

أداء  
14/11/19



جامعة المنصورة  
كلية الحقوق  
قسم القانون المدني

# تتفيذ الألتزام على نفقة المدين في عقود البيع الدولية

دراسة مقارنة

بحث مستل من أطروحة مقدمة لنيل درجة دكتوراه في الحقوق

إعداد الباحث

يوسف سامي يوسف

تحت إشراف

الأستاذ الدكتور / محسن عبد الحميد إبراهيم البيه

أستاذ القانون المدني

كلية الحقوق - جامعة المنصورة

١٤٤٢هـ / ٢٠٢٠م

## المُقدِّمة

الحمد لله الملك الديان، والصلاة والسلام على سيد الإنس والجان، محمد، وعلى آله وصحبه أجمعين، ومن تبعهم بإحسان إلى يوم الدين. أما بعد، يعد الأثر الجوهري للالتزام بعد نشوئه صحيحاً من مصدره هو وجوب قيام المدين بتنفيذه طبقاً لما اشتمل عليه، بأمانة وحسن نية، طوعاً وبمحض إرادته واختياره وضمن المدة المحددة لذلك، أي دون الحاجة لاتخاذ الإجراءات القانونية لجبره على ذلك، ولكن الأمر لا يسير على هذه الوتيرة دائماً؛ فقد يترأى لطائفة منهم أن تخل بهذه الالتزامات، فيحدث في بعض الأحيان أن يمتنع أو يتأخر المدين في تنفيذ التزامه، أو يقوم بتنفيذه تنفيذاً معيباً أو تنفيذاً جزئياً، بما يتعارض مع أحكام القانون، ومن البديهي أن يؤدي ذلك الإخلال إلى البعد برابطة الالتزام عن محور العدالة. ولا يُماري أحد في أن هذه النتيجة للأخلاقية لا تصيب بآثارها الدائنين وحدهم، بل تؤدي بدورها إلى إهدار القواعد الموضوعية ذات المحتوى الاقتصادي في المجتمع، ولا مناص حينئذ من الترخيص للطرف الآخر باللجوء إلى الطرق التي قررها القانون؛ لإجبار المدين على تنفيذ الاتفاق الذي التزم به طبقاً لشكله ومضمونه، حرصاً على استقرار المعاملات وعدم تعريضها لأي هزة أو اضطراب.

إن واقع الأمر يشير إلى أن المُشرِّع، في أيِّ من الأنظمة القانونية، حينما يعزم إلى تقديم حمايته للالتزام، فإنه يسلك أحد الاتجاهين: فبمقدوره في المقام الأول أن يضغط على شخص المدين بمختلف وسائل الإكراه، سحفاً لمقاومته، وحملاً له على التنفيذ العيني؛ كما بمقدوره في المقام الثاني أن يحجم عن سلوك هذا الاتجاه، ولا ينال إلا من أموال المدين، وبين هذين الاتجاهين تتأرجح التشريعات المختلفة طبقاً لتصورها عن فكرة العدالة والأخلاق.

بيد أنه من الطبيعي والمنطقي، أن معظم الشرائع التي تحرص في المقام الأول على توفير الحماية اللازمة لطائفة الدائنين، لا تعوزها الوسائل الزجرية المختلفة للتضييق على المدينين في معيشتهم وحريتهم، وصولاً بالتنفيذ العيني إلى تحقيق أهدافه، ولكن في بعض الأحيان لا تصل هذه الوسائل إلى غايتها في إجبار المدين المتعنت على تنفيذ التزامه. لذلك، كفل القانون للدائن طرقاً أخرى يمكن من خلالها استيفاء حقه من مدينه، فيسلك الدائن أحد طريقتين: أن يطلب الدائن من مدينه أن ينفذ التزامه جبراً عليه، فينصب التنفيذ على الالتزام ذاته، بأن يؤدي المدين عين ما التزم به، أي بالكيفية المتفق عليها، ويُطلق عليه التنفيذ العيني، والطريق الثاني أن يتم التنفيذ عن طريق إلزام المدين بأداء تعويض للدائن بدلاً عن تنفيذ التزامه عيناً، ويُطلق على هذا التنفيذ بمقابل أو عن طريق التعويض.

يرتكز التّفيز على نفقة المدين على قاعدة مؤداها أن المدين ليس هو الشخص الوحيد القادر على تنفيذ التّزام، فهناك من يستطيع أن يقوم بأداء التّزام بصورة معادلة لما كان سيقوم به المدين وفي الوقت نفسه لا تمس حرية المدين في شيء؛ إذ يستوي لدى الدائن في هذا النوع من التّزامات قيام المدين أو غيره بأدائها، طالما كان شخص المدين غير ذي اعتبار في تنفيذ التّزام.

إنّ عقد البيع الدوليّ كغيره من عقود البيع، يفرض واجب قيام كلّ متعاقد بتنفيذ التزامه، وهذا يدفعنا إلى البحث في الإخلال الحاصل من أحد المتعاقدين، والذي يمكن أن يرتب عليه القانون جزاءات، وطبيعة هذه الجزاءات، وإذا كانت هناك جزاءات تقليدية معروفة على صعيد القوانين الداخلية، فهل تختلف في شروط إعمالها في عقود البيع الدولية؟ ومدى حق الدائن في اختيار أيّ منها لمعالجة الإخلال المرتكب، وهل جزاء تنفيذ التّزام على نفقة المدين أحد هذه الجزاءات؟ وكيف يمكن إعمال هذه الوسيلة؟

وحينما شرعتُ بكتابتي لهذا البحث، كنتُ أشعر أن هناك حاجة ماسة إلى البحث في هذا الموضوع (تنفيذ التّزام على نفقة المدين في عقود البيع الدولية - دراسة مقارنة)، وتأسيساً على ذلك كلّ وجدنا ضرورة ملحّة لتسليط الضوء على هذا الموضوع، بوصفه واحداً من أهم مواضيع القانون الخاص. لذا، حرصنا على النفاذ إلى حقيقة هذا الحق، على وجه المقارنة بين التشريع العراقيّ والمصريّ والفرنسيّ، محاولين الإحاطة به من جوانبه كافة.

### أهمية الدراسة:

يستمدُّ بحثنا في موضوع (تنفيذ التّزام على نفقة المدين في عقود البيع الدولية - دراسة مقارنة) أهميته في الفكر القانوني من جانبين، أحدهما نظري والآخر عملي، أما في الجانب النظري فنلاحظ أنه لم يُبحث من قبل الفكر المدني؛ إذ لم نجد دراسة مستقلة ومعمّقة لمفهوم تنفيذ التّزام على نفقة المدين، وأن ما تطرّق إليه الفقه بصدده كان في أغلب الأحيان مقتضياً، باعتبار هذه الطريقة ما هي إلا جزء من وسائل التنفيذ العينيّ الجبريّ العديدة، التي يمكن للدائن اللجوء إليها لإجبار مدينه على تنفيذ التّزامه. أما موقف التشريع من التنفيذ على نفقة المدين، فهو الآخر لم يبحثه بنصوص خاصة، إذ اكتفت القوانين المدنية إلى الإشارة إليه بصورة مقتضبة، لم تكن متناسبة مع ما له من أهمية في إكمال تنفيذ التّزامات بالطريقة الصحيحة والمطابقة لما تم الاتفاق عليه بين أطراف التّزام، سواء على مستوى التّزامات الداخلية (المدنية) أو على المستوى الدوليّ. أما أهمية الموضوع من الجانب العملي،

فتظهر لتعلّق الأمر بما يشهده العراق ومصر من نهوضٍ عُمرانيٍّ وتجاربيٍّ؛ إذ تصاعدت وتيرة البناء والتجارة وإقامة المشاريع، مما يعترض بعض هذه المشاريع من مشكلات أو خلافات يقتضي اتّباع طرقٍ خاصّةٍ ووسائل ناجحة لمعالجتها الخاصة، ومن هنا تتأتى أهمية الدراسة؛ في كونها تُسلّط الضوء على وسيلة مهمة هي رخصة تنفيذ الالتزام على نفقة المدين.

### **منهجية البحث:**

لما كان موضوع البحث يفرض علينا منهجية علمية، بهدف استجلاء غوامضه، وإبراز فكرته، فإننا سنعمد إلى معالجة موضوع تنفيذ الالتزام على نفقة المدين عن طريق اتّباع المنهج المقارن التحليلي والوصفي، والبحث في الاتفاقات الدولية والقوانين النافذة في العراق ومصر وفرنسا.

## تنفيذ الالتزام على نفقة المدين في عقود البيع الدولية (دراسة مقارنة)

تحتل التجارة الدولية دون منافس مركز الصدارة في العلاقات التجارية الحديثة؛ وذلك لما تنطوي عليه من تبادل للثروات والخدمات وعمليات الإنتاج، ولما تتضمنه من نقل المواد الأولية والسلع المختلفة من أسواق الإنتاج إلى أسواق الاستهلاك والاستثمار. ولما كان العقد أهم وسيلة لإجراء المعاملات أو التصرفات القانونية سواء على المستوى الدولي أو الداخلي، فإن النشاط التجاري الدولي في الغالب يتم من خلال عقود يُطلق عليها "عقود البيع الدولية"<sup>(١)</sup>.

عليه، فإذا كان لعقد البيع في ميدان التعامل الداخلي دور أساسي، فإن هذا الدور يتعاظم وتزداد أهميته في ميدان التعامل التجاري الدولي. وبغية تحقيق الهدف الذي يسعى أطراف عقد البيع الدولي للبضائع إلى تحقيقه، فلا بد من إتمام تنفيذ الالتزامات العقدية لهم وكما مثبت في العقد، بل تصل إلى إجبار الطرف المخل على تنفيذ التزامه<sup>(٢)</sup>.

وبغية الإحاطة بهذا الموضوع، سنقسم هذا الباب إلى فصلين، الأول لبحث الأخلال الموجب لتنفيذ الالتزام على نفقة المدين في البيوع الدولية، والثاني لبحث تطبيقات تنفيذ الالتزام على نفقة المدين في البيوع الدولية.

**الفصل الأول: الأخلال الموجب لتنفيذ الالتزام على نفقة المدين في البيوع الدولية.**

**الفصل الثاني: تطبيقات تنفيذ الالتزام على نفقة المدين في البيوع الدولية.**

(١) ثروت حبيب، دراسة في قانون التجارة الدولية، مع الاهتمام بالبيوع الدولية، إعادة للطبعة الثانية، مكتبة الجلاء الجديدة،

المنصورة، ١٩٩٥، ص ١٣٠.

(٢) محمود سمير الشراوي، العقود التجارية الدولية – دراسة خاصة لعقد البيع الدولي للبضائع، ط٢، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٢، ص ١٢.

## الفصل الأول

### الإخلال الموجب لتنفيذ الالتزام على نفقة المدين في البيوع الدولية

لقد ازدادت أهمية عقد البيع بشكل واسع حتى أصبح من أهم العقود على الإطلاق لأي مجتمع داخلي، ونتيجة لهذه الأهمية التي يحظى بها عقد البيع ذاته تبرز أهمية التنفيذ، باعتباره الأساس الذي بُني من أجله العقد، وتبدو أهميته أكثر وضوحاً على الصعيد الدولي، حيث يحتل عقد البيع أهمية متزايدة مع تزايد حركة التجارة الدولية، فهو المحور الذي تدور حوله علاقات الأطراف الناشئة عن عقد البيع الدولي<sup>(٣)</sup>.

ولما كان عقد البيع الدولي كغيره من عقود البيع يفرض واجب قيام كل متعاقد بتنفيذ التزامه، يدفعنا هذا إلى البحث في الإخلال الحاصل من أحد المتعاقدين، والذي يمكن أن يرتب عليه القانون جزاءات وطبيعة هذه الجزاءات، وإذا كانت هناك جزاءات تقليدية معروفة على صعيد القوانين الداخلية، فهل تختلف في شروط إعمالها في عقود البيع الدولية، ومدى حق الدائن في اختيار أي منها لمعالجة الإخلال المرتكب؟ وهل جزاء تنفيذ الالتزام على نفقة المدين أحد هذه الجزاءات؟ كل هذا يدفعنا إلى تقسيم هذا الفصل إلى مبحثين، يُخصّص المبحث الأول لبحث تعريف الإخلال بالتنفيذ في عقد البيع الدولي، والمبحث الثاني لبحث أنواع الإخلال بتنفيذ الالتزام في عقود البيع الدولي.

**المبحث الأول: - تعريف الإخلال بالتنفيذ في عقد البيع الدولي.**

**المبحث الثاني: - أنواع الإخلال بتنفيذ الالتزام في عقود البيع الدولي.**

---

(٣) محمد شوقي شاهين، الشركات المشتركة طبيعتها وأحكامها في القانون المصري والمقارن، بلا مكان طبع، بلا سنة طبع، ص ٥٢٣.

## المبحث الأول

### تعريف الإخلال في عقد البيع الدولي

إنَّ عقد البيع الدوليَّ للبضائع وما يتصل به من عمليات أو عقود أخرى كالنقل والتأمين وأعمال المصارف وغيرها من أهم موضوعات قانون التجارة الدولية، باعتبارها الأداة القانونية الأساسية التي تتم بواسطتها حركة التجارة الدولية، لذلك اتجهت الجهود التي تُبذل على المستوى التجاري بين الدول لتنظيمه، وكانت عبر العديد من الاتفاقيات، أهمها اتفاقية لاهاي سنة ١٩٦٤، إلا أن هاتين الاتفاقيتين لم تحققا التوحيد المنشود، إذ لم يشارك في إعدادهما سوى عدد محدود من الدول، لذلك قامت الأمم المتحدة بإنشاء لجنة الأمم المتحدة لقانون التجارة الدولية المسماة "الأونسترال" لغرض تنسيق وتوحيد التجارة الدولية، وتوجت أعمالها بإبرام اتفاقية فيينا سنة ١٩٨٠، والتي دخلت حيز التنفيذ سنة ١٩٨٨، ونجد أن هذه الاتفاقية أعطت تعريفاً للإخلال في عقود البيع الدولية في المادة (٢٥)، التي نصت على: "تكون مخالفة العقد من جانب أحد الطرفين جوهرية إذا تسببت بإلحاق ضرر بالطرف الآخر، من شأنه أن يحرمه بشكل أساسي مما يحق له أن يتوقع الحصول عليه بموجب العقد، ما لم يكن الطرف المخالف يتوقع مثل هذه النتيجة، وما لم يكن أي شخص سوي الإدراك من نفس الصفة يتوقع مثل هذه النتيجة في نفس الظروف"<sup>(٤)</sup>.

إنَّ تنفيذ الالتزام على نفقة المدين يرتكز على قاعدة، مؤداها أن المدين ليس هو الشخص الوحيد الذي يستطيع تنفيذ الالتزام، ويتعبير آخر أكثر تحديداً، إن الالتزام لا يحمل الطابع الشخصي "Intuit us Personae". ومن هنا، فإنَّ للدائن في بعض الفروض أن يحصل على التنفيذ العيني بطريق مباشر وعلى نفقة مدينه، بدلاً من أن يقنع بالتعويض"<sup>(٥)</sup>.

(٤) تم إقرار اتفاقية الأمم المتحدة لسنة ١٩٨٠ بشأن عقود البيع الدولي للبضائع (اتفاقية فيينا) في المؤتمر الدبلوماسي المنعقد في مدينة فيينا عام ١٩٨٠، بعد أن صيغت أحكامها من قبل لجنة الأمم المتحدة لقانون التجارة الدولية UNCITRAL، التي أنشئت عام ١٩٦٦ لتنسيق جهود توحيد قانون التجارة الدولية. وكان المعهد الدولي لتوحيد القانون الخاص في روما UNIDROIT، الذي تأسس عام ١٩٢٦ قد شرع، ضمن حقول واهتمامات أخرى، في توحيد القواعد الموضوعية لعقد البيع الدولي للبضائع، فأقر عام ١٩٦٤ اتفاقيتين بالخصوص؛ الأولى تنظم القواعد الموحدة لتكوين عقد البيع الدولي للمنفولات المادية. والثانية توفر قواعد موحدة بشأن عقد البيع الدولي للعام ١٩٩٤. ولم تجد هاتان الاتفاقيتان إقبالا من الدول، فلم ينضم إليهما سوى عدد محدود من الدول، مما استدعى الأمر تشكيل لجنة أممية لبحث ونقاش صياغة اتفاقية دولية ناظمة لعقد البيع الدولي للبضائع تعبر عن مصالح الأنظمة القانونية الرئيسية المختلفة، فكانت اتفاقية فيينا محل البحث. فهي قواعد وضعها معهد روما لتوحيد القانون الخاص عام ١٩٩٤، وتم تعديلها مرتين، عام ٢٠٠٤ وعام ٢٠١٠. والفارق الرئيس بين الوثيقتين (فيينا واليونيدروا)، الأولى عبارة عن اتفاقية دولية تخضع في الانضمام إليها والانسحاب منها إلى قواعد القانون الدولي العام، وهي خاصة بتنظيم عقد البيع الدولي للبضائع دون سواه. ويحدد نطاق تطبيقها الجغرافي والموضوعي وفقاً للمواد (١-٣) منها، بينما لا تمثل مبادئ اليونيدروا المعدلة لسنة ٢٠١٠ اتفاقية دولية. وأحكامها غير قاصرة على عقد بيع البضائع. للمزيد، انظر كمال إبراهيم، التحكيم التجاري الدولي، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، القاهرة، ١٩٩١، ص ٤٥ وما بعدها.

(٥) عادل جبري محمد حبيب، التنفيذ العيني للالتزامات العقدية - دراسة تحليلية تأصيلية مقارنة، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ٢٠٠٥، ص ٤٠٣.

وبغية الإحاطة بتعريف الإخلال، نبحث في الاتفاقيات الدولية كاتفاقية البيع الموحد واتفاقية فيينا للبيع الدولي، فنجد أنها أطلقت على الإخلال مصطلح المخالفة الجوهرية، وهذا المصطلح لم يأت من فراغ، بل يجد مصدره في القوانين الأنجلوأمريكية التي تتضمن هذا المصطلح<sup>(٦)</sup>. وكذلك نظمتها الجزاءات التي تترتب على الإخلال بالعقد التي تضمنتها هاتان الاتفاقيتان، فنجد أن اتفاقية فيينا للبيع الدولي في المادة (١/٤٥) منها بينت أن المتعاقد (البائع) إذا لم ينفذ أي التزام من التزاماته، جاز للطرف الآخر أن يستعمل الجزاءات المقررة في حالة الإخلال بالعقد، المنصوص عليه في المواد (٤٥-٥٢) و(٦١-٦٥) من الاتفاقية<sup>(٧)</sup>.

كذلك بالرجوع إلى البرتوكول الملحق في اتفاقية فيينا للبيع الدولي المتعلق باتفاقية مدة التقادم في البيع الدولي للبضائع (نيويورك ١٩٧٤)، نجد تعريفاً للإخلال في المادة (١/٣/د) بصيغتها العربية المعدلة، حيث عرّفت الإخلال بأنه: "يعني خرق العقد وعدم قيام طرف ما بأداء العقد، أو قيامه بأي أداء لا يتماشى مع العقد"<sup>(٨)</sup>.

أما في مبادئ اليونيدروا، فنجد أن المادة (٧-١-١) منه تضمنت تعريفاً للإخلال بالتنفيذ تحت عنوان عدم التنفيذ (Non-performance)، وعرفته بأنه: "فشل أحد الأطراف في تنفيذ أي من التزاماته التعاقدية، ويشمل التنفيذ المعيب أو التنفيذ المتأخر". فهذه المادة عرفت عدم التنفيذ لغرض هذه المبادئ. ويشير هذا التعريف إلى سمتين: الأولى هي أن عدم التنفيذ قد تم تحديده ليشمل جميع أشكال الأداء المعيب، فضلاً عن الفشل في التنفيذ، ومن ثم فإن هذا المفهوم يستوعب عدم التنفيذ الجزئي، فضلاً عن العيب الجزئي والتنفيذ المتأخر، أما السمة الثانية، فإن عدم التنفيذ يتحقق بصرف النظر عن وجود التعمد أو الإهمال أو وجود أي منهما<sup>(٩)</sup>.

