(١).

خلاصة : ونخلص من التعليقات على المادة ٣-٢-٧ إلى النقاط الأساسية التالية :-

أ - قد يوجد أيضاً الحق فى طلب الإصلاح أو الاستبدال فيما يتعلق بالدفع النقدي.

ب - يخضع الحق فى المطالبة بمعالجة التنفيذ المعيب إلى نفس القيود مثل الحق فى التنفيذ بشكل عام ، فمعظم الاستثناءات على الحق فى طلب التنفيذ والتي تم النص عليها فى المادة ٢-٢-٧ تنطبق بسهولة على الأشكال المختلفة لمعالجة التنفيذ المعيب .

الوضع فى اتفاقية فيينا

أجازت اتفاقية فيينا للمشتري فى حالة عدم مطابقة البضائع للعقد أن يحصل على التنفيذ العيني عن طريق مطالبة البائع بتسليم بضائع بديله أو إصلاح العيب فى المطابقة ولكن بشروط معينه .

فطبقاً للفقرة الثانية من المادة ٤٦ من الاتفاقية^(١) يجوز للمشتري أن يطلب من البائع استبدال البضائع غير المطابقة للعقد ، ولكن يشترط أن يكون

^(١) مثال إيضاحي :

تم بيع سيارة جديدة بها عيب صغير فى الدهان والذى يخفض من قيمة السيارة بنسبة ٠,١ % من ثمن الشراء ، وإصلاح الدهان سوف يكلف ٥ % من ثمن الشراء .
يتم استبعاد المطالبة بالإصلاح ولكن المشتري يحق له أن يطلب تخفيض فى ثمن الشراء .
^(١) تنص الفقرة الثانية من المادة ٤٦ من اتفاقية فيينا لعام ١٩٨٠ على أنه :-

العيب فى المطابقة يشكل مخالفة جوهرية للعقد ، لأن الاستبدال يستلزم إرسال بضاعة مطابقة للمشتري وإعادة البضاعة غير المطابقة للبائع وهو أمر يقتضى نفقات على البائع تفوق فى العادة المنفعة التى يحصل عليها المشتري من الاستبدال عندما تكون المخالفة غير جوهرية ^(٢) ، كما يشترط أيضا أن يطلب المشتري الاستبدال فى الوقت الذى يخطر فيه البائع بعدم المطابقة أو فى ميعاد معقول من وقت هذا الإخطار .

وطبقا للفقرة الثالثة من المادة ٤٦ من الاتفاقية ^(٣) يجوز للمشتري أن يطلب من البائع إصلاح العيب فى المطابقة ، ولا يشترط فى هذه الحالة أن يشكل العيب فى المطابقة مخالفة جوهرية ، ولكن يشترط ألا يكون الإصلاح يشكل عبئا غير معقول على البائع ^(٤) ، ومن أمثلة هذا العبء أن يقتضى الإصلاح إرسال أخصائيين من دولة البائع الى دولة المشتري بينما يستطيع المشتري الاستعانة بخبراء من دولته يقومون بنفس العمل وبنفقات أقل ^(١) ، كما يشترط أيضا أن يطلب المشتري الإصلاح فى وقت الإخطار بوجود العيب فى المطابقة أو فى ميعاد معقول من وقت هذا الإخطار .

" لا يجوز للمشتري فى حالة عدم مطابقة البضائع للعقد أن يطلب من البائع تسليم بضائع بديلة إلا إذا كان العيب فى المطابقة يشكل مخالفة جوهرية للعقد وطلب المشتري تسليم البضائع البديلة فى الوقت الذى يخطر فيه البائع بعدم المطابقة وفقا لأحكام المادة ٣٩ أو فى ميعاد معقول من وقت هذا الإخطار " .

^(٢) د/ محسن شفيق - اتفاقية الأمم المتحدة بشأن البيع الدولى للبضائع (دراسة فى قانون التجارة الدولى) - المرجع السابق - رقم ٢٤٨ ص ١٧٥ .

^(٣) تنص الفقرة الثالثة من المادة ٤٦ من اتفاقية فيينا لعام ١٩٨٠ على أنه :-

" يجوز للمشتري فى حالة عدم مطابقة البضائع للعقد أن يطلب من البائع إصلاح العيب فى المطابقة إلا إذا كان هذا الإصلاح يشكل عبئا غير معقول على البائع مع مراعاة جميع ظروف الحال . ويجب طلب الإصلاح إما فى وقت الإخطار بوجود العيب فى المطابقة وفقا للمادة ٣٩ وإما فى ميعاد معقول من وقت هذا الإخطار " .

^(٤) ويصعب وضع تحديد للعبء غير المعقول لأنه سوف يختلف من حالة الى أخرى بحسب ظروف الحال .

Enderlein, Maskow – United Nations Convention on contracts for the International Sale of Goods – op. cit. – p. 187.

^(١) د/ محسن شفيق - اتفاقية الأمم المتحدة بشأن البيع الدولى للبضائع (دراسة فى قانون التجارة الدولى) - المرجع السابق - رقم ٢٤٨ ص ١٧٦ .

رأينا فى الموضوع

تعتبر أحكام الإصلاح والاستبدال فى المادة ٧-٢-٣ من مبادئ اليونيدروا والمادة ٤٦ من اتفاقية فيينا أحد مظاهر مراعاة كل من المبادئ والاتفاقية لاعتبارات التجارة الدولية والحفاظ على العقد والعمل على تجنب فسخه كلما كان ذلك ممكنا ، فالمبادئ والاتفاقية ينظران الى العقد الدولى باعتباره علاقة تقوم على التعاون وبحسن نية بين الطرفين لكى يحصل كل منهما على ما يبتغيه من العقد وذلك دون إضرار بمصالح الطرف الآخر .

المطلب الثاني: الغرامة القضائية

تنص المادة ٧-٢-٤ من مبادئ اليونيدروا على أنه :-

- (١) عندما تأمر المحكمة أحد الأطراف بالتنفيذ ، فإنه يجوز لها أيضاً أن تفرض على هذا الطرف دفع غرامة إذا لم يمتثل أو يذعن لأمر المحكمة .
- (٢) يجب أن تدفع الغرامة للطرف المضرور ما لم تنص الأحكام الإلزامية لقانون المحكمة على غير ذلك . ولا يمنع دفع الغرامة للطرف المضرور أية مطالبة بالتعويض ^(١) .

أظهرت التجارب في بعض الأنظمة القانونية أن التهديد بعقوبة مفروضة قضائياً عند عدم طاعة التنفيذ هو أكثر الوسائل تأثيراً لضمان الإذعان أو الطاعة لأمر القضاء بتنفيذ الالتزامات العقدية . وعلى العكس من ذلك ، فإن أنظمة قانونية أخرى لا تنص على أو تقرر مثل هذه الجزاءات بسبب أنها تعتبر انتهاكا غير مقبول للحرية الشخصية . وتأخذ المادة الحالية موقفاً وسطاً عن طريق النص على الغرامات المالية فقط دون غيرها من أشكال العقوبات الأخرى ، لتطبق على كل صور أوامر التنفيذ ويشمل ذلك أوامر دفع مبالغ نقدية .

واستخدام مصطلح "يجوز" في الفقرة ١ من هذه المادة يجعل من الواضح أن فرض الغرامة هو أمر تقديري للمحكمة . ويعتمد استعمالها على نوع الالتزام الذي يجب تنفيذه . ففي حالة الأحكام المتعلقة بدفع مبالغ نقدية ، فإن الغرامة يجب أن يتم فرضها فقط في أحوال استثنائية ، وبشكل خاص عندما يكون الدفع العاجل جوهرياً للطرف المضرور ، ويكون مثل ذلك صحيحاً للالتزامات بتسليم البضائع ، فالالتزامات بدفع النقود أو تسليم البضائع يمكن في العادة أن يتم

(١)

- (1) Where the court orders a party to perform, it may also direct that this party pay a penalty if it does not comply with the order.
- (2) The penalty shall be paid to the aggrieved party unless mandatory provisions of the law of the forum provide otherwise. Payment of the penalty to the aggrieved party does not exclude any claim for damages.

فرض تنفيذها بسهولة وذلك عن طريق وسائل معتادة أو مألوفة للتنفيذ^(١). وعلى النقيض من ذلك ، ففي حالة الالتزامات بالقيام بعمل ما أو الامتناع عن القيام بعمل ما ، والتي هي علاوة على ذلك لا يمكن بسهولة أن يتم تنفيذها بواسطة الغير ، فإن فرض التنفيذ عن طريق الغرامات القضائية يعتبر في كثير من الأحوال الحل الأكثر ملائمة .

وتختلف الأنظمة القانونية فيما يتعلق بمسألة ما إذا كانت الغرامات القضائية يتعين دفعها إلى الطرف المضرور أو إلى الدولة أو لكليهما معا . وتنظر بعض الأنظمة إلى الدفع للطرف المضرور وكأنه يشكل كسبا مفاجئا غير مبرر و يتعارض مع النظام العام . وعلى الرغم من رفض المادة الحالية لوجهه النظر هذه الأخيرة و الإشارة إلى الطرف المضرور باعتباره المستفيد من الغرامة ، فإن الجملة الأولى من الفقرة ٢ من هذه المادة تشير بصورة صريحة إلى إمكانية ألا تسمح الأحكام الإلزامية لقانون المحكمة بمثل هذا الحل^(٢) .

وتجعل الجملة الثانية من الفقرة رقم ٢ من الواضح أن الغرامة القضائية التي تدفع إلى الطرف المضرور لا تؤثر على مطالبته بالتعويضات ، فدفع الغرامة ينظر إليه على أنه تعويض للطرف المضرور عن تلك الخسائر والتي لا يمكن أخذها في الحسبان طبقاً للقواعد المعتادة لاقتضاء التعويضات^(٣) .

وعلاوة على ذلك ، فإن الغرامات القضائية يجب أن يتم تمييزها عن التعويض الاتفاقي (الشرط الجزائي) عن عدم التنفيذ^(٤) ، وذلك على الرغم من أن الشرط الجزائي يؤدي وظيفة مشابهة للتي تؤديها الغرامة القضائية . فإذا اعتبرت المحكمة أن الشرط التعاقدى بدفع مبلغ من النقود في حالة عدم التنفيذ يعد حافزا كافيا للتنفيذ ، فقد ترفض المحكمة أن تفرض غرامة قضائية .

(١) فالتنفيذ الجبري للالتزام بدفع مبلغ من النقود يجرى عادة بالحجز على أموال المدين .

(٢) وبالتالي تشير إلى إمكانية وجود مستفيدين آخرين للغرامات القضائية .

(٣) وعلاوة على ذلك ، فإنه نظراً لأن الدفع للتعويضات من المألوف أن يحدث فعلياً متأخراً عن دفع الغرامة القضائية ، فإن المحاكم قد تكون قادرة إلى درجة ما عند تقدير التعويضات ، أن تأخذ دفع الغرامة في حسابها .

(٤) والذي سيتم التعرض له لاحقاً في المادة ٧-٤-١٣ في المبحث الرابع من الفصل الحالي .

وقد تفرض الغرامة القضائية فى شكل دفع مبلغ قطعى (اجمالى) أو دفع على أقساط ، ويحكم الإجراءات المتعلقة بفرض الغرامة القضائية قانون المحكمة .

ونظراً لأنه طبقاً للمادة ١٠-١ (تعريفات) فإن عبارة " المحكمة" تتضمن هيئة التحكيم ، فإنه ينشأ التساؤل حول ما إذا كان من الجائز أن يسمح للمحكّمين أيضاً بفرض غرامة . ورغم أن غالبية الأنظمة القانونية يبدو أنها تنكر مثل هذه السلطة للمحكّمين ، إلا أن بعض التشريعات الحديثة وتطبيقات المحاكم الأخيرة قد أقرت ذلك . وهذا الحل والذى ينسجم مع تزايد الدور الهام للتحكيم كوسيلة بديلة لحل النزاع، وبشكل خاص فى التجارة الدولية، قد أقرته المبادئ^(١) .

خلاصة : ونخلص من التعليقات على المادة ٧-٢-٤ إلى النقاط الأساسية التالية :-

أ - إن فرض الغرامة هو أمر تقديرى للمحكمة ، واستعمالها يعتمد على نوع الالتزام الذى يجب تنفيذه .

ب - تختلف الأنظمة القانونية فيما يتعلق بمسألة ما إذا كانت الغرامات القضائية يتعين دفعها إلى الطرف المضرور أو إلى الدولة أو لكليهما معا .

ج - يجب أن يتم تمييز الغرامات القضائية عن التعويض الاتفاقى (الشرط الجزائى) عن عدم التنفيذ .

د - قد تفرض الغرامة القضائية فى شكل دفع مبلغ قطعى (اجمالى) أو دفع على أقساط .

هـ - تقر المبادئ أنه يجوز أن يسمح للمحكّمين أيضاً بفرض غرامة .

^(١) ونظراً لأن تنفيذ الغرامة المفروضة عن طريق المحكّمين يمكن فقط أن يتم بواسطة أو بمساعدة المحكمة ، فإنه يكون هناك رقابة ملائمة متاحة لمنع أى إساءة استعمال محتملة لسلطة المحكّمين . ويجب أن يتم لفت الانتباه إلى مشاكل الاعتراف والتنفيذ بالقوة الجبرية للأحكام القضائية وأحكام التحكيم التى تفرض غرامات فى بلاد غير بلد المحكمة ، وقد توجد أحيانا قواعد خاصة فى هذا الشأن فى القانون الوطنى وإلى حد ما فى نطاق المعاهدات الدولية .

الوضع فى اتفاقية فيينا

لم تضع اتفاقية فيينا نصا يبين شروط وأثر الحكم بالغرامة القضائية ، ونرى انه يتم الرجوع فى شأن ذلك الى القانون الوطنى الواجب التطبيق .

الوضع فى القانون المصرى

نص القانون المدنى الحالى على وسيلة التهديد المالى أو الغرامة القضائية وذلك فى المواد ٢١٣ و ٢١٤ مدنى^(١) ، والتي هى وسيلة غير مباشرة لحمل المدين على التنفيذ العينى لالتزامه^(٢) ، وتتمثل فى دفع مبلغ من المال يحكم القاضى بإلزام المدين بأدائه عن كل فترة زمنية معينة (كيوم أو أسبوع أو شهر) يتمتع فيها عن تنفيذ التزامه عينا بعد صدور الحكم بإلزامه بهذا التنفيذ^(٣).

ويشترط وفقا للفقرة الأولى من المادة ٢١٣ مدنى لإمكان الحكم بالغرامة التهديدية وجوب توافر شرطين أساسيين وهما :-

(١) تنص المادة ٢١٣ من القانون المدنى المصرى على أنه :-

" ١- إذا كان تنفيذ الالتزام عينا غير ممكن أو غير ملائم إلا إذا قام به المدين نفسه ، جاز للدائن أن يحصل على حكم بإلزام المدين بهذا التنفيذ وبدفع غرامة تهديدية إن امتنع عن ذلك .

٢- وإذا رأى القاضى أن مقدار الغرامة ليس كافيا لإكراه المدين الممتنع عن التنفيذ جاز له أن يزيد فى الغرامة كلما رأى داعيا للزيادة " .
كما تنص المادة ٢١٤ مدنى على أنه :-

" إذا تم التنفيذ العينى أو أصر المدين على رفض التنفيذ ، حدد القاضى مقدار التعويض الذى يلزم به المدين ، مراعى فى ذلك الضرر الذى أصاب الدائن والعنت الذى بدا من المدين " .

(٢) يراعى أن نظام الغرامة التهديدية نظام مدنى خالص فى حين أن مصطلح الغرامة له مدلول محدد فى قانون العقوبات باعتبارها عقوبة جنائية ، وربما أثار هذا التشابه فى الأسماء لبسا يمكن تفاديه حالة استخدام مصطلح التهديد المالى . راجع د/ أحمد شرف الدين - نظرية الالتزام - الجزء الثانى - أحكام الالتزام - المرجع السابق - هامش ص ٢٧ .

(٣) وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدي بشأن المادة ٢١٣ مدنى :

وتسرى قواعد الغرامات التهديدية على كل التزام بعمل أو بامتناع عن عمل أيا كان مصدره متى كان الوفاء به عينا لا يزال فى حدود الإمكان وكان هذا الوفاء يقتضى تدخل المدين نفسه . والغرامة التهديدية هى مبلغ من المال يقضى بإلزام المدين بأدائه عن كل يوم أو أسبوع أو شهر أو أى فترة معينة من الزمن أو عند كل إخلال يرد على الالتزام ، ويقصد بهذه الغرامة التغلب على ممانعة المدين المتخلف (الأعمال التحضيرية ج ٢ ص ٥٤٠) .

الشرط الأول : أن يكون التنفيذ العيني للالتزام لا يزال ممكنا

وهذا شرط بديهي ، فالغرض من اللجوء الى الغرامة التهديدية هو حمل المدين على تنفيذ التزامه ، وهو ما يفترض أن التنفيذ العيني لهذا الالتزام لا يزال ممكنا ، أما إذا كان التنفيذ العيني مستحيلا سواء بفعل المدين أو بسبب أجنبي فإنه يمتنع الحكم بالغرامة التهديدية ، فمثلا لا يجوز اللجوء الى الغرامة التهديدية لإجبار مغنى على الغناء فى حفلة فات ميعادها أو لإجبار مقاول على إقامة بناء لمعرض انقضى زمنه ^(١) ، كما لا يجوز اللجوء الى الغرامة التهديدية إذا لم يكن هناك التزام أصلا (أو كان هناك التزام وانقضى بالتقادم مثلا) ومن أمثلة ذلك عدم جواز الحكم بالغرامة لحمل المدين على الحضور أمام المحكمة لأن حضوره ليس إلزاما عليه ^(٢) .

الشرط الثانى : أن يكون تدخل المدين شخصا ضروريا للتنفيذ العيني

أى أن يكون تنفيذ الالتزام عينا غير ممكن أو غير ملائم إلا إذا قام به المدين بنفسه ، فهذه الطبيعة الخاصة لهذا الالتزام هى التى تستوجب الضغط على المدين لكى يقوم شخصا بتنفيذه ، وعلى ذلك فإن الالتجاء الى الغرامة التهديدية يقتصر على الحالات التى يكون فيها محل الالتزام عمل من الضرورى أن يقوم المدين بنفسه بالتنفيذ العيني له مثل الالتزام بعمل فنى كالغناء أو التمثيل والالتزام الطبيب بإجراء عملية جراحية يشتهر بها ، وكذلك إذا كان محل الالتزام امتناعا عن عمل معين مرتبط بشخص المدين كتعهد ممثل بعدم العمل فى فرقة مسرحية أخرى فإنه يمكن الالتجاء الى الغرامة التهديدية لحمل المدين على عدم القيام بالعمل المحظور فى المستقبل . أما عندما يكون التنفيذ العيني ممكنا أو ملائما بدون تدخل المدين الشخصى فعند ذلك لا يجوز الالتجاء الى الغرامة التهديدية لكونها طريقا غير مباشر للتنفيذ بل يلزم سلوك طريق التنفيذ المباشر ^(٣) ، فعلى

(١) د / جلال محمد إبراهيم - أحكام الالتزام - المرجع السابق - ص ٥٢ .
(٢) د/ أحمد شرف الدين - نظرية الالتزام - الجزء الثانى - أحكام الالتزام - المرجع السابق - هامش ص ٢٩ ، د / جلال محمد إبراهيم - أحكام الالتزام - المرجع السابق - ص ٥٢ .
(٣) د / محمد شتا أبو سعد - المشكلات العملية فى التنفيذ العيني للالتزام والغرامة التهديدية والإكراه البدنى - منشأة المعارف بالإسكندرية - بدون سنة طبع - ص ٢٤٦ .

سبيل المثال إذا كان محل الالتزام مبلغا من النقود فلا حاجة في تنفيذه الى غرامة تهديدية لأن تنفيذه عينا ممكن دائما دون تدخل المدين وذلك عن طريق الحجز على أمواله ، وكذلك إذا كان موضوع الالتزام عمل يمكن تنفيذه بمعرفة الدائن أو الغير على نفقة المدين فلا يجوز اللجوء الى الغرامة التهديدية حيث أن تنفيذه عينا يكون باستصدار ترخيص من القضاء ^(١) .

ويذهب الرأي الراجح في الفقه الى أنه لا يجوز الحكم بالغرامة التهديدية إلا بناء على طلب الدائن ، فلا يجوز للقاضي أن يحكم بالغرامة التهديدية من تلقاء نفسه وذلك لتعلق هذا الحكم بمصلحة الدائن الشخصية ^(٢) .

ويتميز الحكم بالغرامة التهديدية بأنه وسيلة تهديد وليس تعويضا وتقدير مبلغها متروك للقاضي الذي يحدده ناظرا الى ظروف المدين وموارده ، وكذلك فانه حكم وقفي لا يجوز حجية الأمر المقضى طبقا للفقرة الثانية من المادة ٢١٣ مدني يجوز للقاضي أن يزيد في مقدار الغرامة كلما رأى داعيا لذلك ، وأيضا فهو حكم غير واجب التنفيذ فهو لا يعتبر دينا محققا في ذمة المدين ولا يستطيع الدائن التنفيذ به على أموال المدين ^(٣) .

وحددت المادة ٢١٤ مدني أثر الحكم بالغرامة التهديدية ، وطبقا لها فإن هذا الأثر يتحدد متى تبين موقف المدين النهائي سواء بالتنفيذ أو الإصرار على

^(١) راجع في تفاصيل ذلك د/ أحمد شرف الدين - نظرية الالتزام - الجزء الثاني - أحكام الالتزام - المرجع السابق - من ص ٣٠ الى ص ٣٢ ، د / جلال محمد إبراهيم - أحكام الالتزام - المرجع السابق - ص ٥٣ و ٥٤ ، د/ جميل الشرقاوى - النظرية العامة للالتزام - الكتاب الثاني - أحكام الالتزام - المرجع السابق - ص ٤٣ .

^(٢) د/ أحمد شرف الدين - نظرية الالتزام - الجزء الثاني - أحكام الالتزام - المرجع السابق - ص ٣٢ و ٣٣ ، د / محمد شكرى سرور - موجز الأحكام العامة للالتزام (فى القانون المدنى المصرى) - الطبعة الأولى - دار الفكر العربى - القاهرة - ١٩٨٥/١٩٨٤ - ص ٣١ و ٣٢ .

^(٣) راجع في خصائص الحكم بالغرامة التهديدية د / جلال محمد إبراهيم - أحكام الالتزام - المرجع السابق - من ص ٥٤ الى ص ٥٦ ، د/ أحمد شرف الدين - نظرية الالتزام - الجزء الثاني - أحكام الالتزام - المرجع السابق - من ص ٣٣ الى ص ٣٦ ، د/ جميل الشرقاوى - النظرية العامة للالتزام - الكتاب الثاني - أحكام الالتزام - المرجع السابق - ص ٤٤ و ٤٥ .

عدم التنفيذ ، ومن ثم يتعين تصفية الغرامة التهديدية بعد أن استنفذت أغراضها والحكم على المدين بتعويض نهائى ، ويدخل فى تقدير التعويض ليس فقط ما أصاب الدائن من خسارة وما فاتته من كسب طبقا للقواعد العامة ولكن أيضا العنت الذى بدا من المدين فى إصراره على عدم التنفيذ لالتزامه أو التأخير فى تنفيذه، ويعتبر تعرض المدين للحكم عليه بتعويض يزيد عما لحق الدائن من ضرر هو معقل القوة فى نظام الغرامة التهديدية و وسيلة الضغط على المدين لحمله على التنفيذ . ومتى حكم على المدين بتعويض نهائى يتم تنفيذ هذا الحكم على أمواله لا باعتباره غرامة تهديدية وإنما باعتباره تعويضا نهائيا^(١).

رأينا فى الموضوع

يختلف أثر الحكم بالغرامة القضائية فى مبادئ اليونيدروا عن أثر الحكم بالغرامة التهديدية فى القانون المدنى المصرى ، فطبقا للمادة ٧-٢-٤ من مبادئ اليونيدروا فإن الغرامة القضائية يجب أن يتم دفعها الى الطرف المضرور (الدائن) ما لم تنص الأحكام الإلزامية لقانون المحكمة على غير ذلك ، أما طبقا للمادة ٢١٤ من القانون المدنى المصرى فإن الغرامة التهديدية لا تعتبر دينا محققا فى ذمة المدين فحكم الغرامة التهديدية غير واجب التنفيذ و بالتالى لا يجوز للدائن التنفيذ بمقتضاه على أموال المدين بل يجب عليه الانتظار لحين تمام التصفية النهائية لمقدار الغرامة التهديدية والحكم على المدين بالتعويض النهائى حيث يستطيع الدائن حينئذ أن ينفذ على أموال المدين بمقتضى الحكم النهائى بالتعويض وليس الحكم المؤقت بالغرامة التهديدية .

(١) د/ أحمد شرف الدين - نظرية الالتزام - الجزء الثانى - أحكام الالتزام - المرجع السابق - ص ٣٧ ، د / إسماعيل غانم - فى النظرية العامة للالتزام - أحكام الالتزام والإثبات - المرجع السابق - ص ٣٠ .

المطلب الثالث: تغيير وسيلة المعالجة

تنص المادة ٧-٢-٥ من مبادئ اليونيدروا على أن :-

- (١) الطرف المضرور الذى طالب بتنفيذ التزام غير نقدى و لم يحصل على التنفيذ خلال المدة المحددة ولا فى خلال مدة معقولة من الوقت ، يجوز له أن يتمسك بأية وسيلة معالجة أخرى .
- (٢) عندما يكون قرار المحكمة بتنفيذ التزام غير نقدى لا يمكن فرضه بالقوة الجبرية ، فإن الطرف المضرور يجوز له أن يتمسك بأية وسيلة معالجة أخرى ^(١) .

تخاطب هذه المادة المشكلة الخاصة بالحق فى المطالبة بالتنفيذ ، فالطرف المضرور يجوز له أن يتخلى عن وسيلة المطالبة بتنفيذ التزام غير نقدى ويختار عوضاً عنها وسيلة أو وسائل معالجة أخرى، وهذا الخيار متاح بسبب الصعوبات التى تحدث عادة عند تنفيذ الالتزامات غير النقدية . وحتى إذا كان الطرف المضرور قد قرر أولاً التمسك بحقه فى اقتضاء التنفيذ فإنه لن يكون من العدل تقييد هذا الطرف بهذا الاختيار الوحيد ، فالطرف المدين بالتنفيذ قد يصبح غير قادر على التنفيذ فيما بعد ، أو عدم قدرته على التنفيذ قد تصبح واضحة أثناء مباشرة الإجراءات .

وهناك حالتان يجب توجيه الانتباه إليهما :

فى الحالة الأولى ، يكون فيها الطرف المضرور (الدائن) قد طلب التنفيذ ولكن

(١)

- (1) An aggrieved party who has required performance of a non-monetary obligation and who has not received performance within a period fixed or otherwise within a reasonable period of time may invoke any other remedy.
- (2) Where the decision of a court for performance of a non-monetary obligation cannot be enforced, the aggrieved party may invoke any other remedy.

غير رأيه قبل تنفيذ حكم المحكمة الصادر لصالحه^(١)، ويرغب الطرف المضرور حالياً في أن يتمسك بواحد أو أكثر من وسائل المعالجة الأخرى . ومثل هذا التغيير الإرادى في وسيلة المعالجة يمكن فقط أن يكون مسموحاً به إذا كانت مصالح الطرف المدين بالتنفيذ محمية على نحو وافى ، فربما يكون الطرف المدين بالتنفيذ قد استعد للتنفيذ وبذل جهود وتعرض لمصاريف . ومن أجل هذا السبب فإن الفقرة ١ من المادة الحالية جعلت من الواضح أن الطرف المضرور يكون مؤهلاً أو مخولاً له أن يتمسك بمعالجة أخرى فقط إذا لم يحصل على التنفيذ خلال المدة المحددة ولا في خلال مدة معقولة من الوقت^(٢) .

وتخاطب الفقرة ٢ الحالة الثانية الأقل صعوبة والتي فيها قد حاول الطرف المضرور (الدائن) ، ولكن دون جدوى ، أن ينفذ حكماً قضائياً أو قرار تحكيم يلزم الطرف المخل بالتنفيذ بأن ينفذ ، ففي هذه الحالة يكون من الواضح أن الطرف المضرور يجوز له على الفور أن يسعى إلى وسائل معالجة أخرى .

وفي حالة حدوث تغيير لاحق في وسيلة المعالجة ، فإن الفترة الزمنية المحددة والمقررة لأجل توجيه إخطار بالإنهاء^(٣) يجب بالطبع أن يتم مدها وفقاً لذلك . فالفترة الزمنية المعقولة لتوجيه الإخطار تبدأ في السريان في حالة التغيير الإرادى لوسيلة المعالجة بعد أن يكون الطرف المضرور قد علم أو كان يجب عليه أن يصبح على علم بعدم التنفيذ عند انقضاء الفترة الزمنية الإضافية المتاحة للطرف المخل بالتنفيذ لكي ينفذ .

أما في الحالة المشار إليها في الفقرة ٢ من المادة الحالية ، فإن الفترة الزمنية المعقولة سوف تبدأ في السريان بعد أن يكون الطرف المضرور قد علم أو كان يجب عليه أن يصبح على علم بأن حكم القضاء أو قرار التحكيم الذى يتطلب التنفيذ ليس في الإمكان فرضه بالقوة الجبرية .

(١) وربما يكون ذلك بسبب أنه قد اكتشف عدم قدرة الطرف المخل بالتنفيذ في أن ينفذ .
(٢) وطول المدة الزمنية الإضافية التى يجب أن تتاح للطرف المخل بالتنفيذ من أجل القيام بالتنفيذ تعتمد على مدى الصعوبة التى تحيط أو ترتبط بالتنفيذ . والطرف المخل بالتنفيذ لديه الحق في أن ينفذ بشرط أن يقوم بذلك قبل نهاية المدة الزمنية الإضافية .
(٣) وذلك طبقاً للفقرة الثانية من المادة ٧-٣-٢ و التى سيتم شرحها لاحقاً فى المبحث الثالث .

الوضع فى اتفاقية فيينا

يستطيع المشتري اختيار الطريق الذى يناسبه للرجوع على البائع المتخلف عن التنفيذ ، فيستطيع المشتري (رغم تخلف البائع عن التنفيذ) أن يطلب الحكم بالتنفيذ العينى ، كما قد يرضى المشتري بالعيب فى البضاعة أو نقصها ويطلب تخفيض الثمن ، وكذلك قد يطلب المشتري فسخ العقد إذا أصبح العقد بالنسبة له قليل أو عديم الأهمية نتيجة إخلال البائع بالتنفيذ .

وللمشتري أن يغير الطريق الذى اختاره للرجوع على البائع المخل بالتنفيذ ، فقد يبدأ بطلب التنفيذ العينى ثم يعدل عنه الى الفسخ ، وقد يقتصر على طلب التعويض وحده ثم يضيف إليه طلب التنفيذ العينى ، وقد وضعت الاتفاقية فى الفقرة الأولى من المادة ٤٦ قيدا على حق المشتري فى استعمال حقوقه^(١)، وهو أنه لا يجوز للمشتري استعمال حق يتعارض مع حق سبق له استعماله . فإذا فسخ العقد مثلا فلا حق له بعد ذلك فى طلب التنفيذ العينى أو تخفيض الثمن ، إذ يصير هذا الطلب بعد أن سقط العقد بالفسخ غير ذى موضوع . وإذا أقام المشتري دعوى يطلب فيها التنفيذ العينى ثم فسخ العقد قبل الفصل فى الدعوى ، صارت الدعوى بدورها غير ذات موضوع^(٢) .

الوضع فى القانون المصرى

طبقا لنص الفقرة الأولى من المادة ١٥٧ مدنى^(٣) ، فإنه يجوز للدائن فى العقود الملزمة للجانبين ، إذا لم يوف المدين بالتزامه ، أن يطالب بتنفيذ العقد أو

(١) تنص الفقرة الأولى من المادة ٤٦ من اتفاقية فيينا لعام ١٩٨٠ على أنه :-
" يجوز للمشتري أن يطلب من البائع تنفيذ التزاماته إلا إذا كان المشتري قد استعمل حقا يتعارض مع هذا الطلب "

(٢) د/ محسن شفيق - اتفاقية الأمم المتحدة بشأن البيع الدولى للبضائع (دراسة فى قانون التجارة الدولى) - المرجع السابق - رقم ٢٤٠ ص ١٧٠ .

(٣) تنص الفقرة الأولى من المادة ١٥٧ من القانون المدنى على أنه :-
" فى العقود الملزمة للجانبين ، إذا لم يوف أحد المتعاقدين بالتزامه ، جاز للمتعاقد الآخر بعد اذاره المدين ، أن يطالب بتنفيذ العقد أو بفسخه ، مع التعويض فى الحالتين إن كان له مقتضى " .

بفسخه ، مع التعويض فى الحالتيْن إن كان له مقتضى .

فيجوز للدائن بعد قيامه برفع دعوى بفسخ العقد ، أن يعدل عن طلب الفسخ قبل صدور الحكم النهائى به الى طلب التنفيذ العينى أو التنفيذ بطريق التعويض . كما أن للدائن إذا كان قد رفع الدعوى بالتنفيذ فى بادئ الأمر أن يعدل عنه الى طلب الفسخ ما لم يكن قد نزل عن أحد هذين الطلبين ، ومجرد رفع الدعوى بأى طلب منهما لا يعتبر نزولا عن الطلب الآخر ، لكن لا يجوز الجمع بين الفسخ والتنفيذ ^(١) .

(١) د/ أحمد شرف الدين - نظرية الالتزام - الجزء الأول - مصادر الالتزام - الكتاب الأول - المصادر الإرادية - المرجع السابق - رقم ٢١١ ص ٤٢٥ و ٤٢٦ ، د / منصور مصطفى منصور ود/ جلال محمد إبراهيم - الوجيز فى مصادر الالتزام - المرجع السابق - ص ٢٥٥ .

وقد قضت محكمة النقض بأن " إذا كانت المحكمة قد قررت أن للمشتري عند تأخير البائع فى التسليم الخيار بين طلب التنفيذ العينى أو طلب فسخ البيع مع التضمينات فى الحالتيْن ، كما له لو كان رفع دعواه بطلب التسليم أن يعدل عنه الى طلب الفسخ ، وليس فى رفع الدعوى بأى من هذين الطلبين نزولا عن الطلب الآخر ، فإن هذا الذى قرره المحكمة هو صحيح فى القانون " . طعن ٢٠/٢٤٩ ق جلسة ١٩٥٢/١٢/٢٥ قضاء النقض فى المواد المدنية ، قاعدة ٨٩٠ مكرر ص ٢٨٠ .

المبحث الثالث : إنهاء العقد

قد يصل إخلال أحد الأطراف في تنفيذ التزاماته الى درجة تجعل الإبقاء على العقد أمرا غير مقبول ، فيكون اللجوء الى إنهاء العقد (فسخه) متعينا . ويعتبر إنهاء العقد من الجزاءات شديدة الجسامة والخطورة خاصة في معاملات التجارة الدولية ، فإبرام عقودها يتم في العادة بعد مفاوضات شاقة وتكاليف كثيرة كما أنها ترد على حاجات هامة وحيوية بالنسبة لأطرافها ولذلك يعنيه في المقام الأول تنفيذ العقد وليس إنهائه (فسخه) .

وقد أقرت مبادئ اليونيدروا حق أى طرف في إنهاء العقد عند إخفاق الطرف الآخر في تنفيذ التزاماته ، كما نظمت المبادئ كيفية استعمال الحق في الإنهاء وأوردت قيودا على استعمال هذا الحق تظهر حرصها على تقييده ، وأيضا بينت المبادئ الآثار المترتبة على إنهاء العقد .

وسيتم تقسيم الدراسة في هذا المبحث الى المطالب التالية :-

المطلب الأول : الحق في إنهاء العقد

المطلب الثانى : إخطار الإنهاء

المطلب الثالث : الإخلال المبتسر

المطلب الرابع : الضمان الكافى للتنفيذ

المطلب الخامس : آثار إنهاء العقد بوجه عام

المطلب السادس : الاسترداد

المطلب الأول: الحق فى إنهاء العقد

تنص المادة ٧-٣-١ من مبادئ اليونيدروا على أنه :-

(١) يجوز لأى طرف إنهاء العقد عند إخفاق الطرف الآخر فى تنفيذ التزام ما يعادل أو يعتبر إخلالا جوهريا بالعقد .

(٢) عند تحديد ما إذا كان الإخفاق فى تنفيذ التزام ما يعتبر أو يعادل إخلالا جوهريا ، يتعين أن يأخذ فى الاعتبار بشكل خاص ما إذا كان :

أ - يحرم الإخلال بالتنفيذ بشكل جوهري الطرف المضرور مما كان يحق له أن يتوقعه من العقد ، إلا إذا كان الطرف الآخر لم يتوقع أو لم يكن باستطاعته بصورة معقولة أن يتوقع مثل هذه النتيجة .

ب - يعتبر الإذعان الكامل أو الصارم للالتزام الذى لم يتم تنفيذه هو جوهر العقد .

ج - عدم التنفيذ عمداً أو إهمالا .

د - يعطى عدم التنفيذ الطرف المضرور سبباً لأن يعتقد أنه لا يمكن الاعتماد على تنفيذ الطرف الآخر مستقبلاً .

هـ- سوف يتحمل الطرف المخل خسارة غير عادية كنتيجة للإعداد أو للتنفيذ إذا تم إنهاء العقد .

(٣) فى حالة التأخير ، يجوز أيضاً للطرف المضرور إنهاء العقد إذا ما أخفق الطرف الآخر فى التنفيذ قبل انقضاء الوقت المقرر فى المادة ٧-١-٥^(١) .

(١)

(1) A party may terminate the contract where the failure of the other party to perform an obligation under the contract amounts to a fundamental non-performance.

(2) In determining whether a failure to perform an obligation amounts to a fundamental non-performance regard shall be had, in particular, to whether :
=

تستهدف القواعد المنصوص عليها في هذا المبحث التطبيق على كل من الحالات التي يكون فيها الطرف المخل بالتفويض مسؤولاً قانوناً عن عدم التفويض وكذلك الحالات التي يكون فيها عدم التفويض بعذر بحيث لا يستطيع الطرف المضروب أن يطالب بالتفويض العيني و لا بتعويض الأضرار عن عدم التفويض^(١).

ولتحديد ما إذا كان عدم التفويض من قبل أحد الأطراف يعطى الحق للطرف الآخر في إنهاء العقد فإن ذلك يعتمد على ترجيح عدد من الاعتبارات . فمن ناحية ، فإن التفويض قد يكون متأخراً جداً أو معيباً الى حد كبير بحيث لا يستطيع الطرف المضروب أن يستخدمه في الغرض المقصود أو المعد له ، أو أن يكون تصرف الطرف المخل بالتفويض في نواحي أخرى من شأنه أن يسمح للطرف

=

- (a) the non-performance substantially deprives the aggrieved party of what it was entitled to expect under the contract unless the other party did not foresee and could not reasonably have foreseen such result;
- (b) strict compliance with the obligation which has not been performed is of essence under the contract;
- (c) the non-performance is intentional or reckless;
- (d) the non-performance gives the aggrieved party reason to believe that it cannot rely on the other party's future performance;
- (e) the non-performing party will suffer disproportionate loss as a result of the preparation or performance if the contract is terminated.

(3) In the case of delay the aggrieved party may also terminate the contract if the other party fails to perform before the time allowed it under Article 7.1.5 has expired.

^(١) مثال إيضاحي

الطرف (أ) شركة تقع في البلد (س) ، تشتري خضراوات من الطرف (ب) في البلد (ص) . قامت حكومة البلد (س) لاحقاً بفرض حظر على استيراد المنتجات الزراعية من البلد (ص) . بالرغم من أن العائق لا يمكن أن ينسب إلى الطرف (أ) ، فإن الطرف (ب) يجوز له إنهاء العقد .

المضرور بإنهاء العقد^(١). ومن ناحية أخرى ، فإن الإنهاء فى كثير من الأحوال سوف يسبب ضرراً جسيماً للطرف المخل بالتنفيذ حيث أن المصاريف التى أنفقتها فى إعداد وعرض التنفيذ قد لا يمكن استردادها . ولأسباب السابقة فإن الفقرة ١ من هذه المادة تنص على أن الطرف المضرور يجوز له إنهاء العقد فقط إذا كان عدم تنفيذ الطرف الآخر يعتبر "جوهرياً" ، أى يعنى أن يكون أساسياً وليس ذو أهمية ثانوية فحسب^(٢) .

وتدرج الفقرة ٢ من المادة ٧-٣-١ عدد من الظروف والتى تكون وثيقة الصلة بتحديد ما إذا كان ، فى حالة معينة ، الإخفاق فى تنفيذ التزام ما يعتبر أو يعادل إخلالاً جوهرياً بالتنفيذ:-

أ - إخلال بالتنفيذ يحرم بشكل جوهري الطرف الآخر من توقعاته :

يعتبر العامل الأول والمشار إليه فى الفقرة ٢ (أ) هو أن الإخلال بالتنفيذ يكون أساسياً إلى حد أنه يحرم بشكل جوهري الطرف المضرور مما كان مؤهلاً أو مخولاً له أن يتوقعه عند وقت انعقاد العقد^(٣) .

(١)

NGUYEN, (M.H.) – Les principes UNIDROT: jurisprudence et experiences pour le Vietnam – Revue de droit des affaires internationales / International Business law – no. 5/2005 – pp. 619-636.

(٢) أنظر أيضاً المواد ٣-٣-٧ وكذلك ٤-٣-٧ و التى سيتم شرحها لاحقاً فى المطلب الثالث و الرابع من المبحث الحالى .

(٣) أمثلة إيضاحية :

١ - فى يوم ١ مايو ، تعاقد الطرف (أ) على تسليم برنامج كمبيوتر قياسى وذلك قبل يوم ١٥ مايو للطرف (ب) والذى طلب تسليمه عاجلاً . وإذا ما عرض الطرف (أ) التسليم فى يوم ١٥ يونيه ، فإن الطرف (ب) يجوز له رفض التسليم وإنهاء العقد . ولكن الطرف المضرور لن يستطيع إنهاء العقد إذا ما استطاع الطرف المخل بالتنفيذ أن يثبت أنه لم يتوقع ولم يكن يستطيع أن يتوقع بشكل معقول أن الإخلال بالتنفيذ سيكون جوهرياً للطرف الآخر .

٢ - تعهد الطرف (أ) بأن يزيل القمامة والمخلفات من موقع للطرف (ب) خلال عام ١٩٩٢ . أخفق الطرف (ب) فى إخطار الطرف (أ) بأنه قد استأجر حفارات ميكانيكية بتكلفة عالية للبدء فى العمل بالموقع فى يوم ٢ يناير ١٩٩٣ .

=

ب - التنفيذ الكامل أو الصارم للالتزام هو جوهر العقد :

لا تنظر الفقرة ٢ (ب) إلى الخطورة الفعلية للإخلال بالتنفيذ ولكن إلى طبيعة الالتزام التعاقدى والذى قد يكون التنفيذ الكامل أو الصارم له هو جوهر العقد . ومثل هذه الالتزامات ذات التنفيذ الصارم ليست غير شائعة فى العقود التجارية، فمثلاً فى عقود بيع السلع فإن وقت التسليم يعتبر عادة هو جوهر العقد^(١).

ج - الإخلال بالتنفيذ العمدى :

تتعامل الفقرة ٢ (ج) مع حالة عندما يكون عدم التنفيذ عمداً أو إهمالاً . ومع ذلك ، فقد يكون إنهاء العقد متعارضاً مع حسن النية (مادة ١-٧) إذا كان عدم التنفيذ ضئيل أو غير هام حتى ولو ارتكب بشكل عمدى .

د - عدم الاعتماد على تنفيذ مستقبلى :

وفقاً للفقرة ٢ (د) ، تعتبر ذات دلالة أو أهمية واقعة أن عدم التنفيذ يعطى الطرف المضرور سبباً لأن يعتقد أنه لا يمكن الاعتماد على تنفيذ الطرف الآخر مستقبلاً . فإذا كان على أحد الأطراف أن يؤدي تنفيذه على دفعات ، وكان من الواضح أن عيباً ما وجد فى أحد التنفيذات المبكرة سوف يتكرر فى كل التنفيذات التالية ، فإن الطرف المضرور يجوز له إنهاء العقد حتى ولو كانت العيوب فى الدفعة المبكرة لا تبرر فى حد ذاتها الإنهاء . وفى بعض الأحيان فإن الخرق العمدى قد يظهر أو يبرهن على أن الطرف الذى قام به لا يمكن أن يوثق فيه^(٢).

=

لا يستطيع الطرف (ب) إنهاء عقده مع الطرف (أ) على خلفية أن الطرف (أ) لم يقوم بإخلاء الموقع فى يوم ٢ يناير .
(١) وكذلك فى تعامل بالاعتماد المستندى فإن المستندات المقدمة يجب أن تطابق بدقة شروط الاعتماد المستندى.

(٢) مثال إيضاحى :

الطرف (أ) وهو وكيل للطرف (ب) ، وهو مؤهل أو مخول له استعادة المصاريف ، قد قام بتقديم مستندات مزورة للطرف (ب) . وعلى الرغم من أن المبالغ المطالب بها تعتبر =

هـ- الخسارة غير العادية :

تتعامل الفقرة ٢ (هـ) مع الحالات التي يكون فيها الطرف الذي أخفق في التنفيذ قد عول أو اتكل على العقد وقام بالإعداد أو تقديم التنفيذ . في مثل هذه الحالات يجب أن يأخذ في الاعتبار المدى الذي سيتحمل فيه هذا الطرف خسائر غير عادية إذا تم اعتبار الإخلال بالتنفيذ جوهرياً . وعدم التنفيذ يكون أقل احتمالاً أن يعامل على أنه جوهري وذلك إذا ما حدث متأخراً بعد الإعداد للتنفيذ ، بالمقارنة مع إذا ما حدث مبكراً قبل مثل هذا الإعداد . وما إذا كان التنفيذ المعروض أو المسلم يمكن أن يكون له أى فائدة للطرف المخل بالتنفيذ إذا تم رفضه أو تعين إعادته لهذا الطرف يؤخذ أيضاً في الاعتبار ^(١) .

