

مجلة

كلية التراث الجامعة



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 الإخلال 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 الأسلوب 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 أصيلاً، 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

أولاً- موضوع البحث: يعد عقد البيع الدولي من العقود المهمة في عقود التجارة الدولية، نظرًا لما يترتب 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 أحد أطرافه أجنبيًا، أي أحد عناصره أجنبيًا كالجنسية أو الموطن، على أن يلزم الطرفين بتنفيذ بحسن النية، وفق لما اتفق عليه إرادة الطرفين، لكن قد يحصل استثناءً على أن يرتكب أحد طرفي العقد إخلالاً مبكراً بتنفيذ العقد، وهذا عندما يقوم أحد المتعاقدين بالإفصاح في وقت مبكرًا بعدم إمكانية تنفيذ العقد.

هذا ما اتجه إليه الفقه والتشريع على تحديد القانون واجب التطبيق على الإخلال المبتسر في عقد البيع الدولي في حالة الاختيار، سواء كان الاختيار صريحاً أو ضمناً 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 الأساسية في اقتصاد الدول من حيث حركة المد والجزر بين الأموال في السلع والخدمات، وكذلك تشكل أهمية البحث من حيث القيمة المالية الضخمة للعقد، فضلًا عن ارتباطه بأكثر من دولة، وتزداد وتنوع باستمرار في حياة الدول. وكذلك تزداد أهمية البحث من خلال أهمية العقد ذاته، وذلك عندما يرتبط العقد بأكثر من دولة، 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، عندئذٍ سوف يتسبب اختلال في التوازن الاقتصادي في العقد، مما يسبب ضرر بمصالح المتعاقدين، هذا من جانب، ومن جانب آخر اختلاف الأنظمة القانونية عند تحديد القانون واجب التطبيق وتوقيع الجزاء على الطرف الذي يقوم بالإفصاح مبكرًا، بعدم تنفيذ العقد، فبعض الأنظمة القانونية توجب فسخ العقد، وبعض الاتفاقيات الدولية توجب التعويض مع إبقاء 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 الأطراف 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 والأجنبية¹.

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

¹ د. عكاشة محمد عبد العال مصطفى، الوسيط في تنازع القوانين في دولة الإمارات العربية المتحدة، مطبعة الفجيرة الوطنية، عام 2008، ص707.



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

أولاً- 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 للالتزامات المتعاقدية وفقاً لنصوص العقد وهذا ما تنص عليه النظرية الشخصية².

وفي هذا الصدد ، يرى بعض الفقه أنه ما لم تختار 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 المبترس بالعقد ، بدلاً من إرادة الأطراف المتعاقدة قبل اختيار القانون ، مما يمكنهم الإفلات من أحكامها وانزالها منزلة الشروط العقدية³.

ويتربت على الاختيار وفق النظرية الشخصية نتائج وهي منح الطرفين حرية اختيار القانون الذي يحكم الإخلال المبترس 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 الوطني⁴.

الأطراف المتعاقدة ليست مقيدة في اختيارهم للقانون واجب التطبيق على الإخلال المبترس 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؛ فإن الأطراف لهم القدرة على اختيار أحد القوانين المتصلة بالعقد، وبالتالي فإن المتعاقدين يستبعدون كافة القوانين ذات الصلة بالرأبطة العقدية لحساب قانون آخر على غير

ثانياً – الاختيار وفق النظرية الموضوعية: أن هذه النظرية يعلون فيها القانون على إرادة المتعاقدين، ولا تعد إرادة المتعاقدين سوى التركيز الإخلال المبترس 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 العقدية⁵.

لذا فإن قانون الإرادة يشير إلى تحديد القانون واجب التطبيق على عقد البيع الدولي ومن ضمنه الإخلال المبترس بالعقد بمقتضى قاعدة التنازع المزدوجة والتي من شأنها أن تشير إلى القانون الوطني أو الاجنبي، وبهذه المثابة يستطيع المتعاقدان وفقاً لهذا النظر القدرة على الاختيار التنازعي على عقد البية الدولي وما يتضمنه من الإخلال المبترس بالعقد⁶.

