The Seller's Right to Remedy in the Light of The Vienna Convention on The International 1980 (CISG)Sale of Goods

(A comparative study)

Murtadha Jumaa Ashoor
Drmja333@gmail.com

حق البائع بالعلاج في ضوء اتفاقية فينا للبيع الدولي للبضائع (CISG) ١٩٨٠*

(دراسة مقارنة)

Abstract

The seller's right to cure is the subject of a scientific and practical significance both particularly at the level of the International Sale of Goods to raise the Problems of research and in terms of actual practice, and see that the cure really is a question under the provisions of the general rules on compensation in kind and based on the duty to mitigate the damage and see that his works limited to violations is essential with our reservations on the concept of fundamental violation in addition to the occasion and doesn't know the seller of the defect cure requirement, however, that this technical scale should his works within the procedural scope and do screening and mutual notifications, resulting in as much as possible to save the contract and reduce the economic losses not only for the parties of the contract but also, for the other parties associated with the contract of sale.

الملخص:

يمثل حق البائع بالعلاج موضوعا له اهميته العلمية والعملية على حد سواء سيما على صعيد البيع الدولي للبضائع لما يثير من اشكاليات بحثية وعلى صعيد الواقع التطبيقي، ونرى ان العلاج يمثل حقا للبائع وسندنا في ذلك القواعد العامة المتعلقة بالتعويض العيني ونؤسسه على واجب تخفيف الضرر ونرى ان اعماله يقتصر على المخالفات غير الجوهرية مع تحفظنا على مفهوم المخالفة الجوهرية اضافة الى شرط مناسبة العلاج وعدم علم البائع بالعيب، بيد ان هذا النطاق الفني ينبغي اعماله ضمن نطاق اجرائي ويفعل بالفحص والاخطارات المتبادلة، ما يؤدي قدر المستطاع الى انقاذ العقد وتقليل الخسائر الاقتصادية ليس لطرفي العقد فحسب انما لاطراف العقود الاخرى المرتبطة بعقد البيع.

*قائمة لاهم المختصرات

ALR	Allgemeines Landrecht für die Preußischen Staaten	القانون العام لبروسيا
ABGB	Allgemeine Bürgerliche Gesetzbuch) of 1811	القانون المدني النمساوي
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch, the civil code of Germany	القانون المدني الالماني
CISG	United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods 1980	اتفاقية فينا للبيع الدولي للبضائع ١٩٨٠
HGB	Handelsgesetzbuch,	القانون التجاري الالماني
Ibid.	ibidem, refers to the immediately preceding reference	المرجع نفسه
Op.cit	opus citatum refers to the prior reference by the same author	المرجع نفسه
p.	page	الصفحة
PECL	Principles of European Contract Law	مبادئ قانون العقد الاوربي
PICC	Principles of International Commercial Contracts	مبادئ العقود التجارية الدولية
SOGA	Sale of Goods Act 1979	قانون بيع البضائع الانكليزي ١٩٧٩
UCC	Uniform Commercial Code	القانون التجاري الموحد الامريكي
ULIS	Convention relating to a Uniform Law on the International Sale of Goods 1964	

V. Versus

مقابل (ضد)

بسم ا... الرحمن الرحيم

المقدمة

الحمد ل.. رب العالمين وصلى ا... على محمد وآله الطيبين الطاهرين، وبعد...

يحتل عقد البيع المساحة الاوسع من الجانبين العلمي والعملي مقارنة ببقية العقود، ومن هذه الاهمية تنبع الاهمية المعطاة للجوانب الفرعية المتصلة به، ولعل من أهم مصاديق هذه الجوانب مسألة (حق البائع بالعلاج)، لما لهذه المسألة من تأثير ليس فقط على جانب عقد البيع والحفاظ على الاواصر التعاقدية فيه فقط بل من جانب العقود الاخرى المرتبطة به، سيما في البيوع الدولية والتي هي موضوع اتفاقية فينا للبيع الدولي للبضائع (CISG) ١٩٨٠.

جوهر فكرة البحث

الهدف المحوري للنظم القانونية وضع المتضرر – في حال خرق العقد– في الموضع الذي يمكن ان يكون فيه في حال تم الوفاء بالعقد، ولا يجد المتضرر نفسه في كثير من الاحيان مقتنعا بالتعويض النقدي مفضلا تعويضا عينيا.

وتنطلق محاكم نظم القانون المدني من مبدأ ان التعويض العيني عن مخالفة الالتزام هو القاعدة العامة، في حين ان محاكم نظم القانون المبني على السوابق القضائية تجعل من

التعويض النقدي هو الاصل، والحكم في القانونين الفرنسي والالماني ان للطرف المتضرر الحق في المطالبة بالتعويض العيني مع بعض الاستثناءات سيما اذا كان الاخير مستحيلا، في حين – في القانون الالماني– لا تشترط قواعد البيع الانذار المقيد بوقت معين (Nachfrist) اي واجب على المشتري في اعطاء مهلة للبائع قبل فسخ العقد، فان القواعد العامة تشترط هذا الانذار، واذا لم يقم البائع بتسليم المبيع بالمواصفات المتفق عليها في العقد او على النحو المبين في القانون، فان واحدا من الحلول القانونية المتاحة أمام المشتري هو حق فسخ العقد.

وتجيز في الواقع معظم النظم القانونية للمشتري فسخ العقد في حال سلم البائع بضائعا غير مطابقة، وليس المهم ما اذا كان للمشتري فسخ العقد، بل النقطة المحورية هي متى يصبح ذلك من حق المشتري؟ ويكشف التحليل المقارن اختلافات وتطورات ذات أهمية في هذا الصدد.

فقد كان فسخ العقد –سيما في النظم التابعة للقانون الروماني– حقا متاحا للمشتري ولعله كذلك في جميع حالات عدم المطابقة، فالفسخ وانقاص الثمن هما التعويضان المثاليان لمخالفة المطابقة، ولم يكن هنالك مكانا للحلول الاخرى كتسليم مثل المبيع او علاج التسليم، وهو ما يفهم منه ان للمشتري مكنة فسخ العقد فورا بمجرد المخالفة للمطابقة، هذا الموقف كان –مثلا– في القانون الالماني حتى عام ٢٠٠٢.

بيد ان تطور النظم القانونية قد اتى بفكر مغاير لما تقدم، اذ انه وبموجب عدة قوانين حديثة للبيع ووثائق دولية، فان الفسخ لايكون متاحا بسهولة للتنفيذ المعيب انما هو الملاذ الاخير، ولايتم اللجوء اليه الا اذا ما كانت الوسائل القانونية الاخرى المتاحة لا تؤدي النتيجة المبتغاة.

فاذا ماكان هنالك تنفيذا معيبا واراد المشتري فسخ العقد فحق البائع ينهض ليمنع هذا الفسخ بـ(الوفاء –التعويض– السليم) عن طريق العلاج –باصلاح او توريد بضائع بديلة خالية من العيوب– خلال فترة زمنية معقولة وبدون ازعاج للمشتري.

ويدعم حق البائع بالعلاج مبدأ وجوب الوفاء بالعقود، واحتراما لهذا المبدأ لا ينبغي فسخ العقد بمجرد الوفاء المعيب، ثم ان مصالح الاطراف المشروعة تؤكد مقتضاه، دون اخلال بالاحوال الاستثنائية التي يكون فيها التسليم المطابق للمواصفات في الوقت المتفق عليه امرا اساسيا بالنسبة للمشتري او في حال كان العلاج من قبل البائع غير ملائم أو مستحيل، ويضاف الى ذلك الحجج الاقتصادية التي ترى التضييق من حالات الفسخ، والواقع انه يمكن تحقيق الهدف الاقتصادي في حال التسليم المعيب اذا ما أجيز للبائع معالجة العيب.

وينحصر حق المشتري بفسخ العقد للتسليم المعيب في الاحوال الخطيرة –المخالفة الجوهرية، وفي حالتي الامتناع عن التسليم او التأخير فيه فان شرط المخالفة الجوهرية يمكن الاستعاضة عنه باجراء الانذار المقيد بوقت محدد (Nachfrist).

هدف البحث

يهدف البحث الى التعرف على مفهوم حق البائع في العلاج وموقف القوانين المقارنة منه، وهل يقع على صورة واحدة أم متعددة؟ وما اذا كان حق البائع بالعلاج يشكل استثناء أم هو المبدأ العام ويأتي تطبيقا للقواعد العامة؟ ثم ما هي الضوابط التي تحكم اعماله؟

والمسألة المحورية ما اذا كان ينبغي اخذ قابلية العيب للعلاج في الاعتبار عندما يراد وصف المخالفة بـ(الجوهرية)، مع ملاحظة ان هذه المسألة خلفت كثيرا من الجدل، ولو انه يبدو ان هنالك تزايدا في التأييد لوجهة النظر المؤكدة على وجوب الاخذ بنظر الاعتبار شرط القابلية للعلاج لاقرار وصف المخالفة بالجوهرية، ما لم يكن هنالك مصلحة مشروعة خاصة للمشتري بفسخ العقد على الفور دون انتظار العلاج –أي انه غير مناسب–.

نطاق البحث

يركز البحث على حق البائع بالعلاج، عليه يخرج من نطاقه بحث حق المشتري في العلاج، والذي تنص عليه أغلب القوانين صراحة، حيث يكون بامكان المشتري علاج العيب –بالاصلاح أو شراء البديل– على نفقة البائع.

منهجية البحث وهيكليته

تم اعتماد المنهج التحليلي المقارن في البحث وذلك من خلال بحث كافة الجزئيات ودراستها وتحليلها لاعادة تركيبها لتكوين نظرية متكاملة عن حق البائع بالعلاج، وبالمقارنة بين اتفاقية فينا

للبيع الدولي للبضائع (CISG) وبعض التشريعات الدولية –كاتفاقية لاهاي ومبادئ اليونيدروا (PICC) ومبادئ العقد الاوربي (PECL)– والداخلية –كالقانون الامريكي (UCC) والقانون الالماني (BGB, HGB) والفرنسي والمصري والكويتي والعراقي وبعض التشريعات الداخلية الاخرى حيثما كان ذلك ممكنا– دون تجاوز لرأي الفقه أو توجه القضاء.

ويدور البحث في ثلاثة مباحث، وكالآتي:

المبحث الاول: التعريف بحق البائع بالعلاج

المطلب الاول: مفهوم حق البائع بالعلاج

الفرع الاول: في التشريعات الدولية

الفرع الثاني: في التشريعات الداخلية

المطلب الثاني: الدور الوظيفي لحق البائع بالعلاج

الفرع الاول: الحفاظ على العقد

الفرع الثاني: تحديد المخالفة الجوهرية

الفرع الثالث: تحدي مبدأ العقد شريعة العاقدين

المطلب الثالث: صور حق البائع بالعلاج

الفرع الاول: من حيث الاداء

الفرع الثاني: من حيث العلاج

الفرع الثالث: من حيث القبول

المبحث الثاني: التوصيف القانوني لحق البائع بالعلاج

المطلب الاول: الاساس القانوني

الفرع الاول: فكرة الـ(Nachfrist)

الفرع الثاني: مبدأ حسن النية

الفرع الثالث: فكرة التعاون

الفرع الرابع: واجب تخفيف الضرر
المطلب الثاني: التكييف القانوني لحق البائع بالعلاج
الفرع الاول: التنفيذ العيني
الفرع الثاني: التعويض العيني
المبحث الثالث: نطاق حق البائع بالعلاج
المطلب الاول: النطاق الموضوعي
الفرع الاول: الاتجاه الموسع
الفرع الثاني: الاتجاه المضيق
الفرع الثالث: الاتجاه المتوازن
الفرع الرابع: رأينا في النطاق
المطلب الثاني: النطاق الاجرائي
الفرع الاول: فحص البضائع والمستندات
الفرع الثاني: الاخطار
الخاتمة

المبحث الاول

التعريف بحق البائع بالعلاج

وسيتم الكلام في هذا المبحث ضمن مطالب ثلاثة، الاول منهم لتحديد مفهوم حق البائع بالعلاج وثانيهم للدور الوظيفي الذي يلعبه فيما يكون موضوع الثالث بيان صوره.

المطلب الاول

مفهوم حق البائع بالعلاج

ارتأينا بحث مفهوم حق البائع بالعلاج[1] بحسب طبيعة التشريع دوليا كان أم داخليا، ولذلك قسم هذا المطلب الى فرعين الاول لتحديد هذا المفهوم في التشريعات الدولية فيما كانت التشريعات الداخلية وبيان موقفها منه هي موضوعا للثاني.

الفرع الاول

في التشريعات الدولية

أولا: في الاتفاقيات الدولية

١- في اتفاقية لاهاي (ULIS)

نصت المادة (٤٤) من الاتفاقية أعلاه على أنه (١- في الحالات غير المنصوص عليها في المادة ٤٣، يمكن للبائع، بعد الموعد المحدد لتسليم البضائع، الحق لتقديم أي جزء مفقود أو كمية من البضائع أو لتوفير البضائع الأخرى التي تتفق مع العقد أو المعالجة أي خلل في البضائع التي سلمت، شريطة أن لا يسبب ممارسة هذا الحق ازعاج او حساب غير معقول للمشتري. ٢- يجوز للمشتري اعطاء فترة اضافية معقولة لمواصلة التسليم او تدرك الخلل، واذا انقضت الفترة الاضافية ولم يتم تسليم البضائع من البائع أو تدارك الخلل، للمشتري الخيار بين قبول العقد وتخفيض الثمن وفقاً للمادة (٤٦) أو يعلن فسخ العقد على الفور)[٢].

