**الملخص**

ان مفهوم المخالفة الجوهرية في عقود البيع الدولية يشكل الدعامة الرئيسة في نصوص اتفاقية فيينا لعقد البيع الدولي لا سيما في الجزاءات والتعويض والذي يبدو انه يتموقع على كافة مجالات هذه الاتفاقية سواء كانت النصوص المتعلقة بالبائع او المتعلقة بالمشتري كالنصوص الخاصة بالفسخ في المادة 49 /1/أ والمادة 2/51 والمادة 1/64/أ والمادة 1/72 والمادة 1/73 كذلك انه يتعلق بتسليم البضائع البديلة المنصوص عليها في المادة 2/46 اضافة الى تعلقه بنقل تبعة الهلاك المنصوص عليه في المادة 70 ، كذلك ان المفهوم يتعلق بقاعدة الاخلال المبتسر التي اشارت له الاتفاقية في المادة 72 وكذلك تأثيره الكبير على موضوع التسليم بدفعات المنصوص عليه في المادة 73 ، من ذلك يتبين ان مفهوم المخالفة الجوهرية له اهمية رئيسية في الهيكل القانوني لاتفاقية فيينا لعقد البيع الدولي حيث يحتل المساحة الشاسعة فيها .

**Summary**

The concept of fundamental breach in international sales contracts is a pillar of President in the texts of the Vienna Convention for the holding of international sales, particularly in the sanctions and compensation, which seems to be Eetmouka on all areas of this agreement, whether the provisions relating to Seller or relating to the buyer such as text on avoidance in Article 49 / 1 / a and Article 51 / 2 and Article 64 / 1 / a and Article 72 / 1 and Article 73 / 1 as well, it's about to deliver the goods alternative provided for in Article 46 / 2 in addition to attachment to the transfer of risk of loss provided for in Article 70, as well as the concept is the base Anticipatory breach indicated to him that the Convention in Article 72, as well as big an impact on the issue of delivery payments provided for in Article 73, it turns out that the concept of fundamental breach is of key importance in the legal structure of the Vienna Convention for the international sale contract where it occupies the vast area.

**المقدمة**

اللهم انـي احمدك حمداً يقل فـي انتشـاره حمد كل حامد ، ويضـمحل باشـتهاره جحـد كـل جاحـد ، ويفـر بفـراره حسـد كـل حاسـد ، ويحـل باعتباره عقد كل كائد ، واشـهد ان لا الـه الا الله شـهادةً اعتد بهـا لـدفع الشدائد ، واسترد بها شارد النعم والاوابد ، واصـلي علـى سيدنا محمد ، الهادي الى امتن العقائد واحسن القواعد ، الداعي الـى انجـح المقاصـد وارجـح الفوائـد ، وعلـى آلـه الغـر الاماجـد المقـدمين علـى الاقـارب والاباعد ، المؤيدين في المصادر والموارد ، صلاة تسمع كل غائب ، وشاهد وتطمع كل شيطان مارد . وبعد ...

ان مفهوم المخالفة الجوهريـة فـي عقود البيـع الدوليـة ، مـن المواضـيع التـي تحتـل اهميـة كبيـرة فـي الوقت الحاضـر ، ومـن المواضـيع التـي تملي على الباحث الكتابة فيها والولوج فيها .

**جوهر البحث واهميته**

ان مفهوم المخالفـة الجوهريـة فـي عقود البيـع الدوليـة يشكل الدعامـة الرئيسـة فـي نصـوص اتفاقيـة فيينـا لعقـد البيـع الـدولي لا سـيما فـي الجزاءات والتعويض والذي يبدو انـه يتموقـع علـى كافـة مجـالات هذه الاتفاقية سواء كانـت النصـوص المتعلقـة بالبـائع او المتعلقـة بالمشـتري كالنصـوص الخاصـة بالفسخ في المادة 49 /1/أ والمادة 2/51 والمـادة 1/64/أ والمادة 1/72 والمادة 1/73 كذلك انه يتعلق بتسليم البضـائع البديلة المنصوص عليها في المادة 2/46 اضافة الـى تعلقـه بنقل تبعـة الهـلاك المنصـوص عليـه فـي المـادة 70 ، كـذلك ان المفهـوم يتعلـق بقاعدة الاخلال المبتسر التي اشارت له الاتفاقية في المـادة 72 وكـذلك تأثيره الكبير على موضوع التسليم بدفعات المنصوص عليه في المـادة 73 ، من ذلك يتبين ان مفهوم المخالفة الجوهرية له اهمية رئيسية فـي الهيكل القـانوني لاتفاقيـة فيينـا لعقد البيـع الـدولي حيـث يحتـل المسـاحة الشاسعة فيها .

أسباب ودواعي البحث

هناك جملة من **الأسباب** دعتنا للكتابة في مفهوم المخالفة الجوهرية والتي سنجد اجوبة لها من خلال ثنايا البحث منها : هل ان مفهوم المخالفة الجوهرية واضح في ظل نصوص اتفاقية فيينا ، ام غامض ؟ هل ان هذا المصطلح مألوف في القوانين سواء كانت التي تعتمد على نظام القانون المدني ام تلك التي تعتمد على نظام القانون العام ؟ هل استطاع القضاء ان يضع الاطار القانوني الكامل لمفهوم المخالفة الجوهرية ؟ وهل انه خالف نصوص الاتفاقية ام سايرها ؟ هل ان طبيعة المخالفة الجوهرية ثابتة لدى الفقه ام محل خلاف متشعب ؟ هل ان الاتفاقية قدمت تفسير ودليل ناصح للمتعاملين مع الاتفاقية في اطار المنازعات التي تتعلق بمفهوم المخالفة الجوهرية ..الخ ؟ هذه الاسئلة جميعاً بحاجة الى اجوبة سنراها عند بحث الموضوع .

نطاق البحث

سنعتمد في بحث الموضوع على دراسة مقارن بين كل من اتفاقية فيينا لعام 1980 ومبادئ عقود التجارة الدولية لعام 1994 ومبادئ قانون العقد الاوربي لعام 1998 وبعض القوانين الاجنبية والعربية وعلى وجه الخصوص القانون الانكليزي والقانون الالماني والقانون الفرنسي والقانون المدني العراقي والقانون المدني المصري وغيرها من القوانين الاخرى كلما استوجب الامر ذكرها .

هيكلية البحث: سنبحث الموضوع على وفق خطة بحث تتكون من ثلاثة مباحث .

المبحث الاول : تعريف المخالفة الجوهرية في عقود البيع الدولية وطبيعة الالتزام المؤدي الى المخالفة الجوهرية .

المبحث الثاني : الشروط اللازمة لتحقق المخالفة الجوهرية .

المبحث الثالث : التطبيقات القضائية الخاصة بمفهوم المخالفة الجوهرية في عقود البيع الدولية .

## المبحث الاول
## تعريف المخالفة الجوهرية في عقود البيع الدولية وطبيعة الالتزام المؤدي الى المخالفة الجوهرية

**تمهيد وتقسيم:**

ان مبدا المخالفة الجوهرية في العقود هو من الافكار الجديدة التي جأت بها اتفاقية فينا والتي ثار الخلاف بين المختصين حول طبيعتها والبحث عن المصدر الذي استقت منه احكام الاتفاقية مبدا المخالفة الجوهرية لذا سوف نقسم هذا المبحث الى ثلاثة مطالب

المطلب الاول.تعريف المخالفة الجوهرية

المطلب الثاني.التأصيل والتطور التاريخي للمخالفة الجوهرية .

المطلب الثالث.طبيعة الالتزام المؤدي الى المخالفة الجوهرية .

### المطلب الاول
### تعريف المخالفة الجوهرية

ان تعريف المخالفة الجوهرة جاء على عدة اصعدة فالاتفاقيات والتشريعات عرفتها ، والفقه تناول تعريفها ايضاً والقضاء هو الاخر تصدى الى تعريف المخالفة الجوهرية .

فعلى صعيد الاتفاقيات والتشريعات عرفت المادة 25من اتفاقية فينا لعقد البيع الدولي لعام 1980 المخالفة الجوهرية على انه ( تكون مخالفة العقد من جانب احد الطرفين مخالفة جوهرية اذا تسببت في الحاق ضرر بالطرف الاخر من شانه ان يحرمه بشكل اساسي مما كان يحق له ان يتوقع الحصول عليه بموجب العقد ، مالم يكن الطرف المخالف يتوقع مثل هذه النتيجة وما لم يكن اي شخص سوى الادراك من نفس الصفة يتوقع مثل هذه النتيجة في نفس الظروف ) ونصت المادة 7.3.1.2 من مبادى عقود التجارة الدولية عام 1994على (2- يراعى بوجه خاص عند تحديد ما اذا كان عدم تنفيذ الالتزام يرتقي الى اخلال جوهري ، ما اذا كان : (أ) ان يحرم عدم التنفيذ بصورة جوهرية الطرف الدائن مما كان يحق له انتظاره من العقد الا اذا كان الطرف الاخر لم يتوقع او كان من غير المعقول ان يتوقع هذه النتيجة (ب) ان يكون التنفيذ الصارم للالتزام الذي لم ينفذ هو جوهر العقد

.(ج) ان يكون عدم التنفيذ عمدياً اونتيجة اهمال . (د) ان يكون عدم التنفيذ سببا لاعتقاد الطرف الدائن بانه لايمكن ان يعتمد على الطرف المدين في المستقبل . (هـ) ان يتحمل الطرف المدين خسارة جسيمة نتيجة الاعداد او التنفيذ عند انتهاء العقد )

ونصت المادة 8:103 من مبادئ قانون العقد الاوربي ( عدم تنفيذ الالتزام يكون جوهريا في العقد (أ) اذا كان التنفيذ الصارم للالتزام هو جوهر العقد او (ب) اذا كان عدم التنفيذ من شانه ان يحرم الدائن بشكل اساسي عما كان يحق له ان يتوقع الحصول علية من العقد ما لم يكون الطرف الاخر ( المدين ) ولا شخص على نحو معقول لايتوقع مثل هذه النتيجة او (ج) اذا كان عدم التنفيذ عمدياً ويعطي للدائن السبب باعتقاده انه لايمكن الاعتماد على تنفيذ المدين في المستقبل )

اما على صعيد الفقه فقد عرف المخالفة الجوهرية بتعاريف متنوعة ومتعددة استناداً على العامل الذي يعتمد عليه بالتعريف فبعض الفقه عرف المخالفة الجوهرية بالاستناد على طبيعة الالتزام العقدي فعرفها بانها الحالة التي يكون فيها التنفيذ الصارم للالتزام هو جوهر العقد وان اي اخلال لهذا الالتزام سيعتبر مخالفة جوهرية وفي حالة عدم الاتفاق على طبيعة هذا الالتزام العقدي فانه يمكن استنتاجه من لغة العقد والضروف المحيطة به والعرف والتعامل الجاري بين المتعاقدين [1] .

في حين عرفها جانب اخر من الفقه بالاستناد على عامل خطورة النتائج المترتبة على الاخلال فعرفها بانها الحالة التي يترتب عليها زوال الغرض الاساسي من العقد ومن شانها ان تحرم الدائن بشكل اساس عما كان يحق له ان يتوقع الحصول عليه من العقد كالخسارة المالية التي تكبدها الدائن والتي تفوق القيمة المالية للعقد على نحو كلي او زوال الهدف الذي كان يبتغيه الدائن من العقد [2] .

وعرفها بعض الفقه ايضاً بالاستناد على عامل رفض المدين للتنفيذ فعرفوها بانها الحالة التي يعلن فيها المدين رفضه تنفيذ الالتزام اصلاً كعدم دفع ثمن البضاعة او رفض تسلمها ما لم يكن المتعاقد يعتمد في رفضه على اسباب مبررة كعدم تقديم الضمانات التي اشترطها في العقد [3] .

والجدير بالذكر هناك بعض الفقه استند في تعريف المخالفة الجوهرية على عامل فقدان ثقة الدائن على قيام المدين بتنفيذ الالتزام في المستقبل كما لو اصبح الدائن على قناعة بان سلوك المدين يدل على عدم تنفيذ الجزء الاساس من التزامه وطلب منه تقديم ضمانات للتنفيذ ولم يقدمها الطرف الاخر اساساً [4] .

اما على صعيد القضاء فقد عرف المخالفة الجوهرية في عقود البيع الدولية بتعاريف متعددة ايضاً شانه في ذلك شان الفقه فقد اختلفت المحاكم في تحديد المخالفة الجوهرية بالاستناد على العامل الذي تعتمد عليه في التعريف .

فقد عرفت محكمة Ellwangen District court الالمانية المخالفة الجوهرية على اساس

- طبيعة الالتزام العقدي وذلك في قرار لها صادر بتاريخ 21/ اب / 1995 وذلك في نزاع بين بائع اسباني ومشتري الماني فيه يلتزم البائع الاسباني بشحن وتسليم المشتري الالماني بضاعة من الفلفل الذي ينبغي ان يحتوي تقريبا 150% كحد اعلى من اوكسيد الاثلين المركز وهو الحد المسموح به بموجب قانون الاغذية والعقاقير الالماني حيث ثبت للمشتري الالماني ان النسبة المئوية المسموح بها غير متحققة مما تهيا الامر للمحكمة ان تعتبر البائع الاسباني قد ارتكب مخالفة جوهرية لأنه خالف الالتزام الاساس في العقد والذي اشترطه عليه المشتري الالماني من ان البضاعة يجب ان تكون ملائمه وصالحه للاستهلاك البشري [5] .

والجدير بالإشارة ان محكمة Landshut District Court الالمانية عرفت المخالفة الجوهرية بالاستناد على عامل خطورة النتائج المترتبة على الاخلال فقد قررت المحكمة في نزاع ما بين بائع الماني ومشتري سويسري حيث ادعى المشتري بوجود مخالفة جوهريه من جانب البائع الالماني مما تهيأ للمحكمة في قرارها التأكيد من ان المشتري قد تكبد ضرر كبير وذلك بسبب ان كمية البضاعة ( الملابس الرياضية ) تنكمش وتقصر بنسبة 10-15% بعد الغسيل مما جعل المحكمة تقتنع بوجود مخالفة جوهرية من جانب البائع وذلك لخطورة النتائج المترتبة على هذا الاخلال والمتمثلة في ان الزبائن

والمستهلكين التابعين للمشتري اما سيعيدون البضاعة المعروضة للشراء او لا يشترون منها ابداً مما سيلحق بالمشتري ضرر كبير [6].

ومن جانب آخر عرفت محكمة استئناف فرانكفورت الالمانية المخالفة الجوهرية بالاستناد على عامل فقدان الدائن ثقته بقيام المدين بتنفيذ الالتزام في المستقبل وذلك في قرار لها صادر في 17 ايلول 1991 حيث نظرت المحكمة في نزاع ما بين صاحب مصنع ايطالي لصناعة الاحذية ومشتري الماني وبموجب الاتفاق المبرم بينهم يقوم صاحب المصنع الايطالي بإنتاج احذية تحمل ماركة تجارية اسمها Marlboro وبعد انتاجه للبضاعة التي تحمل الماركة التجارية المتفق عليها قام صاحب المصنع الايطالي بعرضها في معرضه وتحمل نفس الماركة التجارية بدون اخذ رضا وموافقة المشتري الالماني مسبقا مما دفع بالمشتري الالماني الى الطلب من صاحب المصنع بإزالة البضاعة من معرضه ولكن البائع رفض ازالتها رغم الطلب المتكرر من المشتري الالماني له والتي لم تعد بالنسبة الى المشتري ذات قيمة بسبب عرضها رغم تأكيد المشتري للبائع بضرورة المحافظة على العلاقة التعاقدية بينهم ، فقررت محكمة استئناف فرانكفورت ان البائع قد ارتكب مخالفة جوهرية وذلك بعرضه البضاعة في معرضه واستناداً الى ما تدل عليه ظروف القضية ان رفض البائع بإزالة الاحذية من المعرض رغم طلب المشتري ذلك يشكل مخالفة ثانية للعقد بالنسبة للمستقبل حيث لا يتوقع المشتري من ان يكون البائع متعاونا معه في تنفيذ التزامه في المستقبل [7].

