

## تكوين عقد البيع

تمهيد:

رأينا فيما تقدم أن اتفاقية فيينا قد جمعت في نصوصها بين الأحكام التي تتعلق بتكوين عقد البيع الدولي للبضائع، والأحكام الموضوعية لهذا العقد وهما الموضوعان اللذان كانا ينظم كل منهما اتفاقية مستقلة من اتفاقيتي لاهاي سنة ١٩٦٤ .

وقد تضمن القسم الثاني من الاتفاقية أحكام تكوين عقد البيع بينما نظم القسم الثالث الأحكام الموضوعية للعقد، وأجازت المادة ٩٢ من اتفاقية فيينا لكل دولة متعاقدة أن تلتزم فقط بأحد القسمين الثاني أو الثالث من الاتفاقية عند التوقيع أو التصديق أو الموافقة أو الانضمام إليها .

ولم تعالج اتفاقية فيينا من قواعد تكوين عقد البيع سوى ركن الرضاء فلم تنظم ركني السبب والمحل، بل انها لم تعالج كل أحكام الرضاء، إذ أنها أغفلت عمداً تنظيم عيوب الرضاء لأنها من الأمور التي تختلف فيها التشريعات الوطنية واقتصر التنظيم الذي أتت به الاتفاقية على الإيجاب والقبول، ذلك لأن اتفاقية فيينا اقتتت أثر اتفاقية لاهاي سنة ١٩٦٤ بشأن تكوين عقد البيع الدولي وقد اكتفت هذه الاتفاقية الأخيرة أيضا بتنظيم جزء من ركن واحد من أركان العقد هو الرضاء، ولم تتناول منه إلا الإيجاب والقبول، فأهملت تنظيم ( صفحة ٨٥ ) قواعد الأهلية والأحكام المتعلقة بعيوب الرضاء لصعوبة الوصول إلى التوحيد التشريعي فيها.

ونلاحظ أن اتفاقية فيينا قد وردت فيها نصوص تتعلق بتفسير العقد وإثباته ضمن القواعد العامة للاتفاقية وقبل النصوص المنظمة لتكوين العقد. ولما كانت أحكام تفسير العقد وإثباته من الأمور التي تتصل بدراسة تكوين العقد، فإننا سندرس هذه القواعد في هذا الباب الذي يتعلق بتكوين عقد البيع، بعد دراسة أحكام الإيجاب والقبول.

ونقسم دراستنا في هذا الفصل إذن إلى فرعين، نتناول في الأول قواعد الإيجاب والقبول، ونخصص الثاني لتفسير العقد وإثباته.

## الايجاب والقبول

تقديم وتقسيم:

ينعقد العقد بإيجاب وقبول يصدران عن طرفى العقد، دون أن يشترط فى ذلك أن يصدر الإيجاب عن المشتري والقبول عن البائع أو العكس، إذ العبرة باتصال القبول بالإيجاب الذى يوجهه أحد طرفى العقد إلى الطرف الآخر.

على أن الأمر لا يتم بهذه الصورة البسيطة فى نطاق عقد البيع الدولى، لأن هذا العقد تسبقه عادة إما مفاوضات بين طرفى البيع، أو معاملات سابقة بين الطرفين، بحيث يعتبر سلوك الطرفين كافياً لانعقاد العقد دون حاجة إلى تمييز أو تجسيد كل من الإيجاب والقبول.

ووفقاً لأحكام القانون الموحد لاتفاقية لاهأى سنة ١٩٦٤، فإن الإيجاب والقبول لا ينتجان أثرهما إلا إذا وصلا إلى علم الطرف الآخر، ويعتبر تسليم التعبير عن الإرادة إلى الطرف الذى وجه له بمثابة وصول هذا التعبير إلى الطرف الذى وجه إليه، وما يصدق على الإيجاب والقبول، يصدق أيضاً فى القانون الموحد على الرجوع فيهما.

وقد عالجت اتفاقية فيينا أحكام الإيجاب والقبول بنصوص تتشابه فى مجموعها مع أحكام اتفاقية لاهأى سنة ١٩٦٤ بشأن تكوين العقد (٣). وعالجت المواد من ١٤ إلى ١٧ من اتفاقية فيينا قواعد (صفحة ٨٧) الإيجاب offer، ونظمت المواد من ١٨ إلى ٢٢ أحكام القبول acceptance. وندرس فى مبحثين على التوالى كل من الإيجاب والقبول وفقاً لاتفاقية فيينا. ثم نتكلم فى مبحث ثالث عن اقتران الإيجاب بالقبول.

## المبحث الأول

### الإيجاب

#### ٥٦ تعريف الإيجاب:

تنص المادة ١٤ من اتفاقية فيينا فى فقرتها الأولى على أن الإيجاب يعتبر عرضاً محدداً بطريقة كافية، ويعبر عن إرادة الموجب فى أن يلتزم فى حالة صدور القبول من الطرف الموجه إليه الإيجاب.

ويعنى هذا التعريف بأمرين، الأول أن الإيجاب لا بد أن يتضمن عرضاً محدداً من الطرف الذى يصدر عنه إلى الطرف الذى يوجه إليه، أما الأمر الثانى فهو التعبير عن التزام الموجب بالبقاء على إيجابه متى صدر القبول من الطرف الذى وجه إليه الموجب إيجابه.

ويعتبر الإيجاب فى القانون المصرى تعبيراً عن إرادة الموجب، يصدر بقصد إحداث أثر قانونى هو إنشاء الالتزام، لذلك لا عبءة بالإرادة التى لم تتجه لإحداث أثر قانونى .

وتعرف محكمة النقض المصرية الإيجاب بأنه: « العرض الذى يعبر به الشخص الصادر منه على وجه جازم عن إرادته فى إبرام عقد معين بحيث إذا اقترن به قبول مطابق له انعقد العقد ». ( صفحة ٨٨ )

والغالب أن يبدأ أحد المتعاقدين بالإيجاب يتلوه قبول المتعاقد الآخر، ولكن ليس من الضرورى أن يأتى الإيجاب سابقاً على القبول، فقد يتم العقد بتلاقى تعبيرين متعاصرين عن إرادتين متطابقتين.

#### ٥٧ - المفاوضات لا تعتبر إيجاباً:

تعتبر المفاوضات فى بعض العقود، لا سيما فى عقد البيع، هى المرحلة السابقة على التعاقد، ولا يصدر عن أحد المتعاقدين إيجاباً نهائياً إلا بعد مفاوضات مع الطرف الآخر، فالإيجاب إذن هو نتيجة المفاوضات.

ولا يرتب القانون بحسب الأصل، على المفاوضات، أى أثر قانونى، إذ من حق المتفاوض أن يقطع المفاوضة فى أى وقت، ولا مسئولية عليه فى هذا المسلك إلا إذا اقترن العدول عن التفاوض بخطأ ممن قطع المفاوضات وتعد المسئولية هنا تقصيرية أساسها الخطأ وليست تعاقدية تركز على العدول عن التفاوض. وعلى من يدعى الضرر من العدول أن يثبت خطأ المتفاوض فى قطع المفاوضات.

وقضت محكمة النقض المصرية بأن المفاوضات ليست إلا عملاً مادياً ولا يترتب عليها بذاتها أى أثر قانونى، فكل متفاوض حر فى قطع المفاوضة فى الوقت الذى يريد دون أن يتعرض لأية مسئولية أو يطالب ببيان المبرر لعدوله، ولا يرتب هذا العدول مسئولية على من عدل إلا إذا اقترن به خطأ تتحقق معه المسئولية التقصيرية، ولا يعد مجرد العدول عن إتمام المفاوضة فى ذاته خطأ، فلا بد أن يثبت الخطأ من وقائع أخرى اقترنت بهذا العدول. (صفحة ٨٩)

وقد تنتهى المفاوضات إما إلى إيجاب معلق أو إيجاب نهائى، فالإيجاب المعلق على شرط هو إيجاب لا مفاوضة، ولكنه لا ينعقد إلا إذا تحقق الشرط الذى علق عليه، كما لو عرض شخص التعاقد بثمن معين مع الاحتفاظ بحقه فى تعديل الثمن طبقاً لتغير الأسعار، فالإيجاب هنا معلق على شرط عدم تغير الأسعار.

وإذا خرج الإيجاب من دور المفاوضة ودور التعليق، أصبح إيجاباً نهائياً. ويعد تقرير ما إذا كان الإيجاب قد وصل إلى هذا الدور من مسائل الواقع لا من مسائل القانون فيفصل فيه قاضى الموضوع طبقاً لظروف كل حالة .

#### ٥٨ - التفرقة بين الإيجاب والدعوة إلى الإيجاب:

تقضى الفقرة الثانية من المادة ١٤ من اتفاقية فيينا، بأن توجيه العرض إلى مجموعة غير محددة من الأشخاص يعتبر مجرد دعوة إلى توجيه إيجاب أى مجرد دعوة إلى التعاقد، ما لم يتبين أن الموجب قد أفصح بوضوح عن العكس، أى ما لم يكن الموجب قد قرر صراحة أن يوجه إيجاباً إلى الجمهور.

ويعالج هذا النص الحالة التي يوجه فيها شخص دعوة إلى الجمهور للتعاقد، وفى هذا الصدد يجب أن نفرق بين توجيهه الإيجاب (صفحة ٩٠) إلى الجمهور ودعوة الجمهور إلى التعاقد أو إلى تقديم ايجاب للتعاقد، فالإيجاب الموجه إلى الجمهور يحدث عندما تعرض البضائع على الجمهور من البائع مع تحديد ثمنها، أما النشر والإعلان وبيان الأسعار الجارى التعامل بها وكل بيان آخر متعلق بعروض أو طلبات موجهة للجمهور أو للأفراد فلا يعتبر عند الشك ايجابا وإنما يكون دعوة إلى التفاوض، وكان المشروع التمهيدى للتقنين المدنى المصرى يشتمل على نص صريح فى هذا المعنى هو نص المادة ١٣٤، وقد حذف هذا النص فى لجنة المراجعة لعدم الحاجة إليه، إذ يسهل على القضاء تطبيق هذا الحكم دون نص عليه.

ويعنى ما تقدم أن الإيجاب يختلف عن الدعوة إلى التعاقد والأمر يتوقف على مضمون التعبير عن الإرادة، فإذا قام التاجر بعرض بضائعه على الجمهور مع بيان أسعارها فإن هذا يعد بلا شك إيجابا صريحا موجها إلى الجمهور، أما مجرد الإعلان عن السلعة حتى مع بيان سعرها فإنه يعد دعوة إلى التعاقد وليس إيجاباً ما لم يتبين صراحة أن التاجر قصد توجيهه إيجاب صريح إلى الجمهور.

#### ٥٩ - متى ينتج الإيجاب أثره ؟:

رأينا أن الفقرة الأولى من المادة ١٤ من اتفاقية فيينا تقضى بأن العرض المقدم لإبرام عقد والموجه إلى شخص أو أشخاص معينين يعتبر ايجابا، إذا كان العرض محددا بطريقة كافية ويعبر عن إرادة الموجب فى أن يلتزم فى حالة صدور القبول من الطرف الموجه إليه الإيجاب، وتضيف هذه الفقرة بيانا بالمقصود بالعرض المحدد بطريقة كافية، فهو العرض الذى يعين البضائع التى ستكون محلا للبيع، والذى يحدد صراحة أو ضمنا الكمية والتمن أو ينص على طريقة تحديد الكمية والتمن. (صفحة ٩١)

ويمكن تحديد الثمن ضمناً عن طريق الإشارة إلى قائمة أسعار أو أسعار واردة فى كتالوج خاص بالسلعة محل الإيجاب ويمكن أيضا أن يحدد الثمن صراحة أو ضمناً بالإشارة إلى سعر السوق عند التسليم أو فى أى وقت يحدده الموجب فى عرضه.

ومتى تضمن الإيجاب عرضاً محدداً بطريقة كافية على النحو السابق، فإنه ينتج أثره متى وصل إلى الموجب له أى الموجه إليه الإيجاب وفى هذا تنص الفقرة الأولى من المادة ١٥ من اتفاقية فيينا على أن ينتج الإيجاب أثره متى وصل إلى الموجب له، أى المتعاقد الآخر الذى يوجه إليه الإيجاب. ومعنى ذلك أن الإيجاب من وقت وصوله إلى الموجب له يعتبر قائماً ويلزم الموجب بالتعاقد إذا تقدم له من يقبل إيجابه.

فالإيجاب متى استكمل وجوده القانونى يلزم الموجب بالتعاقد فى حالة قبول الموجه إليه ولكن لا يعنى هذا أن الإيجاب يعتبر باتاً منذ صدوره إذ يظل الرجوع فيه جائزاً قبل أن يستكمل الإيجاب وجوده القانونى. والإيجاب، يستكمل هذا الوجود كما قدمنا، متى تضمن عرضاً محدداً على النحو السالف بيانه، ومتى وصل إلى الموجه إليه العرض.

ويلاحظ أن الإيجاب الذى يلزم صاحبه عند قبول الموجب له أى الذى ينتج أثره لا يعتبر بالضرورة إيجاباً باتاً إذ يجوز الرجوع فيه. فالرجوع فى الإيجاب لا يكون إلا متى استكمل الإيجاب وجوده القانونى لأنه قبل ذلك لا يكون هناك إيجاب ملزم، أما بعد استكمال وجوده القانونى بتوافر شرطى استكمال هذا الوجود ( عرض محدد ووصوله إلى الموجب له ) فيجوز الرجوع فيه، ما لم يكن باتاً، لأن الإيجاب البات هو الإيجاب الذى لا يجوز الرجوع فيه. وسنعرض فيما بعد المقصود بالإيجاب البات. ( صفحة ٩٢ )

وتطبيقاً لما تقدم، تقضى الفقرة الثانية من المادة ١٥ من اتفاقية فيينا بأن الإيجاب ولو كان ملزماً irrevocable يمكن سحبه withdrawal أى الرجوع فيه إذا وصل الرجوع إلى الموجب له قبل أو عند وصول الإيجاب إليه.

ويعنى النص السابق أن الإيجاب بعد أن يستكمل وجوده القانونى بأن كان مشتملاً على عرض محدد ووصل إلى علم الموجب له، ويعتبر بالتالى غير قابل للعدول عنه أو تعديله، لأن التعديل صورة من صور العدول، وإنما يمكن سحبه، إذا وصل السحب إلى الموجه إليه الإيجاب قبل أو عند وصول الإيجاب إلى هذا الأخير.

ويأخذ القانون المصرى بحكم مشابه لما قضت به اتفاقية فيينا. إذ تنص المادة ٩١ من التقنين المدنى على أن ينتج التعبير عن الإرادة أثره فى الوقت الذى يتصل فيه بعلم من وجه إليه، ويعتبر وصول التعبير قرينة على العلم به، ما لم يقم الدليل على عكس ذلك.

ويعنى النص المتقدم أن التعبير عن الإرادة متى كان ايجابا، فإنه لا ينتج أثره إلا إذا وصل إلى علم المتعاقد الآخر الذى يوجه إليه الإيجاب وأقام النص قرينة على أن وصول الإيجاب يعتبر قرينة على العلم، ولكنها قرينة بسيطة، فيجوز أن يثبت الموجه إليه الإيجاب أنه لم يعلم به بالرغم من وصوله. ولا يجوز الرجوع فى الإيجاب متى قبله الموجب له أو كان باتاً.

#### ٦٠ - الإيجاب البات:

لم يتضمن التقنين المدنى المصرى السابق نصاً يلزم الموجب بالبقاء على إيجابه مدة كافية لاقتران القبول به، وذهب القضاء إلى منح الموجب حق العدول قبل أن يقترن الإيجاب بالقبول، على أن يلتزم الموجب بالبقاء على إيجابه إذا حدد أجلا للقبول سواء كان هذا ( صفحة ٩٣ ) التحديد صريحاً أو ضمناً وقرر القضاء أن أساس التزام الموجب بالبقاء على ايجابه هو العقد الضمنى بين الموجب والموجه إليه الإيجاب يلزم الأول بالبقاء على إيجابه طيلة المدة المحددة من جانب الموجب، وأقر الفقه موقف القضاء فى إلزام الموجب بالبقاء على إيجابه خلال الأجل المحدد متى اقترن الإيجاب بأجل، ولكن اختلف الفقه حول أساس التزام الموجب بين نظرية الإرادة المنفردة ونظرية العقد الضمنى، ونظرية المسئولية التقصيرية .

وأقر التقنين المدنى الجديد الوضع بنص صريح هو نص المادة ٩٣ الذى يقضى بأنه إذا عين ميعاد للقبول، التزام الموجب بالبقاء على ايجابه إلى أن ينقضى هذا الميعاد. والنص صريح فى أن أساس التزام الموجب بالبقاء على إيجابه هنا، هو الإرادة المنفردة وهى إحدى الحالات التى جعل منها التقنين المدنى الجديد، الإرادة المنفردة أساسا للالتزام.

وقد نصت المادة ٩٣ مدنى مصرى على أن تحديد ميعاد القبول كما يكون صريحاً فقد يكون ضمناً، يستخلص من ظروف الحال أو من طبيعة المعاملة.

