

# مفهوم المخالفة الجوهرية

الباحث/ عادل علي إسماعيل عبد الرحيم الهرمودي

باحث دكتوراه - كلية الحقوق - جامعة عين شمس

## مفهوم المخالفة الجوهرية

الباحث/ عادل علي إسماعيل عبد الرحيم الهرمودي

### ملخص:

لم يظهر مفهوم المخالفة الجوهرية في إطار عقود التجارة الدولية بصورته الحالية مرة واحدة، بل مرّ في مراحل عدّة مثلّت تمهيداً له في بعضها، وتطوّراً له في بعضها الآخر، فقد كانت مسودة اتفاقية روما (١٩٣٩-١٩٥١) أهمّ المحاولات الدولية الحديثة نسبياً لتأطير عقود التجارة الدولية ممثلةً بعقد البيع الدولي، والملاحظ من استقراء تلك المسودة هو أنّها لم تشتمل أو تتبنى أيّ مفهوم للمخالفة الجوهرية للعقد، إلا أنّها تضمنت ما يُمكن عدّه بذرةً لمثل ذلك المفهوم، وذلك من خلال نصّها على أنّ الالتزامات المتقابلة التي يُتفق عليها بموجب عقد البيع هي الأساس الذي يُنطلق منه لتحديد طبيعة المخالفة، وعليه، فإنّ مخالفة أيّ من تلك الالتزامات العقدية تشكل إخلالاً بتنفيذ ذلك الالتزام، دون أن ترقى إلى حدّ اعتبارها مخالفةً جوهرية، وتتمثل تلك الالتزامات- بحسب المسودة المذكورة- بالالتزام بالتسليم والالتزام بتسليم البضائع والالتزام بالإخطار، إضافةً إلى الالتزام بدفع الثمن، فكان ذلك التحديد الذي تبنته مسودة اتفاقية روما يقترب في فحواه إلى ما تضمنته القانون العام الإنجليزي التقليدي في هذا السياق، إذ يميّز الأخير بين الضمان من جهة، والشرط من جهة أخرى.

### Summary:

The concept of fundamental breach did not appear in the framework of international trade contracts in its current form once, but rather went through several stages that represented a prelude to it in some of them, and a development of it in some of them later. The draft of the Rome Convention (1939-1951) was the most important of the relatively recent international attempts to frame international trade contracts represented by the international sales contract. What is noticeable from the induction of that draft is that it did not include or adopt any concept of fundamental breach of the contract, but it included what can be considered a seed for such a concept, through its text that the reciprocal obligations agreed upon under the sales contract are the basis from which the nature of the breach is determined. Accordingly, breaching any of those contractual obligations constitutes a breach of the implementation

of that obligation, without rising to the point of being considered a fundamental breach. These obligations are represented- according to the aforementioned draft- by the obligation to deliver, the obligation to receive the goods, the obligation to notify, in addition to the obligation to pay the price. This was the definition that The draft of the Rome Convention adopted it, and its content is close to what was included in traditional English common law in this context, as the latter distinguishes between the guarantee on the one hand, and the condition on the other.

### مقدمة

لم يظهر مفهوم المخالفة الجوهرية في إطار عقود التجارة الدولية بصورته الحالية مرة واحدة، بل مرّ في مراحل عدّة مثلّت تمهيداً له في بعضها، وتطوّراً له في بعضها الآخر، فقد كانت مسودة اتفاقية روما (١٩٣٩-١٩٥١) أهمّ المحاولات الدولية الحديثة نسبياً لتأطير عقود التجارة الدولية ممثلةً بعقد البيع الدولي، والملاحظ من استقراء تلك المسودة هو أنّها لم تشتمل أو تتبنى أيّ مفهوم للمخالفة الجوهرية للعقد، إلا أنّها تضمنت ما يُمكن عدّه بذرةً لمثل ذلك المفهوم، وذلك من خلال نصّها على أنّ الالتزامات المتقابلة التي يُتفق عليها بموجب عقد البيع هي الأساس الذي يُنطلق منه لتحديد طبيعة المخالفة، وعليه، فإنّ مخالفة أيّ من تلك الالتزامات العقدية تشكل إخلالاً بتنفيذ ذلك الالتزام، دون أن ترقى إلى حدّ اعتبارها مخالفةً جوهرية، وتتمثل تلك الالتزامات- بحسب المسودة المذكورة- بالالتزام بالتسليم والالتزام بتسليم البضائع والالتزام بالإخطار، إضافةً إلى الالتزام بدفع الثمن، فكان ذلك التحديد الذي تبنته مسودة اتفاقية روما يقترب في فحواه إلى ما تضمنته القانون العام الإنجليزي التقليدي في هذا السياق، إذ يميّز الأخير بين الضمان (Warranty) من جهة، والشرط (condition) من جهة أخرى، وعلى ذلك، فإنّ الحكم على العقد بالفسخ يجب أن يستند إلى مخالفة أحد الأطراف لشرطٍ جوهري متفقٍ على اعتباره جوهرياً بموجب العقد، دون أن تكون مجرد مخالفة الالتزامات العقدية الأساسية المشار إليها آنفاً بذاتها كافيةً لفسخ العقد<sup>(١)</sup>.

(١) وليد خالد عطية، حل مشكلة التداخل بين حق المشتري في فسخ عقد البيع الدولي وحق البائع في إصلاح الخلل في تنفيذ الالتزام، دراسة في ظل تحديد مفهوم المخالفة الجوهرية في عقود البيع الدولية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠١٥، ص ٢٣-٢٤.

وفي مرحلة لاحقة، اقترح ممثلو الدنمارك عند الإعداد لاتفاقية لاهاي عام ١٩٥١ الخاصة بالقانون الموحد للبيع الدولية مسكاً مختلفاً يقوم على توسيع فكرة المخالفة العقدية على نحو يشمل أي مخالفة لأي التزام تقع من أحد أطراف العقد، فاقترحوا على وجه الدقة حذف تعبير "الإخلال بالالتزام الجوهري" واستبداله بتعبير "الإخلال الجوهري للالتزام"، مميزين بذلك بين فكرة الالتزام الجوهري وفكرة الإخلال الجوهري بالالتزام<sup>(١)</sup>، فالمعول عليه- بحسب رأيهم- هو طبيعة الإخلال وخطورته لا طبيعة الالتزام ذاته، والغاية من هذا التمييز كانت الحؤول دون الحكم بالفسخ لمجرد مخالفة الالتزام الجوهري، فلا يكون الفسخ من ثم إلا إذا كانت المخالفة بحد ذاتها جوهرية، وهي فكرة لقيت قبولاً واسعاً قاد واضعي اتفاقية لاهاي لسنة ١٩٦٤ إلى تبنيها بعد مناقشات طويلة نتج عنها صياغة تعريف للمخالفة الجوهرية يقترب في جزء من مضمونه إلى مضمون التعريف الذي أورده اتفاقية فيينا في المادة (٢٥) منها، إذ جاء في مسودة اتفاقية لاهاي لسنة ١٩٦٤ المذكورة النص الآتي<sup>(٢)</sup>:

"تكون مخالفة العقد جوهرية في حكم هذا القانون إذا كان المتعاقد الذي تخلف عن التنفيذ يعلم أو كان ينبغي أن يعلم وقت إبرام العقد أن شخصاً عاقلاً من صفة المتعاقد الآخر وفي مركزه ما كان ليرضى بإبرام العقد إذا علم بالمخالفة وآثارها".

وعلى ذلك النص تكون المسودة المذكورة قد أخذت بمعيار موضوعي في صدق تحديد طبيعة المخالفة لناعية اعتبارها جوهرية أو غير ذلك، وذلك من خلال نصها على معيار "الشخص المعقول" كمعيار فيما يتصل بالطرف المتضرر، وكذلك من خلال نصها على تعبير "يعلم أو كان ينبغي أن يعلم" فيما يتصل بالطرف المخالف، وبذلك تكون المادة (١٠) المذكورة، التي أصبحت المادة (١٣) من اتفاقية لاهاي للقانون الموحد للبيع الدولية قد خطت خطوة رائدة في صدق تحديد مفهوم المخالفة الجوهرية في عقود البيع الدولية، وذلك بتبنيها المعيار الموضوعي<sup>(٣)</sup>، إلا أن ذلك لا يعني أن نص المادة (١٣) المذكور آنفاً قد كان نصاً مثالياً، فقد تعرّضت لبعض النقد، خصوصاً

(١) وليد خالد عطية، مفهوم المخالفة الجوهرية في عقود البيع الدولية، مجلة القادسية للقانون والعلوم السياسية، العدد (٢)، المجلد (٤)، ٢٠١١، ص ٤٢.

(٢) المادة (١٠) من مسودة اتفاقية لاهاي ١٩٦٤ بشأن البيع الدولي للمنقولات المادية.

(٣) وليد خالد عطية، مفهوم المخالفة الجوهرية في عقود البيع الدولية، مرجع سابق، ص ٤٢.

