تصدع فكرة التطبيق الموحد في البيع الدولي للبضائع

الدكتور/ حسام سيد عبدالرحيم علي
أستاذ القانون التجاري المساعد
كلية الدراسات الإنسانية الإدارية
كليات عنيزة - المملكة العربية السعودية

ملخص

الأصل العام تطبيق نصوص البيع الموحد في المنازعات الدولية، ومن ثم لا مجال لتطبيق القانون الوطني على تلك المنازعات، لذا شكلت نصوص اتفاقية فيينا للبيع الدولي للبضائع في جوهرها نظاماً مغلقاً، يحد من تدخل القانون الوطني، بيد أنه لا يمكن القول بوجود استبعاد مطلق للقانون الوطني، على اعتبار أن بعض نصوص الاتفاقية تحيل صراحة للقانون الوطني، هذه الإحالة الذاتية -التي مصدرها الاتفاقية - للقانون الوطني قد تؤثر على التطبيق الموحد للاتفاقية.

فلئن كانت اتفاقية فيينا نصت في المادتين ٤٦ و ٦٢ منها على حق كل من المشتري والبائع في عقد البيع الدولي للبضائع في مطالبة الطرف الآخر في التنفيذ العيني للالتزام، إلا أنها في ذات الوقت أجازت لمحاكم الدول المتعاقدة في المادة ٢٨ من الاتفاقية، الامتناع عن الحكم به إذا كان القانون الوطني للمحكمة لا يجيزه بشأن عقود بيع مماثلة، ولا ريب أن هذا الحكم يوسع من دور القانون الوطني، بالإحالة صراحةً إليه، وذلك على الرغم من تحفظ بعض الدول إزاء هذه المسألة، كما أنه يثير الشك بالنسبة لأطراف البيع الدولي، ويسبب بعض التعقيدات في تفسير الاتفاقية، كما لا يخفى خطورة هذه الإحالة على التطبيق الموحد للاتفاقية، خاصة عندما لا يجيز القانون الوطني محل التطبيق هذا التنفيذ العيني.

أما الإحالة للقانون الوطني في المادة ٢/٧ من الاتفاقية بشأن المسائل التي تحكمها الاتفاقية ولم تنص صراحة على أجوبة بشأنها، فهي تعد إحالة من المرتبة الثانية أو إحالة تكميلية - وهي معروفة في بعض القوانين الوطنية - يتعين الحذر من اللجوء إليها إلا بعد التحقق من خلو المبادئ العامة التي تقوم عليها الاتفاقية من تنظيم تلك المسألة المعروضة على القاضي، بحيث لا يلجأ إلى هذه الإحالة إلا كملاذ أخير.

المقدمة

إن القول بتطبيق قانون وطني على المنازعات الناشئة عن معاملات التجارة الدولية، غير متفق مع حقيقة ذاتية التعامل الدولي وماله من خصائص معينة، ذلك أن القانون التجاري الدولي يبتعد عن التشريعات الوطنية متجهًا إلى حقيقة المفهوم الدولي للتعامل(١)، فضلاً عن أن الأمر يتعلق بعقود دولية لها أهميتها وحساسيتها بحسبانها تتصل بمصالح أكثر من دولة، مما يتعين استخدام حلول تتفق وطبيعة هذه العقود، وكذلك طبيعة المنازعة التي يمكن أن تنشأ بين طرفي تلك العقود(٢)، فالتجارة الدولية لا تجد المناخ المناسب لنموها إلا عندما تتحرر من قيود واختلاف التشريعات والقوانين الوطنية (٣)؛ لأن القواعد القانونية الوطنية صيغت أصلاً للتطبيق على أطراف ينتمون لذات الدولة وليس خارجها، فهي لا تقوم بمنح حلول وافية تلائم مقتضيات التجارة الدولية، ولا تتفق مع الآفاق الدولية البعيدة المدى والآثار(٤).

لذلك كان الهدف من وراء اتفاقية فيينا عام ١٩٨٠ للبيع الدولي للبضائع(٥) إيجاد قواعد موضوعية موحدة(٦) تطبق على عقود البيع الدولي دون حاجة إلى إعمال قواعد

---

(١) القول منسوب لـ Clive M.schmitthof، انظر: د/ ثروت حبيب، قانون التجارة الدولية: تطوره المتسع منذ الخمسينات وحتى الآن، كتاب المؤتمر الفضي لكلية الحقوق، جامعة المنصورة، مصر ١٩٩٩، ص ٢٧٩.

(٢) حازم بيومي المصري، الآليات الحديثة في التجارة الدولية: عقود اليونسترال: دراسة تحليلية، دار النهضة العربية، ٢٠١٠، ص ٦٩.

(٣) د/ أحمد السيد لبيب إبراهيم علي، الإخلال المبتسر بعقد البيع الدولي للبضائع (دراسة في اتفاقية فيينا ١٩٨٠ والتشريعات، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق جامعة المنصورة ، العدد ٥٥، أبريل ٢٠١٤، ص ٧٦٦.

(٤) د/ نغم حنا رؤوف، التنظيم القانوني لعمل لجنة الأمم المتحدة لقانون التجارة الدولية، مجلة جامعة تكريت للعلوم الإنسانية، المجلد ١٦، العدد السادس، ٢٠٠٩، ص ٣٥٠.
قرب ذلك: د/ محمد طارق، قانون التجار الدولي، إشكالية الوجود وآفاق التطور، مجلة القضاء التجاري، المغرب، السنة الثانية، العدد ٣، ٢٠١٤م، ص ١٣٩.

(٥) تحمل الاتفاقية اسماً رسمياً هو «اتفاقية الأمم المتحدة بشأن عقود البيع الدولي للبضائع» ، وتعرف باسم «اتفاقية فيينا لعام ١٩٨٠»، ويطلق على الاتفاقية باللغة الإنجليزية :
« United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods »
وتختصر إلى «CISG».

(٦) اهتمت المنظمات الدولية بتوحيد أحكام البيع الدولي للبضائع لما لعقد البيع من أهمية خاصة في مجال التجارة الدولية، وقد سارت هذه الجهود في زاويتين:
الزاوية الأولى: هي توحيد قواعد تنازع القوانين عن طريق وضع قواعد إسناد موحدة.
أما الزاوية الثانية: فتتضمن وضع قواعد موضوعية موحدة تسري على البيوع الدولية للبضائع.
وجدير بالملاحظة أن موضوع البحث في جوهر القواعد الموضوعية في البيع الموحد للبضائع، لذا =

تنازع القوانين[٧][٨]، فقد جاءت اتفاقية فيينا بمجموعة محايدة من القواعد يمكن قبولها بسهولة في ضوء طابعها العابر للحدود الوطنية[٩].

والحق إن هذا الاتجاه الموحد للاتفاقية يضمن حتمية تطبيقها، فمن حيث المبدأ لا مجال لتطبيق القانون الوطني في المنازعات الدولية؛ لذا تمثل نصوص اتفاقية فيينا في جوهرها نظاماً مغلقاً، يحد من تدخل القانون الوطني، بيد أنه لا يمكن القول بوجود استبعاد مطلق للقانون الوطني، على اعتبار أن بعض نصوص الاتفاقية تحيل صراحة للقانون الوطني- هو موضوع هذا البحث [١٠] - ومن الممكن تفسير هذه الظاهرة إلى ذلك الحضور القوي للقانون الوطني من خلال بعض التصورات الخاصة بتنفيذ الالتزامات التعاقدية، وخاصة فيما يتعلق بالجزاء واجب التطبيق في حالة الامتناع عن تنفيذ الالتزامات، كما أن الاتفاقية لا تضع حلولاً لكل ما يمكن أن يعرض من منازعات بشأن الموضوعات التي شملتها، مما يثير مشكلة تتعلق بالقواعد الواجبة التطبيق على المسائل التي أغفلت الاتفاقية علاجها على الرغم من دخولها في إطار الموضوعات التي تشملها.

= نتناوله من الزاوية الثانية لا الأولى، وهذا لا يمنع أن نعرج أحياناً على الإحالة في القانون الدولي الخاص، ولكن بإيجاز شديد، ودون أن يشعر القارئ أننا استغرقنا في قواعد التنازع على حساب الفكرة الجوهرية لموضوع البحث، وهي تصدع فكرة التوحيد التي قامت على أساسها اتفاقية فيينا للبيع الدولي للبضائع.

(٧) من المستقر عليه فقهًا وقضاءً أن القانون الواجب التطبيق على العقد الدولي هو في المقام الأول القانون المختار من قبل أطراف العقد، وقد أكدت المادة ٦ من اتفاقية فيينا على حرية المتعاقدين في إقصاء الاتفاقية حيث تكون واجبة التطبيق؛ إعلاءً لمبدأ سلطان الإرادة، وبذلك تكون الاتفاقية قد جعلت لإرادة المتعاقدين الغلبة في التطبيق على نصوص الاتفاقية ذاتها.

(٨) د/ السيد خليل إبراهيم محمد، القانون الواجب التطبيق على عقد البيع الدولي وفقاً لاتفاقية فيينا لعام ١٩٨٠، بحث منشور في مجلة الرافدين للحقوق، السنة (١٠)، العدد (٣٥)، ٢٠٠٨، ص ٨٥.

(٩) د/ ثروت حبيب، قانون التجارة الدولية: تطوره المتسع منذ الخمسينات وحتى الآن، مرجع سابق، ص ٢٩٤.

(١٠) ينحصر نطاق البحث على الإحالة المباشرة للقانون الوطني، التي من شأنها التأثير على التطبيق الموحد للاتفاقية، دون الإحالة غير المباشرة، على اعتبار أن الاتفاقية لا تضع حلولاً لجميع الموضوعات المتصلة بعقد البيع الدولي من أركان وشروط وآثار، وإنما يقتصر تطبيق الاتفاقية على تكوين عقد البيع الدولي، والحقوق والالتزامات التي ينشئها العقد لكل من البائع والمشتري، أي أن هناك ثمة مسائل مستبعدة من نطاق تطبيق اتفاقية فيينا مطلقًا (استبعاد مطلق للاتفاقية)، كما أن القانون الوطني لايزال يحتفظ بدوره في إعمال بعض قواعد الاتفاقية وهو ما نسيمه (استبعاد اتفاقي للاتفاقية)، والتي سوف تكون محلاً لبحث آخر بإذن الله تعالى.

السؤال الذي يرد هنا: هل الإحالة الذاتية – التي مصدرها الاتفاقية ذاتها – للقانون الوطني تؤثر على التطبيق الموحد للاتفاقية؟ وهل هناك ثمة خطورة من هذه الإحالة على التطبيق الموحد للاتفاقية من عدمه؟ وما هو دور القاضي تجاه هذه الإحالة؟

هذا ما سأحاول الإجابة عنه في ثنايا هذا البحث، متبعًا المنهج التحليلي لبيان الحالات التي تحيل فيها الاتفاقية نفسها إلى القانون الوطني، والتي من شأنها التأثير على التطبيق الموحد للاتفاقية، بحسبانه أحد المبادئ التي تقوم عليها الاتفاقية، والتي نصت عليه صراحة المادة ١/٧ من الاتفاقية، ولكونه الهدف الذي ترمي إليه الاتفاقية.

خطة البحث:

نقسمه إلى مبحثين على النحو التالي:

المبحث الأول: الإحالة إلى القانون الوطني بموجب المادة ٢٨ من الاتفاقية.

المبحث الثاني: الإحالة إلى القانون الوطني لسد النقص في النصوص.