وتحليل أو تشير الفقرة ٣ من المادة ١-٣-٧ إلى المادة ٥-١-٧ فقرة ٣ والتي تقرر أن الطرف المضروب يجوز أن يستخدم إجراء Nachfrist لإنهاء العقد الذي لا يستطيع بطريقة أخرى إنجائه في حالة التأخير ^(٢) .

خلاصة : ونخلص من التعليقات على المادة ١-٣-٧ إلى النقاط الأساسية التالية :-

أ - يجوز الإنهاء حتى ولو كان عدم التنفيذ بعذر .

ب -يتوقف الحق في إنهاء العقد على إخلال بالتنفيذ جوهري .

=

ليست ذات أهمية "أى ضئيلة" ، فإن الطرف (ب) يجوز أن يعتبر تصرف الطرف (أ) كأنه إخلال بالتنفيذ جوهري وينهى عقد الوكالة .

^(١) مثال إيضاحي :

تعهد الطرف (أ) في يوم ١ مايو بأن يسلم برنامج كمبيوتر يتم إنتاجه على وجه التخصيص للطرف (ب) ، وقد تم الاتفاق على أن التسليم يتعين أن يتم قبل ٣١ ديسمبر . الطرف (أ) عرض التسليم في يوم ٣١ يناير ، وفي هذا الوقت كان الطرف (ب) مازال في احتياج إلى برنامج الكمبيوتر ، والذي لا يستطيع الطرف (أ) أن يبيعه إلى عملاء آخرين . يجوز للطرف (ب) المطالبة بالتعويضات من الطرف (أ) ، ولكن لا يستطيع إنهاء العقد.

^(٢) أنظر ما سبق شرحه على المادة ٥-١-٧ في المطلب الثالث من المبحث الأول من الفصل الحالي .

ج - هناك ظروف ذات أهمية أو دلالة عند تحديد ما إذا كان الإخفاق في تنفيذ التزام ما يعتبر أو يعادل إخلالا جوهريا بالتنفيذ .

د - يجوز للطرف المضرور أن يستخدم إجراء Nachfrist الوارد في المادة ٧-١-٥ " عند توافر شروط استخدامه " لإنهاء العقد الذي لا يستطيع بطريقة أخرى إنهائه في حالة التأخير .

الوضع في اتفاقية فيينا

أجازت اتفاقية فيينا للمشتري الحق في فسخ العقد وذلك في مستهل نص المادة ٤٩ من الاتفاقية ^(١) ثم أوردت بعد ذلك قيودا على استعمال هذا الحق ، وإذا قرر المشتري استعمال الفسخ فلا يشترط أن يطلبه من القضاء وإنما يكفي أن يعلن فسخ العقد ويخطر بذلك البائع ^(٢) .

وطبقا للفقرة الأولى (أ) من المادة ٤٩ فإنه يشترط أن يكون عدم تنفيذ البائع لالتزامه يشكل مخالفة جوهرية للعقد . وقد بينت المادة ٢٥ من الاتفاقية متى

^(١) تنص المادة ٤٩ من اتفاقية فيينا لعام ١٩٨٠ على أنه :-

" ١- يجوز للمشتري فسخ العقد :

(أ) إذا كان عدم تنفيذ البائع لالتزام من الالتزامات التي يربتها عليه العقد أو هذه الاتفاقية يشكل مخالفة جوهرية للعقد .

(ب) في حالة عدم التسليم ، إذا لم يقم البائع بتسليم البضائع في الفترة الإضافية التي حددها المشتري وفقا للفقرة ١ من المادة ٤٧ أو إذا أعلن أنه سوف لا يسلمها خلال تلك الفترة .

٢- أما في الحالات التي يكون البائع فيها قد سلم البضائع ، فإن المشتري يفقد حقه في فسخ العقد إلا إذا وقع الفسخ :

(أ) في حالة التسليم المتأخر ، في ميعاد معقول بعد أن يكون قد علم بأن التسليم قد تم .

(ب) وفي حالات المخالفات الأخرى غير التسليم المتأخر ، إذا وقع الفسخ في ميعاد معقول :

١- بعد أن يكون المشتري قد علم أو كان من واجبه أن يعلم بالمخالفة أو .

٢- بعد انقضاء أي فترة إضافية يحددها المشتري وفقا للفقرة ١ من المادة ٤٧ أو بعد أن يعلن البائع أنه سوف لا ينفذ التزاماته خلال تلك الفترة الإضافية أو .

٣- بعد انقضاء أي فترة إضافية يعينها البائع وفقا للفقرة ٢ من المادة ٤٨ أو بعد أن يعلن المشتري أنه سوف لا يقبل التنفيذ " .

^(٢) د/ محسن شفيق - اتفاقية الأمم المتحدة بشأن البيع الدولي للبضائع (دراسة في قانون التجارة الدولي) - المرجع السابق - رقم ٢٥٤ ص ١٨١ .

تكون مخالفة العقد من جانب أحد الطرفين مخالفة جوهرية وذلك إذا تسببت في إلحاق ضرر بالطرف الآخر من شأنه أن يحرمه بشكل أساسي مما كان يحق له أن يتوقع الحصول عليه بموجب العقد ، ما لم يكن الطرف المخالف يتوقع مثل هذه النتيجة وما لم يكن أى شخص سوى الإدراك من نفس الصفة يتوقع مثل هذه النتيجة في نفس الظروف . ويجب ملاحظة أن الاتفاقية لم تشترط صدور خطأ من الطرف المخالف وإنما اكتفت بحدوث المخالفة الجوهرية ^(١) . وتبرر المخالفة الجوهرية الفسخ أيا كان الالتزام الذى تخلف عنه البائع ، كالاتزام بتسليم البضاعة أو الالتزام بتسليم المستندات أو الالتزام بالمطابقة ، كما أنها تبرر الفسخ دون شرط أو قيد ، فهي والحال كذلك القاعدة العامة في الفسخ ^(٢) .

ولكن هناك استثناء على القاعدة العامة السابقة (التى تشترط وقوع مخالفه جوهرية) وهذا الاستثناء قررته الفقرة الأولى (ب) ، وهو أنه في حالة عدم التسليم ، إذا لم يقم البائع بتسليم البضاعة في الفترة الإضافية التى حددها المشتري وفقا للفقرة الأولى من المادة ٤٧ أو إذا أعلن انه سوف لا يسلمها خلال تلك الفترة ، ففي هذه الحالة يجوز للمشتري فسخ العقد ، ولم يشترط أن تكون المخالفة من بدايتها جوهرية ، مما يفهم معه أنه إذا كان عدم التسليم للبضائع لا يشكل مخالفة جوهرية منذ البداية فإنه إذا لم يقم البائع بالتسليم خلال المدة الإضافية التى حددها له المشتري أو أعلن أنه لن يقوم بذلك خلالها فعند ذلك نفترض بصورة قاطعة أن المخالفة قد تحولت الى مخالفة جوهرية تجيز فسخ العقد ^(٣) .

وقد وضعت الفقرة الثانية من المادة ٤٩ قيودا أخرى على حق المشتري في فسخ العقد وذلك في الحالات التى يكون البائع فيها قد سلم البضائع ولكن كان هناك إخلال بالتنفيذ ، فاشترط النص أن يقع الفسخ من المشتري في ميعاد معقول

^(١) Enderlein, Maskow – United Nations Convention on contracts for the International Sale of Goods – op. cit. – p. 174.

^(٢) د/ محسن شفيق – اتفاقية الأمم المتحدة بشأن البيع الدولي للبضائع (دراسة في قانون التجارة الدولي) – المرجع السابق – رقم ٢٥٦ ص ١٨٢ .

^(٣) Heuze (Vincent) – "La vente internationale de marchandises, Droit uniforme"- op. cit.-No. 414 p.312.

وإلا فقد حقه فى فسخ العقد ، و فرق النص فى بداية سريان هذا الميعاد بين الحالات التالية : -

أ - فى حالة التسليم المتأخر ، يبدأ سريان الميعاد بعد أن يكون المشتري قد علم بأن التسليم قد تم .

ب فى حالة المخالفات الأخرى (كعدم المطابقة مثلا) يبدأ الميعاد على الوجه التالى :

١ - من الوقت الذى يعلم فيه المشتري ، أو كان من واجبه أن يعلم بالمخالفة .

٢ - من وقت انقضاء أى مهلة إضافية يحددها المشتري وفقا للفقرة الأولى من المادة ٤٧ ، أو بعد أن يعلن البائع أنه لن ينفذ التزاماته خلال تلك المهلة الإضافية فعند ذلك يبدأ الميعاد من تاريخ هذا الإعلان دون انتظار انتهاء المهلة الإضافية حيث أصبح هذا الانتظار عديم الجدوى بعد أن كشف البائع عن نيته فى عدم التنفيذ و بالتالى استرد المشتري حقه فى إعلان الفسخ ^(١) .

٣ - من وقت انقضاء أى مهلة إضافية يحددها البائع وفقا للفقرة الثانية من المادة ٤٨ أو بعد أن يعلن المشتري أنه لن يقبل التنفيذ .

وفى المقابل أجازت اتفاقية فيينا للبائع الحق فى فسخ العقد وذلك فى المادة ٦٤ من الاتفاقية ^(٢) ، وقد حرصت الاتفاقية على تحقيق التوازن بين حقوق

^(١) Enderlein, Maskow – United Nations Convention on contracts for the International Sale of Goods – op. cit. – p. 194.

^(٢) تنص المادة ٦٤ من اتفاقية فيينا لعام ١٩٨٠ على أنه:-

" ١- يجوز للبائع فسخ العقد :

(أ) إذا كان عدم تنفيذ المشتري لالتزام من الالتزامات التى يرتبها عليه العقد أو هذه الاتفاقية يشكل مخالفة جوهرية للعقد أو .

(ب) إذا لم ينفذ المشتري التزامه بدفع الثمن أو لم يتسلم البضائع فى الفترة الإضافية التى حددها البائع وفقا للفقرة ١ من الماد ٦٣ ، أو إذا أعلن أنه سوف لا يفعل ذلك خلال تلك الفترة .

٢- أما فى الحالات التى يكون المشتري فيها قد دفع الثمن فلا يجوز للبائع فسخ العقد إلا إذا وقع الفسخ :

طرفى عقد البيع (البائع والمشتري) فيما يتعلق بإعلان الفسخ ، فطبقا للفقرة الأولى من المادة ٦٤ فإن البائع يجوز له إعلان الفسخ فى الحالات الآتية :-

- ١ - إذا كان عدم تنفيذ المشتري لالتزامه يشكل مخالفة جوهرية للعقد .
- ٢ - إذا منح البائع المشتري مهلة إضافية وفقا للفقرة الأولى من المادة ٦٣ ولم ينفذ المشتري التزامه بدفع الثمن أو لم يستلم البضائع فى هذه المهلة أو إذا أعلن أنه سوف لا يفعل ذلك خلال تلك الفترة ، أى أن المخالفة تصير بعد انقضاء المهلة الإضافية مخالفة جوهرية تبرر الفسخ ولو كانت قبل ذلك مخالفة غير جوهرية وذلك بالنسبة للالتزام بأداء الثمن أو الالتزام بتسليم البضاعة ، أما المخالفة التى تقع بمناسبة غير هذين الالتزامين فتظل بعد انقضاء المهلة الإضافية على صفتها الأولى فلا تبرر فسخ العقد إلا إذا كانت فى أصلها مخالفة جوهرية ^(١) .

وقد وضعت الفقرة الثانية من المادة ٦٤ قيودا أخرى على حق البائع فى فسخ العقد ، فقررت الفقرة الثانية أن البائع يفقد حق الفسخ فى الحالات التى يكون المشتري فيها قد دفع الثمن ، والمقصود بدفع الثمن هنا أن يدفع المشتري الثمن كاملا فالدفع الجزئى لا يعد كافيا ولا ينقضى به حق الفسخ للبائع ^(٢) . وأداء الثمن بكامله يحول دون اعتبار أى مخالفة من جانب المشتري ، كالتأخير فى أداء الثمن أو رفض تسليم البضاعة أو الامتناع عن تحديد مواصفاتها ، مخالفة جوهرية ولو

=

(أ) فى حالة التنفيذ المتأخر من قبل المشتري ، قبل أن يكون البائع قد علم بأن التنفيذ قد تم .

(ب) وفى حالات المخالفات الأخرى غير التنفيذ المتأخر ، إذا وقع الفسخ فى ميعاد معقول ، وذلك :

- ١ - بعد أن يكون البائع قد علم بالمخالفة أو من واجبه أن يعلم بها أو .
 - ٢ - بعد انقضاء فترة إضافية يحددها البائع وفقا للفقرة ١ من المادة ٦٣ ، أو بعد أن يعلن المشتري أنه سوف لا ينفذ التزاماته خلال تلك الفترة الإضافية " .
- (١) د/ محسن شفيق - اتفاقية الأمم المتحدة بشأن البيع الدولى للبضائع (دراسة فى قانون التجارة الدولى) - المرجع السابق - رقم ٢٨٢ ص ٢٠٤ .

(٢) Enderlein, Maskow - United Nations Convention on contracts for the International Sale of Goods - op. cit. - p. 246.

كانت بطبيعتها مما ينطبق عليه هذا الوصف ، حيث أن الوفاء بكامل الثمن ولو متأخرا ينبئ بذاته عن رغبة جدية من جانب المشتري فى الإبقاء على العقد^(١).

وهناك حالات استثنائية قررتها الفقرة الثانية يجوز فيها للبائع فسخ العقد على الرغم من دفع المشتري كامل الثمن وهى :-

أ - إذا وقع الفسخ فى حالة التنفيذ المتأخر من قبل المشتري ، قبل أن يكون البائع قد علم بأن التنفيذ قد تم .

ب فى حالات المخالفات الأخرى غير التنفيذ المتأخر (كرفض تسلم البضاعة أو الامتناع عن تحديد مواصفاتها) ، إذا وقع الفسخ فى ميعاد معقول يبدأ فى السريان بعد أن يكون البائع قد علم بالمخالفة أو من واجبه أن يعلم بها ، وإذا كان البائع قد حدد مهلة إضافية للمشتري لتنفيذ التزاماته وفقا للفقرة الأولى من المادة ٦٣ فإن الميعاد المعقول للفسخ يبدأ فى السريان من وقت انقضاء هذه المهلة دون تنفيذ ، ومن الوقت الذى يعلن فيه المشتري أنه سوف لا ينفذ التزاماته خلالها .

الوضع فى القانون المصرى

فى العقود الملزمة للجانبين ، إذا لم يقم أحد المتعاقدين بتنفيذ التزاماته ، كان للمتعاقد الآخر أن يطلب من القضاء فسخ العقد ، وقد يتفق المتعاقدان على اعتبار العقد مفسوخا دون حاجة الى اللجوء الى القضاء (الفسخ الاتفاقى) ، وقد يقع الفسخ بحكم القانون ويسمى فى هذه الحالة بالانفساخ . والأصل فى الفسخ أن يكون بحكم القاضى ، على اعتبار أنه جزاء على إخلال المدين بالتزامه ، والقاعدة أن الجزاء لا يوقعه إلا القاضى، و بالتالى فالأصل فى الفسخ أنه قضائى^(٢).

(١) د/ محسن شفيق - اتفاقية الأمم المتحدة بشأن البيع الدولى للبضائع (دراسة فى قانون التجارة الدولى) - المرجع السابق - رقم ٢٨٣ ص ٢٠٥ .

(٢) د / عبد الفتاح عبد الباقي - نظرية العقد والإرادة المنفردة - بدون اسم ناشر - طبعة ١٩٨٤ - رقم ٣١٨ ص ٦٢٥ .

وقد قررت المادة ١٥٧ مدنى حق الفسخ^(١)، فطبقا للفقرة الأولى من المادة ١٥٧ فإنه إذا لم يوف أحد المتعاقدين بالتزامه وذلك فى العقود الملزمة للجانبين ، فإنه يجوز للمتعاقد الآخر بعد اعداره المدين أن يطالب بتنفيذ العقد أو بفسخه^(٢)، وحق فسخ العقد هو حق ثابت لكل من المتعاقدين حتى ولو خلا العقد من اشتراط هذا الحق ولا يجوز حرمان المتعاقدين من هذا الحق أو الحد من نطاقه إلا باتفاق صريح^(٣) .

ويشترط لجواز قيام أحد المتعاقدين بطلب فسخ العقد من القضاء عدة شروط هى :-

أولا : أن يكون العقد ملزما للجانبين :

والفسخ يرد على كافة العقود الملزمة للجانبين سواء كانت من العقود الفورية أم من العقود الزمنية^(٤)، ويتسع لجميع أنواع هذه العقود حتى ولو كانت احتمالية بما فى ذلك عقد الإيراد المرتب مدى الحياة وعقد القسمة ، ويسرى الفسخ كذلك فى نطاق العقود الملزمة للجانبين على العقود المدنية والعقود

(١) تنص المادة ١٥٧ من القانون المدنى على أنه :-

" ١- فى العقود الملزمة للجانبين ، إذا لم يوف أحد المتعاقدين بالتزامه ، جاز للمتعاقد الآخر بعد اعداره المدين ، أن يطالب بتنفيذ العقد أو بفسخه ، مع التعويض فى الحالتين إن كان له مقتضى .

٢- ويجوز للفاضى أن يمنح للمدين أجلا إذا اقتضت الظروف ذلك ، كما يجوز له أن يرفض الفسخ إذا كان ما لم يوف به المدين قليل الأهمية بالنسبة الى الالتزام فى جملته " .
(٢) وقد عرفت محكمة النقض الفسخ بأنه " حل للرابطة العقدية بسبب إخلال أحد طرفى العقد الملزم للجانبين بالتزام ناشئ عنه " . نقض ١٩٨٩/١/١٨ الطعن ٥٦/٥٣٧ ق مجموعة المكتب الفنى س ٤٠ ج ١ رقم ٤٣ ص ٢٠١ .

(٣) راجع د/ أحمد شرف الدين - نظرية الالتزام - الجزء الأول - مصادر الالتزام - الكتاب الأول - المصادر الإرادية - المرجع السابق - رقم ٢٠٢ ص ٤١١ و ٤١٢ . وقد قضت محكمة النقض بأن " ما تنص عليه المادة ١٥٧ مدنى من النصوص المكملة لإرادة المتعاقدين ولهذا فإن الحق يكون ثابتا لكل منهما بنص القانون . ويعتبر العقد متضمنا له ولو خلا من اشتراطه ، ولا يجوز حرمان المتعاقدين من هذا الحق أو الحد من نطاقه إلا باتفاق صريح " . نقض ١٩٧٨/٢/٢٨ طعن ٤٢/٧٥٤ ق .

(٤) وقد قضت محكمة النقض بأن " الفسخ يرد على كافة العقود الملزمة للجانبين سواء كانت من العقود الفورية أم كانت من العقود الزمنية " . نقض ١٩٨٩/٣/٦ س ٤٠ العدد ١ رقم ١٢٧ ص ٧٣٥ .

الإدارية على السواء ^(١) .

ثانياً : أن يخل أحد المتعاقدين بالتزامه :

ويجب أن يكون إخلال المدين بالتزامه راجعاً الى سبب ينسب إليه ، أما إذا كان راجعاً الى قوة قاهرة حالت بينه وبين التنفيذ فلا يكون هناك مجال للمطالبة بالفسخ بل يسقط التزام المدين بسبب الاستحالة وينفسخ العقد من تلقاء نفسه بحكم القانون . ولا يشترط أن يكون عدم التنفيذ كلياً ، فعدم التنفيذ الجزئي يعتبر مبرراً للفسخ ، ويشمل عدم التنفيذ كذلك التنفيذ المتأخر والتنفيذ المعيب ^(٢) . وقد استقر قضاء النقض المدني على أن الفسخ يكون جزاء الإخلال بالتزام جوهرى ^(٣) ، وطبقاً للفقرة الثانية من المادة ١٥٧ يجوز للقاضي أن يرفض الفسخ إذا كان ما لم يوف به المدين قليل الأهمية بالنسبة للالتزام فى جملته .

ثالثاً : أن يكون طالب الفسخ قد نفذ التزامه أو على استعداد لتنفيذه :

فيجب أن يكون المتعاقد الذى طالب بالفسخ غير مقصر بأن يكون قد نفذ التزامه أو على الأقل أن يكون مستعداً لتنفيذه ، كما يجب أن يكون المتعاقد طالب الفسخ قادراً على إعادة الحالة الى ما كانت عليه قبل التعاقد وإلا امتنع عليه طلب الفسخ ، فمثلاً لا يجوز للمشتري طلب فسخ البيع الصادر له إذا كان قد تصرف فى المبيع الى آخر أو استهلكه ^(٤) ، أما إذا كان المتعاقد الذى أخل بتنفيذ التزامه

(١) د/ أحمد شرف الدين - نظرية الالتزام - الجزء الأول - مصادر الالتزام - الكتاب الأول - المصادر الإرادية - المرجع السابق - رقم ٢٠٥ ص ٤١٦ و ٤١٧ .

(٢) راجع د/ عبد الرشيد مأمون - الوجيز فى النظرية العامة للالتزامات - الكتاب الأول - مصادر الالتزام - المرجع السابق - رقم ٢٠٧ ص ٢٥٦ و ٢٥٧ ، د/ أحمد شرف الدين - نظرية الالتزام - الجزء الأول - مصادر الالتزام - الكتاب الأول - المصادر الإرادية - المرجع السابق - رقم ٢٠٦ من ص ٤١٧ الى ص ٤٢٠ .

(٣) وقد قضت محكمة النقض بأن " متى كان شرط المنع من التصرف من الشروط الأساسية للتعاقد والتى بدونها ما كان يتم ، إذ تكون مخالفة المتعاقد الآخر له فى هذه الحالة إخلالاً منه بأحد التزاماته الجوهرية مما يجيز للمتعاقد معه طب الفسخ " . نقض ١٩٨٩/١١/١٦ مجموعة المكتب الفنى س ٤٠ ج ٣ رقم ٣٣٦ ص ١١٦ .

(٤) د/ منصور مصطفى منصور ود/ جلال محمد إبراهيم - الوجيز فى مصادر الالتزام - المرجع السابق - ص ٢٥٤ ، د/ عبد الرشيد مأمون - الوجيز فى النظرية العامة للالتزامات - الكتاب الأول - مصادر الالتزام - المرجع السابق - ص ٢٥٧ .

(وليس المتعاقد طالب الفسخ) يستحيل عليه إعادة الحالة الى ما كانت عليه أى أن يرد الشئ الى أصله فإن ذلك لا يمنع الحكم بالفسخ ويحكم عليه فى هذه الحالة بالتعويض^(١) .

رابعا : أن يعذر الدائن المدين قبل المطالبة بالفسخ^(٢) :

ومن المستقر عليه أن للمدين الحق فى توقي الفسخ إذا ما سارع الى تنفيذ التزامه ولو بعد انقضاء الأجل المحدد بالعقد ، بل وبعد رفع الدعوى بالفسخ وحتى صدور الحكم النهائى فيها^(٣) ، ولا يحكم القاضى بالفسخ فى هذه الحالة ، وإنما يحكم فقط بتعويض الدائن عن الأضرار التى لحقت به من وراء تأخر المدين فى تنفيذ التزامه^(٤) .

وطبقا لنص الفقرة الثانية من المادة ١٥٧ مدنى ، فإن للقاضى سلطة تقديرية بالنسبة لطلب الفسخ ، فالقاضى لا يكون ملزما بالحكم بفسخ العقد حتى ولو كانت الشروط كلها متوافرة^(٥) . فقد يحكم القاضى بفسخ العقد إذا رأى أن الظروف تبرر له ذلك كما لو كان المدين قد تعمد عدم تنفيذ التزامه ، وقد يحكم القاضى بناء على طلب الدائن الى جانب فسخ العقد بإلزام المدين بالتعويض عما لحق الدائن من ضرر ، وقد يرفض القاضى الحكم بالفسخ إذا كانت الظروف تبرر ذلك كما لو كان ما لم يوف به المدين قليل الأهمية بالنسبة للالتزام فى جملة^(٦) ، وقد يمنح القاضى مهلة للمدين للوفاء بالتزامه إذا اقتضت الظروف

(١) د/ أحمد شرف الدين - نظرية الالتزام - الجزء الأول - مصادر الالتزام - الكتاب الأول - المصادر الإرادية - المرجع السابق - رقم ٢٠٧ ص ٤٢١ ، د / منصور مصطفى منصور ود/ جلال محمد إبراهيم - الوجيز فى مصادر الالتزام - المرجع السابق - ص ٢٥٤ .

(٢) سيتم التعرض لشروط الاعذار فى المطلب التالى .

(٣) د/ أحمد شرف الدين - نظرية الالتزام - الجزء الأول - مصادر الالتزام - الكتاب الأول - المصادر الإرادية - المرجع السابق - رقم ٢١٢ ص ٤٢٦ .

(٤) د / عبد الرشيد مأمون - الوجيز فى النظرية العامة للالتزامات - الكتاب الأول - مصادر الالتزام - المرجع السابق - رقم ٢٠٩ ص ٢٥٨ و ٢٥٩ .

(٥) د / منصور مصطفى منصور ود/ جلال محمد إبراهيم - الوجيز فى مصادر الالتزام - المرجع السابق - ص ٢٥٥ .

(٦) راجع د / السيد عيد نايل - عقد البيع - دار النهضة العربية - القاهرة - ٢٠٠١ - ص ٢١٥ و ٢١٦ .

ذلك وللقاضى سلطة تقديرية فى أن يمنح المدين المهلة أو الأجل أو أن يرفض ذلك بغير معقب عليه^(١).

وعلى الرغم من أن الأصل (كما سبق أن ذكرنا) هو أن الفسخ لا يكون إلا بحكم القاضى ، إلا أن المشرع قد أجاز فى المادة ١٥٨ مدنى أن يتفق المتعاقدان بموجب شرط صريح فى العقد على أن يعتبر العقد مفسوخا من تلقاء نفسه عند عدم الوفاء بالالتزامات الناشئة عنه وذلك دون حاجة الى حكم قضائى ، ويجب ملاحظة أن هذا الاتفاق لا يعفى من الاعذار إلا عندما يتفق المتعاقدان صراحة على الإعفاء منه^(٢).

وقد أورد قانون التجارة المصرى الجديد فى المادة ٩٦ حكما يقضى بأنه إذا لم يقم البائع بتسليم المبيع فى الميعاد المحدد فى العقد ، فللمشتري أن يخطره بالتنفيذ خلال مدة مناسبة يحددها ، فإذا لم يسلم البائع المبيع خلال تلك المدة ، فإنه يجوز للمشتري أن يخطر البائع بأن عدم التسليم خلال المدة المعينة فى الإخطار يترتب عليه اعتبار العقد مفسوخا . ومن الآثار المترتبة على هذا الحكم أن الفسخ عند عدم التسليم خلال المدة التى حددها المشتري فى الإخطار يكون حتميا ، بحيث لا يكون للمحكمة أية سلطة تقديرية فى هذا الشأن^(٣).

= وتنص الفقرة الأولى من المادة ١٠١ من قانون التجارة الجديد على أن :-
" إذا تبين بعد تسليم المبيع أن كميته أو صنفه أقل مما هو متفق عليه أو أن به عيبا أو أنه غير مطابق للشروط أو العينة التى تم العقد بمقتضاها ، فلا يقضى للمشتري بالفسخ إلا إذا نشأ عن النقص أو العيب أو عدم المطابقة ، عدم صلاحية المبيع للغرض الذى أعده له المشتري أو صعوبة تصريفه ، ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضى بوجوب الفسخ . ويكتفى عند رفض طلب الفسخ بإنقاص الثمن دون إخلال بحق المشتري فى التعويض " .
(١) راجع فى تفاصيل سلطة القاضى فى دعوى الفسخ د/ أحمد شرف الدين - نظرية الالتزام - الجزء الأول - مصادر الالتزام - الكتاب الأول - المصادر الإرادية - المرجع السابق - رقم ٢١٣ من ص ٤٢٨ الى ص ٤٢٩ .

(٢) تنص المادة ١٥٨ من القانون المدنى المصرى على أنه :-
" يجوز الاتفاق على أن يعتبر العقد مفسوخا من تلقاء نفسه دون حاجة الى حكم قضائى عند عدم الوفاء بالالتزامات الناشئة عنه . وهذا الاتفاق لا يعفى من الاعذار ، إلا إذا اتفق المتعاقدان صراحة على الإعفاء منه " .

(٣) المستشار / محمد إبراهيم خليل - قانون التجارة الجديد وأعماله التحضيرية - معلقا على نصوصه بأراء الفقه وأحكام القضاء - طبعة نادى القضاة - ٢٠٠٠/١٩٩٩ - ص ١٤٩ .

المطلب الثانى: إخطار الإنهاء

تنص المادة ٧-٣-٢ من مبادئ اليونيدروا على أن :-

- (١) يستخدم أى طرف حقه فى إنهاء العقد بإخطار يوجهه للطرف الآخر.
- (٢) إذا كان التنفيذ قد تم عرضه متأخراً أو بطريقة أخرى لا تتفق مع العقد ، فإن الطرف المضرور سوف يفقد حقه فى إنهاء العقد ما لم يوجه إخطاراً للطرف الآخر خلال مدة معقولة بعد أن يصبح على علم أو يجب عليه أن يعلم بعرض التنفيذ المتأخر أو بالتنفيذ غير المتفق مع العقد ^(١) .

تعيد الفقرة ١ من هذه المادة التأكيد على المبدأ الخاص بأن استخدام أى طرف حقه فى إنهاء العقد يكون بإخطار ^(٢) يوجهه للطرف الآخر ، ويسمح بطلب الإخطار للطرف المخل بالتنفيذ بتجنب أى خسائر ناشئة عن عدم التأكد فيما يتعلق بما إذا كان الطرف المضرور سوف يقبل التنفيذ . وفى نفس الوقت فإن الإخطار المتطلب يمنع الطرف المضرور من المضاربة على الارتفاع أو الهبوط فى قيمة التنفيذ مما يضر بالطرف المخل بالتنفيذ .

وعندما يكون التنفيذ مستحق ولكن لم يتم بعد ، فإن طريقة تصرف الطرف المضرور سوف تعتمد على رغباته و معرفته . وقد تكون هذه هى حالة أن الطرف المضرور لا يعلم ما إذا كان الطرف الآخر ينوى التنفيذ أو أنه إما لم يعد يريد التنفيذ أو لم يقرر بعد ، ففي هذه الحالة يجوز للطرف المضرور أن ينتظر ويرى ما إذا كان التنفيذ سيعرض فى النهاية ويتخذ قراره على أساس هل ومتى سيحدث ذلك (أنظر فقرة ٢) . وكبديل لذلك ، فقد يكون الطرف المضرور

(١)

(1) The right of a party to terminate the contract is exercised by notice to the other party.

(2) If performance has been offered late or otherwise does not conform to the contract the aggrieved party will lose its right to terminate the contract unless it gives notice to the other party within a reasonable time after it has or ought to have become aware of the offer or of the non-conforming performance.

(٢) وهو ما يطلق عليه فى القانون المصرى " الاعذار " .

الحالات التى قد يستطيع الطرف المضرور فيها الحصول بسهولة على تنفيذ بديل و هكذا قد يستطيع المضاربة على ارتفاع أو هبوط فى السعر ، فإن الإخطار يتعين توجيهه بدون تأخير ، أما عندما يتعين لهذا الأمر القيام باستعلامات أو تحقيقات فيما يتعلق بما إذا كان يمكن الحصول على تنفيذ بديل من مصادر أخرى ، فإن الفترة المعقولة من الوقت سوف تكون أطول .

ويصبح الإخطار الذى يتعين توجيهه من الطرف المضرور نافذ المفعول عندما يستلمه الطرف المخل بالتنفيذ ^(١) .

خلاصة : ونخلص من التعليقات على المادة ٧-٣-٢ إلى النقاط الأساسية التالية :-

أ - تعيد هذه المادة التأكيد على المبدأ الخاص بأن استخدام أى طرف حقه فى إنهاء العقد يكون بإخطار يوجهه للطرف الآخر .

ب - عندما يكون التنفيذ مستحق ولكن لم يتم بعد ، فإن طريقة تصرف الطرف المضرور سوف تعتمد على رغبته ومعرفته .

ج - يصبح الإخطار الذى يتعين توجيهه من الطرف المضرور نافذ المفعول عندما يستلمه الطرف المخل بالتنفيذ .

الوضع فى اتفاقية فيينا

إذا قرر أحد أطراف عقد البيع استعمال حق الفسخ ، فيجب عليه أن يعلن هذا الفسخ ، وقد نصت المادة ٢٦ من الاتفاقية على أن " لا يحدث إعلان فسخ العقد أثره إلا إذا تم بواسطة إخطار موجه الى الطرف الآخر " . وجعلت اتفاقية فيينا حكم الإخطار عاما ينطبق على كل أنواع الفسخ ^(٢) ، فقد جاء حكم الإخطار فى الفصل الخاص بالأحكام العامة والتى تطبق على الجزء الثالث من الاتفاقية

=

ICC International Court of Arbitration Bulletin – Vol. 12 – No. 2 – (Fall 2001) – p. 60-67 .

^(١) أنظر مادة ٩-١ والسابق شرحها فى المطلب التاسع من المبحث الثالث من الفصل التمهيدى.

^(٢) Enderlein, Maskow – United Nations Convention on contracts for the International Sale of Goods – op. cit. – p. 117.

والخاص ببيع البضائع ، مما يؤكد استلزام وقوع الفسخ فى جميع الحالات بإخطار ، ومعنى هذا أنه لا محل فى الاتفاقية لما يسمى " الفسخ التلقائى " لأن هذا الفسخ يباغت الطرف الآخر ولا يتفق وحسن النية ^(١) .

ولم تحدد الاتفاقية مضمون الإخطار الذى يجب أن يوجه الى الطرف المخل بالتنفيذ لفسخ العقد ، لذلك يكفى أن يتضمن ما يفيد أن العقد قد أصبح مفسوخا ^(٢) ، أى أن يتضمن الإخطار معلومات تكفى ليستطيع أن يفهم منها أى شخص معتاد من صفة الطرف المخل بالتنفيذ وفى نفس ظروفه أن العقد قد تم فسخه .

وقد جاء لفظ الإخطار فى المادة ٢٦ من الاتفاقية عاما و بالتالى يستوى أن يكون إخطار الفسخ كتابيا أو شفويا ^(٣) ، فإذا كان الإخطار شفويا فإنه يجب أن يكون واضحا ومفهوما للطرف الآخر و بالتالى إذا تعذر عليه فهمه فلن يحدث أثره ^(٤) . والوسيلة التى يتم بها توجيه الإخطار يجب أن تتناسب مع الظروف ومدى الحاجة الى سرعة إرسال الإخطار ، فعلى سبيل المثال إذا كان الباقي من الميعاد المحدد للإخطار يوم واحد فقط ، فإن المرسل يرتكب خطأ إن اختار إرساله بالبريد العادى ، لأن الوسيلة المناسبة لهذا الطرف الذى يقتضى السرعة تكون هى التلكس أو الفاكس ^(٥) .

^(١) د/ محسن شفيق - اتفاقية الأمم المتحدة بشأن البيع الدولى للبضائع (دراسة فى قانون التجارة الدولى) - المرجع السابق - رقم ١٧٣ ص ١٢١ .
^(٢)

Carter (JW.) - " Party autonomy and statutory regulation : Sale of Goods " - journal of Contract law - volume 6 - Number 2 - August 1993 - p. 107 .

^(٣) Enderlein, Maskow - United Nations Convention on contracts for the International Sale of Goods - op. cit. - p. 117.

^(٤) Schlechtriem (Peter) - Uniform Sales Law - op. cit. - p. 62

^(٥) د/ محسن شفيق - اتفاقية الأمم المتحدة بشأن البيع الدولى للبضائع (دراسة فى قانون التجارة الدولى) - المرجع السابق - رقم ١٧٥ ص ١٢٢ .

الوضع فى القانون المصرى

يشترط نص الفقرة الأولى من المادة ١٥٧ مدنى أن يعذر الدائن المدين قبل المطالبة بالفسخ^(١) ، فالفسخ جزاء للإخلال بتنفيذ الالتزام العقدى ، ونظرا لخطورته يجب اعذار المدين قبل طلب هذا الجزاء ، وذلك لوضعه موضع المقصر أو المتأخر فى تنفيذ التزامه^(٢) ، فالغرض من الاعذار هو إثبات تقصير المدين^(٣) .

ولا يكفى لتوافر الاعذار أن يتضمن الإنذار مجرد التهديد بفسخ العقد دون طلب التكليف بالوفاء ، ولكن يجب لتوافر الاعذار أن يطلب الدائن من المدين الوفاء بالتزامه الذى تخلف عن تنفيذه ، ولا يشترط القانون فوق ذلك تهديد الدائن للمدين بفسخ العقد إذا لم يوف الأخير بالتزامه ، فالاعذار تكليف بوفاء وليس تهديد بجزاء^(٤) .

ويراعى أن الاعذار ليس شرطاً من شروط قبول دعوى الفسخ ، فمجرد رفع الدعوى بالفسخ متضمنة تكليف المدين بالوفاء بالتزامه يعتبر اعذاراً . فينحصر أثر عدم الاعذار قبل رفع الدعوى فى أن يتحمل الدائن الذى رفعها

(١) تنص الفقرة الأولى من المادة ١٥٧ مدنى على أنه :-

" فى العقود الملزمة للجانبين ، إذا لم يوف أحد المتعاقدين بالتزامه ، جاز للمتعاقد الآخر بعد اعذاره المدين ، أن يطالب بتنفيذ العقد أو بفسخه ، مع التعويض فى الحالتين إن كان له مقتضى " .

(٢) د/ أحمد شرف الدين - نظرية الالتزام - الجزء الأول - مصادر الالتزام - الكتاب الأول - المصادر الإرادية - المرجع السابق - رقم ٢٠٨ ص ٤٢٢ .

(٣) د/ عبد الرشيد مأمون - الوجيز فى النظرية العامة للالتزامات - الكتاب الأول - مصادر الالتزام - المرجع السابق - رقم ٢٠٨ ص ٢٥٨ ، د/ حمدى عبد الرحمن - المصادر الإرادية للالتزام - العقد والإرادة المنفردة - المرجع السابق - ص ٦٠٧ .

(٤) د/ أحمد شرف الدين - نظرية الالتزام - الجزء الأول - مصادر الالتزام - الكتاب الأول - المصادر الإرادية - المرجع السابق - رقم ٢٠٨ ص ٤٢٣ .

وقد قضت محكمة النقض بأن " الاعذار لا يتحقق بالمعنى القانونى إلا إذا تضمن تكليف المدين بالوفاء بالالتزام الذى قصر فى تنفيذه . ومن ثم لا يقوم الاعذار إذا خلت صحيفة الدعوى من تكليف المدين بالوفاء " . نقض ١٩٧٩/١/٢٥ مجموعة المكتب الفنى س ٣٠ رقم ٧٥ ص ٣٧٥ .

مصروفات الدعوى إذا ما بادر المدين الى تنفيذ التزامه بمجرد إعلانه بصحتها، هذا بالإضافة الى انه من الناحية العملية إذا اعذر الدائن المدين قبل رفع الدعوى ولم يقم المدين بالتنفيذ ، فيكون القاضى فى هذه الحالة أسرع استجابة لطلب الفسخ والحكم بالتعويض ^(١). والاعذار لا يكون واجبا قبل المطالبة بالفسخ وذلك فى الأحوال التى يجيز فيها القانون اعتبار المدين مقصرا دون حاجة الى اعذار ، ومن أمثلة ذلك لو صرح المدين كتابة بعدم تنفيذ التزامه ^(٢).

رأينا فى الموضوع

بعد استعراض أحكام الحق فى إنهاء العقد (فسخه) وإخطار الإنهاء (الاعذار) فى مبادئ اليونيدروا واتفاقية فيينا والقانون المصرى وذلك فى المطلب السابق والمطلب الحالى ، يتبين لنا أن هناك اختلاف جوهري فى نظام الفسخ بين مبادئ اليونيدروا واتفاقية فيينا وبين القانون المصرى وهو كالتالى :-

الأصل فى القانون المصرى أن فسخ العقد لا يتقرر إلا بحكم القاضى ، فهو جزاء على إخلال المدين بالتزامه ، والقاعدة أن الجزاء لا يوقعه إلا القاضى، وبالتالى فالأصل فى الفسخ أنه قضائى ، وقد يكون فسخ العقد باتفاق المتعاقدين عند إبرام العقد وهذا هو الفسخ الاتفاقى ، كما قد يكون بحكم القانون ويسمى فى هذه الحالة انفساخا .

أما فى مبادئ اليونيدروا واتفاقية فيينا إذا قرر أحد الأطراف استعمال حق الفسخ ، فلا يشترط أن يطلب ذلك من القضاء ، وإنما يكفي أن يعلن فسخ العقد ويخطر بذلك الطرف الآخر . ويرجع ذلك الى حرص المبادئ والاتفاقية على صالح التجارة الدولية والتى تقتضى الإسراع الى تصفية العقد ، عند تعذر الحفاظ عليه ، فاللجوء الى القضاء للمطالبة بالفسخ قد ينشأ عنه تعقيدات أهمها

(١) د/ سليمان مرقس - أصول الالتزامات - الجزء الأول - فى مصادر الالتزام - مطابع دار النشر للجامعات المصرية - القاهرة - ١٩٦٠ - ص ٤٤٠ ، د / منصور مصطفى منصور

ود/ جلال محمد إبراهيم - الوجيز فى مصادر الالتزام - المرجع السابق - ص ٢٥٥ .
(٢) د/ أحمد شرف الدين - نظرية الالتزام - الجزء الأول - مصادر الالتزام - الكتاب الأول -

المصادر الإرادية - المرجع السابق - رقم ٢٠٨ ص ٤٢٣ .

طول الانتظار حتى يتم استصدار الحكم مما لا يتناسب مع مصالح واحتياجات التجارة الدولية . أما إذا كان للطرف الآخر اعتراض على الفسخ ، فيكون هو المكلف باللجوء الى القضاء للحصول على حكم بإلغاء الفسخ كما يجوز له المطالبة بالتعويض إن كان له مقتض .

ونرى أن إخطار الإنهاء فى مبادئ اليونيدروا واتفاقية فيينا يقترب الى حد ما من إحدى صور الفسخ التى عرفها القانون المصرى ، وهى عندما يتفق المتعاقدان على اعتبار العقد مفسوخا من تلقاء نفسه دون حاجة الى حكم عند عدم الوفاء بالالتزامات الناشئة عن العقد . إذ يترتب على هذا الشرط أن فسخ العقد يقع من تلقاء نفسه إذا أخل المدين بالتزامه ، فلا توجد حاجة الى لجوء الدائن لرفع دعوى للحصول على حكم بالفسخ ، ولكن يتعين على الدائن إذا رغب فى أعمال هذا الشرط أن يوجه اعدار الى المدين يطالبه فيه بتنفيذ التزامه (مع ملاحظة أن إخطار الإنهاء الذى يوجهه الدائن الى المدين فى مبادئ اليونيدروا واتفاقية فيينا لا يتضمن مطالبة المدين بتنفيذ التزامه وإنما يتضمن ما يفيد أن العقد قد أصبح مفسوخا) .

المطلب الثالث: الإخلال المبتسر

تنص المادة ٧-٣-٣ من مبادئ اليونيدروا على أنه :-

عندما يكون واضحاً قبل حلول ميعاد تنفيذ أحد الأطراف أنه سوف يكون هناك إخلال بالتنفيذ جوهرى من ذلك الطرف ، يجوز للطرف الآخر إنهاء العقد ^(١) .

ترسخ هذه المادة مبدأ أن الإخلال بالتنفيذ المتوقع يتساوى مع الإخلال بالتنفيذ الذى يحدث فى وقت استحقاق التنفيذ .

ويعتبر شرطاً أساسياً أن يكون واضحاً أنه سوف يحدث إخلال بالتنفيذ ، فالشك لا يكفى حتى ولو كان له ما يبرره . وعلاوة على ذلك ، فإن من الضروري أن يكون الإخلال بالتنفيذ جوهرياً وأن يوجه الطرف الذى يحق له استلام التنفيذ إخطاراً بالإنتهاء .

وأحد أمثلة الإخلال بالتنفيذ المبتسر هو حالة عندما يعلن أحد الأطراف أنه سوف لن ينفذ العقد ، ومن ناحية ثانية فقد تدل الظروف المحيطة أيضاً على أنه سوف يكون هناك إخلال بالتنفيذ جوهرى ^(٢) .

الوضع فى اتفاقية فيينا

واجهت اتفاقية فيينا الإخلال المبتسر بالعقد ، وهو الإخلال الذى يظهر قبل حلول أجل تنفيذ الالتزام ، فقد أجازت المادة ٧٢ من الاتفاقية للمتعاقد فسخ

(١)

" Where prior to the date for performance by one of the parties it is clear that there will be a fundamental non-performance by that party, the other party may terminate the contract " .

(٢) مثال إيضاحى :

تعهد الطرف (أ) بأن يسلم زيت بترول للطرف (ب) فى مونتريال عن طريق ناقلة بترول و ذلك فى يوم ٣ فبراير . وفى يوم ٢٥ يناير كانت الناقلة مازالت على بعد ٢٠٠٠ كيلومتر من مونتريال . وبالسريعة التى تتحرك بها فإنها سوف لن تصل لمونتريال فى يوم ٣ فبراير ، ولكن على أسرع تقدير ستصل فى يوم ٨ فبراير . ونظراً لأن الوقت يعتبر هو جوهر العقد ، ومتوقع حدوث تأخير جوهرى ، فإن الطرف (ب) يجوز له إنهاء العقد قبل يوم ٣ فبراير .

العقد إذا تبين بوضوح قبل حلول ميعاد تنفيذ العقد أن المتعاقد الآخر سوف يرتكب مخالفة جوهرية للعقد ، وألزمت المتعاقد الذي يريد الفسخ المبسر للعقد ، إذا كان الوقت يسمح له بذلك ، أن يوجه إخطارا الى الطرف الآخر بشروط معقولة تتيح له تقديم ضمانات كافية تؤكد عزمه على تنفيذ التزاماته . وأعفته من هذا الإخطار إذا أعلن الطرف الآخر انه سوف لا ينفذ التزاماته ^(١) .