ولا مناص من الاشارة الى ان محكمة HG kantons Aargua الامريكية في قرار لها صادر في 26 ايلول 1997عرفت المخالفة الجوهرية في عقود البيع الدولية بالاستناد على عامل رفض المدين لتنفيذ التزامه بشكل مطلق ، وذلك في قضيه تتلخص وقائعها ان المشتري رفض تسلم البضاعة مما جعل المحكمة ان تعتبر رفض المشتري النهائي لتسلم البضاعة بمثابة مخالفة جوهرية [8] .

مناقشة وتقدير التعاريف

بعد استعراض التعاريف السابقة للمخالفة الجوهرية في عقود البيع الدولية وعلى كافة المستويات التشريعية والفقهية والقضائية يتضح لنا انه في مجال التشريع هناك تشابه ما بين اتفاقية فينا CISG ومبادئ عقود التجارة الدولية لعام 1994 ومبادئ قانون العقد الاوربي PECL لعام 1998 والتشابه يكمن في ان مصطلح عدم التنفيذ الموجود في كل من مبادئ عقود التجارة الدولية ومبادئ قانون العقد الاوربي هو مرادف لمصطلح الاخلال الموجود في اتفاقية فيينا كذلك ان اتفاقية فيينا ميزت ما بين عدم التنفيذ الجوهري للعقد وعدم التنفيذ غير الجوهري اي ذلك الذي لايحمل طبيعة خطرة وعليه فان مفهوم عدم التنفيذ الجوهري الذي اشارت له المادة 8:103 من PECL والمادة (2).7.3.1 من مبادئ عقود التجارة الدولية مطابق تماما لمفهوم المخالفة الجوهرية الموجود في المادة 25 من اتفاقية فيينا CISG هذا من جانب واما من الجانب الاخر فان المفهوم في كل هذه الانظمة الثلاثة يخول الدائن الحق في انهاء العقد وفسخه [9]

و لا جدال في ان الفارق ما بين اتفاقية فيينا CISG من جهة ومبادئ عقود التجارة الدولية ومبادئ قانون العقد الاوربي من جهة ثانية في ان اتفاقية فيينا لم تذكر امثلة وتطبيقات لمفهوم المخالفة الجوهرية في المادة 25 في حين ان المادة 8:103 من مبادئ قانون العقد الاوربي والمادة (2) .7.3.1 من مبادئ عقود التجارة الدولية قد اوردتا امثلة وتطبيقات على عدم التنفيذ الجوهري وعلى وجه الخصوص انهما اوردتا حالة ان يكون عدم التنفيذ عمدياً او نتيجة اهمال وهو مالا يوجد له نظير اصلا في اتفاقية فيينا CISG والسبب يكمن في ان اتفاقية فيينا قد احالت احكام الغش في التصرفات الى القوانين الوطنية ولم تنظمها .

وحرياً بالبيان ان هناك جانب من الفقه يركز على وجود فوارق بسيطة ما بين المادة 25 من اتفاقية فيينا CISG من جهة والمادة 8:103 من PECL مبادئ قانون العقد الاوربي والمادة (2).7.3.1 من مبادئ عقود التجارة الدولية . من جهة اخرى يكمن في ما يتعلق بالطرف المتضرر ( الدائن ) حيث ان المادة 25 من الاتفاقية اشترطت تعرض الدائن لضرر جسيم في حين ان المواد 8:103 من

PECL و (2).7.3.1من مبادئ عقود التجارة الدولية لم تُشر في لغة نصوصهما الى الضرر الجسيم ، على الرغم من ان هذه الانظمة الثلاث تعتمد في تقديرها على عدم التنفيذ الجوهري وجود ضرر جسيم يتمخض عنه حرمان اساسي من التوقعات العقدية اضافة الى توقع الطرف المخل لتلك الاضرار [10] .

اما فيما يتعلق بتعريف المخالفة الجوهرية على المستوى الفقهي والقضائي فأننا نجد ان القضاء سار في تعريفه للمخالفة الجوهرية على نفس الاسس التي قدمها الفقه وهي طبيعية الالتزام العقدي وخطورة النتائج المترتبة على الاخلال ، وفقدان الدائن ثقته بالمدين على تنفيذ الالتزام في المستقبل واخيرا رفض المدين تنفيذ الالتزام اصلاً وهذا التماثل بين الفقه والقضاء في الاعتماد على الاسس والتي من خلالها يتم تعريف المخالفة الجوهرية سببه وكما يذهب الفقيه (Robert Koch) عاملين اثنين اولهما ان بعض القرارات القضائية الصادرة بهذا الخصوص صدرت في دول تعتمد على القانون المدني اي ان اختصاص المحاكم يطبق القانون المدني ، والمعلوم ان البلدان التي تعتمد على القانون المدني في اختصاصها القضائي تكون متأثرة بكتب الفقه وآرائهم حول تطوير القانون وتفسيره اكثر من البلدان التي تطبق القانون العام مما جعل القضاء في هذه الدول يساير الفقه والعامل الثاني يكمن في ان الكثير من الباحثين في هذا المجال والمختصين قد نشروا افكارهم وبحوثهم حول احكام اتفاقية فيينا CISG قبل ان تدخل الاتفاقية حيز التنفيذ مما جعل القضاء يتأثر بالفقه باعتباره المصدر المفسر الوحيد هنا مع قلة وندرة السوابق القضائية في هذا المجال قبل نفاذ الاتفاقية [11] .

وتأسيساً على ما سبق يبدو لنا من خلال المناقشة السابقة لتعريف المخالفة الجوهرية ان التعريف الذي اوردته الماده 25 من اتفاقية فيينا CISG رغم المبالغة في عموميته فانه يصلح لتعريف المخالفة الجوهرية ولكن بإضافة امثلة وتطبيقات لها حتى تتضح الرؤية لذا فأننا نقترح تعديل نص المادة 25 من اتفاقية فيينا CISG لتكون على الشكل الاتي :

( تكون مخالفة العقد من احد الطرفين مخالفة جوهرية اذا تسببت في الحاق ضرر بالطرف الاخر من شانه ان يحرمه كلياً عما كان يتوقع الحصول عليه من العقد ما لم يكن الطرف المخالف لا يتوقع مثل هذه النتيجة واي شخص اخر معقول في نفس الظروف لا يتوقع مثل النتيجة وتكون مخالفة العقد جوهرية في الحالات :
أ. ان يكون التنفيذ الصارم للالتزام الذي لم ينفذ هو جوهر العقد .
ب. ان يكون عدم التنفيذ سببا لأعتقاد الطرف الدائن بانه لا يمكن ان يعتمد على تنفيذ الطرف المدين في المستقبل ) .

## المطلب الثاني
## التأصيل والتطور التاريخي للمخالفة الجوهرية

ان تعقب مفهوم المخالفة الجوهرية في عقود البيع الدولية من حيث اصله التاريخي فان مقتضيات البحث العلمي تلزمنا بضرورة تسليط الضوء والبحث على الاعمال التي سبقت اعداد اتفاقية فيينا CISG لعام 1980 فاذا تناولنا اولاً مسودة اتفاقية روما (1939-1951) فأننا سوف نلاحظ ان مسودة هذه الاتفاقية لم تتضمن ولم تعتنق اي مفهوم لمخالفة العقد ولكن استخدمت شيء قليل من هذا المنهج وذلك بتأكيدها على ان الالتزامات المتعددة التي تنشا عند ابرام العقد تعتبر هي نقطة الانطلاق وبالتالي فان مخالفة العقد كانت دائماً توصف على انها اخلال بالتزام عقدي خاص وليست مخالفة عقدية (مخالفة جوهرية) والالتزامات التي يعبر عنها بشكل صريح في العقد والتي كانت دارجة في مضامين مسودة هذه الاتفاقية هي الالتزام بالتسليم والالتزام بتسلم البضاعة والالتزام بالأعلام وهذا النظام الذي تبنته مسودة هذه الاتفاقية يتشابه الى حد كبير مع القانون العام الانكليزي التقليدي الذي يميز ما بين الضمان (Warranty) والشرط (condition) ولذلك فان العقد لكي يكون لاغياً فان المبرر لذلك هو حالة الشرط الجوهري فالتزام البائع يعد اساسياً في العقد باعتباره شرط اساسي والذي تكون له هذه الصفة استناداً الى الظروف المحيطة بالعقد والذي لولا هذا الشرط الاساسي فان المشتري لا يبرم العقد بدون وجود مثل هذا الالتزام الذي يعتبر شرط اساسيا [12] .

وخلال التحضير لاتفاقية لاهاي لعام 1951 الخاصة بالقانون الموحد للبيوع الدولية فان المختصين من الدنمارك اقترحوا منهجاً يختلف على نحو كلي عما كان معمول به سابقاً وعلى وجه التحديد والدقة توسيع فكرة المخالفة العقدية لتتضمن اي مخالفة لأي التزام تصدر من احد اطراف العقد وببساطة استبدلوا عبارة (الاخلال بالالتزام الجوهري ) بعبارة اخرى (الاخلال الجوهري للالتزام) وكان القصد من ذلك منع حدوث الفسخ وانقاذ العقد من الانحلال وذلك باشتراطها المخالفة الجوهرية للالتزام وان هذا المشروع لقى ترحيباً وانعقد الاتفاق عليه عام 1956و1963 وفي عام 1964 فان مؤتمر لاهاي تبنى هذا النظام بعد مناقشات طويلة نتج عنها صياغة تعريف يتضمن شق يشابه به التعريف الذي جاءت به اتفاقية فينا CISG في المادة 25 [13] .

وتأسيساً على ذلك جاء نص المادة 10من مسودة اتفاقية لاهاي على الشكل الاتي ( تكون مخالفة العقد جوهرية في حكم هذا القانون اذا كان المتعاقد الذي تخلف عن التنفيذ يعلم او كان ينبغي ان يعلم وقت ابرام العقد ان شخصاً عاقلاً من صفة المتعاقد الآخر وفي مركزه ما كان ليرضى بأبرام العقد اذا علم بالمخالفة وآثارها ) .

فهذه المسودة على ما يبدو استبدلت القاعدة واعتنقت المعيار الموضوعي وذلك بتقديم المسودة معيار (الشخص المعقول) كمعيار فيما يتعلق بالطرف المتضرر وكذلك اشارت الى ( يعلم او ينبغي علية ان يعلم ) فيما يتعلق بالطرف المخالف لذا فان المادة10 من المسودة والتي اصبحت 13 من اتفاقية لاهاي للقانون الموحد للبيوع الدولية قد خطت خطوة رائدة في مفهوم المخالفة الجوهرية في عقود البيع الدولية وذلك بتبنيها المعيار الموضوعي [14] .

ولكن نص المادة 13 السالف الذكر من اتفاقية لاهاي للقانون الموحد للبيع الدولي لم تسلم من النقد ابداً فقد وجه لها العديد من الانتقادات حيث وصفها بعض الفقه بالتعقيد وعدم الدقة فيما يتعلق بالمعايير التي تضمنتها المادة 13 [15] .

وعندما استأنف العمل في لجنة (UNCITRAL ) التابعة للامم المتحدة حصل فيها جدل كبير حول ضرورة الاسراع باستبدال

الافكار والفرضيات النظرية البحتة بفرضيات عملية متطورة وتعمل لجنة UNCITRAL على المتابعة وتطويرها واخيراً وبواسطة المباحثات الدبلوماسية التي جرت في عقد السبعينيات من القرن الماضي (1969-1979) تمخض عن الجدل الحاصل في لجنة UNCITRAL شيئين جديدين الاول هو تثبيت عبارة ( substantial detriment ) ومعناه الضرر الجسيم لتضاف الى تعريف المخالفة الجوهرية وهو المشروع الذي تقدم به ممثل دولة المكسيك والشيء الثاني اضافة عبارة (unless) الى التعريف وهو المشروع الذي تقدم به ممثل دولة الفلبين لغرض نقل عبء الاثبات فيما يتعلق بشرط التوقع وفي النهاية وبعد مفاوضات معقدة آلت الى ان تصبح المادة23 والتي اصبح رقمها 25 بعد الاقرار على الاتفاقية عام 1980 والتي تنص على ( A breach of contract committed by one of the parties is fundamental if it results in such detriment to the other party As substantially to deprive him of what he is entitled to expect under the contract ,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. a)

والجدير بالذكر ان مفهوم او مصطلح المخالفة الجوهرية الذي تبنته اتفاقية فيينا هو مصطلح غيرمألوف وهذا ما يثبت من خلال العرض السابق ولكن هذا لا يعني ان مصطلح المخالفة الجوهرية قد جاء من فراغ بل ان اتفاقية فيينا وكذلك مبادئ عقود التجارة الدولية عام 1994 ومبادئ قانون العقد الاوربي PECL لعام 1998 قد استعارت المصطلح من بعض القوانين الاوربية التي تتضمن هذا المصطلح اما بالاسم والحكم او بالحكم فقط دون الاسم فالقانون الانكليزي مثلا كان اكثر تقرباً وانسجاماً مع الاتفاقية ومبادئ عقود التجارة الدولية ومبادئ قانون العقد الاوربي حيث توجد سوابق قضائية واضحة جداً على مصطلح المخالفة الجوهرية فمثلاً فيما يتعلق بمخالفة الالتزام الجوهري في قضية ( Bunge Corp.v

tradax S.A._1981_1W.L.R.711,H.L. ) قـرر وجـود المخالفة الجوهرية وكذلك فيما يتعلق بآثار الاخلال التـي من شـانها ان تحرم الدائن بشكل اساس عما كـان يتوقع الحصـول علية من العقد ، قُرر فـي قضـية (Hong Kong Fir Shipping Co Ltd v.Kawasaki Kisen Kaisha Ltd.-1962-2Q.B.26,C.A.) بوجـود مخالفـة جوهريـة وكـذلك فيمـا يتعلـق بعدم ارادة الدائن ورغبته بتنفيذ العقد (عدم التنفيذ العمدي) فـان قـانون بيـع البضـائع الانكليـزي لعـام 1979 فـي المـادة 31 الفقـرة 2 اعتبرهـا مخالفة جوهرية .

واللافت للانتبـاه هنـا ان الفرق الاساسـي بين القـانون الانكليزي واتفاقية فيينـا لعـام 1980 ومبـادئ عقـود التجـارة الدولية عـام 1994 ومبـادئ قـانون العقـد الاوربـي يكمـن فـي الاخـلال العمـدي حيـث ان القانون الانكليزي يعتبر الاخلال حتى وان كـان غير عمدي قد يؤدي الى وجود اخلال مبتسر للعقد يعطي الحق للطرف الآخر فسخ العقد ، وهـذا مـا ثبـت فـي قضـية (cf.Universal CargoCarriers Corp.v.Citati-1957-) والامـر نفسـه ينطبـق علـى القـانون الايرلنـدي والقـانون الاسـكتلندي علـى الـرغم مـن ان الاخيـر يسـتخدم عبـارة (material breach) ولا يسـتخدم مصـطلح (condtion) [16] .