إن المتأمل في هذه التعاريف يجد أن عرفت الإخلال من خلال بيان صورته، ونجد أن صور الإخلال فيهما لا تختلف عن صور الإخلال في القوانين الوطنية، والتمثل في عدم تنفيذ المتعاقد لالتزامه العقدي، أو تنفيذه على غير ما يوجبه العقد، بعدم تنفيذ التزامه أصلاً أو التنفيذ المتأخر والجزئي أو

(٦) انظر نص المادة (٢٥) من اتفاقية فيينا.

(٧) نصت المادة (١/٤٥) من اتفاقية فيينا للبيع الدولي على "أ- إذا لم ينفذ البائع التزاماً مما يرتبه عليه العقد أو هذه الاتفاقية، جاز للمشتري: أ- أن يستعمل الحقوق المقررة في المواد ٤٦ إلى ٥٢. ب- أن يطلب التعويضات المنصوص عليها في المواد ٧٤ إلى ٧٧."

(٨) لطيف جبر كوماني، مسؤولية البائع في البيوع البحرية، مؤسسة الثقافة العمالية، بغداد، ١٩٨٢، ص ١٠٥.

(٩) أكرم محمد حسين، الإخلال بالتنفيذ في بيوع التجارة الدولية - دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، ٢٠١٧، ص ٣٧.

المعيب<sup>(١٠)</sup>. والسؤال الذي يطرح نفسه هنا، إذا كانت صور الإخلال بالتنفيذ في ظل قانون البيع الموحد واتفاقية فيينا لا تختلف عما هو مستقر في القوانين الوطنية، فما الأساس الذي يقوم عليه هذا الإخلال؟ إن الإخلال بالتنفيذ في القوانين الوطنية، يتبناه اتجاهان، الأول تقوم فيه مسؤولية المتعاقد على أساس عدم تنفيذ المدين للالتزامه يعتبر خطأً تترتب عليه مسؤوليته العقدية، ويتمثل هذا الاتجاه القوانين اللاتينية. والاتجاه والثاني عندهم لا يعد عدم تنفيذ المتعاقد للالتزامه إخلالاً بحد ذاته، بل يعد مجرد قرينة على الخطأ، لكنها قرينة قابلة لإثبات العكس، وهذا اتجاه القانون المدني الألماني. أما اتفاقية فيينا للبيع الدولي، فقد اختلفت عن القوانين السابقة وركزت على عنصر التوقع لا على الخطأ، فاشتطت إثبات التوقع من عدمه استناداً للمادة (٢٥) منها<sup>(١١)</sup>.

## المبحث الثاني

(١٠) محسن شفيق، اتفاقية الأمم المتحدة بشأن البيع الدولي للبضائع – دراسة في قانون التجارة الدولي، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٨، ص ١٢٠.

(١١) إن القانون المدني الفرنسي يعتمد في تقرير أساس مسؤولية المتعاقد عن عدم تنفيذه على عدم التنفيذ ذاته، ومن دون إعطاء فكرة الخطأ أي اعتبار في هذا الخصوص، ومن ثم فإنه يتبع الاتجاه اللاتيني لتقرير أسس مسؤولية المدين عن عدم تنفيذ الالتزامات التعاقدية. كذلك القانون المدني العراقي، فقد تبنى موقف القانون المدني الفرنسي بتقريره أن مجرد عدم تنفيذ الالتزام العقدي يوجب قيام مسؤولية المدين، ولم يضع لفكرة الخطأ أي اعتبار. انظر غني حسون طه، الوجيز في النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، مطبعة المعارف، بغداد، ١٩٧١، ص ٣٦٦. أما القانون المدني المصري، فهو الآخر تبنى الاتجاه الذي اعتمد عليه القانون المدني الفرنسي بتقرير مسؤولية المدين بمجرد عدم تنفيذ الالتزام العقدي، ولم يضع لفكرة الخطأ أي أهمية. انظر سليمان مرقس، موجز أصول الالتزامات، القاهرة، ١٩٦١، ص ٢٦٥. أما اتفاقية فيينا لعقود البيع الدولية، فقد أكدت في المواد ٤٩ و ٦٤ على أن المتعاقد إذا أخل بتنفيذ التزاماته العقدية وكان هذا الإخلال يرتقي إلى المخالفة الجوهرية، فإن المتعاقد الآخر سيكون مخولاً بالمطالبة بفسخ العقد كأحد الحقوق الثابتة له في الاتفاقية. انظر وليد خالد عطية، التنفيذ على حساب المدين عن طريق إبرام صفقات بديلة دراسة مقارنة بين القوانين الأنجلوأمريكية والمدنية وعقود البيع الدولية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠١٧، ص ٥٧. وانظر أكرم محمد حسين، الإخلال بالتنفيذ في بيوع التجارة الدولية – دراسة مقارنة، مصدر سابق، ص ٣٨.

## أنواع الإخلال في عقد البيع الدولي

تتضمن اتفاقيات التجارة الدولية نوعين من الإخلال هما، الإخلال الجوهري (المخالفة الجهرية)، والإخلال المسبق (الإخلال المبستر)، نبحث كلاً منهما في مطلب مستقل، نخصص المطلب الأول لبحث الإخلال الجوهري (المخالفة الجهرية)، والثاني لبحث الإخلال المسبق (الإخلال المبستر).

**المطلب الأول: الإخلال الجوهري (المخالفة الجهرية).**

**المطلب الثاني: الإخلال المسبق (الإخلال المبستر).**

### المطلب الأول

#### الإخلال الجوهري (المخالفة الجهرية)

إن فكرة المخالفة الجهرية تجد أساسها في اتفاقية لاهاي للبيع الدولي للمنقولات المادية ١٩٦٤. وقد استلهم واضعو هذه الاتفاقية الفكرة المذكورة من القانون الإنجليزي تحديداً، ومن خلال التمييز بين ما يُعرف بالشرط (Condition) والضمان (Warranty) في هذا القانون. إلا أن التنظيم القانوني الواضح لفكرة المخالفة الجهرية نجده في اتفاقية فيينا ١٩٨٠، إذ تعرضت فكرة المخالفة الجهرية في اتفاقية لاهاي لنقد شديد أثار نقاشات طويلة استمر على مدى سنوات عديدة من الأعمال التحضيرية التي سبقت إقرار اتفاقية فيينا عام ١٩٨٠، ويتجسد التنظيم القانوني لفكرة المخالفة الجهرية في اتفاقية فيينا بوضع مفهوم محدد للمخالفة الجهرية يقوم على عناصر متعددة، وينعكس على تنفيذ الأطراف للالتزاماتهم في عقد البيع، وهو ما يجسد تطبيقات حية لهذه الفكرة<sup>(١٢)</sup>.

وإذا أمعنا النظر في نصوص القوانين الوطنية، فإننا سنجد أن فكرة المخالفة الجهرية غريبة إلى حد كبير عنها، فحق الفسخ الذي يقرر للمتعاقد المضرور في هذه القوانين يستند إلى خطأ المتعاقد الآخر، وبالتالي لا يعتبر المتعاقد قد أخلّ إلا إذا ارتكب خطأً، وهذا الإخلال إلى حد بعيد يختلف عن

---

(١٢) أنظر أسيل باقر جاسم، المفهوم القانوني للمخالفة الجهرية في عقد البيع الدولي للبضائع، بحث مقدّم في المؤتمر الوطني العاشر، مجلة رسالة الحقوق، جامعة كربلاء، العدد الخاص بالمؤتمر العاشر، ٢٠١٣، ص ١٦٤.

مفهوم المخالفة الجوهرية للعقد في الاتفاقيات الدولية<sup>(١٣)</sup>. وهذا البعد بين المفهومين يتجلى بوضوح على صعيد الاتفاقيات الدولية، فاتفاقية فيينا أخذت بالمفهوم الذي يرتب مسؤولية المتعاقد عن الإخلال بمجرد عدم تنفيذ التزامه، من دون أن تضع في اعتبارها فكرة الخطأ، بمعنى آخر، أن مجرد عدم التنفيذ يعد خطأ بحد ذاته ويعد إخلالاً<sup>(١٤)</sup>.

وكما ذكرنا عرفت اتفاقية فيينا في المادة (٢٥) منها المخالفة الجوهرية بأنها: "تكون مخالفة العقد من جانب أحد الطرفين جوهرية إذا تسببت بإلحاق ضرر بالطرف الآخر، من شأنه أن يجرمه بشكل أساسي مما يحق له أن يتوقع الحصول عليه بموجب العقد ما لم يكن الطرف المخالف يتوقع مثل هذه النتيجة، وما لم يكن أي شخص سوي الإدراك من نفس الصفة يتوقع مثل هذه النتيجة في نفس الظروف"<sup>(١٥)</sup>.

(١٣) نصت المادة (١٧٧) مدني عراقي على: "١ - في العقود الملزمة للجانبين، إذا لم يوف أحد العاقدين بما وجب عليه بالعقد، جاز للعقد الآخر بعد الإذار أن يطلب الفسخ مع التعويض إن كان له مقتضى، على إنه يجوز للمحكمة أن تنتظر المدين إلى أجل، كما يجوز لها أن ترفض طلب الفسخ إذا كان ما لم يوف به المدين قليلاً بالنسبة للالتزام في جملته". ونصت المادة (١٥٧) مدني مصري على: "١- في العقود الملزمة للجانبين، إذا لم يوف أحد المتعاقدين بالتزامه جاز للمتعاقد الآخر بعد إذاره المدين أن يطالب بتنفيذ العقد أو بفسخه، مع التعويض في الحالتين إن كان له مقتضى. ٢- ويجوز للقاضي أن يمنح المدين أجلاً إذا اقتضت الظروف ذلك، كما يجوز له أن يرفض الفسخ إذا كان ما لم يوف به المدين قليل الأهمية بالنسبة إلى الالتزام في جملته".

(١٤) إن معظم الأنظمة القانونية تقيم مسؤولية المتعاقد المخل بالتزام على فكرة الخطأ، فلا يعد عدم تنفيذ الالتزام إلا قرينة على هذا الخطأ، وهي قرينة غير قاطعة تقبل إثبات العكس، فيجوز للطرف المخل إثبات عدم ارتكابه الخطأ للتخلص من المسؤولية. انظر نص م (١٦٨) مدني عراقي، والمادة (٢١٠) مدني مصري، والمادة (١١٤٨) مدني فرنسي. للمزيد من التفصيل، انظر لطيف جبر كوماني، مسؤولية البائع في البيوع البحرية، مصدر سابق، ص ١٥٠ وما بعدها.

(١٥) لم تكف اتفاقية فيينا بتحقيق الضرر لإقرار مسؤولية المتعاقد عن عدم التنفيذ والسماح للمتعاقد الآخر بفسخ العقد، بل إنها اشترطت أن يبلغ الضرر درجة كبيرة من الجسامه. وتعتبر الاتفاقية عما تقدم من خلال النص على اعتبار المخالفة جوهرية متى تسببت بإلحاق ضرر بالطرف الآخر يترتب عليه حرمانه بصفة أساسية بما العقد. له أن يتوقع الحصول عليه من منفعة من العقد. ومعيار التوقع هنا هو معيار موضوعي لا شخصي فلا يعتد بما يتوقعه المتعاقد وفقاً لرؤيته الخاصة، بل إلى ما يفترض به أن يتوقعه وفقاً لظروف العقد. من جانب آخر، فإنه يشترط تحقق الضرر فعلاً، فلا يكفي باحتمال تحققه إلا أنه لا يشترط أن يكون الضرر حالياً، بل قد يكون الضرر مستقبلاً متى كان محقق الوقوع في المستقبل. فإذا اشترى تاجر بضاعة بقصد تصريفها بعد فترة معينة لوجود مخزون لديه لم ينفذ بعد، وتأخر البائع في تسليم البضاعة أو سلمها معيبة، فإنه يعد مرتكباً مخالفة جوهرية، فالضرر هنا يعد محقق الوقوع في المستقبل، أي عند نفاذ الكمية المخزونة. بالإضافة لما تقدم، فإن تقدير جوهرية الضرر يعد مسألة وقائع يستقل بتقديرها قاضي محكمة الموضوع وفقاً لظروف كل قضية، فقد يكون ذات الإخلال في بعض الأحيان متسامحاً فيه، وفي أحيان أخرى يرتب ضرراً جوهرياً. ففي الظروف العادية مثلاً لا يؤدي التأخير في تسليم البضاعة ليوم أو يومين إلى ضرر يذكر، لكنه قد يؤدي إلى ضرر جوهرى إذا كان القصد من شراء البضاعة المشاركة بها في معرض يستمر يومين فقط. وينبغي أن يدخل في تقدير جوهرية الضرر ما يعرضه الطرف المخالف لعلاج الضرر من حلول تؤدي إلى تقليل الضرر أو تلافي جزء كبير منه؛ فقيام البائع بإصلاح البضاعة التالفة أو شراء بضاعة أخرى بديلة من شأنه رفع الضرر الذي لحق بالمشتري أو جزء كبير منه، بحيث لا يشكل ما تبقى من الضرر إلا مقداراً يسيراً، فلا يمكن اعتباره ضرراً جوهرياً. بيد أنه يشترط في هذه الحالة ألا يترتب على محاولة البائع إصلاح الضرر تأخير غير معقول أو مضايقة غير معقولة للمشتري، وألا تنور لدى الأخير شكوك حول نية البائع في رد النفقات التي تكبدها المشتري بسبب الإخلال بالالتزام. انظر خالد محمد أحمد عبد الحميد، فسخ عقد البيع الدولي للبضائع وفقاً لاتفاقية فيينا لعام ١٩٨٠ - أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، ٢٠٠٠، ص ٦٩.

ومن هذا التعريف نصل إلى حقيقة مفادها، أن مفهوم المخالفة الجوهرية لا يركز على دقة وشدة واجب تنفيذ الالتزام، ولكن يركز على جسامته آثار عدم التنفيذ. فإذا كان الطرف الذي تضرر قد تكبد حرماناً أساسياً نتيجة الإخلال المفترض، وكان هذا الحرمان متوقعاً من قبل الطرف المُخل، فإن الأمر يقتضي هنا التقويم الواقعي لظروف كل قضية على حدة، حتى وإن كان هذا الإخلال يتعلق بالالتزام ثانوي، فإنه يمكن أن يرتقي إلى المخالفة الجوهرية. ومن هذا يتضح أن تحديد المخالفة الجوهرية يعد من المواضيع المعقدة جداً، فطبيعة الالتزام المخروق يلعب دوراً كبيراً في هذا المجال، ومن المعلوم، أن مخالفة الالتزامات الرئيسية تؤدي عادة إلى نشوء الإخلال الجوهري، وكذلك إن الإخلال بالالتزام غير الرئيسي في العقد يمكن أن يعد أيضاً جوهرياً، بمعنى آخر، أن الالتزامات الثانوية قد تؤدي إلى نشوء المخالفة الجوهرية، ولكن يجب التأكيد هنا على أن الإخلال بالعقد، سواء كان يتعلق بالالتزام الأساسي أو التزام ثانوي، يكون جوهرياً عندما يصبح العقد والغرض الذي أبرم من أجله في وضع خطير بشكل جدي بالنسبة للطرف الآخر غير المُخل، إذ إن مصلحته في تنفيذ العقد تزول عن الوجود كأثر للإخلال بالعقد، وهذا بالطبع يكون قابلاً للتوقع بالنسبة للطرف المُخل<sup>(١٦)</sup>.

أما اتفاقية لاهاي للبيع الدولي للمنتجات المادية لعام ١٩٦٤، فلم تعط أهمية للالتزام للقول بارتكاب مخالفة جوهرية، إنما اعتمدت على جسامته الإخلال. فقد يكون الالتزام رئيسياً ومهماً ولكن لا يترتب على الإخلال به سوى ضرر يسير. فعرفت المادة (١٠) من الاتفاقية المذكورة المخالفة الجوهرية بأنها: "تكون مخالفة العقد جوهرية في حكم هذا القانون إذا كان المتعاقد الذي تخلف عن التنفيذ يعلم أو كان ينبغي أن يعلم وقت إبرام العقد أن شخصاً عاقلاً من صفة المتعاقد الآخر وفي مركزه، ما كان ليرضى بإبرام العقد إذا علم بالمخالفة وآثارها"<sup>(١٧)</sup>.

(١٦) يذهب الفقهاء في مجال عقود البيع الدولية إلى أن الإخلال بالعقد يكون جوهرياً بغض النظر عما إذا كان يتعلق بالالتزام رئيساً أو ثانوي، فمثلاً عندما يكون البائع ملتزماً بتسليم بضاعة تحمل علامة تجارية حصرية للمشتري، فإن إخلاله سيكون جوهرياً، عندما يقوم بعرض هذه البضاعة في معرضه لغرض البيع أو يحتفظ بها، على الرغم من إنذار المشتري له بتسليمها، فإخلال البائع هنا يعد جوهرياً. وكذلك في حالة الإنكار والرفض غير المبرر لحقوق المتعاقد الآخر العقدية، كشرط الاحتفاظ بالملكية، وحق البائع في حيازة البضاعة، أو الإنكار والرفض المبرر فيما يتعلق بنفاذ العقد بعد حيازة البضاعة، فصور الإخلال المتقدمة ترتقي إلى المخالفة الجوهرية. وليد خالد عطية، التنفيذ على حساب المدين عن طريق إبرام صفقات بديلة دراسة مقارنة بين القوانين الأنجلوأمريكية والمدنية وعقود البيع الدولية، مصدر سابق، ص ١١٦ و١٢١.

(١٧) إن اتفاقية لاهاي تتكون من جزأين، الأول هو متن الاتفاقية أو الاتفاقية في ذاتها، ويتكون من (١٥) مادة تنظم التزام الدول المتعاقدة. بإدخال القانون الموحد (ويمثل الجزء الثاني من الاتفاقية) في تشريعاتها الداخلية، والأحكام التي يجوز للدول الأعضاء رفض تطبيقها والمسائل التقليدية المتعلقة بالمصادقة على الاتفاقية والانضمام إليها والانسحاب منها وتعديلها، أما الجزء الثاني فهو القانون الموحد الملحق بالاتفاقية ويتكون من (١٠١) مادة تنظم بالدرجة الأساس الالتزامات الناجمة عن عقد البيع الدولي وجزاء الإخلال بها، لذلك فإن المقصود بعبارة (هذا القانون) الواردة في المادة (١٠) هو القانون الموحد الملحق بالاتفاقية.

وتتبنى المادة (٧-٣-١) من المبادئ اليونيدروا إعطاء الحق للمتعاقد إنهاء العقد متى ارتقى عدم التنفيذ إلى مرتبة الإخلال الجوهرى بالعقد ودون التمييز أيضاً بين عدم التنفيذ بعذر أو عدم التنفيذ بغير عذر، إذ تنص في هذه المادة على أنه: "يجوز لأي طرف إنهاء العقد إذا فشل الطرف الآخر في تنفيذ التزام يرتقى إلى مرتبة الإخلال الجوهرى بالعقد". فظاهر النص لم يفرق بين عدم التنفيذ بعذر وعدم التنفيذ بغير عذر في معرض تحديده لمفهوم عدم التنفيذ. كذلك لا يقتصر الإخلال بالعقد في ظل هذه المبادئ على عدم تنفيذ الالتزامات الناجمة عن العقد حصراً، بل إنه يشمل الالتزامات التي تقضي بها الأعراف والعادات التجارية والتعامل السابق بين البائع والمشتري، فالمادة (٧-١-١) من المبادئ المذكورة أعلاه، تنص على أنه: "يعني عدم التنفيذ إخفاق أي من الأطراف في تنفيذ أي من التزاماته الواردة في العقد، ويشمل ذلك التنفيذ المعيب أو التنفيذ المتأخر، وكذلك الالتزامات التي تقضي بها أحكام الاتفاقيات الدولية"<sup>(١)</sup>.

