مجلة
كلية التــراث الجامعة

مجلة علمية محكمة
متعددة التخصصات نصف سنوية
العدد الأربعون
30 آب 2024
ISSN 2074-5621

رئيس هيئة التحرير
أ.د. جعفر جابر جواد

مدير التحرير
أ.م. د. حيدر محمود سلمان

رقم الايداع في دار الكتب والوثائق 719 لسنة 2011

مجلة كلية التراث الجامعة معترف بها من قبل وزارة التعليم العالي والبحث العلمي بكتابها المرقم (ب 3059/4) والمؤرخ في (2014/ 4/7)

القانون واجب التطبيق على الاخلال المبتسر في عقد البيع الدولي

م.م. دعاء كريم خضير

الجامعة التقنية الوسطى

"المستخلص"

يعد عقد البيع الدولي من العقود المهمة في التجارة الدولية، والشريان الحيوي للشعوب ويوفر احتياجاتهم المختلفة، لكن في بعض الأحيان يترتب عليها إخلال مبتسر في العقد، أي بمعنى إخلال سابق عن تنفيذ العقد، فبالتالي سوف يثور نزاع بين الطرفين، وهذا النزاع يكون حله إما بالأسلوب التقليدي، أي المنهج غير المباشر، أو يتم حل النزاع بالمنهج المادي أي عن طريق قواعد موضوعية موحدة تعمل على السرعة في حل النزاع، وتتماشى مع الاسلوب المتطور في التجارة الدولية، وهذا في النتيجة يكون حل النزاع إما عن طريق تحديد القانون واجب التطبيق الوطني لدولة معينة أي بالاستناد إلى قانون الإرادة، أو اللجوء إلى تحديد القانون واجب التطبيق عن طريق الاتفاقيات الدولية الموحدة لحل النزاع.

ومن جانب آخر نتيجة وجود الثغرات والقصور لكل من المنهجين، فيكون المنهج التنازعي منهجاً اصيلاً، والمنهج المادي احتياطي في تطبيقه على النزاع.

"Abstract""

The international sales contract is one of the important contracts in international trade, and the vital artery of peoples and provides their various needs, but sometimes it results in a premature breach of the contract, that is, in the sense of a previous breach of the contract's implementation. The traditional approach, that is, the indirect approach, or the dispute is resolved by the material approach, that is, through unified objective rules that work on speed in resolving the dispute, and are in line with the evolving method in international trade, and this in the end is to resolve the dispute either by defining the applicable national law for a particular country That is, based on the law of will, or resorting to defining the applicable law through unified international agreements to resolve the dispute.

On the other hand, as a result of the existence of gaps and shortcomings for each of the two approaches, the contentious approach is an original approach, and the materialist approach is reserve in applying it to the conflict.

مقدمة

أولًا- موضوع البحث: يعد عقد البيع الدولي من العقود المهمة في عقود التجارة الدولية، نظرًا لما يرتب هذا العقد من آثار اقتصادية هامة، ويلبي حاجات الأفراد في المجتمع الدولي، ويعمل على تنشيط حركة التجارة ورؤوس الأموال والخدمات، مما يعود بالنفع على الاقتصاد الوطني للدولة.

وقد يكون عقد البيع دوليًا، إذا كان احد اطرافه اجنبيًا، أي احد عناصره اجنبيًا كالجنسية أو الموطن، على أن يلزم الطرفين بتنفيذ بحسن النية، وفق لما اتفق عليه إرادة الطرفين، لكن قد يحصل استثناءًا على أن يرتكب أحد طرفي العقد إخلالًا مبكرًا بتنفيذ العقد، وهذا عندما يقوم أحد المتعاقدين بالإفصاح في وقت مبكرًا بعدم إمكانيته بتنفيذ العقد.

هذا ما اتجه الفقه والتشريع على تحديد القانون واجب التطبيق على الإخلال المبتسر في عقد البيع الدولي في حالة الاختيار، سواء كان الاختيار صريح أو ضمنيًا من قبل إرادة الطرفين، وكذلك كان دور للفقه والتشريع في تحديد القانون واجب التطبيق في حالة عدم اختيار إرادة الطرفين القانون واجب التطبيق على الإخلال المبتسر بالعقد.

وعلى هذا الأساس قد يكون تحديد القانون واجب التطبيق في حالة عدم اختيار إرادة الأطراف، من خلال ضوابط الاسناد الجامدة التي نص عليها المشرع العراقي، وضوابط الاسناد المرنة التي نص عليها الفقه.

لكن في الوقت هناك قواعد أخرى تطبق على النزاع مباشرة، وهي ما تسمى بالمنهج المادي، ومن هذه القواعد هي اتفاقية فيينا للبيع الدولي للبضائع، حيث نصت هذه الاتفاقية على قواعد تطبق على النزاع بصورة مباشرة على الإخلال المبتسر بالعقد، حيث خولت هذه الاتفاقية طرفي العقد الحرية في اختيار اتفاقية فيينا لانطباقها على النزاع، أي أن تحديد القانون واجب التطبيق يعتمد على مبدأ سلطان إرادة المتعاقدين.

ثانيًا- أهمية البحث: يعد أهمية عقد البيع الدولي من حيث عملية تداول رؤوس الأموال والبضائع بين الدول، وكذلك أنه يشكل الركيزة الاساسية في اقتصاد الدول من حيث حركة المد والجز بين الأموال في السلع والخدمات، وكذلك تشكل اهمية البحث من حيث القيمة المالية الضخمة للعقد، فضلًا عن ارتباطه بأكثر من دولة، وتزداد وتتنوع باستمرار في حياه الدول.
وكذلك تزداد أهمية البحث من خلال أهمية العقد ذاته، وذلك عندما يرتبط العقد بأكثر من دوله، وينشأ الإخلال المبتسر بالعقد، فإنه لا بد من تحديد القانون واجب التطبيق على الإخلال المبتسر بالعقد، لمعرفة الأحكام التفصيلية اللازمة على مرتكب الضرر، والتعويض عن هذا الضرر.
فإنه على المستوى التشريعي، فإن المشرع العراقي لم ينظم الإخلال المبتسر في عقد البيع الدولي، وإنما سوى نظم التزامات البائع والمشتري، وكذلك أنه لم يصادق على اتفاقية فيينا المتعلقة بالبيوع الدولية مما أحال تنظيمها إلى القواعد العامة الواردة في القانون المدني العراقي.
وكذلك ترجع أهمية البحث، نتيجة صعوبة تطبيق المنهج التنازعي على البيوع الدولية عندما يعرض النزاع على القاضي أو المحكم، وكذلك اختلافها من دولة لأخرى، ولأهمية تلك البيوع، نظرًا لما فيها من مبالغ كبيرة، فظهرت قواعد الموحدة للبيوع الدولية، لسهولة تطبيقها مباشرة على النزاع.
ثالثًا- إشكالية البحث: نظرًا لأهمية البحث، فقد تظهر مشكلة عندما يقوم أحد طرفي العقد بالإخلال المبتسر بالعقد، عندئذً سوف يتسبب اختلال في التوازن الاقتصادي في العقد، مما يسبب ضرر بمصالح المتعاقدين، هذا من جانب، ومن جانب آخر اختلاف الانظمة القانونية عند تحديد القانون واجب التطبيق وتوقيع الجزاء على الطرف الذي يقوم بالإفصاح مبكرًا، بعدم تنفيذ العقد، فبعض الانظمة القانونية توجب فسخ العقد، وبعض الاتفاقيات الدولية توجب التعويض مع ابقاء العقد قائمًا.
ومن جانب آخر عجز القوانين الوطنية والاتفاقيات الدولية عن معالجة كافة المسائل المتعلقة بالإخلال المبتسر بالعقد، والآثار المترتبة عليه، لذا جاء كل من المنهجين ليكمل أحدهما الآخر من حيث النقص والثغرات.
رابعًا- تساؤلات البحث: هناك عدة تساؤلات، ومنها:

1. ما دور الإرادة الصريحة والضمنية في تحديد القانون واجب التطبيق على الإخلال المبتسر بالعقد
2. ما هو دور ضوابط الاسناد الاحتياطية في تحديد القانون واجب التطبيق على الإخلال المبتسر بالعقد.
3. دور إرادة الإطراف في اتفاقية فيينا في تحديد القانون واجب التطبيق على الإخلال المبتسر بالعقد.
4. علاقة المنهجين التنازعي والمادي في تحديد القانون واجب التطبيق على الإخلال المبتسر بالعقد.