المبحث الأول
الإحالة إلى القانون الوطني بموجب المادة ٢٨ من الاتفاقية

تمهيد:

أحالت اتفاقية فيينا للقانون الوطني في المادة ٢٨ منها بشأن التنفيذ العيني للالتزام، ويجدر الإشارة إلى أن التنفيذ العيني في الاتفاقية، يتضمن أي أمر موجه لأي من الطرفين لتنفيذ الالتزامات التعاقدية، ومن ثم يكون ادعاء البائع بالثمن مطالبة بالتنفيذ العيني. ومن الثابت أن التنفيذ العيني أو الجبري هو إكراه المدين في عقد البيع على تنفيذ عين ما التزم به، ويكون ذلك بإلزامه بتنفيذ التزامه وفق ما نص عليه العقد، ووفقًا لأحكام الاتفاقية، ويذهب الاتجاه التشريعي السائد بين مختلف الأنظمة القانونية إلى بسط نطاق التنفيذ العيني إلى أبعد مدى مستطاع بين طرفي العلاقة التعاقدية، إذ إن المبدأ العام السائد في معظم التشريعات هو إلزام المدين بالتنفيذ العيني للالتزام كنتيجة طبيعية لعقد البيع[١١]، إلا أنه يوجد اختلاف في التفصيلات حيث يعتبر التنفيذ في نظم القانون الخاص من الحقوق الأصلية للمتعاقد[١٢]، ومن ذلك مثلًا القانون الفرنسي[١٣] والقانون

(١١) أمازوز لطيفة، التزام البائع بتسليم المبيع في القانون الجزائري، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، ٢٠١٢، ص ٤٠٠.

(١٢) Pierre Garello, The breach of contract in French law: between safety of expectations .and efficiency, International Review of Law and Economics 22 (2003), p. 417

(١٣) في التشريع الفرنسي يتم إعطاء الأولوية للتنفيذ العيني، حيث يكون جائزاً دائماً متى كان لا يتطلب تدخلاً شخصياً من جانب المدين، فالتنفيذ العيني لالتزام البائع بالتسليم جائز دائماً، فإذا كان المبيع عيناً معينة بذاتها، فإن ملكيتها تنتقل في الأصل بمجرد الاتفاق، إذا لم ينقذ البائع التزامه بالتسليم فإنه يجوز للمشتري – باعتباره مالكاً– أن يقيم دعوى الاسترداد ثم يوقع الحجز، ولا يكون المشتري في حاجة إلى طلب التنفيذ العيني إلا إذا كان المبيع عيناً معينة بنوعها فقط، إذ لا تنتقل ملكيتها إلا بالتعيين (المادة ١٦١٠ من التقنين المدني الفرنسي).
د/ محسن شفيق، اتفاقية الأمم المتحدة بشأن البيع الدولي للبضائع، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٨، ، فقرة ١٧٧، ص ١٢٣، ١٢٤، د/ جعفر محمود المغربي، طرق إجبار المدين على التنفيذ العيني دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس، ٢٠٠٠، ص ١١، هيثم عبد المجيد محمود عبد المجيد العربي، عقد التوريد (في قانون التجارة الجديد رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩) دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس، ٢٠١٠، ص ٣٥٧.
V. Heuze, Traite des contrats, la vente internationale de marchandises, L.G.D.J., .Delta, 2001, P. 359

المصري[١٤] والقانون الألماني[١٥]، في حين يعتبر جزاءً استثنائيًا في بعض القوانين الأخرى مثل القانون الإنجليزي[١٦] والذي يعد فيه التنفيذ العيني علاجًا استثنائيًا[١٧]، لا يتم اللجوء إليه إلا إذا كانت البضاعة معينة بالذات أو تم إفرازها عندما تكون البضاعة مثلية، فإذا لم تكن كذلك فلا يجوز الحكم بالتنفيذ العيني، ولا تلجأ إليه المحكمة إلا إذا كان الحكم بالتعويض غير كاف لإزالة الضرر[١٨].

وسوف نتناول في هذا المبحث شرح القيد الوارد في المادة ٢٨ من الاتفاقية وأثره في المطلب الأول، ثم التعليق على هذا القيد في المطلب الآخر.

(١٤) نصت المادة ١٩٩ من التقنين المدني المصري على أن: «١- ينفذ الالتزام جبراً على المدين...»، كما نصت المادة ٢٠٣/ ١ منه على أن: « يجبر المدين بعد إعذاره طبقاً للمادتين ٢١٩، ٢٢٠ على تنفيذ التزامه تنفيذاً عينياً، متى كان ذلك ممكناً». راجع في ذلك: د/ نبيل إبراهيم سعد، العقود المسماة، الجزء الأول البيع، منشأة المعارف، الإسكندرية، ٢٠٠١، ص ٢٦٢، د/ محمد إبراهيم دسوقي، القانون المدني الالتزامات، دار الطباعة الحديثة، أسيوط، ٢٠٠٠/ ٢٠٠١، ص ٢٥١، د/جودت هندي، التزام البائع بتسليم المبيع وفق أحكام اتفاقية الأمم المتحدة للبيع الدولي لعام ١٩٨٠، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، السنة ٢٨، العدد الثاني، ٢٠١٢م ، ص ٩٥، آدم عبدالله الدوم آدم، أحكام عقود التجارة الدولية (دراسة مقارنة)، رسالة دكتوراه، جامعة أم درمان الإسلامية، ٢٠١٣م، ص ٣٥٠.

(١٥) وفقًا للمادتين٢٤١، ٢٤٢ من القانون المدني الألماني فإن التنفيذ العيني هو حق أولي للدائن يطالب به مدينه الملزم بتنفيذ التزامه، وأيضاً التشريع السويدي. راجع: د/ رضا عبيد، دراسة في قانون التجارة الدولية القواعد الموحدة في البيع الدولي، بدون ناشر، ٢٠٠٧، فقرة ١٨٤، ص ٢٣٢.

(١٦) جمال محمود عبدالعزيز، الالتزام بالمطابقة في عقد البيع الدولي للبضائع، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، ١٩٩٦-١٩٩٧، فقرة ٣٧٣، ص ٤٢٩.

(١٧) د/ ثروت حبيب، دراسة في قانون التجارة الدولية مع الاهتمام بالبيوع الدولية، منشأة المعارف بالإسكندرية، بدون سنة نشر، فقرة ١٦٣، ص ٣٣٣، أمازوز لطيفة، التزام البائع بتسليم المبيع في القانون الجزائري، مرجع سابق، ص ٤١٥.

(١٨) د/ أحمد السعيد الزقرد، أصول قانون التجارة الدولية البيع الدولي للبضائع، المكتبة العصرية، المنصورة، ٢٠١٠، فقرة ١٠١، ص٢٠١، د/ عصام أنور سليم، خصائص البيع الدولي (وفقاً لاتفاقية الأمم المتحدة بشأن البيع الدولي للبضائع المبرمة في فيينا سنة ١٩٨٠)، منشأة المعارف، الإسكندرية، ٢٠٠٤، ص ٥٥، هيثم عبد المجيد محمود عبد المجيد العربي، مرجع سابق، ص ٣٥٧.
See also: Jianming shen, S.J.D., The remedy of requiring performance under the CISG and the relevance of domestic rules, Arizona Journal of International and Comparative Law, Fall, 10/1996, Volume13, P.278, Christiana Fountoulakis, Remedies for Breach of contract under the United Nations Convention on the International Sale .of Goods, ERA Forum, April 2011, Volume 12, Issue 1., p.13

المطلب الأول

القيد الوارد بالمادة ٢٨ من الاتفاقية

لئن كانت اتفاقية فيينا نصت في المادتين ٤٦ و٦٢ منها[١٩]على حق كل من المشتري والبائع في عقد البيع الدولي للبضائع في مطالبة الطرف الآخر بالتنفيذ، وهي في ذلك تتفق مع النظم اللاتينية في هذا الشأن، إلا أنها وإرضاءً لدول النظم الأنجلوسكسوني قد أوردت في المادة ٢٨ منها قيدًا، حيث منحت المحكمة في النظام الأنجلوسكسوني الخيار في أن تحكم بالتنفيذ العيني كجزاء، أو عدم الحكم به إذا كانت قواعد قانونها الموضوعي لا تسمح بذلك[٢٠].

فلقد أخذت اتفاقية فيينا بالحل الذي تبنته من قبلها اتفاقية لاهاي[٢١] حيث قدمت حلًا توفيقيًا بين النظم القانونية المختلفة، بشأن التنفيذ العيني[٢٢]، فنصت المادتان ٤٦، ٦٢ من اتفاقية فيينا على اعتباره جزاءً أساسيًا لتخلف المدين- سواء أكان البائع أم المشتري- عن تنفيذ التزامه في عقد البيع الدولي، وفي ذات الوقت أجازت لمحاكم الدول المتعاقدة في المادة ٢٨ من الاتفاقية، الامتناع عن الحكم به إذا كان القانون الوطني للمحكمة لا يجيزه بشأن عقود بيع مماثلة[٢٣]. حيث نصت المادة ٢٨ من اتفاقية فيينا على أنه:

---

(١٩) أكدت اتفاقية فيينا المبدأ العام للتنفيذ العيني في المادة ٤٦ في الفقرة الأولى بقولها: «يجوز للمشتري أن يطلب من البائع تنفيذ التزامه ما لم يتمسك المشتري بتطبيق أحد الجزاءات التي لا تتفق مع هذا الطلب»، وكذلك المادة ٦٢ – صيغت بطريقة مماثلة للمادة ٤٦- والتي أعطت البائع الحق في التنفيذ العيني بقولها: «يجوز للبائع أن يطلب من المشتري دفع الثمن أو استلام البضائع أو تنفيذ التزاماته الأخرى، إلا إذا كان البائع قد استعمل حقًا يتعارض مع هذا الطلب».

(٢٠) أحمد علي أحمد العماوي، التنفيذ العيني في اتفاقية الأمم المتحدة بشأن عقود البيع الدولي للبضائع (فيينا ١٩٨٠): دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة اليرموك، ٢٠١٦، ص ح.

(٢١) نص المادة ٧ من اتفاقية لاهاي، وأكدته في المادة ١٦ من القانون الموحد للبيع الدولي للمنقولات المادية.

(٢٢) د/ طالب حسن موسى، قانون التجارة الدولية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، الطبعة السابعة، ١٤٣٣هـ- ٢٠١٢م، ص ٢٢٧.
See also: Fritz Enderline & Dietrich Maskow «International sales law, U. N. convention on contracts for the international sale of goods,Oceana publications, 1992, P. 120, Jianming shen, S.J.D., The remedy of requiring performance under the CISG and the relevance of domestic rules, op. cit., P. 253, V. Heuzé, Traite, op. .cit., No. 410, P. 359

(٢٣) Huet (J.), Vente internationale de marchandises, Jur. Class. Commercial, Fas. 474, 1995., No. 41, P. 17, Amy H. Kastely,«the Right to Require Performance in International sales: Towards International Interpretation of the Vienna convention«, (1988),63 Washington Law Review,P. 612,at web site http://cisgw3.law.pace. =

«إذا كان من حق أحد الطرفين، طبقًا لنصوص هذه الاتفاقية، أن يطلب من الطرف الآخر، تنفيذ أحد التزاماته، فلا تلتزم المحكمة بالأمر بالتنفيذ العيني، ما لم يكن في وسعها أن تفعل ذلك طبقًا لقانونها بشأن عقود بيع مماثلة لا تخضع لهذه الاتفاقية».

