جامعة المنصورة
كلية الحقـــــــوق
الدراسات العليـــا
****

موضوع البحث

المخالفـــة الجوهريـــــــة كنطاق موضوعي للالتزام بضمان المطابقة

تحت إشراف

أ.د/ ثـــــروت عبـــــد الحميـــــد

الباحـــث

محمد منصور عبد الرازق خيشه

باحث دكتوراه فى القانون المدنى
جامعة المنصورة

مقدمة :

يعد الالتزام بضمان المطابقة من أهم التزامات البائع بموجب اتفاقية البيع – وبصفة خاصة – تسليم البضائع المطابقة لشروط العقد وأحكام الاتفاقية من حيث الكمية والنوعية والأوصاف والتعبئة والتغليف، فتنص المادة (٣٥) في فقرتها الأولى من اتفاقية فينا وتشدد على أهمية العقد [١] بقولها :

" يجب على البائع أن يسلم بضائع تكون كميتها ، ونوعيتها وأوصافها وكذلك تغليفها وتعبئتها مطابقة لأحكام العقد " وحاصل هذا أن البضاعة التى يسلمها البائع يجب أن تتطابق كماً وكيفاً مع شروط العقد (مع الأصول العامة المقررة) ، [٢] أي أن تتوافر لها الصفات والخصائص المميزة لها ، ثم درجة الجودة المشروطة في العقد [٣] والتى توجب على المشتري الإخطار بعدم المطابقة المتعلقة بذلك [٤] فيجب تسليم البضاعة صالحة للاستعمال في الأغراض التى تستعمل من أجلها بضائع من نفس النوع ، والاستعمال المقصو د هنا هو الاستعمال العادي أي الذي يحدث وفقاً للظروف العادية تنص المادة (٣٥) الفقرة الثانية (أ) من اتفاقية فينا ١٩٨٠ على أنه" ما لم يتفق الأطراف على خلاف ذلك لا تكون البضاعة مطابقة إلا إذا كانت صالحة للاستعمال في الأغراض التى تستعمل من أجلها بضائع من نفس النوع" ٠

---

(١)- Sonja kruisinga , Non conformity in the 1980 un convention on contracts for the international sale of goods auniform concept in cept ? intersentia nr, 2004 , N (4-1) ٠ P.28

(٢)- د/ ثروت حبيب ، دراسة في قانون التجارة الدولية مع الاهتمام بالبيوع الدولية ، القاهرة ، ١٩٧٥، بند ١٩٠ ، ص ٣٩٤ ٠

(٣)- راجع FRITZ ENDERLEIN , INTERNATIONAL SALES OF GOODS , Dubrovnik, lecture oceana, 1996 ch,5,P., 156 ٠

(٤)- إذ تنص المادة (١/٣٩) من اتفاقية فينا ١٩٨٠ على أن " يفقد المشتري حق التمسك بالعيب في المطابقة إذا لم يخطر البائع محدداً طبيعة العيب خلال فترة معقولة من اللحظة التى اكتشف فيها العيب أو كان من واجبه اكتشافه " ٠

ويجب أيضاً ، تسليم البضائع أو الشيء المبيع صالحاً للأغراض الخاصة التى يبتغيها المشتري ، وإنما يجب على المشتري أن يحيط البائع علماً بالاستعمال الخاص ، وذلك لما يتطلبه من صفات تناسبه ، وإلا فلا يسأل عنه البائع أو إذا كان يجهل الغرض الذي يقصد ، المشتري استعمال المبيع فيه ٠ فوفقاً لاتفاقية فيينا أن البضائع يجب أن تكون " صالحة للاستعمال في الأغراض الخاصة التى أحيط بها البائع علما صراحة أو ضمنا وقت انعقاد العقد إلا إذا تبين من الظروف أن المشتري لم يعول على خبرة البائع أو تقديره أو كان من غير المعقول أن يعول عليها ٠[١]

ومؤدي ذلك أن تكون البضاعة صالحة للاستخدام الخاص الذي يقصده المشتري ، حيث يواجه النص السلع أو المنتجات ذات الاستخدام الخاص ٠[٢]

فيضمن البائع صلاحية المبيع للاستعمال في الغرض المبين في العقد ، سواء كانت وجهة الاستعمال المقصودة تتفق مع الاستعمال الذي أعد له الشيء بحسب طبيعة أو كان المشتري يرمي إلى استعمال الشيء استعمالاً خاصاً ٠ [٣] ونصت الاتفاقية أيضاً، على الالتزام بتعبئة البضائع وتغليفها ، وقد بلورت هذا الاهتمام عند معالجتها الالتزام بتغليف البضاعة ومؤداها اعتبار التعبئة والتغليف عنصراً هاماً من عناصر مطابقة لشروط العقد ، إذا كانت معبأة أو مغلفة بالطريقة التى تستعمل عادة في تعبئة أو تغليف البضائع من نوعها(٢) وتبين ذلك عندما قام بائع أجبان بتسليم بضاعته وهو على علم بأنه سيعاد بيعها بلد المشترى ، وكان تغليف الأجبان المسلمة غير مطابقة لأنظمة التعبأه والتغليف الغذائي المرعية الإجراء في ذلك البلد ، مما أدي إلى اعتبار البضائع غير مطابقة ٠ (٤)

وكذلك واجب ضمان كون البضائع خالصة من أي حق أو ادعاء للغير على أساس حقوق الملكية لذا نصت اتفاقية فيينا على مبدأ هذا الضمان بقولها على البائع أن يسلم بضائع خالصة من أي حق أو ادعاء للغير ، إلا إذا وافق المشتري على أخذ البضائع مع وجود مثل هذا الحق أو الادعاء (٥) وأيضا حقوق الملكية الصناعية أو الفكرية الأخرى (م٤٢) ٠

---

(١)الفقرة الثانية (ب)من المادة٣٥من اتفاقية فينا ١٩٨٠

(٢) احمد السعيد الزقرد ، اصول قانون التجارة الدولية البيع الدولى للبضائع ، المكتبة العصرية طبعة ٢٠٠٧

(٣) صلاحية المبيع ثروت عبد الحميد ، ضمان لو جهة الاستعمال ، دار أم القرى بالمنصورة بدون تاريخ نشر ٠

(٤)محكمة استئناف جرينوبل ١٣ سبتمبر ١٩٩٥ ٠

(٥)– المادة (٤١) من اتفاقية فينا ، والتى تماثل المادة (٥٢) من اتفاقية لاهاي ١٩٦٤ تحت عنوان نقل الملكية ٠

أما الأحكام الأخرى ذات الصلة بمسألة مطابقة البضائع فالمادة (٣٦) تحكم العلاقة بين وقت حدوث العيب في المطابقة وتوزيع المسئولية بين البائع والمشتري وهكذا فإن المادة (٣٦) تتناول مسئولية البائع عن عدم المطابقة استناداً إلى وقت حدوث عدم المطابقة لها صلة وثيقة بالفصل الرابع من الجزء الثالث من الاتفاقية والمتعلق بانتقال التبعة المواد (٦٦ – ٧٠) وهو ما يطلق عليه النطاق الزمني " وقت توافر المطابقة"ولكن النطاق الزمنى ليس مثاراً فى هذا البحث٠

وترتيباً على ما تقدم فإننا سوف نتناول النطاق الموضوعي للالتزام بالمطابقة:

النطاق الموضوعي " فكرة المخالفة الجوهرية "

٢ – تمهيد وتقسيم :

تعرف المادة ٢٥ مصطلح المخالفة الجوهرية Fundamental breach of contract[١] الذي يستخدم في مختلف أحكام الاتفاقية والمخالفة الجوهرية حسبما هى معرفة هى شرط مسبق لبعض سبل الانتصاف بمقتضي الاتفاقية بما في ذلك حق الطرف في فسخ العقد بمقتضي المادتين ٤٩ / ١ " أ " ، ٦٤ / ١ "أ " ، وحق المشتري في أن يطلب بضائع بديلة من البضائع التى لا تطابق العقد [٢] المادة ٢/٤٦ ويستخدم التعبير أيضا في أحكام أخرى من الاتفاقية تتعلق بفسخ العقد المواد ٥١ (٢) ، ٧٢ (١) ، ٧٣ /٢ وتؤثر المخالفة الجوهرية أيضا على أعمال أحكام انتقال التبعة [٣] ، التى تنص عليها المادة (٧٠) من الاتفاقية ، أي أن المادة ٢٥ تعرف الإخلال الأساس للعقد وتعريف الإخلال الأساسي مهم لأن التدابير العلاجية المتاحة للمشتري وللبائع ، وأيضا بعض جوانب انتقال المسئولية تتوقف عليه [٤] فتحدد المادة "٢٥" بصفة عامة الحد الفاصل بين الحالات التى تنشأ عنها سبل الانتصاف العادية عن مخالفة العقد كالتعويض وتخفيض الثمن ، والحالات التى تتطلب سبل انتصاف أشد مثل فسخ العقد والتنفيذ العيني٠

١- بالفرنسية: Contravention essentielle

٢- Peter schlechtriem,1986,op.cit,p.59.

٣- Robert Koch, the concept of fundamental Breach of contract under the united Nations convention on contracts for the international sale of goods , Review of the convention on contracts for the international sale of goods 1998 , kluwer law international , 1999 , P.187 .

٤- التعليق على مشروع اتفاقية عقد البيع الدولي ، المرجع السابق ، التعليق على مشروع المادة ٢٣ من الاتفاقية ، بند رقم ٣ ٠

٣- تعريف المخالفة الجوهرية بصفة عامة

" تكون مخالفة العقد من جانب أحد الطرفين مخالفة جوهرية إذ تسبب في إلحاق ضرر بالطرف الأخر من شأنه أن يحرمه بشكل أساس مما كان يحق له أن يتوقع الحصول عليه بموجب العقد ، ما لم يكن الطرف المخالف يتوقع مثل هذه النتيجة ، وما لم يكن أي شخص سوى الإدراك من نفس الصفة يتوقع مثل هذه النتيجة في نفس الظروف " . [١]

وقد عرفت من قبل اتفاقية لاهاي لعام ١٩٦٤ مفهوم المخالفة الجوهرية بقولها " 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 شخصا عاقلا من صفة المتعاقد الأخر وفي مركزه ما كان ليرضي بإبرام العقد إذا علم بالمخالفة وآثارها " .[٢]

فيتضح من ذلك أن فكرة المخالفة الجوهرية يلزم لتوافرها العناصر أو الشروط الآتية :

أولا : تقتضي المخالفة الجوهرية أن يكون أحد الطرفين قد ارتكب مخالفة للعقد ، ويحدث هذا الخلل إما بعدم الالتزام أصلاً ، أو بتنفيذه على غير ما يوجبه العقد، كتسليم كمية من البضائع أقل مما هو متفق عليه في العقد أو بضائع معيبة وغير صالحة للاستخدام ثانيا : ولكى تكون المخالفة جوهرية ، يجب أن تكون ذات طبيعة ووزن معينين ، فيجب أن يحدث ضرراً ينتج عن المخالفة للطرف الآخر ، ويجب أن يكون الضرر مهما أي جسيما وأن يكون الطرف المتضرر قد عاني ضرراً يحرمه بصفة جوهرية مما كان يحق له أن يتوقعه بمقتضي العقد. [٣]

وأخيراً : أن يكون الضرر ذاته متوقعاً، [٤]عتبار المخالفة جوهرية ، فتقضي المادة "٢٥" كذلك على أن المخالفة الجوهرية لا تكون جوهرية إلا إذا كان الحرمان الجوهري من التوقعات بسبب المخالفة متوخى بصورة معقولة من قبل الطرف المخالف إذا وجد في نفس الظروف .

١- المادة ٢٥ من اتفاقية فينا ١٩٨٠ ، وراجع أيضاً :

Michael R.will ,in Bianca – Bonell ,1987 , OP . cit . P. 209 .

٢- المادة "١٠" من اتفاقية لاهاي ١٩٦٤ وراجع في ذلك . ndne tunc , OP . cit , comment on art 10 ؛ د / محسن شفيق ، اتفاقيات لاهاي ١٩٦٤ بشأن البيع الدولي ، المرجع السابق ، بند ١٩١ ، ص ٣٥٨ وما بعدها .

٣- د / محسن شفيق ، اتفاقية الأمم المتحدة ، بشأن البيع الدولي ، المرجع السابق ، بند ١٧١ ، ص ١١٩

٤- د / أحمد السعيد الزقرد ، المرجع السابق ، بند ١٠٧ ، ص ٢١٧ .