أن إرادة المتعاقدين وفق النظرية الموضوعية، تمثل في حقيقة الأمر الدور الرئيسي للقاضي في تحديد هذه الإرادة من خلال التركيز ضمن موقعها الفعلي، فضلاً عن تنظيم هذه الإرادة، وسواء كان الاختيار صريحاً أو ضمناً، فإذا كان اختيار المتعاقدين صريح فإن القاضي يلتفت لهذا الاختيار إذا كان متوافقاً مع آليه التركيز ويعبر عن ذو صلة حقيقة بالعقد ثم يقوم القاضي بالتطبيق مباشرة على الإخلال المبترس بالعقد، إما إذا كان الاختيار غير معبرا عن الصلة الحقيقة بالعقد، فإن القاضي لا يلتفت لهذا الاختيار حيث يقوم القاضي بالتركيز بنفسه على الإخلال المبترس بالعقد، إما إذا كان اختيار المتعاقدين ضمناً على الإخلال المبترس بالعقد، حيث يقوم القاضي بنفسه عن استخلاص المؤشرات والقرائن الضمنية في العقد، ومن هذا القرائن والمؤشرات الضمنية جنسية المتعاقدين ومكان إبرام العقد أو العملة التي يبتن الوفاء بها في العقد، وعلى هذا الأساس يقوم القاضي بتركيز الإخلال المبترس بالعقد على ضوء هذه الظروف والقرائن المحيطة بالعقد⁷.

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 المبترس بالعقد وذلك من خلال وضع ضوابط محددة سلفاً وهي قانون الموطن المشترك أو قانون بلد الإبرام، بالرغم أن هذه المادة لم تقيد المتعاقدين في اختيار القانون واجب التطبيق، لذلك يبقى الاختيار خاضعاً إلى القواعد العامة الواردة في القانون المدني العراقي والنظام العام⁸.

ثانياً- الاختيار الضمني على الإخلال المبترس في عقد البيع الدولي:

² عبد الفتاح حجازي، أزمة العقد (دراسة مقارنة)، أطروحة دكتوراه مقدّمة إلى جامعة بغداد، كلية القانون، عام 1998، ص44.

³ د. هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، المرجع السابق، بند 86، ص132.

⁴ د. هشام علي صادق، مركز القانون الأجنبي أمام القضاء الوطني، منشأة المعارف، الإسكندرية، عام 1968، بند 101، ص119.

⁵ د. هشام أحمد محمود عبد العال، القانون واجب التطبيق على الكفالة، المرجع السابق، ص94.

⁶ د. هشام علي صادق، عقود التجارة الدولية، المرجع السابق، بند 260، ص390 وما بعدها.

⁷ د. هشام أحمد محمود عبد العال، الكفالة الدولية، المرجع السابق، ص95.

⁸ د. عباس العبودي، مرجع سابق، ص184.



نص المشرع العراقي على الإرادة الضمنية للمتعاقدين في تحديد القانون واجب التطبيق على عقد البيع الدولي ومن ضمنه الإخلال المبترس بالعقد، مما ينبغي على القاضي أو المحكم الذي ينظر النزاع أن يستخلص الإرادة الضمنية من العقد، وذلك من خلال الظروف و القرائن والأدلة المحيطة بالعقد سواء كانت تلك القرائن داخلية أو خارجية، لكي يتم تحديد القانون واجب التطبيق على الإخلال المبترس في عقد البيع الدولي⁹.

ووفقاً 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 المبترس 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 التمييز¹⁰.

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 المبترس بالعقد¹¹.

وتأكيداً لما تقدم؛ ذهب جانب من الفقه العراقي إلى أن إرادة الأطراف وحريرتهم مقيّدة في اختيار القانون الذي سيحكم الإخلال المبترس بالعقد، ويرجع هذا التقييد إلى وجود صلة بين القانون المختار والعقد، وهذه الصلة متمثلة إما في جنسية المتعاقدين، أو محل إبرام العقد، أو محل التنفيذ، أو بموطنهما، ولربما تأتي الصلة بين القانون المختار والإخلال المبترس في العقد لحاجة معاملات التجارة الدولية، كالعقود النموذجية التي تخضع لقانون معين، فإذا أبرم المتعاقدان عقداً وفقاً للعقد النموذجي، واختار المتعاقدون هذا القانون الذي يخضع لهذا النموذج، يصبح القانون المختار ذا صلة بالعقد، حتى لو لم تتوافر بين العقد وهذا القانون المختار صلة من حيث الجنسية أو الموطن¹².

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

عندئذ 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 المبترس 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 مستخلصاً من ذلك شروط العقد، وبالتالي هذه القرينة وحده لا تكفي في اختيار قانون الطرف القوي في تحديد القانون واجب التطبيق¹³.

والجدير بالإشارة، عندما لا يختار المتعاقدان القانون واجب التطبيق صراحة على الإخلال المبترس 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 لدولته¹⁴.