يتضح من النص أعلاه، أن اتفاقية ULIS بدأت مع حق واسع للعلاج، اذ أجازته في غير المخالفات الجوهرية شريطة أن لا يسبب ازعاج أو حساب غير معقول[٣]، بيد أن مواصلة قراءة النص تجعل من القراءة الاولية غير دقيقة[٤]، اذ ان الفقرة (٢) من المادة أعلاه، تعطي زمام المبادرة الى المشتري بأن يقلب المخالفة غير الجوهرية الى مخالفة جوهرية، عن طريق قيامه باعطاء مهلة معقولة يحددها للبائع لممارسة حقه في العلاج[٥]، فان لم يقم البائع بذلك بعد انتهاء هذه المدة، صار بامكان المشتري اعلان فسخ العقد[٦].

وبموجب هذا التفسير تتضاءل الفكرة الاولى عن الحق الواسع الممنوح للبائع بالعلاج لتجعل منه أضيق ما يكون، فحق الاخير بالعلاج حيث المشتري لم يعلن فسخ العقد[٧]. ولعل التأمل في النص يؤدي الى نتيجة مفادها (أن الاتفاقية اعلاه لا فائدة منها في التمييز بين المخالفة الجوهرية وغير الجوهرية)، فقد يكون هنالك فسخ دون مخالفة جوهرية، وقد تكون هنالك مخالفة جوهرية دون فسخ، ولعل هذا ما دفع أحد المعلقين للقول أن (البائع يستطيع العلاج فقط عندما المشتري لا يطلب فسخ العقد)[٨].

٢- في اتفاقية فينا CISG

بمقتضى أحكام المادة (٣٥) من الاتفاقية أعلاه[٩]، يلزم البائع بتسليم بضائع التي هي من (الكمية والنوعية والوصف وكذلك تغليفها وتعبئتها مطابقة لأحكام العقد)، والعطاء غير المطابق يمثل خرقا للعقد وفقا لاحكام المادة (٣٦)[١٠] من الاتفاقية أعلاه، وكذلك يجب أن تكون البضائع خالية من أي حق أو مطالبة من طرف ثالث وفقاً لاحكام المادتين (٤١-٤٢) من الاتفاقية أعلاه.[١١]

ومع ذلك فان أحكام الاتفاقية ليست جامدة، اذ تأتي بحلول في فرضية قصور البائع عن أداء التزماته وذلك بمقتضى أحكام المواد (٣٤ و ٣٧ و٤٨) منها.[١٢]

وتعالج المادتين (٣٤ و ٣٧) أحكام العلاج قبل الميعاد المحدد للتسليم اذ نصت المادة (٣٤) على أنه (إذا كان البائع ملزما بتسليم المستندات المتعلقة بالبضائع، فإن عليه أن يوفي بهذا الالتزام في الزمان والمكان المعينين في العقد وعلى النحو الذي يقتضيه، وإذا كان البائع قد سلم هذه المستندات قبل الميعاد المتفق عليه فله حتى ذلك الميعاد أن يصلح أي نقص في مطابقة المستندات ، بشرط ألّا يترتب على استعمال هذا الحق مضايقة للمشتري أو تحميله نفقات غير معقولة. ومع ذلك، يحتفظ المشتري بالحق في طلب تعويضات وفقا لاحكام هذه الاتفاقية)، وتنص المادة (٣٧) على أنه (في حالة تسليم البضائع قبل الميعاد، يحتفظ البائع، حتى ذلك الميعاد، بحق تسليم الجزء أو الكمية الناقصة من البضائع المسلمة أو توريد بضائع بديلة للبضائع غير المطابقة لما جاء في العقد أو اصلاح العيب في مطابقة البضائع، بشرط ألّا يترتب على استعمال هذا الحق مضايقة للمشتري او تحميله نفقات غير معقولة، ومع ذلك يحتفظ المشتري بالحق في طلب تعويضات وفقا لأحكام هذه الاتفاقية)، عليه فان للبائع حق معالجة القصور في اداء التزاماته قبل ميعاد التسليم بمقتضى أحكام المادتين أعلاه، ونطاق هذا الحق لا يقف عند البضائع انما يتعداها للقصور في الخلل عن تسليم الوثائق[١٣]، بشرط أن لا يسبب ذلك ازعاجاً غير معقول للمشتري.

وتمثل المادة (٤٨) من الاتفاقية أعلاه الرفيق للمادة (٣٧) منها، والتي تعالج حق البائع في العلاج بعد تاريخ التسليم[١٤]، والتي تنص على أنه (مع عدم الاخلال بأحكام المادة ٤٩، يجوز للبائع، ولو بعد تاريخ التسليم أن يصلح على حسابه كلَ خلل في تنفيذ التزاماته بشرط ألّا يترتَّب على ذلك تأخير غير معقول ولا يسبب للمشتري مضايقة غير معقولة أو شكوكًا في قيام البائع بدفع المصاريف التي أنفقها المشتري. ومع ذلك يحتفظ المشتري بحق المطالبة بالتعويضات المنصوص عليها في هذه الاتفاقية. ٢- اذا طلب البائع من المشتري أن يعلمه بما إذا كان يقبلَ التنفيذَ ولم يرد المشتري في ميعاد معقول جاز للبائع تنفيذَ التزاماته في الميعاد الذي حدده في طلبه. ولا يجوز للمشتري قبل انقضاء هذا الميعاد استعمال أيٍّ حق يتعارض مع تنفيذ البائع لالتزاماتهُ. ٣- إذا قام البائعَ بإخطار المشتري بعزمه على تنفيذ التزاماته في المدة المحددة، فالمفروض أنه طلب من المشتري أن يعلمه بقراره وفقا للفقرة السابقة. ٤- لا يحدث الطلبُ أو الاخطار الذي يقوم به البائع وفقا للفقرتين (٢) و (٣) من هذه المادة أثره الا إذا وصل الى المشتري)، وما يستنتج من صياغة المادة آنفاً[١٥] أنها واسعة حيث تشمل أي خلل في أداء الالتزامات[١٦] بما في ذلك الخلل في تسليم الوثائق[١٧] وكذا الامر للتسليم المتأخر[١٨]، وهناك من يرى ما اذا كان اخلال البائع يشكل مخالفة جوهرية، فبامكانه أن يعالج قصور أدائه[١٩]، وان كنا لا نميل الى هذا الرأي، لان المخالفة الجوهرية تستبعد من نطاق العلاج، لانها غير قابلة للعلاج بحكم طبيعتها او بحكم العقد، ونرى أن صاحب الرأي أعلاه ربما حصل عنده خلط بين المخالفة الجوهرية والمخالفة الموضوعية[٢٠]، في حين أن الاخيرة لا تساوي الاولى.[٢١]

وينبغي الالتفات الى ان اقرار حق البائع بالعلاج بمقتضى شروطه المنصوص عليها في المادتين أعلاه، يترتب عليه تقييد حق المشتري –في فترة العلاج– بعدم اتيان أي عمل يتعارض مع هذا الحق[٢٢]، سوى المطالبة بالتعويض[٢٣] –ان اقتضى ذلك–.

ثانيا: في المبادئ الدولية

١- في مبادئ اليوندروا (PICC)

يجب على الطرف ان يؤدي التزامه بمقتضى العقد بموجب أحكام المادة (٦-١-١)[٢٤] من المبادئ أعلاه[٢٥]. وهذه المبادئ تنص على حق عام للعلاج بغض النظر عن الموضوع أو

الوقت ودون أن تحدده بعقد البيع بمقتضى أحكام المادة (٤/١/٧) منها والتي تنص على أنه (١- يجوز للمدين أن يقوم على نفقته الخاصة بكل تدبير ضروري بهدف تصحيح عدم التنفيذ بالشروط التالية: أ- أن يوجه – دون تأخير غير مبرر – اخطارا يشير فيه إلى الأسلوب المقترح للتصحيح وتوقيته .ب- أن يكون التصحيح مناسبا للظروف ج- أن لا تكون للدائن مصلحة مشروعة في رفض التصحيح، و د- أن يتم التصحيح دون تأخير.٢- لا يؤدي الإخطار بالفسخ إلى المساس بالحق في التصحيح. ٣- يتم تعليق حقوق الدائن نفسها، ما دامت غير متوافقة مع تنفيذ أداءات المدين، إلى حين انتهاء المدة المحددة للتصحيح، بموجب إخطار فعلي للتصحيح. ٤- يجوز للدائن أن يمتنع عن تنفيذ التزامه إلى حين إتمام التصحيح. ٥- دون إخلال بالتصحيح، يحتفظ الدائن بالحق في المطالبة بتعويضات عن التأخير المترتب إلى جوار الضرر الواقع الذي لم يكن في الوسع تفادي وقوعه). فالنص يتكلم عن أي طرف مخل بأداء التزاماته دون تحديد بائع أو مشترٍ أو غيرهما[٢٦]، وهي أيضاً لاتميز بين العلاج قبل وبعد ميعاد التسليم[٢٧]، انما ما يشترط فيها أن يكون العلاج مناسباً[٢٨]، فالمعايير الذاتية بموجب المادة (١/ج) من المبادئ أعلاه لانظير لها في اتفاقية فينا، والفرق الاكثر أهمية بين المبادئ أعلاه واتفاقية فينا هو المخاطر المستثناة بموجب العقد (م١/٤/٧).[٢٩]

٢- في مبادئ العقد الاوربي PECL

حق البائع بالعلاج في (PECL)[٣٠] له الاولوية على حق المشتري في الفسخ[٣١]، حيث يمنح الاول فرصة تقديم عرض مطابق جديد قبل حلول وقت الوفاء او اذا كان التأخير لا يشكل مخالفة جوهرية[٣٢].

وتحدد مبادئ العقد الاوربي (PECL) المخالفة الجوهرية في المادة (8:103)[٣٣] منها، وليس الفسخ متاحا في حالات المخالفة الجوهرية بمعناها الحرفي –فحسب–، فان للمشتري ان يرفع تاخيرا غير جوهري الى حد جوهري من خلال اعطاء مهلة للبائع عن طريق اجراء الـ(Nachfrist)، ويبقى الاخير بعد انتهائها غير منفذ التزامه بالصورة الصحيحة.[٣٤]

الفرع الثاني

في التشريعات الداخلية

أولاً: في الـUCC

القاعدة في قوانين الولايات المتحدة الامريكية بمقتضى نص المادة (٢-٦٠١) من UCC هي تقديم (عطاء تام)[٣٥]، رغم ذلك فهناك ما يحد من هذه القاعدة ويشكل استثناءً عليها، من ذلك نص المادة (٢-٥٠٨) من القانون أعلاه[٣٦]، فالبائع له الحق في تقديم عطاء ثان يتوافق مع أحكام العقد وتقديم تعويض نقدي عن أية أضرار تكبدها المشتري بسبب البضائع المعيبة.[٣٧]

وتعالج المادة (٢-٥٠٨/١) من القانون أعلاه أحكام العلاج قبل التاريخ المحدد للتسليم، بالسماح للبائع معالجة الخلل في أداء التزاماته بما في ذلك ما كان منها متعلقاً بالوثائق والمستندات[٣٨]، وتتيح للبائع معالجة العطاء المعيب بعطاء مطابق خلال المهلة المحددة بالعقد.[٣٩]

وتأتي أحكام العلاج بعد انتهاء الموعد المحدد للتسليم موضوعاً لأحكام المادة (٢-٥٠٨/٢)، متى كان البائع لديه أساباً معقولة للاعتقاد أن عطاءه مقبولاً مع او من دون بدل المال[٤٠]، ويتفرع هذا الحق في القانون الامريكي الى حق البائع في العلاج قبل قبول المشتري للبضائع، ويعتمد على ما اذا كان يعتقد بمعقولية العطاء المقدم منه[٤١]، والعلاج عند الغاء القبول من المشتري[٤٢]، حيث المشتري لا يستطيع الغاء قبوله دون اعطاء البائع فرصة للعلاج.[٤٣]

ثانياً: القوانين الوطنية الاخرى

تعترف معظم النظم القانونية بحق البائع بالعلاج قبل ميعاد التسليم[٤٤]، وقد يعود مفهوم الحق في العلاج الى القانون الروماني، حيث أن الكتب المدرسية تشير تحت عنوان Purgatio morae بتطهير عدم الاداء بشكل عام مقابل تطهير التأخير.[٤٥]

ولعل أول القوانين التي أشارت الى الحق في العلاج بصورة صريحة هما القانون العام لبروسيا (ALR) لعام ١٧٩٤ في المواد (105,90,325,326)[٤٦] والقانون المدني النمساوي (ABGB) لعام ١٨١١ في المادتين (٨٩ و ٩٣٢)، ونص عليه أيضا في قانون العقود الهندي لعام ١٨٧٢في المادة (٣٩) منه.[٤٧]

وبشأن القانون الانكليزي قانون SOGA ١٩٧٩ لا يحتوي على أية أحكام تتعلق بحق البائع للعلاج، فلا اشارة الى حق البائع بالعلاج بعد ميعاد التسليم سوى رأي يشير الى حكم قضائي، بيد أنه تعرض لنقدٍ شديد[٤٨]، أما عن حق البائع بالعلاج قبل تاريخ الاداء فان الفقه يميل لايجاد أساس قانوني له في السوابق القضائية، وبالتالي يعطي الحق للبائع في اعادة تقديم عطاء قبل

الموعد المحدد له في العقد، ورغم ذلك فان التطبيقات القضائية تكاد تكون نادرة ومقتصرة على العيوب الطفيفة.[٤٩]

والقانون الالماني يعطي حق للمشتري المطالبة باصلاح العيوب في الاداء بموجب أحكام المادة (٤٣٩) من القانون المدني (BGB) ١٩٠٠ المعدل، اذ بموجبها يكون المشتري بالخيار لازالة العيوب أو طلب بضائع بديلة خالية من العيوب[٥٠]، وعلى غرار الـ (CISG) يتحمل البائع جميع النفقات الناشئة عن الاداء التكميلي، ومع ذلك فان البائع قد يرفض طلب المشتري، اذا كان يكلفه كثيراً –حساب غير معقول–، لتحديد ذلك –فيما يشكل قيمة مرتفعة–قيمة البضائع عندما تكون خالية من العيوب، ومدى الخلل، ومدى وجود شكل آخر من أشكال العلاج المتاحة للمشتري بما لا يسبب له ضرر.[٥١]

بيد أنه يمكن القول، حيث ان عدم التنفيذ او التنفيذ المعيب يشكل خرقا للعقد، وحيث ان اغلب القوانين تشترط الاعذار[٥٢] لايقاع الفسخ او لاستحقاق التعويض وحيث ان الاصلاح بمثابة تعويض عيني، عليه يجب على الطرف المتضرر –المشتري– اعذار الطرف المخل –البائع– لبيان موقفه من العلاج، وحيث ان التعويض العيني هو الاصل ولايصار الى غيره –التعويض النقدي– الا في أحوال استثنائية، لذا يكون الاعذار بداية تفعيل حق العلاج في تلك القوانين.