ووفقًا للمادة السابقة فإنه إذا كان من حق أحد الطرفين أن يطلب من المحكمة أن تأمر له بالتنفيذ العيني، فإن المحكمة تأمر به إذا كان نظامها القانوني يسمح بذلك في عقد بيع يخضع للقانون الوطني للمحكمة[٢٤]، أمَّا إذا لم يكن قانون المحكمة يسمح بأن تقضي بالتنفيذ العيني، فيستبعد التنفيذ العيني ليطبق القانون الوطني، ولا سبيل – في هذه الحالة – إلا تطبيق الجزاءات الأخرى المنصوص عليها بالاتفاقية مثل التعويض[٢٥]. وبذلك تكون المادة سالفة الذكر تضمنت استثناءً على مبدأ التنفيذ العيني، وهي تلك الحالة التي يكون فيها قانون القاضي لا يجيز الأمر بالتنفيذ العيني أو يضع له قيودًا، فإنه

= edu /cisg /biblio/kastely1.html.,Ayela, Christophe, L'harmonisation du droit de la vente internationale: Necessite et realite, Mémoire de maîtrise, Universite d' .Ottawa, Canada, 1993, P. 146

(٢٤) Avery W. Katz, Remedies for Breach of contract under CISG, International Review of Law and Economics 25, 2005, P. 384, Christiana Fountoulakis, op. cit., P. 13, Peter Huber, CISG -- The Structure of Remedies, Presentation at seminar: «The Convention on the International Sale of Goods. The 25th Anniversary: Its Impact in the Past; Its Role in The Future», German Society of Comparative Law, Private Law Division, Conference 2005, 22-24 September 2005, Wurzburg, P. 15, Jaber, H., The remedies regime under the United Nations convention on contracts for the international sale of goods, Ph D Thesis, University of Ottawa, 1990,P. 215, H. VAN GOUTTE, et P. Wautele, Obligations des parties et sanctions des obligations dans La CVIM, RDAI, n°3/4, 2001, No. 36, P. 324, 325, J. Huet, op. cit., No. 27 .,P.11, Amy H. Kastely, op. cit., P. 612

(٢٥) د/ أحمد السعيد الزقرد، أصول قانون التجارة الدولية البيع الدولي للبضائع، ٢٠١٠م، مرجع سابق، فقرة ١٠١، ص ٢٠٠، د/ عصام أنور سليم، خصائص البيع الدولي...، مرجع سابق، ص ٥٦، د/صفوت ناجي بهنساوي، الالتزام بتسليم البضائع في عقد البيع الدولي، دراسة لاتفاقية فيينا سنة ١٩٨٠، بدون دار نشر، ١٩٩٦، فقرة ٦٥، ص ٦٢، د / طالب حسن موسى، قانون التجارة الدولية، مرجع سابق، ص ٢٢٨.=

= See also:

Peter schlechtriem, «Uniform Sales Law - The UN-Convention on Contracts for the International Sale of Goods»,Manz, Vienna, 1986.Available at: http://www.cisg. law.pace.edu /cisg/biblio/schlechtriem.html, P. 62., Harry M. Flechtner, Buyers' remedies in general and Buyers' performance - oriented remedies, Proceedings of the UNCITRAL - VIAC Joint conference, 15-16 March 2005, Vienna: Celebrating Success: 25 years United Nation Convention on contracts for the International Sale of goods(CISG), the Journal of Law and Commerce, Volume 25, Issue 1, Fall .2005, P. 342

سيرفض طلبه، وعندئذ يكون للمشتري فسخ العقد متى كان الإخلال جسيمًا أو جوهريًا، أمَّا إذا كان الإخلال غير جوهري فلا يكون أمام المشتري إلا التعويض(٢٦)، ومن ثم يحتفظ القاضي بحرية تقدير ملاءمة الأمر بالتنفيذ العيني حتى مع توافر شروط التنفيذ العيني وفقًا للاتفاقية(٢٧).

ويلاحظ أن التحفظ المنصوص عليه في المادة ٢٨ من الاتفاقية يدعو من جهة أخرى إلى التساؤل بشأن تحديد القانون الوطني، الذي يحيل القاضي المختص بنظر النزاع عليه، فهل هو قانون القاضي le droit du for، أو بالأحرى قانون الأطراف lex contractés؟

في الحقيقة، فإن التطبيق السليم للاتفاقية يظهر جليًا متى تجاوز القضاء الإنجلوسكسوني تحفظه حيال التنفيذ العيني، والحق إن واضعي الاتفاقية قد تجنبوا من جانبهم خطر تغليب الطابع الوطني على الاتفاقية من خلال وضع مجموعة من المفاهيم القريبة من تلك التي اقترحتها مبادئ القانون الموحد(٢٨).

ويرى بعض الفقه(٢٩) أن المقصود بالقانون الوطني للمحكمة هو القواعد الموضوعية في قانون المحكمة، وليس قواعد التنازع التي قد تحيل إلى قانون غير قانون المحكمة(٣٠).

فعلى سبيل المثال إذا عرض نزاع بشأن مطالبة المشتري بالتنفيذ العيني وفقاً لأحكام اتفاقية البيع أمام محكمة إنجليزية، فإنه يتم الرجوع إلى القانون الإنجليزي للنظر فيما إذا كان يسمح بالحصول على التنفيذ العيني في القضية المطروحة، وكما هو

---

(٢٦) د/ رضا عبيد، دراسة في قانون التجارة الدولية القواعد الموحدة في البيع الدولي، مرجع سابق، رقم ١٩٢، ص ٢٣٧، التعليق على مشروع اتفاقية البيع الدولي للبضائع من إعداد الأمانة العامة، الوثيقة A/CONF. ٩٧/٥، موقع الأونستيرال، التعليق على المادة ٤٢، ص ١٠٨، الرابط:
http://www.uncitral.org/pdf/arabic/texts/sales/cisg/CISG_Conf_a.pdf

(27) .V. Heuzé, op. cit., Traite des contrats, la vente de marchandises,2001, No. 410, P. 359

(٢٨) .H. VAN GOUTTE, et P. Wautele, article précité., No. 36, P. 325

(٢٩) انقسم الفقه القانوني في شأن قبول الإحالة إلى فريقين، أحدهما يؤيد قبولها، والآخر يرفضها، فيرى أنصار الاتجاه الأول: أنه يتعين على القاضي أن يأخذ في الاعتبار قواعد الإسناد في القانون الأجنبي واجب التطبيق دون أن يقتصر على تطبيق القواعد الموضوعية في ذلك القانون، بينما يذهب الاتجاه الآخر إلى رفض مبدأ الإحالة، وتطبيق القواعد الموضوعية في القانون واجب التطبيق مباشرة، غاضًا الطرف عن قاعدة الإسناد في ذلك القانون.
راجع في ذلك: د/ أحمد عبد الكريم سلامة، الوسيط في القانون الدولي الخاص السعودي دراسة مقارنة، جامعة الملك سعود، الرياض، فقرة ٩٨٩، ص ٥٦٨، ٥٦٩.

(٣٠) د/ محسن شفيق، اتفاقية الأمم المتحدة بشأن البيع الدولي للبضائع، مرجع سابق، فقرة ١٨٣، ص ١٢٨، جمال محمود عبدالعزيز، الالتزام بالمطابقة في عقد البيع الدولي للبضائع، مرجع سابق، فقرة ٣٧٢، ص ٤٢٨.

معروف بشكل عام فإن التنفيذ العيني في القانون الإنجليزي يُعد جزاءً استثنائيًا يتم منحه فقط في الحالة التي يكون فيها الحكم بالتعويض غير كاف لإزالة الضرر[٣١]، وفي المقابل ترى المحكمة الفرنسية أحقية المشتري في التمسك بالمطالبة بالتنفيذ العيني كجزاء أصلي، إذا توافرت شرائط الحكم به[٣٢].

كما أن هناك سؤالاً آخر يطرح نفسه، وهو هل يمتد القيد الوارد بالمادة ٢٨ من الاتفاقية، بشأن سماح القانون الوطني بالتنفيذ العيني، إلى نص المادة ٢/٤٦ و٣/٤٦ من الاتفاقية[٣٣]، بخصوص جزاء استبدال البضاعة، أو طلب إصلاح عيب المطابقة أم لا؟ وخاصة أن جزاء إصلاح عيب المطابقة غير معروف في العديد من الأنظمة القانونية، على سبيل المثال، قانون التجارة الموحد (UCC)[٣٤].

وللإجابة عن هذا السؤال، فإن هناك خلافًا فقهيًا بشأن معرفة ما إذا كان من الممكن الاحتجاج بالقيد الوارد في المادة ٢٨ من الاتفاقية حيال كافة أشكال التنفيذ العيني- مثل التنفيذ بطريق الاستبدال (المادة ٢/٤٦) من الاتفاقية، أو فقط حيال التنفيذ العيني العام[٣٥].

والملاحظ أن الاتفاقية لم تحسم هذه المسألة بصورة مباشرة، لذا فإن الإحالة للقانون الوطني تُثير بعض التعقيدات من حيث تفسير الاتفاقية[٣٦]، خاصة أن المادة ٤٦ من الاتفاقية جاءت خلوًا من ثمة إشارة للمادة ٢٨ باعتبارها قيدًا واردًا على حكمها، مما يُعد عيبًا في الصياغة كان من اللازم تداركه بشأن إعداد قواعد موضوعية موحدة للبيع الدولي.

---

(٣١) Christiana Fountoulakis, op. cit., P. 13, J. Huet, op. cit., No. 27 , P. 11.
انظر أيضاً: د/ جودت هندي، مرجع سابق، ص ٩٦، د/ ثروت حبيب، دراسة في قانون التجارة الدولية مع الاهتمام بالبيوع الدولية، مرجع سابق، فقرة ١٦٣، ص ٣٣٤، ٣٣٥.

(٣٢) Christiana Fountoulakis، op. cit.، P ١٤.

(٣٣) أجازت اتفاقية فيينا في الفقرة الثانية من المادة (٤٦) للمشتري في حالة عدم مطابقة البضائع للعقد أن يطلب من البائع تسليم بضائع بديلة إذا كان العيب في المطابقة يشكل مخالفة جوهرية للعقد، وطلب المشتري تسليم البضائع البديلة في الوقت الذي يخطر فيه البائع بعدم المطابقة وفقاً لأحكام المادة ٣٩ أو في ميعاد معقول من وقت هذا الإخطار. كما تضمنت المادة ٤٦/ ٣ منها تنظيم طلب إصلاح البضاعة بقولها: «إذا لم تكن البضاعة مطابقة للعقد، يجوز للمشتري أن يطلب من البائع إصلاح عيب المطابقة، ما لم يشكل هذا الإصلاح عبئاً غير معقول على البائع مع مراعاة جميع ظروف الحال، ويجب أن يتم الإصلاح إمَّا في وقت عمل الإخطار المنصوص عليه في المادة ٣٩ أو في خلال ميعاد معقول من تاريخ هذا الإخطار».

(٣٤) Uniform Commercial Code.

(٣٥) H. VAN GOUTTE, et P. Wautele, article précité., No. 36, P. 325.

(٣٦) Amy H. Kastely, op. cit., P. 612.

لهذا الأمر انقسم الفقه القانوني إلى فريقين، فبينما يرى فريق من الفقه أن المادة ٢٨ من الاتفاقية هي نص خاص على النص العام المتعلق بالتنفيذ العيني والوارد بالمادة ١/٤٦، يطبق متى لم يقم المدين بتنفيذ التزامه أصلًا، لا يجوز التوسع فيه، وتبقى المادة ٤٦ في فقرتيها الثانية والثالثة بمثابة تطبيق خاص للتنفيذ العيني في حالة تسليم بضاعة معيبة فقط[٣٧]، وبالتالي تكون المادة ٢٨ مَعنِية فقط بحالة عدم التنفيذ، دون التنفيذ المعيب، ويقتصر تطبيقها على الحالة الأولى (المادة ١/٤٦) دون الحالة الثانية (المادة ٢/٤٦ و٣)[٣٨].