٤ – وسوف نتناول بالشرح والتفصيل شروط أو مكونات المخالفة الجوهرية

ومؤيدا ذلك ببعض التطبيقات التى ذكرتها النصوص على فكرة المخالفة الجوهرية ، وكذلك بالاستشهاد بالسوابق والأحكام القضائية ، ولكن سوف نقتصر في عرضنا لفكرة المخالفة الجوهرية بتطبيقها على الالتزام بضمان المطابقة بفرعيها المادي والقانوني والذي هو مجال بحثنا منعا للإخلال والتزيد ٠

ولتحديد المخالفة الجوهرية في هذا النطاق عندما تكون البضائع مخالفة لأحكام العقد أو لا تملك المقومات الضرورية لهذا الغرض أو عندما يدعى طرف ثالث " الغير " الحق في الحيازة ، أو حظر استخدام البضائع بموجب براءة اختراع محمية أو غيرها من حقوق الملكية الصناعية أو الفكرية الأخرى ٠ (١) سوف تناول مكونات شروط المخالفة الجوهرية على النحو التالي ٠

الفصل الأول : الإخلال بالالتزام التعاقدي

الفصل الثاني : الضرر الجوهري

الفصل الثالث : توقع الضرر

١- Robert Koch , op . cit , N°2 , P . 312

الفصل الاول

الإخلال بالالتزام التعاقدي

٥ – لم يتم تعريف الإخلال بالتزام تعاقدي كشرط مسبق لإيجاد مخالفة جوهرية للعقد في المادة ٢٥ لهذا الغرض ، ومع ذلك يمكن أن يستنتج من المادة " ٧٩ /١" أن الإخلال بالعقد يشمل جميع أشكال الأداء المعيب ، فضلاً عن الفشل الذريع في القيام بها [١] ، فيجب أن يصدر عن أحد المتعاقدين إخلالاً بالعقد ، ويتمثل هذا الإخلال في عدم تنفيذ المتعاقد للالتزام أو تنفيذه على نحو معيب على غير ما يوجبه العقد ، كتسليم كمية من المبيع أقل من المتفق عليه [٢] أو بضائع غير صالحة للاستخدام أو غير مطابقة للمواصفات المتفق عليها في العقد ٠

وقد عرفت قواعد unidroit [٣] هذا المفهوم بقولها " يقصد بعدم التنفيذ كل إخلال من أحد الأطراف في تنفيذ أي من التزاماته الناتجة عن العقد ، ويشمل الإخلال التنفيذ المعيب أو التنفيذ المتأخر" [٤] ويقصد بمفهوم الإخلال الأساسي للعقد ، ويجب أن يكون واضحا وخصوصا عند ما ينظر المرء إلى الآثار المترتبة على عدم الأداء الذي يعرف بأنه مخالفة جوهرية ، وبعد ذلك يكون المشتري أو البائع قادرا على فسخ العقد أو أن يكون لديه سُبل الانتصاف المتاحة له بمقتضي الاتفاقية في حالة عدم الأداء ٠ [٥]

ويشترط في الإخلال بالالتزام التعاقدي أن يخل البائع بتوريد البضائع محل العقد سواء في الميعاد المحدد أو غير مطابقاً للمواصفات المتفق عليها أو المتعارف عليها أو في حالة وجود عيب في الشيء المبيع أو النقص فيه ، ويقع إثبات ذلك على المشتري ٠

أي أن تحدث المخالفة في مرحلة تنفيذ العقد ، إما بعدم التنفيذ أو التنفيذ غير المطابق لشروط العقد٠ [٦]

١- Robert Koch , OP cit , P. 261 .

٢- د / محسن شفيق ، اتفاقية الأمم المتحدة ، المرجع السابق ، بند ١٧١ ، ص ١١٩ ٠

٣- تعد مبادئ العقود التجارية الدولية من أبرز الأعمال التى أنجزها معهد ر وما لتوحيد القانون الخاص Unidroit principles international commercial contracts .

٤- المادة ١/١/٧ من مبادئ اليونيدروا ، المتعلق بالعقود التجارية الدولية ، ٢٠٠٤ ، العقد الدولي لتوحيد القانون الخاص ، الطبعة الثانية ، الترجمة العربية ، روما، ٢٠٠٨، ص ١٩٨ ٠

٥- Maartje Bijl , fundamental breach in Documentary sales contracts the Doctrine of strict compliance with the underlying sales contract , European journal of commercial contract law / 2009 / 1, P.24.

٦- د / مصطفي عبد الله العالم ، المرجع السابق ، ص ٢٠٢ ٠

وقد نصت المادة "٢٥" من اتفاقية فينا في شقها الأول على أن " تكون مخالفة العقد من جانب أحد الطرفين مخالفة جوهرية إذا تسببت في إلحاق ضرر بالطرف الآخر من شأنه أن يحرمه بشكل أساسي مما كان يحق له أن يتوقع الحصول عليه بموجب العقد [١] فتقتضي المخالفة الجوهرية أولا أن يكون أحد الطرفين قد ارتكب مخالفة للعقد ، ويمكن لمخالفة أي التزام بمقتضي العقد أن تكفي شريطة أن تكون شروط المخالفة الأخرى موجودة بصرف النظر عما إذا كان قد تم التعاقد على الواجب على وجه التحديد بين الطرفين أو كان بدلا من ذلك يتبع من أحكام الاتفاقية فعلي سبيل المثال ، عندما يكون من واجب صانع أن يحفظ بضائع ذات علامة تجارية معينة للمشتري بصورة حصرية ، ثم عرض الصانع البضائع ذات العلامة التجارية الحصرية في معرض من أجل بيعها و استمر في ذلك حتى بعد أن أنذره المشتري فإن الصانع يكون قد ارتكب مخالفة جوهرية .[٢]

ومن الجدير بالذكر ، أن اتفاقية لاهاي ١٩٦٤ – قد ابتكرت فكرة المخالفة الجوهرية ووضعت له نظاماً قانونياً ، وربطت فيه بين ارتكاب المخالفة وفسخ العقد [٣] ، أي أن المتعاقد الذي يلجأ إلى الفسخ ما كان ليتعاقد لو علم بالمخالفة لأنه كان يُعلق على تنفيذ العقد تنفيذاً كاملاً أهمية خاصة .[٤]

٦- عدم التنفيذ الجوهري في مبادئ العقود التجارية الدولية "اليونيدروا Unidroit " وقانون العقد الأوروبي Pecl [٥]

بداية تجدر الإشارة – إلى أن كلاً من مبادئ اليونيدروا وقانون العقد الأوروبي والاتفاقية تهدف إلى إتباع سياسة واحدة وهى الحفاظ على تطبيق وتنفيذ العقد كلما كان ذلك ممكناً. [٦]

فتجيز مبادئ اليونيدروا فسخ العقد لأي طرف في حالة عدم التنفيذ الجوهري من جانب الطرف الآخر . [٧]

١- Joseph lookofsky , op cit , p . 78.

٢- راجع حكم المحكمة التجارية لكا نتون Aargau ، سويسرا ، ٢٦ سبتمبر ١٩٩٧ والحكم منشور على الموقع الالكتروني .

http//cisgw3.law.pace.edu/cases/970926s1htm1.last visit,9,6,2010.

٣- د / خالد عبد الحميد ، المرجع السابق ، بند ٣٦ ، ص ٤٥ .

٤- د / محسن شفيق ، اتفاقيات لاهاي بشأن البيع الدولي للمنقولات المادية ، المرجع السابق ، بند ١٩١ ، ص ٣٥٩

٥- Robert Koch , op. cit, p. 232 .

٦- Maartje Bije , OP. cit, P.26

٧- المادة ٧ / ٣ / ١ الفقرة (١) من مبادئ اليونيدروا ، الترجمة العربية ، المرجع السابق ، ص ٢٢٤

وتابعت مبادئ اليونيدروا في المادة ١/٣/٧ في فقرتها الثانية وعددت حالات عدم تنفيذ الالتزام الذي يرتقي إلى عدم تنفيذ جوهري. [١]

أ) إذا كان عدم التنفيذ يحرم بصورة جوهرية الدائن مما كان يحق لـــه انتظـــاره من العقد ، إلا إذا كان الطرف الأخر لم يتوقع أو كان من غير المعقول أن يتوقع هذه النتيجة .

ب) أن يكون التحقيق الدقيق " الصارم " للالتزام الذي لم ينفذ هو جوهر العقد .

ج) أن يكون عدم التنفيذ عمدياً أو نتيجة عدم اكثرات .

د) أن يكون عدم التنفيذ سبباً لاعتقاد الدائن أنه لا يمكن الاعتماد على تنفيذ المـــدين في المستقبل .

هـــــ) أن يتحمل المدين بخسارة جسيمة نتيجة الأداء أو التنفيذ عند فسخ العقد [٢]

وقد تضمنت أيضا المادة ٨ / ١٠٣ من قانون العقد الأوربي Pecl [٣] مفهومـــاً لعدم الأداء الجوهري .

" إذ تنص على عدم أداء واجب أساسي " جوهري " في العقد إذا كان :

أ) الالتزام الدقيق " الصارم " هو الالتزام جوهر العقد .

ب) إذا كان عدم الأداء يحرم الطرف المتضرر كثيراً مما كان يحق له أن يتوقـــع الحصول عليه بموجب العقد ، إلا إذا كان الطرف الآخر لا يتوقع ومن غيـــر المعقـــول أن يتوقع هذه النتيجة .

" ج " عدم أداء مقصود ويعطى سبباً للطرف المتضرر ، بأن يعتقد أنـــه لا يمكـــن الاعتماد على أداء الطرف الأخر في المستقبل .

فعدم الأداء في قانون العقد الأوروبي Pecl يماثل المخالفة في اتفاقيـــة البيـــع ، فمفهوم عدم الأداء الأساس المشار إليه في المادة ٨ /١٠٣ من Pecl و يتوافق عمومـــا لمفهوم المخالفة الجوهرية المشار إليه في المادة "٢٥ " من اتفاقية البيع. [٤]

١- راجع المادة ١/٣/٧ الفقرة الثانية ، من مبادئ اليونيدروا ، المتعلقة بالعقود التجاريـــة الدولية ، الترجمة العربية ، المرجع السابق ، ص ٢٢٤ .

٢- Robert Koch , OP. cit , P. 232 – 233 .

٣- Principles of European contract law Article, 8 , 103 .

٤- Hossam El saghir , use of the principles of European contract law to help interpret cisg article, 25 , july 2000 . منشور على الموقع الالكتروني :
http//www.cisg.law.pace.edu/cisg/text/peclcomp25.htm1,last visit,5-6-2010 .

حيث أن الهدف الرئيسي للمخالفة الجوهرية هو تمكين الطرف المتضرر لفسخ وإنهاء العقد ٠ إلا أنه لا يوجد نص مماثل للفقرة (ج) من المادة ١٠٣/٨ من Pecl والذي يقتصر على الأداء غير المقصود أو كان هناك اعتقاد بأنه لا يمكن الاعتماد على أداء الطرف الآخر في المستقبل ٠[١]

مع الرغم بعدم وجود نص مماثل في الاتفاقية إلا أن المحكمة التجارية لكانتون زيوريخ في ظل اتفاقية فينا ١٩٨٠ قضت في قضية تتعلق وقائعها ببيع زيت عباد الشمس من بائع فرنسي إلى مشتري ألماني بأن عدم تسليم الدفعة الأولى من البضائع في عملية بيع على دفعات يعطى المشتري سببا للاعتقاد بأن الدفعات التالية لن تسلم ولذلك يتوقع حدوث مخالفة جوهرية للعقد المادة "٢/٧٣" ٠ [٢]

فمفهوم عدم الأداء الجوهري المشار إليه في Unidroit في المادة ٧ /٣ /١ والمادة ٨ /١٠٣ من Pecl سيتوافق عموما مع مفهوم المخالفة الجوهرية المشار إليه في المادة ٢٥ من الاتفاقية ٠

ولكن الاولان قد عددا قائمة بعدد من الظروف التى قد تؤدي إلى الاستنتاج بالمخالفة الجوهرية للعقد ٠

ولا سيما المادة ٧ /٣ /"٢" من مباديء اليو نيدروا وكذلك المادة ٨ /١٠٣ " أ " من Pecl حيث تنص على أن تكون الطرفان قد وافق صراحة أو ضمنا على الامتثال الصارم لشروط العقد أمر جوهري ، أي أن الانحراف عن التزامات الأطراف بموجب العقد يمثل مخالفة جوهرية ، هذا وفقا لمبدأ حرية الأطراف والذي يتيح للطرفين تحديد الظروف التى تكون فيها المخالفة جوهرية ٠[٣]

وقد طبق قانون التجارة الجديد المصري [٤] المخالفة الجوهرية ولكن بطريقة غير مباشرة ٠

إذ ينص على " إذا تبين بعد تسليم المبيع أن كمية أو صنفا أقل مما هو متفق عليه أو أن به عيباً أو أنه غير مطابق للشروط أو العينة التى تم بمقتضاها ، فلا يقضي بفسخ العقد إلا إذا نشأ عن النقص أو العيب أو عدم المطابقة ، عدم صلاحية المبيع للغرض الذي أعده له المشتري أو صعوبة تصريفه ٠٠٠٠ "

ويتبادر الى الذهن التساؤل هل يلزم لانعقاد مسئولية المتعاقدين الإخلال بالالتزام التعاقدي وجود ثمة خطأ أم تنعقد المسئولية عن مجرد عدم التنفيذ دون أن تضع في اعتبارها فكرة الخطأ ؟

١- Hossam El saghir , IbId ٠

٢- المحكمة التجارية ، لكانتون زيوريخ ، سويسرا ، ٥ فبراير ١٩٩٧ والحكم منشور على الموقع الالكتروني http//cisgw3.law.pace.edu/cases/970205s1.htm1.last visit-4-2010

٣- Maartje Bijle, op. cit, P.25 – 26 ٠

٤- راجع المادة ١٠١ / ١ من قانون التجارة الجديد ١٧ لسنه ١٩٩٩ ٠

تختلف الأنظمة القانونية حول الأساس الذي تبني عليه مسئولية المتعاقد عن إخلاله بالعقد ، فمنها من يرتب مسئولية المتعاقد عن الإخلال بمجرد عدم قيامة بتنفيذ التزامه دون اعتبار لفكرة الخطأ ، فلا يلزم إذن أن يصدر عن الطرف المخالف خطأ لترتيب مسئولية عما حدث من إخلال وإنما يكفي إثبات هذا الإخلال المتمثل في عدم التنفيذ [١] وقد أخذت اتفاقية لاهاي ١٩٦٤ بهذا الاتجاه وأيضا القانون الإنجليزي أي أن يكون عدم التنفيذ كافيا لانعقاد مسئولية الطرف المخالف [٢] غير أن اتفاقية لاهاي ١٩٦٤ قد عادت إلى فكرة الخطأ والتى تقوم على الضابط الشخصي والذي يتمثل في إثبات وجود خطأ يمكن أن ينسب إلى البائع أو أحد تابعية [٣]

أما في أنظمة قانونية أخرى فإن المسئولية تقوم فيها على فكرة الخطأ ، فلا يعد عدم التنفيذ إلا قرينة على هذا الخطأ للمتعاقد المخل بالتزامه ، لكنها قرينة تقبل إثبات العكس فيجوز للطرف المخالف إثبات أنه لم يرتكب خطأ ويكيفية أن يستطيع نفي الخطأ عن نفسه حتى لا تنعقد مسئولية ، ومن هذه القوانين القانون الألماني [٤]

ومما تجدر الإشارة إليه أن اتفاقية فينا ١٩٨١ قد أخذت بالاتجاه الأول لانعقاد مسئولية المتعاقد عن الإخلال بالعقد ، فاكتفت بحدوث مخالفة جوهرية للعقد ، أي عدم تنفيذ المتعاقد لأحد التزاماته دون النظر إلى سبب المخالفة [٥] أي أن الاتفاقية لا تشترط وجود ثمة خطأ من جانب الطرف المخالف ٠