وهذا التقديم السابق للإيجاب الملزم فى ظل القانون المصرى لازم لفهم المقصود بالإيجاب البات فى اتفاقية فيينا، إذ تنص المادة ١٦ من هذه الاتفاقية على ما يأتى:-

« ١ - يمكن العدول عن الإيجاب إلى الوقت الذى يبرم فيه العقد، إذا وصل هذا العدول إلى الموجه إليه الإيجاب قبل أن يرسل هذا الأخير قبوله.

٢ - ومع ذلك، لا يجوز العدول عن الإيجاب فى الحالتين الآتيتين: - (صفحة ٩٤)

(أ) إذا تبين أنه غير قابل للعدول عنه، سواء بتحديد ميعاد ثابت للقبول أو بأى طريق آخر.

(ب) إذا وجد ما يبرر أن يعتمد الموجه له على الإيجاب باعتباره غير قابل للعدول عنه، وتصرف هذا الأخير اعتماداً على بقاء الإيجاب.»

ويعنى هذا النص أن الإيجاب متى صدر من الموجه متضمناً عرضاً محدداً ووصل إلى الموجه له يعتبر قائماً منتجاً لأثره، ولكنه يمكن للموجه العدول عنه حتى إبرام العقد أى مادام لم يقترن القبول بالإيجاب، أى متى وصل العدول إلى الموجه إليه الإيجاب قبل أن يقوم هذا الأخير بإرسال أو تصدير قبوله إلى الموجه.

فالإيجاب فى هذه الصورة التى نصت عليها الفقرة (١) من المادة ١٦ من اتفاقية فيينا يعتبر قائماً منتجاً لأثره ولكنه ليس باتاً. وقد نصت الفقرة (٢) على حالتين يعتبر فيهما الإيجاب باتاً، وهما:-

١ - حالة تحديد مدة للقبول أو استخلاص أن الموجه ملزم بعدم العدول عن ايجابه من واقع ظروف الحال المرتبطة بتفسير الإيجاب.

٢ - إذا اعتمد الموجه إليه الإيجاب اعتماداً له ما يبرره على عدم قابلية الإيجاب للعدول عنه وتصرف على ضوء ذلك. ولا يغطى هذا النص فقط الحالات التى يكون فيها الإيجاب بذاته غير قابل للعدول عنه صراحة، ولكن أيضاً متى كان مسلك الموجه أو الظروف الخاصة أو متطلبات العرض المقدم منه أو طبيعة الصفقة المقترحة تبرر اعتبار الإيجاب غير قابل للعدول عنه لمدة

معقولة . من ذلك مثلا لو كان ( صفحة ٩٥ ) محل البيع آلات تباع تحت شرط التجربة، فإنه يستفاد من ذلك أن الموجب يظل ملتزما بالبقاء على ايجابه المدة اللازمة للتجربة، وعند النزاع حول تحديد هذه المدة تولى القاضى تقديرها. كذلك لو صدر الإيجاب إلى شخص يقيم فى دولة أخرى، فإن الفرض أن الموجب ينبغى عليه أن يبقى على ايجابه المدة المناسبة لوصول القبول إليه بفرض أن الإيجاب قد وصل فى الميعاد المقرر لوصوله .

#### ٦١ - سقوط الإيجاب:

نصت المادة ١٧ من اتفاقية فيينا على أن يسقط الإيجاب ولو كان غير قابل للعدول عنه، عندما يصل إلى الموجب رفض الموجه إليه الإيجاب.

ومؤدى هذا النص أن الإيجاب ولو كان بائا، فإنه يسقط متى رفضه الموجه إليه ولو لم تنقض المدة التى حددها الموجب للقبول.

ويسقط الإيجاب منذ اللحظة التى يصل فيها إلى الموجب رفض الإيجاب من الموجه إليه. وقد يقع هذا الرفض بصورة قاطعة، وقد يتضمن تعديلاً فى الإيجاب فلا يعد هذا قبولا ينعقد به العقد بل يعد ايجاباً جديداً، وسنعرض لذلك الكلام عن القبول، وقد يتضمن الرفض عرضاً لإيجاب جديد يختلف تماما عن الإيجاب الأول.

وتأخذ اتفاقية فيينا بنظرية وصول التعبير عن الإرادة، لكى ينتج هذا التعبير أثره فقد رأينا أن المادة ١٥ منها تعتبر الإيجاب منتجاً لأثره متى وصل إلى الموجه إليه الإيجاب، كذلك يسقط الإيجاب وفقاً للمادة ١٧ من الاتفاقية متى وصل رفض الموجه إليه الإيجاب إلى الموجب ولو كان الإيجاب غير قابل للعدول عنه، وسنرى عند الكلام عن القبول أن اتفاقية فيينا تتبنى أيضاً نظرية وصول التعبير عن ( صفحة ٩٦ ) الإرادة، وتحدد المقصود من تعبير الوصول فى المادة ٢٤ على ما سنرى فى الفرع الثالث من هذا الفصل.

ولم تتضمن اتفاقية فيينا حكماً مماثلاً لحكم المادة ١١ من القانون الموحد الملحق باتفاقية لاهاي سنة ١٩٦٤ بشأن تكوين عقد بيع المنقولات المادية، والتى تقضى بأنه لا تحول وفاة أحد أطراف

العقد أو فقدانه الأهلية قبل القبول دون تكوين العقد إلا إذا تبين عكس ذلك من قصد المتعاقدين أو من العرف أو من طبيعة التعامل. وهذا هو ذات الحكم الذى أخذ به التقنين المدنى المصرى فى المادة ٩٢ والتي تقضى بأنه إذا مات من صدر عنه التعبير عن الإرادة أو فقد أهليته قبل أن ينتج التعبير أثره، فإن ذلك لا يمنع من ترتب هذا الأثر عند اتصال التعبير بعلم من وجه إليه، هذا ما لم يتبين العكس من التعبير أو من طبيعة التعامل.

ويعنى هذا الحل سواء فى ظل القانون الموحد أو القانون المصرى، أنه لا يترتب على الوفاة أو فقدان الأهلية سقوط الإيجاب بل يظل الإيجاب قائماً.

ونلاحظ مع أستاذنا الدكتور محسن شفيق أن هذه المسألة ليست لها أهمية تذكر فى البيوع الدولية لأنها تجرى عادة بين أشخاص اعتبارية لا يعترىها الوفاة أو فقدان الأهلية. ولعل هذا هو السبب الذى أدى بلجنة الأمم المتحدة لقانون التجارة الدولية إلى إغفال تنظيم هذا الموضوع فى اتفاقية فيينا سنة ١٩٨٠.

## المبحث الثانى

### القبول

٦٢ - تعريف القبول:

القبول هو التعبير الذى يصدر عن الموجه إليه الإيجاب، معلناً عن إرادته بالرضاء بالعرض الذى وجهه إليه الموجب دون تعديل فيه.

وقد نصت المادة ١٨ من اتفاقية فيينا فى فقرتها الأولى على أن « يعتبر قبولاً، التعبير أو السلوك الذى يصدر عن الموجه إليه الإيجاب والذى يدل على موافقته على هذا الإيجاب. ولا يعتبر السكوت أو الموقف السلبي فى ذاتهما قبولاً ».

ويعنى هذا التعريف أن القبول كما يكون صريحاً بصدر تعبير محدد يدل عليه، من الموجب له، فإنه قد يكون ضمناً باتخاذ الموجب له سلوكاً يعبر عن موافقته على الإيجاب الموجه إليه كما لو قام المشتري بدفع الثمن أو قام البائع بتسليم المبيع.

وقد أكدت الفقرة الثانية من المادة ١٨ أن السكوت لا يعد فى ذاته قبولاً، كذلك فإن الموقف السلبي من جانب الموجب له لا يصل إلى درجة القبول. فسكوت الموجه إليه الإيجاب لا يرقى إلى درجة القبول الضمنى. وقد نصت المادة ٢ من القانون الموحد لاتفاقية لاهى سنة ١٩٦٤ بشأن تكوين عقد البيع على أن كل شرط يرد فى الإيجاب ليشترط اعتبار السكوت قبولاً يعتبر باطلاً. وهذا النص الذى يعتبره البعض، النص الأمر الوحيد فى اتفاقيات لاهى، لم يرد ما يماثله فى اتفاقية فيينا. (صفحة ٩٨)

وتقتضى المادة ٩٨ من التقنين المدنى المصرى بأنه إذا كانت طبيعة المعاملة أو العرف التجارى أو غير ذلك من الظروف تدل على أن الموجب لم يكن لينتظر تصريحاً بالقبول، فإن العقد يعتبر قد تم، إذا لم يرفض الإيجاب فى وقت مناسب ويعتبر السكوت عن الرد قبولاً، إذا كان هناك تعامل سابق بين المتعاقدين واتصل الإيجاب بهذا التعامل، أو إذا تمخض الإيجاب لمنفعة من وجه إليه.

وهذا النص يعنى أن السكوت فى ذاته مجرداً عن أى ظرف ملابس له، لا يكون تعبيراً عن الإرادة ولو قبولاً، لأن الإرادة عمل إيجابى والسكوت موقف سلبى، والقاعدة الشرعية أنه « لا ينسب لساكت قول »، وإذا كان هذا هو الأصل فإن الاستثناء أن يعتبر السكوت قبولاً إذا أحاطت به ظروف ملابس من شأنها أن تجعله يدل على الرضا ويسمى السكوت فى هذه الحالة « السكوت الملابس ».

وقد عرض المشرع المصرى للأتمثلة التى تحيط فيها بالسكوت ظروف ملابس، كما لو جرى العرف التجارى على أن يعتبر السكوت رضاء، أو كان هناك تعامل سابق بين المتعاقدين أو تمخض الإيجاب لمنفعة من وجه إليه، وسكت هذا فيعد سكوته رضاء.

وبالرغم من أن اتفاقية فيينا لم يرد فيها نص صريح يؤدى إلى اعتبار السكوت الملابس قبولاً، فإنه يمكن أن يستخلص هذا الحكم من عبارة الجملة الثانية من الفقرة الأولى من المادة ١٨ التى تقضى - كما ذكرنا - بأن السكوت أو الموقف السلبى لا يعتبران فى ذاتهما in itself قبولاً، ومؤدى هذا التعبير الأخير أنه متى ارتبط بالسكوت ظرف من الظروف فإنه يمكن اعتباره قبولاً، ويجد هذا التفسير صدق له فى نص الفقرة الثالثة من المادة الثامنة من اتفاقية فيينا، وهو نص خاص بتفسير العقد، فيعطى للظروف الملابس أهمية ( صفحة ٩٩ ) خاصة فى تحديد إرادة المتعاقدين، على النحو الذى سنعرض له عند الكلام عن تفسير العقد فى الفصل الثانى من هذا الباب، هذا فضلاً عن أن السكوت قد يعتبر، استثناءً، من القاعدة العامة فى اتفاقية فيينا، بمثابة قبول، وفقاً للعادات التجارية السارية .

٦٣ - متى ينتج القبول أثره ٩ :

الأصل أن القبول لا ينتج أثره وفقاً لأحكام المادة ١٨/٢ من اتفاقية فيينا إلا متى وصل إلى الموجب، ويمكن سحب القبول أو الرجوع فيه متى وصل هذا الرجوع إلى الموجب قبل أو على الأقل فى نفس وقت وصول القبول طبقاً لنص المادة ٢٢ من اتفاقية فيينا.

ولا يعتبر القبول منتجاً لأثره إذا لم يصل إلى الموجب خلال الميعاد الذى حدده فى إيجابه أو خلال ميعاد معقول، إذا لم يحدد الموجب ميعاداً للقبول، ويجب أن يؤخذ فى الاعتبار فى تحديد الميعاد

المعقول ظروف التعامل بما فى ذلك سرعة وسائل المواصلات التى استخدمها الموجب. وإذا كان الإيجاب شفوياً وجب أن يكون القبول فورياً، إلا إذا اتضح من الظروف غير ذلك ( المادة ٢/١٨ من اتفاقية فيينا ).

وعلى أية حال، فإنه متى تضمن الإيجاب أو دل التعامل السابق بين المتعاقدين أو قضى العرف بأن الموجه إليه الإيجاب، عليه أن يعبر عن قبوله بالقيام بعمل معين كإرسال البضاعة المباعة أو دفع الثمن، دون إخطار الموجب، فإن القبول ينتج أثره منذ اللحظة التى يقوم فيها الموجه إليه الإيجاب بهذا العمل، بشرط أن يتم هذا العمل ( صفحة ١٠٠ ) خلال الميعاد المحدد فى الإيجاب لصدور القبول أو خلال الميعاد المعقول إذا لم يحدد الموجب ميعاداً للقبول ( المادة ٣/١٨ من اتفاقية فيينا ).

وقد رأينا فيما تقدم أن القانون المصرى يلزم الموجب بالبقاء على إيجابه إذا حدد ميعاداً للقبول سواء أكان هذا التحديد صريحاً أم ضمناً ( المادة ٩٣ مدنى ) كما تقضى المادة ٩٤ بأنه إذا صدر الإيجاب فى مجلس العقد دون أن يعين ميعاد للقبول فإن الموجب يتحلل من ايجابه إذا لم يصدر القبول فوراً، على أن العقد يتم مع ذلك ولو لم يصدر القبول فوراً، إذا لم يوجد ما يدل على أن الموجب قد عدل عن ايجابه فى الفترة ما بين الإيجاب والقبول وكان القبول قد صدر قبل أن ينقضى مجلس العقد.

#### ٦٤- عدم تطابق القبول مع الإيجاب:

تنص المادة ٩٦ من التقنين المدنى المصرى على أنه « إذا افترن القبول بما يزيد فى الإيجاب أو يقيد منه أو يعدل فيه، اعتبر رفضاً يتضمن ايجاباً جديداً » ويعنى هذا النص أن القبول الذى يؤدى إلى إبرام العقد، هو القبول المطابق للإيجاب بحيث إذا افترن به، يؤدى هذا إلى تطابق إرادتى الموجب والقبائل فينعقد العقد. أما إذا تضمن القبول ما يغير فى الإيجاب زيادة أو بوضع قيد عليه أو بتعديل لما تضمنه، فإنه ليس من شأن هذا القبول، أن يعد تعبيراً عن إرادة الموجب له يطابق الإيجاب الصادر من الموجب بحيث يؤدى إلى انعقاد العقد، فاختلفا تطابق التعبيرين يؤدى

إلى عدم تكوين العقد. لذلك يعتبر التعبير الصادر عن الموجب له متى تضمن تغييراً فى الإيجاب بالزيادة أو التقييد أو التعديل، رفضاً يتضمن ايجاباً جديداً أى يحتاج إلى قبول من الموجب لكى ينعقد العقد. ويسمى التعبير الصادر من الموجب له المتضمن تقييداً للإيجاب، « القبول الموصوف « فإذا وجه إلى الموجب كان بمثابة إيجاب جديد فإذا قبله ( صفحة ١٠١ ) الموجب، فإن العقد يتم بالشروط الجديدة، كما لو أرسل المشتري ايجاباً الى البائع يطلب منه شراء كمية معينة من البضاعة بثمن التزم به فى العرض، فيقبل البائع هذا العرض مع زيادة الثمن او بشرط التزام المشتري بمصاريف التعبئة أو بمصاريف نقل البضاعة أو اذا تضمن القبول الموافقة على الصفقة على أن يدفع الثمن فوراً مع أن عرض المشتري الشراء كان على أساس دفع الثمن على دفعات.

وقد تضمنت اتفاقية فيينا نصاً مماثلاً هو نص المادة ١٩/١ الذى يقضى بأنه « متى تضمن الرد بقبول العرض الموجه الى الموجب له بعض الإضافات او القيود أو أية تعديلات أخرى، فإنه يعتبر رفضاً للإيجاب ويشكل ايجاباً جديداً ».

وعلى ذلك فالنص واضح تماماً فى أن عدم تطابق القبول مع الإيجاب ليس من شأنه أن يؤدى الى انعقاد عقد البيع الدولى للبضائع، ولكن تعتبر الإضافة addition أو القيد limitation أو التعديل modification بمثابة إيجاب جديد counter-offer يحتاج الى قبول من الموجب حتى ينعقد العقد وفقاً للتغيير المقترح من الموجب له.

ويطابق نص المادة ١٩/١ من اتفاقية فيينا، ما تضمنته المادة ٧/١ من القانون الموحد لاتفاقية لاهاي سنة ١٩٦٤.

وتنص الفقرة الثانية من المادة ١٩ من اتفاقية فيينا على أنه: ” ومع ذلك فإن الرد على الإيجاب بقصد القبول، متى تضمن عبارات إضافية او مختلفة، لا تغير من جوهر الإيجاب، يعتبر قبولاً مالم يبادر الموجب دون تأخير له ما يبرره، بالاعتراض شفوياً على التعديل المقترح أو بإرسال إخطار بذلك، فإذا لم يعترض الموجب على هذا النحو، فإن العقد يتم بالشروط التى تضمنها الإيجاب مع التعديلات الواردة فى القبول ”.(صفحة ١٠٢)

ويهدف النص المتقدم الى تيسير تكوين العقد، فمتى كانت هناك تعديلات في الإيجاب لا تغير في جوهر شروطه، فان العقد يتم طبقا لهذه الشروط التي يتضمنها الإيجاب والمعدلة وفقا للتغييرات غير الجوهرية الواردة في القبول، ما لم يعترض الموجب على هذه التغييرات شفاهة أو بإرسال إخطار فوري الى الموجب له بحل هذا الاعتراض.

