حسن النية فى البيوع الدولية

رسالة لنيل درجة الدكتوراه في القانون

مقدمة من الباحث

وائل حمدي أحمد علي

لجنة المناقشة والحكم على الرسالة :

الأستاذ الدكتور / رشا السيد عبدالحميد	أستاذ القانون التجاري والبحري والجوي ووكيل كلية الحقوق جامعة عين شمس الأسبق مشرفا ورئيساً
الأستاذ الدكتور / محمد عبد الحميد القاضي	أستاذ القانون التجاري والبحري والجوي كلية الحقوق جامعة بنها عضوا
الأستاذ الدكتور / ناجي عبد المؤمن محمد	أستاذ القانون التجاري والبحري والجوي المساعد كلية الحقوق جامعة عين شمس عضوا

2008

بسم الله الرحمن الرحيم

«نَرْفَعُ دَرَجَاتٍ مَنْ نَشَاءُ وَفَوْقَ كُلِّ ذِي عِلْمٍ عَلِيمٌ» .

صدق الله العظيم

سورة يوسف : الآية ٧٦

الإهـــــداء

إلـى ....

والـــــــــدىّ

رمز العطاء بلا حـدود

وشريان الحياة الممـدود

بارك الله فيهمـــــــا .

إلـى ....

زوجتـــــــــى

شريكة العمر والكفاح .

إلـى ....

أزهار المستقبل

أحمد ومحمد وعلى .

أهدى إليهم هذا الجهد المتواضع . .

شكـــر وتقديـــر

«الحمد لله الذى هدانا لهذا وما كنا لنهتدى لولا أن هدانا الله» والصلاة والسلام على سيدنا محمد خاتم الأنبياء والمرسلين... وبعد.

يسعدنى وقد وفقنى الله سبحانه وتعالى لانجاز هذا العمل أن أتوجه بوافر الشكر وعظيم الامتنان والتقدير إلى أستاذى العالم الجليل الفقيه الأستاذ الدكتور رضا السيد أستاذ القانون التجارى والبحرى والجوى ووكيل كلية الحقوق جامعة عين شمس الأسبق لتفضل سيادته وتشريفه لى بقبول الاشراف على هذه الرسالة رغم مشاغله العديدة ومسئولياته الجسام والذى أسرنى منذ البداية بسعة علمه ونبل أخلاقه وتعهدنى بالنصح والارشاد طوال فترة البحث فجزاه الله عنى خير الجزاء ومتعه بموفور الصحة والعافية وزاده بسطة فى العلم والرزق.

كما يشرفنى أن أتقدم بخالص الشكر والتقدير إلى أستاذى الفقيه الجليل الأستاذ الدكتور محمد عبد الحميد القاضى أستاذ القانون التجارى والبحرى والجوى بكلية الحقوق جامعة بنها لتفضل سيادته بقبول الاشتراك فى لجنة الحكم على هذه الرسالة، فجزاه الله عنى خير الجزاء ومتعه بموفور الصحة والعافية.

كما يشرفنى أن أتقدم بخالص شكرى وتقديرى وعرفانى إلى أستاذى الفقيه الجليل الأستاذ الدكتور ناجى عبد المؤمن أستاذ القانون التجارى والبحرى والجوى المساعد بكلية الحقوق جامعة عين شمس لتفضل سيادته بقبول المشاركة فى لجنة الحكم على هذه الرسالة رغم ضيق وقت سيادته ومسئولياته المتعددة فجزاه الله عنى خير الجزاء ومتعه بموفور الصحة والعافية.

كما يجب أن أتوجه بخالص التقدير والعرفان إلى روح أستاذى الجليل والعالم الفقيه الأستاذ الدكتور أبو زيد رضوان أستاذ القانون التجارى والبحرى والجوى بكلية الحقوق جامعة عين شمس والعميد الأسبق لها، والمشرف السابق على هذه الرسالة.

وأتقدم أيضاً بخالص الشكر والتقدير والعرفان إلى كل من ساهم فى إعداد هذا البحث ومد لى يد العون والمساعدة.

الباحـــث

بسم الله الرحمن الرحيم

مقدمـــــة

موضوع الدراسة وأهميتها:

ان كل ما قيل من بعض فقهاء[1] القانون الدولى العام بصدد مبدأ حسن النية يصدق بالدرجة الأولى علي عقود التجارة الدولية عامة وعقد البيع الدولى للبضائع، خاصة أنه بفضل مبدأ حسن النية يمكن وجود مجتمع عظيم من التجار، إذ أنه ليس فقط بمجرد انعقاد عقد البيع الدولى للبضائع أياً كانت شروطه يجب المحافظة عليه بصورة مطلقة استناداً إلى حسن النية، بل انه منذ البدء فى التفكير فيه. فليس هناك ما هو أدعى لعظمة مجتمع التجارة الدولية وأحكامها من الالتزام بمبدأ حسن النية، ومن أهم الأمور عدم مخالفة العقد، فجدير بطرفيه المحافظة على حسن النية وعدم الاقدام علي شئ من شأنه اضعافه، وليس من شئ يشوب سمعة أحد طرفي العقد أكثر من عدم الالتزام بالتنفيذ، والطرف الذى يتقاعس عن تنفيذ ما تعاقد عليه يفقد الكثير من سمعته وما عرف عنه من التزام بمبدأ حسن النية والمبادرة إلى تنفيذ العقود.

وبالتالى فإن ذلك يؤكد أن مبدأ حسن النية هو المرتكز الأساسى الذى يقوم عليه عقد البيع الدولي للبضائع، فعن طريقه يتم تنظيم العلاقة بين طرفيه ومن خلاله تنفذ كافة الالتزامات وتستوفى كافة الحقوق. لذلك حرصت كافة

---

(١) انظر ذلك فى: الدكتور محمد مصطفى يونس، حسن النية فى القانون الدولى العام، المجلة المصرية للقانون الدولى، المجلد (٥١)، ص١٦٧ حتى ص١٨٦، الجمعية المصرية للقانون الدولى العام، سنة ١٩٩٥.

(ب)

القواعد الموضوعية الدولية على النص عليه حتى تلك التى تنظم علاقة الوكالة بصدد ابرام عقود البيع الدولية للبضائع[1]. لذلك كان من الطبيعى أن ينصرف هذا الالتزام إلى كافة المراحل التى يمر بها العقد منذ بدء المفاوضات حتي نهايته أياً كانت.

ولقد كان للتطورات الهائلة التى سادت العالم خاصة في النصف الأخير من القرن العشرين فيما يتعلق بالقواعد التجارية الدولية أثرها البالغ على عقد البيع الدولى للبضائع. إذ أصبحت هذه العقود تتسم بقدر هائل من التعقيد خاصة من الناحية القانونية، وتقدر قيمتها بمبالغ طائلة، لذلك كان من غير الممكن ابرام هذه العقود وتنفيذها بدون الالتزام بمبدأ حسن النية.

فهذا الالتزام يعد من أهم الالتزامات على الاطلاق وأكثرها خطورة نظراً لأنه البوتقة التى تحتوى كافة الالتزامات حيث إذا خرج التزام منها كانت سمته الإخلال بمبدأ حسن النية. فنجاح العقد أو فشله يتوقف بالدرجة الأولى علي هذا الالتزام، فكلما كان كل طرف من أطراف العقد ملتزما به فى أداء التزاماته أو جلب حقوقه كلما جاء العقد محققاً لمصلحة طرفيه دون منازعات والعكس صحيح تماما، إذ أنه يؤدى إلي اخفاق العقد فى تحقيق مصلحة أحد أطرافه.

---

(١) "La convention de GeneveDu 17 fevrier1983 sur la representation en natiere de vente internationale de marchandises,artical 8,qui obligea tenir compte pour l'interpretation de la convention a de son coractere international et de la necessite de promouvoir l'uniformite des on application ainsi que j'assurer de recpect de la bonne foi dans le commerce international. Heuze,la vente international des marchandises, Paris, 1992, p.111.

فمبدأ حسن النية يلعب دوراً هاماً بالنسبة لطرفى عقد البيع الدولى للبضائع سواء فى مرحلة ابرامه أو تنفيذه حتى فى مرحلة توقيع الجزاءات، إذ لا يجب اللجوء إلي أشد الجزاءات فى حالة المخالفة للعقد لا تتناسب البتة مع طبيعة هذه المخالفة وهذا يؤكد ما سبق ذكره من أن مبدأ حسن النية يوجب المحافظة علي العقد.

وهذا ما دفعنا إلى دراسة هذا المبدأ فى عقود البيع الدولية للبضائع وذلك فى نظم القانون الخاص والعام للوقوف علي جوانبه التطبيقية، والتعرف على ما يقوم به من دور فى تنظيم أداء العلاقة التعاقدية بين الأطراف ونطاق المسئولية التى تترتب على مخالفته.

أهمية الدراسة:

إن أهمية هذه الدراسة لا تأتى فقط فى بيان مبدأ حسن النية فى نطاق القواعد الدولية المنظمة لعقد البيع الدولى للبضائع سواء على مستوى توحيد قواعد تنازع القوانين أو على مستوى القواعد الموضوعية. إذ أنه مبدأ مستقر عليه فى كافة التشريعات الوطنية، لكن تأتى أهمية هذه الدراسة أيضاً من خلال امكانية تحقيق توحيد تطبيق مبدأ حسن النية من خلال القواعد الموضوعية الدولية، محاولين اخراجه من نطاق التشريعات الوطنية تلك التى تتباين فيما بينها بصدد الالتزام بمبدأ حسن النية، ووضعه فى اطار القواعد الموضوعية الدولية – حتى تلك قد أثارت قدراً من الشك والريبة وهذا ما سوف نراه – لامكانية تحقيق الحماية الكاملة لطرفى عقد البيع الدولى للبضائع، والبعد بقدر الامكان عن تطبيق قواعد القانون الدولى الخاص. إذ أن تلك القواعد قد تؤدى

إلى تطبيق قانون من شأنه اهدار هذا المبدأ كلية كما هو الحال فى القانون الانجليزى، أو قصر تطبيقه على مرحلة معينة من العقد دون مرحلة أخرى، كالقانون الأمريكى الذى يقصر تنفيذ الالتزام بمبدأ حسن النية على مرحلة التنفيذ دون ما عداها ليس هذا فحسب، بل التأكيد على الالتزام بهذا المبدأ فى حالة توقيع الجزاءات التى يلجأ إليها أحد طرفى العقد فى حالة اخلال الطرف الآخر بالتزاماته.

منهج البحث:

سوف نتبع في هذه الدراسة منهجا موضوعيا مقارنا يعتمد على التأصيل والتحليل ويجمع بين النظرية والتطبيق.

فهذه الدراسة دراسة موضوعية مقارنة إذ ستتناول مبدأ حسن النية فى النظم القانونية سواء تلك التى تنتمى إلى نظم القانون الخاص أو العام لمعرفة نطاق هذا المبدأ فى تلك النظم، وكذلك الحال فى القواعد الموضوعية الدولية المنظمة لعقد البيع الدولى للبضائع. وهى دراسة تأصيلية إذ سوف نتناول فى الباب التمهيدى تأصيل فكرة العقد الدولى باعتبار عقد البيع الدولى للبضائع أحد صوره وتمييزه عن غيره من العقود فى نطاق القواعد الموضوعية الدولية للبضائع، وكذلك تأصيل مبدأ حسن النية فى التشريعات الوطنية سواء تلك التى تنتمى إلى نظم القانون الخاص والعام، وكذلك فى القواعد الموضوعية الدولية وذلك باستقراء الفقه والقضاء فى هذا الصدد.

وهى أخيراً دراسة تحليلية لأننا سوف نتناول مبدأ حسن النية من خلال تحليل التزامات الأطراف فى كافة المراحل التى يمر بها العقد منذ بدء المفاوضات

حتى تمام نهاية العقد نهاية طبيعية أو غير طبيعية، وكذلك من خلال تحليل الآثار المترتبة على الاخلال بمبدأ حسن النية.

خطة البحث:

نظراً لاتساع موضوع البحث وتشعبه لكونه محاولة لتشييد نظرية عامة لعقد البيع الدولى للبضائع من خلال الالتزام بمبدأ حسن النية فى كافة المراحل التى يمر بها العقد دون التوقف عند تشريع معين لدولة ما، مع مراعاة ضرورة الأخذ فى الاعتبار بقواعد القانون الدولى الخاص. لذلك سوف نتناوله فى ثلاثة أبواب:

الباب التمهيدى: نشأة مبدأ حسن النية فى عقود البيوع الدولية.

الباب الأول: التحليل القانونى لمبدأ حسن النية.

الباب الثانى: الآثار المترتبة على الإخلال بمبدأ حسن النية.

الباب التمهيدى
نشأة مبدأ حسن النية فى
عقود البيوع الدولية

مقدمة:

ان مصطلح مبدأ حسن النية مصطلح وارد فى كافة التشريعات الوطنية والدولية سواء ما كان منها متعلقاً بالقانون الدولى العام أو ما كان متعلقاً بالتجارة الدولية على حد سواء. وعلى الرغم من أهميته فى حياة العقد بصفة عامة، فإنه لا يوجد تحديداً لمعناه أو رسماً لحدوده بالرغم من أن بعض التشريعات الوطنية تضمنت تعريفاً لمبدأ حسن النية كما هو الحال فى القانون الأمريكى.

ويزداد الأمر صعوبة إذا كان الهدف هو بيان دور وأثر هذا المبدأ على عقود البيوع الدولية للبضائع وذلك لأنه لا يوجد اتفاق محدد للعقد الدولى بصفة عامة، وعقود البيوع الدولية للبضائع بصفة خاصة. وهذا من شأنه أن يجعل مثل هذه الدراسة ذات صعوبة فى موضوعها، لذلك سنتناول من خلال هذا الباب التمهيدى نشأة مبدأ حسن النية فى عقود البيوع الدولية، والمفهوم القانونى لعقود البيوع الدولية، ومفهوم مبدأ حسن النية فى قانون التجارة الدولية، ونشأة مبدأ حسن النية فى النظم القانونية القديمة والحديثة.

الفصل الأول: المفهوم القانونى لعقود البيوع الدولية.

الفصل الثانى: مفهوم مبدأ حسن النية فى قانون التجارة الدولية.

الفصل الثالث: نشأة مبدأ حسن النية في النظم القانونية القديمة.

الفصل الرابع: نشأة مبدأ حسن النية فى النظم القانونية الحديثة.

الفصل الأول

المفهوم القانونى

لعقود البيوع الدولية

تمهيد:

يذهب رأى فى الفقه إلى أن العقد يعد ظاهرة تحتل مكاناً بارزاً فى الحياة الاجتماعية الدولية»[١] ويذهب رأى آخر إلى أن فكرة العقد على المستوى الدولى تتمتع بوزن حقيقى وواقعى يفوق بالضرورة وزن النصوص ذات الطابع الواسع»[٢].

مما لا شك فيه أن مثل هذه الآراء عن العقد تصدق بالدرجة الأولى على عقد البيع الدولى فى نطاق التجارة الدولية، وبصفة خاصة عقد البيع الدولى للبضائع فهو الأغلب وصاحب القسط الأوفر من التبادل الدولى[٣].

لقد تزايدت أهمية عقد البيع الدولى مع تزايد ونمو حركة التجارة الدولية لأنه أصبح من الوسائل الأساسية فى تلبية حاجات ومتطلبات التجارية الدولية. وتتأكد أهمية عقد البيع الدولى، وبصفة خاصة عقود البيع الدولى للبضائع من

---

(١) لمزيد من التفصيل انظر الدكتور سلامة فارس عرب، وسائل معالجة، اختلال توازن العقود الدولية فى قانون التجارة الدولية ص ١٩، دار النهضة العربية، ١٩٩٩.

(٢) انظر ذلك فى: الدكتور سلامة فارس عرب، سابق الاشارة إليه، ص ١٩.

(٣) الدكتور صالح بن عبد الله - المبادئ القانونية فى صياغة عقود التجارة الدولية ص ١١، مركز البحوث والدراسات الإدارية، معهد الإدارة العامة، المملكة العربية السعودية، طبعة ١٩٩٨.

حيث أن حجم التبادل التجارى الدولى تجاوز المليار دولار سنويا يكون لعقد البيع النصيب الأوفر منها(١). وأن أغلب عقود التجارة الدولية كالتأمين، والنقل، وأعمال المصارف مكملة لهذا العقد(٢). لذلك فهو العمود الفقرى فى كل نظم العلاقات التجارية، ومن ثم توجد ضرورة ملحة فى وضع قواعد موحدة على المستوى الدولى(٣).

ونظراً لأهمية هذا العقد وتأثيره على نمو وحركة التجارةالدولية، كان لابد أن تتضافر الجهود الدولية لوضع قواعد موحدة على المستوى الدولى لتنظيم هذا العقد، حيث أن هذه الجهود كانت تسير فى اتجاهين لتحقيق ذلك:

الأول: هو وضع قواعد موحدة عن طريق توحيد قواعد تنازع القوانين الخاصة بعقد البيع(٤).

---

(١) Honnold: the united nation commisson on international trad law missons and methode amerc. J of comp, L. p. 41.

(٢) KAHAN (P) le vente commercial international, librairie Sirey 1961, p. 1.

(٣) Franco Ferrari, uniform interpretaion of the 1980 uniform des law G.d.int L. and comp. L. 1994-1995 p. 18.

(٤) إن هذا الاتجاه الأول قد بدأ منذ أواخر القرن التاسع عشر عندما وجه الفقيه الإيطالى «مانشينى» الدعوى إلى وجوب وضع قواعد موحدة خاصة بقواعد تنازع القوانين، قد لاقت هذه الدعوة صدى فى هولندا وبناء عليه دعت الحكومة الهولندية إلى عقد أول مؤتمر للقانون الدولى الخاص فى لاهاى سنة١٨٩٣، حيث توالت أدوار انعقاد المؤتمر التى أسفرت فى =

الثانى: وضع قواعد موضوعية موحدة لتنظيم عقد البيع الدولى(١).

فكل من الاتجاهين لا يوجد ثمة تعارض بينهما وذلك لأن القواعد الموضوعية الموحدة لتنظيم عقد البيع الدولى قد تركت مجالا لتطبيق قواعد القانون الدولى الخاص، حيث تنص المادة ٢/٣ من اتفاقية فينا سنة ١٩٨٠ للبيوع الدولية على المسائل التى تتعلق بالموضوعات التى تناولتها أحكام هذه الاتفاقية، والتى لم تحسمها نصوص يتم تنظيمها وفقاً للمبادئ العامة التى أخذت بها الاتفاقية، وفى حالة عدم وجود هذه المبادئ تسرى أحكام القانون الواجب التطبيق وفقاً لقواعد القانون الدولى الخاص، ومن ثم يوجد مجال لتنازع القوانين.

لذلك سوف نتناول المفهوم القانونى لعقد البيع الدولى من خلال:

المبحث الأول: تعريف عقد البيع الدولى.

المبحث الثانى: معيار دولية عقد البيع فى الفقه، القضاء، الاتفاقيات الدولية.

المبحث الثالث: العقود التى فى حكم البيوع الدولية.

= النهاية عن اتفاقية لاهاى عام ١٩٥٥ الخاصة بالقانون الواجب التطبيق على بيوع المنقولات الخارجية ذات الصفة الدولية، تعد اتفاقية لاهاى سنة ١٩٨٦ الخاصة بالقانون الواجب التطبيق على البيع الدولى للبضائع هى آخر أعمال هذا المؤتمر».

انظر ذلك فى الدكتور ثروت حبيب، قانون التجارة الدولية، ص ١٠٣-١٢٩، دار الجلاء، المنصورة، سنة ١٩٩٥.

(١) هذا الاتجاه قد بدأ فى القرن العشرين منذ عام ١٩٢٩ حيث أن هذا الاتجاه كان رائده معهد الينروا الذى لعب دوراً هاماً فى هذا المجال حيث أثمرت جهود هذا المعهد عن اتفاقية لاهاى ١٩٦٤ التى كانت النواة الأساسية لاتفاقية فينا ١٩٨٠.

انظر ذلك فى الدكتور أمين دواس، جـ٤، مفهوم التوقع فى اتفاقية فينا سنة ١٩٨٠مجلة الحقوق الكويتية باللغة الانجليزية، ص٤، السنة ١٩، العدد الرابع، ديسمبر ١٩٩٥.

المبحث الأول

تعريف عقود البيوع الدولية

الحقيقة أن غالبية التشريعات المقارنة إذا كانت قد تضمنت تعريفاً لعقد البيع، فإنها لم تتضمن نصا لتعريف عقد البيع الدولى، أو أى اشارة فى تعريفها لعقد البيع من شأنها تمييز هذا العقد. كذلك كافة الاتفاقيات الدولية المنظمة لعقد البيع الدولى، واتفاقيتى لاهاى١٩٦٤، وفينا ١٩٨٠ لم تتضمن تعريفاً لعقد البيع الدولى، حيث يرى بعض الفقه(١) أنه لا يوجد اختلافات كافية من الناحية القانونية فى مختلف التشريعات القانونية فى تعريف عقد البيع، أو كما قال رأى فى الفقه أن عدم وجود تعريف لعقد البيع سواء فى اتفاقيتى لاهاى ١٩٦٤ أو فينا سنة ١٩٨٠ يرجع إلى أن مفهوم عقد البيع واحد ومتقارب(٢). فى حين أن البعض الاخر من الفقه يذهب إلى عكس ذلك حيث أن استبعاد أى تعريف لعقد البيع يعد الطريق الوحيدة للتغلب على اختلاف النظم القانونية فى تعريف عقد البيع، تلك التى لا يمكن التغلب عليها(٣).

---

(١) Franco Ferrari, sepecifice topice of the C.I.S.G in the light of judical application and acholorly writing J.law and commerce1995 N. 324.

(٢) الدكتور محسن شفيق، اتفاقية فينا للبيوع الدولية، ١٩٨٠، ص ٧٠، دار النهضة العربية، ١٩٨٨.

(٣) Franco Ferrari, op. cit, p.8, N.325.

الحقيقة أنه يوجد تباين فى التشريعات المقارنة فى تعريف عقد البيع، على سبيل المثال القانون المدنى المصرى عندما عرف عقد البيع فى نص المادة ٤١٨ جعل الثمن فى العقد لابد أن يكون من النقود. كذلك قانون بيع البضائع الانجليزى الصادر عام ١٨٩٣ حيث عرف عقد البيع أنه العقد الذى بموجبه ينقل البائع أو يتعهد بنقل ملكية بضائع إلى المشترى نظير مقابل نقدى يسمى الثمن، فى حين أنه توجد بعض التشريعات الأخرى التى لا تشترط أن يكون الثمن من النقود كالقانون الفرنسى الذى ينص فى المادة ١٥٨٢ على أن «البيع اتفاق يلتزم بموجبه أحد الطرفين بتسليم شئ والطرف الآخر بأداء ثمنه» كذلك تضمن قانون الموجبات اللبنانى الذى ينص على المادة ٣٧٢ «البيع عقد يلتزم فيه البائع أن يتفرغ عن ملكية شئ ويلتزم فيه الشارى أن يدفع ثمنه»(١).

وكان نتيجة عدم تعريف عقد البيع الدولى فى التشريعات المقارنة أو الاتفاقيات الدولية المنظمة لعقد البيع الدولى للبضائع، أن بعض من الفقه حاول تعريف عقد البيع الدولى حيث يعرفه أنه العقد الذى لا تتصل عناصره بالقانون الوطنى، حيث أن موضوعه انتقال الخدمات أو المدفوعات خارج حدود الدولة(٢).

ويقول رأى فى الفقه بأن عقد البيع يكون دولياً عندما تقع المنشأتان

---

(١) لمزيد من التفصيل حول اختلاف التشريعات المقارنة فى تعريف عقد البيع، الدكتور عبدالرزاق السنهورى، الوسيط فى شرح القانون المدنى، جـ٤، العقود التى تقع على الملكية البيع والمقايضة، هامش ص ٢٥-٢٩.

(٢) Jean Delacollette, les contrats de commerce internationaux. droit economie,1991, p. 17.

التجاريتان لكل من البائع والمشترى فى أراضى دول مختلفة(١).

كما يقول رأى آخر بأنه العقد الذى عن طريقه وفى ضوء ظروفه ينطوى على نقاط اتصال مع أكثر من دولة، ومن ثم مع أكثر من نظام قانونى لدولة ما »(٢).

كذلك يعرفه البعض أن البيع يكون دولياً عندما يحتوى على نقاط ارتباط مع أنظمة قانونية مختلفة، حيث يترتب على ذلك نشوء مشكلة تنازع القوانين(٣).

وأيضاً يعرفه رأى فى الفقه أنه العقد الذى تكون الأعمال اللازمة لانعقاده أو تنفيذه أو حالة الأطراف فيه سواء من جهة جنسيتهم أو محال اقامتهم أو موطنهم أو المكان الذى يتركز فيه الشئ محل العقد كل هذا يتصل بأكثر من نظام قانونى(٤).

وعلى الرغم من كل هذه المحاولات الفقهية لتعريف العقد الدولى فإن هذا الفقه ذاته يرى أنه توجد صعوبة فى تعريف العقد الدولى أو أنها غير كافية

---

(١) P.Kahen "La vente commerciale.international 1961,p. 5.

(٢) Antone Kassis "le nouveau droit européen des contrats international P.8. L.G.D.J. 1993.

(٣) Loussouarn et bredin, Droit du commerce international Siry 1969 n°. 5.

(٤) Batiffol Encyclopédie de Dalloz, Droit international, I, contrats et conventions n° 9 p. 564.

مشار إليه فى: A. Kassis,op. cit.,p. 23.

حيث يؤكد البعض أن تعريف العقد الدولى لا يعد أمراً سهلا أو هيناً حيث أن الصعوبة تكمن فى التمييز بين العلاقات الداخلية تلك التى ترتبط بالقانون الداخلى والعلاقات الدولية تلك التى ترتبط بالقانون الدولى الخاص، ويقرر فى موضع آخر أنه من غير المقبول اعتبار هذه التعريفات تشمل كلية تعريف العلاقات الموضوعية الدولية(١).

كذلك يذهب البعض من الفقه أنه إذا كان القضاء قد أشار إلى مفهوم العقد الدولى فإنه لم يقدم لنا تعريفاً لهذا العقد(٢)، ويذهب بعض الفقه أن تعبير العقد الدولى تعبير وارد ولكنه يستخدم بأشكال مختلفة(٣)، أيضاً يرى رأى فى فقه أن المعيار القانونى بشأن دولية العقد أنه من الصعب التمييز بين العلاقات الوطنية المحضة والعلاقات الخاصة، خاصة الدولية(٤).

مما لا شك فيه أنه لا يوجد تعريف للعقد الدولى بصفة عامة، وتعريف لعقد البيع الدولى للبضائع بصفة خاصة. هذا هو ما تكشف عنه التشريعات المقارنة حيث يقول رأى فى فقه أنه بفحص القانون الفرنسى نجد أنه لا يتضمن

---

(١) A.Kassis op.cit. p.14 n. 11.

(٢) Loussouarn et Bredin, op. cit. , n. 511.

(٣) Fontaine "le contrat economique international vii" journees jean debin Bruylant et pedon 1975, p.32.

مشار إليه فى A. Kassis, op. cit., p. 10.

(٤) Batiiffol "pluralisme des methodes en droit internaitonl prive Rcueil des cours de l'academie de droit international.

مشار إليه فى A. Kassis, op. cit. 16 n.11.

أى اشارة ولو ضئيلة بصدد ذلك[١]. كذلك القانون المصرى لم يتضمن أى تعريف للعقد الدولى، حتى أن القانون المصرى الذى قد صدر بشأن العقود ذات الصفة الدولية[٢] لم يحدد ما هو العقد الدولى.

كما أن الاتفاقيات الدولية المنظمة لعقد البيع الدولى للبضائع لم تتضمن أيضاً تعريفاً لعقد البيع الدولى، ولا يمكن الأخذ بأى تعريف من تلك التعريفات الفقهية بصدد العقد الدولى، والأخذ بها في تعريف عقد البيع الدولى للبضائع. حيث أن تلك التعريفات التى أوردها الفقه بصدد تعريف العقد الدولى قد عاد واعترف بصعوبة التمييز بين العقد الدولى والعقد الداخلى. حتى أن البعض منهم قد وصل إلى حد القول أنه من شبه المستحيل تحديد المقصود بالعقد الدولى[٣].

الحقيقة أنه لو تم تحديد المقصود بالعقد الدولى لكان من شأنه - بلا شك - تحديد معنى عقد البيع الدولى للبضائع، والواقع أنه يمكن إرجاع مشكلة تعريف العقد الدولى ومن ثم تعريف عقد البيع الدولى إلى أنه لا توجد نظرية

---

(١) M.Louis-Lucas "portée de la distenction entre Droit privi interne et droit international prive clunt 1962, p. 872.

مشار إليه فى: A.Kassis, op. cit., p. 15 N.1.

(٢) انظر فى ذلك المرسوم بقانون رقم ٤٥ لسنة ١٩٣٥ بشأن العقود ذات الصفة الدولية الذى ينص فى المادة (١) منه على «تبطل شروط الدفع ذهباً فى العقود التى يكون الالتزام بالوفاء فيها ذا صفة دولية، والتى تكون قد قومت بالجنيهات المصرية أو الاسترلينية أو بنقد أجنبى آخر كان متداولا قانونا فى مصر والفرنك الفرنسى والجنيه التركى، ولا يترتب عليها أى أثر. عبد المنعم حسنى، موسوعة مصر للتشريع والقضاء، ص ٢٤٥ جزء ٢٣ سنة ١٩٩٤

(٣) لمزيد من التفصيل، د. ربيع سلامة فارس، سابق الاشارة إليه، ص ٢٣ ومابعدها.

عامة للعقد الدولى على غرار ما هو موجود بالتشريعات المقارنة ولكن يمكن القول أن هناك شبه حل لهذه المشكلة يتحدد فى دخول اتفاقية روما سنة ١٩٨٠ الخاصة بالقانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية حيز التنفيذ، حيث أنها اتفاقية تتعلق بتوحيد قواعد تنازع القوانين الخاصة بالمراكز التعاقدية فى العقود(١).

وحيث ان هذه الاتفاقية تشمل العقد الدولى بصفة عامة وعقد البيع الدولي للبضائع بصفة خاصة، فهي تكاد تكون نظرية عامة للعقد الدولى حيث أنها تفوقت على كافة الاتفاقيات التى اهتمت بتنظيم عقد البيع الدولى للبضائع بشأن تحديد معنى العقد الوطنى بالمقابلة للعقد الدولى، وبالتالى يمكن الأخذ بها فى التمييز بين عقد البيع الوطنى وعقد البيع الدولى. حيث أن الاتفاقيات الدولية المتعلقة بالبيع الدولى على مستوى توحيد قواعد تنازع القوانين لم تتضمن تعريفاً لعقد البيع الدولى حيث جاء تعريف العقد الدولى والعقد الوطنى فى سياق القواعد الموحدة التى تحدد القانون الواجب التطبيق فى المواد ٣، ٤ من الاتفاقية.

فبالنسبة للعقد الدولى فإن المادة ١/٤ من الاتفاقية تنص على أنه فى

---

(١) لقد دخلت هذه الاتفاقية حيز التنفيذ فى ١٩٩١/٤/١ عقب تصديق انجلترا على هذه الاتفاقية حيث كان التصديق السابع على هذه الاتفاقية، فهذه الاتفاقية إن كانت خاصة بالعقود الأوربية إلا أن لها طابعها العالمى خاصة أنها الاتفاقية التى تكاد تكون الأولى فى وضع قواعد موحدة لقواعد تنازع القوانين فى القوانين الأوربية المتعلقة بالمراكز التعاقدية فى العقود.

لمزيد من التفصيل انظر فى ذلك الدكتورة طرح البحور، تدويل العقد، ص ١١-٢٦ ، دار المعارف، سنة ٢٠٠٠.

حالة عدم اختيار للقانون من جانب أطراف العقد فإن العقد يخضع للقانون الأوثق صلة. فنص هذه المادة يتضمن قاعدة تعرف العقد الدولى صراحة وتعلن بوضوح القاعدة التى يجب إعمالها فى حالة عدم اختيار الأطراف للقانون الواجب التطبيق على العقد مع ارتباط العقد بقانون أكثر من دولة، فالعقد الدولى يكون ذلك العقد الذى يرتبط بقانون أكثر من دولة، وهذا هو ما قررته المادة ١/٤ عندما قررت أنه فى حالة عدم اختيار الأطراف للقانون الواجب التطبيق على العقد أن العقد يخضع لقانون الدولة الأوثق صلة(١).

أما بالنسبة للعقد الوطنى فالمادة ٣/٧ من الاتفاقية تنص على أن العقد لا يخضع للقانون الأجنبى المختار من الأطراف متى كانت عناصر هذا العقد تتركز كلها فى دولة واحدة، وكانت قواعد قانون هذه الدولة لا تسمح بخروج هذا العقد من نطاق أحكامها، فالمادة ٣/٧ تعد نص خاص بالعقد الوطنى حيث أنها تعرف العقد الوطنى أنه العقد الذى تتركز عناصره فى قانون دولة واحدة(٢).

وبالتالى فإنه يمكن طبقا لهذه الاتفاقية تعريف عقد البيع الدولى بأنه ذلك العقد الذى يرتبط بقانون أكثر من دولة ويكون القانون الواجب التطبيق من بين هذه القوانين هو القانون الأوثق صلة بالعقد، وذلك فى حالة عدم اختيار الأطراف للقانون الذى يحكم العقد. ومما لا شك فيه أن اتفاقية روما سنة ١٩٨٠ الخاصة بالقانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية تعد خطوة

---

(١) A.kassis op. cit., p. 251.

(٢) A.Kassis op. cit., p. 250-251.

جادة ومؤثرة في مجال وضع قواعد موحدة بصدد تنازع القوانين بشأن المراكز التعاقدية، ومن ثم عقد البيع الدولى على مستوى توحيد قواعد تنازع القوانين، وهى بذلك تكون قد قطعت شوطاً كبيراً بصدد تعريف العقد الدولى، ومن ثم عقد البيع الدولى، حيث أنها قد حددت اطاراً للعقد الدولى يمكن من خلاله تعريف عقد البيع الدولى فى نطاق الاتفاقيات الدولية المنظمة له الخاصة بتوحيد قواعد تنازع القوانين لهذا العقد.

وبعد أن تناولنا تعريف عقد البيع الدولى وانتهينا إلى أنه لا يوجد تعريف لهذا العقد فى كافة التشريعات المقارنة، وكذلك كافة الاتفاقيات الدولية المنظمة لهذا العقد. حتى أن تلك التعريفات التى جاء بها الفقه بصدد العقد الدولى التى كان من الممكن أن تكون نواة لتعريف هذا العقد، قد عاد الفقه بشأنها وتراجع عنها مقرراً أنها غير كافية، وأنه توجد صعوبة فى تعريف هذا العقد ما عدا اتفاقية روما الخاصة بالقانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية، تلك التى أوردت تمييزاً للعقد الوطنى عن العقد الدولى وإن كان بغير صريح النص، ولكنها تعد خطوة مؤثرة فى سبيل إيجاد تعريف للعقد الدولي ومن ثم عقد البيع الدولى فى نطاق توحيد قواعد تنازع القوانين. حيث أنها بذلك قد تفوقت على كافة الاتفاقيات الدولية المنظمة لعقد البيع الدولى فى هذا المجال فسوف نتناول مسألة دولية عقد البيع الدولى ومعاييرها.

المبحث الثانى

معيار دولية عقود

البيوع الدولية

أهمية تحديد الدولية:

لا شك أن تحديد دولية العقد من الأهمية بمكان، حيث أن توافر هذه الصفة فى عقد تجعله يخرج من فلك قواعد القانون الوطني ويدور فى فلك قانون أخر هو قانون الإرادة، حيث يكون لهذا القانون الأخير الدور الرئيسى فى اختيار القانون الذى يحكم العقد، ليس هذا فحسب، إنما يبدأ العقد فى الخضوع لعادات وأعراف تتوافق مع طبيعته الدولية، تلك هى عادات وأعراف التجارة الدولية.

الحقيقة أنه لو كانت التشريعات المقارنة أو الاتفاقيات الدولية تتضمن تعريفاً للعقد الدولى بصفة عامة، لاشك أن ذلك كان من شأنه تيسير ايجاد معيار لدولية العقد، حيث أن كل ما تضمنته التشريعات المقارنة بصدد العقد هو قاعدة اسناد يتم اللجوء إليها فى حالة إذا آثار هذا العقد مشكلة تنازع القوانين. وبصدد قاعدة الاسناد التى تتضمنها التشريعات المقارنة ذهب الفقه الايطالى أن تلك القاعدة تكشف عن معيار الدولية[١]، ولكن لو كان الأمر كذلك ما كانت هناك مشكلة بصدد معيار دولية العقد. حيث يقول رأى من

---

(١) الدكتورة طرح البحورعلى حسن فرج، سابق الاشارة إليه، ص ٣٨.

الفقه أن هناك مرحلة سابقة منطقياً على تحديد القانون الذى يحكم العقد، وهى التى يجب من خلالها التأكد أننا بصدد عقد دولى[١]. ويقول رأى آخر أن تحديد دولية العقد مسألة أولية لازمة لإعمال قواعد القانون الدولى الخاص[٢]، ويضاف إلى ذلك أنه لو كان الأمر كذلك - كما ذهب بعض من الفقه الايطالى - ما كانت هناك حاجة إلى تلك الجهود التى بذلت من جانب الفقه والقضاء أو على المستوى الدولى فى صورة اتفاقيات دولية لتنظيم العقد الدولى.

لهذا، لابد أن نتناول موقف القضاء والفقه من مسألة الدولية ثم المشرع، والاتفاقيات الدولية المنظمة لعقد البيع كل فى مطلب مستقل على النحو التالى:

المطلب الأول: موقف القضاء والفقه من مسألة دولية العقد.

المطلب الثانى: معيار دولية عقد البيع في الاتفاقيات الدولية.

---

(١) الدكتور أحمد القشيرى، الاتجاهات الحديثة فى القانون الذى يحكم العقود الدولية، المجلة المصرية للقانون الدولى، ١٩٦٥، ص ٦٣ ومابعدها.

(٢) الدكتور هشام صادق، عقود التجارة الدولية، ص ٥١. دار المعارف، ١٩٩٩.

المطلب الأول

موقف القضاء والفقه من

مسألة دولية العقد

الحقيقة الهامة التى يجب أن نشير إليها أن كافة الدراسات القانونية والأبحاث التى تناولت مسألة دولية العقد تكشف لنا أنه يوجد تنازع بين القضاء والفقه بصدد معيار دولية العقد، فى حين أن القضاء مقحوم فى هذا التنازع من جهة الفقه، وذلك من خلال الانتقادات التى وجهها الفقه إليه بصدد تعرضه لمعيار دولية العقد فى المنازعات المطروحة عليه، حيث يقول البعض من الفقه أن هذا المفهوم الذى يقرره القضاء بصدد دولية العقد يكون غير واضح، حيث أنه يكون عبارات تحصيل حاصل بلا فائدة، وأنه كمصدر لتحديد الدولية مبهم(١). ويذهب رأى آخر أن لفظ الدولية يتلاءم مع مصالح التجارة الدولية ولا يتلاءم مع فكرة العقد، فما هو المقصود بالاقتصادية بالنسبة لمعيار العقد الذى يتعلق بمصالح التجارة الدولية، ذلك الذى يكيف كمعيار اقتصادى(٢).

---

(١) Loussouran et Berdin, op. cit. n.511.

(٢) Fouchard, la notion d'arbitrage commerciale international, jc. Dr internat 1989 fax 585-1 dans le mem sens, Robert et moreau, l'arbitrage, droit international, Dalloz 1983 n. 262 n. 29.

مشار إليه فى: A. Kassis, op. cit., p. 73.

الفرع الأول

موقف القضاء الفرنسى من مسألة دولية العقد

الحقيقة أن القضاء الفرنسى لم يتعرض لمسألة دولية العقد بشكل مجرد وهذا أمر منطقى، حيث أن القضاء لا يتعرض لأى مسألة إلا بصدد منازعة مطروحة عليه، فالقضاء الفرنسى عندما تعرض لمسألة دولية العقد فإنه قد تعرض لها بسببين: الأول، هو شرط الثبات النقدى المتعلق بوسائل الدفع النقدى فى العقود الدولية، والثانى، هو مدى صحة شرط التحكيم فى العقود الوطنية. وكان ذلك بقصد إيجاد حلول للمنازعات المطروحة عليه، فما كان منه إلا أنه قد تبنى عدة أفكار من شأنها الفصل فى المنازعات المطروحة عليه حيث تمثلت هذه الأفكار فى:

١- فكرة المد والجذر بين البضائع وقيمتها عبر الحدود الدولية:

هذه الفكرة قد أخذ بها القضاء الفرنسى وطبقها فى حكمه الصادر من محكمة النقض الفرنسية فى ١٧مايو سنة ١٩٢٧[١] حيث أن المنازعة التى بسببها قد أخذت محكمة النقض الفرنسية بهذه الفكرة، كانت بسبب مدى صحة شرط الثبات النقدى المتعلق بوسائل الدفع النقدى فى العقود الدولية. حيث انتهت المحكمة إلى عدم بطلان هذا الشرط فى العقود الدولية، بل أن هذا الحكم قدأشار إلى تطبيق هذه الفكرة على عقد البيع التجارى، حيث قررت المحكمة فى حكمها ذلك أن عقد البيع التجارى يعد عقداً دولياً إذا كان ينقل

---

(١) انظر هذا الحكم بالتفصيل فى: A. Kassis , op. cit.p. 55-56

أو يتجاوز بالبضائع من دولة إلى أخرى، ويترتب على ذلك انتقال الثمن من الدولة الثانية إلى الدولة الأولى. وهذه الفكرة قد طبقها القضاء الفرنسى فيما بعد فى العديد من أحكامه مستنداً إلى التقرير الذى كان قد أعده المحامى العام Matter فى حكم محكمة النقض الصادر عام ١٩٢٧ ومن هذه الأحكام حكم محكمة النقض سنة ١٩٦٤ حينما قالت «أن عقد البيع يكون دولياً لأنه من شأنه منذ انعقاده أن يحقق دفعاً للبضاعة إلى ما وراء الحدود ثم ارتداد بقيمتها[١].

٢- فكرة ارتباط العقد بعملية دولية تجاوز نطاق الاقتصاد الوطنى:

هذه الفكرة تعد تطويراً لفكرة مد وجزر البضائع عبر الحدود، وقد أخذ القضاء الفرنسى بهذه الفكرة، حيث أنه يكفى لدولية العقد تحول لرأس المال سواد ذهاباً أو اياباً. ولقد قررت محكمة النقض الفرنسية هذه الفكرة فى حكمها الصادر بتاريخ ١٩٣٤/٢/١٤ قائلة إن الطابع الدولى للعملية لا يعتمد على محل التعاقد لتحديدها، وإنما ذلك يتم حسب طبيعتها والعناصر الداخلة فى تكوينها بصرف النظر عن موطن المتعاقدين، فإنها تلك التى تستوجب تحويل الأموال وطابعها يتجاوز نطاق الاقتصاد الوطنى[٢]. إن هذا الحكم يكشف عن تلك الفكرة التي تبناها القضاء الفرنسي بوضوح، حيث أنه يكفى لدولية العلاقة تحويل الأموال سواء بالذهاب أوالإياب.

---

(١) هذا الحكم مشار إليه فى الدكتور ثروت حبيب، سابق الاشارة إليه، هامش٥ ص ٢٠٥.

(٢) انظر هذا الحكم بالتفصيل فى: A. Kassis, op. cit.,p. 56 n. 46.

٣- تعلق العقد بمصالح التجارة الدولية:

إذا كان القضاء الفرنسى قد أخذ بفكرة المد والجزر للأموال عبر الحدود ثم طور هذه الفكرة إلى أنه يكفى ارتباط العقد بعملية تجاوز نطاق الاقتصاد الوطنى، فإنه قد أخذ بكل من الفكرتين بصدد مدى صحة شرط الثبات النقدى المتعلق بوسائل الدفع النقدى فى العقود الدولية، أما بالنسبة لفكرة تعلق العقد بمصالح التجارة الدولية، فإن القضاء الفرنسى قد أخذ بها بصدد مدى صحة شرط التحكيم.

ولقد طبقت محكمة النقض الفرنسية هذه الفكرة فى حكمها الصادر بتاريخ ١٩ فبراير ١٩٣٠، وذلك بصدد عقد البيع المبرم بين فرنسيين حيث قد ذهبت محكمة الاستئناف الفرنسية إلى بطلان شرط التحكيم الوارد فى العقد، ومن ثم خضوع العقد لقواعد القانون الفرنسى، إلا أن محكمة النقض الفرنسية قد قررت أن الاتفاقات التى تتعلق بمصالح التجارة الدولية لا يسرى عليها بطلان شرط التحكيم المقرر بنص المادة ١٠٠٦ من قانون المرافعات الفرنسى[١]. كذلك طبقت ذات الفكرة فى حكمها الصادر بتاريخ ١٩ يناير سنة ١٩٣١ بشكل أكثر ايضاحاً بصدد عقد بيع قد تم ابرامه بين فرنسيين أيضاً وفقا لشروط جمعية لندن لتجارة الحبوب[٢].

ولقد أخذ القضاء الفرنسى بهذه الفكرة أيضا في حكمه الصادر من

---

(١) انظر هذا الحكم بالتفصيل فى: A. Kassis, op. cit.,p. 57 n. 48.

(٢) انظر هذا الحكم بالتفصيل فى: A. Kassis, op. cit.,p. 58 n. 48.

محكمة النقض فى ١٨ مايو سنة ١٩٧١، وكذلك الحكم الصادر فى ١٣ديسمبر سنة ١٩٧٥(١).

الحقيقة أن ما جاء به القضاء الفرنسى من أفكار بصدد دولية العقد ليست إلا مجرد أفكار استعان بها القضاء للفصل فى المنازعات المطروحة أمامه، حيث لا ترقى إلى مرتبة معيار يعتد به بصدد دولية العقد. فالفقه هو الذى جعل منها معياراً لدولية العقد أطلق عليه الاتجاه القضائى، فتلك لو كانت معياراً لدولية العقد لكانت قاعدة عامة يسير عليها القضاء الفرنسى تطبيقاً لقاعدة العبرة بالمسبب لا بخصوص السبب، ولكن الأمر غير ذلك لأن القضاء الفرنسى قد كشف عن المعيار الذى يتبعه لبيان دولية العلاقة، وذلك فى حكمين شهيرين حيث لم يشر من قريب أو بعيد إلى أن العقد الدولى هو ذلك الذى يتعلق بمصالح التجارة الدولية.

١- الحكم الأول حكم محكمة النقض الفرنسية الصادر فى يونية ١٩٧٠ حيث أن المحكمة قد أشارت إلى الطابع الدولي للعقد بدون أى اشارة إلى فكرة تعلق العقد بمصالح التجارة الدولية(٢). وقد علق على هذا الحكم رأى فقهى بقوله ان حكم محكمة استئناف باريس فى قضية Ecnt يعد من الحالات النادرة التى شغل فيها القضاء نفسه بمحاولة وضع تعريف عام للعقد الدولى، وأن هذا الحكم عرّف العقد الدولى على أساس وجود عدد من نقاط الاتصال أو التلاقى بين العقدين وبين أكثر من نظام قانونى.

---

(١) انظر هذين الحكمين فى: A. Kass,op.cit., p. 59-60.

(٢) انظر هذا الحكم فى: A. Kassis, op.cit., p. 67.

٢- الحكم الثانى هو حكم محكمة النقض الفرنسية الصادر فى ٧أكتوبر ١٩٨٠، حيث أن المحكمة قد أعلنت صراحة فى هذا الحكم أن معيار تعلق العقد بمصالح التجارة الدولية هو معيار معيب فهذا الحكم قد أخذ خطوة مغايرة تماماً لمفهوم العقد الذى يتعلق بمصالح التجارة الدولية(١).

الحقيقة أن هذين الحكمين يكشفان بوضوح أن تلك الأفكار التى استعان بها القضاء الفرنسى فى مسألة دولية العقد، ليست إلا مجرد أفكار لا ترقى لأن تكون معياراً لدولية العقد، ذلك الذى يعبر عنه بالاتجاه القضائى أو المعيار الاقتصادى لدولية العقد، فهذا لا يصلح لأن يكون معياراً لدولية العقد، فهو كما قال رأى فى الفقه أنه أقرب ما يكون مؤشراً لدولية العقد منه تعريفاً محدداً قابلا للإعمال فى الواقع العملى(٢)، ويؤكد ذلك ما قاله البعض أن اعتبار العقد دولياً فيما لو تعلق بالتجارة الدولية فهو تعريف لدولية بالدولية.

الفرع الثانى

موقف الفقه الفرنسى من مسألة دولية العقد

لقد سبق أن تناولنا التعريفات الفقهية بصدد العقد الدولى وكلها تنتهى إلى نتيجة واحدة وهى ارتباط العقد بأكثر من نظام قانونى. إلا أن الفقه قد اختلف بصدد عناصر العقد(الأطراف، محل الاقامة أو الموطن، محل الابرام،

---

(١) انظر هذا الحكم فى: Ant oni Kassis, op. cit., p. 68.

(٢) لمزيد من التفصيل انظر: الدكتور هشام صادق، سابق الاشارة إليه ص٨٤.

مكان التنفيذ) ومدى تأثيرها على دولية العقد.

بالنسبة للجنسية فقد استقر الفقه على أنها عنصراً غير كافى بذاته لإضفاء صفة الدولية على العقد، حيث يقول رأى فى الفقه أن الجنسية إذا كانت محل اعتبار فهى عنصر غير كاف بذاته بشكل نهائى(١)، ويقول رأى آخر أن الجنسية عنصراً هامشياً فى دولية العقد(٢) وكذلك رأى ثالث أنه لا يجب أن نأخذ الجنسية فى الاعتبار عند تحديد الطابع الدولى للعقد(٣)، وبالتالى ان ما استقر عليه الفقه بصدد جنسية الأطراف ومدى تأثرها على دولية العقد يتفق مع ما أخذت به كافة الاتفاقيات الدولية المنظمة لعقد البيع الدولى للبضائع سواء على مستوى توحيد قواعد تنازع القوانين أو على مستوى القواعد الموضوعية الموحدة، حيث تنص المادة الأولى فقرة (٣) من اتفاقية لاهاى ١٩٦٤ على «لا يتوقف تطبيق هذا القانون على جنسية الأطراف، وتنص المادة الأولى فقرة (٣) من اتفاقية فينا للبيوع الدولية للبضائع على «لا يؤخذ فى الاعتبار جنسية الأطراف ..... فى تحديد تطبيق هذه الاتفاقية.

أما بخصوص الموطن ومحل الاقامة فقد ذهب الفقه(٤) أيضاً إلى أنه غير كاف بذاته لإضفاء صفة الدولية على العقد، وفى هذا المقام فقد اختلفت

---

(١) Mestre,Rev. Crit dr.int prive 1981, p. 313.

(٢) Huyst et Keutgen "l'arbitrage en droit belge et international Bruylant 1981 n. 627.

مشار إليه فى: A. Kassis op. cit. p. 29.

(٣) M.Mayer, droit international prive montchrestien 1977 n. 679.

لمزيد من التفصيل حول ضابط الجنسية وتأثيره على دولية العقد انظر:

A. Kassis,op. cit. p. 29-48.

(٤) لمزيد من التفصيل: A. Kassis, op.cit., p. 49.

الاتفاقيات الدولية حيث جعلت من الموطن أو محل الاقامة ضابطاً فى مسألة دولية العقد، وهذا ما أشارت إليه اتفاقية لاهاى ١٩٥٥ فى المادة ٣، والمادة ١/٨ من اتفاقية لاهاى ١٩٨٦ وكذلك المادة ١/١ من اتفاقيتى لاهاى سنة ١٩٦٤، والمادة ٣، ١٠ من اتفاقية فينا للبيوع الدولية للبضائع سنة ١٩٨٠.

الفرع الثالث

موقف المشرع الفرنسى من مسألة دولية العقد

الواقع أنه حتى قبل صدور قانون المرافعات الفرنسى فى ١٢ مايو ١٩٨١ الذى تضمن فى المادة ١٤٩٢ تعريفا للتحكيم الدولى التى تنص على «يعتبر دولياً التحكيم الذى يتعلق بمصالح التجارة الدولية»، لم يكن بالقانون نص عام يتناول مسألة دولية العقود، حيث كانت هذه المادة متروكة لاجتهادات الفقه والقضاء.

فهذا النص يوحى لأول وهلة أنه يتضمن تعريفاً للعقد الدولى وذلك على اعتبار أن دولية التحكيم هى دولية تستمد من دولية الرابطة العقدية محل النزاع، وعلى سبيل المثال يقول الفقه أن تعريف التحكيم الوارد فى قانون المرافعات الفرنسى هو فى ذات الوقت تعريفاً للعقد الدولى لكنه مشوباً بالغموض وعدم الدقة.

مما لا شك فيه أن تعريف التحكيم الدولى الوارد فى نص المادة ١٤٩٢ من قانون المرافعات الفرنسى لا يعد تعريفاً للعقد الدولى، لأنه لو صح كذلك تعريفاً للعقد الدولى لأصبح من المؤكد أنه يوجد معياراً لدولية العقد يسمى

بالمعيار الاقتصادى، حيث يجب علينا أن نقول فى هذه الحالة أن المشرع الفرنسى قد أقر ما أخذ به القضاء الفرنسى من الناحية الاقتصادية بصدد دولية العقد، وأنها لم تكن مجرد فكرة استعان بها القضاء الفرنسى، وإنما كانت معياراً أقره المشرع الفرنسى فى نص المادة ١٤٩٢، لكن الأمر غير ذلك حيث أن جانب من الفقه قد تناول هذه المسألة بالشرح والتحليل موضحاً أن التعبير الذى استخدمه المشرع الفرنسى فى صياغة المادة ١٤٩٢ net en caus لم يستخدمه القضاء الفرنسى في كافة الأحكام القضائية التى استعان فيها بفكرة تعلق العقد بمصالح التجارة الدولية، حيث عبر عنها التعبير net en jeu ويرى هذا الجانب من الفقه أن كل تعبير يختلف عن الأخر، وينتهى فى تحليله أن نص المادة ١٤٩٢ لا يتضمن تعريفاً للعقد الدولى(١).

إلا أنه بإنضمام فرنسا إلى اتفاقية روما سنة ١٩٨٠ الخاصة بالقانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية، فإن المشرع الفرنسى يكون قد أخذ بما جاء فى هذه الاتفاقية من تعريف للعقد الدولى ومعيار دوليته، من حيث أنه فى حالة عدم اختيار الأطراف للقانون الذى يحكم العقد، فإن القانون الواجب التطبيق هو القانون الأوثق صلة بالعقد، وهو قانون الدولة التى يتركز فيها الأداء هذا بالنسبة للعقد الدولى بصفة عامة.

أما بالنسبة لعقد البيع الدولى للبضائع فإن المشرع الفرنسى بانضمام فرنسا لاتفاقية فينا للبيوع الدولية للبضائع ١٩٨٠، يكون قد أخذ بمعيار دولية

---

(١) A.Kassis, op. cit. p. 105-110.

العقد المقرر بمقتضى هذه الاتفاقية فى نص المادة الأولى منها خاصة أن فرنسا لم تتحفظ بشأن المادة الأولى فقرة (ب) . وبذلك فإن المشرع الفرنسى يكون قد كشف عن معيار دولية العقد بصفة عامة ودولية عقد البيع الدولى بصفة خاصة بانضمامه إلى كل من الاتفاقيتين، وذلك على اعتبار أنها أصبح جزء لا يتجزأ من القانون الفرنسى، وبالتالى يلتزم القضاء الفرنسى بتطبيق هذه القواعد تطبيقاً مباشراً.

ومن الأحكام القضائية الصادرة من القضاء الفرنسى حديثاً التى تؤكد الأخذ بالمعيار القانونى لدولية العقد وفقاً للمعيار المقرر فى اتفاقية فينا سنة ١٩٨٠ الخاصة بعقود البيع الدولى للبضائع، حيث قضت محكمة الاستئناف بجرنوبل فى حكمها الصادر فى ١٣ يونية ١٩٩٣ «أن العلاقة التعاقدية بين الطرفين تشكل بيعاً دولياً، حيث طبقت المحكمة اتفاقية فينا سنة ١٩٨٠ باعتبارها القانون الفرنسى المختص وفقا للقانون الدولى الخاص الفرنسى(١) وكذلك الحكم الصادر بجرنوبل الغرفة التجارية سنة ١٩٩٥ حيث طبقت المحكمة المادة (١) من اتفاقية فينا للبيع الدولى للبضائع حيث أن البائع والمشترى ينتميان إلى دولتين مختلفتين(٢).

---

(١) حكم محكمة الاستئناف الغرفة التجارية سنة ١٩٩٣ بجرنوبل باريس. انظر هذا الحكم على موقع الدكتور حسام الصغير على شبكة الانترنت:

htti//www/cis.6.law/pace au cisgarbic/ index. html"

القضية رقم ٢٥.

(٢) حكم محكمة الاستئناف الغرفة التجارية سنة ١٩٩٥ بجرنوبل باريس لم ينشر. انظر هذا الحكم على موقع الدكتور حسام الصغير على شبكة الانترنت القضية رقم ٢٠٢.

الفرع الرابع

موقف القضاء المصرى من دولية العقد

لقد اتبع القضاء المصرى مسلك القضاء الفرنسى من حيث أنه قد تبنى الأفكار التى استعان بها القضاء الفرنسى بشأن مسألة دولية العقد، حيث تبنى فكرة المد والجزر عبر الحدود وطبقها فى حكمه الصادر من محكمة القاهرة المختلفة عام ١٩٣٥، ويؤكد ذلك أن ما أعلنه السيد هولمز المحامى العام أمام المحاكم المختلطة كان متأثرا بما سبق أن قرره المحامى العام Matter فى فرنسا بشأن أن العقد يعد دولياً إذا ترتب عليه تحركات أو تدفقات للأموال عبر الحدود الدولية.

لكن الحقيقة أن القضاء المصرى لم يقف عند تلك الأفكار التى استعان بها القضاء الفرنسى بصدد مسألة دولية، العلاقة حيث أنه قد أخذ بالمعيار القانونى من حيث مسألة الدولية. فقد قررت محكمة الاسكندرية الابتدائية المختلطة هذا المعيار فى حكمها الصادر عام ١٩٣٢ مقررة أنه يشترط للقول بإعمال قانون الإرادة أن يتوافر عنصر أجنبى(١).

---

(١) الدكتور أحمد عبد الكريم سلامه، تحرير التجارة العالمية وآثاره على النظام القانونى للعقود الدولية، مجلة كلية الحقوق جامعة المنصورة ص ٥٦١ المجلد الثانى العدد ١٩- ابريل سنة ١٩٨٦.

الفرع الخامس

موقف المشرع والفقه المصرى من دولية العقد

ان المشرع المصرى سواء فى القانون التجارى الملغى أو الجديد لم يأت بنص يمكن من خلاله تحديد متى يكون العقد دولياً، حتى أن القانون المصرى الوحيد الذى صدر متعلقاً بالعقود الدولية القانون الصادر عام ١٩٣٥ بشأن العقود ذات الصبغة الدولية لم يتضمن المعيار الذى على أساسه تحدد دولية العقد(١).

وعندما صدر قانون التحكيم المصرى رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ كان الاعتقاد الذى قد ساد أن ما تضمنه القانون من تعريف للتحكيم، أنه يعد تعريفاً للعقد الدولى، حيث تنص المادة ٣ من هذا القانون على أن «يكون التحكيم دولياً فى حكم هذا القانون إذا كان موضوعه نزاعاً يتعلق بالتجارة الدولية...» حيث يقول رأى فى الفقه أن المشرع المصرى وضع فى المادة الثالثة معياراً عاماً للدولية(٢).

وهذا النص قد أثار خلافاً فى الفقه لما تضمنه من شروط أربعة لدولية التحكيم حيث يقول رأى فى الفقه أن المعيار الذى أوردته تلك المادة لا يحل بدوره صعوبة تحديد الطبيعة الدولية للمعاملة التجارية(٣)، ويقول رأى آخر أن

---

(١) انظر سابقاً ص ٩ هامش ٢.

(٢) الدكتور مختار بربرى، التحكيم التجارى الدولى، دراسة خاصة للقانون المصرى الجديد بشأن التحكيم، ص ١٩، دار النهضة العربية، ١٩٩٥.

(٣) الدكتور سمير شرقاوى، معيار التجارية والدولية فى قانون التحكيم الجديد، جـ ٦، مؤتمر القاهرة للتحكيم الدولى، ١٢، ١٣ سبتمبر١٩٩٤.

المشرع عدد الأحوال التى يعد فيها التحكيم دوليا لارتباطه بالتجارة الدولية على هذا النحو. تنص المادة (٣) من قانون التحكيم المصرى رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ على «يكون التحكيم دولياً فى حكم هذا القانون إذا كان موضوعه نزاعاً يتعلق بالتجارة الدولية فى الأحوال الآتية: (١) إذا كان المركز الرئيسى للأعمال لكل من طرفى التحكيم يقع فى دولتين مختلفتين وقت ابرام اتفاق التحكيم. فإذا كان لأحد الطرفين عدة مراكز العبرة بالمركز الأكثر ارتباطاً بموضوع اتفاق التحكيم وإذا لم يكن لأحد طرفى التحكيم مركز أعمال العبرة بمحل اقامته المعتاد. (٢) إذا اتفق طرف التحكم على اللجوء إلى منظمة تحكيم دائمة أو مركز تحكيم فى جمهورية مصر العربية أو خارجها. (٣) إذا كان موضوع النزاع الذى يشمله التحكيم يرتبط بأكثر من دولة. (٤) إذا كان المركز الرئيس لأعمال كلا من طرفى التحكيم يقع فى نفس الدولة وتم ابرام اتفاق التحكيم وكان أحد الأماكن التالية واقع خارج هذه الدولة (أ) وكان اتفاق التحكيم كما عينه اتفاق التحكيم أو أشار إلى كيفية تعيينه (ب) مكان تنفيذ جانب جوهرى من الالتزامات الناشئة عن العلاقة التجارية بين الطرفين) ذكر من بينها مثلا حالة إذا ما كان المركز الرئيسى لأعمال كل من طرفى العقد يقع بين دولتين مختلفتين وقت اتفاق التحكيم هو معيار قانونى لدولية النزاع فى نفس الوقت (المادة ٣/١) على أن المشرع قد أضاف فى الفقرة ثالثا من المادة ٣ حالة ما إذا كان موضوع النزاع الذى يشمله اتفاق التحكيم والمتعلق بالتجارة الدولية فرضاً وفقاً لما جاء بصدر هذه المادة يرتبط بأكثر من دولة واحدة ومثل هذا النص هو من قبيل تحصيل حاصل إذ لو كان النزاع لا يرتبط إلا بدولة واحدة فهو لا يتعلق قطعاً بالتجارة الدولية ولا يعد العقد فى هذه الحالة عقداً

دولياً . . . »(١) .

ونضيف إلى ذلك أنه لا يمكن بأى حال من الأحوال أن ما جاء بنص المادة ٣ فى قانون التحكيم من تعريف للتحكيم الدولى يعد تعريفاً للعقد الدولى، حيث أن المادة ٣ قد تضمنت أن التحكيم يعد دولياً فى حالة إذا اتفق طرفا التحكيم على اللجوء إلي منظمة تحكيم دائمة أو مركز تحكيم يوجد مقره داخل جمهورية مصر العربية أو خارجها .

ولكن بانضمام مصر إلى اتفاقية فينا للبيوع الدولية للبضائع عام ١٩٨٠ قد أصبح يوجد معياراً لدولية عقد البيع الدولى للبضائع، ذلك الذى تضمنته المادة ٣ . ١ من الاتفاقية، وذلك على اعتبار أن الاتفاقية أصبحت جزء لا يتجزأ من القانون المصرى، وأصبح القضاء المصرى يلتزم بتطبيق قواعدها تطبيقاً مباشراً .

---

(١) الدكتور هشام صادق، سابق الاشارة إليه هامش رقم ١٠٠ ص ٨٥، هامش ٤١٨ ص ٩١ .

المطلب الثانى

معيار دولية عقد البيع الدولى

فى

الاتفاقيات الدولية

إن الجهود التى تجرى منذ فترة طويلة بقصد تدعيم ومساندة التجارة الدولية لتوحيد وتنسيق قانون التجارة الدولية، تسير فى اتجاهين لتحقيق هذا الهدف، الأول هو وضع قواعد موحدة عن طريق توحيد قواعد تنازع القوانين، والثانى عن طريق وضع قواعد موحدة موضوعية لتنظيم عقد البيع الدولى(١).

وكل من الاتجاهين يسير فى اطار اتفاقيات دولية، سواء منها ما تعلق بتوحيد قواعد تنازع القوانين (اتفاقية لاهاى سنة ١٩٥٥، ولاهاى سنة ١٩٨٦)، أو ما تعلق منها بوضع قواعد موضوعية موحدة (اتفاقيتى لاهاى سنة ١٩٦٤، وفينا سنة ١٩٨٠) وفى كل من النوعين من الاتفاقيات الدولية توجد اشارة إلى مسألة دولية العقد.

---

(١) See report of the secretary - General: progressiv devlopment of the law of international trade, U.N.GAOR, 21 st sess., Annexes, U.N. doc. A/6396 (1966) "in order to reduce such conflicts and divergencies (deriving from the existence of different national laws) two basic techniques have been followed which are different but complementary the first relates to the choice of law rules within the fromwork of private international law, and the second relates to the progressive unification and harmonization of substantiv rules.

مشار إليه فى:

Franco Ferrari "uniform Application and interest rates under the 1980 vienna sales convention, Gornell Review of C.I.S.G. (1995) p.6, N.15.

فبالنسبة للاتفاقيات الدولية الخاصة بتوحيد قواعد تنازع القوانين، فاتفاقية لاهاى سنة ١٩٥٥ الخاصة بالمنقولات المادية تنص فى مادتها الأولى فى فقرة (١) على «تطبق الاتفاقية على البيوع ذات الصفة الدولية للمنقولات المادية، تنص المادة الأولى من اتفاقية لاهاى ١٩٨٦ على «تبين الاتفاقية القانون الواجب التطبيق على عقود البيع الدولى للبضائع: أ- متى كان لكل من طرفى العقد منشأة فى دولتين مختلفتين. ب- فى الحالات التى تثار فيها مسألة تنازع القوانين بين دول مختلفة مادام أن هذا التنازع لم يكن ناتجاً عن اختيار أحد طرفى العقد للقانون المطبق».

بالنسبة للاتفاقيات الدولية الخاصة بوضع قواعد موضوعية موحدة تنص المادة الأولى من اتفاقيتى لاهاى سنة ١٩٦٤ على «تسرى أحكام هذا القانون على عقد بيع البضائع بين طرفين تكون منشأتهم أو محل اقامتهم فى دولتين مختلفتين فى الأحوال الآتية:

أ - يقع عقد البيع على سلع تكون وقت ابرام العقد محل نقل من دولة إلى أخرى أو ستكون بعد ابرام عقد البيع محل لهذا النقل.

ب - صدور الايجاب والقبول فى دولتين مختلفتين.

جـ - تسليم المبيع فى دولة غير الدولة التى صدر فيها الايجاب والقبول».

تنص المادة الأولى من اتفاقية فينا سنة ١٩٨٠ على «تطبق أحكام هذه الاتفاقية على عقود بيع البضائع المبرمة بين أطراف توجد أماكن عملهم فى دول

مختلفة أ - عندما تكون هذه الدولة متعاقدة. ب - عندما تؤدى قواعد القانون الدولى الخاص إلى تطبيق قانون دولة متعاقدة.

٢- لا يلتفت إلى كون أماكن عمل الأطراف توجد فى دول مختلفة إذا لم ينشئ ذلك من العقد، أو من أى معاملات سابقة بين الأطراف، أو من المعلومات التى أدلى بها الأطراف قبل انعقاد العقد أو فى وقت انعقاده.

٣- . . . . . .

كما هو مبين من هذه النصوص، فإنها بالرغم من اشارتها إلى مبدأ دولية العقد إلا أنه لا يوجد معيار موحد بصدد الدولية، فمنها من أشار إلى دولية العقد دون تعيين معيار الدولية كما هو الحال فى اتفاقية لاهاى سنة ١٩٥٥، بالاضافة إلى ذلك إن باقى الاتفاقيات إذا كانت قد تضمنت معيار الدولية فإن هذا المعيار يتباين من اتفاقية إلى أخرى كما هو واضح من النصوص.

وبناء عليه سوف نتناول مسألة دولية عقد البيع فى كل اتفاقية على حده، موضحين مسألة الدولية لعقد البيع الدولى.

الفرع الأول

معيار دولية عقد البيع الدولى

فى الاتفاقيات الدولية الخاصة بتوحيد

قواعد تنازع القوانين

بداية يمكن القول إن الاتفاقيات الدولية الخاصة بتوحيد قواعد تنازع القوانين بصدد البيع الدولى، تعد هى التعبير الأول عن الجهود التى بذلت بصدد وضع قواعد خاصة بعقد البيع الدولى ومن أهم هذه الاتفاقيات:

أ - اتفاقية لاهاى سنة ١٩٥٥.

ب - اتفاقية لاهاى سنة ١٩٨٦.

الغصن الأول

اتفاقية لاهاى سنة ١٩٥٥

هذه الاتفاقية خاصة بتحديد القانون الواجب التطبيق على بيوع المنقولات المادية ذات الصفة الدولية، فهى قد كانت ثمرة للجهود التى بذلت من جانب مؤتمر لاهاى الذى بدأ فى دراسة الاتفاقية عام ١٩٢٤، حيث توالت أدوار انعقاد المؤتمر حتى تم التوقيع على هذه الاتفاقية فى ١٥ يونية ١٩٥٥، ودخلت حيز التنفيذ سنة ١٩٦٤.

وبالرغم من أن هذه الاتفاقية قد تضمنت أثنا عشر مادة مشيرة فى المادة الأولى منها إلى مسألة دولية العقد حيث تقول «تطبق هذه الاتفاقية على البيوع ذات الصفة الدولية» إذ أنها قد اكتفت بذلك دون أن تتضمن معياراً لدولية العقد.

وعلى ما يبدو أن ذلك كان أمراً مقصوداً، فمسألة الدولية لم تكن أمراً منسياً ويؤيد ذلك أنه قد رفض الاقتراح المقدم فى دورة انعقاد مؤتمر لاهاى سنة ١٩٥١ من أن العلاقة تعد بيع إذا كانت بين أشخاص اقامتهم العادية فى دول مختلفة، حيث أنه توجد غاية يرجى تحقيقها من جراء عدم وجود معيار للدولية، ألا وهى جعل نطاق تطبيق الاتفاقية واسع المجال بالشكل الذى يجعل الاتفاقية مفهومة لأى شخص وليس للقانونيين فحسب(١).

وبناء على ذلك لابد أن يكون للفقه دوراً كاشفاً فى بيان دولية عقد البيع فى اتفاقية لاهاى سنة ١٩٥٥.

موقف الفقه من معيار الدولية:

ازاء عدم وجود معيار لدولية العقد فى الاتفاقية بالرغم من اشارتها لمسألة الدولية، فإن الفقه بدأ يتناول هذه الاتفاقية بالشرح والتحليل ليكشف عن معيار الدولية فى هذه الاتفاقية، وتأثير ذلك على الهدف المرجو من الاتفاقية.

يذهب رأى فى الفقه إلى أن اتفاقية لاهاى سنة ١٩٥٥ لم تحدد معيار الدولية للعقد حيث أنها تضمنت فى الفقرة الرابعة من المادة الأولى أن اختيار

---

(١) La septiéme session de la conférence de la Haye de droit international privé in 1951.

مشار إليه فى:
Carolina saf "Astudy of the interplay between the convention governing international contracts of sale F.110. thesis Queen Mary and westfield coollege 1999.

الأطراف لقانون دولة معينة أو جعل الاختصاص لقاضى أو محكم معين لا يكفى لاسباغ صفة الدولية على العقد، ومن ثم ان إرادة الأطراف لا تستطيع اسباغ العقد بالصفة الدولية إلا إذا توافرت العناصر الواقعية، وهذه العناصر لم تكشف عنها الاتفاقية خاصة أنها لم تكشف إذا ما كان يجب الاستناد إلى المعيار الاقتصادى دون القانونى. ومن ثم فإنه من الواضح أن الدول المتعاقدة بشأن ذلك ترجح المفاهيم الخاصة بها بشأن مسألة الدولية(١).

وطبقاً لهذا الرأى من الفقه فإنه لم يتم الكشف عن المعيار الأولى بالاتباع بشأن مسألة دولية العقد فى اتفاقية لاهاى سنة ١٩٥٥، حيث إن كل ما قرره أن الدول المتعاقدة ترجح المفاهيم الخاصة بها بشأن مسألة الدولية، أو بعبارة أخرى أن مسألة دولية العقد وفقاً لاتفاقية لاهاى سنة ١٩٥٥ ستحدد وفقاً لمعيار الدولية السائد فى كل دولة من الدولة المتعاقدة.

ويذهب رأى آخر من الفقه إلى أن اتفاقية لاهاى سنة ١٩٥٥ وفقاً لنص المادة الأولى تطبق على عقود البيع الدولى لكنها لم تحدد صفة الدولية، ففيما يتعلق بتكييف هذه المسألة فإنها متروكة للقاضى. ويرى هذا الرأى أن معيار دولية العقد وفقاً لهذه الاتفاقية هو المعيار القانونى، حيث أن ذلك يستنتج من نصوص الاتفاقية بلا منازعة، وذلك لأن الاتفاقية قد نصت على قاعدة من شأنها حسم التنازع بين قوانين الدول فى حالة عدم اختيار الأطراف لقانون يحكم العقد، فهى قد قررت أن العقد يخضع لقانون دولة البائع الذى يوجد بها محل

---

(١) Heuzé. le vente international de marchandises p. 73. L.G.D.J. 1992.

اقامة معتاد له وقت وصول الايجاب له أو لقانون الدولة التى يوجد بها منشأة البائع متى أرسل الايجاب إلى هذه المنشأة.

وهذا يعنى الارتباط بين الأطراف والدول، وليس الارتباط بين الأطراف والعملية القائمة بينهما، وهذا من شأنه أيضا أنه يعنى الارتباط بالمعيار القانونى، إلا أن ذلك كله يترك لتقدير القاضى. وبذلك فإن هذا الرأى من الفقه يذهب إلى أن اتفاقية لاهاى قد أخذت بالمعيار القانونى بصدد دولية عقد البيع(١).

ويذهب أيضاً رأى من الفقه بصدد عدم وجود معيار لدولية العقد فى اتفاقية لاهاى سنة ١٩٥٥ من حيث الآثار التى تترتب على عدم وجود هذا المعيار حيث يقول إن ترك مسألة دولية العقد وتقريرها حسب كل حالة قانونية من شأنه أن يؤدى إلى التعارض بين الدول المتعاقدة، فضلا عن أنه ينال من الغاية المرجوة من توحيد تطبيق قواعد الاتفاقية وهذا أمراً غير جائز تماما(٢).

ومن ذلك يتضح أنه لا يوجد اتفاق على معيار الدولية فى اتفاقية لاهاى سنة ١٩٥٥ حيث إن مسألة ترك تحديد الدولية لقانون القاضى هو أمر من شأنه أن يؤدى إلى الاختلاف فى تطبيق الاتفاقية من دولة إلى أخرى حسب معيار الدولية السائد فيها، حتى أن هذا الجانب من الفقه الذى ينتهى فى رأيه إلى تبنى المعيار القانونى فإنه فى النهاية ينتهى إلى أن ذلك أيضاً أمراً متروك لتقدير القاضى، ولا نملك إلا أن نقرر أن الواقع يفرض أن مسألة دولية العقد فى

---

(١) A. Kassis op.cit., p. 550.

(٢) Caroline SAF. op.cit., Pares, 4.2.1.

اتفاقية لاهاى سنة ١٩٥٥ هى مسألة تقدر حسب كل حالة على حدة حيث لا يوجد فى الاتفاقية قاعدة أساسية ثابتة بشأن ذلك، خاصة أن الاتفاقية لم تتضمن حتى العناصر الموضوعية التى يمكن أن يستند إليها القاضى فى تحديد هذه الدولية، حيث أنه يستقيها من الواقع.

الغصن الثانى

اتفاقية لاهاى ١٩٨٦

أياً كانت التسميات التى أطلقت على هذه الاتفاقية فهى فى النهاية اتفاقية حديثة تتعلق بتوحيد قواعد تنازع القوانين التى تتعلق بعقد البيع الدولى. هذه الاتفاقية قد تلافت ما جاء فى اتفاقية لاهاى سنة ١٩٥٥ بخصوص عدم وجود معيار لدولية العقد.

حيث أن النصوص الخاصة بمسألة دولية العقد فى اتفاقية لاهاى سنة ١٩٨٦ هى:

١- تنص المادة الأولى من الاتفاقية على «تحدد الاتفاقية الحالية القانون الواجب التطبيق على عقود البيع الدولى للبضائع:

أ - متى كان لأطراف العقد منشأة فى دول مختلفة.

ب- فى الحالات التى يوجد بشأنها تنازع قوانين لدول مختلفة ما لم يكن هذا التنازع ناتجاً عن اختيار الأطراف لقانون لتطبيقه. . . .

تنص المادة ١٤ على «أ- إذا كان لأحد الطرفين أكثر من مكان عمل واحد، يقصد بمكان العمل المكان الذى له صلة وثيقة بالعقد وبتنفيذه مع مراعاة الظروف التى يعلمها الطرفان أو التى كان يتوقعانها قبل انعقاد العقد أو وقت انعقاده.

ب- إذا لم يكن لأحد الطرفين مكان عمل وجب الأخذ بمكان اقامته المعتاد.

فإن أول ما يستفاد من هذه النصوص أن اتفاقية لاهاى سنة ١٩٨٦ انها قد قررت معيارا لدولية العقد يمكن القول قولا واحدا أنه معيار مختلط يجمع بين معيار دولية العقد فى اتفاقية فينا سنة ١٩٨٠، اتفاقية روما الخاصة بالقانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية ١٩٨٠.

بالنسبة للفقرة (أ) من المادة الأولى من اتفاقية لاهاى ١٩٨٦ نجده هو ذات النص المقرر فى المادة الأولى من اتفاقية فينا سنة ١٩٨٠ فقرة (١).

بالنسبة للمادة ١٤ من اتفاقية لاهاى سنة ١٩٨٦ نجده هو ذات النص المقرر فى المادة (١٠) من اتفاقية فينا سنة ١٩٨٠.

أما من ناحية اتفاقية روما عام ١٩٨٠ نجد أن الفقرة (ب) فى المادة الأولى من اتفاقية لاهاى سنة ١٩٨٦ قد جاء بها «التى يوجد بشأنها تنازع القوانين لدول مختلفة» هو ذات التعبير الذى قد ورد باتفاقية روما سنة ١٩٨٠ الخاصة بالقانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية.

إن الرغبة فى تحقيق أكبر قدر من الاتساع والانتشار والقبول العالمى لهذه الاتفاقية كانت هى السبب الرئيسى فى تبنى اتفاقية لاهاى سنة ١٩٨٦ معايير الدولية فى كافة الاتفاقيات الدولية المتعلقة بالبيوع الدولية للبضائع فهى لم تشترط فى المادة ١/١ أن تكون منشآت الأطراف فى دول متعاقدة كما هو الحال فى اتفاقية فينا سنة ١٩٨٠ فى المادة (١) بينما قد اكتفت بأن تكون منشآت

الأطراف فى دول مختلفة، وهذا يعنى التوسع فى تطبيق الاتفاقية سواء فى دول متعاقدة أو غير متعاقدة، فنص المادة الأولى فقرة (١) من اتفاقية لاهاى سنة ١٩٨٦ يقابل بالنص نص المادة الأولى الفقرة الأولى من اتفاقيتى لاهاى ١٩٦٤، كذلك أيضا أخذت بالمادة العاشرة من اتفاقية فينا ١٩٨٠ من حيث أن الاتفاقية تطبق إذا كان لأحد الطرفين أكثر من مكان عمل واحد فيقصد بمكان العمل المكان الذي له صلة وثيقة بالعقد وبتنفيذه، وهذا يعنى أن الاتفاقية سوف تطبق بصرف النظر عما إذا كان مكان العمل الذى له صلة وثيقة بالعقد يقع فى دولة متعاقدة أم لا.

ومن ثم فمن الملاحظ أن الاتفاقية قد أخذت من اتفاقيتى لاهاى سنة ١٩٦٤، وفينا ١٩٨٠ معايير الدولية التى من شأنها توسيع نطاق تطبيق الاتفاقية.

واستمراراً من الاتفاقية فى تحقيق أكبر قدر من الانتشار والاتساع فإنها قد تبنت معيار الدولية للعقد فى اتفاقية روما سنة ١٩٨٠ الخاصة بالقانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية، حيث أنها قد أخذت بتعبير «الحالات التى تثير تنازع القوانين بين دول مختلفة»، بدلا من تعبير «البيع الدولى»، وذلك حتى يمكن تطبيقه على كافة الحالات سواء يتوافر لها صفة الدولية أم لا.

وبالتالى فإن اتفاقيتى لاهاى ١٩٨٦ قد حاولت أن تجمع بين أمرين أولهما معايير الدولية فى الاتفاقيات الدولية التى حظيت بأكبر قدر من القبول والانتشار الدولى، وثانيهما هى أنها أخذت من هذه الاتفاقيات المعايير دون الأخرى الذى يحقق أكبر قدر من القبول والانتشار لها.

موقف الفقه من معيار الدولية:

أيا كان الأسلوب والحيثيات التى أبرزها الفقه بصدد تناوله لمعيار دولية العقد فى اتفاقية لاهاى سنة ١٩٨٦، فالنتيجة التى انتهى إليها الفقه عموماً هو أن معيار دولية العقد فى الفقرة (ب) من المادة الأولى هو معيار يتسم بعدم الوضوح والتحديد بالشكل الذى يمكن إعماله بالنسبة للعلاقات الدولية.

وبصدد ذلك ذهب رأى فى الفقه أن واضعى اتفاقية لاهاى سنة ١٩٨٦ قد اخذوا مثلا سيئاً من اتفاقية روما، بسبب أنهم لم يستخدموا تعبير البيع الدولى وإنما استخدموا تعبير «الحالات التى تثير تنازع القوانين لدول مختلفة». فهذه الصياغة ليست ذات أثر للقول بدولية العقد، حيث لا يكفى لأن يكون البيع دولى القول أنه يوجد تنازع قوانين. فمسألة التنازع لها خصائصها الخاصة بها منها أن تكون هناك حالة تخضع لأكثر من قانون دولة، فهذا النص هو تحصيل حاصل بلا فائدة فهو لم يحدد الحالات التى تثير تنازع القوانين، أو التى تكون سببا في التنازع، وبالتالى ليست هناك حاجة إلى مراعاة هذا المعيار بصدد دولية العقد.

ولم يقف هذا الرأى عند هذا الحد بل يرى أن اتفاقية لاهاى ١٩٨٦ قد وقعت فى ذات السقوط الذى وقعت فيه اتفاقية روما سنة ١٩٨٠، من حيث الخلط بين تنازع القوانين، اندماج القانون فى العقد كشروط تعاقدية، ويرى أيضاً أن ما جاء فى الاتفاقية بخصوص تطبيقها من حيث ألا تكون حالة التنازع ناشئة عن اختيار الأطراف لقانون يثير مسألة التنازع، فهو يرى أن ذلك مسألة غير منطقية وذلك لأن التنازع لا ينشأ لمجرد أن الأطراف قد اختاروا قانونا

يحكم العقد، فوفقاً لهذه الصياغة إذا اختار الأطراف قانون أجنبى ليحكم عقد وطنى، وكان هذا القانون يثير التنازع بين قوانين دول مختلفة لا شك أن الاتفاقية لا تطبق. ويرى هذا الفقه أن وجهة النظر تلك غير مقبولة من الناحية العملية لأن الأطراف لا يقصدوا مطلقا اختيار قانون يحكم العقد من شأنه أن يثير مسألة التنازع، وينتهى فى رأيه أن الاتفاقية قد تضمنت مصطلحات صعبة فى الفقرة (ب) من المادة الأولى(١).

يذهب جانب آخر من الفقه أن صياغة الفقرة (ب) من المادة الأولى هى مجرد حشو لا طائل منه أو فائدة، إذ أن تعبير «الحالات التى تثير تنازع القوانين لدول مختلفة» هى قلما تكون أقل وضوحا من تعبير العلاقات الدولية. ويرى أيضا أن الفقرة (أ) من المادة الأولى تفترض أن كل من طرفى العقد فى دولتين مختلفتين، اما من ناحية المادة (١٤) من الاتفاقية فهو يرى كذلك أنها لا تكون مطلقا صالحة للحد من مصادر الخلاف. ذلك الذى بسببه تكون المحاولات لوضع قواعد موحدة - ومن ثم فإنه بهذه الطريقة ستظل المخاطر القانونية قائمة فى نطاق تطبيقها، وذلك لأنها لا تحقق أمانى الأطراف عند اللجوء إليها من ناحية أنها نظام قانونى ليس محلا للجدل أو المناقشة، كما أن واضعى الاتفاقية قد أهملوا الجانب الاقتصادى فى مسألة دولية العقد(٢).

وبصفة عامة إن الاتفاقية قد حدت من دور الأطراف فى اسباغ العقد

---

(١) A. Kassis op. cit., p. 550 - 552.

(٢) Heuze op. cit., p. 36, 37.

بالصفة الدولية شأنها فى ذلك شأن اتفاقية لاهاى سنة ١٩٥٥. وأيا كانت وجهة نظر الفقه بصدد معيار دولية العقد فى اتفاقية لاهاى سنة ١٩٨٦ فإن ما جاء بها من معايير لدولية العقد كلها تتسم بالطابع القانونى دون الاقتصادى وهذا ما يؤكده الفقه «هيزيه» عندما قرر أن الاتفاقية قد أهملت الجانب الاقتصادى فى مسألة الدولية، وهذا واضح تماماً فى نصوص المادة (١) بفقرتيها والمادة (١٤) من الاتفاقية.

الفرع الثانى
معيار دولية عقد البيع الدولى
فى
الاتفاقيات الدولية ذات القواعد الموضوعية
«اتفاقيتى لاهاى سنة ١٩٦٤ و فيينا سنة ١٩٨٠»

تمهيد: تعد اتفاقيتى لاهاى ١٩٦٤ و فيينا ١٩٨٠ من أهم المحاولات التى تحققت نحو وضع قواعد دولية موضوعية موحدة بشأن البيع الدولى، على الرغم من أنه كانت توجد محاولات أخرى نحو تحقيق قانون موحد للبيع الدولى، ومن تلك المحاولات كما يذكر جانب من الفقه كانت فى أمريكا اللاتينية سنة ١٩٥٣(١).

فكل من الاتفاقيتين قد تضمنتا معيارا لدولية العقد، إلا أن اقرار

---

(١) Franco Ferrari uniform interpretation of the 1980 uniform sales, p. 186; Georgi. J. of law international and comparative law 1994 - 1995.

معيارا لدولية العقد، لم يكن أمراً هينا أو سهلا، حيث دارت العديد من المناقشات حول معيار دولية العقد من قبل اللجان والمؤتمرات التى أسهمت فى وضع الاتفاقيتين(١).

وبالرغم من أنه يوجد أوجه شبه(٢) وخلاف(٣) بين كل من الاتفاقيتين، إلا أنهما يتفقان من حيث وحدة الهدف وهو ايجاد تنظيم قانونى موحد للبيع الدولى، ويمكن ارجاع أوجه الشبه بين الاتفاقيتين أن اتفاقية لاهاى سنة ١٩٦٤ كانت هى الأساس الأول لدى واضعى اتفاقية فينا سنة ١٩٨٠ بشأن وضع قواعد

---

(١) د. محسن شفيق، اتفاقية لاهاى سنة ١٩٦٤ بشأن البيع الدولى للمنقولات المادية «دراسة فى قانون التجارة الدولية» مجلة القانون والاقتصاد، العدد الرابع سنة ١٩٧٤ ص ٢٩٤.

(٢) انظر فى ذلك المادة ٢/١٩ من القانون الموحد ١٩٦٤، المادة ٢/٧ من اتفاقية فينا سنة ١٩٨٠ المادة ٢/١٦ من القانون الموحد سنة ١٩٦٤، المادة ٢/٥ من اتفاقية فينا ١٩٨٠. وهذه المواد تتعلق بتكوين العقد وبصدد ذلك يذهب الفقيه Franco Farraire أن تكوين العقد فى اتفاقيتى لاهاى ١٩٦٤ وفينا سنة ١٩٨٠ منظم بقواعد مشابهة تماما فى كلتا الاتفاقيتين، الجزء الثانى من الاتفاقية فينا سنة ١٩٨٠ يتطابق تماما مع اتفاقية لاهاى ١٩٦٤ الخاصة بتكوين العقد.

(٣) من أمثلة الخلاف بين كل من الاتفاقيتين ما تنص عليه المادة (٥) من القانون الموحد ١٩٦٤ لا يترتب على هذا القانون الغاء القواعد الآمرة التى تضعها القوانين الوطنية لحماية المشترى فى البيوع بالتقسيط هذا النص لا يقابله نص مماثل فى اتفاقية فينا للبيوع الدولية سنة ١٩٨٠.

لمزيد من التفصيل حول أوجه الشبه والخلاف بين كل من الاتفاقيتين انظر:

Stephen Bainbridge, trade usage in international sales of goods, An Analysis of the 1964 and 198 sales convention 24 va, J, int, L. L p. 619, F. Ferrari, op. cit., p.86.

موضوعية موحدة للبيع الدولى للبضائع تكون مقبولة[١]، ومن ناحية الخلاف بين كلتا الاتفاقيتين فإنها ترجع بالدرجة الأولى إلى تفادى أغلب الانتقادات التى وجهت إلى اتفاقيتى لاهاى سنة ١٩٦٤ التى كانت سببا فى عدم تحقيق الانتشار الواسع للاتفاقية كما كان متوقعاً[٢].

إن مسألة دولية العقد فى كل من الاتفاقيتين تعد من نقاط أوجه الخلاف بينهما، لذلك سوف نتناول معيار دولية العقد فى كل منهما.

---

(١) Albert Kartsier, the C.I.S.G/ 1980, scope interpretation and Resources, p.210, intl, quarterly Bus, L., April, 1997.

(٢) انظر لاحقا الانتقادات الموجهة للقانون الموحد ١٩٦٤.

الفصل الأول

معيار دولية العقد

فى

اتفاقيتى لاهاى سنة ١٩٦٤(١)

على الرغم من الجهد العظيم الذى قد بذل فى اعداد اتفاقيتى لاهاى سنة

---

(١) بداية ظهور هذه الاتفاقية كان عام ١٩٣٠ عندما قام المعهد الدولى لتوحيد القانون الدولى الخاص (معهد روما) بتشكيل لجنة من العلماء القانونيين الأوربيين لصياغة قانون موحد للبيوع الدوليح حيث قامت اللجنة بإعداد مسودة دولية ثم أرسلت للحكومات عام ١٩٣٥ لاستطلاع الرأى حيث جاءت الردود بعضها مؤيد، والآخر معارض وبناء على ذلك تم تشكيل لجنة أخرى مصغرة لتفصيل مشروع القانون حيث تم تقديم صياغة جديدة لمشروع القانون عام ١٩٣٨ ثم توقف العمل بسبب الحرب العالمية الثانية وبإنتهاء الحرب العالمية الثانية واصل المعهد نشاطه وتبين أن المشروع الذى سبق أن تم اعداده أصبح غير صالح لمواجهة الظروف الاقتصادية العالمية الجديدة والتى نشأت بعد الحرب، انعقد مؤتمر لاهاى سنة ١٩٥١ للاتفاق على المبادئ العامة التى يقوم عليها مشروع هذا القانون، تم تشكيل لجنة لإعداد مشروع القانون حيث قامت اللجنة بإعداد مشروعها وأرسلته للحكومة الهولندية لإبداء الرأى فيه من جانب الدول سنة ١٩٦٣، اجتمعت اللجنة مرة أخرى لادخال التعديلات المطلوبة عليه بعد دراسة الملاحظات التى تم ابداؤها، فى أثناء ذلك كان المعهد يعد اتفاقية أخرى خاصة بتكوين عقد البيع الدولى ثم بعد ذلك قامت الحكومة الهولندية بالدعوة إلى مؤتمر دبلوماسى بمدينة لاهاى لمناقشة مشروع الاتفاقيتين وفى ثلاث أسابيع صدق المؤتمر على كلتا الاتفاقيتين «فتح باب التوقيع عليهم» ودخلتا حيز التنفيذ سنة ١٩٧٢بعد استلام التصديق الخامس عليهما.
لمزيد من التفصيل انظر:
Laszlo Reczei "Area of operation of the international sales conventions. 1980. American journal of comparative law (p.513-522. stephen bainbridge op. cit., p. 630. André tunc "commentary on the Hague convention of the 1 july 1964 on international sale of goods and the formation of the contract of sale April 1988. John Honnold the sales convention Back graund status Application J. of law and commerce 1-10 (1988) the draft convention on conttracts for international sale of goods, an overview 27 Am. J. comp L. 223-231-1979.

١٩٦٤ حيث أن الإعداد لهذه الاتفاقية قد بدأ منذ أواخر العشرينات حتى تم الانتهاء منها ودخولها حيث التنفيذ بإيداع التصديق الخامس عليها، وصارت نافذة المفعول منذ ٢٣ أغسطس ١٩٧٢، ومع ذلك لم يتحقق لها الانتشار والرواج الدولى المأمول، إذ أن ذلك لا يعنى عدم أهمية القانون الموحد، فله من الأهمية بمكان، والفضل يرجع فى ايضاح وابراز هذه الأهمية بالدرجة الأولى إلى هذا الرأى من الفقه.

أهمية القانون الموحد:

تبدو أهمية القانون الموحد بالرغم من أنه كانت توجد عدة أسباب كان من شأنها أن حالت بينه وبينه التطبيق والانتشار والرواج المأمول، ومن ثم تجعله غير ذات أهمية. وبالرغم من ذلك ظل للقانون الموحد أهميته على المستوى الدولى وتبرز أهمية القانون الموحدة من عدة نواحى:

١- يقول جانب من الفقه أنه عن تجربة شخصية له فى أبريل سنة ١٩٨١ بخصوص حضوره مؤتمر قضاة المحاكم التجارية بشأن موضوع القانون الموحد للبيع الدولى، أنه أثناء المناقشات مع المشاركين فى المؤتمر والذين طبقوا القانون الموحد، علمت أنهم كانوا مؤيدون لهذا القانون وذلك على اعتبار أنه كان منقذا بسبب قواعد تنازع القوانين التى تم تفاديها به، كما اعتبروا نصوصه الموضوعية أيضاً، خصوصاً تلك التى تنظم التزامات البائع والمشترى، تعد أفضل بكثير لعقود البيع الدولى مما هو موجود فى القوانين الوطنية[١].

---

(١) P.Schiechtriem. Recent developments in international sales law p. 309-321. israel lav Review. =

٢- تتأكد أهمية اتفاقيتى لاهاى سنة ١٩٦٤، من حيث أنها كانت الأساس الذى قامت عليه اتفاقية فينا سنة ١٩٨٠. فكل من اتفاقيتى لاهاى كانت لهما تأثير عظيم على صياغة ومحتويات الاتفاقية، وذلك نظراً لما يتمتع به القانون الموحد من أهمية كبيرة كمصدر تاريخى وبحث فقهى[١]، فالقانون الموحد لم يكن فقط أساس لاتفاقية فينا، وإنما كان مصدراً من المصادر الهامة التى تعتمد عليها الينسترووال فى الاتفاقيات الدولية الصادرة عنها. حيث يقول رأى فى الفقه أن القانون الموحد ١٩٦٤ كان أساساً فى مسودات

= يقول هذا الفقه فى مؤلف آخر له، عندما دخلت اتفاقيتى لاهاى ١٩٦٤ حيز التنفيذ فى ألمانيا لم يتم استخدام القانون الموحد إلا بعد خمس سنوات حيث طبقته المحكمة العليا الاتحادية الالمانية، كان من الاجابات التى وردت ردا عن الأسئلة الموجهة لبعض المحاكم عن حقيقة القانون الموحد كانت أنه بالرغم من أن القانون الموحد كان صحيحا إلا أن البعض لم يسمع عنه حتى الذى يسمعوا عنه ابتعدوا عنه حيث كان غريب ومجهول بالنسبة لهم حيث يقول ذات الفقيه أن له تجربة شخصية بصدد ذلك حيث أنه فى الفترة من ١٩٨٤ حتى ١٩٩١ كان عضوا فى لجنة تعديل القانون الألمانى وكان لديه فرصة للحديث مع رئيسى محكمة الاستئناف الالمانية الذين كانوا أعضاء بها الأول قد أكد أنه طبق القانون الموحد كثيرا، الآخر قرر أن محكمته قد فضلت تفادى القانون الموحد قدر الامكان واقترحوا على الأطراف تطبيق القانون المحلى بدلا منه، بالرغم من ذلك أنه منذ دخول الاتفاقية حيز التنفيذ فى المانيا عام ١٩٧٤ حتى ١٩٨٧ تم اجراء مسح لتطبيق القانون الموحد كانت هناك حوالى ٢٥ حالة طبق فيها القانون الموحد حيث قد كان ذلك عن طريق أسئلة وجهت للمحاكم ولم يرد الرد إلا على ٥٪ فقط من المحاكم حتى أن الجانب الذى تجنب تطبيقه عادة قرر أنه تعلم تقديره.

P.Schlechtriem, uniform sales law the Experince with uniform sales law in federal renublic of Germany juriidisk tidskrift 1991-1992.

(١) Jacob Sziegel, the Future of the international sales convention from a common law perspective Newzealand Business law quarterly 2000 p. 336.

الينستروال حتى بالنسبة للاتفاقيات الينستروال الأخرى(١).

ومع ذلك بالرغم من تلك الأهمية، والجهد العظيم الذى قد بذل فى إعداد القانون الموحد سنة ١٩٦٤ فإنه لم يكتب النجاح له كما كان متوقعاً، حيث توجد أسباب عديدة تكمن وراء عدم نجاح هذا القانون وذيوعه وانتشاره.

أسباب عدم نجاح القانون الموحد وذيوعه وانتشاره:

١- ان السبب الرئيسى فى عدم نجاح القانون الموحد، يرجع بالدرجة الأولى إلى الفكر العالمى السائد نحو هذا القانون من ناحية الدول النامية، والدول الاشتراكية، حيث كانت ترى أن هذا القانون هو قانون أوربى غربى، خاصة أن الدول النامية قد رأت فيه أنه قانون أعد لصالح بائعى السلع فى الدول الصناعية(٢).

٢- إن عدم ذيوع القانون الموحد وانتشاره بالشكل المأمول، يرجع أيضا إلى أن أغلب دول العالم لم تكن ممثلة فى مراحل اعداده، حيث أن أغلب دول العالم فى آسيا وافريقيا كانت تحت السيطرة الاستعمارية، فضلا عن أنه وقت تصديق مؤتمر لاهاى سنة ١٩٦٤ على الاتفاقية لم تكن الدول التى تحت السيطرة

---

(١) Peter winship, commentary on professer kastely's rhetorical Analysis J. of law Business 1988 (623-639).

(٢) Franco Ferrari op. cit. (1994-1995) p. 183 - 238 stephen Bainbridge op. cit., p. 631 the third World and socialist states also raised a number objection to Ulis, they objected to domination of the conference by the devloped western Europen nations asserting that the domination resulted in ulis convention strongly favoring the industrial states at least, they found many provisions of the ulis unclear and unfamiliar.

الاستعمارية قد حصلت على استقلالها(١)، وبالتالى ان عدم المشاركة فى إعداد القانون كان من شأنه أن يخلق مانع نفسى فى تبنى الاتفاقية، فضلا عن ذلك إن القانون الموحد كان مبنيا على أفكار ومفاهيم تتوافر مع الأفكار السائدة فى العالم وقت مراحل اعداده، إلا أنه وقت صدور هذا القانون كانت تلك الأفكار والمفاهيم التى بنى عليها القانون الموحد لا تتواءم مع الأفكار السائدة فى العالم وقت صدوره(٢).

٣- ان قلة التصديق على هذه الاتفاقية حال أيضا دون ذيوعها وانتشارها فبمقارنة الدول التى وقعت على هذه الاتفاقية فى مؤتمر لاهاى عام ١٩٦٤بالدول

---

(١) John Hannold, the sales convention Background, status, Application p. 3, J.of law and commerce 1-10 (1988).

(٢) John Honnold op. cit., p. 3 J.of law and commerce 1-10 (1988)

ان عدد الدول التى حضرت مؤتمر لاهاى سنة ١٩٦٤ كان ثمانية عشرون دولة كان منهم تسعة عشرة دولة من أوربا الغربية ثلاث دول فقط من افريقا، أسيا، أمريكان اللاتينية، كولومبيا، مصر، اليابان) دون زن يكون للصين أو الهند أو كندا أو استراليا أو الاتحاد السوفيتى ممثل فى المؤتمر.

انظر فى ذلك:

1- Nives Povrzenic interpretation and GAP filling under the united nations convention on contracts for the international sale of goods F. 2, P 1-18, pace universty school (httb//www.law, pace, edu). 2000.

2- John Honnold report of the united states Delegation to the united Nations confrance on contracts for the international sale of goods (1980).

مشار إليه فى: Stephen Bainbridge op. cit., F.80.

التى صدقت عليها نجد أنه عدد ضئيل[١]، خاصة أن من بين هذه الدول الولايات المتحدة الأمريكية، حيث أنه إذا قامت الولايات المتحدة الأمريكية بالتصديق على هذه الاتفاقية لكان من الممكن أن يتحقق لهذه الاتفاقية قدر من الانتشار والذيوع المقبول، وهذا ما لم يحدث حيث أن الوفد الأمريكى قد اعترض على هذه الاتفاقية فى أربع نقاط أساسية[٢]. يضاف إلى ذلك أنه حتى تصديق انجلترا على هذه الاتفاقية كان تصديقاً متحفظاً. وبالتالى اعتراض

---

(١) ان الدول التى صدقت على هذا القانون الموحد هى: ايطاليا، هولنده، بلجيكا، انجلترا، المانيا، اسرائيل، سان مارينا، لكسمبورج (انجلترا صدقت مع التحفظ).

انظر فى ذلك:

Pater schlechtriem uniform sales law the un-convention on contracts for theinternational sale of good F (6) Manz, 1986.

الدول التى صدقت على القانون الموحد (اتفاقية لاهاى ١٩٦٤ الخاصة بتكوين البيع) هى ذات الدول التى صدقت على القانون الموحد سنة ١٩٦٤.

انظر فى ذلك الدكتور محسن شفيق، سابق الاشارة إليه ص ٢٣ هامش (٤).

(٢) Stephn Bainbridge op.cit., p. 631 "objections of the united stats delegation to Ulis centerd on four (4) basic points 1- Ulis was concevied primarily in the light of external trade between common boundray notions geoghraphically near to each other 2-Ulis devoted insufficient attention to international trade problems involv ing overseas shipmints.
3- Ulis did not balance the reciprocal rights and obligations of seller and buyer viewed in the light of practical realities of trade practices à 4 - Ulis Would not be understood by individuals in the commercial field".

فى ذات المعنى انظر أيضا:

Franco Ferrari op. cit. (1994-95) F.56, john Honnold the draft convention on contracts for the international sale of goods, American journal of comparative law (1979 223-231).

امريكى، وتحفظ انجليزى لاشك أن يصيب هذا القانون فى مقتل، بالاضافة إلى اعتراض الدول النامية والاشتراكية، وبالتالى فإن حلقة الرفض تكون قد اكتملت.

٤- كان من الممكن أن يكون للتطبيقات القضائية للقانون الموحد دورا في ذيوعه وانتشاره بالرغم من قلة التصديقات على هذا القانون، إلا أنه بالنظر إلى التطبيقات القضائية للقانون الموحد فى الدول التى صدقت عليه، خاصة التى صدقت مع تحفظ، نجد أنها تكاد تكون معدومة كما هو الحال فى انجلترا(١) باستثناء اسرائيل(٢) التى وصل الأمر فيها أن قانون البيع المحلى

---

(١) Jacob Szeigal op. cit., p. 337 "there Were no reported British cases where the parties had chosen ulis as the governing law, stephen bainbridg op. cit. p. 630, N. 73, in England international marechants generally ignor the covention, few expressly invoke ulis in their international sales contracts".

(٢) Albert H.Keritzer op.cit.,p.54, F.49 "israel has two sales laws, a code of domestic sales (the sales law 5728-1968, and a cod for international sales which is made up of sale internationsl sales of good law 5731 - 1971 and the sale formation of contracts for international sale of goods lax 5738- 1978, the first of which is an embodiment of the uniform law on the international sale of goods (Ulis) the latter of the uniform law on the formation of contracts for the international sale of goods (UIF)... the Israel Domestic sale law was designed in the same format as Ulis".

(٣) انظر فى ذلك:

l'arrét du BGH du 20.06-1986 - in droit et pratique du commerce international 1984 (un litige oppose un societe emericaine (acheteur) agissant par le truchement d'un succursale etablie a Amesterdam a une societe allemande (vendeur) le tribunal allemnde reconnait la uniforme de 0I.07.1964 comme applicable parce qui la succursale doit etre considerée comme un etablissement ou sens de l'art. 1 de la loi uniform ladite succursale est située dans un Etate lié par convention. =

رقم ٥٧٢٨ تمت صياغته بذات شكل القانون الموحد، بعض التطبيقات فى المانيا(٣) وبلجيكا(١).

٥- يمكن القول إن قيام لجنة القانون التجارى الدولى بتشكل لجنة سنة ١٩٦٥ لوضع قانون موحد لتنظيم البيع الدولى للبضائع الذى أصبح فيما بعد اتفاقية فينا ١٩٨٠، كان له أكبر الأثر فى احجام الدول عن التصديق على هذا القانون. خاصة أن هذه الجهود التى بدأت فى وضع هذا القانون بدأت بعد مضى خمس سنوات فقط من التوقيع على القانون الموحد فى لاهاى سنة ١٩٦٤ وقبل دخوله حيز التنفيذ، حيث أنه لم يدخل حيز التنفيذ إلا عام ١٩٧٢، خاصة أن مشروع القانون الذى تم تشكيل لجنة له هو من قبل لجنة القانون التجارى بالأمم المتحدة، حيث كان البيع الدولى من أول الموضوعات التى استرعى اهتمامها وسارت فى شأنه فى طريقين أحدهما اتفاقيتى لاهاى ١٩٦٤ لتقرير

= هذا الحكم مشار إليه فى:

Jean delacollette, les contrats de commerce internationaux droit 1 Economie 1-edition 1991 p. 20.

(١) انظر فى ذلك:

(cf.note N.Watte sous l'arret in Revue de droit commercial belge. 1988. p. 297 et s) un arret de la cour d'appel de Bruxalles du 19-3-1987 a fait application de la loi uniform estimant que les parties n'avaient fait aucune reference aux conditions generales du vendeur et ne s'etaint d'aucune maniere referees des usages commerciaux en contradiction avec ladit loi uniform.

انظر أيضا:

Cf. revue regionale de droit janvier 1990 avece note de H.Born.

Jean delacollette op. cit., p. 20. هذان الحكمان مشار إليهما فى:

هذه الاتفاقية مع توصية الدول للانضمام اليها أم عمل اتفاقية جديدة تغنى عنها . وكانت كل الأعمال التى تمت فيما بعد بصدد ذلك تنبئ بالتعديل والتغيير فى هذا القانون الموحد سنة ١٩٦٤، وبالتالى كان لذلك دوراً فى عدم ذيوعه وانتشاره.

ومن ذلك كله يمكن القول أن عدم نجاح وانتشار القانون الموحد يرجع بالدرجة الأولى إلى أن العالم وقت صدور هذا القانون لم يكن مهيأ بالشكل الكافى لقبول هذا القانون، حيث أنه صدر فى فترة تميزت بحركات التحرر والاستقلال عن الدول الاستعمارية التى كانت فى غالبيتها فى ذلك الوقت كلها دول أوروبية. والاعتقاد السائد عن هذا القانون أنه قانون أوربى خالص(١)، وبالتالى كان لذلك تأثيره على ذيوع هذا القانون وانتشاره، ومن ثم يمكن اجمال ذلك فى قول واحد، كما قال رأى فى الفقه أن عدم الاستقبال الجيد لهذا القانون يرجع بالدرجة الأولى إلى التناقض فى السياسة العالمية(٢).

والحقيقة التى يؤيدها دليل هو أن التشريع الدولى يستمد قوته من الجهة الصادر عنها القانون الموحد ١٩٦٤ هو قانون صادر عن معهد اليندروا، وهى فى المقام الأول والأخير منظمة غير حكومية، على العكس من منظمة الأمم المتحدة (لجنة قانون التجارة الدولية) فهى منظمة عامة دولية تجمع فيها كل

---

(١) Nives Povrzenic op. cit. p. 2 membre states of the united Nations decribed them as too doumatic, complex, predominantly of the European civil law tradition and unclear.

(٢) Peter sehieehtriem, recent devlopments in international sales law p. 7 isral. L. Rev. (1983), 309-326.

دول العالم لذلك ان اتفاقية فينا سنة ١٩٨٠ كتب لها النجاح والانتشار والذيوع الدولى المأمول بالرغم من صدور اتفاقية لاهاى سنة ١٩٨٦ بعد اتفاقية فينا، وهى اتفاقية تجمع بين كافة معايير الدولية فى الاتفاقية الدولية، إلا أنها حتى الآن لم تدخل حيز التنفيذ وذلك بسبب أن الجهة الصادرة عنها هى معهد الينذروا.

معيار الدولية فى اتفاقيتى لاهاى سنة ١٩٦٤:

ان اتفاقيتى لاهاى ١٩٦٤ لا يتعلقا إلا بالبيع الدولى، وهذه الصفة تستخلص على وجه الخصوص من التسمية التى أطلقت عليه فهو قانون موحد للبيع الدولى.

وإن تحديد ضوابط الدولية كانت فى مقدمة الموضوعات التى أثارت جدلا فى كافة اللجان والمؤتمرات التى ساهمت فى اعداد اتفاقيتى لاهاى، لاشك أن تحديد مسألة الدولية فى القانون له من الأهمية، وذلك لأنه يفصل بين تطبيق القانون الموحد، والقانون الوطنى لأن إذا انتفت عن العقد صفة الدولية ظل العقد خاضعا للقانون الوطنى(١).

ولقد تضمن القانون الموحد معيار الدولية فى نص المادة الأولى منه حيث تنص على:

١- يطبق القانون الحالى على عقود بيع البضائع التى تعقد بين أطراف

---

(١) محسن شفيق «اتفاقيات لاهاى سنة ١٩٦٤ بشأن البيع الدولى للمنقولات المادية (دراسة فى قانون التجارة الدولية» مجلة القانون والاقتصاد عدد ٤ لسنة ١٩٧٤ ص ٢٩٣.

توجد منشأتهم فى دول مختلفة وذلك فى الأحوال الآتية:

أ - وقوع البيع على سلع تكون عند ابرام عقد البيع محلا للنقل من دولة إلى أخرى أو ستكون بعد ابرام البيع محلا لمثل هذا النقل.

ب - أن يصدر الايجاب والقبول فى دولتين مختلفتين.

جـ - تسليم الشئ المبيع فى دولة غير التى صدر فيها الايجاب والقبول.

٢- إذا لم يكن لأحد الأطراف منشأة أو مركز أعمال، العبرة تكون بمحل الاقامة العادية.

٣- أن تطبيق القانون الموحد لا يعتمد على جنسية الأطراف.

٤- فى حالة العقود بالمراسلة فالايجاب والقبول لا يعتبران واقعين فى دولة واحدة إلا إذا كانت الخطابات أو البرقيات أو وسائل الاتصال الأخرى قد صدرت وتسلمت فى دولة واحدة.

٥- لا تعتبر دولا مختلفة فيما يتعلق بمركز الأعمال أو محل الاقامة العادية لأطراف البيع الدولى التى قامت بعمل الإعلان المشار إليه فى المادة الثانية من الاتفاقية بشرط أن يظل هذا الاعلان صحيح وسارى.

إذا كانت المادة الأولى كما هو واضح من فقراتها تنظم مسألة دولية العقد، فإن المادة الثالثة والرابعة من الاتفاقية أيضاً لها دوراً مهما فى تنظيم مسألة الدولية فى اتفاقية لاهاى سنة ١٩٦٤، حيث تنص المادة الثالثة على «خلافا لما هو منصوص عليه فى المادة الأولى من القانون الموحد، يجوز لكل دولة أن تقرر

عند ايداع مستندات التصديق على الاتفاقية أو الانضمام إليها أنها سوف لاتطبق القانون الموحد إلا إذا كانت مراكز أطراف البيع أو محال اقامتهم عند عدم وجود مثل هذه المراكز موجودة فى اقليم دولة متعاقدة مختلفة» .

تنص المادة الرابعة على «يجوز لأى دولة من هذه الدول عند ايداع وثائق تصديقها أو انضمامها أن تخطر الحكومة الهولندية أنها لن تطبق القانون الموحد فى الحالات التى تتناولها أى اتفاقية من الاتفاقيات المتعلقة بقواعد تنازع القوانين إلا إذا كانت أحكام تلك الاتفاقية تؤدى إلى تطبيق القانون الموحد» .

ضوابط معيار دولية العقد فى اتفاقيتى لاهاى ١٩٦٤:

من المستقر عليه أن معيار دولية العقد فى القانون الموحد يقوم على ضابطين ضابط موضوعى، وضابط شخصى. فالضابط الموضوعى يتعلق بعقد البيع ذاته وهذا الضابط يتألف طبقا لنص المادة الأولى فقرة (١) من ثلاث عناصر تتعلق بالعقد ذاته من حيث ظروف ابرامه، وتنفيذه، ومحله، والضابط

---

(١) Franco Ferrari "uniform law of international sales issues of Applicability and private international law J. of law and commerce. p.164 (1995). under the hague conventions a sale was deemed international if it presented two elements of internationality one subjective, the other objective with respect to the first (subjective) element internationality (under the Hague conventions) required that the parties have their places of business or, in lack there of their habitual residence) in two different states (which could be non-contracting stats) regardless of whether or not the parties had the som nationality, the second objective element required one of the following alternatives cross border transportation of goods subject to the contract, offer and acceptance occuring in different stutes or dilevery of the goods taking place in a state different from the one in which the offer and acceptanee accurred.

الشخصى يتعلق بأشخاص العقد من حيث أن يكون لهم منشأة فى دول مختلفة(١).

الضابط الشخصى:

توضح المادة الأولى فى فقرتها (١) الضابط الشخصى لدولية العقد من حيث أن عقد البيع يعد عقدا دوليا وفقا للقانون الموحد - بشرط توافر أحد عناصر الضابط الموضوعى - متى كان بين أطراف توجد منشأتهم فى دول مختلفة. فهذا الضابط للدولية لا يشترط أن تكون تلك الدول المختلفة دول متعاقدة، وكذلك لا يعتد القانون الموحد بجنسية الأطراف فى تحديد الدولية وذلك وفقا للفقرة (٣) من المادة الأولى، وبالتالى فإن مجرد أن يكون العقد بين طرفين لديهم منشأتين فى دولتين مختلفتين، يعد عقد دولى بصرف النظر عن جنسية كلا منهما(١) أو أن تكون تلك الدول المختلفة دول متعاقدة(٢).

ووفقا لذلك فإن مدى تطبيق الاتفاقية، يتميز بالاتساع فهل هذه القاعدة بصدد دولية العقد وفقا للقانون الموحد قاعدة مطلقة أم لا.

الحقيقة أن الاتفاقية قد تضمنت فى نصوصها اعتبارات من شأنها أن تحجم هذه الدولية بشكل يجعل مسألة دولية العقد وفقا للقانون الموحد مسألة محجمة أو مقيدة.

---

(١) P.H.Kahn, la convetion de la Haye du ler juillet portant loi uniform sur la vente international des objects mobilier carporles R.T.D. co. p.676 (1964).

(٢) حيث يذهب الفقيه .K أن جنسية الأطراف مسألة ليست ذات أهمية متى كانت شروط الدولية متحققة. سابق الاشارة إليه، ص ٦٦٧.

حالات تقييد مسألة دولية العقد فى القانون الموحد تتحدد هذه الحالات فى :

١- إذا أعلنت دولة ما عند ايداع مستندات التصديق على الاتفاقية أنها سوف لا تطبق القانون إلا إذا كانت مراكز أطراف البيع أو محل اقامتهم موجودة فى دولة متعاقدةو، هذا ما تقرره المادة الثالثة من الاتفاقية فإنه فى هذه الحالة يعد تقييداً لمسألة دولية العقد، حيث أن العقد لا يصطبع بالصبغة الدولة إلا إذا كان بين طرفين تكون محل اقامتهم ليس فقط فى دولة مختلفة، ولكن أيضا متعاقدة، فإذا لم يكن الأمر كذلك فإن العقد لا يعد عقدا دوليا وفقا للمادة الثالثة من القانون الموحد.

٢- إذا أعلنت دولتان أو أكثر من الدول المتعاقدة أنهما قد اتفقا فيما بينهما على ألا تعتبر كل دولة بالنسبة للأخرى دولة مختلفة فيما يتعلق بالشرط المشار إليه فى الفقرة الأولى، والثانية من المادة الأولى من القانون الموحد بخصوص مركز أعمال أطراف العقد أو محل اقامتهم، وبالتالى فإنه تطبيقاً لذلك فى هذه الحالة فإن هذه الدول لا تعتبر دول مختلفة فيما يتعلق بمراكز الأعمال للأطراف ومحل اقامتهم العادية، متى قامت هذه الدول بهذا الاعلان ،ولكن بشرط أن يكون هذا الاعلان صحيح وسارى، وبالتالى طبقا لذلك فإن العقد تنحسر عنه صفة الدولية.

وتطبيقاً لما تقدم أن معيار الدولية (الضابط الشخصى) يرد عليه قيدان يحددان صفة الدولية، فهذا الضابط الشخص سواء تم تطبيقه بشكل مجرد أو تطبيقه بشكل مقيد، فإنه لا يكفى فى حد ذاته لصبغ العقد بالصفة الدولية

حيث لا يكفى أن يكون لأطراف العقد منشأتين فى دولتين سواء مختلفتين أو حتى متعاقدين فإنه لابد أن تتوافر أحد عناصر الضابط الموضوعى.

الضابط الموضوعى:

هذا الضابط يتعلق بعقد البيع ذاته سواء من حيث ابرام العقد أو تنفيذه أو محل العقد تلك هى عناصر الضابط الشخصى، حيث أن توافر احدهما مع الضابط الموضوعى يؤدى إلى تحقق صفة الدولية هذه العناصر تتحدد فى:

١- أن يقع البيع على سلع تكون عند ابرام العقد محلا نقل من دولة إلى أخرى، أو تكون بعد ابرام البيع محلا نقل من دولة إلى دولة أخرى.

هذا العنصر يتضمن أمرين:

(أ) أن العقد يتضمن بيع بضائع يتم نقلها بحرا من دولة إلى أخرى.

(ب) أن العقد يتضمن بيع بضائع سوف يتم نقلها أو حملها من اقليم دولة إلى اقليم دولة أخرى. فإن توافر أى أمر من هذين الأمرين مع الضابط الشخصى سواء كان مطلقا أو مقيداً، فإن العقد يعد عقد بيع دولى. ولقد تطلب رأى فى الفقه شروط صحة لهذا العنصر من الضابط المادى، وهى أن تكون عملية النقل حقيقة حيث يكون كل طرف من أطراف العقد عالما بضرورة تحققه وإلا لا يمكن اعتباره مرتبط بالعقد، فليس مجرد شحن البضائع على السفن يجعل النقل قد تم(١).

---

(١) Heuze op. cit., p. 70.

٢- صدور الايجاب والقبول فى دولتين مختلفتين:

الواقع أن اتفاقيتى لاهاى سنة ١٩٦٤ هى الاتفاقية الأولى من نوعها التى جعلت الايجاب والقبول معيارا لدولية العقد، وهذا ما توضحه الفقرة الثانية من المادة الأولى «إذا كانت الأفعال المكونة للايجاب والقبول قد وقعت فى دول مختلفة» فطبقا لذلك فإنه يشترط لتطبيق القانون الموحد أن يكون الايجاب والقبول قد وقع فى دولة مختلفة، ولا يشترط أن تكون منشأة طرف كل عقد فى الدول التى صدر فيها الايجاب والقبول.

فالقانون الموحد لم يجعل مسألة الايجاب والقبول عنصرا فى تحديد دولية العقد أو بعبارة أخرى أن لها دوراً فى تطبيق القانون الموحد، بل أفرد نصا خاصا لها إذا تم الايجاب والقبول عن طريق المراسلة حيث تنص المادة الأولى فقرة (٤) على «فى العقود بالمراسلة الايجاب والقبول لا يعتبران واقعين فى دولة واحدة إلا إذا كان الخطابات أو البرقيات أو وسائل الاتصال الأخرى قد صدرت وتسلمت فى دولة واحدة.

٣- تسليم البضائع:

إن القانون الموحد جعل من تسليم البضائع معياراً لدولية العقد حيث تنص الفقرة الثالثة من المادة الأولى على تسليم البضائع فى دولة غير الدولة التى صدر فيها الايجاب والقبول. ذهب رأى فى الفقه بصدد هذه الفقرة من المادة الأولى أنها أقل وأخف تشددا من الفقرتين السابقتين فى المادة الأولى[١].

---

(١) Heuze op. cit., p. 71.

طبيعة معيار دولية العقد فى القانون الموحد:

١- إذا ما نظرنا إلى معيار دولية العقد فى القانون الموحد نجد أنه معيار يغلب عليه الطابع القانونى إلا أنه يأخذ بالمعيار الاقتصادى فى جانب منه. فمعيار دولية العقد فى القانون الموحد يمكن أن يكون معياراً قانونياً صرفاً لكنه لا يمكن أن يكون معياراً اقتصادياً صرفاً، لكن يمكن أن يكون معياراً مختلطاً. فمعيار دولية العقد يكون معياراً قانونياً صرفاً فى حالة إذا كانت منشأتا طرفى العقد فى دولتين مختلفتين والايجاب والقبول صدرا فى دولتين مختلفتين، أو أن تسليم البضائع تتم فى دولة غير الدولة التى صدر فيها الايجاب والقبول، والمعيار يكون مختلطا فى حالة إذا كانت منشأتا طرفى البيع فى دولتين مختلفتين، وكانت البضائع محل العقد يتم نقلها من دولة إلى أخرى أو سوف يتم نقلها من دولة إلى أخرى.

٢- ان التحفظات التى جاءت بنصوص القانون الموحد جعلت معيار دولية العقد يتباين بين الدول المتعاقدة. مثال ذلك ما جاء فى نص المادة الثالثة من القانون الموحد الاتفاقية الخاصة بتكوين العقد، من حيث أنه يجوز لكل دولة أن تقرر عند ايداع وثائق تصديقها على الاتفاقية أو الانضمام إليها أن تقرر أنها سوف لا تطبق الاتفاقية إلا إذا كانت منشآت الأطراف فى دولتين مختلفتين متعاقدتين، فمثل هذا التحفظ يجعل معيار دولية العقد يتباين من دولة إلى أخرى صدقت على الاتفاقية مع هذا التحفظ، ومن الدول التى أعلنت عند تصديقها على الاتفاقية أنها لا تطبق الاتفاقية إلا إذا كانت منشآت الأطراف فى دولتين متعاقدتين، المانيا سنة ١٩٧٤ حيث قررت عند ايداع وثائق

تصديقها أنها صدقت على الاتفاقية مع التحفظ المقرر فى المادة الثالثة حيث أن المحاكم الألمانية لا تطبق القانون الموحد على تاجر المانى وتاجر آخر ينتمى إلى دولة أخرى غير متعاقدة. وفى هذه الحالة أن المحاكم سوف تلجأ إلى قواعد تنازع القوانين، ومع ذلك إذا كانت قواعد تنازع القوانين تشير إلى تطبيق قانون دولة متعاقدة فإن المحاكم سوف تطبق القانون الموحد(١). وهذا التحفظ قد أخذت به كلا من انجلترا، وسان ماريان، وجامبيا، وهولندا، ولكسمبورج(٢). ومثال آخر أيضا على التحفظات وتأثيرها على دولية العقد بالنسبة للقانون الموحد ما جاء بنص المادة الخامسة من الاتفاقية من حيث أنه يجوز لكل دولة عند ايداع وثائق تصديقها والانضمام للاتفاقية، أن تقرر أنها لن تطبق القانون الموحد إلا إذا قرر الأطراف اختيار هذا القانون ليحكم عقدهما هذا التحفظ أخذت به كلا من انجلترا، وبلجيكا، وجامبيا(٣).

٣- إن القانون الموحد لم يبين حالة تعدد أماكن أعمال الأطراف والمكان الذى يعتد به، لذلك فإن هذه المسألة كانت محل خلاف فى الفقه القانونى من حيث المعيار الذى يعتد به فى حالة تعدد أماكن الأطراف، فذهب البعض من

---

(١) Laszlo Reczei op. cit., p. 510.

(٢) F.ferrari, specific topics of the cisg in the light of judicial Application and scholarly writing, J. of law and commere p.2, F.124 .

الدول التى لم تأخذ بهذا التحفظ بلجيكا، اسرائيل، ايطاليا، هولندا.

لمزيد من التفصيل حول أثر هذا التحفظ على دولية العقد انظر:

Laszlo Reczei op. cit., p. 515, F 10.

(٣) F. Ferrari, op. cit., p. 3, F. 125.

(١) لمزيد من التفصيل انظر فى ذلك:

الفقه إلى أنه يؤخذ بالمقر الرئيسى إذا تعددت أماكن الأعمال، والبعض الآخر اقترح أن يؤخذ بالمكان الأكثر صلة بالعقد. ومن التطبيقات القضائية التى أخذت بهذا الرأى الأخير الحكم الصادر من محكمة الاستئناف الالمانية الصادر عام ١٩٨٢[١].

رأى الخاص:

بالرغم من أن اتفاقية لاهاى سنة ١٩٦٤ قد أبرزت العديد بصدد معيار دولية العقد، حيث أن العقد يعد عقدا دوليا فى كثير من الحالات، ومنها إذا كان طرفا العقد من دولتين صدقا على الاتفاقية، وإذا كان أحد الأطراف من دولة صدقت على الاتفاقية والطرف الآخر من دولة لم تصدق عليها، وإذا كان الأطراف قد جعلوا القانون الموحد هو القانون المطبق على العقد إلى غير ذلك من الحالات، فإن ذلك لم يكن من شأنه نجاح القانون الموحد واتساع نطاق تطبيقه، بل ان هذا التعدد بصدد دولية العقد أو اخضاع العقد للقانون الموحد كان سببا فى اضعافه وعدم نجاحه بالشكل المرجو منه كقانون دولى ينظم البيوع الدولية تحت قانون موحد.

---

(١) F. Ferrari op. cit., p.4, F. 165, 166, 167.

الغصن الثاني

معيار دولية العقد فى اتفاقية فينا سنة ١٩٨٠

ان النصوص المنظمة لمسألة دولية العقد فى اتفاقية فينا سنة ١٩٨٠ تتحدد فى المواد (١)، والمادة (١٠) من الاتفاقية تنص المادة (١) على:

١- «تطبق أحكام هذه الاتفاقية على عقود بيع البضائع المبرمة بين أطراف توجد أماكن عملهم فى دول مختلفة.

أ - عندما تكون هذه الدول دول متعاقدة.

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

٢- 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.

٣- لا يؤخذ فى الاعتبار جنسية الأطراف ولا الصفة المدنية أو التجارية للأطراف أو للعقد فى تحديد تطبيق هذه الاتفاقية.

تنص المادة (١٠) يخضع لأحكام هذه الاتفاقية: إذا كان لأحد الطرفين أكثر من مكان عمل واحد، بقصد بمكان العمل المكان الذى له صلة وثيقة بالعقد وبتنفيذه، مع مراعاة الظروف التى يعلمها الطرفان أو التى كان يتوقعانها قبل انعقاد العقد أو وقت انعقاده.

إذا لم يكن لأحد الطرفين مكان عمل واجب الأخذ بمكان اقامته المعتاد.

من الملاحظ أن نص المادة الأولى يتضمن عنصرين لدولية العقد وهما:

١- أن يكون للأطراف أماكن عمل فى دول مختلفة متعاقدة.

٢- أن تؤدى قواعد القانون الدولى الخاص إلى تطبيق قانون دولة متعاقدة.

فكل من العنصرين أحدهما كاف بذاته لتحقيق صفة الدولية للعقد، حيث ليس من اللازم توافر العنصران، يضاف إلى ذلك أن اتفاقية فينا قد تفادت النقص الموجود فى اتفاقية لاهاى سنة ١٩٦٤ من حيث إذا تعددت مراكز الأعمال بالنسبة للأطراف، حيث قررت أن العبرة فى حالة تعدد مراكز الأطراف والمكان الذى له صلة وثيقة بالعقد وتنفيذه.

لكن من الملاحظ أن الاتفاقية لم توضح لنا المقصود بمكان العمل وكذلك تعدد أماكن الأعمال.

المقصود بمكان العمل: على الرغم من أهمية تحديد مفهوم مكان الأعمال لما له من الأهمية بمكان لتطبيق أحكام الاتفاقية(١)، وبالتالى ثبوت صفة الدولية للعقد، فإن الاتفاقية لم تحدد هذا المفهوم بالرغم من أنه كان يوجد

---

(١) Franco ferrari, cross - references and editorial analysis Article (1) P.L.S.I.int,L.C.L, December 1996 http /// www. cise. law. pace. edu" the determination of the relvant place of business is also important for the purposes of the following articles: 12, 20 (a), 24, 31 (C) 42 (1) b 57 (1) a , 57 (2), 69 (2), 90, 13 (3), 94 (1), 94 (2), 96.

انظر كذلك:

JACOB. ZIEGZL & Claude Samson "report to the uniform law conference of contracts for the international sales of goods.(toronto 1981) p. 33-167.

العديد من الاقتراحات أثناء المراحل التى مرت بها الاتفاقية فى اعدادها[١].

وكان نتيجة عدم تحديد مفهوم مكان الأعمال فى الاتفاقية، أن الفقه قد حاول ان يحدد مفهوم مكان الأعمال. حيث ذهب رأى فى الفقيه[٢] أن مفهوم مكان الأعمال الوارد فى نص المادة (١) يجب أن يفسر بأنه المكان الذى تجرى فيه المعاملات بوجه عام والذى يتميز بالاستقرار والصبغة القانونية، ولا يشمل المكان المؤقت الذى تجرى فيه المفاوضات الحرة، ويذهب الفقه أيضاً[٣] انه من المفترض أن مكان الأعمال هو المنشأة التى يكون لها قدر من السلطة والقدرة على المعاملات وتتميز بصفة الثبات والاستقرار، ويرى رأى فى الفقه[٤] أنه لا يوجد تعريف لمكان الأعمال فى نص المادة (١)، ومع ذلك انه من الواضح أن هذا التعبير لا يشير إلى مكان العقد أو المفاوضات، فالمفهوم بالنسبة لمكان الأعمال

---

(١) Franco Ferrair, specific topics of the C.I.S.G in light of judicial Application and scholarly writing. J. of law and commerce (1995) p.3 F. 150 the Argentinian and Belgain delegats, par Example, suggested that a plac of business is a stable place where the entire (or part of) the contract is performed and which has an autonomous power to conduct the bargaining and to conclude the contract in contrast, the Norwegian delegation, even though it agreed upon the stability requirement stated that can be a place of business even without power to conclude the contract, as long as there is power to bergain.

(٢) Honnold, uniform law for international sales under the 1980 united nations conventions 53 (2d ed., deventer 1991).

مشار إليه فى: Francco Ferrari, op. cit., N. 157.

(٣) Peter schlechtriem "uniform" sales law the un convention on contracts for the international sale of goods V.Manz 1986 P. 42.

(٤) Carolina saf op. ict. p. 22, 4.2.3.

أنه المكان الثابت والمستديم، ولا يعد مكان أعمال السوق أو مكان الاقامة. وإذا كان هناك وكيل للأعمال فللاعتداد بمكان أعمال الوكيل لابد أن يكون الوكيل له القدرة على ابرام العقد. ويذهب رأى(١) أن اتفاقية فينا قد تعمدت اختيار تعبير المنشأة بدلا من تعبير مقر الشركة أو الموطن، لأن المتفق عليه أن مفهوم المنشأة يغطى تلك المعانى السابقة، وأن الاختيار الحقيقى لمفهوم المنشأة يتم حسب معانيها المتعددة.

الحقيقة أنه إذا تأملنا هذه الآراء من الفقه حول تحديد مفهوم مكان الأعمال، لوجدنا أنها كلها تنتهى إلى نتيجة واحدة وهى أن مكان الأعمال هو المكان الذى له صفة الثبات والاستقرار الذى فيه توجد القدرة أو السلطة على ابرام العقد.

---

(١) لمزيد من التفاصيل حول آراء الفقه بصدد مفهوم مكان الأعمال انظر:

- Gain Alberto ferretti (asserting that place of busindess is a concept to be determinde on a cas-by case basis and to define it requires on examination of business activities as wall as its organization.
- Bernardini "in order to decide whither there is a place of business it is irrelevant where the conclusian of the contract or its execution takes place, the auther suggests that the relevant critirion is represented by the place where the headquarters are established".
-Lopez de Gonzalo "orguing that even though it is necessary that there be an autonomous power it is doutful whether the power must relate to the possibility of concluding the contract or whether it is sufficient that it relate to the possibility of conducting the bargaining for an auther favoring the foumer selution".

هذه الآراء كلها مشار إليها فى:

F. Ferrari, op. cit. p. 4, N. 151, 155.

المقصود بتعدد مكان الأعمال:

ان اتفاقية فينا سنة ١٩٨٠ قد تفادت مشكلة تعدد أماكن الأعمال للأطراف، تلك التى لم يرد بشأنها نص فى اتفاقيتى لاهاى سنة ١٩٦٤، حيث قررت أنه إذا كان لأطراف العقد أكثر من مكان عمل واحد، فيقصد بمكان العمل المكان الذى له صلة وثيقة بالعقد وتنفيذه مع مراعاة الظروف التى يعلمها الطرفان أو التى كا يتوقعانها قبل انعقاد العقد أو وقت انعقاده. وإذا لم يكن لأحد طرفيه مكان عمل واحد، وجب الأخذ بمكان اقامته المعتاد.

إذا كانت اتفاقية فينا قد تفادت مشكلة تعدد أماكن أعمال الأطراف حيث قررت أن المكان الذي يعتد به هو المكان الذى له صلة وثيقة بالعقد وتنفيذه، إلا أنها لم تحدد المقصود بالمكان الذى له صلة وثيقة بالعقد وتنفيذه، ومن ثم فهى قد أثارت مشكلة أخرى. فالأعمال التحضيرية للاتفاقية تكشف عن الاعتراضات على هذه الصياغة، فممثل غرفة التجارة الدولية وفنلندا قررا أن تعبير الصلة الوثيقة closest relation ship يكون تعبير غامض، وان ممثل فنلندا قد اقترح بخصوص هذا النص أن مكان الأعمال فى حالة تعددها هو المكان الذى صدر فيه الايجاب أو القبول الذى به ينعقد العقد، وممثل غرفة التجارة الدولية اقترح أنه إذا كان العقد قد أبرم باسم فرع من فروع المنشأة فإن مكان الأعمال هو المكان المناسب لتنفيذ العقد(١).

يضاف إلى ذلك أنه كان هناك اقتراح بصدد مسألة تعدد الأماكن أثناء اعداد الاتفاقية عام ١٩٧١ حيث أنه فى حالة إذا كان للأطراف أكثر من مكان

---

(١) Document A/conf. 97/9.

عمل فإن مكان الأعمال هو المكان الرئيسى. لكن هذا الاقتراح قوبل بالرفض ومن ثم فإنه بالرغم من أن الأعمال التحضيرية قد كشفت عن سوء الصياغة فمع ذلك صدر نص المادة (١٠) بهذه الصياغة.

أما من ناحية الفقه فإنه مجمع على سوء صياغة هذا النص لما يثيره من مشاكل عند تحديد مكان الأعمال الذى له صلة وثيقة بالعقد وتنفيذه. حيث أن الفقه قد عبر عن رأيه بصدد هذا النص من أنه نص غامض جدا فهو مشكلة ثانية يثيرها هذا النص(١).

ويذهب رأى فى الفقه(٢) إلى أنه بصدد المادة ١٠ ربما تثور بعض الصعوبات عند تحديد المكان الأكثر صلة بالعقد فى حالة إذا تعددت أماكن عمل الأطراف، من حيث إذا كان العقد قد أبرم فى دولة وتنفيذه كان فى دولة أخرى فأى مكان عمل هنا فى هذه الحالة يعتد به باعتباره الأكثر صلة بالعقد، هل مكان الابرام أم مكان التنفيذ. لسوء الحظ أن المادة ١٠ لم تقدم لنا معيارا يعتد به بصدد ذلك.

ويذهب رأى آخر فى الفقه(٣) إلى أن مصطلح الصلة الوثيقة فى نص المادة ١٠ دائما يثير قدر معين من الحيرة، حيث يقول انه ليس من السهل دائما تحديد أى علاقة، ليس فقط فى نص المادة ١٠ من اتفاقية فينا ١٩٨٠. فعلى سبيل المثال عندما لا يكون هناك قانون مختار للتطبيق على العقد، غالبا ما

---

(١) لمزيد من التفصيل انظر فى ذلك: Heuze op.cit., p. 86.

(٢) C.SAF. op. cit. N.142.

(٣) P.Winship "international sales the united nation convention en contracts for the international sales of goods P.L.Sc ins.t of nt, L, com. L. (1984) p. 28,29.

يطبق القانون الأكثر صلة بالعقد. وهنا يتساءل رأى فى الفقه ماذا يعنى هذا المصطلح، فيقول أنه من المتفق عليه أن القانون الذى يطبق على العقد فى حالة عدم وجود قانون يحكم العقد يطبق قانون الدولة الأكثر صلة بالعقد، فهنا تثور عدة احتمالات اما أن العقد سيكون محكوما بقانون الدولة التى يتم فيها التنفيذ، أو قانون الدولة التى يوجد بها محل الاقامة، أو قانون الدولة التى يوجد بها المركز الرئيسى إلى غير ذلك، وهذه العناصر التى من خلالها نحدد قانون الدولة الأكثر صلة بالعقد وتكون غير مطبقة ما لم يكن مكان التنفيذ محددا، فإذا لم يكن محددا فإنه من خلال الظروف نحدد قانون الدولة الأكثر صلة بالعقد. ففى هذه الحالة ما هو الدليل للحد من هذه الحيرة فى تحديد قانون الدولة الأكثر صلة بالعقد فهى أبعد ما تكون عن الابهام، حيث أنه فى هذه الحالة يمكن لأى طرف أن يحدد القانون الأكثر صلة بالعقد بالشكل الذى يخدم مصالحه، لذلك فالمادة (١٠) فى حاجة إلى تعديل، ومع ذلك فإن المادة ١٠ قد تضمنت بعض الارشادات التى من خلالها نحدد القانون الأكثر صلة بالعقد وهى محل تنفيذ العقد وفى حالات أخرى يحدد مكان العمل من خلال الظروف التى يعلمها الطرفان.

والأصل أنه فى حالة تعدد أماكن عمل الأطراف فإن المكان الذى يعتد به هو المكان الذى له صلة وثيقة بالعقد وتنفيذه.

ويذهب جانب آخر من الفقه[١] إلى أن مسألة تحديد مكان العمل التى

---

(١) P.H.Graveson Et.Al "the uniform baw of international sale & Act 1967 London 1968.

مشار إليه فى: F. Ferrari op. cit.,p.4., Note 167.

تؤخذ فى الاعتبار لتحديد دولية عقود البيع الدولية فى حالة إذا كان لأحد الأطراف أكثر من مكان عمل تكون فى غير محلها، حيث يقرر أنه يكفى أن يكون أحد أماكن الأعمال لأحد الأطراف دولة أخرى غير الدولة التى يوجد بها مكان عمل الطرف الآخر.

ويذهب رأى فى الفقه[١] إلى أنه إذا كانت اتفاقية فينا قد تضمنت نص مادة ينظم حالة تعدد أماكن عمل الأطراف على عكس القانون الموحد، فإنها لم تحسم كل المشاكل حيث إذا كان العقد قد أبرم فى دولة وتنفيذه تم فى دولة أخرى فأى مكان عمل يعتد به هل مكان العمل الموجود فى دولة الابرام أم فى دولة التنفيذ؟ فيقول هذا الرأى من الفقه أنه إذا كان هناك اتفاق بين الأطراف على مكان العمل الذى يعتد به لديهم ليست هناك مشكلة، أم إذا لم يكن هناك اتفاق بشأن ذلك المشكلة هنا تثور حول تحديد مكان العمل الذى له صلة وثيقة بالعقد وبتنفيذه، فإذا كانت المادة ١٠ قد تضمنت عناصر يستعان بها فى تحديد مكان العمل الذي له صلة وثيقة بالعقد وهذه العناصر لم تكن مستخدمة من قبل المحاكم، فإنه يجب على الأطراف عليهم أن يضعوا فى اعتبارهم الظروف التى يعلمها كل منهم أو التى يتوقعونها قبل انعقاد العقد أو وقت انعقاده، ولا يسمح لهم بمراعاة تلك الظروف التى تنشأ بعد ابرام العقد. إلا أن ذلك ليس من شأنه تحديد مكان العمل الذى له صلة بالعقد وتنفيذه بشكل مطلق، وبناء على ذلك فإن هذا الرأى من الفقه يرى أنه مادام الأمر كذلك فإن تحديد مكان العمل الذى له صلة بالعقد وبتنفيذه هو مكان الابرام باعتباره أنه هو المكان المؤكد معرفته للأطراف، أو بمعنى آخر أن الطابع الدولى لعقد البيع يكون محددا

---

(١) Franco Ferrari op. cit. p.4.

باللجوء إلى مكان العمل الذى يشمل ابرام العقد باعتباره المكان الذى يعلمه كل الأطراف.

رأى خاص:

ان المادة ١٠ من اتفاقية فينا كما هو ملاحظ من آراء الفقه بصددها، انها تثير قدر من الشك والحيرة بصدد تحديد دولية العقد وفقا لاتفاقية فينا. فالفقه قد أجمع على ذلك، حتى البعض منهم وصفها بأنه نص مبهم، والبعض الآخر لم يصل إلى حد وصف هذه المادة بالابهام، ولكنه نظر إليها نظرة حيرة وشك، كذلك ان البعض منهم قد اعتد بمكان العمل الذى له صلة وثيقة بالعقد وبتنفيذه وهو مكان التنفيذ، والبعض منهم اعتد بمكان العمل وهو مكان الابرام، ولا شك أن تحديد مكان العمل فى حالة تعدده له قدر من الأهمية فى تحديد دولية العقد حيث إذا كان مكان العمل الذى له صلة وثيقة بالعقد يقع فى دولة متعاقدة اعتبر العقد عقدا دوليا، فإذا كان الأمر عكس ذلك لا يعد العقد عقد دولى ليست هناك مشكلة إذا استطعنا أن نحسم مسألة الصلة الوثيقة بالعقد لكن المادة ١٠ لم تقدم لنا أى معيار تستطيع به حسم هذه المسألة فى حالة إذا كان مكان ابرام العقد فى دولة متعاقدة، وتنفيذه فى دولة غير متعاقدة. فوفقا لرأى الفقه[١] أن العقد يعد عقدا دوليا مادام أن تنفيذه يتم فى دولة متعاقدة حيث أن مكان العمل الذى يعتد به فى حالة تعدد أماكن العمل هو مكان التنفيذ، ووفقا لرأى من الفقه[٢] ان المكان الذى يعتد به هو مكان الابرام حيث آنه إذا

---

(١) P.Schiechtriem op. cit. p.43.

(٢) Franco Ferrari op.cit. p.4.

كان العقد قد أبرم فى دولة متعاقدة ان العقد يعد عقدا خاضعا لأحكام اتفاقية فينا .

وإذا كانت اتفاقية فينا لم تورد مثل هذا النص، لكان من الأفضل. حيث أن القضاء الالمانى كان قد حسم هذه المسألة فى حكمه الشهير فى ظل اتفاقية لاهاى سنة ١٩٦٤ حيث انه اعتمد فى حالة تعدد أماكن العمل بمكان العمل الرئيسى، ولو أن اتفاقية فينا قد أخذت بهذا الحكم فى نص المادة ١٠ لكانت حسمت كل خلاف حول تحديد مكان العمل الذى له صلة وثيقة بالعقد أو كانت قد تجاهلت هذه المسألة على اعتبار أنه يوجد رأى قضائى، هو حكم القضاء الالمانى المفسر لهذه المشكلة(١).

وبصدد هذا الخلاف حول تحديد المكان الذى له صلة وثيقة بالعقد فى حالة تعدده، فإن الرأى الأفضل هو تأييد مكان العمل الرئيسى، حيث إذا كان فى دولة متعاقدة عد العقد عقداً دولياً.

وبعد أن تناولنا مفهوم مكان العمل، وحالة تعدد أماكن عمل الأطراف وموقف الفقه بصدد ذلك، فأن دولية يالعقد وفقا لأحكام اتفاقية فينا تنقسم إلى نوعين دولية مباشرة، دولية غير مباشرة.

أنواع دولية العقد فى اتفاقية فينا:

كما سبق أن بينا أن دولية العقد وفقا لأحكام اتفاقيتى لاهاى ١٩٦٤ تقوم على ضابطين ضابط موضوعى، وضابط شخصى، لا يكفى أحدهما فقط

---

(١) راجع فى ذلك هامش (١) ص ٦٢.

لتقرير صفة الدولية للعقود وخضوعه لأحكام اتفاقيتى لاهاى سنة ١٩٦٤ بل لابد من توافر الضابط الشخصى وأحد عناصر الضابط الموضوعى. ولم يكن للقانون الدولى الخاص أى دور فى مسألة دولية العقد فى اتفاقية لاهاى ١٩٦٤ فإذا نظرنا إلى اتفاقية فينا ١٩٨٠ نجد أنها قد أخذت بالضابط الشخصى فى اتفاقيتى لاهاى ١٩٦٤، إلا أنها أضافت عليه أن يكون أماكن عمل الأطراف ليس فقط فى دولتين مختلفتين، بل يجب أن تكون هاتان الدولتان متعاقدتين. هذا الضابط كافى بذاته لإضفاء صفة الدولية على العقد واخضاعه لأحكام الاتفاقية، وهذا ما يسمى بالدولية المباشرة، ومن ناحية أخرى إن اتفاقية فينا قد جعلت للقانون الدولى الخاص دورا فى مسألة دولية العقد، وهى بذلك تميزت عن اتفاقيتى لاهاى ١٩٦٤ تلك التى لم تجعل للقانون الدولى الخاص أى دور فى مسألة الدولية، وهذا ما يسمى بالدولية غير المباشرة.

الدولية المباشرة:

يقصد بدولية عقد البيع الدولى للبضائع وفقا لأحكام اتفاقية فينا سنة ١٩٨٠ أن يكون عقد البيع بين طرفين مكان عمل كل منهم فى دولتين مختلفتين متعاقدتين، متى كان الأمر كذلك عد العقد عقدا دوليا، ومن ثم يخضع لأحكام الاتفاقية. ولكن السؤال الذى يثور ما هو مفهوم الدولة المتعاقدة فهذا أمرا فى غاية الأهمية لأنه على أساس تحديد مفهوم الدولة المتعاقدة تحدد مسألة دولية العقد.

بداية ان السبب فى اثارة هذا التساؤل والاجابة عليه ترجع إلى أن اتفاقية قد تضمنت فى نصوصها أكثر من أربع مواد خاصة بالتحفظات من شأنها

التأثير على مفهوم الدولة المتعاقدة وبالتالى مسألة دولية العقد(١) فوفقاً لنص المادة ٩٢ التى أجازت للدولة المتعاقدة أن تعلن وقت التوقيع أو التصديق أو الانضمام أو الاقرار أو القبول انها لن تلتزم بالجزء الثانى أو الثالث، فلا تعتبر دولة متعاقدة بالنسبة للجزء التى أعلنت تحفظها بصدده.

الدولية غير المباشرة:

إذا كانت اتفاقيتى لاهاى سنة ١٩٦٤ قد تضمنت صراحة النص على استبعاد قواعد القانون الدولى الخاص فى تطبيقها كما جاء فى المادة (٢)(٢) منها، فإن اتفاقية فينا قد نصت على عكس ذلك تماما من أنها جعلت للقانون الدولى الخاص دورا فى تطبيق أحكام الاتفاقية، كما جاء فى الفقرة (ب) من المادة (١). ومن ثم ان يمكن فإن يكون مكان عمل الأطراف فى دولتين مختلفتين غير متعاقدتين، ولكن قواعد القانون الدولى الخاص تؤدى إلى تطبيق قانون دولة متعاقدة فمن ثم تطبق أحكام الاتفاقية، بل يمكن أن يكون عمل الأطراف فى دولة واحدة ومع ذلك تطبق أحكام الاتفاقية، ويعد العقد عقدا دوليا خاضعا لأحكامها، حيث أن قواعد القانون الدولى الخاص تؤدى إلى تطبيق قانون دولة متعاقدة.

---

(١) انظر فى ذلك المواد ٩٢، ٩٣، ٩٤، ٩٥ من اتفاقية فينا للبيع الدولى للبضائع سنة ١٩٨٠.

(٢) تنص المادة (٢) على:

"les regles du droit international prive sont exclues pour l'application de la presente convention".

صور أخرى لدولية العقد وخضوعه لأحكام اتفاقية فينا:

قد تتحقق صفة الدولية لعقد البيع الدولى وخضوعه لأحكام اتفاقية فينا سنة ١٩٨٠، وذلك إما باعتبار الاتفاقية هى القانون المطبق على العقد أو باعتبارها قانون التجار، ولا شك أن ذلك يتحقق بعيداً عن نص المادة (١)، والمادة (١٠) من الاتفاقية.

الاتفاقية كقانون العقد:

على الرغم من الأطراف قد تكون أماكن عملهم في دولة واحدة، أو تكون في دولتين مختلفتين ولكن غير متعاقدتين، أو أن قواعد القانون الدولى الخاص لا تؤدى إلى تطبيق قانون دولة متعاقدة ولكن يظل العقد عقداً دولياً ومن ثم يخضع لأحكام اتفاقية فينا، وذلك فى حالة اختيار الأطراف للاتفاقية كقانون يحكم العقد[١]، على الرغم من أن اتفاقية فينا لم تتضمن نصاً كما هو الحال فى اتفاقيتى لاهاى من حيث اختيار الاتفاقية كقانون يحكم العقد كما جاء فى نص المادة (٤) من الاتفاقية. إلا أن عدم وجود نص فى اتفاقية فينا يسمح للأطراف باختيارها كقانون يحكم العقد فليس معناه حظر ذلك، وهذه هى الصورة التى تتحقق فيها صفة الدولية للعقد وخضوعه لأحكام الاتفاقية متى اختار الأطراف الاتفاقية كقانون يحكم العقد[٢].

---

(١) Bernard audit, op. cit., p. 4.

(٢) لمزيد من التفصيل حول اختيار الأطراف لاتفاقية فينا سنة ١٩٨٠ كقانون يحكم العقد. انظر فى ذلك: =

الاتفاقية كقانون للتجار:

قد تتحقق دولية العقد وخضوعه لأحكام اتفاقية فينا، ليس فقط وفقاً لمكان عمل الأطراف، أو وفقاً لقواعد القانون الدولى الخاص، أو لاختيار الأطراف للاتفاقية كقانون يحكم العقد، ولكن أيضاً على اعتبار أن الاتفاقية تعد جزء من قانون التجار، وهو ما طبقته غرفة التجارة الدولية فى القضية رقم ٥٧١٣ لسنة ١٩٨٩ حيث أن العقد الذى ثار بسببه النزاع لم يتضمن شرط القانون المختار ليحكم العقد، حيث قررت محكمة التحكيم ان أفضل مصدر لتحديد العادات التجارية السائدة يكون فى اتفاقية فينا سنة ١٩٨٠، هذا بالرغم من أن كلا من دولة البائع والمشترى ليسا طرفاً فى الاتفاقية(١).

= Honnold the New uniform law for international sales and uniform commercial a comparison, p.21,18 int'l law 21 1984.

مشار إليه فى:

louis f.duca and patrick del duca op.cit., p.344, Note 23.

(١) Lec, court of arbitration of the international chamber of commerce 5713/ 1989.

انظر كذلك حكم محكمة التحكيم الايرانية فى النزاع القائم بين جمهورية ايران الاسلامية وشركة أمريكية حيث انتهت محكمة التحكيم الايرانية عندما وصل النزاع إليها إلى تطبيق اتفاقية فينا سنة ١٩٨٠ كجزء من قانون التجار.

Louis F.Duca and Patrick del duca. op. cit.,p.343, Note 25, 26.

المبحث الثالث

العقود التى فى حكم

البيوع الدولية

إن الجهود الدولية التى بذلت بصدد عقد البيع الدولى للبضائع سواء على مستوى توحيد قواعد تنازع القوانين، أو على مستوى القواعد الموضوعية من حيث تنظيمه، لم يقتصر تنظيمها على عقود البيع الواضحة بذاتها، إنما قد امتد نطاق أحكامها لتشمل عقود أخرى اعتبرتها فى حكم البيوع الدولية، حيث أن هذه العقود قد اقترنت بأوصاف يرجح فيها جانب البيع.

فعقد التوريد يعد من أهم العقود التى فى حكم البيوع الدولية حيث أن كافة الاتفاقيات الدولية قد أشارت إلى هذه العقود، ومتى يكون فى حكم البيع الدولى، حيث أن العقد فى تلك الاتفاقيات يأخذ شكلين:

١- عقود توريد موضوعها انتاج أو تصنيع سلع.

٢- عقود توريد بضائع أو سلع، مع تقديم الأيدى العاملة أو خدمات أخرى.

بداية إن مسألة التمييز بين عقد البيع وعقد التوريد فى مختلف القوانين تثير الكثير من الاحتمالات، من حيث إذا كان هذا العقد يعد عقد بيع أو عقد توريد، فتمييز العقد ليست مسألة سهلة من حيث تكييفه على أنه عقد توريد بضائع منتجة أو مصنعة(١).

فعقود التوريد تقع فى مرحلة وسط بين عقد البيع وعقد المقاولة، حيث إذا كانت المادة المقدمة ثانوية بالنسبة للعمل فإن العقد يعد عقد بيع، ومن ثم يعد هذا العقد عقد توريد ويأخذ حكم عقد البيع، وإذا كانت قيمة العمل تفوق قيمة المادة المقدمة فإن العقد يعد عقد مقاولة وتطبق عليه أحكام عقد المقاولة تلك التي ورد النص عليها فى العديد من التشريعات المقارنة.

الحقيقة أن هذا النوع من العقود قد أثار مشكلة أساسية وهو ما هو معيار التوريد الذى على أساسه نستطيع أن نحدد أى أحكام تطبق عليه، هل أحكام عقد البيع أم أحكام عقد المقاولة.

بالنسبة للفقه فى مصر فإنه بداية قد نفى الصفة المختلطة لهذا العقد من حيث إما أن يكون هذا العقد عقد مقاولة أم أن يكون عقد بيع، حيث لا يمكن تطبيق أحكام عقد المقاولة وعقد البيع عليه فى آن واحد لتعارض الأحكام الخاصة بالبيع والمقاولة.

---

(١) Jean Thieffry et Chantal Granier "le vente international" center francais du commerce Exterieur 1994, p. 36.

الرأى الغالب فى الفقه المصرى يرى أن العقد يعد عقد بيع إذا كانت المادة المقدمة ثانوية بالنسبة للعمل، ويعد العقد عقد مقاولة إذا كانت قيمة العمل تفوق المادة المقدمة(١).

أما بالنسبة للفقه فى فرنسا فإنه يذهب إلى أن معيار التمييز فى هذه الحالة يقوم على أساس المادة التى يتم توريدها، وبهذا الاتجاه قد أخذ القضاء الفرنسى بذلك حيث قررت محكمة Cassation أن العقد يعد عقد بيع إذا كانت المادة التى يتم توريدها تشكل جزء أساسى من العقد حيث أنها أعلى قيمة من العمل، ويكون العقد عقد مقاولة إذا كانت المادة التى يتم توريدها لا تشكل جزء أساسى من العقد حيث أنها أقل قيمة من العمل، وفى حكم حديث لذات المحكمة قررت معياراً آخر يقوم على نوع الخدمة المستخدمة فى الانتاج أو التصنيع حسب الاحتياجات الأساسية للعميل(٢).

وبذلك يتضح أن معيار تمييز عقد التوريد ومدى تطبيق أحكام عقد البيع عليه أو أحكام عقد المقاولة هو من صنع الفقه والقضاء، حيث أن التشريعات لم تتضمن هذا المعيار، لذلك كانت عقود التوريد من العقود التى اهتمت بها الاتفاقيات الدولية المنظمة لعقد البيع الدولى للبضائع متضمنة إياها ومحددة

---

(١) الدكتور محمد على عمران، موجز البيع، ١٩٨٨-١٩٨٩، ص ٢٤.

(٢) CF.Cass. com 20 juin et 4 juillet 1989 p. 246.

مشار إلى هذين الحكمين فى:

Jean Thieffry et chantal granier op. cit.n, p. 37.

متى تكون هذه العقود فى حكم البيوع الدولية، حيث تناولت هذه العقود من حيث تلك العقود التى يكون موضوعها انتاج أو تصنيع سلعة، وعقود توريد بضائع أو سلع مع تقديم الأيدى العاملة أو خدمات أخرى.

إن الاتفاقيات المنظمة لعقد البيع الدولى للبضائع قد تناولت عقود التوريد محددة متى تكون هذه العقود فى حكم البيوع الدولية، حيث قد ورد النص على هذه العقود بصريح العبارة، باستثناء اتفاقية لاهاى سنة ١٩٥٥ التى تنص فى المادة (١) فقرة (٣) على «تسرى الاتفاقية على العقود التى تكون مشابهة لعقود البيع تلك عقود تسليم المنقولات المادية المصنعة أو المنتجة. فطبقاً لهذا النص أن المقصود هنا هو عقود التوريد، أما باقى الاتفاقيات الدولية فقد جاءت عبارة عقد التوريد صراحة، إلا أنها قد تغايرت فيما بينها بالنسبة لنوع عقد التوريد حيث أن عقود التوريد التى يكون موضوعها انتاج أو تصنيع سلعة قد ورد النص عليها فى كافة الاتفاقيات الدولية، كما هو الحال فى نص المادة ١ فقرة ٣ من اتفاقية لاهاى سنة ١٩٥٥ وكذلك المادة ٤ فقرة ٢ من اتفاقية لاهاى ١٩٨٦[١]، ونص المادة ٦ من اتفاقية

---

(١) تنص المادة ٤ فقرة ٢ من اتفاقية لاهاى سنة ١٩٨٦ على «تعد بيوعا عقود التوريد التى يكون موضوعها صنع بضاعة أو انتاجها إلا إذا تعهد الطرف الذى طلب البضائع بتوريد جزء هام من العناصر المادية اللازمة لصناعتها أو انتاجها.

(٢) تنص المادة ٦ من اتفاقية لاهاى سنة ١٩٦٤ على «يعتبر فى حكم البيع فى معنى هذا القانون العقد الذى يكون موضوعه تسليم المنقولات مادية بعد صنعها أو انتاجها إلا إذا كان على المتعاقد الذى طلب السلعة تقديم جزء هام من العناصر اللازمة لتصنيعها أو انتاجها.

لاهاى سنة ١٩٦٤[٢]، نص المادة ٣ فقرة ١ من اتفاقية فينا للبيوع الدولية للبضائع عام ١٩٨٠[١].

أما بشأن عقود توريد البضائع أو السلع مع تقديم الأيدى العاملة أو خدمات أخرى، فهذه العقود لم يرد النص عليها ومتى تكون في حكم البيوع الدولية إلا فى اتفاقية لاهاى ١٩٨٦ واتفاقية فينا للبيوع الدولية للبضائع عام ١٩٨٠.

لذلك سوف نتناول عقود التوريد التى يكون موضوعها انتاج أو تصنيع سلعة فى الاتفاقيات الدولية المنظمة لعقد البيع الدولى سواء ما تعلق منها بتوحيد قواعد تنازع القوانين، أو ما تعلق منها بوضع قواعد موضوعية، ثم نتناول عقود توريد البضائع أو السلع مع تقديم الأيدى العاملة أو خدمات أخرى.

---

(١) تنص المادة ٣ فقرة ١ على «تعتبر بيوعاً عقود التوريد التى يكون موضوعها صنع بضائع أو انتاجها إلا إذا تعهد الطرف الذى طلب البضائع بتوريد جزء هام من العناصر المادية اللازمة لصنعها أو انتاجها.

الفرع الأول
عقود التوريد التى يكون موضوعها
انتاج أو تصنيع سلعة فى الاتفاقيات
الخاصة بتوحيد قواعد تنازع القوانين
لاهاى سنة ١٩٥٥، لاهاى سنة ١٩٨٦

لقد اعتبرت كل من الاتفاقيتين عقود التوريد التى يكون موضوعها انتاج أو تصنيع سلعة فى حكم البيوع الدولية بشرط أساسى هو طبقاً لنص المادة ١ فقرة ٣ من اتفاقية لاهاى سنة ١٩٥٥ «أن يقدم البائع العناصر الضرورية» وطبقاً لنص المادة ٤ فقرة ٢ أن يقدم البائع الجزء الهام حسب النص الفرنسى(١) أو الجزء الجوهرى حسب النص الانجليزى(٢).

وكل من الاتفاقيتين لم توضحا معني العناصر الضرورية، أو الجزء الهام أو الجوهرى بالشكل الذى يمكن به حسم مسألة متى يعد العقد فى حكم البيع الدولى.

لقد تناول الفقه نص المادة ١ فقرة ٣ من اتفاقية لاهاى ١٩٥٥، وكذلك المادة ٤ فقرة ٢ من اتفاقية لاهاى ١٩٨٦. حيث ذهب بصدد اتفاقية لاهاى ١٩٥٥ أن الاتفاقية لم تتضمن معياراً لتنفيذ هذه العقود، أو بعبارة أخرى أداة للتمييز من أجل تطبيق الاتفاقية، حيث ذهب إلى أن معيار القيمة هو الذى يحدد هذه المسألة وذلك من ناحية النظر إلي قيمة المواد المقدمة من البائع

---

(١) "Une part in parctant".

(٢) "Substantial part".

بالمقارنة إلى العمل المقدم منه أو مدى امتثاله أو عدم امتثاله لتعليمات عميله، وفى كل الأحوال فإن القانون طبقاً لهذه الاتفاقية يحدد هذه المسألة، فإذا اقتصر الأمر على تقديم العمل فقط أو تصنيع المواد فإن العملية لا تدخل فى نطاق تطبيق الاتفاقية(١).

أما بالنسبة لاتفاقية لاهاى سنة ١٩٨٦ فإن الوضع لم يكن أحسن حالا حيث لم تقدم لنا معيار لتطبيق الشرط الوارد فى نص المادة ٤ وهو الجزء الهام أو الجوهرى بالنسبة لما هو مقدم من البائع، ومن ثم ان الحكمين يتمعان بحرية كبيرة فى التطبيق(٢).

---

(١) Heuze, le vente international de marchandises 1992, p. 33.

(٢) Heuze. op. cit., p. 35.

الفرع الثانى

فى الاتفاقيات الدولية

ذات القواعد الموضوعية

لقد ورد النص على عقود التوريد التى يكون موضوعها انتاج أو تصنيع فى نص المادة ٦ من اتفاقية لاهاى ١٩٦٤، والمادة ٣ فقرة ١ من اتفاقية فينا للبيوع الدولية للبضائع عام ١٩٨٠.

بداية توجد مغايرة فى النص الفرنسى عن النص الانجليزى فى صياغة الشرط اللازم لاعتبار هذه العقود فى حكم البيوع الدولية، حيث تضمن النص الانجليزى فى كلتا الاتفاقيتين عبارة «الشرط الجوهرى»، فى حين تضمن النص الفرنسى عبارة الجزء الهام. وبصدد ذلك ذهب رأى فى الفقه أن هذا الاختلاف فى الصياغة يؤدى إلى اختلاف فى التفسير، إذ قد تكتفى محكمة بالأصل الفرنسى برجحان كمية المواد الأولية التى يقدمها طالب السلعة لتضفى على العقد صفة البيع، بينما لا تكتفى محكمة بالأصل الانجليزى بالكمية، وإنما تشترط بالاضافة إليها أن تكون المادة التى قدمها طالب السلعة هى المادة الأساسية فى صنعها وما المواد الأخرى التى تدخل فى تركيبها إلا مساعدة أو مكملة لها(١).

وقد ذهب رأى فى الفقه بصدد هذه المغايرة بين النص الفرنسى والنص الانجليزى، أن سببها يرجع إلى أن واضعى النص الفرنسى تكون لديهم صعوبة

---

(١) الدكتور محسن شفيق، مجلة القانون والاقتصاد، العدد الرابع،١٩٧٤، ص ٨٦.

فى ترجمة تعبير «جزء جوهرى» ويستخدموا تعبير «جزء هام»(١).

إلا أنه بالرغم من الاختلاف فى الصياغة بين النص الفرنسى، والنص الانجليزى فى كل من الاتفاقيتين، فلا يوجد أيضاً معيار لتطبيق الشرط اللازم لاعتبار مثل هذه العقود فى حكم البيوع الدولية، حيث وصفه رأى فى الفقه أنه نص غامض ومبهم(٢).

وعلى الرغم من صدور العديد من الأحكام القضائية سواء على مستوى القضاء الوطنى أو على مستوى أحكام التحكيم الدولية مطبقة المادة ٣ فقرة ١ من اتفاقية فينا سنة ١٩٨٠، إلا أنها لم تتضمن أيضاً تحديد لمفهوم الجزء الجوهرى، لذلك كانت هذه المسألة محل بحث ورأى من جانب الفقه.

ومن ثم سوف نتناول موقف الفقه من مسألة تحديد مفهوم الجزء الجوهرى، ثم بعض الأحكام القضائية التى تناولت بالتطبيق نص المادة ١/٣ من اتفاقية فينا سنة ١٩٨٠.

---

(١) Honnold, uniform law for international sales under the C.I.S.G 1980, 1991.

مشار إليه فى:
F.Ferrari, specific topics of the cisg in the light of judicial Application and scholarly writing J.law and commerce 1995, N. 388.

(٢) Bernard audité op. cit., p. 46.

(١) Honnold, uniform law for cisg p. 106; 1991.

موقف الفقه من مسألة تحديد مفهوم الجزء الجوهرى:

لاشك أنه لا توجد صعوبة إذا كان المشترى هو الذى يقدم للبائع كل المواد الضرورية أو اللازمة لعملية التصنيع أو الانتاج حيث لا يعد العقد فى هذه الحالة فى حكم عقد البيع، ومن ثم لا يخضع لأحكام الاتفاقية. لكن الصعوبة تكون إذا كان البائع قدم للمشترى الجزء الهام أو الجوهرى اللازم للتصنيع أو الانتاج، فمن ثم ما هو المعيار الذى على أساسه يمكن تحديد أهمية أو جوهرية هذا الجزء.

بصدد ذلك انقسم الفقه إلى فريقين، الفريق الأول يرى أن المقياس الوحيد فى العلاقة بين المواد المقدمة من جانب المشترى، وما هو ضرورى لتصنيع أو انتاج البضائع المبيعة يقوم فقط على القيمة(١).

ويؤيد هذا رأى آخر فى الفقه يرى أنه يكون من الصعب تحديد إذا ما كانت المواد المقدمة من جانب المشترى تعد جزء جوهرى بالنسبة للمواد الضرورية للانتاج، وتحديد ذلك يتم بالنظر إلى القيمة، ومن ثم فإن أنصار هذا الرأى كما هو مبين يأخذوا بمعيار القيمة(٢).

مشار إليه فى: F.Ferrari, op.cit., n.389.

(٢) P.Winship, formation of international sales contracts under the cisg. 1980. int, L.lawyer 1983 1-18.

فى نفس الاتجاه انظر: Bernard aduit op.cit.,p. 26, Heuz, op. cit. p.15

(١) انظر بالتفصيل هذا الجانب من الفقه فى: F. Ferrari op. cit. Note 389.

فى حين ذهب الفريق الآخر من الفقه إلى تبنى معيار الكمية من حيث مقدار المواد المقدمة للتصنيع أو الانتاج(١).

على أية حال لا يمكن ترجيح أى جانب من الفقه، حيث أن تلك المسألة مسألة نسبية فيتم تقدير كل حالة على حدة.

موقف القضاء من مفهوم الجزء الجوهرى أو الهام:

بالرغم من صدور العديد من الأحكام القضائية المطبقة لنص المادة ١/٢ من اتفاقية فينا للبيوع الدولية للبضائع سنة ١٩٨٠، إلا أن هذه الأحكام لم تحدد مفهوم الجزء الجوهرى أو الهام، ومن الأحكام الصادرة بصدد ذلك حكم محكمة استئناف باريس الغرفة التجارية الذى قررت فيه عدم تطبيق نص المادة ١/٣ من الاتفاقية على العقد المبرم بين البائع الفرنسى والمشترى الايطالى، ذلك على اعتبار أن المشترى الايطالى كان يقوم بتوريد الجزء الجوهرى فى العقد الضرورى للتصنيع، حيث لم تبين المحكمة مفهوم الجزء الجوهرى، ولم تحدد النسب المئوية من المواد المقدمة التى تشكل جزء جوهرى(٢).

ومن أحكام التحكيم أيضاً بخصوص ذلك حكم التحكيم الصادر من غرفة التجارة الدولية، حيث قرر أيضاً عدم تطبيق المادة ١/٣ لأن المشترى هو الذى يقوم بتوريد الجزء الجوهرى ولم تبين أيضا مفهوم الجزء الجوهرى(٣)، كذلك

---

(٢) Cour d'apple chamber (France) 25 May 1993.
مشار إليه فى: F.Ferrari, op. cit. N. 395.

(٣) Icc arbitrd award 7660 of 1994. reparted in unliex.
مشار إليه فى: F.Ferrari, op. cit. N. 395.

(١) Icc arbitrd, 2153 of 1992 clunt, 1992.

حكم التحكيم الصادر من الغرفة التجارية بباريس الذى طبقت فيه المادة ١/٣ على النزاع القائم بين البائع النمساوى والمشترى اليوغسلافى، بشأن إنشاء فندق حيث أن تقديم الخدمات ثانوى بالنسبة للبيع، ولم تبين مفهوم الجزء الجوهرى أو الهام[١].

---

(١) تنص المادة ٢/٤ من اتفاقية لاهاى سنة ١٩٨٦ على:
contracts in which the propanderant part of the obligation of the

الفرع الثالث

عقود توريد البضائع أو السلع مع تقديم الأيدى العاملة أو الخدمات الأخرى

كما سبق ذكره فإن الاتفاقيات الدولية المتعلقة بالبيوع الدولية للبضائع قد تباينت فيما بينها بصدد عقود التوريد التى تعد فى حكم البيع الدولى، حيث أن اتفاقيتى لاهاى سنة ١٩٦٤، واتفاقية لاهاى ١٩٥٥ قد اقتصرت على عقود التوريد التى يكون موضوعها انتاج أو تصنيع دون أن يمتد نطاق تطبيقها إلى عقود توريد البضائع أو السلع مع تقديم الأيدى العاملة أو الخدمات الأخرى. حيث أن هذا النوع الأخير من عقود التوريد لم يرد ذكره، ومن ثم لا يعد فى حكم البيع الدولى إلا فى اتفاقية لاهاى سنة ١٩٨٦[١]، واتفاقية فينا سنة ١٩٨٠، ومن ثم فإن هذا النوع من عقود التوريد طبقا لاتفاقية لاهاى سنة ١٩٥٥ اتفاقيتى لاهاى ١٩٦٤ لا تعد من البيوع الدولية.

وعلى الرغم من أن نص المادة ٦ من اتفاقيتى لاهاى سنة ١٩٦٤ الخاص بعقود التوريد التى يكون موضوعها انتاج أو تصنيع بضائع أو سلع مع قيام البائع بتقديم الجزء الهام أو الجوهرى كان الهدف منه هو حل بعض المشكلات التى تنشأ بصدد بعض العقود، إلا أنها لم تتناول بالتنظيم عقود توريد البضائع والسلع مع تقديم الأيدى العاملة أو الخدمات الأخرى، وكان نتيجة لذلك أنه قد ثارت بعض المشكلات الناجمة عن بعض العقود، منها على سبيل المثال عقود

---

party who purnishes goods consists of supply of labour.

(١) لمزيد من التفصيل بصدد هذا الرأى: F. Ferrari op.cit. note 409.

تسليم المفتاح، لذلك فإن هذه المشكلات قد روعيت عند إعداد اتفاقية فينا سنة ١٩٨٠، حيث تضمنت نص المادة ٢/٣ الحل للمشكلات القائمة بخصوص تطبيق اتفاقيتى لاهاى سنة ١٩٦٤ على العقود التى تشمل توريد وتجهيز عقود تسليم المفتاح، وعقود البناء.

معيار الجزء الغالب:

إذا نظرنا إلى الشرط الواجب توافره فى هذا النوع من العقود لكى تعد فى حكم البيوع الدولية وهو الجزء الغالب، نجد أنه بمعنى واحد سواء فى النص الانجليزى لاتفاقية فينا سنة ١٩٨٠، وكذلك لاهاى سنة ١٩٨٦، أو النص الفرنسى لكل من الاتفاقيتين.

النص الانجليزىthe prepanderant، النص الفرنسى-la part prépondé rante فكل من النصين ترجمتها الجزء الغالب، ومن ثم لا تثور نفس المشكلة التى قد أثيرت بصدد ذات الفقرة (١).

لكن ما هو المعيار الذى على أساسه يتم تحديد الجزء الغالب حيث أن الاتفاقية كذلك لم تتضمن معياراً محدداً يجب اتباعه؟ إزاء ذلك حاول الفقه أن يبحث عن هذا المعيار إلا أنه لم ينته إلى معيار موحد بصدد تحديد الجزء الغالب.

يذهب جانب من الفقه إلى أن هذا المعيار يقوم على المقارنة بين القيمة

---

(١) لمزيد من التفصيل بصدد هذا الرأى: F. Ferrari op.cit. note 409.

الاقتصادية للالتزامات المتعلقة بتوريد الأيدى العاملة والخدمات، وبين القيمة الاقتصادية المتعلقة بالبضائع المختلفة، أو بعبارة أخرى المقارنة بين سعر البضائع المبيعة وقيمة الأيدى العاملة والخدمات.

ويذهب جانب آخر من الفقه إلى معيار آخر غير معيار القيمة حيث يقوم هذا المعيار على أمرين:

١- الناحية الكمية من حيث كمية البضائع بالنظر لكمية الخدمات أو الأيدى العاملة.

٢- ناحية ذاتية وهى تقييم الأطراف كمية البضائع مقارنة بكمية الخدمات أو الأيدى العاملة والغرض من الاتفاق(١).

وبصفة عامة يذهب رأى فى الفقه إلى أن هذا النص قد أثار بعض الصعوبات من جهة التطبيق، ومن ثم يجب على الأطراف أن يصلوا إلى اتفاق واضح من شأنه يمكن تحديد الجزء الغالب(٢).

والواقع أنه لا يمكن الأخذ بأى من الاتجاهين بصدد المعيار المستخدم فى تحديد الجزء الغالب، حيث أن المسألة مسألة نسبية تختلف من عقد إلى آخر حيث أنها فى المقام الأخير مسألة واقع تخضع لتقدير الجهة المعروض عليها النزاع.

والحقيقة أن عقد التوريد مع تقديم الأيدى العاملة أو غير ذلك من

---

(١) F.Ferrari op. cit.N.412, Schlechtriem op. cit. p. 32, stating that

(٢) Schlechtriem op. cit., p. 31.

الخدمات يعد فى حقيقته عقد مركب من عقدين، أحدهما عقد بيع والأخر عقد مقاولة. فلكى يعد العقد من عقود البيوع الدولية لابد أن تكون البضائع أو السلع المقدمة مع الأيدى العاملة أو الخدمات هى الجزء الغالب.

كيفية تقدير الجزء الغالب:

كما سبق بيانه من أنه لا يوجد معيار بصدد تحديد الجزء الغالب حيث تباينت الآراء الفقهية بصدد هذا المعيار بين معيار القيمة ومعيار الكم، حيث ذهب أنصار المعيار القيمى إلى تقدير المعيار القيمى بأن تزيد قيمة البضائع والسلع على ٥٠٪ من قيمة العقد(١).

لقد ذهب أنصار المعيار الكمى(٢)(٣) إلى أن الجزء الغالب يزيد فى الكمية عن ما يقدمه الطرف الآخر من أيدى عاملة أو غيرها من الخدمات.

فالأصل أن واضعوا اتفاقية فينا للبيوع الدولية للبضائع كانوا يهدفون

---

preponderant in this sense should be considrably more than 50% of the price.

رأى هذا الجانب من الفقه مشابه للاقتراح الذى كان مقدم من انجلترا أثناء مناقشة المادة ٣ من الاتفاقية حيث تمثل هذا الاقتراح فى أن يكون الجزء الغالب هو الجزء الغالب فى القيمة لكن هذا الاقتراح قوبل بالرفض.

(٢) الدكتور محسن شفيق، سابق الاشارة إليه ص٧٣ «ان العبرة هذا ليست بجوهرية العنصر الذى يقدمه طالب السلعة كما هو الحال فى الفقرة ١ وإنما بكمية المواد التى يتعهد بتقديها إذا كانت الكمية تفوق ما يقدمه الطرف الملتزم بتقديم العمالة أو غيرها من الخدمات ان العقد لايكون بيعاً. . . . ».

(٣) Bernard audit op. cit., p. 26 le crietré semble ici plus nettement quantitatif.

(١) Roland loewe "the shapper of application of the seles conven-

من وراء وضع هذا النص تفادى ازدواجية النظام القانونى بالنسبة لهذا العقد وذلك بتقدير شرط الجزء الغالب[١]، إلا أن هذه الازدواجية لا يمكن تفاديها، ومن ثم تثور صعوبة فى حالة ما إذا أمكن فصل عقد توريد السلع والخدمات وعقد تقديم الخدمات الخاصة والأيدى العاملة، خاصة أن الاتفاقية لم تحدد المعيار الذى على أساسه يحدد الجزء الغالب، ومن ثم فإن الاتفاقية بالتالى لم تكن قد حسمت مدى امتداد نطاق أحكامها إلى تلك العقود من حيث الخضوع لها أو تحديد القانون الواجب التطبيق عليها وفقاً لقواعد القانون الخاص[٢].

ولقد حاول الفقه أن يجد حلا لمشكلة إذا ما تم الفصل بين عقود البيع وعقود تقديم الأيدى العاملة أو الخدمات. حيث ذهب جانب من الفقه إلى أن عقد البيع يخضع للاتفاقية أما بالنسبة لعقد تقديم الأيدى العاملة أو الخدمات فإن القانون الواجب التطبيق فى هذه الحالة القانون الوطنى، حيث يقول رأى فى الفقه أن هذه المسألة يمكن مواجهتها بتطبيق القانون الوطنى[٣] وكذلك رأى آخر يرى أنه يتعين الرجوع لأحكام القانون المحلى[٤]، ويدعم هذا الرأى ما جاء تقريره فى مؤتمر الأمم المتحدة ١٩٧٦[٥].

---

tion. in t.er, L.R, Vel.X. p. 3. 1998.

(٢) P.Kahn, le convention de vente du april 1980 sur les contrates de vent international de marehendises R.int. L.D.C. 1981, p. 956.

(٣) Roland loewe op.cit. one can be forced to apply to thees question national law. p.4.

(٤) Sehlechtriem op.cit., p. 31.

(٥) officicle recordes of the united nation confrance 1976. f.ferrari, op. cit. 418.

(١) Bernard audit, op.cit., p.25 , Heuz op.cit., p 76.:انظر أيضا فى تفصيل ذلك
P.Kahen op. cit. p. 957.

"the question wether the seller's obligation relating to the sale of goods and those relating to the supply of lebor or services can be conis-deredas two saparate contrcats "under what is somtimes called the doc-trine severability" of contracts will be resolved in accordance with ap-plicable national law".

لكن ما ذهب إليه هذا الجانب من الفقه قد انتقده بعض الفقه، حيث يقول ان هذا غير منطقى لأن تطبيق القانون الوطنى والاتفاقية لا يمكن أن يتحقق بشكل جزئى، وذلك لاختلاف شروط تطبيق كل منهم(١).

ولقد ذهب جانب آخر من الفقه إلى أن هذه المسألة مادام لم يتم حسمها من جانب الاتفاقية، فإنه لابد من الرجوع إلى المبادئ العامة للاتفاقية(٢)، لكن هذا الرأى بدوره أيضا منتقد، وذلك لأن الاتفاقية لم تحدد هذه المبادئ، ومن ثم فإن اللجوء إلى المبادئ العامة للاتفاقية يكون أمراً صعبا تطبيقه من الناحية العملية علي الرغم من اللجوء إلى المبادئ العامة للاتفاقية أمر مفروض، إلا أن تطبيقها متروك للقاضى أو المحكم المعروض عليه النزاع من الناحية العملية. لذلك فإن إرادة الأطراف هى الفيصل الوحيد فى هذه المسألة خاصة أن الاتفاقية فى نص المادة ٦ تجيز للأطراف استبعاد تطبيقها كما يجوز لهم الاتفاق على مخالفة نصوصها أو تعديل آثارها وكذلك الظروف المحيطة بالعقد.

---

(٢) انظر أنصار هذا الرأى: F. Ferrari op.cit. Note 419-423?

الفصل الثانى

مفهوم مبدأ حسن النية

فى قانون التجارة الدولية

تمهيد: على الرغم من ذيوع وانتشار النشاط التجارى الدولى بين الدول، فإن مفهوم قانون التجارة الدولية مازال محل بحث ومناقشات لتحديد معناه وماهيته. فحتى الآن لا يوجد تعريف موحد لهذا القانون، فكل محاولات تعريف قانون التجارة الدولية محاولات فقهية ولا يمكن وصف إحداها بأنها الأحسن أو الأفضل كما يذهب البعض(١)، ليس هذا فحسب بل أن الخلاف قد امتد إلى التشكيك فى وجود مثل هذا القانون، حتى أن البعض قد شبهه بحرب الخنادق(٢)، بل الخلاف امتد أيضا إلى مصادر هذا القانون حيث لا يوجد اتفاق موحد على مصادره.

ولم يكن الأمر أحسن حالا بالنسبة لمفهوم مبدأ حسن النية، بالرغم من أنه مبدأ مستقر عليه فى كافة القواعد القانونية قاطبة سواء تشريعات مقارنة أو اتفاقيات دولية على اطلاقها حيث لا يوجد تعريف لمبدأ حسن النية.

ولا شك أن ذلك يزيد الأمر صعوبة فى بيان مفهوم مبدأ حسن النية فى قانون التجارة الدولية لذلك سوف نتناول ذلك فى:

المبحث الأول: مفهوم قانون التجارة الدولية.

المبحث الثانى: مفهوم مبدأ حسن النية في التجارة الدولية.

---

(١) الدكتور محمد شتا أبو سعد، التعليق على قانون التجارة الجديد رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ ص ٤٥٢، دار الفكر العربى، ٢٠٠٠، «هو مجموعة من القواعد التى تسرى على العلاقات الدولية المتصلة بالقانون الخاص والتى تجرى بين دولتين أو أكثر وهذا التعريف هو خير ما وضع فى هذا الخصوص.

(٢) Gesa Baron, Bonn.do unidroit prniciples of international commercial contracts from a new lex mercatoria,p. 5,N.39. pace essay, 1998.

المبحث الأول

مفهوم قانون التجارة الدولية

تمهيد:

التجارة نشاط إنسانى لازم لكل الشعوب قديما وحديثاً، وهى تعد من أولى وسائل الاتصال بين الشعوب.

فما من دراسة تاريخية لأى حضارة من الحضارات إلا وتشير من قريب أو بعيد إلى التجارة. لكن مسألة دولية التجارة تتوقف بالدرجة الأولى على عوامل عدة، وهى الظروف السياسية والاقتصادية والاجتماعية.

فقد عرفت **الحضارة الفرعونية** التجارة الدولية، ومثال ذلك رحلات بلاد بنت فى عهد الملكة حتشبسوت، كذلك فى عهد الملك رمسيس الثانى بسبب فتوحاته. ويعد عصر الأسرة السادسة من أزهى عصور التجارة الدولية وذلك بسبب وفود الجاليات الاغريقية واستقرارها فى مدن الدلتا(١).

وكذلك بالنسبة **للحضارة الفينيقية**، فعلى الرغم من أن الآثار الباقية عنها تكاد تكون نادرة، إلا أن ظلال تأثيرها على التجارة الدولية فى العصر الحديث تبدو من خلال فكرة الخسارات المشتركة فى القانون البحرى، حيث أساسها يرجع إلى قانون الالقاء فى البحر(٢).

---

(١) اتيين دربوتون، جاك فانديبه، مصر ٦٣٨ تعريب عباس بيومى، دار النهضة العربية، مشار إليه فى د. حسام الأهوانى، سابق الاشارة إليه ص ٢ هامش ١.

(٢) د. سمير الشرقاوى، القانون التجارى، دار النهضة العربية ١٩٨٦، ص ١٦.