٧ – الإعفاء من المسئولية عند عدم التنفيذ

إذا كان القانون الموحد قد أقام مسئولية الطرف المخالف عند عقد البيع الدولي بمجرد عدم تنفيذه لالتزاماته ، إلا أنه أعفي الطرف المخالف من المسئولية رغم عدم تنفيذه للالتزام في حالتين وهى ٠٠٠ في حالة القوة القاهرة أو العائق وذلك إذا أثبت الطرف المخالف أن عدم التنفيذ راجع إلى ظروف خارجة عن إراداته ، ولم يكن من المتوقع تجنبها أو التغلب عليها٠ [٦]

١– د / جمال محمود عبد العزيز ، المرجع السابق ، بند ٢٧٤ ، ص ٣٢٣ ٠

٢– د / خالد عبد الحميد ، المرجع السابق ، بند ٤٧ ، ص ٥٢ ٠

٣– راجع المادة ٣٥ /٢ من اتفاقية لاهاي ١٩٦٤ ، د / محسن شفيق اتفاقيات لاهاي بشأن البيع الدولي للمنقولات ، المرجع السابق ، بند ٢٠٤ ، ص ٣٦٧ ٠

٤– د / خالد عبد الحميد ، المرجع السابق ، بند ٤٧ ، ص ٥٢ ٠

٥– F.Enderlein & D. maskow,op.cit p.74 ; maartije Bilje,op. cit .p29 ٠

٦– راجع المادة ٧٤ /١ من اتفاقية لاهاي ١٩٦٤ ، المادة ٧٩ /١ من اتفاقية فينا ١٩٨٠ ٠

والحالة الثانية هى حالة عدم التنفيذ بسبب فعل صادر من المتعاقد الأخر [١] وسوف نتناول هاتين الحالتين في موضع أخر من هذا البحث منعاً للتكرار [٢]

٨- مصدر الالتزام التعاقدي

أن الالتزامات التى تقع على عاتق المتعاقدين تكون مصدرها العقد المبرم بينهما ، وقد تكون العادات التى استقر عليها التعامل بينهما أو الأعراف والعادات المرعية في التجارة الدولية وكذلك أحكام الاتفاقية [٣] ويتحقق الإخلال بالالتزام التعاقدي بعدم تنفيذ أي التزام من الالتزامات التى تقع على عاتق المتعاقدين ٠

فقد يكون مصدر الالتزام هو العقد المبرم بين المتعاقدان فيجب على المتعاقدين تنفيذ ما اتفقا عليه في العقد ، ويعد مخالفة ذلك إخلال بتنفيذ الالتزام التعاقدي ٠

فتنص الاتفاقية على أنه " يلتزم الطرفان بالأعراف التى اتفقا عليها وبالعادات التى استقر عليها التعامل بينها [٤] فوفقا للمادة ١/٩ من الاتفاقية يلتزم الطرفان بالعادات التى استقر عليها التعامل بينهما ، وهذا المبدأ وفقا لرأي إحدى هيئات التحكيم [٥] ، وسع ليشمل جميع العقود التجارية الدولية بموجب مبادئ المعهد الدولي لتوحيد القانون الخاص اليونيدروا فالمادة ١ / ٩ "١" من تلك المبادئ تنص على أن " يلتزم الطرفان بأي عرف اتفقا عليه وبأي عادة استقر عليها التعامل بينهما "٠

ويمكن أن تجد مبادئ اليونيدروا أعرافا تجارية دولية وقد يكون مصدر التزام المتعاقدين هو أحكام لاتفاقية الدولية المعينة بعقد البيع وذلك إذا أحال المتعاقدين صراحة إليها في تحديد التزاماتهما كلها أو بعضها أو إذا كانت الاتفاقية هى الواجبة التطبيق على العقد ولم يتفق الطرفان على مخالفة أحكامها ٠[٦]

١- إذ تنص المادة "٨٠" من اتفاقية فينا على أنه " لا يجوز لأحد الطرفين أن يتمسك بعدم تنفيذ الطرف الأخر لالتزامه في حدود ما يكون عدم التنفيذ راجعا إلى فعل أو امتناع من جانب الطرف الأخر" ، راجع ذلك د / محسن شفيق ، اتفاقية الأمم المتحدة ، المرجع السابق ، بند ٣٤٨ ، ص ٢٦٠ ٠

٢- الفصل الأول من الباب الأول في قسمة الثاني ٠

٣- د / خالد أحمد عبد الحميد ، المرجع السابق ، بند ٥١ ، ص ٥٤ ٠

F . Enderlein & D .Maskow , op cit , p. 174 .

٤- المادة ٩ الفقرة الأولى من اتفاقية فينا ١٩٨٠ ٠

٥- هيئة تحكيم غرفة التجارة الدولية ، قرار التحكيم رقم ٨٨١٧ منشور على الموقع الالكتروني http//www.unilex.info/case.cfm?pid=18do=case&id=3988step=fulltext.

٦- د / خالد عبد الحميد ، المرجع السابق ، بند ٥١ ، ص ٥٥ ٠

وقد يكون مصدر التزام المتعاقدين الأعراف السائدة في مجال التجارة الدولية إذ تنص اتفاقية فينا [١] على أنه " ما لم يوجد اتفاق على غير ذلك يفترض أن الطرفين قد طبقا ضمنا على عقدهما أو على تكوينه كل عرف كانا يعلمان به أو كان ينبغي أن يعلما به ، متى كان معروفا على نطاق واسع ومرعي بانتظام في التجارة الدولية بين الأطراف في العقود السارية في نفس فرع التجارة " [٢]

وقد كرست مجموعة ال incoterms ، الأعراف السائدة في مبادلات التجارة الدولية في شأن أنواع معينة من السلع اعتبار بأن الأساس الذي تقوم عليه الصفة الملزمة The force obligation لها بافتراض نية الأطراف على تطبيقها ، ولكن يجوز للأطراف الاتفاق على استبعاد تلك الأعراف السائدة في مجال التجارة الدولية [٣] ولا تطبق كذلك إذا كانت تخالف النظام العام في الدولة ٠

وعلقت إحدى المحاكم على العلاقة بين المادة ٩ /٢ والقواعد الدولية لتفسير المصطلحات التجارية incoterms ، وبعد التأكيد على أن " القواعد الدولية لتفسير المصطلحات التجارية تتجسد في الاتفاقية خلال المادة ٩ /٢ ذكرت المحكمة عملا بالمادة ٢/٩ " ينبغي تطبيق تعاريف القواعد الدولية لتفسير المصطلحات التجارية على العقد رغم عدم وجود إشارة صريحة إلى القواعد الدولية في العقد " ومن ثم رأت المحكمة أنه بقيام إدراج مصطلح "سيف " مدفوع الثمن والتأمين وأجرة النقل " قصد الإشارة إلى تعريف ذلك المصطلح في القواعد الدولية لتفسير المصطلحات التجارية ٠ [٤]

وقررت إحدى محاكم الاستئناف الإيطالية [٥] في تفسيرها شرط " فوب " Fob تسليم ظهر السفينة " بالإشارة إلى القواعد الدولية لتفسير المصطلحات التجارية حتى رغم أن الطرفين لم يشير إلى تلك القواعد صراحة ٠

١- المادة ٩ فقرة الثانية من اتفاقية فينا ١٩٨٠ ٠

٢- د / محسن شفيق ، اتفاقية الأمم المتحدة ، المرجع السابق ، بند ٨٢ ، ص ٥٥ ٠

٣- د / أحمد السعيد الزقرد ، المرجع السابق ، بند ٥٩ ، ص ١٢٢ ٠

٤- محكمة المقاطعة الاتحادية ، مقاطعة نيويورك الجنوبية ، الولايات المتحدة الأمريكية ، ٢٦ مارس ٢٠٠٢ ، والحكم منشور على الموقع الالكتروني :
http//www.cisg.law.pace.edu/cisg/wais/db/cases2//020326ui.htmi.last visit/5/2/2010.

٥- محكمة استئناف ، جونا إيطاليا ، ٢٤ مارس ١٩٩٥ ، والحكم منشور على الموقع الالكتروني
http//www.unilex.info/ce.cfm? pid=1&do= case&id=1989step=full text.

٩ – فكرة المخالفة الجوهرية والالتزام بالمطابقة

وكما أشار فقهاء القانون والمحاكم على حد سواء أن تعريف المخالفة الجوهرية غامض [١] ولا يمكن معرفة ذلك إلا من خلال التطبيق العملي وسوف نقتصر في تطبيقها على الالتزام بضمان المطابقة ٠

ويعتبر تسليم البضائع غير المطابقة هو النطاق الأكثر صعوبة من خلال التطبيق على مبدأ المخالفة الجوهرية ، لذا فليس من المستغرب أن المحاكم قد أصدرت عدداً كبيرا من القرارات في هذا المجال [٢] وتعتبر المخالفة الجوهرية هو الأسلوب الأهم في تضييق إنهاء العقد " الفسخ " لعلاج الأداء المعيب وهذا هو مذهب المخالفة الجوهرية وهذا يقيد المشتري في الحق بفسخ العقد للتسليم المعيب ، بالإضافة إلى الحالات التى تكون فيها المخالفة جسيمة وذلك أن يكون الإخلال أساسيا وهذا المبدأ هو الذي يسترشد به في المادة " ٤٩ "١ "أ " من اتفاقية فينا ، والمادة ١/٣/٧ "١" من مبادئ اليونيدروا وكذلك المادة ٣٠١/٩ من مبادئ قانون العقد الأوربي [٣] ولتحديد المخالفة الجوهرية في هذا النطاق عندما تكون البضائع مخالفة لأحكام العقد أو لا تملك المقومات الضرورية للغرض المقصود أو عندما يدعى طرف ثالث " الغير " الحق في الحيازة أو حظر استخدام السلع والبضائع بموجب براءة اختراع محمية أو غيرها من حقوق الملكية الصناعية أو الفكرية الأخرى [٤] فاتفاقية البيع في مادتها "٣٥" تفرض على البائع التزام بتوفير السلع تكون كميتها ونوعيتها وأصنافها وكذلك تغليفها وتعبئتها مطابقة لأحكام العقد ، وأيضا صالحة للأغراض التى تستعمل من أجلها بضائع من نفس النوع ، وصالحة للاستعمال في الأغراض الخاصة التى أحيط بها البائع صراحة أو ضمنا وقت إبرام العقد ، ومتضمنة صفات سبق للبائع عرضها على المشتري كعينة أو نموذج [٥] ، وكذلك التعبئة والتغليف المعتاد في كل العقود التجارية ٠

١- Franco Ferrari, fundamental breach of contract under the un sales convention25 years of article 25 cigs 125 journal of law and commerce (spring 2006 , p , 492) .
منشور على الموقع الالكتروني :
http//www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/ferrari14hthmi.last visit2/6/2010 .

٢- Peter Huper, Cisg: the structune of remedies January 2007 , p.25.
منشور على الموقع الالكتروني :
http//www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/ Huper1 .htm1.last visit2/6/2010 .

٣- peter Huper , op cit , p.24 ٠

٤- Robert Koch, op cit , No2 ,P.22 ٠

٥- راجع الفقرة الأولى من المادة ٣٣ من اتفاقية لاهاي ١٩٦٤ ٠

فالحق في فسخ عقد البيع لعدم المطابقة لا يتم الا بناء على أن يثبت المشتري أن عدم تنفيذ البائع أيا من التزاماته السابق بيانها يشكل مخالفة جوهرية للعقد ، أن نتيجة خرقه للالتزام التعاقدي والأساسي في العقد ٠

فيتعين على البائع توفير السلع التى هى من نفس الكمية والوصف الذي يقضيه العقد والجودة وتعبئتها على النحو الذي ينص عليه العقد وعلى وجه الخصوص السلع يجب أن تكون صالحة للاستخدام في الأغراض العادية أو الخاصة المعروفة للبائع ، أو تملك نوعية عينة أو نموذج وتكون معبأة أو مغلفة بالطريقة المعتادة لحماية وحفظ السلع [١] وسوف تناول بعض التطبيقات لفكرة المخالفة الجوهرية الالتزام بالمطابقة في هذا السياق

٩ -١- المخالفة الجوهرية والمطابقة التعاقدية

يجب على البائع أن يسلم بضائع تفي بالمواصفات الواردة في العقد من حيث الوصف والكمية والنوعية والتغليف٠ [٢]

أي أن البضائع يجب أن تتوافق كماً ووصفاً وكيفاً مع شروط العقد ولذا فقد قضت إحدى محاكم الاستئناف الألمانية بعدم المطابقة في قضية تتعلق وقائعها بأن وعدت شركة تركية بتسليم ١٠٠٠ طن من الخيار المعلب للمشتري القائم بالأعمال التجارية بألمانيا ، فالبائع ملزم بتسليم الكمية المتفق عليها في العقد وعلى هذا رأت المحكمة أن تقديم كمية أقل من الكمية المتفق عليها يشكل خرقاً للعلاقة التعاقدية٠ [٣]

وهكذا رئي أن تسليم شحنة من البلاستيك الخام التى احتوت على نسبة مئوية من مادة معينة تقل عن النسبة المئوية المحددة في العقد ، مما أدي إلى إنتاج ستائر للنوافذ لم تحجب ضوء الشمس بشكل فعال ، لم تكن مطابقة لشروط العقد ، ونتيجة لذلك فإن البائع يكون قد أخل بالتزاماته ٠ [٤]

١- Alexander loremz , fundamental breach under the cisg , law pace edu/cisg/ biblio/lorenz htm1. last visit 10/5/2010 ٠