خامسًا- خطة البحث: تناول الباحث خطة البحث وفقًا لما يأتي:
المبحث الأول: القانون واجب التطبيق على الإخلال المبتسر وفق المنهج التنازعي
المطلب الأول: القانون واجب التطبيق على الإخلال المبتسر بالعقد في حالة الاختيار
المطلب الثاني: القانون واجب التطبيق على الإخلال المبتسر في حالة عدم الاختيار
المبحث الثاني: دور اتفاقية فيينا للبيع الدولي للبضائع في تطبيق المنهج التنازعي
المطلب الأول: مسوغات تطبيق المنهج التنازعي في ظل التنظيم الموضوعي اتفاقية فيينا
المطلب الثاني: دور إرادة الأطراف في تطبيق المنهج التنازعي أو المنهج المادي

المبحث الأول

القانون واجب التطبيق على الإخلال المبتسر وفق المنهج التنازعي

تعد قواعد القانون الدولي الخاص راسخة ، وقانون الإرادة يعطي حرية الأطراف في أن يقرروا بأنفسهم القانون المطبق على الخرق المبكر للعقد ، سواء كان الاختيار صريحًا أو ضمنيًا ، وبالتالي يتم هذا الاختيار في ضوء الالتزامات الناشئة عن الالتزامات التعاقدية، والذي بموجبه يتحقق الاستقرار الأمني والقانوني للأطراف نتيجة المعرفة المسبقة في العقد للقانون الذي سيحكم علاقته التعاقدية ، على النحو المنصوص عليه في التشريعات الوطنية والأجنبية[1].
وفي ضوء ما تقدم يقسم الباحث المطلب إلى مطلبين الأول يتناول فيه الاختيار الصريح على الإخلال المبتسر في عقد البيع الدولي، والمطلب الثاني يبين فيه الاختيار الضمني على الإخلال المبتسر في عقد البيع الدولي.

المطلب الأول

القانون واجب التطبيق على الإخلال المبتسر بالعقد في حالة الاختيار

وعلى هذا الاساس يقوم المتعاقدين في اختيار القانون واجب التطبيق على عقد البيع الدولي ومن ضمنه الإخلال المبتسر بالعقد وفق النظرية الشخصية والنظرية الموضوعية.

[1] د. عكاشة محمد عبد العال مصطفى، الوسيط في تنازع القوانين في دولة الإمارات العربيَّة المتَّحدة، مطبعة الفجيرة الوطنيَّة، عام 2008، ص707.

أولًا- الاختيار وفق النظرية الشخصية: يقوم مبدأ سلطان الإرادة على مبدأ أن الأفراد يعترفون بإرادتهم في إنشاء مركز قانوني بطريقة مستقلة عن القانون، بحيث تصبح الإرادة هي القوة الملزمة بالعقد، والأطراف مشرعين لالتزاماتهم التعاقدية وفقًا لنصوص العقد وهذا ما تنص عليه النظرية الشخصية[2].

وفي هذا الصدد ، يرى بعض الفقه أنه ما لم تختر الأطراف القانون صراحةً أو ضمناً، والتزام الأطراف الصمت بشأن القانون المختار، لا يمكن تحقيق اندماج القانون المختار عند تطبيقه على العقد، عندئذ يحدد القاضي أو المحكم القانون الواجب على الإخلال المبتسر بالعقد ، بدلاً من إرادة الأطراف المتعاقدة قبل اختيار القانون ، مما يمكنهم الافلات من أحكامها وانزالها منزلة الشروط العقدية[3].

ويترتب على الاختيار وفق النظرية الشخصية نتائج وهي منح الطرفين حرية اختيار القانون الذي يحكم الإخلال المبتسر بالعقد، الأمر الذي من شأنه أن يؤدي إلى إدراج اختيار هذا قانون في العقد وحرمان سلطة الشخص من سلطة الأمر، سواء من حيث إثباته أو في نطاق إشراف المحكمة العليا على تفسيره، ويعامل هذا القانون معاملة الوقائع إما القضاء الوطني[4].

الأطراف المتعاقدة ليست مقيدة في اختيارهم للقانون واجب التطبيق على الإخلال المبتسر بالعقد، حتى لو كان اختيار القانون ليس له علاقة جوهرية بالعقد. في الواقع ، التحفظ على هذه العلاقة يحرم الشخص من حريته ويحرمه من محتواه ، ويخضع العقد لقانون بلد معين ، وهو ما يتعارض مع مبدأ الاختيار لأن الأطراف المتعاقدة ، وبالتالي أن الأطراف عندما يضمنون عقدهم لا يقصدون تحديد النظام القانوني وإنما القانون واجب التطبيق؛ فإنَّ الأطراف لهم القدرةُ على اختيار أحدِ القوانينِ المتَّصلة بالعقد، فبالتالي فإنَّ المُتعاقدين يستبعدون كافَّةَ القوانين ذات الصِّلة بالرَّابطةِ العقديَّةِ لحساب قانونٍ آخر على غير

ثانيًا – الاختيار وفق النظرية الموضوعية: أن هذه النظرية يعلون فيها القانون على إرادة المتعاقدين، ولا تعد إرادة المتعاقدين سوى التركيز الإخلال المبتسر بالعقد نحو قانون معين يتطل بالعلاقة التعاقدية، وعلى هذا الأساس أن إرادة الأطراف تكون بمجرد ضابط اسناد تشير إلى تحديد القانون واجب التطبيق، وهذا التحديد يكون على ضوء الظروف المادية المحيطة بالعقد، والتي من شأنها أن تشكل مركز الثقل في الرابطة العقدية[5].

لذا فإن قانون الإرادة يشير إلى تحديد القانون واجب التطبيق على عقد البيع الدولي ومن ضمنه الإخلال المبتسر بالعقد بمقتضى قاعدة التنازع المزدوجة والتي من شأنها أن تشير إلى القانون الوطني أو الاجنبي، وبهذه المثابة يستطيع المتعاقدان وفقًا لهذا النظر القدرة على الاختيار التنازعي على عقد البيه الدولي وما يتضمنه من الإخلال المبتسر بالعقد[6].

أن إرادة المتعاقدين وفق النظرية الموضوعية، تمثل في حقيقة الأمر الدور الرئيسي للقاضي في تحديد هذه الإرادة من خلال التركيز ضمن موقعها الفعلي، فضلًا عن تنظيم هذه الإرادة، وسواء كان الاختيار صريحًا أو ضمنيًا، فإذا كان اختيار المتعاقدين صريح فإن القاضي يلتفت لهذا الاختيار إذا كان متوافقًا مع اَليه التركيز ويعبر عن ذو صلة حقيقة بالعقد ثم يقوم القاضي بالتطبيق مباشرة على الإخلال المبتسر بالعقد، إما إذا كان الاختيار غير معبرا عن الصلة الحقيقة بالعقد، فإن القاضي لا يلتفت لهذا الاختيار حيث يقوم القاضي بالتركيز بنفسه على الإخلال المبتسر بالعقد، إما إذا كان اختيار المتعاقدين ضمنيًا على الإخلال المبتسر بالعقد، حيث يقوم القاضي بنفسه عن استخلاص المؤشرات والقرائن الضمنية في العقد، ومن هذا القرائن والمؤشرات الضمنية جنسية المتعاقدين ومكان ابرام العقد أو العملة التي يتم الوفاء بها في العقد، وعلى هذ الأساس يقوم القاضي بتركيز الإخلال المبتسر بالعقد على ضوء هذه الظروف وبالقرائن المحيطة بالعقد[7].

إما بالنسبة إلى موقف المشرع العراقي فإن المادة 25 من القانون المدني العراقي يتضح منها الأخذ بالنظرية الموضوعية عندما يختار المتعاقدان القانون واجب التطبيق على الإخلال المبتسر بالعقد وذلك من خلال وضع ضوابط محددة سلفًا وهي قانون الموطن المشترك أو قانون بلد الإبرام، بالرغم أن هذه المادة لم تقيد المتعاقدين في اختيار القانون واجب التطبيق، لذلك يبقى الاختيار خاضعًا إلى القواعد العامة الواردة في القانون المدني العراقي والنظام العام[8].

ثانيًا- الاختيار الضمني على الإخلال المبتسر في عقد البيع الدولي:

نص المشرع العراقي على الإرادة الضمنة للمتعاقدين في تحديد القانون واجب التطبيق على عقد البيع الدولي ومن ضمنة الإخلال المبتسر بالعقد، مما ينبغي على القاضي أو المحكم الذي ينظر النزاع أن يستخلص الإرادة الضمنية من العقد، وذلك

---

[2] عبد الفتاح حجازي، أزمة العقد (دراسة مقارنة)، أطروحة دكتوراه مقدَّمة إلى جامعةِ بغداد، كليَّة القانون، عام 1998، ص44.

[3] د. هشام علي صادق، القانون الواجب التَّطبيق على عقود التِّجارة الدوليَّة، المرجع السابق، بند 86، ص132.

[4] د. هشام علي صادق، مركز القانون الأجنبيّ أمام القضاء الوطنيّ، منشأة المعارف، الإسكندريَّة، عام 1968، بند 101، ص119.

[5] د. هشام أحمد محمود عبد العال، القانون واجب التَّطبيق على الكفالة، المرجع السَّابق، ص94

[6] د. هشام علي صادق، عقود التِّجارة الدوليَّة، المرجع السَّابق، بند 260، ص390 وما بعدها.

[7] د. هشام أحمد محمود عبد العال، الكفالة الدوليَّة، المرجع السَّابق، ص95.

[8] د. عباس العبودي، مرجع سابق، ص184.

من خلال الظروف و القرائن والأدلة المحيطة بالعقد سواء كانت تلك القرائن داخلية أو خارجية، لكي يتم تحديد القانون واجب التطبيق على الإخلال المبتسر في عقد البيع الدولي[9].

ووفقًا لما تقدم لبيان تلك الإرادة الضمنية في العقد والقرائن والمؤشرات المحيطة بالعقد لا بد من بيانها بالتفصيل.