لناحية وصفها بالتعقيد والافتقار إلى الدقة بخصوص المعايير التي تضمنتها، وهو الأمر الذي دفع لجنة "UNCITRAL" التابعة للأمم المتحدة إلى اقتراح الاستعاضة عن الأفكار والفرضيات النظرية البحتة بفرضيات عملية متطورة، ونتيجة لذلك خلصت مناقشات اللجنة المذكورة في صدد الإعداد لاتفاقية فيينا في الفترة الممتدة من ١٩٦٩ - ١٩٧٩ إلى نتيجتين أساسيتين، الأولى هي تثبيت تعبير (substantial detriment) ومفاده "الضرر الجسيم"، لتضاف إلى تعريف المخالفة الجوهرية، أما الثانية فهي إضافة تعبير (unless) إلى التعريف المذكور، وذلك بغاية نقل عبء الإثبات فيما يتعلق بشرط التوقع، وبعد مفاوضات معقدة انتهت للجنة إلى أن تصبح المادة (٢٣) التي أصبح رقمها (٢٥) بعد الاستقرار على الاتفاقية سنة ١٩٨٠<sup>(٥)</sup>.

وتُشير أخيراً إلى أنّ مفهوم المخالفة الجوهرية الذي قالت به اتفاقية فيينا يبدو مفهوماً غير مألوف، إلا أنّ ذلك لا يعني أنّه مفهوم قد جاء من لا شيء، بل إنّ اتفاقية فيينا، وكذلك مبادئ عقود التجارة الدولية لسنة ١٩٩٤ ومبادئ قانون العقد الأوربي "PECL" لسنة ١٩٩٨ قد استمدت المفهوم المذكور من بعض القوانين الأوروبية التي تتضمن هذا المفهوم، إما بالاسم والحكم أو بالحكم فقط دون الاسم، فقانون بيع البضائع الإنجليزي لسنة ١٩٧٩ مثلاً كان أكثر انسجاماً مع الاتفاقية ومبادئ عقود التجارة الدولية ومبادئ قانون العقد الأوربي، حيث توجد سوابق قضائية واضحة جداً على مصطلح المخالفة الجوهرية، مع الإشارة إلى أنّ الفرق الأساسي بين القانون الإنجليزي واتفاقية فيينا ١٩٨٠ ومبادئ عقود التجارة الدولية لسنة ١٩٩٤ ومبادئ قانون العقد الأوربي يتمثل في أنّ القانون الإنجليزي يعتدّ بالإخلال حتى وإن كان غير عمدي، أي إنّه - وإن كان غير عمدي - فإنّه يُمكن أن يعطي الحق للطرف الآخر في طلب فسخ العقد<sup>(٦)</sup>.

وعليه فإنّ تحديد مفهوم المخالفة الجوهرية لأحكام عقود التجارة الدولية بشكل عام، ولأحكام عقد البيع الدولي بشكل خاص، يُسهم في تحديد الجزاءات المترتبة على ارتكاب المخالفة، ذلك أنّ مثل تلك الجزاءات المفروضة على البائع أو المشتري تتوقف أول ما

(٥) وليد خالد عطية، حل مشكلة التداخل بين حق المشتري في فسخ عقد البيع الدولي وحق البائع في

إصلاح الخلل في تنفيذ الالتزام، مرجع سابق، ص ٢٦.

(٦) Peter Sahlechtriem. Uniform Sales Law-The UN- Convention on Contracts for the International Sale of Goods. published by Manz; Vienna; 1986. p.61.

تتوقف على التوصيف القانوني الدقيق لتلك المخالفة لناحية كونها جوهرية أو غير جوهرية، وعليه، فإننا سنتوقف عند مفهوم المخالفة الجوهرية، بتعريفها وبيان أنواعها، وذلك من خلال المبحثين الآتيين:

**المبحث الأول:** التعريف بالمخالفة الجوهرية.

**المبحث الثاني:** أنواع المخالفة الجوهرية.

### **المبحث الأول**

#### **التعريف بالمخالفة الجوهرية**

لم تقتصر محاولات بيان المقصود بالمخالفة الجوهرية على الاتفاقيات الدولية المعنية بتنظيم العقود التجارية الدولية، إنما امتدت تلك المحاولات إلى بعض الأنظمة القانونية المقارنة، كما تصدّى لها بعض الفقه والقضاء أيضاً، ففي الميدان الدولي، وعليه سنبين تعريف المخالفة الجوهرية في الاتفاقيات الدولية والتشريعات الوطنية، وكذلك تعريفها لدى الفقه والقضاء. وذلك وفق الآتي:

**المطلب الأول:** تعريف المخالفة الجوهرية في الاتفاقيات الدولية والتشريعات الوطنية.

**المطلب الثاني:** تعريف الفقه والقضاء للمخالفة الجوهرية.

### **المطلب الأول**

#### **تعريف المخالفة الجوهرية في الاتفاقيات الدولية والتشريعات الوطنية**

عرّفت اتفاقية فيينا ١٩٨٠ المخالفة الجوهرية في المادة (٢٥) منها بقولها: "تكون مخالفة العقد من جانب أحد الطرفين مخالفة جوهرية إذا تسببت في إلحاق ضرر بالطرف الآخر، من شأنه أن يحرمه بشكل أساسي مما كان يحق له أن يتوقع الحصول عليه بموجب العقد، ما لم يكن الطرف المخالف يتوقع مثل هذه النتيجة، وما لم يكن أي شخص من نفس الصفة يتوقع مثل هذه النتيجة في نفس الظروف"<sup>(٧)</sup>.

وتتبع أهمية النص المتقدم من كونه يشكل قيلاً على استعمال بعض الجزاءات وأهمها الفسخ، فلا فسخ بدون مخالفة جوهرية<sup>(٨)</sup>، وعلى ذلك نصت المادة (٤٩) من اتفاقية فيينا بأنه<sup>(٩)</sup>: "١- يجوز للمشتري فسخ العقد:

<sup>(٧)</sup> انظر المادة (٢٥) من اتفاقية الأمم المتحدة بشأن البيع الدولي للبضائع فيينا ١٩٨٠.

<sup>(٨)</sup> نسرين سلامة محاسنة، الأبعاد القانونية لانضمام دولة الإمارات العربية المتحدة لاتفاقية الأمم المتحدة للبيع الدولي للبضائع ١٩٨٠، دراسة في العلاقة بين الاتفاقية وقانون المعاملات المدنية

أ- إذا كان عدم تنفيذ البائع لالتزام من الالتزامات التي يرتبها عليه العقد أو هذه الاتفاقية يشكل مخالفة جوهرية للعقد؛ .....".

وبينت اتفاقية لاهاي لسنة ١٩٦٤ مفهوم المخالفة الجوهرية في المادة (١٠) منها التي تنص على أنه: "يعتبر الإخلال بالعقد جوهرياً في إطار أحكام هذه الاتفاقية، إذا كان الطرف الذي يُخل بالالتزام يعلم أو كان ينبغي أن يعلم منذ إبرام العقد أن شخصاً سويّ الإدراك في نفس مركز الطرف المتعاقد معه ما كان ليبرم العقد إذا كان قد توقع حصول هذا الإخلال ونتائجه"<sup>(١٠)</sup>.

ومن خلال هذه النصوص نجد أن اتفاقية فيينا تضع الشروط التالية لكي تعتبر المخالفة جوهرية<sup>(١١)</sup>:

١. أن تكون هناك مخالفة للعقد، بأن يُخل أي من الطرفين في تنفيذ التزاماته سواء أكان هذا الإخلال كلياً- أي بعد التنفيذ أصلاً- أو جزئياً- أي بالتنفيذ.
٢. أن تُحدث هذه المخالفة ضرراً هاماً بالطرف الآخر، ويعتبر الضرر هاماً وفقاً للنصوص السابقة، إذا أدت تلك المخالفة إلى حرمانه من الحصول على المنفعة الأساسية التي كان من حقه أن يتوقع الحصول عليها من العقد، وهو المنحى نفسه الدافع الباعث إلى التعاقد في القوانين الوطنية، بمعنى أن الطرف المتضرر ما كان ليبرم العقد لو توقع هذه المخالفة، فليس المهم درجة تلك المخالفة لكن المهم أثرها على الهدف الذي كان يسعى إليه الطرف المتضرر من إبرام العقد<sup>(١٢)</sup>.

لدولة الإمارات، مجلة الشريعة والقانون، كلية القانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، المجلد ٣١، العدد ٦٩، ٢٠١٧، ص ٩٦.

(٩) انظر المادة (٤٩) من اتفاقية الأمم المتحدة بشأن البيع الدولي للبضائع فيينا ١٩٨٠.

(١٠) انظر المادة (١٠) من اتفاقية لاهاي ١٩٦٤ بشأن البيع الدولي للمنقولات المادية.

(١١) لينة عبدالله خليل شبيب، التزام البائع بالتسليم في عقود البيع الدولية، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، الجامعة الأردنية، ١٩٩٥، ص ١٢٧، ١٢٨.

(١٢) عادل محمد خير، عقود البيع الدولي من خلال اتفاقية فيينا وجهود لجنة الأمم المتحدة لقانون التجارة الدولي والغرفة التجارية الدولية، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٤، ص ٥٨.

٣. يجب على الطرف المخالف توقع حدوث مثل هذا الضرر عن مخالفته، والمعيار في مدى توقع الضرر أو وقوعه بسبب تلك المخالفة هو توقع شخص سوي الإدراك من صفة الطرف المخالف إذا وُجد في الظروف نفسها<sup>(١٣)</sup>.