٢- راجع المادة ٣٥ /١ من اتفاقية فينا ١٩٨٠ ، وراجع أيضا بند ٣١ سابقا ٠

٣- محكمة استئناف ، Olg ألمانيا ، ٨ يناير ١٩٩٣ سابق الإشارة إليه ٠

٤- محكمة منطقة Paderborn ، ألمانيا ، ٢٥ يونية ١٩٩٦ سابق الإشارة إليه ٠

ورأت المحكمة العليا الألمانية أن شحنة من البضائع التى احتوت على كمية أقل مما هو محدد في العقد لم تكن مطابقة بمقتضي المادة ٣٥ /١من اتفاقية البيع"فينا ١٩٨٠"، ولاحظت المحكمة أيضاً أن عدم المطابقة يشمل كلا من عدم مطابقة في نوعية البضائع المسلمة وفي كميتها [١] وإذا سلمت بضائع معيبة ، يستطيع المشتري فسخ العقد عندما يعتبر على نحو صحيح أن عدم مطابقة البضائع يشكل مخالفة جوهرية للعقد " المادة ٤٩ / ١ "أ " ولذلك فإن من الأساس معرفة الأحوال التى يشكل فيها تسليم بضائع غير مطابقة مخالفة جوهرية ٠

وقد وجدت قرارات محاكم حول هذه النقطة أن عدم المطابقة بشأن النوعية تبقي مجرد مخالفة غير جوهرية للعقد ، ما دام المشتري – دون إزعاج غير معقول – يستطيع أن يستخدم البضائع أو يعيد بيعها حتى يتحقق السعر ، فعلى سبيل المثال فإن تسليم لحوم مجمدة زائدة الرطوبة ، مما يجعل قيمتها بالتالي أقل بنسبة ٢٥,٥ في المائة عن اللحوم ذات النوعية المتعاقد عليها " وفقاً لرأي الخبير " لم يعتبر مخالفة جوهرية للعقد " لأن كانت للمشتري الفرصة لإعادة بيع اللحوم بسعر أدنى أو تصنيعها بدلاً من ذلك ٠[٢]

وقضت إحدى هيئات التحكيم [٣] في قضية تتعلق بتوفير مضخات المياه وتوفير المعدات مع وظيفة مكافحة التآكل وتكون من الحديد الزهر وليس من الحديد الصلب الذي يتأكل ، فتكون مخالفة العقد جوهرية للفشل في توفير السلع وفقاً لمتطلبات العقد ، وأن المضخات التى قدمها البائع لا تتفق مع متطلبات العقد وذلك لتآكله من الأملاح والقلويات ٠

ويجب أيضاً أن تكون البضاعة متضمنة الصفات التى سبق للبائع عرضها على المشتري كعينة Sample أو النموذج model ، فإن النموذج يجب أن يؤخذ في الاعتبار كعنصر من عناصر تقدير نوع أو صنف البضائع المبيعة ٠[٤]

١- المحكمة العليا المنطقة Koblenz ، ألمانيا ، ٣١ يناير ١٩٩٧ منشور على الموقع الالكتروني http.cisgw3.law.pace. edu/cases/970131gi.htmi.last visit 20/6/2010 .

٢- المحكمة العليا ، سويسرا ، ٢٨ أكتوبر ١٩٩٨ والحكم منشور على الموقع الالكتروني : http.cisgw3.law.pace.edu/cases. / 98010gn .htm1 .

٣-لجنة التحكيم الصينية للتجارة والاقتصاد الدولي ، ٣ أغسطس ٢٠٠٦ والحكم منشور الكترونيا : http.cisgw3.law.pace. edu/cases/060803ci.htmi.last visit 1/6/2010 .

٤- د / خالد أحمد عبد الحميد ، المرجع السابق ، بند ١١٦ ، ص ٩٧ ٠

فإذا اتفق في العقد على مطابقة البضاعة لعينة أو نموذج فإن البضاعة يجب أن تكون مطابقة لهذه العينة تماما ، بحيث يكون للمشتري رفض البضاعة كلها أو جزءا منها الذي يكون غير مطابق لها ولذا قضت المحكمة العليا الألمانية [١] بأن البضائع والتى كانت محلها أحذية ، لم تكن مطابقة للعينة والتى كان قد قدمها البائع وإن كانت عدم المطابقة لم تشكل مخالفة جوهرية ، إذاً فيجب أن يكون الشيء المبيع المسلم مطابقا تماما للعينة المقدمة ، وأي اختلاف ولو كان يسيرا يعتبر تقصيرا من البائع في تنفيذ التزامه بتسليم شيء مطابقة [٢] ولو أثبت البائع أن البضائع من صنف أعلى أو أجود من العينة ذاتها ٠[٣]

٩-٢ المخالفة الجوهرية والمطابقة الوظيفية

يجب على البائع تسليم بضائع صالحة للاستعمال في الأغراض التى تستعمل من أجلها عادة بضائع من نفس النوع [٤] وأن تكون صالحة للاستعمال في الأغراض الخاصة التى أحيط بها البائع علما صراحة أو ضمناً وقت انعقاد العقد ٠ [٥]

فعندما ينظر المشتري أن شراء البضائع لبعض الأغراض يمكن تقييم مدى خطورة المخالفة في ضوء ما إذا كان إحباط الغرض من العقد ، أو ما إذا كان الطرف المتضرر فقد اهتمامه يرجع إلى صفة السلع لا تملك المقومات الضرورية للاستعمال المقصود [٦] ٠

وتطبيقاً لذلك فقد قضت إحدى محاكم الاستئناف الأسبانية بفسخ عقد البيع في قضية تتعلق ببيع الأجهزة للحد من استهلاك البنزين في السيارات ، حيث كانت الأجهزة غير مطابقة وكان عدم المطابقة يشكل مخالفة جوهرية٠ [٧]

١- المحكمة العليا ، لمنطقة فرانكفورت ، ألمانيا ، ١٨ يناير ١٩٩٤ سابق الإشارة إليه ٠

٢- د / محمد إبراهيم بندارى ، المرجع السابق ، بند ٥١ ، ص ١٠١ ٠

٣- د / خالد أحمد عبد الحميد ، المرجع السابق ، الموضع السابق ٠

٤- راجع المادة ٣٥ / ٢ "أ" من اتفاقية فينا ١٩٨٠ ؛ راجع بند ٣٥ سابقا ٠

٥- راجع المادة ٣٥ / ٢ " ب " من اتفاقية فينا ١٩٨٠ ؛ وراجع أيضا ٣٨ سابقا ٠

٦- Robert Koch, op cit . P.267 ٠

٧- محكمة Audiencia ، أسبانيا ، ٢١ مارس ٢٠٠٦ والحكم منشور الكترونيا على :
http.cisgw3.law.pace. edu/cases/06032is4.htm1.last visit 19 /2 /2010 .

وقضت أيضا المحكمة العليا السويسرية فيما يتعلق بموضوع عقد البيع المبـرم بين الطرفين والذي يتعلق ببيع جهاز التعبئة والتغليف إلى تأكيد المنطق الذي اعتمدتـه المحكمة الجزئية ، بفسخ عقد البيع بسبب المخالفة الجوهرية ، على سند بأن آلة التغليـف والتعبئة في الواقع لا تحقق الأداء المطلوب بموجب العقد أو المتفق عليه. [١]

وقد اعتبرت إحدى المحاكم الألمانية أنه جري الإخلال بالمعيار كذلك عندما سلم البائع الإيطالي نبيذا كان قد خفف بالماء بنسبة ٩ في المائة ، مما حدا بالسلطات الداخلية الألمانية بمصادرة زجاجات الخمر وإتلافها .[٢]

وقد اعتبرت محكمة النقض الفرنسية كذلك عندما سلم البائع نبيذا محليا بطريقـة اصطناعية ومضافا إليه السكر ومحظور بموجب قانون الاتحاد الأوروبـي ، والقـوانين الوطنية [٣] أي إذا نتجت عدم المطابقة عن إضافة عناصر كانت إضافتها غير قانونية في بلد كل من البائع والمشترى .

فإذا لم يكن في الإمكان استخدام البضائع غير المطابقة أو إعادة بيعها بجهـد معقول فإن ذلك يشكل مخالفة جوهرية ويعطى المشتري الحق في فسخ العقد. [٤]

ونظرت محكمة استئناف انسبروك النمساوية [٥] القضية التي تتلخص وقائعها في قيام مشتري نمساوى بشراء عدة شحنات من زهور الحدائق من بائع دنمركي ورفـض المشتري دفع ثمنها بحجة أن البائع قد ارتكب انتهاكا أساسيا للعقد حيث أن الزهـور لـم تكن مطابقة لأحكام العقد ، حيث أنها لم تزهر طوال الـصيف ، ورفـضت المحكمـة الابتدائية ، حجج المشتري على أساس أنه لم يثبت أن البائع قد ضمن أن الزهور سـتزهر طول الصيف أو أن البائع قد ارتكب انتهاكا أساسياً للعقد بسبب عدم مطابقـة الزهـور للمواصفات الواردة في العقد . وعلى هذا فقد أيدت محكمـة الاسـتئناف قـرار المحكمـة الابتدائية على أساس أن المشتري لم يستطيع أن يثبت أن البائع قد ارتكب انتهاكا أساسيا للعقد بتوريده زهوراً غير مطابقة للمواصفات الواردة في العقد .

١- Bundesgerichtshof ، سويسرا ، ١٨ مايو ٢٠٠٩ منشور الكترونيا .
http.cisgw3.law.pace. edu/cases/090518si. Htm1. last visit 20/5/2010 .

٢- محكمة منطقة Trier ، ألمانيا ، ١٢ أكتوبر ١٩٩٥ ، منشور الكترونيا على :
http.cisgw3.law.pace. edu/cases/95101291.htmi.last visit 6/10/2010 .

٣- محكمة النقض الفرنسية ،٢٣ يناير ١٩٩٦ ، والحكم منشور الكترونيا على :
http.cisgw3.law.pace. edu/cases/960123fi.htmi.last visit 1/5/2010 .

٤- محكمة land shut ، ألمانيا ، ٥ أبريل ١٩٩٥ ، قضية الملابس الرياضية والحكم منشور الكترونيا
http.cisgw3.law.pace. edu/cases/950405gi.htmi.last visit 2/5/2010 .

٥- محكمة استئناف انسبروك ، النمسا ، R161/94 ، أول يوليو ١٩٩٤ ، والحكم منشور الكترونيا على العنوان التالي :
http//csmail.law.pace.edu/cisgarabic/middleast/Abstract8.htmi.last visit 30/2/2010 .

وقد اعتبرت إحدى المحاكم [١] أن المخالفة جوهرية ، دون الإشارة إلى استعمالات البضائع البديلة أو الممكنة أو إعادة بيعها من قبل المشتري عندما تكون في البضائع عيوب رئيسية وتوجد حاجة إلى البضائع المطابقة لصنع منتجات أخرى [٢] وفي حكم لمحكمة التحكيم الصينية قررت فسخ العقد بسبب المخالفة الجوهرية لوجود العيوب في تصميم السيارات والجودة وخاصة أن السيارات اشتريت لشركة تعمل في مجال السياحة .[٣]

ويجب أيضا على البائع تسليم البضائع صالحة للاستخدام في الأغراض الخاصة التى أحيط بها البائع علما صراحة أو ضمناً وقت إبرام العقد وقد رأت إحدى المحاكم انتهاكا لأحكام المادة ٢/٣٥ "ب" في قيام بائع بتسليم منتجات للبشرة لم تحتفظ بمعدل محدد من الفيتامين ألف " A" طوال فترة عرضها في السوق واعتبرت المحكمة أن المشتري كان يقصد شراء منتجات تحتوى على مستويات محددة من الفيتامين ، وأن الغرض الخاص كان معروفا لدي البائع وبدرجة كافية من الوضوح ، وأن المشتري اعتمد على خبرة البائع بشأن كيفية التوصل إلى الفيتامين "A " وكيفية المحافظة عليه . [٤]

٩-٣ المخالفة الجوهرية والمطابقة التغليفية

يجب أن تكون البضاعة مغلفة ومعبأة بالطريقة التى تستعمل عادة في تعبئة أو تغليف البضاعة التى من نوعها ، وفي حالة عدم وجود الطريقة المعتادة تكون التعبئة والتغليف بالكيفية المناسبة لحفظها وحمايتها. [٥]

١- محكمة الاستئناف الاتحادية ، الدائرة الثانية ، الولايات المتحدة ، ٦ ديسمبر ١٩٩٥ منشور الكترونيا http.cisgw3.law.pace. edu/cases/951206ui.htmi.last visit 20/4/2010 .

٢- حيث أن ضاغطات أو ضواغط مكيفات الهواء ذات قدرة تبريد أكثر انخفاضا واستهلاك للطاقة أكثر ارتفاعا مما تم التعاقد عليه للضاغطات المسلمة إلى مصنع مكيفات الهواء .

٣- محكمة التحكيم الصينية للتجارة والاقتصاد الدولي ، أول ديسمبر ٢٠٠٦ والحكم منشور الكترونيا : http.cisgw3.law.pace. edu/cases/061200ci.htm١.last visit 20/4/2010 .

٤- محكمة استئناف هلسنكي ، فنلندا ، ٣٠ يونيو ١٩٩٨ سابق الإشارة إليه .

٥- المادة ٣٥ الفقرة الثانية بند (د) من اتفاقية فينا ١٩٨٠ ؛ وراجع أيضا بند ٤٣ سابقا ؛ وراجع أيضا : Benjamin k. leisinger, op.cit.p 132/133 .

والهدف من القيام بالتعبئة والتغليف هو المحافظة على البضائع وحمايتها أثناء النقل وخاصة عند انتقال البضائع عبر الحدود فيجب أن يتم التعبئة والتغليف بالطريقة التي تكفل حدوث أي تلف أو فساد لمحتواها أثناء نقلها وأن يوضع عليها العلامات الضرورية التي توضح طبيعة البضائع من حيث قابلتها للكسر أو الاستعمال أو الانفجار إن كانت من المواد الخطرة .[١]

ولذا قضت إحدى محاكم التحكيم [٢] بمخالفة البائع الجوهرية للمطابقة التغليفية حيث اعتبر بائع الفاكهة المعلبة منتهكا للمادة ٣٥ / ٢ " د " ومن اتفاقية فينا وذلك لأن أوعية التغليف لم تكن ملائمة بحيث تحول دون فساد محتواها بعد الشحن .