وفي المقابل هناك رأي آخر يخضع الفقرتين الثانية والثالثة من المادة ٤٦ للقيد الوارد بالمادة ٢٨ من الاتفاقية، بحيث إذا ما طالب المشتري باستبدال البضاعة أو إصلاحها أمام محكمة تتبع النظام الأنجلوسكسوني، فإن المحكمة لن تكون ملزمة بإصدار حكم بالتنفيذ العيني وإجابة المشتري إلى طلبه وفقًا للمادة ٢٨ من الاتفاقية[٣٩].

والحق إن اختيار الحل في مثل هذه الحالة يتوقف على الرغبة في التطبيق الموحد للاتفاقية، أو توسيع مجال إعمال القانون الوطني بجانب الاتفاقية[٤٠]. لذلك يجب على محاكم الدول الموقعة على الاتفاقية أن تمارس سلطتها التقديرية عند النظر في نزاع يتعلق بعقود البيوع الدولية، في ضوء الطابع الدولي للاتفاقية، وبصورة مختلفة عن عقود البيع الوطنية، متجهةً صوب تنفيذ عقود البيع الدولية من خلال إلزام البائع بتوريد البضاعة البديلة، وإصلاح عيب المطابقة، متى توافر شروطهما وفقًا لأحكام الاتفاقية، حتى لو لم تملك ذلك في نزاع يتعلق بعقود البيع الوطنية[٤١].

المطلب الثاني

التعليق على القيد الوارد بالمادة ٢٨ من الاتفاقية

إن هذا الحكم يثير الشك بالنسبة لأطراف البيع الدولي[٤٢]، حيث يتعين على الدائن البحث عما إذا كان القانون الوطني لدولة المدين يجيز الأمر بالتنفيذ العيني، وذلك

(٣٧) John Honnold, «Uniform law for International Sales under the 1980 United Nations Convention», 3rd edition (1999), Kluwer Law International, The Hague, .Available .at: http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/arabic.html, No.285 , P.310, 311

(٣٨) د/ نسرين سلامة محاسنة، التزام البائع بالتسليم والمطابقة، دراسة في القانون الإنجليزي واتفاقية الأمم المتحدة للبيع الدولي للبضائع ١٩٨٠ (اتفاقية فيينا)، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، ١٤٣٢هـ- ٢٠١١م، ص ٢٨٦، ٢٨٧.

(٣٩) أحمد علي أحمد العماوي، مرجع سابق، ص ٩٢.

(٤٠) .H. VAN GOUTTE, et P. Wautele, article précité., No. 36, P. 325

(٤١) .Jaber, H., op. cit., P. 232, 233, Amy H. Kastely, op. cit., P. 636, 637

(٤٢) .Amy H. Kastely, op. cit., P. 612

بشأن كل حالة يتعاقد فيها؛ لضمان قدرته على المطالبة بالتنفيذ العيني وقت حدوث نزاع بشأن تنفيذ العقد، وهو ما قد يعجز عنه الدائن مع تعدد القوانين الوطنية واختلافها، وعدم إلمامه بها، الأمر الذي يؤثر سلبًا على رغبة الأطراف في تطبيق الاتفاقية، ويقلل من قدرتها على التوحيد.

الأمر الذي دعا البعض – وبحق – للقول بأن نص المادة ٢٨ من الاتفاقية على وجه الخصوص، يوسع من دور القانون الوطني، بالإحالة صراحةً إليه، ووضعه ثمة قيد يسمح برفع التنفيذ العيني من مرتبة الجزاء المميز في الاتفاقية، وذلك على الرغم من تحفظ بعض الدول إزاء هذه المسألة. وهذه الإحالة – من جانب الاتفاقية – إلى القانون الوطني تمثل الثمن الذي دفعته الاتفاقية لإرضاء دول القانون العرفي common law، على اعتبار أن هناك تحفظًا من هذه الدول بشأن قبول التنفيذ العيني لالتزام غير نقدي[٤٣].

ولا شك من خطورة هذه الإحالة للقانون الوطني على توحيد القانون الواجب التطبيق في حالة البيع الدولي للبضائع، خاصة في الحالة التي لا يجيز القانون الوطني محل التطبيق هذا التنفيذ العيني[٤٤]، بما يضر بمصالح الدائن في عقد البيع الدولي الذي يسعى إلى الوصول للهدف من التعاقد، وهو الحصول على محل عقد البيع الدولي. كما أن محاولة الاتفاقية إرضاء جميع النظم القانونية أمر صعب وعسير ويستحيل الوصول إلى كماله، لا سيما مع تباين هذه الأنظمة القانونية. أضف إلى ذلك أن المزج بين نظريات القانون المدني والقانون العرفي يخلق قاعدة غير موحدة لجزاء التنفيذ العيني؛ لسبب رئيس وهو الطرق المتناقضة لأنظمة القانون العرفي والقانون المدني في تنفيذ الالتزامات التعاقدية[٤٥].

وعلى افتراض صحة هذا الحل – في محاولة للتوفيق بين أنظمة دول القانون المكتوب، وأنظمة دول القانون العرفي– فإنه لا يقيد سوى محاكم الدول المنضمة للاتفاقية، بحيث يبقى بدون أثر في كل مرة يخضع فيها النزاع لمحاكم الدول غير الأعضاء في الاتفاقية[٤٦]. والأمر يضحى أكثر استغرابًا حينما تكون هذه الدولة من الدول التي صدقت على اتفاقية فيينا، ولا يسمح قانونها الوطني بتطبيق جزاء التنفيذ العيني كجزاء أصيل، بما يعطل العمل بأحكام الاتفاقية.

(٤٣) .H. VAN GOUTTE, et P. Wautele, article précité., No. 36, P. 324, 325
(٤٤) .J. Huet, op. cit., No. 27, P. 11, Amy H. Kastely, op. cit., P. 612
(٤٥) .Jaber, H., op. cit., P. 242
(٤٦) .V. Heuzé, op. cit., No. 410, P. 359

بالإضافة إلى أن تقرير جزاء التنفيذ العيني على إطلاقه، دون وضع القيد المشار إليه بالمادة ٢٨ من الاتفاقية، لا يمنع من حق السلطة القضائية المعروضة عليها النزاع في أن تفاضل بين إرهاق المدين وما يلحق الدائن من ضرر جسيم نتيجة عدم تنفيذ العقد تنفيذًا عينيًا، ويتجه إلى حماية الدائن الذي يصاب بضرر جسيم من جراء التنفيذ عن طريق التعويض النقدي؛ لأنه صاحب حق فهو أولى بالرعاية(٤٧)، بينما يقضي بالتعويض في الحالة التي يمثل فيها التنفيذ العيني عبئًا غير معقول على المدين.

أمَّا بخصوص ما قيل في تبرير موقف الاتفاقية من هذا الحكم أنه ليس من المتوقع أن تغير تلك الدول المبادئ الأساسية لإجراءاتها القضائية من أجل تنفيذ هذه الاتفاقية. فمردود عليه بأنه لا سبيل لإنجاح التجارة الدولية وعبورها خارج حدود الدول، إلا من خلال التعامل مع أحكام تتوافق معها، لا مع الأنظمة القانونية المتباينة للدول، بحيث يقتصر تطبيق هذه الأحكام على عقود البيع الدولية دون عقود البيع المحلية، لتضحى الاتفاقية في مرتبة أعلى من تلك القوانين الوطنية، لا سيما مع اختلاف نطاق تطبيق كل منهما، فالاتفاقية تطبق في حالات البيع الدولي للبضائع دون حالات البيع الوطني. محققةً الغرض من تحرير هذه الاتفاقية الدولية وهو جمع الدول على قانون موحد تذوب فيه الأنظمة القانونية المختلفة.

والذي يحد من خطورة هذا القيد الوارد بالمادة ٢٨ من الاتفاقية، أن التنفيذ العيني ليس مطلقًا في القانون اللاتيني(٤٨)، كما أن التنفيذ بمقابل غير مطلق في القانون الأنجلوسكسوني.

(٤٧) عز الدين الدناصوري، د/ عبد الحميد الشواربي، المسئولية المدنية في ضوء الفقه والقضاء، بدون دار نشر، وبدون تاريخ نشر، ص ١٠٣٨.

(٤٨) فمثلاً يشترط القانون المدني المصري في التنفيذ العيني، أن يكون ممكنًا، ويلزم أن يطالب به المشتري أو يتقدم به البائع، وألا يكون في التنفيذ العيني إرهاق للبائع أو يكون فيه إرهاق ولكن العدول عنه يلحق بالمشتري ضررًا جسيمًا، ووجوب إعذار البائع.

المبحث الثاني
الإحالة إلى القانون الوطني
بموجب المادة ٢/٧ لسد النقص في النصوص

تمهيد:

تهدف الفقرة الثانية من المادة ٧ من اتفاقية فيينا- شأنها في ذلك شأن الفقرة الأولى من المادة ٧ - إلى تجنب تطبيق القوانين الوطنية تحقيقًا للتوحيد، وهو الهدف الأسمى الذي تسعى الاتفاقية إلى بلوغه، إذ أوجبت المادة ٧ فقرة (٢) على المحاكم الابتعاد عن القوانين الوطنية وتطبيق المبادئ العامة التي تقوم عليها الاتفاقية[٤٩] سدًا للنقص في النصوص، فإذا لم تسعف هذه المبادئ القاضي أو المحكم في سد النقص في النصوص، فلا مناص - والحال كذلك - من سد النقص عن طريق الرجوع إلى القانون الوطني الواجب التطبيق وفقًا لقواعد القانون الدولي الخاص. تأكيدًا لذلك نصت المادة ٢/٧ من الاتفاقية على أنــه: «المسائل التي تتعلق بالموضوعات التي تتناولها هذه الاتفاقية والتي لم تحسمها نصوصها، يتم نظرها وفقًا للمبادئ العامة التي أخذت بها الاتفاقية، وفي حالة عدم وجود هذه المبادئ تسري أحكام القانون الواجب التطبيق وفقًا لقواعد القانون الدولي الخاص».

وسوف يتم تقسيم هذا المبحث إلى مطلبين نتناول في الأول: دور المادة ٢/٧ من الاتفاقية في سد الثغرات، وفي الآخر: بعض المسائل التي لم تحسمها الاتفاقية وتطبيقاتها القضائية.

---

(٤٩) أشارت المادة ٧ من اتفاقية فيينا وهي بصدد الحديث عن تفسير أحكام الاتفاقية إلى هذه المبادئ، فخصت بعضها بالذكر، وهما مبدأ الطبيعة الدولية والتوحيد في التطبيق، ومبدأ حسن النية في التجارة الدولية.
وبينما تركت البعض الآخر بحيث يمكن استيضاحها بالتدقيق في معاني النصوص، وبالرجوع إلى الأعمال التحضيرية التي سبقت وضعها، تاركةً استظهارها لدارسي الاتفاقية والمعلقين على نصوصها. حيث تركت للفقه والقضاء استخلاص أغلب المبادئ من نصوصها، ومنها على سبيل المثال لا الحصر، مبدأ التوازن بين طرفي البيع، مبدأ المعقولية، مبدأ الاقتصاد في الفسخ، الالتزام بالعرف والعادة كمصدرين لأحكام البيع الدولي، ومبدأ المبادرة إلى إزالة المراكز القلقة.
د/ محسن شفيق، اتفاقية الأمم المتحدة بشأن البيع الدولي للبضائع، مرجع سابق، فقرة ٤٠، ص ٢٩.
Bruno Zeller, Penalty clauses: Are they governed by the CISG?, Pace University school of law, international law review on line companion, Vol. XXIII, Number 1, .winter 2011, p.7

المطلب الأول

دور المادة ٢/٧ من الاتفاقية في سد الثغرات

لا يكفي لتحقيق التوحيد المنشود أن يراعى في تفسير نصوص الاتفاقية المبادئ التي نصت عليها المادة السابعة في فقرتها الأولى، بل يجب أيضًا على القاضي أو المحكم أن يسد النقص في النصوص عن طريق تطبيق المبادئ العامة التي تقوم عليها الاتفاقية لتحقيق التوحيد(٥٠).