2. **دور المؤشرات والقرائن في تحديد الإرادة الضمنية للمتعاقدين:** عندما لا يختار المتعاقدان القانون واجب التطبيق صراحة على العقد، فإنما يتم اللجوء إلى الإرادة الضمنية للمتعاقدين في تحديد القانون واجب التطبيق على الإخلال المبترس 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 المبترس بالعقد من اللجوء إلى قرائن أو مؤشرات لم تكن محيطة بالعقد¹⁵.

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

1. **المؤشرات الداخلية:**

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

¹⁰ د. هشام علي صادق، الموجز في تنازع القوانين، المرجع السابق، 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 التطبيق على الكفالة، المرجع السابق، ص87 وما بعدها.



- 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، فضلاً عن أن مكان التنفيذ هو المكان الذي تتجمع فيه مصالح المتعاقدين¹⁶، وغالباً ما يكون مكان التنفيذ هو المكان الذي تتجه في إرادة المتعاقدين على تحديد القانون الواجب التطبيق للمكان الذي يتم فيه تنفيذ العقد، وترتب فيه آثار¹⁷.
- ب. بيد أن الأمر يصبح أكثر تعقيداً 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 عندئذ يكون مكان العمل الرئيسي أو موقع المال¹⁸.
- ج. أن ضابط محل تنفيذ العقد يشكل ضابطاً مهماً 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 العام¹⁹.
- د. 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 بالعقد²⁰.
- هـ. جنسية الأطراف: أن جنسية الأطراف يكون لها دور رئيسي في تحديد القانون واجب التطبيق على الإخلال المبتسر في عقد البيع الدولي، علماً أن هذا الضابط لا يكون وحدة كافية في تحديد القانون واجب التطبيق، وإنما لا بد أن يجتمع ضابط آخر في تحديد القانون واجب التطبيق، كضابط محل التنفيذ، أو محل الإبرام²¹.
- و. عملة الدفع: وهي العملة التي يتفق عليها المتعاقدان في سداد الثمن، وتحديد نوع العملة ينصرف إرادة الأطراف إلى تحديد القانون واجب التطبيق، لأن العملة تعتبر الصلة بين العقد والدولة التي تحدد عملتها في العقد، علماً لا يكفي تحديد العملة لتحديد القانون واجب التطبيق مالم تجتمع قرائن أخرى تشير إلى تحديد القانون واجب التطبيق.
- ز. صيغة العقد: وهو الأسلوب الذي كتب به العقد، كالمكان الذي أجريت 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 العقد²².
- ط. المكان الذي أجريت فيه المفاوضات العقدية: وهذا يتضح أن إرادة الأطراف تنصرف على المكان الذي أجريت 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 التطبيق²³.
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 المتعاقدين²⁴.
- ب. سلوك الأطراف اللاحقة على إبرام العقد: ومن هذه السلوك اللاحقة على إبرام العقد هي اختيار الأطراف القانون واجب التطبيق عند إبرام العقد، أو في تاريخ لاحق على إبرامه، وكذلك في حالة الظروف والتصرفات التي رافقت إبرام العقد، أو

16. طلال حافظ جابر، عقد البيع الدولي، منشورات صادر الحقوقية، بيروت، عام 2007، ص 141.

17. هشام أحمد محمود، عقد التأمين، مرجع سابق، ص 106.

18. سامي بديع منصور وعكاشة عبد العال، مرجع السابق، ص 390.

19. عصام الدين القصبي، مرجع سابق، ص 49.

20. هشام أحمد محمود، عقد التأمين، مرجع سابق، ص 106.

21. طلال حافظ جابر، مرجع سابق، ص 141.

22. هشام علي صادق، د. عكاشة عبد العال، مرجع سابق، ص 347.

23. طلال حافظ جابر، مرجع سابق، ص 142.

24. هشام علي صادق، الموجز في تنازع القوانين، مرجع سابق، ص 275.



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 بالعقد²⁵.

المطلب الثاني

القانون واجب التطبيق على الإخلال المبتسر في حالة عدم الاختيار

المشرع العراقي وضع ضوابط اسناد جامدة ومرنة 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 الاسناد الجامدة هي قانون الموطن المشترك وقانون بلد الأبرام، وضوابط الاسناد المرنة هي نظرية التركيز الموضوعي، ونظرية الأداء المميز بالعقد²⁶.
أولاً- 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 بالعقد²⁷. 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 الصريحة أو الضمنية القانون واجب التطبيق على الإخلال المبتسر بالعقد، ولكن بشرط يتم تطبيق هذا الضابط عندما يكون ضابط الموطن مشترك بين المتعاقدين²⁸.