أما في قوانين الدول الاسكندنافية فـان الـدائن لـه الحق فـي طلـب انهاء العقد او طلب ابدال التنفيذ المعيب للبضـاعة بتنفيذ مطـابق وذلك اذا كان عدم التنفيذ يتعلق بـالتزام جـوهري اي ان الالتـزام غير المنفذ هـو جـوهر العقـد وهـذه القاعـدة موجـودة فـي قـانون بيـع البضـائع الدنماركي في المواد 21,28,42,43 وكذلك موجودة في قـانون بيـع البضـائع الفنلنـدي وقـانون بيـع البضـائع السـويدي فـي المـواد 25,39,54,55 وهـي مـواد مطابقـة تمامـاً للمـادة 25 مـن اتفاقيـة فيينا CISG والمادة 8:103 من مبادئقانون العقد الاوربـي PECL والمـادة (2)7.3.1 مـن مبـادئ عقـود التجـارة الدوليـة وهـي جميعهـا تؤكـد علـى ان المخالفـة الجوهريـة تتحقـق اذا كـان مـن شـأنها الحـاق ضرر بالدائن وتحرمه بشكل اساس عما كان يتوقع الحصول علية من

العقد ما لم يكون الطرف المخل لا يتوقع مثل هذه النتيجة او اي شخص معقول في نفس الظروف لا يتوقع ايضاً هذه النتيجة .

ومادام الكلام في هذا السياق فلابد من الاشارة الى القوانين الاسترالية والالمانية واليونانية والبرتغالية فهذه القوانين لايوجد فيها مصطلح موحد لعدم التنفيذ بل لديها قواعد مختلفة تطبق على اصناف متنوعة لعدم التنفيذ كالتأخر في التنفيذ او استحالة التنفيذ فالقانون الالماني والقانون اليوناني مثلا يميزان في نصوصهما القانونية بين عدم التنفيذ الذي يتعلق بالتزام رئيسي وعدم التنفيذ الذي يتعلق بالتزام ثانوي وكليهما يقرران ان عدم التنفيذ المتعلق بالتزام رئيسي هو الذي يعطي المبرر والحق للطرف المتضرر (الدائن) انهاء العقد فبموجب هذين القانونين ان انهاء العقد ممكن في حالات محددة كحالة التأخر عن التنفيذ كما لو كان العقد مشترطاً فيه ان التنفيذ ينبغي ان يحدث خلال فترة محددة ولم يتحقق فهذا مبرر لأنهاء العقد وكذلك اذا كان الطرف المتضرر قد فقد مصلحته الاساسية في تنفيذ الالتزام فهو الامر الاخر الذي يعطي للدائن طلب انهاء العقد وهذا ما هو موجود في المادة 376 من قانون البيع الالماني والمادة 401 و385 من قانون بيع البضائع اليوناني هذا من جانب واما من الجانب الاخر فان القانون الاسترالي والقانون البرتغالي لا يعملان مثل هذه التفرقة بين الالتزامات الرئيسية والالتزامات الثانوية بل ان الدائن له حق طلب انهاء العقد اذا كان هناك تأخر بالتنفيذ او كان التنفيذ متحقق ولكنه معيب او ان مصلحة الدائن الرئيسية من التنفيذ قد زالت وهذا ما يقرره قانون بيع البضائع الاسترالي في المادة 376 والقانون التجاري البرتغالي في المادة 808 .

والجدير بالملاحظة انه في حالة وجود عيب عدم المطابقة للبضائع المبيعة فان القانون الالماني يسمح للمشتري الحق بخصم الثمن (تقليل الثمن) او ان ينهي العقد ما لم يكن العيب تافهاً وهو المقرر في المادة 459 من قانون بيع البضائع الالماني وكذلك الامر نفسه في القانون اليوناني لبيع البضائع في المادة 534 والقانون الاسترالي لبيع البضائع في المادة 540 في حين نجد ان القانون التجاري البرتغالي في المادة 932 يسمح للمشتري حق انهاء العقد اذا

كان اصلاح البضاعة المعيبة مستحيلا او اذا كانت البضاعة المسلّمة تختلف جذريا عن البضاعة المتعاقد عليها وذلك لأنها سوف لن تلبي غرض المشتري .

واذا سلطنا الضوء على القانون الهولندي في المادة 83-6:82 والمادة 6:265 فان هذا القانون لا يستخدم ولا يطبق مصطلح الاخلال الجوهري (المخالفة الجوهرية) فمن حيث المبدأ ان اي عدم تنفيذ للالتزام يخول الدائن حق فسخ العقد طبقاً للقانون الهولندي على الرغم من ان هذا القانون يشترط في بعض الحالات لأعمال فسخ العقد لعدم التنفيذ ان يكون التنفيذ محدداً بفترة زمنية وكذلك التأخر بالتنفيذ يلزم الدائن باعطاء المدين مهلة وفي سياق متصل ان القانون الهولندي لا يسمح فسخ العقد من قبل الدائن اذا كان عدم التنفيذ قليل الاهمية جداً .

اما في القانون الايطالي فبموجب المادة 1455 من القانون التجاري الايطالي فان العقد لا يمكن فسخه اذا كان عدم التنفيذ قليل الاهمية بالنسبة للدائن

اما القانون الاسباني فيخول الدائن حق فسخ العقد لعدم التنفيذ اذا كان عدم التنفيذ جوهري بالنسبة للعقد حتى اذا كان قليل من المجموع الكلي للعقد على الرغم من ان النظرية التقليدية في هذا القانون كانت تبرر طلب فسخ العقد اذا كان عدم التنفيذ عمدياً فقط والذي لم تقبله ولم تستمر على نهجه المحاكم الاسبانية .

ولكي تتضح لنا الرؤية اكثر فان مقتضيات البحث العلمي تلزمنا البحث في القوانين الفرنسية والبلجيكية وقانون لكسمبورغ فمن حيث المبدأ ان هذه القوانين جميعاً لم تستخدم مصطلح المخالفة الجوهرية وانها جعلت مسالة طلب فسخ العقد امر متروك لتقدير القضاء فهو صاحب السلطة في تقرير فسخ العقد من عدمه على الرغم من ان خطورة النتائج المترتبة على عدم التنفيذ هي عامل مهم ينبغي ان تؤخذ بالحسبان هذا من جانب واما من الجانب الاخر فان هذه القوانين جميعا تبرر فسخ العقد حتى اذا كان عدم التنفيذ قليل الاهمية ولكنه ينطوي على سوء نية [17] .

## المطلب الثالث

## طبيعة الالتزام المؤدي الى المخالفة الجوهرية

أن طبيعة الالتزام المؤدي الى المخالفة الجوهرية تعد من المواضيع البالغة التعقيد في مجال عقود البيع الدولي حيث اختلفت حولها التشريعات والفقهاء ويمكن لنا حصر الخلافات الدائرة حول هذا الموضوع بثلاثة آراء .

الرأي الاول يذهب الى التأكيد على ان الالتزام المؤدي الى المخالفة الجوهرية هو الالتزام الرئيسي فقط اما الالتزامات الثانوية فلا تؤدي الى تحقق المخالفة الجوهرية ويعبر هذا الرأى عن الالتزامات الثانوية بالالتزامات قليلة الاهمية بالنسبة للدائن وهي لا تخوله حق طلب انهاء العقد وفسخه بينما مخالفة الالتزام الرئيسي الجوهري (الاساسي) تخول الدائن حق طلب انهاء العقد وفسخه كونها تؤدي الى المخالفة الجوهرية [18] .

اما الرأي الثاني فيذهب الى عكس الرأي الاول حيث ان المخالفة الجوهرية تشمل مخالفة الالتزامات الرئيسية والثانوية معا والسبب ان المهم في المخالفة الجوهرية هو خطورة النتائج المترتبة عن عدم التنفيذ والتي تجعل الغرض الاساسي من العقد في وضع خطير جداً وان مصلحة الدائن في التنفيذ سوف تنتفي كأثر لذلك الاخلال وبالتالي فان الالتزام غير المنفذ يؤدي الى نشوء المخالفة الجوهرية سواء كان الامر يتعلق بالتزام رئيسي ام التزام ثانوي طالما تكون نتائجه خطيرة على الدائن [19] .

وتعزيزاً لهذا ذهبت المحكمة الاتحادية العليا الالمانية في 3 نيسان عام 1996 في حكم لها بعدم التفرقة بين الالتزامات الرئيسية والالتزامات الثانوية في تحقق المخالفة الجوهرية حيث جاء في القرار ( من حيث الاساس ان الالتزامات التعاقدية لأي نوع هي ذات اعتبار في تحديد وتقرير المصالح العقدية الجوهرية بغض النظر عما اذا كانت تتعلق بالتزام رئيسي او التزام ثانوي او تخص نوعية البضاعة ، او وقت التسليم , او اي امور اخرى بالتنفيذ ) [20] .

في حين يذهب الرأي الثالث والذي يتبناه مبادئ قانون العقد الاوربي PECL في المادة 8:103(B) الى ان طبيعة الالتزام

العقدي هي المحور في تحديد المخالفة الجوهرية حيث لا يتم النظر الى الخطورة الحقيقة لعدم التنفيذ بل يتم النظر الى طبيعة الالتزام العقدي الذي يقتضي التنفيذ الصارم والحرفي فاذا كان كذلك اعتبر اساسياً وجوهرياً وبالتالي فان اي مخالفة له ستؤثر على العقد بأكمله وستخول الطرف الاخر حق انهاء العقد وفسخه وان طبيعة هذا الالتزام كونه اساسي ام لا تنبثق اما من شروط العقد الصريحة والضمنية او من خلال الظروف المحيطة بالعقد [21] . اي بمعنى اخر ان مبادئ قانون العقد الاوربي قررت صلاحية الالتزام الرئيسي في تحقيق المخالفة الجوهرية دون ان تميز بين الالتزام الرئيسية والثانوي ولم تركز على خطورة النتائج المترتبة على الاخلال بل ركزت على طبيعة الالتزام العقدي فقط .

## مناقشة الآراء والترجيح

ان التدقيق وامعان النظر في الآراء السابقة يتبين منها تفاوتها وتباينها من رأي الى اخر فبالنسبة للرأي الاول لا يقيم وزناً للنتائج المترتبة على الاخلال ويميز بين الالتزامات الرئيسية والالتزامات الثانوية بشكل غير منضبط حيث لعدم تركيزه على طبيعة الالتزام هذا من جانب واما من الجانب الاخر فان الرأي الثاني ركز على النتائج المترتبة على الاخلال اولاً ومصلحة الدائن في تنفيذ الالتزام ثانياً وهما عاملين منضبطين في حين الرأي الثالث اخذ طبيعة الالتزام العقدي بنظر الاعتبار فقط مخالفاً بذلك ما قدمه الرأي الاول والثاني من تبريرات حول طبيعة الالتزام المؤدي الى المخالفة الجوهرية وحسب وجهة نظرنا المتواضعة نرى ان الرأي الثاني هو الاقرب الى الصواب فمن الامور المهمة التي ينبغي ان تؤخذ بالحسبان خطورة النتائج المترتبة على الاخلال ومصلحة الطرف المتضرر في تنفيذ

الالتزام فما القيمة من تنفيذ الالتزام العقدي اذا كانت مصلحة الدائن قد انتفت منه كما لو ان (أ) التزم بتسليم بضاعة خلال فترة محددة وانتهت هذه الفترة ولم يتم تنفيذ الالتزام فلا يبقى للطرف الاخر (ب) مثلاً مصلحة اساسية في تسلم البضاعة ثم ان التأخر في تنفيذ الالتزام بالتسليم سيجلب للدائن نتائج خطيرة وعلى وجه الخصوص اذا كان التأخير طويل ولمدة لا يستهان بها .

ولا جدال فانه حسنا فعل المشرع في المادة 25 من اتفاقية فيينا CISG لعام 1980 بجعله النص عاما ومنضبطا في الوقت نفسه فالمادة 25 جاءت عامة دون تمييز بين الالتزام الرئيسي والالتزام الثانوي في تحقيق المخالفة الجوهرية ومنضبطة كونها وضعت معايير موضوعية بحتة تتمثل بما يؤدي الاخلال الى حرمان المدين بشكل اساسي عما كان ينتظر الحصول عليه من العقد وان الطرف المخل يعلم بهذه النتيجة او اي طرف اخر معقول يتواجد في نفس الظروف يتوقع مثل هذه النتيجة وهذه المعايير الموضوعية تنطبق على كل انواع الالتزامات سواء كانت رئيسية ام ثانوية وان ما يدعم وجهة نظرنا هذه ايضاً هو القرار الجريء الصادر من المحكمة العليا الألمانية في 3 نيسان عام 1996 التي ركزت على المصالح العقدية الاساسية في العقد دون النظر الى طبيعة الالتزام كونه رئيسي ام ثانوي .

## المبحث الثاني

## الشروط اللازمة لتحقق المخالفة الجوهرية.

**تمهيد وتقسيم.**

ان الصياغة التي جاءت بها المادة 25 من اتفاقية فينا لعقد البيع الدولي عام 1980 CISG تتضمن شطرين الاول الحاق ضرر بالدائن من شأنه ان يحرمه بشكل اساس عما كان يتوقع الحصول علية من العقد وهذا الشطر يخص الدائن (المتضرر)اما الشطر الثاني فيتمثل بعدم توقع الطرف المخالف لهذه النتائج الضارة الناشئة عن الاخلال ولا توقع اي شخص معقول من نفس الصفة وفي نفس الظروف مثل هذه النتائج الضارة وهذا الشطر يخص المدين فاذا اجتمع هذين الشطرين تحققت المخالفة الجوهرية .

وتأسيسا على ما سبق سوف نقسم هذا المبحث الى مطلبين أثنين .

المطلب الاول :ألحاق ضرر بالدائن من شأنه ان يحرمه بشكل اساس عما كان يتوقع الحصول علية من العقد .

المطلب الثاني : توقع المدين للضرر.

### المطلب الأول

### الحاق ضرر بالدائن من شانه ان يحرمه بشكل اساس عما كان يتوقع الحصول علية من العقد.

ان من جانب الطرف المتضرر والذي قد يكون البائع او المشتري ، ينبغي حدوث ضرر جسيم له يتبعه الحرمان بشكل أساس من التوقعات العقدية وبالتالي فان الضرر الذي تكلمت عنه المادة 25من اتفاقية فينا CISG يتصف بثلاثة خصائص الاولى ضرر جسيم والثانية الحرمان الاساسي والثالثة عدم الحصول على التوقعات العقدية (22).

فبالنسبة الى الضرر الجسيم ان الاتفاقية نفسها لم تتضمن تعريف له ولم تعط امثلة علية حتى تتبين الحالة التي يرتقي فيها الضرر الى المخالفة الجوهرية بل كل ما جاءت به المادة 25مصطلح

(detriment) وبالتالي فان السؤال الذي يطرح نفسه ما المقصود بهذا المصطلح؟ في البداية ان هذا المصطلح من الامور الجديدة التي جاءت بها الاتفاقية والذي لم تستخدمه في اي موضع اخرمن الاتفاقية بل قصرت استخدامه في المادة 25 فقط واستكمالا لذلك فان الفقه يؤكد على نقطة جوهرية في هذا الصدد هي ان الضرر الذي اشارت له المادة 25 من الاتفاقية هو ليس النظير للضرر الذي اشارت له المادة 74 من الاتفاقية حيث أن الاخيرة تضمنت مصطلح(damage) وعلية فان مصطلح (detriment) يجب ان يتم تفسيره بشكل واسع وان اي تفسير ضيق له مستبعد في هذا الخصوص(23) وبالنتيجة فان مصطلح (detriment) يتضمن كل الاضرار الحالية والمستقبلية وجميع النتائج الضارة المترتبة على مخالفة العقد لا فقط الخسائر المالية الحالية والمستقبلية بل ايضا يمتد ليشمل كل انواع النتائج الضارة (24).