وتضمنت المادة ٢/٧ من القانون الموحد لاتفاقية لاهاي حكما يشابه هذا الحكم، ويذهب الأستاذ محسن شفيق الى التشبيه بين الحكم المتقدم وحكم المادة ٩٥ مدنى مصرى، فهو يرى أن الحكمين وان كانا غير متطابقين، فان حكم المادة ٩٥ مدنى مصرى قريب من حكم المادة ٢/٧ من اتفاقية لاهاي ويقوم على علة حكمها.

وتنص المادة ٩٥ من التقنين المدنى المصرى على أنه: « إذا اتفق الطرفان على جميع المسائل الجوهرية في العقد واحتفظا بمسائل تفصيلية يتفقان عليها فيما بعد ولم يشترطا أن العقد لا يتم عند عدم الاتفاق عليها، اعتبر العقد قد تم. وإذا قام خلاف على المسائل التي لم يتم الاتفاق عليها، فان المحكمة تقضى فيها طبقا لطبيعة المعاملة ولأحكام القانون والعرف والعدالة ».

ويعنى ذلك « أن المتعاقدين متى اتفقا على المسائل الجوهرية في العقد وتركوا بعض المسائل غير الجوهرية دون اتفاق، فان العقد يتم مع ذلك، إذ يفترض القانون أن نية الطرفين قد انصرفت إلى إبرامه حتى لو قام خلاف بينهما على هذه المسائل مادام انهما لم يشترطا أن العقد لا يتم عند عدم الاتفاق عليها، وأباح القانون للقاضى في هذه الحالة أن يقضى فيما اختلف المتعاقدان فيه، ولا تقتصر مهمة القاضى في هذا الفرض على مجرد تفسير ما اتفقا عليه، وإنما يجاوز ذلك الى تدبير ما اختلفا فيه فهو إذن يساهم في صنع العقد. وعلة هذا ( صفحة ١٠٣ ) الحكم أنه مادام المفروض أن المتعاقدين قد أرادا إبرام العقد ولو لم يتفقا على هذه المسائل غير الجوهرية استتبع ذلك أن يفرض أيضا أنهما أرادا أن يحل القاضى محلها لئيبت فيما اختلفا فيه ».

وعندما يحل القاضى محل المتعاقدين عند تفسير نيتهما، فإنه يكمل المسائل غير المتفق عليها وفقا لطبيعة المعاملة ولأحكام القانون والعرف والعدالة.

ووجه الاتفاق بين نص المادة ٢/٧ من القانون الموحد لاتفاقية لاهى سنة ١٩٦٤ والتي تشابه المادة ٢/١٩ من اتفاقية فيينا والمادة ٩٥ مدنى مصرى أن حسم المسائل غير الجوهرية فى التعاقد لا يؤثر على انعقاد العقد وليس من شأنها أن تشكل عقبة فى سبيل إبرامه أو تكوينه، وإنما ينعقد العقد بمجرد الاتفاق بين طرفيه على المسائل الجوهرية.

ولما كانت التفرقة بين التغييرات الجوهرية وغير الجوهرية وفقاً لما نصت عليه المادة ٢/١٩ من اتفاقية فيينا ليست يسيرة وتكتنفها صعوبات عملية، فقد حاولت الفقرة الثالثة من المادة ١٩ أن تتغلب على هذه الصعوبات وذلك بتحديد شروط العقد التى يعتبر التغيير فيها من قبيل التغييرات الجوهرية. وتنص المادة ٣/١٩ من اتفاقية فيينا على أن:

« تعتبر من قبيل التغييرات الجوهرية للإيجاب، أية إضافات أو تغييرات تتصل بصفة خاصة، بالثمن والوفاء به، وبالكمية ونوع البضائع، أو بمكان وزمان التسليم، أو بنطاق مسئولية أحد الطرفين فى مواجهة الآخر، أو بتسوية المنازعات الناشئة عن العقد.»

ونلاحظ أن هذا التحديد للشروط التعاقدية التى يعتبر تعديلها من قبيل التغييرات الجوهرية، لم يرد فى المادة ٣/١٩ من اتفاقية (صفحة ١٠٤) فىينا على سبيل الحصر وإنما على سبيل المثال، إذ يفهم من عبارة « بصفة خاصة » الواردة فى النص أن هذا التحديد ليس حصرياً.

ونلاحظ أنه أثناء مناقشة حكم المادة ١٩ من اتفاقية فيينا المتعلقة بحكم عدم تطابق القبول مع الإيجاب، قدم الوفد الهولندى اقتراحاً يقضى بالسماح للموجب له، أى الموجه إليه الإيجاب، بأن يسحب أية تعديلات للإيجاب يرفضها الموجب، حتى ينقذ العقد ويتفادى أية عقبة فى سبيل تكوينه، إذ يسمح هذا الاقتراح بدلا من اعتبار القبول الموصوف بمثابة رفض للإيجاب إلا إذا كان متضمناً لتغييرات غير جوهرية لم يعترض عليها الموجب، بأن يعدل الموجب له عن التعديلات التى يقترحها فى حالة رفض الموجب له. بيد أن لجنة الأمم المتحدة لقانون التجارة الدولية رفضت هذا الاقتراح.

تنص المادة ١/٢٠ من اتفاقية فيينا على أن: « يبدأ الميعاد المحدد للقبول من الموجب فى برقية أو خطاب منذ اللحظة التى تسلم فيها البرقية لإرسالها أو من التاريخ المذكور فى الخطاب، فإن لم يذكر مثل هذا التاريخ فى الخطاب، فمن التاريخ الذى يظهر على المظروف. ويبدأ الميعاد المحدد للقبول من الموجب تليفونياً أو بالتلكس أو بأية وسيلة للاتصال الفورى منذ اللحظة التى يصل فيها الإيجاب إلى الموجب له ». بينما تقضى المادة ٢/٨ من القانون الموحد بأنه إذا أرسل الإيجاب المتضمن ميعاداً للقبول بخطاب سرت مدة القبول من ( صفحة ١٠٥ ) تاريخ الخطاب والعبارة بتاريخ خاتم البريد على الخطاب، وإذا أرسل الإيجاب المتضمن ميعاداً للقبول ببرقية، سرى الميعاد من ساعة اليوم الذى سلمت فيه البرقية للإرسال.

ويعنى ذلك أنه وفقاً لاتفاقية فيينا يبدأ الميعاد الذى يحدده الموجب للقبول منذ تاريخ تسليم البرقية لإرسالها إلى الموجب له، وتتفق اتفاقية فيينا مع القانون الموحد للاهأى فى هذا الشأن، فإذا حدد الميعاد فى خطاب فالعبارة بالتاريخ المذكور فى الخطاب، أو على المظروف إذا لم يذكر تاريخ فى الخطاب، بينما يعتد القانون الموحد للاهأى بالتاريخ الموجود على المظروف ولو وجد تاريخ فى الخطاب، إذ قد يكون مكدوباً.

وأضافت اتفاقية فيينا حكماً لم يرد فى القانون الموحد للاهأى، متى حدد الميعاد من الموجب تليفونياً أو بالتلكس أو بأية وسيلة أخرى للاتصال الفورى كالفاكسميل، فيبدأ الميعاد منذ وصول الإيجاب إلى الموجب له .

ووفقاً للفقرة الثانية من المادة ٢٠ من اتفاقية فيينا، فإنه يدخل فى حساب الميعاد المحدد للقبول أيام الإجازات الرسمية أو الأيام التى يتعطل فيها العمل إذا وقعت هذه الأيام خلال الميعاد. وعلى أية حال فإنه إذا لم يمكن تسليم الإخطار بالقبول فى عنوان الموجب فى اليوم الأخير للميعاد المحدد للقبول لأنه يقع فى يوم إجازة رسمية أو فى يوم يتعطل فيه العمل فى المكان الذى يوجد فيه مركز أعمال الموجب فإن الميعاد يمتد إلى أول يوم عمل تال.

تنص المادة ١/٢١ من اتفاقية فيينا على أن « يعتبر القبول المتأخر منتجاً لأثره كقبول متى بادر الموجب إلى إبلاغ الموجب له شفويّاً أو بإخطار فوريّ بذلك .»

ويقصد بهذا الحكم الذي ورد مثيل له في المادة ١/٩ من القانون الموحد لاتفاقية لاهاي، أن يتفادى تقويت الصفقة على الموجب إذا أراد التمسك بها، وفكر الموجب له في التنصل منها مستنداً إلى تأخر القبول، ويكفى لاعتماد القبول المتأخر من جانب الموجب مجرد إخطار الموجب له بذلك.

ومتى تضمن الخطاب أو أية وسيلة مكتوبة قبولاً متأخراً، وتبين أن هذا الخطاب أو هذه الوسيلة المكتوبة أرسلت في ظروف كان من الممكن معها أن تصل إلى الموجب في الميعاد المحدد لو تم نقلها بالطريق المعتاد، فإن القبول المتأخر ينتج أثره كقبول ما لم يبادر الموجب شفويّاً أو بإخطار يرسله بإبلاغ الموجب له بأنه يعتبر الإيجاب غير قائم ( المادة ٢/٢١ من اتفاقية فيينا ).

ويهدف هذا الحكم إلى منح الموجب فرصة الحصول على البضاعة التي يريدها إذا كان مشتريّاً أو فرصة بيع البضاعة التي يعرض بيعها إذا كان بائعاً متى تأخر وصول القبول إليه عن الميعاد المحدد في ايجابه للقبول، فيلتزم الموجب بالقبول المتأخر الذي كان من المفروض أن يصل في الميعاد المحدد لو تم نقله بالطريق المعتاد بحسب الظروف التي أرسل فيها ما لم يعبر الموجب بأسرع طريقة ممكنة أو كما يعبر النص الإنجليزي للمادة ٢/٢١ without delay، في التحلل من إيجابه باعتباره غير قائم، فإذا حدد الموجب للموجب له مثلاً يوم ١٠ مارس ميعاداً للقبول، فأرسل الموجب له قبوله يوم ٣ مارس على ( صفحة ١٠٧ ) أساس أن المدة العادية لوصول الخطاب الى عنوان الموجب لاتزيد عن خمسة أيام فإذا تأخر وصول الخطاب لأسباب غير عادية ولم يصل إلا في ١٥ مارس فإن الموجب يلتزم بالقبول ما لم يخطر الموجب له بإلغاء ايجابه يوم ١٢ مارس على الأكثر حتى تكون أمامه الفرصة للبحث عن متعاقد آخر.

رأينا أنه متى كان التعبير عن الإرادة ايجابا، فإنه يعتبر قائما ومنتجا أثره متى وصل إلى الموجب له ولا يجوز العدول عنه وان جاز الرجوع فيه، أما أن كان الإيجاب باتا فإنه لا يجوز العدول عنه ولا الرجوع فيه.

أما إذا كان التعبير عن الإرادة قبولا، فإنه لا ينتج أثره أيضا كما قدمنا، إلا متى وصل إلى الموجب. ويعتبر أثر القبول أكثر وضوحاً من أثر الإيجاب، لأن القبول إذا أنتج أثره، كان هذا الأثر هو تمام العقد. ومن ذلك نرى أن القبول متى صدر من الموجب له لا يتم به العقد إلا من وقت وصوله إلى الموجب. والأصل أنه متى صدر القبول فلا يجوز الرجوع فيه أو سحبه من القابل، على أن المادة ٢٢ من اتفاقية فيينا، مقتفيه فى ذلك أثر المادة ١٠ من القانون الموحد لاتفاقية لاهاي نصت على أنه: « يمكن سحب القبول إذا وصل السحب إلى الموجب قبل أو فى نفس الوقت الذى يعتبر فيه القبول منتجا لأثره ». ويعنى هذا النص أنه يجوز الرجوع فى القبول متى وصل الرجوع إلى الموجب قبل وصول القبول أو متى وصل الرجوع إلى الموجب فى نفس وقت وصول القبول، لأن القبول يعتبر منتجا لأثره بوصوله إلى الموجب، وعلى ذلك يستطيع القابل سحب قبوله الذى أرسله بخطاب مثلا، بإرسال برقية تفيد الرجوع فيه (صفحة ١٠٨) وينتج هذا الرجوع أثره إذا وصل إلى الموجب قبل أو فى نفس وقت وصول القبول.

## المبحث الثالث

### اقتران الإيجاب بالقبول

٦٨ - تمهيد:

رأينا أن تطابق القبول مع الإيجاب هو الذى يؤدى إلى انعقاد العقد، فالقبول غير المطابق للإيجاب زيادة أو نقصاً أو تعديلاً، لا يؤدى إلى تمام العقد ويعتبر رفضاً يتضمن إيجاباً جديداً.

كما رأينا أن السكوت لا يعتبر فى ذاته قبولاً، إلا متى كان هذا السكوت ملائماً .

ونعرض هنا للحظة التى يتم فيها البيع الدولى للبضائع، لأن هذا البيع تسبقه مفاوضات بين طرفيه، تنتهى عادة بتوجيه ايجاب من أحد الطرفين إلى الآخر، فإذا صدر القبول من الموجب له وكان تعبيراً مطابقاً للإيجاب، فلا يحول شئ دون تكوين عقد البيع الدولى، ولكى يتم العقد كان لابد من تحديد اللحظة التى يقترن فيها الإيجاب بالقبول.

٦٩ - متى يتم عقد البيع الدولى ٩:

وفقاً لنص المادة ٢٣ من اتفاقية فيينا فإن « العقد يتم فى اللحظة التى يعتبر فيها القبول منتجاً لأثره طبقاً لنصوص هذه الاتفاقية ». ( صفحة ١٠٩ )

وتنص المادة ٢٤ من الاتفاقية المشار إليها على أنه: « بالنسبة لهذا القسم من الاتفاقية - أى القسم الثانى المتعلق بأحكام تكوين عقد البيع الدولى للبضائع - فإن الإيجاب أو إعلان القبول أو أى تعبير آخر عن الإرادة « يصل » إلى الموجه إليه هذا التعبير، متى وجه التعبير شفاهة إلى الطرف الآخر أو سلم إليه بأية وسيلة أخرى شخصياً أو إلى مركز أعماله أو أرسل بالبريد إلى عنوانه، أو إذا أرسل إلى محل إقامته المعتاد عند عدم وجود مركز أعمال له أو عنوان بريدى ».

وقد سبق أن رأينا أن المادة ١/١٥ تعتبر الإيجاب منتجاً لأثره بوصوله إلى الموجه له، كما رأينا أن المادة ١/١٨ تقضى بأن يعتبر القبول منتجاً لأثره متى وصل إلى الموجب، كما رأينا أن الرجوع فى الإيجاب أو القبول ينتج أثره بوصوله إلى الطرف الآخر، إيجاباً أو قبولاً أو رجوعاً فى أيهما. ويبين

من جماع هذه النصوص أن التعبير عن الإرادة وفقاً لاتفاقية فيينا، ينتج أثره بوصوله إلى الموجه إليه التعبير.

لذلك حرصت المادة ٢٣ على أن تؤكد أن العقد يتم منذ اللحظة التي يعتبر فيها القبول منتجاً لأثره وفقاً لأحكام الاتفاقية أي منذ أن يصل القبول إلى الموجه، ففي هذه اللحظة يقترن الإيجاب بالقبول.

#### ٧٠ - وصول التعبير:

تكفلت المادة ٢٤ ببيان متى يصل reache التعبير عن الإرادة إلى الطرف الآخر وذلك في الصور الآتية:

١ - إذا وجه شفاهة إلى الموجه إليه التعبير ( الطرف الآخر ).

٢ - إذا سلم من صاحب التعبير إلى الموجه إليه بأية وسيلة أخرى:

( أ ) شخصياً.

(ب) أو إلى مركز أعماله.

(ج) أو إلى محل إقامته المعتادة إذا لم يكن له مركز أعمال أو عنوان بريدي.

ويعنى نص المادة ٢٤ من اتفاقية فيينا إذن بتحديد اللحظة التي يتم فيها عقد البيع أو يقترن فيها الإيجاب بالقبول، ويتضح من هذا النص أن اتفاقية فيينا أخذت بنظرية معينة من عدة نظريات تأخذ بها مختلف التشريعات الوطنية، فقد اعتدت الاتفاقية بنظرية وصول القبول أي تسليمه وهو ذات المذهب الذي اعتنقه القانون الموحد لاتفاقية لاهاي، على أن القانون الأخير لم يتضمن نصاً تفصيلياً يبين فيه متى يعتبر التعبير عن الإرادة قد وصل إلى الطرف الآخر، إذ قررت المادة ١/٨ من القانون الموحد بأن القبول لا يحدث أثره إلا إذا وصل إلى الموجه في الميعاد المعين له، وبينت المادة ١٢ المقصود من الوصول بأنه تسلم الرسالة المتضمنة القبول في عنوان المرسل إليه أي الموجه.

أما اتفاقية فيينا فقد حرصت على بيان الحالات التي يمكن القول فيها أن التعبير عن الإرادة وصل إلى الموجه إليه هذا التعبير ببيان الحالات الأربع التي أشرنا إليها فيما تقدم.

وقد غلبت اتفاقية فيينا نظرية وصول التعبير، بينما يتنازع هذا الموضوع في التشريعات الوطنية عدة نظريات نوجزها فيما يلي. ( صفحة ١١١ )

#### (أ) نظرية إعلان القبول:

يعتبر العقد توافق إرادتين فمتى أعلن الطرف الآخر قبوله للإيجاب المعروض عليه، فقد توافقت الإرادتان وتم العقد، ويرى أنصار هذه النظرية أنها تلائم مقتضيات الحياة التجارية من وجوب السرعة في التعامل.