وذهب جانب الفقه إلى أسناد القانون واجب التطبيق هو قانون الموطن المشترك على الإخلال المبتسر بالعقد هو استجابة لحاجات الأطراف المتعاقدة بوصف يعد المركز القانوني والمكان الذي يباشر معاملاتهم، فمن الطبيعي يخضع الأفراد لقانون البلد الذي توطنوا فيها، فإذا توطنوا البائع والمشتري في مصر والعقد أبرام في العراق، ونشئ فيه إخلال المبتسر بالعقد، عندئذ أن القانون واجب التطبيق هو القانون المصري²⁹.

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 المتعاقدان الاختيار عن القانون واجب التطبيق³⁰.

2. **قانون بلد الأبرام:** 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 أبرم فيه العقد في حالة اختلاف القانون الموطن المشترك للمتعاقدين، وجاء هذا تلافياً للانتقادات التي وجهت لقانون الإرادة في تحويل إرادة المتعاقدين اختيار قانون منبث 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 الأبرام على اعتبار نشأ العقد في تلك الدولة³¹.

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،

25 هشام أحمد عبد العال، عقد التأمين، مرجع سابق، ص106.

26 أنظر المادة 1/25 من القانون المدني العراقي النافذ.

27 عباس العبودي، مرجع سابق، ص184.

28 د. إبراهيم أحمد إبراهيم، القانون الدولي الخاص، الكتاب الأول، سيد عبد الله وهبة، القاهرة، عام 1986، ص227.

29 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.



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 للمتعاقدین على ضوء والاعتبارات الخاصة في كل حالة³².
ووفقاً 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 ضمنى على أن يكون الاختيار متصلاً بالعقد، والذي يشكل هذا الاختيار مركز الثقل في الرابطة العقدية تمهيداً لأسنادها إلى قانون ذلك المكان الذي يشكل مركز الثقل في هذه الرابطة، إما إذا كان الاختيار عديم الصلة بالرابطة العقدية، على القاضي أن يتمتع عن هذا الاختيار على اعتبار أن تلك المسألة القانونية ترجع إلى تفسير قواعد الاسناد الوطنية التي أشارت إليها³³.

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 الميزة في عقد البيع الدولي، ومن ثم يخضع العقد للعنصر المميز، الذي يتحدد على ضوءه القانون واجب التطبيق على الإخلال المبتسر بالعقد دون الأخذ بالضوابط الجامدة، والبحث عن الظروف والملابسات بالعقد، والذي تشكل الأداء المميز بالعقد³⁴.

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 للمتعاقدین، أو تعذر تطبيق ضوابط الاسناد الاحتياطية في العقد، وهي محل الأداء المميز بالعقد أي مكان تنفيذ الالتزام الرئيسي الذي يتميز عن غيره من الالتزامات التعاقدية الأخرى³⁵.

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

في هذه الحالة يتم تحديد القانون واجب التطبيق على أساس موطن المدين البائع بالأداء الأكثر تميزاً بالعقد، ويتم تحديد الأداء الأكثر تميزاً بالعقد من خلال اجتماع الاحداث المادية في عقد البيع، مثلاً أن يجتمع ضابط محل ابرام العقد مع أحد الاداءات المميزة بالعقد ويتحدد بناءً عليه قانون الدولة الأكثر تميزاً بالعقد، إما إذا تساوت الاداءات المميزة بالعقد، عندئذ يتم اعتبار هذه العلاقة متعددة ومستقلة عن الأخرى، ويتحدد القانون واجب التطبيق وفقاً لهذا الاستقلال بالبحث عن القانون الأكثر صلة بالنزاع³⁶.

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 يعثر بها النقص والقصور، في بعض المسائل عندئذ تسمح باللجوء إلى المنهج التنازعي في حل النزاع، مما يكون هذا المنهج الأخير دوراً تكميلياً في حل النزاع³⁷.

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

32 د. محمود محمد ياقوت، مدى حرية المتعاقدين، مرجع سابق، ص1288، 130.

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، اطروحة دكتوراه، جامعة عين شمس، كلية الحقوق، 2018، ص394.

نطاق تطبيقها لأحكام الاتفاقية، مما يقتضي اللجوء إلى المنهج التنازعي في حل تلك المسائل المتعلقة بالبيع الدولية، والتي يستبعد من نطاق تطبيق اتفاقية فيينا³⁸.

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

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 المبترس بالعقد في البيع 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 النزاع³⁹.