كما تتبنى هذه المبادئ الاتجاه ذاته في تحديد مفهوم المخالفة الجوهرية للعقد، إذ تنص في المادة (٧-٣-٢) منها على أنه: "يراعى بوجه خاص عند تحديد ما إذا كان عدم تنفيذ الالتزام يرتقى إلى إخلال جوهرى ما إذا كان: أ- أن يحرم عدم التنفيذ بصورة جوهرية الطرف الدائن مما كان يحق له انتظاره من العقد، إلا إذا كان الطرف الآخر لم يتوقع أو كان من غير المعقول أن يتوقع هذه النتيجة". ومن خلال هذه النصوص، يتضح أن المخالفة الجوهرية للعقد تقوم على عناصر ثلاثة، الأول هو وقوع إخلال بالعقد من جانب أحد المتعاقدين، والثاني أن ينتج عن هذا الإخلال ضررٌ جوهرى يمس المتعاقد الآخر، والثالث أن يكون هذا الضرر متوقعاً. فإذا ما توفرت هذه العناصر تحققت المخالفة الجوهرية، وثبت للمتعاقد المضروب الحق في فسخ العقد<sup>(٢)</sup>.

(١) يشترط لتطبيق العرف في ميدان التجارة الدولية علم الطرفين بوجوده علماً حقيقياً أو مفترضاً متى كان معروفاً على نطاق واسع ومراعى بانتظام في التجارة الدولية بين الأطراف في العقود المماثلة السارية في نفس فرع التجارة، ما لم يتفق على خلاف ذلك. انظر المادة (١/٩) من اتفاقية فيينا، وقد يكون مصدر الالتزام هو التعامل السابق بين المتعاقدين، فإذا اعتاد الطرفان في تعاملهما على تعبئة البضاعة بطريقة معينة، بحيث استقر هذا التعامل بينهما، فإنه يصبح التزاماً على البائع تعبئة البضاعة بذات الطريقة في كل مرة وإن لم يتفق على ذلك صراحة في العقد. وقد يكون مصدر التزام المتعاقدين أحكام اتفاقية فيينا إذا أحال المتعاقدان صراحة إليها في تحديد جميع التزاماتها أو جزء منها، أو إذا كان المتعاقدان لم ينظما هذا الالتزام في العقد المبرم بينهما وكانت الاتفاقية واجبة التطبيق، ولم يكن هنالك عرف تجاري أو تعامل سابق بينهما، انظر المادة (٦) من الاتفاقية.

(٢) طبقت محكمة فوجيا في إيطاليا في حكم عُرض أمامها جاء في حثيثاته: "في أيار/مايو ٢٠٠٣، اشترى المدعي نبيذاً من من المدعى عليه. وفي ذلك الوقت، كان النبيذ ما زال "في طور الإعداد" ومتطلباً المزيد من المعالجة. ومن ثم، كان تسليم النبيذ وصداد ثمنه، طبقاً للعقد، مرهونين بتقييم إيجابي لمشتات المدعى عليه من جانب خبير استشاري يوظفه المشتري وكذلك بإرسال المدعى عليه عينة من المنتج المكتمل قبل شحن البضاعة جنباً إلى جنب مع شهادة تحليل صادرة من مختبر مستقل، التماساً لموافقة المشتري النهائية. بيد أن البائع لم يرسل أي عينة من النبيذ "المكتمل" وإنما اكتفى بتقديم تقرير تحليلي للمشتري الذي قرر بناءً عليه سداد العيوب للبائع. ولدى تسليم النبيذ، اكتشف المشتري أن المنتج لا يتفق مع التقرير التحليلي المرسل من البائع ولا مع العينة التي تدوّقها قبل إبرام العقد (في آذار/مارس ٢٠٠٣). وحاول المشتري دون جدوى أن يعيد النبيذ لمتعهد محلي آخر، ولكن النبيذ رُفض لأنه وُجد أن نوعيته رديئة

## المطلب الثاني

### الإخلال المسبق (الإخلال المبستر)

للإخلال المسبق بالعدّ مفهوم محدد في القانون الأنجلوأمريكي، فهو يعبر عن مبدأ قانوني نشأ واستقر في القانون الإنجليزي، ثم تبناه القانون الأمريكي وبعض الاتفاقيات والمبادئ الدولية<sup>(١)</sup>. كما توجد تطبيقات متعددة لصور المبدأ في القوانين المدنية المستمدة من النظام اللاتيني، فقد يطلق الإخلال المسبق بالعدّ ويراد به واقعة قانونية معينة، وقد يطلق ويراد به التعبير عن مبدأ قانوني، وأغلب التعريفات الاصطلاحية للإخلال المسبق أو المبستر بالعدّ تعرفه على أنه واقعة معينة تعبر عما يصدر من المدين بالتزام مستقبلي التنفيذ، من تصريح أو مسلك يشير إلى عدم حصول التنفيذ في موعده المحدد<sup>(٢)</sup>.

من ملاحظة هذه التعريفات يتضح أنها تنقسم إلى قسمين: قسم يركز على السمة المميزة التي ينفرد بها الإخلال المسبق من غيره من أنواع الإخلال بالعدّ، وهي سمة "الاستنتاج"، إذ يستنتج أن هناك إخلالاً سوف يحصل في المستقبل. وقسم يركز على ما يصدر من المدين قبل وقت التنفيذ ويعدّه بنفسه محققاً للإخلال المسبق بالعدّ. لذلك، وجدنا هناك من يعرف الإخلال المسبق بأنه: "إخلال من أحد طرفي العقد يقع في وقت سابق لتنفيذ الالتزام العقدي، بأن يفرض هذا الطرف تنفيذ التزامه مسبقاً، ويأتي هذا

للغاية  
ولا  
يُمكن-

= تسويقه. وجاء في قرار الحكم: "لاحظت المحكمة أيضاً، بالإضافة إلى شهادة الخبير الاستشاري المستقل، أن محاولات المشتري لإعادة بيع النبيذ بثمن مخفّف لم تنجح، وأن المشتري اضطر للاحتفاظ بالنبيذ في مخزن لسنوات. وطبقاً للمحكمة فإن عدم القدرة هذه على تسويق النبيذ تدل على أن المنتج لم يكن صالحاً للغرض المتفق عليه، وأنّ البائع ارتكب مخالفة جوهرية لالتزاماته التعاقدية. وبالتالي يحق للمشتري أن ينهي العقد كما يتعين على البائع أن يعيد العربون إلى المشتري وأن يدفع له كذلك المصاريف القانونية. وعليه أيضاً أن يعيد إلى إيطاليا، بعنايته وعلى نفقته الخاصة، شحن النبيذ الذي جرى تسليمه بحلول تاريخ لا يتجاوز ٦٠ يوماً بعد قرار المحكمة. وإضافة إلى ذلك، يحق للمشتري الحصول على تعويض عن التكاليف التي تكبدها في نقل النبيذ والمدفوعات التي قدمها للخبير الاستشاري والأعمال الفنية المتعلقة بتصميم وطباعة بطاقات التوسيم للنبيذ الذي لم يعبأ أبداً في زجاجات. حكم محكمة فوجيا في إيطاليا، القضية ١٤٥٥، بتاريخ ٢١ حزيران/يونيه ٢٠١٣، السوابق القضائية المستندة إلى الأونسيفرال (كلاوت)، الوثيقة A/CN.9/SER.C/ABSTRACTS/155، متوفر على الموقع:

<https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/V19/009/02/PDF/V1900902.pdf?OpenElement>

(١) تضمن قانون بيع البضائع الإنجليزي الصادر عام ١٩٧٩ حكماً يواجه به حالة الإخلال المبستر بالعقد، إذ تقضي المادة (١/٤١) منه على أنه في حالة إفسار المشتري، يجوز للبائع أن يقوم بحبس البضاعة المبيعة التي لا تزال بعد في الطريق إلى المشتري، ويكون للبائع الحق في أن يستعيد تلك البضاعة وإن كانت ملكيتها قد انتقلت إلى المشتري، وبخلافه يكون للبائع في حالة إفسار المشتري أن يمتنع عن تسليم البضاعة المبيعة إليه. انظر محمد كمال حمدي، القانون البحري، منشأة المعارف، الإسكندرية، بدون سنة نشر، ص ٣٠ و ٢٦٨.

(٢) علي حسين منهل، الإخلال المسبق بالعقد- دراسة مقارنة، مصدر سابق، ص ٣٠. وتقوم فكرة الإخلال المبستر بالعقد، في الواقع، على أساس التمييز بين العقود المستقبلية والعقود فورية التنفيذ. ففي الأولى لا يتم تنفيذ التزامات الطرفين فور إبرام العقد، بل يتفق الطرفان على تحديد تاريخ للتنفيذ. أما في الثانية، فيقوم كلا المتعاقدين بتنفيذ التزاماته بمجرد التعاقد، كما لو كان العقد بيعاً يقوم البائع فور إبرامه بتسليم المبيع إلى المشتري، ويقوم الأخير في الوقت ذاته بدفع الثمن. انظر خالد محمد أحمد عبد الحميد، الفسخ في عقود التجارة الدولية وفقاً لاتفاقية فيينا لعام ١٩٨٠، مصدر سابق، ص ١٥٣.

الرفض من خلال القول أو اتخاذ أي مسلك قبل وقت التنفيذ، مما يؤكد أنه سيخل بتنفيذ التزامه وقت الاستحقاق، أو بعبارة أخرى هو إخلال بالتزام مستقبلي التنفيذ يحصل في وقت سابق على الوقت المحدد لتنفيذ الالتزام، والذي يستنتج استنتاجاً معقولاً، وعلى وجه محقق من خلال ما يصدر من المدين بأنه لن ينفذ التزامه في الوقت المحدد<sup>(١)</sup>. وعرف أيضاً بأنه: "رفض المدين التزامه التعاقدى قبل أن يأتي الوقت المحدد في العقد لقيامه بتنفيذ هذا الالتزام"<sup>(٢)</sup>.

بعد أن بيّنا بعض التعاريف التي عبرت عن مفهوم الإخلال المسبق في العقد، نجد من الضروري أن نبين موقف التشريعات المختلفة من هذا الإخلال، حيث تختلف الأنظمة القانونية في مدى تبنيها لفكرة الإخلال المسبق بالعقد، فالنظام القانوني الأنجلوأمريكي يتبنى الفكرة كمبدأ قانوني عام يحكم العقود، كما هو الحال في اتفاقية فيينا وبعض المبادئ الدولية الأخرى، وهناك أنظمة قانونية أنكرت هذا المبدأ<sup>(٣)</sup>.

لقد نظمت اتفاقية فيينا مبدأ الإخلال المسبق بالعقد في الفرع الأول من الفصل الخامس من الجزء الثالث منها، وذلك في المواد (٧١ و ٧٢ و ٧٣)، تحت عنوان (الإخلال المبستر وعقود التسليم على دفعات)<sup>(٤)</sup>.

أما مبادئ اليونيدروا، فقد نظمت مبدأ الإخلال المسبق بالعقد في المادتين (٧/٣/٣ و ٧/٣/٤)، إذ وضعت المادة (٧/٣/٣) المبدأ العام في الإخلال المسبق بالعقد، أما المادة (٧/٣/٤)، فقد نظمت جواز إيقاف التنفيذ عند الظن بأن الطرف الآخر لن ينفذ جزءاً جوهرياً من التزاماته<sup>(٥)</sup>.

وأخيراً، نصت مبادئ العقد الأوروبي (PECL) في المادة (٩/٣٠٤) منها على المبدأ العام في الإخلال المسبق بالعقد، والمادة (٨/١٠٥) مسألة إيقاف التنفيذ عند إخلال الطرف الآخر بجزء جوهري من التزاماته<sup>(٦)</sup>.

(١) علي مطشر عبد الصاحب، وماجد مجباس حسن، الإخلال المسبق وأثره في تنفيذ الالتزام العقدي على حساب المدين، دراسة في القوانين المدنية والقانون الإنجليزي، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية، كلية القانون، جامعة بغداد، العدد الخاص الرابع لبحوث التدريسيين مع طلبة الدراسات العليا، ٢٠١٨، ص ٣٨٠.

(٢) عدلي أمير خالد، المحيط في الإرشادات العملية في دعاوى المدنية ملاحظات التفهيم القضائي والمستحدث في القوانين وأحكام النقض، بلا مكان نشر، بلا سنة طبع، ص ٣٣.

(٣) يذهب الرأي الغالب في الفقه الأنجلوأمريكي إلى إن فكرة الإخلال المسبق نشأت كمبدأ عام أول مرة وبصورة رسمية إثر الحكم في قضية *HOChster v. De la Tour* في سنة ١٨٥٣. وهي القضية التي قررت فيها محكمة منصة الملكة الإنجليزية، أن الدائن يجوز له أن ينهي العقد ويطلب بالتعويض على الفور عندما يصرح الدائن أنه لن ينفذ التزامه المستقبلي، دون حاجة إلى انتظار الوقت المحدد للتنفيذ. انظر علي حسين منهل، الإخلال المسبق بالعقد- دراسة مقارنة، مصدر سابق، ص ٤٠.

(٤) انظر المواد (٧١ و ٧٢ و ٧٣) من اتفاقية فيينا للبيع الدولي للبضائع.

(٥) انظر المادتان (٧/٣/٣ و ٧/٣/٤) من مبادئ عقود التجارة الدولية (اليونيدروا).

(٦) انظر المادتين (٩/٣٠٤) و (٨/١٠٥) من مبادئ العقد الأوروبي (PECL).

أما القوانين المَدَنِيَّة ومنها القَانُون المَدَنِي العِرَاقِي والمِصْرِي والفرنسي، فلا يوجد نصّ عامّ يقرر مبدأ عام ينظم هذه المسألة كما هو الحال في القَانُون الأنجلوأمريكي. إلا أن القَانُون المَدَنِي العِرَاقِي قد تضمّن تطبيقاً لهذه الفكرة في المادة (٨٦٨) مدني<sup>(١)</sup>. كذلك تضمّن قانون التّجَارَة المِصْرِي رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ حالات تنطوي على فكرة الإخلال المبستر بالعقد<sup>(٢)</sup>.

مما سبق وبعد أن بينا الحالات التي يمكن أن يتحقّق فيها الإخلال المسبق، نصل إلى نتيجة مفادها، أن الإخلال بالتّنفِيز مهما كانت صورته إخلالاً فعلياً (الإخلال الجوهرية)، أو إخلالاً مسبقاً هو خطأ عقدي صادر من جانب المدين، من شأنه أن يسبب ضرراً للمتعاقد الآخر، عندها تلح الحاجة لإيجاد وسيلة لجبر الضرر الذي لحق المدين. ويعدّ التّنفِيز الجبري واحداً من أهم الخيارات التي مكّنها القَانُون للطرف المضرور، وبوصف الإخلال المسبق لا يخرج عن نطاق الإخلال بمفهومه العام كما ذكرنا، فهل يمكن جبر الضرر عند إخلال المدين إخلالاً مسبقاً عن طريق تنفيذ التّزام على نفقته؟

إنّ الأصل الذي يقوم على مبدأ سلطان الإرادة يقتضي أن يكون للدائن الخيار عند حصول إخلال مسبق من المدين، بين أن يلجأ إلى الجزاءات التي يقرّها القَانُون لمعالجة هذا الإخلال وبالطريقة التي يتطلبها أعمال هذه الجزاءات، وبين أن يتجاهل ما يصدر من المدين وما يترتب عليه من استنتاج وينتظر الموعد المحدد للتّنفِيز لتحديد موقفه نهائياً. وما دام القَانُون في الأصل لا يتدخل بفرض الجزاءات التي تترتب على الإخلال بالعقد إلا بناءً على طلب أطرافه، فمقتضى ذلك أن يكون الخيار للدائن بين اللجوء إلى هذه الجزاءات من عدمه، والنتيجة المهمة المترتبة على خيار الدائن في هذا المجال، هي أنه لا يُسأل عن اتخاذه أحد الخيارين ما دام القَانُون يقرر له ذلك.

وما تجدر الإشارة إليه هنا، أن اتّفاقيّة فيينا لم تتضمّن نصّاً صريحاً يقرر خيار الدائن في حالة حصول إخلال مسبق بالعقد من مدينه، وهذا واضح من نصّ المادة (٧٢) من الاتّفاقيّة، فهذه المادة تكلمت عن خيار إعلان إبطال العقد إذا أصبح واضحاً للدائن أن المدين سوف يرتكب إخلالاً جوهرياً بالتّزامه. ومع ذلك، فبالإمكان تبين خيار تأكيد العقد والبقاء عليه من عدة أمور منها، أن من المبادئ الأساسية التي تقوم عليها اتّفاقيّة فيينا، مبدأ الحفاظ على العقود قائمة وفعّالة إلى أقصى حد، والسماح بتنفيذها حتى في

(١) نصت مادة (٨٦٨): "إذا تأخر المفاوض في الابتداء بالعمل أو تأخر عن إنجازه تأخراً لا يُرجى معه مطلقاً أن يتمكن من

القيام به كما ينبغي في المدة المتفق عليها، جاز لرب العمل فسخ العقد دون انتظار لحلول أجل التسليم".

(٢) انظر المادتين (٩٨) و(١١٧) من قانون التجارة المصري رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩.

الظروف السيئة، وذلك تشجيعاً للمصادقية وحُسنِ النية في التعاملات التجارية الدولية<sup>(١)</sup>. وأن إبطال العَقد بسبب الإخلال المسبق هو الملجأ الأخير الذي يلجأ إليه الدائن، وتوجب الاتفاقية على الطرف الذي يريد إعلان إبطال العَقد بسبب الإخلال المسبق الصادر من المدين أن يخطر هذا المدين بنيته في إبطال العَقد، وذلك للسماح له بتقديم تأمين كافٍ للتنفيذ هذا من جهة، ومن جهة أخرى، فإن المادة (٧٢) من الاتفاقية نصت في عبارتها على: "جاز للطرف الآخر"، فما دام الإبطال اختياريًا، أي أنه أحد طرفي الخيار، عندئذ لا يكون الدائن ملزمًا باختيار إبطال العَقد في حالة الإخلال المسبق، بل هو مخير بين هذا الإبطال وتجاهل الإخلال المسبق والبقاء على العَقد قائمًا وملزمًا للطرفين، وعند حلول أجل التنفيذ وامتناع المدين من تنفيذ التزامه، إجباره على التنفيذ وعلى نفقته تطبيقًا لنص المادة (١/٤٦) والمادة (٢٨) من الاتفاقية. وهنا، نكون أمام إخلال بالتنفيذ في موعد التنفيذ وليس إخلالًا مسبقًا، وبالتالي نصل إلى نتيجة مفادها عدم إمكانية استعمال وسيلة التنفيذ على نفقة المدين في هذا النوع من الإخلال<sup>(٢)</sup>.

---

(١) انظر المادة (٧) والمادة (٢٨) من اتفاقية فيينا للبيع الدولي.  
(٢) علي حسين منهل، الإخلال المسبق بالعقد دراسة مقارنة، مصدر سابق، ص ٢٦٥. وللمزيد من التفصيل، نظر الفصل الثاني من هذا الباب (تطبيقات تنفيذ الالتزام على نفقة المدين في حالة الإخلال بعقد البيع الدولي).

## الفصل الثاني

### تطبيقات تنفيذ الالتزام على نفقة المدين في حالة الإخلال بعقد البيع الدولي

في القواعد الموضوعية الدولية، وبخصوص التزامات البائع تم تحديد التزامين، هما الالتزام بالتسليم والالتزام بالمطابقة، حيث نصت اتفاقية لاهاي ١٩٦٤ على الالتزام بالمطابقة كالتزام مستقل عن الالتزام بالتسليم، وكذا فعلت اتفاقية فيينا، حيث أفردت هذا الالتزام كالتزام مستقل على الرغم من أن نص المادة (٣٠) من اتفاقية فيينا يوحي بأن الاتفاقية لم تشير إلى هذا الالتزام كالتزام مستقل عن الالتزام بالتسليم<sup>(١)</sup>.

إن المادة (٣٠) من اتفاقية فيينا حصرت التزامات البائع في التزامين، هما: الالتزام بنقل ملكية البضائع والالتزام بتسليمها، فيما يتعلق بالالتزام الأول، فإن الاتفاقية أحالت في تنظيمه إلى ما يقتضيه العقد، في حين نلاحظ العكس من ذلك في الالتزام الثاني الذي عالجه الاتفاقية بشيء من التفصيل، وعلى الرغم من هذا الحصر الثنائي، فالاتفاقية تضمنت العديد من النصوص المتفرقة، ويستفاد منها أن البائع ملتزم فضلاً عن ذلك بالضمان أيضاً كالتزام من الالتزامات الملقاة على عاتقه، سواء أكان هذا ضمان عيب أو عدم مطابقة، أم ضمان تعرض واستحقاق<sup>(٢)</sup>.