وبالتالي فإن الطبيعة الذاتية للاتفاقية لا تعني انفصال أحكامها بالكامل عن القوانين الوطنية ، إذ يتعين على القاضي إذا لم تسعفه المبادئ العامة التي تقوم عليها الاتفاقية أن يستكمل النقص في نصوصها عن طريق تطبيق القانون الوطني الذي تحدده قواعد القانون الدولي الخاص(٥١). فقد أدرك واضعو الاتفاقية أن هذه المبادئ قد تكون غير كافية، فمن المتصور ألا يجد القاضي أو المحكم ما يغنيه في المبادئ العامة؛ لذلك أضيف في المادة ٧ فقرة ٢ من الاتفاقية حكم جديد لم يكن له مقابل في القانون الموحد الملحق باتفاقية لاهاي ١٩٦٤(٥٢) فقررت أنه: «... وفي حالة عدم وجود هذه المبادئ تسري أحكام القانون الواجب التطبيق وفقاً لقواعد القانون الدولي الخاص»(٥٣).

ومن ثم فإن المسائل التي تحكمها الاتفاقية ولكن لا تنص صراحة على أجوبة بشأنها – والتي تعتبرها بعض المحاكم ثغرات داخلية – تسد عند الإمكان، دون اللجوء إلى القانون الداخلي، بل وفقًا للمبادئ العامة للاتفاقية بهدف ضمان التوحيد في تطبيق الاتفاقية، وتمنع

---

(٥٠) د/ حسام الدين عبد الغني الصغير، تفسير اتفاقية الأمم المتحدة بشأن عقود البيع الدولي للبضائع، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠١، فقرة ٢، ص ٤. ، فقرة ١٣٠، ص ١٢٢.

(٥١) د/ محسن شفيق، اتفاقيات لاهاي لعام ١٩٦٤ بشأن البيع الدولي للمنقولات المادية، مرجع سابق، فقرة ١٧٦، ص ٣٤٧، د/ رضا محمد إبراهيم عبيد، الالتزام بالتسليم في القانون الموحد للبيع الدولي للبضائع، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، ١٩٧٩، ص ٢١، د/ حسام الدين عبد الغني الصغير، مرجع سابق، فقرة ١٣٢، ص ١٢٣.

(٥٢) نص القانون الموحد في المادة السابعة عشرة منه على أن: «المسائل المتعلقة بالموضوعات التي يشملها هذا القانون، ولا يوجد لها نص صريح، فيتم حكمها طبقًا للمبادئ العامة التي يتضمنها هذا القانون».
ويرى بعض الفقه عدم التسليم بالرأي القائل بضرورة التخلي عن أي إشارة تكميلية للقانون الوطني؛ لأن ذلك يزيد من حالة عدم اليقين القانوني.
.See: Fritz Enderline& Dietrich Maskow, op. cit., No. 11, P. 61

(٥٣) د/ حسام الدين عبد الغني الصغير، مرجع سابق، فقرة ١٣٨، ص ١٢٩.

المادة ٢/٧ من الاتفاقية الرجوع إلى القانون الوطني الواجب التطبيق لتسوية هذه المسائل إلا عندما لا يكون من الممكن تحديد تلك المبادئ العامة، وهذا نهج لا يُلجأ إليه إلا كملاذ أخير، وبالتالي فإن الاتفاقية تفرض أولًا تفسيرًا داخليًا فيما يتعلق بمسائل التفسير أو ثغراته، بمعنى أنه يجب البحث عن الحلول أولًا داخل نظام الاتفاقية نفسه، أمَّا الأمور التي لا تحكمها الاتفاقية إطلاقًا والتي تسميها بعض المحاكم ثغرات خارجية، فتُحل على أساس القانون الوطني الواجب التطبيق عملًا بقواعد القانون الدولي الخاص للمحكمة(٥٤).

ومفاد ذلك أنه يجب التمييز بين الفجوات الخارجية للاتفاقية (externe lacuna) والداخلية للاتفاقية (interne lacuna)، فأمَّا الفجوات الخارجية فتشمل كل المسائل التي استبعدتها الاتفاقية من نطاق تطبيقها ولم يتم تنظيمها نهائيًا، كما هو الحال في مسألة صحة العقد، وهذه يتم الفصل فيها وفقًا للقانون الوطني الواجب التطبيق بموجب قواعد القانون الدولي الخاص.

وأمَّا الفجوات الداخلية، وهي المسائل التي يتم تنظيمها في الاتفاقية دون أن يتم التعرض لها بحكم مباشر صريح، فيتم الفصل فيها أولًا على أساس المبادئ العامة التي تستند إليها الاتفاقية، بحيث إذا ما تعذر ذلك فإنه يتم اللجوء إلى القانون الوطني الواجب التطبيق بموجب قواعد القانون الدولي الخاص(٥٥).

ويشترط هنا ألا يتعلق النقص بمسألة من المسائل المستبعدة من مجال تطبيق الاتفاقية الواردة بالمادة ٤(٥٦)، وكذلك مسئولية البائع الناتجة عن الوفاة أو الإصابات التي

(٥٤) نبذة الأونسيترال عن السوابق القضائية المستندة إلى اتفاقية الأمم المتحدة بشأن عقود البيع الدولي للبضائع-٢٠١٢، المادة ٧، ص ٤٣، الرابط:
.http://www.uncitral.org/pdf/arabic/clout/CISG-digest-2012-a.pdf

(٥٥) د/ أمين دواس، نطاق تطبيق مبادئ الينيدروا لعام ٢٠٠٤ على عقود التجارة الدولية، مجلة الحقوق، جامعة الكويت، السنة ٣٢، العدد ٢، يونيو ٢٠٠٨، ص ٤٣٤.

(٥٦) تضمنت المادة ٤ من اتفاقية فيينا ما تشمله هذه الاتفاقية أساسًا بقولها: «هذه الاتفاقية لا تحكم إلا تكوين عقد البيع وحقوق والتزامات البائع والمشتري المترتبة على ذلك العقد. وبصورة خاصة، لا تتعلق هذه الاتفاقية بما يلي:
(أ) صحة العقد أو شروطه أو الأعراف المتبعة في شأنه.
(ب) الآثار التي قد يحدثها العقد في شأن ملكية البضاعة المبيعة». ومن ثم فإن المادة ٤ تقصر نطاق الاتفاقية – إلا إذا نصت صراحة على غير ذلك في جزء آخر منها – على تنظيم تكوين عقد البيع وحقوق والتزامات البائع والمشتري المترتبة على عقد البيع، راجع: نبذة الأونسيترال عن السوابق القضائية المستندة إلى اتفاقية الأمم المتحدة بشأن عقود البيع الدولي للبضائع-٢٠١٢، ص ٢٤، الرابط:
http://www.uncitral.org/pdf/arabic/clout/CISG-digest-2012-a.pdf

تسببها البضائع المبيعة لأي شخص، فقد استبعدت المادة ٥ من الاتفاقية مسئولية البائع عن الوفاة أو الإصابات التي تسببها البضائع للغير من الخضوع لأحكام الاتفاقية، أي لا مجال لتطبيق قواعد سد النقص في النصوص على المسائل المتعلقة بمسئولية البائع عن الوفاة أو الإصابات التي تسببها البضائع للغير، كما أنه لا مجال لتطبيق قواعد سد النقص في النصوص على تلك المسائل التي يتفق على استبعادها من نطاق تطبيق الاتفاقية وفقًا للمادة ٦ منها(٥٧).

المطلب الثاني

تطبيقات بشأن المسائل التي لم تحسمها الاتفاقية

من الموضوعات التي لم تحسمها الاتفاقية ضمن نصوصها ما يأتي:

أولًا: الشرط الجزائي(٥٨):

يتم تنظيمه وفقًا للمبادئ العامة التي أخذت بها الاتفاقية، وفي حالة غيابها تسري أحكام القانون الواجب التطبيق وفقًا لقواعد القانون الدولي الخاص، وبالتالي فإن ما يتفق عليه طرفا عقد البيع الدولي من تعويضات كالشرط الجزائيClause penate يُرجع بشأنه إلى العقد والقانون الواجب التطبيق، وتأييدًا لذلك أحال قرار التحكيم الصادر عن غرفة التجارة الدولية، صراحة إلى القانون النمساوي القابل للتطبيق على العقد المبرم بين بائع نمساوي، ومشترٍ بلغاري، وذلك في سبيل تقدير نطاق الشرط الجزائي المدرج في العقد(٥٩).

---

(٥٧) أكدت المادة ٦ من اتفاقية فيينا على حرية المتعاقدين في إقصاء الاتفاقية حيث تكون واجبة التطبيق بقولها: «يجوز لطرفي البيع استبعاد تطبيق هذه الاتفاقية، كما يجوز لهما- فيما عدا المادة ١٢- مخالفة نص من نصوصها أو تعديل آثاره».

(٥٨) طرحت مسألة الشرط الجزائي للبحث من جديد خلال المؤتمر الدبلوماسي، بمناسبة التعديل الذي أودعته جمهورية ألمانيا الديمقراطية، حيث أبدى المفوض عن هذه الدولة رغبته في أن يبين في المادة ٧٩ من الاتفاقية أن شرط الإعفاء الوارد في هذا النص يبرئ المدين من الشرط الجزائي، ولكن هذا التعديل لم يحظَ بالقبول، وقد استنتج بعض الفقه من ذلك، أن مسألة الشرط الجزائي تتبع القوانين الوطنية، في حين يرى البعض الآخر أن كلًا من نص المادتين ٨، ٧٤ من اتفاقية فيينا يؤديان إلى نتيجة مفادها أن الشروط الجزائية توجد ضمن المبادئ العامة التي وردت بالاتفاقية.

Cl. Witz, Les premières applications jurisprudentiellesdu droit uniforme de la vente .internationale, L.G.D.J.,1999, No. 79,P. 102

.In other option see: Bruno Zeller, op. cit.,P. 7

(٥٩) .Cl. Witz, op. cit., No. 79, P. 102

ثانيًا: تقدير التعويض:

ومن الموضوعات التي لم تحسمها الاتفاقية أيضًا كيفية تقدير الخسارة التي وقعت، ولا الكسب الذي فات وفق نص المادة ٧٤ من اتفاقية فيينا(٦٠)؛ لأن الأمر من السعة بحيث لا يمكن حصرها(٦١)، وتقدير ذلك يتوقف على ظروف كل حالة باعتبار أنها مسألة واقع، فكان من المستحسن ترك الأمر فيه للقاضي أو المحكم الذي ينظر الموضوع، حيث إنهما أقدر على تحديد هذه الخسارة أو الكسب بطريقة ملائمة، من واقع الاستعانة بالقانون الوطني واجب التطبيق، بما يتفق ونص الفقرة الثانية من المادة ٧ من اتفاقية فيينا(٦٢).