ويجب على البائع أن يضع العلامات التجارية على العبوة وأن يضع مكونات البضائع على الغلاف وأن يتوافق هذا الإجراء مع تشريعات دولة المشتري والتى يعلم بها البائع ، خاصة ما يتعلق منها بإجراءات الحماية الصحية. [٣]

وتطبيقا لذلك قضت محكمة استئناف جرينوبل الفرنسية [٤] بعدم مطابقة البضائع والتى تتعلق بعقد بيع أجبان بين مشتري فرنسي وبائع إيطالي ، إذ اعتبرت المحكمة أن إغفال تحديد مكونات البضاعة على الغلاف يجعلها غير مطابقة لأحكام العقد الوارد في المادة ٣٥ من الاتفاقية .

وذلك نظراً للعلاقات القائمة بين المشتري والشركة الإيطالية من عدة أشهر ، والتي تعرف أن البضاعة كانت موجهة إلى السوق الفرنسية وأن علمه بذلك يلزمه وفقاً للمادة ١/٨ من الاتفاقية [٥] " فينا ١٩٨٠ " التقييد بقواعد التسويق المفروضة في فرنسا .

٩-٤ المخالفة الجوهرية والمطابقة القانونية

يجب على البائع أن يسلم البضائع خالصة من أي حق أو ادعاء للغير إلا إذا وافق المشتري على أخذ البضائع مع وجود مثل هذا الحق أو الادعاء .[٦]

١- د / خالد أحمد عبد الحميد ، المرجع السابق ، بند ١١٧ ، ص٩٨ .

٢- حكم تحكيم المكسيك ، Mexico ، ٢٩ أبريل ١٩٩٦ سابق الإشارة إليه .

٣- د / خالد أحمد عبد الحميد ، المرجع السابق ، بند ١١٧ ، ص ٩٩ .

٤- France , court appeal of grenoble, 13 sep ., 1995 ومنشور الكترونياً على العنوان التالي:
http.cisgw3.law.pace. edu/cases/950913fi.htmi.last visit 20/1/2010 .

٥- إذ تنص " في حكم هذه الاتفاقية تفسر البيانات والتصرفات الصادرة عن أحد الطرفين وفقا لما قصده هذا الطرف متى كان الطرف الآخر يعلم بهذا القصد أو لا يمكن أن يجهله " .

٦- انظر المادة ٤١ من اتفاقية فينا ١٩٨٠ وراجع أيضا بند ٥٠ ، ٥٥ سابقا .

ويضمن البائع أيضاً أن تكون خالصة من أي حق أو ادعاء للغير مبني على أساس الملكية الصناعية أو الفكرية ، إذا كان البائع يعلم به أو لا يمكن أن يجهله وقت انعقاد العقد [١] فإذا كانت البضاعة محملة بحق أو ادعاء للغير ويستوي في ذلك أن يكون الحق عينا أو كان مبنياً على أساس الملكية الصناعية أو أي ملكية فكرية أخرى ، فالإخلال لا يكون جوهريا إلا إذا أدي وجود هذا الحق أو الإدعاء إلى ترجيح استحقاق البضاعة للغير أو الانتقاص من قيمتها بحيث يحرم المشتري من منفعتها بالنسبة له أو أدت إلى دخوله في منازعات قضائية ألحقت به أضراراً كثيرة ٠[٢]

وتطبيقاً لذلك قضت المحكمة العليا النمساوية [٣] بأن البائع قد خالف أحكام المادة ٤١ إذا سلم البضائع خاضعة لأي قيد يفرضه مورد البائع نفسه على البلدان التي يستطيع المشتري أن يعيد بيع البضائع فيها ، ما لم يكن المشتري قد وافق على أخذ البضائع مع وجود هذا الحق أو الادعاء ٠

ورأت إحدى المحاكم أن المشتري الأخصائي المهني في ذلك المجال لم يكن بوسعه أن يجهل أن أربطة الأحذية الموجودة على الأحذية التى سلمها البائع تتعدى على العلامة التجارية للغير ، وأن المشتري قد تصرف في الواقع على أساس المعرفة التامة بحقوق العلامة التجارية تلك ، ولذلك رأت المحكمة أنه بمقتضي المادة ٤٢ " ٢ " أ " أن المشتري لا يستطيع أن يسترد من البائع المبالغ التى دفعها تعويضاً لصاحب العلامة التجارية ٠[٤] ومن جهة أخرى ، اعتبرت إحدى المحاكم [٥] أن البائع غير مسئول عن الضرر الذي لحق بعلب البيتزا والذي وقع بعد انتقال التبعة عن الهلاك إلى المشتري ، لأن المشتري لم يثبت بأن الضرر يعزو إلى إخلال البائع بأي من التزاماته٠

١- انظر المادة ١/٤٢ من اتفاقية فينا ١٩٨٠ ، وراجع أيضا بند ٥٩ وما بعدها ٠

٢- د / خالد أحمد عبد الحميد ، المرجع السابق ، بند ١٢٦ ، ص ١٠٦ وما بعدها ٠

٣- المحكمة العليا ، النمسا ، ٦ فبراير ١٩٩٦ سابق الإشارة إليه، في القضية التي تتعلق بتصدير غاز البر وبان " عقد البيع " Fob ٠

٤- محكمة النقض ، فرنسا ، ١٩ مارس ٢٠٠٢ سابق الإشارة إليه ٠

٥- محكمة Duisburg ، ألمانيا ، ١٣ أبريل ٢٠٠٠ سابق الإشارة إليه ٠

الفصل الثانـــــــــي

الضـــــــــرر الجوهـــــــــــري Substantial Detriment

١٠ – لكي تكون المخالفة جوهرية

يجب أن تكون ذات طبيعة ووزن معين ، ويجب أن يكون الطرف المتـضرر قـد عاني ضرراً يحرمه بصورة جوهرية مما كان يحق له أن يتوقعه بموجب العقد ٠ فوقـوع الخلل في التنفيذ العقدي على النحو السابق بيانه ، لا يكفي وحدة للحكم بفسخ عقـد البيـع الدولي ، ما لم يترتب عليه ضرر للطرف الأخر يحرمه بشكل أساســي Substantially [١] مما كان من حقه أن يتوقع الحصول عليه من إبرام العقد٠ [٢] أي حدوث ضرر ينتج عن المخالفة للطرف الآخر ، ويجب أن يكون الضرر هاماً ، ويكون كذلك إذا كـان مـن شأنه حرمان الطرف المضرور من الحصول على المنفعة الأساسية التى كان من حقـه أن يتوقع الحصول عليها من العقد [٣]، فجسامة الخلل وحدة لا يبرر الفسخ ما لم يترتب عليه ضرراً جسيماً بالطرف الآخر ، فالعبرة إذن ليست بضخامة المخالفة ، وإنمـا لـضياع المنفعة التى كان يرجوها الطرف المضرور من العقد٠ [٤]

وقد أخذت اتفاقية فينا ١٩٨٠ بهذا المبدأ واشترطت لتقرير مسئولية المتعاقـد عـن إخلاله بالتزاماته وإعطاء الحق للمتعاقد الآخر (الحق في فسخ العقد) مـثلاً أن يترتـب على هذا الإخلال ضرراً ولكنها اشترطت قيدا أخر ، يعني التضييق من حالات فسخ عقد البيع الدولي نظرا لخطورة أثاره ولا سيما في نطاق المبادلات التجارية الدولية وهو وقوع ضرر أساسي " جوهري " للدائن بالالتزام ، إذ جعلت المعيار الذي يمكن علـى أساسـه تقرير ما إذا كان الضرر جوهرياً أم لا هو الحرمان من منفعة العقد بقولها " تكون مخالفـة العقد من جانب أحد الطرفين جوهرية إذا تسببت إلحاق ضرر بالطرف الآخر من شـأنه أن يحرمه بشكل أساسي مما كان يحق له أن يتوقع الحصول عليه بموجب العقد "٠ [٥]

١– باللغة الفرنسية : essentielle

٢– د / أحمد السعيد الزقرد ، المرجع السابق ، بند ١٠٧ ، ص ٢١٧ ٠

٣– د / محسن شفيق ، اتفاقية الأمم المتحدة بشأن البيع الدولي ، المرجع السابق ، بند ١٧١ ، ص ١٢٠

٤– د / محسن شفيق ، اتفاقية الأمم المتحدة ، المرجع السابق ، الموضع السابق ؛ د / أحمد السعيد الزقرد ، المرجع السابق ، الموضع السابق ٠

٥– المادة ٢٥ من اتفاقية فينا ١٩٨٠ في العبارة الأولى ٠

فالمادة ٢٥ تحدد المخالفة الجوهرية بما تشتمل عليه من شرائط أبرزها الضرر الجوهري ، فتطلب لاعتبار المخالفة جوهرية أن يثبت " الطرف المتضرر " المشتري مثلا أنه قد عاني ضرراً كبيراً وربما حتى أكثر من مادياً يحرمه بشكل أساسي مما كان يحق له أن يتوقع الحصول عليه بموجب العقد. [١]

ومما تجدر الإشارة إليه – أن فكرة الضرر الجوهري Substantial Detriment ، تعد فكرة جديدة ابتكرتها اتفاقية فينا ١٩٨٠ [٢] والتى أخذت بالاقتراح الذي قدم من الوفد الألماني أثناء المناقشات لإعداد الاتفاقية بأن تكون المخالفة جوهرية إذا تسببت بشكل أساسي بحرمان الطرف الأخر مما كان يحق له أن يتوقع بموجب العقد. [٣]

فبموجب اتفاقية فينا فإن المعيار الأساسي للمخالفة الجوهرية هو أن يؤدي إلى الأضرار الجوهري بالطرف الأخر " المتضرر " . [٤]

ويبدو أن مفهوم الضرر الجوهري أوسع بكثير من مفهوم الضرر ، فالخسارة الاقتصادية التى يعاني منها الطرف المتضرر ليست بالضرورة العنصر الوحيد الحاسم لتحديد المخالفة الجوهرية . [٥]

فيكون الضرر جوهرياً إذا كان يحرم الطرف المضرور مما كان يحق له أن يتوقع الحصول عليه ، أو الضرر الجوهري أفضل وأكثر دقة من الأداء الأساسي. [٦]

ولذلك يجب أن تلقي أن تخفض المخالفة بصورة جوهرية توقعات الطرف المتضرر المبررة وفي العقد ، أما ماهية التوقعات المبررة فتعتمد على العقد المعين وتوزيع المخاطر المتوخاه بموجب أحكام العقد وعلى الأعراف المعتادة وعلى أحكام الاتفاقية .

١- Joseph look of sky , op cit , p . 79.

٢- Michael will , in Bianca – Bonell , op cit P.210 .

٣- peter schlechriem , 1986 , op , cit , p.59 .

٤ – التعليق على مشروع اتفاقية البيع الدولي للبضائع ، التى أعدتها الأمانة العامة " اليونسترال " الوثيقة A/conf 97 / 5 الوثائق الرسمية ، ٢٦ .

٥ – Leonardo graffi,case law on the concept of " Fundamental breach in the Vienna sales convention international Business law journal , No3 , 2003 , p339

٦ – John o . Honnold , OP . cit , N 183 , P.256.

أي لابد من توافر الضرر وليس الضرر فحسب ولكن أن يؤدي الإخلال إلى وقوع ضرر جوهري يحرم كثيرا الطرف المتضرر مما كان يحق له أن يتوقع بموجب العقد أو من شأنه حرمانه من الحصول على المنفعة الأساسية التى يتوقعها من العقد . [١]

والإشارة إلى التوقع بموجب العقد يجعل من الواضح أن القياس لإخلاله بالعقد أولاً وقبل كل شيء يمكن العثور عليه في العبارات الصريحة والضمنية من العقد نفسه ، والظروف الأخرى المحيطة بالقضية بما في ذلك المفاوضات والممارسات التجارية والأعراف. [٢]

ويجب التنويه إلى أن حرمان الطرف المضرور من المنفعة المتوقعة من العقد لا ينظر فيها إلى ما يتوقعه المتعاقد وفقاً لتقديره الشخصي ولكن وفقا للمعيار الموضوعي الذي يرجع فيه إلى ما يمكن أن يتوقعه شخص سوى الإدراك من نفس صفة المتعاقد إذا وجد في نفس الظروف. [٣]

وعلى هذا لا يستطيع المشترون عادة أن يتوقعوا أن تمتثل البضائع المسلمة للوائح والمعايير الرسمية في بلد المشتري كتسليم المعدات الطبية "وحدات التصوير الشعاعى للثدي" والتى تخالف المواصفات والمعايير وفقاً للقانون العام. [٤]

ولذلك قضت إحدى المحاكم بأن تسليم بلح البحر mussel مثلا يحتوى على نسبة من الكادميوم تتجاوز المستويات الموصي بها في بلد المشتري لم يعتبر مخالفة جوهرية "أو حتى مخالفة على الإطلاق" لأن المشتري لم يكن يتوقع أن يفي البائع بتلك المعايير ولأن استهلاك بلح البحر بكميات صغيرة كتلك لا يعرض صحة المستهلك للخطر. [٥]

ويجب أن نؤكد أن الضرر وحده لا يكفي لانعقاد المخالفة الجوهرية ، ولكن لابد أن يكون الضرر جوهرياً ، وقد وجدت قرارات إحدى المحاكم حول هذه النقطة أن عدم المطابقة بشأن النوعية تبقي مجرد مخالفة غير جوهرية للعقد ما دام المشتري – دون مضايقة غير معقولة – يستطيع أن يستخدم البضائع أو يعيد بيعها حتى ولو بسعر أقل .

١- د / مصطفي عبد الله العالم ، المرجع السابق ، ص ٢٠٢ .

٢- Robert Koch , op cit , p 263 – 264 .

٣- راجع في ذلك د / خالد أحمد عبد الحميد ، المرجع السابق ، بند ٧١ ، ص ٦٩ .

٤- المحكمة الفيدرالية ، الولايات المتحدة الأمريكية ، ١٧ مايو ١٩٩٩ ، تعليق P.schechtriem سابق الإشارة إليه .