على أنه يؤخذ على هذه النظرية أن الإرادة لا تنتج أثرها إلا من وقت العلم بها، إذ قد يعدل من عبر عن إرادته عن هذا التعبير بعد صدوره.

#### (ب) نظرية تصدير القبول:

لا تختلف هذه النظرية عن النظرية السابقة كثيراً، إذ ينتج القبول أثره بإعلانه على أن يكون هذا الإعلان نهائياً لا رجعة فيه، ولا يكون كذلك إلا بإرسال القبول إلى الموجه.

ويؤخذ على هذه النظرية أن القبول المصدر يمكن استرداده لأن الخطاب المرسل ملك للمرسل حتى يتسلمه المرسل إليه.

#### (ج) نظرية تسليم القبول:

لا يكون القبول نهائياً بتصديره لأنه يمكن استرداده وهو في الطريق كما قدمنا، وإنما يعتبر القبول نهائياً إذا وصل إلى الموجه، ففي هذا الوقت يتم العقد سواء علم به الموجه أو لم يعلم، على أن وصول القبول قرينة على العلم به.

## (د) نظرية العلم بالقبول:

لا يكفى إعلان القبول بل يجب علم الموجب به، ويعتبر وصول القبول قرينة على العلم به ولكنها قرينة قضائية يمكن الأخذ بها أو عدم الأخذ بها وهى قرينة قابلة لإثبات العكس فى جميع الأحوال. ( صفحة ١١٢ )

وهذه النظرية متفرعة عن النظرية السابقة فهى تشترط العلم وتعتبر وصول القبول قرينة عليه. ويبدو أن القانون المصرى يأخذ بهذه النظرية إذ تنص المادة ٩١ مدنى على أنه:

” ينتج التعبير عن الإرادة أثره فى الوقت الذى يتصل فيه بعلم من وجه إليه. ويعتبر وصول التعبير قرينة على العلم به ما لم يقم الدليل على عكس ذلك ”.

وقد رأينا أن اتفاقية فيينا قد أخذت بنظرية تسليم القبول أو تصديره، وأن هذا التسليم لا يعنى حتما العلم بل يكفى أن يوجه القبول إلى الموجب شفاهه أو أن يسلم إلى الموجب سواء تم تسليمه إليه شخصيا ( وهنا يعتبر العلم مؤكداً ) أو يسلم إلى مركز أعماله أو إلى عنوانه البريدى أو محل إقامته المعتادة ( وهنا يفترض العلم).

## قواعد التفسير وإثبات العقد

٧١ - تمهيد:

تحكم اتفاقية فيينا سنة ١٩٨٠ عقد البيع الدولي للبضائع، لذلك ورد في هذه الاتفاقية بعض النصوص التي تعالج تفسيرها، كما تتعرض لتفسير إرادة المتعاقدين ثم لتفسير العقد الذى تحكمه الاتفاقية وطريقة إثباته، وقد وردت هذه النصوص فى الفصل الثانى من القسم الأول تحت عنوان « أحكام عامة ».

ونلاحظ براءة، أن ما يرد فى الاتفاقية من نصوص تتعرض لتفسير أحكامها والأسس التى ينبغى أن يقوم عليها هذا التفسير، إنما تتصل صلة وثيقة بتفسير عقد البيع الدولى الذى تحكمه الاتفاقية، كذلك فإن وضع معيار لتفسير إرادة المتعاقدين قبل التعاقد إنما يستهدى به عند تفسير العقد.

ونعرض فى مبحثين على التوالى لقواعد التفسير، ثم لإثبات عقد البيع الدولى للبضائع.

## قواعد التفسير

٧٢ - تفسير أحكام الاتفاقية:

تنص المادة ٧ من اتفاقية فيينا في فقرتها الأولى على أنه: « في تفسير هذه الاتفاقية يؤخذ في الاعتبار طبيعتها الدولية والحاجة إلى تحقيق التوحيد عند تطبيقها، ومراعاة حسن النية في التجارة الدولية ». ( صفحة ١١٤ )

ويقصد هذا النص تفادى الرجوع إلى القوانين الوطنية لتفسير أحكام اتفاقية فيينا ولتحقيق الهدف منها من بلوغ التوحيد، لأن الرجوع إلى القوانين الوطنية عند عرض النزاع على المحاكم للدول المختلفة من شأنه أن يعطى تفسيراً مختلفاً لأحكام الاتفاقية. ويختلف بالتالى أسلوب تطبيقها من دولة إلى دولة، الأمر الذى يخرج بالاتفاقية عن أهدافها وهى التوحيد الدولى المنشود لأحكام عقد بيع البضائع، لذلك حرص نص المادة ١/٧ من الاتفاقية على ضرورة مراعاة أسس ثلاثة عند تفسير أحكامها:

( أ ) الطبيعة الدولية للاتفاقية. وذلك حتى لا تتوسع المحاكم فى الرجوع إلى قوانينها الوطنية.

(ب) الحاجة إلى تحقيق التوحيد وهذا الأساس الذى ورد فى المادة ١/٧ يحث بوضوح على التحرز عند تفسير الاتفاقية من الرجوع إلى أحكام القوانين الوطنية لأن من شأن هذا الرجوع ألا يتحقق توحيد قانون التجارة الدولية بشأن البيع الدولى للبضائع، أما التمسك بهدف التوحيد فإن من شأنه أن يحصر المفسر لأحكام الاتفاقية فى نطاق نصوصها والأسس التى تقوم عليها.

(ج) مراعاة حسن النية فى التجارة الدولية. ويقضى هذا المبدأ بأن يراعى عند تفسير الاتفاقية الأخذ بما يحقق مصلحة التجارة الدولية وما تتطلبه من أن يسود بين أطراف العلاقة التجارية الدولية مبدأ حسن النية. وتهدف الاتفاقية أيضا بإيراد هذا الأساس إلى تفادى لجوء المحاكم إلى الرجوع إلى قوانينها الوطنية عند تفسير أحكام الاتفاقية.

## ٧٣ - القاعدة الواجبة التطبيق على المسائل التي أغفلت الاتفاقية تنظيمها:

تضمنت المادة ٢/٧ نصا يقضى بتحديد القاعدة التي تطبق على المسائل التي نظمتها الاتفاقية بالنص على أن: ( صفحة ١١٥ )

« المسائل المتعلقة بالموضوعات التي تحكمها هذه الاتفاقية ولا يوجد بشأنها نص صريح، يقضى فيها وفقا للمبادئ العامة التي تقوم عليها، وعند عدم وجود هذه المبادئ، يقضى فيها وفقا للقانون الواجب التطبيق حسبما تشير قواعد القانون الدولي الخاص ».

ويعرض هذا النص للحالة التي يعرض فيها أمام المحاكم الوطنية نزاع يثير تطبيق الاتفاقية كالتزام البائع بتسليم بضاعة من النوع المتفق عليه بين طرفى عقد البيع، فهذا الالتزام يدخل ضمن نطاق الاتفاقية، فإذا طلب المشتري إبطال العقد على أساس الغلط فى صفة جوهرية للبضاعة محل البيع (٣٤)، فإن هذه المسألة لم تنظمها اتفاقية فيينا، وفى هذه الحالة يقضى فيها وفقا للمبادئ العامة التي تقوم عليها هذه الاتفاقية، وهذه المبادئ وان لم ينص عليها صراحة فيها، فمن اليسير أن نستخلصها من مجموع نصوص الاتفاقية ومن الأعمال التحضيرية لها، والمناقشات التي دارت فى المؤتمرات الدولية التي تولت إعدادها، ومنها الأخذ بمبدأ سلطان الإرادة، ومراعاة التوازن بين التزامات طرفى البيع، والنظر إلى صالح التجارة الدولية، والتضييق من اجازة فسخ العقد عند الإخلال بأحد التزاماته.

ويطابق نص المادة ٢/٧ من اتفاقية فيينا نص المادة ١٧ من القانون الموحد لاتفاقية لاهاي سنة ١٩٦٤، إلا أن نص اتفاقية فيينا أضاف ما لم يتضمنه القانون الموحد وهو النص على تطبيق القانون الواجب التطبيق وفقا لقواعد الإسناد التي يحيل إليها القانون الدولي الخاص، لذلك فإن اتفاقية فيينا تترك مجالا فى هذه الحالة لتطبيق الحلول الواردة فى القوانين الوطنية عند عدم استخلاص المبادئ العامة التي تقوم عليها اتفاقية فيينا. ( صفحة ١١٦ )

ويلاحظ أن المبادئ العامة التي تقوم عليها اتفاقية فيينا يمكن البحث عنها فى النظم القانونية للدول المتعاقدة، بحيث نستخلص المبادئ المشتركة لهذه النظم وتعتبر بمثابة قواعد عامة للاتفاقية.

المفروض أنه لا محل للبحث عن نية المتعاقدين، عند وضوح عبارة العقد، وتقرر المادة ١٥٠/١ من التقنين المدنى المصرى هذا المبدأ بقولها وإذا كانت عبارة العقد واضحة، فلا يجوز الانحراف عنها عن طريق تفسيرها للتعرف على إرادة المتعاقدين. ويبرر هذا الحكم بأن الانحراف عن عبارة العقد الواضحة فيه مخالفة للقانون، أما إذا كان هناك محل لتفسير العقد فإن الفقرة الثانية من المادة ١٥٠ مدنى مصرى تقضى بأنه يجب البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين دون الوقوف عند المعنى الحرفى للألفاظ، مع الاستهداء فى ذلك بطبيعة التعامل، وما ينبغى أن يتوافر من أمانة وثقة بين المتعاقدين، وفقاً للعرف الجارى فى المعاملات. أما فيما يتعلق بعقد البيع الدولى للبضائع، فقد أشارت المادة ٨ من الاتفاقية إلى قاعدة تتعلق بتفسير التعبير عن إرادة أحد المتعاقدين سواء أكان هذا التعبير صريحاً أم ضمناً يستخلص من سلوك أحد الطرفين المتعاقدين، لذلك فإن هذه المادة لا تتصل مباشرة بتفسير العقد مثل المادة ٩ من الاتفاقية، على ما سنرى، وإنما بتفسير التعبير عن إرادة المتعاقد. على أننا نلاحظ أن لتفسير إرادة المتعاقد قبل التعاقد، أهمية بالغة عند تفسير عقد البيع الدولى للبضائع، وتجدر الإشارة إلى أنه لا محل لتفسير هذه الإرادة، كما أنه لا محل لتفسير العقد إلا عند غموض التعبير أو نصوص العقد.

وتنص الفقرة الأولى من المادة ٨ من اتفاقية فيينا على أن:

« يكون تفسير التعبير الصادر عن أحد الطرفين أو أى سلوك آخر (صفحة ١١٧) له، في حدود أغراض هذه الاتفاقية، وفقاً لنيته التى يعلمها الطرف الآخر أو التى لا يمكنه أن يجهلها ».

ويهدف هذا النص إلى تفسير التعبير الصريح عن إرادة المتعاقدين أو أى سلوك آخر يستخلص منه قانوناً هذا التعبير بطريقة ضمنية، فيتم التفسير طبقاً لنية الطرف الصادر عنه التعبير متى كان الطرف الموجه إليه التعبير يعلم هذه النية أو يفترض فيه أنه يعلمها (٣٦). وقد تعرضت الفقرة الثانية من المادة ٨ من الاتفاقية للمعيار الذى يجب إتباعه عندما لا يثبت علم الطرف الموجه إليه التعبير بنية الصادر عنه التعبير، أو أن الأول لا يمكن أن يفترض فيه هذا العلم، وذلك بالنص على أن:

« إذا لم يمكن تطبيق الفقرة السابقة، فإن التعبير أو السلوك الذى يصدر عن أحد الطرفين، يمكن تفسيره وفقاً لما يفهمه شخص عاقل من نفس مستوى الطرف الآخر وفى نفس ظروفه. »

ويلاحظ أن المعيار الذى أخذت به اتفاقية فيينا فى التعرف على نية المتعاقدين معيار موضوعى وليس معياراً شخصياً، كما أن نص المادة ٨ من الاتفاقية يعبر بوضوح عن ميل الاتفاقية إلى الأخذ بالإرادة الظاهرة أكثر من اتجاهها إلى الإرادة الباطنة، إذ تعول على النية التى يعلمها الطرف الآخر أو ينبغى أن يعلمها، فإذا لم يمكن الوصول إلى هذه النية وفقاً لهذا المبدأ، فإننا نلجأ إلى المعيار ( صفحة ١١٨ ) الموضوعى الذى عرضت له الفقرة الثانية من المادة ٨ وهو معيار الشخص العاقل من نفس مستوى الشخص الموجه إليه التعبير وفى نفس ظروفه.

ثم تعرضت الفقرة الثالثة من المادة ٨ للعناصر التى يمكن الاستهداء بها للتعرف على فهم الشخص العاقل، وذلك بقولها:

« لتحديد نية أحد الطرفين أو ما يفهمه شخص عاقل، يجب أن يؤخذ فى الاعتبار، ظروف الحال وخاصة المفاوضات التى تمت بين الطرفين، وأية معاملات سابقة بين الطرفين أنفسهم، وما جرى عليه العرف، وأى سلوك لاحق للطرفين. »

ويقترّب هذا النص من نص المادة ٢/١٥٠ من التقنين المدنى المصرى الذى عرضنا له فيما تقدم بشأن تفسير العقد، فالتعرف على نية المتعاقدين يكون بالرجوع إلى ظروف الحال، من ذلك المفاوضات التى تمت بين الطرفين، وقد رأينا فيما تقدم أن المفاوضات وان كانت لا تعتبر تعبيراً عن الإرادة ولا يترتب عليها بذاتها أثر قانونى، إلا أن الرجوع إليها يفيد فى التعرف على نية المتعاقدين عند تفسير القصد أو تفسير إرادة أحد المتعاقدين، ما لم ينص العقد ذاته على اعتبارها كأن لم تكن.

كذلك يمكن الاستهداء، للتعرف على نية المتعاقدين بالمعاملات السابقة بينهما، وبالعرف الجارى فى المعاملات، وبسلوك المتعاقدين بعد صدور التعبير عن إرادتهما. وبناء على ذلك، فإن السكوت يمكن أن يعتبر قبولا، إذا كانت المعاملات السابقة بين الطرفين أو العرف الجارى فى المعاملات يستدل منه على ذلك، وهو ما يسمى بالسكوت الملايس. ( صفحة ١١٩ )

وقد قضت محكمة النقض المصرية بأن لمحكمة الموضوع السلطة التامة فى تعرف حقيقة العقد المتنازع عليه واستظهار مدلوله بما تضمنته عباراته، على ضوء الظروف التى أحاطت بتحريره، وما يكون قد سبقه أو عاصره من اتفاقات عن موضوع التعاقد ذاته .

ويبين مما تقدم مدى تشابه قواعد التفسير بين القانون المصرى واتفاقية فيينا.

#### ٧٥ - دور العادات التجارية والتعامل السابق فى تفسير إرادة الطرفين:

تجعل اتفاقية فيينا للعادات التجارية أهمية كبرى فى تكوين عقد البيع، فتنص المادة ١/٩ من الاتفاقية على أن:

« يلتزم الطرفان بالعادات التجارية المتفق عليها بينهما وما يجرى عليه التعامل السابق بين الطرفين ».

ويتبين من هذا النص أن للعادة التجارية والتعامل السابق أهمية كبرى فى تفسير إرادة طرفى العقد، من ذلك مثلاً فإنه يمكن اعتبار السكوت قبولا فى بعض الحالات، وهو ما يسمى بالسكوت الملائس، برغم عدم النص صراحة على ذلك فى الاتفاقية، وذلك وفقاً لنص المادة ١/٩ متى جرت العادة التجارية فى بعض الظروف أو جرى ( صفحة ١٢٠ ) التعامل السابق بين الطرفين على اعتباره كذلك. ويظهر هنا دور العادة التجارية أو التعامل السابق فى تفسير إرادة الموجه إليه للإيجاب.

أما الفقرة الثانية من المادة ٩ من اتفاقية فيينا فإنها تشير صراحة إلى أهمية العادات التجارية فى تفسير إرادة الطرفين سواء بالنسبة لتكوين العقد أو بالنسبة لتفسير أحكام العقد ذاته، فتقرر:

« ما لم يتفق بين الطرفين على العكس، يعتبر أنهما قد اتفقا ضمناً على أن يسرى على العقد بينهما أو على تكوينه، العادة التجارية التى يعلمان بها أو يجب أن يعلما بها، والتى تكون معروفة للكافة فى مجال التجارة الدولية ويراعونها المتعاقدون عادة فى العقود الدولية فى نفس نوع التجارة محل التعاقد ».

ويعنى هذا النص أن العادة التجارية تعتبر ملزمة طبقاً لاتفاق ضمنى غير ظاهر بين المتعاقدين، متى كان طرفا العقد يعلمان أو يجب أن يعلما بهذه العادة، ولكن تحدد الفقرة الثانية من المادة ٩ بعض المتطلبات القانونية لكي تعتبر مثل هذه العادة ملزمة للمتعاقدين وذلك باشتراط أن تكون معلومة للكافة في مجال التجارة الدولية في نفس نوع التجارة محل التعاقد، ويراعىها المتعاقدون عادة في هذا المجال.