ويتبين من نص المادة ٧٢ من الاتفاقية أنه يشترط لإعلان الفسخ المبسر للعقد أن يتبين بوضوح أن مخالفة جوهرية سوف ترتكب ، أى أن يصل الإخلال المتوقع الى درجة المخالفة الجوهرية ، وتوقع حدوث مخالفة جوهرية للعقد يجب أن يتوافر فيه قدر كبير من اليقين ^(٢) ، فينبغى أن يحمل تأكيد النص على وضوح احتمال وقوع المخالفة الجوهرية على أن مبررات الشك فى وقوع هذه المخالفة يجب أن تكون من القوة والجلء بحيث تقرب الشك من اليقين مثل قيام البائع ببيع البضاعة الى مشتري آخر بسبب عرض سخي جاء من هذا المشتري الآخر أو قيام البائع بتصفية منشأته قبل تنفيذ العقد ^(٣) .

ولا يشترط أن ترجع أسباب الإخلال المتوقع فى التنفيذ الى خطأ المدين ، إذ قد ترجع هذه الأسباب الى ظروف عامة لا يمكن دفعها كحالة حرب أو صدور قانون يحظر تصدير البضائع موضوع عقد البيع ^(٤) . وقد يظهر بوضوح

^(١) تنص المادة ٧٢ من اتفاقية فيينا لعام ١٩٨٠ على أنه :-

" ١- إذا تبين بوضوح قبل حلول ميعاد تنفيذ العقد أن أحد الطرفين سوف يرتكب مخالفة جوهرية للعقد جاز للطرف الآخر أن يفسخ العقد .

٢- يجب على الطرف الذى يريد الفسخ ، إذا كان الوقت يسمح له بذلك ، أن يوجه الى الطرف الآخر إخطارا بشروط معقولة ، تتيح له تقديم ضمانات كافية تؤكد عزمه على تنفيذ التزاماته .

٣- لا تسرى أحكام الفقرة السابقة إذا أعلن الطرف الآخر أنه سوف لا ينفذ التزاماته " .

(٢)

Plantard – " Un nouveau droit uniforme de le vente internationale : La convention des Nations Unies du 11 avril 1980 " – op. cit. – p. 357 .

^(٣) د/ محسن شفيق – اتفاقية الأمم المتحدة بشأن البيع الدولى للبضائع (دراسة فى قانون

التجارة الدولى) – المرجع السابق – رقم ٣١١ ص ٢٢٨ .

^(٤) Enderlein, Maskow – United Nations Convention on contracts for the International Sale of Goods – op. cit. – p. 286 ets.

أنه سوف ترتكب مخالفة جوهرية للعقد عند انهيار الائتمان الخاص بالمتعاقد ، كما إذا أشهر إفلاس البائع أو المشتري ^(١).

ويشترط وقوع القرائن الدالة على احتمال ارتكاب المخالفة الجوهرية قبل حلول ميعاد تنفيذ العقد ، لأن نص المادة ٧٢ لا يتعلق إلا بفترة الشك الواقعة بعد انعقاد العقد وقبل حلول ميعاد تنفيذ الالتزامات المترتبة عليه ^(٢). والميعاد الذى يعتمد عليه لتقدير هل القرائن أو الوقائع التى حدثت ترجح ارتكاب مخالفة جوهرية هو معيار موضوعى يتمثل فى تقدير شخص معتمد من نفس صفة المتعاقد الذى يرغب فى الفسخ المبتسر إذا وجد فى مثل ظروفه ، فلا يكفى التقدير الشخصى للمتعاقد وحده ، ويؤكد ذلك استخدام عبارة " إذا تبين بوضوح " فى بداية المادة ٧٢ فهى تظهر ضرورة توافر قدر من الموضوعية ^(٣).

ويجب على الطرف الذى يرغب فى الفسخ المبتسر للعقد أن يوجه الى الطرف الآخر إخطارا سابقا على إعلان الفسخ يعرض عليه فيه تقديم ضمانات كافية تزيل الشكوك وتعيد الثقة فى قدرته على التنفيذ عند حلول ميعاده ، فإذا قدم هذه الضمانات فلا فسخ ، أما إذا رفض أو عجز عن تقديمها فإنه يجوز عندئذ إعلان فسخ العقد ^(٤)، ولا ضرورة للإخطار إذا سبق للطرف الآخر أن أعلن انه سوف لا ينفذ التزاماته .

ومن التطبيقات الأخرى لفكرة الفسخ المبتسر للعقد فى اتفاقية فيينا ، ما

^(١) Heuze (Vincent) – "La vente internationale de marchandises, Droit uniforme"- op. cit.-No. 417 p. 316.

^(٢) د/ محسن شفيق – اتفاقية الأمم المتحدة بشأن البيع الدولى للبضائع (دراسة فى قانون التجارة الدولى) – المرجع السابق – رقم ٣١١ ص ٢٢٨ .

^(٣)

Strub (M.Gilbey) - The codification of the doctrine of anticipatory repudiation in the 1980 Convention on the International sale of Goods"- Droit et Pratique du Commerce International - Tome 15 – No. 4 – 1989 – p. 598 .

^(٤) د/ محسن شفيق – اتفاقية الأمم المتحدة بشأن البيع الدولى للبضائع (دراسة فى قانون التجارة الدولى) – المرجع السابق – رقم ٣١٣ ص ٢٢٩ .

قررتة الفقرة الثانية من المادة ٧٣ من الاتفاقية والتي تتعلق أحكامها بالعقود التي تقضى بتسليم البضائع على دفعات^(١). فبعد أن وضعت الفقرة الأولى من المادة ٧٣ المبدأ العام في شأن فسخ هذا النوع من العقود وهو إجازة الفسخ بالنسبة للدفعة التي وقعت المخالفة الجوهرية بمناسبة وحدها دون أن يكون لذلك أثر على الدفعات سواء السابقة على هذه الدفعة أو التالية لها^(٢)، فإنها أجازت في الفقرة الثانية إعلان فسخ العقد مستقبلاً إذا كان عدم تنفيذ أحد الطرفين لالتزام من التزاماته المتعلقة بإحدى الدفعات يعطى الطرف الآخر أسباباً جديّة بأنه ستكون هناك مخالفة جوهرية للعقد بشأن الالتزامات المقبلة.

فيجب أن يصدر بالفعل عن أحد المتعاقدين إخلال بإحدى الدفعات بأن يتخلف عن تنفيذ التزام من التزاماته المتعلقة بهذه الدفعة^(٣)، سواء كان هذا الإخلال في التنفيذ يشكل مخالفة جوهرية أو غير جوهرية^(٤)، فلا يكفي مثلاً حدوث عجز خطير في قدرة المتعاقد المالية أو تعطل مصانعه عن الإنتاج ولكن يشترط أن تكون مخالفة قد حدثت بالفعل بالنسبة لإحدى الدفعات تؤدي إلى الاعتقاد بأنه ستكون هناك مخالفة جوهرية سوف تحدث بالنسبة للدفعات

(١) تنص المادة ٧٣ من اتفاقية فيينا لعام ١٩٨٠ على أنه :-

" ١- في العقود التي تقضى بتسليم البضائع على دفعات ، إذا كان عدم تنفيذ أحد الطرفين لالتزام من التزاماته المتعلقة بإحدى الدفعات يشكل مخالفة جوهرية للعقد بشأن تلك الدفعة جاز للطرف الآخر فسخ العقد بالنسبة لتلك الدفعة .

٢- إذا كان عدم تنفيذ أحد الطرفين لالتزام من التزاماته المتعلقة بإحدى الدفعات يعطى الطرف الآخر أسباباً جديّة للاعتقاد بأنه ستكون هناك مخالفة جوهرية للعقد بشأن الالتزامات المقبلة جاز له أن يفسخ العقد مستقبلاً على أن يتم ذلك خلال مدة معقولة .

٣- للمشتري الذي يفسخ العقد بالنسبة لإحدى الدفعات أن يعلن في نفس الوقت فسخ العقد بالنسبة للدفعات التي تم استلامها أو بالنسبة للدفعات المقبلة إذا كان لا يمكن استعمال هذه البضائع للأغراض التي أرادها الطرفان وقت انعقاد العقد بسبب عدم قابليتها للتعبير "

(٢) د/ محسن شفيق - اتفاقية الأمم المتحدة بشأن البيع الدولي للبضائع (دراسة في قانون التجارة الدولي) - المرجع السابق - رقم ٣١٥ ص ٢٣٠ .

(٣) Heuze (Vincent) - "La vente internationale de marchandises, Droit uniforme"- op. cit.-No. 422 p. 319.

(٤) د/ محسن شفيق - اتفاقية الأمم المتحدة بشأن البيع الدولي للبضائع (دراسة في قانون التجارة الدولي) - المرجع السابق - رقم ٣١٦ ص ٢٣١ .

المستقبلية^(١) ، وذلك لتطبيق الفسخ المبتسر بالنسبة للدفعات المستقبلية وفقا للفقرة الثانية . ولا يشمل الفسخ عند ذلك الدفعات التى نفذت ، ولا يشمل أيضا الدفعة التى أثار الخلل فى تنفيذها الشكوك فى مستقبل العقد^(٢) ، إلا إذا كان هذا الخلل يشكل فى حد ذاته مخالفة جوهرية تبرر فسخ تلك الدفعة هى الأخرى ولكن سيكون الفسخ هنا طبقا للفقرة الأولى من المادة ٧٣ من الاتفاقية^(٣) .

وتعبر " أسباب جدية " الذى استخدمه النص فى الفقرة الثانية للاعتقاد بأن مخالفة جوهرية سوف تقع بمناسبة تنفيذ الدفعات المستقبلية ، هو أقرب الى التقدير الشخصى المحض غير المقيد بأى درجة من الوضوح^(٤) .

ويجب أن يقع إعلان الفسخ خلال مدة معقولة حتى لا يظل مصير العقد معلقا لمدة طويلة ، ويتوقف تحديد هذه المدة المعقولة على مدى طول الفترة التى تقع بين الدفعة التى وقعت المخالفة بشأنها والدفعة المستقبلية^(٥) ، وتسرى هذه المدة المعقولة من وقت وقوع المخالفة فى تنفيذ إحدى الدفعات^(٦) .

الوضع فى القانون المصرى

لم نجد فى القانون المصرى نصوصا تضع أحكاما صريحة تعالج مسألة الإخلال المبتسر بالعقد .

(١) Enderlein, Maskow – United Nations Convention on contracts for the International Sale of Goods – op. cit. – p. 296 .

(٢) د/ محسن شفيق – اتفاقية الأمم المتحدة بشأن البيع الدولى للبضائع (دراسة فى قانون التجارة الدولى) – المرجع السابق – رقم ٣١٦ ص ٢٣١ .

(٣) Audit (Bernard) – "La vente internationale de marchandises, Convention des Nations, Unies du 11avril 1980 " – op. cit. – No. 169 p.161.

(٤) د/ محسن شفيق – اتفاقية الأمم المتحدة بشأن البيع الدولى للبضائع (دراسة فى قانون التجارة الدولى) – المرجع السابق – رقم ٣١٦ ص ٢٣٢ .

(٥) Enderlein, Maskow – United Nations Convention on contracts for the International Sale of Goods – op. cit. – p. 296 .

(٦) د/ محسن شفيق – اتفاقية الأمم المتحدة بشأن البيع الدولى للبضائع (دراسة فى قانون التجارة الدولى) – المرجع السابق – رقم ٣١٦ ص ٢٣٢ .

رأينا فى الموضوع

الإخلال المبتسر هو الإخلال الذى يظهر قبل حلول أجل تنفيذ الالتزام ، وإذا كان القانون المصرى لم يضع نصا يعالج بشكل صريح مسألة الإخلال المبتسر بالعقد ، إلا أنه يتضمن حالات يمكن أن تقترب من فكرة الإخلال المبتسر بالعقد .

فعلى سبيل المثال ، تنص المادة ٩٧ من قانون التجارة الجديد رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ على أنه " إذا اتفق على تسليم المبيع على دفعات جاز للمشتري أن يطلب الفسخ إذا لم يقدّم البائع بتسليم إحدى الدفعات فى الميعاد المتفق عليه ، ولا يسرى الفسخ على الدفعات التى تم تسليمها إلا إذا ترتب على تبعض المبيع ضرر جسيم للمشتري " . ويتبين من هذا النص أن الفسخ فى عقود البيع على دفعات يسرى على الدفعة التى حدث بشأنها الإخلال والدفعات المستقبلية ، ويعتبر الفسخ بالنسبة للدفعات المستقبلية فسخا مبتسرا حيث أن الإخلال فى تنفيذها لم يحدث بعد .

ومن الأمثلة الأخرى ما نصت عليه المادة ١١٧ من قانون التجارة الجديد (وهى خاصة بعقود التوريد) من أنه " إذا تخلف أحد الطرفين عن تنفيذ التزاماته بشأن أحد التوريدات الدورية فلا يجوز للطرف الآخر فسخ العقد إلا إذا كان من شأن التخلف عن التنفيذ إحداث ضرر جسيم له أو إضعاف الثقة فى مقدرة الطرف الذى تخلف عن التنفيذ على الاستمرار فى تنفيذ التوريدات اللاحقة بصورة منتظمة " . ويتبين من النص السابق أن الفسخ فى عقود التوريد يشمل أيضا الدفعة التى حدث بشأنها الإخلال فى التنفيذ والتوريدات المستقبلية بشرط أن يكون من شأن التخلف عن التنفيذ إضعاف الثقة فى مقدرة الطرف الذى تخلف عن التنفيذ على الاستمرار فى تنفيذ التوريدات اللاحقة بصورة منتظمة أو إحداث ضرر جسيم للطرف الآخر ، وفكرة إضعاف الثقة فى مقدرة أحد الطرفين على الاستمرار فى التنفيذ للتوريدات المستقبلية تقترب من مفهوم المادة ٣-٧-٣ من مبادئ اليونيدروا ، هذا بالإضافة الى أن الفسخ للتوريدات اللاحقة يعتبر فسخا مبتسرا .

ونرى أن هناك حاجة ضرورية الى تدخل المشرع المصرى لوضع نص صريح ينظم الإخلال المبتسر خاصة فى مجال العقود التجارية ، ويعطى حق إعلان الفسخ (مع المطالبة بالتعويضات إن كان لها مقتضى) إذا تبين بوضوح قبل حلول ميعاد تنفيذ الالتزام أنه سوف يكون هناك إخلال بالتنفيذ جوهرى ، مما يساعد على إشاعة الطمأنينة فى التعامل التجارى ، حيث لا يتصور أن يترك المتعاقد فى هذه الحالة ينتابه القلق عندما ينتظر حلول ميعاد تنفيذ العقد على الرغم من تيقنه من عدم تنفيذ المتعاقد الآخر لالتزاماته . كما أن الفسخ المبتسر عند توافر شروطه يحقق فوائد عملية ، حيث يحد من الخسائر التى قد يتعرض لها المتعاقدان إذا ما تم الانتظار حتى التاريخ المستحق للتنفيذ وحدث بالفعل الإخلال الجوهري بالتنفيذ ، فعلى سبيل المثال فى عقد بيع البضائع يسمح الفسخ المبتسر للمشتري بالبحث عن مصدر بديل للحصول على البضائع التى يحتاجها إذا كان البائع لن يستطيع توريدها طبقا لشروط العقد ، كما يسمح للبائع بالتوقف عن تصنيع البضائع (وخاصة إذا كان تصنيعها يتم خصيصا للمشتري) إذا كان من المرجح عدم حصوله على الثمن المحدد لها .

المطلب الرابع: الضمان الكافى للتنفيذ

تنص المادة ٧-٣-٤ من مبادئ اليونيدروا على أن :-

الطرف الذى يعتقد بشكل معقول أنه سوف يحدث إخلال بالتنفيذ جوهرى من الطرف الآخر ، يجوز له أن يطلب ضمانا كافيا للتنفيذ ، ويجوز له أثناء ذلك أن يمتنع عن تنفيذ التزاماته ، وإذا لم يتوافر هذا الضمان خلال مدة معقولة فإن الطرف الذى يطالب بالضمان يجوز له إنهاء العقد ^(١).

تحمى هذه المادة مصلحة الطرف الذى لديه أسباب لأن يعتقد أن الطرف الآخر لن يكون قادرا أو راغبا فى تنفيذ العقد فى الوقت المحدد ولكنه لا يستطيع التمسك بالمادة ٧-٣-٣ نظراً لأنه ما يزال هناك إمكانية لأن يقوم الطرف الآخر بالتنفيذ أو يكون فى استطاعته ذلك . فى حالة غياب القاعدة المنصوص عليها فى المادة الحالية فإن الطرف المذكور أو لاً كثيراً ما سيقع فى ورطة . فإذا ما انتظر حتى التاريخ المحدد للتنفيذ ، ولم يحدث التنفيذ ، فقد يتعرض لخسائر . وعلى الجانب الآخر ، إذا ما قرر إنهاء العقد ، ثم بعد ذلك أصبح من الواضح أن العقد كان سيتم تنفيذه من الطرف الآخر ، فإن تصرفه ذلك سوف يعادل أو يساوى عدم تنفيذ للعقد ، وسوف يكون مسئولاً عن التعويضات عن الأضرار ^(٢).

وبناء على ذلك، فإن هذه المادة تمكن الطرف الذى يعتقد بصورة معقولة أنه سوف يكون هناك إخلال بالتنفيذ جوهرى من الطرف الآخر، أن يطلب ضمانا

(١)

"A party who reasonably believes that there will be a fundamental non-performance by the other party may demand adequate assurance of due performance and may meanwhile withhold its own performance. Where this assurance is not provided within a reasonable time the party demanding it may terminate the contract " .

(٢)

SAIDOV (D.) - Anticipatory Non-performance and Underlying Values of the UNIDROIT principles – Uniform Law Review – 2006 –p. 795ets.

للتنفيذ من الطرف الآخر ويمتنع فى أثناء ذلك عن تنفيذ التزاماته . وما يعتبر ضمانا كافيا سيعتمد على الظروف المحيطة . فيكفى فى بعض الحالات إعلان الطرف الآخر أنه سوف ينفذ ، بينما فى حالات أخرى قد يكون طلب كفالة أو طلب ضمانة من الغير مبررا ^(١) .

وإذا لم يقدم الضمان الكافى للتنفيذ المطلوب خلال مدة معقولة ، فإن الطرف الذى طالب بالضمان يجوز له إنهاء العقد .

الوضع فى اتفاقية فيينا

واجهت اتفاقية فيينا فى المادة ٧١ حالة وجود ظروف يمكن معها الاعتقاد بأن أحد المتعاقدين سوف لا ينفذ جانبها هاما من التزاماته ^(٢) ، ولكن لا يصل الإخلال المتوقع الى حد المخالفة الجوهرية الذى تكفلت به المادة ٧٢ ، وتولى نص المادة ٧١ تعيين هذه الظروف على سبيل الحصر وهى :-

^(١) مثال إيضاحى :

يعمل الطرف (أ) ببناء السفن ولديه مرسى واحد فقط ، وقد تعهد بأن يبنى يخت للطرف (ب) على أن يتم تسليمه فى ١ مايو ، وليس متأخراً عن ذلك . وعاجلاً بعد ذلك ، يعلم الطرف (ب) من الطرف (ج) أن الطرف (أ) قد وعد ببناء يخت لأجل الطرف (ج) خلال نفس المدة الزمنية .

يكون الطرف (ب) مؤهلاً أن يطالب الطرف (أ) بضمان كافى بأن اليخت سوف يتم تسليمه فى الميعاد المتفق عليه ، وسوف يتعين على الطرف (أ) عند ذلك إعطاء الطرف (ب) تفسيراً مرضياً عن كيف ينوى أو يعتزم أن ينفذ عقده مع الطرف (ب) .
^(٢) تنص اتفاقية فيينا لعام ١٩٨٠ فى المادة ٧١ على أنه :-

" ١ - يجوز لكل من الطرفين أن يوقف تنفيذ التزاماته إذا تبين بعد انعقاد العقد أن الطرف الآخر سوف لا ينفذ جانباً هاماً من التزاماته :

(أ) بسبب وقوع عجز خطير فى قدرته على تنفيذ هذا الجانب من التزاماته ، أو بسبب إفساره أو .

(ب) بسبب الطريقة التى يعدها لتنفيذ العقد أو التى يتبعها فعلاً فى تنفيذه .
٢ - إذا كان البائع قد أرسل البضائع قبل أن تتضح الأسباب المذكورة فى الفقرة السابقة جاز له أن يعترض على تسليم البضائع الى المشتري ولو كان المشتري يحوز وثيقة تجيز له استلام البضاعة . ولا تتعلق هذه الفقرة إلا بالحقوق المقررة لكل من البائع والمشتري على البضائع .

٣ - يجب على الطرف الذى يوقف تنفيذ التزاماته قبل إرسال البضائع أو بعد إرسالها أن يرسل مباشرة الى الطرف الآخر إخطاراً بذلك وعليه أن يستأنف التنفيذ إذا قدم له هذا الطرف ضمانات كافية تؤكد عزمه على تنفيذ التزاماته " .

أ - وقوع عجز خطير فى قدرة الطرف المدعى عليه على التنفيذ أو انهيار انتمائه (إعساره) . ولا يشترط أن تبلغ خطورة العجز مبلغ الوقوف عن التنفيذ فعلا ، وإنما يكفي أن تجعل التنفيذ عسيراً لا يبشر بفرج قريب ، كما يجب أن يتعلق العجز عن التنفيذ بالعقد محل النزاع وليس فقط بعجز فى تنفيذ عقود أخرى سابقة عليه ^(١) . فقد يرجع العجز الى ظروف خاصة بالبائع مثل حدوث خلاف بينه وبين مورد المواد الأولية الأساسى له والذى يعتمد عليه فى الحصول على هذه المواد الأولية مما يرجح عدم قيامه بالتوريد له ^(٢) ، أو إضراب عمال البائع أو وقوع خلاف بينه وبين شريكه يخلل معه سير العمل فى منشأتهما ^(٣) ، وقد ترجع أسباب العجز فى القدرة على التنفيذ الى ظروف عامة لا يستطيع أحد دفعها مثل حالة حرب أو منع التصدير الى دولة المشتري ^(٤) ، وقد يرجع العجز الى إعسار المشتري أو انهيار انتمائه ومن علاماته على سبيل المثال امتناع المصارف عن فتح الاعتمادات له أو إصدار خطابات ضمان لكفالاته ^(٥) وكذلك تكرار تأخره فى السداد لنفس البائع المدعى أو لآخرين بما يظهر معه وجود خلل فى قدرته المالية ^(٦) .

ب - الطريقة التى يعدها لتنفيذ العقد أو التى يتبعها فعلا فى تنفيذه يتبين منها أن الطرف المدعى عليه سوف لا ينفذ التزاماته بالكيفية المعينة فى العقد ^(٧) ،

^(١) د/ محسن شفيق - اتفاقية الأمم المتحدة بشأن البيع الدولى للبضائع (دراسة فى قانون التجارة الدولى) - المرجع السابق - رقم ٣٠٤ ص ٢٢٢ و ٢٢٣ .

^(٢) Heuze (Vincent) - "La vente internationale de marchandises, Droit uniforme" - op. cit.-No. 395 p.298.

^(٣) د/ محسن شفيق - اتفاقية الأمم المتحدة بشأن البيع الدولى للبضائع (دراسة فى قانون التجارة الدولى) - المرجع السابق - رقم ٣٠٤ ص ٢٢٣ .

^(٤) Enderlein, Maskow - United Nations Convention on contracts for the International Sale of Goods - op. cit. - p. 286-287.

^(٥) د/ محسن شفيق - اتفاقية الأمم المتحدة بشأن البيع الدولى للبضائع (دراسة فى قانون التجارة الدولى) - المرجع السابق - رقم ٣٠٤ ص ٢٢٣ .

^(٦) Audit (Bernard) - "La vente internationale de marchandises, Convention des Nations, Unies du 11avril 1980"-op. cit.- No.161 p.154.

^(٧) د/ محسن شفيق - اتفاقية الأمم المتحدة بشأن البيع الدولى للبضائع (دراسة فى قانون التجارة الدولى) - المرجع السابق - رقم ٣٠٤ ص ٢٢٣ .

ومن أمثلة ذلك تأكد المشتري أن هناك عيوباً في البضائع التي ينتجها البائع والتي تعاقده على أن يشتري مثلها مما يرجح معه أن البضائع التي سيتم توريدها سيكون بها نفس هذه العيوب^(١) ، وكذلك إذا تأكد المشتري أن البائع سوف لا يستعمل في تنفيذ العقد المبرم بينهما المادة الأولية المبينة في العقد لتحريم استيرادها في دولته وأنه لا سبيل للبائع إلا استعمال المادة البديلة الأقل جودة^(٢).

ويشترط وقوع الظروف السابقة بعد إبرام العقد ، لأنها تشكل عندئذ مفاجأة للطرف المدعى يستحق معها الحماية التي يهيئها نص المادة ٧١ . كما يشترط وضوح الدلالة على عدم قدرة الطرف المدعى عليه على تنفيذ التزاماته كما يعينها العقد وقد استعمل النص للدلالة على ذلك عبارة " إذا تبين " وهي عبارة تفسح المجال للتقدير الشخصي ، فيكفي معها وجود إشارات تشير إلى احتمال وقوع تغيير في المركز المالي للطرف المدعى عليه أو في سير العمل في منشأته ، وهناك فرق كبير بين العبارة السابقة وعبارة المادة ٧٢ والتي تقول " إذا تبين بوضوح " وهي عبارة تشير إلى درجة عالية من الوضوح يرتفع معها الشك إلى ما يقرب من اليقين^(٣) . ويشترط أيضاً اتصال العجز عن التنفيذ أو انهيار الائتمان بجانب هام من التزامات الطرف المدعى عليه ولكن لا تصل إلى حد المخالفة الجوهرية الذي تكفلت به المادة ٧٢ .

وإذا ما توافرت الشروط السابقة ، فإن المادة ٧١ أجازت للطرف المدعى مجرد وقف تنفيذ التزاماته (وليس إعلان الفسخ كما في المادة ٧٢) وذلك حتى يتبين موقف المدعى عليه ، كما أوجبت الفقرة الثالثة من المادة ٧١ على الطرف الذي يوقف تنفيذ التزاماته أن يرسل مباشرة إلى الطرف الآخر إخطاراً بذلك، فإذا

(١) Heuze (Vincent) – "La vente internationale de marchandises, Droit uniforme"- op. cit.-No. 395 p.299.

(٢) د/ محسن شفيق – اتفاقية الأمم المتحدة بشأن البيع الدولي للبضائع (دراسة في قانون التجارة الدولي) – المرجع السابق – رقم ٣٠٤ ص ٢٢٣.

(٣) د/ محسن شفيق – اتفاقية الأمم المتحدة بشأن البيع الدولي للبضائع (دراسة في قانون التجارة الدولي) – المرجع السابق – رقم ٣٠٦ ص ٢٢٤.

قدم الطرف المدعى عليه ضمانات كافية ومناسبة تؤكد عزمه على تنفيذ التزاماته عندما يحل أجل تنفيذها^(١)، فإنه يجب على الطرف المدعى أن يستأنف التنفيذ الذى أوقفه .

ولم تضع الاتفاقية ضابط لتعيين كفاية الضمان ، فالأمر يتوقف على ظروف الحال . ومن أمثلة الضمانات الكافية ، عندما يقدم البائع ما يؤكد حصوله على تصريح بتصدير البضائع للمشتري عندما يكون سبب توجيه المشتري إخطار للبائع بعزمه على التوقف عن التنفيذ لالتزاماته هو أن دولة البائع قد منعت تصدير البضائع موضوع العقد^(٢) ، وكذلك يعد من أمثلة الضمانات الجدية والكافية تقديم المشتري خطاب ضمان من مصرف موثوق به أو تقديم كفالة عينية عندما يكون سبب توجيه البائع الإخطار للمشتري هو اعتقاده بإعسار المشتري^(٣).

ويرى بعض الفقه أنه إذا قدم المدعى عليه الضمانات الكافية المطلوبة واستأنف المدعى التنفيذ ، فإن فترة التوقف عن التنفيذ تضاف الى الميعاد المعين فى العقد لإتمام هذا التنفيذ ، أى امتداد ميعاد التنفيذ بمقدار فترة التوقف^(٤).

الوضع فى القانون المصرى

سبق أن ذكرنا أننا لم نجد فى القانون المصرى نصا صريحا يعالج مسألة الإخلال المبترس بالعقد ، وكذلك لم نجد نصا شاملا يجيز المطالبة بتقديم ضمانات

(١) كما يستطيع المدعى عليه المنازعة فى توافر شروط المادة ٧١ ، كما إذا ادعى أن الطرف المدعى قد أساء تقدير الموقف وأن العجز الذى يدعيه لا أهميه له ، ويتحول الأمر عندئذ الى نزاع يتم عرضه على التحكيم أو القضاء ، ويتحدد الموقف فى هذه الحالة بالحكم الصادر فى النزاع .

(٢) Enderlein, Maskow – United Nations Convention on contracts for the International Sale of Goods – op. cit. – p. 289.

(٣) د/ محسن شفيق – اتفاقية الأمم المتحدة بشأن البيع الدولى للبضائع (دراسة فى قانون التجارة الدولى) – المرجع السابق – رقم ٣٠٨ ص ٢٢٥ .

(٤) د/ محسن شفيق – اتفاقية الأمم المتحدة بشأن البيع الدولى للبضائع (دراسة فى قانون التجارة الدولى) – المرجع السابق – رقم ٣٠٩ ص ٢٢٥ و ٢٢٦ .

كافية عندما يعتقد بصورة معقولة أنه سوف يحدث إخلال بالتنفيذ .

فالفقرة الأولى من المادة ٢٤٦ من القانون المدنى المصرى والتي تتعلق بموضوع الحق فى الحبس^(١)، يعتبر من شروط تطبيق حكمها أن يكون حق الحابس واجب الأداء فى الحال^(٢)، و بالتالى فهى لا تعالج الإخلال المتوقع قبل حلول ميعاد تنفيذ الالتزام .

أما الفقرة الأولى من المادة ٢٧٤ من القانون المدنى المصرى والتي تنص على أنه " إذا كان الالتزام مقترنا بأجل واقف ، فإنه لا يكون نافذا إلا فى الوقت الذى ينقضى فيه الأجل ، على أنه يجوز للدائن ، حتى قبل انقضاء الأجل ، أن يتخذ من الإجراءات ما يحافظ به على حقوقه ، وله بوجه خاص أن يطالب بتأمين ، إذا خشى إفلاس المدين أو إعساره ، واستند فى ذلك الى سبب معقول " . فيتبين من النص أنه يجوز للدائن أن يطالب بتأمين فى حالات ذكرت على سبيل الحصر وهى إذا خشى إفلاس المدين أو إعساره ، وبالتالى لا يمتد حكم النص الى الحالات الأخرى للإخلال المتوقع فى التنفيذ ، كالتنفيذ المعيب المتوقع مثلا .

لذلك ندعو المشرع المصرى الى التدخل لمعالجة هذا القصور ، وبخاصة فى التعامل التجارى ، وذلك عن طريق وضع نص شامل يجيز بشكل صريح المطالبة بتقديم ضمانات كافية عندما يعتقد بصورة معقولة قبل حلول ميعاد تنفيذ الالتزام انه سوف يحدث إخلال بالتنفيذ ، مما يساعد على إزالة الشكوك وبث الطمأنينة فى التعامل التجارى .

(١) تنص الفقرة الأولى من المادة ٢٤٦ من القانون المدنى المصرى على أنه :-

" لكل من التزم بأداء شئ أن يتمتع عن الوفاء به ، ما دام الدائن لم يعرض الوفاء بالالتزام مترتب عليه بسبب التزام المدين ومرتب به . أو ما دام الدائن لم يقيم بتقديم تأمين كاف للوفاء بالتزامه هذا " .

(٢) راجع د/ أحمد شرف الدين - نظرية الالتزام - الجزء الثانى - أحكام الالتزام - المرجع السابق - رقم ٨٧ ص ١٦٦ ، د / جلال محمد إبراهيم - أحكام الالتزام - المرجع السابق - ص ١٤٥ .

المطلب الخامس: آثار إنهاء العقد بوجه عام

تنص المادة ٧-٣-٥ من مبادئ اليونيدروا على أنه :-

(١) يترتب على إنهاء العقد أن يصبح كل من الطرفين في حل من التزاماتهما لانجاز أو تلقى تنفيذ مستقبلى .

(٢) لا يمنع الإنهاء المطالبة بالتعويضات عن عدم التنفيذ .

(٣) لا يؤثر الإنهاء على أى شرط فى العقد يتعلق بتسوية المنازعات أو أى شرط آخر بالعقد من شأنه أن يسرى حتى بعد الإنهاء^(١) .

تنص الفقرة ١ من هذه المادة على القاعدة العامة و هى أن للإنهاء آثاره بالنسبة للمستقبل حيث يحرر أو يعفى كل من الطرفين من التزاماتهما لانجاز أو تلقى تنفيذ مستقبلى . وعندما يتم إنهاء العقد فإن ذلك لا يحرم الطرف المضرور من حقه فى المطالبة بالتعويضات عن عدم التنفيذ^(٢)،^(٣) .

وعلى الرغم من القاعدة العامة المنصوص عليها فى الفقرة ١ ، فقد يكون هناك شروط فى العقد تبقى سارية بعد الإنهاء . وتكون هذه هى الحالة

(١)

(1) Termination of the contract releases both parties from their obligation to effect and to receive future performance.

(2) Termination does not preclude a claim for damages for non-performance.

(3) Termination does not affect any provision in the contract for the settlement of disputes or any other term of the contract which is to operate even after termination.

^(٢) وذلك طبقاً للقواعد المنصوص عليها فى المبحث الرابع من الفصل الحالى فى المواد ٧-٤-١ وما بعدها.

^(٣) مثال إيضاحى :

باع الطرف (أ) للطرف (ب) ماكينة إنتاج معينة . وبعد قيام الطرف (ب) بالبدا فى تشغيل الماكينة ظهرت عيوب خطيرة بالماكينة أدت إلى توقف مصنع تجميع الطرف (ب) . أعلن الطرف (ب) إنهاء العقد ، ولكن مازال يجوز له المطالبة بالتعويضات (مادة ٧-٣-٥ فقرة ٢) .

بخاصة مع الشروط المتعلقة بتسوية المنازعات ولكن قد تكون هناك شروط أخرى والتي بطبيعتها يكون مقصودا أو متعمدا لها أن تسرى حتى بعد إنهاء العقد^(١)، كشرط الإعفاء من المسؤولية و الشرط الجزائي (التعويض الاتفاقي)^(٢).

الوضع فى اتفاقية فيينا

أوردت اتفاقية فيينا فى الفقرة الأولى من المادة ٨١ نصا يضع أحكام تماثل ما نصت عليه المادة ٧-٣-٥ من مبادئ اليونيدروا^(٣). فيتبين من نص الفقرة الأولى من المادة ٨١ أنه بفسخ العقد يتحلل المتعاقدان من التزاماتهما التى لم يتم تنفيذها ، ففسخ العقد يؤدى الى انهيار أو زوال العقد وإبراء الطرفين مما يترتب عليهما من التزامات^(٤)، سواء كان هذا الفسخ بعد حلول ميعاد تنفيذ الالتزام أو مبتسرا.

(١) مثال إيضاحي :

الوقائع متماثلة مع المثال الإيضاحي السابق ، والاختلاف يكون فى أن الطرف (أ) قد كشف للطرف (ب) عن معلومات سرية والتي تعتبر ضرورية للإنتاج والتي اتفق الطرف (ب) على ألا يقشها طالما لم تصبح بعد معلومات شائعة . وبالإضافة إلى ذلك فإن العقد يحتوى على بند يحيل المنازعات للمحاكم الخاصة بدولة الطرف (أ) . حتى بعد إنهاء العقد من قبل الطرف (ب) ، فإن الطرف (ب) يبقى ملتزما بألا يفشى المعلومات السرية ، وكذلك فإن أى منازعة تتعلق بالعقد وأثاره يتم تسويتها عن طريق المحاكم الخاصة بدولة الطرف (أ) . (مادة ٧-٣-٥ فقرة ٣).

(٢)

BONELL (M.J.) – A 'Global' arbitration decided on the basis of the UNIDROIT Principles : In re Andersen Consulting Business Unit Member Firms v. Arthur Andersen Business Unit Member Firms and Andersen Worldwide Societe Cooperative – 17 Arbitration International - 2001 – p. 249 ets.

(٣) تنص الفقرة الأولى من المادة ٨١ من اتفاقية فيينا لعام ١٩٨٠ على أنه :-

" بفسخ العقد يصبح الطرفان فى حل من الالتزامات التى يترتبها عليهما العقد مع عدم الإخلال بأى تعويض مستحق . ولا يؤثر الفسخ على أى من شروط العقد المتعلقة بتسوية المنازعات أو أى من أحكامه الأخرى التى تنظم حقوق الطرفين والتزاماتهما المترتبة على فسخ العقد "

(٤) د/ محسن شفيق – اتفاقية الأمم المتحدة بشأن البيع الدولى للبضائع (دراسة فى قانون التجارة الدولى) – المرجع السابق – رقم ٣٥١ ص ٢٦٢.

ويعتبر التعويض جزاءا تكميليا فقد أجاز النص الجمع بين الفسخ والتعويض^(١)، فلا أثر للفسخ في حق كل من الطرفين في الاستناد الى العقد الذي فسخ لمطالبة الطرف الآخر بالتعويض المستحق بسبب الفسخ ، فمثلا لا يحول إعلان المشتري فسخ العقد بسبب عدم المطابقة دونه والاستناد الى العقد بعد فسخه للمطالبة بالتعويض^(٢) . ويشترط للجمع بين الحق في التعويضات والفسخ ألا يكون الفسخ بسبب وجود عائق حال بين المتعاقد وتنفيذ التزاماته ، حيث أن هذا العائق (إذا توافرت شروطه المنصوص عليها في المادة ٧٩ من الاتفاقية) يؤدي الى الإغفاء من التعويضات .

وعلى الرغم من إبراء الطرفين مما يرتبه عليهما العقد من التزامات عند فسخه ، فإنه تظل بعض الشروط قائمة وواجبة النفاذ . فطبقا للنص فإن الفسخ لا يؤثر على أى من شروط العقد المتعلقة بتسوية المنازعات . فالعقود الدولية تتضمن عادة شروط تنظم مسألة تسوية المنازعات التي تنشأ عن العقد ، كالاتفاق على اختصاص محكمة دولة معينة أو على تطبيق قانون دولة ما أو على إحالة النزاع الى التحكيم ، ففسخ العقد لا يؤثر على هذه الشروط فتظل بعد فسخه تحدث آثارها . فإذا قام خلاف بين الطرفين بشأن استحقاق التعويض أو مبررات الفسخ مثلا ، وجب تسوية هذا النزاع بالكيفية المنصوص عليها في العقد الذي فسخ^(٣) . ولكن يشترط لاستبقاء شروط تسوية المنازعات بعد فسخ العقد أن تعتبر هذه الشروط صحيحة وفقا للقانون الواجب التطبيق على العقد^(٤)، فنص الاتفاقية لا

(١) Audit (Bernard) – "La vente internationale de marchandises, Convention des Nations, Unies du 11avril 1980 " – op. cit. – No. 190 p.181.

(٢) د/ محسن شفيق – اتفاقية الأمم المتحدة بشأن البيع الدولي للبضائع (دراسة في قانون التجارة الدولي) – المرجع السابق – رقم ٣٥١ ص ٢٦٢ .

(٣) د/ محسن شفيق – اتفاقية الأمم المتحدة بشأن البيع الدولي للبضائع (دراسة في قانون التجارة الدولي) – المرجع السابق – رقم ٣٥١ ص ٢٦٣ .

(٤) Heuze (Vincent) – "La vente internationale de marchandises, Droit uniforme"- op. cit.-No. 426 p.322.

يتعلق بتصحيح الشرط وإنما بأثر الفسخ عليه بفرض صحته^(١).

كما لا يؤثر الفسخ على أى من شروط العقد الأخرى التى تنظم حقوق الطرفين والتزاماتهما المترتبة على فسخ العقد ، كشرط الإغفاء من المسؤولية والشرط الجزائى وشرط التعويض المبرئ^(٢) وكذلك الشروط المتعلقة بكيفية الرد^(٣)، فهذه الشروط تظل قائمة ومنتجة لآثارها مثل شروط تسوية المنازعات وذلك رغم فسخ العقد ، كما يجب أن تكون هذه الشروط صحيحة وفقا للقانون الواجب التطبيق على العقد . ويلاحظ أن تعداد الحالات التى تظل فيها بعض الحقوق أو الالتزامات حية بعد الفسخ لم يرد فى المادة ٨١ على سبيل الحصر وإنما المراد به ضرب الأمثال^(٤)، فالاتفاقية استخدمت تعبيرا يعتبر عاما يسمح بأن يشمل أمثلة أخرى مثل الالتزام بالحفاظ على السرية^(٥).

الوضع فى القانون المصرى

تنص المادة ١٦٠ من القانون المدنى المصرى على انه " إذا فسخ العقد أعيد المتعاقدان الى الحالة التى كانا عليها قبل العقد ، فإذا استحال ذلك جاز الحكم بالتعويض " . ويتبين من هذا النص أن زوال العقد يرتد أثره الى وقت إبرامه ، وهو ما يعنى أن للفسخ أثرا رجعيا^(٦)، فيعتبر العقد كأن لم يكن ، وهذا الحكم عام

(١) د/ محسن شفيق - اتفاقية الأمم المتحدة بشأن البيع الدولى للبضائع (دراسة فى قانون التجارة الدولى) - المرجع السابق - هامش ص ٢٦٣ .

(٢) د/ محسن شفيق - اتفاقية الأمم المتحدة بشأن البيع الدولى للبضائع (دراسة فى قانون التجارة الدولى) - المرجع السابق - رقم ٣٥١ ص ٢٦٣ .

(٣) Audit (Bernard) - "La vente internationale de marchandises, Convention des Nations, Unies du 11avril 1980 " - op. cit. - No. 190 p.181-182.

(٤) د/ محسن شفيق - اتفاقية الأمم المتحدة بشأن البيع الدولى للبضائع (دراسة فى قانون التجارة الدولى) - المرجع السابق - رقم ٣٥١ ص ٢٦٣ .

(٥) Enderlein, Maskow - United Nations Convention on contracts for the International Sale of Goods - op. cit. - p. 342-343.

(٦) د/ أحمد شرف الدين - نظرية الالتزام - الجزء الأول - مصادر الالتزام - الكتاب الأول - المصادر الإرادية - المرجع السابق - رقم ٢٢٠ ص ٤٣٨ .

يصدق على الفسخ الذى يتم بحكم قضائى والفسخ الذى يقع إعمالا للشرط الفاسخ^(١).

والأثر الرجعى للفسخ مقصور على العقود الفورية كالبيع ، فإذا حكم القضاء بفسخ البيع ، كان على المشتري أن يرد العين المباعة الى البائع ، وأن يرد البائع ما قبضه من الثمن الى المشتري^(٢) . أما فى حالة العقود الزمنية كعقد الإيجار فلا يتحقق الأثر الرجعى للفسخ ، إذ يقتصر أثر الفسخ فيها على المستقبل، أما آثار العقد قبل الفسخ فتظل كما هى^(٣).

ويجوز للدائن الذى أجابه القاضى لطلبه بالفسخ أن يرجع بالتعويض على المدين ، إذا كان عدم تنفيذ المدين لالتزاماته راجعا الى خطأ منه^(٤) . فعلى سبيل المثال إذا أخل البائع بالتزامه بالتسليم جاز للمشتري أن يطلب من القاضى فسخ العقد ، فإذا أجابه القاضى لطلبه بالفسخ (للقاضى سلطة تقديرية فى إجابته الى طلبه) ، فللمشتري أن يطلب تعويضا عما يكون قد أصابه من الضرر من جراء إخلال البائع بالتزامه^(٥) . والتعويض هنا لا يكون على أساس المسؤولية العقدية إذ

(١) د / سعيد سعد عبد السلام - مصادر الالتزام المدنى - الطبعة الأولى - دار النهضة العربية - القاهرة - ٢٠٠٢/٢٠٠٣ - ص ٢٩٨ ، د / منصور مصطفى منصور ود/ جلال محمد إبراهيم - الوجيز فى مصادر الالتزام - المرجع السابق - ص ٢٦٤ .

(٢) د / عبد الرشيد مأمون - الوجيز فى النظرية العامة للالتزامات - الكتاب الأول - مصادر الالتزام - المرجع السابق - رقم ٢١٠ ص ٢٦٠ .

(٣) د/ أحمد شرف الدين - نظرية الالتزام - الجزء الأول - مصادر الالتزام - الكتاب الأول - المصادر الإرادية - المرجع السابق - رقم ٢٢٠ ص ٤٣٨ .

وقد قضى بأن " الفسخ يرد على كافة العقود الملزمة للجانبين سواء أكانت من العقود الفورية أم كانت من العقود الزمنية (غير محددة المدة) ويترتب على الحكم به انحلال العقد واعتباره كأن لم يكن غير أن الأثر الرجعى للفسخ لا ينسحب على الماضى إلا فى العقود الفورية أما فى غيرها فلا يمكن إعادة ما نفذ منها " . (الطعن ٢٠٩٢ لسنة ٥٧ ق - جلسة ١٩٨٩/٣/٦) . راجع د / منصور مصطفى منصور ود/ جلال محمد إبراهيم - الوجيز فى مصادر الالتزام - المرجع السابق - هامش ص ٢٦٦ .

(٤) د/ أحمد شرف الدين - نظرية الالتزام - الجزء الأول - مصادر الالتزام - الكتاب الأول - المصادر الإرادية - المرجع السابق - رقم ٢٢١ ص ٤٤٠ .

(٥) د / عبد الرازق أحمد السنهورى - " الوسيط فى شرح القانون المدنى " - الجزء الرابع - العقود التى تقع على الملكية - البيع والمقايضة - الطبعة الثانية - قام بتتقيقها المستشار / مصطفى محمد الفقى - دار النهضة العربية - القاهرة - ١٩٨٦ - رقم ٣١٤ ص ٧٦٨ و ٧٦٩ .

بالفسخ قد زال الالتزام ، وإنما يكون وفقا للرأى السائد عن أساس المسؤولية التقصيرية ، ذلك أن العقد بعد أن يفسخ لا يصلح أساسا لطلب التعويض وإنما يكون أساسه هو خطأ المدين ^(١).