وتأييدًا لذلك قضت محكمة كانتون زيورخ التجارية بسويسرا بأحقية المشتري في مطالبة البائع بالتعويض عن الأرباح التي فقدها المشتري بسبب الإخلال بالعقد (المادتان ٤٥ (١) (ب) و ٧٤ من الاتفاقية). في حين رأت المحكمة أنه ليس من حق المشتري تقاضي تعويضات عن الخسائر التي لحقت به بسبب تقلب سعر صرف العملة التي كان يتعين دفع الثمن بها، ومع تسليمها بأن الخسائر المرتبطة بالعملة يمكن اعتبارها أضرارًا في إطار المادتين ٤٥ (١) (ب) و ٧٤ من الاتفاقية؛ وذلك استنادًا إلى أن هناك مبدأ عاماً (في قانون التعويضات السويسري) يقضي بألا يمنح التعويض عن أي خسارة آجلة إلا عندما يمكن على الأقل تقدير مبلغ الخسارة؛ لأن البائع لم يورد البضاعة(٦٣).

---

(٦٠) نصت المادة ٧٤ من اتفاقية فيينا على القاعدة العامة لتقدير التعويض بقولها: «يتألف التعويض عن مخالفة أحد الطرفين للعقد من مبلغ يعادل الخسارة التي لحقت بالطرف الآخر والكسب الذي فاته نتيجة المخالفة، ولا يجوز أن يتجاوز التعويض قيمة الخسارة والربح الضائع التي توقعها الطرف المخالف أو التي كان ينبغي له أن يتوقعها وقت انعقاد العقد في ضوء الوقائع التي كان يعلم بها أو التي كان من واجبه أن يعلمَ بها كنتائج متوقعة لمخالفة العقد».

(٦١) Honnold، uniform law for international sales under the 1980 united Nations .convention، op. cit.،No. 403،P. 445

(٦٢) د/ محسن شفيق، اتفاقية الأمم المتحدة بشأن البيع الدولي للبضائع، مرجع سابق، هامش ٣٨٩ ص ٢٣٩، أسيل باقر جاسم، المخالفة الجوهرية للعقد وأثرها (دراسة في عقد البيع الدولي للبضائع)، مجلة المحقق للعلوم القانونية والسياسية- كلية القانون- جامعة بابل العراق، السنة الثانية، العدد ١، ٢٠١٠، ص ٢٤٩.

(٦٣) حكم منشور بموقع مركز الشرق الأوسط للقانون التجاري الدولي، موقع سبقت الإشارة إليه، القضية رقم ٢١٤، صدر بتاريخ ٥ شباط / فبراير ١٩٩٧ HG٩٥٠٣٤٧
http: //www. Cisg.Law.Pace.Edu/cisgarabic/middleast/abstract18. Html

ثالثًا: تقدير معدل الفائدة:

لعل من أكثر المسائل التي اختلفت فيها وجهات نظر الفقه وتضاربت أحكام القضاء بشأنها مسألة سد النقص في المادة ٧٨ من الاتفاقية[٦٤] التي أقرت مبدأ الفائدة غير أنها لم تحدد- ضمن نصوصها - معدل أو سعر الفائدة أو طريقة تعيين هذا السعر، ولم يتم الاتفاق بشأن هذه المسألة الحساسة[٦٥]، ولعل السبب في ذلك يرجع إلى عدم وجود توافق في الآراء أثناء مؤتمر صياغة الاتفاقية، فضلًا عن وجود وجهات نظر غير متوافقة ليس فقط ذات طابع اقتصادي أو طبيعة سياسية، ولكن أيضًا بشكل خاص فيما يتعلق بالاعتبارات الدينية[٦٦]. لا سيما أن كثيرًا من التشريعات المستمدة من أحكام الشريعة الإسلامية تحرم تقاضي فوائد، كراهية ونفورًا من الربا، لا في مصر فحسب، ولا في البلاد الإسلامية وحدها، بل في أكثر تشريعات العالم[٦٧]، فهي من النصوص الآمرة لديها التي تتعلق بالنظام العام في تلك الدول[٦٨].

وقد أدّى عدم وجود صيغة محددة في المادة ٧٨ من الاتفاقية لحساب سعر الفائدة إلى اعتبار بعض المحاكم أن هذه المسألة تحكمها الاتفاقية ولكن لا تحسمها صراحة. وتعامل محاكم أخرى هذه المسألة على أنها لا تخضع لأحكام الاتفاقية، وقد أدى هذا الاختلاف في توصيف هذه المسألة إلى اختلاف الحلول بشأن سعر الفائدة الواجب التطبيق، فالمسائل التي تحكمها الاتفاقية دون أن تحسمها صراحة تعامل معاملة مختلفة عن المسائل الخارجة مطلقًا عن نطاق الاتفاقية تطبيقًا لأحكام المادة ٢/٧ من الاتفاقية. بحيث تتم تسوية النوع

---

(٦٤) نصت المادة ٧٨ من اتفاقية فيينا على أنه: «إذا تخلف أحد طرفي البيع عن دفع الثمن أو عن دفع أي مبلغ آخر، كان من حق الطرف الآخر تقاضي فائدة على هذا الثمن أو هذا المبلغ، وذلك مع عدم الإخلال بحقه في طلب التعويضات المستحقة بموجب المادة ٧٤». وبذلك تكون اتفاقية فيينا أقرت الفائدة كقاعدة عامة عند عدم قيام الطرف المخل بدفع الثمن أو أي مبلغ متأخر عليه كمصاريف حفظ البضائع.
راجع : د/ عادل محمد خير، عقود البيع الدولي للبضائع من خلال اتفاقية فيينا وجهود لجنة الأمم المتحدة لقانون التجارة الدولي UNCITRAL والغرفة التجارية الدولية ICC، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الأولى، مايو ١٩٩٤، فقرة ٣٤، ص ٧٣، د/ طالب حسن موسى، قانون التجارة الدولية، مرجع سابق، ص ٢٦٧، هيثم عبد المجيد محمود عبد المجيد العربي، مرجع سابق، ص ٤٢١.

(٦٥) Cl. Witz, op. cit., No. 81 , P. 105.

(٦٦) Christiana Fountoulakis, op. cit., P. 19.

(٦٧) د/ عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، تنقيح المستشار/ أحمد مدحت المراغي، منشأة المعارف بالإسكندرية، ٢٠٠٣، فقرة ٥٠١، ص ٨٨٢.

(٦٨) مثال ذلك المعمول به في المملكة العربية السعودية، حيث نصت المادة السابعة من النظام الأساسي للحكم على أنه: «يستمد الحكم في المملكة العربية السعودية من كتاب الله تعالى وسنة رسوله...».

الأول من المسائل وفقًا للمبادئ العامة التي تقوم عليها الاتفاقية، ولا يتم الرجوع بشأنها إلى أحكام القانون الواجب التطبيق بموجب قواعد القانون الدولي الخاص إلا في حالة عدم وجود هذه المبادئ، بخلاف الحال للمسائل التي تخرج عن نطاق الاتفاقية، فيطبق عليها القانون الوطني بحكم قواعد القانون الدولي الخاص دون اللجوء إلى المبادئ العامة للاتفاقية، وقد سعت عدة قرارات محاكم إلى إيجاد حل لمسألة سعر الفائدة على أساس المبادئ العامة التي تستند إليها الاتفاقية، بينما تعتبر معظم المحاكم مسألة سعر الفائدة خارجة عن نطاق الاتفاقية، ومن ثم تخضع للقانون الوطني عملاً بالمادة ٢/٧ من الاتفاقية(٦٩).

حيث رأت بعض أحكام القضاء وهيئات التحكيم سد هذا النقص عن طريق الاستعانة بمبادئ العقود التجارية الدولية Unidroit Principles، ومبادئ قانون العقد الأوروبي ، وقررت هذه الأحكام أن طريقة تحديد سعر الفائدة التي أخذت بها مبادئ العقود التجارية الدولية وقننتها مبادئ قانون العقد الأوروبي Principles of European Contract Law تعتبر من المبادئ العامة التي تقوم عليها اتفاقية فيينا ١٩٨٠ ، على الرغم من خلو نصوص الاتفاقية ذاتها من ثمة حكم يتعلق بكيفية تحديد سعر الفائدة(٧٠).

ومن ذلك قرار محكمة التحكيم التابعة لغرفة التجارة الدولية رقم ٨١٢٨/ ١٩٩٥، وقرارها رقم ٨٧٦٩/ ١٩٩٦ واللذان حددا سعر الفائدة وفقًا لمبادئ الينيدروا، بحجة أن الاتفاقية لم تتضمن نصًا مباشرًا بهذا الصدد، وخاصة أن هذه المبادئ نصت في ديباجتها صراحة على أنه: «يجوز أن تستخدم هذه المبادئ لتفسير أو لإكمال القانون الموحد»، كما أيدت محكمة أخرى هذا الحل بزعم أنه يحول – على الأقل – دون الرجوع إلى قانون محلي معين والذي يؤدي إلى نتائج لا تتفق مع المبدأ المنصوص عليه بالمادة ٧٨ من اتفاقية فيينا، وخاصة عندما يحرم هذا القانون الفائدة(٧١).

في المقابل وعلى النقيض من الاتجاه القضائي المتقدم الذي يتوسع في تفسير مدلول « المبادئ العامة التي تقوم عليها الاتفاقية»، لم تجد محاكم وهيئات تحكيم أخرى، في المبادئ العامة التي تقوم عليها الاتفاقية، ما يُغنيها لاستكمال نقص النصوص، فطبقت

(٦٩) نبذة الأونسيترال عن السوابق القضائية المستندة إلى اتفاقية الأمم المتحدة بشأن عقود البيع الدولي للبضائع -٢٠١٢، المادة ٧٨، ص ٣٧٧، الرابط:
http://www.uncitral.org/pdf/arabic/clout/CISG-digest-2012-a.pdf

(٧٠) د/ حسام الدين عبد الغني الصغير، مرجع سابق، فقرة ١٩٣، ص ١٧٤، ١٧٥.

(٧١) د/ أمين دواس، نطاق تطبيق مبادئ الينيدروا لعام ٢٠٠٤ على عقود التجارة الدولية، مرجع سابق، ص ٤٣٦ وما بعدها.

القانون الوطني الذي تحدده قواعد القانون الدولي الخاص لسد النقص في النصوص إعمالاً لنص المادة ٢/٧ من الاتفاقية، وهو الاتجاه الذي يؤيده غالبية الفقه القانوني والقضائي في تحديد سعر الفائدة (٧٢).

وتأييدًا لهذا الاتجاه القضائي الأخير، قضت محكمة سويسرية – وطبقاً للسوابق القضائية المعمول بها لدى المحاكم السويسرية– تحديد سعر الفائدة طبقاً للقانون النمساوي باعتباره، حسب القانون الدولي الخاص السويسري، القانون الواجب التطبيق على العقد المبرم بين طرفي عقد البيع الدولي(٧٣).

وتعليقًا على هذا الحكم، فإنه لما كانت الاتفاقية قد أغفلت تحديد سعر الفائدة، ولم تجد المحكمة في المبادئ العامة التي تقوم عليها الاتفاقية ما يسعفها لتحديد سعر الفائدة، فقد طبقت القانون النمساوي باعتباره القانون الواجب التطبيق وفقًا لقواعد القانون الدولي الخاص السويسري لسد النقص في نصوص الاتفاقية، وذلك إعمالاً لنص المادة ٢/٧ من الاتفاقية، فلم تلجأ المحكمة إلى تطبيق القانون الوطني إلا بعد التأكد من خلو الاتفاقية من تنظيم هذه المسألة المتعلقة بتحديد سعر الفائدة، وخلو المبادئ العامة التي تقوم عليها الاتفاقية – أيضًا– مما يسعفها لتحديد سعر الفائدة.