وما تجدر الاشارة اليه في هذا الصدد ان محكمة استئناف(Frankfurt) كان لها قصب السبق في تثبيت هذا المفهوم حيث بينت في قرار لها صادر في 17ايلول عام 1991 جاء فيه (مخالفة العقد تكون جوهرية عندما يكون الغرض الذي اتفق علية الاطراف في العقد قد اصبح في وضع خطير جدا وان المصلحة الاساسية للطرف المتضرر في تنفيذ العقد سوف تزول كأثر لهذا الاخلال وان مصلحة الطرف المتضرر من هذا الجانب يجب ان تفسر بمعنى واسع) (25).

واستكمالا لما سبق فان وجه الاختلاف ايضا ما بين مصطلح (detriment) الذي اشارت له المادة 25 من الاتفاقية ومصطلح (damage) الذي اشارت له المادة 74 من الاتفاقية هو ان الاخير يستحق حتى وان لم يكن هناك اخلال جوهري في العقد في حين مصطلح (detriment) يتطلب حدوث اخلال جوهري (26).

اما بالنسبة الى الحرمان الأساس ( substantiality of the deprivation) وهي الخاصية الثانية للضرر الذي اشارت له المادة 25 من اتفاقية فيينا فبعض الفقهاء وصفه بالتكرار لان موضوع المادة 25 يندرج تحت مفهوم المخالفة الجوهرية وبعد ذلك تم ادراج

مصطلح (substantial) مما جعل الامر يبدو متكررا مع مصطلح (Fundamental)لدى بعض الفقه(27) ولكن عند الرجوع الى الاصل التشريعي او التاريخ التشريعي للمادة 25من اتفاقية فينا فأننا سوف نلاحظ حدوث خلاف وجدل كبير بين المشاريع التي قدمت من قبل ممثلي الدول الموقعة على الاتفاقية حول هذا الموضوع في البداية تم الاقتراح على ان الاخلال يكون جوهريا اذا نتج عنه ضرر جسيم (substantial) اللجنة رحبت بهذا المقترح وادخلته في تعريف المخالفة الجوهرية وبعد ذلك عند المباحثات الدبلوماسية بين ممثلي الدول فان الجدل والنقاش حول عبارة ( substantial detriment) اخذ بعد اكبر وبعض ممثلي الدول وصفوه بالغموض وبانه ذات معيار شخصي وان الاعتراض الرئيسي كان يدور حول ما يولده هذا المصطلح من شكوك لان مصطلح الجوهرية بحد ذاته يتطلب وجود قاعدة او معيار موضوعي وتأسيسا على تعدد المشاريع التي قدمت بهذا الخصوص من قبل ممثلي الدول فانه اخيرا تم التوصل الى موقف توافقي حيث قرر بان الاخلال لكي يتصف بالجوهرية ينبغي ان ينتج عنه ضرر من شانه ان يحرم المتضرر بشكل اساس عما كان يتوقع الحصول عليه من العقد (28) .

واما بالنسبة لخاصية التوقعات العقدية للطرف المتضرر( Contractual expectations of the aggrieved party) فانه يجب ملاحظة نقطيتين اساسيتين في هذا الصدد الاولى ان هذه التوقعات العقدية لا يترك تقديرها الى الطرف الدائن فهي ليست مسألة ذاتية والثانية ان تحديد هذه التوقعات العقدية بالنسبة للدائن لا تتوقف على الشروط العقدية الصريحة والضمنية المثبتة في العقد فقط بل تتحدد في ضوء جميع العوامل ذات العلاقة فإضافة الى تلك الشروط تدخل معها الممارسات القائمة والاستعمالات وكذلك النصوص الاخرى من الاتفاقية فهذه بمجموعها تعتبر مصدر تحديد التوقعات العقدية الخاصة بالطرف المتضرر(29).

وتأكيدا على ما سبق فقد ذهبت محكمة Zivilgericht -(Civil Court )in Basel بقرار لها صادر في1أذار عام 2002 الى التأكيد على ان العامل الحاسم في تحديد المخالفة الجوهرية هو ان الاخلال

بالعقد سيمنع الطرف المتضرر من الحصول على ما هو اساسي من العقد والتي كان يتوقع الحصول عليها من العقد (30)

وبشكل عام فانه من المؤكد ان الطرف المتضرر يتوقع الحصول على مبتغاه من وراء تنفيذ الالتزام بواسطة المدين وبما أن هذه التوقعات العقدية تعتمد بالدرجة الاولى على الالتزام العقدي للمدين فان معرفة هذه التوقعات العقدية تتوقف بشكل كبير على توقعات المدين نفسه فهو الطرف الملتزم بتنفيذ الالتزام الذي نتائجه ستؤول الى الدائن كتوقعات عقدية وبالتالي فان المدين اذا كان لا يتوقع حرمان الدائن من التوقعات العقدية التي كان ينتظر الحصول عليها من العقد فلا يمكن والحالة هذه الحكم بوجود المخالفة الجوهرية لان التوقعات العقدية التي يرمي الدائن الحصول عليها من وراء العقد تتوقف على توقعات المدين فهما مسالتين متداخلتين ومترابطتين(31).

والجدير بالذكر ان توقعات الطرف المتضرر تكون مؤكدة من خلال العقد استنادا الى فكرة التوقع وعلية فانه ينبغي ان يؤخذ العقد بشكل عام عند تحديد التوقعات العقدية للطرف المتضرر والتركيز على جميع الظروف المحيطة بالعقد مع ملاحظة ان المتعاقدين وبدون شك احرار في تحديد وتثبيت الشروط والظروف التي الاخلال بها سيكون جوهريا وان بعض الفقه اقترح بان جميع المراحل التي تسبق العقد كالمفاوضات وكذلك العوامل الاخرى كالاستعمالات المتبعة او الاحداث الذي وقعت بعد انعقاد العقد والتي لم تكن مذكورة في العقد يجب ان تؤخذ بنظر الاعتبار في تقدير التوقعات العقدية للطرف المتضرر(32)

ويجب ان يبقى عالقا في الاذهان ان هذه المبادئ التي تقدم توضيحها فيما يخص التوقعات العقدية للطرف المتضرر لم يكن القضاء غائبا عنها بل أكد وجوده وموقفه في العديد من القرارات فقد ذهبت محكمة(Landgericht Landshut)الالمانية بقرار لها صادر في 5 نيسان عام 1995جاء فيه ان تسليم بضاعة معيبة يرتقي الى المخالفة الجوهرية عندما يكون العيب قد نتج عنه للطرف المتضرر حرمان من التوقعات العقدية (33)

يخلص مما تقدم ان الشرط المتعلق بالطرف المتضرر حتى تتحقق المخالفة الجوهرية يجب ان يلحق الاخلال ضررا بالدائن وان هذا الضرر ينبغي تفسيره بمعنى واسع لا بمعنى ضيق وان ينجم عن هذا الضرر حرمان اساسي من التوقعات العقدية التي يتم تقديرها بالاستناد على معايير موضوعية لا ذاتية وان تعتمد في تقديرها على توقعات المدين لأنه الملتزم بالتنفيذ الذي ستؤول نتائجه المتوقعه الى الدائن.

## المطلب الثاني
## توقع المدين للضرر

ان فيما يتعلق بالطرف المخل في حالة ما اذا استطاع الدائن اثبات مطالبته عن الضرر الذي لحقه من وراء الاخلال الحاصل والمتمثل بالحرمان الاساسي من الالتزامات العقدية فان مثل هذا الاثبات من جانب المتضرر قد يحول دون ان يرتقي الى المخالفة الجوهرية وذلك اذا اثبت الطرف المخل عدم توقعه لذلك الحرمان الذي يعاني منه المتضرر (34)

ان شرط التوقع قد اشارت له المادة 25 من اتفاقية فينا لعقد البع الدولي عام1980 وكذلك المادة a 7.3.1(2) من مبادئ عقود التجارة الدولية لعام 1994والمادة 8:103(b) من مبادئ قانون العقد الاوربي لعام 1998 وبالتحديد انها جميعا اوردت شرط التوقع تحت عبارة(اذا كان الطرف المخل لا يتوقع ولا الشخص المعقول الذي يكون من نفس النوع وفي نفس الظروف لا يمكن له ايضا ان يتوقع مثل هذه النتائج –الحرمان الاساسي من التوقعات العقدية -)

وتأسيسا على ذلك فان الاخلال يكون جوهريا لا بالاعتماد فقط على نتائجه ولكن ايضا على القابلية في توقع هذه النتائج من الطرف الاخر(35)

وهذه القاعدة يمكن تلمسها ايضا في المادة 74 من اتفاقية فينا التي وضحت ما يرتقي الى الضرر وان حقوق الطرف المتضرر تتوقف وتتحدد في ضوء عدم توقع الطرف المخل لهذه النتائج والتي تجعله جوهريا كمخالفة للعقد وان المتعاقدين ينبغي عليهم ان يأخذوا

الحسبان لهذه النتائج اما في العقد ذاته او من خلال المعلومات الاضافية الاخرى التي يزود بها الاطراف انفسهم من البداية لغاية انعقاد العقد(36)

والذي تجدر الاشارة الية ان شرط التوقع من جانب المدين والذي نصت علية المادة 25 من اتفاقية فينا يعتبر من الاشياء والامور الجديدة في هذه الاتفاقية الى جانب (الضررdetriment)(37) والسؤال الذي يطرح نفسه هنا هل ان شرط التوقع من جانب المدين يعتبر شرطا لتحقق واقامة المخالفة الجوهرية؟ ام لا؟ بعض الفقه شكك فيه ولم يعتبره شرطا لتحقق المخالفة وانما الشرط المطلوب لقيام المخالفة هو الضرر الذي من شانه حرمان الدائن بشكل اساس من التوقعات العقدية اما توقع المدين او عدم توقعه فهو ليس شرط بل وسيلة لإعفاء المدين من الاخلال او الخطأ وما هو الا عنصر شرطي اذا ثبت فانه سيكون مانعا من ممارسة الدائن لحقه في طلب فسخ العقد(38)

في حين يؤكد اخرون من الفقهاء على اهمية شرط عدم توقع المدين ويعتبرونه شرط اساس لتحقق المخالفة الجوهرية الى جانب الضرر المؤدي الى حرمان الدائن من التوقعات العقدية (39) وفي الحقيقة نحن نؤيد هذا الراي وذلك لان شرط التوقع هو شرط خاص بالمدين (المخل) لتحقق المخالفة الجوهرية الى جانب شرط الضرر الخاص بالدائن وهذا ثابت من نص المادة 25من اتفاقية فينا اما القول بانه وسيلة لإعفاء المدين من المسؤولية عن الاخلال فأننا نرى في هذا القول خلط ما بين شرط التوقع واثار عدم التوقع وشتان ما بين الاثنين.

ولا جدال فان لشرط التوقع من قبل المدين وظيفتين الاولى اجرائية والثانية موضوعية(40)والتي سنتولى بحثهما الوظيفة تلو الاخرى.

**أولا. الوظيفة الاجرائية**: ان الوظيفة الاجرائية لشرط التوقع من جانب المدين تتمثل بنقل عب الاثبات من الدائن المتضرر الى المدين (41)فمن المؤكد واستنادا للمادة 25 من اتفاقية فينا CISGان الدائن المتضرر الذي يعاني من الحرمان الاساسي من التوقعات العقدية عليه هو اثبات حصول مثل هذا الضرر الجسيم له لان المادة25 من اتفاقية

فينا CISG بينت ذلك في الشطر الاول منها (42)فإذا نجح الدائن في اثبات ذلك فان عبء الاثبات سينتقل فورا ومباشرة الى المدين وهو الطرف المخل الذي عليه اثبات انه لم يتوقع نتائج الاخلال ولا كذلك الشخص المعقول الذي تكون له نفس الصفة ويكون في نفس الظروف لا يمكن له ان يتوقع مثل هذه النتائج ايضا (43) وفي تعزيز ذلك القول يذهب الفقيه(Michael Will) في التعليق على ذلك الى القول انه لغرض نجاح المدين في الاحتجاج بعدم توقع النتائج المترتبة على الاخلال عليه ان يثبت في نفس الوقت نقطتين اساسيتين الاولى انه بنفسه لا يتوقع الضرر الجسيم الحاصل والنقطة الثانية ان الشخص المعقول الذي سيكون بنفس موقفه لا يتوقع هذه النتائج ايضا (44).

وعلى اية حال ان انتقال عبء الاثبات الى المدين الذي عليه ان يثبت عدم توقع نتائج الاخلال يفهم بصورة ضمنية من سياق المادة 25 من اتفاقية فينا على عكس واجب الدائن في اثبات ان هناك اخلال لحقه من جرائه ضرر ترتب عليه حرمانه بصورة اساسيه من التوقعات العقدية التي كان ينتظرها من العقد فهذا الاثبات ثابت بشكل جلي على الدائن المتضرر من سياق نص المادة 25 من اتفاقية فينا(45).

وما دام الكلام في هذا السياق فان مقتضيات البحث العلمي تلزمنا بمعرفة موقف القضاء في هذا الصدد والثابت ان القضاء لم يخرج لا عن نص المادة 25من اتفاقية فينا ولا عن موقف الفقه بل اكد نفس المبدأ وذلك في قرار صادر من غرفة التجارة الدولية للتحكيم بتاريخ 14حزيران 1999 جاء فيه (بالنسبة لتوقع الضرر الجسيم فان المادة 25 من اتفاقية فينا لعقد البيع الدولي بينت ان للمدعى عليه امكانية تقديم دليل للإعفاء مقنع لهيئة التحكيم في كون ان المدعى علية لم يتوقع هذا الضرر ولا الشخص المعقول ممكن له ان يتوقع هذا الضرر ايضا) (46).

والذي تنبغي ملاحظته هنا ان شرط القابلية للتوقع من جانب المدين في المادة 25من اتفاقية فينا لا يقتصر على وظيفة اجرائية فقط بل الى جانب الوظيفة الاجرائية هناك وظيفة موضوعية وهو ما سنتولى بحثه فيما يأتي.