ووفقاً لما تقدم أبرم مشتري سويسري وبائع نمساوي عقد بيع سيارة لامبورغيني، ولمّا رفض البائع تنفيذ العقد، أقام المشتري دعوى حدوث ضرر ناجم عن معاملة بديلة دخلت مع مشتري آخر لنفس السيارة.

أمرت كل من المحكمة الابتدائية ومحكمة الاستئناف البائع بدفع تعويضات وفقاً للقانون المحلي المنطبق على العقد. أكدت المحكمة العليا أن اتفاقية فيينا لا تنطبق على العقد، وفقاً للمادة 1/2 من الاتفاقية منذ شراء السيارة للاستخدام الشخصي للمشتري من خلال تقديرها تفسير ذلك للاستخدام الشخصي، وذكرت المحكمة أنه يجب إيلاء الاعتبار للاستخدام المقترح وليس للاستخدام الفعلي الذي يفهمه الأطراف⁴⁰.

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 المبترس بالعقد، عندئذ عندما يعرض على القاضي أو المحكم نزاع متعلق بالإخلال المبترس 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، عندئذ يتم الإحالة إلى القانون الوطني الذي تحدده القواعد الواردة في القانون الدولي الخاص⁴¹.

وعلى سبيل المثال: نصت الفقرة الثانية من المادة 71 من الاتفاقية في حالة إبرام عقد بيع دولي بين البائع والمشتري، قام البائع بتصدير البضاعة إلى المشتري، أثناء التصدير تبين أن المشتري يمر بأزمة مالية كبيرة تعجزه عن وفاء الثمن، أجازت الاتفاقية للبائع أن يصدر تعليمات إلى الناقل بالامتناع عن تسليم البضاعة، حتى لو كان المشتري يحوز المستندات المتعلقة بالمبيع، فعندما يعرض نزاع على القاضي أو المحكم لا يحكم بالاتفاقية ولا بالمبادئ العامة؛ نظراً لعدم وجود نص يقتضي بتنظيم مسألة إصدار التعليمات، عندئذ يسري على تلك المسألة تحديد القانون الوطني واجب التطبيق في القانون الدولي الخاص⁽⁴²⁾.

وعلى هذا الأساس أن بعض المسائل يخرج عن تنظيمها بالنسبة لاتفاقية فيينا، فإذا حصل إخلال مبترس في عقد البيع الدولي، حيث يقوم القاضي أو المحكم بتطبيق الاتفاقية على هذا النزاع، فإنه لا بد أن يحكم بالتعويض جبراً 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 عندئذ في هذا الحال، يقوم القاضي أو المحكم الذي ينظر النزاع، عندئذ بتطبيق المنهج التنازعي، وهو القانون الوطني لدولة القاضي التي تنظر النزاع، لأن تعدد 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 تطبيقها⁴³.

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.

38 د. حسام الدين عبد الغني، تفسير اتفاقية الأمم المتحدة بشأن عقد البيع الدولي للبضائع، دار النهضة العربية، القاهرة، 2001، بند 126، ص 49.

39 ارميض عبيد خلف العزاوي، مرجع سابق، ص 468.

40 القضية 01ob /6015 48 11-2-1997 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 السابق، بند 132، ص 51.

(42) د. محسن شفيق، اتفاقية الأمم المتحدة، المرجع السابق، ص 227.

43 د. حسام سيد عبد الرحيم علي، المرجع السابق، ص 386 وما بعدها.



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، عندئذ يتم تقدير التعويض باللجوء إلى قواعد القانون الدولي الخاص استناداً إلى المادة 2/7 من اتفاقية فيينا⁴⁴.
 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، استناداً إلى المادة 2/7 من اتفاقية فيينا⁴⁵.
 3. الشرط الجزائي: يتم تنظيم الشرط الجزائي وفق المبادئ العامة للاتفاقية، وفي حال غيابها تسري عليه احكام القانون واجب التطبيق، وفقاً لقواعد القانون الدولي الخاص، لذا عندما يتفق المتعاقدان على وجود شرط جزائي بالعقد، عندما يقع الإخلال المبتسر بالعقد، عندئذ في هذه الحالة تستبعد الاتفاقية من نطاق تطبيقه ويخضع إلى القواعد العامة الواردة في القانون الدولي الخاص⁴⁶.
- 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، ويطلب 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، عندئذ يقوم القاضي بتطبيق قانون المحكمة التي تنتظر النزاع، فإذا كان القانون الوطني، لا يسمح بالتنفيذ العيني، عندئذ تطبق الجزاءات الأخرى على الإخلال المبتسر بالعقد⁴⁷.