عليه نرى ان حق العلاج يجد له سندا حتى في التشريعات التي لا تنص عليه صراحة كالقانون الفرنسي والمصري والعراقي، فحق البائع بالعلاج وان كان غير منصوص عليه في بلدان القانون المدني صراحة بل حتى في القانون الانكليزي، بيد ان هذا لايعني ان هذه الانظمة لاتأخذ به، بل انه بمقتضى مبدأ الـ(Estoppel) او حسن النية فان المشتري ملزم بقبول عرض البائع بالعلاج.[٥٣] حيث ان من شروط الوفاء بمقابل ان يقبل الدائن الوفاء بمقابل –فالمبدأ هو وفاء الشيء المستحق أصلا– فلا يجبر الدائن على قبول غير الشيء المتفق عليه –ولايشترط في قبوله ان يكون صريحا بل يمكن ان يكون ضمنيا –ومن قبيله عدم الاعتراض––[٥٤]، وحيث ان هذا القبول بمثابة حق للمشتري، وحيث ان الرفض الصادر من المشتري دون عذر مشروع يعد نوعا من التعسف في استعمال الحق، وحيث ان التعسف يمثل خطأ[٥٥]، وحيث ان هذا الخطأ قد يسبب ضررا للبائع، وفي حال حصول ذلك يلزم الاول بالتعويض، وخير تعويض هو حرمانه –المشتري– من التمسك بحقه.

المطلب الثاني

الدور الوظيفي

يلعب حق البائع بالعلاج دورا وظيفيا فيما يؤديه من حفاظه على العقد وتقليله الخسائر الاقتصادية ودخوله عنصرا في تحديد المخالفة الجوهرية اضافة لدوره في تحدي مبدأ العقد شريعة المتعاقدين، وهذا ما سيتضح في الفروع الثلاثة أدناه.

الفرع الاول

الحفاظ على العقد

يهدف الحق في العلاج الى الحفاظ على العقد، وتوجد عدة اعتبارات لتقليل حالات الفسخ ولعل منها المبدأ المتمثل بوجوب الوفاء بالعقد[٥٦]، فالاتفاق الذي يتوصل اليه الطرفان بارادتهما الحرة ينبغي احترامه والعمل على تنفيذه متى كان ذلك ممكنا وعلى نحو معقول[٥٧] ولما يسبب

فسخ العقد الدولي من خسائر اقتصادية[٥٨] تتعدى اطراف العقد المباشر[٥٩] حيث ان فسخ العقد الناشئ عن التنفيذ المعيب يؤدي الى استرداد البضائع المسلمة ابتداء واحتمال استرداد ما تم دفعه من المشتري وسيؤدي ذلك الى تكاليف ومخاطر كبيرة، وهو ما يمكن تجنبه بغض الطرف عن الفسخ في حال أمكن تحقيق مبتغى المشتري بالحصول على مراده بعلاج العيوب ولهذا يوصف الفسخ بمنظور اقتصادي بانه تعويضا مرتفع الكلفة[٦٠]، فهو لذلك يلقي على عاتق الطرفين واجباً بالتواصل والتعاون[٦١] للخروج من المأزق لبر السلام، فالمصالح المشروعة للطرفين تقتضي في أحايين كثيرة اتاحة الفرصة امام البائع الطلب على وجه مشروع عدم عرقلة جهده بالعمل على الوفاء بالعقد بمجرد ظهور عيب يمكن ان يعالج على حسابه ومن الصعب تبرير رفض المشتري[٦٢] عرض البائع بالعلاج في مثل هذا الموقف اذا ما كان قد حصل على تعويضات عن الاضرار التي لحقته الى ان يتم العلاج[٦٣] اذ ان اعطاء الحق في العلاج هو اعطاء أسبقية للعلاجات الاولية على العلاجات الثانوية.[٦٤]

الفرع الثاني

تحديد المخالفة الجوهرية

يلعب الحق في العلاج دوراً أساسياً لتحديد مفهوم المخالفة الجوهرية[٦٥]، فتحديد الاخيرة لا يكون بمعيار جامد، انما يذهب أغلب الفقه[٦٦] الى أنها تحدد في ضوء عرض البائع للعلاج.

ويمكن القول أن المخالفة الجوهرية منها ماكان كذلك بطبيعته، ومنها ما يكون بالكينونة، أي أنه يكون لعدم عرض البائع العلاج، ما يعني أنها توصف بذلك لعدم وجود عرض للبائع بالعلاج أو لفشله[٦٧]، ما يعني أن عرض البائع للعلاج يعد عاملاً أساسياً في وصف المخالفة الجوهرية من عدمه.

الفرع الثالث

تحدي العقد شريعة المتعاقدين

لا يجوز لاحد العاقدين ان ينفرد بنقض العقد ولا بتعديله لان العقد ثمرة اتفاق بين ارادتين[٦٨] ولهذا فان أحكام العلاج تمثل تحدياً هائلاً لمبدأ (العقد شريعة العاقدين)، فالمشتري له حقوق في حال اخلال البائع بالتزاماته بالعقد، من ذلك حق طلب الفسخ، ويأتي هنا حق البائع بالعلاج ليشكل قيداً على استخدام المشتري لحقه[٦٩]، وفي حال قيام الاخير برفض العلاج، فقد يخسر حقه في الكثير من الخيارات[٧٠]، عليه فان حق البائع بالعلاج يعد حقاً استثنائياً لانه يتعارض مع شروط العقد.

المطلب الثالث

صور العلاج

وفيه نوضح صور العلاج من حيث الاداء والعلاج والقبول في فروع ثلاثة.

الفرع الاول

من حيث الاداء

١- باعتبار وقت الاداء

ينقسم الى علاج قبل وبعد ميعاد الاداء، والاول لا يثير اشكالية في معظم النظم القانونية ان لم يكن جميعها[٧١]، لان أجل التسليم لم يفت بعد[٧٢]، فبامكان البائع تدارك الخلل ضمن الوقت المحدد[٧٣]، أما الثاني، فهو الذي يثير الخصوصية لانه يعطي البائع مكنة تلافي قصوره رغم ان ميعاد التسليم قد مر بالفعل، سواء الميعاد المتفق عليه صراحة أو المحدد بمقتضى ظروف التعاقد[٧٤]، وهو الذي يحتاج نص خاص لاقراره لانه يمثل استثناءً على مبدأ (العقد شريعة العاقدين).

٢- باعتبار تنفيذ الاداء

ينقسم العلاج باعتبار الاداء الى علاج عن تأخير الاداء[٧٥] وآخر عن عدم الاداء، ولعل كلا الصورتين لا يمكن تصورهما سوى في العلاج بعد ميعاد التسليم، لان العلاج قبل ميعاد التسليم لا يمكن ان نتصور فيه تأخير الاداء لان موعد الاداء لم يحن بعد حتى نكون أمام تأخير، وكذلك لا يمكن أن نتصور علاج عن عدم الاداء لان الميعاد لم يفت بعد حتى نحكم بعدم الاداء.

وينبغي الاشارة الى أن العلاج قد يكون محظوراً اذا كان الوقت هو الجوهر[٧٦]، حتى لو لم يعلن المشتري فسخ العقد، ويكون الوقت كذلك اما بطريق أصلي، اذا كانت طبيعة التعاقد وظروفه تقتضي ذلك، أو بطريق تبعي، بانقضاء الـ Nachfrist[٧٧].

٣- باعتبار موضوع الاداء

ينقسم الى علاج البضائع وعلاج الوثائق، فبامكان البائع ان يعالج الخلل في اداء التزامه عن تسليم البضائع غير المطابقة للعقد من حيث الكم او النوع او الوصف قبل وبعد ميعاد التسليم[٧٨]، وكذا الامر بالنسبة للوثائق فبامكانه تلافي القصور في التزامه عن تسليم الوثائق الخاصة بالعقد قبل وبعد ميعاد التسليم أيضاً.[٧٩]

الفرع الثاني

من حيث العلاج

١- باعتبار نوع العلاج

ينقسم الى استبدال واصلاح وتكملة نقص[٨٠]، والاستبدال[٨١] يكون برفع البضاعة المعيبة كلاً أو جزءً –حسب كمية البضاعة المعيبة– والاتيان ببضائع سليمة بدلاً عنها[٨٢]، والاصلاح يكون بالابقاء على البضاعة مع تخليصها من العوار الذي لحق بها ان كانت قابلة لذلك[٨٣] بشرط أن لا يسبب ذلك ازعاجاً غير معقول للمشتري[٨٤]، والتكملة[٨٥] تكون في حال قيام البائع بتسليم البضائع ناقصة فبامكانه تلافي الخلل في اداء التزامه عن طريق تسليمه باقي البضائع الناقصة لسد النقص الحاصل في اداء التزامه.[٨٦]

٢- باعتبار العلاج النوعي

هل العلاج يجب أن يكون بمطابقة تامة؟ ينقسم العلاج الى علاج كامل وآخر غير كامل، والاول يقتضي أن يكون العلاج بصورة تامة بحيث يشتمل على تسليم بضائع بديلة مطابقة حتى في المواصفات التفصيلية لما هو متفق عليه في العقد.[٨٧]

أما العلاج غير الكامل، فيكون بتسليم بضائع بديلة أو اصلاح البضائع الموجودة ولو بفارق قليل عما هو متفق عليه في العقد. وهناك من يجيز هذه الطريقة في العلاج[٨٨]، ويستند الى نص المادة ٣٧ من اتفاقية الـ (CISG)، التي تتعلق بحق المشتري بالمطالبة بالتعويضات[٨٩]، ويعلق هذا الرأي بقوله (ان التعويضات هنا ليست تعويضات عن التأخير في الاداء لان ميعاد التسليم لم يحن بعد) ويستنتج أنها تعويضات عن عدم مطابقة تامة، فالبائع عليه أن يعيد البضائع الى حالة سليمة تماماً، واللغة والفكرة للمادة (٣٧) من (CISG) والمادة (٢/٥٠٨/٢) من (UCC) والمادة (٤/١/٧) من (PICC) تتطلب اصلاحاً مناسباً، أي ان الاتقان (الكمال) ليس مطلوباً مالم يسبب ذلك ازعاجاً غير معقول.[٩٠]

الفرع الثالث

من حيث القبول

ينقسم العلاج الى علاج قبل الغاء القبول وآخر بعده، وفي الاول يسمح للبائع العلاج متى اعتقد بمعقولية أن عطاءه سيكون مقبولاً[٩١]، وفي الثاني يمنع المشتري من فسخ العقد قبل اعطاء البائع فرصة لممارسة حقه في العلاج.[٩٢]

المبحث الثاني

التوصيف القانوني لحق البائع بالعلاج

وفيه نتكلم عن بيان أساس حق البائع في العلاج من الناحية القانونية وتكييفه القانوني ووفق مطلبين.

المطلب الاول

الاساس القانوني

هنالك أكثر من أساس طرح لتوضيح فكرة حق البائع بالعلاج، ويمكن ابراز أهم الاراء في فكرة الـ(Nachfrist) ومبدأ حسن النية والتعاون وواجب تخفيف الضرر، وسوف نخصص لكل منه فرعا خاصا.