ولا يؤثر فسخ العقد أو إنهائه على شرط التحكيم إذا كان هذا الشرط فى ذاته صحيحا، وفى ذلك تنص المادة ٢٣ من قانون التحكيم المصرى رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ على أنه " يعتبر شرط التحكيم اتفاقا مستقلا عن شروط العقد الأخرى ولا يترتب على بطلان العقد أو فسخه أو إنهائه أى أثر على شرط التحكيم الذى يتضمنه ، إذا كان هذا الشرط صحيحا فى ذاته " .

(١) د / منصور مصطفى منصور ود/ جلال محمد إبراهيم – الوجيز فى مصادر الالتزام – المرجع السابق – ص ٢٦٧ .

المطلب السادس: الاسترداد

تنص المادة ٧-٣-٦ من مبادئ اليونيدروا على أنه :-

(١) يجوز لكل طرف عند إنهاء العقد المطالبة باسترداد ما كان قد ورده شريطة أن يقوم بصورة متزامنة برد ما كان قد تلقاه. وإذا لم يكن الرد عينا ممكناً أو مناسباً فيتم نقداً كلما كان ذلك معقولاً.

(٢) ومع ذلك ، إذا كان تنفيذ العقد قد امتد طوال فترة زمنية من الوقت وكان العقد قابلاً للقسمة ، فإن الرد يمكن فقط المطالبة به عن الفترة الزمنية التي تلي الإنهاء النافذ المفعول^(١).

تنص الفقرة ١ من هذه المادة على حق كل طرف في المطالبة باسترداد ما كان قد ورده طبقاً للعقد شريطة أن يقوم بصورة متزامنة برد ما كان قد تلقاه^(٢)،^(٣).

(١)

(1) On termination of the contract either party may claim restitution of whatever it has supplied, provided that such party concurrently makes restitution of whatever it has received. If restitution in kind is not possible or appropriate allowance should be made in money whenever reasonable.

(2) However, if performance of the contract has extended over a period of time and the contract is divisible, such restitution can only be claimed for the period after termination has taken effect.

^(٢) مثال إيضاحي :

باع الطرف (أ) لوحة فنية لرسم مشهور للطرف (ب) مقابل مبلغ - ٢٠٠٠٠٠٠٠ دولار (أثنين مليون دولار أمريكي) . لم يقوم الطرف (ب) بدفع ثمن اللوحة عندما تم تسليمها . يستطيع الطرف (أ) المطالبة باسترداد اللوحة .

^(٣) وفي دعوى التحكيم رقم 9797 بتاريخ 28.07.2000 والمنظورة أمام محكمة تحكيم :

ICC International Court of Arbitration, Geneva

Parties: Andersen Consulting Business Unit Member Firms vs. Arthur Andersen Business Unit Member Firms and Andersen Worldwide Societe Cooperative.

رفضت هيئة التحكيم مطالبة المدعين بالتعويضات ، حيث في رأيها أنه ليس في أفعال

=

وإذا كان الطرف المخل بالتنفيذ لا يستطيع القيام بالرد عينا فيتعين عليه القيام بذلك نقداً بقيمة ما تلقاه ^(١). وتنطبق هذه القاعدة أيضاً عندما يكون الطرف المضرور قد قام بصفقة خاسرة ^(٢).

وتنطبق المادة الحالية كذلك على حالة عندما يكون الطرف المضرور قد ورد نقوداً في مقابل ملكية أشياء أو خدمات ٠٠٠٠٠ إلخ ، والتي لم يتلقاها أو التي استلمها معيبة ^(٣). ورد المبالغ النقدية مقابل الخدمات أو العمل الذي لم يتم تنفيذه أو مقابل الممتلكات والتي تم رفضها لعيوب بها يجب أن يتم للطرف الذي قام بدفعها ، والمبدأ نفسه ينطبق على حجز البضائع وتأجير واستئجار الممتلكات .

وهناك حالات يتم فيها الرد نقداً بدلاً من الرد عينا ، وتكون هذه هي

=
المدعى عليه (والتي وفقا لما قاله المدعين قد سببت خسائر) ما يشكل خرقا للاتفاق . وفيما يتعلق بمطالبة المدعين بالاسترداد للمبالغ المحولة منذ عام ١٩٩٤ ، فإن هيئة التحكيم تمسكت بالمبدأ العام المنصوص عليه في المادة ٦-٣-٧ فقرة (١) من مبادئ اليونيدروا ، وهو انه يجوز لكل طرف عند إنهاء العقد المطالبة باسترداد ما كان قد ورده شريطة أن يقوم بشكل متزامن برد ما كان قد تلقاه ، وعلى ذلك قررت هيئة التحكيم أنه نظرا لأن المدعين غير قادرين على رد المنافع التي تلقوها فإنه لا يحق لهم استرداد المبالغ المحولة . راجع تفاصيل الحكم والمنشور في :

F. BLASÉ - proposing a New Road Map for an Old Minefield. The Determination of the Rules Governing the Substance of the Dispute in International Commercial Arbitration - in 20 Journal of International Arbitration – 2003 – p. 269 ets.

^(١) ولذلك ، فإنه في الحالة المعروضة في المثال السابق ، فإن الطرف (ب) يتعين عليه أن يقوم بدفع قيمة اللوحة الفنية إذا كان الطرف (ب) قد باع وسلم اللوحة لمشتري لا يستطيع أن يستردها منه .

^(٢) فإذا كان في الحالة المعروضة في المثال السابق أن القيمة الحقيقية أو العادلة للوحة الفنية هو - ٣٠٠٠٠٠٠ دولار (ثلاثة ملايين دولار أمريكي) ، فإن الطرف (أ) لا يزال له الحق في أن يطالب باسترداد اللوحة ، فإذا لم يكن من المستطاع استردادها ، فيطالب بالقيمة الحقيقية أو العادلة وهي - ٣٠٠٠٠٠٠ دولار أمريكي (ثلاثة ملايين دولار أمريكي) .
^(٣) مثال إيضاحي :

اللوحة الفنية للرسام الشهير والتي قام الطرف (ب) بدفع اثنين مليون دولار مقابل لها ، اتضح أنها لم تكون لوحة أصلية ولكن نسخة منها .
يستطيع الطرف (ب) المطالبة باسترداد المبلغ النقدي ويتعين عليه رد نسخة اللوحة إلى الطرف (أ) .

الحالة بداية عندما يكون الرد عيناً غير ممكن ^(١) .

وعلاوة على ذلك ، فإن الرد نقداً يكون ممكناً في الفقرة ١ من المادة الحالية عندما لن يكون الرد عيناً "مناسباً" . ويكون هذا هو الحال بخاصة عندما يتسلم الطرف المضرور جزءاً من التنفيذ ويريد أن يحتفظ بهذا الجزء ^(٢) . والغرض من وصف الرد نقداً بأنه يتم "كلما كان ذلك معقولاً" أن يجعل من الواضح أن الرد يتم نقداً فقط إذا كان وكذلك بالقدر الذي يكون فيه التنفيذ المستلم قد منح فائدة للطرف المطالب بالاسترداد ^(٣) .

وإذا كان التنفيذ قد امتد طوال فترة زمنية من الوقت ، فإن الرد وطبقاً للفقرة ٢ من المادة الحالية يمكن فقط المطالبة به فيما يتعلق بالفترة الزمنية التالية للإلغاء ^(٤) .

^(١) مثال إيضاحي :

الطرف (أ) والذي تعاقد على حفر موقع للطرف (ب) ، ترك العمل بعد أن كان فقط نصف العمل قد تم تنفيذه .
الطرف (ب) والذي عندئذ أنهى العقد ، سوف يتعين عليه أن يدفع للطرف (أ) مبلغاً معقولاً مقابل العمل الذي تم ، ويقدر ذلك عن طريق تحديد قيمة هذا العمل بالنسبة للطرف (ب) . ^(٢)

ZIMMERMANN (R.) - Restitutio in Integrum: The Unwinding of Failed Contracts under the Principles of European Contract Law, the UNIDROIT Principles and the Avant-projet d'un Code Européen des Contrats - Uniform Law Review - 2005 – p.719 ets.

^(٣) مثال إيضاحي :

الطرف (أ) والذي تعهد بتصميم ديكورات لمجموعة غرف نوم للطرف (ب) وهو صانع أثاث ، هجر العمل بعد أن قام بإتمام نصف الديكورات تقريباً .
يستطيع الطرف (ب) المطالبة باسترداد الدفعات النقدية المقدمة ، ولكن نظراً لأن الديكورات المنفذة ليس لها قيمة بالنسبة للطرف (ب) ، فإن الطرف (ب) لا يكون ملتزماً بأن يدفع مقابل العمل الذي تم تنفيذه .

^(٤) مثال إيضاحي :

تعاقد الطرف (أ) على تقديم خدمة صيانة أجهزة وبرامج كمبيوتر للطرف (ب) لمدة زمنية قدرها خمسة أعوام . وبعد ثلاث سنوات من الخدمة المنتظمة اضطر الطرف (أ) بسبب مرضه إلى عدم الاستمرار في تقديم الخدمات وتم إنهاء العقد .
الطرف (ب) والذي كان قد دفع للطرف (أ) مقابل العام الرابع ، يستطيع المطالبة

=

والقاعدة السابقة تنطبق فقط إذا كان العقد قابلاً للقسمة^(١).

وتطبق كل من القاعدة المنصوص عليها في المادة ٧-١-٣ والخاصة بالحق في الامتناع عن التنفيذ وكذلك المادة ٧-٢-٢ والخاصة بالتنفيذ العيني للالتزامات غير النقدية ، مع إجراء تعديلات أو تكييفات مناسبة ، وذلك للمطالبة باسترداد الممتلكات . وهكذا فإن الطرف المضرور لا يستطيع المطالبة باسترداد البضائع عندما يكون ذلك أصبح مستحيلاً أو سوف يفرض على الطرف المخل بالتنفيذ جهود أو مصاريف غير معقولة (أنظر مادة ٧-٢-٢ فقرة أ و فقرة ب) . ففي مثل هذه الحالات فإن الطرف المخل بالتنفيذ يتعين أن يرد مقابل ذلك قيمة هذه الممتلكات . (أنظر المادة الحالية فقرة ١) .

وتتعامل المادة ٧-٣-٦ مع العلاقة بين الأطراف ، ولا تتعامل مع الحقوق التي قد يكون اكتسبها الغير على البضائع المعنية . فعلى سبيل المثال ، فإن تحديد ما إذا كان دائن المشتري أو الحارس القضائي على تفضيلة المشتري أو المشتري حسن النية يجوز له أن يقاوم أو يعارض استرداد البضائع المباعة ، يكون عن طريق القانون الوطني واجب التطبيق .

خلاصة : ونخلص من التعليقات على المادة ٧-٣-٦ إلى النقاط الأساسية التالية :-

أ - تنطبق المادة الحالية كذلك على حالة عندما يكون الطرف المضرور قد ورد نقوداً في مقابل ممتلكات أو خدمات ٠٠٠٠ إلخ ، والتي لم يتلقاها أو التي استلمها معيبة .

=

باسترداد الدفعة المقدمة عن هذا العام ولكن ليس له الحق في المطالبة بالمبالغ المدفوعة لأجل الثلاث سنوات من الخدمة المنتظمة .

^(١) مثال إيضاحي :

تعهد الطرف (أ) بأن يرسم عشر لوحات تصور حدث تاريخي وذلك من أجل قاعة مناسبات للطرف (ب) . وبعد التسليم لخمس لوحات ودفع قيمتهم ، هجر الطرف (أ) العمل . ونظراً لأن اللوحات العشرة مرتبطة فيما بينها ليكتمل تصوير الحدث التاريخي (ارتباط غير قابل للقسمة) ، فإن الطرف (ب) يستطيع المطالبة باسترداد الدفعات المقدمة المدفوعة للطرف (أ) ويتعين عليه أن يرد اللوحات الخمسة للطرف (أ) .

ب -تطبق كل من القاعدة المنصوص عليها فى المادة ٧-١-٣ والخاصة بالحق فى الامتناع عن التنفيذ وكذلك المادة ٧-٢-٢ والخاصة بالتنفيذ العينى للالتزامات غير النقدية ، مع إجراء تعديلات أو تكييفات مناسبة، وذلك للمطالبة باسترداد الممتلكات .

ج -تتعامل المادة ٧-٣-٦ مع العلاقة بين الأطراف ، ولا تتعامل مع الحقوق التى قد يكون اكتسبها الغير على البضائع المعنية .

الوضع فى اتفاقية فيينا

قررت الفقرة الثانية من المادة ٨١ من اتفاقية فيينا حق كل من طرفى العقد عند فسخه فى استرداد ما يكون قد أداه بموجب العقد ^(١) ، فإذا سلم البائع البضائع وتخلف المشتري عن أداء الثمن فى ميعاده فأعلن البائع الفسخ ، كان من حقه استرداد البضاعة التى سلمها . وبالمثل إذا أدى المشتري الثمن وتخلف البائع عن تسليم البضاعة فى الميعاد ، كان من حق المشتري استرداد الثمن الذى أداه . وإذا كان كل من الطرفين قد نفذ جانباً من التزامه ، كما إذا سلم البائع جزءاً من البضاعة ودفع المشتري ما يقابل هذا الجزء من الثمن ، ثم أعلن أحدهما الفسخ ، صار لكل منهما حق استرداد ما أداه ووجب تنفيذ الرد من الجانبين فى وقت واحد، ومعنى هذا أن لكل من الطرفين حق حبس ما يجب عليه رده حتى يستوفى ما يحق له قبضه ^(٢) .

ولم تضع الاتفاقية أحكام تحدد كيفية الرد ، وبالتالي يكون الرجوع فى ذلك للقانون الواجب التطبيق ، أما إذا اتفق الطرفان على تحديد كيفية الرد سواء فى العقد نفسه أو فى اتفاق لاحق على فسخ العقد فإنه يجب أن يكون الرد مطابقاً

^(١) تنص الفقرة الثانية من المادة ٨١ من اتفاقية فيينا على أنه :-

" يجوز لأى طرف قام بتنفيذ العقد كلاً أو جزءاً أن يطلب استرداد ما كان قد ورده أو دفعه الى الطرف الآخر بموجب العقد . وإذا كان كل من الطرفين ملزماً بالرد وجب عليهما تنفيذ هذا الالتزام فى وقت واحد " .

^(٢) د/ محسن شفيق - اتفاقية الأمم المتحدة بشأن البيع الدولى للبضائع (دراسة فى قانون التجارة الدولى) - المرجع السابق - رقم ٣٥٢ ص ٢٦٤ .

لهذا الاتفاق (١) .

ومن الملاحظ أن الاتفاقية استخدمت لفظ يجوز في بداية الفقرة الثانية من المادة ٨١ ، أى أنها لم تلزم الطرف الذى قام بتنفيذ العقد كلا أو جزءا أن يطلب استرداد ما كان قد ورده عند فسخ العقد ، وبالتالي يستطيع هذا الطرف عدم المطالبة بالرد إذا كان له مصلحة فى ذلك ، ومن أمثلة ذلك إذا كانت البضاعة المسلمة سريعة التلف وبالتالي فإن استردادها قد يفقدها كل قيمتها (٢) .

ويتحمل الطرف الذى وقع منه الخلل فى التنفيذ الذى أدى الى الفسخ مصاريف الاسترداد سواء منها ما يتحملها شخصيا أو ما يتحملها الطرف الآخر ، إذ تدخل هذه المصاريف فى تقدير التعويض المستحق لهذا الطرف الأخير (٣) .

أما إذا استحال على المشتري أن يعيد البضائع بحالة تطابق الى حد كبير الحالة التى تسلمها بها ، فإن المادة ٨٢ من الاتفاقية قد نصت على الأحكام التى تعالج هذه المسألة (٤) . فطبقا للفقرة الأولى فإن المبدأ هو لا فسخ ولا استبدال إذا استحال على المشتري رد البضاعة بذاتها أو بحالة تطابق الى حد كبير حالتها

(١) Enderlein, Maskow – United Nations Convention on contracts for the International Sale of Goods – op. cit. – p. 344.

(٢) Heuze (Vincent) – "La vente internationale de marchandises, Droit uniforme"- op. cit.-No. 428 p.324.

(٣) د/ محسن شفيق – اتفاقية الأمم المتحدة بشأن البيع الدولى للبضائع (دراسة فى قانون التجارة الدولى) – المرجع السابق – رقم ٣٥٢ ص ٢٦٤ .

(٤) تنص المادة ٨٢ من اتفاقية فيينا لعام ١٩٨٠ على أنه:-
" ١ - يفقد المشتري حقه فى أن يعلن فسخ العقد أو أن يطلب من البائع تسليم بضائع بديلة إذا استحال على المشتري أن يعيد البضائع بحالة تطابق ، الى حد كبير ، الحالة التى تسلمها بها .

٢ - لا تنطبق الفقرة السابقة :

(أ) إذا كانت استحالة رد البضائع أو ردها بحالة تطابق ، الى حد كبير ، الحالة التى تسلمها بها المشتري لا تنسب الى فعله أو تقصيره أو .

(ب) إذا تعرضت البضائع ، كلا أو جزءا ، للهلاك أو التلف السريع نتيجة الفحص المنصوص عليه فى المادة ٣٨ أو .

(ج) إذا قام المشتري ، قبل أن يكتشف ، أو كان من واجبة أن يكتشف ، العيب فى المطابقة ، ببيع البضائع ، كلا أو جزءا فى إطار العمل التجارى العادى ، أو قام باستهلاكها ، أو بتحويلها فى سياق الاستعمال العادى " .

وقت أن تسلمها ، ومن أمثلة ذلك إذا أعاد بيع البضاعة أو استهلكها أو حولها أو أدمجها في بضاعة أخرى ^(١).

وقد أوردت الفقرة الثانية من المادة ٨٢ استثناءات على المبدأ الذى أقرته الفقرة الأولى ، وهذه الاستثناءات إذا توافرت إحداها فإن استحالة الرد لا تحول دون المشتري واستعمال حقه فى الفسخ أو حقه فى طلب الاستبدال . وتجمع هذه الاستثناءات فكرة واحدة ، هى حسن نية المشتري ^(٢) . وهذه الاستثناءات هى :-

أ - إذا كانت استحالة الرد لا تنسب الى فعل أو تقصير المشتري :

ومن أمثلة ذلك إذا هلكت البضاعة بسبب حادث فجائى كحريق لا يد للمشتري فيه ، أو إذا تلفت البضائع بسبب عيب فى المطابقة يسئل عنه البائع كتعبئة البضائع بواسطة البائع بطريقة خاطئة لا تتلاءم وطبيعتها مما تسبب فى تلفها ^(٣) .

ب- إذا هلكت أو تلفت البضائع نتيجة الفحص العادى المنصوص عليه فى المادة ٣٨ من الاتفاقية :

ويجب ألا يكون التلف الحادث بسبب قيام المشتري بالفحص بطريقة خاطئة ، فإذا كان بسبب ذلك تحمل المشتري المسؤولية عنه وبالتالي يفقد الحق فى فسخ العقد أو طلب الاستبدال ^(٤) .

ج - إذا قام المشتري ببيع البضائع كلاً أو جزءاً فى إطار العمل التجارى العادى، قبل أن يكتشف أو كان من واجبه أن يكتشف العيب فى المطابقة ، أو قام

^(١) د/ محسن شفيق - اتفاقية الأمم المتحدة بشأن البيع الدولى للبضائع (دراسة فى قانون التجارة الدولى) - المرجع السابق - رقم ٣٥٤ ص ٢٦٥ .

^(٢) د/ محسن شفيق - اتفاقية الأمم المتحدة بشأن البيع الدولى للبضائع (دراسة فى قانون التجارة الدولى) - المرجع السابق - رقم ٣٥٥ ص ٢٦٥ .

^(٣) Audit (Bernard) - "La vente internationale de marchandises, Convention des Nations, Unies du 11avril 1980 " - op. cit. - No. 192 p.184.

^(٤) Enderlein, Maskow - United Nations Convention on contracts for the International Sale of Goods - op. cit. - p. 347.

باستهلاك البضائع أو تحويلها فى سياق الاستعمال العادى .

فتصرفات المشتري السابقة إذا وقعت قبل أن يكتشف أو كان من واجبه أن يكتشف العيب فى المطابقة ، تكون عندئذ صادرة عن حسن نية ، أما بعد اكتشاف العيب فمن واجبه الاحتفاظ بالبضاعة بحالتها ليردها الى البائع إذا قرر فسخ العقد أو طلب الاستبدال^(١) .

الوضع فى القانون المصرى

سبق أن ذكرنا فى المطلب السابق أنه بفسخ العقد يعود المتعاقدان الى الحالة التى كانا عليها قبل العقد، أى يعتبر العقد كأن لم يكن ، فتزول كافة الآثار التى رتبها العقد منذ لحظة إبرامه ، فيرد كل منهما ما تسلمه بموجب العقد . فإذا كان العقد بيعا وفسخ ، رد المشتري المبيع وثماره الى البائع ورد هذا الأخير الثمن وفوائده الى المشتري^(٢) . فدعوى الفسخ كما يرى بعض الفقه تكون متضمنة طلب الرد دون حاجة الى التصريح بذلك^(٣) .

واسترداد كل متعاقد لما أعطاه عند فسخ العقد ، إنما يكون على أساس استرداد ما دفع دون وجه حق أى قواعد استرداد غير المستحق ، ولذلك يسترد المتعاقد ما أعطاه لا ما يقبله ، ولكل من الطرفين بعد الفسخ ، حبس ما استوفاه حتى يسترد ما له فى ذمة الطرف الآخر ويمكن إجراء المقاصة فى هذا الشأن^(٤) .

(١) د/ محسن شفيق - اتفاقية الأمم المتحدة بشأن البيع الدولى للبضائع (دراسة فى قانون التجارة الدولى) - المرجع السابق - رقم ٣٥٥ ص ٢٦٦ .

(٢) د/ أحمد شرف الدين - نظرية الالتزام - الجزء الأول - مصادر الالتزام - الكتاب الأول - المصادر الإرادية - المرجع السابق - رقم ٢٢١ ص ٤٣٨ .

وقد قضت محكمة النقض " أن الفسخ يترتب عليه انحلال العقد بأثر رجعى منذ نشوئه ويعتبر كأن لم يكن ويعاد كل شئ الى ما كان عليه من قبل ، وبالتالي فإنه يترتب على القضاء بفسخ العقد أن تعود العين المبيعة الى البائع وأن يرد الأخير ما قبضه من الثمن " . نقض ١٩٧٦/١٠/١٩ س ٢٧ رقم ٢٧٨ ص ١٤٦٧ و ١٤٦٨ .

(٣) د / مصطفى عبد السيد الجارحى - فسخ العقد - دراسة مقارنة فى القانونين المصرى والفرنسى - الطبعة الأولى - دار النهضة العربية - القاهرة - ١٩٨٨ - ص ١٢٩ .

(٤) د/ أحمد شرف الدين - نظرية الالتزام - الجزء الأول - مصادر الالتزام - الكتاب الأول - المصادر الإرادية - المرجع السابق - رقم ٢٢١ ص ٤٣٩ و ٤٤٠ .

وطبقا للمادة ١٦٠ مدنى فإنه إذا استحال الرد عينا وذلك بعدم إمكان إعادة الحال الى ما كان عليه قبل التعاقد ، حكم القاضى بالتعويض عما استحال رده . فإذا كان العقد المفسوخ بيعا ، وهلك المبيع تحت يد المشتري بخطأ منه ، كان عليه أن يعرض البائع لتعذر رد المبيع إليه ^(١) . فاستحالة الرد لا تحول دون الفسخ إلا انها قد تؤدي بالقاضى الى الحكم بالتعويض الى جانب الفسخ ^(٢) .

وكما سبق وذكرنا فى المطلب السابق فإن الأثر الرجعى للفسخ لا يتحقق فى حالة العقود الزمنية كعقد الإيجار ، إذ يقتصر أثر الفسخ فيها على المستقبل ، أما آثار العقد قبل الفسخ فتظل كما هى .

ولا يقتصر أثر الفسخ الرجعى على طرفى العقد بل يمتد الى الغير ، فإذا كان المشتري الذى فسخ العقد الذى تملك المبيع بمقتضاه قد باع الشئ الى شخص آخر ، فتعود الملكية الى البائع الأول ويعتبر البيع الثانى بيعا من غير مالك ^(٣) . ونظرا لخطورة الأثر الرجعى للفسخ على الغير الذى تلقى حقا من أحد أطراف العقد الذى فسخ ، فقد وضع المشرع عدة أحكام لتوفير الحماية للغير . فعلى سبيل المثال ، إذا كان الشئ محل التعاقد منقولاً وتسلمه الغير حسن النية كان له أن يتمسك بقاعدة الحيازة فى المنقول سند الحائز ، فهذه القاعدة ، وهى سند الملكية ، توفر الحماية للغير فالمشتري الحائز يستطيع التمسك بهذه القاعدة فى مواجهة البائع وتكون الحيازة سبب ملكيته ^(٤) .

(١) د/ عبد الرشيد مأمون - الوجيز فى النظرية العامة للالتزامات - الكتاب الأول - مصادر الالتزام - المرجع السابق - رقم ٢١٠ ص ٢٦٠ .

(٢) د/ أحمد شرف الدين - نظرية الالتزام - الجزء الأول - مصادر الالتزام - الكتاب الأول - المصادر الإرادية - المرجع السابق - رقم ٢٢١ ص ٤٤٠ .

(٣) د/ منصور مصطفى منصور ود/ جلال محمد إبراهيم - الوجيز فى مصادر الالتزام - المرجع السابق - ص ٢٦٧ . وقد قضى بأن " يترتب على القضاء بفسخ عقد البيع أن تعود العين المباعة الى البائع ولا تنفذ فى حقه التصرفات التى ترتبت عليها كما يكون للمشتري أن يرجع على بائعه بالثمن بدعى مستقلة إذا امتنع هذا البائع عن رده إليه وذلك كأثر من آثار فسخ العقد " . (الطعن ١٨٨ لسنة ٣٢ ق - جلسة ١٩٦٦/٣/٢٤ س ١٧ ص ٧٠٨ .

(٤) راجع فى أمثلة أخرى لأحكام وضعها المشرع المصرى لتوفير الحماية للغير د/ حمدى عبد الرحمن - الوسيط فى النظرية العامة للالتزامات - الكتاب الأول - المصادر الإرادية للالتزام - العقد والإرادة المنفردة - المرجع السابق - ص ٦٣٨ و ٦٣٩ .

المبحث الرابع: التعويضات

رسخت مبادئ اليونيدروا مبدأ الحق العام فى التعويض فى حالة حدوث إخلال بالتنفيذ ، إلا عندما يكون عدم التنفيذ مبرراً وفقاً للمبادئ ، كما فى حالة القوة القاهرة (مادة ٧-١-٧) أو فى حالة شرط إعفاء (مادة ٧-١-٦) .

وفى ذلك تنص المادة ٧-٤-١ من المبادئ على أن :-

" أى إخلال بالتنفيذ يعطى الطرف المضرور الحق فى التعويض سواء استقلالا أو مقترناً بأية وسائل معالجة أخرى ، إلا عندما يكون عدم التنفيذ مبرراً وفقاً لهذه المبادئ " ^(١) .

وتذكر المادة الحالية أن الحق فى التعويض ، مثل وسائل المعالجة الأخرى ، ينشأ عن مجرد الإخلال بالتنفيذ . فيكفى ببساطة للطرف المضرور أن يثبت حالة الإخلال بالتنفيذ ، أى يعنى أنه لم يتلقى ما وعد به . وبخاصة فإنه لا يكون من الضروري أن يثبت بالإضافة إلى ذلك أن عدم التنفيذ كان راجعاً الى خطأ الطرف المخل بالتنفيذ ^(٢) .

ويوجد الحق فى التعويض فى حالة الإخفاق فى تنفيذ أى من الالتزامات والتى تنشأ عن العقد ، ولذلك فإنه ليس من الضروري التمييز بين الالتزامات الرئيسية والالتزامات الثانوية .

وتنص هذه المادة أيضاً على أن الطرف المضرور يجوز له أن يطلب

(١)

"Any non-performance gives the aggrieved party a right to damages either exclusively or in conjunction with any other remedies except where the non-performance is excused under these Principles".

(٢) ودرجة الصعوبة فى إثبات الإخلال بالتنفيذ سوف تعتمد على مضمون الالتزام وبخاصة على ما إذا كان الالتزام هو التزام ببذل أقصى عناية أو التزام بتحقيق نتيجة محددة .

التعويض إما كوسيلة معالجة مستقلة^(١)، أو مقترنة بوسائل معالجة أخرى .
لذلك ، فإنه فى حالة إنهاء العقد يجوز المطالبة بالتعويضات لجبر الخسائر الناشئة
عن هذا الإنهاء ، أو من ناحية ثانية ، لتعوض فى حالة التنفيذ العينى عن
التأخير فى التنفيذ الذى يتلقاه الطرف المضرور وعن أى مصاريف قد يكون
تعرض لها .

ويجب ملاحظة أن الحق فى التعويض قد ينشأ ليس فقط فى محيط
الإخلال بالتنفيذ ، ولكن أيضاً خلال المدة قبل التعاقدية^(٢) .

وسيتم تقسيم الدراسة فى هذا المبحث الى المطالب التالية :-

المطلب الأول : التعويض الكامل

المطلب الثانى : عنصر الضرر

المطلب الثالث : استحقاق الفوائد

المطلب الرابع : أسلوب التعويض النقدى و عملة تقدير التعويضات

المطلب الخامس : التعويض الاتفاقى (الشرط الجزائى) عن عدم التنفيذ

^(١) ومن أمثلة ذلك التعويضات عن التأخير فى حالة التنفيذ المتأخر أو عن التنفيذ المعيب
المقبول من الطرف المضرور .

^(٢) أنظر على سبيل المثال مادة ١٥-٢ فى حالة التفاوض بسوء نية والمادة ١٦-٢ فى حالة
حدوث خرق للالتزام بالسرية و المادة ١٨-٣ فى حالة الغلط أو التدليس أو الإكراه أو الغبن.

المطلب الأول : التعويض الكامل

تنص المادة ٧-٤-٢ من مبادئ اليونيدروا على أن :-

(١) يحق للطرف المضرور الحصول على تعويض كامل عن الضرر أو الأذى الذى تكبده كنتيجة لعدم التنفيذ . ويشمل هذا الضرر ما لحقه من خسارة وما فاتته من كسب ، مع الأخذ فى الاعتبار أى كسب تحقق للطرف المضرور نتج عن تفاديه أو اجتنابه لتكلفة أو ضرر .

(٢) وقد يكون هذا الضرر غير نقدى ويشمل ، على سبيل المثال ، المعاناة البدنية و الأذى المعنوى ^(١) .

ترسخ الفقرة ١ من هذه المادة مبدأ أحقية الطرف المضرور فى الحصول على تعويض كامل عن الضرر أو الأذى الذى تكبده كنتيجة للإخلال بتنفيذ العقد ، وهى بالإضافة إلى ذلك تقرر الحاجة لعلاقة سببية بين عدم التنفيذ والضرر .

والحل الذى قد يكون موجودا فى بعض الأنظمة القانونية والتى تسمح للمحكمة بتخفيض مقدار التعويض ليتناسب مع الظروف المحيطة ، هذا الحل لم تتبعه المبادئ ، نظراً لأنه فى الحالات الدولية قد يخلق ذلك درجة كبيرة من الشك وكذلك فإن تطبيقه ربما يختلف من محكمة إلى أخرى .

ولتحديد الضرر الذى يغطيه التعويضات ، فإن الفقرة ١ من المادة الحالية إتباعاً للقاعدة الواردة فى المادة ٧٤ من اتفاقية فيينا لعام ١٩٨٠ ، تنص على أن الطرف المضرور يحق له الحصول على تعويض فيما يتعلق ليس فقط

(١)

(1) The aggrieved party is entitled to full compensation for harm sustained as a result of the non-performance. Such harm includes both any loss which it suffered and any gain of which it was deprived, taking into account any gain to the aggrieved party resulting from its avoidance of cost or harm.

(2) Such harm may be non-pecuniary and includes, for instance, physical suffering or emotional distress.

بالخسارة التى لحقت به ولكن أيضاً فيما يتعلق بما قد فاتته من كسب كنتيجة لعدم التنفيذ .

ويجب أن يتم فهم فكرة الخسارة المتكبدة بمعنى واسع ، فقد تغطى الانخفاض فى أصول الطرف المضرور ^(١) أو الزيادة فى مسئولياته وديونه والتى تحدث عندما يجب على دائن ، لم يسدد له مدينه ، أن يقترض نقوداً لمواجهة تعهداته ^(٢) . والمكسب الفائت هو الفائدة التى سوف تحدث عادة للطرف المضرور إذا ما تم تنفيذ العقد على نحو مناسب ^(٣) ، وكثيراً ما تكون الفائدة غير مؤكدة وهكذا فهى سوف تأخذ كثيراً شكل فوات فرصة (أنظر مادة ٣-٤-٧ فقره ٢) .

ولا يجب أن يثرى الطرف المضرور من التعويضات عن عدم التنفيذ . ولذلك السبب فإن الفقرة ١ نصت كذلك على أنه يتعين الأخذ فى الاعتبار أى كسب للطرف المضرور من عدم التنفيذ ، سواء كان ذلك فى شكل مصاريف لم يتحملها (من أمثلة ذلك ، عندما لا يكون الطرف المضرور ملتزم بدفع تكلفة غرفة الفندق للفنان الذى أخفق فى الحضور) ، أو فى شكل خسارة قد تجنبها (من أمثلة ذلك ، فى حالة عدم تنفيذ لما كان سيعتبر صفقة خاسرة بالنسبة للطرف

^(١) مثال إيضاحى :

أرسلت مكتبة فرنسية مخطوط نادر عن طريق ناقل خاص إلى مدينة نيويورك من أجل معرض ، وأصيب المخطوط خلال نقله بأذى يتعذر ترميمه . وقد قدرت الخسارة فى قيمته بمبلغ - ٥٠٠٠٠ فرنك فرنسى (خمسون ألف فرنك فرنسى) ، ويعتبر هذا هو المبلغ الواجب الأداء من جانب الناقل .

^(٢) مثال إيضاحى :

تعين على الطرف (أ) ، والذى لم يتم الدفع له من جانب الطرف (ب) وفقاً لشروط عقدهم ، أن يقترض أموال من بنكه بمعدل فائدة عالى . يجب على الطرف (ب) أن يعوض الطرف (أ) عن الفائدة المستحقة على الأخير لبنكه .

^(٣) مثال إيضاحى :

الطرف (أ) وهو مغنى ، ألغى ارتباط له مع الطرف (ب) وهو منظم حفلة فنية . يجب على الطرف (أ) أن يدفع تعويضات للطرف (ب) فيما يتعلق ليس فقط بالمصاريف التى تحملها الطرف (ب) فى إعداد الحفلة الموسيقية ، ولكن أيضاً عن فوات الكسب الناتج عن إلغاء الحفلة الموسيقية .

المضرور (١).

ويجب الأخذ في الاعتبار عند تطبيق مبدأ التعويض الكامل أى تغير في الضرر ، ويشمل ذلك تقديره في شكل نقدي ، وهذا التغير قد يحدث بين وقت عدم التنفيذ ووقت صدور الحكم القضائي . وبرغم ذلك ، فإن هذه القاعدة ليست بدون استثناءات ، ومن أمثلة ذلك إذا ما قام بالفعل الطرف المضرور بنفسه بتصحيح الضرر على نفقته الخاصة فعند ذلك فإن التعويض الممنوح سوف يتطابق مع مقدار المبالغ المنفقة (٢) .

وتنص الفقرة ٢ من المادة الحالية صراحة على أن التعويض يكون أيضاً عن الضرر غير المالى . وقد يكون هذا الضرر في شكل ألم ومعاناة أو فقدان أسباب معينة لمتع الحياة أو أذى جمالى ٠٠٠٠ إلخ ، وأيضاً الأذى الناتج عن التهجم على الشرف أو السمعة . وقد تجد هذه القاعدة تطبيق لها في التجارة الدولية ، فيما يتعلق بالعقود المبرمة مع الفنانين أو الرياضيين البارزين أو الاستشاريين المستخدمين عن طريق شركة أو مؤسسة (٣) . وفي مثل هذه الحالات

(١) مثال إيضاحي :

أجر الطرف (أ) ماكينة حفر للطرف (ب) لمدة عامين مقابل أجرة شهرية مقدارها - ٥٠٠٠٠ فرنك فرنسي (خمسون ألف فرنك فرنسي) ، وتم إنهاء العقد بعد مرور ستة أشهر بسبب عدم دفع الأجرة . وبعد مرور ستة أشهر أخرى ، نجح الطرف (أ) في أن يؤجر نفس الماكينة مقابل أجرة شهرية مقدارها - ٥٠٠٠٠ فرنك فرنسي (خمسة وخمسون ألف فرنك فرنسي) .

يكون الطرف (أ) قد حقق كسبا قدره - ٦٠٠٠٠ فرنك فرنسي (ستون ألف فرنك فرنسي) كنتيجة لإعادة تأجير الماكينة للمدة المتبقية من العقد الأول وهي عام (الكسب المتحقق السابق هو الفرق بين سعر إعادة التأجير الشهري للماكينة وقدره - ٥٠٠٠٠ فرنك فرنسي وسعر التأجير الشهري بالعقد الأول وقدره - ٥٠٠٠٠ فرنك فرنسي وذلك لمدة العام المتبقية من العقد الأول) ، وهذا الكسب المتحقق يجب أن يتم خصمه من التعويضات المستحقة على الطرف (ب) للطرف (أ) .

(٢)

GOTANDA (J.Y.) – Recovering lost profits in International Disputes – 36 Georgetown Journal of International law – 2004 - p. 61 ets.

(٣) مثال إيضاحي :

الطرف (أ) مهندس معماري شاب ، يبدأ في بناء سمعته المهنية ، وقع عقداً من أجل تحديث متحف فنون جميلة ، وقد لاقت هذه الوظيفة تغطية إعلامية واسعة . السلطات المسؤولة =

أيضاً فإن مطلب أو شرط تحقق وقوع الضرر يجب أن يتوافر^(١) مع الشروط الأخرى لاستحقاق التعويضات .

وقد تحكم المحكمة ليس فقط بالتعويضات ولكن أيضاً بالأمر بأشكال أخرى للتعويض والإصلاح مثل نشر إعلان بالصحف تحدد محتواه المحكمة^(٢) .

خلاصة : ونخلص من التعليقات على المادة ٧-٤-٢ إلى النقاط الأساسية التالية :-

- أ - تقرر المادة الحالية الحاجة لعلاقة سببية بين عدم التنفيذ والضرر .
- ب - لم تتبع المبادئ الحل الذى قد يكون موجود فى بعض الأنظمة القانونية والتي تسمح للمحكمة بتخفيض مقدار التعويض ليتناسب مع الظروف المحيطة .
- ج - يجب الأخذ فى الاعتبار عند تطبيق مبدأ التعويض الكامل أى تغير فى الضرر قد يحدث بين وقت عدم التنفيذ ووقت صدور الحكم القضائى ، وبرغم ذلك فإن هذه القاعدة ليست بدون استثناءات .

الوضع فى اتفاقية فيينا

جعلت اتفاقية فيينا فى المادة ٧٤ منها^(٣) التعويض لجبر الضرر الذى يقع على أحد طرفى عقد البيع بسبب مخالفة تقع من الطرف الآخر فى تنفيذ العقد.

=

قررت لاحقاً أن تستعين بخدمات مهندس معمارى أكثر خبرة وقامت بإنهاء العقد مع الطرف (أ) .

يجوز للطرف (أ) أن يحصل على تعويض ليس فقط من أجل الخسارة المادية التى لحقت به ولكن أيضاً من أجل الأذى الذى حدث لسمعة الطرف (أ) وخسارة فرصة أن يصبح معروفا بصورة أفضل والتى كانت الوظيفة سوف توفرها له .

(١) أنظر مادة ٧-٤-٣ و التى سيتم شرحها فى المطلب التالى .

(٢) من أمثلة ذلك حالة خرق بند يحظر المنافسة أو فى حالة تشويه السمعة ١٠٠٠ إلخ .

(٣) تنص المادة ٧٤ من اتفاقية فيينا لعام ١٩٨٠ على أن :-

" يتألف التعويض عن مخالفة أحد الطرفين للعقد من مبلغ يعادل الخسارة التى لحقت بالطرف الآخر والكسب الذى فاته نتيجة للمخالفة . ولا يجوز أن يتجاوز التعويض قيمة الخسارة والربح الضائع التى توقعها الطرف المخالف أو التى كان ينبغى له أن يتوقعها

=

كما جعلت الاتفاقية التعويض مبلغاً من النقود يغطي الخسارة التي نشأت عن المخالفة والكسب الذي فات بسببها ، إذ بتغطية هذين العنصرين يصير الطرف المضرور في نفس المركز الاقتصادي كما لو كان العقد قد نفذ تنفيذاً صحيحاً^(١).

وطبقاً لنص المادة ٧٤ فإن الحق في التعويض لأحد الطرفين ينشأ عن مجرد صدور إخلال من الطرف الآخر في تنفيذ التزاماته ، ولا يشترط أن يصدر خطأ من جانبه^(٢) . فيستوى أن يكون هذا الإخلال قد صدر عن عمد أو إهمال أو لأي سبب آخر^(٣) .

ومن أمثلة الخسارة التي وقعت ، المصروفات التي ينفقها البائع لشراء المادة الأولية اللازمة لصنع السلعة وأجور العمال الذين يتعاقد معهم خصيصاً لصنعها ونفقات نقلها . ومن أمثلة الكسب الذي فات ، ما كان يأمله المشتري من ربح ناتج من إعادة بيع السلعة في دولته^(٤) .

ولم يبين النص الكيفية التي يتم بها تقدير الخسارة التي وقعت ولا الكسب الذي فات ، فتقدير ذلك يتوقف على ظروف كل حالة باعتبار أنها مسألة واقع^(٥) ، فيحسن تركه للقاضي أو المحكم الذي ينظر الموضوع^(٦) . وطريقة تقدير

=

وقت انعقاد العقد في ضوء الوقائع التي كان يعلم بها أو التي كان من واجبه أن يعلم بها كنتائج متوقعة لمخالفة العقد " .

(١) د/ محسن شفيق - اتفاقية الأمم المتحدة بشأن البيع الدولي للبضائع (دراسة في قانون التجارة الدولي) - المرجع السابق - رقم ٣٢٦ ص ٢٣٩ .

(٢) Audit (Bernard) - "La vente internationale de marchandises, Convention des Nations, Unies du 11 avril 1980 " - op. cit. - No. 171 p.162.

(٣) Enderlein, Maskow - United Nations Convention on contracts for the International Sale of Goods - op. cit. - p. 298.

(٤) د/ محسن شفيق - اتفاقية الأمم المتحدة بشأن البيع الدولي للبضائع (دراسة في قانون التجارة الدولي) - المرجع السابق - هامش ص ٢٣٩ .

(٥) Heuze (Vincent) - "La vente internationale de marchandises, Droit uniforme"- op. cit.-No. 435 p. 328 ets.

(٦) د/ محسن شفيق - اتفاقية الأمم المتحدة بشأن البيع الدولي للبضائع (دراسة في قانون التجارة الدولي) - المرجع السابق - هامش ص ٢٣٩ .

التعويض على أساس الخسارة التي وقعت والكسب الذي فات هي القاعدة العامة التي تتبع عند مخالفة العقد ، سواء أكانت المخالفة جوهريّة أو غير جوهريّة ^(١) ، وسواء كان الإخلال بالتنفيذ قبل حلول ميعاد التنفيذ أو بعده ، فالإخلال يترتب عليه الحق في التعويض في جميع الأحوال ^(٢) .

الوضع في القانون المصري

بينت الفقرة الأولى من المادة ٢٢١ من القانون المدني عناصر وشروط الضرر الذي يؤخذ في الاعتبار عند تقدير القضاء للتعويض ^(٣) ، فإذا لم يكن التعويض مقدرا في العقد أو بنص في القانون ، فإن القاضي هو الذي يقدره ويكون عادة بمبلغ من النقود وهو يمثل الضرر الذي أصاب الدائن نتيجة عدم تنفيذ المدين لالتزامه أو لتأخره في التنفيذ ، ويجب أن يكون جابرا لكل الضرر بحيث يشمل ما لحق الدائن من خسارة وما فاتته من كسب ، فيكون التعويض هو مجموع هذين العنصرين ^(٤) . والضرر الذي يعرض عنه هو الضرر المباشر لعدم الوفاء أو التأخر فيه ، والضرر المباشر كما يحدده النص هو ذلك الذي ما كان

(١) د/ محسن شفيق - اتفاقية الأمم المتحدة بشأن البيع الدولي للبضائع (دراسة في قانون التجارة الدولي) - المرجع السابق - رقم ٣٢٧ ص ٢٤١ .

(٢) Enderlein, Maskow - United Nations Convention on contracts for the International Sale of Goods - op. cit. - p. 297.

(٣) تنص الفقرة الأولى من المادة ٢٢١ من القانون المدني المصري على أنه :-
" إذ لم يكن التعويض مقدرا في العقد أو بنص في القانون ، فالقاضي هو الذي يقدره ، ويشمل التعويض ما لحق الدائن من خسارة وما فاتته من كسب ، بشرط أن يكون هذا نتيجة طبيعية لعدم الوفاء بالالتزام أو للتأخر في الوفاء به ، ويعتبر الضرر نتيجة طبيعية إذا لم يكن في استطاعة الدائن أن يتوقاه ببذل جهد معقول " .

(٤) د/ أحمد شرف الدين - نظرية الالتزام - الجزء الثاني - أحكام الالتزام - المرجع السابق - رقم ٢٤ ص ٥٥ و ٥٦ . وقد قضت محكمة النقض أن " تقدير التعويض متى قامت أسبابه ولم يكن في القانون نص ملزم بإتباع معايير معينة في خصوصه هو من سلطة قاضي الموضوع " (نقض ١٩٤٩/١٢/١٥ س ٩٨) . ولكن يجب بيان عناصر الضرر في الحكم . والحكم الذي يقضى بمبلغ معين على سبيل التعويض إذا لم يبين عناصر الضرر الذي قضى من أجله بهذا المبلغ فإنه يكون قاصرا يستوجب نقضه . (نقض ١٩٥٢/٣/٢٧ س ٣ ص ٦٩٣) .

يمكن توقيه ببذل جهد معقول من جانب الدائن^(١) .