1. **دور الإرادة الضمنية في تحديد القانون واجب التطبيق على الإخلال المبتسر بالعقد:** في حقيقة الأمر أن الإرادة الضمنية إنها إرادة حقيقة يستنتجها القاضي أو المحكم من الظروف المحيطة بالعقد لتحديد القانون واجب التطبيق وهذه سلطة تقديرية للقاضي في استنتاج هذه الإرادة ولا تخضع إلى رقابة محكمة التمييز[10].

لكن ذهب جانب من الفقه إلى أن الإرادة الضمنية لا يستطيع القاضي أو المحكم الكشف عنها بسهولة في العقد، لأنها عنصر معنوي كامن في النفس البشرية، وبالتالي تحتاج إلى ضوابط لكي يتم التعبير عنها إلى الوجود الخارجي، ومن ثم يتم على أساس هذه الضوابط تحديد القانون واجب التطبيق على الإخلال المبتسر بالعقد[11].

وتأكيدًا لما تقدَّم؛ ذهب جانبٌ من الفقهِ العراقيّ إلى أنَّ إرادةَ الأطرافِ وحريَّتهم مقيَّدةٌ في اختيارِ القانونِ الذي سيحكم الإخلالَ المُبتسرَ بالعقد، ويرجعُ هذا التَّقييدُ إلى وجودِ صلةٍ بين القانون المختارِ والعقد، وهذه الصِّلةُ متمثلةٌ إمَّا في جنسيَّةِ المُتعاقدين، أو محلِّ إبرامِ العقد، أو محلِّ التَّنفيذ، أو بموطنهما، ولربَّما تأتي الصِّلةُ بين القانونِ المُختار والإخلال المُبتسر في العقدِ لحاجةِ معاملاتِ التِّجارة الدوليَّة، كالعقود النموذجيَّةِ التي تخضعُ لقانونٍ معيَّنٍ، فإذا أبرم المُتعاقدان عقدَهما وفقًا للعقدِ النموذجيِّ، واختار المُتعاقدون هذا القانونَ الذي يخضعُ لهذا النَّموذج، يصبحُ القانونُ المختارُ ذا صلةٍ بالعقد، حتى لو لم تتوافرْ بين العقدِ وهذا القانونِ المختار صلةٌ من حيث الجنسيَّةُ أو الموطن[(12)].

ويثار التساؤل حول توافر الصفة الاذعانية في عقد البيع الدولي وقام الطرف القوي في العقد بوضع شروطه على الطرف الضعيف، ولم يختار المتعاقدين صراحة القانون واجب التطبيق على الإخلال المبتسر في عقد البيع الدولي؟

عندئذٍ يرجع القاضي في تحديد القانون واجب التطبيق على فكرة التلازم القضائي والتشريعي، وبمقتضى هذه الفكرة يقوم القاضي بتطبيق القانون المحلي كضابط اسناد في تحديد القانون واجب التطبيق على الإخلال المبتسر في عقد البيع، وذلك لحماية الطرف الضعيف في العقد، لأن لو قام القاضي بالبحث عن الإرادة الضمنية في العقد لقام بتطبيق قانون الطرف القوي في العقد مستخلصًا من ذلك شروط العقد، وبالتالي هذه القرينة وحده لا تكفي في اختيار قانون الطرف القوي في تحديد القانون واجب التطبيق[13].

والجدير بالإشارة، عندما لا يختار المتعاقدين القانون واجب التطبيق صراحة على الإخلال المبتسر في عقد البيع الدولي يلجأ القاضي إلى الضمنية للمتعاقدين في تحديد القانون واجب التطبيق، مما تقودنا الإرادة الضمنية إلى فكرة وهي التلازم بين الاختصاص التشريعي والاختصاص القضائي، وهذا عندما ينعقد الاختصاص القضائي لمحكمة معينة يقوم القاضي بتطبيق اقاضي بتطبيق قانونه المحلي على النزاع، ولا يقوم بالبحث عن الإرادة الضمنية للمتعاقدين بداعي حماية النظام العام لدولته[14].

2. **دور المؤشرات والقرائن في تحديد الإرادة الضمنية للمتعاقدين:** عندما لا يختار المتعاقدين القانون واجب التطبيق صراحة على العقد، فإنما يتم اللجوء إلى الإرادة الضمنية للمتعاقدين في تحديد القانون واجب التطبيق على الإخلال المبتسر بالعقد، وينبغي على القاضي أو المحكم البحث عن الإرادة الضمنية في العقد، وهذا يكون من خلال المؤشرات والقرائن المحيطة بالعقد، وهذه المؤشرات والقرائن تعد في حقيقة الأصل هو تقييد القاضي من تحديد القانون واجب التطبيق على الإخلال المبتسر بالعقد من اللجوء إلى قرائن أو مؤشرات لم تكن محيطة بالعقد[15].

والجدير بالقول، أن المؤشرات الضمنية والقرائن المحيطة التي يستند عليها القاضي في تحديد القانون واجب التطبيق تكون على نوعين وهي:

1. المؤشرات الداخلية:

أ. مكان تنفيذ العقد: على أساس هذا المكان يقوم القاضي بتحديد الإرادة الضمنية للمتعاقدين، على اعتبار أن يعبر عن الصلة الوثيقة والجوهرية بين مكان العقد وتنفيذه، فضلًا عن أن مكان التنفيذ هو المكان الذي تتجمع فيه مصالح المتعاقدين[16]، وغالبًا

---

[9] أنظر المادة 1/25 من القانون المدني العراقي النافذ.

[10] د. هشام علي صادق، الموجز في تنازع القوانين، المرجع السَّابق، ص270.

[11] د. عكاشة عبد العال، مرجع سابق، ص40.

[(12)] د. عباس العبودي، مرجع سابق، ص180.

[13] د. عكاشة عبد العال، مرجع سابق، ص47.

[14] هشام أحمد محمود عبد العال، عقد التأمين، اطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، 2000، ص111.

[15] د. هشام أحمد محمود، القانون واجب التَّطبيق على الكفالة، المرجع السَّابق، ص87 وما بعدها.

[16] د. طلال حافظ جابر، عقد البيع الدوليّ، منشورات صادر الحقوقيَّة، بيروت، عام 2007، ص141.

ما يكون مكان التنفيذ هو المكان الذي تتجه في إرادة المتعاقدين على تحديد القانون الواجب التطبيق للمكان الذي يتم فيه تنفيذ العقد، وترتب فيه آثارة[17].

بيد أن الأمر يصبح أكثر تعقيدًا في تحديد القانون واجب التطبيق في حالة تعدد إمكان تنفيذ العقد، أو العكس لم يكن هناك تنفيذ للعقد في هذه الحالة يتم تحديد القانون واجب التطبيق في حالة التعدد هو مكان التنفيذ الرئيسي، وإذا لم يكن هنالك مكان لتحديد تنفيذ العقد عندئذً يكون مكان العمل الرئيسي أو موقع المال[18].

أن ضابط محل تنفيذ العقد يشكل ضابطًا مهمًا في تحديد القانون واجب التطبيق على الإخلال المبتسر في عقد البيع الدولي، على اعتبار أن هذا الضابط يشكل ارتباط وثيق بين مكان العقد وتنفيذه، ويتحدد مركز الثقل في الرابطة العقدية من خلال تطبيق قانون التنفيذ، وتظهر أهمية هذا المكان من خلال طرق وأشكال التنفيذ سواء كان التنفيذ عيني أو بمقابل، أو من ناحية تطابق مجال تطبيقه مع الأحكام الأمرة المتعلقة بالنظام العام[19].

ب. الاختصاص القضائي: أن تحديد الأطراف الاختصاص القضائي الدولي، على الإخلال المبتسر في عقد البيع الدولي، يستشف على نية الأطراف على خضوع قانون تلك الدولة التي تنظر النزاع التي حدث فيها الإخلال المبتسر بالعقد[20].

ت. جنسية الأطراف: أن جنسية الأطراف يكون لها دور رئيسي في تحديد القانون واجب التطبيق على الإخلال المبتسر في عقد البيع الدولي، علمًا أن هذا الضابط لا يكون وحدة كافيًا في تحديد القانون واجب التطبيق، وإنما لا بد أن يجتمع ضابط آخر في تحديد القانون واجب التطبيق، كضابط محل التنفيذ، أو محل الابرام[21].

ث. عملة الدفع: وهي العملة التي يتفق عليها المتعاقدين في سداد الثمن، وتحديد نوع العملة ينصرف إرادة الأطراف إلى تحديد القانون واجب التطبيق، لأن العملة تعتبر الصلة بين العقد والدولة التي تحديد عملتها في العقد، علمًا لا يكفي تحديد العملة لتحديد القانون واجب التطبيق مالم تجتمع قرائن أخرى تشير إلى تحديد القانون واجب التطبيق.

ج. صيغه العقد: وهو الأسلوب الذي كتب به العقد، كالمكان الذي اجريت فيه المفاوضات العقدية أو اللغة التي كتبت فيها العقد، أو تحرير العقد من قبل موثق عمومي، هذه كلها قرائن تساعد القاضي الذي ينظر النزاع على تحديد القانون واجب التطبيق.