وفي نفس الاتجاه القضائي الأخير، قضت محكمة أرجنتينية بأن عقدًا للبيع الدولي للبضائع مبرمًا بين بائع في ولاية أوهايو، الولايات المتحدة الأمريكية ومشترٍ أرجنتيني، خاضع لاتفاقية البيع؛ لأن الدولتين كلتيهما قد انضمتا إلى اتفاقية البيع، وبأن المسائل التي لا تحسمها الاتفاقية تخضع لقانون البائع؛ لأنه من حيث المبدأ يخضع البيع لقانون مكان إقامة البائع الذي هو مسؤول عن الأداء الذي يتميز به العقد وفقًا لقواعد القانون الدولي الخاص (م ٧/ ٢ من الاتفاقية)(٧٤).

وسيرًا في ذات الاتجاه قررت محكمة سويسرية Tribunal cantonal du Valais، في حكم لها بأن سعر الفائدة يحدد عملاً بالقانون الذي ينطبق بموجب قواعد اختيار

(٧٢) Christiana Fountoulakis, op. cit., P. 19, Cl. Witz, op. cit., No. 81, P. 105.
انظر أيضًا: هيثم عبد المجيد محمود عبد المجيد العربي، مرجع سابق، ص ٤٢١.

(٧٣) القضية رقم ٩٣٥، سويسرا، محكمة كانتون زيورخ التجارية، HG٠٥٠٤٣٠ ، بتاريخ ٢٥ حزيران/ يونيه ٢٠٠٧، السوابق القضائية المستندة إلى نصوص الأونستيرال (كلاوت)، الوثيقة A/ CN. ٩٣/SER. C/ABSTRACTS/٩، موقع الأونستيرال، موقع سبقت الإشارة إليه.

(٧٤) صدر بتاريخ ٢/ مايو/ ١٩٩١
.JuzgadoNacionaldeprimeraInstancia en 10 commercial No. 7 secretaria NO. 14
.http: // www. Cisg.Law.Pace.edu/ cisgarabic/ middleast/ abstract 2. html

القانون المعمول به في المحكمة (المادة ٧(٢) من اتفاقية البيع). وطبقًا للقانون الإيطالي، حكم للمدعي فيها بفائدة بالمقدار الذي طلبه(٧٥).

وتأكيدًا للأحكام الأخيرة، قررت محكمة ألمانية في حكم لها بإلزام المدعى عليه بدفع فائدة بنسبة ١٠ في المائة من المبلغ المستحق عليه تطبيقًا للمادة ٧٨ من الاتفاقية. وبالنظر إلى أن اتفاقية البيع لا تنص على نسبة فائدة محددة، فقد لجأت المحكمة إلى قانون العقود الساري وهو القانون الإيطالي في هذه الحالة الذي ينص على فائدة بنسبة ١٠ في المائة (المادة ١٢٨٤ من القانون المدني)(٧٦).

والأحكام السابقة لم تتوسع في تفسير مدلول «المبادئ العامة التي تقوم عليها الاتفاقية» التي أشارت إليها المادة ٢/٧، إذ قصرت نطاق هذه المبادئ على المبادئ العامة التي تنص عليها الاتفاقية ذاتها، وعندما لم تجد في هذه المبادئ ما يسعفها لم تبحث عنها في مبادئ العقود التجارية الدولية Unidroit Principles ولا في مبادئ قانون العقد الأوروبي Principles of European Contract Law، ولم تحاول أن تستمد هذه المبادئ من أي مصدر آخر خلاف نصوص الاتفاقية ذاتها، بل طبقت القانون الواجب التطبيق وفقًا لقواعد القانون الدولي الخاص إعمالًا لحكم المادة ٢/٧ من الاتفاقية(٧٧).

وختامًا فإن الإحالة للقانون الوطني في المادة ٢/٧ من الاتفاقية يمكن اعتبارها إحالة من المرتبة الثانية أو إحالة تكميلية – وهي معروفة في بعض القوانين الوطنية(٧٨)– يتعين الحذر من اللجوء إليها إلا بعد التحقق من خلو المبادئ العامة التي تقوم عليها الاتفاقية من تنظيم تلك المسألة المعروضة على القاضي، بحيث لا يُلجأ إلى هذه الإحالة إلا كملاذ أخير.

---

(٧٥) حكم منشور بموقع مركز الشرق الأوسط للقانون التجاري الدولي، سبقت الإشارة إليه، القضية رقم ١٩٧، صدر بتاريخ ٢٠ كانون الأول / ديسمبر ١٩٩٤
الرابط: http: //www. cisg. law. pace. edu/cisgarabic/middleast/abstract 14. html

(٧٦) حكم منشور بموقع مركز الشرق الأوسط للقانون التجاري الدولي، سبقت الإشارة إليه، القضية رقم ١٣٢
الرابط: http: //www. cisg. law. pace. edu/cisgarabic/middleast/abstract 10. Html

(٧٧) د/ حسام الدين عبد الغني الصغير، مرجع سابق، فقرة ١٩٥، ص ١٧٦.

(٧٨) فمثلًا المادة الأولى من القانون المدني المصري تنص على:
«سريان النصوص التشريعية على جميع المسائل التي تتناولها هذه النصوص في لفظها وفحواها، فإذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه حكم القاضي بمقتضى العرف، فإذا لم يوجد، فبمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية، فإذا لم يوجد فبمقتضى القانون الطبيعي وقواعد العدالة».

والفرق إذن بين الإحالة الأصلية للقانون الوطني – المادة ٢٨ من الاتفاقية – والإحالة التكميلية – المادة ٢/٧ من الاتفاقية– أن قضاء التجارة الدولية في الأولى غير ملزم قبل تطبيق القانون الوطني بالنظر فيما تضمنته الاتفاقية من المبادئ العامة التي تقوم عليها الاتفاقية، بينما يلتزم بذلك متى كانت الإحالة تكميلية.

فمتى انتهى هذا القضاء إلى تطبيق قانونه الوطني دون الاتفاقية، وجب الرجوع إلى قواعد الإسناد فيه، للوصول إلى القانون الواجب التطبيق، حيث يسري على العقود الدولية، القانون الذي يختاره الطرفان صراحة أو ضمناً[٧٩]، فإن لم يوجد، فقانون الموطن المشترك، أو إلى قانون الدولة التي أبرم فيها العقد الدولي، وهذه مسألة جديرة بدراسة متعمقة في القانون الدولي الخاص.

الخاتمة

لئن كانت اتفاقية فيينا ١٩٨٠ لم تترك مسألة التفسير للقوانين الوطنية، بل وضعت مجموعة من مبادئ التفسير ليسترشد بها المفسر – قاضياً كان أو محكماً أو فقيهاً – عندما يفسر النصوص، وهذه المبادئ تتفق مع الغرض الأسمى الذي تسعى الاتفاقية إلى تحقيقه وهو التوحيد في التطبيق.

بيد أن الاتفاقية لم تقف عند هذا الحد، إذ تصدت المادة ٧ فقرة ٢ من الاتفاقية لعلاج مشكلة النقص في نصوص الاتفاقية، فوضعت قواعد لسد النقص تتلاءم مع الغرض الذي تسعى إلى تحقيقه، فأضافت حكمًا جديدًا – لم يكن له مقابل في القانون الموحد – بمقتضاه يتم سد النقص عن طريق الرجوع للقانون الوطني الذي تحدده قواعد القانون الدولي الخاص إذا لم يجد القاضي أو المحكم في المبادئ العامة التي تقوم عليها الاتفاقية ما يسعفه لاستكمال النقص في نصوص الاتفاقية، فهي إحالة تكميلية لا يُلجأ إليها إلا كملاذ أخير.

إن إساءة فهم وتطبيق أحكام الاتفاقية يضيع كل فرصة لتطبيق وتفسير صحيح للاتفاقية، ويعوق القدرة على الاستفادة من صياغة واضعي الاتفاقية نحو قانون

(٧٩) يكون الاختيار الصريح لقانون العقد عن طريق إدراج شرط الاختصاص الاتفاقي في العقد، يقر فيه الطرفان خضوع منازعات تلك العقد لقانون معين، كالقانون الإنجليزي مثلًا، أو الكويتي، أمَّا الاختيار الضمني، فهو يكشف عنه القاضي أو المحكم من خلال ظروف العقد، أو الدولة التي سينفذ فيها العقد، أو المحكمة المختصة بفض المنازعة المتعلقة بالعقد، أو الدولة مقر التحكيم. أمَّا إذا استحال استظهار الإرادة الضمنية، كان على القاضي تركيز أو توطين العقد في دولة معينة، ويكون قانون تلك الدولة هو واجب التطبيق.
راجع في ذلك: د/ أحمد عبد الكريم سلامة، مرجع سابق، فقرة ٩٥٠، ص ٥٤٢، ٥٤٣.

موحد للبيع الدولي، ويفقد القدرة على التطبيق الموحد لأحكامها، وعلى جميع القضاة والمحكمين والمحامين وفقهاء القانون بالدول المتعاقدة أن تبذل جهدًا واعيًا نحو التطبيق الموحد للاتفاقية بعيدًا عن التأثر بالقوانين المحلية لها، حفاظًا على استمرار ونفاذ اتفاقية البيع.

خلت المادتان ٤٦، ٦٢ من الاتفاقية، من ثمة إشارة إلى المادة ٢٨ باعتبارها استثناءً واردًا على حكمهما، وهذا عيب في الصياغة كان من الواجب تداركه بشأن إعداد اتفاقية دولية للبيع الدولي، ويتعين على واضعي الاتفاقيات الدولية بشأن البيع الدولي، تقادي مثل هذه العيوب، والنص صراحة على التزام المدين بالتنفيذ العيني لالتزامه دون استثناء، مع وضع شروط للتنفيذ العيني تسمح بسهولة تطبيقه في مجال التجارة الدولية، بما لا يخل بمراكز أطراف عقد البيع الدولي، ويضمن حقوقهم.

لئن حققت اتفاقية فيينا نوعًا من التوازن العجيب بين مصالح متعارضة – البائع والمشتري والدول المتقدمة والدول النامية – وأنظمة قانونية متباينة على مستوى الدول – بما يحقق الهدف العام من التجارة الدولية، بَيْدَ إن إنجاح الاتفاقية رهين بالرغبة في التطبيق الموحد للاتفاقية، أو توسيع مجال إعمال القانون الوطني بجانب الاتفاقية؛ لذلك يتعين على محاكم الدول الموقعة على الاتفاقية أن تمارس سلطتها التقديرية عند النظر في نزاع يتعلق بعقود البيوع الدولية، في ضوء الطابع الدولي للاتفاقية، وبصورة مختلفة عن عقود البيع التي تخضع لقوانينها الوطنية.

لا سبيل لإنجاح التجارة الدولية وعبورها خارج حدود الدول، إلا من خلال التعامل مع أحكام تتوافق معها، لا مع الأنظمة القانونية المتباينة للدول، بحيث يقتصر تطبيق هذه الأحكام على عقود البيع الدولية دون عقود البيع المحلية، لتضحى الاتفاقية في مرتبة أعلى من تلك القوانين الوطنية، لا سيما مع اختلاف نطاق تطبيق كلٍ منهما، فالاتفاقية تطبق في حالات البيع الدولي للبضائع دون حالات البيع الوطني، محققةً الغرض من تحرير هذه الاتفاقية الدولية وهو جمع الدول على قانون موحد تذوب فيه الأنظمة القانونية المختلفة، غير أنه لا يمكن إنكار أن الاتفاقية خرجت من رحم القوانين الوطنية، ومن ثم لا يمنع ذلك من تأثر الاتفاقية بمفاهيم من أنظمة قانونية مختلفة، بحيث تعتمد فقط على الفكرة الأصلية الموجودة في تلك القوانين دون ترديد نفس الحكم.