لما تقدم، سنبحث في هذا الفصل مبحثين، الأول يخص تنفيذ الالتزام على نفقة البائع في حالة إخلاله بالتسليم في عقود البيع الدولية، والثاني لبحث تنفيذ الالتزام على نفقة البائع في حالة إخلاله بالتزام المطابقة في عقود البيع الدولية.

**المبحث الأول: تنفيذ الالتزام على نفقة البائع في حالة إخلاله بالتسليم في عقود البيع الدولية.**

**المبحث الثاني: تنفيذ الالتزام على نفقة البائع في حالة إخلاله بالتزام المطابقة في عقود البيع الدولية.**

(١) تنص المادة (٣٠) من اتفاقية فيينا ١٩٨٠ على: "يجب على البائع أن يسلم البضاعة، والمستندات المتعلقة بها وأن ينقل ملكية البضاعة على النحو الذي يقتضيه العقد وهذه الاتفاقية".

(٢) حسام سيد عبد الرحيم، جزاء إخلال البائع بالتسليم في عقد بيع البضائع في ضوء اتفاقية فيينا عام ١٩٨٠ (دراسة مقارنة)، رسالة لنيل درجة الدكتوراه في القانون التجاري، جامعة بني سويف، ٢٠١٦، مصدر سابق، ص ٩.

## المبحث الأول تنفيذ الالتزام على نفقة البائع في حالة إخلاله بالتسليم في عقود البيع الدولية

اهتمت اتفاقية فيينا بتنظيم التزام البائع بالتسليم بوصفه العنصر المادي المهم في التزامات البائع، فانتهال ملكية المبيع لا يهيم الأطراف المتعاقدة في عقد البيع الدولي، وإنما قيام البائع بالوفاء بالتزامه بتسليم المبيع، وعلى ذلك نجد أن التسليم في إطار عقد البيع الدولي هو وضع البضاعة المتعاقدة عليها تحت تصرف المشتري، بحيث يتمكن من السيطرة والانتفاع بها الانتفاع المقصود من غير أن يحول حائل دون ذلك<sup>(١)</sup>.

لم تتضمن اتفاقية فيينا نصاً يعرف بدقة مفهوم التسليم كما فعلت اتفاقية لاهاي في الفقرة الأولى من المادة (١٩) منها، حيث أعطت تعريفاً للتسليم، وفي هذا النص عرّف التسليم (Delivery) بعبارة (Over Handing)، والملاحظ أنه لا يوجد فرق بين هذا المصطلح وهذه العبارة، أي أنها عرّفت التسليم بأنه تسليم بضائع مطابقة للعقد. ويعاب على المادة المذكورة بأنها عرّفت التسليم بأنه تسليم بضائع، فلم تبين معنى التسليم إلا بكونه تسليمًا، كما أن هذا التعريف لم يتعرض إلى طريقة التسليم أو بيان أنواعه إذا كان فعلياً أو حكماً<sup>(٢)</sup>.

وأياً كان الأمر، فإن إخلال البائع بالتسليم يتحقق إذا لم يتم الأخير بتنفيذ هذا الالتزام أصلاً، أو إذا لم يلتزم بالمكان والزمان المحددين للتسليم. ولا خلاف على أن البائع إذا لم ينفذ التزامه هذا، فإنه يعد مرتكباً مخالفة جوهرية، إذ إن الالتزام بالتسليم هو التزام بتحقيق نتيجة، فإذا لم تتحقق هذه النتيجة عدّ البائع مخالفاً بالتزامه وإن ثبت أنه قد بذل كل ما يستطيع من جهد لتنفيذ هذا الالتزام<sup>(٣)</sup>.

والالتزام البائع بتسليم المبيع هو جوهر عقد البيع الدولي ومحور أحكامه، وقد وردت أحكام التزام البائع بالتسليم في اتفاقية فيينا في الفصل الثاني في المواد (٣٠ حتى ٣٤)، حيث حصرت المادة (٣٠) منها التزامات البائع في التزامين هما: الالتزام بنقل ملكية البضائع والالتزام بتسليمها<sup>(٤)</sup>.

(١) خالد محمد أحمد عبد الحميد، فسخ عقد البيع الدولي للبضائع وفقاً لاتفاقية فيينا لعام ١٩٨٠، مصدر سابق، ص ١٥.

(٢) نصت المادة (١٩) من اتفاقية لاهاي ١٩٦٤ على:

"1. Delivery consists in the handing over of goods which conform with the contract."

للمزيد، نظر محسن شفيق، اتفاقية الأمم المتحدة بشأن البيع الدولي للبضائع، مصدر سابق، ص ١٣٣.

(٣) محمود سمير الشرقاوي، الالتزام بالتسليم في عقد بيع البضائع، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩١، ص ٤٦.

(٤) طالب حسن موسى، قانون التجارة الدولية، دار الثقافة، عمان، الطبعة السابعة، ٢٠١٢، ص ٢٢٩.

إنّ الشاغل الرئيس للمشتري هو أن يؤدي البائع عين ما التزم به في عقد البيع، والمتمثل بحاجته للبضائع موضوع العَقد بالكميات والنوعيات التي طلبها، ولكن ما الحكم في حالة إخلال البائع بالتزامه بتسليم البضائع للمشتري في عقد البيع الدولي؟ وهل أن عقود البيع الدولية تعطي الحق للمشتري في حالة إخلال البائع بالتزامه بالتسليم، أن يطلب التنفيذ العيني الجبري؟ وهل أن التنفيذ العيني الجبري بصورته، التنفيذ على نفقة المدين، يمكن تطبيقه في ظل اتفاقية فيينا للبيع الدولي من عدمه؟

إنّ الإجابة عن هذه التساؤلات سنحاول أن نستلهمها من متون اتفاقية فيينا. ومن خلال البحث في نصوص هذه الاتفاقية خاصة ما يتعلق منها بالجزاءات المقررة فيها، نجد أنها أعطت الحق للمشتري في طلب التنفيذ العيني واعتبرته حقاً أولياً للمشتري عند ارتكاب البائع إخلالاً في التزامه<sup>(١)</sup>. وهو ما حرصت الاتفاقية على تقريره في الفصل الثاني (التزامات البائع) في المادة (٣٠) منها، والتي أوجبت على البائع القيام بتسليم البضائع وأي وثائق تتعلق بها وفقاً لما يقتضيه العقد وهذه الاتفاقية. وفي ذات الوقت أجازت لمحاكم الدول المتعاقدة في المادة (٢٨) من الاتفاقية اللجوء إلى التنفيذ العيني عن طريق القضاء، وإن كانت قد أعطت للقاضي سلطة الامتناع عن الحكم به (أي التنفيذ العيني) إذا كان القانون الوطني للمحكمة لا يجيزه بشأن عقود البيع المماثلة<sup>(٢)</sup>.

وبالرجوع إلى نص المادة (٢٨) من الاتفاقية، نلاحظ أنها أعطت الحق لأحد المتعاقدين أن يطلب من الطرف الآخر تنفيذ أحد التزاماته، وأن هذا الطلب يكون عن طريق القضاء، ومن ثم نرى أنه من حق المشتري عند إخلال البائع بالتزامه بالتسليم أن يطلب بالتنفيذ العيني الجبري، وأن تعبير التنفيذ العيني الوارد في نص المادة (٢٨) من الاتفاقية جاء مطلقاً، ولما كان المطلق يجري على إطلاقه، ولما كان التنفيذ العيني له صور عدة، ومن هذه الصور تنفيذ الالتزام على نفقة المدين، فلا يوجد ما يمنع من استعمال هذه الطريقة في إجبار البائع على تنفيذ التزامه بالتسليم وهو ما سنثبتته في هذا البحث.

مهما ومهما كان نوع إخلال البائع، سواء بعدم تسليم البضاعة أصلاً أو تسليمها في غير ميعادها، فقد أعطت هذه المادة الحق للمشتري بمراجعة المحاكم لإجبار البائع على تنفيذ التزامه عيناً، وأن ما يؤيد وجه النظر هذه أن اتفاقية فيينا للبيع الدولي أخذت بالحل الذي تبنته من قبلها اتفاقية لاهاي إزاء الخلاف بين المذهبين (اللاتيني والآنجلوسكسوني)، من حيث اعتبار التنفيذ العيني جزءاً أساسياً أم

(١) رضا محمد إبراهيم عبيد، الالتزام بالتسليم في القانون الموحد للبيع الدولي للبضائع، مرجع سابق، ص ٥٣٤.  
(٢) نصت المادة (٢٨) من اتفاقية فيينا للبيع الدولي على: "إذا كان من حق أحد الطرفين، بمقتضى أحكام هذه الاتفاقية، أن يطلب من الطرف الآخر تنفيذ التزام ما، فإن المحكمة غير ملزمة بإصدار حكم بالتنفيذ العيني، إلا إذا كان بوسعها أن تقوم بذلك بمقتضى قانونها فيما يتعلق بعقود بيع مماثلة لا تشملها هذه الاتفاقية".

جزءاً استثنائياً<sup>(١)</sup>، بينما اعتبرت اتفاقية فيينا التنفيذ العيني جزءاً أساسياً يترتب على تخلف البائع عن تنفيذ التزامه بالتسليم، وهذا الحق يجد سنده في المواد (١/٤٦) و(٢٨) و(٣٠) منها. لذا، نجد أن تطبيق نص المادة (٢٨) من اتفاقية فيينا، يجب أن يكون في سياق المادة (١/٤٦) منها، والتي أعطت الحق للمشتري أن يطلب من البائع تنفيذ التزامه، عند إخلال الآخر بتنفيذ التزامه؛ كون المادة (١/٤٦) جاءت في الاتفاقية في الفرع الثالث بعنوان الجزاءات التي تترتب على مخالفة البائع بالعقد، أما المادة (٢٨)، فتعتبر من الأحكام العامة للاتفاقية والتي يرتبط تطبيقها بتحقق شروط المادة (٣٠) من الاتفاقية، وبالتالي يعتبر نص المادة (١/٤٦) نصاً خاصاً يفيد تطبيق نص المادة (٢٨) والمادة (٣٠) منها<sup>(٢)</sup>.

وتطبقاً لما أوردناه، نجد أن عدم قيام البائع بتسليم البضائع المتفق عليها، يعطي المشتري حق الرجوع إلى المحاكم المختصة لطلب تنفيذ التزام المدين (البائع)، وذلك عندما يكون للبائع الوقت الكافي لذلك، وأن يطلب الحصول على إذن لشراء بضائع بديلة محل البضائع المتفق عليها في العقد وعلى نفقة البائع المخل، عند توفر الشروط التي نصت عليها اتفاقية فيينا وهي، أولاً: أن يجيز القانون الوطني للمحكمة المعروض عليها النزاع الأمر بالتنفيذ العيني في عقد مماثل لا تسري عليه الاتفاقية، كعقد البيع غير الدولي. أما الشرط الثاني: ألا يستعمل المشتري أي حق من الحقوق التي أقرتها له الاتفاقية يتعارض مع طلبه بالتنفيذ العيني للالتزام عند إخلال البائع<sup>(٣)</sup>. ولكن السؤال هنا، كيف يتم تطبيق جزء تنفيذ الالتزام على نفقة البائع عند إخلاله بالتزامه بالتسليم وفق هذه الشروط؟

(١) لقد اختطت اتفاقية لاهاي خطأً وسطاً إزاء الخلاف بين المذهبين اللاتيني والأنجلوسكسوني، حيث من المعلوم أن الاتجاه التشريعي السائد بين مختلف الأنظمة القانونية يذهب إلى بسط نطاق التنفيذ العيني إلى أبعد مدى مستطاع بين طرفي العلاقة العقدية، إذ إن المبدأ العام السائد في معظم التشريعات هو إلزام البائع بالتسليم أي التنفيذ العيني لالتزم كنتيجة طبيعية لعقد البيع. وإن كان يوجد خلاف في التفاصيل، حيث يعتبر التنفيذ في نظم القانون الخاص من الحقوق الأصلية للمتعاقد، ومن ذلك مثلاً القانون العراقي والمصري والفرنسي، بينما يعتبر حقاً استثنائياً في بعض القوانين الأخرى مثل القانون الإنجليزي، والذي يعتبر فيه التنفيذ العيني علاجاً استثنائياً لا يتم اللجوء إليه، إلا إذا كانت البضاعة معينة بالذات أو تم إفرازها عندما تكون البضاعة مثلية. فإذا لم تكن كذلك، فلا يجوز الحكم بالتنفيذ العيني، ولا تلجأ إليه المحكمة إلا إذا كان الحكم بالتعويض غير كافٍ لإزالة الضرر. انظر عصام أنور سليم، خصائص البيع الدولي (وفقاً لاتفاقية الأمم المتحدة بشأن البيع الدولي للبضائع المبرمة في فيينا سنة ١٩٨٠)، منشأة المعارف، الإسكندرية، ٢٠٠٤، ص ٥٥. وانظر حسام سيد عبد الرحيم، جزء إخلال البائع بالتسليم في عقد بيع البضائع في ضوء اتفاقية فيينا عام ١٩٨٠ (دراسة مقارنة)، مصدر سابق، ص ١٢١.

(٢) نصت المادة (١/٤٦) من اتفاقية فيينا على: "يجوز للمشتري أن يطلب من البائع تنفيذ التزاماته إلا إذا كان المشتري قد استعمل حقاً يتعارض مع هذا الطلب".

(٣) حسام سيد عبد الرحيم، جزء إخلال البائع بالتسليم في عقد بيع البضائع في ضوء اتفاقية فيينا عام ١٩٨٠ (دراسة مقارنة)، مصدر سابق، ص ١٣٥. انظر أمازور لطيفة، التزام البائع بتسليم المبيع في القانون الجزائري، مصدر سابق، ص ٥٠٩. إن المتأمل في التاريخ التشريعي لهذه المادة، يجد أن هناك سببين لاعتماد هذا الحكم، الأول: أن المحاكم في بعض النظم القانونية ليس لديها مؤسسة منظمة أو آلية إجرائية للحكم بالتنفيذ العيني، مما يولد الظن لدى واضعي الاتفاقية، بأنه سيكون من غير المناسب الطلب إلى مثل هذه الدول استحداث آلية بهذا الصدد، لمجرد تنفيذ اتفاقية البيع الدولي. أما السبب الثاني، يكمن في أن القواعد الوطنية المتعلقة بالتنفيذ العيني متباينة يصعب التوفيق بينها، ومع ذلك وبالرغم من أن هذه القواعد تختلف باختلاف الأنظمة القانونية، إلا أنه يمكن إيجاد قدر معين مشترك. انظر أكرم محمد حسين، الإخلال بالتنفيذ في بيوع التجارة الدولية - دراسة مقارنة، مصدر سابق، ص ٢٠٩.

إنَّ اشتراط اتِّفَاقِيَّةَ فيينا أن يجيز القانون الوطني للمحكمة المعروض عليها النزاع الأمر بالتَّفَيدِ العينيِّ في عقد مماثل لا تسري عليه الاتِّفَاقِيَّةُ، وطبقاً للمادة (٢٨) من اتِّفَاقِيَّةَ فيينا، فإنَّ المحكمة تأمر بالتَّفَيدِ العينيِّ على نفقة البائع، وتجزئ للمشتري أن يشتري بضاعة بديلة، إذا كان نظامها القانوني يسمح بذلك في عقد بيع مماثل يخضع للقانون الوطني، ولما كان القانون العراقي والمصري والفرنسي من الأنظمة التي تجيز قوانينها طلب التَّفَيدِ العينيِّ للالتزام على نفقة المدين، واعتبرته جزءاً أساسياً كما ذكرنا، فإذا ما عرض نزاع أمام هذه المحاكم بخصوص طلب المشتري شراء بضائع بديلة، فلها أن تحكم له بشراء بضاعة بديلة عن البضاعة التي أخلَّ بتسليمها البائع، وتأسس قرارها وفقاً للمواد (٢٥٠) مدني عراقي، والمادة (٢٠٥) مدني مصري، والمادة (١٢٢٠) مدني فرنسي سألقة الذكر<sup>(١)</sup>.

أما إذا كان قانون المحكمة المعروض أمامها النزاع لا يجيز التَّفَيدِ العينيِّ للالتزام في بيع مماثل لا يخضع للاتِّفَاقِيَّةُ، فإنَّ المحكمة سترفض طلب المشتري في هذا الشأن، ولا سبيل أمامه سوى اللجوء إلى التعويض أو الجزاءات الأخرى إذا كانت ممكنة<sup>(٢)</sup>. وهنا يثار تساؤل، هل للمحكمة التي قدم إليها طلب

(١) وقد طبقت محكمة بداءة المختصة بنظر الدعاوى التجارية في البصرة هذا المفهوم في دعوى معروضة أمامها بخصوص تعاقدي إحدى الشركات الأجنبية مع شركة النفط بموجب عقدين، الأول يتعلق بتجهيز معدة جس واحدة شاملة لمسح التجاويف المفتوحة والمبطننة مع كافة المكملات والملحقات من الأجهزة الأخرى والأدوات الاحتياطية، والعقد الثاني يتضمن تجهيز ثلاث معدات جس شاملة لمسح التجاويف المبطننة والمفتوحة، وستة طواقم من مجسات التجويف المفتوح، وأربعة طواقم من مجسات التجويف المبطن، والمكملات الأخرى التي تضمن تشغيل الأجهزة والمعدات. وبعد تجهيز المواد من الشركة وجد نقص بالمواد المجهزة، مما أدى إلى إلحاق أضرار بشركة النفط تمثل بوقف عمل الشركة وتأخير الإنتاج، فرفعت الشركة دعوى أمام المحكمة تطلب تنفيذ التزام الشركة الأجنبية عينياً وعلى نفقتها من خلال شراء المواد التي لم يتم تجهيزها، فأصدرت المحكمة قرارها المتضمن: "وبناءً على ذلك يُعدُّ خيار الدائن في اللجوء إلى الفسخ رخصة إن شاء استخدمها وإلا أحجم عنها ولجأ إلى حقه الأصلي في بقاء العقد نافذاً، وإجبار المدين على تنفيذه على وفق ما رسمته أحكام التنفيذ العيني الواردة في القانون المدني (المواد ٢٤٦-٢٥٩)، فالمدين يُجبر على تنفيذ التزامه عينياً شريطة أن يسلك الطريق الذي يحدده القانون المدني في المادة (٢٥٠)....." القرار المرقم ٢٠١٣/٣٦، والمؤرخ في ٢٠١٥/٢/٢٢ الصادر من محكمة بداءة البصرة المختصة بنظر الدعاوى التجارية (قرار غير منشور).