أما **الحضارة الاغريقية** فقد عرفت التجارة الدولية بمعنى الكلمة، وذلك فى الفترة السابقة على تولى الاسكندر الأكبر مقاليد الحكم، حيث كان للاغريقيين علاقات تجارية مع كافة الشعوب، منها تجارتهم مع القرطاجنيين، وفى هذا المقام تتحقق مقولة أحد الفقهاء من أن «التجارة الحقيقية لا تتوافر إلا إذا كان السوق مفتوحا أمام أقوام من جنسيات مختلفة»(١). كما تتحقق مقولة إن الإغريق ولدوا تجاراً. ومما هو جدير بالذكر أن التجارة فى عهد الاغريق فقدت صفة الدولية بتولى الاسكندر الأكبر مقاليد الحكم حيث أصبح الأفراد ينتسبون إلى دولة واحدة بسبب فتوحاته المتعددة(٢).

أما بالنسبة للحضارة الرومانية(٣)، فقد مرت بعصور كثيرة(٤)،

---

(١) انظر ذلك فى: د. حسام الأهوانى، سابق الاشارة إليه ص ١ هامش ٢.

(٢) د. محمد محسوب درويش - نشأة وتطور قانون التجارة الدولية، دراسة تاريخية ١٩٩٥، ص١٤٢ ومابعدها.

(٣) أسست روما - وفقا لرواية المؤرخين الرومان عام ٧٥٤ ق.م وذلك على الضفة اليسرى من نهر التيسبو، وقام فيها نظام ملكى حتى ثار عليه الشعب فى سنة ٥١٠ ق.م، وحل محله النظام الجمهورى عام ٥٠٩ ق.م.
لمزيد من التفصيل، راجع فى ذلك د. محمد عبد الهادى الشقنقيرى، دروس فى تاريخ القانون ١٩٨٨/٨٧.

(٤) تنقسم العصور التى مر بها التاريخ الرومانى إلى أربع عصور:
العصر الأول: هو العصر الملكى، ويبدإ من ٧٥٤ ق.م وينتهى بقيام النظام الجمهورى عام ٥٠٩ ق.م.
العصر الثانى: هو العصر الجمهورى، ويبدأ عام ٥٠٩ ق.م وينتهى عام ٢٧ ق.م. =

إلا أن الملاحظ أن نظرة الرومان للتجارة كانت نظرة ازدراء واحتقار، ويرجع ذلك للأسباب الآتية:

١- كراهية الرومان للأتروسك(١) الذين كانوا يحتلون روما، وكانوا يشتهرون بالتجارة.

٢- طبيعة الموقع الجغرافى لروما وبعدها عن البحر(٢).

٣- سيطرة روما على العالم وعدم حاجة الرومان للتجارة كما قال أحد المؤرخين (٣) إنه بعد ازدهار الحضارة الرومانية وسيطرتها على العالم تقريبا إن

= العصر الثالث: هو عصر الامبراطورية العليا يبد من عام ٢٧ ق.م حتى ٢٨٤ م، عصر حكم دقلديانوس.

العصر الرابع: هو عصر الامبراطورية السفلى والمطلقة عام ٢٨٤م حتى ٥٦٥ للميلاد.

لمزيد من التفصيل راجع د. محمد عبد الهادى الشقنقيرى، سابق الاشارة إليه ص ١٠٧ ومابعدها.

(١) الاتروسك هم شعب كان يسكن شمال نهر الشبوخى اقليم اتروريا حيث اندفع هؤلاء فى فتوحاتهم نحو الجنوب وأخضعوا القوى اللاتينية لحكمهم. لقد حاول الرومان أن يخفوا من تاريخهم سيطرة الأتروسك عليهم لأنهم كانوا يكنون لهم كراهية شديدة.

لمزيد من التفصيل راجع فى ذلك د. محمد عبد الهادى الشقنقيرى، سابق الاشارة، ص١١٣، ١١٤.

(٢) يذهب الكاتب Varia فى مؤلفهetudes de droit Romaine, Paris - Recueil Sirey 1952 pp. 33-34.

إن روما لم يقدر لها أن تلعب دوراً مهماً فى التجارة نظرا لموقعها الجغرافى البعيد عن الساحل وبعدها كذلك عن الطريق الطبيعى للتجارة كما أنها كانت تقع على نهر صغير كان من النادر ومن الصعب استعماله فى النقل النهرى.

مشار إليه فى رسالة د. محمد محسوب درويش، سابق الاشارة إليه ص ١٥٤ هامش (٤).

(٣) انظر ذلك فى: د. محمد محسوب درويش، سابق الاشارة إليه ص ١٥٥ ومابعدها.

الرومان لم يكونوا بحاجة أن يرتحلوا أو يتغربوا حتى يحققوا الثراء، فقد كان يتدفق الثراء عليهم وهم فى روما.

وليس معنى ذلك أن الرومان لم يعرفوا التجارة، بل إن عصر الجمهورية وعصر الامبراطورية العليا، يعدان من أزهى عصور التجارة الدولية. ولكن بعد صور دستور كاركلا عام ٢١٢ ق.م زالت الصفة الدولية عن التجارة، حيث أصبح كل مواطنى روما يحملون صفة المواطنة.

فظهور طبقة التجار - ككيان ذاتى مستقل لها قانونها وقضائها الخاص بها - لم يظهر إلا فى العصور الوسطى، وبنهاية العصور الوسطى انهارت طبقة التجار، وبالتالى قانون التجارة. ثم عادت للظهور مرة أخرى فى العصر الحديث.

وسوف نتناول مفهوم قانون التجارة الدولية من خلال:

المطلب الأول: ماهيـــة قانون التجارة الدولية.

المطلب الثانى: مصادر قانون التجارة الدولية.

المطلب الأول

ماهية قانون التجارة الدولية

(المرحلة الحديثة)

ليس معنى أن طبقة التجار ظهرت فى العصور الوسطى، أنها لم تكن موجودة قبل ذلك، بل كانت موجودة ولكن لم يكن هناك قانون أو قضاء خاص بها . فعلى سبيل المثال، عرفت الدولة الرومانية - بالرغم من نظرتها للتجارة - طبقة التجار فى شكل نقابات أو جمعيات لكنها لم تشكل جميعا طبقة متميزة لها كيان ذاتى مستقل، حيث كان الهدف منها هو تقوية سلطان الدولة وقبضتها(١) .

ومن أسباب عدم ظهور طبقة التجار إلا فى العصور الوسطى ما يلى:

١- سيطرة وهيمنة الدولة: على الرغم من أن الإغريق كانوا أهل تجارة، وعلى الرغم مما تركوه من قواعد فى عالم التجارة الدولية حتى اليوم، فإن التجار - فى عصرهم - لم يكن لهم كيان ذاتى مستقل ومتميز، حيث كان الاقتصاد الاغريقى يقوم على الاقتصاد الموجه وليس أدل على سيطرة وهيمنة الدولة فى العصر الاغريقى بالشكل الذى حال دون ظهور التجار كطبقة متميزة حيث قال أحد الفقهاء أن أثينا هى التى كانت تحاول الحفاظ على مصالحها إذا لم يكن بالمدينة كما يقول أرسطو طبقة للتجار تلعب دوراً مباشراً فى قيادة الدولة، بل أنه لم يكن للتجار أى تأثير على المشرع(٢) . وفى الدولة الرومانية

---

(١) انظر ذلك فى: د . محمد محسوب درويش، سابق الاشارة إليه ص ١٦٥ هامش (١) .

(٢) انظر ذلك فى: د . محمد محسوب درويش سابق الاشارة اليه ص ١٤٦ هامش (١) .

كان التجار فى شكل نقابات وجمعيات بهدف تقوية سيطرة الدولة لكن وضع التجار ومكانتهم لم يصل قط إلى الدرجة التى تسمح لهم بالتدخل فى صياغة القانون(١).

٢- عدم وجود نظام قانونى للتجار: قبل العصور الوسطى لم يكن للتجار نظام قانونى خاص بهم، حيث لم يكن عند الاغريق سوى قانون تجارى بسيط وذلك لأن تساهل المشرع فى أثينا مع التجار جعلهم ليسوا فى حاجة إلى الانطواء على أنفسهم بحيث يكون لهم قانونهم الخاص(٢)، وفى الدولة الرومانية لم يكن هناك حاجة إلى قانون مستقل للتجارة حيث كان القانون المدنى كافيا لحكم المعاملات القانونية بصفة عامة(٣).

٣- عدم وجود قضاء خاص بالتجار: إن عدم وجود قضاء خاص بالتجار يعد من أهم العوامل الرئيسية التى أدت إلى عدم ظهور طبقة التجار كطبقة متميزة لها كيان ذاتى مستقل حيث لو وجد هذا القضاء لكان كفيلا بابرازها كطبقة مستقلة عند الاغريق، فكان القضاء العادى يتميز بسرعة

---

(١) د. محمود محمد على صبره، ترجمه العقود التجارية ص ١١١، ١٩٩٧.

(٢) د. محمد محسوب درويش، سابق الاشارة إليه ص ١٤٤.

(٣) الدكتور أبو زيد رضوان، القانون التجارى، نظرية الأعمال التجارية، ص٤، دار الفكر العربى ١٩٨٨.

يقول الدكتور محسن شفيق أن الرومان لم يشعروا بحاجة إلى تقنين قواعد خاصة بالتجار لأن أكثر العقود التى تتم بها العمليات التجارية كعقد البيع، الاجارة... أصبحت من تلقاء نفسها عقود رضائية وصارت من المرونة بحيث تستجيب إلى ضروريات التجارة، محسن شفيق، الموجز فى القانون التجارى، ص١٧، دار النهضة ١٩٦٧.

الفصل فى المنازعات دون تمييز بين المواطنين والأجانب[١]، وبالذات كان كذلك يتوافق مع حاجة التجارة إلى السرعة، ومن ثم لم تكن هناك حاجة لوجود نظام قانونى خاص بالتجار.

أسباب تكون طبقة التجار فى العصور الوسطى:

فكما سبق أن أوضحنا أن طبقة التجار كانت قائمة وموجودة، إلا أنها لم يكن لها كيان ذاتى مستقل، حيث كانت هناك عدة أسباب لذلك، لكن مع بداية العصور الوسطى بدأت طبقة التجار فى الظهور، حيث أنه خلال تلك العصور أصبح للتجار كيان ذاتى من ناحية وجود نظام قانونى وقضاء خاص بهم، لكن ذلك لم يكن مسألة سهلة وميسورة، ولكن هناك أسباب عدة ساعدت على ذلك:

١- انهيار الدولة الرومانية:

أدى انهيار الدولة الرومانية إلى اضمحلال التجارة الدولية، حيث تحول المجتمع الرومانى إلى مجتمع زراعى بحت وانعدم كل أثر للتجارة الدولية وتواترت عهود الفوضى، وعدم الاستقرار حتى بداية القرن الحادى عشر، وظهر خلالها مجموعة من المغامرين فى ايطاليا وفينسيا، وجنوه وبدأت هذه الفئة تأخذ شكل جماعات لها مراكز دائمة للقيام برحلاتها، ومع مجئ القرن الثانى عشر كانت هذه الجماعات قد انتشرت فى معظم دول أوروبا فى شكل أسواق ومعارض[٢]. ومن ذلك يتضح أن انهيار سيطرة الدولة وهيمنتها فى روما هو

---

(١) لمزيد من التفصيل راجع فى ذلك الدكتور محمد محسوب درويش، ص١٤٤.

(٢) انظر فى ذلك الدكتور أبوزيد رضوان، سابق الاشارة إليه ص٥.

السبب فى ظهور طبقة التجار(١).

٢ - انتشار المسيحية:

كان لانتشار الديانة المسيحية أكبر الأثر فى ظهور طبقة التجار، حيث يقول الفقه(١) إن عالمية الدين المسيحى كان لها تأثير مزدوج، حيث أنها من ناحية أدت إلى تدويل المبادلات التجارية بين أوربا وبين الشرق والغرب، ومن ناحية أخرى أدت إلى أن يسود بين المسيحيين تصور شامل بشمولية القاعدة القانونية.

٣- صراع الاقطاع:

كان نتيجة انهيار الدولة الرومانية وانقسام المجتمع إلى طبقتين طبقة الاقطاع وطبقة الرقيق، ثم نشوب الصراع بين طبقة الاقطاع، وحاجتها إلى الأموال التى كانت موجودة مع التجار، ومن ثم بدت الحاجة إليهم لتمويل هذا الصراع، فكان نتيجة ذلك أن حصل التجار على استقلال ذاتى عن طريق اتفاق جماعى مع النبلاء الاقطاعيين(٢).

إن ظهور طبقة التجار لم تكن مسألة سهلة وميسورة، حيث أبان ذلك وبوضوح الفقه حيث يقول «إنه كان يتحتم على البرجوازية أن تنظم صفوفها فى جهدها ضد الاقطاع فبدأت الكفاح فى الظلام فى شكل جمعيات سرية تهدف

---

(١) Loussouarn & Berdin op.cit., p. 18.

(٢) راجع فى ذلك الدكتور بهاء هلا دسوقى، سابق الاشارة إليه، ص ٩، ١٠.

إلى محاربة الاقطاعى واغتياله، ومادامت هذه الطوائف سرية تعمل فى الظلام فلابد لها أن تحل منازعتها الداخلية بنفسها إذا نشب خلاف بين عضوين من الطائفة، وكان لا يتصور الاتجاء إلى محكمة الاقطاعى، لما ينطوى عليه ذلك من فضح أمر الطائفة وتعريضها للتنكيل»[١].

قانون التجار فى النظم اللاتينية:

إن بداية قانون التجار كان فى المدن الايطالية فى القرن الثانى عشر[٢] حيث كان بداية ظهوره فى الأسواق والمعارض، ثم انتشر بعد ذلك فى فرنسا وأسبانيا وباقى دول أوروبا بما فيها انجلترا[٣]. وكان العرف هو مصدر قانون التجار[٤]. حيث لم يكن للقضاة أو الملوك أى دور فى تكوينه، ويتميز هذا القانون بالطابع الدولى بعيداً عن المحلية فى تلك الفترة وأصبح له محاكمه

---

(١) الدكتور ثروت أنيس الأسيوطى، الصراع الطبقى وقانون التجار، ص٢٢٠، دار النهضة العربي، القاهرة ١٩٦٨.

(٢) يذهب كلا من «بيجمان وكوفمان» إلى أن المدن الايطالية قد وسعت قانون روديان البحرى ان قوانين الامبراطورية الرومانية التالية اهتمت بخلق قانون بحرى الذى أصبح فيما بعد قانونا شائعا لدى كل الناس الذى بدوره كان قادراً على أن يلبى حاجات التجارة الدولية المتغيرة. انظر فى ذلك:
Berman & Kaufman "the law of international commercial transactions the lex mereatoria 19 Harv, int.L.L.J., 1978, p. 224, 225.
مشار إليه فى: Stephen Bainbridge,trade usages in international sales of goods: An Analysis of the 1964 and 1980 sales convention, p. 624, V.J.int. L. law, 1984.

(٤) Honnold the "influence of the law of international trade on the Development and character of english and American commercial law p. 70-71.
مشار إليه فى: Stephen Bainbridge,op. cit.p. 624, N. 2.

الخاصة به تلك التى كانت بدايتها فى الأسواق، ثم أسبغت عليها الصفة الشرعية[١] فيما بعد، وتميزت هذه المحاكم ببساطة الإجراءات وسرعة الفصل فى المنازعات.

وقد تميز قانون التجارة - فى تلك الفترة - بعدة خصائص[٢]:

أولها عالميته، وثانيها أنه كان انعكاس تام للعادات والأعراف التجارية، وثالثها أنه لم يكن للقضاة دور فى تكوينه بل كان من قبل التجار أنفسهم، ورابعها، ان تطور هذا القانون وترويجه كان من قبل الشركات التجارية والسلطة القضائية للمحاكم التجارية، وخامسها، أن ما أكد عليه قانون التجار من مبادئ هو حرية التعاقد واقرار العدالة والانصاف.

ومن ثم تميز قانون التجارة فى النظم اللاتينية بالقوة، حيث استطاعت طبقة التجار أن تجعل لنفسها استقلالية وذاتية، ترتب عليه أن أصبح لها قضاء خاص بها فلم تكن مجرد طوائف ضعيفة كما هو الحال فى انجلترا.

إلا أنه مع نهاية العصور الوسطى حتى قيام الثورة الفرنسية[٣] بدأ قانون التجار فى الانهيار، وذلك بسبب تحول التجارة من المدن الايطالية، حيث

---

(١) د. محمود محمد على صبرة - سابق الاشارة إليه، ص ٣٩.

(٢) انظر فى ذلك:

L.Trakman, "the law merchant the evolution of commercial law, 1983, p. 8, C.Schmithoff op.cit., p. 70, 71. K.P.Berger international economic Arbitration 1993, A. 545.

لمزيد من التفصيل: Gesa, Baron, op. cit., N.8.

(٣) G.Loussouarn Bredin op. cit., P. 3 N.15.

انتقلت الأهمية التجارية من دول البحر المتوسط إلى الدول الواقعة على المحيط الأطلنطى، وقيام الثورة الصناعية فى أوروبا، وتغير معالم الاقتصاد الأوروبى ولم تعد النظرة زراعية كما كان من قبل، ولكن أصبح الاقتصاد الأوروبى يقوم على الصناعة والتجارة، وهو ما أدى إلى أن تصبح الدولة تاجرة. ومع بداية القرن السابع عشر كان قانون التجار قد انهار تماماً، وذلك بسبب عودة سيطرة وهيمنة الدولة مرة أخرى. وليس أدل على ذلك من صدور الأمر الملكى من لويس الرابع عشر بقانون التجارة البحرية سنة ١٦٧٣، وقانون التجارة البحرية سنة ١٦٨١، حيث ظل التجار فى فرنسا خاضعين لأحكام هذا القانون إلى أن صدر قانون le chapelier سنة ١٧٩١ الذى ألغى نظام الطوائف، وقرر مبدأ حرية التجارة والصناعة(١).

وأوصت الجمعية الوطنية بوضع تقنينين أحدهما للقانون المدنى والآخر للقانون التجارى، وانتهت اللجنة من وضع مشروع القانون التجارى الذى صدر عام ١٨٠٧ - تقنين نابليون - الذى كان مصدر الهام ونموذج للتشريع البلجيكى، والبولندى، والايطالى، والأسبانى، والهولندى، واليونانى.

قانون التجار فى النظم الانجلوسكسونية:

إن قانون التجار فى انجلترا تأثر فى نشأته بكل من القانون المعمول به

---

(١) يذكر الأستاذ See أن الثورة الفرنسية هدمت التمييز القانونى الذى كان موجود بين الطبقات، أقرت المساواة فى الحقوق بين كل المواطنين وهو ما أدى إلى تدعيم طائفة التجار وجمعهم المتميز المستقل الذى كان متمثلا فى الطائفة، انظر ذلك بالتفصيل فى الدكتور محمد محسوب درويش ،سابق الاشارة إليه ص ٢٧٥.

فى شمال أوروبا والقانون الايطالى، حيث صيغ هذا القانون على غرار المبادئ المرعية فى شمال أوروبا، ولكنه كان قائما على أساس القوانين الايطالية لاسيما قانون أوليرون فى ايطاليا(١).

لكن طوائف التجار لم تتمتع بما كانت تتمتع به فى باقى القارة الأوربية، حيث كانت طوائف ضعيفة وذلك لقوة نفوذ الملك، لكن تلك الطوائف قد عرفت نظام المحاكم التجارية الخاصة بها، حيث كانت تطبق قانون التجار القائم على العرف المستمد من التجار، واستمرت هذه المحاكم قائمة كهيئات منفصلة حتى عام ١٧٥٦ حيث تم ادماجها فى محاكم الملك(٢).

ظل لقانون التجار مكانته من حيث المحاكم القائمة على تطبيقه حتى انشاء محاكم الملك التى أنشأها النورمانديون الذين غزوا انجلترا سنة ١٠٦٦(٣) حيث ظلت قائمة تقوم بالفصل فى المنازعات التجارية، وبجانبها أيضا محاكم الملك تمارس نفس الاختصاص، حتى أنه يقال إن القانون التجارى الانجليزى هو قصة مواجهة بين محاكم الملك ومحاكم التجار. ويقال إن محاكم التجار فى انجلترا بدأت تفقد اختصاصها القضائى بداية من القرن الخامس عشر سنة ١٤٧٧(٤). مما هو جدير بالذكر أن محاكم الملك كانت تتميز بالعداوة نحو قانون

---

(١) أ. محمد محمود صبره، سابق الاشارة اليه ص ١٧.

(٢) انظر فى ذلك: د. محمد محمود على صبره، سابق الاشارة إليه ص ١٨.

(٣) Fransworth, le droit commercial aux etats unis I, Amerique Rev. int. de comp. 1962, p. 311.

(٤) See generally, E.Franworth & Honnold, commercial law cases and Materials 3-15, 13 ed 1976.

مشار إليه فى S.Bainbridge. op. cit., p. 652, N.36.

التجار فضلا عن جهلها بعادات التجار، مما أدى بالتجار إلى الفصل فى المنازعات فيما بينهم دون اللجوء إليها(١).

وبحلول القرن السابع عشر فقد قانون التجار ذاتيته تماما حيث لم يعد هناك ما يسمى بقانون التجار(٢) وذلك بسبب استغراق القانون لقانون التجار حيث أصبح جزء من القانون العام ذلك الأخير الذى أصبح واجب التطبيق فى كافة المنازعات أياً كانت مدنية أو تجارية.

ومن أهم الفترات التى تعبر فى القرن السابع عشر عن استغراق القانون العام لقانون التجار الفترة التى تولى فيها اللورد ادوارد كوك رئاسة محكمة الملك حيث أصبح من الواجب اثبات العرف التجارى من جانب الأطراف فى كل حالة.

إلا أنه عندما تولى اللورد مانسفيلد رئاسة محكمة الملك فى القرن الثامن عشر، تميزت فترة رئاسته فى الفترة من ١٦٩٣ حتى ١٧٠٥ بإبراز قانون التجار فى دائرة القانون العام، حيث قرر اللورد مانسفيلد أن قانون التجار هو

---

(١) فى عام ١٦٩٠ علق السيد جوزيف شيلد على نظام قانون التجار إن هذا النظام قد تلف وعطب حيث أن لغتهم لنا أصبحت غير معروفة أو مفهومة، لغتنا لهم أصبحت غير مفهومة.
انظر فى ذلك:
Fransworth & Honnold - commercial law cases and materials 1972.
مشار إليه فى: S.Bainbridge, op. cit., p.626, N.37.
راجع فى هذا المعنى أيضا د. حسام الأهوانى، سابق الاشارة إليه ص ١٩.

(٢) Gesa Baron, Bonn, Edinburgh op. cit., p. 3, N.12.

عبارة عن أوضاع قانونية تقررت بواسطة المحاكم بعيداً عن الأعراف التى يجب اثباتها من جانب الأطراف. وهكذا أصبح قانون التجار جزء متمم للقانون العام[١]، حتى أن حركة التقنينات التى تمت فى انجلترا فى القرن التاسع عشر - مثال ذلك قانون بيع البضائع سنة ١٨٩٣ - لم يكن الهدف منها - كما هو الحال فى باقى الدول الأوروبية - ملائمتها للتجارة الدولية واصلاح القانون التجارى[٢]. ومن ثم نرى أن قانون التجار قد مر بمراحل تأرجحت بين الضعف والقوة، حيث لم يكن له من الثبات والاستقرار إلا فترات محددة، وفى النهاية اندمج قانون التجار فى النظم القانونية حيث فقد كل ذاتية واستقلال سواء فى النظم الانجلو امريكية أو اللاتينية.

تعريف قانون التجار الدولى:

إن تعبير قانون التجار الدولى يبدو استخدامه لأول مرة فى مجموعة تسمى مجموعة Fleta[٣]، ويعد الأستاذ Gerad Malyens فى العصر القديم

---

(١) Gesa Baron, Bonn Edinburgh op. cit. p. 3.
انظر فى ذلك أيضاً: د. حسام الأهوانى، سابق الاشارة إليه ص ٢٠.

(٢) Honnold the "in Fluence of the law of int. Trade on the Development and character of English and American commercial law p. 73.
مشار إليه فى: S.Bainbridge, op.cit., p.627, N.47, 48, 49.

(٣) مجموعة Fleta هى كتاب فقه قديم مجهول المؤلف يعالج قوانين انجلترا على ما كتبه الفقيهان Glanville, Racton فى القوانين المذكورة ويعتقد أن واضع هذا الكتاب قاضى أو محام ضليع كان مسجونا أيام الملك ادوارد الأول فى Fleet prison فسمى كتابه باسم السجن المذكور. انظر فى ذلك المعجم القانونى أ. حارث سليمان الفاروقى، ص٢٩٥.

أول من استخدم تعبير قانون التجار[١]. حيث عرفه بأنه مجموعة القوانين الطائفية التى تشكل كيانات متميزة للتجار تم تشكيلها بواسطة الجماعات المهنية من خلال عادات أعضائها ذات الطابع الدولى بعيداً عن الطابع الوطنى.

وتوالى استخدام هذا التعبير من جانب فقهاء التجارة الدولية لكن الغريب فى الأمر أنه لا يوجد اتفاق موحد حول تعريف قانون التجار أو قانون التجارة الدولية[٢].

الفقيه «لامبريت» عرف قانون التجار أنه «مجموعة من القوانين الطائفية، إلا أنها لا تمثل فى الوقت الراهن ذيولا أو امتدادات أو حتى منابعا لأى قانون تشريعى أو قضائى فى حين أنها تشكل كيانات متميزة للقانون تم تشكيلها بواسطة الجماعات المهنية من خلال عادة أعضائها، وذلك لمواجهة القوانين التى يمليها القانونيون.

فى حين أن الفقه المؤسس الحقيقى والمدافع الصلد عن قانون التجار يعرف

---

(١) S.Bainbridge op. cit., p. 624, N. 30.

(٢) This expression has been used by E.Lembert. sources du droit comparé ou supranational, legislation uniforme et jurisprudence comparative, in Receuil d'études sur des sources du droit en l'honneur de francois Geny Paris, p.478, 499 (1994) Who used it in a similar sense in which one to day uses lex mercatoria" Franco ferrair." uniform interpretation of the 1980 Un. S.L,. J.int' and C.L, Note 10.

ولمزيد من التفصيل انظر الدكتور محمد محسوب درويش، سابق الاشارة إليه ص. ٣١.

بأنه هو بمثابة لوحة فنية ذات وجهين العادات والمبادئ[١].

ويعرف البعض أيضاً من الفقه قانون التجار أنه هو كيان قانونى دولى يقوم على أساس العقلية التجارية، والممارسات العقدية للمجتمع الدولى ويتضمن على وجه الخصوص الأعمال التجارية، والشحن، والتأمين، وأعمال البنوك لكل البلدان[٢].

ويعرفه رأى آخر بأنه قواعد اللعبة فى التجارة الدولية[٣]. ويعرفه كذلك رأى فى الفقه بأنه مجموعة قواعد موحدة تخدم احتياجات موحدة لنشاط الأعمال والتعاون الاقتصادى الدولى[٤].

بالاضافة إلى هذه التعريفات والعديد من التعريفات[٥] الأخرى، يتضح

---

(١) لقد تعددت تعريفات الفقيه جولدمان لقانون التجارة الدولية حيث عرفها بأنها قانون عبر دولى يتضمن المبادئ القانونية العامة فى الدول المختلفة مفهومة على أنها قواعد خاصة بالتجارة الدولية. وفى موضع آخر بأنها مجموعة من القواعد العامة والقواعد العرفية ذات النشأة التلقائية المحال إليها والمعدة فى الأوساط التجارية دون الاحالة إلى أى نظام قانونى خاص. ولمزيد من التفصيل انظر فى ذلك:

A. Kassis, op. cit.p. 282 - 286.

(٢) A.Goldstajn. usage of trade and other autonomous rules of international trade Accordiing to the un (1980) sales convention, P.70 int, L, com.L, 1986.

(٣) انظر فى ذلك: A. Kassis op. cit., p. 551 et 561.

(٤) انظر ذلك فى: د. حسام الأهوانى، على الغتيت دروس ألقيت على طلبة دبلوم التجارة الدولية، سنة ١٩٩١، ص ٦.

(٥) يوجد العديد من التعريفات الأخرى لقانون التجارة الدولية منها تعريف وليم فوكس «مجموع القواعد والمبادئ التجارية وضعتها دول العالم وقبلتها وتتوقع أن تطبق بالنسبة للعقود بين الدول الكبرى.

انظر فى ذلك: أ. بهاء هلال دسوقى، سابق الاشارة إليه ص ٢٧. ولمزيد من التعريفات انظر الدكتور حسام الأهوانى، سابق الاشارة إليه ص ١١ ومابعدها.

أنه لا يوجد تعريف موحد لقانون التجار لدى فقهاء قانون التجارة الدولية. ويمكن ارجاع عدم وضع تعريف موحد لقانون التجارة الدولية إلى تعدد الجهات الصادر عنها القواعد المكونة لقانون التجارة الدولية. حيث أن منها ما هو منظمات دولية سواء كانت حكومية(١) أو غير حكومية(٢)، هذا من ناحية، ومن ناحية أخرى اختلاف أشكال القواعد القانونية المكونة لقانون التجارة الدولية، فإنها تتخذ أشكال متعددة كشكل اتفاقية دولية أو شروط عامة(٣) أو قواعد نموذجية(٤) أو تجميع لعادات وأعراف التجارة الدولية(٥). ففضلا عن تعدد الجهات الصادر عنها قواعد التجارة الدولية والأشكال المختلفة التى تأخذها هذه القواعد فإنها تفتقر إلى السلطة التى تملك توقيع اجزاء فى حالة مخالفتها، حيث أن كل هذه القواعد تعد تطبيقا لمبدأ سلطان الإرادة.

ومن ثم ننتهى إلى أن قانون التجارة الدولية هو مجموعة من القواعد القانونية الصادرة عن جهات متعددة تفتقر إلى السلطة والجزاء لتنظيم العلاقات التجارية بين الأشخاص فى كافة أنحاء العالم.

---

(١) منظمات حكومية (المعهد الدولى لتوحيد القانون الخاص، مؤتمر لاهاى للقانون الدولى الخاص، مجلس المعونة الاقتصادية المتبادلة (الكومكون) اللجنة القانونية الاستشارية الأفرو آسيوية، الجامعة العربية.

(٢) منظمات غير حكومية (غرفة التجارة الدولية، اللجنة البحرية الدولية.

(٣) من أمثلة هذه الشروط، شروط اللجنة الاقتصادية الأوروبية بشأن عقود توريد الآلات والأجهزة والبضائع.

(٤) من أمثلة هذه العقود القانون النموذجى الذى أعدته لجنة قانون التجارة الدولى التابعة للأمم المتحدة.

(٥) قواعد الأنكوترمز التى وضعتها غرفة التجارة الدولية وآخر تعديل لها سنة ١٩٩٠.

المطلب الثانى

مصادر قانون التجارة الدولية

«المرحلة الحديثة»

منذ ظهور فكرة قانون التجار الدولى الجديد وهناك نقاش مثير للجدل بين الفقهاء حول هذا القانون إلى الحد الذى شبهه أحد الفقهاء بحرب الخنادق(١). هذا النقاش استعاد أهميته لسببين أولهما دولية التحكيم التجارى، وثانيهما الجهود التى تبذل على المستوى الدولى نحو قانون يحكم العقد الدولى.

والفقه منقسم على نفسه بصدد قانون التجار الدولى بين مؤيد، ومعارض لهذا القانون. فالجانب المؤيد يتناول مصادر قانون التجار الدولى بالتأييد والتعضيد بالشكل الذى يضفى على هذا القانون ذاتيته كقانون مستقل بجانب سائر الأنظمة القانونية الوطنية. والجانب المعارض لهذا القانون يتناول مصادر هذا القانون بالهدم والتنكيل بالشكل الذى من شأنه أن ينفى عن هذا القانون ذاتيته كقانون مستقل.

وبناء على ذلك فالخلاف فى الفقه ليس بصدد وجود أو عدم وجود هذا القانون كما قال رأى فى الفقه، ولكن الخلاف حول مدى قدرته الحقيقية على أن يكون نظاما قانونيا حقيقيا يستند على مبادئ كافية لضمان تماسكه وفاعليته(٢).

---

(١) Gesa Baron, bonn :, op.cit., p.5, N.39.

(٢) P.Kahn "Les principes generaux du droit Devant les arbiters du commerce international clunt 1989, p. 313.

ليس هذا فحسب بل إن الخلاف امتد أيضا إلى مصادر هذا القانون، حيث لا يوجد اتفاق موحد على مصادره[١] وهذا ما يبرزه الفقه بوضوح. حيث يذهب الفقه أن الخلاف بين الفقهاء ليس فى تعريفه، ولكن أيضا فى مكوناته. حيث يقرر رأى فى الفقه أنه من الصعب وضع قائمة جامعة مانعة لكل مكونات قانون التجار[٢]. ويعد الفقيه شيمتهوف أفضل من بيّن الأسباب التى يرجع إليها عدم وجود اتفاق على مصادر قانون التجار حيث يقول «فى الواقع ان

---

(١) يذهب الدكتور هشام صادق، الدكتور أحمد عبد الكريم سلامة إلى أن مصادر قانون التجار تتحددفى العادات والأعراف، المبادئ العامة، العدالة. انظر فى ذلك الدكتور هشام صادق - القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، من ص١٥٤ إلى ص١٩٤ سابق الاشارة إليه. الدكتور أحمد عبد الكريم سلامة، نظرية العقد الطليق من ص ٢٨٥ إلى ص ٣٠١ سابق الاشارة إليه. الدكتور ربيع سلامة فارس - أصول توازن العقود الدولية - سابق الاشارة إليه إلى أن مصادر التجارة الدولية العادات التجارية، المبادئ العامة، العقود النموذجية، التحكيم فى حين يذهب الدكتور بهاء الدين هلال دسوقى «ان مصادر قانون التجار الدولى العادات والأعراف التجارية، المبادئ العامة، العقود النمطية للقانون الدولى العام. انظر فى ذلك أ/بهاء الدين هلال دسوقى، قانون التجار الدولى الجديد من ص٣١ إلى ص ١٦٣ سابق الاشارة إليه. ويذهب الأساتذة Jean. Marc. Mousseron, Jacques Raynord, Regis Fabre أن مصادر قانون التجار عادات وأعراف، المبادئ العامة، العقود النموذجية، التحكيم. انظر فى ذلك: P Litech "Droit du commercl international p. 63 ، والأستاذ شيمتهوف يذهب إلى أن مصادر قانون التجار الدولى الجديد هما العرف التجارى الدولى، التشريع الدولى، يعبر الفقيه جولدمان عن مصادر قانون التجار بقوله «إن العلاقات الاقتصادية الدولية ربما تفضل أن تكون محكومة بالعادات الدولية، المبادئ العامة، السوابق التحكيمية. انظر فى ذلك: A.Goldstajn, op. cit., 85-88.

(٢) P.Fouchard, l'arbitrage internationale en france apres de dectet du mai 1981, clunt, 1982, p. 395.

قانون التجار الجديد الذى ظهر وبزغ قبل أن تلمح عيوننا مظاهره، فعند محاولة فهمه والأخذ به كما كان فى العصور الوسطى فإنه يكون معقد، ومتعدد الأشكال وغير مرتب(١).

الحقيقة أن مصادر قانون التجار الدولى الجديد تتحدد فى عادات التجارة الدولية، والمبادئ العامة، وقواعد العدالة، ومن ثم إن جعل العقود النموذجية مصدرا من مصادر قانون التجار هو أمر مردود، وذلك لأن العقود النموذجية تعد مصدراً من مصادر عادات وأعراف التجارة الدولية(٢). وهذا ما يؤكده الفقه من ناحية أن العقود النموذجية لا تستطيع خلق أى نوع من أنواع القواعد القانونية(٣)، حيث أنها لا تعد من قواعد قانون التجار ما لم تصبح عادة فى التجارة الدولية(٤) ومن ثم انها ليست مصدرا قائما بذاته لقانون التجار الدولى.

وعليه، سوف نتناول مصادر قانون التجار الدولى وهى:

١- عادات التجارة الدولية. ٢- المبادئ العامة.

٣- العدالة. ٤- التحكيم.

---

(١) انظر فى ذلك: A.Goldstajin, op. cit., p.87, N.70, loussouarn and J.Bredin, droit du commerce international Paris 1969, p. 14.

ومن أنصار هذا الرأى أيضا: A.goldstajn, op. cit., p. 87. حيث يقول إن كيان قانون التجار الجديد يتألف من مصادر متعددة النشأة والتكوين والصفة القانونية.

(٢) الدكتور أبوزيد رضوان، التحكيم التجارى الدولى، سابق الاشارة إليه، ص ٥٨.

(٣) Gesa Baron, Bonn, op. cit/; p. 18.

(٤) Antonio Boggiano "international standard contracts the price of fairness" p. 4, kluwer, 1991.

الفرع الأول

عادات التجارة الدولية

العادة لغة: الديدن يعاد إليه، وسميت بذلك لأن صاحبها يعاودها أى يرجع إليها مرة بعد أخرى.

العادة اصطلاحا: عبارة عما يستقر فى النفوس من الأمور المقبولة عند الطباع السليمة.

الناظر إلى أقوال العلماء فى العرف والعادة يجد أن معظمهم لم يفرق بين العرف والعادة، بل اعتبرهما مترادفين، ومن أقوال العلماء بصدد ذلك يقول بن عابدين العرف والعادة بمعنى واحد، ويقول الشيخ عبد الوهاب خلاف العرف والعادة فى لسان الشرعيين لفظان مترادفان معناهما واحد(١).

العرف والعادة فى قانون التجار الدولى:

إن التفرقة بين العرف والعادة فى النظم القانونية الوضعية لاسيما من حيث عنصر الإلزام لا مكان لها فى قانون التجار الدولى، وكأنه قد أخذ بما ذهب إليه أغلب العلماء بصدد العرف والعادة، من حيث أنهما ذات مدلول واحد. هذا ما يؤكده فقه قانون التجارة الدولية(٢) وتشريعات

---

(١) د. سعد العنزى - العرف والعادة فى الشريعة والقانون، مجلة الحقوق، جامعة الكويت، ص ١٩٦، العدد الأول، السنة ٢٣ - مارس ١٩٩٩.

(٢) انظر ذلك فى الدكتور ربيع سلامة فارس، سابق الاشارة إليه ص ٣٩١.
«انه من الواضح غموض التمييز بين عادات وأعراف فى نطاق قانون التجار الدولى الجديد أحكام التحكيم تستخدم مصطلحات عديدة منها «عادات التجارية الدولية» «أعراف التجارة الدولية» «مصالح التجارة الدولية» وهى تقصد فى الغالب معنى واحد هو العادات التجارية.

التجارة الدولية سواء على مستوى التشريعات المقارنة الخاصة بالتجارة الدولية أو الاتفاقيات الدولية سواء ما تعلق منها بالتحكيم أو البيع الدولى[١].

ومن هذا كله نصل إلى حقيقة واحدة مؤداها أنه لا ثمة تمييز بين العرف والعادة فى نطاق قانون التجار الدولى، حيث أن المقصود فى الغالب معنى واحد هو العادات التجارية.

---

(١) تنص المادة ١٤٩٦ من قانون المرافعات المدنية الفرنسى «.... يلتزم المحكمون الدوليون أن يأخذوا عادات التجارة الدولية فى اعتبارهم»، المادة (٥) من القانون الالمانى الخاص بالعقود الدولية سنة ١٩٧٦ «.... ان العادات التجارية المتفق عليها فى مجال العلاقات التجارية الدولية يجب أن تؤخذ فى الاعتبار عند ابرام وتنفيذ عقود التجارة الدولية ما لم تخالف النصوص الآمرة فى هذا القانون»، المادة ٣/٣٨٥ من قانون التحكيم المصرى الجديد «.... يجب أن تراعى هيئة التحكيم عند الفصل فى النزاع شروط العقد محل النزاع والأعراف التجارية.....» القانون التونسى الصادر سنة ١٩٩٣ فقرة (٤) المادة (١٧٣) «... فى جميع الأحوال ثبت فيه التحكيم فى النزاع وفقا لشروط العقد مع الأخذ بعين الاعتبار العرف التجارى المنطبق على المعاملة...».

المادة ١٠٤٥ من قانون المرافعات المدنية الهولندى «فى حالة غياب اختيار الأطراف لقانون يحكم العقد ربما يطبق المحكم العادات المقبولة فى التجارة الدولية...».

من ناحية الاتفاقيات الدولية المتعلقة بالتحكيم معاهدة جنيف سنة ١٩٦١ «المعاهدة الأوروبية للتحكيم التجارى الدولى التى تنص فى المادة ١/٧ على «.... على المحكم أن يراعى نصوص العقد وعادات التجارة، نفس النص فى معاهدة نيويورك سنة ١٩٥٨ م ٣/٣٣ من ناحية الاتفاقات المتعلقة بالبيع الدولى المادة ٩ من اتفاقية فينا للبيوع الدولية للبضائع سنة ١٩٨٠ «يلتزم الطرفان بالأعراف التى اتفقا عليها وبالعادات التى استقر عليها التعامل بينهما...».

كذلك نص المادة ٩ من اتفاقيتى لاهاى سنة ١٩٦٤.

النظريات القانونية للعادات التجارية:

إنه يكون من المفيد ونحن بصدد عادات التجار الدولية باعتبارها مصدرا من مصادر قانون التجار، أن نتناول النظريات القانونية السائدة للعادات التجارية.

وبصفة عامة فإن العادات معروفة فى كافة النظم القانونية، حيث يتنازع بصددها نظريتان: النظرية التعاقدية (الخاصة)، والنظرية الموضوعية.

النظرية التعاقدية: إن النتيجة الأساسية لهذه النظرية أن العادات التجارية تكون مطبقة فى حالة الاتفاق عليها من قبل الأطراف والعادات فى هذه الحالة تعد جزء من القصد، أما العادات غير المعلومة أو غير المعروفة أو بعبارة أخرى التى لم يتفق عليها لا تكون محلا للتطبيق(١). ومن التشريعات التى قد أخذت بهذه النظرية التعاقدية القانون الأمريكى الموحد حيث أن لأطراف العقد كامل الحرية في أن يضمنوا عقودهم ما يشاءوا من عادات تجارية بشرط أن يعملوا ذلك بشكل واضح(٢) وكذلك التشريع الفرنسى، والانجليزى، والسويسرى.

---

(١) Patrick X.Bout "trade usages Articl 9 of the convention on contracts for the international sale of goods , p. 4. pace.essy. cubmission, 1998.

انظر فى هذه النظرية أيضا:

Heikki Jokela "the Role of usages in the uniform law on international sales p. 3, scandinavian studies in law, 1966.

(٢) Stephen Bainbridge op. cit., p. 638.

النظرية الموضوعية: هذه النظرية تقوم على أن العادات التجارية تطبق كقاعدة قانونية أو لديها قوة معيارية، حيث أن تطبيق هذه العادات يكون مستقل عن إرادة الأطراف فى العقد، ومن ثم فإنها تستمد قوتها الملزمة من تلقاء نفسها حتى العادات غير المعلومة لطرفى العقد تطبق طبقاً لهذه النظرية، ومن التشريعات المقارنة التى تأخذ بهذه النظرية التشريع الاسترالى والايطالى.

إلا أنه يجب مراعاة أن عادات التجارة الدولية هى تلك العادات التى نشأت وتكونت فى الموانئ والأسواق تلقائيا حيث لم يكن للقضاء الوطنى دورا فى نموها، وهذه هى العادات التى ثار خلاف بشأنها فى الفقه، حول ما إذا كانت تعد قواعد قانونية من عدمه، فإنه يوجد بعض التشريعات المقارنة التى قد أشارت إلى هذه العادات، ومن أمثلة هذه التشريعات، التشريع الاسكندنافى لبيع البضائع(١).

وبعد أن تناولنا بإيجاز تعريف العادة لغة، واصطلاحا، ثم التمييز بين العادة والعرف فى نطاق قانون التجارة الدولية، والنظريات المتعلقة بالعادات التجارية، سوف نتناول عادات التجارة الدولية باعتبارها مصدرا من مصادر قانون التجارة موضحين:

---

(٢) Scetion 1, subsection 1. of the seandinavian sales of goods act "the provisions of the present set concerning the rights and obligations of a seller and buyer shall Apply if nothing else has been expressly a greed upon or may otherwise be considered to be a greed or is consistent with customs of trad or other usages.

انظر فى ذلك: Heikki Jokela, op. cit., p. 85- 86.

١- موقف الفقه من عادات التجارة الدولية.

٢- موقف الاتفاقيات الدولية المعلقة بالبيع الدولى للبضائع.

الفصل الأول

موقف الفقه من عادات التجارة الدولية

لا خلاف فى الفقه حول أهمية عادات التجارة الدولية، حيث أنها تعد النواة الأولى لقانون التجار[١] وذلك نظراً للدور الذى تقوم به بالنسبة لعقود التجارة الدولية، وبصفة خاصة عقد البيع الدولى، فكذلك الحلول التى تقدمها عادات التجارة الدولية تعمل من غير شك على معالجة تخلف وعدم ملائمة القوانين الوضعية[٢].

إلا أن الخلاف فى الفقه حول قانون التجار الدولى ومدى تشكيله لقواعد قانونية بجانب النظم القانونية الوطنية، ينعكس بدوره على عادات التجارة الدولية. فالجانب الذى ينكر على قانون التجار الدولى أنه قواعد قانونية يتناول الحجج والبراهين التى يستند إليها أنصار قانون التجار بالشرح والتحليل بالشكل الذى من شأنه أن ينفى الصفة القانونية عن قانون التجار الدولى، ومن

---

(١) Ph. Fouchard, Ph. Kahn and A.Lyon caen eds le droit des relations economiques international, Etudes offerles B.Goldman Paris, p. 67

مشار إليه فى: A.Goldstajn, op. cit., p. 71, N.36.

(٢) أحمد عبد الكريم سلامة، نظرية العقد الطليق، سابق الاشارة إليه ص ٣٣٥.

ثم عادات التجارة الدولية. وعلى النقيض من ذلك يتناول أنصار قانون التجار الدولى عادات التجارة الدولية باعتبارها المصدر الأول مؤكدين ومعضددين قانونية هذه العادات من خلال الحجج والبراهين أيضا، وعلى ذلك سوف نتناول موقف كل فريق من الفقه بصدد عادات التجارة الدولية.

الفريق المؤيد لعادات التجارة الدولية(١):

ويعد هذا الفريق من الفقه هو المؤسس الحقيقى لنظرية قانون التجار حيث تناول بالشرح والتحليل عادات التجارة الدولية باعتبارها المصدر الأول لقانون التجار الدولى، موضحا الأسس القانونية التى تقوم عليها هذه العادات، ومن ثم اضفاء الصفة القانونية على هذه العادات، وتابعه فى ذلك العديد من الفقهاء مدعمين لحججه وبراهينه بالشكل الذى يؤكد أن عادات التجارة الدولية تعد قواعد قانونية.

الأساس القانونى لعادات التجارة الدولية:

يرى الفقه أن عادات التجارة الدولية تستمد قوتها من مبدأ العقد شريعة المتعاقدين(٢)، ذلك الأساس الذى يستمد منه قانون التجار قوته(٣)، وأن هذا

---

(١) من أنصار هذا الفريق من الفقه:
Fouchard, leivel, Francof, Ph.Kahn, Bernard Audit, oppetit Bruno, Gaillard Emmanuel, loguin, René David, lando, KH.Bargar.

(٢) A. kassis "théorie générale des usages du commerce p. 311.

(٣) Loussouran et Bredin op. cit. p. 46, 1969, loussouran Bourel Droit international privé. Dalloz 1978, p. 74.
"MM loussouarn, Bredin et Bourel voient dans le droit spontane (contrats typs, conditions generales etc" un droit cautumier, un =

الجانب من الفقه لم يقف عند هذا الحد بل امتد برؤيته بصدد عادات التجارة الدولية، إلا أنها لم تصبح فى حاجة إلى هذا المبدأ، حيث أصبحت تتمتع بقوة الالزام الذاتى فى نطاق مجتمع البائعين والمشترين. فقد أصبحت عادات التجارة الدولية فى غنى عن مبدأ العقد شريعة المتعاقدين، وذلك لما أصبحت عليه من قوة ذاتية فى الالزام، بل يرى أن عادات التجارة الدولية قد انفصلت عن أصلها التعاقدى بعد تحولها من مجرد عادات اتفاقية إلى قواعد عرفية ملزمة لا يحتاج إعمالها إلى إرادة المتعاقدين فى تطبيقها(١).

أساس القوة الملزمة لعادات التجارة الدولية:

إن الفقه المناصر لقانون التجار الدولى يرى أن عادات التجارة الدولية تعد قواعد قانونية(٢) حيث أن البعض منهم قد رأى تخصيص أن عادات

= crops des regles coutumiers et constatent par ailleurs que, dans les domaine contractule, ce droit spontane tire sa force de la valonté des parties qui y ont adhéré. kassis op. cit., p. 311. N.5.

(١) انظر ذلك فى: A. Kassis, op. cit., p. 312 et s.

(٢) Fouchard, l'usag l'arbitire et le juge p. 67, 1983.

من الملاحظ أن رأى الفقيه فوشار يعد عدولا عما كان عليه من قبل حيث أنه فى مقالته:
l'Etate fac aux usage du com. I.N.T.R. trav. com J.R.droit int prive 1973 - 1975, Paris Dalloz.

حيث كان يرى أن عادات التجارة تعد قواعد قانونية على غرار القواعد الأجنبية إلا أنه من جانب أخر فإنه يرى أنها تعد شروط تعاقدية حتى أن البعض قد انتقده بصدد ذلك. انظر فى ذلك:. A. kassis op. cit.,n p. 311. انظر فى ذلك أيضا:
W.Wengler "les principes generaux du droit en tant que loi du contrat R. E.V. crit, 1982, p. 467.

التجارة الدولية تعد قواعد عرفية وهذا ما يؤكده الفقه من أن عادات التجارة الدولية تعد قواعد عرفية(١)، ومن هنا تأتى القوة الملزمة لهذه العادات، حيث يقرر الفقه(٢) هذه القوة الملزمة من حيث أن القاعدة القانونية هى القاعدة التى تحكم نشاط مجتمع معين ومن ثم القائمين على هذا النشاط فى هذا المجتمع يعلمون أنهم إذا ما خالفوا هذه القاعدة فإنهم سوف يدخلون فى صراع مع هيكل وبنيان سير تلك الجماعة، كذلك الحال بالنسبة للمتعاملين فى نطاق التجارة الدولية، فمصدر القمح الذى يستند إلى العقد النموذجى لجمعية تجارة الحبوب بلندن أو المصرفى الذى يعطى اعتمادا مستنديا طبقا للعادات والأعراف المقررة فى نطاق الاعتمادات المستندية التى وضعتها غرفة التجارة الدولية، فهو لا يشعر أنه فى مركز واقعى على هامش القانون بل فى مركز قانونى منظم، وبالتالى فهو يصبح مخطئا في أن تطبيق عادات التجارة الدولية يعتمد على ارادته، بل على العكس أن أطراف عقد البيع الدولى يشعرون أنهم ملزمين باتباع هذه القواعد فهى قواعد عرفية لها صفة الالزام.

---

(١) Peyrefitte "le probleme du contrat de sons loi, Dalloz 1965, p. 113.

مشار إليه فى مؤلف د. عبد الكريم سلامة، نظرية العقد الدولى الطليق ١٩٨٩، ص ٣٣١، حيث يقول الأستاذ بيرفيت «إن شروط العقود النمطية والعادات المدونة تتمتع على نحو كاف بعمومية، فهى تعد تعبيرا عن قواعد عرفية يتبعها المتعاقدون وتفرض عليهم وحتى العادات غير المدونة أو غير المكتوبة تكون فى الواقع محددة بطريقة كافية ويطبقها المحكمون دون صعوبة فهى تكتسب صفة القواعد القانونية.

(٢) Goldman, lex merestoria dans les contrats, clunt, 1979 p. 475, 478, 480.

وبناء على ما قد سلف فإن عادات التجارة الدولية تعد قواعد عرفية يترتب عليها ما يترتب على القواعد العرفية من الزام، ومن هنا يتحدد أساس القوة الملزمة لهذه العادات.

السلطة والجزاء:

يؤكد أنصار قانون التجار الدولى على وجود السلطة بالنسبة له، حيث يقرر الفقه إنه إذا كان ما يميز النظام القانونى هو وجود سلطة لصنع قواعد، فتلك السلطة موجودة فى مجال التجارة الدولية. حيث أنه قد أبدى اعتراضه على أن عادات التجارة الدولية ليست صادرة عن سلطة، فلو أن الأمر يتطلب لكل قاعدة لكى تصبح قانونية أن تكون صادرة عن سلطة فإن هذا سيؤدى إلى انكار الصفة القانونية للعرف أو القاعدة العرفية بمعنى آخر.

ثم كشف هذا الرأى من الفقه عن طبيعة هذه السلطة، من حيث أنه تساءل إذا كان حقا أن عادات التجارة الدولية ليست صادرة عن سلطة، فذلك ليس صحيحا. حيث أن هذه السلطة ليست السلطة العامة، فإنه يصبح كافيا أن تكون هذه السلطة هى السلطة المهنية(١) ويؤكد الفقه على طبيعة هذه السلطة أنها سلطة مهنية(٢) ليس هذا فحسب، بل يؤكد الفقه على النشاط التشريعى

---

(١) A. Kassis, op.cit., p. 316, N. 15.

(٢) E.Laguin "l'application des regles anationales dans l'arbitrage commereial international, p. 116 no. 69.

حيث يقرر «أنه توجد سلطات طائفية تعمل على تنظيم المهنة وتقوم بفرض القواعد التى تخلقها على أعضائها، مشار إليه فى د. محمد محسوب درويش، نشأة وتطور قانون التجار، جامعة القاهرة ١٩٩٥ ص ٣٦١.

لهذه السلطة(١).

أما من حيث الجزاء: فإن أنصار قانون التجارة الدولية إذا كانوا قد قرروا أنه توجد سلطة مهنية لديها القدرة على خلق قواعد هذا القانون، فهم يقررون أيضا فى ذات الوقت بوجود جزاءات يتم توقيعها على من يخالف هذه القواعد إذا كانت هذه القواعد لا تتضمن فى ذاتها الجزاء. فقد تناول الفقه هذه المسألة بالشرح والتحليل حيث يقرر أن النقد قد وجه لهذا القانون ليس بسبب عدم وجود السلطة فقط، لكن بسبب أيضا المفهوم الناقص لعنصر الجزاء فى القاعدة القانونية. حيث يرى هذا الفقه أن الجزاء إذا كان عنصرا فى القاعدة القانونية لا شك أنه طبقا لهذا النص فإن القواعد الخاصة بالتقادم لا تعد قواعد قانونية حيث أنها لا تتضمن عنصر الجزاء. ومن ثم فإنه ينتهى إلى أن الجزاء ليس عنصرا ضروريا فى القاعدة القانونية حيث يستشهد بما قرره رأى آخر فى الفقه من ناحية مفهوم الجزاء من أن الجزاء ليس موضوعا للقاعدة المعيارية. فالعقوبة كامنة فى تروس الجهاز العضوى فهى ما ليست إلا ضمانا يحكم بطريقة غير مباشرة ،فهى وسيلة للضغط مندمجة أو داخلة فى السلطة الاجتماعية(٢).

---

(١) Ph. Kahn, le vente commerciale international. p.37.

انظر فى هذا المعنى أيضا Londo حيث يقرر The binding force of the lex mercatoria doesnot depend on the fact that it is made and promulgated by state authorities but it is recognized as an outonomus norm system by business community..

انظر فى ذلك: Gesa Baron, Bonne.op. cit., p. 7, N. 61.

(٢) Goldman "Lex mercatoria dans les contracts et l'arbitrage int., clunt 1979, p. 499.

حيث يبين أنصار قانون التجار طبيعة الجزاء الذى يترتب على مخالفة قواعده والخروج عليه، حيث أن هذا الجزاء له طبيعة خاصة تتلائم مع طبيعة هذا القانون، وكذلك السلطة الصادر عنها. حيث قسم الفقه هذه الجزاءات إلى جزاءات مالية، وأدبية، ومهنية، ومن أمثلة الجزاءات المالية تقديم كفالة لضمان مصاريف التحكيم أو عدم تنفيذ الحكم، أو بسبب عدم تنفيذ حكم التحكيم، والمهنية تتحدد فى الحرمان من بعض الحقوق، ومنها منع الطرف المقصر من الالتجاء إلى التحكيم فى المستقبل(١).

الجانب المنكر لقاعدية العادات التجارية:

يذهب أنصار هذا الجانب من الفقه إلى التشكيك فى أنه يوجد ما يسمى بقانون التجار كقانون مستقل ذاتياً فى نطاق التجارة الدولية مستقل عن قانون أى دولة. فهم ينكرون أنه يوجد احساس بفائدته، وكذلك أن يكون مفيداً فى حل المنازعات التجارية. فعادات التجارة الدولية ليست لها أية قيمة قانونية إلا أنها أداة لتفسير وتكملة العقد. وبالتالى لا يعدو بها إلى جعلها قانوناً ومادامت كذلك فنحن لسنا بحاجة إلى ابتداع نظام قانونى مستقل(٢).

أما من ناحية كيانها الذاتى ينكر هذا الجانب من الفقه أى كيان ذاتى مستقل لعادات التجارة الدولية، إذ أنها مندمجة فى النظام القانونى الوطنى

---

(١) انظر ذلك فى: A. Kassis, op. cit., p. 416.

(٢) لمزيد من التفصيل انظر, Gesa Baron, Bonn Edinburgh., op. cit., p.6, Note 48.

حيث يرى بعض الفقه أن هذه العادات ليست قاصرة على التجارة الدولية فقط بل تشمل العلاقات التجارية الداخلية(١). كما أنها تفتقد إلى السلطة التى تقتضيها القوة الملزمة، إذ أن هذه العادات ليست في مقدورها منح العقد هذه القوة وذلك لأن العقد الذى يتم بين طرفين لابد أن يكون هناك قانوناً ما يحكم هذا العقد(٢).

وبشأن الأساس القانوني لعادات التجارة الدولية من حيث أنها تستمد قوتها من قاعدة العقد شريعة المتعاقدين، فيتساءل الفقه إذ كيف تعد هذه القواعد بمثابة قواعد قانونية عرفية ذات قيمة قاعدية، فى حين أنها فى حاجة إلى معونة مبدأ سلطان الإرادة لتبرير القوة الملزمة لها، فإذا كان ذلك بالنسبة للعادات المقننة حيث أن بعض الفقه يرى أن العادات المقننة هى التى تستمد قوتها من مبدأ العقد شريعة المتعاقدين فما هو حال العادات غير المقننة؟ فالقواعد العرفية كلها ذات طبيعة قانونية واحدة سواء ما كان منها مقنناً أو غير مقنن، فهذا التقسيم من شأنه أن يهدم هذه العادات من حيث أن تكون قواعد قانونية عرفية لها قيمة قاعدية.

وكان إزاء ذلك أن هذا الجانب من الفقه قد ذهب إلى أن قيمة عادات التجارة الدولية لم يتجاوز قيمة القواعد القانونية المكملة، ليس هذا فحسب بل

---

(١) انظر ذلك فى:
A.Kassis, op.cit., p.314. Gesa Baron, Bonn, Edinlburgh, op. cit., Note 44.

(٢) A.Kassis, op. cit., p. 315.

ذهب جانب آخر إلى أن عادات التجارة الدولية لا يمكن أن تشكل قانون يحكم عقداً وإخضاعه لما يسمى بقانون التجارة الدولية هو عقد بلا وطن يسبح في الهواء[١].

وفى كل الأحوال فإن عادات التجارة الدولية أياً كانت قيمتها تلعب دورا فى تكوين عقد البيع الدولى للبضائع سواء كان دوراً تفسيرياً أو تنفيذياً، وهذا ما تكشف عنه القواعد الموضوعية الدولية فى نصوصها، لذلك سوف نتناول هذه العادات في نطاق القواعد الموضوعية الدولية محاولين بيان طبيعة هذه القواعد ودورها فى تنفيذ وتكوين البيوع الدولية.

الفصل الثانى

موقف الاتفاقيات الدولية المتعلقة بالبيع الدولى للبضائع من عادات التجارة الدولية

ان الاتفاقيات الدولية المرتبطة بعقد البيع الدولى - اتفاقية فينا سنة ١٩٨٠ للبيع الدولى للبضائع، واتفاقيتى لاهاى سنة ١٩٦٤ - تؤكد على أهمية عادات التجارة الدولية[٢] والدور الذى تلعبه فى التجارة الدولية هذا

---

(١) انظر فى ذلك : Gesa baron, op. cit., No. 44.

(٢) Dr. Alina koczorowska "les usages commerciaux dans les conventions relatives a la vente internationaa1, p. 456, la Revue garidique. themis. 1995.

أ- تنص المادة ٩ من قالقانون الموحد للبيع الدولى للبضائع سنة ١٩٦٤ على :

١- يلتزم أطراف العقد بالعادات التى اتفقوا عليها صراحة أو ضمنا وكذلك ما جرى العمل عليه فيما بينهم من قبل. =

يظهر بوضوح من خلال نصوص الاتفاقيتين(١).

١- عادات التجارة الدولية واتفاقيتى لاهاى سنة ١٩٦٤:

ان اتفاقية لاهاى سنة ١٩٦٤ أبرزت أهمية عادات التجارة الدولية بعد أن تضاءلت أهميتها، وذلك بسبب الهيمنة الرئيسية للقوانين التجارية والوطنية أثناء القرن التاسع عشر والقرن العشرين(٢) وكذلك بسبب الموقف المعادى من جانب المحاكم الوطنية لقانون التجار القائم على العادات(٣).

= ٢- يلتزم أطراف العقد بالعادات التى يراها شخص عاقل من طائفتهم - وفى مثل حالتهم - على أنها تنطبق على تعاقدهم وفى حالة تعارض العادات المذكورة مع أحكام هذا القانون وجب تقديم العادات ما لم يتفق على خلاف ذلك.

٣- فى حالة استخدام مصطلحات أو أحكام أو صيغ دارجة فى التجارة أن تفسيرها يجرى وفقا للمعنى الذى اعتادت عليه الأوساط التجارية المعنية على اعطائها لها. تنص المادة ١٣٥ فقرة ١ من قانون تكوين العقد بالعادات «يقصد بالعادات كل نهج عملى أو ممارسة معينة يراها شخص عاقل من طائفة المتعاقدين - وفى مثل حالتهم - على أنها تنطبق على تكوين تعاقدهم».

(١) تنص المادة ٩ من اتفاقية فينا سنة ١٩٨٠ على:

١- يلتزم الطرفان بالأعراف التى اتفقا عليها وبالعادات التى استقر عليها التعامل بينهما.

٢- ما لم يوجد اتفاق خلاف ذلك يفترض أن الطرفين قد اتفقا ضمنيا على عقدها أو على تكوينه كل عرف كان يعلمان به أو كان ينبغى أن يعلما به متى كان معروفا على نطاق واسع ومرعى بانتظام فى التجارة الدولية بين الأطراف فى العقود المماثلة السارية فى نفس فرع التجارة.

(٢) Berman & Kaufman "the law of international commercial transcation lex mercatoria p. 274, Harv., int'l, .L.J., 1978.

(٣) Berman & Kaufman op. cit., p. 275 (giving Germany and France as Exemples) English and U.S Courts hav generly been mor Receptive to Appropriate evidence of trad usage as leving source of commercial law.

= حيث يذهب الفقيه هونالد.

إلا أنه بالرغم من ذلك كانت هناك عدة عوامل كان من شأنها النداء بوضع قانون موحد للتجار متضمنا ومبرزا أهمية عادات التجارة الدولية وهى:

١- تزايد لجوء المتعاملين فى نطاق التجارة الدولية إلى التحكيم الأكثر احتراما للعادات التجارية.

٢- العداوة القضائية للعادات التجارية وزيادة عمليات التجارة الدولية ساعدت فى تأجيج النداء بخلق قانون موحد للبيوع الدولية للتجار، ومن هنا كانت اتفاقيتى لاهاى محاولة لمواجهة هذه الضروريات.

فإذا كانت اتفاقيتى لاهاى قد أبرزت أهمية عادات التجارة الدولية كما هو مبين فى نص المادة (٩)، فإنها أبرزت هذه الأهمية بالشكل الذى جعل لهذه العادات الأولوية على القانون الموحد فى حالة التعارض معه.

إلا أن صياغة المادة (٩) من القانون الموحد إذا كانت قدأبرزت أهمية عادات التجارة الدولية، إلا أنها قد أثارت خلافا فى الفقه حول طبيعة عادات التجارة الدولية من ناحية هل هى ذات طبيعة اتفاقية، أم أنها ذات طبيعة قاعدية؟ لذلك سوف نتناول موقف الفقه من هذه المسألة.

= حتى أنه بالنسبة لمدى احترام محاكم الولايات المتحدة الأمريكية، الانجليزية كان هناك افتراض قوى لدى هذه المحاكم أن العقد التجارى سيواصل تحديد مفهوم قانون التجار هذه الفرضية تعد مثال للتنوع بين الحاجة التجارية للمرونة وعدم مرونة العديد من الأنظمة القانونية لذلك إن بقاء هذه المحاكم على معاداتها للعادة التجارية هو أمرا من نتيجته تزايد حاجة التجار ولجوئهم إلى التحكيم. مشار إليه فى:

Stephen Bainbridge op.cit.,p. 82, Note 60.

موقف الفقه من عادات التجارة الدولية فى اتفاقيتى لاهاى ١٩٦٤:

لقد انقسم الفقه على نفسه بصدد صياغة المادة (٩) من اتفاقية لاهاى حيث ذهب فريق إلى التأكيد على الطبيعة المعيارية لعادات التجارة الدولية. فى حين ذهب الجانب الاخر إلى التأكيد على الطبيعة الاتفاقية لعادات التجارة الدولية.

لذلك سوف نتناول اتجاه كل جانب من الفقه والحجج التى استند إليها:

أولا: الجانب المؤكد للطبيعة المعيارية لعادات التجارة الدولية:

يأتى فى مقدمة هذا الجانب رأى فى الفقه[١] أن هناك فرق بين نص المادة ٩ فقرة (١)، ونص المادة ٩ فقرة (٢) حيث أن الأولى تتعلق بالعادات الاتفاقية، بينما الفقرة الثانية من المادة (٩) تتعلق بالعادات المعيارية حيث يستند فى ذلك إلى عدة حجج:

١- أن نص الفقرة الثانية لا يكون ذات محل أو بعبارة أخرى غير ضرورى إذا كان ذات طبيعة اتفاقية محضة.

٢- أن نص المادة ٩ فقرة (٢) محتواه ليس مجرد الاشارة إلى بند فى العقد يتعلق بالعادات.

---

(١) Heikki jokela op. cit., p. 6.

٣- أنه فى حالة تعارض العادات مع أحكام القانون الموحد، يجب تقديم العادات على القانون الموحد، حيث يكون من الصعب فهم هذا النص إذا كان يقصد بالجزء الأول من الفقرة ٢ أنها ذات أساس تعاقدى.

وكذلك من أنصار هذا الجانب رأى آخر فى الفقه(١) حيث يرى من جانبه أن عادات التجارة الدولية فى نطاق اتفاقيتى لاهاى سنة ١٩٦٤ ذات طبيعة معيارية وذلك لما جاء بنص المادة ٩ فقرة (٢)، حيث أنها عبرت عن عادات التجارة الدولية فى قواعد معيارية بعيدا عن السلوك، وذلك لأنها تنص على التزام الأطراف بالعادات التى يتبعها شخص عاقل من ذات صفة المتعاقدين وفى نفس مركزهم مطبقة على تعاقدهم أمرا ملزما.

ومن أنصار هذا الجانب أيضا رأى فى الفقه(٢) حيث ذهب فى تفسيره لنص المادة ١٤ من مشروع اتفاقيتى لاهاى سنة ١٩٦٤ التى أصبحت فيما بعد نص المادة (٩) أن الأطراف ملتزمون بالعادات التى يلتزم بها الشخص المعتاد فوظيفة العادات طبقا لنص المادة ٩ فقرة (٢) ليست وظيفة تفسيرية يقصد بها

---

(١) انظر هذا الرأى فى: Alina Kaczorowska, op.cit. , p. 436, N.31.

(٢) Federico de Castro y Bravo "Acts de la conference convoqueé le gouvernement royal des pays Bas sur un projet de convention relatif un loi uniform sur le vente d'objets mobiliers corporles la Hay ler 10 Novembre 1951. M.Decastro y Bravo est presente a la confrance de la haye 1951.

مشار إليه فى: Alina Kaczorowska op.cit., p.434, Note 17.

معرفة الإرادة الحقيقية للأطراف، ولكن المقصود هنا هو اعطائها قيمة النص القانونى الذى تكون له الأفضلية على نصوص القانون الموحد.

ومن ثم فإن هذا الجانب من الفقه ينتهى إلى أن عادات التجارة الدولية طبقا لنص المادة ٩ من اتفاقيتى لاهاى سنة ١٩٦٤ هى عادات تجارية معيارية حيث أن الحجج التى يستند إليها تتحدد فى:

١- أن عادات التجارة الدولية تطبق على العقد بصرف النظر عن علم المتعاقدين بها، وذلك حسب معيار الشخص المعتاد الذى ورد فى المادة (٩).

٢- أن المادة (٩) تقرر أولوية العادات التجارية على القانون الموحد مما يؤكد الطابع المعيارى للعادات.

٣- أن نص المادة (٩) جاء به «يتقيد الأطراف» هذا يعد تأكيد للطابع المعيارى لعادات التجارة الدولية.

الجانب الفقهى المنكر للطابع المعيارى لعادات التجارة الدولية:

إذا كان الجانب السابق من الفقه قد أكد على الطابع المعيارى لعادات التجارة الدولية مستندا إلى الحجج التى سبق الاشارة إليها، إلا أن الجانب الآخر من الفقه المعارض للطابع المعيارى لعادات التجارة تناول آراء الجانب المؤيد بالشرح والتحليل بالشكل الذى ينفى عن عادات التجارة الدولية الطابع المعيارى.

١- حيث ذهب رأى فى الفقه[١] بصدد ما قرره الجانب المؤيد للطابع

---

(١) Dr. Alina Kaczorowska op. cit., p. 437.

المعيارى، حيث أن هذا الفقه ذاته أثبت أنه ليس من الواضح ما هى العادات الموجودة فى نطاق التجارة الدولية تلك التى تكون ملزمة للأطراف بدون أن يتضمن العقد ذلك، حيث يجب أن يكون قائما فى الذهن أن قواعد الانكوترمز والعقود النموذجية تستمد قوتها من العرف.

حيث تناول ذلك الجانب من الفقه ما قاله الجانب الآخر بالبحث والتحليل متسائلا بصدد ذلك عن أمرين:

١- هل للعادة الأولوية على أحكام القانون الوضعى (المفسر، المكمل).

٢- فى حالة مخالفة العادة لقاعدة قانونية آمرة هل ترجح العادة.

أما بالنسبة للأمر الأول فإن العادة تكون لها الأولوية على القاعدة القانونية المكملة، حيث أنه من الثابت لدى الفقه والقضاء الفرنسى أن العادات الاتفاقية ترجح على القواعد القانونية غير الآمرة، وذلك لأنها أصبحت جزء لا يتجزأ من العقد فضلا عن أنها تعبر عما اتجهت إليه إرادة الأطراف.

أما من ناحية ترجيح العادة على القواعد القانونية الأمرة فهو أمر لا يمكن تحققه، حيث ينتهى هذا الرأى من الفقه أن قواعد القانون الموحد ليست ذات طابع آمر، ولكنه لا يعدو أن يكون أكثر من عمل أدبى على مستوى الأعمال الدولية.

ولم يقف هذا الرأى من الفقه[١] عند ذلك فقط، بل تناول أيضا ما جاء من رأى فى مؤتمر لاهاى فى دورة انعقاده سنة ١٩٥١ من أن عادات التجارة

---

(١) Dr. Alina Kaczorowzka op. cit., p. 7.

الدولية ذات طبيعة معيارية، حيث تناول بالشرح والتحليل رأى فى الفقه حيث انتهى هذا الفقه أن العادة الاتفاقية تستند إلى الإرادة الضمنية للأطراف، فالطرف الذى يتمسك بالعادة عليه أن يثبت علم المتعاقد الآخر بها فالعلم بالعادة لا يفترض. ومن ثم ذهب هذا الرأى أن هذا الجانب من الفقه كان ضحية للصياغة السيئة لنص المادة ١٤ التى أصبحت فيما بعد نص المادة (٩) وأكد ذلك بما جاء فى تقرير السكرتير العام للجنة التى قامت بمراجعة نص القانون الموحد، حيث جاء بهذا التقرير أن صياغة المادة ٩ فقرة ٢ لم تؤسس على توقع الأطراف، ولكن على أساس قاعدة أوضحت أن الالتزامات العامة تختلف عن الالتزامات الضمنية للأطراف».

وتناول أيضا هذا الرأى من الفقه[١] ما ذهب إليه الجانب الآخر من أن عادات التجارة الدولية ذات طبيعة معيارية، حيث استشهد بما قرره الفقه بصدد المادة (٩) من أجل التأكيد على أن عادات التجارة الدولية طبقا لاتفاقية لاهاى عادات اتفاقية ليست عادات معيارية.

---

(١) Dr. Alina Kaczorowska op.cit., p.439.Tunc,"a ainis commenté L.artical 9 de la L.U.V.I. l'artiecl "9". qui prolonge en quelque sort l'artical 3 montré comme lui, quelle a ete la modestie des redacteurs de la loi uniform, l'artical affirme la préeminece sur la loi uniform a la fois des usage auxquels les parties se sont referees Expressement ou le tacitement des habitudes qui ont pus etablir enter elles et de usage que les personnes Raisonnables de mem qualite placees dans leur situation considerent normalement comme applicables a leur contrate il pose egalement un regle d'interpretations qui decoule de ce principe fondamental.

ولم يكن هذا الفقه هو الوحيد الذى انتهى إلى أن عادات التجارة الدولية طبقا لاتفاقية لاهاى ١٩٦٤ هى عادات ذات طبيعة اتفاقية منتقدا ما ذهب إليه الجانب الآخر من الفقه بل أيضاً، من هذا الجانب من قرر أن صياغة المادة (٩) من اتفاقية لاهاى صياغة سيئة إلى الحد الذى من شأنه أن يوقع فى الخطأ، حيث ذهب إذا كان من الثابت أن نص المادة (٩) فقرة (١) تشير إلى العادات التجارية المتبعة بانتظام واطراد قانونى تلك التى ذات تطبيق واسع فى التجارة الدولية، فإن نص المادة (٩) فقرة (١) لا يكون ذات أهمية أو غير ذات ضرورة، ما لم يكن هناك اتفاق بين الأطراف صراحة أو ضمنا، ومن ثم فإن اتباع القاضى أو المحكم لهذا التفكير أمر من شأنه أن يلزم الأطراف بعادات لم يدر بخلدهم أنهم سوف يلتزمون بها وهذا أمرا لا يمكن تحققه فى الحياة التجارية(١).

ومن ثم ان هذا الجانب من الفقه(٢) ينتهى إلى أن عادات التجارة الدولية طبقا لنص المادة ٩ من اتفاقية لاهاى هى عادات ذات طبيعة اتفاقية أو تفسيرية.

اتفاقية فينا لسنة ١٩٨٠ وعادات التجارة الدولية:

لقد ورد النص على عادات التجارة الدولية فى اتفاقية فينا فى نص المادة

---

(١) Stephen Bainbridge op. cit., p. 619-665.

(٢) كما يذهب الفقيه هونالد أن نص المادة ٩ من L.U.V.I يعطى انطباع انه بالنسبة للفقرة (١) تقرر قواعد غير عادية تكون مطبقة فى بناء العقد فى حين أن المادة (٩) فقرة (٢) ترتبط بالشخص المعتاد. انظر ذلك فى: Alina Kaczorowska, op.cit., p. 434.

٨[١]، ٩[٢] إلا أنه يوجد ثمة فارق جوهرى بين كل من النصين. فنص المادة ٨ يتضمن القواعد المفسرة لعقد البيع الدولى، ومن ضمن هذه القواعد عادات التجارة الدولية التى يستعان بها فى تحديد نوايا الأطراف. حيث تنص الفقرة (جـ) على «عندما يتعلق الأمر بتعيين قصد أحد الطرفين، أو ما يفهمه شخص سوى الادراك، يجب أن يؤخذ فى الاعتبار جميع الظروف المتصلة بالحالة لاسيما المفاوضات التى تكون قد تمت بين الطرفين والعادات التى استقر عليها التعامل بينهما، والأعراف وأى تصرف لاحق عنهما». ومن ثم فإن عادات التجارة الدولية طبقاً لنص المادة ٨/جـ هى عادات تفسيرية.

أما بالنسبة للعادات التى ورد النص عليها فى المادة ٩ من تلك الاتفاقية، فهى قواعد ملزمة لطرفى العقد متى علما بها أو كان من الواجب العلم بها. حيث تنص المادة ٩/١ «يلتزم الطرفان بالأعراف التى اتفق عليها

---

(١) تنص المادة ٨ من اتفاقية فينا على:

أ - فى حكم هذه الاتفاقية تفسر البيانات والموضوعات الصادرة عن الأطراف وفقا لما قصده هذا الطرف متى كان الطرف الآخر يعلم بهذا القصد أو لا يمكن أن يجهله.

ب - فى حالة عدم سريان الفقرة السابقة تفسر البيانات والموضوعات الصادرة عن أحد الطرفين وفقا لما يفهمه شخص سوى الادراك ومن نفس طبقة الطرف الآخر إذا وضع فى نفس الظروف.

جـ - عندما يتعلق الأمر بتعيين قصد أحد الطرفين أو ما يفهمه شخص سوى الادراك يجب أن يؤخذ نحو الاعتبار جميع الظروف المتصلة بالحالة لا سيما المفاوضات التى تكون قد تمت بين الطرفين والعادات التى استقر عليها التعامل بين الأطراف والأعراف وأى تصور لاحق صادر، عنهما.

(٢) نص المادة (٩) سابق الاشارة إليه ص ١٨٧ هامش (١).

وبالعادات التى استقر عليها التعامل بينهما». وإن ما يؤكد على وجود هذا الفارق بين نص المادة ٨ و٩ من اتفاقية فينا، أن فريق العمل الذى شكلته لجنة القانون التجارى الدولى بالأمم المتحدة فى دورة انعقادها التاسع بشأن البيع الدولى، قد جاء بتفسيره أنه متى كانت العادات هى أداة لتحديد نوايا الأطراف فإنه يجب تحديد تلك النوايا، وكذلك الشخص المعتاد طبقاً للظروف المتصلة بالحالة، وعلى الأخص العادات التى يعلمان بها أو كان يجب العلم بها متى كانت معروفة على نطاق واسع ومراعاة بانتظام فى التجارة الدولية بين الأطراف فى العقود المماثلة السارية نحو نفس نوع التجارة(١).

طبيعة عادات التجارة الدولية فى اتفاقية فينا لسنة ١٩٨٠:

إن الخلاف الذى ثار فى الفقه حول طبيعة وعادات التجارة الدولية فى اتفاقية لاهاى سنة ١٩٦٤ كان يرجع إلى سببين:

١- معيار المعقولية (المادة ٩/٢).

٢- أولوية عادات التجارة الدولية على القانون الموحد (المادة ٩/٢).

أثر إعمال معيار المعقولية طبقا لاتفاقية لاهاى سنة ١٩٦٤(٢):

١- **بالنسبة للأطراف فى العقد:** فإنه يجب إعماله بصرف النظر عما هم يفعلوه واقعيا، حيث أن الأطراف لا يستطيعوا إعمال العادة التجارية، ومن ثم إذا أرادوا تطبيق عادة تجارية معينة أو استبعادها، لابد أن يكون ذلك بشكل واضح فى العقد. وبالتالى أن إعمال معيار المعقولية من شأنه الزام الأطراف بعادات تجارية أخرى، علاوة على تلك المشار إليها فى العقد.

---

(١) Alina Kaczorowska. op. cit., p. 440.

(٢) انظر فى تفصيل ذلك: Stephen Bainbridge op. cit., p. 14.

٢- **بالنسبة للتحكيم:** إن تطبيق معيار الشخص المعتاد من شأنه أن يفرض حلول صعبة على المحكم، ذلك الذى يلجأ إليه الأطراف نظرا لإعمال العادة التجارية الفعلية.

٣- **بالنسبة للقضاء:** إن تطبيق معيار الشخص المعتاد يزيد المشاكل وذلك لأن اثبات العادة التجارية ليس أمراً صعبا فحسب وإنما مكلفاً أيضا بدون تطبيق معيار الشخص المعتاد، وإن المحاكم تجد صعوبة فى تحديد ما يجب على الأطراف أن يفعلوه فى العقد بدون وجود تحديد أيهما يكون معقولا.

بالنظر إلى الصعوبات التى بينها إعمال معيار الشخص المعتاد فإن واضعى اتفاقية فينا لم يأخذوا بهذا المعيار، وإنما قد أخذوا بمعيار شخصى فى العلم بالعادة التجارية، حيث أن الأطراف يلتزموا بالعادات التى يعلموها أو يجب عليهم العلم بها(١).

فقد يقول قائل ان عبارة « ... يجب العلم بها » هو أمر من شأنه أن يجعل الأطراف يلتزموا بعادات لم يدر بخلدهم أثناء ابرام العقد أنهم سوف يلتزمون بها، ومن ثم فإن عادات التجارة الدولية تعد طبقا لاتفاقية فينا أيضا عادات معيارية.

---

(١) حيث أن رفض الاقتراح التشيكى نحو وضع كلمة معقولة قبل كلمة عادة نحو المادة ٢/٩ يكشف بوضوح أن واضعى اتفاقية فينا أن رفض المحاكم للعادة ليس لأسباب معيارية ولكن اعتمادا على العادة التجارية ذاتها بعيدا عن التحليل المعيارى ومن ثم ان المحاكم لا تلتزم بإعمال معيار الشخص المعتاد إنما تقوم بتطبيق معيار واقعى هو إذا كانت العادة معروفة مع نطاق واسع ومراعاة بانتظام فى التجارة الدولية فى العقود المماثلة فى نفس نوع التجارة»
Stephen Bainbridge. op. cit., p. 647.

الحقيقة أن اتفاقية فينا قد أبرزت الاجابة على مثل هذا القول، حيث أنها نصت فى المادة ٢/٩ إن وجوب العلم يتحقق متى كانت العادة معروفة فى نطاق واسع ومراعاة بانتظام فى التجارة الدولية بين الأطراف فى العقود المماثلة السارية فى نفس نوع التجارة.

لكن السؤال الذى يجب أن تكون هناك اجابة عليه، إذا كانت اتفاقية فينا لم تأخذ بمعيار الشخص المعتاد، وإنما قد أخذت بمعيار شخصى، فالسؤال هو: ما هى الوسيلة أو الأداة التى يمكن الاستعانة بها فى كيفية تحديد وجوب العلم بالعادة، وخاصة أن الاتفاقية لم تمدنا بأى وسيلة أو أداة بصدد ذلك؟

فذهب الفقه بصدد ذلك أنه يجب الاستعانة بالشخص المعتاد حتى يمكن تحديد مسألة وجوب العلم بالعادة(١). إلا أن ما قرره هذا الفقه لا يمكن الاقرار به، وذلك لأن الأعمال التحضيرية للاتفاقية تدل وتؤكد على أن واضعى الاتفاقية رفضوا الأخذ بمعيار الشخص المعتاد وذلك لابهامه وغموضه(٢).

---

(١) Jaksa Barbicadit "in assing when it should be coneiderd that the parties ought to haw known the usage, it should be deemed that this subjective Requirement is met if reason le persons in the same situation as the parties usually consider a usage to be applicable to thier contract. this is in fact an objective criterion taken from UlIs which is based on the avrage conduct of persons within a particular trad. so that by this very fact it is a criterion decisive for determining when it should be conclued that the parties aught to have known the usage.

مشار إليه فى: Alina Kaczorowsk a op.cit.pp. 445, Note 55.

(٢) فى الجلسات المبكرة فى Uncitral لاعداد اتفاقية فينا لاحظ أن تعبير الشخص المعتاد لغويا من شأنه أن يثير الخلاف والحيرة ان مفهوم الشخص المعتاد يختلف فى الأجزاء المختلفة من العالم ومن ثم تختلف العادة المطبقة على العقد طبقا لمعيار الشخص المعتاد حيث أنها تختلف من منطقة إلى أخرى. انظر ذلك فى: Stephan Buinbridge op.cit.p.646

إلا أنه من الملاحظ أن نص المادة (٩) من اتفاقية فينا أقرب ما يكون إلى نص م ٢٠٥[١] من القانون الموحد الأمريكى، ومن ثم انه يمكن اللجوء إلى الضابط الذى يستعين به القضاء الأمريكى فى كيفية تحديد تطبيق «وجوب العلم بالعادة».

القضاء الأمريكى وتطبيق نص المادة ٢٠٥ من القانون التجارى الموحد:

لا توجد فى أحكام القضاء الأمريكى قاعدة ثابتة بصدد تحديد كيفية تطبيق وجوب العلم بالعادة، وهذا ما أوضحه الفقه[٢] حيث قرر أن الأحكام الصادرة من القضاء الأمريكى - المحلفين - غالبا ما يكون صعب مراجعتها وكذلك تنسيقها، وذلك لتباين الاعتبارات العامة التى تدخل فى تحديد كيفية تطبيق «وجوب العلم بالعادة»، حيث أن ما تتضمنه القوانين هو مجرد ملخص

---

(١) تنص المادة ٢٠٥ من القانون التجارى الأمريكى الموحد على:

١- يقصد بعادة الأطراف سلسلة من التصرفات السابقة التى تعتبر تكوينا لأساس مشترك بينهم يتم على أساسه تفسير عباراتهم وتصرفاتهم.

٢- يقصد «بعادة التجارة» فعل مألوف أو عمل معتاد تتم مراعاته بانتظام شديد فى مكان ما أو فى مهنة ما أو فى فرع تجارى ما. ويمكن توقع أن يكون الأفراد راعوه فى المعاملة ويكون اثبات وجود مضمون مثل هذه العادات بذات طريقة اثبات الوقائع. إذا كان الثابت أن العادة مدونة أو مسجلة فى نص متشابه.

٣- عادة الأطراف مثلما هى عادة التجارة أو المهنة أو فى النوع التجارى الذى تنتسب إليه أو التى يكون من الواجب أو من الممكن أن يكون واجبا معرفتها فيها.

(٢) Warrn "trade usag and parties in the trade An Economic rational for an in flexible rule 1981 p. 515-523.

مشار إليه فى: Alina Kaczorowsk a op. cit., p. 445, note 57.

مبهم بصدد من يجب عليه العلم. حيث يستعان بعدة ضوابط فى كيفية تحديد وجوب العلم بالعادة وهى:

١- ضابط نطاق الأعمال(١):

هذا الضابط يعنى أن العلم بالعادة التجارية يتحقق إذا كان طرفى العقد يعملان فى نفس المجال التجارى، أو فى نفس نطاق الأعمال. ومن الأحكام القضائية الصادرة من القضاء الأمريكى peskin V.spuires حيث جاء بهذا الحكم إن القاعدة الثابتة أن العرف السائد فى حرفة أو مهنة هو أمر مسلم به وملزم، علاوة على ما يفرضه فى هذا المجال. وبالتالى لا يوجد اثبات أو برهان محدد للعلم من قبل الطرف المهنى(٢).

٢- نطاق الأعمال والمدة الطويلة(٣):

لم يكن ضابط عمل الأطراف فى مجال التجارة هو الضابط الذى استعان به القضاء الأمريكى فى كيفية وجوب العلم بالعادة، بل قرر ضابط آخر هو العمل فى التجارة لمدة طويلة، إلا أنه بالرغم من أن هذا الضابط قد طبق فى كثير من الحالات فإنه لا يعد ضابطا ثابتا لتحقيق وجوب العلم بالعادة.

---

(١) Warrn "trade usage and parties in the trade An economic rational for an in flexible rule, 1981, 515, 523. "Alina Kaczorowska op. cit., p.445. Note 57.

(٢) Peskin V.Spuire 156 cal, APP 3 d 24O, 1957, "Alina Kaczorowska op. cit. p. 446, Note 59.

(٣) Aline Kaczorowska op. cit. p. 451.

٣- ضابط الوافدون الجدد نحو مجال التجارة[١]:

هذا الضابط يعنى أن العلم بالعادة التجارية لا يتحقق بالنسبة للوافدين الجدد فى التجارة، لكن هذا الضابط لا يكون تطبيقه مسألة سهلة، وذلك لأن كل شخص يعمل فى مجال التجارة يمنح صفة التاجر بصرف النظر عما إذا كان مهنياً. إلا أنه بالرغم من ذلك فإن الأخذ بهذا الضابط يترتب عليه فوائد عديدة:

١- كما ذهب الفقه ان التطبيق الصارم لعادات التجارة الدولية شأنه أن يخفف من كثرة المنازعات.

٢- يشجع على التطبيق الواسع للعادات.

٣- تشجيع الأطراف على ابرام العقود دون حاجة إلى اللجوء إلى المحامين.

٤- فضلا عن أنه يحد من المنازعات فإنه يقلل من مخاطره اصدار أحكام غير ملائمة.

٥- توحيد الحلول.

ومن ثم فإن تطبيق هذا الضابط من شأنه أن يحقق تحديد كيفية تطبيق وجوب العلم بالعادة، حيث يكفى أن يكون الأطراف يحملون صفة التاجر، إلا أنه يجب أن نضع فى الاعتبار أن تطبيق ضابط الوافدون الجدد لا يمنح ميزة

---

(١) هذا الضابط قد استخدمه القضاء الفرنسى فى عدة أحكام فهذا القضاء قد استوجب فيما يتعلق بغير التجار أو التجار الأجانب أن يقوم الطرف الآخر باخطار هؤلاء التجار الجدد بالعادات التى يمكن أن يكونوا جهلوها وعندئذ يجب الحصول على موافقتهم لتطبيق أو استبقاء هذه العادات». انظر فى ذلك، رسالة الدكتور محمد محسوب درويش، ص ٤٧٢، ٤٧٣ سابق الاشارة إليه.

خاصة ولكن هو بالدرجة الأولى يشجع على تطبيق العادات التجارية عبر الدولية.

تقدير هذه الضوابط:

ان ضابط نطاق الأعمال التجارية والمدة الطويلة، لا شك أنهما يلعبان دوراً مؤثرا فى تحديد كيفية تطبيق وجوب العلم بالعادة، لكن لا يتطابق دائما بالضرورة مع الحقيقة. أما فيما يتعلق بضابط الوافدون الجدد فالأمر الأكثر صعوبة فى عالمنا الحالى هو تحديد الحاضرون الجدد نحو التجارة الدولية. يضاف إلى ذلك أنه لا توجد فواصل محددة بين ما هم محترفى التجارة، وكذلك الوافدون الجدد. ومن ثم أن ضابط نطاق الأعمال التجارية يعد هو الضابط المرجح، وذلك لأنه من شأنه أن يبسط العلاقة التجارية وما تفرضه من تبعات بين القائمين على أعمال التجارة الدولية.

وبالرغم من أن صياغة المادة ٩ من اتفاقية فينا تؤكد على الطبيعة الاتفاقية لعادات التجارة الدولية، فإن أنصار قانون التجار الدولى يقررون أن نص المادة ٢/٩ تقرر الطابع المعيارى لعادات التجارة الدولية حيث يذهب الفقه ان عادات التجارة الدولية هى النواة الحقيقية لقانون التجار حيث يؤكدون أيضا أن العادات التجارية التى تنشأ داخل طائفة معينة ويتم تطبيقها بشكل مكرر فإنها تعد قواعد قانونية ما لم يتفق الأطراف على خلافها أو يعلمان بها، أو كان يجب العلم بها وهذا هو ما قررته اتفاقية فينا فى المادة ٩ فقرة (٢)(١).

---

(١) P.Fauchard Ph.Kahn and A.Lyon-Can eds. les droit des Relations economiques internationales. Etudes offertes a B.Goldman Paris 1967.

مشار إليه فى: A.goldstajn.op. cit., p. 71 note 36.

ولم يكن هذا هو اتجاه أنصار قانون التجار الدولى بصدد طبيعة عادات التجارة الدولية طبقا لأحكام اتفاقية فينا سنة ١٩٨٠، بل كان أيضا اتجاه بعض الأحكام الصادرة من القضاء الفرنسى، حيث قررت الغرفة التجارية والصناعية فى باريس أن اتفاقية فينا قد غيرت من الطبيعة القانونية للعادات، فقد أصبحت قاعدة قانونية(١).

إلا أن الفقه المصرى والأمريكى يقرر أن عادات التجارة الدولية طبقا لاتفاقية فينا سنة ١٩٨٠ هى عادات اتفاقية. حيث يذهب الفقه المصرى أن العرف والعادة يستمدان قوتهما الالزامية فى نطاق الاتفاقية من الاتفاق الصريح أو الضمنى على تطبيقه، ومعنى هذا أن مرتبتهما فى ترتيب مصادر الأحكام التى تسرى على البيع الدولى تأتى مساوية لمرتبة الاتفاق(٢).

ويذهب الفقه الأمريكى إلى أن عادات التجارة الدولية طبقا لاتفاقية فينا ذات تأثير اتفاقى، حيث أن الاتفاقية تعطى للعادات الطابع الاتفاقى(٣).

---

(١) Chambre de commerce et d'industrie de Paris, p. 61.

مشار اليه فى: Alina Kaczorowska, op. cit., N.9.

(٢) محسن شفيق، سابق الاشارة إليه ص ٥٥.

(٣) Honnold "Uniform law for international sales the 1980 C.I.S.G. 1982 p. 144, fransworth "unification of sales law: usages and cours of dealing 1984 pp. 81, 83-84, reczi, the field of Application and rules of interpretation of ulis and uncitrale convention 1982, p. 179.

مشار إليها فى: A.goldstajn. op. cit. p. 98, note 102.

حسن النية وعادات التجارة الدولية:

كما سبق أن أوضحنا أن اتفاقية فينا فى نص المادة (٩) قد وضعت معيار شخصى وذلك لتطبيق عادات التجارة الدولية، إلا أنها لم تقدم الأداة أو الوسيلة التى يتم بمقتضاها تحديد كيفية وجوب العلم بالعادة.

إلا أنه يبدو من الأعمال التحضيرية لاتفاقية فينا أنه كان يمكن أن يكون لمبدأ حسن النية والمعيار الموضوعى دوراً فى تحديد كيفية وجوب العلم بالعادة وذلك بصراحة النص، وذلك عندما اقترح ممثل دولة الصين اضافة كلمة معقول قبل كلمة عادة فى نص المادة ٩/ ٢(١). وبهذه الطريقة لا تكون العادة مطبقة إلا إذا كانت معقولة، وبالتالى فإن العادات التجارية الدولية سوف تكون اثباتا أو برهانا لمراعاة حسن النية فى التجارة الدولية. وهذا الاقتراح قد لاقى قبولا واستحسانا وذلك لأنه سوف يكون سياج من الحماية للأطراف فى العقد من مفاجئة الالتزام بعادات لم يكن لديهم معرفة بها(٢).

لكن الغريب فى الأمر أن هذا الاقتراح قد قوبل بالرفض، وكان أحد أسباب هذا الرفض أن السلوك غير المعتاد لا يمكن أن يتطور بذاته إلى عادة، لأن هذا السلوك سوف يكون مرفوضا. فضلا عن الممثل الالمانى فى الأعمال

---

(١) Hannold J.O., Documentray History of the uniform law for international sele 1989, p. 484.

مشار إليه فى: Patrick X Bout, op. cit., p; 3 n. 13, 1998.

(٢) Patrick X Bout, op.cit. p. 3, (1998).

التحضيرية قد أبدى اعتراضه وذلك بسبب أن تعريف كلمة معقول غير واضح، إذ طالما سوف يزيد الأمور مشاكل(١).

وذهب رأى فى الفقه ان العادة التجارية فى طبيعتها معقولة، وبناء عليه تسمح بمراعاة مبدأ حسن النية(٢). إلا أن رأى آخر في الفقه قرر أن العادة التجارية لا يمكن أن تكون سلوك غير معتاد، ولكن يقرر هذا الفقه أن حسن النية معيار متميز للعادات، وذلك لأنها لا يمكن أن تكون معقولة فى حد ذاتها(٣).

---

(١) During the first committe deliberations the delegate of the then Ederal republic of Germany recognized that a usage should be reasonable but he felt that an Experss Mention in the Artical was nither wanted nor nedeed. in his opinion a usage should be Existing and walid if a usage was unreasonable it would Not Exist.

مشارإليه فيه: Patrick, Note. 16.

(٢) انظر ذلك فى: Patrick, op. cit., p. 13.

(٣) Bianca C.M and Bonell M.J. commentry on usages and practices, in commentry on the international sales law C.I.S.G. p. 115.

مشار إليه: Patrick X.Bout, op. cit. p. 4, N. 15.

الفرع الثانى

المبادئ العامة للقانون

ما من أحد ينكر على المبادئ العامة للقانون أنها مصدر من مصادر القاعدة القانونية، حيث يلجأ إليها القاضى للفصل فى النزاع المطروح أمامه وذلك فى حالة عدم وجود نص قانونى أو عرف من شأنه أن يتضمن حلا للنزاع المطروح أمامه.

متى كانت المبادئ العامة مصدرا من مصادر القاعدة القانونية فهى ملزمة فى حد ذاتها، حيث إذا كانت تحتاج إلى تدخل القاضى لتطبيقها، فإن ذلك ليس من شأنه أن ينال من الزاميتها. إذا كان ذلك من ناحية، فمن ناحية أخرى إن المبادئ العامة للقانون تتسم بصفة العمومية والتجريد، إلا أنها عند تطبيقها على النزاع المطروح تكتسب شكلا معينا، هو القاعدة القانونية الفاصلة فى النزاع، وذلك بتخصيص الحكم القضائى الموضح لها فى مختلف الأنظمة القانونية.

إلا أنه جدير بالذكر أن ما يترتب على المبادئ العامة للقانون من قواعد قانونية فاصلة فى النزاع، يختلف الالتزام بها فى النظام الانجلو امريكى عنه فى النظام اللاتينى(١).

---

(١) المبدأ القانونى الذى تضعه المحاكم فى النظم الانجلو سكسونية لا يلزم فقط الخصوم فى الدعوى التى صدر فيها هذا المبدأ بل يلزم جميع المحاكم التى من درجتها أو الأدنى منها بما فى ذلك المحاكم التى أصدرتها وذلك فى جميع الدعاوى المماثلة، على العكس من ذلك فى النظم اللاتينية ان تطبيق المبادئ العامة للقانون من قبل المحاكم لا يلزم سوى من كان خصما فى الدعوى الصادر فيها الحكم حيث يكون ذات أثر نسبى لا يمتد إلى المحاكم الأخرى. انظر فى ذلك د. لبيب شنب، المدخل لدراسة القانون، ص ١٧٨ ومابعدها، ١٩٨٧.

ومن حيث أن المبادئ العامة للقانون هى مصدر من مصادر القاعدة القانونية، فإن أنصار قانون التجار الدولى يرون أن المبادئ العامة للقانون أنها مصدرا من مصادر قانون التجار بل تعد من أهم مصادر قانون التجار حيث أيدهم فى ذلك بعض أحكام التحكيم الدولية[١] بل ان بعضها قد كشف بصريح النص عن وظيفة المبادئ العامة القانونية. وبناء عليه سوف نتناول المبادئ العامة للقانون بالدراسة والتحليل لدى أنصار قانون التجار موضحين الآتى:

١- أساس المبادئ العامة للقانون كمصدر لقانون التجار لدى أنصاره.

٢- موقف الفقه من أساس المبادئ العامة للقانون.

٣- علاقة مبدأ حسن النية والمبادئ العامة للقانون.

١- أساس المبادئ العامة للقانون كمصدر لقانون التجار لدى أنصاره:

يرجع أساس المبادئ العامة للقانون كمصدر لقانون التجار الدولى إلى أن العديد من العقود الاقتصادية الدولية قطعت شوطا مؤداه أن الفصل فى النزاع الذى يثور بصدد هذا العقد يتم وفقا للمبادئ العامة للقانون، أو وفقا لمبادئ القانون الدولى.

---

(١) Icc Award No. 3327181, 1982 "le tribunal arbitral estime que en vrtu des principes generaux du droit faisant parti de lex mareatoria clunt 1982.

وكان نتاج ذلك أن ذهب أنصار قانون التجار، حيث قرر رأى فى الفقه(١) أن كل من النصين يقصد بهما قانون التجار وليس القانون الدولى، كما أنه قد حدد أن المبادئ العامة للقانون هى تلك المبادئ الواردة فى نص المادة ٣٨ من النظام الأساسى لمحكمة العدل الدولية. فإذا كان صحيحا أنه من الصعب أن يوجد أصل مباشر لنص المادة ٣٨ فى التشريعات المهنية، إلا أنها قد اندمجت في القانون الاقتصادى الذى يشكل فى الحقيقة قانون التجار.

كما يبين هذا الرأى من الفقه(٢) من حيث تأييده لنظرية قانون التجار من أن مضمون المبادئ العامة للقانون يوجد فى مؤلفات فقهاء القانون الدولى العام، وبخاصة رأى فى الفقه الذى بدوره صنف المبادئ العامة للقانون فى القانون الدولى إلى ثلاث أقسام.

١- القسم الأول منها يتعلق بالقواعد المرتبطة بالالتزامات التعاقدية، ومنها ما يتعلق بولادة الالتزامات كالاثراء بلا سبب، والفضالة، ومنها ما يتعلق بتنفيذ الالتزامات كمبدأ العقد شريعة المتعاقدين، والفائدة التأخيرية، ومنها ما يتعلق بممارسة الحقوق مثل مبدأ التعسف فى استعمال الحق، ومنها ما يتعلق بانقضاء الالتزامات مثل التقادم الجبرى.

٢- القسم الثانى: القواعد القانونية المتعلقة بالالتزامات الجنائية وشبه الجنائية تلك التى تتعلق بتلافى الضرر، ومبدأ مخالفة اجراء اصلاح الضرر.

---

(١) Goldman (B) "la lex mercatoria dans les contrats et l'arbitrage intenationaux, Realites et perspective, clunt 1979 p. 48.

(٢) انظر فى ذلك: A. Kassis, op.cit., p. 526.

٣- القسم الثالث: يتعلق بمجموع القواعد الاجرائية كاحترام حجية الشئ المقضى أو نظام الاثبات، ومبدأ l'estappel.

حيث انتهى هذا الرأى من الفقه إلى أنه متى كان من الواضح اشارة الأطراف إلى المبادئ العامة للقانون أو مبادئ القانون الدولى فإن الأطراف يكونوا قد اتجهوا إلى اخضاع عقدهم للقواعد أو المبادئ الداخلية فى هذه التقسيمات.

ومن ذلك نجد أن أنصار قانون التجار قد استندوا إلى نظرية المبادئ العامة للقانون فى القانون الدولى، باعتبارها مصدرا من مصادر قانون التجار الدولى وذلك لتأكيد استقلالية وذاتية قانون التجار عن طريق اعتباره بناء من هذه المبادئ ذاتها.

موقف الفقه من أساس المبادئ العامة للقانون:

ان ما ذهب إليه جانب من الفقه من أن المبادئ العامة لقانون التجار هى المنصوص عليها فى المادة ٣٨ من النظام الأساسى لمحكمة العدل الدولية هو رأى محل نظر من جانب الفقه، سواء من ناحية طبيعة المبادئ العامة للقانون المنصوص عليها فى نص المادة ٣٨، أو من ناحية كفايتها لمنح قانون التجار صفة الذاتية والاستقلال.

طبيعة المبادئ العامة للقانون:

إن فقه القانون الدولى العام قد اختلف فيما بينه بشأن طبيعة المبادئ العامة للقانون، حيث ذهب جانب من الفقه إلى أن المبادئ العامة للقانون

المنصوص عليها فى المادة ٣٨ من النظام الأساسى لمحكمة العدل الدولية، يقصد بها القواعد العرفية العامة المستخلصة من العلاقات الدولية(١).

وذهب جانب آخر من الفقه(٢) - الفقه السوفيتى - ان المبادئ العامة للقانون التى أقرتها الأمم المتمدينة توافق مبادئ التعايش السلمى السارية بين الدول، بل ذهب هذا الجانب أن هذه المبادئ هى ذاتها المبادئ الخمسة الشهيرة التى وردت بالمعاهدة المبرمة بين الصين والهند سنة ١٩٥٤ وهى:

١. الاحترام المتبادل للسيادة.

٢. عدم الاعتداء المتبادل.

٣- مبدأ المساواة.

٤- عدم التدخل فى الشئون الداخلية.

٥- التعايش السلمى بمقتضى التعاون الدولى.

على الرغم من الخلاف بين فقه القانون الدولى حول طبيعة المبادئ العامة للقانون، بين اعتبارها قواعد عرفية، أو أن يقصد بها مبادئ التعايش السلمى السارية بين الدول، فهذا الخلاف يشكل فى مجمله خير سند أن طبيعة المبادئ العامة للقانون المنصوص عليها فى المادة ٣٨ من النظام الأساسى لمحكمة العدل الدولية لا تتلائم أو تتوافق مع العلاقات الدولية الخاصة. وهذا ما يؤكده

---

(١) الدكتور ابراهيم العنانى، دراسات فى القانون الدولى العام، ١٩٩١، دار النهضة العربية، ص١٠٨.

(٢) الدكتور ابراهيم العنانى، سابق الاشارة إليه ص١٠٨.

الفقه(١) من حيث أنه توجد صعوبة فى الانتقال بالقانون الدولى العام المطبق على العلاقات الدولية فيما بين الدول، إلى مجال العلاقات الدولية الخاصة. وذلك للخلاف التام من ناحية طبيعة كل منهما ولا يمكن تطبيقه أو احداثه بدون صعوبة. خاصة أن القانون الدولى العام لا يلائم أو يتوافق مع القواعد المادية التى يتضمنها قانون العقد، حيث ينتهى هذا الفقه أن المبادئ العامة للقانون التى تطبق على العلاقات الاقتصادية أو التجارية الدولية هى تلك المبادئ الظاهرة فى مختلف النظم القانونية الوطنية ولا يجب الأخذ أو البحث عنها فى القانون الدولى.

ثانيا: مدى كفاية المبادئ العامة :

لقد تناول رأى فى الفقه مبدأ مدى كفاية المبادئ العامة للقانون لاضفاء صفة الذاتية والاستقلال على قانون التجار. حيث يرى أن الخطأ الذى وقع فيه أنصار قانون التجار الدولى يتمثل فيما اعتقده أن تطبيق المبادئ العامة للقانون من قبل المحكمين يكون اثباتا لذاتية واستقلال قانون التجار كنظام قانونى ذاتى ومستقل، فالمادة ٣٨ من النظام الأساسى لمحكمة العدل الدولية تجعل المبادئ العامة للقانون من ضمن مصادر القانون الدولى العام، بجانب العرف والمعاهدات. فبالنسبة للقيمة القانونية للمبادئ العامة يوجد ثلاث اتجاهات فقهية حول قيمتها القانونية كمصدر من مصادر القانون الدولى العام.

---

(١) M.Virally, un tiers droit Reflexions théoriques in Melanges Goldman p. 380-381.

مشار إليه فى: A. Kassis,op. cit.,p.527.

حيث يذهب جانب من الفقه إلى رفض تكييف المبادئ العامة للقانون كمصدر مستقل يتماثل أو يتشابه مع مصادر القانون الدولى العام، ويذهب اتجاه آخر إلى أن المبادئ العامة للقانون تعد مصدر ثالث للقانون الدولى العام، ويذهب اتجاه آخر أيضاً إلى أن المبادئ العامة للقانون ذات وظيفة انشائية، وذلك لتكملة الفراغات القانونية.

فتساءل هذا الرأى من الفقه عما إذا ما كانت المبادئ العامة للقانون يستطيع من خلالها قانون التجار أن يتنفس الذاتية والاستقلال. فأجاب على ذلك أن المبادئ العامة طبقا لما جاء بتلك النظريات حول قيمتها القانونية لا تستطيع منح صفة الذاتية والاستقلال لأى نظام قانونى، حتى بالنسبة للقانون الدولى العام ،فهى ليست كافية لمنحه صفة الذاتية والاستقلال إلى جانب العرف والمعاهدات(١).

وبالتالى فإن فاقد الشئ لا يعطيه، إذا كانت المبادئ العامة للقانون المنصوص عليها فى نص المادة ٣٨ من النظام الأساسى لمحكمة العدل الدولية ليست كافية لمنح القانون الدولى العام صفة الذاتية والاستقلال إلا بجانب العرف والمعاهدات، فهل هى فى نطاق التجارة الدولية تكون لها القدرة على منح الذاتية والاستقلال لقانون التجارة الدولية؟ الاجابة بالطبع تكون بالنفى، حيث أنها فى نطاق القانون الذى شرعت أو قننت أو تم الاشارة إليها فيه لا تكتسب هذه الصفة، فمن باب أولى أن ذلك لا يتحقق بالنسبة لقانون التجار فى حال الانتقال بها إليه كمصدر من مصادره.

---

(١) A.Kassis, Théorie Générale des usages au commerce op. cit., no. 825 p. 531.

حقيقة المبادئ العامة لقانون التجار:

ان حقيقة المبادئ العامة لقانون التجار تتحدد فى أنها جزء من القوانين الوطنية للدول، ومن ثم لا توجد مبادئ قانونية عامة خاصة بقانون التجار. هذا ما يؤكده أنصار قانون التجار أنفسهم، حيث قام الفقه بإجراء دراسة كاملة من شأنها التأكيد على أن المبادئ العامة لقانون التجار هى جزء من القوانين الوطنية فدلل على ذلك بوضوح، ففى عام ١٩٦٥ قام بعمل جرد لما يعد من مبادئ قانون التجار وانتهى فى ذلك الوقت إلى أن المبادئ العامة لقانون التجار لا تعدو أن تكون جزء من القواعد الموجودة داخل النظم القانونية المشتركة، حيث أنها ليس لها أى خصوصية تميزها عن المبادئ العامة للقانون فى التشريعات الداخلية للدول(١).

وأثناء حضوره لجنة أعمال القانون الدولى الخاص الفرنسية(٢) عام ١٩٧٤ تحت عنوان l'Etat facaux usages du commerce international" قرر أن تعبير قانون التجار ذات الصيت والشهرة لا يتناول فقط عادات التجارة الدولية، ولكنه يشمل أيضا القواعد المشتركة بين الأمم، حيث أبدى أن عدم تعرضه للمبادئ العامة للقانون كالاثراء بلا سبب، وحسن النية، والعدالة ضمن

---

(١) Fauchard (Ph), l'arb, con, int, these pp. 431-445. no. 612-623.
مشار إليه فى: A.Kassis,op. cit., p.522.

(٢) Fauchard (Ph), l'Etat fac aux usages du commerce international Travaux du comite francaise de. dr.int. priv., 1973 - 1975, p. 74.

مكونات قانون التجار فإن ذلك يرجع إلى أن طبيعتها وتكوينها لا يتميزا بشكل أساسى فى الواقع، أو كما يجب عن القواعد القانونية.

وبعد أن قام ذلك الجانب من الفقه(١) بعمل جرد عام ١٩٦٥ للمبادئ العامة للقانون، وما أبداه من رأى واضح الدلالة بصدد هذه المبادئ، ظل موقفه ثابتا من حيث أن هذه المبادئ لا تعدو أن تكون جزء من القواعد الموجودة فى النظم القانونية المشتركة، حيث خاطب الفقيه جولدمان بصدد تأكيد وجهة نظره من جهة تلك المبادئ قائلا «إن المرء يتساءل إذا كان قانون التجار يختلف عن القانون الوطنى، فإنه من الملاحظ أن قرارات التحكيم الصادرة بتطبيق المبادئ العامة للقانون هى ذاتها موجودة فى القوانين الوطنية تلك التى تكون أكثر تقدما من الناحية الفنية، كالتشريع السويسرى أو قانون الشريعة العامة. فمبدأ الالتزام بتقليل الخسائر المختار من جانبكم بالاضافة إلى العديد من الأمثلة التى يمكن اضافتها، فإنها فى الواقع تكون فى مقدمة القوانين الوطنية والمصادر التى اعتمدتم عليها كالعقود، وقرارات التحكيم تلك الأخيرة ذات أثر نسبى وليس فى ذلك مخالفة للقانون، وذلك ما هو قريب فى قوانين الدول، فأنا لا أكون بالقلق إلا بالقدر الذى يحزننى ان قانون التجار لا يمثل إلا هذا القدر.

لا شك أن هذا الرأى من الفقه ينتهى إلى حقيقة واحدة مؤداها أن المبادئ العامة للقانون ليست سوى جزء من التشريعات الوطنية، ولا يوجد مبادئ

---

(١) Travaux du comite francaise de droit internationl Prive 1977-1979. discussion du rapport de M.Goldman p. 265.

مشار إليه فى: A.Kassis, op. cit., p. 523 n.10.

خاصة به حيث ان كل ما تم تطبيقه من قبل المحكمين فى النزاعات المطروحة من مبادئ قانونية عامة هى موجودة فى القوانين الوطنية، ومن ثم لا توجد مبادئ قانونية عامة لقانون التجار خاصة به من شأنها اضفاء صفة الذاتية والاستقلال لهذا القانون.

ومن الآراء التى تؤكد أن المبادئ العامة لقانون التجار ليست سوى جزء من القوانين الوطنية، رأى جانب من الفقه من حيث أن المبادئ العامة للقانون تطبق باعتبارها جزء من القانون الوطنى الواجب التطبيق طبقا لقاعدة الاسناد أو وفقا لاحالة الأطراف إلى العقد. كذلك رأى آخر من حيث أن قيام المحكمين بخلق مبادئ قانون التجار يعتمد على الارث الكبير من المبادئ العامة للقانون والمستمدة بالطبع من كل النظم القانونية، فالتحكيم يخلق مبادئ قانون التجار مستعملا المبادئ العامة للقانون فإن ذلك ليس إلا تأكيدا على أن المبادئ العامة لقانون التجار ليست إلا أنها من المبادئ الموجودة فى التشريعات الوطنية(١).

الغاية المرجوة من تطبيق المبادئ العامة للقانون:

من المستقر عليه فقهاً أن الغاية المرجوة من تطبيق المبادئ العامة للقانون من قبل المحكمين هو استبعاد تطبيق القانون الوطنى، وهذا ما يؤكده أنصار قانون التجار الدولى أنفسهم.

---

(١) لمزيد من التفصيل انظر فى ذلك: A.Kassis, op. cit., p. 521-539.

حيث تناول الفقه[١] تحديد وطبيعة المبادئ العامة للقانون، من حيث أن المبادئ العامة للقانون لا يقصد بها مجرد التعبير عن قاعدة قانونية، ولكن يقصد بها الاشارة إلى نظام قانونى غير وطنى. أو بعبارة أخرى أكثر تحديدا هو الاشارة إلى إرادة استبعاد القانون الوطنى الذى يحدد وفقا لقواعد تنازع القوانين المقررة لحكم العقد. فإشارة الأطراف إلى المبادئ العامة فى العقد يجب أن يؤخذ فى الاعتبار أنه يؤدى إلى تقديمه أو تغليبه على الضوابط الأخرى المستخدمة فى تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد، كقانون مكان انعقاد العقد، وقانون محل التنفيذ. ويؤكد الفقه أن الاشارة إلى المبادئ العامة للقانون تعد على الأقل مصدرا رئيسيا للاسناد، وكذلك مبررا لاسناده إلى نظام قانونى.

ويقرر أيضاً أن اجراءات محاكم التحكيم تؤكد دائما أن الاشارة إلى المبادئ العامة للقانون تثبت الوظيفة الاستبعادية للقانون الوطنى، حيث يستدل على ذلك بالحكم الصادر فى قضية liby-texaco لأن المحكم اعتبر أو رأى أن الاشارة إلى المبادئ العامة للقانون تعنى وظيفتها الاستبعاديه للقانون الوطنى.

وذهب كذلك رأى فى الفقه[٢] إلى أن اشارة الأطراف إلى المبادئ العامة للعقد وعادات التجارة الدولية، يعنى كما لو كان قاعدة اسناد سلبية تؤدى إلى

---

(١) انظر فى ذلك مقالة الفقيه Ph kahn تحت عنوان:
les principes Generaux du droit devant les Arbitrs du commerce international, clunt 1998, 308-319.

(٢) Goldman op. cit. p. 479 no 9. clunt 1979.

استبعاد القانون الوطنى.

ولقد تناول الفقه المصرى المبادئ العامة للقانون من حيث اعتبارها مصدرا من مصادر قانون التجار، وكذلك من حيث بيان وظيفتها. حيث يذهب رأى فى الفقه[١] فى شرحه وتحليله إلى أن من خلال رصد بعض قرارات التحكيم الدولى فيها يتبين بجلاء أن فكرة قانون التجار lex mercatoria اصبحت تكئة لاستبعاد القوانين الوطنية، ربما من خلال اقتناص الفرص للقول بهذا الاستبعاد بتبريرات يبدو فيها الافتعال.

كذلك يذهب رأى آخر[٢] إلى أن الدور الحقيقى للمبادئ العامة للقانون فى نطاق قانون التجار الدولى، يتحدد فى استبعاد القانون الوطنى الواجب التطبيق على العقد الدولى.

ومن ثم فإن الأمر المستقر عليه لدى غالبية الفقه المصرى أن الهدف الحقيقى من تطبيق المبادئ العامة للقانون واستبعاد القانون الوطنى هو تحقيق السيطرة الاقتصادية، حيث أن الحل الذى تمليه هذه المبادئ يتوافق مع مصالح الأطراف المسيطرة على العلاقات الاقتصادية الدولية.

ولاشك أن تطبيق المبادئ العامة للقانون على عقود التجارة الدولية كان

---

(١) لمزيد من التفصيل انظر: الدكتور أبوزيد رضوان، دراسة فكرة lex mercatoria. سابق الاشارة إليه ص ٢٢٣.

(٢) انظر فى ذات المعنى: الدكتور حسام عيسى، دراسة الآليات القانونية للتبعية الدولية، ص١٧٢، ١٩٨٨، دار الفكر العربى.

خطوة على الطريق نحو جعل القانون الوطنى قانونا من الدرجة الثانية، وليس أدل على ذلك ما تم تقريره فى اتفاقية الجات بالنسبة للفصل فى المنازعات وهو اللجوء إلى التحكيم ،وبالتالى يصبح القانون الوطنى هو أحد الخيارات الممنوحة للفصل فى النزاع بعد أن كان هو الخيار الأول والأخير وغالبا سيتم طرحه، إلا إذا كان من شأنه تحقيق مصلحة، فإنه فى هذه الحالة سيكون محلا للتطبيق. والنتيجة النهائية التى نصل إليها أن قوة تطبيق القانون الوطنى سوف تتوقف على القوة الاقتصادية وهذا مما لا شك فيه(١).

مبدأ حسن النية والمبادئ العامة للقانون:

فيما يخص مبدأ حسن النية والمبادئ العامة للقانون نورد بعض من أقوال الفقهاء بشأن ذلك.

حيث يقول رأى فى الفقه(٢) ان مبدأ حسن النية هو القاعدة الأساسية، أو بعبارة أخرى أن المبادئ العامة للقانون جميعا تتفرع من مبدأ أساسى هو حسن النية la bonne foi.

ويقول رأى آخر فى الفقه(٣) ان الاستخدام المتكرر للمبادئ العامة للقانون يوجب احترام حسن النية الذى يعد محور فكر محاكم التحكيم، حيث

---

(١) مناقشات دارت بيننا وبين الأستاذ الدكتور أبوزيد رضوان بصدد تطبيق القانون الوطنى ودور القضاء الوطنى فى محاضرات دبلوم التجارة الدولية ، عام ١٩٩٧.

(٢) F. Osman op. cit., p.19.

(٣) Ph.Kahan , clunt, op. cit. p. 319.

أنه يعد أساس كافة المبادئ الأخرى القائمة أو الموجودة فى النظم القانونية المقررة.

ومن ذلك يتضح أن مبدأ حسن النية يعد أساس كل المبادئ العامة للقانون، ويؤكد ذلك أنه عندما يلجأ المحكمون إلى ما يسمى بقانون التجار فإنهم يضعوا فى اعتبارهم حالا عند الفصل فى النزاع مبدأ حسن النية والاعتبارات المشابهة له. ومثال ذلك الحكم الصادر فى قضية Norsolor الصادر سنة ١٩٧٩ من غرفة التجارة الدولية، لأن العقد محل النزاع هو عقد وكالة بين شركة فرنسية (Norsolor) وشركة تركية (paalk) لم يتضمن القانون الواجب التطبيق على العقد انتهى المحكم بصدد تحديد القانون الواجب التطبيق إلى تطبيق مبدأ حسن النية باعتباره من المبادئ الهامة لقانون التجار(١).

وإذا كان هذا الحكم قد قرر صراحة أن مبدأ حسن النية من المبادئ العامة لقانون التجار، فإن ما نود أن نشير أنه ليس من المبادئ العامة فقط، بل هو الوعاء الذى تطفو منه كل المبادئ. ففى هذه القضية إن مبدأ حسن النية محل تطبيقه هنا الضرر الذى أصاب الشركة التركية من جراء انهاء عقد الوكالة

---

(١) icc Award No. 3131, 1979 dans l'affair, J.D.I., 1981, p. 220. obs. y. Derains, Rev. Arb., 1983, p. 530.

ولمزيد من التفصيل انظر هذا الحكم فى: الدكتور بهاء هلال دسوقى، سابق الاشارة إليه ص ١٢٥.

Pierre Mayer "le principe de bonne foi devant les arbitres du commerce international p. 551, 555. Paris 1-panthéon - Sorponne, 1991.

لاشك أن مبدأ عدم الإضرار بالغير يعد من المبادئ العامة للقانون وهذا المبدأ يجد أساسه فى مبدأ حسن النية الذى يكتنف أى عقد منذ ميلاده حتى نهايته أياً كانت.

ومما يؤكد ذلك التفسير ما قرره الفقه فى تعليقه على الحكم الصادر فى قضية Klockner بين حكومة الكاميرون وشركة ألمانية لصناعة السيارات حيث أن المحكم فى هذه القضية قد أكد على أهمية مبدأ الالتزام بالتبصير والاعلام وعلق الفقه على ذلك أن هذه القاعدة تجد مكانها الطبيعى فى المبادئ العامة للقانون المطبق على العقود الدولية، حيث أنها مستمدة أساسا من مبدأ حسن النية(١).

---

(١) Clunt, 1987, p. 163. SS. avece le commentaire de Gaillard, E., J.D.I., 1987, p.184.

لمزيد من التفصيل انظر: Pierre Mayer,op. cit., p. 549.

الفرع الثالث

العدالـــــــة

تمهيد:

ان فكرة العدالة فى أصل منبتها فكرة فلسفية عبر عنها الفلاسفة والأدباء اليونانيين، حيث يقول أفلاطون عن العدالة «أن العدالة مفهومها هو قيام كل شخص بما هو منوط به»، ويقول سقراط «إن العدالة تتضمن كل أو أغلب الفضائل»(١).

ثم انتقلت فكرة العدالة إلى القانون الرومانى وأخذت وجهة قانونية ومنها استمدت قواعد قانون الشعوب الذى كان يطبق على الأجانب دون الرومان. وشيئا فشيئا وبالتحديد فى عهد الجمهورية الأخير بدت الحاجة إلى تطبيق قانون الشعوب على الرومان أنفسهم واستعان الفيلسوف سيشرون للوصول إلى ذلك بمذهب القانون الطبيعى فلسفى النشأة من جانب الفلاسفة اليونانيين، وترتب على ذلك أن اندمج قانون الشعوب فى القانون الطبيعى(٢) وهنا تكمن أساس فكرة العدالة والقانون الطبيعى باعتبارها مصدرا من مصادر القاعدة القانونية فى كافة النظم القانونية اللاتينية والأنجلو أمريكية على حد سواء.

---

(١) انظر فى معنى العدالة د. فخرى يوسف مبروك، مفهوم الأخلاق كمصدر من مصادر القاعدة القانونية ص ١٧، سنة ١٩٨٢.

(٢) د. محمد عبد الهادى الشقنقيرى، تاريخ النظم القانونية والاجتماعية، ص ١٣٧، ١٩٩٠/١٩٩١.

فالعدالة تبدو أهميتها كمصدر من مصادر القاعدة القانونية من خلال القضاء الأنجليزى حيث كانت هناك محاكم خاصة بالعدالة يرأسها مستشار الملك - القرن الثالث عشر - وكان تسمى محكمة الضمير يلجأ إليها الأطراف خشية الأحكام الظالمة التى تصدر فى دعاويهم من المحاكم العادية حيث كانت الأحكام تصدر وفقا لما يقتضيه العقل والعدل وطهارة الضمير فى كل قضية(١).

ومن هذا العرض التاريخى الموجز يبدو تماما أن للعدالة جذور تاريخية فلسفية وقضائية، تؤكد أنها مصدر من مصادر القاعدة القانونية.

ومن التشريعات الحديثة التى أشارت إلى العدالة كمصدر من مصادر القاعدة القانونية التشريع المصرى(٢)، والسويسرى(٣).

وإذا كانت العدالة مصدرا من مصادر القاعدة القانونية كما هو ثابت من نصوص التشريعات المقارنة، فهل تعد العدالة بدورها مصدرا من مصادر قانون التجار، لكن قبل أن نتناول العدالة باعتبارها مصدرا من مصادر قانون التجار من عدمه، لابد أن نتناول المقصود بالعدالة كمصدر لقانون التجار.

المقصود بالعدالة كمصدر من مصادر قانون التجار:

ان المقصود بالعدالة فى عقود التجارة الدولية العدالة العقدية ويكون

---

(١) د. محمد عبد الهادى الشقنقيرى، سابق الاشارة إليه ص ١٣٨.

(٢) نص المادة ١/٢ من القانون المصرى.

(٣) تص المادة ٣ من القانون السويسرى.

تحققها مرهون بقيام كل طرف من أطراف العقد بأداء ما هو منوط به، فإذا خالف ذلك أنه يحدث اختلال لهذه العدالة. فالعدالة فى عقد البيع هى حصول المشترى على محل العقد بالجودة التى يريدها والسعر المناسب، وبالنسبة للبائع هى تحقيق الربح الذى يتناسب مع جهده فى توفير المواصفات والتسليم فى الميعاد المحدد(١).

فدور القاضى والمحكم يبدأ فى الظهور إذا ما خالف أى طرف من أطراف العقد التزاماته بالشكل الذى ينال من العدالة العقدية، وذلك بإعادة التوازن للعدالة العقدية إما عن طريق القانون المختار من قبل الأطراف، أو المبادئ العامة أو العادات والأعراف. فإن لم يجد فى ذلك، فالعدالة بمفهومها المطلق تكون هى الوسيلة لاعادة توازن العدالة العقدية أى أن القاضى أو المحكم يلجأ فى كل الأحوال إلى اعادة التوازن للعدالة العقدية، وذلك إما عن طريق العدالة المقننة (القانون) العرف والعادات والمبادئ العامة، أو عن طريق العدالة المطلقة التى تتمثل فى الأفكار والمفاهيم التى تسود لدى الأوساط التجارية، وتستقر فى ضمائرهم عما هو حق أو عدل. وهذا ليس غريبا لأن لكل وحدة اجتماعية فكرتها الخاصة بالعدالة(٢).

لكن الواقع أن العدالة العقدية فى نطاق قانون التجارة الدولية هى ليست عدالة العقد، إنما هى عدالة القوى تلك التى تفرض على الطرف الضعيف،

---

(١) د. محمد محسوب درويش، أزمة العدالة العقدية فى القانون الرومانى، جـ ١١ طبعة ٢٠٠٠.

(٢) د. أحمد عبد الكريم سلامة، سابق الاشارة إليه، ص٢٥١ .

وليس أدل على ذلك العقود النموذجية والشروط العامة تلك التى وضعتها جماعات مهنية وتم فرضها على المتعاملين معها. ومثال ذلك القواعد التى تضعها جمعية لندن لتجارة الحبوب سنة ١٨٧٧ التى قيل عنها أنها بنيت على مبادئ العدل والمساواة، فصارت هذه القواعد الموحدة قانون العقود ذات الشكل النموذجى فى تجارة الحبوب.

الحقيقة التاريخية الغائبة أنها كانت تستهدف اخراج عقود التجارة الدولية للحبوب من الخضوع لقانون الدولة، وعاكسة بذلك علاقة القوى الاقتصادية للدولة صاحبة السطوة فى الحركة الاستعمارية(١).

ومن هذا يتضح أن العدالة فى نطاق عقود التجارة الدولية هى عدالة اسمية، فهى تعنى فرض عدالة الطرف القوى على الطرف الضعيف.

العقد والعدالة كمصدر من مصادر قانون التجار:

إن موقف الفقه الذى يعد مبدع نظرية قانون التجار من العدالة غريب، حيث يرى وجوب تطبيق قواعد قانون التجار كما هى بصرف النظر عن عدالتها، حيث يستشهد فى ذلك بأن القانون الوطنى يشمل القواعد التى يمكن القول أو

---

(١) الدكتور أبوزيد رضوان، قانون التجارة الدولية، دراسة لفكرة lex mercatoria سابق الإشارة إليه، ص ٢٢٥. ويقول الدكتور محمد محسوب درويش فى هذا الشأن «إن التفاوت التقنى والاقتصادى بين دول العالم أدى إلى تركيز الصناعات المتطورة ومراكز التجارة العالمية فى النصف الشمالى من الكرة الأرضية، لابد أن لذلك التفاوت انعكاسات سلبية على الأفكار القانونية عموما وفكرة العدالة العقدية خصوصا لاسيما بعد لجوء الشركات متعددة الجنسيات إلى تنميط العقود وفرضها على المتعاملين معها فى مجال التجارة الدولية، سابق الاشارة ص ١٤.

الحكم عليها أنها سيئة أو غير عادلة، فليس معنى ذلك أن يكون ذلك سببا فى تجاهل القاضى والمحكم لهذه القاعدة(١). وبالتالى ان رأى الفقه هنا قد يعبر عن أن العدالة لا تعد من مكونات قانون التجار، إلا أن رأيه بصدد التحكيم مع التفويض بالصلح يكشف بوضوح أن العدالة ليست من مكونات قانون التجار، حيث أن المحكم المفوض بالصلح عليه أن يطبق قواعد قانون التجار باعتبارها قواعد العدالة(٢).

ومن ذلك يتضح أن العدالة ليست لها أى دور فى نطاق قانون التجار سواء كأداة لسد النقص فى قواعد التجار، أو كقانون مباشر يلجأ إليه المحكم أو القاضى. حيث يرى أن قانون التجار من جانب قواعده كاملة، ومن جانب آخر إن قواعد قانون التجار هى قواعد العدالة. أليس هذا أمراً غريباً من ناحية أن العدالة لا تعد من مكونات قانون التجار كما هو ظاهر بوضوح فى التحكيم مع التفويض بالصلح من أن قواعد قانون التجار هى قواعد العدالة. فأغلبية

---

(١) Goldman, clunt 1979 p. 252 op. cit.,

(٢) Goldman, Clunt 1979 p. 272.

إلا أن الفقيه جولدمان قد خفف من حدة رأيه بصدد أن المحكم المفوض بالصلح يطبق تلقائيا قانون التجار فى عام ١٩٨٣ وأشارأن التحكيم بالصلح يتضمن الاشارة الضمنية من الأطراف إلى تطبيق قانون التجار حيث يمكن القول إن المحكمين أنفسهم يعتبرون قواعد قانون التجار ليست فقط مجرد قواعد قانونية إنما أيضا توجيهات وارشادات عادلة بالرغم من رأيه هذا انه لم يعلن أن العدالة من مكونات قانون التجار.

Goldman, une bataille judiciaire autour de la lex mercatoria l'affaire norsolor Reve arb 1983, no. 26.

التشريعات المقارنة قد أشارت إلى العدالة كمصدر من مصادر القاعدة القانونية، على الرغم من أن القائمين على صياغة هذه التشريعات قد بذلوا قصارى الجهد نحو وضع حلول لكافة المنازعات فى صورة قواعد قانونية، إلا أنه قد أدركوا أنه هناك بعض المسائل التى يمكن أن تفوتهم. فمن هنا جعلت العدالة مصدرا يلجأ إليه القاضى إذا اقتضت الضرورة ذلك.

يضاف إلى ذلك أن هذه التشريعات التى جعلت من العدالة مصدرا للقاعدة القانونية أنها كلها صادرة عن جهة واحدة ألا وهى السلطة التشريعية والجهات الأخرى المحددة بمقتضى دستور كل دولة فى اصدار القوانين واللوائح التى يكون لها قوة القانون الصادر من السلطة التشريعية. فما هو الحال بالنسبة لقواعد قانون التجار ذلك القانون الذى على فرض أنه نظام قانونى مستقل الصادر من أكثر من جهة فى صورة اتفاقيات دولية، وعقود نموذجية، وشروط عامة كلها صادرة متأثرة بالصبغة السياسية، والاجتماعية، والاقتصادية، فهى متغيرة من حالة إلى أخرى؟

ومن هذا يتضح أن العدالة عند بعض الفقه ليست لها أى دور سواء فى التحكيم بقانون، حيث على المحكم أن يطبق قواعد قانون التجار بصرف النظر عن عدالتها، أو فى التحكيم بالصلح، حيث تعد قواعد قانون التجار هى قواعد العدالة.

فالسؤال الذى يطرح نفسه ماذا لو لم يجد محكم فى كل من الحالتين ما يطبقه على النزاع المطروح أمامه؟ لا شك أنه سيلجأ إلى العدالة كمصدر يستقى منه الحل للنزاع المطروح أمامه باعتبارها السبيل الوحيد بالنسبة للتحكيم

بقانون. فالعدالة تعد أداة لسد النقص الموجود فى قواعد قانون التجار. وهذا ما قرره بعض الفقه من حيث أن المحكم لا يلجأ إلى خلق الحل الواجب الاتباع باسم العدالة إلا عند عدم وجود قاعدة موضوعية فى العادات والأعراف التجارية أو فى المبادئ المشتركة. أما بالنسبة لتحكيم المفوض بالصلح يرى هذا الجانب من الفقه أن العدالة تتجه لتصبح قاعدة معيارية سوف تقوم بتنظيم الصعوبات المستقبلية(١).

وكذلك يذهب رأى آخر من الفقه وهو من أشد أنصار قانون التجار الدولى، إلى أن العدالة تعد جزء من مكونات قانون التجار كما هو موضح فى تعليقه على الحكم الصادر من غرفة التجارة الدولية فى القضية رقم ٢٢٩١ لسنة ١٩٧٥(٢)، حيث قرر أنه من المستحيل أن نجد فى الشروط النموذجية كافة الحلول حيث أن المحكم وهو بصدد حل النزاع يعتمد على عنصرين أساسيين من مكونات قانون التجار، هما المبادئ العامة من جانب والعدالة من جانب آخر. حيث أضاف أن المحكم فى هذا الشأن تكون خطواته متسمة بالطابع المنهجى. ومن تعليقه على هذا الحكم يبدو بوضوح أن العدالة تعد من مكونات قانون التجار.

---

(١) انظر ذلك فى: A.Kassis, op. cit., p. 515.

(٢) Sentence c.c.i dans l'affaire 2291 en 1975 elunt 1976 p. 989-990
"les parties n'ayant pas pris la precuation de rediger un contrat formel, il convient de interpréter leur volontés et leur engagements a partir de leur ecrits et en fonction les principes generaux du droit et de l'equité qui doivent regir les transaction commerciales internationales.

مشار إليه فى: A.Kassis, op. cit., p. 537.

كذلك يرى رأى آخر فى الفقه أن العدالة هى ضمن مكونات قانون التجار الدولى حيث يقرر أن العدالة لا تبدو فقط كأداة لسد العجز، وذلك حينما لا توجد القاعدة القانونية، وإنما هى ميزان لقياس عدالة قواعده(١).

إلا أنه بالنسبة لما قرره هذا الرأى من الفقه من أن العدالة هى مقياس لعدالة القواعد القانونية، فهو رأى محل تأمل وذلك لأنه لو أخذنا بالعدالة باعتبارها مقياس لعدالة القواعد القانونية، لأدى ذلك بالقاضى إلى عدم تطبيق الكثير من القواعد القانونية، وآية ذلك أن المشرع المصرى عندما تناول العدالة باعتبارها مصدرا من مصادر القاعدة القانونية، لم يلتزم بنفس النهج أو الشكل الذى أخذ به المشرع السويسرى ومن ثم فإنه لا يمكن الأخذ بهذا المعيار على اطلاقه، وذلك لوجود قواعد قانونية آمرة ليست محلا لقياس عدالتها لأنها هى فى المقام الأول والأخير تعبير عن العدالة الاجتماعية قد رأتها السلطة التشريعية وصاغتها فى شكل قاعدة قانونية.

ولكن يمكن اعتبار العدالة ميزان لقياس عدالة القواعد القانونية فى حالة إذا تعددت القواعد القانونية التى يمكن تطبيقها على النزاع المعروض، هنا فقط يمكن إعمال هذا المعيار.

ومن هذا الاستعراض لآراء جانب من الفقه، تعد العدالة لا شك من مكونات قانون التجار الدولى، إلا أنه قبل أن نفرغ من تناول العدالة بهذا العرض الموجز يجب أن نقرر أن للعدالة وجه آخر فى نطاق قانون التجارة

---

(١) د. أحمد عبد الكريم سلامه، نظرية العقد الدولى الطليق، ص ٢٨٧ ومابعدها.

الدولية، بخلاف أنها أداة لسد العجز، فهذا الوجه يتحدد فى التحكيم بالتفويض بالصلح، حيث أن تحكيم العدالة بالتفويض بالصلح قد تناولته العديد من التشريعات المقارنة والاتفاقيات الدولية[١] . وفى نهاية المطاف أن المحكم إذا كان مفوضا فى حل النزاع طبقا للعدالة مباشرة، فإنه غالبا ما يستعين بما يجب المرور عليه من قواعد موضوعية، وعادات، وأعراف، ومبادئ عامة فى التحكيم بقانون، لكى ينهى النزاع المعروض أمامه.

---

(١) لمزيدمن التفصيل انظر الدكتور أحمد عبد الكريم سلامة، سابق الاشارة إليه، ص ٢٨٧ ومابعدها.

الفرع الرابع

التحكيم التجارى الدولى

تمهيد:

التحكيم التجارى الدولى أصبح معروفا كنظام مضاد وطريق مألوف لحل المنازعات المتعلقة بالتجارة الدولية. فالتحكيم أساساً هو نظام لتسوية المنازعات عن طريق أفراد عاديين(١) يختارهم الخصوم إما مباشرة، أو عن طريق وسيلة أخرى هى التى تستخدم فقط برضاء الأطراف بقصد اصدار قرارات ملزمة(٢).

إلا أنه من الملاحظ أن التحكيم كوسيلة لفض المنازعات ليس حديث العهد، فعلى سبيل المثال هو كان معروفا فى مصر الفرعونية حيث كان يحق للمتقاضين استبعاد اختصاص المحاكم فى بعض الخلافات واختيار بعض المحكمين لأداء هذا الفرض، فاتفاق التحكيم هو الذى يحدد عد المحكمين وموضوع النزاع ،وكذلك الاجراءات الواجب اتباعها أمامهم، وطبيعة الجزاء الذى يسمح لهم بتوقيعه، ويعتبر الحكم الذي يصدره نهائيا قابلا للتنفيذ الفورى دون حاجة لعرضه على القضاء(٣).

---

(١) Peter sanders ed 1987.
P.La vile: problems relatifs a l'arbitrage international commercial.
مشار إليه فى د. أبوزيد رضوان، التحكيم التجارى الدولى، ص ١٩.

(٢) Fatima Akaddaf, Application of tho "CISG to Arb islamic countries, international law Review p. 22.

(٣) الدكتور ابراهيم الشقنقيرى، تاريخ القانون المصرى، ١٩٨٦/٨٥ ص ١٧٣.

إن التحكيم التجارى الدولى تبدو أهميته فى حل منازعات التجارة الدولية ليس لأنه أبسط من المنازعة، أو أن المحكم يكون لديه الخبرة التى تكون غير متوافرة للقاضى، لكن تبدو أهميته فى عدم مكابدة الحقوق والالتزامات كما هو الحال بالنسبة للجوء إلى أحد المحاكم الوطنية التابعة لأحد طرفى النزاع. فالتحكيم التجارى الدولى أصبح هو الوسيلة المقبولة اليوم لحل المنازعات المتعلقة بالتجارة الدولية كما قال أحد المحامين ان حل المنازعة فى عالم اليوم أصبح مبنيا على التحكيم حيث أن ٩٠٪ من العقود الدولية تتضمن شروط التحكيم(١).

الأصل فى التحكيم التجارى الدولى الرضائية لكن هذه المسألة كما قال رأى فى الفقه أن مسألة الرضائية أصبحت مجرد وهم(٢) أما بالنسبة لطبيعة التحكيم التجارى فإنه لا يوجد اتفاق حول طبيعته، حيث يتنازع فى ذلك ثلاث اتجاهات(٣).

وان ما يهمنا فى هذا المقام هو بيان إذا ما كان التحكيم التجارى الدولى مصدرا من مصادر قانون التجار من عدمه.

---

(١) Christopher R.Drahozal "commercial normes,commercial codes and international commercial a rbitration, p. 94,N.74, 81.

(٢) الدكتور أبوزيد رضوان، الأسس العامة للتحكيم التجارى الدولى ١٩٩٥، ص ٣٥ ذلك لأن واقع التجارة الدولية كثيرا ما ينبئ عن أن حرية الخصوم في اختيار التحكيم كوسيلة لفض المنازعات أو اختيار محكميهم أصبحت وهما... ذلك لأن كثيرا ما يفوض التحكيم جبرا على أطراف التجارة الدولية كما هو الحال فى العقود الدولية ذات الشكل النموذجى التى تحتوى الغالبية منها على شرط التحكيم.

(٣) انظر فى ذلك بالتفصيل د. أبوزيد رضوان سابق الاشارة اليه،ص ٢٥ ومابعدها.

التحكيم التجارى الدولى كمصدر من مصادر قانون التجار:

بداية يؤكد رأى في الفقه ان التحكيم التجارى الدولى هو القضاء الأصيل للتجارة الدولية وذلك:

١- لغياب الدولية العالمية Etat universel التى من الممكن أن يقوم أحد أجهزتها بوظيفة القاضى فى المنازعات التى يطرحها واقع المبادلات التجارية الدولية، ومن ثم يصبح التحكيم هو الشكل الأمثل كجهة قضاء فى التجارة الدولية.

٢- ان أصالة التحكيم التجارى الدولى كقضاء للتجارة الدولية تتأكد من خلال رصد واقع هذه التجارة، من حيث مدى اذعان أطرافها للتحكيم التجارى واستقلالية هذا النظام عن العقود التجارية الدولية التى تثار بمناسبتها المنازعات التى تطرح على التحكيم، وتتمتع بقانون مستقل للإجراءات وصيرورة قراراته مصدراً لقضاء المحكمين(١).

فإذا كان التحكيم التجارى الدولى هو القضاء الأصيل للتجارة الدولية فهل يمكن أن يكون هذا القضاء مصدرا من مصادر قانون التجار الدولى كما يزعم أنصاره؟

قبل ان نتعرض لمدى امكانية أن يكون التحكيم التجارى الدولى مصدرا من مصادر قانون التجار، هناك ملاحظة جديرة بالاشارة إليها ألا وهى مدى

---

(١) د. أبوزيد رضوان سابق الاشارة اليه، ص ٣٤، ٣٥.

امكانية القضاء كمصدر من مصادر القاعدة القانونية فى النظم القانونية، مادام أن التحكيم التجارى الدولى هو قضاء التجارة الدولية.

إن اعتبار القضاء مصدر من مصادر القاعدة القانونية يختلف فى النظم الانجلو أمريكية عنه فى النظم اللاتينية. فالنظام الانجلو أمريكى يعد القضاء مصدرا رسميا للقاعدة القانونية بل أهم مصادره، والنظام اللاتينى لا يعتبر القضاء مصدرا رسميا للقانون(١).

يذهب أنصار نظرية قانون التجار إلى أن التحكيم التجارى الدولى يعد مصدرا من مصادر قانون التجار. حيث يقول البعض أن أنشطة قانون التجار تتركز فى قضاء التحكيم التجارى الدولى المتمثلة فى قرارات التحكيم الصادرة والمتعلقة بالتجارة الدولية، وفى نفس الوقت تنفيذها، فالمحكمين مبدعين لقانون التجارة الدولية(٢).

ويذهب رأى فى الفقه أن قرارات التحكيم تعد مصدرا شكليا لقانون التجار وذلك بفضل وظيفتهم المعيارية، حيث يبدعون العديد من المبادئ العامة التى تحكم تفسير العقد أو القانون، وصياغة وتنفيذ العقود الدولية(٣).

ويؤكد الفقه مصدرية التحكيم التجارى الدولى، مقررا أن المحكم لا

---

(١) د. محمد لبيب شنب، المدخل لدراسة القانون، ص١٧٨، ١٩٨٦.

(٢) Jean mare mousseron, jacques Raynard Regis fabre, jean - luc pierre. Droit du commerce international p. 63, litec.

(٣) F. Osman op.cit. p.329.

يؤكد فقط وجود قواعد قانونية، ولكنه يساهم فى اقامتها . فإذا كانت السوابق القضائية قليلة الآن فإنه فى خلال خمسون عاما سيكون لدينا أحكاما عمرها خمسون عاما ستتحسن وتصبح كالخمر الجيد لتصبح بعدئذ سوابق قضائية تمثل جزء فى قانون قضائى للتجارة الدولية(١) .

ويذهب أيضا رأى فى الفقه أن تكوين قضاء التحكيم التجارى الدولى يكون بطيئا بسبب عدم نشر أحكام التحكيم الدولية.

كذلك يذهب رأى فى الفقه إلى التأكيد أن التحكيم مصدر لا يمكن اهماله بالنسبة لقانون التجارة الدولية(٢) .

ويؤكد الفقه أنه بالفحص المجرد لمضمون شروط التحكيم فإنه لا يكون ثمة مبالغة أن التحكيم يدخل فى تكوين قانون التجار، إذ أنه يقرر أن القانون الاقتصادى الدولى يظل قبل كل شئ قانون تعاقدى، حيث يؤكد أن السوابق ليست مجرد أشكال تعاقدية(٣) .

وإذا كان هذا هو الجانب المؤيد لقضاء التحكيم باعتباره مصدرا من مصادر قانون التجار، فإنه يقف على الجانب الآخر المعارض لاعتبار قضاء التحكيم مصدرا، حيث انه فى هذا الجانب أنصار قانون التجار الدولى.

---

(١) لمزيد من التفصيل انظر هذا الرأى فى: A.Kassis, op. cit., p. 511.

(٢) Laussouarn, J.D. Bredin, Droit du commerce international op. cit., p. 44.

حيث يذهبا إلى وجوب الاقرار للمحكمين بسلطة نشاء قواعد موضوعية على الأقل عندما ينحون من الأطراف سلطة المحكمين المفوضين بالصلح. . . ».

(٣) لمزيد من التفصيل انظر ذلك فى: A.Kassis, op.cit., p.513.

حيث يذهب رأى فى الفقه إلى أن هيئات التحكيم لا يكون من اختصاصها ولا يقع ضمن مسئوليتها انشاء كيان من القواعد الجديدة، فهى ملزمة أن تقضى وفقا لقانون معد سلفا(١).

بل إن الأمر لم يقتصر على ذلك من حيث وجود هيئات تحكيم لا يقع ضمن اختصاصها انشاء قواعد قانونية، بل ان الأمر قد وصل إلى مرحلة انكار وجود قضاء التحكيم حتى فى عمليات التحكيم التى تصدر من غرفة التجارة الدولية. وهذا ما ذهب إليه أشد أنصار قانون التجارة الدولية(٢).

ومن ناحية أخرى ان تحليل أحد أعمدة قانون التجارة الدولية للتحكيم التجارى الدولى تشكك فى امكانية أن يكون التحكيم مصدراً من مصادر قانون التجارة الدولية. حيث يقول رأى فى الفقه أن وضع التحكيم التجارى الدولى لا يكون مرضيا بشكل كاف وعملى، وذلك بالنظر إلى إجراءاته الخاصة، وعدم نشر قرارات المحكمين. حيث يرى أن الحل يكون بانشاء محكمة عليا للتحكيم التجارى الدولى تقوم بوظيفة محكمة الاستئناف ذلك الذى من شأنه أن يعمل على توحيد هذا القضاء ونشره، وذلك يمكن تحقيقه عن طريق اتفاقية دولية(٣).

---

(١) لمزيد من التفصيل انظر فى ذلك: A.Kassis, op.cit.,p. 509.

(٢) Derains (Y) clunt 1974, p. 878.

(٣) انظر هذا الرأى بالتفصيل فى: A.Kassis, op. cit., p. 511, n.799.

لاشك أن هذا الرأى من الفقه يكشف بوضوح عن الشك فى امكانية أن يكون قضاء التحكيم مصدرا من مصادر قانون التجار الدولى. حيث أنه قضاء غير موحد وأنه من وجهة نظره أن هذا التوحيد لا يتحقق إلا بإنشاء محكمة عليا تعمل على توحيد هذا القضاء، ذلك لا يتأتى إلا عن طريق اتفاقية دولية.

وإذا كان ذلك هو موقف جانب من أنصار قانون التجار الدولى، فإن رأى آخر من الفقه قد تناول قضاء التحكيم ومدى اعتباره مصدرا من مصادر قانون التجارو الدولى منتهيا إلى أنه ليس من المتصور أن يكون قضاء التحكيم مصدرا وذلك من عدة نواحى:

أولا: لأنه ليس من المؤكد قيامه فى اطار نظام قضائى متضمنا سلطة تلك التى تنقص المحكم.

ثانيا: يكشف عن الوضع الحقيقى للتحكيم التجارى الدولى، مقررا أنه يساهم فى بيان عادات التجارة الدولية، وهذا أمراً ليس سهلا.

ثالثا: يؤكد أن قضاء التحكيم ليس مصدرا من خلال القواعد القانونية التى يطبقها المحكم من حيث أن مدى قابلية المحكم ومراعاته للاعتبارات المهنية، فالعملية سوف تكون سببا فى اختلاف تفسير القواعد القانونية، القانون الموحد للبيوع الدولية سوف يصبح من المحتمل تفسيره بمعانى مختلفة فى دعاوى التحكيم المهنية للتجارة الدولية الخاصة بتجارة القطن أو القهوة. ولذلك فإن التحكيم لا يبدو مطلقا أنه يلعب دورا جوهريا فى ظهور التجارة الدولية.

وينتهى الفقه إلى أن نظام التحكيم يظل دائما على حافة القانون(١).

ومن ثم فإن مجمل ما تقدم من آراء الفقه حتى من هم أنصار قانون التجار، تشكك فى مدى امكانية أن التحكيم يعد مصدرا من مصادر قانون التجار.

رأى خاص:

بداية ان مسألة أن القضاء يعد مصدرا من مصادر القاعدة القانونية هو مسألة محل خلاف فى النظام اللاتينى كما هو الحال فى مصر، وإنه يوجد ثمة جدل فقهى حول اعتبار أن القضاء يعد مصدرا من مصادر القاعدة القانونية، مما حدا بالبعض إلى القول أن القضاء مصدرا واقعيا، وإذا كان الأمر كذلك بالنسبة لمسألة مدى اعتبار القضاء مصدرا للقاعدة القانونية فى ظل نظام قانونى توافرت له كل مقومات النظام القانونى من سلطة، ومجتمع، وجزاء، فما هو الحال بالنسبة لقانون التجار الذى كما قال أنصاره بأنفسهم لم يصله إلى مرحلة النمو الكامل؟

الأمر الثانى أن قضاء التحكيم التجارى الدولى هو قضاء غير منظم وذلك لتعدد هيئات التحكيم وتشتتها فى البلدان(٢). كما أن الأهم أنه لا توجد محكمة عليا تقوم بالرقابة على أحكام التحكيم، كما قال الفقه من حيث

---

(١) انظر هذا الرأى بالتفصيل فى: A.Kassis, op.cit., p.513, n. 801, 803.

(٢) على سبيل المثال غرفة التجارة الدولية بباريس، لائحة تحكيم اللجنة الأوروبية للأمم المتحدة ١٩٦٦، لائحة اللجنة الاقتصادية للأمم المتحدة لدول شرق آسيا والشرق الأقصى سنة ١٩٦٦، لائحة تحكيم غرفة التجارة الخارجية بجمهورية البانيا الشعبية سنة ١٩٥٩.

أنه يجب وجود محكمة تكون على غرار محكمة الاستئناف، وهذا لن يتحقق إلا باتفاقية دولية، ولم يوجد حتى الآن أو يبدو فى الأفق امكانية وجود هذه الاتفاقية.

الأمر الثالث: ان قول رأى من الفقه أنه بعد خمسون عاما سيكون هناك سوابق قضائية تعد جزء من قانون قضائى للتجارة الدولية، على فرض صحة أن ذلك سيتحقق، فبأى سابقة من السوابق القضائية سيأخذ بها المحكم عند نظر النزاع، خاصة أن هناك العديد من أحكام التحكيم لم يتم نشرها. كما أوضح سلفا جانب من الفقه فى رأيهم بصدد التحكيم التجارى الدولى.

الأمر الرابع: أنه بالنسبة لعادات التجارة الدولية وكذلك المبادئ العامة، فالعدالة توجد بعض المؤشرات التى يمكن من خلالها القول بامكانية أن يكونوا من مصادر قانون التجار. فى حين أن الأمر عكس ذلك تماما بالنسبة لقرارات التحكيم التجارى الدولى، فلا يوجد ثمة تشريع أو اتفاقية دولية كما هو الحال بالنسبة لعادات التجارة الدولية وغيرها من شأنها أن تشير ولو ضمنيا بالشكل الذى معه يمكن القول بامكانية أن يكون قضاء التحكيم مصدراً.

الأمر الخامس: إن الاتفاقيات الدولية المتعلقة بالتحكيم التجارى الدولى كاتفاقية جنيف سنة ١٩٦١ بشأن التحكيم التجارى الدولى فى نص المادة (٧)، واتفاقية واشنطن سنة ١٩٦٥ فى مادتها ٤٢/أ، واتفاقية (انترامريكان) سنة ١٩٧٥، ولائحة تحكيم غرفة التجارة الدولية بباريس فى المادة ٣/١٣، ولائحة التحكيم الخاصة باللجنة الاقتصادية الأوروبية التابعة للأمم المتحدة سنة ١٩٦٦ فى المادة ٣٨، ولائحة تحكيم التجارى الدولى الخاصة

باللجنة الاقتصادية للأمم المتحدة لدول آسيا والشرق الأقصى فى المادة ٤/٧ أ وغيرها . الكل قد تضمن فى النصوص سالفة الذكر قاعدة مؤداها أنه فى حالة غياب اشارة الأطراف إلى القانون الواجب التطبيق، فيجب على المحكمين تطبيق القانون الذى تحدده قاعدة التنازع التى يرونها ملائمة للحالة المعروضة فلا توجد اشارة مؤداها التزام المحكم بما سبق أن أصدره من قرارات تحكيم أو الرجوع إلى قرارات التحكيم فى حالة غياب الأطراف لقانون يحكم العقد للفصل فى النزاع، لما تضمنته من قاعدة قانونية فاصلة فى النزاع سابقا .

ومن هذا يتضح أن مسألة قضاء التحكيم كمصدر لقانون التجار الدولى هى مسألة مازالت فى طور الأمانى لا يصدقها واقع، حيث علينا الانتظار لمدة خمسون عاما لكى تكون هناك سوابق تحكيم وأعتقد أن مدة الخمسون عاما قد انقضت وانقضى عليها ما يقرب من نصفها ومازالت هذه السوابق التحكيمية ليست لديها القدرة على أن تكون مصدرا، وذلك إذا اعتبرنا أن تاريخ التحكيم التجارى الدولى يبدأ فى العصر الحديث من اتفاقية نيويورك سنة ١٩٥٨ .

التحكيم التجارى وقانون التجار:

وإن ما يؤكد صعوبة أن يكون قضاء التحكيم مصدرا من مصادر قانون التجار، إن الاحصائيات التى قام بها جانب من الفقه بصدد تطبيق قانون التجار فى قضايا التحكيم التجارى الدولى تؤكد ذلك، حيث أن قانون التجار لا يتجاوز نسبة استخدامه ١٠٪[١] فى قضايا التحكيم يضاف إلى ذلك ما قام

---

(١) Ralph Amiss, "the Autonomous contract reflecting the borderless electronic. commercial environment in contracting p. 8. oslo

به الفقه من دراسة لاتفاقات التحكيم المعروضة على غرفة التجارة الدولية فى الفترة من ١٩٨٧ حتى عام ١٩٨٩، فوجد أن عدد قليل منها يختار المبادئ العامة للقانون كقانون يحكم العقد وما من أحد قد عين قانون التجار لكى يكون أساس لقرارات التحكيم، أما بالنسبة للعدالة فإن نسبة تطبيقها لا تتجاوز ٣٪ سنة ١٩٨٧ و٤٪ عام ١٩٨٩ فى حين أن الأغلبية العظمى من شروط التحكيم فى ذات تلك الأعوام تكون عام ١٩٨٧ ٧٥٪ ، وعام ١٩٨٩ ٦٦٪، تشير إلى قانون وطنى يحكم العقد(١). ومن هذه النسب يتأكد أن تطبيق قانون التجار فى التحكيم التجارى الدولى يعد تطبيقاً واهياً يصعب من خلاله الاعتراف به كمصدر من مصادر قانون التجار. الواقع أن ما أبداه أنصار قانون التجار الدولى من براهين بصدد مصادر هذا القانون هى براهين ليس من شأنها أن تضفى على قانون التجار الذاتية والاستقلال عن النظم القانونية الوطنية. حيث أنهم أنفسهم قد أبدوا من الآراء بصدد هذه المصادر التى من شأنها أن تصف من كونها مصادر لقانون التجار ليس أدل على ذلك ما قاله الفقه بصدد عادات التجارة الدولية، وما أبداه الفقه بالنسبة للتحكيم التجارى الدولى.

لكن حديثا تعاظم شأن قانون التجار بسبب ما تم تقريره على الساحة الدولية من قبل جهات دولية لها ثقل فى مجال التجارة الدولية ألا وهى معهد القانون الدولى الخاص بروما بسبب ماصدر منه متمثلا فى قواعد unidroit وكذلك ما صدر من اللجنة الاقتصادية الأوروبية سنة ١٩٩٨.

1997, http:/ www, lex mercatoria. org/.

لذلك ثار التساؤل عن مدى صلاحية هذه القواعد لكى تصبح قانون للتجار.

لكن قبل أن نبين مدى صلاحية هذه القواعد لكى تصبح قانون للتجار، فإنه يمكن القول إن قانون التجار lex mercatorie بمرور الوقت من المحتمل أن يكون قانون بمقتضاه يفصل المحكم أو القاضى فى النزاع، وذلك بناء على نص تشريعى فى القانون الداخلى أو بمقتضى اتفاقية دولية. وهذا ما تشير إليه بعض التشريعات المقارنة كالقانون الهولندى، والصينى[١]، إلا أن ذلك مرهون بحالة عدم اختيار الأطراف لقانون يحكم العقد.

---

(١) Christopher R.Drahozal, op. cit., p. 124.

(١) تنص المادة ٣/٥ من قانون العلاقات الاقتصادية الدولية الصادرفى الصين فى٢١ مارس سنة ١٩٨٥ فى حالة عدم وجود قانون يحكم العقد للمحكمة أن تطبق المبادئ العامة للتجارة الدولية تنص المادة ١٤٠٥ من قانون المرافعات الهولندى للمحكم أن يطبق عادات التجارة الدولية. ولمزيد من التفصيل انظر:- Franco Ferrari, 1994, op. cit., Note 26

المطلب الثالث

مبادئ العقود التجارية الدولية(١)

unidroit

كمصدر لقانون التجار

إن مبادئ الينـدروا التى تم نشرها عـام ١٩٩٤ تمثل نظرة جديدة إلى قـانون

---

(١) إن فكرة مبادئ الينـدروا ظهرت لأول مرة عند احتفال معهد الينـدروا بمرور أربعين عامـا على انشائه عام ١٩٦٨ وذلك بهدف انشاء وثيقة لقانون عقود التجارة الدولية على غرار الوثائق القانونيـة فى الولايات المتحدة الأمريكيـة حيث يمكن أن يفترض لهـا النجاح على المستوى الدولى على أساس الدراسات التمهيدية التى تم اجرائها قرر المعهد وضع مشروع هذا العمل فى جدول أعمـاله سنة ١٩٧١ وبالفعل تم تشكيل لجنة صغيرة مكونة من رينيـه ديفيد، كلايف ام، شيتـهوف، بويكو، وانتهت اللجنة سنة ١٩٧٤ بعد ما قامت به من دراسات إلى أهمية المشروع ثم أوضحت تركيب هذا العمل.

حتى عام ١٩٨٠ لم يكن هذا العمل محل اهتمام من جانب المعهد بسبب انشغاله بكثير من المشروعات الأخرى حيث فى هذا العام تم تشكيل مجموعة عمل خاصة بدأت بمهمة اعداد الفصول الأوليـة المختلفة للمبـادئ وكانت هذه المجموعة تضم ممثلين من كل النظم القانونية والاقتصادية والاجتماعية حيث كان غالبيتهم من الأكاديميين وبعض القضاة ورجال الأعمال ولم يكونوا معبرين عن وجهة نظر حكوماتهم وبحسب لهذه المجموعة أن لم تستأثر بما انتهت إليـه من أعمال وإنما كانت تقوم بطرحها على مختلف الدوائر العلمية والعملية لبيان الرأى فيها . لم يكن هذا فحسب من قبل مجموعة العمل المكلفة بهذا المشروع ولكن أيضا من قبل المعهد ذاته حيث كان يقوم بطرح المسودات الخاصة بهذا العمل على ممثلى الحكومات الأعضاء فى هذا المعهد ومن التشريعات التى تعد مصدر الهام لهذه المبادئ القانون التجارى الموحد الأمريكى، واتفاقية فينا سنة ١٩٨٠، قواعد عقد Fidic الخاص بأعمال البناء والتشييد، قواعد الينسترووال الخاصة بنقل الأموال الالكترونى، قواعد الينسترووال الخاصة ببطاقات الائتمان الدولية سنة ١٩٩٢. لمزيد من التفصيل راجع:

Bonell: the unidroit principles of international commercial contracts "Nature, purposes and first Experiences in practice 2nd ed. 1997. "Httb : // www.unidroit. org.1 english/ principles/ pr-Exper. htm.

التجارة الدولية حيث رحب بها كخطوة هامة نحو عولمة التفكير القانونى، فهذه المبادئ لم تأخذ شكل اتفاقية دولية أو قانون نموذجى، حيث كان ذلك هو الشكل المعتاد لأى عمل دولى خاص بالتجارة الدولية. حيث عبر الفقه عن ذلك بقوله «أنها نتاج جديد فى القانون التجارى الدولى»(١).

أهمية مبادئ اليندروا:

تبدو أهمية مبادئ اليندروا فى أنها تعالج بعض أوجه القصور والنقص فى قواعد قانون التجارة الدولية، سواء من حيث استخدامها كقانون يحكم العقد، وكذلك من حيث استخدامها فى تفسير القانون الوطنى، وتكملته، وكذلك الحال بالنسبة للاتفاقيات الدولية.

ما من شك أن كافة الاتفاقيات الدولية على كافة أنواعها لم تستطع ازالة المشكلات الناجمة عن محاولة التوفيق بين كافة النظم القانونية الوطنية، فضلا عن ذلك فإنه لا توجد اتفاقية دولية تمتعت بالقبول العالمى. فما من اتفاقية دولية إلا يوجد بها تحفظات فى نصوصها مما يؤدى إلى عدم تطبيق أجزاء من هذه الاتفاقية، ومن ثم تصبح غير نافذة بصدد الجزء الذى تم التحفظ بشأنه، وهذا ما فعلته بعض الدول منذ الانضمام لهذه الاتفاقيات(٢).

---

(١) Bonell. op. cit. p.1.

(٢) انظر فى ذلك المادة ٩٢ من اتفاقية فينا للبيوع الدولية للبضائع سنة ١٩٨٠ التى تنص على:

أ - للدول المتعاقدة أن تعلن وقت التوقيع أو التصديق أو الانضمام أنها سوف لا تلتزم بالجزء الثانى من هذه الاتفاقية أو أنها سوف لا تلتزم بالجزء الثالث.

ب- لا تعتبر الدولة المتعاقدة التى تصدر اعلانا وفقا للفقرة السابقة بخصوص الجزء الثانى، الثالث دول متعاقدة فى حكم الفقرة الأولى من المادة الأولى من الاتفاقية.

ليس الحال بأفضل بالنسبة للعقود النموذجية أو الشروط العامة، فهى فى النهاية ترديد لنظام قانونى معين، وانعكاس لظروف سياسية واقتصادية قد صدرت فى ظلها. حتى قواعد الانكوترمز التى وضعتها غرفة التجارة الدولية لا تمثل فى النهاية سوى حلول جزئية، لذلك إن واضعى مبادئ الیندروا حاولوا أن يجعلوها متضمنة أغلب النظم القانونية، وكذلك مقدمة أفضل الحلول(١).

حقيقة الأمر أن أحكام التحكيم الدولية قد أبرزت أهمية هذه المبادئ من خلال اللجوء إليها كقانون يحكم العقد، سواء أكان ذلك باختيار الأطراف(٢) أو من خلال تطبيق المحكمون لها من تلقاء أنفسهم(٣)، وتكملة وتفسير القانون الوطنى(٤)، والاتفاقيات

---

(١) Bonell.op. cit. p. 2.

(٢) من أحكام التحكيم الدولية الحكم الصادر من غرفة التجارة الدولية الصادر فى القضية رقم ٨٣٣٨ لسنة ١٩٩٦ حيث كان الاتفاق بين الأطراف فى الاتفاق أن محكمة التحكيم يجب أن تقيم قرارها على ما اتفق عليه الأطراف هو تطبيق قواعد الیندروا حيث طبقت المحكمة المادة (٤/٥)، المادة (٤/٥ (٢)، كذلك حكم محكمة التحكيم الدولية الغرفة التجارية والصناعية فى روسيا الفيدرالية فى القضية رقم ١١٦ لسنة ١٩٩٧، حكم محكمة التحكيم الحر فى باريس سنة ١٩٩٧. هذه الأحكام مشار إليها فى Bonell op. cit.

(٣) من أحكام التحكيم الدولية الحكم الصادر من غرفة التجارية الدولية فى ٤ مايو سنة ١٩٩٨ حيث طبقت المحكمة من تلقاء نفسها مبادئ الیندروا المواد (٧/١/٣)، (١٤/٢) كذلك الحكم الصادر من غرفة التجارة الدولية فى القضية رقم ٧٣٧٥ لسنة ١٩٩٦، الصادر فى القضية رقم ٧١١٠ لسنة ١٩٩٥.
هذه الأحكام مشار إليها فى Bonell op.cit.

(٤) من أحكام التحكيم الدولية التى أشارت مبادئ الیندروا لتكملة وتفسير القانون الوطنى غرفة التجارة الدولية فى القضية رقم ٨٢٤٠ لسنة ١٩٩٥ حيث كان القانون الواجب التطبيق هو القانون السويسرى على العقد إلا أن محكمة التحكيم أشارت إلى المواد ١/٦،

الدولية[١] حيث انتهت محكمة الاستئناف فى جرونوبل إلى أن مبادئ اليندروا تعد أفضل أساس لقانون التجارة الدولية[٢].

مدى تشكيل قواعد اليندرواكمصدر لقانون التجار أو قانون لتجار جديد:

ان بحث مدى تشكيل قواعد اليندروا مصدرا لقانون التجار، أو بعبارة أخرى أنها تعد بمثابة قانون للتجار جديد يرجع إلى ما جاء فى ديباجة المبادئ حيث جاء فيها «تنطبق هذه المبادئ عندما يتفق الأطراف على اخضاع العقد لها، ويجوز تطبيقها عندما يتفق الأطراف على أن يحكم عقدهم المبادئ العامة للقانون، أو قانون التجار أو ماشابه ذلك[٣].

٣/٩، الحكم الصادر فى القضية رقم ٨٥٤٠ لسنة ١٩٩٦، الحكم الصادر فى القضية رقم ٨٤٨٦ لسنة ١٩٩٦، حكم محكمة التحكيم الصادر من الغرفة الاقتصادية فى براغ سنة ١٩٩٦ (مجلة القانون الموحدة ١٩٩٧ صفحة ٦٠٤) هذه الأحكام مشار إليها فى:
Bonell op. cit., p. 13, 14, 15, 16.

(١) من أحكام التحكيم الدولية التى أشارت إلى مبادئ اليندروا لتكملة وتفسير الاتفاقيات الدولية حكم محكمة التحكيم الصادر من غرفة التجارة الفيدرالية فى فينا فى القضية رقم ٤٣١٨ لسنة ١٩٩٤، حكم محكمة التحكيم الصادر من غرفة التجارة الدولية فى القضية رقم ٨١٢٨ لسنة ١٩٩٥ كلاهما أشار إلى مبادئ اليندروا لملئ فراغ فى اتفاقية فينا للبيوع الدولية للبيضائع سنة ١٩٨٠. من أحكام القضاء محكمة استئناف جروينوبل فى القضية رقم لسنة ١٩٩٦ لتفسير اتفاقية فينا سنة ١٩٨٠ الحكم الصادر من المحكمة العليا فى فنزويلا سنة ١٩٩٧ حيث قد أشارت إلى مبادئ اليندروا لتفسير اتفاقية انتر - امريكان سنة ١٩٧٥ - مجلة القانون الموحدة ٩٧، ١٩٩٨ p. 182-176 هذه الأحكام مشار إليها Bonell op. cit. p. 18, 17.

(٢) Uniform law Review, p.182 - Bonell, op. cit.,p. 18.

(٣) انظر فى ذلك المادة (١) من مقدمة مبادئ اليندروا.

يضاف إلى ذلك الأفكار الأساسية التى تقوم عليها هذه المبادئ، من حيث حرية التعاقد ومراعاة حسن النية، والمحافظة على صحة التعاقد، ومراقبة عدم الانصاف، والالتزام بالعادات والاعراف. فضلا عن تعدد مجالات استخدامها حيث لم يقتصر استخدامها كقانون يحكم العقد، بل تستخدم فى تفسير وتكملة القانون الوطنى والاتفاقيات الدولية.

لذلك سوف نتناول مدى امكانية أن تكون مبادئ الينذروا أن تكون قانون للتجار جديد من خلال:

١- موقف الفقه وأحكام التحكيم الدولية.

٢- الأفكار الأساسية التى تقوم عليها المبادئ.

٣- تعدد مجال استخدامها.

الفرع الأول

موقف الفقه وأحكام التحكيم من مبادئ اليندروا

كمصدر لقانون التجار

لقد انقسم الفقه بصدد اعتبار مبادئ اليندروا مصدراً لقانون التجار بين جانب مؤيد وآخر رافض.

الجانب المؤيد لمبادئ اليندروا كمصدر لقانون التجار:

يذهب هذا الجانب من الفقه إلى أن مبادئ اليندروا تعد تقنينا للمبادئ العامة للقانون أو قانون التجار، حيث أن اللجوء إلى هذه المبادئ من شأنه أن يقلل الغموض والحيرة والشك بصدد مضمون قانون التجار(١).

ومن أنصار هذا الجانب من يرى أنه يوجد عاملان رئيسيان يؤهلان مبادئ اليندروا لأن تكون قانون للتجار، أو نواة لقانون التجار.

١- ظهور هذه المبادئ بهذا الشكل الموحد، وكذلك ما تتضمنه من تفسيرات.

٢- أنها تتضمن العنصر الرئيسى لنجاح قانون التجار فى العصور الوسطى وهو ذيوعها وقبولها بين الجالية التجارية.

وإذا كانت مبادئ اليندروا لا تتمتع بقوة الزامية فهذا ليس عائقا، ذلك لأن أحكام التحكيم القائمة على تطبيق قانون التجار ستجد الطريق لتنفيذها

---

(١) Bonell, the unidroit principles and transnational law "uniform law review 2000 p.199.

عن طريق اتفاقية نيويورك سنة ١٩٥٨، هذا من ناحية، أما من ناحية أخرى إذا كانت المحاكم الوطنية تلك التى لا تطبق قانون التجار كقانون يحكم العقد فإن هذه المحاكم عندما تمنح حكم التحكيم القوة التنفيذية القائم على قانون التجار، فهى بالتالى تنتهى إلى تطبيق قانون التجار، وبهذه الطريقة يلقى قانون التجار قبولا واسعا، كما أنه يدخل ساحة المحكمة من الباب الخلفى فيمكن أن تكون هذه المبادئ هى المفتاح لهذا الباب(١).

ومن أنصار هذا الجانب أيضا أن مبادئ اليندروا تبدو وكأنها قانون للتجار جديد، أو أنها بناء هام يتضمن تضمين لمبادئ قانون التجار. حيث أن استخدام مبادئ اليندروا لا يقتصر على حالة اشارة الأطراف إلى قانون التجار، ولكنه أيضا يزيد من قانونية قانون التجار، على الرغم من الطابع المبهم لقانون التجار. فإن تلك المبادئ تستمد قوتها الملزمة من قانون التجار، وكذلك القوة الملزمة لقانون التجار تصبح مؤيدة عملا بوجود هذه المبادئ(٢).

الجانب الرافض لاعتبار مبادئ اليندروا مصدراً لقانون التجار:

يرى أنصار هذا الجانب أن اشارة الأطراف إلى المبادئ العامة للقانون أو

---

(١) Gesa Baron, Bonn edinburgh op. cit. p. 13, 14.

(٢) J.J.Arualdez Clunt 1997 p. 1081; V.aussi G.Rouhette "les codifications du droit de contrats" art prec- Rev. droits 1996 N. 24 p. 132.

مشار إليه:

Benedicte Fauvarque-cosson "R.I.D.C" 2 1998 p. 481.

قانون التجار يكون من الصعب اعتبارها كما لو كانت اشارة ضمنية إلى مبادئ الينـدروا، كما أن الاشارة إليها تكون أقل احتمالية من ناحية أن نية الأطراف قد اتجهت إلى تطبيق مبادئ الينـدروا(١).

فأنصار هذا الجانب يرى أنه يوجد اختلاف عميق بين المبادئ وقانون التجار سواء من حيث المضمون أو من حيث الطبيعة، حيث أن قانون التجار هو تعبير عن القواعد المسلم بها، أو المعتادة من قبل رجال الاقتصاد الدولى. فالاختلاف الجوهرى بين مبادئ الينـدروا، وقانون التجار، أن هذا الأخير يتضمن قواعد مسلم بها، فى حين أن المبادئ تعرض حلول يطبقها المحكم أو القاضى أولا بأول(٢).

بالاضافة إلى ذلك فإن هناك من يرى أن مبادئ الينـدروا فى حد ذاتها كمبادئ للقانون أو قانون التجار فهى فقط جزء من قانون التجار لان تطبيقها من جانب المحكمين أو من جانب رجال الأعمال لا يعنى قدرتها على الانطلاق والانتشار بشكل أنها تعد قانون للتجار، فإن ذلك أمرا مازال مبكراً(٣).

---

(١) لمزيد من التفصيل فى هذا الرأى أنظر:

Bonell op. cit. R.D.U. 2000.

(٢) B.Fauverque-Cosson contrats de commerce international R.V.I.C. p. 481-482.

(٣) Van Houtte "the unidroit principles us guide to Drfting contracts B. 1995 in undroit principles Avew lex mereatoria? p 115-125-

مشار إليه فى:

Ralph Amissah, the autonomous contract Refelecting the borderless electronic. commercial anvironment in contracting N.79, oslo 1997 "http// www. lex mercatoria org". =

أحكام التحكيم الدولية:

لقد صدر العديد من أحكام التحكيم الدولية التى تشير إلى مبادئ الينـدروا كمصدر لقانون التجار سواء على مستوى التحكيم المنظم أو الحر(ed hoc)، فمن تلك الأحكام، حكم محكمة التحكيم الصادر من غرفة التجارة الدولية فى القضية رقم ٧١١٠ حيث كان النزاع يتعلق بعقود توريد معدات بين شركة انجليزية ووكالة حكومية فى الشرق الأوسط، حيث أن أغلب العقود لم تتضمن القانون المطبق، وبعضها فقط أشار إلى قواعد العدالة الطبيعية. وفى الحكم التمهيدى المتعلق بتحديد القانون الواجب التطبيق انتهت محكمة التحكيم إلى أن نية الأطراف قد اتجهت إلى استبعاد تطبيق أى قانون وطنى، وان مبادئ الينـدروا سوف تحكم العقود، وكذلك القواعد التى لا تدخل فى أى نظام قانونى وطنى إنما تكون تلك القواعد التى توفى حاجات التجارة الدولية وتتمتع بالقبول الواسع. فوفقاً لمحكمة التحكيم فإن تلك المبادئ والقواعد العامة تكون منعكسة فى قواعد الينـدروا، وبالتالى انتهت محكمة التحكيم أنه بدون المساس بنصوص العقد والعادات التجارية الخاصة، فإن العقود تكون محكومة بل يجب أن تفسر وفقا لقواعد الينـدروا، وذلك

= كما أشار الفقيه «بيرجر» أن المبادئ ذاتها لا توضح قيمتها القانونية كقانون مستقل وذاتى للتجار هى لا تقرر بشكل واضح عما إذا كانت نظام قانونى مستقل يمكن اختيارها كقانون صحيح يحكم العقد أو أنها تعد جزء من العقد ومن ثم يظل القانون الوطنى له علاقة بالعقد فالعلم بتلك المبادئ يكون مستنتج من تركيبها وسياقها.
هذا الرأى مشار إليه فى:

Gesa Baron Bonn edinburgh, op. cit., p. 12.

بتطبيق المبادئ على كل المسائل التى تقع داخل نطاق تطبيقها(١).

ومن أحكام التحكيم التى أشارت إلى مبادئ الينذروا كمصدر لقانون التجار حكم التحكيم الصادر من غرفة التجارة الدولية فى القضية رقم ٧٣٧٥ لسنة ١٩٩٦ حيث كان النزاع يتعلق بعقد توريد بضائع بين بائع أمريكى ووكالة حكومية فى الشرق الأوسط ولم يكن العقد متضمنا القانون الواجب التطبيق. فإن محكمة التحكيم قد انتهت إلى أن نية الأطراف قد اتجهت إلى عدم قبول تطبيق قانون وطنى، حيث قررت بالأغلبية تطبيق مبادئ الينذروا باعتبارها انعكاس للمبادئ والقواعد المتعلقة بالالتزامات التعاقدية المؤهلة كقواعد قانونية ومقبولة ومعروفة على نطاق واسع من قبل رجال الأعمال الدوليين، تلك التى تشمل مفاهيم يقال عنها انها جزء من قانون التجار وتأخذ فى اعتبارها كل ما يتعلق بالعادات التجارية(٢).

ومن أحكام التحكيم، حكم محكمة التحكيم الصادر فى بونيس ايريس سنة ١٩٩٧ فى النزاع القائم بين شركة شيليه وشركة مساهمة أرجنتينية ولم يتضمن العقد القانون الواجب التطبيق، وعند اللجوء إلى التحكيم فوض الأطراف المحكمين التحكيم بالصلح على الرغم من الأطراف كانوا قد أقاموا ادعائهم بناء على القانون الأرجنتينى، إلا أن محكمة التحكيم قررت تطبيق

---

(١) Icc international court arbitration N.7110 of 13 july, uniform law Review 1997, p. 812.

(٢) Icc. Award No 7375 of 5 june 1996. uniform law review 1998, p. 598.

مبادئ الیندروا باعتبارها تتضمن المبادئ والأعراف التجارية الدولية، حيث أنها انعكاس لمختلف الحلول فى النظم القانونية الوطنية(١).

فكما هو الحال بالنسبة لاختلاف الفقه حول مدى اعتبار مبادئ اليندروا مصدرا لقانون التجار بين مؤيد ومعارض، هناك أيضا أحكام تحكيم دولية تنتهى إلى عدم اعتبار مبادئ اليندروا مصدرا لقانون التجار ولكنها قليلة.

من أحكام التحكيم الدولية التى انتهت إلى عدم اعتبار المبادئ مصدرا لقانون التجار، حكم التحكيم الصادر من غرفة التجارة الدولية فى القضية رقم ٩٠٢٩ لسنة ١٩٩٨ حيث قررت محكمة التحكيم أنه بالرغم من أن مبادئ اليندروا تتضمن قواعد يمكن أن تشكل فى المستقبل قانون للتجار، إلا أنه فى الوقت الحالى ليست هناك ضرورة للربط بين مبادئ اليندروا وقواعد قانون التجار(٢).

وكذلك من أحكام التحكيم الصادرة بهذا الشأن الحكم الصادر من غرفة التجارة الدولية فى القضية رقم ٩٤١٩ لسنة ١٩٩٨ إذا كانت مبادئ اليندروا يمكن اختيارها كقانون يحكم العقد من جانب طرفيه أو أنها تساعد المحكم فى الوصول إلى قرار، لكنها فى مجموعها وذاتها لا تشكل قواعد معيارية من حيث اعتبارها قانون عبر دولى يحل محل القانون الوطنى فعلى الأقل المحكم يحدد القانون الوطنى الواجب التطبيق وفقا لقواعد تنازع القوانين التى يراها أكثر ملائمة(٣).

---

(١) Award of 10 december 1997 uniform law Review 1998, p. 178.

(٢) Icc Award No. 9029 clunt 1998.

(٣) Icc Award No. 9419, clunt 1998.

الفرع الثانى

الأفكار الأساسية التى تقوم عليها المبادئ

كما جاء فى مقدمة مبادئ اليندروا أن هدف هذه المبادئ هو تأسيس مجموعة متوازنة من القواعد للتطبيق فى كافة أنحاء العالم بصرف النظر عن الظروف الاقتصادية والسياسية للدول. ومن ناحية أخرى إن مبادئ اليندروا تتميز بقدر من المرونة التى تستطيع بها أن تواجه كافة الظروف عبر حدود التجارة الدولية، وفى نفس الوقت تحقيق الضمان والانصاف فى العلاقات التجارية الدولية.

ولا شك أن ايجاد قواعد متوازنة أو تحقيق المرونة لا يمكن إلا فى اطار أفكار أساسية يمكن الاعتماد عليها لتحقيق ذلك، وهذا ما هو موجود فى مبادئ اليندروا، حيث تقوم على أفكار أساسية من شأنها أنه يمكن القول أن هذه المبادئ تشكل قانون للتجار جديد، وتتحدد هذه الأفكار فى مبدأ حرية التعاقد، والالتزام بالعادات والأعراف التجارية، والمحافظة على صحة التعاقد، الالتزام بحسن النية[١]، وسوف نتناول هذه الأفكار.

١- مبدأ حرية التعاقد: يعد مبدأ حرية التعاقد من أهم الأفكار الأساسية التى تقوم عليها مبادئ اليندروا وهذا ما أبرزته المادة ١/١ التى تنص على «الأطراف يكونوا أحرار فيما يبرمونه من عقود وتحديد محتواها»، ومن ثم فإنه طبقا لذلك فالأطراف لهم الحرية فى ابرام العقود مع كافة الأشخاص القانونية بصرف النظر عن جنسيتهم أو نظمهم القانونية هذا من ناحية، ومن ناحية أخرى

---

(١) انظر ذلك سابقاً فى الجزء الخاص بمفهوم حسن النية فى التجارة الدولية، ص ٩٦ ومابعدها.

ان الأطراف لهم الحرية فى تحديد مضمون عقودهم، كما أبرزت ذلك المادة ١/٢ «للأطراف استبعاد هذه المبادئ أو مخالفتها أو تعديل آثارها»(١).

فإذا كان للأطراف الحرية فى ابرام العقود وتحديد محتواها، إلا أن ذلك ليس معناه أن هذه الحرية مطلقة، وهذا ما أوضحته المادة ١/٥ كما جاء فى فقرتها الأخيرة «ما لم يرد فى المبادئ النص على خلاف ذلك»، حيث أنه هناك من النصوص الآمرة التى تضمنتها المبادئ التى لا يجوز للأطراف استبعادها أو تعديلها أو مخالفتها ومن هذه النصوص نص المادة ١/٧ حيث جاء فى فقرتها (أ) لا يجوز للأطراف استبعاد هذا الالتزام أو تقييده(٢)، وكذلك المادة ٧/٥ الخاصة بتكييف السعر(٣)، والمادة ٧/٤ الخاصة بالتعويض فى حالة عدم تنفيذ العقد(٤).

---

(١) انظر فى ذلك التعليق على نص المادة (١) وفقراتها مبادئ العقود التجارية الدولية ترجمة مكتب الشلقانى للاستشارات القانونية والمحاماة ص ١١، دار النهضة العربية.

(٢) تنص المادة (١ / ٧) على ١ - يلتزم كل طرف بأن يتصرف وفقا لما يقتضيه حسن النية وأمانة التعامل فى التجارة الدولية. ٢ - لا يجوز للأطراف استبعاد هذا الالتزام أو تقييده.