ح. لغة العقد: أن اللغة التي حرر بيها العقد تعد قرينة على إن إرادة الأطراف تنصرف في تحديد القانون واجب التطبيق على الإخلال المبتسر في عقد البيع الدولي إلى قانون الدولة التي حرر فيها العقد[22].

خ. المكان الذي اجريت فيه المفاوضات العقدية: وهذا يتضح أن إرادة الأطراف تنصرف على المكان الذي اجريت فيه المفاوضات العقدية في تحديد القانون واجب التطبيق على الإخلال المبتسر في عقد البيع الدولي، على اعتبار أن هذا المكان الذي يرتبط بالعقد صلة وثيقة ويعتبر قرينة قانونية على تحديد القانون واجب التطبيق[23].

2. المؤشرات الخارجية: وهي الظروف والمؤشرات التي تلحق بأبرام العقد وتؤثر على مضمون العقد مما تساعد على استنتاج الإرادة الضمنية بالعقد، ومن هذه القرائن الخارجية هي:

أ. **مضمون القوانين المتنازعة:** وهي القوانين التي يقصد تبطل العقد، والقوانين الأخرى التي تقر بصحة العقد، وعلى أساس هذا يأخذ القاضي بالقانون الذي يقر بصحة العقد، وعلى أساسه يتك القانون واجب التطبيق على الإخلال المبتسر في عقد البيع الدولي، وفي الوقت ذاته لا يمكن التسليم بهذا مالم تتوفر الصلة بين العقد الذي نشأ فيه الإخلال المبتسر بالعقد، والقانون المختار من قبل المتعاقدين[24].

ب. **سلوك الأطراف اللاحقة على ابرام العقد:** ومن هذه السلوك اللاحقة على ابرام العقد هي اختيار الأطراف القانون واجب التطبيق عند ابرام العقد، أو في تاريخ لاحق على ابرامه، وكذلك في حالة الظروف والتصرفات التي رافقت ابرام العقد، أو من خلال طبيعة الالتزامات التي تبادلها المتعاقدون، فإن كل هذه القرائن والظروف المحيطة بالعقد التي تكشف عن انصراف إرادة الأطراف في تحديد القانون واجب التطبيق على الإخلال المبتسر بالعقد[25].

---

[17] هشام أحمد محمود، عقد التأمين، مرجع سابق، ص106.
[18] د. سامي بديع منصور وعكاشة عبد العال، مرجع السابق، ص390.
[19] د. عصام الدين القصبي، مرجع سابق، ص49.
[20] هشام أحمد محمود، عقد التأمين، مرجع سابق، ص106.
[21] د. طلال حافظ جابر، مرجع سابق، ص141.
[22] د. هشام علي صادق، د. عكاشة عبد العال، مرجع سابق، ص347.
[23] د. طلال حافظ جابر، مرجع سابق، ص142.
[24] د. هشام علي صادق، الموجز في تنازع القوانين، مرجع سابق، ص275.
[25] هشام أحمد عبد العال، عقد التأمين، مرجع سابق، ص106.

المطلب الثاني
القانون واجب التطبيق على الإخلال المبتسر في حالة عدم الاختيار

المشرع العراقي وضع ضوابط اسناد جامدة ومرنه في تحديد القانون واجب التطبيق على الإخلال المبتسر في عقد البيع الدولي، في حالة عدم تحديد إرادة الأطراف سواء كان الاختيار الصريح أو الضمني تحديد القانون واجب التطبيق على الإخلال المبتسر بالعقد، ومن هذه الضوابط التي نص المشرع العراقي عليها هي ضوابط الأسناد الجامدة هي قانون الموطن المشترك وقانون بلد الأبرام، وضوابط الاسناد المرنة هي نظرية التركيز الموضوعي، ونظرية الأداء المميز بالعقد[26].

أولًا- دور ضوابط الاسناد الجامدة في تحديد القانون واجب التطبيق:

أن المشرع العراقي وضع الضوابط الاحتياطية للقاضي الذي ينظر النزاع المتعلق بالإخلال المبتسر الناشئ عن عقد البيع الدولي عند غياب الإرادة الصريحة والضمنية في تحديد القانون واجب التطبيق على الإخلال المبتسر في عقد البيع الدولي، على اعتبار أن هذه الضوابط هي قواعد اسناد مركبة في تحديد القانون واجب التطبيق على الإخلال المبتسر بالعقد[27].

حدد المشرع العراقي ضوابط الاسناد الجامدة في المادة 1/25 من القانون المدني العراقي النافذ من خلال تحديد إرادة الأطراف القانون واجب التطبيق على الإخلال المبتسر بالعقد، ومن هذه الضوابط هي قانون الموطن المشترك إذا اتحد الموطن، وقانون بلد الأبرام، إذا اختلفا الموطن.

1. **قانون الموطن المشترك:** أخذ المشرع العراقي بضابط الموطن المشترك في تحديد القانون واجب التطبيق على الإخلال المبتسر بالعقد، عند عدم تحديد رادة الصرحة أو الضمنية القانون واجب التطبيق على الإخلال المبتسر بالعقد، ولكن بشرط يتم تطبيق هذا الضابط عندما يكون ضابط الموطن مشترك بين المتعاقدين[28].

وذهب جانب الفقه إلى أسناد القانون واجب التطبيق هو قانون الموطن المشترك على الإخلال المبتسر بالعقد هو استجابة لحاجات الأطراف المتعاقدة بوصفة يعد المركز القانوني والمكان الذي يباشر معاملاتهم، فمن الطبيعي يخضع الأفراد لقانون البلد الذي توطنوا فيها، فإذا توطنوا البائع والمشتري في مصر والعقد ابرام في العراق، ونشئ فيه إخلال المبتسر بالعقد، عندئذ أن القانون واجب التطبيق هو القانون المصري[29].

وأن المشرع العراقي عندما وضع ضوابط الاسناد الاحتياطية في تحديد القانون واجب التطبيق على الإخلال المبتسر بالعقد عند غياب الإرادة الصريحة والضمنية للمتعاقدين، حيث يعد ضابط الموطن المشترك كافيًا في تحديد القانون واجب التطبيق إلى قانون الدولة التي يتوطن بها المتعاقدين، على اعتبار أن يكفل العلم المسبق بالقانون واجب التطبيق فيما لو سكت فيه المتعاقدين الاختيار عن القانون واجب التطبيق[30].

2. **قانون بلد الابرام:** عند غياب الإرادة الصريحة والضمنية للمتعاقدين في تحديد القانون واجب التطبيق نص المشرع العراقي و الفقيه الفرنسي باتيفول على أن يكون اسناد الإخلال المبتسر في عقد البيع الدولي لقانون البلد الذي ابرم فيه العقد في حالة اختلاف القانون الموطن المشترك للمتعاقدين، وجاء هذا تلافيًا للانتقادات التي وجهت لقانون الإرادة في تخويل إرادة المتعاقدين اختيار قانون منبت الصلة على الإخلال المبتسر في عقد البيع الدولي، وعلى أساس أن الخضوع لهذا ضابط يقلص من الحد في أن يكون الاختيار ذو صلة بالعقد وهذه مكان الابرام على اعتبار نشأه العقد في تلك الدولة[31].

ثانيًا- دور ضوابط الاسناد المرنة في تحديد القانون واجب التطبيق:

1. **نظرية التركيز الموضوعي:** أن هذه النظرية موادها عدم الاعتراف المباشر لإرادة الأطراف في تحديد القانون واجب التطبيق على الإخلال المبتسر بالعقد، حيث تنحصر إرادة الأطراف وفق هذه النظرية في تحديد القانون واجب التطبيق على ضوء الظروف والملابسات المحيطة بالعقد، والتي من شأنها أن تشكل مركز الثقل في الرابطة العقدية، وعلى هذا الأساس يتم تحديد القانون واجب التطبيق في المكان الذي يشكل مركز الثقل في الرابطة، باعتباره المكان الأوثق الصلة بالرابطة العقدية، وعلى هذا الأساس أن تحديد القانون وفق نظرية التركيز الموضوعي لا يتحدد بصفة مسبقه، وإنما بصفة لاحقة، وذلك من خلال تجميع الاحداث المادية في المكان الذي تحصل فيه كالمكان الذي حصل فيه دفع الثمن، والمكان الذي حصل فيه الإخلال المبتسر بالعقد، على عكس تحديد القانون واجب التطبيق وفق قاعدة التنازع التقليدية على نحو يحددها المشرع العراقي بصفة مسبقة تنعدم الإرادة الصريحة والضمنية للمتعاقدين على ضوء والاعتبارات الخاصة في كل حالة[32].

---

[26] أنظر المادة 1/25 من القانون المدني العراقي النافذ.
[27] د. عباس العبودي، مرجع سابق، ص184.
[28] د. إبراهيم أحمد إبراهيم، القانون الدوليُّ الخاصُّ، الكتاب الأول، سيد عبد الله وهبة، القاهرة، عام 1986، ص227.
[29] د. عباس العبودي، مرجع سابق، ص185.
[30] د. هشام علي صادق، الموجز في القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص310.
[31] هشام أحمد محمود، عقد التأمين، مرجع سابق، ص117.
[32] د. محمود محمد ياقوت، مدى حرية المتعاقدين، مرجع سابق، ص1288، 130.