الفرع الاول

فكرة الـ(Nachfrist)

فكرة Nachfrist –ومضمونها الاعذار لوقت محدد او الامهال–[٩٣] يعود تاريخها كما يشير أحد الباحثين الى القانون التجاري لبروسيا التي شكلت أساساً للمادة ٣٥٦ (ADHGB) لقانون المبيعات وليس قانون العقود، رغم انه لم يتضمن اشارة صريحة لاجراء Nachfrist فانه يمنح الطرف المخل امكانية معالجة خلله.[٩٤]

وهو اليوم أحد الوسائل المنصوص عليها في القانون المدني الالماني[٩٥]، حيث ان الدائن يجب –كقاعدة عامة[٩٦]– أن يمهل المدين لتنفيذ التزامه[٩٧]، ولا يحتاج الى تدخل المحكمة[٩٨]. فالفشل عن الوفاء بحد ذاته في هذا القانون لا يعطي المتضرر حقا، كقاعدة عامة، في فسخ

العقد، فاذا لم يف المدين بما عليه من التزام أو أوفى به بشكل غير مناسب –معيب– في وقت وجوب الوفاء، فيجب على الدائن اعطاء مهلة للمدين، فاذا لم يف المدين خلال هذه المهلة، صار بامكان الدائن الحق في فسخ العقد[٩٩]، فحق المشتري بفسخ العقد مقرون بامهال البائع واعطائه الفرصة بعلاج تقصيره ولا يبرم حقه بالفسخ الا بعد انتهاء هذه الفترة[١٠٠].

وقد وجد مفهوم (Nachfrist) طريقه الى مبادئ العقود التجارية الدولية (UNIDROIT)[١٠١] ومبادئ قانون العقد الاوربي (PECL)[١٠٢] واتفاقية الامم المتحدة بشأن البيع الدولي للبضائع (CISG)[١٠٣]، وينحصر الـ (Nachfrist) في هذه الوثائق في أحوال عدم التسليم أو تأخره في حين أنه يشمل فوق ذلك التسليم المعيب في القانون الالماني[١٠٤].

وتوجد مفاهيم قانونية مماثلة في قوانين بلدان القانون المدني،[١٠٥]فينشأ حق انهاء –فسخ– العلاقة التعاقدية في القانون الفرنسي استنادا الى ان كل عقد تبادلي ينعقد في ظل وجود شرط فاسخ يتمثل بالوفاء الصحيح الذي يخلق التزامات متبادلة – وكما هو الحال في القانون الالماني– فان من هذه الالتزامات ما يوصف بالتبعي –او الثانوي– ويكون جزاء مخالفتها تعويضيا –نقديا– فقط ولا ينفسخ العقد مع ذلك في حكم القانون عند امتناع الطرف الآخر عن الوفاء بالتزاماته، انما للطرف المتضرر المطالبة بالوفاء –بمقابل– او فسخ العقد، فاذا طلب الاخير فلا ينفسخ العقد قبل اجراء قضائي، والامر متروك للسلطة التقديرية الممنوحة للقاضي[١٠٦] في تحديد شدة المخالفة[١٠٧] والامر بفسخ العقد او اعطاء المدين مهلة[١٠٨] مع مراعاة الحالات الاستثنائية والمتمثلة بالفسخ التلقائي[١٠٩].

وتنص م٤٨ من اتفاقية فينا للبيع الدولي للبضائع على أنه (مع عدم الاخلال بأحكام المادة ٤٩، يجوز للبائع، ولو بعد تاريخ التسليم أن يصلح على حسابه كلَ خلل في تنفيذ التزاماته بشرط ألّا يترتَّب على ذلك تأخير غير معقول ولا يسبب للمشتري مضايقة غير معقولة أو شكوكًا في قيام البائع بدفع المصاريف التي أنفقها المشتري. ومع ذلك يحتفظ المشتري بحق المطالبة بالتعويضات المنصوص عليها في هذه الاتفاقية. ٢- اذا طلب البائع من المشتري أن يعلمه بما إذا كان يقبلَ التنفيذَ ولم يرد المشتري في ميعاد معقول جاز للبائع تنفيذَ التزاماته في الميعاد الذي حدده في طلبه. ولا يجوز للمشتري قبل انقضاء هذا الميعاد استعمال أيٍّ حق يتعارض مع تنفيذ البائع لالتزاماتهُ. ٣- إذا قام البائعَ بإخطار المشتري بعزمه على تنفيذ التزاماته في المدة المحددة، فالمفروض أنه طلب من المشتري أن يعلمه بقراره وفقا للفقرة السابقة.

٣- لا يحدث الطلبُ أو الاخطار الذي يقوم به البائع وفقا للفقرتين (٢) و (٣) من هذه المادة أثره الا إذا وصل الى المشتري)، وتنص المادة ٤٧ من نفس الاتفاقية على أنه (١- يجوز للمشتري أن يحدد للبائع فترةُ إضافية تكون مدتها معقولة لتنفيذ التزاماته. ٢- فيما عدا الحالات التي يتلقى فيها المشتري إخطارًا من البائع بأنه لن ينفَذ التزاماته

في الفترة الاضافية المحددة لا يجوز للمشتري قبل انقضاء هذه الفترة أنَ يستعملَ أي حق من الحقوق المقررة له في حالة مخالفة العقد. غير أنَّ المشتري لا يفقد بسبب ذلك حقه في طلب تعويضات عن التأخير في التنفيذ.)، فالمبدأ في الـ(CISG) حظر منح المهل القضائية الا باتفاق الطرفين[١١٠] وحيث الوقت ليس هو الجوهر، الامر الذي يؤدي الى اشكالية تتمثل بتحديد مدى كون التأخير يشكل مخالفة جوهرية من عدمها، ما يسمح للطرف المتضرر التهرب من العقد، فبامكان المشتري التخلص من هذه المصاعب عن طريق تفعيله أحكام المادة ٤٧.[١١١]

عليه يمثل Nachfrist طريقا مفيدا بشكل خاص، لانه يشكل تمهيدا لانهاء العقد، عندما الخلل لا يرتقي لمستوى مخالفة جوهرية.[١١٢]

وعموما اذا كان Nachfrist يمكن أن يكون أساسا صالحا لحق البائع في العلاج بموجب أحكام القانون الالماني لانه يطبق بصورة تلقائية[١١٣]، لانه يمثل تمديد تلقائي من الوقت لاطراف العقد للوفاء بالتزاماتهما، أي بعده واجبا وليس حقا.[١١٤]

في حين أنه لايمكن أن يكون كذلك في غيره، لان Nachfrist في CISG و مبادئ اليوندروا لايطبق تلقائيا، أي ان اعطاءه فيهما يمثل حقا لاواجبا، وبذا يختلف عن Nachfrist الالماني، فالمشتري قد لايمنح الـNachfrist بموجب المادة ٤٧ لانه حق له، في حين ان السماح للبائع بالعلاج –بشروطه– يمثل واجبا على المشتري، وعلى الاخير أن ينصاع اليه وعدم قيامه بأي عمل يتعارض مع حق البائع بالعلاج.

الفرع الثاني

مبدأ حسن النية

ان مبدأ حسن النية مبدأ اخلاقي حرصت اتفاقية الـ (CISG) على تأكيده في الفقرة الاولى من المادة (٧) ليكون اسلوب سلوك لكل ذوي الشأن في البيع[١١٥]، وان اطراف العقد يجب ان يلتزموا بحسن النية[١١٦]، وجميع العقود تخضع لوجوب التنفيذ بحسن نية[١١٧]، فالمشرع يقضي

بحلول يستقيها مما تقضي به قواعد العرف والامانة والذمة في المعاملات، وهو يفترض دائما أن أطراف العقود انما يجعلون من هذه النصوص نبراسا مادام لم يتعرضوا لمخالفة هذه الحلول في عقودهم.[١١٨] اذ ان المشرع وهو يضع النصوص لا يمكنه أن يسن منها مجموعة كاملة فهناك حد أدنى لما يجب أن تجتمع عليه ارادة المتعاقدين حتى ينعقد العقد وينشأ الالتزام فهو يتعرض لاكثر المسائل وقوعا في العمل أو لما يمكنه حصره منها، ويبقى بعد ذلك طائفة من هذه المسائل لم يتعرض لها لانها قليلة الوقوع في العمل او لانه لم يستطع لسبب ما ان يحصرها أو لانها لم تخطر في باله او لانها جدت في المعاملات بعد سنه للنصوص، ومبدأ حسن النية يبقى قائما واجب التطبيق، وقصور المشرع عن تخصيص تطبيقه في الحالات المغفلة او المستجدة لا يعني أننا نواجه فراغا لا سبيل الى سده، بل القاضي يتولى ذلك بدلا عنه في المنازعات التي تعرض عليه.[١١٩] فمن واجبهم التواصل والتعاون، ولذلك هناك من يرى وفي اطار ذلك يقع علاج عدم المطابقة، بان يقوم المشتري باخطار البائع عدم المطابقة بمقتضى أحكام المادة ٣٩ من اتفاقية الـ(CISG)، وفي الوقت نفسه–وتحت مبدأ حسن النية– البائع ملزم بالرد، ومن هذا المنطلق يفقد المشتري حقه في فسخ العقد في كل حالات البضائع المعيبة قبل اعطاء البائع فرصة علاج القصور في الاداء.[١٢٠]

ففي قضية بارتوس ضد ريكاردي تسليم نسخة احدث من جهاز السمع سبب معقول للاعتقاد ان العطاء سيكون مقبولا،[١٢١] وفي قضية (Bevel-Fold, Inc. v. Base Corp. 1980) البائع خرج عن المألوف في الاعمال التجارية بعد تسليم خزائن اللغة التي كانت بشكل كبير غير مطابقة للمواصفات، وذلك مخالف للمعقولية،[١٢٢] وفي قضية (Zabriskie Chevrolet, Inc. v. Smith,1968) (بالنسبة لغالبية الناس، شراء سيارة جديدة هو استثمار....) والاخلال بذلك هو اخلال بالثقة.[١٢٣]

عندما المشتري يطلب فسخ العقد لاسباب اخرى غير عدم المطابقة، المحاكم تتمسك بالعقد في حال المشتري ان يملي على البائع طريقة العلاج او يستخدم حقه في الفسخ اما على اساس ان هذا يعد انتهاكا لحقوق البائع او على اساس ان المشتري تصرف بسوء نية.[١٢٤]

بيد ان الفقيه (Koch) يعارض هذا الرأي، ويرى ان مبدأ حسن النية لا يمكن ان يستخدم لمنع المشتري من فسخ العقد، فهذا المبدأ يجب أن لا يستخدم بطريقة تتعارض مع نص في حكم الاتفاقية، فلا يمكن استخدام حسن النية لاقرار حق البائع بالعلاج، انما يجب ان يؤخذ في الاعتبار المخالفة الجوهرية.[١٢٥]

واقعا ان الفقيه (Koch) هنا يخلط بين الاساس والنطاق، فتحديد المخالفة الجوهرية لاقرار الحق في العلاج من عدمه يدخل في بحث النطاق لا الاساس.

الفرع الثالث

التعاون

فكرة التعاون[١٢٦] استخرجتها المحاكم من مبدأ حسن النية وبالذات تنفيذ العقد طبقا لما تقضي به الذمة والامانة في المعاملات[١٢٧].

ويرى الفقيه (Koch) ان الاطراف ملزمين بالتواصل مع بعضهم البعض، وان مبدأ حسن النية يعمل جنبا الى جنب مع نية الاطراف، عليه اذا أعطى المشتري البائع[١٢٨]–المخل بالتزامه– فرصة للعلاج، وبعد ذلك فسخ العقد –على سبيل المثال لتقلبات أسعار السوق– هذا التصرف سيكون مخالفا لحسن النية، بما أن المشتري أعطى وعودا ولم يلتزم بها.[١٢٩]

عليه فوفقا لراي الفقيه أعلاه ليس الاساس الصالح هو حسن النية، لان اعماله لايكون ابتداء، انما بعد ان يعطي المشتري البائع فرصة للعلاج وينكث وعده، في حين ان الاساس ينبغي ان يكون حاضرا ابتداء، وعنده ان الاساس الصالح هو واجب التعاون، ففي قضية (Hayes v. Hettinga 1975) المحاكم تنفي على البائع حق العلاج بعد منحه عدة محاولات باءت بالفشل لان المشتري اهتزت ثقته.[١٣٠]

الفرع الرابع

واجب تخفيف الضرر [١٣١]

ان أظهر ما تقضي به فكرة التعاون بين الدائن والمدين ما تفرضه على الدائن من ان يهون على المدين تنفيذ التزامه[١٣٢]، وأن يعمل على وزع الضرر الذي يلحقه –الدائن– من عدم تنفيذ الالتزام او التأخر في تنفيذه او التنفيذ المعيب وملافاته قدر الامكان وان يعمل كذلك ان لا يزيد تكاليف المدين عند تنفيذ الالتزام.[١٣٣] فمقتضى الامانة في التعامل والاعتبارات الاقتصادية العامة أن يهب الشخص الى الحد الذي يصيب المتضرر بل والى منعه ان استطاع.[١٣٤]

بشكل عام يجب على الاطراف التصرف بشكل معقول لتخفيف الاضرار[١٣٥]، وعلى ذلك يستند جانب من الفقه لاقرار حق البائع بالعلاج فمن تطبيقات فكرة التعاون وجوب امتناع المتعاقد عن التعسف في استعمال حقه عند تنفيذ العقد[١٣٦]، فاعطاء أسبقية العلاجات الاولية – تلك العلاجات التي تهدف الابقاء على العقد– على العلاجات الثانوية –تلك التي تهدف لانهاء الرابطة العقدية–[١٣٧] يجد أساسه في واجب المشتري للتخفيف من الضرر (the duty of mitigate damage) الذي يمكن ان يلحق البائع بما يحقق التوازن بين مصالح المشتري والبائع وبما يحقق روح التشريعات التي تنص على الحق في العلاج.