٥- المحكمة الاتحادية ، ألمانيا ، ٨ مارس ١٩٩٥ والحكم منشور الكترونيا على الموقع الآتي :
http.cisgw3.law.pace. edu/cases95030893..htmi.last visit 1/6/2010

وعلى هذا قضت المحكمة الاتحادية في القضية التى تتعلق وقائعها بيع أربع كميات مختلفة من كبريتات الكوبالت إلى المشتري بإحدى الشركات الألمانية – ما اتفقوا على أن تكون البضائع من أصل بريطاني وأن يجب على البائع تزويد المشتري بشهادة المنشأ والنوعية واتضح بعد ذلك أن البائع قدم سلفات الكوبالت من جنوب أفريقيا أي نوعية أدنى مما هو مطلوب وفقاً لشروط العقد ، إلا أن المحكمة لم تعتبر ذلك مخالفة جوهرية ومفادها إن كان المشتري قد وجد من المستحيل بيع البضائع من جنوب أفريقيا إلى موكليه المعتاد في جنوب شرق أسيا بسبب الحظر المفروض على منتجات جنوب أفريقيا . إلا أنه قد تم تسويقه من قبل المشتري في ألمانيا تحت وصفا مختلفا ولو بسعر أقل دون جهداً غير معقول. [١]

ويجب الإشارة إلى أن مسألة تقدير الضرر الجوهري هى مسألة واقع تخضع للسلطة التقديرية للقاضي أو المحكم حسب الأحوال يرجع فيها إلى كل حالة على حده .[٢]

فقد لا يكون الإخلال جسيما فيما يتعلق بالمبادلات التجارية الدولية ويترتب عليه ضرراً جسيماً للدائن وقد يتسامح الدائن بشأنه إن كان العقد وطنياً . [٣]

١١ – الضرر الجوهري في اتفاقية لاهاي ١٩٦٤

تجدر الإشارة إلى أن اتفاقية لاهاي قد عرفت فكرة الضرر الجوهري كنظيرتها إلا أن مفهوم الضرر في اتفاقية لاهاي قد يشوبه بعض الغموض والتعقيد ، فلم يشترط الضرر في تعريف المخالفة الجوهرية [٤] ، ولكن يتمثل هذا الضرر في تعريفها للمخالفة الجوهرية إذا ترتب على هذا الإخلال ضرر يفقد الطرف المضرور كل مصلحة في العقد بسبب المخالفة التى ارتكبت ، بحيث أنه ما كان ليرضي بإبرام العقد إذا كان يعلم بالمخالفة وآثارها. [٥] أي أن المتعاقد الذي يلجأ إلى فسخ عقد البيع الدولي ما كان ليتعاقد لو علم بالمخالفة وآثارها ، لأنه كان يعلق على تنفيذ العقد تنفيذاً كاملاً أهمية خاصة. [٦]

١- المحكمة الاتحادية ، ألمانيا ، ٣ أبريل ١٩٩٦ ، راجع في تفصيل ذلك :
Peter Huper , op.cit, p 26.

٢- د / خالد أحمد عبد الحميد ، المرجع السابق ، بند ٧٣ ، ص ٧١ .

٣- د / أحمد السعيد الزقرد ، المرجع السابق ، بند ١٠٧ ، ص ٢١٧ .

٤- د / خالد أحمد عبد الحميد ، المرجع السابق ، بند ٦٨ ، ص ٦٧ .

٥- المادة ١٠ من اتفاقية لاهاي ١٩٦٤ .

٦-د / محسن شفيق ، اتفاقيات لاهاي ١٩٦٤ بشأن البيع الدولي للمنقولات المادية ، المرجع السابق ، بند ١٩١ ، ص ٣٥٩ .

١٢- الضرر الجوهري في قواعد الـــــ Unidroit ومبادئ قانون العقد الأوروبـــي PECL

من الجدير بالذكر أن مبادئ اليونيدروا قد قضت حكماً مماثلاً لفكرة الضرر الجوهري في القانون الموحد ، إذ أجازت للمتعاقد فسخ العقد إذا كان إخلال المتعاقد الأخر يرتقي إلى عدم التنفيذ الجوهري ، وتنص هذه المبادئ على أن عدم التنفيذ يكون جوهرياً ، إذا كان عدم التنفيذ يحرم بصورة جوهرية الدائن " الطرف المتضرر " مما كان يحق له أن يتوقع بموجب العقد. [١]

وهناك عوامل أخري يمكن أخذها في الاعتبار إن كان عدم التحقيق الدقيق للالتزام الذي لم ينفذ هو جوهر العقد. [٢]

وقد تضمنت مبادئ قانون العقد الأوروبي Pecl حكماً مماثلاً أيضاً لفكرة الضرر الجوهري – فبموجب المادة ١٠٣/٨ "ب" فإن المعيار الأساسي لعدم الأداء هو أن يحرم الطرف المتضرر كثيراً مما كان يحق له أن يتوقع الحصول عليه بموجب العقد [٣] أي أن يعتمد عدم الأداء على نتائجه " الضرر الجوهري " فضلا عن التنبؤ به من قبل الطرف المخالف. [٤]

١٣- فكرة الضرر الجوهري في القوانين الأنجلو أمريكية

قد يوجد تماثل كبير بين فكرة الضرر الجوهري وفكرة النقصان الجوهري substantial impairment ففي القانون التجاري الأمريكي الموحد U . C . C يمنح الحق للمشتري في إلغاء " سحب " قبول البائع عندما تكون غير مطابقة بشكل أساسي يضعف من قيمتها أو منفعتها له [٥] وذلك مشروط بأن يقيم الدليل على وجود عذر دفعة إلى قبول البضاعة وأن يقوم بسحب القبول خلال فترة معقولة [٦] ويطبق القانون الموحد الأمريكي معياراً أكثر صرامة أو أقل موضوعية لعقود الدفعة .

١- unidrioit Principles art 7 / 3 / 1 para 2 /a see Robert koch .op . cit . p 232 .

٢- راجع المادة ٧ / ٣ / ١ من مبادئ العقود التجارة الدولية Unidroit الفقرة الثانية بند أ ، ب الترجمة العربية ، المرجع السابق ، ص ٢٢٤ .

٣- Pecl , Art 8 / 103 "b" state " the non – performance substantially deprives the aggrived party of what it was entitled to expect under the contract " .

٤- Hossam El saghir , Ibid .

٥- المادة ٦٠٨/٢ الفقرة الأولى من القانون التجاري الأمريكي الموحد وينص على :
The buyer may revoke his acceptance of a lot or commercial unit whose non – conformity substantially impairs its value to him see/ M.will, in Bianca – Bonell, op. cit p.212 .

٦- د / خالد أحمد عبد الحميد ، المرجع السابق ، بند ٦٩ ، ٦٨

فيستطيع المشتري في عقود البيع على دفعات أن يرفض أي دفعة غير مطابقة إذا كانت تحرمه بشكل كبير من منفعة أو قيمة هذه الدفعة بالنسبة له وكان من غير الممكن إصلاحها. [١]

وإذا كانت عدم المطابقة فيما يتعلق بدفعة أو أكثر من هذه الدفعات وكانت تحرمه بصفة أساسية من منفعة العقد كله ، فإنه يكون هناك إخلالاً بالعقد كليةً [٢]

١٤- فكرة الضرر الجوهري في القوانين اللاتينية :

نشير في هذا الخصوص أن النقض في القيمة أو المنفعة بحسب الغاية المقصودة والمستفادة مما هو مبين في العقد أو مما هو ظاهر من طبيعة الشيء أو الغرض الذي أعد له " م ٤٤٧ مدني مصري " أو عدم صلاحية الشيء للاستعمال في الغرض الذي يعد له أو النقص في هذا الاستعمال " م / ١٦٤١ مدني فرنسي " يصدق على ما يسمي بالضرر التجاري detriment commercial وهى تلك الأضرار التى تلحق كل مشتري نتيجة عدم صلاحية المبيع للغرض الذي يقصده . [٣] وقد أخذ أيضاً قانون التجارة الجديد المصري بفكرة فقدان المنفعة فلا يقضي للمشتري الفسخ إلا إذا نشأ عن النقص في البضائع أو وجود عيب بها أو عدم مطابقتها وعدم صلاحية المبيع أو عدم مطابقتها ، عدم صلاحية المبيع للغرض الذي أعد له المشتري أو صعوبة تصريفه ، ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضي بوجود الفسخ. [٤]

ولكن يجب أن نلفت النظر بأن اشتراط الضرر لاعتبار المخالفة جوهرية يبرر فسخ عقد البيع الدولي على عكس الحال في قانونا الوطني ، فلا يعتبر الضرر شرطاً لطلب الفسخ وإن أخذ في الاعتبار لتقدير الحكم بفسخ العقد أو رفض الفسخ. [٥]

١- Art .2- 612 "2" of u – c . c condition rejection of an installments delivery on anon . conformity that " substantially impairs the value of that installment and can not be cured .

See, Harry m . fleechther , Remedies under the New international sales convention . the perspective from Article 2 of the U.C.C 8 journal of law and commerce , 1988 , p . 76

والتعليق منشور الكترونيا على الموقع التالي :

http//cisg .law.pace.edu/cisg/tert/flechther 25.htmi.last visit 20/6/2010 .

٢- Art , 2/612, Para. "3" of the U.C.C state " whenever non . conformity or default with respect to one or more installment substantially impairs the value of the whole contract there is a breach of the whole " .

٣- د / ثروت فتحي إسماعيل ، المسئولية المدنية للبائع المهني الصانع – الموزع ، دراسة مقارنة ، رسالة دكتوراه ، جامعة عين شمس ، ١٩٨٧ ، ص ١٤٩ .

٤- المادة ١٠١ من قانون التجارة الجديد رقم ١٧ لسنه ١٩٩٩ .

٥- د / أحمد السعيد الزقرد ، المرجع السابق ، الموضع السابق .

١٥ – نستنتج مما سبق :

أن اتفاقية فينا ١٩٨٠ اشترطت وجود الضرر لكي تكون المخالفة جوهرية واشترطت في الضرر أن يكون جوهرياً [١] وحددت الضرر الجوهري ، بأنه الذي يحرم الطرف المضرور بشكل أساسي من المنفعة التى كان يحق له أن يتوقع الحصول عليها من العقد ، وهذا أيضا هو ما عرفته اتفاقية لاهاي ١٩٦٤ ولكن بشكل غير مباشر ، وقد تضمنت أيضاً مبادئ اليونيدروا Unidroit ومبادئ قانون العقد الأوروبي PECL أحكاماً مماثلة لفكرة الضرر الجوهري في اتفاقية فينا ١٩٨٠ ، وقد تطرقت القوانين الأنجلو أمريكية لفكرة النقصان الجوهري والتي تعد مماثلة لفكرة الضرر الجوهري وقد عرفت القوانين اللاتينية فكرة الضرر الجوهري ولكن بشكل مباشر ولكنها لا تشترط الضرر الجوهري لاعتبار المخالفة جوهرية لكى تبرر فسخ العقد ٠

١- mart je Bijl , op cit, p, 25 وراجع أيضا حكم محكمة فرانكفورت ، ألمانيا ، ١٧ سبتمبر ١٩٩١ على الموقع الآتي :

http.cisgw3.law.pace. edu/cases/910979i.htm١.last visit 10/6/2010

الفصل الثالث

توقـــــــــــــــــــع الضـــــــــــرر

١٦- لا تكون المخالفة جوهرية للإخلال بالالتزامات التعاقدية

بيد أن من الضروري أن تحرم المخالفة الطرف المتضرر من فائدة العقد الرئيسية ، وأن يكون بإمكان الطرف الأخر توقع هذه النتيجة فيجب لاعتبار المخالفة جوهرية أن يكون الضرر ذاته متوقعاً [١] ، وأن يكون الضرر متوقعا من الطرف المخالف ومن أى شخص سوى الإدراك من صفة الطرف المخالف وفي نفس الظروف .[٢]

وأخذاً من المادة ٢٥ من اتفاقية البيع على أن المخالفة لا تكون جوهرية إلا إذا كان الحرمان الجوهري من التوقعات متوخى بصورة معقولة من قبل الطرف المخالف بقولها " ما لم يمكن الطرف المخالف يتوقع قبل هذه النتيجة وما لم يكن أي شخص سوى الإدراك من نفس الصفة يتوقع مثل هذه النتيجة في نفس الظروف .[٣]

ويبدو أن هناك خطأ في ترجمة النسخة العربية في الشق الثاني من هذا النص ، ولذلك سوف نستعين بترجمة الأستاذ الدكتور / محسن شفيق لهذا الشق والتى جاء فيها " إلا إذا كان الطرف المخالف لم يتوقع مثل هذه النتيجة ، وما كان ليتوقعها أي شخص سوى الإدراك من صفة الطرف المخالف إذا وجد في نفس الظروف . [٤]

وفي الحالات التى ينطبق فيها هذا المعيار الأساسي هو معيار يستخدم لمعرفة الضرر الملحق بالطرف الآخر ، فيكون هذا الإخلال أساسياً ما لم يستطيع الطرف المخل أن يثبت أنه لم يتوقع مثل هذه ولم يتوقع أي شخص سوى الإدراك من نفس الصفة في نفس الظروف. [٥]

---

* باللغة الإنجليزية Foresseeability of the Detriment

١- د / أحمد السعيد الزقرد ، المرجع السابق ، بند ١٩٧ ، ص ٢١٨ .

٢- د / مصطفي عبد الله العالم ، المرجع السابق ، ص ٢٠٢ .

٣- راجع الشق الثاني من المادة ٢٥ من اتفاقية فينا ١٩٨٠ وهذا النص كما ورد في النسخة العربية بالاتفاقية .

٤- د / محسن شفيق ، اتفاقية الأمم المتحدة ، المرجع السابق ، بند ١٧١ ، ص ١١٩ وفيما يلي نص الشق الثاني من المادة ٢٥ كما ورد باللغة الإنجليزية لوروده لأهمية .

Unless the party in breach did not foresee and a reasonable person of the same kind in the same circumstances would not have foreseen such a result .

٥- التعليق على مشروع اتفاقية عقد البيع الدولى ، المرجع السابق ، التعليق على مشروع المادة ٢٣ من الاتفاقية ، بند ٤ .