ولجأت اتفاقية فيينا إلى هذا المعيار كي تحد من ترك تقدير جوهرية المخالفة ومن ثمَّ التحكم في مصير العقد، لأهواء الطرف الآخر، وهو معيار مادي كان الهدف منه التخفيف من المعيار الشخصي في نص اتفاقية لاهاي.

إن فكرة المخالفة الجوهرية غير معروفة في التشريعات العربية، وذلك من حيث المبدأ العام، حيث تنص المادة (٢٣٨) من قانون المعاملات المدنية الإماراتي رقم (٥) لسنة ١٩٨٥ المعدل، على أنه: "يشترط في العيب لكي يثبت به الخيار أن يكون قديماً مؤثراً في قيمة المعقود عليه، وأن يجهله المشتري، وأن لا يكون البائع قد اشترط البراءة منه"<sup>(١٤)</sup>.

كما تنص المادة (٢٧٢) من ذات القانون، على أنه: "١- في العقود الملزمة للجانبين إذا لم يوفَّ أحد المتعاقدين بما وجب عليه بالعقد جاز للمتعاقد الآخر - بعد إذاره المدين - أن يطالب بتنفيذ العقد أو فسخه.

٢- ويجوز للقاضي أن يلزم المدين بالتنفيذ للحال أو ينظره إلى أجل مسمى، وله أن يحكم بالفسخ والتعويض في كل حال إن كان له مقتضى"<sup>(١٥)</sup>. ويقابلها نص المادة (١٥٧) من القانون المدني المصري (١٣١) لسنة ١٩٤٨<sup>(١٦)</sup>.

ومن خلال هذه النصوص يمكن أن نقول: إن فكرة المخالفة الجوهرية للعقد موجودة بشكل غير مباشر، فمن ناحية لا يكون الفسخ في العيب إلا إذا كان عيباً مؤثراً، أي أن المشرع الإماراتي والمصري لم يحددا درجة الجسامة التي تبرر الفسخ، وإنما تركا ذلك للسلطة التقديرية للقاضي في الحكم بالفسخ أو عدم الحكم به، أو الجمع بين الفسخ والتعويض، فالمعيار الذي يستند إليه القاضي للحكم بالفسخ من عدمه هو معيار جسامة

<sup>(١٣)</sup> ثروت حبيب، دراسة في قانون التجارة الدولية، مع الاهتمام بالبيوع الدولية، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٧٤، ص ٣٤٤.

<sup>(١٤)</sup> انظر المادة (٢٣٨) من قانون المعاملات المدنية الإماراتي رقم (٥) لسنة ١٩٨٥ المعدل.

<sup>(١٥)</sup> انظر المادة (٢٧٢) من قانون المعاملات المدنية الإماراتي رقم (٥) لسنة ١٩٨٥ المعدل.

<sup>(١٦)</sup> انظر المادة (١٥٧) من القانون المدني المصري رقم (١٣١) لسنة ١٩٤٨.



المخالفة، فكلما كانت المخالفة جسيمة وتضرر الطرف الآخر منها بشكل جوهري كان من المنطق الحكم بالفسخ، وكلما تناقصت أهمية المخالفة كان من المنطقي اقتصار حكم القاضي على التعويض. ومن هنا جاءت فكرة الإخلال الجوهري بالعقد<sup>(١٧)</sup>.

## المطلب الثاني

### تعريف الفقه والقضاء للمخالفة الجوهرية

#### أولاً- تعريف الفقه للمخالفة الجوهرية:

تعددت التعاريف المطلقة في صدد بيان المقصود بالمخالفة الجوهرية، وكان الاختلاف بين تلك التعريفات راجعاً إلى العناصر التي يُعتمد عليها عند إطلاق كل تعريف منها، فاستند بعض الفقه في تعريفه المخالفة الجوهرية إلى طبيعة الالتزام العقدي الذي تمت مخالفته، فعرفها من ثم بأنها: "الحالة التي يكون فيها التنفيذ الصارم للالتزام هو جوهر العقد، وعليه، فإنّ أيّ إخلال بتنفيذ هذا الالتزام سيشكل في حقيقته مخالفةً جوهرية، وفي حالة عدم الاتفاق على طبيعة هذا الالتزام العقدي من حيث كونه واجب التنفيذ بصرامة من عدمه، فإنّ مثل تلك الطبيعة يُمكن استخلاصها بالنظر إلى مقاصد العقد والظروف المحيطة به والعرف والتعامل الجاري بين المتعاقدين"<sup>(١٨)</sup>.

بينما عوّل بعض آخر من الفقه على عامل خطورة النتائج المترتبة على الإخلال بالالتزام من قبل أحد الأطراف، فعرف المخالفة الجوهرية نتيجة ذلك بأنها: "المخالفة التي يترتب عليها زوال الغرض الأساسي من العقد، ومن شأنها أن تحرم الدائن بشكل أساسي ممّا كان يحق له أن يتوقع الحصول عليه من العقد، كالخسارة المالية التي تكبدها الدائن، والتي تفوق القيمة المالية للعقد على نحو كلي، أو زوال الهدف الذي كان يبتغيه الدائن من العقد"<sup>(١٩)</sup>.

<sup>(١٧)</sup> نسرین سلامة محاسنة، الأبعاد القانونية لانضمام دولة الإمارات العربية المتحدة لاتفاقية الأمم المتحدة للبيع الدولي للبضائع ١٩٨٠، دراسة في العلاقة بين الاتفاقية وقانون المعاملات المدنية لدولة الإمارات، مجلة الشريعة والقانون، كلية القانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، المجلد ٣١، العدد ٦٩، ٢٠١٧، ص ٩٧.

<sup>(١٨)</sup> وليد خالد عطية، مفهوم المخالفة الجوهرية في عقود البيع الدولية، مجلة القادسية للقانون والعلوم السياسية، العدد (٢)، المجلد (٤)، ٢٠١١، ص ٣٦.

<sup>(١٩)</sup> Peter Sahlechtriem. Op. cit, P.60 available at web site: <http://www.cisq.law.pace.edu/biblio/schlechtriem.html>

كما استند جانب من الفقه في تعريفه للمخالفة الجوهرية إلى عامل رفض المدين الالتزام بتنفيذه، فتكون المخالفة الجوهرية بناءً على ذلك: "الحالة التي يعلن فيها المدين رفضه تنفيذ الالتزام من الأساس، كالامتناع عن تسديد ثمن البضاعة أو رفض تسلّمها، ما لم يكن الطرف الراض لتنفيذ التزامه مستنداً في رفضه إلى أسباب تبرر له مثل ذلك الرفض، كعدم تقديم الضمانات التي اشترطها في العقد مثلاً"<sup>(20)</sup>.

كما استند بعض الفقه في تعريفه للمخالفة الجوهرية إلى عامل فقدان ثقة الدائن بقيام المدين بتنفيذ الالتزام في المستقبل، كما لو أصبح الدائن على قناعة بأن سلوك المدين يدلّ على عدم تنفيذ الجوهر المرجو من التزامه، وكذلك الحال إذا طلب منه تقديم ضمانات للتنفيذ، ولم يقدمها أساساً<sup>(21)</sup>.

### ثانياً- تعريف القضاء للمخالفة الجوهرية:

كذلك هو الحال من جانب القضاء، فقد كان اختلاف التعريفات القضائية المطلقة بصدد المخالفة الجوهرية في إطار العقود التجارية الدولية عائداً إلى الاختلاف في المعايير والعوامل التي استُئِد إليها في ذلك التعريف كلّ مرة، فقد عرفت محكمة "Ellwangen Districtcourt" الألمانية المخالفة الجوهرية بالاستناد إلى طبيعة الالتزام العقدي، وذلك في حكم لها بتاريخ ١٩٩٥/٩/٢١، وذلك بمناسبة نزاع قضائي نشب بين بائع إسباني ومشتري ألماني، إذ تعهد البائع الإسباني بأن ينقل ويسلم المشتري الألماني كمية من الفلفل، على أن تحتوي تلك الكمية ما نسبته ١٥٠% كحد أعلى من أكسيد الإثلين المركّز، وهو الحد المسموح به بموجب قانون الأغذية والعقاقير الألماني، حيث ثبت للمشتري الألماني أنّ النسبة المئوية المسموح بها غير متحققة، مما دفع المحكمة إلى أن تقدّر أنّ البائع الإسباني قد ارتكب مخالفة جوهرية، ذلك أنّه خالف الالتزام الجوهرية الذي يربته العقد في ذمته<sup>(22)</sup>.

(20) Peter Sahlechtriem. Op. cit, p.60.

(21) Robert Koch. The Concept of Fundamental Breach of Contract under the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG) Review of the Covention on Cotracts for the Interbational Sale of Goods (CISG) 1998; Kluwer

Law International 1999.P224. available at web site: <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio.html>

(22) The full text of the decision is published in German at University of Freiburg Database, available at web site: <http://www.cisq-online.ch/cisq/urteile/279.htm>.