والمحاكم تسير في هذا الاتجاه مثال ذلك قضية (Appleton State Bank v. Lee 1967)، آلة خياطة لعلامة تجارية خاطئة، وقضية (Fitzner Pontiac-Buick-Cadillac, Inc. v. Smith 1998)[١٣٨]. بيد ان المحاكم تسمح للمشتري لرفض او الغاء القبول على الرغم من رغبة البائع بالعلاج، في الحالات التي يكون من المعقول ان تكلفة استثمار البائع تفوق المصالح الممنوحة للمشتري.[١٣٩]

ويرى(Priest) ان القرار الفعال هو التقليل من التكاليف،[١٤٠] وكيفية تحديد تكلفة التخصيص؟= تكلفة علاج المناقصة المعيبة (مثلا ١٠)+ تكلفة المشتري عن فقدان الاستخدام وأي أضرار تبعية (مثلا٢)= ١٢، اذا كانت تكلفة اعادة بيع البضائع أكثر بالمقارنة مع السماح له بالعلاج فسوف يسمح له بالعلاج.[١٤١] ويشار الى هذا الحق على اساس قاعدة (لاضرر، لاخطأ)[١٤٢].

وقد ذهبت هيأة التحكيم الصينية لشؤون الاقتصاد والتجارة (CIETAC) في حكم لها بتاريخ ٢٠٠٣/٦/١٩ ان المشتري ليس له تعويضا سوى عن اجرة اعادة الوزن وتكلفة اعادة التغليف للبضاعة المشتراة تمكينا له في تنفيذ واجب تخفيف الضرر[١٤٣].

مما تقدم نرى ان هنالك أكثر من أساس صالح للاستناد اليه في اقرار حق البائع بالعلاج – وان كانت فكرة (Nachfrist) أساسا صالحا في القانون الالماني– نجد ان الاسس الاخرى ليست بعيدة ان تكون كذلك لحق البائع في العلاج، بيد انه يمكن القول ان مبدأ حسن النية مبدأ عام ولعل واجب التعاون أخص منه وان كنا نرى أنه يرجع الى مبدأ حسن النية[١٤٤] ومن صور التعاون واجب تخفيف الضرر.

والفلسفة لاقرار هذا الحق هو نهج المحافظة على العقد من الزوال قدر الامكان، باحترام هذه الرابطة التي تكونت عن التقاء الارادات وعدم الخروج عنها الا في الاحوال الاستثنائية، سيما في العقود التجارية لما يترتب على هذه الرابطة من روابط فرعية ويترتب على زوال الاولى زوال الثانية.

المطلب الثاني

التكييف القانوني لحق البائع بالعلاج

الاصل ان ينفذ الالتزام عينا، وهناك من الباحثين بل وحتى جانب من التشريعات تشير الى امكانية اللجوء الى التنفيذ العيني عند اخلال البائع –المدين– بالتزاماته، في حين أننا نرى ان الحكم هو تعويضا عينيا لا تنفيذا عينيا، وسوف نتكلم عن التنفيذ والتعويض العينيين مع بيان التكييف المناسب لحق البائع بالعلاج وفي فرعين مستقلين.

الفرع الاول

التنفيذ العيني

التنفيذ العيني يبقى هو الاصل في تنفيذ الالتزام[١٤٥] ولا يصار الى غيره الا في حالات محددة[١٤٦] ، فانقضاء الالتزام يكون عبر سبل ثلاث، الاول، ويكون عن طريق تنفيذه عينا أي بقضاء نفس محل الالتزام[١٤٧]، وذلك لا يشمل سوى الوفاء، وهو الطريق المألوف لقضاء الدين وما عداه ليس أصلا مثله بل بديلا عنه[١٤٨]، والثاني، يتضمن انقضاء الالتزام لا بتنفيذه عينا بل بما يعادل الوفاء ويشمل الوفاء بمقابل[١٤٩] والتجديد...، أما السبيل الثالث فيكون عن طريق انقضاء الالتزام دون ان ينفذ عينا ولا بمقابل[١٥٠]. فأين يقع حق العلاج بين هذه السبل من الانقضاء؟

ان الوفاء يتمثل برضاء المدين في تنفيذ التزامه على الوجه المتفق عليه[١٥١]، ويكيفه بعض الفقه على انه اتفاق[١٥٢]، وفي جميع الاحوال فان الوفاء يكون رضائيا، وحيث ان الوفاء يساوي التنفيذ العيني، وحيث ان الاول لا يكون الا رضائيا فكذا الثاني، عليه لا يوجد تنفيذ عيني جبري.[١٥٣]

فالتنفيذ العيني يعني تنفيذ الالتزام عينا بكافة أوصافه والوفاء بنفس المحل بكافة أوصافه[١٥٤] في الوقت المتفق عليه[١٥٥]، فالوفاء يشكل قيام المدين تنفيذ عين ما التزم به، واذا استحال تنفيذ الالتزام عينا –وكثيرا ما يرجع ذلك الى ميعاد الاستحقاق– يصبح تنفيذ الالتزام عينا غير ممكن، وقد لا يحدد ميعادا للتنفيذ، فللدائن تحديده، ويبين أنه لن يقبل الوفاء بعده، فيمتنع التنفيذ العيني بعد هذا الميعاد. والتعويض ينشأ بمجرد امتناع المدين عن تنفيذ التزامه بعد حلول أجله[١٥٦] أو اساءة تنفيذه، عليه يقتصر التنفيذ العيني على الوفاء اختيارا.[١٥٧]

الفرع الثاني

التعويض العيني

التعويض العيني بديل[١٥٨] التنفيذ العيني[١٥٩] ولو كان شافيا له او مشابها بل حتى لو كان يفضله[١٦٠]، والتعويض جزاء[١٦١] فهو لا يتصور الا بعد وقوع الاخلال وتحقق المسؤولية[١٦٢]، فالتنفيذ العيني يكون قبل وقوع الاخلال[١٦٣]، أما بعد وقوع الاخلال فلا يتصور ذلك ويصار الى التنفيذ بمقابل.

ويكون الالتزام بالتعويض عبارة عن التزام جديد نسبة الى الالتزام الذي وقع به الاخلال، والتعويض يرجى به الاصلاح، فالتعويض العيني هو (الحكم باعادة الحال الى ما كانت عليه قبل ان يرتكب المسؤول الخطأ الذي أدى الى وقوع الضرر)[١٦٤]، والتعويض العيني يشتمل على اصلاح الشيء[١٦٥]، والقانون وليس القاضي ينشئ الالتزام بالتعويض –وأيا كانت طريقة التعويض– وللقاضي سلطة تقديرية[١٦٦] في اختيار طريقة التعويض، نقديا او عينيا.

وينقضي التزام المدين عن طريق التعويض العيني بمعالجة أوجه النقص التي تم التثبت منها عند فشل التجارب التي اجراها المشتري.

ويحق للمسؤول عرض التعويض العيني، ومن غير المستساغ رفضه من الدائن –دون مبرر معقول–.[١٦٧]

وان اكتشاف العيب (vice) يثير التزاما جديدا بالضمان مع انه يرتبط بالعقد الذي أنشأ الالتزام الاساسي للتنفيذ وعندئذ يكون الالتزام بالضمان عبارة عن الالتزام بالتعويض (العلاج)، وان الحكم بالزام المدين في هذه الحالة بالتعويض وذلك بعلاج العيب الموجود يكون عبارة عن تعويض عيني[١٦٨].

وأساس التعويض العيني هو الالتزام الاصلي يحل محل التنفيذ العيني بقوة القانون[١٦٩] مع بقاء الضمانات والتأمينات التي كانت للالتزام الاصلي[١٧٠]، فالوفاء بمقابل هو وفاء ببديل[١٧١]، وحيث ان العلاج وفاء بمقابل اذن هو التزام بدلي.

وحيث ان الخيار للمشتري في العيب الخفي[١٧٢] هو اما رد المبيع أو قبوله بالثمن المسمى[١٧٣]، وحيث أن من شروط العيب الخفي أن يكون مؤثرا[١٧٤]، فمن الناحية العملية لا يلجأ المشتري للخيار الثاني، ويتمسك بالاول ويرد المبيع ما يعني فسخ العقد، وحيث ان فسخ العقد يؤدي لمخاطر اقتصادية كبيرة سيما في العقود الدولية، فلا بد من تفعيل حق البائع بالعلاج، لانه يقلل من حالات الفسخ وبالتالي تقليله من الخسائر الاقتصادية.

وما يؤكد ذلك في الـ(CISG) ان العلاج[١٧٥] لا يشترط فيه ان يكون بمطابقة تامة، ولو كان تنفيذا عينيا لالتزم ان يكون بمطابقة تامة، والدليل على ذلك هو مطالبة المشتري بالتعويض(النقد) اضافة الى العلاج[١٧٦]، ولعل هناك من يرى أن التعويض النقدي هنا مرده التخلف عن الميعاد لا عن عدم المطابقة التامة، بيد أن ذلك قول مردود بدليل ان حق المطالبة بالتعويض النقدي جائز حتى في الوفاء قبل ميعاد الاستحقاق، ولا يكمن القول أنه تعويض عن تأخير لان ميعاد الاستحقاق لم يفت بعد.

المبحث الثالث

نطاق حق البائع بالعلاج

هنالك نطاق موضوعي لاعمال حق البائع بالعلاج مع اجراءات خاصة تمثل النطاق الاجرائي للسير فيه، وهذا ما سيتم توضيحه في المطلبين الآتيين.

المطلب الاول

النطاق الموضوعي

وفيه نعرض الى الاتجاه الموسع والآخر المضيق والثالث المتوازن وفي فروع ثلاثة مع بيان رأينا في المسألة في فرع رابع.

الفرع الاول

الاتجاه الموسع

يرى الفقيه (Honnold) ان تحديد مفهوم المخالفة الجوهرية –والتي تعد مانعا من ممارسة البائع حقه في العلاج– يتحدد في ضوء عرض البائع العلاج، فمتى ما كان مستعدا له فلا يمكن أن توصف المخالفة بالجوهرية، وبالتالي لا يمكن تقييد حقه في العلاج.[١٧٧]

ووفقا لهذه النظرية، كل اخلال يعد قابلا للعلاج ولا يمكن رفضه بحجة وجود مخالفة جوهرية[١٧٨]، فيجب اقرار حق العلاج وان كان هنالك مخالفة جوهرية طالما كان العلاج ممكنا وبشروطه، وعليه يكون مفهوم حظر العلاج في الخرق غير القابل للعلاج[١٧٩].

يقول الفقيه (Honnold) ان حق البائع بالعلاج يسمو على حق المشتري في فسخ العقد حتى بعد مرور تاريخ التسليم طالما لم تكن هنالك أضرارا كبيرة لعدها مخالفة جوهرية على النحو المطلوب، ففي قرار لمحكمة سويسرية نص على أنه (ووفقا لـ CISG) المادة ٢٥، حالة المخالفة الجوهرية هو وجود ضعف ذو أهمية في مصلحة المشتري في أداء حتى الان، بالاضافة الى الوزن الموضوعي او اهمية وجود الخلل، فمن الحاسم للجوهرية للاخلال بالعقد سواء كان هذا العيب يمكن ازالته عن طريق الاصلاح او تسليم بديل – قانون مبيعات الامم المتحدة يخرج من الاسبقية الاساسية للحفاظ على العقد، حتى في حالة وجود خلل أساسي موضوعي، عندما نكون في شك، والعقد يحافظ عليه حتى في حال وجود عيوب جوهرية، وفسخ العقد يجب أن يكون حالة استثنائية، طالما كانت هنالك امكانية للعلاج او الاستبدال من قبل البائع ولا يسبب خطرا نهائيا لمصلحة المشتري الاساسية).[١٨٠] بناء على حكم المحكمة أعلاه يلاحظ ان الخرق حتى لو كان أساسيا يمكن علاجه طالما مصلحة المشتري لا تتأثر.

وفي قضية بين بائع هولندي ومشتري الماني لعقد بيع بطانيات[١٨١]، البائع الهولندي سلم البطانيات للمشتري الالماني، المشتري أعطى اخطارا ان خمس بكرات من البطانيات مفقودة، بينت المحكمة أنه حيث ان البائع قدم عرضا لتوفير بضائع جديدة، وحيث ان ذلك رفض من قبل المشتري، وحيث ان عدم الدقة لا تعد مخالفة جوهرية للعقد عند النظر في فسخ العقد لتكون

أساسا، فلا يؤخذ فقط خطورة العيب انما أيضا يراعى استعداد الطرف المخل في توفير بضائع بديلة دون التسبب في ازعاج غير معقول للطرف الآخر.[١٨٢] ولذلك نرى في هذه القضية حتى نقص خطير لا يشكل مخالفة جوهرية لان البائع قدم عرضا لتزويد البطانيات المطابقة.

وفي قضية بين بائع ايطالي ومشتر الماني[١٨٣] لبيع القماش، المشتري الالماني أصدر طلبه الى البائع لانتاج التنانير والفساتين، بعد حلول ميعاد التسليم، اعترض المشتري على نوعية وحجم الاقمشة، لانه لا يستطيع قصها كما هو مطلوب، وطلب من البائع تسليم أقمشة لا يمكن الاعتراض عليها خلال ١٤ يوما. أرسل البائع عينات من نسيج آخر، وطلب من المشتري مزيدا من المعلومات عن أية مشاكل قد تنشأ، رفض المشتري قبول البضائع ورفع دعوى ضد البائع مطالبا باسترداد الثمن. قررت المحكمة ان المشتري فقد حقه في فسخ العقد لانه تجاهل أحكام المادة (٢/٤٩/ب/٢ و٣)، ولاحظت المحكمة ان هذه الاحكام تعني ان المشتري يمكن ان يعلن فسخ العقد فقط بعد أن أعطى البائع فرصة لتنفيذ العقد، ووجدت المحكمة أن المشتري منع البائع من ممارسة حقه في العلاج بمقتضى أحكام المادة ٤٨، من خلال المطالبة باعادة التسليم دون تحديد طبيعة البضائع التي لا يمكن الاعتراض عليها، وبرفضه قبول النسيج الآخر، حيث العينات تم ارسالها اليه، ويحق للبائع ارسال بديل.[١٨٤] ويتضح من هذه القضية أنها تبين بشكل صارم حق البائع بالعلاج.