ويهدف هذا النص إلى منح قيمة قانونية كبيرة للعادة التجارية السائدة في مجال التجارة الدولية في نوع معين من أنواع النشاط، على سبيل المثال، في التجارة الدولية للحبوب فإن العادات التجارية التي يتبعها المتعاقدون في بيع وشراء الحبوب في السوق الدولي يجب احترامها قانوناً عند تفسير عقد بيع يكون محله هذا النوع من التجارة. (صفحة ١٢١)

ويقلل هذا النص من أهمية العادات التجارية المحلية التي تعرفها البيوع الوطنية، ولا يتبعها المتعاقدون عادة في المعاملات الدولية، فهي عادات لا يمكن أن يعترف بدوليتها لأن الطرف المتعاقد الأجنبي لا يعلمها ولا يفترض فيه أن يعلمها.

وترجع أهمية العادات التجارية في مجال عقد البيع الدولي إلى أنها تستمد إلزامها من الاتفاق الضمنى بين المتعاقدين على الأخذ بها، وفي هذا تغلب اتفاقية فيينا إرادة الطرفين على أحكامها.

## المبحث الثانى

### إثبات عقد البيع الدولى للبضائع

٧٦ - مبدأ حرية شكل العقد:

يعتبر مبدأ حرية تكوين إثبات التصرفات التجارية، من المبادئ المسلم بها فى مختلف النظم القانونية. وبالرغم من أن اتفاقية فيينا تعالج البيع الدولى للبضائع وتنص صراحة على أنه لا يشترط أن يكون البيع تجارياً لكي يخضع لأحكامها، إلا أنه من المقرر أن هذه الاتفاقية تنصرف أحكامها أساساً إلى البيع التجارى الدولى، لذلك لم يكن من الغريب أن تقرر الاتفاقية مبدأ حرية كل من تكوين وإثبات عقد البيع الدولى للبضائع.

وتنص المادة ١١ من الاتفاقية على أن:

« لا يشترط إبرام عقد البيع ولا إثباته بالكتابة، فلا يخضع العقد لأى شرط شكلى. ويمكن إثبات العقد بأى طريق من طرق الإثبات بما فيها البينة »، ومن هذا النص يبين أن عقد البيع الدولى للبضائع يعتبر وفقاً لاتفاقية فيينا عقداً رضائياً وليس عقداً شكلياً، فلم تشترط لإبرام هذا العقد أن يفرغ فى شكل معين. ( صفحة ١٢٢ )

ومن ناحية أخرى، فإن الاتفاقية قررت أيضاً عدم خضوع إثبات هذا العقد لشكل معين، فهو يخضع لمبدأ حرية الإثبات، فيجوز إثباته بكافة طرق الإثبات بما فى ذلك شهادة الشهود.

وقد جاء نص المادة ١١ من اتفاقية فيينا على هذا النحو ليستجيب لحاجات التجارة الدولية، التى تتحرر من قيود الشكل عند إبرام عقد البيع الدولى.

٧٧ - شرط التحفظ على مبدأ حرية تكوين وإثبات العقد:

إذا كان مبدأ حرية تكوين وإثبات عقد البيع الدولى للبضائع هو الأصل وفقاً لأحكام اتفاقية فيينا، فإن الاتفاقية راعت أن قوانين بعض الدول، قد تتطلب شكلاً معيناً لتكوين عقد البيع، لذلك وضعت الاتفاقية تحفظاً على مبدأ حرية شكل العقد، يجيز للدول التى تأخذ به، أن تطبق القاعدة التى

يأخذ بها قانونها الوطنى متى كان واجب التطبيق على العقد وفقاً لقواعد تنازع القوانين، إذا كان هذا القانون يتطلب الكتابة كشكل للعقد.

لذلك نصت المادة ١٢ من الاتفاقية على أن:

« لا تطبق بخصوص كل من المادة ١١ والمادة ٢٩ والقسم الثانى من هذه الاتفاقية ( المتعلقة بتكوين عقد البيع ) والتي تسمح بأن يتم عقد البيع أو أى تعديل أو إنهاء له بالتراضى أو بأن يصدر الإيجاب أو القبول أو أى تعبير عن الإرادة فى أى شكل آخر غير الكتابة، عندما يكون مركز أعمال أحد المتعاقدين فى دولة متعاقدة تكون قد أخذت بالتحفظ الوارد فى المادة ٩٦ من هذه الاتفاقية. ولا يجوز للمتعاقدین مخالفة هذه المادة أو تغيير أثرها .»

ويلاحظ على هذا النص ما يأتى:

١ - يشير إلى عدم تطبيق المادة ١١ والتي رأينا حكمها فى البند السابق والتي تقضى بمبدأ حرية شكل عقد البيع. وكذلك ( صفحة ١٢٣ ) المادة ٢٩ من الاتفاقية التي تقر فقرتها الأولى أن عقد البيع يمكن تعديله أو إنهاؤه بمجرد تراضى الطرفين. بينما تقضى الفقرة الثانية منها بأن العقد المكتوب الذى يتضمن شرطاً يتطلب أن يتم أى اتفاق على تعديل أو إنهاء العقد بالكتابة فإنه لا يكفى التراضى لتعديل أو إنهاء العقد وعلى أية حال فإن سلوك أحد الطرفين يمكن أن يمنعه من التمسك بهذا النص إذا اعتمد الطرف الآخر على هذا السلوك. وكذلك يشير نص المادة ٢٢ إلى عدم تطبيق أحكام القسم الثانى من الاتفاقية الذى يتضمن قواعد الإيجاب والقبول. أى أن النص يشير إلى عدم التقيد بأحكام الاتفاقية التي لا تشترط شكلاً معيناً للتعبير عن الإرادة عند إبرام عقد البيع إذا كان مركز أعمال أحد المتعاقدين فى دولة متعاقدة أخذت بالتحفظ الوارد فى المادة ٩٦ من الاتفاقية.

٢ - تقضى المادة ٩٦ من الاتفاقية بإيراد تحفظ من شأنه، أنه يجوز لأية دولة متعاقدة يتطلب قانونها أن يبرم عقد البيع أو يثبت بالكتابة، أن تعلن فى أى وقت وطبقاً للمادة ١٢ من الاتفاقية بأن نصوص المادة ١١ والمادة ٢٩ والقسم الثانى من الاتفاقية ( المتعلق بالإيجاب والقبول ) والتي

تسمح بأن يتم عقد البيع أو تعديله أو إنهاؤه بالتراضى أو أن يصدر الإيجاب أو القبول أو أى تعبير عن الإرادة فى أى شكل غير الكتابة، بالأ تطبيق هذه الأحكام إذا كان مركز أعمال أى من طرفى العقد فى هذه الدولة ( أى الدولة التى تعلن الأخذ بالتحفظ المشار إليه فى المادة ٩٦ ).

ويلاحظ أن هذا التحفظ لا يشترط لنهاذه الأخذ به عند التصديق على الاتفاقية أو الانضمام إليها وإنما يمكن الأخذ به فى أى وقت، أى تستطيع أن تعلن أية دولة متعاقدة الأخذ بهذا التحفظ حتى بعد الانضمام إلى الاتفاقية.

٣ - تؤكد الجملة الأخيرة من المادة ٢/١٢ من الاتفاقية أن نص المادة ١٢ يعتبر أمراً فلا يجوز للمتعاقدين النص على مخالفته أو تغيير حكمه أو أثره. ( صفحة ١٢٤ )

#### ٧٨ - المقصود بالكتابة فى اتفاقية فيينا:

رأينا من عرض النصوص الواردة فى اتفاقية فيينا بشأن شكل العقد، أن الأصل هو حرية شكل عقد البيع، والاستثناء أن تأخذ بعض الدول بالتحفظ الوارد فى المادة ٩٦ من الاتفاقية، فتطبق أحكام قوانينها التى تتطلب الكتابة كشكل لإبرام عقد البيع أو كشرط لإثباته. ويقصد بالكتابة، كل محرر مكتوب صادر عن المتعاقدين. على أن معنى الكتابة فى مجال قانون التجارة الدولية، ووفقاً للاتجاه الحديث لا يشمل فقط كل محرر مكتوب يثبت أنه صادر عن أحد المتعاقدين أو عنهما معا وذلك بتوقيعه ممن صدر عنه، بل يشمل المحرر المكتوب وفقاً للمعنى الحديث فى قانون التجارة الدولية أى محرر يثبت إرساله من أحد الطرفين إلى الآخر ولو لم يكن موقعاً بخط الصادر منه هذا المحرر من ذلك البرقية والتلكس. لذلك نصت المادة ١٣ من اتفاقية فيينا على تقنين هذا المبدأ صراحة، فتقرر أنه:

« فى تطبيق أحكام هذه الاتفاقية، تشمل الكتابة، البرقية والتلكس »

#### الشرط الجزائي فى العقود التجارية الدولية

إذا كانت العقود تبرم لتنفيذ الأصل تنفيذا عينيا ، فلا يعنى هذا بالضرورة أن يتم التنفيذ على

الوجه الذي يرضي جميع الأطراف فقد يتمتع أحد الأطراف عن عدم تنفيذ التزامه العقدي أو قد يتسبب بخطئه في ذلك مما يؤدي إلى عرقلة السير الحسن للعقد ، فإذا ترتب على عدم التنفيذ أو التأخر في التنفيذ ضررا للطرف الآخر التزم من كان سببا في ذلك بتعويضه مكان التنفيذ العيني للالتزام وهذا ما يصطلح عليه بالتنفيذ بطريق التعويض ، وفي هذا الإطار نجد ثلاثة طرق لتقدير التعويض هذا التعويض:

” التعويض القانوني (الفوائد).“

” التعويض القضائي.“

” التعويض الإتفاقي (الشرط الجزائي).“

وإذا كانت الطريقة الأولى قانونية و الثانية قضائية فإن الطريقة الثالثة مستوحاة من إرادة الأطراف وعبارة أدق من إرادة المتعاقدين ، يلجأ المتعاقدون لإدراجها كوسيلة فنية، لضمان تنفيذ العقود، وذلك ضمانا للتنفيذ المتبادل للالتزامات و عدم وقوع نزاعات مستقبلية فيقومون بتقدير مسبق للتعويض ومن هنا تبرز أهمية إدراج مثل هذه الشروط فيتجنبون بها اللجوء إلى القضاء وما يستتبع ذلك من مصاريف قضائية و طول الإجراءات هذا ما دفعنا إلى القول أن هذا الشرط أصله اتفاقي.

إلا أن المشرع الجزائري كنظيره الفرنسي الذي تنبه لهذه النقطة سمح للأفراد بإدراج شرط في العقد يقدر من خلاله التعويض في حالة إخلال أحد المتعاقدين بالتزاماته التعاقدية ، وقد تعدت هذه التقنية مجال القانون الداخلي و ارتقت لتصل إلى غاية العقود الدولية وخاصة التجارية منها.

ففيما يتمثل هذا الشرط يا ترى؟

وما هي شروط استحقاقه؟ وهل للقاضي سلطة الرقابة على صحة و تقدير هذا الشرط؟

## مبحث تمهيدي تعريف الشرط الجزائري

قبل أن نبين أنواع الشرط الجزائري وخصائصه يستوجب علينا أولاً أن نعطي فكرة واضحة عن هذا النظام وذلك بتعريفه انطلاقاً من التعريف القانوني وإنهاءً بالتعريف الفقهي.

الفرع الأول: التعريف القانوني.

ونقصد بالتعريف القانوني ذلك التعريف الذي يعطيه المشرع للنظام القانوني الذي يفرضه على الأفراد فقد عرفه على سبيل المثال المشرع الفرنسي في مادتين، المادة ١١٢٦ والتي تنص: « الشرط الجزائري هو الشرط الذي بموجبه يتعهد أحد الأشخاص ضماناً لتنفيذ اتفاق بتقديم شيء في حالة عدم التنفيذ »، أما المادة ١٢٢٩: « تعويض الدائن عن الأضرار التي تلحقه من جراء عدم تنفيذ الالتزام الأصلي » غير أن التعريف الأول يعتبر عام وناقص إذ اقتصر على عدم التنفيذ وأما الثاني فقد لقي معارضة شديدة من قبل الفقهاء اللذين يعتبرون الشرط الجزائري تقوية.

وما يمكن ملاحظته أن المشرع الفرنسي بإعطائه هذا التعريف المزدوج قد فتح مجال الخلاف أمام الفقه حول الطبيعة القانونية لهذا الشرط.

وحسناً فعل المشرع الجزائري الذي لم يعرف الشرط الجزائري بل اكتفى بتأكيد مشروعيته في المادة ١٨٣ وبيان أحكامه في المواد ١٨٤ و ١٨٥ ق.م.

الفرع الثاني: التعريف الفقهي.

عرفه الأستاذ أنور سلطان بأنه: اتفاق يقدر فيه المتعاقدان سلفاً التعويض الذي يستحقه الدائن إذا لم ينفذ المدين التزامه أو تأخر في تنفيذه.

وعرفه الأستاذ TOULLIER بأنه: ذلك الشرط الذي يفرض على الشخص ضرورة أداء مبلغ أو شيء كجزاء لعدم قيامه بتنفيذ التزامه أو لتأخره في تنفيذه.

الهدف من الشرط الجزائي: هو تجنب المتعاقدين من اللجوء إلى القضاء وتفاذي النزاع الذي يثور بشأن إثبات الضرر .

## المبحث الأول

### خصائصه و أنواعه و طبيعته القانونية

#### المطلب الأول:

#### خصائص الشرط الجزائي وتمييزه عما يشابهه.

الفرع الأول: خصائص الشرط الجزائي

يتميز الشرط الجزائي بخصائص استخلصها الفقه من الوظيفة التي يقوم بها.

أولاً: الشرط الجزائي اتفاق.

وهذا ما نصت عليه المادة ١٨٣: « يجوز للمتعاقدين أن يحددا مقدما قيمة التعويض بالنص عليها في العقد أو في اتفاق لاحق...».

فلا يمكن تصور شرط جزائي مصدره القانون وتتجلى الإدارة كمصدر للإلتزام في شكلين هما العقد و الإرادة المنفردة.

« الشرط الجزائي العقدي: وله صورتين إما:

١- أن يدرج في العقد الأصلي.

٢- أن يوضع في اتفاق لاحق: فليس من الضروري وجوب وضع الشرط الجزائي ضمن العقد الأصلي إذ انه قد يكون الشرط الجزائي في اتفاق لاحق للعقد و لكن بشرط ان يكون هذا الاتفاق اللاحق قبل وقوع الضرر الذي يقدر الشرط الجزائي التعويض عنه.

«الشرط الجزائي الصادر بإرادة منفردة: ويمكن تصور قيامه في حالتين:

## ١- الشرط الجزائي المدرج في الإيجاب:

قد يصدر الموجب إيجابا وضمنه شرطا جزائيا لعدوله ويجب هنا التفرقة بين حالتين:

- إذا كان الإيجاب لا يتضمن أجلا للقبول فيمكن للموجب العدول في أي وقت.

- إذا تضمن الإيجاب أجلا لصدور القبول فلا يمكن للموجب العدول عم إيجابه قبل الأجل.

## ٢- الشرط الجزائي المدرج في إيجاب موجه للجمهور.

ثانيا: الشرط الجزائي تقدير جزائي للتعويض:

لقد مر بنا الشرط الجزائي اتفاق مسبق على تقدير التعويض حيث أن الأطراف بإرادتهم يحددون بصفة مسبقة المبلغ الذي يدفعه المدين في حالة إخلاله بإلتزامه أو عند تأخره في تنفيذه، فهو إذن تقدير جزائي للتعويض كما يرى ذلك الأستاذ جاكوميتيه في قوله: « إن الشرط الجزائي باعتباره تسوية اتفاقية يحدد بصفة مسبقة وجزافية قيمة التعويض »، ويترتب على كون الشرط الجزائي تقديرا جزافيا للتعويض أنه يمكن للقاضي أن يعدل في هذا التقدير زيادة أو نقصانا وذلك لكي يتناسب الحجم الحقيقي للتعويض

ثالثا: الشرط الجزائي طريق إحتياطي:

إن المبدأ العام الذي يقتضي بأن الأصل في التنفيذ أن يكون عينيا ولا يحكم بالتعويض إلا في حالة استحالة التنفيذ أو التأخر وهو الذي يطبق على الشرط الجزائي وذلك باعتباره تعويضا ومن هنا تبرز الصفة الاحتياطية للشرط الجزائي فباعتباره تعويض لا يجوز المطالبة به أو إعماله إلا إذا كان التنفيذ العيني للالتزام غير ممكن ويبرز الطابع الاحتياطي بصورة أكثر وضوحا في حالة ما إذا كان التنفيذ العيني ممكنا إذ لا يمكن للدائن عندئذ أن يجمع بين التنفيذ العيني والشرط الجزائي إلا إذا مقرر للتأخير في التنفيذ فالأصل العام هو المطالبة بالتنفيذ العيني أولا فإذا كان غير ممكن ( الاستحالة ) جاز المطالبة بالشرط الجزائي غير أن المشرع الألماني خرج عن هذه

القاعدة وأجاز المطالبة بالشرط الجزائي حتى ولو كان التنفيذ العيني ممكنا ولكن يجب عليه أن يتنازل عن التنفيذ العيني ( م ٣٤٠ ق م أ ).