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 ضمناً، وهذا ما نصت عليه المادة 6 من اتفاقية فيينا للبيع الدولي للبضائع⁴⁸.

وهذا عندما تجيز اتفاقية فيينا أن إرادة الأطراف يكون لها دور في تحديد القانون واجب التطبيق على الإخلال المبتسر بالعقد، مما يعني فسخ المجال لإرادة الأطراف في اللجوء إلى منهج تنازع القوانين، إذن إرادة الأطراف يكون لها دور في اختيار المنهج المادي المتمثل بالقواعد القانونية الموضوعية لاتفاقية فيينا، أو اللجوء إلى منهج تنازع القوانين⁴⁹.

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 جزئياً مقصوراً على بعض نصوص الاتفاقية، ولا يستثنى إلا حظر الاتفاق على استبعاد المادة 12 التي تجعل الكتابة شرطاً صريحاً لصحة العقد⁵⁰.

والجدير بالقول، أن الأصل هو تطبيق اتفاقية فيينا، إما استثناءً تطبيق منهج تنازع القوانين عندما يطرح النزاع على القاضي أو المحكم، حيث يكون لهذا الأخير 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 تعترض اتفاقية فيينا عند تنظيمها المسائل المتصلة بالإخلال المبتسر في عقد البيع الدولي⁵¹.

وعلى هذا الأساس أن إرادة الأطراف يكون لها دور 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

44. د. محسن شفيق، اتفاقية الامم المتحدة، مرجع سابق، ص 348.

45. د. محمود سمير الشرقاوي، مرجع سابق، ص 217.

46. د. محسن شفيق، اتفاقية الامم المتحدة، مرجع سابق، ص 350.

47. د. حسام السيد عبد الرحيم، مرجع سابق، ص 375.

48. د. عصام سليم، خصائص البيع الدولي للبضائع، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2004، ص 26.

49. ارميض عبيد خلف، مرجع سابق، ص 477.

50. د. محسن شفيق، إتفاقية الامم المتحدة، مرجع سابق، ص 87.

51. ارميض عبيد خلف العزوي، مرجع سابق، ص 394.



نطاق تطبيق أحكام الاتفاقية أو استبعادها من التطبيق، بحيث يكون لإرادة الأطراف دور في تحديد القانون واجب التطبيق على الإخلال المبترس بالعقد في الكيفية التي يرونها، وهذا ما نصت عليه المادة 6 من اتفاقية فيينا للبيع الدولي للبضائع⁵². وتطبيقاً لذلك أبرم بائع سنغافوري ومشتري بولندي عقداً لبيع أجهزة الحاسوب، وقد تضمن القانون واجب التطبيق عند حدوث الإخلال المبترس بالعقد القانون الفرنسي، ونشأ الإخلال المبترس بالعقد عندما رفض المشتري استلام البضائع؛ نظراً للصعوبات التقنية التي يعاني منها عملاؤه، فطالب المشتري بإعلان فسخ العقد.

وفيما يتعلق بالقانون المعمول به، رأت هيئة التحكيم عندما نص المتعاقدون على القانون الفرنسي، أنهما كانا يقصدان أن يخضع عقدهما إلى القانون المحلي الفرنسي؛ أي: قواعد القانون المدني الفرنسي، وليس اتفاقية فيينا، وفي الواقع حتى لو كانت اتفاقية فيينا قابلة للتطبيق بموجب المادة 1/1 ب من اتفاقية فيينا، فإن المادة 6 من اتفاقية فيينا سمحت للمتعاقدين استبعاد اتفاقية فيينا من التطبيق، واختيار الأطراف لقانون محلي، على الرغم من أن دولة فرنسا دولة متعاقدة، وفي رأي هيئة التحكيم يرقى إلى هذا الاستبعاد، ومع ذلك أشارت هيئة التحكيم في حالة تعارض بين القانون الفرنسي، واتفاقية فيينا، عندئذ كان القانون الفرنسي هو القابل للتطبيق، ولاحظت كذلك أنه فيما يتعلق بالمسائل التي ستدرس في القضية قيد النظر، فإن أحكام اتفاقية فيينا أكثر تفصيلاً من الأحكام المنصوص عليها في القانون المدني الفرنسي، وأنها على أي حال أدت إلى نفس النتيجة إلى حد كبير.