كما أن محكمة "Landshut District Court" الألمانية عرفت المخالفة الجوهرية بالنظر إلى خطورة النتائج المترتبة على الإخلال بالالتزام العقدي، ففي صدد نزاع بين بائع ألماني ومشتري سويسري، ادعى فيه المشتري بوقوع مخالفة جوهرية من قبل البائع الألماني، قَدّرت المحكمة المذكورة أن المشتري قد تعرّض لضرر جسيم، مردّه أن كمية البضائع (الملابس الرياضية) تنكش وتقتصر بنسبة ١٠-١٥% بعد الغسل، الأمر الذي حدا بالمحكمة إلى تقرير وقوع مخالفة جوهرية من قبل البائع، وذلك بالنظر إلى فداحة النتائج المترتبة على هذا الإخلال، ذلك أن المستهلكين إما سيقومون بإعادة ما اشتروه من تلك البضائع إلى بائعهم (المشتري)، أو أنهم لن يعاودوا الشراء منه ثانية، وفي الحالتين، فإن ضرراً كبيراً سيلحق بالمشتري<sup>(٢٣)</sup>.

كما عرفت محكمة استئناف فرانكفورت الألمانية المخالفة الجوهرية بالنظر إلى فقدان الدائن ثقته بقيام المدين بتنفيذ الالتزام في المستقبل، وذلك في حكم لها بتاريخ ١٧/٩/١٩٩١، وذلك بمناسبة نزاع نشب بين صاحب مصنع إيطالي لصناعة الأحذية ومشتري ألماني، إذ كان الاتفاق بموجب عقدهما يقضي بأن يصنع صاحب المصنع الإيطالي أحذية تحمل ماركة تجارية اسمها "Marlboro"، وبعد تصنيع الأحذية وفقاً للمواصفات المتفق عليها، قام صاحب المصنع الإيطالي بعرضها في معرضه، دون أن يحصل على موافقة المشتري الألماني سابقاً، وعندما طلب المشتري الألماني إزالتها من العرض، رفض البائع إزالتها رغم الطلب المتكرر من المشتري، واستمر ذلك حتى غدت الأحذية المصنّعة ذات قيمة بالنسبة للمشتري، فقررت المحكمة المذكورة أن البائع قد ارتكب مخالفة جوهرية، وذلك بعرضه الأحذية في معرضه، إضافة إلى أن رفضه إزالتها من المعرض رغم طلب المشتري يشكل في حقيقته مخالفة أخرى للعقد بالنسبة للمستقبل، حيث لم يعد المشتري يتوقع من البائع أن يكون متعاوناً معه في تنفيذ التزامه في المستقبل<sup>(٢٤)</sup>.

(23) The full text of the decision, available at web site: <http://www.cisg-online.ch/cisg/urteile/193.htm>.

(24) نقلا عن: رشا مصطفى أبو الغيط، الإخلال المبرر لفسخ عقد البيع الدولي للبضائع في ضوء أحكام اتفاقية الأمم المتحدة بشأن عقود البيع الدولي للبضائع، فيينا ١٩٨٠، مجلة القانون والاقتصاد، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، المجلد (٩٤)، العدد (١)، ٢٠٢١ ص ٢٧٣.

## وفي موقف للقضاء الأمريكي بهذا الخصوص:

"فقد قَدَّرت محكمة "HG kantons Aargau" في حكم لها بتاريخ ١٩٩٧/٩/٢٦، وجود المخالفة الجوهرية في عقود البيع الدولية تأسيساً على رفض المدين لتنفيذ التزامه بشكل مطلق، وذلك بمناسبة نزاع رفض فيه المشتري تسلّم البضائع، فذهبت المحكمة إلى عدّ رفض المشتري النهائي لتسلّم البضائع بمثابة مخالفة جوهرية"<sup>(٢٥)</sup>.

ويتّضح لنا من التعريفات الفقهية والقضائية التي أُطلقت على المخالفة الجوهرية، فالمُلاحظ هو أنّ الفقه والقضاء قد اعتمدا في تعريفاتهما المخالفة الجوهرية على عناصر أو معايير أربعة أساسية، ألا وهي: طبيعية الالتزام العقدي، وخطورة النتائج المترتبة على الإخلال، وفقدان الدائن ثقته بتنفيذ المدين التزامه في المستقبل، وكذلك رفض المدين تنفيذ الالتزام أصلاً. ويعود التقارب بين الفقه والقضاء من حيث المعايير المستند إليها من قبل كلّ منهما إلى أنّ بعض القرارات القضائية الصادرة بهذا الخصوص صدرت في دول تعتمد على القانون المدني، ومعروف في تلك الدول أنّ للمؤلفات الفقهية وآراء الفقهاء دور فاعل في تطوير القانون وتفسيره أكثر منه في الدول التي تطبق القانون العام، وهو الأمر الذي حدا بالقضاء في هذه الدول إلى مسايرة الفقه، هذا من جهة، ومن جهة أخرى، فإنّ الكثير من الباحثين في هذا المجال والمتخصصين قد نشروا أفكارهم وبحوثهم حول أحكام اتفاقية فيينا قبل أن تدخل الاتفاقية حيز التنفيذ، مما جعل القضاء يتأثر بالفقه باعتباره المصدر المفسّر الوحيد في هذا الصدد، وساعد على ذلك قلة وندرة السوابق القضائية في هذا المجال قبل نفاذ الاتفاقية<sup>(٢٦)</sup>.

وعلى ضوء ما سبق، وعلى اعتبار اتفاقية فيينا ١٩٨٠ هي المنظم الأساسي لعقود البيع الدولية، فإننا نرى أنّ التعريف الذي جاءت به المادة (٢٥) منها، يصلح لتعريف المخالفة الجوهرية، ولكن ذلك مشروط بالتخفيف من عمومية النصّ الذي انطوت عليه المادة المذكورة، ويكون مثل ذلك التخفيف بإضافة أمثلة وتطبيقات لما يُمكن عدّه إخلالاً مشكلاً لمخالفة جوهرية.

(25) see <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/020621u1.html>>:

(26) Robert Koch. Op. cit, P.234.

وعليه، فإنَّ المشرِّع الدولي مدعوٌ لتعديل نصِّ المادة المذكورة، بحيث تغدو على النحو الآتي:

"تكون مخالفة العقد المرتكبة من أحد الأطراف مخالفةً جوهريةً إذا كان من شأنها إلحاق ضرر بالطرف الآخر، وذلك على نحو يحرمه كلياً ممَّا كان يتوقع الحصول عليه من العقد، ما لم يكن الطرف المخالف لا يتوقع مثل هذه النتيجة، ولا يُمكن لأيِّ شخص آخر معقول في الظروف نفسها أن يتوقع مثل تلك النتيجة، وتكون مخالفة العقد جوهريةً في الأحوال الآتية:

- أ- أن يكون التنفيذ الصارم للالتزام الذي لم ينفذ هو جوهر العقد.
- ب- أن يكون عدم التنفيذ سبباً لاعتقاد الطرف الدائن بأنَّه لا يمكن أن يعتمد على تنفيذ الطرف المدين لالتزامه في المستقبل".

## المبحث الثاني

### أنواع المخالفة الجوهرية

انطوت اتفاقية فيينا ١٩٨٠ المنظمة لعقد البيع الدولي للبضائع على نوعين للمخالفة الجوهرية، الأول هو المخالفة الجوهرية الأصلية، وهي التي تعدّ كذلك بحسب الأصل، أمَّا النوع الثاني فهو المخالفة الجوهرية المكتسبة، وهي المخالفة التي لا تُعدّ من حيث أصلها مخالفةً جوهرية، ولكنها تحوَّلت إلى مخالفة جوهرية بعد قيام الطرف المتضرر بمنح الطرف المرتكب للمخالفة مهلة إضافية من أجل تنفيذ التزامه على الوجه المتفق عليه في العقد، ولا شكَّ في أن تفرُّع المخالفة الجوهرية إلى مخالفة أصلية ومخالفة مكتسبة يترتب عليه نتائج قانونية مهمة، وعلى ذلك، فإنَّنا سنتولى التمييز بين نوعي المخالفة الجوهرية، وذلك من خلال الفرعين الآتيين:

**المطلب الأول:** المخالفة الجوهرية الأصلية.

**المطلب الثاني:** المخالفة الجوهرية المكتسبة.

### المطلب الأول

#### المخالفة الجوهرية الأصلية

كما سلف ذكره، فإنَّ المخالفة الجوهرية الأصلية هي التي تعدّ كذلك من حيث الأصل، أي تلك التي يترتب على ارتكابها من أحد الأطراف إمكانية فسخ العقد لصالح الطرف المتضرر، ولا بدَّ للقول بتوفر المخالفة الجوهرية الأصلية من وجود عدة عوامل،

وأول تلك العوامل هو طبيعة الالتزام التعاقدية، وتتحدد تلك الطبيعة إما باتفاق الأطراف صراحةً على إمكانية فسخ العقد في حال وقعت مخالفة من قبل أحدهم بخصوص تنفيذ التزام معين، فإن لم يكن هناك اتفاق صريح، أمكن استخلاص تلك الطبيعة بطريقة ضمنية تتم من خلال استقرار تفاصيل العقد أو الظروف المحيطة بالتعاقد، كما يُمكن في سبيل تحديدها الاستعانة بالعرف أو العادات، أو التعامل السابق فيما بين الطرفين<sup>(٢٧)</sup>.