ومن المتفق عليه أن الشرط الجزائي المقرر لعدم التنفيذ لا يحول دون مطالبة الدائن بالتنفيذ العيني للالتزام الأصلي فله أن يختار بين هذا وذاك.

ويرى بعض الفقهاء أنه مستمد من القواعد العامة حيث يمكن للدائن أن يطالبه بدلا من التعويض بتنفيذ الالتزام عينا. في حين يرى البعض الآخر أن هذا الحق ينتج عن الطبيعة القانونية للشرط الجزائي، حيث لو لم يتقرر هذا الحق للدائن واستحق الشرط الجزائي عقد عدم التنفيذ لكنا بصدد تجديد الالتزام الأصلي عينا والشرط الجزائي، يتبين لنا بكل وضوح أن هناك التزامين أحدهما أصلي يرد عليه التنفيذ العيني والآخر تباعي يكتفي به الدائن إذا لم ينفذ الالتزام الأصلي.

#### رابعا: الشرط الجزائي التزام تابع:

الشرط الجزائي اتفاق غايته تقدير التعويض الذي يستحقه الدائن في حالة عدم تنفيذ المدين التزامه أو تأخره في ذلك إذن فالشرط الجزائي التزام تابع للإلتزام الأصلي لا يكون له وجود بدونه ولا بقاء بعده وعلى هذا الأساس يبطل الشرط الجزائي إذا كان الإلتزام الأصلي باطلا وإن كان بطلان الشرط الجزائي لا يؤدي إلى بطلان الإلتزام الأصلي.

فالملتزم بالعقد أو الملتزم بمصدر من المصادر الأخرى من مصادر الإلتزام، كان يلتزم بنقل ملكية أو بعمل أو بالامتناع عن عمل فإذا اتفق الطرف الآخر على مبلغ معين بقدر أن به التعويض فيما إذا أخل من عليه الإلتزام بإلتزامه يترتب عليه:

١- أن العبرة بالالتزام لا بالشرط الجزائي.

٢- أن بطلان الإلتزام الأصلي يستتبع بطلان الشرط الجزائي دون العكس.

فصاحب الشرط يطالب المشروط عليه بالتنفيذ لما إلتزم به أولا ولا يجوز له أن يطالب بالشرط الجزائي أولا، لأن الشرط الجزائي تعويض، وكذا المشروط عليه ليس له إلا العمل على تنفيذ ما

ألتزم به، ولا يجوز أن يعدل من تنفيذ التزامه - إذا كان ممكن - إلى الشرط الجزائي، لأن الشرط الجزائي ليس بديلاً للالتزام الأولي، بل هو تعويض فيما إذا صار الالتزام الأصلي مستحيلًا بخطأ المشروط عليه وحصل ضرر من جراء الخطأ تكفل الشرط الجزائي بتقديره، وإذا بطل الشرط الجزائي فلا مبرر لبطلان العقد كما إذا اشترط المرتهن أنه عند عدم سداد الدين يكون الرهن ملكاً له، فيبطل الشرط دون الرهن.

إذا فما يميز الشرط الجزائي بأنه ليس هو السبب في استحقاق التعويض، فلا يتولد عنه التزام أصلي بالتعويض ولكن يتولد عنه التزام تبعي بتقدير التعويض بمبلغ معين.

الفرع الثاني: تمييز الشرط الجزائي عما يشبهه به من أوضاع.

أولاً: تمييز الشرط الجزائي عن العربون:

إذا كانت دلالة العربون هي جواز العدول عن العقد فإنه يجوز لكل من المتعاقدين أن يرجع في العقد بعد إبرامه لقاء دفع مبلغ العربون، فيشتبه العربون بالشرط الجزائي، وقد يحمل على أنه شرط جزائي لتقدير التعويض في حالة العدول عن العقد.

ولكن الفرق الكبير بين العربون و الشرط الجزائي يظهر من الوجهة التالية:

١- العربون هو المقابل لحق العدول عن العقد، فمن أراد من المتعاقدين أن يعدل في العقد كان له ذلك في مقابل دفع العربون، أما الشرط الجزائي فتقدير لتعويض عن ضرر قد وقع ويترتب على ذلك أن الالتزام بدفع العربون قائم حتى لو لم يترتب على العدول عن العقد أي ضرر أما الشرط الجزائي فلا يستحق إلا إذا وقع ضرر للدائن.

٢- العربون لا يجوز تخفيضه، سواء كان الضرر الذي أصاب المتعاقد الآخر من جراء العدول عن العقد مناسباً للعربون أو غير مناسب، بل أنه يجب دفع مبلغ العربون كما هو حتى ولو لم يلحق هذا الطرف الآخر أي ضرر من العدول عن العقد، أما الشرط الجزائي فيجوز تخفيضه حتى يتناسب مع الضرر.

٣- يمكن تكييف العربون بأنه البديل في التزام بدلي، ففي البيع مع العربون مثلاً يلتزم المشتري التزاماً أصلياً بدفع الثمن في مقابل أخذ المبيع، وله إذا شاء أن يعدل عن هذا المحل الأصلي - دفع الثمن في مقابل أخذ المبيع - إلى محل بدلي هو دفع مبلغ العربون في غير مقابل. أما الشرط الجزائي فتكييفه القانوني هو تكييف التعويض كما قدمنا: لا هو إلتزام تخيري ولا هو إلتزام بدلي ومن ثم لا يكون المدين حراً.

بخلاف المشتري فلا يمكن له العدول عن تنفيذ إلتزامه الأصلي إذا كان هذا التنفيذ ممكناً إلى تنفيذ الشرط الجزائي، بل يتعين عليه أن يقوم بتنفيذ إلتزامه الأصلي إذا طلب إليه الدائن ذلك.

ثانياً: تمييز الشرط الجزائي عن التهديد المالي (الغرامة التهديدية)

ان التهديد المالي هو حكم قضائي على الملتزم المتعنت من تنفيذ التزامه أو تأخيره، فهو عقوبة من قبل المحكمة. ولكن يمكن لأحد المتعاقدين ان يجعل الشرط الجزائي مبالغاً فيه كثيراً بحيث ينطوي في الواقع على عقوبة فرضها الدائن على المدين. وعلى هذا الذي تقدم يوجد فرق أساسي بين الشرط الجزائي والتهديد المالي في الفقه الوضعي، حيث يكون التهديد المالي تحكيمياً لا يقاس بالضرر، فهو يكون فيما اذا كان هناك التزام امتنع عن تنفيذه الملتزم مع ان تنفيذه العيني لا يزال قائماً، وان يكون التدخل الشخصي من الملتزم له دخل في التنفيذ العيني، وان يطالب الملتزم له بالتهديد المالي.

وميدان التهديد المالي واسع، مثل: الالتزام بعمل فني، او الالتزام بتقديم الخدمات للمشاركين في شركة الكهرباء والماء والتلفون، والالتزام باخلاء عين مؤجرة أو تسليمها. وحتى في نطاق الاحوال الشخصية، حيث يمكن ان يلتجأ للتهديد المالي في الالتزام بتسليم الأولاد إلى من له حق حضانتهم، وفي التزام الزوجة بالذهاب إلى محل الطاعة، ومثل أن يلتزم الممثل بالا يمثل في مسرح معين، والالتزام المهندس بالا يعمل في مصنع منافس، والالتزام بائع المتجر بالامتناع عن منافسة المشتري.

وقد قلنا: ان التهديد المالي تحكمي لا يقاس بالضرر، ولا يقدر التهديد المالي مبلغاً دفعة واحدة؛ وذلك حتى يتحقق التهديد، فالملتزم يحس بأنه كلما طال وقت التأخير عن التنفيذ زاد مبلغ الغرامة

التهديدية المحكوم بها. والتهديد المالي ليس عقوبة، ولا ينفذ إلا عندما يتحول إلى تعويض نهائي، وإذا تحول إلى تعويض نهائي فقد ينقص وقد يلغى.

ومن هنا يفهم ان الغرامة التهديدية وسيلة للضغط على الملتزم والتغلب على عناده، ليحمل على تنفيذ التزامه، فهي وسيلة من وسائل التنفيذ العيني الجبري، ولهذا فهي تتفق مع الاكراه البدني على تنفيذ الالتزام، ولذلك فهذا التهديد المالي قد ينجح وقد لا ينجح تبعاً لما انتهى اليه المدين من تنفيذ التزامه أو الإصرار على عدم التنفيذ.

والسند القانوني لهذا التهديد المالي لا يوجد في التقنين المدني الفرنسي ولا يوجد في التقنين المدني المصري السابق، بل استند القضاء الفرنسي بطريق غير مباشر إلى المادة (١٠٣٦) من تقنين المرافعات الفرنسي، وقد جاء فيها:

”فالحكم الصادر بالغرامة التهديدية هو أمر يصدر من المحكمة بما لها من سلطة الامر لا بما لها من ولاية الحكم للمدين المتعنت الممتنع عن تنفيذ التزامه بتنفيذ هذا الالتزام، فان لم يفعل فجزاؤه على العصيان غرامة تهديدية“.

وهذا النص الذي استند اليه القضاء الفرنسي قصد به بسط سلطة القاضي في ادارة الجلسة، وهو قضاء اجتهادي لا سند له في النصوص التشريعية، فنظرية التهديد المالي نظرية خلقها القضاء لا المشرع.

ولكن القانون المصري الجديد اوجد السند التشريعي لنظرية التهديد المالي، فقد ذكر في المادة (٢١٣): ”١ - إذا كان تنفيذ الالتزام عيناً غير ممكن أو غير ملائم إلا إذا قام به المدين نفسه، جاز للدائن ان يحصل على حكم بالزام المدين بهذا التنفيذ، وبدفع غرامة تهديديه إن امتنع عن ذلك.

٢ - وإذا رأى القاضي إن مقدار الغرامة ليس كافياً لإكراه المدين الممتنع عن التنفيذ، جاز له ان يزيد في الغرامة كلما رأى داعياً للزيادة“.

ونصت المادة (٢١٤) على ما يأتي: ”إذا تم التنفيذ العيني أو أصر المدين على رفض التنفيذ، حدد القاضي مقدار التعويض الذي يلزم به المدين، مراعيًا في ذلك الضرر الذي أصاب الدائن والعنت الذي بدا من المدين“.

أما بالنسبة للقانون الجزائري فقد نص على هذه الغرامة التهديدية في المادة ١٧٤: “- إذا كان تنفيذ الالتزام عينًا غير ممكن أو غير ملائم إلا إذا قام به المدين نفسه، جاز للدائن أن يحصل على حكم بالزام المدين بهذا التنفيذ، وبدفع غرامة إجبارية إن امتنع عن ذلك.

وإذا رأى القاضي أن مقدار الغرامة ليس كافيًا لإكراه المدين المتمتع عن التنفيذ، جاز له أن يزيد في الغرامة كلما رأى داعيًا للزيادة.“ يتضح أن المشرع الجزائري قد استعمل مصطلح الغرامة الإجبارية بدلًا من الغرامة التهديدية.

#### المطلب الثاني: أنواع الشرط الجزائي.

يستخلص من المادة ١٧٦ ق م ج أن التعويض الذي يحكم به القاضي على المدين في حالة استحالة التنفيذ العيني يكون إما لعدم التنفيذ أو للتأخير في التنفيذ فالأول يطلق عليه التعويض لعدم التنفيذ والثاني التعويض عن التأخير.

والشرط الجزائي كتعويض أيضًا يمكن أن يتخذ إحدى الصورتين:

الفرع الأول: الشرط الجزائي لعدم التنفيذ. (clause pénale compensatoire)

ويهدف هذا النوع إلى تعويض الضرر المترتب عن عدم التنفيذ النهائي للالتزام الأصلي فهو إذاً يحل محل التنفيذ، ونكون بصدد عدم التنفيذ متى أصبح التنفيذ مستحيلًا وقد يكون عدم التنفيذ جزئيًا أو كليًا.

ويكفي في هذا الصدد أن تصنع الظروف للدائن أمل الحصول على التنفيذ مثل فقدان أو هلاك محل العقد وقد يكون محل التنفيذ جزئيًا أو كليًا وفي الحالتين وبحسب مسؤولية المدين عن ذلك يتحول عدم التنفيذ إلى تعويض

## الفرع الثاني: الشرط الجزائي المقرر للتأخير.

ويهدف هذا الشرط المقرر للتأخير إلى تعويض الدائن عن الضرر المترتب على تأخر المدين في التنفيذ.

ويقدر هذا التعويض في شكل نسبة مئوية يتقاضها الدائن عن كل يوم تأخير أو أسبوع أو شهر، ويكثر إستعمال هذا النوع من التعويض في مجال القانون الإداري وعلى الخصوص في العقود الادارية التي تبرمها الادارة مع المتعاقد معها.

وباعتباره استثناء من القواعد العامة التي تحكم التعويضات القضائية، فإذا تأخر المدين في تنفيذ التزامه فلا يمكن المطالبة به في حالة عدم التنفيذ الكلي للالتزام لأنه يصبح بدون محل، فمثلا: لو عهد رجل أعمال إلى مقاول ببناء مصنع واتفقا على شرط جزائي لتأخير في تسليم مفاتيح المصنع فلا يمكن لصاحب المصنع أن يطالب بالشرط الجزائي لتهديم المصنع لأن سوء البناء يمكن اعتباره كعدم تنفيذ للالتزام وليس تأخيرا في التنفيذ، و العكس صحيح إذا تقرر شرط جزائي لضمان عدم التنفيذ فلا يجوز المطالبة بهذا الشرط لتعويض الضرر الناتج عن التأخير في تنفيذ هذا الالتزام ومثال ذلك: أن يتفق الطرفان على شرط جزائي لضمان سلامة سلعة معينة فلا يمكن المطالبة به إذا وصلت السلعة متأخرة.

ونذكر فيما يأتي أمثلة عن ذلك:

-الشرط الجزائي في عقد المقاولة بالزام المقاول بدفع مبلغ معين عن كل يوم أو عن كل أسبوع أو عن كل مدة أخرى من الزمن يتأخر فيها المقاول عن تسليم العمل المعهود إليه انجازه.

-وقد يكون الشرط الجزائي اشتراط حلول جميع الأقساط عند التخلف عن أداء قسط في وقته.

-أو تملك الزراعة القائمة على الأرض عند انتهاء مدة إجارتها عند الإخلال بتسليم الارض خالية عند انتهاء مدة إجارتها.

### الفرع الثالث: آثار التمييز بين نوعي الشرط الجزائي.

إن إتفاق الأطراف هو الذي يحدد نوع الشرط الجزائي لكن إذا لم يحددوا نوعه فالتقضاء الفرنسي قرر أن معرفة الشرط الجزائي إذا كان مقرراً لعدم التنفيذ أو للتأخير في التنفيذ في مسألة واقع ولتقضاء الموضوع البحث عن النية المشتركة للطرفين.

واقترح الفقه معياراً للتمييز بينهما يقوم على قيمة الشرط الجزائي فهو مادي مقتضاه أنه إذا كان مبلغ الشرط الجزائي يقارب قيمة الإلتزام الأصلي فهو تعويض عن عدم التنفيذ لأنه يهدف إلى حلولة محل التنفيذ العيني للإلتزام العيني ولالإلتزام الأصلي.

أما إذا كان مبلغ الشرط يقل عن مبلغ الإلتزام الأصلي بدرجة كبيرة فيمكن إعتباره مقرراً للتأخير في التنفيذ وما يميزه أنه يقدر بنسبة مئوية عن فترة زمنية يحددها الطرفان مع الإشارة أنه يمكن الجمع بين النوعين في ذات الشرط.

### المطلب الثاني: الطبيعة القانونية للشرط الجزائي.

يهدف الدائن من وراء تقرير الشرط الجزائي في اتفاه مع المدين إلى الاطمئنان على الحصول على حقه اما بالتنفيذ العيني للإلتزام أو بمقابل أي عن طريق الشرط الجزائي.

وذهب فريق من الفقه إلى اعتبار الشرط الجزائي تعويضاً، هذا ما أدى بفريق آخر إلى إعتباره عقوبة وهي التي كان يتميز بها في العصور القديمة وانتشر بعد ذلك في القانون المدني الفرنسي سنة ١٨٠٤.

حيث نص المشرع في المادة ١١٥٢ على مبدأ ثبات الشرط الجزائي وقد عدل المشرع الفرنسي أحكام الشرط الجزائي بموجب قانون ٩ يوليو ١٩٧٥ ولكن هذا لم يخفي على الوظيفة العقابية في النظر بعين القضاء وهذا أثار جدلاً فقهي حول وظيفتي التعويض والعقوبة لتحديد وظيفة الشرط الجزائي وبالرغم من الحجج والأسانيد التي قدمها كل فريق لم يستطيع أي منهما تغليب وجهة نظره مما أدى بفريق إلى القول بأن الشرط الجزائي ذو طبيعة مركبة.

## الفرع الأول: الشرط الجزائي تعويض:

يرى جانب من الفقه أن الشرط الجزائي له طابع تعويضي ولا يمكن أن يكون عقوبة، إلا أنهم اختلفوا حول طبيعة التعويض فتمهم من اعتبره جزاءً ومنهم من يرى أنه تقدير مسبق للتعويض.