إن الاتفاقية غنية بالمبادئ العامة التي يمكن استخلاصها من نصوصها، والتي خص واضعو الاتفاقية بعضها بالذكر، تاركين للفقه والقضاء استظهار البعض الآخر

منها، ولذلك فإن هناك واجباً فقهياً باستخلاص المبادئ القضائية من السوابق القضائية الصادرة من محاكم وهيئات التحكيم على مستوى دول العالم التي طبقت أحكام الاتفاقية، وخاصة أن هناك وفرة من هذه الأحكام، وذلك على غرار المبادئ القضائية التي تقررها المحاكم العليا الوطنية – مثل محكمة التمييز الكويتية ومحكمة النقض المصرية –، بما يحقق التطبيق الموحد للاتفاقية.

قائمة المراجع

أولاً: المراجع العربية:

- د/ أحمد السعيد الزقرد، أصول قانون التجارة الدولية، البيع الدولي للبضائع، المكتبة العصرية، المنصورة ،٢٠١٠.
- د/ أحمد السيد لبيب إبراهيم علي، الإخلال المبتسر بعقد البيع الدولي للبضائع (دراسة في اتفاقية فيينا ١٩٨٠ والتشريعات المقارنة)، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق، جامعة المنصورة، العدد ٥٥، أبريل ٢٠١٤، ص ص ٧٦٥: ٩١٤.
- د/ أحمد عبد الكريم سلامة، الوسيط في القانون الدولي الخاص السعودي: دراسة مقارنة، جامعة الملك سعود، الرياض.
- أحمد علي أحمد العماوي، التنفيذ العيني في اتفاقية الأمم المتحدة بشأن عقود البيع الدولي للبضائع (فيينا ١٩٨٠): دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة اليرموك، ٢٠١٦.
- أسيل باقر جاسم، المخالفة الجوهرية للعقد وأثرها (دراسة في عقد البيع الدولي للبضائع)، مجلة المحقق للعلوم القانونية والسياسية- كلية القانون- جامعة بابل العراق، السنة الثانية، العدد ١، ٢٠١٠، ص ٢٠٦: ٢٧٦.
- آدم عبدالله الدوم آدم، أحكام عقود التجارة الدولية (دراسة مقارنة)، رسالة دكتوراه، جامعة أم درمان الإسلامية، ٢٠١٣م.
- د/ السيد خليل إبراهيم محمد، القانون الواجب التطبيق على عقد البيع الدولي وفقاً لاتفاقية فيينا لعام ١٩٨٠، مجلة الرافدين للحقوق، السنة (١٠)، العدد (٣٥)، ٢٠٠٨، ص ٨٥: ١٢٥.
- أمازوز لطيفة، التزام البائع بتسليم المبيع في القانون الجزائري، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، ٢٠١٢.
- د/ أمين دواس، نطاق تطبيق مبادئ الينيدروا لعام ٢٠٠٤ على عقود التجارة الدولية، مجلة الحقوق، جامعة الكويت، السنة ٣٢، العدد ٢، يونيو ٢٠٠٨، ص ٣٩١: ٤٥٧.
- د/ ثروت حبيب، قانون التجارة الدولية: تطوره المتسع منذ الخمسينات وحتى الآن، كتاب المؤتمر الفضي لكلية الحقوق، جامعة المنصورة، مصر ١٩٩٩، ص ٢٦٧ - ٣٠٢.

- د/ ثروت حبيب، دراسة في قانون التجارة الدولية مع الاهتمام بالبيوع الدولية، منشأة المعارف، الإسكندرية، بدون سنة نشر.
- جعفر محمود المغربي، طرق إجبار المدين على التنفيذ العيني دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس، ٢٠٠٠.
- جمال محمود عبد العزيز، الالتزام بالمطابقة في عقد البيع الدولي للبضائع، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، ١٩٩٦-١٩٩٧.
- د/ جودت هندي، التزام البائع بتسليم المبيع وفق أحكام اتفاقية الأمم المتحدة للبيع الدولي لعام ١٩٨٠، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، السنة ٢٨، العدد الثاني، ٢٠١٢م، ص ٧٩ : ١٠٤.
- حازم بيومي المصري، الآليات الحديثة في التجارة الدولية: عقود اليونسترال: دراسة تحليلية ، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١٠.
- د/ حسام الدين عبد الغني الصغير، تفسير اتفاقية الأمم المتحدة بشأن عقود البيع الدولي للبضائع، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠١.
- د/ صفوت ناجي بهنساوي، الالتزام بتسليم البضائع في عقد البيع الدولي دراسة لاتفاقية فيينا سنة ١٩٨٠، بدون دار نشر، ١٩٩٦.
- د/ رضا عبيد، الالتزام بالتسليم في القانون الموحد للبيع الدولي للبضائع، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، ١٩٧٩.
- د/ رضا عبيد، دراسة في قانون التجارة الدولية القواعد الموحدة في البيع الدولي، بدون ناشر، ٢٠٠٧.
- د/ طالب حسن موسى، قانون التجارة الدولية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، الطبعة السابعة، ١٤٣٣هـ- ٢٠١٢م.
- د/ عادل محمد خير، عقود البيع الدولي للبضائع من خلال اتفاقية فيينا وجهود لجنة الأمم المتحدة لقانون التجارة الدولي UNCITRAL والغرفة التجارية الدولية ICC, دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الأولى، مايو ١٩٩٤.
- د/ عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، تنقيح المستشار/ أحمد مدحت المراغي، منشأة المعارف بالإسكندرية، ٢٠٠٣.

- د/ عصام أنور سليم، خصائص البيع الدولي وفقًا لاتفاقية الأمم المتحدة بشأن البيع الدولي للبضائع المبرمة في فيينا سنة ١٩٨٠، منشأة المعارف بالإسكندرية، سنة ٢٠٠٤.
- عز الدين الدناصوري، د/ عبد الحميد الشواربي، المسئولية المدنية في ضوء الفقه والقضاء، بدون دار نشر، وبدون تاريخ نشر.
- د/ محسن شفيق، اتفاقية الأمم المتحدة بشأن البيع الدولي للبضائع (دراسة في قانون التجارة الدولي)، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٨.
- د/ محسن شفيق، اتفاقيات لاهاي لعام ١٩٦٤ بشأن البيع الدولي للمنقولات المادية، مجلة القانون والاقتصاد جامعة القاهرة، السنة الرابعة والأربعون، العدد الرابع ديسمبر١٩٧٤، ص ٢٧٩: ٤٠٩.
- د/ محمد إبراهيم دسوقي، القانون المدني الالتزامات، دار الطباعة الحديثة أسيوط، ٢٠٠٠/ ٢٠٠١.
- د/ محمد طارق، قانون التجار الدولي، إشكالية الوجود وآفاق التطور، مجلة القضاء التجاري، المغرب، السنة الثانية، العدد ٣، ٢٠١٤م، ص ١٣٦: ١٤٩.
- د/ نسرين سلامة محاسنة، التزام البائع بالتسليم والمطابقة، دراسة في القانون الإنجليزي واتفاقية الأمم المتحدة للبيع الدولي للبضائع ١٩٨٠ (اتفاقية فيينا)، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الطبعة الأولى ٢٠١١م- ١٤٣٢هـ.
- د/ نبيل إبراهيم سعد، العقود المسماة، الجزء الأول البيع، منشأة المعارف، الإسكندرية، ٢٠٠١.
- د/ نغم حنا رؤوف، التنظيم القانوني لعمل لجنة الأمم المتحدة لقانون التجارة الدولية، مجلة جامعة تكريت للعلوم الإنسانية، السنة ١٦، العدد السادس، ٢٠٠٩، ص ٣٣٧: ٣٦١.
- هيثم عبد المجيد محمود عبد المجيد العربي، عقد التوريد (في قانون التجارة الجديد رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩) دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس، ٢٠١٠.

ثانيًا: المراجع الأجنبية:

- Amy H. Kastely, The Right to Require Performance in International sales: Towards International Interpretation of the Vienna convention« (63,(1988 Washington Law Review, pp. :607 651, Available at:

- http://cisgw3.law.pace.edu/cisg/biblio/kastely1.html.
- Avery W. Katz, Remedies for Breach of contract under CISG, International Review of Law and Economics 2005 ,25, pp. :378 396.
- Ayela, Christophe, L'harmonisation du droit de la vente internationale: Necessite et realite, Mémoire de maîtrise, Universite d' Ottawa, Canada, 1993.
- Bruno Zeller, Penalty clauses: Are they governed by the CISG?, Pace University school of law, international law review on line companion, Vol. XXIII, Number 1, winter 2011,pp. 14- 1.
- Christiana Fountoulakis, Remedies for Breach of contract under the United Nations Convention on the International Sale of Goods, ERA Forum, April 2011, Volume 12, Issue 1, pp. 23-7.
- Fritz Enderline& Dietrich Maskow «International sales law,U. N. convention on contracts for the international sale of goods, Oceana publications, 1992.
- Harry M. Flechtner, Buyers' remedies in general and Buyers' performance - oriented remedies, Proceedings of the UNCITRAL - VIAC Joint conference, 16-15 March 2005, Vienna: Celebrating Success: 25 years United Nation Convention on contracts for the International Sale of goods .
- (CISG), the Journal of Law and Commerce, Volume 25, Issue 1, Fall 2005, pp. 347 :339.
- Heuzé (V.), Traité des contrats, la vente internationale de marchandises, L.G.D.J., Delta, 2001.
- Huet (J.), Vente internationale de marchandises, Jur. Class. Commercial, Fas. 1995 ,474.
- Jaber, H., The remedies regime under the United Nations convention on contracts for the international sale of goods, Ph D Thesis, University of Ottawa, 1990.

- Jianming shen, S.J.D., The remedy of requiring performance under the CISG and the relevance of domestic rules, Arizona Journal of International and Comparative Law, Fall, 1996/10, Volume13,pp.253:551.
- John Honnold,«Uniform law for International Sales under the 1980 United Nations Convention«,3rd edition (1999), Kluwer Law International, The Hague, Available at:http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/honnold.html.
- Peter Huber, CISG -- The Structure of Remedies, Presentation at seminar: «The Convention on the International Sale of Goods. The 25th Anniversary: Its Impact in the Past; Its Role in The Future«, German Society of Comparative Law, Private Law Division, Conference 24-22 ,2005 September 2005, Wurzburg, pp.34 : 13.
- Peter schlechtriem, «Uniform Sales Law - The UN-Convention on Contracts for the International Sale of Goods«,Manz, Vienna, 1986.Available at: http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/schlechtriem.html.
- Pierre Garello, The breach of contract in French law: between safety of expectations and efficiency, International Review of Law and Economics 2003) 22), pp. 407:420.
- VAN GOUTTE (H.), et Wautele (P.), Obligations des parties et sanctions des obligations dans La CVIM, RDAI, n2001 ,4/3°,pp. 293:339.
- Witz (Cl.), Les premières applications jurisprudentielles du droit uniforme de la venteinternationale, L.G.D.J.,1999.

ثالثاً: مواقع على شبكة الإنترنت:

- التعليق على مشروع اتفاقية عقود البيع الدولي للبضائع من إعداد الأمانة العامة، الوثيقة A/CONF. ٥/٩٧، منشور ضمن الوثائق الرسمية لمؤتمر الأمم المتحدة المعني بعقود البيع الدولي، موقع الأونسيترال الرابط:/http://www.uncitral.org/pdf/arabic/texts/sales/cisg/CISG_Conf_a.pdf

- نبذة الأونسيترال عن السوابق القضائية المستندة إلى اتفاقية الأمم المتحدة بشأن عقود البيع الدولي للبضائع-٢٠١٢، الرابط: http://www.uncitral.org/pdf/arabic/clout/CISG-digest-٢٠١٢-a.pdf
- موقع مركز الشرق الأوسط للقانون التجاري الدولي، الرابط:
- http://www.cisg.law.pace.edu/cisgarabic/middleast/abstract.Html.