فيما يتعلق بمطالبة المشتري بفسخ العقد، ذكرت هيئة التحكيم أنه بموجب القانون المحلي الفرنسي، لا يجوز إنهاء العقد إلا لخرق أساسي (المادة 1148 القانون المدني الفرنسي)؛ لأن المشتري حرّم على البائع تقديم ضمانات كافية أو إخطاره عن معالجة العيوب في البضائع، وأثبتت الأدلة التي قدمها البائع أنه كان من الممكن إصلاح العيوب في السلع بسهولة وبأقل تكلفة. حصل البائع على تعويض يشمل خسارة أرباح بموجب المادة 1149 من القانون المدني الفرنسي، وفيما يتعلق بسعر الفائدة: رفضت هيئة التحكيم ادعاء المشتري بأن يكون سعر الفائدة المتعاقد عليها أو مكان عمل الدائن، وطبقت سعر الفائدة المنصوص عليها في القانون المدني الفرنسي⁽⁵³⁾.

حيث نصت اتفاقية فيينا للبيع الدولي للبضائع في المادة 1/أ، حيث تطبق أحكام اتفاقية فيينا على عقود بيع البضائع المعقودة بين أطراف توجد أماكن 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 للجوء إلى منهج تنازع القوانين، وهي عندما تكون منشأة البيع في دولة، وهذه الدولة غير منظمة للاتفاقية، عندئذ على القاضي أن يلجأ قواعد الإسناد في دولته، أو قد يكون العكس أن قواعد القانون الدولي في دولة القاضي تؤدي إلى تطبيق اتفاقية فيينا⁵⁴. 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، عندئذ يطبق القاضي الذي ينظر النزاع التي عينه قاعدة الإسناد، حتى لو كان مكان عملهم في دولة، أو دولة غير متعاقدة⁵⁵. وعلى سبيل المثال قد يكون عقد بيع دولي مبرم بين بائع تاجر عراقي مقر عمله في العراق، مع مشتري تاجر سعودي، وكان إبرام العقد في القاهرة، وكان مقر عمل التاجر السعودي في الصين، اخل البائع بتنفيذ الالتزام العقدي، رفع المشتري الدعوى أمام القضاء العراقي، عندئذ اتفاقية فيينا تكون هي الواجبة التطبيق على النزاع، حتى وبافتراض أن كلا من السعودية والعراق والصين من الدول المنضمة للاتفاقية، لأن أحكام 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 أبرم فيها العقد، ومن الدول المنضمة للاتفاقية.

وهذا يأتي منهج التنازع كمبرر لتطبيق أحكام اتفاقية فيينا، لذلك يهدف منهج التنازع إلى تطبيق أحكام اتفاقية فيينا في إطار منهج 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

⁵² د. محسن شفيق، اتفاقية الامم المتحدة، مرجع سابق، ص 87.

⁽⁵³⁾ (محكمة التحكيم الدولية، 1995-1-1، رقم 7745)، (مشار إليها في الموقع الإلكتروني www.unilex.info، تاريخ الزيارة 2020/6/10، ساعة: 8:00.

⁵⁴ د. سلامة فارس عرب، مرجع سابق، ص 79.

⁵⁵ السيد خليل إبراهيم محمد، القانون واجب التطبيق على عقد البيع وفقاً لاتفاقية فيينا للبيع الدولي للبضائع لعام 1980، بحث منشور في مجلة الرافدين للحقوق، السنة 10، العدد 35، عام 2008، ص 94.



وفقاً لأحكام المادة 1/ب تكون الاتفاقية هي الواجبة التطبيق على النزاع، كلما احال منهج التنازع إلى تطبيق القانون الوطني لدولة متعاقدة⁵⁶.

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 بالجوء 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 هناك علاقة تعايش وتكامل بين المنهج التنازعي والمنهج المادي، فضلاً عن أن المنهج المادي يكون ذات صفة مكملة عند حدوث نقص أو ثغرات في المنهج التنازعي⁵⁷.

كما لو طرح على القاضي نزاع متعلق بإخلال مبتسر في عقد بيع دولي، وكان القانون المختار هو اتفاقية فيينا للبيع الدولي للبضائع، وتبين هذه الاتفاقية لا يمكن تطبيقها، أن يستطيع القاضي تطبيق المنهج التنازعي استناداً إلى المادة 1/1/أ/ب من اتفاقية فيينا، وكذلك العكس في حالة اختيار الأطراف 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.