(٣) تنص المادة (٥ / ٧) على:١- إذا لم يحدد الثمن فى العقد أو لم يرد فيه نص يسمح بتحديده، يعتبر ذلك ما لم يوجد ما يشير إلى غيره بمثابة موافقة من الأطراف على الاحالة إلى الثمن الجارى التعامل به فى تاريخ ابرام العقد بالنسبة لمثل هذا الالتزام فى الظروف المماثلة فى مجال التجارة المعنى إذا لم يكن هذا الثمن الجارى متاحا فيحدد الثمن بالثمن المعقول. ٢ - إذا كان الثمن واجبا تحديده بمعرفة أحد الأطراف وكان هذا التحديد غير معقول بشكل واضح فيحل محله الثمن المعقول بالرغم من أى شرط مخالف فى العقد. ٣-إذا كان الثمن واجب التحديد بمعرفة الغير ولم يتسن لهذا الغير القيام بهذه المهمة أو رغب عنها فيتحدد الثمن بالثمن المعقول. ٤- إذا كان الثمن واجب تحديده بالإحالة إلى عناصر أخرى غير موجودة أو لم تعد موجودة أو متاحة فيستبدل بها أقرب عنصر معادل.

(٤) انظر فى ذلك المادة ٤/٧ من مبادئ الينذروا.

٢ - الالتزام بعادات وأعراف التجارة الدولية:

فضلا عن أن العادات والأعراف تعد من أهم الأفكار الأساسية التى تقوم عليها، إلا أنها تجعل من مبادئ الیندروا مبادئ مرنة وفعالة بحيث تصبح قانون فعال(١) . يضاف إلى ذلك أنها تصبح أدوات قانونية ذات أهمية خاصة عند رجال الجالية التجارية. ولقد أشارت المبادئ إلى الالتزام بعادات وأعراف التجارة الدولية فالمادة (١/٨)(٢) من مبادئ الیندروا تناولت عادات وأعراف التجارة الدولية فى نصوصها بشكلين:

الأول: تنظيم حقوق وواجبات الأطراف كما هو مبين فى العديد من النصوص، مثال ذلك المادة ٢/٦/٣(٣)، والثانى: استخدام العادات والأعراف كأحد وسائل التفسير كما هو مبين من نص المادة ٤/٣(٤)، ٥ / ٢ (٥).

---

(١) Gesa, Baron,.. op. cit. p. 11.

(٢) تنص المادة (٨/١) «يلتزم الأطراف بالعادات التى اتفقوا عليها وكذلك بالمعاملات التى استقرت فيما بينهم ويلتزموا بكل عادة تكون فى التجارة الدولية معروفة لهم على نطاق واسع ومرعية بانتظام فى عقود فرع التجارة الذى يخصهم وذلك ما لم يكن تطبيقها غير معقول.

(٣) تنص المادة ٦/٢ الفقرة الثالثة «مع ذلك وبناء على الايجاب أو نتيجة للممارسات التى أرساها الأطراف فيما بينهم أو كنتيجة لعادات مرعية قد يفصح من وجه إليه الايجاب عن قبوله عن طريق تصرف يقوم به دون اخطار للموجب وينتج القبول أثره....».

(٤) تنص المادة ٣/٤ فقرة (و) العادات المرعية.

(٥) تنص المادة ٢/٥ فقرة (ب) المعاملات المستقرة فيما بين الأطراف والعادات.

المحافظة على صحة التعاقد:

كذلك تعد فكرة المحافظة على صحة التعاقد من الأفكار الأساسية التى تقوم عليها مبادئ الينذروا سواء فى مرحلة تكوينه أو تنفيذه، وهذا ما يبدو فى الكثير من نصوص مبادئ الينذروا، وإن كانت هذه النصوص لم تشر صراحة إلى ذلك، إلا أنه يستفاد منها وذلك لحماية العقد من أى فشل يتعرض له ومن هذه النصوص المادة ١/٢، ١٢/٢، ٣/٣ وغيرها(١).

الفرع الثالث

تعدد مجالات استخدام مبادئ الينذروا

تتميز مبادئ الينذروا عن سائر الأعمال الدولية المتعلقة بتنظيم التجارة الدولية أياً كان شكلها بتعدد مجالات استخدامها، حيث لا يقتصر استخدامها على مجرد انها قانون يمكن أن يحكم العقد كما هو مبين بها فى التمهيد من حيث استخدامها كنموذج للمشرعين، وكدليل لصياغة العقود، وكبديل للقانون المطبق على العقد، وتفسير وتكملة القانون الوطنى. وسوف نتناول ذلك بشئ من التفصيل حيث لم يأت بأى عمل دولى متعلق بالتجارة الدولية ما جاء بها من نصوص بشأن مجالات استخدامها.

١- كنموذج للمشرعين:

إن ما جاء بمقدمة المبادئ من حيث أنه يجوز اتخاذ هذه المبادئ نموذجا للمشرعين على المستويين الوطنى والدولى، إن ذلك أمراً أصبح يؤكده واقع

---

(١) انظر فى ذلك أيضا ١٤/٢، ٢٢/٢، ٢/٣، ٢/٦(١)، ٢/٦ (٣)، ٣/٦ (١)، ٣/٧ (٦)، ١/٧ (٤).

التشريعات عامة من خلال استخدامها على الصعيدين الوطنى والدولى فى اعداد ووضع التشريعات الخاصة بالقانون الذى يحكم العقد. ومن هذه التشريعات التى كانت مبادئ الينذروا مصدرا لها القانون المدنى الروسى الجديد، وقانون العقود الصينى الجديد، وكذلك كانت أساس لبعض مشروعات القوانين كالقانون التونسى، والاسرائيلى، والأرجنتينى. كما أنه توجد اشارة لمبادئ الينذروا فى تقرير لجنة مراجعة قانون الالتزامات الالمانى، ومشروعات تعديل القوانين الخاصة بالعقود فى نيوزيلندا، والتقرير النهائى الخاص بمراجعة المادة الثانية من القانون التجارى الموحد(١).

لم يقتصر أمر المبادئ على أنها نموذج للمشرعين، بل أنها أصبحت بنص القانون أحد المصادر التى يعتمد عليها المحكم فى اصدار قراره، كما هو الحال فى نص المادة ٢٧ من قانون بنما «ان المحكم سوف يعتمد على بنود العقد فى تطبيق القانون الذى يحكم العقد، ويجب أن يأخذ فى الاعتبار عادات وأعراف ومبادئ العقود التجارية الدولية(٢).

استخدام المبادئ كدليل لصياغة العقود:

من أهم الاستخدامات التى أشارت إليها مقدمة مبادئ الينذروا، ولم ترد أيضا فى أى عمل دولى متعلق بالتجارة الدولية باستثناء قواعد الانكوتومز أنها تستخدم كدليل يقتاد به أطراف العقد فى صياغة عقودهم حتى لا يحدث

---

(١) Bonell op.cit., p. 11 R.D.U 1997.

(٢) Bonell op. cit., p. 5-R.D.U. 2000.

ثمة اختلاف بينهم بصدد بعض المصطلحات، وذلك لأن غالبية عقود التجارة الدولية يتم ابرامها بين أشخاص قانونية ينتمون إلى نظم قانونية مختلفة، علاوة على استخدامها كدليل لصياغة العقود فإنها تساعد أيضا الأطراف فى تحديد الآثار القانونية لمختلف نماذج العقود، وبيان الحلول اللازمة كما قال الفقه ان المبادئ نفسها أصبحت أحد الكتب المفضلة لممارسة العقود الدولية(١).

استخدام المبادئ كقانون بديل يحكم العقد:

ان استخدام المبادئ كقانون يحكم العقد له صورتان: الأولى هى أن الأطراف يشيروا فى العقد إلى المبادئ كقانون يحكم العقد بشرط ألا يكون فى ذلك اخلال بالقواعد الآمرة فى القانون الوطنى. والثانية هى أن المبادئ تكون بديلا عن القانون الوطنى، وذلك فى حالة استحالة تعيين القاعدة القانونية المرتبطة بالنزاع فى حين يوجد فى المبادئ ما هو بديلا لذلك، وفى شكل آخر يمكن استخدام المبادئ كبديل عن القانون المحلى إذا كان ذلك من شأنه أن البحث فى تطبيق القانون يتطلب بذل الجهد وتكاليف غير عادية.

ولقد علق أحد القضاه الفرنسيين على استخدام المبادئ كقانون يحكم العقد حيث قال «ان سهولة الدور الذى تؤديه فى حالة اختيارها كقانون يحكم العقد، من حيث أنها أكثر ملائمة من الاختيار التقليدى لقانون محايد. فإذا

---

(١) M.Fontaine, les principes unidroit, Guide de la redaction des internationaux p. 82.

مشار إليه فى Bonell op. cit. p. 11 R.D.U. 1997.

كانت توجد دعوى فإن العلم بالقانون الأجنبى يستلزم لجوء القاضى إلى قوانين البلاد والبحث فى تفسيرها(١) . كما علق أحد المحامين على المبادئ من أنها بناءً قوياً حيث أنها أعدت بشكل واضح وبلغة سهلة يضاف إلى ذلك أنها تعد انعكاس لروح المعقولية والعدالة والانصاف(٢).

ومن أحكام الدولية التى أشارت إلى تطبيق مبادئ اليندروا بدلا من القانون المعين لتطبيقه على العقد بسبب ما سبق ذكره، حكم محكمة التحكيم الصادر فى لوندرا حيث كان الأطراف قد اتفقوا على تطبيق مبادئ القانون الانجلو سكسكونى، إلا أن المحكمة طبقت مبادئ اليندروا، وذلك لأن تطبيق مبادئ القانون الأنجلوسكسونى غير مألوف، فضلا عن أنه يكون محل حيرة فى تطبيقه(٣).

استخدام المبادئ لتفسير وتكملة القانون الوطنى:

على الرغم من أن مبادئ اليندروا لم تتناول فى المقدمة استخدامها لتفسير وتكملة القانون الوطنى والشروط التعاقدية. ومع ذلك فإن أحكام التحكيم قد أخذت بهذا، ومن ذلك الحكم الصادر من غرفة التجارة الدولية فى

---

(١) J.P.Beraudo, les principes d'unidroit relatifs au droit du commerce international in la semaine juridique 1995 p. 191.

مشار إليه فى: Bonell , op.cit. p. 12 R.D.U. 1997.

(٢) انظر هذا الرأى فى: Bonell, op. cit. p. 13 R.D.U. 1997.

(٣) Bonell, les principes d'un droit relatifs aux contrats du commerce international vers une nouvelle lex mercatoria. R.D.A.I 1997, 145.

القضية رقم ٨٤٨٦ لسنة ١٩٩٦ بصدد عقد البيع المبرم بين تركى وهولندى لتركيب ماكينة انتاج سكر الكتله، حيث كان القانون المطبق على العقد القانون الهولندى. وبعد ابرام العقد رفض المشترى التركى الوفاء بالدفعة المقدمة من الثمن بحجة أنه توجد صعوبات مالية نتيجة للهبوط المفاجئ فى السوق بالنسبة لسكر الكتله. حيث أن كل من الطرفين قد فشل فى التوصل إلى اتفاق بشأن مراجعة العقد، ومن ثم رأى البائع الهولندى انتهاء العقد وطالب بالتعويض من المشترى التركى، إلا أن المشترى التركى قد دفع بشرط القوة القاهرة hard ship طبقا للمواد ٦/٢٥٨ من القانون المدنى الهولندى. وفى رفض هذه الحجة ركزت محكمة التحكيم على أن الطابع الاستثنائى للقوة القاهرة يقتضى تغيير أساسى فى النظام المالى للعقد. وبتطبيق ذلك لم تكتف المحكمة بالاشارة إلى نص المادة ٦/٢٥٨ من القانون الهولندى المطبق، ولكنها أشارت أيضا إلى المواد ٢/٦ (١) من مبادئ اليندروا وكانت حجة محكمة التحكيم فى تطبيق المادة ٢/٦ (١) من المبادئ أن القانون الهولندى فى مغزاه الدولى ينبه إلى ما هو مسلم به من وجهة النظر السائدة فى مجال العقود الدولية(١).

ومن أحكام التحكيم الحر الحكم الصادر فى روما سنة ١٩٩٦، حيث كان النزاع يتعلق بعقد بيع زيوت بين شركة ايطالية وشركة انجليزية، وكان العقد ينص صراحة على أن القانون الايطالى هو القانون الذي يحكم العقد بالرغم من أن قانون الإجراءات المدنية الايطالى وفقا لنص المادة ٨٣٤ تشير إلى أن المحكم

---

(١) Icc Award No. 8486, 1996, clunt 1998.

يجب عليه أن يضع فى الاعتبار بنود العقد والعادات التعاقدية، ومع ذلك فإن محكمة التحكيم أشارت مراراً وتكراراً إلى مبادئ اليندروا لتؤكد أن الحل المقرر طبقا للقانون الايطالى يتوافق مع المعايير العالمية.

تقدير مدى اعتبار مبادئ اليندروا قانونا للتجار جديد:

على الرغم مما تضمنته مبادئ اليندروا من قواعد وأسس تقوم عليها يمكن أن تؤهلها لأن تكون قانون للتجار جديد، ومع هذا فإنها لم تصل إلى مرحلة أنها تعد نظام قانونى مستقل قائم بذاته يمكن أن يحكم العقد مستقلا عن الأنظمة القانونية الوطنية.

فعلى سبيل المثال، بالرغم من أنها عالجت فى نصوصها الكثير من الحالات تلك التى لم تتضمنها الأعمال الخاصة بالتجارة الدولية، فمنها عيوب الارادة (الغلط - الغبن - التدليس)، إلا أنها لم تستطع معالجة بعض المسائل كما هو مبين فى نص المادة (١/٣) حيث نصت على ذلك صراحة «لا تعالج المبادئ عدم صحة التعاقد الناشئة عن انعدام الأهلية، وانعدام سلطة المتعاقدين، ومخالفة الآداب أو عدم المشروعية» حيث تظل هذه المسائل خاضعة للقوانين الوطنية.

ومن ناحية أخرى فإن المبادئ تعترف بذاتها بعدم قدرتها على الاستقلال عن الأنظمة القانونية الوطنية، بحيث أن تكون نظام قانونى قائم بذاته قادر على أن يحكم العقد حتى لو كان متعارضا مع القواعد الآمرة فى القوانين الوطنية. ومن ثم أن تطبيقها مرهون بعدم مخالفتها للقواعد الآمرة فى القوانين الوطنية إذا كانت قانون يحكم العقد.

فضلا عن ذلك فإنه توجب أسباب خارجية تؤكد عدم امكانية أن تكون هذه المبادئ قانون للتجار جديد وهى:

١- غياب السلطة القضائية التى تقوم بعملية التفسير الموحد:

ان من أولى الأسباب التى تؤدى إلى عدم اعتبار مبادئ الينذروا قانون للتجار جديد هو عدم وجود سلطة قضائية تقوم بعملية التفسير الموحد للمبادئ. فعلى سبيل المثال ما أشارت إليه المادة ١/٧ من حيث الالتزام بمبدأ حسن النية لان هذا المبدأ لا يختلف تطبيقه من نظام قانونى إلى نظام قانونى آخر بل يختلف تطبيقه داخل النظام القانونى ذاته. ومن ذلك النظام الانجلو امريكى فمبدأ حسن النية معترف به فى القانون الأمريكى دون مرحلة المفاوضات فى حين أنه فى القانون الانجليزى لا يعترف به إلا فى مواضع متفرقة فهو ليس قاعدة عامة(١).

٢- عدم القدرة على تطبيق مبادئ الينذروا كقانون يحكم العقد:

إذا كانت مبادئ الينذروا يمكن اعتبارها كقانون يحكم العقد فإنه طبقا

---

(١) R.Goode. international restatement of contract and English contret law. R.D.U. 1997, 31, sp. 238.

لمزيد من التفصيل بشأن عدم التفسير الموحد للمبادئ انظر المادة ١٥/٢ (١، ٣٢) الخاصة بشأن المفاوضات بسوء نية من حيث أن تفسير وتطبيق نص هذه المادة يعتمد على القضاة الوطنيين فالقاضى الفرنسى يكشف بسهولة عن سوء النية على العكس من القاضى فى النظام الأنجلو سكسونى الذى يدقق فى الكشف عن سوء النية ومن ثم ان المبادئ لا تحقق الأمان القانونى للأطراف. على أن البعض من الفقه قد ذهب إلى حد انكار القيمة المعيارية للجزء الخاص بتكوين العقد:

Béné Dicte fauvarque - cosson op. cit., R.i. de p. 421.

لاتفاقية روما سنة ١٩٨٠ والقانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية، فإنه لا يمكن تطبيق المبادئ كقانون يحكم العقد وفقا لنص المادة الثالثة والرابعة من الاتفاقية، لانه يجب أن يكون القانون المطبق على العقد قانونا وطنيا سواء كان مختارا من قبل الأطراف، أو فى حالة عدم الاختيار يكون القانون الأوثق صلة بالعقد(١).

هذا من ناحية، ومن ناحية أخرى انه فى حالة اختيارها كقانون يحكم العقد فإنه لابد من الرجوع إلى القانون فى بعض المسائل، وهذا ما أشارت إليه مبادئ الينذروا فيما يتعلق بالأهلية وعدم المشروعية(٢).

فإذا كانت هناك بعض أحكام التحكيم الدولية التى أشارت إلى تطبيق المبادئ كقانون يحكم العقد فإن ذلك يرجع إلى أن المنازعة قد ثارت بصدد مسائل وجد لها قاعدة فى المبادئ ومن ثم طبقتها محكمة التحكيم، اما إذا كان الأمر غير كذلك، فكان لابد من اللجوء للقانون الوطنى.

وفى النهاية ان مبادئ النيدروا لا يمكن أن تشكل نظاماً قانونياً مستقلا عن القوانين الوطنية يصلح لأن يحكم العقد منذ ميلاده حتى نهايته. وبالتالى لا تصلح لأن يكون قانوناً للتجار وإن كانت وبحق فإنها تعد من أفضل القواعد القانونية المنظمة لعلاقات التجارة الدولية، حيث أنها تناولت ما لم تتناوله

---

(١) انظر المواد ٣، ٤ من اتفاقية روما سنة ١٩٨٠ الخاصة «القانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية».

(٢) انظر المادة (٣) من مبادئ الينذروا.

معظم القواعد القانونية المتعلقة بالتجارة الدولية سواء من حيث الاشارة والتفصيل. لكن فى النهاية هى كما قال الفقه الذى كان من الأولى به أن يدافع عن هذه المبادئ متلافياً كافة الانتقادات التى وجهت لنظرية قانون التجار، حيث يجد فيها ضالته المنشودة، حيث لا يوجد فى دقة المبادئ لاعتبارها قانون التجار إلا أنه قد وصفها بأنها تقوم بدور مساعد فى تكملة وتفسير القانون الوطنى أو القانون المطبق وفقا لقواعد تنازع القوانين(١)، ومن ثم انتهى إلى أنه لا غنى عن القانون الوطنى لحكم العلاقات التجارية الدولية.

---

(١) A.Boggiano "la convention intermericaine sur la loi applicable aux contrats internationaux et les principes d'unidroit R.O.U. 1996 p.219 et seq.

مشار إليه فى: .Bonell note 51 R.D.U. 2000.

المبحث الثانى

مفهوم مبدأ حسن النية

فى التجارة الدولية

تمهيد: بالرغم من أن مبدأ حسن النية مبدأ مستقر عليه فى كافة النظم القانونية سواء نظم القانون الخاص، أو نظم القانون العام، أو النظم الجرمانية، وكذا فى كافة القواعد المنظمة للتجارة الدولية أياً كان شكلها، سواء كانت اتفاقيات دولية ما تعلق منها بتوحيد قواعد تنازع القوانين، أو ما كان منها متعلقا بقواعد موضوعية، وكذلك الشروط العامة، والعقود النموذجية، وقواعد الأنكوترمز.

ومع ذلك لا يوجد تعريف عالمي لمبدأ حسن النية[١]، لذلك كان موضوع حسن النية واحداً من أكثر الموضوعات التى أثارت جدلا أثناء إعداد اتفاقية فينا سنة ١٩٨٠ بين وفود الدول التى شاركت فى إعداد هذه الاتفاقية.

لذلك سوف نتناول مفهوم مبدأ حسن النية فى التجارة الدولية فى:

المطلب الأول: أهمية مبدأ حسن النية وتعريفه ووظيفته.

المطلب الثانى: مفهوم مبدأ حسن النية فى القواعد الموضوعية الدولية.

المطلب الثالث: مفهوم مبدأ حسن النية فى مبادئ الينذروا.

---

(١) Disa-Sim, the scope and Application of good faith in the vienna convention on contracts for international sale of goods P.L.Sch. inst.t.of int, L.com.L., september 2001. p. 11.

المطلب الأول

أهمية وتعريف ووظيفة

مبدأ حسن النية

أهمية مبدأ حسن النية:

تؤكد أحكام التحكيم الدولية وأقوال الفقه كافة على أهمية مبدأ حسن النية حيث، يقول رأى فى الفقه إن مبدأ حسن النية قاعدة أساسية يقوم عليها العقد الدولى فى تكوينه وتنفيذه، حيث بلور أهمية هذا المبدأ من حيث أنه قد اعتبره وثيقة تؤكد من جانب على قاعدة القوة الملزمة للعقد، ومن جانب آخر يقاس بها سلوك المتعاملين فى التجارة الدولية(١). ويقول رأى آخر فى الفقه معبراً عن أهمية مبدأ حسن النية من أنه يجعل التعاقد أكثر دقة وتكافؤ(٢). ولقد أكد رأى آخر أيضا على أهمية مبدأ حسن النية فى عقود التجارة الدولية فى تعليقه على أحد أحكام محاكم التحكيم الدولية، حيث يقول لو أن المحكمين قد أسسوا حكمهم على مبدأ حسن النية باعتباره من مبادئ قانون التجارة، لتفادوا الكثير من الانتقادات الموجهة إلى قراراتهم(٣).

---

(١) Filali Osman "les principes généraux de la lex mercatoria contribution à letude d'un order juridique anational Paris L.G.D.I. 1992, p. 37.

(٢) انظر ذلك فى:
Paul.J.Powers, Defining the undefinable good faith and C.I.G. J.L. and com. 1999. p. 359, NO. 120.

(٣) Clunt 1987 p. 184.

وهناك من يرى أنه يسمح لأطراف التعاقد على الأقل بقدر من الأمان من حيث أن الطرف الآخر سوف ينفذ التزاماته المحددة فى العقد، وذلك لتزايد المخاطر الاقتصادية فى التجارة الدولية، وخاصة عقد البيع الدولى الذى أصبح أكثر حاجة إلى مبدأ حسن النية(١).

ورأى آخر يبرز أهمية مبدأ حسن النية من ناحيتين، الأولى أنه يستطيع صيانة وحماية توقعات الأطراف وذلك عن طريق احترام وتحقيق روح العقد بدلا من الوقوف على المعنى الحرفى له، وكذا حماية المصلحة الشخصية فى المعاملات. فضلا عن قدرته على تحقيق الكفاية الاقتصادية ومواجهة كل الفراغات غير المحتملة التى لم ينظمها العقد، ومن الناحية الثانية أن حسن النية منهج يعالج سوء النية شمولا بدلا من علاجها تدريجياً(٢).

وتؤكد أحكام التحكيم الدولية على أهمية مبدأ حسن النية، ومن هذه الأحكام حكم محكمة التحكيم الصادر من غرفة التجارة الدولية، حيث يؤكد الحكم على أهمية حسن النية مقررا «إن مبدأ حسن النية يهيمن على العقد الدولى منذ لحظة ميلاده مروراً بتفسير بنوده وشروطه وانتهاء بتنفيذه»(٣).

---

(١) Paul J.Powers op. cit., p.350.

(٢) Disa Sim. 2001, op. cit. p.5. N. 28.

(٣) Clunt 1990 p. 1056.

ومن أحكام التحكيم أيضا التى تؤكد أهمية مبدأ حسن النية الحكم الصادر من غرفة التجارة الدولية فى ٢٦ أكتوبر ١٩٧٩ فى قضية Norsolor حيث تقرر أن حسن النية يجب أن يرأس تكوين العقود، تنفيذها» ومن أحكام التحكيم الحر حكم التحكيم الصادر فى ابريل ١٩٨٢ حيث يؤكد أن مبدأ حسن النية يعد أحد المبادئ الأساسية للعلاقات التعاقدية=

وتتأتى أهمية مبدأ حسن النية فى نطاق التجارة الدولية من أنه يخفف من مبدأ العقد شريعة المتعاقدين الذى يجد فى نطاق قانون التجارة الدولى الذى يفتقد فى شكله الدولى الطابع الالزامى، المجال الأمثل لتطبيقه. حيث أنه يحول بين طرفى العقد وبين التمسك بإنهاء العقد لمجرد الانحراف البسيط فى التنفيذ من جانب أحد الطرفين، وتؤكد أحكام التحكيم الدولية على أهمية هذا المبدأ من حيث اعتماد المحكمين على مبدأ حسن النية فى حل المنازعات المعروضة أمامهم، حيث أن المحكمين ملزمين بتطبيق مقتضيات مبدأ حسن النية فى القوانين الوطنية، وأحكام التحكيم الدولية تؤكد على أن أطراف العقود فى التجارة الدولية يجب أن يتصرفوا بحسن نية بصرف النظر عما إذا كانت القوانين الوطنية تفترض ذلك. يضاف إلى ذلك أن المفسرين يؤكدوا أن مبدأ حسن النية أصبح أحد المبادئ الرئيسية فى إجراءات التحكيم الدولية(١).

= وخاصة فى الأعمال الدولية الذى يكون مقدسا خاصة في عادات التجارة الدولية، القانون الدولى. الحكم الصادر من غرفة التجارة الدولية فى القضية رقم ٣٢٦٧ لسنة ١٩٧٩حيث تقرر أن مبدأ حسن النية يجب أن يسود تنفيذ العقد، حكم محكمة التحكيم فى هامبورج سنة ١٩٧٦ أن القواعد سالفة البيان لا تكون مرتكنة إلى قواعد القانون الالمانى ولكن تكون نتيجة لمبدأ حسن النية، كذلك حكم غرفة التجارة الدولية سنة ١٩٧٤ فى القضية رقم ١٧٨٤ حيث تقرر أن حسن النية يجب أن يحكم نية الأطراف، تنفيذ الالتزامات خاصة إذا كان الاتفاق يُكون عقد دولى.

وانظر أيضا مزيد من أحكام التحكيم الدولية وتعليق الفقهاء عليها تلك التى تؤكد على أهمية مبدأ حسن النية:

Christopher. R.Drahozal commercial Norms Commercial cods and international commercial Arbitration. http:/ law. vaderbilt. edu/ journal/ hone. html.

(١) Christopher R.Drahozal, op. cit., p. 127.

وإن ما يؤكد على أهمية مبدأ حسن النية، أن كافة النظم القانونية سواء العام، أو الخاص، أو الجرمانية، وكذا الاتفاقيات الدولية المتعلقة بالبيع الدولى سواء ذات القواعد الموضوعية (لاهاى ١٩٦٤، فينا ١٩٨٠)، أو المتعلقة بتوحيد قواعد تنازع القوانين (لاهاى ١٩٥٥، لاهاى سنة ١٩٨٦)، وكذا مبادئ اليندروا والمبادئ المتعلقة بالعقود الأوروبية، وقواعد الانكوتومز تتضمن النص على مبدأ حسن النية.

تعريف مبدأ حسن النية:

لقد ورد تعريف مبدأ حسن النية فى المعجم القانونى الأسود بأنه حالة مجردة غير ملموسة ليست ذات معنى قانونى أو معنى اصطلاحى(١)، كذلك تضمنت بعض التشريعات كالقانون التجارى الأمريكى الموحد(٢)، والقانون السويسرى(٣)، معنى حسن النية ولكن لا يمكن اعتبار ذلك تعريفاً لمبدأ حسن

---

(١) Blak's law dicitionary defines good faih as an intangible and abestract quality with no technical or statutory defintion, and it encompasses among other things. as honest belief, the Absence of malice and the absence of design to defraud or to seek an unconscionable advantage..." Black's law Dictionary 693 (Gth ed. 1990). مشار إليه فى:.Paul J.Powers, op. cit. p. 350

(٢) تنص المادة (٣) من القانون المدنى السويسرى أن حسن النية هو الاعتقاد الخاطئ بوجود وضع قانونى معين ذلك الاعتقاد الذي وجد له مبررا نفسيا وأخلاقيا فى آن واحد.

(٣) لقد أورد قانون التجارة الأمريكى الموحد uniform commercial code تعريفين لمبدأ حسن النية فى قسميه الأول والثانى. تنص المادة (١/٢٠٣) من القسم الأول «أن حسن النية يعنى الصدق فى التصرفات....»، التعريف الخاص لحسن النية فى القانون التجارى الأمريكى يتعلق بالمعاملات بين التجار حيث تنص المادة (١/٣٠١) حيث تنص أن حسن النية يعنى الصدق فى التصرف مع مراعاة العدالة والانصاف وفقا للمعايير التجارية المعقولة السائدة.

وعلى الرغم من هذه التعريفات ان الفقهاء الأمريكيين يقررون أنهم لم يكونوا أسعد حظا =

النيـة حيث توجد صعـوبة فى تعـريفـه كـمـا قال رأى فى الفقه أنه من الصعب تعـريف مبدأ حسن النية وذلك يرجع إلى عدة أسباب(١)، وكذلك كـان تعـريف مبدأ حسن النية مجالا للاختلافات.

هناك من يعـرف مـبـدأ حـسن النيـة «بما يجب أن يكون، وبما يجب ألا يكون» أو بعـبـارة أخرى يعـرفـه تعـريفا ايجابيـا، وسلبيـا ويعد ذلك من أشهـر التـعـريفـات. فـمن ناحيـة تعـريف مـبدأ حسن النيـة بما يجب أن يكون (تعـريف ايجابى) فإنه توجد عدة تعريفات ايجابية متعددة لحسن النية، منها أن حسن النيـة هو السلوك القـويم، والمعـقـوليـة، والعـدالة والانصـاف، والأمـانة فى التصرف. ومن ناحية تعريف حسن النية بما يجب ألا يكون (تعريف سلبى) إن حسن النية يعنى غياب نية الإضرار، والتصرف وفقا للسلوكيات المعقولة المقررة طبقا للأعراف السائدة.

= فى تعريف حسن النية، أنهم إذا كانوا فى الواقع لديهم تعريفات قانونية لحسن النية فانها لا تعنى لهم ماذا يعنى حسن النية حيث لا يوجد اتفاق تام على معنى حسن النية فى التنفيذ. انظر فى ذلك farnswarth "concept of good faith in American law p.148 center for comparative and foreign law studies "httpp;/ ./ www.cnr. it/ crdcs/ franswrt. htm".

(١) يرجع أستاذنا الدكتور نعمان جمعة صعوبة تعريف مبدأ حسن النية لعدة أسباب: ١- أن لحسن النية أدوار عديدة ومتباينة مما يؤدى إلى اختلاف المعنى المقصود به من حالة إلى أخرى. ٢- ان فكرة حسن النية تختلط فيها الأخلاق بالقانون. ٣- أن فكرة حسن النية تختلط بعناصر كثيرة مجاورة لها وتنبع معها من منبع واحد وهذه العناصر الجهل، والخطأ، الغلط. لمزيد من التفصيل انظر الأستاذ الدكتور نعمان جمعة «أركان الظاهر كمصدر للحق» ص١٣٠، ١٣١، سنة ١٩٧٧. دار النهضة العربية.

إلا أنه بالنسبة لهذا التعريف فإنه منتقد من ناحية تعريف حسن النية بما يجب أن يكون (التعريف الايجابى) من أنه السلوك القويم، والأمانة فى التصرف إلى آخر هذه التعريفات الايجابية فإنها تتسم بالغموض والابهام، حيث أنها فشلت فى تحديد معنى حسن النية، وكما قال الفقه إن المفسرين استخدموا هذه المصطلحات البديلة دون التمييز بينها، إذا كان مفهوم الأمانة العدالة والانصاف، والمعقولية، فى الحقيقة تتطلب أو تعنى تعديل السلوك غير القويم، إلا أنها بالرغم من ذلك تشير إلى معانى مختلفة. فالأمانة تشير إلى subjective state of mind الحالة الذهنية، بينما تشير العدالة والانصاف إلى objective state of affairs، والأكثر من ذلك أن المرء يستطيع أن يتصور أن الفعل معقول بدون كونه غير صادق.

أما من ناحية تعريف مبدأ حسن النية بما يجب ألا يكون (التعريف السلبى) من حيث غياب نية الإضرار فإنه لا يوجد معيار مطلق تام لبيان الحالة الذهنية للتعرف على نية الضرر يمكن استخدامه فى الحالات المستقبلة(١).

وهناك من يرى أنه يمكن تعريف حسن النية أن كل طرف فى العقد يأمل أن الطرف الآخر يقوم بتنفيذ واجباته التعاقدية بأمانة وانصاف طبقا للسلوك المقرر فى الجماعة التجارية، فحسن النية كمبدأ دولى يقتضى من الأطراف فى معاملاتهم الدولية أن يتصرفوا بمعقولية.

---

(١) Disa sim. op. cit., p.16 N..46.

ويرى هذا الرأى أن هذا التعريف يعد تعريفا دوليا لمبدأ حسن النية، وذلك لأنه يشمل أفضل التعريفات لحسن النية في القوانين الوطنية، فإن أقل ما يقال عن حسن النية كقاعدة ذهبية goldon rule عامل الناس كما تحب أن يعاملوك.

وهذا الجانب من الفقه يعترف أن هذا التعريف يتسم بالغموض، إلا أنه يدافع عنه من زاوية أن هذا التعريف من شأنه أن يمد المحاكم والأطراف فى العقود بمعرفة ما يأملوه، حيث أن هذا التعريف على الرغم من ابهامه إلا أنه يقيم حدود مبدأ حسن النية، ويكشف للقضاة عن نقطة بداية ينطلقوا منها(١).

بالاضافة إلى ذلك هناك العديد من التعريفات(٢) لمبدأ حسن النية لكنها

---

(١) Pul J.Powers op. cit., p.351.

(٢) لمزيد من تعريفات حسن النية انظر فى ذلك د. نعمان جمعة، أركان الظاهر كمصدر للحق، سابق الاشارة إليه ص ١٣٠، ١٣٩، الأستاذ الدكتور حسن عامر «التعسف فى استعمال الحقوق والغاء العقود» ص ٧٦، ٧٧، ٧٨ سنة ١٩٦٠ ومؤلفه أيضا «القوة الملزمة للعقد» ص ٣٨، Mahmoud Gamal Eddine Zaki, la boon foi dans l'acquisition des droits en droit prive, etude comparre p. 17, 18, 19. la caire imp. universite foud 1er 1952. وكذلك رسالة دكتور السيد بدوى «حسن النية فى المعاملات المدنية»، ص٢١ ومابعدها، رسالة الدكتور عبد الحليم القونى «حسن النية وأثره فى التصرفات»، ص٨١ ومابعدها، ومقالة الدكتور الهادى السعيد عرفه «حسن النية فى العقود» ص ١٥٠ ومابعدها، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية كلية الحقوق جامعة المنصورة، ١٩٨٦، العدد الأول.

Emile totongui, le concept de la bonne foi dans la loi mixte, gui, مجلة مصر المعاصرة ١٩٤٢، ص ٢ ومابعدها.

"le code ne le dit pas mais l'absencr l'une definition technique special de la bonne foi permet de recau - ir a la definition generale que si concentre dans la exclusion du mauvois foi, done dans l'ignorance du situation irreguliere au illegale".

كلها محل للنقد. ومن ثم يمكن القول كما قال الفقه أنه لا يوجد تعريف عالمى شامل لمبدأ حسن النية، ويمكن ارجاع صعوبة وضع تعريف لمبدأ حسن النية فى قانون التجارة الدولية للآتى:

١- إحجام الاتفاقيات الدولية المنظمة لعقد البيع الدولى عن وضع تعريف لمبدأ حسن النية(١).

٢- عدم الاعتراف المطلق بمبدأ حسن النية فى النظم القانونية بالنسبة لكافة مراحل العقد، فعلى سبيل المثال القانون الأمريكى لا يعترف بمبدأ حسن النية فى مرحلة المفاوضات فى حين يعترف به فى مرحلة التنفيذ(٢). فى حين يعترف به فى مرحلة المفاوضات والتنفيذ القانون الايطالى(٣)، وهناك من

---

(١) لم تتضمن اتفاقية لاهاى سنة ١٩٦٤، اتفاقية فينا سنة ١٩٨٠ تعريفا لمبدأ حسن النية.

(٢) المادة ١/٢٠٣ من القانون التجارى الموحد الأمريكى تنص على الالتزام بحسن النية فى التنفيذ والمادة ٢٠٥ من تقنين العقود تنص على مراعاة حسن النية والعدالة والانصاف فى التنفيذ وكل من النصين يعنى عدم الالتزام بحسن النية وتطبيقه على تكوين العقد وبالتالى على المفاوضات ويؤكد ذلك احجام المحاكم فى الولايات المتحدة على الاعتراف بوجه عام يفرض على الأطراف مراعاة حسن النية والتعامل بانصاف فى أثناء المفاوضات.
انظر فى ذلك أمية حسن علوان «ملاحظات حول القانون الواجب التطبيق على المسئولية التعاقدية عن قطع المفاوضات فى العقود الدولية، معهد قانون الأعمال الدولى، القاهرة،١٩٩٤، ص ٣١. ٣٢.

(٣) تنص المادة ١١٣٧ من القانون الايطالى «يلتزم الأطراف أثناء المفاوضات وابرام العقد بالتعامل بما يتفق وحسن النية، المادة ١١٣٨ أن المتعاقد الذى يعلم أو يجب عليه العلم بوجود سبب لبطلان العقد ولم يقم بإعلان المتعاقد الآخر به يلتزم بالتعويض لما تكبده الأخير من ضرر ناتج عن ثقته فى صحة العقد.

التشريعات التى أوردته كقاعدة عامة حيث يطبق على كافة مراحل العقد من حيث تكوينه، وتنفيذه، كالقانون المدنى السويسرى، والفرنسى، حيث يسلم الفقه فى فرنسا وكذلك القضاء، أن مبدأ حسن النية لا يقتصر إعماله على مرحلة تنفيذ العقد، بل يبدأ تطبيقه ومراعاته فى مرحلة التفاوض(١).

٣- يتباين دور حسن النية فى عقد البيع الدولى فى مرحلة تنفيذ الالتزامات، عنه فى مجال كسب الحقوق. ففى مرحلة تنفيذ الالتزامات يعنى الأمانة والعدالة، والمعقولية فى حين فى مجال كسب الحقوق يعنى هو عدم العلم بالعيب الذى يشوب التصرف.

ومن ثم تنتهى إلى ما انتهى إليه الفقه من أن مبدأ حسن النية فى أصل وضعه لا يعبر إلا عن اعتبارات أخلاقية ذات توجه فلسفى، تحتاج إلى جهد كبير لتجسيد محتواه فى ثوب قانونى(٢) خاصة فى نطاق التجارة الدولية التى تكاد تكون القيود فيها معدومة، حيث يسودها مبدأ الحرية الدولية للاتفاقات والعقود بشكل واسع المدى.

وظيفة مبدأ حسن النية فى التجارة الدولية:

لقد تناول الفقه بصفة عامة وظيفة مبدأ حسن النية، حيث أبرز رأى فى الفقه فى مؤلفه آراء الفقه بصدد ذلك، حيث يقول جانب من الفقه أن وظيفة

---

(١) الدكتور محمد حسين عبد العال، التنظيم الاتفاقى للمفاوضات العقدية، ص١٢٣-١٢٤ جـ١ طبعة ١٩٩٨، دار النهضة العربية.

(٢) F. osman , op. cit., p. 12.

حسن النية تكون ضرورة لازمة لتنفيذ العقود والالتزامات، وأنه يكفل حماية المتعاقد لكسب الحق، ويقول رأى آخر أن لمبدأ حسن النية وظيفتان الأولى وظيفة ملائمة أو توفيق وتكون فى تكوين وتنفيذ التصرفات القانونية، والثانية وظيفة انشائية، وكذلك يقول أيضاً رأى فى الفقه ان لمبدأ حسن النية وظيفتان الأولى تنظيم المسئولية العقدية والثانية ازالة آثار البطلان[١].

ومن هذه الآراء يمكن القول إن وظيفة حسن النية فى عقد البيع الدولى تتحدد فى أنه جزء لا يتجزأ من عقد البيع الدولى، وهذا ما تبرزه كافة التنظيمات القانونية لعقد البيع سواء على مستوى النظم القانونية أو على مستوى الاتفاقيات الدولية المنظمة لعقد البيع، وسائر القواعد القانونية المنظمة له، حيث أنه يشمل العقد منذ بدء التفكير فيه حتى تمام تنفيذه. وكذلك تبدو وظيفة مبدأ حسن النية فى ممارسة الحقوق على العقد، فضلا عن ذلك فإنه يقوم بدور التوفيق بين الحقوق القانونية المتساوية فى حالة التنازع بينها. كما أنه له وظيفة انشائية من حيث أنه ينشأ قاعدة قانونية جديدة فى حالة الالتزام المشكوك فيه أو الذى يصعب تكييفه.

ومن أمثلة النصوص القانونية التى أبرزت وظيفة حسن النية من حيث أنه أصبح جزء لا يتجزأ من عقد البيع الدولى نص المادة (٢) فقرة (٢) من اتفاقية لاهاى سنة ١٩٦٤ بصدد تكوين عقد البيع فيما يتعلق بالايجاب، حيث أجازت الاتفاقية الرجوع فى الايجاب حتى بعد وصوله إلى المخاطب به، فيما

---

(١) M.Gerard Lyon Caen R.T.D.U. 1946 p. 78.

عدا إذا كان الرجوع فى الايجاب بسوء نية أو مخالفا لما تفرضه الأمانة التجارية، كذلك نص المادة (٥٤) فيما يتعلق بالتزامات البائع من حيث إذا كان البائع غير ملتزم بالتأمين على المبيع عند نقله، أوجبت عليه أن يقوم بتزويد المشترى بالمعلومات اللازمة لابرام عقد التأمين إذا طلب منه المشترى ذلك. فهذا الالتزام يمليه حسن النية فى التنفيذ(١).

ومن النصوص القانونية فى اتفاقية فينا سنة ١٩٨٠، ومبادئ الينذروا التى تؤكد أن حسن النية جزء لا يتجزأ من عقد البيع من حيث أنه يشمل العقد منذ بداية التفكير فيه وحتى تمام تنفيذه.

تنص المادة ١٦ فقرة (٢)(ب) على« (أ) .... ومع ذلك لا يجوز الرجوع فى الايجاب..... (ب) إذا كان من المعقول للمخاطب أن يعتبر الايجاب لا رجوع فيه، وتصرف على هذا الأساس» ونفس القاعدة بتعبيرات مماثلة نجدها فى مبادئ الينذروا فى نص المادة ٤/٢ فقرة (٢) «ب»(٢) على الالتزام بالايجاب وعدم جواز الرجوع فيه ينشأ عن مبدأ حسن النية، حيث أنه لا يجب انتهاز الأفعال تلك التى تتعارض مع سلوك سابق.

بصدد شكل العقد وتعديله تنص المادة (٢٩) من اتفاقية فينا سنة ١٩٨٠ فى الفقرة (٢) على أن «العقد الكتابى الذى يتضمن شرطا يتطلب أن يكون

---

(١) انظر فى ذلك الدكتور محسن شفيق، اتفاقية لاهاى ١٩٦٤، مجلة القانون والاقتصاد، العدد الرابع، ١٩٧٤، ص ٣٨١.

(٢) تنص المادة ٤/٢ فقرة (٢) على «ومع ذلك لا يجوز الغاء الايجاب (أ) إذا أشار سواء عن=

كل تعديل أو فسخ رضائى كتابة، لا يمكن تعديله أو فسخه رضائيا باتباع طريقة أخرى، غير أن تصرف أحد الطرفين يمكن أن يحرمه من التمسك بهذا الشرط إذا كان الطرف الآخر قد اعتمد على التصرف المذكور».

ويقابل هذا النص فى مبادئ الينروا نص المادة ١٨/٢ فقرة (٢)[١] فطبقا لنص المادة ٢٩ من اتفاقية فينا، و١٨/٢ من مبادئ الينروا، الأصل فى العقود الرضائية حيث تنص على أنه يجوز تعديل العقد أو فسخه برضاء الطرفين. لكن إذا كان العقد قد تضمن نصاً مؤداه عدم التعديل الشفوى، حينئذ لا يجوز إجراء أى تعديل إذا يجب أن يكون كتابة أو فى الشكل الذى اتفق عليه الأطراف. فهذه القاعدة تتضمن استثناء يكون مؤسسا على مبدأ حسن النية، من حيث أن تصرف أى طرف قد يؤدى إلى حرمانه من التمسك ببند التعديل الكتابى إذا كان الطرف الآخر قد تعامل استنادا إلى هذا المسلك.

ومن النصوص القانونية التى تعبر عن تنفيذ الالتزامات بحسن نية نص المادة ٢/٣٥ فقرة (ب) من اتفاقية فينا سنة ١٩٨٠ «لا تكون البضائع مطابقة

= طريق تحديد مدة محددة للقبول أو بأى طريق آخر أنه غير قابل للالغاء. ب- إذا ما كان من المعقول أن يعتقد الموجه إليه الايجاب أن هذا الايجاب غير قابل للالغاء وأنه تصرف على هذا الأساس.

(١) تنص المادة ١٨/٢ من مبادئ الينروا على «لا يجوز تعديل العقد أى عقد مكتوب إلا بالكتابة إذا تضمن بندا يشترط الكتابة لأى اتفاق على التعديل أو الانهاء ومع ذلك قد يؤدى سلوك طرفا ما إلى حرمانه من التمسك بهذا البند إذا كان الطرف الآخر قد اعتمد على هذا السلوك المخالف للبند. انظر كذلك نص من مبادئ العقود الأوربية.

لشروط العقد إلا إذا كانت صالحة للاستعمال فى الأغراض الخاصة التى أحيط بها البائع علما، صراحة أو ضمنا وقت انعقاد العقد، إلا إذا تبين من الظروف أن المشترى لم يعتمد على خبرة البائع أو تقديره، أو كان من غير المعقول للمشترى أن يعتمد على ذلك(١). ومن النصوص التى تعبر عن حسن النية فى التنفيذ ولكن بشكل ضمنى المادة ٣/٣٢ من حيث التزام البائع بالادلاء بجميع البيانات المتوفرة لديه والتى تمكن المشترى من اجراء التأمين على البضاعة. فنص هذه المادة يعبر عن الالتزام بالتعاون الذى يمليه مبدأ حسن النية.

ومن النصوص القانونية فى اتفاقية فينا سنة ١٩٨٠ التى تعبر عن وظيفة مبدأ حسن النية فى ممارسة الحقوق نص المادة (٧٧) تنص على «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 الآخر المهمل أن يطالب بتخفيض التعويض بقدر الخسارة التى يمكن تجنبها(٢).

وكذلك من النصوص القانونية فى اتفاقية فينا التى تعبر عن وظيفة

---

(١) انظر فى ذلك الدكتور محسن شفيق، اتفاقية الأمم المتحدة بشأن البيع الدولى للبضائع، دار النهضة العربية، ص ١٤٥ حيث أن المثال الذى طرحه فى مؤلفه يبين وظيفة حسن النية فى تنفيذ العقد.

(٢) انظر فى ذلك أيضا نص المادة ٧/٤-«٨» الفقرة (١) من مبادئ اليندروا لا يسأل الطرف المدين عن الضرر الذى تكبده الطرف الدائن بقدر ما كان يمكن للطرف الدائن تخفيفه باتخاذ خطوات معقولة.

حسن النية من حيث قيامه بدور التوفيق فى حالة التنازع بين حقوق قانونية متساوية فى حجتها نص المادة ٨١ فقرة (٢) تنص على «يجوز لأى طرف قام بتنفيذ العقد كلا أو جزءا أن يطالب باسترداد ما كان قد تم دفعه أو رده إلى الطرف الآخر بموجب العقد، وإذا كان كل من الطرفين ملزما بالرد وجب عليهما تنفيذ هذا الالتزام فى وقت واحد»(١).

ومن النصوص القانونية التى تعبر عن وظيفة حسن النية من حيث نشأة قاعدة قانونية جديدة، نص المادة ٤٢ فقرة (ب) «الأصل أن البائع يضمن تسليم البضائع خالصة من أى حق أو ادعاء للغير مبنى على أساس الملكية الصناعية أو الفكرية، هذا الالتزام يرد عليه استثناء هو «إذا كان منشأ الحق أو الادعاء هو مراعاة البائع فى انتاج البضائع محل البيع طبقا لمخططات المشترى أو الرسومات الفنية أو التصميمات» إذ يكون المشترى هو صانع المخالفة والسبب المباشر لتعرض الغير فيتحمل وحده مسئولية عمله، فليس فى الاتفاقية ما يلزم البائع بتوجيه نظر المشترى إلى المخالفة التى ستقع ولو كان البائع يعلم بها أو ينفى أن يعلم بها. لا شك أن وظيفة حسن النية تتأتى من أنه يخلق قاعدة جديدة هى الالتزام بابلاغ البائع للمشترى عند تقديم الأخير رسومات أو مواصفات لتصنيع سلع معينة، أن تصنيع هذه السلعة طبقا لهذه المواصفات من

---

(١) انظر فى ذلك أيضا نص المادة ٣٠٧-٦ فقرة (١) من مبادئ اليندروا «يجوز لأى طرف عند انهاء العقد المطالبة بالاسترداد العينى لما قام بتوريده شريطة أن يقوم هذا الطرف بصورة متزامنة برد كل ما حصل عليه إذا لم يكن الرد العينى ممكنا أو مناسبا فيتم الرد بمقابل نقدى كلما كان ذلك ممكنا.

شأنه أنه سيخلق حتماً ادعاءً للغير متى كان يعلم ذلك أو ينبغى عليه العلم بذلك(١).

ومما هو جدير بالذكر أن النصوص القانونية التى سبق سردها للتعبير عن وظيفة حسن النية هى على سبيل المثال وليس على سبيل الحصر.

---

(١) انظر فى ذلك الدكتور محسن شفيق، سابق الاشارة إليه، ص١٦٥ هامش ١، ٢. يعلق الدكتور محسن شفيق على ذلك بقوله «ان هذا خاطر من عندنا لا يترتب عليه أثر قانونى كتعويض أو غيره».

المطلب الثانى
مفهوم حسن النية
فى القواعد الموضوعية الدولية

كما هو الحال بالنسبة لتباين النظم القانونية حول مدى ونطاق مبدأ حسن النية، فكذلك نفس الأمر بالنسبة للاتفاقيات الدولية حول مبدأ حسن النية ومبادئ العقود الدولية (unidroit).

أولا: مفهوم مبدأ حسن النية فى اتفاقية لاهاى سنة ١٩٦٤:

بالنسبة لاتفاقيتى لاهاى سنة ١٩٦٤ لم يرد نص خاص بمبدأ حسن النية حيث كانت الاشارة إليه فى نص المادة (٥) فقرة (٢).

can be revoked unless the Revocation is not mad in good faith or in conframity with fair dealing.

ولقد كانت هناك محاولات أثناء اعداد اتفاقيتى لاهاى سنة ١٩٦٤ لوضع نص خاص لمبدأ حسن النية فى الاتفاقية، حيث كان هناك اقتراحا مقدما فى مؤتمر لاهاى سنة ١٩٦٤ من حيث الاشارة إلى مبدأ حسن النية كمبدأ عام، إلا أن هذا الاقتراح قد قوبل بالرفض وذلك على اعتبار أن هذا المبدأ سيتغاير تطبيقه من محكمة إلى أخرى، فضلا عن أنه سيضعف من مسألة التوحيد(١).

---

(١) The Hague Records and documents of the Diplomatic conference on the unification of law governing the international sale of goods April 2-25-1964. "the opposition to the introduction of a good Faith provision had also been raised in the occasion of the hague conference as early as the hague diplomatic conference in 1964=

إن الالتزام بمبدأ حسن النية يظهر فى العديد من نصوص اتفاقيتى لاهاى سنة ١٩٦٤، ولكن بصورة غير صريحة كما هو الحال فى نص المادة ٥٤، ٨٨، ٩١، ٩٢ وكذلك فى الباب الثالث من الاتفاقية «الأحكام المشتركة التى تسرى على البائع والمشترى».

هذا من ناحية اتفاقيتى لاهاى سنة ١٩٦٤، أما بالنسبة لاتفاقية فينا لقد أوردت فى نص المادة (٧)(١) مراعاة حسن النية فى التجارة الدولية، إلا أن هذا النص قد خلى من الزام طرفى العقد بمبدأ حسن النية صراحة، كما هو الحال فى مبادئ اليندروا فى نص المادة ٧/ ١(٢).

من هذا يتضح أن دور حسن النية يتباين فى مداه فى اتفاقيتى لاهاى سنة ١٩٦٤ عنه فى اتفاقية فينا سنة ١٩٨٠، ومبادئ العقود التجارية الدولية unidroit لذلك سوف نتناول مفهوم مبدأ حسن النية من خلال ذلك.

= explicit reference to good faith as a general principal was opposed by the french delegate who asserted that the principle of good faith might lead to divrgent and even arbitraty interpretations by national courts and thus would imparir uniformity.

انظر فى ذلك:

Alejandro Garro "reconciliation of legal tradition in C.I.S.G. 23 int'l. lawyer 443, 450, 1989.

Franco Ferrari "uniform interpretation of the cisg 1980 p.191,note 147.

(١) انظر المادة (٧) من اتفاقية فينا سنة ١٩٨٠ سابق الاشارة إليها.

(٢) انظر المادة ٥-٧-١ من مبادئ اليندروا.

ثانيا: مفهوم مبدأ حسن النية فى اتفاقية فينا سنة ١٩٨٠:

لقد ورد مبدأ حسن النية فى اتفاقية فينا سنة ١٩٨٠، حيث تنص المادة (٧) من الاتفاقية على : ١- يراعى فى تفسير هذه الاتفاقية صفتها الدولية وضرورة تحقيق التوحيد فى تطبيقها، كما يراعى ضمان احترام حسن النية فى التجارة الدولية. ٢- المسائل التى تتعلق بالموضوعات التى تتناولها الاتفاقية، والتى لم تحسمها نصوصها، يتم تنظيمها وفقا للمبادئ العامة التى أخذت بها الاتفاقية، وفى حالة عدم وجود هذه المبادئ تسرى أحكام القانون الواجب التطبيق وفقا لقواعد القانون الدولى الخاص.

ولقد مرت صياغة نص هذه المادة بعدة مراحل بصدد مبدأ حسن النية، حيث كانت الأعمال التحضيرية لنص المادة (٧) سنداً لجانب من الفقه فى موقفه من مبدأ حسن النية فى الاتفاقية، حيث مر مبدأ حسن النية فى صياغة نص المادة (٧) بثلاث مراحل حيث عبر الفقه[١] عن هذه المراحل فالمرحلة الأولى سنة

---

(١) John Honnold, Documentary history of the uniform law for international sales: the studies, deliberations and decisions that led to the C.I.S.G and Explanations 298-299 Paras 70-87, 1989.

حيث عبر الفقيه Honnold عن المراحل التى مر بها نص المادة (٧) فى اتفاقية فيينا سنة ١٩٨٠ بالآتى:

1- The first foray into the field of good faith.
2- Good faith in Retreat.
3- The death of good faith.

مشار إليه فى: Disa sim, op. cit., N.121.

١٩٧٢ أثناء اعداد اتفاقية فينا سنة ١٩٨٠، والمرحلة الثانية سنة ١٩٧٨، والمرحلة الثالثة سنة ١٩٨٠ أثناء مؤتمر فينا سنة ١٩٨٠.

١- المرحلة الأولى سنة ١٩٧٢: ظهرت فكرة مبدأ حسن النية أثناء اعداد الاتفاقية عام ١٩٧٢ بناء على اقتراح من ممثل دولة اسبانيا، حيث كان النص التالى محلا للبحث والمناقشة:

١- انه فى مرحلة تكوين العقد يجب مراعاة مبادئ العدالة والانصاف والتصرف بحسن نية.

٢- استبعاد المسئولية عن الخسائر الناجمة عن الاهمال غير متعمد الأثر.

٣- فى حالة انتهاك أحد الأطراف للواجبات المقررة عرفيا فى اعداد، وتكوين العقد فللطرف الآخر الحق فى التعويض عن الخسائر الناجمة عن ذلك(١). وكان هذا الاقتراح محلا للخلاف الذى كان مضمونه فى جانب منه أن المفهوم السائد أن مسودة الاتفاقية سوف تتضمن نصوص لحسن النية والانصاف. وكان ذلك من أغلبية الحاضرين، إذ كان المشار إليه أن تلك المبادئ مقررة فى العديد من القوانين الوطنية، وأنها سوف تكون مفيدة عند ذكرها فى الاتفاقية لتنظيم سلوك الأطراف.

إلا أنه على النقيض فى الجانب الآخر كان يوجد اعتراض على أن تتضمن الاتفاقية واجب حسن النية، وذلك على اعتبار أن مفهوم حسن النية غامض وأن

---

(١) U.N.doc. A/CN/9/WG.2 - Mp. annex Para 3.
مشار إليه فى: Disa sim op. cit. note 122.

ذكره لا يكون ذا أثر فى توحيد التفسير. والخطورة أن معناه يعتمد على قيمته الموضوعية للقضاه، فضلا عن عدم فائدته بالرغم من تفسيره قضائيا من جانب القضاة(١).

وانتهى الخلاف إلى أن فريق العمل المنوط به اعداد الاتفاقية ترك البندين الثانى والثالث وذلك لابهامهما، فضلا عن أن النتائج المترتبة على استثناء هذه الشروط، من شأنه أن يجعل الاتفاقية غير ملائمة للمعاملات بين التجار، والابقاء على الفقرة الأولى التى أصبحت فيما بعد نص المادة (٥) من مسودة الاتفاقية(٢) التى أعدها فريق العمل سنة ١٩٧٧.

المرحلة الثانية سنة ١٩٧٨: فى عام ١٩٧٨ أثناء الإعداد لاتفاقية فينا كان نص المادة الخامسة من مسودة الاتفاقية محلا للهجوم الشديد من جانب وتأييده من جانب آخر. حيث أن فريق العمل قد انقسم على نفسه بين مؤيد ومعارض، فذهب البعض إلى أنه يجب ازالة هذا النص، وذلك على اعتبار أنه غير ضرورى ومن شأنه إحداث الحيرة، فضلا عن أنه لم يتضمن جزاء يمكن توقيعه على من يخالفه. ومن ثم ان القضاة سوف يبحثوا عن الجزاء فى القوانين الوطنية لتوقيعه، يضاف إلى ذلك أن تقرير هذا النص سيؤدى إلى الرجوع إلى

---

(١) لمزيد من التفصيل انظر: Winship, commentry on P.Kastely's rhetorical analysis I N.W.J. int L.L. & B.623, 631, 1988, Klien & Bachechis "precontractual liability and the duty of good faith Negotiation in international transcation" 17 Hous J.int L.L.I,3, 1994.

(٢) "in the cours of the formation of the contract the parties must observe the principles of fair dealing and act in good faith".

مشار إليه فى: Disa sim, op. cit.,n. 125.

القوانين الوطنية بالنسبة لمفهوم حسن النية، وكذلك اختلاف تفسيرات مبدأ حسن النية باختلاف المحاكم الوطنية، فإنه ليست هناك حاجة إلى تقرير مبدأ حسن النية على اعتبار أنه مطالب به فى المعاملات والأنشطة التجارية، فإذا كان هناك محل لمبدأ حسن النية فى الاتفاقية فإن محله المناسب هو مسألة صحة العقد(١).

وعلى الجانب الاخر ذهب البعض إلى أن القوانين الوطنية التجارية تفترض الالتزام بمبدأ حسن النية، حيث أنه مبدأ معترف به عالميا على الرغم من أن مفهومه لا يكون بالضرورة واحد فى كل نظام قانونى إلا أن مضمونه يمكن ايضاحه من خلال الأحكام القضائية(٢).

---

(١) حيث يقول الفقيه : Honnold

this article was part of the a new draft convention on the formation of the contract international sale of goods. this draft was later consolidated with the new draft convention on the international sale of goods to form the cisg.

مشار إليه فى: Disa sim, op. cit., N.125.

(٢) Disa sim op. cit., p.28, N. 130.

يقول الفقيه Disa sim بصدد ذلك:

many of the developing countries feard that fair dealing would be taken to refer to current standards of international business practices when these standards when not necessarily fair to developing countries consequently, they preferred to have the reference to fair dealing deleted than risk elevations of these practices in to rules of law, Aproposal that the concept of "fair dealing" be replaced by one of international co-operation only compounded the problem the term was so vague and nebulous that its precise scope and effect could not be determind.

أما من حيث أنه لا يوجد جزاء يترتب على مخالفة مبدأ حسن النية فإن هذا الجزاء يمكن تطبيقه من خلال المحاكم الوطنية وذلك حسب كل حالة على حدة، أى أن عدم وجود جزاء يمكن أن يشعر الأطراف أن هناك سلوك سامى يجب أن يتحلوا به فى معاملاتهم فى التجارة الدولية، وهذا ما لم يحدث. فعدم النص على مبدأ حسن النية من شأنه أن يشعر الأطراف بعدم ضرورته.

المرحلة الثالثة مؤتمر فينا سنة ١٩٨٠: لم تنته المحاولات من ادخال مبدأ حسن النية فى الاتفاقية بشكل يختلف عما هو متصور فى نص المادة (٧)، حيث انه فى مؤتمر فينا سنة ١٩٨٠ اعترض كلا من ممثل دولة النرويج[١]، وايطاليا[٢] على تقييد مبدأ حسن النية، حيث اقترح ممثل دولة النرويج تغيير نص المادة (٧) وجعلها موضحة أن مبدأ حسن النية يختص بتفسير عقد البيع وليس تفسير الاتفاقية كما هو مقرر، وكان اقتراح ممثل دولة ايطاليا أكثر شمولا حيث اقترح أن يكون مبدأ حسن النية مخصصا لتكوين وتفسير وتنفيذ العقد ولكن هذا الاقتراح رفض لصالح نص المادة (٧)[٣].

---

(١) Decument A/Con F.97 / 9.

(٢) Document A/Conf. 9719-the relevant part of its proposal reads "in the formation (interpretion) and performance of contract of sale the parties shall observe the principles of good faith and international cooperation.

(٣) إن ممثل غرفة التجارة الدولية فى مؤتمر فينا قد كان يرى أنه ليست هناك ضرورة إلى الاشارة فى نص المادة (٧) إلى «مراعاة حسن النية فى التجارة الدولية» حيث كان يفضل الغائها. انظر فى ذلك: Document A/Conf 97/9.

وكذلك أيضا فإنه من ضمن المحاولات لجعل مبدأ حسن النية غير قاصر فى الاتفاقية على التفسير، ذلك الاقتراح المقدم من الفقه[١] من حيث أن الأطراف محظور عليهم استبعاد مبدأ حسن النية، حيث إن مصدر هذا الالتزام العدالة والمعقولية ما لم يتفق الأطراف على استبعاد تطبيق الاتفاقية، وكذلك الاقتراح المقدم من المانيا[٢] من ناحية أن الاتفاقية تمتد إلى المرحلة قبل التعاقدية، لكن هذا الاقتراح قوبل بالرفض[٣] حيث أنه ليس إلا محاولة لتسلل مبدأ حسن النية من الباب الخلفى.

وفى النهاية كانت صياغة نص المادة (٧) فى اتفاقية فينا بالشكل الذى

---

(١) لمزيد من التفصيل حول هذا الاقتراح انظر:

Disa sim, op. cit., N. 135.

Document A/Conf 97.

(٢) لمزيد من التفصيل حول هذا الاقتراح انظر:

Disa sim, op. cit., N.137.

(٣) حيث ذهب ممثل دولة السويد بشأن الاقتراح الكندى إلى:

MR- Hjerner (Sweden) said that he could not support the canadian proposal precisely because of the reference made to the three principles (i.e. diligence, ressonable care good faith) mentioned by the previous speaker he saw no mention any where in the draft of the principles of diligence and reasonble car" as for the principles of good faith it was mentioned only once in article 6 become cisg Ar 7.but in totally different content "Disa sim, op. cit., N. 138.

كذلك ذهب ممثل دولة الولايات المتحدة الأمريكية MR. Farusworth بشأن الاقتراح الكندى:

he could not support the candadian amendement An a contraire interpretation would suggest general obligation of good faith.

يتوافق مع مختلف وجهات النظر بشأن مبدأ حسن النية بين من يؤيدون مبدأ حسن النية كقاعدة عامة من حيث تكوين العقد على الأقل، فالأطراف يجب عليهم مراعاة مبدأ حسن النية والعدالة والانصاف، وبين من يعترضون على مبدأ حسن النية والعدالة والانصاف وذلك لصعوبة تحديد المعنى ولما يؤدى إلى الحيرة(١).

دور حسن النية فى اتفاقية فينا سنة ١٩٨٠:

وبالرغم من أنه قد ذكر مبدأ حسن النية فى اتفاقية فينا سنة ١٩٨٠ فى نص المادة (٧)، فإنها لم تحدد بشكل واضح دور حسن النية فيما إذا كان دور حسن النية يقتصر على تفسير الاتفاقية، أم أنه يمتد لكى يكون التزاما يقع على عاتق طرفى العقد.

وحيث أن الاتفاقية لم تحدد بشكل واضح دور حسن النية، فإن الفقهاء قد وجدوا أنفسهم مختلفين عما إذا كان حسن النية يعمل كعيار حقيقى للتفسير، أم أنه أيضا يمتد ليحكم سلوك الأطراف فى العقد(٢) إلا أنه بصفة عامة يوجد اتفاق فى الفقه على عدم استخدام التعريفات والمفاهيم الوطنية لكونها معنوية

---

(١) Honnold "uniform law for international sales under the 1980 united nations convention p. 146, 1991.

مشار إليه فى: F.Ferrair, op.cit., p. 191, n. 146.

(٢) Robert Koche "the concept of fundamental Breach of contract under the united Nation CISE 1980, review of the convention on contracts for (cisg) 1998, Kluwer international 1999, p. 206.

فى التجارة الدولية لأن ذلك من شأنه أن يضعف من الهدف العام لاتفاقية فينا وهو تحقيق التوحيد بين قوانين الدول(١).

وبصدد انقسام الفقه على دور حسن النية فى اتفاقية فينا، فإنه قد انقسم إلى اتجاهات متعددة منهم من ذهب إلى أن دور حسن النية فى الاتفاقية يقتصر فقط على التفسير، وذهب رأى آخر إلى أن دور حسن النية لا يقتصر على التفسير فقط، وإنما يمتد إلى تنفيذ العقد، ورأى آخر ذهب إلى أن دور حسن النية يشمل بالاضافة إلى التفسير والتنفيذ إنما يمتد إلى تكوين العقد.

هذا من جانب الفقه، أما من ناحية أحكام التحكيم الدولية فإنها لم تكن أحسن حالا من الفقه، حيث كانت غالبيتها تؤكد أن دور حسن النية لا يقتصر على تفسير الاتفاقية وإن كان البعض منها أشار إلى ذلك.

لذلك سوف نتناول موقف الفقه وأحكام التحكيم الدولية بصدد دور حسن النية فى اتفاقية فينا سنة ١٩٨٠.

موقف الفقه من دور حسن النية فى اتفاقية فينا سنة ١٩٨٠:

لقد انقسم الفقه بصدد دور حسن النية إلى عدة اتجاهات منها:

١- الاتجاه الأول: يرى أنصار هذا الاتجاه أن دور حسن النية فى الاتفاقية

---

(١) Robert Koch. op. cit., p. 206.

قاصرا فقط على تفسير الاتفاقية، حيث يرى أحد أنصار هذا الاتجاه (١) أن دور حسن النية يكون محصورا فى تفسير الاتفاقية، بالرغم من أنه يؤكد أن حسن النية شرط أساسى لممارسة التصرف فى الاتفاقية، حيث يستند فى رأيه إلى المسودة التاريخية للاتفاقية من حيث أنها تبين أن دور حسن النية هو التفسير.

وكذلك رأى آخر(٢) يرى أن حسن النية فى اتفاقية فينا محصورا فى التفسير، فالمسلم به الرفض الصريح اتجاه حسن النية أن يكون التزاما، فالمرء عليه أن يأمل أن المفسرين سوف يقررون نص المادة ١/٧ بدقة، ومن أنصار هذا الاتجاه أيضا رأى(٣) يرى أن حسن النية فى نص المادة ١/٧ يستحب أن يستخدم فقط فى تفسير الاتفاقية دون أن يكون التزاما مؤكدا بالنسبة للأطراف فى العقد.

الاتجاه الثانى: يرى أنصار هذا الاتجاه أن دور حسن النية لا يقتصر فقط على تفسير الاتفاقية، وإنما يمتد إلى تنفيذ العقد. ومن أنصار هذا الاتجاه رأى فى الفقه يرى أن الخلاف حول دور حسن النية هو خلاف نظرى بحت، فعملياً

---

(١) Honnold "uniform law for international sales under cisg 1980, 146-147 2d.ed. 1991.

مشار إليه فى: Paul J. Powers, op. cit., p. 344.

(٢) Peter winship, commentary on P.Kastely's rhetorical Analysis. Journal of law & Business p. 623, 631 (1988).

(٣) Helen Elizabeth Hartnell "the validity Expection on the cisg 1980, 18 yale J.int, L.L.45-50 (1993).

فإنه يبدو من المستحيل تطبيق مبدأ حسن النية بصدد تفسير الاتفاقية فقط بدون تطبيقه على الأطراف يضاف إلى ذلك أنه يوجد العديد فى نصوص الاتفاقية موجهة إلى سلوك الأطراف التى من شأنها أنه لا يمكن على الاطلاق انكار أنه يوجد تطبيق خاص لحسن النية. ومن ناحية أخرى فإن مبدأ حسن النية بعد أحد المبادئ التى تقوم عليها الاتفاقية، ومن ثم فإنه لا يكون مقصوراً على تفسير الاتفاقية ذاتها ولكنه يحكم سلوك الأطراف(١).

من أنصار هذا الاتجاه أيضا من يرى إذا كان حقيقة أنه من المعترف به أن حسن النية أوسع من تلك الأمثلة والتطبيقات له فى كل نواحى الاتفاقية من حيث التفسير وتطبيق نصوص الاتفاقية، فإن واضعى الاتفاقية يهدفون بشكل غير مباشر إلى فرض مبدأ حسن النية عمليا على سلوك الأطراف وذلك بمراعاة حسن النية فى التفسير فقط، وبالتالى ان الأمر النافذ فعلا هو أن مبدأ حسن النية التزاما يقع على عاتق الأطراف كالتزام حقيقى يجب أن يكون قائما. ثم يتساءل عن كيف يمكن للقاضى أن يتحقق من وجود حسن النية فى التجارة الدولية بعيدا عن سلوك الأطراف؟ حيث ينتهى إلى أن لحسن النية فى الاتفاقية دورين، الأول أنه موجه إلى الأطراف، والثانى موجه إلى القضاة. فبالنسبة للدور الأول حسن النية انه يبدو من خلال نص المادة ٧ فقرة ١/ والمبادئ العامة للاتفاقية، والثانى من المسودة التاريخية للاتفاقية(٢) حيث أيد موقفه من دور

---

(١) Robert Koch, op.cit, p. 207-210.

(٢) Phanesh Koneru "the international interpretation of the CISG: An Approach Based on General principles N.148, journal of Global trade 1997.

حسن النية فى اتفاقية فينا ببعض الأحكام الصادرة من المحاكم الوطنية محاكم التحكيم فى استراليا ومنها حكم محكمة التحكيم SCH 4918 فى ١٥يناير ١٩٩٤ حيث قررت محكمة التحكيم ان مبدأ Estopple يظهر أو يبدو بوضوح أنه تطبيقا خاصا لمبدأ حسن النية الذى يكون بدون شك أحد المبادئ الأساسية التى تقوم عليها[١] الاتفاقية، وكذلك حكم محكمة الاستئناف الاسترالية الصادر فى ١٢ مارس سنة ١٩٩٢ حيث أن المحكمة قد اعترفت بأهمية حسن النية فى اتفاقية فينا لسنة ١٩٨٠، على الرغم من أن الدعوى كانت لا تتعلق بمعاملة دولية ولكن بقانون العقود الاسترالى، حيث قد عبرت صراحة عن أنه يجب تنفيذ التزامات العقد بحسن نية وتحديدا بالاحالة إلى نص المادة (٧) من اتفاقية فينا سنة ١٩٨٠ كاعتراف عالمى بواجب حسن النية فى التصرفات[٢].

يذهب بعض أنصار هذا الاتجاه[٣] إلى أن مبدأ حسن النية التزام أساسى

---

(١) Aribitral Award SCH. 4318 F.R.G.Vaus june 15-1994 .

مشار إليه فى:.Phanesh Koneru. note 121.

(٢) The kind of reasonableness (bing discussed) seem to how much in common with the notion of good faith which are regarded in many of the civil law systems of Europe and in all states in the united states as necessarily implied in many kinds of contract Renard constructions (ME) Pty ltd v. menister for public warks 12 Mrch 1992.

مشار إليه فى: .Phanesh Konru. op. cit.note 157.

(٣) انظر فى ذلك:

Franco Ferrari, Uniform interpretation of the CISG.1980, 24 Georgia journal of int and com. law 1994-95, p. 183-228. Tory Keily, good faith and CIS-G, vindobona gournal of international law and arbitration issu (1995).

يقع على عاتق طرفى العقد وحجتهم فى ذلك أن بنود العقد تفرض التزام مبدأ حسن النية وذلك لأنه لا يوجد فرق بين تفسير الاتفاقية، وتفسير العقد فى حد ذاته. ومن أنصار هذا الجانب من الفقه الذى يرى بعد أن تناول مبدأ حسن النية فى اتفاقية فينا بالشرح والتحليل من حيث أن كل الشواهد تقرر أنه لا يمكن فرض مبدأ حسن النية كالتزام حقيقى، فإنه يقرر إن ذلك لا يعنى أن مبدأ حسن النية مجرد أداة فقط للتفسير، على العكس من ذلك فسلوك الأطراف يجب أن يجرى وفقاً لمبدأ حسن النية.

الاتجاه الثالث: يذهب أنصار هذا الاتجاه إلى أن دور حسن النية لا يقتصر على تفسير الاتفاقية وتنفيذ العقد، ولكن أيضا تكوين العقد حيث أن الاتفاقية لا تتضمن فقط تنفيذ العقد بحسن نية ولكن تشمل أيضا تكوين المرحلة قبل التعاقدية كما هو الحال فى نظم القانون الخاص(١) ومن أنصار هذا الاتجاه من يرى أن نص المادة (٧) يكون أساساً قانونيا لتقرير المسئولية قبل التعاقدية، وذلك إذا ما قامت المحاكم بتفسير النص على أساس أنه يجب على الأطراف التفاوض بحسن نية، وعلى أية حال ترى المحاكم أن مراعاة الأطراف لالتزام مبدأ حسن النية فى معاملاتهم الدولية يتوقف على كيفية تفسيرهم لنص المادة (٧) بشكل واسع. ويقرر هذا الفقه من ناحية أخرى أن عدم شمول مبدأ حسن النية للمرحلة قبل التعاقدية والمفاوضات سيجعل أساس المسئولية قبل التعاقدية مهتزاً أو قلقا(٢) كما يذهب رأى آخر أنه على الرغم من أن نص المادة ٧ (١)

---

(١) Paul J.Powers op. cit., note 88.

(٢) Madeline Goderre international negotiations Gone soux: precontractual liability under the CISG 66 U. cin. L.REV p. 274-279.

لا تشير صراحة إلى مراعاة حسن النية فى تكوين العقد فإن صياغتها تسمح بمعيار كاف لتقرير هذه النتيجة(١).

ويذهب رأى فى الفقه(٢) أن حصر أو تحديد تعريف حسن النية فى

---

(١) Ziegel, J.S., Report to the uniform law conference of Canda on convention on contracts for the international sale of goods" Toronto1981.

(٢) Disa sim. op. cit., p. 60, N. 185.

قريبا من هذا المعنى ذهب الفقيه Frensworth حيث يقرر «على أية حال إن المحاكم ترى أن أى مراعاة لواجب حسن النية من جانب الأطراف فى معاملاتهم الدولية سوف يعتمد بشكل واسع على كيفية تفسيرهم لنص المادة (١/٧) حيث يوجد ثلاث تفسيرات:

١- التفسير الأول: انه عندما تقرأ المحاكم نص المادة ١/٧ حرفيا تجد أن نص المادة ١/٧ يشير إلى أن واجب مصدرى الأحكام أن يضعوا فى اعتبارهم الحاجة إلى ضرورة توحيد مراعاة حسن النية فى التجارة الدولية فتفسير المحاكم لنص المادة ١/٧ تفسيرا حرفيا سوف لا يسمح باستخدام نص المادة ١/٧ فى فرض واجب حسن النية على عاتق الأطراف ما لم يكن موجوداً فى المبادئ العامة التى تقوم عليها الاتفاقية. وهذا الأسلوب لا شك أنه يكون أكثر تأييدا لهؤلاء الذين أشاروا إلى عدم وجود حسن النية فى الاتفاقية طبقا لهذا التفسير فإن المحاكم تلجأ أو تشير الى القانون الدولى الخاص ومنه تنازع القوانين. ونتيجة لذلك ان المعاملة الموحدة لمبدأ حسن النية سوف لا تتحقق وذلك لأن كل دولة سوف تتعامل طبقا لهذه النتيجة حسب رؤيتها الخاصة.

٢- التفسير الثانى: يقوم هذا التفسير على قراءة نص الاتفاقية حرفيا ولكن فى هذه الحالة ان المحاكم ترى فى نص المادة ٢/٧ أنه «يوجد فراغا بالنسبة لنص الاتفاقية بالنسبة لواجب حسن النية وانه يستلزم مبدأ حسن النية من المبادئ العامة التى تقوم عليها الاتفاقية وذلك لأن نص المادة (١/٧) يتضمن مبدأ حسن النية كنص عام فى تفسير الاتفاقية ومن ثم ربما يبدو أنه أحد المبادئ العامة فى تفسير الاتفاقية ككل. وطبقا لهذا التفسير إن المحاكم تلزم الأطراف بواجب حسن النية وإن ممثلى دول نظم القانون الخاص هؤلاء الذين يؤيدون هذه النتيجة لنص المادة (٧) حيث ان النص العام لمبدأ حسن النية يؤيد هذا التفسير فطبقا لهذا

اتفاقية فينا فى المادة (١/٧) يكون محددا فى المبادئ العامة التى من شأنها تقييد سلوك المتعاقدين، لكى تحقق العدالة والانصاف ولتحقيق ذلك أنه يتم بثلاث طرق:

١- أن مصدرى الأحكام يكونوا مقيدين بتلك المبادئ العامة فى الاتفاقية التى تفرض الالتزام بمبدأ حسن النية، فهذا يكون أمراً من شأنه الحد من حرية الأخذ بمبدأ حسن النية أوعدم الأخذ به حيث يصبحوا مقيدين بتلك المبادئ.

٢- حتى إذا كان مصدرى الأحكام تتضمن الأحكام الصادرة منهم مبدأ حسن النية لتفسير مسألة ما فهذا الأمر ليس فيه خطورة وذلك لأنه إذا كان دور حسن النية الواضح فى نص المادة (١/٧) هو تفسير النصوص فإن هذا لا ينال

التفسير وأخذت به بعض المحاكم كما هو الحال فى استراليا حيث أخذت به محكمة الاستئناف فى استراليا سنة ١٩٩٢ فى قضيةrenard construction (ME) ifs V.Minster for public works.

وكذلك الحكم الصادر من محكمة استئناف Gronoble فى فرنسا فى ٢٢ فبراير ١٩٩٥ فى قضية Sarl bri production Bona venture V.Societe pan African Export.

التفسير الثالث: إن المحاكم ربما لا تقوم بتفسير نص المادة (١/٧) تفسيرا حرفيا حيث تقوم بتفسير عبارة «مراعاة حسن النية فى التجارة الدولية» على اعتبار أن حسن النية واجب مفروض على عاتق الأطراف مباشرة أنه هناك بعض المفسرين الذين يؤيدون وجهة النظر هذه. لمزيد من التفصيل انظر فى ذلك:

E.Allan Fransworth, Duties of good Faith and fair Dealing under the undroit principles, Relevant international conventions, and National laws, 3 tul J.int. L & comp. L 47 p. 56-61.

من دور حسن النية الأساسى.

٣- حتى إذا كان المبدأ العام أن الأحكام الصادرة لا تتضمن تحديداً ما لفكرة حسن النية، فيجب على الأقل أن نبحث فى الواقع من حيث أن اتجاه مصدرى الأحكام يجب أن يكون محققاً لقيمة أخرى للاتفاقية، وذلك بتطبيق المبادئ التى تقوم عليها الاتفاقية والتى منها مبدأ حسن النية .

وينتهى فى ذلك أنه يمكن القول أن حسن النية فى اتفاقية فينا يلعب دورين:

الأول: أن مبدأ حسن النية مبدأ شامل لكافة المبادئ التى يمكن أن تستخدم لمعالجة الموضوعات المنصوص عليها فى الاتفاقية وغير المنصوص عليها فى الاتفاقية.

ثانيا: ان تلك المبادئ بذات عينها يمكن أن تستخدم لحل أو لمعالجة موضوعات النصوص الغامضة، فإن لم يوجد فمبدأ حسن النية يعد وعاء حقيقى للحقوق والالتزامات، والذى من خلاله يتم معالجة تلك النصوص.

وينتهى جانب آخر من الفقه بصدد دور حسن النية فى اتفاقية فينا سنة ١٩٨٠، حيث يذهب إلى أن حتى هذه المرحلة لا يوجد العدد الكافى من القضايا التى تنتهى إلى نتيجة إذا ما كان حسن النية قد تم تفسيره بشكل محايد، حيث آن مبدأ حسن النية مازال فى حاجة إلى الوضوح والنمو. فإتفاقية فينا فى حد ذاتها لم تقدم المساعدة الكافية لتحديد ماذا يعنى حسن النية، حيث

ينتهى إلى أن أفضل تحليل لمعنى حسن النية يكون من خلال عيون القانون الوطنى(١).

حقيقة دور حسن النية فى اتفاقية فينا سنة ١٩٨٠:

ان ما قاله رأى فى الفقه بصدد أن اتفاقية فينا لم تقدم لنا الكثير من المساعدة فى بيان معنى حسن النية(٢) هو قول حق، وذلك لأنها فتحت الباب للفقه بصدد الاجتهاد فى بيان حقيقة دور حسن النية، إلا أنه من ناحية أخرى فإن الفقه لم يتفق على دور محدد لمبدأ حسن النية فى الاتفاقية، حيث أن كل جانب من الفقه يتناول دور حسن النية من جانب دون جانب آخر.

فذلك الجانب الذى تناول دور حسن النية على أنه دوراً تفسيرياً، إلا انه من ناحية أخرى قد أغفل أن مبدأ حسن النية يعد أحد المبادئ الأساسية التى تقوم عليها الاتفاقية، فضلا عن ذلك أنه لم يحدد الدور التفسيرى لمبدأ حسن

---

(١) Bruno Zeller, "the un convention on contracts for the international sale of goods cisg a leap forward toward unified international sales laws. pace international law Review. may 1,2000.

انظر كذلك:

Bruno Zeller, "good faith the scarlet pimernel of the cisg . pace essay 19 july 2000 m. "He also orgues that the good faith in the context of Artical (7-1) refers to the state of mind of those interpreting the convention However, he concedes that the problem with a state of mind is that it is not measurable and cannot give rise to legal obligation.

(٢) Bruno Zeller, good faith the scarlet pimpernel of the CISG. pace assay july. 19, 2000. (http//www. c.i.S.G. lww. pace edu/ c.i.s.G/bible/zeller" html.

النية[١]. يضاف إلى ذلك أن تحديد دور حسن النية فى التفسير فقط هو أمر من شأنه أن ينال من الهدف الحقيقى للاتفاقية وهو تحقيق التوحيد بين قوانين الدول، وذلك لأن مفهوم حسن النية لا يختلف من نظام قانونى إلى نظام قانونى آخر، بل يختلف مفهومه داخل النظام القانونى الواحد. ومن ثم فإن يكون من الصعب بيان مفهوم محدد وموحد لمبدأ حسن النية، وهذا من شأنه أن يؤدى إلى تفسيرات مختلفة لاتفاقية فينا[٢].

بالاضافة إلى ذلك كله إن القول أن دور حسن النية فى الاتفاقية هو دور تفسيرى، يصطدم مع القاعدة الثابتة والمستقر عليها وهى أن مبدأ حسن النية فى كافة النظم القانونية مبدأ ثابت ومستقر عليه من حيث أنه التزاما يقع على عاتق الأطراف، وإن كان يختلف موضع أو محل هذا الالتزام من حيث أنه تارة فى مفاوضات وتكوين العقد من ناحية وتنفيذ العقد من ناحية أخرى. فكيف يتأتى القول ان مبدأ حسن النية هو مبدأ تفسيرى دون أن يكون التزاما يقع على عاتق الأطراف، خاصة أنه هناك العديد من النصوص فى الاتفاقية التى تكشف عن الالتزام به، فإذا كانت الاتفاقية هى القانون الواجب فعندما يفسر القاضى أو المحكم الاتفاقية لتطبيقها على النزاع المعروض أمامه، لا شك أنه يفعل ذلك على اعتبار تحديد مَن مِن الأطراف الذى قد أخل بالتزامه. مما يعنى

---

(١) Disa sim,. op. cit. p.55, N. 155.

(٢) John Felemegas, the united Nation convention on contracts for the international sals of goods. Article 7, pac. review C.I.S.G. 2001 Kluwer law international p.67, N.453 "http.//www. cisg. law. pace. erdu 1 cisg/ biibile/ faleme gas. html.

أن دور حسن النية لا يقتصر فقط على تفسير الاتفاقية - بفرض صحة هذا القول - انما يمتد لكى يكون التزاما يقع على عاتق الأطراف فى العقد.

أما من حيث الجانب الذى قد ذهب إلى أن مبدأ حسن النية لا يقتصر فقط على تفسير الاتفاقية إنما يمتد إلى تنفيذ العقد باعتباره واجبا مفروضا على سلوك الأطراف من ناحية أنه يلعب فى اتفاقية فينا دورين: الأول بالنسبة للقضاة والثانى بالنسبة للأطراف، هذا من جانب ومن جانب آخر فإن مبدأ حسن النية يعد أحد المبادئ الأساسية التى تقوم عليها الاتفاقية.

وبخصوص أن مبدأ حسن النية موجه للأطراف والقضاة فإن ذلك محل اعتراضات نظرية وعملية، فإذا كان مبدأ حسن النية طبقا لنص المادة (٧) موجه للأطراف فإن هذا النص ربما يتم استبعاده طبقا لنص المادة (٦) وبالتالى سيؤدى إلى نتائج غير مقبولة، فضلا عن أنه سيلغى التمييز بين التفسير من جانب المحاكم، تنفيذ العقد من جانب الأطراف. ومن الناحية العملية انه سيضعف من مسألة التفسير الموحد وإن القول أن اتفاقية فينا تفرض التزاما عاما على الأطراف بالتصرف بحسن نية، فإن ذلك يتسم بالغموض وسيؤدى فى النهاية إلى تفسيرات مختلفة للمحاكم من جانب المحاكم الوطنية(١).

وبخصوص أن مبدأ حسن النية يعد أحد المبادئ الأساسية التى تقوم عليها الاتفاقية انه يجب التمييز بين حسن النية فى تفسير الاتفاقية طبقا لما جاء فى المادة ١/٧ وحسن النية كمبدأ عام تقوم عليه الاتفاقية تلك الحجة التى

---

(١) John Felemegas. op. cit. N. 456.

توسع من مجال حسن النية وقد هذا المجال إلى سلوك الأطراف ووضعه بصفة المبدأ العام للاتفاقية ربما يؤدى إلى مخاطر منها الانتهاء إلى نتيجة ما مثل أن مبدأ حسن النية وفقا للمادة ٣/٧٥ ربما يفرض على الأطراف التزامات اضافية ذات طابع ايجابى(١).

ومن جانب آخر إذا كان تحليل المبادئ العامة فى مختلف نصوص الاتفاقية يجعل من الواضح أن مفهوم حسن النية مؤيدا باعتبار وجوبه كمبدأ عام للاتفاقية، وذلك لأن العديد من نصوص الاتفاقية تبدى مبدأ حسن النية فى أشكال مختلفة كالعدالة، والمعقولية، إلا أن مبدأ حسن النية أوسع من تلك الأمثلة فى التطبيقات فى كل نواحى تفسير وتطبيق نصوص الاتفاقية(٢).

كذلك يذهب الفقه أيضاً أن الالتزام بمبدأ حسن النية باعتباره أحد المبادئ العامة التى تقوم عليها الاتفاقية لا يمتد فقط إلى تفسير الاتفاقية، بل إلى سلوك الأطراف. فالاشارة إلى المبادئ الموجودة داخل الاتفاقية تعد فى كل الأحوال أفضل تأكيد على التفسير الموحد لمقتضى حسن النية، ومن ثم فهذه الاشارة من شأنها ضبط تفسير المبادئ فى الاتفاقية كمبدأ المعقولية، وتخفيف الضرر. ومع ذلك فإن ذلك الفقه قد انتهى إلى أنه بالرغم من ذلك فإن مبدأ حسن النية فى الاتفاقية لا يسمح للمحاكم ببيان مبدأ العدالة والانصاف أو ايضاحه(٣).

---

(١) John Felemegas. op. cit. N.467.

(٢) Phanseh Koneru op. cit. p.13, N.153

(٣) Robert Koch op. cit.,p. 177.

وبالنسبة لما قرره رأى فى الفقه من حيث ان معيار الشخص المعتاد المقرر فى العديد من نصوص الاتفاقية، وذلك باعتبار أن مبدأ حسن النية هو أحد المبادئ الأساسية فى الاتفاقية، أو بعبارة أخرى أنه يساوى مبدأ حسن النية بمعيار الشخص المعتاد.

فإن جانب من الفقه يرى أنه يوجد العديد من الانتقادات بصدد ما ذهب إليه هذا الرأى فى الفقه من حيث انه لماذا اختار مبدأ المعقولية كمرادف لمبدأ حسن النية، ولماذا يتساوى مبدأ حسن النية مع مبدأ المعقولية فقط، ربما توجد مبادئ أخرى يتساوى معها. فهناك العديد من المبادئ العامة فى الاتفاقية التى من شأنها تحقيق العدالة، فمعيار الشخص المعتاد ليس سوى أحد الايضاحات الخاصة الموضحة لمبدأ حسن النية، كما أن مساواة مبدأ حسن النية بمعيار الشخص المعتاد من شأنه حجب كل المبادئ الأخرى فى الاتفاقية الأمر الذى يمكن معه عدم تحقيق حل مرض لكل قضية أو نزاع.

إلا أن الفقه لا ينكر تماما وجهة النظر تلك من حيث أنه يمكن استخدامها فى تحديد السلوك القويم للأطراف فى حالات ما، إلا أنها لا يمكن اقرارها كنظام قانونى أو قاعدة قانونية بدرجة كافية. حيث ينتهى إلى أنه يجب أن نركز على بيان كل المبادئ الموجودة فى الاتفاقية الموضحة لمبدأ حسن النية، حيث ان مفهوم حسن النية سيظل خلفية لكافة المبادئ. وفى النهاية لا يوجد اعتقاد كامل ان كل المبادئ تعد بلغة مبدأ حسن النية[١].

---

(١) لمزيد من التفصيل بصدد الانتقادات بشأن مساواة مبدأ حسن النية بالمعقولية انظر فى ذلك:
Dise Sim . op. cit.p.44, N.166.

إزاء هذا الخلاف حول تحديد دور حسن النية فى اتفاقية فينا، يذهب الفقه بعد أن قام بتناول كل ما قيل بشأن تحديد دور حسن النية إلى أن أفضل ايضاح للمعنى المقرر فى نص المادة ١/٧ يمكن أن يوجد فى اتفاقية فينا ذاتها. حيث جاء بمقدمة الاتفاقية أن نمو التجارة الدولية على أساس المساواة والمنافع المتبادلة يكون العنصر الرئيسى فى تحقيق أواصر الصداقة بين الدول، فتبنى قواعد موحدة مأخوذ بها من مختلف الدول سوف يساعد على ازالة الحواجز القانونية فى التجارة الدولية وتحقيق ازدهارها، ومن ثم فإن مراعاة حسن النية فى التجارة الدولية يحدد بواسطة القائمين على معاملات التجارة الدولية، ومن ثم فإن كان مبدأ حسن النية ربما لا يتم تطبيقه طبقا لشكل ما متصور فى أى نظام قانونى، وبالتالى يجب أن يفسر فى ضوء الشروط والمقتضيات الخاصة بالتجارة الدولية حيث إن مساواة مبدأ حسن النية بالواجبات المفروضة على عاتق الأطراف ليس من شأنه أن يتلائم مع جوهر معاملات التجارة الدولية ولا مع التاريخ التشريعى لاتفاقية فينا، وبالتالى فإن مراعاة أى سلوك يجب أن يتم بالشكل السائد والمقبول بين رجال التجارة الدولية(١).

---

(١) John Felemegas . op. cit. N.484.

العوامل التى ساعدت على عدم ايضاح دور حسن النية:

لا شك أن نص المادة ٧ فى اتفاقية فينا قد كان سبباً جوهرياً فى أن كل جانب من الفقه حاول تحديد دور حسن النية، إلا أنه من ناحية أخرى ان كل جانب من الفقه قد وقف على طرف نقيض من الجانب الآخر بصدد محاولة تحديد دور حسن النية. ومن ثم فإنه لابد أن تكون هناك عوامل قد ساعدت على عدم تحديد دور حسن النية وفتحت الباب لكل جانب من الفقه لابداء الرأى.

هذه العوامل غالبيتها تتحدد فى الاتفاقية ذاتها من حيث غموض وابهام نص المادة (٧)، وعدم وجود بنية أساسية ليمكن اللجوء إليها فى حالة إذا ما تم الاحتياج إلى تفسير الاتفاقية. فضلا عن ذلك عدم وجود تفسير قانونى مصاحب للاتفاقية على غرار اتفاقيتى لاهاى سنة ١٩٦٤، والصراع الدائم بين أنصار نظم القانون الخاص، والقانون العام، وعدم وجود محكمة دولية موحدة تكون لها سلطة الفصل فى المنازعات المتعلقة بالتجارة الدولية.

لذلك سوف نتناول هذه العوامل بالشرح متضمنة الحلول التى يمكن اللجوء إليها لامكانية الوصول إلى تحديد دور حسن النية.

١- غموض وابهام نص المادة (٧):

من الملاحظ أنه عند اعداد اتفاقية فينا سنة ١٩٨٠ ومن المراحل التى مرت بها الاتفاقية أنه كان هناك تنافس يصل إلى حد الصراع بين وجهات نظر ممثلى الدول، وكان يوجد من ضمن وجهات النظر تلك التى تحدد دور حسن النية، إلا أن التنافس بين وجهات النظر لم يكن الهدف منه هو تحقيق الغاية

المرجوة من الاتفاقية وهى تحقيق التوحيد بين قوانين الدول، بقدر ما كان يهدف إلى تحقيق مصلحة كل دولة. ومن ثم إن ذلك كان ذا أثر عظيم فى صدور الاتفاقية متضمنة نص المادة (٧) بهذا الشكل، ويمكن القول أن صدور نص المادة (٧) بهذا الشكل لم يكن إلا انتصار لأصحاب وجهات النظر التى تقف ضد مبدأ حسن النية، وفى ذات الوقت هو كان مجرد ترضية لأنصار الاتجاه الذى يرى ضرورة مبدأ حسن لنية. ولقد عبر عن ذلك جانب من الفقهاء عن أن الغاية المرجوة من الاتفاقية لم تتحقق بسبب ذلك بقولهم(١):

it is a matter of politics and parochail conflicts resolution rather than a vision of transcending legel order specifually established to promote effective commercial relation.

وفى النهاية فإن نص المادة (٧) من اتفاقية فينا قد تضمن مبدأ حسن النية بشكل يثير الحيرة بصدد تحديد دوره سواء بين المفسرين أو مصدرى الأحكام، إلا أن نص المادة يوحى من جهة أخرى إلى امكانية فرض حسن النية على الأطراف حيث لا يقتصر دوره على تفسير الاتفاقية.

---

(١) Carbonneau & firestone, transnational law making Assessing the impact of the vienna convention and viability of Arbitral Adjudication, Emory journal of international dispute resolution 51.77 (1986).

مشار إليه فى Disa sim op. cit. N.202.

٢- عدم وجود قاعدة خاصة بالتفسير:

إن اتفاقية فينا لم تتضمن فى نصوصها أى قاعدة تكون مرشداً إلى كيفية حل المشكلات الخاصة بتفسير الاتفاقية أو حتى تحديد جهة يمكن اللجوء إليها بصدد تفسير نص من نصوص الاتفاقية، فإن كل ما أشارت إليه كما جاء فى نص المادة (٧) أنه بصدد تفسير الاتفاقية يجب أن يراعى طبيعتها الدولية وضرورة تحقيق التوحيد كما يراعى ضمان حسن النية فى التجارة الدولية، وكلها عبارات يمكن القول أنها عبارات فضفاضة. حيث ان التساؤل الذى يثور هو كيفية تفسير «مراعاة ضمان حسن النية». لكى يتم تحديد دور حسن النية، ومن ثم فإن عدم وجود تفسير لهذا المبدأ فإنه سيؤدى إلى اختلاف فى تفسير نصوص الاتفاقية عامة، والنص الخاص لمبدأ حسن النية خاصة، حيث لا يوجد دليلا أو مرشدا بخصوص ذلك.

فضلا عن ذلك ان عدم وجود قاعدة خاصة بالتفسير هو أمر من شأنه أن يظل الخلاف بين أنصار القانون العام، وأنصار القانون الخاص أو بعبارة أخرى نظم القانون العام، ونظم القانون الخاص قائم وموجود من حيث تحديد دور حسن النية، ومن ثم فإن ذلك سينعكس على تفسير نص المادة (٧) بصدد تحديد دور حسن النية فى اتفاقية فينا، وبالتالى سيكون له أكبر الأثر فى عدم تحقيق الهدف المرجو من الاتفاقية وهو تحقيق التوحيد بين قوانين الدول، وذلك لأن كل من قضاة نظم القانون العام والخاص سوف يطبق وجهات نظر مختلفة فى حل المنازعات المطروحة، ويقول الفقه ان الاختلاف فى وجهات النظر سوف يؤدى إلى العودة إلى الوطنية، حيث يقول ان الاتفاقية سوف تطبق غالبا عن طريق القضاة

أو المحكمين، وهؤلاء جميعا لا يكونوا ملمين فقط إلا بقواعد قانونهم الوطنى، حيث أنهم سيميلون بطبيعتهم إلى قراءة القواعد الدولية فى ضوء الأفكار القانونية القائمة فى ذهنهم التى تعد انعكاسا لقواعد قانونهم الوطنى(١).

٣- عدم وجود تفسير قانونى مصاحب للاتفاقية:

ان اتفاقية فينا قد خلت من تفسير قانونى مصاحب لها على غرار اتفاقيتى لاهاى سنة ١٩٦٤، على الرغم من أن بعض ممثلى الدول(٢) قد حثوا على أن يكون هناك تفسير قانونى مصاحب لها. ويرى الفقه (٣) أنه من الصعب اعتبار مسودة الاتفاقية عام ١٩٧٨ تفسير قانونى لاتفاقية فينا، وذلك لأن هذه المسودة لم تتضمن التغييرات التى تم اجرائها فى مسودة ١٩٧٨ عنها فى نص الاتفاقية عام ١٩٨٠، كما أنه لا يتضمن التفسير الأكثر ملائمة للاتفاقية، ولا يتضمن التصديق القانونى عليه، ومن ثم فإنه لا يوجد ما يلزم مصدرى الأحكام من حيث الاشارة إليه. وبالتالى فإن ذلك ينعكس بدوره على

---

(١) Disa sim, op. cit., N.207.

(٢) إن الولايات المتحدة الأمريكية قد تمسكت بشدة بشأن وجود تفسير قانونى مصاحب للاتفاقية لأنه سيؤدى إلى توضيح نصوصها. مثل هذا التفسير سيشمل شرح غير رسمى لكل قسم من أقسام الاتفاقية من شأنه مساعدة المحامين فى الولايات المتحدة كما أنه من المتوقع أن يكون هذا التفسير مذللا لكثير من الجهود للوصول إلى النتائج المرجوة من الاتفاقية فضلا عن هذا التفسير سيشمل العديد من المفاهيم الغير معلومة فى نظم القانون العام مثل هذا التفسير له من الأهمية مكانة خاصة لدول القانون العام وبالأخص الولايات المتحدة الأمريكية. Disa sim, op.cit., N. 212.

(٣) Disa sim 2001 op. cit. N.216.

عدم تحديد دور حسن النية فى اتفاقية فينا وبالتالى إذا كان هناك تفسير قانونى مصاحب للاتفاقية لعل وعسى، فإنه كان سوف يكون له دور فى تحديد معنى حسن النية.

٤- عدم وجود محكمة تجارية دولية موحدة:

كان من الممكن التغلب على مسألة تفسير نصوص اتفاقية فينا ومنها بالطبع نص المادة (٧)، وذلك فى حالة وجود محكمة دولية تجارية موحدة يمكن اللجوء إليها إذا ما ثارت مشكلة بصدد تفسير نصا ما من جانب المحكمين أو القضاة، وكذلك من جانب الأطراف. الغريب فى الأمر أن لجنة الأمم المتحدة لقانون التجارة الدولية قد رفضت انشاء محكمة تحكيم دولية ينعقد لها الاختصاص فى هذا الشأن(١). حيث ينتهى الفقه فى تعليقه على هذا الشأن أن انشاء محكمة تحكيم دولية ينعقد لها الاختصاص فى حل الاختلافات بين النظم القضائية الوطنية فى تفسير القواعد الموحدة، فإنه أمرا سوف يكون غير واقعى كلية. فضلا عن أن التجار غالبا لا يلجأون إلى هذه المحكمة وذلك للحفاظ على سرية منازعاتهم.

---

(١) Uncitral rejected a proposal to set up a permanent editorail board "report of the uncitral on the work of its twenty first session 1988".

لمزيد من التفصيل انظر Disa sim 2001 op. cit. N. 222.

أحكام التحكيم الدولية والقضاء ودور حسن النية فى اتفاقية فينا:

إذا كانت أحكام التحكيم الدولية وأحكام القضاء تؤكد فى غالبيتها على أن مبدأ حسن النية التزام يقع على عاتق الأطراف، إلا أنها مع ذلك لم تنته إلى تفسير موحد لمبدأ حسن النية فى اتفاقية فينا، حيث أنه قد صدر حكم من غرفة التجارة الدولية سنة ١٩٩٧ مقررا أن مبدأ حسن النية فى اتفاقية فينا دوره دورا تفسيريا. ومن ثم ان ما قاله الفقه هو قول حق من حيث أنه لا يوجد العدد الكافى من الأحكام التى من شأنها أن تقرر إذا ما كان لدى المحاكم تفسير لمبدأ حسن النية فى الاتفاقية تفسيرا محايدا، فمبدأ حسن النية مازال فى احتياج إلى النمو والازدهار، حيث أن الاتفاقية لم تقدم لنا فى حد ذاتها الكثير من المساعدة عند محاولة تحديد ماذا يعنى حسن النية واقعيا(١).

ومن أحكام التحكيم الدولية التى تؤكد على أن مبدأ حسن النية التزاما يقع على عاتق الأطراف، حكم محكمة التحكيم الهنغارية سنة ١٩٩٥ فى القضية رقم ٩٤١٢٤ الصادر فى ١٧ نوفمبر سنة ١٩٩٥ حيث تقرر أن مبدأ

---

(١) Bruno Zeller "four cornors the methodology for interpertation and application of the CISG 1980, p. 43, n. 343. pace.L. sch. inst. int'l. com.L. 2003.

حتى أن الفقيه Bruno يستشهد بما قال الفقيه Fransworth بصدد قانون الولايات المتحدة (القانون الأمريكى الموحد) حيث يقول الفقيه ان المفاهيم القانونية لمبدأ حسن النية كذلك المعقولية التجارية مازالت تنتظر الكثير من الوضوح. هامش رقم ٣٤٠.

حسن النية يعد من أحد المبادئ العامة فى التجارة الدولية ولا يجوز للأطراف استبعاد هذا المبدأ(١).

حكم محكمة التحكيم الهولندية فى ٥ مارس سنة ١٩٩٧ حيث قررت المحكمة «أن ما انتهت إليه المحكمة من نتائج يتوافق ومبدأ حسن النية إذا كان مبدأ حسن النية فى فرنسا مقررا لمعيار شخصى فإن الاتفاقية تذهب إلى أكثر من ذلك وتفرض مبدأ حسن النية بمعيار موضوعى.

ومن أحكام القضاء الذى يؤكد على أن مبدأ حسن النية التزاما يقع على عاتق الأطراف حكم محكمة الاستئناف الالمانية سنة ١٩٩٥ حيث انتهت المحكمة إلى أن السماح للمشترى بالغاء العقد بعد سنتين ونصف من اتمامه، فإن ذلك يعد انتهاكا لمبدأ حسن النية المقرر فى نص المادة ١/٧ من اتفاقية فينا وكذلك حكم محكمة الاستئناف الفرنسية (جرونوبل) حيث انتهت المحكمة إلى أن تصرفات البائع تتعارض مع مبدأ حسن النية(٢)(٣).

---

(١) Budapest arbitration proceeding Vb 94124 november 17. 1995. htt. cisgw 3 law pace edu/cases 95 1117 h. I htmi).
مشار إليه فى: Bruno Zeller op. cit., note 73.

(٢) Cour d'appel Grenoble 22 februare 1995 "http cisg 3 law pace edu cases 950222 FI. Htmi).

(٣) لمزيد من الأحكام القضائية وأحكام التحكيم الدولية التى تقرر أن مبدأ حسن النية التزاما يقع على عاتق الأطراف. انظر فى ذلك أيضا:

Vienna Arbitration proceding sch 4318, 15 june 1994.

حيث أن محكمة التحكيم قررت:

the principle of estoppel, after all, is but on of the general principles of the convention that is closely associate with the notion of good paith. =

على الرغم من أن تلك الأحكام تشير إلى أن مبدأ حسن النية التزاما يقع على عاتق الأطراف، فإن غرفة التجارة الدولية فى حكم لها صادر من محكمة التحكيم سنة ١٩٩٧ تقرر أن مبدأ حسن النية فى اتفاقية فينا دوره دورا تفسيريا حيث تقرر(١):

since the provisions of art 7 (1) cisg concern only the interpretain of the canvention no collateral obligation may be derived from the pra-motion of good faith.

رأى خاص فى دور حسن النية فى اتفاقية فينا سنة ١٩٨٠:

على الرغم من أنه من المستقر عليه أنه لا يمكن اللجوء إلى القوانين فى تحديد دور حسن النية فى اتفاقية(٢) فينا، فالسؤال الذى يطرح نفسه إذا كان

= Mexico 30 November 1998.
hattp Cisg W3 law. pace Edu cases 1981130 m html.

(١) icc Arbetration case no. 8611, 22 gaunuary 1997 http:/, 11 cisgw 3, law/ pace/ edu/ cases 978611 il. Html.

(٢) انظر فى ذلك: Diane Madeline Goderre op.cit., p. 279.
حيث يقول الفقه بصدد ذلك: «إن هذا الاتجاه النابع من الأحكام بصدد تفسير نص المادة (١/٧) من أن مبدأ حسن النية التزاما يقع على عاتق الأطراف ليس كافيا لتحديد إذا ما كان هناك تفسير يمكن أن يمتد مستقبلا وذلك لسببين:
١- أن هذه القرارات الصادرة من النظم القضائية التى تنتمى إلى نظم القانون الخاص تلك التى تكون أكثر ميلا إلى فرض مبدأ حسن النية على الأطراف ومن ثم لا تكون هناك دهشة إذا قررت مبدأ حسن النية بهذا المعنى.
٢- أن السوابق القضائية للاتفاقية تظهر ببطء وقليل من الأحكام تذهب إلى تقرير مبدأ=

الأمر كذلك فما هو السبيل إلى تحديد دور حسن النية فى اتفاقية فينا خاصة انه لا يوجد رأى موحد من جانب الفقه بصدد ذلك، فكل جانب من الفقه يقف على طرف نقيض من الطرف الاخر، فضلا عن ذلك فإنه إذا كانت أحكام القضاء وأحكام التحكيم الدولية تؤكد على أنه التزام أساسى يقع على عاتق الأطراف، إلا أن هناك جانب آخر من الأحكام. وإن كانت قليلة، ترى أن مبدأ حسن النية دوره يقتصر على التفسير ولا يعد التزاما أساسيا يقع على عاتق الأطراف، مما يعنى أيضا أنه لا يوجد اتجاه قضائى موحد سواء من جانب أحكام التحكيم أو القضاء بصدد دور حسن النية؟

بصدد ذلك نرى أنه لابد من الرجوع إلى القوانين الوطنية لتفسير مبدأ حسن النية في اتفاقية فينا حيث أن الواقع يفرض ذلك من ناحيتين:

١- إذا كان النزاع معروضا على القضاء الوطنى، وكانت اتفاقية فينا هى القانون المطبق على النزاع، فلاشك أن القاضى سوف يلجأ إلى قانونه الوطنى بصدد مبدأ حسن النية، حيث أن الاتفاقية لم تقدم له المساعدة الكاملة بصدد ذلك.

٢- إذا كنا بصدد تنفيذ حكم تحكيم فإنه من المعلوم أن حكم التحكيم لا

= حسن النية ومن ثم انه لا يمكن من خلال هذا العدد القليل من القضايا أن تقرر إذا ما كان للمحاكم اتجاه موحد بصدد فرض مبدأ حسن النية على عاتق الأطراف كما أن السوابق القضائية تؤكد أن اتجاه المحكمين والقضاة بصدد تفسير نص المادة ٧ يكون متأثرا بنظمهم القانونية القائمة ومن ثم ان الهدف نحو تحقيق التوحيد بصدد مبدأ حسن النية سوف يخيب مسعاه.

يتم تنفيذه إلا بعد الحصول على الصيغة التنفيذية من قاضى التنفيذ، وكان حكم التحكيم يتعلق بمسألة مبدأ حسن النية فلا شك أن القاضى سيبحث هذه المسألة فى اطار قانونه الوطنى لمنح الحكم الصيغة التنفيذية.

ويؤكد ذلك الفقه من حيث أن مراجعة معنى حسن النية من خلال عيون القانون الوطنى تكون ذات قيمة، من حيث أنها على الأقل سوف تعطينا معنى لمبدأ حسن النية، على الرغم من أنه يرى أنه لا يمكن تفسير الاتفاقية من خلال النظم القانونية الوطنية.

المطلب الثالث
مفهوم مبدأ حسن النية
فى مبادئ اليندروا

تمهيد:

كما سبق أن بينا أن مفهوم مبدأ حسن النية فى اتفاقية فينا لم يحدد بالشكل الكافى الذى يمكن معه القول أنه التزاما يقع على عاتق الأطراف حيث أن صياغة نص المادة (٧) قد فتحت الباب على مصراعيه للفقه لإبداء الرأى بصدد دور حسن النية فى اتفاقية فينا. حتى أن البعض قد ذهب إلى أن النص الخاص بمبدأ حسن النية فى الاتفاقية وضعه خطأ(١). ولم يكن الأمر أحسن حالا فى أحكام القضاء والتحكيم الدولية، حيث أنه على الرغم من أن غالبية أحكام التحكيم الدولية والقضاء قد انتهت إلى أن مبدأ حسن النية فى اتفاقية فينا هو التزام يقع على عاتق الأطراف، وكان من الممكن الانتهاء إلى رأى موحد بصدد مبدأ حسن النية فى الاتفاقية أساسه أحكام التحكيم والقضاء الوطنى، إلا أن غرفة التجارة الدولية قد أصدرت حكما لها كان بمثابة الشرخ الذى أصاب اتجاه أحكام التحكيم والقضاء بصدد تحديد دور حسن النية فى اتفاقية فينا.

وانتهينا إلى أن تفسير ضمان احترام حسن النية فى التجارة الدولية لا يعنى حسب الاعتقاد السائد أنه لا يجب اللجوء إلى القوانين الوطنية لتحديد

---

(١) Jacobs Ziegel "the unidroit contract principles, cisg and National Law. p. 6.N. 13, Valencia, Venezuela (6-9 No. 1996)..

دور حسن النية فى الاتفاقية[١] بل يجب اللجوء إلى القوانين الوطنية لتحديد دور حسن النية فى اتفاقية فينا، حيث أن ذلك يمكن على الأقل من ناحية أن الاتفاقية قد استبعدت من نطاق تطبيقها مسألة صحة العقد، فأغلبية النظم القانونية الوطنية من حيث سوء النية فى المفاوضات أو التنفيذ، تقرر الغاء أو بطلان نص فى العقد، وبالتالى فالقانون الوطنى ربما يستمر فى حكم تأثير سوء النية على صحة العقد[٢]، هذا بالاضافة إلى ما سبق بيانه من أن الواقع العملى يفرض نفسه من خلال اللجوء إلى القانون الوطنى لتحديد دور حسن النية فى اتفاقية فينا.

إذا انتقلنا إلى بيان دور حسن النية فى مبادئ اليندروا فإننا نجد أن الاحالة إلى مبدأ حسن النية فى التجارة الدولية لا يعنى سوى أنه لا يمكن اللجوء إلى القوانين الوطنية لتحديد دور حسن النية كما جاء فى التعليق على نص المادة ١/٧، حيث أن مبادئ اليندروا قد أوردت مبدأ حسن النية بشكل واضح وصريح، من حيث أنه التزام يقع على عاتق الأطراف كما لا يجوز لهم استبعاده، ومن ثم لا مجال للفقه لابداء رأيه بصدد دور حسن النية فى مبادئ

---

(١) Nives Povrzenic, international and GAP- Filling under the CIS.G "http//www.law pace edu, april 1997. "it is mor than abvious that refernce to "good faith in international trade" means that recourse to national standards should be allowed only to the extent that it is proved to be accepted at comparative level, otherwis the international character" of the convention and the need to promote uniformity in its application would be endangered. p.9. N.22.

(٢) Robert wachsmuth, Esquire and kristi clark Esquire who's writing yaur contract? in many cases it is C.I.S.G. corpus christi, lawyers. com. p. 1-17.

اليندروا كما تميزت صياغة مبدأ حسن النية في مبادئ اليندروا من أنها قد أوردت نصا خاصا لهذا المبدأ (٧/١)، ولم تورد المبدأ فى صياغة نص المادة ٦/١ الخاص بتفسير المبادئ، وبالتالى فهى قد قطعت الطريق على امكانية القول أن دور مبدأ حسن النية فى المبادئ دورا تفسيريا فقط، كما حدث فى اتفاقية فينا المادة ١/٧ التى أوردت المبدأ فى النص الخاص بتفسير الاتفاقية.

ان مبادئ اليندروا قد تناولت مبدأ حسن النية بالشكل الذى يتلائم مع أهمية هذا المبدأ وعظمته فى التجارة الدولية، فمبدأ حسن النية ليس مجرد أساس نمطى للمبادئ فقط، بل يعد أحد الأفكار الأساسية التى تقوم عليها المبادئ، حيث أن مبدأ حسن النية قد ورد فى حوالى ٢٥ نص فى المبادئ(٢). فالنصوص الرئيسية فى مبادئ اليندروا المتعلقة بمبدأ حسن النية توجد فى نص المادة ٧/١ التى تقرر يجب على كل طرف أن يتصرف وفقا لما يقتضيه مبدأ حسن النية وأمانة التعامل فى التجارة الدولية، ولا يجوز لأى طرف استبعاد هذا الالتزام أو تقييده، والمادة ١٥/٢ التى تنص على:

١- لكل طرف حرية التفاوض ولا يسأل عن الفشل فى عدم التوصل إلى اتفاق.

---

(١) Sylvette Guillemard, Acomparative study of the unidroit principles and the principles of European contracts and som disposition of the Cisg applicable to the formation of international contracts from the perspective of harmonisation of law. Kluwer law international (2000-2001) 83-113.N.75.

٢- مع ذلك يسأل الطرف الذى يتفاوض أو يقطع المفاوضات بسوء نية عما لحق بالطرف من خسائر.

٣- يعد من قبيل سوء النية بوجه خاص دخول طرف فى التفاوض أو استمراره فيه بالرغم من نيته فى عدم الوصول إلى اتفاق مع الطرف الآخر.

يضاف إلى ذلك أن العديد من نصوص مبادئ اليندروا قد تضمنت الاشارة إلى مبدأ حسن النية، ومن ذلك على سبيل المثال المادة ٨/٤، ٥/٣، ١٠/٣، ١/٧ فقرة (٦) إلى غير ذلك من النصوص.

إلا أنه من الملاحظ أن مبدأ حسن النية فى مبادئ اليندروا قد ورد فى نصوصها بصياغات مختلفة، تارة جاء بصريح النص كما هو فى المادة ٧/١، و٨/٤ وذلك على سبيل المثال، كما جاء التعبير عن مبدأ حسن النية بالتعبير عن اللفظ المضاد له «سوء النية» كما فى المادة ١٥/٢، كما تم التعبير عن مبدأ حسن النية فى نصوص أخرى بأشكال مختلفة كما هو الحال فى المادة ٥/٣٥ أو كان مما يخالف المعايير التجارية المعقولة فى شأن أمانة التعامل، كذلك المادة ١٠/٣ «متفقا مع المعايير التجارية المعقولة لأمانة التعامل». لقد علق الفقه على هذه الاختلافات فى الصياغة عند الاشارة إلى مبدأ حسن النية مقررا أن النصوص والتعليق عليها لم تتضمن أى بيان أو ايضاح لهذه الاختلافات اللغوية، ولا شك أن هذه الاختلافات فى الصياغة ينشأ عنها عدة أسئلة، منها هل سوء النية يبدو فى غياب حسن النية، وهل غياب أمانة التعامل تعنى أيضا سوء النية وينتهى بصدد تساؤلاته تلك ان وجهة النظر السائدة أنه من المتعذر تجنب هذه الاختلافات فى الصياغة فهى لا تعدو سوى

أنها اختلافات لغوية فقط(١).

على أية حال ان مبدأ حسن النية فى مبادئ اليندروا كما هو مبين فى نص المادة ٧/٤ لم تتطلب فقط من الأطراف أن يتصرفوا وفقا لمبدأ حسن النية وأمانة التعامل فى مرحلة تنفيذ العقد، ولكن أيضا فى مرحلة المفاوضات.

مبدأ حسن النية ومرحلة المفاوضات:

على الرغم من أن مبادئ اليندروا لا تقع ضمن الأنواع القانونية المعتادة للوثائق القانونية الدولية، كالشروط العامة أو العقود النموذجية أو الاتفاقيات الدولية أو القوانين الموحدة(٢). فإنها قد أوردت مبدأ حسن النية بشكل واضح تماما هذا من ناحية، ومن ناحية أخرى إذا كانت قد أبرزت مبدأ حسن النية بشكل أقرب ما يكون إلى نظم القانون الخاص من ناحية المفاوضات، إلا أنها كانت أكثر صراحة من تلك التشريعات، فالقانون المدنى الفرنسى لم يتضمن الاشارة إلى مبدأ حسن النية فى مرحلة المفاوضات، إلا أن المسلم به فقها وقضاء أن مبدأ حسن النية لا يقتصر إعماله على مرحلة تنفيذ العقد، بل يمتد إل مرحلة المفاوضات، وكذلك الحال بالنسبة للقانون المدنى المصرى المادة ١٤٨، والقانون المدنى السويسرى المادة ٣/٢(٣).

---

(١) E.Allan: fransworth, Duties of good faith and fair dealing under the unidroit principles, relevant international conventions, and national laws J.intl & comp. law 47-56 (1994).

(٢) Diane Madeline goderre, op. cit., p.272.

(٣) انظر فى ذلك الدكتور محمد حسين عبد العال، التنظيم الاتفاقى للمفاوضات العقدية ص١٢٤، دار النهضة العربية، ١٩٩٨.

وكذلك كانت أكثر تفصيلا من تلك التشريعات المقارنة التى أشارت إلى مبدأ حسن النية فى مرحلة المفاوضات كالتشريع الايطالى الذى ينص فى المادة ١٣٣٧ من القانون المدنى «يلتزم أثناء المفاوضات وابرام العقد التعامل فيما يتفق وحسن النية. وهى بذلك تختلف تماما مع نظم القانون العام تلك التى لا تعترف بمبدأ حسن النية لاسيما فى مرحلة التنفيذ، كما هو الحال فى القانون الأمريكى التجارى الموحد، وقانون العقود حيث لا يعترف مبدأ حسن النية فى مرحلة المفاوضات.

مبدأ حسن النية وتنفيذ العقد:

إن مبادئ الينذروا قد أوردت مبدأ حسن النية بشكل لا يقبل الشك من حيث أنه التزاما يقع على عاتق الأطراف ليس فى مرحلة المفاوضات فقط، بل فى مرحلة التنفيذ أيضا، وهى بذلك لم تجعل هناك مجالا لابداء الرأى حول دور حسن النية.

إن تلك المساحة التى يشغلها مبدأ حسن النية فى مبادئ الينذروا ترجع إلى أنها لم تأخذ شكل اتفاقية دولية، حيث لو كان الأمر كذلك لكان الحال تغير تماما، وما كان لحسن النية هذه المساحة.

إن ما يذهب إليه البعض من القول أن ما جاء فى مبادئ الينذروا بصدد مبدأ حسن النية لا يعد أمراً جديداً أو مبتكراً، وإنما هو التزام مجرد من كل أصالة، فالواقع يشهد أن هذا الالتزام ليس فقط مقبول فى جميع النظم القانونية، ولكنه أيضا يعد مبدأ من المبادئ العامة للقانون التى لها قيمة

متميزة ومستقلة(١).

الحقيقة أن ما أبداه هذا الرأى من القول ان ما جاء فى مبادئ الیندروا بصدد مبدأ حسن النية لا يعد أمرا جديدا أو مبتكرا، وإنما هو التزام مجرد من كل أصالة هو قول محل نظر. فالواقع أن مبادئ الیندروا قد أوردت مبدأ حسن النية بشكل يغاير ما هو موجود فى التشريعات المقارنة، حيث أنها قد أوردت هذا المبدأ فى مرحلة المفاوضات، وكذلك تنفيذ العقد إذ كانت بصدد مبدأ حسن النية أقرب ما تكون إلى نظم القانون الخاص، فهى كانت أكثر تفصيلا وصراحة من تلك التشريعات كما سبق أن أوضحنا، بل انها متغايرة تماما مع نظم القانون العام، فهل مبدأ حسن النية قد جاء فى مبادئ الیندروا بعد هذا الشكل الذى ورد به جاء مجردا من كل أصالة بالطبع لا.

معنى حسن النية فى مبادئ الیندروا:

على الرغم من أن مبادئ الیندروا لم تورد تعريفا لمبدأ حسن النية يمكن من خلاله بيان إذا كان معنى حسن النية معنى شخصى أو معنى موضوعى، فإن صياغة مبادئ الیندروا لمبدأ حسن النية تعنى أنه ذات معنى موضوعى. حيث يقول الفقه أنه على الرغم من أن مبادئ الیندروا لم تعطينا معنى لحسن النية، فإن احتواء لفظ حسن النية على العدالة والانصاف كما هو موضح فى نص المادة ٧/١، يجعل من الواضح أن معنى حسن النية معنى موضوعى، وذلك

---

(١) انظر هذا الرأى بالتفصيل فى الدكتور أحمد صادق القشيرى، الدكتور أبو العلا على أبوالعلا النمر، دراسة تحليلية لمبادئ معهد روما (الیندروا) المتعلقة بعقود التجارة الدولية، دار النهضة العربية، ٢٠٠٠.

يظهر أيضا من خلال نص المادة ٣/ ٥، ٣/ ١٠ حيث أنها تشير إلى معنى حسن النية بمعنى موضوعى(١).

القوة الملزمة لمبدأ حسن النية وتأثير ذلك:

إن مبدأ حسن النية طبقا لما جاء بنص المادة ١/ ٧ يكون ذات طبيعة ملزمة، حيث ان الأطراف لا يجوز لهم استبعاده أو تقييده. فمن الانتقادات الموجهة إلى مبادئ الينذروا أن هذه المبادئ ليست سوى وثيقة ليس لها أى قيمة تعاقدية، فكيف يمكن أن تتضمن نصوصا آمرة كنص المادة ١/ ٧ حيث ان المادة ١/ ٥ تجيز للأطراف استبعاد تطبيق هذه المبادئ أو مخالفتها أو تعديل آثار أى حكم من أحكامها(٢).

فهذا النقد من باب أولى أن يوجه إلى اتفاقية فينا تلك التى تتمتع بقيمة قانونية لا تتمتع بها مبادئ الينذروا، حيث أن نص المادة ٦ من الاتفاقية يجيز للأطراف استبعادها وكذلك مخالفتها فيما عدا نص المادة ١٢(٣)، فها هى اتفاقية فينا تتضمن قاعدة آمرة على الرغم من أنها تجيز للأطراف مخالفتها أو استبعادها أو تعديل نص من نصوصها، وبالتالى فإن ما ذهبت إليه مبادئ الينذروا ليس بجديد.

إذا كانت مبادئ الينذروا تتضمن قواعد آمرة إن هذه القوة الالزامية لهذه

---

(١) M.J.Bonell: the unidroit principles of international commercial contracts. Nauture, purposes and first experiences in practice. p.10, N.50. "htt:// www, undroit orgien, prin., pr. exper. him.

(٢) انظر فى ذلك المادة ١/ ٥ من مبادئ الينذروا.

القواعد مشروطة من حيث أنها لا تسود على القواعد الآمرة واجبة التطبيق سواء كانت وطنية أو دولية، وذلك وفقا لما تقرره المادة ٤/١، وهذا ما لم تقرره اتفاقية فينا حيث أنها لم تأخذ بما أخذت به اتفاقيتى لاهاى ١٩٦٤. ولو أن اتفاقية فينا كانت قد تضمنت مبدأ حسن النية بالشكل الذى تضمنته المبادئ لكان فى ذلك ضمانة لاحترام القواعد الآمرة الواجبة التطبيق سواء كانت وطنية أو دولية، حيث أن صياغة نص المادة ٦ فى اتفاقية فينا من شأنها فتح الطريق أمام المتعاقدين للهروب من القواعد الآمرة، حيث أنها لم تتضمن ما تضمنته اتفاقية لاهاى فى المادة (٤)[١].

---

(١) انظر فى ذلك المادة ٦ من اتفاقية فينا سنة ١٩٨٠.

الفصل الثالث

نشأة مبدأ حسن النية

فى النظم القانونية القديمة

تمهيد: إن مبدأ حسن النية كالتزام يقع على طرفى العقد قديم قدم الشعوب، فهو يرجع إلى بداية المجتمع الإنسانى، فعرفته القبائل البدائية بمثابة سلوك متعارف عليه. فالاعتقاد أن الإنسان البدائى الرشيد كانت له قواعده الأخلاقية من واقع حاجته إلى مبدأ حسن النية بالمعنى العام لهذه العبارة من أجل المحافظة على استمرار بقاء المجتمع الذى يعيش فيه، وحب البقاء كان يعوزه الوفاء بالالتزامات، وجاء الدين بعد ذلك كعنصر يقوى من المفهوم الأساسى لحسن النية(١).

والحقيقة أن الدين لم يكن مجرد عنصراً مقويا للمفهوم الأساسى لمبدأ حسن النية فحسب، بل جاء مقنناً لهذا المبدأ موضحا الأثر المترتب على مخالفته، حيث جاءت الشريعة المسيحية جاعلة مفهوم مبدأ حسن النية مفهوم دينى من خلال تقرير قاعدة الضمير الحق good conscience(٢)، ثم تلتها بعد ذلك الشريعة الغراء، الشريعة الإسلامية، مؤكدة على مبدأ حسن النية من خلال التطبيقات العملية لهذا المبدأ فيقول الله تعالى «يأيها الذين آمنوا أوفوا

---

(١) الدكتور محمد مصطفى يونس، سابق الاشارة إليه ص. ١٥.

(٢) J.F. O'connor, good faith in international law,dartmouth,1991-5-6.

مشارإليه فى: John Klein, good faith in international transaction, Liv, L, Re, p. 115, Note. 4.

بالعقود »[١]، «أن الله يأمركم أن تؤدوا الأمانات إلى أهلها وإذا حكمتم بين الناس أن تحكموا بالعدل»[٢]. وقول رسول الله صلى الله عليه وسلم «من غشنا فليس منا »[٣]. فالشريعة الإسلامية لم تأت فقط بتقوية مفهوم هذا المبدأ، وإنما جاءت بتطبيقاته العملية فى العقود كما هو واضح من الآيات القرآنية والأحاديث النبوية.

لذلك سوف نتناول مبدأ حسن النية فى النظم القانونية القديمة فى المباحث الآتية:

المبحث الأول: مبدأ حسن النية فى القانون الرومانى.

المبحث الثانى: مبدأ حسن النية فى الشريعة الإسلامية.

---

(١) سورة المائدة، آية رقم ١.

(٢) سورة النساء آية رقم ٥٨.

(٣) الروض النضير: جـ ٣، ص ٣٠٥، مشار إليه فى الدكتور الهادى السعيد عرفه، سابق الاشارة إليه، ص ١٧٣.

المبحث الأول
مبدأ حسن النية فى
القانون الرومانى

قد قسم فقهاء القانون الرومانى مراحل تطور هذا القانون إلى ثلاثة عصور: العصر الأول عصر القانون الرومانى القديم ويبدأ بتأسيس روما ويشمل العصر الملكى ومعظم العصر الجمهورى وينتهى فى منتصف القرن الثانى قبل الميلاد بصدور قانون أيبوتيا حوالى عام ١٣٠ق.م، والعصر الثانى ويسمى بالعصر العلمى ويبدأ هذا العصر بصدور قانون ايبوتيا أى يشمل العصر الجمهورى وعصر الامبراطورية العليا الذى يبدأ بولاية الامبراطور أغسطس وينتهى بحكم الامبراطور دقلديانوس، والعصر الثالث يشمل عصر الامبراطورية السفلى الذى يبدأ بحكم الامبراطور دقلديانوس وينتهى بإنتهاء حكم امبراطور الشرق جستنيان عام ٥٦٥ للميلاد(١).

وإن غالبية الدراسات القانونية(٢) التى تناولت مبدأ حسن النية في العقود تكشف عن أن القانون الرومانى لم يعرف مبدأ حسن النية إلا فى العصر العلمى، على اعتبار أن العصر الرومانى القديم لم يكن يعرف مبدأ حسن النية وذلك لأن الشكلية هى الأمر العام للعقود إذ كانت لا تنعقد إلا وفقاً للمراسم وأوضاع خاصة.

---

(١) الدكتور محمد عبد الهادى الشقنقيرى، دراسة فى تاريخ القانون المصرى، ص ١٠٨، ١٩٨٨/١٩٨٧.

(٢) الدكتور عبد الحليم القونى، سابق الاشارة إليه ص ١٣، الدكتور بلال عبد المطلب، سابق الاشارة إليه ص٣٤.

إلا أن لنا رأى آخر بصدد ذلك فإذا كانت الشكلية هى الأمر العام للعقود فإن ذلك ليس معناه أن هذا العصر لا يعرف مبدأ حسن النية، فأولا تلك الشكلية كان لها ما يبررها، وذلك لأن المجتمع الرومانى وقتئذ كان مجتمعاً زراعيا محدوداً من حيث الاتصال بالعالم الخارجى، ومن ثم قلة المعاملات إذ كان مبدأ الاكتفاء الذاتى هو ثمة هذا العصر، وبالتالى لم تكن الحاجة إلى مبدأ حسن النية ملحة، ثم إن الغرض من الشكلية كان المقصود به الدقة والوضوح فى تحديد الالتزامات وتسهيل عملية الاثبات والفصل فى النزاع دون البحث فى نية المتعاقدين. وإن ما يؤكد على وجود مبدأ حسن النية فى ذلك أن القانون قد ترك حالات الاكراه، والغش، والخطأ فى التعاقد لمبدأ حسن النية إذ كان له من القوة فى النفوس الكفيلة بأداء الواجبات ورد الحقوق(١). ليس هذا فحسب ففى هذا العصر قد صدرت عدة قوانين تكشف عن وجود مبدأ حسن النية فى العصر القديم، فقانون جوليا، وبلوتيا الصادران سنة ٤٦ ق.م، ٦٣ ق.م، يمنعان تملك المال بالتقادم، أو اغتصاب حيازته بالقوة، وكذلك قانون أثينا الصادر سنة ٢٥٠ ق.م الذى يحرم تملك الأموال المسروقة بالتقادم(٢) حتى لو كان واضع اليد حسن النية، كما أن القضاء فى هذا العصر كان يجب عليه الفصل وفقا لمقتضيات مبدأ حسن النية التعاقدى(٣).

---

(١) الدكتور على بدوى، مبادئ القانون الرومانى، ١٩٣٦، ج١، ص ١٨، مشار إليه فى عبدالجبار ناجى الملا صالح، سابق الاشارة إليه، ص ٨، هامش ٢.

(٢) الدكتور محمد عبد الهادى الشقنقيرى، سابق الاشارة إليه ص ٤٥١، ٤٥٢.

(٣) Jhon Klein, op. cit., p. 116.

وأن ما يؤكد على وجود هذا المبدأ فى العصر القديم أنه بصدد العقود الشفوية - أحد صور العقود فى ذلك العصر- كان القاضى لا يجوز له أن يتجاوز العبارات التى تم افراغ العقد فيها بحثا عن إرادة المتعاقدين، والسبب والباعث على التعاقد ما لم يدفع المدعى عليه بالغش[١]، أليس الغش ومنعه هو أمر بالالتزام بمبدأ حسن النية فى العقود، ومن ثم فالأطراف كان لهم الحق في التمسك بمخالفة مبدأ حسن النية عن طريق الدفع بالغش. ثم ان قانون الألواح الاثنى عشر الذى صدر فى ذلك العصر والذى يعد تجميعاً للقواعد المستقر عليها، حيث أبرز مبدأ حسن النية - ذلك القانون الذى تم وضعه سنة ٤٥٠ق.م، باعتباره من القواعد المستقر عليها[٢].

ومن ذلك لا نستطيع أن ننكر وجود مبدأ حسن النية فى العصر القديم وإنما كل ما يمكن أن يقال ان هذا المبدأ كان له من القوة فى النفوس التى جعلته ذات تطبيقاً عملياً كفيلا بأداء الحقوق والواجبات هذا من ناحية، ومن ناحية أخرى فإنه كان مقيداً بالشكلية بمعنى افراغ دعوى الاخلال بمبدأ حسن النية فى شكل ومراسيم خاصة[٣].

العصر العلمى: فى هذا العصر اتساع نطاق مبدأ حسن النية نتيجة تطور الحياة فى روما بسبب اتساع أرجاء الدولة وازدياد النشاط التجارى ومن

---

(١) الدكتور عبد الحليم القونى، سابق الاشارة إليه ص١٥ هامش ٢.

(٢) John Klein, op.cit., p.116.

(٣) الدكتور محمد عبد الهادى الشقنقيرى، سابق الاشارة ص ١٩٢.

ثم أصبحت الشكلية لا تتلاءم مع ذلك، حيث أصبحت الإرادة كافية بذاتها لإبرام العقود. ففى ظل هذا العصر كان للبريتور رفض الدعوى إذا اتضح له أن الادعاء برغم مطابقته للقانون المدنى مخالف لمبادئ العدالة وحسن النية، بمعنى أن البريتور أصبح له أن يتمسك مباشرة بمخالفة مبدأ حسن النية دون حاجة إلى الدفع بالغش من جانب المدعى عليه.

ففى هذا العصر ظل مبدأ الشكلية هو السائد غير أن الرضائية ظهرت بجانبها على سبيل الاستثناء فتعددت نماذج العقود غير الشكلية(١). ومن ناحية أخرى ظهر دور الإرادة فى العقد ومع ذلك ظلت الشكلية هى الأساس، إذ أن الاتفاق الذى لا يدخل فى أحد النماذج المقررة لا يقره القانون ما لم يفرغ فى قالب الاشتراط الشفهى إلا أن القاضى أصبح يتمتع بسلطة تقديرية فى تفسير العقود غير الشكلية ومرجعها أن هذه العقود مبنية على حسن النية(٢).

عصر الامبراطورية السفلى: فى هذا العصر انهارت شكلية العقود وظهرت أنواع أخرى من الاتفاقات غير الشكلية التى تنعقد بالتراضى وهى

---

(١) العقود الرضائية وهى البيع، الايجار، الوكالة ، الشركة، العقود العينية وهى الوديعة والعارية والرهن وكلاهما من العقود المجردة من الشكل التى حماها البريتور، كذلك من عقود حسن النية والعقود غير المسماة وهى اتفاقات تبادلية مجردة من الشكل وحماها البريتور أيضاً وكذلك من عقود حسن النية ومن أمثلتها المقايضة، الاتفاقات البريتورية ومثالها اتفاقات العهد. لمزيد من التفصيل الدكتور محمد عبدا لهادى الشقنقيرى، تاريخ القانون الرومانى، ١٩٩٠، ص٣٣١ ومابعدها.

(٢) الدكتور محمد عبد الهادى الشقنقيرى، سابق الاشارة إليه ص ٣٣٥.

الاتفاقات الشرعية والتحكيم، والوعد بالدوطة، والهبة، ولم يقتصر فى هذا العصر على ذلك بل تعداه إلى الاعتراف بقدرة الإرادة على تعديل مضمون العقد وبسبب ذلك ذهب الفقيه ستيفانونس أحد أساتذة بيروت فى القرن السادس إلى أن يقرر قاعدة أصولية هى أن الإرادة هى الأم التى تلد العقد(١).

وبصرف النظر عما إذا كان شراح القانون الرومانى ينظرون إلى أن الشكلية هى الأصل العام، وأن سلطان الإرادة لا يعترف به فى إنشاء التصرفات القانونية إلا على سبيل الاستثناء، فإن مبدأ حسن النية قائم وموجود فى عصور القانون الرومانى وإن كان يختلف نطاقه بحسب التطورات التى مر بها المجتمع الرومانى.

ولقد كان لظهور المسيحية فى العصر العلمى وانتشارها أكبر الأثر فى تطور القانون الرومانى، إذ أعطت لمبدأ حسن النية مفهوم دينى من خلال قاعدة الضمير الحى good conscience التى أبرزتها الديانة المسيحية التى ساهمت في تنصير القانون الرومانى واستخدام هذه القاعدة من جانب الكنيسة فى العديد من الالتزامات. فمفهوم مبدأ حسن النية لم يكن مفهوما دينيا فقط، إذ أنه كان ذات تطبيقاً عملياً من جانب المحاكم الكنسية تلك التى أسست قضائها فى المنازعات العقدية على مبدأ حسن النية، كمعيار للجزاء فى حالة مخالفة الالتزامات العقدية(٢).

---

(١) الدكتور محمد عبد الهادي الشقنقيرى، سابق الاشارة إليه ص ٣٤٠.

(٢) John Klein, op.cit., p. 116.

ولا يفوتنا أن نذكر الدور الذى لعبته الفلسفة الرومانية فى اظهار بريق مبدأ حسن النية، إذ يعد الفقيه توماس الاكوينى من أشهر الفلاسفة الرومان الذين قاموا بذلك، إذ ينظر لمبدأ حسن النية على أنه قاعدة القانون الطبيعى، ومن ثم كافة القوانين، ثم تلاه بعد ذلك تلاميذ مدرسته conon, seculer الذين عملوا على تحديد أكثر ايضاحاً لمبدأ حسن النية. فوجهة النظر الفلسفية تلك لمبدأ حسن النية تبدو حاليا فى رفض «قاعدة أن تشترى على مسئوليتك»، وكذلك فى الجزاءات الجنائية المترتبة على الغش (النصب)، فطبقاً لهذه المدرسة الفلسفية فإن العقود التى يتم ابرامها تحت غش أو تدليس ليست فقط باطلة ولكنها غير شرعية(١).

---

(١) John Klein, op. cit., p. 116.

المبحث الثانى
مبدأ حسن النية فى
الشريعة الإسلامية

إن الشريعة الإسلامية تعد فى الأصل هى القانون الذى به يتعاقد طرفى العقد، إذ يجب عليهم أن يعتبروا أن الله سبحانه وتعالى حاضرهم، ومن ثم يتساوى الظاهر والباطن اللذان يعبر عنهما الصيغ، والألفاظ اللذان يعبران عن القصد والنية.

النية تعد هى قصد النفس إلى العمل(١)، واصطلاحا عزم القلب على أمر معين(٢)، فالنية فى الشريعة الاسلامية هى أساس الأعمال وتقويمها، حيث يقول رسول الله صلى الله عليه وسلم «إنما الأعمال بالنيات وإن لكل امرئ ما نوى». فلا يتصور فى الشريعة الإسلامية عمل بدون نية حسنة كمن يصلى لله ويحسن الصلاة لأجل الناس فيثاب على ما أخلصه له دون ما يبتغى به وجه الله، فالعمل بلا نية لا ثواب عليه أما النية المجردة فيثاب عليها لقول رسول الله صلى الله عليه وسلم «إن بالمدينة رجالا ما سرتم سيرا ولا قطعتم واديا إلا كانوا معكم» ويقصد هنا الذين لم تمكنهم الظروف فى العمل معهم، وإذا قامت الدلائل عند إنشاء العقد على نية معيبة اعتبرت هذه النية سبباً فى فساد العقد وبطلانه(٣).

---

(١) المعجم الوجيز، طبعة خاصة بوزارة التربية والتعليم لسنة ١٩٨٨ ص ٦٤١.

(٢) د. عبد الحليم القونى، سابق الاشارة إليه ص ٢٧١.

(٣) الأستاذ عبد الحليم الجندى، أحمد بن حنبل امام أهل السنة، منشأة دار المعارف سنة ١٩٨٥.

فإذا كانت تلك هى النية فمتى تعد النية حسنة، أولا الحسن لغة هو فعل ما هو حسن[١] واصطلاحا هو الفعل الذى حكم الشرع بكونه حسناً وطلب من المكلف فعله[٢] . ومن ثم فإن حسن النية فى الشريعة الاسلامية هو عزم القلب على أمر معين طلب من المكلف فعله طبقاً لأوامر الشرع وأحكامه. فحسن النية فى الشريعة الإسلامية لا يرتبط فقط بكيان العقد وصحة التراضى فيه وإنما يرتبط بالعبارات التى تستعمل فى ابرامه يقول بن القيم القصد روح العقد ومصححه، ومبطله. واعتبار القصد فى العقود أولى من اعتبار الألفاظ فإن الألفاظ مقصودة لغيرها، ومقاصد العقود هى التى تراد لأجلها، والنية لذلك تحقق للفظ مغزاه، واجماع النية والدلالة القولية هو الذى يرتب الحكم، فالخطأ فى اللفظ والجهل بالمعنى، كلها حالات لا يؤاخذ فيها الناس إذا تكلموا وانعدم قصدهم فى ترتيب النتائج[٣].

مبدأ حسن النية وعقد البيع فى الشريعة الإسلامية:

البيع لغة [٤]هو مشتق من المباع لأن كل واحد يمد باعه للآخر والاعطاء، واصطلاحاً مبادلة سلعة بمال[٥] تملكاً وتمليكاً. وثبت تشريعه بالكتاب والسنة فيقول الله تعالى «وأحل الله البيع»، واشهدوا إذا تبايعتم» ومن السنة قول رسول الله صلى الله عليه وسلم «التاجر الصدوق مع النبيين والصديقين والشهداء».

---

(١) المعجم الوجيز، سابق الاشارة إليه ص ١٥١.

(٢) الدكتور السعيد الهادى عرفه، سابق الاشارة إليه ص ١٦٦.

(٣) الأستاذ عبد الحليم الجندي، سابق الاشارة إليه ص ٢٧٣.

(٤) المعجم الوجيز، سابق الاشارة إليه ص ٧٠.

(٥) المعجم الوجيز، سابق الاشارة إليه ص ٧٠.

ولقد حرمت الشريعة الإسلامية العديد من البيوع[١] لما فيها من تغريرأي إخلال بمبدأ حسن النية، فمن هذه البيوع بيع المنابذة، والملامسة، والحصى، والعينة، والسوم إذا كانت هذه البيوع مباحة فى الجاهلية.

فبيع المنابذة هو ذلك البيع الذى يقول فيه البائع أنى بعت هذا الشئ بكذا متى نبذته إليك فقد وجب العقد ولا خيار لك، فبيع الملامسة هو بيع الشئ فى الظلمة اعتمادا على الملامسة، والدليل علي بطلان هذين النوعين ما رواه أبو سعيد الخدرى قال، نهانى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن بيعتى المنابذة، الملامسة، لأنه علق وجود البيع على نبذ الشئ وذلك لا يجوز لأنه غرر.

وبيع الحصى وهو أن يقول البائع بعتك هذه الأرض بمبلغ كذا بمقدار ما ينتهى إليه حصاة ترميها أو أرميها، ودليل عدم صحته أن الرسول صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الحصى لأنه بيع مبيع مجهول.

وبيع العينة هو شراء بثمن مؤجل ثم بيعها لمن ابتاعها منه بثمن حال أقل مما اشتراها بها، ودليل التحريم ما رواه شبهة عن أبى اسحاق الشيعى عن امرأته العالية قالت «دخلت أنا وأم ولد زيد ابن أوقيم على عائشة فقالت أم ولد زيد بن أوقيم انى بعت غلاما من زيد بثمانى مائة درهم إلي العطار ثم اشتريته منه بستمائة درهم فقط، فقالت لها بئس ما اشتريت وبئس ما شريت أبلغى زيدا

---

(١) لمزيد من التفصيل انظر الدكتور أحمد عثمان، منهج الإسلام فى المعاملات المالية، ص ١١٤، دار الطباعة المحمدية، سنة ١٩٨٠، الدكتور عبد الحليم القونى، سابق الاشارة إليه ص ٥٧٠ - ٥٩٠.

أن جهاده مع رسول الله صلى الله عليه وسلم بطل إلا أن يتوب «رواه أحمد، سعيد».

وبيع السوم هو أن يبيع البائع الشئ للمشترى فيأتى الغير ويطلب من المشترى رد الشئ المبيع إلى البائع على بيع شئ آخر خيراً منه بثمن كذا، ولقد نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن هذا البيع بقوله لا يبيع الرجل على بيع أخيه وأن يسوم على سومه».

فحسن النية قننته الشريعة الإسلامية تقنيناً عملياً سواء فى النصوص القرآنية أو الأحاديث النبوية الشريفة، بالشكل الذى يعني أنه مفترض فى كل مسلم الالتزام به فى العقود، خاصة فى المعاملات التجارية حيث يقول رسول الله صلى الله عليه وسلم «ان التجار يبعثون يوم القيامة فجاراً إلا من بر وصدق» فمبدأ حسن النية من أولى الالتزامات التى تفرضها الشريعة الإسلامية فى كل نواحى المعاملات التجارية.

الفصل الرابع

نشأة مبدأ حسن النية فى

النظم القانونية الحديثة

تمهيد: إن مبدأ حسن النية إذا كان مبدأ مستقر عليه فى كافة النظم القانونية سواء نظم القانون الخاص أو نظم القانون العام، إلا أن تطبيق هذا المبدأ يتباين من نظام قانونى إلى آخر بل داخل النظام القانونى الواحد، ففى نظم القانون العام نجد أن مبدأ حسن النية فى القانون الانجليزى لا يعرف معنى له، على العكس من القانون الأمريكى الذى يقرر الالتزام بمبدأ حسن النية صراحة فى نصوصه، وإن كان قاصرا على مرحلة تنفيذ العقد. ففى نظم القانون الخاص نجد أن مبدأ حسن النية قد ورد النص عليه فى القانون المصرى، والفرنسى كمبدأ قانونى عام مما قد أثار الخلاف فى الفقه فى مصر عما إذا كان نص المادة ١/١٤٨ من القانون المصرى هى أساس الالتزام بمبدأ حسن النية فى مرحلة ابرام العقد ومرحلة التفاوض، حيث ذهب البعض من الفقه إلى ذلك فى حين ذهب البعض الآخر إلى أن أساس الالتزام بمبدأ حسن النية في هذه المرحلة المادة ٢/١٢٥، والبعض الآخر استند إلى المادة ٢/١٥٠، والبعض الاخر أيضا ذهب إلى أن أساس مبدأ حسن النية قبل التعاقد فى المادة ٢/٤١٩ من القانون المدنى، وكذلك الحال فى القانون الفرنسى نجد أن الفقه يقرر صراحة أن تأثير نص المادة ١١٣٤ مطلق من حيث أنه لا يمكن توظيفه فى تقديم نجدة لحل القضايا التجارية الصعبة، على العكس من القانون الايطالى الذى قرر صراحة الالتزام بمبدأ حسن النية فى مرحلة المفاوضات، وكذلك القانون الالمانى.

لذلك سوف نتناول نشأة مبدأ حسن النية فى النظم القانونية الحديثة من خلال:

المبحث الأول: نشـــأة مبدأ حسن النية فى نظم القانون العام.

المبحث الثانى: نشأة مبدأ حسن النية فى نظم القانون الخاص.

المبحث الأول

نشأة مبدأ حسن النية

فى نظم القانون العام

تمهيد: إن ادراك مبدأ حسن النية فى دول القانون العام يجب أن يتم عن طريق انجلترا التى تعد المعون الأول لمفاهيم القانون العام، فعلى الرغم من التأكيد على وجود هذا المبدأ حيث قرر اللورد "مانسفيلد" عام ١٧٦٦ أن مبدأ حسن النية يعد المبدأ الحاكم والمطبق على كل العقود المعاملات، إلا أن هذا المبدأ لم يأخذ طريقه فى التطبيق فى انجلترا بصفة عامة(١). فالقانون الانجليزى ليس لديه مفهوم عام لمبدأ حسن النية(٢)، ويؤكد ذلك قول الفقه أننا فى انجلترا نجد أنه من الصعب تطبيق مفهوم عام لمبدأ حسن النية، فنحن لا نعرف ماذا يعنى(٣).

---

(١) E;ALLAN Fransworth "Duties of Good Faith and fair dealing under the unidroi tprinciples, Relevent international conventions and National laws,p.51.

(٢) DisaSim, op. cit., Note 81"Ageneral doctrin of good faith in non-existent in the united kingdom".

(٣) Roy goode "the concept of good faith in English law p.II. "http // www.CMR.it.CRDCS. good. htm".

وعلى النقيض من ذلك فالقانون الأمريكى يعرف مبدأ حسن النية حيث قد أورد النص عليه صراحة لكنه قاصراً على مرحلة التنفيذ، حيث تنص المادة ١/٢٠٣ من تقنين التجارة الأمريكى الموحد على الالتزام بمبدأ حسن النية فى التنفيذ، وكذلك المادة ٢٠٥ من تقنين العقود التى تنص على وجوب مراعاة حسن النية والتعامل بانصاف فى التنفيذ.

ومن ذلك يتضح أن دور حسن النية يتباين داخل نظم القانون العام، لذلك سوف نتناول مفهوم حسن النية فى نظم القانون العام من خلال القانون الانجليزى والأمريكى، وكذلك القانون الاسترالى، حيث أن نظرية مبدأ حسن النية فى بداية عهدها(١).

المطلب الأول: حسن النية فى القانون الانجليزى.

المطلب الثانى: حسن النية فى القانون الأمريكى.

المطلب الثالث: حسن النية فى القانون الاسترالى.

---

(١) Bruno zeller "good faith the scarlet pimpernel of the C.I.S.G,p. 3, pace essay, may 2000.

المطلب الأول

حسن النية فى القانون الانجليزى

ان التطور التاريخى للقانون الانجليزى يكشف أن مبدأ حسن النية كان معروفاً فى القانون الانجليزى القديم، حيث يقول رأى فى الفقه[١] نحن كان لدينا مفهوم عام لمبدأ حسن النية فى القانون التجارى القديم ذلك الذى كان نتيجة تراكم القانون العرفى الذى يطبق بواسطة المحاكم التجارية، حيث كان التجار أنفسهم هم الذين يفصلون فى المنازعات، ومن ثم كان يوجد إلى حد ما قواعد موحدة نسبياً. فالقانون التجارى كان يعتمد على العادات والأعراف التى كان يحملها التجار معهم، وكان من بين هذه الأعراف مبدأ حسن النية وبالتالى كان جزء لا يتجزأ من قانون التجار فى ذلك الوقت.

ويستمر هذا الرأى فى بيان كيفية تطور مبدأ حسن النية فى القانون الانجليزى واختفاءه منه، حيث يقول ان القانون التجارى ذلك الذى يقوم على الأعراف كان بعيدا عن اختصاص المحاكم الملكية، ورويدا رويدا بدأت المحاكم التجارية تختفى وينتقل اختصاصها إلي المحاكم الملكية، ومن ثم أصبحت قواعد قانون التجار جزء من القانون العام الانجليزى[٢]. وكان نتيجة ذلك اختفاء مبدأ حسن النية، وبسبب ذلك يقول الفقه أنه كان من واجبنا أن نتعلم العديد من المفاهيم الأخرى. وبصدور قانون العمل القضائى سنة ١٨٧٣ أصبح

---

(١) Roy goode, op. cit., p.1.

(٢) لمزيد من التفصيل حول نشأة القانون التجارى الانجليزى وتطوره انظر فى ذلك الدكتور محمد محمد على صبره، سابق الاشارة إليه من ص ١٧-٢٠.

فى انجلترا نوعان من المحاكم، محاكم العدالة، ومحاكم القانون(١). وكان مبدأ حسن النية يرتبط كثيرا بمحاكم العدالة إذ كان مبدأ يعتمد عليه قضاة هذه المحاكم.

وبالرغم من صدور قانون بيع البضائع الانجليزى ١٨٩٣ متضمنا فى نصوصه تعريفا لمبدأ حسن النية(٢)، إلا أنه لا يعرف نظرية عامة لمبدأ حسن النية وذلك ليس لرفض مبدأ حسن النية، وانما بسبب أن ذلك القانون يعمل على ايجاد حلول المشكلات القانونية تكون أكثر تفصيلا من مستوى القواعد القانونية(٣).

كما أنه يتبنى النظرية الموضوعية للعقد، تلك التى تهتم بموضوعه دون النظر إلى ذاتية المتعاقدين وتلك النظرية نجدها فى أغلب نظم القانون العام. بمعنى أن القانون الانجليزى يتبني المعيار الموضوعى فى تفسير عبارات وسلوكيات الأطراف بعيدا عن الحالة الذهنية والنية أو الباعث(٤).

---

(١) لمزيد من التفصيل انظر الدكتور محمد محسوب درويش،سابق الاشارة إليه ص ٤٢٥.

(٢) Section 61/3 of the sale of goods Act 1893 provides "Athing is deemed to be done in good faith with the meaning of this act when it is in fact done honstly whether it is done negligently or not.

(٣) John Felemegas, op.cit., N. 254.

(٤) هذه النظرية قد صاغها Black Burin فى قضية Smith V.Hughes.
"if whatever a man's real intention may be he so counducts himself that reasonable man would belive that he was assenting to the terms proposed by the other party and that other party that belife enters into contract with him, the man thus counducting himself would be equally bound as if he had intended to agree to the other party's terms .

مشارإليه فى: John Felemegas, op. cit., Note 245.

إلا أن ذلك ليس معناه أن القانون الانجليزى يجهل كلية مبدأ حسن النية إذ يفرضه كواجب عام فى بعض العقود إذ أن التنفيذ لا يعد تطبيقاً لمبدأ حسن النية كالتزام مفروض على عاتق الأطراف. ففى عقود الوكالة يكون التزام الوكيل ثانوى بالنسبة لمصالحه الشخصية فى علاقته بالأصيل، إذ لا يجب عليه أن يفضل مصالحه الشخصية على مصالح الأصيل، كما يجب عليه أن يطلعه على كل الحقائق، وكذلك مدير الشركة يدين بواجب حسن النية إلى الشركة التى تستخدمه(١).

إذا كانت القاعدة العامة التى يقررها الفقه(٢) إن النظرية لمبدأ حسن النية فى القانون الانجليزى غير ضرورية لغموضها وابهامها، كما أنها تفتح الباب للقضاة من حيث إعمال حكمهم الشخصى بحرية تامة فى حل المنازعات تلك التى يؤيدها القضاء الانجليزى، وذلك على اعتبار أن هناك العديد من الحالات التى نصل بشأنها إلى حلول دون حاجة إلى اللجوء إلى مبدأ حسن النية(٣) كما هو الحال إذا قام طرف بالتعاقد ولديه اعتقاد خاطئ بناء على بيان ما، فإنه فى بعض الحالات يستطيع أن يبطل العقد حتى لو كان الطرف قد أبدى هذا البيان بأمانة تامة، كذلك فى حالة إذا أخل أحد الطرفين بالعقد وكان للطرف الآخر الحق في المطالبة بالتعويض، إلا أنه يجب عند نظر طلب التعويض أن يراعى ما كان يجب على طالب التعويض من اتخاذ الخطوات المعقولة

---

(١) Roy goode, op. cit., p. 6.

(٢) لمزيد من التفصيل انظر: John, Felemegas, op.cit., N. 252 etc.

(٣) Roy goode, op.cit., p.7.

لتخفيف الضرر فإن ذلك لا يعد تطبيقا لقاعدة حسن النية، وإنما تطبيقاً لقاعدة أن الشخص الذى يجلب الضرر لذاته لا يستطيع أن ينظر إلى المدعى عليه بالتعويض، وكذلك أيضا حالة الشخص الذى يقوم بتوريد بضائع فإن مسئوليته تتقرر ليس لأنه تصرف بسوء نية، ولكن لأنه لم يقم بتنفيذ ما تم الاتفاق عليه فى العقد.

والواقع أنه إذا كان القانون الانجليزى ليس لديه مفهوم عام لمبدأ حسن النية كما هو الحال فى نظم القانون الخاص، فإن هذا ليس معناه كما قال البعض من الفقه أن هذا القانون لا يعرف ماذا يعنى حسن النية، فهذا القانون يأخذ بمبدأ حسن النية بإقرار ذلك الفقه الذى قرر ذلك[١] حينما قال أنه معروف كواجب عام فى بعض العقود كعقود الوكالة. كما أن ذلك القضاء الذى لا يعترف بمبدأ حسن النية ها هو قد اعترف به فى مرحلة من مراحل العقد «مرحلة المفاوضات»، تلك التى لا يعترف فيه بما يسمى بعقد المفاوضة وإن كان بشكل غير مباشر حيث لمح مجلس اللوردات إلى أثر غياب حسن النية فى المفاوضات العقدية فى قضية Walford V.Mlles كما تضمن القانون الانجليزى صراحة مبدأ حسن النية فى قانون حماية المستهلك الجديد الصادر سنة ١٩٧٩ المشتمل على توجيهات الوحدة الأوروبية بشأن حماية المستهلكين.

ومن ذلك يتضح أن مبدأ حسن النية فى القانون الانجليزى حقيقة قائمة يقرها الفقه والقضاء، لكنه يتميز بطابعه الخاص من حيث التطبيق.

---

(١) Roy Goode,op. cit. p. 3.

(٢) John felemegas, op. cit., p.33.

المطلب الثانى
مبدأ حسن النية
فى القانون الأمريكى

لا يعد القانون الأمريكى حديث العهد بمبدأ حسن النية، فعندما تضمن القانون التجارى الأمريكي الموحد، وتقنين العقود مبدأ حسن النية، فقد كان لهذا المبدأ مكانة عظيمة على مستوى التشريعات فى الولايات فى أمريكا، كما هو فى ولاية نيويورك، وكاليفورنيا(١).

ومما يؤكد على أن لمبدأ حسن النية فى القانون الأمريكى مكانة عظيمة، أنه قد ورد ذكر مبدأ حسن النية فى أكثر من خمسين نصا فى قانون التجارة الأمريكى الموحد. فمبدأ حسن النية فى القانون الامريكى التزاما يقع على عاتق طرفى العقد وهذا ما أوضحته المادة ١/٢٠٣ من قانون التجارة الأمريكى الموحد، وكذلك تقنين العقود فى المادة ٢٠٥ حيث تنص المادة ١/٢٠٣ على:

"every contracte or duty with in this act imposes an obligation of good faith in its performance or en forcement.

تنص المادة ٢٠٥ من تقنين العقود على:

"every contract imposes upon each party a duty of good faith and fair dealing in its performance and inforcement".

---

(١) E.Allan Fransworth: duties of good faith and fair dealing under the unidiroit principles relaevent international conventions, and National laws,tul. J.int'l & comp. p. 52, 1994.

ليس هذا فحسب، بل إن القانون الأمريكى يعد فى الغالب التشريع المقارن الذى تضمن تعريفين لمبدأ حسن النية أحدهما تعريف عام، والآخر خاص. حيث تنص المادة ١/٢٠١ من قانون التجارة الأمريكى الموحد على:

goot faith'means honesty in fact in the conduct or transaction concerned.

التعريف الخاص: تنص المادة ٢/١٠٣ من قانون التجارة الأمريكى الموحد على:

good faith's means honesty in fact and the observance of reason able commercial standards of fair dealing in the trad.

فهكذا نرى أن القانون الأمريكى لم يرد به تعريفاً لمبدأ حسن النية فحسب، إنما قد جعله التزاماً يقع على عاتق الأطراف، إلا أنه من الملاحظ أن النصوص التى أوضح فيها القانون الأمريكى مبدأ حسن النية كالتزام يقع على عاتق الأطراف، فإن ظاهرها يوحى أن هذا المبدأ قاصر على مرحلة التنفيذ فقط دون أن يمتد إلى مرحلة تكوين العقد أو مرحلة المفاوضات. فمبدأ حسن النية يفرض على الأطراف التزام صارم من حيث اعلام الأطراف أثناء التنفيذ، وكذلك التعاون فيما بينهم فى اصلاح أو معالجة كافة العيوب، وكذلك تعديل الالتزامات فى الظروف غير المتوقعة(١).

---

(١) Larry A.Dimatteo, An international contract law formula the in formality of business transaction plus the internationalization of contract law Equals unexpected contractual liability L(ii) 23 syracuse J.int L.L. com 67. 72 (1997).

مشار إليه فى Paul J.Powers note 41. op. cit.

وبالرغم من أن القانون الأمريكى قد أورد مبدأ حسن النية كالتزام يقع على عاتق الأطراف، وتضمن تعريف لمبدأ حسن النية ليس عاما فقط بل خاص أيضا، فإنه لا يوجد اتفاق موحد فى الفقه على تعريف مبدأ حسن النية، والأغرب أن هذا الخلاف بصدد تعريف مبدأ حسن النية انعكس على أحكام القضاء الأمريكى.

تعريف مبدأ حسن النية فى القانون الأمريكى:

لقد سبق أن ذكرنا أن القانون الأمريكى تضمن تعريفين لمبدأ حسن النية أحدهما عام، والآخر خاص وبالرغم من ذلك فإنه يوجد ثلاث نظريات فقهية قيل بها بصدد تعريف حسن النية، بل انعكست هذه النظريات على أحكام القضاء، لكن هناك ملاحظة تستلزم طبيعة الأمور ابداءها.

لقد لوحظ أن النصوص التى أوردت مبدأ حسن النية كالتزام يقع على عاتق الأطراف توحى أن إعمال هذا المبدأ يكون قاصراً فقط على مرحلة التنفيذ دون مرحلة تكوين العقد أو مرحلة المفاوضات(١) . لكن بالنظر إلى النصوص الواردة بصدد تعريف مبدأ حسن النية فإنه يمكن تطبيقها على مرحلة المفاوضات وكذلك تكوين العقد.

فالتعريف العام لمبدأ حسن النية فى المادة ١/٥١ يمكن تطبيقه على تكوين العقد، كما يطبق على مرحلة التنفيذ، وكذلك التعريف الخاص لمبدأ

---

(١) Allan fransworth "the concept of good faith in American law" centero di studi Ricerche di diritto comparato E straniero p. 2. N.3. April 1993.

حسن النية حيث أن الفقه قد قام بتحليل هذا المبدأ بالشكل الذى انتهى به إلى تطبيقه على تكوين العقد(١). فإذا كان ذلك ممكنا بالنسبة لتكوين العقد فمن باب أولى أن يطبق على مرحلة المفاوضات، خاصة أنه يوجد فى القانون الأمريكى تطبيقات خاصة لمبدأ حسن النية فى مرحلة المفاوضات وإن كانت لا تمتد إلى عقد البيع(٢).

النظريات الفقهية الخاصة بتعريف مبدأ حسن النية:

يوجد فى الفقه الأمريكى ثلاث نظريات فقهية قيل بها بصدد تعريف مبدأ حسن النية بالرغم من أنه يوجد تعريف قانونى لمبدأ حسن النية.

النظرية الأولى: صاحب هذه النظرية الفقيه Fransworth(٣) حيث يرى أن مبدأ حسن النية أساس لما يستلزمه الفقه ويسميه «الشرط الضمنى». فحسن النية فى التنفيذ يمكن أن يخدم كأساس ضمنى واسع المدى لبنود العقد. وقد كان لهذا التعريف لمبدأ حسن النية أثره البالغ على أحكام القضاء الأمريكى حيث يقول القاضى Antonin Scalia الأفضل هو الاحاطة بما قاله الفقيه Fransworth عن مضمون أو معنى حسن النية من أنه بند متضمن بداهة فى العقد(٤).

---

(١) Fransworth the concept of good fath in american law op. cit. p. 3 N.4.

(٢) انظر فى ذلك الدكتور بلال عبد المطلب بدوى، حسن النية فى مرحلة المفاوضات قبل التعاقدية فى عقود التجارة الدولية ص ٣٢٠، دار النهضة العربية، ٢٠٠١.

(٣) Fransworth op. cit. p. 3 N.4.

(٤) حيث يقول القاضى Antonin scalia بصدد تعريف الفقيه Fransworth:
"The perception of P.Farnsworth that the significance of doctrine is in impling terms in tthe agreement: Farnsworth op. cit. p. 3 N.4.

النظرية الثانية: صاحب هذه النظرية الفقيه S.J.Burton[١] حيث أبدى وجهة نظر مختلفة بصدد معنى حسن النية، من حيث أن المحاكم والمفسرين لم يقدموا معياراً للتمييز بين سوء النية، وحسن النية فى التنفيذ، حيث حاول أن يقدم صورة لمعيار مميز لحسن النية في التنفيذ يعتمد على توقعات الأطراف. فحسن النية فى التنفيذ يمكن تحديد حدوده وفقا لما يمنحه الطرف الآخر فى العقد من الحرية فى التصرف، كما هو الحال بالنسبة للوفاء بالثمن، أو الكمية أو الوقت المحدد للتنفيذ، وطبقا لذلك يعد من سوء النية اغتنام الفرص، كما أنه يقدر وفقاً لتوقعات الطرف الآخر المعقولة. وهذه النظرية قد لاقت أيضا قبولا لدى القضاء الأمريكى[٢].

النظرية الثالثة: صاحب هذه النظرية الفقيه Summ[٣] حيث قرر أن القانون الأمريكى ليس لديه مفهوم ايجابى لحسن النية، ولكن بخلاف ذلك ان وظيفة حسن النية وظيفة استبعادية، من حيث أن حسن النية يكون استبعاد

---

(١) Steven J.Burton, Breach of contract and the common law duty to perform in good faith (hereinafter common law Duty to parform) 94 Harv. L.Rev. 369 1980. see also S.J. Burton good faith performance of a contract within article 2 of the uniform commercial code (hereinafter good faith performance), 67 iowa l. rev. 1, 1981.

مشار إليه فى: Fransworth, op. cit., p. 60, N. 85.

(٢) See. e.y. Richard short oil v.taexaco, 799 f. d2 415 (8 th cir. 1986).

انظر ذلك فى: J.Felemegas, op. cit., N. 272.

(٣) Robert. summers, good faith in general contract law and the sales provisions of uniform commercial cod. 54 VA.L.Rev. 195, 208 n. 53, 1968.

مشار إليه فى: Fransworth, op. cit., p. 50, N. 25.

النماذج غير اللائقة من السلوك. ليس المهم السؤال عن معنى حسن النية ولكن المهم السؤال عما سوف يتم استبعاده. ثم أفرد الفقيه Summers حالات يتم استبعادها بمقتضى مبدأ حسن النية(١)، فهذا التعريف الاستبعادى لمبدأ حسن النية لم يجد صداه فقط فى أحكام القضاء(٢)، ولكن انعكس تأثيره على قانون العقد فى أمريكا(٣).

وبتحليل النظريات الثلاثة بصدد تعريف مبدأ حسن النية نجد أنه وفقا للفقيه Fransworth ان مبدأ حسن النية هو بند أو نص فى العقد بداهة، بالنسبة للفقيه summers يعدأساسا يتمسك به أحد أطراف العقد فى الاخلال بالعقد حيث إذا ما ادعى أحد الأطراف انعدام الرضاء كحجة يهرب بها من

---

(١) الحالات التى ذكرها الفقيه Summers التى يتم استبعادها بمقتضى مبدأ حسن النية:
١- الهروب من روح المعاملة، التعاقد. ٢- انعدام اليقظة، التراخى. ٣- اساءة استخدام القوة لفرض شروط العقد. ٤- اساءة استخدام القوة لتقوية الالتزام. ٥- عدم التعاون فى التنفيذ. انظرذلك فى: Fransworth, op.cit., p. 59.

(٢) See, E.G.Best V.united states National Bank 739 p. 2 d 554 or 1987.
انظرذلك فى: J.Felemegas, op. cit., N. 268.

(٣) Restatement second section of contracts 205 cmt d.the comment notes that a complete catalogue of types of bad faith is impossible and goes on the give a list very similar to the provided by P.Zummers.
حيث أن تقنين العقود قد نص على: (restatement provides):
Acomplete catalogue of types of bad faith is impossible but the following types are among those which have been recognized in judicial decisions evasion of the spirit of the bargain, lack of diligence and slacking off willful rendering of imperfect performance, abuce of pawer to specify terms, and interference with failure or cooperation the other party's performance. Fransworth,op. cit., p.59 N.84.

التنفيذ وفقا للعقد فى حين أنه توجد أسباب أخرى. ووفقا للفقيه Burton ان حسن النية فى التنفيذ يعد أساس لمراقبة ممارسة حرية التصرف التى تكون للأطراف بموجب العقد. وبالرغم من هذا الاختلاف بين النظريات الثلاثة حول معنى حسن النية فإن القضاء الأمريكى قد أخذ بهذه النظريات الثلاثة بدون ادراك أوجه الخلاف بينها، وهذا ليس أمرا مدهشاً لأن معنى حسن النية يختلف باختلاف فحواه(١).

معيار حسن النية فى القانون الأمريكى:

إن الخلاف فى الفقه حول تحديد معنى حسن النية تبدو أهميته العملية من ناحية بيان المعيار المأخوذ به فيما إذا كان حسن النية فى القانون الأمريكى يؤخذ بمعيار شخصى أو معيار موضوعى.

الواقع أنه بالرغم من أن القضاء الأمريكى قد تبنى النظريات الثلاثة فى تعريف حسن النية، إلا أنه لم يقدم لنا تعريفاً يمكن من خلاله القول أن حسن النية فى القانون الأمريكى مأخوذا به طبقاً للمعيار الشخصى أو الموضوعى. حيث تميزت هذه الأحكام في تعريفها لحسن النية بالاختصار بشكل لا يساعد على تحديد معناه بمعنى موضوعى أو شخصى بالرغم من أن القانون الأمريكى قد تضمن فى نصوصه ما يساعد على تحديد هذا المعيار، وذلك وفقاً لما تنص عليه المادة (٢) تلك التى تفرض على التاجر واجب حسن النية وفقا للمعايير

---

(١) Fransworth, Duties of good and fair dealing under unidroit, conv, National law op. cit. p.60.

التجارية المعقولة فى التجارة والعدالة الانصاف، وهو ما طبقه القضاء الأمريكى فى النزاع القائم بين إحدى شركات البترول بالخليج وإحدى شركات الطيران، حيث انتهت المحكمة الفيدرالية إلى تطبيق مبدأ حسن النية وفقا للمعيار الموضوعى، حيث طبقت التعريف القانونى لمبدأ حسن النية فى المادة الثانية من القانون التجارى الأمريكى الموحد من حيث الصدق فى المعاملات ومراعاة المعايير التجارية المعقولة فى التجارة(١).

كما أن أحكام القضاء الأمريكى قد فسرت مفهوم التعاون فى القانون الأمريكى، من حيث أن حسن النية فى التنفيذ يتطلب دائما التعاون بين الأطراف فى تنفيذ العقد حتى تتحقق الغاية المرجوة منه، وإن معيار تحديد ما هو التعاون المطلوب بين الأطراف يكون دائما هو المعيار الموضوعى القائم على العدل والمعقولية، وليس وفقا لما يعتقده المرء أنه عدل أو معقول أو صدق(٢).

ومن ثم فإن مبدأ حسن النية وفقاً للقانون الأمريكى ليس مجرد التزام يقع على عاتق الأطراف فى مرحلة التنفيذ، بل يمتد إلى مرحلة تكوين العقد. حيث أن تعريف حسن النية فى القانون الأمريكى سواء العام أو الخاص يسمح بتطبيقه على مرحلة تكوين العقد، وكذلك أيضا علي مرحلة المفاوضات بالرغم من أن السائد بصدد حسن النية فى القانون الأمريكى أنه لا يطبق على مرحلة

---

(١) انظر ذلك بالتفصيل فى:
Fransworth, the concept of good faith in Amercain law op. cit. p.8,N.17.

(٢) Paul J.Powers, op. cit., p. 338.

المفاوضات، فإنه توجد دراسات بصدد مبدأ حسن النية تحاول اثبات هذا المبدأ بالنسبة لمرحلة المفاوضات.

مشكلة ازدواجية النص على مبدأ حسن النية فى القانون الأمريكى:

لا شك أن النص على مبدأ حسن النية فى كل من تقنين العقود، والقانون التجارى الأمريكى الموحد باعتباره التزام يقع على عاتق الأطراف، يؤكد على أهمية هذا المبدأ فى القانون الأمريكى. لكن المشكلة تكمن فى تقنين العقود في الولايات المتحدة الأمريكية من حيث أن هذا التقنين ليست له قوة الزامية، حيث أن قوته الالزامية تستمد من إرادة طرفى العقد. فهو يعد بمثابة قواعد مكملة يجوز للأطراف الاتفاق على تعديلها أو استبعادها أو مخالفتها. فالسؤال الذى يطرح نفسه إذا كان الأمر كذلك بالنسبة لتقنين العقود الطبيعى فإن ذلك ينسحب على الالتزام بمبدأ حسن النية وما يفرضه من واجبات كالالتزام بالتعاون، والابلاغ وغيرها. وبالتالى ان واجب حسن النية وما يفرضه من التزامات هو أمر غير ملزم، وذلك على اعتبار أن المحاكم غير مطالبة بالتقيد بنصوص هذا التقنين، حيث كان من الممكن للمشرع الأمريكى أن يتفادى ذلك إذا كان قد تبنى وجهة النظر السائدة لدى المحاكم، وهى استبعاد حسن النية الذى يخالف النظام العام إلا أنه لم يفعل ذلك(١). وبالتالى فإن حسن النية وما يفرضه من التزامات تتجرد عنه الصفة الالزامية.

---

(١) Allan Fransworth, op. cit., p. 61.

أما بالنسبة للقانون التجارى الأمريكى الموحد فإن مبدأ حسن النية التزاما يقع على عاتق الأطراف لا يجوز لهم استبعاده، إلا أن القانون من ناحية أخرى أجاز للأطراف تعديل الالتزامات التى يفرضها مبدأ حسن النية، ومنها الالتزام بالابلاغ عند انهاء العقد غير المحدد المدة، حيث تتطلب المادة ٢/٣٠٩ أن يكون الابلاغ بإنهاء العقد معقولا(١)، إلا أن التفسير القانونى لنص هذه المادة قد قرر أن هذا الالتزام يقوم أساساً على مبدأ حسن النية، وأن الاتفاق على الاستغناء عنه يكون شرعى ما لم يتسم بعدم المعقولية المفرطة(٢).

لذلك فإن العديد من المحاكم الأمريكية قررت إذا كانت الأطراف لا تستطيع استبعاد واجب حسن النية فإنهم يستطيعوا أن يرسموا صورة خاصة لتنفيذ التزاماتهم بشكل يوحى فعلا أنه استبعاد حقيقى لهذا الواجب، كما قررت المحكمة الفيدرالية فى حكم لها(٣).

ومن ذلك يتضح أن الفائدة العملية من مبدأ حسن النية فى القانون الأمريكى، لا تتناسب تماما مع وضع هذا المبدأ فيه، ولا مع أهمية هذا المبدأ، لذلك فإن هذا المبدأ لم يحقق أكثر مما تحققه المبادئ القانونية للعقد.

---

(١) U.C.C. n.398 (3).

(٢) U.C.C. n. (309) cmt.8.

(٣) Kham & note's shoes N.2. 908 F.ed at 1327 A federal court of appeals has stated "when the contract is silent principles of good faith... fill the gap. they dont block use of terms that actually appear in the contract.

مشار إليه فى: Fransworth, op. cit., p. 62. N.94.

المطلب الثالث

مبدأ حسن النية

فى القانون الاسترالى

يعد القانون الاسترالى من ضمن التشريعات التى تنتمى إلى نظم القانون العام، فبمقارنة القانون الاسترالى بالتشريعات المقارنة التى تنتمي إلى نظم القانون العام، نجد أن نظرية مبدأ حسن النية فى بداية عهدها فى استراليا. حيث يرجع الفضل إلى القضاء الاسترالى فى ابراز مبدأ حسن النية فى نطاق المعاملات القانونية بصرف النظر عن موقفه من هذا المبدأ.

فمبدأ حسن النية فى القانون الاسترالى هو مبدأ قضائى خالص، حيث لا يوجد فى القانون الاسترالى نصاً قانونياً يجعل من مبدأ حسن النية التزاما يقع على عاتق الأطراف، وان كل ما قيل بصدد مبدأ حسن النية فى القانون الاسترالى يعتمد على أحكام القضاء، بالرغم من أن هذه الأحكام قد تناولت مبدأ حسن النية بشكل مختصر وعابر، إلا أنها كشفت من ناحية أخرى عن أهمية هذا المبدأ والتسليم به لاعتبارات كثيرة هامة(١).

وإن ما يؤكد على أن نظرية مبدأ حسن النية فى القانون الاسترالى هى نظرية قضائية خالصة حتى أنه يمكن القول أنها من اكتشاف القضاء الاسترالى. حيث أن القانون الاسترالى قد خلا من نص يتضمن تعريف حسن ال

---

(١) Bruno Zeller "good faith the scarlet primparnel of the C.I.S.G. p. 1-16, may 2000 (htt 11 WWW Cisg law pac edu cisg biblio zeller html).

النيـة أو على الأقل يجـعله التـزامـاً يقع على عـاتق الأطراف. حـيث جـاء فى حكم Renard construction (Me) pty Ltd V. minister for public work سنة ١٩٩٢ «أنه توجد عوامل فى القانون الاسترالى ... تدفع إلى الاعتراف بحسن النية كواجب مفروض»، فلو أنه يوجد نص قانونى صريح خاص بمبدأ حسن النية على غرار بعض التشريعات، ما كانت المحكمة قد أشارت إلى قول «أنه توجد عوامل فى القانون الاسترالى تدفع إلى الاعتراف بحسن النية[١].

ويؤكد ذلك أيضاً من حيث أن مبدأ حسن النية يطبق ضمنياً فى القانون الاسـترالى، أنه لا يوجـد نص صـريح، فنص المادة ١/٥٣ من القـانون المسـمى بالممارسات التجارية القانونية الصادر سنة ١٩٧٥ التى تنص على أنه «يحظر على الشركات أن يتسم سلوكها بالغش أو الخداع»، حيث علق القاضى Fox على هذه المادة قائلا ان هذه المادة لا تسمح بالحرية المطلقة فى التصرف، بل انها تؤسس قاعدة فى السلوك[٢].

وبالرغم من أن نظرية مـبـدأ حـسن النيـة فى القـانون الاسـترالى نظرية قضائية خالصة، فإن القضاء الاسترالى قد انقسم على نفسه بصدد هذه النظرية فى حين أنه هو الذى أخرج هذه النظرية إلى حيز النور فى القانون الاسترالى هو بصدد تطبيقها.

---

(١) 1997026 Nswlr 234 . Bruno Zeller, op. cit., p. 3, N.15.

(٢) Brawn V.Jam Factory pry Ltd 1981, 53 Flr 340 et 348.

مشار إليه فى Bruno zeller, op. cit., p. 2 N.12.

القضاء الاسترالى ومبدأ حسن النية:

بداية أن القضاء الاسترالى إذا كان قد انقسم بصدد مبدأ حسن النية، فإن انقسامه لا يتعلق بانكار المبدأ أو تأييده ،حيث أنه يشدد على أهميته كواجب لتنفيذ الالتزامات العقدية، إنما قد انقسم على نفسه بصدد كيفية تطبيق هذا المبدأ، فالقاضى sheller فى قضية Alcatl oustralia ltd V.scorcella نظر إلى مبدأ حسن النية على اعتبار أنه التزام ضمنى يفرضه العقد على عاتق الأطراف حيث يقول(١):

the decisions in renard constructions and hughes Bors mean that in new south wales a duty of good faith both in perforaming obligation and exercising rights, any be implication be imposed upon the parties as part of contract.

والقاضى Peiestly قال بصدد مبدأ حسن النية:

ان نوع المعقولية التى أقوم بمناقشتها تبدو لى أنها تملك الكثير من الارتباط بمفهوم مبدأ حسن النية فى العديد من نظم القانون الخاص فى أوربا، والعديد من الولايات فى أمريكا كضرورة ضمنية فى كل أنواع العقود، على الرغم من أن تلك الضرورة الضمنية لم تكن مقبولة بنفس القدر فى استراليا بالنسبة للقضاة فى قانون العقد الاسترالى، إلا أنه يوجد العديد من الاشارات فى ذات الوقت تشير بسرعة نحو هذه الفكرة(٢). فالقاضى .P قد أشار إلى

---

(١) (1998) 44 Nsw LR 349. Bruno Zeller, op. cit., p. 3 N.13.

(٢) Renard construction V.Minister for public works 1992, 26 No. WLR 334.Bruno Zeller, op. cit., p.12

نقطة هامة وهى أن حسن النية فكرة مستخدمة ضمنيا فى القانون الوطنى الاسترالى، ومن ثم فإنه تطبيقاً لذلك إن حسن النية يعد التزام ضمنى مفروض على الأطراف، يفرضه القانون الوطنى الاسترالى ضمنياً.

فى حين ذهب القاضى Gummow بصدد مبدأ حسن النية إلى أنه كان ينظر إلى مبدأ حسن النية نظرة شك وريبة، من حيث قدرته فى الاثبات فهو لم ينكر أو يرفض مبدأ حسن النية، ولكنه يرى أن ترجمة النية لابد أن تحتاج إلى معالجة تشريعية بوضعها فى اطار نص جديد يتعلق بطبيعة التنفيذ التعاقدى(١).

أما القاضى Wright فقد رفض تماما أن يكون مبدأ حسن النية التزام ضمني يفرضه القانون الاسترالى، حيث يرى أن مبدأ حسن النية يرتبط بالممارسات العملية أو التطبيقات العملية. فحسن النية ليس فى حاجة إلى تعريف مستقل أو وضعه فى قاعدة صارمة حيث أن وجود مبدأ حسن النية، يكتسب أساساً من الأحداث تلك التى تؤدى إلى أن يأخذ مكانه وكذلك تطبيقه(٢).

ومن ذلك يتضح أن القضاء الاسترالى لم يرفض أو ينكر مبدأ حسن

---

(١) Gummow J. in service station association Ltd V.Berg Bennett Associates pty ltd 1993,4 5 F.C.R. 84 et 96.
observd that: it Requires a leap of faith to translate these well esteblished doctrines and remedies into a new term as to the quality of contractual performance.Bruno Zeller, op.cit., p. 4 N.21.

(٢) Unreported, supreme court of tasmania fc, 4 september 1997 Aiton V.transfiel 1999, Nswsc 996 (1 october 1999). Bruno Zeller, op.cit., p. 4 N.23-25.

النية. فهذا القضاء قد أقر مبدأ حسن النية، لكنه اختلف حول كيفية تطبيقه ما بين أنه التزام عقدى، والتزام يفرضه القانون ضمنيا، فمن يرى أنه فى حاجة إلى تدخل تشريعى بصياغة نص قانونى جديد، ومن يرى أن تطبيقه يتوقف على التطبيقات العملية حيث لا توجد حاجة بوضعه فى قاعدة صارمة، ولا شك أن ذلك يرجع مبدئيا إلى أن القانون الاسترالى قد خلا تماما من نص قانونى يتضمن مبدأ حسن النية صراحة يمكن من خلاله بيان كيفية تطبيقه. وبالتالى نستطيع أن نقرر أن تطبيق مبدأ حسن النية فى القانون الاسترالى يتوقف على تكييف القاضى لهذا المبدأ ورؤيته له.

ومن ثم فإن مبدأ حسن النية وفقاً لنظم القانون العام يفتقر إلى التوحيد فى التفسير أو التطبيق. فمبدأ حسن النية فى القانون الانجليزى قد عبر الفقه عنه أنه حتى الآن فى انجلترا لا يوجد لدينا مفهوم عام عن مبدأ حسن النية، فنحن لا نعرف تماما ماذا يعنى هذا المبدأ بالرغم من أنه يوجد اهتمام مبدى إلى حد ما بهذا المبدأ، وهذا ما عبر عنه القاضى Johan styn موضحا أهمية الحاجة إلى مبدأ حسن النية، من حيث ضرورة لجوء القانون الانجليزى إلى هذا المبدأ(١).