وعلى الرغم من ان المادة ٢/٦٠١من UCC تعطي امكانية للمشتري لرفض البضائع قبل القبول لعدم مطابقة ثانوية، بيد أن المواد الاخرى من المدونة أدت بالمعلقين وأكثر من محكمة واحدة الى استنتاج مفاده ان المشتري يتم السماح له بفسخ العقد فقط لمخالفة جوهرية.[١٨٥]

ويرى الفقيه (Koch)[١٨٦] ان للبائع أن يعالج أي خلل في التزاماته، بيد أن ذلك الحق مقيد من حيث المخالفة لم تكن جوهرية أو في الحالات الاخرى التي لم يعلن فيها المشتري فسخ

العقد[١٨٧]، ويؤكد هذا الفقيه أن عرض البائع للعلاج يعد عنصرا أساسيا في تكييف المخالفة الجوهرية من عدمها.

بيد ان المشكلة التطبيقية للنظرية أعلاه أنها تؤدي لخلق نتائج اعتباطية وتترك البائع بانسياب طويل عندما يكون غافلا عن العيب في البضائع، والحل سيكون اما ان يفرض على المشتري واجب اشعار البائع بالخلل ويعطي البائع الفرصة ليبطل اعلان الفسخ بالاثر الرجعي عن طريق عرض العلاج أو أن لا يُفعل عرض العلاج باستبعاده بواسطة اعلان الفسخ.

الفرع الثاني

الاتجاه المضيق

هنالك من يرى[١٨٨] ان اعلان المشتري للفسخ يجب أن يؤخذ فيه بنظر الاعتبار حق البائع بالعلاج، وان على المشتري واجب استكشاف امكانية البائع لعلاج الخلل، وطبقا لذلك حق البائع بالعلاج يستمر لفترة أطول طالما المشتري لم يفسخ العقد[١٨٩].

ويرى (جيروم هوبيه) ان حق البائع بالعلاج ينبغي ان يكون في غير المخالفات الجوهرية والتي تكون في حالة التأخير أو العيوب الطفيفة.[١٩٠] ويرى الاستاذ (Alison) ان مسألة أخذ النظر لعرض البائع لعلاج في تكييف المخالفة بالجوهرية مسألة نسبية، لان هنالك من المخالفات ما يعد جوهريا بطبيعته (لانه خرق غير قابل للعلاج)، أو أن البائع يفصح عن عدم رغبته بالعلاج او ان مقدرة البائع غير ممكنة او التجربة السابقة او مصلحة المشتري.[١٩١]

ويقول الاستاذ Ziegel[١٩٢] ليس هناك شرط في الاتفاقية يتطلب من الطرف المتضرر أن يعطي الطرف المخل فرصة للعلاج قبل ممارسة حقه في الفسخ، ولا يوجد حق بالعلاج مع وجود فسخ العقد من المشتري، فيتوقف ذلك على قبول المشتري او عدم رده على البائع خلال فترة معقولة.[١٩٣]

ويرى (Jafar Zadeh)[١٩٤] ان مجرد امكانية علاج الخلل في تنفيذ الالتزام لا يشكل بحد ذاته أي تأثير، فلا ينبغي وضع المشتري تحت رحمة البائع لينتظر منى يبين الاخير رغبته، انما المهم ان يبين البائع قدرته ورغبته في معالجة الخلل واصلاحه لا مجرد الامكانية، ما يعني ضرورة تحقيق التواصل بين المتعاقدين والتعاون بينهما.

وقد قيدت المحاكم هذا الحق بالاخلال البسيط وقد وضعت أهمية على توقعات المشتري، ففي قضية (Johannsen v. Minnesota Valley Ford Tractor Co 1980) بينت المحكمة ان (أي حق لعلاج يقتصر على الحالات التي فيها عيوب طفيفة، ونحن نحمل البائع الذي ليس له حق العلاج للعيوب التي من شأنها أن تضعف قيمة البضائع الى حد كبير)[١٩٥].

ويرى الفقيه (Will)[١٩٦] أن المشتري ينبغي أن يحصل على اجابة سريعة لسؤال (ما مدى امكانية البائع للعلاج؟)، ويعلق بعدم امكانية سلب المشتري حق فسخ العقد الا اذا كانت الاجابة (نعم) على أساس المعرفة الفعلية للمشتري كأن تكون تجربة جيدة سابقة، بضاعة حسب الطلب أو الظروف الكامنة وراء البيع، ويمكن للاطراف تجنب الشك عن طريق التواصل مع بعضهم البعض.

هذه النظرية تبدو ثقيلة على البائع، اذ ان حقه سيكون غير مؤكد، لان حقه في العلاج ربما سيكون متجاوزا بواسطة حق المشتري بالفسخ اذا كان غافلا عن عدم المطابقة.

الفرع الثالث

الاتجاه المتوازن

يرى الفقيه (Huber)[١٩٧] أنه يجب أن يؤخذ بعين الاعتبار عرض البائع بالعلاج في تحديد المخالفة الجوهرية وتأكيد الفسخ من عدمه، بيد أنه يذهب الى ان هنالك حالات استثنائية تسمح للمشتري فسخ العقد لمصلحة مشروعة[١٩٨]، والتي بدورها ترجع اما لخطورة الاخلال في حد ذاته أو الى الشروط التعاقدية أو فقدان الثقة[١٩٩] أو الغش أو أن البائع أصبح غير قادر على الوفاء بالتزاماته[٢٠٠].

ويقول (Lachmi) وأود أن أختلف مع الرأي أعلاه فالمادة (٢٥) تبحث أيضا فيما كان يتوقعه الاطراف من العقد أي نوايا الاطراف، وبالتالي فان الطرف المتضرر قد جُرِّد الى حد كبير مما كان يتوقع، ويخل بالثقة، فللمشتري مصالح أخرى من العقد ليس مجرد اصلاح أو استبدال انما دمرت أساس الثقة، وبالتالي ما يعد أساسيا (جوهريا) بموجب م ٢٥ لا ينبغي أن يكون مسألة ذات العلاج في تحديد مسألة الفسخ.

الفرع الرابع

رأينا في النطاق

نرى أنه يجب أن يسمح للبائع علاج أي قصور في أداء التزاماته، بيد أن هذا الحق ليس مطلقا انما مقيد بقيود ثلاثة:

١- أن لا يكون اخلاله يشكل مخالفة جوهرية

٢- أن يكون العلاج مناسبا

٣- أن لا يكون البائع على معرفة بالعيب

١- أن لا يكون اخلاله يشكل مخالفة جوهرية

يرى أغلب الفقه –كما تقدم– أن عرض البائع للعلاج عاملا مقيدا لمفهوم المخالفة الجوهرية[٢٠١]، وربما البعض منهم يسمح بالعلاج حتى في حال وجود مخالفة جوهرية طالما ان المشري لم يعلن فسخ العقد. بيد أننا نرى ان حق البائع في العلاج ينتفي في حال وجود مخالفة جوهرية[٢٠٢]، المسألة المهمة تكمن في تحديد مفهوم المخالفة الجوهرية[٢٠٣]، يجب التشدد في تحديد مفهومها، فهناك مخالفات أساسية موضوعية بيد أنها لا تشكل مخالفة جوهرية[٢٠٤]، وهنالك كثير من الصعوبات في وضع خط فاصل بين المخالفة الجوهرية والمخالفة غير الجوهرية[٢٠٥] ولعل المناسب أن تكون المخالفة الجوهرية هي المخالفة غير القابلة للعلاج[٢٠٦] بحكم طبيعتها أو بالاتفاق.

فلا يحق بالضرورة للطرف المتضرر بالعقد فسخ العقد بمجرد مخالفة الطرف الآخر[٢٠٧] او عدم تنفيذه على الاقل مع غياب شرط الفسخ التلقائي[٢٠٨] –مع الاشارة الى ان اتفاقية CISG لم تجز الفسخ التلقائي– ، ومع ذلك فان الفشل الخطر –المخالفة الجوهرية تجيز له فسخ العقد[٢٠٩]. ولا تتفق النظم القانونية على معيار واحد في تحديد الاخلال الموجب للفسخ –المخالفة الجوهرية– .

وان المحاكم الانكليزية غالبا ما تركز على أهمية شرط معين لتأخذ منه أساسا لتبرير فسخ العقد[٢١٠]، وتميز هذه المحاكم –في صدد عقود بيع البضائع– بين الشرط والضمان، وتعطي

أولوية للاول، حيث ان مخالفته قد تستوجب الفسخ، في حين ان مكان الثاني هو الظل –من حيث القابلية للفسخ– ومخالفته لا تستوجب سوى التعويض[٢١١].

في حين ينصرف التركيز في الولايات المتحدة على مبلغ المخالفة وقوتها[٢١٢] دون المبالاة بالشرط، وحينما يتم الالتزام بالعقد، فان المحاكم تعد الاداء الرئيسي لكل طرف شرطا (حكميا – او ضمنيا–) في التزام الطرف الاخر، فاذا كان اخلال احد الطرفين مؤثرا الى حد ملموس، فان عدم الوفاء هذا يبرر استدعاء الشرط الحكمي ووقف الوفاء بما عليه واعطاء الطرف الآخر علاج عدم وفائه فان استمر الوضع دون علاج فترة مؤثرة، كان للمتضرر الحق في الفسخ.[٢١٣]

ويمكن ان نجد قاعدة مشابهة في (PECL)[٢١٤] حيث يمنح البائع فرصة تقديم عرض مطابق جديد قبل حلول وقت الوفاء او اذا كان التأخير لا يشكل مخالفة جوهرية[٢١٥]. وتحدد مبادئ العقد الاوربي (PECL)[٢١٦] المخالفة الجوهرية بـ:

١– اذا كان الامتثال المطلق للالتزام من جوهر العقد

٢– اذا كان الامتناع عن الوفاء يؤدي الى حرمان المتضرر حرمانا كبيرا مما كان له ان يتوقعه من العقد، الا اذا كان الطرف الممتنع عن الوفاء لم يتوقع او لم يمكنه بشكل معقول ان يتوقع مثل تلك النتيجة.

٣– اذا كان الامتناع عن الوفاء متعمدا، ويعطي للطرف المتضرر السبب في الاعتقاد بأنه لا يمكنه ان يعتمد على وفاء الطرف الممتنع في المستقبل.[٢١٧]

والمجلس الاستشاري لـ CISG يرى أنه اذا كان العلاج وتقديم بديل او بضائع مفقودة ممكن دون التسبب في تأخير غير معقول او ازعاج للمشتري، هنا لا توجد مخالفة جوهرية. وفي تقرير ما اذا كان الاخلال يشكل مخالفة جوهرية أم لا، يجب النظر الى الغرض الذي تم شراء البضاعة من أجله. المجلس الاستشاري يؤكد اذا كان المشتري في وضع أفضل اذا تحقق العلاج فيكون ملزما السماح للبائع بممارسته وعدم فسخ العقد لمخالفة جوهرية. ومع ذلك حيث أساس الثقة للعقد تم تدميره، المشتري لايتوقع منه قبول العلاج من البائع.[٢١٨]

واذا ماكان الفسخ متاحا في حالات المخالفة الجوهرية –فحسب–، فان للمتضرر ان يرفع تاخيرا غير جوهري الى حد جوهري من خلال اعطاء مهلة للطرف الآخر، ويبقى الاخير بعد انتهائها غير منفذ التزامه بالصورة الصحيحة.[٢١٩]

وفي حالتي الامتناع عن التسليم او التأخير فيه فان شرط المخالفة الجوهرية يمكن الاستعاضة عنه باجراء الانذار المقيد بوقت محدد (Nachfrist).[٢٢٠]

٢– أن يكون العلاج مناسبا

شرط (مناسبة العلاج)، يستنتج من جميع الشروط المنصوص عليها في القوانين والاتفاقيات الدولية[٢٢١]، والتي عالجت الشروط تحت مسميات مختلفة، تأخير لامبرر له، ازعاج غير معقول،

عدم تيقن من تسديد النفقات وما الى ذلك[٢٢٢]، والواقع أنها جميعها تنصب على أن يكون العلاج لايسبب ازعاجا غير معقول للمشتري أي مناسبا، فالعلاج المناسب[٢٢٣] يقتضى منه أن لايتضمن:

١- تأخير لامبرر له
٢- عدم يقين من قيام البائع بتسديد النفقات التي أنفقها المشتري
٣- أي ازعاج آخر

فالاصلاح أو تسليم بديل للبضائع المفقودة بشرط عدم التسبب في تأخير أو ازعاج غير مقبول للمشتري.[٢٢٤]

ويكون العلاج كذلك اذا لم يسبب ازعاجا للمشتري، ولا يمكن رفض العلاج من قبل المشتري الا اذا كان هنالك مبررا معقولا[٢٢٥].