فالإخلال بالعقد لا يكون جوهريا إذا كان الطرف المخل لا يتوقع وشخص عاقل من نفس النوع وفي نفس الظروف لا يتوقع مثل هذه النتيجة ، وهذا يعنى أنه يجب على الطرف المخل أن يكون متوقعاً الضرر فضلاً عن توقع الضرر عن شخص عاقل من نفس النوع وفي نفس الظروف وعلى هذا فإن المخالفة للعقد لا تتوقف فقط على نتائجها ولكن أيضاً على التنبؤ به من قبل الطرف المخالف .[١]

فمعيار التوقع المنصوص عليه في المادة ٢٥ من اتفاقية البيع المقصود منه منع الأطراف من فسخ العقد بسبب المخالفة الجوهرية إذا كان الضرر الجوهري لا يمكن توقعه ولا يتوقع أي شخص سوى الإدراك reasonable person من نفس النوع وفي نفس الظروف ، ويجب على الطرف المخل أن يثبت أنه لا يتوقع الضرر وما كان ليتوقعه أي شخص عاقل من نفس النوع وفي نفس الظروف [٢] وأخذاً من المادة ٢٥ من القانون الموحد يعتد بجوهرية المخالفة بمعارين أحدهما، أن المخالفة لا تكون جوهرية ، إلا إذا فقد الدائن منفعة أساسية كان يتوقع الحصول عليها من العقد من الطرف الأخر . والآخر ، أن يعلم الطرف المخالف أو كان من المفروض عليه أن يعلم وقت إبرام العقد الدولي بأن المخالفة جوهرية بالنسبة للطرف الآخر ، وفقاً لمعيار الشخص العاقل سوى الإدراك [٣] من صفة الطرف المخالف وفي نفس ظروفه وتوقع الضرر أمر منطقي ، فمتى كان الضرر مما لا يحدث عادة عن المخالفة ولا يتوقعه أي شخص سوى الإدراك ، فمن المنطق ألا يأخذ الطرف المخالف .[٤]

والشخص سوى الإدراك الذي اعتمدت الاتفاقية على علمه لتقدير توقع الطرف المخالف عند مخالفة للالتزام التعاقدي يجب توافر أمران أولهما : أن يكون من نفس صفة الطرف المخالف ، أي أن يكون تاجراً يمارس التجارة الدولية في نفس نوع التجارة التى يمارسها الطرف المخالف والآخر ، أن يعتد بكافة الظروف المحيطة بالطرف المخالف سواء أكانت اقتصادية أو اجتماعية ومراعاة مدى خبرته وحرصه في التجارة . [٥]

١- F.Enderlein – D. Maskow, op cit , p , 15 .

٢- Maart je Bijl , op . cit , p . 25 .

٣- د / أحمد السعيد الزقرد ، المرجع السابق ، الموضع السابق .

٤- د / محسن شفيق ، اتفاقية الأمم المتحدة ، المرجع السابق ، بند ١٧١ ، ص ١٢ .

٥- راجع في تفصيل ذلك د / خالد أحمد عبد الحميد ، المرجع السابق ، بند ٨٤ ، ص ٧٩ .
M . will, in Bianca- Bonell, op cit , p. 219 .

وقد أشارت إحدى المحاكم أن البائع يتحمل المسئولية عن عدم الامتثال لأحكام القانون العام المرعية الإجراء في بلد الاستيراد إن تبين أن البائع كان يعلم أو كان عليه أن يعلم بتلك الأحكام بسبب ظروف خاصة منها على سبيل المثال ، إذا كان للبائع فرع في بلد الاستيراد أو كانت له علاقة طويلة الأمد بالمشتري أو كان كثيراً ما يروج لبضائعه في بلد الاستيراد [١] وقد استشهدت إحدى المحاكم بالقرار السابق ، ورفضت نقض قرار تحكيم وجد أن البائع قد انتهك أحكام المادة ٣٥ "٢" أ " لأنه سلم أجهزة طبية لا تستوفي لوائح السلامة المرعية في الولاية القضائية التى يخضع لها المشتري [٢] وخلصت المحكمة إلى أن فريق التحكم أصاب في اعتباره أنه كان يفترض بالبائع أن يكون على علم باللوائح المرعية لإجراء في بلد المشتري وأن يلتزم بها وذلك نظراً للظروف الخاصة بالمعنى الذي ارتأته المحكمة التى أصدرت القرار أعلاه ٠

وقد اعتبرت محكمة أخرى أنه كان من المفترض بأحد باعة الأجبان ان يمتثل للمعايير المعتمدة في بلد المشتري نظراً لكونه تعامل مع المشتري لأشهر عديدة ، ويجب أن يعلم بالتالي ، أن جهة وصول الأجبان هى سوق بلد المشتري ولذلك يكون البائع قد أخل بالتزاماته المنصوص عليها في المادة ٣٥ من اتفاقية البيع عندما سلم جنباً لم تبين مكوناته على غلافه كما تقتضيه لوائح التسويق المرعية الإجراء في بلد المشتري ٠ [٣]

حيث لأن منتجات الفلفل التى تتضمن أكسيد الايثيلين بنسب تفوق تلك التى تسمح بها قوانين السلامة الغذائية في ألمانيا وهى غير مطابقة لشروط العقد ٠

١- خلصت إحدى المحاكم إلى أنه في الظروف التالية ، وافق بائع أسباني للفلفل على أن تمتثل البضائع لقوانين السلامة الغذائية في ألمانيا ، وكانت علاقة عمل طويلة الأمد تربط البائع بالمشتري الألماني ، وكان البائع يصدر بشكل منتظم إلى ألمانيا ، وفي عقد سابق مع المشتري ، كان البائع قد وافق على إجراءات خاصة من شأنها ضمان امتثال البضائع لقوانين السلامة الغذائية في ألمانيا ، راجع حكم محكمة منطقة Ellwangen ، ألمانيا ، ٢١ أغسطس ١٩٩٥ والحكم منشور على الموقع الالكتروني الآتي :
http//cisgw3.law.pace.edu/cases/95082/82.htm1.

٢ - حكم محكمة المقاطعة الاتحادية ، مقاطعة لويزيانا الشرقية ، الولايات المتحدة ، ١٧ مايو ١٩٩٩ سابق الإشارة إليه ٠

٣-محكمة استئناف Grenoble ، فرنسا ، ١٣ سبتمبر ١٩٩٥ سابق الإشارة إليه ٠

١٧- توقع الضرر في اتفاقية لاهاي ١٩٦٤

قد اشترطت أيضا اتفاقية لاهاي توقع الضرر في تعريفها لفكرة المخالفة الجوهرية ولكن بعبارة مختلفة إذ تنص على " 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 الأخر وفي مركزة ما كان ليرضى بإبرام العقد إذا علم بالمخالفة وآثارها [١] أي أن الطرف المخالف كان يعلم أو كان ينبغي أن يعلم وقت إبرام العقد أهمية تنفيذ العقد كاملاً [٢] بحيث أن المتعاقد الأخر ما كان ليبرم العقد لو علم وقت التعاقد بالمخالفة وأثارها ٠ ولم تكتف اتفاقية لاهاي بالعلم الحقيقي للطرف المخالف ، وإنما أضافت إليه العلم المفترض والذي يستخلص من ظروف التعاقد [٣] مقياس هذا العلم هو ما ينبغي أن يعلمه التاجر متوسط الخبرة الذي يمارس ذات نوع التجارة٠ [٤]

فإذا كان الطرف المخالف يعلم أو كان ينبغي له أن يعلم أن مثل هذا الشخص ما كان ليرضي بالتعاقد لو علم بالمخالفة وآثارها جاز الفسخ وإلا كان الفسخ غير جائز٠ [٥]

١٨- توقع الضرر في قواعد اليونيدروا Unidroit ,ومبادىء قانون العقد الأوروبي "pecl "

وقد تضمنت قواعد اليونيدروا شرط التوقع أيضاً ، فاعتبرت أن عدم التنفيذ للالتزام يرتقي إلى عدم التنفيذ الجوهري ، إذا كان عدم التنفيذ يحرم بصورة جوهرية الدائن مما كان يحق له انتظاره من العقد ، إلا إذا كان الطرف الأخر لم يتوقع أو كان من غير المعقول أن يتوقع هذه النتيجة٠ [٦]

١- المادة العاشرة من اتفاقية لاهاي ١٩٦٤٠

٢- د / محسن شفيق ، اتفاقيات لاهاي بشأن البيع الدولي للمنقولات المادية ، المرجع السابق ، بند ١٩١ ، ص ٣٥٩ ٠

٣- د / رضا محمد إبراهيم عبيد ، الالتزام بالتسليم في القانون الموحد للبيع الدولي للبضائع ، رسالة دكتوراه ، القاهرة ، ١٩٧٩ ، بند ٣٩١ ، ص ٥٢٠ ٠

٤- ورد هذا الضابط بالمادة ١٠ وهو يتفق و التقسيم الذي وضعته المادة ١٣ لإصطلاح المتعاقد يعلم أو ينبغي أن يعلم " حيث قالت فإن العبرة عندئذ " بما كان ينبغي أن يعلمه شخص عاقل من ذات الصفة لو وجد في الظروف ذاتها " ،راجع أيضا د / خالد أحمد عبد الحميد ، المرجع السابق ، بند ٨٣ ، ص ٧٨

٥- د / محسن شفيق ، اتفاقيات لاهاي بشأن البيع الدولي ، المرجع السابق ، بند ١٩١ ،ص ٣٥٨ ٠

٦- الفقرة الثانية بند "أ" من المادة ٧ /١/٣ من مبادئ العقود التجارية الدولية Unidroit ، الترجمة العربية ، المرجع السابق ، ص٢٢٤ وراجع أيضا Maartje Bijle , op. cit/ p.27, ٠

فلا يسأل المدين الا عن الضرر الذى توقعة أو كان فى وسعه بصورة معقولة أن يتوقعه عند إبرام العقد،مادام هذا الضرر يبدو نتيجة محتملة لعدم التنفيذ. (١)

وشرط التوقع في مبادئ قانون العقد الأوروبي Pecl يتوافق تماماً مع شرط التوقع في القانون الموحد .

إذا أن عدم الأداء يكون أساسيا إذا كان عدم الأداء يحرم كثيرا الطرف المتضرر فما كان يحق له يتوقعه بموجب العقد ، إلا إذا كان الطرف الأخر لا يتوقع ومن غير المعقول أن يتوقع هذه النتيجة .[٢]

١٩-التوقع في القانون المصري

نلفت النظر إلى أن الضرر لا يعتبر شرطاً في القانون المصري لطلب فسخ العقد ولا يعتبر شرطا لاعتبار المخالفة جوهرية ، فضلا عن عدم اشتراط القانون المصري توقع الضرر ، فلم يحدد القانون درجة الجسامة التى ينبغي أن يصل إليها عدم التنفيذ تاركاً ذلك للسلطة التقديرية للقاضي . [٣] فالشرط الأساسي للفسخ هو إخلال المدين بالتزامه فإذا لم يقم المدين بالتزامه جاز للطرف الآخر أن يتحلل نهائياً من هذا الالتزام .

لكن توقع الضرر يعد شرطاً للحكم بالتعويض ، فلا يلزم المدين إلا بالتعويض عن الضرر الذي توقعه وقت إبرام العقد وهذا كله ما لم يرتكب غشاً أو خطأ جسيما [٤] وذلك إذا كان الالتزام مصدره العقد .

والضرر الذي يمكنه توقعه عادة وقت التعاقد يقاس بمعيار موضوعى لا بمعيار شخصى أي بالضرر الذي يتوقعه الشخص المعتاد في مثل الظروف التى يوجد بها المدين لا الضرر الذي يتوقعه هذا المدين بالذات. [٥]

١- المادة ٧/٤/٤ من مبادئ العقود التجارية الدولية Unidroit الترجمة العربية ، المرجع السابق ، ص٢٤٢ .

٢- Art 8 : 103"b" stat … unless the other party did not foresee and could not reasonably have foreseen that result " see hossam El- saghir, ibid , Robert Koch , op cit , p. 232ets.

٣- د / مصطفي عبد الحميد ، المرجع السابق ، ص ٤١٦ ، د / خالد احمد عبد الحميد ، المرجع السابق، بند٢٧ ص ٣٩٠

٤- المادة ٢٢١ الفقرة الثانية من القانون المدني المصري، وراجع أيضا د / أحمد السعيد الزقرد ، المرجع السابق ، بند ١١٠ ، ص ٢٢٥ .

٥- د / خالد أحمد عبد الحميد ، المرجع السابق ، بند ٨١ ، ص ٧٧ .