---

(١) Johan steyn, the Role of good faith and fair Dealing in contract law: Ahair shirt philasophy, 1991, Denning L.J. 131-133 (Aust L.) "he explained in a 1991 lecture that because of the lack of a doctrine of good faith, english law has to resort to the implication of terms, instead he urged in using the high technique of common law the closest attention... be paid to purpose of the law of contract I.E., to promote good faith and fair dealing.

مشار إليه فى: Fransworth, op.cit., p.54.

هذا من ناحية، أما من ناحية القانون الأمريكى، ذلك الذى يعد القانون المثالى فى التشريعات المقارنة التى تنتمى إلي نظم القانون العام فى تطبيقه لمبدأ حسن النية من حيث تعريفه، ليس تعريف واحد بل تعريفين أحدهما خاص والآخر عام، ووروده فى أكثر من قانون - قانون العقد الأمريكى، والقانون التجارى الأمريكى الموحد الذى يوجد به أكثر من خمسين نصا يتضمن مبدأ حسن النية، وبالرغم من ذلك لا يوجد تفسير موحد أو تطبيق موحدو حيث تم الاختلاف بشأن مبدأ حسن النية بل ان ذلك قد ألقى بظله على أحكام المحاكم الأمريكية، حيث قد أخذت بالاتجاهات المختلفة فى تعريف حسن النية مجتمعة.

وكان نتيجة لذلك أنه قد وُجد شك ما فى الفائدة العملية لهذا المبدأ، كما أن بعض المفسرين(١) قد أشاروا إلى أن هذا المبدأ لم يحقق أكثر مما تحققه القواعد القانونية المنظمة للعقد، بل إن الأحكام الصادرة تلك التى طبقت مبدأ حسن النية فى القانون الأمريكى كانت نتائجها غير متوافقة مع تعريف مبدأ حسن النية فى القانون(٢).

---

(١) Allan Fransworth, Fransworth on contracts 326 2d ed 1998, he admits many of the uses to which the new concept of good faith is put today dont go beyond those to which the traditional techniques of interpretation and gap filling were traditionally put.

مشار إليه فى: Disa sim, op. cit., N. 107.

(٢) Steven J.Burton & Eric G.Andersen, contractual good faith formation performance, Breach and Enforcement 122-126, 1995. he is of opinion that the analysis of the courts is ultimately mor consonant with the foregone opportunitees mode of analysis rather than the standards of honsty and reasonable commercial standards of fair dealing that hav been expressly provided for.

مشار إليه فى: Disa sim, op. cit., N. 108.

وفضلا عن ذلك ها هو القانون الاسترالى يكشف بوضوح عن حداثة عهد القضاء الاسترالى بمبدأ حسن النية.

وأخيراً، يمكن القول أن مبدأ حسن النية فى نظم القانون العام يملك البقاء والحياة والتعايش والقدرة على الاستمرارية، بدون أن يكون هناك تفسير أو تطبيق موحد له ليس داخل نظام القانون العام ذاته، بل داخل التشريع القانونى ذاته، وليس أصدق من ذلك ما أوضحه القانون الأمريكى.

المبحث الثانى
مبدأ حسن النية
فى نظم القانون الخاص

ان أغلب المؤلفات القانونية، والدراسات التى تناولت مبدأ حسن النية فى نظم القانون الخاص، قد تناولت هذا المبدأ من خلال القانون الألمانى، والايطالى باعتبارهما من التشريعات المقارنة التى تنتمى إلى نظم القانون الخاص، ويمكن ارجاع ذلك إلى تأثير القانون الرومانى على نسيج القانون الألمانى والايطالى. إلا أنه يوجد وجه تمييز لهذين القانونين حيث أن القانون الألمانى قد أفسح مجالا لتقاليد الجرمانية لدرجة أن هذه التقاليد قد جعلت القانون الالمانى ينافس القانون الرومانى من حيث عرضه لنظرية الالتزام(١).

ونتيجة لهذا التمييز الذى يتميز به القانون الالمانى والقوانين التى تأثرت به، فإنه سوف يتم تناول مبدأ حسن النية فى القانونين بصفة مستقلة عن التشريعات الأخرى المقارنة التى تنتمى إلى نظم القانون الخاص، كالقانون الفرنسى، وذلك على اعتبار تأثير التقاليد الجرمانية على القانون الألمانى وتمييزه عن غيره.

---

(١) الدكتور عبد المنعم فرج الصده، مصادر الالتزام ص ٢٩، دار النهضة العربية، ١٩٦٩.

المطلب الأول

مبدأ حسن النية فى القانون الالمانى

ان القانون الالمانى يعد من أشهر التشريعات المقارنة وأصدقها فى تطبيقه لمبدأ حسن النية[١]، إلا أنه لم يتضمن تعريفاً لمبدأ حسن النية بالرغم من أن الالتزام بمبدأ حسن النية فى المانيا معترف به من فترة طويلة جدا[٢].

لقد ورد النص على مبدأ حسن النية فى المادة ١٥٧، والمادة ٢٤٢ حيث تنص المادة ٢٤٢ على التزام المدين بتنفيذ التزامه بحسن نية، وتنص المادة ١٥٧ على «يجب أن يفسر العقد فى ضوء حسن النية، كما ينص القانون الالمانى على أن أى اتفاق أو بنود مغايرة للسياسة العامة لمبدأ حسن النية تكون لاغية.

فمبدأ حسن النية فى القانون الألماني لا يقتصر فقط على مرحلة تنفيذ العقد بل انه يمتد ليشمل مرحلة المفاوضات. حيث انه من المستقر عليه فقها[٣]

---

(١) Eallan Fransworth, duites of good faith and fair dealing under the unidroit principles, op. cit., p. 51-52.
P.Fransworth notes that the ucc's definition of goode faith was actually inspirede by the german civil code.

(٢) Paul J.Powers op. cit., p. 337 he said that the german requirement of good faith has been recognized for a very long time and germany has built up an extensive libarary of relevant case law, with out actully establishing a definition, one must read between the lines to find a definition.

(٣) Gohn Klein & corla Bachechi, precontractual liability and duty of good faith Negotiation in international transaction 17 House J.intil. 1, p.17, 1994.
مشار إليه فى: Paul J.Powers op. cit., p. 336.

وقضاء[١] أن مبدأ حسن النية يشمل مرحلة المفاوضات، وبالتالى فمبدأ حسن النية يلتزم به الأطراف قبل وبعد انشاء العقد.

لقد تناول العديد من الفقهاء مبدأ حسن النية فى القانون الالمانى بالدراسة والتحليل موضحين وظائف هذا المبدأ وقيمته ومعاييره.

حيث يرى رأى فى الفقه[٢] أن لمبدأ حسن النية فى القانون الالمانى ثلاث وظائف أساسية:

١- أنه قاعدة تنبع منها الأحكام القضائية.

٢- أنه أساس الحماية التى تسبغ على الحقوق فى دعاوى القانون الخاص.

٣- أنه أساس للنظام القانونى ضد المخاطر فى العقود الخاصة.

علاوة على ما أبداه هذا الرأى من الفقه بصدد وظيفة حسن النية فى القانون الألمانى، فإن الدراسة التى قام بها جانب آخر من الفقه[٣] بصدد وظيفة

---

(١) لقد فرض القضاء الألمانى على الأطراف واجب التفاوض بحسن نية وواجب مراعاة الانصاف فى تعاملها فيما بينها وتطبيقا لهذا المبدأ رتبت المحاكم الالمانية مسئولية الطرف الذى يقطع المفاوضات بدون سبب معقول كما ألزمت الطرف الذى يسبب عمدا أو باهمال فى احياء توقعات لدى الطرف الآخر بأن العقد في سبيل ابرامه رغم أنه كان يعلم أو كان من المفروض أن يعلم استحالة تحقيق هذه التوقعات. انظر فى ذلك الدكتور أمية حسن علوان «ملاحظات حول القانون الواجب التطبيق على المسئولية قبل التعاقدية قطع المفاوضات فى العقود الدولية، ص ٢٧.

(٢) هذا الرأى مشار إليه فى Disa sim op. cit. N.55.

(٣) Peter Schlechtriem "good faith in German law and in international uniform laws p. 1, 14, 1997. "http^:// www. CNR.it/ CRDCS/ Schlechtriem. htm".

مبدأ حسن النية فى القانون الألمانى تعد من أفضل الدراسات الفقهية بصدد هذا المبدأ حيث يرى ذلك الفقيه أن مبدأ حسن النية وظيفته كالآتى:

- ان مبدأ حسن النية يقوم بمعالجة التفاصيل الصغيرة القانونية أو التعاقدية تلك التى يترك أمرها إلى القاضى، وتلك هى الوظيفة التى استهدفها المشرع الالمانى من نص المادة ٢٤٢ من القانون الالمانى، حيث أن المشرع قد قصد من نص المادة ٢٤٢ من حيث أن المدين يجب عليه أن ينفذ التزاماته بحسن نية. فإن حسن النية هنا سوف يقوم بمعالجة التفاصيل الصغيرة سواء القانونية أو التعاقدية، عندما يقوم المدين بتنفيذ التزاماته، وذلك على اعتبار أن هذه التفاصيل لا يمكن ادراكها كلية حيث أنها ستثور وقت التنفيذ.

٣- ان مبدأ حسن النية سوف يقوم بمعالجة الفراغات الموجودة فى النصوص التشريعية، وكذلك الكيانات القانونية الأخرى كالعقد ليس ذلك فحسب، بل يقوم أيضا بتحديد ايضاح المعانى فى تلك أو ذاك.

وهذه الفراغات تكون غير متعمدة أو تكون ناتجة عن العمل بها أو السهو عنها من قبل واضعى النص التشريعى. حيث أن وجود هذه الفراغات يؤدى إلى نشوء أوضاع جديدة لا نص لها ولم تدر بخلد واضعى النص التشريعى، وهنا تبرز وظيفة حسن النية فى معالجة ذلك هذا من ناحية، ومن ناحية أخرى قد تكون هذه الفراغات قد ثارت بذهن المشرع، ولكنه فضل تركها حيث أنه ليست هناك حاجة إلى وضع نصوص بشأنها.

لا شك أن مبدأ حسن النية عندما يؤدى وظيفته فى معالجة هذه الفراغات فإنه سوف يترتب على ذلك نشوء التزامات جديدة لم يتفق عليها الأطراف ولم

تكن ناتجة عن تطبيق النص التشريعى، ولكن هذه الالتزامات تكون على قدر من الأهمية، حيث أنها تؤدى إلى تكملة قائمة الحقوق والواجبات بالنسبة للأطراف، بحيث تتحقق الغاية المرجوة من العقد.

أما بالنسبة لوظيفة مبدأ حسن النية فى تحديد المعانى، يقصد بها هو بيان معانى الكلمات والجمل فى النص التشريعى أو العقد. حيث أن السبب فى عدم وضوح هذه المعانى إنما يرجع إلى عدم اتفاق واضعى النص التشريعى عليها وكذلك العقد. فمبدأ حسن النية عندما يؤدى وظيفته تلك، فإنه سوف يؤدى إلى حلول لم تكن محل اعتبار فى ذاك أو تلك.

لا شك أن هذه الوظيفة تعد من أهم الوظائف التى يؤديها مبدأ حسن النية، حيث أن ذلك يرجع بصفة أساسية إلى قدم القانون الالمانى، حيث أن تلك الفراغات تبدو مع مرور الزمن، وكذلك بالنسبة للمعانى غير المحددة، فتبدو هنا الأهمية القصوى لمبدأ حسن النية، حيث أن كل ذلك يجب أن يكون مضبوطا بمبدأ حسن النية.

٣- تبدو الوظيفة الأخرى لمبدأ حسن النية فى القانون الالمانى من خلال أنه الأساس الذى يستند إليه فى تعديل العقد طبقاً لتغير الظروف التى لم يتوقعها المشرع أو طرفى العقد. وهذا ما طبقته المحاكم الالمانية حيث طبقته محكمة imperail court عام ١٩٢٠ على أساس نص المادة ٢٤٢ من القانون الالمانىBGB[١].

---

(١) لمزيد من التفصيل انظر فى ذلك الدكتور شريف محمد غنام «أثر تغير الظروف فى عقود التجارة الدولية» ص ٤٨ دار النهضة العربية، ٢٠٠٠.

لم ينته الفقه عند بيانه لوظائف مبدأ حسن النية فى القانون الالمانى، بل انه قد تساءل عن القيم والمعايير التى يجب أن نضعها فى مفهومنا - على حد قوله - لهذا المفهوم. حيث أبرز الفقه مستويات القيم والمعايير التى يمكن استنتاجها من مصادر متميزة داخل النظام القانونى الالمانى، وهى الدستور والقانون الخاص الالمانى ذاته(١).

ومن ثم فإن ما أوضحه وبينه الفقه بصدد مبدأ حسن النية فى القانون الالمانى، يكشف بوضوح عن أهمية مبدأ حسن النية فى القانون الالمانى فعلياً أو واقعياً. ها هى المحاكم الالمانية قد جعلت من نص المادة ٢٤٢ قاعدة عامة بصدد انهاء العقد فى حالة الادعاء بحدوث ضرر، حيث لا يجوز انهاء العقد إلا في ثلاث حالات إذا أصبح تنفيذ الالتزام مستحيلا بالنسبة للمدين، وإذا كان المدين قد تسبب بخطئه فى تأخير تنفيذ الالتزام، وإذا أخفى البائع العيب الخفى فى الشئ المبيع(٢).

---

(٢) لمزيد من التفصيل انظر فى ذلك: Sehlechtriem op. cit. p. 9.

(٣) Ebke & Bettina M.Steinhause. the doctrine of good faith in German contract law, (the German courts have thus turnd to 242 of the BGB for help in creating a residual cause of action for breaches not falling within these three categories.

مشار إليه فى Disa sim op. cit. N. 59-60.

المطلب الثانى
مبدأ حسن النية
فى القانون الايطالى

على الرغم من أهمية مبدأ حسن النية فى القانون الألمانى وقدم هذا المبدأ فيه، إلا أنه من الملاحظ كما سبق أن هذا القانون لم يتضمن تعريفاً لمبدأ حسن النية هذا من ناحية، ومن ناحية أخرى لم يتضمن نصا تشريعياً يجعل من مبدأ حسن النية التزاماً يقع على عاتق الأطراف فى مرحلة المفاوضات، حيث أن تطبيق هذا المبدأ فى مرحلة المفاوضات من خلق القضاء الألمانى(١).

وعلى العكس من ذلك نجد أن القانون الايطالى من التشريعات النادرة(٢) التى جعلت من مبدأ حسن النية التزاماً يقع علي عاتق الأطراف في مرحلة المفاوضات. فالقانون الايطالى لم يتضمن نصاً عاماً يقرر مبدأ حسن النية كمبدأ قانوني عام حيث يمكن الاستناد إليه فى تطبيقه على العلاقات قبل التعاقدية، إنما أفرد نصاً خاصاً لمرحلة المفاوضات. حيث تنص المادة ١٣٣٧ من القانون الايطالى على «يلتزم الأطراف أثناء المفاوضات وابرام العقد بالتعامل مما يتفق وحسن النية».

---

(١) الدكتور أمية حسن علوان، سابق الاشارة إليه ص ٢٧.
«لقد فرض القضاء الالمانى على الأطراف واجب التفاوض بحسن نية وواجب مراعاة الانصاف فى تعاملها فيما بينها».

(٢) من التشريعات التى وضعت نصوص تحكم مرحلة التفاوض قبل التعاقدى اليونان، يوغسلافيا. مشار إليه فى د. أمية حسن علوان، سابق الاشارة اليه ص ٢٥، الدكتور هشام صادق، سابق الاشارة اليه ص ٢٧٧.

فمبدأ حسن النية لم يقتصر القانون الايطالى عليه فى مرحلة المفاوضات بل يمتد إلى مرحلة التنفيذ أيضا، حيث تنص المادة ١٣٧٥ من الالتزامات العامة على التزام الدائن والمدين بالتصرف وفقاً لقواعد العدالة.

ومن ثم ان مبدأ حسن النية وفقا للقانون الايطالى بصريح النص التشريعى (المادة ١٣٣٧، ١٣٧٥) هو التزام يقع على عاتق طرفى العقد منذ بداية مرحلة المفاوضات ،وهذا قليلا ما نجده فى التشريعات المقارنة بصدد مبدأ حسن النية، حيث أنه يأتى كمبدأ قانونى عام كما هو الحال فى القانون الفرنسى(١)، والمصرى(٢)، والهولندى(٣)، أو أنه يأتى قاصراً على مرحلة التنفيذ كما هو الحال فى القانون الأمريكى.

فمبدأ حسن النية وفقا للقانون الايطالى ذات قوة ملزمة ليس فقط فى مرحلة التنفيذ لكن فى مرحلة المفاوضات، حيث يجب عليهم أن يدركوا أهمية مبدأ حسن النية لأنه جزء من النظام العام يجب عليهم أن يدركوه ويحترموا أهميته فى تعاقداتهم.

---

(١) تنص المادة ١١٣٤ «يجب أن تنفذ الاتفاقات بحسن نية».

(٢) تنص المادة ١٤٨ «يجب تنفيذ العقد وفقاً لمقتضيات حسن النية».

(٣) تنص المادة ٢/٦ -١- أن مبدأ حسن النية ليس مكملا فقط للالتزامات لكنه ربما يكون معدلا لها أو ملغيا لها، ١٩٩٢.

المطلب الثالث

مبدأ حسن النية

فى القانون الفرنسى

على الرغم من أهمية مبدأ حسن النية فى القانون الفرنسى من حيث أنه كما قال الفقه من أنه صمام أمان للعقد، فإنه يعطيه مرونة فى نظامه وأنه علاوة على ذلك يخفف من مبدأ سلطان الإرادة، حيث يمكن القول إن مبدأ حسن النية يبدو مفهوم أساسى لقانون العقد(١). إلا أن ذلك لا يعنى أن مبدأ حسن النية فى القانون الفرنسى مبدأ قديم أو أصيل، حيث أن مبدأ حسن النية فى القانون الفرنسى تأثر وجوده بالشريعة الرومانية. وقد مر مبدأ حسن النية في القانون الفرنسى بمرحلتين: مرحلة القانون الفرنسى القديم، ومرحلة القانون الفرنسى الحديث.

مبدأ حسن النية فى القانون الفرنسى القديم:

لقد تأثر مبدأ حسن النية فى القانون الفرنسى القديم بالقانون الرومانى، فلفرنسا من القانون الرومانى النصيب الأوفر من أى نصيب دولة أخرى. فالقوانين السائدة فى فرنسا حتى القرن الثالث عشر كانت خليط من التقاليد التيتونونية والقانون الرومانى السابق على عهد جستنيان، حيث فى هذه الفترة عرف القانون الفرنسى القديم مبدأ حسن النية لكن بشكل غير صريح، منها أن

---

(١) Denis Tallon, "le concept de bonne foi en droit francais du contrat. p. 1, centero di studi e ricerche di diritto comparato straniero. diretto da m. J.Bonne LL 1994.

العبرة فى العقود والتصرفات بنية المتعاقد، وعلى القاضى أن يكشف عن هذه النية ويبنى عليها حكمه، ومن تطبيقات ذلك ابطال العقد الذى يحدث بغش من أحد طرفيه للآخر، وحق فسخ عقد البيع إذا ظهر بالمبيع عيب خفى ولو لم ينص على هذا الحق فى العقد(١).

إلا أنه من القرن الرابع عشر عرف القانون الفرنسى القديم مبدأ حسن النية صراحة بسبب تأثير مجموعة جوستنيان للقانون الرومانى. حيث أن مجموعة جوستنيان قد أقرت مبدأ حسن النية صراحة كما هو الحال لاكتساب الملكية بالتقادم بالنسبة لواضع اليد، حيث أن لذلك أيضاً تأثيراً على القانون الفرنسى الحديث، فإذا كان القانون الفرنسى قد عرف مبدأ حسن النية، إلا أنه لم يفرد له نصاً خاصاً به قائما بذاته، حيث ظل الأمر كذلك حتى قيام الثورة الفرنسية.

مبدأ حسن النية فى القانون الفرنسى الحديث:

عندما تولى نابليون السلطة فى فرنسا شكل لجنة لجمع القوانين وعرضها على مجلس الدولة، وفى سنة ١٨٠٤ صدر القانون المدنى الفرنسى الذى كان متأثرا بنظرية القانون الطبيعى. حيث كان مبدأ حسن النية موضع اعتبار لدى واضعى هذا القانون باعتباره مفهوم أساسى لقانون العقد، حيث يقول الفقه أنه يجب الاعتداد بمبدأ حسن النية فى المعاملة، وصحة العقد(٢).

---

(١) انظر فى ذلك الدكتور محمد عبد الهادى الشقنقيرى، تاريخ النظم القانونية، قسم الشريعة الرومانية، من ص ١٩٧ حتى آخره.

(٢) D.Tallon, op. cit., p. 2.

لقد ورد مبدأ حسن النية فى القانون المدنى الفرنسى فى نص المادة ١١٣٤ حيث تنص هذه المادة على «يجب أن تنفذ الاتفاقات بحسن نية، كما تنص المادة ١١٣٥ على أن «العقود لا تلزم فقط بما ورد فيها، بل كذلك بما ترتبه العدالة والعرف ونص القانون على طبيعة الالتزام[١].

ومن ثم يتضح أن مبدأ حسن النية هو مفهوم أساسى لقانون العقد فى فرنسا فى القانون الفرنسى الحديث.

تطبيق مبدأ حسن النية فى القانون الفرنسى:

كما يبدو أن مبدأ حسن النية فى القانون الفرنسى قد ورد فى نص المادة ١١٣٤ مقرراً هذا المبدأ فى المعاملات كمبدأ قانونى عام، إلا أنه لم يرد النص عليه فى مرحلة المفاوضات كما هو الحال فى القانون الايطالى، كما أنه لم يرد بصدد تنفيذ العقد كما هو الحال فى قانون التجارة الأمريكى الموحد، لذلك كان هذا سبباً فى تنوع تطبيقه من جانب القضاء الفرنسى.

بالنسبة لمرحلة المفاوضات: بالرغم من أن القانون الفرنسى لم يتضمن نصا صريحا لمبدأ حسن النية فى مرحلة المفاوضات، فإن القضاء الفرنسى مستقر على الالتزام بمبدأ حسن النية فى مرحلة المفاوضات، وإن كانت المسئولية تختلف عما إذا كان هناك اتفاق تفاوضى من عدمه، ففى الحالة الأولى تكون المسئولية

---

(١) D. Tallon op.cit. p.3.

(٢) لقد ورد النص على مبدأ حسن النية فى القانون الفرنسى فى نصوص عديدة منها ١٣٦٦، ١٣٧٤، ١٣٧٥ مدنى.

تعاقدية، وفى حالة عدم وجود اتفاق تفاوضى تكون المسئولية تقصيرية، وكذلك فى مرحلة تبادل الايجاب والقبول لا يجوز للموجب العدول عن ايجابه بسوء نية.

وبصدد تنفيذ العقد بحسن نية نجد أن القانون الفرنسى ينص فى المادة ١١٥٠ على أن يلتزم الدائن المضرور أن يقوم باتخاذ كافة الإجراءات الضرورية كى يقلل من خسائره، ويثبت حقه فى تقاضى مبلغ التعويض والمستحق له كاملا. فالالتزام هنا هو التزام بتخفيف الضرر، هو التزام عام يفرضه مبدأ حسن النية فى التنفيذ للعقد.

ومن هذه الأمثلة التى تم طرحها علي سبيل المثال، يبدو لأول وهلة أن مبدأ حسن النية فى القانون الفرنسى هو التزام يشمل العقد كلية ولكن الحقيقة والتطبيق العملى من جانب القضاء الفرنسى لمبدأ حسن النية يبدو غير ذلك.

إذا كان مبدأ حسن النية فى القانون الفرنسى قد ورد فى نص المادة ١١٣٤ باعتباره مبدأ عام يطبق على العلاقة التعاقدية، فإن تطبيقه يتوقف على القاضى الفرنسى، وآية ذلك أنه فى مرحلة المفاوضات نجد أن المشرع الفرنسى لم يجعل مبدأ حسن النية التزاماً يقع على عاتق الأطراف، فى حين أن القضاء الفرنسى استناداً إلى نص المادة ١١٣٤ قد استقر على أنه التزام يقع على عاتق الأطراف فى مرحلة المفاوضات.

---

(١) انظر فى ذلك بالتفصيل الدكتور رجب كريم عبد الله، التفاوض على العقد ص٢٦١، ٢٨٧ دار النهضة العربية، ٢٠٠٠.

وعلى العكس من ذلك نجد أن القانون الفرنسى لم يتضمن نصاً يلزم المدين أن يقوم باخطار الدائن بما يواجهه من استحالة وصعوبات فى التنفيذ، بالرغم من هذا الالتزام يعد تطبيقاً لمبدأ حسن النية وكان من الممكن أن يقوم القضاء الفرنسى بتطبيقه استناداً لنص المادة ١١٣٤، إلا أنه لم يأخذ به كما هو مبين فى حكم محكمة النقض الفرنسية فى حكمها الصادر سنة ١٩٥٤، حيث رأت المحكمة أنه ليس هناك أى نص يلزم الشركة الوطنية الفرنسية للنقل بالسكة الحديد أن تخطر مرسل البضاعة بقيام سبب يؤدى إلى استحالة تنفيذ التزامها(١).

لذلك إن الفقه قد ذهب بصدد نص المادة ١١٣٤ بسبب اتجاه القضاء الفرنسى فى تطبيقه لمبدأ حسن النية إلى القول أن نص المادة ١١٣٤ تأثيره العملى يكون طفيف أو سطحى حيث لا يترتب على مخالفته جزاء، كما أنه ليس من شأنه أن يضيق من درجات الضرر، فإنه لا يمكن توظيفه فى تقديم نجدة لحل القضايا التجارية الصعبة(٢). ولذلك يمكن القول أن القضاء الفرنسى أشبه ما يكون بالقضاء الانجليزى من حيث تطبيقه لمبدأ حسن النية فى حالات

---

(١) Cass. Com. 9 novembre 1954, JCP. 1971 ed G., IL. 8817 obs Rodiere.

هذا الحكم مشار إليه فى الدكتور شريف محمد غنام، أثر تغير الظروف فى عقود التجارة الدولية، ص ٤٦٦ دار النهضة العربية، ٢٠٠٠.

(٢) M.G.Bridge, Dose anglo - conddian contract law need a doctrion of good faith? 1984 9 can. bus L.J. 414-415.

مشار إليه فى: Disa Sim, op. cit., N. 97.

قانونية معينة(١).

ويؤكد ذلك أيضا أن القضاء الفرنسى بصدد تعديل العقد فى حالة الظروف الطارئة لم يأخذ بهذه النظرية التى ترجع فى أساسها إلى مبدأ حسن النية إذ كان من الممكن أن يستند القضاء إلى نص المادة ١١٣٤ فى تقريره لحالة الظروف الطارئة، وهذا ما لم يحدث فى الحكم الشهير لمحكمة النقض الفرنسية في سنة ١٨٧٦ فى قضية conal de craponne حيث انتهت محكمة النقض بصدد ذلك أنه لا يجوز للقضاة تعديل اتفاقات الأطراف ووضع شروط جديدة غير تلك التى اتفق عليها الأطراف وارتضوها وذلك بسبب تغيير الظروف(٢).

ومن ذلك يتضح لنا أن مبدأ حسن النية فى القانون الفرنسى تطبيقه يتوقف بالدرجة الأولى على أعمال القضاء، إلا أن القضاء الفرنسى متغاير بصدد تطبيق مبدأ حسن النية حيث أنه لا يقدم لمبدأ حسن النية شكل كامل أو وصف متناسق، حيث أن الفقه قد وصف مبدأ حسن النية فى القانون الفرنسى وكأنه مشروب كحولى(٣).

---

(١) Barry Nicholas,the United Kngdom and the C.I.S.G., Another cases of splendid isolation, p. 153 Rome, contro distudi richerche didiritto comparato straniero (1993) "http:/www. cnr. it/ CRDCS/ nicholas. ht m".

(٢) D. Tallon op. cit. p.5-6.
"les tribunaux ont aussi constomment affirmé la préeminence de la force obligatoir du contrat sur les exigences de la bonne foi en excluant toutes modifications du montant des clauses penales manifestement excessives, jusqua ce que un loi du 9 juillet 1975 modifiant l'article 1152 leur accorde un pouvoir moderateur.

(٣) D. Tallon, op. cit. p. 10.

المطلب الرابع
مبدأ حسن النية فى
القانون المصرى

إن ما يؤكد على أهمية مبدأ حسن النية ودوره فى تكوين العقود وتنفيذها، أنه على الرغم من أن القانون المدنى القديم لم يتضمن نصاً يفرض الالتزام لمبدأ حسن النية كما هو الحال فى القانون المدنى الحالى (م ١٤٨)، إلا أن القضاء المصرى القديم قد جرى على تطبيق هذا الالتزام على طرفى العقد.

لذلك حرصت اللجنة القائمة على صياغة نصوص القانون المدنى الحالى أن تجعلها متضمنة نصاً يفرض على الأطراف الالتزام بمبدأ حسن النية، حيث تضمن المشروع التمهيدى لهذا القانون المادة ٢١٤ التى تنص على «يجب تنفيذ العقد طبقا لما اشتمل عليه وبطريقة تتفق مع ما يفرضه حسن النية وما يقتضيه شرف التعامل» وتعلق المذكرة الايضاحية على نص تلك المادة بذكرها «إذا تعين مضمون العقد وجب تنفيذه على وجه يتفق مع ما يفرضه حسن النية وما يقتضيه العرف فى شرف التعامل»، وبذلك يجمع المشروع بين معيارين أحدهما ذاتى قوامه نية المتعاقدين، وهذا ما أخذ به القانون الفرنسى، والآخر مادى يعتد بشرف التعامل وقد أخذ به القانون الالمانى، إلا أنه عند عرض مشروع تلك المادة على لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ رأت اللجنة أن تحذف عبارة «وما يقتضيه شرف التعامل لأنه فى عموم تعبير حسن النية»(١).

---

(١) انظر ذلك فى الدكتور حسام الأهوانى، مصادر الالتزام، ص ٢٠٨، ٢٠٩ لسنة ١٩٩٢/٩١، د. الهادى السعيد عرفه، سابق الاشارة إليه ص ١٤٩، أ. قمر محمد موسى، الموسوعة الجامعة فى التعليق على القانون المدنى، الجزء الأول، ص ١٢٠.

ولقد انتقد البعض[١] من الفقه ما انتهت إليه لجنة القانون المدنى من حذف عبارة "نزاهة التعامل" على اعتبار أن عموم عبارة حسن النية يغنى عنها، لأن ذلك يؤدى إلى ضرورة الأخذ بالمعيار الذاتى فقط، فى حين أن مبدأ حسن النية من السعة التى تسمح بتقدير حسن النية أو سوئها وفقا للمعيارين.

تعريف مبدأ حسن النية وخصائصه:

بالرغم من تطبيق هذا المبدأ فى ظل القانون المدنى القديم من جانب القضاء، والنص عليه فى القانون المدنى الحالى، وصدور العديد من الأحكام القضائية المشيرة[٢] إلى تطبيق مبدأ حسن النية، إلا أنها قد خلت من تعريف مبدأ حسن النية. لذلك كانت المحاولات الفقهية لتعريف هذا المبدأ[٣]. ويمكن تعريف مبدأ حسن النية أنه كل فعل أو امتناع عن فعل من شأنه أن يؤدى إلى عدم تكوين العقد أو تنفيذه.

ولقد حاول البعض[٤] من الفقه بيان خصائص مبدأ حسن النية من حيث أنه موقف ايجابى، وداخلى، وذاتى يصاحبه، وعمدى. إلا أنه يمكن اجمال تلك الخصائص فى أمرين الأول أنه موقف ايجابى بمعنى التعاون بين طرفى العقد على تكوينه، وتنفيذه، والثانى أنه موقف سلبى بعدم اتخاذ مسلك ينطوى على غش

---

(١) الدكتور عبد الرزاق السنهورى، الوسيط، جـ١ ص ٨٤٨.

(٢) حكم محكمة النقض: إن تعريف حسن النية المنصرف إليه أو سوء النية هو من مسائل الواقع التى يستقل بتقديرها قاضى الموضوع فى الطعنين ٥٣، ٥٧ لسنة ٣٨ ق جلسة ١٩٨٤/١/١ موسوعة قمر محمد موسى، سابق الاشارة إليه ص ٥٣٠ الجزء الأول.

(٣) انظر ذلك بالتفصيل فى د. نعمان خليل جمعه، سابق الاشارة إليه، ص١٣٠-١٣٤.

(٤) د. الهادى السعيد عرفه، سابق الاشارة إليه، ص ١٥٨.

أو سوء نية. فالعقد ليس من ثمته التوفيق بين إرادتين متضادتين يعبران عن مصالح متعارضة، وانما يجب النظر اليه على أنه الوسيلة القانونية للتعاون بين الطرفين(١).

وظيفة حسن النية فى القانون:

إذا كان القانون المدنى قد ذكر مبدأ حسن النية فى العديد من نصوصه(٢)، فلقد حرص أيضا قانون التجارة المصرى رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ على ذكر مبدأ حسن النية والالتزام به صراحة كما هو الحال فى المادة ٩٦، و٩٨ أو ضمنيا فى المادة ١٠١. حيث أن ذلك يكشف عن وظيفة مبدأ حسن النية تلك التى تتمثل فى أنه الاطار العام والروح التى يجب أن تسود تفسير العقد وتنفيذه، فإذا تعددت معانى عبارات العقد أو طرق تنفيذه فعلى المنفذ أن يختار المعنى والطريق الذى تقتضيه الأمانة والاستقامة والعدالة(٣).

كما أنها تكفل حماية للشخص أو تمنحه حقاً لم تكن لتسمح به القواعد العامة(٤)، وتجد هذه الحماية مبرراً لها فى كل حالة، وبالتالى فإن حسن النية يقتضى فى مجال العقود من المتعاقدين أن يختارا فى تنفيذ العقد الطريقة

---

(١) د.حسام الأهوانى، سابق الاشارة اليه، ص ٢١٠.

(٢) انظر المواد: ١٤٨، ١٧٠، ٤٤٠، ٤٤٩، ٥٧٢، ٥٨٢، ٥٣٠، ٥٣١.

(٣) الدكتور نعمان خليل جمعة ،سابق الاشارة إليه، ص١٢٨.

(٤) لقد استحدثت المادة ٩٦ من قانون التجارة الجديد رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ حكما جديدا خرجت به عن القواعد العامة فى القانون المدنى وعلى ما جرى عليه الفقه والقضاء، لمزيد من التفصيل انظر المذكرة الايضاحية لتلك المادة فى المستشار محمد عبد الرحيم، سابق الاشارة إليه ص١٤٩.

التى تفرضها الأمانة والنزاهة في التعامل فللبائع إذا امتنع المشترى عن دفع الثمن فى الميعاد المحدد فى العقد أن يعيد بيع البضائع للغير بعد اعذار المشترى ودون الحصول على إذن مسبق من المحكمة، ويكون للبائع إذا بيعت البضاعة بحسن نية بثمن أقل من الثمن المتفق عليه، أن يطالب المشترى بالفرق. ويكون للبائع حتى إذا لم يقم بإعادة البيع فعلا أن يطالب المشترى بالفرق بين الثمن المتفق عليه وسعر السوق فى اليوم المحدد للدفع(١).

وذلك يكشف عن وظيفة أخرى لمبدأ حسن النية فى أنه يقيم التوازن بين طرفى العقد. فإذا كان للمشترى أن يحصل على شئ مماثل للمبيع على حساب البائع فى حالة عدم قيام البائع بتسليم الشئ المبيع فى الميعاد المحدد يرجع عليه بفرق الثمن المتفق عليه وما دفعه بحسن نية للحصول على ذلك الشئ المبيع، فإنه في المقابل قد أعطى للبائع الحق فى بيع البضائع للغير بعد اعذار المشترى والرجوع عليه بفرق السعر إذا كانت البضاعة بيعت بحسن نية بثمن أقل من الثمن المتفق عليه(٢).

ومن ذلك يتضح أن مبدأ حسن النسبة في القانون المصرى قاعدة قانونية واضحة وثابتة حتى فى ظل القانون المدني القديم، على العكس من القانون الفرنسى الذى وصفه فيه البعض أنه مشروب كحولى.

---

(١) المذكرة الايضاحية للمادة ٩٨ من القانون رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ انظر ذلك فى الدكتور محمد شتا أبو سعد، سابق الاشارة إليه ص ٤٧.

(٢) انظر المواد ٩٦، ٩٨ من قانون التجارة المصرى الجديد رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ فى الدكتور محمد عبد الرحيم، سابق الاشارة إليه ص ١٤٩، ١٥١.

خاتمة الباب الأول

لقد تناولنا تعريف عقد البيع الدولى وتمييزه عن غيره من العقود وابراز معيار دوليته فى دراسة مقارنة في النظم القانونية، وكذلك فى القواعد الموضوعية الدولية لبيع البضائع، وبأى معيار أخذت تلك القواعد، كما تناولنا أيضا مفهوم التجارة الدولية وذلك لاعتبار أساسى جوهرى، هو أن عقد البيع الدولى للبضائع يعد عقداً من عقود التجارة الدولية إن لم يكن أهمها على الاطلاق. فلم ينل عقدا من العقود مثل ما ناله هذا العقد من اهتمام من كافة الهيئات والمؤسسات الدولية بشأن وضع نظم قانونية تتناوله بالتنظيم أياً كان شكلها.

ثم تناولنا بعد ذلك مبدأ حسن النية من خلال أهم شريعتين أثرا الحضارة القانونية لمختلف النظم القانونية هما الشريعة الرومانية والشريعة الإسلامية موضحين أن الشريعة الرومانية قد عرفت هذا المبدأ فى كافة عصورها، إذ كان لهذا المبدأ أثره فى النفوس بالشكل الذى كان يؤدى إلى أداء الحقوق والواجبات. ثم تناولنا هذا المبدأ فى الشريعة الإسلامية، موضحين أن هذا المبدأ لا يرتبط بالعقد وابرامه، فقط وإنما يرتبط أيضا باللفظ الذى يستعمل لابرامه موضحين بعض العقود التى نهت عنها الشريعة الإسلامية لما فيها من تغرير.

وبعد ذلك تناولنا مفهوم مبدأ حسن النية فى النظم القانونية سواء نظم القانون العام أو الخاص، موضحين الفكر القانونى لهذا المبدأ ودوره فى تلك النظم. كما أبرزنا تباين التشريعات المقارنة بصدد تطبيقه داخل النظام القانونى الواحد، كما هو الحال فى التشريع الانجليزى والأمريكى علي سبيل المثال.

ثم تناولنا مبدأ حسن النية فى القواعد الموضوعية الدولية موضحين مدي الجدل الذى ثار حوله والدور المناط به فى العقد الخاضع لتلك القواعد وما انتهى إليه الفقه وأحكام التحكيم الدولية بشأن هذا المبدأ من حيث أنه يشمل العقد منذ بدء المفاوضات حتى نهايته أياً كانت، وكذلك مفهوم مبدأ حسن النية فى مبادئ الينذروا لما تلعبه هذه المبادئ من دور فى تكملة وتفسير القواعد الموضوعية الدولية، وما قررته تلك المبادئ على خلاف القواعد الموضوعية بصدد أن مبدأ حسن النية التزاماً يقع على عاتق الأطراف ليس في مرحلة التنفيذ فقط، ولكن فى مرحلة المفاوضات بنصوص صريحة.

الباب الأول
التحليل القانونى لمبدأ حسن النية
فى عقود البيوع الدولية

مقدمة:

تتحدد أهمية التحليل القانونى لمبدأ حسن النية ليس فقط فى بيان تأثير هذا الالتزام على حياة العقد من حيث تنفيذ الالتزامات، وإنما أيضاً بيان أن تأثير هذا المبدأ يمتد إلى القواعد المنظمة لتكوين العقد، وذلك لأن غالبية التشريعات الوطنية التى أشارت فى نصوصها إلى الالتزام بمبدأ حسن النية قد نصت عليه بالشكل الذى يوحى أن هذا الالتزام قاصراً على مرحلة تنفيذ العقد دون تكوينه، بل البعض منها نص على ذلك صراحة كالقانون الأمريكى، حتى أن القواعد الموضوعية التى تضمنت النص على ضرورة احترام مبدأ حسن النية كان نصها بصدد ذلك يتميز بالغموض والابهام، الأمر الذى أثار قدراً من الشك والريبة حول مدى بيان ما إذا كان مبدأ حسن النية يعد التزاماً على عاتق طرفى العقد كلية، لذلك سوف نتناول التأكيد على أن الالتزام بمبدأ حسن النية ليس قاصراً على مرحلة تنفيذ العقد بل يمتد إلى مرحلة تكوينه. محاولين تحقيق التوحيد لهذا المبدأ فى تكوينه أيضاً لامكانية التحقيق شبه التام لأحكام عقد البيع الدولى للبضائع. ثم نتناول الالتزام بمبدأ حسن النية فى تنفيذ العقد من خلال التزامات طرفيه لتحقيق ذات الغاية. لكن قبل ذلك سوف نتناول العناصر التى يتكون منها مبدأ حسن النية وهى مبدأ العقد شريعة المتعاقدين، التعسف فى استخدام الحق.

لذلك سوف نتناول فى هذا الباب:

الفصل الأول: عناصر مبدأ حسن النية.

الفصل الثانى: النظام القانونى لمبدأ حسن النية فى تكوين العقد.

الفصل الثالث: النظام القانونى لمبدأ حسن النية فى تنفيذ العقد.

الفصل الأول

عناصر مبدأ حسن النية فى

قانون التجارة الدولية

تمهيد: لقد رأينا مدى التفاوت بين النظم القانونية فى قبول مبدأ حسن النية والاقرار بالالتزام به ومراعاته فى تنفيذ وتكوين العقد، حتى أنه فى ظل القواعد الموضوعية الدولية قد رأينا أنه قد ورد النص عليه بشكل أثار قدراً من الحيرة والشك فى دور هذا المبدأ، من حيث إذا كان دوره دوراً تفسيرياً أم أنه التزام يقع على عاتق طرفى عقد البيع الدولى يجب مراعاته.

لكن الغالبية العظمى من الفقه وأحكام التحكيم الدولية بل ونصوص القواعد الموضوعية الدولية أكدت معنى واحد لا ثان له، وهو أن مبدأ حسن النية عماد مجتمع التجارة الدولية. فعمدية مبدأ حسن النية لمجتمع التجارة الدولية تأتى من تأثير هذا المبدأ على حياة العقد. كما أعلنت محكمة التحكيم الدولية فى حكمها الصادر فى قضية «فالنسيا»[1] من أن حسن النية يقتضى مراعاته فى مفاوضات العقود، وتفسيرها، وتنفيذها. فأهمية مبدأ حسن النية تتأتى من خلال تفسير وتنفيذ القواعد الموضوعية الدولية المنظمة لعقد البيع الدولى خاصة فى تفسير وتنفيذ الالتزامات بحسن نية، وتفسير الحقوق وفقاً لعادات وأعراف التجارة لدولية التى تعد من مكونات التجارة الدولية.

---

(١) C.C.I no. 5953, J.D.I.1990 p. 1050 obs. y. Derains.

مشار إليه فى:

Pierre mayer "le principe de bonne foi devant les arbitres commerce intrnational p.544. Paris I - panthéon - Sorbonne, 1991.

ولقد كانت الغاية المرجوة من وضع قواعد موضوعية دولية موحدة لعقد البيع الدولى هى توحيد أحكام عقد البيع الدولى عن طريق اتفاقيات دولية. إما بقصد توحيد قواعد تنازع القوانين أو وضع قواعد موضوعية دولية، وبالتالى فإن الدور المهم لهذه الاتفاقيات هو توحيد أحكام عقد البيع الدولى. وغالباً ما يرتبط مبدأ العقد شريعة المتعاقدين بما تتضمنه هذه الاتفاقيات من قواعد من شأنها فرض التزامات على عاتق طرفى العقد يجب تنفيذها بحسن نية، وبالتالى ان قاعدة العقد شريعة المتعاقدين تعد العنصر الأول لمبدأ حسن النية.

فقاعدة العقد شريعة المتعاقدين فى القواعد الموضوعية الدولية أساسها مبدأ حسن النية، وهذا ما قررته غرفة التجارة الدولية فى حكمها الصادر فى القضية رقم ٤٧٦١[١] بصدد نصوصها لنظرية الظروف الطارئة، حيث قررت أن قاعدة العقد شريعة المتعاقدين نطاقها مبدأ حسن النية.

فإذا كانت قاعدة العقد شريعة المتعاقدين تفرض على كل طرف من أطراف العقد تنفيذ ما يفرضه العقد من التزامات، فهذا العقد ذاته كما أنه مصدر للالتزامات فإنه كذلك مصدر للحقوق فيما يقتضيه مبدأ حسن النية وتدعمه العدالة وعدم التعسف فى استعمال هذه الحقوق[٢]. ومن ذلك كله يمكن القول أن قاعدة العقد شريعة المتعاقدين تتناول التزامات العقد وقاعدة عدم التعسف

---

(١) C.C.I n°. 4701 مشار إليه فى F.Osman op.cit., p.39.

(٢) الدكتور السيد البدوى، نظرية عامة لمبدأ حسن النية فى المعاملات المدنية، ص. ٦٥، جامعة القاهرة ١٩٨٩.

فى استعمال الحق تتناول الحقوق التى يقررها العقد وكلاهما أساسه مبدأ حسن النية، وبالتالى فإن عنصرى مبدأ حسن النية فى التجارة الدولية هما قاعدة العقد شريعة المتعاقدين، وقاعدة عدم التعسف فى استعمال الحق.

وهذه العناصر فى عقد البيع الدولى للبضائع يقصد بها أولا النطاق الذى يظهر من خلال مدى الالتزام بمبدأ حسن النية من عدمه، وهذا النطاق يتحدد فى الحقوق والالتزامات التى يفرضها أو يعطيها العقد لكل طرف من أطراف عقد البيع الدولى للبضائع. فتنفيذ الالتزامات التى يفرضها العقد بحسن نية يعنى احترام القوة الملزمة للعقد، أى قاعدة العقد شريعة المتعاقدين، أما ممارسة الحقوق التى يعطيها العقد لطرفيه بحسن نية تعنى عدم التعسف فى استخدام الحق، ومن ثم فإن عنصرى مبدأ حسن النية فى عقد البيع الدولى للبضائع هما قاعدة العقد شريعة المتعاقدين، والتعسف في استخدام الحق. فهذا وذاك من خلالهما نستطيع التعرف على مدى الالتزام بمبدأ حسن النية فهما قوام العقد، أو بمعنى آخر هما طرفا التوازن فى العقد وتحقيق التوازن بينهما لا يتأتى إلا بالالتزام بمبدأ حسن النية.

لذلك سوف نتناول عناصر مبدأ حسن النية فى:

المبحث الأول: قاعدة العقد شريعة المتعاقدين.

المبحث الثانى: التعسف فى استخدام الحق.

المبحث الأول

قاعدة العقد شريعة المتعاقدين

لقد استقرت فى مختلف النظم القانونية قاعدة العقد شريعة المتعاقدين، ففى حدود المصلحة العامة ترك القانون للأفراد حرية تنظيم عقودهم وتضمينها من الشروط ما يكفل تحقيق مصالحهم(١)، كما هو الحال فى القانون المصرى(٢)، والسويسرى(٣)، والفرنسى(٤)، والالمانى(٥)، وكذلك استقر فى مختلف القواعد الدولية سواء من كان منها يتعلق بتوحيد قواعد تنازع القوانين أو القواعد الموضوعية الدولية قاعدة العقد شريعة المتعاقدين.

مبدأ حسن النية وقاعدة العقد شريعة المتعاقدين فى التجارة الدولية:

الأصل أن قاعدة العقد شريعة المتعاقدين كما هو الحال فى التشريعات الوطنية أساسها مبدأ حسن النية فهذه القاعدة تحقق العدل والمساواة وتقيم الوفاء بين أطراف التجارة الدولية لكن هذا أمراً فيه كثير من الشك(٦). حيث أن تطبيق هذه القاعدة فى نطاق التجارة الدولية يتنافى تماماً مع مبدأ حسن النية. فمن جانب التحكيم الدولى تطبيق هذه القاعدة فى نطاق التجارة الدولية

---

(١) الدكتور أحمد عبد الكريم سلامه، تحرر التجارة العالمية وتأثيره على النظام القانونى للعقود الدولية، ص٥٦٣، مجلة البحوث التجارية، جامعة المنصورة. العدد ١٣، سنة ١٩٨٦.

(٢) المادة (٥) من القانون المدنى المصرى.

(٣) المادة (٢) من القانون السويسرى.

(٤) المادة (١١٣٤) من القانون الفرنسى.

(٥) المادة (٢/٢) من القانون الألمانى.

(٦) الدكتور أبوزيد رضوان، قانون التجارة الدولية، دراسة لفكرة lex mercatoria مجلة الأمن والقانون، ص ٢٣٢.

قد مر بمرحلتين:

١- **المرحلة الأولى:** عقب انحسار حركة الاستعمار، وحصول الكثير من الدول على استقلالها، ورغبة هذه الدول فى تحقيق التنمية أدى بها إلى ابرام العديد من العقود الدولية لتحقيق هذه التنمية. فما كان من التحكيم إلا أنه قد أكد على قاعدة العقد شريعة المتعاقدين، تلك التى وجدت فيها الدول المتقدمة الأداة التي تحقق بها السيطرة على تلك الدول من خلال العقود التى تبرمها شركاتها مع هذه الدول، حيث قررت محكمة التحكيم الدولية فى القضية رقم ٢٧٠٨ أن شروط العقد هى شروط ملزمة ولا يجوز المساس بها أياً كانت الظروف الاقتصادية وتطورها(١).

٢-**المرحلة الثانية:** وهى أنه بحصول الكثير من الدول على استقلالها وتعديل تشريعاتها واصدار التشريعات التى تتلاءم مع انحسار مبدأ سلطان الإرادة الذى تبنى تقييد قاعدة العقد شريعة المتعاقدين. يعنى أن المشرع أخذ يتدخل فى العقد بنصوص آمرة لمراعاة الصالح العام ولحماية الجانب الضعيف فى العقد. فما كان من التحكيم الدولى إلا أن خرج بقاعدة العقد شريعة المتعاقدين من النظام الداخلى إلى فكرة النظام العام الدولى التى تعنى استبعاد قانون العقد فى كل مرة تتعارض فيها أحكام هذا القانون مع النظام العام الدولى.

فالأصل أن الأطراف إذا ضمّنوا عقدهم قانوناً ما لحكم هذهالعلاقة الناشئة لهذا العقد، فإنه يتعين على المحكم المعروض عليه النزاع طبقاً لقاعدة العقد

---

(١) الدكتور ناجى عبد المؤمن، العقد شريعة المتعاقدين، ص٤٧، ٤٨، دار النهضة العربية، ١٩٩٥/١٩٩٦.

شريعة المتعاقدين تطبيق هذا القانون وانزال أحكامه[١]، إلا أن التحكيم الدولى خرج بقاعدة العقد شريعة المتعاقدين إلى اطار النظام العام الدولى الذى بمقتضاه أصبح يستبعد تطبيق هذا القانون بحجة أنه يتعارض مع النظام العام الدولى. وليس أدل على ذلك من الحكم الصادر فى شأن النزاع بين ليبيا وبين شركة Texaco حيث كانت المادة ٢٨ من العقد تنص على أن العقد يخضع ويجب أن يفسر فى ظل المبادئ العامة للقانون الليبى، وفى غياب ذلك يخضع ويفسر وفقاً للمبادئ العامة[٢] فى القانون، فطبقاً لقاعدة العقد شريعة المتعاقدين كان يجب على المحكم أن يطبق القانون الليبى ثم مبادئ القانون الدولى ثم المبادئ العامة للقانون، إلا أن المحكم استبعد القانون الليبى بحجة تناقض هذا القانون مع القانون الليبى، وكذلك أيضاً بقصد حماية المتعاقد الأجنبى من التغييرات التى تقررها الدولة فى تشريعاتها الداخلية. تلك الحجة الأخيرة تؤكد الخروج بقاعدة العقد شريعة المتعاقدين والهروب بها من نطاق القانون الداخلى إلى نطاق النظام العام الدولى، فضلا عن مخالفته تماماً لما كان مستقر عليه بشأن هذه القاعدة من أن شروط العقد ملزمة ولا يجوز المساس بها أياً كانت الظروف الاقتصادية وتطورها. وبالتالى فهذه القاعدة فى نطاق التجارة خالية تماماً من مبدأ حسن النية، ويؤكد ذلك أيضاً الفقه الغربى أن هذه العقود تجد أساسها فى قاعدة العقد شريعة المتعاقدين التى هى أساس كل نظام قانونى متحضر[٣].

---

(١) الدكتور بهاء هلال الدين دسوقى، سابق الاشارة إليه، ص ١١٦.

(٢) الدكتور أبوزيد رضوان، سابق الاشارة إليه ص ٢٣٦.

(٣) د. ناجى عبد المؤمن، سابق الاشارة إليه ص. ٥.

العقد شريعة المتعاقدين والقواعد الموضوعية الدولية:

لقد تضمنت اتفاقية فينا فى المادة ٢/٢٩ منها قاعدة العقد شريعة المتعاقدين حينما نصت على «العقد الكتابى الذى يتضمن شرطاً أن يكون كل تعديل أو فسخ يضاف كتابة لا يمكن تعديله أو فسخه رضائياً باتباع طريقة أخرى غير أن تصرف أحد الطرفين يمكن أن يحرمه من التمسك بهذا الشرط إذا كان الطرف الآخر قد اعتمد على التصرف المذكور».

فنص هذه المادة يكشف بوضوح أنه فى حالة الاشتراط فى العقد أن أى تعديل أو فسخ للعقد يكون كتابة فإنه يجب التقيد بهذا الشرط، لكن إذا تصرف أحد المتعاقدين تصرفاً ما، كان من شأنه التعديل فى العقد، واعتمد الطرف الآخر على هذا التصرف، ثم خالف هذا الطرف تصرفه الذى اعتمد عليه من جانب الطرف الآخر، فلا شك أن ذلك يعد مخالفاً لمبدأ حسن النية تطبيقاً للمادة ١/٧ من الاتفاقية[١]. ومثال ذلك إذا طلب المشترى من البائع إجراء بعض التعديلات فى باقى الأشياء التى يتم تصنيعها، وقام البائع بإجراء هذه التعديلات، إلا أنه عند التسليم رفض المشترى الاستلام على اعتبار عيب عدم المطابقة طبقا لما هو مقرر بالعقد، ففى هذه الحالة لا يحق للمشترى التمسك بمطابقة العقد حيث أن الطرف الآخر قد اعتمد على تصرفه هذا وهو طلب التعديل، ومن ثم فإن تمسكه بعيب عدم المطابقة يجعله غير حسن النية.

فعلى الرغم من ندرة الحالات التى تربط بين مبدأ حسن النية ونص المادة ٢٩، فإنه لا يمكن بأى حال من الأحوال انكار الارتباط بين نص المادة ٢٩ والمادة

---

(١) Bruno Zeller op. cit., p. 10.

(٧) تلك التى تتطلب أن التعاملات بين الأطراف يجب أن تكون بحسن نية ذلك الذى من شأنه أن يؤدى فى النهاية بطريقة سلسلة لما يجب أن يتم فعله[١].

وهذا يؤكد أن قاعدة العقد شريعة المتعاقدين قوامها مبدأ حسن النية حتى ولو كان التعديل شفوياً بين طرفى العقد، ليس هذا فحسب فالالتزام بمبدأ حسن النية لا يقتصر فقط على الالتزام بحرفية العقود. فمبدأ حسن النية إذا كان يعد أداة أو وسيلة لاحترام قاعدة العقد شريعة المتعاقدين، فإنه فضلا عن ذلك يعد المعيار الذى يحيط بالطرق التى يمارس بها الأطراف حقوقهم، فوفقاً له يتم الكشف عن السلوك غير القويم على الغير والذى يخالف روح العقد والقانون. وهذا ما قرره بعض الفقه أنه من الأفضل القول أن مبدأ حسن النية لا يعنى الاقتصار على قاعدة العقد شريعة المتعاقدين أى الالتزام بحرفية العقود وإنما يعد طريقة لحماية كل طرف تجاه الآخر فى ممارسة حقوقه وفقاً لقاعدة العقد شريعة المتعاقدين[٢]. فمبدأ حسن النية فى نطاق المتعاملين فى التجارة الدولية أداة لتقويم سلوك هؤلاء فمبدأ حسن النية ليست حدوده قاعدة العقد شريعة المتعاقدين لكن هذه القاعدة اطارها فى مبدأ حسن النية.

---

(١) B. Zeller op. cit., p. 10.

(٢) F. Osman op. cit., p.39.

المبحث الثانى

التعسف فى استخدام الحق

فكما أن ارتباط مبدأ حسن النية بتنفيذ الالتزامات التعاقدية قاعدة مستقر عليها فى قانون التجارة الدولية عامة ومقررة بنصوص قانونية فى القواعد الموضوعية الدولية. فهناك العنصر الآخر لمبدأ حسن النية وهو التعسف فى استخدام الحق. فلا خلاف على ارتباط مبدأ حسن النية والتعسف فى استخدام الحق فى قانون التجارة الدولية وإن كان لم يقرر بنصوص صريحة كما هو الحال بشأن مبدأ العقد شريعة المتعاقدين، إلا أن ظاهر النصوص فى القواعد الموضوعية الدولية كلها توحى بعدم التعسف فى استخدام الحق وهذا ما سوف نراه.

أساس نظرية التعسف فى استخدام الحق:

فهذه النظرية شأنها شأن غالبية النظريات القانونية أساسها القانون الرومانى، حيث ظهرت فى نطاق محدد يتمثل فى استعمال الحقوق بقصد الاضرار ثم انتقلت هذه الفكرة إلى القانون الفرنسى القديم حيث تم التوسع فى تطبيقها، فلم يعد تطبيقها قاصراً على استعمال الحق بقصد الاضرار، بل يشمل استعمال الحق دون تحقيق مصلحة خاصة، إلا أنه قد ضاق نطاق تطبيق هذه النظرية بظهور المذهب الفردى فى أواخر القرن ١٨ وبداية القرن ١٩. حيث اتسمت النصوص القانونية بالفردية وحرية الأطراف فى ممارسة الحقوق، إلا أنه بانحسار هذا المبدأ فى النصف الثانى من القرن ١٩ بدأ يعود لهذه النظرية نطاقها الواسع مرة أخرى[١] بنصوص تشريعية تربط بين مبدأ حسن النية

(١) لمزيد من التفصيل انظر فى ذلك الدكتور عبد المنعم فرج الصده، سابق الاشارة إليه =

واساءة استخدام الحق، كالتشريع السويسرى فى مادته الثانية التى تقرر أنه «يجب على كل شخص أن يستعمل حقوقه وأن يقوم بتنفيذ التزاماته طبقاً للقواعد التى يتضمنها مبدأ حسن النية».

فنص هذه المادة يؤكد أن عنصرى مبدأ حسن النية هما تنفيذ التزامات (العقد شريعة المتعاقدين) واستعمال الحقوق (اساءة استخدام الحق)، كما أنه قد كشف أيضاً عن أن مبدأ حسن النية هو الذى يحقق التوازن بين تنفيذ الالتزامات واستعمال الحقوق، ذلك الذى لم يكن موجوداً فى ظل ظهور المذهب الفردى وانحساره، بمعنى أنه فى ظل هذا المبدأ ضاقت قاعدة اساءة استخدام الحق يقابل ذلك اتساع قاعدة العقد شريعة المتعاقدين، وفى انحساره اتسع نطاق تطبيق هذه القاعدة وضاق نطاق تطبيق قاعدة العقد شريعة المتعاقدين.

وجاء مبدأ حسن النية وحقق التوازن بين كل من القاعدتين أى الالتزام به فى تنفيذ الالتزامات واستعمال الحقوق. كما جاء بنص المادة ٢ من القانون السويسرى، فأصبح مبدأ حسن النية أساس كل من القاعدتين.

طبيعة نظرية التعسف فى استعمال الحق:

لقد ثار خلاف فى الفقه حول تأصيل فكرة التعسف فى استخدام الحق. فذهب جانب من الفقه إلى أن هذه النظرية تعنى أن التعسف خطأ يستوجب

= ص ٤٧٣، ٤٨٧، الدكتور مدحت سليمان أبو ملوح، تأصيل فكرة التعسف فى استعمال الحق - مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، سنة ٧، يوليو١٩٩٢، كلية الحقوق جامعة القاهرة، ص٢٨٧، ٢٨٨.

المسئولية التقصيرية، وبالتالى اعتباره داخلا فى دائرة المسئولية التقصيرية. فى حين ذهب بعض من الفقه إلى ربط التعسف بفكرة الحق وجعله مستقلا بنظرية عامة، واخراجه من دائرة المسئولية التقصيرية(١).

أياً كان الخلاف حول طبيعة نظرية التعسف فى استخدام الحق، فهذه النظرية موجودة وقائمة فى أغلبية التشريعات الوطنية، إلا أنها قد وردت بعبارات يعوزها التحديد الذى يهيئ للقاضى ضوابط يمكن الاسترشاد بها. وبذلك فتحت مجالا واسعاً للاجتهاد من الفقه الذى بدوره لم يقدم معايير منضبطة بشأن هذه النظرية(٢). فما قاله الفقه بصدد هذه النظرية لم يخرج عن كونه ترديداً لما جاء بالتشريعات الوطنية. حيث يقول رأى فى الفقه أن القانون يُعرف مبدأ التعسف فى استخدام الحق بالخطأ فى ممارسة الحق، وذلك يظهر فى العديد من أحكامه سواء بقصد الاضرار أو الغائية من طلب الحق. حتى أحكام التحكيم الدولية(٣) بالرغم أنها تناولت مبدأ حسن النية وارتباطه بمبدأ عدم التعسف فى استخدام الحق، إلا انها لم تقدم الضوابط التى يسترشد بها، حيث

---

(١) انظر لمزيد من التفصيل الدكتور موسى سليمان أبو ملوح، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق بنى سويف، جامعة القاهرة، تأصيل فكرة التعسف فى استعمال الحق، ص٢٨٥-٣٠٠، سنة ١٩٩١.

(٢) الدكتور عبد المنعم فرج الصده، مصادر الالتزام، ص٤٨٣، دار النهضة العربية،١٩٦٩.

(٣) C.C.I n°4761 est mainfestement contraire a la bonne foi et partant, abusif de maintenir des obligations imposees au debiteur par le contract si les circonstancees existant lors de sa conclusion se sont modifiss a un point tel que l'economi de ce contrat se trouve bouleversée".

مشار إليه فى: F. Osmon op.cit., p. 38.

أن كل ما تملكه هو استبعاد التعسف فى استخدام الحق متى كان ذلك يرجع إلى قواعد العدالة والانصاف(١). إلا أن أحكام التحكيم الدولية لم تتقيد بفكرة الخطأ بشأن التعسف فى استخدام الحق، بل يكفى وجود حق متعسفا فى استخدامه من الناحية الموضوعية يؤدى إلى رفضه(٢).

تطبيقات مبدأ التعسف فى استخدام الحق:

لقد تضمنت القواعد الموضوعية الدولية فى نصوصها العديد من تطبيقات مبدأ التعسف في استخدام الحق سواء فى تكوين العقد أو فى تنفيذه أو فى انهائه. فيما يتعلق بتكوين العقد فإنه يجوز للموجب استعمال حق الرجوع فى الايجاب بحسن نية وكان مستنداً إلى مبررات جديدة فلا مسئولية على الموجب، أما إذا كان الرجوع فى الايجاب تعسفياً ونشأ عنه ضرر للمخاطب استحق التعويض على الموجب(٣).

أما فيما يتعلق بتنفيذ العقد، فإن كافة القواعد الموضوعية الدولية الخاصة بتنفيذ العقد تتضمن عدم جواز التعسف فى استخدام الحق، ومثال ذلك ما تضمنته المادة ٣٧ تلك التى قررت للبائع الحق فى اصلاح عيب عدم المطابقة أو توريد بضائع بديلة للبضائع غير المطابقة، بشرط ألا يترتب على ذلك مضايقة للمشترى أو تحميله نفقات غير معقولة. بمعنى أنه إذا كانت عملية الاصلاح أو الاستبدال ليس من شأنها أن تسبب مضايقة للمشترى أو تحميله

---

(١) C.C.I. no 3267.

(٢) F. Osman op.cit., p. 39.

(٣) الدكتور محسن شفيق، سابق الاشارة إليه ص ١٠٢.

نفقات غير معقولة، فإنه يعد متعسفاً فى استخدام حقه فى رفض طلب الاصلاح أو الاستبدال.

أما بشأن انهاء العقد، فإنه لا يجوز لأيٍ من طرفى العقد التمسك بعدم تنفيذه على وجه يتعارض مع حسن النية، ولا يجوز التمسك به إذا كان المتعاقد الآخر قد قام بالوفاء بالجزء الأكبر مما عليه ولم يبق منه إلا قدر ضئيل. فلا يتمشى مع العدالة ونزاهة التعامل الاعتصام وراء عدم أدائه لامتناع الدائن عن وفاء ما عليه أو على الأقل ليمتنع على الدائن هنا التمسك بالدفع بعدم التنفيذ إلا في حدود حصة من التزامه تقابل ما بقى من حقه من غير وفاء. وهذا ما تنص عليه المادة ٨٠ من اتفاقية فينا، كذلك من صور عدم جواز التعسف فى انهاء العقد أن القواعد الموضوعية تضمنت من الجزاءات التى يجوز لطرفى العقد اللجوء إليها فى حالة عدم التنفيذ من جانب أحد طرفى العقد فإذا ثبت الحق فى توقيع الجزاء فإنه يجب عدم التعسف فى تطبيق الجزاءات المقررة وذلك تطبيقا لمبدأ حسن النية، فإنه يكون من التعسف اللجوء إلى الفسخ مباشرة متخطياً كل أنواع اللجزاءات الأخرى كالاصلاح أو الاستبدال أو تخفيض الثمن وهذا ما أشار إليه قانون التجارة المصرى الجديد عندما أشار فى المادة ١٠١[1] «... بانقاص الثمن عند رفض طلب الفسخ» أى أنه عند انقاص الثمن ان ذلك يعنى أن طلب الفسخ طلباً تعسفياً ومن ثم لا يجاب طالب الفسخ إلى طلبه. وهذا ما تؤكده المذكرة الايضاحية من حيث أنه لا يكون

---

(١) المادة ١٠١ من قانون التجارة المصرى الجديد رقم ٤١٧ لسنة ١٩٩٩. المستشار محمد عبدالرحيم، سابق الاشارة إليه ص ١٥٤.

للمشترى الحق فى فسخ العقد إلا إذا كانت الحالة التى عليها المبيع تفوت على المشترى غرضه من الشراء[١].

وفي النهاية نستطيع أن نقول ان قاعدة عدم جواز التعسف فى استخدام الحق تنسحب على كل استخدام لحق قانونى يقرره العقد أو قاعدة عرفية يتم ممارسته بالتعسف أو سوء النية.

كما لا نستطيع إلا أن نقول أن مبدأ العقد شريعة المتعاقدين (تنفيذ الالتزامات) والتعسف فى استخدام الحق (التعسف يرد على استعمال الحقوق وحدها) هما جناحا طائر حسن النية.

---

(١) مجلة المحاماة، قانون التجارة الجديد رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ الجزء الأول ص ٣٩٦ . ١٩٩٩.

الفصل الثانى
النظام القانونى لمبدأ حسن النية
فى تكوين عقد البيع الدولى

تمهيد: يقصد بمرحلة تكوين عقد البيع الدولى المرحلة التى يعبر فيها كل طرف من أطرافه عن إرادته. فعقود البيوع الدولية للبضائع لم تعد النظرة إليها كما هو مقرر فى أغلبية التشريعات الوطنية أنها تتم بإيجاب وقبول فوريين إذ أصبح ذلك التكوين لا يتلاءم وطبيعة تلك العقود، لما تتضمنه هذه العقود من قدر كبير من المخاطر، فضلا عن قيمتها التى أصبحت تتجاوز الملايين من الدولارات(١). حيث أصبح يسبق تلك المرحلة «مرحلتى الايجاب والقبول» مرحلة تلعب دوراً جوهرياً وهاماً فى ابرام تلك العقود وهى مرحلة المفاوضات». وبالتالى أصبحت مرحلة تكوين عقد البيع الدولى للبضائع تتكون من مرحلتين: مرحلة المفاوضات، ومرحلة الايجاب والقبول. ولما كانت القواعد الموضوعية الدولية قد تضمنت فى نصوصها ضرورة احترام مبدأ حسن النية فى التجارة الدولية، وتم الانتهاء بشأن تفسير ذلك أن هذا المبدأ ليس ذات دور تفسيرى فقط، وإنما يشمل التزامات كلا من طرفى العقد، ومن ثم قد أصبح من المستقر عليه أن هذا المبدأ يشمل مرحلتى تكوين وتنفيذ العقد، بل ان البعض من الفقه(٢) قد أبدى أهمية الالتزام بهذا فى عقد البيع الدولى مقرراً أنه يشمل

---

(١) J.Honnold, the United Nation commisson on international trad law mission and Methods Amerc. J. comp. 1979, 201.

(٢) O.Lando, op. cit., p.10.

حياته كلها منذ بدء المفاوضات، وهذا يؤكد مرة أخرى أن المفاوضات قد أصبحت جزءا من تكوين عقد البيع الدولى للبضائع.

ولما كانت المفاوضات قد أصبحت جزء من تكوين عقد البيع الدولى، فإنه من المستقر عليه فى كافة الدراسات القانونية وكذلك فى بعض التشريعات، أن أساس المسئولية بالاخلال بالمفاوضات هو الاخلال بمبدأ حسن النية. وذلك لأن من ضمن الالتزامات التى تقع على طرفى التفاوض، الالتزام بالتفاوض بحسن نية، إلا أن هذه المسئولية فى نطاق عقود البيوع الدولية للبضائع سيتم تقديرها وفقاً لقواعد القانون الدولى الخاص إزاء عدم وجود نصوص فى القواعد الموضوعية الدولية تنظم عملية المفاوضات. ومن ثم سيتم اللجوء إلى مقتضيات حسن النية وفقاً للقانون الوطنى[١]. إلا أن ذلك سيجعل المسئولية قبل التعاقدية مهتزة لسبب يرجع أولا وأخيراً إلى نظم القانون العام تلك التى تكاد تنكر مبدأ حسن النية من ناحية، ومن ناحية أخرى أنه لا يوجد ما يسمى بعقد التفاوض. لذلك نتناول الالتزام بمبدأ حسن النية فى مرحلة المفاوضات محاولين امكانية تحقيق التوحيد وأحكام المفاوضات فى عقود البيوع الدولية للبضائع لتحقيق أكبر قدر من التوحيد لعقد البيع الدولى، بحيث يشمل مرحلة المفاوضات تلك التى أصبحت جزء لا يتجزأ من تكوين عقد البيع الدولى، ثم نتناول الالتزام بمبدأ حسن النية فى مرحلتى الايجاب والقبول فى عقود البيوع الدولية للبضائع إزاء إنهاء المفاوضات بين الطرفين بالنجاح من حيث الاتفاق

---

(١) Robert wachsmuth, esquir and Kristi clark, Esquir,op. cit., p.7-9.

على شروط العقد كلية، ومن ثم فإن إرادة الطرفين النهائية تكون قد تولدت، ومن ثم تنتهى المفاوضات ويدخل الطرفان فى مرحلة ابرام العقد حيث يقوما بتبادل الايجاب والقبول على الوجه المقرر طبقاً للقواعد الموضوعية الدولية ملتزمين بمراعاة مبدأ حسن النية.

لذلك سوف نتناول فى هذا الفصل:

المبحث الأول: المفاوضات فى عقود البيوع الدولية.

المبحث الثانى: الايجاب والقبول فى عقود البيوع الدولية.

المبحث الأول
المفاوضات فى عقود
البيوع الدولية

تمهيد: تلعب المفاوضات فى عقود البيع الدولى دوراً جوهرياً وهاماً، حيث لم تعد هذه العقود كما كانت فى الماضى بسيطة يتم ابرامها بإيجاب وقبول فوريين. فهذه الآليات التقليدية المقتضبة للإيجاب والقبول غير قادرة على الاستجابة الضرورية ومسائل الانتاج الصناعى، طرق التسويق الحديثة فأصبحت هذه العقود تنطوى عادة على جانب كبير من المخاطر وتقدر قيمتها بمبالغ هائلة. كل هذا جعل من الضرورى اجراء مفاوضات مكثفة بشأنها تستغرق فى الغالب وقتا طويلا أكثر من الوقت اللازم لابرام عقود البيع التقليدية(١).

---

(١) الدكتور أمية حسن علوان، سابق الاشارة إليه ص ١٩.

فالمفاوضات تلعب دوراً جوهرياً فى ابرام عقد ذات صحة جيدة، فهى إما أنها تنتهى بشكل ايجابى وهو ابرام العقد النهائى، وإما أن تنتهى بشكل سلبى أى تفشل المفاوضات. وفشل المفاوضات خيراً من عقد فاشل فبها يتم ابرام عقد غير ذات علة.

والغريب فى الأمر أنه بالرغم من أهمية المفاوضات فى ابرام عقود البيع عامة باعتبارها المرآة التى تعكس مصالح طرفى العقد، فغالبية التشريعات الوطنية لم تتضمن نصوصاً بشأن المفاوضات فى ابرام عقد البيع باستثناء بعض التشريعات الوطنية كالتشريع الايطالى، اليونانى، اليوغسلافى والاسرائيلى[١]. فإن كان هناك ثمة عذر لتلك الغالبية من التشريعات، ذلك الذى يتمثل فى النظرة الضيقة لعقد البيع، وهو أنه يتم ابرامه بإيجاب وقبول فورين. فهذا العذر لا نلمسه بشأن القواعد الموضوعية الدولية لعقد البيع الدولي للبضائع من حيث مشاركتها لتلك الغالبية العظمي من التشريعات في عدم وجود نص بها يتناول مسألة المفاوضات، علي الرغم من وجود العديد من الاشارات في نصوصها تعكس أهمية المفاوضات[٢] فى تكوين العقد.

ولما كانت البيوع الدولية للبضائع في غالبيتها أصبحت لا تبرم بإيجاب وقبول فورين، حيث أصبحت المفاوضات مرحلة جوهرية تسبقها مرحلتى الايجاب

---

(١) الدكتور رجب كريم اللاه، سابق الاشارة ص ٥٥ هامش ١.

(٢) انظر المادة ٨ من اتفاقية فينا سنة ١٩٨٠، المادة ٤ من القانون الموحد التى جعلت الايجاب يفسر على ضوء المفاوضات التمهيدية «يفسير الايجاب على ضوء المفاوضات التمهيدية ويكمل بها».

والقبول، فتلك المرحلة أيضاً لم تعد مباشرة حيث يتخللها اجتياز مراحل متتالية صوب العقد النهائى تبرم بصددها اتفاقات تمهيدية تختلف عن الآليات التقليدية الواردة فى التقنينات المدنية مثل الايجاب والقبول والوعد بالتعاقد. ويحرر مضمون هذه الاتفاقات التمهيدية غالبا فى مستندات يتداولها الأطراف، حيث يسجل بها مفهوم أحد الأطراف أو تفاهم الأطراف على أمور تخص مرحلة معينة من المفاوضات، وتعتبر هذه المستندات بمثابة علامة أو مؤشر على اجتياز مرحلة معينة فى المفاوضات، وتصدر هذه المسيمات تحت مسميات مختلفة مثل البروتوكول أو المذكرة أو خطاب التفاهم. مع أن من الملاحظ أن مصطلح خطاب النوايا هو الأكثر استعمالا ويطلق على مستندات بالغة التنوع فى فحواها ومضمونها مما يستدعى ضرورة التمييز والتفرقة فى تقييمها وتكييفها القانونى وعدم اخضاعها لقواعد موحدة(١).

وعلى أية حال، نجد أن مبادئ الينذروا هى المبادئ القانونية الوحيدة التى تناولت المفاوضات بشكل أكثر تفصيلا وايضاحاً عن نظيرتها مبادئ العقود الأوروبية، على الرغم من صدورها لاحقة عليها سنة ١٩٩٨(٢). وذلك على

---

(١) الدكتور أمية حسن علوان، سابق الاشارة إليه ص ٢٣.

(٢) تم البدء فى إعداد المبادئ من قبل لجنة العقود الأوروبية منذ عام ١٩٨٢ شارك فيها ٢٢عضوا هم عددأعضاء هذه اللجنة ينتمون إلى خمسة عشر دولة حيث بدأت اللجنة بوضع القواعد الخاصة بتنفيذ الالتزامات والجزاءات المترتبة عليها وفى عام ١٩٩٥ انتهت اللجنة من وضع الجزء الأول من هذه المبادئ متضمنة التعليقات والملاحظات الخاصة بهذا الجزء، وفى عام ١٩٩٧ انتهت اللجنة من اعداد الجزء الثانى من هذه المبادئ الخاص تكوين العقد، صحته، تفسيره، ولقد تضمنت هذه المبادئ مبدأ حسن النية كقاعدة أساسية تقوم عليها هذه المبادئ=

الصعيد الدولى والداخلى، وكذلك عن تلك التشريعات الوطنية التى تضمنت النص على المفاوضات فى نصوصها، إلا أنه من الملاحظ أن يوجد عنصر مشترك بينهما هو مبدأ حسن النية من حيث أنه أساس الاخلال بالمسئولية فى مرحلة المفاوضات.

وسوف نتناول بناء على ذلك خطابات النوايا باعتبارها وسائل المفاوضات، ثم نتناول المفاوضات من حيث تعريفها، وطبيعتها، والمراحل التى تمر بها.

= فى م ٦-١ باعتباره التزام يقع على عاتق طرفى العقد يشمل كافة المراحلة التى يمر بها العقد منذ بدء المفاوضات.

لمزيد من التفصيل انظر فى ذلك:

O.Lando"principles of European contract law. op. cit., p. 1-14.

المطلب الأول

خطابات النوايا

«وسائل المفاوضات»

تعريف خطابات النوايا ومضمونها:

كما هو مبين أن خطابات النوايا هى مستندات بالغة التنوع فى فحواها ومضمونها، وهذا يعكس بالضرورة صعوبة فى تعريفها، خاصة أن التشريعات الوطنية التى قد أشارت للمفاوضات لم تشر إلى تعريف المفاوضات فى حد ذاتها التى كان يمكن على ضوئها وضع تعريف لهذه الخطابات. فهذه النصوص تعتبر غير كافية بذاتها لوضع تنظيم كامل وشامل لمرحلة المفاوضات، فهى تتسم بالعمومية فى اللفظ(١)، ليس هذا فحسب بل ان القواعد الموضوعية الدولية سواء فى اتفاقية لاهاى سنة ١٩٦٤ أو فينا لم تتضمن فى نصوصها نصا خاصا بالمفاوضات، ومن ثم خطابات النوايا يمكن من خلالها وضع تعريف لهذه الخطابات(٢)، كذلك أيضا نجد أن منشأ خطابات النوايا المجموعة الأنجلوأمريكية، حيث ابتدعته هناك الأوساط التجارية والاقتصادية(٣) لم تقدم

---

(١) الدكتور رجب كريم عبد اللاه، سابق الاشارة إليه ص٦٤.

(٢) F.Osman op. cit., p. 54.

(٣) مصطلح خطابات النوايا من المصطلحات المأخوذة عن الفقه الانجلوامريكى حيث ابتدعته هناك الأوساط التجارية والاقتصادية، لذلك كان من الصعب فى بداية الأمر تقبله واستيعابه فى ظل التشريعات اللاتينية إلا أنه سرعان ما استقر فى عرف هذه التشريعات.
CEDRAS(J) l'obligation de negocier,Rev. tr. Dr. comm. et economique 1985,p. 272.

تعـريفـاً لخطابات النوايا ، وآية ذلك أن المرشـد فى تحـرير العـقـود الدوليـة بين مجموع الشركات لانجاز المشروع الصادر من الأمم المتحدة O.U.N (C.E.E.) سنة ١٩٧٩[١] لم يتضمن تعريفا لهذه الخطابات، حيث أشار صراحة إلى سبب ذلك وهو أن خطابات النية تختلف من قانون إلى آخر بل ومن متعاقد إلى آخر.

حتي أن الأحكام القضائية سواء على مستوى التشريعات المقارنة[٢] أو أحكام التحكيم الدولية[٣] لم تتضمن هى الأخرى تعريفاً لخطابات النية.

وكـان نـتـيـجـة ذلك أن حـاول الفـقـه[٤] تعـريف خطابات النيـة فـيـعـرفـهـا البعض أنها مستند مكتوب يوجه من طرف إلى آخر يرغب فى التعاقد على أمر معين يعرب فيه عن رغبته فى ذلك ويطرح فيه الخطوط العريضة للعقد المستقبل المزمع ابرامه ويدعوه إلى التفاوض والدخول فى محادثات حولها.

---

(١) .U.(C.E.E.) Guide pour la redaction de contrats internationaux enter groups en de vue la realisation d'un projet determine, Nation unies NewYork, 1997 document E.C.E trad 131. 19.

مشار إليه فى: F.Osman op.cit., p.54Note 220.

(٢) الحكم الصادر فى قضية تكاسكو بنزويل الأمريكية، ١٩٨٥ لمزيد من التفصيل انظر الدكتور رجب كريم عبد الله، سابقا لاشارة إليه ص ٦٥٢ومابعدها.

(٣) C.C.I Rendu J. and l'affair no.2291 p.989-992 il convient d'interpréter leurs volontes et leur engagement opartire de leur écrits, et en fonction des principes generaux du droit...".
C.C.I. op cit. no. 2443"... les nombrex problèmes resultant de l'extreme complexit dans la formulation et l'enchevetrement des engagement litigieux".

مشار إليه فى: F.Osman op.cit., p. 63.

(٤) الدكتور أحمد عبد الكريم سلامه، سابق الاشارة ص ٣٢.

ويذهب البعض الآخر[١] إلى تعريف خطابات النوايا بأنها خطابات يحدد فيها أحد الطرفين للآخر مسألة حالية أو مستقبلية فى المفاوضات تبدو فى تقديره هامة، بما يقتضى ضرورة التحوط لها بمحرر مكتوب، ويذهب جانب آخر[٢] فى تعريفه لخطابات النوايا تعريفا أكثر ملاءمة وعمومية لهذه الخطابات بأنها «وثيقة مكتوبة قبل العقد النهائى تعكس الاتفاقات أو الفهم المبدئى لطرف أو أكثر من أطراف التعاقد التجارى بغية الدخول فى عقد مستقبلى».

ويمكن تعريف خطابات النوايا من خلال الدور المناط بها من حيث أن خطابات النوايا هى وسيلة اثبات ما تم بين الأطراف فى مرحلة المفاوضات» فخطابات النوايا هى الوسيلة التى يتأكد بها ما تم الاتفاق عليه فى المفاوضات ومن ثم عدم امكانية العدول عنه.

حسن النية وخطابات النوايا:

ان خطابات النوايا هي فى حقيقتها تعبيراً عن الالتزام بمبدأ حسن النية. حيث يتم اثبات كل ما تم الاتفاق عليه فى وثائق مكتوبة بغرض عدم التنصل مما تم الاتفاق عليه. فمبدأ حسن النية يقتضى الالتزام به فى كل المراحل التى

---

(١) انظر ذلك فى: F.Osman, op.cit., p. 61.

(٢) J.Schmidt, la sanction du la faute précontractuelle Rev. trim. Dr. Civ. p. 239, 1974.

لمزيدمن التفصيل انظر د. بلال عبد المطلب بدوى، سابق الاشارة إليه، ص ٢٠٥ ومابعدها، د. جمال فاخر النكاسى «العقود والاتفاقات الممهدة للتعاقد وأهمية التفرقة بين العقد والاتفاق»، مجلة الحقوق، جامعة الكويت، العدد الأول، س ٢٠، ص ١٧٨.

تمر بها خطابات النوايا منذ اخطار بخطاب النية نحو البدء فى المفاوضات حتى الوصول الى التصور النهائى لنصوص وبنود العقد المواد ابرامه. ومظاهر حسن النية فى تلك المراحل ينبغى أن تؤكد نتيجة هذه النية الجادة فى التعاقد، لما يمكن أن يتوقف علي ذلك من آثار كضياع الوقت، والمساس بالسمعة التجارية، وتفويت فرصة ابرام العقد المتفاوض عليه، وتفويت فرصة ابرام عقد بديل مع الغير، وعدم تنفيذ عقود أخرى أبرمت مع الغير استنادا إلى ما تم الاتفاق عليه بصدد مشروع العقد المتفاوض عليه.

القيمة القانونية لخطابات النوايا:

يكشف الواقع ان محررى هذه الخطابات غالبا لا تكون لديهم الدراية القانونية، حيث يغلب عليها طابع العمومية وينقصها الوضوح والدقة التى تعهد في رجل القانون، مما يصعب من مهمة التكييف القانونى لهذه الخطابات. وهذا يعد أمراً طبيعياً لأن خطابات النوايا ما هى إلا مراحل تمهيدية للبدء فى المفاوضات، خاصة أن الأشكال المختلفة لهذه الخطابات ليست محلا لقواعد قانونية تنظمها بذاتها سواء فى نظم القانون العام أو الخاص(١).

الحقيقة أن لهذه الخطابات قيمتها القانونية الملزمة من حيث الاثبات، وليست كما يذهب جانب من الفقه(٢) من أنها ليست لها قوة ملزمة من الناحية

---

(١) الدكتور هانى صلاح سرى، المفاوضات فى العقود التجارية الدولية، دراسة مقارنة فى القانونين الانجليزى والمصرى ص ١٣ دار النهضة العربية ١٩٩٨.

(٢) F.Osman op. cit., p.53.

القانونية ولا يترتب عليها التزامات معنوية، حيث تستمد قيمتها القانونية من النظرة التشريعية للمفاوضات في التشريعات المقارنة، لأنها عصب المفاوضات. فبها يتم اثبات المفاوضات، ويؤكد ذلك الحكم الصادر في قضية تكساكو- بنزوريك الأمريكية حيث أنه بمقتضى مذكرة الاتفاق بين شركة بنزوريك وشركة جيتى التى بمقتضاها تم اثبات علاقة المفاوضة بين كل من الشركتين فى الدعوى المقامة من شركة بنزوريك على شركة تكساكو للمطالبة بالتعويض عن الأضرار التى أصابتها من التنصل من المفاوضات شبه الناجحة التى كانت تجرى بينها وبين شركة جيتى.

ويؤكد ذلك أن القانون الانجليزى إذا كان لا يعرف أى قيمة قانونية لخطابات النوايا، فإن ذلك انطلاقاً من القاعدة المستقر عليها، وهى أنه لا يوجد ما يسمى بعقد التفاوض، فهو عقد احتمالى يلحقه البطلان. حيث جرى القضاء الانجليزى على عدم الاعتراف بالمسئولية قبل التعاقدية، وكل ما يدور أثناء المفاوضات وقبل التوصل إلى اتفاق حقيقى وكل الوثائق ومنها خطابات النوايا تكون خارج دائرة القانون(١). حتى ان البعض من الفقه يرى أن هذه الخطابات لا تكون لها أى قيمة إلا بعد ابرام العقد النهائى، كذلك الحال فى القانون الأمريكي حيث ترفض المحاكم الأمريكية - شأنها شأن المحكام الانجليزية - الاعتراف بعقد التفاوض وبالتالى خطابات النية(٢).

---

(١) J.Schmidt op.cit., p. 245.

(٢) الدكتور أمية حسن علوان، سابق الاشارة اليه ص ٥١.

أما بالنسبة للقانون الفرنسى، المصرى فخطابات النوايا ليست لها أى قوة قانونية ملزمة. وذلك انطلاقا من مبدأ عام هو حرية المفاوضات ذلك المبدأ الذى توافرت عليه أحكام القضاء فى فرنسا(١)، ومصر(٢). إلا أننا نخالف ذلك علي اعتبار أن قيمتها القانونية مستمدة من المفاوضات تلك التى يتم اثباتها بها. ومن ذلك يتضح أن خطابات النوايا ما هى إلا وسائل اثبات المفاوضات، حيث تتحدد قيمتها القانونية فى ضوء القيمة القانونية للمفاوضات باعتبارها جزء لا يتجزأ منها، مما يستلزم معه أن نتناول المفاوضات فى عقود البيع الدولية للبضائع.

---

(١) F .Osman op.cit., p. 89.

(٢) الطعن رقم ٨١٢ لسنة ٥٢ ق جلسة١٩٨٦/١/١٩ «... كل متفاوض حر فى قطع المفاوضة فى الوقت الذي يريد دون أن يتعرض لأية مسئولية أو يطالب ببيان المبرر لعدوله». الموسوعة الكاملة فى التعليق علي القانون المدنى، جـ٢، المكتب ا لفنى للاصدارات القانونية، ص٩٠٠. قمر محمد موسى.

المطلب الثانى

المفاوضـــات

تمهيد: لقد أصبحت المفاوضات ضرورة حتمية تسبق ابرام عقد البيع الدولى للبضائع خاصة فى ظل النظام التجارى الدولى الجديد الذى يفتقد إلى نظام قانونى آمر على غرار الوضع فى التشريعات المقارنة. وسبب ذلك أن عقود البيع الدولية للبضائع لم تعد بالعقود البسيطة التى يتم ابرامها بإيجاب وقبول، فتلك العقود أصبح يترتب عليها انتقال سلع وخدمات عبر الدول تقدر بالمليارات من الدولارات بما يتطلب معه افساح المجال أمام طرفى العقد للدخول فى مفاوضات حول العقد من حيث الجزاءات التى تترتب علي التأخير، والمسئولية، والقوة القاهرة، وفسخ العقد، وانتقال الملكية، والثمن، وشروط الوفاء به، والضمانات التعاقدية[١] إلى آخر كل ما من شأنه الوصول إلى العقد النهائى متضمناً أفضل المزايا والاشتراطات.

---

(١) Xavier Birbes, Directeur a la direction juridique du group thomson CSFAdministrateur du cercle Montesquieu", RTD Com. et Dr. econ. 51 (3) juill sept 1998, p. 470- 478 ex"Responsabilité" le vendur recherchera de maniere generale a limiter sa responsabilite en cas de mise en oeuvre de cell-ci Dommages et interets plafonnes et liberatoires exclusion de dommages immateriels et indirects".

الفرع الأول

تعريف المفاوضات وطبيعتها

تعريف المفاوضات:

لقد كان نتيجة عدم اهتمام التشريعات المقارنة وكذلك القواعد الموضوعية الدولية بالمفاوضات أنه لا يوجد تعريف لها حتى فى تلك التشريعات التى أشارت إليها إزاء ذلك كانت المحاولات الفقهية لوضع تعريف للمفاوضات حيث تعددت تلك التعريفات(١). ونرى أن أنسب تعريف للمفاوضات ذلك الذى يعرفها أنها الحوار من أجل الوصول إلى اتفاق على تعاقد معين أو من أجل تحديد نوع المبيع أو الربح الناتج عن أى معاملة تجارية(٢).

طبيعة المفاوضات:

ان تحديد طبيعة المفاوضات مسألة مناط بها للفقه والقضاء. وهذا أمراً طبيعياً لما سبق ذكره، وهذه المسألة محل خلاف فى التشريعات الوطنية. فتشريعات القانون الخاص يقوم القضاء فيها على تقسيم المفاوضات إلى مفاوضات عقدية، ومفاوضات حرة ومن ثم تتحدد المسئولية عن الاخلال بمبدأ حسن النية فى مرحلة المفاوضات إما على أساس المسئولية العقدية أو المسئولية التقصيرية(٣). كما هو الحال فى القانون المصرى والفرنسى. أما

---

(١) انظر هذه التعريفات الدكتور أحمد عبد الكريم سلامة، سابق الاشارة إليه ص ٦١، ٦٢.

(٢) الدكتور صلاح بن عبد الله بن عطانى الحوفى، سابق الاشارة إليه ص ٨٨.

(٣) P.Le tourneau "la ruptuer des négociations" R.T.D.Com,51 (3) juill, sept 1998,p.482, D.M.Goderre,op.cit., p. 207 civil law historicolly have recognized precontractull libillity under of good faith based upon both contract and tort principles".

بالنسبة للقانون الألمانى والسويسرى، فالمفاوضات ذات طبيعة عقدية وبالتالى تقرر المسئولية على أساس المسئولية العقدية(١). أما بالنسبة للقانون العام فالقانون الانجليزى، والأمريكى يؤسسا المسئولية عن الاخلال بالمفاوضات على أساس المسئولية التقصيرية وفقاً للنظريات السائدة (الاسترداد، الغش، حجية الوعد) انطلاقا من قاعدة أنه لا يوجد ما يسمى بعقد التفاوض أو عدم الاعتراف عامة بالصفة الالزامية للاتفاقات التى محلها الالتزام بإجراء المفاوضات(٢).

والواقع أن تقسيم المفاوضات إلى مفاوضات حرة أو عقدية يتنافى مع طبيعة المفاوضات من حيث أنها ذات طبيعة عقدية، إذ أنها تبدأ بإيجاب وقبول، فإذا تطابقا انعقدت المفاوضات. فتقسيم المفاوضات فى نظم القانون الخاص إلى مفاوضات حرة، ومفاوضات عقدية، يتناقض مع القاعدة العامة الثابتة وهى رضائية العقود. فالكتابة ليست شرطا لانعقاد العقد وإنما هى وسيلة اثبات باستثناء بعض العقود التى ورد النص عليها على سبيل الحصر كالرهن والوصية. فتشريعات القانون العام التى تنكر اتفاق التفاوض تتجه رويداً رويداً إلى اقرار الطبيعة العقدية للمفاوضات حيث أخذت قاعدة الخطأ في تكوين العقد ذات النشأة الالمانية ulpa in contrahendo طريقها فى بعض قوانين بعض الولايات فى الولايات الأمريكية(٣) فى القانون الخاص بولاية Louisiana

---

(١) J.Schmidt. op.cit., p. 43.

(٢) الدكتورة أمية حسن علوان، سابق الاشارة إليه ص٥٢.

(٣) D.M.Goderre,op.cit., p. 267, Note80"louisiana incorporates the doctrine in A, 1878,1967 (A party may be obligated by a promise when he knew or should hav known that the promise would induce the other party to rly on it to his detriment and the other party was reasonable in so relying.

فى المادة ١٩٦٧، كذلك فى ولاية Puerto Rico فى المادة ١٨٠٢ وهو ما طبقه القضاء(١) فى تلك الولايات، حتى أن المحاكم الانجليزية بدأت تتجه حديثا إلى الاعتراف باتفاق التفاوض وترتيب بعض الآثار عليه خاصة إذا تم التعبير عنه صراحة فى اتفاق النوايا، حيث قرر القضاء الانجليزى فى حكم له فى قضية Cocvinty. V,tdaini أن اتفاق التفاوض غير نافذ نظراً لما به من غموض وعدم تحديد إلا أن ذلك لا يمنع من استخلاص الالتزام بالتفاوض بحسن نية من هذا الاتفاق(٢).

ومن ثم فإن إضفاء الطبيعة العقدية على مفاوضات عقود البيوع الدولية للبضائع هو أمر من شأنه التيسير على المحكم أو القاضى المعروض عليه النزاع، حيث قد يجد فى القواعد الجزائية أو فى القواعد الموضوعية الدولية ما يساعده على الفصل فى تلك المنازعات وتقرير المسئولية بدلا من البحث فى القانون الواجب التطبيق وفقاً لقواعد القانون الدولى الخاص تلك التى تتباين فيما بينها بصدد المفاوضات، خاصة أن أساس المسئولية عن المفاوضات هو الاخلال بمبدأ حسن النية، ومن ثم يتحقق التوحيد الكامل لعقد البيع الدولى للبضائع. تلك الغاية المرجوة من القواعد الموضوعية الدولية منذ بدء المفاوضات حتى نهايتها.

= = puerto Rico incorparted the doctrine in A, 1802 of its sivil code as follws "Aperson who by an act or omission causes damage to anther through fault or negligence shall be obliged to repair the damage so done, concurrent imprudence of the party so aggrieved does not exempt form liabality,but entails a reduction of the indemnity".

(١) انظر فى ذلك: D.M. Goderre,op. cit., p. 268 Note, 83, 82, 81.

(٢) Donwin v.Films1984 T.L.R. March9.

مشار إليه فى: الدكتورأمية حسن علوان، سابق الاشارة إليه ص ٢٩.

الفرع الثانى

مراحل المفاوضات

تمر المفاوضات فى عقود البيوع الدولية للبضائع بثلاث مراحل: الأولى مرحلة الدعوة للمفاوضات، والثانية مرحلة سير المفاوضات، والثالثة انتهاء المفاوضات. فالمرحلة الأولى هى المرحلة التى يدعو فيها طرف طرف آخر للدخول فى المفاوضات بشأن ابرام عقد بيع معين، ثم تأتى المرحلة الثانية وهى مرحلة سير المفاوضات، تلك التى تبدأ بعد اتفاقهم على التفاوض حيث يبدأ كل طرف منهم فى إبداء طلبات بالنسبة للطرف الآخر. فالبائع يحدد الثمن الذى يريد البيع به، وتاريخ التسليم ومكانه، وامكانياته فى حالة البضائع التى يتم تصنيعها أو انتاجها، يقابل ذلك المواصفات التى يطلبها المشترى أو النوع والثمن الذى يريد الشراء به، وتاريخ التسليم الذى يريد الاستلام فيه، وكذلك المكان الذى يريد الاستلام فيه، إلى آخر ما يبديه كل طرف من الأطراف من طلبات تجاه الطرف الآخر. ثم تأتى مرحلة انتهاء المفاوضات، وهى إما أن تنتهى باتفاق الأطراف على ابرام العقد النهائى بعدما قام كل طرف بتوفيق وجهات نظره مع وجهات نظر الطرف الآخر، وإما أن تنتهى بالفشل، أى عدم ابرام العقد لاختلاف وجهات نظر كل منهما.

لذلك سوف نتعرض لهذه المراحل الثلاث مبينين الالتزام بمبدأ حسن النية فى هذه المراحل.

الغصن الأول

الدعوة إلى المفاوضات

الدعوى إلى المفاوضات فى عقود البيع الدولية غالباً ما تكون كتابية (خطاب النوايا) لبيان جدية الدعوة وصبغها بالصبغة الرسمية، وفى بعض الأحيان تكون شفوية وذلك إذا كان هناك سبق تعامل بين كل من الطرفين. فالدعوى إلى المفاوضات فى نطاق عقود البيوع الدولية تعد ايجاباً بالتفاوض بحيث إذا ما تم قبوله ممن وجه إليه انعقدت المفاوضات[1]. فهذا يؤكد مرة أخرى الطبيعة العقدية للمفاوضات، وبالتالى فإن مبدأ حسن النية يقتضى ممن وجه الايجاب بالتفاوض أن يظهر النية الجادة والرغبة الحقيقة فى التعاقد، وكذلك من وجه إليه الايجاب بالتفاوض(القابل). وهذا ما أكدته المادة ٢/١٥ فقرة ٣ من مبادئ الينيدروا سنة ١٩٩٤، ويعتبر سئ النية الطرف الذى يفتتح المفاوضات أو يتابع المفاوضات وهو ليس لديه النية في الوصول إلى اتفاق. وليس أسهل ولا أيسر من تطبيق قواعد الايجاب والقبول الواردة فى القواعد الموضوعية الدولية على الدعوة للمفاوضات بشأن ابرام تلك العقود. فالايجاب والتفاوض يعد أصدق صورة للايجاب الذى تضمنته تلك القواعد الموضوعية الدولية، إذ أنه غالباً ما يوجه إلى شخص معين أو أشخاص معينة. ولا شك أن فى ذلك تحقيق للغاية المرجوة من وضع القواعد الموضوعية الدولية وهى توحيد أحكام عقد البيع الدولى للبضائع، وذلك بتطبيق قواعد الايجاب والقبول فى تلك القواعد الموضوعية الدولية على مرحلة بدء المفاوضات.

---

(١) انظر فى ذلك المعنى الدكتور رجب كريم عبد اللاه، سابق الاشارة إليه ص ٣٧٩-٣٨٠.

الفصل الثانى

سيـــر المفاوضـــات

إذا صدر الايجاب بالتفاوض وتطابق معه القبول انعقد عقد التفاوض وترتبت عليه آثاره القانونية وهي الالتزام بالتفاوض، والتفاوض بحسن نية.

الالتزام بالتفاوض:

يعد الالتزام بالتفاوض نتيجة طبيعية لمثل هذا العقد، وهذا الالتزام التزاماً بنتيجة، بمعنى أنه يتعين على كل طرف الدخول فى المفاوضات والبدء فيها.

الالتزام بالتفاوض بحسن نية: obligation de Nogcier de bonne foi

يلتزم طرفى عقد البيع الدولى للبضائع بمقتضى عقد المفاوضة المبرم بينهما أن يتفاوضا بحسن نية، وذلك أن يختار كل منهما تنفيذ التزماته بالتفاوض بالطريقة التى تفرضها الأمانة والنزاهة فى التعامل(١). فحسن النية يقتضي أن تكون المفاوضات ساحة للتعامل بأمانة وشرف وثقة ونزاهة، وليس ساحة للأكاذيب والخداع(٢). إذا كان عقد المفاوضة يهيمن عليه بشكل كامل مبدأ سلطان الإرادة «قاعدة العقد شريعة المتعاقدين» إلا أن الالتزام بحسن

---

(١) G.Lyon - CAEN, De l'evolution de la notion de bonne foi, RTD. civ. 1946, p.75.

(٢) الدكتور حسام الأهوانى، سابق الاشارة إليه، ص٤٠٧.

النية يشكل قيداً على أطراف عقد المفاوضة كما تقول محكمة التحكيم الدولية بغرفة التجارة الدولية بباريس سنة ١٩٨٧(١)، وكما قررت محكمة النقض الفرنسية فى حكم حديث لها سنة ١٩٩٥ أنه يجب أن يتسم سلوك الأفراد بحسن النية من أجل الوصول إلى مفاوضات ناجحة وطرح كافة المسائل العامة الخاصة بالعقد النهائى وعدم تجنبها(٢).

وإذا كان الالتزام بالتفاوض بحسن نية هو قاعدة قانونية قررتها تلك التشريعات التى أشارت إلى المفاوضات، حتى أن تلك التشريعات التى لم تتضمن فى نصوصها المفاوضات، فقد أقرت أحكام القضاء هذا الالتزام، ومن ثم يمكن القول من هذا وذاك أن الالتزام بالتفاوض بحسن نية هو التزام مستقر عليه فى كافة التشريعات الوطنية. لكن إذا نظرنا إلى القواعد الموضوعية الدولية لوجدناها تشارك تلك التشريعات الوطنية التى لم تتضمن فى نصوصها نصا خاصا بالمفاوضات.

لما كانت القواعد الموضوعية الدولية تطبيقاً لها فيما يتعلق بالموضوعات التى لم يرد بشأنها نص فإنه يتعين اللجوء إلى المبادئ العامة التى تقوم عليها تلك القواعد أو القانون الواجب التطبيق طبقا لقواعد القانون الدولى الخاص.

---

(١) C.C.I sentence dans l'affaire No. 4761 en 1987, in clunt 1987 p. 1012 note s'Jarvin.

لمزيد من التفصيل راجع د. أحمد سلامة، سابق الاشارة اليه ص ١٠٥.

(٢) Arret de verailles du 21 september 1995 juris - Data n° 49871. مشار إليه فى Bernard Beignier, la conduite des negociations, RTD, Comm. et Dr. econ. 1998. p.464.

مما لا شك فيه أن اللجوء إلى قواعد القانون الدولى الخاص بشأن المفاوضات والالتزام بمبدأ حسن النية هو أمر من شأنه أن يثير قدراً من الشك والحيرة فيما يتعلق بهذا الالتزام لاختلاف النظم القانونية(١) بشأنه. فعلى الأقل فيما يتعلق بتطبيق قواعد المسئولية العقدية أو التقصيرية عند الاخلال بهذا الالتزام فى نظم القانون الخاص، أما بالنسبة لنظم القانون العام تلك التى تنكر هذا الالتزام عامة فى مرحلة المفاوضات ولتقريره فيها، فإنه يتعين اللجوء إلى نظرية حجية الوعد، والغش. ولذلك يتعين تقرير الالتزام بمبدأ حسن النية فى المفاوضات فى اطار القواعد الموضوعية الدولية على اعتبار أنه أحد المبادئ العامة التى تقوم عليها تلك القواعد.

إذا لم يعتد بمبدأ حسن النية كأحد المبادئ العامة لاتفاقية فينا ولم يشمل مرحلة المفاوضات، فإن أساس المسئولية قبل التعاقدية ربما يظل مهتزا(٢). ولتحقيق التوحيد بين النظم القانونية بشأن المفاوضات فى عقود البيوع الدولية للبضائع، فإنه يمكن تطبيق الالتزام بمبدأ حسن النية فى المفاوضات باعتباره أحد المبادئ العامة التى تقوم عليها القواعد الموضوعية الدولية فى ضوء القواعد التى ورد النص عليها فى مبادئ اليندروا. حيث أن الغاية الرئيسية من وضع هذه المبادئ هو علاج بعض المسائل التى لم يرد نص بشأنها فى القواعد

---

(١) D.M.Goderre, op. cit., p. 281 courts must look to the general-principles upon which the convention is based or to private international which will open the door for further uncertainty concerning the good faith issue".

(٢) D.M.Goderre op. cit., p. 279.

الموضوعية الدولية[١]، خاصة أن هذه المبادئ تعد دون غيرها أكثر تفصيلا وايضاحا لهذا الالتزام فى مرحلة المفاوضات. حيث تضمنت النص عليه كالتزام عام على طرفى العقد فى مرحلة المفاوضات فى المادة ١-٧ «يلتزم الأطراف باحترام مقتضيات حسن النية فى التجارة الدولية ولا يستطيعون استبعاد هذا الالتزام أو يضيقوا من نطاقه» ثم تضمنت تطبيقات هذا المبدأ فى المفاوضات من خلال المراحل التى تمر بها، فبشأن البدء فى المفاوضات أوجبت على الأطراف عند الدخول في المفاوضات أن يكون لدى الأطراف النية الحقيقية والرغبة الجادة فى التعاقد حيث جاء بالمادة ٢-١٥/٣ «يعتبر سئ النية خصوصاً الطرف الذى يفتتح المفاوضات أو يتابع المفاوضات وهو يعلم أن ليس لديه النية فى الوصول إلى اتفاق».

وبخصوص سير المفاوضات فقد تضمنتها المادة السابعة مقررة متابعتها بحسن نية، فمن صور عدم متابعة المفاوضات بسوء نية قيام أحد الأطراف عن عمد أو اهمال بتضليل الطرف الآخر بشأن طبيعة العقد أو شروطه المقترحة سواء بطرح وقائع غير صحيحة أو بعدم الافصاح عن وقائع كان يجب الافصاح عنها نظرا لطبيعة الأطراف أو العقد[٢]، وهو ما يعرف فى التشريعات الوطنية

---

(١) M.Bonnell, the undroit principles of int. com.,c. why what? How? tul L.Rev. p. 123 "particulory, the principles were designed to deal with common conflict of law problems and the problems associated with absenatd of internationailly uniform legal termnilogy resulting from the coexistenc of different domesitc law governing int.,transaction and to deal with pontential gaps in int,con".

(٢) مبادئ الينذروا، سابق الاشارة إليه، ص ٧٨.

بالسكوت التدليسى عن الادلاء بمعلومات تؤثر فى الوصول إلى اتفاق(١).

كذلك قررت المبادئ العامة الالتزام بمبدأ حسن النية عند انهاء المفاوضات، مقررة مسئولية الذى يتفاوض أو يقطع المفاوضات بسوء نية عما لحق الطرف الآخر من خسائر. حيث أن قطع المفاوضات قد يتخذ شكل سلبى بمعنى أن يقوم أحد الطرفين بسلوك من شأنه أن يقوم الطرف الآخر بالانسحاب من المفاوضات، كرفع السعر أو تعديل طريقة الوفاء به بشكل لا يتمكن الطرف الآخر من الوفاء به، أو بشكل ايجابى أى يقوم بقطع المفاوضات بعدما يكون قد حقق الغاية المرجوة منها لتفويت صفقة مربحة بالنسبة للمتفاوض معه، حيث كان قد عدل عنها بسبب المفاوضات أو الحصول على المعلومات التى كان يبتغى الحصول عليها من المفاوضات. وتتحقق تلك الصور فى مفاوضات عقود البيوع الدولية للبضائع في العقود التي يكون محلها ذات تقنية فنية معينة، كبيع أجهزة الكمبيوتر أو الغلال الزراعية تلك التى أصبحت الهندسة الزراعية تلعب دوراً فيها إلى غير ذلك.

---

(١) لقد تميز القانون المصرى على غيره من القوانين الأخرى بالنص على السكوت التدليسى فى المادة ١٢٥من القانون المدنى «يعتبر تدليسا السكوت عمداً عن واقعة أو ملابسة إذا ثبت أن المدلس عليه ما كان ليبرم العقد لو علم بتلك الواقعة الملابسة على العكس القانون الفرنسى، السويسري الذى لا يوجد به نصا مقابلا للنص المصرى حيث كان القضاء الفرنسى فى عام ١٩٧١ لا يعتد بالسكوت التدليسى لقيام حالة التدليس حيث قررت محكمة النقض الفرنسية ذلك فى حكمها الصادر فى ١٥ يناير سنة ١٩٧١ «يعد السكوت تدليسا فى حالة يخفى فيها أحد الطرفين على الآخر واقعة معينة لو كان الأخير علم بها لامتنع عن التعاقد».

انظر فى ذلك الدكتور رجب كريم الله، سابق الاشار إليه ص ٤٢٦.

J.Sehmidt op.cit., p. 63.

صور الالتزام بالتفاوض بحسن نية:

كما سبق أن بينا أن الالتزام بالتفاوض بحسن نية يعد هو البنيان الرئيسى الذى تقوم عليه المفاوضات والذى على أساسه تتقرر المسئولية من عدمه فى حالة الاخلال به. ولقد تعددت الكتابات(١) القانونية بصدد بيان صور هذا الالتزام، حيث أنها لا تقع تحت حصر. ويعد الالتزام بالاعلام والالتزام بالسرية هما أهم صور الالتزام بالتفاوض بحسن نية، والاخلال بهما يؤدى إلى تشويه العقد ذلك الذى مؤداه ابطاله أو فسخه(٢).

أولا: الالتزم بالإعلام(٣): يعد الالتزام بالإعلام لب التفاوض بحسن نية

---

(١) لقد تعددت الكتابات القانونية فى بيان صور الالتزام بالتفاوض بحسن نية تحت عنوان الالتزامات المتفرعة عن الالتزام بالتفاوض بحسن نية، الدكتور رجب كريم اللاه، سابق الاشارة إليه ص٤٢٣، ٤٧٦، تحت عنوان التطبيقات القضائية للالتزام بالتفاوض بحسن نية، الدكتور هانى صلاح سرى الدين، سابق الاشارة إليه ص ٢٧-٣١ ، تحت عنوان متطلبات الالتزام بحسن النية فى مرحلة المفاوضات، الدكتور بلال بدوى، سابق الاشارة إليه ص ٧٥-١٠٢ تحت عنوان «يتفرع عن قاعدة حسن النية عدة التزامات» الدكتور محمد حسام لطفى، المسئولية المدنية في مرحلة المفاوضات، دراسة فى القانونين المصرى، الفرنسى، دار النهضة العربية ١٩٩٥، ص١٦- ٣٣، انظر المراجع الأجنبية فى هذا الموضوع فى كلا من فرنسا، بلجيكا، سويسرا، ايطاليا، المانيا، فى الدكتور محمد حسام لطفى، سابق الاشارة إليه ص ١٦ هامش٤٧.

(٢) J.Schmidt , op. cit., p. 64, jeen thiefryet chantal granier op. cit., p.100.

(٣) يوجد ثمة رأى فى الفقه ومن أنصار هذا الرأى الفقيه Le tourneau, M.Picod, M.Ghestin أنه توجد صعوبة فى التمييز بين الالتزام بالاعلام فى المرحلة قبل التعاقدية، المرحلة التعاقدية حيث أن التمييز بينهما يحتاج إلى قدر من الدقة والاتقان انظر فى =

على اعتبار أن البيانات والمعلومات التى يفضى بها كل طرف للأخر عن موضوع العقد النهائى هى التى من شأنها أن تجعله يقدم على ابرام العقد من عدمه، وتفسح أحكام القضاء الوطنى، وأحكام التحكيم الدولية عن أهمية هذه الصورة من صور الالتزام بالتفاوض بحسن نية والجزاء المترتب عليها، ومن ذلك الحكم الصادر من القضاء الفرنسى سنة ١٩٩٥(١):

"arret de versailles du 21 septembre 1995 juris - Data n° 049781 "... chacune des parties avait le devoir de se conduire en partenaire de bonne foi desireux de mener a bien la negociation ou d'invoquer des motifs serieux pour ne pas la poursuivre".

ومن أحكام التحكيم الدولية الأولى الحكم الصادر فى قضية Klockner حيث انتهى حكم التحكيم إلي ثبوت الخطأ فى جانب شركة Klockner (٢) حيث أخفت علي المتعاقد معها (دولة الكاميرون) معلومات حقيقية أثارت صعوبات فى مرحلة التنفيذ، حيث لو كانت حكومة الكاميرون قد علمت بها لعدلت عن المشروع قبل أن تصبح الأمور تعهدات ملزمة. ولقد تلا هذا الحكم

= ذلك F.Osman, op. cit., p. 140 ولكن يمكن القول آن الالتزام بالاعلام ان كان صورة من صور الالتزام بمبدأ حسن النية عامة فى العقد فالالتزام به فى كل مرحلة من مراحل العقد تتلاءم مع طبيعة هذه المرحلة بل انه يعد أكثر أهمية فى مرحلة المفاوضات إلأ إنه بناء عليه يتقرر ابرام العقد النهائى من عدمه.

(١) Bernard Beignier, op. cit., p. 464.

(٢) انظر هذا الحكم والتعليق عليه من الفقيه N.KAHN, M.Gaillard فى:
F.Osman op.cit., p. 140.

العديد من أحكام التحكيم الدولية كالحكم الصادر من غرفة التجارة الدولية فى القضية رقم ٢٥٤ حيث ورد به[١]:

"apres avoir decide que le violation d'un obligation de renseignement doit etre rattachée a la formation du contrat dans la mesure ou elle-constitue un devoir precontractuel, dicte parla bonne foi et l'equité".

ولقد كشف المشرع عن الالتزام بالإعلام كصورة من صور التفاوض بحسن نية فى قانون التجارة المصرى فى المادة ٧٦ والتى تنص على «يلتزم مورد التكنولوجيا بأن يكشف للمستورد فى العقد أو خلال المفاوضات التى تسبق ابرامه أ-الأخطار التى قد تنشأ عن استخدام التكنولوجيا وعلى وجه الخصوص ما يتعلق منها بالبيئة والصحة العامة أو سلامة الأرواح أو الأموال وعليه أن يطلعه على ما يعلمه من وسائل لاتقاء هذه الأخطار. كذلك المادة ٧٧ يلتزم المورد بأن يقدم للمستورد المعلومات وغيرها من الوثائق الفنية الملاءمة لاستيعاب التكنولوجيا... والمادة ٨٠ يلتزم المستورد أن يطلع المورد على أحكام التشريعات الوطنية المتعلقة باستيراد التكنولوجيا[٢].

---

(١) لمزيد من الأحكام انظر ذلك فى: F.Osman op.cit., p. 142-143.

(٢) تطبيقا لنص المادة ٨٠، ٧٦ من قانون التجارة المصرى الجديد بداية سبق أن قررت أحكام التحكيم الدولية هذا المعنى ومن ذلك حكمها الصادر من غرفة التجارة الدولية بالزام المفاوض بأن يطلع الطرف الآخر على ما قد يوجد لديه من أحكام خاصة فى القانون الوطنى الواجب التطبيق ورتبت على نكوله عن الوفاء بهذا الالتزام حفظ حقه فى التمسك بما أخفاه أو كتمه حيث أن هذا مردود عليه فلا يلومن إلا نفسه. الدكتور محمد حسام لطفى، سابق الاشارة إليه ص ٢٠. فالمادة ٧٧ قد دار بشأنها مناقشة من حيث أن النص يلزم المورد بنقل التحسينات إلى المستورد إذا طلبها ولكن رؤى نظراً لأهمية تلك التحسينات ولايعلمها =

فإن كانت هذه الصورة من الإعلام فى مرحلة التفاوض خاصة بعقود نقل التكنولوجيا، فهى التزامات تنتقل بدورها إلى عقود البيع تطبيقاً للالتزام بمبدأ حسن النية فى المفاوضات. ويتضح مما تقدم أهمية الالتزام بالإعلام وضرورته وحتمية تشديد المسئولية المترتبة على مخالفته متى كان المخالف قد استغل ما أولاه له الطرف الآخر من ثقة فى شأن موضوع العقد(١).

والالتزام بالإعلام ليس معناه فقط إعلام كل طرف للآخر بما لديه من معلومات وبيانات عن موضوع العقد النهائى، وإنما يتضمن أيضا الالتزام بإعلام الذات عن كل بيانات ومعلومات عن موضوع هذا العقد الذى يسعى لإبرامه. فهذا الالتزام يأتى فى مقدمة صور الالتزام بالتفاوض بحسن نية(٣). ويطلق

= المستورد تعديل النص بالزام المورد بإعلام المستورد بتلك التحسينات أولا ثم ينقلها إليه إذا طلب منه ذلك (المستشار محمد عبد الرحيم، سابق الاشارة إليه ص ١٣٥). والمادة ٧٦ تحدد أبعاد التزام مورد التكنولوجيا لكشف أخطار الاستخدام وعقباته والقوانين المحلية سواء خلال المفاوضات أو فى ثنايا العقد وهذه الأمور الثلاثة هى: ١- أخطار استخدام التكنولوجيا على البيئة والسلامة العامة وسلامة الأرواح والأموال وغيرها. ٢-.... ٣- أحكام القانون الداخلى فيما يتعلق بالتصريح بتصدير التكنولوجيا. وبشأن المادة ٨٠ أن هذا النص يلزم المستورد بأن يمكن المورد من الاطلاع على أحكام التشريعات السارية فى مصر والتى تتعلق باستيراد التكنولوجيا حتى يكون على بينة منها والالتزام بأحكامها وعدم الدفع اللاحق بالجهل بها. انظر ذلك فى د. محمد شتا أبو سعد، سابق الاشارة إليه ص٤٣٧ ومابعدها.

(١) انظر فى هذا المعنى الدكتورة وفاء حلمى أبو جبل، الالتزام بالتعاون، دار النهضة العربية، ١٩٨٨، القاهرة ص ١٦٦.

(٢) Bernard Beignier op.cit., p. 463 "le premier de voir des contractants est de s'informer....".

(٣) Marin"Gerad" de devoir de cooperation dans les contrats internationaux droit et pratique p. 14-15.

مشار إليه فى: F.Osman op.cit., p. 146.

عليه الالتزام بالاستعلام sinformer ، وبصدد هذا الالتزام يقول بعض الفقه ان هذا الالتزام بطبيعته من شأنه أن يؤدى بالمدين إلى تنفيذ التزاماته فى العقد النهائى حسب كل الظروف، وهو بطبيعته أيضا يؤدى بطرفى العقد إلى تقليب كل ما هو خفى والنص عليه فى النصوص الأساسية للعقد.

والالتزام بالاستعلام شأنه شأن الإعلام التزام تبادلى تطبيقا للالتزام بمبدأ حسن النية فى المفاوضات، بمعنى أن يكون كل طرف من أطراف التفاوض لديه كل المعلومات عن سلوك الطرف الآخر، تلك التي يجب عليه ألا يجهلها والتى من شأنها الإضرار بنفسه. وهذا ما قررته غرفة التجارة الدولية فى حكمها الصادر فى القضية رقم ٢٤٤٣[١].

"chaque partie (a) l'obligation d'avoir a l'egard del'autre un comportement que ne puisse lui nuir".

ومن التطبيقات القضائية لهذا الالتزام الحكم الصادر من غرفة التجارة الدولية فى القضية رقم ٣٠٩٣/٣١٠٠ فى عقد بيع المنتجات البترولية بين مشروع "X" والمشروع "Y" حيث اعتبرت المشروع "X" قد تصرف بسوء نية، فقد كان يتعين عليه العلم أنه من الممكن أن يواجه صعوبات مالية كبيرة فى الحصول على النقد الأجنبى، خاصة أن دولته قد منحت المصرف المركزى فرض قيود على الواردات إذ كان عليه الحصول على ضمانات من المصرف المركزى تضمن له الوفاء بالمستحق عليه بالنقد الأجنبى فى المواعيد المحددة»[٢].

---

(١) C.C.I Rendu dans l'affair n° 2443, clunt 1976.

(٢) C.C.I. Rendu dans l'affair n° 3093/3/3100, clunt 1980p. 951-959.

فهذا الحكم يكشف عن أن الالتزام بالاستعلام لا يشمل الاستعلام عن ظروف المتعاقد الآخر فقط، وإنما الاستعلام عن ظروفه هو شخصياً لبيان ما إذا كان يستطيع الوفاء بالتزاماته من عدمه، وهذا ما كشف عنه رأى فى الفقه كما سبق أن ذكرنا، ومن مقتضيات هذا الالتزام أيضا الاستعلام عما إذا كان هذا العقد يفى بغرض المتعاقد الآخر واعلامه فى حالة عدم وفاء العقد بحاجة هذا المتعاقد الآخر.

ويعد الحكم الصادر فى قضية Atlanlicteilon من أشهر الأحكام القضائية على المستوى الدولى تطبيقا لذلك، حيث قررت محكمة التحكيم أن هذه الشركة لم تبين حسن نيتها باعتبارها متخصصة فى الصيد فى المياه الاستوائية وذلك لأنها لم تقم بالدراسة بشكل جدى لبيان ما إذا كانت سفنها تفى بالأغراض التى كانت ترمى إليها الحكومة الغينية من استغلال السفن المملوكة لها فى الصيد. وكذلك دراسة كيفية استغلال هذه السفن وتعديلها متى استلزم الأمر ذلك حتى يتحقق الهدف الذى ترجوه الحكومة الغينية من هذا العقد، فحسن النية ليس معناه فقط وضع هذه السفن تحت تصرف الحكومة الغينية(١).

وتبدو أهمية الاستعلام والاعلام فى مفاوضات عقود البيع الدولية للبضائع خاصة متى كان محل هذه العقود بضائع يتعلق بها حقوق ملكية صناعية أو فكرية، وذلك لأن القواعد الموضوعية الدولية قد تضمنت فى نصوصها(٢) ضمان هذه الحقوق. وبالتالى فإنه انطلاقا من مبدأ الالتزام بحسن

---

(١) J.L. 1986, p. 180- 186.

(٢) انظر المواد ٤١، ٤٢ من اتفاقية فينا للبيوع الدولية للبضائع سنة ١٩٨٠.

النية في المفاوضات يتعين على البائع أن يقوم بالاستعلام واعلام المشترى بمثل هذه الحقوق في مرحلة المفاوضات، حيث إذا قام بذلك يكون قد أثبت حسن نيته فى المفاوضات، الأمر الذى من شأنه عدم مسئوليته عن ضمان هذه الحقوق حتى وإن لم يتفقا فى العقد على الضمان، ومن ثم يعد الالتزام بمبدأ حسن النية فى المفاوضات درع واقى مستقبلى عند تنفيذ العقد، لأنه بمقتضاه يصبح البائع غير مسئول عن ضمان هذه الحقوق.

لقد أخذ قانون التجارة المصرى رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ بذلك فى المادة ٧٦/ب «يلتزم مورد التكنولوجيا بأن يكشف للمستورد فى العقد أو خلال المفاوضات التى تسبق ابرامه «ب» الدعاوى القضائية وغيرها من العقبات التى تعوق استخدام هذه الحقوق المتصلة بالتكنولوجيا لاسيما ما يتعلق منها ببراءات الاختراع»، وبالتالى فإن بائع المنتجات ذات الطبيعة التكنولوجية عليه أن يستعلم عما إذا كان هناك دعاوى قضائية وغير ذلك من شأنها أن تعوق استخدامه لهذه الآلات أو تلك المنتجات ذات الطبيعة التكنولوجية لكى يعلم بها المشترى فى فترة المفاوضات. فإذا قبل الشراء بالرغم من ذلك فلا ضمان لمثل هذه الحقوق.

ثانيا: الالتزام بالسرية: obligation de discretion

ان الالتزام بالسرية التزاماً عاماً يقع على الطرف المفضى إليه بتعليمات سرية خلال التفاوض بالاحتفاظ بسرية هذه المعلومات سواء كانت ذات طبيعة فنية أو مالية، حيث يمتنع عليه تسريب هذه المعلومات إلى الغير سواء كانت بمقابل أو بدون مقابل.

ويتحقق الالتزام بالسرية فى مفاوضات عقود البيع الدولية للبضائع متى كانت البضائع محل هذه العقود ذات تكوين تكنولوجى معين أو تم تصنيعها وفقاً لرسوم أو تصميمات أو خطط فنية معينة. فمن الغالب أن يفصح الطرف البائع للمشترى عن بيانات ومعلومات ذات أهمية لترغيب المشترى فى اتمام العقد، خاصة أن القواعد الموضوعية الدولية قد فرضت ضمانا على البائع يضمن به أى ادعاء للغير أو حقوق مبنى على أساس الملكية الصناعية والفكرية فى نصوصها(١).

وإذا كان الالتزام بالسرية يقع فى هذه الصورة على عاتق المشترى، فإنه يقع أيضا على عاتق البائع متى كان المشترى هو الذى قدم للبائع الخطط الفنية أو الرسومات أو التصميم لكى يقوم بالتصنيع وفقاً لها(٢). ففى هذه الحالة على البائع أن يلتزم بسرية ما قدم له من جانب المشترى أثناء المفاوضات لكى يقوم بعملية الانتاج.

ويعد الالتزام بالسرية هو الصورة الوحيدة التى ورد النص عليها فى مبادئ الينذروا بصريح النص، مما يدل على أهمية هذا الالتزام باعتباره صورة من صور الالتزام بالتفاوض بحسن نية، حيث تنص المادة ٢/١٦ على «يلتزم الطرف الذى يتلقى أثناء المفاوضات معلومات معينة ذات طابع سرى من الطرف الآخر وسواء أبرم العقد أم لم يبرم بعدم افشائها أو استخدامها بغير حق لأغراض شخصية ويرتب الاخلال بهذا الواجب تعويضا يشمل فى هذه الحالة

---

(١) انظر المادة ٤١ من اتفاقية فينا سنة ١٩٨٠.

(٢) انظر المادة ٤٢ من اتفاقية فينا سنة ١٩٨٠.

المنافع التى كان سيحصل عليها الطرف الآخر» ويحسب لقانون التجارة المصرى أنه قد أورد النص على هذا الالتزام فى المادة ٨٣ يلتزم المستورد بالمحافظة على سرية التكنولوجيا التى يحصل عليها وعلى سرية التحسينات التى تدخل عليها ويسأل عن تعويض الضرر الذى ينشأ عن افشاء هذه السرية سواء وقع ذلك في مرحلة التفاوض على ابرام العقد أو بعد ذلك، ٢- يلتزم المورد بالمحافظة على سرية التحسينات التى يدخلها المستورد وينقلها إليه بموجب شروط في العقد ويسأل المورد عن افشاء هذه السرية(١).

ومن هذا يتضح أن عصب حياة المفاوضات فى عقود البيوع الدولية للبضائع هو الالتزام بالتفاوض بحسن نية. ذلك المبدأ المستقر عليه فى كافة التشريعات الوطنية، ذلك الذى تتعدد صوره فى الالتزام بالاستعلام، والاعلام والسرية فهم أدق صور الالتزام بالتفاوض بحسن نية. فليس معنى ذلك أنه لا توجد صور أخرى للتفاوض بحسن نية كالالتزام بالاعتدال والجدية، والاستقامة، واحترام العادات والأعراف إلى غير ذلك من الصور. وإذا كنا قد اقتصرنا على تلك الصور فقط فذلك لأنها تشمل تلك الصور الأخرى من التفاوض بحسن نية. ومثال ذلك أن عدم تقديم المعلومات والبيانات الكافية أثناء المفاوضات (الإعلام) يعنى عدم الجدية فى المفاوضات، ويؤكد ذلك ما جاء به المشرع المصرى الذى يتضمن النص لأول مرة فى تشريعاته عن المفاوضات وذلك في قانون

---

(١) د. محمد شتا أبو سعد،سابق الاشارة إليه ص٤٤٤، ٤٤٥، مفاد هذا أن الالتزام بالسرية يترتب على عاتق المستورد ابتداء من اللحظة التى يبدأ فيها التفاوض مع المورد لإبرام العقد».

التجارة المصرى وإن كان قد أورد النص عليها فى مادة عقود نقل التكنولوجيا، فليس معنى ذلك عدم الأخذ بها فى عقود البيع وذلك لأنها تعد من مستلزمات التفاوض الخاصة بهذه البيوع، متى كان محل هذه العقود منتجات ذات تقنيات تكنولوجية معينة خاصة فى عقود التوريد، وذلك تطبيقاً لنص المادة ١٤٨/٢ التى تنص على «العقد لا يقتصر على الزام المتعاقد بما ورد فيه ولكن يتناول ما هو من مستلزماته وفقا للقانون والعرف والعدالة».

الفصل الثالث

نهاية المفاوضات

تنتهى المفاوضات فى عقود البيع الدولية للبضائع بثلاث صور:

١- العدول عن المفاوضات بسبب مشروع.

٢- اتمام المفاوضات والوصول بها إلى ابرام العقد النهائى.

٣-العدول عن المفاوضـــات بدون مبرر.

وبالنسبة للصورة الأولى قليلا ما نجدها فى نطاق التجارة الدولية، وإلا ما كان هذا الكم من الأحكام سواء علي المستوى الوطنى أو الدولى، وآراء الفقه بصدد المفاوضات. ومن ثم فإن الصورتين الأخرتين هما الصور الغالبة في نطاق التجارة الدولية، وهى انتهاء المفاوضات وابرام العقد النهائى أو العدول عن المفاوضات بدون مبرر مشروع. وتكمن أهمية هذه الصورة من المفاوضات فى المسئولية المترتبة عليها، تلك التى أساسها الاخلال بمبدأ حسن النية.

فكما سبق أن انتهينا إلى أن المفاوضات ذات طبيعة عقدية سواء كان هناك اتفاق على التفاوض أو لم يكن هناك اتفاق على التفاوض. حيث أن الاتفاق لا يعدو أن يكون اثباتاً للتفاوض فقط لا غير، شأنه شأن وسائل الاثبات المعروفة. لأن ذلك أمراً من شأنه أن ييسر مهمة المحكم أو القاضى المعروض عليه النزاع، من حيث أنه بدلا من أن يقوم بالبحث في قواعد المسئولية طبقا للقانون الواجب التطبيق، فإنه يجد فى القواعد الموضوعية الجزاءات التى من شأنها أن تعينه على ذلك، خاصة أن هذه الجزاءات تتميز بأنها ذات نسيج مختلط من كافة أنواع الجزاءات المقررة فى التشريعات الوطنية، فضلا عن أنها أصبحت جزء لا يتجزأ من التشريعات الوطنية بالتصديق عليها من جانب

الدول، وبذلك تتحقق الغاية المرجوة بشأن وضع قواعد موحدة للبيع الدولى وهى تحقيق وحدة أحكام هذا العقد على المستوى الدولى منذ بدء المفاوضات فيه حتى نهايته.

وقد يقال أن القواعد الجزائية فى القواعد الموضوعية لا تتناسب مع طبيعة المفاوضات كالتنفيذ العينى، لأن من المستقر عليه أن التنفيذ العينى كجزاء للاخلال بمبدأ حسن النية فى المفاوضات لا يمكن تطبيقه سواء من جانب الفقه(١) والقضاء(٢). لكن ليس معنى ذلك هو عدم امكانية اللجوء إلى

---

(١) لقد استقر الفقه فى غالبيته على استبعاد التنفيذ العيني من مجال المفاوضات حيث لا يجوز اجبار المتفاوض على تنفيذ التزامه عينا حتى ولو لم يكن هذا التنفيذ مستحيلا أو مرهقا وذلك للأسباب الآتية:

أ - أن تنفيذ الالتزام بالتفاوض عينا يقتضى التدخل شخصيا من جانب المتفاوض وهذا أمر يفترض فيه رفض المتفاوض الاستمرار فى المفاوضات طبقا للقاعدة الأصولية «لايكره المرء على فعل ما لا يريد».

ب-١- الاجبار على التفاوض أمرا غير مجدى حيث أنه من مستلزمات التفاوض التعاون ولا يتصور أبدا التعاون من شخص أجبر على القيام بشئ معين ومن ثم سيكون التنفيذ العينى اى التفاوض أمراً مصيره الفشل. الدكتور رجب كريم اللاء،سابق الاشارة إليه ص ٦١٧-٦١٨، الدكتور أحمد حسام لطفى، سابق الاشارة إليه ص ٨٥-٨٨.

انظر ذلك فى:

V.Ph. le tourneau et L.Cadiet,droit de la responsabilité op.cit. n°267, la seul obligation qui en resulte est la reprise des pouparlers. sans du riste d'engagement d'aboutir obligation de moyens)CA.Paris, 37mai 1980,D.1981.314,note ph.le tourneau soc. 19dec. 1989 D. 1991.61.note J.Schmidt, RTD.Civ 1991 330 obs J.Mester comp. CA Paris 16 jean 1996. D.Affaires 1996 p. 292. "proces-verbla d'entree en negociations" le refuse se negocior,ou la rupture de mauvaise foi des negociations est alors une defaillance contractuelle, des lors la meme impossibilite de fait empeche un veritable reparation en nature",J.Cedras, l'obligation denegocier, RTD com, 1985.265 spec p. 281.

مشار إليه فى Ph.letourneau, op. cit.,p. 488-489.

(٢) لقد قضت محكمة النقض المصرية أن مشروع عقد البيع لا يكون ملزما لأى من الطرفين=

التنفيذ العينى فى حالة الاخلال بالمفاوضات كلية، خاصة فى ظل ما يأخذ به القضاء الانجليزى حيث أجاز للدائن أن يلجأ للقضاء لمنع المدين من نشر أو استخدام معلومات سرية سواء كانت فنية أو مالية أو غير ذلك، يكون قد استحوذ عليها الدائن فى مرحلة المفاوضات(١). وكذلك فى ظل الحكم الصادر من القضاء الفرنسى من محكمة استئناف باريس سنة ١٩٧٦ الذى قضى فيه بالاجبار على التفاويض(٢).

الحقيقة أن ما ذهب إليه الفقه والقضاء بصدد جزاء التنفيذ العينى فى حالة الاخلال بمبدأ حسن النية فى المفاوضات هو قول الحق، إذ كيف يتأتى اجبار شخص على المفاوضات إذا فرض ذلك لا شك أنه سيخلق الكثير من العقبات والمشاكل التى مؤداها فشل المفاوضات. وآية ذلك أن الحكم الصادر من القضاء الفرنسى الذى يعنى امكانية الاجبار على التفاوض قد توقع ذلك حينما جاء به من قبل أن تفصل فى الموضوع بإلزام الطرفين بالتفاوض كمحاولة للتوصل إلى اتفاق على أن يكون للمحكمة فى حالة فشل المفاوضات أن تقضى على ضوء المفاوضات والحلول المقترحة إما بإبطال العقد أو بتعديله، فهذا يعنى أن الاجبار على التفاوض الغالب فيه هو الفشل.

ولكن مما هو ملاحظ أن الفقه والقضاء قد ربط بين التنفيذ العينى

= ويستطيع كل منهما الامتناع عن ابرام العقد ولايجوز للطرف الآخر اجباره على ذلك عن طريق القضاء. نقض مدنى ١٩٧٥/١٢/٩ المكتب الفنى سنة ٩٦ ص ١٩٩٣.

(١) هانى صلاح سرى، سابق الاشارة اليه ص ٧٠.

(٢) مشار إليه في الدكتور رجب كريم اللاه، سابق الاشارة إليه ص ٧٨.

والمفاوضات فى صورة اجبار المتفاوض المخل بالمفاوضات على التفاوض، وكأننا نعطيه المفتاح للهروب من المفاوضات. لأنه غالبا سيحاول الوصول بالمفاوضات إلى الفشل، ولكن يجب ربط التنفيذ العينى فى المفاوضات بمنعه من استغلال ما حصل عليه من المفاوضات. وهذا المعنى هو الذى يأخذ به القضاء الانجليزى حيث أجاز للدائن أن يلجأ إلى القضاء لمنع المدين من نشر أو استخدام أى معلومات سرية سواء كانت فنية أو مالية أو غيرها يكون قد استحوذ عليها من المفاوضات، ويمكن أن نضيف إلى ذلك امكانية التنفيذ العينى كجزاء للاخلال في مرحلة المفاوضات باجبار المتفاوض المخل على تنفيذ الالتزام الذى كان سيفرضه العقد المراد ابرامه من المفاوضات. ومثال ذلك: طلب (أ) من (ب) تصنيع منتج معين وفقا لتصميم مقدم من (أ) إلى (ب)، ودخل الطرفين فى مرحلة مفاوضات للاتفاق على السعر والمدة اللازمة للتصنيع والتسليم والخامات المستخدمة إلى آخره، وأثناء المفاوضات قام (ب) بقطع المفاوضات فجأة بعدما كان قد اطلع على التصميم الذى من المفترض أن يتم التصنيع طبقا له - هذا النوع من البيوع تشمله القواعد الموضوعية الدولية عقود التوريد - وبعد فترة زمنية فوجئ (أ) بقيام (ب) بتصنيع ذلك المنتج وفقا للتصميم الذى كان قد سبق تقديمه له فى المفاوضات السابقة بينهما، وطرحه للبيع. ففى هذا المثال يحق لـ (أ) المطالبة بالتنفيذا لعينى إما ليمنع (ب) من استخدام هذا التصميم فى عملية الانتاج طبقاً لما هو مستقر عليه فى القضاء الانجليزى أو المطالبة بتسليم هذا المنتج له طبقا للسعر الذى كان قد سبق وتم الاتفاق عليه فى المفاوضات. فإذا لم يكن هذا السعر قد تم تحديده فى المفاوضات، فيتم تقديره وفقاً للسعر السائد فى السوق مع مراعاة الحق الثابت لـ (أ) بالنسبة للتصميم

ذاته. وبالتالى فإنه يمكن للقاضى أو المحكم القضاء بالتنفيذ العينى كجزاء فى مرحلة المفاوضات، لأن الالتزام بالسرية بطبيعته يقبل التنفيذ العينى حتى لو كان مصدره مرحلة المفاوضات. وبالتالى لا يمكن القول على الاطلاق بعدم امكانية تطبيق الجزاء العينى فى المفاوضات بمعنى أنه يجب على القاضى أو المحكم أن ينظر إلى مدى ملائمة هذا الجزاء لما تم الاخلال به فى مرحلة المفاوضات. ومثال ذلك أن الالتزام بالتفاوض باعتباره أول الالتزامات التى يفرضها عقد التفاوض لا يمكن تطبيق جزاء التنفيذ العينى فى حالة الاخلال به لأنه لا يمكن اجبار شخص على التفاوض، وتلك هى الصورة التى ربط بها الفقه في مجموعه بين المفاوضات وعدم امكانية تطبيق الجزاء العيني عليها. وفى مثل هذه الحالة لا يكون للدائن سوى سبيل اللجوء إلى التنفيذ بطريق التعويض على أساس المسئولية العقدية، حيث يتم تقدير التعويض وفقا لما قررته القواعد الموضوعية الدولية في هذا الشأن. وذلك لأن هذا من شأنه حسم مسألة الخلاف والحيرة بين المسئولية العقدية والمسئولية التقصيرية للتفاوض حيث يوجد قواعد موضوعية موحدة يُقضى بالتعويض طبقا لها، وهذا من مزايا اضفاء الطبيعة العقدية على المفاوضات. وبذلك يكون قد تحقق الهدف المنشود من القواعد الموضوعية الدولية لعقد البيع الدولى، وهى توحيد أحكام هذا العقد على المستوى الدولى منذ بدأ المفاوضات حتى نهايتها.

الفرع الثالث

الفساد الإدارى فى مفاوضات

عقود البيع الدولية «الرشوة»

ان كلمة الرشوة تعنى الفساد لغة وهى من الجرائم - وفقاً لتقسيم جارفلوا[١] - التى تعارفت كافة الشرائع فى كافة الأزمنة والأمكنة على تجريمها ومعاقبة مرتكبيها، لما تشكله من تعارض مع مبادئ الحياة الاجتماعية والمعطيات الأخلاقية. بشدة بالغة فقد كان جزائها الاعدام فى جمهورية أفلاطون، وطبق اليونانيون أيضا هذه العقوبة فى كل حالات الرشوة، كذلك قانون الألواح الاثنى عشر فى القانون الرومانى[٢].

والرشوة يتم معالجتها فى نصوص القانون المدنى تحت مسمى التدليس باعتبارها إحدى الطرق الاحتيالية التى يلجأ إليها أحد المتعاقدين لابرام العقد، حيث يتم رشوة من هو مفوضا عن أحد المتعاقدين فى التفاوض على العقد. ومن ثم تعد الرشوة أهم الأساليب المتبعة فى مجال التجارة الدولية لافساد المفاوض والتأثير عليه والقضاء على نزاهته واخلاصه أثناء عملية

---

(١) يقول العلامة جاروفلو ان الجرائم تنقسم إلى قسمين أولهما الجرائم التلقائية أو الطبيعية ويقصد بها الأفعال التى تعارفت عليها كافة الشرائع فى كافة الأمكنة. . . ، الجرائم القانونية وهى تتضمن الأفعال التى يختلف تجريمها من مجتمع لآخر ومن مدة زمنية لأخرى». انظر ذلك فى: الدكتور أحمد صبحى العطار، شرح قانون العقوبات، القسم الخاص، الجرائم المضرة بالمصلحة العامة ص١٦ هامش ١، دار الطباعة الحديثة، سنة ١٩٨٨.

(٢) الدكتور أحمد رفعت خفاجى، رشوة مفاوض العقود الدولية فى التشريع العقابى المصرى، مجلة المحاماة، العدد ١، ٢ سنة ٦٦ يناير فبراير سنة ١٩٨٦، ص ٣٨، ٣٩.

التفاوض(١) وذلك لأن غالبية عقود البيوع الدولية تتم عن طريق المفاوضات تلك التى لا يجريها طرفى العقد بأنفسهم، وإنما يلجأون إلى من هم ذوى الخبرة والاختصاص فى مجال المفاوضات. حيث أنه بناء على ما يقرره تنتهى إرادة ذوى الشأن إلى ابرام العقد من عدمه وهنا تكمن خطورة أثر الرشوة فى تكوين العقد.

وعلى الرغم من خطورة هذه الجريمة فى مجتمع التجارة الدولية وآثارها الوخيمة، فإنه لا يوجد فى القواعد الموضوعية الدولية نصوصا من شأنها تنظيم هذه الجريمة وأثرها على صحة العقود، كما حدث وانتبه المجتمع الدولى على مستوى القانون الدولى العام لخطورة هذه الجريمة فى مجال التفاوض على المعاهدات الدولية، حيث تضمنت اتفاقية فينا عام ١٩٨٦ بشأن قانون المعاهدات التي تبرمها المنظمات الدولية والتي تنص علي هذه الجريمة وأثرها فى صحة المعاهدات حيث تنص المادة ٥٠ منها على «إذا كان تعبير الدولة أو المنظمة الدولية عن رضاها الالتزام بمعاهدة قد صدر نتيجة الافساد المباشر أو غير المباشر لممثلها بواسطة دولة أو منظمة متفاوضة أخرى يجوز للدولة أو المنظمة أن تستند إلى هذا الافساد لابطال رضاها للالتزام بالمعاهدة(٢).

ولقد كان من الممكن أن تتضمن القواعد الموضوعية الدولية الخاصة

---

(١) B.oppetit, le pordoxese la corruption a l'epreuve du droit commerce international, clunet, 1982, p.5-21.

(٢) لمزيد من التفصيل انظر الدكتور ابراهيم محمد العنانى، سابق الاشارة إليه ص ٧٨، ٧٩.

بالبيوع الدولية للبضائع نصاً مماثلا لتجريم مثل هذا الفعل والحد منه، وذلك لسمة التفاوض الغالبة على تلك العقود، حيث كان من الممكن أن يكون النص كالآتى «إذا كان تعبير أحد طرفى العقد عن رضاه الالتزام بعقد قد صدر نتيجة الافساد المباشر أو غير المباشر لممثله بواسطة الطرف الآخر المتفاوض، فيجوز لذلك الطرف أن يستند إلى هذا الافساد لابطال رضاه للالتزام بالعقد». ولما كانت تلك القواعد قد خلت من مثل هذا النص فكان لابد من معالجة مثل هذا الفعل فى اطار ما تتضمنه تلك القواعد من نصوص خاصة بتكوين العقد، تلك أيضاً التى لم تتضمن فى نصوصها الخاصة بتكوين العقد سوى الايجاب والقبول وما عدا ذلك يتم فيه الرجوع إلى القواعد الوطنية[١] التى تعالج مثل هذا الفعل تحت اطار الغش والتدليس.

ولقد كانت مسألة الغش والتدليس فى عقود البيع الدولية مثار بحث وجدل أثناء اعداد تلك القواعد، إلا أن كل الاقتراحات بشأن توحيد الغش والتدليس فى نطاق البيوع الدولية قد باءت بالفشل. فبشأن اتفاقية لاهاى سنة ١٩٦٤ كان الاعتقاد السائد أن مفهوم الغش والتدليس يتباين من قانون إلى آخر، علاوة على ذلك أنه يمكن مساواة الغش والتدليس بالخطأ الجسيم، وأن محاولة التوحيد كانت سوف تكون مسألة ظاهرية فقط، ومن ثم فإن من الأفضل اللجوء إلى القوانين الوطنية[٢]. ومما لا شك فيه أن ذلك كان أدعى إلى ضرورة وضع قاعدة موحدة بصدد مسألة الرشوة وتأثيرها على ابرام العقود شأنها شأن

---

(١) المادة ٤ من اتفاقية فينا للبيوع الدولية للبضائع سنة ١٩٨٠.

(٢) Helen elizabeth hertnell, op. cit., p.28.

المعاهدات الدولية وما تقرر بشأنها في اتفاقية فينا سنة ١٩٨٦. حتى أن قاعدة الغش التى تضمنها القانون الموحد فى المادة ٨٩[١] تركت تقدير التعويض للقانون الوطنى، ومن ثم إذا تم الاستناد إلى تلك القاعدة ضمنيا لابطال العقد، فإن تقرير الابطال سوف يتم وفقا لمفهوم القانون الوطنى للغش وبالتالي لا يمكن القول بوجود قاعدة فى القانون الموحد يمكن بها معالجة مسألة الرشوة فى المفاوضات. ولقد كان يمكن لقاعدة الغش التى تضمنها القانون الموحد أثرا فى واضعى اتفاقية فينا سنة ١٩٨٠[٢] لمعالجة مسألة الرشوة فى المفاوضات، ولكن الأمر قد انتهى إلى عدم الأخذ بهذه القاعدة فى نصوص الاتفاقية، حيث قد خلت من نص مماثل لنص المادة ٨٩، وبالتالى أصبح لا مفر من معالجتها فى اطار القواعد الوطنية وما تقرره من نصوص بشأن الغش والتدليس كسبب للبطلان، وفقا للرأى الراجح فى الفقه[٣] الذى يذهب إلى أن رشوة المفاوض

---

(١) A.89"in case of fraude, demages shall be determines by rules applicable in respect of contracts of sale not governed by the present law".

(٢) the cisg contains no provision corresponding to ulis art 89,even though the uncitral working group initially proposed to include a provision exeressly preserving domestic remedies for fraud, both the delegates who preferred to retain a provision expressly deferring to domestic law in such cases and those who preferrd not to include such oprovision agreed that issues of praud should be governed by domestic law; their only disagrecment concerned the means to achieve this end in the end, the drafters realized that it was not necessary to creat an express exception for fraud, since art 4o "a" already clear by exeluded fraud from the scope of Cisg

مشار إليه فى: H.L.Hrtnell op. cit., p. 29, N. 291.

(٣) حسام الأهوانى،سابق الاشارة إليه ص ١٩، انظر عكس هذا الرأى د. أحمد رفعت خفاجى، =

يمكن أن تؤدى إلى ابطال العقد سواء بالاستناد إلى التدليس كعيب للرضاء أو بتطبيق القاعدة العامة أن الغش يبطل التصرفات.

فمن أركان التدليس - على ما عرفته به المادة ١٢٥ من القانون المدنى - أن يكون ما استعمل فى الخداع حيلة (الرشوة)، وأن تكون هذه الحيلة غير مشروعة قانونياً. فكل من الركنين يكشف عن العمد وسوء النية[١]، وبالتالى يجوز للعاقد المرتشى عليه طلب ابطال العقد استنادا للمادة ١/١٢٥ التى تنص علي «يجوز ابطال العقد للتدليس إذا كانت الحيلة التى لجأ إليها أحد المتعاقدين أو نائب عنه من الجسامة بحيث لولاها ما أبرم الطرف الثانى العقد» كذلك يجوز لهذا الطرف طلب ابطال العقد استنادا للمادة ٢/١٢٥ التى تنص على «يعتبر تدليساً السكوت عمدا عن واقعة أو ملابسة إذا ثبت أن المدلس عليه ما كان ليبرم العقد لو علم بتلك الواقعة أو هذه الملابسة» وذلك على اعتبار أن الطرف المتفاوض الراشى يعلم حتما ما يقوم به الطرف المتفاوض المرتشى من كذب وخداع للطرف الآخر المرتشى عليه.

كذلك أيضا يجوز طلب ابطال العقد تطبيقا لقاعدة الغش يبطل

= سابق الاشارة إليه، ص٤٠. كما ان العقد يظل صحيحاً على الرغم من ارتشاء المتفاوض فليس هناك سبب يمكن التمسك به لبطلان مثل هذا العقد طالما أن خيانة المفاوض تمت فى الفترة السابقة على ابرام العقد.

(١) انظر فى ذلك حكم محكمة النقض الطعن رقم ٤٧ لسنة ٥ ق جلسة ١٩٣٦/٢/٢٠، الطعن رقم ٦٢٠ لسنة ٤٢ ق جلسة ١٩٧١/١٢/٢١الطعن رقم ١٢٩٧ لسنة ٥٦ ق جلسة ٢٩/ ١٩٩١/١١ الموسوعة الجامعة فى التعليق على القانون المدنى جـ ٢، ص٩١٤، ص٩١٩، الاستاذ محمد موسى، طبعة ٢٠٠٥، المكتب الفنى للاصدارات القانونية.

التصرفات. فالغش الحاصل من الطرف المتفاوض المرتشى لأحد طرفى التفاوض يعد كما لو كان صادر من الطرف الراشى نفسه، حيث تقول محكمة النقض «الغش الحاصل من أجنبى بطريق التواطؤ بطريق أحد المتعاقدين يفسد الرضاء كالغش الحاصل من المتعاقد نفسه»(١).

وبالتالى ان مسألة جواز طلب ابطال العقد الذى تم التفاوض بشأنه وتم ابرامه تعد كأثر مترتب علي جريمة رشوة أحد المتفاوضين، فأثرها يمتد إلى العقد النهائى. وسبب طلب الابطال يرجع إلى مخالفة مبدأ حسن النية، سواء التدليس الذى يعد دليلا على سوء النية أو الغش الذى يعنى الخديعة والاحتيال والانحراف عن جادة حسن النية الواجب توافره فى التعاقدات والتصرفات والإجراءات عموما صيانة لمصلحة الأفراد والجماعات(٢).

---

(١) حكم محكمة النقض الطعن ٨٧ لسنة ٢ ق جلسة ١٨/٥/١٩٣٣ - الموسوعة الجامعة، سابق الاشارة ص ٩١٥.

(٢) انظر هذا المعنى فى حكم محكمة النقض جلسة ٢١/٥/١٩٧٩ المجموعة س ٣٠ رقم ٢٥٨ ص ٣٩٩.

المبحث الثانى
الايجاب والقبول فى عقود
البيوع الدولية

يعد الايجاب والقبول الأداة التي بهما تتوافق إرادة طرفى عقد البيع الدولى، حيث لا يكفي وجود الإرادة والتعبير عنها بل لابد أن تتوافق إرادة طرفي العقد، وهذا التوافق لا يتم إلا يتحقيق الايجاب والقبول اللذان يعدان عناصر الرضا اللازمة لتمام العقد(١) بعد صدورهما متطابقين.

فالقواعد الموضوعية الدولية بشأن عقد البيع الدولى للبضائع لم تتناول من ركن الرضا الذى يعد أحد أركان العقد سوى الايجاب والقبول، أما فيما عداهما فلم تتناوله بالتنظيم. حيث نصت على ذلك صراحة فى المادة ٤ من اتفاقية فينا، والمادة ٢/٥ من القانون الموحد. وسبب ذلك هو أن واضعى هذه القواعد الموضوعية الدولية قد رأوا استبعاد شروط صحة العقد التى منها الأهلية وعيوب الرضاء، وذلك لمنع عملية توحيد قواعد البيع الدولى من السقوط فى مستنقع من الآثار سوف يكون له أكبر الأثر فى فشل عملية التوحيد(٢)، بالرغم من أن أكثر ما يثور من منازعات، يكون بمناسبة أركان عقد البيع يدور حول الايجاب والقبول(٣).

---

(١) الدكتور حسام الأهوانى، سابق الاشارة إليه ص ٤٨.

(٢) Helen Elizabeth hertnell "the validity exception to th C.I.S.G. J,inre, l, p.23.

(٣) الدكتور محسن شفيق، سابق الاشارة إليه ص٩١.

ونظراً لأهمية مبدأ حسن النية فى الحياة العقدية ودوره المؤثر فيها، فقد كان محل اهتمام واضعى هذه القواعد بشأن تكوين عقد البيع الدولى. حيث تضمنت مسودة اتفاقية فينا سنة ١٩٧٧[١] نصا يلزم طرفى عقد البيع الدولى بمبدأ حسن النية فى تكوين العقد حيث تنص المادة ٥ من مسودة الاتفاقية التى تم اعدادها سنة ١٩٧٧ «فى مرحلة تكوين عقد البيع الدولى يجب على الأطراف مراعاة مبادئ العدالة والانصاف والتصرف بحسن نية».

التاريخ التشريعى لمبدأ حسن النية فى تكوين عقد البيع الدولى للبضائع:

ان أول ظهور لمبدأ حسن النية أثناء الأعمال التحضيرية لاتفاقية فينا كان بناء على اقتراح ممثل دولة أسبانيا سنة ١٩٧٢ الذى تم صياغته من جانب فريق العمل المكلف باعداد مسودة الاتفاقية في النص الآتى لمناقشته: «فى مرحلة تكوين العقد يجب على الأطراف مراعاة مبادئ العدالة والانصاف والتصرف بحسن نية، والسلوك المخالف لهذه المبادئ يكون محروماً من الحماية القانونية، واستبعاد المسئولية عن الخسائر متى كانت بسبب غير قصدى، وفى حالة انتهاك أى طرف للواجبات التى يقضى بها العرف أثناء اعداد عقد البيع، للطرف الآخر الحق فى التعويض عن الخسائر الناجمة عن ذلك.

---

(١) Doc. A/C N. 9/142/add 1.

مشار إليه فى:

Gyual ersi "problems of unifying law on the formation of the C.I.S.G,n american J. of comp., L p.317 1979.

وعندما طرح هذا النص للمناقشة كان محلا للاعتراضات من حيث ابهامه وعدم وضوحه، فضلا عن أن تحديد معناه يخضع تقديره للقاضى المعروض عليها النزاع، يضاف إلى ذلك عدم فائدته خاصة أن العقوبتين الأخيرتين من النص لم يلق أى تأييد بشأنه مطلقاً بسبب ابهامه، كما أنه يكون من غير المناسب استثناء هاتين العقوبتين من التطبيق على التجار. لذلك انتهى فريق العمل المكلف بإعداد مسودة الاتفاقية إلي التخلى عن هاتين العقوبتين والاقتصار على الفقرة الأولى التى كانت صياغتها كالآتى «فى مرحلة تكوين العقد يجب على الأطراف مراعاة مبادئ العداالة والانصاف والتصرف بحسن نية»(١).

وكانت الحجة فى تأييد هذا النص على أساس أنه سوف يكون مساعدا كأداة فى تصميم قانون دولى جديد، وذلك عن أسباب أخرى تؤيد هذا النص من حيث أن مبدأ حسن النية هو مبدأ مستقر عليه فى التشريعات الوطنية، وبالتالي يجب الأخذ به فى التجارة الدولية. وبالرغم من وجاهة هذه الحجج فى تأييد مراعاة مبدأ حسن النية في تكوين عقد البيع الدولى، فكان يقابلها حجج أخرى تناقض هذا المبدأ ومراعاته على اعتبار ابهامه، وأنه يؤدى إلى عدم تحقيق الغاية المرجوة من وضع قواعد موحدة لعقد البيع الدولى وهى توحيد أحكامه. إلا أن المؤيدين لهذا النص قاموا بالرد على هذه الحجج من حيث أن مثل هذا الابهام لا مفر منه فى أى مبادئ عامة ولا مفر منه فى القانون الحديث. يضاف إلى ذلك أن فى أغلب الحالات يمكن معرفة السلوك المخالف لمبدأ حسن النية. وعلى أية حال فإن التطبيق العملى للنصوص متى كشف عن غموض أو ابهام

---

(١) Disa sim op.cit., p.119-131.

انه يتم الرجوع إلي السوابق القضائية لتوضيح مثل هذه النصوص، ووجود مثل هذه السوابق هو أمر موجود على المستوى الدولى[١].

ونظراً لهذا الاختلاف فى الآراء بين مؤيد ومنكر لمبدأ حسن النية فى تكوين العقد، كانت المحاولات[٢] لوضع حلول توفيقية بين هذه الآراء كان أولها هو تقرير مبدأ حسن النية فى ديباجة الاتفاقية إلا أنه قد تم رفضه على أساس أنه سوف يكون عديم الأثر، وثانيا هو اقرار مبدأ حسن النية في النص الخاص لتفسير سلوك الأفراد وحالتهم، وهذا أيضاً قد تم رفضه على أساس أن الغرض من نص المادة ٥ لم يكن لتحديد نية الأطراف ولكن لفرض معيار معين للسلوك. حيث كان الاقتراح الأخير فى تقرير مبدأ حسن النية فى القاعدة العامة الخاصة بتفسير الاتفاقية لكى تشمل أيضا واجب مراعاة مبدأ حسن النية فى التجارة الدولية بالاضافة إلى أن يراعى في تفسير هذه الاتفاقية صفتها الدولية وضرورة تحقيق التوحيد فى تطبيقها (المادة ٧). وبالتالى ان التاريخ التشريعى لاتفاقية فينا يكشف بوضوح عن واجب أو الالتزام بمبدأ حسن النية فى تكوين العقد الدولى سواء فى مرحلة الايجاب أو مرحلة القبول.

---

(١) Gyula Ersi, op.cit., p.319.

(٢) Disa sim op. cit., No. 131.

المطلب الأول
الايجاب فى عقود
البيوع الدولية

تعريف الايجاب: الحقيقة أن كافة تعريفات الايجاب فى غالبية التشريعات المقارنة تعريفات فقهية(١) يساندها فى ذلك أحكام القضاء. حيث أنه لا يوجد تعريفات تشريعية للايجاب باستثناء بعض التشريعات كالتشريع الكويتى(٢). وغالبية هذه التعريفات الفقهية لا تخرج كلها عن اطار واحد وهو أن الايجاب هو عرض يوجهه أحد الطرفين للطرف الآخر يطرح به عليه موضوع العقد متضمنا معنى قصده البات فى الارتباط به إذا وافق عليه الطرف الآخر، ويستخلص هذا القصد البات من تضمن هذا العرض العناصر الأساسية للعقد المراد ابرامه وشروطه.

ولقد عبرت عن ذلك محكمة النقض المصرية حيث قضت«أن الايجاب هو

---

(١) انظر فى ذلك الدكتور عبد المنعم فرج الصده، سابق الاشارة إليه ص٩٨، الدكتورعبد الفتاح عبدالباقى، سابق الاشارة إليه، ص١٢٠، الدكتور عبد المنعم البدراوى، مصادر الالتزام، ص١٩٦، الدكتور حمدى عبد الرحمن، الالتزام، ص ٤٨٤، دار النهضة العربية ١٩٩٣/ ١٩٩٤.

(٢) تنص المادة ٢٩ من القانون المدنى الكويتى على «يعتبر ايجابا العرض الذى يتضمن عزم صاحبه على ابرام العقد بمجرد أن يقبله الموجب له ويلزم أن يتضمن على الأقل طبيعة العقد المراد ابرامه شروطه الأساسية». لمزيد من التفصيل راجع: الدكتور محمد شكرى سرور، أحكام عقد البيع الدولى للبضائع وفقا لاتفاقية فينا ١٩٨٠، ص ١٢٦ مجلة الحقوق، جامعة الكويت، س ١٨ العدد الثالث، سبتمبر١٩٩٤.

العرض الذى يعبر به الشخص الصادر منه علي وجه جازم عن ارادته فى ابرام عقد معين بحيث إذا اقترن به قبول مطابق انعقد العقد»(١).

وإزاء عدم وجود تعريفات تشريعية للايجاب يمكن بمقتضاها تمييزه عن المراحل السابقة له كالدعوة إلى التعاقد أو الدعوة إلى المفاوضات، أدى ذلك إلى أنه تدق فى بعض الأحيان التفرقة بين تلك المراحل السابقة عليه، حيث لا يوجد ما يمنع من توجيه الايجاب لأشخاص غير معينين. فيثار التساؤل عما إذا كان ذلك ايجابا أم أنه مجرد دعوة للتعاقد؟ فالاجابة على هذا السؤال تكون فى غالبية التشريعات المقارنة وفق ما يدرج من ظروف الحال(٢)، وذلك لعدم وجود قواعد محددة للتفرقة بين الايجاب والمراحل السابقة عليه، حتى أن المعيار الذى كشفت عنه محكمة النقض المصرية الذى يمكن بمقتضاه تمييز الايجاب عن غيره وهو النية القاطعة لم تكشف فى حكمها عن الصورة التى يتم فيها التعبير عن هذه النية، وإنما الذى كشف عنها هو الفقه بمعنى أن هذه النية القاطعة تستخلص من تضمن هذا العرض للعناصر الأساسية للعقد المراد ابرامه وشروطه.

إلا أن الأمر يختلف فى نطاق القواعد الموضوعية الدولية فيما يتعلق بالايجاب وتمييزه عن المراحل السابقة عليه حتى أن البعض(٣) يرى أن ما جاء

---

(١) نقض مدنى ١٩٦٩/٦/١٩ مجموعة أحكام النقض س ٢٠ ق قاعدة ١٥٩ ص ١٠١٧.

(٢) لمزيد من التفصيل حول التمييز بين الايجاب، الدعوى للتعاقد فى التشريعات المقارنة فى نظم القانون العام والخاص، انظر الدكتور بلال عبد المطلب بدوى، مبدأ حسن النية فى مرحلة المفاوضات التعاقدية فى عقود التجارة الدولية، ص١١٢، دار النهضة، سنة ٢٠٠١.

(٣) لمزيد من التفصيل، انظر فى ذلك الدكتور محسن شفيق، سابق الإشارة إليه ص ٩٣.
P.Kahn, op. cit., p. 964, B.Aduit, op. city., p. 57. N.2.

بالمادة ١٤ من اتفاقية فينا للبيوع الدولية للبضائع بشأن الايجاب يعد قاعدة جديدة من حيث أنه لا يعتد بالايجاب إلا إذا أعلن مصدره صراحة عن الارتباط به فى حالة القبول بالشكل الذى من شأنه أن يصبغ الايجاب بالطابع التعاقدى. حيث تضمنت المادة ١٤ الشروط التى يجب توافرها لكى نكون بصدد ايجاب تلك التى تنص على «يعتبر ايجاباً أى عرض لابرام العقد إذا كان موجها إلى شخص أو عدة أشخاص معينين، كان محددا بشكل كاف وتبين منه قصد الموجب فى الالتزام به فى حالة القبول، ويكون العرض محددا بشكل كاف إذا عين البضائع وتضمن صراحة أوضمنا تحديداً للكمية والثمن أو بيانات يمكن بموجبها تحديدها. أ- ولا يعتبر العرض الذى يوجه إلى شخص أو أشخاص غير معينين إلا دعوة للايجاب ما لم يكن الشخص الذى صدر عنه العرض قد أبان بوضوح عن اتجاه قصده إلى خلاف ذلك». وبالتالى فإن ما جاء بتلك المادة كما هو مبين يكون قد حسم مسألة التمييز بين الايجاب والمراحل التى تسبقه حيث إذا توافرت تلك الشروط كنا بصدد ايجاب وهى:

١ - تعيين الموجه له الايجاب: لكى يكون العرض موجها كإيجاب لابد أن يكون موجها إلى شخص أو عدة أشخاص، أما إذا كان العرض موجهاً إلي شخص غير معين أو أشخاص غير معينة، فإن نص المادة ١٤ قدأرسى مبدأ عدم اعتبار هذا العرض ايجابا وإنما هو مجرد دعوة إلى الايجاب ما لم يكن قد أبان بوضوح الموجب فى ايجابه عن اتجاه قصده إلى خلاف ذلك. وبذلك فإن ما قررته هذه الفقرة يعد خروجاً على ما هو مستقر عليه فى التشريعات الوطنية من حيث صحة الايجاب الموجه إلى الجمهور. فطبقاً للاتفاقية لا يعد ايجابا انما هو دعوة للايجاب ما لم يعلن الموجب عن اتجاه قصده فلا شك أن فى ذلك حماية لمن هم

حسنى النية عند توجيه العرض إليهم.

فإذا كانت اتفاقية فينا، والقانون الموحد قد اشترطا فى الايجاب أن يكون موجها إلى شخص معين أو أشخاص معينين، فإن اتفاقية فينا كانت أكثر ايضاحا وحسما فى حالة إذا ما كان الايجاب موجها إلى شخص معين أو أشخاص غير معينين، حيث لم ترتب عليه أى أثر سوى أنه يعد عرضا بالايجاب ما لم يتضح خلاف ذلك. فالمسألة فى القانون الموحد كانت غير واضحة وكان يتم استبعاد مثل هذا العرض العام(١).

٢- أن يكون العرض محددا: هذا ما تضمنته القواعد الموضوعية الدولية فى المادة ١/١٤ « ... ويكون العرض محدداً إذا عين البضائع وتضمن صراحة تحديداً للكمية والثمن أو بيانات يمكن بموجبها تحديدها » ويفسر الفقه(٢) ذلك أنه يجب أن يكون العرض متضمنا العناصر الأساسية للعقد وطبيعته، فإن لم يتضمن العقد العناصر الأساسية كنا بصدد دعوة للتفاوض أو مجرد أعمالا تحضيرية، بل ان القضاء يقرر أنه لا يوجد عقد صحيح قد تم ابرامه. وهذا ما قررته المحكمة العليا فى المجر فى القضية رقم ٣١٠٣٤٩ لسنة ١٩٩٢(٣) حيث أنه بعد مفاوضات مكثفة مع المدعى وهو صانع طائرات

---

(١) Schlechtriem op.cit., p.49.

(٢) انظر الدكتور حسام الأهوانى، المفاوضات قبل التعاقدية ومراحل اعداد العقد الدولى، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، جامعة عين شمس، العدد الثانى سنة ٣٨ يوليو ١٩٩٦ ص ٢٠٠، B.Aduit op. cit., p. 57.

(٣) حكم المحكمة العليا فى المجر فى القضية رقم ٣١٠٣٤٩ لسنة ١٩٩٢ (غير منشور). انظر ذلك فى موقع الدكتور حسام الصغير على شبكة الانترنت:
"http: 1/www.C.I.S.G. law. pace. edu/ cisgarabic/ index. html".

توبوليف مجرى، قدم المدعى وهو صانع أمريكى لمحركات الطائرات عرضين بديلين لنوعين مختلفين من محركات الطائرات دون أن يعطى سعراً محددا، واختار المدعى عليه أحد نوعى المحركات المعروضة وقدم طلباً لشرائه. وكانت الدعوى بصددهما إذا كان هناك عقد صحيح قد تم ابرامه، فقررت المحكمة الابتدائية أنه قد أبرم عقد صحيح على أساس أن العرض قد أوضح السلع ونص على طريقة تحديد الكمية والسعر. ولكن المحكمة العليا رأت غير ذلك حيث أن العرض والقبول غامضاً وبالتالى فكل منهما باطل لأنهما لم يحددا صراحة أو ضمنا سعر المحركات المطلوب شراؤها أو ينصان على طريقة لتحديده (المادة ١٤). لذلك نقضت المحكمة العليا حكم المحكمة الابتدائية وقررت عدم وجود عقد صحيح، وبالتالى لا توجد ثمة مشكلة بصدد أن يكون الايجاب محدداً، حيث أنه من المستقر عليه فقها وقضاء أنه إن لم يكن كذلك، فإنه لا يعد ايجاباً وإنما مجرد دعوة للمفاوضات أو مجرد أعمال تحضيرية، وبالتالى يكون أثره على العقد البطلان حيث أن عدم تحديد الثمن من شأنه أن يعصف بصحة العقد كما أنه قد يكون جهة للهروب من الاتفاق الذى يراه فيما بعد مجحفاً[١].

لكن المشكلة تثور فيما بين ما قررته المادة ١٤ من حيث أن يكون الايجاب محددا بالنسبة للثمن أو ما يمكن بمقتضاه تحديده وما قررته المادة ٥٥[٢] من حيث أن العقد يعد صحيحاً بالرغم من أنه لم يتضمن صراحة تحديدا

---

(١) P.schlechtriem op.cit., p. 50.

(٢) تنص المادة ٥٥ إذا انعقد العقد على وجه صحيح دون أن يتضمن صراحة أو ضمنا تحديدا لثمن البضائع أو بيانات يمكن بموجبها تحديده يعتبر أن الطرفين قدأحالاضمنا فى حالة عدم وجود ما يخالف ذلك إلى السعر الاعتيادى وقت انعقاد العقد بالنسبة للبضائع المبيعة فى ظروف مماثلة من نفس النوع من التجارة.

للثمن أو قابليته للتحديد، وبالتالى يبدو ثمة تعارض بين نص المادة ٥٥ والمادة ١٤.

فقبل أن نتعرض لبيان ما إذا كان هناك تعارضا بين نص المادة ٥٥ والمادة ١٤، نود أن نشير إلى أن ما جاء بنص المادة ١٤ من ضرورة أن يتضمن العرض الثمن أو قابليته للتحديد كان محل خلاف أثناء الأعمال التحضيرية لاتفاقية فينا، حيث كان هناك اقتراح من انجلترا بأنه ليس هناك حاجة إلى ضرورة أن يكون الثمن محددا فى الايجاب أو قابليته للتحديد وذلك لأن المادة ٥٥ تكون كافية، وبالتالى لا حاجة إلى ذلك. إلا أن هذا الاقتراح قد قوبل بالرفض من الاتحاد السوفيتى (روسيا حاليا) والعديد من الدول الأخرى وذلك لأن تحديد الثمن أو قابليته للتحديد فى الايجاب مسألة هامة خاصة فى ظروف معينة، كما هو فى حالة الاستعجال أو الثقة فى البائع عندما يكون الأطراف تجنبوا مسألة الثمن فى المفاوضات(١).

أما بصدد ما إذا كان هناك تعارضا ما بين نص المادة ١٤، ٥٥ من اتفاقية فينا فإن البعض من الفقه(٢) يرى أن الظاهر ينبئ أنه يوجد ثمة تعارض

---

(١) لمزيد من التفصيل انظر:
P.Christian mouly "le formation du contrateActes du colloques desle ret 2 decembre 1989 C.I.C.G. p;80 L.G.D.J.C.P., Schlechtriem op. cit., p. 51.

(٢) J.P.Plentard op.cit., p. 335 "sNous verrons plus loin que l'artical 55 de la convention vient contredire l'artical 14 avec le fuel il est en apparence incompatible".

بين نص المادة ١٤ ونص المادة ٥٥ لكن بالنظر إلى كل من المادتين نجـد أنه لا يوجد ثمة خلاف بينهما وذلك لاختلاف نطاق كلا منهما. فالمادة ١٤ خاصة بتكوين العقد، والمادة ٥٥ خاصة بتنفيذ الالتزامات[١] حيث لو خلا العقد من الثمن فالعبرة تكون بسعر السوق وقت ابرام العقد للبضائع المماثلة، حيث أنه من المتصور أنه يصدد ايجاب متضمنا الثمن أو قابليته للتحديد، لكن عند تحرير العقد يخلو من الثمن، فالعبرة تكون هنا بسعر السوق وقت ابرام العقد للبضائع المماثلة. فالمادة ٥٥ تتضمن الثمن ضمنيا ولا تخلو من تحديد الثمن[٢]، وبالتالى إذا صدر الايجاب غير متضمنا الثمن أو قابليته للتحديد وصادفه قبولا فإن العقد ينعقد، وتصبح المادة ٥٥ واجبة التطبيق. فهى كما قال البعض من الفقه أنها المنقذ للعقد من حيث أنه لا يجوز التمسك فيما بعد ببطلان العقد والتمسك بذلك من جانب من وجه إليه الايجاب، فهى تحد من سوء نية القابل للايجاب وحماية مصدر الايجاب حسن النية.

بمعنى أنه قد يصدر الايجاب من الموجب دون أن يكون محدداً للثمن أوقابليته لتحديده ويصدر القبول من الموجب له، إلا أنه بعد صدور القبول قد تنخفض الأسعار فيسارع القابل إلى المنازعة فى عدم وجود عقدصحيح علي

---

(١) قريب من هذا المعنى:

H.Neumayer et C.Ming, convention C.I.S.G, Cedidac, 1993 p. 14. et suiv car l'article14 enonce la defintion de l'offre et l'artical 55 traite du contrat conclu".

مشار إليه فى Lamy, op. cit. 4-75.

(٢) انظر ذلك فى: Christian mouly op.cit. 81.

اعتبار أن الايجاب قد صدر دون تحديد للثمن أو قابليته للتحديد، فلا يجاب إلى طلبه بعدم وجود عقد صحيح على اعتبار تطبيق المادة ٥٥، لأنه بقبوله لذلك الايجاب الغير محدد الثمن أو قابليته للتحديد فإرادته تكون قد اتجهت إلى تطبيق المادة ٥٥، اللهم إذا كان قد طلب من الموجب تحديد الثمن فكان رد الموجب أن الثمن سيتم تحديده فى وقت لاحق، فإن لم يحدد الثمن في وقت لاحق جاز له التمسك بعد بوجود عقد صحيح لأنه لا مجال لتطبيق نص المادة ٥٥، وذلك لأن الاحالة إلى سعر السوق الموجود وقت انعقاد العقد موقوفا على عدم وجود ما يخالف ذلك، والأطراف هنا فى هذه الحالة قد اتفقوا على ما يخالف ذلك من حيث أن الثمن سيحدد فى وقت لاحق.

وهذا ما أكدته هيئة التحكيم التجارى الدولى غرفة التجارة والصناعة بالاتحاد الروسى فى القضية رقم ١٩٩٣/٣٠٩السنة ١٩٩٥[١] رفعت شركة نمساوية (المدعى) دعوى مطالبة ضد شركة أوكرانية (مدعى عليه) بتعويضات عن أضرار ناجمة عن رفض الشركة الأوكرانية تسليم كمية معينة من البضائع. وأنكر المدعى عليه المسئولية علي أساس أنه لم يبرم أى اتفاق من هذا النوع بينه وبين المدعى، ولاحظت الهيئة عند تسويتها لهذا النزاع أن المادة ١٤ من اتفاقية البيع تنص على أن أى اقتراح بابرام عقد ينبغى أن يكون محددا بشكل كاف، يعتبر الاقتراح كذلك إذا تضمن بياناً بالبضائع وحدد نوعيتها

---

(١) حكم هيئة التحكيم التجارى الدولى، غرفة التجارة والصناعة بالاتحاد الدولى فى القضية رقم ١٩٩٣/٣٠٩.

انظر ذلك فى موقع الدكتور حسام الصغير، سابق الاشارة إليه، القضية رقم١٣٩.

وثمنها صراحة أو ضمنا أو نص على إجراءات لذلك، والواقع أن رسالة التلكس من المدعى عليه بشأن تسليم البضائع فى غضون مهلة محددة تضمنت بيانا بطبيعة البضائع وكميتها غير أنها غفلت ذكر ثمن هذه البضائع أو أى وسيلة لتحديد ثمنها، والاشارة الواردة برسالة التلكس إلى أن ثمن البضائع المعنية سيتفق عليه قبل بدء العام الجديد بعشرة أيام لا يمكن تفسيرها على أنها ذكر وسيلة لتحديد الثمن للبضائع، إذ أنها مجرد تعبير عن الموافقة على تحديد ثمن البضائع في وقت لاحق بالاتفاق بين الطرفين. وبذلك يكون المدعى الذى أكد مضمون رسالة التلكس قد عبر عن موافقته على ثمن البضائع الذى يجرى تحديده رهنا بالاتفاق بين الطرفين. ولاحظت الهيئة أن المادة ٥٥ من اتفاقية البيع التى تسمح بتحديد ثمن البضائع حيث لا تكون قد حددت صراحة أو ضمنا فى العقد أو حيث لا ينص العقد على وسيلة لتحديدها لا تنطبق فى هذه الحالة بالذات نظرا لأن الطرفين قد أشارا ضمنا إلى ضرورة التوصل مستقبلا إلى اتفاق بشأن الثمن، لم يتم فى وقت لاحق التوصل إلى اتفاق بين الطرفين حول الثمن.

فمما لا شك فيه أن نص المادة ١٤ والمادة ٥٥ فى القواعد الموضوعية الدولية أمراً يثير قدراً من الحيرة فى التفسير والصعوبة فى فك الاشتباك بين كل من النصين، خاصة إذا كان هناك تحفظا على الجزء الثانى أو الثالث. حيث يذهب جانب من الفقه بصدد ذلك إلى أنه إذا صدقت الدولة المتعاقدة على الجزء الثانى فقط (تكوين البيع) فلا يحكم الموضوع إلا المادة ١٤ فيكون تعيين الثمن أو قابليته للتعيين شرطا لصحة الايجاب فلا ايجاب بدونه، إذا صدقت الدولة على الجزء الثالث فقط (آثار البيع) فالمجال للمادة ٥٥ وحدها بحيث إذا خلا العقد من تضمين الثمن أو بيان كيفية تعيينه وجب افتراض إتجاه قصد

المتعاقدين إلى الأخذ بالثمن الذى يعنيه النص(١).

فهذا الرأى إن كان يضع حلا لهذه المشكلة فى حالة وجود تحفظ فإنه يجزء من شرط صحة الايجاب، بمعنى أنه طبقا للمادة ١٤ فإن الايجاب لا يكون صحيحا إلا إذا تضمن الثمن أو قابليته للتعيين، فى حين أن ذلك لا يشترط طبقا للمادة ٥٥ حيث أن العقد ينعقد بالايجاب دون اشتراط أن يكون الايجاب متضمنا الثمن أو قابلتيه للتعيين. ومن ثم لا توجد ثمة مشكلة فى التطبيق متى كان مصدر الايجاب والموجه إليه الايجاب ينتميان إلى دول متحفظة على الجزء الثانى أو الثالث. لكن المشكلة تثور في حالة إذا كان مصدر الايجاب ينتمي إلى دولة متحفظة على الجزء الثانى، أى بمعنى أنه يجوز أن يصدر الايجاب دون حاجة إلى أن يتضمن الثمن أو قابليته للتحديد، فالايجاب يعد صحيحا حيث لا تطبق المادة ١٤، والموجب له ينتمي إلى دولة متحفظة على الجزء الثالث دون الثانى، أى أنه يجب أن يصدر الايجاب متضمنا الثمن أو قابليته للتعيين خاصة لأن السكوت ان كان الأصل العام فيه أنه لا يعد قبولا إلا أنه يعد قبولا إذا وقع فى ظروف أو لابسته أوصاف يمكن معها افتراض أنه علامة رضا. ومثال ذلك يصدر (أ) ايجابا وهو من دولة تحفظت على الجزء الثانى أى أنه لا يشترط لصحة ايجابه أن يتضمن الثمن أو قابليته للتعين، ويعد ايجابه صحيحا إلى (ب) وهو من دولة تحفظت على الجزء الثالث، أى يشترط لصحة الايجاب أن يكون متضمنا الثمن أو قابليته للتعيين ويسكت (ب) ولم يقم بالرد على (أ) وقد كانت هناك معاملات بينهما كان يعد فيها سكوت (ب) على أنه قبولا، وفى هذه الحالة اعتقد (أ) أن سكوت (ب) قبولا

---

(١) الدكتور محسن شفيق، سابق الاشارة اليه ص ١٩٥ ومابعدها.

كما هو الحال في المعاملات السابقة. إلا أن (أ) فوجئ من (ب) أنه يقرر بعدم وجود تعاقد وذلك لأن ايجابه لم يتضمن الثمن أو قابليته للتحديد حيث أن دولته قد تحفظت على الجزء الثالث فقط دون الثاني، أي يشترط لصحة الايجاب أن يكون متضمنا الثمن أو قابليته للتعيين. ففي هذه الحالة يفسر سكوت (ب) على أنه قبولا وينعقد العقد تأسيسا على مبدأ حسن النية، ولا يحق لـ (ب) أن يتمسك بعدم وجود عقد صحيح، على اعتبار أن الايجاب خاليا من الثمن أو قابليته للتحديد إذ كان عليه ألا يلتزم الصمت كما هو الحال في المعاملات السابقة بينهما، بل كان يتعين عليه أن يعلن موقفه من هذا الايجاب بالذات لأن تمسكه بعدم صحة الايجاب يعد مخالفا لمبدأ حسن النية، ولماذا لم يعلن ذلك في المعاملات السابقة بينهما.

لا جدال أن هذا الحل لهذه المشكلة هو حلا أحاديا وليس حلا كليا. فماذا يحدث لو لم يكن هناك معاملات سابقة بينهما. فمن ثم سوف تصبح المسألة خاضعة بشكل مطلق لإرادة الموجب له بجعله الوحيد هو الحكم على الظروف من حيث صحة الايجاب من عدمه، فإذا انخفضت الأسعار فلا شك أن الايجاب لمصلحته فيسكت ولا يقوم بالرد ويستمر في التعاقد ولا يتمسك ببطلان الايجاب، أما إذا ارتفعت الأسعار فيسكت ولا يقوم بالرد بغرض التنصل من ابرام عقد صار من غير الملائم له ابرامه. وعند المنازعة عما إذا كان هناك عقد صحيح قد تم ابرامه، فيدفع بعدم وجود عقد صحيح على اعتبار أن الايجاب غير صحيح، وبالتالي فإن هذا الأمر يفتح الباب لسوء النية، لذلك فانه يجب عدم الاعتداد بمثل هذه التحفظات متى صدر الايجاب متفقا وأحكام المادة ١٤، ٢٤ من اتفاقية فينا، ومن ثم لا يجوز التمسك بعدم وجود عقد صحيح. وهذا

ما يكشف عنه القضاء الألمانى فى القضية رقم 7U4560/94[1] حيث قررت المحكمة بصدد النزاع القائم بين بائع فنلندى (شركة فنلندية)، ومشترى المانى حتى إذا كانت فنلندا قد أعلنت عدم التزامها بالجزء الثانى من اتفاقية البيع المتعلق بتكوين العقد... فمادام موضوع العقد متفقا وأحكام المواد ١٤، ٢٤ من اتفاقية البيع، حيث أن المدعى عليه (الالمانى) قد ثبت موافقته على العقد بتوقيعه عليه وقبوله البضائع عند وصولها ثم بينت الشركة الفنلندية (المدعى) قبولها للعقد بتسليمها للبضائع، ومن ثم يوجد عقد صحيح. وبذلك فإن عدم الاعتداد بمثل هذه التحفظات من شأنه عدم فتح الباب لسوء النية، والتنصل من عقد قد يرى أنه لا فائدة من اتمام تنفيذه على سند أن ابرامه لم يتم على الوجه الصحيح.

٣- **الإرادة الجازمة**: لقد تطلبت المادة ١/١٤ لصحة الايجاب فضلا عن أن يكون موجها إلى شخص معين أو أشخاص معينة أن يتبين منه اتجاه قصد الموجب إلى الالتزام به فى حالة القبول. فمعنى ذلك عدم افتراض الإرادة الجازمة عند توجيه العرض أى لابد من بيان هذه الإرادة الجازمة. فماذا لو أن الايجاب قد توجه إلى شخص معين أو أشخاص معينين دون بيان اتجاه قصد الموجب إلى الالتزام به فى حالة القبول؟ فطبقا لظاهر النص فالايجاب غير صحيح.

---

(١) حكم المحكمة الالمانية فى القضية رقم 7U 4560 لسنة ١٩٩٢ غير منشور.
انظر فى ذلك موقع الدكتورحسام الصغير عاى شبكة الانترنت، القضية رقم١٣٤.