أما ثاني تلك العوامل التي يجب أن تتوفر في المخالفة الجوهرية الأصلية، فيتمثل بجسامة النتائج المترتبة على وقوع المخالفة إذ تعدّ نتائج المخالفة عاملاً حاسماً في تقدير ما إذا كانت المخالفة من شأنها أن تحرم الطرف المتضرر مما كان يتوقع الحصول عليه بنتيجة إبرامه للعقد المعني، فإن كان عدم حصوله على ما توقعه من التعاقد راجعاً إلى المخالفة المذكورة، كانت المخالفة مخالفةً جوهرية<sup>(٢٨)</sup>.

أما العامل الثالث، فيتمثل بمدى القدرة على التنفيذ، أي إن مدى قبول كل طرف لتنفيذ التزامه يعدّ عاملاً حاسماً في صدد القول بوقوع مخالفة جوهرية، فإذا ما امتنع أحد الأطراف عن تنفيذ التزامه دون مبرر، مع قدرته على التنفيذ، عدّ امتناعه هذا بمثابة مخالفة جوهرية أصلية<sup>(٢٩)</sup>.

وبالعودة إلى تعريف المخالفة الجوهرية ضمن اتفاقية فيينا ١٩٨٠، الذي جاء في المادة (٢٥) منها أنه<sup>(٣٠)</sup>:

"تكون مخالفة العقد من جانب أحد الطرفين جوهرية إذا تسببت في إلحاق ضرر بالطرف الآخر من شأنه أن يحرمه بشكل أساسي مما كان يحق له أن يتوقع الحصول عليه بموجب العقد، ما لم يكن الطرف المخالف لم يتوقع مثل هذه النتيجة، وما لم يكن أي شخص سوي الإدراك من نفس الصفة لم يتوقع مثل هذه النتيجة في نفس الظروف".

<sup>(٢٧)</sup> محمد صلاح عبد اللاه، النظام القانوني لتنفيذ عقد البيع التجاري الدولي والحيلولة دون فسخه، دراسة مقارنة بين اتفاقية فيينا ١٩٨٠ والقانون التجاري المصري وقانون بيع البضائع الإنجليزي وقانون التجارة الموحد الأمريكي، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ٢٠٢٠، ص ٣٩١.

<sup>(٢٨)</sup> محمد صلاح عبد اللاه، المرجع السابق، ص ٣٩١.

<sup>(٢٩)</sup> محمد صلاح عبد اللاه، المرجع السابق، ص ٣٩١.

<sup>(٣٠)</sup> المادة (٢٥) من اتفاقية الأمم المتحدة بشأن عقود البيع الدولي للبضائع فيينا ١٩٨٠.

نلاحظ أنه مع التقارب مع ما تضمنته بعض الأنظمة القانونية المقارنة، فإن مفهوم المخالفة الجوهرية الأصلية للعقد على النحو المحدد في نص الاتفاقية المذكور أعلاه لا يوجد له نظير دقيق في أي نظام قانوني آخر، ذلك أن تعريف المخالفة الجوهرية الأصلية على ذلك النحو يساهم إلى حد كبير في التفريق بين المخالفة الجوهرية الأصلية والمخالفة غير الجوهرية لأحكام العقد، وذلك من خلال بيان المخالفة التي لا تعود في حالة ارتكابها للطرف المتضرر بمصلحة في تنفيذ العقد، ذلك أن الغاية من إقدامه على إبرام العقد لم تعد موجودة أو ممكنة التحقيق، ومن ثم يؤول مصير العقد إلى الحكم بفسخه<sup>(31)</sup>.

وجدير بالذكر أن مفهوم المخالفة الجوهرية الأصلية بموجب اتفاقية فيينا ١٩٨٠ كان له دور حاسم في تحديد طبيعة الجزاءات المترتبة على مخالفة أحكام عقد البيع الدولي، وذلك يتجلى بتحديد الاتفاقية لكون الشرط السابق ضرورياً للحكم بفسخ العقد، على اعتباره مشكلاً مخالفة جوهرية<sup>(32)</sup>، أما المخالفة غير الجوهرية فلا تمنح الطرف المتضرر إلا الحق في طلب إصلاح الضرر أو المطالبة بالتعويض.

ومع الأهمية العملية لتحديد اتفاقية فيينا ١٩٨٠ لمفهوم المخالفة الجوهرية الأصلية وفق ما تقدم، فإن هناك من يرى أن تحديد المخالفة الجوهرية وفق الاتفاقية المذكورة يتسم بالغموض وعدم الوضوح، وعليه، فإن الجوهرية الأصلية لا يمكن تحديدها على وجه الدقة إلا في إطار التطبيق العملي لها، وذلك من خلال الاسترشاد بالسوابق القضائية في صدها<sup>(33)</sup>.

وعلى صعيد التشريعات الوطنية، فقد نصّ المشرع المصري على المخالفة الجوهرية الأصلية بطريقة ضمنية، وذهب في هذا الصدد إلى القول بمعياريين في سبيل تحديد

(31) Bruno Zeller, Fundamental Breach and the CISG- A Unique Treatment or Failed Experiment? 8 Vindobona Journal of International Commercial Law & Arbitration (2004), p82, Available at web site: (<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/zeller12.html>).

(32) المادتان (٤٩-٦٤) من اتفاقية الأمم المتحدة بشأن عقود البيع الدولي للبضائع فيينا ١٩٨٠.

(33) عادل محمد خير، عقود البيع الدولي من خلال اتفاقية فيينا وجهود لجنة الأمم المتحدة لقانون التجارة

الدولي والغرفة التجارية الدولية، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٤، ص ٥٨.

المخالفة الجوهرية الأصلية<sup>(٣٤)</sup>، الأول: هو المعيار الشخصي، الذي أخذ به المشرع المصري في شأن الحكم على مدى جسامته المخالفة التي تبرر اللجوء إلى فسخ العقد، وذلك حين نصّت المادة (١٠١/١) من قانون التجارة المصري رقم (١٧) لسنة ١٩٩٩ على أنه<sup>(٣٥)</sup>:

"إذا تبين بعد تسليم المبيع أنّ كمية المبيع وصنّفه أقلّ ممّا هو متفق عليه، أو أنّ به عيباً أو أنّه غير مطابق للشروط أو العينة التي تم العقد بمقتضاها، فإنّه لا يُقضى للمشتري بالفسخ إلاّ إذا نشأ عن النقص أو العيب أو عدم المطابقة عدم صلاحية المبيع للغرض الذي أعدّه له المشتري أو صعوبة تصريفه".

وبحسب النصّ المذكور أعلاه، فإنّه على المحكمة الناظرة في النزاع أن تتحرّى نية المشتري وغرضه من التعاقد، تلك النية وذلك الغرض اللذان قد يختلفان من شخص إلى آخر، ويترتب على اختلافهما إمكانية القول بوجود مخالفة جوهرية في حقّ بعض الأشخاص دون إمكانية القول بوجودها في حقّ بعض آخر، فالمعيار في هذا الصدد معيار شخصي، وليس للمحكمة من ثم أن تقضي بفسخ العقد إلاّ إذا تبين لها أنّ مخالفة المدين في تنفيذ التزامه قد جعلت من المبيع غير صالح للغاية التي دفعت المشتري للتعاقد أساساً<sup>(٣٦)</sup>.

ومما تجدر الإشارة إليه في هذا الصدد، هو أنّ المشرع المصري قد أخذ بهذا المعيار الشخصي في إطار القانون المدني رقم (١٣١) لسنة ١٩٤٨ أيضاً، وذلك حين نصّ في المادة (٤٤٣) منه على أنه:

"إذا عُيّن في العقد مقدار المبيع، كان البائع مسؤولاً عن نقص هذا القدر بحسب ما يقضي به العرف ما لم يُتفق على غير ذلك، على أنّه لا يجوز للمشتري أن يطلب فسخ العقد لنقص في المبيع إلاّ إذا أثبت أنّ هذا النقص من الجسامته بحيث لو كان يعلمه لمّا أتمّ العقد"<sup>(٣٧)</sup>.

(٣٤) احمد بركات مصطفى، العقود التجارية وعمليات البنوك، دراسة في قانون التجارة رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٦، ص ٨٠.

(٣٥) البند (١) من المادة (١٠١) من قانون التجارة المصري رقم (١٧) لسنة ١٩٩٩.

(٣٦) رشا مصطفى أبو الغيط، الإخلال المبرر لفسخ عقد البيع الدولي للبضائع، مرجع سابق، ص ٢٨٠.

(٣٧) المادة (٤٤٣) من القانون المدني المصري رقم (١٣١) لسنة ١٩٤٨.



وهو ما قال به المشرع الإماراتي في قانون المعاملات المدنية رقم (٥) لسنة ١٩٨٥، وذلك من خلال النص في المادة (٣/٥٢٣) منه على أنه<sup>(٣٨)</sup>:

"إذا عُيّن في العقد مقدار المبيع وظهر فيه نقص أو زيادة، ولم يوجد اتفاق أو عرف بهذا الشأن، وجب اتباع القواعد التالية:

٣- وإذا كانت الزيادة أو النقص تلزم المشتري أكثر مما اشترى أو تفرق عليه الصفقة كان له الخيار في فسخ البيع ما لم يكون المقدار تافهاً ولا يخل النقص في مقصود المشتري".