وقد نصت الفقرة الأولى من المادة ٢٢٢ مدنى على أن التعويض يشمل الضرر الأدبى أيضا^(٢) . والضرر الأدبى هو ما يصيب الشخص فى مصلحة غير مالية^(٣) ، كالألم الذى يصيب الشخص من جراء الإصابة فى الحادث ، وكذلك الألم النفسى الذى يشعر به نتيجة تشويه خلفته الإصابة ، والألم النفسى الناشئ عن المساس بكرامته أو سمعته^(٤) .

والضرر الأدبى وقوعه فى نطاق المسؤولية العقدية غير كثير ، أما الضرر المادى فهو الأكثر وقوعا فى نطاق هذه المسؤولية . وقد يلحق بالمتعاقد المضرور الضررين معا ، وفى هذه الحالة تستطيع محكمة الموضوع إدماج الضررين معا وتقدير التعويض عنهما بغير تخصيص لمقداره عن كل منهما ، إلا أن هذا لا يحول دون قيام حقيقة واقعية هى أن كل ضرر من هذين الضررين كان له حسابه فى تحديد مقدار التعويض المقضى به^(٥) .

وتنص الفقرة الثانية من المادة ٦٦ من قانون التجارة الجديد على أن "كل منافسة غير مشروعة تلزم فاعلها بتعويض الضرر الناجم عنها. وللمحكمة أن تقضى - فضلا عن التعويض - بإزالة الضرر وينشر ملخص الحكم على نفقة

(١) د / حمدى عبد الرحمن - الوسيط فى النظرية العامة للالتزامات - المصادر الإرادية للالتزام - العقد والإرادة المنفردة - المرجع السابق - ص ٥٢٢ ، د / جميل الشرقاوى - النظرية العامة للالتزام - الكتاب الثانى - أحكام الالتزام - المرجع السابق - ص ٥٩ .

(٢) تنص الفقرة الأولى من المادة ٢٢٢ من القانون المدنى على أن :-
" يشمل التعويض الضرر الأدبى أيضا ، ولكن لا يجوز فى هذه الحالة أن ينتقل الى الغير إلا إذا تحدد بمقتضى اتفاق أو طالب الدائن به أمام القضاء " .

(٣) د / على نجيدة - النظرية العامة للالتزام - الكتاب الأول - مصادر الالتزام - دار النهضة العربية - القاهرة - ٢٠٠٤/٢٠٠٥ - ص ٣٦١ .

(٤) د / منصور مصطفى منصور ود/ جلال محمد إبراهيم - الوجيز فى مصادر الالتزام - المرجع السابق - ص ٣٥١ .

(٥) د/ أحمد شرف الدين - نظرية الالتزام - الجزء الأول - مصادر الالتزام - الكتاب الأول - المصادر الإرادية - المرجع السابق - رقم ١٧٢ ص ٣٤٥ .

وقد قضت محكمة النقض بأن " الضرر ركن من أركان المسؤولية وثبوته شرط لازم لقيامها والقضاء تبعا لذلك ، يستوى فى إيجاب التعويض عن الضرر أن يكون هذا الضرر ماديا أو أدبيا " (نقض ١٩٩٠/٣/١٥ س ٤١ رقم ١٢٧ ص ٧٦٢) .

المحكوم عليه فى إحدى الصحف اليومية " . ويستخلص من النص أنه يجوز للمحكمة أن تقضى ، فضلا عن التعويض ، بإزالة الضرر ونشر ملخص الحكم فى الصحف على نفقة المحكوم عليه ، وكل هذا تطبيق للقواعد العامة المنصوص عليها فى المادة ٢/١٧١ من التقنين المدنى ^(١) .

^(١) مجلة المحاماة - قانون التجارة والمذكرة الإيضاحية - المرجع السابق - ص ٣٧٨ ،
وراجع أيضا د / عبد الحميد الشواربى - الالتزامات والعقود التجارية - المرجع
السابق - ص ٧٥ .

المطلب الثاني: عنصر الضرر

يجب لكي يستحق أحد طرفي العقد تعويضاً ، أن ينتج عن الإخلال بالعقد من الطرف الآخر ضرراً له ، ذلك أن التعويض لا يكون إلا لجبر ضرر ، فإذا لم يحدث ضرراً فلا يستحق أى تعويض ، أى أن الضرر ركن ضرورى لا غنى عنه لوجود المسؤولية العقدية .

وسيتم تقسيم الدراسة فى هذا المطلب إلى الفروع التالية :-

الفرع الأول : تحقق وقوع الضرر

الفرع الثانى : توقع الضرر

الفرع الثالث : إثبات (تقدير) الضرر فى حالة الصفقة البديلة

الفرع الرابع : إثبات الضرر وفقاً للسعر الجارى

الفرع الخامس : الضرر الذى يرجع جزئياً الى الطرف المضرور

الفرع السادس : تخفيف الضرر

الفرع الأول: تحقق وقوع الضرر

تنص المادة ٧-٤-٣ من مبادئ اليونيدروا على أنه :-

(١) يستحق التعويض للضرر فحسب، ويشمل ذلك الضرر المستقبلى، الذى يثبت وقوعه بدرجة معقولة من التحقق.

(٢) يجوز أن يستحق التعويض عن فوات الفرصة بما يتناسب مع احتمال حدوثها.

(٣) عندما لا يكون من المستطاع إثبات مقدار الضرر بدرجة كافية من التحقق، فإن تقييمه يكون وفقاً لتقدير المحكمة ^(١) .

(١)

(1) Compensation is due only for harm, including future harm, that is established with a reasonable degree of certainty.

=

تعيد هذه المادة التأكيد على الشرط المعروف بتحقيق وقوع الضرر ، نظراً لأنه ليس من الممكن مطالبة الطرف المخل بالتنفيذ بتعويض الضرر الذى قد يكون لم يحدث أو الذى قد لا يحدث مطلقاً. وتسمح الفقرة ١ بالتعويض أيضاً عن الضرر المستقبلى ، أى الضرر الذى لم يحدث بعد ، شريطة أن يكون حدوثه مؤكداً بصورة كافية . وبالإضافة إلى ذلك فإن الفقرة ٢ تغطي فوات الفرصة ، فقط عندما يكون واضحاً تناسب ذلك مع احتمال حدوثها ^(١) .

ويتعلق التحقق ليس فقط بوقوع الضرر ولكن أيضاً بمقداره ، فقد يكون هناك ضرر لا يمكن المنازعة فى وجوده ولكن يكون من الصعب تحديد مقداره . وكثيراً ما سيكون هذا هو الحال فيما يتعلق بفوات الفرصة أو فيما يتعلق بالتعويض عن الضرر غير المادى (مثال ذلك الإضرار بسمعة شخص أو المعاناة والألم ٠٠٠٠ إلخ) ^(٢) .

وطبقاً للفقرة ٣ ، فإنه عندما لا يكون من المستطاع إثبات مقدار الضرر بدرجة كافية من التحقق ، فعند ذلك فضلت الفقرة ٣ عن رفض التعويض أو منح تعويضات ضئيلة ، أن تخول المحكمة سلطة التحديد المنصف لمقدار

=

(2) Compensation may be due for the loss of a chance in proportion to the probability of its occurrence.

(3) Where the amount of damages cannot be established with a sufficient degree of certainty, the assessment is at the discretion of the court.

^(١) لذلك ، فإن مالك الحصان الذى يصل متأخراً جداً ليجرى فى سياق كنتيجة للتأخير فى النقل لا يمكن أن يعوض عن كامل الجائزة المالية للسباق ، حتى ولو كان الحصان المرجح فوزه .

^(٢) مثال إيضاحى :

عهد الطرف (أ) للطرف (ب) وهو شركة بريد سريع بتوصيل ملف ، وذلك استجابة لدعوة بتسليم عطاءات من أجل بناء مطار . تعهد الطرف (ب) بأن يسلم الملف قبل ميعاد غلق باب التقدم بالعطاءات ، ولكنه قد سلمه بعد هذا الميعاد وعطاء الطرف (أ) قد رفض . سوف يعتمد مقدار التعويض على درجة احتمال أن يتم قبول عطاء الطرف (أ) ويستلزم مقارنة عطاء الطرف (أ) مع العطاءات التى سلمت للدراسة ، وبناء عليه سوف يتم حساب التعويض كنسبة من الربح الذى قد يمكن أن يحققه الطرف (أ) .

الضرر المتكبد^(١) .

ويتعين أن يكون الضرر نتيجة مباشرة لعدم التنفيذ بالإضافة إلى كونه مؤكداً . فيوجد علاقة واضحة بين التحقق والطبيعة المباشرة للضرر^(٢) ، فالضرر الذى يكون غير مباشر الى درجة بعيدة ، عادة ما سيكون كذلك غير محقق و أيضاً غير متوقع .

الوضع فى القانون المصرى

يشترط فى الضرر أن يكون محقق الوقوع سواء كان الضرر ماديا أو أدبيا . ويعتبر الضرر محقق الوقوع ، إذا كان الضرر قد وقع فعلا ، كما لو كانت البضاعة قد أصابها التلف أثناء النقل، فالضرر المحقق هو الموجب للتعويض^(٣) . ويتوافر شرط تحقق الضرر أيضا إذا كان الضرر لم يقع فعلا ، ولكنه محقق

(١) وفى دعوى التحكيم رقم 9950 بتاريخ 00.06.2001 والمنظورة أمام هيئة تحكيم :
ICC International Court of Arbitration
وكان موضوع الدعوى إبرام المدعى (شركة مصرية) عقد مع المدعى عليه (شركة فرنسية) ، من اجل توريد آلات ومعدات لأحد المصانع والإشراف على إنشاء وتركيب المصنع . وبسبب خطأ المدعى عليه فى التصميم والتنفيذ ، فإن المصنع لم يبدأ فى العمل فى الموعد الزمنى المحدد لذلك مما دفع المدعى الى البدء فى إجراءات دعوى التحكيم والتي طالب فيها بالتعويضات عن الخسائر .
والعقد كان يحكمه القانون المصرى . ومع ذلك فإنه عند تعيين مقدار التعويض عن الخسائر قامت هيئة التحكيم بالرجوع ليس فقط للأحكام المتعلقة بهذه المسألة فى القانون المدنى المصرى (المواد ١٧٠-١٧١ ، ٢٢١-٢٢٢) ولكن أيضا لقانون مكان التحكيم وكذلك لمبادئ اليونيدروا فى المواد ١-٤-٧ و ٢-٤-٧ و ٣-٤-٧ .
راجع تفاصيل حكم التحكيم والمنشور فى :

ICC International Court of Arbitration Bulletin – 2005 – Special Supplement – pp.77-79.

(٢) وبالرغم من أن شرط الطبيعة المباشرة للضرر لم يتم معالجته بصراحة فى المبادئ ، فإنه مفهوم ضمناً فى المادة ٢-٤-٧ فقرة ١ والتي تشير إلى الضرر المتكبد " كنتيجة لعدم التنفيذ" والتي لذلك تقتضى ضمناً وجود علاقة سببية كافية بين عدم التنفيذ والضرر .
(٣) د/ أحمد شرف الدين – نظرية الالتزام – الجزء الأول – مصادر الالتزام – الكتاب الأول – المصادر الإرادية - المرجع السابق – رقم ١٧٣ ص ٣٤٦ .

وقد قضت محكمة النقض بأن " الضرر الموجب للتعويض يجب أن يكون ضرراً محققاً بمعنى أن يكون قد وقع أو انه سيقع حتماً " نقض ١٩٦٥/٥/١٣ س ١٦ ص ٥٧٠ .

الوقوع فى المستقبل ، وفى هذه الحالة يدخل فى نطاق التعويض ^(١) ، فإذا أصيب شخص بعاهة مستديمة تعجزه عن العمل فى المستقبل فبالخسارة المالية التى تصيب هذا الشخص بسبب عجزه عن الكسب مستقبلا تعتبر ضرر محقق الوقوع يجب تعويضه ^(٢) .

وقد يكون الضرر المحقق الوقوع فى المستقبل غير معروف مقداره وبالتالى لا يستطيع تقدير الضرر عنه فورا أو فى الحال تقديرا نهائيا ، فى هذه الحالة يجوز للقاضى أن يحتفظ للمضروور بالحق فى أن يطالب خلال مدة معينه بإعادة النظر فى التقدير (مادة ١٧٠ مدنى) ^(٣) .

وعندما يكون الضرر محتملا ، أى غير محقق الوقوع فى المستقبل ، فهو قد يقع وقد لا يقع ، و على هذا فلا يجب التعويض عن الضرر المحتمل ، وإنما يلزم الانتظار حتى يتحقق الوقوع فعلا . ومن أمثلة الضرر المحتمل ، أن يقوم شخص بإتلاف منزل جاره ، فالإتلاف الذى حدث بالمنزل ضرر محقق ، ويلزم التعويض عنه ، أما تهدم وسقوط البناء ، فهو ضرر محتمل ، لا يعوض عنه صاحب المنزل ، حتى يقع فعلا ^(٤) .

ويلزم التمييز بين الضرر المحتمل وبين الضرر المتمثل فى تفويت الفرصة ، فالضرر المحتمل لا تعويض عنه كما سبق أن ذكرنا ، بينما الضرر المحقق المتمثل فى تفويت فرصة يلزم تعويضه . فحرمان شخص من فرصة كان يحتمل أن تعود عليه بفائدة كفرصة النجاح فى الامتحان أو فرصة الفوز فى

(١) وقد قضت محكمة النقض بأن " التعويض كما يكون عن ضرر حال فإنه يكون أيضا عن ضرر مستقبل متى كان محقق الوقوع " نقض ١٩٦٥/٦/١٠ س ١٦ ص ٧٣٦ .

(٢) د/ سليمان مرقس - أصول الالتزامات - الجزء الأول - فى مصادر الالتزام - المرجع السابق - ص ٤٩٧ ، د / منصور مصطفى منصور ود/ جلال محمد إبراهيم - الوجيز فى مصادر الالتزام - المرجع السابق - ص ٣٤٩ و ٣٥٠ .

(٣) د/ أحمد شرف الدين - نظرية الالتزام - الجزء الأول - مصادر الالتزام - الكتاب الأول - المصادر الإرادية - المرجع السابق - رقم ١٧٣ ص ٣٤٧ .

(٤) د/ عبد الرشيد مأمون - الوجيز فى النظرية العامة للالتزامات - الكتاب الأول - مصادر الالتزام - المرجع السابق - رقم ٢٥٥ - ص ٣١٦ .

مسابقة ، يعتبر فى ذاته ضررا محققا يستحق التعويض ^(١) . ويجب ملاحظة فى الأمثلة السابقة أنه لا يمكن الجزم بأن الشخص كان سينجح فى الامتحان أو سيفوز فى المسابقة ، فهذه المسائل من الأمور المحتملة والتي لا تعويض عنها ، ولكن تفويت الفرصة فى حد ذاته يلحق بالشخص ضررا يلزم تعويضه ، لأننا لا نستطيع الجزم بأن الشخص كان سيرسب فى الامتحان أو سيخسر فى المسابقة . وبمعنى آخر فإذا كانت الفرصة " فرصة الكسب " فى ذاتها أمر محتمل إلا أن تفويت الفرصة أمر محقق ، وبالتالي يتعين تعويض المضرور عن فوات الفرصة فحسب ، ويراعى القاضى فى تقدير هذا التعويض مدى احتمال نجاح الدائن فى هذه الفرصة ^(٢) .

(١) د / منصور مصطفى منصور ود/ جلال محمد إبراهيم – الوجيز فى مصادر الالتزام – المرجع السابق – ص ٣١٧ .

(٢) د / حمدى عبد الرحمن – الوسيط فى النظرية العامة للالتزامات – المصادر الإرادية للالتزام – العقد والإرادة المنفردة - المرجع السابق - ص ٥٢٥ ، د/ أحمد شرف الدين – نظرية الالتزام – الجزء الأول – مصادر الالتزام – الكتاب الأول – المصادر الإرادية - المرجع السابق – رقم ١٧٣ ص ٣٤٨ .

الفرع الثانى: توقع الضرر

تنص المادة ٧-٤-٤ من مبادئ اليونيدروا على أن :-

يكون الطرف المخل بالتفويض مسؤولاً فقط عن الضرر الذى توقعه أو الذى يمكن توقعه بصورة معقولة عند وقت إبرام العقد كنتيجة محتملة لعدم التنفيذ^(١)،^(٢).

إن مبدأ اقتصار الضرر الذى يمكن التعويض عنه على الضرر القابل للتوقع، يتطابق مع الحل الذى تم تبنيه فى المادة ٧٤ من اتفاقية الأمم المتحدة للبيع الدولى للبضائع (فيينا لعام ١٩٨٠) . ويتعلق هذا التحديد للضرر بطبيعة أو جوهر العقد فحسب ، فليس كل الفوائد والتى حرم منها الطرف المضروب تقع ضمن نطاق غرض العقد ، ولا يجب أن يتحمل الطرف المخل بالتفويض مسؤولية التعويض عن الضرر الذى لم يكن يمكن توقعه عند وقت إبرام العقد وعن الخطر الذى لا يمكن تأمين التخلص منه . ويجب أن يتم النظر إلى شرط التوقع بالتزامن مع شرط تحقق الضرر المنصوص عليه فى المادة ٧-٤-٣ .

ويجب توضيح مفهوم التوقع حيث أن الحل الوارد فى المبادئ لا يتطابق مع أنظمة وطنية معينة والتى تسمح بالتعويض حتى عن الضرر غير المتوقع

(١)

" The non-performing party is liable only for harm which it foresaw or could reasonably have foreseen at the time of the conclusion of the contract as being likely to result from its non-performance".

^(٢) وفى دعوى التحكيم رقم 10346 بتاريخ 00.12.2000 المنظورة أمام هيئة تحكيم :

ICC International Court of Arbitration, Barranquilla (Colombia)

وكان موضوع الدعوى إبرام المدعى (شركة من كولومبيا) عقد مع المدعى عليه (شركة أخرى من كولومبيا) من أجل بيع كهرباء . لم يتم تنفيذ الاتفاق وقام المدعى بمقاضاة المدعى عليه بسبب خرقه للاتفاق وللمطالبة بالتعويضات .

ولتعيين مقدار التعويضات التى طالب بها المدعى كنتيجة لخرق المدعى عليه العقد ، فإن هيئة التحكيم قامت بالرجوع للمادة ٧-٤-٤ من مبادئ اليونيدروا من أجل تحديد أو حصر التعويض فى الضرر الذى كان يمكن للطرف المخل بالتفويض أن يتوقعه بصورة معقولة عند وقت إبرام العقد كنتيجة محتملة لعدم التنفيذ .

راجع تفاصيل حكم التحكيم والمنشور فى :

ICC International Court of Arbitration Bulletin – Vol. 12 – No. 2 – (Fall 2001) – pp.106-115.

عندما يكون عدم التنفيذ ناشئاً عن سوء تصرف عمدى أو إهمال جسيم . ونظراً لأن القاعدة الحالية لا تنص على مثل هذا الاستثناء ، فإنه يستلزم التفسير الضيق لمفهوم التوقع ^(١) . على أية حال ، فإن التوقع يعتبر مفهوماً مرناً يسمح بسلطة تقديرية واسعة للقاضى .

ويكون تحديد ما هو متوقع بالرجوع إلى وقت إبرام العقد وإلى الطرف المخل بالتنفيذ نفسه (ويشمل ذلك عماله أو وكلاؤه) ، وكذلك معيار ما يمكن توقعه بصورة معقولة من شخص ذو عناية عادية كنتيجة لعدم التنفيذ فى المسالك العادى للأمور و الظروف الخاصة المحيطة بالعقد ، مثل المعلومات المستمدة عن طريق الأطراف أو تعاملاتهم السابقة ^(٢) . أى أن نص المادة ٤-٤-٧ قد جمع بين المعيار الشخصى و المعيار الموضوعى .

خلاصة : ونخلص من التعليقات على المادة ٤-٤-٧ إلى النقاط الأساسية التالية :-

أ - يجب أن يتم النظر إلى شرط التوقع بالتزامن مع شرط تحقق الضرر المنصوص عليه فى المادة ٣-٤-٧ .

ب - يعتبر التوقع مفهوماً مرناً يسمح بسلطة تقديرية واسعة للقاضى .

^(١) لم تضع المبادئ حكماً بالتعويض الكامل عن الضرر ، إن كان غير متوقع ، فى حالة حدوث عدم تنفيذ متعمد .

^(٢) أمثلة إيضاحية :

- ١ - الطرف (أ) وهو شركة نظافة ، طلب شراء ماكينة والتي تم تسليمها بعد تأخير خمسة شهور . يكون المصنع ملتزماً بتعويض الشركة عن الكسب الفائت بسبب التأخير فى التسليم نظراً لأنه كان يستطيع توقع أن الماكينة كانت معدة للاستعمال الفورى . ومن جانب آخر فإن الضرر لا يشمل خسارة عقد حكومى ذو قيمة والذي كان يمكن إبرامه إذا كانت الماكينة قد تم تسليمها فى الوقت المحدد مادام هذا النوع من الضرر لم يكن متوقعاً .
- ٢ - الطرف (أ) وهو بنك ، يستعمل بصورة معتادة خدمات شركة أمن كوسيلة لنقل حقائب تحتوى عملات إلى فروعه . وبدون إعلام شركة الأمن ، قام الطرف (أ) بإرسال وديعة من الحقائب تحتوى على عملات معدنية جديدة لهواة الجمع ذو قيمة أكثر خمسين مرة من الودائع السابقة . تم سرقة الحقائب بالقوة . يستطيع الطرف (أ) أن يحصل فقط على تعويض عن قيمة الوديعة العادية نظراً لأن هذا كان النوع الوحيد من الضرر الذى يمكن توقعه .

ج - لم تضع المبادئ حكما بالتعويض الكامل عن الضرر ، إن كان غير متوقع ، فى حالة حدوث عدم تنفيذ متعمد .

الوضع فى اتفاقية فيينا

أكدت المادة ٧٤ من اتفاقية فيينا على ضرورة أن يكون الضرر الذى يعرض عنه متوقعا ^(١) . وتوقع الضرر الناشئ عن مخالفة العقد يكون من جانب الطرف الذى وقعت منه المخالفة ، فالعبرة بما يتوقعه هو من ضرر يمكن أن يحدث بسبب المخالفة . وبالإضافة الى المعيار الشخصى السابق ، فإن الاتفاقية قد أضافت إليه معيار آخر مادي هو ما كان ينبغى أن يتوقعه هذا الطرف بالقياس الى ما كان يفعله شخص سوى الإدراك من صفته لو وجد فى نفس الظروف ، ويؤخذ فى الاعتبار فى كل الفروض الوقائع والأحداث التى كان هذا الطرف يعلم أو كان ينبغى أن يعلم بها وقت إبرام العقد ^(٢) .

وعلى الرغم من أن الضابط (المعيار) المادى يحقق قدرا كبيرا من العدالة حتى لا يستقل الطرف الذى وقعت منه المخالفة وحده بتقدير التوقع ، إلا أن الضابط الشخصى له فوائد أيضا ، فقد يكون الضرر الناتج عن مخالفة العقد غير ممكن التوقع بالنسبة لشخص سوى الإدراك ولكن مع ذلك فإن الطرف المخالف قد توقعه بالفعل وقت إبرام العقد ^(٣) .

ويلاحظ أن الاتفاقية قد قصرت التعويض فى المادة ٧٤ على الضرر المتوقع ، فلا توجد أى إشارة الى السماح بالتعويض عن الضرر غير المتوقع فى

^(١) تنص المادة ٧٤ من اتفاقية فيينا لعام ١٩٨٠ على أن :-

" ولا يجوز أن يتجاوز التعويض قيمة الخسارة والربح الضائع التى توقعها الطرف المخالف أو التى كان ينبغى له أن يتوقعها وقت انعقاد العقد فى ضوء الوقائع التى كان يعلم بها أو التى كان من واجبه أن يعلم بها كنتائج متوقعة لمخالفة العقد " .

^(٢) د/ محسن شفيق - اتفاقية الأمم المتحدة بشأن البيع الدولى للبضائع (دراسة فى قانون التجارة الدولى) - المرجع السابق - رقم ٣٢٦ ص ٢٤٠ .

^(٣) Enderlein, Maskow – United Nations Convention on contracts for the International Sale of Goods – op. cit. – p. 300 ets.

حالتى الغش والخطأ الجسيم من جانب المدين ^(١) . ويقع على الطرف المخالف عبء إثبات أن الضرر الذى لحق بالطرف الآخر كان غير متوقع بالنسبة له ^(٢) .

الوضع فى القانون المصرى

استلزمت الفقرة الثانية من المادة ٢٢١ مدنى أن يكون التعويض فى المسؤولية العقدية عن الضرر المتوقع عادة وقت التعاقد ، ولا يشمل التعويض الضرر غير المتوقع إلا إذا كان عدم تنفيذ المدين لالتزامه راجعا الى غشه أو خطئه الجسيم ^(٣) . أى أن المدين لا يسأل فى المسؤولية العقدية إلا فى حدود الضرر المباشر المتوقع فقط ، ما لم يكن قد أدخل بالتزامه عمدا (عن غش) أو عن خطأ جسيم فيكون مسئولا عن الضرر المباشر سواء كان متوقعا أو غير متوقع كما فى المسؤولية التقصيرية . ولا يكفى فى نطاق المسؤولية العقدية توقع المدين سبب الضرر فحسب بل يجب أيضا توقع مقداره ومداه ^(٤) .

وتوقع الضرر ينظر فيه الى وقت إبرام العقد ، وتوقع المدين للضرر وقت التعاقد يقاس بمعيار موضوعى وليس بمعيار شخصى ، أى يعتد بالضرر الذى يتوقعه الشخص المعتاد من أوساط أمثال المدين (دراية وتخصصا وخبرة

^(١) د/ محسن شفيق - اتفاقية الأمم المتحدة بشأن البيع الدولى للبضائع (دراسة فى قانون التجارة الدولى) - المرجع السابق - رقم ٣٢٦ ص ٢٤٠ .

^(٢) Heuze (Vincent) - "La vente internationale de marchandises, Droit uniforme"- op. cit.-No. 436 p. 329.

^(٣) تنص الفقرة الثانية من المادة ٢٢١ من القانون المدنى المصرى على أن :-
" ومع ذلك إذا كان الالتزام مصدره العقد ، فلا يلتزم المدين الذى لم يرتكب غشا أو خطأ جسيما إلا بتعويض الضرر الذى كان يمكن توقعه عادة وقت التعاقد " .

^(٤) د/ أحمد شرف الدين - نظرية الالتزام - الجزء الأول - مصادر الالتزام - الكتاب الأول - المصادر الإرادية - المرجع السابق - رقم ١٧٤ ص ٣٥٠ و ٣٥١ .
وقد قضت محكمة النقض بأن " المدين فى المسؤولية العقدية يلزم طبقا لنص المادة ٢٢١ ، ٢ من القانون المدنى بتعويض الضرر المباشر الذى يمكن توقعه عادة وقت التعاقد " نقض ١٩٨٩/٣/٢٦ س ٤٠ العدد الأول رقم ١٤٧ ص ٨٤٠ . كما قضت محكمة النقض بأن " ولا يكفى توقع سبب الضرر فحسب بل يجب أيضا توقع مقداره ومداه " نقض ١٩٧٣/٤/١٧ س ٢٤ ص ٦١٦ .

٠٠٠ الخ) إذا وجد فى ذات الظروف التى وجد فيها المدين ^(١) ، ولا ينظر الى الضرر الذى يتوقعه هذا المدين بالذات ^(٢) .

رأينا فى الموضوع

بعد استعراض مسألة توقع الضرر فى مبادئ اليونيدروا واتفاقية فيينا والقانون المصرى فإن لنا الملاحظات الآتية :-

أولا : لا نؤيد ، بل وننتقد ، ما ذهب إليه مبادئ اليونيدروا واتفاقية فيينا من قصر التعويض على الضرر المتوقع فقط دون الإشارة الى السماح بالتعويض عن الضرر غير المتوقع فى حالتى الغش والخطأ الجسيم من جانب المدين ، فذلك لا يتفق مع ما تأخذ به التشريعات الوطنية عادة من إطلاق التعويض ليشمل الضرر المتوقع وغير المتوقع عندما يكون عدم تنفيذ المدين لالتزامه راجعا الى غشه أو خطئه الجسيم ، ونرى انه يخفف من هذا القصور فى مبادئ اليونيدروا أن التوقع يعتبر مفهوما مرنا وبالتالي يسمح بسلطة تقديرية واسعة للقاضى .

ثانيا : نؤيد ما ذهب إليه مبادئ اليونيدروا واتفاقية فيينا من الجمع بين المعيار الشخصى والمعيار الموضوعى عند قياس توقع الطرف المخل بالتنفيذ (المدين) وقت إبرام التعاقد ، ونرى أن ذلك أقرب الى العدالة مما أخذ به القضاء المصرى من أن الضرر المتوقع يقاس فقط بمعيار موضوعى ، حيث أن الضرر الناتج عن مخالفة العقد قد يكون فى بعض الحالات غير ممكن التوقع بالنسبة للشخص المعتاد (سوى الإدراك) ولكن مع ذلك فإن الطرف المخالف قد توقعه بالفعل وقت إبرام العقد .

(١) د / حمدى عبد الرحمن - الوسيط فى النظرية العامة للالتزامات - المصادر الإرادية للالتزام - العقد والإرادة المنفردة - المرجع السابق - ص ٥٣١ .

(٢) د/ أحمد شرف الدين - نظرية الالتزام - الجزء الأول - مصادر الالتزام - الكتاب الأول - المصادر الإرادية - المرجع السابق - رقم ١٧٤ ص ٣٥٢ .

الفرع الثالث: إثبات (تقدير) الضرر في حالة الصفقة البديلة

تنص المادة ٧-٤-٥ من مبادئ اليونيدروا على أنه :-

إذا أنهى الطرف المضرور العقد وأبرم صفقة بديلة خلال مدة معقولة وبطريقة معقولة ، فإنه يجوز له أن يسترد الفرق بين قيمة العقد وقيمة الصفقة البديلة بالإضافة إلى التعويضات عن أى ضرر إضافي^(١).

من المستحسن بجانب القواعد العامة التي يمكن تطبيقها على إثبات وجود ومقدار الضرر ، أن يستدل بقرائن والتي قد تسهل مهمة الطرف المضرور . وترد أول هذه القرائن في هذه المادة والتي تتماثل جوهرياً مع المادة ٧٥ من اتفاقية الأمم المتحدة للبيع الدولي للبضائع (فيينا لعام ١٩٨٠) . وهي تختص بحالة عندما يعقد الطرف المضرور صفقة بديلة ، مثلاً بسبب أنه مطالب بذلك إعمالاً للالتزام بتخفيف الضرر أو وفقاً للعادات المتبعة . في مثل هذه الحالات ، فإن الضرر يتمثل في الفرق بين قيمة العقد وقيمة الصفقة البديلة .

ويعمل بهذه القرينة فقط إذا كان هناك صفقة بديلة ، وليس عندما يقوم الطرف المضرور بنفسه بتنفيذ الالتزام الذي يقع على عاتق الطرف المخل بالتنفيذ^(٢).

ولا يوجد هناك صفقة بديلة ولكن سوف تطبق القواعد العامة ، وذلك عندما تقوم شركة بعد إنهاء عقد ما باستعمال معداتها في تنفيذ عقد آخر كانت تستطيع تنفيذه في نفس الوقت أثناء العقد الأول.

ويجب أن يتم القيام بالصفقة البديلة خلال مدة معقولة وبطريقة معقولة

(١)

"Where the aggrieved party has terminated the contract and has made a replacement transaction within a reasonable time and in a reasonable manner it may recover the difference between the contract price and the price of the replacement transaction as well as damages for any further harm" .

(٢) من أمثلة ذلك ، عندما يقوم مالك السفينة بنفسه بتنفيذ الإصلاحات لسفينته عقب الإخفاق في القيام بذلك من جانب ترسانة إصلاح السفن والتي عهد إليها بالقيام بهذا العمل .

بما يجنب الطرف المخل بالتنفيذ من التعرض لضرر ينشأ عن سلوك متهور أو ماهر .

وقاعدة أن الطرف المضرور يجوز له أن يسترد الفرق بين قيمة العقدین تضع الحد الأدنى للحق في التعويض ، فيجوز للطرف المضرور أيضاً الحصول على التعويضات عن الضرر الإضافي الذي قد تكبده ^(١) .

الوضع في اتفاقية فيينا

وضعت اتفاقية فيينا في المادة ٧٥ طريقاً خاصاً للطرف المضرور الذي يستعمل حقه في فسخ العقد لتعويض الضرر الذي يلحقه بسبب مخالفة العقد وذلك بعقد صفقة بديلة ^(٢) . فطريقة تقدير التعويض على أساس الخسارة التي وقعت والكسب الذي فات هي القاعدة العامة التي تتبع عند مخالفة العقد ، ومع ذلك إذا أعلن الطرف المضرور فسخ العقد ، كان له (إن شاء) أن يحصل على تعويض الضرر الذي لحقه بطريقة أخرى هي طريقة الصفقات البديلة ، وتظل معها القاعدة العامة قائمة لتكمل عناصر الضرر التي لا تغطيها هذه الطريقة ^(٣) .

^(١) مثال إيضاحي :

الطرف (أ) وهو ترسانة بناء وإصلاح سفن ، تعهد بحجز مكان لسفينة تخص الطرف (ب) وهو مالك السفينة ، في رصيف جاف من أجل إصلاحات تتكلف - ٥٠٠٠٠٠ دولار أمريكي (خمسمائة ألف دولار أمريكي) بداية من يوم ١ يولييه . علم الطرف (ب) في يوم ١ يونيه أن الرصيف الجاف سوف يكون متاحاً فقط بداية من يوم ١ أغسطس . أنهى الطرف (ب) العقد وبعد مفاوضات طويلة ومكلفة أبرم مع الطرف (ج) ، وهو ترسانة سفن أخرى ، عقد مماثل بقيمة - ٧٠٠٠٠٠ دولار أمريكي (سبعمائة ألف دولار أمريكي) . يحق للطرف (ب) أن يسترد من الطرف (أ) ليس فقط الفرق في القيمة بين العقدین وقدره - ٢٠٠٠٠٠ دولار أمريكي (مائتي ألف دولار أمريكي) ولكن أيضاً المصاريف التي تحملها والتعويض عن المدة الأطول لعدم الانتفاع بالسفينة .

^(٢) تنص المادة ٧٥ من اتفاقية فيينا لعام ١٩٨٠ على أنه :-

" إذا فسخ العقد وحدث ، على نحو معقول وخلال مدة معقولة بعد الفسخ ، أن قام المشتري بشراء بضائع بديلة أو قام البائع بإعادة بيع البضائع ، فللطرف الذي يطالب بالتعويض أن يحصل على الفرق بين سعر العقد وسعر شراء البديل أو السعر عند إعادة البيع وكذلك التعويضات الأخرى المستحقة بموجب المادة ٧٤ " .

^(٣) د/ محسن شفيق - اتفاقية الأمم المتحدة بشأن البيع الدولي للبضائع (دراسة في قانون التجارة الدولي) - المرجع السابق - رقم ٣٢٧ ص ٢٤١ .

فإذا كان الطرف المضرور هو المشتري وأعلن فسخ العقد ، كان من حقه أن يشتري من السوق بضائع بديلة ، وإذا كان الثمن فى الصفقة البديلة أعلى من ثمن العقد ، فيكون من حق المشتري المطالبة بالخسارة التى لحقت به وهى الفرق بين الثمنين فضلا عن حقه فى طلب تعويض كل خسارة أخرى وفقا للمادة ٧٤ . وإذا كان الطرف المضرور هو البائع وأعلن فسخ العقد ، وقام بإعادة بيع البضائع ، وكان ثمن البيع أقل من الثمن المعين فى العقد ، فيكون من حق البائع المطالبة بالخسارة التى لحقت به وهى الفرق بين الثمنين فضلا عن حقه فى طلب تعويض كل خسارة أخرى وفقا للمادة ٧٤ من الاتفاقية^(١) .

وقد أوجب نص المادة ٧٥ استعمال الحق فى عقد صفقة بديلة على نحو معقول وخلال مدة معقولة بعد الفسخ . أى أنه يتعين لكى يعتد بسعر الصفقة البديلة أن يتم القيام بها خلال مدة معقولة ، وتكون بداية سريان هذه المدة المعقولة اعتبارا من تاريخ الإعلان بفسخ العقد^(٢) . فالتراخى من الطرف المضرور فى استعمال حق عقد الصفقة البديلة قد يكون فى غير صالح الطرف الآخر وذلك عندما يحدث تغير فى الأسعار^(٣) ، ويكون طول المدة المعقولة بعد الفسخ بما يتناسب مع الظروف فيجب ألا تستمر طويلا حتى يكون تعويض الضرر على أساس الفرق بين الثمن فى الصفقة البديلة و ثمن العقد ملائما^(٤) . كما يتعين إبرام الصفقة البديلة "على نحو معقول" أى بأحسن شروط متاحة فى السوق ، بأعلى ثمن إن كان بائعا ، وبأقل ثمن إن كان مشتريا^(٥) .

(١) د/ محسن شفيق - اتفاقية الأمم المتحدة بشأن البيع الدولى للبضائع (دراسة فى قانون التجارة الدولى) - المرجع السابق - رقم ٣٢٨ ص ٢٤١ و ٢٤٢ .

(٢) Sutton (Jeffrey S.) - "Measuring damages under the United Nations Convention on the International Sale of Goods" - Ohio State law Journal - vol. 50 - No. 3 - 1989 - p.745.

(٣) د/ محسن شفيق - اتفاقية الأمم المتحدة بشأن البيع الدولى للبضائع (دراسة فى قانون التجارة الدولى) - المرجع السابق - رقم ٣٢٩ ص ٢٤٢ .

(٤) Heuze (Vincent) - "La vente internationale de marchandises, Droit uniforme" - op. cit.-No. 439 p. 333 .

(٥) د/ محسن شفيق - اتفاقية الأمم المتحدة بشأن البيع الدولى للبضائع (دراسة فى قانون التجارة الدولى) - المرجع السابق - رقم ٣٢٩ ص ٢٤٢ .

الوضع فى القانون المصرى

أجازت المادة ٩٦ من قانون التجارة الجديد للمشتري الحق فى عقد صفقة بديلة ، حيث قررت أنه إذا لم يقد البائع بتسليم المبيع فى الميعاد المحدد فى العقد ، فللمشتري أن يخطره بالتنفيذ خلال مدة مناسبة يحددها . فإذا لم يسلم البائع المبيع خلال تلك المدة ، جاز للمشتري أن يحصل على شئ مماثل للمبيع على حساب البائع دون حاجة الى الحصول على إذن من المحكمة ^(١) ، وأن يطالبه بالفرق بين الثمن المتفق عليه وما دفعة للحصول على ذلك الشئ ، على أن يكون هذا الفرق قد دفع من قبل المشتري بحسن نية وليس تواطؤ أو غشا ^(٢) .

كما أجازت المادة ٩٨ من قانون التجارة الجديد للبائع الحق فى إعادة بيع البضاعة ، حيث قررت أنه إذا لم يدفع الثمن فى الميعاد المتفق عليه جاز للبائع بعد اعدار المشتري أن يعيد بيع البضاعة للغير ، ودون حاجة الى الحصول على إذن مسبق من المحكمة ^(٣) ، فإذا بيعت بحسن نية بثمن أقل من الثمن المتفق عليه كان من حق البائع مطالبة المشتري بالفرق ^(٤) .

(١) مجلة المحاماة - قانون التجارة والمذكرة الإيضاحية - المرجع السابق - ص ٣٩٤ .
(٢) د / سميحة القليوبى - شرح قانون التجارة المصرى رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ - العقود التجارية وعمليات البنوك - المرجع السابق - ص ٣٩٤ .
(٣) مجلة المحاماة - قانون التجارة والمذكرة الإيضاحية - المرجع السابق - ص ٣٩٥ .
(٤) د / عماد الشربيني - القانون التجارى الجديد لسنة ١٩٩٩ - الكتاب الأول - الالتزامات والعقود التجارية - المرجع السابق - ص ١٠٢ .

الفرع الرابع: إثبات الضرر وفقاً للسعر الجارى

تنص المادة ٧-٤-٦ من مبادئ اليونيدروا على أنه :-

(١) إذا أنهى الطرف المضرور العقد ولم يتم بعقد صفقة بديلة ولكن كان هناك سعر جارى للتنفيذ المتعاقد عليه ، فإنه يجوز له أن يسترد الفرق بين سعر العقد والسعر الجارى فى وقت إنهاء العقد بالإضافة إلى التعويضات عن أى ضرر إضافى .

(٢) يعتبر السعر الجارى هو السعر المفروض بشكل عام للبضائع المسلمة أو للخدمات المقدمة فى ظروف مشابهة فى المكان الذى يجب فيه تنفيذ العقد ، وإذا لم يكن هناك سعر جارى فى هذا المكان ، فيتخذ كمرجع السعر الجارى فى مكان آخر يبدو معقولاً^(١).

الغرض من هذه المادة ، والتي تتطابق جوهرياً مع المادة ٧٦ من اتفاقية فيينا لعام ١٩٨٠ "CISG" ، هو تسهيل إثبات الضرر عندما لا يتم عقد صفقة بديلة ولكن يوجد هناك سعر جارى للتنفيذ المتعاقد عليه . يفترض فى مثل هذه الحالات أن الضرر يكون مساوياً للفرق بين سعر العقد و السعر الجارى فى وقت إنهاء العقد^(٢).

(١)

(1) Where the aggrieved party has terminated the contract and has not made a replacement transaction but there is a current price for the performance contracted for, it may recover the difference between the contract price and the price current at the time the contract is terminated as well as damages for any further harm.

(2) Current price is the price generally charged for goods delivered or services rendered in comparable circumstances at the place where the contract should have been performed or, if there is no current price at that place, the current price at such other place that appears reasonable to take as a reference.

^(٢) وفى دعوى التحكيم رقم 8502 بتاريخ 00.11.1996 والمنظورة أمام هيئة تحكيم :

ICC International Court of Arbitration, Paris

وكان موضوع الدعوى إبرام بائع من فيتنام ومشتري ألمانى عقد لتوريد أرز . وفيما يتعلق =

وطبقاً للفقرة ٢ ، فإن "السعر الجارى" يعتبر هو السعر المفروض بشكل عام للبضائع أو الخدمات المعنية ، وهو كثيراً ما سيكون (لكن ليس بالضرورة) السعر فى سوق منظم ^(١).

ولأغراض هذه المادة ، فإن المكان الذى يرجع إليه لتحديد السعر الجارى هو المكان الذى يجب فيه تنفيذ العقد ، و إذا لم يكن هناك سعر جارى فى هذا المكان فيتخذ كمرجع السعر الجارى فى مكان آخر يبدو معقولاً .

وقاعدة أن الطرف المضرور يجوز له أن يسترد الفرق بين سعر العقد والسعر الجارى فى وقت إنهاء العقد تضع فقط الحد الأدنى من الحق فى التعويض . فيجوز للطرف المضرور أيضاً الحصول على تعويضات عن أى ضرر إضافى يكون قد تكبده كنتيجة للإلغاء.

الوضع فى اتفاقية فيينا

وضعت اتفاقية فيينا فى المادة ٧٦ طريقة تقدير التعويض فى حالة فسخ العقد ووجود سعر جار للبضائع مع عدم قيام الطرف المضرور بصفقة بديلة ^(٢).

بتحديد السعر فقد تم اشتراط تطبيق قواعد الانكوترمز لعام ١٩٩٠ . وقد رأت هيئة التحكيم ، أن الرجوع الى قواعد الانكوترمز يشير الى قصد أو نية الأطراف فى أن يحكم عقدهم العادات التجارية والمبادئ العامة المقبولة فى التجارة الدولية . وهكذا ، فعند تحديد مقدار التعويضات ، فإن هيئة التحكيم قامت بالرجوع الى كل من المادة ٧٦ من اتفاقية فيينا " CISG " وكذلك المادة ٧-٤-٦ من مبادئ اليونيدروا لكى تمنح المدعى الفرق بين سعر العقد وسعر السوق فى وقت إنهاء العقد . راجع تفاصيل حكم التحكيم والمنشور فى :

ICC International Court of Arbitration Bulletin – Vol. 10 – No. 2 – Fall 1999 – PP. 72-74.

^(١) وقد يمكن الحصول على السعر الجارى من المنظمات المهنية أو الغرف التجارية ٠٠٠ إلخ.

^(٢) تنص المادة ٧٦ من اتفاقية فيينا لعام ١٩٨٠ على أنه :-

" ١ - إذا فسخ العقد وكان هناك سعر جار للبضائع للطرف الذى يطالب بالتعويض . إذا لم يكن قد قام بالشراء أو بإعادة البيع بموجب المادة ٧٥ . أن يحصل على الفرق بين السعر المحدد فى العقد والسعر الجارى وقت فسخ العقد وكذلك التعويضات الأخرى المستحقة بموجب المادة ٧٤ . ومع ذلك ، إذا كان الطرف الذى يطلب التعويض قد

=

فنص الفقرة الأولى من المادة ٧٦ يفترض أن للسلعة محل العقد الذى فسخ سعرا جاريا فى السوق ، وأن الطرف المضرور لا يريد استعمال طريقة الصفقات البديلة بشراء سلعة بديلة إن كان مشتريا أو بإعادة بيع البضاعة إن كان بائعا ، فأجاز له النص تقدير التعويض على أساس الفرق بين الثمن المعين فى العقد الذى فسخ والتمن وفقا للسعر الجارى وقت وقوع الفسخ وله بالإضافة الى هذا الفرق أن يطالب بتعويض كل ضرر آخر لا يغطيه هذا الفرق وذلك وفقا للمادة ٧٤ من الاتفاقية ^(١) . فالعبرة بالسعر الجارى وقت فسخ العقد ، ومع ذلك إذا كان الطرف الذى يطلب التعويض قد فسخ العقد بعد تسلمه البضائع ، فيطبق السعر الجارى وقت تسلم البضائع بدلا من السعر الجارى وقت فسخ العقد .

ويرى بعض الفقه أنه إذا تم عقد صفقة بديلة على نحو غير معقول يخالف الشروط التى تطلبها الاتفاقية فى المادة ٧٥ ، فإنه لا يعتد بالسعر الوارد بالصفقة البديلة لتقدير التعويض ، ويمكن فى هذه الحالة الرجوع الى السعر الجارى للبضائع موضوع العقد فى السوق لتقدير التعويض طبقا لأحكام المادة ٧٦ من الاتفاقية ^(٢) .