فالعلاج محظور اذا كان الوقت هو الجوهر[٢٢٦] ويكون كذلك اما بطريق أصلي أو تبعي (Nachfrist)[٢٢٧]، وقد مددت المحكمة –في قضية ترينور ضد والترز– فترة التسليم لان الطرف لا يحتاج الاشجار قبل هذا التاريخ، حيث ان العلاج هنا –حسب رأيها– يعد مناسبا (Traynor v. Walters1972)،[٢٢٨] في حين ان المحاكم حكمت في قضية اخرى (Marine Mart, Inc. v. Pearce1972) بعد أحقية البائع بالعلاج رغم ان العيوب طفيفة، بيد ان التأخير بشكل واضح غير مألوف –غير مناسب–.[٢٢٩]

ويقول الفقيه (Will) (هنالك ثلاثة انواع من التأخير:

١- يشكل مخالفة جوهرية ويتم التعامل معه وفقا للمادة ٤٩/١/أ
٢- تأخير لا يرقى الى مخالفة جوهرية بيد انه لايزال يظهر غير معقول
٣- تأخير ليس غير معقول. فقط في الاخير يفسح المجال للمعالجة، والمعقولية تعتمد على ظروف كل حالة.[٢٣٠]

ففي قضية (Clark Oil Trading Co. v. Amerada Hess Trading Co 1994) (...ان العلاج يجب أن يتم على وجه السرعة...)[٢٣١]، وفي قضية بائع ايطالي ومشتر الماني لعقد بيع مادة كيمائية من نوعية معينة لانتاج المستحضرات الصيدلانية (Germany 23 June 1995 Lower Court Mnchen) ذكرت المحكمة (...أنه بموجب المادة ٤٨/١ من اتفاقية فينا للبيع الولي للبضائع ١٩٨٠، يجوز للبائع ان يعالج على نفقته الخاصة أي اخفاق في أداء التزاماته اذا كان يمكن ان يفعل ذلك دون تأخير لامبرر له، ورأت المحكمة ان محاولة البائع لعلاج العيوب قد فشلت كما ان البضاعة لم تصل الى ايطاليا في الوقت المحدد وان اي مزيد من التأخير في العلاج يعد غير معقول، فعميل المشتري اضطر لوقف الانتاج خلال وقت خضوع البضائع للعلاج وهذا من شأنه أن يؤدي الى مطالبات بالتعويض عن الاضرار من جانب عميل المشتري)[٢٣٢].

وقضت المحاكم – في قضية (Peter Pan Seafoods, Inc. v. Olympic Foundry Co 1977)– مدة الضمان المعطاة من البائع تعد ضمن مدة الاداء، لا يوجد تأخير، يوجد حق البائع بالعلاج[٢٣٣] وفي قضية (Marine Mart, Inc. v. Pearce1972) بينت المحكمة ان العيوب طفيفة لكن التأخير بشكل واضح غير معقول[٢٣٤] وكذلك الامر في قضية (Ramirez v. Autosport 1982) [٢٣٥].

ان اقرار حق العلاج لا يجوز الا اذا كان البائع يستطيع تقديم عطاء يتوافق مع العقد وتقديم تعويض نقدي عن أية أضرار تكبدها المشتري بسبب البضاعة المعيبة[٢٣٦].

على أنه مجرد تكبد المشتري لمبالغ لا يجعل منها غير معقولة، انما يمكن اضافة ذلك كتعويض يطالب به المشتري دون التأثير على حق البائع في العلاج.[٢٣٧]

ويقول (كيلر) على الرغم من ان المادة ٣٧ لم تنص على شرط الاخطار من اجل العلاج، بيد ان البائع اذا حاول العلاج دون سابق انذار، فمن شأن ذلك أن يكون مصدر ازعاج غير معقول للمشتري[٢٣٨].

٤- أن لا يكون البائع على معرفة بالعيب

يفقد المشتري الحق في الاعتماد على عدم المطابقة في حال عدم قيامه باخطار المشتري عن العيوب في البضائع خلال فترة معقولة، ما يعني أولوية حق البائع بالعلاج والزام المشتري اخطار الاول، بيد أن علم البائع بالعيب[٢٣٩] الذي كان مطلوبا من المشتري ارسال اشعار عنه يزيل الحدود الزمنية فيما يتعلق بفسخ العقد. ولعل من العبث هنا استدعاء القيود على الفسخ كتلك المنصوص عليها في المادة ٢/٤٩ في الـ(CISG).

لكن هل يُتطلب هنا المعرفة الفعلية أم الحكمية؟ أي هل يجب أن يكون البائع على علم فعلا أو ينبغي أن يكون على علم؟ وهل جهل البائع بالعيب يعد سببا كافيا للعلاج؟ أم أن الجهل يجب أن يكون مبررا؟

واقعا ان مجرد جهل البائع بوجود العيب لا يؤدي الى الحق التلقائي بالعلاج، فلا يُكتفى بأن لا يكون على علم انما ينبغي أن لا يكون كذلك باعتماد معيار موضوعي. ويرى الفقيه (Will) يجب ان لا يتوقع هو ولا الشخص المعتاد ذلك[٢٤٠]، ففي قضية (T.W. Oil, Inc. v. Consolidated Edison Co 1982) رأت المحكمة برده[٢٤١]، فالبائع ينبغي عليه العثور على سبب معقول للاعتقاد ان عطاءه مقبول، عليه ان يقنع المحكمة: ١-كان جاهلا للعيب اضافة الى حسن النية والسلوك الحكيم ٢-كان لديه سبب ما كتعامل سابق واستخدام تجاري الذي أدى به للاعتقاد ان البضائع ستكون مقبولة[٢٤٢].

فكرة كلما زاد عدم المطابقة قل سبب اعتقاد البائع ان البضائع ستكون مقبولة، تبدو مقبولة بيد أنها لم تذكر حرفيا في الـ UCC[٢٤٣].

وفي قضية (Appleton State Bank v. Lee 1967) آلة خياطة لعلامة تجارية خاطئة البائع ليس لديه العلم في وقت التسليم عدم المطابقة[٢٤٤].

وفي قضية (McKenzie v. Alla-Ohio Coals, Inc 1979) تسليم الفحم مع نسبة رماد ١٣.٥% الى ١٦%وفي العقد ٧.٥% لا يوجد هنالك بائع يمكن أن يعتقد على نحو معقول ان هذا الفحم سيكون مقبولا[٢٤٥]، وفي قضية (Bevel-Fold, Inc. v. Bose Corp.1980) تسليم خزائن لعدم المطابقة بشكل كبير مخالف للمعقولية لا يوجد سبب للاعتقاد بأنه سيكون مقبولا[٢٤٦].

ويجوز للمشتري بعد ثبوت علم البائع فسخ العقد[٢٤٧] استنادا لأحكام المادة ٤٩/١/أ من الـ (CISG)[٢٤٨].

المطلب الثاني

النطاق الاجرائي

نتكلم في هذا المطلب عن فحص المشتري للبضائع والمستندات بعده اللبنة الاولى في مسيرة النطاق الاجرائي، ثم بيان اخطار المشتري للبائع بالتنفيذ المعيب ثم اخطار البائع للمشتري عزمه على العلاج، ووفق الفروعين الآتيين.

الفرع الاول

فحص المشتري للبضائع والمستندات

يتم الكشف عم عدم المطابقة –كقاعدة عامة– من خلال البحث او المقارنة (المضاهاة) أو التحليل او الاختبار او غيره من الوسائل التي تتم بواسطة الطرف الذي يتحمل عبء هذا الفحص.[٢٤٩]وتبدأ المسألة بالتفتيش أو الاختبار[٢٥٠]، اذ يعطي القانون الامريكي –مثلا– لكل طرف الحق في أن يفحص ويختبر البضاعة ويأخذ عينة حتى ولو كانت البضائع في حيازة الطرف الآخر أو تحت مراقبته[٢٥١]، بل يجوز لاطراف العقد ان يتفقوا فيما بينهم بان يقوم بفحص البضائع طرف من الغير.[٢٥٢]

وتفرض الـ(CISG) مثل نظيرتها الـ(ULIS) على المشتري واجب فحص البضائع بنفسه او بواسطة غيره.[٢٥٣]

ومن مصلحة المشتري اجراء هذا الفحص، لكي يتحقق من مطابقة البضائع بين التي قد سلمت تنفيذا للعقد، وبين تلك التي قد وعد بها فعلا.[٢٥٤]

وتعد عملية الفحص او المعاينة في نظر بعض الانظمة القانونية واجبا يقع على عاتق المشتري وقد اشترط لصالح طرفي العقد مثال ذلك القانون المدني المصري[٢٥٥] والقانون المدني العراقي والقانون الكويتي[٢٥٦] والقانون الالماني[٢٥٧] وهو ما أكده بعض الفقه الفرنسي[٢٥٨]، وتبنت الـ(CISG) هذا الحكم بنصها (يجب على المشتري أن يفحص البضاعة بنفسه أو بواسطة

غيره). ويعتبر شراح الـ(CISG)ا ان قيام المشتري بفحص البضائع واجب، لكي يتسنى للمشتري التمتع بالحقوق المقررة له في حال عدم تحقق المطابقة.[٢٥٩] ويعتبر قانون الالتزامات السويسري عملية الفحص من قبيل الالتزام الذي يقع على عاتق المشتري، بل هنالك من يرى[٢٦٠] ان التزام المشتري بفحص البضائع من المبادئ السائدة في الانظمة القانونية المختلفة. ويذهب رأي آخر[٢٦١] من الفقه الى ان عملية الفحص للبضائع تعد حقا للمشتري، حتى يتحقق من مطابقتها مع الاوصاف التي اتفق عليها مع بائعه في العقد.[٢٦٢]

والغرض من جعله واجبا في الـ(CISG)، هو حث المشتري على كشف العيب واعلام البائع به واتخاذ موقف حاسم، لكي لا تبقى المراكز القانونية قلقة ومضطربة لفترة طويلة.[٢٦٣]

الفرع الثاني

الاخطار

أولا: مضمون الاخطار

١- اخطار المشتري البائع بالتنفيذ المعيب –ويشمل التخلف عن التنفيذ–

ان اعذار المدين هو وضعه في حالة المتأخر في تنفيذ الالتزام[٢٦٤]، فمجرد حلول أجل الالتزام لا يكفي في جعل المدين في هذا الوضع القانوني بل لابد من اعذاره[٢٦٥]. فقد يحل أجل الالتزام ومع ذلك يسكت الدائن على ان يتقاضى التنفيذ من المدين، فيحمل ذلك منه محمل التسامح[٢٦٦] وانه لم يصبه ضرر من تأخر المدين في تنفيذ التزامه وقد رضي ضمنا بمد الاجل ما دام يستطيع الانتظار دون ضرر يصبه من ذلك. أما اذا كان الدائن يريد من المدين ان ينفذ التزامه الذي حل أجله، فعليه أن يشعره بذلك عن طريق انذاره،[٢٦٧] فالمشتري يستطيع بعد انذاره البائع – لكي يثبت اخلاله بالالتزام– المطالبة اما بالتنفيذ العيني –التعويض العيني– مع التعويض – النقدي– ان كان ممكنا أو الفسخ مع التعويض.[٢٦٨]

ولا يكتفى بالاشعار بعبارات عامة[٢٦٩]، انما يجب أن يتضمن ماهية عدم المطابقة[٢٧٠]، لاعطاء البائع الفرصة على الرد أو العلاج[٢٧١]، فيجب ان يشير الاخطار الى كيفية العلاج ومتى (م٧/١/٤) من الـ(PICC) ويجب ان يشير الى الطريقة المقترحة وتوقيت العلاج.[٢٧٢]

ولم تحدد الاتفاقية البيانات التي يتعين أن يتضمنها الاخطار[٢٧٣]، بيد انها تطلبت أن يكون الاخطار بشروط معقولة، وتنصرف هذه المعقولية الى سبب توجيه الاخطار ووقته والشروط التي يتضمنها.[٢٧٤] والغرض من الاخطار هو القضاء على أي عدم يقين[٢٧٥]، فتوجيه الاخطار يتيح للمتعاقد الآخر الفرصة للرد عليه وتقديم ضمانات كافية تؤكد عزمه على تنفيذ الالتزام.[٢٧٦] والاشعار يجب أن يكون في وقت معقول[٢٧٧]بعد اكتشاف العيب أو الوقت الذي ينبغي فيه الاكتشاف[٢٧٨]، اشعار دون تأخير[٢٧٩]. وان الدعوى او ايقاع الحجز لايغني عن الاشعار.[٢٨٠]

والاخطار بعد التفتيش[٢٨١] يشكل أساس التعاون بين الطرفين[٢٨٢]، ما يضع البائع تحت التزام بالرد المبكر على الاخطار واعلام المشتري خططه بالعلاجات.[٢٨٣]

وفي حالة عدم قيام المشتري باخطار البائع في غضون فترة زمنية معقولة بعد اكتشاف عدم المطابقة، هو سيخسر كل العلاجات التي تكون على أساس عدم المطابقة[٢٨٤]، بما في ذلك الحق في التعويض التنفيذ العيني، الفسخ وكذلك تخفيض الثمن.[٢٨٥]

وهناك نوعان من الاستثناءات قد تحمي المشتري الذي لم يعط اشعارا صحيحا: ١-اذا كان البائع على علم بالعيب[٢٨٦] ٢-اذا كان لدى المشتري عذر مقبول.[٢٨٧]

٢- اخطار البائع المشتري عزمه بالعلاج

على البائع اخطار المشتري عزمه لممارسة حق العلاج[٢٨٨]، ويجب ان يتضمن اشعار البائع فترة محددة لتنفيذ التزامه[٢٨٩]، لكن ماذا لو لم يتضمن؟ هنالك من يرى أنه لا أثر له[٢٩٠]، فقد حكمت محكمة Hoveikeus turnun 1997 (يجب على البائع ان يشير في طلبه الى الوقت اللازم لاصلاح الخلل، وبخلاف ذلك لا يكون المشتري ملزما بالرد عليه).