(٢) طالب حسن موسى، قانون التجارة الدولية، مرجع سابق، ص ٢٢٨. وتطبيقاً لذلك، طبقت المحكمة المحلية لولاية أريزونا في دعوى تتلخص وقائعها: "أبرم مورّد مقيم في الولايات المتحدة ومورّع مقيم في النمسا اتفاق توزيع مكتوب "الاتفاق"، ونص الاتفاق على منح الموزع الحق الحصري في بيع منتجات المورّد في أوروبا الشرقية، ولم يتضمن حداً أدنى من كمية البضائع التي يجب على الموزع شراؤها، ولم يحدد سعر البضائع أو أنواع البضائع التي ستباع. وعقب تنفيذ الاتفاق، نما إلى علم الموزع أنّ شركة إعادة بيع تتخذ من ألمانيا مقرّاً لها قد بدأت في بيع منتجات المورّد في أوروبا الشرقية، فأرسل الموزع عدة رسائل إلكترونية إلى المورّد يبلغه فيها بتصرفات شركة إعادة البيع ويطلب من المورّد التدخل. وعلى الرغم من إبلاغ المورّد شركة إعادة البيع بأن تتوقف عن بيع المنتجات، إلا أنّ شركة إعادة البيع لم تمتثل للطلبات. ولم يبذل المورّد أيّ جهود إضافية لإيقاف إعادة البيع ولم يتخذ أيّ إجراءات قانونية ضد شركة إعادة البيع. فأقام الموزع دعوى ضد المورّد لخرقه العقد وخرقه واجب حُسن النية والتعامل العادل والإثراء غير العادل، وقدم المورّد طلباً لرفض دعوى الموزع بسبب عدم سلامة الأسس القانونية لمطالبته. ورأت المحكمة أنّ اتفاق الطرفين يخضع للقانون المحلي الأمريكي وليس لاتفاقية البيع. وفي الحثثيات التي أوردتها المحكمة في الهامش، أشارت المحكمة إلى: "أنّ إدراج مادة بشأن اختيار القانون في وثيقة العقد الذي يوقعه كلا الطرفين قد يكون كافياً لاستبعاد تطبيق اتفاقية البيع عندما يحدد فيها قانون ولاية أمريكية معينة، حتى إذا كانت تلك المادة لا تشير إلى استبعاد الاتفاقية". القضية ١٧٤٣ بتاريخ ٦ كانون الأول/ديسمبر ٢٠١٤ الولايات المتحدة: المحكمة المحلية لمقاطعة أريزونا، السوابق القضائية المستندة إلى نصوص الأونسترال (كلاوت)، الوثيقة A/CN.9/SER.C/ABSTRACTS/189، متوفر على الموقع:

التنفيذ على نفقة المدين حق رفض الطلب رغم أن قانونها يقضي بإمكانية التنفيذ العيني الجبري في عقود مماثلة محلية؟

إن نص المادة (٢٨) بين أن طلب أحد المتعاقدين من الآخر تنفيذ التزامه، ثم لجوئه إلى القضاء لطلب التنفيذ العيني، فإن المحكمة "غير ملزمة بإصدار حكم التنفيذ العيني"، ووفق هذا السياق فللمحكمة سلطة تقديرية بالحكم أو الامتناع عن الحكم وفق هذا المفهوم. إلا أن المشرع لحق العبارة السابقة أعلاه بعبارة "إلا إذا كان بوسعها أن...."، وبمفهوم المخالفة، فإن المحكمة تكون ملزمة بإصدار قرارها بالتنفيذ العيني إذا كان قانونها يحكم بالتنفيذ العيني بمقتضى عقود البيع الداخلية، ولا يحق لها الامتناع عن إصدار الحكم بالتنفيذ العيني وعلى نفقة البائع.

أما الشرط الثاني الذي وضعته الاتفاقية، والذي نص على ألا يستعمل المشتري أي حق من الحقوق التي أقرتها له الاتفاقية يتعارض مع طلبه بالتنفيذ العيني للالتزام عند إخلال البائع، فبمقتضى هذا الشرط وعلى الرغم من أن الاتفاقية أعطت الحق للمشتري بطلب تنفيذ التزام البائع جبراً عليه عند تخلفه عن التسليم، إلا أنها لا تجيز للمشتري أن يطلب التنفيذ العيني على نفقة البائع عندما يستعمل حقاً آخر نصت عليه الاتفاقية يتعارض مع طلبه بتنفيذ التزام البائع جبراً وعلى نفقته، وهذا الحق الذي يتعارض مع طلب التنفيذ العيني يتمثل بطلب المشتري الفسخ حصراً، فلا يجوز له بعد طلب الفسخ أن يعدل إلى طلب التنفيذ العيني، وهو ما أكدته المادة (١/٤٦) من الاتفاقية سالف الذكر، والتي جعلت التنفيذ العيني هو الجزاء الأصلي لتخلف البائع عن التسليم في عقد البيع الدولي، إلا أنها قيدت مشروعية حق المشتري في مطالبة البائع بتنفيذ التزامه تنتهي إذا استخدم حقاً يتعارض مع هذا الطلب، فليس من المعقول طلب التنفيذ العيني على نفقة البائع، وطلب الفسخ المنصوص عليه في المادة (١/٤٩) من الاتفاقية في آن واحد<sup>(١)</sup>. ويثار تساؤل هنا: هل يمكن للمشتري أن يشتري بضائع بديلة دون الرجوع للمحكمة في حالة الاستعجال؟

إن نص المادة (٢٨) من اتفاقية فيينا حدد بدقة أن يطلب المشتري من المحكمة التنفيذ العيني على البائع في حالة إخلاله بأي التزام، ومن ثم وفقاً للقاعدة الفقهية "لا اجتهاد في مورد النص"، فإن المشتري ليس له في مثل هذه الحالة الشراء إلا بعد استئذان المحكمة. إلا أن جانباً من الفقه والذي نؤيده

(١) نصت المادة (١/٤٩) من اتفاقية فيينا على: "يجوز للمشتري فسخ العقد: أ- إذا كان عدم تنفيذ البائع للالتزام من الالتزامات التي يرتبها عليه العقد أو هذه الاتفاقية يشكل مخالفة جوهرية للعقد، أو.....".

يذهب إلى أن اشتراط الإذن لا يخص العقود الدولية، لهذا لم يأت النص عليه في اتفاقية فيينا عند بحثهم في مكنة الاستبدال وفقاً لهذه الاتفاقية، لكونه لا يتواءم مع طبيعة التعاملات التجارية الدولية، فلا يتصور تعطيل مصالح أطراف العقد الدولي، وطلب الإذن من القاضي لما فيه من هدر للوقت وما قد يؤدي انتظار الحكم من تلف للبضائع وضياع للصفقة، ونرى أن هذا الرأي يمكن أن يطبق أيضاً على مكنة تنفيذ الالتزام على نفقة البائع في حالة الإخلال بالتزامه بالتسليم وتوفر عنصر الاستعجال<sup>(١)</sup>.

وما دنا في سياق الموضوع، وجدنا من الأمور التي يمكن أن تشكل على حق المشتري في طلب تنفيذ التزام البائع بالتسليم عن طريق استعمال الحق المنصوص عليه في المادة (٢٨) من اتفاقية فيينا المتعلقة بـ (التفويض العيني الجبري)، أن اتفاقية فيينا نصت في المادة (٧٥) على حق المشتري بشراء بضائع بديلة في حالة إخلال البائع بالتزاماته، ومن الطبيعي أن يكون منها التزامه بالتسليم<sup>(٢)</sup>. وهنا يثار التساؤل التالي: هل الجزء الذي نصت عليه المادة (٧٥) من اتفاقية فيينا ينسجم مع ما طرح عند دراستنا لحق المشتري في شراء بضائع بديلة عند إخلال البائع بالتزامه وفق المادة (٢٨) والمادة (١/٤٦) منها، أم هناك اختلاف بينهما؟ وما هو السبيل الأفضل الذي يحقق منفعة المشتري؟ هل بلجونه إلى المادة (٢٨) والمادة (١/٤٦) أم المادة (٧٥) من الاتفاقية؟

إنّ المُتمعّن في حق المشتري بإبرام صفقة بديلة على نفقة البائع وفق نص المادة (٧٥) من اتفاقية فيينا، يجد أن المادة أعلاه اشترطت فسخ العقد لغرض إبرام الصفقة البديلة، وهذا واضح من عبارات هذه المادة التي استخدمت مصطلح (Avoid) ويعني الفسخ، وكذلك كررت الاتفاقية الشرط نفسه في المادة (٧٦) فيما يتعلق بإبرام الصفقات البديلة الافتراضية وليس الواقعية، واستخدمت مصطلح (Avoid) أيضاً<sup>(٣)</sup>. ومن خلال نص المادة (٧٥) من اتفاقية فيينا، نصل إلى أن استعمال المشتري لحقه في إبرام صفقة بديلة على نفقة البائع وفق هذه المادة عند إخلال البائع بالتزامه بالتسليم،

(١) جمال محمود عبد العزيز، البيع الدولي للبضائع، دراسة خاصة في الالتزام بالمطابقة في عقد البيع الدولي للبضائع وفقاً لاتفاقية الأمم المتحدة للبيع الدولي للبضائع "فيينا ١٩٨٠"، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١٨، ص ٤٠٩.

(٢) نصت المادة (٧٥) من اتفاقية فيينا على: "إذا فسخ العقد وحدث، على نحو معقول وخلال مدة معقولة بعد الفسخ، أن قام المشتري بشراء بضائع بديلة أو قام البائع بإعادة بيع البضائع، فللطرف الذي يطالب بالتعويض أن يحصل على الفرق بين سعر العقد وسعر شراء البديل أو السعر عند إعادة البيع، وكذلك التعويضات الأخرى المستلمة بموجب المادة ٧٤".

(٣) نصت المادة (٧٦) من اتفاقية فيينا على: "إذا فسخ العقد وكان هناك سعر جارٍ للبضائع فللطرف الذي يطالب بالتعويض، إذا لم يكن قد قام بالشراء أو بإعادة البيع بموجب المادة ٧٥، أن يحصل على الفرق بين السعر المحدد في العقد والسعر الجاري وقت الفسخ وكذلك التعويضات الأخرى المستحقة بموجب المادة ٧٤. وعلى ذلك إذا كان الطرف الذي يطلب التعويض قد فسخ العقد بعد تسلمه البضائع، يطبق السعر الجاري وقت تسلم البضائع بدلاً من السعر الجاري وقت فسخ العقد...".

لا يعتبر تنفيذًا عينيًا جبريًا، وإنما هو تعويض عيني ليس إلا، فالدائن الذي ينفذ على نفقة مدينه بإبرام صفقة بديلة، لغرض الحصول على المعقود عليه محل العقد المخروق، إنما هو يطالب بالتعويض على أساس الفرق بين ثمن العقد المخروق، وثمان البديل عن العقد المخروق، رغم أنه حصل على نفس المبيع. وإن ما يؤيد رأينا هذا، أن اتفاقية فيينا أوردت أحكام الصفقات البديلة الفعلية والافتراضية في باب التعويض، حيث أشارت إلى التعويض استناداً إلى المبادئ العامة في المادة (٧٤) منها، ثم تلتها بالتفويض على نفقة المدين عن طريق إبرام صفقات بديلة فعلية في المادة (٧٥)، وبعد ذلك نصت على التنفيذ على نفقة المدين عن طريق إبرام صفقات بديلة افتراضية في المادة (٧٦) منها، وبهذا، فإنها عدت الصفقات البديلة عند إبرامها من قبل الدائن مجرد تعويض مشروط بضرورة فسخ العقد الأصلي في الحالتين، حتى يستطيع الدائن إبرام صفقات بديلة لغرض التحرر من التزاماته في العقد الأصلي المخروق.

## المبحث الثاني

### تنفيذ الالتزام على نفقة البائع في حالة إخلاله بالالتزامه

#### بالمطابقة في عقد البيع الدولي

إن من أهم الالتزامات التي حظيت باهتمام المشرِّع، التزام البائع بتقديم شيء صالح للاستخدام الذي يبتغيه المشتري، ومطابق للمواصفات التي يطلبها وموافق لحاجته، وغير محمّل بأي حقوق أو ادعاءات للغير، وعرف هذا الضمان في مجال التجارة الدولية باسم "ضمان عدم المطابقة"؛ تجنباً للاختلاف بين مفهوم تخلف الصفة أو "قوات الوصف" ومفهوم العيب بالمعنى التقليدي، ويعتبر اصطلاح عدم المطابقة أكثر ملاءمة من الأفكار المستمدة من القانون الروماني، ومن ثم يتناسب هذا المفهوم مع حاجات المجتمع المتطور وتقنياته الحديثة، كما لا يهمل في هذا الخصوص ما إذا كانت عدم المطابقة ترجع لأسباب موضوعية، بمعنى النقص في الأداء الوظيفي للشيء المبيع، سواء أكان كلياً أم جزئياً، أو إذا كانت هناك أسباب شخصية لعدم المطابقة، بمعنى تخلف صفات معينة تعهد البائع بتوفيرها في المبيع<sup>(١)</sup>.

لما تم ذكره، سنتناول هذا المبحث في مطلبين، الأول لبحث مفهوم الالتزام بالمطابقة، والثاني تنفيذ الالتزام على نفقة البائع في إخلاله بالالتزام بالمطابقة.

**المطلب الأول: مفهوم الالتزام بالمطابقة.**

**المطلب الثاني: تنفيذ الالتزام على نفقة البائع في إخلاله بالالتزام بالمطابقة.**

---

(١) محمد منصور عبد الرزاق، الالتزام بالمطابقة في البيوع الدولية "دراسة مقارنة" رسالة دكتوراه، جامعة المنصورة، كلية الحقوق، ٢٠١٣، ص ٩.

## المطلب الأول

### مفهوم الالتزام بالمطابقة

إن مفهوم المطابقة في الاتفاقيات الدولية يهدف إلى حماية المشتري من إخلال البائع بالالتزامه بتسليم المبيع صالحاً للاستعمال المقصود منه، أو للاستعمال الخاص الذي قصده المشتري، وسليماً خالياً من أي عيوب، وكذلك أن تكون البضاعة بالكمية المتفق عليها في عقد البيع دون زيادة أو نقصان<sup>(٢)</sup>.

لم تُعرف اتفاقية لاهاي المطابقة كالتزام مستقل، وإنما اعتبرته فرعاً من الالتزام بالتسليم، وقد شاع الفقه هذا الاتجاه واعتبر المطابقة من مسائل التسليم. وكذلك فعلت اتفاقية فيينا للبيع الدولي التي لم تعط أيضاً تعريفاً محدداً للالتزام بالمطابقة، واكتفت بتعداد العناصر المكونة لهذا الالتزام، بيد أن اتفاقية فيينا، قد حاولت تجنب الانتقادات التي وجهت إلى اتفاقية لاهاي، لإدماجها المطابقة في الالتزام بالتسليم، وتناولت اتفاقية فيينا مفهوم المطابقة كالتزام مستقل عن الالتزام بالتسليم في المادة (١/٣٥) من الاتفاقية، بينما حددت المادة (٣٦) الوقت الذي يُعتد فيه بتوافر المطابقة أو عدمها<sup>(٣)</sup>.

كذلك لم يُعرف القانون المدني المصري الالتزام بالمطابقة في مجال عقد البيع كالتزام مستقل له ذاتيته، وإن كان قد أشار إلى هذا التعبير صراحة، عندما تعرض للبيع بالعينة في المادة (٤٢٠) مدني<sup>(٤)</sup>. وكذلك فعل المشرع العراقي، حيث أشار إليه فقط في المادة (٥١٨) مدني عند بحثه البيع عن طريق نموذج<sup>(٥)</sup>.

(٢) نغم حنا رؤوف، التزام البائع بالتسليم في عقد البيع الدولي للبضائع وفقاً لاتفاقية ١٩٨٠، دراسة تحليلية مقارنة، رسالة دكتوراه، جامعة الموصل، العراق، ٢٠٠٤، ص ٩٢.

(٣) نصت المادة (١/٣٥) من اتفاقية فيينا على: "على البائع أن يسلم بضائع تكون كميتها وأوصافها وكذلك تغليفها أو تعبئتها مطابقة لأحكام العقد". ونصت المادة (٣٦) منها على: "يسأل البائع، وفقاً لشروط العقد وأحكام هذه الاتفاقية، عن كل عيب في المطابقة يوجد وقت انتقال التبعة للمشتري، وإن لم يظهر هذا العيب إلا في وقت لاحق. ٢- وكذلك يسأل البائع عن كل عيب في المطابقة يحدث بعد الوقت المشار إليه في الفترة السابقة، وينسب إلى عدم تنفيذ أي من التزاماته، بما في ذلك الإخلال بأي ضمان يقتضي ببقاء البضائع خلال مدة معينة صالحة للاستعمال العادي أو للاستعمال الخاص، أو محتفظة بصفاتها أو بخصائصها".

(٤) نصت المادة (٤٢٠) مدني مصري على: "١- إذا كان البيع "بالعينة"، وجب أن يكون المبيع مطابقاً لها. ٢- وإذا تلفت "العينة" أو هلكت في يد أحد المتعاقدين ولو دون خطأ، كان على المتعاقد بائعاً أو مشترياً أن يثبت أن الشيء مطابق للعينة أو غير مطابق". وأن الفقه المصري قد شاع واضعياً اتفاقية لاهاي ١٩٦٤ وأيد مسلكتها باعتبار المطابقة من عناصر الالتزام بالتسليم، بل اعتبره البعض محلاً للالتزام بالتسليم. بل اعتقد البعض أن الإبقاء على مفهوم المطابقة، باعتباره من ميزات اتفاقية لاهاي، هو هدف لا يجوز التخلي عنه، وأن استمرار هذا الالتزام ينبع من ارتباطه بالالتزام بالتسليم، وأنه لا يمكن قبول فكرة المطابقة إلا إذا كانت نابعة من الالتزام بالتسليم. انظر جمال محمود عبد العزيز، البيع الدولي للبضائع، دراسة خاصة في الالتزام بالمطابقة في عقد البيع الدولي للبضائع وفقاً لاتفاقية الأمم المتحدة للبيع الدولي للبضائع "فيينا ١٩٨٠"، مصدر سابق، ص ٢٠.

(٥) نصت المادة (٥١٨) مدني عراقي على: "١- الأشياء التي تباع على مقتضى نموذجها تكفي رؤية النموذج منها، فإن ثبت أن المبيع دون النموذج الذي اشترى مقتضاه كان المشتري مخيراً بين قبوله بالثمن المسمى أو رده بفسخ البيع. ٢- فإذا تعيب النموذج أو هلك في يد أحد المتعاقدين، ولو دون خطأ منه، كان على هذا التعاقد بحسب ما يكون بائعاً أو مشترياً أن يثبت أن الأشياء مطابقة للنموذج أو غير مطابقة له".

إنَّ عدم المطابقة يختلف عن العيب الخفي؛ لأن عدم المطابقة يفترض وجود اختلاف في التماثل أو الكم بين البضاعة المُتَّفَق عليها بِالْعَقْد والبضاعة التي تم تسليمها للمشتري، أما العيب الخفي، فهو عبارة عن نقص في قيمة الشيء أو منفعته. إنَّ التزام البائع بالمطابقة هو التزم بتحقيق نتيجة، مفادها تسليم بضاعة وفق لما يلزمه به العَقْد ويفرضه القَانُون الواجب التطبيق، سواء كان قانوناً وطنياً أم اتَّفَاقِيَّة دولية. وهذا ما ذهبت إليه اتَّفَاقِيَّة فيينا في مادتها (٣٠) سالفه الذكر، التي أوجبت على البائع أن يسلم البضائع والمستندات المتعلقة بها على النحو الذي يقتضيه العَقْد، وأكدت ذلك في المواد (٣٤،٣٥،٤١) منها، التي أعادت نفس العبارة المذكورة في المادة (٣٠)، بالإشارة إلى أحكام الاتَّفَاقِيَّة والعَقْد الدُولِي المبرم<sup>(٦)</sup>. وإنَّ اتَّفَاقِيَّة فيينا أشارت في الفقرة الثانية والثالثة من المادة (٣٥) إلى شروط تحقق المطابقة للعقد، وذلك في الأحوال التي لا يشتمل العَقْد على شروط تتعلق بمواصفات البضاعة، بحيث تعد هذه الشروط بمثابة قواعد مكملة لإرادة الطرفين<sup>(٧)</sup>. بمقتضى هذه المادة، إذا خالف البائع هذه الشروط أو أحدها لم يتحقق التزمه بالمطابقة، وإن تلك المخالفة تعد إخلالاً تنهض معه فكرة المخالفة الجوهرية، إذا توافرت شروطها الأخرى. ولكن يشترط لاعتبار المخالفة في الفرض المتقدم إخلالاً موجباً للفسخ، ألا يكون من الممكن تسليم بضائع بديلة للبضائع غير المطابقة أو إصلاح العيب في البضائع، شريطة ألا يترتب على ذلك مضايقة للمشتري، أو إرهابه بنفقات غير معقولة<sup>(٨)</sup>.

ولكي يكون العيب في المطابقة مخالفة جوهرية، أن يكون العيب موجوداً وقت انتقال تبعة الهالك إلى المشتري، وإن ظهر في وقت لاحق، إلا أنه اشترط ألا يكون المشتري على علم بوجود العيب في المطابقة أو أن المشتري لم يكن من غير الممكن أن يجهله، ونشير هنا أن اتَّفَاقِيَّة فيينا حددت وقت انتقال تبعة الهالك إلى المشتري عموماً بأنه وقت تسليم البضائع إليه مباشرة أو إلى الناقل الذي يتولى نقله، فإذا كان المبيع أجهزة كهربائية تعرضت للعطب بسبب البلل، فلا يستطيع المشتري أن يتمسك بعدم المطابقة في مواجهة البائع إلا إذا كانت هذه الأجهزة قد تم تسليمها بالحالة المذكورة إلى الناقل في ميناء الشحن<sup>(٩)</sup>.