وطبقا للفقرة الثانية من المادة ٧٦ فإن العبرة بالسعر الجارى السائد فى المكان الذى كان يجب أن يقع فيه تسليم البضاعة ، فإذا لم يوجد سعر جار سائد فى ذلك المكان ، كان السعر الجارى هو السعر فى أى مكان آخر يعد بديلا

=

فسخ العقد بعد تسلمه البضائع ، يطبق السعر الجارى وقت تسلم البضائع بدلا من السعر الجارى وقت فسخ العقد .

٢- فى أغراض الفقرة السابقة يقصد بالسعر الجارى السعر السائد فى المكان الذى كان يجب أن يقع فيه تسليم البضاعة ، فإذا لم يوجد سعر جار فى ذلك المكان كان السعر الجارى هو السعر فى أى مكان آخر يمكن أن يكون بديلا معقولا له مع مراعاة فروق مصاريف نقل البضاعة " .

^(١) د/ محسن شفيق - اتفاقية الأمم المتحدة بشأن البيع الدولى للبضائع (دراسة فى قانون التجارة الدولى) - المرجع السابق - رقم ٣٣٠ ص ٢٤٢ .

^(٢) Audit (Bernard) - "La vente internationale de marchandises, Convention des Nations, Unies du 11avril 1980 " - op. cit. - No. 177 p.169.

معقولا له مع مراعاة فروق مصاريف نقل البضاعة . أى أنه عند عدم وجود سعر جار للبضاعة فى مكان التسليم ، يكون الأمر متروك لتقدير القاضى أو المحكم عند البحث عن سعر آخر يكون من المعقول الاستناد إليه ، كالسعر الجارى فى مكان إبرام العقد أو فى مكان الوفاء بالثمن^(١).

ولا يشترط أن يكون السعر الجارى سعرا مقررا أو سعرا رسميا ، فيكفى أن يكون سائدا فى نوع البضاعة فى الزمان والمكان المشار إليهما فى النص^(٢).

الوضع فى القانون المصرى

طبق قانون التجارة الجديد طريقة إثبات الضرر وفقا للسعر الجارى (وهو ما أطلق عليه سعر السوق) . فقد أجازت المادة ٩٦ من قانون التجارة الجديد للمشتري إذا كان للمبيع سعر معلوم فى السوق - وإن لم يشتتر فعلا شيئا مماثلا له - أن يطالب البائع بالفرق بين الثمن المتفق عليه وسعر السوق فى اليوم المحدد للتسليم .

كما أجازت المادة ٩٨ من قانون التجارة الجديد للبائع إذا كان للبضاعة سعر معلوم فى السوق - وإن لم يقم بإعادة البيع فعلا - أن يطالب المشتري بالفرق بين الثمن المتفق عليه وسعر البضاعة فى السوق فى اليوم المعين لدفع الثمن .

(١) د/ محسن شفيق - اتفاقية الأمم المتحدة بشأن البيع الدولى للبضائع (دراسة فى قانون التجارة الدولى) - المرجع السابق - هامش ص ٢٤٣ .

(٢) د/ محسن شفيق - اتفاقية الأمم المتحدة بشأن البيع الدولى للبضائع (دراسة فى قانون التجارة الدولى) - المرجع السابق - رقم ٣٣٠ ص ٢٤٤ .

الفرع الخامس: الضرر الذى يرجع جزئياً إلى الطرف المضرور

تنص المادة ٧-٤-٧ من مبادئ اليونيدروا على أن :-

عندما يكون الضرر راجعاً جزئياً إلى فعل أو إهمال من الطرف المضرور أو إلى حادث آخر يتحمل مخاطره هذا الطرف ، فإن مقدار التعويضات يتعين تخفيضه بالقدر الذى ساهمت فيه هذه العوامل فى حدوث الضرر ، مع الأخذ فى الاعتبار مسلك كل من الطرفين ^(١).

تطبيقاً للمبدأ العام المنصوص عليه فى المادة ٧-١-٢ والذى يقيد أعمال وسائل المعالجة عندما يكون عدم التنفيذ راجعاً جزئياً إلى مسلك الطرف المضرور ، فإن المادة الحالية تحد من الحق فى التعويضات بالقدر الذى ساهم فيه الطرف المضرور جزئياً فى حدوث الضرر ^(٢) . فسوف لا يكون من العدل حقاً

(١)

" Where the harm is due in part to an act or omission of the aggrieved party or to another event as to which that party bears the risk, the amount of damages shall be reduced to the extent that these factors have contributed to the harm, having regard to the conduct of each of the parties " .

^(٢) وفى دعوى التحكيم رقم 5835 بتاريخ 00.06.1996 والمنظورة أمام هيئة تحكيم :

ICC International Court of Arbitration, Rome

وكان موضوع الدعوى إبرام شركة إيطالية (المقاول الرئيسى) عقد مع شركة كويتية (المقاول من الباطن) من أجل تركيب وصيانة أعمال كهربائية . وقد تم الاشتراط بالعقد على أن يقام التحكيم فى إيطاليا ويخضع للقانون السويسرى . وقد فسرت هيئة التحكيم شرط الرجوع الى القانون السويسرى على أنه اختيار للقانون الذى يحكم إجراءات التحكيم . أما فيما يتعلق بالقانون المطبق على جوهر النزاع ، فإن هيئة التحكيم قررت اختيار القانون الكويتى باعتباره القانون الأكثر ارتباطاً واتصالاً بالعناصر الوثيقة الصلة بالعقد ، وقررت أيضاً الأخذ فى الحسبان المبادئ العامة المطبقة فى التجارة الدولية .

وقامت هيئة التحكيم بالرجوع الى المادة ٧-٤-٣-٣ فقرة ٣ والمادة ٧-٤-٧ من مبادئ اليونيدروا وذلك لتفسير المادة ٣٠٠ فقرة ١ من القانون المدنى الكويتى رقم ٦٧ لسنة ١٩٨٠ والتى تحدد العوامل التى تؤخذ فى الاعتبار بواسطة المحكمة عندما تعين أو تقيم مقدار التعويضات .

راجع تفاصيل حكم التحكيم والمنشور فى :

ICC International Court of Arbitration Bulletin – Vol. 10 – No. 2 – Fall 1999 – PP. 34-39.

أن يحصل مثل هذا الطرف (الطرف المضرور) على تعويض كامل عن ضرر كان هو نفسه مسؤولاً جزئياً عنه .

وقد تتمثل مساهمة الطرف المضرور في حدوث الضرر سواء في مسلكه نفسه أو في حادث يتحمل مخاطره . وقد يأخذ مسلك الطرف المضرور شكل فعل ما (من أمثلة ذلك إعطاء عنوان خاطئ للناقل) أو شكل إهمال (مثال ذلك عدم القيام بإعطاء التعليمات الضرورية للقائم بتركيب الآلة المعيبة) . والأحداث الخارجية التي يتحمل مخاطرها الطرف المضرور قد تكون فعل أو إهمال من أشخاص يكون مسؤولاً عنهم مثل عماله أو وكلاؤه^(١) .

وقد يجعل مسلك الطرف المضرور أو الأحداث الخارجية التي يتحمل مخاطرها من المستحيل تماماً للطرف المخل بالتنفيذ أن يقوم بالتنفيذ ، فإذا ما توافرت شروط المادة ٧-١-٧ (القوة القاهرة) ، فإن الطرف المخل بالتنفيذ يعفى بشكل كامل من المسؤولية . ومن نواح أخرى ، فإن الإعفاء قد يكون جزئياً ويعتمد ذلك على القدر الذي ساهم فيه الطرف المضرور في حدوث الضرر . وتحديد مساهمة كل طرف في حدوث الضرر قد يثبت في الواقع صعوبتها وسوف تعتمد بدرجة كبيرة على استعمال السلطة التقديرية للقضاء . ولأجل توجيه بعض

(١) أمثلة إيضاحية :

- ١ . أبرم الطرف (أ) اتفاق امتياز مع الطرف (ب) ، والطرف (أ) مقيد بشرط في عقده مع الطرف (ب) بأن يكون تعامله في سلعة معينة مقصوراً عليه . حصل الطرف (أ) على مخزون من هذه السلعة من الطرف (ج) بسبب أن الطرف (ب) قد طالب بالسداد الفوري برغم أن اتفاق الامتياز ينص على أن الدفع في خلال ٩٠ يوم . طالب الطرف (ب) بدفع الغرامة المنصوص عليها عند خرق الشرط الذي يقصر الامتياز عليه . سوف يحصل الطرف (ب) فقط على جزء من مبلغ الغرامة نظراً لأن الطرف (ب) كان هو من استفز الطرف (أ) إلى الإخلال بالتنفيذ .
 - ٢ . الطرف (أ) وهو مسافر على سفينة تقوم برحلة سياحية ، أصيب بأذى عندما أخفق المصعد في الوقوف بالطابق المطلوب . يسأل الطرف (ب) وهو مالك السفينة عن نتائج إصابة الطرف (أ) ويرجع على الطرف (ج) وهو الشركة التي قامت بفحص المصاعد قبل مغادرة السفينة .
- وقد ثبت أن الحادثة كان سيتم تفاديها إذا كان الطابق قد أضيء بشكل أفضل ، ونظراً لأن ذلك كان مسؤولية الطرف (ب) ، فإن الطرف (ب) سوف لن يحصل على استرداد كامل للتعويض من الطرف (ج) .

الإرشاد للمحكمة فإن هذه المادة تنص على أن المحكمة يتعين أن تأخذ في الاعتبار مسلك الأطراف . وعندما يكون إخفاق أحد الأطراف الأكثر خطورة ، فإن مساهمته في حدوث الضرر ستكون الأكبر^(١) .

ويتعين قراءة المادة الحالية بالتزامن مع المادة التالية والخاصة بتخفيف الضرر (مادة ٧-٤-٨)^(٢) .

خلاصة : ونخلص من التعليقات على المادة ٧-٤-٨ إلى النقاط الأساسية التالية :-

أ - تحديد مساهمة كل طرف في حدوث الضرر قد يثبت في الواقع صعوبتها وسوف تعتمد بدرجة كبيرة على استعمال السلطة التقديرية للقضاء .

ب - يتعين قراءة هذه المادة بالتزامن مع المادة التالية والخاصة بتخفيف الضرر (مادة ٧-٤-٨) .

الوضع في اتفاقية فيينا

لم تضع اتفاقية فيينا نصاً صريحاً (مثل المادة ٧-٤-٨ من مبادئ اليونيدروا) يقرر تخفيض التعويضات بالقدر الذي ساهم فيه الطرف المضرور جزئياً في حدوث الضرر . أما المادة ٨٠ من الاتفاقية فهي تتعلق بصور فعل أو إهمال من جانب الدائن أدى الى عدم تنفيذ المدين لالتزامه مما ينتج عنه إعفاء

^(١) أمثلة إيضاحية :

١ . تتماثل الوقائع مع المنصوص عليها في المثال الإيضاحي رقم (١) السابق . ونظراً لأن الطرف (ب) كان هو البادئ بعدم احترام شروط العقد ، فإن الطرف (ب) يعتبر أنه قد تسبب في إخفاق الطرف (أ) في الالتزام بشرط القصر .
قد يستطيع الطرف (ب) أن يحصل فقط على ٢٥% من المبلغ المنصوص عليه في الشرط الجزائي .

٢ . تتماثل الوقائع مع الواردة في المثال الإيضاحي رقم (٢) السابق . ونظراً لأن إخفاقات الطرف (ب) والطرف (ج) تبدو متساوية ، فإن الطرف (ب) يستطيع فقط أن يسترد من الطرف (ج) في حدود ٥٠% من التعويض الذي تعين عليه دفعه للطرف (أ) .
^(٢) فبينما تتعلق المادة الحالية بمسلك الطرف المضرور فيما يتعلق بسبب الضرر الأولى ، فإن المادة ٨-٤-٧ (والتي سيتم التعرض لها في الفرع التالي) تتعلق بمسلك هذا الطرف اللاحق على ذلك .

المدين من تنفيذ هذا الالتزام ، فلا يكون مسئولا عن عدم التنفيذ فى هذه الحدود ، ولا يحق للدائن استعمال أى من الحقوق التى قررتها له الاتفاقية ومنها حقه فى طلب التعويض ، أى إعفاء الطرف المدين من التعويض ^(١) .

ونرى أنه يخفف من هذا القصور فى نصوص الاتفاقية أن القاضى أو المحكم الذى ينظر دعوى التعويض يستطيع عند تقديره للتعويض أن يخفضه بالقدر الذى ساهم فيه الطرف المضرور جزئيا فى حدوث الضرر .

الوضع فى القانون المصرى

أجازت المادة ٢١٦ من القانون المدنى للقاضى أن ينقص مقدار التعويض إذا كان الدائن بخطئه قد اشترك فى إحداث الضرر أو زاد فيه ^(٢) . فالطرف المضرور (الدائن) قد يساهم بخطئه فى إحداث الضرر الذى لحق به ، كأن يقود شخص سيارة بسرعة فائقة فيصدم شخصا يعبر الطريق من مكان غير مخصص لعبور المشاة فهنا نلاحظ أن كل من الخطأين قد ساهم فى حدوث الضرر ^(٣) . فإذا لم يستغرق أحد الخطأين الآخر ، ففى هذه الحالة تتوزع المسؤولية بين المضرور (الدائن) والمدعى عليه ، ويراعى القاضى عند تقدير التعويض للطرف المضرور مدى مساهمته بخطئه فى الضرر الذى أصابه ^(٤) .

(١) راجع ما سبق شرحه فى المطلب الأول من المبحث الأول من الفصل الحالى .

(٢) تنص المادة ٢١٦ من القانون المدنى المصرى على أن :-

" يجوز للقاضى أن ينقص مقدار التعويض أو ألا يحكم بتعويض ما إذا كان الدائن بخطئه قد اشترك فى إحداث الضرر أو زاد فيه " .

(٣) د / عبد الرشيد مأمون - الوجيز فى النظرية العامة للالتزامات - الكتاب الأول - مصادر الالتزام - المرجع السابق - رقم ٢٧٣ - ص ٣٣٢ .

(٤) أو كما قالت محكمة النقض أنه " إذا كان المضرور قد أخطأ أيضا وساهم هو الآخر بخطئه فى الضرر الذى أصابه فإن ذلك يجب أن يراعى فى تقدير التعويض المستحق له ، فلا يحكم على الغير إلا بالقدر المناسب لخطأ الغير ، لأن كون الضرر الذى لحق المضرور ناشئ عن خطأين ، خطأ وخطأ غيره ، يقتضى توزيع مبلغ التعويض بينهما بنسبة خطأ كل منهما ، وبناء على عملية تشبه المقاصة فلا يكون الغير ملزما إلا بمقدار التعويض عن كل الضرر منقوصا منه ما يجب أن يتحملة المضرور بسبب الخطأ الذى وقع منه " . نقض ١٩٨١/١/١٥ المجموعة س ٤٠ ص ١٤٥ رقم ٣٢ ، نقض ١٩٨٩/٣/٢٦ المجموعة س ٤٠ ص ٨٤٠ رقم ١٤٧ . راجع د / منصور مصطفى منصور ود/ جلال محمد إبراهيم - الوجيز فى مصادر الالتزام - المرجع السابق - ص ٣٨٧ .

أى يتحمل الطرف المضرور نتيجة خطئه ، ومن ثم فلا يحصل إلا على تعويض جزئى . أما إذا لم يمكن تبين مساهمة كلاً من الخطأين فى إحداث الضرر ، فإن الطرف المضرور والفاعل (المدعى عليه) يتحملان التعويض مناصفة ^(١) .

(١) د/ أحمد سلامة - مذكرات فى نظرية الالتزام - الكتاب الأول - مصادر الالتزام - بدون اسم ناشر - ١٩٧٥ - ص ٢٩٨ .

الفرع السادس: تخفيف الضرر

تنص المادة ٧-٤-٨ من مبادئ اليونيدروا على أن :-

- (١) لا يسأل الطرف المخل بالتتنفيذ عن الضرر الذى تكبده الطرف المضرور بقدر الضرر الذى كان يمكن للطرف الأخير تخفيفه باتخاذ خطوات معقولة .
- (٢) يحق للطرف المضرور أن يسترد أى نفقات تكون معقولة تكبدها عند محاولته تخفيض الضرر ^(١).

إن الغرض من هذه المادة هو تقادى الوضع السلبى للطرف المضرور وانتظاره ليتم تعويضه عن الضرر الذى كان يمكن تجنبه أو تخفيفه . فأى ضرر كان يستطيع الطرف المضرور تجنبه باتخاذ خطوات معقولة فلن يتم تعويضه عنه ^(٢) .

(١)

(1)The non-performing party is not liable for harm suffered by the aggrieved party to the extent that the harm could have been reduced by the latter party's taking reasonable steps.

(2) The aggrieved party is entitled to recover any expenses reasonably incurred in attempting to reduce the harm.

^(٢) وفى دعوى التحكيم رقم 9594 بتاريخ 00.03.1999 والمنظورة أمام هيئة تحكيم :

ICC International Court of Arbitration

وكان موضوع الدعوى إبرام المدعى (شركة اسبانية) عقد مع المدعى عليه (شركة تقع فى الهند) من أجل تسليم وتركيب ماكينة صناعية . وما ان تم تركيب الماكينة ، تم إغلاقها بسبب وجود عيوب بها . قام المدعى عليه بتجاهل عرض المدعى بتسوية مسائل الخلاف بينهما ، كما قام المدعى عليه بالتوقف عن الدفع ولكن فى نفس الوقت بدأ فى استخدام الماكينة وبذلك قام بإنتاج بضائع معيبة والتى نشأ عنها المطالبة بالتعويضات من جانب عملائه . اتهم المدعى والمدعى عليه كل منهما الآخر بخرق العقد وطالب المدعى عليه أيضا بالتعويضات كنتيجة للقصور فى أداء الماكينة .

وفى رفض مطالبة المدعى عليه بالتعويضات بسبب أن المدعى عليه قد أخفق فى اتخاذ الخطوات المعقولة للتخفيف من الخسائر الناتجة عن الإخلال الذى وقع من المدعى ، قامت هيئة التحكيم بالرجوع ليس فقط للأحكام الانجليزية التى تنص على واجب التخفيف من الضرر ، ولكن أيضا للفقرة الأولى من المادة ٧-٤-٨ من مبادئ اليونيدروا لعام ١٩٩٤ والتى تنص على هذا الواجب .

=

راجع تفاصيل حكم التحكيم والمنشور فى :

ومن الواضح ، أن الطرف الذى تكبد بالفعل نتائج عدم تنفيذ العقد لا يمكن مطالبته بالإضافة إلى ذلك أن يقوم بتدابير تبديد الوقت وتكون مكلفة . وفى الجانب الآخر ، فإنه سيكون من غير المعقول من وجهة النظر الاقتصادية أن يسمح بزيادة فى ضرر كان من الممكن تخفيفه باتخاذ خطوات معقولة . والخطوات التى يتعين اتخاذها من جانب الطرف المضرور قد توجه سواء إلى الحد من مقدار الضرر ، لاسيما عندما يكون هناك خطورة من بقاء الضرر لمدة طويلة إذا لم تتخذ مثل هذه الخطوات ^(١) ، أو إلى تجنب الزيادة فى الضرر الأولى ^(٢) .

و تخفيض التعويضات بقدر إخفاق الطرف المضرور فى اتخاذ الخطوات الضرورية لتخفيف الضرر يتعين مع ذلك ألا يسبب خسارة لهذا الطرف . لذلك يجوز للطرف المضرور طبقاً للفقرة الثانية من المادة ٧-٤-٨ أن يسترد من الطرف المخل بالتنفيذ النفقات التى تحملها عند محاولته تخفيف الضرر

=

ICC International Court of Arbitration Bulletin – Vol. 12 – No. 2 – Fall 2001 – PP. 73-76.

^(١) كثيراً ما تتمثل هذه الخطوات فى صفقة بديلة . أنظر مادة ٧-٤-٥ .

^(٢) أمثلة إيضاحية :

١ . فى يوم ٢ مايو ، طالب الطرف (أ) الطرف (ب) وهو شركة سياحية ، بأن يحجز له غرفة فندقية فى مدينة باريس فى يوم ١ يونيه وبتكلفة مقدارها ٥٠٠ فرنك فرنسى (خمسمائة فرنك فرنسى) . فى يوم ١٥ مايو علم الطرف (أ) أن الطرف (ب) لم يقيم بعمل الحجز . انتظر الطرف (أ) مع ذلك حتى يوم ٢٥ مايو قبل القيام بحجز جديد واستطاع فقط أن يجد غرفة فندقية بتكلفة ٧٠٠ فرنك فرنسى (سبعمائة فرنك فرنسى) ، فى حين أن الإقامة كان يمكن تأمينها بسعر ٦٠٠ فرنك فرنسى (ستمائة فرنك فرنسى) إذا كان الطرف (أ) قد قام بالفعل بعمل حجز فى يوم ١٥ مايو . يستطيع الطرف (أ) أن يسترد فقط ١٠٠ فرنك فرنسى (مائة فرنك فرنسى) من الطرف (ب) .

٢ . الطرف (أ) وهو شركة قد عهد لها من جانب الطرف (ب) بإنشاء مصنع ، وفجأة توقف العمل عندما اقترب المشروع من الاكتمال . بحث الطرف (ب) عن شركة أخرى لإنهاء إنشاء المصنع ولكن لم يتخذ أى خطوات لحماية الإنشاءات المقامة فى الموقع والتى ساءت حالتها بسبب المناخ السيئ . لا يستطيع الطرف (ب) أن يحصل على تعويضات عن هذا التلف فى الإنشاءات نظراً لأن ذلك يمكن نسبته إلى إخفاق الطرف (ب) فى اتخاذ إجراءات حماية وفتية .

شريطة أن تكون هذه النفقات معقولة في ظل الظروف المحيطة^(١) .

الوضع في اتفاقية فيينا

ألزمت اتفاقية فيينا في المادة ٧٧ الطرف الذى يتمسك بمخالفة العقد (الطرف المضرور) بأن يتخذ التدابير المعقولة والملائمة للظروف للتخفيف من الضرر الناتج عن المخالفة^(٢) . والقاعدة السابقة يملئها حسن النية في التعامل ، فينبغى على المتعاقد ألا يقف مكتوف اليدين وغير مكترث إزاء استثناء الضرر لعلمه انه سينال ما يقابله من تعويض مهما عظم ، وإنما تقتضى الأمانة في التعامل والاعتبارات الاقتصادية العامة أن يهب الى الحد من الضرر ، بل والى منعه إن استطاع^(٣) . وقد قرر النص أن الطرف المضرور إذا أهمل القيام بذلك فإن الطرف المخل بالتنفيذ يحق له أن يطالب بتخفيض التعويض بقدر الخسارة التى كان يمكن تجنبها .

وتسرى هذه القاعدة أيا كانت المخالفة التى يطلب التعويض بمناسبتها ، سواء أكانت مخالفة جوهرية أم غير جوهرية ، وسواء أكان الجزاء الذى يوقعه

(١) أمثلة إيضاحية :

١ . تتماثل الوقائع مع الواردة في المثال الإيضاحى رقم ٢ السابق ، ويكون الفارق في أن الطرف (ب) قد نفذ العمل اللازم ليضمن الحماية الوقائية للإنشاءات .
تكلفة هذا العمل سوف تضاف إلى التعويضات المستحقة على الطرف (أ) عن عدم تنفيذ العقد شريطة أن تكون هذه التكاليف معقولة ، وإذا لم تكن كذلك فإنه سوف يتم تخفيضها .
٢ . تتماثل الوقائع مع الواردة في المثال الإيضاحى الأول السابق ، ويكون الفارق في أن الطرف (أ) قام بحجز غرفة تكلفتها - ٢٠٠٠ فرنك فرنسى (ألفان فرنك فرنسى) وذلك في فندق ذو مستوى فاخر .

يجوز للطرف (أ) أن يسترد فقط مائة فرنك فرنسى وهو الفرق الذى يتعلق بالغرفة التى كان يستطيع الطرف (أ) الحصول عليها بسعر ٦٠٠ فرنك (ستمائة فرنك فرنسى) .

(٢) تنص المادة ٧٧ من اتفاقية فيينا لعام ١٩٨٠ على أنه :-

" يجب على الطرف الذى يتمسك بمخالفة العقد أن يتخذ التدابير المعقولة والملائمة للظروف للتخفيف من الخسارة الناجمة عن المخالفة ، بما فيها الكسب الذى فات . وإذا أهمل القيام بذلك فللطرف المخل أن يطالب بتخفيض التعويض بقدر الخسارة التى كان يمكن تجنبها " .

(٣) د/ محسن شفيق - اتفاقية الأمم المتحدة بشأن البيع الدولى للبضائع (دراسة في قانون التجارة الدولى) - المرجع السابق - رقم ٣٣١ ص ٢٤٤ .

أو يطلبه طالب التعويض هو التنفيذ العيني أو الفسخ أو تخفيض الثمن ، وسواء وقع الفسخ مبتسرا أو عند وقوع الخلل فى التنفيذ ^(١) . بل ويرى بعض الفقه أن الفسخ المبتسر يمكن أن يكون واجبا على المتعاقد وليس فقط حق له ، وذلك إذا كان من شأن إعلان الفسخ المبتسر للعقد الحد من الخسارة التى قد تلحق بالطرف المخل بالتنفيذ ^(٢) .

ومن أمثلة التدابير المعقولة والملائمة للظروف التى يجب أن يتخذها الطرف الذى يتمسك بمخالفة العقد للحد من الضرر ، أن يبادر البائع الى بيع البضائع إذا كان سعرها فى السوق يتجه الى الهبوط ، أو أن يبادر المشتري الى شراء بضائع بديلة إذا كان سعرها فى السوق يميل الى الارتفاع ، مما يساهم فى تخفيض الفروق التى يقدر على أساسها التعويض وفقا للمادتين ٧٥ و ٧٦ من الاتفاقية ^(٣) .

^(١) د/ محسن شفيق - اتفاقية الأمم المتحدة بشأن البيع الدولى للبضائع (دراسة فى قانون التجارة الدولى) - المرجع السابق - رقم ٣٣١ ص ٢٤٤ .

^(٢) Audit (Bernard) - "La vente internationale de marchandises, Convention des Nations, Unies du 11avril 1980 " - op. cit. - note. 2 p.157.

^(٣) د/ محسن شفيق - اتفاقية الأمم المتحدة بشأن البيع الدولى للبضائع (دراسة فى قانون التجارة الدولى) - المرجع السابق - رقم ٣٣٢ ص ٢٤٤ .

المطلب الثالث: استحقاق الفوائد

نتعرض فى هذا المطلب لمبدأ استحقاق الفائدة و الأساس الذى يحسب بموجبه سعر (معدل) الفائدة، و سيتم تقسيم الدراسة فى هذا المطلب إلى الفرعين التاليين:-

الفرع الأول : الفائدة فى حالة الإخلال بالالتزام بدفع نقود

الفرع الثانى : الفائدة على التعويضات

الفرع الأول: الفائدة فى حالة الإخلال بالالتزام بدفع نقود

تنص المادة ٧-٤-٩ من مبادئ اليونيدروا على أنه :-

(١) إذا لم يدفع أحد الأطراف مبلغاً من النقود عندما يكون هذا المبلغ مستحق الدفع ، فإن الطرف المضرور يحق له أن يتقاضى فوائد على هذا المبلغ اعتباراً من وقت استحقاق الدفع وحتى وقت الدفع الفعلى سواء كان عدم الدفع مبرراً أم غير مبرر .

(٢) يكون معدل الفائدة هو متوسط سعر الإقراض البنكى قصير الأجل السائد لعملة الدفع فى مكان الدفع ، وعندما لا يوجد هذا المعدل فى ذلك المكان فيكون هو نفس المعدل ولكن فى بلد عملة الدفع، وعند غياب مثل هذا المعدل فى أى من هذين المكانين فإن معدل الفائدة يكون هو المعدل المناسب الذى يحدده قانون دولة عملة الدفع .

(٣) يحق للطرف المضرور الحصول على تعويضات إضافية إذا سبب له عدم الدفع ضرراً أكبر ^(١) .

(١)

(1)If a party does not pay a sum of money when it falls due the aggrieved party is entitled to interest upon that sum from the time when payment is due to the time of payment whether or not the non-payment is excused.

(2)The rate of interest shall be the average bank short-term lending rate to prime borrowers prevailing for the currency of payment at the =

تعيد هذه المادة التأكيد على القاعدة المقبولة بشكل واسع والتي طبقاً لها فإن الضرر الناتج عن التأخير في الدفع لمبلغ من النقود يخضع لنظام خاص ويتم تقديره أو حسابه بمبلغ اجمالي (مقطوع) يساوي الفائدة المتراكمة بين وقت استحقاق الدفع وحتى وقت الدفع الفعلي . وتكون الفوائد مستحقة متى كان التأخير في الدفع يمكن نسبته إلى الطرف المخل بالتنفيذ ، ويبدأ حسابها من وقت استحقاق الدفع ^(١) ، دون أي حاجة من الطرف المضرور لأن يرسل إنذار بالتخلف عن الدفع .

وإذا كان التأخير يعتبر نتيجة للقوة القاهرة ^(٢) ، فإن الفوائد سوف تظل

=

place for payment, or where no such rate exists at that place, then the same rate in the State of the currency of payment. In the absence of such a rate at either place the rate of interest shall be the appropriate rate fixed by the law of the State of the currency of payment.

(3) The aggrieved party is entitled to additional damages if the non-payment caused it a greater harm.

^(١) وفي دعوى التحكيم رقم 11051 بتاريخ 00.07.2001 والمنظورة أمام هيئة تحكيم :

ICC International Court of Arbitration

وكان موضوع الدعوى إبرام المدعى (مصنع إيطالي) عقد مع المدعى عليهم (شركتان من كاليفورنيا) ، وطبقاً للعقد فإن المدعى عليهم يكون من واجبهم تنشيط مبيعات منتجات المدعى والمساعدة في جمع المدفوعات من العملاء . وعندما امتنع المدعى عليهم عن تحويل مبالغ معينة مستحقة للمدعى ، قام المدعى بالبدء في إجراءات التحكيم مطالبا بدفع المدعى عليهم للمبالغ المستحقة بالإضافة إلى الفائدة وكذلك إنهاء التعاقد بسبب خرق المدعى عليهم له .

يخضع العقد للقانون الإيطالي . وقد حكمت هيئة التحكيم لصالح المدعى ، وأمرت المدعى عليهم بدفع فوائد على المبالغ المستحقة اعتباراً من وقت استحقاق الدفع للمدعى ، ولتدعيم هذا الحكم قامت هيئة التحكيم بالرجوع إلى المادة ١٢٨٢ من القانون المدني الإيطالي والتي تنص على هذا الحكم ، وكذلك قامت بالرجوع بشكل خاص إلى المادة ٧-٤-٩ من مبادئ اليونيدروا .

راجع تفاصيل حكم التحكيم والمنشور في :

ICC International Court of Arbitration Bulletin – 2005 – Special Supplement – pp.86-87.

^(٢) من أمثلة ذلك ، عندما يتم منع الطرف المخل بالتنفيذ من الحصول على المبلغ المستحق كي يدفعه للطرف المضرور بسبب فرض قواعد جديدة للرقابة على الصرف الأجنبي .

مستحقة ليس باعتبارها تعويضاً عن الأضرار ولكن كمقابل لإثراء الطرف المدين الناتج عن عدم الدفع نظراً لأن الطرف المدين يستمر في الحصول على فائدة على المبلغ الذى لم يدفعه ^(١) .

ويتم حساب أو تقدير الضرر كمبلغ قطعى (مجمل) . وبعبارة أخرى ، و مع عدم الإخلال بالفقرة ٣ من المادة الحالية ، فإنه لا يجوز للطرف المضرور أن يتمسك بإثبات أنه كان يستطيع استثمار المبلغ المستحق بمعدل أعلى من الفائدة أو أن يتمسك الطرف المخل بالتنفيذ بأن الطرف المضرور كان يمكن له الحصول على فائدة بمعدل أقل عن متوسط سعر الإقراض المشار إليه فى الفقرة ٢ . وبالمطبع فإنه يجوز للأطراف الاتفاق مقدماً على معدل فائدة مختلف ^(٢) .

وتحدد الفقرة ٢ من المادة الحالية كمرحلة أولى معدل الفائدة بأنه متوسط سعر الإقراض البنكى قصير الأجل ، وهذا الحال يبدو الأكثر مناسبة لاحتياجات التجارة الدولية والأكثر ملائمة لضمان التعويض الكافى عن الضرر المتكبد ، ومعدل الفائدة هذا هو السعر الذى به سوف يقترض عادة الطرف المضرور المبلغ الذى لم يتسلمه من الطرف المخل بالتنفيذ .

ويكون هذا السعر المعتاد هو متوسط سعر الإقراض البنكى قصير الأجل السائد فى مكان الدفع لعملة الدفع ، ومع ذلك فقد لا يوجد هذا السعر لعملة الدفع فى مكان الدفع . وفى مثل هذه الحالات ، يتم الرجوع إلى متوسط سعر الإقراض البنكى قصير الأجل فى بلد عملة الدفع ^(٣) . وعند غياب مثل هذا المعدل فى أى من المكانيين فإن معدل الفائدة سيكون هو المعدل " المناسب " الذى يحدده قانون

(١)

RODNER (J.O.)- Taux d'interet applicable dans l'arbitrage international (principes d'UNIDROIT, article 7-4-9) - ICC International Court of Arbitration Bulletin – Vol. 15 - No. 1 – 2004 – PP. 58-69.

^(٢) والذى سيخضع فى الواقع للمادة ١٣-٤-٧ الخاصة بالتعويض الاتفاقى و التى سيتم شرحها لاحقاً فى المطلب الخامس من المبحث الحالى .

^(٣) ومن أمثلة ذلك إذا تم إعطاء قرض بالجنية الاسترلينى فى تونس ولم يكن هناك معدل فائدة على القروض بالجنية الاسترلينى فى السوق المالية التونسية ، فيكون الرجوع لمعدل الفائدة فى المملكة المتحدة .

دولة عملة الدفع ، وفى معظم الحالات سيكون ذلك هو المعدل القانونى للفائدة ونظراً لأنه ربما يكون هناك أكثر من معدل فائدة فيرجع إلى معدل الفائدة الأكثر مناسبة للمعاملات الدولية . وإذا لم يوجد هناك معدل فائدة قانونى ، فإن المعدل سيكون المعدل البنكى الأكثر مناسبة .

وتهدف الفائدة إلى تعويض الضرر المتكبد بشكل معتاد كنتيجة للتأخير فى دفع مبلغ من النقود . وقد يسبب هذا التأخير من ناحية ثانية ضرراً إضافياً للطرف المضرور والذى يحق له أن يحصل على تعويضات إضافية عن هذا الضرر ، ودائماً يشترط أن يستطيع الطرف المضرور إثبات حدوث هذا الضرر وأن يستوفى شرطى التحقق والتوقع .

خلاصة : ونخلص من التعليقات على المادة ٧-٤-٩ إلى النقاط الأساسية التالية :-

أ - يبدأ حساب الفوائد المستحقة من وقت استحقاق الدفع دون الحاجة من الطرف المضرور لأن يرسل إنذار بالتخلف عن الدفع .

ب - إذا كان التأخير ناتجاً عن قوة القاهرة ، فإن الفوائد سوف تظل مستحقة ليس باعتبارها تعويضاً عن الأضرار ولكن كمقابل لإثراء الطرف المدين .

ج - يجوز للأطراف الاتفاق مقدماً على معدل فائدة مختلف عما قرره المادة الحالية .

د - يشترط دائماً أن يستطيع الطرف المضرور إثبات حدوث الضرر الإضافى وأن يستوفى شرطى التحقق والتوقع حتى يحق للطرف المضرور الحصول على تعويضات إضافية .

الوضع فى اتفاقية فيينا

وضعت اتفاقية فيينا فى المادة ٧٨ القاعدة العامة لاستحقاق الفائدة^(١)، والتي ألزمت بمقتضاها بدفع فوائد على أى مبلغ تأخر أحد الطرفين فى سداده

^(١) تنص المادة ٧٨ من اتفاقية فيينا لعام ١٩٨٠ على أن :-

سواء كان الثمن أو أى مبلغ آخر متأخر عليه ، ومع ذلك لم يحدد النص سعرا للفائدة أو طريقة لتحديد هذا السعر .

وتقرير الفائدة عند التخلف عن أداء المبالغ المستحقة الدفع لا يعنى حرمان الطرف المضرور من المطالبة بالتعويض بالاستناد الى المادة ٧٤ من الاتفاقية ، مما يعنى أن الفائدة فى نظر الاتفاقية لا تعتبر تعويضا وإنما هى مقابل حبس النقود فحسب^(١) .

كما وضعت الاتفاقية حكما خاصا بالبائع فى الفقرة الأولى من المادة ٨٤^(٢) ، قررت فيه أنه إذا كان البائع ملزما بإعادة الثمن الى المشتري فإنه يجب عليه بالإضافة الى رد الثمن أن يدفع فائدة محسوبة اعتبارا من يوم تسديد الثمن الى يوم رده . ويعتبر هذا الحكم تطبيقا للقاعدة العامة فى المادة ٧٨ من الاتفاقية^(٣) . وتستحق الفائدة هنا أيضا مقابل حبس النقود ، وهى بهذا الوصف دين على البائع وليست عنصرا فى التعويض الذى قد يستحق للمشتري^(٤) . فالحكم الذى قرره الفقرة الأولى من المادة ٨٤ يفترض انتفاع البائع من المبلغ الذى تسلمه منذ يوم تسديد الثمن إليه ، على الأقل فى صورة الحصول على فوائد عليه ، لذلك قرر النص انه يبدأ احتساب الفوائد من يوم تسديد الثمن الى البائع^(٥) .

" إذا لم يدفع أحد الطرفين الثمن أو أى مبلغ آخر متأخر عليه ، يحق للطرف الآخر تقاضى فوائد عليه ، وذلك مع عدم الإخلال بطلب التعويضات المستحقة بموجب المادة ٧٤ " .
(١) د/ محسن شفيق - اتفاقية الأمم المتحدة بشأن البيع الدولى للبضائع (دراسة فى قانون التجارة الدولى) - المرجع السابق - رقم ٣٣٥ ص ٢٤٩ .
(٢) تنص الفقرة الأولى من المادة ٨٤ من اتفاقية فيينا لعام ١٩٨٠ على أن :-
" إذا كان البائع ملزما بإعادة الثمن وجب عليه أن يرد الثمن مع الفائدة محسوبة اعتبارا من يوم تسديد الثمن " .

(٣) Audit (Bernard) - "La vente internationale de marchandises, Convention des Nations, Unies du 11avril 1980 " - op. cit. - No 194 p.186.

(٤) د/ محسن شفيق - اتفاقية الأمم المتحدة بشأن البيع الدولى للبضائع (دراسة فى قانون التجارة الدولى) - المرجع السابق - رقم ٣٥٧ ص ٢٦٧ .

(٥) Enderlein, Maskow - United Nations Convention on contracts for the International Sale of Goods - op. cit. - p. 349.

الوضع فى القانون المصرى

قررت المادة ٢٢٦ من القانون المدنى، أنه إذا كان محل الالتزام مبلغا من النقود وكان معلوم المقدار وقت الطلب وتأخر المدين فى الوفاء به ، كان ملزما بأن يدفع للدائن على سبيل التعويض عن التأخر فوائد . وقد حدد القانون فى المادة ٢٢٦ مدنى مقدار الفوائد بأربعة فى المائة فى المسائل المدنية وخمسة فى المائة فى المسائل التجارية ^(١) . كما أجاز للمتعاقدین الاتفاق على سعر آخر للفوائد على ألا يزيد هذا السعر على سبعة فى المائة (٧ %) فإذا تجاوز هذا القدر وجب تخفيضه الى ٧ % مع رد ما تم دفعه زائدا على هذا القدر (المادة ٢٢٧ مدنى) .

وقد نصت المادة ٢٢٦ مدنى صراحة على أن الفوائد التأخيرية تسرى من تاريخ المطالبة القضائية بها وذلك إن لم يحدد الاتفاق أو العرف التجارى أو ينص القانون على تاريخ آخر لسريانها ، أى يجب أن يطالب الدائن بالفوائد التأخيرية مطالبة قضائية ، ولا يكفى مجرد اعدار المدين لاستحقاقها خلافا للقاعدة العامة التى تقضى باستحقاق الدائن للتعويض باعدار المدين ^(٢) . وفى المقابل قررت المادة ٦٤ من قانون التجارة الجديد ^(٣) حكما جديدا يشكل استثناء هاما من

^(١) تنص المادة ٢٢٦ من القانون المدنى المصرى على أنه :-

" إذا كان محل الالتزام مبلغا من النقود وكان معلوم المقدار وقت الطلب وتأخر المدين فى الوفاء به ، كان ملزما بأن يدفع للدائن على سبيل التعويض عن التأخر فوائد قدرها أربعة فى المائة فى المسائل المدنية وخمسة فى المائة فى المسائل التجارية . وتسرى هذه الفوائد من تاريخ المطالبة القضائية بها ، إن لم يحدد الاتفاق أو العرف التجارى تاريخا آخر لسريانها ، وهذا كله ما لم ينص القانون على غيره " .

^(٢) وقد قضت محكمة النقض بأن " من شروط استحقاق الفوائد التأخيرية المطالبة القضائية بها، وهذه الفوائد على ما تقضى به م ٢٢٦ مدنى لا تسرى إلا من تاريخ هذه المطالبة ولا يغنى عن المطالبة القضائية بهذه الفوائد رفع الدائن الدعوى بطلب أصل الدين إذا لم تتضمن صحيفة الدعوى طلب الفوائد لأنها لا تستحق إلا من وقت المطالبة القضائية بها بالذات " . (نقض ١٩٦٨/٦/٦ س ١٩ ص ١١٢٠) وبدء سريان الفوائد التأخيرية الجائز الحكم بها إنما يكون من تاريخ طلبها هى لا من تاريخ رفع الدعوى بالمبلغ الأصلي (نقض ١٩٦٤/١٢/٣١ س ١٥ ص ١٢٣٧) . راجع د/ أحمد شرف الدين - نظرية الالتزام - الجزء الثانى - أحكام الالتزام - المرجع السابق - رقم ٤٣ ص ٩٧ .

^(٣) تنص المادة ٦٤ من قانون التجارة الجديد على أن :-

" يستحق العائد عن التأخير فى الوفاء بالديون التجارية بمجرد استحقاقها ما لم ينص القانون أو الاتفاق على غير ذلك . ولا يجوز فى أية حال أن يكون مجموع العائد الذى =

القواعد العامة وبمقتضاه يستحق العائد عن التأخير فى الوفاء بالديون التجارية بمجرد استحقاقها ما لم ينص القانون أو الاتفاق على غير ذلك ^(١)، وقد جاء هذا الحكم موافقا للعرف التجارى والعادات التجارية ^(٢)، كما قررت الفقرة الثانية من المادة ٥٠ من قانون التجارة الجديد بأنه " إذا اقتضت مهنة التجار أداء مبالغ أو مصاريف لحساب عملائه جاز له مطالبتهم بعائد عنها من يوم صرفها ما لم يتفق على غير ذلك "، وطبقا للفقرة الثالثة من المادة ٥٠ فإنه " يحسب العائد وفقا للسعر الذى يتعامل به البنك المركزى، ما لم يتفق على مقابل أقل " .

هذا وقد يقضى العرف التجارى باستحقاق الفوائد من تاريخ آخر بخلاف المطالبة القضائية، فيعمل بهذا العرف، كما هو الحال بالنسبة للعرف التجارى الذى يقضى باحتساب الفوائد بالنسبة للحساب الجارى من وقت الخصم أو الإضافة دون حاجة الى مطالبة قضائية أو اذار ^(٣) .

وقد نصت المادة ٢٢٨ مدنى على أنه " لا يشترط لاستحقاق فوائد التأخير، قانونية كانت أو اتفاقية أن يثبت الدائن ضررا لحقه من هذا التأخير "، إذ افترض القانون فرضا لا يقبل إثبات العكس وجود هذا الضرر بمجرد تأخر المدين عن الوفاء بالدين الذى فى ذمته فى الميعاد المحدد، فلا يكون على الدائن إثبات وقوع الضرر كما لا يجوز للمدين أن ينفي وقوعه ^(٤) .

وقد نص القانون على بعض الحالات يجوز فيها النزول عن الحدود المقررة للفائدة وهى : تسبب الدائن بسوء نية فى إطالة أمد النزاع، الفوائد

=

يتقاضاه الدائن أكثر من مبلغ الدين الذى احتسب عليه العائد إلا إذا نص القانون أو جرى العرف على غير ذلك " .

^(١) مجلة المحاماة - قانون التجارة والمذكرة الإيضاحية - المرجع السابق - ص ٣٧٥ .

^(٢) د / عبد الحميد الشواربى - الالتزامات والعقود التجارية - المرجع السابق - ص ٥٢ .

^(٣) د / محمود جمال الدين زكى - نظرية الالتزام فى القانون المدنى المصرى - الجزء الثانى

- فى أحكام الالتزام - مطبعة جامعة القاهرة - ١٩٧٤ - ص ٤٤، د / جلال محمد إبراهيم

- أحكام الالتزام - المرجع السابق - ص ١٠٢ .

^(٤) د/ أحمد شرف الدين - نظرية الالتزام - الجزء الثانى - أحكام الالتزام - المرجع السابق

- رقم ٤٤ ص ٩٩ . وقد قضت محكمة النقض بأن مفاد نص المادة ٢٢٨ مدنى أن القانون

افترض الضرر افتراضا غير قابل لإثبات العكس (نقض ١٩٦٤/٦/١١ س ١٥ ص ٢٢٨) .

التأخيرية بعد رسو المزداد ، عدم جواز زيادة الفوائد على رأس المال أو تقاضى فوائد على متجمد الفوائد (الربح المركب) وذلك دون إخلال بالقواعد والعادات التجارية ^(١) .