وعلى ذلك ومن خلال هذه النصوص، يكون المشرعان المصري والإماراتي قد أخذوا بالمعيار الشخصي في تحديد المخالفة الجوهرية، فأوجبا على المحكمة أن تتحقق من نية الدائن التي تختلف من شخص إلى آخر، وذلك للتوصل إلى مدى إمكانية أن تقضي بفسخ العقد في حال تمثلت مخالفة الطرف المدين بوجود نقص في الشيء المبيع، فلا يُمكن لها أن تقضي بالفسخ إلا في الأحوال التي يكون فيها ذلك النقص على قدر من الجسامه ما كان الدائن ليبرم العقد لو علم بوقوعه سابقاً، وفي ذلك أخذ من قبل المشرع المصري بفكرة المخالفة الجوهرية الأصلية على أساس معيار شخصي.

أمّا المعيار الآخر الذي أخذ به المشرعان المصري والإماراتي في مواضع أخرى، فهو المعيار الموضوعي، الذي يُمكن استخلاصه من خلال نص المادة (٩٧) من قانون التجارة المصري رقم (١٧) لسنة ١٩٩٩ على أنه<sup>(٣٩)</sup>: "إذا اتفق على تسليم المبيع على دفعات، جاز للمشتري أن يطالب بالفسخ إذا لم يقدّم البائع بتسليم الدفعات في الميعاد المتفق عليه، ولا يسري الفسخ على الدفعات التي تمّ تسليمها إلا إذا ترتب على تبعض المبيع ضرر جسيم للمشتري".

وكذلك من خلال النص في المادة (١٠٦) من قانون المعاملات التجارية الإماراتي رقم ١٨ لسنة ١٩٩٣ المعدل، على أنه: "إذا اتفق المتعاقدان على تسليم المبيع على دفعات جاز للمشتري أن يطلب فسخ العقد إذا لم يقدّم البائع بتسليم إحدى الدفعات في

<sup>(٣٨)</sup> انظر المادة (٥٢٣) من قانون المعاملات المدنية الإماراتي رقم (٥) لسنة ١٩٨٥.

<sup>(٣٩)</sup> انظر المادة (٩٧) من قانون التجارة المصري رقم (١٧) لسنة ١٩٩٩.

الميعاد المتفق عليه، ولا يسري الفسخ على الدفعات التي تم تسليمها إلا إذا ترتب على تجزئة المبيع ضرر جسيم للمشتري"<sup>(٤٠)</sup>.

كما أخذ المشرع المصري بالمعيار الموضوعي في إطار القانون المدني أيضاً، وذلك من خلال النص في المادة (١٥٧) منه على أنه<sup>(٤١)</sup>: "١- في العقود الملزمة للجانبين، إذا لم يوف أحد المتعاقدين بالتزامه جاز للمتعاقد الآخر بعد إذاره المدين أن يطلب تنفيذ العقد أو فسخه، مع التعويض في الحالتين إن كان له مقتضى. ٢- ويجوز للقاضي أن يمنح المدين أجلاً إذا اقتضت الظروف ذلك، كما يجوز له أن يرفض الفسخ إذا كان ما لم يوف به المدين قليل الأهمية بالنسبة إلى الالتزام في جملته".

وكذلك المشرع الإماراتي أخذ بالمعيار الموضوعي وذلك من خلال النص في المادة (٢٧٢) من قانون المعاملات المدنية رقم (٥) لسنة ١٩٨٥ المعدل، على أنه: "١- في العقود الملزمة للجانبين إذا لم يوف أحد المتعاقدين بما وجب عليه بالعقد جاز للمتعاقد الآخر بعد إذاره المدين أن يطالب بتنفيذ العقد أو فسخه.

٢- ويجوز للقاضي أن يلزم المدين بالتنفيذ للحال أو ينظره إلى أجل مسمى، وله أن يحكم بالفسخ والتعويض في كل حال إن كان له مقتضى"<sup>(٤٢)</sup>.

ومن استقراء النصوص المذكورة أعلاه، نجد أنّ المشرع المصري والإماراتي لم يُجزأ الفسخ إلا إذا كان الضرر المترتب على وقوع المخالفة على قدر من الجسامة، دون النظر إلى نية الطرف المتضرر أو غايته من التعاقد، وهو الأمر الذي مفاده أن المشرع المصري والإماراتي قد أخذوا بالمعيار موضوعي في صدد تحديد طبيعة المخالفة وأثرها، وذلك من خلال إلزام المحكمة بتحري مدى جسامة وجوهية المخالفة ومدى أهميتها بالنسبة إلى الالتزام ككل، دون التعويل على أي دور لنية الأطراف أو غرضهم من التعاقد<sup>(٤٣)</sup>.

<sup>(٤٠)</sup> انظر المادة (١٠٦) من قانون المعاملات التجارية الإماراتي رقم ١٨ لسنة ١٩٩٣ المعدل.

<sup>(٤١)</sup> المادة (١٥٧) من القانون المدني المصري رقم (١٣١) لسنة ١٩٤٨.

<sup>(٤٢)</sup> انظر المادة (٢٧٢) من قانون المعاملات المدنية الإماراتي رقم (٥) لسنة ١٩٨٥ المعدل.

<sup>(٤٣)</sup> محمد نصر محمد، أحكام القانون الدولي العام في فسخ العقود الدولية، دراسة مقارنة، مركز الدراسات العربية للنشر والتوزيع، القاهرة، ٢٠١٦، ص ١٩٥.

والرأي في هذا الصدد، هو أنّ المشرّع المصري والإماراتي قد أخذوا بكلا المعيارين، الشخصي والموضوعي، دون ترجيح أحدهما على الآخر، ويترتب على ذلك أنّ المحكمة عند نظرها لنزاع يُدعى فيه بطلب الفسخ يجب عليها أن تأخذ بالمعيارين معاً في صدد تقديرها مدى وجود مخالفة جوهرية أصلية تبرر اللجوء إلى ذلك الفسخ، إذ إنّ في تطبيق كلا المعيارين حدّ من إمكانية فسخ العقد، وحيلولة دون العواقب السلبية الكثيرة التي ستترتب عليه.

## المطلب الثاني

### المخالفة الجوهرية المكتسبة

كما أسلفنا، فإنّ المخالفة الجوهرية المكتسبة هي مخالفة غير جوهرية من حيث الأصل، إلّا أنّ ارتكابها بعد منح مرتكبها مهلةً إضافية لتنفيذ التزامها يجعل منها مخالفةً جوهرية، وقد أوردت اتفاقية فيينا ١٩٨٠ حالتين للمخالفة الجوهرية المكتسبة، تتصل إحداها بالمشتري، وتتصل الأخر بالبائع، فبموجب الأولى، منحت الاتفاقية المذكورة المشتري الحق في منح البائع مهلةً إضافية لتنفيذ التزامه، وذلك من خلال النصّ على أنّه<sup>(٤٤)</sup>:

"١- يجوز للمشتري أن يحدد للبائع فترة إضافية تكون مدتها معقولة لتنفيذ التزامه.

٢- فيما عدا الحالات التي يتلقى فيها المشتري إخطاراً من البائع بأنّه لن ينفذ التزاماته في الفترة الإضافية المحددة لا يجوز للمشتري قبل انقضاء هذه الفترة استعمال أيّ حق من الحقوق المقررة له في حالة مخالفة العقد، غير أنّ المشتري لا يفقد بسبب ذلك حقه في طلب التعويض عن التأخير في التنفيذ".

إلّا أنّ اتفاقية فيينا عادت ونصّت على أنّه<sup>(٤٥)</sup>:

"١- المشتري يجوز له فسخ العقد:

ب- في حالة عدم التسليم، إذا لم يتم البائع بتسليم البضائع في الفترة الإضافية التي حددها المشتري وفقاً للفترة الأولى من المادة (٤٧)، أو إذا أعلن أنّه لن يسلمها خلال تلك الفترة".

<sup>(٤٤)</sup> المادة (٤٧) من اتفاقية الأمم المتحدة بشأن عقود البيع الدولي للبضائع فيينا ١٩٨٠.

<sup>(٤٥)</sup> المادة (٤٩) من اتفاقية الأمم المتحدة بشأن عقود البيع الدولي للبضائع فيينا ١٩٨٠.

وعلى النّصين المذكورين سابقاً، يكون المشرّع الدولي لاتفاقية فيينا ١٩٨٠ قد قيّد منح المهلة الإضافية من قبل المشتري للبائع بحالة عدم تسليم البضائع في الميعاد المحدد طبقاً للمادة (٤٧) من الاتفاقية، دون أن يشترط في المخالفة الناتجة عن التأخير أن تكون مخالفة غير جوهريّة، فأجاز من ثم منحها سواء أكانت تشكل المخالفة عن التأخير مخالفة غير جوهريّة أم كانت تشكل مخالفة جوهريّة أصلية<sup>(٤٦)</sup>.

أمّا بموجب الحالة الثانية، فقد منحت اتفاقية فيينا ١٩٨٠ البائع الحق في منح المشتري مهلة إضافية، وذلك حين نصّت على أنّه<sup>(٤٧)</sup>:

"١- يجوز للبائع أن يحدد للمشتري فترة إضافية تكون مدتها معقولة لتنفيذ التزاماته.

٢- فيما عدا الحالات التي يتلقّى فيها البائع إخطاراً من المشتري بأنّه لن ينفذ التزاماته في الفترة الإضافية المحددة، لا يجوز للبائع قبل انقضاء هذه الفترة أن يستعمل أيّ حق من الحقوق المقررة له في حالة مخالفة العقد، غير أنّ البائع لا يفقد بسبب ذلك حقه في طلب التعويض عن التأخير في التنفيذ".