(٦) بو طالب هاجر، مطابقة البضائع في عقد البيع الدُولِي وفقاً للقانونين الفرنسي والجزائري وفي اتَّفَاقِيَّة فيينا ١٩٨٠/٤/١١، أطروحة دكتوراه، جامعة مولود معمري، كلية الحقوق والعلوم السياسية، ٢٠١٩، ص ٢٢٣.

(٧) حددت الفقرة الثانية والثالثة من المادة (٣٥) هذه الشروط كالآتي: أ- صالحة للاستعمال في الأغراض التي تستعمل من أجلها عادة بضائع من نفس النوع. ب- صالحة للاستعمال في الأغراض الخاصة التي أحيط بها البائع علماً، صراحة أو ضمناً، وقت انعقاد العقد، إلا إذا تبين من الظروف أن المشتري لم يعتمد على خبرة البائع أو تقديره، أو كان من غير المعقول للمشتري أن يعتمد على ذلك. ج- متضمنة صفات البضاعة التي سبق للبائع عرضها على المشتري كعينة أو نموذج. د- معبأة أو مغلفة بالطريقة التي تستعمل عادة في تعبئة أو تغليف البضائع من نوعها، وفي حالة عدم وجود الطريقة المعتادة، تكون التعبئة والتغليف بالكيفية المناسبة لحفظها وحمايتها.

(٨) خالد محمد أحمد عبد الحميد، فسخ عقد البيع الدولي للبضائع وفقاً لاتَّفَاقِيَّة فيينا، مصدر سابق، ص ٤٨.

(٩) انظر نص المادة (٢/٣٠٢) من قانون التجارة العراقي النافذ رقم ٣٠ لسنة ١٩٨٤. وللمزيد، نظر أسيل باقر جاسم، المفهوم القانوني للمخالفة الجوهرية في عقد البيع الدولي للبضائع، مصدر سابق، ص ١٧٥.

## المطلب الثاني

### تنفيذ الالتزام على نفقة البائع في إخلاله بالالتزام بالمطابقة

لا ريب أن تحقق حالة الإخلال بالالتزام بالمطابقة من قبل البائع يتنافى مع الالتزامات التي يفرضها عقد البيع الدولي على طرفيه، حيث من المعلوم أن الغاية من الالتزام بالمطابقة هو تحقيق نوع من التوازن العقدي، خاصة في ظل اشتداد المنافسة التجارية وتفاقم ظاهرة الغش التجاري والتقليد، فليس من المقبول قيام أحد المتعاقدين بتنفيذ التزامه، أو يبدي استعدادة لتنفيذه، في حين أن المتعاقد الآخر لا يتقيد بما سبق والتزم به. وتضمنت اتفاقيات التجارة الدولية، وفي مقدمتها اتفاقية فيينا للجزاءات التي يمكن اللجوء إليها لمعالجة إخلال البائع بالتزامه بتقديم بضائع مطابقة لما اتفق عليه المتعاقدان<sup>(١٠)</sup>.

بموجب المادة (١/٤٦) من اتفاقية فيينا، فإن للمشتري أن يطلب من البائع تنفيذ التزامه، بشرط ألا يكون قد لجأ إلى استعمال جزاء يتعارض مع هذا الطلب، وبالرغم أن نص هذه المادة وصف طلب التنفيذ من قبل المشتري بأنه (حق)، إلا أن تعليق الأمانة العامة يشير بوضوح أن الغرض من هذا الحكم هو بمثابة توجيهاً لمحكمة الموضوع، فطلب التنفيذ العيني من قبل المشتري يجب أن يتم بمراعاة المادة (٢٨) من الاتفاقية التي قيدت هذا الحق. ولم تتضمن اتفاقية فيينا قواعد لتنظيم صور التنفيذ العيني، ويبدو أن سبب عدم اهتمام الاتفاقية ببيان صور التنفيذ العيني، في أنها قد تركت هذه الأمور إلى القوانين الوطنية، لاختلاف وسائل التنفيذ العيني من قانون إلى آخر، واقتصرت قواعد اتفاقية فيينا على ذكر صورتين من صور التنفيذ العيني، وهي استبدال البضاعة وإصلاح العيب في المطابقة، بوصفهما من الصور الشائعة في التجارة الدولية<sup>(١١)</sup>. وسنتناول هذين الجزاءين تباعاً:

### أولاً- الاستبدال:

(١٠) لما كان للمشتري الحق في إنزال الجزاءات التي أقرتها اتفاقية فيينا، في حالة إخلال البائع بالتزامه بالمطابقة، فإنه يجب توفر شروط معينة وهذه الشروط: ١- وجود عيب المطابقة وقت انتقال التبعة إلى المشتري، وإن لم يظهر العيب، إلا في وقت لاحق. ٢- أن يقوم المشتري بفحص البضائع بنفسه، أو بواسطة غيره في المكان المحدد وفي أقرب ميعد ممكن تسمح به الظروف. ٣- أن يخطر المشتري بانه، بعيوب مطابقة البضائع، محددًا طبيعة هذا العيب، خلال فترة معقولة، من اللحظة التي يكشف فيها تلك العيوب، أو كان من واجبه اكتشافها. ٤- عدم علم المشتري بعيب المطابقة، أو كان يمكن أن يجهله وقت انعقاد العقد. جمال محمود عبد العزيز، البيع الدولي للبضائع، دراسة خاصة في الالتزام بالمطابقة في عقد البيع الدولي للبضائع وفقاً لاتفاقية الأمم المتحدة للبيع الدولي للبضائع "فيينا ١٩٨٠"، مصدر سابق، ص ٣٣٨.

(١١) انظر نبذة الأونسترال، ص ٧٨، ١٥٣، ١٩٢. إن اتفاقية فيينا تعطي للمتضرر الحق في الاختيار بين طلب التنفيذ، أو طلب التعويض، وهذا الأسلوب يكسب المزيد من الأهمية في كثير من الحالات، خاصة في مجال التجارة الدولية، عندما يكون التعويض غير قادر على جبر الضرر. انظر محمود سمير الشرقاوي، العقود التجارية الدولية - دراسة خاصة لعقد البيع الدولي للبضائع. مصدر سابق، ص ٣٧٠.

أجازت المادة (٢/٤٦) من اتفاقية فيينا<sup>(١٢)</sup> للمشتري أن يطلب من البائع استبدال البضاعة عند استلامه بضائع غير مطابقة لما هو متفق عليه في العقد، باعتبارها وسيلة من وسائل التنفيذ العيني الجبري. ونجد من الضروري الإجابة عن تساؤل مهم، متى يمكن للمشتري أن يلجأ إلى وسيلة استبدال البضاعة؟ وهل يعتبر الاستبدال تنفيذاً عينياً على نفقة البائع؟

إن الإجابة عن هذا التساؤل تتحقق من خلال بحث الآراء التي تناولت جزاء الاستبدال. ومن خلال بحثنا في هذا الجزاء، وجدنا رأيين متعارضين بخصوصه، الرأي الأول: يعتبر الاستبدال هو تنفيذ عيني على نفقة البائع يمكن اللجوء إليه بمجرد إخطار البائع بعدم المطابقة. والرأي الثاني: ينكر هذا الرأي، ويذهب إلى أن اتفاقية فيينا لمن تأخذ بحق المشتري بالتنفيذ على نفقة المدين كوسيلة من وسائل التنفيذ العيني الجبري<sup>(١٣)</sup>، ونتناول هذين الرأيين بشيء من التفصيل.

**الرأي الأول:** يقصد بمكنة الاستبدال عندهم، هو حق مقرر للمشتري عند إخلال البائع بالتزامه بالمطابقة، يعطيه الحق بأن يشتري على حساب البائع بضائع تماثل البضائع المتفق عليها في عقد البيع الدولي، بحيث يوجد المشتري في نفس المركز الذي كان يجب أن يكون فيه لو نفذ البائع التزامه تنفيذاً صحيحاً<sup>(١٤)</sup>. وسندهم في ذلك أن اتفاقية فيينا نصت على حق استبدال البضاعة في المادة (٢/٤٦) سالف الذكر، وكذلك فعلت اتفاقية لاهاي، حيث أجازت الأخيرة هذا الجزاء المقرر إنزاله على البائع، بواسطة نص ينظم موضوع التنفيذ العيني، من خلال شراء بضائع بديلة، بشرط أن تقع على بضائع مثلية، إذا كان مثل هذا العمل مما يتفق والأعراف التجارية من ناحية، ومن ناحية أخرى غير ضار بالبائع<sup>(١٥)</sup>. ويرى أصحاب هذا الرأي بأنه يحق للمشتري عند إخلال البائع بالتزامه بالمطابقة إخلالاً جوهرياً ألا يتجه إلى الفسخ، بحيث يعتبر هذا الجزاء وسيلة تسعى الاتفاقية من خلالها إلى التضييق من نطاق الفسخ، فلا يجد المشتري أمامه سوى تطبيق الاستبدال كطريقة من طرق التنفيذ العيني، مع الأخذ بنظر الاعتبار أن شرط الإذن لا يخص العقود الدولية، لهذا، لم يأت النص عليه في اتفاقية فيينا؛ لكونه لا يتواءم مع طبيعة التعاملات التجارية الدولية، فلا يتصور تعطيل مصالح أطراف العقد الدولي وفرض

(١٢) نصت المادة (٢/٤٦) من اتفاقية فيينا على: "لا يجوز للمشتري في حالة عدم مطابقة البضائع للعقد أن يطلب من البائع تسليم بضائع بديلة، إلا إذا كان العيب في المطابقة يشكل مخالفة جوهرية للعقد وطلب المشتري تسليم البضائع البديلة في الوقت الذي يخطر فيه البائع بعدم المطابقة وفقاً لأحكام المادة ٣٩، أو في ميعاد معقول من وقت هذا الإخطار".

(١٣) أكرم محمد حسين، الإخلال بالتنفيذ في بيوع التجارة الدولية - دراسة مقارنة، مصدر سابق، ص ٢١٤.

(١٤) محمود سمير الشراوي، العقود التجارية الدولية - دراسة خاصة لعقد البيع الدولي للبضائع، مصدر سابق، ص ٣٧٢.  
(١٥) انظر الفقرة الأولى (ج) من المادة (٤٢) من اتفاقية لاهاي عام ١٩٦٤. نلاحظ أن اتفاقية فيينا أخذت بهذا الجزاء بشرط أن تكون البضاعة مثلية، على الرغم من عدم نص الاتفاقية صراحة على ذلك كما فعلت اتفاقية لاهاي، أما إذا كانت البضاعة شيئاً معيناً بالذات كان الجزاء المناسب في هذه الحالة إصلاح العيب إن أمكن. انظر جمال محمود عبد العزيز، البيع الدولي للبضائع، دراسة خاصة في الالتزام بالمطابقة في عقد البيع الدولي للبضائع وفقاً لاتفاقية الأمم المتحدة للبيع الدولي للبضائع "فيينا ١٩٨٠"، مصدر سابق، ص ٤٠٩.

طلب الإذن من القاضي لتوقيع جزاء الاستبدال، لما فيه من هدر للوقت وما قد يؤدي انتظار الحكم من تلف للبضائع وضياع للصفة<sup>(١٦)</sup>.

**الرأي الثاني:** يذهب باتجاه مخالف لما ذهب إليه الاتجاه السابق، ويرى أصحاب هذا الرأي أن الاستبدال وفق نص المادة (٢/٤٦) من اتفاقية فيينا للبيع الدولي، هو حق المشتري في مطالبة البائع بتسليم بضاعة مطابقة بدلاً عن تلك البضاعة غير المطابقة المسلمة له. ويذهب أصحاب هذا الرأي أن اتفاقية فيينا لم تأخذ بالتنفيذ على نفقة المدين، بوصفها صورة من صور التنفيذ العيني، وأنهم لا يقرون بالاتجاه الذي يفسر الاستبدال بحق المشتري بأن يشتري بضاعة على نفقة البائع، وإن كانوا يقرون بأن إعطاء هذا الحق للمشتري اتجاه غير موفّق؛ كون أن إعطاء الحق للمشتري بالاستبدال وفق هذا المفهوم، من شأنه أن يضع المشتري تحت رحمة البائع، الذي يمكن أن يرفض هذا الطلب، فضلاً عن أنه لا يتفق مع ما تقوم عليه التجارة الدولية من سرعة. ويدعم أنصار هذا الاتجاه رأيهم بأن المادة (٢٥) من قانون البيع الموحد تقضي بأنه، ليس بإمكان المشتري مطالبة البائع بالتنفيذ العيني، متى كان بإمكان المشتري شراء بضائع بديلة وفقاً للعرف، وقد برر حكم هذه المادة بأنه لا محل لإصرار المشتري على إرغام البائع بتنفيذ التزامه، ما دام بمقدوره الحصول على ذات البضاعة من السوق. وكذلك أن مبادئ اليونيدروا أعطت للدائن الحق في طلب استبدال البضاعة، إلا أنها قيدت حق الدائن في طلب الاستبدال بما تضمنته المادتان (١-٢-٧) و (٢-٢-٧) منها، مما يعني أن الدائن لا يستطيع أن يطلب استبدال البضاعة، متى كان بإمكانه أن يحصل على التنفيذ بصورة معقولة بوسيلة أخرى، استناداً إلى نص الفقرة (ج) من المادة (٢-٢-٧)<sup>(١٧)</sup>.

ومن خلال الاطلاع على كلا الرأيين، نجد أن الاتجاه الأول الذي يفسر نص المادة (٢/٤٦) من اتفاقية فيينا بأنه يعطي المشتري حق شراء بضائع بديلة على نفقة البائع عند إخلاله بالتزامه بالمطابقة، بمجرد إخطار البائع بتسليم بضائع بديلة للبضائع غير المطابقة، وأنه جزاء أصلي يتحقق بمجرد الإخطار، وإن كان هذا الرأي يتفق مع ما أخذت به اتفاقية فيينا من اعتبار التنفيذ العيني جزاءً أصلياً وليس جزاءً استثنائياً، ويتفق مع مبدأ حسن النية الذي أقرته اتفاقية فيينا في مادتها (٧) منها، والذي من مقتضيات هذا المبدأ الحد من تعاضم الأضرار؛ كون استبدال البضائع المعيبة يتطلب إعادة البضائع إلى البائع وكذلك المحافظة عليها، مما يتطلب وقتاً وجهداً قد يؤدي إلى هلاك البضاعة أو تفويت المنفعة

(١٦) انظر المادة (٢٥٠) مدني عراقي، والمادة (٢٠٣) مدني مصري، والمادة (٩٦) من قانون التجارة المصري الجديد رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩، والمادة (١٢٢٢) مدني فرنسي.

(١٧) أكرم محمد حسين، الإخلال بالتنفيذ في بيوع التجارة الدولية - دراسة مقارنة، مصدر سابق، ص ٢١٤.

التي كان يرتجىها المشتري من شراء البضاعة، إلا أن هذا الاتجاه منتقد؛ كون مجرد إخطار البائع بعدم المطابقة وفق نص المادة (٢/٤٦) لا يتفق مع تفسير عبارات المادة السابقة، حيث إن عبارات المادة واضحة: "يُطلب من البائع تسليم بضائع بديلة"، أي أن البائع هو من يقع عليه واجب استبدال البضاعة غير المطابقة وليس المشتري، أضف إلى ذلك، لم يوضح أصحاب هذا الرأي السند القانوني الذي دفعهم إلى اعتماد هذا الرأي.

أما الرأي الثاني المعارض للتصور الأول، وإن كنا نميل إليه من ناحية عدم اعتباره الاستبدال تنفيذاً على نفقة المدين، وهذا صحيح تماماً، فهو منتقد أيضاً من ناحية الأخذ به على إطلاقه، غير صحيح لعدة أسباب، منها أن أصحاب هذا الرأي اعتمدوا في إسناد رأيهم على عبارات المادة (٢/٤٦) في التفسير، وتفسير النص من خلال عباراته ليس اتجاهاً سليماً دائماً. كذلك ما يؤخذ على الاتجاه هذا أنه استند في دعم رأيه على نصوص اتفاقيات أخرى عند تفسيره لنص المادة (٢/٤٦) من اتفاقية فيينا، وهذا الاتجاه غير موفق أيضاً، حيث كان من الواجب تفسير النص وفق سياق الاتفاقية نفسها، كذلك أن أصحاب هذا الاتجاه لم يبينوا الحل في حالة عدم استجابة البائع لطلب المشتري باستبدال البضاعة.

إن ما يهمنا من خلال استطلاع هذه الآراء الوصول إلى الحل الذي يمكن المشتري من الحصول على بضاعة مطابقة لما اتفق عليه في العقد، وبالتالي نرى أن ملكة الاستبدال تتحقق عندما يطلب المشتري من البائع استبدال البضاعة غير المطابقة، مع توفر شروط الاستبدال التي نصت عليها الاتفاقية، وعندما يرفض البائع طلب الاستبدال أو لا يرد على الإخطار المقدم له من المشتري، فهنا يحق للمشتري شراء بضاعة بديلة عن البضاعة المعيبة وعلى نفقة البائع، وسنده في ذلك نص المادة (١/٤٦) من الاتفاقية، التي نصت على حق المشتري في الطلب من البائع تنفيذ التزامه، ما لم يكن استعمل حقاً يتعارض مع هذا الطلب، والمقصود هنا طلب المشتري فسخ العقد. وحيث إن اتفاقية فيينا لم تنص على صور التنفيذ العيني وإنما أعطت أمثلة لها، فلا نجد ما يمنع من أن يكون التنفيذ على نفقة المدين صورة من صور، علماً أن هذا الرأي لا يتعارض مع نص المادة (٧٥) من اتفاقية فيينا<sup>(١٨)</sup>، والتي أعطت المشتري حق شراء بضائع بديلة، فهو يختلف عن مفهوم التنفيذ على نفقة المدين؛ كونه ينص على فسخ العقد كشرط للشراء.

## ثانياً- إصلاح العيب في المطابقة:

(١٨) نصت المادة (٧٥) من اتفاقية فيينا على: "إذا فُسخ العقد وحدث، على نحو معقول وخلال مدة معقولة بعد الفسخ، أن قام المشتري بشراء بضائع بديلة أو قام البائع بإعادة بيع البضائع، فللطرف الذي يطالب بالتعويض أن يحصل على الفرق بين سعر العقد وسعر شراء البديل أو السعر عند إعادة البيع، وكذلك التعويضات الأخرى المستحقة بموجب المادة (٤٧)".

نصت اتفاقية فيينا على حق المشتري في إصلاح البضاعة المعيبة، في المادة (٣/٤٦) منها، فعند وجود عيب أو نقص في المبيع يؤدي إلى تفويت فرصة الانتفاع به وفقاً لما قضى به حسن النيّة في التعامل، وفي ضوء ما قصده الطرفان في العقد، فلما فائدة من قبوله، إذا لم يكن بوسع المشتري الاستفادة منه بسبب ما به من عيوب أو نقص<sup>(١٩)</sup>.

إنّ الأصل أن المشتري هو الذي يطلب من البائع التّنفيد العينيّ بالإصلاح عند إخلال هذا الأخير بالتزامه بالمطابقة، دون اشتراط أن تكون المخالفة جوهرية، على عكس تطبيق جزاء الاستبدال الذي يشترط لإعماله أن تكون المخالفة المرتكبة من البائع في عدم المطابقة جوهرية؛ كون المشتري هو من يقع عليه عبء إثبات وجود العيب<sup>(٢٠)</sup>. إلا أن إصلاح العيب يختلف باختلاف العيب في المطابقة الذي شاب البضاعة، فإذا كان العيب الذي شاب البضاعة من صور عدم المطابقة المادية مثلاً، فإنه من الممكن أن يتخذ عدة صور، بحيث يسعى البائع بعد إعداره بعدم المطابقة وطبيعة الخلل لإرسال تقنيين مختصين لإصلاح البضائع المعيبة لدى المشتري، تجنباً لعناء ومصاريف النقل، خاصة وأن البيع الدوليّ غالباً ما يتعدى الحدود الجغرافية للدولة الواحدة<sup>(٢١)</sup>.