**ثانيا :الوظيفة الموضوعية:** ان لتوضيح الوظيفة الموضوعية لشرط توقع المدين المشارله في المادة 25 من اتفاقية فينا لابد من التنويه ابتدأ ان المتعاقدين لهما الحرية الكاملة في توصيف الجوهرية من عدمها لأصناف عدم تنفيذ الالتزامات فهما يستطيعان ان يحددان الالتزام كونه جوهر العقد ام لا فعلى سبيل المثال مسالة وقت التنفيذ او الوقت المحدد للتنفيذ قد يكون جوهريا بالنسبة الى نظر المتعاقدين او لا يكون حسب اتفاقهم حول هذا الجانب .ولذلك فان الظروف والاحوال التي يحتج من خلالها المدين بعدم توقع النتائج الضارة المترتبة على الاخلال هي متنوعة وكثيرة استنادا الى عبارات العقد وتأسيسا عليه اذا تضمن العقد شرطا صريح بين المتعاقدين يقضي ان الالتزام المعين هو جوهر العقد فانه في هذه الحالة احتجاج المدين بعدم توقع النتائج المترتبة على الاخلال سيكون ضعيف جدا وعلى العكس اذا كان المتعاقدين لم يوضحان بشكل جلي في العقد اهمية وجوهر التزام معين بالنسبة للعقد فان سلوك المدين عند احتجاجه بعدم توقع النتائج المترتبة على الاخلال ستكون اوفر حظا.(47)

ولكن السؤال الذي يطرح نفسه ما الحكم في حالة ما اذا كان المتعاقدين لم يوضحان في العقد من ان الالتزام المعين هو جوهر العقد من عدمه ؟ان الاجابة على السؤال المتقدم تكون في ضوء ما ورد في المادة 25 من اتفاقية فينا لعقد البيع الدولي وهو اللجوء الى المعايير التي وضعتها هذه المادة وعلى وجه التحديد(الطرف المخل لا يتوقع والشخص المعقول من نفس الصفة وفي نفس الظروف لا يتوقع ايضا )

وتأكيدا لذلك فان المادة 25 من اتفاقية فينا تبين لنا نوعين من التوقع الاول وهو التوقع الحقيقي او الفعلي والثاني التوقع المفترض .فبالنسبة للنوع الاول من التوقع يذهب كل من الفقيهين Koch&Will الى ان التوقع الفعلي مفاده ان يثبت المدين بنفسه انه لا يتوقع الضرر وهذا يعتمد على جميع الظروف التي لها علاقة بالقضية وتشمل المفاوضات العقدية والممارسات القائمة بين الاطراف(48).

مع ملاحظة ان هذا النوع من التوقع لا يلقي ارتياحا من قبل الفقه وذلك لأنه يعتمد على المؤهلات الشخصية للمدين وظروفه مما يجعله قائم على معيار ذاتي وشخصي فليس من المستبعد ان الضرر الذي لحق الدائن ونجم عنه حرمان اساسي من التوقعات العقدية قد يفلت المدين من المسؤولية عن تلك الاضرار أذا ثبت انه شخصيا لا يتوقع هذا الضرر وهذا المتصور دائما هذا من جانب واما من الجانب الاخر ان توقع المدين في هذه الحالة يعتمد على ظروفه مما قد يتذرع بان علمه بتلك الظروف قاصر لا سباب عديدة واي كانت الاسباب واي كان المدين فانه بكل بساطة يحتج بعدم العلم واذا نجح المدين في هذا الاثبات فسيكون الدليل المقدم قائم على اسس شخصية بحته لا يمكن قبولها في التجارة الدولية(49) .

واما م هذه المأخذ فان اتفاقية فينا لم تقف مكتوفة الايدي بل اضافت في المادة 25 وفي الشطر الثاني منها معيار موضوعي يختلف كليا عن المعيار الشخصي المتقدم ذكره وذلك بنصها على التوقع الافتراضي للمدين فالمدين والحالة هذه عليه ان يثبت اضافة الى انه لا يتوقع بنفسه الضرر عليه ان يثبت ايضا ان اي شخص معقول من نفس الصفة وفي نفس الظروف لا يتوقع هو الاخر مثل هذا الضرر فالمؤهلات الشخصية للمدين حسب هذا المعيار ليست مهمة في تقدير التوقع(50).

والجدير بالذكر ان المعايير التي اشارت لها المادة 25من اتفاقية فينا هي معايير جمعية لا معايير تناوبيه اي ما معناه ان المدين عليه ان يثبت اولا انه بنفسه لا يتوقع الاضرار المتمثلة بحرمان الدائن بشكل اساس عن توقعاته العقدية وان يثبت بعد ذلك ايضا ان الشخص المعقول من نفس الصفة وفي نفس الظروف لا يتوقع هو الاخر هذه الاضرار(51) فالذي يبدو لنا ان المادة 25 تضمنت ازدواج في المعايير فهي قدمت المعيار الشخصي اولا والمتمثل بالعلم الحقيقي ثم عززته بالمعيار الموضوعي ثانيا المتمثل بالعلم الافتراضي وقد حسنا فعلت لان ذلك سوف يحد من تهرب المدين من المسؤولية عن الاضرار الحاصلة وان الاعتبارات الشخصية وظروفها في توقع

الضرر ليس عامل ومعيار رصين ممكن الاعتماد عليه في مقتضيات التجارة الدولية.

ولكن السؤال الذي يقفز الى الذهن في هذا الصدد هل يستطيع الدائن المتضرر ان يلزم المدين بان يتوقع اكثر من الشخص المعقول ؟

والذي نراه ان الزام الدائن للمدين في توقع اكثر من معدل الشخص المعقول يخضع لاتفاق المتعاقدين اولا ولظروف قطاع التجارة الذي يعملان فيه ثانيا استنادا لمبدأ الحرية التعاقدية في عقود التجارة الدولية ولكن ان امعان النظر في نصوص اتفاقية فينا وعلى وجه التحديد الشطر الثاني من المادة 25 فانه لا يلزم المدين الا بالتوقع الذي يكون فيه بنفس الصفة المعقولة وفي نفس الظروف ويذهب الفقيه Michael Will – في توضيح هذين النقطتين الى ان المقصود بالنقطة الاولى من نفس الصفة هوان التاجر الافتراضي ينبغي عليه ان يلتزم بنفس قواعد التجارة وان يمارس نفس الوظيفة وان لا يعتمد فقط على ممارسات الاعمال بل ينبغي ان يأخذ بالحسبان جميع القواعد والخلفيات الاقتصادية والاجتماعية ومن ضمنها الدين واللغة ومستوى الاحتراف اما بالنسبة الى النقطة الثانية في نفس الظروف فتدل على جميع المواقف والحالات الموجودة في الاسواق العالمية والاقليمية وتاثيرها على التشريع والسياسات والمناخ الذي يجري به العمل اضافة الى التعامل السابق بين المتعاقدين والعوامل الاخرى التي لها نفس التأثير على توقع المدين من جانب الشخص المعقول(52).

وللتوضيح اكثر في هذا الصدد يذهب الفقيه Leonardo Graffi ويتبعه ايضا فقهاء اخرون الى التأكيد على تقييم عامل التوقع بالنسبة الى الشخص المعقول من نفس الصفة ينبغي ايضا ان يؤخذ بالحسبان مجتمع الاعمال في نفس قطاع التجارة فهل يتوقع مثل هذه النتائج فمن المهم البحث في قطاع التجارة الخاص بالعمل كل حسب اختصاصه لان قطاع التجارة يختلف من قطاع الى اخر وتختلف تعقيداتها من قطاع الى اخر ايضا ليكون البحث والتعمق في توقع او عدم توقع الاضرار لكل قطاع حسب اختصاصه وظروفه (53).

يخلص مما تقدم ان الوظيفة الموضوعية لشرط التوقع من المواضيع التي اعطتها اتفاقية فينا في المادة 25 اهتمام كبير ولعل هناك موضوع اخر لا يقل اهميته عن وظائف شرط التوقع الا وهو موضوع وقت التوقع الذي سنتولى بحثة في ما يأتي.

**وقت التوقع.**

ان وقت التوقع من المواضيع التي ثار حولها الخلاف الكبير داخل اتفاقية فينا والقى هذا الخلاف بضلاله على وجهات نظر الفقهاء ايضا ولكي نحيط بالموضوع بشكل اوسع فلابد لنا ان نعرج اولا على موقف ممثلو الدول التي شاركت في اعداد اتفاقية فينا فممثلو الدول لم يحددوا وقت توقع المدين للضرر في المادة 25 من اتفاقية فينا وان عدم تحديد وقت التوقع كان مقصودا من قبل ممثلو الدول ولم يكن قد سقط غفلة فالمشاركون في وضع الاتفاقية أرتاؤ رفض اي مشروع يعطي افضلية في تحديد وقت التوقع فلم يحددوا هذا الوقت لا عند انعقاد العقد ولا عند حدوث الضرر وانما أرتاؤ ان يكون ذلك التحديد خاضعا للمحاكم او اي جهة اخرى تنظر في النزاع مع الاخذ بنظر الاعتبار الظروف المحيطة بكل قضية وحتى المحاولة الثانية التي جرت عند اعداد الاتفاقية من قبل ممثل المملكة المتحدة في تحديد وقت التوقع عند انعقاد العقد قد لاقت الاحباط وقد اضطر ممثل المملكة المتحدة الى سحب المشروع (54).

وان هذا الموقف السلبي من تحديد وقت توقع المدين من قبل ممثلو الدول الاطراف الذين شاركوا في وضع مسودة الاتفاقية اثر بشكل كبير على وجهات نظر الفقه فذهب جانب من الفقهاء مثل (Honnold ) و(Schlechtriem) و(Graffi) الى ان الوقت اللازم لتوقع المدين هو وقت وقوع الضرر وليس وقت انعقاد العقد(55).ولم يساير Enderlein&Maskow الفقهاء السابقون بشكل مطلق وانما اعتدوا بوقت التوقع عند حدوث الضرر وفي حالات استثنائية (56)في حين خالف الفقية (Ziegel )الفقها السابقون بشكل مطلق واكد على ان وقت التوقع هو وقت انعقاد العقد وليس وقت حدوث الضرر.(57)

## تحليل وتقدير

من خلال الاستعراض السابق يبدوان هناك مد وجزر بين الفقهاء حول تحديد وقت التوقع وهذا ناتج عن الموقف السلبي الذي تبنته اتفاقية فينا بهذا الخصوص والذي دعا بعض من الفقه تفسير موقف اتفاقية فينا بخصوص وقت التوقع على نحو واسع جدا حيث انه يسمح على نحو متناوب حمل توقع المدين على الوقتين الا وهما وقت انعقاد العقد او وقت وقوع الضرر(58) وهذا الموقف المتناوب الذي افرزته اتفاقية فينا نتيجة عدم تحديد وقت التوقع دفع البعض من الفقه الى الاعتداد بالمعلومات التي تخص المتعاقدين لا وقت انعقاد العقد بل الوقت اللاحق لانعقاده اي وقت وقوع الضرر مستندا في اتجاهه على مبدا حسن النية الذي ترتكز علية اتفاقية فينا برمتها(59) هذا من جانب واما من الجانب الاخر فان بعض الفقه ركز على المعلومات الحاصلة والحادثة بعد انعقاد العقد والتي من شانها ان تؤثر على العقد بشكل كبير فان علم المدين بها امر واجب لان كافة المعلومات التي تصل الى علم احد المتعاقدين بعد ابرام العقد وقبل التنفيذ يجب ان تؤخذ بشكل جدي بنظر الاعتبار ومثال ذلك اذا تم التعاقد على بيع سلعة اتفق الطرفان على تغليفها بطريقة معينة كي يتمكن المشتري من اعادة بيعها مجددا وبعد وقت قصير من ابرام العقد ارسل المشتري معلومات الى البائع تفيد انه يجب وضع بيان معين على الغلاف وبطريقة معينة وان ذلك يعد شيء ضروريا لإمكانية بيعها مجددا في بلد المشتري فان عدم قيام البائع بوضع البيان المذكور وبالطريقة المحددة يعد مخالفة جوهرية ولا يمكن له التمسك بعدم توقعه للضرر الذي لحق بالمشتري من جرائها(60)

ولعل من ناصفة القول ان هذه الحجج لم تلق القبول الحسن من لدن الفقهاء الذين ركزوا على وقت انعقاد العقد فتوقع المدين للأضرار يجب ان يكون وقت ابرم العقد فقط وذلك لان هذا الوقت باستطاعة المتعاقدين تحديد وتعريف نطاق عقدهم وفترة الانعقاد تعتبر العامل الحاسم للتوقع (61)علاوة على ذلك ان نص المادة74من اتفاقية فينا الخاصة بتحديد قيمة التعويض الذي يستحقه احد الاطراف بسبب مخالفة الطرف الاخر لالتزامه العقدي المتمثل بمبلغ يعادل الخسارة

التـي لحقـت بالـدائن والكسـب الـذي فاتـه بسـبب المخالفـة علـى ان لا يتجاوز التعويض قيمـة الخسـارة والـربح الضـائع التـي توقعهـا الطـرف المخالف او التي كان ينبغي عليه توقعها وقت ابرام العقد(62) .

ومن كل ما تقدم فأننـا نـرى ان الاقـرب الـى الصـواب ان وقـت انعقاد العقد العامل الحاسم في تحديد وقت توقع المدين للضـرر وسـندنا في ذلك وجود عدة اسباب .السبب الاول ان المادة 25 من اتفاقيـة فينـا في الشطر الاول منها حددت من ان الضـرر الذي يلحق بالدائن والـذي من شأنه ان يؤدي الى حرمانه بشكل اساس عن التوقعات العقدية التـي كـان ينتظـر الحصـول عليهـا مـن العقـد تقـدر حسـب راي الفقـه وقـت انعقـاد العقد(63) فكيـف يمكـن ان تكـون هـذه التوقعـات العقديـة مقدره حسب وقت العقد ولا يكون توقع المدين للضـرر هـو ايضـا عنـد انعقـاد العقد فهذه الاخيرة مرتبطة بالأولى لان توقعـات الـدائن العقديـة تتوقـف وتعتمد على ما يصدر من المدين فكيف يمكن اذن ان نقرر وقـت العلـم بـالأولى (التوقعـات العقدية)عنـد ابـرام العقـد بالنسـبة للـدائن ولا نقـرر وقت توقع المدين للضـرر المتمثـل بحرمـان الـدائن مـن توقعاتـه العقديـة في هذه الفترة؟ فهذا تناقض والاصـح ان توقـع المـدين للأضـرار يجـب ان يكون في نفس فترة توقع الدائن لها. هذا من جانب واما من الجانب الاخر ان هناك كثير من التشـريعات والاتفاقيـات السـابقة لاتفاقيـة فينـا واللاحقة لها تقرر ان وقت توقع المدين للأضرار هو وقت ابرام العقـد كما هو الحال في المادة10 من اتفاقية لاهاي 1964 (القـانون الموحـد للبيـوع الدوليـة )ULIS وكـذلك مبـادئ قـانون العقـد الاوربـي PECLلعام1998 في التعليق على المادة (b)8:103 حيث تشير التعليقـات علـى هـذا القـانون بـان وقـت علـم المـدين وتوقعـه للأضـرار ينبغي ان يكون وقت ابرام العقد.

ولعـل مـن ناصـفة القـول ان نشـير فـي هـذا الخصـوص الـى ان القـانون المـدني العراقـي فـي المـادة 169 فقـرة 3 وضـح بانـه اذا كـان الالتزام مصدره العقد فلا يلتزم المدين الذي لم يرتكب غشـا وخطـا جسيما الا بتعويض الضـرر الـذي كـان يمكـن توقعـه عـادة وقـت العقـد وكذلك المادة 221 فقرة 2من القانون المدني المصري قد اشارت الى ان الضرر الذي يلتزم المدين بتعويضه هو الضـرر الـذي يمكـن توقعـه

عادة وقت العقد. ولم يخالف الفقه القاعدة السابقة فقرر ان المدين ملزم بتعويض الضرر الذي يتوقعه عادة وقت العقد بشرط ان لا يرتكب غشا او خطأ جسيما(64) فالذي نراه انه انسجاما وتوافقا مع نصوص القانون المدني العراقي و كذلك القانون المدني المصري ان وقت توقع المدين للضرر هو وقت العقد.