## الفرع الثاني: الشرط الجزائي عقوبة:

يرى جانب من الفقه أن اعتبار الشرط الجزائي عقوبة يفرضها الدائن على مدينه ففي هذا الصدد يقول الأستاذ لومبيار ” الشرط الجزائي كعقوبة لجريمة مدنية يحقق للمتعاقدين الضمان والأمن“.

الأستاذ ميتو: ” الشرط الجزائي جزء يذكر بالعقوبة ” ويؤكد الأستاذ ديموج ” أن الوظيفة العقابية للشرط الجزائي هي التي تعطيه أهميته وأصالته وتميزه عن نظرية التعويض.

أما بلانيول: هو الذي حدد الوظيفة العقابية للشرط الجزائي تتوقف على المبلغ المتفق عليه عما إذا كان مرتفعاً أو تافهاً والوظيفة العقابية يقصد بها الضغط والتهديد الذي يحدث المبلغ المرتفع في روح المدين ويدعه إلى تنفيذ التزامه عينياً.

## الفرع الثالث: الشرط الجزائي ذو طبيعة مركبة:

يرى جانب من الفقهاء ان الشرط الجزائي ذو طبيعة مزدوجة أي تعويضاً وعقوبة التي تبناه الفقيه الألماني (كوزاش).

غير أن الأستاذ (بيرانوفاشيوي) يرى بأن الشرط الجزائي يكون إما تعويضاً وإما عقوبة ولا يمكن الجمع بينهما.

## موقف المشرع الجزائري من هذه النظريات:

يتضح من خلال النصوص الخاصة بالشرط الجزائي أن المشرع الجزائري قد أضفى طابع التعويض متجاهلاً الفكرة العقابية بدليل أنه اشترط الضرر لاستحقاق الشرط الجزائي، وهذا ما

نصت عليه المادة ١٨٤ من القانون المدني الجزائري ( لا يكون التعويض المحدد في الإتفاق مستحقاً إلا اذا أثبت المدين أن الدائن لم يلحقه أي ضرر). ويطبق أيضاً أحكام التعويض بمقابل الشرط الجزائي المواد ١٨١-١٨٣-١٧٦.

### موقف القانون المصري:

يستخلص من المواد ٢٢٣-٢٢٤-٢٢٥ القانون المدني المصري الذي اعتبر الشرط الجزائي تعويضاً واشترط وقوع الضرر لإستحقاقه و طبق أحكام التعويض بمقابل.

وقد عرفه قاموس القانون الخاص على أنه: “ إن عدم تنفيذ أو التأخر في تنفيذ الالتزامات والحاصل من أحد المتعاقدين ويحدث من جراءه ضرر أو تفويت فرصة لربح يجبر عن طريق التعويض و الذي يرجع للقاضي تحديده، فإذا قامت الاطراف المتعاقدة بتحديد تعويض فيطلق عليه حينئذ الشرط الجزائي وبالرغم من اصطلاح الجزاء pénale فهو يعتبر عقوبة مدنية وليست جزائية.

### المبحث الثاني: شروط إستحقاق الشرط الجزائي وسلطات القاضي في فرض الرقابة

#### المطلب الأول: شروط استحقاق الشرط الجزائي.

ان شروط استحقاق الشرط الجزائي هي نفس شروط استحقاق التعويض، وهذا معنى إحالة المادة ١٨٣ على المواد ١٧٦ إلى ١٨١ وهذه الشروط هي:

- ١ - وجود خطأ من احد المتعاقدين الذي اشترط عليه الشرط الجزائي.
- ٢ - وجود ضرر أصاب المشروط له.
- ٣ - وجود علاقة بين الخطأ والضرر.
- ٤ - اعدار من يكون لصالحه الشرط الجزائي للآخر في الأحوال التي يجب فيها الاعذار، اما إذا لم تكن ضرورة للاعدار فلا يشترط الاعذار.

## الفرع الأول: الخطأ.

ويعني وجود خطأ من أحد المتعاقدين الذي اشترط عليه الشرط الجزائي، فلا يستحق الشرط الجزائي إذن إلا إذا كان هناك خطأ من المدين والغالب أن يكون هذا الخطأ عقدياً فإذا لم يكن هناك خطأ من المدين، فلا مسؤولية في جانبه، ولا يكون التعويض مستحقاً ومن ثم لا محل لإعمال الشرط الجزائي، فما هو إلا تقدير لتعويض قد استحق ولم يستحق التعويض.

و يتمثل الخطأ في مجال الشرط الجزائي في عدم تنفيذ المدين التزامه أو تأخره في ذلك ويشترط أن يكون هذا الخطأ منسوباً إلى المدين نفسه.

و يعتبر الخطأ ركناً جوهرياً لاستحقاق الشرط الجزائي لذلك يتحتم علينا البحث عن مضمونه وإثباته.

### مضمون الخطأ:

ان الرأي الغالب في الفقه يقيم الخطأ على أساس موضوعي بحت هو عدم تنفيذ المدين لالتزامه الناشئ عن العقد اذ مجرد عدم التنفيذ يجعله مخطئاً إلا إذا كان الأمر يخرج عن إرادته.

ولقد قسم الفقهاء بصدد الخطأ العقدي إلى نوعين فهي التزامات بتحقيق نتيجة أو ببذل عناية:

النوع الأول هو الالتزام الذي لا يتم تنفيذه إلا بالوصول إلى النتيجة المرجوة وإلا بقي الالتزام غير منفذ، و الشرط الجزائي الذي يضمن مثل هذه الالتزامات يستحق ما دام أن النتيجة لم تتحقق

أما النوع الثاني أي الالتزام ببذل عناية فهو الالتزام الذي يجب تنفيذه ببذل عناية معينة قد يحددها القانون أو الاتفاق.

و الشرط الجزائي المقرر لمثل هذه الالتزامات يستحق طالما لم يبذل المدين العناية المطلوبة منه، وهكذا يكون الخطأ مبنياً على أساس موضوعي قوامه الاعتداد بواقعة مادية بحتة هي عدم تنفيذ الالتزام، ويجب أن يتوافر في عدم التنفيذ خاصيتان هما:

« يجب أن يكون عدم التنفيذ نهائياً.

« يجب أن يكون عدم التنفيذ كلياً.

إثبات الخطأ:

تعتبر مسألة إثبات واقعة التنفيذ مسألة حساسة ودقيقة لأنها تتعلق بتحديد من يقع عليه عبء الإثبات.

وخلافا للقاعدة القائلة بأن البيئة على من ادعى فضي حالة وجود الشرط الجزائي فلا وجه لتحميل الدائن إثبات خطأ المدين في عدم التنفيذ أو التأخير في تنفيذ العقد بل هي قرينة تقوم على أساس أن المدين لم ينفذ التزامه و السبب المنطقي لعدم التنفيذ يكمن في خطأ من جانب المدين. فالقرينة قوم على ضرورة عملية ولا يمكن لنظرية الشرط الجزائي أن تستغني عن هذه القرينة لأنها مرتبطة بفكرة تنفيذ الالتزام الأصلي.

الفرع الثاني: الضرر.

أي وجود ضرر أصاب المشروط له ومع ذلك فإن هذا الحكم غير مستقر في القضاء الفرنسي فقد ذهب القضاء الفرنسي إلى أن الشرط الجزائي يستحق حتى ولو لم يثبت الدائن أن هناك ضرراً أصابه، فإن إتفاق الطرفين على شرط جزائي وتقديرهما مقدما للتعويض المستحق، معناه أنهما مسلمان بأن إخلال المدين بالتزامه يحدث ضرراً اتفقا على المقدار اللازم لتعويضه وقد قامت معظم التشريعات بنقل بدء الإثبات من الدائن إلى المدين في التعويض الإتفاقي أي أن على المدين أن يثبت أن الدائن لم يلحقه أي ضرر وهذا يتفق مع أهم خصائص الشرط الجزائي أي أنه إتفاق بين الطرفين مما يستلزم أنهما مسلمتان على أن إرتكاب الخطأ يؤدي إلى وقوع الضرر.

إذا فلا يمكن للدائن ان يطالب به اذا لم يلحقه أي ضرر، وحكمة ذلك أن الضرر شرط لاستحقاق التعويض، والشرط الجزائي ما هو إلا طريقة من طرق التعويض.

وفي هذا الصدد يختلف القانون المدني الجزائري عن نظيره الفرنسي الذي لا يشترط وقوع الضرر

للدائن لاستحقاق الشرط الجزائي، فقبل قانون ٠٩ يوليو ١٩٧٥ المتعلق بتعديل لأحكام الشرط الجزائي كان القضاء الفرنسي لا يشترط وقوع الضرر للحكم بالشرط الجزائي، وكان يستند في ذلك إلى نص المادة ١١٥٢ التي أرست مبدأ ثبات الشرط الجزائي، ولكن بعد ١٩٧٥ أضاف المشرع الفرنسي فقرة ثانية للمادة ١١٥٢ وبمقتضاها أصبح القاضي يمارس رقابة قضائية على شرط جزائي وهنا لم ينص المشرع الفرنسي في هذه الفقرة الجديدة على ركن الضرر فاختلف القضاء حول اشتراطه لاستحقاق الشرط الجزائي أما بالنسبة إلى عبء اثبات الضرر فمن البديهي ما قامت به معظم التشريعات العالمية بنقل هذا العبء من الدائن إلى المدين إذ أن الاتفاق يصبح أساسا بدون سبب إذا تبين أن الدائن لم يلحقه أي ضرر وبما أن المدين هو الذي يدعي عدم حدوث ضرر للدائن فعليه أن يثبت ذلك.

وهكذا نرى ان مسلك المشرع الجزائري - في ربطه الشرط الجزائي بوقوع الضرر - يتماشى مع أساس المسؤولية العقدية، وتعتبر هذه القاعدة من النظام العام التي لا يجوز مخالفتها. وبصفة عامة يعتبر الشرط الجزائي شرطا عقديا ومن ثم يملك القاضي سلطة التفسير التي له على كل شرط في مجال المسؤولية العقدية و على هذا الأساس يجوز له تقدير خطأ المدين و كذلك خطأ الدائن للتخفيف من مسؤولية المدين أو إعفائه منها، كما له ملاحظة ان اعذرا المدين لم يتم. وأخيرا فان القاضي قد لا يتقيد بالوصف الذي يعطيه الطرفان للشرط الجزائي بل عليه ان يستخلصه من الاتفاق و الظروف الملازمة به و النية المشتركة للطرفين

أخيرا يجب أن يكون هذا الضرر محققا ومباشرا ومتوقعا وذلك طبقا للقواعد العامة في المسؤولية العقدية.

### الفرع الثالث: وجود علاقة سببية بين الخطأ والضرر.

فلا يستحق الشرط الجزائي إلا إذا قامت علاقة السببية بين الخطأ و الضرر، أما إذا انتفت هذه العلاقة بثبوت السبب الأجنبي، أو انتفت بأن كان الضرر غير مباشر أو كان في المسؤولية العقدية مباشرة ولكنه غير متوقع فعند ذلك لا تتحقق ولا يستحق التعويض فلا محل إذن لإعمال الشرط الجزائي.

## الفرع الرابع: الإعذار

الإعذار شرط لإستحقاق الشرط الجزائي في جميع الأحوال التي يجب فيها إعذار المدين. أما في الأحوال التي لا يجب فيها الإعذار فإنه لا يشترط، فإذا لم يقدّم الدائن بإعذار المدين في الأحوال التي يجب فيها الإعذار لم يستحق التعويض.

ومجرد وجود هذا الإتفاق لا يعفي من الإعذار، ولا يعتبر وجود هذا الشرط اتفاقاً صريحاً أو ضمناً على إعفاء الدائن من إعذار المدين.

هذه الحالات ترجع إما إلى الاتفاق وإما إلى حكم القانون وإما إلى طبيعة الأشياء:

فقد يتفق الطرفان مقدماً على أن المدين يكون معذراً بمجرد حلول أجل الإلتزام دون حاجة إلى أي إجراء، ويكون هذا الاتفاق صريحاً أو ضمناً.

ومثل الاتفاق الضمني أن يوجب رب العمل على المقاول إتمام البناء في تاريخ معين ويجب أن يكون الاتفاق الضمني غير محل لشك، فوضع الشرط الجزائي في العقد لا يفهم منه الإعفاء من الإعذار. وقد يوجد اتفاق على عدم الحاجة إلى الإعذار ولكن الدائن ينسخ هذا الاتفاق بتصرفه، كما إذا اشترطت شركة التامين على المؤمن عليه عدم الحاجة إلى الإعذار في اقتضاء أقسام التامين ثم تتعود بعد ذلك ان تعذره كلما تأخر.

” هذا وقد يقضي القانون بعدم الحاجة إلى الإعذار مثلما نصت عليه المادة ٢٢٠ القانون المدني المصري. فعلى سبيل المثال الحالة التي يكون فيها محل الإلتزام رد شيء يعلم المدين انه مسروق، او رد شيء تسلمه دون حق وهو عالم بذلك ففي هذه الحالة يكون المدين سيء النية ويكون واجبا عليه إن يرد الشيء إلى الدائن وليس في حاجة إلى إعذاره، و من ثم يجب على المدبن أن يبادر فوراً إلى رد الشيء للدائن.

أما ما يرجع إلى طبيعة الأشياء فتتمثل فيما يأتي:

إذا أصبح تنفيذ الإلتزام غير ممكن أو غير مجد بفعل المدين، وهذا ما تقتضي به طبيعة الأشياء ، لأن الإعذار هو دعوة المدين إلى تنفيذ الإلتزامه وقد أصبح هذا التنفيذ غير ممكن أو غير مجد بفعله فاستحق عليه التعويض دون حاجة إلى الإعذار مثال ذلك:

أن يلتزم مقاول ببناء مكان في معرض لأحد العارضين ، و ينتهي المعرض قبل أن ينفذ المقاول الإلتزامه ، وفي العقود المستمرة لا ضرورة للإعذار إذا تأخر المدين في تنفيذ إلتزامه الزمني ، لأن ما تأخر فيه لا يمكن تداركه لفوات الزمن.

إذا صرح المدين كتابة أنه لا يريد القيام بالإلتزامه ، فبعد هذا التصريح الثابت بالكتابة لا جدوى في إعذاره ، فهو قد رد سلفا أنه لا يريد القيام بالإلتزامه.

هذه الشروط بصفة عامة اللازم توفرها لاستحقاق الشرط الجزائي باعتباره تعويضا كما أسلفنا ، أما الآن نطرح الإشكالية التالية: هل توفر هذه الشوط تؤدي إلى التعويض تلقائيا أم أن للقاضي سلطات تتجلى في فرض رقابة عليه ؟ نجيب على هذه الإشكالية في المطلب الثاني.

#### المطلب الثاني: سلطات القاضي في فرض الرقابة

ظل القانون المدني الفرنسي لسنة ١٨٠٤ مطبقا في الجزائر كقانون وضعي إلى صدر التقنين المدني الجزائري في سنة ١٩٧٥ ، وقبل صدور هذا الأخير كان القاضي يمارس سلطته في مجال الشرط الجزائي - في ظل مبدأ ثبات هذا الشرط - على النحو الذي كانت عليه سلطة القاضي الفرنسي قبل قانون ٩ يوليو ١٩٧٥ .

وفي التقنين المدني هجر المشرع الجزائري الاتجاه القديم و اخضع الشرط الجزائي باعتباره تعويضا للرقابة القضائية مسايرا في ذلك القوانين العربية فضلا عن القوانين الأجنبية السابق دراستها، وان كان تنظيم المشرع الجزائري للرقابة القضائية على الشرط الجزائي يختلف نوعا ما عن تنظيم تلك القوانين لهذه الرقابة.

## الفرع الأول: الرقابة على شرعية الشرط الجزائي

لقد منع المشرع في بعض الحالات الاستثنائية استعمال الشرط الجزائي ومثال ذلك قانون العمل و القانون البحري.

في قانون العمل: نصت المادة ٧٨ من قانون العمل على انه لا يجوز في حال ان ينص في النظام الداخلي على غرامات.

لقد ألزم المشرع الجزائري كل وحدة تستخدم ٢٠ عاملا على الأقل ان تعد نظاما لها.

ويعتبر النظام الداخلي من خطة الالتزامات التي يتعين على العامل احترامها ولهذا يجوز لرب العمل ان يضمن هذا النظام الداخلي بجزاءات مالية لكفالة احترامه.

ومن صور هذه الجزاءات الشرط الجزائي الذي يدفعه العامل عند إخلاله بهذا النظام غير ان المشرع الجزائري منع رب العمل من استعمال الشرط الجزائي الذي يأخذ شكل غرامة تستقطع من راتب العامل. و الهدف من هذا التحريم يرجع إلى ضمان الحد الأدنى لراتب العامل وخاصة ان استقطاع مبلغ الشرط الجزائي قد يؤثر عليه ويجعله لا يصل إلى الحد الأدنى الذي يضمنه القانون.

في القانون البحري: نصت المادة ٨١١ القانون البحري على انه يعد باطلا وعديم المفعول كل شرط يكون هدفه او اثره المباشر او غير المباشر ما يلي:

أ ) إبعاد او تحديد مسؤولية الناقل الناجمة عن الماد ٧٧٠ و ٧٧٣ و ٨٠٢ و ٨٠٤ من هذا الكتاب ، وقد حددت المادة ٨٠٥ بحري جزائي.

ب) تحديد المسؤولية بمبلغ يقل عن المبلغ الذي حدد في المادة ٨٠٥ اعلاه ما عدا في حالة ما جاء في المادة ٨٠٨ ق.ب.