وطبقا للمادة ٢٣١ مدنى فإنه يجوز للدائن الحصول على تعويض تكميلى ^(٢) ، بشرط أن يثبت الدائن وقوع ضررا يجاوز الفوائد وأن هذا الضرر قد لحق به بسبب امتناع المدين عن الوفاء بسوء نية (أى يقصد إلحاق الضرر به) . ومن أمثلة ذلك ، أن يكون الدائن تاجرا ، ويكون قد اعتمد على وفاء المدين بما عليه ، ليفى منه بدوره بديون حالة لدائنيه ، ويعرف المدين هذه الظروف ، فيمتنع مع قدرته على الوفاء عن أداء الدين ، فيتعرض الدائن لإجراءات إشهار إفلاسه ، وما يترتب على ذلك من أضرار ^(٣) .

^(١) راجع فى تفاصيل ذلك د / جميل الشرقاوى - النظرية العامة للالتزام - الكتاب الثانى - أحكام الالتزام - المرجع السابق من ص ٧٥ الى ص ٨٠ ، د/ أحمد شرف الدين - نظرية الالتزام - الجزء الثانى - أحكام الالتزام - المرجع السابق - من ص ١٠٣ الى ص ١٠٧ .
^(٢) تنص المادة ٢٣١ من القانون المدنى المصرى على أنه :-

" يجوز للدائن أن يطالب بتعويض تكميلى يضاف الى الفوائد ، إذا ثبت أن الضرر الذى يجاوز الفوائد قد تسبب فيه المدين بسوء نية " .

^(٣) د / محمد حسين منصور - النظرية العامة للالتزام - أحكام الالتزام - دار الجامعة الجديدة - الإسكندرية - ٢٠٠٦ - ص ٥٧ ، د / جميل الشرقاوى - النظرية العامة للالتزام - الكتاب الثانى - أحكام الالتزام - المرجع السابق ص ٧٧-٧٨ .

الفرع الثانى: الفائدة على التعويضات

تنص المادة ٧-٤-١٠ من مبادئ اليونيدروا على أنه :-

ما لم يتفق على غير ذلك، فإن الفائدة على التعويضات الناجمة عن عدم تنفيذ الالتزامات غير النقدية تستحق اعتباراً من تاريخ عدم التنفيذ^(١).

تبين هذه المادة الوقت الذى منه يبدأ استحقاق فوائد على التعويضات الناجمة عن عدم تنفيذ الالتزامات غير النقدية . فى مثل هذه الحالات ، فإنه فى تاريخ عدم التنفيذ لا يكون عادة قد تم تقييم مقدار التعويضات فى شكل نقدى بعد ، وهذا التقييم سوف يتم عمله فقط بعد حدوث الضرر سواء عن طريق الاتفاق بين الأطراف أو عن طريق المحكمة .

وتحدد المادة الحالية تاريخ حدوث الضرر (تاريخ عدم التنفيذ) كنقطة بداية لاستحقاق الفائدة . ويعتبر هذا الحل الأفضل ملائمة للتجارة الدولية حيث أنه ليس من عادة رجال الأعمال ترك أموالهم عاطلة عن الاستثمار . وفى الواقع ، فإن أصول الطرف المضرور تتناقص منذ حدوث الضرر فى حين يستمر الطرف المخل بالتنفيذ ، طالما لم يتم دفع التعويضات ، فى الاستفادة من الفوائد على المبلغ الذى يتعين عليه دفعه . ويكون من الطبيعى أو السوى أن ينتقل أو يرحل هذا المكسب إلى الطرف المضرور^(٢).

(١)

"Unless otherwise agreed, interest on damages for non-performance of non-monetary obligations accrues as from the time of non-performance"^(٢) وفى دعوى التحكيم رقم 9771 بتاريخ 00.01.2001 والمنظورة أمام محكمة تحكيم :

ICC International Court of Arbitration

وكان موضوع الدعوى قيام المدعى (شركة إيطالية) بمقاضاة المدعى عليهم (شركتين من قبرص) ، والمطالبة بالتعويضات عن إخفاقهما فى تسليم بضائع مطابقة للمواصفات العقدية . كما طالب المدعى بالفائدة على التعويضات اعتباراً من وقت الإخلال بالعقد (عدم التنفيذ) ، ولدعم طلبه هذا ، قام بالاستناد الى المادة ٧-٤-١٠ من مبادئ اليونيدروا . وقد قررت هيئة التحكيم أن المدعى يحق له الحصول على الفائدة على التعويضات التى طالب بها . راجع تفاصيل حكم التحكيم والمنشور فى :

=

ولا تتخذ المادة الحالية موقفا من مسألة الفائدة المركبة ، والتي فى بعض القوانين الوطنية تخضع لقواعد النظام العام التى تقيد الفائدة المركبة بقصد حماية الطرف المخل بالتنفيذ .

الوضع فى اتفاقية فيينا

جاء نص المادة ٧٨ من الاتفاقية (والذى يضع القاعدة العامة لاستحقاق الفائدة كما ذكرنا سابقا) مشتملا على تخصيص يعقبه تعميم . أما التخصيص ، فيتعلق بالثمن عندما يتخلف المشتري عن دفعه فى الميعاد المعين لذلك . وأما التعميم ، فيتعلق بالتخلف عن دفع أى مبلغ آخر غير الثمن يكون واجب الأداء على أى من الطرفين . وينبنى على هذا التعميم أن الفائدة تستحق كذلك على مبالغ التعويضات التى قد يحكم بها على المشتري أو على البائع ^(١) .

ولم يحدد النص متى يبدأ استحقاق الفوائد على التعويضات ، هل اعتبارا من تاريخ حدوث الضرر (تاريخ عدم التنفيذ) أم اعتبارا من تاريخ تقييم المحكمة للتعويض (٠٠٠ الخ) ونرى أن الرجوع فى ذلك سيكون للقانون الواجب التطبيق.

رأينا فى الموضوع

نرى أن مبادئ اليونيدروا فى المادة ٧-٤-٩ ، ٧-٤-١٠ قد أجادت بالفعل ، وذلك بوضعها قواعد تفصيلية تحكم مسألة استحقاق الفوائد ، خاصة فيما يتعلق بتحديد الواضح لطريقة تعيين سعر الفائدة وكذلك تاريخ بداية استحقاق الفوائد . وفى المقابل نرى أن هناك قصور حقيقى فى اتفاقية فيينا ، فهى لم تحدد سواء فى نص المادة ٧٨ أو فى الفقرة الأولى من المادة ٨٤ سعرا للفائدة أو طريقة لتحديد هذا السعر ، أو كما يرى بعض الفقه أن هذا يعتبر سلبية من

=

ICC International Court of Arbitration Bulletin – 2005 – Special Supplement – pp.76-77.

^(١) د/ محسن شفيق – اتفاقية الأمم المتحدة بشأن البيع الدولى للبضائع (دراسة فى قانون التجارة الدولى) – المرجع السابق – رقم ٣٣٥ ص ٢٤٨ .

الاتفاقية^(١) ، وبالتالي يكون أفضل الحلول هو الرجوع فى هذا الأمر للقانون الواجب التطبيق ، فإذا لم يوجد به حل فالقول عندئذ يكون للمحكمة .

الوضع فى القانون المصرى

اشتترطت المادة ٢٢٦ مدنى لاستحقاق فوائد التأخير من تاريخ المطالبة القضائية بها أن يكون محل الالتزام مبلغا من النقود وأن يكون هذا المبلغ معلوم المقدار وقت الطلب . فإذا كان التعويض غير معلوم المقدار وقت المطالبة القضائية وخضع تحديده لمطلق تقدير القاضى ، ففي هذه الحالة لا يصبح الحكم بسريان الفوائد من وقت المطالبة القضائية وإنما هى تستحق من تاريخ صدور الحكم بتحديد التعويض شريطة أن يكون الدائن قد طالب بها فى دعوى المطالبة عن عدم التنفيذ ، أما إذا لم يطالب الدائن بالفوائد على التعويض المقضى به إلا بعد صدور الحكم به فإنها لا تسرى إلا من وقت المطالبة بها^(٢) .

والوضع السابق فى القانون المصرى يختلف بالطبع عن ما قرره المادة ١٠-٤-٧ من مبادئ اليونيدروا من أن الفائدة على التعويضات تستحق اعتبارا من تاريخ عدم التنفيذ (تاريخ حدوث الضرر) ، ونرى أن ما قرره مبادئ اليونيدروا هو الأكثر ملاءمة لاعتبارات التجارة الدولية .

(١) د/ محسن شفيق - اتفاقية الأمم المتحدة بشأن البيع الدولى للبضائع (دراسة فى قانون التجارة الدولى) - المرجع السابق - رقم ٣٣٥ ص ٢٤٨ و ٢٤٩ .

(٢) د/ أحمد شرف الدين - نظرية الالتزام - الجزء الثانى - أحكام الالتزام - المرجع السابق - ص ٩٦ . وقد قضت محكمة النقض بأن " المقصود بكون محل الالتزام معلوم المقدار أن يكون تحديد مقداره قائما على أسس ثابتة لا يكون معها للقضاء سلطة فى التقدير ، وإذا كان التعويض المستحق للطاعنين عن حرمانهم من الانتفاع بالمنشآت المراد إقامتها هو مما يخضع لسلطة المحكمة فإن تحديدهم لما يطلبونه فى صحيفة دعواهم لا يجعله معلوم المقدار وقت الطلب بالمعنى الذى قصده القانون ، وإنما يصدق عليه هذا الوصف بصدور الحكم النهائى فى الدعوى فلا تسرى الفائدة عليه إلا من تاريخ صدور الحكم النهائى " . (نقض مدنى ١٩٧٦/١٢/٣٠ س ٢٧ ص ١٨٥٨) .

المطلب الرابع : أسلوب التعويض النقدي وعملة تقدير التعويضات

وضعت مبادئ اليونيدروا فى المواد ١١-٤-٧ و ١٢-٤-٧ قواعد تنظم طريقة التعويض النقدي وتحدد عملة تقدير التعويضات . وفى المقابل لم تتعرض اتفاقية فيينا لهذه المسائل ، على الرغم من أهميتها فى مجال البيوع الدولية ، خاصة مسألة العملة التى تقدر بها التعويضات .

وسيتم تقسيم الدراسة فى هذا المطلب الى الفرعين التاليين :-

الفرع الأول : طريقة التعويض النقدي

الفرع الثانى : العملة التى تقدر بها التعويضات

الفرع الأول: طريقة التعويض النقدي

تنص المادة ١١-٤-٧ من مبادئ اليونيدروا على أنه :-

(١) يتعين أن تدفع التعويضات دفعة واحدة ، ومع ذلك ، فإنه يجوز الدفع على أقساط إذا ما كان ذلك ملائماً لطبيعة الضرر .

(٢) يجوز أن يتغير مبلغ التعويضات التى تدفع على أقساط وفقاً للتضخم^(١) .

بالرغم من أن هذه المادة لا تفرض قاعدة ثابتة فيما يتعلق بالطريقة التى بها تدفع التعويضات ، إلا أن دفع التعويضات دفعة واحدة يعتبر بشكل عام طريقة الدفع الأكثر ملاءمة للتجارة الدولية . ومع ذلك فإنه يوجد حالات يكون فيها الدفع على أقساط أكثر ملاءمة بالنظر إلى طبيعة الضرر ، ومن أمثلة ذلك عندما يكون

(١)

(1) Damages are to be paid in a lump sum. However, they may be payable in installments where the nature of the harm makes this appropriate.

(2) Damages to be paid in installments may be indexed.

الضرر مستمرا^(١) .

وتتعلق الفقرة ٢ من المادة الحالية بإمكانية تغيير مبالغ (جدولة) التعويضات التى تدفع على أقساط وفقاً للتضخم لكى يتم تجنب الالية أو النظام المعقد الخاص بمراجعة الحكم الأسمى لأجل أن يأخذ فى الحسبان التضخم الذى يحدث . ومن ناحية ثانية فقد يمنع أو يحظر قانون المحكمة الجدولة وفقاً للتضخم^(٢) .

الوضع فى القانون المصرى

تنص الفقرة الأولى من المادة ١٧١ مدنى على أن " يعين القاضى طريقة التعويض تبعاً للظروف ، ويصح أن يكون التعويض مقسطاً كما يصح أن يكون إيراداً مرتباً ، ويجوز فى هاتين الحالتين إلزام المدين بأن يقدم تأميناً " .

فبعد أن يقدر القاضى الضرر الذى لحق بالطرف المضرور يقوم بالحكم له بمبلغ من النقود ، يساوى الضرر الذى لحق به ، وهذا هو الأصل فى طريقة التعويض ، وقد يحكم القاضى بدفع مبلغ من النقود مرة واحدة ، وقد يحكم بدفعه على أقساط ، كما أنه قد يجعل التعويض فى صورة مرتب دورى ، يدفع لمدة معينة ، أو طوال حياة المضرور ، وذلك على ضوء ما إذا كان العجز الذى لحق به مؤقتاً أو دائماً^(٣) .

(١) مثال إيضاحى :

الطرف (أ) وهو استشارى ، تم توكيله من قبل الطرف (ب) من أجل مراجعة إجراءات الأمان بمصانعه . لقى الطرف (أ) مصرعه عند سفره بالطائرة الهليكوبتر إلى أحد مصانع الطرف (ب) ، وكان الطرف (ب) يتحمل المسؤولية عن هذا الحادث . ترك الطرف (أ) طفلين عمرهما اثنى عشر سنة وثمانى سنوات . وكتعويض للطفلين عن خسارة عائل الأسرة ، سيتم دفع مخصص مالى شهرى للطفلين حتى بلوغهم سن الرشد .

(٢) مثال إيضاحى :

تتماثل الوقائع مع ما ورد فى المثال الإيضاحى السابق . يجوز تعديل المخصص المالى الشهرى وفقاً لتكلفة أو مقدار التضخم المعيشى المطبق فى مكان معيشة الأطفال .

(٣) د/ عبد الرشيد مأمون - الوجيز فى النظرية العامة للالتزامات - الكتاب الأول - مصادر الالتزام - المرجع السابق - ص ٣٤٥ و ٣٤٦ .

ويرى بعض الفقه أنه فى ظل نص المادة ١/١٧١ مدنى والتى تسمح بأن يكون التعويض فى صورة إيراد مرتب ، وعلى الرغم من أن حجية الشئ المقضى به تمنع من إعادة النظر فى تقدير الإيراد بعد أن حدده القاضى فى حكمه بمبلغ من النقود ، إلا أن القاضى يستطيع أن يأمر فى ذات الحكم بتغير مقدار الإيراد بتغير سعر النقد ، ولا غبار على القاضى فى ذلك إذا كان قد روعى فى التعويض المقضى به أن يكون مخصصا لنفقة المضرور^(١) .

(١) راجع فى تفصيل هذا رأى د/ أحمد شرف الدين - نظرية الالتزام - الجزء الثانى - أحكام الالتزام - المرجع السابق - رقم ٢٦ ص ٦٤ و ٦٥ .

الفرع الثانى: العملة التى تقدر بها التعويضات

تنص المادة ٧-٤-١٢ من مبادئ اليونيدروا على أنه :-

تقدر التعويضات إما بالعملة التى تم التعبير بها عن الالتزام النقدي أو بالعملة التى وقع بها الضرر ، أيهما أكثر ملاءمة ^(١).

قد يحدث الضرر الناتج عن عدم تنفيذ عقد دولي فى أماكن مختلفة وبسبب ذلك يثور التساؤل عن العملة التى تقدر بها التعويضات . ويتم معالجة هذا التساؤل عن طريق المادة الحالية ويجب تمييزها عن عملة الدفع الواردة فى المادة ٦-١-٩ ^(٢).

وتعرض المادة الحالية خيارا بين العملة التى تم التعبير بها عن الالتزام النقدي أو التى وقع بها الضرر ، أيهما أكثر ملاءمة فى ظل الظروف المحيطة . وبينما لا يتطلب الخيار الأول تعليقا خاصا ، فإن الخيار الثانى يأخذ بعين الاعتبار حقيقة أن الطرف المضرور قد يكون تحمل مصاريف بعملة معينة لإصلاح ضرر قد تكبده . فى مثل هذه الحالات فإنه يتعين أن يكون الطرف المضرور مؤهلا أو مخولا له المطالبة بالتعويضات بهذه العملة حتى ولو لم تكن هى عملة العقد ، فالاختيار للعملة يترك للطرف المضرور ^(٣).

(١)

" Damages are to be assessed either in the currency in which the monetary obligation was expressed or in the currency in which the harm was suffered, whichever is more appropriate "

^(٢) تتعلق المادة ٦-١-٩ (السابق شرحها فى المطلب الثالث من المبحث الأول من الفصل الأول) بتحديد عملة دفع الالتزام نفسه وليس التعويضات .

^(٣) ويجب الإشارة إلى أنه فى حالة عدم وجود ما يفيد العكس ، فإن أى طرف يكون مؤهلا أو مخولا له الحصول على الفوائد والتعويضات القانونية والغرامات بنفس العملة التى تم التعبير بها عن الالتزام الرئيسى .

المطلب الخامس: التعويض الاتفاقي (الشرط الجزائي) عن عدم التنفيذ

تنص المادة ٧-٤-١٣ من مبادئ اليونيدروا على أنه :-

(١) عندما ينص العقد على أن الطرف المخل بالتنفيذ يدفع مبلغا محددا للطرف المضروب عن عدم التنفيذ ، فيحق للطرف المضروب الحصول على هذا المبلغ بصرف النظر عن الضرر الفعلي الذي لحقه .

(٢) ومع ذلك ، وعلى الرغم من أي اتفاق قد يخالف ذلك ، فإنه يجوز تخفيض المبلغ المحدد إلى القدر المعقول إذا كان زائدا بصورة فادحة بالنسبة للضرر الناتج عن عدم التنفيذ وبالنسبة للظروف الأخرى^(١).

تعطى هذه المادة عن عمد تعريف واسع للاتفاقات على دفع مبلغ محدد في حالة عدم التنفيذ ، سواء كانت هذه الاتفاقات تقصد تسهيل الحصول على التعويضات (التعويضات الاتفاقية) أو لتعمل كرادع ضد عدم التنفيذ (الشروط الجزائية) أو كلاهما .

وتختلف القوانين الوطنية إلى حد بعيد فيما يتعلق بصحة هذا النوع من البنود ، وتتراوح القوانين الوطنية بين القبول لها وذلك في الدول التي تتبع نظم القانون المدني "Civil law" مع إمكانية أو عدم إمكانية المراجعة القضائية بخاصة للبنود المرفقة ، وبين الرفض التام من أنظمة القانون العام "Common law" للشروط التي يقصد بها على وجه خاص العمل كرادع لعدم التنفيذ، أي

(١)

(1)Where the contract provides that a party who does not perform is to pay a specified sum to the aggrieved party for such non-performance, the aggrieved party is entitled to that sum irrespective of its actual harm.

(2)However, notwithstanding any agreement to the contrary the specified sum may be reduced to a reasonable amount where it is grossly excessive in relation to the harm resulting from the non-performance and to the other circumstances.

يعنى الشروط الجزائية^(١).

ونظراً لتكرار استخدام هذه البنود فى العقود الدولية ، فإن الفقرة ١ من المادة الحالية تسلم أو تعترف من حيث المبدأ بصحة أى شرط ينص على أن الطرف المخل بالتفويض يدفع مبلغاً محدداً للطرف المضروب عن عدم التنفيذ ، مع أحقية الطرف المضروب فى الحصول على المبلغ المتفق عليه بصرف النظر عن الضرر الفعلى الذى لحقه بسبب ذلك . ولا يجوز للطرف المخل بالتفويض أن يحتج بأن الطرف المضروب تكبد ضرراً أقل أو لم يتكبد ضرراً إطلاقاً^(٢).

ويتعين عادة أن يكون عدم التنفيذ مسئولاً عنه الطرف المخل بالتفويض ، نظراً لأنه من الصعوبة تصور وجود شرط ينص على دفع مبلغ متفق عليه فى حالة عدم التنفيذ الراجع إلى قوة قاهرة . وبشكل استثنائى ، فإنه مع ذلك قد يتم الاتفاق على مثل هذا الشرط و يقصد منه الأطراف كذلك أن يشمل أو يغطى عدم التنفيذ الذى لا يكون مسئولاً عنه الطرف المخل بالتفويض .

وفى حالة عدم التنفيذ الجزئى ، فإنه يجوز تخفيض مقدار التعويض الاتفاقى بنسبة ما تم تنفيذه ، ما لم يتفق الأطراف على غير ذلك^(٣).

ولأجل منع إمكانية إساءة الاستعمال لما قد ينشأ عن شروط التعويضات

(١)

BARALDI (M.) – Il governo giudiziario della discrezionalità contrattuale – Contratto e impresa – 2005 – p. 501 ets.

(٢) مثال إيضاحى :

الطرف (أ) وهو لاعب كرة قدم برازيلي سابق ، التحق بالعمل كمدرّب للاعبى الطرف (ب) وهو فريق كرة قدم استرالى وذلك لمدة ٣ سنوات ، وذلك مقابل مرتب شهري قدره -، ١٠٠٠٠ دولار استرالى (عشرة آلاف دولار استرالى) . تم النص على مبلغ تعويض مقطوع مقداره -، ٢٠٠٠٠٠ دولار استرالى (مائتى ألف دولار استرالى) فى حالة حدوث طرد من الخدمة غير مبرر .

تم طرد الطرف (أ) من الخدمة بدون أى مبرر بعد مرور ستة أشهر . يحق للطرف (أ) الحصول على المبلغ المتفق عليه ، حتى ولو التحق الطرف (أ) على الفور بالعمل لدى فريق آخر بضعف المرتب الذى يتلقاه من الطرف (ب).

BONELL (M.J.) – An International Restatement of Contract Law – (٣)
op. cit. – p. 162-165.

الاتفاقية (الشروط الجزائية) ، فإن الفقرة ٢ من المادة الحالية تسمح بتخفيض المبلغ المتفق عليه إذا كان زائدا بصورة فادحة " بالنسبة للضرر الناتج عن عدم التنفيذ وبالنسبة للظروف الأخرى " ، وتجعل من الواضح نفس الفقرة أن الأطراف لا يجوز لهم تحت أى ظرف استبعاد إمكانية مثل هذا التخفيض .

ويجوز فقط أن يتم تخفيض المبلغ المتفق عليه ، ولكن دون إهماله أو إهداره كلية مثلما فى حالة عندما يقرر الحكم القضائى ، بالرغم من اتفاق الأطراف على التعويض ، منح تعويضات تتطابق مع مقدار الضرر الفعلى . ولا يجوز أن يتم زيادة المبلغ المتفق عليه طبقاً لهذه المادة عندما يكون المبلغ المتفق عليه أقل من الضرر الفعلى المتكبد . وعلاوة على ذلك فإنه من الضرورى أن يكون المبلغ المتفق عليه زائدا بصورة فادحة ، أى يعنى أن يكون من الواضح ذلك لأى شخص معتاد . ويتعين بخاصة الأخذ بعين الاعتبار العلاقة بين المبلغ المتفق عليه والضرر المتكبد بشكل فعلى ^(١) .

ويجب أن يتم تمييز نوعية الشروط التى تتناولها المادة الحالية عن شروط المصادرة (الفقدان) والشروط الأخرى المشابهة التى تسمح لطرف بأن ينسحب من العقد سواء بدفع مبلغ محدد أو يفقد عربون أو وديعة تم تقديمها بالفعل. ومن جانب آخر ، فإن الشرط الذى طبقاً له يجوز للطرف المضرور أن

(١) مثال إيضاحى :

دخل الطرف (أ) فى تعاقد مع الطرف (ب) من أجل شراء ماكينة والتى يدفع لها ٤٨ دفعة شهرية قيمة كل منها - ٣٠٠٠٠ فرنك فرنسى (ثلاثون ألف فرنك فرنسى) . يحتوى العقد على شرط يسمح بالإنهاء الفورى فى حالة حدوث عدم دفع من الطرف (أ) لأى قسط ، ويقر أو يجيز للطرف (ب) أن يحتفظ بالمبالغ التى تم دفعها بالفعل وأن يحصل على الأقساط المستقبلية كتعويضات . أخفق الطرف (أ) فى دفع القسط الحادى عشر . احتفظ الطرف (ب) بمبلغ الـ - ٣٠٠٠٠٠ فرنك فرنسى (ثلاثمائة ألف فرنك فرنسى) والتى تم دفعها بالفعل ، وبالإضافة إلى استرداد الماكينة طالب كذلك بمبلغ - ١١٤٠٠٠٠ فرنك فرنسى (مليون ومائة وأربعون ألف فرنك فرنسى) الذى يمثل قيمة الـ ٣٨ قسط التى لم تدفع . سوف تخفض المحكمة مقدار التعويض نظراً لأن عدم تنفيذ الطرف (أ) سوف يحقق منفعة زائدة بصورة فادحة للطرف (ب) .

يحتفظ بالمبالغ التى دفعت بالفعل كجزء من الثمن يقع داخل مجال المادة الحالية^(١).

خلاصة : ونخلص من التعليقات على المادة ٧-٤-١٣ إلى النقاط الأساسية التالية:-

أ - فى حالة عدم التنفيذ الجزئى ، فإنه يجوز تخفيض مقدار التعويض الاتفاقى بنسبة ما تم تنفيذه ، ما لم يتفق الأطراف على غير ذلك .

ب -يجوز طبقاً للفقرة ٢ أن يتم فقط تخفيض المبلغ المتفق عليه ، ولكن دون إهماله أو إهداره كلية .

ج -يجب أن يتم تمييز نوعية الشروط التى تتناولها المادة الحالية عن شروط المصادرة (الفقدان) والشروط الأخرى المشابهة التى تسمح لطرف بأن ينسحب من العقد سواء بدفع مبلغ محدد أو بفقد عربون أو وديعة تم تقديمها بالفعل .

الوضع فى اتفاقية فيينا

لم تتعرض اتفاقية فيينا لمسألة وجود اتفاق مسبق بين المتعاقدين على

^(١) أمثلة إيضاحية :

١ . تعهد الطرف (أ) ببيع عقار للطرف (ب) مقابل مبلغ - ٩٠٠٠٠٠٠٠٠٠ ليرة إيطالية (تسعمائة مليون ليرة إيطالية) . يجب على الطرف (ب) أن يستعمل الحق فى طلب تنفيذ الشراء خلال ثلاثة شهور ويجب عليه دفع عربون قدره - ٥٠٠٠٠٠٠٠٠٠ ليرة إيطالية (خمسون مليون ليرة إيطالية) ، و يحق للطرف (أ) أن يحتفظ به إذا لم يستعمل الطرف (ب) الحق فى طلب تنفيذ العقد .

ونظراً لأن ذلك لا يعتبر تعويضاً اتفاقياً عن عدم التنفيذ فلا يقع داخل نطاق تطبيق المادة الحالية و بالتالى لا يمكن تخفيض مبلغ العربون تحت نطاق هذه المادة حتى ولو كان زائداً بصورة فادحة فى ظل الظروف المحيطة .

٢ . دخل الطرف (أ) فى تعاقد مع الطرف (ب) من أجل شراء ماكينة . ينص العقد على أنه فى حالة إخفاق الطرف (أ) فى دفع قسط واحد من ثمن الماكينة فإن العقد سوف يتم إنهائه وكذلك فإن المبالغ التى تم دفعها بالفعل سوف يحتفظ بها الطرف (ب) كتعويض . هذا الشرط التعاقدى يقع داخل نطاق تطبيق المادة الحالية ومقدار التعويض المتفق عليه يجوز أن يخضع للتخفيض.

تقدير التعويض المستحق في حالة عدم تنفيذ المدين لالتزامه أو التأخر فيه ، وهو ما يطلق عليه التعويض الاتفاقي أو الشرط الجزائي ، وذلك على الرغم من تكرار استخدام هذه الشروط في البيوع الدولية ، مما نعتبره قصورا حقيقيا في اتفاقية فيينا ، ونرى انه سيكون الرجوع في هذا الأمر الى أحكام القانون الواجب التطبيق على العقد لتقرير مدى صحة وشروط سريان وآثار هذه الشروط .

الوضع في القانون المصري

أجازت المادة ٢٢٣ مدني للمتعاقدين أن يحددا مقدما قيمة التعويض^(١)، أي قبل وقوع الإخلال بالالتزام ، ويكون ذلك بالنص عليه في العقد أو في اتفاق لاحق . ويجوز النص على التعويض الاتفاقي في جميع العقود وأيما كان موضوع الالتزام^(٢) . والتعويض المقدر بالشرط الجزائي ، يحدد عادة بمبلغ من النقود ، ولكن ليس هناك ما يمنع من أن يكون شيئا آخر ، كما لو اشترط مؤجر أرض زراعية على مستأجرها أن يخليها في وقت محدد وإلا صارت المزروعات الموجودة بها ملكا للمؤجر ، تعويضا عن عدم تنفيذه الاتفاق على الإخلاء في موعده^(٣) .

والشرط الجزائي لا ينشئ التزاما جديدا مستقلا عن الالتزام الأصلي ، وإنما هو اتفاق على جزاء الإخلال بهذا الالتزام ، وعلى ذلك فإذا كان الالتزام الأصلي باطلا وقع الشرط الجزائي باطلا أيضا ، كما انه إذا انقضى الالتزام الأصلي لأي سبب من أسباب انقضاء الالتزام انقضى معه الشرط الجزائي ،

(١) تنص المادة ٢٢٣ من القانون المدني المصري على أنه :-
" يجوز للمتعاقدين أن يحددا مقدما قيمة التعويض بالنص عليه في العقد أو في اتفاق لاحق ، ويراعى في هذه الحالة أحكام المواد من ٢١٥ الى ٢٢٠ " .

(٢) د/ أحمد شرف الدين - نظرية الالتزام - الجزء الثاني - أحكام الالتزام - المرجع السابق - رقم ٢٩ ص ٧٣ . وقد قضت محكمة النقض بأن الشرط الجزائي ، متى تعلق بالالتزام معين وجب التقيد به وإعماله في حالة الإخلال بهذا الالتزام أيما كان الوصف الصحيح للعقد الذي تضمنه (نقض ١٢/١/١٩٥٠ مجموعة س ٦ ص ٢٤٦ قاعدة ٢٤١) .

(٣) د / إسماعيل غانم - في النظرية العامة للالتزام - أحكام الالتزام والإثبات - المرجع السابق - ص ١١٨ ، د / جميل الشرقاوي - النظرية العامة للالتزام - الكتاب الثاني - أحكام الالتزام - المرجع السابق - رقم ٢٠ ص ٦٢ .

وكذلك إذا سقط الالتزام الأصلي بفسخ العقد سقط معه أيضا الشرط الجزائي ، حتى ولو لم يرد الشرط الجزائي في هذا الاتفاق الأصلي بل كان واردا في اتفاق لاحق^(١).

وإذا كانت القواعد العامة توجب على الدائن ، لاستحقاق التعويض ، إثبات الضرر الذى يدعيه وقيمته وارتباطه بعلاقة سببية بخطأ المدين ، إلا أن الاتفاق على الشرط الجزائي يعفى الدائن من هذا الإثبات ، إذ أن مؤداه افتراض أن كل إخلال من المدين بالتزامه (الخطأ) يسبب ضررا للدائن ، وأن قيمة هذا الضرر تعادل قيمة التعويض المتفق عليه ، وطبقا للفقرة الأولى من المادة ٢٢٤ مدنى فإنه يجوز للمدين إثبات عكس هذا الافتراض للتخلص من الشرط الجزائي^(٢) . فالنص ينقل عبء الإثبات فيما يتعلق بالضرر ورابطة السببية ، من الدائن الى المدين ، فإذا لم يقدم المدين الدليل الذى يثبت أن الدائن لم يلحقه أى ضرر وجب إعمال الشرط الجزائي^(٣).

وطبقا للفقرة الثانية من المادة ٢٢٤ مدنى فإنه يجوز للقاضى أن يخفض التعويض الاتفاقى (الشرط الجزائي) إذا أثبت المدين أن الالتزام الأصلي قد نفذ فى جزء منه^(٤) ، أو إذا أثبت المدين أن تقدير التعويض كان مبالغا فيه الى درجة

(١) د / جلال محمد إبراهيم - أحكام الالتزام - المرجع السابق - ص ٧٦ .

(٢) تنص المادة ٢٢٤ من القانون المدنى المصرى على أنه :-

" ١- لا يكون التعويض الاتفاقى مستحقا إذا أثبت المدين أن الدائن لم يلحقه أى ضرر .
٢- ويجوز للقاضى أن يخفض هذا التعويض إذا أثبت المدين أن التقدير كان مبالغا فيه الى درجة كبيرة ، أو أن الالتزام الأصلي قد نفذ فى جزء منه " .

(٣) د/ أحمد شرف الدين - نظرية الالتزام - الجزء الثانى - أحكام الالتزام - المرجع السابق - رقم ٣١ ص ٧٦ . وقد قضت محكمة النقض بأن الشرط الوارد فى عقد البيع بالزام البائع بدفع فرق السعر عن الكمية التى لا يوردها يجعل الضرر واقعا فى تقدير المتعاقدين ، فلا يكلف الدائن بإثباته ويقع على المدين (البائع) فى هذه الحالة عبء إثبات انتفاء الضرر إعمالا للشرط الجزائي (نقض ١٩٥٩/١١/١٢ س ١٠ ص ٦٤١) .

(٤) وإذا كان الجزء الذى نفذ تافها ، فإنه يعتبر كعدم التنفيذ ويستحق التعويض كاملا .
راجع د / جميل الشرقاوى - النظرية العامة للالتزام - الكتاب الثانى - أحكام الالتزام - المرجع السابق - هامش ص ٦٦ .

كبيرة ، فلا يكفي أن يثبت أن فى التقدير زيادة بل يجب أن يثبت أنه قد انطوى على مبالغة كبيرة ، فإذا أثبت المدين ذلك اكتفى القاضى بأن يخفض التعويض الى الحد المعقول لا الى الحد المساوى للضرر ^(١) .

والقواعد المنصوص عليها فى الفقرتين الأولى والثانية من المادة ٢٢٤ مدنى متعلقة بالنظام العام بحيث يقع باطلا كل اتفاق يخالف أحكامهما (م ٣/٢٢٤).

وفى حالة زيادة مقدار الضرر عن مقدار التعويض المتفق عليه فى الشرط الجزائى فإن ذلك لا يجيز بذاته للقاضى زيادة مقدار التعويض ، إذا ما كان السبب فى الضرر الذى لحق الدائن هو الخطأ اليسير أو العادى الصادر من المدين ^(٢) . أما إذا تجاوز الخطأ هذه الدرجة بأن ارتكب المدين غشا أو خطأ جسيما ، ومثال ذلك أن تتضمن تعريفه النقل شرطا لتحديد مسؤولية الناقل عن ضياع البضائع ثم يتبين أنه قد سرقها ^(٣) ، فإنه طبقا للمادة ٢٢٥ مدنى ^(٤) إذا أثبت الدائن ذلك فإن القاضى يستطيع أن يهدر التحديد الوارد بالشرط الجزائى ويقدر التعويض بما يكفي لجبر الضرر الذى لحق الدائن حتى ولو زاد على مقدار الشرط الجزائى .

رأينا فى الموضوع

استقرت أحكام محكمة النقض المصرية على أن الشرط الجزائى لا ينشئ التزاما مستقلا عن الالتزام الأسمى وإنما هو اتفاق على جزاء الإخلال بهذا

(١) د / حسام الدين كامل الأهوانى - أحكام الالتزام - المرجع السابق - ص ٨٢ ، د/ أحمد شرف الدين - نظرية الالتزام - الجزء الثانى - أحكام الالتزام - المرجع السابق - رقم ٣٤ ص ٨١ .

(٢) د / جلال محمد إبراهيم - أحكام الالتزام - المرجع السابق - ص ٨٥ .
(٣) د / مصطفى الجمال - أحكام الالتزام - الفتحة للطباعة والنشر - ٢٠٠٠ - ص ٣٧٨ و ٣٧٩ .

(٤) تنص المادة ٢٢٥ من القانون المدنى المصرى على أنه :-
" إذا جاوز الضرر قيمة التعويض الاتفاقى ، فلا يجوز للدائن أن يطالب بأكثر من هذه القيمة إلا إذا ثبت أن المدين قد ارتكب غشا أو خطأ جسيما " .

الالتزام ، أى أن الشرط الجزائى التزام تابع للالتزام الأسمى ، فإذا سقط الالتزام الأسمى بفسخ العقد سقط معه الشرط الجزائى ولا يتم التقيد بالتعويض المقرر بمقتضاه ، وفى هذا الحالة إذا استحق الدائن تعويضا تولى القاضى تقديره وفقا للقواعد العامة^(١) .

ونرى أن هذا الاتجاه لمحكمة النقض المصرية لا يمكن قبوله ، فالشرط الجزائى (التعويض الاتفاقى) هو أحد الشروط التى تنظم حقوق الطرفين والتزاماتهما المترتبة على فسخ العقد ، حيث أنه يستهدف تنظيم النتائج المترتبة على عدم تنفيذ الالتزام . لذلك نرى أن الأكثر قبولا هو ألا يؤثر فسخ العقد على الشرط الجزائى ، ويتم التقيد بالتعويض المقرر بمقتضاه ، فهذا يتفق مع قصد المتعاقدين عند النص عليه فى العقد . وندعو المشرع الى تدارك ذلك بالنص على استقلال الشرط الجزائى عن شروط العقد الأخرى ، فيبقى ساريا حتى بعد فسخ العقد .

ورأينا السابق يتفق مع ما قرره المادة ٧-٣-٥ من مبادئ اليونيدروا ، ومع ما قرره المادة ٨١ من اتفاقية فيينا، من أن إنهاء العقد (فسخه) لا يؤثر على أى من شروطه المتعلقة بتسوية المنازعات أو أى من شروطه الأخرى والتى تسرى حتى بعد إنهاء العقد ومن ضمنها الشرط الجزائى^(٢) .

(١) نقض جلسة ١٨/٤/١٩٧٨ ، الطعن رقم ٦٦٣ لسنة ٤٤ ق ، مجموعة المكتب الفنى ، س ٢٩ ص ١٠٣٠ .

(٢) راجع ما سبق شرحه فى المطلب الخامس (والخاص بآثار إنهاء العقد بوجه عام) فى المبحث الثالث من الفصل الحالى .

الخاتمة

فى ختام دراستنا لموضوع تنفيذ الالتزامات المدنية و التجارية كدراسة مقارنة فى مبادئ العقود التجارية الدولية (اليونيدروا) ، مع الاهتمام بوجه خاص بالمقارنة مع اتفاقية فيينا لعام ١٩٨٠ و القانون المصرى ، كان لابد من تسجيل أهم النتائج التى انتهت إليها الدراسة ، وكذلك تقديم التوصيات و المقترحات التى أسفرت عنها هذه الدراسة و ذلك فيما يلى :-

أولا : أبرزت الدراسة أن الانتقادات الموجهة الى منهج قواعد الإسناد ، خاصة فى حل مشاكل العلاقات الاقتصادية الدولية ، أدت الى هجر هذا المنهج لصالح منهج القواعد الموضوعية باعتباره الأكثر ملاءمة للعقود التجارية الدولية ، فهى تحقق الأمن القانونى حيث توفر العلم المسبق للأطراف و كذلك للقاضى أو المحكم بالقواعد التى تحكم العقد . هذا بالإضافة الى الاختلاف و التباين بين الأنظمة القانونية الوطنية و عجزها أو قصورها ، فى كثير من الحالات ، فى مواجهة الظروف و المتغيرات الجديدة فى مجال التجارة الدولية .

ثانيا : بينت الدراسة أن معهد روما "UNIDROIT" قد حقق إنجازا عظيما بإصداره مبادئ العقود التجارية الدولية فى شهر مايو ١٩٩٤ ، فالمبادئ توفر منظومة من القواعد معدة خصيصا لتلبية احتياجات معاملات التجارة الدولية . فهى تمنح ، عندما يتفق الأطراف على تطبيقها ، الطمأنينة فى التعامل و العلم الواضح المسبق بالقواعد التى تحكم العلاقة . و قد ظهر الإصدار الثانى لمبادئ اليونيدروا فى شهر ابريل ٢٠٠٤ ليضع أحكاما جديدة لعدد من الموضوعات التى لم يغطيها الإصدار الأول (مايو ١٩٩٤)، وأهم هذه الموضوعات هى المقاصة و حوالة الحقوق والالتزامات و كذلك مدد التقادم . لذا يتعين عند إحالة الأطراف الى المبادئ فى العقد ، تحديد تاريخ الإصدار الذى تم الإحالة إليه و كذلك تحديد اللغة التى يتم الرجوع إليها ، إذ ان هناك إصدارات بلغات مختلفة للمبادئ (النسخة الأصلية لمبادئ اليونيدروا صدرت باللغة الانجليزية).

ثالثا : أكدت الدراسة على أنه أصبح هناك قبول واسع و متزايد لمبادئ اليونيدروا فى مجال عقود التجارة الدولية ، فالمبادئ تعكس المفاهيم السائدة فى كثير من الأنظمة القانونية ، بالإضافة الى أنها فى جوهرها مرنة بصورة كافية لتأخذ فى الحسبان الظروف المتغيرة بشكل دائم و الناشئة عن التطورات التكنولوجية و الاقتصادية المؤثرة على ممارسة التجارة الدولية . و يدل على هذا القبول الواسع للمبادئ رجوع العديد من هيئات التحكيم الى مبادئ اليونيدروا للاستناد الى أحكامها سواء للتأكيد على ما توصلت إليه من أحكام أو لسد النقص فى القوانين التى تطبقها هذه الهيئات أو لتفسير بعض المواد فى القانون الواجب التطبيق .

رابعا : تناولت الدراسة فى الفصل التمهيدي موضوع مفهوم التجارية و الدولية و الأحكام العامة التى تقوم عليها مبادئ العقود التجارية الدولية (اليونيدروا) ، حيث رأينا أنه من الضروري دراسة مفهوم التجارية و الدولية كمدخل أولى لتطبيق مبادئ اليونيدروا ، هذا بالإضافة الى أهمية معرفة الأحكام العامة التى تقوم عليها مبادئ اليونيدروا و التى تدور فى فلكها منظومة القواعد المكونة لهذه المبادئ . و فى الفصل الأول تم اختيار تناول موضوع التنفيذ ، حيث أن مرحلة التنفيذ فى العقود التجارية الدولية هى من أدق و أهم المراحل التى تمر بها هذه العقود . أما فى الفصل الثانى فقد تم تناول موضوع عدم التنفيذ ، حيث أن النتائج و الجزاءات المترتبة على عدم التنفيذ تعتبر من أهم الأمور و التى يجب على أطراف العقد التجارى الدولى الإحاطة بها .

خامسا : كشفت الدراسة انه على الرغم من الايجابيات العديدة لاستخدام مبادئ اليونيدروا فى مجال عقود التجارة الدولية ، إلا انه توجد بعض الجوانب السلبية للمبادئ ، منها أن المبادئ لم تتضمن أى تعريف خاص بالعقد التجارى الدولى على الرغم من النص فى ديباجة (تمهيد) المبادئ على أن المبادئ تضع قواعد عامة أعدت بشكل أساسى لتحكم العقود التجارية الدولية . و كذلك يوجد بالمبادئ بعض الأحكام لها صفة إلزامية (أمرة) و

ذلك على الرغم من أن المبادئ قد نصت بشكل صريح على أنه لا يوجد فيها ما يقيد التطبيق للقواعد الأمرة الواجبة التطبيق سواء كانت هذه القواعد مستمدة من مصدر وطنى أو دولى ، وكان هذا النص عاما بدون أى استثناء.

سادسا : توصلت الدراسة الى أن مبادئ اليونيدروا تتفوق بالفعل على اتفاقية فيينا لعام ١٩٨٠ فى تنظيم القواعد التى تحكم العقود التجارية الدولية ، مما يجعلنا نؤكد على أن مبادئ اليونيدروا أكثر تماشيا و اتفاقا مع احتياجات و اعتبارات التجارة الدولية ، و يظهر هذا التفوق فى جوانب متعددة بينها الدراسة منها :-

١ - معالجة مبادئ اليونيدروا لنظام أولويات التنفيذ بشكل أكثر تفصيلا مما اتبعته اتفاقية فيينا .

٢ - وضعت مبادئ اليونيدروا قواعد دقيقة للغاية و ذلك عند تنظيمها لطرق و عملة الدفع ، و فى المقابل لم تضع اتفاقية فيينا قواعد منظمة لهذه المسائل على الرغم من أهميتها فى البيوع الدولية .

٣ - نصت مبادئ اليونيدروا على قواعد تضع حلا للمشكلات التى قد تحدث فيما يتعلق بتحديد أولوية أوجه الدفع فى الالتزامات النقدية و تحديد أولوية أوجه الوفاء فى الالتزامات غير النقدية ، و فى المقابل لم تنص اتفاقية فيينا على قواعد فى هذا الشأن و ذلك على الرغم من أهمية ذلك .

٤ - واجهت مبادئ اليونيدروا الحالة التى يكون فيها صحة العقد أو تنفيذه متوقفا على الإذعان لمتطلبات الحصول على ترخيص عام ، و نصت المبادئ على قواعد تفصيلية تضع حولا محددة للمسائل التى تنشأ عن هذه الحالة ، مثل من الذى يقع عليه عبء تقديم طلب الترخيص و كذلك وقت تقديم الطلب و أيضا النتائج القانونية المترتبة على الإخفاق فى الحصول على القرار الإدارى فى الوقت المطلوب و الآثار

القانونية لحالة رفض طلب الترخيص ، و فى المقابل لم تنص اتفاقية فيينا على قواعد تعالج مثل هذه المسائل .

٥ - عالجت مبادئ اليونيدروا بنص صريح مسألة بنود أو شروط الإعفاء من المسؤولية ، و فى المقابل لم تعالج اتفاقية فيينا هذه المسألة و ذلك على الرغم من شيوع استخدام هذه الشروط فى التعامل فى العقود التجارية الدولية و كثرة اختلاف الأطراف بشأن نطاق تطبيقها عند تنفيذ العقد .

٦ - وضعت مبادئ اليونيدروا قواعد تفصيلية تحكم مسألة استحقاق الفوائد، خاصة فيما يتعلق بتحديد الواضح لطريقة تعيين سعر الفائدة و كذلك تاريخ بداية استحقاق الفوائد ، و فى المقابل نجد أن هناك قصور فى اتفاقية فيينا فى تنظيم هذه المسائل .