ووفقًا لما تقدم أن المشرع العراقي ذهب في المادة 1/25 من القانون المدني العراقي إلى تقييد إرادة الأطراف في تحديد القانون واجب التطبيق على الإخلال المبتسر بالعقد، وخاصة فيما إذا كان الاختيار صريح كان أو ضمني على أن يكون الاختيار متصلًا بالعقد، والذي يشكل هذا الاختيار مركز الثقل في الرابطة العقدية تمهيدًا لأسنادها إلى قانون ذلك المكان الذي يشكل مركز الثقل في هذه الرابطة، إما إذا كان الاختيار عديم الصلة بالرابطة العقدية، على القاضي أن يمتنع عن هذا الاختيار على اعتبار أن تلك المسألة القانونية ترجع إلى تفسير قواعد الاسناد الوطنية التي أشارت إليها[33].

2. نظرية الأداء المميز بالعقد: تعد نظرية الإداء المميز بالعقد هو تطبيق لفكرة نظرية التركيز الموضوعي، وذلك من خلال البحث في كل عنصر من عناصر المميزة في عقد البيع الدولي، ومن ثم يخضع العقد للعنصر المميز، الذي يتحدد على ضوئه القانون واجب التطبيق على الإخلال المبتسر بالعقد دون الأخذ بالضوابط الجامدة، والبحث عن الظروف والملابسات بالعقد، والذي تشكل الأداء المميز بالعقد[34].

موقف المشرع العراقي لم ينص بصور صريحة على الإداء المميز بالعقد في تحديد القانون واجب التطبيق على الإخلال المبتسر بالعقد، ولكن يستشف من نص المادة 30 من القانون المدني العراقي أن ينص على ضوابط الاسناد المرنة في تحديد القانون واجب التطبيق على الإخلال المبتسر بالعقد عند غياب الإرادة الصريحة والضمنية للمتعاقدين، أو تعذر تطبيق ضوابط الاسناد الاحتياطية في العقد، وهي محل الأداء المميز بالعقد أي مكان تنفيذ الالتزام الرئيسي الذي يتميز عن غيرة من الالتزامات التعاقدية الأخرى[35].

ويثار التساؤل في حالة غياب الإرادة الصريحة والضمنية، وتعدد موطن البائع المدين بالإداء المميز بالعقد، وحصل إخلال المبتسر بالعقد، عندئذً كيف يتم تحديد القانون واجب التطبيق؟

في هذه الحالة يتم تحديد القانون واجب التطبيق على أساس موطن المدين البائع بالأداء الأكثر تميزًا بالعقد، ويتم تحديد الأداء الأكثر تميزًا بالعقد من خلال اجتماع الاحداث المادية في عقد البيع، مثلًا أن يجتمع ضابط محل ابرام العقد مع أحد الاداءات المميزة بالعقد ويتحدد بناءًا عليه قانون الدولة الأكثر تميزًا بالعقد، إما إذا تساوت الأداءات المميزة بالعقد، عندئذً يتم اعتبار هذه العلاقة متعددة ومستقلة عن الأخرى، ويتحدد القانون واجب التطبيق وفقًا لهذا الاستقلال بالبحث عن القانون الأكثر صلة بالنزاع[36].

المبحث الثاني

دور اتفاقية فيينا للبيع الدولي للبضائع في تطبيق المنهج التنازعي

أن الأصل في حل النزاع المتعلق بالإخلال المبتسر في عقد البيع الدولي بالنسبة للقاضي أو المحكم هو اللجوء إلى المنهج المادي المباشر، وهي إتفاقية فيينا للبيع الدولي للبضائع، لكن في الوقت ذاته، أن هذه الاتفاقية قد يعتريها النقص والقصور، في بعض المسائل عندئذً تسمح باللجوء إلى المنهج التنازعي في حل النزاع، مما يكون هذا المنهج الأخير دورًا تكميليًا في حل النزاع[37].

وعلى هذا الاساس يقسم الباحث المبحث إلى مطلبين، الأول يبين فيه تطبيق المنهج التنازعي من خلال المنهج المادي، والمطلب الثاني يوضح فيه

المطلب الأول

مسوغات تطبيق المنهج التنازعي في ظل التنظيم الموضوعي اتفاقية فيينا

أن اتفاقية فيينا للبيع الدولي للبضائع لا تنظم جميع المسائل المتعلقة بالبيع الدولي، من احكام وشروط وآثار، ولا تنظم جميع البيوع الدولية، مما يثير لنا مشكلة تحديد القانون واجب التطبيق هذا من جانب، ومن جانب آخر فإن هناك بيوع تخرج من نطاق تطبيقها لأحكام الاتفاقية، مما يقتضي اللجوء إلى المنهج التنازعي في حل تلك المسائل المتعلقة بالبيوع الدولية، والتي يستبعد من نطاق تطبيق اتفاقية فيينا[38].

والجدير بالقول، أن اتفاقية فيينا للبيع الدولي للبضائع إنها لا تحقق التوحيد الكامل بل تؤدي التوحيد الجزئي، لأن لا تنظم جميع المسائل المتصلة بالبيوع الدولي، من حيث شروطه وآثاره، وكذلك لا تنظم مسألة تحديد القانون واجب التطبيق على الإخلال المبتسر في العقد بالنسبة للبيوع التي لا تنظمها الاتفاقية، وإنما اقتصر تنظيم الاتفاقية على التزامات البائع والمشتري، وكذلك المسائل المتعلقة بإبرام عقد البيع الدولي.

---

[33] د. عباس العبودي، مرجع سابق، ص186.
[34] د. هشام أحمد محمود، الكفالة الدولية، مرجع سابق، ص103.
[35] د. عباس العبودي، مرجع سابق، ص186.
[36] د. هشام عبد العال، القانون واجب التطبيق على عقد الكفالة، مرجع سابق، ص118.
[37] أرميض عبيد خلف العزاوي، مستقبل منهج التنازع في عقد البيع الدولي، اطروحه دكتوراه، جامعة عين شمس، كلية الحقوق، 2018، ص394.
[38] د. حسام الدين عبد الغني، تفسير اتفاقية الامم المتحدة بشأن عقد البيع الدولي للبضائع، دار النهضة العربية، القاهرة، 2001، بند126، ص49.

وعلى هذا الأساس أن الاحالة إلى القانون الوطني بموجب القانون الدولي الخاص بالنسبة للمسائل التي لا تنظمها اتفاقية فيينا للبيع الدولي للبضائع، تكون في حالتين:

الحالة الأولى: الإحالة إلى القانون الوطني بموجب المادة 2/7 من اتفاقية فيينا:- يطبق منهج التنازع على الإخلال المبتسر بالعقد في البيوع الدولية، والتي لا تنظمها الاتفاقيات الدولية، فتخرج في نطاقها عن اتفاقية فيينا، وذلك لصعوبة توحيدها بين الدول، لأختلاف التشريعات بين الدول، لذلك احالت الاتفاقية إلى القانون الوطني واجب التطبيق على النزاع[39].

ووفقًا لما تقدم أبرم مُشترٍ سويسريٌّ وبائعٌ نمساويٌّ عقدَ بيعِ سيارةٍ لامبورغيني، ولمَّا رفضَ البائعُ تنفيذَ العقد، أقام المشتري دعوى حدوثِ ضررٍ ناجمٍ عن مُعاملةٍ بديلةٍ دخلت مع مُشترٍ آخر لنفسِ السَّيارة.

أمرت كلٌّ من المحكمةِ الابتدائيَّةِ ومحكمة الاستئنافِ البائعَ بدفع تعويضاتٍ وفقًا للقانون المحليّ المنطبق على العقد.

أكَّدت المحكمةُ العليا أنَّ اتِّفاقيَّةَ فيينا لا تنطبقُ على العقدِ، وفقًا للمادَّة 1/2 من الاتِّفاقيَّةِ منذ شراءِ السَّيارةِ للاستخدامِ الشَّخصيّ للمشتري من خلال تقديرِها تفسير ذلك للاستخدامِ الشَّخصيّ، وذكرت المحكمةُ أنه يجبُ إيلاءُ الاعتبارِ للاستخدامِ المقترَحِ وليس للاستخدام الفعليّ الذي يفهمُه الأطراف[40].

والجدير بالذكر، عند النظر إلى المادة 2/7 من اتفاقية فيينا للبيع الدولي للبضائع نجد أن القاضي أو المحكم يطبق الاتفاقية بالنسبة للمسائل المتعلقة في نطاق تطبيقها، والتي يحصل فيها نزاع متعلق بالإخلال المبتسر بالعقد، عندئذ عندما يعرض على القاضي أو المحكم نزاع متعلق بالإخلال المبتسر بالعقد، عليه أن يبحث في تلك المسألة حل في الاتفاقية على ضوء المبادئ العامة في الاتفاقية، وفي حالة عدم وجود نص في المبادئ العامة في الاتفاقية، عندئذً يتم الاحالة إلى القانون الوطني الذي تحدده القواعد الواردة في القانون الدولي الخاص[41].