ويذهب البعض من الفقه[١] أنه فى حالة صدور الايجاب لشخص معين أو أشخاص معينة دون بيان أن إرادته قد اتجهت إلى الالتزام به فى حالة القبول، فانه فى هذه الحالة يتعين اللجوء إلى نص المادة ٨[٢] من الاتفاقية، ومن ثم يعد أساس هذا الاتجاه هو مبدأ حسن النية، حيث أنه إذا كانت إرادة مصدر الايجاب غير واضحة بشكل كاف فللطرف الآخر اللجوء إلي القاعدة الخاصة بالنية الواردة فى نص المادة ٨، وبالتالي إذا كان الموجب له ليس لديه أى شك فيما يقصده الطرف الآخر فإنه يجب بالتأكيد تكييف ذلك العرض على أنه ايجاب.

وعلى خلاف هذا الاتجاه يذهب اتجاه آخر من الفقه[٣] إلى أنه لا يمكن اللجوء إلى نص المادة ٨ من اتفاقية فينا، حيث يجب أن يتبين من الايجاب صراحة قصد الموجب إلى الالتزام به فى حالة القبول، ويستند فى ذلك إلى حكم محكمة الاستئناف الفرنسية التي قررت حديثا ضرورة التمسك بما قررته الاتفاقية فى المادة ١/١٤ لأن العرض بالتعاقد لا يمكن تكييفه على أنه ايجاباً إلا إذا كان مبينا اتجاه قصد الموجب إلي الالتزام به فى حالة القبول.

---

(١) Heuze op. cit. p.138, Lamy, op.cit., 4,74.

(٢) تنص المادة ٨ من اتفاقية فينا على «فى حكم هذه الاتفاقية تفسر البيانات والتصرفات الصادرة عن أحد الطرفين وفقا لما قصده هذا الطرف متى كان الطرف الآخر يعلم بهذا القصدأو لا يمكن أن يجهله. ٢- فى حالة عدم سريان الفقرة السابق، تفسر البيانات والتصرفات الصادرة عن أحد الطرفين وفقا لما يقرره شخص سوى الادراك ومن نفس صفة الطرف الآخر إذا وضع فى نفس الظروف. ٣- عندما يتعلق الأمر بتعيين قصد أحد الطرفين أو ما يفهمه شخص سوى الادراك يجب أن يؤخذ فى الاعتبار جميع الظروف المتصلة بالحالة، لاسيما المفاوضات التى تكون قد تمت بين الطرفين والعادات التى استقر عليها التعامل بينهما والأعراف وأى تصرف لاحق صادر عنهما.

(٣) Jean thiffry et chantal Granier op.cit., p.29.

ونرى أن الاتجاه الأول هو الأولى بالتأييد لتوافقه ومبدأ حسن النية. فمتى صدر الايجاب من الموجب وكان الموجب له على علم بما يقصده الموجب أو كان بامكانه العلم بما يقصده وعلم بما يقصده وأرسل الموجب له قبوله على هذا الأساس انعقد العقد. وفى حالة منازعته بصدد هذا الايجاب فإنه لم يتبين منه إرادته الجازمة نحو ابرام العقد في حالة القبول فإنه يمكن اللجوء إلى معيار الشخص المعتاد الذى يعد العنصر الحاسم فى هذه المسألة. إلا أنه لا يجب اغفال المفاوضات السابقة وكذلك الأعراف السائدة بين الأطراف وأى تصرف لاحق صادر عنهما.

أثر الايجاب: القاعدة العامة أن الايجاب باعتباره تعبيرا عن الإرادة لا يحدث أثره بمجرد صدوره من الموجب إلا بعد اتصاله بعلم الموجب له، وهذا ماهو مستقر عليه فى كافة التشريعات المقارنة وما تقضى به المادة ٩١ من القانون المدنى «ينتج التعبير عن الإرادة أثره في الوقت الذى يتصل فيه بعلم من وجه إليه ويعتبر وصول التعبير قرينة على العلم به ما لم يقم الدليل على عكس ذلك. وهذا ما أخذت به أيضا القواعد الموضوعية الدولية فتنص المادة ١/١٥ من اتفاقية فينا على «يحدث الايجاب أثره فى وقت وصوله للمخاطب» فمجرد العلم بالايجاب دون وصوله لا يترتب عليه أثر الايجاب ويتحقق وصول الايجاب إما بابلاغه شفويا أو تسليمه للموجب له شخصيا بأى وسيلة أخرى أو تسليمه فى مكان عمله أو عنوانه البريدى أو لدى تسلمه فى مكان سكنه المعتاد إذا لم يكن له مكان عمل أو عنوان بريدى، وهذا ما تقرره المادة ٢٤[1] من اتفاقية فينا.

---

(١) تنص المادة ٢٤ على «يعتبر الايجاب أو الاعلان عن القبول أو أى تعبير آخر عن القصد =

تبدو أهمية أثر الايجاب فى نطاق عقود البيع الدولية من حيث أن هذه العقود غالبا يتم فيها التعاقد بطريق المراسلة، ومن ثم تبدو هناك فترة زمنية بين صدور الايجاب من الموجب واتصال علم الموجب له بالايجاب، وبالتالى هل يمكن للموجب أن يعدل عن ايجابه فى تلك الفترة، فإن فعل ذلك فلا مسئولية عليه ومن ثم لا مجال لحسن النية هنا، إلا أن ذلك مشروطا بأن يصل العدول قبل وصول الايجاب أو في وقت وصوله. وهذا ما أخذت به بعض التشريعات الوطنية(١). كالقانون الألمانى، والقانون السويسرى، والقانون الكويتى، وإن كان المشرع المصرى لم يأخذ بها وذلك على اعتبار عدم الحاجة إليها(٢). وهذا ما أخذت به القواعد الموضوعية الدولية حيث تنص المادة ٢/١٥ من اتفاقية فينا «**يجوز سحب الايجاب ولو كان غير قابل للرجوع فيه متى وصل سحب الايجاب إلي المخاطب قبل وصول الايجاب أو فى وقت وصوله**».

ومن ثم إذا عدل الموجب عن ايجابه فى هذه الحالة يسقط الايجاب حتى إذا صادفه قبولا فلا قيمة له اللهم إذا استلم الموجب له الايجاب ولم يصله العدول عن الايجاب قبل وصوله أو مع وصوله. ففى هذه الحالة يصبح الايجاب ساريا إلا أنه بوصول الايجاب إلى الموجب له تنتقل مرحلة الايجاب بالنسبة للموجب

= قد وصل إلى المخاطب عند ابلاغه شفويا أو تسليمه إليه شخصيا بأى وسيلة أخرى أو تسليمه فى مكان عمله أو فى عنوانه البريدى أو لدى تسليمه أو فى مكان سكنه المعتاد إذا لم يكن له مكان عمل أو عنوان بريدى».

(١) القانون الالمانى م ١٣٠، القانون السويسرى م ٩، المادة ٣٧ من القانون الكويتى.

(٢) لقد كانت المادة ١/١٢٥من المشروع التمهيدى التى أصبحت المادة ٥٥ تتضمن هذا الحكم لكن قد تم حذف تلك العبارة من لجنة المراجعة لعدم الحاجة إليها.

إلى مرحلة أثر الايجاب بالنسبة للموجب له ومدى حق الموجب فى الرجوع عن ايجابه.

الرجوع عن الايجاب: حتى القرن السابع عشر وبداية القرن الثامن عشر كانت قاعدة الرجوع فى الايجاب غير ذات أهمية، حيث كانت قواعد القانون الرومانى هى القواعد السائدة فلم يكن للايجاب أى قوة ملزمة يمكن نسبتها إلى الموجب. وذلك لأن العقود كان يتم ابرامها وجها لوجه فكان الأطراف يتفاوضوا شفويا ثم يبرمون العقد، فالمشترى يدفع الثمن والبائع يقوم بتسليم الشئ المبيع، وبالتالى كانت مسألة الرجوع عن الايجاب غير ذات أهمية وذلك بسبب الطبيعة الفورية للعقود.

إلا أن هذا الوضع قد تغير مع أواخر القرن الثامن عشر وبداية القرن ١٩ حيث ظهر أول تشريع جديد متضمنا الرجوع في الايجاب فى بروسيا سنة ١٧٩٤ ثم تلاه التشريع الاسترالى سنة ١٨١١، حيث أصبح المفهوم الجديد لقاعدة الرجوع فى الايجاب هو أنه لا يجوز الرجوع في الايجاب فى الفترة المحددة من قبل المشرع(١).

أصبح هناك أربع اتجاهات رئيسية فى التشريعات الوطنية اثنان منها فى نظم القانون العام واثنان فى نظم القانون الخاص. فبشأن نظم القانون العام فالقاعدة المستقر عليها فى القانون الانجليزى هو أنه يجوز للموجب الرجوع عن الايجاب حتى لو كان مقترنا بميعاد معين للقبول اللهم إذا كان هناك مقابل

---

(١) Shahdeen Malik : offer revocable or irrevocable, will A.,16 of the C.I.S.G. ensur Uniformity? 25 Indian, J.int'l 1985, p.26-27.

بمعنى أن يكون الموجب له قد أعطى مقابلا للموجب حتى يظل الايجاب مفتوحا when it is so supported it becomes an option أو كان الايجاب فى سند موقع ومختوم من الموجب(١)، إلا أن هذا الوضع قد تغير بتدخل القضاء والمشرع الانجليزى. ففى عام ١٩٣٧ أدخل البرلمان الانجليزى(٢) تعديلا تشريعياً مؤداه أنه متى وعد الموجب أن لن يسحب ايجابه خلال فترة محددة فإنه يصبح ملتزماً ببنود هذا الوعد حتى انقضاء هذه الفترة، ثم أضاف القضاء حالة أخرى سنة ١٩٥٨(٣) فى حكمه الصادر بصدد الخطابات التى انتهى القضاء بشأنها إلى «يعد هذا الخطاب بما ورد فيه من شروط غير قابل للرجوع فيه وانه لا يوجد شك فى أن تصرف المدعى بناء على ما ورد فى هذا الخطاب من تعهدات جعل منه أمراً غير قابل للرجوع فيه بين المدعى والمدعى عليه.

أما بالنسبة للقانون الأمريكى، كانت القاعدة المستقر عليها فى قانون البيع الأمريكى الموحد(٤) the uniform sales law أن كل ايجاب قابل للرجوع

---

(١) C.M. Schmitthoff "the law and practice of international land, p. 90 London 1993.

(٢) Shahdeen Malik. op. cit., p. 27.

(٣) لمزيد من التفصيل راجع د. بلال عبد المطلب بدوى، سابق الاشارة إليه ص ١٢٠ هامش (١).

(٤) اتبع قانون البيع الأمريكى الموحد الصادر سنة ١٩٠٦ النهج ذاته الذى اتبعه قانون بيع البضائع الانجليزى والصادر سنة ١٨٩٣ نظرا لاعتبار القانون الانجليزى بمثابة تقنين للقواعد المستقر عليه افى شأن البيوع وفقا للقانون المشترك common law. الدكتور أحمد أحمد الرشود، انتقال الملكية فى عقد البيع البحرى للبضائع، دراسة مقارنة بين أحكام التقنين التجارى الأمريكى الموحد، القانون الكويتى، ص١٤٣، مجلة الحقوق جامعة الكويت، العدد ٣ السنة الرابعة والعشرون سبتمبر ٢٠٠٠.

فيه حتى لو كان مقيدا بفترة زمنية معينة. ومن التطبيقات القضائية لهذه القاعدة من جانب القضاء الأمريكى حكمه الصادر فى قضية James Baird Co.V.Gimbd Bors inc. حيث تم تقرير القاعدة العامة من حيث أن الايجاب لا يكون قابل للرجوع فيه ولا يوجد أى الزام للموجب(١).

إلا أن واضعى القانون التجارى الموحد(٢) قد أدركوا أن العديد من المبادئ التى تحكم العقود بصفة عامة ليست مستحبة فى العقود التجارية لاسيما عقود البضائع، وبالتالى تم تعديل وتغيير عدد من القواعد العامة تلك التى كان من بينها امكانية الرجوع فى الايجاب(٣)، حيث تضمن هذا القانون فى المادة ٢/٢٠٥:

on offer is irrevocable if mad by merchant in writing and assuring that it would be open, if no time is stated then the offer would be seemed to be irrevocable for a reasonable tim but shall not exceed three months".

---

(١) shahdeen Malik op.cit., p.: مشار إليه فى: 64.F 2d (1933), p. 344 27 N.15.

(٢) يعد القانون التجارى الموحد نتاج جهود كل من المجلس الوطنى لمفوضى قوانين الولايات المتحدة Nationd conerence of commissioners an uniform state lawes و معهد القانون الأمريكى American law institute على مدى سنوات طويلة من العمل، قد بدأت فكرة وضع تقنين تجارى شامل ليحل محل التشريعات الموحدة سنة ١٩٤٠،إلا أن التقنين التجاريالموحد لم يصدر إلا فى سنة ١٩٥٢وخضع لعدة تعديلات كان أخرها سنة ١٩٧٨، الدكتور أحمد أحمد الرشود، سابق الاشرة إليه ص ١٤٤.

(٣) د.محمود محمد على صبرة، سابق الاشارة إليه ص ٣٦.

بل ان قانون ولاية نيويورك[١] عند تطبيقه للقانون التجارى الموحد كان أكثر اتساعا حيث قرر:

"irrevocability is not limeted to offers by merechants nor is it confined to a three months time limit".

لم تكن هذه الحالة التشريعية فحسب تلك التى قررت عدم قابلية الايجاب للرجوع بل تضمن أيضا تقنين العقود الأمريكية[٢] Restatement sec-ond of contracts 205 فى القسم ٤٥ حالة أخرى لحالة عدم قابلية الايجاب للرجوع فيه حيث نص على أن «الايجاب الذى يتطلب قبوله قيام الموجب له بعمل وليس مجرد اصدار وعد فإنه يؤدى إلى قيام عقد اختيارى بمجرد أن يبدأ

---

(١) Shahdeen Malik op. cit., p.27 No. 16.
ومن الدول التى تأثرت بالقانون التجارى الأمريكى الموحد القانون الكندى حيث أخذ بذات النص المقرر فى القانون الأمريكى حيث قرر عدم رجعية الايجاب انظر فى ذلك أيضا:
Shehdeen Malik op.cit., p. 27 No. 19.

(٢) ان تقنين العقود الأمريكية صدر فيما بعد القانون التجارى الأمريكى الموحد كان متأثرا بذلك القانون بمعنى أن واضعى ذلك القانون كانوا متأثيرن بالقانون التجارى الموحد وليس له قوة الزامية شأن التشريع:
Restatement does not have the binding fore the legislation allan Farsworth "duties of good faith and fair dealing ander the undroit and C.I.S.G National law, 3 tul. J.int'l& comp L.47 et 55.
ويمكن ارجاع ذلك إلى أن Restatement تلك التى تم وضعها بواسطة معهد القانون الأمريكى لتوضيح المفاهيم العامة فى القانون والتعديلات التى طرأت عليه واتجاهات الكتاب الواردة فى كافة فروع القانون وما نعتقد تغييره لضرورة تغييره ومن بينها قانون العقود .Black"s law Dictionary p. 1313.

الموجب بتنفيذ ما يتطلبه الايجاب ٢- يتوقف تنفيذ الموجب للالتزامات الواردة في الايجاب على شرط اتمام الموجب له لتنفيذ ما جاء فى الايجاب على النحو الوارد به.

ومن التشريعات الوطنية الأخرى التى تنتمى إلى نظم القانون العام تلك التى تأخذ بالقاعدة العامة وهى جواز العدول عن الايجاب، التشريع الهندى الصادر سنة ١٨٧٢[١] الذى نص فى القسم ٢٥ منه أن «العرض الذى يتم بدون مقابل يكون لاغ». وبالرغم من أن هذا القسم قد تضمن استثناءات على تلك القاعدة إلا أنها لم يكن لها ثمة تأثير على القاعدة العامة وهى قابلية الايجاب للرجوع فيه.

ومن ذلك يتضح أن قاعدة عدم قابلية الايجاب للرجوع فيه فى نظم القانون العام هى القاعدة العامة في المعاملات دون التجارية، فغالبية الاستثناءات الواردة بهذه القاعدة العامة هى استثناءات خاصة بالمعاملات التجارية، بمعنى أن الايجاب لم يصبح قابل للرجوع فيه. ففى القانون الأمريكى وفقا لما قررته المادة ٢/٢٠٥ خاص بالمعاملات التجارية فى حين أن قاعدة قابلية الايجاب للرجوع فيه مازالت قائمة ومطبقة فى غير المعاملات التجارية.

---

(١) لم يكن التشريع الصادر فى الهند سنة ١٩٧٢ هو التشريع المطبق فى الهند فقط ولكن أيضا فى باكستان وكذلك بنجلاديش وكانت الاستثناءات بصدد عدم رجعية الايجاب كالاتى: ١- متى كان الوعد مكتوبا ومسجلا فى وثيقة رسمية ٢- متى كان الوعد تعويضا عن قاعدة سبق الحصول عليها. ٣- متى كانالوعد بتعويض عن الالتزام الذى يتم أداءه.
Shahdeen Malik op.cit., p. 28 N. 20.

أما بالنسبة لنظم القانون الخاص، فنجد أن التشريعات الوطنية التى تنتمى إلى نظم القانون الخاص تتباين فيما بينها بصدد قابلية الايجاب للرجوع فيه. فالقانون الفرنسى(١) يجوز فيه العدول عن الايجاب حيث لا يوجد به نصا يقرر الزام الموجب بايجابه متى اقترن بميعاد محدد، وان كان القضاء الفرنسى يجمع على الزام الموجب بايجابه متى اقترن بميعاد معين للقبول، بل ثمة اتجاه فى الفقه يذهب إلى اعتبار أن كل ايجاب مقترنا بميعاد مقبول يكون ملزماً خلاله ويتيح لمن وجه إليه فرصة مناسبة للتفكير(٢). فى حين أن القانون المدنى المصرى يرى أنه إذا كانت القاعدة العامة فيه هي جواز الرجوع عن الايجاب فإنه قد تضمن نصا تشريعيا يقرر عدم جواز الرجوع فى الايجاب متى اقترن بميعاد معين للقبول ليس هذا فحسب انما قد يستخلص هذا الميعاد من ظروف الحال أو طبيعة المعاملة ويشارك القانون الالمانى القانون المصرى فى ذلك، إلا أنه يتميز عنه بصدد القاعدة العامة من حيث أن الايجاب متى صدر غير قابل للرجوع

---

(١) لقد كان هناك ثمة اتجاه عند اعادة النظر فى مراجعة القانون المدنى الفرنسى نحو جعل الايجاب غير قابل للرجوع متى كان محددا بفترة زمنية معينة حيث اقترحت ذلك اللجنة المشكلة لهذا الغرض:

the commisson charged with the reform of french code civil proposed a rule whereby offers stated to be open for a certain period of tim could not be withdrawn until that period elapsed unless the withdrawal resched offeree before the offer, the some was to be apply when a period during which the offer was to remain open could be in ferred from cireumstances.

-Konard Zweigertand hein katr,an introduction to comparative law New York,1977 p.32-33.

انظر ذلك فى: Shahdeen Malick, op.cit., p. 3, N. 23.

(٢) الدكتور عبد الفتاح عبد الباقى، سابق الاشارة إليه ص ١٣١ هامش.

فيه(١).

ومن ثم فإنه إذا كانت القاعدة العامة هى جواز العدول عن الايجاب إلا أن هذه القاعدة مقيدة بألا يكون الايجاب مقترنا بميعاد للقبول لأنه متى كان كذلك فلا يجوز الرجوع عنه فى خلال هذه الفترة، بل ان بعض التشريعات تجعل مجرد صدور الايجاب ملزما متى لم يكن مقترنا بميعاد معين للقبول كالقانون الالمانى، اليابانى والسويسرى، البلجيكى(٢).

ومن ذلك نجد أن قاعدة الرجوع فى الايجاب فى نظم القانون العام الأصل فيها جواز الرجوع والاستثناء عدم جواز الرجوع وذلك فقط فى المعاملات التجارية، فى حين أنه فى نظم القانون الخاص الأصل العام هو جواز الرجوع في الايجاب اللهم إذا اقترن بميعاد للقبول، فلا يجوز الرجوع فى الايجاب فى ذلك الميعاد سواء فى المعاملات المدنية أو التجارية، بل ان بعض تشريعات هذه النظم تجعل الايجاب ملزما بمجرد صدوره وبالتالى ان هذا الاختلاف يبدو أثره فى تحديد لحظة القبول التى بها يتم ابرام العقد تلك التى تختلف التشريعات الوطنية بشأنها، فالقانون الالمانى وكذلك البلجيكى يأخذان بنظرية الاستلام، أما القانون الانجليزى فيأخذ بنظرية الارسال ولقد كان لهاتين النظريتين أثرا على أعمال Uncitral(٣) أثناء اعداد القواعد الخاصة بتكوين العقد ووفقا

---

(١) Art 145 of the German civil code "stats Binding effect of offer whoever to the onther to enter a contrat is bound by the offer unlees be has excluded being so bound".

مشار إليه فى: Shahdeen Malik, op. cit., p. 27, N. 9.

(٢) مارسيل فونتان، فترة ما قبل التعاقد وتحضير العقد الدولى على مراحل، معهد قانون الأعمال الدولى، جامعة القاهرة، سنة ١٩٩٤، ص ١١٥.

(٣) Gyula Ersi op.cit., p.16.

لنظرية الاستلام فالموجب له الحق فى الرجوع عن الايجاب حتى لحظة استلام القبول، ووفقا لنظرية الارسال فالموجب له الحق فى الرجوع عن الايجاب حتى لحظة ارسال القبول.

إزاء هذا الصراع، فلقد حاولت لجنة uncitral التوفيق بين كل من النظريتين، فتضمنت مسودة الاتفاقية المادة ١٤ (أصبحت المادة ١٦) متضمنة قاعدة عامة وهى أن الموجب له حق الرجوع فى الايجاب حتى يتم العقد ما لم يرسل الموجب له ايجابه - هنا أخذت بنظرية الارسال فى القانون العام - ثم جعلت هذه القاعدة تخضع لاستثنائين: الأول هو أن الموجب يتقيد بإيجابه متى اقترن بميعاد للقبول - هنا أخذت بنظم القانون الخاص - إذ أعلن ذلك فى ايجابه، والثانى، هو أن الموجب يتقيد بإيجابه متى كان للموجب له الحق فى الاعتماد على هذا الايجاب - فى هذا الاستثناء أخذت بنظم القانون العام. وهذا يكشف أن التوفيق بين نظم القانون العام والخاص بصدد قابلية الرجوع فى الايجاب كان فى صالح القانون العام. لقد تم الأخذ بنص المادة ١٤ أى الصيغة النهائية للاتفاقية تلك التى أصبحت المادة ١٦ التى تنص على «يجوز الرجوع فى الايجاب لحين انعقاد العقد إذا وصل الرجوع عن الايجاب إلي المخاطب قبل أن يكون هذا الأخير قد أرسل قبوله ٢- ومع ذلك لا يجوز الرجوع عن الايجاب إذا تبين منه أنه لا رجوع فيه سواء بذكر فترة محددة للقبول أو بطريقة أخرى. ب - إذا كان من المعقول للمخاطب أن يعتبر أن الايجاب لا رجوع عنه وتصرف على هذا الأساس».

---

(١) Lamy contrats internationaux. Tom. 3, 1994, 4-75.

إن أول ما يلاحظ على نص المادة ١٦ من اتفاقية فينا أنها لم تأخذ بمبدأ حسن النية فى العدول عن الايجاب كما هو الحال في القانون الموحد فى المادة ٢/٥[١]. وليت أن المادة ١٦ قد أخذت بهذه القاعدة تلك التى من شأنها حل مشكلة رئيسية بصدد القاعدة العامة في المادة ١٦ وتطبيقها من الناحية العملية ذلك الذى يبدو سهلا وبسيطا فى حين أن الأمر على العكس من ذلك، فالقاعدة فى المادة ١٦ قد أخذت بنظرية ارسال القبول، بمعنى أن الموجب له حق العدول عن الايجاب حتى ارسال القبول، فالمشكلة التى تثور هنا هو أن الموجب قد يقوم بارسال رجوعه عن الايجاب إلى الموجب له فى ذات الوقت الذى أرسل فيه الموجب له قبوله، ليس هذا فحسب بل مقترنا بفعل كارسال الثمن. ومثال ذلك أرسل الموجب ايجابه إلى الموجب له وقام الموجب له بارسال قبوله يوم ١ يناير فى حين أن الموجب قد أخطر الموجب له بعدوله عن ايجابه يوم ٣ يناير، ولكن القبول كان وصل إلى الموجب يوم ٥ يناير، فتطبيقا للقاعدة العامة فى المادة ١٦ يكون حق الرجوع عن الايجاب قد سقط يوم ١ يناير، حيث أن الاتفاقية تأخذ بنظرية الارسال. ولذلك ذهب البعض من الفقه إلى أنه ربما كان من المفيد أن تتضمن الاتفاقية الزام الموجب له باخطار الموجب أن الاخطار قد وصل إليه متأخرا تطبيقا لمبدأ حسن النية ذلك الذى تم رفضه بشأن تكوين العقد، وذلك لما كان سيقوم به فى حل مثل هذه المشاكل[١]. حيث أن مثل هذا الرجوع يكون في أغلب الأحوال بسبب ارتفاع الأسعار للبضاعة المعلن عنها، ومن ثم ان هذا الرجوع يكون بسوء نية ومغاير لما تفرضه الأمانة التجارية. وهذا ما كان يتضمنه القانون الموحد بشأن الحالات التى لا يجوز فيها الرجوع عن الايجاب.

---

(١) Gyual Ersi op.cit., p. 318.

حالات عدم جواز الرجوع فى الايجاب: لقد تضمنت المادة ٢/١٦ الحالات الاستثنائية على القاعدة العامة تلك التى فيها لا يجوز الرجوع عن الايجاب ١- إذا تبين منه أنه لا رجوع فيه سواء بذكر فترة محددة للقبول أو بطريقة أخرى، وهذه الفقرة من المادة ٢/١٦ كانت محل خلاف فى الرأى أثناء الأعمال التحضيرية لاتفاقية فينا ومؤتمر فينا، حيث كانت تلك الصياغة لهذه الفقرة للتوفيق بين وجهتى نظر أنصار القانون العام وأنصار القانون الخاص. وبالرغم من أن القاعدة العامة فى نظم القانون الخاص هو أن الايجاب غير قابل للرجوع فيه، فقد وافق ممثلو نظم القانون الخاص على القاعدة العامة فى المادة ١٦وهى أن الايجاب يجوز الرجوع فيه ،وحاولوا اقناع ممثلى القانون العام بالموافقة على المادة ٢/١٦، وذلك لأنهم عندما يصدرون عروضهم مفتوحة لفترة معينة فيحسن أن تكون هذه العروض غير قابلة للرجوع فيها. فكان رد ممثلى نظم القانون العام أن هذه الفقرة لا تميز بين العرض المؤكد الذى لا يمكن الرجوع فيه والعرض الذى ينتهي فى وقت معين ويمكن الرجوع فيه فى أى وقت(١). إزاء ذلك صدرت المادة ٢/١٦ متبنية كل من الاتجاهين حيث قد أخذت بنظم القانون الخاص بمعنى أن الايجاب المحدد بفترة زمنية معينة لا يجوز الرجوع فيه، وأخذت بنظم القانون العام بمعني أن الايجاب لا يجوز الرجوع فيه متى تبين منه أنه لا رجوع فيه.

وبالتالى، فإن صياغة هذه الفقرة بهذا الشكل التوفيقى بين نظم القانون العام والخاص، قد أوجد قدرا من الحيرة فى التفسير بصدد الايجاب المحدد

---

(١) P.Winship "formation of C.I.S.G int'l lawyer p. 7. 1983.

بفترة زمنية معينة من حيث هل يمكن الرجوع فيه أم لا، خاصة أن الأعمال التحضيرية للاتفاقية[١] بدلا من أن تساعد علي حل هذه المشكلة فى التفسير فقد زادت الأمر تعقيدا، حيث أنها تارة قررت أن تحديد ميعاد معين للقبول لا يعنى أن الايجاب غير قابل للرجوع فيه، وتارة أخرى قررت أن الايجاب المحدد به وقت معين للقبول فانه تلقائيا لا يجوز الرجوع فيه، وبالتالى فان التاريخ التشريعى هنا يكون قد خالف القاعدة المستقر عليها وهى أنه متى ثبت أنه يوجد نص يثير مشكلة فى التفسير فإنه يتم اللجوء إلى الأعمال التحضيرية لهذا النص للوقوف على إرادة المشرع الحقيقية، وهو ما لم يتضح من الأعمال التحضيرية لهذه الفقرة، بل ان التاريخ التشريعى ذاته قد زاد الأمر سوءا مما أدى بالفقه إلى محاولة تفسير ذلك.

لقد ذهب جانب من الفقه[٢] إلى أن تحديد فترة معينة للقبول ربما يخلق افتراضا أن الايجاب يشير إلى أنه لا رجوع فيه، ولكن مثل هذا الافتراض يخضع للفقرة الثالثة من المادة ٨ من اتفاقية فينا «أنه عندما يتعلق الأمر بتعيين قصد أحد المتعاقدين أو ما يفهمه شخص سوى الادراك يجب أن يؤخذ فى الاعتبار جميع الظروف المتصلة بالحالة لا سيما المفاوضات التى تكون قد تمت بين الطرفين والعادات التى استقر عليها التعامل بينهما والأعراف وأى تصرف لاحق صادر عنهما». كذلك أيضا ذهب رأى فى الفقه[٣] مشابه إلى هذا

---

(١) Uncitral Yearbook, vol. Iix p.? 41, Paras 135-6.
مشار إليه فى: Shahdeen Malik, op. cit., p. 8, N. 49.

(٢) Heuz, op. cit., op. cit., 138.

(٣) P.Winship. op. cit., p. 8.

الرأى من حيث أنه يرى أن أفضل طريقة لقراءة هذا النص فى اتفاقية فينا فى ضوء التاريخ التشريعي يكون بالتشديد على أهمية نية الموجب ومدى معقولية اعتبار الموجب له أن هذا العرض يعد ايجابا، فالايجاب المحدد بفترة زمنية معينة يجب التدقيق والتركيز على لغة الايجاب عند ابلاغه من جانب المشترى. فإذا كان الايجاب متضمناً مدة زمنية محددة للقبول، فإن ذلك يعنى أن المشترى عندما أصدر ايجابه كان يقصد التمييز المقرر فى القانون العام من حيث أنه يجوز الرجوع فى الايجاب ولو كان مقيدا بفترة زمنية معينة، إلا أنه يجب ألا تأخذ نية الموجب وحده فقط (المشترى) بل يجب أن نضع فى الاعتبار نية البائع بمعنى ما كان يعلمه البائع وما كان يجب عليه أن يعلمه (م ١/٨) كذلك العادات التى استقر عليها التعامل بينهما والأعراف التى اتفقا عليها (م ٩).

على النقيض من ذلك الاتجاه ذهب جانب آخر من الفقه[١] أنه متى حدد وقت معين للقبول وفى نهايته يسقط القبول بدون أن يتبين أنه غير قابل للرجوع فيه خلال هذه الفترة إن ذلك يعنى أن الايجاب غير قابل للرجوع فيه. فتحديد وقت معين للقبول من المستحب أن يكون دليل على عدم رجعية الايجاب خلال هذه الفترة، كذلك يرى رأى فى الفقه[٢] أن تحديد وقت معين للقبول يعنى أن الايجاب ملزما وأنه غير قابل للرجوع فيه.

---

(١) J.D Feltham C.I.S.GJ.B.L p.339-346, 1981.
مشار إليه فى: Shahdeen Malik, op. cit., p. 34, N. 45.

(٢) Data Bah C.I.S.G overview Rev. Ghanal vol. 11 p. 50 1979.
مشار إليه فى: Shahdeen Malik, op. cit., p. 34, N. 46.

مما لا شك فيه أن الرأى الأخير هو الأولى بالاتباع بمعنى أن الايجاب إذا تضمن فترة زمنية معينة للقبول، فهذا ليس له إلا معنى واحد هو عدم قابلية هذا الايجاب للرجوع فيه وعدم الحاجة إلى استظهار بيان آخر يؤكد عدم رجعية هذا الايجاب، وذلك ما يؤيده رأى فى الفقه فى كل الفروض التى ساقها لتأييد ذلك أهمها أن طبيعة المعاملات التجارية الدولية عامة وعقود البيع الدولية خاصة وما يرتبط بها من عقود أخرى كالنقل والتأمين تتطلب مستوى عال من السلوك بين المتعاملين فى التجارة الدولية، ذلك الذى تكشف عنه الاتفاقية فيما تضمنته من الالتزام بمراعاة تقليل الخسائر، الاخطار فى حالات عديدة فذلك ليس فقط فى الاتفاقية ولكن يوجد فى التشريعات الوطنية، تلك التى تتضمن استثناءات خاصة بالتجار لا تكون محل اعتبار لغير التجار، وبالتالى فإذا كان يمكن القول بقابلية الايجاب للرجوع فيه حتى لو اقترن بميعاد للقبول لغير التجار فهذا غير مسموح به بالنسبة للعاملين بالتجارة الدولية. فإذا كان الأمر على حد سواء فى القانون الانجليزى ان ذلك ربما حث المشرع الانجليزى على مراجعة ما هو مقرر فى القانون خاصة ان ذلك مقرر فيه كواجب أخلاقى.

ثم ان هذا النص بهذه الصياغة لم يكن المقصود منه سوى التوفيق بين نظم القانون الخاص التى تأخذ بعدم رجعية الايجاب متى اقترن بفترة زمنية معينة ونظم القانون العام التى تجيز الرجوع فى الايجاب حتى لو اقترن بفترة زمنية معينة(٢). فلو أنه قد تم تفسير المادة ٢/١٦من حيث أنه يجوز الرجوع

---

(١) Shahdeen Malik op.cit., p. 34-36.

(٢) P.Winship "changing contract practices in the light of the C.I.S.G., Aguide for practitioners int, l, lawyer p. 43 1995.

فى الايجاب حتى لو اقترن بفترة زمنية معينة ما لم يكن هناك ما يؤكد عدم رجعيته فيما كانت هناك حاجة إلى النص عليه، وذلك على اعتبار أن هذا هو المقرر فى نظم القانون العام وبالتالى تصبح عملية التوفيق بين كل من النظام العام، والخاص غير ذات قيمة.

أياً كانت تلك الحجج والبراهين التى تؤكد على عدم رجعية الايجاب فإن مبدأ حسن النية فى واقعة يؤكد على الزام الموجب بايجابه وعدم الرجوع فيه متى اقترن بفترة زمنية معينة للايجاب فإذا كان هذا المبدأ يقيد من حرية الموجب في الرجوع فى ايجابه حتى ولو لم يقترن بفترة زمنية معينة للقبول إذ يجب أن يكون هذا الرجوع بحسن نية، فإن استعمل حقه فى الرجوع بسوء نية - هذا ما كان مقرراً فى القانون الموحد (٢/٥)- انعقدت مسئوليته على أساس الفعل الضار، فما بالنا إذا كان الايجاب مقيداً بفترة زمنية معينة للقبول إذ يجب الالتزام به تطبيقا لمبدأ حسن النية.

ثانيا: إذا كان الايجاب المحدد بفترة زمنية معينة لا يجوز الرجوع فيه، فماذا لو صدر الايجاب دون تحديد فترة زمنية معينة للقبول. فتطبيقا للقاعدة العامة فى المادة ١/١٦ يجوز للموجب الرجوع في ايجابه بحسن نية حتى تمام العقد ما لم يكن الموجب قد أرسل قبوله، لكن إذا كان الموجب له قد اعتمد على هذا الايجاب أو أن أى شخص آخر فى مكانه لكان قد اعتد بهذا الايجاب، فإنه تطبيقا للمادة ٢/١٦-ب من الاتفاقية لا يجوز الرجوع في مثل هذا الايجاب وهذا ماهو الا تطبيقا لمنهجية القانون العام الغالبة على اتفاقية فينا عامة ونص المادة ١٦ خاصة دون منهجية مبدأ حسن النية الواجب الاتباع وإن كان فى ظاهره

يمثل اتجاه مبدأ حسن النية، وهذه الحالة من عدم قابلية الايجاب للرجوع فيه كانت محل نقاش أثناء إعداد الاتفاقية، حيث تضمنت مسودة الاتفاقية سنة ١٩٧٨ تنظيم هذه الحالة فى المادة ٢/١٤ ب كاستثناء ثان عن القاعدة العامة، حيث نصت تلك المادة على «ان الايجاب لايجوز الرجوع فيه إذا كان من المعقول للموجب له أن يعتمد على أن الايجاب لا رجوع فيه وتصرف على أساس هذا الايجاب. فنص هذه الفقرة يشبه نص المادة ٢/٥ من القانون الموحد تلك التى تحول دون الرجوع فى الايجاب متى كان بسوء نية وكذلك ما هو مقرر بنظم القانون الخاص(١). وعلى الرغم من ذلك وما تقدمه هذه القاعدة من حماية للموجب له ذلك الذى اتخذ كافة الاجراءات التى من شأنها أن تجعله ينتهى فى النهاية إلى الاعتماد على ذلك الايجاب فإن بعض ممثلى القانون الخاص قد اعترضوا على نص المادة ٢/١٤ب لأن عباراتها غير مألوفة فى نظم القانون الخاص(٢)، حيث كان الاقتراح بصدد هذه الفقرة أن الموجب له يعتمد على ذلك الايجاب متى كان يعلم الموجب أن الموجب يعتمد على ايجابه أو كان اعتماده ناتجا عن فعل من الموجب إلا أنه فى النهاية قد تم الأخذ بالمادة ١٤ والموافقة عليها التى أصبحت فيما بعد فى الصيغة النهائية للاتفاقية المادة ١٦(٣).

---

(١) القانون المصرى يوجد به حالة مشابهة لما قررته المادة ٢٨٦/ب حيث تنص المادة ٩٣ مدنى أن الايجاب لارجوع فيه متى اقترن بميعاد معين، قد يستخلص لميعاد من ظروف الحال أو من طبيعة المعاملة وان كان نص المادة ٢/١٦ ب أوسع نطاقا من القانون المصرى.

(٢) يذهب بعض فقهاء القانون الخاص فى تعليقه على هذه الفقرة آنها غير موجودة ليس فى نظم القانون الخاص فقط ولكن فى نظم القانون العام أيضاً، انظر فى ذلك:

B.Aduit, op.cit., p.61, N.5.

(٣) Gyula ersi op. cit., p. 319.

فهذا النص كان الغرض منه تنظيم الحالات التى لا يكون فيها الايجاب كاف بذاته للدلالة على عدم الرجوع فيه، ولكن قد يكون سلوك الموجب أو ظروف معينة من شأنها جعل الموجب له الاعتماد على هذا الايجاب وما تقتضيه ضرورة المعاملات، وافتراض الموجب له أن الايجاب الصادر من الموجب يعتمد عليه(١)، حتى أنه يرى(٢) أن هذه الفقرة من شأنها معالجة المشاكل الناجمة عن تطبيق الفقرة(١) متى كانت فترة عدم الرجوع في الايجاب محل خلاف. أى بمعنى متى كان هناك خلاف حول الفترة المحدد بها الايجاب عما إذا كان قابلا للرجوع فيه أو غير قابل واعتمد الموجب على هذا الايجاب وأصدر قبوله.

فهذه الفقرة كما قال عنها بعض الفقه(٣) أنها من ضمن النصوص التى يتجلى فيها مبدأ حسن النية ويؤيده فى ذلك تشبيها بالمادة ٢/٥ من القانون الموحد من غالبية الفقه(٤).

وتقترب مسألة وفاة الموجب أو فقدانه للأهلية من قاعدة رجعية الايجاب والحلول السائدة في التشريعات الوطنية بصدد هذه المسألة، والتى تدور حول محاور ثلاثة: الأول يترتب على الوفاة أو فقدان الأهلية سقوط الايجاب، والثانى يبقى على الايجاب قائما، والثالث يتوسط الاتجاهين فيقول ببقاء

---

(١) P.Schlechtriem op. cit., p. 52.

(٢) Shahdeen Malik op.cit., p. 37.

(٣) Disa sim op.cit., p. 21-No. 112.

(٤) P.Schlechtriem, op.cit., p. 52 this rules essentialy coveres those situation for which ULF A-5/2 is applicable.

الايجاب ما لم يكن المخاطب قد علم بالوفاة أو فقدان الأهلية قبل ايصال الايجاب بعلمه. وبصدد ذلك يذهب رأى فى الفقه إلى أن هذه المسألة ليست لها أهمية كبيرة فى العقود الدولية لأنها تجرى عادة بين أشخاص اعتبارية شركات ومؤسسات لا يعتريها الموت أو فقدان الأهلية، ولهذا أسقطت اتفاقية فينا هذه المسألة من حسابها، ولعل حالة افلاس الموجب قبل أن يصل الايجاب إلى علم المخاطب كانت أجدر بالعناية في هذا المجال من الوفاة أو فقدان الأهلية، ومع ذلك أهملتها الاتفاقية أيضا فصار القانون الوطنى صاحب القول فيها(١).

الحقيقة أن ما قال به هذا الرأى من الفقه لابد أن يكون محل تقدير واحترام، ولكن لا يمكن أن يكون محل فرض ايمان بمسألة معينة، فالقول أن هذه المسألة ليست ذات أهلية فى البيوع الدولية يجب الوقوف عنده كثيرا. أليس من المتصور أن تبرم عقود بيوع دولية بين أشخاص طبيعية وإن كانت أغلبها بين شركات ومؤسسات، ثم ان تلك الشركات والمؤسسات ألا يمكن أن ينالها فقدان أهلية، فأسباب فقد الأهلية لشركات أو مؤسسات متعددة(٢) أهمها الافلاس، ثم لو أن هذه المسألة ليست ذات أهلية فى البيوع الدولية فلماذا تضمنت النص عليها القواعد الموضوعية الدولية السابقة على اتفاقية فينا حيث تنص المادة ١١ من القانون الموحد على «لا تحول وفاة أحد طرفى العقد أو فقدان الأهلية قبل القبول دون تكوين العقد إلا إذا تبين عكس ذلك...» ومن ثم لايمكن القول أن هذه المسألة ليست ذات أهمية على المستوى الدولى للبيوع

---

(١) الدكتور محسن شفيق، ص ١٠١ سابق الاشارة إليه.

(٢) الدكتور فايز نعيم رضوان، الشركات التجارية، ص ١٢٧طبعة ١٩٩٨.

وليست مثار حدوث فى البيوع الدولية. فاستبعاد اتفاقية فينا لهذه المسألة ليس بسبب عدم الأهمية. ويجب التمييز بصدد مسألة وفاة الموجب وفقدانه للأهلية عما إذا كان شخص طبيعى أو شخص معنوى. فالوفاة وفقدان الأهلية أمراً متصوراً وقوعه للشخص الطبيعى أما بالنسبة للشخص المعنوى فلايتصور له إلا فقدان الأهلية فقط، فالوفاة لا تلحق إلا بالأشخاص الطبيعية.

الأشخاص الطبيعية: (الوفاة): الوفاة لا تلحق إلا بالأشخاص الطبيعية، فإذا توفى الموجب بعد صدور ايجابه وقبل وصوله للمخاطب به سقط الايجاب، كذلك وصوله للموجب له قبل أن يرسل قبوله. ولكن المشكلة تثور فى حالة صدور الايجاب مقيد بفترة زمنية معينة ثم توفى الموجب خلال هذه الفترة، فبصدد ذلك اختلف الفقه المصرى حيث يرى رأى فى الفقه[١] أن الايجاب فى مثل هذه الحالة لا يسقط وانما ينتقل إلى ورثته فإذا وصلهم القبول خلال هذه الفترة المحددة للايجاب نتج القبول أثره وانعقد العقد، فى حين على العكس من ذلك يرى رأى فى الفقه[٢] أنه فى هذه الحالة يسقط الايجاب وذلك يرجع لأنه إن كان ينهض ايجابا لكن هذا الايجاب وإن قام صحيحا إلا أنه لن يكون نواة لعقد، والسبب فى ذلك أن الموجب له ان كان قد عبر عن إرادته فإن هذا التعبير لن يتيسر له أن ينهض قبولا لا يقترن بالايجاب القائم. وعلة ذلك أنه لن يتصل بعلم من وجه إليه هو الموجب لأنه قد مات أو فقد الأهلية، وهكذا نرى أننا بصدد ايجاب صحيح ولكنه لن يقترن به قبول فيبقى عديم الأثر.

---

(١) الدكتورعبد الرزاق السنهورى، الوسيط، جـ ١، نبذة ٨٢.

(٢) الدكتور عبد الفتاح عبد الباقى، سابق الاشرة إليه ص ١٣٩.

وعلى ما يبدو أن القواعد الموضوعية الدولية في القانون الموحد قد أخذت برأى أستاذنا الدكتور السنهورى عندما قررت فى المادة ١١ ان حالة الوفاة لا تمنع من تكوين العقد، إلا أن هذه المسألة لم يرد تنظيمها في اتفاقية فينا ومن ثم ستخضع للقانون الوطنى الواجب التطبيق، ذلك الذى من شأنه سيجعل المسألة تختلف من قانون لآخر. وبالتالى نرى أنه فى اطار العلاقات التجارية الدولية يتعين سقوط الايجاب بالوفاة حتى ولو اقترن بفترة زمنية معينة للقبول وذلك ضمانا لاستقرار المعاملات، اللهم إلا إذا أعلن ورثة الموجب برغبتهم فى اتمام العقد وفى هذه الحالة يعد ذلك ايجاباً جديداً منهم متى اقترن به قبول من جانب ورثة الموجب سابقا انعقد العقد، وذلك على اعتبار شخصية الموجب من الممكن أن تكون محل اعتبار للموجب له(١).

فقد الأهلية: كما كانت مسألة الوفاة فى تكوين العقد(الايجاب) محل اعتبار فى القانون الموحد حيث لا تمنع من تكوين العقد، فكذلك مسألة فقد الأهلية (م ١١). إلا أن اتفاقية فينا قد استبعدت هذه المسألة ومن ثم تخضع للقانون الواجب التطبيق وفقاً لقواعد القانون الدولى الخاص. ووفقا لقواعد القانون الدولى الخاص فى التشريعات الوطنية فإن مسألة الأهلية تخضع لقانون الجنسية باستثناء المعاملات المالية فتنص المادة ٢/١١ «.... ومع ذلك ففى التصرفات المالية التى تعقد فى مصر وترتب آثارها فيها فإذا كان أحد الطرفين أجنبياً ناقص الأهلية وكان نقص أهليته يرجع إلى سبب فيه خفاء لا يسهل على

---

(١) هذا الرأى قياساً على ما قرره القانون الأمريكى بصدد الرجوع المتأخر فى الايجاب يعد ايجابا جديدا بالغاء العقد. الدكتور بلال عبد المطلب بدوى، سابق الاشارة إليه ص ١٤٥.

الطرف الآخر تبينه فإن هذا السبب لا يؤثر فى أهليته».

فطبقاً لهذه القاعدة إذا صدر الايجاب من الموجب وكان فاقد الأهلية حسب قانون جنسيته أو فقدها بعد صدور الايجاب وكان الايجاب لمدة معينة ووصل الايجاب إلى الموجب له وأعلن قبوله انعقد العقد. لكن شروط هذه القاعدة تتطلب أن يكون الايجاب والقبول قد صدرا فى مصر، لكن فى نطاق البيع الدولى غالبا ما تتم بين غائبين بعد التطور الهائل فى وسائل الاتصال، حيث أنه غالبا ما يتم توجيه الايجاب من الموجب فى بلد والموجب له فى بلد آخر، ومن ثم لا يكون متيسرا للموجب أن يتبين فقد الأهلية للموجب له. وهذا ما عبرت عنه المادة ١/١١ من حيث أن نقص الأهلية هنا يكون لسبب فيه خفاء ويتعذر تبين نقص أهليته كأمر استثنائى كما لو كان صدر ضده حكم بالافلاس، أو قراراً بالحجر، وهو فى هذه الحالة لا يكون ظاهرا وقد لا يوجد من الوسائل ما يمكن الموجب من معرفة الحال الخفية التى تحيط بفقد الأهلية لصدور حكم الافلاس أو الحجر فى الخارج وعدم الإعلان عنه فى البلد الذى يتعامل فيه الموجب له الذى صدر ضده حكماً.

الأصل أن هذه القاعدة (م١/١١) قد تم تقريرها فى التشريعات الوطنية لحماية المتعاقد، وهذا ما عبرت عنه الأعمال التحضيرية للقانون المدنى المصرى، وبالتالى إذا ثبت أن المتعاقد مع الأجنبى كان يعلم بفقدان أهلية الأجنبى وتعمد أن يتجاهل ذلك فإن فقد الأهلية لا يجعل ذلك الموجب جديراً بالحماية، أما إذا كان فقد الأهلية لأسباب خفية لا يمكن تبينها يجعله محل حماية، لأنه حسن النية.

الأشخاص الاعتبارية: ان الغالبية العظمى من عقود البيع الدولية تتم بين شركات ومؤسسات، وقد يصدر الايجاب من هذه الشركات وهى فاقدة للأهلية. فأسباب فقد الأهلية متعددة أهمها الافلاس فما حكم هذا الايجاب.

بداية هل يمكن تطبيق الاستثناء الوارد فى المادة ٢/١١ على الأشخاص الاعتبارية، بمعنى أن الموجب له يحق له أن يتمسك بالحماية التى قررتها تلك المادة إذا ما تمسكت الشركة الموجبة ببطلان ايجابها لفقدها للأهلية؟ الحقيقة أنه يجوز له التمسك بتلك الحماية ولكن بشرط أن تكون الشركة مصدرة الايجاب تباشر نشاطها فى الخارج حيث لا يتيسر للموجب له أن يعلم بفقدان أهلية هذه الشركة، ومن ثم يحق للموجب له أن يتمسك بانعقاد العقد بصدور القبول منه.

أما إذا كانت تلك الشركة مصدرة الايجاب تباشر نشاطها فى الدولة التى صدر فيها وكان الموجب له فى ذات الدولة، ففى هذه الحالة لا يجوز للموجب أن يتمسك بانعقاد العقد متى صدر منه القبول، حيث يفترض فى هذه الحالة أنه غير حسن النية، بمعنى أن يكون لديه العذر فى الغلط الذى وقع فيه بشأن فقدان تلك الشركة لأهليتها.

ونرى أنه لا صعوبة فى اثبات حسن نية الموجب له سواء كان الموجب شخص طبيعى أو معنوى، حيث يمكن الاستدلال على ذلك بقرائن الحال، فكون الموجب أجنبيا يعد قرينة على حسن النية، ولكن هذه القرينة تنتفي إذا كان الشخص الذى يتمسك بتلك الحماية قد سبق له التعامل مع الموجب أو كثير

التعامل وفقا لطبيعة نشاطه التجارى مع أجانب من أوساط متعددة حيث يجب أن يكون مفترضا فيه فى هذه الحالة الحيطة والعلم بحالة من يتعامل معهم(١).

جزاء العدول عن الايجاب: ان جزاء العدول يتوقف بالدرجة الأولى على نوع الايجاب، حيث يختلف هذا الجزاء باختلاف ما إذا كان الايجاب مقيداً بفترة زمنية معينة أو كان غير ذلك، وفى كل من الحالتين عما إذا كان قد صدر قبولا من عدمه.

العدول عن الايجاب المقيد بفترة زمنية معينة: إذا كان الايجاب قد صدر من الموجب مقيدا بفترة زمنية معينة وصدر القبول خلال هذه الفترة، فان العقد ينعقد بذلك القبول، ويعد العدول عن الايجاب فى هذه الحالة كأن لم يكن لوجود الايجاب من الناحية القانونية. وهذا ما يقرره القانون المصرى فى المادة ٩٣ حيث ألزم الموجب بالبقاء على ايجابه متى كان محددا بفترة زمنية معينة. فإذا صدر الايجاب فى خلال هذه الفترة انعقد العقد ويجوز للموجب له الذى قبل فى الميعاد اللجوء إلى القضاء ليحكم بصحة ونفاذ العقد. ولقد قضت محكمة النقض المصرية فى حكمها الصادر بجلسة ١٩٩٣/٦/٢٤ بالتزام الموجب بالايجاب طوال المدة المحددة ليمنعه من حق العدول عنه وينعقد العقد بقبول الموجب له خلال الميعاد(٢)، كذلك القانون الفرنسى على الرغم من خلوه

---

(١) قياساً على الدكتور أحمد عبد الكريم سلامة، المختصر فى قانون العلاقات الخاصة الدولية ص ٢٦٩، دار النهضة العربية طبعة ١٩٨٧.

(٢) الدكتور حسام الأهوانى، المفاوضات فى الفترة قبل التعاقدية ومراحل عداد العقد الدولى، ص ٢١ مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، جامعة عين شمس، العدد (٢) سنة ٣٨ يوليو سنة ١٩٩٦.

من نص تشريعى يلزم الموجب بالتزامه بايجابه خلال الفترة المحددة للقبول. فإنه من المستقر عليه فقها وقضاء التزام الموجب بايجابه وعدم العدول عنه متى كان مقيدا بميعاد معين، ومن ثم لا أثر لهذا العدول فى ابرام العقد بل ان حق التعويض يثبت للموجب له وفقا لقواعد المسئولية العقدية(١).

وهذا ما قررته القواعد الموضوعية الدولية على الرغم من خلوها من قاعدة جزائية خاصة بالعدول عن الايجاب، حيث أن كل ما تضمنته من قواعد جزائية خاصة بالاخلال بالعقد. إلا أنه متى صدر الايجاب مقيداً بفترة زمنية معينة وصدر القبول فى خلال هذه الفترة فلا أثر لمثل هذا العدول، ويعد العقد قد انعقد فرضاً، ومن ثم يمكن تطبيق المادة ٧١ من اتفاقية فينا.

العدول عن الايجاب الغير مقيد بفترة زمنية معينة: القاعدة العامة لمثل هذا العدول هو أنه جائز ولا توجد ثمة مسئولية على الموجب إذا عدل عن ايجابه أى بمعنى أن الأثر المترتب على هذا العدول هو اعتبار الايجاب كأن لم يكن، ولكن فى مثل هذه الحالة يجب أن نميز بين فرضين:

الأول: إذا كان هذا الايجاب قد صدر بشكل يوحى للموجب له أو من كان في مثل ظروفه بشكل معقول أن يعتبر مثل هذا الايجاب لا رجوع فيه وصدر منه القبول على هذا الأساس ففى هذه الحالة أيضا ينعقد، ومن ثم لا أثر لمثل هذا العدول ويمكن تطبيق القواعد الجزائية الخاصة بالاخلال بالعقد فى القواعد الموضوعية الدولية (م ٧١).

---

(١) Shahdeen Malik op.cit., p. 38.

الثانى: إذا كان هذا الايجاب قد صدر بشكل يوحى أنه يمكن الرجوع فيه ولكن الموجب تصرف بناء على ذلك الايجاب. وهذا الفرض قد أوضحه رأى فى الفقه[١] بمثال «عرض المشترى على البائع شراء آلة مركبة منه تلك التى يقوم بتصنيعها وفقا» للتصميم المقدم منه طبقا لسعر معين تضمنه عرض المشترى وأن الايجاب سيظل مفتوحا لمدة شهرين ليحدد البائع ما إذا كان فى قدرته تصنيعها وفقا لهذا السعر، وفور ذلك بدأ البائع فى اتخاذ الإجراءات اللازمة لعملية التصنيع وحساب تكاليف عملية الانتاج، وبعد مرور أسبوعين كان قد تكلف فيها البائع مبلغ جوهرى بشأن ذلك ولكنه لم ينته من ذلك العمل. قام المشترى باخطار البائع بالعدول عن ايجابه لعدم قدرته وحاجته لهذه الآلة وفى هذه الحالة توقف البائع عما كان يقوم به من إجراءات بشأن تثمين تكاليف عملية الانتاج، وذلك لعدم جدواها من الناحية الاقتصادية، لأن الاستمرار فى عملية التصنيع للمشترى سوف لا يقبلها ولا يقوم بالوفاء بالثمن ولم يعد ذات محل.

فى مثل هذه الحالة التى أبرزها الرأى السابق نجد أن البائع قد اعتمد على ما يحدث فى مثل هذه البيوع بالذات من عدم عدول الموجب عن ايجابه، فى حين أن الموجب قد أعلنه بعدوله عن ايجابه ولم يكن مدركا لمثل هذه النقطة الرئيسية من حيث أنه كان قادراً على قبول ايجابه، إلا أنه لم يكن قد انتهى من حساب تكاليف عملية الانتاج لهذه الآلة. النتيجة المترتبة على مثل هذا العدول

---

(١) انظر فى ذلك: John Felemegas op.cit., p. 110 . 248.

هو تعويضه عن نفقاته التى أنفقها . وبصدد التعويض نجد أن المادة ٧٤ من اتفاقية فينا تشير إلى التعويض عن الاخلال بالعقد . وطبقا لنص المادة ٢٣ لا يوجد ثمة عقدا قد تم ابرامه، ومن ثم لا مجال لإعمال المادة ٧٤ .

وبالتالى فإن حل هذه المشكلة بصدد الحق فى التعويض متى لم يكن خاضعا لأحكام الاتفاقية، فطبقا لها فإن الحق فى التعويض يخضع لقواعد القانون الوطنى تطبيقا لنص المادة ٧ من الاتفاقية، ومن ثم فطبقا لنظم القانون الخاص يتم تعويض الموجب له عن عدول الموجب على أساس الفعل الضار(١) . فحرية العدول لا تختلط ولا تبرر الانحراف فى السلوك عن سلوك الشخص المعتاد . لهذا قضت محكمة النقض بأن العدول لا يرتب مسئولية من عدل إلا إذا اقترن به خطأ تتحقق به المسئولية التقصيرية إذا نتج عنه ضرر بالطرف الآخر(٢) .

أما بالنسبة لنظم القانون العام فيكون التعويض وفقا لقاعدة promissory estappol كما هو الحال فى القانون الانجليزى(٣) ،

---

(١) الدكتور محسن شفيق، سابق الاشارة إليه ص ١٠٢ .

(٢) الدكتور حسام الأهوانى، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق، سابق الاشارة إليه ص ٤٠٤ .

(٣) تعد قاعدة promissary estappol حجية الوعد، تجسيدا لمبدأ حسن النية حيث ظهرت هذه القاعدة فى القانون على يد القضاء الانجليزى فى القرن ١٩ ولم تكن ذات تطبيق على مرحلة تكوين العقد التى كان يحكمها قواعد العدالة كما هو مبين فى قضيه Hushes حيث قررت المحكمة عدم السماح للطرف الذى أعطى وعدا بالتصرف على نحو يخالف ما جاء فى هذا الوعد معتنقة فى ذلك مفهوم العدالة كأساس لحكمها حيث=

. . . . . .

= كانت قاعدة حجية الوعد قاصرة على العقد فقط دون تكوينه إلا أن القضاء الانجليزى تطور بهذه القاعدة وجعلها تمتد إلى مرحلة تكوين العقد حيث لم يعد من اللازم بالاضافة إلى الوعد وجود مقابل consideration وذلك فى قضية high trees, combe V.combe حتى أن هذا الحكم قد واجه كثير من الاعتراضات إذ أنه خرج بهذه القاعدة عما هو مستقر عليه فى القانون الانجليزى حتى أن البعض قد رأى أن ما هو إلا تطبيقا للعدالة إلا أن القضاء الانجليزى قد أفصح صراحة عن خروجه بهذه القاعدة عما هو مستقر عليه فى القضاء الانجليزى فى قضية in Re wyvern Developments Ltd حيث أقر القضاء الانجليزى فى هذا الحكم على أن قاعدة حجية الوعد لم تعد تستخدم كوسيلة حماية بقدر ما تستخدم كسبب للادعاء بمعنى أنه أصبح يمكن اللجوء إليها دون حاجة إلى وجود عقد سابق وهذا ما أعلنه القاضىTemplemenJ بالرغم من موقفه من قضية High trees من حيث أن الواعد يجب أن يخل بوعده بمعنى أن قاعدة حجية الوعد يندرج استخدامها تدريجيا كسبب للدعوى أكثر منها كوسيلة للحماية. ولم تعد فكرة العدالة هى الأساس للمسئولية فى حالة الاخلال بمبدأ حسن النية فى تكوين العقد وهذا ما أعلنته Lord Denning فى قضية greasly and others V.Cooke حيث قرر أنه يمكن التمسك بالعدالة إذا كان أحدا لأطراف تعهد للطرف الآخر بفعل معين وتصرف هذا الطرف بناء على هذا التعهد فإنه يكون من عدل المحكمة أن تقرر ما هو السبيل الواجب لتنفيذها والمحكمة فى هذه القضية لم تقتنع بالعدالة فى حد ذاتها ولكنها فتحت أفقا جديدا لتطبيق قاعدة حجية الوعد كسبب للدعوى تقوم عليه. بل ان القضاء الانجليزى قد ذهب فى العديد من أحكامه الحديثة مرددا هذه القاعدة بشكل أكثر مرونة وأكثر صراحة حيث قرر القاضى Barndoni J. أنه يوجد الطريق الذى يثبت أن قاعدة حجية الوعد تستخدم كسبب للدعوى ليس بذات المفهوم المستقر عليها لمدة طويلة وذلك ما توضحه العبارات الآتية «أن ما أبديه كاقتراح قانونى حقيقى من حيث أن الطرف الذى لا يستطيع أن يجد فى بنود العقد ما يكون سببا للدعوى ليلجأ إلى قاعدة حجية الوعد فهو ربما يكون قادرا على اللجوء إليها كسبب للدعوى والتى بدونها من الضرورى أن يفشل.

انظر فى ذلك: Shahdeen Malik, op. cit., p. 38.

الكندى(١)، الأمريكى(٢).

---

(١) لقد أخذ القانون الكندى بقاعدة حجية الوعد كما كان مقرراً فى القانو الانجليزى من حيث أنها لم تكن سببا للاعفاء أى لابد من وجود عقد سابق بين الطرفين إلا أن القانون تطور بهذه القاعدةحيث أصبحت الأساس الأول فى تقرير المسئولية عن الإخلال بمبدأ حسن النية في تكوين العقد فتحليل الأحكام القضائية الحديثة فى القضاء الكندى نجد أنها تقرر هذه القاعدة باعتبارها سبباً للدعوى. تلك التفرقة بصدد استخدام هذه القاعدة كسبب للدعوى، وسيلة للحماية لم تعد ذات محل وهذا ما يؤكده القضاء الكندى فى حكمه الحديث فى قضية candiannational railwary et d.V.Bestty et al .

انظر فى ذلك: Shaldeen Malik, op. cit., p. 29.

(٢) كانت قاعدة حجية الوعد فى القانون الأمريكى على ذات النسق التى كانت عليه فى القانون الالنجليزى حيث كانت لم تطبق فى مرحلة تكوين العقد قد كانت قاصرة على العقددون تكوينه لذلك نادى بعض من الفقه الأمريكى الفقيهWilliston بضرورة تطبيق هذه القاعدة على مرحلة تكوين العقد وضرب على ذلك مثالا أن شخصا يدعى جورى وعده عمه بـ ١٠٠٠ دولار وبناء على هذا الوعد قام جوري بشراء سيارة بـ ٥٠٠ دولار اعتمادا على وعد عمه فإن عمه يكون مسئولا عن ٥٠٠ دولار الآخرين باقى ثمن السيارة وذلك على اعتبار أن الموعود له (جورى) قد يعانى من أضرار بسبب اعتماده على وعد عمه إن لم يقم بالوفاء بوعده حيث أنه قد اعتمد على وعد صحيح وليس بيانات كاذبة. لقد أخذ القانون الأمريكى فى تقنين العقودالأول الصادر سنة ١٩٣٢ فى القسم ٩٠ بما قرره هذا الفقيه حيثخرج بهذه القاعدة وجعلها أساس مستقل لدعوى تقوم عليه حيث تنص على:

a promise which the promissor should reasonbly exect to induce action or forbearance of a definite and substantial character on the part of the promise see and which doese induce such action of forbesrance is binding of injustice can be avoided only by enfo-recement of the promise.

ثم تطور القضاء الأمريكى بمفهوم قاعدة حجية الوعد وتطبيقها فلم تنصبح قاصرة على الوعود الصورية كما هو مقرر فى المادة ٩٠ بل وسع من مفهوم هذه الحجية ليقوم على أساس ما يتوقعه الموعود له من الواعد فى استنتاج وعدا أم لا هو أمر يتقرر بطبيعة الحال =

ومن ذلك يتضح أن نظم القانون العام سواء في القانون الانجليزى، والكندى، والأمريكى بصدد تطبيقها لقاعدة حجية الوعد تلك التى قوامها مبدأ حسن النية لم تكن فى مراحلها الأولى من التطبيق تطبق على مرحلة تكوين العقد، حيث كانت هذه المرحلة تخضع لقواعد العدالة تلك التى تحكم من هم حسنى النية، إلا أن القضاء الانجليزى تطور بهذه القاعدة ومد نطاقها إلى مرحلة تكوين العقد لحماية من هم حسنى النية أيضاً. أى فى كل من الحالتين يتم حماية حسن النية الذى يحكم تكوين العقد فى القانون الانجليزى. وأياً كان الشكل الذى يتم حمايتها به سواء العدالة أو حجية الوعد فالغرض فى كل من الحالتين هو حماية الطرف الموعود له حسن النية (الموجب له). كذلك الحال فى القانون الأمريكى حيث تطور القضاء الأمريكى بهذه القاعدة ذات الطابع التشريعى وجعل مجرد العرض وان لم يرتق إلى مرحلة الايجاب وعدا لا يجوز مخالفته، وكأنه يوصى بتطبيق هذه القاعدة فى مرحلة المفاوضات. فمبدأ حسن النية يعد أساس المسئولية في حالة الاخلال به فى مرحلة تكوين العقد تلك هى صور الحماية (العدالة - قاعدة حجية الوعد) حيث لم يكن الغرض منها سوى حماية من هم حسنى النية الذين يعتمدون على هذا الايجاب ويتصرفون على

= وفقا لكل حالة على حدة وهذا ما قرره القضاء الأمريكى فى الحكم الصادر من محكمة كاليفورنيا فى قضية Drennan V.star paving سنة ١٩٥٨ «إذا كان المدعى عليه لم يعبر عن ايجاب صحيح فإن الوعد الذى أصدره يعد ايجابا ضمنيا ومن غير العدالة أن يتم الرجوع عن الايجاب بعد أن يكون الموجب له قد تصرف بناء عليه وذلك على نحو يصيبه بضرر من جراء ذلك. بل ان القضاء الأمريكى لم يقف عند هذا الحد بل تطور بهذه القاعدة وجعل مجرد العرض وعدا وان لم يرتق إلى مرحلة الايجاب كما هو واضح من قضية Hoffman.

انظر فى ذلك: Shahdeen Malik,op.cit., p. 30.

أساسه. ويمكن القول أن نظم القانون العام بذلك تكون قد ضربت مثلا حياً لاحترام هذا المبدأ وقدسيته فى مرحلة تكوين العقد بشكل صريح وجلى عما هو مقرر فى نظم القانون الخاص.

المطلب الثانى

القبول فى عقود البيع الدولية

تعريف القبول: كما لم تتضمن التشريعات الوطنية تعريفاً للايجاب حيث كانت غالبية التعريفات تعريفات فقهية، كذلك الحال بالنسبة للقبول وإن كانت كلها ذات مغزى واحد. فيعرفه البعض(١) بأنه الرد الايجابى على ايجاب أو هو التصرف الذى بمقتضاه يعلن الموجب له إرادته بالموافقة على التعاقد وفقاً للايجاب الذي وجه إليه، ويعرفه البعض الآخر أنه التعبير البات عن الإرادة للطرف الذى وجه إليه الايجاب، فهو الإرادة الثانية إذ لا ينعقد إلا باتفاق إرادتين(٢).

---

(١) الدكتور حسام الأهوانى، مصادر الالتزام، ص ٦١.

(٢) الدكتور عبد المنعم فرج الصده، سابق الاشارة إليه ص ١٠٦.
انظر كذلك أيضا فى تعريف القبول الدكتور عبد الفتاح عبد الباقى، نظرية العقد، الإرادة المنفردة ص ١٤٠، الدكتور حمدى عبد الرحمن، مصادر الالتزام ص١٨٤، الدكتور البدراوى، مصادر الالتزام ص ٢٠٥، د. جميل الشرقاوى، مصادر الالتزام، ص ٢٤٦، الدكتور محمد لبيب شنب، مصادر الالتزام، ص ١١٣، كذلك تعريف الايجاب فى مجلة Lamy سابق الاشارة إليه 4/79 حيث ورد التعريف كالاتى:
L'acceptation est normalement un fait actif du destinataire de l'offre.

فكما كان الحال في التشريعات الوطنية، كان الحال أيضا فى القانون الموحد حيث لم يتضمن تعريفاً للايجاب. إلا أن الحال قد تغير فى اتفاقية فينا حيث اعتمدت المغزى الفقهى الموحد بصدد تعريف الايجاب فى التشريعات الوطنية. حيث عرفت القبول في المادة ١/١٨ أنه «يعتبر قبولا أى بيان أو تصرف آخر صادر من المخاطب يفيد الموافقة على الايجاب».

فإذا كانت اتفاقية فينا بصدد تعريفها للقبول قد تبنت المغزى الفقهى فى تعريف القبول، إلا أنها قد تميزت بأنها قد كشفت عن الصورة التى يتم بها القبول من حيث أنه قد يصدر بشكل صريح. حيث ذكرت «يعتبر قبولا أى بيان» وقد يصدر بشكل ضمنى حيث يقوم الموجب له بالتصرف مباشرة معلنا عن قبوله بارسال البضاعة أو الثمن. وفى كل من الحالتين يتعين على الموجب له الالتزام بمبدأ حسن النية فى إعلان قبوله، بمعنى أنه يتعين عليه فهم الايجاب على الوجه الذى قصده الموجب طالما كان الايجاب محدداً وواضحاً، أما إذا أهمل القابل ذلك متعمدا مدعيا فهمه بمعنى آخر قاصدا بذلك التخلص من المسئولية وتفويت فرصة على الموجب كانت ستحقق له مغنماً[١]. وهذا ما أيسر حدوثه فى نطاق التجارة الدولية تلك التى تقوم أصلا على المنافسة المشروعة إلا أن ذلك من الناحية النظرية فقط.

وتتفق كافة التشريعات الوطنية سواء فى نظم القانون الخاص أو نظم القانون العام[٢] على أن السكوت لا يعد قبولا إلا وفقاً لشروط معينة وهى إذا

---

(١) الدكتور عبد الحليم القونى، سابق الاشارةإليه ص ٣٣٧-٣٣٨.

(٢) الدكتور بلال عبد المطلب بدوى، سابق الاشارة إليه ص١٢٦ ومابعدها ، حتى أن البعض من الفقه يذهب بصدد هذه القاعدة أنها بلا شك قاعدة عالمية:

B.Aduit, op.cit., p. 63 "le principe est sans doute universel".

كان هناك تعامل سابق بينهما، واتصل الايجاب بمثل هذا التعامل أو إذا تمخض الايجاب لمنفعة من وجه إليه أو كانت طبيعة المعاملة أو العرف التجارى أو غير ذلك من الظروف تدل على أن الموجب لم يكن لينتظر تصريحاً بالقبول.

كذلك الحال فى القواعد الموضوعية الدولية سواء فى القانون الموحد أو فى اتفاقية فينا، حيث لا يعد السكوت قبولا لكن إذا تضمن الايجاب شرطا مؤداه اعتبار السكوت قبولا فهل يعتد بمثل هذا الشرط. بصدد ذلك اختلفت القواعد الموضوعية الدولية، فالقانون الموحد(١) لا يعتد بمثل هذا الشرط ويرى أنه شرطا باطلا، إلا أنه طبقاً لاتفاقية فينا وما تعطيه للأطراف طبقاً لنص المادة (٦) من حرية لاستبعاد تطبيق هذه الاتفاقية ومخالفة نصوصها وتعديلها فإنه يمكن للموجب أن يتضمن ايجابه شرطاً مؤداه أن السكوت يعد قبولا.

فإذا كانت القواعد الموضوعية الدولية قد تضمنت النص علي اعتبار أن السكوت لا يعد قبولا ولم تتضمن الحالات الاستثنائية التى تضمنتها كافة التشريعات الوطنية تلك التى يعد فيها السكوت قبولا، فإن ذلك لا يعنى تطبيق القاعدة على اطلاقها واعتبار السكوت لا يعد قبولا فى كل الأحوال. حيث يذهب جانب من الفقه(٢) بصدد ذلك فى تفسيره لنص المادة ١/١٨ أن هذه

---

(١) Lamy op.cit., 4-64 "la L.U.F.C. n'est pas favorable a l'idée de faire jouer un rôl au silence elle declare même nulle toute clause de l'offre qui stipulerait que le silence vout acceptation".

فهذه القاعدة تعد القاعدة الآمرة الوحيدة فى القانون الموحد.

(٢) schlechtraiem op.cit. p. 54 "the wording "in itself it clear" However, that silence conction with other circumstances can be considerd as acceptance....".

المادة بقولها ان السكوت لا يعتبر بذاته قبولا، فإنه يكون من الجائز اعتبار السكوت قبولا إذا وقع فى ظروف أو لا يسبقه أوصاف يمكن معها افتراض علامة رضا، كما إذا جرى التعامل السابق بين الطرفين على اعتبار عدم الرد بالرفض خلال فترة معينة قبولا أما إذا جرى العرف على ذلك.

والحقيقة أننا لا نشايع هذا الرأى فيما استند إليه فى تقريره متى يعد السكوت قبولا استناداً إلى تفسيره لما جاء بالمادة ١/١٨، حيث تقصد بقولها «ان السكوت لا يعتبر بذاته قبولا» وذلك لأن هذه القاعدة والاستثناءات الواردة عليها ما هى إلا تطبيقا لمبدأ حسن النية. لأنه طبقا لهذا المبدأ يعد السكوت قبولا متى كانت طبيعة المعاملة أو الظروف الملابسة تؤكد ذلك، لأن فى هذه الأحوال يتعين على الموجب ألا يلتزم الصمت لأن سكوته يجعل الموجب فى حالة ثقة مشروعة لقبول ايجابه إذ يتعين عليه لو أنه لا يريد مثل هذا الايجاب أن يبدى رفضه له. ويؤكد ذلك أيضا من جهة أخرى أن الاتفاقية متى سكتت عن تنظيم مثل هذه الحالات وطبقا لها يتعين اللجوء إلى القانون الوطنى، وهذه القاعدة والاستثناءات الواردة عليها تقوم على مبدأ حسن النية.

ومن التطبيقات القضائية بصدد عدم اعتبار السكوت قبولا الحكم الصادر من القضاء السويسرى فى القضية رقم 940513[1] يوليو ١٩٩٦ فى النزاع بين بائع المانى ومشترى سويسرى بصدد عقد بيع رقائق مطبوعة حيث كان الطرفين قد اتفقا على سعر معين إلا أن البائع أدرك أن الانتاج سيكون

(١) حكم المحكمة التجارية كانتون زيورخ فى القضية رقم 940513 يوليو ١٩٩٦، الأصل بالالمانية، لم تنشر. انظر ذلك على موقع الدكتور حسام الصغير على شبكة الانترنت سابق الاشارة إليه، القضية رقم ١٩٣.

أكثر تكلفة فأخطر المشترى بزيادة السعر فتجاهل المشترى هذا الاخطار وأنكر وجود أى اتفاق يعدل سعر الشراء، فرفع البائع دعواه تلك طالباً من المشترى سداد ثمن الشراء الأعلى فقررت المحكمة أن عقداً قد أبرم بين الطرفين على سعر الشراء الأول أما الاخطار المرسل من البائع إلى المشترى بزيادة السعر فكان فى رأى المحكمة أنه عرضا لتعديل العقد الأصلى ولم يعرب المشترى عن أى رضا صريح به ومجرد الصمت أو عدم التصرف لا يشكل قبولا.

شكل القبول: لا يشترط شكل معين للقبول، فالقبول قد يتم شفاهة وقد يتم كتابة. والمعتاد فى نطاق التجارة الدولية أن يتم التعبير عن القبول بالكتابة وذلك لأنها أكثر تأكيدا وحسما للمنازعات، فهى تكون معبرة عن الإرادة بشكل لا شك فيه(١). فالتعبير عن القبول بالكتابة هو أمر من شأنه حسم أى مشاكل قد تثور خاصة أن بعض الدول تشترط الكتابة شرطا لصحة التصرفات، حيث تنص المادة ٩٦ من اتفاقية فينا على «لكل دولة متعاقدة يشترط تشريعها انعقاد عقود البيع أو اثباتها كتابة أن تصدر في أى وقت اعلانا وفقا للمادة ١٢ مفاده أى حكم من أحكام المادة ١١ أو المادة ٢٩، الجزء الثانى من هذه الاتفاقية يجيز انعقاد عقد البيع أو تعديله أو انهائه رضائياً أو اصدار الايجاب أو القبول أو أى تعبير آخر عن النية بأى صورة غير الكتابة لا ينطبق على الحالات التى يكون فيها مكان عمل أحد الطرفين فى تلك الدولة.

وبالتالى فان شكل القبول فى الدول التى تحفظت طبقا لنص المادة ٩٦(٢)

---

(١) P.Kahn, op.cit., p.966.

(٢) لقد تحفظت عدة دول تطبيقا لنص المادة ٩٦ وهى: الأرجنتين، الصين، شيلى، استوانيا،=

يجب أن يصدر كتابة وإلا عُد هذا القبول غير صحيح. ومعنى ذلك أن القبول يخضع فى شكله لقواعد القانون الوطنى، حيث أنه من المسائل التى لم يرد بشأنها نصا محددا. فقد يصدر القبول شفاهة أو كتابة كما هو مبين من نص المادة ١/١٨، ومن ثم وتطبيقا لنص هذه المادة، إذا صدر القبول شفاهة فلا يعتد به إذ يشترط أن يتم كتابة ولكن تطبيقا لمبدأ حسن النية إذا كان هناك تعامل سابق بين الطرفين أو جرت العادة بينهما على أن يتم القبول شفاهة فلا يجوز للموجب أن يتمسك بهذه القاعدة وإلا لماذا لم يتمسك بها من قبل، كذلك أيضا لو أن القبول صدر كتابة لكن بشكل غير صريح فحسن النية يقتضى صحة مثل هذا القبول وانعقاد العقد به، فليس هناك من ثمة شرط لاشتراط الكتابة فى القبول، بمعنى أن يصدر القبول كتابة بشكل صريح كما لو أرسل برقية للموجب يقول فيها «ردا على كتابكم بتاريخ كذا نفيدكم أن البضاعة تم ارسالها لكم اليوم».

أنواع القبول: تتعدد الصور التى يصدر فيها القبول، فالأصل أنه لكى يعتد بالقبول يجب أن يصدر مطابقا للايجاب الذى به ينعقد العقد، ولكن فى حالات أخرى قد لا يصدر القبول مطابقاً للايجاب بل يصدر متضمناً اضافات جديدة أو قيوداً جديدة، وهو ما يسمى بالايجاب المضاد countor offer، قد

= المجر، ايران، لوتفيا، روسيا الفيدرالية، لتوانيا. لمزيد من التفصيل انظر:
HerryM.Flechtner "the severl texts of the C.C.S.G in a decentralized system observations on translations, reservations and other challenges to the uniformity principle,A, 7 (1) J.L and commerc p. 92 , 1998.

يصدر القبول بعد انقضاء الوقت المحدد للقبول أى بمعنى يصل العلم به للموجب بعد انقضاء ذلك الوقت.

١- **القبول المطابق:** هو القبول الصادر من الموجب فى الوقت المحدد إذا كان الايجاب مقيدا بميعاد لقبوله وصدر القبول غير مطابق لما صدر من الموجب وإنما متضمنا اضافات جديدة أو قيودا، وهذا النوع من القبول معروف فى كافة التشريعات الوطنية ويقع غير صحيح،ح ولكنه يعد ايجابا مقابلا counter offer وتعرفه كافة القواعد الموضوعية الدولية حيث ورد النص عليه فى المادة ١/٧ من القانون الموحد، المادة ١/١٩ من اتفاقية فينا. إلا أن القواعد الموضوعية الدولية تميزت عن التشريعات الوطنية فى أنها جعلت مثل هذا القبول يمكن أن يعد قبولا صحيحا أو ينعقد به العقد، حيث أنها بعد أن قررت فى المادة ١/١٩ أن مثل هذا القبول يعد ايجابا مقابلا عادت وقررت فى المادة ٢/١٩[١] صلاحية مثل هذا القبول للانعقاد به متى كانت تلك الاضافات أو التعديلات لا تؤدى إلى تغيير أساسى للايجاب فيما عدا إذا قام الموجب دون تأخير غير مبرر بالاعتراض على ذلك. فإذا لم يعترض يكون العقد قد انعقد متضمنا ما جاء فى الايجاب مع التعديلات التى جاءت فى صيغة القبول[٢].

---

(١) يقابل نص المادة ٢/١٩ من اتفاقية فينا المادة ٢/٧ من القانون الموحد.

(٢) لقد كانت هذه الفقرة محل خلاف أثناء الأعمال التحضيرية لاتفاقية فينا حيث اعتقد البعض أن هذا النص يتطلب منه أن يكون متعاصرا مع العادات التجارية، البعض الآخر رفض هذا النص وتطلب أن يكون الايجاب متطابق تماما مع القبول وفريق ثالث حاول أن يقلل من الابهام فى النص بالتعديل فى عباراته وكانت نتيجة محاولة التوفيق بين تلك الاتجاهات أن ظهرت الفقرة (٣) من المادة ١٩تلك التى كان من شأنها أن قللت الابهام بصدد عبارة =

مما يجب بيانه أنه قد يبدو لأول وهلة أن نص المادة ٢/١٩ يوحى أن الاخطار بالاعتراض على التعديلات الواردة بالقبول قاصرا على التعديلات الثانوية، أى وكأن القبول المتضمن تعديلات جوهرية تلك التى ورد النص عليها فى المادة ٣/١٩[١] ليس هناك الزام بالاعتراض عليه والاخطار بهذا الاعتراض فمثل هذا القبول لا يعتد به، فعدم الاعتداد يعد أمراً مفترضا. لكن إذا نظرنا إلى أساس التزام الموجب بالاخطار بالاعتراض على القبول المتضمن تعديلات ثانونية لوجدنا أساس ذلك هو مبدأ حسن النية، وذلك على اعتبار آن الموجب له قد يرى أن هذه التعديلات غير ذات تأثير لعدم اعتراض الموجب عليها وسكوته عنها فيعتقد قبوله وانعقاد العقد. فحماية له والتزاما بمبدأ حسن النية من جانب الموجب كان الاخطار بالاعتراض أمرا لازماً[٢]. وذات العلة متحققة حتى إذا كانت التعديلات جوهرية فتلك التعديلات الواردة بنص المادة ٣/١٩ هى على سبيل المثال وليست على سبيل الحصر، كما أن التعديل قد يندرج تحت احداها لكنه لا يعد جوهريا. فيعتقد الموجب له صحة قبوله وانعقاد

= التغييرالأساسى حيث أنه بهذا الاستثناء أصبح من الممكن الاحتفاظ بالحياة لتلك المعاملة التى فى طور التكوين والتى بها تحقق ارتباط بين ايجاب وقبول لايوجد بينهما قدر من الملاءمة.

انظر فى ذلك: Gyula Ersi, op.cit.,p. 371.

(١) تنص المادة ٣/١٩ على «الشروط الاضافية أو المختلفة المتعلقة بالثمن أو السداد أو النوعية أو الكمية أو مكان وموعد التسليم للبضائع أو ما يتعلق بمدى مسئولية أحد الطرفين تجاه الآخر أو تسوية المنازعات هذه الأمور تعد تغيير أساسى لما جاب بالكتاب.

(٢) Michael Esser "commercial letters of conformation in international trade austrian, Frenech, German and suiss law and C.I.S.G, p.455, J.int'r and comp, law 1988.

العقد به ولا يقوم الموجب بالاعتراض على اعتبار أن هذا التعديل يندرج تحت ما قررته المادة ٣/١٩. لذلك لا يجب ترك تقدير هذا التعديل لكل من الطرفين عما إذا كان جوهريا من عدمه إذ يجب الاخطار به فى كل الحالات.

ومن التطبيقات القضائية التى تكشف عن أن التعديل يمكن أن يكون جوهريا ولكن فى صالح الموجب ومع ذلك يتمسك بالمادة ٣/١٩ لابطال مثل هذا القبول، الحكم في القضية رقم ٥٨ لسنة ١٩٩٧[١] الصادر من المحكمة التجارية فى النمسا فى النزاع القائم بين شركة نمساوية وشركة روسية كانت الشركة الروسية قد طلبت من الشركة النمساوية فوسفات الأمونيوم بمواصفات معينة. وبصدد هذا النزاع قررت المحكمة الابتدائية أن المفاوضات بين الطرفين لم يترتب عليها ابرام عقد صحيح. ونقضت محكمة الاستئناف ذلك القرار وأعادت القضية إلى المحكمة الابتدائية واستأنف المدعى عليه قرار المحكمة الاستئنافية لدى المحكمة العليا التى قررت أن التعديلات المبينة فى المادة ٣/١٩ من اتفاقية البيع لا ينبغى اعتبارها معدلة لشروط العرض تعديلات جوهرية بالمعنى الوارد فى المادة ٢/١٩ من اتفاقية البيع إذ لا تعد جوهرية على ضوء العرف والمفاوضات وظروف القضية نفسها، وعلى وجه الخصوص قررت أن التعديلات لا تزيد على أنها لصالح الطرف الاخر لا تستوجب قبولا صريحا.

ويرى البعض من الفقه[٢] تشبيه المادة ٢/١٩ بالمادة ٩٥ من القانون المدنى المصرى التى تنص على «إذا اتفق الطرفان على جميع المسائل الجوهرية

---

(١) حكم المحكمة العليا فى النمسا فى القضية رقم ٥٨ لسنة ١٩٩٧ - غير منشور. انظر ذلك فى موقع الدكتور حسام الصغير على شبكة الانترنت، القضية رقم ١٨٩.

(٢) انظر ذلك فى الدكتور حسام الأهوانى، سابق الاشارة إليه ص ١.

فى العقد واحتفظا بمسائل تفصيلية يتفقان عليها فيما بعد ولم يشترطا أن العقد لا يتم عند عدم الاتفاق عليها يعتبر العقد قد تم، إذا قام خلاف على المسائل التفصيلية التى يتم الاتفاق عليها فإن المحكمة تقضى فيها طبقا لطبيعة المعاملة ولأحكام القانون والعرف والعدالة».

فهذا الرأى محل اعتبار لعدم تأييده وذلك لاختلاف مجال كلا من المادة ٢/١٩، المادة ٩٥ من القانون المدنى المصرى، فتلك المادة الأخيرة تتناول ايجاب وقبول صدرا متطابقين أما المادة ٢/١٩ فهى تتناول مرحلة صدور القبول ومدى تطابقه مع الايجاب والأثر المترتب على عدم التطابق بينهما ومن ثم لا مجال للتشبيه بينهما.

٢- **القبول المتأخر:** هو القبول الذى يصل للموجب من الموجب له بعد انقضاء الوقت المحدد للقبول وتتباين التشريعات الوطنية في أثر مثل هذا القبول أو انعقاد العقد به إلى حد يتسم بعدم الوضوح فى نظم القانون العام وكذلك فى نظم القانون الخاص إلا أنها أقل حدة منه فى نظم القانون العام ففى مصر(١) لا يعد للقبول المتأخر أثرا في انعقاد العقد حيث يعد ايجابا يفتح باب التفاوض، كذلك فى فرنسا(٢) لا يختلف الحال عما هو فى مصر حيث أنه يعد

---

(١) كانت المادة ١/١٤١ من المشروع التمهيدى للقانون المدنى تنص على «إذا كان القبول أرسل فى الوقت المناسب ولكنه وصل إلى الموجب بعد الميعاد وكان الموجب لا يريد أن يرتبط بهذا القبول وب عليه ان علم أن القبول رغم تأخره فى الوصول قد أرسل فى الوقت المناسب أن يخطر الطرف الآخر فوراتأخر القبول فإذا تهاون فى الاخطار اعتبر القبول غير متأخر» هذا النص قد تم الغائه اكتفاء بالقاعدة العامة التى تجعل من القبول المتأخر ايجابا جديدا.

(٢) لمزيد من التفصيل انظر الدكتور حسام الأهوانى، مصادر الالتزام، ص ٧٧.

ايجابا جديدا وكذلك القانون الالمانى[١] لكن كلا من القانون الفرنسى، والقانون الألمانى[٢] قد أسبغا قدرا من الحماية على الموجب له متى أصدر قبوله في الميعاد المحدد للقبول، ولكنه وصل للموجب بعد انقضاء تلك الفترة دون سبب يرجع إليه حيث أوجب على الموجب اخطار الموجب له بالتأخير الذى حدث، فإن لم يفعل فإنه لا يعد هناك تأخير قدحدث في وصول القبول.

وهذا مما لا شك فيه حماية للموجب له حسن النية الذى يعتقد بانعقاد العقد الذى أصدر قبوله بصدده فى الميعاد المعين للقبول. والاخطار بوصول القبول متأخر ما هو إلا تطبيقا للالتزام بمبدأ حسن النية من جانب الموجب، وهذه القاعدة هي التى أخذت بها القواعد الموضوعية الدولية حيث تضمنت النص عليها فى المادة ٩ من القانون الموحد، المادة ٢١ من اتفاقية فينا إلا أن القواعد الموضوعية الدولية قد جعلت للقبول المتأخر أثرا في ابرام العقد بشرط أن يقوم الموجب دون تأخير بابلاغ المخاطب شفويا بذلك وبصرف النظر عن سبب التأخير. وفى هذا خالفت ما هو مستقر عليه فى التشريعات الوطنية هو أنه لا أثر لهذا القبول وإنما يعد ايجابا جديدا وفى كل من الحالتين فالأثر المترتب هو انعقاد العقد سواء وفقاً للتشريعات الوطنية أو وفقاً للقواعد الموضوعية الدولية. إلا أنه مما يلفت النظر أن التشريعات الوطنية عندما جعلت مثل هذا القبول يعد ايجاباً جديداً فهى بذلك قد قطعت الطريق على سوء النية، حيث أنها لو جعلت

---

(١) المادة ١٤٦، ١٤٩ من القانون الالمانى.

(٢) لمزيد من التفصيل انظر الدكتور بلال عبد المطلب بدوى، سابق الاشارة إليه ص ١٨٥ ومابعدها.

لمثل هذا القبول أثره كقبول، فإنها تكون بذلك وضعت الأمر في يد الموجب ليتفحص مثل هذا القبول ان كان فى صالحه من عدمه، وإنما هى قد قطعت الشك باليقين وجعلت لمثل هذا القبول ايجابا جديدا . وهذا عكس ما قررته القواعد الموضوعية الدولية عندما جعلت لمثل هذا القبول أثراً فى انعقاد العقد وضماناً لحسن النية فإنها قد أوجبت على الموجب أن يقوم دون تأخير بابلاغ المخاطب شفويا أو ارسال اخطارا بهذا المعنى، ويقابل ذلك حماية للموجب من سوء نية الموجب له حيث أنها إذا كانت قد جعلت لمثل هذا القبول أثره، فإن ذلك يقصد اتقاء تفويت الصفقة على الموجب إن أراد التمسك بها وسد الطريق على القابل إذا رغب فى التنصل منها استنادا إلى قبوله المتأخر فهذا غالباً ما يتم فى حالة انخفاض الأسعار .

أما إذا كان التأخير فى القبول بسبب لا يد للموجب له فيه فقد أخذت القواعد الموضوعية الدولية بما قررته بعض التشريعات الوطنية كالقانون الألمانى، والفرنسى من حيث جعل مثل هذا القبول أثره فى ابرام العقد اللهم إذا أخطر الموجب الموجب له أن هذا الايجاب قد اعتبر ملغيا أى أصبح هذا القبول لا أثر له. فهنا نجد أن القواعد الموضوعية الدولية قد فرضت الالتزام بمبدأ حسن النية على الموجب من حيث الزامه باخطار الموجب له بأن هذا الايجاب قد اعتبر ملغيا لأن الموجب له يكون في اعتقاده أنه أصدر قبوله في الوقت المحدد له. وبالتالى يكون قد انعقد العقد ويقابل ذلك حماية للموجب حسن النية حيث أن وصول هذا القبول متأخرا هو أمرا لا شأن له به، وبالتالى انه يعد حسن النية إذا ما اعتبر أن العقد لم ينعقد لأن عدم وصول القبول في الميعاد قد جعله يقوم بالتصرف على اعتبار أن الايجاب قد سقط وبدئه فى اصدار ايجاب جديد والبحث عن سلعة أخرى ان كان مشتريا أو عرض هذه السلعة ان كان بائعا ،

ومن ثم ان الاخطار من شأنه منع كل من الطرفين من استخدام قاعدة wait and see[١].

أثر القبول: القاعدة العامة أن الأثر الذى يترتب على القبول هو انعقاد العقد ولكن متى يحدث القبول أثره أى متى ينعقد العقد كما سبق أن رأينا أن التشريعات الوطنية تتباين فيما بينها بشأن قاعدة القبول. فالقانون العام[٢] يتبنى نظرية الاصدار كما هو الحال فى القانون الانجليزى، والأمريكى، والقانون الخاص كالقانون البلجيكى، والايطالى، والالمانى يتبنى نظرية العلم بالقبول، أما بالنسبة للقانون الفرنسى فلا يوجد فيه اتجاه موحد من جانب القضاء لعدم وجود نص تشريعى ينظم هذه المسألة. فالمسألة تخضع للقاضى المعروض عليه النزاع، وان القضاء الفرنسى يكشف فى قضائه عن تبنى نظرية الاستلام واصدار القبول[٣]، وأما بالنسبة للقانون المصرى[٤] يتبنى نظرية العلم بالقبول.

---

(١) John Klein, op.cit., 126.

(٢) Gyula ersi op. cit., p. 15 "the classic common law rule is that in these cireumstancesa contract was completed when the offeree posted the acceptance".

(٣) Jean Thieffry et Chantal granier, op. cit.,p. 90 "In france, au la cour de cassation considéére que la question doit etre tranchée pare les juges du fond il n'y a pas d'unité de jurisprudence, il semble cependant que la chambre civile de la cour de cassation penche pour la theoire de la reception alors que la chambre commercial serait plutot favarable a celle de l'emission,cette derniére theorie est appliquée en angleterre et aux etats-unies, alors qu én allemagne la validite de l'acceptation aux subordonnée a sa recption par celui a qui elle est adressée, la belgique et l'italie ont, en revanehe adopte la theorie de l'information.

(٤) تنص المادة ٨٩ من القانون المدنى المصرى «يتم العقد بمجرد أن يتبادل طرفان التعبير عن إرادتين متطابقتين...»

وبصدد القواعد الموضوعية الدولية فإن اتفاقية فينا قد تتبنى نظرية الاستلام بصدد القبول، حيث قررت المادة ٢/١٨ «يحدث القبول أثره منذ اللحظة التى يصل فيها إلى الموجب اعلان يفيد الموافقة على ايجابه» فأثر القبول كما نظمته القواعد الموضوعية في المادة ٢/١٨ قوامه الالتزام بمبدأ حسن النية فى صورة من الصور التى يصدر بها القبول ويترتب عليه أثره فى انعقاد العقد. إذا كان الايجاب محدداً بفترة زمنية معينة وحسن النية يقتضى من الموجب له أن يفصح عن قبوله خلال تلك الفترة، فمن سوء النية ارسال القبول بعد انتهاء المدة المحددة للايجاب لأن ذلك غالبا ما يتم فى حالة ارتفاع الأسعار ويتذرع بأى حجج مؤادها صحة قبوله.

أما إذا كان الايجاب غير محدد بفترة زمنية معينة بحسن النية يقتضى من الموجب اعلان قبوله فى وقت معقول، فإذا كان حسن النية يفترض من الموجب الابقاء على ايجابه لمدة معقولة لتلقي الرد، فكذلك يفترض على الموجب له أن يقوم بالرد في وقت مقبول. ويتم تقدير ذلك وفقا لمعيار الرجل المعتاد وهذا ما أشارت إليه المحكمة العليا فى النمسا فى القضية رقم ٥٨لسنة ١٩٩٧[1] «إذ كان على المحكمة الاستئنافية أن تتأكد مما إذا كان الرد على العرض يمكن أن يعتبر فى صور المادة ٢/١٨لدى شخص عامل من نفس نوع الطرف الآخر وفى نفس الظروف».

وإذا كانت القاعدة الغالبة فى القبول أنه يتم كتابة فإنه فى بعض

---

(١) حكم المحكمة العليا فى النمسا، سابق الاشارة إليه، ص ٤٣٦.

الأحيان يتعين أن يكون شفويا متى كان الايجاب شفويا إلا إذا تبين من الاتجاه خلاف ذلك، بمعنى أن يكون الموجب قد أعطى للموجب له الفرصة فى الرد على مثل هذا الايجاب. فحسن النية أصلا يقتضى من الموجب اعطاء الموجب له الفرصة فى التفكير فى الايجاب أيا كان شكله، فمن سوء النية التمسك بعدم ابرام العقد على اعتبار أن القبول لم يتم شفويا فى الحال فور صدور الايجاب.

فكما يتم القبول كتابة أو شفاهة يمكن أن يتم القبول بالتصرف سواء بإرسال البضاعة أو ارسال الثمن. وهذه القاعدة مستقر عليها فى كافة التشريعات الوطنية[1] وأخذت بها القواعد الموضوعية الدولية فى المادة ٢/٦ من القانون الموحد، المادة ٣/١٨ من اتفاقية فينا. ولكن لكى يعتد بهذا القبول وأثره في ابرام العقد فإنه يتعين أن يصدر بناء على الايجاب ذاته أو التعامل الجارى بين الطرفين أو العرف وأن يصدر فى خلال المدة المحددة للايجاب إذا كان معينا بميعاد أو فى خلال مدة معقولة، ومما لا شك فيه أن أساس الاعتماد بالنسبة لهذا القبول هو حسن النية. حيث يقوم الموجب له بارسال البضاعة أو الثمن وذلك اعتمادا على هذا التعامل السابق بينهما أو اعتمادا على هذا العرف.

لكن المشكلة التى تثور فى القبول بالتصرف أنه يتم دون حاجة إلى اخطار من الموجب له للموجب بالقبول متى كان قد تم فى الميعاد، وفى هذا نوع من عدم الطمأنينة فيما يتعلق بنتيجة ايجابه. فوجود عرف أو معاملات سابقة

---

(١) الدكتور حمزة أحمد الحداد، سابق الاشارة إليه ص ١٣٠.

بينهما تعطى للموجب له الحق في إعلان قبوله بالتصرف، وهو أمر فى صالح الموجب له دون الموجب. وبالتالي فإن الاخطار بالقبول هو أمراً يقتضه مبدأ حسن النية، وذلك لطمأنة الموجب إلى ايجابه واتقاء الكثير من المشاكل التى قد تنجم من اعلان القبول بالتصرف، كما لو كان القبول بالتصرف ممن لا ايجاب له. ولقد كان هناك اقتراح من ممثل امريكا(١) بضرورة هذا الاخطار إلا أنه لم يتم الأخذ به.

هذا من ناحية ومن ناحية أخرى أن الاخطار بالقبول فى حالة القبول بالتصرف هو أمرا من شأنه قطع الطريق على سوء النية من جانب الموجب فى حالة انكاره وجود عرف أو معاملات سابقة بينهما تعطى للموجب له الحق فى اعلان قبوله بالتصرف فهو أمر من شأنه حسم مثل هذه المشاكل وتأكيدا على الالتزام بحسن النية.

---

(١) D.A/CONF.97/9 "the united states proposes an amendment to so that an offer or who was not notified of the acceptaner could treat the offer as having lapsed before acceptance".

الفصل الثالث

النظام القانونى لمبدأ حسن النية فى تنفيذ عقود البيوع الدولية للبضائع

تمهيد: لا يوجد ثمة خلاف فى كافة التشريعات الوطنية - باستثناء انجلترا - على الالتزام بمبدأ حسن النية فى تنفيذ العقود سواء تلك التى تنتمى إلى نظم القانون العام أو نظم القانون الخاص. فمبدأ حسن النية قاعدة أمره لا يجوز الاتفاق بين الطرفين على استبعادها حتى فى ظل القواعد الموضوعية الدولية، تلك التى تعطى للأطراف الحرية فى مخالفة نصوصها أو تعديلها أو استبعادها، فإن ذلك لا يسرى على الالتزام بمبدأ حسن النية فى تنفيذ العقود. فعقد البيع الدولى يتم فى نطاق يختلف عن نطاق العقد الداخلى الذى يتم بين مواطنى دولة واحدة، فعقد البيع الدولى يتم بين أشخاص غير متعارفين وليس بينهم الثقة الكاملة، فضلا عن تباعدهم حيث يصعب أن ينال كل منهم الآخر لانتمائهم إلى دول متباينة فيما بينها فى تشريعاتها. لذلك حرصت القواعد الموضوعية الدولية فى تنظيمها لعقود البيوع الدولية على تنظيم التزامات البائع والمشترى والجزاءات المترتبة على مخالفة هذه الجزاءات.

ويعد مبدأ حسن النية فى تنفيذ الالتزامات سواء بالنسبة للبائع والمشترى هو القاعدة الأساسية التى يقوم عليها تلك الالتزامات وهذا ما حرصت عليه كافة التشريعات الوطنية[١] وكذلك القواعد الموضوعية الدولية[٢].

---

(١) انظر سابقا مبدأ حسن النية فى النظم القانونية الحديثة، ص٢٧٧ ومابعدها.

(٢) انظر سابقا مبدأ حسن النية فى القواعد الموضوعية الدولية ص ١١٢ وما بعدها.

فمهما تضمنت عقود البيوع الدولية من الضمانات التى تكفل تنفيذ الالتزامات كالكفالة المصرفية، والاعتمادات المستندية والتأمين[١]، فلا غنى عن مبدأ حسن النية فى تنفيذ الالتزامات، فبه يتحقق التنفيذ التام للعقد مهما كانت تلك الضمانات، وحتى وكالة التسويق التى بها تنقطع العلاقة بين البائع والمشترى بل بين البائع ووكيل التسويق[٢] لا غنى عن مبدأ حسن النية فى تنفيذ الالتزامات. فوكيل التسويق يرجع على البائع بما دفعه متى كان قد أخل بتنفيذ التزاماته بحسن نية فى تنفيذ العقد، كما لو أن العقد الذى أنشأ حق البائع لم ينفذ أو نفذ بشكل ناقص أو بكيفية معينة.

ولقد حددت القواعد الموضوعية الدولية الالتزامات الأساسية لكل من البائع فى التسليم والمطابقة، والمشترى فى الوفاء بالثمن والتسلم.

لذلك سوف نتناول الالتزام بمبدأ حسن النية من خلال الالتزامات البائع والمشترى التى تناولتها بالتنظيم القواعد الموضوعية الدولية.

---

(١) انظر ذلك فى الدكتور على جمال الدين عوض، تحصيل الثمن فى التجارة الدولية، ص١١، مجلة الحقوق والشريعة، جامعة الكويت، السنة الثانية، العدد الأول سنة ١٩٧٨.

(٢) وكالة التسويق Factoring مصدرها انجلترا حيث ظهرت فى القرن ١٨ وانتقلت إلى الولايات المتحدة الأمريكية ثم عادت إلى أوروبا وانتشرت فى العشرين سنة الأخيرة وخلاصتها أن يتعهد الوكيل التسويق للبائع المصدر أن يشترى منه - ان جاز التعبير- جميع فواتيره أو حقوقه على المشترين الأجانب ويدفع قيمتها مقدما ويتولى هو - أى وكيلا لتسويق - وتحصيلها لحسابه وعلى مخاطره، لمزيد من التفصيل انظر الدكتور على جمال الدين عوض، سابق الاشارة إليه ص ١٢ومابعدها.

المبحث الأول : التزامات البائـــــع.

المبحث الثانى: التزامات المشتـرى.

المبحث الثالث: النيابة فى التعاقد

المبحث الأول

التزامات البائع

لقد حددت القواعد الموضوعية الدولية التزامات البائع فى التزامين أساسيين الأول الالتزام بالمطابقة، والالتزام بالتسليم، إلا أن القواعد الموضوعية الدولية بشأن تنظيم التزامات البائع قد تتفاوت فيما بينها حيث لم تشر اتفاقيتى لاهاى سنة ١٩٦٤ إلى الالتزام بالمطابقة كالتزام مستقل عن الالتزام بالتسليم، فى حين أن اتفاقية فينا قد أفردت هذا الالتزام كالتزام مستقل فى الفرع الثانى من الفصل الثانى من الاتفاقية، على الرغم من أن نص المادة ٣٠ من الاتفاقية يوحى أن الاتفاقية لم تشر إلى هذا الالتزام كالتزام مستقل عن الالتزام بالتسليم(١).

فالتزامات البائع طبقاً للقواعد الموضوعية الدولية إذا كانت تتحدد فى كل من الالتزامين سالفى الذكر، فإنها لا تمتد إلى نقل الملكية حيث أنها من المسائل المستبعدة بصراحة النص من القواعد الموضوعية الدولية(٢).

ونتكلم فيما يلى عن التزامات البائع وهى الالتزام بالتسليم، والالتزام بالمطابقة.

---

(١) عكس ذلك الدكتور محسن شفيق، سابق الاشارة اليه ص ١٣١.

(٢) المادة ٤ من اتفاقية فينا سنة ١٩٨٠.

المطلب الأول

الالتزام بالتسليم

مقدمة:

يعد الالتزام بالتسليم الخطوة الأولى التى يدخل بها العقد حيز التنفيذ من جانب البائع، فهو أول الالتزامات التى تقع على عاتق البائع فبدونه لا يوجد ثمة عقد. لذلك حرصت كافة التشريعات الوطنية على تنظيمه بل البعض منها جعله الوسيلة التى تنتقل بها الملكية كالقانون الألمانى(١)، كذلك أيضا حرصت كافة القواعد الموضوعية على تنظيم هذا الالتزام سواء فى القانون الموحد(٢) أو فى اتفاقية فينا.

لقد تضمنت كافة التشريعات الوطنية تعريف مثل هذا الالتزام حيث يعرفه القانون المصرى فى المادة ٤٢٥ انه وضع الشئ المبيع تحت تصرف المشترى بحيث يمكن حيازته والانتفاع دون عائق، ويعرفه القانون الانجليزى(٣) بأنه نقل حيازة الشئ المبيع اختياريا إلى شخص آخر. ومع ذلك حاول الفقه(٤) تعريف

---

(١) تنص المادة ٩٢٩ BGB من القانون الألمانى أن حقوق الملكية تنتقل فقط وقت تسليم البضائع: مشار إليه فى:
evelion Visser, favor Emptoris: Does the cisg favor the buyerL.r.2000, p.67.

(٢) انظر المواد ١٩، ٢٠، ٢١، ٢٢، ٢٣ من القانون الموحد، المواد ٣١، ٣٣، ٣٣ من اتفاقية فينا سنة ١٩٨٠.

(٣) الدكتور محمود سمير الشرقاوى، الالتزام بالتسليم فى عقد بيع البضائع ص١٠، دار النهضة العربية، ١٩٩١.

(٤) Loussouarn Bredin, op. cit., p. 680.

الالتزام بالتسليم فى نطاق التجارة الدولية، حيث ذهب بعض الفقه[١] إلى تعريفه بأنه كل فعل أو أسلوب قائم فى التجارة الدولية من أجل وضع الشئ المبيع تحت تصرف المشترى. ويرى البعض الآخر[٢] بأنه امكان المشترى من التصرف فى البضاعة المطابقة للعقد متى وفى الثمن وفقا لاتفاقات الأطراف. وبالرغم من وجود هذه التعريفات للتسليم سواءمن جانب التشريعات المقارنة أو الفقه فإن القواعد الموضوعية الدولية قد تباينت فيما بينها بصدد تعريف التسليم، حيث عرفه القانون الموحد فى المادة ١٩ منه بأنه «تسليم أو عطاء للبضائع مطابقة للعقد».

وإزاء الانتقادات التى وجهت إلى مثل هذا التعريف أثناء اعداد اتفاقية فينا فما كان الحال منها إلا أنها قد تلافت وضع تعريف للتسليم[٣]، إلا أنها مع ذلك إذا كانت لم تأت بنص خاص لتعريف التسليم كما هو الحال فى القانون الموحد، فإنها قد أشارت فى نصوصها المنظمة لمثل هذا الالتزام إلى تعريف التسليم وهو وضع الشئ المبيع تحت تصرف المشترى[٤].

ويعد تعريف الفقيهان لوسران، بردان من أدق التعريفات للالتزام بالتسليم وذلك لملائمته للتجارة الدولية.

---

(١) Loussouarn, Bredin, op.cit., p. 680.

(٢) الدكتور رضا عبيد، سابق الشارة إليه ص ٥٠.

(٣) انظر ذلك بالتفصيل فى الدكتور رضا عبيد، سابق الاشارة إليه ص ٤٢ ومابعدها، الدكتور محسن شفيق، سابق الاشارة إليه ص ١٣٤.
Andre Tunc, op.cit., p.367, Section 1 Chapter III.

(٤) المادة ٣١/ب من اتفاقية فينا.

ولما كان الالتزام بمبدأ حسن النية فى القواعد الموضوعية الدولية قد أصبح مستقر عليه فيها، من حيث أنه لا يطبق فقط على تفسيرها بل يطبق على نصوصها والنتائج المترتبة علي تطبيقها[١]. ومن ثم يتعين على البائع عند تنفيذ التزامه بالتسليم مراعاة مبدأ حسن النية سواء من حيث طرق تنفيذ الالتزام وكذلك مكان التنفيذ وميعاد التنفيذ.

طرق التسليم: تعد طرق التسليم فى القواعد الموضوعية الدولية مزيج مختلط من طرق التسليم فى نظم القانون الخاص والعام. إذ أنها قد أخذت بطريقة وضع الشئ المبيع تحت تصرف المشترى المقررة فى نظم القانون الخاص[٢]. حيث تنص المادة ٣١/ب، جـ يلتزم البائع بوضع البضائع تحت تصرف المشترى، ثم أخذت بطريقة التسليم المقررة فى القانون العام المادة ٣٢ من القانون الانجليزى[٣] حيث تنص المادة ٣١/أ تسليم البضائع إلى أول ناقل لايصالها إلي المشترى إذا تضمن عقد البيع نقل البضائع. وبالتالى ان القواعد الموضوعية الدولية قد أخذت بالتسليم الفعلى الذى صورتيه وضع الشئ المبيع تحت تصرف المشترى، والتسليم للناقل، دون التسليم الحكمى المأخوذ به فى التشريعات المقارن[٤].

---

(١) Phanesh Koneru, the international interpretation of the un convention on contract for the international sale of goods, An Approach Based an general principles 6 Minn. J.Global trade 105,1997, http/WWW/ cisg: law, pace edu..

(٢) المادة ٤٣٥ من القانون المصري.

(٣) المادة ٣٢ من القانون الانجليزى.

(٤) انظر ذلك بالتفصيل الدكتور رضا عبيد، سابق الاشارة اليه ص ٥٠.

إلا أنه من الملاحظ أن القواعد الموضوعية الدولية إذا كانت قد أخذت بالتسليم الفعلى، فهى لا تتطلب عملية الاخطار فى الصور الأولى منه وضع الشئ المبيع تحت تصرف المشترى. ويرجع البعض من الفقه[١] ذلك إلى أن الغالبية من البيوع الدولية يتم تنظمها وفقاً لقواعد الانكوترمز تلك التى تتطلب عملية الاخطار. ولكن نرى أن الاخطار بالتسليم مستفاد ضمنا من المادة ٣١ لأن العلم بوضع الشئ تحت تصرف المشترى لا يمكن أن يأتى العلم به إلا بالاخطار، حتى إن لم يكن كذلك فإنه يتعين القيام به تنفيذا لما يقتضيه مبدأ حسن النية فى تنفيذ العقد.

وعلى العكس من الطريقة الأولى فى التسليم فإن الطريقة الثانية فى التسليم وهى حالة التسليم إلي ناقل، فإن القواعد الموضوعية الدولية قد استلزمت عملية الاخطار، إلا أن ذلك فى حالة واحدة كما هو مبين من نص المادة ٣٢/١ إذاكانت البضائع لا يمكن تعيينها بوضوح فإنها مشمولة بالعقد سواء بوجود علامات مميزة عليها أو بمستندات الشحن أو بطريقة أخرى. وإن كان ذلك يكشف ضمنيا عن الالتزام بمبدأ حسن النية فى مرحلة التنفيذ من حيث التزام الأطراف بالمحافظة على كل ما هو ضرورى للإعلام الذى من شأنه تحقيق التنفيذ التام للعقد، كما هو الحال فى المادة ٣٢/١[١]. فإن ذلك يمتد إلى كل الحالات الأخرى التى لم يرد بشأنها نص بضرورة الاخطار نظراً لما يقتضيه مبدأ حسن النية من تعاون بين الأطراف فى تنفيذ العقد، كما هو الحال فى المادة ٣١

---

(١) لمزيد من التفصيل انظر الدكتور رضا عبيد،سابق الاشارة إليه ص ٥٨ ومابعدها.
Jacque leaute,les contrat-types,Rev. Trim. civ., 1953, p. 429-460.

(٢) John Klein op.cit., p. 127.

بالنسبة لطريقة التسليم بوضع الشئ المبيع تحت تصرف المشترى، وذلك إذا ما تم انكار أنه مستفاد ضمنياً من نص تلك المادة.

وإن ما يؤكد ذلك من حيث ضرورة التعاون بين الأطراف لاتمام عملية التسليم تطبيقا لمبدأ حسن النية، فإن القواعد الموضوعية الدولية قد استلزمت فى حالة التسليم إلى الناقل وضع الشئ المبيع تحت تصرف المشترى أن يقوم البائع بإبرام عقود النقل للبضائع[١] للمكان الذى منه يتم التسليم إلى الناقل، أو إلى المكان الذى ستسلم فيه البضاعة، متى كان البائع ملزماً باتخاذ ما يلزم لنقل البضائع. ليس هذا فحسب بل ان القواعد الموضوعية الدولية قد استلزمت من البائع فى حالة عدم التزامه بالتأمين على البضائع أن يمد المشترى بكل ما هو ضرورى للقيام بعملية التأمين[٢]. ومن ثم أصبح تقديم المعلومات الضرورية للقيام بعملية التأمين التزاماً على عاتق البائع حتى ولو لم يكن العقد متضمن الالتزام بالتأمين. وأساس ذلك هو مبدأ حسن النية حيث أنه ان لم يقم بذلك يعد مخلا بتنفيذ التزامه بالتسليم، ليس على أساس اخلاله بالالتزام بالتأمين انما على أساس اخلاله بتقديم المعلومات الضرورية للتأمين. وبالتالى يمكن القول أن مبدأ حسن النية قد أضفى على قواعد الانكوترمز التى غالبا ما يتم ابرام العقود فى ظلها، تلك التى تعفى البائع من التأمين التزاما آخر فى تلك العقود وهو تقديم المعلومات الضرورية للتأمين ومن ثم تعد القواعد الموضوعية الدولية الخاصة بالالتزام بالتسليم منتمية لقواعد الانكوترمز[٣]

---

(١) المادة ٢/٣٢من اتفاقية فينا سنة ١٩٨٠.

(٢) المادة ٣/٣٥ من اتفاقية فينا سنة ١٩٨٠.

(٣) انظر ذلك فى الدكتور رضا عبيد، ص ١٩٦. سابق الاشارة إليه.

بمعنى أنه إذا كان العقد فى أى شكل من قواعد الانكوترمز، وكان هذا العقد لا يفرض علي البائع الالتزام بالتأمين ويخضع لتلك القواعد الموضوعية الدولية باعتبارها جزء من القانون الوطنى، فإن البائع ملتزم بتقديم المعلومات الضرورية للتأمين على تلك البضائع.

مكان التسليم: تتحدد أهمية مكان التسليم فى أنه المكان الذى يجمع بين طرفى العقد لتنفيذ الالتزام بالتسليم، وغالبا ما يحدد الأطراف فى العقد مكان التسليم. إلا أنه نظراً لأهمية مكان التسليم فقد صرحت كافة التشريعات الوطنية وكذلك القواعد الموضوعية الدولية على تحديد مكان التسليم، وفى حالة عدم تحديده هو مكان منشأة البائع حيث تنص المادة ٢٣ من القانون الموحد على ذلك، والمادة ٣/٣١ من اتفاقية فينا. فطبقاً لهذه الاتفاقية فى حالة وجود أكثر من منشأة للبائع فالعبرة تكون بالمنشأة الأكثر صلة بالعقد طبقا للمادة ١٠[١] من هذه الاتفاقية. وما من شك فى أن تقريرهذه القاعدة الأصولية من شأنها تقرير الحماية للمشترى حسن النية ضد البائع سيئ النية، ذلك الذى قد يتعمد عدم التسليم للمشترى فى منشأته فى حالة عدم تحديد مكان التسليم، ويقرر أن التسليم سوف يتم فى مكان آخر غير منشأته لتكليف المشترى نفقات باهظة لاستلام البضائع، مما يدفع هذا الأخير إلى زيادة السعر مقابل استلام البضائع فى مكان منشأة البائع الذى غالبا ما يلجأ إلى ذلك فى حالة ارتفاع الأسعار. وبالتالى فإنه طبقا لهذه القاعدة الأصولية يكون لزاما

---

(١) انظر في ذلك الدكتور محسن شفيق، سابق الاشارة إليه ص ١٤٠.
Schlechtriem, op. cit., p.193.

على البائع أن يقوم باحضار البضائع إلى مكان منشأته حتى لو كان قد غير مكانها لتسليمها إلى المشترى.

ومن التطبيقات القضائية لهذه القاعدة الأصولية، الحكم الصادر من محكمة النقض الفرنسية[١] بصدد عقد البيع المبرم بين شركة ايطالية مقيمة فى ايطاليا (بائعة)، ومشتر فرنسى، حيث انتهت المحكمة أن مكان تنفيذ التزام التسليم من قبل البائع يوجد فى ايطاليا التى هى مكان تسليم البضاعة إلى المشترى، وأن هذا المكان قد حدد بموجب التطبيق الصحيح للمادة ٣١ من اتفاقية فينا.

أما إذا كان عقد البيع يتعلق ببضاعة معينة بذاتها أو معينة بنوعها فقط سيتم افرازها من مخزون معين أو ستصنع أو سيتم انتاجها، وكان الطرفان يعلمان وقت ابرام العقد أن البضاعة موجودة في مكان معين أو أنها ستصنع أو سيتم انتاجها في مكان معين، فيقع التسليم فى هذا الفرض بوضع المبيع تحت تصرف المشترى فى ذلك المكان (المادة ٢/٣١)[٢]. وهذا الاستثناء من القاعدة الأصولية يشترط فيه علم كلا من البائع والمشترى بذلك المكان الموجودة فيه البضائع طبقا للمادة ٢/٣٨، والمقصود هنا بالعلم هو علم المشترى إذا لم يكن هذا المكان معلوماً له حيث تطبق القاعدة الأصولية وهى أن التسليم يتم فى منشأة البائع إذ أن هذا المكان من المفترض علم البائع به.

---

(١) الحكم الصادر من محكمة النقض الفرنسية فى القضية رقم ٢١٧٩٧ الدائرة المدنية/ ديسمبر ١٩٩٧. انظر ذلك على موقع الدكتور حسام الصغير على شبكة الانترنت، سابق الاشارة إليه، القضية رقم٢٠٧.

(٢) الدكتور محسن شفيق، سابق الاشارة إليه ص ١٣٨.

ومن التطبيقات القضائية لهذه القاعدة الحكم الصادر من القضاء الألمانى[١] بصدد عقد بيع بين مشترى ايطالى وبائع المانى، حيث انتهت المحكمة أن مدينة «أخن» Aachen هى المدينة التى صنعت فيها البضائع، وبالتالى هى المكان الذى يلتزم فيه البائع بالتسليم.

أما إذا كان التسليم يستلزم فيه القيام بعملية النقل، ويكون البائع هو الملتزم بإبرام عقد النقل يقع التسليم فى هذا الفرض فى المكان الذى تتم فيه مناولة البضاعة إلى الناقل الأول بقصد ارسالها للمشترى (المادة ٣١/١)[٢].

وبالتالى نجد أن القواعد الموضوعية الدولية قد تناولت تنظيم تحديد مكان التسليم بالشكل الذى يكفل الحماية اللازمة للمشترى حسن النية فى حالة عدم تحديد هذا المكان أو خضوع العقد لأى شكل من أشكال قواعد الانكوترمز. حيث تضمنت قاعدة أصلية وهى أن مكان التسليم هو منشأة البائع، وفى حالة إذا كانت البضاعة سيتم انتاجها أو تصنيعها فى مكان معين أو ستفرز من مخزون معين ان مكان التسليم هو المكان الموجودة به هذه البضاعة بشرط علم المشترى بذلك المكان وقت ابرام العقد، وفى حالة النقل فإن مكان التسليم هو المكان الذى يتم فيه تسليم البضاعة إلى الناقل.

ميعاد التسليم: مما لا شك فيه أن تحديد ميعاد التسليم له أهمية

---

(١) الحكم الصادر من القضاء الالمانى فى القضية رقم 36/93 / 0 43.
انظر فى ذلك موقع الدكتور حسام الصغير على شبكة الانترنت سابق الاشارةاليه القضية رقم ٤٧.

(٢) الدكتور محسن شفيق، سابق الاشارة إليه ص١٣٧، ولمزيد من التفصيل انظر:
Heuze, op.cit., p. 192.

بمكان لا تقل عن أهمية تحديد مكان التسليم، لأن فى هذا الميعاد يتم تنفيذ الالتزام بالتسليم كلية، لذلك فالغالب أن العقود تتضمن تحديد مكان التسليم. ونظرا لأهميته اهتمت القواعد الموضوعية الدولية بتنظيم هذا الميعاد بالشكل الذى يكفل الحماية اللازمة للمشترى حسن النية فى حالة عدم تحديد ميعاد التسليم، إذ أوجبت على البائع احترام هذا الميعاد إذا تضمن العقد تحديده وفى حالة عدم تحديده فيجب أن يتم التسليم وفقاً للميعاد الذى يحدده العرف(١). وفى هذه الحالة يرى البعض من الفقه(٢) أنه عند حلول الميعاد المعين أو الذى يقضى به العرف يقوم البائع بتنفيذ التزامه بالتسليم دون حاجة إلى أى إجراء من جانب المشترى كالاعذار مثلا. ونخالف هذا الرأى من حيث أن هذا الاجراء يجب أن يتم من جانب البائع قبل حلول ميعاد التسليم إذ قد يصبح هذا الميعاد المحدد بالعقد أو الذى يكون محدد بالعرف غير مناسب للمشترى للتسليم، فإذا لم يقم بالرد عليه أصبح ميعاد التسليم هو الميعاد المحدد بالعقد أو بالعرف وذلك تطبيقا لمبدأ حسن النية فى تنفيذ العقد. وهذا يؤكد مرة أخرى أن تنفيذ الالتزامات ليس معناه الالتزام بحسن نية فى التنفيذ، إذ أن تنفيذ الالتزامات وفقا لما يقتضيه مبدأ حسن النية، معناه تحقيق مصلحة الطرف الآخر، إذ كيف تتحقق مصلحة المشترى من خلال استلام البضائع إذا كان يستحيل عليه الاستلام فى هذا الميعاد، ويؤكد ذلك أن ميعاد التسليم قد يكون فترة زمنية معينة أو قابلة للتعيين يتم خلالها التسليم(٣). فإذا كان اختيار الميعاد للبائع

---

(١) المادة ٣٣ من اتفاقية فينا سنة ١٩٨٠.

(٢) الدكتور محسن شفيق، سابق الاشارة إليه ص ١٤٠.

(٣) المادة ٣٣/ب من اتفاقية فينا ١٩٨٠.

فإن مبدأ حسن النية يقتضى من البائع أن يقوم باخطار المشترى لتحديد اليوم الذى يتم فيه التسليم، لكى يكون المشترى على استعداد لاستلام البضائع، وإذا كان اختيار اليوم للمشترى وجب عليه اخطار البائع لتحديد اليوم حتى يستطيع البائع تجهيز نفسه لتسليم البضائع. وهذا ما أخذ به قانون التجارة المصرى رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ إذ بمقتضى المادة ٢/٩٣ إذا اتفق على أن يكون للمشترى تحديد ميعاد التسليم، ويلتزم البائع بالتسليم فى الميعاد الذى يحدده المشترى مع مراعاة المدة التى تستلزمها طبيعة المبيع لإعداده للتسليم. تنفيذ ذلك لا يتأتى إلا بالاخطار بذلك الميعاد.

فتنفيذ الالتزام بالتسليم فى يوم معين خلال هذه الفترة يعنى تنفيذ الالتزام بالتسليم، لكنه لا يعنى الالتزام بمبدأ حسن النية في التنفيذ. إذ أن الهدف الأساسى من الالتزام به هو تحقيق مصلحة الطرف الآخر، ويؤكد ذلك أيضا مرة أخرى حالة عدم تحديد ميعاد التسليم تماما[١]، حيث يصبح ميعاد التسليم يرجع إلى البائع، ففى هذه الحالة إذا كان يتعين على البائع القيام بالتسليم خلال ميعاد معقول مراعيا فى ذلك العادات والأعراف وطبيعة البضائع، فإنه يجب عليه أن يقوم باخطاره بميعاد التسليم حتى يكون المشترى على استعداد لاستلام البضائع. ومن ثم فإنه فى كل الحالات حتى فى حالة ميعاد التسليم المحدد بالعقد التى يكون فيها اختيار ميعاد التسليم لأحد طرفى العقد يتعين عليه أن يقوم باخطار الطرف الآخر بميعاد التسليم[٢].

---

(١) المادة ٣٢/جـ من اتفاقية فينا سنة ١٩٨٠.

(٢) Heuze, op. cit., p.194.

وإذا كانت القاعدة الأصلية أن التسليم يجب أن يتم فى الميعاد المحدد بالعقد أو العرف، إلا أنه إذا طلب البائع التسليم قبل الميعاد المحدد أو بعده فإن الأمر يكون للمشترى سواء قبول التسليم أو رفضه قبل ذلك الميعاد[١]. إلا أن الأعمال التحضيرية لاتفاقية فينا تكشف عن مراعاة الالتزام بمبدأ حسن النية فى ذلك، بمعنى أنه يجب أن يكون للمشترى السبب الكافى لرفض ذلك بصرف النظر عما ينص عليه العقد تطبيقاً لمبدأ حسن النية[٢].

تسليم المستندات: غالبا ما يتم البيع والشراء فى نطاق التجارة بالمستندات. لذلك حرصت القواعد الموضوعية الدولية على تنظيم هذا الالتزام وذلك على اعتبار أن الالتزام بالتسليم لا يتحقق تماما إلا بتسليم المستندات الخاصة بمحل عقد البيع الدولى. فوضع الشئ تحت تصرف المشترى أو التسليم للناقل لا يتحقق دون تسليم المستندات.

وتطبيقا للالتزام بمبدأ حسن النية فى التنفيذ يتعين على البائع طبقاً للمادة ٣٤ من اتفاقية فينا أن يقوم البائع بتسليم المستندات للمشترى فى المكان والميعاد والشكل المحدد بالعقد، أو طبقا للعرف. وتسليم المستندات فى نطاق البيوع الدولية غالباً ما يتم عن طريق فتح الاعتماد المستندى، بمعنى أن

---

(١) المادة ٥٢ من اتفاقية فينا سنة ١٩٨٠.

(٢) selon la secretariat de la CNUDCI l'acheteur devrait toutfois avoir commercialement un raison suffisant de refuser de prender livrasion puisque l'article 6 exige le respect de la bonne foi dans le commerce international.

مشار إليه فى Heuze, op.cit., p. 194,p.17:

يقوم المشترى بفتح اعتماد مستندى لدى أحد البنوك لصالح البائع بقيمة الثمن المحدد للبضاعة المبيعة حيث إذا قام البائع بتسليم المستندات المتفق عليها فى العقد قام البنك بالوفاء بقيمة البضائع للبائع بعد التحقق من مطابقة المستندات.

المطلب الثاني

الالتزام بالمطابقة

تمهيد: يعد الالتزام بالمطابقة من الالتزامات الأساسية التى تقع على عاتق البائع فى البيوع الدولية للبضائع، ذلك الذى تناولته القواعد الموضوعية بالتنظيم. فإذا تفحصنا هذا الالتزام لوجدناه ما هو إلا ادماجاً لما هو مقرر فى التشريعات الوطنية المقارنة بأسلوب أكثر تبسيطاً وتحديداً منه فى تلك التشريعات(١). فالالتزام بالمطابقة ليس نظاماً جديداً استحدثته القواعد الموضوعية الدولية(٢) فهو ليس بغريب على نظم القانون العام. فمعيار المطابقة المقرر بنص المادة ٢/٣٥ أ، الخاص بمطابقة البضائع للاستعمال العادى، والأغراض الخاصة مماثلا للشرط الضمنى المقرر بمقتضى قانون بيع البضائع الانجليزى الصادر عام ١٨٩٣ الذى يعتبر أن هناك شرطا ضمنيا «أى بضاعة صالحة للتجارة» والذى تم تعديله سنة ١٩٧٢ ذلك الذى أضاف تفسيرا بأن

---

(١) انظر فى هذا المعني:

J.Ghestin, conformite et granties dans la vente, produicts mobiliers L.G.D.J. Paris 1983.

مشارإليه فى Lamy op. cit.,p. 4.184.

(٢) انظر عكس ذلك الدكتور رضا عبيد، ص٣١٠، سابق الاشارة إليه.

البضاعة يجب أن تكون صالحة للاستعمال فى الأغراض العادية التى تعد لها بضائع من نوعها، كذلك قانون التجارة الأمريكى الموحدة فى المادة ٢/٣١٤ الذى يقرر أيضا أنه يجب أن تكون البضاعة صالحة للتجارة وللاستعمال العادى والأغراض الخاصة(١). والفارق بين كل من القانونين، أن قانون بيع البضائع الانجليزى يقرر الالتزام بالمطابقة كما هو موضح سابقاً على أساس فكر الشرط الضمنى، أما تقنين التجارة الأمريكى الموحد يقرر هذا الالتزام على أساس فكرة الضمان.

أما بالنسبة لنظم القانون الخاص فهو أيضا يعرف نظام الالتزام بالمطابقة حيث ربطت المطابقة الكمية بالتسليم، أما بالنسبة للمطابقة من حيث المواصفات والاستعمال يقابلها ضمان العيوب الخفية والمواصفات(٢). وهذا ما قررته محكمة النقض الفرنسية(٣) حيث أنها قد أشارت في ذلك إلى المادة ٣٥ من اتفاقية البيع من حيث أنه إذا كانت البضاعة المبيعة غير صالحة للاستعمال المقصود منها «يشكل عدم مطابقة مع أحكام العقد بالمعنى العام الذى تضفيه أحكام هذه الاتفاقية على هذه المصطلحات أو شكل ذلك عند استبعاد تطبيق الاتفاقية العيب الخفي المنصوص عليه فى المادة ١٦٤١من القانون المدنى الفرنسى، وبالتالى فإن نظام الالتزام بالمطابقة هو نظام عرفته نظم القانون

---

(١) لمزيد من التفصيل انظر الدكتور جمال عبد العزيز، ص ٦١ ومابعدها، سابق الاشارة اليه.

(٢) انظر المواد ٤٤٧، ٤٤٨، ٤٤٩ من القانون المصرى، المواد ١٦٤١، ١٦٤٣، ١٦٤٤، ١٦٤٥ من القانون الفرنسى.

(٣) Cour d'cass com. D. 1996,R.C.D. intp. 72, 1997.

الخاص. لكن مع اختلاف دعوى المسئولية الناشئة عن الاخلال بهذا الالتزام، فبصدد مخالفة البائع لالتزامه بتسليم محل العقد غير مطابق للكمية المتفق عليها فى العقد يكون للمشترى الحق فى فسخ العقد أو انقاص الثمن، أما بالنسبة للعيوب الخفية والمواصفات يكون للمشترى الرجوع على البائع بدعوى ضمان العيوب الخفية، وثمة فارق بين تلك الدعوى وذاك(١). وليس أدل على وجود أحكام الالتزام بالمطابقة فى تشريعات القانون الخاص، اتجاه أحكام القضاء المصرى إلى تقرير هذا الالتزام صراحة فى أحكامه والتأكيد عليه فى أحدث أحكامه(٢).

وإزاء هذا التباين بين النظم القانونية بل داخل النظام القانونى الواحد في تنظيم هذا الالتزام، كانت المحاولة الابتكارية من جانب اتفاقية فينا لتوحيد أحكام هذا الالتزام تحت مفهوم موحد رافض نهائيا الارتباط بأى نظام قانونى

---

(١) انظر فى التمييز بين ضمان العيوب الخفية والفسخ لعدم التنفيذ الدكتور عبد الرزاق السنهورى، سابق الاشارة إليه ص ١٦٨.

(٢) انظر فى ذلك مجموعة أحكام النقض الدائرة المدنية س ٢١ عام ١٩٧٠ العدد الأول ص٤٧٥ مشار إليه فى الدكتور رضا عبيد، سابق الاشارة إليه ص٣٧٦، من أحدث الأحكام الصادرة من محكمة النقض الحكم الصادر فى الطعن رقم ٩٨٨ لسنة ٥٣ ق جلسة ٣٠/ ١٠/ ١٩٨٩حيث رددت ما سبق فى أحكامها مقررة «لئن كان المشرع قد ألحق حالة تخلف الصفة التى كفل البائع للمشترى بالعيب الخفى- هو الآفة الطارئة التى تخلو منها الفطرة السليمة للمبيع والذى تنطبق أحكامه المنصوص عليها فى المواد ٤٤٧ ، ٤٥٥ من القانون المدنى - إلا أنه لم يشترط فى حالة فوات الصفة ما اشترط فى العيب الذى يضمنه البائع من وجوب كونه مؤثرا بل انه جعل مجرد تخلف الصفة وقت التسليم موجبا لضمان البائع من قيام المشترى باخطاره سواء كان يعلم بتخلفها وقت البيع أو لايعلم سواء كان يستطيع تبين فواتها أولا».

من شأنه تطبيق تلك المفارقات المقررة فى النظم القانونية، كتقرير هذا الالتزام على أساس فكرة الشرط الضمنى، وتقرير هذا الالتزام على أساس فكرة الضمان، أو المطابقة فى التسليم، والعيوب الخفية، وهذا ما أكدته أحكام التحكيم الدولية من حيث وجوب تنفيذ هذا الالتزام طبقا لأحكام الاتفاقية بشكل مستقل عما هو مقرر فى النظم القانونية، حيث لم تأخذ غرفة التجارة الدولية فى حكم لها بذلك التمييز المقرر فى القانون الفرنسى بين المطابقة فى التسليم والعيوب الخفية، وهذا ما أكدته أيضا أحكام القضاء الوطنى فى المانيا(١)، وبذلك أصبحت مسألة توحيد أحكام هذا الالتزام مسألة تؤكدها القواعد الموضوعية الدولية وأحكام التحكيم الدولية والقضاء الوطنى.

وبالرغم من ذلك ان قانون التجارة المصرى رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩(٢) ظل متأثراً بأحكام القانون المدنى المصرى من حيث التمييز بين نقص البضاعة والعيب فيها، وعدم المطابقة من حيث الشروط أو العينة، إلا أنه قد وحد دعوى المسئولية فى حالة الاخلال بذلك من جانب البائع. حيث أصبح للمشترى الحق فى الرجوع على البائع بدعوى الفسخ أو انقاص الثمن، حيث لم يصبح لدعوى

---

(١) انظر ذلك بالتفصيل فى:

Anna Veneziano, Non conformity of goods in int'sales, a surveyof current case law on C.I.S.G, RDAIL IBLJ, No.1. 1997 p.41 et 42.

(٢) تنص المادة ١٠١ إذا تبين بعد التسليم أن كمية أو صفة أقل مما هو متفق عليه أو أن به عيبا أو أنه غير مطابق للشروط والعينة التي تم العقد بمقتضاها فلا يُقضى للمشترى بالفسخ إلا إذا نشأ عن النقص أو العيب أو عدم المطابقة عدم صلاحية المبيع للغرض الذى أعده له المشترى....». انظر فى ذلك المستشار محمد عبد الرحيم، سابق الاشارة إليه ص ١٥٣ ومابعدها.

ضمان العيوب الخفية مكان، وبالتالى فإنه لم يجعل الالتزام بالمطابقة التزاما شاملا فيما عدا دعوى المسئولية، كما هو الحال فى القواعد الموضوعية الدولية. حيث أورد الالتزام بالمطابقة ضمن التعداد الذى تضمنته المادة ١٠١ وجعله أحد صور دعوى الفسخ، وليس الصورة الكلية كما هو الحال فى القواعد الموضوعية الدولية.

ان ما يهمنا فى هذا المقام هو بيان الالتزام بمبدأ حسن النية فى تنفيذ هذا الالتزام ذلك الذى تكشف عنه هذه التشريعات الوطنية فى نصوصها، والأثر المترتب على مخالفته. فطبقا للقانون الفرنسى[١] المادة (١٦٤٣) يعد البائع سيئ النية متى كان يعلم بالعيب ولو لم يتعمد اخفائه، والمادة ٤٥٣ من القانون المدنى المصرى[٢] التى تنص على «يجوز للأطراف باتفاق خاص أن يزيدا فى الضمان أو أن ينقصا منه أو أن يسقطا هذا الضمان على أن كل شرط يسقط الضمان أو ينقصه يقع باطلا إذا كان البائع قد تعمد اخفاء هذا العيب فى المبيع غشاً منه، وفى القانون السويسرى يجب أن يكون الشئ المبيع صالحاً للاستعمال كما هو محدد بالعقد صراحة أو ضمناً، فإذا لم يتضمن العقد ذلك فيفترض حسن النية[٣]، يخضع القانون الانجليزى هذه الشروط المعدلة للضمان فى عقود المستهلكين للبطلان وفى العقود الأخرى لشرط المعقولية، كذلك فى القانون الأمريكى تخضع هذه الشروط لقاعدة l'unconscionbility[٤].

---

(١) المادة ١٦٤٣ من القانون الفرنسى.

(٢) المادة ٤٥٣ من القانون المصرى.

(٣) المادة ٢٠١ من قانون الالتزامات السويسرى.

(٤) U.C.C. 3-302.

وما من شك أن هذا يكشف ويؤكد على أهمية الالتزام بمبدأ حسن النية فى تنفيذ هذا الالتزام، أو فى الشروط المعدلة لتنفيذ هذا الالتزام سواء كان بالزيادة أو النقص أو الاسقاط.

لذلك سوف نتناول الالتزام بالمطابقة فى القواعد الموضوعية باعتبارها توحيدا لأحكام عقد البيع الدولى للبضائع من خلال (أ) شروط حماية المشترى حسن النية عند تنفيذ هذا الالتزام (ب) ثم شروط حماية البائع حسن النية فى الالتزام بالمطابقة.

الفرع الأول

شروط حماية المشترى حسن النية فى الاخلال بالتزام بالمطابقة

لقد عالجت القواعد الموضوعية الدولية الالتزام بالمطابقة باعتباره أحد الالتزامات الأساسية التي تقع على عاتق البائع، موحدة فى ذلك أحكام نظم القانون الخاص والعام بشأن هذا الالتزام، وإن كانت قد اختلفت فيما بينها فى هذا الالتزام. حيث تناولته اتفاقيتى لاهاى سنة ١٩٦٤مرتبطا بالتسليم، وليس كالتزاما مستقلا، وهذا يكشف إلى حد ما تأثرها بنظم القانون الخاص تلك التى تكشف فى نصوصها بشأن المطابقة المادية، أن يتم التسليم طبقا لما هو متفق عليه فى العقد من حيث الكمية. وازاء الانتقادات التى وجهت إلى اتفاقيتى لاهاى لتناولها الالتزام بالمطابقة مرتبطا بالتسليم، فتناولت هذا الالتزام بشكل مستقل عن الالتزام بالتسليم، ومع ذلك لم تتضمن تعريفاً للمطابقة ويمكن تعريف المطابقة هو القيام بكافة الإجراءات الضرورية اللازمة لتسليم البضاعة

والمستندات الخاصة مطابقة وفقا لما يقرره القانون والعقد(١).

ولما كانت اتفاقية فينا لم تتضمن فى نصوصها نصاً صريحا بصدد الالتزام بمبدأ حسن النية ذلك الذى كان من شأنه أن يسرى على الالتزام بالمطابقة، فإنه من المستقر عليه الالتزام بمبدأ حسن النية فى تقييم التصرفات بين الأطراف سواء بالنسبة للحقوق أو الواجبات(٢). ومن ثم يتعين الالتزام بمبدأ حسن النية في تنفيذ الالتزام بالمطابقة لشموله كل نصوص الاتفاقية(٣) الذى يعد أحد أركان مرحلة تنفيذ العقد من جانب البائع، من حيث أن يقوم وفقاً لنص المادة ٣٥ من اتفاقية فينا بتسليم البضائع مطابقة للكمية والأوصاف المتفق عليها فى العقد بل تعبئتها وتغليفها طبقاً لأحكام العقد. ليس هذا فحسب بل تأكيداً للالتزام بمبدأ حسن النية يتعين على البائع أن يقوم بتسليم البضاعة صالحة للاستعمال فى الأغراض التى تستعمل من أجلها عادة بضائع من نفس النوع، كذلك أن تكون صالحة للاستعمال فى الأغراض الخاصة التي علم بها البائع صراحة أو ضمنا وقت انعقاد العقد اللهم إذا تبين من الظروف أن

---

(١) لقد تم ابداء هذا التعريف للمطابقة قياسا على ما قررته اتفاقية فينا للبضائع سنة ١٩٨٠ فى المادة ٥٤ بشأن الثمن.

(٢) John felemegas "comparative Editorial Remarks on concept of good faith in the cisg and Pecl. int L.R. p.400, 2001.

(٣) text of secretariat commentry on Artical of the 1978 draft (draft counter part of C.I.S.G artical 7 (1) "the principal of good faith is however, Broader than these ex, and applies to all aspects of interpretion and application of provisions of this convention.

مشار إليه فى John felemegas op.cit. p. 403. note 4.

المشترى ما كان له أن يعتمد على خبرة البائع أو كان من غير المعقول للمشترى أن يعتمد على ذلك. وتأكيدا للالتزام بمبدأ حسن النية يجب على البائع أن يقوم بتسليم البضائع مطابقة للمواصفات التى سبق عرضها كعينة أو نموذج، وكذلك أيضا تعبئة البضائع وتغليفها وفقا لما هو معتاد للبضائع التى من نوعها، وفى حالة عدم وجود ذلك تكون التعبئة والتغليف بالكيفية المناسبة لحفظها وحمايتها، ولا يسأل البائع عن أى عيب فى المطابقة متى كان المشترى يعلم به أو كان من واجبه ألا يجهله وقت انعقاد العقد. ومن التطبيقات القضائية للالتزام بمبدأ حسن النية فى تنفيذ الالتزام بالمطابقة الحكم الصادر من القضاء السويسرى من محكمة كانتون فاليز Ci 97.167[1] بصدد النزاع القائم بين مدعى ايطالى، ومدعى عليه سويسرى بصدد عقد بيع بلدوزر، حيث رأت المحكمة أن ادعاء المشترى بعدم مطابقة البضاعة للمواصفات ليس له سند مشروع إذا كان المشترى قد اختبر البلدوزر، وخلصت المحكمة إلى المادة ٣٥ من اتفاقية فينا، وإلى مبدأ حسن النية فى التسليم بأن الشخص الذى يشترى بضاعة على الرغم من وجود عيوب ظاهرة فيها فإنه يكون قد قصد بذلك قبول عرض البائع.

وتأكيداً على أهمية مبدأ حسن النية ودوره فى حل ما قد يبدو من تنازع ظاهرى بين نص المادة ٣٥/١، ٣٥/٢، حيث أنه طبقا لنص المادة ٣٥/١ يكون البائع قد نفذ التزامه متى كان المشترى قد طلب بضائع طبقاً لمواصفات خاصة

---

(١) حكم محكمة كانتون فاليز .CI. 97.167.

انظر فى ذلك موقع الدكتورحسام الصغير، على شبكة الانترنت، سابق الاشارة إليه، القضية رقم ٢١٩.

وقام البائع بتنفيذ التزامه بتسليمه البضائع طبقا لتلك المواصفات، فى حين أن البائع يدرك أن هذه البضائع سوف لاتكون مناسبة لأغراضه الخاصة، فمن المفترض طبقا للالتزام بمبدأ حسن النية أن يقوم بإعلامه بذلك[1]. وهذا يؤكد أن مجرد تنفيذ الالتزام لا يعنى الالتزام بمبدأ حسن النية.

١- أن يكون العيب مؤثرا: تطبيقا للالتزام بمبدأ حسن النية فى الالتزام بالمطابقة يجب ألا يكون العيب مؤثراً فى حالة البضائع التى تم تسليمها، وتتحقق صورة العيب المؤثر فى المطابقة حسبما حددته اتفاقية فينا سنة ١٩٨٠ فى أن يكون هذا العيب مؤثرا فى الاستعمال العادى التى تستعمل فيها عادة بضائع من نفس نوعها. حيث أن الأصل تطبيقا لمبدأ حسن النية أن يقوم البائع بتسليم البضائع مطابقة للأغراض التى تستعمل فيها بضائع من نفس نوعها، حتى ولو لم يتضمن العقد ذلك. ولما كانت غالبية عقود البيوع الدولية يتم ابرامها بشأن بضائع لاستعمالها فى أغراض خاصة، فيجب تطبيقا لمبدأ حسن النية أن يتم تسليم هذه البضائع مطابقة لتلك الأغراض، بل يجب على البائع متى كشف المشترى له عن غايته الخاصة من شراء تلك البضائع أن يعلمه ما إذا كانت تلك البضائع ستفى بهذه الأغراض أم لا. ومعنى ذلك أن صلاحية هذه البضائع للأغراض العامة التى تستعمل فيها بضائع من نفس نوعها لا تعنى تنفيذ الالتزام بالمطابقة وفقاً لمبدأ حسن النية، بل يجب أن يتم تسليمها مطابقة لتلك الأغراض الخاصة، إلا أن ذلك مشروطاً بعلم البائع بذلك

---

(١) Schlechtriem, op. cit., note 353.

أو يتبين من الظروف أن المشترى كان له من المعقولية التى بها يعتمد على خبرة البائع، فإن لم يكن الأمر كذلك فلا يعد هناك ثمة اخلال بمبدأ حسن النية من جانب البائع. لأنه من المجافى لمبدأ حسن النية ضمان البائع صلاحية البضائع للأغراض الخاصة بل تتحقق المخالفة لمبدأ حسن النية من جانب المشترى إذا تمسك بعيب عدم المطابقة، على الرغم من أنه لم يكشف عن أغراضه الخاصة من شراء هذه البضائع، وليس فى ظروف العقد ما يسمح باستكشاف هذا القصد، أو أن خبرة البائع نفسها تكشف عن عدم قدرته على الوفاء بهذه البضائع صالحة لتلك الأغراض الخاصة.

ومن التطبيقات القضائية بصدد صلاحية البضائع للاستعمال العادى الحكم الصادر من محكمة استئناف بفرنسا (جورنوبل) الغرفة التجارية سنة ١٩٩٦[١] فى النزاع القائم بين شركة thermo king ضد شركة cignn france بصدد وحدة تبريد باعتبار شركة sorhofrd صاحبة امتياز الشركة الأمريكية thermeking إلى شركة frappa تلك التى تم اعادة بيعها إلى شركة C.france وكانت هذه الشركة الأخيرة تقوم بشحن بضائع موجهه إلى شركة أخرى رفضت البضائع بسبب زوال تجمدها. حيث قضت محكمة الاستئناف بتطبيق المادة ٢/٣٥ فيما يتعلق بعيوب وحدة التبريد، حيث قد لاحظت أن الوحدة تعطلت بعد فترة وجيزة من بداية استخدامها وأن العطل المبكر يؤكد عدم المطابقة ومسئولية شركة therme king الكاملة عن عدم المطابقة.

---

(١) Recueil Dalloz, 27 éme Cahier 1997 witz.

مشار إليه فى موقع الدكتورحسام الصغير، على شبكة الانترنت، سابق الاشارة إليه، القضية رقم ٤٤٩.

وبصدد صلاحية البضائع للاستعمال قضت محكمة النقض الفرنسية(١) (الغرفة التجارية) فى حكمها الصادر سنة ١٩٩٦ فى النزاع القائم بين شركة saciate cromique culinaire f. ضد شركة Meisgrava L.td بصدد عقد بيع صحون من الخزف مقاومة لدرجة الحرارة فى الأفران، وبعد تسليم تلك الصحون تبين قلة مقاومة هذه الصحون للفرن، فاعتبرت محكمة النقض الفرنسية أن هذه البضائع غير صالحة للاستعمال المقصود منها. وبالتالى فإن ذلك يشكل عدم مطابقة مع أحكام العقد بالمعنى العام الذى تضمنته أحكام اتفاقية فينا.

وقد يتحقق العيب المؤثر فى البضاعة من خلال تأثيره فى الصفات التى كفلها البائع للمشترى عند عرضه للبضائع كعينة أو نموذج تلك التى على أساسها قام المشترى بإبرام عقد البيع، فإذا لم تتوافر تلك الصفات فى العينة أو النموذج التى سبق عرضها على المشترى، كان البائع مخلا بالتزامه بالمطابقة تطبيقا لمبدأ حسن النية فى التنفيذ. وذلك لأن ارسال العينة أو النموذج للمشترى يعد سلوكاً من جانب البائع يجب طبقا للمادة ٨ أن يفسر وفقا لما يفهمه الشخص السوى الادراك إذا وجد فى نفس الظروف، لأن الشخص السوى الادراك هذا كان يفهم من سلوك البائع بارساله العينات أنه سيرسل بضاعة من نفس البضاعة التى أرسلها كعينة أو نموذج(٢).

---

(١) سابق الاشارة إليه ص ٤٦٠.

(٢) انظر فى ذلك الدكتور محسن شفيق، سابق الاشارة إليه ص ١٤٦.
Honnold "the seller now has created an "understanding" going as far as "contractual understanding.
=

ومن التطبيقات القضائية بخصوص ذلك الحكم الصادر من القضاء الالمانى الحكم بعدم مطابقة البضائع للعينة المرسلة سابقا للمشترى من البائع، كذلك الحكم الصادر من القضاء الأمريكى بعدم مطابقة البضائع compress ars المبيعة من البائع الأمريكي للشركة الايطالية للعينة التي سبق ارسالها من البائع(١).

وربما لا يتحقق العيب المؤثر فى صلاحية البضائع للاستعمال العادى أو الخاص، وأيضا فى ضمان البائع، وإنما يقتصر العيب المؤثر فى تعبئة وتغليف البضاعة. فمسألة التزام البائع بتعبئة وتغليف البضائع بالطريقة التى تستعمل عادة فى تعبئة وتغليف بضائع من ذات النوع، أو فى حالة عدم وجود الطريقة العادية، تكون التعبئة والتغليف بالكيفية المناسبة لحفظها وصيانتها. ففى اتفاقية فينا هو التزام قد أخذ به من نظم القانون العام. فتقنين التجارة الأمريكى الموحد ينص فى المادة ٢/٣١٤ أن تكون البضائع مطابقة تماماً للتعبئة والتغليف التى نص عليها فى العقد(٢)، وقانون بيع البضائع الانجليزى(٣)،

= مشار إليه فى:
B.Zeller "the buyer's right and seller obligations in relation to defective and uncuitable goods the influence of the V.cisg on australion domestic law No. 79. Uniserve law C 7. M. 2000 "http: law. unisserve.edu. au, law/pub, art./ 2. Html".

(١) هذه الأحكام مشار إليها فى: Anna veneziano op. cit. p.

(٢) U.C.C. 2-314,P.winship "An intraduction to theC.I.S.G., L.A Re 1989, p. 23-33.

(٣) لمزيد من التفصيل انظر: C.M.Sehmitthoff,op.cit. p.105-109.

كذلك قانون بيع البضائع الاسترالى فى القسم ١٩[١]. ومما هو جدير بالذكر أن هذا ليس معناه خلو نظم القانون الخاص من تنظيم لهذه المسألة لكنها فى نظم القانون العام أكثر صراحة[٢].

فالتزام البائع بالتعبئة والتغليف سواء بالطريقة المعتادة أو بالطريقة التى تتلائم مع طبيعة البضاعة فى حالة عدم وجود الطريقة المعتادة، ما هو إلا تطبيقا للقاعدة العامة وهى تنفيذ الالتزامات بحسن نية. لأن الالتزام بالتعبئة والتغليف من أخطر الالتزامات التى تقع على عاتق البائع واهتمامه بتنفيذها وفقاً لما يقتضيه حسن النية، نظراً لما يترتب على ذلك من آثار اقتصادية وخيمة للمشترى فى حالة الاخلال به. حيث قد يصل الأمر إلى حد اعدام هذه البضائع أو حظر تداولها ومثال ذلك أن اخلال البائع بهذا الالتزام قد يؤدى إلى فساد البضائع لدى وصولها للمشترى.

فمسألة التعبئة والتغليف ليس معناه فقط وضع البضائع فى الآليات الملائمة لها كالصناديق أو البراميل أو الأغلفة الورقية، وإنما يجب أن تكون متضمنة بطاقة تعريف لهذه البضائع وهى البيانات التى تكون ثابتة أى مكتوبة على تلك الأغلفة كتاريخ الصلاحية، والانتاج، ومكوناتها، ودرجة خطورتها إلى غير ذلك بالشكل الذى يجعلها معرفة تعريفاً نافياً للجهالة تماما. ومن التطبيقات القضائية بصدد ذلك الحكم الصادر من محكمة استئناف جرنوبل

---

(١) B.Zeller op. cit., No. 31.

(٢) انظر ذلك بالتفصيل فى الدكتور جمال عبد العزيز، سابق الاشارة إليه ص ١٠١، ١٠٢.

«الغرفة التجارية سنة ١٩٩٥[١]، حيث قررت المحكمة في حكمها أن اسقاط بطاقة مكونات البضاعة من على الغلاف يجعلها غير مطابقة لأحكام العقد بالمعنى الوارد فى المادة ٣٥ من الاتفاقية.

والأمر المثير للتساؤل هل التزام البائع بتنفيذه التزامه وفقا لما يقتضيه مبدأ حسن النية يمتد إلى وجوب تنفيذ هذا الالتزام وفقاً لقانون دولة المشترى، بمعنى التزامه بالتعليمات والأوامر الخاصة بهذا الالتزام فى دولة المشترى؟ ان الاجابة على هذا التساول تكون بالنفى لأنه من المجافى لمبدأ حسن النية أن يمكن للبائع العلم بكافة القوانين الوطنية الخاصة بهذا الالتزام، لأن القول بغير ذلك هو أمرا من شأنه تهديد توحيد أحكام عقود البيوع الدولية أو بمعنى أدق تهديد المعاملات التجارية الدولية. ويحسب للقضاء الألمانى تناول هذه المسألة فى أحكامه من حيث أنه قد كشف عن مدى صعوبة امكانية علم البائع بكافة القواعد المنظمة لهذا الالتزام فى القوانين الوطنية وأثر الاخلال به، إلا أنه قد تضمن معيارين يتحقق بهما التزام البائع بهذه القوانين. الأول أن يكون المشترى قد نبه البائع إلى ضرورة تنفيذ هذا الالتزام طبقا للقواعد والإجراءات المنصوص عليها فى قانونه الوطنى، أو كانت المعاملات السابقة بين الطرفين يستنتج منها علم البائع بهذه القوانين فى دولة المشترى. وكلاهما يعد تطبيقا للالتزام بمبدأ حسن النية فى التنفيذ، وهذا ما يكشف عنه القضاء الالمانى فى أحكامه بصدد عقد بيع شحنة من الجبنة من شركة فرنسة (مشترى) وبائع

---

(١) J.D.int1996, p. 948.

ايطالى فى اطار المعاملات السائدة بينهما حيث اشتكى المشترى الفرنسى من عدم تغليف البضاعة وتفريغها طبقا للقانون الفرنسى، حيث قررت المحكمة أن البائع يعلم أن هذه البضاعة سوف يتم بيعها فى فرنسا وفقا للضوابط والإجراءات المقررة فى القانون الفرنسى(١).

درجة العيب المؤثر فى البضاعة: لقد اختلفت كافة القواعد القانونية بشأن درجة تأثير العيب في المطابقة سواء على مستوى التشريعات المقارنة أو القواعد الموضوعية الدولية، فعلى مستوى التشريعات المقارنة اختلفت نظم القانون الخاص عن نظم القانون العام، حيث أن الأولى يظهر منها اتفاقها على استبعاد العيوب التى لا تنقص من قيمة المبيع أو نفعه إلا نقصا يسيرا أو خفيفا، فهى لا تعتد إلا بالعيوب المؤثرة أو الخطيرة أو التى لا يسمح بها العرف كما هو الحال فى المادة ١٤٦١ من القانون الفرنسى(٢)، المادة ٩٥ من قانون التجارة المصرى رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩(٣)، أما بالنسبة لنظم القانون العام فهى لا تستبعد العيوب فى المطابقة حتى لو كانت يسيرة أو خفيفة كقانون التجارة الأمريكى الموحد الذى يعطى للمشترى الحق فى رفض البضاعة متى

---

(١) انظر فى ذلك: Anna Veneziano op.cit., p. 46.

(٢) الدكتور رمزى فريد مبروك، مجلة البحوث القانونية الاقتصادية، جامعة المنصورة، كلية الحقوق العدد ١٣ ابريل١٩٩٣ ص١٥.

(٣) تنص المادة ٩٥ «لا يعتد عند تسليم المبيع بما يطرأ عليه من نقص أو تلف يقضى العرف بالتسامح فيه». لمزيد من التفصيل انظر د. محمد شتا أبو سعد،سابق الاشارة إليه، ص١٤٨.

كانت غير مطابقة للعقد[١]، والمادة ١/٣٠ من قانون بيع البضائع الانجليزى[٢] وان كان الفقه الأنجلو أمريكى[٣] يذهب إلي القول بالزام المشترى بقبول البضاعة لو كان النقص يسيرا أما اختلاف القواعد الموضوعية الدولية بشأن درجة العيب المؤثر فى البضاعة يرجع إلى أن القانون الموحد قد عالج هذه المسألة فى المادة ٣٣ مقرراً أن الاختلاف فى الكمية أو نقص جزء من الشئ المبيع لا يعتد به متى كان تافها - هذا يؤكد مرة أخرى تأثر القانون الموحد بنظم القانون الخاص - فى حين أن اتفاقية فينا لم تتضمن نصاماثلا لذلك النص فى القانون الموحد، إلا أن ذلك ليس معناه عدم الأخذ به. لأنه من المجافى لمبدأ حسن النية أن يتمسك المشترى بعيب عدم المطابقة متى كان هذا العيب ليس من شأنه أن ينقص من الاستعمال العادى أو الخاص أو المواصفات، أو حتى لو كان فى التعبئة والتغليف نقصاً جسيماً سواء كان يعلم به المشترى أو لا يعلم. وبصدد ذلك ذهب البعض من الفقه[٤] إلى التفرقة بين العيب التافه والعيب المؤثر ذلك

---

(١) Henry D.Gabriel, the inapplicability of the C.I.S G. as a model for the Revision of Artical two of the uniform commercial code 72 tul,L.rev.,1995, 1996 n.3 "under the UCC, abuyer can if the goods of the tender delivery fail in any respect to conform to the contract, this rule as the perfect tender rule effectively negates the common law rule requiring amaterial breach of the contracts as a basis for the regection of goods.

مشار إليه فى: Robert and Kristi,op. cit., n. 56, 57.

(٢) الدكتور محمود سمير الشرقاوى، سابق الاشارة إليه ص ٥٠.

(٣) الدكتور رضا عبيد، سابق الاشارة إليه ص ٥٠.

(٤) الدكتور محسن شفيق، سابق الاشارة إليه ص ١٤٧.

الذى ليس من شأنه أن يجعل عيب عدم المطابقة عيبا جسيما، فالعيب التافه ليس له أدنى تأثير على مسئولية البائع، أما العيب المؤثر فذلك تترتب عليه مسئولية البائع، لكن لا يصل الأمر بالجزاء المترتب على هذه المسئولية إلى حد جزاء الفسخ. وفى كل من الحالتين يتعين الالتزام بمبدأ حسن النية فلا يجوز للمشترى التمسك بعيب عدم المطابقة التامة بقصد الوصول إلى تطبيق جزاء الثمن، ولا يجوز أيضا التمسك بعيب عدم المطابقة الذى لا يعد عيباً جسيماً بقصد الوصول إلى تطبيق جزاء الفسخ. ومن ثم فإنه فى كل الأحوال لا يجوز التمسك بعيب عدم المطابقة سواء هذا أو ذاك توصلا لانقاص الثمن أو فسخ العقد تطبيقا للالتزام بمبدأ حسن النية.

٢- عدم علم المشترى بالعيب أو امكانية العلم به: يعد البائع منفذاً لالتزامه بالمطابقة وفقاً لما يقتضيه مبدأ حسن النية متى كان العيب فى المطابقة يعلمه المشترى أو كان بامكانه العلم به وقت ابرام العقد. وهذا ما تضمنت النص عليه القواعد الموضوعية الدولية سواء فى القانون الموحد[١] أو فى اتفاقية فينا[٢] وكذلك أغلبية التشريعات المقارنة[٣]. لقد أثارت نصوص

---

(١) تنص المادة ٣٦ من القانون الموحد «لايلتزم البائع بنتائج عدم المطابقة المنصوص عليها فى الفقرة الأولي (د - هـ - و) من المادة ٣٣ إذا كان المشترى يعلم بهذه العيوب أو لا يمكن أن يجهلها وقت انعقاد العقد.

(٢) تنص المادة ٣٥ «لا يُسأل البائع بموجب أحكام الفقرات الفرعية (أ) إلى (د) من الفقرة السابقة عن أى عيب فى المطابقة كان يعلم به المشترى أو كان لا يمكن أن يجهله وقت انعقاد العقد.

(٣) انظر المادة ٤٤٧ من القانون المصرى، المادة ٦٤٢ من القانون الفرنسى، المادة ٢٠٠ من قانون الالتزامات السويسرى.

القواعد الموضوعية الجدل حول نطاق تطبيق مسألة علم المشترى بالعيب أو امكانية العلم به. حيث أن ظاهر النصوص يوحى بقصر التطبيق على ما جاء بالفقرة (٢) من المادة ٣٥ من اتفاقية فينا دون الفقرة الأولى. حيث ذهب جانب من الفقه[١] إلى تطبيق تلك القاعدة بمفهوم واسع، فالبائع لا يسأل فقط عن عيب عدم المطابقة طبقا لأحكام الفقرات من (أ) إلي (د) في المادة ٢/٣٥، وانما تمتد مسئوليته إلى ما جاء بالفقرة (أ) بالرغم من عدم النص على ذلك صراحة.

وعلى النقيض من هذا الرأى ذهب جانب من الفقه[٢] إلى الأخذ بالمفهوم الضيق لهذه القاعدة، بمعنى أن البائع لا يضمن عيب عدم المطابقة إلا طبقاً للحالات التى ورد النص عليها فى المادة ٢/٣٥ دون الفقرة الأولى. حيث يرى أنصار هذا الاتجاه أنه لا يمكن اعفاء البائع، لعلم البائع فى حالة اتفاق الطرفين على مواصفات البضاعة صراحة حيث لا يهم المشترى وقت ابرام العقد في هذه الحالة ما إذا كانت هناك عيوباً بالبضاعة من عدمه لالتزام البائع بشروط العقد.

ومن جانبنا نرى أن الرأى الأول هو الأولى بالتأييد طبقا لما يقتضيه مبدأ حسن النية سواء في تنفيذ الالتزامات أو تفسير الاتفاقية، لما من شأنه تحقيق التوازن بين طرفى العقد[٣] وذلك للأسباب الآتية:

---

(٤) J.Plantard, op. cit. ,1988, p.338.

(٢) الدكتور محسن شفيق، سابق الاشارة إليه ص ١٤٦.

(٣) انظر عكس هذا الرأى الدكتور جمال عبد العزيز، سابق الاشارة إليه ص٢٢٧.

١- أن الأخذ بالتفسير الحرفى لنص المادة ٣/٣٥ يعنى مسئولية البائع عن عيب المطابقة للكمية بالرغم من علم المشترى وقت انعقاد العقد بهذا العيب وفقا لهذا النص. وذلك يتنافى مع ما هو مستقر عليه أصلا بصدد الدور الذى يلعبه مبدأ حسن النية فى الاتفاقية، إذ أنه من المجافى تماما لمبدأ حسن النية أن يسأل البائع عن عيب عدم مطابقة ظاهر عالما به المشترى وقت انعقاد العقد.

٢- كذلك أيضا أنه ليس مجرد قيام البائع بتسليم البضائع طبقا للفقرة (أ) يعنى أنه قد نفذ التزامه طبقا لما يقتضيه مبدأ حسن النية، بل يجب عليه تطبيقا لهذا المبدأ أن يقوم بتسليم البضائع طبقا للفقرة(٢). وبالتالى فإن مسألة علم المشترى بالعيب أو امكانية علمه به لا تقتصر فقط على ما جاء بالفقرة (٢) دون الفقرة (١). لأن تطبيق مبدأ حسن النية على البائع والمشترى غير قابل للتجزئة فكل منهما يلتزم بتنفيذ التزاماته وفقا لما يقتضيه مبدأ حسن النية، ومن ثم فإن هذا القصر يعنى تجزئة مبدأ حسن النية.

ولما كان البائع لا يسأل عن العيب في المطابقة بسبب علم المشترى أو امكانية علمه بهذا العيب وقت انعقاد العقد، فما هو المقصود بذلك. الحقيقة أنه من ضمن الانتقادات التى وجهت إلى القواعد الموضوعية الدولية، أن هذا النص يعنى أنه يجب على المشترى أن يقوم بفحص البضائع أثناء ابرام العقد ليكشف ما بها من عيوب ظاهرة، وإلا لا يعد البائع مسئولا عنها.

فالبيوع الدولية يتم ابرامها بين طرفين غالبا دون وجود للشئ المبيع، وبالتالى لا مجال لتفسير ذلك النص سوى باللجوء إلى مبدأ حسن النية. بمعنى

أن البيوع الدولية تتم عن طريق عينة أو نموذج يرسلها البائع إلى المشترى. فحسن النية من جانب المشترى يقتضى أن يقوم بفحص هذه العينة أو ذلك النموذج لبيان ما به من عيوب، فإن وجد تلك العيوب كان عليه أن يقوم باخطار البائع بها ولفت النظر إليها حتى يضمنها البائع وذلك عن طريق العقد. فإن لم يفعل عُد قابلا لتلك العينة أو ذلك النموذج بما فيه من عيوب ولا يحق له التمسك فيما بعد بعيب عدم المطابقة. وفى النهاية أن مسألة ضمان البائع لعيب عدم المطابقة وعدم مسئوليته عن هذا العيب متى كان المشترى يعلم به أو فى امكانه العلم به يتوقف على ظروف التعاقد، من حيث طبيعة الشئ المبيع وامكانية فحصه لاستظهار ما به من عيوب. وهذا ما يكشف عن القضاء السويسرى بمناسبة شراء بلدوزر، حيث رأت المحكمة أن ادعاء المشترى بعدم مطابقة البضائع للمواصفات ليس له سند مشروع إذ كان المشترى قد اختبر البلدوزر وخلصت المحكمة استناداً للمادة ٣٥ إلى مبدأ حسن النية عند الاستلام فإن أى شخص يشترى بضاعة بالرغم من وجود عيوب ظاهرة فيها انما يقصد قبول عرض البائع(١).

٣- أن يكون العيب خفيا: إذا كانت القواعد الموضوعية الدولية لم تأخذ فى الالتزام بالمطابقة بذلك التمييز الموجود فى نظم القانون الخاص بين المطابقة فى التسليم والعيوب الخفية، فذلك ليس معناه أنها قد أهدرت فكرة العيوب الخفية، وهذا ما تكشف عنه المادة ٣/٣٥ من حيث عدم مسئولية البائع

---

(١) انظر هذا الحكم سابق ص ٤٦٦.

عن العيوب التى يعلمها المشترى فإنه لا يمكن الجهل بها. ومعنى ذلك أن العيوب التى لا يمكن للمشترى أن يعلمها أو يمكنه العلم بها هى تلك العيوب التى تتميز بالخفاء ثم عادت الاتفاقية في المادة ٣٦ وأكدت فكرة العيوب الخفية من حيث مسئولية البائع عن عيوب المطابقة التى توجد وقت انتقال التبعة إلى المشتري وإن لم يظهر العيب إلا فى وقت لاحق ليس هذا فحسب بل أسبغت قدرا أكبر من الحماية للمشترى من حيث مسئولية البائع عن كل عيب فى المطابقة ظهر بعد وقت انتقال التبعة ينسب إلى عدم تنفيذ البائع لأى من التزاماته.

ويقر الفقه[١] بأن عيب المطابقة الذى تضمنت النص عليه اتفاقية فينا يتضمن العيب الخفى ذلك العيب الذى هو عبارة عن جرثومة وقت انتقال المخاطر ولكن آثاره لا تظهر إلا فى وقت لاحق، لما فى ذلك من حماية للمشترى من العيوب الخفية تلك التى تحول دون تنفيذ الالتزام بالمطابقة وفقا لما تقتضيه المادة ٢/٣٥ من اتفاقية فينا. ومثال ذلك زوال الصبغة من الأقمشة من أول تنظيف لها أو فساد الأطعمة مبكرا قبل حفظها بسبب عيب فى التغليف أو التعبئة[٢].

الحقيقة أن اتفاقية فينا قد أسبغت قدرا من الحماية على المشترى حسن النية أكثر مما هو مقرر فى القانون الموحد. لأنه طبقا لاتفاقية فينا المادة ١/٣٦ جعلت البائع مسئولا عن عيب عدم المطابقة وقت انتقال المخاطر، وإن لم

---

(١) انظر فى ذلك أيضا:
Sylvain bollée "the theory of Risks in the C.I.S.G, 1980, p. 278. Kluwer 1999-2000, B.Aduit, op.cit., p. 100, HEUZE, op.cit., p.294, RKAHN op.cit., N. 95.

(٢) Sylvain Bollée, op.cit., p. 278.

يظهر هذا العيب إلا فى وقت لاحق بصرف النظر عن سبب العيب، حيث امتدت بالعيب ذاته. فإذا ثبت وجوده وقت انتقال التبعة والبضاعة غير مطابقة ينبغى أن يسأل البائع عن عدم مطابقتها سواء كان سبب العيب مردود أم غير مردود إلى فعله أو فعل تابعيه. فى حين أن اتفاقية لاهاى سنة ١٩٦٤ كانت لا تسبغ هذه الحماية إلا إذا كان عيب عدم المطابقة وقت انتقال المخاطر يرجع إلى فعل البائع أو فعل تابعيه، ومن ثم عدم مسئولية البائع عن العيب ذاته الذى يوجد وقت انتقال المخاطر والذى لا يظهر إلا فى وقت لاحق. وبالتالى لاتوجد أدنى حماية للمشترى حسن النية الذى يقوم باستلام البضاعة وتبدو له وقت انتقال المخاطر إليه أنها مطابقة للعقد إذ أن مسئولية البائع تنحصر فى المسئولية عن عيب عدم المطابقة الذى ينسب إلى فعله أو فعل تابعيه(١).

وإمعانا فى حماية المشترى حسن النية قررت اتفاقية فينا فى المادة ٢/٣٦ مسئولية البائع عن عيب عدم المطابقة، وإن لم يظهر إلا فى وقت لاحق بعد انتقال المخاطر إذا أمكن نسبته إليه لتخلفه عن تنفيذ أى التزام من التزاماته. وتتميز اتفاقية فينا بصدد هذا النص أنها إذا كانت قد أخذت بما سبق أن قرره القانون الموحد بصدد مسئولية البائع عن نفسه بخصوص عيب المطابقة، إلا أنها قد حددت سبب المسئولية وهو تخلف البائع عن تنفيذ التزاماته. وهى بذلك مما لا شك فيه أنها تطبيق عملى للعيوب المطابقة التى تغطى بشرط الضمان الصريح.

---

(١) الدكتورمحسن شفيق، سابق الاشارة إليه ص ١٤٨.

إلا أنها إذا كانت إمعانا فى حماية المشترى حسن النية قد تكون سببا فى سوء النية من جانب ذلك المشترى. بمعنى أن مجرد بقاء البضاعة لفترة بسيطة غير مطابقة للعقد قد تدفع المشترى إلى التمسك بأن البضاعة غير مطابقة للعقد بعد انتقال المخاطر إليه كما لو انخفضت الأسعار، فذلك ليس سببا كافيا لتبرير تمسك المشترى بضمان البائع لعيب عدم المطابقة. لذلك ذهب البعض من الفقه إلى أن نص المادة ٢/٣٦ فقرة زائدة على اعتبار أن البائع فى أى حال من الأحوال مسئول وفقا للمادة ٣٥ والعيوب الخفية وفقاً للمادة ٣٦/ ١(١).

الحقيقة أن المادة ٣٦ ليست كما ذهب البعض من الفقه على أنها زائدة ومكررة إذ أنها حققت الحماية الكاملة للمشترى حسن النية. بمعنى أنه إذا كانت المادة ٣٥ قد كفلت تلك الحماية فإن هذه الحماية تتوقف على بيان الظروف عما إذا كان المشترى له الحق فى الاعتماد على خبرة البائع من عدمه أو كان من غير المعقول أن يعتمد على خبرة البائع. وبالتالى كان تقدير اخلال البائع بالتزامه بالمطابقة وفقا لما يقتضيه مبدأ حسن النية يتوقف على تحديد حالة المشترى. فجاءت المادة ٣٦ وأسبغت الحماية الكاملة للمشترى حسن النية لأنها جعلت البائع ملتزما بتنفيذ التزامه بالمطابقة وفقا لما يقتضيه مبدأ حسن النية بمعنى الكلمة. فليس مجرد قيام البائع بتنفيذ التزامه طبقاً للمادة ٣٥ يعد منفذاً لالتزامه بالمطابقة، وفقا لم يقتضيه مبدأ حسن النية بل أصبح مسئولا عن عيب عدم المطابقة وقت انتقال المخاطر، وان لم يظهر هذا العيب إلا فى وقت لاحق ليس هذا فحسب، بل أصبح مسئولا عن أى عيب من عيوب عدم المطابقة

---

(١) Sylvain Bollée,op. cit.,p. 281.

يرجع إلى تنفيذ التزاماته كتدريب العمال على استخدام الآلات وكيفية تشغيلها، كذلك إن ما يؤكد على أهمية المادة ٣٦ أنها تسهل للمشترى اثبات تخلف البائع عن تنفيذ التزامه بالمطابقة، فمجرد عدم مطابقة البضائع للعقد يفترض معها اخلال البائع بالتزامه بالمطابقة ما لم يثبت أن سبب الاخلال يرجع لسبب لا يد له فيه والاستعمال السئ للبضائع، أو عدم اتباع تعليمات المشترى فى التشغيل لمثل هذه الآلات(١).

اثبات عيب عدم المطابقة: عندما تناولت القواعد الموضوعية الدولية الالتزام بالمطابقة لم تعالج مسألة اثبات عيب عدم المطابقة، وبالتالي فإنه تطبيقاً للمادة ٧ من اتفاقية فينا يتم معالجة مسألة اثبات عيب عدم المطابقة إما وفقاً للمبادئ العامة من الاتفاقية أو وفقاً لقواعد القانون الوطنى الذى تحدده قواعد القانون الدولى الخاص. وبصدد ذلك يوجد اتجاهان قضائيان فى أحكام القضاء سواء الوطنى أو أحكام التحكيم الدولية حيث أخذ القضاء السويسرى(٢) أن اثبات عدم المطابقة يتم وفقا للمبادئ العامة للاتفاقية - من يستفيد من التعويض عليه أن يقدم دليل الاثبات - فى حين قضت محكمة

---

(١) Sylvain Bollée, op. cit., p.

(٢) HGZURICH 9.9.1993Unlix, 1995, concerning furniture sold by an italian company to swiss one,Asimilar positionis taken by HG zurich 26/ 4/ 1995 unlex 1996 which heldes that "though the convention does not contain special rules on the distribution of the burden of proof, the buyer has to give evidence of the defect and of the timely notice there of,according to the general principles.

مشار إليه فى: Anna veneziano, op. cit., note 36 p. 48.

التحكيم الدولية[١] بأن مسألة اثبات عدم المطابقة تخضع لقواعد القانون الوطنى. ومن جانبنا نرى أن الاتجاه القضائى الأول هو الأول بالاتباع لأنه من شأنه تحقيق التوحيد التشريعى الذى تهدف إليه الاتفاقية وذلك لأن القاضى أو المحكم عليه ألا يلجأ إلى قواعد القانون الدولى الخاص إلا بعد أن يستنفذ المبادئ العامة التى تقوم عليها الاتفاقية، لأن القانون الدولى الخاص يؤدى إلى تطبيق قانون وطنى وهو أمر لم توجبه الاتفاقية ولا تقبله إلا على مضض[٢]. فضلا عن هذا الاتجاه يحقق ضمان احترام حسن النية الذى تصوره الاتفاقية.

---

(١) I.C.C. aribitral award, n. 663 /993, 1040 with a note by Arnoldez the burden of proof is to be determined by domestic law applicable to the contract on the basis of conflict of law rules of the forum.

مشار إليه فى : Anna veneziano op. cit., Note 35, p. 47.

(٢) الدكتور محسن شفيق، سابق الاشارة إليه ص ٢.

الفرع الثانى
شروط حماية البائع
حسن النية

إذا كانت القواعد الموضوعية الدولية قد تناولت كيفية تنفيذ الالتزام بالمطابقة من جانب البائع بالشكل الذي يكفل الحماية الكاملة للمشترى حسن النية فى المواد ٣٥، ٣٦، فإنها فى المقابل قد تضمنت الشروط التى تكفل حماية البائع حسن النية فى المواد ٣٨ ، ٣٩ . حيث أوجبت فى تلك النصوص قيام المشترى بفحص تلك البضائع فى أقرب ميعاد ممكن تسمح به الظروف والاخطار بطبيعة العيب فى خلال فترة معقولة، وذلك بهدف تفويت الفرصة على المشترى سئ النية الذى قد يحصل على المبيع وبعد استلامه بمدة ينخفض السعر فيعمد إلى الادعاء بعدم المطابقة ليفسخ العقد ويتخلص من الصفقة[١] . فشرط الفحص والاخطار بعدم المطابقة ما هو إلا لحماية البائع حيث يفترض فيه حسن النية أى عدم العلم بعيب عدم المطابقة، لأنه إذا كان يعلم بالعيب فى المطابقة وكان لا يمكن أن يجهلها، فإنه لا يجوز التمتع بالميزات التى تهيئها له تلك النصوص إذ تكون نيته قد ساءت بإخفائه العيب فى المطابقة على المشترى مع علمه به لأن تلك العناية لا يستحقها إلا البائع حسن النية غير المخادع[٢] .

١-فحص البضائع: لقد تناولت كافة التشريعات الوطنية[٣] مسألة

---

(١) الدكتور رضا عبيد، سابق الاشارة إليه ص٣٨٣.

(٢) الدكتور محسن شفيق، سابق الاشارة إليه ص ١٥١.

(٣) انظر المادة ٤٤٧ من القانون المصرى، المادة ٢٠١ من القانون السويسرى.

فحص البضائع من جانب المشترى. وبصدد ذلك يوجد رأى فى الفقه[١] يرى أن مسألة فحص البضائع من جانب المشترى ليست التزاما يقع على عاتق المشترى بقدر ما هو حق للمشترى، يؤيده فى ذلك بعض أحكام القانون التجارى الدولى[٢] والتشريع الانجليزى[٣]. ولكننا نخالف هذا الرأى وذلك لأن عبارة «يجب» الواردة فى نص المادة ٣٨ ليست بمعنى إلا «الالتزام» لأن الالتزام يترتب على مخالفته جزاء أما الواجب لا يترتب على مخالفته جزاء وفى حالتنا تلك إذا لم يقم المشترى بالفحص لا يترتب على ذلك جزاء يوقعه البائع على المشترى. حيث يفترض فى هذه الحالة أنه قد قبل البضائع بحالتها التى سلمت بها ولكنها تتضمن فى طياتها جزاء للمشترى، إذ أنه يتمسك بعيب عدم المطابقة بعد انقضاء الفترة الزمنية - مدة السنتين - فجزاؤه هو عدم أحقيته فى التمسك بذلك العيب. لأنه كان يجب عليه أن يقوم بعملية الفحص وبالتالى فهو التزاما لصالحه فى المدى البعيد، وفى المدى القريب لصالح البائع للحفاظ على المراكز القانونية لأطراف العقد.

---

(١) الدكتور حمزه الحداد، سابق الاشارة إليه ص٢٥٩،

P.Kahn, op. cit., 1961, p. 125.

(٢) حكم التحكيم الصادر بجلسة ١٣/٤/١٩٩١مركز القاهرة للتحكيم التجارى الدولى ومشار إليه فى الدكتور جمال عبد العزيز، سابق الاشارة إليه ص ١٥٣ هامش ٧٦١.

(٣) المادة ٢/٣٤ من قانون بيع البضائع الانجليزى:

When the seller tenders delivery of the goods the buyer, unless otherwise a greed, is entitled to request that he be given a reasonable opportunity of examinaing the goods"C.ChmittHoff, op. cit., p. 197.

فهذا النوع من الالتزامات نسميه بالالتزامات الأحادية، حيث أن جزاء مخالفتها يقع على من كان يجب عليه أن يقوم بتنفيذ هذا الالتزام. إن ما يؤكد على أنها التزاماً على عاتق المشترى أن الاتفاقية قد فرضته على المشترى بالشكل الذى يحول بينه وبين القيام بأى محاولة بسوء نية من شأنها خلق عدم المطابقة والادعاء بها بعد اكتشافها بفترة طويلة، حيث تكون العلاقة التعاقدية قد أصبحت غير ذات قيمة بالنسبة له فى تحقيق الربح وذلك لانخفاض الأسعار(١) إذ يجب عليه أن يبت بشكل حاسم فى حال البضائع عما إذا كانت مطابقة من عدمه(٢). لذلك تناولت الاتفاقية تنفيذ هذا الالتزام بالشكل الذى يحقق الحماية الكاملة للبائع حسن النية من خلال أنها قد حددت وقت الفحص، وطريقة الفحص، والمكان الذى يتم فيه الفحص، ومكان الفحص حال نقل البضائع.

أ- وقت الفحص: فكما لم تحدد التشريعات الوطنية(٣) وقت محدد على سبيل الحصر لعملية الفحص، فكذلك القواعد الموضوعية الدولية سواء فى القانون الموحد أو اتفاقية فينا. إلا أن الأخيرة قد تميزت بأنها كانت أكثر

---

(١) JohnKlein op. cit., p.130.

(٢) Brune zeller, op. cit., May 2000, p. 11.

(٣) لقد تنوعت التغييرات التى أوردتها التشريعات الوطنية عن الوقت المحدد للفحص دون أن تحدده على سبيل التحديد بفترة زمنية معينة حيث قد عبرت عن ذلك الوقت فى القانون المصرى المادة ٤٣٧ وفى المادة ٣٤ من القانون الانجليزى الفرصة المعقولة، فى القانون السويسرى المادة ٢٠١ بـ «حالا»، فى القانون الأمريكى «خلال وقت معقول»، فى القانون الألمانى «دون تأخير» انظر ذلك بالتفصيل فى:

Jean thiffery et chantal granier, op.cit., p. 125 et 128.

مرونة من القانون الموحد لأنها قدمت معيارا وهو أن الفحص يتم فى أقصر وقت ممكن تسمح به الظروف، فى حين أن القانون الموحد قد قرر أن الفحص يجب أن يتم بدون ابطاء دون عبارة «تسمح به الظروف». ومما هو جدير بالذكر أن هذه الظروف لا تشمل العوائق التى ترتبط بشخصية البائع أو تكاليف عملية الفحص، ومدة الفحص قد تطول أو تقصر حسب طبيعة البضائع، فمدة فحص البضائع ذات التكوين التكنولوجى تختلف عن مدة فحص البضائع القابلة للتلف بسرعة إذ أن مدة الأخيرة تكون أقصر. وبالتالى فإن ذلك يتيح للمشترى الفرصة الكاملة لعملية الفحص حيث أنه غير مقيد بفترة زمنية معينة على سبيل الحصر إذ أن هذه الفترة تتوائم مع طبيعة البضائع وظروفها، ومن ثم فإن قيامه بعملية الفحص ما هى إلا اثباتاً للالتزام بمبدأ حسن النية فى تنفيذ العقد بغرض تلاشى المنازعات والبعد عنها فيما بعد.

ب - طريقة الفحص: قبل أن نتعرض لطرق فحص البضائع فالأمر الجدير بالذكر أن الفحص لا يعنى الفحص الفنى الدقيق بل المطلوب هو الفحص المعقول الذى ينص عليه فى العقد أو يجرى عليه العرف(١). فليس مطلوباً من المشترى الفحص غير العادى، إذ يكفى أن يقوم بالفحص وفقاً لمعيار الشخص المعتاد(٢). أما بالنسبة لطرق الفحص فإن القواعد الموضوعية الدولية قد

---

(١) الدكتور محسن شفيق، سابق الاشارة إليه ص ١٥٢.