٧ - وضعت مبادئ اليونيدروا قواعد تنظم أسلوب التعويض النقدي و عملة تقدير التعويضات ، و فى المقابل لم تتعرض اتفاقية فيينا لهذه المسائل على الرغم من أهميتها فى مجال البيوع الدولية خاصة مسألة العملة التى تقدر بها التعويضات .

٨ - لم تتعرض اتفاقية فيينا لمسألة وجود اتفاق مسبق بين المتعاقدين على تقدير التعويض المستحق فى حالة عدم تنفيذ المدين لالتزامه أو التأخر فيه ، و هو ما يطلق عليه التعويض الاتفاقي أو الشرط الجزائى ، و ذلك على الرغم من تكرار استخدام هذه الشروط فى البيوع الدولية ، و فى المقابل عالجت مبادئ اليونيدروا بنص صريح موضوع التعويض الاتفاقي (الشرط الجزائى) عن عدم التنفيذ .

سابعا : التوصيات و المقترحات

ندعو المعهد الدولى لتوحيد القانون الخاص "معهد روما" الى إنشاء مركز أو قسم بالمعهد يضم عددا من الخبراء المتميزين للإجابة على طلبات التفسير التى تقدم له بخصوص الشكوك و التى قد تحدث فيما يتعلق بالمعنى

الدقيق أو الصحيح لمضمون مبادئ اليونيدروا ، بحيث يستطيع القضاة و المحكمون و المتعاقدون و الباحثون و كل من لهم احتكاك و اهتمام بالمبادئ الحصول على هذا التفسير و بما يضمن بالفعل التوحيد الحقيقى فى فهم و تفسير مبادئ اليونيدروا .

كما ندعو المشرع المصرى الى الاستعانة بمبادئ اليونيدروا فى تطوير قانون التجارة المصرى ، فالتجارة تحتاج الى قواعد خاصة بها تتسم بالسرعة و تيسر الائتمان و تدعم الثقة فى التعامل التجارى ، كما أن التنمية و التجارة تشكلان أحد الركائز الرئيسية التى يقوم عليها اقتصادنا الوطنى . وإعمالا لذلك فقد تم الإشارة خلال الدراسة الى عدد من المقترحات فى سياق هذا التطوير ، و من أمثلة ذلك تدخل المشرع لوضع نصا صريحا ينظم الإخلال المبتسر خاصة فى مجال العقود التجارية ، وكذلك دعوة المشرع الى النص على استقلال الشرط الجزائى عن شروط العقد الأخرى فيبقى ساريا حتى بعد فسخ العقد .

و نقترح أن تتبنى جامعة الدول العربية مبادئ اليونيدروا و تعمل على نشر المعرفة القانونية بالمبادئ و التأكيد على أهمية و قيمة هذه المبادئ فى تنظيم عقود التجارة الدولية ، و توصى بالرجوع إليها باعتبارها القانون الذى يحكم العقود التجارية بين الدول العربية أو رعاياها ، مما يساعد على العلم المسبق بالقواعد التى تحكم هذه العقود و بالتالى تقليص نطاق المنازعات التى قد تحدث بين الأطراف العربية ، و ما لذلك من أثر فى زيادة حجم التبادل التجارى بين الدول العربية بدلا من الحجم المحدود للغاية حاليا و الذى يدعو للأسى بالمقارنة مع حجم التجارة بين البلاد العربية و العالم الخارجى. فتيسير جريان التجارة بين البلاد العربية ضروريا للتقدم و الازدهار المنشود للشعوب العربية .

و نظرا لأن معظم منازعات العقود الدولية بين البلاد العربية و العالم الخارجى تخضع حاليا للتحكيم ، فإننا ندعو الى اختيار مبادئ اليونيدروا بوصفها القانون الواجب التطبيق على العقد بدلا من الرجوع الى قانون دولة

الطرف الأجنبي فى العقد أو الإحالة الى المبادئ المشتركة أو تلك التى أقرتها الأمم المتحدة .

وأخيرا : فإن الباحث يأمل فى أن يكون قد وفق قدر الإمكان بهذا الجهد المتواضع فى تحقيق الهدف من رسالته و هو الإسهام فى تحقيق المعرفة القانونية بالأحكام العامة التى تقوم عليها مبادئ العقود التجارية الدولية (اليونيدروا) ، والإحاطة بالأحكام الخاصة لمرحلة تنفيذ العقد والنتائج والجزاءات المترتبة على عدم التنفيذ والتى تعتبر من أهم وأدق المسائل فى العقود التجارية الدولية .

تم بحمد الله و توفيقه

قائمة المراجع

أولاً : مراجع باللغة العربية

- (١) د. إبراهيم أحمد إبراهيم - التحكيم الدولي الخاص - الطبعة الثالثة - دار النهضة العربية - القاهرة - ٢٠٠٠ .
- (٢) د. أبو العلا على أبو العلا النمر - دراسة تحليلية لمبادئ معهد روما "اليونيدروا" المتعلقة بعقود التجارة الدولية - الطبعة الأولى - دار النهضة العربية - ٢٠٠٠ .
- (٣) د. أبو زيد رضوان - دروس فى القانون التجارى - " نظرية الأعمال التجارية ، التاجر ، موجز فى الشركات و الأوراق التجارية " - ج أ - بدون اسم ناشر - ١٩٨٢/١٩٨٣ .
- (٤) د. أحمد حسنى - البيوع البحرية - دراسة لعقود التجارة البحرية الدولية سيف و فوب - الطبعة الثانية - منشأة المعارف بالإسكندرية - ١٩٨٣ .
- (٥) د. أحمد سلامة - مذكرات فى نظرية الالتزام - الكتاب الأول - مصادر الالتزام - بدون اسم ناشر - ١٩٧٥ .
- (٦) د. أحمد شرف الدين - التحكيم الداخلى و التحكيم الدولى فى قانون التحكيم الجديد (معايير التمييز و أهميته) - بحث موجود ضمن أعمال مؤتمر القانون المصرى الجديد للتحكيم التجارى و تجارب الدول المختلفة التى اعتمدت القانون النموذجى - نظمه مركز القاهرة الاقليمى للتحكيم التجارى الدولى بالاشتراك مع لجنة الأمم المتحدة لقانون التجارة الدولى (اليونسترال) - القاهرة - فندق شيراتون القاهرة - يومى ١٢ ، ١٣ سبتمبر ١٩٩٤ .
- (٧) د. أحمد شرف الدين - عقود التجارة الالكترونية " تكوين العقد و إثباته " - دروس الدكتوراه لدبلومى القانون الخاص و قانون التجارة الدولية - بدون ناشر و سنة طبع .
- (٨) د. أحمد شرف الدين - نظرية الالتزام - الجزء الأول - مصادر الالتزام - الكتاب الأول - المصادر الإرادية (العقد- الإرادة المنفردة) - بدون اسم ناشر - ٢٠٠٣ .

- (٩) د. أحمد شرف الدين - نظرية الالتزام - الجزء الثانى - أحكام الالتزام - بدون اسم ناشر - ٢٠٠٢ .
- (١٠) د. أحمد شوقي محمد عبد الرحمن - مصادر الالتزام الإرادية و غير الإرادية - دراسة فقهية و قضائية - منشأة المعارف بالإسكندرية - ٢٠٠٢ .
- (١١) د. أحمد صادق القشيري - الاتجاهات الحديثة فى تعيين القانون الذى يحكم العقود الدولية - محاضرة منشورة بالمجلة المصرية للقانون الدولى - المجلد الحادى و العشرون - ١٩٦٥ .
- (١٢) د. أحمد صالح مخلوف - اتفاق التحكيم كأسلوب لتسوية منازعات التجارة الدولية - رسالة دكتوراه - حقوق القاهرة - ٢٠٠٠ .
- (١٣) د. أحمد عبد الكريم سلامة - قانون التحكيم التجارى الدولى و الداخلى - الطبعة الأولى - دار النهضة العربية - القاهرة - ٢٠٠٤ م .
- (١٤) د. أحمد عبد الكريم سلامة - مبادئ القانون الدولى الخاص الإسلامى المقارن - دار النهضة العربية - القاهرة - ١٩٨٩ .
- (١٥) د. أحمد عبد الكريم سلامة - نظرية العقد الدولى الطليق - بين القانون الدولى الخاص و قانون التجارة الدولية - دراسة تأصيلية انتقادية - دار النهضة العربية - القاهرة - ١٩٨٩ .
- (١٦) د. أحمد عبد الكريم سلامة - علم قاعدة التنازع و الاختيار بين الشرائع "أصولا و منهجا" - الطبعة الأولى - مكتبة الجلاء الجديدة - المنصورة - ١٩٩٦ .
- (١٧) د. أحمد قسمت الجداوى - تنازع القوانين فى شأن قابلية النزاع للتحكيم - بحث مقدم إلى مؤتمر القانون المصرى الجديد للتحكيم التجارى و تجارب الدول المختلفة التى اعتمدت القانون النموذجى - نظمه مركز القاهرة الاقليمى للتحكيم التجارى الدولى بالاشتراك مع لجنة الأمم المتحدة لقانون التجارة الدولى (اليونسترال) - القاهرة - فندق شيراتون القاهرة - يومى ١٢ ، ١٣ سبتمبر ١٩٩٤ .

- (١٨) د. أحمد قسمت الجداوى - مبادئ الاختصاص القضائى الدولى و تنفيذ الأحكام الأجنبية - دار النهضة العربية - القاهرة - طبعة ١٩٧٢ .
- (١٩) د. أحمد محمود حسنى - قضاء النقض التجارى - منشأة المعارف - الإسكندرية - طبعة ٢٠٠٠ .
- (٢٠) د. إسماعيل غانم - فى النظرية العامة للالتزام - الجزء الثانى - أحكام الالتزام و الإثبات - مكتبة عبد الله وهبة - عابدين مصر - ١٩٦٧ .
- (٢١) د. أكثم أمين الخولى - الموجز فى القانون التجارى - الجزء الأول - مطبعة المدنى القاهرة - طبعة ١٩٧٠ .
- (٢٢) د. أنور سلطان - النظرية العامة للالتزام - أحكام الالتزام - دار الجامعة الجديدة للنشر - الإسكندرية - ٢٠٠٥ .
- (٢٣) د. ثروت حبيب - دراسة فى قانون التجارة الدولية مع الاهتمام بالبيوع الدولية " اتفاقية فيينا لبيوع ١٩٨٠ " - الطبعة الثانية - مكتبة الجلاء الجديدة - المنصورة - ١٩٩٥ .
- (٢٤) د. جلال على العدوى - أصول الالتزامات - مصادر الالتزام - منشأة المعارف بالإسكندرية - ١٩٩٧ .
- (٢٥) د. جلال محمد إبراهيم - النظرية العامة للالتزام - القسم الثانى - أحكام الالتزام - بدون اسم ناشر - ٢٠٠١ / ٢٠٠٢ .
- (٢٦) د. جميل الشرقاوى - النظرية العامة للالتزام - الكتاب الأول - مصادر الالتزام - دار النهضة العربية - القاهرة - ١٩٨١ .
- (٢٧) د. جميل الشرقاوى - النظرية العامة للالتزام - الكتاب الثانى - أحكام الالتزام - دار النهضة العربية - القاهرة - ١٩٩٢ .
- (٢٨) د. حسام الدين كامل الأهوانى - النظرية العامة للالتزام - الجزء الأول - المجلد الأول - المصادر الإرادية للالتزام - بدون اسم ناشر - ٢٠٠٠ .

- (٢٩) د. حسام الدين كامل الأهوانى - النظرية العامة للالتزام - الجزء الثانى - أحكام الالتزام - بدون اسم ناشر - ١٩٩٦ .
- (٣٠) د. حسام الدين عبد الغنى الصغير - تفسير اتفاقية الأمم المتحدة بشأن عقود البيع الدولى للبضائع - دار الفكر الجامعى - الإسكندرية - بدون سنة طبع .
- (٣١) د. حسنى المصرى - دروس فى القانون التجارى - نظرية الأعمال التجارية - دار النهضة العربية - القاهرة - ١٩٨٥/٨٤ .
- (٣٢) د. حفيظة السيد الحداد - الطعن بالبطلان على أحكام التحكيم الصادرة فى المنازعات الخاصة الدولية - دراسة تحليلية و انتقادية لأحكام القانون المصرى رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ بشأن التحكيم فى المواد المدنية و التجارية - دار الفكر الجامعى - الإسكندرية - بدون سنة طبع .
- (٣٣) د. حمدى عبد الرحمن - الوسيط فى النظرية العامة للالتزامات - الكتاب الأول - المصادر الإرادية للالتزام - العقد و الإرادة المنفردة - الطبعة الأولى - دار النهضة العربية - القاهرة - ١٩٩٩ .
- (٣٤) د. خالد محمد القاضى - موسوعة التحكيم التجارى الدولى - الطبعة الأولى - دار الشروق - القاهرة - ٢٠٠٢ م .
- (٣٥) د. رضا السيد عبد الحميد - القانون التجارى - الجزء الثانى - عمليات البنوك وفقا للقانون رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ - بدون اسم ناشر - ٢٠٠٢ .
- (٣٦) د. رمضان أبو السعود - النظرية العامة للالتزام - مصادر الالتزام - دار المطبوعات الجامعية - الإسكندرية - ٢٠٠٢ .
- (٣٧) د. سامى عبد الباقي أبو صالح - قانون الأعمال "وفقا لقانون التجارة الجديد رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩" - دار النهضة العربية - القاهرة - الطبعة الثانية - ٢٠٠٣/٢٠٠٤ .

- (٣٨) د. سعيد الجدار - عقد نقل البضائع فى القانون التجارى الجديد رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ - دار المطبوعات الجامعية - الإسكندرية - ٢٠٠٠ .
- (٣٩) د. سعيد سعد عبد السلام - مصادر الالتزام المدنى - الطبعة الأولى - دار النهضة العربية - القاهرة - ٢٠٠٣/٢٠٠٢ .
- (٤٠) د. سلامة فارس عرب - وسائل معالجة اختلال توازن العقود الدولية فى قانون التجارة الدولية - الطبعة الأولى - بدون اسم ناشر - ١٩٩٩ .
- (٤١) د. سليمان مرقس - أصول الالتزامات - الجزء الأول - فى مصادر الالتزام - مطابع دار النشر للجامعات المصرية - القاهرة - ١٩٦٠ .
- (٤٢) د. سليمان مرقس - شرح القانون المدنى - العقود المسماة - المجلد الأول - عقد البيع - الناشر: عالم الكتب - القاهرة - ١٩٨٠ .
- (٤٣) د. سميحة القليوبى - الأوراق التجارية - دار النهضة العربية - القاهرة - ٢٠٠٥ .
- (٤٤) د. سميحة القليوبى - الوسيط فى شرح القانون التجارى المصرى - الجزء الأول - دار النهضة العربية - القاهرة - ٢٠٠٥ .
- (٤٥) د. سميحة القليوبى - شرح قانون التجارة المصرى رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ - العقود التجارية وعمليات البنوك - الطبعة الثالثة - دار النهضة العربية - القاهرة - ٢٠٠٠ .
- (٤٦) د. سمير الشرقاوى - مفهوم الدولية و التجارية وفقا للقانون المصرى الجديد للتحكيم - بحث مقدم إلى مؤتمر القانون المصرى الجديد للتحكيم التجارى و تجارب الدول المختلفة التى اعتمدت القانون النموذجى - نظمه مركز القاهرة الاقليمى للتحكيم التجارى الدولى بالاشتراك مع لجنة الأمم المتحدة لقانون التجارة الدولى (اليونسترال) - القاهرة - فندق شيراتون القاهرة - يومى ١٢، ١٣ سبتمبر ١٩٩٤ .
- (٤٧) د. السيد عيد نايل - عقد البيع - دار النهضة العربية - القاهرة - ٢٠٠١ .

- (٤٨) د. عبد الحميد الشواربى - الالتزامات و العقود التجارية وفقا لقانون التجارة رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ - منشأة المعارف بالإسكندرية - بدون سنة طبع.
- (٤٩) د. عبد الحى حجازى - النظرية العامة للالتزام - الجزء الثانى - مصادر الالتزام - الناشر مكتبة عبد الله وهبه - عابدين مصر - بدون سنة طبع .
- (٥٠) د. عبد الرازق أحمد السنهورى - " الوسيط فى شرح القانون المدنى " - الجزء الرابع - العقود التى تقع على الملكية - البيع والمقايضة - الطبعة الثانية - قام بتنقيحها المستشار / مصطفى محمد الفقى - دار النهضة العربية - القاهرة - ١٩٨٦ .
- (٥١) د. عبد الرازق أحمد السنهورى - الوسيط فى شرح القانون المدنى - الجزء الثالث - نظرية الالتزام بوجه عام - المجلد الثانى - انقضاء الالتزام - نسخة منقحة للمستشار مصطفى محمد الفقى - دار النهضة العربية - القاهرة - ١٩٨٤ .
- (٥٢) د. عبد الرازق أحمد السنهورى - الوسيط فى شرح القانون المدنى - رقم ١ - نظرية الالتزام بوجه عام - مصادر الالتزام - المجلد الأول - العقد - الطبعة الثالثة - نسخة منقحة من المستشار مصطفى محمد الفقى ، د/ عبد الباسط جمعى - دار النهضة العربية - القاهرة - ١٩٨١ .
- (٥٣) د. عبد الرشيد مأمون - الوجيز فى النظرية العامة للالتزامات - الكتاب الأول - مصادر الالتزام - دار النهضة العربية - القاهرة - بدون سنة طبع .
- (٥٤) د. عبد الفتاح عبد الباقي - نظرية العقد والإرادة المنفردة - بدون اسم ناشر - طبعة ١٩٨٤ .
- (٥٥) د. عبد المنعم البدر اوى - النظرية العامة للالتزامات فى القانون المدنى - الجزء الثانى - أحكام الالتزام - مكتبة سيد عبد الله وهبة - القاهرة - ١٩٧٥ .
- (٥٦) د. عبد المنعم فرج الصدة - مصادر الالتزام - دار النهضة العربية - القاهرة - ١٩٨٦ .

- (٥٧) د. على جمال الدين عوض - الشيك فى قانون التجارة - دار النهضة العربية - القاهرة - ١٩٩٨ .
- (٥٨) د. على حسن يونس - القانون التجارى - دار الفكر العربى - طبعة ١٩٥٩ .
- (٥٩) د. على سيد قاسم - قانون الأعمال - الجزء الثالث - وسائل الانتماء التجارى و أدوات الدفع فى القانون رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ - الأوراق التجارية - الطبعة الرابعة - دار النهضة العربية - القاهرة - بدون سنة طبع .
- (٦٠) د. على نجيدة - النظرية العامة للالتزام - الكتاب الأول - مصادر الالتزام - دار النهضة العربية - القاهرة - ٢٠٠٤/٢٠٠٥ .
- (٦١) د. عماد الشريبنى - القانون التجارى الجديد لسنة ١٩٩٩ - الكتاب الأول - الالتزامات والعقود التجارية - بدون اسم ناشر - ٢٠٠٠/١٩٩٩ م .
- (٦٢) د. فايز نعيم رضوان - العقود التجارية و عمليات البنوك - الطبعة الثانية - دار أم القرى - المنصورة - ١٩٩٦ .
- (٦٣) د. فايز نعيم رضوان - مبادئ القانون التجارى " طبقا لأحكام قانون التجارة الجديد رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ " - دار النهضة العربية - القاهرة - الطبعة الثانية - ٢٠٠٠ / ٢٠٠١ .
- (٦٤) د. فتحى عبد الرحيم عبد الله - الوجيز فى النظرية العامة للالتزامات - الكتاب الثانى - أحكام الالتزام - مكتبة الجلاء الجديدة - المنصورة - ١٩٨٩ .
- (٦٥) مجلة المحاماة - ملحق تشريعات - قانون التجارة و المذكرة الإيضاحية - الجزء الأول - يونيه ١٩٩٩ .
- (٦٦) د. محسن شفيق - اتفاقية الأمم المتحدة بشأن البيع الدولى للبضائع (دراسة فى قانون التجارة الدولى) - دار النهضة العربية - القاهرة - بدون سنة طبع .

- (٦٧) المستشار/ محمد إبراهيم خليل - قانون التجارة الجديد وأعماله التحضيرية - معلقا على نصوصه بآراء الفقه وأحكام القضاء - طبعة نادى القضاة - ١٩٩٩/٢٠٠٠ .
- (٦٨) د. محمد حسام محمود لطفى - النظرية العامة للالتزام - المصادر ، الأحكام ، الإثبات - بدون اسم ناشر - القاهرة - ٢٠٠٧ .
- (٦٩) د. محمد حسين منصور - النظرية العامة للالتزام - أحكام الالتزام - دار الجامعة الجديدة - الإسكندرية - ٢٠٠٦ .
- (٧٠) د. محمد شتا أبو سعد - المشكلات العملية فى التنفيذ العيى للالتزام والغرامة التهديدية والإكراه البدنى - منشأة المعارف بالإسكندرية - بدون سنة طبع .
- (٧١) د. محمد شكرى سرور - موجز الأحكام العامة للالتزام (فى القانون المدنى المصرى) - الطبعة الأولى - دار الفكر العربى - القاهرة - ١٩٨٥/١٩٨٤ .
- (٧٢) د. محمد صالح - شرح القانون التجارى المصرى - الجزء الأول - الطبعة الرابعة - مطبعة فتح الله إلياس نورى و أولاده بمصر - ١٩٣٨ .
- (٧٣) د. محمد لبيب شنب - دروس فى نظرية الالتزام - "الإثبات ، أحكام الالتزام" - بدون اسم ناشر - ١٩٧٤ .
- (٧٤) د. محمد محسوب عبد المجيد درويش - قانون التجار الدولى " Lex mercatoria " - بحث تأصيلى فى النظام القانونى للتجارة الدولية - دار النهضة العربية - ١٩٩٥ .
- (٧٥) د. محمود السيد عبد المعطى خيال - عقد البيع - بدون اسم ناشر - ١٩٩٧/١٩٩٨ م .
- (٧٦) د. محمود جمال الدين زكى - نظرية الالتزام فى القانون المدنى المصرى - الجزء الثانى - فى أحكام الالتزام - مطبعة جامعة القاهرة - ١٩٧٤ .

- (٧٧) د/ محمود عبد الرحمن محمد - الاستغلال والغبن فى العقود ودورهما فى إقامة التوازن بين الأداءات العقدية - دار النهضة العربية - القاهرة - بدون سنة طبع .
- (٧٨) د. محمود سمير الشرقاوى - الالتزام بالتسليم فى عقد بيع البضائع - دار النهضة العربية - القاهرة - ١٩٩١ .
- (٧٩) د. مختار بريرى - التحكيم التجارى الدولى - دار النهضة العربية - القاهرة - ١٩٩٥ .
- (٨٠) د. مصطفى الجمال - أحكام الالتزام - الفتح للطباعة والنشر - ٢٠٠٠ .
- (٨١) د. مصطفى عبد السيد الجارحى - فسخ العقد - دراسة مقارنة فى القانونين المصرى والفرنسى - الطبعة الأولى - دار النهضة العربية - القاهرة - ١٩٨٨ .
- (٨٢) د. مصطفى محمد الجمال ، د/ عكاشة محمد عبد العال - التحكيم فى العلاقات الخاصة الدولية و الداخلية - " وضع التحكيم فى النظام القانونى الكلى - اتفاق التحكيم - خصومة التحكيم " - الجزء الأول - الطبعة الأولى - الفتح للطباعة و النشر - الإسكندرية - ١٩٩٨ .
- (٨٣) د. منصور مصطفى منصور ، د/ جلال محمد إبراهيم - الوجيز فى مصادر الالتزام - بدون اسم ناشر - ٢٠٠١ / ٢٠٠٢ .
- (٨٤) د. منير عبد المجيد - الأسس العامة للتحكيم الدولى و الداخلى - منشأة المعارف بالإسكندرية - سنة ٢٠٠٠ .
- (٨٥) د. ناجى عبد المؤمن ، د/ رفعت فخرى - مبادئ القانون التجارى الجديد - الجزء الأول " الأعمال التجارية، التاجر، المحل التجارى، النظرية العامة للشركة، شركات الأشخاص " - طبعة ٢٠٠٢ م .
- (٨٦) د. نبيل إبراهيم سعد - النظرية العامة للالتزام - مصادر الالتزام - دار الجامعة الجديدة - الإسكندرية - ٢٠٠٤ .
- (٨٧) د. هشام على صادق - القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية - دار الفكر الجامعى - الإسكندرية - طبعة ٢٠٠١ .

ثانيا : مراجع أجنبية

- (1)** ALFONSIN – Contribution a l'etude de la relation Juridique en Droit International Prive – Melanges offerts a Jacques Maury – tome 1 – PARIS – 1960 .
- (2)** AUDIT (Bernard) – " La vente internationale de marchandises , Convention des Nations , Unies du 11 avril 1980 " – Droit des Affaires – L.G.D.J. – PARIS - 1990 .
- (3)** BARALDI (M.) – Il governo giudiziario della discrezionalità Contrattuale – Contratto e Impresa – 2005 .
- (4)** BATIFFOL (H.) - Encyclopedie juridique – Dalloz – repertoire de droit International – Tome 1 – 1968 .
- (5)** BATIFFOL (H.) – Le Pluralisme des methods en Droit International Prive - Recueil des cours – La Haye – tome 139 – 1973 .
- (6)** BERAUDO (Jean – paul),KAHN (philippe) – "Le nouveau droit de la vente internationale de marchandises convention de vienne 11 avril 1980" – Marches Internationaux, Aout – Septembre 1989 – Chambre de Commerce et d'industrie de Paris .
- (7)** BERAUDO (Jean-Paul) – Les principes d'Unidroit relatifs, au droit du Commerce International , la semaine juridique – J.C.P.ed.G.no. 18 – 3 mai 1995 - Doctrine 3842 .
- (8)** BERNARDINI (P.) – Hardship e Force Majeure – Bonell (M.J.) / Bonelli (F.) (eds.) – Contratti Commerciali

Internazionali e Principi UNIDROIT – Giuffrè – Milano - 1997 .

(9) BLASÉ (F.) - proposing a New Road Map for an old Minefield - The Determination of the Rules Governing the Substance of the Dispute in International Commercial Arbitration - in 20 Journal of International Arbitration – 2003.

(10) BONELL (M.J.) – A 'Global' arbitration decided on the basis of the UNIDROIT Principles : In re Andersen Consulting Business Unit Member Firms v. Arthur Andersen Business Unit Member Firms and Andersen Worldwide Societe Cooperative – 17 Arbitration International - 2001 .

(11) BONELL (M.J.) – An International Restatement of Contract Law "The UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts" – 3d ed. - Transnational Publications Inc. – Ardsely – New York – 2005 .

(12) BONELL (M.J.) – Soft Law and party Autonomy – The Case of the UNIDROIT Principles – 51 Loyola Law Review – 2005 .

(13) BONELL (Michael Joachim) – The New Edition of the Principles of International Commercial Contracts adopted by the International Institute for the Unification of Private Law – Uniform Law Review / Revue De Droit Uniforme – 2004 .

(14) BONELL (Michael Joachim) – The UNIDROIT Principles as a means of Interpreting and Supplementing International Uniform Law – ICC International Court of

Arbitration – Special Supplement – Bulletin – International Chamber of Commerce – 2002 .

(15) BRASSEUR (P.), FONTAINE (M.) (ed.) – Le processus de formation du Contrat – Bruylant – Bruxelles – 2002 .

(16) CARTER (J.W.) - "Party autonomy and statutory regulation: Sale of Goods" - Journal of Contract Law - volume 6 – Number 2 – August 1993 .

(17) CIRIELLI (S. E.) – Clausola di Hardship e adattamento nel Contratto Commerciale Internazionale – Contratto e Impresa / Europa – 1998 .

(18) DAVID (Rene) - "L' Arbitrage dans le Commerce International"- Economica – Paris – 1982 .

(19) DERAINS (Y.) - Journal du Droit International – 1998.

(20) DRAETTA (U.) – Les Clauses de Force Majeure et de Hardship dans les Contrats Internationaux – 15 Diritto del Commercio Internazionale – 2001.

(21) EL KOCHERI (A. S.) – La Notion de Contrat International – these – Rennes - 1962 .

(22) ENDERLEIN (Fritz) , MASKOW (Dietrich) – International Sales Law , United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods – Oceana Publications – New York – London – Rome – 1992 .

(23) ERIK (Layme) - Annuaire de l'institute de droit int. session de Bale – volume 64 – II – A. pedone- PARIS – 1992.

(24) ESCARRA – " Cours de droit Commercial " – PARIS – 1951 .

(25) FARNSWORTH (E.A.) – Duties of Good Faith and Liability for Bad Faith Under the UNIDROIT Principles – Relevant International Conventions and National Laws – 3 Tulane Journal of International and Comparative Law - n. 1/2– 1994.

(26) FERRARI (F.) – Le champ d'application des principes pour les Contrats Commerciaux internationaux elabores par UNIDROIT – revue international De droit compare – No.4 – 1996 .

(27) FERRI (G.B.) – Il ruolo dell'autonomia delle parti e la rilevanza degli usi Nei Principi UNIDROIT – Bonell M.J. / Bonelli F. (eds.) – Contratti Commerciali Internazionali e Principi UNIDROIT – Giuffre – Milano– 1997 .

(28) FERRI (G.B.) – L'invisibile presenza della causa del contratto – Europa e diritto privato – 2002 .

(29) FONTAINE (M.) – Les dispositions relatives au Hardship et a la Force Majeure - Bonell (M.J.) / Bonelli (F.) eds.- Contratti Commerciali e Principi UNIDROIT - Giuffre – Milano – 1997 .

(30) FONTAINE (M.) – "Païement" et "Performance" - Reflexions sur les difficultes Du dialogue Comparatif a propos des Principes d'UNIDROIT – Melanges en L'honneur de denis Tallon – D'ici , d'ailleurs: harmonization et

dynamique du Droit – PARIS – Societe de legislation compare – 1999 .

(31) FONTAINE (M.) – Les clauses exoneratoires et les indemnites contractuelles dans les Principes d'UNIDROIT: Observations critiques – Uniform Law Review / Revue de Droit Uniforme – 1998 .

(32) FOUCHARD (Ph.)- Quand un Arbitrage est-il International? – Revue de Arbitral – 1970 .

(33) FRANCOIS (Dessemontet) – Use of the UNIDROIT Principles to Interpret and Supplement Domestic Law - ICC International Court of Arbitration – Special Supplement – Bulletin – International Chamber of Commerce - 2002 .

(34) GOLDMAN (B.)– Frontieres du droit et lex mercatoria - Archives de philosophie du Droit - volume IX – 1964 .

(35) GOTANDA (J.Y.) – Recovering lost profits in International Disputes – 36 Georgetown Journal of International Law – 2004 .

(36) HAMEL (Joseph) , LAGARDE (Gaston) et JAUFFRET (Alfred) - " Droit Commercial " – TOME 1 – 2 e Edition– 1 er Volume – Dalloz –1980 .

(37) HARTKAMP (A.S.) – The Concept of Good Faith in the UNIDROIT Principles For International Commercial Contracts – 3 Tulane Journal of International and Comparative Law – n. 1/2 – 1994 .

- (38)** HEUZE (Vincent) – " La vente internationale de marchandises, Droit Uniforme "- GLN , Joly editions – PARIS – 1992 .
- (39)** HEUZE (Vincent) - "La reglementation francaise des Contrats Internationaux" - Etude critique des methodes – GLN editions - Paris – 1990.
- (40)** HOLLEAUX (D.) , FOYER (J.) et De La Pradelle (G.) – Droit International Prive - Masson – 1987 .
- (41)** ICC International Court of Arbitration - Bulletin – Vol. 10 – No. 2 – Fall 1999 .
- (42)** ICC International Court of Arbitration - Bulletin - Vol. 12 - No. 2 - Fall 2001.
- (43)** ICC International Court of Arbitration – Special Supplement – Bulletin - International Chamber of Commerce - 2002 .
- (44)** ICC International Court of Arbitration - Bulletin – Special Supplement - 2005 .
- (45)** International Legal Materials - T. 17 – January – 1978.
- (46)** JACQUET (Jean-Michel) – Principe d'autonomie et Contrats Internationaux - Economica – PARIS – 1983 .
- (47)** JENKINS (S.H.) – Exemption for Non-performance: UCC, CISG, UNIDROIT Principles – A Comparative Assessment – 72 Tulane Law Review – n. 6 – 1998 .

- (48) KASSIS (Antoine) – Le nouveau Droit Europeen des Contrats Internationaux – L.G.D.J. – PARIS – 1993 .
- (49) KEGAL (G.) - The crisis of conflict of law – Recueil des cours des La Haye - Tome 112 – volume II – 1964 .
- (50) KESSEDJIAN (Catherine) – une exercice de renovation des sources du Droit des contrats du commerce international – les principes proposes par L'Unidroit – rev. crit. – 1995 .
- (51) KRITZER (Albert H.) – "Guide to practical Applications of the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods" – kluwer law and Taxation Publishers–Deventer – Boston –1989 .
- (52) LANDO (O.) – The Role of party Autonomy and the Relevance of Usages - Bonell M.J./ Bonelli F. (eds.) – Contratti Commerciali Internazionali e Principi UNIDROIT – Giuffre – Milano - 1997 .
- (53) LARROUMET (Christian) – La valeur des Principes d'Unidroit applicable aux Contrats du Commerce International – JCP – ed. G. no.14 – 2 avril 1997- Doctrine 4011 .
- (54) LAURENT (F.) - "Droit Civil International" -Tome 8 – Bruxelles - PARIS – 1882 .
- (55) LEHRBERG (B.) – Renegotiation Clauses- the doctrine of assumptions and Unfair Contract terms – European Review of Private Law – n. 3 – 1998 .

(56) LOOKOFSKY (J.)– The Limits of Commercial Contract Freedom "Under The UNIDROIT Restatement and Danish Law" – The American Journal of Comparative Law – 1998.

(57) LOUSSOUARN (Yvon) et BOUREL (Pierre) – Droit International Prive – Dallos – PARIS -1978 .

(58) LOUSSOUARN (Yvon) et BREDIN (Jean Denis) - "Droit du Commerce International" - Sirey – Preface de Henri BATIFFOL – PARIS – 1969 .

(59) MASKOW (D.) – Hardship and Force Majeure – 40 American Journal of Comparative Law – n. 3 – 1992 .

(60) MAYER (Pierre) – Droit international prive – 4 edition – Montchrestien - PARIS – 1991.

(61) MONFELI (T.) – Il diritto alla correzione dell'inadempimento dal diritto nordamericano ai Principi UNIDROIT – Diritto del Commercio Internazionale – n. 2 – 1999 .

(62) NGUYEN, (M.H.) – Les Principes UNIDROT: jurisprudence et experiences pour le Vietnam – Revue de Droit des Affaires Internationles / International Business Law – No. 5/2005 .

(63) OPPETIT (B.) – Le droit international prive droit savant – Recueil des cours - La Haye – Tome 234 – volume III – 1992 .

(64) PERILLO (J.M.) – Force Majeure and Hardship under the UNIDROIT Principles of International Commercial

Contracts – 5 Tulane Journal of International & Comparative Law – 1997 .

(65) PLANTARD (Jean – Pierre) – "Un nouveau droit uniforme de la vente internationale: La convention des Nations Unies du 11 avril 1980 " – Journal du Droit International – No. 2 – 1988 .

(66) POMMIER (Jean-Christophe) - Principe D'Autonomie et loi du Contrat en Droit International Prive Conventionnel - Preface Yvon LOUSSOUARN – Economica – Paris –1992 .

(67) PRADO (M.C.A.) – La theorie du Hardship dans les Principes de l'UNIDROIT Relatifs aux Contrats du Commerce International – Une approche comparative des Principes et les solutions adoptees par le Droit Francais – Diritto del Commercio Internazionale – 1997 .

(68) RIMKE (J.) – Force Majeure and Hardship : Application in International Trade practice with Specific Regard to the CISG and the UNIDROIT Principles of International Contracts – Revue of the Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG) – 1999 / 2000 .

(69) RIPERT (Georges) - " La Regle Morale dans Les Obligations Civiles " – L.G.D.J.– 4 ed – Paris – 1949.

(70) RIPERT (Georges) et ROBLOT (Rene) "Traite De Droit Commercial"- Tome 1 – 13 e EDITION – L.G.D.J. – PARIS – 1989 .

(71) ROBERT BRINER – Chairman ICC International Court of Arbitration – Special Supplement - ICC International Court of Arbitration - Bulletin – International Chamber of Commerce – 2002 .

(72) RODNER (J.O.) – Taux d'interet applicable dans l'Arbitrage International(Principes d'UNIDROIT,article7-4-9) - ICC International Court of Arbitration - Bulletin – Vol. 15 - No.1 – 2004 .

(73) SAIDOV (D.) - Anticipatory Non-performance and Underlying Values of the UNIDROIT Principles – Uniform Law Review – 2006 .

(74) SCHLECHTRIEM (Peter) – Uniform Sales Law , The UN-Convention on Contracts For the International Sale of Goods – Vienna – 1986 .

(75) STERN (B.) – Trois arbitrages un meme probleme , trois solutions , les Nationalisations petroliere libyennes devant l'Arbitrage International– Revue De l'arbitrage– 1980.

(76) STRUB (M.Gilbey) - The codification of the doctrine of anticipatory repudiation in the 1980 Convention on the International sale of Goods"- Droit et Pratique du Commerce International - Tome 15 – No. 4 – 1989 .

(77) SUTTON (Jeffrey S.) - "Measuring damages under the United Nations Convention on the International Sale of Goods" - Ohio State Law Journal - vol. 50 - No. 3 – 1989.

(78) THIEFFRY (Jean) – "Les nouvelles regles de la vente Internationale" - Droit et pratique du Commerce Internationale – tome 15 – 1989 .

(79) Uniform Law Review / Revue de droit uniforme – 1991.

(80) Uniform Law Review / Revue de droit uniforme – 1997.

(81) VAN OMMESLAGHE (Pierre) – Les clauses de Force Majeure et d'imprevision (Hardship) dans les Contrats Internationaux – Revue de droit International et de Droit Compare – Tome LVII – 1980 .

(82) ZAHRAA (M.) , GHITH (A.A.) – Specific performance in the light of the CISG, the UNIDROIT Principles and Libyan law - Uniform Law Review/ Revue de Droit Uniforme – 7 (2002) .

(83) ZIMMERMANN (R.) - Restitutio in Integrum: The Unwinding of Failed Contracts under the Principles of European Contract Law, the UNIDROIT Principles and the Avant-Projet d'un Code Europeen des Contrats - Uniform Law Revue – 2005 .

الفهرس

الموضوع	الصفحة
مقدمة	٧
فصل تمهيدى	
مفهوم التجارية والدولية و الأحكام العامة التى تقوم عليها المبادئ	١٩
المبحث الأول: مفهوم التجارية	٢٠
المطلب الأول: الاتجاهات التشريعية على المستوى الدولى لتطبيق القانون التجارى	٢٢
الفرع الأول: المذهب الشخصى كأساس لتطبيق القانون التجارى	٢٢
الفرع الثانى: المذهب الموضوعى كأساس لتطبيق القانون التجارى	٢٥
المطلب الثانى: موقف قانون التجارة المصرى	٢٧
الفرع الأول: الأعمال التجارية	٢٩
العصن الأول: الأعمال التجارية بنص القانون	٢٩
العصن الثانى: الأعمال التجارية بالتبعية	٣٥
العصن الثالث: الأعمال المختلطة	٣٧
الفرع الثانى: صفة التاجر	٣٩
المطلب الثالث: موقف قانون التحكيم المصرى	٤٧
المطلب الرابع: مفهوم التجارية طبقا لمبادئ اليونيدروا	٥١
المبحث الثانى: مفهوم الدولية	٥٤
المطلب الأول: أهم الاتجاهات فى الفقه الدولى لتحديد مفهوم العقد الدولى	٥٥
الفرع الأول: المعيار القانونى فى تحديد مفهوم العقد الدولى	٥٦

- ٦١ الفرع الثانى: المعيار الاقتصادى فى تحديد مفهوم العقد الدولى
- ٦٥ المطلب الثانى: موقف قانون التحكيم المصرى
- ٧٠ المطلب الثالث: مفهوم الدولية طبقا لمبادئ اليونيدروا
- ٧٤ **المبحث الثالث: الأحكام العامة التى تقوم عليها مبادئ اليونيدروا**
- ٧٥ المطلب الأول: حرية التعاقد
- ٧٩ المطلب الثانى: عدم الشكلية
- ٨٤ المطلب الثالث: الطابع الملزم للعقد
- ٨٩ المطلب الرابع: القواعد الإلزامية (الأمرة)
- ٩٥ المطلب الخامس: استبعاد هذه المبادئ أو تعديلها من قبل الأطراف
- ٩٩ المطلب السادس: تفسير و إكمال هذه المبادئ
- ١٠٨ المطلب السابع: حسن النية و أمانة التعامل
- ١١٤ المطلب الثامن: العادات و التعاملات
- ١٢٣ المطلب التاسع: الإخطار
- ١٣٠ المطلب العاشر: تعريفات
- ١٣٥ **الفصل الأول: تنفيذ الالتزامات العقدية**
- ١٣٦ **المبحث الأول: التنفيذ بوجه عام**
- ١٣٧ المطلب الأول: ظروف التنفيذ
- ١٣٧ الفرع الأول: زمان التنفيذ
- ١٣٧ الغصن الأول: وقت التنفيذ
- ١٤٣ الغصن الثانى: التنفيذ قبل حلول الأجل
- ١٥٠ الفرع الثانى: مكان التنفيذ
- ١٥٨ الفرع الثالث: تكاليف التنفيذ

- ١٦١ المطلب الثانى: كيفية التنفيذ
- ١٦١ الفرع الأول: التنفيذ دفعة واحدة أو على دفعات
- ١٦٤ الفرع الثانى: التنفيذ الجزئى
- ١٧١ الفرع الثالث: نظام أولويات التنفيذ
- ١٧٦ المطلب الثالث: طرق و عملة الدفع
- ١٧٧ الفرع الأول: الدفع بالشيك أو بالوسائل الأخرى
- ١٨٠ الفرع الثانى: الدفع عن طريق التحويل النقدى
- ١٨٤ الفرع الثالث: عملة الدفع
- ١٩٠ الفرع الرابع: تحديد عملة الدفع فى حالة عدم النص عليها
- ١٩٢ المطلب الرابع: أوجه الدفع
- ١٩٢ الفرع الأول: تحديد أولوية أوجه الدفع
- ١٩٧ الفرع الثانى: تحديد أولوية أوجه الوفاء فى الالتزامات غير النقدية
- ١٩٩ المطلب الخامس: الأذن العام (الترخيص) كشرط لصحة العقد أو تنفيذه
- ٢٠٠ الفرع الأول: حالة تطلب الحصول على ترخيص
- ٢٠٦ الفرع الثانى: اتخاذ إجراء طلب الترخيص
- ٢٠٩ الفرع الثالث: حالة عدم صدور القرار بمنح الترخيص أو برفضه
- ٢١٢ الفرع الرابع: حالة رفض منح الترخيص
- ٢١٥ **المبحث الثانى: الظروف الشاقة**
- ٢١٦ المطلب الأول: مبدأ احترام العقد
- ٢١٩ المطلب الثانى: تعريف الظروف الشاقة و شروطها

٢٢٩	المطلب الثالث: آثار الظروف الشاقة
٢٣٩	الفصل الثانى : عدم التنفيذ
٢٤٠	المبحث الأول: عدم التنفيذ بوجه عام
٢٤١	المطلب الأول: تسبب الطرف الآخر فى عدم التنفيذ
٢٤١	الفرع الأول: تدخل الطرف الآخر
٢٤٥	الفرع الثانى: الامتناع عن التنفيذ
٢٥١	المطلب الثانى: التصحيح من الطرف المخل بالتنفيذ
٢٦١	المطلب الثالث: المدة الإضافية للتنفيذ
٢٦٩	المطلب الرابع: عدم التنفيذ المبرر
٢٦٩	الفرع الأول: بنود أو شروط الإعفاء
٢٧٨	الفرع الثانى: القوة القاهرة
٢٨٩	المبحث الثانى: مباشرة الحق فى التنفيذ
٢٩٠	المطلب الأول: المطالبة بتنفيذ الالتزام
٢٩٠	الفرع الأول: تنفيذ الالتزام بدفع نقود
٢٩٤	الفرع الثانى: تنفيذ الالتزام غير النقدى
٣٠٥	الفرع الثالث: إصلاح و استبدال التنفيذ المعيب
٣٠٩	المطلب الثانى: الغرامة القضائية
٣١٦	المطلب الثالث: تغيير وسيلة المعالجة
٣٢٠	المبحث الثالث: إنهاء العقد
٣٢١	المطلب الأول: الحق فى إنهاء العقد
٣٣٥	المطلب الثانى: إخطار الإنهاء
٣٤٢	المطلب الثالث: الإخلال المبترس

٣٤٩	المطلب الرابع: الضمان الكافى للتنفيذ
٣٥٥	المطلب الخامس: آثار إنهاء العقد بوجه عام
٣٦١	المطلب السادس: الاسترداد
٣٧٠	المبحث الرابع: التعويضات
٣٧٢	المطلب الأول: التعويض الكامل
٣٨٠	المطلب الثانى: عنصر الضرر
٣٨٠	الفرع الأول: تحقق وقوع الضرر
٣٨٥	الفرع الثانى: توقع الضرر
٣٩٠	الفرع الثالث: تقدير الضرر فى حالة الصفقة البديلة
٣٩٤	الفرع الرابع: إثبات الضرر وفقا للسعر الجارى
٣٩٨	الفرع الخامس: الضرر الذى يرجع جزئيا الى الطرف المضرور
٤٠٣	الفرع السادس: تخفيف الضرر
٤٠٧	المطلب الثالث: استحقاق الفوائد
٤٠٧	الفرع الأول: الفائدة فى حالة الإخلال بالالتزام بدفع نقود
٤١٥	الفرع الثانى: الفائدة على التعويضات
٤١٨	المطلب الرابع: أسلوب التعويض النقدي وعملة تقدير التعويضات
٤١٨	الفرع الأول: طريقة التعويض النقدي
٤٢١	الفرع الثانى: العملة التى تقدر بها التعويضات
٤٢٢	المطلب الخامس: التعويض الاتفاقى(الشرط الجزائى) عن عدم التنفيذ
٤٣٠	الخاتمة
٤٣٦	قائمة المراجع