**والرأي في هذا الصدد،** "هو أنّ المهلة الإضافية التي يمنحها البائع للمشتري لا تتعلّق بكلّ التزامات هذا الأخير، وإنّما تتعلّق فقط بالحالات التي تكون فيها مخالفة المشتري في تنفيذ التزامه متمثلةً بالتأخير في دفع الثمن، الذي قد يكون نتيجة التأخير في إصدار مستندات ضمان الدفع، كفتح خطاب الاعتماد المستندي، أو نتيجة قيود تحويل العملات التي يُدفع بها الثمن للخارج، وكذلك التأخير في تسلّم البضاعة أيضاً، الذي قد يكون نتيجة التأخير في الحصول على التراخيص اللازمة لاستيراد البضائع"<sup>(٤٨)</sup>.

وعلى صعيد التشريعات الوطنية، فقد منح المشرع المصري والإماراتي كلاهما من المشتري والبائع الحق في منح المهلة الإضافية للأخر، فقد تُمنح من قبل المشتري للبائع في حالة تأخر هذا الأخير عن تسليم الشيء المبيع في الميعاد المتفق عليه، حيث نص المشرع المصري في المادة (٩٦) من قانون التجارة المصري رقم (١٧) لسنة ١٩٩٩

<sup>(٤٦)</sup> محسن شفيق، اتفاقية الأمم المتحدة بشأن البيع الدولي للبضائع، مرجع سابق، ص ١٧١.

<sup>(٤٧)</sup> المادة (٦٣) من اتفاقية الأمم المتحدة بشأن عقود البيع الدولي للبضائع فيينا ١٩٨٠.

<sup>(٤٨)</sup> محمود سمير الشراوي، العقود التجارية الدولية، مرجع سابق، ص ١٥١؛ معين عمر المومني، المخالفة الجوهرية في عقد البيع في ضوء اتفاقية فيينا لعام ١٩٨٠، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة اليرموك، الأردن، ٢٠١٠، ص ٦٥.

أنه<sup>(٤٩)</sup>: "إذا لم يتم البائع بتسليم المبيع في الميعاد المحدد في العقد، فللمشتري أن يُخطره بالتنفيذ خلال مدة مناسبة يحددها، فإذا لم يسلم البائع المبيع خلال تلك المدة، جاز للمشتري أن يحصل على شيء مماثل للمبيع على حساب البائع، وأن يطالب بالفرق بين الثمن المتفق عليه وما دفعه بحسن نية للحصول على ذلك الشيء، وإذا كان للمبيع سعر معلوم في السوق جار للمشتري- وإن لم يشترط فعلاً شيئاً مماثلاً له- أن يطالب بالفرق بين الثمن المتفق عليه وسعر السوق في اليوم المحدد للتسليم، وللمشتري بدلاً من ذلك أن يُخطر البائع بأن عدم التسليم خلال المدة المعينة في الإخطار يترتب عليه اعتبار العقد مفسوخاً، وله في تلك الحالة أن يطالب بالتعويض إذا كان له مقتضى". ويقابلها المادة (١٠٥) من قانون المعاملات التجارية الإماراتي رقم (١١٨) لسنة ١٩٩٣ المعدل<sup>(٥٠)</sup>.

ومفاد النص المذكور أعلاه، هو أن المشرع المصري والإماراتي قد منحا المشتري الحق في حالة عدم تنفيذ البائع التزامه بتسليم المبيع في الميعاد المتفق عليه أن يمنح البائع مهلة إضافية مناسبة، ولا بد أن تتناسب تلك المدة مع طبيعة الشيء المبيع والظروف المحيطة بالتعاقد، كما قيّد المشرع المصري والإماراتي منح المشتري مهلة إضافية للبائع بأن تكون بناءً على إخطار من جانب المشتري يوجهه إلى البائع كمهلة، وللمشتري أن ينذر البائع في الإخطار بأن العقد سيكون مفسوخاً في حال انتهاء تلك المهلة دون تنفيذه التزامه بتسليم المبيع، فإن كان ذلك، فإن الفسخ يعدّ قد تمّ بإرادة المشتري المنفردة، وعلى نحو حتمي لا يملك القضاء أية سلطة تقديرية في صدده.

<sup>(٤٩)</sup> المادة (٩٦) من قانون التجارة المصري رقم (١٧) لسنة ١٩٩٩.

<sup>(٥٠)</sup> انظر المادة (١٠٥) من قانون المعاملات التجارية الإماراتي رقم ١٣ لسنة ١٩٩٣ المعدل، التي تنص على أنه: "إذا لم يتم البائع بتسليم المبيع المعين للمشتري أن يخطر البائع بالتنفيذ خلال مدة مناسبة، فإذا لم يوفّ البائع بذلك كان للمشتري الخيار بين أن يطلب من المحكمة إلزام البائع بالتنفيذ العيني وتسليمه المبيع متى كان ذلك ممكناً مع التعويض إن كان له مقتضى، وبين اعتبار العقد مفسوخاً والمطالبة بالتعويض إن كان له مقتضى، وبين أن يشتري على حساب البائع شيئاً مماثلاً للمبيع وأن يطالبه بالفرق بين الثمن المتفق عليه وما دفعه بحسن نية للحصول على ذلك الشيء، وإذا كان للمبيع سعر معلوم في السوق جاز للمشتري- وإن لم يشترط فعلاً شيئاً مماثلاً للمبيع- أن يطالب البائع بالفرق بين الثمن المتفق عليه وسعر السوق في اليوم المعين للتسليم".

كما قد تُمنح المهلة الإضافية من قِبَل البائع للمشتري، وذلك ما نصَّ عليه المشرع المصري في المادة (٩٨) من قانون التجارة رقم (١٧) لسنة ١٩٩٩، إذ جاء فيه أنه<sup>(٥١)</sup>:  
"إذا لم يدفع المشتري الثمن في الميعاد المتفق عليه، جاز للبائع بعد إعدار المشتري أن يعيد بيع البضاعة للغير، .....". ويقابلها نص المادة (١٠٧) من قانون المعاملات التجارية الإماراتي رقم ١٨ لسنة ١٩٩٣ المعدل<sup>(٥٢)</sup>.

ومفاد النص المذكور، هو أنّ المشرع المصري والإماراتي قد قيّدَا حق البائع بفسخ البيع وإعادة بيع الشيء المبيع للغير بضرورة أن يقوم البائع بإعدار المشتري بدفع الثمن، كما قيّد نفاذ مثل ذلك الإعدار بحق المشتري بضرورة أن يحدد فيه البائع مهلةً إضافيةً للمشتري لتنفيذ التزامه بدفع الثمن.

فإذا مُنحت المهلة الإضافية من أحد الطرفين، البائع أو المشتري، فإنّما أن يقوم المدين بتنفيذ التزامه، وبذلك يكون العقد قد نُفِذَ على نحو سليم، ولا مجال للقضاء حينذاك أن يحكم بفسخ العقد، وإنّما أن تنتهي المهلة الإضافية دون تنفيذ المدين للالتزام، فيكون الفسخ هو مصير العقد، وذلك نتيجة ارتكاب المدين الذي لم ينفذ التزامه حتى ضمن المهلة الإضافية مخالفة جوهرية مكتسبة.

### الخاتمة

خُصنا من البحث في أثر المخالفة الجوهرية على عقود التجارة الدولية من خلال تحليل نصوص الاتفاقيات الدولية والتشريعات الوطنية ذات الصلة إلى الخروج ببعض النتائج التي أمكن أن تؤسس عليها العديد من التوصيات في هذا الخصوص، نعرضها وفقاً للترتيب الآتي:

#### أولاً- النتائج:

- إن فكرة المخالفة الجوهرية غير معروفة في التشريعات العربية، وذلك من حيث المبدأ العام، لكن من خلال نص المادة (٢٣٨) والمادة (٢٧٢) من قانون المعاملات المدنية الإماراتي رقم (٥) لسنة ١٩٨٥ المعدل، يمكن أن نقول: إن فكرة

<sup>(٥١)</sup> المادة (٩٨) من قانون التجارة المصري رقم (١٧) لسنة ١٩٩٩.

<sup>(٥٢)</sup> انظر المادة (١٠٥) من قانون المعاملات التجارية الإماراتي رقم ١٣ لسنة ١٩٩٣ المعدل، التي تنص على أنه: "إذا لم يدفع المشتري الثمن في الميعاد المتفق عليه جاز للبائع بعد إخطار المشتري أن يعيد بيع البضاعة، .....".

المخالفة الجوهرية للعقد موجودة بشكل غير مباشر، فمن ناحية لا يكون الفسخ في العيب إلا إذا كان عيباً مؤثراً. كما أن المادة (٢٧٢) تعطي سلطة تقديرية للقاضي في الحكم بالفسخ أو عدم الحكم به، أو الجمع بين الفسخ والتعويض، فالمعيار الذي يستند إليه القاضي للحكم بالفسخ من عدمه هو معيار جسامته المخالفة، فكلما كانت المخالفة جسيمة وتضرر الطرف الآخر منها بشكل جوهري كان من المنطقي الحكم بالفسخ، وكلما تناقصت أهمية المخالفة كان من المنطقي اقتصار حكم القاضي على التعويض.