وعلى سبيلِ المثالِ: نصَّت الفقرةُ الثانيةُ من المادَّة 71 من الاتِّفاقيَّةِ في حالةِ إبرامِ عقد بيعٍ دوليٍّ بين البائعِ والمُشتري، قام البائعُ بتصديرِ البضاعةِ إلى المشتري، أثناء التَّصدير تبيَّن أنَّ المُشتري يمرُّ بأزمةٍ ماليَّةٍ كبيرةٍ تُعجزه عن وفاءِ الثَّمن، أجازت الاتِّفاقيَّةُ للبائعِ أن يُصدرَ تعليماتٍ إلى النَّاقلِ بالامتناعِ عن تسليمِ البضاعة، حتى لو كان المُشتري يحوزُ المستنداتِ المُتعلِّقة بالمبيع، فعندما يعرضُ نزاعٌ على القاضي أو المحكَّم لا يحكمُ بالاتِّفاقيَّةِ ولا بالمبادئ العامَّةِ؛ نظرًا لعدمِ وجودِ نصٍّ يقضي بتنظيمِ مسألةِ إصدارِ التَّعليمات، عندئذٍ يسري على تلك المسألةِ تحديد القانون الوطنيّ واجب التَّطبيقِ في القانونِ الدوليّ الخاصّ[(42)].

وعلى هذا الأساس أن بعض المسائل يخرج عن تنظيمها بالنسبة لاتفاقية فيينا، فإذا حصل إخلال مبتسر في عقد البيع الدولي، حيث يقوم القاضي أو المحكم بتطبيق الاتفاقية على هذا النزاع، فإنه لا بد أن يحكم بالتعويض جبرًا عن الضرر الذي يلحق به، لذ فإن التعويض الذي يحكم به القاضي أو المحكم لا يستطيع تطبيق اتفاقية فيينا، لأن الاتفاقية لا تنظم التعويض، وكذلك الفوائد من الموضوعات التي لا تحسمها الاتفاقية من حيث تقديرها عندئذً في هذا الحال، يقوم القاضي أو المحكم الذي ينظر النزاع، عندئذً بتطبيق المنهج التنازعي، وهو القانون الوطني لدولة القاضي التي تنظر النزاع، لأن تعد من القواعد الأمرة التي تتعلق بالنظام العام لدى تلك الدول، لذلك نجد أن قواعد القانون الدولي الخاص لها دور في تحديد القانون واجب التطبيق على المسائل التي لا تنظمها اتفاقية فيينا، وتستبعد من نطاق تطبيقها[43].

ومن المسائل المستبعدة التي استبعدتها اتفاقية فيينا للبيع الدولي للبضائع، من حيث التنظيم، وهي تقدير التعويض، والشرط الجزائي، ومعدل الفائدة، وتخضع إلى نطاق تطبيقها إلى القانون الوطني لدولة القاضي التي تنظر النزاع.

1. التعويض: وهي من المسائل التي لا تحمسها اتفاقية فيينا، وذلك عندما يحكم القاضي أو المحكم بالتعويض عن الخسائر، وما فاته من كسب، والتي تلحق بالطرف الذي وقع عليه الضرر نتيجة الإخلال المبتسر بالعقد، عندئذً يم تقدير التعويض باللجوء إلى قواعد القانون الدولي الخاص استنادًا إلى المادة 2/7 من اتفاقية فيينا[44].
2. معدل الفائدة: استبعدت اتفاقية فيينا من نطاق تطبيقها، وصعوبة وتوحيدها وترك تنظيمها للمشرع الوطني، وذلك بسبب اختلاف وجهات النظر السياسية والاقتصادية والاجتماعية والسياسية، وبالتالي تعامل المحاكم على أن هذه المسألة لا تحكمها الاتفاقية، وادى هذه الاختلاف في تحديد القانون واجب التطبيق، وبالتالي يتم اللجوء إلى قواعد القانون الدولي الخاص، استنادًا إلى المادة 2/7 من اتفاقية فيينا[45].

---

[39] ارميض عبيد خلف العزاوي، مرجع سابق، ص468.

[40] (القضيَّة 1997-2-11 48 6015/ 01ob محكمة أوبرستر جيريتشوف) مشار إليها في الموقع الإلكتروني www.unilex.info تاريخ الزيارة 2023/6/2، ساعة 9:00.

[41] د. حسام الدين عبد الغني الصغير، مرجع السَّابق، بند 132، ص51.

[(42)] د. محسن شفيق، اتِّفاقيَّة الأمم المتَّحدة، المرجع السَّابق، ص227.

[43] د. حسام سيد عبد الرحيم علي، المرجع السَّابق، ص386 وما بعدها.

[44] د. محسن شفيق، اتفاقية الامم المتحدة، مرجع سابق، ص348.

[45] د. محمود سمير الشرقاوي، مرجع سابق، ص217.

3. الشرط الجزائي: يتم تنظيم الشرط الجزائي وفق المبادئ العامة للاتفاقية، وفي حال غيابها تسري عليه احكام القانون واجب التطبيق، وفقًا لقواعد القانون الدولي الخاص، لذا عندما يتفق المتعاقدان على وجود شرط جزائي بالعقد، عندما يقع الإخلال المبتسر بالعقد، عندئذً في هذه الحالة تستبعد الاتفاقية من نطاق تطبيقه ويخضع إلى القواعد العامة الواردة في القانون الدولي الخاص[46].

الطريق الثاني الإحالة إلى القانون الوطني بموجب المادة 28 من اتفاقية فيينا: أشارت اتفاقية فيينا إلى أن تحديد القانون واجب التطبيق في القانون الدولي الخاص، عندما يتعلق الأمر بالتنفيذ العيني، وخاصة عندما يتعلق الإخلال المبتسر بالعقد، ويطالب البائع أو المشتري بالتنفيذ العيني، 46، 62؛ عندئذ هذا التنفيذ العيني يخرج من نطاق اتفاقية فيينا، وهي القواعد الموضوعية في قانون المحكمة، فإذا طلب أحد طرفي العقد بالتنفيذ العيني، عندئذً يقوم القاضي بتطبيق قانون المحكمة التي تنظر النزاع، فإذا كان القانون الوطني، لا يسمح بالتنفيذ العيني، عندئذً تطبق الجزاءات الأخرى على الإخلال المبتسر بالعقد[47].

المطلب الثاني

دور إرادة الأطراف في تطبيق المنهج التنازعي والمنهج المادي

وضحت اتفاقية فيينا للبيع الدولي للبضائع على دور إرادة الأطراف في خضوع عقد البيع الدولي للبضائع، وما يترتب عليه من إخلال مبتسر بالعقد لاتفاقية فيينا، أو استبعادها من الخضوع لاتفاقية فيينا، سواء كان هذا الاستبعاد صراحة أو ضمنًا، وهذا ما نصت عليه المادة 6 من اتفاقية فيينا للبيع الدولي للبضائع[48].

وهذا عندما تجيز اتفاقية فيينا أن إرادة الأطراف يكون لها دور في تحديد القانون واجب التطبيق على الإخلال المبتسر بالعقد، مما يعني فسح المجال لإرادة الأطراف في اللجوء إلى منهج تنازع القوانين، إذن إرادة الأطراف يكون لها دور في اختيار المنهج الماي المتمثل بالقواعد القانونية الموضوعية لاتفاقية فيينا، أو اللجوء إلى منهج تنازع القوانين[49].

أذن يجوز لطرفي العقد أن يستبعدوا اتفاقية فيينا من نطاق تطبيقها على الإخلال المبتسر بالعقد، حتى وأن توافرت شروط نطاق تطبيقها، ويجوز أن يتفق طرفي العقد على أن يكون هذا الاستبعاد جزئيًا مقصورًا على بعض نصوص الاتفاقية، ولا يستثنى إلا حظر الاتفاق على استبعاد المادة 12 التي تجعل الكتابة شرطًا صريحًا لصحة العقد[50].

والجدير بالقول، أن الأصل هو تطبيق اتفاقية فيينا، إما استثناءًا تطبيق منهج تنازع القوانين عندما يطرح النزاع على القاضي أو المحكم، حيث يكون لهذا الاخير له دور في حل النزاعات المتعلقة في عقد البيع الدولي، ومن ضمنه الإخلال المبتسر بالعقد، وما يترتب عن هذا الإخلال من آثار سواء من حيث التعويض أو الفائدة، على اعتبار أن تلك المسائل لا تنظمها اتفاقية فيينا، وإنما يرجع تنظيمها المنهج التنازعي، على اعتبار أن هذا المنهج يكون ذي طابع مكمل، مما يتيح للأطراف الاتفاق على استبعادها، ومن هنا تأتي الحاجة الملحة لمنهج تنازع القوانين لتكملة النقص والثغرات التي تعتري اتفاقية فيينا عند تنظيمها المسائل المتصلة بالإخلال المبتسر في عقد البيع الدولي[51].

وعلى هذا الاساس أن إرادة الأطراف يكون لها في تطبيق القواعد الموضوعية المادية في اتفاقية فيينا للبيع الدولي للبضائع، حيث تكون إرادة الأطراف لها دور في تحديد القانون واجب التطبيق، مما جعلت اتفاقية فيينا الحرية للأطراف في تحديد نطاق تطبيق أحكام الاتفاقية أو استبعادها من التطبيق، بحيث يكون لإرادة الأطراف دور في تحديد القانون واجب التطبيق على الإخلال المبتسر بالعقد في الكيفية التي يرونها، وهذا ما نصت عليه المادة 6 من اتفاقية فيينا للبيع الدولي للبضائع[52].