(٢) Official records of the united Nation conference "stating that the Examination which this Artical requires the buyer to make is one which is reasonable in the circumstances, the buyer normally is not requires to make an Examination which would reveal every possible defeot.

مشار إليه فى: F. ferrari, op. cit.,p. 18,1995, Note 751.

تباينت فيما بينها. إذ حدد القانون الموحد الطرق التى يتم بها الفحص حيث تنص المادة ٣/٣٨ «يتفق الطرفان علي الطريقة التى تتبع فى فحص المبيع وفي حالة عدم وجود الاتفاق، فتحدد هذه الطريقة بواسطة القانون أو العرف للمكان الذى يتم فيه هذا الفحص». ومن ثم فإنه طبقاً للقانون الموحد فالأصل أن طريقة الفحص تخضع لاتفاق الطرفين، فإذا لم يوجد فللقانون الوطنى للجهة التى يتم فيها الفحص، مع مراعاة العرف السائد في تلك الجهة. ولكن من الملاحظ أن القانون الموحد إذا كان قد حسم مسألة طريقة الفحص، إلا أنه من ناحية أخرى فإن هذه الطريقة من شأنها أن تشكل تهديدا للبائع حسن النية، إذ قد لا تتوافر الضمانات الكافية وفقا لهذا القانون الوطنى الذى تخضع له عملية الفحص(١).

لذلك لم تتناول اتفاقية فينا فى المادة ٣٨ طريقة الفحص كما حدث فى القانون الموحد ومن ثم أصبحت طريقة الفحص تخضع للأعراف الدولية للتجارة الدولية حسب نوع وطبيعة البضاعة محل العقد، وهذا ما يكشف عنه official records بالنسبة للطبيعة الدولية للمعاملة. فتحديد طريقة وأسلوب الفحص يجب أن تتم فى ضوء الأعراف الدولية(٢).

---

(١) الدكتور رضا عبيد، سابق الاشارة إليه ص ٣٩٧.

(٢) F. Ferrair, op. cit., Note 748.
ويصدد ذلك ذهب بعض الفقه إلى جواز الوصول إلى طرق الفحص بواسطة القياس على نصوص اتفاقية فينا بمعنى أنه يجب على المشترى القيام بجميع الفحوصات التى تسمح بها الظروف ويعتقد أن هذا الجانب قد أبدى رأيه قياسا على قاعدة الثمن من حيث وجوب قيام المشتري باتخاذ كافة الإجراءات اللازمة لسداد الثمن. HEUZE, op. cit.,p. 228.

جـ - مكان فحص البضائع: اسباغا فى حماية البائع حسن النية تناولت القواعد الموضوعية الدولية تحديد مكان الفحص الذى يجب فيه على المشترى القيام بفحص البضائع وذلك فى حالة نقل البضائع أو اعادة تصديرها. مما هو جدير بالذكر أن القواعد الموضوعية الدولية إذا كانت لم تتضمن النص على حالة البضائع التى لا تتعرض لعملية النقل، فذلك على اعتبار أن مكان الفحص هنا فى هذه الحالة هو مكان التسليم. ويؤكد الفقه[١] فى هذا الصدد على أن المكان الذي يحقق مصالح طرفى العقد فى هذه الحالة يعد هو مكان التصدير، حيث أنه قريب من منشأة البائع فيعد من السهل - حالة عدم مطابقة البضائع - استبدال البضاعة المعيبة التى قد تم رفضها من المشترى عند معاينتها. وهذا ما يؤكده الأستاذP.RAHV ومما لا شك فيه أن فى ذلك حماية للبائع حسن النية. وذلك لأن القيام بعملية الفحص فى ميناء الوصول يبعد المبيع عن سيطرة البائع مما يصعب معه تحديد نوع التلف أو العيب الحاصل للمبيع عما إذا كان راجعا إلى عيب في التنفيذ أو راجعا إلى المرحلة التى اجتازها المبيع[٢] والذى غالباً فى هذه الحالة يدعى المشترى أن العيب راجعا إلى العيب فى عدم التنفيذ. لذلك فإن مكان الفحص فى هذه الحالة هو مكان التسليم الذى هو مكان التصدير لما يقدمه من مزايا للبائع حسن النية.

د- حالة نقل البضائع: لقد تضمنت القواعد الموضوعية الدولية

---

(١) انظر فى ذلك الدكتور رضا عبيد، سابق الاشارة إليه ص ٣٨٩، الدكتور جمال عبدالعزيز، سابق الاشارة إليه ص ١٨٣.

(٢) الدكتور رضا عبيد، سابق الاشارة إليه ص ٣٨٨.

تحديد مكان الفحص للبضائع فى حالة نقلها فى المادة ٣٨ سواء فى القانون الموحد أو اتفاقية فينا. إلا أن الاتفاقية الأخيرة كانت أكثر مرونة من القانون الموحد ذلك الذى يجعل عملية الفحص لا تتم إلا فى مكان الوصول، فى حين أن اتفاقية فينا قد خيرت المشترى بين فحص البضائع عند مناولتها للناقل أو فى مكان الوصول. وتطبيقا للالتزام بمبدأ حسن النية فإنه يجب على المشترى القيام بعملية الفحص للبضائع عند مناولتها للناقل، متى كانت حالة البضائع تسمح بذلك الفحص. وذلك لأنه يكون من السهل للبائع استبدال البضائع المعيبة التى قد تم رفضها من المشترى بأخرى سليمة، وذلك لن يكلف البائع كثيرا مثلما لو رفضت البضاعة عند الوصول وتعرضت مرة أخرى لاعادتها إليه وتكبده لمصاريف النقل مرة أخرى، وقد يضطر البائع إلى بيع البضاعة ولو بخسارة تفاديا لهذه التكاليف(١).

ويعد ذلك تطبيقا لما قررته المادة ٣٨ تجب عملية الفحص فى أقصر وقت ممكن تسمح به الظروف، أما إذا كانت البضائع بحالة لا تسمح بالقيام بعملية الفحص عند مناولتها للناقل. فتطبيقاً لمبدأ الالتزام بحسن النية فإنه يتعين الانتظار لحين وصول البضاعة إلى مكان الوصول. وبذلك تكون الاتفاقية قد حققت التوازن بين طرفى العقد وأساس ذلك هو الالتزام بمبدأ حسن النية سواء من جانب البائع أو من جانب المشترى.

ولما كان من المتوقع غالباً فى البيوع الدولية قيام المشترى بتغيير وجهة

---

(١) الدكتور رضا عبيد، سابق الاشارة إليه، ص ٣٨٨.

البضاعة أو اعادة تصديرها. لذلك عالجت القواعد الموضوعية الدولية هذه الحالات حيث بدأ القانون الموحد بمعالجة حالة تغيير وجهة البضاعة في المادة ٣/٣٨ فى حالة اعادة تصدير البضاعة دون اخراجها من وسيلة النقل التي تحتويها فيؤجل الفحص إلى حين وصول البضاعة إلى ميناء الوصول الجديد متى كان البائع يعلم أو كان ينبغى عليه أن يعلم منذ ابرام العقد بامكان اعادة تصدير المبيع، وتختلف هذه الحالة عن حالة قيام البائع بتصدير المبيع إلى المشترى الذى يقوم باستلامه ثم يعيد شحنه ويصدره إلي مكان آخر، ويطلق على هذه العملية اعادة تصدير البضاعة Réexpedier[1] وهذه الحالة لم يتناولها القانون الموحد وإنما تناولتها اتفاقية فينا فى المادة ٣٨ بالاضافة إلى الحالة السابقة وهي تغيير وجهة البضاعة وإن كان بصياغة مختلفة عما هو عليه فى القانون الموحد. ومع ذلك فإن الشروط التي يجب توافرها سواء فى المادة ٣٨ من القانون الموحد، المادة ٣٨ من اتفاقية فينا فهى شروط واحدة حيث يكون الفحص فى مكان الوصول الجديد وهى:

أ- عدم وجود فرصة مناسبة للفحص: الأصل أنه تطبيقا للالتزام بمبدأ حسن النية أنه متى تهيأ للمشترى الفرصة المعقولة لفحص البضاعة أثناء وجودها فى الطريق أن يقوم بفحصها وبيان ما بها من عيوب. وبالتالى تكون هناك فرصة لامكانية تغير وجهة البضاعة واعادتها للبائع لاستبدالها بدلا من الانتظار لوصولها إلى مكان الوصول الجديد، ثم القيام بعملية الفحص أما إذا لم تتهيأ تلك الفرصة فلا تكون هناك مغبة على المشترى ان لم يقم بالفحص انتظارا لوصول البضاعة لمكان الوصول الجديد، وهذا أمراً يتم تقديره وفقا

---

(١) الدكتور رضا عبيد، سابق الاشارة إليه ص ٣٩٣.

لظروف كل حالة على حدة حسب حجم البضاعة ونوعها وجنسها .

ب- علم البائع أو امكانية علمه: يشترط لكى يكون مكان الفحص هو مكان الوصول الجديد فى حالة تغيير وجهة البضاعة أو اعادة تصديرها ، أن يكون البائع يعلم بذلك أو كان بامكانه العلم بذلك، فهذا الشرط القصد منه حماية البائع حسن النية بمعنى أنه لو كان البائع لا يعلم بذلك ولا يمكنه العلم بذلك فلا يعد مكان الفحص هو مكان الوصول الجديد إنما هو المكان المتفق عليه فى العقد، حتى أن مسألة علم البائع أو امكانية علمه هى فى حد ذاتها مسألة تهدد البائع حيث عليه الانتظار حتى وصول البضائع إلى آخر مكان وصول وانتظار نتيجة الفحص، فإذا وجدت عيوب فى المطابقة يكون البائع مسئولا عنها ومن ثم ستصبح عملية اعادة البضائع مرة أخرى للبائع واستبدالها عملية مرهقة له. لذلك ما قاله البعض من الفقه[١] فى ظل القانون الموحدة بأن تفسير المادة ٣/٣٨ يبدو إلى حد ما مرهقاً جدا هو قول الحق، وما يقوله البعض من الفقه ان الحل الذى وضعه نص المادة ٣/٣٨ يكون من الخير للتجارة الدولية ألا يفحص الشئ المبيع إلا بعد أن يستقر فى مكان وصوله الأخير هو حل ليس فى مصلحة البائع حسن النية. ويؤكد ذلك الاقتراح الذى كان مقدما من ممثل دولة هولندا[٢] أثناء الأعمال التحضيرية لاتفاقية فينا سنة ١٩٨٠ لعدم الأخذ بما تضمنه القانون الموحد فى المادة ٣/٣٨، ولكن لم يؤخذ به كما تم الأخذ

---

(١) الدكتور رضا عبيد، سابق الاشارة إليه ص ٣٩٦.

(٢) A/Conf. 97.9 "the Natherlands suggests reintroducing into P.(3) the reference to intervening transshipment of the goods as contoined in"A" 38/3 of Ulis.

بالاقتراح الاسرائيلى[١] بصدد عدم الأخذ بما جاء بالقانون الموحد بخصوص طرق الفحص.

لذلك يتعين على المشترى أن يقوم بعملية الفحص حتى لو كان البائع يعلم أو بامكانه أن يعلم بتغيير وجهة البضاعة أو اعادة تصديرها تطبيقا للالتزام بمبدأ حسن النية متى كان قادرا على ذلك. ويمكن أن يتحقق ذلك من خلال فحص العينة من تلك البضائع، وهذا ما قرره القضاء الألمانى بصدد عقد بيع مسامير بين بائع فرنسى ومشترى المانى حيث كان الطرفان قد اتفقا أنه يجب على المشترى إعلان البائع بعيب عدم المطابقة خلال ثمانية أيام من التسليم إلا أن المشترى أدعى عدم امكانية تطبيق ذلك، لأنه لا يستطيع القيام بعملية الفحص واكتشاف العيوب، لأن البضاعة مغلفة وموجودة داخل صناديق وأنه سيتم اعادة تصديرها. إلا أن القضاء الالمانى رفض ما أثاره المشترى على أساس أن الفحص كان من الممكن أن يتم من خلال فحص عينة من تلك الصناديق لبيان مدى مطابقتها للعقد، ومن ثم كان بامكانه القيام بالإعلان بالمطابقة خلال المدة المحددة بالعقد[٢].

وبالتالى فإن الأخذ بهذا النص على اطلاقه هو أمراً من شأنه تهديد البائع حسن النية لذلك يجب على المحكم أو القاضى المعروض عليه النزاع أن يحتاط لمدى الالتزام بحسن النية من جانب المشترى، لأن مسألة علم البائع أو عدم علمه ليس من شأنه تحقيق الحماية الكاملة له من سوء نية المشترى حيث يظل رهين

---

(١) A/conf/97.9"israel suggest reintroducing"A"38/4 of Uils deeling with methods of examination.

(٢) هذا الحكم مشار إليه فى: Anna veneziano,op. cit., p.49.

إرادة المشترى خاصة بالنسبة للبضائع القابلة للتلف السريع. وذلك لأن المشترى سيظل معتمدا على مدة السنتين مدة سقوط دعوى المطابقة، فضلا عن أن هذا النص يلغى المادة ١/٣٨ «الفحص فى أقصر وقت ممكن» وذلك فى حالة تعدد عمليات الشراء لتلك البضاعة.

٢- **الاخطار بالمطابقة:** ان إجراء الاخطار بالمطابقة وميعاد الاخطار به هو إجراء تضمنت النص عليه كافة التشريعات الوطنية(١)، وكذلك القواعد الموضوعية الدولية فى المادة ٣٩ من القانون الموحدة أو اتفاقية فينا للبيوع الدولية سنة ١٩٨٠، تلك التى تعد امتداداً للمادة ٣٨ من ذات القواعد. بمعنى أنه متى قام المشترى بفحص البضائع وتبين ما فيها من عيوب تعين عليه القيام باخطار البائع بتلك العيوب محددا طبيعتها. فالبائع يعتمد على التزام المشترى بمبدأ حسن النية فى تنفيذ العقد، وبهذا الإجراء يستطيع البائع العلم عما إذا كان قد تم تنفيذ العقد طبقا لشروطه أم أن هناك خرقا للعقد لأن البضائع غير مطابقة له(٢). لذلك تناولت القواعد الموضوعية الدولية تنظيم هذا الإجراء بالشكل الذى يكفل الحماية للبائع حسن النية من خلال تحديد وقت الإعلان بالاخطار وشكله ومضمونه وآثاره.

---

(١) المادة ٤٤٩ من القانون المدنى المصرى، المادة ١٠١ من قانون التجارة المصرى الجديد رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩المادة ٣٧ من القانون السويسرى، المادة ١٤٩٥٥ من القانون الايطالى، المادة ٣٦ من قانون بيع البضائع الانجليزى سنة ١٩٧٩، المادة ٣٧٧، ٣٧٨ من القانون الاسترالى والالمانى. لمزيد من التفصيل انظر:
Camilla Baasch Andersen, "reasonable time in A., 39 of the C.I.S.G, P. 84. Kluwer law, 1999, p. 84.

(٢) B. Zeller, op.cit., p. 1-16.

وقت الاخطار: لقد تبنت القواعد الموضوعية الدولية نهج أغلبية التشريعات الوطنية المقارنة[١] من حيث عدم تحديدها فترة زمنية معينة للقيام بعملية الاخطار كما هو الحال فى بعض التشريعات الوطنية[٢]. إذ تنص المادة ٣٥٩ من اتفاقية فينا على «يفقد المشترى حق التمسك بالعيب فى المطابقة إذا لم يخطر البائع محددا طبيعة العيب خلال فترة معقولة من اللحظة التى اكتشف فيها العيب أو كان من واجبه اكتشافه». ومتى كان الأمر كذلك أصبح تقدير هذه الفترة يخضع لتقدير المحكم أو القاضى المعروض عليه النزاع، وهذا ما تكشف عنه الأحكام القضائية كالحكم الصادر من القضاء السويسرى[٣] فى القضية 1357 / 123 95 11 بصدد عقد بيع امدادات طبية بين بائع ايطالى ومشترى سويسرى حيث قررت المحكمة بشأن اشتراط تقديم أصناف مطابقة

---

(١) لقد تبنت أغلبية التشريعات المقارنة تعبيرات متعددة بصدد المدة التى يجب أن يتم فيها الاخطار دون تحديدها بفترة ثابتة معينة مثل ذلك «الفترة المعقولة» فى القانون المصرى (٤٤٩)والانجليزى (٣٦) من قانون بيع البضائع الانجليزية سنة ١٩٧٩، الأمريكى (٣/٧٠٦ أ)، كما فى القانون، السويسرى المادة (٣/٣٧٠) دون تأخير، وكذلك مجموعة قوانين الدول الاسكندنافية (السويد، النرويج ، الدنمارك) والمادة ١٦٤٨ من القانون الفرنسى (فترة قصيرة)، وهناك من التشريعات ما لم تتضمن فترة زمنية للاخطار كالتشريع الهولندى والبلجيكى لكن القضاء جرى على تطبيق فترة معقولة.

(٢) المادة ١٤٩٥ من القانون الايطالى « ان الاعلان بالمطابقة يجب أن يتم خلال ثمانية أيام بعد اكتشاف عيب عدم المطابقة ولقد غاير قانون التجارة المصرى الجديد رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩القانون المدنى حيث تنص المادة ٢/١٠١ على «على المشترى أن يخطر البائع بوجود النقص أو العيب أو عدم المطابقة خلال خمسة عشر يوما من تاريخ التسليم الفعلى.

(٣) الحكم الصادر من محكمة كانتون - لوزان، فى القضية رقم 1997/123/357.
انظر فى ذلك موقع الدكتورحسام الصغير على شبكة الانترنت، سابق الاشارة إليه القضية رقم ١٩٢.

للمواصفات وأن مدة شهر واحد بشكل تقريبى هى مدة ملائمة للمادة ٣٩ من اتفاقية فينا، ومن ثم فإن المشترى فقد حقوقه بسبب اخطار البائع بعدم مطابقة البضاعة للمواصفات بعد مرور أكثر من ثلاثة أشهر على تسليمها.

إن بداية الفترة المعقولة تكون منذ اللحظة التى يكتشف فيها المشترى العيب فى المطابقة أو من واجبه اكتشاف العيب فى المطابقة، إذ أنه من الملاحظ أن بداية الفترة المعقولة ليست من خلال اكتشاف المشترى العيب فى المطابقة فقط (معيار شخصى)، وانما من اللحظة التى كان يجب عليه اكتشاف ذلك العيب (معيار موضوعى). وإن فى ذلك لحماية للبائع حسن النية إذ لو تركت المسألة للمشترى فقط دون الأخذ بالمعيار الموضوعى فإن الأمر سيصبح مهددا للبائع وذلك لأن المشترى قد يتعمد التراخى أو لا تؤهله امكانياته لاكتشاف العيب فى الميعاد المعقول، ومن ثم يظل البائع قلقا على مصير العقد لفترة طويلة دون مبرر معقول(١). فالاخطار فى الميعاد المعقول يسمح للبائع بمراجعة البضائع واصلاح ما بها من عيوب وتقليل التعويضات والخسائر المترتبة على عدم المطابقة(٢).

ولقد حاول البعض من الفقه(٣) تحديد بداية الفترة المعقولة، حيث ذهب إلى ان بداية الفترة المعقولة تكون منذ بداية التسليم الفعلى للمشترى، إلا أن

---

(١) محسن شفيق، سابق الاشارة إليه ص ١٥٥.

(٢) Sonain Binca & Bonnell "'commentry on the international sales law p.309.

مشار إليه فى: F.Ferrari op. cit.N. 746.

(٣) انظر عكس ذلك:

Schlechtriem, op.cit., p.71-72, camilla Baasch andersen, op.cit. p. 76.

هذه القاعدة لا يمكن تطبيقها فى كل المجالات وذلك فى حالة اعادة بيع البضائع. حيث أن فى مثل هذه الحالة تبدأ الفترة المعقولة منذ التسليم الفعلى لذلك الشخص الثالث.

وأيا كان الأمر بصدد تحديد بداية الفترة المعقولة فما هو المقصود «بالوقت المعقول»؟ الواقع أنه لا توجد فى نصوص الاتفاقية أو تاريخها التشريعى ما يمكن بمقتضاه تحديد ما هو المقصود بالوقت المعقول، لذلك حاول الفقه القاء الضوء على ما هو المقصود بالوقت المعقول، حيث ذهب البعض من الفقه[١] إلى أنه يمكن تحديد ذلك فى ضوء القانون الموحد الذى ينص على أن الاعلان بعدم المطابقة يتم في أقصر ميعاد، ومن ثم فإن المقصود بالوقت المعقول هو الميعاد القصير، بل يذهب البعض الآخر[٢] أنه فى بعض الأحيان يكون المقصود بالوقت المعقول «حالا».

وعلى خلاف ذلك الجانب من الفقه ذهب البعض[٣] الآخر إلى أنه عند تحديد الوقت المعقول يجب أن نضع فى الاعتبار عدة عوامل تحدد هذه المعقولية كطبيعة العيب، وطبيعة البضائع خاصة إذا كانت ذات مكونات تكنولوجية، ومهارة المشترى، وبنود العقد، ومدى قابلية البضائع للتلف السريع من عدمه، والأعراف التجارية[٤]. وقابلية البضائع للتلف السريع من عدمه، وبنود العقد

---

(١) Hezue, op.cit., p.230.

(٢) Enderlien & Moskow, internationl sales law, 1992, p.159,
مشارإليه فى: F.Ferrari op.cit., N.769.

(٣) Honnold "uniform law for international law p. 281.
مشار إليه فى: Camilla Baasch Andersen op.cit., N0. 100.

(٤) F. Ferrari, op.cit., N. 765.

من أكثر العوامل تطبيقا من جانب القضاء الألمانى، والاسترالى، والايطالى[١] وهذا هو الرأى الذى نرجحه ويؤيده القضاء.

شكل الاخطار ومضمونه: ان الاخطار بعيب عدم المطابقة لا يتطلب بشأنه أن يكون بشكل معين، إذ يمكن أن يتم شفاهة أو كتابة[٢]، إلا أنه إذا كان الأمر كذلك فهذا ليس معناه أن يكون الاخطار مجرد اخطار أن البضائع غير مطابقة، بل لابد أن يكون متضمنا طبيعة عيب عدم المطابقة وفى ذلك حماية للبائع حسن النية، وهذا ما يكشف عنه official records مقررا أن الغرض من الاخطار بعدم المطابقة هو إعلام البائع بما يجب عليه أن يقوم به لاصلاح عيب عدم المطابقة، فضلا عن أنه يحدد الأسس التى يقوم البائع بالاعتماد عليها لفحص البضائع ومساعدته فى إعداد دفاعه فى حالة الادعاء من جانب المشترى بعدم المطابقة. لذلك ان الاخطار بعدم المطابقة لا يجب فقط أن يتم في خلال الفترة المعقولة بعد اكتشاف عيب عدم المطابقة أو كان من واجبه اكتشاف عدم المطابقة، بل يجب أن يكون متضمنا بالتحديد طبيعة عدم المطابقة[٣].

---

(١) F. Ferrari, applying the Cisg in truly uniform manner tribunale di vigevanoitly, R.d. D. uniform 2001 p. 211, F. Ferrair op. cit. N. 767-769.

(٢) F. Ferrari, op.cit. p. 212 ((2001) Note 80 "the notic of non conformity does not have to meet any form requirements, it can even be given via telephone, as expressly pointed out by the tribunale di vigevanos, which also quotes a German court decision which had stated the sam on previous occasion "LG Frankfurt 9 Decembere 1992.

(٣) F. Ferrari, op.cit., 1995, note 784.

وبالتالى فإن الاخطار بعدم المطابقة إذا لم يكن كذلك فإنه لا يعتد به حيث لا يكون محددا للبائع الخطوة التى يجب عليه اتخاذها سواء لاصلاح البضائع أو استبدالها. وهذا ما يؤكده القضاء السويسرى فى الحكم الصادر من محكمة كانتون فالدن 15/96Z بصدد عقد بيع أثاث بين بائع ايطالى ومشترى سويسرى، حيث رأت المحكمة أن المشترى فقد حقه فى التمسك بعدم المطابقة لأنه باستخدامه عبارات «قطع خاطئة أو مليئة بالكسور» لم يحدد طبيعة عدم المطابقة(١)، كذلك الحكم الصادر من القضاء الألمانى فى القضية U 261/30(٢) حيث قررت أنه يجب على المشترى دفع ثمن الشراء لأنه ادعى عدم المطابقة دون أن يحدد فى أى مجال.

ولما كانت غالبية البيوع الدولية تتم بين منشآت، فإن الاخطار بعدم المطابقة يتم ارساله على مركز الشركة البائعة، إلا أنه لما كانت تلك البيوع يمكن أن تتم بين أفراد، فإنه يتعين على المشترى أن يتأكد من وصول الاخطار بالمطابقة إلى البائع متى كان قد تم ارساله إلى شخص ثالث كشريك للبائع، لكن ليست له ثمة علاقة بالعقد لأنه يثبت بذلك عدم التلاعب فى إجراء الاخطار بالمطابقة وتسليمه للبائع(٣).

آثار الاخطار بعدم المطابقة:

يترتب على إجراء الاخطار بعدم المطابقة نوعين من الآثار:

---

(١) المجلة السويسرية للقانون الدولى الأوربى، المجلد الأول العدد ٨١ ، ١٩٩٨. مشار إليه فى موقع الدكتور حسام الصغير، على شبكة الانترنت، سابق الاشارة إليه.

(٢) Uniform law review 1991, 1, 372.

(٣) Camilla Baasch Andersen, op. cit.p. 75.

الأول: متى قام به المشترى بعد فحص البضائع وتحديد ما بها من عيوب فى هذه الحالة يحق للمشترى اتخاذ الإجراءات المخولة له نتيجة اخلال البائع بالتزامه بالمطابقة، من حيث طلب استبدال البضائع وتخفيض الثمن وفسخ العقد مع المطالبة بالتعويض. إلا أنه عند قيام المشترى بذلك يتعين عليه الالتزام بمبدأ حسن النية، فلا يجوز للمشترى أن يطلب فسخ العقد لمجرد العيب فى المطابقة متى كان العيب بسيطا يسهل اصلاحه، وذلك لأن القواعد الموضوعية الدولية قد أوجبت ضمان احترام مبدأ حسن النية فى التجارة الدولية ومن ثم يتعين الالتزام به فى ترتيب الجزاءات. وهذا ما أكدته أحكام التحكيم الدولية فى الحكم الصادر من غرفة التجارة الدولية. فقانون التجارة الدولية الذى اتفق الأطراف على تطبيقه يتطلب أن تنفذ العقود بحسن نية ومن نتيجة ذلك أن يختار المشترى الجزاء المناسب بعد أن يعذر البائع»[١].

الثاني: حالة عدم قيام المشترى بالاخطار بعيب عدم المطابقة، فى هذه الحالة يسقط حق المشترى فى التمسك بعيب عدم المطابقة طبقا لما هو سائد فى التشريعات الوطنية[٢] ونطاق التجارة الدولية. إذ أنه من المستقر عليه أنه توجد مدة محددة يجب خلالها قيام المشترى بالإعلان بعيب عدم المطابقة، فإن لم يقم بذلك يسقط حق المشترى فى الرجوع بعيب عدم المطابقة، وهذا ما أخذت به

---

(١) J.D.I., 1989, p. 1107, ALVAREZ.

(٢) انظر المادة ١٠١ من قانون التجارة المصرى الجديد رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩، المادة ٢١٠ من القانون السويسرى المادة ١٤٩٥٥ من القانون الايطالى، المادة ١٦٤٨ من القانون الفرنسى، المادة ٣٧٧، ٣٧٨ من القانون الألمانى.

القواعد الموضوعية الدولية، حيث تنص المادة ٢/٣٩«وفى جميع الأحوال يفقد المشترى حق التمسك بالعيب فى المطابقة إذا لم يخطر البائع بذلك خلال فترة أقصاها سنتين من تاريخ تسليم المشترى البائع فعلا، إلا إذا كانت هذه المدة لا تتفق مع مدة الضمان التى ينص عليها العقد. ومن ثم فإن مدة السنتين يمكن الاتفاق علي اطالتها أو تقصيرها أو الاعفاء منها.

لكن إذا كانت القواعد الموضوعية الدولية هنا قد تكلفت بحماية البائع حسن النية من حيث الزام المشترى بالقيام بعملية الفحص وتحديد طبيعة العيب والاخطار بعدم المطابقة وإلا سقط حقه فى التمسك بعيب عدم المطابقة. ليس معنى ذلك أنها لم تكفل الحماية للمشترى حسن النية إذا انتقل بهذه الحماية لحمايته من سقوط المدة المحددة للإعلام بعدم المطابقة إذا قررت أن مدة سقوط الادعاء بعدم المطابقة لا تسرى متى كان هناك عذر مقبول(١) أو كان البائع يعلم بالعيب أو كان من واجبه(٢) العلم به. وهذا ما يكشف عن مدى التوازن الذى تحاول القواعد الموضوعية الدولية تحقيقه بين البائع والمشترى حسنى النية.

مدة السقوط: كما سبق أن ذكرنا أن البائع لا يظل مسئولا عن عيب عدم المطابقة لفترة طويلة من الزمن، إذ يجب أن يتم الاخطار بعدم المطابقة وفقاً للقواعد الموضوعية الدولية قبل انقضاء مدة السنتين وهى مدة سقوط لا مدة تقادم، إذ أنها لا تخضع للايقاف أو الانقطاع ولا تستأنف عند محاولة البائع اصلاح عدم المطابقة(٣).

---

(١) المادة ٤٤ من اتفاقية فينا.

(٢) المادة ٤٠ من اتفاقية فينا.

(٣) الدكتور جمال عبد العزيز، سابق الاشارة اليه ص ٢١٤.

إذا كانت القواعد الموضوعية الدولية قد حددت مدة السنتين كمدة سقوط يسقط بعدها حق المشترى فى التمسك بعيب عدم المطابقة، وهى مدة تزيد عما هو مقرر فى التشريعات الوطنية. ففى قانون التجارة المصرى رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ والقانون الالمانى ستة أشهر، وفى القانون السويسرى، والايطالى سنة واحدة، فإن ذلك يرجع إلي الجدل الذى ثار بين أعضاء المؤتمر الدبلوماسى[١] لإقرار الاتفاقية حيث كان الهدف من إقرار هذه المدة وتوحيدها هو حماية مصالح الدول النامية التى تكون فى أغلب الأحيان فى مركز المشترى. حيث كان القانون الموحد يتضمن مدة سقوط أخرى وهي محددة فى حالة قيام المشترى بالاخطار بعدم المطابقة وعدم استعمال حقوقه خلال سنتين من تاريخ الاخطار ما لم يكن ذلك ناتجاً عن غش من قبل البائع[٢].

مما هو جدير بالذكر أن قانون التجارة المصرى قد تبني نهج اتفاقية فينا من حيث أنه قد جعل مدة الاخطار بعدم المطابقة مدة سقوط وليست مدة تقادم كما هو الحال فى القانون المدنى المصرى[٣]. وإن كانت أقل من المدة المحددة فى القانون المدنى المصرى (سنة واحدة)، وفى اتفاقية فينا (سنتين) حيث أنها «ستة أشهر».

وإذا كانت القواعد الموضوعية الدولية والتشريعات الوطنية قد حددت فترة زمنية معينة يسقط بعدها حق المشترى فى التمسك بعيب عدم المطابقة، فليس معنى ذلك أن هذه المدة مطلقة من كل قيد، وهذا ما أخذت به القواعد

---

(١) انظر ذلك بالتفصيل فى: Camilla Baasch andersen, op. cit. p.173.

(٢) انظر ذلك بالتفصيل الدكتور رضا عبيد، سابق الاشارة إليه ص ٤٠٢، ٤٠٣.

(٣) المادة ٤٥٢ من القانون المدنى المصرى.

الموضوعية الدولية و التشريعات الوطنية وما يحسب للتشريعات الوطنية(١) أنها قد جعلت الغش وسوء النية سبباً فى عدم التقيد بتلك المدة، بمعنى أنه إن كان هناك غشاً أو سوء نية من جانب البائع حق للمشترى الرجوع علي البائع بدعوى عدم المطابقة.

إذا كانت القواعد الموضوعية الدولية لم تأخذ بذلك صراحة فإنها قد عبرت عن ذلك ضمنا فى المادة ٤٠ من اتفاقية فينا كما أنها وضعتها جزاء لمخالفة الالتزام بمبدأ حسن النية بعد ما قد سبق وأن تكفلت بحمايته على اعتبار أنه لا يعلم بالعيب ولا يمكن العلم به، أما إن كان الأمر كذلك لا مجال لسقوط مدة السنتين. ثم أضافت القواعد الموضوعية الدولية مبدأ آخر لعدم سقوط هذه المدة وهو متى كان هناك عذر مقبول لعدم الاخطار المادة (٤٤)، ومن ثم تنحصر الاستثناءات على قاعدة سقوط حق التمسك بعيب عدم المطابقة فى علم البائع أو امكانية علمه بالعيب، والسبب المعقول.

١- علم البائع أو آمكانية العلم بالعيب: تنص المادة ٤٠ من اتفاقية فينا على «ليس من حق البائع أن يتمسك بأحكام المادتين ٣٨ ,٣٩ إذا كان العيب فى المطابقة يتعلق بأمور كان يعلم بها أو كان لا يمكنه أن يجهلها ولم يخبر بها المشترى» فهذه المادة أساسها مبدأ حسن النية، حيث ان لم تكن كذلك فستكون بلا معنى، فهى فى صحيحها قد تم تقريرها لتمنع البائع من محاولة لفت الأنظار عن العيب الموجود فى البضائع على أمل أن المشترى لا

---

(١) المادة١٠١من قانون التجارة المصرى الجديد، المادة ٢١٠ من القانون السويسرى. المستشار عزمى البكرى، فى شرح قانون التجارة الجديد، جـ ٢، ص ٢٤٢، دار محمود للنشر والتوزيع، لسنة ٢٠٠٥.

يقوم بالإعلان عنها حيث يصبح متأخرا ومن ثم يستفاد من تطبيق المادة ٣٨ ، ٣٩ من الاتفاقية. فهذا النص يكشف عن أهمية مبدأ حسن النية كمقتضى موجود يجب مراعاته والالتزام به(١).

ومن التطبيقات القضائية الحكم الصادر من القضاء الألمانى من محكمة الاستئناف بصدد انكسار لوحة المفاتيح بعد أربع سنوات من تركيب الآلة. وطبقا للمادة ٢/٣٩ يفقد المشترى حقه فى التمسك بعيب عدم المطابقة بعد انقضاء سنتين، إلا أن المادة ٤٠ تقرر عدم أحقية البائع في التمسك بالمادتين ٣٨ ، ٣٩ متى كان يعلم بالعيب فى المطابقة أو كان من واجبه العلم بذلك العيب. فمنفذ المادة ٤٠ الذى يسمح للمشترى التمسك بعيب عدم المطابقة بالرغم من انقضاء مدة السنتين يتوقف على بيان سوء نية البائع من عدمه. ولقد رأت المحكمة الالمانية أنها أولا قبل تطبيق المادة ٤٠ تبحث عما إذا كان المشترى يعلم بالعيب أو كان بإمكانه العلم به لبيان سوء نية المشترى، حيث لاحظت سوء نية المشترى من خلال التمسك بالمادة ٤٠ لأن العيب يجهله البائع وواضح بالعين المجردة وكان يمكن اكتشافه بقليل من الفحص ولفت نظر البائع إليه(٢).

ومن التطبيقات القضائية أيضاً الحكم الصادر من غرفة التجارة الدولية(٣) بصدد عقود بيع بضائع بشرط تسليم ظهر السفينة (fob) حيث

---

(١) John Klein op.cit., p.131.

(٢) B. Zeller, op. cit. May 2000.

(٣) I.C.C. 5713, 1990, Yearbook commercial Arbitration, Vol. XV - 199/70.

مشار إليه فى موقع الدكتورحسام الصغير على شبكة الانترنت، سابق الاشارة إليه.

أنكر المشترى قبل شحن البضاعة وقبل وصولها مطابقة البضائع التى يغطيها أحد العقود لبعض المواصفات المذكورة، وقام المشترى بمعالجة العيوب الموجودة فى البضائع لجعلها صالحة للبيع ثم باعها بخسارة، ومع ذلك طالب البائع المشترى بسداد الثمن كاملا فما كان من المشترى إلا أن طالب بالتعويض عن الخسائر التى أصابته من حيث تكاليف عملية الاصلاح والأرباح الضائعة. وبصدد ذلك النزاع قررت المحكمة أن المشترى كان عليه أن يقوم بفحص البضائع واخطار البائع بعيب عدم المطابقة، كما أن البائع ليس له الحق في التمسك بعدم التزام المشترى بتطبيق المواد ٣٨، ٣٩ لأنه كان يعلم بعدم مطابقة البضائع للمواصفات المذكورة فى العقد.

السبب المعقول: لما كانت القواعد الموضوعية الدولية قد تضمنت النص على وجوب قيام المشترى بالإعلان عن العيب فى المطابقة فى خلال فترة معقولة من لحظة اكتشافه للعيب أو من اللحظة التى كان من واجبه اكتشاف العيب وإلا سقط حقه فى التمسك بعيب عدم المطابقة. ثم تضمنت النص على أنه فى كل الأحوال يسقط الحق فى التمسك بعيب عدم المطابقة بعد انقضاء الفترة المعقولة، ولكن فى خلال مدة السنتين وسبب ذلك أفصحت عنه المادة ٤٤ من اتفاقية فينا التى تنص على «بالرغم من أحكام الفقرة (١) من المادة ٣٩ والفقرة (١) من المادة ٤٣ يجوز للمشترى أن يخفض الثمن وفقا لأحكام المادة ٥٠ وأن يطلب تعويضات إلا فيما يتعلق بالكسب الذى فاته إذا كان لديه سببا معقولا يقرر عدم قيامه بالاخطار المطلوب»[1]. فهذا النص يقوم على اعتبارات

---

(١) ان هذا النص لم يكن إلا ترضية للدول النامية التي اعترضت على صرامة الجزاء المقرر فى المادة ٣٩ انظر فى ذلك د. محسن شفيق، سابق الاشارة إليه ص١٥٥٦.

Schlechtriem op.cit., p. 70.

العدالة[١] لحماية المشترى فى حالة وجود عذر حال بينه وبين قيامه بعملية الاخطار بالمطابقة فى المدة المطلوبة كحالة حرب أو فيضان أو أنه قد رأى عند الفحص أنه عيباً بسيطاً ثم اكتشف جسامته[٢]، إلا أن تطبيقه محدوداً من حيث أن هذا السبب الذى حال دون القيام بالاخطار لا يمتد إلى ما بعد انقضاء فترة السنتين، بمعنى أنه لا يجوز للمشترى التمسك بهذا السبب بعد انقضاء مدة السنتين واخطار البائع بعدم المطابقة. بل ان مبدأ حسن النية يقتضى منه القيام بعملية الاخطار خلال الفترة المعقولة التى تلى زوال السبب الذى حال دون الاخطار. كما أن أثر هذا السبب فيما يتعلق بالجزاءات التى يتم توقيعها على البائع لاخلاله بالالتزام بالمطابقة يقتصر فقط على تخفيض الثمن والمطالبة بالتعويض فيما يتعلق بالكسب الذى فاته[٣]. فإذا كان هذا النص يقوم بتوفير

---

(١) Anna Veneziano, op.cit., p.54.

(٢) Honnold, in"uniform law for the international sales,p.261, "the buyer who notices a defect in the goods might reasonably consider the defect to be unimportant and only later discover the significance of the defect.

مشار إليه فى : Camilla,Baasch, op.cit.p. 73, N77.

(٣) Kazuaki sono, art 44 in commentry on the internationl sales law"the buyer who has a reasonable excuse for this failure to give the requires notice will be afforded some limited remdies,the buyer may be reduce the price in accordance with A.50 or cliam damages under A,74 Except for his loss of profit such as the profit that he would have gained by resael had the goods conformed to the cntract there are only residul remedies the buyer may pursue. accordingly that the buyer can no longer require the seller to cur the lack of conformity as amtter of right under 45, must important by the buyer can not avoide the conract under A,49...".

مشار إليه فى: F. ferrari op. cit., N.814.

الحماية للمشترى من ناحية، فإنه من ناحية أخرى يفتح الباب لسوء النية من جانب المشترى، إذ قد يدعى عدم المطابقة وأن سببا حال بينه وبين الاخطار وذلك في حالة انخفاض الثمن بالنسبة للبضائع رغبة منه فى التوصل إلى تخفيض الثمن خاصة فى حالة إذا لم يكن قد قام بالوفاء بالثمن. وفى المقابل يتمسك البائع بنص المادة ٧٧ ، ٨٠ إذ أنه يتمسك أن المشترى لو كان قد قام بعملية الاخطار فى المدة المطلوبة لكان قد أعطاه الفرصة للقيام بعملية الاصلاح(١). وبالتالى فإنه يتعين البحث عن معيار يمكن بمقتضاه تقدير معقولية السبب الذي حال دون الاخطار، وهذا المعيار كشف عنه القضاء الألمانى(٢) إذ تمسك المشترى بنص المادة ٤٤ إلا أن المحكمة لاحظت أن هذا المشترى هو أحد الشركات التجارية الكبرى ولها فروع عديدة وهى على قدر عال من الخبرة التجارية، فقررت أن المشترى ليس له الحق فى التمسك بنص المادة ٤٤ ومن ثم فإنها قد أخذت بمعيار المشترى المهنى وغير المهنى.

وإذا كان قانون التجارة المصرى رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ قد تبنى نهج القواعد الموضوعية الدولية، ونص على مدة أقل فى المادة ٣٨ مما نصت عليه القواعد الموضوعية الدولية معتبرا اياها مدة سقوط كاشفا عن ذلك الاتجاه مقررا« ... ٢- على المشترى أن يخطر البائع بوجود النقص أو العيب أو عدم المطابقة خلال ١٥ يوما من تاريخ تسليم المبيع إليه تسليما فعليا وعليه أن يقيم دعوى الفسخ أو انقاص الثمن خلال ٦٠ يوما من تاريخ هذا التسليم. ٣- إذا لم

---

(١) Schlechtriem op.cit.,p. 70.

(٢) انظر ذلك فى: AnnaVeneziano,op. cit., p. 54.

يقع الاخطار أو لم ترفع الدعوى خلال الميعاد المنصوص عليه فى الفقرة السابقة سقط حق المشترى فى اقامتها إلا إذا أثبت الغش من جانب البائع. فقانون التجارة المصرى طبقا لذلك يعد أكثر تميزاً وتحديداً عن القواعد الموضوعية الدولية، إذ أنه فضلا عن تحديده للمدة التى يجب خلالها القيام بالاخطار وهى ١٥ يوما فإنه لم يجعل السبب المعقول الذى يحول دون عملية الاخطار سببا فى الاعفاء من القيام بالاخطار خلال الخمسة عشر يوما، وإنما جعل الغش هو السبب فقط فى الاعفاء من عملية الاخطار خلال هذه المدة. وبالتالى فهو أكثر تحديدا من القواعد الموضوعية الدولية سواء بالنسبة لمدة الاخطار أو سبب الاعفاء منه، ليس هذا فحسب بل نجد أنه قد وحد الجزاءات حيث إذا ثبت الغش من جانب البائع كان للمشترى الحق في طلب تخفيض الثمن أو الفسخ، فلم يجعل أثر الغش قاصرا على جزاء دون الآخر كما هو الحال فى القواعد الموضوعية الدولية.

المبحث الثانى

التزامات المشترى

مقدمة: لقد حددت القواعد الموضوعية الدولية الالتزامات الأساسية التى تقع على عاتق المشترى فى عقد البيع الدولى للبضائع وهى الالتزام بالثمن، والالتزام باستلام البضائع. ونلاحظ اختلاف نهج القواعد الموضوعية الدولية بصدد التزامات المشترى فى اتفاقية فينا عنه فى القانون الموحد. ففى ظل هذا القانون تأثرت القواعد المنظمة لالتزامات المشترى بالقانون الرومانى والجرمانى المهيمن على تقنينات القارة الأوربية، فى حين أن اتفاقية فينا تشكل صورة من التقارب مع بلاد القانون العام وهذا ما تكشف عنه التزامات المشترى فى ظل هذه الاتفاقية(١).

كما تعرضت القواعد الموضوعية الدولية أيضاً لالتزامات أخرى تابعة تقع على عاتق المشترى كالتزامه بحفظ البضائع إذا تسلمها، أو وضعت تحت تصرفه وأراد ممارسة أى حق عليها(٢)، كذلك أيضا التزامه بتعيين شكل البضائع أو مقاييسها أو الصفات الأخرى(٣). وهى التزامات قوام تنفيذها مبدأ حسن النية ولقد تضمن قانون التجارة رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ الاشارة إلى مثل هذه

---

(١) الدكتور فرنسوا كنوفلير، الالتزام بمبلغ نقدى : تقدير القيمة وتعديلها، الأنظمة التعاقدية للقانون المدنى ومقتضيات التجارة الدولية، معهد قانون الأعمال الدولى، كلية الحقوق جامعة القاهرة ص ٢٠٥.

(٢) المادة (٦٣) من اتفاقية فينا سنة ١٩٨٠.

(٣) المادة (٦٥) من اتفاقية فينا سنة ١٩٨٠.

الالتزامات كما هو الحال فى المادة ٩٢(١). تلك التى تعد تطبيقا للالتزام بمبدأ حسن النية لما يتمتع به المشترى من سلطة تقديرية فى تحديد الوقت المناسب فى حالة عدم الاتفاق على وقت محدد لتحديد شكل المبيع أو حجمه.

وبالرغم من أن القواعد الموضوعية الدولية فى تنظيمها لالتزامات البائع والمشترى لم تكن للصفة المدنية أو التجارية محل اعتبار سواء بالنسبة لطرفى العقد أو العقد ذاته. فإن الاتفاقية لا تطبق على البضائع التى يشتريها المشترى لاستعماله الشخصى أو العائلى أو المحلى، إلا أن هذه الالتزامات مرجعيتها هو مبدأ حسن النية الذى يعد الأساس الأول الذى تقوم عليه نصوص الاتفاقية فى مجموعها، كما أنه يتعين تفسير تنفيذ المشترى لالتزاماته وفقا لما تقرره المادة ٨، ٩ من اتفاقية فينا سنة ١٩٨٠(٢).

وبناء على ذلك سوف نتناول التزامات المشترى وهما الثمن، والاستلام.

---

(١) تنص المادة ١/٩٢ من قانون التجارة المصرى الجديد رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ على «إذا اتفق على أن يكون للمشترى تحديد شكل المبيع أو حجمه أو غير ذلك من الأوصاف المميزة وجب أن يقوم بهذا التحديد فى الميعاد المتفق عليه أو فى ميعاد مناسب عند عدم الاتفاق على ميعاد معين وإلا جاز للبائع أن يطلب الفسخ والتعويض. انظر التعليق الفقهى للدكتور محمد شتاأبو سعد، سابق الاشارة إليه ص ٤٦٤.

(٢) Georges Flecheux: les obligations de l'Acheteur Actes du colloque de 1er et 2 decembre 1989, L.G.D.J p. 141.

المطلب الأول

الالتزام بدفع الثمن

تمثل مسألة الثمن والوفاء به فى العقود الدولية واحدة من المسائل الجديرة بالدراسة والمراجعة، وذلك من خلال منظور شامل ورؤية مقارنة نظرا لعدد المشكلات التى يثيرها تنوع بل وتناقض الحلول التشريعية الوطنية والدولية وكذلك الممارسات العقدية(١).

فكما سبق وأن ذكرنا أن الاتفاقية قد انتهجت نهج القانون العام فيما يتعلق بالتزامات المشترى ومنها الوفاء بالثمن. فالثمن فى نظم القانون العام لا يعد ركنا أساسيا فى العقد. فخلو العقد منه لا يؤدى إلى بطلانه. فطبقا لقانون بيع البضائع الانجليزى الصادر سنة ١٨٩٣ المعدل سنة ١٩٧٩(٢) تنص المادة ٨ يمكن أن يتحدد الثمن فى عقد بيع بواسطة العقد أو يترك تحديده إلى أسلوب يتفق عليه فى العقد أو يتحدد بما جرى عليه العمل بين الأطراف، فإذا لم يتحدد الثمن كما سبق يتعين على المشترى أن يسدد ثمنا معقولا، ينص قانون التجارة الأمريكى فى المادة ٢/٣٠٥(٣) قانون السعر المفتوح، إذا رغب

---

(١) الدكتور جارو دينا، الثمن والأرباح فى العقود الدولية، الأنظمة التعاقدية للقانون المدنى ومقتضيات التجارة الدولية، معهد قانون الأعمال الدولى، جامعة القاهرة، ١٩٩٢، ص٢٤٥.

(٢) انظر فى ذلك الدكتور فرنسوا كنوفلير، سابق الاشارة إليه ص ٢٠٨.

(٣) U.C.C. section 2.305"les parties peuvent, si tel est leur desir, conclure un contract de vent sans determiner le prix, Dans ce cas, prix sera le prix raisnouble ou moment de la delivrance open pric term, U.C.C. section 2.305 par referenc a un march determine, atteste par untiers, par un organisme, voir corbisier "la determination du prix dans le contracts commerciaux portant vent de martchandises.

مشار إليه فى: J.thieffry et. C.Granier op. cit., p. 141.

الأطراف فى ابرام العقد دون تحديد الثمن فى هذه الحالة يكون الثمن المعقول هو الثمن السارى وقت التسليم.

فى حين أن الثمن فى نظم القانون الخاص يعد ركنا أساسياً فى العقد، حيث إذا خلا العقد منه كان مصيره البطلان كما هو الحال فى المادة ١٥٩١، ١٥٩٢ من القانون الفرنسى(١)، والمادة ٤٢٣، ٤٢٤(٢) من القانون المدنى المصرى. وتركز محكمة النقض المصرية فى أحكامها(٣) على أن الثمن يعد ركنا أساسيا في العقد، إلا أنه بصدور قانون التجارة المصرى رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ لم يعد الثمن ركنا أساسيا فى العقد حيث انتهج قانون التجارة المصرى نهج نظم القانون العام فتنص المادة ٨٩ على «إذا لم يحدد المتعاقدان الثمن انعقد البيع بالسعر الذى يجرى عليه التعامل بينهما فإذا لم يكن بينهما تعامل سابق فالسعر المتداول فى السوق ٢-....».

وإذا كان الأمر يتميز بالوضوح فى نظم القانون العام ونظم القانون الخاص بشأن مسألة الثمن، فإنه غير ذلك فى القواعد الموضوعية الدولية، ففى اتفاقية فينا تنص المواد ١٤، ٥٥ المتعلقة بالثمن فيما يتعلق بكونه عنصرا فى العقد.

---

(١) انظر المواد ١٥٩١، ١٥٩٢ من القانون الفرنسى.

(٢) انظر فى ذلك المواد ٤٢٣، ٤٢٤ من القانون المدنى المصرى.

(٣) أحكام محكمة النقض الطعن رقم ٥٢٦ لسنة ٥٥ ق جلسة ١٩٩١/٥/٩«ان كان الثمن يعتبر ركنا أساسيا فى عقود البيع...» حكم محكمة النقض الطعن رقم ٩٤٨ لسنة ٥٣ق جلسة ١٩٨٦/١١/٢٧، حكم محكمة النقض الطعن رقم ١٠٥٥ لسنة ٤٥ ق جلسة ٢٨/ ١/ ١٩٨٠ الموسوعة الجامعة فى القانون المدنى، الجزء الخامس، أ، فتحى محمد موسى ص٣١١١، ٣١١٤، المكتب الفنى للاصدارات القانونية.

إذ لاحظنا أن المادة ١٤ تأخذ بنظرية قريبة من تلك الخاصة ببلاد القانون المدنى pays de droit civil فى حين أن المادة ٥٥ تعد أقرب إلى بلاد القانون العام common law[١]. ونص المادة ١٤ كان محل خلاف أثناء إعداد الاتفاقية حيث اقترح الممثل الانجليزى عدم ضرورة تعيين الثمن، أو قابليته للتحديد فى الايجاب، إلا أن هذا الاقتراح قوبل بالرفض[٢]، فكان نتيجة ذلك أن أعلنت بعض الدول تحفظها على الجزء الثانى من الاتفاقية الخاص بتكوين العقد كالدول الاسكندنافية لرغبتها أن تتضمن الاتفاقية قاعدة من التحديد القضائى للثمن[٣].

ولما كانت الاتفاقية قد صدرت متضمنة نص المادة ١٤، ٥٥، والظاهر تماما عدم التوافق فيما بينهما فكانت المحاولات الفقهية للخروج من هذا المأزق واقتراح عدة حلول[٤] التى منها ما ذهب إليه بعض الفقه[٥] أنه يجب بصدد هذه الحالة الاحالة إلى المادة ٤، ٧ من اتفاقية فينا. فمن حيث الشكل إذا كان القانون الوطنى يبطل العقد لعدم تحديد الثمن فلن يكون البيع صحيحاً ولو تم فى اطار الاتفاقية، أما إذا تعلق القانون الوطنى بالحل المطروح للمادة ٥٥ فيطبق

---

(١) الدكتور فرانسوا كونوفلير، سابق الاشارة إليه ص ٢١٠.

(٢) انظر سابقا ص٣٩٠.

(٣) الدكتور فرنسوا كونوفلير،الالتزام بمبلغ نقدى: تقدير القيمة وتعديلها، معهد قانون الأعمال الدولى، جامعة القاهرة،١٩٩٤، ص ٢١٠.

(٤) انظر ذلك فى الدكتور اندريا جيار دينا، الثمن والدفع فيالعقود الدولية، معهد قانون الأعمال الدولي، جامعة القاهرة، ١٩٩٤، ص ٢٥٠ ومابعدها، الدكتور فرانسوا كونوفلير، سابق الاشارة إليه، ص ٢٠٩ وما بعدها.

(٥) P.Kahn op. cit., p. 951 Note 980.

الشرط الوارد فى هذه المادة(١).

لقد سبق أن انتهينا إلى أنه يجب ترك هذه المسألة للقاضى أو المحكم المعروض عليه النزاع. لأن التمسك بحرفية نص المادة ١٤ أمرا من شأنه أن يفتح الباب لسوء النية، ومن ثم يجب عدم الاعتداد بمثل هذه التحفظات متى صدر الايجاب متفقا وأحكام المواد ١٤ ، ٢٤من اتفاقية فينا. كما قرر القضاء الالمانى فى القضية رقم 7U 456(٢). فالتمسك بعدم صحة العقد استناداً إلى أن الايجاب لم يصدر متضمنا الثمن أو قابليته للتعيين بعد دخول العقد حيز التنفيذ هو أمرا لا شك فيه دليل على سوء النية والرغبة فى التنصل من تنفيذ عقد صار غير ملائم له. إذ أن حسن النية يقتضى منه عند صدور الايجاب أن يطلب تحديد الثمن، فإن لم يفعل فلا يكون له الحق فيما بعد الوفاء بالثمن أن ينازع فى صحة العقد على سندمنه أن العقد لم يتم ابرامه صحيحا .

صور الالتزام بمبدأ حسن النية في الوفاء بالثمن:

لكى يثبت المشترى حسن نيته فى الوفاء بالثمن يجب عليه تطبيقاً للمادة ٥٤(١) من اتفاقية فينا أن يقوم باتخاذ كافة الاجراءات اللازمة بموجب

---

(١) وهذا الرأى منتقد لمخالفته لنص المادة ٢/٧ والتى تستبعد الاحالة إلى القانون الوطنى لجلاء الغموض، أضف إلى ذلك أنه لايجب أن نغفل أن الاحالة إلى القانون الوطنى الذى تعينه قواعد تنازع القوانين لايتحقق إلاإذا كان البلد المعنى لم يوقع على الجزء الثانى من الاتفاقية الخاص بتكوين العقد ففى هذه الحالة لن تنطبق المادة ٥٥ إلا إذا قرر القانون الوطنى أن يعد العقد قد أبرم دون ثمن محدد وفى الحالة العكسية لن تكفى المادة ٥٥ لتصحيح عقد غير صحيح» الدكتور فرنسوا كنوفلير، سابق الاشارة إليه ص ٢١٠، ٢١١.

(٢) انظر سابقا ص ٣٩٦.

العقد أو القوانين والأنظمة الواجبة التطبيق أياً كانت طبيعة هذه الاجراءات، سواء كانت ذات طبيعة إدارية كالحصول على موافقة جهة الإدارة المختصة بتحويل النقد الأجنبى اللازم للوفاء بالثمن، أو إجراءات ذات طبيعة بنكية كتقديم كفالة مصرفية أو فتح اعتماد مستندى(٢). وهذه هى الصورة الغالبة فى الوفاء بالثمن التى تعد ضمانة جيدة لحسن تنفيذ الالتزام بالوفاء بالثمن من جانب المشترى(٣).

ومن التطبيقات القضائية الحكم الصادر من هيئة التحكيم التجارى الدولى - غرفة التجارة والصناعة بالاتحاد الروسى فى القضية رقم ١٢٣ لسنة ١٩٩٢(٤) قدم بائع المانى (المدعى) مطالبة ضد مشترى روسى (مدعى عليه) لعجزه عن دفع ثمن معدات تم توريدها بموجب عقد البيع المبرم بينهما. اعترف

---

(١) A.Conf.97/C.1/201- O.R.120 "a joint proposol by Argentina, spain, and portugl to permit substitute in the party'sdomestic currency when? is impossible to by in the currency agreed upon found no support, an agreement between the parties or Usage can of cours provide this option.

مشار إليه فى: Sechlechtriem op. cit.,p. 80. N.320.

(٢) Sechlechtriem op. cit.,p. 80 "the buyers obligation to pay includes all meassures agreed upon in the contract to enable payment to be made such as the duties to provide a letter of credit and to comply with relevent domestic laws in particuler currency exchange regulation.

(٣) Jean thieffry et chantal granier, op. cit., p. 147.

(٤) حكم هيئة التحكيم التجارى الدولى- غرفة التجارة والصناعة بالاتحاد الروسى فى القضية رقم ١٢٣/١٩٩٢. انظرذلك فى موقع الدكتور حسام الصغيرعلى شبكة الانترنت سابق الاشارة إليه،القضية رقم ١٤٢.

المشترى بأن البضائع قد سلمت بالفعل بموجب العقد، ولكنه ذكر أن عدم دفع ثمنها انما يرجع إلى المصرف المسئول عن معاملات المشترى بالعملة الأجنبية فلم يصدر تعليماته بشأن المبلغ الواجب دفعه وتحويله إلي البائع ثمنا للبضائع بموجب العقد، والسبب الذى منع المصرف من تحويل مبالغ العملة الأجنبية إلى البائع هو أن حساب المشترى لم يكن به رصيد من العملات القابلة للتحويل يكفى لدفع الثمن للبضائع. وبعد أن ذكر المشترى هذه الحقائق طلب من هيئة التحكيم أن تعفيه من التبعة نظرا لأنه يرى أن عدم حيازته موارد من العملة الأجنبية ينبغى أن يعتبر قوة قاهرة تعفيه من المسئولية عن عدم الوفاء بالتزاماته التعاقدية.

ولم تتفق هيئة التحكيم فى الرأى مع المدعى عليه فيما ذكره من أن افتقاره إلى العملة الأجنبية ينبغى أن يعتبر قوة قاهرة بالنظر إلى أن العقد المبرم بين الطرفين يورد قائمة شاملة من ظروف القوة القاهرة التى تعفيهما من المسئولية عن عدم الوفاء بالتزاماتهما التعاقدية، ولم يرد افتقار المشترى إلى العملة الأجنبية فى عداد القوة القاهرة المدرجة بتلك القائمة، وذكرت الهيئة فضلا عن ذلك أن المادة ٥٤ من اتفاقية البيع تنص على أن التزام المشترى بدفع الثمن للبضائع يتضمن اتخاذ التدابير والترتيبات التى قد يقتضيها تمكنه من تسديد ثمن البضائع. وبالاستناد إلى عناصر القضية والايضاحات التى قدمها المشترى أثناء الإجراءات ثبت أن الإجراء الوحيد الذى كان يتعين على المشترى اتخاذه هو أن يرسل إلى المصرف تعليمات بتحويل المبالغ المستحقة الدفع بموجب العقد، ولكنه لم يتخذ أى تدابير لضمان امكانية تسديد تلك المبالغ بالفعل وأصدرت هيئة التحكيم قرارها فى صالح المدعى وأمرت المشترى بدفع ثمن البضائع التى وردت.

مكان الوفاء بالثمن: فى الغالب يحدد الأطراف مكان الوفاء بالثمن وإن لم يكن محددا فغالبا ما يتم الوفاء بالثمن فى مكان عمل البائع أو مكان التسليم إذا كان الدفع مطلوباً مقابل تسليم البضائع، وفى حالة تغير مكان عمل البائع يجب على المشترى الوفاء بالثمن ما لم يكن مقابل التسليم الوفاء به فى المكان الجديد، حيث أن تغير المكان لا يعد مسوغا لعدم الوفاء بالثمن. حيث كفلت المادة ٥٧ ضمانة للمشترى فى حالة الزيادة فى نفقات الوفاء بالثمن تلك التى تتمثل فى تحميل البائع بتلك الزيادة، كما أنه يجب أيضا لحسن النية فى التنفيذ من جانب المشترى متى كان لا يستطيع الوفاء بالثمن فى هذا المكان الجديد لظروف غير إرادية كما هو الحال فى المقاطعة الاقتصادية لتلك الدول التى يوجد بها مكان عمل البائع الجديد أن يخطر البائع بذلك ويطلب منه تحديد المكان الذى يتم فيه الوفاء بالثمن الذى فى الغالب يحدده البائع بأقرب مكان له، ومن ثم يتعين على المشترى الوفاء به فى هذا المكان، وفى حالة تعدد أماكن عمل البائع. فمن المستقر عليه فقها[١] أن «الوفاء بالثمن يكون في المركز الرئيسى لمكان عمل البائع» استنادا إلى نص المادة ١٠ من اتفاقية فينا. لكننا نرى تطبيقا لمبدأ حسن النية يتعين على المشترى اخطار البائع بطلب تحديد المكان الذى يتم فيه الوفاء بالثمن بسبب تعدد أماكن العمل، فإن ايجابه بتحديد هذا المكان تُعين المشترى على الوفاء بالثمن فيه، وان لم يجب كان له الحق فى الوفاء بالثمن فى مكان العمل الرئيسى.

وبالتالى انه من المستقر عليه فى القواعد الموضوعية الدولية هو أن

---

(١) Sehlechtriem, op. cit., p.81 , B.Aduit op.cit., p. 143.

مكان عمل البائع هو مكان الوفاء بالثمن ما لم يكن محددا بالعقد، أو فى مكان التسليم إذا كان الدفع مطلوب مقابل التسليم للبضائع، وهذا ما تكشف عنه الأحكام القضائية. الحكم الصادر من محكمة الاستئناف بجرنوبل الغرفة التجارية سنة ١٩٩٢(١) بصدد عقد البيع المبرم بين مشترى أسبانى، وبائع فرنسى بشأن شراء مواد بناء فندق حيث قررت محكمة الاستئناف تطبيق المادة ١/٥٧ من اتفاقية البيع متى كان الثمن غير محدد فيها أو الوفاء به فإنه ينبغى الوفاء به فى مكان عمل البائع، فذلك الحكم الصادر أيضا من ذات المحكمة فى أكتوبر سنة ١٩٩٦(٢) فى النزاع القائم بين شركة فرنسية وشركة المانية بصدد عقد بيع أثاث وتجهيزات، حيث أوضحت المحكمة أن اتفاقية فينا تحدد مكان سداد الثمن فى مكان عمل البائع (١/٥٧) وأن التفسير العادى لهذه القاعدة هو انها تعبر عن المبدأ العام الذى مفاده أن الدفع ينفذ فى مكان اقامة الدائن. والحكم الصادر أيضاً من المحكمة المدنية السويسرية فى ديسمبر ١٩٩٧(٣) بين بائع سويسرى ومشترى ايطالى بصدد عقد بيع ٥٠٠٠ طن من اليوريا البيضاء البلغارية، حيث قد رأت المحكمة أن ثمن الشراء موضوع الخلاف يخضع لأحكام الاتفاقية طبقا للمادة ١/٥٧ التى تقرر وجوب دفع الثمن فى المكان الذى اتفق الطرفان عليه، وفى حالة عدم وجود مثل هذا الاتفاق يجب

---

(١) Cour d Appl de Grenoble, chambre des urgences, 1993.
انظر فى ذلك موقع الدكتور حسام الصغير على شبكة الانترنت، القضية رقم ٢٥، سابق الاشارة إليه.

(٢) Revue critique de droit international privé, 1997. p. 756.

(٣) حكم المحكمة المدنية لكانتون بازل بسويسرا فى القضية 448 00 / 1996 P4.
انظر فى ذلك موقع الدكتور حسام الصغير على شبكة الانترنت، القضية رقم ٢٢١، سابق الاشارة إليه.

السداد فى مكان عمل البائع. أما إذا كان السداد مربوطاً بتسليم البضاعة أو المستندات فيجب الدفع فى مكان التسليم.

ليس هذا فحسب بل يعد مكان عمل البائع للوفاء بالثمن كمكان للوفاء بالتعويضات الناجمة عن مخالفة العقد كما في الحكم الصادر من القضاء الألمانى فى القضية رقم 73/93 يولية ١٩٩٣ فى النزاع القائم بين مشترى المانى، وبائع فى ولاية انديانا الأمريكية بصدد عقد بيع «آلة قطع سكينى»، حيث انتهت المحكمة إلى أن المادة ١/٥٧ تذكر مبدأ عاما مفاده أن المبالغ المطالب بدفعها بما فى ذلك التعويضات عن مخالفة العقد طبقا للمادة ٧٥، ٧٤ يجب دفعها في مكان عمل المدعى الذى هو المشترى الألمانى(١).

أما بشأن ميعاد الوفاء بالثمن فمن المستقر عليه فى كافة التشريعات الوطنية أن الوفاء بالثمن يتم في الميعاد المحدد بالعقد، فإذا خلا العقد من تعيين ميعاد للوفاء بالثمن فمن المفترض أن الوفاء بالثمن يتم فى ذات وقت التسليم، سواء كان ذلك بوضع الشئ المبيع تحت تصرف المشترى أو بمقتضى شرطا فى العقد. وهذا ما أخذت به القواعد الموضوعية الدولية في المادة ١/٥٨ ، ٢ التى تنص على «إذا لم يكن المشترى ملزما بدفع الثمن فى وقت محدد وجب عليه أن يدفع الثمن عندما يضع البائع البضائع أو المستندات التى تمثلها تحت تصرف المشترى وفقا للعقد وهذه الاتفاقية ويجوز للبائع أن يعتبر الدفع شرطا لتسليم البضائع والمستندات. ٢- إذا تضمن العقد نقل البضائع

---

(١) Riw, 1993,845.

انظر فى ذلك موقع الدكتورحسام الصغير على شبكة الانترنت،سابق الاشارة إليه القضية رقم ٤٩.

جاز للبائع ارسالها بشرط ألا تسلم البضائع أو المستندات التى تمثلها إلى المشترى مقابل دفع الثمن.

ومن التطبيقات القضائية الأحكام الصادرة من القضاء السويسرى كالحكم الصادر من محكمة Tribunel contonel du valais فى ديسمبر سنة ١٩٩٢(١) بمناسبة النزاع القائم بين بائع ايطالى ومشترى سويسرى بصدد عقد بيع حجارة طبيعية واصطناعية، حيث قررت المحكمة أن اتفاقية البيع قد طبقت وقررت أيضا أن المدعى عليه (المشترى السويسرى) كان يتعين عليه دفع الثمن فى التاريخ المحدد فى العقد وفى ذلك الصدد قالت المحكمة أن المادة ٥٨ من اتفاقية البيع تفترضا افتراضا مسبقا أن الدفع يتم عندما يضع البائع البضائع تحت تصرف المشترى، كذا الحكم الصادر من المحكمة الاتحادية فى سويسرا سنة ١٩٩٦(٢) فى النزاع القائم بين بائع استرالى ومشترى ايطالي بصدد عقد البيع لجهاز تنظيف غاز حيث فسرت المحكمة عبارة «إذا كان الدفع مطلوبا مقابل تسليم البضائع الواردة فى المادة ١/٥٧ من اتفاقية البيع فى ضوء المادة ١/٥٨، ٢ من اتفاقية البيع التى تقضي بأنه يجوز للبائع أن يجعل ذات الدفع شرطا لتسليم البضائع والمستندات، وأيضا الحكم الصادر من محكمة كانتون سانت غالن سنة ١٩٩٧ قام بائع ثياب ألمانى بمقاضاة مشترى سويسرى للحصول على

---

(١) Tribunel contanel du valais, 1992.
انظر فى ذلك موقع الدكتور حسام الصغير على شبكة الانترنت، سابق الاشارة إليه القضية رقم ١٩٨.

(٢) حكم القضاء السويسرى الصادر من محكمة كانتون سانت فاليه، سنة ١٩٩٧.
انظر فى ذلك موقع الدكتور حسام الصغير على شبكة الانترنت، سابق الاشارة إليه القضية رقم ١٩٤.

ثمن الشراء وادعى المشترى أن البائع لم يورد المستندات اللازمة لتخليص البضاعة من الجمارك، وأنه اضطر من ثم إلى اعادة الثياب. ورأت المحكمة أنه يجب على المشترى دفع ثمن البضائع عندما يضع البائع البضاعة أو المستندات التى تمثلها تحت تصرف المشترى.

الالتزام بالمحافظة على البضاعة: ان الالتزام بالمحافظة علي البضائع التزاما يتحقق في ظروف معينة حددتها نصوص القواعد الموضوعية فى المواد ٨٥، ٨٦، ٨٧، ٨٨ سواء بالنسبة للبائع أو المشترى. والتزام المشترى بالمحافظة على البضائع يتحقق فى حالة حيازة المشترى للبضائع ولكن يكون له حق طلب رفضها واستبدالها أو فسخ العقد بسبب ميسور. ذلك كعيب عدم المطابقة وإزاء وجود البضائع فى حيازة المشترى وله حق الرفض لها فغالبا ما سيهملها ولا يهتم بها. ولذلك أوجبت القواعد الموضوعية الدولية فى اتفاقية فينا سنة ١٩٨٠ على المشترى المحافظة على تلك البضائع التى يحوزها لحساب الطرف الآخر (البائع) فهذا الواجب بالمحافظة على البضائع لا يكون إلا تطبيقا لمبدأ حسن النية النافذ فى نطاق تطبيق الاتفاقية[١]. حيث تنص المادة ١/٨٦ من اتفاقية فينا على «إذا تسلم المشترى البضائع وأراد ممارسة أى حق عليها فى رفضها وفقا لما جاء بالعقد أو بموجب هذه الاتفاقية وجب عليه أن يتخذ الإجراءات المعقولة المناسبة للظروف بضمان حفظ البضائع وله حبسها لحين قيام البائع بتسديد المصاريف المعقولة التى أنفقت لهذا الغرض. لقد أشارت القواعد الموضوعية الدولية إلى كيفية المحافظة على تلك البضائع وهي اتخاذ

---

(١) John Klein op. cit., p. 133.

التدابير المعقولة تلك التي تختلف من حالة إلى أخرى حسب حالة البضائع ونوعها التى من شأنها تمكين البائع من استرداد هذه البضائع بالحالة التى كانت عليها كلما أمكن ذلك.

فإن قام المشترى بذلك فيكون له الحق فى استرداد تلك المصاريف التى تكبدها فى سبيل المحافظة على تلك البضائع، فإن لم يقم البائع بسداد تلك المصاريف يكون للمشترى الحق فى حبسها. وهذا ما قررته القواعد الموضوعية الدولية (١/٨٦) ومن صور المحافظة على البضائع كالتزام يقع على عاتق المشترى تطبيقا لمبدأ حسن النية أن يقوم ببيعها إذا كانت البضائع عرضة للتلف السريع أو كان حفظها ينطوى على مصاريف غير معقولة. إلا أنه بقدر الامكان يقوم باخطار البائع بذلك بعزمه على اجراء البيع (المادة ٢/٨٨)، والتزام المشترى بالمحافظة على البضائع ليس معناه فقط أن هذه البضائع تكون فى الحيازة الفعلية للمشترى، بل يكفى أن تكون تحت تصرفه. وهذا ما يقتضيه مبدأ حسن النية أيضا الذى يأبى اهمال البضاعة فى مكان الوصول.

فمبدأ حسن النية إذا كان يقتضى المحافظة على البضائع من جانب المشترى سواء كانت فى حيازته فعليا أو تحت تصرفه ويقتضى منه أيضا التصرف فيها بالبيع متى كانت عرضة للتلف السريع أو كانت مصاريف المحافظة عليها غير معقولة، فإن ذلك يقتضى أيضاً أن يقوم ببيعها بسعر يتناسب مع العيب الموجود بها والذى أتيح له بمقتضاه حق رفضها. فإذا قام ببيعها أقل من ذلك فلابد أن يكون حسن النية ومن صور انتفاء حسن النية كما لو قام ببيعها إلى أحد أصدقائه أو أقاربه(١).

---

(١) John Klein, op.cit., p. 133.

حالات عدم الالتزام بالمحافظة على البضائع: ان الالتزام بالمحافظة على البضائع من جانب المشترى ليس التزاما مطلقا حيث يجب توافر شروط معينة لنشوء هذا الالتزام، وهى كما حددتها القواعد الموضوعية الدولية فى المادة ٢/٨٦ إذا توافرت انتفى الالتزام بالمحافظة على البضائع:

(١) إذا كان البائع حاضرا فى مكان وصول البضاعة أو كان فى هذا المكان من يمثله.

(٢) إذا كان تسليم البضاعة مشروطا بدفع الثمن.

(٣) إذا كانت حيازة البضاعة للمشترى تسبب له مضايقات أو تحميله نفقات غير عادية وفى هذه الحالة يجب عليه السعى إلى بيعها.

المطلب الثانى

الالتزام بالتسلم

يعد الالتزام بالتسلم أحد الالتزامات التى تقع على عاتق المشترى، فبه يتحقق تمام التزام البائع بالتسليم، خاصة فى حالة وضع البضائع تحت تصرف المشترى إذ لا جدوى من ذلك ما لم يقابله تسلم البضائع من جانب المشترى وادخالها فى حيازته. فالالتزام بالتسليم كما يقول عنه بعض الفقه انه العين الأخرى للنظارة[١] وهو يعنى التعاون لاتمام تنفيذ العقد[٢] ذلك الذى يعد تطبيقا للالتزام بمبدأ حسن النية فى التنفيذ.

لقد ورد النص على الالتزام بالتسلم فى القواعد الموضوعية الدولية سواء فى القانون الموحد فى المادة ٦٥ التى تنص على «يلتزم المشترى بكل ما هو ضرورى لتمكين البائع من تسليم البضاعة» أو في اتفاقية فينا فى المادة ٦٠ التى تنص على «على المشترى القيام بجميع الأعمال التى يمكن توقعها منه بصورة معقولة لتمكين البائع من القيام بالتسليم» ومن الملاحظ أنه يوجد ثمة فارق بين التزام المشترى فى نطاق القانون الموحد عنه فى ظل اتفاقية فينا سنة

---

(١) رينيه دوريير فى تعليقه على رسالة الأستاذ ميشيل التر فى «التسليم» منشور بمجلة القانون الدولى المقارن، سنة ١٩٧٤، ص ٤٢٤ مشار إليه فى الدكتور رضا عبيد، سابق الاشارة إليه ص ٤٠٩هامش ٦٧٨.

(٢) Lamy S.A - Juin1995 "la lecture de ce texte montre que la convention met a la charge de l'acheteur un obligation assez imprecise de cooperation avec le vendeur ou, plus strictement d'assistance a ce dernier pour l'accomplissement de l'obligation de livraison".

١٩٨٠. ففى ظل القانون الموحد يلتزم المشترى بكل ما هو ضرورى لتمكين البائع من التسليم سواء ورد النص عليه فى العقد أو لم يرد أما فى ظل اتفاقية فينا أن اتخاذ هذه الإجراءات منوط بما يمكن توقعه عقلا من جانب المشترى(١).

عناصر الالتزام بالتسلم: لقد تناول الفقه(٢) القاعدة الخاصة بالالتزام بالتسلم سواء فى القانون الموحد أو فى اتفاقية فينا بالتحليل وانتهى أن هذه المواد تحلل التزام المشترى بتسلم البضاعة إلى عنصرين:

١- ما يجب أن يقوم به المشترى من أفعال يمكن توقعها منه عقلا لكى يمكن البائع من تمام التسليم وهذه الأفعال تختلف من حالة إلى أخرى حسب ما هو متفق عليه بين الطرفين على طريقة التسليم. وهذه الأفعال التى يجب أن يقوم المشترى بها لكى يتحقق تمام التسليم أصبحت شبه محددة وفقا للتعديل الأخير الذى تم ادخاله على قواعد الانكوترمز(٣) وغالبيتها توجب على

---

(١) الدكتور محسن شفيق، سابق الاشارة إليه ص ٢١ هامش ٢٢٠.

(٢) انظر ذلك فى الدكتور رضا عبيد، سابق الاشارة إليه ص ٤١٢ وما بعدها، الدكتور محسن شفيق، سابق الاشارة إليه ص ٢٠١ ومابعدها. ومن المراجع الأجنبية:
Hezue op.cit., p. 248,B.Aduit op. cit., p.137 schlechtriem op. cit., p 23.

(٣) مع تزايد المعاملات التجارية بين الدول واختلاف القواعد القانونية والمصطلحات التجارية المطبقة فى دول العالم بشأن الحاجة إلى وضع قانون تجارى دولى يوحد القواعد القانونية التى تحكم المعاملات التجارية بين الدول ويفسر مصطلحات التجارة الدولية وفى سنة ١٩٢٦ أصدرت الغرفة التجارية الدولية international chamber of commexce مجموعة من التعاريف والمصطلحات المستخدمة فى التجارة الدولية لتجنب اختلاف التفسير لهذه المصطلحات فى مختلف دول العالم وقد عرفت هذه القواعد باسم قواعد الانكوترمز incoterms اختصارا لعبارة international commercial terms =

المشترى استصدار تراخيص استيراد البضاعة وأداء الرسوم الجمركية وغير ذلك من الاعتمادات الرسمية كما هو الحال فى عقد C.P.T, C.K.F, C.I.P ومنها ما يلقى على المشترى القيام باستصدار تراخيص الاستيراد، والتصدير وغير ذلك من التراخيص الرسمية كما هو الحال فى العقد Exw، العقد FA.S[1].

٢-سحب البضائع: يلتزم المشترى بسحب البضاعة أى نقل البضائع Removing the goods, retirer les marchandis أى نقلا من الأماكن التى يتم وضعها فيه تحت تصرفه، أى بحسب حالة التسليم إلى مخازنه ويجب عليه ذلك خلال فترة معقولة، وهذا ما خلت منه قواعد الانكوترمز، وكذلك القواعد الموضوعية الدولية[2]. ومن ثم فإنه تطبيقا لمبدأ حسن النية المقرر في نص المادة ١/٧ أن يسارع المشترى فى نقل البضائع إلى مخازنه نظرا لما يترتب على ذلك من أضرار بالنسبة للبائع والتأخير فى تفريغ السفينة من شأنه أن يدخل البائع فى نزاع مع مالك السفينة بشأن غرامات التأخير أو ترك البضاعة على الميناء مما يعرضها للتلف[1] كما هو الحال فى تسليم البضاعة خالصة أجرة

= وقد أدخلت الغرفة التجارية الدولية تباعا، العديد من التعديلات والاضافات على هذه المصطلحات سنوات ١٩٥٣، ١٩٦٧، ١٩٧٦، ١٩٨٠. وقد أضيف آخر هذه التعديلات والاضافات سنة ١٩٩٠، انظر فى ذلك الدكتور محمود محمد على صبره، سابق الاشارة إليه ص ٦٧.

(١) انظر ذلك فى د. محمود محمد على صبره، سابق الاشارة إليه، ص ٦٨ ومابعدها.

(٢) Sehlechtriem op. cit., p. 83 "Although the convention is not explicit, the question of whether the buyer is allawed a "reasonable timé to pick up the goods is to be resolved on the basis of Artical 7/1".

الشحن فى ميناء الوصول[٢] أو تسليم البضاعة في مكان الوصول خالصة أجرة النقل فى مكان الوصول[٣].

ومن التطبيقات القضائية لالتزام المشترى بالتسلم والتزامه بالتعويض فى حال الاخلال به الحكم الصادر من القضاء الألمانى فى القضية رقم/7U/17201 94 لسنة ١٩٩٥[١] بمناسبة النزاع القائم بين مشترى المانى وهو شركة المانية لتسويق السيارات وبائع ايطالى وهو شركة تجارية ايطالية بصدد عقد بيع يتعلق بإحدى عشر سيارة. حيث أقرت المحكمة التزام المشترى بالتسلم ولما كان قد أخل بالعقد بامتناعه عن تسلم السيارات فللمدعى بالحق المدنى الحق فى التعويض طبقاً لنص المادة ٧٤.

٣- الوفاء بمصاريف المحافظة على البضاعة: يجب على المشترى أن يقوم بسداد مصاريف المحافظة على البضائع فى حالة تأخره فى استلامها من البائع ذلك الذى يجب عليه بدوره المحافظة عليها فى حالة تأخير المشترى فى الاستلام. ويحق للبائع طبقا لذلك أن يقوم بحبس البضائع وعدم تسليمها

---

(١) الدكتور محسن شفيق، سابق الاشارة إليه ص٢٠٢.

(٢) فى هذا العقد CEA يقوم البائع بتسليم البضاعة على ظهر السفينة فى ميناء التصدير إلى الناقل ويتعاقد مع الناقل على نقل البضاعة إلى ميناء الوصول.

(٣) فى هذا العقد CIF يلتزم المشترى بمجرد وصول البضاعة بسحبها وايداعها فى المخازن لحين فحصها والالتزام بالسحب أى نقل البضائع لايتحقق فى كل أنواع البيوع كما هو الحال فى عقد بيع مصنع والقيام بتشغيله وتركيبه فليس هناك ثمة التزام بالسحب لالتزام البائع بالتركيب والتشغيل. انظر ذلك فى:د. رضا عبيد، سابق الاشارة إليه ص ٤١٢.

(٤) 7U 1720/94 غير منشورة.

انظر فى ذلك موقع الدكتور حسام الصغير على شبكة الانترنت، سابق الاشارة إليه القضية رقم ١٣٣.

للمشترى ما لم يقم بسداد مصاريف المحافظة عليها، وكذلك أيضا بيع هذه البضائع فى حالة التأخر من جانب المشترى غير المعقول فى الاستلام أو كان يخشى عليها من التلف أو الهلاك[١]، ولكن فى هذه الحالة يجب التفرقة بين فرضين:

١- إذا كان المشترى قد قام بسداد الثمن فى هذه الحالة يجب على البائع أن يقوم ببيعها بذات السعر تقريباً المحدد بالعقد أو ببذل ما فى وسعه لبيعها بأفضل سعر تطبيقاً للالتزام بمبدأ حسن النية.

٢- إذا كان المشترى لم يقم بسداد الثمن فيكون للبائع الحق فى بيع هذه البضائع سواء كان يخشى عليها من التلف أو الهلاك أو لعدم م سداد مصاريف المحافظة على البضائع أو لتأخره غير المعقول فى استلام البضاعة. ولكن عليه أيضا أن يبيعها بذات السعر المتفق عليه في العقد تطبيقاً للالتزام بمبدأ حسن النية، فإن باعها بسعر أقل من ذلك كان له الحق فى مطالبة المشترى بفرق السعر متى كان بيعه بحسن نية، بل يجوز له فى حالة تأخر المشترى عن الاستلام أن يطالبه بسداد الثمن وفقاً لسعر السوق يوم الاستلام. وهذا قياسا على ما أخذ به المشرع المصرى فى قانون التجارة رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ فيما يتعلق بحالة عدم قيام المشترى بالوفاء بالثمن فى الميعاد المعين[٢] وذلك متى كان ميعاد الوفاء بالثمن غير مرتبط بالتسليم كما لو كان الميعاد محدد بالعقد فى تاريخ معين، تاريخ الاستلام تاريخ آخر.

---

(١) المادة ٨٨ من اتفاقية فينا.

(٢) المادة ٩٢ من القانون رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩. المستشار محمد عزمى البكرى، سابق الاشارة إليه، ص ٢١٨.

المبحث الثالث

النيابة فى التعاقد

فى عقود البيوع الدولية

تمهيد: تلعب النيابة فى التعاقد دورا هاما فى نطاق التجارة الدولية، إذ أن غالبية تلك العقود لا يتم ابرامها مباشرة بين طرفيها. وذلك لأن أحد طرفيها يقيم بعيدا عن المكان الذى يتم فيه ابرام العقد ولا تسمح ظروفه أو امكانياته بابرام ذلك العقد، وبالتالى ينيب شخصا آخر عنه في ابرام العقد. فالنيابة في التعاقد هى نظام قانوني مؤداه أن تحل إرادة شخص معين يسمى النائب محل إرادة شخص آخر هو الأصيل فى إنشاء التصرف القانونى ذلك الذى تنصرف آثاره إلى الأصيل لا إلى النائب(١).

النيابة فى التعاقد فى عقد البيع الدولى ومبدأ حسن النية:

فالتشريعات الوطنية تعرف نوعين من النيابة فى التعاقد: النيابة القانونية والنيابة الاتفاقية(٢). وكلاهما ينحدرا إلى نطاق التجارة الدولية وإن كانت النيابة التعاقدية هى الصورة الغالبة فى نطاق التجارة الدولية. تلك التى يحدد فيها العقد نطاق هذه النيابة ذلك الذى تتعدد صوره حيث قد يأخذ العقد

---

(١) الدكتور عبد المنعم فرج الصده، سابق الاشارة إليه ص ١٣٩.

(٢) النيابة التعاقدية هى تلك التى يقرر القانون وجودها ويعين حدودها بطريق مباشر وهى حالة الولى والوصى، القيم ووكيل التفليسه، الحارس القضائى. أما النيابة الاتفاقية هى تلك التى يقرر الاتفاق وجودها ويعين حدودها وحالتها الغالبة الوكالة». لمزيد من التفصيل الدكتور عبد الفتاح عبد الباقى، سابق الاشارة إليه ص ٢١٨.

شكل وكيل العقود(١) أو الوكالة بالعمولة(٢) أو التمثيل التجارى(٣).

---

(١) لم تحظ صورة من صور النيابة التعاقدية بهذا القدر من الاهتمام مثلما حظيت به صورة وكيل العقود سواء على مستوى التشريعات الوطنية أو على المستوى الاقليمى. فقانون التجارة المصرى الجديد رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ قد قرر خلافا للقاعدة العامة فى الاثبات فى المواد التجارية وجوب اثبات عقد وكالة العقود بالكتابة وهو بذلك ساير التشريعات الوطنية الحديثة فالتشريع الايطالى، الالمانى، الكويتى على خلاف ما كان ثابت سابقا حيث كانت تلك العقود تخضع للقواعد العامة فى الوكالة المدنية والعرف المدنى، على المستوى الدولى اهتمت المجموعة الأوربية بوضع قواعد موحدة لتلك العقود حيث صدرت مجموعة القواعد المنظمة لهذه الوكالة من مجلس الاتحاد الأوروبى سنة ١٩٨٦، كذلك اتفاقية البنولكس التى تم التوقيع عليها بين ثلاث دول هم بلجيكا، هولندا، لكسمبورج، فوكيل العقود طبقا للقواعد الأوربية هو كل وسيط مستقل مكلف بالفحص والتفاوض لابرام عملية بيع أو شراء بضائع مستمرة لحساب شخص آخر وهو الموكل ويجوز أن تتجاوز مهمة وكيل العقود مناقشة الصفقة إلى ابرامها باسم ولحساب الموكل. وبهذا التعريف أخذت التشريعات الوطنية ومنها قانون التجارة المصرى الجديد المادة ١٧٧، انظر فى ذلك المستشار عزمى البكرى، سابق الاشارة إليه ص ٥٢٤، نبيل محمد صبيح، دورتلك العقود فى التجارة الدولية، ص١٢، دار النهضة العربية، سنة ١٩٩٥.

(٢) الوكيل بالعمولة هى ذلك العقد الذى يلتزم بمقتضاه شخص يسمى الوكيل بالعمولة بابرام التصرفات القانونية باسمه هو ولكن لحساب شخص آخر يسمي الموكل وذلك مقابل أجرأو عمولة ، د. فايز نعيم رضوان، العقود التجارية وعمليات البنوك، ص ، دار القوى المنصورة سنة ١٩٩٧، لقد حرص المشرع المصرى فى قانون التجارة الجديد رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ على تعريفه بأنه العقد الذى يتعهد بمقتضاه الوكيل بأن يجرى باسمه تصرفا قانونيا لحساب الموكل.

(٣) الممثل التجارى هو ذلك العقد الذى يقوم بمقتضاه الممثل التجارى بالأعمال التجارية المفوض بها باسم التاجر المفوض له ويجب عليه عند التوقيع على التصرفات أن يوقع باسمه مضافاً إليه اسم التاجر الذى فوضه. وتقترب مهمة الممثل التجارى من مهمة وكيل العقود. انظر فى ذلك الدكتورة سميحة القليوبى، العقود التجارية، دار النهضة العربية، ص ١٥٠، ١٥١. ولمزيد من التفصيل بشأن وكالة العقود انظر المستشار محمد عزمى البكرى، سابق الاشارة إليه ص ٥٢٤ ومابعدها.

ونظراً لما تلعبه هذه العقود من دور فى ابرام العقود التى منها عقد البيع. فلقد حرصت التشريعات الوطنية على تنظيم هذه العقود بل اتجهت الجهود الدولية سواء على المستوى الاقليمى(١) أو على المستوى الدولى(٢) إلى تنظيم هذه العقود لوضع قواعد موحدة بشأنها لتوحيد قواعد تنازع القوانين ونظرا لما تلعبه هذه العقود من دورا جوهريا في ابرام عقود البيع الدولية فلقد أسفرت هذه الجهود أيضا عن وضع اتفاقية جنيف سنة ١٩٨٣(٣) الخاصة بعقود

---

(١) على المستوى الاقليمى توجد القواعد الصادرة من مجلس الاتحاد الأوربى فى١٨ ديسمبر سنة ١٩٨٦ حيث تطبق على الوكلاء التجاريين المستقلين وهى كانت عبارة عن مقترحات تهدف إلى التنسيق بين التشريعات الأوربية فيما يتعلق بالوكلاء التجاريين المستقلين فى ١٨ يناير سنة ١٩٧٧ ولكنها لم تخرج إلى حيز التنفيذ بسبب الخلافات الجوهرية بين هذه الاقتراحات وبين تشريعات بعض الدول الأوروبية وبخاصة انجلترا إذ تتبع نظام common law لذلك تم إجراء بعض التعديلات على هذه الاقتراحات وصدرت فى ١٨ديسمبر سنة ١٩٨٦، وكذلك توجد اتفاقية ابنولكس التى تم التوقيع عليها فى لاهاى سنة ١٩٧٣ بين ثلاث دول هى بلجيكا، هولندا، لكسمبورج la convention Bénélux وهذه الاتفاقية تهدف إلى توحيد تشريعات الدول الثلاث فيما يتعلق بالوكالة العقود، لمزيد من التفصيل انظر فى ذلك الدكتور نبيل محمد صبيح، سابق الاشارة إليه ص ٣١-٣٤.

(٢) وعلى المستوى الدولى قام مؤتمر لاهاى بوضع اتفاقية لاهاى التى تم التوقيع عليها فى مارس سنة ١٩٧٨ وذلك لتوحيد قواعد تنازع القوانين الخاصة بالوسطاء والممثلين التجاريين وانضمت مصر إلى هذه الاتفاقية فى٦ يونيو سنة ١٩٧٧، لمزيد من التفصيل عن هذه الاتفاقية والتعليق عليها انظرفى ذلك Heuze, op. cit., p. 116، الدكتور نبيل محمد صبيح، سابق الاشارة إليه ص ٣٥٥-٣٨.

(٣) اتفاقية جنيف سنة ١٩٨٣، الخاصة بعقود الوكالة بشأن البيع الدولى للبضائع هى اتفاقية من اعداد معهدUndroit تتضمن قواعد موضوعية تطبيق على تلك العقود بشأن ابرام عقود البيع الدولية وهذه الاتفاقية لم تدخل حيز التنفيذ حيث لم يصدق عليها سوى ثلاث دول هى السودان، المكسيك، فرنسا، لمزيد من التفصيل انظر:

Heuze, op.cit., p. 111-115.

الوكالة بشأن البيع الدولى للبضائع. ولما كانت القواعد الدولية المنظمة للنيابة في التعاقد فى التجارة الدولية تنظم كافة صور النيابة العقدية سواء على مستوى توحيد قواعد تنازع القوانين أو القواعد الموضوعية[١] بين طرفيها. فإن ما يهمنا فى مثل هذه العقود هى علاقة الوكيل بالغير سواء كان هذا الوكيل بائعا أو مشتريا، وانصراف آثار التزاماته أو حقوقه إلى الأصيل وانعكاس ذلك على الغير.

فمتى التزم الوكيل بحدود وكالته فى تعاقده مع الغير وقام بتنفيذ التزاماته سواء كان بائعاً أو مشتريا فلا توجد ثمة مشكلة. لكن المشكلة التى تثور هى حالة خروج ذلك الوكيل عن حدود وكالته فى تعاقده مع الغير حسن النية وانصراف أثر ذلك إلى الأصيل فالسؤال الذى يطرح نفسه ما هو أثر هذا الخروج عن حدود الوكالة على الطرف الآخر حسن النية، إذا ما دفع الأصيل بعدم نفاذ هذه التصرفات التى خرج بها عن حدود الوكالة فى مواجهته؟

فمما لا شك فيه أنه فى هذه الحالة لابد أن نعود إلى القانون الواجب التطبيق على هذه الوكالة. فطبقا لاتفاقية لاهاى سنة ١٩٧٨ يكون القانون الذى اختاره طرفى عقد الوكالة، فإن لم يوجد يكون قانون البلد التى توجد فيها

---

(١) Heuze, op.cit., p. 113, 115 "il apparait ainsi que la convention de Geneve a essentiellement vocation a s'appliquer dans les ventes conclues enter professionnels par l'intremediaire de representants salaries, de mandataires, d'agentes ou de commissionnaires, la convention de la Haye de 1978 sur la loi applicable aux contrats d'intermediaire et a la representation".

المنشأة المهنية للوكيل هو القانون الواجب التطبيق، ويؤخذ فى الاعتبار فى حالة تعدد المنشآت المهنية للوكيل، فإنه يكون قانون البلد الذى توجد بها المنشأة ذات الارتباط الوثيق بالعقد وهذا الأمر ليس فيه ثمة مشكلة. لكن المشكلة أن التشريعات الوطنية تتباين فيما بينها بصدد تنظيم الأعمال التجارية إذ يتنازع ذلك اتجاهان، الاتجاه الأول هو توحيد القانون المدنى والتجارى، وهذا الاتجاه يجد صداه بقوة فى الدول التى تأخذ بنظم الشريعة العامة، والاتجاه الثانى يذهب إلى التفرقة بين القانون المدنى والتجارى وهذا الاتجاه يسود معظم دول النظام اللاتينى(١).

وبالتالى إذا كان القانون الواجب التطبيق على هذه العلاقة وفقا لأى حالة من الحالات التى حددتها اتفاقية لاهاى ينتمى إلى نظم القانون الخاص فإنه ينبغى النظر فى هذه العلاقة والوكالة، فى ضوء القانون المدنى والتجارى حسب تكييف هذا القانون إلى تلك العلاقة عما إذا كانت تجارية أم مدنية، وذلك لمعرفة حدود هذه الوكالة والأثر المترتب على الخروج عليها فى مواجهة الغير حسن النية، إذا كان القانون الواجب التطبيق أحد نظم القانون العام فإنه يتم النظر إلى هذه العلاقة دون الأخذ بما إذا كانت مدنية أو تجارية.

فإذا كان القانون المصرى هو القانون الواجب التطبيق على هذه العلاقة فإنه يجب بحث هذه العلاقة فى نطاق القانون التجارى متى توافر شروط خضوعها لهذا القانون من حيث أن يكون هذا الوكيل محترفا وتاجرا، وطبقا

---

(١) الدكتور بلال بدوى عبدالمطلب، سابق الاشارة إليه ص ١٥٥-٢٢.

لهذا القانون نجد أن قانون التجارة المصرى قد أضفى الحماية على الغير حسن النية إذا أنه طبقا للمادة ١٥٧ تلك التى تجيز للغير الذى يتعامل مع الوكيل أن يطلب الاطلاع على عقد الوكالة وعلى المراسلات والوثائق المبينة أو المقيدة لسلطة الوكيل، وذلك لكى يتحقق من مدى ما يتمتع به الوكيل من سلطة فى التعاقد. وبديهى أن هذا الحكم لا يسرى بالنسبة للغير الذى يتعامل مع الوكيل بالعمولة باعتبار أن الوكيل بالعمولة يتعاقد مع الغير بنفسه ويعتبر أصيل بالنسبة له فى العقد المبرم بينهما، وفى كل الأحوال لا يجوز الاحتجاج على الغير بالقيود الواردة على سلطة الوكيل إذا كان الغير حسن النية أى لا يعلم بهذه القيود وقت التعاقد(١). وفى حالة انقضاء الوكالة إذ لم يتضمن القانون التجارى المصرى الجديد معالجة هذه الحالة وأثرها على الغير حسن النية المتعاقد مع الوكيل فيتم الرجوع إلى الشريعة الأم (القانون المدنى)، إذ تنص المادة ١٠٧ على «إذا كان النائب ومن تعاقد معه يجهلان معا وقت العقد انقضاء النيابة فإن أثر العقد الذى يبرمه حقا كان أو التزاما يضاف إلى الأصيل أو خلفائه.

أما إذا كانت هذه العلاقة التعاقدية (الوكالة) لا تتوافر فيها الشروط التى تجعلها تخضع للقانون التجارى فإنها فى هذه الحالة تخضع لقواعد القانون المدنى الخاصة بالنيابة التعاقدية، ومن ثم تخضع لحكم المادة ٧٠٣ من القانون المدنى التى تنص على «الوكيل ملزم بتنفيذ الوكالة دون أن يجاوز حدودها

---

(١) المذكرة الايضاحية للقانون رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ قانون التجارة المصرى الجديد، مجلة المحاماة، سابق الاشارة إليه ص ٤٢٣.

المرسومة. ١- على أن له أن يخرج عن هذه الحدود متى كان عليه من المستحيل اخطار الموكل سلفا وكانت الظروف يغلب معها الظن بأن الموكل ما كان إلا ليوافق على هذا التصرف وعلى الوكيل فى هذه الحالة أن يبادر بابلاغ الموكل بخروجه عن حدود الوكالة» ومن ثم نجد أن القانون المصرى قد تكفل بحماية الغير حسن النية فى علاقته بأى عقد من عقود الوكالة سواء فى نطاق القانون التجارى أو القانون المدنى.

الخاتمـــة:

لقد تناولنا فى الباب الأول «التحليل القانونى لمبدأ حسن النية»العناصر التى يقوم عليها مبدأ حسن النية فى التجارة الدولية «عقد البيع الدولى للبضائع» موضحاً أن هذين العنصرين يمثلان قوام عقد البيع الدولى. إذ أن العنصر الأول هو الالتزامات التى تقع على عاتق طرفيه، والعنصر الثانى هو الحقوق التى يتمتع بها كل طرف من الأطراف تجاه الآخر ومن ثم التزام كل من الطرفين فى ممارسة الحقوق والالتزامات بمبدأ حسن النية، ومن ثم يمثلان عنصرى حسن النية. ثم أوضحنا أن هذا العقد شريعة المتعاقدين إذا كان أساسه مبدأ حسن النية فإن هذه القاعدة قد تم الخروج بها من هذا الأساس تحت نطاق ما يسمى بالنظام العام الدولى، بالشكل الذى من شأنه تحقيق المصلحة للمتعاقد الأجنبى والحماية له من التغيرات التشريعية الداخلية. ثم أبرزنا نطاق هذه القاعدة فى القواعد الموضوعية الدولية المنظمة لعقد البيع الدولى للبضائع حيث تناولتها بالتنظيم المادة ٢٩ من اتفاقية فينا للبيوع الدولية تلك التى كشفت أن قاعدة العقد شريعة المتعاقدين تعنى الالتزام بكل ما هو وارد بالعقد، وكذلك كل تصرف يتم أثناء تنفيذ العقد معناه التغير في التنفيذ، واعتماد الطرف

الاخر عليه «قاعدة العقد شريعة المتعاقدين» ولا يوجد فى نطاق القواعد الموضوعية الدولية قاعدة كتابية أى معناها الالتزام الحرفى بنصوص العقد. بمعنى أنه إذا كان مبدأ حسن النية هو الإداة والوسيلة لاحترام هذه القاعدة، فليس معناه ذلك فقط، إنما يعد المعيار الذى يقاس به تصرفات الأطراف فى ممارسة حقوقهم والتزاماتهم. أى بمقتضاه يتم الكشف عن السلوك الجائز الذى من الممكن أن يعد تطبيقا لتلك القاعدة، ولكنه يخالف مبدأ حسن النية. فذلك المبدأ ليست حدوده قاعدة العقد شريعة المتعاقدين لكنه اطار لهذه القاعدة.

ثم تناولنا العنصر الثانى من عناصر مبدأ حسن النية اساءة استخدام الحق. موضحاً أساس هذه النظرية من الناحية التاريخية وارتباطها بمبدأ حسن النية. ذلك الذى قررته التشريعات الوطنية كالتشريع السويسرى وطبيعة هذه النظرية وتطبيقاتها فى القواعد الموضوعية الدولية سواء من حيث تكوين العقد أو تنفيذه أو انهائه.

وبعد أن تناولنا عنصرى مبدأ حسن النية تناولنا بالتحليل القانونى هذا المبدأ فى مرحلتى تكوين العقد وتنفيذه. فبصدد تكوين العقد حاولنا بقدر الامكان امكانية تحقيق التوحيد لتطبيق مبدأ حسن النية في تكوين العقد بشأن المفاوضات تلك التى أصبحت جزء لا يتجزأ من تكوينه، والتى بصددها فى نطاق القواعد الموضوعية الدولية يتم اللجوء إلى قواعد القانون الدولى الخاص لتحديد القانون الواجب التطبيق. ذلك الذى تختلف نظرته للمفاوضات، ومن ثم يكون هناك ثمة تحديد لتطبيق مبدأ حسن النية فى مرحلة تكوين العقد. خاصة فى حالة إذا كان القانون الواجب التطبيق هو أحد القوانين التى تنتمى إلى نظم القانون العام التى فى بداية طريقها لاقرار عقد المفاوضات. ثم

تناولنا بعد ذلك مرحلتى الايجاب والقبول فى نطاق القواعد الموضوعية الدولية موضحاً الالتزام بمبدأ حسن النية فى كافة المراحل التى يتم بها الايجاب والقبول.

ولما كان مبدأ حسن النية لا يقتصر فقط على مرحلة تكوين العقد، بل يمتد إلى نطاق تنفيذه ذلك الذى ورد النص على الالتزام به فى مرحلة التنفيذ بنصوص صريحة سواء فى نظم القانون الخاص أو العام موضحاً الالتزام به من خلال الالتزامات التى يفرضها عقد البيع الدولى للبضائع سواء بالنسبة للبائع أو المشترى طبقا للقواعد الموضوعية الدولية المنظمة لهذا العقد.

وتناولنا أيضا النيابة فى التعاقد فى نطاق القواعد الموضوعية الدولية موضحاً القواعد الدولية المنظمة للنيابة فى التعاقد، وأثر هذه النيابة بالنسبة للغير فى مواجهة الأصيل، ومدى أحقيته فى انكار تصرفات الوكيل بالنسبة له وأثر ذلك على الغير حسن النية وذلك فى ضوء قانون التجارة المصرى رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ والقانون المدنى المصرى.

الباب الثانى

آثار الاخلال بمبدأحسن النية

مقدمة:

إن الالتزام بمبدأ حسن النية كما رأينا ليس التزاماً قاصراً على مرحلة معينة من مراحل العقد، ومن ثم فإن الإخلال بمثل هذا الالتزام الشامل لكل مراحل العقد يترتب عليه آثاراً تتباين فيما بينها بالنسبة لحياة العقد نفسه. فمنها ما يؤدى بالعقد إلى تمام تنفيذه بالشكل الذى من شأنه إعادة التوازن المالى للعقد كالدفع بعدم التنفيد أو التنفيذ العينى. ومنها ما يؤدى إلى القضاء تماماً على حياة العقد، حيث يكون أشبه بقتل عمدي للعقد، كالفسخ ذلك الذى يعد من أشد الآثار وأخطرها للاخلال بمبدأ حسن النية فى تنفيذ العقد. ويشابه هذا الأثر فى درجته وقوته البطلان للعقد ذلك الذى يتعلق بمرحلة تكوين العقد، إلا أن القواعد الموضوعية الدولية لا تعرف ما يسمي بنظرية البطلان الموجودة فى التشريعات المقارنة حيث تحيل ذلك إلى قواعد القانون الوطنى. أما بشأن انفساخ العقد ومبدأ حسن النية فإنه لا يعد أثراً من الآثار المترتبة على مخالفة مبدأ حسن النية، ذلك لأنه يتم دون إرادة طرفى العقد إلا أنه يعد جائزة للالتزام بمبدأ حسن النية بالنسبة للطرف الذى يتوافر فى جانبه سبب الانفساخ. لكن من جانب آخر يجب توافر شروط معينة للكشف بوضوح عن الالتزام بمبدأ حسن النية.

فإذا كانت تلك هى الآثار التى تترتب علي مخالفة مبدأ حسن النية سواء فيما يتعلق منها بتكوينه أو تنفيذه، كذلك أيضا يجب الالتزام بمبدأ حسن النية

حوهرية بل أدخلت صورة من صور التنفيذ العينى الذى من شأنه إعادة التوازن المالى للعقد وهى استبدال البضائع وتطلبت بشأنه أن تكون المخالفة جوهرية.

لذلك، سوف نقسم هذا الباب إلى الفصول التالية:

الفصل الأول: آثار الإخلال بمبدأ حسن النية فى تكوين عقد البيع الدولى.

الفصل الثانى: آثار الإخلال بمبدأ حسن النية فى تنفيذ عقد البيع الدولى.

الفصل الثالث: المسئولية عن الإخلال بعقد البيع الدولى.

الفصل الأول

آثار الاخلال بمبدأ حسن النية

فى تكوين عقد البيع الدولى

تمهيد: إن البطلان هو جزاء يلحق بالعقد بسبب عدم مراعاة أحكام القانون المنظم للعقد فى تكوينه. وهذا الجزاء قد تضمنته كافة التشريعات الوطنية إلا أن أحكامه تختلف من تشريع إلى آخر، فالقانون الألمانى قد اعتد بإرادة المستغل واعتبر الاستغلال مخالفاً للآداب وترتب على هذا أن جعل الجزاء هو البطلان المطلق، فى حين أن القانون المصرى، والفرنسى، والسويسرى قد اعتد بإرادة المغبون واعتبرها إرادة معيبة وترتب على ذلك أن جعل الجزاء قابلية العقد للابطال(١).

فإذا نظرنا إلى القواعد الموضوعية الدولية لوجدنا أن هذه القواعد لم تتضمن نظرية للبطلان بشأن العقد تاركة تقرير هذا الجزاء وفقاً لقواعد القانون الدولى الخاص. وهذا ما يتضح من نص المادة ٨ من اتفاقية لاهاى ١٩٦٤(٢)، والمادة ٤ من اتفاقية فينا ١٩٨٠(٣). وبذلك فإن قانون الإرادة وفقاً للقانون الدولى الخاص هو الذى يتولى تنظيم تكوين العقد حيث يسرى على التراضى اللازم لانعقاد العقد وكيفية التعبير عن الإرادة وما قد يشوب هذه الإرادة من عيوب كالغلط، والاكراه، والتدليس وعلى كل ما يتصل بالعقد من حيث شروطه

---

(١) الدكتور عبد المنعم فرج الصده، مصادر الالتزام ص ٥٢٧ طبعة ١٩٦٩د دار النهضة العربية.

(٢) المادة ٨ من اتفاقيتى لاهاى ١٩٦٤.

(٣) المادة ٤ من اتفاقية فينا سنة ١٩٨٠.

ومشروعيته، كذلك ركن السبب. كما يطبق على الجزاء الذى يترتب على تخلف أحد أركان العقد أى تحديد أسباب البطلان سواء المطلق أو النسبى[١]. أما بالنسبة للأهلية فقواعد القانون الدولى الخاص تخضع الأهلية لقانون الجنسية فيما عدا التصرفات المالية أنها تخضع لقانون محل الابرام[٢].

وعلى الرغم من الجهود الدولية التى قد بذلت بصدد وضع قواعد موحدة لتنازع القوانين تلك التى أسفرت عن اتفاقية لاهاى سنة ١٩٥٥، واتفاقية لاهاى سنة ١٩٨٦، إلا أن النصوص التى تضمنتها تلك القواعد قد جعلت مسألة تكوين العقد يخضع لقانون الإرادة[٣] مع استبعاد الأهلية من نطاق تطبيق هذه القواعد. فحتى عندما خرجت الجهود الدولية من اطار توحيد قواعد تنازع القوانين إلى اطار وضع قواعد موضوعية موحدة لعقد البيع الدولى، فإنها لم تكن أحسن حالا من القواعد الموحدة لتنازع القوانين حيث قد تضمنت النص صراحة على استبعاد مسألة تكوين العقد من نطاق تطبيقها واخضاعها لقواعد القانون الدولى الخاص وبالتالى قانون الإرادة تطبيقا لنص المادة ٧[٤] من اتفاقية فينا سنة ١٩٨٠.

---

(١) الدكتورو أحمد عبد الكريم سلامة «مختصر قانون العلاقات الخاصة الدولية» ص ٣٤٨، دار النهضة العربية، سنة ١٩٩٦.

(٢) تنص المادة ١/٥ من اتفاقية لاهاى سنة ١٩٥٥على «لا يسرى أحكام هذا القانون على أهلية الأطراف».

(٣) تنص المادة ٥٠ من اتفاقية لاهاى سنة ١٩٨٦على «الاتفاقية لا تحدد القانون الواجب التطبيق على أهلية الأطراف ولا النتائج المترتبة على بطلان العقد ولاعلى صحته الناجمة عن نقص أهلية أحد الطرفين.

(٤) المادة ٧ من اتفاقية فينا عام ١٩٨٠.

ومن ثم فإنه فى كل الأحوال يعد قانون الإرادة هو القانون المنظم لمسألة تكوين العقد، سواء كان اتفاقية دولية خاصة بقواعد تنازع القوانين أو قانون دولى خاص لدولة لم تنضم إلى هذه الاتفاقية.

لذلك سوف نتناول آثار الإخلال بمبدأ حسن النية فى تكوين عقد البيع الدولى فى مبحثين كالتالى:

المبحث الأول: بطـــــلان العقـــــــــد.

المبيحث الثانى: انفساخ عقد البيع الدولى.

المبحث الأول

بطلان عقد البيع الدولى

إذا كانت القاعدة العامة هى التزام طرفى عقد البيع الدولى بمبدأ حسن النية فى كافة المراحلة التى يمر بها العقد، فإن هذا الالتزام تكون له أهمية خاصة فى مرحلة تكوين العقد، خاصة أن القواعد الموضوعية لم تتناول مسألة تكوين العقد بالتنظيم بل نصت صراحة على استبعادها من نطاق التطبيق فيما عدا الايجاب والقبول، وخضوع هذه المسألة لقواعد القانون الدولى الخاص تلك التى من شأنها تحديد القانون الواجب التطبيق على مسألة تكوين العقد الذى بالتالى تخضع له أحكام البطلان تلك التى تختلف من قانون إلى آخر. ومن ثم فإنه يجب الالتزام بمبدأ حسن النية فى مرحلة تكوين العقد حتى لا يفاجأ أحد طرفى العقد بالبطلان.

ولقد اختلف الفقه فى الأساس الذى يقوم عليه البطلان للعقد فى حالة مخالفة مبدأ حسن النية عند ابرام العقد. حيث أنه قد ذهب جانب من الفقه أن

البطلان فى العقد يرجع إلى نظرية الغلط كعيب من عيوب الإرادة، وذهب جانب آخر من الفقه أن أساس البطلان عند الاخلال بمبدأ حسن النية فى التعاقد يرجع إلى مخالفة شروط تعيين المبيع، وذهب جانب آخر أيضاً إلى أن أساس البطلان عند الاخلال بمبدأ حسن النية فى التعاقد يرجع إلى نص المادة ٤١٩ من القانون المدنى(١).

وأياً كان الأساس الذى تقوم عليه نظرية البطلان للعقد فهذه النظرية تقوم على نوعين من البطلان هما البطلان المطلق، والبطلان النسبى ولكل منهما أسبابه. وسنخصص كل منهما مطلباً مستقلا.

المطلب الأول

البطلان المطلق فى عقد البيع الدولى

العقد هو العقد فى كافة أرجاء التشريعات المقارنة أو القواعد الموضوعية الدولية من حيث أركانه وهى الأهلية، والتراضى، والمحل، والسبب فإذا انعدم أى ركن من هذه الأركان وصف العقد أنه باطلا بطلاناً مطلقاً أى غير ذى أثر سواء بالنسبة للمتعاقدين أو الغير.

١- انعدام الأهلية للتراضى:

وكما سبق أن رأينا أن كافة القواعد القانونية المنظمة لعقد البيع الدولى سواء على مستوى توحيد قواعد تنازع القوانين، أو القواعد الموضوعية قد تضمنت النص على استبعاد الأهلية، حتى قواعد الينذروا التى تعد أقرب مما

---

(١) لمزيد من التفصيل حول هذه الآراء انظر الدكتور عبد الحليم عبد اللطيف القونى، مبدأ حسن النية وأثره فى التصرفات ص ٥٣٢ -٥٤١ ،سنة ١٩٩٧دار النهضة العربية.

تكون إلى أنها نظرية عامة للعقد تضمنت النص على استبعاد انعدام الأهلية من نطاق المبادئ[١].

وبالتالى ان مسألة الأهلية تخضع للقانون الواجب التطبيق وفقاً لقواعد القانون الدولى الخاص، إلا أنه بخصوص التصرفات المالية فإن أغلبية التشريعات[٢] تقرر خضوع الأهلية لقانون محل الابرام. وبصدد ذلك ذهب البعض من الفقه إلى أن التأصيل القانونى السليم لاستبدال حكم قانون محل الابرام بالقانون الشخصى الواجب التطبيق على أهلية الأجنبى هى فكرة حماية المتعاقد بحسن نية مع صاحب الوضع الظاهر[٣].

فإذا كانت تلك النصوص فى التشريعات المقارنة تتعلق بناقصى الأهلية فإنها تطبق أيضاً على عديمى الأهلية لحماية المتعاقد حسن النية سواء كانوا أشخاص طبيعية أو أشخاص اعتبارية، على الرغم من أن الأصل بالنسبة للأشخاص الاعتبارية بشأن أهليتها تخضع لقانون الدولة التى يوجد بها مركز

---

(١) تنص المادة ٣/١ من مبادئ اليندروا على ألاتعالج هذه المبادئ عدم صحة التعاقد الناشئة عن (أ) انعدام الأهلية.

(٢) حيث قد ورد فى مذكرة المشروع التمهيدى تعليقا على نص المادة ٨١ يفيد انه «تتضمن المادة ٧ من التقنين المدنى، والمادة ٧ من التقنين الايطالى الجديد استثناء يتعلق بالأهلية مؤداه أن الأجنبى الذى يعقد تصرفاً لايكون أهلا للالتزام به وفقاً لقانون جنسية يعتبر أهلا لذلك متى كان هذا هو حكم القانون الايطالى أو الالمانى فيما يتعلق بالوطنية...». انظر فى ذلك مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدنى، جـ١، ص ٢٤٣.

(٣) الدكتور سليمان مرقس، الوافى فى شرح القانون المدنى جـ٢ مجلد١ نظرية العقد والإرادة المنفردة، جـ٤، ١٩٨٧، ص ٥٥٣٥ - الدكتور سمير تناغو، النظرية العامة للقانون، ص ٦١٣، مشار إليه فى الدكتور حسام الدين زهدى ناصف، حماية المتعاقد حسن النية مع صاحب الوضع الظاهر، ص ٥٥ - دار النهضة العربية، ١٩٩٦.

النشاط الرئيسى الفعلى إذا كانت هذه الأشخاص تباشر نشاطها فى مصر(١).

٢- محل عقد البيع الدولى:

يعد المحل ركن من أكان العقد فبدونه لا يوجد العقد، وبصدد عقد البيع الدولى فإن المشكلات التى تثور بشأن المحل تتعلق بوجود هذا المحل ومشروعيته.

الحقيقة أن القواعد الموضوعية الدولية قد أشارت إلى محل عقد البيع الدولى وذلك فى نصوصها الخاصة بتبعة الهلاك(٢). مما حدا بجانب من الفقه إلى القول ان تلك النصوص قد حلت محل القواعد الوطنية الخاصة بمحل العقد، ومن ثم فإن مسألة وجود محل عقد البيع الدولى تخضع لتلك الأحكام الواردة فى هذه النصوص(٣).

فهذه النصوص عندماأشارت إلى محل عقد البيع الدولى فهى قد سايرت الاتجاهات الحديثة من حيث أن عدم وجود محل العقد أو هلاكه وقت ابرام العقد لا يؤثر فى صحة العقد، وهذا ما قد أشارت إليه مبادئ الينذروا فى المادة ٣/٣ التى تنص على «لا يؤثر فى صحة العقد مجرد استحالة تنفيذ الالتزام وقت ابرام العقد، ولا يؤثر فى صحة العقد مجرد أن أحد طرفى العقد لم يكن له الحق

---

(١) انظر المادة ٢/١١.

(٢) انظر المواد ٦٦، ٧٠ من اتفاقية فينا سنة ١٩٨٠ يقابلها فى اتفاقية لاهاى المواد ٩٦ - ١٠١.

(٣) Helen Elizabeth Hartnell "the validity exception to the convention on contracts for the international sale of Goods, journal of international law" 1993- p. 1- 93.

فى التصرف فى الأصول محل العقد وقت ابرامه(١).

وبذلك يمكن القول ان القواعدالموضوعية الدولية تكون قد تناولت في نصوصها تنظيما لتكوين العقد فيما يتعلق بمحله باعتباره ركناً من أركان العقد. ومما لا شك فيه أن فى هذه النصوص حماية أكبر للمتعاقد حسن النية حيث أنه إذا كان البائع وقت ابرام العقد طبقاً للمادة ٦٨ يعلم أو كان من واجبه أن يعلم أن البضائع قد هلكت أو تلفت ولم يخبر المشترى بذلك فإنه يتحمل تبعة الهلاك، طبقاً لنص المادة ٧٩ إذا كان البائع يتوقع بصورة معقولة أن يأخذ العائق في الاعتبار وقت انعقاد العقد أو كان بامكانه تجنبه أو تجنب العوائق أو التغلب عليها أو على عواقبها، فهذه النصوص توفر قدر أكبر من الحماية للمتعاقد حسن النية بدلا من اللجوء إلى القواعد الوطنية تطبيقاً لنص المادة ٤ خاصة أن منها ما لا يأخذ بمبدأ حسن النية فى مرحلة تكوين العقد.

أما فيما يتعلق بمشروعية محل عقد البيع الدولى، فإنها تخضع لأحكام القانون الوطني تطبيقاً لنص المادة ٨ من اتفاقيتى لاهاى سنة ١٩٦٤، والمادة ٤ من اتفاقية فينا ١٩٨٠ حيث أن عدم المشروعية تتحقق فى حالة مخالفته للنظام العام، كما لو أن دولة المشترى تحرم استيراد سلع معينة مثل قوانين منع الاستيراد التى صدرت فى عهد الدكتور عاطف عبيد أو أن قوانين دولة البائع تضع قيوداً على خروج النقد الأجنبى، ففى تلك الحالات يمكن أن يتسم العقد بالبطلان المطلق إذا ما تم ابرامه، لكن فى نطاق عقود البيع الدولية فإن الأمور

---

(١) انظر المادة ٣/٣ من مبادئ الينذروا والتعليق عليها، سابق الاشارة إليه ص ١٠٢.

تختلف لحماية استقرار المعاملات الدولية ومبدأ حسن النية، حيث لا يتقرر البطلان إلا إذا كان المتعاقد الآخر يعلم بعدم المشروعية أو كان فى استطاعته أن يعلم به طبقاً لمعيار الرجل المعتاد متى كان القانون الواجب التطبيق هو القانون الذى وفقاً له يتم استيراد هذه السلعة أو يضع قيوداً على خروج النقد الأجنبي وفى كل الأحوال لا يكون له الحق فى التعويض[١].

وبالتالى يمكن القول أن محل عقد البيع الدولى يخضع لنوعين من القواعد القانونية فيما يتعلق بوجوده فإنه يخضع للقواعد الموضوعية التى تتضمنها القواعد الموضوعية والخاصة بتبعة الهلاك باعتبارها أكثر حماية لحسن النية. أما فيما يتعلق بمشروعيته فإنها تخضع للقواعد الوطنية تطبيقا لنص المادة ٤.

٣- السبب[٢] فى عقد البيع الدولى:

السبب كركن من أركان عقد البيع الدولى كذلك لم تتناوله القواعد الموضوعية الدولية بالتنظيم حتى مبادئ الينيدروا[٣] إذ أنها قررت صراحة استبعاد السبب من نطاقها، ومن ثم فإنه يخضع لقواعد القانون الوطنى تطبيقاً لنص المادة ٤، ٨ من القواعد الموضوعية.

---

(١) لمزيد من التفصيل انظر الدكتورأحمد عبد الكريم سلامه، قانون العقد الدولى، ص ٢٢٢، ٢٢٤ دار النهضة العربية، ٢٠٠١.

(٢) المادة ٣-١ من مبادئ الينيدروا.

(٣) لمزيد من التفصيل حول نظرية السبب ونشأتها انظر الدكتور عبد الفتاح عبد الباقى، سابق الاشارة إليه ص٤٣ هامش (١).

وإزاء خضوع السبب فى عقد البيع الدولى لقواعد القانون الوطنى فإن هذا العقد سوف يكون باطلا بطلاناً مطلقاً متى كان سبب العقد مخالفا لمبدأ حسن النية، حيث يقول الفقيه بونيه أن مخالفة السبب لمبدأ حسن النية من شأنه أن يبطل[١] العقد.

ومن ثم فمتى خالف السبب مبدأ حسن النية واتسم بعدم المشروعية وفقا للقانون الواجب التطبيق، فإن العقد يعد باطلاً بطلاناً مطلقاً. ولكن ضماناً لاستقرار المعاملات الدولية ومبدأ حسن النية فإنه لابد من علم المتعاقد الآخر بعدم مشروعية السبب ومخالفته لمبدأ حسن النية، حيث إذا كان على علم بالسبب غير المشروع أو كان فى وسعه العلم به لا يكون له الحق فى المطالبة بعدم تقرير البطلان على اعتبار أنه كان حسن النية.

ومثال ذلك أبرم مصرياً مع شركة صينية عقد توريد ملابس فى ظل القوانين التى كانت تحرم استيراد الملابس من الخارج، وعندما طالب البائع المشترى باستلام البضائع والوفاء بالثمن دفع المشترى المصرى ببطلان العقد لعدم مشروعية السبب، وذلك لأن سبب العقد مخالفاً للنظام العام ففى هذه الحالة نكون أمام فرضين:

الأول: إذا أثبت البائع الصينى أنه لم يكن يعلم بهذه القوانين التى

---

(١) انظر فى ذلك الدكتور عبد الرزاق أحمد السنهورى، الوسيط جـ١ بند ٢٦٠، حيث يقول الفقيه بونيه «إذا كان السبب الذى عقد من الالتزام يقوم على العدالة أو حسن النية أو حسن الآداب فالالتزام باطل ويبطل العقد الذى يتضمنه». لمزيد من التفصيل انظر الدكتور أحمد عبد الباقى، سابق الاشارة اليه ص ٤٣٣ هامش ١.

جعلت السبب مخالفاً للنظام العام أو كذلك من خلال ظروف التعاقد فإن العقد يكون صحيحاً ولا يعد باطلاً بطلاناً مطلقاً.

الثانى: إذا أثبت المشترى المصرى ان البائع كان له العديد من المعاملات فى مصر التى من شأنها اثبات علمه بهذه القوانين فإن العقد يعد باطلا بطلاناً مطلقاً.

ومن هذا كله يتبين أن جميع أركان عقد البيع الدولى فيما عدا الأهلية وكذلك فيما يتعلق بوجود محل العقد يخضع للقانون الواجب التطبيق طبقاً لقواعد القانون الدولى الخاص، التى غالبا ما تكون أحد الاتفاقيات الدولية الخاصة بتنازع القوانين.

المطلب الثانى

البطلان النسبى فى عقد البيع الدولى

يعرف البعض من الفقه العقد القابل للابطال أو العقد الباطل بطلاناً نسبياً أنه عقد يولد ويقوم لتوافر كل أركانه، ولكنه ينطوى على سبب يحمل جرثومة فساد تصلح لاعدامه، فإذا أعمل فيه هذا السبب أجهز عليه ولحقه بالتالى البطلان(١). وتتحقق قابلية العقد للابطال أو البطلان النسبى كما جاء بالمادة ٩٥ من المشروع التمهيدى(٢) تعداداً لهذه الحالات:

١- إذا كان أحد المتعاقدين ناقصى الأهلية.

٢- إذا شاب الرضا غلط أو تدليس أو اكراه أو استغلال.

٣- إذا ورد فى القانون نص خاص يقضى بأن العقد قابل للبطلان.

وكما سبق أن بينا أن القواعد الموضوعية الدولية سواء فى اتفاقيتى لاهاى أو فى اتفاقية فينا قد تضمنت النص على استبعاد مسألة شروط صحة العقد من نطاق تطبيقها والتى من ضمنها الأهلية وعيوب الإرادة.

لذلك سوف نتناول هذه الأسباب التى تؤدى إلى بطلان العقد كجزاء للاخلال بمبدأ حسن النية فى تكوين العقد، على الرغم من أن تلك الآثار غير كثيرة الوقوع فى التجارة الدولية، إلا أنها مع ذلك تحدث بين المتعاملين فى التجارة الدولية(٣).

---

(١) أحمد عبد الباقى، سابق الاشارة اليه ص٤٦٧.

(٢) الدكتور أحمد عبد الباقى، سابق الاشارة إليه ص ٤٦٨ هامش١.

(٣) Helen Elizabeth Hartnell op.cit. p.61.

الفرع الأول

نقـص الأهليـة

كما سبق أن بينا أن كافة القواعد القانونية المنظمة لعقد البيع الدولى سواء على مستوى توحيد قواعد تنازع القوانين أو القواعد الموضوعية قد تضمنت النص على استبعاد مسألة الأهلية. تلك التى تخضع وفقا لقواعد القانون الدولى الخاص لقانون الجنسية، إلا أن التشريعات المقارنة قد تضمنت النص بشأن المعاملات المالية على جعل مسألة الأهلية تخضع لقانون محل الابرام وذلك لحماية المتعاقد حسن النية.

ولما كان فى الغالب أن أغلبية عقود البيع الدولية تتم بين منشآت تجارية ضخمة والقاعدة المستقر عليها بالنسبة لجنسية هذه المنشآت أنها تخضع لقانون الدولة التي يوجد بها المركز الرئيسى الواقعى تطبيقا لنص المادة ٢/١١ لكن الاستثناء الذى قد ورد على هذه القاعدة هو أن القانون المصرى هو القانون الواجب التطبيق على هذه المنشآت متى كانت تباشر نشاطها فى مصر. فالسؤال الذى قد يثور هل من الممكن تطبيق الاستثناء الوارد بالمادة ٢/١١ من حيث جعل أهلية الأشخاص الاعتبارية تخضع لهذا الاستثناء لحماية المنشآت حسنة النية فى التعاقد؟

لقد انقسم الفقه[١] بصدد الاجابة على هذا التساول إلى فريقين الأول يرى قصر هذا الاستثناء على حالة الأشخاص الطبيعية دون الاعتبارية هؤلاء الذين

---

(١) الدكتور حسام الدين فتحى ناصف، سابق الاشارة إليه ص٣١.

يبرمون عقوداً يومية، أما بالنسبة للأشخاص الاعتبارية فى العقود الدولية فإنه من المفترض التقصى عند ابرام هذه العقود، فى حين يرى الفريق الثانى في قصر هذا الاستثناء على العقود اليومية أو السريعة هو أمراً فى غاية الصعوبة أو الخطورة بصدد العقود الدولية، حيث أن نقص أهلية هذه المنشأة يتعذر على المتعاقد معها أن يتبينها بالرغم من تقصيه لأهلية هذه المنشأة. وهذا الرأى الأخير هو الرأى الأولى بالاتباع حيث أنه فى نطاق التجارة الدولية لا يوجد أبسط من توافر مظاهر الخداع التى توحى أن هذه المنشأة فى هذا المكان لها الأهلية الكاملة، وبالتالى ليس هناك ما يمنع من تطبيق الاستثناء الوارد بالمادة ٢/١١ على المنشآت الدولية بصدد ابرام العقود. فإذا كان القانون المصرى لم يتضمن هذا الاستثناء بصريح النص فإنه يمكن تطبيقه باعتباره أحد المبادئ العامة التى تقوم عليها القواعد الموضوعية الدولية استناداً إلى مبدأ حسن النية الذى يجب مراعاته من جانب طرفى عقد البيع الدولي تطبيقاً لنص المادة (٧).

الفرع الثانى

عيـــوب الإرادة

بالرغم من نص المادة ٤ من اتفاقية فينا، والمادة ٨ من اتفاقية لاهاى فإن ذلك لا يعنى أن عـــيـــوب الإرادة لم تكن مـــحل مناقـــشـــات عند اعـــداد هذه الاتفـاقيـات، حيث قد دارت حولهـا المناقشـات[١] والتى قـــد انتـــهت إلى هذه النصـوص، يضـاف عليـهـا نص المادة ٨٩ من اتفـاقيـتى لاهاى سنة ١٩٦٤ تلك التى أشارت إلى الغش من حيث آثاره بشأن التعويض.

وسوف نتناول هذه العيوب باعتبارها من أسباب قابلية العقد للابطال أو البطلان باعتبارها جزاء يترتب على مخالفة مبدأ حسن النية فى تكوين العقد.

الغصن الأول

الغلـــــــط

الغلط هو وهم يقوم فى ذهن الشخص فيصور له الأمر على غير حقيقته ويكون هو الدافع إلى التعاقد. فهو تصور كاذب للواقع يؤدى بالشخص إلى ابرام تصرف ما كان ليبرمه لو تبين حقيقة هذا الواقع، فهو يصيب الإرادة عند ابرام التصرف فيوجهها وجهة لا تتفق مع الواقع الذى تمثل فى ذهن العاقد على

---

(١) عكس ذلك:

Peter wiship, commontary on P.Kastelys, rhetorical analysis of the C.I.S.G.", J, int'l and B. p. 31..

حيث يقول انه لم يكن هناك احتجاج على مسألة استيفاء شروط صحة العقد ولم توجد ثمة مناقشات جوهرية فى مؤتمر لاهاى.

غير حقيقته(١).

ولقد دارت المناقشات بشأن الغلط سواء فى اتفاقيتى لاهاى سنة ١٩٦٤ أو فى اتفاقية فينا سنة ١٩٨٠ أثناء اعداد هذه الاتفاقيات. فبصدد تلك المناقشات بخصوص اتفاقيتى لاهاى سنة ١٩٦٤ فإنها ترجع إلى عام ١٩٣٠ حيث قد دارت حول منع الأطراف فى عقد البيع الدولى من تطبيق قواعد القانون الوطنى الخاصة بالغلط، وفى عام ١٩٥٦ تضمنت مسودة الاتفاقية صراحة أن الأطراف ليس لهم الحق في اللجوء إلى الجزاءات المقررة فى القواعد الوطنية بشأن عدم المطابقة. حيث اعترض ممثلى بعض الدول على مسألة استيفاء قواعد الغلط في القوانين الوطنية، وذلك على اعتبار أن الغلط يتعلق بتكوين العقد. فى حين أن البعض الاخر قد رأى عكس ذلك لأن الاعتماد على القواعد الوطنية من شأنه هدم الغاية المرجوة من هذا القانون وهى توحيد قواعد البيع الدولى. وتوفيقاً بين كل من الاتجاهين جاء نص المادة ٣٤ فى الاتفاقية ان الحقوق المقررة للمشترى فى هذه الاتفاقية من شأنها استيفاء أى حقوق أخرى، إلا أن تلك القاعدة قاصرة على أنه لا يجوز للمشترى اللجوء إلى القواعد الوطنية بشأن الغلط فى صفة جوهرية للشئ، فى حين أن المادة ٨ عندما وردت لم تتضمن ذلك بمعنى أنه تطبيقا لها يجوز اللجوء إلى القواعد الوطنية بشأن هذا.

الغلط فى اتفاقية فينا سنة ١٩٨٠:

بالرغم من الاتفاق على أن نص المادة ٣٤ من القانون الموحد من شأنه

---

(١) الدكتور عبد المنعم فرج الصدة، سابق الاشارة اليه ص ٧١٢.
لمزيد من التفصيل انظر: Helen Elizabeth Hartnell op.cit., 73.

تحقيق الغاية المرجوة من وضع قواعد موضوعية موحدة وذلك بحظر اللجوء إلى بعض القواعد الوطنية. إلا أنه منذ بدء الأعمال التحضيرية لاتفاقية فينا(١) فقد تم استبعاد هذه المادة حيث أنها لم تحقق الغاية المرجوة منها وهى منع الأطراف من استخدام الحقوق المقررة فى القواعد الوطنية، حيث أن الأطراف يمكن أن يتفقوا على مخالفتها أو يتفقوا عليها في العقد طبقا لما هو مقرر بنص المادة(٣)(٢).

يضاف إلى ذلك أيضا أن حظر طلب بطلان العقد على أساس الغلط يرجع إلى أن المشترى من حقوقه قبل البائع حق المطابقة، حيث يستطيع اللجوء إليه فى حالة عدم المطابقة. وبصدد ذلك اقترح الممثل الهولندى أن يكون للمشترى الحق فى اللجوء إلى الجزاءات المقررة فى القوانين الوطنية متى كان مسلماً بها فى الاتفاقية والقواعد الوطنية، إلا أن هذا الاقتراح قد ثار بشأنه الجدل حيث قد ذهب البعض إلى رفض هذا الاقتراح، وذلك على اعتبار أن آثار الغلط مقررة فى القوانين الوطنية وأن اللجوء إلى القوانين الوطنية هو أمراً من شأنه عدم تحقيق وحدة الجزاءات من تنازع القوانين، وبالتالى قد تم رفضه وترك الباب مفتوحا. حيث أنه فى حالة الغلط «عدم المطابقة» يكون اللجوء إلى القواعد الوطنية فيما يتعلق بقواعد الغلط أو اللجوء إلى الجزاءات المقررة فى الاتفاقية والخاصة بحالة عدم المطابقة(٣).

---

(١) عكس ذلك: P.Winship, op. cit., p.10 N.48. dliberation with uncitral did not consider the exelusien of issues of validity controversial.

(٢) انظر المادة ٣ من اتفاقيتى لاهاى ١٩٦٤.

(٣) Helen Elizabeth Hartnell, op.cit., p. 30.

ونظراً لأن الاتفاقية قد تركت الأمر دون قاعدة محددة، فلقد ذهب جانب من الفقه إلى أن القواعد التى تضمنتها الاتفاقية قد حلت محل القواعد الوطنية فيما يتعلق بقواعد الغلط فى القوانين الوطنية، حيث يقول بعض الفقه(١) أن تلك الجزاءات التى تضمنتها الاتفاقية تقوم على حقائق واقعية تستلزم تطبيق الاتفاقية. وكذلك يذهب بعض آخر من الفقه(٢) أن الاتفاقية قد حددت بشكل صارم وحازم الأثر المترتب على الغلط كما هو الحال فى كمية البضائع ومن ثم لا مجال لتطبيق نص المادة ٤. وعلى النقيض من هذا الاتجاه ذهب رأى آخر(٣) أن الاتفاقية لم تحدد بشكل صارم وحازم الآثار المترتبة على الغلط حيث أن الاتفاقية عندما قررت مسئولية البائع عن الاخلال بالعقد فهذه المسئولية ليست نتيجة متعلقة بتكوين العقد، ومن ثم فإنه مما لا شك فيه أن الغلط الذى يدخل من ضمنه الغلط فى كمية البضائع يخضع للقواعد الوطنية تطبيقاً لنص المادة (٤).

الحقيقة أن القواعد الموضوعية بنصوصها المتعلقة والمتضمنة عيوب الإرادة قد أوجدت قدراً من الشك والحيرة لدى القاضى أو المحكم المعروض عليه النزاع عما إذا كان يلجأ إلى قواعد الاتفاقية المتعلقة بعدم المطابقة أم أنه يلجأ إلى القواعد الوطنية تطبيقاً لنص المادة ٤. وللأسف أن تلك الاتفاقيات لم تستمع إلى تلك النداءات التى نودى بها أثناء مرحلة الاعداد لكى تتضمن

---

(١) Honnold,.uniform law for international sales under the C.I.S.G p. 23 , D.1991.

مشار إليه فى: Helen Elizbeth Hartnell op.cit. p. 30. N.312.

(٢) P.Schl echtriem, op.cit.,p. 32-33.

(٣) Helen Elizbeth Hartnell op.cit. p. 30 note 314.

الاشارة إلى مسألة صحة العقد كما هو الحال من ممثل بلجيكا أثناء مؤتمر لاهاى[١]، وكذلك المثال الذى طرحه ممثل دولة هولندا أثناء أعمال اتفاقية فينا سنة ١٩٨٠ الذى يكشف فيه بوضوح كيفية التحايل فى استخدام المادة ٤ من الاتفاقية، حيث أن المتحف الهولندى اكتشف بعد أربع سنوات من شرائه للوحه فنية للفنان جوبا من فرنسا أن هذه اللوحة ليست لهذا الفنان ولكن لأحد تلاميذه، ومن ثم فإنه طبقاً للقانون الموحد المادة ٢/٣٧ والمادة ٢/٣٩ من اتفاقية فينا انه كان يتعين الاعلان بالاخلال فى المطابقة فى خلال سنتين ومادام قد مر أربع سنوات فإن الحق فى عدم المطابقة يكون قد انقضى بمضى هذه المدة. إلا أنه من الممكن المطالبة ببطلان العقد وفقاً للقانون الهولندى أو الفرنسى باعتبار أن الغلط فى صفة جوهرية يدخل ضد مسألة تكوين العقد، ومن ثم يخضع لنص المادة ٤ من اتفاقية فينا سنة ١٩٨٠[٢].

فهذا المثال يكشف بوضوح باب التحايل على تطبيق الاتفاقية سواء من ناحية تطبيق نص المادة ٤ أو تطبيق القواعد الخاصة بعدم المطابقة. لذلك كان يتعين مراعاة مسألة عيوب الإرادة ومعالجتها بنصوص صريحة من شأنها حسم هذه المسألة وعدم ترك الباب مفتوحاً بهذا الشكل.

إلا أنه مما هو جدير بالذكر أن على المحكم أو القاضى المعروض عليه النزاع الذى يطالب فيه أحد طرفيه ببطلان العقد تطبيقاً للقانون الواجب التطبيق وفقا للقانون الدولى الخاص أن يبحث فى قواعد الاتفاقية إذا كانت

---

(١) P.Wiship op.cit.,p. 9. N.44.

(٢) Helen Elizabeth Hartnell op. cit.,p. 65 No te s308.

المطالبة بالبطلان خاصة بالغلط فى القيمة أو الغلط فى صفة جوهرية للشئ وهما الحالتان الشائعتان فى التجارة الدولية، وذلك لأن قواعد الاتفاقية قد تضمنت ما يعينه فى الفصل فى هذا النزاع وذلك بالنسبة لقاعدتى عدم المطابقة، وتخفيض الثمن. فإذا تبين للقاضى أو المحكم أن الطرف الآخر قد عرض على الطرف الواقع فى الغلط استبدال البضائع أو الاصلاح أو تخفيض الثمن حيث أنه فى هذه الحالة لا يجوز له التمسك بالبطلان، لأن ذلك يتعارض مع مبدأ حسن النية، لأن من وقع فى غلط ليس له أن يتمسك به على وجه يتعارض مع مبدأ حسن النية ويبقى ملزماً بالعقد الذى تم ابرامه متى أظهر الطرف الآخر استعداده للتنفيذ[1]. وهو ما يظهر فى عقود التجارة الدولية بعرض الاصلاح أو الاستبدال أو تخفيض الثمن خاصة أن القواعد الوطنية متباينة فيما بينها فى مدى الالتزام بمبدأ حسن النية فى مرحلة تكوين العقد.

---

(١) المادة ١٢٤ من القانون المصرى ويقابلها فى مبادئ اليندروا المادة ٧-٧.

الغصن الثانى

التدليـــــس

التدليس هو الالتجاء إلى الحيلة أو الغش بقصد ايهام المتعاقد الآخر بأمر يخالف الواقع وجره بذلك إلى التعاقد، فقوامها التضليل والتمويه والخداع. ولقد ورد النص على التدليس باعتباره عيباً من عيوب الإرادة التى من شأنه جعل العقد قابلا للبطال.

ولم يكن التدليس أحسن حالا من باقى عيوب الإرادة فى الاتفاقيات الدولية المنظمة لعقد البيع الدولى للبضائع، حتى أنه عندما أشارت إليه اتفاقيتى لاهاى ١٩٦٤ أشارت إليه من حيث الآثار المترتبة عليه فيما يتعلق بالتعويض فى المادة ٨٩(١).

والواقع أن الأعمال التحضيرية لاتفاقيتى لاهاى سنة ١٩٦٤ تكشف أن الفكر السائد كان لدى واضعى هذه الاتفاقية هو استبعاد التدليس والآثار المترتبة عليه من نطاق تطبيق الاتفاقية، وأن اقتراحات قدمت أثناء اعداد الاتفاقية فيما يتعلق بالتدليس بقصد وضع قواعد موحدة فى هذا المجال كان مصيرها الرفض. وذلك للاعتبار السائد أن مفهوم التدليس يختلف من قانون إلى آخر وأن وضع أى قواعد بشأنه مسألة حساسة. لذلك انتهت لجنة الأعمال التحضيرية إلى نتيجة مؤداها هو ترك هذه المسألة للقوانين الوطنية، إلا أن الغريب أن نص القانون الموحد قد أشار إلى الغش فى المادة ٨٩ ولكن فيما يتعلق بالتعويض فقط، ولكن تقدير التعويض يخضع لقواعد القانون الوطنى.

---

(١) المادة ٨٩ من القانون الموحد.

وعند اعداد اتفاقية فينا سنة ١٩٨٠ انقسم الرأى بين الاحتفاظ بنص المادة ٨٩ من القانون الموحد وبين أنه ليست هناك حاجة إلى هذا النص وذلك على اعتبار أن الغش يتعلق فقط فى الاتفاقية بالتعويض، أما تقديره يخضع لقواعد القانون الوطنى. وفى النهاية انتهى الرأى إلى أنه ليست هناك حاجة ضرورية لذلك والاكتفاء بنص المادة ٤[١].

ومما لا شك فيه أن أثر التدليس فى ابطال العقد لمخالفة مبدأ حسن النية سوف يختلف من قانون لآخر، وآية ذلك أنه إذا كان القانون الفرنسي هو القانون الواجب التطبيق على العقد فيما يتعلق بتكوينه نجد أن الغش الذى يقع من الغير ويدفع للتعاقد لا يمكن الاستناد إليه فى طلب بطلان العقد، وهذا أسهل ما يمكن تحقيقه فى نطاق عقود التجارة الدولية التى يكون للسماسرة دورا فى ابرامها، وذلك لأن القانون الفرنسى لا يعتد إلا بالتدليس الصادر من المتعاقد نفسه[٢]. فى حين أنه إذا كان القانون المصرى هو القانون الواجب التطبيق فطبقا للمادة ١٢٦[٣] يمكن المطالبة بإبطال العقد متى استطاع المتعاقد أن يثبت علم المتعاقد الآخر بهذا الغير الذى دفع للتعاقد أو كان فى استطاعته أن يعلم به.

لذلك فإنه حماية للمتعاقدين حسنى النية فإنه يجب أن يتم تعديل الاتفاقية أيضا بشأن التدليس باعتباره عيباً من عيوب الإرادة، وإعادة النظر

---

(١) انظر فى ذلك: Hellen Elizbieth Hartnell op. cit. 75.

(٢) المادة ١١٣٦ من القانون الفرنسى.

(٣) المادة ١٢٦ من القانون المدنى المصرى. ولمزيد من التفصيل انظر المذكرة الايضاحية الموسوعة الجامعة فى التعليق على القانون المدنى المصرى الجزء الثانى ص ٨٦٦ المحامى قمر محمد موسى.

فى الاقتراح الذى سبق أن تم طرحه أثناء عقد اتفاقيتى لاهاى ١٩٦٤ من الممثل الهولندى فى المؤتمر الذى كان يفضل أن الاتفاقية تتناول التدليس بشكل مباشر(١).

ومن هذا يتضح أن نص المادة ٤ من الاتفاقية كما ذهب البعض أنها نافذة على مفهوم مبدأ حسن النية فى القانون الوطنى حيث أن ابطال العقد بسبب التدليس كجزاء للاخلال بمبدأ حسن النية بتحدد وفقا لمفهوم القانون الوطني لمبدأ حسن النية وليس وفقاً لمفهوم التجارة الدولية(٢). حيث قد انتهت المحكمة السويسرية أن آثار التدليس المتعلقة بتكوين العقد لا تخضع لأحكام الاتفاقية(٣) ومن ثم انها تخضع للقانون السويسرى وبالتالى يتحدد مفهوم مبدأ حسن النية للقانون السويسرى

---

(١) مشار إلى هذا الاقتراح فى: Helen Elizbieth Harntell; op. cit;, p. 28, note: 283.

(٢) John Klin op.cit. p.124.

(٣) bruno Zeller "is the sale of goods Vinna convention" act the perfect tool to mange cross bòrder legal risks faced by australian firms, Journal of law p. 13. N.100. vol 6, N° 3, 1999.

الغصن الثالث

الغبن - الاستغلال(١)

لقد ورد النص على الغبن باعتباره عيبا من عيوب الإرادة فى العديد من التشريعات المقارنة، حيث قد ورد النص عليه فى القانون المصرى وكذلك العديد من التشريعات المقارنة الأخرى.

فشروط الغبن كما حددها القانون المدنى المصرى هى:

١- اختلال التعادل بين الالتزامات المتقابلة أو انعدامه عند عدم وجود مقابل.

٢- استغلال طيش أو هوى بين وجامح فى المتعاقد المغبون.

٣- أن يكون هذا الاستغلال هو الدافع إلى التعاقد.

وإذا نظرنا إلى نظرية الغبن فى عقود التجارة الدولية وبصفة خاصة عقد البيع الدولى، نجد أن الغبن لا يتحقق إلا من حيث الشرط الأول وهو اختلال التوازن بين الالتزامات المتقابلة، أما الشرطين الآخرين فإنه من الصعب تصورهما فى نطاق عقد البيع الدولى، لأن هذه العقود غالبا ما تتم بين منشآت تجارية ضخمة.

ويتحقق الغبن فى عقد البيع الدولى بأن يتضمن العقد شروط مفرطة كشروط عدم الضمان، وشروط التعديل، والشروط المخففة للمسئولية وغالبا ما

---

(١) انظر تطور فكرة الغبن إلى فكرة الاستغلال، الدكتور عبد المنعم فرج الصدة، سابق الاشارة إليه، ص ٢١٩ ومابعدها.

تتضمن التشريعات المقارنة القوانين التى من شأنها تحقيق هذا التعادل بين الالتزامات، وذلك أما بقوانين حمائية أو نصوص فى التشريعات المنظمة لعقد البيع، وبالتالى يعد الغبن فى حقيقته أداة تشريعية فى يد القاضى يراقب بها العقد من حيث مدى التعادل بين الالتزامات.

وبصدد الغبن فى عقد البيع الدولى قد يبدو ثمة تعارض بين نص المادة ٦ من اتفاقية فينا تلك التى تعترف لأطراف العقد بالحرية فى التعاقد، وبين نص المادة ٤ والتى يخضع بمقتضاها عقد البيع من حيث تكوينه بشأنه شروط صحته والتى من بينها الغبن للقانون الوطنى، ذلك الذى يتضمن فى نصوصه من القواعد التى تراقب مدى تحقيق التعادل بين الالتزامات، ومن ثم هل يخضع الغبن لنص المادة ٦ أم لنص المادة ٤.

ان وجهة النظر السائدة أن القواعد الوطنية تسمح للقاضى أن يراقب عدم المعقولية أو العدالة أو الشروط المفرطة فى القواعد المنظمة لشروط صحة العقد. وبناء عليه يطبق على عقد البيع الدولى نص المادة ٤ من اتفاقية فينا سنة ١٩٨٠، ومن ثم ان حرية الأطراف فى التعاقد تطبيقاً لنص المادة ٦ يخضع للضوابط المقررة بمقتضى قواعد القانون الوطنى[١].

إلا أن البعض الآخر من الفقه يرى أنه يوجد ثمة استثناء على ذلك حيث أن بعض نصوص اتفاقية فينا قد حلت محل القواعد الوطنية فيما يتعلق بمسألة الغبن. ومثال ذلك نص المادة ٢/٣٥ من اتفاقية فينا التى تنص على أن البائع

---

(١) Helen elizabeth Hartnell op.cit., p. 31, N.353.

يقوم بتسليم البضائع وفقا للغرض المخصص لها ما لم يوجد اتفاق على خلاف ذلك، ومن ثم ان الاتفاق على عدم المسئولية عن العيوب التى فى البضائع تعد مشروعة متى كان هناك اتفاق بشأنها. حيث يقول الفقه بصدد ذلك أن القواعد الوطنية بشأن صحة العقد ومقتضيات حسن النية أو شرط عدم المسئولية من البضائع المعيبة ربما يصبح غير مطبق فى بعض الحالات(١).

الواقع أنه يمكن تطبيق وجهة النظر تلك مادامت لا تخالف النظام العام. ولكن القاعدة العامة أن كافة الشروط التى من شأنها عدم تحقيق التعادل بين الالتزامات ان لم تكن كلها فإنها تخضع لقواعد القانون الوطنى. ولكن تثور مشكلة أخرى هو أن اللجوء إلى قواعد القانون الوطنى بشأن الغبن يجعل مبدأ حسن النية يتباين في تطبيقه من قانون إلى آخر، فوفقا للقانون الالمانى فالبطلان المطلق هو الجزاء الذى يترتب على الاستغلال، أما بالنسبة للقانون المصرى والسويسرى ان العقد قابل للابطال(٢)، ومن ثم فإنه يجب كما ذكرنا سلفا النظر فى تعديل الاتفاقية بشأن شروط صحة العقد.

---

(١) انظر في ذلك: Helen Elizabeth Hartnell op.cit., p. 33.

(٢) الدكتور عبد المنعم فرج الصدة، سابق الاشار إليه ص ٢٢٧، قد اعتد القانون الالمانى بإرادة المستغل فاعتبر الاستغلال مخالف للآداب وترتب على هذا أن جعل الجزاء هو البطلان المطلق، أما القوانين الأخرى كالقانون السويسرى فقد اعتد بإرادة المغبون واعتبرها إرادة معيبة وترتب على ذلك أن جعلت الجزاء هو الابطال أو الانقاص وهذا ما أخذ به الشارع فى القانون الحالى المادة ١٥٨ من القانون الالمانى، المادة ١١ من القانون السويسرى.

المبحث الثانى
انفساخ عقد البيع الدولى
ومبدأ حسن النية

مقدمة:

إن انفساخ عقد البيع الدولى لا يترتب كجزاء لاخلال أحد طرفى العقد بالالتزامات التى تقع على عاتقه، إنما هو أثر يترتب على سبب أجنبى لا يد لطرفى العقد فيه يحول بينهم وبين تنفيذ الالتزام.

فقاعدة انفساخ العقد هى قاعدة مستقر عليها فى كافة التشريعات المقارنة سواء تلك التي تنتمي إلى نظم القانون الخاص، حيث تنص المادة ١٥٩ من القانون المصرى على «فى العقود الملزمة للجانبين إذا انقضى الالتزام بسبب استحالة تنفيذه انقضت الالتزامات المقابلة له وينفسخ العقد من تلقاء نفسه كما تضمنت أيضا المواد ٣٧٣، ٢١٥ قاعدة انفساخ العقد حيث قد أشارت إلى السبب الأجنبى كسبب لانفساخ العقد.

كذلك أيضاً تضمن القانون الفرنسى قاعدة انفساخ العقد في المادة ١١٤٧ التى تنص على «المدين يحكم عليه بالتعويضات إذا كان لها محل إما بسبب عدم التنفيذ أو التأخير فيه ما لم يثبت أن عدم التنفيذ أو التأخير يرجع إلى سبب أجنبى غير منسوب إليه، والمادة ٢٧٥ من القانون الالمانى التى تنص علي «يبرأ المدين من الالتزام بالتنفيذ متى صار هذا الابراء مستحيلا بسبب وقوع حدث لا يد له فيه بعد نشوء الالترام. والمادة ١١٩ من القانون المدنى السويسرى التى تنص على «ينقضى الالتزام عندما يصبح تنفيذه مستحيلا تبعاً

لظروف لا ترجع إلى إرادة المدين»، يضاف إلى هذه النصوص نصوص أخرى تضمنت قاعدة الفسخ موضحة طبيعة هذا السبب الأجنبى الذى يؤدى إلى الاعفاء من المسئولية وانفساخ العقد فى المادة ١٦٥[١] من القانون المدنى المصرى، والمادة ١١٤١من القانون الفرنسى[٢].

فكما عرفت نظم القانون الخاص قاعدة انفساخ العقد فكذلك عرفت نظم القانون العام هذه القاعدة تلك التى يعرفها القانون الانجليزى، والامريكى وفقاً لنظرية frustration[٣].

تلك التى كانت نظرية قضائية خالصة ثم تم تقنينها فى القانون الأمريكى فى المادة ٢/٦١٥٥ من قانون التجارة الأمريكى الموحد، والمادة ٢٦٥ من تقنين العقود الأمريكى[٤]، وكذلك فى القانون الانجليزى

---

(١) تنص المادة ١٦٥على «إذا أثبت الشخص أن الضرر قد نشأ عن سبب أجنبى لايد له فيه كحادث فجائى أو قوة قاهرة أو خطأ من المضرور أو خطأ من الغير كان غير ملزم بتعويض هذا الضرر ما لم يوجد نص أو اتفاق على غير ذلك».

(٢) تنص المادة ١١٤٨ «عدم مطالبة المدين بأى تعويض عن عدم تنفيذ التزامه إذا نتج عدم التنفيذ عن حادث تتمثل فيه خصائص القوة القاهرة.

(٣) frustration «إذا دلت طبيعة العقد أو ظروفه على أنه كان يفترض فى أطرافه أن يعلموا عند ابرامه أنهم بصدد عقد لايمكن تنفيذه إلا بتوافر وضع معين، اقتضى مبدأfrustration فى حالة عدم توافر الوضع المطلوب أن يكون هذا العقد وأمثاله خاضعاً لشرط ضمنى يخلى الأطراف من المسئولية إذا استحال عليهم الابراء نظراً لعدم توافر ذلك الوضع أو انقطاعه بسبب لا دخل لهم فيه» المعجم القانونى، حارث سليمان الفاروقى، ص ٣٠٧ مكتبة لبنان.

(٤) لقد تأثرت المحاكم الأمريكية بما هو مستقر عليه في القضاء الانجليزى من أن العقد يظل ملزما ولايعفى أطرافه من تنفيذ الالتزامات التى يفرضها العقد حتى ولو كان الحادث الذى أدى إلي عدم تنفيذ الالتزام بسبب القضاء والقدرact of god إلا أنه عندما ظهر=

عـام١٩٤٣ فـىthe law reform frustrated contrat act 1943(١) .

وقاعدة انفساخ العقد فى نظم القانون الخاص تجد أساسها فى مبدأ حسن النية، فمادام أن سبب الانفساخ خارج عن إرادة الأطراف ولم يكن متوقعاً وقت ابرام العقد ولم يستطع التغلب عليه أو تجنب عواقبه، فلابد من الاعفاء من

= مبدأ frustration في القضاء الانجليزى انتقل بدوره إلى القضاء الأمريكى حيث صدر أول حكم من القضاء الأمريكى سنة ١٩١٦من محكمة الاستئناف بكاليفورنيا ثم تم تقنين هذا المبدأ فى المادة ٢/٦١٥ التى تنص على:

except so for as a seller may have assumed agreater obligation "a" delay indelivery or non delivery in whole or in part by a seller who complies with paragraphs"b" and "c" is not a breach of his duty under a contract for sale of performance as agreed has been made impracticable by the accurance of a contengincy the nonoccurance of which was a bssic assumption on which the contract was made.

وكذلك المادة ٢٦٥ من تقنين العقود الأمريكية التى تتضمن مبدأ frustration صراحة والتى تنص على:

where after a contract is made, a party's principal purpose is substantially frustrated without his fault by the occurance of an event the non occurance of which was a basic assumption on which the contract was made,his remaining duties to render performance are discharged unless the language of the circumstances indicates the contrary".

انظر ذلك فى:

Amin.R.R.Dawwas the concept of foreseeability under the convention on contracts for the international sale of goods p.8 - 9 J. of law, published by academic publication council,kuwait university vol. 19, N.4. Deceùber 1995.

(١) انظر ذلك بالتفصيل فى:

Schmitthoff's export trad op.cit., p. 197-199.

الالتزام لتوافر حسن النية حيث لا يوجد ثمة تقصير فى شئ[١]. فى حين أن قاعدة انفساخ العقد طبقاً لنظرية frustration لا تقوم على حسن النية لأن أساس هذه النظرية لا يقوم على حسن النية بل تجد أساسها فى فقد التزامات الأطراف لكل معنى لها، بحيث لم يعد من المقبول تنفيذها. فهذه النظرية لم تأت لانقاذ أحد الأطراف تحت اسم العدالة[٢].

المطلب الأول

«القوة القاهرة»

كان للاختلاف بين الأنظمة القانونية بصدد انفساخ عقد البيع الدولى أثره على القواعد الموضوعية الدولية حيث لم تتبن مصطلح القوة القاهرة الموجود فى نظم القانون اللاتينى أو الأخذ بمفهوم القضاء والقدر فى تشريعات القانون العام[٣]، تلك التى تناولت مسألة فسخ عقد البيع الدولى فى نصوصها تحت مسمى الاعفاء من المسئولية فى نص المادة ١/٧٤ التى تنص على «إذا تخلف أحد طرفى البيع عن تنفيذ ما عليه من التزام، فلا مسئولية عليه إذا أثبت أن هذا التخلف كان ناشئاً عن ظروف لم يكن من واجبه وفقا لما اتجه إليه مقاصد الطرفين وقت ابرام العقد، أن يأخذ فى اعتباره أن يتجنبها، ويتغلب عليها فإذا

---

(١) قريب من هذا المعنى أن نماذج اللجنة الأوربية قد اقترحت حسن النية لدى طرفى العقد وصدق ادعاء أى منهما وحددت ظروف منعت تنفيذ التزاماته» انظر الدكتورحمزه أحمد الحداد، سابق الاشارة إليه ص٣٧٣.

(٢) انظر هذا الرأى فى الدكتور شريف محمد غنام، سابق الاشارة إليه ص ٦٣.

(٣) M'r. Andre Tunc op. cit p. 11 "this provision lays down rules- which may perhaps be little complex but which ressonable and which in the final outcome would appear to give less grounds for doubt than concept of force majeure (whether it be expressed in franch or latin) or the consept of act of good".

لم تتضح مقاصد الطرفين، فالعبرة بما كان يقصده أشخاص عقلاء من نفس الصفة لو وجودوا فى ظروف مماثلة». وكذلك تضمنت اتفاقية فينا قاعدة انفساخ العقد أيضاً تحت مسمى الاعفاء من المسئولية فى نص المادة ٧٩ التى تنص على «لا يسأل أحد الطرفين عن تنفيذ أى من التزاماته إذا أثبت أن عدم التنفيذ كان بسبب عائق يعود إلى ظروف خارجة عن ارادته، وأنه لم يكن من المتوقع بصورة معقولة أن يأخذ العائق فى الاعتبار وقت انعقاد العقد أو يكون بامكانه تجنبه أو تجنب عواقبه أو التغلب عليه أو على عواقبه».

فكما هو ملاحظ أن التعبير عن سبب الاعفاء فى القواعد الموضوعية يختلف فى اتفاقيتى لاهاى سنة ١٩٦٤ «ناشئاً عن ظروف» عن اتفاقية فينا «العائق». فما المقصود بسبب الاعفاء فى القواعد الموضوعية الدولية، حيث لم تكشف القواعد الموضوعية عن المقصود بسبب الاعفاء كما هو الحال فى التشريعات المقارنة. فالقانون المصرى يبين فى نص المادة ١٦٥ المقصود بالسبب الأجنبى كسبب للاعفاء من المسئولية، حيث قد يكون قوة قاهرة، أو حادث أجنبى إلى آخر ما جاء بنص المادة، أو كما هو الحال فى القانون الفرنسى حيث قد حدد المقصود بسبب الاعفاء هو حادث تتمثل فيه خصائص القوة القاهرة.

فلذلك كانت هذه المسألة محل اجتهاد من الفقه. فبصدد تحديد المقصود بسبب الاعفاء من المسئولية ومن ثم انفساخ العقد ذهب رأى فى الفقه أن المقصود بسبب هذا الاعفاء من المسئولية «تغير الظروف» هو القوة القاهرة[١]

(١) الدكتور رضا عبيد،سابق الاشارة إليه ص ٤٩٤ «وبطبيعة الحال يقصد بالظروف التى تبرر الاعفاء القوة القاهرة وإن كان القانون الموحد لم يستعمل تعبير القوة القاهرة ولكنه استخدم لفظ الظروف المؤدية إلى الاعفاء وبطبيعة الحال يقصد بهذه الظروف القوة القاهرة لذلك في خلال بحثنا استخدمنا لفظ القوة القاهرة لدقة دلالته من ناحية وسهولة استعماله للتعبير عن المعنى المقصود من ناحية أخرى».

وفى ذلك الاتجاه أيضاً رأى آخر يرى أن نص المادة يتعلق بموضوع القوة القاهرة[١]. والحقيقة أنه إذا كان هذا الجانب من الفقه له الحق فى ذلك إلا أنه يوجد ثمة تحفظ على هذا الاتجاه يرجع إلى التاريخ التشريعى لاتفاقيتى لاهاى. لأنه كانت توجد ثمة محاولات أثناء إعداد الاتفاقية تجعل الظروف التى تسمح بالاعفاء تعنى القوة القاهرة، لكن هذه المحاولات كانت ضيقة جداً. ومن ثم فإن هذه الظروف التى تؤدى إلى الاعفاء لا يمكن مساواتها بالقوة القاهرة[٢]، لذلك ذهب البعض الآخر من الفقه إلى أن الاتفاقية قد أخذت موقفاً وسطاً حينما تبنت المعيار الشخصى والموضوعى بصدد تغير الظروف، فبصدد المعيار الموضوعى يقصد القوة القاهرة، بصدد المعيار الشخصى يقصد مبدأfrustration وبالتالى تكون الاتفاقية قد جمعت بين نظم القانون الخاص والعام بصدد الاعفاء من المسئولية[٣] وهذا ما هو أولى بالتأييد.

كذلك الحال فى اتفاقية فينا حيث لم تحدد الاتفاقية المقصود بالعائق كسبب من أسباب الاعفاء من المسئولية ومن ثم انفساخ العقد. لذلك كانت هذه المسألة محل اجتهاد من الفقه لبيان المقصود بالعائق، حيث ذهب البعض من الفقه إلى أن المقصود من العائق هو القوة القاهرة فى القانون الخاص أو أن الاتفاقية فى نص المادة ٧٩ تتضمن العناصر التقليدية للقوة القاهرة[٤].

---

(١) الدكتور محسن شفيق، سابق الاشارة إليه ص ٢٥٢ هامش٤١٩.

(٢) P.Sehlechtriem op.cit. p. 101.

(٣) Amin, R.R Dawwas op. cit., 12-13.

(٤) Amin, R.R. Dawwas op. cit.p. 21-22.

فى حين ذهب البعض الآخر من الفقه[١] إلى أن معيار الاعفاء من العائق المقرر فى نص المادة ٧٩ من الاتفاقية أكثر اتساعاً مما هو مقرر بشأن القوة القاهرة، حيث يصبح تنفيذ الالتزام مستحيلا وفى ذات الوقت فهو أكثر دقة مما هو مقرر فى نص الشرط النموذجى الذى يتعلق بالقوة القاهرة[٢]. كذلك يذهب بعض الفقه[٣] إلى أن نص المادة ٧٩ لا يتعلق بالقوة القاهرة أو الاستحالة إنما يتعلق بالآثار المترتبة على الظروف الخارجة عن إرادة أحد طرفى العقد[٤].

الواقع أن اتفاقية فينا فى نص المادة ٧٩ قد أوجدت قدراً من الشك والحيرة حول تحديد المقصود بمعنى العائق من حيث عما إذا كان المقصود به القوة القاهرة أم لا. فالحقيقة أنه لا توجد ثمة مشكلة إذا كانت مسألة العائق منظمة بمقتضى نصوص العقد، لكن المشكلة الحقيقية تكمن في حالة عدم تنظيم هذه المسألة فى العقد، ففى هذه الحالة يجب تحديد مسألة العائق التى بمقتضاها يتم الاعفاء من المسئولية، ويمكن القول ان المقصود بالعائق فى نطاق اتفاقية فينا هو معنى القوة القاهرة لكن ليس بمعناها فى نظم القانون الخاص. حيث أن

---

(١) انظر هذا الرأى فى: Amin RR.dawwas op.cit., p. 29.

(٢) تنص المادة الأولى من البند الأول من الشرط النموذجى الذى أعدته غرفة التجارة الدولية على لايعتبر الطرف مسئولا عن عدم تنفيذ أى من التزامه بالقدر الذى يثبت فيه أن عدم التنفيذ يرجع إلى عائق مستقل عن إرادته وأنه لم يكن من المعقول أن يتوقعه أو يتوقع نتائجه على موقفه فى تنفيذ العقد لحظة ابرامه، انه لم يكن من المعقول أن يتجنبه أو يتخطاه أو على الأقل يتجنب أو يتخطى نتائجه.
انظر هذا الرأى أيضاً ومزيد من الآراء فى:
Amin RR. Dawwas op.cit. p.22-23.

الأعمال التحضيرية للقواعد الدولية الموضوعية تكشف عن رفض مفهوم القوة القاهرة فى نظم القانون الخاص، وهذا ما يؤكده الفقه حيث قال أنه لمطابقة الأحداث المكونة لأسباب الاعفاء من المسئولية فى نص اتفاقية فينا لا تكون بالتحديد هى القوة القاهرة التى تكون مفهومة لدى محكمى التجارة الدولية، تلك التى تكون لديهم وفقاً لمفهوم الثابت فى نطاق القانون الوطنى التى تعنى الاستحالة فى التنفيذ. فما هو مبين بنص المادة ٧٩ يكون مفهومه متشابه لمفهوم القوة القاهرة، ولكنه أكثر مرونة حيث أنها تتطلب الاستحالة دون أن تكون مطلقة. بمعنى أن مفهوم القوة القاهرة فى نظم القانون الخاص تعنى الاستحالة المطلقة فى تنفيذ الالتزام فى حين أن مفهوم القوة القاهرة فى نطاق التجارة الدولية أصبح وكأن له مفهوماً خاص بها من حيث أنها لا تعنى الاستحالة فى التنفيذ المطلقة بمعنى أنه متى كان العائق لا يمكن توقعه بصورة معقولة وقت انعقاد العقد وكان لا يمكن تجنبه أو تجنب عواقبه أو التغلب عليه أو على عواقبه، فهنا تتوافر الاستحالة فى التنفيذ لكنها ليست مطلقة، بمعنى أنه يمكن التنفيذ رغم ذلك. ومن هنا أصبح للقوة القاهرة مفهوما خاصا بالتجارة الدولية، فكما أصبح لكل عقد بيع دولى قانون خاص به أصبح للتجارة الدولية مفهوم خاص للقوة القاهرة، ليس هذا فحسب بل أصبح لكل عقد قوة قاهرة خاصة به(١).

فالحقيقة أننا لا نستطيع إلا أن نسلم بأن مفهوم العائق فى نص المادة ٧٩

---

(١) يعد تعريف اللجنة الاقتصادية الأوربية C.E.E فى الشروط العامة متفقا مع ذلك حالة تعرف القوة القاهرة بأنها كل الظروف المستقلة عن إرادة الأطراف والتى تحدث فيما بعد انعقاد العقد وتمنع تنفيذه فى الظروف العادية.

هو القوة القاهرة، حيث أنه لو سلمنا بغير ذلك لدخلنا فى اطار قاعدةhard ship ولو أخذنا العائق بهذه الصورة ما كنا بصدد الاعفاء من المسئولية ومن ثم انفساخ العقد، حيث ستقتصر المسألة على تغير ظروف العقد. فضلا عن أن هذه القاعدة لم تتضمنها اتفاقية فينا ورفضها من جانب الفقه(١) حيث كان التعليق عليها أنها أحد قواعد قانون التجارة الدولية الغامضة، يضاف إلى ذلك أننا لو لم نأخذ العائق بمفهوم القوة القاهرة فسوف ندخل فى نطاق نظرية الظروف الطارئة وهو ما تكشف الأعمال التحضيرية للاتفاقية عن رفضه تماماً(٢).

---

(١) ان فكرة hardship أو قاعدة تغير الظروف التى تسمح بمراجعة نصوص العقد لم تتضمنها اتفاقية فينا سنة ١٩٨٠حيث قد علق الفقه على هذه النظرية MR Poulsson أنها أحد قواعد قانون التجارة الدولية الغامضة، كذلك الفقيه جولدمان ان قانون التجارة الدولية ليس بحاجة إليها ويكفى عنها قاعدة "rebuse sic stontibus" فهذه القاعدة معروفة فى القانون العام تعنى أنها شرطا ضمنياً ملحقاً بجميع المعاهدات مفادها أن المعاهدة المعنية تفقد مفعولها حالما يطرأ أى تغير جوهرى على الظروف التى أدت إلى ابرامها. المعجم القانونى،أ/ سليمان حارث الفاروقى، ص٥٨٤.

انظر هذه الآراء فى:

Sylvett Guyillenard" A. comparative study of the unidroit prinsi-ples and principles of Eurpon contracts and some dispostions of the C.L.S.G. applicable to formation of international contracts from prespective of harmonisation of law, p. 83-113. N.91. Kluwer law international 2000-2001 83-113 f.91.

(٢) انظر فى ذلك: P.Schlechtriem op. cit., p. 102.

شروط العائق «القوة القاهرة»:

تضمنت القواعد الموضوعية الدولية الشروط التى يجب توافرها والتى من شأنها انفساخ العقد وهى:

١- أن يكون الحادث خارج عن إرادة طرفى العقد:

هذا الشرط هو شرط قانونى خالص حيث تضمنت التشريعات الوطنية النص عليه كما هو الحال فى المادة ١١٤٧ من القانون الفرنسى «سبب أجنبى لا شأن لإرادة المدين»، ويعبر القضاء الفرنسى عن هذا الشرط تارة بمصطلح «حدث مستقل عن إرادة الأطراف» وتارة أخرى يستخدم مصطلح «لا يرجع لإرادة المدين». كما أن بعض الأحكام تعبر بشكل أبسط عنه بعبارة «أن يكون الحدث خارجياً عن المدين». ويبدو أن أكثر هذه المصطلحات استخدامها هو «حدث مستقل عن إرادة المدين»، وكذلك في القانون المصرى فى المادة ١٦٥ «لا يد له فيه» كما عبر القانون الالمانى عن هذا الشرط بعبارة «لا يسأل عنه المدين» فى المادة ٢٧٥من قانون الالتزامات، فهذا الشرط لم تتضمنه نظم القانون الخاص فقط بل تضمنته نظم القانون العام كما هو الحال فى المادة ٤٥٧ من قانون العقود الأمريكى حيث عبر القانون الأمريكى عن هذا الشرط بعبارة «لا يكون قد ساهم بخطئه فى وقوع الأحداث التى تجعل تنفيذ العقد مستحيلا»، كما أن القضاء الانجليز« قد أقر هذه القاعدة أيضاً «إذا رجعت استحالة التنفيذ إلي

حدث لا يمكن نسبته إلى أى من الطرفين فى قضية تايلور وكالول(١).

فهذا الشرط قد تضمنته القواعد الموضوعية الدولية فى نص المادة ٧٩ من اتفاقية فينا لسنة ١٩٨٠ «بسبب خارج عن إرادة الأطراف» وهذا ما لم تشر إليه اتفاقيتى لاهاى سنة ١٩٦٤حيث لم تتضمن النص على هذا الشرط. وبالتالي فإنه لكى يكون العائق «القوة القاهرة» سببا فى انفساخ العقد لابد ألا يكون المدين سببا فى وجود هذا العائق، ومن ثم يستفيد من خطئه. وقريبا من هذا المعنى قال رأى فى الفقه «يجب ألا يكون لخطأ المدين أى أثر فى حصول الحادث ويجب أن يكون حصوله قد تحقق بصورة لم يكن فيها خطأ المدين قد سبق الحادث أو أعد له أو رافقه وعدم اقترانه بأى فعل مباشر أو غير مباشر من المدين»(٢).

٢- ألا يكون الحادث متوقعاً:

لقد تباينت التشريعات الوطنية بشأن هذا الشرط فمنها ما تضمنته بنص القانون كالقانون السويسرى «حادث استثنائى مستقل عن إرادة المدين وغير متوقع من الأطراف»، والقانون الأسبانى فى المادة ١١٠٥ «أن يكون الحادث غير متوقع من الأطراف»، وإذا كان القانون الألمانى لم يتضمن هذا الشرط فى نص المادة ٢٧٥ من قانون الالتزامات فإنه قد تضمنه فى القانون الخاص بالعقود

---

(١) الدكتور شريف محمد غنام، سابق الاشارة إليه ص ٢٧٤-٢٨٠.

(٢) انظر ذلك فى: د.عبد الجبار ناجي ا الملا صالح، مبدأ حسن النية فى تنفيذ العقود، مطبعة اليرموك، طبعة ١٩٧٤،ص ١٢٥-١٤٦.

الاقتصادية الدولية فى المادة ١/٢٩٣ التى تنص على «تعتبر قوة قاهرة الظروف التى تعوق تنفيذ الالتزام إذا كانت غير متوقعة. . . . ».

فى حين أن بعض التشريعات الأخرى لم تتضمن النص عليه إلا أنه مستقر فقها وقضاء كما هو الحال فى القانون الفرنسى، والقانون المصرى.

كما تضمنت التشريعات الوطنية التى تنتمي إلي نظم القانون الخاص، كذلك تضمنته بعض تشريعات القانون العام كالقانون الأمريكى فى نص المادة ٤٥٧ «عندما تتمثل الوقائع فى أحد الأطراف لا يكون قد توقع. . . ». أما بشأن القانون الانجليزى فإنه يوجد ثمة خلاف حول شرط التوقع عما إذا كان شرطا من شروط frustration أم لا. حيث يذهب البعض من الفقه إلى أنه أحد شروط هذه النظرية حيث يعرفونها «حالة الاستعجال التى تتسبب فى جعل أحد الأطراف أو كليهما غير قادر على الوفاء بالالتزامات المنصوص عليها فى العقد، وما تنشأ عن أى عارض غير متوقع أو مجهول» في حين أن البعض الآخر يرى أن شرط عدم التوقع لا يعد شرطا من شروط هذه النظرية على اعتبار أن هذه النظرية لا تقوم على اعتبار انقاذ المدين من الظروف التى يواجهها والتى تؤدى إلى استحالة التنفيذ، ولكن هذه النظرية تقوم على عدم العقد سواء كانت هذه الظروف متوقعة أو غير متوقعة[1]. ويؤيد هذا الرأى أن كل ما قيل بشأن نظرية frustration من جانب القضاء الانجليزى بصدد هذه النظرية لا يكشف عن هذا الشرط ما قاله Lord Diplock :

---

(١) الدكتور شريف محمد غنام، سابق الاشارة إليه ص ٢٢٨-٢٣٤.

".... never a pure question of fact but does in ultimate involve a condcluison of law as to whether the frustrating event or series of events had made performonce of the contract a thing redically different from that which was undertaken by the contract".

كذلك ما قاله Lord Radcliff عن نظرية Frustration الذى أصبح التعريف الأمثل لهذه النظرية(١).

"frustration accurs whenver the law recognies that without difault of either party a contractul obligation has become incapuble of bing performed because the circumstanes in which performence is calld for would render it a thing radically different from that which was undertaken by the contract.

ولا يشترط فى القانون أن يكون العائق استثنائياً أو شاذاً أو نادر الحدوث إنما يكفى أن يكون هذا العائق عادياً، فالتوقع ليس مجرد التحقق الغامض لحادث مستقبل، وإلا فإن جميع الأحداث تعد متوقعة بل الصواب القول بأنه يتولد لدى المدين بالنظر لظروف خاصة لديه تمكنه من توقع حادث معين. بل ان حسن النية يقتضى الاعفاء من المسئولية ومن ثم انفساخ العقد، حتى لو أن المدين قد توقع هذا العائق وقت ابرام العقد متى كان قد اتخذ كافة الاجراءات اللازمة لمنع وقوعه وكذلك التغلب على آثاره، وبالرغم من ذلك يتجاوز العائق

---

(١) لمزيد من التفصيل حول آراء القضاء الانجليزى بصدد مبدأ frustration انظر:
U.Schmitthoff op. cit., p.180 -204.

كل هذه الإجراءات التى تم اتخاذها، وإن كانت هذه المسألة تخضع لرقابة القاضى والمحكم المعروض عليهما النزاع.

وهذا ما يتوافق مع مبدأ حسن النية حيث أن ما تطلبته القواعد الموضوعية الدولية هو حدوث العائق فقط دون أن يستلزم أن يكون استثنائياً أو شاذاً، خاصة أنها لم تعرف مفهوم التوقع، مما حدا بالبعض من الفقه إلى تعريفه بأنه «عدم تصور الأطراف المتعاقدة حدوث الفعل المكون للقوة القاهرة بطريقة تؤثر مباشرة على علاقاتهم التعاقدية[١].

٣- يجب ألا يكون من الممكن التغلب على العائق:

يعد هذا الشرط من أهم الشروط التى يجب توافرها فى العائق حتى يكون سبباً فى الاعفاء من المسئولية ومن ثم انفساخ العقد. فقد يكون العائق خارجاً عن إرادة طرفى العقد ولا يمكن توقعه، ومع ذلك يمكن التغلب عليه والحد من آثاره، وبالتالى لا يوجد ثمة انفساخ فى العقد. ولذلك شدد ممثل دولة تشيكوسلوفاكيا على أهمية عدم امكانية تجنب العائق أو التغلب على آثاره، حيث كان يرى استبعاد مسألة عدم التوقع من نص المادة ٧٩، حيث أنها أقل أهمية من مسألة تجنب العائق والتغلب عليه[٢]، فإن مبدأ حسن النية يقتضى من طرفي العقد اتخاذ كافة الإجراءات التى تكفل سلامة العملية العقدية ومن

---

(١) الدكتور رضا عبيد، سابق الاشارة إليه ص ٤٤٧، رقم ٢٤٢.

(٢) (ACN. 9:125) published in uncitral yearbook Vol. 8 (1977) United Nation New York 1978 pp. 113-114.

مشار إليه فى Amin RR. Dawwas op.cit., p. 19 Note 3.

هذه الإجراءات الإجراء اللازم لمنع وقوع أى حادث والتغلب عليه فى حالة حدوثه والحد من آثاره، فإذا ما حصل هذا العائق أو الحادث وكان لا يمكن التغلب عليه أو الحد من آثاره فإنه لابد وأن يترتب على ذلك انفساخ العقد لأنه لا التزام بمستحيل Al'impossibile nul n'est tenu .

الاخطار: ان مسألة الاخطار بالعائق «القوة القاهرة» تعد مسألة فى غاية الأهمية فبها يستطيع كل طرف أن يعلم أين مركزه بالتحديد فى العملية العقدية أثناء تنفيذها، وما يجب على كل طرف من أطراف العقد من إجراءات لمواجهة هذا العائق، فضلا عن أنه بالاخطار يمكن تحديد ما إذا كان هذا العائق مستديما أم مؤقتاً.

ومع ذلك فإن غالبية التشريعات المقارنة لم تتضمن النص على الالتزام بالاخطار كقاعدة عامة، وإن كانت قد أشارت إليه فى بعض النصوص المتفرقة كما هو الحال فى المادة ٤/٤٤٨ من قانون التجارة ١٧ لسنة ١٩٩٩، وكذلك التشريع الفرنسى فى المادة ٢/١٥٧ من القانون التجارى الفرنسى، حتى ان القانون الالمانى لم يتضمن الالتزام بالاخطار كقاعدة عامة وإنما قد أشار إليه فى القانون الخاص بالعقود الاقتصادية الدولية فى المادة ٢٩٣، وكذلك القانون التجارى الأمريكى الموحد أشار إلى الالتزام بالاخطار فى المادة ٢/٦١٦[١] فى حين أن تقنين العقود الأمريكى لم يتضمن الالتزام بالاخطار.

ان كان هذا هو الوضع القانونى للالتزم بالاخطار في التشريعات الوطنية

---

(١) لمزيد من التفصيل انظر الدكتور شريف محمد غنام، سابق الاشارة إليه ص ٤٩٠.

فإن الأمر مختلف تماما فى نطاق التجارة الدولية على كافة المستويات التى بذلت بصدد وضع قواعد موحدة للبيع الدولى وذلك ادراكاً لأهمية الاخطار بالعائق. ويؤكد ذلك ما جاء فى شروط الكوميكون ونماذج اللجنة الأوروبية من وجوب ارسال اخطارين فى زمنين مختلفين أحدهما بوقوع القوة القاهرة، والثانى بانتهائها، فالهدف من هذين الاخطارين هو استقرار مبادلات التجارة الدولية واقامتها على أسس من الطمأنينة وحسن النية فى التنفيذ. فاخطار البائع مثلا بوجود ظروف تمنع ارسال الثمن إليه في ميعاده تجعله يتدبر أمره إذا كان مطمئناً أو معتمداً على هذا الثمن من أجل تنفيذ التزاماته فى مواجهة الآخرين. وهذا أدعى ولا شك لاستقرار وازدهار التجارة الدولية، وبالمثل اخطاره بتوقف هذه الظروف، وبالتالى استعداد المشترى لارسال الثمن يثبت حسن نية الأخير من جهة ويطمئن البائع من حيث أنه يستطيع ابرام صفقات تجارية أخرى معتمداً على هذا الحق(١).

ولقد كان لذلك أثره على واضعى القواعد الموضوعية الدولية سواء فى اتفاقية فينا سنة ١٩٨٠ حيث تضمنت المادة ٧٩/ ١(٢) النص على الالتزام بالاخطار يجب على الطرف الذى لم ينفذ التزاماته أن يوجه اخطاراً إلى الطرف الآخر بالعائق وأثره فى قدرته على التنفيذ.

---

(١) لمزيد من التفصيل انظر الدكتور حمزه أحمد الحداد، العقود النموذجية فى قانون التجارة الدولية، دراسة في البيع الدولى ص ٣٦٧، رسالة دكتوراه.

(٢) نص المادة ٧٩ من الاتفاقية لايقابلها نص بشأن الالتزام بالاخطار فى نص المادة ٧٤ من اتفاقيتى لاهاى١٩٦٤.

كذلك أيضاً ان مسألة الالتزام بالاخطار هى من المسائل المستقر عليها فقهاً وقضاء فى نطاق قانون التجارة الدولية. حيث يقول رأى فى الفقه أنه يجب على طرفى العقد بيان مستوى العائق، ويقول رأى آخر ان الاخطار مسألة قائمة فى قانون التجارة الدولية وقوانين المبادلات الاقتصادية، فالاخطار بالعائق هو أحد المبادئ العامة لقانون التجارة(١).

وهذا ما تؤكده أيضاً أحكام محاكم التحكيم الدولية فى أحكامها فيما يزيد على نصف قرن(٢)، ومن هذه الأحكام حكم محكمة التحكيم الصادر من غرفة التجارة الدولية فى القضية رقم ٢٤٠٧٨ في النزاع القائم بين بائع رومانى ومشترى فرنسى بصدد عقد بيع لكمية من الكربون حيث رفض البائع الرومانى تسليم الكميات المطلوبة من الكربون وذلك بسبب القرار الصادر من السلطات الرومانية بحظر تصدير الكربون، ومن ثم ان ذلك يعد قوة قاهرة تحول دون تنفيذ التزامه. وفى هذا النزاع قررت المحكمة أحقية المشترى فى طلب التعويض والفوائد نتيجة عدم تنفيذ الالتزام بتسليم كميات الكربون، وذلك على اعتبار أنه إذا كان قرار السلطات الرومانية يحظر تصدير الكربون والغاء رخص التصدير يعد قوة قاهرة، وطبقاً للمبادئ العامة للقانون المشار إليه فى نص المادة

---

(١) انظر هذه الآراء فى: F.Osmane op.cit., p. 160.