ومن التطبيقات القضائية الأخرى: استبعاد اتفاقية فيينا من خضوعها لأحكام الإخلال المبتسر بالعقد، وخضوعها لمنهج تنازع القوانين في القانون الدولي الخاص بها؛ إذ قامت الشركة الإيطالية بشراء أراضي خشبية من الشركة الهولندية؛ بهدف إعادة تسويقها وبيعها لدى العملاء النهائيين، وشرع أحد هؤلاء العملاء النهائيين في اتخاذ إجراءات قانونية ضد البائع سعياً وراء التعويض عن الأضرار، بعد أن تبين أن الأراضي الخشبية معيبة ولا بد من استبدالها. طلبت الشركة الإيطالية من المحكمة أن تدرج البائع الأول في الإجراءات، مدعية أن عدم المطابقة يتعلق بحصرها على السلع التي تقدمها.

رأت المحكمة أن العقد المبرم بين البائع والمشتري يخضع لاتفاقية فيينا. وبذلك، استبعدت أن يكون شرط اختيار القانون الوارد في الشروط القياسية للبائع لصالح القانون الهولندي قد استبعد بصورة صريحة تطبيق الاتفاقية، بما أن المشتري لم يقبل بهذه الشروط⁽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.

أولاً- النتائج:

1. تعد اتفاقية فيينا للبيع الدولي للبضائع من أهم الاتفاقيات الدولية، التي تضمنت تشريعي دولي موحد، واخذت نطاق واسع من دول العالم، لتنظيمها عقد البيع الدولي للبضائع منذ لحظة الإبرام إلى حين التنفيذ، هذا مما يبرهن نجاح اتفاقية فيينا للبيع الدولي للبضائع عند تطبيق من قبل المحكم أو القاضي على النزاع.
2. اتضح عند سكوت إرادة الأطراف عن تحديد القانون واجب التطبيق، عندئذ يقوم القاضي بتحديد القانون واجب التطبيق وفقاً لإرادة 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 المنهج 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 ضمناً أو استبعادها الخضوع من نطاق تطبيقها على الإخلال المبتسر بالعقد، أو اللجوء في اختيار المنهج التنازعي على النزاع.

ثانياً- التوصيات:

1. نقتراح 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 الضيف، وتحقيق مصالح الطرف القوي.

⁵⁶ ارميض عبيد خلف العزاوي، مرجع سابق، ص 37.

⁵⁷ د. أحمد عبد الكريم سلامة، نظرية العقد الدولي الطليق، مرجع سابق، ص 435.

⁽⁵⁸⁾ (محكمة تورنتو الإيطالية رقم 105، 24-1-2014) مشار إليها في الموقع الإلكتروني www.unilex.info، تاريخ الزيارة 2020/6/11، الساعة: 2:00.



2. توصي المشرع العراقي بتعديل قانون التجارة العراقي من خلال تنظيم فكرة الإخلال المبترس في عقد البيع الدولي، سواء من جانب المشتري أو البائع، وعدم تركها للقواعد العامة الواردة في القانون المدني وقانون التجارة العراقي.
3. توصي 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 والنقص التي تعترض تطبيق الاتفاقية، ومدى مواكبة أحكامها للتطورات التجارية الدولية، والتخلص من القصور التشريعي لهذه الاتفاقية من حيث المسائل والبيوع التي تستبعد 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

أولاً- الكتب القانونية:

1. عكاشة محمد عبد العال مصطفى، الوسيط في تنازع القوانين في دولة الإمارات العربية المتحدة، مطبعة الفجيرة الوطنية، عام 2008.
2. هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2007.
3. هشام علي صادق، مركز القانون الأجنبي أمام القضاء الوطني، منشأة المعارف، الإسكندرية، عام 1968، بند 101.
4. عباس العبودي، تنازع القوانين، مكتبة السنهوري، بغداد، 2015.
5. إبراهيم أحمد إبراهيم، القانون الدولي الخاص، 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 الدولي، منشورات صادر الحقوقية، 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 مقدّمة إلى جامعة بغداد، كلية القانون، عام 1998.
2. أرميض عبيد خلف العزاوي، مستقبل منهج التنازع في عقد البيع الدولي، اطروحة دكتوراه، جامعة عين شمس، كلية الحقوق، 2018.
3. هشام أحمد محمود عبد العال، عقد التأمين، اطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، 2000.
4. هشام أحمد محمود عبد العال، القانون واجب التطبيق على الكفالة، دار النهضة العربية، مصر، 2018.
5. رابعاً- المجلات:
1. السيد خليل إبراهيم محمد، القانون واجب التطبيق على عقد البيع وفقاً لاتفاقية فيينا للبيع الدولي للبضائع لعام 1980، بحث منشور في مجلة الرافدين للحقوق، السنة 10، العدد 35، عام 2008.
2. خامساً- القوانين:
1. القانون المدني العراقي رقم 40 لسنة 1951 المعدل.