إنّ اتفاقية فيينا حددت -مثل نظيرتها لاهاي- شروطاً معينة، ينبغي توافرها، حتى يتسنى للمشتري حق طلب إصلاح العيب في البضاعة، وهي على النحو التالي:

أولاً: ألا يشكل إصلاح العيب عبئاً غير معقول على البائع، مع مراعاة ظروف الحال. ولم نجد في اتفاقية فيينا تحديداً للحالات التي يكون فيها إصلاح العيب الذي يشكل عبئاً غير معقول على البائع، إلا أننا نجد في الممارسة العمليّة للبيوع الدوليّة ما يبرر مثل هذا الشرط، إذ توجد منشآت أطراف عقد

(١٩) نصت المادة (٣/٤٦) من اتفاقية فيينا على: "يجوز للمشتري في حالة عدم مطابقة البضائع للعقد أن يطلب من البائع إصلاح العيب في المطابقة، إلا إذا كان هذا الإصلاح يشكل عبئاً غير معقول على البائع مع مراعاة جميع ظروف الحال. ويجب طلب الإصلاح إما في وقت الإخطار بوجود العيب في المطابقة وفقاً للمادة ٣٩، وإما في ميعاد معقول من وقت هذا الإخطار". وانظر حسام سيد عبد الرحيم، جزاء إخلال البائع بالتسليم في عقد بيع البضائع في ضوء اتفاقية فيينا عام ١٩٨٠ (دراسة مقارنة)، مصدر سابق، ص ١٨٣.

(٢٠) طبقت المحكمة الدانماركية البحرية والتجارية في قضية معروضة أمامها موضوع الإثبات، تتلخص وقائعها: "في عام ٢٠٠٩، كلفت شركة ألمانية (B) عهد إليها بمهمة إصلاح يخت تاريخي، شركة دانماركية (S) باستبدال كؤات البيخ. ثم أقامت الشركة (B) دعوى على الشركة (S) أمام المحكمة الدانماركية البحرية والتجارية في الدانمرك، مدّعية أنّ الكؤات التي استخدمتها الشركة (S) كانت معيبة. وجاء في قرار الحكم: "حكمت المحكمة، بشأن الأسس الموضوعية، لصالح الشركة الدانماركية (S) المدّعي عليها، حيث إنّ الشركة (B)، التي تتحمل عبء الإثبات، لم تُفنع المحكمة بأنّ الكؤات كانت معيبة". وكما لاحظت المحكمة في هذا الصدد، لم يحتج أي طرف بمسألة ما إذا كانت النتائج المتعلقة بهذه المطابقة قد تكون مختلفة لو نُظر في القضية من منظور قواعد المطابقة الواردة في الجزء الثالث من اتفاقية البيع". قرار المحكمة الدانماركية البحرية والتجارية، برقم SH2015.H-20-14، ١٥ أيلول/سبتمبر ٢٠١٥، السوابق القضائية المستندة إلى نصوص الأونسيفترال (كلاوت)، الوثيقة A/CN.9/SER.C/ABSTRACTS/176، مصدر سابق.

(٢١) بو طالب هاجر، مطابقة البضائع في عقد البيع الدولي وفقاً للقانونين الفرنسي والجزائري وفي اتفاقية فيينا ١٩٨٠/٤/١١، مصدر سابق، ص ٢٣٤.

البيع الدولي - غالباً - في دول مختلفة، مما يكلف مبالغ كبيرة إعادة البضاعة للبائع لغرض إصلاحها أو إرسال تقنيين لغرض ذلك<sup>(١)</sup>. ومن الأمثلة الأخرى التي يشكل طلب الإصلاح عبئاً غير معقول على البائع، منها أن يكون الإصلاح مكلفاً جداً تفوق كلفته الضرر الذي يصيب المشتري جراء عدم المطابقة، أو يكون العيب تافهاً والبائع في بلد آخر، أو عندما تكون إمكانية إجراء الإصلاح في بلد المشتري أسهل منها في بلد البائع، لتوفر متطلبات الإصلاح. وفي جميع الأحوال، يجب مراعاة الظروف المحيطة لتحديد مدى معقولية الإصلاح من عدمها، فيجب الأخذ بالاعتبار كيفية إجراء التصليح إذا كان من الممكن أن يقوم به المشتري بنفسه، كأن تتوفر لديه قطع الغيار اللازمة لإجراء التصليح<sup>(٢)</sup>.

ثانياً: - أن يقدم المشتري طلب إصلاح العيب، إما في نفس الوقت الذي يخطر فيه البائع بعدم المطابقة وفقاً للمادة (٣٩) من اتفاقية فيينا سالفه الذكر، وإما في ميعاد معقول من تاريخ هذا الإخطار، ويجب أن يتضمن الإخطار إعلان البائع بالمخالفة التي ارتكبها، وما يترتب عليها من عيوب تشوب البضاعة، وما قرره المشتري من استعمال وسيلة إصلاح تلك العيوب<sup>(٣)</sup>.

ونجد أن القانون المدني المصري أخذ بوسيلة إصلاح العيب أيضاً، حيث يجوز للمشتري طلب إصلاح البضاعة بشرط أن يكون العيب قابلاً للإصلاح<sup>(٤)</sup>، وأن تكون نفقات إصلاحه في حدود المعقول، وأن يقوم المشتري بإعذار البائع وفقاً للمادة (٤٤٩) مدني مصري<sup>(٥)</sup>، ما لم يوجد اتفاق بغير ذلك، وألا يشكل الإصلاح إرهاقاً للبائع وفقاً للمادة (٢٠٣) من القانون المدني المصري<sup>(٦)</sup>. وأن المشرع المصري أعطى المشتري في المادة (٤٥٠) من القانون المدني حق الرجوع بالضمان على البائع وفقاً لأحكام المادة (٤٤٤) منه، التي تحدثت عن ضمان الاستحقاق الجزئي، وبذلك ساوى المشرع المصري بين ضمان العيوب الخفية والاستحقاق الجزئي. كما أوجب القانون المصري الضمان في حالتين، الأولى: عدم توافر صفة التزام البائع بوجودها في المبيع، والثانية: حالة وجود عيب ينقص من قيمة

(١) جمال محمود عبد العزيز، البيع الدولي للبضائع، دراسة خاصة في الالتزام بالمطابقة في عقد البيع الدولي للبضائع وفقاً وفقاً لاتفاقية الأمم المتحدة للبيع الدولي للبضائع "فيينا ١٩٨٠"، مصدر سابق، ٤٣٢.

(٢) أكرم محمد حسين، الإخلال بالتنفيذ في بيوع التجارة الدولية - دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، مصدر سابق، ص ٢١٧.

(٣) محسن شفيق، اتفاقية الأمم المتحدة بشأن البيع الدولي للبضائع - دراسة في قانون التجارة الدولي، مصدر سابق، ص ٤٥٦.

(٤) عرفت محكمة النقض المصرية العيب الخفي بأنه: "هو العيب الذي تترتب عليه دعوى ضمان العيوب الخفية والأفة الطارئة التي تخلق منها الفطرة السليمة للبيع". قرار محكمة النقض المصرية بتاريخ ١٩٤٨/٤/٨، مجموعة القواعد، الجزء الأول، ص ٣٦.

(٥) نصت المادة (٤٤٩) مدني مصري على: "١- إذا تسلم المشتري المبيع، وجب عليه التحقق من حالته بمجرد أن يتمكن يتمكن من ذلك، وفقاً للمألوف في التعامل، فإذا كشف عيباً يضمنه البائع وجب عليه أن يخطره به خلال مدة معقولة فإن لم يفعل اعتُبر قابلاً للمبيع. ٢- أما إذا كان العيب مما لا يمكن الكشف عنه بالفحص المعتاد ثم كشفه المشتري، وجب عليه أن يخطر به البائع بمجرد ظهوره، وإلا اعتُبر قابلاً للمبيع بما فيه من عيب".

(٦) نصت المادة (٢٠٣) مدني مصري على: "١- يجبر المدين بعد إعذاره طبقاً للمادتين ٢١٩ و ٢٢٠ على تنفيذ التزامه تنفيذاً عينياً، متى كان ذلك ممكناً. ٢- على أنه إذا كان في التنفيذ العيني إرهاق للمدين، جاز له أن يقتصر على دفع تعويض نقدي، إذا كان ذلك لا يلحق بالدائن ضرراً جسيماً".

المبيع أو نفعه المادة (٤٤٧) مدني مصري<sup>(١)</sup>. والعيب الموجب للضمان هو "الآفة الطارئة التي تخلو منها الفطرة السليمة للمبيع"<sup>(٢)</sup>.

أما المشرع العراقي، فقد نصّ على ضمان العيب في المواد من (٥٥٨) حتى المادة (٥٧٠) من القانون المدني العراقي، إذ بين شروط العيب وأحكامه، وذهب المشرع العراقي إلى أنه من أجل أن يضمن البائع العيب الذي يظهر في المبيع، فلا بد أن تتوافر في العيب شروط معينة ودونها لا يكون في مقدور المشتري الرجوع إلى البائع بالضمان، لأننا لو أخذنا بنظر الاعتبار أي عيب ظاهر في المبيع بصرف النظر عما إذا كان العيب جسيماً أو تافهاً لأدى ذلك إلى الاضطراب وعدم الاستقرار في المعاملات وإهدار القوة الملزمة للعقد<sup>(٣)</sup>، وهذه الشروط قريبة للشروط التي نصّ عليها المشرع المصري<sup>(٤)</sup>.

أما المشرع الفرنسي، فقد نصّ في المادتين (١٦٤٥) و(١٦٤٦) مدني فرنسي على فحوى الضمان الذي يتمثل التزام البائع بضمان المبيع للعيوب الخفية، سواء كان عالماً بالعيب أو جاهلاً به. ويقتصر الضمان على رد الثمن، فضلاً عن المصروفات التي تكبدها المشتري بسبب البيع. وهنا،

(١) نصت المادة (٤٥٠) مدني مصري على: "إذا أخطر المشتري البائع بالعيب في الوقت الملائم، كان له أن يرجع بالضمان على النحو المبين في المادة ٤٤٤". ونصت المادة (٤٤٤) منه على: "١- إذا استحق بعض المبيع، أو وجد مثقلاً بتكليف، وكانت خسارة المشتري من ذلك قد بلغت قدرًا لو علمه لما أتم العقد، كان له أن يطالب البائع بالمبالغ المبيّنة في المادة السابقة، على أن يردّ له المبيع وما أفاده منه. ٢- فإذا اختار المشتري استبقاء المبيع، أو كانت الخسارة التي لحقت له لم تبلغ القدر المبين في الفقرة السابقة، لم يكن له إلا أن يطالب بالتعويض عما أصابه من ضرر بسبب الاستحقاق". ونصت المادة (٤٤٧) مدني مصري على: "١- يكون البائع ملزماً بالضمان إذا لم يتوافر في المبيع وقت التسليم الصفات التي كفل للمشتري وجودها فيه، أو إذا كان بالمبيع عيب ينقص من قيمته، أو من نفعه بحسب الغاية المقصودة الاستفادة مما هو مبين في العقد، أو مما هو ظاهر من طبيعة الشيء أو الغرض الذي أعد له، ويضمن البائع هذا العيب ولو لم يكن عالماً بوجوده. ٢- ومع ذلك لا يضمن البائع العيوب التي كان المشتري يعرفها وقت البيع، أو كان يستطيع أن يتبينها بنفسه لو أنه فحص المبيع بعناية الرجل العادي، إلا إذا أثبت المشتري أن البائع قد أكد له خلو المبيع من هذا العيب، أو أثبت أن البائع قد تعمد إخفاء العيب غشاً منه".

(٢) حسام سيد عبد الرحيم، جزاء إخلال البائع بالتسليم في عقد بيع البضائع في ضوء اتفاقية فيينا عام ١٩٨٠ (دراسة مقارنة)، مصدر سابق، ص ١٧٨. ويشترط القانون المدني المصري أربعة شروط في العيب الموجب للضمان وهي: أن يكون مؤثراً. ٢- أن يكون قديماً. ٣- أن يكون حقاً موجوداً في المبيع وقت أن يتسلمه المشتري من البائع. ٤- أن يكون غير معلوم للمشتري.

(٣) جعفر الفضلي، العقود المسماة، البيع والإيجار والمقاول، الطبعة الثانية، طبعة وزارة التعليم العالي والبحث العلمي، العراق، ٢٠٠٥، ص ١٢٣. نصت المادة (٥٥٨) مدني عراقي على: "١- إذا ظهر بالمبيع عيب قديم كان المشتري مخيراً إن شاء رده وإن شاء قبله بثمنه المسمى. ٢- والغيب هو ما ينقص ثمن المبيع عند التجار وأرباب الخبرة أو ما يفوت به غرض صحيح إذا كان الغالب في أمثال المبيع عدمه، ويكون قديماً إذا كان موجوداً في المبيع وقت العقد أو حدث بعده وهو في يد البائع قبل التسليم". ونصت المادة (٥٥٩) مدني عراقي على: "لا يضمن البائع عيباً قديماً كان للمشتري يعرفه أو كان يستطيع أن يتبينه لو أنه فحص المبيع بما ينبغي من العناية، إلا إذا أثبت أن البائع قد أكد له خلو المبيع من هذا العيب أو أخفى العيب غشاً منه".

(٤) طبقت المحاكم العراقية هذه الشروط، حيث جاء في قرار لمحكمة تمييز إقليم كردستان: "ظهر من الكشف الذي أجرته المحكمة على الملك موضوع الدعوى بأن العيب المدعي به من العيوب الظاهرة ومن الممكن مشاهدته بالعين المجردة، مما يخرج من نطاق العيوب الخفية، وأن البائع لا يضمن عيباً قديماً كان المشتري يعرفه أو كان يستطيع أن يتبينه بنفسه، لو أنه فحص المبيع بما ينبغي من العناية عملاً بأحكام المادة ٥٥٩ من القانون المدني". انظر قرار محكمة تمييز إقليم كردستان العراق بالعدد ٢٣/بيع عيوب خفية/٢٠٠٣، قرار منشور على موقع مجلس القضاء الأعلى، على الموقع: <https://www.hjc.iq/qview.2509/>

نلاحظ أن أحكام الضمان في القانون المدني الفرنسي مماثلة لما أورده القانون المدني العراقي<sup>(١)</sup>. بعد أن بينا حق المشتري في طلب إصلاح البضاعة من قبل البائع، يحق لنا أن نطرح التساؤل الآتي: متى يمكن للمشتري استعمال وسيلة الإصلاح هذه على نفقة البائع؟

إن الطلب الذي يقدمه المشتري إلى البائع لإصلاح المبيع المعيب سيكون متوقفاً على إجابة البائع على الطلب، والتي لا تخرج عن هذه الاحتمالات، إما قبول الطلب أو الرفض أو السكوت. وسنتناول هذه الحالات تباعاً:

في الفرض الأول، يقدم المشتري طلبه للبائع لإصلاح العيب وفق الشرط الذي يطلبها القانون، ويقبل البائع إصلاح البضاعة. وهنا، إما يقوم الأخير بالإصلاح بنفسه، أو إعطاء البائع للمشتري الحق في تصليح العيب بنفسه، ومن ثم يرجع المشتري بنفقات التصليح على البائع، وهذا الأمر هو تنفيذ عيني اختياري، وليس تنفيذاً عينياً جبرياً، ولا مجال هنا لبحث تنفيذ إصلاح البضاعة على نفقة البائع. أما الفرض الثاني، وهو في حالة امتناع البائع عن قبول طلب الإصلاح أو سكوته رغم توفر شروط طلب الإصلاح، ولم يستعمل المشتري حقه في الفسخ، عندما تكون مصلحته في استمرار العقد أكثر منها في الفسخ، أو طلب استبدال البضاعة، وإنما نجد أن رفض البائع لطلب الإصلاح يعطي المشتري الحق في تنفيذ التزام البائع بالإصلاح جبراً عليه وعلى نفقته، ويقوم هو، أي المشتري، بإصلاح العيب على نفقة البائع استناداً لنص المادة (١/٤٦) من اتفاقية فيينا سالفه الذكر. وكذلك الحال إذا لم يحصل المشتري على رد من البائع بقبول الإصلاح، وذلك في حالة سكوته وعدم إيدائه أي فعل، فمن حق البائع وبغية حفظه على العقد ورغبة منه في عدم استعماله حق الفسخ، أن يلجأ إلى تنفيذ الإصلاح بنفسه استناداً للمادة (١/٤٦) والمادة (٧٧) من اتفاقية فيينا، والتي أوجبت على الطرف الذي يتمسك بوجود إخلال من الطرف الآخر أن يتخذ من الإجراءات التي تخفف من الأضرار باتخاذها من التدابير المعقولة والملائمة للظروف<sup>(٢)</sup>.

## الخاتمة

(١) نصت المادة (١٦٤٥) مدني فرنسي على: "إذا كان البائع عالماً بعيوب المبيع، يلزم إضافة إلى إعادة الثمن الذي حصل عليه، بأداء التعويض عن العطل والضرر كله إلى المشتري". ونصت المادة (١٦٤٦) مدني فرنسي على: "إذا كان البائع يجهل وجود العيب في الشيء، لا يلزم برد الثمن ويتسديد مصاريف إجراءات البيع للشاري". انظر القانون المدني الفرنسي بالعربية، طبعة دالوز، ٢٠٠٩، الثامنة بعد المئة بالعربية، إصدار جامعة القديس يوسف في بيروت، ص ١٦١٦-١٦١٧.

(٢) نصت المادة (٧٧) من اتفاقية فيينا على: "يجب على الطرف الذي يتمسك بمخالفة العقد أن يتخذ التدابير المعقولة والملائمة للظروف للتخفيف من الخسارة الناجمة عن المخالفة، بما فيها الكسب الذي فات، وإذا أهمل القيام بذلك فللطرف المخل أن يطالب بتخفيض التعويض بقدر الخسارة التي كان يمكن تجنبها".

الآن وقد انتهينا، بحمد الله، من بحثنا في تنفيذ الالتزام على نفقة المدين دراسة مقارنة، فقد اتضح لنا أنه لا توجد دراسة فقهية تحدد مفهوم تنفيذ الالتزام على نفقة المدين، فأغلب الدراسات كانت تتطرق له باعتباره إحدى وسائل التنفيذ العيني الجبري، يلجأ إليها الدائن كوسيلة للحصول على نفس الأداء الذي تعهد المدين بتنفيذه، ولكن ذلك لم يصبنا بالعجز، فعمدنا إلى البحث عن مختلف مصادر القاعدة القانونية التي تكرس الحماية للدائن لتنفيذ الالتزام عيناً وعلى نفقة مدينه. وتبين أن رحلة البحث عن هذه المصادر شاقة ومتعبة؛ وذلك لكون أن هذه القواعد متعددة ومشتتة بين نصوص القوانين المدنية أو الإدارية، فعمدنا على جمع شتات من مواضيع مختلفة، لتحديد ماهيته، والتي توصلنا إليها من خلال بحث سماته وشروط تطبيقه وتميزه عما يشبهه من أوضاع قانونية.

انطلاقاً مما سبق، وعلى ضوء ما تمت دراسته من خلال بحثنا هذا، تم التوصل إلى

النتائج والتوصيات التالية:

## أولاً- النتائج:

١- إن تنفيذ الالتزام على نفقة المدين اصطلاحاً يحيطه الكثير من الغموض، وقد يبدو من الوهلة الأولى أن من الممكن تحديد مفهومه بسهولة، وذلك لسهولة عباراته، إلا أن هذا التحديد من الصعوبة بمكان، فليس هناك دراسة فقهية عالجت معنى تنفيذ الالتزام على نفقة المدين، فوضعنا تعريفاً له مستخلصاً من سماته، وشروطه وتميزه عما يشبهه من أوضاع قانونية، وتوصلنا إلى إعطاء تعريف له بأنه: "إحدى وسائل التنفيذ العيني الجبري يمكن من خلاله للدائن، بواسطته أو بواسطة شخص آخر، تنفيذ التزام المدين المخل عيناً وعلى نفقته، متى ما كان هذا الالتزام ممكناً وغير مرهق للمدين، ولم تكن شخصية المدين محل اعتبار في الالتزام وكانت طبيعة الالتزام تسمح بذلك".