## المبحث الثالث
## التطبيقات القضائية الخاصة بمفهوم المخالفة الجوهرية في عقود البيع الدولية

**تمهيد وتقسيم :**

بعد ان قطعنا شوطا في بحث الجانب النظري لمفهوم المخالفة الجوهرية في عقود البيع الدولية ولاحظنا التعقيد الحاصل في صياغة المادة 25 من اتفاقية فينا بسبب المبالغة في العموم الوارد في المادة ومحاولة الفقه الجادة في حل وتفسير هذا التعقيد فلا يخفي الامر ان للقضاء دور جلي ايضا في حل التعقيد النظري الوارد في المادة 25 من الاتفاقية لا يقل دوره عن ذلك الدور الذي عمله الفقه في حل وتفسير التعقيد والالغاز الحاصل لا سيما ان السوابق القضائية تعتبر الوسيلة المثلى في تصحيح المفاهيم وتقويمها للمواضيع ذات التعقيد التي تؤول بالمفسر الى صعوبة تفسير مواضيع الاتفاقية ولكن ان نظام السوابق القضائية يعتمد على كثرة تكرار الاحكام القضائية حول مبدا معين ومحصلته تعتبر قاعدة يعتمد عليها في بيان وتوضيح الافكار والمصطلحات القانونية الواردة في الاتفاقية واستنادا عليه فأننا سنختار قائمة من السوابق القضائية ذات التكرار المستمر في الاحكام والمتماثل رغم ان بعضها يحتمل الجدل ولكن من مجموعها يتبين ان السوابق القضائية الخاصة بمفهوم المخالفة الجوهرية تنحصر في نطاقين الاول في حالة التأخر عن التنفيذ والثاني في حالة التنفيذ المعيب وتأسيسا على ما سبق سوف نقسم هذا المبحث على مطلبين اثنين

المطلب الاول .في نطاق التأخر عن التنفيذ

المطلب الثاني .في نطاق التنفيذ المعيب

## المطلب الاول
## في نطاق التأخر عن التنفيذ

يمكن لنا بحث السوابق القضائية في نطاق التأخر عن التنفيذ من زاوية تأخر البائع في تسليم البضاعة وكذلك من زاوية تأخر المشتري في دفع الثمن او تأخره في تسلم البضاعة.

فبالنسبة الى تأخر البائع في تسليم البضاعة توكد السوابق القضائية المتكررة ان مجرد تأخر البائع في التسليم لا يرتقي الى مفهوم المخالفة الجوهرية وهذا ما اكدته محكمة Landgericht{District Court}Munchen. بقرار لها صادر في 20 شباط 2002 جاء فيه (ان مجرد التأخر بالتسليم بعد انتهاء موعد التسليم لا يشكل مخالفة جوهرية للعقد ضمن حكم المادة 49(1)(a) فهذه المادة بالمقارنة مع المادة 49(1)(b) اذا اعطيناها الحكم المخالف سوف تكون زائدة والسبب انها لم تتطلب تثبيت وقت محدد للتسليم وان الاخلال به بعد انتهاء الموعد لا يمكن كقاعدة اعتباره مخالفة جوهرية للعقد ضمن حكم المادة 25 من اتفاقية فينا )(65) وان هذا القرار قد تم تصديقه وتأكيده من قبل محكمة الاستئناف الالمانية.Munchen (Appellate Court) وذلك في 1تموز 2002 حيث جاء في القرار (ان المستنتج من المقارنة بين المادة49(1)(a) والمادة 49(1)(B) من اتفاقية فينا لعقد البيع الدولي هو ان تأخر التسليم لا يشكل بذاته مخالفة جوهرية للعقد ضمن حكم المادة 25 من الاتفاقية وبخلافه سيكون الحكم الوارد في المادة 49(1)(B) لا غيا ولا توجد ضرورة لتشريعه)(66).

والجدير بالذكر ان المحاكم في هذا الصدد قررت ايضا ان التسليم قبل الاوان هو الاخر لا يشكل مخالفة جوهرية طالما انه لم يكن هنالك تاريخ محدد للتسليم وهذا ما هو ثابت من القرار الصادر من محكمة (Appellate Court-Munchen) الالمانية وذلك بتاريخ 1 حزيران 2002 (67)

بيد ان هذا المبدأ المتكرر من قبل المحاكم في عدم اعتبار التأخر في التسليم مخالفة جوهرية ترد علية بعض الاستثناءات والمحددات وذلك بالتمييز بين ما اذا كان الالتزام بالتسليم جوهري ام غير

جوهري فالمحاكم تقرر ان الالتزام اذا كان جوهريا فان مخالفته ستؤدي الى المخالفة الجوهرية وذلك اذا كان التسليم واجب ان ينفذ ضمن وقت محدد وان مصلحة المشتري الخاصة تقتضي حصوله في ذلك الوقت حتى اذا لم يكن العقد متضمنا شرط التسليم وان كان المعتاد في تحديد جوهرية الالتزام بالتسليم هو وجود شرط تعاقدي يبين ضرورة حصول التسليم في الوقت المضبوط والمحدد ولكن يمكن ايضا ان يكون الالتزام بالتسليم جوهريا لا فقط عندما الاطراف يخصصانه بالعقد وضرورة حدوثه في وقت محدد بل يمكن ان يعتبر جوهريا في ضوء ظروف القضية والاعراف الجارية والاستعمالات الواردة او اي عوامل اخرى(68).

فمثلا ان الالتزام بالتسليم يعتبر جوهريا اذا كان المشتري قد اعلم البائع بانه ثبت موعدا وتاريخ لتسليم البضاعة الى مشتري اخر سيشتري البضاعة المباعه منه (69) واللافت للانتباه ايضا ان المحاكم اعتبرت الالتزام بالتسليم جوهريا وذلك اذا كانت طبيعة البضاعة تقتضي ذلك كما هو الامر المتعلق بتسليم ملابس موسمية حيث قررت محكمة استئناف ميلان في قرار لها صادر بتاريخ 20-اذار -1998 جاء فيه (ان الالتزام بالتسليم يعتبر التزاما جوهريا والسبب ان الملابس المسلمة غير محبذ لبسها في فصول مختلفة لأنها ملابس يمكن لبسها في فصل الربيع فقط)(70)

مع ملاحظة ان الالتزام بالتسليم يمكن ان يعتبر جوهريا ايضا وذلك بحكم الفعل وهذا ما اكدته محكمة استئناف هامبورغ الالمانية بقرار لها صادر في 28شباط1997جاء فيه (ان الالتزام بالتسليم في عقود البيع CIF يعتبر التزاما جوهري بحكم الفعل والواقع وان الوقت المحدد لتسليم البضاعة هو جوهر العقد)(71)

وتأسيسا على ما سبق يبدوان اتجاه المحاكم حول الالتزام بالتسليم حتى مع عدم وجود شرط يؤكد فيه المتعاقدان ضرورة ان يحصل في وقت محدد فانه يعتبر التزاما جوهريا وذلك اذا كانت مصلحة المشتري الخاصة تقتضي حصوله في وقت معين او ان الظروف المحيطة والمتعلقة توجب حصوله في وقت محدد او اذا كانت طبيعة البضاعة محل التسليم تقتضي حصول التسليم في وقت

معين كالملابس الموسمية او انه يعتبر التزاما جوهريا في بعض انواع العقود بحكم الفعل والواقع

وما تجدر الاشارة اليه ان المحاكم تؤكد في هذا الصدد ان عدم التسليم النهائي وليس مجرد التأخر في التسليم من قبل البائع يشكل مخالفة جوهرية للعقد ما لم يكن البائع يحتفظ لنفسه الاسباب والمبررات القانونية للامتناع عن التنفيذ وهذا ما اكدته غرفة التجارة الدولية في اذار عام1999 في قرار صادر من هيئة التحكيم جاء فيه (ان الاخلال المطلق بعدم تسليم البضاعة يشكل مخالفة جوهرية)(72)

اما من زاوية تأخر المشتري في تنفيذ التزامه بدفع الثمن او التأخر في تسلم البضاعة فان المبدأ المعمول به في هذا الصدد ان التأخر في دفع الثمن لا يشكل بحد ذاته مخالفة جوهرية حيث قضت غرفة التجارة الدولية بهيئة التحكيم في عام 1992 (ان مجرد واقعة تأخر المشتري بدفع الثمن هو ليس مخالفة جوهرية استنادا الى ظروف القضية وليس سبب مبرر للإعلان البائع فسخ العقد) (73)

ولكن استثناء يشكل التأخر بدفع الثمن مخالفة جوهرية اذا كان المشتري قد اخل بالتزامه هذا بشكل مطلق كامتناع المشتري بتقديم خطاب ضمان للبائع كوسيلة لضمان الوفاء بدفع الثمن حيث قررت المحكمة العليا الاسترالية في 17 تشرين الاول عام 2000 في قضية ((Downs Investment v.Perwaja Steel )حيث جاء في القرار(ان رفض المشتري تقديم خطاب ضمان في الوقت المحدد بعد انتهاء الفترة الاضافية الممنوحة له من قبل البائع يشكل مخالفة جوهرية ضمن حكم المادة 25 والمادة 64(1أ)من اتفاقية فينا (74)

اما فيما يتعلق بتأخر المشتري لتسلم البضاعة وقبولها فهو الاخر كقاعدة عامة لا يشكل مخالفة جوهرية خاصة اذا كان التأخر لأيام قليلة وهذا ما قررته محكمة جرنوبل الفرنسية في 4 شباط عام 1999 حيث قضت (ان التأخر لأيام قليلة في استلام البضاعة من قبل المشتري لا يشكل مخالفة جوهرية )(75)مع ملاحظة ان رفض المشتري تسلم البضاعة بشكل مطلق يشكل مخالفة جوهرية وهو على

عكس حالة التأخر عن الاستلام اذا كان التأخر حاصلا لأيام قليلة والذي لا يعتبر مخالفة جوهرية . (76)

**والخلاصة**: ان التطبيقات القضائية السابقة تبين لنا وجود منهجين مختلفين تطبقه المحاكم حول تاخر البائع بالالتزام بالتسليم وتاخر المشتري بالالتزام بدفع الثمن ففي حالة تأخر البائع بتنفيذ التزامه بالتسليم فالقاعدة العامة ان هذا التأخر لا يرتقي الى مفهوم المخالفة الجوهرية وان كان هذا الامر غير محسوم بشكل مطلق من قبل المحاكم حيث توجد استثناءات كثيرة واردة عليه كمصلحة المشتري الخاصة في ان يحصل التسليم في وقت محدد او ان طبيعة البضاعة تقتضي حصول التسليم في وقت محدد او ان الالتزام بالتسليم يكون واجب حصوله في وقت محدد استنادا الى طبيعة العقد كعقود البيع CIF )في حين ما يتعلق بتأخر المشتري في تنفيذ التزامه فهو ايضا لا يشكل مخالفة جوهرية كتأخره عن دفع الثمن او تأخره عن تسلم البضاعة ولكن المحاكم اوردت ايضا على هذه القاعدة استثناءات ولكنها اكثر تساهل عن حالة تأخر البائع في تنفيذ التزامه والاستثناء يتمثل باخلال المشتري وتأخره عن دفع الثمن او تسلم البضاعة بعد انتهاء الاجل الاضافي الذي منحه البائع له وعليه فان السوابق القضائيه تكشف لنا التباين الواضح لميولات المحاكم في هذا الصدد لذا نقترح ان يكون هناك اتجاه موحد في قرارت المحاكم تتطابق مع التفسير الموحد الذي من المفرض ان تعتمده جميع المحاكم لاسيما ان وظيفة السوابق القضائية هو تفسير الامور المعقدة والغموض الذي يكتنف المادة 25 من اتفاقية فينا.

## المطلب الثاني
## في نطاق التنفيذ المعيب

ان في نطاق التنفيذ المعيب تعتبر حالة تسليم بضاعة معيبه هي اكثر الحالات تكررا في خصومات البيوع الدولية فالعدد الكبير من قرارات المحاكم تتعامل مع هذه الحالة وعلى درجة كبيرة من الاهتمام على الرغم من انها تولد بعض المشاكل للمحاكم وكذلك تسليم وثائق معيبة هي الصورة الاخرى للتنفيذ المعيب في النزعات الخاصة بالبيوع الدواية لذا سنتولى بحث وبيان هذه الحالات تباعا.

ففي حالة التنفيذ المعيب عن طريق تسليم بضاعة معيبة (عيب عدم المطابقة)والذي يحتل المكانة الواسعة من قرارت المحاكم فان اتفاقية فينا لعقد البيع الدولي نصت في المادة 35 على (1.على البائع ان يسلم بضائع تكون كميتها ونوعيتها واوصافها وكذلك تغليفها او تعبئتها مطابقة لأحكام العقد.2.وما لم يتفق الطرفان على خلاف ذلك ,لا تكون البضائع مطابقة لشروط العقد الا اذا كانت:(أ)صالحة للاستعمال في الاغراض التي تستعمل من اجل عادة بضائع من نفس النوع.

(ب)صالحة للاستعمال في الاغراض الخاصة التي احيط بها البائع علما, صراحة او ضمنا, وقت انعقاد العقد ,الا اذا تبين من الظروف ان المشتري لم يعتمد على خبرة البائع او تقديره ,او كان من غيره المعقول للمشتري ان يعتمد على ذلك.(ج) متضمنة صفات البضاعة التي سبق للبائع عرضها على المشتري كعينة او نموذج .(د)معبأة او مغلفة بالطريقة التي تستعمل عادة في تعبئة او تغليف البضائع من نوعها, وفي حالة عدم وجود الطريقة المعتادة ,تكون التعبئة والتغليف بالكيفية المناسبة لحفظها وحمايتها .3. لا يسأل البائع ,بموجب أحكام الفقرات الفرعية (أ)الى (د)من الفقرة السابقة عن اي عيب في المطابقة كان لا يمكن ان يجهله وقت انعقاد العقد.

واستكمالا لما سبق فان محكمة العليا الالمانية قررت ف بهذا الصدد(ان المشتري سيفقد حقه ف بالاستفادة من التعويض لعيب الناتج عن عيب عدم المطابقة اذا اخل في اخطار البائع ضمن مدة معقولة بعد اكتشافه العيب في البضاعة وذلك استنادا للمادة 39 من اتفاقية فينا لعقد البيع الدولي)(77).

ولكن السؤال الذي يظهر في هذا الصدد والذي جعل المحاكم تختلف به اختلافا كبيرا هو ما العجز او النقص الذي يوجد في البضاعة ويؤدي الى تحقق مفهوم المخالفة الجوهرية ؟انه على الرغم من عدم وجود دليل ناصف في المادة 35 من اتفاقية فينا يمكن الاعتماد عليه في تقرير نوع العجز او النقص الذي يظهر بالبضاعة فان السوابق القضائية تتبنى معيار الخسارة الفعلية الجسيمة التي يتكبدها الطرف المتضرر وعليه ركزت قرارت المحاكم في هذا

الخصوص على نسبة العيب في البضاعة اولا او تقدير تكاليف اصلاح البضاعة المعيبة مقارنة بالقيمة الكلية للبضاعة واخيرا مدى امكانية عرض البضاعة المعيبة في السوق لغرض للبيع(78).
فالنسبة الى عامل النسبة المئوية للعيب في البضاعة المعيبة قررت محكمة ((Distric Court of New York في قضية ( Delchi v.Rotorex) بوجود المخالفة الجوهرية وذلك لان 93%من مكيفات الهواء المسلمة كانت قد رفضت من قبل قياس السيطرة النوعية والسبب على قدرتها على التبريد وانها تتطلب طاقة عالية على خلاف النموذج والنوع المخصص ومحكمة الاستئناف في الولايات المتحدة الامريكية في المنطقة القضائية الثانية صادقت على قرار محكمة المقاطعة مسببة في ذلك ان التبريد الواطئ ولاستهلاك الكبير للطاقة يعتبر عامل جوهري ومهم في القضية مما يؤدي الى تحقق المخالفة الجوهرية(79) .