وتطبيقًا لذلك أَبرم بائعٌ سنغافوريٌّ ومشترٍ بولنديٌّ عقدًا لبيعِ أجهزةِ الحاسوب، وقد تضمَّن القانونُ واجب التَّطبيقِ عند حدوثِ الإخلالِ المُبتسر بالعقدِ القانونَ الفرنسيَّ، ونشأ الإخلالُ المُبتسرُ بالعقدِ عندما رفَضَ المشتري استلامَ البضائعِ؛ نظرًا للصُّعوباتِ التقنيةِ التي يُعاني منها عملاؤه، فطالَبَ المشتري بإعلانِ فسخِ العقد.

وفيما يتعلَّقُ بالقانونِ المعمولِ به، رأت هيئةُ التَّحكيمِ عندما نصَّ المُتعاقدون على القانونِ الفرنسيّ، أنهما كانا يقصدان أنْ يخضعَ عقدُهما إلى القانونِ المحليّ الفرنسيّ؛ أي: قواعد القانونِ المدنيّ الفرنسيّ، وليس اتِّفاقيَّة فيينا، وفي الواقع حتى لو كانت اتِّفاقيَّةُ فيينا للبيعِ الدوليّ قابلةً للتَّطبيقِ بموجب المادَّة 1/1 ب من اتِّفاقيَّة فيينا، فإنَّ المادَّة 6 من اتِّفاقيَّةِ فيينا سمحت للمُتعاقدين استبعادَ اتِّفاقيَّةِ فيينا مِن التَّطبيق، واختيار الأطرافِ لقانونٍ محليّ، على الرغم من أنَّ دولةَ فرنسا دولةٌ مُتعاقدة، وفي رأي هيئةِ التَّحكيم يَرقى إلى هذا الاستبعادِ، ومع ذلك أشارتْ هيئةُ التَّحكيمِ في حالةِ تعارُضٍ بين القانونِ الفرنسيّ، واتِّفاقيَّة

---

[46] د. محسن شفيق، اتفاقية الامم المتحدة، مرجع سابق، ص350.
[47] د. حسام السيد عبد الرحيم، مرجع سابق، ص375.
[48] د. عصام سليم، خصائص البيع الدولي للبضائع، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2004، ص26.
[49] ارميض عبيد خلف، مرجع سابق، ص477.
[50] د. محسن شفيق، إتفاقية الامم المتحدة، مرجع سابق، ص87.
[51] ارميض عبيد خلف العزاوي، مرجع سابق، ص394.
[52] د. محسن شفيق، اتفاقية الامم المتحدة، مرجع سابق، ص87.

فيينا، عندئذٍ كان القانونُ الفرنسيُّ هو القابل للتَّطبيق، ولاحظت كذلك أنه فيما يتعلَّقُ بالمسائلِ التي ستدرسُ في القضيَّةِ قيدِ النَّظر، فإنَّ أحكامَ اتِّفاقيَّةِ فيينا أكثرُ تفصيلًا من الأحكامِ المنصوصِ عليها في القانونِ المدنيِّ الفرنسيِّ، وأنها على أيِّ حالٍ أدَّت إلى نفسِ النَّتيجةِ إلى حدٍّ كبيرٍ.

فيما يتعلَّقُ بمُطالبةِ المشتري بفسخِ العقد، ذكرتْ هيئةُ التَّحكيمِ أنه بموجبِ القانونِ المحليِّ الفرنسيِّ، لا يجوز إنهاءُ العقدِ إلا لخرقٍ أساسيٍّ(المادَّة 1148 القانون المدني الفرنسي)؛لأنَّ المشتري حرَّم على البائعِ تقديمَ ضماناتٍ كافيةٍ أو إخطاره عن معالجةِ العيوبِ في البضائع،وأثبتت الأدلَّةُ التي قدَّمها البائعُ أنه كان من الممكنِ إصلاحُ العيوبِ في السِّلع بسهولةٍ وبأقلِّ تكلفةٍ.

حصل البائعُ على تعويض يشمل خسارة أرباحٍ بموجب المادَّة 1149 من القانون المدنيِّ الفرنسيِّ، وفيما يتعلَّقُ بسعرِ الفائدةِ: رفضت هيئةُ التَّحكيمِ ادِّعاءَ المشتري بأنْ يكونَ سِعرُ الفائدةِ العملةَ المُتعاقدَ عليها أو مكان عملِ الدَّائن، وطبَّقت سعرَ الفائدةِ المنصوص عليها في القانونِ المدنيِّ الفرنسيِّ[53].

حيث نصت اتفاقية فيينا للبيع الدولي للبضائع للبيع في المادة1/أ،حيث تطبق أحكام اتفاقية فيينا على عقود بيع البضائع المعقودة بين اطراف توجد اماكن عملهم في دول مختلفة.

أ. عندما تكون هذه الدولة متعاقدة أم لا

ب. عندما تؤدي قواعد القانون الدولي الخاص إلى تطبيق دولة متعاقدة

ويتضح من هذا النص أعلاه أن القواعد الموضوعية المتمثلة باتفاقية فيينا للبيع الدولي للبضائع وضعت استثناءات اللجوء إلى منهج تنازع القوانين، وهي عندما تكون منشأة البيع في دولة، وهذه الدولة غير منظمة للاتفاقية، عندئذٍ على القاضي أن يلجأ قواعد الاسناد في دولته، أو قد يكون العكس أن قواعد القانون الدولي في دولة القاضي تؤدي إلى تطبيق اتفاقية فيينا[54].

وكذلك يتضح من نص المادة 1/1/أ/ب من اتفاقية فيينا للبيع الدولي للبضائع، حيث أنه لا يكفي لتطبيق أحكام الاتفاقية بمجرد كون المتابعين ممن توجد أماكن عملهم في دول مختلفة، أو أن تؤدي قواعد القانون الدولي الخاص إلى تطبيق دولة متعاقدة، عندئذٍ يطبق القاضي الذي ينظر النزاع التي عينه قاعدة الاسناد، حتى لوكان مكان عملهم في دولة، أو دولة غير متعاقدة[55].

وعلى سبيل المثال قد يكون عقد بيع دولي مبرم بين بائع تاجر عراقي مقر عمله في العراق، مع مشتري تاجر سعودي، وكان ابرام العقد في القاهرة، وكان مقر عمل التاجر السعودي في الصين، اخل البائع تنفيذ الالتزام العقدي، رفع المشتري الدعوى إمام القضاء العراقي، عندئذٍ اتفاقية فيينا تكون هي الواجبة التطبيق على النزاع، حتى وبافتراض أن كلا من السعودية والعراق والصين من الدول المنضمة للاتفاقية، لأن احكام الاتفاقية تطبق صراحة على النزاع وفق المادة (1/ب) وهي القانون العراقي على اعتبار إمامها مرفوع النزاع تطبق أحكام القانون المصري، على اعتبار مصر هي الدولة التي ابرم فيها العقد، ومن الدول المنضمة للاتفاقية.

وهذا يأتي منهج التنازع كمبرر لتطبيق احكام اتفاقية فيينا، لذلك يهدف المنهج التنازعي إلى تطبيق احكام اتفاقية فيينا في اطار المنهج الموضوعي وليس في إطار منهج التنازع، فمنهج التنازع في هذا الفرض لا يغير من مضمون اتفاقية فيينا، وإنما واضعوا اتفاقية فيينا سعوا إلى توسيع نطاق اتفاقية فيينا، وخاصة فيما لو عرض النزاع على دولة غير متعاقدة، فإنه وفقًا لأحكام المادة 1/ب تكون الاتفاقية هي الواجبة التطبيق على النزاع، كلما احال منهج التنازع إلى تطبيق القانون الوطني لدولة متعاقدة[56].

ويتضح مما تقدم أن الخصوصية المتمثلة في اتفاقية فيينا للبيع الدولي للبضائع أن إرادة الأطراف لها الحرية في تحديد القانون واجب التطبيق على الإخلال المبتسر بالعقد، سواء كان تحديد القانون باللجوء إلى منهج التنازع في القانون الدولي الخاص، أو اللجوء إلى المنهج المادي، والتي يعني من خلالها تطبيق القواعد الموضوعية في اتفاقية فيينا، على اعتبار أن هنالك علاقة تعايش وتكامل بين المنهج التنازعي والمنهج المادي، فضلًا عن أن المنهج المادي يكون ذات صفة مكملة عند حدوث نقص أو ثغرات في المنهج التنازعي[57].

كما لو طرح على القاضي نزاع متعلق بإخلال مبتسر في عقد بيع الدولي، وكان القانون المختار هو اتفاقية فيينا للبيع الدولي للبضائع، وتبين هذه الاتفاقية لا يمكن تطبيقها، أذن يستطيع القاضي تطبيق المنهج التنازعي استنادًا إلى المادة 1/1/أ/ب من اتفاقية فيينا، وكذلك العكس في حالة اختيار الاطراف المنهج التنازعي على الإخلال المبتسر في عقد البيع الدولي، في هذا الحال يمكن للقاضي أن يستبعد المنهج التنازعي ويطبق المنهج المادي المتمثل بالقواعد الموضوعية في اتفاقية فيينا.