(٢) انظر هذه الأحكام فى قرارات التحكيم الصادرة من غرفة التجارة المجرية ما بين عامى ١٩٥٧-١٩٥٩ حيث أصدرت الغرفة قرارات عديدة رفضت فيها التمسك بحالة القوة القاهرة رغم توافرها لأن المدين لم يخطر الدائن بوقوع الحادث المعفى.
انظر فى ذلك: د. شريف محمد غنام ،سابق الاشارة اليه، ص ٤٣٠ هامش ١٢٩١.

٩ من العقد إلا أنه كان يجب على البائع الالتزام باخطار المشترى بحادث القوة القاهرة والنتائج المترتبة عليه[١].

فمبدأ حسن النية هو أساس الالتزام بالاخطار، وهذا ما يؤكده رأى فى الفقه[٢] حيث يقول ان الالتزام بالاعلان أو بالاخطار بالحادث ليس أمراً واجباً متى كان الحادث بطبيعته من شأنه اعفاء المدين، حيث انه فى الغالب يكون قد تم الاعلان عنه إلا أنه يجب الاخطار بالحادث من جانب الطرف الذى تعرض له ليبينه الدائن له دون الانتظار أو اعلان عن الحادث. وأساس ذلك هو مبدأ حسن النية الذى يفرض علي طرفى العقد التعاون فيما بينهم، يعبر عن ذلك أيضاً رأى فى الفقه[٣] بقوله:

"l'obligation de renegocier de bonne foi le contrat l'impose egalement en cas de sur venance s'un cas de forc majeure".

حتى أن ما قاله رأى فى الفقه[٤] فى تعليقه على الحكم الصادر فى قضية Klocknre ان هيئة التحكيم قد اعتبرت أن التزام المتعاقد بإعلام الآخر بكل الظروف التى من شأنها اعاقة تنفيذ العقد ليس إلا نتيجة طبيعية للالتزام بتخفيف الضرر بوقوع الحادث فهذا الالتزام أساسه مبدأ حسن النية أيضاً.

---

(١) انظر هذا الحكم والتعليق عليه: F.Osman op.cit., p. 166.

(٢) B.Audit op.cit., p. 177.

(٣) F.Osman op.cit., p.168.

(٤) JDI,1984 p. 49, Joi 1987 pp. 163-174.

كذلك أيضا ما قال به رأى فى الفقه من أن «تنفيذ العقد بحسن نية يفرض قاعدة مؤداها ان المتعاقد الذى أصبح فى حالة استحالة تنفيذ بسبب حدوث القوة القاهرة ملتزم باخطار المتعاقد الآخر فى الحال بوقوع الحدث لكى يتمكن من اتخاذ الإجراءات التى تقلل من الآثار الضارة الناتجة عن عدم التنفيذ، كذلك ما قال به بعض الفقه «إحدى نتائج فكرة التعاون بين الأطراف فى التزام كل طرف بأن يخطر الطرف الآخر بالأحداث التى تعوق تنفيذ العقد» ومن الفقه المصرى الذى يؤسس الالتزام بالاخطار على أساس مبدأ حسن النية حيث قال البعض من الفقه «ان الموقف السلبى للمدين تجاه حوادث القوة القاهرة غير مقبول، فحسن النية يفرض عليه التزاما باخطار المتعاقد الآخر بالحدث المشكل للاستحالة»(١).

ومن هذا يتضح أن الالتزام بالاخطار بالعائق «القوة القاهرة» هو التزاما أساسه مبدأ حسن النية تفرضه كافة الاتجاهات الفقهية، القضائية، القواعد الموضوعية الدولية.

آثار العائق:

ان الأثر المترتب على العائق كما جاء بالقواعد الموضوعية الدولية يشمل طرفي العقد فهو لا يقتصر على طرف دون الآخر، كما أنه لا يقتصر على التزام من الالتزامات المترتبة على العقد، بل يشمل كافة الالتزامات التى يشملها

---

(١) انظر هذه الآراء فى الدكتور شريف محمد غنام، سابق الاشارة إليه ص ٤٧٢، ٤٧٣.

العقد[١]. فهذا الأثر هو الإعفاء من التعويض فقط دون الجزاءات الأخرى.

فالاعفاء من التعويض نوعين الأول هو الاعفاء من التعويض عن عدم تنفيذ الالتزامات الناشئة عن العقد[٢]، والثانى الاعفاء من التعويض ليس بسبب العائق كما فى النوع الأول، ولكن لتنفيذ الالتزام بالاخطار بالعائق حيث إذا لم يتم الاخطار فإنه يجب الالتزام بالتعويض عن الأضرار المترتبة على عدم الاخطار وليس على عدم تنفيذ الالتزامات[٣].

يضاف إلى ذلك أن الاعفاء من التعويض يتوقف على نوع العائق حيث إذا كان العائق مؤقتا فإن الاعفاء من التعويض يكون عن الفترة التى لم تنفذ فيها الالتزامات، وهى فترة العائق حيث إذا زال العائق فيجب الالتزام بالتنفيذ بحيث إذا تراخى عن الالتزام بالتنفيذ، فإنه يلتزم بتعويض الضرر الناشئ عن التأخير.

وليس هناك التزاما على الطرف الآخر بقبول معاودة الاستمرار فى التنفيذ حيث أنه ليس هناك ما يحول بين هذا الطرف وبين استخدامه للجزاءات الأخرى، ما عدا الحق فى التعويض أو قبول الاستمرار فى تنفيذ العقد.

---

(١) الدكتور محسن شفيق، سابق الاشارة إليه ص ٢٥٥ «بعض التشريعات كالتقنين التجاري الموحد لأمريكا يقصر الاعفاء على البائع وحده بمناسبة تخلفه عن تنفيذ الالتزام بالتسليم دون بعض من الالتزامات الأخرى.

(٢) المادة ٤/٧٩ من اتفاقية فينا.

(٣) المادة ٥/٧٩ من اتفاقية فينا.

كما أن الاعفاء من التعويض لا يقتصر على حالة ما إذا كان المتعاقدان يقومان بتنفيذ التزاماتهما التعاقدية بذاتهما، إنما يمتد الاعفاء فى حالة تكليف شخص ثالث بتنفيذ الالتزام. وهذا ما تضمنته القواعد الموضوعية الدولية حيث أن غالبية عقود البيع الدولية يعتمد تنفيذها على طرف ثالث فهذا الاعفاء مشروط بأمرين: الأول، أن يعد تخلف الطرف الثالث عائقاً بالمعنى المنصوص عليه فى المادة ١/٧٩ بالنظر إلى الطرف الآخر الذى يتمسك بالاعفاء، الأمر الثانى أن يشكل العائق الذى أدى إلى تخلف الشخص الثالث عن التنفيذ عائقا يعفيه من التعويض قبل الطرف الذى عهد إليه بتنفيذ التزامه فيما لو طبقت عليه المادة ١/٧٩، فإذا تخلف أمرا من هذين الأمرين فالاعفاء من التعويض(١).

الحقيقة أن أهمية الالتزام بمبدأ حسن النية فى حالة قيام عائق يحول بين الأطراف وتنفيذ التزاماتهم تبدو أنها ذات مكانة خاصة، وذلك لأن الاعفاء بسبب العائق قاصرا على التعويض فقط دون ما عداه من جزاءات يملك الطرف الآخر اللجوء إليها ومنها طلب التنفيذ، وتخفيض الثمن فضلا عن الحق فى إعلان فسخ العقد(٢). فتطبيقاً للالتزام بحسن النية إذا عرض الطرف الآخر

---

(١) لمزيد من التفصيل انظر: P.Sehlechtriem op. cit., p.101-104.
الدكتورمحسن شفيق، سابق الاشارة إليه ص ٢٥٦-٢٥٩.

(٢) As the secretariat's commentary explains the effect of Article 79/1 in conjunction with Articl 79/5 is to exempt the non performing party only from liability for damages all of the other remedies are available to the other party,i.a demand of performanec, reduc tion of the price or avoidance of the contract However if the =

الذى به العائق تنفيذ التزام بديل للالتزام الذى لا يمكن تنفيذه بسبب العائق، فعلى المتعاقد الآخر قبول هذا التنفيذ متى كان مطابقاً للعقد. وبالتالى فإنه على الطرف الذى يتم اخطاره بالعائق أن يتريث تطبيقاً لمبدأ حسن النية فى لجوئه إلى الجزاءات الأخرى، وأن يلجأ إليها تدريجياً حيث عليه أن يطالب أولا بالتنفيذ البديل، حيث أنه غالبا ما يكون محل العقد من المثليات التى يمكن من خلال السوق الحصول عليها بالنسبة للطرف الذى قام به العائق.

معيار انفساخ عقد البيع الدولى:

لقد رأينا أن كافة التشريعات الوطنية إذا كانت قد حددت سبب انفساخ العقد من حيث السبب الأجنبى، ومنها ما حدد هذا السبب فى أنه الذى تتوافر فيه خصائص القوة القاهرة أو أن هذا السبب هو القوة القاهرة أو الحادث المفاجئ إلى آخره، إلا أن غالبيتها لم تتضمن عنصر التوقع لهذا السبب باستثناء بعض التشريعات الأخرى، فمادام أنها لم تتضمن هذا العنصر فمن الطبيعى ألا تتضمن المعيار الواجب الاتباع لتحديد هذا العنصر، من حيث إذا كان معيارا موضوعياً أو معياراً شخصياً.

الحقيقة أن كافة النظم يتنازعها هذين المعيارين ولكل منهما سلبياته

= party who is requirde to overcom an impediment does so by furnishing a substitute performance.the other party could avoid the contract only if the substitute performance was so deficient in comprison with performance stipulated in the contract that is constituted a fundemental breach of contract" commentary on the draft. C.I.S.G preparde by the secritariat art 65 Para 8" Amy Castely op.cit.,p. 620. N. 66.

وايجابياته. وتبنى أى معيار يتوقف على طبيعة الموضوع الذى تنظمه القاعدة القانونية، وبصدد مسألة توقع السبب الأجنبى فى التشريعات الوطنية كما ذكرنا سلفا لم تتبن التشريعات الوطنية أياً من المعيارين وبالتالى أصبحت هذه المسألة مسألة فقهية قضائية بحتة دون أن تكون تشريعية. ومن المستقر عليه فقهاً وقضاء - كما هو الحال فى القانون المصرى والفرنسى - هو غلبة المعيار الموضوعى، ليس هذا فحسب إنما كذلك فى قرارات التحكيم الدولية، إلا أنه لا يعنى ذلك بالنسبة لهذه الأخيرة عدم الأخذ بالمعيار الشخصى(١).

وإذا انتقلنا إلى نطاق القواعد الموضوعية الدولية نجد أنها قد حددت سبب انفساخ العقد فى عبارة جديدة وهى «العائق»، كما أنها قد تضمنت النص على عنصر التوقع، يضاف إلى ذلك انها قد جاءت بالمعيار الخاص بهذا العنصر وهو معيار متميز يتلائم وطبيعة حاجات التجارة الدولية. فهذه القواعد إما أنها قد جمعت بينها كما هو الحال اتفاقيتى لاهاى عام ١٩٦٤ حيث نصت المادة ٧٤ على «إذا تخلف أحد طرفى العقد عن تنفيذ ما عليه من التزام فلا مسئولية عليه، إذا أثبت أن هذا التخلف كان ناشئاً عن ظروف لم يكن من واجبه - وفقاً لما اتجهت إليه مقاصد الطرفين وقت ابرام العقد - أن يأخذها فى اعتباره أو يتجنبها أو يتغلب عليها. فإذا لم تتضح مقاصد الطرفين، العبرة بما كان يقصده أشخاص عقلاء من نفس الصفة لو وجدوا فى ظروف مماثلة».

فى حين أن اتفاقية فينا ميزت بين المعيارين الشخصى والموضوعى، حيث

---

(١) انظر ذلك بالتفصيل فى: د. شريف محمد غنام، سابق الاشارة إليه ص ٢٥٩ ومابعدها.

أنه يكون من الواضح أنه يكفى للمسئولية عن الحادث أو العائق أن يكون متوقعاً وقت ابرام العقد للطرف الذى تحقق العائق بالنسبة له. وهى بذلك تفادت الانتقادات الموجهة إلى المعيار الموضوعى، ومن ناحية أخرى أخذت بإيجابيات هذا المعيار حيث ذكرت المعقولية فى ذات الوقت لتجنب سلبيات المعيار الشخصى، فالاتفاقية قد أخذت بطريق وسط بين القدرة الشخصية على توقع كل أنواع العوائق وربط هذه القدرة بالموضوعية، وبالتالى ان تقدير مسألة التوقع للعائق طبقا للمعقولية يعتمد على ظروف كل حالة بمعنى أن الاتفاقية قد حجمت من سوء النية. حيث أن الأخذ بالمعيار الشخصى على الاطلاق هو أمراً من شأنه ترك تقدير العائق للشخص الذى يقوم لديه العائق، وبالتالى سيفتح الباب لسوء النية ولذلك أخذت بمعيار المعقولية، بمعنى ألا يترك تقدير العائق للشخص الذى يقوم لديه هذا من ناحية، ومن ناحية أخرى اعتدت بهذا التقدير طبقاً للمعيار الشخصى، حيث يتم الاعتداد هنا بما لديه من معلومات وغير ذلك وذلك لتقدير مسألة التوقع بالنسبة للعائق.

المطلب الثانى

فعـــل الدائـــن

لا يعد العائق (القوة القاهرة) هو السبب الوحيد فى انفساخ عقد البيع بصفة عامة، وهذا ما توضحه المادة ١٦٥ من القانون المدنى المصرى التى أوردت فعل الدائن (خطأ المضرور) ضمن الأسباب المؤدية لانتفاء المسئولية. وهذا على خلاف المشرع الفرنسى الذى ترك هذا الموضوع دون تنظيم حيث أنه يكاد يكون قد حصر السبب الأجنبى فى ذلك الذى تتوافر فيه خصائص القوة القاهرة. ومع ذلك يرى البعض أنه يكون من النادر أن يكون خطأ المضرور هو السبب فى انتفاء المسئولية(١)، لكنه فى النهاية أمراً متصور الوقوع خاصة فى نطاق التجارة الدولية وبصفة خاصة عقد البيع الدولى للبضائع.

لقد تضمنت القواعد الموضوعية الدولية فعل الدائن كسبب من أسباب الاعفاء من المسئولية، حيث قد ورد النص عليها فى المادة ٨٠ من اتفاقية فينا سنة ١٩٨٠ التى تنص على «لا يجوز لأحد الطرفين أن يتمسك بعدم تنفيذ الطرف الاخر لالتزامه فى حدود ما يكون عدم التنفيذ راجعاً إلى فعل أو امتناع من جانب الطرف الآخر».

الحقيقة أن هذا النص لم تتم اضافته إلا فى المرحلة الأخيرة من إعداد اتفاقية فينا حيث كان السبب في اضافته يرجع إلى الاقتراح الذى كان قد سبق أن تم رفضه والذى كان مقدما من ممثل دولة المانيا الديمقراطية أثناء اعداد نص

---

(١) الدكتور يوسف أحمدحسين النعمة، دفع المسئولية المدنية، خطأ المضرور، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، ص٢٠.جامعة القاهرة، ١٩٩٩.

المادة ٧٩ الذى كان ينص على اعفاء الطرف الذى يقوم به العائق من مطالبته بالتنفيذ بالاضافة إلى اعفائه من التعويض. لكن هذا الاقتراح قد قوبل بالرفض حيث قد بدا من هذا الاقتراح والاقتراح المشابه له من ممثل النرويج الرغبة فى ادخال نظرية الظروف الطارئة(١).

فمن المتفق عليه فى الفقه(٢) أن هذا النص يعد تطبيقا لمبدأ حسن النية الوارد النص عليه فى نص المادة ٧ من الاتفاقية، بل يضيف بعض من الفقه إلى ذلك أيضا أنه أكثر اتساعاً من نص المادة ٧٩ حيث أنه لا يقصر الاعفاء على التعويض كما هو الحال فى نص تلك المادة، وبصرف النظر عما إذا كانت مخالفة جوهرية أم لا حيث أنه يشمل الاعفاء من كافة الالتزامات كالتنفيذ وتخفيض الثمن على الرغم من الاخلال بالتنفيذ متعمد ولكن دون ضرر، وسبب ذلك هو استعمال المدين حقا له الأولوية على حق دائنه.

وحتى يمكن القول أن فعل الدائن سبباً فى الاعفاء من المسئولية ولا يؤاخذ المدين بسببه على تعمده الاخلال بتنفيذ التزاماته لأنه حسن النية، فلابد من توافر شروط أولاها أن يكون فعل الدائن هو السبب فى عدم تنفيذ الالتزام، وثانيها أن تكون هناك علاقة سببية بين فعل الدائن وعدم تنفيذ الالتزام، ولا

---

(١) P.Schlechtriem. op.cit. p. 101-102.

(٢) حيث يقول الفقيه B.Audit:

Sans dout parce que alle n'est que la mise en oeuvre du principe supérieur de bonne foi" B.Audit op. cit., p. 179.

ويقول الفقيه Heuze:

" ce text, qui constitue un simple application du principe general de bonne foi que formule l'articl 7" Heuze op.cit, p. 349.

يشترط أن يكون هذا الفعل خطأ بل يكفى أن يكون راجعا إلى الدائن أى بمعنى معزوا إليه. فحسن نية المدين فى هذه الحالة تصبح أكثر تحديدا، فإذا كان له الحق فى أن يستند إلى فعل الدائن كسبب للاعفاء من المسئولية وعدم تنفيذ التزاماته لابد ألا يكون هذا الفعل على قدر من الضآلة أو يكون مكونا لخطأ بسيطا. كما أنه يعد سيئ النية إذا كان يبحث عن قصد لخطأ لشركاء المتعاقد الآخر للاستفادة من هذا الخطأ والتنصل من التزاماته، بحيث لا توجد فى النهاية ثمة مقارنة بين خطأ المدين والنتائج المترتبة على استغلال المدين لهذا الخطأ وطلبه اعفاءه من المسئولية وعدم تنفيذ التزاماته(١).

لقد أثار الفقه الفرنسى مشكلة تتعلق بتطبيق نص المادة ٨٠ من اتفاقية فينا وهى هل يعد خطأ الدائن فى المرحلة قبل التعاقدية سببا فى الاعفاء من المسئولية؟ فبصدد ذلك ذهب بعض الفقه(٢) أنه متى كان خطأ الدائن المؤدى إلى الاعفاء من الالتزام لا يكشف إلا عن غشاً أياً كانت المخالفة من جانب الدائن تلك التى تتعلق بتكوين العقد، فإن هذه المسألة تبدو طعن على صحة العقد ويستعان فيها بقواعد القانون الوطنى. فمسألة خطأ الدائن الذى يتعلق بتكوين العقد ويعد سبباً للاعفاء من المسئولية لا تدخل فى نطاق المادة ٤ من الاتفاقية متى توافرت شروط المادة ٨٠ من اتفاقية فينا.

وبصدد ذلك انتقد رأى فى الفقه الرأى السابق مقرراً أنه لا يبدو له من الناحية النظرية أى تداخل بين نطاق هذا القانون الذى إشار إليه الرأى السابق،

---

(١) Heuze op. cit., p. 350 Note 558.

(٢) B.Audit op. cit., p. 179.

وبين الآثار المترتبة على نص المادة ٨٠ حيث يقول هذا الرأى أننا لا نصل إلى أدنى تصور يمكن بمقتضاه احتمال ذلك فنحن لسنا بحاجة إلى هذا التمييز[١].

ومن مجمل ما تقدم نرى أن القواعد الموضوعية الدولية قد حصرت أسباب انفساخ عقد البيع الدولى فى العائق (القوة القاهرة)، حيث أصبح للقوة القاهرة بمقتضى هذه القواعد مفهوم مختلف عما هو فى القواعد الوطنية. فلم يعد المقصود منها الاستحالة المطلقة إنما هو الاستحالة النسبية، خاصة أنها قد رفضت كل الاقتراحات أثناء إعداد هذه القواعد التى من شأنها ادخال نظرية الظروف الطارئة، ليس هذا فحسب إنما قد قصرت أثر انفساخ العقد بسبب هذا العائق على الاعفاء من التعويض فقط، أى ليس هناك ما يمنع الدائن من أن يلجأ إلى الجزاءات الأخرى كالمطالبة بالتنفيذ، وتخفيض الثمن إلى آخره، هذا ما تختلف فيه التشريعات الوطنية حيث أن الاستحالة المطلقة تعفى تماماً من المسئولية، لذلك ظهرت الحاجة إلى فعل الدائن كسبب من أسباب انفساخ العقد. حيث أن الاعفاء من المسئولية لم يعد قاصراً على الاعفاء من التعويض فقط وكأن أصبح لقاعدة «انفساخ العقد» مفهوم خاص يتلائم مع طبيعة حاجات التجارة الدولية التى تؤكد على أهمية مبدأ حسن النية خاصة فى حالة الاعفاء من المسئولية بسبب العائق، حيث أن الاعفاء قاصر على التعويض فقط دون ما عداه من جزاءات أخرى. ومن ثم ان هذا المبدأ يقتضى من الدائن اذا تحققت شروط العائق أن يلجأ إلى هذه الجزاءات تدريجياً إعمالا لهذا المبدأ، ومن ناحية

---

(١) Heuze op.cit., p. 379.

أخرى فبالنسبة للمدين إذا ما زال العائق الذى كان يحول دون تنفيذ الالتزامات عليه أن يثبت حسن نيته المفترضة فيه وتنفيذ ما كان عليه من التزامات أصلا وإلا أصبح مسئولا عن عدم التنفيذ.

الفصل الثانى

آثار الإخلال بمبدأ حسن النية

فى تنفيذ عقد البيع الدولى

تمهيد: إن تلك الآثار التى تترتب على مخالفة مبدأ حسن النية لابد أن تتوافر بشأنها شروط معينة وهى أن تكون هناك مخالفة، ولا يكون أحد طرفى العقد قد منح الطرف الاخر مهلة اضافية لتنفيذ التزامه. إلا أن هذين الشرطين يختلف نطاق تطبيقهما بالنسبة لتلك الآثار الأخرى، فإنه يشترط بالنسبة للفسخ أن تكون تلك المخالفة جوهرية، حتى كذلك بالنسبة لاستبدال البضائع التى تعد صورة من صور التنفيذ العينى، فى حين أن شرط المهلة الاضافة هو شرط عام بالنسبة لهذه الآثار حيث يشترط انقضاء تلك المهلة.

لكن قبل أن نتناول هذه الآثار، فإن مبدأ حسن النية يفرض على أطراف العقد الالتزام باللجوء إلى ترتيبها تدريجياً، ومثال ذلك أنه متى كانت البضائع التى تم تسليمها معيبة وكان اصلاحها ممكناً فإنه يجب على المشترى أن يخطر البائع بهذه العيوب واعطائه الفرصة لاصلاحها. حيث أن مبدأ حسن النية يقتضى ذلك حتى لا يلجأ المشترى إلى الفسخ قبل اعطاء البائع تلك الفرصة[١]، ومعنى ذلك أنه يجب أولا اللجوء إلي التنفيذ العينى الذى يتمثل فى اصلاح العيب قبل أن يلجأ إلى الفسخ حيث إذا ما تم اصلاح العيب عاد للعقد توازنه المالى.

---

(١) Robert Koch,op. cit.,p. 339..

لذلك، سنقسم هذا الفصل إلى المباحث التالية:

المبحث الأول: إعادة التوازن المالى للعقـــد.

المبحث الثانى: فسخ عقد البيع الدولـــى.

المبحث الأول

إعادة التوازن المالى للعقد

إن آثار الاخلال بمبدأ حسن النية فى تنفيذ عقد البيع الدولى تبدأ منذ الاحساس أو الشعور بالاخلال فى تنفيذ الالتزامات التى يفرضها العقد، وتتدرج هذه الآثار بتدرج هذا الشعور حتى يصل إلى مرحلة اليقين الواقعى المتمثل فى ارتكاب المخالفة للعقد حيث تتناسب هذه الآثار مع المخالفة، فأولى هذه الآثار التى تعد كرد فعل للاحساس أو الشعور تتمثل فى الدفع بعدم التنفيذ ثم تتدرج بعد ذلك إلى التنفيذ العينى، حيث يكون الاخلال بالعقد قد اصطبغ بصبغة واقعية وهى عدم التنفيذ الفعلى طبقاً للعقد. وصور هذا التنفيذ العينى لعقد البيع الدولى هى اصلاح العيب فى المطابقة، وتخفيض الثمن، واستبدال البضائع.

وإن الدفع بعدم التنفيذ أو التنفيذ العينى إذا كان كل منهما يعد أثراً من الآثار التى تترتب على مخالفة مبدأ حسن النية فإنهما يعدان من الوسائل التى من شأنها اعادة التوازن المالى للعقد. وبصدد هذا الأثر فإن القواعد الموضوعية الدولية قد أخذت بنهج نظم القانون الخاص فيما يتعلق بالتنفيذ

العينى أو عدم التنفيذ. فالتنفيذ العينى فى نظم القانون الخاص هو الأصل والاستثناء هو التعويض، والعكس صحيح فى القانون الانجليزى وكذلك القانون الأمريكى.

وقد يتم الاعتراض على ادراج مثل هذه الآثار تحت عنوان إعادة التوازن المالى للعقد، وذلك على اعتبار أن هذا المصطلح خاص بالعقود الإدارية دون عقود القانون الخاص، وذلك لما للجهة الإدارية من حق فى تعديل العقد. الحقيقة أننا نخالف فى الرأى أستاذنا الجليل الدكتور سليمان الطماوى فيما ذهب إليه من أن فكرة التوازن المالى للعقد هى فكرة ليس لها مكان فى عقود القانون الخاص[1]، وذلك من حيث أن فكرة التوازن المالى للعقد هى فى حقيقتها التزاما يقع على طرفى العقد حيث أن كل طرف من أطراف العقد يضمن التوازن المالى للعقد، وذلك منذ بداية تكوينه حتى تمام تنفيذه. وآية ذلك أن للطرف المغبون فى العقد أن يطلب ابطال العقد متى كانت إرادته مشوبة بعيب «الغبن» فالهدف من ذلك هو ضمان التوازن المالى للعقد وكذلك من حيث تنفيذه. حيث تضمنت التشريعات المقارنة وكذلك القواعد الموضوعية الدولية القواعد التى من شأنها اعادة الوازن المالى للعقد وهى الدفع بعدم التنفيذ، والتنفيذ العينى، حيث أنه إذا تم تطبيقها عاد التوازن المالى للعقد. وبالتالى أن التنفيذ العينى والدفع بعدم التنفيذ يعدان أثراً للاخلال بالالتزام بالتوازن المالى للعقد.

---

(١) الدكتور سليمان محمد الطماوى، العقود الإدارية، ص. ٦١٠، دار النهضة العربية، ١٩٩٠.

لذلك سنقسم هذا المبحث إلى المطالب التالية:

المطلب الأول: الدفع بعدم التنفيذ أو وقف التنفيذ.

المطلب الثانى: التنفيـــــذ العينـــــــــى.

المطلب الأول
الدفع بعدم التنفيذ
أو وقف التنفيذ

إن الدفع بعدم التنفيذ أو وقف التنفيذ إن كان أثراً من الآثار التى تترتب على مخالفة مبدأ حسن النية في تنفيذ العقد فإنه لا يؤدى إلى انحلال الرابطة العقدية، ولكنه يؤدى إلى وقف العقد مؤقتاً. فهذا الأثر قد تضمنته كافة التشريعات المقارنة حيث قد ورد النص عليه فى القانون المدنى المصرى المادة ١٦١، والمادة ٣٢٠ من القانون الألمانى، والمادة ٨٢ من القانون السويسرى وبعض تشريعات الدول العربية، أما بالنسبة للقانون الفرنسى فهو لم يتضمن مثل هذا الأثر إلا أنه مسلم به فقها وقضاء(١).

ومما يجب الاشارة إليه أن هذه التشريعات قد تضمنت فى قوانينها بعد أن تضمنت قاعدة الدفع بعدم التنفيذ قواعد خاصة بوقف التنفيذ، حيث ينص القانون الالمانى فى المادة ٣٢١ على أنه يجوز لكل من طرفى العقد وقف تنفيذ التزاماتهما إذا تبين لأحدهما أن المركز الاقتصادى للطرف الآخر قد اضطرب

---

(١) الدكتور أحمد عبد الباقى، سابق الاشارة إليه، ص ٦٦٧ هامش(١).

بعد ابرام العقد اضطراباً خطيراً يعجز معه عن تنفيذ جانب أساسى من التزاماته(١)، كذلك تنص المادة ٨٣ من القانون السويسرى أنه فى حالة اعسار أحد المتعاقدين فى عقد ملزم للجانبين فإن للعاقد الآخر وقف تنفيذ الالتزام المقابل لحين تقديم الأول ضمانات كافية وإلا جاز له فسخ العقد(٢). ولا يوجد لهذه النصوص مقابل فى القانون المدنى المصرى على الرغم من أن الأعمال التحضيرية كانت تنص نصا مقابلا لذلك(٣).

وبذلك يمكن القول أن القواعد الموضوعية الدولية قد تأثرت بالنص الالمانى، والسويسرى عندما تضمنت النص على وقف التنفيذ حيث تنص المادة ٧١/ب من اتفاقية فينا على أنه «يجوز لكلا من الطرفين أن يوقف تنفيذ التزامه إذا تبين بعد ابرام العقد أن الطرف الآخر سوف لا ينفذ جانبا هاما من

---

(١) P.Schlechtriem, op. cit., p. 91-92.

(٢) الدكتور أحمد السعيد الزقرد، محاولة لانقاذ العقود من الفسخ، الاتجاهات الحديث فى القوانين المصرى، الكويتى، والفرنسى، الانجليزى، مع الإشارة إلى قانون البيع الدولى للبضائع ص ١٤٨، هامش ١٩٨ مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، جامعة المنصورة، العدد ٢٨ أكتوبر ٢٠٠٠.

(٣) تنص المادة ٢٢٣ من المشروع التمهيدى للقانون المدنى على «فى العقود الملزمة للجانبين إذا أصاب أحد المتعاقدين نقص فى ماله بعد ابرام العقد أو إذا طرأ على مركزه المالى ما يخشى معه أن يكون عاجزاً عن تنفيذ التزامه، جاز للمتعاقد الاخر إذا كان هو المكلف بتنفيذ العقد أولا أن يمتنع عن تنفيذالتزامه حتى يقوم المتعاقد الأول بتنفيذ ما تعهد به أو يعطى ضمانا كافياً لهذا التنفيذ، فإذا لم يتم التنفيذ أو يعطى الضمان فى وقت مناسب جاز المطالبة بفسخ العقد.

راجع فى ذ لك مذكرة المشروع التمهيدى تعليقاً على هذه المادة فى مجموعة الأعمال التمهيدية جـ ٢ ص ٣٣٣.

التزامه. ٢- بسبب الطريقة التى يعدها لتنفيذ العقد أو التى يتبعها فعلا فى تنفيذه. ٣- يجب علي الطرف الذى يوقف تنفيذ التزاماته قبل ارسال البضائع أو بعد ارسالها أن يرسل مباشرة إلى الطرف الاخر اخطارا بذلك وعليه أن يستأنف التنفيذ إذا قدم له هذا الطرف ضمانات كافية تؤكد عزمه على تنفيذ التزاماته، وهذا ما أخذت به أيضا المادة ٧٣ من القانون الموحد(١) فى حين أن مبادئ الينديروا قد أخذت بقاعدتى الدفع بعدم التنفيذ ووقف التنفيذ(٢).

وبالتالى فإن ما أخذت به القواعد الموضوعية الدولية يعد وقف تنفيذ وليس الدفع بعدم التنفيذ، ومن ثم نخالف ما ذهب إليه البعض من الفقه أن تلك القاعدة التي وضعتها الفقرة الأولى من المادة ٧١ لا تخرج عن كونها تطبيق للدفع بعدم تنفيذ الالتزام ولكنه تطبيق خاص، حيث يشترط وقوع عدم التنفيذ فعلا ليكون للطرف الآخر بدوره الامتناع عن التنفيذ إنما يكتفى بوجود احتمال عجز أحد الطرفين عن التنفيذ ليكون للطرف الآخر وقف تنفيذ التزاماته(٣)، لأن الأمر ليس كذلك لأن الدفع بعدم التنفيذ يختلف عن وقف التنفيذ وإن

---

(١) تنص المادة ٧٣ من القانون الموحد على «يجوز لكلا من طرفى العقد وقف تنفيذ التزاماتهم إذا تبين لأحدهما أن المركز الاقتصادى للطرف الآخر قد اضطرب بعد ابرام العقد اضطراباً خطيراً يخشى معه أن يعجز عن تنفيذ جانب أساسى من التزاماته.

(٢) تنص المادة ٧/١/٣ من مبادئ الينديروا على «حيث يلتزم الطرفان بشكل متزامن يحق لكل طرف أن يمتنع عن التنفيذ حتى يقوم الطرف ا لآخر بالتنفيذ. ٢- وحيث يلتزم الطرفان بالتنفيذ على سبيل التتابع يجوز فى وقت لاحق للطرف الملتزم أن يمتنع عن التنفيذ حتى يقوم الطرف الأول بالتنفيذ». الفقرة الأولى تعبر عن قاعدة الدفع بعدم التنفيذ، الفقرة الثانية تعبر عن قاعدة الوقف عن التنفيذ وإن كانت المبادئ قد عبرت عن كلتا القاعدتين بتعبير واحد هو الامتناع عن التنفيذ.

(٣) الدكتور محسن شفيق، سابق الاشارة إليه، ص ٢٢٢ هامش٣٦٧.

كانت الغاية واحدة، وهذا ما أبرزته تلك التشريعات المقارنة من حيث أنها أبرزت لكلا منهما نصاً خاصاً به فمعنى الدفع بعدم التنفيذ أن التنفيذ لم يبدأ بعد، أما بالنسبة لوقف التنفيذ فإنه يعنى أن مرحلة تنفيذ العقد قد بدأت بالفعل وإن كان كل منهما يعد ضمان للاخلال بمبدأ حسن النية فى تنفيذ العقد.

مبدأ حسن النية ووقف التنفيذ:

ان ما قاله رأى فى فقه بصدد الامتناع عن التنفيذ من أنه يثبت استثناء لمن قام بالبدء فى التنفيذ ليس بسبب القلق المشروع الناشئ عن اعسار المتعاقد وإنما بسبب مسلك المدين الغامض أو سوء نيته، فسوء النية لأحد المتعاقدين يعتبر خطراً جسيماً على المتعاقد الآخر كالاعسار تماماً[1]، فإنه يصدق بالدرجة الأولى على وقف التنفيذ.

فما قاله هذا الرأى يكشف بوضوح عن أهمية مبدأ حسن النية حيث أن الاعسار ليس هو السبب الوحيد فى وقف التنفيذ، إنما كذلك مسلك المدين الغامض أو سوء النية، مما يعنى أن حسن النية يعد ضمانة للالتزام بتنفيذ العقد. وإن كانت التشريعات المقارنة قد اقتصرت على سبب الاعسار فقط فإنه يمكن ارجاع ذلك إلى الاعتراف بمبدأ حسن النية فى تلك التشريعات كمبدأ عام يشمل كافة الالتزامات. وهذا ما اختلفت فيه القواعد الموضوعية الدولية حيث أضافت إلى شرط الاعسار شرطاً آخر يكشف عن سوء النية وعدم الالتزام بمبدأ

---

(١) انظر فى ذلك الدكتور محمد لبيب شنب، الجحود المبتسر للعقد، دراسة فى القانون الأمريكى مقارنة بالقانون الفرنسى والمصرى، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، ص ٦٨جامعة عين شمس العدد الأول السنة الثالثة، يناير ١٩٦١.

حسن النية «وهو بسبب الطريقة التى يعدها للتنفيذ أو التى يتبعها فعلا فى تنفيذه»، وكأنها قد أخذت بشكل ضمنى ما قاله هذا الرأى من الفقه المشار إليه، وهذه الفقرة قد توحى أنها قد أخذت فى القواعد الموضوعية الدولية بنظام الدفع بعدم التنفيذ، ووقف التنفيذ حيث جاء بها «بسبب الطريقة التى يعدها لتنفيذ العقد» مما يعنى هنا الدفع بعدم التنفيذ حيث أن التنفيذ لم يبدأ بعد، وهذا ليس صحيحاً لأن هذه العبارة تعنى أنه قد بدأ التنفيذ فعلا، وذلك من خلال تلك الطريقة التى يعدها فى حين أن الدفع بعدم التنفيذ يعنى أن التنفيذ لم يبدأ بالفعل حيث أن كل طرف وكأنه لم يبرم عقداً.

وإذا كان وقف التنفيذ يعد ضمانة للالتزام بمبدأ حسن النية، فإن مبدأ حسن النية يعد أيضاً ضمانة بالنسبة للطرف المدين أى الذى استخدم ضده جزاء وقف التنفيذ، حيث أنه يجب على الدائن أن يستأنف التنفيذ متى كان هذا الطرف قد قدم ضمانات كافية تؤكد عزمه على تنفيذ التزاماته. وهذا ما أشارت إليه المادة ٣/٧١ من اتفاقية فينا «يجب على الطرف الذى يوقف تنفيذ التزاماته قبل ارسال البضائع أو بعد ارسالها أن يرسل مباشرة إلى الطرف الآخر اخطاراً بذلك وعليه أن يستأنف التتنفيذ إذا قدم له هذا الطرف ضمانات كافية تؤكد عزمه على تنفيذ التزامه»، وكذلك المادة ٧٣ من اتفاقيتى لاهاى سنة ١٩٦٤(١).

وبالتالى لا يجوز للطرف الذى تمسك بوقف تنفيذ التزاماته بسبب اعسار الطرف الآخر أو بسبب وقوع عجز خطير فى قدرته على تنفيذ التزاماته أو

---

(١) انظر فى ذلك المادة ٣/٧٣ من اتفاقية لاهاى سنة ١٩٦٤.

بسبب الطريقة التى يعدها لتنفيذ العقد أو التى يتبعها فى تنفيذه أن يستمر فى التمسك بوقف التنفيذ على وجه يتعارض مع ما يقضى به حسن النية متى كان قد قدم ضمانات كافية تؤكد العزم على تنفيذ الالتزامات.

فكل هذا يؤكد أهمية الالتزام بمبدأ حسن النية ليس فقط من حيث الالتزام به فى تنفيذ الالتزامات، ولكن أيضاً من حيث وجوب اللجوء إلى هذا الجزاء أولا باعتبار أنه لا يؤدى إلي انحلال الرابطة العقدية، وكذلك مراعاته والالتزام به فى تطبيق هذا الجزاء الذى يعد أثراً لمخالفته.

المطلب الثانى

التنفيذ العينى

يعد التنفيذ العينى أحد الآثار المترتبة على مخالفة مبدأ حسن النية فى تنفيذ العقد. إلا أن التشريعات الوطنية تتباين فيما بينها فى الأخذ به، فهو فى نظم القانون العام يعد نظاماً استثنائياً حيث أن القاعدة العامة هى التعويض ويؤكد ذلك فقهاء القانون العام، حيث يقول رأى[١] أن التنفيذ العينى فى نظم القانون العام يكون بمقتضى جزاءات نقدية (التعويض).

"the specific performance at lest in the common law was to harsh a rem-

---

(١) Summery records of the first comnitea (18 th mtg) un. doc A/ Conf. 97/C.I/SR. 18 (1980).

مشار إليه فى:

Amy H.Kastely "the right to requier performance in international law sales towards an international interprations of the vienne convention, law review p. 627. 1988.Note 98.

dy for breach of an international sales contract in common law system. the sanction was both sever and Effective, scince specifis performance was enforced by penalites such as fines".

كما يقول رأى آخر أن المطالبة باصلاح البضائع غير معروفة فى القانون العام[١] إذا كانت تلك هى القاعدة العامة فإن الاستثناء على هذه القاعدة أى الأخذ بنظام التنفيذ العينى يعرفه نظم القانون العام متمثلا فى نص المادة ٥٢ من قانون بيع البضائع الصادر سنة ١٩٩٣، الذى تضمن النص عليه أيضاً قانون بيع البضائع الجديد سنة ١٩٧٩ فى انجلترا التى تنص على «يجوز للمحكمة أن تقضى بتنفيذ الالتزام عيناً وحرمان المدعى عليه من خيار استيفاء البضاعة مقابل دفع تعويض[٢]، كذلك المادة C/716 من قانون التجارة الأمريكى الموحد التى تسمح للمحاكم بالتنفيذ العينى حيث تكون البضاعة عيناً معينة بذاتها good are unieque[٣].

ويذهب البعض من الفقه أن أساس ذلك فى نظم القانون العام أن الفصل بين القانون والعدالة هو السبب فى تضييق حالة التنفيذ العيني فى نظم القانون العام، إلا أنه فى السنوات الأخيرة بدت الحاجة إلى التنفيذ العينى فى نظم

---

(١) Schmitthoff "A cliam for the repair of such goods in unkown of the common law" schmitthoff's Expart trade "the law and practice of international trade LL.m.lid p. 254 London sweet maxwall 1993-2000".

(٢) الدكتور محسن شفيق، سابق الاشارة إليه ص ١٢٦.

(٣) Amy H.Kastly op.cit., p. 638-639.

القانون العام من حيث أفضليته على إنهاء العقد والاكتفاء بالتعويض نظراً لما يترتب عليه من التخفيف فى تنفيذ العقد(١).

وعلى العكس تماماً من نظم القانون الخاص، فالتنفيذ العينى هو الأصل حيث أنه الجزاء المفضل توقيعه على الطرف المخالف للعقد حيث أنه لا يوجد فصل بين القانون والعدالة فى القارة الأوروبية حيث توجد نظم القانون الخاص(٢). وهذا يؤيده الواقع فى التشريعات الوطنية التى تنتمى إلى نظم القانون الخاص حيث قد تضمن القانون المدنى المصرى النص على التنفيذ العينى باعتبار أنه هو الأصل فى المادة ٢٠٣ محدداً شروط التنفيذ العينى(٣) التى تنص على «يجبر المدين بعد اعذاره طبقاً للمادتين ٢١٩ ، ٢٢٠ على تنفيذ التزامه عيناً متى كان ذلك ممكنا، على أنه إذا كان فى التنفيذ العينى ارهاق للمدين جاز له أن يقتصر على دفع التعويض النقدى إذا كان ذلك لا يلحق بالدائن ضرراً جسيماً»، وهذا ما تؤكده أحكام القضاء المصرى حيث قضت محكمة النقض المصرية «أنه يشترط لإجبار المدين البائع على تسليم العين إلى المشترى أن يكون هذا التسليم ممكناً، فإذا كانت العين المملوكة للبائع وقت آنعقاد العقد تعلقت بها ملكية شخص آخر تعلقاً قانونياً استحال الوفاء بهذا

---

(١) John Fitzgerald "C.I.S.G,specific performance and civil law of louisiana and Quebec, journal of law and commerce 1997, 291-313.

(٢) John Fitzgerald, op. cit., p. 291-313.

(٣) انظر فى ذلك الدكتور عبد الفتاح عبد الباقى، أحكام الالتزام، ص٢٣، سنة ١٩٨٩، الدكتور أحمد شرف الدين، الدكتور لبيب شنب، أحكام الالتزام، ص٤٣، ١٩٨٨.

الالتزام عيناً»[١].

كذلك الحال أيضا فى التشريع الفرنسى، فالتنفيذ العينى نتيجة طبيعية لمبدأ العقد شريعة المتعاقدين، فهو القاعدة العامة حتى لو كان رفض المدين مستمراً بصدد تنفيذ الالتزام ولو كان لا يتمخض عنه تعويضا[٢]، مما يجب الاشارة إليه أنه إذا كان التنفيذ العينى فى نظم القانون الخاص هو الأصل أو الجزاء الأول إلا أنه ليس مطلقاً من كل قيد أو شرط، حيث يجب توافر شروط معينة كما هو مبين من نص المادة ٢٠٣ وهى أن يكون ممكناً وألا يكون مرهقاً للمدين. وكذلك الحال فى القانون الألمانى حيث لا يؤخذ بالتنفيذ العينى متى كان مرهقاً أو مكلفاً بالنسبة للمدين[٣].

ولقد تبنت القواعد الموضوعية الدولية نظام التنفيذ العينى حيث قد ورد النص عليه فى المواد ٧ ، ٦ ، ٤٢ من اتفاقيتى لاهاى ١٩٦٤[٤]، والمادة ٢٨ من اتفاقية فينا ١٩٨٠ التى تنص على «إذا كان من حق أحد الطرفين بمقتضى أحكام هذه الاتفاقية أن يطالب الطرف الأخر بتنفيذ التزاماً 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 الاتفاقية.

---

(١) مشار إليه فى الدكتور عبد الرزاق السنهورى، عقد البيع، ص ٧٦٩ هامش ١.

(٢) B.Aduit op. cit., p. 122 Not 1.

(٣) G.H treite, Ramedies for the Bresch of contract 1988.
مشار إليه فى: John Fitzgerald, op.cit., note75.

(٤) انظر الدكتور رضا عبيد، سابق الاشارة إليه ص٥٣٣ وما بعدها.

فصياغة نص المادة ٢٨ من اتفاقية فينا تبدو فيها أثر وجهة نظر القانون العام فى التنفيذ العينى، وهذا ما هو مستفاد من ممثلى أمريكا، وانجلترا فى الأعمال التحضيرية بصدد نص المادة ٢٨ عندما قرروا أن الاضافة المقترحة أن المحكمة غير ملزمة باصدار حكم بالتنفيذ العينى. . . سوف تسمح للنظم القانونية التى لا تطبق التنفيذ العينى إلا استثناء بالاستمرار فى ذلك تحت نطاق الاتفاقية، بل انهم طلبوا استبدال عبارة Could بعبارة Would حيث أن هذا التعديل يسمح لتلك النظم بتطبيق التنفيذ العينى وفقا للشروط المقررة فى قوانينها(١).

وبالرغم من العديد من الاقتراحات التى تؤكد على التنفيذ العينى حيث قال MR.Hosokawa ممثل اليابان أنه يبدو من الملاحظ حال قيام المشترى بابرام العقد الذى يلزم المشترى بتنفيذ التزامه، فللمشترى الحق فى المطالبة بالتنفيذ، قال أيضاً ممثل السويد MR.Hjerner حتى إذا كان المشترى قادراً على شراء بديل من مكان آخر فى السوق فهو ما زال له الحق فى التمسك بالحق وما كان يأمله من وعد البائع، كما قال ممثل دولة فرنسا MR.Ghestin من أن النتيجة المترتبة على التعديل الحد من الحق في التنفيذ سوف تشجع البائع على عدم الالتزام بالتزاماته إذا ارتفعت قيمة المنتج فى السوق تلك التى يقوم ببيعها حيث يبدو أن التعويض بالنسبة له حل غير كاف، فالجزاء الأساسى يكون هو تنفيذ العقد(٢).

---

(١) لمزيد من التفصيل: Amy H.Kastaly op. cit., p. 625-626.

(٢) Summery records of the first comnittee 18th mt. undoc A/ conf.97/C.I/SR 1980.

مشار إليه فى: Amy H.Kastaly op. cit., p.614. N.41.

ومع ذلك تضمنت اتفاقية فينا نص المادة ٢٨ بهذه الصياغة محاولة التوفيق بين نظم القانون العام ونظم القانون الخاص. حيث جاءت كقاعدة عامة ثم أوردت الاتفاقية تطبيقات التنفيذ العينى فى المادة ١/٤٦ التى تنص على «يجوز للمشترى أن يطلب من البائع تنفيذ التزامه، إلا إذا كان المشترى قد استعمل حقاً يتعارض مع هذا الطلب، وكذلك المادة ١/٦٢ «يجوز للبائع أن يطلب من المشترى دفع الثمن أو استلام البضائع أو تنفيذ التزاماته الأخرى، إلا إذا كان البائع قد استعمل حقا يتعارض مع هذا الطلب. ومن القاعدة العامة المادة ٢٨، وتطبيقات تلك القاعدة (١/٤٦، ١/٦٢) تتضح شروط التنفيذ العينى فى القواعد الموضوعية الدولية، وهى عدم جواز استعمال حق يتعارض مع التنفيذ العينى، سماح قانون القاضى بالتنفيذ العينى.

(١) عدم جواز استعمال حق يتعارض مع التنفيذ العينى: هذا الشرط قد ورد فى النصوص الخاصة بتطبيقات التنفيذ العينى فى المادة ١/٤٦، ١/٦٢، ولم تتضمن اتفاقية لاهاى سنة ١٩٦٤ هذا الشرط على اعتبار أن مبدأ حسن النية يوجب على الأطراف ألا يتعسفوا فى استعمال الحقوق المقررة لهم بشكل متناقض، ومن ثم لا يجوز للمشترى أن يطلب من البائع تنفيذ التزامه بالمطابقة من خلال طلبه اصلاح البضائع إذا كان قد مارس حقه فى تخفيض الثمن.

وهذا الشرط على الرغم من أنه لم يرد النص عليه فى المادة ٢٨ فهو يعد القاعدة العامة. حيث أن التاريخ التشريعى لنص هذه المادة والتفسير القانونى يجعل من الواضح أن التنفيذ العينى فى نص هذه المادة يشمل الحق فى المطالبة

بالتنفيذ العينى لأى التزامات تعاقدية سواء بالنسبة للبائع أو المشترى المنصوص عليها فى المادة ٤٦، ٦٢ من الاتفاقية(١).

الشرط الثانى: سماح قانون القاضى بالتنفيذ العينى: فهذا النص قد تضمنته القاعدة العامة وهى نص المادة ٢٨ under its own law وكذلك اتفاقيتى لاهاى سنة ١٩٦٤. ومفاده أنه لا يسمح بالتنفيذ العينى إلا إذا كان قانون المحكمة المعروض عليها النزاع يسمح بالتنفيذ العينى، ومن ثم فإنه يمكن تعطيل تطبيق نص المادة ٢٨ متى كان قانون القاضى لا يسمح بالتنفيذ العينى، ومما لا شك فيه أن هذا التنفيذ يثير قدر من الحيرة والابهام لدى المحكمة المعروض عليها النزاع حيث لا يوجد لديها سوى هذا التفسير، ولا يوجد أى تفسير آخر يساعدها فى تطبيقه إلا طبقا لهذا التفسير، لذلك لم تتضمنه مبادئ النيدروا، وبالتالى فإنه طبقاً لهذه المبادئ فإن المحاكم الأمريكية والانجليزية لا يكون لديها أى حرية اختيار فيما يتعلق بتطبيق التنفيذ العينى حيث يجب عليها الحكم به(٢).

فطبقاً لذلك تعد قاعدة التنفيذ العينى غير ذات مغزى أو فائدة فى نطاق التجارة الدولية ومن ثم لا تتحقق الغاية المرجوة من وضع قواعد موحدة للبيع الدولى وهى توحيد أحكامه. فطبقاً لنص المادة ٢٨ كما يقول رأى فى الفقه أن نص هذه المادة يضيق من قاعدة التنفيذ العينى فى كل من نظم القانون الخاص،

---

(١) Amy K.Kastly op. cit., p. 635.

(٢) P.Ole Lando "principles of Europen contract law. parts I and II "Kluwer law international p. 5-2000."http: c.i.s. G.law. pace. edu/c.i.s.G/text/ comparison 50/ html".

والعام. فطبقاً لنظم القانون العام سوف تفضل المحاكم تطبيق قانونها المطبق لنظام التنفيذ العينى، والذى لا يعد فيه إلا نظاماً استثنائياً حيث أنه ليس إلا مجرد جزاء اختيارى، أما بالنسبة لنظم القانون الخاص الذى يعد فيه التنفيذ العينى هو الأصل، فإنه كذلك نظرياً لكن من الناحية العملية فان المحاكم سوف لا تطبقه متى كان مرهقاً للمدين، ومن ثم سوف لا تطبقه طبقاً لنص المادة ٢٨. وبالتالى فإنه اجمالا لما تقدم فإن محاكم القانون العام والخاص لديها القدرة على عدم تطبيق نظام التنفيذ العينى(١).

ويمكن القول أن السبب فى عدم فائدة قاعدة التنفيذ العينى فى اتفاقية فينا هم ممثلى نظم القانون العام فى الأعمال التحضيرية لنص المادة ٢٨، ومن ثم أن ما قاله البعض من الفقه(٢) من أن هذا القيد بخصوص اتفاقية لاهاى سنة ١٩٦٤ مقصود به القانون الانجليزى فلم يعد هو فحسب انما أصبح القانون الأمريكى أيضاً، وأن ما يتصوره البعض(٣) من أن المحاكم الأمريكية سوف تطبق قاعدة التنفيذ العينى فى المنازعات المتعلقة بالعقود الخاضعة لأحكام الاتفاقية أكثر مما هو مقرر، وذلك على اعتبار أن المعاملات الدولية تختلف عن المعاملات الوطنية تلك التى يتصور فيها امكانية اعادة بيع الأشياء محل العقد، هذه مسألة صعبة فى نطاق التجارة الدولية، كما أن حال أطراف العقد فى العقود الدولية يختلف عن العقود الوطنية مما سيدفع المحاكم الأمريكية الى

---

(١) John.O.Honnold "uniform law for international sales under the 1980 united nation convention p.277 (2d ed. 1991).

مشار إليه فى: John Fitzgerald op. cit., p. 95, N. 58.

(٢) الدكتور رضا عبيد، سابق الاشارة اليه ، ص ٥٣٥.

(٣) Amy H.Kastly op. cit., p. 640.

السرعة فى الأخذ بالتنفيذ العينى طبقاً لأحكام الاتفاقية بما يتلاءم مع الأطراف، يضاف إلى ذلك أن المحاكم ربما تدرك الحاجة إلى ضرورة توحيد أحكام عقد البيع الدولى وهى بصدد ممارستها لحريتها فى تطبيق التنفيذ العينى من عدمه. فهذا أمراً وارداً ولكنه احتمالياً حيث لو كانت الاتفاقية قد خلت من مثل هذا الشرط أو تم تقنين قاعدة التنفيذ العينى طبقاً لنظم القانون الخاص لكان لمثل هذه القاعدة فى نطاق التجارة الدولية قيمة قانونية ملزمة، وهذا ما لم يرغب فيه ممثلى نظم القانون العام فى الأعمال التحضيرية، حيث أضافوا إلى نص المادة ٢٨ما من شأنه جعل المسألة اختيارية لمحاكم القانون العام.

وبالتالى فإن قاعدة التنفيذ العينى بهذا الشكل تتعارض تماماً ومبدأ حسن النية، فهى تمثل اعتداء واهدار لمبدأ حسن النية الذى يعد حجر الأساس لتنفيذ الالتزامات، فليس مجرد الاخلال البسيط بالالتزامات التى يفرضها العقد أمراً من شأنه حرمان الطرف المضرور من التنفيذ العينى والاقتصار على التعويض فقط متى كان قانون القاضى المعروض عليه النزاع لا يسمح بالتنفيذ العينى.

ومما يؤكد على عدم جدوى قاعدة التنفيذ العينى الواردة فى القاعدة الموضوعية الدولية، اتجاه محاكم التحكيم بصدد تطبيق نص المادة ٢٨، فما من قضية معروضة على التحكيم طبق فيها نظام التنفيذ العينى بل توجد العديد من الحجج التى تحول دون تطبيق هذا النص فى محاكم التحكيم الدولية(١).

---

(١) Alison E.Willams "forcasting the potential impact of vienna sales convention on international sales law in the united kingdom Pac review of the C.I.S.G (2001) Kluwer law international p. 41 Note 126.

لقد تضمنت القواعد الموضوعية الدولية، وكذلك مبادئ الينذروا صور التنفيذ العينى فى المواد ٤٦، ٤٨، ٥٠ من اتفاقية فينا، والمواد ٣٧، ١/٤٢ من اتفاقية لاهاى سنة ١٩٦٤[١]، والمواد ٣/٢/٧، ٤/١/٧ من مبادئ الينذروا[٢]، فالمادة ٤٦ فقرة ٢، ٣ قد حددت صور التنفيذ العينى وفقاً لاتفاقية فينا، حيث يحق للمشترى طلب استبدال البضائع متى كان عيب عدم المطابقة يشكل مخالفة جوهرية، وطلب اصلاح العيب فى المطابقة متى كان ذلك لا يشكل عبئاً غير معقولا على البائع، أما إذا كان عيب عدم المطابقة لا يشكل مخالفة جوهرية وكان الاصلاح يشكل عبئاً غير معقول فيكون للمشترى الحق وفقاً لنص المادة ٥٠ تخفيض الثمن بسبب انخفاض قيمة الشئ المبيع لذلك العيب فى المطابقة[٣]. فإذا كانت تلك هى صور التنفيذ العينى وفقاً لاتفاقية فينا، فإن تلك الاتفاقية قد تضمنت نص المادة ٤٨ التى تقرر للبائع الذى يتخلف عن تنفيذ التزامه حقا فذاً هو عرض اصلاح الخلل الذى وقع فى التنفيذ وفقا للشروط التى حددتها تلك المادة[٤].

---

(١) الدكتور رضا عبيد، سابق الاشارة إليه ص ٥٣٣.

(٢) انظر المواد ٣/٢/٧، ٤/١/٧ من مبادئ النيدروا.

(٣) Amy H.Kastely op. cit., p. 617-618.

(٤) الدكتور محسن شفيق، سابق الاشارة إليه ص ١٧٦، هذا النص يعد نصاً جديداً قد تضمنته اتفاقية فينا سنة ١٩٨٠ ولايقابله نصاً مماثلا فى اتفاقيتى لاهاى ١٩٦٤ حتى أن نص المادة ٤/١/٧ من مبادئ الينذروا قد أشار إليه ضمنياً «يجوز للطرف المدين أن يقوم على نفقته الخاصة بتصحيح عيب التنفيذ».

فهذه الصور للتنفيذ العينى تعد جزاء لمخالفة مبدأ حسن النية المقرر بنص المادة ٧ من اتفاقية فينا الشاملة لتفسير وتطبيق نصوص الاتفاقية. فهذا المبدأ لا يتضمن فقط مفهوم المعقولية، والعدالة والانصاف بل يشمل الالتزام بالكشف عن العيوب الخفية المرتبطة بعدم المطابقة من جانب البائع(١)، فمتى خالف ذلك فإنه يعد مخالفاً لمبدأ حسن النية، ومن ثم يحق للمشترى اللجوء إلى مثل هذه الصور من التنفيذ العينى كجزاء لمخالفة مبدأ حسن النية وهى (أ) طلب اصلاح البضائع (ب) تخفيض الثمن (جـ) استبدال البضائع.

الفرع الأول

طلب اصلاح البضائع

طبقاً لمبدأ حسن النية والالتزام به فى تنفيذ العقد، على البائع أن يقوم بتسليم الشئ المبيع خالياً من أى عيوب فى المطابقة فإذا ما خالف ذلك وقام بالتسليم بشكل يغاير ما اشتمل عليه العقد، فللمشترى أن يطالب البائع باصلاح هذه العيوب. فهذه الصورة من صور التنفيذ العينى قد أشارت إليها التشريعات المقارنة المدنية دون التشريعات التجارية تلك التى لم يهتم بشكل عام بمسألة العيوب الخفية فى الشئ الذى يتم تسليمه(٢).

فكافة التشريعات المقارنة تعالج هذه الصورة من صور التنفيذ العينى فى

---

(١) Fatima Akadaf "Application of C.I.S.G to arab Islamic contrats international, law Review p. 32 (2001).

(٢) Jean Delacollette op.cit., p. 25.

اطار القواعد المنظمة لضمان العيوب الخفية، فالقانون المدنى المصرى يتضمن النص على ضمان البائع صلاحية المبيع للعمل فى المادة ٤٥٥[١]، كما تضمن القانون الكويتى فى المادة ٤٩٩ النص صراحة على هذه الصورة من صور التنفيذ العينى حيث تنص هذه المادة على «إذا ضمن البائع صلاحية المبيع للعمل مدة معلومة ثم ظهر الخلل فى المبيع خلالها، فعلى المشترى أن يخطر البائع بهذا الخلل فى مدة شهر. ٢- فإذا لم يقم البائع بإصلاح الخلل كان للمشترى أن يطالب بالفسخ....».

كذلك أيضاً قد تضمن القانون الفرنسى[٢] هذه الصورة في اطار القواعد المنظمة لضمان العيوب الخفية، إلا أنه توجد بعض التشريعات الأخرى تلك التى لم تتناول هذه الصورة من صور التنفيذ العينى ضمن الجزاءات التى يحق للبائع اللجوء إليها كما هو الحال فى دول أمريكا اللاتينية[٣].

ومما هو جدير بالذكر أن تلك التشريعات التى تناولت هذه الصورة من صور التنفيذ العينى فى اطار القواعد المنظمة لضمان العيوب الخفية، فهذه الصورة تخضع للقواعد العامة بشأن ضمان العيوب الخفية من حيث التمييز بين

---

(١) تنص المادة ٤٥٥ من القانون المدنى على «إذا ضمن البائع صلاحية المبيع للعمل مدة معلومة ثم ظهر خلل فى المبيع، على المشترى أن يخطر البائع بهذا الخلل فى مدة شهر من ظهوره....لمزيد من التفصيل انظر الدكتور السنهورى، سابق الاشارة إليه ص ٧٥، الدكتور محمد على عمران، سابق الاشارة إليه ص ٣٠٢، ٣٠٣.

(٢) Jean delacollette, op. cit., p. 25, 26.

(٣) alberto L.Zuppi "A comparison of buyer's Remedies under C.I.S.G with the latin american legal tradition p.4, Kluwer law international 1999.

المشترى المهنى، وغير المهنى[١]، فالافتراض الدائم أن البائع على علم بالعيوب الخفية، وبالتالى يعد سيئ النية فى علاقته بالمشترى، ومن ثم التزامه باصلاح أى ضرر يلحق بالمشترى إلا إذا أثبت استحالة هذا الاصلاح أو كان قد كشف عن هذا العيب، حتى أنه في حالة الشروط المنظمة لهذا الضمان من جانب طرفي العقد فإنه يجب أن يكون البائع حسن النية حيث لا يستفيد منها متى كان سيئ النية[٢].

لقد تناولت القواعد الموضوعية هذه الصورة من صور التنفيذ العينى. أولا بصريح العبارة حيث قد ورد النص عليه فى المادة ٤٢/١ من اتفاقيتى لاهاى، المادة ٤٦/٣ من اتفاقية فينا، إلا أن اتفاقيتى لاهاى كانت أكثر تفصيلا فى تناول هذا الجزاء عنها فى اتفاقية فينا حيث تنص المادة ٤٢/أ على «يستطيع المشترى أن يطالب البائع بتنفيذ العقد إذا كان العقد متعلقاً بشئ ينتج أو يصنع بواسطة البائع باصلاح العيب بشرط أن يجرى البائع الاصلاح». فى حين أنه عندما تضمنت اتفاقية فينا النص على هذا الجزاء فى المادة ٤٦/٣ التي تنص على «يجوز للمشترى فى حالة عدم مطابقة البضائع للعقد أن يطلب من البائع اصلاح العيب فى المطابقة، إلا إذا كان هذا الاصلاح يشكل عبئاً غير معقول على البائع مع مراعاة ظروف الحال، ويجب أن يطلب الاصلاح اما في وقت

---

(١) لمزيد من التفصيل انظر الدكتور د. رمزى فريد محمد مبروك، أسباب سقوط الحق فى ضمان العيب الخفى فى عقد البيع، ص ١٦٧، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، جامعة المنصورة، عدد ١٣ ابريل ١٩٩٣.

(٢) Jean Delacollette op.cit., p. 26.

(٣) لمزيد من التفصيل انظر الدكتور رضا عبيد، سابق الاشارة إليه ص ٥٤٤، ٥٤٥.

الاخطار بوجود العيب في المطابقة وفقا للمادة ٣٩ أو فى ميعاد معقول من وقت هذا الاخطار». وهذا لا يكون بذات الشكل التفصيلى الذى ورد عليه فى اتفاقيتى لاهاى ١٩٦٩. حتى أنه كانت هناك بعض الاقتراحات(١) بتحديد هذا الجزاء فى هذا النص، وهذا ما لم يتم حيث جاء النص بشكل عام بحيث أن تعبير الاصلاح قد شمل الاصلاح بمعنى الاصلاح أو تكملة النقص الموجود فى البضائع(٢).

وعلى أية حال فإن شروط طلب الاصلاح كما هو مبين من نصوص القواعد الموضوعية هى شروط يمليها مبدأ حسن النية، من حيث ألا يشكل اصلاح العيب عبئاً غير معقول على البائع مع مراعاة ظروف الحال، وبالتالى فإن ذلك يمنع المشترى من المطالبة بعملية الاصلاح المشوبة بسوء النية مما يحمل البائع مصاريف غير معقولة(٣). فمبدأ حسن النية يقتضى من المشترى أن يقوم هو بالاصلاح متى كان ذلك ممكنا ويسيراً بالنسبة له. فغالبية عقود البيع الدولى

---

(١) A/Conf. 97-9 "finlanda, the federol repulic of germany, the Netherlands, Norway, partugol, sweden and icc propose that the right to require repair be made speciffic in the text. all but the Netherlands and partugal propose specifice texts".

(٢) الدكتور محسن شفيق، سابق الاشارة إليه ص ١٧٦ هامش ٢٧٣، على العكس من ذلك فى اتفاقيتى لاهاى سنة ١٩٦٤ التى تنص فى المادة ٤٢/ د،ب،جـ، «ب» إذا كان البيع يتعلق بشئ معين بالذات للمشترى أن يطالب البائع بتسليم الشئ المتفق عليه أو الجزء الناقص، «جـ» إذا كان عقد البيع يتعلق بشئ معين بالنوع على البائع أن يقوم بتسليم شئ جديد مطابق للعقد أو الجزء أو الكمية الناقصة» واتفاقية لاهاى قد ميزت بين طلب الاصلاح، وطلب تكملة النقص بنصوص لكل حالة على حدة على العكس من اتفاقية فينا حيث جاء النص مطلقا بدون تقييد.

(٣) John Kline op.cit., p.131.

تتم بين منشآت تقع فى دول مختلفة وطلب الاصلاح من البائع فى الغالب يكلفه نفقات تتمثل فى مصاريف الانتقال سواء بالنسبة للقائمين بالاصلاح أو نقل المعدات اللازمة، فحسن النية هذه الحالة يقتضى من المشترى القيام بالاصلاح ولكن عليه أن يخطر البائع بذلك والتكلفة الحقيقية للاصلاح لإعطاء البائع الفرصة فى الاختيار بين قيامه بعملية الاصلاح بنفسه أو قبوله الاصلاح من جانب المشترى.

كما أن التزام المشترى بمعالجة العيب فى المطابقة بنفسه يعد تطبيقاً لنص المادة ٧٧ تلك التى تفرض على طرفى العقد الالتزام بتخفيف الضرر عن طريق اتخاذ التدابير المعقولة والملائمة للظروف للتخفيف من الخسارة الناجمة عن المخالفة(١).

اخطار المشترى للبائع بطلب الاصلاح: على الرغم من أهمية اخطار المشترى للبائع بطلب الاصلاح، فلم تتضمن المادة ٤٢ من اتفاقيتى لاهاى التزام المشترى باخطار البائع بطلب الاصلاح، ويمكن القول أن الاتفاقية تكون قد اكتفت بالالتزام بالاخطار الوارد في نص المادة ٣٩ منها، ومن ثم لا توجد حاجة إلى اعادة النص عليه مرة أخرى فى نص المادة ٤٢. على العكس unlik من اتفاقية فينا التى تضمنت النص فى المادة ٤٦ على التزام المشترى باخطار البائع بطلب الاصلاح حيث قررت أن يقرر المشترى طلب اصلاح العيب اما فى نفس الوقت الذى يخطر فيه البائع بعدم المطابقة وفقاً لنص المادة ٣٩ أو فى ميعاد

---

(١) Lamy. op. cit., p. 4-355.

معقول من تاريخ هذا الاخطار، ومن ثم فإن الاتفاقية تكون قد خيرت المشترى بين معيارين للاخطار، الأول هو أن يخطر البائع بطلب الاصلاح فى ذات الوقت الذى يجب أن يخطره فيه بعيب عدم المطابقة، فإن لم يفعل يجب عليه أن يخطره فى ميعاد معقول من تاريخ اخطاره بعدم المطابقة طبقاً لنص المادة ٣٩.

وتتمثل أهمية الاخطار بطلب الاصلاح فى أنها تعد تطبيقاً للقاعدة العامة، وهى أن الاخطار بعدم المطابقة يجب أن يتضمن طبيعة العيب فى عدم المطابقة(١)، ومن ثم فإنه متى طلب ذلك المشترى من البائع فإنه يكن قد حدد طبيعة العيب فى عدم المطابقة فطلب الاصلاح من شأنه أن يعطى البائع الفرصة لأن يدرك ويستظهر حالة البضائع المسلمة منه ثم اصلاحها. فالاخطار بطلب الاصلاح يعد تطبيقاً للالتزام بمبدأ حسن النية وما يفرضه من تعاون بين طرفى العقد لتنفيذه(٢)، كما أنه من شأنه تخفيف الضرر حيث يسارع البائع إلى اصلاح البضائع للمحافظة على سمعته التجارية.

---

(١) Official Racords of the united Nations conference"...the notic must not only be given to the seller within reasonble period of time after the buyer has discovered the lack of conformity or ought to have discovered it, but it must specify the nature of the lack conformity".

مشار إليه: F. Ferrari op.cit., note 784.

(٢) قريب من هذا المعنى يقول الفقيه Honnld أنه على المشترى أن يعطى للبائع الفرصة لإصلاح العيب وذلك عن طريق ابلاغه بالعيب ويطالبه بالمعلومات الخاصة بنظامه فى الاصلاح.

مشار إليه فى Robert Koch op. cit., p. 338.

طلب الاصلاح من جانب البائع:

لقد تضمنت القواعد الموضوعية الدولية الحق للبائع فى طلب اصلاح الشئ المبيع حيث قد أعطت هذا الحق للبائع مميزة بين مرحلتين:

الأولى: حالة إذا تم التسليم من جانب البائع قبل الميعاد المحدد للتسليم حيث قررت المادة ٣٧ من القانون الموحد أنه إذا وقع التسليم قبل الميعاد المعين له وكان المبيع غير مطابق للعقد ظل البائع - حتى حلول الميعاد الأصلى للتسليم - محتفظاً بحق اصلاح عدم المطابقة بتكملة كمية المبيع مثلا أو باستبدال غيره أو باصلاح ما طرأ عليه من خلل بشرط ألا يترتب على ذلك مضايقات للمشترى أو تحميله مصروفات باهظة، كذلك تضمنت المادة ٣٤ ,٣٧ من اتفاقية فينا حيث قررت المادة ٣٧ أنه فى حالة تسليم البضائع قبل الميعاد يحتفظ البائع حتى ذلك الميعاد بحق تسليم الجزء أو الكمية الناقصة من البضائع أو توريد بضائع بديلة غير المطابقة لما جاء فى العقد أو اصلاح العيب فى مطابقة البضائع بشرط ألا يترتب على استعمال هذا الحق مضايقة للمشترى أو تحميله نفقات غير معقولة.

الثانية: حالة إذا تم التسليم فى الميعاد فيحق للبائع طلب الاصلاح عند التسليم، وهذا ما قررته المادة ١/٤٤ من أن البائع يحتفظ بعد الميعاد المحدد للتسليم بالحق في تسليم الجزء الناقص أو استبداله بغيره أو بإصلاح العيب بشرط أن هذه العمليات لا تسبب مضايقات للمشترى أو تحميله مصروفات غير معقولة، وهذا ما قررته أيضا المادة ١/٤٨ من اتفاقية فينا حيث قررت أنه يجوز للبائع ولو بعد تاريخ التسليم أن يصلح على حسابه كل خلل فى تنفيذ

التزاماته بشرط ألا يترتب على ذلك تأخير غير معقول أو لا يسبب للمشترى مضايقة غير معقولة أو شكوكاً فى قيام البائع بدفع المصاريف التى أنفقها المشترى.

فما تضمنته القواعد الموضوعية الدولية من حق البائع فى طلب الاصلاح ليس بالأمر الجديد، وذلك لأن بعض التشريعات المقارنة قد تضمنت هذا الحق تحت مسمى التنفيذ العينى. حيث أن من صور التنفيذ العينى التنفيذ بمقابل ومن شروط التنفيذ بمقابل ألا يكون المدين قد أبدى استعداده للتنفيذ العينى، فلا يجوز للدائن أن يتمسك بالتنفيذ بمقابل عن طريق التعويض فالتنفيذ العينى هو الأصل.

ومن ثم إذا طالب المشترى التنفيذ بمقابل بسبب العيوب الموجودة فى الشئ المبيع، وعرض البائع على المشترى اصلاح هذه العيوب فلا يجوز للدائن أن يتمسك بالتنفيذ بمقابل. وهذا ما قررته محكمة النقض فى حكمها الصادر فى ١٩٧٩/٦/٢٠ وقد جاء فى هذا الحكم «أن الأصل هو تنفيذ الالتزام تنفيذاً عينياً ولا يصار إلى عوضه أى التنفيذ بطريق التعويض، إلا إذا استحال التنفيذ العيني، فإذا لجأ الدائن إلى طلب التعويض وعرض المدين القيام بتنفيذ التزامه عيناً - متى كان ذلك ممكناً - فلا يجوز لدائن أن يرفض هذا العرض...»[١]. وكذلك أيضا القانون الفرنسى حيث أن للمدين الحق فى

---

(١) مجموعة النقض س ٢٠ ص ٧٠٣ قاعدة ٣/٨ نقض ١٩٧٩/٦/٢٠ مشار إليه فى الدكتور عبد الفتاح عبد الباقى، دروس أحكام الالتزام، ص ٤٢ هامش ٢ جامعة القاهرة سنة ١٩٨٩.

اجبار دائنه على قبول الاصلاح العينى وفقاً لشروط التنفيذ بمقابل(١).

ويعد قانون التجارة الأمريكى الموحد هو التطبيق الأمثل من بين التشريعات المقارنة للقواعد الموضوعية الدولية، حيث أعطى للبائع الحق فى طلب الاصلاح بمقتضى نص المادة 2/508 ولكن فى خلال المدة المحددة للتسليم فى العقد، حيث أن للبائع الحق فى اصلاح عدم المطابقة أو التسليم قبل انتهاء المدة المحددة للتسليم(٢)، أما بعد التسليم فمن المعلوم أن القانون الأمريكى لا يسمح بالتنفيذ العينى إلا طبقاً لنص المادة 2/716 والتى لا تقرر التنفيذ العينى إلا إذا كانت البضاعة عيناً معينة بذاتها، فيما عدا ذلك لا يكون إلا جزاءات نقدية(٣).

وعلى أية حال فإن نصوص القواعد الموضوعية الدولية تلك التى تعطى البائع الحق فى اصلاح عيب عدم المطابقة متى كان التسليم قد تم قبل الميعاد المحدد فإنها تعكس الالتزام بمبدأ حسن النية، لأن قيام البائع بذلك يعنى مدى التزامه بحسن النية فى تنفيذ العقد ذلك الذى خرقه بتسليمه المعيب. فهذه النصوص تعطى البائع الفرصة للعودة مرة أخرى للالتزام بمبدأ حسن النية.

---

(١) Aduit op.cit. p. 122 note. I.

(٢) John P.Mcmahon "when theun sales convention applies and som of the reasons why it mattters you and your clents international sales CLE 1996 p. 1-22.

(٣) U.C.C. 2-716 "1-specific performance may be decreed where the goods are unique or in other proper circumstance. 2- the decree for specific performance may includ such terms and conditions as to payment of the price, damages or other relief as the court may deem just".....

ونظراً لأنه يمكن استخدام هذا الحق بسوء نية من جانب البائع، فإن القواعد الموضوعية الدولية قد اشترطت ألا يترتب على ذلك مضايقات غير معقولة أو نفقات غير معقولة. وبذلك تتحقق العدالة والانصاف بين طرفى العقد والحيلولة دون المحاولات التى من شأنه افساد العقد باستغلال قصور ضئيل فى التنفيذ بسوء نية خاصة أن البائع قد قام بالتسليم قبل الميعاد(١).

ولما كانت هذه النصوص قد خلت من الالتزام بالاخطار من جانب البائع، فإنه يتعين تطبيقاً لمبدأ حسن النية الزام البائع باخطار المشترى بطلب الاصلاح محدداً به العيوب التى يريد اصلاحها والمدة المحددة للاصلاح تلك التى يجب فى أى حال من الأحوال ألا تجاوز التاريخ المحدد للتسليم، والمدة المحددة للاخطار هى أمر متروك تقديره للبائع، لأنه غالباً ما سيسارع إلى اخطار المشترى بطلب الاصلاح لأن كل تأخير فى الاخطار يزيد من فرصة تحقيق مضايقات للمشترى ونفقات غير معقولة الأمر الذى يترتب عليه رفض طلب الاصلاح.

وكما سبق أن بينا أن الحق فى الاصلاح من جانب البائع يثبت له أيضا بعد تسليم الشئ المبيع وهو مشروط أيضا بألا يترتب على ممارسة هذا الحق طبقا لنص المادة ٤٨ تأخير غير معقول ولا يسبب للمشترى مضايقة غير معقولة أو شكوكا فى قيام البائع بدفع المصاريف التى أنفقها المشترى، كما أن الحق فى طلب الاصلاح غير مقيد بطبيعة العيب الذى يريد البائع اصلاح من حيث إذا كان يشكل مخالفة جوهرية من عدمه، فصفة الجوهرية لا علاقة لها بالعيب الذى يريد البائع اصلاحه. وهذا ما تؤكده أحكام القضاء والتحكيم الدولية حيث

---

(١) Jhon Kline op. cit., p. 131.

قررت محكمة الاستئناف بجورنوبل عدم استلزام أن تكون المخالفة جوهرية، كذلك المحكمة التجارية في زيورخ بسويسرا حيث أن كل ما أكدت عليه أحكام القضاء هو ألا تكون عملية الاصلاح من شأنها تحقيق مضايقة للمشترى غير معقولة(١).

ولكن مما يجب الاشارة إليه، أن صفة الجوهرية فى العيب الذى يريد البائع اصلاحه سوف تكون ذاته أهمية فى حالة إذا ما قام المشترى بفسخ العقد، حيث إذا كان المشترى قد قام بفسخ العقد لا يحق للبائع طلب الاصلاح. وهذا ما تقرره المادة ٤٨ فى فقرتها الأولى مع عدم الاخلال بنص المادة ٤٩.

ومن ذلك يتضح أن حق البائع فى الاصلاح هو حق ثابت لا يهدده شئ مادام أن العيب الذى يطالب باصلاحه لا يشكل مخالفة جوهرية، أما إذا كان هذا العيب يشكل مخالفة جوهرية فإن هذا الحق يهدده حق المشترى فى الفسخ. ومن ثم فإن أهمية مبدأ حسن النية سوف تبدو من حيث أنه يجب على المشترى أن يتيح للبائع فسحة من الوقت بعد التسليم للتفكير فى اصلاح ما فسد من أمر ولا يستعمل حقه فى الفسخ إلا بعد أن ينقطع الأمل فى استعداد البائع للاصلاح. فهذا يؤكد الالتزام بمبدأ حسن النية في ترتيب الجزاءات من حيث أن الفسخ يكون هو المحطة الأخيرة التى يلجأ إليها البائع، حيث أنه من واجب المحكمة عند تقدير جوهرية المخالفة أن تأخذ هذا الأمر فى اعتبارها حيث إذا

---

(١) انظر هذه الأحكام بالتفصيل فى:
Rebort Koch. op.cit., p. 253, lauis F.Del Duca and patrick del duca a op.cit., p. 141.

تبين للمحكمة أن البائع كان فى عزمه اجراء الاصلاح، وأن المشترى لم يتح له الوقت الكافي لاخطاره بهذا العزم، فمن حق القضاء أن يسقط عن المخالفة صفة الجوهرية ويحرم المشترى تبعا لذلك من الاستناد إليها لإعلان الفسخ(١).

ويضاف إلى ذلك أيضاً إذا عرض البائع الاصلاح ورفضه المشترى فإن يعد سئ النية ومخطئاً فى رفضه طلب الاصلاح. وهذا ما أكدته أحكام القضاء فى النزاع القائم بين مشترى سويسرى وبائع ايطالى حيث قام المشترى السويسرى بإعلان البائع الايطالى بالعيوب الموجود فى صناعة التنجيد بعد تسليمها للمستهلكين، فما كان من البائع أن عرض اصلاح هذه العيوب باحلال مواد تنجيد أخرى، ولكن المشترى رفض ذلك. فقررت المحكمة أن المشترى مخطئاً فى رفضه(٢).

الاخطار: لقد رأينا أن نصوص القانون الموحد، اتفاقية فينا فيما يتعلق بحق البائع فى الاصلاح متى كان التسليم قد تم قبل الميعاد المحدد في العقد قد خلت من الالتزام بالاخطار سواء من جانب البائع أو من جانب المشترى، فى حين أنه فيما يتعلق بالحق البائع فى الاصلاح متى كان التسليم قد تم فى الميعاد المحدد بالاخطار يقع على عاتق البائع هذا ما هو مستفاد من الفقرة ٢(٣)،

---

(١) محسن شفيق، سابق الاشارة إليه ص ١٧٩ .

(٢) مشار إليه فى: Robert Koch, op.cit., p. 255.

(٣) تنص المادة ٢/٤٨ إذا طلب البائع من المشترى أن يعلمه بما إذا كان يقبل التنفيذ ولم يرد المشترى فى ميعاد معقول جاز للبائع تنفيذ التزامه فى الميعاد الذى حدده فى طلبه ولا يجوز للمشترى قبل انقضاء هذا الميعاد استعمال أى حق يتعارض مع تنفيذ البائع لالتزاماته.

٣[١] من المادة ٤٨ . ولقد كان هناك اقتراح بالزام المشترى بأن يخطر البائع ولكن هذا الاقتراح قد تم رفضه[٢] . وتتحدد أهمية الاخطار من جانب البائع فى أنه بالاخطار يتم الحد من سوء نية المشترى من حيث أنه يسرع فى حالة عيب عدم المطابقة إلى إعلان الفسخ رغبة منه فى التنصل من العقد بسبب هبوط الأسعار، فمتى تم الاخطار فإنه يمتنع على المشترى طبقا لنص المادة ٢/٤٨ استعمال أى حق يتعارض مع تنفيذ البائع لالتزامه فى خلال المدة التى حددها للإصلاح فإذا انتهت هذه المدة ولم يقم البائع بالاصلاح أو فشل فى الاصلاح يحق للمشترى إعلان فسخ العقد.

فهذا النص فى مجمله يحول بين المشترى وفسخ العقد لمجرد وجود عيوب بسيطة يسهل اصلاحها من جانب البائع، وهذا ما أكدته أحكام التحكيم الدولية والقضاء حيث قضت المحكمة التجارية فى زيورخ بسويسرا[٣] بعدم أحقية المشترى فى فسخ العقد متى كان عيب المطابقة يسهل اصلاحه.

---

(١) المادة ٣/٤٨ «إذا قام البائع باخطار المشتري بعزمه على تنفيذ التزاماته في المدة المحددة فالمفروض أنه طلب من المشترى أن يعلمه بقراره وفقا للفقرة السابقة».

(٢) A/Conf/97/9 "Fnlinda and Norwag propose to Add at the end of the first sentance in (2) the words or if no time is indicated, we-thin a rasonble tim after the buyer had given notic under a.37, be-came cisg art, 39.

(٣) مشار إليه فى: Rebort Koch op. cit., p. 255.

الفرع الثانى

تخفيـــض الثمـــن

يقصد بتخفيض الثمن أو انقاصه باعتباره أحد صور التنفيذ العينى فى عقود البيع الدولية، التزام البائع برد جزء من الثمن إلى المشترى إذا كان قد تم دفعه أو عدم الالتزام بالثمن المحدد بالعقد ما لم يتم دفعه كاملا. فالثمن يعد أحد الموضوعات المحورية فى اطار العقود الدولية وتتعاظم أهميته فى عقود البيع الدولية خاصة فى حالة تخفيفه أو انقاصه.

فقاعدة تخفيض الثمن قاعدة ذات جذور تاريخية قديمة ترجع إلى القانون الرومانى ذلك الذى عرف حق الرجوع بإنقاص الثمن الذى أخذ بها القانون الفرنسى فى حالة العيوب الخفية فيكون له الخيار بين رد الشئ المبيع أو انقاص الثمن، ولكن إذا كان البائع حسن النية فإنه غير ملزم بالتعويض كما يفرضها المشرع المصرى عن طريق القضاء استناداً إلى فكرة تعديل العقد(١)، ذلك فى القانون المدنى، كما نص عليها أيضا عن طريق القضاء فى قانون التجارة المصرى رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩فى المادة ١٠١ « .... ويكتفى عند رفض طلب الفسخ بانقاص الثمن دون اخلال بحق المشترى فى التعويض...»(٢) وكذلك قوانين أمريكا اللاتينية كالقانون الارجنتينى فى المادة ٦١١(٣).

---

(١) الدكتور جمال حمود عبد العزيز، سابق الاشارة إليه ص ٣٤٦.

(٢) انظر المستشار محمد ابراهيم خليل فى تعليقه على المادة ١٠١ من قانون التجارة الجديد رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ فى مؤلفه: قانون التجارة الجديد وأعماله التحضيرية، ص١٥٣، ١٩٩٩، دارالفكر العربى.

(٣) Alberto L.Zuppi "Acompersion of Buyer's remdies under cisg with latinAmerican"Kluwer law international p. 15 (1999) rules are known and accepted under latin American law in cases of =

وبالرغم من ذلك يرى البعض من الفقه[١] أن قاعدة تخفيض الثمن المنصوص عليها فى اتفاقية فينا فى المادة ٥١ منها أيضا قاعدة جديدة، ويمكن ارجاع هذا الرأى فيما ذهب إليه إلى تأثره بنظم القانون العام تلك التى لا تعرف سوى قاعدة التعويض التى تعد القاعدة العام فى التشريعات التى تنتمى إلى نظم القانون العام كالقانون الانجليزى[٢]، والقانون الأمريكى الذى يعرف قاعدة تخفيض الثمن ولكن وفقا لقاعدة التعويض. فالثمن لا يعد أحد الجزاءات المنصوص عليها فى القانون الأمريكى حيث إذا كان للبائع الحق فى تخفيض الثمن ان ذلك يكون بخصم قيمة التعويض من الثمن وفقا المادة ٧١٧ من قانون العقود الأمريكى[٣].

أهمية قاعدة تخفيض الثمن:

كانت مسألة أهمية قاعدة الثمن مثار مناقشات أثناء اعداد اتفاقية فينا حيث كان تعليق الفقه[٤] عليها أن هذه القاعدة بالنسبة لمحامى القانون العام

= acceptance of partial delivery and in cases of hidden vices or depeats. The Argentine civile code states in art 611 that when the goodes are partilly damaged or lest without damaged fault and the price was previeusly fixed the buyer has rigth to demand the undamaged or unharmed remainder of the marchandise with the related price reducation.

(١) Lauis F.del deuca and patrick del deuca op. cit. p.141.

(٢) B.Aduit, op. cit., p. 133 Note1.

(٣) لمزيد من التفصيل انظر:
Evelien visser: netherlands op. cit., N.2-4, P.1: 63, john P.Macmohn op.cit., p. 1-22.

(٤) انظر فى ذلك: AlisonE.williams,op. cit.,p. 15, N. 144.

قليلا ما يؤخذ بها، لأنه فى حالات نادرة يمكن تطبيقها حيث تكون القوة القاهرة سببا فى اعفاء المشترى من تنفيذ التزامه بالمطابقة. ولكن لا يمكن القول أن تلك الأهمية هى الأهمية الوحيدة لقاعدة تخفيض الثمن، حيث يمكن اللجوء إلى قاعدة تخفيض الثمن فى حالة عدم قدرة المشترى على تقليل الخسائر فى حالة تسليم بضائع غير مطابقة فيجد فى هذه القاعدة السبيل العملى والسريع لتقليل هذه الخسائر. كما تبدو أهمية هذه القاعدة أيضا بالنسبة للمشترى إذا كانت قيمة المبلغ الذى سوف يتم تخفيضه من قيمة البضائع أعلى فى قيمته بالمقارنة بين تسليم البضائع المعيبة وتسليمها خالية من العيوب وقت التسليم، وذلك فى حالة ارتفاع الأسعار وقت التسليم(١).

فإذا كانت تلك الحالات تبدى أهمية قاعدة تخفيض الثمن، فهذه الحالات ليست حالات ثابتة حيث أن حدوثها يتوقف على ظروف الحال، وبالتالى يمكن حدوثها بشكل آخر تبدو معه عدم أهمية هذه القاعدة، ففى حالة حدوث قوة قاهرة من شأنها إعفاء البائع من التزامه وانخفاض الأسعار فى ذات الوقت، ففى هذه الحالة سوف لا يلجأ المشترى إلى تخفيض الثمن بل إلى فسخ العقد، وليس هناك ما يمنع ذلك تطبيقاً لنص المادة ٧٩ من الاتفاقية فهنا يبدأ دور المحكم أو القاضى فى مراقبة الالتزام بمبدأ حسن النية، حيث أن إعلان الفسخ فى هذه الحالة سيكون الغرض منه التنصل من العقد. المقصود هنا هو حالة الهلاك الجزئى بسبب القوة القاهرة - ومن ثم فتطبيقاً لمبدأ حسن النية والالتزام به لا يجاب المشترى إلى طلبه، وهذا هو ما قرره قانون التجارة المصرى فى المادة

---

(١) Alison E.williams op. ci N.s, p. 1-29.

١٠١ عندما ذكر «يكتفى بإنقاص الثمن فى حالة رفض طلب الفسخ» وإن كان التعويض ليس له محل لتوافر القوة القاهرة.

كما أنه فى حالة انخفاض الأسعار يسارع المشترى إلى طلب فسخ العقد دون تخفيض الثمن مدعياً أن العيب فى المطابقة يشكل مخالفة جوهرية لتبرير طلب الفسخ. فعلى المحكم أو القاضى فى هذه الحالة أيضاً أن يتبين مدى الالتزام بمبدأ حسن النية فى تنفيذ العقد من جانب المشترى حيث إذا تبين أن المخالفة لا تعد مخالفة جوهرية فلا يقرر فسخ العقد، وإنما يكتفى بانقاص الثمن وهذا ما أخذ به قانون التجارة المصرى رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ فى المادة ١٠١ «...ويكتفي عند رفض طلب الفسخ بإنقاص الثمن...» فرفض طلب الفسخ وتقرير تخفيض الثمن يرجع إلى عدم مراعاة حسن النية في تنفيذ الالتزامات العقدية باللجوء إلى الفسخ دون تخفيض الثمن، وهو ما تفيد به المادة ٧١ أيضا. أما إذا تبين أن المخالفة جوهرية وهو ما تكشف عنه المادة ١٠١ ضمناً فيتعين فسخ العقد والحق فى التعويض ثابت فى كل من الحالتين، ومن هذه الحالات سواء تلك أو هذه يتبين أن جزاء تخفيض الثمن جزاء نسبى يختلف من حالة إلى أخرى حسب ظروف كل حالة على حدة، إلا أن ذلك فى كل الأحوال يقتضى توافر شروط معينة لتطبيق جزاء تخفيض الثمن.

شروط قاعدة تخفيض الثمن[1]: ان لقاعدة تخفيض الثمن شروط خاصة بها يجب توافرها بالاضافة إلى الشروط العامة تلك التى تكون عند استعمال حق يتعارض مع قاعدة تخفيض الثمن. حيث لا يجوز الجمع بين طلب

---

(١) انظر فى ذلك الدكتور محسن شفيق، سابق الاشارة إليه ص ١٩٠.

Alberto L.Zuppi op. cit., p. 15

فسخ العقد وطلب تخفيض الثمن، أو طلب اصلاح البضائع، وتخفيض الثمن وكذلك بالنسبة للاستبدال، كما أنه لا يجوز طلب تخفيض الثمن خلال المهلة الاضافية التى قد يمنحها المشترى للبائع لتنفيذ التزاماته، كما هو الحال فى البيع على دفعات، فالشروط الخاصة بقاعدة تخفيض الثمن تتواءم مع طبيعة هذا الجزاء حيث لا يجوز طلب تخفيض الثمن فى الحالات الآتية وهو ما تكشف عنه المادة ٥٠ وكلها تعد تطبيقاً للالتزام بمبدأ حسن النية:

١- إذا عرض البائع اصلاح العيب فى المطابقة متى كان قد قام بالتسليم قبل الميعاد المحدد فى العقد (م ٣٧) فإنه تطبيقاً لمبدأ حسن النية يتعين على المشترى قبول طلب الاصلاح.

٢- إذا عرض البائع اصلاح العيب فى المطابقة بعدم التسليم (م ٤٨) فيتعين على المشترى قبول طلب الاصلاح وألا يسارع إلى طلب فسخ العقد أو تخفيض الثمن.

ونضيف إلى هاتين الحالتين حالة أخرى وهى ألا يرفض المشترى طلب البائع باستبدال البضائع، أما إذا لم يقم البائع بعرض اصلاح العيب فى المطابقة أو الاستبدال فإنه يحق للمشترى طلب تخفيض الثمن، إلا أن ذلك مشروط تطبيقاً للالتزام بمبدأ حسن النية أن يطلب المشترى من البائع الاصلاح أو الاستبدال، فإن رفض أصبح من حق المشترى طلب تخفيض الثمن. وهذا ما يكشف عنه الحكم الصادر من القضاء السويسرى فى الحكم الصادر سنة ١٩٩٢[١] حيث قررت المحكمة أحقية المدعى عليه (المشترى السويسرى) فى

---

(١) مشار إليه فى:
Camilla Baasch Andersen "reasonble time in AR. 39 of the C.I.S.G.p. 40, Kluwer law international, 1999.

تخفيض الثمن لرفض المدعى الايطالى اصلاح العيوب.

ومن ثم يمكن القول أن جزاء تخفيض الثمن يعد فى المرتبة قبل الأخيرة وهى الفسخ، حيث لا يجوز اللجوء إليه متى عرض البائع الاصلاح أو الاستبدال. فإن لم يعرض فإنه يتعين تطبيقاً للالتزام بمبدأ حسن النية من جانب المشترى أن يطلب المشترى من البائع الاصلاح أولا، ثم الاستبدلال ثانياً، فإن رفض البائع ذلك يكون جزاء تخفيض الثمن حقاً ثابتاً للمشترى، لأن المشترى بذلك يكون قد أثبت التزامه بمبدأ حسن النية فى التنفيذ من ناحية، ومن ناحية أخرى يكون قد التزم به فى ترتيب الجزاءات. إلا أن هذه الشروط إذا كان يجب توافرها لثبوت الحق فى تخفيض الثمن، فإنها ليست كافية بذاتها لكى يكون هذا الجزاء محل تنفيذ حيث أن نفاذ هذا الجزاء يتوقف على الاخطار بعدم المطابقة.

الاخطار: يعد الاخطار بعدم المطابقة طبقاً لنص المادة ٣٩/١ من اتفاقية فينا شرطاً أساسياً للجوء إلى أى صورة من صور التنفيذ العينى، حيث يترتب على عدم الاخطار سقوط الحق فى المطالبة بأى صورة من صور التنفيذ العينى والتى منها جزاء تخفيض الثمن، والذى بصدده قررت محكمة الاستئناف الالمانية[1] ذلك حيث أيدت الحكم الصادر من المحكمة الابتدائية تلك التى رفضت طلب المشترى الألمانى بتخفيض الثمن للبضاعة لعدم مطابقتها للمواصفات المذكورة فى العقد، على أساس أن المشترى فقد الحق فى التمسك بعدم مطابقة البضاعة للمواصفات وفى تخفيض السعر بما يتناسب مع ذلك، لأنه لم يخطر بعدم المطابقة للمواصفات فى تاريخ معقول.

---

(١) لمزيد من الأحكام انظر: F. Ferrari,op. cit.," p.17.

لكن إذا كانت تلك هى القاعدة العامة، فإن جزاء تخفيض الثمن قد انفرد بخاصية خاصة بذاته مميز به عن غيره من صور التنفيذ العينى، وهى عدم اشتراط الاخطار بعدم المطابقة طبقاً لنص المادة ٣٩/١ للمطالبة بتخفيض الثمن تطبيقاً لنص المادة ٤٤ من اتفاقية فينا التى تنص على «بالرغم من أحكام الفقرة (١) من المادة ٣٩، والفقرة (١) من المادة ٤٣ يجوز للمشترى أن يخفض الثمن وفقاً لأحكام المادة (٥٠) أو أن يطلب تعويضات إلا فيما يتعلق بالكسب الذى فات وذلك إذا كان لديه سبباً معقولا لأن يبرر عدم قيامه بتوجيه الاخطار المطلوب»(١).

فإذا كانت القاعدة العامة هى قيام المشترى بالاخطار بعيب عدم المطابقة خلال فترة معقولة تطبيقا لنص المادة ٣٩، فإنه يحق للمشترى المطالبة بتخفيض

---

(١) كان نص المادة ٣٩ من ضمن المسائل العديدة التى كانت محل خلاف بين الدول النامية والدول المتقدمة أثناء إعداد اتفاقية فينا فأغلبية الدول النامية قد اعترضت على صرامة الجزاء الذى يترتب على عدم الاخطار من حيث سقوط حق المشترى فى التمسك بعيب عدم المطابقة إذا لم يخطر البائع بذلك خلال فترة أقصاها سنتان من تاريخ التسليم الفعلى لأن هذه الدول تخوفت من أن العيوب قد لا تظهر إلا بعد فترة طويلة من التسليم كما أن رجال الأعمال قد لا يستطيعون تبين الآثار الخطيرة على التأخير فى عملية الاخطار لذلك تم تقرير المادة ٤٤ لتهدئة هذه الدول. انظر فى ذلك:

Sara G.Zwart,the new international law of salesAmarriage between socialist, third world an civil law principles,p. 109 - 128, J. inter., L., and C., 1988.

لمزيد من التفصيل أنظر:

Data- bah, "the united 1980, overview and selective commentery, Hrev Ghanaian L.50 (1979).

مشار إليه فى: Sara G.Zwart op. cit., p. 109-128.N.77.

الثمن حتى ولو كان لم يتم بالاخطار بعدم المطابقة خلال الفترة المعقولة طبقاً لتلك المادة متى كان لديه سبباً معقولا فى التأخير فى عدم الاخطار، إلا أنه يجب مراعاة أنه لا عمل للمادة ٤٤ إلا إذا تم عمل الاخطار المتأخر خلال مدة السقوط (السنتان) التى تنص عليها المادة ٢/٣، فالمادة ٤٤ لا تعنى الاعفاء من الاخطار بعيب عدم المطابقة فالاخطار أمراً واجباً فى كل الأحوال.

وعلى الرغم من أن نص المادة ٤٤ كان المقصود منه التخفيف من قسوة الجزاء المقرر بنص المادة ٢/٣٩، فإنه قد أثار مشكلة أخرى تتعلق بتفسير هذا النص. حيث رأى جانب من الفقه[١] أن هذا النص من شأنه الاضرار بمصالح البائع فى اتمام الصفقة، فضلا عن إلقاء عبء الاثبات على البائع. فتبرير التأخير فى الاخطار مسألة غير محددة كما أنها تفتح الباب للتفسير لصالح المشترى. على العكس من هذا الرأى ذهب جانب آخر من الفقه أن المشاكل التى تثيرها المادة ٤٤ يمكن تجاوزها، وذلك لأن وجود العيب فى المطابقة يستلزم من المشترى الاسراع فى الاخطار. فما تقرره المادة ٤٤ من جواز التأخير فى الاعلان بالمطابقة لا يخضع لتقدير المشترى، ومن ثم فإن أى تأخير غير مستحق من شأنه التأثير فى مصداقية ما يدعيه المشترى. وفى النهاية يجب تفسير هذه المسألة فى ضوء التاريخ التشريعى للاتفاقية[٢].

ومما لا شك فيه أن هذا النص يفتح الباب لسوء النية من جانب كلا من

---

(١) P.Sehlechtriem, op. cit., p. 70.

(٢) انظر فى ذلك: F. Ferrari,op. cit.,p. 21,N. 820.

البائع والمشترى، فغالباً سيتذرع البائع بعدم أحقية المشترى فى تخفيض الثمن بحجة تأخيره فى الإعلام بعدم المطابقة وعدم معقولية السبب فى التأخير فى الاعلان بعدم المطالبة، أما بالنسبة للمشترى فإنه يجد فى قاعدة تخفيض الثمن ضالته المنشودة فى حالة التأخير فى الإعلان عن عدم المطابقة ومن ثم عدم قدرته على المطالبة بالاصلاح أو استبدال البضائع، حيث يشترط لهذا أو لذاك أن يتم طلب الاصلاح أو الاستبدال فى ذات طلب عدم المطابقة أو فى فترة معقول من تاريخ هذا الاخطار، فقاعدة تخفيض الثمن تبيح له التأخير فى الاخطار بعدم المطابقة وما تشترطه من أن يكون هناك سبب معقول، فيكفيه أن يدعى أن يوجد أى سبب مما إدى إلى تأخيره فى الإعلان بعدم المطابقة. وبالتالى فإن هذا النص يعد مصدراً خصباً للمنازعة بين كلاً من البائع والمشترى كما قال الممثل الفرنسى(١) أثناء إعداد الاتفاقية أن هذا النص فضلا عن ابهامه فإنه مصدر خصب للمنازعة.

وفى هذا الشأن اختلف قانون التجارة المصرى عن نص المادة ٤٤ من اتفاقية فينا، حيث أنه لم يأخذ بقاعدة العذر فى التأخير فى الإعلان بعدم المطابقة، وإنما قد أخذ بقاعدة الغش تلك التى تعفى من آثار التأخير فى الاخطار بعدم المطابقة حيث تنص المادة ١٠١ على «٢- على المشترى أن يخطر البائع بوجود النقص أو العيب أو عدم المطابقة خلال خمسة عشر يوما

---

(١) Official records of the united nation conference at.364.
مشار إليه فى: Farnco Ferrari, op. cit., Note 819.

من تاريخ تسليم المبيع إليه تسليماً فعلياً وعليه أن يقيم دعوى الفسخ أو انقاص الثمن خلال ستين يوما من تاريخ هذا التسليم. ٣- إذا لم يقع الاخطار أو لم ترفع الدعوى خلال الميعاد المنصوص عليه فى الفقرة السابقة سقط حق المشترى فى اقامتها إلا إذا أثبت الغش من جانب البائع وفى جميع الأحوال تسقط الدعوى بإنقضاء ستة أشهر من تاريخ التسليم الفعلى.

مما يجب النظر إليه أنه لا إعمال لقاعدة الغش، إلا إذا تم الاخطار فى خلال الستة أشهر، حيث أنه لو كان هناك غشاً ولم يتم الاخطار فى خلال مدة ستة أشهر فإن ذلك من شأنه سقوط الحق فى الادعاء بعيب عدم المطابقة. فقانون التجارة المصرى يتميز عن اتفاقية فينا فى هذا الشأن من ناحية أنه محددا للمدة التى يتم فيها الاخطار وهى ١٥ يوما ولم يجعلها مدة تحتمل التأويل والتفسير كما هو الحال فى اتفاقية فينا (مدة معقولة)، كما أنه قد جعل لحسن النية دوراً مؤثراً بمعنى أنه إذا كان هناك غشاً فهو دليل على سوء النية من جانب البائع، فلا يترتب على عدم الاخطار أو التأخير أى تجاوز إلا بعد ١٥ يوم أثر فيما يتعلق بسقوط الحق فى عدم المطابقة، وحالة الغش هى الوحيدة التى تسمح بالاخطار فى خلال مدة ٦ أشهر، دون ذلك فإن الاخطار يجب أن يتم فى خلال ١٥ يوماً من تاريخ التسليم الفعلى.

نسبة تخفيض الثمن:

كانت القاعدة المستقر عليها طبقا للقانون فى المادة ٤٦[١] أن الثمن يتم

---

(١) انظر المادة ٤٦ من القانون الموحد.

تخفيضه بنسبة الانخفاض الذى طرأ على قيمة البضاعة وقت ابرام العقد بسبب العيب فى المطابقة، إلا أن هذه القاعدة قد تم تعديلها فى اتفاقية فينا سنة ١٩٨٠ فى المادة ٥٠ حيث يتم تخفيض الثمن بنسبة الفرق بين قيمة البضاعة التى سلمت فعلا وقت وقوع التسليم وقيمة البضاعة لو كانت كاملة المطابقة فى هذا الوقت.

ومن التطبيقات القضائية لقاعدة تخفيض الثمن الحكم الصادر فى المانيا فى الدعوى رقم ٤١٠١٩٨ لسنة ١٩٨٩ فى النزاع القائم بين مشترى المانى وبائع ايطالى بصدد عقد بيع أحذية حيث طالب المشترى الالمانى بتخفيض الثمن لعدم مطابقة البضاعة للمواصفات المذكورة فى العقد. حيث قررت المحكمة أن المشترى قد قام بالوفاء بالالتزامات المفروضة عليه سواء من جانب البضائع أو إعلان البائع بالعيوب الخفية، وبالتالى يحق له طلب تخفيض الثمن الذى يتم بين قيمة البضاعة التى سلمت فعلا وقت وقوع التسليم، وقيمة البضاعة لو كانت كاملة المطابقة فى هذا الوقت(١).

ومما لا شك فيه أن نسبة التخفيض وفقاً للقانون الموحد كان من شأنها اغلاق الباب أمام سوء النية من جانب المشترى، حيث أن التخفيض كان يتم على أساس قيمة البضائع وقت ابرام العقد وقيمتها حسب ما يوجد بها من عيوب عدم المطابقة، أى أن قيمة البضائع وقت ابرام العقد هى الأساس الذى

---

(١) هذا الحكم مشار إليه فى:
Louis F.del duca and patrick del duca op.cit., p. 141.

عليه يتم تخفيض الثمن، ومن ثم لا توجد ثمة علاقة بين نسبة تخفيض الثمن وارتفاع الأسعار وانخفاضها بوجه عام، على العكس من نسبة التخفيض وفقاً لاتفاقية فينا تلك التى من شأنها فتح الباب لسوء النية وذلك إذا حدث تقلب فى الأسعار بين وقت ابرام العقد ووقت التسليم، حيث يقوم المشترى بإجراء عملية حسابية[١] لبيان أفضل القواعد التى يلجأ إليها، إن كان تخفيض الثمن أو فسخ العقد، فإذا انخفضت الأسعار لجأ المشترى إلى فسخ العقد، أما إذا ارتفعت لجأ إلى قاعدة تخفيض الثمن.

الفرع الثالث

الاستبـــــدال

يعد الاستبدال أحد صور التنفيذ العينى التى بها يستطيع المشترى شراء بضائع مماثلة أو مطابقة لما هو مقرر بالعقد فى حالة عدم المطابقة، ومن ثم يصبح فى ذات المركز كما لو كان البائع قد نفذ التزامه. فقاعدة الاستبدال ليست بجديدة على التشريعات المقارنة حيث تنص المادة ٢٠٥ من القانون المدنى المصرى على أنه يجوز للمشترى أن يحصل على نفقة البائع على بضائع مطابقة للبضائع المنصوص عليها فى العقد فى حالة الاخلال بالمطابقة بعد الحصول على إذن من المحكمة أو دون إذن عند الاستعجال، وكذلك قانون التجارة المصرى رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ حيث تنص المادة ٩٦ على «إذا لم يقم البائع بتسليم المبيع فى الميعاد المحدد فى العقد فللمشترى أن يخطره بالتنفيذ خلال مدة مناسبة يحددها

---

(١) لمزيد من التفصيل انظر الدكتور محسن شفيق، سابق الاشارة اليه ص ١٨٨.

فإذا لم يسلم البائع المبيع خلال تلك المدة جاز للمشترى أن يحصل على شئ مماثل للمبيع على حساب البائع وأن يطالبه بالفرق بين الثمن المتفق عليه وما دفعه بحسن نية للحصول على ذلك الشئ. . . »[١].

فقاعدة استبدال البضاعة تمثل إحدى طرق التنفيذ العينى سواء فى اتفاقيتى لاهاى سنة ١٩٦٤ حيث تضمنت النص عليها فى المادة ٢٥، وكذلك اتفاقية فينا سنة ١٩٨٠ حيث تضمنت النص عليها أيضاً فى المادة ٢/٤٦. ولقد ذهب البعض من الفقه أن قاعدة استبدال البضاعة فى ظل اتفاقية لاهاى تعد استثناء يرد على قاعدة التنفيذ العينى[٢]. ونؤيد هذا الرأى لأنه طبقاً لنص المادة ٢٥ من اتفاقيتى لاهاى سنة ١٩٦٤ التى تنص على «عدم امكان المشترى مطالبة البائع بالتنفيذ العينى متى كان فى امكان المشترى شراء بديل وفقاً للعرف»، لا يوجد فى القانون الموحد قاعدة التنفيذ العينى عن طريق استبدال البضاعة إلا أنه بنفاذ اتفاقية فينا وطبقاً لنص المادة ٢/٤٦ يعد الاستبدال صورة من صور التنفيذ العينى.

شروط قاعدة الاستبدال:

فكما هو مبين من نص المادة ٣/٤٦ بشأن قاعدة الاستبدال كصورة من صور التنفيذ العينى فإنه يشترط أن تشكل مخالفة البائع للالتزام بالمطابقة مخالفة جوهرية، وأن يطلب المشترى من البائع الاستبدال فى ذات الوقت الذى

---

(١) موسوعة قانون التجارة الجديد،المستشار الدكتور محمد شتا أبوسعد،التعليق على قانون التجارة الجديد رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ ص ٤٦٨، دار الفكر العربى، ٢٠٠٠.

(٢) الدكتور رضا عبيد، سابق الاشارة إليه ص٥٣٥، ٥٣٦.

يخطره فيها بعدم المطابقة. فشرط المخالفة الجوهرية يعد شرطاً متميزاً بالنسبة لقاعدة الاستبدال باعتباره صورة من صور التنفيذ العينى، حيث إذا لم يتوافر هذا الشرط فلا يحق للمشترى اللجوء إلى مثل هذا الجزاء. وهذا ما تؤكده محكمة الاستئناف(١) بجرونوبل الدائرة التجارية حيث قررت «إذا كان العيب فى المطابقة لا يشكل مخالفة جوهرية حيث يبدو فقط فى جزء من الشئ المبيع وكان البائع لديه القدرة على اصلاح العيب، فلا يكون للمشترى الحق فيما يدعيه» فهذا الحكم يكشف بوضوح عن أنه متى كان العيب فى المطابقة لا يشكل مخالفة جوهرية، فعلى المشترى أن يطالب أولا بإصلاح الشئ المعيب ولا يحق له اللجوء مباشرة إلى طلب استبدال البضائع، كما أنه يؤكد من ناحية أخرى الالتزام بمبدأ حسن النية فى ترتيب الجزاءات واللجوء إليها.

فهذا الحكم يكشف بوضوح أنه يمكن استخدام هذا النص بسوء نية من حيث اللجوء إليه كأحد الجزاءات المقررة لمخالفة البائع لالتزامه بالمطابقة، ويؤكد ذلك ما قرره الممثل الألمانى(٢) أثناء الأعمال التحضيرية للاتفاقية من أن المشترى دائما سوف يطلب استبدال البضائع ببضائع أخرى فى أى حالة من

---

(١) cour d'appel de Grenable, chambre, commercial, RG 93/4879, 26 April 1995.

مشار إليه فى: Evelien visser, Nether lands op cit., Note 330.

(٢) the federal Republic of Germany stats that if the goods dont conform with the contract the buyer should always be entitled to require delivery of substitute goods unless the seller could not reasonably be expectid to deliver substitue goods.

انظر فى ذلك A/Conf. 97.9.

حالات عدم المطابقة. ومن ناحية أخرى فإن الواقع العملى يكشف عن صعوبة تطبيق هذا الجزاء. حيث يقول رأى فى الفقه[١] أن البائع لا يلتزم بتحقيق ما يطلبه المشترى لأن السماح باعادة البضائع مرة أخرى من جانب المشترى يعد أمراً مكلفاً بالنسبة له، ومن ثم فعلى المشترى أن يختار بين المطالبة بالتعويض أو انقاص الثمن أو فسخ العقد.

كما أنه يشترط لكى يستطيع المشترى الزام البائع بتسليم بضائع بديلة تطبيقاً لنص المادة ٢/٤٦ أن يقوم المشترى بإعادة البضائع المعيبة إلى البائع وفقا للشروط التى حددتها المادة ٨٢ من اتفاقية فينا. وهذا أمراً ليس مؤكداً فى أغلب الأحيان[٢]، ليس هذا فحسب بل انه يفتح الباب لسوء النية من جانب البائع إذ يقوم البائع بإرسال البضائع وهو يعلم ما بها من عيوب عدم المطابقة تلك التى تشكل مخالفة جوهرية، واضعاً فى اعتباره أن المشترى لا يستطيع أن يطالب باستبدالها إلا إذا توافرت الشروط التى حددتها المادة ٨٢ وهى إذا كانت استحالة رد البضائع أو ردها بحالة تطابق إلى حد كبير الحالة التى تسلمها بها المشترى لا تنسب إلى فعله أو تقصيره، أو إذا تعرضت البضائع كلية أو جزء للهلاك أو التلف السريع نتيجة الفحص المنصوص عليه في المادة ٣٨، أو إذا قام المشترى قبل أن يكتشف أو كان من واجبه أن يكتشف العيب فى المطالبة بعد بيع البضائع كلا أو جزءا فى اطار العمل التجارى العادى أو قام باستهلاكها أو بتحويلها فى سياق الاستعمال العادى، وبالتالى

---

(١) Heuze op. cit., p. 306.

(٢) Lamy op. cit., p. 4 - 354.

فإذا لم تتوافر هذه الشروط فلا يحق للمشترى طلب الاستبدال، فلا يكون له إلا خيار المادة ٨٣ التي تقرر أن المشترى الذى يفقد حقه فى فسخ العقد أو أن يطلب من البائع تسليم بضائع بديلة وفقاً لنص المادة ٨٢ يحتفظ بحقوقه الأخرى تلك التى من بينها تخفيض الثمن الذى يعد تقريباً هو أنسب الجزاءات لمثل هذه الحالة(١).

فقاعدة الاستبدال باعتبارها أحد الجزاءات التى تترتب على مخالفة البائع لالتزاماته لا تطبق إلا فى حالة تسليم بضائع غير مطابقة، والتسليم يجب أن يكون قد تم بالفعل، فلا يمكن تطبيق هذا الجزاء إذا كان البائع لم يقم بالتسليم الفعلى(٢). وهنا تختلف قاعدة الاستبدال فى اتفاقية فينا عنها فى قانون التجارة المصرى رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ حيث أن قاعدة الاستبدال وفقاً له وتطبيقاً لنص المادة ٩٥ «إلا فى حالة عدم التسليم من جانب البائع»، ومن ثم فقاعدة الاستبدال غير مرتبطة بشأن عدم المطابقة، حيث أن الجزاء الذى يترتب على عدم المطابقة وفقاً لنص المادة ١٠١(٣) هو جزاء الفسخ فقط. إلا أنه من الملاحظ ضمنياً وفقاً لنص المادة ١٠١ من قانون التجارة المصرى أنه قد أخذ بشرط المخالفة الجوهرية بشأن عدم المطابقة وتطبيق جزاء الفسخ، حيث قال المشرع المصرى فى نص المادة ١٠١ ويكتفى عند رفض طلب الفسخ بانقاص الثمن، وكأن المشرع قد أعطى للقاضى المعروض عليه النزاع شرطاً يجب توافره وإن لم

---

(١) Heuze op. cit., p. 306.

(٢) Robert Koch,op. cit., p. 311.

(٣) انظر فى ذلك المستشار ابراهيم خليل، سابق الاشارة إليه ص١٥٤.

يكن قد نص عليه صراحة وهو شرط أن يكون العيب فى المطابقة جوهرياً لترتيب جزاء الفسخ، فإن لم يكن كذلك فإنه يكتفى بانقاص الثمن، كما أنه قد كشف عن أن جزاء انقاص الثمن هو الجزاء المناسب لهذه الحالة، وهذا ما يكشف عنه الواقع العملى بصدد تطبيق نص المادة ٢/٤٦ من اتفاقية فينا حيث يصعب توافر شروط تطبيق جزاء الاستبدال تطبيقاً لنص المادة ٨٢ من الاتفاقية.

مبدأ حسن النية وقاعدة الاستبدال:

تبدو أهمية مبدأ حسن النية بشأن قاعدة الاستبدال من حيث أن نص المادة ٤٦ قد شمل جزاءى الاصلاح والاستبدال فى الفقرة ٢، ٣ منها. بمعنى أن فى ذات الوقت الذى يطالب فيه المشترى البائع باستبدال البضائع يعرض البائع اصلاح ما فى البضائع من عيوب عدم المطابقة فتطبيقا لمبدأ حسن النية وما تفرضه قاعدة تخفيف الضرر المقرر بنص المادة ٧٧ من اتفاقية فينا، فعلى المشترى أن يمكن البائع من اصلاح ما فى البضائع من عيوب عدم المطابقة. فالحقيقة أن صياغة نص المادة ٤٦ وجمعها بين جزاءى الاستبدال والاصلاح قد سمح ببيان دور حسن النية ووجوب مراعاته فى حالة إذا عرض البائع الاصلاح فى ذات الوقت الذى طلب فيه المشترى الاستبدال. فلو أنه قد أخذ بالصياغة المقترحة من جانب ممثل الولايات المتحدة الأمريكية فى مسودة الاتفاقية سنة ١٩٧٨ ذلك الذى كان يقترح السماح للبائع بالاصلاح بدون النظر عن حق المشترى فى الاصلاح حيث لو كان قد أخذ بهذه الصياغة فما كان لمبدأ حسن النية من دور فى هذه الحالة حيث كان سيقتصر دوره عند اللجوء إلى ترتيب هذا الجزاء حيث قد قوبل هذا الاقتراح بالرفض ولقد أقر صراحة official records of the conf تطبيق مبدأ حسن النية من حيث يجب طبقا لهذا المبدأ أنه إذا ما

عرض البائع الاصلاح فى ذات الوقت الذى يطلب فيه المشترى الاستبدال فإنه يجب تمكين البائع من ذلك(١).

كذلك أيضا تبدو أهمية مبأ حسن النية متى كان تنفيذ الالتزام بالاستبدال مستحيلا أو مكلفاً للبائع تكلفة باهظة، إلا أنه متى كان تنفيذ الالتزام بالاستبدال يسيراً بالنسبة للبائع فلا ثمة مجال لمبدأ حسن النية، وكذلك أيضاً إذا رفض المشترى. ولكن يجب أن نضع فى الاعتبار دائما أن توقيع جزاء الاستبدال باعتباره صورة من صور التنفيذ العينى يخضع لنص المادة ٢٨ ومن ثم ان تنفيذ هذا الجزاء يخضع لقانون المحكمة المعروض عليها النزاع وهنا سوف يتباين تطبيق مبدأ حسن النية بحسب قانون المحكمة المعروض عليها النزاع ودور حسن النية فى هذا القانون، ومن ثم لا يوجد مجال متسع لمبدأ حسن النية المقرر في اتفاقية فينا فى نص المادة ٧ حيث أن تطبيقه يتوقف بالدرجة الأولى هنا على القانون الوطنى.

---

(١) Robert Koch op. cit.,p.340 "the only objection to such an application ofthe principle of good faith Would be that us proposal to amend the 1975 draft version of artical 48 and to allow the seller to cure a defect, regardless of the buyer's right to substitute delivery, was rejected at the Vienna diplomatic conferance. however the perposd was only rejected by 10 votes in favor and 10 votes against and- according to the official recordes,of conference, without further discussion, in view of the out come of this votes it seems, therfore,where repair is feasible without causing the buyer unreasonabel inconvenience, it is indeed plausible to argue that the general principle of reasonableness requires consideration an offer to cure in the deteramination of fundomental breach when the buyer demand seubstitute delivery while the seller offer repair.

فإذا كان الحال كذلك فى اطار اتفاقية فينا فإن الأمر يختلف تماما فى نطاق قانون التجارة المصرى، حيث أبرز دور حسن النية صراحة والالتزام به فى توقيع هذا الجزاء، فلقد أوجب على المشترى إذا اختار هذا الجزاء بحيث إذا قام بشراء شئ مماثل للمبيع على حساب البائع بثمن يزيد على الثمن المتفق عليه فى العقد، أن يكون قد دفع هذا الثمن الزائد بحسن نية لكى يطالب بتلك القيمة الزائدة، فإن كان الأمر غير ذلك متى كان قد قام بالشراء بأول سعر طرح عليه لتلك البضائع المماثلة، فإنه لا يكون حسن النية حيث أن الأمر كان يقتضى دراسة الأسعار السائدة فى السوق ولا يقوم بالشراء وفقاً لأول سعر يطرح عليه واضعاً فى اعتباره أنه سوف يرجع على البائع بفرق السعر(١).

المبحث الثانى

فسخ عقد البيع الدولى

مقدمة:

كما سبق أن رأينا أن جزاء إعادة التوازن المالى للعقد هو جزاء من شأنه اعادة العقد إلى سيرته الطبيعية من حيث أن يكون كل طرف من أطراف العقد قد قام بتنفيذ التزاماته التى تقاعس عن تنفيذها طبقاً لما اشتمل عليه العقد وبطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية، وبذلك يكون العقد قد انتهى نهاية طبيعية.

---

(١) انظر فى ذلك الدكتور محمد شتا أبو سعد، سابق الاشارة إليه ص٤٦٨.

فجزاء إعادة التوازن المالى للعقد هو جزاء من شأنه الحيلولة دون فسخ العقد، نظراً لما يترتب على هذا الجزاء الأخير من آثار مدمرة لطرفى العقد.

فالفسخ هو فى الأصل جزاء يتقرر لكل من طرفى العقد إذا أخل أحدهما بالالتزامات التى يفرضها العقد. فهذا الجزاء لم يكن معروفاً فى القانون الرومانى وذلك لأن العقد الملزم للجانبين فى هذا القانون كان ينشئ التزامات مستقلة عن بعضها البعض، إلا أن الوضع قد تغير حيث أدخل القانون الرومانى في عقد البيع شرطاً يجعل للبائع الحق فى الفسخ إذا تخلف المشترى عن دفع الثمن متى كان هناك اتفاق على ذلك. حيث عرف القانون الرومانى قضاء الفسخ مؤسساً على الشرط الفاسخ الصريح. أما بالنسبة للفقه الإسلامى فإن نظام الفسخ غير معروف به إلا على سبيل الاستثناء، وذلك بوجه خاص فى البيع والايجار.

فنظام الفسخ الذى عرفه القانون الرومانى، وأخذ به القانون الفرنسى القديم، وجاءت مدونة نابليون وأخذت به كما جاء بالقانون الفرنسى القديم والتى منها انتقل نظام الفسخ إلى العديد من التشريعات المقارنة(١).

وإذا كان نظام الفسخ قد انتقل إلى العديد من التشريعات المقارنة من مدونة نابليون، فإن هذه التشريعات قد اختلفت فيما بينها بشأن نظام الفسخ فأنظمة القانون اللاتيني ومنها التشريع المصرى والفرنسى الذى يعرف نوعين من الفسخ هما الفسخ القانونى، والفسخ القضائى وفى كل الأحوال لا يقع الفسخ إلا بحكم القاضى.

---

(١) Heuze op. cit..., p. 306.

على العكس من ذلك فإن أنظمة القانون الأنجلوسكسونى تعرف نظام من الفسخ لا تعرفه أنظمة القانون اللاتينى، وهو ما يعرف بنظام الفسخ المبتسر الذى يعنى أنه يجوز لأى طرف من أطراف العقد أن يقوم بفسخ العقد إذا تبين له قبل ميعاد تنفيذ الالتزام أن الطرف الآخر سوف يرتكب مخالفة جوهرية فى تنفيذ هذا الالتزام(١).

والاختلاف بين الأنظمة القانونية بشأن نظام الفسخ يتأكد أيضاً من خلال تطبيق هذا الجزاء. فالقانون المصرى والفرنسى لا يجعل الفسخ يقع بقوة القانون بل لابد أن يصدر به حكم من القضاء، وهو أمراً ضرورياً فى كل من حالتى الفسخ. وهذا ماهو مستفاد من نص المادة ١١٨٤ من القانون الفرنسى، وضمناً من المادة ١٥٧ من القانون المدنى المصرى(٢). فى حين أن القانون الأمريكى، والالمانى يجيز للدائن الحق فى فسخ العقد دون حاجة إلى حكم من القضاء(٣).

وتلك هى بعض مظاهر الاختلاف بين الأنظمة القانونية بشأن نظام الفسخ، ليس هذا فحسب بل إن مظاهر الاختلاف بشأن نظام الفسخ توجد داخل النظام القانونى الواحد. فالقانون المصرى يضع الفسخ الاتفاقى فى ذات مرتبة الفسخ

---

(١) لمزيد من التفصيل حول الأساس القانونى لنظام الفسخ انظر:
الدكتور عبد المنعم فرج الصدة، سابق الاشارة إليه ص ٣٩٧، الدكتور عبد الفتاح عبدالباقى، سابق الاشارة إليه ص ٦١١.

(٢) انظر فى ذلك الدكتور محمد لبيب شنب، الجحود المبتسر للعقد، دراسة فى القانون الأمريكى مقارنة بالقانون المصرى الفرنسى، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، جامعة عين شمس، العدد ٣ السنة الثالثة من ص ١-٥٠.

(٣) الدكتور محمد لبيب شنب، سابق الاشارة إليه، ص ١٩٤.

القضائى، فى حين أن القانون الفرنسى يعتبر الفسخ القضائى هو الأصل، أما الفسخ الاتفاقى هو الاستثناء[١]. أما بالنسبة للقانون الانجليزى الأصل فيه الفسخ حيث أن القاضى لا يقرر التنفيذ العينى إلا إذا كانت التعويضات غير كافية لإزالة الضرر ما لم تكن مصالح الدائن من العقد مصلحة مالية بحتة. ويجيز القانون الانجليزى الجمع بين الفسخ والتعويض[٢]. فى حين أن القانون الأمريكى لا يجيز الجمع بين الفسخ والتعويض[٣].

---

(١) P.Ole. LandO "principles of european contract law op. cit.,p. 5.

(٢) الدكتورجمال عبد العزيز،سابق الاشارة إليه ص ٣٨٩.

(٣) د. محمد لبيب شنب، نظرية الجحود المبتسر، سابق الاشارة إليه، ص ١٦١.

المطلب الأول

شروط فسخ عقد

البيع الدولى

كما سبق أن بينا أن الاتفاقيات الدولية المنظمة لعقد البيع الدولى ومبادئ اليندروا قد تبنت نهج نظم القانون الخاص فيما يتعلق بالمخالفة التى تقع من أحد طرفى العقد، متى كانت هذه المخالفة غير جوهرية من حيث الجزاءات المترتبة على هذه المخالفات حيث قد أخذت بوقف التنفيذ، والتنفيذ العينى وهى وسائل للحد من الفسخ.

إلا أنه بصدد فسخ عقد البيع الدولى، فإن تلك القواعد قد أخذت بنهج نظم القانون التى تأخذ بفكرة المخالفة الجوهرية(١)، حيث لا يستلزم وقوع خطأ من جانب أحد طرفى العقد وإنما يكفى مخالفة العقد، وأن تتسم هذه المخالفة بصفة الجوهرية، ليس هذا فحسب إنما قد أخذت بفكرة المهلة الاضافية من القانون الالمانى، والسويسرى(٢) وهما شرطا فسخ العقد الدولى.

---

(١) لمزيد من التفصيل حول مفهوم المخالفة الجوهرية فى نظم القانون العام انظر الدكتور رضا عبيد، الالتزام بالتسليم فى القانون الموحد، دار النهضة العربية، الدكتور جمال محمود عبدالعزيز، الالتزام بالمطابقة فى اتفاقية فينا ١٩٨٠، دار النهضة العربية، ١٩٩٦، الدكتور خالد أحمد محمد، فسخ عقد البيع الدولى للبضائع، اتفاقية فينا ١٩٨٠، دار النهضة العربية، ٢٠٠٠.

(٢) المادة ٤٧، ٦٣ من القانون الالمانى، المادة ١٠٧، ١٠٨ من القانون السويسرى.

لقد تضمنت كافة القواعد القانونية المنظمة لعقد البيع الدولى سواء فى اتفاقيتى لاهاى سنة ١٩٦٤[١] واتفاقية فينا ١٩٨٠[٢]، وكذلك مبادئ اليندروا[٣] شرطى المخالفة الجوهرية، والمهلة الاضافية باعتبارهما شروط فسخ عقد البيع الدولى الذى يترتب على مخالفة مبدأ حسن النية.

وفي كل الأحوال نجد أن النصوص المنظمة لمفهوم المخالفة الجوهرية تتضمن ثلاث عناصر وهم: الضرر، والحرمان بشكل أساسى مما كان متوقعاً من العقد، والتوقع للضرر. فيذهب البعض من الفقه[٤] إلى أن القواعد الموضوعية الدولية لم تتضمن فى عناصرها تعريفاً للضرر أو حتى أمثلة له يمكن من خلالها تحديد مستوى المخالفة الجوهرية، حيث أنها لم تبين المقصود بالضرر هل هو الضرر الأدبى، أم المادى أى ما فاته من كسب وما لحق به من خسارة، ومتى كانت الاتفاقية لم تحدد المقصود بالضرر، ففى هذه الحالة سيتم تحديد المقصود بالضرر وفقاً لقواعد القانون الوطنى. ومن ثم سيختلف مفهوم الضرر من قانون إلى آخر، ويضاف إلى ذلك أنه قد تبدو المخالفة جوهرية ومن ثم يترتب عليها ضرر كعدم التأمين على البضائع، ولكن وصول البضائع سليمه للمشترى يجعل المخالفة غير جوهرية حيث لا يترتب عليها ضرر. وبالتالى فإنه يمكن تحديد

---

(١) المادة ١٠ بشأن المخالفة الجوهرية، المادة ٢/٢٧، ٢/٣١، ٢/٤٤ بشأن المهلة الاضافية.

(٢) المادة ٢٥ من اتفاقية فينا، المادة ٤٧ ، المادة ٦٣ بشأن المهلة الاضافية.

(٣) المادة ١/٣/٧ من مبادئ اليندروا، المادة ٧-١-٥ بشأن المهلة الاضافية.

(٤) Robert Koch op.cit., p.264-265.

الضرر وفقاً لكل حالة على حدة.

فهذا الرأى إن كان محل اعتبار، إلا أنه باستقراء نصوص القواعد القانونية المنظمة لعقد البيع الدولى، نجد أن المادة ٨٢ من اتفاقيتى لاهاى ١٩٦٤[١] قد حددت المقصود بالضرر، وكذلك المادة ٧٤ من اتفاقية فينا ١٩٨٠[٢] من حيث أنه ما فاته من كسب وما لحقه من خسارة. ومن ثم فإن الضرر الذى يتم التعويض عنه هو الضرر المادى دون الضرر الأدبى، ويؤكد ذلك نص المادة ٥ من اتفاقية فينا والتى تنص على «لا تسرى أحكام هذه الاتفاقية علي مسئولية البائع الناتجة عن الوفاة أو الاصابات الجسيمة التى تحدث لأى شخص بسبب البضائع».

فى حين أن مبادئ اليندروا نجد نصوصها الخاصة بالتعويض تكشف عن أن التعويض الذى يتم التعويض عنه الضرر الأدبى والمادى[٣]، وبالتالى فإن تحديد مسألة الضرر يمكن اللجوء بشأنها إلى القواعد الخاصة بالتعويض.

---

(١) تنص المادة ٨٢ من القانون الموحد على «... يقدر التعويض على اساس الضرر مشتملا على الخسارة التى وقعت والكسب الذى فات».

(٢) تنص المادة ٧٤ من اتفاقية فينا على «يتألف التعويض عن مخالفة أحد الطرفين للعقد من مبلغ يساوى الخسارة التى لحقت بالطرف الآخر والكسب الذى فات نتيجة المخالفة».

(٣) تنص المادة ٧-٤-٢ من مبادئ اليندروا على «يحق للطرف الدائن الحصول على تعويض كامل عن الضرر الذى لحقه كنتيجة لعدم التنفيذ، ويتمثل هذا الضرر فيما لحقه من خسارة وما فاته من كسب مع الأخذ فى الاعتبار أى كسب حققه الطرف الدائن نتيجة تفادى التكاليف والأضرار وقد يكون هذا الضرر غير نقدى فيتضمن على سبيل المثال الضرر المادى والأدبى.

الفرع الأول

المخالفة الجوهرية

يعد شرط المخالفة الجوهرية شرطاً جديداً على الدول التى صدقت على اتفاقيتى لاهاى ١٩٦٤، حيث كان أول ظهور لشرط المخالفة الجوهرية فى مسودتها عام ١٩٥٦، وعام ١٩٦٤، ثم تضمنته الاتفاقية فى نص المادة ١٠ التى تنص على «يعد الاخلال جوهرياً فى اطار أحكام هذا القانون، إذا كان الطرف الذى يخل بالالتزام يعلم أو كان ينبغى أن يعلم منذ ابرام العقد، أن شخصاً عاقلا فى نفس مركز المتعاقد معه، ما كان ليبرم العقد إذا كان قد توقع حصول هذا الاخلال ومتى وجد»(١).

وأهم الانتقادات التى وجهت إلى مفهوم المخالفة الجوهرية فى نص المادة (١٠) أنها كانت تقوم على العنصر الشخصى. حتى أنه أثناء الأعمال التحضيرية لاتفاقية فينا سنة ١٩٨٠ كان هذا النص محل انتقادات أيضاً من جانب ممثلى الدول والمنظمات الدولية وذلك للتعريف المبهم للمخالفة الجوهرية فضلا عن أن المعايير التى تضمنتها الاتفاقية تثير صعوبة فى التطبيق ولتلافى هذه الانتقادات دارت العديد من المناقشات حول نص المادة ٢٥من اتفاقية فينا

---

(١) لقد ظهر مفهوم المخالفة لأول مرة فى مسودة الاتفاقية عام ١٩٥٦، ١٩٦٣ حيث لم تتضمنه مسودة الاتفاقية عام ١٩٣٩ حيث دارت حوله العديد من المناقشات وانتهت هذه المناقشات بصياغة نص المادة ١٠ إلا أن أهم الانتقادات التى وجهت إلى نص هذه المادة هى أنها تعتمد على العنصر الشخصى ذلك الذى يعنى أن الطرف الذى تخلف عن تنفيذ الالتزام كان يعلم أو كان ينبغى أن يعلم أن شخصاً عاقلا من صفة المتعاقد الآخر وفى مركزه ما كان ليرضى بابرام العقد إذا علم بالمخالفة ولذلك كان نص المادة ١٠ محل انتقادات أخرى أثناء الاعداد لاتفاقية فينا سنة ١٩٨٠ نظراً لما يثار من صعوبات عند تطبيق نص المادة ١٠. انظر ذلك فى: Robet Koch op. cit. p. 268.

الذى يتضمن مفهوم المخالفة الجوهرية، والتى انتهت إلى نص هذه المادة ذلك الذى تضمنته الاتفاقية.

عناصر المخالفة الجوهرية:

(١) الحرمان بشكل أساسى مما هو متوقع من العقد:

هذا العنصر من عناصر المخالفة الجوهرية لم تتضمنه اتفاقيتى لاهاى ١٩٦٤، بمعنى أن اتفاقية لاهاى لم تتطلب أن يترتب على الضرر حرمان الطرف المضرور بشكل أساسى من المنفعة التى كان يحق له أن يتوقعها من العقد، بل انها لم تتضمن الاشارة إلى لفظ الضرر(١). لكن السؤال الذى يطرح نفسه ما هو المقصود بالحرمان بشكل أساسى مما هو متوقع من العقد، فهل المقصود هو الغرض الذى من أجله ابرم العقد، أم المقصود هو الفوائد التى تترتب على العقد كلية؟ حتى أن رأى فى الفقه(٢) قد علق ذلك بقوله أنه مما لا شك فيه أن عدم امكانية تحديد الضرر بشكل واضح متى استلزم ذلك، فإنه يكون عدم التنفيذ الجوهرى الذى يؤدى إلى إنهاء العقد، وهذا النص يتعارض مع الهدف من الاتفاقية وهو عدم اللجوء للقواعد الوطنية حيث بذلك يلتزم القاضى فى النزاع المعروض عليه بضرورة اللجوء إلى القواعد الوطنية. وبالتالى فإنه يجب لتحديد الضرر بهذا الشكل الذى أوردته الاتفاقية، أن نضع في اعتبارنا كافة الظروف التى تشمل المفاوضات والعادات السائدة بين الطرفين، والأعراف السائدة

---

(١) الدكتور رضا عبيد، سابق الاشارة إليه، ص ٣٣٤.

(٢) انظر فى ذلك:

Jacques Ghestin "les obligations de vente sur la C.I.S.G et les incoterms actes du colloque des 1er et 2 decembre 1989 p. 108, L.G.D.J.

بينهم، وكذلك أى سلوك من جانب طرفى العقد(١).

(٢) التوقع: يعد عنصر توقع الضرر هو العنصر الذى تكتمل به عناصر المخالفة الجوهرية، وهذا العنصر قد أثار خلافاً شديداً أثناء إعداد اتفاقية فينا سنة ١٩٨٠(٢) حيث تبنت الاتفاقية معيار الشخص المعتاد وذلك لتجنب ما جاء بنص المادة ١٠ من حيث معيار التوقع الذى يجعل عبء الاثبات على الطرف المضرور من حيث أنه يثبت علم الطرف المخل أو امكانية علمه بالضرر.

(٣) وقت التوقع: اختلفت اتفاقية فينا عن كل من اتفاقيتى لاهاى

---

(١) Robert Koch op.cit., p.263.

(٢) منذ بدء الأعمال التحضيرية لاتفاقية فينا كان الفكر السائد لدى واضعى الاتفاقية هو تبنى معيار الشخص المعتاد وذلك للانتقادات التي وجهت لنص المادة (١٠) من القانون الموحد من حيث أنها تقوم على العنصر الشخصي وظهر هذا الفكر في الأعمال التي كانت تتم بصدد اعداد الاتفاقية عام ١٩٧٥ وبالفعل ظهر هذا المعيار فى مسودتها ١٩٧٨ فى نص المادة ٢٣ التى كانت تنص على:

A breach committed by one of the parties is fundamental if it results in substantial detriment to the other party unless the party in breach did not foresee and had no reason foresee such a result.

وبالرغم من ذلك ظل الخلاف قائم وموجود حتى نهاية أعمال مؤتمر فينا حيث قد بدا من خلال تلك الأعمال أنه كان يوجد اتجاهين: (١) الاتجاه الأول يرغب فى جعل الضرر ذات طبيعة موضوعية وذلك لكى يكون هناك معيار واضح ولحماية الطرف المخل بالتزاماته من الضرر المتوقع وفريق آخر يرى أنه يجب حماية مصالح الطرف المضرور وينبغى التأكيد على ذلك فيما يتعلق بتنفيذ الالتزام بعيداً عن موضوعية الخسائر والأضرار طبقاً لما يتوقعه الطرف الآخر من العقد وإزاء هذين الاتجاهين حاول فريق العمل التوفيق بينهما حيث انتهت الأعمال بصياغة نص المادة ٢٥ من اتفاقية فينا. انظر فى ذلك:

P.Schlechtriem op.cit. 58- 59.

سنة ١٩٦٤ ومبادئ اليندروا بشأن وقت توقع الضرر، حيث أنها لم تحدد الوقت الذى يعتد به لتوقع الضرر، هل هو وقت ابرام العقد كما هو الحال بالنسبة لاتفاقيتى لاهاى؟ أم أنه وقت وقوع المخالفة بالرغم من أنه قد قدم اقتراحا مؤداه اضافة عبارة «وقت ابرام العقد» إلى نص المادة ٢٥، إلا أن هذا الاقتراح قد قوبل بالرفض؟ لذلك كانت هذه المسألة محل رأى من جانب الفقه حيث ذهب جانب من الفقه أنه طبقاً للتاريخ التشريعى للاتفاقية ان وقت توقع الضرر يحدد بوقت تعمد المخالفة، حيث أن الخسائر الجسيمة كان من الممكن تجنبها فى الوقت الذى تصبح فيها متوقعة من الطرف المخالف، كما أن التاريخ التشريعى يكشف أن المحاكم يكون لها حرية التصرف في تحديد وقت التوقع.

ومن ناحية أخرى يذهب جانب آخر من الفقه إلى القول أن تحديد وقت توقع الضرر يكون وقت ابرام العقد، وليس وقت ارتكاب المخالفة استناداً إلى نص المادة ٧٤ من الاتفاقية التى تحدد التعويض عن الخسائر المتوقعة وقت ابرام العقد، حيث أنه من الغريب المطالبة بالتعويض عن الأضرار المتوقعة وقت ارتكاب المخالفة وليس وقت ابرام العقد، كما أن الترخيص بالفسخ على أساس الأضرار المتوقعة وقت ارتكاب المخالفة من شأنه أن يضيق الحق فى التعويض(١).

كما أن جانباً آخر من الفقه يذهب إلى أن وقت توقع الضرر هو وقت ابرام

---

(١) انظر فى ذلك:

Harry M.Flechtner, Remedies under the new international sales convention the perspective from art., 2 of the U.C.C. p. 75, journal of law and commerce 1988.

العقد ولكنه يستند فى رأيه إلى سند آخر هو نص المادة ٢٥ بذاتها حيث أن التوقعات العقدية تحدد بوقت ابرام العقد(١).

الحقيقة أن هذه الآراء الفقهية بصدد تحديد وقت توقع الضرر إذا كانت قد استندت فى رأيها إلى جهة أو دليل فإنها قد أغفلت حجج أخرى يمكن من خلالها توجيه النقد إلى ما ذهبت إليه. ففيما يتعلق بالاتجاه الأول بخصوص ما ذهب إليه من الاستناد إلى نص المادة ٧٤ من الاتفاقية فى تحديد وقت توقع الضرر بأنه وقت ارتكاب المخالفة، فإنه قد أغفل أن نص هذه المادة يقوم على المعيار الشخصى فقط دون المعيار الموضوعى.

أما فيما يتعلق بذلك الاتجاه الذى يستند إلى أن وقت توقع الضرر هو وقت ابرام العقد إلى المادة ٢٥، فهذا الاتجاه منتقد من ناحية أن التاريخ التشريعى لنص هذه المادة يكشف بوضوح أنه كان مقصوداً تركه بدون تحديد، كما أن الأطراف قد يبرموا العقد ولديهم آمال معينة من ابرامه، ومع فترة تنفيذ العقد تبدو الحقيقة أن هذه الآمال لن تتحقق بالرغم من أنه لا يوجد ثمة مخالفة لالتزامات العقد. كما أنه لو كان الأمر كذلك لكانت عبارة «وقت ابرام العقد» التى اقترح اضافتها كان قد تم اضافتها وهذا ما لم يحدث(٢).

---

(١) Schlechtriem op.cit. p. 60.

(٢) Harry M.Flechtener: op. cit., p. 77.

رأى خاص:

الحقيقة أن اتفاقية لاهاى بالرغم من الانتقادات[١] التى وجهت إلى نص المادة (١٠) بها بشأن أنها قد حددت وقت توقع الضرر بوقت ابرام العقد، فإنها تكون قد حسمت هذه المسألة حيث لا مجال للاجتهاد بشأن تحديد وقت توقع الضرر. فهذا خيراً من ترك المسألة دون حل قاطع، خاصة أن الأحكام القضائية التى تناولت مسألة المخالفة الجوهرية لم تقدم لنا تحليل تفصيلى للمخالفة الجوهرية متضمناً الوقت الذى يعتد به فى تحديد وقت توقع الضرر. لذلك نرى ترك هذه المسألة لتقدير القاضى أو الحكم المعروض عليه النزاع من حيث أنه قد يحدد وقت توقع الضرر بوقت ابرام العقد، أو بوقت ارتكاب المخالفة حيث يكون مبدأ حسن النية هو المرشدله في تحديد وقت توقع الضرر. خاصة أن الاتفاقية قد جعلت للمدين الحق فى اثبات أنه لم يتوقع مثل هذه النتائج وفقاً لمعيار الشخص المعتاد، دون أن تعتد بمعلوماته الخاص أو توقعه الخاص لمثل هذا التاريخ، فوفقاً لمعيار الشخص المعتاد يمكن للطرف المخل أن يتستر خلفه ومن هنا تبدو أهمية مبدأ حسن النية ومراعاته عند تقدير وقت التوقع[٢].

الفرع الثانى

المهلة الاضافية

لكى يتقرر الحق فى الفسخ باعتباره أثراً من آثار الاخلال بمبدأ حسن النية، لابد ألا يكون أحد الأطراف قد منح الطرف الآخر مهلة اضافية لتنفيذ التزاماته.

---

(١) انظر فى ذلك الدكتور رضا عبيد، سابق الاشارة إليه ص. ٤٥.

(٢) Robert Koch. op. cit., p. 264.

معنى المهلة الاضافية:

المهلة الاضافية هى فترة زمنية معقولة يعطيها أحد طرفى العقد للطرف الآخر لتنفيذ التزاماته التى لم يقم بتنفيذها خلال مدة العقد. فنظام المهلة الاضافية وسيلة يتم اللجوء إليها للابقاء على العقد دون فسخه، وهو نظام تعرفه كافة التشريعات المقارنة سواء كان بشكل صريح كالتشريع الالمانى[١] أو السويسرى[٢]، أو بشكل غير مباشر كما هو الحال فى التشريع المصرى «قانون التجارة المصرى»[٣]، وكذلك بعض تشريعات دول أمريكا اللاتينية كالتشريع الأرجنتينى، والبوليفى، والهندرواسى[٤].

ويعد التشريع السويسرى والالمانى هما مصدر نظام المهلة الاضافية فى القواعد الموضوعية الدولية[٥].

طبيعة نظام المهلة الاضافية:

ان نظام المهلة الاضافية فى كل من القانون السويسرى والالمانى نظام ذات طبيعة آمرة، بمعنى أن الطرف المضرور ملتزم بمنح هذه المهلة حتى يستطيع المطالبة بالتعويضات أو الفسخ. إلا أنه فى القواعد الموضوعية الدولية هو نظام اختيارى لكل من طرفى العقد دون المحكمين أو القضاة. إلا أنه إذا ما تم منحه

---

(١) المادة ٤٧ ، ٦٣ من قانون الالتزامات الألماني.

(٢) المادة ١٠٧، ١٠٨ من قانون الالتزامات السويسرى.

(٣) المادة ٩٦ من قانون التجارة المصرى الجديد- التعليق على قانون التجارة الجديد، د. محمد شتا سعد، سابق الاشارة إليه ص ٤٦٨، يقابلها فى القانون المدنى المصرى المادة ١/١٥٧ (الاعذار).

(٤) انظر فى ذلك: Albert L.Zuppi, op. cit., p. 11.

(٥) P.Schlechtriem,op. cit., p. 11, N.52.

فإنه لا يجوز استخدام أى حق من الحقوق خلال هذه الفترة. فنظام المهلة الاضافية سواء فى القانون الالمانى أو السويسرى ليس قاصراً على التزام معين وإنما يجوز منحه لجميع الالتزامات. أما بصدد القواعد الموضوعية الدولية فيذهب البعض[١] أن هذا النظام قاصر على التزامات بعينها هى الالتزام بالتسليم بالنسبة للبائع والالتزام بدفع الثمن بالنسبة للمشترى، واستلام البضاعة تأسيساً على أن الفسخ فى حالة انتهاء المهلة الاضافية دون تنفيذ لا يكون إلا بالنسبة لهذه الالتزامات وحدها.

فهذا الرأى منتقد لأن عبارة النص جاءت عامة دون تخصيص بالتزام معين[٢]، ثم أنه نظام لم يتقرر كشرط أساسى للفسخ فعلى سبيل المثال فى حالة تسليم بضائع معيبة ويكون هذا العيب يشكل مخالفة جوهرية، ولكن رغبة من المشترى فى اتمام العقد يقوم باعطاء البائع مهلة اضافية لتنفيذ العقد تنفيذاً سليماً، فإذا انقضت هذه المدة يكون للمشترى فسخ العقد، وعليه أن يعلم البائع بالفسخ فى ميعاد معقول.

ويذهب البعض من الفقه[٣] إلى تشبيه نظام المهلة الاضافية بنظام الـ Estapple فى القانون الانجليزى، حيث أن نظام المهلة الاضافية يمنع أياً من طرفى العقد فى حالة منحها من اللجوء إلى أى نوع من الجزاءات إلا بعد انتهائها. وكذلك نظام الـ Estapple يمنع أياً من الطرفين من أن يتمسك بأى حقوق تعاقدية تتنافى مع ما صدر منه من سلوك أو تصرف، فكلاهما مشترك من حيث أثره فى إيقاف التنفيذ مؤقتاً.

---

(١) B.Aduit, op.cit., p. 128, N.131.

(٢) الدكتور محسن شفيق، سابق الاشارة إليه ص ١٧٣.

(٣) انظر فى ذلك: Alison E.Willioms, op. cit., p. 15.

مدة المهلة الاضافية:

ان غالبية التشريعات المقارنة التى تضمنت مدة المهلة الاضافية التى يمنحها أحد طرفى العقد للطرف الآخر لم تتضمن مدة محددة للمدة الاضافية. حيث قد ورد النص بشأن المدة الاضافية فى قانون التجارة المصرى أن تكون مدة مناسبة، وكذلك فى القانون الالمانى الذى أشار إلى مدة المهلة الاضافية بأن تكون مدة معقولة، فى حين أن تشريعات أمريكا اللاتينية التى أشارت إلى نظام المهلة الاضافة قد تضمنت حد أدنى لهذه المهلة وهى ألا تقل عن خمسة عشر يوماً(١).

كذلك أيضا لم تتضمن القواعد الموضوعية الدولية تحديد المهلة الاضافية، حيث قد أشارت اتفاقية فينا أن تكون هذه المدة مدة معقولة وكذلك اتفاقية لاهاى سنة ١٩٦٤، ومبادئ الينذروا قد أشارت إلى هذه المدة أن تكون مدة مناسبة.

من ذلك يتضح وكأن هناك اتفاق على عدم تحديد المدة وترك تحديدها حسب كل حالة على حدة، وهو ما يناسب ظروف التجارة الدولية، لذلك فإن مبدأ حسن النية إذا كان يقتضى منح هذه المهلة، فإنه أيضاً يقتضى أن تكون هذه المهلة مناسبة لتنفيذ الالتزامات خلالها. خاصة أنه إذا كانت المسألة جوازية لكل من طرفى العقد فإنها مفروضة على طرفى العقد تطبيقاً لمبدأ حسن النية الذى يفرض على طرفى العقد التعاون فيما بينهما لتنفيذ العقد. ويؤيد ذلك أنها لا تمنع مانح هذه المهلة من المطالبة بالتعويض من التأخير فى التنفيذ، إذ

---

(١) انظر ذلك فى: Albert.L.Zuppi,op. cit., p.12.

لابد أن تكون هذه المدة مناسبة للتنفيذ. وفى حالة إذا تم منح هذه المهلة وكانت من وجهة نظر الممنوح له أنها غير كافية لتنفيذ الالتزام، فإنه يجوز اللجوء إلى القاضى أو المحكم لزيادة هذه المدة لاينال من ذلك ما جاء فى نصوص اتفاقية فينا من عدم جواز منح المهلة من قبل القاضى أو المحكم، حيث أن تدخل القاضى أو المحكم لا يكون بصدد منح المهلة وإنما بصدد زيادتها وأن منحها قد أصبح حقاً للطرف الممنوح له، وبمقتضاه لا يجوز للطرف الآخر أن يمارس أى جزاءات وكأننا فى فترة تنفيذ العقد الأصلية. وهذا هو ما قررته قواعد الينذروا عندما أوجبت زيادة هذه المدة، وإن كانت لم تحدد هذه الوسيلة وهى فى الغالب تكون عن طريق القاضى أو المحكم.

يؤيد ذلك أيضاً أنه إذا كان النزاع أمام القاضى أو المحكم فى مدى أحقية المتعاقد الذى منحها فى الفسخ، فيستطيع القاضى أو المحكم عندئذ إذا وجد أن مدة المهلة الاضافية لا تسمح بتنفيذ الالتزام ولو كانت مخالفة جوهرية لأنه بمنحه هذه المهلة يحق له - وذلك بصريح النص وتطبيقا لمبدأ حسن النية - أن يقضى بعدم أحقيته فى فسخ العقد.

ومن ثم يمكن القول أنه تطبيقاً لمبدأ حسن النية، أنه إذا تم منح المهلة الاضافية فإنه لا يجوز فسخ العقد حتى لو كانت المخالفة جوهرية، لأن منح هذه المهلة يقيد الحق بالفسخ لأنه كان يعلم أن المخالفة جوهرية وقام بمنح هذه المهلة. وهنا تبدو أهمية تطبيق مبدأ حسن النية فى تفسير النصوص بالشكل الذى لا يجعلها تتعارض مع بعضها البعض، ويضمن حسن تنفيذ العقد.

أثر المهلة الاضافية:

يترتب على منح المهلة الاضافية سواء بالنسبة للبائع أو المشترى، أنه لا يجوز المطالبة بالحقوق التى تقررها القواعد الموضوعية الدولية، فالمهلة الاضافية فى القواعد الموضوعية تمنع من قام بمنحها أن يلجأ إلى دعوى الاخلال بالعقد ما لم يعلن عن نيته فى عدم التنفيذ خلال هذه الفترة، حيث أنها تحول بين الأطراف وبين التحلل من وعودهم، إلا أن ذلك لا يمنع من طلب التعويض لتأخير فى التنفيذ. فإن مهلة المدة الاضافية تحول بين الانتفاع بها بسوء نية من خلال أن تكون فترة للمماطلة دون التنفيذ.

المطلب الثانى

أنواع فسخ عقد

البيع الدولى

كما سبق أن بينا أن نظام الفسخ كجزاء يترتب على مخالفة الالتزامات العقدية يتباين فى تشريعات نظم القانون العام والخاص، كذلك الحال بالنسبة للقواعد الموضوعية الدولية المنظمة لعقد البيع الدولى سواء فى اتفاقيتى لاهاى سنة ١٩٦٤ أو فى اتفاقية فينا ١٩٨٠. فاتفاقيتى لاهاى سنة ١٩٦٤ قد عالجتا نظام الفسخ بنصوص متفرقة، فضلا عن ذلك فإنها قد أخذت بنظام الفسخ بقوة القانون، وهو ما لم تأخذ به اتفاقية فينا سنة ١٩٨٠. حيث أنها قد عالجت نظام الفسخ بنصوص خاصة تشمل كافة التزامات البائع والمشترى، كما أنها لم تأخذ بنظام الفسخ بقوة القانون، ذلك الذى أخذت به اتفاقيتى لاهاى على الرغم من تعارضه مع المبدأ العام الذى يقوم عليها القانون الموحد، وهو التقييد بقدر الامكان من نظام الفسخ.

وإذاكانت القواعد الموضوعية الدولية قد أخذت بنظام الفسخ المبتسر فى نظم القانون العام، إلا أن هذه القواعد بشأن الفسخ قد اختلفت فى اتفاقيتى لاهاى سنة ١٩٦٤ عنها فى اتفاقية فينا سنة ١٩٨٠، كما أخذت هذه القواعد الموضوعية بنظام الفسخ بإرادة طرفى العقد.

ومن ذلك يتضح أن القواعد الموضوعية الدولية قد أخذت بثلاث نظم للفسخ:

١- الفسخ بقوة القانون(١).

٢- الفسخ بإرادة الطرفين منصوص عليه فى المواد ١/٣٠، و٤٣ من اتفايتى لاهاى سنة ١٩٦٤، والمواد ٤٩، ٦٤ من اتفاقية فينا(٢).

٣-الفسخ القضائى فى المادة ٧٦ من اتفاقية لاهاى سنة ١٩٦٤، والمادة ٧٥ من اتفاقية فينا(٣).

الفرع الأول

الفسخ بقوة القانون

تطبيقا لمبدأ حسن النية والالتزام به فإنه يجب على البائع أن يقوم بتنفيذ التزامه بالتسليم فى التاريخ المعين بالعقد، وكذلك المكان المحدد بالعقد. فإذا ما خالف التزامه بالتسليم وكانت المخالفة مخالفة جوهرية طبقا لنص المادة ١٠، فما من شك أنه يكون قد خالف التزامه بمبدأ حسن النية فى تنفيذ العقد.

---

(١) انظر في ذلك المواد ٢٥، ١/٢٦، ٢ - ١/٣٠، ٦١.

(٢) انظر المواد ١/٣٠، ٤٣ من اتفاقيتى لاهاى ١٩٦٤، المواد ٤٩، ٦٤ من اتفاقية فينا ١٩٨٠.

(٣) انظر المادة ٧٦ من القانون الموحد، المادة ٧٢ من اتفاقية فينا ١٩٨٠.

وبالتالى يحق للمشترى أن يطالب بفسخ العقد ولكن مع ذلك يمكن ألا يلجأ إلى الفسخ، وإنما يلجأ إلى جزاءات أخرى من شأنها استمرارية العقد وعدم انهائه، كأن يلجأ إلى وقف تنفيذ التزاماته وذلك كنوع من الضغط على البائع لكى ينفذ التزاماته. فإذا كان هذا هو الأصل فإن القانون الموحد قد خرج على هذه القاعدة مقرراً الفسخ بقوة القانون حيث تنص المادة ١/٢٦ على أنه «إذا كون الاخلال بالتسليم مخالفة جوهرية بالنسبة للمشترى، يحق له أن يطالب البائع بالتنفيذ أو اعلان الفسخ، وأن يحدد موقفه فى مدة معقولة، فإذا لم يقم بذلك يعتبر العقد مفسوخا بقوة القانون». كما تضمنت المادة ٢/٢٦ أن الفسخ يقع بقوة القانون فى حالة عدم قيام المشترى باخبار موقفه إلى البائع فى مدة قصيرة، ومن ثم فإن القانون الموحد قد جعل السكوت فسخا للعقد على خلاف الأصل من أن السكوت موافقة على بقاء العقد[١]، فإذا كانت الغاية من اشتراط أن تكون المخالفة جوهرية لكى يترتب جزاء الفسخ هى تقرير الحماية ضد سوء النية، فإن هذه الغاية لن تتحقق لأن الفسخ يقع بقوة القانون، فضلا عن اهداره لمبدأ حسن النية فى تطبيق جزاء الفسخ، لأن ليس مجرد الاخلال الجوهرى بميعاد أو مكان التسليم، يترتب عليه بالضرورة جزاء الفسخ.

كذلك من الحالات التى يقع فيها الفسخ بقوة القانون حالة عدم الوفاء بالثمن فى اليوم المحدد، فيمكن أن نجد أن هذا الفسخ لا يتطابق وقصد البائع فى حفاظه على مصالحه الحيوية فى انتظار الحصول على الثمن[٢]. ولكنه يتطابق وقصد المشترى فى تحقيق مصالحه وذلك فى حالة انخفاض الأسعار.

---

(١) الدكتور رضا عبيد، سابق الاشارة إليه ص ٥٥٦.

(٢) الدكتور رضا عبيد، سابق الاشارة إليه ص ٥٥٦.

كذلك أيضاً من حالات الفسخ بقوة القانون ما نصت عليه المادة ٢٥ من القانون الموحد من حيث أن المشترى لا يستطيع أن يطالب البائع بتنفيذ العقد إذا كان يمكنه شراء بديل عن الشئ المبيع فى السوق، ويعد العقد مفسوخاً بقوة القانون من اللحظة التي يتم فيها الشراء للشئ البديل، ولقد تضمن قانون التجارة رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ فى المادة ٩٦ نصاً مشابهاً لذلك من حيث أن الفسخ بقوة القانون وإن كان لم يرد النص على هذا التعبير صراحة، إلا أنه مستفاد ضمناً حيث تنص على: « . . . إذا لم يقم البائع بالتسليم فى الميعاد المحدد بالعقد، فللمشترى أن يخطره بالتنفيذ خلال مدة مناسبة يحددها، فإذا لم يسلم البائع المبيع فى خلال تلك المدة، جاز للمشترى أن يحصل على شئ مماثل للمبيع على حساب البائع، وأن يطالبه بالفرق بين الثمن المتفق عليه وما دفعه بحسن نية للحصول على ذلك الشئ المبيع.

فنص المادة ٢٥ من اتفاقيتى لاهاى ١٩٦٤ يقرر أن الفسخ يقع بقوة القانون منذ اللحظة التى يتم فيها الشراء البديل، بغض النظر عما إذا كانت المخالفة جوهرية أو غير جوهرية[١]، ومما لا شك فيه أن هذا يعد تقريراً لحماية سوء النية حيث تكون المخالفة غير جوهرية ومع ذلك يترتب عليها جزاء الفسخ وهو ما لا يتناسب أبداً مع قيمة المخالفة والذى يتنافى بدوره مع مبدأ حسن النية. يضاف إلى ذلك أنه إذا كان اتجاه واضعى هذا النص هو تقرير حماية للمشترى من حيث عدم تركه عرضة لارتفاع الأسعار دون أن يكون له قرار بشأن

---

(١) الدكتور رضا عبيد، سابق الاشارة إليه ص ٥٥٥.

ذلك ،ومن ثم فإن فى ذلك حماية له من أن يكون ضحية للاخلال بالعقد(١). إذا كان واضعى هذا النص قد وضعوا هذا الاعتبار فى اعتبارهم، فلماذا لم يضعوا فى اعتبارهم أنهم بهذا النص من الممكن أن يكون البائع ضحية لاخلال المشترى بالتزامه بدفع الثمن، ومن ثم الاخلال بالعقد فى حالة انخفاض الأسعار. أما بالنسبة لنص المادة ٩٦ من قانون التجارة المصرى(٢) من حيث المدة التى يخطر فيها المشترى البائع بالتنفيذ، فإن المشرع قد جعل هذه المدة بيد المشترى من خلال تحديده لها، فحتى لو أخذنا بمعيار الرجل المعتاد بصدد تحديد هذه المدة فإن ذلك قد يكون معياراً يتستر وراءه المشترى بالرغم من معلوماته الشخصية عن البائع وعما إذا كانت هذه المدة مناسبة من عدمه، وكذلك الحال لمعيار حسن النية فيما يدفعه للحصول على ذلك الشئ المبيع.

وخطورة الفسخ بقوة القانون هو أنه يقع بدون اخطار يجعل كل طرف على علم بمركزه التعاقدى من حيث إذا كان موجوداً أم لا. فقد يقوم المشترى بعدم الوفاء بالثمن بقصد أن العقد سوف ينتهى بقوة القانون نتيجة عدم وفائه، ولا يعلم بذلك البائع ويقوم بإرسال البضائع، حيث أن سكوته وعدم مطالبة المشترى بالتنفيذ يفسر على أنه فسخ للعقد بقوة القانون طبقاً لنص المادة ٦١، وهذا

---

(١) Andre tunc. op.cit. p.366, ch. III, sc.1. "thes is in fact rule to be derived from usages. this rule was all the mor necessary in this case because to buyer could not be allowed to remain waiting and watching the movement of prices be for taking a decision the aime of the draftsmen to prevent a party who is vicitm of a breach of contract from taking advantage...".

(٢) المادة ٩٦ من قانون التجارة الجديد رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ والتعليق عليها، المستشار محمد عزمى البكرى، التعليق على قانون التجارة الجديد - جـ٢ ص٢٢٨، دار محمود للنشر والتوزيع.

على خلاف الأصل، لأن سكوته هو موافقة على استمرار العقد. فهنا تبدو أهمية حسن النية فى الاخطار بالفسخ حتى لا يرتكن البائع إلى أن العقد قائم وموجود فى حين أنه مفسوخ بقوة القانون، ومن ثم فإن الاخطار أمراً واجباً على المشترى تطبيقاً لمبدأ حسن النية، وعدم الارتكان إلى أن العقد مفسوخاً بقوة القانون استناداً إلى نص المادة ٦١ من اتفاقيتى لاهاى سنة ١٩٦٤. وهذا على خلاف ما جاء بنص المادة ٩٦ من قانون التجارة المصرى من حيث استلزام الاخطار حيث تضمنت المادة ٩٦ أن يخطر المشترى البائع بأن عدم التسليم خلال المدة المعينة فى الاخطار يترتب عليه اعتبار العقد مفسوخاً(١).

وأثناء إعداد اتفاقية فينا سنة ١٩٨٠ ثارت العديد من المناقشات بصدد هذا النوع من الفسخ. حيث طرحت فى لجنة قانون التجارة الدولية التابعة للأمم المتحدة عدة اصطلاحات بديلة مثل اعتبار العقد ملغياً أى الفسخ من غير الطريق القضائى، حيث انتهت اللجنة إلى الغاء هذا المبدأ من نصوص القانون الموحد، وبالفعل تم اعداد الصياغة النهائية لاتفاقية فينا خالية تماماً من هذا النوع من الفسخ. ويمكن إرجاع ذلك إلى الانتقادات التى وجهت من قبل بعض أعضاء لجنة قانون التجارة الدولية إلى هذا النوع من الفسخ(٢).

---

(١) انظر المادة ٩٦ من قانون التجارة الجديد رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩. د. محمد شتا أبوسعد،سابق الاشارة إليه ص ١٦٨.

(٢) انظر هذه الانتقادات الدكتور رضا عبيد، سابق الاشارة إليه، ص٥٥٧ «إن معظم العقود على مستوى التعامل فى التجارة الدولية لا تنص على مبدأ الفسخ بقوة القانون وتكاد أن تكون الفكرة معدومة على مستوى التعامل التجارى الدولى وفى أعراف التجارة الدولية، كما يلاحظ أيضا أن اصطلاح الفسخ بقوة القانون قد يثير اللبس كما أنه اصطلاح يصعب =

الفرع الثانى

الفسخ بإرادة الطرفين

لقد تناولت القواعد الموضوعية سواء فى اتفاقيتى لاهاى سنة ١٩٦٤ أو في اتفاقية فينا سنة ١٩٨٠ جزاء الفسخ الذى يقع بإرادة الطرفين، إلا أن جزاء الفسخ فى اتفاقيتى لاهاى قد ورد فى نصوص متفرقة لكل التزام على حدة وبنصوص مستقلة، كما هو الحال فى الالتزام المطابقة والالتزام بالتسليم.

وهذه النصوص التى تناولت جزاء الفسخ قد فتحت الباب للاخلال بمبدأ حسن النية فى التنفيذ، حيث تطلبت المادة ١/٣٠ أن حق الفسخ لا يثبت للمشترى إلا إذا وقع اخلال جوهرى بمكان التسليم يصاحبه اخلال جوهرى بميعاد التسليم، فإذا توافر أحدهما دون الأخر لا ينشأ الحق فى الفسخ(١). وهذا ما يمكن استغلاله بسوء نية لمنع المشترى من اللجوء إلى جزاء الفسخ، حيث قد يتأخر البائع فى تسليم البضائع ولكى يتفادى الجزاء الذى يترتب على ذلك فيقوم بارسالها إلى مكان آخر غير المكان المحدد في العقد، حتى تصل فى الميعاد المحدد بالعقد ومن ثم لا يحق للمشترى أن يطالب بالفسخ.

كذلك أيضا فيما يتعلق بالالتزام بالمطابقة حيث لا يجوز للمشترى أن يطالب بالفسخ طبقاً لنص المادة ٤٣ إلا إذا كانت عدم المطابقة جوهرية ويصاحبها

= ترجمته كما أن له مفهومه الخاص فى بعض الأنظمة القانونية دون البعض الآخر فلايؤخذ بهذا الاصطلاح الفسخ بدون اعلان وإنما ينصرف معناه إلى أى فسخ للعقد عن غير الطريق القضائى سواء نشأ عن اعلان أو غيره».

(١) الدكتور محسن شفيق، القانون الموحد، مجلة القانون والاقتصاد ، كلية الحقوق سنة ١٩٧٤، العدد الرابع ص ١٢٩.

اخلال جوهرى بميعاد التسليم[١]، وفى هذه الحالة أيضا قد يقوم البائع بارسال البضائع غير مطابقة، ولكن فى الميعاد المحدد وذلك بغاية تفويت الفرصة على المشترى للمطالبة بفسخ العقد.

ومن ذلك يتضح أن الفسخ الارادى فى القانون الموحد يفتح الباب للإخلال بمبدأ حسن النية فى التنفيذ، وذلك لأن اللجوء إلى الفسخ لا يمكن أن يتحقق إلا بشروط قد يصعب تماماً من الناحية العملية تحقيقها، ثم انه بهذا يلفت النظر بوضوح إلى التفكير بسوء نية فى تنفيذ العقد، وذلك للعلم المسبق أن الفسخ لا يمكن اللجوء إليه. وما من شك أن فى ذلك تقييد لحق المشترى فى الفسخ مما يفرض عليه اللجوء إلى الجزاءات الأخرى الذى بدوره قد يلجأ إليها بسوء نية لمعرفته بعدم امكانية اللجوء إلى الفسخ كشراء بضائع بديلة، حيث أنه لا يشترط بشأنها أن تكون المخالفة جوهرية وكأن نصوص القانون الموحد تشجع على سوء النية بدلا من الالتزام بحسن النية.

إذا كان الأمر كذلك فى القانون الموحد، فإنه على العكس من اتفاقية فينا حيث لم تفرق بين التزامات البائع والمشترى فيما يتعلق بجزاء الفسخ، حيث تناولتها بنصوص موحدة، كما أنها لم تربط بين مكان التسليم وميعاد التسليم أو عيب عدم المطابقة وميعاد التسليم. وهذا أيضاً ما أخذ به قانون التجارة رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ حيث لم يربط ميعاد التسليم بعيب عدم المطابقة أو مكان التسليم بشأن جزاء الفسخ.

---

(١) الدكتور محسن شفيق، القانون الموحد، مجلة القانون والاقتصاد ، كلية الحقوق سنة ١٩٧٤، العدد الرابع ص ١٣٩.

لقد تضمنت المواد ٤٩، ٦٤ من اتفاقية فينا الحالات التى يجوز فيها لكل من البائع والمشترى فسخ العقد، حيث تضمنت هذه المواد الشروط التى يجب توافرها لكل من البائع والمشترى، وهى أن تكون المخالفة جوهرية، وأن يعلن الفسخ فى ميعاد معقول، الاخطار بالفسخ. ومتى كانت الاتفاقية لم تربط بين ميعاد التسليم ومكان التسليم أو عيب عدم المطابقة وميعاد التسليم هذا مما لا شك يجعل من اليسير اللجوء إلى جزاء الفسخ على العكس من القانون الموحد. ومن ثم فإنه تطبيقاً لمبدأ حسن النية فإنه يجب على كلٍ من البائع والمشترى ألا يلجأ إلى جزاء الفسخ قبل أن يستنفذ الجزاءات الأخرى التى من شأنها عدم حل الرابطة العقدية. وهذا ما تضمنه قانون التجارة فى المادة ١٠١ حيث أنه يمكن للقاضى أن يكتفى بانقاص الثمن ورفض طلب الفسخ مما يعنى أنه يجب اللجوء إلى الجزاءات الأخرى كانقاص الثمن قبل طلب فسخ العقد، فإذا تبين للمحكمة أنه قد خالف ذلك وكان من الممكن تطبيق جزاء انقاص الثمن فإن المشترى لا يجاب إلى طلبه بشأن فسخ العقد.

---

(١) تنص المادة ١٠١ من قانون التجارة الجديد على «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 يُقضى للمشترى بالفسخ إلا إذا نشأ عن النقص أو العيب أو عدم المطابقة، عدم صلاحية المبيع للغرض الذى أعده له المشترى أو صعوبة تصريفه ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضى بوجوب الفسخ ويكتفى عند رفض طلب الفسخ بانقاص الثمن دون اخلال بحق المشتري فى التعويض. ٢- على المشترى أن يخطر البائع بوجود نقص أو العيب أو عدم المطابقة خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ تسليم المبيع اليه تسليماً فعلياً وعليه أن يقيم دعوي الفسخ أو انقاص الثمن خلال ستين يوما من تاريخ هذا التسليم.
انظر فى ذلك الدكتور محمد شتا أبو سعد،سابق الاشارة إليه ص ٤٧٢ ومابعدها.

الفرع الثالث

الفسخ القضائى

إن القاعدة العامة بالنسبة لنظام الفسخ فى نظم القانون اللاتينى، أن جزاء الفسخ لا يمكن تطبيقه إلا إذا كانت هناك مخالفة لالتزام يفرضه العقد، إلا أنه يوجد نوعا آخر من الفسخ يمكن تطبيقه بالرغم من أنه لا توجد مخالفة للالتزامات التى يفرضها العقد. وهذا النوع من الفسخ يطلق عليه الفسخ المبتسر ذلك التى تعرفه نظم القانون العام دون نظم القانون الخاص ويقصد بالفسخ المبتسر anticipatory breach الاخلال بالواجب قبل أن يحصل أداءه وهذا ما يكشف عنه الكلام أو الفعل الدال على نية الشخص بأن يتخلى عن تعهد مستقبل، من ذلك تصريحه مثلا بأنه لن يقوم أو لن يستطيع القيام بواجب تعاقدى معين، وكذلك التهيؤ constuctive breach للاخلال بالواجب، كلجوء الملتزم بانجاز عمل تعاقدى إلى احداث ضرر بنفسه يمنعه من أداء واجبه، أو اعلانه قصد عدم القيام بما يترتب عليه قبل الموعد المحدد لانجازه(١).

ولقد أخذت القواعد الموضوعية الدولية بنظام الفسخ المبتسر حيث يعد القانون الموحد صاحب السبق فى ابراز هذا النوع الفسخ على المستوى الدولى وتضمن النص عليه فى المادة ٧٦ والتى تنص على «إذا تبين قبل الحلول المعين للتنفيذ أن أحد المتعاقدين سوف يرتكب مخالفة جوهرية لشروط العقد، جاز للمتعاقد الاخر أن يعلن فسخ العقد.

---

(١) حارث سليمان الفارقى، المعجم القانونى، ص ٩٣ مكتبة لبنان.

إذا كانت تلك هى القاعدة العامة فإن القانون الموحد قد أورد عدة تطبيقات لنظام الفسخ المبتسر تتعارض وطبيعة هذا الالتزام من أنه ضمانة للالتزام بحسن النية فى تنفيذ العقد. ومن هذه التطبيقات نص المادة ٤٨ التى تنص على «يجوز للمشترى استعمال الحقوق المذكورة فى المواد ٤٣ إلى ٤٦ ولو لم يحل الميعاد المحدد للتسليم، إذا كان من الواضح أن الشئ الذى يسلم لا يطابق العقد. فهذا النص يتعارض ومبدأ حسن النية فى التنفيذ من حيث أنه جعل المشترى هو الحكم على إذا كان البائع سيسلم شئ مطابقا للعقد من عدمه ثم يتخذ قراره بالفسخ. فهذا النص يفترض دائما وأبدا الالتزام بحسن النية من جانب المشترى، فى حين أنه لم يضع فى اعتباره تعنت المشترى واساءة استخدام الحق إذا فسدت نية المشترى وأراد التنصل من عقد صار غير ملائم له أو الاساءة إلى سمعة البائع التجارية باثارة اللغط حول مركزه المالى(١).

ومن تلك التطبيقات أيضا نص المادة ٦٦ التى يجوز فيها للبائع فسخ العقد فى حالة وقوع اخلال جوهرى فى تنفيذ الالتزام بالتسليم من جانب المشترى، ويصاحبه احتمال عدم أداء الثمن فهذا النص أيضا قد ترك تقدير الأمور بالنسبة للبائع وحده حيث أنه يفتح باباً للتعنت واساءة استعمال الحق إذا فسدت نية البائع وأراد التخلص من عقد صار غير ملائم له والتشهير به(٢).

---

(١) الدكتور محسن شفيق، اتفاقية لاهاى سنة ١٩٦٤مجلة القانون والاقتصاد ص١٤٢.

(٢) الدكتور محسن شفيق، اتفاقية لاهاى سنة ١٩٦٤، مجلة القانون والاقتصاد ص١٥٢. لقد ورد بالقانون الموحد تطبيقاً أيضا للفسخ المبتسر فى المادة ٧٥ فى حالة البيع مع التسليم علي دفعات حيث قضت بأن تخلف أحد المتعاقدين عن تنفيذ التزاماته بشأن أحد الدفعات جيز للمتعاقد الآخر فسخ العقد إذا كان يخشى معه عدم تنفيذ الدفعات المستقبلة» لمزيد من التفصيل انظر الدكتور محسن شفيق، سابق الاشارة إليه ص ١٦٠، ١٦١.

فهذه التطبيقات إذا كانت تحقق نوع من التوازن بين كل من البائع والمشترى فإنها أيضا تشجع على سوء النية فيما بين البائع والمشترى، بدلا من التأكيد على الالتزام بحسن النية فى التنفيذ.

على العكس من القانون الموحد، فإن اتفاقية فينا قد نصت فى المادة ٧٢ على نظام الفسخ المبتسر التى تنص علي «إذا تبين بوضوح قبل حلول ميعاد تنفيذ العقد أن أحد الطرفين سوف يرتكب مخالفة جوهرية للعقد، جاز للطرف الآخر أن يفسخ العقد، ويجب على الطرف الذى يريد الفسخ إذا كان الوقت يسمح له بذلك أن يوجه إلى الطرف الآخر اخطارا بشروط معقولة تتيح له ضمانات كافية تؤكد عزمه على تنفيذ التزاماته، لا تسرى أحكام الفقرة السابقة إذا أعلن الطرف الآخر أنه سوف لا ينفذ التزامه» كقاعدة عامة يمكن تطبيقها على مخالفة الالتزامات سواء من جانب البائع أو المشترى حيث لم تتضمن تطبيقات لهذه القاعدة بشأن التزامات معينة.

وفى هذا الشأن يخالف قانون التجارة رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ كلا من اتفاقيتى لاهاى سنة ١٩٦٠، اتفاقية فينا سنة ١٩٨٠ حيث انه لم يتضمن قاعدة عامة بشأن نظام الفسخ المبتسر كما هو الحال فى القواعد الموضوعية، انما قد تضمن تطبيقا لنظام الفسخ المبتسر مثل اتفاقيتى لاهاى ١٩٦٤ حيث تنص المادة ١١٧ على «إذا تخلف أحد الطرفين عن تنفيذ التزاماته بشأن أحد التوريدات الدورية لا يجوز للطرف الآخر فسخ العقد إلا إذا كان من شأن التخلف عن التنفيذ إحداث ضرر جسيم له أو اضعاف الثقة فى مقدرة الطرف الذى تخلف عن التنفيذ على الاستمرار فى تنفيذ التوريدات اللاحقة بصورة منتظمة[١].

---

(١) المادة ١١٧ من قانون التجارة الجديد رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩. محمد ابراهيم خليل، قانون التجارة الجديد وأعماله التحضيرية، سابق الاشارة إليه ص ٣٧٤.

حيث أنه بالمقارنة بين نظام الفسخ المبتسر فى نظم القانون العام، ونظام الفسخ فى القواعد الموضوعية الدولية، وقانون التجارة المصرى نجد أن نظام الفسخ المبتسر فى نظم القانون العام يتطلب بشأنه أن يصدر من أحد طرفى العقد سواء بالقول أو بالفعل ما يدل على أنه سوف لا ينفذ التزامه، أى لابد أن يكون الاخلال بتنفيذ الالتزامات عمديا(١).

وهذا ما لم تأخذ به القواعد الموضوعية الدولية أو قانون التجارة المصرى. حيث أنه طبقا للنصوص الواردة بها قد جعلت القوة القاهرة التى تكون سببا فى الاعفاء من الالتزام سببا فى الفسخ المبتسر، وهذا ما يخالف مبدأ حسن النية بل انه اعتداء على المبدأ ذاته. الأصل فى انفساخ العقد أنه جائزة للالتزام بمبدأ حسن النية فكيف يتأتى الحرمان منها بهذا الجزاء الذى يتم استخدامه بطريقة تغاير الهدف المرجو منه من أنه ضمانة للالتزام بمبدأ حسن النية إذا ظهر ما يؤكد هذا الاخلال بمبدأ حسن النية فى تنفيذ الالتزامات.

فحالة القوة القاهرة قد تطرأ بعد ابرام العقد، فى حين أن كل الدلائل والظروف كانت تؤكد أن الطرف الذى تتوافر بشأنه حالة القوة القاهرة أنه سوف ينفذ التزاماته، ومع ذلك فإنه طبقاً للقواعد السابقة انه يجوز فسخ العقد، وهذا أمر من شأنه فتح الباب للتنصل من العقد متى شاء أحد الطرفان ذلك.

يضاف إلى ذلك أن هذه القواعد الخاصة بالفسخ المبتسر لم تتضمن دلائل أومؤشرات يمكن من خلالها التأكد أن أحد الطرفين سوف ينفذ التراماته. حيث

---

(١) الدكتور محمد لبيب شنب، سابق الاشارة إليه ص ٢٦٨.

أن قانون التجارة المصرى اكتفى بعبارة «إذا كان من شأن التخلف»، واتفاقية فينا «إذا تبين بوضوح»، وهذا ليس كاف بذاته لامكانية اللجوء إلى مثل هذا الجزاء الأخير. والغريب فى الأمر أنها قد تضمنت تلك الدلائل فى جزاء آخر أخف وطأة من الفسخ وهو وقف التنفيذ كما هو الحال فى نص المادة ٧١[١] من اتفاقية فينا. مما لا شك أنه أمرا من شأنه فتح الباب لسوء النية واستغلال هذا النوع من الفسخ بشكل يتنافى ومبدأ حسن النية، وذلك لأنها قد تركت تقدير مسألة الفسخ للأطراف حيث لم يتضمن المعيار الذى يجب اتباعه بشأن تقدير الفسخ المبتسر. ففى قانون التجارة المصرى قد جعلت مسألة تقدير جسامة الضرر بيد من يوقع الفسخ، وكذلك تقدير التخلف عن التنفيذوأثره فى اضعاف الثقة فى مقدرة الطرف الذى تخلف عن التنفيذ، ولذلك فإنه يجب تقدير كل حالة على حدة، حيث يجب الأخذ بالمعيارين الشخصى والموضوعى عند استخدام جزاء الفسخ المبتسر.

كما أنها لم تتطلب الاخطار بالفسخ، وانما ما تطلبته كما جاء بالمادة ٢/٧٢ أنه يجب على الطرف الذى يريد الفسخ إذا كان الوقت يسمح له بذلك

---

(١) تنص المادة ٧١ على «يجوز لكل من الطرفين أن يوقف تنفيذ التزاماته إذا تبين بعد العقد أن الطرف الآخر سوف لا ينفذ جانبا هاما من التزاماته: أ- بسبب وقوع عجز خطير فى قدرته على التنفيذ هذا لجانب من التزاماته أو بسبب اعساره. ب - بسبب الطريقة التى يعدها لتنفيذ العقد أو التى يتبعها فعلا فى تنفيذه. ٢- .... ٣- يجب على الطرف الذى يوقف تنفيذ التزاماته قبل ارسال البضائع أو بعد ارسالها أن يرسل مباشرة إلى الطرف الآخر اخطارا بذلك وعليه أن يستأنف التنفيذ ذا قدم له هذا الطرف ضمانات كافية تؤكد عزمه على تنفيذ التزاماته.

أن يوجه اخطارا إلى الطرف الآخر بشروط معقولة تتيح له تقديم ضمانات كافية تؤكد عزمه على تنفيذ التزاماته وكأن القواعد الموضوعية الدولية تعطى تصويراً بالفسخ المبتسر دون تقييد له، لأن غالباً من يلجأ إلى هذا النوع من الفسخ يقوم به ولا يوجه اخطارا كما تطلبت المادة ٢/٧٢ بحجة أن الوقت لا يسمح له.

ومن هنا تبدو أهمية مبدأ حسن النية حيث أنه يجب أن يتم توجيه اخطاراً بشروط مضمونة تسمح للطرف الآخر أن يقدم ضمانات كافية للتنفيذ، فإذا ما قدم هذه الضمانات أصبح لها تأثير على هذا النوع من الجزاء، أما إذا لم يقدم هذه الضمانات كان للطرف الآخر الحق فى اللجوء إلى الفسخ المبتسر وهذا ما قضت به محكمة الاستئناف الالمانية فى الدعوى رقم 146/93 174 فى النزاع القائم بين شركة المانية (مدعى عليه) وصانع أحذية ايطالى (مدعى) حيث طلب المدعى عليه من المدعى ١٤٠ زوجاً من الأحذية الشتوية، وبعد أن صنع المدعى الأحذية المطلوبة طلب ضماناً لثمن البيع نظرا لأن المدعى عليه كانت لا تزال عليه فواتير مستحقة السداد للمدعى، غير أن المدعى عليه لم يدفع الثمن ولم يقدم الضمان المطلوب. وبناء عليه أعلن المدعى فسخ العقد وباع الأحذية لتجار تجزئة آخرين. وارتأت المحكمة أن المدعى كان محقاً فى فسخ العقد طبقاً للمادة ٧٢ من اتفاقية البيع، ومنحته بالتالى الحقوق المنصوص عليها فى المادتين ٧٤، ٧٥ من اتفاقية البيع(١).

وبالتالى فإن أى نظام للفسخ لابد أن تكون من شروطه سواء بالنسبة

---

(١) انظر ذلك فى:

Lous F.Del Duca and Patrick Del Duca op. cit., p. 154.