في حين في قضية اخرى لم تقرر محكمة ( The hamm Court of Appeals) الالمانية بوجود المخالفة الجوهرية استنادا على نسبة العيب الموجود في البضاعة وذلك في قضية تتلخص وقائعها ان هناك عقد ما بين مشتري الالماني وبائع ايطالي وبموجب العقد يلتزم البائع الايطالي بتجهيز المشتري الالماني 200 طن من لحم الخنزير المملح وعلى شكل 10 دفعات قام البائع الايطالي بتسليم 4 دفعات الى المشتري الالماني وبلغ مجموع وزنها 83.4 طن ولكن وبسبب الطريقة التي رزم بها اللحم فقد حصل نقص وعجز في هذه الدفعات المسلمة مقداره 420 كيلوغرام وكانت ملوثة في الوقت نفسه مما جعل المشتري الالماني يرفض استلام الدفعات الاخرى المتبقية .
وجدت المحكمة انه على الرغم من وجود عجز ونقص قدره 420 كيلوغرام من اللحم فان هذا لا يخول المشتري رفض استلام المتبقي استناداً للمادة 71 /1 من اتفاقية فينا لعقد البيع الدولي لان مثل هذه الكمية لاتعتبر جزء جوهري من المجموع الكلي للبضاعة استناداً الى النص المتقدم (80) .

اما فيما يتعلق بتقييم مصاريف اصلاح العيب فاذا كانت مصاريف الاصلاح تفوق قيمة البضاعة المعيبة فان المحاكم تقرر

بوجود المخالفة الجوهرية ففي قرار صادر من هيئة التحكيم في غرفة التجارة الدولية والمتعلق في نزاع ما بين متعاقدين احداهما صيني الجنسية والآخر نمساوي الجنسية والمتعلق بتسليم معدات ولوازم سقالات مجموعها 80 الف والتي ظهر انها غير مطابقة تماماً للعينة المتفق عليها بين المتعاقدين واستبان لهيئة التحكيم من خلال ضروف القضية ان تقييم مصاريف هذا النوع من المعدات غير المطابقة يصل الى اكثر من ثلاثة اضعاف سعر الشراء لذلك فان هيئة التحكيم وجدت ان المخالفة الجوهرية متحققة في هذا الصدد والسبب ان هذا العدد من معدات السقالات غير المطابق للنموذج يعتبر جزء مهم وكبير في العقد اضف الى ان مصاريف اصلاحها كبيرة (81) .

في حين قررت المحكمة السويسرية ( andelsgerich zurich ) بتاريخ 26/نيسان / 1995 في قضية تتلخص وقائعها بالبيع بالتقسيط لمعدات فنية تتعلق باجهزة عازلة للماء عن عنصر الفوسفات ذات التركيز العالي . وجدت المحكمة ان تسرب الماء رغم وجود هذه العوازل لا يشكل مخالفة جوهرية والسبب ان مصاريف اصلاح هذا العيب بسيطة جداً وغير مكلفة (82) .

واخيراً ان ما يتعلق بمدى امكانية عرض البضاعة المعيبة في السوق لغرض بيعها فان المحاكم الالمانية كان لها قصب السبق في تقرير هذا المبدأ فقد قررت محكمة استئناف فرانكفورت في قرار لها صادر في 18/كانون الثاني /1994 يتعلق بنزاع ما بين مدعي ايطالي ومدعى عليه الماني حيث ان المدعي صاحب مصنع لصناعة الاحذية ابرم عقد مع المشتري المدعى عليه الالماني بشراء كمية معينة من الاحذية بثمن محدد بعد قيام صاحب المصنع الايطالي بتسليم البضاعة الى المشتري الالماني وقيام المشتري بدفع جزء من ثمن البضاعة وامتنع عن دفع المتبقي واعلن فسخه للعقد بسبب ان البائع الايطالي قد تأخر في لتسليم عن الموعد المحدد في العقد وان البضاعة غير مطابقة . وجدت محكمة استئناف فرانكفورت ان المشتري غير مخول بالامتناع عن دفع المتبقي من الثمن لانه لم يبين في القضية ما اذا كانت هذه البضاعة المعيبة ممكن بيعها او ممكن استعمالها لاغراض اخرى هذا من جانب ، واما من جانب آخر ان لتاخر في تسليم

البضاعة غير حاصل والسبب انهم لم يحددا وقت معين للتسليم (83) . وفي نفس السياق قررت المحكمة العليا الالمانية بقرار صادر في 14/ كانون الاول / 1994 يتعلق بقضية تتلخص وقائعها بعقد بيع ما بين بائع وهو شركة هولندية ومشتري وهو شركة الماني بموجب العقد تقوم الشركة الهولندية بتسليم الشركة الالمانية بضاعة من كبريتات الفوسفات وان تكون هذه البضاعة من منشأ بريطاني وان يقوم البائع بتزويد المشتري بشهادات المنشأ ونوع البضاعة بعد استلام الوثائق من قبل الشركة الالمانية اعلنت الشركة الالمانية فسخ العقد مع الشركة الهولندية والسبب ان كبريتات الفوسفات لم تكن ذات منشأ بريطاني بل كان منشأها جنوب افريقيا . وفيما يتعلق بتقرير وجود المخالفة الجوهرية من عدمه في القضية فان المحكمة العليا الالمانية قررت ، انه لابد من التأكد هل بأستطاعة المشتري وضع هذه البضاعة في استعمال آخر معقول ، وبما ان المشتري قد اخفق في اثبات مدى امكانية بيع البضاعة في المانية او خارجها لذا فانه غير مخول بفسخ العقد استناداً الى المادة 49 من اتفاقية فيينا . كذلك ان المشتري فشل ايضاً في اثبات هل ان الإخلال الصادر من البائع نتج عنه حرمان المشتري بشكل اساس من حقوقه العقدية (84) .

وما دام الكلام جارياً في هذا السياق فان محكمة النقض الفرنسية طبقت المبدأ السابق في قرار لها صادر في 23/ كانون الثاني / 1996 والمتعلق بنزاع مابين بائع ايطالي ومشتري فرنسي حيث يلتزم البائع الايطالي بتسليم المشتري الفرنسي بضاعة من النبيذ ، حيث وجدت محكمة النقض الفرنسية ان النبيذ المسلّم غير مطابق لتعليمات النبيذ الفرنسي ، وان المخالفة الجوهرية متحققة في هذا الصدد وذلك لان البائع الايطالي قد اضاف الى النبيذ نسبة من السُكر ، وبتلاعبه هذا فان المخالفة الجوهرية متحققة وان تلاعب البائع الايطالي بالنبيذ بالشكل المتقدم ذكره قد اثر على نوعية النبيذ مما ادى الى تحقق المخالفة الجوهرية ، هذا من جانب . واما من الجانب الآخر فان تصرف البائع الايطالي قد اثر على النبيذ وجعله غير قابل للاصلاح (85) . على الرغم من ان محكمة النقض الفرنسية لم تبين فيما اذا كان هذا النبيذ غير المطابق ممكن بيعه في فرنسا او خارجها.

وعلى عكس ما قررته المحكمة العليا الالمانية في هذا الصدد ، حيث اصدرت – المحكمة العليا الالمانية - قرار يتعلق بقضية ما بين بائع سويسري ومشتري الماني ، ابرما عقد ببيع رخويات بحرية من نيوزيلاند ، هذه الرخويات احتوت على كمية من عنصر الكادنيوم وهو عنصر فلزي ابيض يتجاوز الحد الاعلى المسموح به من قبل السلطات الصحية الالمانية ولكن المحكمة العليا الالمانية انكرت وجود المخالفة الجوهرية والسبب ان كمية الكادنيوم العالية لا تؤثر على مطابقة البضاعة فاستناداً الى المحكمة ان قاعدة محتويات الكادنيوم الموجودة في السمك هي تختلف عن القاعدة الموجودة باللحم ، حتى اذا كان هذا العنصر يتجاوز اكثر من 100% فلا يمكن لاحد ان يفترض ان الغذاء لم يعد مناسباً للاستهلاك والسبب ان الرخويات البحرية تتعارض مع قاعدة الغذاء فهي دائماً لا تُستهلك بكميات كبيرة وفي وقت قصير ولذلك حتى مع وجود تلوث عالي فهو غير مؤذي للصحة البشرية وعلى هذا الاساس قررت المحكمة بان كمية الرخويات تماماً ممكن عرضها للبيع وذات صلاحية للأكل حتى مع وجود نسبة من التلوث (86) .

اما فيما يتعلق بتسليم وثائق معيبة فهي كذلك لا تُعد مخالفة جوهرية اذا كان المشتري بامكانه معالجة هذا العيب في الوثائق بسهولة ، كأن يطلب وثائق جديدة اما اذا كان العيب في الوثائق يؤثر بشكل اساسي على حق المشتري في تداول البضاعة فانه يعتبر مخالفة جوهرية ، وهذا ما اكدت عليه المحكمة الفدرالية العليا الالمانية في 3 / نيسان / 1996 (87) .

والخلاصة ان السوابق القضائية فيما يتعلق بالتنفيذ المعيب جاءت متفاوتة ايضاً مما يستلزم الامر ضرورة توجيه المحاكم الى اعتناق تفسير موحد للامور الغامضة والمعقدة التي تحيط بالمادة 25 من اتفاقية فيينا .

## الخاتمة

وفي خاتمة البحث لا يسعنا الا ان نسجل اهم النتائج والتوصيات التي ثبتناها خلال البحث وهي :-

**اولاً : النتائج .**

1. ان تعريف المخالفة الجوهرية في المادة 25 من اتفاقية فيينا جاء غامضاً بسبب المبالغة الكبيرة في العمومية دون توضيحها بأمثلة كما فعل مبادئ قانون العقد الاوربي 1998 ومبادئ عقود التجارة الدولية لعام 1994 .
2. لاحظنا خضوع القضاء في تعريف المخالفة الجوهرية الى الفقه لاسباب ذكرناها بالتفصيل في البحث وهي من المؤشرات على القضاء عند معالجة مفهوم المخالفة الجوهرية .
3. لاحظنا اقتراب اتفاقية فيينا في مفهوم المخالفة الجوهرية للقانون الانكليزي حيث تبين السوابق القضائية تبني القانون الانكليزي لهذا المفهوم بالكامل وهنا ثبتنا الدليل الدامغ ضد من يقول بعدم علاقة مفهوم المخالفة الجوهرية الى القانون الانكليزي .
4. ايدنا الرأي الذي يركز في تحديد طبيعة الالتزام المؤدي الى المخالفة الجوهرية على خطورة النتائج المترتبة على الاخلال والتي تجعل الغرض الرئيس من العقد في خطر حقيقي وان مصلحة الدائن بالتنفيذ سوف تنتفي كأثر لذلك الاخلال .
5. ثبت لنا في البحث بعد التعمق ان المخالفة الجوهرية لا تتحقق الا بتوفر شرطين وهما الحاق ضرر بالدائن من شأنه ان يحرمه بشكل اساس عما كان يتوقع الحصول عليه من العقد وكذلك توقع المدين لتلك الاضرار .
6. ثبتنا ومن خلال الادلة الواضحة ان الوقت المناسب لتوقع المدين للاضرار هو وقت العقد لا وقت وقوع الضرر بعد ان خلصنا من مناقشة وتحليل مستفيض لآراء الفقه والقضاء في هذا الخصوص .

**ثانياً : المقترحات .**

1. نقترح ان يكون نص المادة 25 من اتفاقية فيينا لعقد البيع الدولي على الشكل الآتي ( تكون مخالفة العقد من احد الطرفين جوهرية اذا تسببت في الحاق ضرر بالطرف الآخر من شأنه ان يحرمه كلياً عما كان يتوقع الحصول عليه من العقد مالم يكن الطرف المخالف لا يتوقع مثل هذه النتيجة واي شخص آخر معقول في نفس الظروف لايتوقع النتيجة . وتكون المخالفة متحققة في الحالات الآتية . أ – ان يكون التنفيذ الصارم للالتزام الذي لم ينفذ هو جوهر العقد . ب – ان يكون عدم التنفيذ سبباً لاعتقاد الطرف الدائن بأنه لا يمكن له ان يعتمد على تنفيذ الطرف المدين في المستقبل ) .
2. اقترحنا من خلال البحث ضرورة انتهاج المحاكم موقفاً موحد في تفسير المادة 25 من اتفاقية فيينا ، اذ ان التباين بين المحاكم كان واضح بجلاء من خلال البحث رغم الدور الكبير الذي يلعبه القضاء في تفسير وتحديد العموم الذي جاءت به المادة 25 .

وآخر دعوانا ان الحمد لله رب العالمين

## الهوامش

1.See .Robert Koch.The Concept of Fundamental Breach of Contract under the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG) .Review of the Covention on Cotracts for the Interbational Sale of Goods (CISG)1998;Kluwer Law International 1999.P215.
available also at web site
http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio.html
2.see.Peter Sahlechtriem.Uniform Sales Law -The UN - Convention on Contracts for the International Sale of Goods .published by Manz;Vienna;1986.P60 aviabl also at web site
http://www.cisg.law.pace.edu/biblio/schlechtriem.html
3.See.Peter Sahlechtriem.supra note 3.P60
4.Robert Koch.supra note 1.P224
5.The full text of the decision is published in German at University of Freiburg Database
http://www.cisg-online.ch/cisg/urteile/279.htm.
6.See The full text of the decision at http://www.cisg-online.ch/cisg/urteile/193.htm
7.See http://www.cisg-online.ch/cisg/urteile/28.htm
8.See
http://cisgw3.law.pace.edu./cases/020621u1.htm1>:
9.See Hossam El –Saghir .Guide to article 25 available also at web site www.cisg.law.pace.edu./cisg/text/ peclcomp25.html
10.See Chengwei Lui.the concept of fundamental breach perspectives from the CISG;unidroit principles and PECL and case law. available also at web site
http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/liu8.html
11.Robert Koch. supra note 1.P234

12.See.Jacob S.Ziegel .The remedial provisions in the Vienna Sales Convention :Some Common Law. The United Nations Convention Contracts for the International Sale of Goods,Matthew Bender .Galston&Sim ed.1984 P2-3.Fritz.Enderlein.and Dietrich Maskow .Interational sales law.United Nationals Convention on contracts for the international sales of Goods Convention on the limitation period in the international sales of goods.Oceana Publications 1992.P111.Michael Will.Bianca-Bonell Commentary on the International Sales Law,Giuffre:Milan(1987)P206
13.See Michael Will.op;cit.P207.Enderlein and Maskow.op;cit112
14.See Andrew Babiak. Defining 'Fundamental Breach "under the United Nations Convention on Contracts for the International Sales of Coods.Temple International and Comparative Law Journal(1992).P115
15.See Michael Will.op;cit.P207
16.See More in this respect . G.H. TREITEL the law of the contract .seven edition .STEVENS &SONS LONDON 1987P637-662.Robert Clark Contract Irish Law Texts .Sweet&Maxwell. London .1986.P274-275
17.See in generally. John O.Honnold ,Uniform Law for International Sales under the 1980 United Nations Convention ,3d ed (1999)P205-212.Schlechtriem.supra note2.P59
18. انظر المادة 376 من قانون بيع البضائع الالماني والمادة 401 من القانون التجاري اليوناني
19.See Leonardo Graffi . Case Law on the Concept of :Fundamental Breach:in the Vienna Sales Convention .Revue de droit des affaires international /International Business Law Journal No3.(2003)P 339
20.See Chengwei Lui. supra.note 10.
21.See Conmmet at PECL