---

[53] (محكمة التَّحكيم الدوليَّة، 1995-1-1، رقم 7745)،) مشـــار إليها في الموقع الإلكترونيّ www.unilex.info، تاريخ الزّيارة 2020/6/10، ساعة:8:00.

[54] د. سلامة فارس عرب، مرجع سابق، ص79.

[55] د. السيد خليل إبراهيم محمد، القانون واجب التَّطبيق على عقد البيع وفقًا لاتِّفاقيَّة فيينا للبيع الدوليّ للبضائع لعام 1980، بحث منشور في مجلة الرافدين للحقوق، السنة 10، العدد 35، عام 2008، ص94.

[56] ارميض عبيد خلف العزاوي، مرجع سابق، ص37.

[57] د. أحمد عبد الكريم سلامة، نظرية العقد الدولي الطليق، مرجع سابق، ص435.

ومن التَّطبيقاتِ القضائيَّةِ الأُخرى: استبعادِ اتِّفاقيَّةِ فيينا من خضوعِها لأحكامِ الإخلالِ المُبتسرِ بالعقد، وخضوعها لمنهجِ تنازُعِ القوانين في القانونِ الدوليِّ الخاصِّ بها؛ إذ قامت الشَّركةُ الإيطاليَّةُ بشراءِ أرضياتٍ خشبيَّةٍ من الشَّركة الهولندية؛ بهدف إعادةِ تسويقِها وبيعِها لدى العملاءِ النهائيِّين، وشرَعَ أحدُ هؤلاء العملاءِ النهائيِّين في اتِّخاذِ إجراءاتٍ قانونيَّةٍ ضدَّ البائعِ سعيًا وراءَ التَّعويضِ عن الأضرار، بعد أن تبيَّن أنَّ الأرضياتِ الخشبيَّةَ معيبةٌ ولا بدَّ من استبدالِها. طلبت الشَّركةُ الإيطاليَّةُ من المحكمةِ أن تدرجَ البائعَ الأوَّل في الإجراءات، مدعيةً أنَّ عدمَ المطابقةِ يتعلَّق بحصرِها على السِّلع التي تُقدِّمها.
رأت المحكمةُ أنَّ العقدَ المُبرمَ بين البائعِ والمشتري يخضعُ لاتِّفاقيَّةِ فيينا. وبذلك، استبعدتْ أن يكون شرطُ اختيارِ القانون الوارد في الشُّروطِ القياسيَّةِ للبائع لصالحِ القانونِ الهولنديِّ قد استبعدَ بصورةٍ صريحةٍ تطبيقَ الاتِّفاقيَّة، بما أنَّ المشتري لم يقبلْ بهذه الشُّروط[58].

"خاتمه"

بعد ما توصلنا إلى نهاية البحث، وبحثنا مسألة في تحديد القانون واجب التطبيق على الإخلال المبتسر في عقد البيع الدولي، مستعينين بذلك، العرض والتحليل، ابرز القواعد التي عملت على تحديد القانون واجب التطبيق، بما تقضي به قواعد التنازع، والاتفاقيات الدولية، وتأثير اتفاقية فيينا للبيع الدولي للبضائع على منهج التنازع.

أولًا- النتائج:

1. تعد اتفاقية فيينا للبيع الدولي للبضائع من اهم الاتفاقيات الدولية، التي تضمنت تشريعي دولي موحد، واخذت نطاق واسع من دول العالم، لتنظيمها عقد البيع الدولي للبضائع منذ لحظة الابرام إلى حين التنفيذ، هذا مما يبرهن نجاح إتفاقية فيينا للبيع الدولي للبضائع عند تطبيق من قبل المحكم أو القاضي على النزاع.
2. اتضح عند سكوت إرادة الأطراف عن تحديد القانون واجب التطبيق، عندئذً يقوم القاضي بتحديد القانون واجب التطبيق وفقًا للإرادة الضمنية للمتعاقدين، وهي المؤشرات الخارجية أو الداخلية التي يتضمنها العقد، أو اللجوء إلى الضوابط الاحتياطية في القانون واجب التطبيق على الإخلال المبتسر بالعقد.
3. توصلنا إلى أن هناك علاقة بين المنهج التنازعي، والمنهج المادي في تحديد القانون واجب التطبيق على النزاع، لذا عندما يعرض النزاع على القاضي أو المحكم يطبق المنج المادي المباشر على النزاع، فإذا وجد نقص أو ثغرات في هذا المنهج، يلجأ القاضي إلى المنهج التنازعي في تحديد القانون واجب التطبيق.
4. أن اتفاقية فيينا اجازت لطرفي العقد الحرية في اختيار القانون واجب التطبيق على النزاع، من خلال الاعتراف بإرادة الأطراف في اختيار الاتفاقية صراحة أو ضمنًا أو استبعادها الخضوع من نطاق تطبيقها على الإخلال المبتسر بالعقد، أو اللجوء في اختيار المنهج التنازعي على النزاع.

ثانيًا- التوصيات:

1. نقترح على المشرع العراقي تعديل نص المادة 1/25 من القانون المدني العراقي، على ان تكون تحقق العدالة العقدية بين طرفي العقد، لأن تلك المادة تتيح للطرف القوي تحديد القانون واجب التطبيق على الطرف الضيف، مما يسبب اجحاف بحق الطرف الضعيف، وتحقق مصالح الطرف القوي.
2. توصي المشرع العراقي بتعديل قانون التجارة العراقي من خلال تنظيم فكرة الإخلال المبتسر في عقد البيع الدولي، سواء من جانب المشتري أو البائع، وعدم تركها للقواعد العامة الواردة في القانون المدني وقانون التجارة العراقي.
3. نوصي المشرع العراقي بالمصادقة على اتفاقية فيينا للبيع الدولي للبضائع، لكي يصبح العراق دولة متعاقدة، وتكون جزء من قانونها الداخلي.
4. ضرورة اجراء مراجعة دورية شاملة لأحكام اتفاقية فيينا للبيع الدولي للبضائع، من قبل لجنة الامم المتحدة لقانون التجارة الدولية ((الأونسيترال))، لتعديل الثغرات والنفص التي تعتري تطبيق الاتفاقية، ومدى مواكبة أحكامها للتطورات التجارية الدولية، والتخلص من القصور التشريعي لهذه الاتفاقية من حيث المسائل والبيوع التي تستبعدها الاتفاقية.
5. على المشرع العراقي أن ينص على ضوابط الاسناد المرنة عند غياب الاطراف في تحديد القانون واجب التطبيق على النزاع، وهي نظرية التركيز الموضوعي، ونظرية الأداء المميز بالعقد.

قائمة المراجع

أولًا- الكتب القانونية:

1. عكاشـة محمد عبد العال مصـطفى، الوسـيط في تنازع القوانين في دولة الإمارات العربيَّة المتَّحدة، مطبعة الفجيرة الوطنيَّة، عام 2008.
2. هشام علي صادق، القانون الواجب التَّطبيق على عقود التِّجارة الدوليَّة، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2007.

[58] (محكمة تورنتو الإيطالية رقم 105، 2014-1-24) مشـــار إليها في الموقع الإلكترونيّ www.unilex.info، تاريخ الزّيارة 2020/6/11، الساعة:2:00.

3. هشام علي صادق، مركز القانون الأجنبيّ أمام القضاء الوطنيّ، منشأة المعارف، الإسكندريَّة، عام 1968، بند 101.
4. عباس العبودي، تنازع القوانين، مكتبة السنهوري، بغداد، 2015.
5. إبراهيم أحمد إبراهيم، القانون الدوليُّ الخاصُّ، الكتاب الأول، سيد عبد الله وهبة، القاهرة، عام 1986.
6. حسام الدين عبد الغني، تفسير اتفاقية الامم المتحدة بشأن عقد البيع الدولي للبضائع، دار النهضة العربية، القاهرة، 2001.
7. عصام سليم، خصائص البيع الدولي للبضائع، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2004.
8. طلال حافظ جابر، عقد البيع الدوليّ، منشورات صادر الحقوقيَّة، بيروت، عام 2007.
9. أحمد عبد الكريم سلامة، نظرية العقد الدولي الطليق، دار النهضة العربية، القاهرة، 2018.
10. محمود سمير الشرقاوي، العقود التجارية الدولية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1999.

ثانياً- الرسائل والاطاريح:

1. عبد الفتاح حجازي، أزمة العقد (دراسة مقارنة)، أطروحة دكتوراه مقدَّمة إلى جامعةِ بغداد، كليَّة القانون، عام 1998.
2. أرميض عبيد خلف العزاوي، مستقبل منهج التنازع في عقد البيع الدولي، اطروحه دكتوراه، جامعة عين شمس، كلية الحقوق، 2018

هشام أحمد محمود عبد العال، عقد التأمين، اطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، 2000.

9. هشام أحمد محمود عبد العال، القانون واجب التَّطبيق على الكفالة، دار النهضة العربية، مصر، 2018.

رابعاً- المجلات:

1. السيد خليل إبراهيم محمد، القانون واجب التَّطبيق على عقد البيع وفقًا لاتِّفاقيَّة فيينا للبيع الدوليّ للبضائع لعام 1980، بحث منشور في مجلة الرافدين للحقوق، السنة 10، العدد 35، عام 2008.

خامساً- القوانين:

1. القانون المدني العراقي رقم 40 لسنة 1951 المعدل.