٢- إن تنفيذ الالتزام على نفقة المدين لا تقوم على الاعتبار الشخصي، بمعنى آخر إن تنفيذ الالتزام على نفقة المدين يرتكز على قاعدة، مؤداها أن المدين ليس هو الشخص الوحيد الذي يستطيع تنفيذ الالتزام، وفي تعبير آخر أكثر تحديداً، إن الالتزام لا يحمل الطابع الشخصي.

٣- إن نطاق تنفيذ الالتزام على نفقة المدين يتأثر باختلاف محل الالتزام، فلا مجال لتطبيق هذه الرخصة عندما يتعلق الالتزام بنقل ملكية أو ترتيب حق عيني على مبيع معين بالذات، بينما نجد هذه الرخصة تأخذ مداها عندما يتعلق الالتزام بنقل ملكية مبيع معين بالنوع، وكذلك في الالتزام بعمل يطبق على الالتزامات التي تتضمن الالتزام بتحقيق نتيجة، وبالتالي لا يمكن تصوُّره في الالتزامات التي يلتزم بها المدين ببذل عناية؛ كون هذا النوع من الالتزام إذا لم يبذل المدين العناية التي تطلبها القانون أو الاتفاق، يكون قد تسبب بخطئه في استحالة تنفيذه.

٤- إن تنفيذ الالتزام على نفقة المدين ليس بالأمر التفائلي أو الآلي دائماً، وإنما للوصول إلى تحقيقه يجب طلب الإذن من القضاء، أي استئذان المحكمة في الحالات العادية ودون استئذائها في الحالات المستعجلة. وإن الإذن الذي منحه المشرع لا يعني منح القاضي سلطة تقديرية مطلقة في الحكم بتنفيذ الالتزام على نفقة المدين، وإنما يعطيه فقط رخصة بشرط تحقق ظروف معينة، فتقدير هذه الظروف منوط باعتبارات موضوعية، وإن مسألة الاستعجال من عدمه تقع تحت إشراف القضاء أيضاً، من ناحية تقدير هل أن الظروف التي دفعت الدائن بتنفيذ الالتزام على نفقة مدينه دون الرجوع إلى الحصول على الإذن من القضاء أو طلبه منحه الإذن منه، يقع تحت إشراف ورقابة القضاء.

٥- إن إعطاء الدائن الحق في استعمال رخصة التنفيذ على نفقة المدين ليس مطلقاً، وبالتالي إن الطلب الذي يقدمه الدائن إلى المحكمة للإلزام مدينه بالتنفيذ العيني وعلى نفقته مرهون بتحقق عدة شروط.

٦- هناك العديد من الطرق التي حددها القانون وينقضي بها التزام المدين، ولكل من هذه الطرق شروط وأحكام قد تقترب من شروط وأحكام تنفيذ الالتزام على نفقة المدين، ومن هذه الطرق التنفيذ بمقابل والتجديد والإبابة، والتعويض العيني، وقد تبين أن هناك اختلافاً كبيراً بينها وبين تنفيذ الالتزام على نفقة المدين.

٧- إن لرخصة تنفيذ الالتزام على نفقة المدين العديد من التطبيقات في المجال العملي، سواء على صعيد العقود الداخلية التي تجرى داخل إقليم الدولة أو عقود البيع الدولية. ففي النوع الأول، قد تبرم هذه العقود بين أطراف محليين، أي عندما لا تكون الدولة طرفاً فيها، أو قد تبرم عقود يطلق عليها المقاولات العامة وتلعب الدولة الدور الأهم فيها، ووجدنا في العقود المحلية عند إخلال المقاول بأي من التزاماته وتكون المقاول مباشرة، أي أن المقاول يقوم بنفسه بتنفيذ الالتزامات دون الحاجة إلى الاستعانة بمقاول من الباطن، أعطى القانون لرب العمل رخصة تنفيذ الالتزام المقاول المخل وعلى

نفقته، عند توفر شروط معينة، وبالوقت نفسه أعطى المَقَاوِلِ الأَصْلِي الحَقَّ في أن ينفذ التزام المَقَاوِلِ من الباطن وعلى نفقته في عقود المَقَاوِلِ التي تتطلب مَقَاوِلًا من الباطن عند إخلال الأخير. أما في عقود المَقَاوِلِ العامة، والتي تُعقد بين شخص من أشخاص القانون العام وفرد أو شركة، ويتعهد المَقَاوِلِ بمقتضاه بالقيام بعمل لحساب الشخص المعنوي العام تحقيقاً لمصلحة عامة، وجدنا طريقاً خاصاً لفض النزاع الناتج عن إخلال المَقَاوِلِ بالتزامه في هذا النوع من المَقَاوِلِ، ومن جانب واحد وهو رب العمل، أي بالإرادة المنفردة، وبالتالي فهو بهذا المعنى استثناء من القواعد العامة التي تقرر الحَقَّ بفسخ العَقْد في حالة إخلال أي من المتعاقدين بالتزام، أي أن هذا الجزء من الجزاءات التي تختص بها الإدارة، بمواجهة المَقَاوِلِ المُقَصِّرِ بتنفيذ التزاماته التعاقدية معها، بحيث تحل الإدارة بنفسها أو بواسطة مَقَاوِلِ آخر تنفيذ التزام المَقَاوِلِ المُخِلِّ وعلى نفقته، دون أن يعتبر هذا الإجراء فسخاً للعقد.

٨- إن جزاء سحب العمل وإن كان حقاً للإدارة، إلا أنه يخضع لرقابة القضاء وإن كانت هذه الرقابة تختلف من قانون لآخر، حيث في العراق تكون من اختصاص القضاء العادي، بينما في مصر وفرنسا تخضع لرقابة القضاء الإداري.

٩- إن استعمال الدائن لرخصة تنفيذ الالتزام على نفقة المدين في عقود المَقَاوِلِ الخاصة يختلف باختلاف طبيعة التزام المَقَاوِلِ، حيث الأصل أن يقوم المَقَاوِلِ بتنفيذ العمل المكلف به ويقوم رب العمل بتجهيز المواد اللازمة للعمل، إلا أنه قد يلتزم إضافة لقيامه بتنفيذ العمل بتجهيز مواد العمل. عند البحث في القوانين المدنية المقارنة، لم نجد نصاً يشير صراحة إلى إمكانية تنفيذ الالتزام على نفقة المَقَاوِلِ بخصوص حالة التنفيذ المعيب للعمل عندما يلتزم المَقَاوِلِ بتقديم مادة العمل وتنفيذه وترك الأمر للقواعد العامة، مع ملاحظة أن القوانين المدنية محل المقارنة أشارت إلى مسألة التزام المَقَاوِلِ بضمان المادة التي يقدمها، إلا أنها لم تتضمن الإشارة إلى أثر استعمال هذه المادة على تنفيذ التزام المَقَاوِلِ على نفقته. ونحن نرى أن عدم الإشارة في القوانين المدنية إلى مسألة التنفيذ على نفقة المدين في هذا النوع من الإخلال، لا يعني عدم وجود تطبيق لها في مسائل أخرى يمكن القياس عليها، وأعطينا أمثلة لهذه التطبيقات التي يمكن القياس عليها لتطبق على هذا النوع من الإخلال. ومن هذه التطبيقات، ما ورد في شروط المقاوله لإعمال الهندسة المدنية في العراق المادة (٤٠).

١٠- في عقود المقاولات العامة، وجدنا أن الاعتبار الشخصي يلعب دوراً كبيراً في مجال العقود الإدارية؛ نظراً لصلة العَقد الإداري الوثيقة بأحد المرافق العامة، ومن ثم فإن الإدارة باعتبارها طرفاً في العَقد المذكور يتعين عليها أن تراعي اعتبارات خاصة في المتعاقد معها، مثل الكفاية المالية أو المقدرّة الفنية أو حسن السمعة أو الجنسية... إلخ. والسبب في ذلك أن شخصية المتعاقد تكون محلاً للاعتبار من جانب الإدارة حتى تضمن تنفيذ العَقد بصورة سليمة وعلى أحسن وجه، بما يحقق النفع العام لجمهور الأفراد المتعاملين مع المرفق محل العَقد.

١١- في عقود المقاولات العامة، وجدنا أن الإدارة تملك سلطات واسعة تجاه المتعاقد معها في حالة مخالفته للالتزامات التعاقدية قبل التعاقد أو بعده أو في أثناء تنفيذ العَقد، كسحب العمل والتنفيذ على حسابه مع صلاحية إدراج المتعاقدين المُخَلَّين بالتزاماتهم القانونيّة في القائمة السوداء.

١٢- إن المُشرِّع العِراقيّ والمِصريّ قد وضعَا التَّنْفِيزَ العِينيّ، ومنه تنفيذ اللتزام على نفقة المُقاوِل كَأثر أولي في جزاء إخلال المُقاوِل بتنفيذ عمله متى ما كان التَّنْفِيزَ العِينيّ مستوفياً لشروطه القانونيّة.

١٣- إن عقود البيع الدوليّة تُعدُّ من المجالات التي يمكن أن تكون مجالاً رحباً لرخصة تنفيذ اللتزام على نفقة المُدِين. ووجدنا أن المنظّمات الدوليّة المختصة بالتجارة الدوليّة الكثير من الجهود لتوحيد أحكام التجارة الدوليّة، ومن هذه المنظّمات غرفة التجارة الدوليّة، والمعهد الدوليّ لتوحيد القانون الخاص، ولجنة القانون التجاريّ الأونسترال، وقد تمخّض عن هذه الجهود إصدار العديد من الاتفاقيات والمبادئ المنظمة لعقود التجارة الدوليّة، ولا سيما عقد البيع الدوليّ

١٤- وجدنا أن مفهوم الإخلال في ظل البيوع الدوليّة لا يختلف كثيراً عن الإخلال في القوانين الوطنية؛ وبالتالي فإن المُدِين يعتبر قد ارتكب مخالفة أو إخلالاً عندما لا ينفذ اللتزامه أو يتأخر فيه أو ينفذه بشكل معيب، وأن تحقق أيّ نوع من أنواع الإخلال أعلاه يمكن من خلاله للدائن أن يطلب تنفيذ اللتزام بالطريقة التي يتطلبه التَّنْفِيزَ السليم. إلا أنه، وعند الرجوع إلى أحكام اتفاقية البيع الموحد واتفاقية فيينا للبيع الدولي، نجد أنها أطلقت على الإخلال مصطلح المخالفة الجوهرية، وهذا المصطلح يجد مصدره في القوانين الأنجلوأمريكية التي تتضمن هذا المصطلح. وإذا أمعنا النظر في نصوص القوانين الوطنية، فإننا سنجد أن فكرة المخالفة الجوهرية غريبة إلى حد كبير عنها.

١٥- اتّفاقيّة فيينا -مثل نظيرتها لاهاي- وغيرها من الاتفاقيات الدوليّة حرصت على تحديد الجزاءات المقررة في حالة عدم تنفيذ البائع للالتزامات، سواء اللتزام بالتسليم واللتزام بالمطابقة، وهذه

الجزّاءات تعتبر حقوقاً للمشتري يختار منها ما يشاء، ما دام قد توافرت شروط استعمال كل حق من هذه الحقوق، وكلما كان إخلال البائع بالتزامه يمثل مخالفة جوهرية أو غير جوهرية، مع الأخذ بنظر الاعتبار أن هذه الحقوق أو الوسائل التي أقرت للمشتري لم تكن مطلقة، إنما توجد قيود يجب أن تراعى عند إنزال هذه الجزّاءات، بعضها متعلق بارتكاب البائع مخالفة جوهرية؛ وبالتالي يمكن عند توفرها تطبيق الجزّاءات الخاصة بارتكاب هذه المخالفة، والأخرى متعلقة بارتكاب البائع مخالفة غير جوهرية، ومن ثم تطبيق جزّاءات متعلقة بارتكاب هذا النوع من المخالفات.

١٦- وجدنا من خلال البحث، إضافة للقيود التي أشرنا إليها أعلاه، هناك شروط أقرتها الاتفاقيات الدوليّة ومنها اتّفاقيّة فيينا، متعلقة بحق المشتري في استعمال الوسائل الجزائيّة، يطلق عليها الشروط الجبرائيّة، وأهمها شرط الإخطار وما يتعلق به من مواعيد ومضمون هذا الإخطار. ومن أهم الجزّاءات التي وفرتها اتّفاقيّة فيينا وغيرها من الاتفاقيات الدوليّة، هو التّنفيد العينيّ للالتزام تماشياً منها مع الاتجاه السائد في روح الاتّفاقيّة برغبتها في الإبقاء على العقد قائماً قدر الإمكان، ومراعاة حسن النية التي أكدت عليه الاتفاقيات، وإن اتّفاقيّة فيينا واتّفاقيّة لاهاي، وعلى الرغم من اختلاف الأنظمة القانونيّة في شأن قبول التّنفيد العينيّ كجزء أصليّ أم استثناء، فإنهما نظمتا هذه المسألة بنصوص متوازية وعادلة، حيث اعتبرناه جزءاً مثل غيره من الجزّاءات، بشرط إجازة المحاكم التي تنتمي إلى الدول التي صدقت على هذه الاتّفاقيّة الدوليّة، حتى يتسنى لها تطبيق هذا الجزاء.

١٧- إن اتّفاقيّة فيينا قدمت صورتين من صور التّنفيد العينيّ، استبدال البضاعة وإصلاح العيب في البضاعة، وجدنا أنه لا يوجد ما يمنع من إضافة صورة أخرى من صور التّنفيد العينيّ الجبريّ وهي تنفيذ الالتزام على نفقة البائع؛ كون أن اتّفاقيّة فيينا لم تسد الباب على استعمال صور أخرى من صور التّنفيد العينيّ، وأن المادة (٤٦) منها جاءت بصياغة تسمح باستعمال هذا النوع من الجزاء عندما تتوافر شروطه واتجاه إرادة المشتري على الإبقاء على العقد وعدم توجه إرادته إلى الفسخ، أو عندما يستنفذ الطرق التي أجازتها الاتّفاقيّة (الاستبدال أو إصلاح العيب).

ثانياً - التوصيات:

١- ندعو المُشرِّعَ العِراقِيَّ إلى السير على نهج المُشرِّعِ المُصرِّيِّ وتعديل نصِّ المادة (٥٣٨)، ونقترح أن تكون بالصيغة الآتية: "تسليم المبيع يحصل بالتخلية بين المبيع والمشتري على وجه يتمكن به المشتري من قبضه فعلياً أو رمزياً أو حكماً، وذلك بقيام المدين بإعلام المشتري بتسلم المبيع".

٢- في حالة اللتزام بالامتناع عن عمل، والتي نصَّ عليه المُشرِّعُ العِراقِيَّ في المادة (٢٥٢) من القانون المدنيِّ العِراقِيَّ، والتي تقابل نصَّ المادة (٢١٢) من القانون المدنيِّ المُصرِّيِّ، نجد أن المُشرِّعَ المُصرِّيَّ في هذه المادة كان موفقاً أكثر من المُشرِّعِ العِراقِيَّ في صياغة هذا النصِّ؛ كون الأخير لم ينص على طريقة إزالة المخالفة. لذا، ندعو المُشرِّعَ العِراقِيَّ إلى تعديل نصِّ المادة (٢٥٢) بما يطابق نصَّ المادة (٢١٢) مدني مصري.

٣- نرى أن المُشرِّعَ المُصرِّيَّ لم يكن موفقاً في معالجته لسحب العمل في قانون تنظيم المناقصات التي تجريها الجهات العامة رقم ١٨٢ لسنة ٢٠١٨ ولوائحه التنظيمية، حيث لم يحدد ماهية هذه المخالفات أو أنواعها، وكان يمكن أن يتم ذكر عدد من الأمثلة على أقل تقدير. فأسباب سحب العمل لا يمكن حصرها في حالات جزئية، ومن ثم يمكن إدراج هذه الأمثلة ضمن فكرة عامة. لذا ندعو المُشرِّعَ المُصرِّيَّ لتعديل نصِّ المادة (١٠١) من اللائحة التنفيذية وعلى أقل تقدير الرجوع إلى نصِّ المادة (٧٩) الملغاة.

٤- من خلال بحث الشروط المعمول بها في العراق في مجال العقود الإدارية وجدناها على خلاف موقف المُشرِّعِ المُصرِّيِّ، حيث إنها أعطت الإدارة سلطة سحب العمل من المقاول في حالة إفلاسه؛ كون أن المقدره المالية التي يتمتع بها المتعاقد والتأمينات التي يقدمها، تُعد من أهم موجبات اختياره من قبل الإدارة المتعاقدة معه، وبالتالي فإن إفلاسه يخل بهذا الأساس. ونجد أن واضعي هذه الضوابط أو الشروط في العراق كانوا موفقين في هذا الحكم أكثر من المُشرِّعِ المُصرِّيِّ والفرنسيِّ، حيث حاولوا الإبقاء على العقد قدر الإمكان، وذلك بأن أعطوا خيار سحب العمل للإدارة قبل الفسخ. لذا، ندعو المُشرِّعِ المُصرِّيِّ إلى السير على نهج المُشرِّعِ العِراقِيَّ.

٥- إن استحداث القضاء الإداري في العراق كرديف للقضاء العادي، كان يمثل نقطة تحول كبيرة على الرغم من أن اختصاصه محدود إلى حد ما؛ كونه يقتصر على النظر في صحة القرارات والأوامر الصادرة من الموظفين والهيئات في الدولة، ومنحت الحق بإلغاء هذه القرارات والحكم بالتعويض إن كان له مقتضى وإخراج منازعات العقود الإدارية واختص بها القضاء العادي، وهو بهذا الاتجاه

خالف التشريع المصري، والذي نراه أكثر انسجاماً مع طبيعة هذه العقود، وبالتالي ندعو المشرع العراقي إلى السير بنفس اتجاه القضاء المصري. ونأمل من المشرع العراقي توسيع اختصاص محكمة القضاء الإداري في العراق؛ كي يكون عاماً وشاملاً لكافة أنواع المنازعات الإدارية، ومن ضمنها منازعات المسؤولية التعاقدية للإدارة.

٦- ضرورة معالجة موضوع سحب العمل من قبل المشرع المصري والعراقي بشكل معمق، لارتباطه بموضوع التنفيذ على نفقة المدين وبيان الحالات التي يتم فيها منع الخلط بينه وبين حالات الفسخ وبيان الآثار الناجمة عنه.

٧- نرى ضرورة النص على حالات مخالفة الإدارة للالتزامات التعاقدية في تعليمات تنفيذ العقود الحكومية النافذة في العراق، وفي قانون تنظيم المناقصات التي تجريها الجهات العامة رقم ١٨٢ لسنة ٢٠١٨ ولوائحه التنظيمية والجزاءات المترتبة على ذلك، لضمان مبدأ الشفافية في التعاقدات الحكومية واطمئنان المتعاقدين للتعاقد مع الإدارة وعدم التخوف من تعسفها في استعمال سلطاتها الواسعة والاستثنائية.

٨- إن اتفاقية فيينا للبيع الدولي نصت الفقرة الأولى من المادة (٤٦) منها على أن المشتري يجوز له أن يطلب من البائع تنفيذ التزاماته، وأن استجابة المحكمة لهذا الطلب تتوقف على السلطة التقديرية الممنوحة للقاضي، والتي يمكن أن تكون مقيدة هي أيضاً بشروط، ونص في المادة (٢٨) من نفس الاتفاقية: "لا تكون المحكمة ملزمة بإصدار حكم بالتنفيذ العيني ما لم يسمح لها بذلك بموجب قانونها الوطني بشأن عقد بيع مشابه". والملاحظ من هذه المواد أنها لم تتضمن أي إشارة إلى الإجراءات التي يجب أن يسلكها الدائن للمطالبة بتنفيذ التزام المدين، سواء قدم الطلب إلى قاضي القضاء العادي أو القضاء المستعجل، أو قدم الطلب كتابة أو شفاهاً؛ لذا ندعو إلى إدراج هذه الإجراءات بنصوص واضحة في الاتفاقية.