22. Leonardo Graffi. Op;cit .P339
23. Leonardo Graffi. Op;cit .P339. Michael Will. Op;cit P210
24.See Franco Ferrari. Fundamental Breach of Contract Under the UN Sales Convention -25 Years of the Article 25 CISG. Journal of Law and Commerce 25.(Spring 2006)P496
25.The decision sited in by Maartje Bijl. Fundamental Breach in Documentary Sales Contracts The Doctrine of Strict Compliance with the Underlying Sales Contract .European Journal of Commercial Contract Law (1/2009)P24
26.See Jacob S.Ziegel.Op;cit .P36.Bruno Zeller.The Remedy of the Fundamental Breach and the United Nations Convention on the International Sales of Goods (CISG)-A Principle Lacking Certainty? Vindobona Journal Commercial Law& Arbitration(2/2007) P229-230
27.See Leonardo Graffi.Op;cit .P339.Enderlein&Maskow.Op;cit .P113. Michael Will.Op;cit .P210
28. See Chengwei Lui. supra.note 10.
29.See Alexander Lorenz in"Fundamental Breach under the CISG,June1998,available at: http://www.cisg.Law.pace.edu/cisg/biblio/Lorenz.htm1>
30. See Chengwei Lui. supra.note 10.
31. See Chengwei Lui. supra.note 10.
32. See Chengwei Lui. supra.note 10.
33.Landgericht Landshut Germany ,5,April,1995,available at http://cisgw3.Law.pace.edu/cases/950405g1.htm1
34.See Brian.Blum .Contracts. Second Edition. Aspen Law &Business.2001.P597 .G.H Treitel.The Law OF the Contract. Seven Edition. Steven &Sons. London

.1987.P696. Bernstein &Lookofsky ,Understanding the CISG in Europe ,2d ed .(2003)and Lookosfy, Understanding the CISG in the USA,2d ed.(2004)P79.Alison E. Williams Forecasting the Potential Impact of the Vienna Sales Convention on international Sales Law in the United Kingdom .Review of the Convention on contacts for the International Sales of Good (CISG)Kluwer Law International (2000-2001)P18Bruno Zeller. Fundamental Breach and the CISG-unique Treatment or Failed Experiment? Vindobona Journal of International Commercial Law &Arbitration (2004)P91Peter Huber CISG-the Structure of the Remedies Presentation at seminar :The Convention on the International Sales of Goods .The 25th Anniversary: Its Impact in the Past :Its Role in The Future" ,German Society of Comparative Law ,private Law Division ,Conference2005(22-24September2005)p24 .Harry M. Flechtner Remedies Under the New International Sales Convention: The Perspective from Article 2 of the U.C.C Journal of Law and Commerce (1988)P75-76

35.Enderlien&Maskow. Op;cit . P 116.Michael Will .op,cit .P215.

36. Enderlien& Maskow. Op;cit P116

37. See Chengwei Lui. supra. note 10

38.Michal Will.Op;cit ,P215

39.Leonardo Graffi. Op;cit .P340

40.Robert Koch. supra Note 1.

41. Robert Koch. supra Note 1.

42.See Michael Will.Op;cit .P215-217

43. Alexander Lorenz.supra note.29

44. Michal Will.Op;cit ,p216

45. See Chengwei Lui. supra. Note10

46. See Chengwei Lui. supra. Note10

47. Enderlien& Maskow. Op;cit P113. Chengwei Lui.supra note10.
48. Michael Will.Op;cit . P215. Robert Koch. supra Note 1.
49.See Michael Will.Op;cit .P217. Chengwei Lui. supra. Note10
50.See Michael Will.Op;cit .P218. Leonardo Graffi. Op;cit .P340
51. See Michael Will.Op;cit .p219. Chengwei Lui. supra. Note10.
52. Alexander Lorenz.supra note.29
53. Leonardo Graffi. Op;cit .340.
وانظر كذلك في هذا الصدد د. حسن عبدالباسط جميعي .الخطأ المفترض في المسؤولية المدنية. بلا مؤسسة طبع وسنة طبع.ص24.د.مصطفى الجمال شرح احكام القانون المدني مصادر الالتزام .منشاة المعارف .1991.ص350 د.عبد المنعم فرج الصده .مصادر الالتزام .دار النهضة العربية .1992.ص490
54. Michael Will.Op;cit ,P220
55.See Peter Schlechtriem supra note.P2.Jon O. Honnolold.Op;cit .P205. Leonardo Graffi. Op;cit .P341
56. Enderlien& Maskow. Op;cit P116
57.Jacop S.Ziegel Op;cit .P19
58. Michael Will.Op;cit .P218-219.
59. Leonardo Graffi. Op;cit .P341
60. Enderlien& Maskow. Op;cit P116
61. See Chengwei Lui. supra. Note10. Alexander Lorenz.supra note.29.
62.See Jacop S.Ziegel Op;cit .P20
63. John O.honnold.Op;cit .P208
64. انظر في ذلك د. عادل محمد خير. عقود البيع الدولي للبضائع .من خلال اتفاقية فينا وجهود لجنة الأمم المتحدة لقانون التجارة الدولي والغرفة التجارية الدولية.ط1.دار النهضة العربيه.القاهرة.1994ص58 د. عبد الرزاق احمد السنهوري .الوجيز في النظرية العامة للالتزام . منشأة المعارف .2004 .تنقيح المستشار احمد مدحت المراغي . ص 270. د حسن علي الذنون و د. محمد سعيد الرحو. الوجيز في النظرية العامة للالتزام .ج 1 .مصادر الالتزام ط1

دار وائل للنشر .عمان . 2002. ص 209-210 .د عبد الرسول عبد الرضا .و د جمال فاخر النكاس .الوجيز في النظرية العامة للالتزامات .ج1 .بلا مؤسسة وسنة طبع .ص196

65. See Chengwei Lui. supra. Note10. &available at http://cisgw3law.pace.edu/cases/0202201g1.htm1

66. See Chengwei Lui. supra. Note10.&available at http://cisgw3law.pace.edu/cases/020701g1.htm1

67. See Chengwei Lui. supra. Note10.

68. كما هو الامر في القرار الصادر من المحكمة الفدرالية العليا السويسرية بتاريخ15ايلول 2000 جاء فيه(ان التأخر في تسليم البضاعة يشكل مخالفة جوهرية للعقد اذا كان المتعاقدين قد قرروا بان التسليم يجب ان يحصل بتاريخ محدد وان هذا التاريخ ينبني على مصلحة المشتري في تنفيذ العقد وان البائع يعلم بهذه المصلحة جيدا )

available at

http://cisg3.Law.pace.edu/cases/00915s2.html

69.Schlechtriem. supra note 2

See also Alastair Mullis. Avoidance for Breach under the Vienana Convention A Critical Analysis of Some Early Cases. Andreas&Jarborg ed ,Anglo –Swedish in Law ,Lustus Forlag (1998)P352

70. Leonardo Graffi. Op;cit .P341

71. 41. Robert Koch. supra Note 1.

72. See Chengwei Lui. supra. Note10.&available at <http.cisg-online.ch/cisg/urteile/708.htm>

73. . Leonardo Graffi. Op;cit .P342

74. . Leonardo Graffi. Op;cit .P342

75. . Leonardo Graffi. Op;cit .P342

76. See Chengwei Lui. supra. Note10.

77. Leonardo Graffi.Op;cit .p343 .

78. see Leonardo Graffi.Op;cit .p343 . Robert Koch.supra note1. Chengwei Lui. supra. Note10.

79. the full text available at web site <www.cisg.law.pace.edu/cisg/wais/db/cases2/950428a2.html.>

80. full text available at the web site<www.cisg-online.ch/cisg/urteile/57/html>
81. full text available at the web site<www.cisg.law.pace.edu/cisg/wais/db/cases2/49753lil.html>
82. Hossam el-saghir.supra note9.
83. full text available at the web site<www.cisg-online.ch/cisg/urteile/123.html>
84. full text available at the web site<www.cisg-online.ch/cisg/urtele/216.html>
85. see Leonardo Graffi.Op;cit .p344 . Robert Koch.supra note 1.
86. full text available at the web site<www.cisg-online.ch/cisg/urteile/144.html> see also Harry M. Flechtner. The several Texts of the CISG in a Decentralized System Observation on Translations, Reservation and other Challenges to the Uniformity Principle in Article 7(1). Journal of law and commerce .(1998) Vol 17. P 187. Martin Karollus. Judicial interpretation and Application of the CISG in Germany 1988 -1994. Cornell review of the convention on contract s for the international sale of Goods (1995) 51
87. see Chengwei Lui. supra. Note10.

**المصـــادر**

المصادر باللغة العربية:

1. د حسن علي الذنون و د. محمد سعيد الرحو. الوجيز في النظرية العامة للالتزام .ج 1 .مصادر الالتزام ط1 دار وائل للنشر .عمان . 2002
2. د عبد الرسول عبد الرضا .و د جمال فاخر النكاس .الوجيز في النظرية العامة للالتزامات .ج1 .بلا مؤسسة وسنة طبع
3. د. حسن عبدالباسط جميعي .الخطأ المفترض في المسؤولية المدنية. بلا مؤسسة طبع وسنة طبع
4. د. عادل محمد خير. عقود البيع الدولي للبضائع .من خلال اتفاقية فينا وجهود لجنة الأمم المتحدة لقانون التجارة الدولي والغرفة التجارية الدولية.ط1.دار النهضة العربيه.القاهرة.1994
5. د. عبد الرزاق احمد السنهوري .الوجيز في النظرية العامة للالتزام . منشأة المعارف .2004 .تنقيح المستشار احمد مدحت المراغي .
6. د.عبد المنعم فرج الصده .مصادر الالتزام .دار النهضة العربية 1992.
7. د.مصطفى الجمال شرح أحكام القانون المدني مصادر الالتزام .منشاة المعارف .1991

المصادر الانكليزية

1. Robert Koch.The Concept of Fundamental Breach of Contract under the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG) .Review of the Covention on Cotracts for the Interbational Sale of Goods (CISG)1998;Kluwer Law International 1999.P215.available also at web site http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio.html
2. Peter Sahlechtriem.Uniform Sales Law -The UN - Convention on Contracts for the International Sale of Goods .published by Manz;Vienna;1986.P60 aviabl also at web site

http://www.cisg.law.pace.edu/biblio/schlechtriem.html

3. Hossam El –Saghir .Guide to article 25 available also at web site www.cisg.law.pace.edu./cisg/text/ peclcomp25.html
4. Chengwei Lui.the concept of fundamental breach perspectives from the CISG;unidroit principles and PECL and case law. available also at web site http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/liu8.html
5. Jacob S.Ziegel .The remedial provisions in the Vienna Sales Convention :Some Common Law. The United Nations Convention Contracts for the International Sale of Goods,Matthew Bender .Galston&Sim ed.1984
6. Fritz.Enderlein.and Dietrich Maskow .Interational sales law.United Nationals Convention on contracts for the international sales of Goods Convention on the limitation period in the international sales of goods.Oceana Publications 1992.
7. Michael Will.Bianca-Bonell Commentary on the International Sales Law,Giuffre:Milan(1987)
8. Andrew Babiak. Defining 'Fundamental Breach "under the United Nations Convention on Contracts for the International Sales of Coods.Temple International and Comparative Law Journal(1992).
9. G.H. TREITEL the law of the contract .seven edition .STEVENS &SONS LONDON 1987
10. Robert Clark Contract Irish Law Texts .Sweet&Maxwell. London .1986.

11. John O.Honnold ,Uniform Law for International Sales under the 1980 United Nations Convention ,3d ed (1999)
12. Leonardo Graffi . Case Law on the Concept of :Fundamental Breach:in the Vienna Sales Convention .Revue de droit des affaires international /International Business Law Journal No3.(2003)
13. Franco Ferrari. Fundamental Breach of Contract Under the UN Sales Convention -25 Years of the Article 25 CISG. Journal of Law and Commerce 25.(Spring 2006)
14. Maartje Bijl. Fundamental Breach in Documentary Sales Contracts The Doctrine of Strict Compliance with the Underlying Sales Contract .European Journal of Commercial Contract Law (1/2009)
15. Bruno Zeller.The Remedy of the Fundamental Breach and the United Nations Convention on the International Sales of Goods (CISG)-A Principle Lacking Certainty? Vindobona Journal Commercial Law& Arbitration(2/2007)
16. Alexander Lorenz in"Fundamental Breach under the CISG,June1998,available at: http://www.cisg.Law.pace.edu/cisg/biblio/Lorenz.htm1>
17. Brian.Blum .Contracts. Second Edition. Aspen Law &Business.2001.
18. Bernstein &Lookofsky ,Understanding the CISG in Europe ,2d ed .(2003)and Lookosfy, Understanding the CISG in the USA,2d ed.(2004)
19. Alison E. Williams Forecasting the Potential Impact of the Vienna Sales Convention on international Sales Law in the United Kingdom

.Review of the Convention on contacts for the International Sales of Good (CISG)Kluwer Law International (2000-2001)

20. Bruno Zeller. Fundamental Breach and the CISG-unique Treatment or Failed Experiment? Vindobona Journal of International Commercial Law &Arbitration (2004)
21. Peter Huber CISG-the Structure of the Remedies Presentation at seminar :The Convention on the International Sales of Goods .The 25th Anniversary: Its Impact in the Past :Its Role in The Future" ,German Society of Comparative Law ,private Law Division ,Conference2005(22-24September2005)
22. Harry M. Flechtner Remedies Under the New International Sales Convention: The Perspective from Article 2 of the U.C.C Journal of Law and Commerce (1988)
23. Alastair Mullis. Avoidance for Breach under the Vienana Convention A Critical Analysis of Some Early Cases. Andreas&Jarborg ed ,Anglo – Swedish in Law ,Lustus Forlag (1998)
24. Harry M. Flechtner. The several Texts of the CISG in a Decentralized System Observation on Translations, Reservation and other Challenges to the Uniformity Principle in Article 7(1). Journal of law and commerce .(1998) Vol 17.
25. Martin Karollus. Judicial interpretation and Application of the CISG in Germany 1988 -1994. Cornell review of the convention on contract s for the international sale of Goods (1995)

المواقع الالكترونية للقرارات القضائية الأجنبية

1. http://www.cisg-online.ch/cisg/urteile/279.htm.
2. http://www.cisg-online.ch/cisg/urteile/193.htm

3. http://www.cisg-online.ch/cisg/urteile/28.htm
4. http://cisgw3.law.pace.edu./cases/020621u1.htm1
5. http://cisgw3.Law.pace.edu/cases/950405g1.htm 1
6. www.cisg.law.pace.edu/cisg/wais/db/cases2/950428a2.html.
7. www.cisg-online.ch/cisg/urteile/57/html>
8. www.cisg.law.pace.edu/cisg/wais/db/cases2/49753lil.html>
9. www.cisg-online.ch/cisg/urteile/123.html>
10. www.cisg-online.ch/cisg/urtele/216.html>