- إنَّ المشرع المصري والإماراتي قد أخذوا بكلتا المعيارين، الشخصي والموضوعي، في تحديد المخالفة الجوهرية، دون ترجيح أحدهما على الآخر، ويترتب على ذلك أنَّ المحكمة عند نظرها في نزاع يُدعى فيه بطلب الفسخ يجب عليها أن تأخذ بالمعيارين معاً في صدد تقديرها لمدى وجود مخالفة جوهرية أصلية تبرر اللجوء إلى ذلك الفسخ، إذ إنَّ في تطبيق كلا المعيارين حدّاً من إمكانية فسخ العقد، وحيلولة دون العواقب السلبية الكثيرة التي ستترتب عليه.
- لم تحتوِ الأنظمة القانونية الوطنية المقارنة على أيّ تنظيم لفكرة المخالفة الجوهرية كأساس لفسخ العقد، بل تولّت الاتفاقيات الدولية المنظمة للتجارة الدولية، وعلى رأسها اتفاقية لاهاي لسنة ١٩٦٤ واتفاقية فيينا لسنة ١٩٨٠ التأسيس لتلك الفكرة وصياغة معالمها.
- إنَّ المشرع المصري والإماراتي قد منحا المشتري الحق في حالة عدم تنفيذ البائع التزامه بتسليم المبيع في الميعاد المتفق عليه أن يمنح البائع مهلةً إضافية مناسبة، ولا بد أن تتناسب تلك المدة مع طبيعة الشيء المبيع والظروف المحيطة بالتعاقد، كما قيّدا منح المشتري مهلةً إضافية للبائع بأن تكون بناءً على إخطار من جانب المشتري يوجهه إلى البائع كمهلة، وللمشتري أن ينذر البائع في الإخطار بأنَّ العقد سيكون مفسوخاً في حال انتهاء تلك المهلة دون تنفيذه التزامه بتسليم المبيع، فإن كان ذلك، فإنَّ الفسخ يعدّ قد تمّ بإرادة المشتري المنفردة، وعلى نحو حتمي لا يملك القضاء أيّ سلطة تقديرية في صدده. كما قد يتم منح البائع المشتري المهلة الإضافية، وقد قيّد المشرع المصري والإماراتي حق البائع بفسخ البيع وإعادة بيع الشيء المبيع للغير بضرورة أن يقوم البائع بإعذار المشتري بدفع الثمن، كما قيّد نفاذ مثل ذلك الإعذار بحق المشتري بضرورة أن يحدد فيه البائع مهلةً إضافيةً للمشتري لتنفيذ التزامه بدفع الثمن.

- لم تُلزم اتفاقية فيينا الطرف الذي يمنح الطرف المخالف مهلةً إضافية لتنفيذ التزامه بأن يُخطره ببداية تلك المهلة ونهايتها.
- رجّحت اتفاقية فيينا لسنة ١٩٨٠ الضوابط الموضوعية في سياق تحديدها لمفهوم وعناصر المخالفة الجوهرية، ومما يدلّ على ذلك الترجيح هو أنّها لم تجعل من وقوع مخالفة لأحكام العقد من قبل أحد أطرافه - على نحو يلحق ضرراً جوهرياً بالطرف الآخر - مبرراً خالصاً لفسخ العقد، بل اشترطت بالإضافة إلى ذلك أن يكون هذا الضرر متوقعاً، وذلك بأن يتوقعه الطرف المخالف، وكذلك كلّ شخص سوى الإدراك من صفته وفي ظروفه نفسها، والغاية من اشتراط التوقع هي رغبة المشرع الدولي للاتفاقية المذكورة في تقييد الحق في فسخ العقد.

### ثانياً- التوصيات:

- لا بدّ من التحديد الدقيق لمضمون الالتزام بالتسليم، نظراً إلى ما في تحديده من تجنّب الأطراف الكثير من النزاعات المحتملة في صدد تنفيذه، وفي شأن ذلك نرى أن يتم ذلك التحديد بالنظر إلى أنّ التسليم هو وضع الشيء المبيع تحت تصرف المشتري على نحو يمكنه من السيطرة عليه والانتفاع به دون قيد غير تلك القيود التي يُمكن أن يكون متفقاً عليها في العقد.
- نوصي المشرع الإماراتي والمصري بالنص على تنظيم فكرة المخالفة الجوهرية كأساس لفسخ العقد، كما فعلت الاتفاقيات الدولية المنظمة للتجارة الدولية، كاتفاقية لاهاي لسنة ١٩٦٤ واتفاقية فيينا لسنة ١٩٨٠، حيث نصت هذه الاتفاقيات على تنظيم المخالفة الجوهرية كأساس لفسخ العقد في نصوص موادها.
- ضرورة النصّ في اتفاقية فيينا على اعتماد وقت ارتكاب المخالفة على أنّه الوقت الذي يتم فيه تقدير مدى توقع الطرف المخالف للضرر الجوهري الذي يلحق بالطرف الآخر، مع مراعاة كلّ الظروف التي يُمكن أن تطرأ بعد التعاقد.
- ضرورة إلزام الطرف الذي يمنح المهلة الإضافية للطرف الآخر بأن يُخطّر الأخير بتلك المهلة، مع تحديد وقت بداية سريان تلك المهلة، وكذلك تحديد وقت انتهائها.
- تحديد الوقت الذي يؤتي فيه الإخطار بالفسخ مفاعيله بالوقت الذي يصل فيه إلى علم الطرف المرتكب للمخالفة الجوهرية، وذلك حتى يتسنى للأخير أن يتبيّن أمره ويتجنب مفاجأته بفسخ العقد.
- إرساء نماذج موحدة للإخطار بالفسخ، على نحو يكون قاطع الدلالة على الفسخ.



### قائمة المراجع

- أحمد بركات مصطفى، العقود التجارية وعمليات البنوك، دراسة في قانون التجارة رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٦
- ثروت حبيب، دراسة في قانون التجارة الدولية، مع الاهتمام بالبيع الدولية، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٧٤.
- رشا مصطفى أبو الغيط، الإخلال المبرر لفسخ عقد البيع الدولي للبضائع في ضوء أحكام اتفاقية الأمم المتحدة بشأن عقود البيع الدولي للبضائع، فيينا ١٩٨٠، مجلة القانون والاقتصاد، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، المجلد (٩٤)، العدد (١)، ٢٠٢١.
- عادل محمد خير، عقود البيع الدولي من خلال اتفاقية فيينا وجهود لجنة الأمم المتحدة لقانون التجارة الدولي والغرفة التجارية الدولية، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٤.
- لينة عبدالله خليل شبيب، التزام البائع بالتسليم في عقود البيع الدولية، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، الجامعة الأردنية، ١٩٩٥.
- محسن شفيق، اتفاقية الأمم المتحدة بشأن البيع الدولي للبضائع، دراسة في قانون التجارة الدولي، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٨.
- محمد صلاح عبد اللاه، النظام القانوني لتنفيذ عقد البيع التجاري الدولي والحيلولة دون فسخه، دراسة مقارنة بين اتفاقية فيينا ١٩٨٠ والقانون التجاري المصري وقانون بيع البضائع الإنجليزي وقانون التجارة الموحد الأمريكي، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ٢٠٢٠.
- محمد نصر محمد، أحكام القانون الدولي العام في فسخ العقود الدولية، دراسة مقارنة، مركز الدراسات العربية للنشر والتوزيع، القاهرة، ٢٠١٦
- محمود سمير الشراوي، العقود التجارية الدولية "دراسة خاصة لعقد البيع الدولي للبضائع"، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٢.

- معين عمر المومني، المخالفة الجوهرية في عقد البيع في ضوء اتفاقية فيينا لعام ١٩٨٠، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة اليرموك، الأردن، ٢٠١٠، ص ٦٥.
- نسرين سلامة محاسنة، الأبعاد القانونية لانضمام دولة الإمارات العربية المتحدة لاتفاقية الأمم المتحدة للبيع الدولي للبضائع ١٩٨٠، دراسة في العلاقة بين الاتفاقية وقانون المعاملات المدنية لدولة الإمارات، مجلة الشريعة والقانون، كلية القانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، المجلد ٣١، العدد ٦٩، ٢٠١٧.
- وليد خالد عطية، حل مشكلة التداخل بين حق المشتري في فسخ عقد البيع الدولي وحق البائع في إصلاح الخلل في تنفيذ الالتزام، دراسة في ظل تحديد مفهوم المخالفة الجوهرية في عقود البيع الدولية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠١٥.
- وليد خالد عطية، مفهوم المخالفة الجوهرية في عقود البيع الدولية، مجلة القاسية للقانون والعلوم السياسية، العدد (٢)، المجلد (٤)، ٢٠١١.
- Bruno Zeller, Fundamental Breach and the CISG- A Unique Treatment or Failed Experiment? 8 Vindobona Journal of International Commercial Law & Arbitration (2004), p82, Available at web site: (<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/zeller12.html>).
- Peter Sahlechtriem. Uniform Sales Law-The UN- Convention on Contracts for the International Sale of Goods. published by Manz; Vienna; 1986.
- Robert Koch. The Concept of Fundamental Breach of Contract under the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG) Review of the Covention on Cotracts for the Interbational Sale of Goods (CISG) 1998; Kluwer.