للبائع أو المشترى الاخطار بالفسخ تطبيقا للمادة ٢٦ من اتفاقية فينا التى تنص على «لا يحدث اعلان الفسخ أثره إلا إذا تم بواسطة اخطار موجه إلى الطرف الآخر» لأنه يؤدى إلى حماية طرفى العقد من سوء النية فى استخدام هذا الجزاء، حيث يساعد الطرف الآخر فى اتخاذكافة التدابير اللازمة بشأن الخصومة التى تنشأ بسبب توقيع جزاء الفسخ، ومن جانب آخر عما إذا كانت الخصومة التالية قد تحققت فعلا فضلا عن ذلك فإنه يقلل من الخسائر(١).

---

(١) John Klin op. cit., p. 128.

الفصل الثالث

المسئولية عن الاخلال

بمبدأ حسن النية

تمهيد: ذكرنا أن مبدأ حسن النية يتناول العقد فى كافة المراحل التى يمر بها منذ بدء تكوينه حتى تمام نفاذه، ليس هذا فحسب وانما يجب الالتزام به ومراعاته عند ترتيب الآثار المترتبة على مخالفته. ومن المستقر عليه أن الاخلال بمبدأ حسن النية فى تكوين العقد أو فى تنفيذه يترتب عليه المسئولية، فليست ثمة مشكلة بشأن تنفيذ العقد حيث يكون أساس مسئولية الاخلال بالالتزام مصدره العقد، أما بالنسبة للاخلال بمبدأ حسن النية فى مرحلة تكوين العقد فهذه المسألة محل خلاف حول ما إذا كانت مسئولية عقدية أم مسئولية تقصيرية. حيث تتباين النظم القانونية بصدد الاخلال بمبدأ حسن النية فى مرحلة تكوين العقد وطبيعة المسئولية المترتبة على مخالفته.

ومن ثم نتناول المسئولية المترتبة على مخالفة مبدأ حسن النية قبل وبعد ابرام العقد فى المباحث التالية:

المبحث الأول: المسئولية قبل التعاقدية.

المبحث الثانى: المسئولية العقدية.

المبحث الأول

المسئولية قبل التعاقدية

تتباين النظم القانونية بصدد المسئولية قبل التعاقدية. فبصدد نظم القانون العام القاعدة المستقر عليها هو أن الطرف الذى يدخل فى مفاوضات العقد عليه أن يتحمل النتائج المترتبة على الخروج منها، على العكس من نظم القانون الخاص التى تأخذ بالمسئولية قبل التعاقدية تلك التى ترجع إلى عام ١٨٦١ عندما صاغ الفقه نموذج قاعدة الخطأ عند تكوين العقد. ومعنى هذه النظرية أن العقد لا يرتب الالتزامات التي تتولد عنه فحسب، بل هو يرتب أيضا على كلا من طرفيه التزاماً بتعويض الآخر عن الضرر الذى ينجم له من جراء البطلان الذي قد يجئ بسبب يؤدى إليه(١).

أما بشأن القواعد الموضوعية الدولية المنظمة لعقد البيع الدولى نجد أنها قد خلت من تنظيم المسئولية قبل التعاقدية، على العكس من مبادئ الينذروا التى نظمت هذه المسألة(٢).

لذلك سوف نتناول المسئولية قبل التعاقدية فى نظم القانون الخاص ونظم القانون العام، ثم المسئولية قبل التعاقدية فى القواعد الموضوعية الدولية.

---

(١) الدكتور عبد الفتاح عبد الباقى، سابق الاشارة إليه ص ٥٠٤.

(٢) انظر المادة من مبادئ الينذروا (١٥/٢).

المطلب الأول

المسئولية قبل التعاقدية فى نظم القانون الخاص

إن نظم القانون الخاص تعرف المسئولية قبل التعاقدية على أساس مبدأ حسن النية، فالمسئولية قبل التعاقدية يرجع تاريخها إلى القانون الرومانى وذلك لحماية الطرف الضعيف حتى فى حالة بطلان العقد وذلك فى حالتين vendor of a resextra commercium أو seller of nonexistent inheritance وفيهما كان يمكن المطالبة بالتعويض رغم بطلان العقد(١).

وقد صاغ أحد الفقهاء نظرية الخطأ فى تكوين العقد، تلك النظرية التى انتقلت إلى كافة التشريعات المقارنة التى تنتسب إلى نظم القانون الخاص حيث انتقلت من المانيا إلى القانون الفرنسى والسويسرى حتى بعض الدول ذات النظام الاشتراكى(٢).

إلا أنه بالرغم من أن نظم القانون الخاص تقرر المسئولية قبل التعاقدية إلا أنها تختلف فيما بينها بصدد طبيعة هذه المسئولية، هل هى مسئولية تقصيرية أم أنها مسئولية تعاقدية. فالقانون الألمانى رغم أنه لم يتضمن نصا يقرر واجباً عاماً بشأن المسئولية قبل التعاقدية حيث اكتفى بتطبيقات متعددة لهذه المسئولية، فهذه المسئولية تحتل مكاناً بين المسئولية التقصيرية، والمسئولية

---

(١) Heinz Schwenk, culpa in contrahendo in German, French and louisiona law, 15tul. L.Rev. 87,88 (1940).

مشار إليه فى: Diane M. goderre, op.cit., p.287.N.71.

(٢) Diane M. goderre, op.cit., p.288.

التعاقدية، وعلى ذلك فلا زال النقاش دائراً حول وضع المسئولية قبل التعاقدية فى التقسيم الثنائى بين العقد والفعل الضار الذى اتبعه القانون المدنى الالمانى. أما فى فرنسا فقد أرسى الفقه والقضاء أسس المسئولية التى قد تترتب على المرحلة السابقة على التعاقد، واعتبرها على عكس القانون المدنى الالمانى، وجانب من الفقه والقضاء فى القانون السويسرى مسئولية تقصيرية، وكذلك القانون المصرى فإن المسئولية قبل التعاقدية تكون مسئولية تقصيرية.

الحقيقة أن مسألة المسئولية قبل التعاقدية مازالت محل بحث واجتهاد، يؤكد ذلك أعمال الندوة التى نظمتها غرفة التجارة الدولية من فترة حول موضوع ابرام العقد والمسئولية قبل التعاقدية[١]. ويمكن ارجاع ذلك إلى أنه حتى التشريع الذى يعد أساس المسئولية قبل التعاقدية فى النظم القانونية فالقانون الألمانى هو ذاته يتباين حول طبيعة هذه المسئولية من حيث إذا كانت مسئولية تعاقدية أم مسئولية تقصيرية. ولذلك انقسم الفقه حول طبيعة هذه المسئولية الأول يرى أن هذه المسئولية مسئولية تعاقدية[٢]، والثانى يرى أن هذه المسئولية مسئولية تقصيرية[٣].

ونرى أنه ينبغى التفرقة بين مرحلتين من مراحل تكوين العقد، مرحلة المفاوضات وتبادل الايجاب والقبول، ومرحلة ابرام العقد وما يعتريه من عيوب تؤدى إلى بطلانه. وهذا ما يخالف نظرية الفقيه اهرنج حيث انها شاملة لكل

---

(١) الدكتورة أمية حسن علوان، مرجع سابق الاشارة اليه ص ١٩.

(٢) الدكتور عبد المنعم فرج الصده، سابق الاشارة إليه ص ٣٠٨، ٣٠٩.

(٣) لمزيد من التفيل انظر الدكتور محمد عبد الظاهر حسين، الجوانب القانونية للمرحلة السابقة على التعاقد، مجلة الحقوق، جامعة الكويت، ص ٧٦٦ العدد (٢) يونيو ١٩٨٨السنة ٢٥.

المراحل حتى السبب والمحل فبصدد مرحلة المفاوضات، وتبادل الايجاب والقبول تكون المسئولية مسئولية تقصيرية، ما لم يكن هناك عقد للمفاوضات أو أن الايجاب محدد المدة، فإذا كان الأمر كذلك تكون المسئولية مسئولية تعاقدية. أما بشأن ابرام العقد وما اعتراه من عيوب أدت إلى بطلانه فإن المسئولية تكون مسئولية تعاقدية، وذلك استنادا إلى العقد الموجود والقائم خاصة أن هناك امكانية لاستمراره كما فى حالة البطلان النسبى.

المطلب الثانى

المسئولية قبل التعاقدية فى نظم القانون العام

لقد حسم الفقه الانجليزى وضع المسألة قبل التعاقدية فى القانون الانجليزى عندما قال «نحن أبدا ما تبنينا نظرية الفقيه اهرنج، فلدينا لغتنا اللاتينية الخاصة بنا، تلك التى ليست لها أى علاقة بالقانون الرومانى، فنظرية الفقيه اهرنج لا تجد لها أثراً فى الكتب الدراسية الانجليزية، فنحن لا نعترف بأن افتتاح المفاوضات لأى عقد من شأنه أن يخلق أى واجب فى هذه العلاقة فنحن نأخذ بنظرية أن الأطراف عليهم أن يتحملوا كافة المخاطر حتى ابرام العقد فلا يوجد ثمة خطأ فى الطرف الذى يجرى المفاوضات ثم يقطعها بالرغم من أنه قد وصل بالطرف الآخر إلى حافة العقد أو حتى بالنسبة للطرف الذى يجرى المفاوضات بالتوازى مع عدة أطراف بدون اجبار أى طرف أن يتفاوض مع الآخرين وفى النهاية يتحمل كل طرف مخاطر المفاوضات التى يشارك فيها[١].

---

(١) Roy Goode op. cit. p.3.

وهذا القول يعنى أن القانون الانجليزى لا يعرف المسئولية قبل التعاقدية كقاعدة عامة على أساس مبدأ حسن النية، وهذا ما يؤكده بعض الفقه فى قوله أنه لا يوجد أى شئ مساو أو معادل لمبدأ حسن النية فى القانون المدنى، إلا أن ذلك لا يعني أن القانون الانجليزى لا يعرف المسئولية قبل التعاقدية على أساس حسن النية، بل يعرفها ويعترف بها بعض الفقه وذلك عندما قال أننا نتطلب حسن النية فى حالات خاصة، ومثال ذلك أن الطرف الذى يفتتح المفاوضات المؤدية إلى ابرام العقد يجب عليه ألا يخدع الطرف الآخر ببيانات خاطئة أو يتعمد اخفاء حقائق فإذا كان السكوت مسموحاً به فإنه يجب ألا تعطى تصريحاً ما لشخص ما للدخول فى تعاقد يجب ألا يكون احتيالياً ففى بعض الحالات يحسن الكشف عن كافة المعلومات والحقائق خصوصاً فى عقود التأمين(١).

- حجية الوعد: وهى تعنى أن أياً من الطرفين لا يجوز له العدول عن سلوكه السابق باتخاذه سلوكا لاحقا يتناقض مع سلوكه، كما يجوز مطالبة الطرف المتضرر للطرف الضار بالتعويض بناء على الفعل الضار وذلك لما لحقه من خساره(٢)، وتكشف أحكام القضاء الانجيزى عن تبنى هذه النظرية فى العديد من أحكامها(٣).

- فكرة العقد الواقعى الضمنى: وهى فكرة حديثة نسبياً فى القانون

---

(١) Roy Goode op. cit. p.4.

(٢) الدكتور أمية حسن علوان، سابق الاشارة إليه، ٢٠.

(٣) لمزيد من التفصيل حول أحكام حجية الوعد فى القانون الانجليزى انظر الدكتور بلال عبدالمطلب بدوى، مبدأ حسن النية فى مرحلة المفاوضات قبل التعاقدية فى عقود التجارة الدولية، ص ٥٥ ومابعدها، دار النهضة العربية.

الانجليزى لتقرير المسئولية قبل التعاقدية، حيث كشف عنها القضاء الانجليزى فى حكمه الصادر سنة ١٩٨٣(١).

المسئولية قبل التعاقدية فى القانون الأمريكى:

بالرغم من اختلاف القانون الأمريكى عن القانون الانجليزى فى اقراره لمبدأ حسن النية، إلا أنه قد قصر الالتزام بمبدأ حسن النية على مرحلة تنفيذ العقد دون مرحلة تكوين العقد. ويرجع المختصون ذلك إلى سيطرة فكرة الاحتمالية والمخاطرة على المفاوضات التى تجرى بين الأطراف، حيث يتحمل كل منهم المخاطر التى تنتج عنها. ويمكن مبدئياً ارجاع عدم فرض الالتزام بمبدأ حسن النية فى مرحلة المفاوضات إلى أن ذلك سوف يقيد الحرية فى التعاقد ما من شأنه عدم تشجيع الأطراف على الدخول فى المفاوضات. يضاف إلى ذلك التشدد من جانب نظم القانون العام فيما يتعلق بالآثار الاقتصادية للعلاقات التعاقدية(٢).

إلا أنه ليس معنى ذلك أن القانون الأمريكى لا يعرف المسئولية قبل التعاقدية، فإنه يعرفها بنص القانون ولكن فى حالات معينة، كما هو الحال فى نظرية الاسترداد تلك التى كانت نظرية قضائية خالصة(٣)، ثم أصبحت نظرية

---

(١) انظر ذلك بالتفصيل فى د. بلال عبد المطلب بدوى، سابق الاشارة إليه، ص٢٧١ ومابعدها.

(٢) Diane Madeline Goderre "international negotiation Gone sour pre-revi contractual liability under the C.I.S.G. cincinnate law, Rev. 1997 p. 259.

(٣) انظر هذه التطبيقات القضائية للأحكام الصادرة من القضاء الأمريكى فى:
Diana, M.Goderre, op.cit., p.269, N.97.

قانونية تنظمها قاعدة قانونية وهى المادة الثانية من القانون الصادر سنة ١٩٨٣ فى القسم السادس من قانون الاسترداد(١)، وبالتالى أصبح الاسترداد مفروضا فى العقود التى ينظمها القانون أو شبه العقود متى ترتب عليها اثراء أحد الأطراف على حساب الطرف الآخر(٢).

كذلك من النظريات التى يعترف فيها القانون الامريكى بالمسئولية قبل التعاقدية على أساس مبدأ حسن النية نظرية حجية الوعد، وهى التى أصبحت نظرية قانونية بعد أن كانت نظرية قضائية خالصة ينظمها القانون الأمريكى فى المادة ٩٠ من تقنين العقود الصادر سنة ١٩٣٢ التى تنص على:

"a promise which the promisor should reasonably expect to induce action or forbearance of a definite and substantial character on the part of the promisse and which does induce such action of forbearance is binding if injustice can be avoided only by enforcement of the promissary".

ومن الأحكام القضائية التى قام فيها القضاء الأمريكى بتطبيق نظرية حجية الوعد طبقاً لنص المادة ٩٠ الحكم الصادر من القضاء الأمريكى فى النزاع

---

(١) انظر المادة ٢ من القسم السادس من قانون الاسترداد الصادر سنة ١٩٨٣، لمزيد من التفصيل حول نظرية الاسترداد وتطورها انظر الدكتور بلال عبد المعطى، سابق الاشارة إليه، ص٣٢٢ ومابعدها.

(٢) Allan Fransworth "precontractual libilty and premliminary Agreements fair dealing and faild negotiations p. 217. colun L. Rev. 1987.

مشار إليه فى: Diane madeline Gooderre op.cit.,p.270, N.97.

القائم بين سلسلة محلات Red owl stors وبين شخص يدعى Hoffman حيث طلب منحه امتياز سلسلة هذه المحلات، فما كان من هذه المحلات إلا أن طالبته بتوفير بعض الأشياء وأن هذا الامتياز تبلغ تكاليفه نحو ١٨٠٠٠دولار، وبناء عليه قام بشراء محل جديد كفرع لـ Red aul stors وبيع مخبز وبقالة صغيرة ليس هذا فحسب انما قام أيضا بنقل محل اقامته، وعندما طالب بمنحه الامتياز قررت سلسلة المحلات أن تكاليف هذا الامتياز تبلغ ٢٦٠٠٠ الف دولار تلك التى كان من شأنها أن جعلت Hoff man غير قادر على الوفاء بهذه القيمة. وعندما تعرضت المحكمة للفصل فى هذا النزاع وجدت أنه لا يوجد عقد تم الاخلال به والتعويض الذى يمكن التسليم به وفقاً للقاعدة العامة هو أن الظلم الذى وقع على Hoff man يمكن تجنبه فقط بالتنفيذ العينى، إلا أنها قررت تعويض المدعى عن الوعد الصادر من المدعى عليه التى تمثل فى أن قيمة الاستثمار هو ثمانية عشر الف دولار حيث طبقت المادة ٩٠ من القانون الصادر سنة ١٩٣٢(١).

وكذلك من الحالات التى قرر فيها القضاء الأمريكى المسئولية قبل التعاقدية حالة الاتفاقيات التمهيدية التى تكشف عن عقد واقعى، حيث ترى المحكمة أن الاتفاقات التمهيدية تكون ملزمة للأطراف متى كانوا قد توصلوا إلى اتفاق نهائى بناء على ما انتهوا إليه من مفاوضات أو أنهم قد تبادلوا كافة الالتزامات المشتركة فى أغلب بنود الاتفاق، حتى إذا كانت هناك بنود لم يتفقوا عليها ففى هذه الحالة تعامل المحكمة هذه الاتفاقات كما لو كانت عقوداً ملزمة، وللطرف المضرور أن يطالب بالتعويض عما أصابه من أضرار من جراء

---

(١) هذا الحكم مشار إليه فى: Diane madeline Gooderre op.cit.,p.270 N. 99.

تلك الاتفاقات، مع مراعاة أن المحكمة لن تعامل هذه الاتفاقات كأنها عقود تم ابرامها، ولكن على أساس الالتزام بواجب حسن النية الذى كان ينبغى مراعاته فى المفاوضات وللاعتداد بهذه الاتفاقات وتقرير المسئولية فإن المحكمة تركز على ما يكشف عن نية الأطراف بصدد هذه الاتفاقات من تنفيذ جزئى لهذه الاتفاقات أو نصوص المفاوضات، أو معنى هذه الاتفاقات التمهيدية بالنسبة للأطراف. ومن ذلك يتضح أن هذا أمراً يختلف من حالة إلى أخرى حيث لا يوجد معيارا ثابتا من القضاء الأمريكى بصدد ذلك لهذا يجب أن يكون لدى المحكمة بصيرة نافذة لتقرير المسئولية قبل التعاقدية استنادا إلى الاتفاقات التمهيدية(١).

المطلب الثالث

المسئولية قبل التعاقدية فى القواعد الموضوعية الدولية

كما سبق أن رأينا أن مسألة تكوين العقد فيما عدا الايجاب والقبول تخضع للقانون الوطنى الواجب التطبيق وفقاً لقواعد القانون الدولى الخاص، وبالتالى فإن مرحلة تكوين العقد تخضع للقانون الواطنى الواجب التطبيق سواء من حيث محله أو سببه أو أسباب بطلانه، وكذلك المسئولية عن هذه المرحلة تخضع لهذا القانون وذلك لاستبعاد هذه المرحلة بنص المادة ٤ وخضوعها لقواعد القانون الدولى الخاص بنص المادة ٧.

إلا أنه طبقاً لنص المادة ٢/٧ من اتفاقية فينا والتى تنص على «المسائل التى تتعلق بالموضوعات التى تتناولها هذه الاتفاقية والتى لم تحسمها نصوصها

---

(١) Diane madeline Gooderre op. cit., p. 271.

يتم تنظيمها وفقاً للمبادئ العامة التى أخذت بها الاتفاقية. . » وبما أن مبدأ حسن النية يعد أحد المبادئ التى تقوم عليها الاتفاقية فإنه يمكن اللجوء إلى هذا المبدأ وإلزام الأطراف به، وبالفعل فإنه تطبيقا لهذا المبدأ قد صدرت أحكام من القضاء الاسترالى مطبقة هذا التفسير فى قضية Ronard construction (MZ)Ltdv.minister for public works حيث ناقش القاضى الاسترالى تطبيق مبدأ حسن النية فى منازعات العقود بين كل من أوروبا وأمريكا مقرراً أنه توجد سلسلة من العناصر ربما تكون السبب فى استراليا، وكذلك انجلترا لتقرير مبدأ حسن النية كواجب ضمنى فى العقود، وأحد هذه العناصر يوجد فى نص المادة (٧) من الاتفاقية حيث أن مبدأ حسن النية لا يستخدم فقط فى تفسير الاتفاقية، ولكنه واجب عام ضمنى تتقيد به العقود التى تخضع لأحكام الاتفاقية(١).

وكذلك من الأحكام التى طبقت مبدأ حسن النية وفقا لنص المادة ٧ الحكم الصادر فى sarl Bri production Bonaventure V.Societe pan African Export حيث كان النزاع بين مشترى أمريكى وبائع فرنسى حيث كان الأطراف قد اتفقوا فيما بينهم أن المنتجات سوف يتم بيعها فى شمال أمريكا عن طريق موزع، وفى الواقع كان المشترى يقوم ببيع هذه البضائع إلى موزع فى أسبانيا ولم يكشف المشترى عن ذلك بالنسبة للبائع. فعندما اكتشف البائع ذلك رفض تسليم الباقى من البضائع وبصدد ذلك نشأ النزاع بينهما وانتهت المحكمة بصدد هذا النزاع إلى أنه يخضع لأحكام اتفاقية فينا وأصدرت حكمها فى

---

(١) انظر هذا الحكم فى: Diana M.Goderre op. cit., p. 276.

صالح البائع اعتماداً على نص المادة ٧ من الاتفاقية حيث قد وجدت أن تصرف المشترى يخالف مبدأ حسن النية المقرر فى الاتفاقية(١).

كما أنه يمكن للمحاكم تقرير المسئولية قبل التعاقدية تطبيقا لأحكام اتفاقية فينا عن طريق اللجوء إلى مبادئ الينذروا، حيث أن هذه المبادئ قد تم وضعها خصيصاً لمعالجة بعض الحالات التى لم تنظمها القواعد القانونية الموضوعية الدولية، وكذلك أيضاً وفقاً للتعبير الوارد فى نص المادة ٧ «مراعاة مبدأ حسن النية فى التجار الدولية» بفرضه على الأطراف بشكل مباشر(٢).

لكن ينبغى الحرص فى هذه المعطيات التى يمكن بها تقرير المسئولية قبل التعاقدية استناداً إلى مخالفة مبدأ حسن النية، لأن الأحكام القضائية المؤيدة لذلك هى أحكام صادرة من قضاء نظم القانون الخاص تلك النظم التى تعترف بالمسئولية قبل التعاقدية على أساس مخالفة مبدأ حسن النية من ناحية، ومن ناحية أخرى ندرة الأحكام القضائية الصادرة بشأن أحكام اتفاقية فينا وتطبيقها لمبدأ حسن النية(٣). والأكثر أهمية هو كيفية تقرير المسئولية قبل التعاقدية تطبيقاً لأحكام اتفاقية فينا فى دول القانون العام، حيث أن أحكام هذه المسئولية ستخضع للنظريات السائدة هناك، ومن ثم إذا لم توجد هذه النظريات لا مجال لتطبيق أحكام هذه المسئولية، إلا أن المحكم القانونى يستطيع تقرير المسئولية قبل التعاقدية ليس استناداً إلى النظريات الموجودة بها فقط وذلك

---

(١) Diane madeline Goderre op.cit. p. 277.

(٢) Diane madeline Goderre op.cit. p. 278.

(٣) Diane madeline Goderre op.cit. p. 279.

استناداً إلى نصوص الاتفاقية كنص المادة ٨، المادة ٢/١٦ والمادة ٨١ من الاتفاقية(١).

المطلب الرابع

طبيعة المسئولية قبل التعاقدية

كما سبق بيانه أنه بالرغم من أن القواعد الموضوعية الدولية لم تتضمن قواعد خاصة بالمسئولية قبل التعاقدية، خاصة أن التاريخ التشريعى للاتفاقية كشف عن رفض الاقتراحات التى قدمت بشأن جعل مبدأ حسن النية التزاماً يقع على عاتق طرفى العقد وليس مجرد أداة للتفسير، ومن ثم يبدو لأول وهلة أن تلك المسئولية مادامت تتعلق بمرحلة تكوين العقد فإنها ستخضع لقواعد القانون الوطنى الواجب التطبيق باعتبارها من المسائل التى لا تتضمنها الاتفاقية، ومن ثم تخضع لقواعد القانون الدولى الخاص طبقا لنص المادة ٧ من اتفاقية فينا سنة ١٩٨٠.

فهذا الاتجاه لم تأخذ به الأحكام القضائية الصادرة بشأن المسئولية قبل التعاقدية حيث تتناولها فى اطار مبدأ حسن النية باعتباره أحدا لمبادئ التى تقوم عليها الاتفاقية. بل انه من الأحكام القضائية التى جعلت مبدأ حسن النية صفة يلتزم بها سلوك المتفاوضين فى قضية Societe Muraiterie fraisse V.Micon et Auteres حيث أنه لم يكن عقدا قد تم ابرامه، والمدعى عليه لديه الحرية فى قطع المفاوضات، إلا أنه مع ذلك ذهبت المحكمة إلى أن المدعى عليه

---

(١) انظر المواد ٨، ٢/١٦، ٨١ من اتفاقية فينا سنة ١٩٨٠.

لمزيد من التفصيل انظر: Diane madeline Goderre op.cit.p. 280.

Micon قـد أخل بالالتـزام بمبـدأ حـسن النيـة الذى يجب أن يتـسم به سلوك المتفاوضين(١).

ليس هذا فحسب، انما قد كشف الدراسات الفقهية أيضا أنه يمكن تأسيس المسئـوليـة قبل التعـاقـدية على أساس نص المادة ٨، و١٦، و٨١ من نصـوص الاتفاقية فى غياب مبدأ حسن النية.

وبالتـالى أصبحت المسئولية قبل التعـاقدية يمكن تقريرها طبقاً لأحكام الاتفاقـيـة، وبالتـالى فهذا أمـراً من شأنه تحقيق الغـاية المرجوة من وضع قـواعـد مـوضـوعـيـة دوليـة وهى توحيد أحكام عقد البيع الدولى للبضائع، ومن ناحية أخرى كيف يتأتى تقسيم المسئولية قبل التعاقدية بين أحكام الاتفاقية فـيما يتـعلق بالايجاب والقبول، وبين باقى الصور الأخرى التى تثير المسئولية قبل التعاقدية واخضاعها لأحكام القانون الوطنى.

ومادام أن المسئولية قبل التعاقدية تخضع لأحكام الاتفاقية إذا توافرت شـروطها: الخطأ والضرر، وعـلاقة السببية، فـالسؤال الذى يطرح نفسه مـا هى طبيعة تلك المسئولية، هل هى مسئولية تعاقدية أم مسئولية تقصيرية.

إن الاجابة عـن هذا التساؤل تفترض التفرقة بين ثلاثة أوجه: ١- فى حالة وجود اتفاق على المفاوضات أو صدور ايجاب، فإن المسئولية هنا تكون مسئولية تعاقدية. ويقول البعض بصدد ذلك أن المسئولية تخضع للقانون الوطنى الواجب

---

(١) هذا الحكم مشار إليه فى: John Klein op.cit., p.134.

التطبيق باعتبار أن هذه المسألة لا تخضع لأحكام الاتفاقية[١]. لكن هذا القول مردود عليه من حيث إذا كان هناك عقد للمفاوضات وتضمن القانون الذى ينظمه، فتكون العبرة هنا بالقانون الذى تضمنه العقد ٢- أما إذا كان هذا العقد لم يتضمن قانونا ينظمه، ولم تستطع المحكمة تحديد هذا القانون وفقاً لما اتجهت إليه إرادة المتعاقدين، وتبين أن هذا العقد الخاص بالمفاوضات يتناول بالتنظيم عقداً يخضع لأحكام الاتفاقية، فإنه يجب اخضاع هذا العقد لأحكام الاتفاقية كما لو كان العقد الأصلى. ٣- وكذلك فى حالة الايجاب والقبول وتبادلهما طبقا لأحكام الاتفاقية، ثم تبين بعد ذلك بطلان العقد فإن المسئولية هنا تخضع لأحكام الاتفاقية، أما إذا كانت تلك المفاوضات بدون اتفاق أو ايجاب غير مقيد تكون المسئولية مسئولية تقصيرية.

والمشكلة التى سوف تثور هو كيفية تقدير التعويض فى حالة المسئولية التقصيرية، خاصة أن التعويض طبقا للمسئولية التقصيرية يشمل الضرر المتوقع وغير المتوقع، فكيف يتأتى تقدير هذا التعويض طبقا لأحكام الاتفاقية وهى قررت أن التعويض يشمل الضرر المتوقع فقط وقت ابرام العقد؟ الحقيقة أن البعض من الفقه قد ذهب إلى وجوب أن يشمل التعويض الضرر المتوقع، وغير المتوقع[٢]، ونحن نؤيد هذا الرأى حتى تكون هناك قاعدة مستقرة بصدد المسئولية التقصيرية طبقا لأحكام الاتفاقية، فضلا عن أنه ضمانة للالتزام بمبدأ

---

(١) الدكتور بلال عبد المطلب، سابق الاشارة إليه، ص ٤٠٧.

(٢) الدكتور جمال محمود عبد العزيز، سابق الاشارة إليه، ص ٤٢٥.

حسن النية حيث أن من يدخل المفاوضات دون وجود اتفاق على التفاوض يجب أن يضع فى اعتباره أن التعويض عن قطع المفاوضات سيكون أثره أشد مما لو كان هناك عقد ينظم هذه المفاوضات. وبالتالى ستكون تلك وسيلة إلى وجود عقد يحكم المفاوضات ومن ثم يخضع لأحكام الاتفاقية.

شروط الحق فى التعويض:

يشترط لنشوء الحق فى التعويض فضلا عن توافر الخطأ، والضرر، وعلاقة السببية، المطالبة به فى خلال مدة زمنية معينة وإلا تقادم الحق فى التعويض، وتخفيف الضرر.

١- المطالبة بالحق: لما كانت القواعد الموضوعية الدولية لم تتناول مسألة تقادم الحكم فى التعويض، فإنه يتعين تطبيق البروتوكول الصادر عام ١٩٨٠ المعدل لاتفاقية التقادم سنة ١٩٧٧حيث تنص المادة ١/٥٠ من البروتوكول على أن مدة التقادم أربع سنوات، كما أن هذا البروتوكول قد تضمن نصاً خاصاً بالمسئولية قبل التعاقدية عندما نص فى المادة ٣/١٠ على «تستحق المطالبة المستندة إلى غش ارتكب قبل ابرام العقد أو وقت ابرامه أو أثناء أدائه فى تاريخ اكتشاف الغش أو فى التاريخ الذى كان يمكن اكتشافه بصورة معقولة. أو فى خلال عشر سنوات حيث تنص المادة ٢٣ «فى كل الأحوال فى موعد لا يتجاوز عشر سنوات من تاريخ بدء سريانها، ومدة التقادم، بموجب المواد ٩، ١٠، ١١، ١٥ من هذه الاتفاقية[١].

---

(١) انظر البروتوكول الخاص باتفاقية البيع الدولى للبضائع والمعدل لاتفاقي التقادم سنة ١٩٧٤.

٢- تخفيف الضرر: هذه القاعدة مصدرها نظم القانون العام[١] إلا أنها أصبحت أحد المبادئ التى يقوم عليها قانون التجارة الدولية. وهذا ما تكشف عنه أحكام التحكيم الدولية، وعلى ذلك فإن من يطالب بالتعويض عن المسئولية قبل التعاقدية ملزم بتخفيف الضرر، سواء كانت المسئولية مسئولية تقصيرية أو عقدية[٢].

المبحث الثانى

المسئولية العقدية

تعد المسئولية المدنية أساس غالبية المنازعات المتعلقة بالتجارة الدولية وبصفة خاصة عقد البيع الدولى للبضائع، بسبب عدم قيام أحد طرفى العقد بتنفيذ الالتزامات التى يفرضها العقد. فالمسئولية العقدية جزاء يترتب إذا لم يقم أحد المتعاقدين بتنفيذ التزامه، وترتب على ذلك ضرر بالطرف الآخر، فللأخير أن يرجع على الأول طالباً التعويض عما أصابه من ضرر، أى يرجع عليه بدعوى المسئولية العقدية.

فنظام المسئولية العقدية نظاما تتضمنه كافة التشريعات الوطنية. بمعنى أنه يجب على طرفى العقد تنفيذ الالتزامات التعاقدية فإن لم يتم ذلك يكون الالتزام بجبر الضرر recovery dammag إلا أن التشريعات الوطنية تتباين فيما بينها بشأن أساس الالتزام بالتعويض imputions dammag فى المسئولية العقدية.

---

(١) الدكتور جمال محمود عبد العزيز، سابق الاشارة إليه، ص ٤٥٧.

(٢) لمزيد من التفصيل انظر:

John Klein op.cit., p. 132-133, Robert Koch, op.cit., p.325.

فنظم القانون الخاص يكون أساس الالتزام بالتعويض فيها الاهمال والخطأ العمدى كما هو الحال فى القانون المصرى، اولفرنسى، والالمانى، والايطالى[١].

فالأصل أن كل طرف من الأطراف العقد عليه أن يقوم بتنفيذ التزاماته ما لم يكن هناك ما يمنعه من تنفيذ التزامه، كالقوة القاهرة، والسبب الأجنبى. فالخطأ العمدى قاعدة رومانية قديمة أخذ بها القانون النابليونى، ثم أخذ بها القانون الفرنسى، والقانون الايطالى[٢].

ولقد حاول البعض من الفقه ارجاع أساس الالتزام بالتعويض فى نظم القانون الخاص إلى عدة أسباب، منها أن الطرف المخل بالتزامه اخلالاً عمدياً إنما يقوم بذلك نظراً لوجود ميزة أخرى يحصل عليها من تنفيذ التزامه لصالح طرف آخر لا شأن له بالعقد. فالتعويض يعد ضمان للدخول فى العقد حيث أن الاخلال بالعقد وعدم تنفيذ الالتزامات أمراً متوقعا وإن كان أمراً استثنائيا، فبدون هذا الضمان لا توجد ثمة أى علاقة تعاقدية[٣].

وتبدو أهمية الالتزام بالتعويض خاصة فى المعاملات التجارية، حيث أن المتعاملين فى نطاق التجارة الدولية أكثر المتعاقدين الذين يخضعون لمخاطر الاخلال بالعقد، فإن لم يكن هناك التزاما بالتعويض فإنهم سوف يحجمون عن

---

(١) المادة ٢/٥ من القانون المصرى، المادة ١١٥٠ من القانون الفرنسى، المادة ٢٧٦ من القانون الالمانى، المادة ١٢٢٥ من القانون الايطالى.

(٢) Guide Alpa and Alberto Giampeeri law and economic and method analysis, the contractule damages issue, p.2, cardozo law Bulletion 1995.

(٣) Guido Alpa and Alberto Giampieri op.cit,, p. 3, 1995.

عملية التعاقد وهنا تبدو أهمية أخلاق السوق التى تتبلور فى مبدأ حسن النية والعدالة والانصاف كقواعد يجب الالتزام بها، فإذا تم مخالفتها وجب الالتزام بالتعويض.

على العكس من ذلك فى نظم القانون العام بالرغم من اقرارها لنظام المسئولية العقدية، إلا أن أساس الالتزام بالتعويض ليس الخطأ العمدى أو الاهمال كما هو الحال فى نظم القانون الخاص حيث أن أساس الالتزام بالتعويض فكرة الاخلال الفعال efficient breack بمعنى التفاوت بين الالتزامات المتفق عليها فى العقد وبين ما تم تنفيذه بالفعل حيث أن وجود هذا التفاوت من شأنه ترتيب المسئولية العقدية بصرف النظر عما إذا كان هناك خطأ أم لا حيث أن وجود الاخلال بالعقد يفترض فيه تحقق الضرر حيث يعبر البعض من الفقه(١) عن ذلك بقوله:

"the duty to keep a contract at common law means a prediction that you must pay damages if you dont keep it and nothing Else"

ويقول البعض الآخر(٢):

"contract law is in its assential design a law of strict liability and the accompening system of remedies operatis without regard to fault".

كما أن الاختلاف بين نظم القانون العام، ونظم القانون الخاص ليس فقط

---

(١) Holmes "the path of law, 1897,Har V.L.Rev.,p. 462.
مشار إليه فى: Guido Alpa and Alperto Giampieri op. cit.p...2,: 1995.

(٢) Franswarth, contracts, bosten toronto, 1982 - p. 842.
مشار إليه فى: Guido Alpa and Alperto Giampieri op. cit. p.3, 1995.

فى أساس الالتزام بالتعويض، ولكن أيضا فى الطريقة التى يتم بها تقدير التعويض. فنظم القانون الخاص تأخذ بقاعدة «ما فاته من كسب وما لحقه من خسارة» كما هو الحال فى نص المادة ١١٣٩ من القانون الفرنسى والمادة١/٢٢١ من القانون المصرى، والمادة ١٢٢٣ من القانون الايطالى، فى حين أن تقدير التعويض وفقاً لنظم القانون العام على أساس قيمة الفوائد التى كان يتوقعها الطرف المضرور so calld expectation interest والخسائر الناجمة عن الاعتماد على العقد the so-calld relaince interests.

إزاء هذا التباين بين نظم القانون الخاص ونظم القانون العام بصدد نظام المسئولية التعاقدية، فلقد حاولت القواعد الموضوعية الدولية التوفيق بين هذه النظم فى نصوصها حيث تأثرت بنظم القانون العام تارة، ونظم القانون الخاص تارة أخرى، وهذا ما يتضح من عناصر المسئولية العقدية فى القواعد الموضوعية الدولية.

المطلب الأول

عناصر المسئولية العقدية

١- الخطأ (المخالفة الجوهرية أو الاخلال الفعال)لقد تأثرت القواعد الموضوعية الدولية بنظم القانون العام بشأن هذا العنصر حيث لم تتبن عنصر الخطأ كما هو الحال في نظم القانون الخاص، ولكنها أخذت بفكرة المخالفة الجوهرية أى الاخلال الفعال بصدد المسئولية العقدية، كما هو الحال فى نص المادة (١٠) من القانون الموحد، والمادة ٢٥ من اتفاقية فينا، إلا أن القواعد الموضوعية بصدد هذا العنصر لم تأخذ بهذه الفكرة على الاطلاق، حيث تبنت

نظم القانون الخاص فيما يتعلق بوقف التنفيذ، التنفيذ العينى بصدد المخالفة عندما لا تكون جوهرية.

٢- الضرر: وبصدد عنصر الضرر قد أخذت النظم الدولية بنظم القانون الخاص فيما يتعلق بتقدير التعويض قاعدة «ما فات من كسب وما لحق من خسارة»، كما هو الحال فى نص المادة ٧٤ من اتفاقية فينا، والمادة ٨٢ من القانون الموحد. لكن المشكلة تكمن فى تطبيق هذه القاعدة فى الدول المنضمة للاتفاقية والتى تنتمى إلى نظم القانون العام. حيث أن التعويض طبقا لقواعد الموضوعية الدولية يتم تقديره طبقاً لقيمة الخسارة والربح التى توقعها الطرف المخالف أو التى كان متفقاً له أن يتوقعها وقت انعقاد العقد، فى حين أن التعويض وفقاً لنظم القانون العام عن الخسارة التى تلحق بأحد طرفى العقد كنتيجة مباشرة. وهذه القاعدة مستقر عليها فى انجلترا منذ عام ١٨٥٤ وهو تاريخ الحكم الصادر فى قضية Hadley V.Baxendal حيث أن القضاء الانجليزى فى هذه القضية قد أرسى قاعدة تقدير التعويض، حيث تطلبت المحكمة فى هذا الحكم تحديد الآثار المترتبة علي الاخلال بالعقد بالدقة التى يتم التعويض عنها، علاوة على ذلك فإن المحكمة قد ضيقت من عنصر التوقع لتحد من التعويض عن الخسارة المدعى بها فى دعاوى الاخلال بالعقود التجارية. حيث أن قضاء القانون العام يطبق هذه القواعد التى أساسها هذا الحكم فى المنازعات المطروحة أمامه(١).

---

(١) Evelien visser Netherlands op.cti.,20 chapter vi, goint remedies, 2-1.

وهذا يبدو بوضوح فى الحكم الصادر من القضاء الأمريكى فى القضية رقم 71 F. 3d. 1024 لسنة ١٩٩٥ فى النزاع القائم بين شركة ايطالية(مشترى) وشركة أمريكية (بائع) بصدد عقد البيع المبرم بين الشركة الايطالية لشراء قطع غيار لأجهزة التكييف التى تقوم بتصنيعها من البائع الأمريكى، وعندما وردت أول شحنة من قطع الغيار (ضاغط الهواء) لم تكن مطابقة للمواصفات. فقام المشترى باقامة دعوى للاخلال بالعقد لعيب المطابقة، حيث طبقت المحكمة نص المادة ٧٤ وفسرتها تطبيقاً للقواعد التى أرساها حكم Hadley، على الرغم من أن عنصر التوقع فى حكم Hadley يختلف أساس عما هو مقرر فى نص المادة ٧٤، وأن ما جاء فى هذا الحكم لا يمكن الأخذ به فى تفسير نص المادة ٧٤ وتطبيقها(١).

لذلك فإن تحقيق الغاية المرجوة من تلك القواعد الموضوعية الدولية يستلزم تطبيق نص المادة ٧٤ بدون الرجوع إلى المعايير القائمة فى النظم القانونية بصدد تقدير التعويض، حيث تكون المادة ٧٤ من اتفاقية فينا هى الأساس الأول فى التفسير وليس المعايير الوطنية.

٣-علاقة السببية: لا يكفى مجرد الخطأ والضرر لكى تتحقق المسئولية العقدية بل لابد من وجود علاقة سببية بين الخطأ والضرر، فإذا انتفت هذه العلاقة لا توجد ثمة مسئولية. وهذا ما تقرره نصوص التشريعات الوطنية فى

---

(١) انظر هذا الحكم تفصيلا فى: Evelien visser Netherlands op cit. Chapter III interpretion of the C.I.S.G.

المادة ١٦٣ من القانون المصرى، والمادة ١١٤٧ من القانون الفرنسى، والمادة ٢/٦١٥[١] من القانون التجارى الأمريكى الموحد،و المادة ٢٦٥ من تقنين العقود الأمريكى[٢]، ونظرية[٣] Frustration the law reform frustrated contract act 1943. فى القانون الانجليزى.

ومما تجدر الاشارة إليه أن علاقة السببية بين الخطأ والضرر وتوافرها لتقرير المسئولية العقدية لم تكن ذات اعتبار فى نظم القانون العام. حيث كانت القاعدة عدم الاعفاء من المسئولية من عدم التنفيذ، حيث بدأ الاعتراف بها بداية من جانب القضاء الانجليزى والأمريكى، حينما عدل القضاء الأمريكى والانجليزى عن هذه القاعدة والاعتراف بهذه المسئولية، ثم تم تقنينه فى النصوص سالفة الذكر.

وبصدد علاقة السببية فى القواعد الموضوعية الدولية ذهب البعض من الفقه إلى أن اتفاقية لاهاى سنة ١٩٦٤ قد تبنت مفهوم علاقة السببية صراحة، حيث اعتبرت البائع مسئولا عن الآثار التى تترتب على عدم المطابقة والتى

---

(١) تنص المادة ٦١٥ من القانون التجارى الموحد:

"... if performance as agreed has been made impractisable by occurance contingency the non occurance ofwhich was a basic assumption on which the contract was made...

(٢) تنص المادة ٢٦٥ من تقنين العقود الأمريكى:

"where after a contract is made, a party's principal purpose is substantially frustrated without his fult by the occurance of an event the non- occurance of which was basic assumption of which the contract was mad.

(٣) Sehmitthoff "Export trad the law and practice of international trade 1993- p. 197.

يسببها فعل البائع أو أى شخص من تابعيه، فى حين أن اتفاقية فينا تناولت مفهوم علاقة السببية حيث تقر مسئولية البائع فى الأصل دون حاجة لقيام رابطة السببية إذ تبنت ضابطا موضوعيا فى هذا الصدد، مفاده أن مجرد قدم العيب وقت انتقال المخاطر إلى المشترى ينتج مسئولية البائع دون اثبات خطأ أو علاقة سببية بينما عادت إلى الأخذ بشروط علاقة السببية كاستثناء لانعقاد مسئولية البائع فى حالة حدوث العيب بعد وقت انتقال المخاطر، أو نشوء عيب فى المطابقة ينسب لعدم تنفيذ أياً من التزاماته(١).

الواقع أن هذا الرأى إذا كان قد كشف عن علاقة السببية فى القواعد الموضوعية الدولية، إلا أنه قد كشف عن تطبيقات لعلاقة السببية وليس علاقة السببية ذاتها، حيث أن هذه العلاقة تكشف عنها المادة ٧٩ من اتفاقية فينا، والمادة ٧٤ من القانون الموحد حيث أن عدم المسئولية يتحقق متى كان هناك عائق، فإذا انتفى هذا العائق تحققت المسئولية، أى أصبحت هناك علاقة سببية بين عدم تنفيذ الالتزام (الخطأ) والضرر المترتب على عدم التنفيذ. وبذلك تكتمل عناصر المسئولية العقدية وهذا الرأى ذاته قد كشف عن علاقة السببية فى القانون الفرنسى بذات الطريقة عندما ذكر «يلزم المشرع الفرنسى فى مجال المسئولية العقدية أن يقوم باثبات أن عدم التنفيذ مرجعه سبب أجنبى حتى يمكن أن يعفى من المسئولية»(٢). وكذلك الحال وفقا للقواعد الموضوعية الدولية، حيث تلزم القواعد الموضوعية المدين فى مجال المسئولية العقدية أن

---

(١) الدكتور جمال عبد العزيز، سابق الاشارة إليه ص ٣٣٣.

(٢) الدكتور جمال عبد العزيز، سابق الاشارة إليه ص ٣٢٤.

يقـوم باثبـات أن عـدم التنفيـذ مـرجـعـه «العـائق» حـتى يمكن أن يعـفى من المسئولية.

يؤكد ذلك الاتجاه حكم محكمة التحكيم فى التحكيم رقم ١٢ لسنة ٨٩ حيث قررت هيئة التحكيم أن مناط المسئولية العقدية اخلال بالتزام تعاقدى يترتب عليه ضرر تحقق، متى كان هناك علاقة سببية بين الخطأ والضرر، ما لم تنتف العلاقة بقيام السبب الأجنبى الذى لا يد للمدين فيه(١).

ومن ذلك يتضح أن عناصر المسئولية العقدية وفقا للقواعد الموضوعية الدولية المخالفة الجوهرية، الضرر، علاقة السببية.

---

(١) حكم لأحد هيئات التحكم التابعة لمركز القاهرة الدولى للتحكيم التجارى الدولى، يونية ١٩٩٠. مشار إليه فى جمال عبد العزيز، سابق الاشارة إليه ص ٣٣٣ هامش ٨٩.

المطلب الثاني
المسئولية عن حق أو ادعاء الغير
فى الملكية الصناعية الذهنية

مقدمة: ان الالتزام بنقل الملكية من الالتزامات التى يفرضها عقد البيع علي البائع، وهذا ما تضمنته كافة التشريعات الوطنية، إلا أنها تتباين فيما بينها بصدد وقت انتقال الملكية، فالقانون الفرنسى ونظيره المصرى قد حددا وقت انتقال الملكية بمجرد ابرام العقد، مثال ذلك نص المادة ١٥٨٣ من القانون الفرنسى(١)، فى حين أن القانون الالمانى قد حدد وقت انتقال الملكية فى نص المادة ٩٢٩ بأن الملكية لا تنتقل إلا بالتسليم(٢)، أما بالنسبة للقانون الانجليزى فإن الملكية تنتقل فى الوقت الذى يحدده الأطراف إذا لم يتم الاتفاق على وقت

---

(١) تنص المادة ١٥٨٣ من القانون الفرنسى على «يكسب المشترى من البائع قانونا ملكية المبيع بمجرد اتفاقهما على المبيع والثمن ولو كان المبيع لم يسلم والثمن لم يدفع».

لمزيد من التفصيل حول تطور نقل الملكية فى القانون الفرنسى انظر:
Evelien Visser "favor emptoris: Doese the C.I.S.G favor the Buyer p. 83-84 L.Review 1998.

(ب)الدكتور عبد الرزاق السنهورى، سابق الاشارة إليه ص ٥١٤-٥١٩ بالنسبة للقانون الفرنسى والمصرى.

(٢) ان الملكية فى القانون الالمانى كما هو مبين بالقسم ٩٢٩ لاتنتقل إلابالتسليم ويمكن ارجاع ذلك إلى سيادة نظرية الفقيه Abstrakions prinzip الذى يرى أنه من المستحيل أن تنتقل بمجرد ابرام العقد فعقد البيع لايكون إلا وسيلة مناسبة لنقل الملكية فالملكية لا تنتقل إلا بالتسليم فقط the property rights there fore pass only at the tim of delivery .

لمزيد من التفصيل انظر: Evelien Visser op.cit., p. 80-89.

محدد لنقل الملكية فإن الملكية تنتقل بمجرد ابرام العقد(١).

أما بالنسبة للقواعد الموضوعية الدولية فتلك القواعد لم تتضمن النص على الالتزام بنقل الملكية، بل قررت صراحة استبعاد هذا الالتزام من نطاق تطبيق قواعدها، كما هو الحال فى نص المادة ٨ من اتفاقيتى لاهاى، ونص المادة ٤ من اتفاقية فينا وذلك بسبب استحالة وضع قواعد موضوعية موحدة بشأن هذا الالتزام. حيث أن بعض النظم القانونية تنتقل فيها الملكية بمجرد ابرام العقد، والبعض الآخر تنتقل فيها الملكية بالتسليم وليس بمجرد ابرام العقد. وبالتالى لا تكون هناك امكانية وضع قاعدة موحدة بخصوص هذا الشأن، وليست هناك ضرورة لفعل ذلك(٢)، ومن ثم تضمنت هذه القواعد الموضوعية النص على اخضاع الالتزام بنقل الملكية لقواعد القانون الوطنى.

---

(١) ان قضاء المحاكم الانجليزية كان له الفضل فى الكشف عن تطور نقل الملكية فى القانون الانجليزى حيث أنه فى عام ١٨٣٣ كشف القضاء الانجليزى لأول مرة عن مسألة نقل اللكية فى حكم in Dixon V.Yates حيث قررت المحكمة أن التسليم وفقا لعقد البيع لم يكن ضروريا لنقل الملكية فى المنقولات الخاصة حيث كان هذا الحكم أول خطوة نحو ظهور القاعدة الثانية بشأن ترتيب نقل الملكية حيث كانت القاعدة الأولى أن الملكية تنتقل فور ابرام العقد فى عقود بيع البضائع السريعة أو العامة وفى عام ١٤٤١ قررت المحكمة الانجليزية فى قضية Diogc's cas أنه يكون من الظلم وعدم العدالة أن المشترى لا يستطيع أن يطالب ما لم يكن معه صك الملكية فوفقا للقضاء الانجليزى أن الملكية تنتقل فور ابرام العقد أو فى الوقت السابق تحديده من جهة طرفى العقد.

لمزيد من التفصيل: Evelien visser op.cit. p. 87.

(٢) Evelien Visser, op. cit., p. 91.

لكن الالتزام بالملكية يتفرع عنه التزاما آخر لا يقل أهمية عنه وهو الالتزام بنقل هذه الملكية خالية من أى حق أو ادعاء للغير من شأنه تهديد هذه الملكية أو الاعتداء عليها. فهذا الالتزام قد تضمنت التشريعات الوطنية النص عليه، حيث قررت مسئولية البائع عن أى حق أو ادعاء للغير، كما يجب عليه أن يقوم بتسليم محل العقد مطابقا له،فهذه المطابقة المادية تستلزم المطابقة القانونية. بمعنى أن يكون محل العقد خاليا من أى حق أو ادعاء للغير كما هو الحال في نص المادة ٤٣٩ من القانون المدنى المصرى، والمادة ٤٣٤ من القانون الالمانى، والمادة ١٢٩ من القانون السويسرى، والمادة ٢/٣١٢ من تقنين التجارة الأمريكى الموحد(١).

أما بالنسبة لهذا الالتزام فى القواعد الموضوعية الموحدة نجد أن اتفاقيتى لاهاى ١٩٦٤ قد أخذت بنهج التشريعات الوطنية، من حيث مسئولية البائع عن أى حق أو ادعاء للغير متضمنة النص على ذلك فى المادة ٥٢ التى تنص على «البائع ملزم بنقل ملكية المبيع إلى المشترى خالية من كل حق أو ادعاء للغير، فإذا اتضح للمشترى وجود هذا الحق أو الادعاء ولم يشأ استيفاء المبيع بحالته، وجب أن يخطر البائع فى ميعاد معقول»، فى حين أن اتفاقية فينا قد تضمنت نوعين من المسئولية بالنسبة للبائع الأول هو ما أشارت اليه التشريعات الوطنية، واتفاقيتى لاهاى سنة ١٩٦٤ (الضمان العام)، والثانى هو ما انفردت

---

(١) christiain Raude and guillaume etier "warranty for intellectual property rights in international sale of goods, 4 vindobonaJ.inter,C.L and irbitration 2000 p.30note 3.

به اتفاقية فينا من حيث مسئولية البائع على أساس الملكية الصناعية والذهنية (الضمان الخاص)[١].

لذلك سوف نتناول شروط مسئولية البائع وفقا للقاعدة العامة التى تضمنتها التشريعات الوطنية، واتفاقيتى لاهاى سنة ١٩٦٤، والمادة ٤١ من اتفاقية فينا، ثم مسئولية البائع على أساس الملكية الصناعية والذهنية.

الفرع الأول

شروط مسئولية البائع

ان التزام البائع لا يقف عند حد الالتزام بنقل ملكية المبيع إلى المشترى وتسليمه له، بل يجب عليه أن يضمن انتفاعه به انتفاعا هادئا لا يعكره تعرض منه أو من الغير وهو ما يسمى بضمان التعرض، ذلك الذى يعد حماية للمشترى حسن النية. فهذا الالتزام قد تضمنته القواعد الموضوعية الدولية فى نص المادة ٥٢ من اتفاقيتى لاهاى، والمادة ٤١ من اتفاقية فينا على الرغم من استبعادها لمسألة الملكية من نطاق تطبيق أحكامها. ويمكن ارجاع ذلك لما لهذا الضمان من أهمية خاصة فى عقد البيع الدولى وهى حماية المشترى حسن النية.

لكى تتحقق مسئولية البائع عن هذا الضمان لابد من توافر شروط معينة وهى أن يكون التعرض حقيقى، وقانونى، وأن يكون هذا الحق أو الادعاء قائما

---

(١) Christiain raude and Guillaume op. cit., p.31.

وقت ابرام العقد وقبل أن نتناول هذه الشروط اللازمة لمسئولية البائع نلاحظ أن القواعد الموضوعية الدولية قد تبنت مسئولية البائع عن حق، أو ادعاء الغير فى نصوصها دون أن تتضمن كما تضمنت نصوص التشريعات الوطنية مسئولية البائع عن تعرضه للمشترى بحق أو ادعاء من جهته هو شخصيا . ويرى الفقه(١) بصدد هذه المسئولية أنها تخضع لقواعد القانون الوطنى الواجب التطبيق شأنها شأن مسألة الملكية، ما لم توجد شروط فى العقد تنظم هذه المسئولية. قد لا تكون هناك ثمة مشكلة إذا كانت هناك شروط عقدية تنظم مسئولية البائع عن تعرضه الشخصى بفعل أو ادعاء من جانبه، لكن المشكلة التى سوف تثور هى حالة عدم وجود مثل هذه الشروط العقدية. فتطبيقا للقواعد الموضوعية الدولية فهذه المسألة سوف تخضع لأحكام القانون الوطنى وهنا تبرز طبيعة هذه المسئولية حيث أنه تطبيقا لأحكام القانون الوطنى فإنه لا يمكن الاعفاء من هذه المسئولية مطلقا وإن كان يمكن تعديلها بالزيادة أو النقص لكن لا مجال للاعفاء المطلق من هذه المسئولية. وهذا ما تتضمنه كافة التشريعات الوطنية حيث تنص المادة ١/٤٤٦ من القانون المدنى المصرى على

---

(١) b.aduit op.cit. p. 110 Not 1 "la convntion n'evnvisage pas la garanti du fait personnel..sa mesure depend pour l'essentiel de ce qui a ete convenu enter les parties, si necessaire, elle sera reglée solon le principe de la bonne foi et eventuellement selon le droit applicable aux questions de propriéte. Heuze op.cit. p. 239 "En revench, n'sont pas concernees les reclamation du vendure lui meme, quisque la cvim n'e evidemment pas entendue fair obestacle aux clauses de reserve de propriéte. les litiges qui pourraient surgir a propos de cellci ci devraint donc etre resolus conformement a la loi qui leure est applicalle et aux stipulations du contrat que lui sont relative.

«إذا اتفق على عدم الضمان بقى البائع مع ذلك مسئولا عن أى استحقاق ينشئ عن فعله ويقع باطلا كل اتفاق بغير ذلك»(١) وهذا يخالف ضمان تعرض الغير حيث أنه يمكن الاتفاق على عدم الضمان مطلقا(٢).

وبالتالى فإن مسئولية البائع عن ضمان التعرض الصادر ضده هى مسئولية مطلقة لا يجوز الاعفاء منها فى عقد البيع الدولى للبضائع، متى كانت هذه المسئولية تخضع لأحكام القانون الوطني الواجب التطبيق، ما لم تكن هناك شروط عقدية فى هذا العقد تنظم هذه المسئولية استناداً إلى القواعد الموضوعية الدولية التى تقر مبدأ سلطان الإرادة.

فشروط مسئولية البائع عن تعرضه الشخصى تتضمن مسئوليته عن التعرض المادى والقانونى الصادر منه، وفى ذلك تتميز مسئوليته عن ضمان التعرض الصادر من الغير، حيث يقتصر على ضمان التعرض القانونى فقط دون المادى. أما بالنسبة للشروط الأخرى الخاصة بمسئولية البائع فهى واحدة سواء كان التعرض منه أو من الغير، وهى أن يكون التعرض قانونى، وحقيقى، وأن يكون حال ابرام العقد.

شروط مسئولية البائع عن تعرض الغير:

١- أن يكون التعرض قانونى: لكى تتحقق مسئولية البائع عن مخالفته ا

---

(١) لمزيد من التفصيل انظر الدكتور محمد عبد الرزاق السنهورى، سابق الاشارة اليه ص٨٢٢.

(٢) المادة ٤٤٥ من القانون المدنى المصرى.

لالتزامه بضمان تعرض الغير لابد أن يتسم تعرض الغير بالصبغة القانونية أى أن يكون له حق على البضائع محل العقد يحميه القانون كحق رهن أو ايجار. حيث لا يضمن البائع التعرض المادى لها الصادر من الغير، وهنا يقتضى حسن النية من البائع التدخل لمنع هذا التعرض كأن يفى بالدين المرتهن مثلا، ويقوم بتسليم شئ آخر، فإن لم يفعل جاز للمشترى أن يعلن فسخ العقد متى كانت هذه المخالفة مخالفة جوهرية والمطالبة بالتعويض.

إلا أن حسن النية من جانب المشترى يقتضى منه متى تحقق التعرض القانونى من جانب الغير، ألا يلجأ إلي فسخ العقد مباشرة متى كانت المخالفة جوهرية، حيث يجب عليه أن يلجأ إلى نص المادة ٧١ أو ٧٢ إلى حين أن يرى ما سوف يقوم به البائع لمنع هذا التعرض حيث إذا قام بمنع هذا التعرض أو بتسليم شئ آخر لا يجوز له الفسخ، وإنما ما يكون له هو المطالبة بالتعويض من جراء التأخير، أو يقوم بتخفيض الثمن متى كان التعرض منصبا على جزء من المبيع ما لم تكن هذه البضائع وحدة واحدة.

٢- أن يكون التعرض تعرضا حقيقياً: يشترط لمسئولية البائع فضلا عن أن يكون التعرض قانونى، لابد أن يكون هذا التعرض تعرضاً حقيقياً بمعنى أنه من شأنه أن يهدد المشترى فى حيازته للبضائع أو الانتفاع بها. فالمشاكل التى يواجهها المشترى كما لو كان التعرض صادراً من السلطات العامة، وذلك بسبب مخالفة الشئ المبيع لقوانين حماية المستهلك أو قانون حماية البيئة فإن مثل هذا التعرض لا يعد تعرضاً قانونياً حقيقياً وانما يعد تعرض مادى[١].

---

(١) انظر فى ذلك الدكتور محسن شفيق، سابق الاشارة اليه ص١٦١،
Schlechtriem op. cit.,p.72.

والتعرض المادى الصادر من الغير لا يضمنه البائع، كما أنه ليس مجرد التهديد أو خيفة وقوع التعرض يعد تعرضاً حقيقياً، ومن ثم لا يجوز للمشترى تطبيقاً لمبدأ حسن النية أن يلجأ إلى نص المادة ٧١ متى كان يتوقع تعرض الغير فلابد أن يكون هناك تعرضاً حقيقياً قد وقع من الغير فعلا، ففى هذه الحالة يجوز للمشترى أن يلجأ إلى تطبيق نص المادة ٧١. وهذا ما تقرره محكمة النقض فى حكمها الصادر سنة ١٩٩٢ «ان حق الضمان لا ينشأ إلا من وقت منازعة الغير للمشترى فى حيازته للمبيع، وانتفاعه به أما مجرد خشية المشترى تعرض الغير أو علمه بوجود حق الغير على المبيع فلا يخول له حق الرجوع على البائع بالضمان مادام لم يحدث له تعرض فعلى»(١).

وقد يقول البعض ان نص المادة ٧١ تعطى لكل من طرفى العقد أن يوقف تنفيذ التزاماته إذا تبين بعد انعقاد العقد أن الطرف الآخر سوف لا ينفذ جانبا هاما من التزاماته بسبب وقوع خلل خطير فى قدرته على تنفيذ هذا الجانب من التزاماته أو بسبب اعساره. عند تحقق هذه الصورة فإنه إذا تم ابرام العقد بين كلا من البائع والمشترى، ثم تبين للمشترى بعد ابرام العقدأن البضائع مرهونة فلا يجوز له أن يوقف تنفيذ التزامه بالوفاء بالثمن إلا إذا كان التعرض من الدائن قد تحقق بالفعل، ففى هذه الحالة يحق للمشترى أن يوقف تنفيذ التزامه بالوفاء بالثمن، أما مجرد الخشية من تعرض الدائن المرتهن أو التهديد من جانبه لا يعطى له الحق فى وقف تنفيذ التزامه، أى لابدأن يكون التعرض تعرضاً فعلياً.

---

(١) حكم محكمة النقض الطعن رقم ٣٥٠ لسنة ٦٠ ق جلسة ١٩٩٢/١/٢١.

٣- أن يكون التعرض بالحق أو الادعاء به حال ابرام العقد: يقصد بهذا الشرط أن يكون الحق أو الادعاء به موجودا قبل ابرام العقد، وهذا ما تصرح به المادة ٤٣٩ من القانون المدنى المصرى إذ تقول «فعل أجنبى يكون له وقت البيع حق على المبيع» فإذا سلم الغير أن الحق الذى يدعيه على المبيع لم يثبت له إلا بعد البيع ولم يستمده من البائع، لم يكن البائع مسئولا عن الضمان، على أن ضمان البائع لتعرض الغير يتحقق حتى لو كان الحق الذى يدعيه الغير لاحقا للبيع إذا كان هذا الغير قد استمد حقه من البائع نفسه، وهذا ما تنص عليه المادة ٣٤٩ من القانون المدنى «يكون البائع ملزماً بالضمان ولو كان الأجنبى قد ثبت حقه بعد البيع إذا كان هذا الحق قد آل إليه من البائع نفسه[١]. فهذا الشرط لم تتضمن المادة ٤١ النص عليه إذ تقول على البائع أن يسلم بضائع خالصة من أى حق أو ادعاء للغير إلا إذا وافق المشترى على أخذ البضائع مع وجود مثل هذا الحق أو الادعاء. ومع ذلك فإنه من المستقر عليه فقها أن البائع يعد ضامنا لتلك الحقوق أو الادعاءات حال ابرام العقد أى الثابت قبل ابرام العقد، إلا أن كل جانب من الفقه يختلف فى أساس ضمان البائع. حيث يستند جانب من الفقه إلى المطابقة المادية[١]. إذا تنص المادة ٣/٣٧ على «لا يسأل

---

(١) الدكتورالسنهورى، سابق الاشارة إليه ص ٨٢٤ - ٨٢٩.

(٢) Jean Pierre plantard "un neveau droit uniform de le vent international la convention des nations unies du 11 avril 1980 Clunt 1988, p.341 a -les droits et pretentions des tiers" art. 41 tels que droit de propriété, droit de gage, nantissement par Ex. ils rendent la marchandise non conforme au contrat, s'ils etaient ignores de l'acheteur lors de la conelusion du contract, de la mem facon que s'il l'agissait d'un defaut de conformeté materielle.

البائع بموجب أحكام الفقرات الفرعية (أ) إلى (ز) من الفقرة السابقة عن أى عيب فى المطابقة كان يعلم به المشترى أو كان لا يمكن أن يجهله وقت انعقاد العقد». فى حين أن الجانب الاخر من الفقه يستخلص ذلك الحكم من خلال نص المادة ٤٢ من اتفاقية فينا. إلا أننا نرى أنه لا يمكن الأخذ بأى أساس لكل من الاتجاهين من الفقه، لأن لو الأمر كذلك ماكانت الاتفاقية قد سكتت وكانت تضمنت النص عليه كما هو الحال فى نص المادة ٣٧، والمادة ٤٢، ومتى كانت الاتفاقية لم تتناول النص على ذلك فإن الأمر يكون مرجعه مبدأ حسن النية ودوره التفسيرى لنصوص الاتفاقية. حيث أنه تطبيقاً لمبدأ حسن النية فإن البائع لا يعد ضامناً إلا لتلك الحقوق أو الادعاءات الثابتة قبل ابرام العقد أما تلك اللاحقة على ابرام العقد فلا يسأل عنها إلا إذا كان مرجعها سببا منه، فما عدا ذلك أنه لا يسأل.

ومن ثم متى كان التعرض قانونياً، وحقيقياً، وثابتاً حال ابرام العقد أو لاحقا بفعل يرجع إلى البائع، فإن مسئوليته تتحقق عن هذه الحقوق أو تلك الادعاءات إلا أنه يمكن اعفاء البائع من تلك المسئولية وعدم تقريرها فى حالتين:

١- علم المشترى بالتعرض: فمتى كان المشترى يعلم بهذا الحق على البضائع وقبل مع ذلك ابرام العقد، فلا يكون له الحق فى التمسك بمسئولية البائع وضمان التعرض الصادر من الغير لكن كيف يتأتى اثبات علم المشترى بهذه الحقوق التى على البضائع؟ فبصدد ذلك ذهب جانب من الفقه(٢)أن اثبات

---

(١) لمزيد من التفصيل حول هذا الرأى انظر د. جمال محمود عبد العزيز، سابق الاشارة إليه ص ٢١٥.

(٢) الدكتور محسن شفيق، سابق الاشارة إليه ص ١٦١.

علم المشترى لا يكون بمجرد العلم، فهو لا يعد بذاته دليلا على الرضا بهذه الحقوق وانما يلزم اثبات هذا الرضا، والغالب أن يكون هذا الرضا صريحا مشاراً إليه فى العقد. فى حين يذهب جانب آخر من الفقه أن هذا العلم يتحقق متى كانت هناك تصرفات قاطعة من المشترى تؤكد علمه بهذه الحقوق. ونحن نميل إلى هذا الرأى باعتباره تطبيقا لمبدأ حسن النية حيث لا يحق للمشترى أن يتمسك بمسئولية البائع عن ضمان التعرض، بالرغم من أن كل تصرفاته تؤكد علمه بهذه الحقوق ثم يحتج بعد ذلك أن هذا ليس دليل على رضاه بهذا المبيع المحمل بتلك الحقوق(١).

٢- إذا كان التعرض على أساس الملكية الصناعية أو الذهنية(٢): فى هذه الحالة لا تتقرر مسئولية البائع عن ضمان التعرض على أساس الملكية الصناعية أو الذهنية طبقاً لنص المادة ٤١، حيث تدخل المسئولية فى اطار جديد آخر وهو نص المادة ٤٢ من اتفاقية فينا، فهذا النص يعد بعدا جديدا من حيث ادخاله مفهوما واسعا للمطابقة القانونية حيث ينقسم هذا البعد الجديد إلى قسمين:

أ - أن البائع لا يسأل عن تسليم بضائع خالصة من أى حق أو ادعاء للغير أساسه الملكية الصناعية والذهنية متى كان المشترى يعلم به وقت ابرام العقد أو لا يمكن أن يجهله.

---

(١) هذا الرأى مشار إليه فى الدكتور جمال عبد العزيز، سابق الاشارة إليه ص ٢٤٨، انظر فى ذلك المعنى أيضا B.Aduit, op. cit., p.115.

(٢) Lamy contrats international divion 4. A, 195-196. L.1995.

ب - إذا كـان الحق أو الادعـاء غـيـر ناشئ عن اتبـاع للخطط الفنيـة أو الرسوم أو التصميمات أو غير ذلك من المواصفات التى قدمها المشترى.

حتى أن جانب آخر من الفقه(١) يرى أن فى هذا النص ميزة للبائع أكثر منه للمشترى، من حيث أن البائع لا يضمن هذا النوع من الحقوق متى كان المشترى يعلم بها أو كان لا يمكن أن يجهلها، كما أنه لا يضمن هذا التعرض إلا بموجب قانون الدولة التى سيعاد فيها البضائع أو استعمالها، إذ ان الطرفان قد توقعا عند انعقاد العقد أن البضائع ستباع أو تستعمل فى تلك الدولة أو بموجب قانون الدولة التى يوجد بها مكان عمل المشترى، كما أنه لا يضمن مثل هذا التعرض متى كان ناشئا عن اتباع البائع للخطط الفنية أو الرسوم أو التصميمات أو غير ذلك متى كان المشترى قد قدمها له.

---

(١) Jean pierre plantard op.cit., p. 341.

الفرع الثانى
شروط مسئولية البائع عن حقوق
الملكية الصناعية والذهنية

ان حقوق الملكية الذهنية عبارة عن ابتكار فورى لنموذج أدبى أو فنى أو صناعى متميز عن شكل أو ملامح النماذج المعروضة، أو مزيج من هذه النماذج بصورة معبرة(١). فالاهتمام بحقوق الملكية الذهنية أياً كانت أدبية أو فنية أو صناعية كانت محل اهتمام كافة التشريعات الوطنية(٢) وكذلك الاتفاقيات الدولية(٣) تلك التى تناولت تنظيم هذه الحقوق منذ بداية القرن التاسع عشر

(١) قد تم الاستعانة بنص المادة ٢٥ من اتفاقية الجات فى تعريف حقوق الملكية الذهنية للنماذج الصناعية التى تنص على «لحماية الابتكار للنماذج الصناعية المبتكرة أو الجديدة لابدأن تكون متميزة عن شكل أو ملامح النماذج المعروضة أو مزيد من هذه النماذج» حيث تتعدد التعريفات الفقهية لحقوق الملكية الذهنية فيعرفها الأستاذ الدكتور أحمد شرف الدين بأنها الحقوق التى ترد على الانتاج الذهنى للإنسان» نظرية الحق،١٩٨٧، ص٢٧، يعرفها الأستاذ الدكتور نزيه صادق المهدى بأنها «حقوق الشخص على شئ غير مادى هو نتاج ذهنه أو فكره وخياله ، نظرية الحق سنة ١٩٨٢ص ٦٨.

(٢) فى مصر القانون رقم ٥٧ لسنة ١٩٣٩ الخاص بحماية العلامات الصناعية والعلامات التجارية، القانون الخاص ببراءات الاختراع والرسوم والنماذج الصناعية رقم ١٣٢ لسنة ١٩٤٩ الدكتور أحمد شرف الدين، نظرية الحق سنة ١٩٨٧، ص ٢٩ ولمزيد من التفصيل انظر فى ذلك الدكتور أحمد ابراهيم «الجات والحماية الدولية لبرامج الكمبوتر وحق المؤلف فى الدول العربية ص ١٩١، ص ١٩٢ مجموعة محاضرات القيت على طلبة دبلوم التجارة الدولية سنة ١٩٩٧. القانون رقم٨٢ لسنة ٢٠٠٢ حماية حقوق الملكية الفكرية.

(٣) تعد أهم الاتفاقيات الدولية فى مجال حقوق الملكية الذهنية: أ - اتفاقية باريس لحماية الملكية الصناعية سنة ١٨٨٣اتفاقية برن لحماية المصنفات الأدبية والفنية المبرمة سنة ١٨٨٦، اتفاقية روما لحماية فنانى الأداء ومنتجى الفونجرامات وهيئات الإذاعة سنة ١٩٦١، اتفاقية واشنطن بشأن حماية الدوائر المتكاملة المبرمة سنة ١٩٨٩، لمزيد من التفصيل بصدد هذه الاتفاقيات وغيرها انظر الدكتور ابراهيم أحمد ابراهيم، سابق الاشارة إليه ص١٩٠.

حيث تميزت هذه الاتفاقيات الدولية بأنها تتضمن مجموعة من المبادئ القانونية تتعهد بها الدول بجزء من تشريعاتها الوطنية، حيث يتم توحيد مضمون التشريعات الوطنية فى بعض المسائل الرئيسية، أما بالنسبة لتلك المسائل التى لم تتعرض لها المعاهدة فيظل للمشرع الوطنى الحرية الكاملة فى تنظيمها لمدة الحماية المقررة للمصنف، والشروط الواجب توافرها لاعتبار المصنف من حقوق الملكية الذهنية. ومن ثم كان للتشريعات الوطنية قدر من الحرية لتنظيم هذه الحقوق فى الاطار التشريعى لكل دولة(٢).

إلا أنه بظهور اتفاقية الجات ودخولها حيز التطبيق، حيث تضمنت هذه الاتفاقية حقوق الملكية الفكرية تلك التى تميزت عن غيرها من الاتفاقيات الدولية السابقة من أنها تضمنت قواعد موضوعية تتعلق بالاختراعات، والعلامات التجارية، والنماذج الصناعية، والرسوم التى بمقتضاها لم يعد هناك أى مجال لتطبيق القواعد القانونية الوطنية(٢). أو بمعنى آخر تقييد الدول بها

---

(١) انظر فى ذلك قريب من هذا المعنى الدكتور حسام عيسى، نقل التكنولوجيا، دراسة فى الاليات القانونية للعقود الدولى، سنة ١٩٩١، ص ٩٧ ، كذلك:

des1883 été signée, a Paris, le convention d'union international-pour la protcetion de la propriéte industrielle, qui, au travers de ses revisions, a construit un socle de regles communes a la plupart des legislation nationales 151 Etats y ayant adhere au l'jenvier 1995,Jean Marc mousseron, jacques Raynard, Rigis Fabre, Jean luc pierre Droit du commerce internationle p.214 litec 2000.

(٢) Jean marc meusseron,jacques Raynard, Regis Fabre, jean -luc pierre op.cit. p.215"L'adpic comport, egalement, des dispositions de droit materiel concernant les droits de marque, brevet, dessins it modeles industries, topographies des produits semi-conduteurs, dans la mesure ou les textes nationaux et europeens obtiennent au brevete une pretection efficace, cet accord ne devrait pas entrainer de modification sensibles ses regles applicables dans l'union europeenné".

وترتيبها آثارا قانونية على قوانين تلك الدول سواء كانت معاهدات دولية أو تشريعات وطنية أو قرارات أو اجراءات داخلية، ليس هذا فحسب بل انها تفرض رقابة على مسلك الأعضاء فى اتفاقية الجات من حيث اصدارها لتشريعاتها أو تطوير هذه التشريعات، ويمكن أن يصل الأمر إلى حد القيام باتخاذ تدابير مناسبة فى هذا الشأن عن طريق ذلك الجهاز الذى أوجدته هذه الاتفاقية، وهو مجلس المسائل المتعلقة بالتجارة فى حقوق الملكية الفكرية[١]. ذلك الذى يتمتع بصلاحيات خطيرة قبل الدول الأعضاء حيث تقضى المادة ٢/٨ من الاتفاقية بضرورة اتخاذ التدابير الملائمة وفقا لأحكام هذه الاتفاقية لمنع المساس بحقوق الملكية الفكرية. فطبقا لذلك أصبحت حقوق الملكية الفكرية فى الدول الأعضاء تخضع لأحكام هذه الاتفاقية خضوعا اجباريا حيث لا يوجد أدنى حرية للتشريعات الوطنية بل أصبح من اللازم تعديل هذه التشريعات لتتوافق وأحكام الاتفاقية، والا تعرضت لاتخاذ تدابير ضدها عن طريق المجلس سالف الذكر.

وعندما تناولت هذه الاتفاقية تنظيم حقوق الملكية الفكرية، فإنها لم تبدأ من فراغ حيث استعانت بأهم الاتفاقيات الدولية المنظمة لهذه الحقوق وهى

---

(١) يطلق على هذا الجهاز:
the concil for trad relted aspects of intellectual preperty rights.
ومن الصلاحيات المخولة لهذا الجهاز الاشراف على المعاملات التى تتم فى اطار الاتفاقية، مراقبة مدى أداء الدول الأعضاء فى التزاماتهم بشأنها، كما له وفقا للمادة ٦٨ من الاتفاقية فى سبيل تأدية وظائفه الحصول على المعلومات من أى مصدر يجده ملائما ولم تحدد الاتفاقية ماهية هذه التدابير وهو أمرا مقصودا. الدكتور ابراهيم أحمد، سابق الاشارة إليه ص ٨-١٧.

اتفاقية باريس للملكية الصناعية سنة ١٨٩٣[١] واتفاقية برن لحماية المصنفات الأدبية والفنية سنة ١٨٨٦، واتفاقية روما لحماية فنانى الأداء ومنتجى الفونجرامات وهيئات الإذاعة سنة ١٩٦١، واتفاقية واشنطن بشأن حماية الدوائر المتكاملة سنة ١٩٨٩[٢].

وفى أغلب الأحيان تكون البضائع محل عقد البيع الدولى تحمل اما علامة تجارية معينة أو اسم تجارى أو يكون قد تم تصنيعها وفقاً لنماذج وتصميمات تكون حاصلة على براءات اختراع، فلذلك كانت مسألة الحقوق الذهنية محل اهتمام واضعى اتفاقية فينا للبيوع الدولية سنة ١٩٨٠، من حيث مسئولية البائع عن ضمان التعرض على أساس هذه الحقوق، ومن ثم تضمنت النص عليها فى المادة ٤٢[٣] من الاتفاقية. وهذا النص يعد انفراداً من

---

(١) هذه الاتفاقية تم ابرامها عام ١٨٨٣فى ٢٠مارس ولم يكن من دول العالم الثالث التى حضرت مؤتمر باريس إلا الأرجنتين، البرازيل، جواتيمالا، السلفادور، أوروجواى وكلها دول من أمريكا اللاتينية وهذه الدول لم تلعب دوراً أساسياً فى المفاهيم التى تقوم عليها الاتفاقية، حسام عيسي، سابق الاشارة إليه ص ٩٦، هامش ١٨٣ هذه الاتفاقية أدخل عليها العديد من التعديلات حيث اعتدت اتفاقية الجات بتعديل سنة ١٩٦٧ الذى تم فى استكهولم.

(٢) لمزيد من التفصيل حول هذه الاتفاقيات وتعديلاتها، انظر الدكتور ابراهيم أحمد ابراهيم، سابق الاشارة إليه ص ١٤، ١٥.

(٣) تنص المادة ٤٢ على البائع أن يسلم بضائع خالصة من أى حق أو ادعاء للغير مبنى على أساس الملكية الصناعية أو الفكرية كان البائع يعلم به أو لايمكن أن يجهله وقت انعقاد العقد، بشرط أن يكون ذلك الحق أو الادعاء مبنيا على أساس الملكية الصناعية أو الفكرية وذلك : أ - بموجب قانون الدولة التى سيعاد فيها بيع البضائع أو استعمالها إذا كان الطرفان قد توقعا وقت انعقاد العقد أن البضائع ستباع أو تستعمل فى تلك الدولة. ب - فى الحالات الأخر بموجب قانون الدولة التى يوجد فيها مكان عمل المشترى. =

اتفاقية فينا بتنظيم هذا الموضوع عن سابقتها اتفاقيتى لاهاى سنة ١٩٦٤ حيث تضمنت الشروط الواجب توافرها لتقوم مسئولية البائع.

وعلى الرغم من أن تعبير الحقوق الذهنية intellectull property يشمل الملكية الصناعية industrial property والملكية الأدبية والفنية، إلا أن نص المادة ٤٢ من اتفاقية فينا تضمن تعبير الملكية الصناعية، والفكرية. فعلى البائع أن يسلم البضائع خالصة من أى حق أو ادعاء للغير مبنى على أساس الملكية الصناعية، والفكرية. مما لا شك فيه أن تعبير الملكية الصناعية يعد تعبيراً زائداً على اعتبار أن الملكية الذهنية تشمل الملكية الصناعية[١] إلا أنه يمكن ارجاع ذلك أن مفهوم الملكية الذهنية غير معروف فى بعض الدول كالولايات المتحدة الأمريكية[٢].

تعريف الملكية الذهنية:

لم تتضمن المادة ٤٢ من اتفاقية فينا للبيوع الدولية للبضائع تعريفا

= لا يشمل التزام البائع بمقتضى العقود السابقة الحالات التى: (أ) يعلم فيها المشتري وقت انعقاد العقد أو لا يمكن أن يجهل وجود الحق أو الادعاء. (ب) ينتج فيها الحق أو الادعاء عن اتباع البائع للخطط الفنية أو الرسوم أو التصميمات أو غير ذلك من المواصفات التي قدمها المشترى.

(١) حتى أنه أثناء صياغة نص المادة ٤٢ اقترح كلا من ممثل البرتغال، يوغسلافيا آنذاك ازالة تعبير الملكية الصناعية أو الذهنية حيث أن ذلك سيؤدى إلى خطأ فى التفسير حتى أن تعليق منظمة الوبيو Wipo كان أيضا بذات المعنى حيث طلبت تغيير ذلك التعبير على أساس أن الملكية الفكرية تشمل الملكية الصناعية.

انظر فى ذلك: A.CONF. 97.9.

(٢) Christiain Rauda and Guillaume Etier op.cit., p. 31.

لحقوق الملكية الذهنية أو الصناعية، فهذه المسألة لم تكن حتى أثناء اعداد الاتفاقية محل مناقشة أو جدال. ويمكن ارجاع ذلك إلى أن هذه الحقوق تتباين التشريعات الوطنية فيما يعد من قبيل الحقوق الذهنية وما لا يعد منها وصور الحماية لتلك الحقوق. فعلى سبيل المثال وجد أن المعرفة الفنية باعتبارها صورة من صورة الملكية الصناعية لا يعتد بحمايتها فى مواجهة الكافة إلا من خلال نظام براءات الاختراع وذلك فى النظام اللاتينى (فرنسا) ومصر، فى حين أنه لا يشترط لحماية المعرفة الفنية فى النظام الأنجلو أمريكى أن يكون عن طريق نظام براءة الاختراع. فالشريعة العامة مستمرة فى الاعتراف بملكية الاختراع حتى فى حالة عدم استصدار براءة اختراع(١).

وكذلك أيضا بشأن نماذج المنفعة على العكس من المانيا فإنه غير معترف بها فى سويسرا كصورة من صور الملكية الصناعية. ونتيجة ذلك أن حاول البعض من الفقه تعريف الملكية الذهنية فى اطار القواعد الموضوعية الدولية لعقد البيع الدولى للبضائع. حيث رأى هذا الجانب أن ذلك يتطلب الاستعانة بالاتفاقيات الدولية المنظمة لحقوق الملكية الذهنية وهى اتفاقية باريس للملكية الصناعية سنة ١٨٨٣، واتفاقية برن للمصنفات الأدبية والفنية سنة ١٨٨٦. علاوة على ذلك أنه أثناء اعداد الاتفاقية بصدد نص المادة ٤٢ أشار ممثل دولة فنلندا إلى نص المادة ٢ من الاتفاقية المنشئة للمنظمة العالمية للملكية الفكرية وهى اتفاقية استكهولم سنة ١٩٦٧، فضلا عن أن التفسير القانونى الملحق لاتفاقية فينا أشار إلى نص المادة الثانية سالفة الذكر ذلك الذى يعد أكثر

---

(١) حسام عيسى، سابق الاشارة اليه ص١٤٤. ١٤٥. «لقد صدر القانون رقم ٨٢ لسنة ٢٠٠٢ بشأن حماية حقوق الملكية الفكرية منظماً براءات الاختراع من المادة ١ حتى المادة ٤٤.

التعريفات لحقوق الملكية الذهنية شمولا واتساعا، حيث تعرف تلك الحقوق بأنها الناتجة عن النشاط الذهنى فى المجالات الصناعية، والعلمية، والفنية والأدبية. حيث أنهى هذا الجانب من الفقه بصدد محاولته تعريف تلك الحقوق فى اطار المادة ٤٢ بأنها تلك الحقوق الناتجة عن النشاط الذهنى ذات القيمة المالية ذات الصلة الوثيقة بالبضائع التى تكون عرضة للتعدى عليها بالاستخدام أو اعادة بيعها، وكذلك المنافسة غير المشروعة عن طريق الحصول على المعرفة الفنية بطريقة غير قانونية تلك التى تعد جزء من هذا التعريف أيضا(١).

شروط مسئولية البائع:

تضمنت المادة ٤٢ من اتفاقية فينا الشروط الواجب توافرها لتقوم مسئولية البائع من أى حق أو ادعاء للغير على أساس الملكية الذهنية والصناعية وهى:

١- استناد حق أو ادعاء الغير إلى قانون ينظم الملكية الصناعية أو الذهنية.

٢- علم البائع بالحق أو اعتداء الغير.

٣- الاخطار.

الشرط الأول: استناد حق أو ادعاء الغير إلى قانون ينظم الملكية الصناعية أو الذهنية:

لكى نتصور مسئولية البائع عن ادعاء أو حق للغير على أساس الملكية

---

(١) Christiain raude and Guillaume Ctier op.cit., p.32-33.

الصناعية أو الذهنية لابد أن يكون ادعاء أو حق الغير مستندا إلى قانون يحمى هذه الملكية الصناعية أو الذهنية بصرف النظر عن حجم هذه الادعاء من حيث عما إذا كانت هذه الادعاءات موضوعية أو غير موضوعية، وذلك لأن المشترى غالبا ما يصعب عليه تقييم هذه الادعاءات، فى حين أن الأمر على العكس تماما بالنسبة للبائع الذى يستطيع دفع هذه الادعاءات، خاصة إذا كانت ادعاءات سهلة فهو الذى لديه القدرة على تقييمها.

ولقد حددت اتفاقية فينا هذا القانون بقانون الدولة التى سيعاد فيها بيع البضائع أو ستستخدم فيها هذه البضائع. والحقيقة أن هذا الأمر يثير نوعا من اللبس والابهام حيث أن التشريعات الوطنية تتباين فيما بينها بشأن تنظيم حقوق الملكية الصناعية. فبعض الدول كفرنسا لا يعترف بهذه الحقوق إلا إذا كانت مسجلة، فى حين أن البعض الآخر من هذه الدول لا يشترط التسجيل كما هو الحال فى الولايات المتحدة الأمريكية[١]. لكن هذا الأمر قد تم حسمه ولم تعد هناك حاجة إلى ما تتضمنه المادة ٤٢ من اتفاقية فينا من حيث أن يكون الحق أو الادعاء مستندا إلى قانون يحمى الملكية الصناعية، وذلك بسبب اتفاقية الجات الخاصة بالملكية الفكرية. فطبقا لاتفاقية فينا فإن مسئولية البائع تختلف باختلاف الدولة التى سيعاد فيها بيع البضائع أو تستخدم فيها البضائع، حيث لا يكون البائع مسئولا عن حق أو ادعاء الغير على أساس الملكية الصناعية والذهنية إلا إذا كانت هذه الحقوق مسجلة، فإذا تم بيع هذه

---

(١) الدكتور حسام عيسى، سابق الاشارة إليه ص ١٤٩.

البضائع أو تم استخدامها فى فرنسا فلا يسأل البائع عن تلك الحقوق المسجلة، على العكس من أمريكا فإن البائع يسأل بصرف النظر عما إذا كانت هذه الحقوق مسجلة أم لا.

إلا أنه فى ظل اتفاقية الجات ان مسئولية البائع تأخذ صوراً متعددة:

١- إذا كانت البضائع سيتم بيعها فى دولة انضمت إلى الاتفاقية، ولكن لم تسر فيها بسبب الفترة الانتقالية أو الاضافية، فسيظل الوضع على ما هو عليه من حيث تطبيق القانون الوطنى على هذه الحقوق في الغالب تكون هذه الدول من الدول الأقل تقدما كما هو الحال فى مصر، وبالتالى يشترط لمسئولية البائع أن تكون هذه الحقوق مسجلة طبقاً للقانون ٨٢ لسنة ٢٠٠٢ بشأن حماية الملكية الفكرية(١).

٢- إذا كانت هذه البضائع سيتم بيعها في دول انضمت إلى هذه الاتفاقية ولم يؤجل سريان أحكام الاتفاقية فيها لمدة اضافية، فتسرى الأحكام الموضوعية لهذه الاتفاقية، وبالتالى انه يشترط أن تكون هذه الحقوق مسجلة، ومن ثم ان ملكية الاختراع المعترف بها فى الشريعة العامة حتى فى حالة عدم استصدار براءة اختراع لا يصبح معترف بها إلا بالتسجيل. كذلك الحال أيضا بالنسبة للعلامة التجارية حيث أقرت المادة ١٦ من الاتفاقية «لصاحب أى علامة تجارية مسجلة التمتع بحق استئثارى فى منع أى شخص من استعمال علامة مشابهة انه يشترط التسجيل للعلامة التجارية»(٢).

---

(١) المادة ٥ من القانون رقم ٨٢ لسنة ٢٠٠٢ بشأن حماية الملكية الفكرية.

(٢) انظر فى ذلك الدكتور ابراهيم أحمد، سابق الاشارة إليه، ص.٣.

كذلك كان لاتفاقية الجات تأثيراً على مدة الحماية المقررة بشأن الملكية الصناعية، حيث كانت هذه المدة تتباين من تشريع إلى آخر، حيث وحدت تلك المدة بشأن العلامة التجارية فأوجبت ألا تقل مدة التسجيل الأولى للعلامة أو كل تجديد عن سبع سنوات(١)، كذلك النماذج الصناعية فإن الاتفاقية توجب فى المادة ٣/٢٦ ألا تقل عن عشر سنوات(٢)، وبالتالى إذا لم يتم التعرض من جانب الغير للبائع بصدد البضائع التى تحمل علامة تجارية معينة أو المصممة لنماذج صناعية معينة، فإن ذلك لا يعنى عدم مسئولية البائع حيث تظل هذه المسئولية قائمة موجودة طيلة مدة الحماية المقررة لها. وفى هذا الشأن تختلف هنا مدة المسئولية للبائع عن مدة مسئولية البائع عن المطابقة المادية المحددة بمدة سنتين تطبيقاً لنص المادة ٣٩(٣) من اتفاقية فينا، وهذا الوضع بالنسبة للدولة التى سيعاد فيها بيع البضائع أو يتم استخدامها فيها والتى أصبحت الاتفاقية سارية فيها، أما إذا كانت البضائع سيتم بيعها أو اعادة بيعها واستخدامها فى دولة لم تصبح الاتفاقية سارية فيها فإنها تخضع لمدة الحماية المقررة فى القانون الوطنى.

---

(١) الدكتور ابراهيم أحمد ابراهيم، سابق الاشارة إليه ص ٣١ «وذلك ما لم يأخذ به القانون رقم ٨٢ لسنة ٢٠٠٢ بشأن حماية الملكية الفكرية فى المادة ٩٠ حيث تنص على «مدة الحماية المترتبة على تسجيل العلامة عشر سنوات وتمتد لمدة أو لمدد مماثلة بناء على طلب صاحبها في كل مرة خلال السنة الأخيرة من مدة الحماية...». إلا أنه بدخول اتفاقية الجات حيز التنفيذ فى مصر ستعدل هذه المادة لتصبح مدة الحماية سبع سنوات.

(٢) المادة ٣/٢٦ من اتفاقية الجات «وهذا ما أخذ به القانون رقم ٨٢ لسنة ٢٠٠٢ حيث تنص المادة ١٢٦ «مدة الحماية المترتبة على تسجيل التصميم أو النموذج الصناعى عشر سنوات تبدأ من تاريخ تقديم طلب التسجيل فى جمهورية مصر العربية وتجدد الحماية لمدة خمس سنوات أخرى إذا قدم طلب التجديد فى خلال السنة الأخيرة».

(٣) المادة ٣٩ من اتفاقية فينا للبيوع الدولية للبضائع.

ومن ثم لا توجد ثمة مشكلة إذا كانت البضائع سوف يتم اعادة بيعها أو استخدامها فى دولة من الدول التى انضمت إلى اتفاقية الجات وأصبحت سارية فيها، حيث ستخضع الملكية الصناعية والذهنية إلى الأحكام الموضوعية لهذه الاتفاقية. لكن ستظل المشكلة قائمة فى حالة إذا كانت الاتفاقية غير سارية وذلك بالنسبة للدول التى انضمت إليها ولكنها مازالت فى مرحلة الفترة الانتقالية، أو الدول التى لم تنضم إلى هذه الاتفاقية حيث ستخضع هذه الحقوق للقانون الوطنى. إلا أن ذلك كله فى النهاية يتوقف على عنصر التوقع الذى تضمنته المادة ٤٢ حيث يسأل البائع عن هذه الحقوق إذا كان الطرفان قد توقعا أن إعادة بيع البضائع أو استخدامها يتم فى هذه الدولة، فإذا لم يتوقع ذلك فالعبرة بقانون دولة المشترى أى قانون الدولة التى يوجد بها منشأته.

وبصدد عنصر التوقع يذهب جانب من الفقه[١] إلى أنه عنصرا مبهما ويحتاج إلى قدر من التفسير حيث أنه كان لا يجب أن يصل إلى مرحلة أن يكون شرطا لمسئولية البائع، ولكن يمكن وضعه فى الاعتبار فقط دون أن يكون شرطا. حيث تتعدد حالات التفسير بشأنه، فربما يتوقع كلا من البائع والمشترى الدولة التى سيعاد فيها بيع البضائع أو استخدامها فيها متى كانت ظروف التعاقد تكشف عن ذلك. ومثال ذلك إذا كان البائع يعلم أن للمتعاقد معه مكان عمل واحد فى دولة ما، كذلك يمكن توقع تلك الدولة أيضا من مجال نشاط البائع، أو من السوابق التعاقدية بين البائع والمشترى أو من مطالبة البائع من جانب المشترى بتسليم البضائع فى منطقة معينة وكانت طبيعة البضائع بذاتها تكشف عن ذلك.

(١) Christiain Raude and Guillaume op.cit., p. 51-52.

كذلك تثور أيضاً مسئولية البائع عن هذه الحقوق فى الدول ذات النظام السياسى المركب كالولايات المتحدة الأمريكية، حيث تتباين حماية هذه الحقوق من ولاية إلى أخرى. ولما كان نص المادة ٤٢ كما يبدو من صياغته أنه يقيد من مسئولية البائع عن هذه الحقوق، فإنه يجب الاعتداد بالوجهة التي سيتم فيها اعادة بيع هذه البضائع أو استخدامها فيها. وبالتالى لا توجد ثمة جدوى من مطالبة البائع بضمان هذه الحقوق فى كافة الولايات(١).

ومما يجب الاشارة إليه أن ما يذهب إليه البعض من الفقه(٢) من أن المقصود بقانون الدولة التى سيعاد فيها بيع البضائع أو استخدامها فيها هو القانون الداخلى أو القانون الذى تحدده قواعد تنازع القوانين لم يكن ذات محل إلا نادراً جداً، وذلك لأن غالبية الدول تكون منضمة للاتفاقيات الدولية المنظمة لحقوق الملكية الفكرية تلك التى تتضمن مبدأ المعاملة الوطنية(٣) فى نصوصها والذى يعنى مساواة الوطنيين الذين ينتمون إلى دولة معينة بالأجانب المنتمين إلى دولة عضو فى هذه الاتفاقيات، وبالتالى لا تكون هناك ثمة حاجة إلى قواعد تنازع القوانين. ثم ان ما قررته اتفاقية الجات(٤) من مبادئ تسرى على

---

(١) Christiain Raudand Guilleume Etier op. cit., p.55.

(٢) Hezue op.cit., p. 242.

(٣) تنص المادة ٢/١ من اتفاقية باريس للملكية الصناعية «يتمتع جميع رعايا كل دولة فى دول الاتحاد فى جميع الدول الأخرى بالاتحاد فيما يتعلق بحماية الملكية الصناعية بالمزايا التى تمنحها الآن أو سوف تمنحها فى المستقبل قوانين تلك الدول لمواطنيها . . . . ».

(٤) تنص المادة ٣ من اتفاقية الجات «تمنح كل دولة عضوا الأجانب المقيمين إلى دولة أخرى من الدول الأعضاء معاملة لا تقل عن تلك التى تمنحها لمواطنيها بشأن حماية الملكية الفكرية، تنص المادة ٤ يجب على الدول الأعضاء أن تمنح المنتمين إلى كافة الدول الأعضاء فورا وبدون أى شرطاً أى مزايا أو حصانات أو معاملة تفضيلية تمنحها للمنتمين إلى أى دولة أخرى بخصوص حماية الملكية الفكرية.

كافة الدولة المنضمة إليها سواء كانت فى فترة السماح أم لا، حيث تتمثل هذه المبادئ فى مبدأ المعاملة الوطنية، ومبدأ الدول الأفضل رعاية يكون قد حسم هذه المسألة بشكل قاطع للشك فى عدم الحاجة إلى قواعد تنازع القوانين إلا إذا كانت أحد هذه الدول ليست عضوا فى اتفاقيات الملكية الفكرية السابقة على اتفاقية الجات أو ليست عضوا فى اتفاقية الجات، وهذا أمراً نادراً للغاية.

ولما كانت البضائع محل عقد البيع الدولى تمر بالعديد من الدول فهل قانون الدولة الذى ورد النص عليه فى المادة ٤٢ من اتفاقية فينا يشمل قانون دولة العبور transit ومن ثم يجوز لصاحب هذه الحقوق فى دولة العبور الحجز على هذه البضائع ووقف إجراءات الافراج الجمركي عنها فى دولة العبور؟ الواقع أن اتفاقية فينا لم تتعرض لهذه المسألة، والقاعدة الغالبة فى أغلبية التشريعات المقارنة هو عدم أحقية حامل براءة الاختراع فى ممارسة حق حماية حقوقه عبر دولة العبور(١).

حتى ان اتفاقية باريس للملكية الصناعية عندما أجازت الحجز على البضائع فى دولة العبور فإنها قد أرجعت ذلك إلى تقدير السلطة المختصة، وهذا ما لم تقرره اتفاقية الجات من حيث أنه يجب الحجز على تلك البضائع فى دولة العبور متى تقدم صاحب حق الملكية الصناعية بطلب للسلطة المختصة، وثبت منه فعلا أنه صاحب تلك الحقوق ويوجد تعدى عليها وذلك لمنع التمادى فى الاعتداء على تلك الحقوق(٢).

---

(١) Christiain Raud a and Guillaume Etier, op.cit., p. 54.

(٢) لمزيد من التفصيل انظر الدكتور جمال محمود عبد العزيز، ص ٢٥٧، سابق الاشارة إليه.

الشرط الثانى: علم البائع: لقد أضافت المادة ٤٢ من اتفاقية فينا شرطا آخر لمسئولية البائع عن تلك الحقوق، وهو علم البائع بهذه الحقوق أو عدم امكانية الجهل بهذه الحقوق وقت ابرام العقد. ومن هذا الشرط يتبين أن الاتفاقية قد أخذت بالضابط الشخصى وهو علم البائع بهذه الحقوق وقت ابرام العقد، إلا أن الأخذ بهذا الضابط من شأنه عدم تحقيق الاستقرار والطمأنينة بل انه يفتح الباب لسوء النية. لأن البائع غالبا سوف يدعى عدم علمه بهذه الحقوق، لذلك تبنت الاتفاقية كما هو مبين الضابط الموضوعى وهو عدم امكانية العلم أو الجهل بهذه الحقوق. حتى أن البعض من الفقه قد أكد على صحة هذا الضابط بل شرط علم البائع بصفة عامة ولزومه مع الشرط الثانى، حيث أنه لا يمكن التفكير فى مسئولية البائع إلا عن تلك الحقوق التى يعلمها ولا يستطيع الجهل بها متى كان من الواضح تماما الدولة التى ستباع فيها البضائع مرة ثانية أو سوف يتم استخدامها فيها، ومن ثم لا يكون لديه أى سبب من شأنه عدم العلم بهذه الدولة(١).

ولقد أثارت عبارة «لا يمكن أن يجهله» الواردة بنص المادة ٤٢ الجدل بين الفقه بصدد تفسيرها، حتى أنه أثناء اعداد الاتفاقية(٢) قد طالب ممثل دولة

---

(١) Aduit op.cit., p. 113, N.1.

(٢) A/conf. 97 / 9, the united kingdom proposes the daletion of "could not law been unaware" in paragraphs (1)and (2), "icc states that the commentary is in correct where it says the seller could not have been unaware of clim if that claim was based on a patent application or grant which had been published in the country inquestion

بريطانيا إلغاء هذه العبارة من نص الاتفاقية، بل ان ممثل غرفة التجارة الدولية قد رأى أن تفسيرها سيكون مسألة غير دقيقة أو سيكون تفسيراً ناقصاً. ولقد كان لذلك أثراً على جانب من الفقه من حيث انكاره لهذه العبارة ورؤيته لها أنها بلا معنى أو فائدة.

فى حين أن جانب آخر من الفقه[١] قد ذهب بصدد تفسير هذه العبارة أن تفسيرها يتوقف على التطابق بين ما تم فى الواقع، وما تم الاتفاق عليه فى العقد ذلك الذى لم يبرم إلا بناء على ايجاب تم فى دولة المشترى، ومن ثم فإنه من المنطق أن يكون البائع على علم بتلك الحقوق فى دولة المشترى وبالتالى انه يعد ضامنا لتلك الحقوق.

وهذا الرأى إن كان قد أعطى تفسيرا لهذه العبارة، إلا أنه يعد تفسيرا ضيقا ومقيدا حيث قد حصر مسئولية البائع عن هذه الحقوق فى دولة المشترى فقط وكأنها الدولة المتوقع فيها اعادة بيع البضائع مرة أخرى أو استخدامها فيها، فالسؤال الذي يطرح نفسه ماذا لو أن هذه البضائع سوف يتم بيعها فى دولة أخرى غير الدول التى يوجد بها منشأة المشترى أو سيتم استخدامها فى دولة أخرى غير الدولة التى يوجد بها منشأة المشترى أيضا، فهل سيكون نفس التفسير؟ مما لا شك فيه أن تفسير هذه العبارة سيتباين من حالة إلى أخرى حسب ظروف كل حالة وبالتالى فإن ما ذهب إليه هذا الجانب من الفقه بصدد تفسير هذه العبارة لا يعد تفسيراً جامعاً مانعاً.

---

(١) Heuze op.cit. p.243.

وبصدد تفسير هذه العبارة أيضا يذهب رأى فى الفقه إلى ان المشترى مكلف باثبات أحد أمرين: اما علم البائع بوجود الحق أو الادعاء إذا تيسر هذا الاثبات، فإذا لم يتيسر له هذا الاثبات جاز له أن يستعيض عنه باثبات أن البائع ما كان له أن يجهل وجود الحق أو الادعاء، وهو اثبات يدور حول ما كان ينبغى أن يعلمه الشخص السوى الادراك الذى من صفة البائع إذا وجد فى نفس الظروف(١).

فهذا الرأى قد أوجب على المشترى أن يثبت علم البائع بهذه الحقوق، فإذا لم يتيسر له ذلك وهذا هو الغالب، بل تكون هذه المسألة شاقة وصعبة بالنسبة للمشترى، ففى هذه الحالة على المشترى أن يأخذ بمعيار الرجل المعتاد. فماذا لو كان طبقا لهذا المعيار أن البائع لا يعلم بهذه الحقوق فبالتالى ليست هناك ثمة مسئولية على البائع. فى حين أن الواقع يكشف عن علم البائع ولا يستطيع المشترى اثبات ذلك، حيث أنه طبقا لمعيار الرجل المعتاد لا يعلم البائع بهذه الحقوق.

بالاضافة إلى هذه التفسيرات الفقهية لهذه العبارة فقد كانت هناك محاولات أخرى لتفسيرها حيث ذهب البعض إلى أنها طريقة اختيارية للمشترى لاثبات خطأ البائع، والبعض الآخر ذهب إلى عنصر الخطأ، والبعض الأخر ذهب إلى أنها الخطأ الجسيم(٢).

---

(١) الدكتور محسن شفيق، سابق الاشارة إليه،ص١٦٣.

(٢) انظر ذلك فى : Christiain Rauda and Guillaume Etier,op. cit., p. 44.

الحقيقة أن هذا الالتزام الذى يقع على البائع الذى تفصح عنه هذه العبارة يعد مبدأ حسن النية جوهره وأساسه، من حيث أنه تطبيقا لهذا المبدأ يجب على البائع أن يقوم بالاستعلام عن النظام القانونى لدولة التوقع واخبار المشترى بما يكون قد استعلم عنه.

فمبدأ حسن النية يفرض على البائع العلم بتلك الحقوق وعدم الجهل بها متى كانت منشورة ومعلن عنها فى دولة التوقع. حتى أن الأمر كذلك بالنسبة لما يندرج تحت هذه الحقوق كالمعرفة الفنية، والامتيازات. كما أن مبدأ حسن النية يفرض علم البائع بتلك الحقوق في الدول المتاخمة لحدود دولته ومن ثم يسأل عن ضمان تلك الحقوق.

الأصل أن البائع لا يسأل عن تلك الحقوق إلا لحظة ابرام العقد، فماذا لو علم البائع بتلك الحقوق بعد ابرام العقد بفترة وجيزه، فطبقا لنص المادة ٤٢ إن البائع لا يسأل عن هذه الحقوق إلا لحظة ابرام العقد، أما بعد ذلك لا مسئولية على البائع. إلا أن مبدأ حسن النية يفرض على البائع ابلاغ المشترى بهذه الحقوق حتى يتمكن المشترى من اتخاذ الاجراءات اللازمة كما لو أنه يقوم بتغيير وجهة البضائع لدولة أخرى لا توجد بها حماية لتلك الحقوق، أو التفاوض مع صاحب هذه الحقوق للحصول على عقد ترخيص. فإذا قام البائع باخطار المشترى بهذه الحقوق التى لم يكن يعلم بها أو امكانية العلم بها لحظة ابرام العقد فإنه يكون قد أثبت حسن نيته بشرط أن كل الظروف تؤكد عدم علمه بها أو امكانية العلم بها وانما قد علم بها بعد ابرام العقد.

الشرط الثالث: الاخطار: كى تتحقق مسئولية البائع عن حقوق الملكية

الذهنية والصناعية فإن المادة ٤٢ قد اشترطت أنه يجب على المشترى اخطار البائع بالتعرض الصادر من الغير بشأن هذه الحقوق وذلك فى خلال مدة معقولة، فإذا أهمل المشترى فى اخطار البائع بذلك التعرض سقط حقه فى الضمان، ما لم يكن البائع يعلم بهذا التعرض.

إلا أنه من الملاحظ فى نص المادة ٤٢ أنها قد خلت من تحديد مدة معينة يسقط فيها حق المشترى بضمان التعرض، كما هو الحال بشأن المطابقة المادية تلك التى حددت فى نص المادة ٣٩ بمدة سنتين، ومن ثم فإنه يمكن القول أن ضمان تعرض البائع لهذه الحقوق يظل طوال مدة الحماية المقررة فى التشريعات الوطنية أو فى الاتفاقيات الدولية، ولا يمكن القياس على مدة السقوط المقررة بشأن المطابقة المادية وذلك لأن هذه المدة مقررة بشأن ضمان عيوب يكتشفها المشترى بنفسه من جراء الفحص لأى عيوب خاصة بذاتية البضائع سواء من حيث الكمية أو المواصفات. أما بالنسبة لتلك العيوب المتعلقة بحقوق الملكية الذهنية والصناعية فإن المشترى لا يمكن أن يكتشفها إلا بادعاء الغير عن هذه الحقوق، حيث أن البائع هو الذى يعلم وحده بهذه الحقوق. فعلى سبيل المثال إذا كانت البضائع عبارة عن أجهزة فهو يعلم التصميمات المستخدمة فى تصنيعها أو المعرفة الفنية الداخلة فى صنعها، وهذا أمراً ليس متيسراً بالنسبة للمشترى ومن ثم فإن فى ذلك حماية للمشترى حسن النية.

الفرع الثالث

حالات اعفاء البائع من المسئولية

سبق أن أوضحنا أنه إذا توافرت الشروط سالفة الذكر تقررت مسئولية البائع عن تلك الحقوق، لكن هذا ليس معناه أن هذه المسئولية لا ترد عليها استثناءات من شأنها الاعفاء منها. حيث إذا توافرت هذه الاستثناءات انتفت عنه هذه المسئولية، وهذا ما تضمنته المادة ٤٢ من اتفاقية فينا التى تضمنت النص فى الفقرة ٢ على أنه لا يشمل التزام البائع بمقتضى الفقرة السابقة الحالات الآتية:

١- يعلم فيها المشترى وقت انعقاد العقد أو لا يمكن أن يجهل وجود الحق أو الادعاء.

٢- ينتج فيها الحق أو الادعاء عن أتباع البائع للخطط الفنية أو الرسوم أو المواصفات أو غير ذلك من المواصفات التى قدمها المشترى.

ومن هذا النص يتبين أن علم المشترى أو عدم امكانية جهله بالحق أو الادعاء يعد سببا فى الاعفاء من المسئولية عن تلك الحقوق بالنسبة للبائع، كما أنه إذا كان هذا الادعاء أو هذا الحق ناتجا عن اتباع البائع لتعليمات من المشترى كمخطوطات فنية أو رسوم أو تصميمات أو غير ذلك يعد أيضاً سبباً فى الاعفاء من المسئولية عن هذه الحقوق.

أولا: علم المشترى: فكما تضمنت المادة ٤١ من اتفاقية فينا اعفاء البائع من ضمان الحقوق العينية والشخصية متى وافق عليها المشترى، فكذلك

تضمنت المادة ٤٢ اعفاء البائع من ضمان تلك الحقوق متى كان يعلم المشترى بها أو كان لا يمكن أن يجهلها. ومن ثم فإن ذلك قد حدا بجانب من الفقه إلى القول أن نص المادة ٤١ يشبه نص المادة ٤٢(١).

الحقيقة أن مفهوم علم المشترى طبقا لنص المادة ٤١ يختلف عن مفهوم علم المشترى طبقا لنص المادة ٤٢. فمفهوم علم المشترى طبقا لنص المادة ٤١ قد تم تفسيره على أن العلم وحده لا يكفى لاسقاط مدة الضمان ولا يعد دليلا على الرضا، وإنما يلزم اثبات هذا الوفاء والغالب أن يكون صريحاً مشاراً إليه فى العقد، كما يجوز استخلاصه من الظروف المحيطة بالعقد(٢). ويمكن القول أن هذا التفسير مرجعه ما تضمنته المادة ٤١ فى نصها وهو عبارة «وافق» فهذه العبارة قد تعنى الموافقة الكتابية التى يشار إليها ببند فى العقد أو الموافقة الشفهية والتى تستخلص من ظروف التعاقد.

أما بالنسبة لمفهوم علم المشترى طبقا لنص المادة ٤٢ فإنه يختلف عن مفهوم علم المشترى طبقا لنص المادة ٤١ من حيث أن نص المادة ٤٢ لم يتضمن ذات عبارات المادة ٤١ «موافقة المشترى» حيث لو كان قد تضمن ذات العبارة لكان يمكن القول أنه يوجد تشابه لكل من المفهومين، ولكن علم المشترى طبقا

---

(١) B.Audit op.cit. p. 113 citte dispositon et parallel a celle qui exclut de la garantie les droit de nature reelle au personnelle dont l'achetere avait connaissonce, selon l'art 41,mais ici sont mentionnés egalement les droit dont il "ne pouvait ignorer l'existence".

(٢) محسن شفيق،سابق الاشارة إليه ص ١٦١.

لنص المادة ٤٢ يعنى أنه لكى يستبعد البائع مسئوليته عن ضمان هذه الحقوق، فإنه يجب عليه أن يثبت علم المشترى، فإن لم يستطع ذلك فيكفيه أن يثبت أن لو شخصا آخر مكان المشترى ما كان له أن يجهل هذه الحقوق. ومن ثم فإن كان علم المشترى سببا فى اعفاء البائع من ضمان تلك الحقوق فى المادة ٤١، ٤٢ إلا أن مفهومه يختلف فى كل منهما عن الأخرى.

فالتشابه مجاله هو نص المادة ٤٢ ذاتها من حيث علم البائع والمشترى بهذه الحقوق. بمعنى أن المادة ٤٢ تضمنت عبارات واحدة وهى بصدد تقرير المسئولية أو نفيها بالنسبة لكلا من البائع والمشترى «... كان البائع يعلم به أو لا يمكن أن يجهله وقت انعقاد العقد، «... يعلم فيها المشترى وقت انعقاد العقد ولا يمكن أن يجهل وجود الحق أو الادعاء» مما يثير التساؤل هل كل من المفهومين بمعنى واحد؟

الحقيقة أن نص المادة ٤٢ قد أضاف مشكلة جديدة إلى المشكلة السابق بيانها بصدد عبارة «... أو لا يمكن أن يجهله»، فبالاضافة إلى مشكلة تفسير هذه العبارة وما ثار بصددها من اجتهادات من جانب الفقه لتفسيرها، فإنه قد أضاف مشكلة جديدة وهى أنه قد استخدم ذات العبارات التى تقرر مسئولية البائع بالنسبة للمشترى لنفى هذه المسئولية، مما يوحى من ظاهر النص أن مفهوم علم البائع والمشترى لتقرير المسئولية أو نفيها واحدا، وهو أمرا من شأنه أن يدخلنا فى فراغ قانونى معناه أن المشترى غالبا ما يدعى علم البائع بهذه الحقوق أو عدم امكانية جهله بهذه الحقوق لتقرير مسئولية البائع، وفى مقابل ذلك يدعى البائع علم المشترى بهذه الحقوق أو عدم امكانية جهله بها

لنفى المسئولية عنه. مما حدا بالفقه إلى محاولة بيان أن مفهوم علم البائع يختلف عن مفهوم علم المشترى، حيث ذهب جانب من الفقه إلى أن المشترى غير ملزم بالاستعلام حيث أنه لا ينبغى فرض مثل ذلك الالتزام لأنه لا يمكن أن يعلم بالبضاعة وبطريقة انتاجها(١).

لكن هذا الرأى منتقد من ناحية أنه لا يعتد بكل ما يكون لدى المشترى من معلومات بصدد هذه الحقوق وصور حمايتها. حيث أنه كان يجب على الأقل أن يضع فى اعتباره صور حماية هذه الحقوق فى دولة المشترى، حيث أنه من المفترض علمه بهذه الحقوق فمن غير المسموح للمشترى أن يجهل كل شئ معلوم على اعتبار أن البائع سوف يظل مسئولا عن تلك الحقوق، كما أنه لم يضع فى اعتباره الخطأ الجسيم من جانب المشترى ومثال ذلك أنه لم يتقص عن هذه الحقوق وما يمكن أن يثار من مسئولية بصددها فى الدول التى يباشر فيها تجارته. وبالتالى متى كان المشترى يعلم بهذه الحقوق أو كان بامكانه العلم بها كما هو سالف الذكر حيث كان بامكانه أن يتجنب مثل هذه الادعاءات من الغير، فلا يكون له الحق فى التمسك بضمان تلك الحقوق(٢).

ثانيا: تعليمات وتوجيهات المشترى: ان علم المشترى لا يعد السبب الوحيد فقط فى اعفاء البائع من ضمان تلك الحقوق، ولكن يوجد سببا آخر من شأنه اعفاء البائع منها متى كان التعرض الصادر من الغير للمشترى ناتجا عن

---

(١) P.Schlechtriem op. cit, p.74, N.285.

(٢) Aduit, op.cit. p.113. Christiain Rauda and Guillaume Etier op.cit. p.56-57.

اتباع البائع لتصميمات أو رسومات أو غير ذلك من المواصفات الفنية فى الانتاج محل عقد البيع الدولى. فهذه الفقرة من نص المادة ٤٢/٢/أ من اتفاقية فينا لم يتم مناقشتها كثيرا أثناء اعداد الاتفاقية، حيث تم نقل عبارتها من مسودة الاتفاقية سنة ١٩٧٧كما هى إلى النص الأخير من الاتفاقية. وكان السبب في اضافة هذه الفقرة هو أن المشترى غالبا ما يسأل البائع فى انتاج سلعة معينة وفقا لما لدى البائع من معرفة فنية، ولكن طبقا لمواصفات أو تصميمات معينة مقدمة منه للبائع، ومن ثم فإن البائع لا يكون ملتزما بضمان أى حقوق ذهنية أو صناعية تتعلق بها(١).

وطبقا لحرفية نص المادة ٤٢ من اتفاقية فينا لا يوجد ثمة ضمان من جانب البائع لهذه الحقوق(٢) ولكن يظل لمبدأ حسن النية دوره المؤثر والفعال. فكما كان يجب على البائع تطبيقا لمبدأ حسن النية أن يخطر المشترى بأى حقوق أو ادعاءات بعد ابرام العقد حيث أن مسئوليته عن ضمان هذه الحقوق لا تقتصر على ما يعلمه وما كان بوسعه أن يعلمه وقت ابرام العقد، وإنما تمتد إلى ما بعد ابرام العقد من حيث ما تأتى إلى علمه أو كان بوسعه أن يعلمه. فمبدأ

---

(١) Charistiain Raude and Guillaume Etier op.cit., p.57.

(٢) من أنصار هذا الرأى الفقيه هيزيه:

dans le case qui est ainsi envisage, aucun reproche ne peut etre fait au vendeur, par hypothése meme il c'est plie aux exigences de l'acheture et les marchandises,qu'il a livres sont pleinement conformes aux stipulation de contrat, c'est danc l'acheteur qui doit supporter seulles consequences des instructions qu'il a donne a son cocontractant.

انظر ذلك: Heuze op.cit., p.244.

حسن النية يفرض كذلك أيضاً على البائع أن يخطر المشترى بكل ما لديه من معلومات عن حقوق عينية أو صناعية تتعلق بما هو مقدما من جانبه سواء مواصفات أو غيره، كما عليه أن يطلب أن يستعلم عما إذا كانت هناك حقوق ذهنية أو صناعية تتعلق بما هو مقدم من جانبه، فإن فعل ذلك يكون له الحق فى المطالبة بالتعويض عن الأضرار التى أصابته من ادعاء الغير. وبذلك أيضاً فإنه يكون قد حقق أمرين أولهما أنه يكون قد أبعد عن نفسه أى صورة من صور مسئوليته التى يمكن أن تثار بصدد هذه الحقوق، ثانيهما أنه يكون قد التزم بما يفرضه مبدأ حسن النية من التزام بالتبصير، خاصة إذا كان لديه أى معلومات عن هذه التصميمات أو غيرها تتعلق بها حقوق ملكية صناعية أو ذهنية. ليس هذا فحسب فقط فإن مبدأ حسن النية يفرض على البائع أيضا حتى بعد ابرام العقد أو أثناء اعداد البضاعة محل العقد أن يخطر المشترى بأى حقوق أو ادعاءات صناعية أو ذهنية للغير تتعلق بهذه المواصفات متى ظهر له ذلك(١).

---

(١) انظر فى هذا المعنى أيضا: الدكتور محسن شفيق، سابق الاشارة إليه ص ١٦٥.
B.Aduit op;cit. p.114.

خاتمـــة

أوضحت الدراسة أن مبدأ حسن النية قاعدة قانونية ثابتة فى كافة التشريعات المقارنة، حتى تلك التى ينكر فقهاؤها وجود هذا المبدأ، وكذلك فى كافة القواعد الدولية المتعلقة بالبيوع الدولية. وكشفت الدراسة عن تباين تطبيق هذا المبدأ من خلال المراحل التى يمر بها العقد منذ بدء المفاوضات حتى نهاية العقد أياً كانت فى كافة التشريعات الوطنية، عن صعوبة تطبيق هذا المبدأ من خلال تطبيق القواعد الموضوعية الدولية، لما ثار من خلاف حول هذا المبدأ عما إذا كان قاعدة للتفسير أم أنه قاعدة ملزمة لطرفى العقد، إلا أنه بصدد ذلك قد أكدت غالبية الأحكام سواء الصادرة من القضاء الوطنى أو من محاكم التحكيم الدولية أنه قاعدة ملزمة لطرفى العقد.

كما كشفت الدراسة أننا اليوم قد أصبحنا بصدد قانون تجارى دولى جديد تنظم قواعده فى عدة صور كمبادئ أو اتفاقيات دولية، متناولة العقد منذ ميلاده حتى نهايته بأى شكل من الأشكال. فهذا القانون أصبح حقيقة يقرها واقع، ومن ذلك يمكن القول أنه قد أصبح لكل عقد قانونه الخاص به ومن ثم إلى حد ما يوجد تراجع لقواعد القانون الدولى الخاص بشأن قاعدة الاسناد، ولكن لا يمكن بأى حال من الأحوال اعتبار أى صورة من هذه الصور قانوناً للتجار لافتقارها للطبيعة الآمرة.

ولقد بُينت الدراسة أن مبدأ حسن النية مبدأ ثابت فى كافة الشرائع الإسلامية، والمسيحية، وحتى فى الشريعة الرومانية تلك يذهب البعض بشأنها أنها فى المرحلة الشكلية لم تكن تعرف مبدأ حسن النية، حيث كانت العقود ذات صبغة شكلية.

كما أوضحت الدراسة أن مبدأ حسن النية هو أساس كافة الالتزامات التى تقع على عاتق طرفى العقد، حيث أن الاخلال به يتأتى فى صورة الاخلال بالالتزام ليس هذا فحسب، بل انه قد أثبت أن الوفاء بالالتزام ليس دليلا على حسن النية على العكس، قد يكون دليلا على مخالفته وعدم الالتزام به كما سبق بيانه من خلال البحث، ومن ثم فإن مبدأ حسن النية يعد قاعدة فى حد ذاته يقاس بها سلوك المتعاملين فى نطاق التجارة الدولية على حد قولا من الفقه.

كما كشفت الدراسة أن الالتزام بمبدأ حسن النية لا يترتب على مخالفته جزاء فحسب وإنما يجب الالتزام به فى ترتيب الجزاءات من حيث أنه لا يجوز طلب فسخ العقد مباشرة قبل اللجوء إلي الجزاءات التى تعد بمثابة علاج للعقد لما اعترى صحته من مرض. وذلك من خلال التشريعات الوطنية، وكذلك الاتفاقيات والمبادئ الدولية المنظمة لعقد البيع الدولى. ثم كشفت أيضا أن المسئولية غالباً فى عقود البيوع الدولية تكون ذات طبيعة عقدية أو أنه من الأفضل تقرير المسئولية فى النطاق التعاقدى لما يؤدى إليه ذلك من تسهيل مهمة القاضى والمحكم فى الفصل في المنازعات على اعتبار وضوح قواعد المسئولية فى القواعد الموضوعية الدولية، ولما يؤدى إلى تحقيق الهدف المرجو من هذه القواعد وهو توحيد أحكام عقد البيع الدولى، وذلك بدلا من البحث فى التشريعات المقارنة.

ومن أهم النتائج التى استخلصها الباحث والتى تستحق الدراسة فى المستقبل القريب هو مدى امكانية انشاء محكمة تجارية دولية تتولى الفصل فى المنازعات التجارية الدولية على غرار محكمة العدل الدولية والمحكمة الجنائية

الدولية تكون ذات فروع في الدول حتى يسهل على الأطراف امكانية اللجوء إليها وتكون أحكامها ملزمة حيث يمكن أن تكون فرعاً من الفروع القضائية فى تلك الدول.

وأخيراً نود أن نشير إلى أن مبدأ حسن النية هو قاعدة قانونية ثابتة فى كافة التشريعات الوطنية والدولية، وبالتالى يمكن من خلالها صياغة نظرية عامة لعقد البيع الدولى، وهذا ما حاولنا تحقيقه بقدر الامكان من خلال هذا البحث المتواضع اقراراً لما قاله الفيلسوف أرسطو «إذا ضاع حسن النية فلا سبيل إلى قيام تفاهم بين الناس».

تم بحمد الله وتوفيقه

قائمة المراجع

أولا: مراجع باللغة العربية:

ا - الكتب العامة:

د٠ابراهيم أحمد ابراهيم: القانون الدولى الخاص وتنازع القوانين، دار الثقافة الجامعية، القاهرة، سنة ١٩٩٠.

د٠ابراهيم محمد العنانى: دراسات فى القانون الدولى، دار الثقافة الجامعية، القاهرة، ١٩٩١.

د٠أحمد سلامة: المدخل لدراسة القانون، جامعة عين شمس، ١٩٩٠.

د٠أحمد شرف الدين:

- نظريـــة الحق، بدون ناشر، ١٩٨٧.
- أحكام الالتزام، بدون ناشر، ١٩٨٧.

د٠أحمد صبحى العطار: شرح قانون العقوبات، القسم الخاص، الجرائم المضرة بالمصلحة العامة، جامعة عين شمس، الطبعة الثانية، ١٩٨٥.

د٠أحمد عثمان: منهج الإسلام فى المعاملات المالية، دار الطباعة المحمدية، الطبعة الثانية، ١٩٨٠.

د٠أحمد قسمت الجداوى: مبادئ القانون الدولى الخاص، بدون ناشر، ١٩٨٨.

د٠رضا السيد:

- القانون التجارى، الأفلاس وفقاً للقانون ١٧ لسنة ١٩٩٩، دار النهضة العربية، ٢٠٠٦.
- مسائل التحكيم - دار النهضة العربية، ٢٠٠٦.

د٠رضا السيد، د٠نبيل صبيح: الافلاس، ١٩٩٣، بدون ناشر.

د٠رمضان محمد أبو السعود: مبادئ الالتزام فى القانون المصرى، اللبنانى، الدار الجامعية، بيروت، ١٩٨٤٠

أ/سامى نصر لطيف: مدخل الفكر الفلسفى الإسلامى، مكتبة سعيد رأفت، سنة ١٩٩١٠

د٠سميحة حسن القليوبى: شسرح العقود التجارية، دار النهضة العربية، ١٩٩٢٠

د٠عبد الحليم الجندى: أحمد بن حنبل أمام أهل السنة، دار المعارف، ١٩٨٥٠

د٠عبد الرزاق السنهورى:

- الوسيط فى شرح القانون المدنى، جـ ٤، العقود التى تقع على الملكية، البيع، دار النهضة العربية، ١٩٨٦٠
- الوسيط، الجزء الأول، سنة ١٩٨٦٠

أ/ عبد المنعم حسنى: موسوعة مصر للتشريع والقضاء، مركز حسنى للدراسات القانونية، القاهرة، ١٩٩٣٠

د٠عبد المنعم فرج الصدة: مصادر الالتزام، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٦٩٠

د٠فايز نعيم رضوان:

- الشركات التجارية، دار النهضة القاهرة، ١٩٩٧٠
- بطاقات الوفاء، مكتبة الجلاء الجديدة، المنصورة، ١٩٩٩٠

أ/ قمرة محمد موسى: الموسوعة الجامعة فى التعليق على القانون المدنى، المكتب الفنى للاصدارات القانونية، ٢٠٠٠٠

د٠محسن شفيق: العقود التجارية، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٦٧٠

د٠محمد حسام الأهوانى:

- مصادر الالتزام، بدون ناشر، ١٩٩٢٠

- المصادر غير الإرادية، بدون ناشر، ١٩٩٠.

د٠محمد عبد الهادى الشقنقيرى: تاريخ القانون المصرى، بدون ناشر، ١٩٨٢.

د٠محمد على عمران: عقد البيع، بدون ناشر، ١٩٨٩.

د٠محمد لبيب شنب:

-مصادر الالتزام، بدون ناشر، ١٩٨٩.

- المدخل لدراسة القانون، بدون ناشر ١٩٨٧.

د٠مصطفى محمد الجمال، عبد الحميد محمد الجمال: القانون والمعاملات، الدار الجامعية، الاسكندرية، ١٩٨٧.

د٠وفاء حلمى أبو جبل: الالتزام بالتعاون، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٣.

٣- الكتب المتخصصة:

د٠ابراهيم أحمد ابراهيم: الجات والحماية الدولية لبرامج الكمبيوتر وحق المؤلف في الدول العربية، مجموعة أبحاث بدون ناشر، ١٩٩٢.

د٠أبو العلا على أبو العلا النمر: دراسة تحليلية لمبادئ معهد «الينذروا» المتعلقة بعقود التجارة الدولية، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٨.

د٠أبوزيد رضوان: الأسس العامة فى التحكيم التجارى الدولى، دار الفكر العربى، القاهرة ١٩٨١.

د٠أحمد عبد الكريم سلامة:

- نظرية العقد الدولى الطليق بين القانون الدولى الخاص، قانون التجارة الدولية، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٨.

- قانون العقد الدولى، مفاوضات العقود الدولية، القانون الواجب التطبيق، دار النهضة العربية، القاهرة ٢٠٠١.

- المختصر فى العلاقات الخاصة الدولية، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٧.

د٠ثروت أنيس الأسيوطى: الصراع الطبقى وقانون التجار، دار النهضة العربية، القاهرة ١٩٦٨٠

د٠ثروت حبيب: دراسة فى قانون التجارة الدولية مع الاهتمام بالبيوع الدولية، اتفاقية فينا للبيوع، ١٩٨٠، مكتبة الجلاء المنصورة، ١٩٩٥٠

د٠حسام الدين فتحى ناصف: حماية المتعاقد حسن النية مع صاحب الوضع الضاهر، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٦٠

د٠حسام عيسى: نقل التكنولوجيا، دراسة فى الآليات القانونية للعقود الدولية، دار المستقبل العربى، القاهرة، ١٩٩٧٠

د٠سعودى حسن سرحان: نحو نظرية لحماية الغير حسن النية المتعاملين مع الشركات التجارية، دار الأندلس، المنوفية، سنة ١٩٨٩٠

د٠صالح بن عبد الله بن العطاف الحوفى: المبادئ القانونية فى صياغة عقود التجارة الدولية، جامعة عين شمس، ١٩٩٨٠

د٠محسن شفيق: اتفاقية الأمم المتحدة بشأن البيع الدولى للبضائع، دراسة فى قانون التجارة الدولى، دار النهضة العربية، القاهرة ١٩٨٦٠

أ/محمد ابراهيم خليل: التعليق على قانون التجارة الجديد رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩، دار الفكر العربى، القاهرة ١٩٩٧٠

د٠محمد حسام الأهوانى: أصول قانون التجارة الدولية، بدون ناشر، ١٩٩٥٠

د٠محمد حسام الأهوانى، د٠على الغتيت: قانون التجارة الدولى، محاضرات دبلوم التجارة الدولية، كلية الحقوق جامعة عين شمس، ١٩٩٩٠

د٠محمد حسام محمود لطيف: استخدام وسائل الاتصال الحديثة نحو التفاوض على العقود وابرامها ،معهد قانون الأعمال الدولى، جامعة القاهرة، ١٩٩٤٠

د٠محمد حسين عبد العال: التنظيم الاتفاقى للمفاوضات العقدية، دراسة تحليلية مقارنة للوسائل القانونية لتأمين المفاوضات فى عملية التجارة الدولية، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٨٠

د٠محمد محسوب درويش: أثر العدالة العقدية فى القانون الرومانى، دار النهضة، القاهرة، ٢٠٠٠٠

د٠محمود سمير الشرقاوى:

- العقود التجارية، دراسة خاصة لعقد البيع الدولى للبضائع، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٢٠
- الالتزام بالتسليم، عقد بيع البضائع، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩١٠

أ/محمود محمد على صبرة: ترجمة العقود التجارية، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٧٠

د٠مختار أحمد بريرى: التحكيم التجارى الدولى، دار النهضة العربية، القاهرة ١٩٩٥٠

د٠ناجى عبد المؤمن: مبدأ العقد شريعة المتعاقدين وحدوده فى عقود التجارة الدولية طويلة المدة، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٥٠

د٠نبيل محمد أحمد صبيح: دور وكلاء العقود فى التجارة الدولية، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٥٠

د٠نزيه محمد صادق المهدى: الالتزام قبل التعاقدى بالادلاء بالبيانات المتعلقة بالعقد وتطبيقاته على بعض أنواع العقود، دار النهضة، القاهرة، ١٩٩٦٠

د٠نعمان جمعة: أركان الظاهرة، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٧٧٠

د٠هانى صلاح سرى الدين: المفاوضات فى العقود التجارية الدولية، دراسة مقارنة فى القانون المصرى والانجليزى، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٨٠

د٠هشام صادق: القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، منشأة المعارف، الاسكندرية، ١٩٩٥٠

٣- رسائل الدكتوراه والماجستير:

د٠أحمد السيد بدوى: حول نظرية عامة لمبدأ حسن النية فى المعاملات المدنية، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، ١٩٨٩٠

د٠بلال عبد المطلب بدوى: حسن النية فى مرحلة المفاوضات قبل التعاقدية فى عقود التجارة الدولية، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس، ٢٠٠٠٠

د٠بهاء هلال دسوقى: قانون التجار الدولى الجديد، دراسة تحليلية، رسالة ماجستير، جامعة القاهرة، ١٩٩٣٠

د٠جمال محمود عبد العزيز: الالتزام بالمطابقة فى عقد البيع الدولى للبضائع وفقا لاتفاقية فينا سنة ١٩٨٠، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة ١٩٩٣٠

د٠حمزة أحمد الحداد: العقود النموذجية فى قانون التجارة الدولية، دراسة فى البيع الدولى، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، سنة ١٩٧٥٠

د٠خالد أحمد محمد عبد المجيد: فسخ عقد البيع الدولى للبضائع وفقاً لاتفاقية فينا سنة ١٩٨٠، جامعة القاهرة، ٢٠٠٠٠

د٠رجب كريم عبد اللاه: التفاوض على العقد، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة ، سنة ٢٠٠٠٠

د٠رضا محمد ابراهيم عبيد: الالتزام بالتسليم فى القانون الموحد لعقد البيع الدولى، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، ١٩٧٩٠

د٠سلامة فارس عرب: وسائل معالجة اختلال توازن العقود الدولية فى قانون التجارة الدولية، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٩٠

د٠شريف محمد غنام: أثر تغير الظروف فى عقود التجارة الدولية، دار النهضة العربية، القاهرة ١٩٩٨٠

د٠طرح البحور على حسن: تدويل العقد، دراسة تحليلية فى ضوء الاتفاقية الخاصة بالقانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية، منشأة دار المعارف، الاسكندرية، سنة ٢٠٠٠٠

د٠عبد الجبار ناجى الملا صالح: مبدأ حسن النية فى تنفيذ العقود، جامعة عين شمس، ١٩٧٤٠

د٠عبد الحليم عبد اللطيف القونى: مبدأ حسن النية وأثره فى التصرفات فى الفقه الإسلامى والقانون المدنى المصرى، الفرنسى، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة ١٩٩٧٠

د٠محمد محسوب درويش: نشأة وتطور قانون التجارة الدولية، دراسة تاريخية، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة ١٩٩٥٠

د٠محمد الكيلانى: جزاء الاخلال فى تنفيذ العقود الدولية لنقل التكنولوجيا، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، ١٩٨٨٠

د٠محمود محمد ياقوت: حرية المتعاقدين فى اختيار قانون العقد الدولى بين النظرية والتطبيق، منشأة دار المعارف، الاسكندرية، ١٩٨٨٠

د٠مصطفى عبد الله العالم: انتقال المخاطر فى عقد البيع الدولى، دراسة فى قانون التجارة الدولية، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٩٠

د٠يوسف أحمد حسين النعمة: دفع المسئولية المدنية، خطأ المضرور، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، ١٩٩٨٠

د٠يوسف عبد الهادى خليل الاكيابى: النظام القانونى لعقود نقل التكنولوجيا فى مجال القانون الدولى الخاص، جامعة القاهرة، ١٩٩٦٠

٣- المقالات:

د٠ابراهيم أحمد ابراهيم: القانون الدولى للتسامح، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق جامعة عين شمس، العدد الأول، السنة الثامنة والثلاثون، يناير ١٩٦٠٠

د٠ابراهيم دسوقى أبو الليل: قواعد وإجراءات التحكيم وفقاً لنظام التجارة الدولية، مجلة الحقوق، جامعة الكويت، العدد الأول والثانى، سنة ١٩٩٣٠

د٠أبو زيد رضوان: قانون التجارة الدولية أو القانون التجارى الدولى، دراسة فكرة Lex Mercatoria مجلة الأمن والقانون٠

د٠ أحمد السعيد زقرد:

- الحماية القانونية من الخداع الإعلانى فى قانون الكويت والمقارن، مجلة الحقوق، جامعة الكويت، العدد الرابع، سنة ١٩٩٥٠
- محاولة لانقاذ العقود من الفسخ، الاتجاهات الحديثة نحو القانون المصرى، الكويتى، الفرنسى، الانجليزى مع الاشارة إلى قانون البيع الدولى للبضائع، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، جامعة المنصورة، العدد الثامن والعشرون، ١٩٩٨٠

د٠أحمد محمد الرشود: انتقال الملكية فى عقود البيع البحرى للبضائع، دراسة مقارنة بين أحكام التقنين التجارى الأمريكى الموحد، القانون الأمريكى، مجلة الحقوق، جامعة الكويت، العدد الثالث عشر، ٢٠٠٠٠

د٠أحمد رفعت خفاجي: رشوة مفاوضى العقود الدولية فى التشريع القضائى المصرى، مجلة المحاماة، ١٩٨٦، لسنة ٦٦ عدد (١)٠

د٠أحمد شرف الدين: بطلان حكم التحكيم فى منازعات عقود التشييد والبناء، مجلة المحاماة، السنة الرابعة والسبعون، عدد أغسطس ١٩٩٥٠

د٠أحمد صادق القشيرى: الاتجاهات الحديثة فى تعيين القانون الذى يحكم العقود الدولية، المجلة المصرية للقانون الدولى، المجلد الحادى والعشرون، ١٩٦٥٠

د٠أحمد صاعق السعدان: القانون الواجب التطبيق فى التحكيم التجارى الدولى، مجلة الحقوق، جامعة الكويت، العدد الأول والثانى، سنة ١٩٩٣٠

د٠أحمد عبد الكريم سلامة:

- شروط الثبات التشريعى فى عقود الاستثمار والتجارة الدولية، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، جامعة المنصورة العدد الخامس ١٩٨٩٠

- قانون التجارة العالمية وآثاره على النظام القانونى للعقود الدولية، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، جامعة المنصورة، العدد التاسع، ١٩٩٦٠

د٠ الهادى السعيد عرفة: حسن النية فى العقود، دراسة مقارنة لمفهوم حسن النية وتطبيقاته فى الشريعة الإسلامية والقانون الوضعى، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، جامعة المنصورة، العدد الأول، ١٩٨٩٠

د٠أمين دواس: مفهوم التوقع فى اتفاقية فينا سنة ١٩٨٠، مجلة الحقوق، جامعة الكويت، العدد الرابع، سنة ١٩٩٥٠

د٠أمية حسن علوان: ملاحظات حول القانون الواجب التطبيق على المسئولية قبل التعاقدية عن قطع المفاوضات فى العقود الدولية، معهد قانون الأعمال الدولى، جامعة القاهرة ١٩٩٢٠

د٠أنوريا جياردينا: الثمن والدفع في العقود الدولية معهد قانون الأعمال الدولى، جامعة القاهرة، ١٩٩٢٠

أ/ بيتر دريجير: أساليب التفاوض لتسوية المنازعات، مجلة المحامين العرب، تشرين الأول، سنة ١٩٩٨٠

د٠توفيق حسن فرج: أثر حسن النية على رجوع المشترى بالضمان، مجلة الحقوق، جامعة الاسكندرية، العدد الأول، سنة ١٩٧٠٠

د٠ثروت حبيب: قانون التجارة الدولية، تطوره المتسع منذ الخمسينات حتى الآن، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، جامعة المنصورة، العدد (١١) ابريل سنة ١٩٩٩٠

د٠جمال فاخر النكاس: العقود والاتفاقات المهدة للتعاقد وأهمية التفرقة بين العقود والاتفاق نحو المرحلة السابقة على العقد، مجلة البحوث، جامعة الكويت، العدد الأول سنة ١٩٩٦٠

أ/ دروتيس سوسا: الشروط الجزائية والبنود المحددة للمسئولية فى القوانين الوضعية الفرنسى، الافريقى الفرنسى، الانجليزى، معهد قانون الأعمال الدولى، جامعة القاهرة ١٩٩٤٠

د٠رمزى فريد محمد مبروك: أسباب سقوط الحق فى ضمان العيب الخفى فى عقد البيع، دراسة مقارنة، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، جامعة المنصورة، العدد (١٣)، سنة ١٩٩٣٠

د٠سعد العشرى: العرف والعادة فى الشريعة والقانون، مجلة الحقوق، جامعة الكويت، العدد الأول، مارس ١٩٩٩٠

أ/ عادل رمضان الابيوكى: سوء النية في العلاقات التجارية الذى يستوجب التعويض - معيار مسئولية المفاوض عن قطع المفاوضات - مركز تحكيم البحرين، ٢٠٠٤٠

د٠على جمال الدين عوض: تحصيل الثمن نحو التجارة الدولية، مجلة الحقوق، جامعة الكويت، العدد الأول، سنة ١٩٧٨٠

د٠على مزغانى: انتقال الالتزامات فى العلاقات الدولية، معهد قانون الأعمال الدولى، جامعة القاهرة، ١٩٩٤٠

د٠فيليب كان: الأنظمة التعاقدية فى القانون المدنى، متطلبات التجارة الدولية، معهد قانون الأعمال الدولية، جامعة القاهرة، ١٩٩٤٠

د٠فرنسوا كيوفلير: الالتزام بمبلغ نقدى وتقدير القيمة وتعديلها، معهد قانون الأعمال الدولى، جامعة القاهرة ، ١٩٩٤٠

د٠كاترين كبسيديجيان: النظم التعاقدية للقانون المدنى ومقتضيات التجارة الدولية، انتقال الالتزامات، معهد قانون الأعمال الدولى، جامعة القاهرة، ١٩٩٤٠

د٠فخرى يوسف مبروك: مفهوم الأخلاق كمصدر من المصادر القانونية مع التطبيق، مجموعة البحوث القانونية والاقتصادية - مجلة الحقوق،جامعة المنصورة، العدد (١٨) سنة ١٩٨٢٠

د٠مارسل فونتان: فترة ما قبل التعاقد وتحضير العقد الدولى على مراحل - معهد قانون الأعمال الدولى - جامعة القاهرة، ١٩٩٤٠

د٠محسن شفيق:

- نظرية الحرب كقوة قاهرة وأثرها فى عقد البيع التجارى، مجلة القانون والاقتصاد، جامعة القاهرة، العدد ١، ٢، يناير سنة ١٩٤٠.

- اتفاقية لاهاى سنة ١٩٦٤، القانون الموحد، مجلة القانون والعلوم الاقتصادية، كلية الحقوق جامعة عين شمس، العدد، سنة ١٩٧٤.

د٠محمد حسام الأهوانى: المفاوضات فى الفترة التعاقدية ومراحل اعداد العقد الدولى، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، العدد الثانى، سنة ٣٠، لسنة ١٩٩٦.

د٠محمد شكرى سرور: موجز أحكام عقد البيع للبضائع، مجلة الحقوق، جامعة الكويت، العدد الثالث، ١٩٩٤.

د٠محمد عبد الظاهر حسين: الجوانب القانونية للمرحلة السابقة على التعاقد، مجلة الحقوق، جامعة الكويت، العدد الثانى، سنة ١٩٩٨.

د٠محمد مصطفى يونس: حسن النية فى القانون الدولى، المجلة المصرية للقانون الدولى، المجلد الواحد والخمسون، ١٩٩٥.

د٠محمود سمير الشرقاوى: معيار التجارية والدولية فى قانون التحكيم الجديد، مؤتمر القاهرة للتحكيم الدولى، ١٩٩٤.

د٠موسي سليمان أبو ملوح: التعسف فى استعمال الحق، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق جامعة القاهرة، ١٩٩٢.

د٠يعقوب يوسف صرخوه: دور عقد البيع فوب فى التجارة الدولية، مجلة الحقوق، جامعة الكويت، العدد الرابع، سنة ١٩٩٧.

ثانيا: مراجع باللغة الفرنسية:

- **Aduit (B.):** la vente internationale de marchandis convention des nations - Unies du 11 avril 1980, L.G.D.J. 1991.

- **Crosia (A.):** Le contrat de vente en droit commercial, L.G.D.J. Paris. 1989.

- **Delacollete (J.):** Les contrats de commerce internationaux, droit economic 1991.

- **Hamel (J.):** La vente commercial de marchandises, Etudes droit commercial Paris Dalloz 1951.

- **Heuze (V.):** Le vente internationl de marchandises, Droit uniform Paris 1992.

- **Jaduad (B.): Plaisant (R.),** droit commerce international - Dalloz 1991.

-**kahn (Ph.):** La vente commercial international Paris, 1961.

- **Kassis (A.):**
  - Le nouveau droit européen des contrats internationaux, L.G.D.J. Paris, 1993.
  - Theorie general des usages du commerce L.G.D.J., 1984.
  - la partique francaise du droit du commerce international L.G.D.J. 1989.

- **Kessedjian (P.K.C.):** l'illicite dans le commerce international litec, 1996.

- **Loussouran et Bredin,** Droit du commerce international, Paris, 1969.

- **Mayer (P.):** Le principe de bonne foi devant les arbiters du commerce international, Paris - ponthéon - sorbonne, 1991.

- **Nousseron (J.M): Raynard, Fabre, Pierre,** droit du commerce international, droit international de l'entrepise litec, 2000.

- **Osman (F.):** Les principes generaux de la lex mercatoria, L.G.d.J., Paris. 1992.

- **Thicfery (J.): et Granier (Ch),** la vent international, center francias du commerce exterieur, 1992.

- Zaki (Mahmoud.G.Ed), La boone foi dans l'acquisition des droits en droit privé, Etude comparee, la Caire, un Fouad 1er 1952.

- المقالات والأبحاث:

-**Adami (F.):** Les contrats "open price" dans la conventions des nations sur les contrats de vente international des marchandises R.D.A.I No. 2. 1989.

-**Baillod (Ray):** Les lettres d'intention R.I.D.C. et Decon, No. 3,1992.

-**Beignier (B.):** La conduit des negociation, R.T.D, comm 51 (3) J.sept. 1998.

Bonelle: Michal Joachim, les principes un droit relatifs aux contrats du commerce international vres un nouvelle lex mercatoria? R.D.A.I 1997 no. 2 .

Birbes (X.): l'objet de la negociation R.T.D. Com, et Dr. econom.1998.

C.Mouricio de Pardo (A.): la formation du mercosur et l'harmonisation des regles dans le domaine de la propriete industrielle, R.D.A.I No. 2 1997.

Caen G.L.): de-evuolution de la nation de bonne foi, R.T.D.C., 1946.

Cedras (J.): L'obligation de Negocir. Rev. Tr. Dr. Comm et eqon, 1985.

Chambre de commerce international: sentences arbitrates, clunt No. 3, 1989.

Cosson (B.F.), les contrats du commerce international, un approche nouvelle: les principes d'un droit relatifs aux contrats du commerce international, R.I.D. Com. no. 2, 1998.

Eder (Ph): Projet de code de commerce aux etats unis d'amerique R.I.D., com, No. 1, 1951.

El-Kocheri (A.S.): etudes sur la notion de contrat international Egypte contemporaine (live rme No. 312 Année Avril) 1963.

El Geddawy (A.K), arbitrabilité - du litige en droit égyptien notion d'ou verture sur le plan du commerce international al, ulum Al-Qanuniye wal le qutisadiya No. 38 Em Année 1996.

Ferrari (F.):

- Le champ d'application des principe pour les contrats commerce aux international aux, elabores par unidroit R.I.D.Com, 1995 No. 4.
- interpretation uniform de la convention de vinne de 1980 sur la vente international, R.I.d. com, No. 4, 1996.

Flecheux (G.): Les abligations de l'Acheteur, Actes du colloque de 1er et 2 decembre 1989, L.G.D.J.

Fouchard (Ph): l'arbirage international en france apres le dectet du mai 1981, clunt 1982.

-l'etat fac aux usages au commerce international travaux du comite francais de DR. INT. prive 1973 - 1974.

Fransworthe: le droit commercial aux etats unisi amerique, Rev. int. de comp. 1962.

Goldaman (B): la lex mercatoria dans les contrats et l'arbitrage internationaux réalites et perspectives, clunt 1979.

-Une bataille judiciaire autour de la lex mercatoria l'affaire norslor rev. arb. 1983.

Hehn (P.V.): Le commarce de marchandises franco. chinois: notamment etude du regime de la C.v.I.M. R.D.A.I No. 5 1988.

Kaczorowska (A.): Les usages commerciaux dans les conventions relatives a la vente international, R.J. themis 1995..

Kahn (P.): la convention de la Haye du ler juillet partant loi uniform sur la vente international des objects mobiliers copporls R.T.D.Com. 1964.

- la convention de vienne du Avril 1980 sur les contrats de vente international de marchandises, R.I.DL com. No. 4, 1981.

- Les principes generaux du droit devente les arbitres du commerce international, clunt 1989.

Lamcher (G.): Allemagne, jurisprudence recent vent international R.D.A.I, 1992, No.3.

Lando (Ole): principes de droit Europeén des contrats une premiere etaps vres un code civil Europeén R.D.A.I. No. 2, 1997.

Leaute (J.): les contrats types R.T.D.C 1953.

Mcbroukine (Ali): Ouelques remarques à propos de la convention de la Haye de 1986 sur la loi applicable aux contrats de vente international de machandises R.D.A.I. 1988, no.1.

Mestre (J.):

- l'formation du contrat des pour partiers à la conclusion de l'accord de finitif R.T/D/C/ 1980.
- Effets du contrat d'un exigence de bonne foi a un esprit de collaboration R.T.D.C. 1986.
- L'formation du contrat l'exigence de bonne foi dans la conclusion du contrat, R.T.D.C. 1989.
- l'formation du contrat d'un interaption fautive de la periode precontractuelle R.T.D.C. 1994.

Mouly (Ch.): la formation du contrat, Actes du colloques, 1989, L.G.D.J.

Niggemann (F.): les obligations de l'acheteur sous la convention des nations unies sur les contrats de vente international des marchandises, R.D.A.I. No.1. 1988.

- Erreur sur une qualite substantielle de la chose et application de la C.V.I.M, R.D.A.I., No. 4 pp 395:416, 1994.

Plantard (J.P.), un nouveau droit uniforme de la vente international C.V.I.M. clunt, Paris, 1988.

Principes (Annex): relatifs aux contrats du commerce international R.D.A.I. No.2 1997.

Oppetit (B.): Le paradoxe de la corrpution à l'epreuve du droit du commerce international clunt, Paris 1987, No. 1.

Rawach (Eid): la validite des clauses exoneratoires de responsabilite et la convention de vienne sur la vente international de marchandises R.I.D. Com. No.1, 2001.

Rojot (J.): la gestion de la negociation R.T.D.C. et D.econ, 1998, No.31.

Schmidt (J.): La sanction de la faut preconitractuelle R.T.D.C. 1974.

- La negaciation du contrat international, D.P.C.I., 1983, Tome G, No. 2.

Totongui (Em): le concept dela bonne foi dans la loi Mixte, Rev, L'egypte contemporaine, tome trente. troisime, 1942.

Tourneau (P.): la rupture des négociation, R.T.D. com., 51 (3) juill, sept 1998.

Venziano (A.): Non-Conformite des marchandises dans les ventes international R.D.A.I. 1997 No. 1 .

Watt (H.M): Decisions rendues en application des textes de la C.V.I.M., R.D.A.I, No.8,1995 No. 6, 1995.

- l'applicabililé de la C.V.I.M devent l'arbitre international No. 3 1996.

- Chronique relative a l'application de la .C.V.I.M, No.3, 1996.

Wengler (W.): les principes generaux du droit en tant que loi du contrat R.C.D.I.P. 1982.

Witz (C.): l'adhesion de la rfa à la convention de nation Unies sur les contrats de vente international R.D.A.I. No. 1, 1990.

قائمة المختصرات باللغة الفرنسية

Art	Articl.
C.A	Cour d'apple.
C.ca	Cour dé cassation.
C.C.I.	chambre de commerce international.
clunt	journal de droit international.
C.V.I.M	convention vente international marchandises.
D.P.C.I.	droit pratique du commerce international.
D.	Recueil Dalloz.
L.G.D.J.	Librairie general de droit, et de jurisprudence.
Rev.l'egy conpril	Revue l'egyt contem porain.
Rev. arb.	Revue de l'arbitrage.
Rev.crit.D.int.prv.	Revue critique international de droit prive.
Rev.int.D.econom	Revue international de droit economique.
Rev.int D.Com et de ecom	Revue international de droit commercial et droit economice.
Rev. D. int. c. comp	Revue de droit international et de droit compar.
Rev.t.d.Civ.	revue trimestriell de droit civil.
Rev.t.D.comm.	Revue trimestriell de droit commercial.
Rev. int. D.compr.	Revue international de droit compare.
Rev. D.A.i.	Revue de droit des affaires international.
Rev. d.com. et. D.econom	Revue de droit commercial et de droit economique.

ثالثا: مراجع باللغة الانجليزية:

الكتب ورسائل الدكتوراه:

- Andersen, Camilla Baasch:reasonable time in A, 39 of the C.I.S.G. is Ar, 39 (1), truly a uniform provision, Kluwr law 1998.

-Anette,Grtner, Britain and the C.I.S.G.the case for ratification a comporative analysis with special reference to German law, Kluwer law 2000.

- Boggiano (B.): international standard contracts the price of fairness, Kluwer, 1991.

- Boghossin, Naiyiri: A comporative study of specific the performance provisions in the C.i.S.G, Kluwer,1999 - 2000.

- Bolle, Sylvain, the theory of risks in C.I.S.G 1980, Kluwer, 1999 - 2000.

- Brandner, gert: Adimissibility of Analogy in Gap Filling under the C.I..S.G, LL.M.thesis 1999, university of Aberdeen.

- Dipalma, Maryellen: Nachfrist under Nation law the C.I.S.G and unidroit principles international contract adviser, Kluwer, 1999.

- Felemegas (J.), C.I.S.G., art. 7 and uniform interpretion, Kluwer, 2001.

- James, M.Klotz, LL.B. with. p. john A.borrett, Jr. international sales agrements an anotated drafting and negotiating guide, Kluwer, 2000.

- Kazimierska, anna, the remedy of avoidance under the C.i.S.G. 1980, Kluwer 1999-2000.

- Koch, Robert, the concept of fundamental Breach of contract under the C;I.S.G., Kluwer law, int. 1999.

- Lando (Ole), principles of European contract law Kluwer law int.

2000.

- Oberman, Nail Gary, transfor of Risk from seller to buyer in international commercil contracts Acomparative analysis of risk allocation under C.I.S.G. UC.C. and incoterms, LL.M.ithesis universite Montréal, june 1997.

- Rimke, Joern, Force majeur and harbship: Application in international trade, with specific regarde to C.I.S.G and unidroit principles of internationl commercial contracts, Kluwer, 1999-2000.

- SAF, corolina, A.Study of the interplay between the convention Govering international contracts of sal: analysis of the 1955 Hague convention on the law applicable to contracts of international sale of Movable goods, the 1980 Rome convention on the law applicable to contractual obligation, and the C.I.S.G.1980, thesis (1999) Queen Maryand westfield college.

- Schmittof (Clive.),LL. schmittoff's Export trade the law and practice of internationl trad, London, sweet & Maxwell, 1993.

- Schmittof (Clive),LL. schmittoff's Export trade the law and practice of internationl trad, London, sweet & Maxwell, 2000.- Clive M.Schmittof,LL. schmittoff's Export trade the law and practice of internationl trad, London, sweet & Maxwell, 1993.

- Sim. Disa, the scope and application of good faith in C.i.S.G. pace law school institute of international commercial law, 2001.

- Visser, evelien, Gaps in the C.I.S.G, in general and with specifice Emphasis an the interpretion of the remedial provisions of the convention in the light of the principles of the C.I.S..G.LL.M.thesis, university of gerogia shoole of the law, june 1998.

- Williams-Alison, forceating the potential impact of the Vienna sales convention on international sales law in the united kingdom, pace,

Rev. C.I.S.G. kluwer law, int'l 2001.

- Zuppi, Alberto, A comparsion of buyer's remedies under the C.I.S.G. withe latin American legel tradition, Kluwer law int. 1999.

المقالات:

- Akaddaf, Fatima, Application of the C.I.S.G to Arab aslamic countries: is the C.I.S.G compatible with the islamic law principles, int. L., Rev., 2001.

- Alpa, Guiob Glampiri, alberto: law and economics and method analysis, the contractual damages issue, caradozo law bulletion 1995.

- Amato, Paul, Recent developments: C.I.S.G. convention on contracts for the international sale of goods the open price term and uniform Application an Early interpretion by the Hungarian courts J.L. and comm., 1993.

- Amissah, Ralph, the autonomous contract,reflecting the borderless-electarnic-commercil enviroment in contracting, Bergen, Norwag, 1997.

- Audit, Bernard, the vienna sales convention and lex mersatoria, lex mercatoria and arbitration rev. ed. corbonneau ed., junis publishing 1998.

- Bainbridge, stephen, trade usages in international sales of goods an analysis of the 1964 and 1980 sales convention in, V.R.J., int. law, 1984.

- Baron, Gesa: Do the unidroit principles of the international commercil contracts from a new lex merceatoria, pace essay, 1998.

- Behr- Volker: The sales convention in Europe, from problems in drafting to problemes in practice J.L. and comm., 1998.

- Bergsten, Eric, E. Miller Anthony J. the remedy of reduction of price,

amer. j. comp. L.1979.

- Bonell, Michael Joachim: - The unidroit principles of international commercial contracts and the principles of european contract law similar rule for the some purpose, unf., L. rev. 1996.

- the unidroit prinsiples inpractice: the eperience of the first two year, Unf, L.Rev., 1997.

-the unidroit prinsiples of international commercial contracts: Nature purposes and first Experiense in practice websit "http // www, unidroit. org / english, principles / pr-exper. htm".

- the un convention on the international sale of goods: A criticl analysis of current international case lain, unf, L.Rev. 1997.

- the unidroit and international law, unf.L.Rev.,2000.

Bout, Patrick: trade usage, A.(9) of the convention on contracts for the international sales of goods, pace essay, 1998.

Brand, Ronald A.Flechtner,Harry M: arbitration and contract formation in international trade: first interpretation of the U.N. sales convention J.L. and comm. 1993.

Bund, Jennifer: forc Majeure clauses,Drafting Advice for the C.I.S.G. practitioner, 17J.L. and comm. 1998.

- Burman, Horold.S.: building an the C.I.S.G. international commercial law development and trends for the 2000, 17J.L. and. comm. 1998.

- Christapher, R.Drahozal: commercial Norm's commercial codes, and international commercial Arbitration http:/ law.vanderbilt. edu/ journal/ home. html. 2002.

- Darkey Joanne, A.U.S. courts interpretation of dammage provisions under un, convention on contracts for the international sale of goods, A preliminary step towards an international jurisprudence

of the C.I.S.G. B.J..L. and comm. 1995.

- Del Duca, lauis, Del duca, patrick: practice under the convention on international sale of goods (C.I.S.G.) a.primer for Attorneys and international traders in 27 uniform commercial cood law J. 1995 (part II) in 29 uniform commercial code law,J.1996.

- El Geddawy (A.K.): Tim limit for commencing arbitration, al.ulum al.qanuniya wal - leatisasiya, N2-1996.

- Elizabeth. H.Hartnell, the validity Exception to the convention on contracts for internationl sale of goods. J.Int'l L.

- Ersi Gyula: prablemes of unifying law on the formation of contracts for the international sale of goods amc, J.comp. L.1979.

- Esser-Michail, commercial letters of conformation in international trade, austrain, french, german and swiss law and uniform law under the 1980 sales convention, 18 G.J. int, and comp. l. 1988.

- Etier, Guillaume Rauda, christion: warranty for intellectual property rights in international sales of goods, V.J. int. comm. L and arb. 2000.

- Farnsworth, E.Allan,

  - Damages and specific relief,Amc. J.comp. law. 1979.

  - Review of standard formsrterms under the vienna convention cornell, int. L.L.J. 1988.

  - the concept of good faith in amercan law, centro di studi e ricerche di diritto comparato straniero (rame 1993).

  - Duties of good faith and fair deeling under the unidroit principles,Relevent international conventions and national law, J.int, L.8 comp., 1994.

  - the Amercian provenance of the unidroit principles,Unf, L.Rev., 1998.

- Ferrari, Franco:

- uniform interpretion of the 1980 uniform sales law, G.J. int-Land comp, law 1994.

- Specific topics of the C.I.S.G. in the light of doctrinal writings and judicial Application on sphere of Application, J.L. and comm. 1995.

- Uniform law of international, sales issues of Applicability and privat international law J.L.and comm. 1995.

- Uniform application and interest rates under the 1980 Vinna sales convention g;J.int. L. and comp. L.1995.

- Relationship between the ucc and the C.I.S.G.and the construction of uniform law L.Rev., 1996.

- C.I.S.G. case law: A new challange for interpreters, J.L. and comm., 1998.

- burden of proof under the C.I.S.G, int, L. bus, L.J. 2000.

- appling, the C.I.S.G. in a turly uniform Manner, unf. L.Rev. 2001.

- the C.I.S.G. Art 17 and uniform interpretation pace university Essay 2001.

- Fisavich, Frank: Application of the U.N. Sales convention in chinese international commercial arbitration implications for international uniformity, Amc. Rev. int., Arb., 1999.

- Fitzgerald, John, C.I.S.G, Specific, performance and civil law of louisiana, Quebec. J.L.& comm., 1997.

- Flechtner,Harry,

- remdies under the new international sales convention the perspective from of the U.C.C., J.L. and comm., 1988.

- the several texts of the C.I.S.G in decentralized

systm,observations on translation,reservation and other challenges to the uniformity principle in artil 7.J.L and comm. 1998.

- transcript of a workshop on the sales convention leading C.I.S.G. scholars discuss contract formation validity,Ecxuse for Hardship Avoidance, Nachfrist contract interpretation, parol evidence, Analgical application and much more, J.L. and commer,1999.

Gabor, step child of the new lex Mercatoria, private international law from the united stats prspective North, W.J.int. l, l. and Buss, 1988.

- Gabriel, Henry, the inapplicability of the united nation convention on the international sale of goods as a modle for the revision of art. two of the uniform commercial code, tulane law reiew, 1998.

- Garro, Alejandro, reconciliation of legal traditions in the convention on contracts for the international sale of goods, int. l. lawyer 1989.

-Garro, Alejandro, the U.N. sales convention in the Americas recent develapments,J.L. comm. 1998.

Goderre, Diane Madeline, internationl Negotiations gone sour, precontractule liability under the united Nation sales convention 66u cinati law, rev, 1997.

- Goode, Royston,

- the concept of good faith in English law, cintre studie ricerche di diritoo comparato estraniero, Rome 1992.

- international restatement of contract and England contract law unf.L.rev. 1997.

- Transcending the bounderies of earth and space, the preiminary draft unidroit convention on international interests in moblile equirment Unf. L. Rev. 1998.

- Guillemard sylveete: A.comparative study of the Unidroit principles and principles of european contacts and some dispostions of the Cisg applicable to the formation of international contacts from the perspective of harmonisation of law, université leval (23 May 1999).

- Hancock Jr., Stewart. A uniform commercial code for international sales? We have it now, New York stat Bar journal 67 (1995).

Hillman Robert A. applying the united Nations convention on contracts for the international sale of goods: The elusive goal of uniformity cornell review of conventionon contacts for the international sale of goods (1995).

Honnold, John.

- 1979,the united Nations commission on international trade law: Mission and Methods 27 American Journal of comparative law (1979).

- 1979 Bibliography: Unifaction of trade law and UNCITRAL, 27 american - Journal of comparative law (1979).

- UNCITRAL document: Reacharch sources,style, citation 27 american journal of comparative law (1979).

-the sales convention: background, status, Application, 8 journal of lawand commerce (1988).

- the sales convention in action-uniform international words: Uniform Application? 8 journal of law and commerce (1988).

- Docummentry history of the uniform law for international sales, studies, delibration and dicissions that led to the cisg with introduction and explanation, 1989.

- uniform laws of international trade: Farly "care and feeding" for uniform growth,1 international trade and business, law journal 1995.

- the sales convention: from Idea to practice. 17 Journal of law and commerce (1998).

- Jafarzaden, Mirghasem Buyer'sright to specific performance: a comparative study under English law the convention on contracts for the international sale of goods 1980 Iranian and shiah law(2001).

- Jenkins, Soroh Howard (U.S.): 1998 exemption for Nonperformance:Ucc,CISG,UNIDROIT princeples a comparative assessment 72 tulane law review (June 1998).

- Jokela, Heikki: The Role of Usages in the uniform law on international sales, in 10 scandinvian studies in law (stockholm 1966).

- Kastely,Amy H.

- unification and community: A Thetorical analysis of the united-Nations sales convention, 8 Northwestern Journal of international law and business(1988).

- the right to require performance in international sales: towards an international interpretation of the vienna convention,63 washington law review (1988).

- Keily, Trioy, good faith and the vienna convention on contracts for the international sale of goods (CISG) Journal of international law and arbitration, issue1(1999).

- Kelso. J.clark, the United Nation convention on contracts for the international sale of goods: contract formation and the Battel of forms, 21 columbia journal of transnation law(1982/83).

- Kimble, Ericson, Nachfrist Notice and avoidance under the 1999.Nachfrist Notice and avoidance under the CISG, 18 journal of law and commerce (1999).

- Klein,John, good Faith in international transactions, 15 liverpool L.Rev. (1993).

- Koneru, Phanesh: the international interpretation of the Un convention on contracts for the international sale of goods: An Approach Based on General principles, 6 Minnesota journal of global trade (1997).

- Kritzer, Albert H. the convention of contracts for international sale of goods: Scope, international and resources, cornell review of the convention on contracts for the international sale of goods (1995): 9 international quarterly (Business law inc. April 1997).

- Loewe, Roland, The sphere of Application of the Un sales convention, pace international law review vol. x (1998).

- Lorenz, Alexander: fundamental breach under the CISG, pace easy (june 1998).

- MAGNUS, Ulrich, remarks on Good faith:The united Nation convention of contracts for the international sale of goods and the UNIDROIT principles of international commercial contracts, pace international law Review, vol. X (1998).

- MALIK, shahdeen: offer: Revocable or Irrevocable. Will art. 16 of the convention on contracts for the international sale ensure uniformity? 25 indian J.int. IL (1985).

- MAURER, Virgizzia G. the United Nation convention of contracts for the international sale of Goods, J.Int'L. & Com. (1989).

- MCMAHON, Hohn P.When the U.N.Sales convention Applies and some of the reason why it matters to you and your clients, CISG W3 database, pace university school of law(http: // www. cisg. law. pace. edu). May 1996.

- MENDES, errol p. the U.N.Sales convention and U.S-canada transaction enticing the world largest trading bloc to do business Under a global sales law, 8 journal of law and commerce (1988).

- Miniter, Francis A. buyer's Right of rejection:Aquarter century under the uniform commercial code and recent international developments, 13 Georgia law review (1979).

Murphy,Maureem T. United Nation convention on contracts for the international sale of Goods: Creating Uniformity in international sales law, 12 fordham Int, L.J. (1989).

- MURRAY, Hohn E. An essay an the formation of contracts and related Matters under the united Nation convention on contracts for the international sale of Goods, 8 Journal of law and commerce (1988).

- Perales viscasilas, M & ordf;delpilar "Battle of the forms"under the 1980 United nations convention on contracts for the international sale of goods: A comparison with section 2-207 UCC and the UNIDROIT principles, pace international law Review(1998).

- Perillo, Joseph M. UNIDROIT principles of international commercial contracts: the Black Letter Text and a review, 63 fordham law review (1994).

Piliounts,Peter A.the remedies of specific performance price reduction and additional time (Nachfrist) under the CISG: are these worth while changes or additions to English sale law? companion publication presented at 12 pace international law review (spring 2000).

- Povrzenic, Nives, International and Gap. Filling under The United Nation convention on contracts for the international sale of goods, CISG W3 Database, pace university school of law (http:// www. law. pace. edu), April 1997.

- Powers, Paul, defining the Indefinable: good faith and the United Nation convention on contracts for the international sale of goods, 18 journal of law and commerce (1999) 333-353.

- Rauda, Christain Etier, Guillaume Warranty for intellectual property Rights in the international sale of goods, 4 vindobona Journal (2000).

- Rezel - the area of operation of the international sales conventions, 29 american journal of comparative law (1981).

- REESE, Willis L.M. commentary on professor gabor's stepchild of the New Lex Mercatoria, 8 North western J.Int,IL, Bus (1988).

- Robert Wachsumuth, Esquir and kristi clark: who's writing your contract? in many cases, it is C.I.S.G. corups chrisit, lawyers com. 2000.

- Rosett, Arthur. Unidroit principles and Harmonization of international commercial law: focus on chapter seven, published on UNIDROIT website at http://ww. unidroit. org/ english/ publications/ review/ articles 1997 - 3. htm.

- Roth, P.M. the passing of risk, 27 American Journal of comparative law (1979).

- Schlechtriem, Peter : 1983. recent developments in international sales law, 18 Israel law review (1983).

- Unifom sales law; the UN- convention onc ontracts for the international sale of goods, vienna Manz (1986).

-The borderline of tort and contract-opening a new frontier, cornell Int, I L.J. (1988).

- uniform sales lax the experience with uniform sales laws in the federal Republic of germany, juridisk tidskrift (stockholm) (1991/92).

- Good faith in german law and in international uniform laws, centre di studi ce ricerche di diritto comparato e straniero (Rome 1997).

- Schwerha, Joseph J.: warranties against infringement in sale of goods: A comparison of UCC 2-312 (3) and article 42 of the Un convention on contracts for the international sale of goods, 16 Michigan J.Int'Il (1995).

- Shen, Jianming, declaring the contract avoided U.N.Sales convention in the chinese context, 10 New York international law review (1997).

- Speidel, Richard E: buyers remedies of rejection and cancellation under the UCC and the convention, 6 journal of contract law, North ryde Nsw, Australia (1993).

- Tunc- Andre: commentory on the Hague conventions of 1 july 1964 on international sale of goods and the formation of the contract of sale. ministry of justice of the Netherlands, 1984.

- Visser-Evelien, Favor Emptoris: Does the C.I.S.G. favor the buyer, L.Rev.; 1998.

- Weitzmann, Todd:. validity and Excuse in UN Sales convention, 16 journal of law & commerce (1997) .

WINSHIP, Peter,

- formation of international Sales contracts under the 1980 vienna convention 17 international lawyer (1983).

- commentary on professor kastely's rhetorical Analysis (symposium Reflections), 8 North western J.Int'l L. & Bus. (1988).

- An introduction to the united nations sales convention, 43 consumer finance law, Quarterly Report (1989).

- changing contract practices in light of the United Nation sales convention: A guide for practitioners, 29i nternational lawer (1995).

- Zeller, Bruno,

  - the buyers rights and seller's obligations in relation to defective and unsuitable goods: the influence of the vienna convention of international sales (7 Mach 2000). "http: / law Uniserve -ed- au/ law/ pub/ articles/ zeller. html.

  - the Un convention on contracts for the international sale of goods (CISG) a leap forward towards unified international sales laws, pace essay (1 May 2000).

  - the scarlet pimpernel of the CISG, pace essay (1 july 2000).

  - the development of uniform laws a historical perspective (september 2001).

  - four corners the methodology for interpration and Application of the C.I.S.G., May 2003, pace law sch. in stitute op int'l. comm, L.

- ZIEGEL, Jacobs.

  - commentary on party autonomy and statutory Regulation: sale of goods, 6 journal of contract journal of contract law (1993).

  - the future of the international sales convention from a common law perspective, 6 New Zealand law quarterly (November 2000).

- Zoccolillo, alan F., Jr. Determination of the interest Rate under the United Nation convention on contracts for the international sale of Goods: general principles vs. National law, 1 vindobona Journal (1997).

ZWART, Sara G. the New international law of sales a Marriage Between socialist, third world, common, and civil law principles, 13 North carolina Journal of international law and commercial regulation (1988) 109-128.

قائمة المختصرات باللغة الانجليزية

Art	Article.
amer. J. Comp.	amercian journal of comparative.
Amer. rev. int'l.A.	Amercian review international arbitration.
Caradozo. L.Bul	Caradozo law Buletin.
Cincinnati. L.Rev.	Cincinnati law Review.
C.I.S.G.	convention on contracts for international sale of goods.
Consumer.Fin.L.Quar.	Consumer finance law quartrly.
Cornell. int'l. l.J.	cornell international law journal .
Geor.J.int'l.and comp.l.	Georgia journal of international and comparative law.
int'l.t.and bus.L.J.	international trade and business law journal
int'l.Bus.L.J.	international business law journal.
int'l. Wu.	international lawyer .
int'l. l.Rev.	international law review.
isa. L. Rev.	israel law Review.
J.int'l.l.	Journal international law .
J.int'l.l.and arb.	journal international law and arbitration.
J.int'l. Bus.l.	Journal international business law.
J.L and comm.	Journal of law and commerce.

KL	Kluwer.
Liverpool. L.Rev.	Rev liverpool law Review.
NewYork int'l. L. Rev.	New York international lawReview.
North Western. J.int'l. L and bus.	Northwestern journal international law and business.
New Zealand. Bus. Q.	New zealanda business law quarterly.
Pace.L.sch, st, int'l, com, l.	Pac law school in stitute of international commercial law.
Pace. ess.	Pace essay.
Pace. int'l. Rev.	Pace international Review.
Pace. ess. sub.	Pace essay submission.
tul. L.Rev.	tulan law Review.
Unf. comm. L.J.	Uniform commercial cood law journal.
Unf.L.Rev.	Uniform law Review.
Vindobona J.int'l. comm. L.arb.	vindobona journal international commerce law and arbitration.
virginia J.inter'h. l.	virginia journal international law.
Washington L.Rev.	Washington law Review.

الفهرس

الموضوع	الصفحة
المقدمة.....	أ - هـ
الباب التمهيدى	
نشأة مبدأ حسن النية فى	
عقود البيوع الدولية	
مقدمة.....	١
الفصل الأول	
المفهوم القانونى لعقود	
البيوع الدولية	
تمهيد وتقسيم.....	٢
المبحث الأول: تعريف عقود البيوع الدولية	٥
المبحث الثانى: معيار دولية عقود البيوع الدولية.....	١٣
المطلب الأول: موقف القضاء والفقه من مسألة الدولية.....	١٥
الفرع الأول: موقف القضاء الفرنسى من مسألة دولية العقد	١٦
الفرع الثانى: موقف الفقه الفرنسى من مسألة دولية العقد	٢٠
الفرع الثالث: موقف المشرع الفرنسى من مسألة دولية العقد	٢٢
الفرع الرابع: موقف القضاء المصرى من دولية العقد	٢٥
الفرع الخامس: موقف المشرع والفقه المصرى من دولية العقد	٢٦
المطلب الثانى: معيار دولية عقد البيع الدولى فى الاتفاقيات الدولية.....	٢٩
الفرع الأول: معيار دولية عقد البيع الدولى فى الاتفاقيات الدولية الخاصة بتوحيد قواعد تنازع القوانين....	٣٢
الغصن الأول: اتفاقية لاهاى سنة ١٩٥٥.....	٣٢

الموضوع	الصفحة
الغصن الثانى: اتفاقية لاهاى سنة ١٩٨٦.....	٣٦
الفرع الثانى: معيار دولية عقد البيع الدولى فى الاتفاقيات الدولية ذات القواعد الموضوعية.....	٤١
الغصن الأول: معيار دولية العقد فى اتفاقيتى لاهاى سنة ١٩٦٤.....	٤٤
الغصن الثانى: معيار دولية العقد فى اتفاقية فينا سنة ١٩٨٠.....	٦٣
المبحث الثالث: العقود التى فى حكم البيوع الدولية (عقد التوريد)	٧٧
الفرع الأول: عقود التوريد التى يكون موضوعها انتاج أو تصنيع سلعة فى الاتفاقيات الخاصة بتنازع القوانين (لاهاى ١٩٥٥، لاهاى ١٩٨٦).....	٨٢
الفرع الثانى: الاتفاقيات الدولية ذات القواعد الموضوعية.....	٨٤
الفرع الثالث: عقود توريد البضائع أو السلع مع تقديم الأيدى العاملة أو الخدمات الأخرى.....	٨٩

الفصل الثانى
مفهوم مبدأ حسن النية فى
قانون التجارة الدولية

تمهيد وتقسيم.....	٩٥
المبحث الأول: مفهوم قانون التجارة الدولية.....	٩٦
المطلب الأول: ماهية قانون التجارة الدولية الجديد «المرحلة الحديثة».....	١٠٠
المطلب الثانى: مصادر قانون التجارة الدولية.....	١١٣
الفرع الأول: عادات التجارة الدولية.....	١١٦

الموضوع | الصفحة

الغصن الأول: موقف الفقه من عادات التجارة الدولية..... ١٢٠
الغصن الثانى: موقف الاتفاقيات الدولية المتعلقة بالبيع
الدولى للبضائع من عادات التجارة الدولية..... ١٢٨
الفرع الثانى: المبادئ العامة للقانون..... ١٤٢
الفرع الثالث: العدالة..... ١٦٣
الفرع الرابع: التحكيم التجارى الدولى..... ١٧٢
المطلب الثالث: مبادئ العقود التجارية الدولية "unidroit" كمصدر
لقانون التجار..... ١٨٤
الفرع الأول: موقف الفقه وأحكام التحكيم الدولية..... ١٨٩
الفرع الثانى: الأفكار الأساسية التى تقوم عليها المبادئ..... ١٩٥
الفرع الثالث: تعدد مجالات استخدام مبادئ اليندروا..... ١٩٨
المبحث الثانى: مفهوم مبدأ حسن النية فى التجارة الدولية..... ٢٠٧
المطلب الأول: أهمية، تعريف، وظيفة مبدأ حسن النية..... ٢٠٨
المطلب الثانى: مفهوم مبدأ حسن النية فى القواعد الموضوعية
الدولية لاهاى سنة ١٩٦٤، فينا سنة ١٩٨٠..... ٢٢٣
المطلب الثالث: مفهوم مبدأ حسن النية فى مبادئ اليندروا..... ٢٥٦

الفصل الثالث

نشأة مبدأ حسن النية فى النظم القانونية القديمة

تمهيد وتقسيم..... ٢٦٥
المبحث الأول: نشأة مبدأ حسن النية فى القانون الرومانى..... ٢٦٧
المبحث الثانى: نشأة مبدأ حسن النية فى الشريعة الإسلامية..... ٢٧٣

الموضوع | الصفحة

الفصل الرابع
نشأة مبدأ حسن النية فى
النظم القانونية الحديثة

تمهيد وتقسيم ٢٧٧
المبحث الأول: نشأة مبدأ حسن النية فى نظم القانون العام ٢٧٨
المطلب الأول: فى القانون الانجليزى ٢٨٠
المطلب الثانى: فى القانون الأمريكى ٢٨٤
المطلب الثالث: فى القانون الاسترالى ٢٩٤
المبحث الثانى: نشأة مبدأ حسن النية فى نظم القانون الخاص ٣٠١
المطلب الأول: فى القانون الالمانى ٣٠٢
المطلب الثانى: فى القانون الايطالى ٣٠٧
المطلب الثالث: فى القانون الفرنسى ٣٠٩
المطلب الرابع: فى القانون المصرى ٣١٥

الباب الأول
التحليل القانونى لمبدأ حسن النية
فى عقود البيوع الدولية

مقدمة ٣٢١

الفصل الأول
عناصر مبدأ حسن النية

تمهيد وتقسيم ٣٢٣
المبحث الأول: قاعدة العقد شريعة المتعاقدين ٣٢٦
المبحث الثانى: التعسف فى استخدام الحق ٣٣١

الموضوع | الصفحة

الفصل الثانى
النظام القانونى لمبدأ حسن النية
فى تكوين العقد

تمهيد وتقسيم ٣٣٧
المبحث الأول: المفاوضات فى عقود البيوع الدولية ٣٣٩
المطلب الأول: خطابات النية ٣٤٣
المطلب الثانى: المفاوضات ٣٤٩
الفرع الأول: تعريف المفاوضات وطبيعتها ٣٥٠
الفرع الثانى: مراحل المفاوضات ٣٥٣
الغصن الأول: الدعوة للمفاوضات ٣٥٤
الغصن الثانى: سير المفاوضات ٣٥٥
الغصن الثالث: نهاية المفاوضات ٣٧٠
الفرع الثالث: الفساد الإدارى فى مفاوضات عقود البيوع الدولية (الرشوة) ٣٧٥
المبحث الثانى: الايجاب والقبول فى عقود البيوع الدولية ٣٨١
المطلب الأول: الايجاب فى عقود البيوع الدولية ٣٨٥
المطلب الثانى: القبول فى عقود البيوع الدولية ٤٢٨

الفصل الثالث
النظام القانونى لمبدأ حسن النية
فى تنفيذ العقد

تمهيد وتقسيم ٤٤٤
المبحث الأول: التزامات البائع ٤٤٧
المطلب الأول: الالتزام بالتسليم ٤٤٨
المطلب الثانى: الالتزام بالمطابقة ٤٥٩

الموضوع | الصفحة

الفرع الأول: شروط حماية المشترى حسن النية فى الاخلال بالتزام بالمطابقة ٤٦٤
الفرع الثانى: شروط حماية البائع حسن النية ٤٨٤
المبحث الثانى: التزامات المشترى ٥٠٩
المطلب الأول: الالتزام بدفع الثمن ٥١١
المطلب الثانى: الالتزام بالتسلم ٥٢٤
المبحث الثالث: النيابة فى التعاقد ٥٢٩

الباب الثانى
آثار الاخلال بمبدأ
حسن النية

مقدمة ٥٣٨

الفصل الأول
آثار الاخلال بمبدأ حسن النية
فى تكوين عقد البيع الدولى

تمهيد وتقسيم ٥٤١
المبحث الأول: بطلان العقد ٥٤٣
المطلب الأول: البطلان المطلق فى عقد البيع الدولى ٥٤٤
المطلب الثانى: البطلان النسبى فى عقد البيع الدولى ٥٥١
الفرع الأول: نقص الأهلية ٥٥٢
الفرع الثانى: عيوب الإرادة «الغلط، التدليس، الغبن» ٥٥٤
الغصن الأول: الغلط ٥٥٥
الغصن الثانى: التدليس ٥٦٠
الغصن الثالث: الغبن ٥٦٣

الموضوع	الصفحة
المبحث الثاني: انفساخ عقد البيع الدولى ومبدأ حسن النية	٥٦٦
المطلب الأول: القوة القاهرة	٥٦٩
المطلب الثانى: فعل الدائن	٥٩٠
الفصل الثاني	
آثار الاخلال بمبدأ حسن النية	
فى تنفيذ عقد البيع الدولى	
تمهيد وتقسيم	٥٩٥
المبحث الأول: إعادة التوازن المالى للعقد	٥٩٦
المطلب الأول: وقف التنفيذ	٥٩٨
المطلب الثانى: التنفيذ العينى	٦٠٣
الفرع الأول: طلب اصلاح البضائع	٦١٣
الفرع الثانى: تخفيض الثمن	٦٢٦
الفرع الثالث: الاستبدال	٦٣٧
المبحث الثانى: فسخ عقد البيع الدولى	٦٤٤
المطلب الأول: شروط فسخ عقد البيع الدولى	٦٤٨
الفرع الأول: المخالفة الجوهرية	٦٥١
الفرع الثانى: المهلة الاضافية	٦٥٦
المطلب الثانى: أنواع فسخ عقد البيع الدولى	٦٦١
الفرع الأول: الفسخ بقوة القانون	٦٦٢
الفرع الثانى: الفسخ بإرادة الطرفين	٦٦٧
الفرع الثالث: الفسخ القضائى	٦٧٠

الموضوع | الصفحة

الفصل الثالث

المسئولية عن الاخلال

بعقد البيع الدولى

تمهيد وتقسيم..... ٦٧٧

المبحث الأول: المسئولية قبل التعاقدية..... ٦٧٨

المطلب الأول: المسئولية قبل التعاقدية فى نظم القانون الخاص..... ٦٧٩

المطلب الثانى: المسئولية قبل التعاقدية فى نظم القانون العام.. ٦٨١

المطلب الثالث: المسئولية قبل التعاقدية فى القواعد الموضوعية الدولية..... ٦٨٦

المطلب الرابع: طبيعة المسئولية قبل التعاقدية..... ٦٨٩

المبحث الثانى: المسئولية العقدية..... ٦٩٣

المطلب الأول: عناصر المسئولية العقدية..... ٦٩٦

المطلب الثانى: المسئولية عن حق أو ادعاء الغير فى الملكية الصناعية والذهنية..... ٧٠٢

الفرع الأول: شروط مسئولية البائع..... ٧٠٥

الفرع الثانى: شروط مسئولية البائع عن حقوق الملكية الصناعية والذهنية..... ٧١٤

الفرع الثالث: حالات اعفاء البائع من المسئولية..... ٧٣٢

الخاتمة..... ٧٣٨

المراجع..... ٧٤١

الفهرس..... ٧٧٥