٢٠ – وقت توقع الضرر

يثور التساؤل حول الوقت الذي يتعين فيه توقع الطرف المخالف نتيجة المخالفة ، هل هو وقت التعاقد أم وقت ارتكاب المخالفة ؟

بداية يجب أن نشير إلى أن اتفاقية لاهاي ١٩٦٤ قد حددت الوقت الذي يعلم فيه الطرف المخالف أو كان ينبغي له أن يعلم أن المتعاقد الآخر ما كان ليبرم العقد لو علم بالمخالفة وآثارها هو وقت التعاقد ٠

وقد انتقد بعض الفقه [١] اشتراط البحث عن وقت العلم بالمخالفة بأنه وقت إبرام العقد ، دون النظر إلى المتغيرات التى تحدث وقت ارتكاب المخالفة والتى قد تؤدي إلى اختلاف ظروف السوق وقت ارتكاب المخالفة عن ظروف السوق وقت إبرام العقد ، الأمر الذي يجعل إعمال القاضي أو المحكم لسلطته التقديرية أمراً صعباً ٠[٢]

خلافاً لاتفاقية لاهاي ، لا تحدد اتفاقية البيع فينا ١٩٨٠ الوقت ذو الصلة لتحديد وقت توقع الضرر [٣] حيث أن التوقع المذكور في المادة ٢٥ كان مثار مناقشات طويلة ، أن يكون الضرر متوقعاً من الطرف المخالف أو من قبل شخص معقول من نفس النوع وفي نفس الظروف ، والمادة لا تنص صراحة على الوقت الذي يجب أن يكون الطرف المخل متوقعا أو يفترض أن يكون متوقعا الضرر للطرف الآخر ، وذلك نظراً لسحب اقتراح المملكة المتحدة التى من شأنها أن تجعل وقت إبرام العقد هو الوقت الحاسم [٤] حيث أن كل الهيئات التشريعية قررت بأنه لا ينبغي أن يُفرض هذا التقييد٠ [٥]

وقد انقسم الفقه للإجابة على هذا التساؤل :

ذهب رأي الأغلبية ، إلى أن الوقت أو اللحظة التى يجب أن يكون الطرف المخل قد توقع فيها نتائج الإخلال هو وقت إبرام العقد ، فالعامل الحاسم هو شروط العقد وقت إبرامه باعتباره الوقت الملائم للمعرفة أو التنبؤ٠ [٦]

١- د / ثروت حبيب ، دراسة في قانون التجارة الدولية ، ١٩٧٥ ، المرجع السابق ، بند ١٦٩ ، ص ٣٥٢ ٠

٢- د / خالد أحمد عبد الحميد ، المرجع السابق ، بند ٣٩ ، ص ٤٧ ٠

٣- Franco Ferrari , op cit , p, 499 ٠

٤- Peter schlectriem , 1986, op. cit, p . 60 ٠

٥- john . o . Hnnold . op . cit , N183, p.257 ٠

٦- Peter schleetriem,1986,ibid ٠

وأكدت الأمانة العامة لليونسترال على أن المادة ٢٣ من مشروع الاتفاقية لا تحدد اللحظة التى يجب أن يكون فيها الطرف المخل – أو أى شخص معقول من نفس النوع وفي نفس الظروف – قد توقع فيها نتائج الإخلال ، هل تكون تلك اللحظة وقت إبرام العقد أو وقت حدوث الإخلال أو المخالفة ، وفي حالة حدوث النزاع فإن المحكمة هى التى يجب أن تقرر ذلك [١] أي ترك الأمرإلى القضاء ليقرر الوقت ذو الصلة إذا ثار نزاع بشأنه. [٢]

وتطبيقاً لذلك ، قررت إحدى محاكم الاستئناف أن وقت إبرام العقد هو الوقت ذو الصلة .[٣]

ويرى بعض الفقة [٤] أن المعلومات التى ترد بعد العقد للطرف المخل " البائع " وقبل شحن البضائع تُعطى سبباً لتوقع أن الإخلال بالعقد سوف يُشكل ضرر جوهري يحرم المشتري مما كان يحق له أن يتوقع الحصول عليه بموجب العقد ، ومع ذلك المعلومات التى يحصل عليها بعد فوات الأوان لن تؤثر على الأداء وتخرج عن نطاق المادة ٢٥ من الاتفاقية . أي يجب الاعتداد بأي معلومات إضافية تصل إلى علم الطرف المخل بعد إبرام العقد ما دام ذلك ممكناً ولا يشكل أعباء غير معقولة .

فيكون وقت تقدير توقع الضرر الجوهري الذي لحق بالطرف الأخر – وقت ارتكاب المخالفة التى أدت إلى هذا الضرر. [٥]

فيقصد بذلك أن يؤخذ في الاعتبار المعلومات التى ترسل بعد إبرام العقد . إذ يصعب على المتعاقد أن يقدر وقت إبرام العقد المتغيرات والظروف التى قد تحدث بعد ذلك وتؤدي إلى حدوث مخالفة للعقد .[٦]

١- راجع تعليق الأمانة العامة لليونسترال على مشروع اتفاقية عقد البيع الدولي ، التعليق على مشروع المادة ٢٣ من الاتفاقية والمقابلة للمادة ٢٥ من الاتفاقية ، المرجع السابق ، بند ٥ .

٢- M. will in Bianca – Bonell , op.cit . p.220 .

٣- راجع حكم المحكمة العليا لمنطقة دوسلدورف ، ألمانيا ، ٢٤ أبريل ١٩٩٧ والحكم منشور الكترونيا على الموقع التالي :

http//cisgw3.law.pace.edu/cases/9704281 .htm1.last visit 1/7/2010 .

٤- John,o.Honnold,op.cit.N183,p.258 .

٥- خالد أحمد عبد الحميد ، المرجع السابق ، ٨٨ ، ص ٨٢ .

٦- د / جمال محمود عبد العزيز ، المرجع السابق ، بند ٣٢٠ ، ص ٣٧٨ .

ونحن نذهب مع بعض الفقه [١] أن وقت إبرام العقد هو الوقت الملائم للتوقع ، ومع ذلك في بعض الحالات الاستثنائية فإن المعلومات اللاحقة ينبغي أن تؤخذ في الاعتبار أيضا – فعلى سبيل المثال في حالة وجود عقد لتسليم بعض السلع الاستهلاكية واتفقوا على تغليفها حتى يتمكن المشتري من إعادة بيعها ، وأشار للبائع بعد وقت قصير من إبرام العقد ، بأن بعض البيانات يجب أن توضع على الغلاف بأن هذا يشكل أهمية خاصة للمشترى وذلك لأن السلع على خلاف ذلك لا يمكن بيعها في مجال المبيعات المتوخاه ، فإن ذلك يعتبر كافيا ليشكل انتهاكا للالتزام ، يوصف بأنه مخالفة جوهرية. [٢]

٢١ – عبء الإثبات

تنظم المادة ٢٥ من اتفاقية البيع إلى حد ما عبء إثبات عناصرها ويقع عبء الإثبات المتعلق بعنصر التوقع في هذه المادة على عاتق الطرف المخل[٣] . إذ يتوجب على هذا الطرف أن يثبت أنه لم يتوقع الأثر الضار الجوهري لمخالفته ، وأن الشخص السوى الإدراك من نفس النوع وفي نفس الظروف لم يكن ليتوقع مثل ذلك الأثر [٤] ، فافتراض التنبؤ بالأثار الناجمة عن المخالفة يجعل عبء الإثبات على الطرف المخالف ومن ناحية أخرى ، على الطرف المتضرر أن يثبت أن المخالفة حرمته بصورة جوهرية مما كان يحق له أن يتوقعه بموجب العقد. [٥]

١- F.Enderlien – D.maskow . op cit p.116, Franco Ferrari, op. cit , p499 .

٢- M.will, in Bianca – Boned / op cit, p.221 .

٣- المحكمة العليا ، ألمانيا ، ٣ أبريل ١٩٩٦ – الحكم منشور على الموقع الالكتروني:
http//cisgw3.law.pace-edu/cases/96040391.htm1.last.visit 20/6/2010 .

٤- راجع في ذلك Leonardo Graffi,op.cit.p.340,Robert koch,op.cit, p.264 .

٥- محكمة زيوريخ ، سويسرا ، ٣٠ نوفمبر ١٩٩٨ ، منشور الكترونيا على العنوان التالي :
http//cisgw3.law.pace.edu/cgses/981130s1.htm1.last visit 14/6/2010.

٢٢ – نستنتج مما سبق أن

أن اتفاقية فينا ١٩٨٠ لم تكتف لتحديد مكونات المخالفة الجوهرية أن يكون هناك إخلال بالتزام تعاقدي واشترطت أيضا أن يترتب على هذه المخالفة ضرراً جوهرياً للمتعاقد الآخر ، ولكنها أضافت اشتراط أن يكون هذا الضرر متوقعاً من قبل الطرف المخالف ، وكذلك ما يتوقعه كل شخص سوى الإدراك من نفس النوع وفي نفس الظروف ٠

وهذا أيضا هو ما أرسته اتفاقية لاهاي ١٩٦٤ من قبل إلا أن الأخيرة قد يشوبها بعض الغموض في الصياغة ٠

ومن الجدير بالذكر أن مبادئ العقود التجارية الدولية ، Unidroit ومبادئ قانون العقد الأوروبي Pecl قد تضمنت أيضاً أحكاماً مماثلة ٠ واختلف الفقه في تقدير وقت التوقع هل يتم وقت ارتكاب المخالفة أم وقت إبرام العقد ، ولكننا نري أن وقت تقدير التوقع يتم وقت إبرام العقد وفي بعض الحالات الاستثنائية يجب أن تؤخذ في الاعتبار المعلومات اللاحقة بعد إبرام العقد أيضاً٠

وأخيراً يجب التأكيد على أن عبء الإثبات يقع على الطرف المخالف بأن يثبت أنه لم يتوقع وما كان ليتوقع أي شخص سوى الإدراك من نفس النوع وفي نفس الصفة، الأثر الضار لمخالفته الجوهرية ٠

الخاتمـــــة

٢٣- ركزت هذه الدراسة على المخالفة الجوهرية باعتبارها النطاق الموضوعي للالتزام بضمان المطابقة ، وتعرفنا من خلالها على أنه لا يعد كل إخلال لما اتفق عليه في العقـد يشكل مخالفة جوهرية ، فقد يكون هناك اختلاف في الكمية أو النوعية أو الوصـف أو في عدم صلاحية البضائع للاستخدام العام أو الخاص الذي أحيط به البائع علما وقـت إبرام العقد ٠

وفي الوقت نفسه يكون الاختلاف بسيط أو غير جوهري "تافهاً" فلابـد مـن توافر عدة شروط أو مكونات لتحديد المخالفة الجوهرية

أولها : أن يكون أحد الطرفين قد ارتكب مخالفة للعقد ، ويحدث هذا الإخلال إمـا بعـدم التنفيذ أصلاً أو بتنفيذه على غير ما يوجبه العقد ٠

الثاني : أن يكون هناك ضرراً جوهرياً ، فيجب أن يكون الطرف المتضرر قـد عـانى ضرراً يحرمه بصورة جوهرية مما كان يحق له أن يتوقعه بموجب العقد ٠

والأخير ، أن يكون الضرر ذاته متوقعاً من قبل الطرف المخالف أو من أي شخص عاقل إذا وجد في نفس الظروف ٠ ويعد وقت إبرام العقد هو الوقت الملائم لتوقع الضرر ، بيد أنه في بعض الحالات الاستثنائية ينبغي أن تؤخذ المعلومات اللاحقة في الاعتبـار ، ويقـع عبء إثبات عدم توقع الضرر على عاتق الطرف المخل بالالتزام ٠

قائمة المراجع

(١) احمد السعيد الزقرد ، اصول قانون التجارة الدولية البيع الدولى للبضائع ، المكتبة العصرية طبعة ٢٠٠٧

(٢) د/ ثروت حبيب ، دراسة في قانون التجارة الدولية مع الاهتمام بالبيوع الدولية ، القاهرة ، ١٩٧٥،

(٣) د / ثروت فتحي إسماعيل ، المسئولية المدنية للبائع المهني الصانع – الموزع ، دراسة مقارنة ، رسالة دكتوراه ، جامعة عين شمس ، ١٩٨٧ ،

(٤) ثروت عبد الحميد ، ضمان صلاحية المبيع لو جهة الاستعمال ، دار أم القرى بالمنصورة بدون تاريخ نشر

(٥) جمال محمود عبد العزيز ، الالتزام بالمطابقة في عقد البيع الدولي رسالة دكتورة القاهرة ١٩٩٦ ، ١٩٩٧

(٦) خالد أحمد عبد الحميد ، فسخ عقد البيع الدولي للبضائع وفقاً لاتفاقية فيينا ١٩٨٠ ، بدون دار نشر ، الطبعة الثانية ٢٠٠١

(٧) د / محسن شفيق ، اتفاقية الامم المتحدة بشأن البيع الدولى للبضائع ، دار النهضة العربية بالقاهرة بدون سنة نشر

(٨) د / محسن شفيق ، اتفاقيات لاهاي ١٩٦٤ بشأن البيع الدولي ، مجلة القانون والاقتصاد بكلية حقوق القاهرة ، ديسمبر ١٩٧٤ ، العدد الرابع السنة الرابعة والأربعون

(٩) محمد إبراهيم بنداري ، الالتزام بالتسليم عقد البيع ، رسالة دكتوراه جامعة القاهرة ، بدون دار نشر ، بدون تاريخ نشر

(١٠) د / مصطفي عبد الله العالم ، انتقال المخاطر في عقد البيع الدولي ، دراسة في قانون التجارة الدولية ، بدون دار نشر ، الطبعة الأولى ، ١٩٩٩،

(١١) مبادئ اليونيدروا ، المتعلق بالعقود التجارية الدولية ، ٢٠٠٤ ، العقد الدولي لتوحيد القانون الخاص ، الطبعة الثانية ، الترجمة العربية ، روما، ٢٠٠٨

- **Alexander lorenz** , fundamental breach under the cisg , law pace edu/cisg/ biblio/lorenz htm1. last visit 10/5/2010
- Franco Ferrari, fundamental breach of contract under the un sales convention25 years of article 25 cigs 125 journal of law and commerce (spring 2006
- **Fritz enderlein** , international sales of goods , dubrovnik, lecture oceana, 1996
- **Harry m . fleechther** , Remedies under the New international sales convention . the perspective from Article 2 of the U.C.C 8 journal of law and commerce , 1988
- **Hossam El saghir** , use of the principles of European contract law to help interpret cisg article, 25 , july 2000 : منشور على الموقع الالكتروني
http//www.cisg.law.pace.edu/cisg/text/peclcomp25.htm1,last visit,5-6-2010
- **Peter Huper**, Cisg: the structune of remedies January 2007 , p.25
منشور على الموقع الالكتروني :
http//www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/ Huper1 .htm1.last visit2/6/2010
- **Leonardo graffi**,case law on the concept of " Fundamental breach in the Vienna sales convention international Business law journal , No3 , 2003 ,
- **Robert Koch**, the concept of fundamental Breach of contract under the united Nations convention on contracts for the international sale of goods , Review of the convention on contracts for the international sale of goods 1998 , kluwer law international , 1999 , P.187
منشور على الموقع الالكتروني :
http//www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/ferrari14hthmi.last visit2/6/2010
- peter schlechtriem , uniform sales law – the un – convention contracts for the international sales of goods , manz , ienna,1986
- **Sonja kruisinga** , Non conformity in the 1980 un convention on contracts for the international sale of goods uniform concept in cept ? intersentia nr, 2004 , N (4-1)

الفهرس

الموضوع	رقم الصفحة
مقدمة	١
تمهيد وتقسيم	٣
الفصل الأول : الإخلال بالالتزام التعاقدي	٦
الفصل الثاني : الضرر الجوهري	
" Substantial Detriment "	٢١
الفصل الثالث : توقع الضرر	٢٨
وقت توقع الضرر	٣٣
الخاتمة	٣٧
قائمة المراجع	٣٨
الفهرس	٤٠