ج) منع الناقل الاستفادة من التأمين على البضائع.

يتبين من هذه المادة انه لا يجوز التحديد المسبق - بمبلغ مالي - لمسؤولية الناقل البحري الناجمة عن افعاله المحددة في المواد السالفة الذكر، ويترتب على ذلك بطلان كل شرط جزائي يستعمل في هذا المجال، كما يبطل الشرط الجزائي الذي يقل مقداره عن المبلغ المحدد في المادة ٨٠٥، وما تجدر الاشارة اليه ان المشرع - في هذه المادة - لم يحدد الحد الأدنى للمبلغ الذي لا يجوز للأطراف الاتفاق على اقل منه بل أحال إلى اتفاقية بروكسل المبرمة في ١٠/١٠/١٩٥٧، المتعلقة بتحديد مسؤولية ملاك السفن و التي اقترتها الجزائر.

### الفرع الثاني: الرقابة القضائية على قيمة الشرط الجزائي

طبقا للمادة ١٨٤ مدني يسمح المشرع للقاضي ان يعدل من قيمة التعويض الذي اتفق عليه الطرفان.

” تبرير الرقابة القضائية

لا تحتاج الرقابة القضائية لشرعية الشرط الجزائي وشروط تطبيقه وتكييفه لأي تبرير إذ هي رقابة عادية يمارسها القاضي على كافة الشروط العقدية. أما الرقابة القضائية على قيمة الشرط الجزائي فهي بحاجة إلى تبرير لكونها تمس بالحرية التعاقدية للطرفين وما يترتب على هذه الأخيرة من تقدير للتعويض. ويمكن تبرير هذه الرقابة بما يلي:

١- الرقابة من حيث أساس الشرط الجزائي: يتمثل الشرط الجزائي في إرادة الطرفين، وفي ظل الوضع السابق على العمل بالتقنين المدني كان القاضي مغلول اليدين لا يستطيع - بدعوى تحقيق العدالة - ان يعدل مبلغ الشرط الجزائي ولا يوجد لذلك أي سبب خاص دفع المشرع لتبني ذلك الاتجاه و إنما لكون القانون الفرنسي بقي مطبقا في الجزائر كقانون وضعي بالرغم من عدم تلاؤمه مع الواقع الجزائري سياسيا و اقتصاديا. وعلى هذا الأساس كانت الحرية التعاقدية مطلقة في مجال الشرط الجزائي حيث يمكن للطرفين تقدير التعويض وفقا لرغباتهم ودون أي قيد.

أما عن وضع التقنين المدني الجديد حاول المشرع ان يجعل القانون مرآة لاتجاهه السياسي و الاقتصادي حيث ادخل فيه التيار الاشتراكي ومن هذا المنطلق حد من مغالاة مبدأ سلطان الإدارة،

وبصفة عامة وقف المشرع من المذاهب الاجتماعية موقفا وسطا فأقر الحرية التعاقدية ولكن جعل العدل رقيبا عليها ولهذا منح القاضي سلطة الرقابة ليصلح بالعدل ما تفسده الحرية في العقد وعلى هذا الأساس يبقى الشرط الجزائي محتفظا بطابعه الاتفاقي ما لم يؤد هذا التوازن، وفي هذا الصدد نشير إلى قول الأستاذ -عبد السلام الترماني- فالعقد السليم ليسر هو الذي يتم فيه اتفاق إرادتي الطرفين على إنشاء التزام فحسب وإنما هو الذي تتساوى فيه منافع الطرفين، ذلك ان العقد أضحى وظيفة اجتماعية لا يقتصر أثره على المتعاقدين بل يترد أثره على المجموع، فكان من حق الدولة ان تراقبه.

٢- مناط الشرط الجزائي الضرر: رأينا سابقا ان المشرع الجزائري على غرار التشريعات الأخرى يشترط وقوع الضرر لاستحقاق الشرط الجزائي، فيترتب على هذا نتيجة منطقية وهي ألا يكون الشرط الجزائي مبالغا فيه بالنسبة للضرر الذي يقع و إلا كان الدائن مثرىا ولهذا لا بد من تخفيض الشرط الجزائي المغالي فيه من طرف القاضي تحقيقا للعدالة بين أطراف الالتزام.

### ” نطاق الرقابة القضائية

تنص الفقرة الثانية من المادة ١٨٤ مدني على انه يجوز للقاضي ان يخفض المبلغ المتفق عليه اذا كان مبالغا فيه أو كان الالتزام قد نفذ في جزء منه.

كما تنص المادة ١٨٥ مدني على انه اذا جاوز الضرر قيمة التعويض المحدد في الاتفاق فلا يجوز للدائن ان يطالب باكثر من هذه القيمة إلا اذا اثبت ان المدين قد ارتكب غشا او خطأ جسيما. يتبين من هذين النصين ان القاضي يتمتع بسلطة التعديل التي يستعملها للحد من مغالاة الحرية التعاقدية، غير ان هذه السلطة ليست مطلقة اذ لا يمكن للقاضي ان يتدخل إلا في مجال محدد ومتى توافرت شروط استخلاصها من روح الفقرة الثانية للمادة ١٨٤ هذا من جهة، ومن جهة أخرى منح المشرع الجزائري القاضي السلطة التقديرية للتدخل في تعديل الشرط الجزائي.

يستخلص من نص المادة ١٨٤ و١٨٥ من القانون المدني سالف الذكر ان المشرع قد أجاز للقاضي تخفيض الشرط الجزائي كقاعدة عامة وزيادته على سبيل الاستثناء.

ونتناول أولاً تخفيض الشرط الجزائي ثم ثانياً زيادته.

١- سلطة القاضي في تخفيض الشرط الجزائي:

وذلك في الحالات التالية:

” حالة المبالغة في تقدير الشرط الجزائي إلى درجةٍ كبيرةٍ في خفض الشرط الجزائي إلى الحد المعقول.

” حالة التنفيذ الجزئي للالتزام يتدخل القاضي لإعادة تقدير الشرط الجزائي بما يتلاءم مع ما نفذ من الالتزام فعلاً.

لقد حدد المشرع في الفقرة الثانية من المادة ١٨٤ السابق الذكر الإشارة إليها، حالتين يمكن للقاضي فيها ان يخفض الشرط الجزائي: وأولهما المبالغة الكبيرة في تقدير الجزاء وثانيهما تنفيذ المدين بجزء من التزامه الأصلي، وهنا نلاحظ ان المشرع الجزائري قد حدا في ذلك حدو القانون المدني المصري والتقنيات العربية الأخرى.

ومنه نتناول الحالتين على التوالي:

تخفيض الشرط الجزائي بسبب المبالغة الكبيرة في تقديره الأصل: ان الشرط الجزائي اتفاق، و القانون يحترم ارادة المتعاقدين فيما اتفقا عليه من تحديد لمقدار التعويض الذي يستحقه الدائن اذا اخل مدينه بالتزامه. ولا يمكن للقاضي ان يتدخل لتعديل الجزاء المتفق عليه إلا اذا كان مبالغاً فيه او مفرطاً كما يسميه القانون الجزائري. وما يلاحظ على النص الجزائري بصدد هذه الحالة انه اكتفي بتحديد حالات تدخل القاضي دون ان يرشده بكيفية تقدير المبالغة و طريقة تخفيضها.

المقصود بالمبالغة:

نظراً لعدم وضع المشرع ضابطاً ونسبة يمكن على ضوءها تحديد المقدار المبالغ، فقد أدى ذلك إلى اختلاف الفقه في تحديد المبالغة و بصفة عامة يمكن تعريفها بعدم التناسب الكبير بين المبلغ

المتفق عليه و الضرر الذي وقع بسبب عدم التنفيذ بحيث يترتب على ذلك نوع من المضاربة.

حالة التنفيذ الجزئي للالتزام: اذا نفذ المدين الالتزام الاصلي في جزء منه وكان تقدير التعويض على عدم التنفيذ اصلا، فالقاضي يخفض الشرط الجزائي بنسبة ما نفذ المدين من التزامه، اما اذا كان الشرط الجزائي في صورة عدم التنفيذ الكامل، فحينئذ ينفذ الشرط الجزائي باكماله وان اقدم المشتري عليه على تنفيذ بعض التزاماته.

## ٢- سلطة القاضي في زيادة الشرط الجزائي:

و ذلك في الحالات التي تكون فيها زيادة الضرر راجعة إلى:

” غش المدين

” خطئه الجسيم

و لقد نص المشرع الجزائري على الحالات التي يمكن فيها أن يزداد في الشرط الجزائي في نصوص القانون المدني ومنها نص المادة ١٨٥ بأنه لا يمكن للدائن طلب زيادة الشرط الجزائي إلا في حالة غش المدين أو خطئه الجسيم.

وذلك أيضا ما ذهب اليه المشرع الفرنسي في نص المادة ١١٥٢ بأنه يمكن للقاضي أن يرفع من قيمة الشرط الجزائي وذلك راجع إما إلى لخطأ جسيم في العقد وقع من أحد المتعاقدين أو بسبب غش المدين.

بحيث أنه إذا جاوز الضرر قيمة التعويض المقدر و أثبت الدائن ان المدين قد ارتكب غشا او خطأ جسيما فيجوز للقاضي ان يزيد في تقدير التعويض حتي يصبح معادلا للضرر الذي وقع لان الدائن الذي اتفق مع المدين علي تقدير التعويض لم يدخل في حسابه غش المدين او خطأه الجسيم و انه كذلك يقع باطل كل شرط يقضي بالإعفاء من المسؤولية المترتبة على العمل الغير مشروع وبيان ذلك انه لا يجوز ان يتفق الطرفان على إعفاء المدين من مسؤوليته التقصيرية ففي هذه الحالة يجوز للقاضي ان يحكم بتعويض أزيد بكثير من التقدير التافه الذي ورد في الشرط الجزائي لأجل تطبيق القواعد العامة في التقدير القضائي للتعويض.

فذلك لا بد من الفصل بين كون الشرط هو تقدير الضرر المتوقع من قبل المتعاقدين قبل وقوعه حسما للاختلاف و بعد ذلك فللقاضي ان يزيد فيه أو ينقصه إذا ثبت كونه مبالغا فيه أو تافها.

أما إذا كان الشرط الجزائي غير مرتبط بالضرر أصلا بل كان مطلقا ( سواء وجد الضرر ام لم يوجد ) فحينئذ يكون الشرط نافذا إلا في حالة ما إذا فهمنا من الشرط سفاهة المشترط عليه أو المشترط، فيبطل العقد من أساسه ويبطل الشرط تبعا له.

فيتفق المشرع الجزائري في مجال العقود مع جل التشريعات في تخفيض الشرط الجزائي المبالغ فيه حيث كلها تسمح للقاضي أن يخفض الشرط الجزائي المبالغى في تقديره، أما فيما يخص زيادة الشرط الجزائي يختلف عن بعض القوانين بحيث لم يجز المشرع الجزائري رفع قيمة الشرط الجزائي كقاعة عامة إلا في الحالات الاستثنائية التي بينها سابقا. وبصفة عامة يعتبر الشرط الجزائي شرطا عقديا ومن ثم يملك القاضي سلطة التفسير التي له على كل شرط في مجال المسؤولية العقدية و على هذا الأساس يجوز له تقدير خطأ المدين و كذلك خطأ الدائن للتخفيف من مسؤولية المدين أو إعفائه منها، كما له ملاحظة ان اعذرا المدين لم يتم. وأخيرا فان القاضي قد لا يتقيد بالوصف الذي يعطيه الطرفان للشرط الجزائي بل عليه ان يستخلصه من الاتفاق و الظروف الملازمة به و النية المشتركة للطرفين، فمن المتصور أن يصف الطرفان شرطا بأنه تعويض اتفاقي في حين أن حقيقته شرط لتحديد المسؤولية.

### ٣- بطلان الشرط الجزائي:

قالوا: إذا كان الشرط الجزائي مبالغا فيه وكان المتعاملان على علم بهذه المبالغة وقد قصدا اليها، كان الشرط الجزائي هنا شرطا تهديديا (وليس واقعيًا) لحمل المدين على عدم الاخلال بالتزامه. وقد ذكر السنهوري: ان مؤدى ذلك ان يكون الشرط الجزائي المبالغ فيه ينطوي في الواقع من الامر على عقوبة فرضها الدائن على المدين، فيكون باطلا، وحينئذ يعمد القاضي الى تقدير التعويض وفقا للقواعد العامة في تقديره.

ثم ذكر السنهوري تبريرا آخر للبطلان، حاصله: ان الشرط الجزائي هو تقدير التعويض المستحق من الطرفين وفقا للاعتبارات والظروف، فإذا اتضح بعد ذلك ان الضرر الذي وقع لم يكن بالمقدار الذي ظنه الطرفان قبل وقوعه وان تقديره كان مبالغاً فيه كثيرا، فحينئذ لا يخلو الامر: من غلط وقع فيه الطرفان، او ضغط وقع على احدهما فقبل شرطا يعلم انه مجحف به، وفي كلتا الحالتين يكون الواجب تخفيض الشرط الجزائي الى الحد الذي يناسب الضرر.

### الفرع الثالث: الرقابة القضائية على شروط تطبيق الشرط الجزائي في العقود الدولية

لا يقتصر استعمال الشرط الجزائي على المستوى الداخلي أي في العقود الوطنية بل استعملت هذه الوسيلة القانونية حتى في العقود الدولية وذلك قصد ضمان سرعة تنفيذها ولقد نظمت بعض الاتفاقيات الدولية أحكام الشرط الجزائي مثل اتفاقية البينلوكس ولأئحة المجلس الأوروبي الموقع عليها في ٢٦ نوفمبر ١٩٧٣.

وفي الجزائر التي تبرم عدة عقود دولية مع مختلف الشركات التجارية الأجنبية لنقل التكنولوجيا وذلك عن طريق استيراد الأجهزة التي لا تملكها، وهذه العقود الدولية يتم انعقادها وفقا لقانون الصفقات العمومية إذ تنص المادة ٦٨ منه: (تطبق أحكام هذا القانون على صفقات التوريد المبرمة مع المؤسسات الأجنبية).

وقد حددت المادة ٩ من نفس القانون البيانات التي يجب أن تتضمنها الصفقة العمومية و من بين هذه البيانات معدل عقوبة التأخير، وهكذا نجد كل العقود الدولية المبرمة من طرف الجزائر تتضمن شرطا يسمى غرامات التأخير Pénalité de retard وهذا الشرط الذي يحرر على الشكل الآتي في حالة تأخر المورد في تنفيذ التزامه يدفع غرامة تأخير نسبتها كدا من قيمة الصفقة وفي جميع الأحوال لا يمكن ان تتجاوز هذه النسبة مبلغ كدا من القيمة الإجمالية للصفقة. و نلاحظ ان شرط غرامات التأخير ما هو إلا شرط جزائي مقرر لضمان عدم التأخير وقد يتأخر المورد الأجنبي في تنفيذ التزامه مما يؤدي إلى استحقاق التعويض الاتفاقي المتفق عليه و بما أننا على مستوى دولي و أحد الطرفين أجنبي فانه يجب الرجوع إلى القانون الدولي الخاص لمعرفة

القانون الذي يحكم الشرط الجزائي باعتباره اتفاقا و كيفية تطبيقه من طرف القاضي.

فالشرط الجزائي يخضع للقانون الذي يختاره الأطراف كقاعدة عامة وفي هذا الصدد نلاحظ أن الجزائر في اتفاقاتها مع الشركات الأجنبية غالبا ما تشترط تطبيق القانون الجزائري لحل النزاع الذي قد يثور بينهما ومع ذلك في بعض العقود وخاصة ذات القيمة الكبيرة نجد أنها تخضع لقوانين أجنبية أخرى غير القانون الجزائري وفي اعتقادنا هذا يرجع إلى القوة الاقتصادية للمتعاقدين معها ولكن من الناحية القانونية هذا مقبول ما دام المشرع الجزائري لم يقيد الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق على اتفاقهما، وعلى هذا الأساس فالشرط الجزائي المدرج في العقود الدولية المبرمة من طرف الجزائر قد يخضع للقانون الجزائري أو لقانون أجنبي يختاره المتعاقدان.

ان وجود الشرط الجزائي في العقد يفترض معه أن تقدير التعويض فيه يتناسب مع الضرر الذي لحق الدائن وعلى القاضي أن يعمل هذا الشرط إلا إذا أثبت المدين أن الدائن لم يلحقه أي ضرر فعندئذ لا يكون التعويض مستحقا أصلا أو إذا أثبت المدين أن التقدير كان مبالغيا فيه إلى درجة كبيرة وفي هذه الحالة يجوز للقاضي أن يخفض التعويض المتفق عليه. و ان الشرط الجزائي هو التزام تابع للالتزام الأصلي اذ هو اتفاق على جزاء الإخلال بهذا الالتزام فادا سقط الالتزام الأصلي بفسخ العقد سقط معه الشرط الجزائي فلا يعتد بالتعويض المقدر بمقتضاه فان استحق تعويض للدائن تولى القاضي تقديره وفقا للقواعد العامة التي تجعل عبء إثبات الضرر وتحققه ومقداره على عاتق الدائن وهذه القاعدة وان كانت تجد تطبيقها في القانون الداخلي فإنها تطبق أيضا في المجال الدولي فيما اذا وقع نزاع حول هذا التقدير