ويجوز توجيه الاخطار بأي وسيلة تتناسب مع الظروف[٢٩١]، من ناحية السرعة المتطلبة في توجيه الاخطار وضمان وصوله الى المتعاقد الآخر[٢٩٢]، فقد يكون الاخطار عن طريق برقية[٢٩٣] تلغرافية او تلكس او فاكس او بريد الكتروني[٢٩٤]، المهم ان يختار المتعاقد الوسيلة التي تضمن وصول الاخطار الى المتعاقد الآخر في وقت مناسب يسمح له بتدارك أمره وتقديم ضمانات تؤكد قدرته على التنفيذ.[٢٩٥]

فلا يتصور مثلا توجيه اخطار ببرقية تلغرافية رغم علمه بوجود اضطراب بدولة المتعاقد الآخر وتعطل الخدمات البريدية هناك.[٢٩٦]

ولعل من المناسب هنا الاشارة الى ان المادة ٢٧ CISG تضع مبدأ عاما أنه في حالة تأخير وصول أي اخطار –اذا ما أرسل بالوسيلة والظروف المناسبة– لا يحرم هذا الطرف من حقه في التمسك به، فاذا لم يرتكب المرسل خطأ في اختيار الوسيلة التي وجه بها الاخطار، فكانت الوسيلة متناسبة مع الظروف، فان أي تأخير أو غلط في ايصال هذا الاخطار وكذلك عدم وصوله لا يحرم المتعاقد الذي أرسله من حقه في التمسك به، فيعد كما لو كان قد وصل في الميعاد المناسب وأحدث أثره.[٢٩٧] والمادة (٢/٤٨) تضع استثناء على هذا المبدأ (لا يحدث الطلب أو الاخطار الذي يقوم به البائع...أثره الا اذا وصل الى المشتري)، عليه فان عدم وصول اعتراض المشتري على العلاج المقترح من البائع تسري عليه القاعدة العامة، اما الاستثناء فهو خاص بالاخطارات أو الطلبات المقدمة من البائع الذي هو في حالة اخلال[٢٩٨]، فالاخطار من البائع غير فعال مالم يصل الى المشتري[٢٩٩].

فاذا امتنع المتعاقد –البائع– عن الرد على الاخطار الموجه اليه او رد عليه دون ان يحمل رده أي ضمانات تؤكد استعداده بتنفيذ الالتزام، فان المتعاقد الذي وجه الاخطار –المشتري– يستطيع في هاتين الحالتين اعلان فسخ العقد باعتبار ان ما صدر عن المتعاقد الآخر على النحو يرجح أنه سوف يرتكب مخالفة جوهرية للعقد.[٣٠٠] فحق البائع بالعلاج لسبب معقول م٢/٥٠٨ اذا البائع قام باعلام المشتري نيته في العلاج، وانه سيقوم بذلك خلال فترة معقولة[٣٠١].

ولم تحدد الاتفاقية الفترة التي يتعين أن ينتظرها المتعاقد الذي وجه الاخطار حتى يصل الرد اليه، فيترك ذلك لظروف كل حالة على حدة، ففي قضية (Clark Oil Trading Co. v. Amerada Hess Trading Co 1994) بينت المحكمة ان (... موعد الاداء عندما يقترب على البائع اعلان نيته لعلاج الخلل).[٣٠٢]

وقد ذهب رأي الى أنه كان من الافضل تعديل هذه المادة بتحديد فترة زمنية يتعين على المتعاقد الآخر الرد خلالها وتقديم ضمانات كافية والا عد ذلك اخلالا منه بالعقد، وذلك سيرا على نهج القانون الامريكي والذي جعل هذه المدة (٣٠) يوما.[٣٠٣]

ثانيا: آثار الاخطار

١- التزام المشتري السماح للبائع بالعلاج

٢- تعليق خيارات المشتري الاخرى التي تتعارض مع حق البائع بالعلاج

٣- حق الاحتفاظ بالمطالبة بالتعويضات

١- التزام المشتري السماح للبائع بالعلاج

اذا كان المشتري على استعداد للسماح للبائع علاج الخلل، يُلزم السماح للبائع ممارسة هذا الحق طالما كان مناسبا، فالمشتري ملزم بالتعاون[٣٠٤] واعطاء البائع فرصة عادلة لتخفيف الضرر.[٣٠٥]

وقد يتم منع المشتري الصامت من الاحتجاج بالتأخير غير المعقول وطلب فسخ العقد وتخفيض الثمن والزامه قبول العلاج.[٣٠٦]

٢- تعليق خيارات المشتري الاخرى التي تتعارض مع حق البائع بالعلاج

يمتنع على المشتري القيام بأي عمل من شأنه التعارض مع الحق الممنوح للبائع بالعلاج خلال الفترة الممنوحة للعلاج[٣٠٧]، فلا يجوز أن يستفيد المشتري في هذه الفترة من أي صورة أخرى من صور العلاجات المتاحة له كتخفيض الثمن[٣٠٨] أو الفسخ.[٣٠٩]

ويوضح نص المادة (٤/١/٧) من PICC ان حق العلاج لا يوقفه انذار الفسخ المقدم من المشتري، وان كان بيان العلاج فعالا فان حقوق المتضرر –المشتري– غير المتوافقة مع وفاء البائع تكون موقوفة الى انتهاء وقت العلاج.[٣١٠]

لكن اذا لم ينجح البائع بمعالجة الخلل أو تأخر تأخرا غير معقول أو سبب مضايقة للمشتري غير معقولة، فان الاخير يسترد حقه في الجزاءات الممنوحة له بالمادة (١/٤٥)[٣١١] استنادا لقاعدة (اذا زال المانع عاد الممنوع)[٣١٢]، ففي قضية (National Fleet Supply, Inc. v. Fairchild 1983) حيث قضت المحكمة ان عرض البائع للعلاج مع مذكرة الائتمان بعد أكثر من شهرين بعد البيع لا يلبي متطلبات الاشعار[٣١٣].

٣- حق الاحتفاظ بالمطالبة بالتعويضات

النص واضح في المادة ١/٤٨ من الـ(CISG) حيث يعطي المشتري حق المطالبة بالتعويضات عن التأخير فضلا عن أية أضرار[٣١٤] وكذلك المادة ٤/١/٧ من الـ(PICC).

الخاتمة

لا يسعنا في نهاية هذا البحث الا ان نسجل أبرز النتائج التي تم التوصل اليها مع تسجيل بعض التوصيات التي نرى من المناسب الاخذ بها، وكما هو موضح أدناه:

أولا: النتائج

١- حق العلاج حق ثابت للبائع وفقا للقواعد العامة تأسيسا على أنه تعويض عيني.

٢- العلاج لا يكون بطريقة واحدة بل له مصاديق متعددة.

٣- ان حق البائع بالعلاج واسع بحيث يشمل أي خلل في أداء التزاماته بما في ذلك الخلل في تسليم الوثائق وكذا الامر للتسليم المتأخر.

٤- لا يشترط في العلاج أن يكون بمطابقة تامة، بدليل التعويض في العلاج قبل ميعاد الاستحقاق، فهو ليس تعويضا عن تأخير، عليه لا يكون سوى تعويضا عن مطابقة غير تامة.

٥- يلعب حق البائع بالعلاج دورا وظيفيا فيما يؤديه من حفاظه على العقد وتقليله الخسائر الاقتصادية ودخوله عنصرا في تحديد المخالفة الجوهرية اضافة لدوره في تقييد مبدأ العقد شريعة المتعاقدين.

٦- تشكل معرفة البائع بالعيب –الغش– مانعا من ممارسته لحقه في العلاج.

٧- حق البائع بالعلاج وان كان ثابتا بيد أنه ليس سائبا انما تحكمه ضوابط محددة ويتم اعماله ضمن نطاق محدد، والاشعار من أهم ضوابط ممارسة هذا الحق.

٨- يترتب على تفعيل حق البائع بالعلاج –بمقتضى شروطه– تقييد حق المشتري – في فترة العلاج– بعدم اتيان أي عمل يتعارض مع هذا الحق، سوى المطالبة بالتعويض –ان اقتضى ذلك–.

٩- هنالك أكثر من أساس صالح للاستناد اليه في اقرار حق البائع بالعلاج –وان كانت فكرة (Nachfrist) أساسا صالحا في القانون الالماني– نجد ان الاسس الاخرى ليست بعيدة ان تكون كذلك لحق البائع في العلاج، بيد انه يمكن القول ان مبدأ حسن النية مبدأ عام ولعل واجب التعاون أخص منه وان كنا نرى أنه يرجع الى مبدأ حسن النية ومن صور التعاون واجب تخفيف الضرر.

١٠- الفلسفة لاقرار هذا الحق هو نهج المحافظة على العقد من الزوال قدر الامكان، باحترام هذه الرابطة التي تكونت عن التقاء الارادات وعدم الخروج عنها الا في الاحوال الاستثنائية، سيما في العقود التجارية لما يترتب على هذه الرابطة من روابط فرعية ويترتب على زوال الاولى زوال الثانية.

١١- لا يكتفى بالاشعار الانذار– بعبارات عامة، انما يجب أن يكون محددا متضمنا ماهية عدم المطابقة، لاعطاء البائع الفرصة على الرد أو العلاج

١٢- التعويض العيني التزام بدلي.

١٣- ان الوفاء يساوي التنفيذ العيني، وحيث ان الاول لا يكون الا رضائيا فكذا الثاني، عليه لا يوجد تنفيذ عيني جبري.

١٤- الاصل ان ينفذ الالتزام عينا، وهناك من الباحثين بل وحتى جانب من التشريعات تشير الى امكانية اللجوء الى التنفيذ العيني عند اخلال البائع –المدين– بالتزاماته، في حين أننا نرى ان الحكم هو تعويض عيني لا تنفيذ عيني.

١٥- في حالتي الامتناع عن التسليم او التأخير فيه فان شرط المخالفة الجوهرية يمكن الاستعاضة عنه باجراء الانذار المقيد بوقت محدد (Nachfrist).

١٦- أن اتفاقية الـ(ULIS) لا فائدة منها في التمييز بين المخالفة الجوهرية وغير الجوهرية، وأن البائع يستطيع العلاج فقط عندما المشتري لا يطلب فسخ العقد.

١٧- ان الـ(PICC) تتكلم عن أي طرف مخل بأداء التزاماته دون تحديد بائع أو مشترٍ أو غيرهما، وهي أيضاً لا تميز بين العلاج قبل وبعد ميعاد التسليم، انما ما يشترط فيها أن يكون العلاج مناسباً.

١٨- القاعدة في قوانين الولايات المتحدة الامريكية بمقتضى نص المادة (٢-٦٠١) من UCC هي تقديم (عطاء تام)، رغم ذلك فهناك ما يحد من هذه القاعدة ويشكل استثناءً عليها، من ذلك نص المادة (٢-٥٠٨) من القانون أعلاه، ويمكن ان نجد قاعدة مشابهة في (PECL) حيث يمنح البائع فرصة تقديم عرض مطابق جديد قبل حلول وقت الوفاء او اذا كان التأخير لا يشكل مخالفة جوهرية.

١٩- ان حق العلاج يجد له سندا حتى في التشريعات التي لا تنص عليه صراحة كالقانون الفرنسي والمصري والعراقي حيث ان عدم التنفيذ او التنفيذ المعيب يشكل خرقا للعقد، وحيث ان اغلب القوانين تشترط الاعذار لايقاع الفسخ او لاستحقاق التعويض وحيث ان العلاج بمثابة تعويض عيني، عليه يجب على الطرف المتضرر –المشتري- اعذار الطرف المخل –البائع- لبيان موقفه من العلاج، وحيث ان التعويض العيني هو الاصل ولا يصار الى غيره –التعويض النقدي- الا في أحوال استثنائية، لذا يكون الاعذار بداية تفعيل حق العلاج في تلك القوانين.

٢٠- حيث ان من شروط الوفاء بمقابل ان يقبل الدائن الوفاء بمقابل –فالمبدأ هو وفاء الشيء المستحق أصلا- فلا يجبر الدائن على قبول غير الشيء المتفق عليه –ولا يشترط في قبوله ان يكون صريحا بل يمكن ان يكون ضمنيا –ومن قبيله عدم الاعتراض--، وحيث ان هذا القبول بمثابة حق للمشتري، وحيث ان الرفض الصادر من المشتري دون عذر مشروع يعد نوعا من التعسف في استعمال الحق، وحيث ان التعسف يمثل خطأ، وحيث ان هذا الخطأ قد يسبب ضررا للبائع، وفي حال حصول ذلك يلزم الاول بالتعويض، وخير تعويض هو حرمانه –المشتري- من التمسك بحقه.

٢١- أن عرض البائع للعلاج يعد عاملاً أساسياً في وصف المخالفة الجوهرية من عدمه.

٢٢- يمكن ان يكون العلاج بعدم مطابقة تامة سيما في حالة العلاج قبل ميعاد التسليم حيث ان التعويضات هنا ليست تعويضات عن التأخير في الاداء لان ميعاد التسليم لم يحن بعد.

٢٣- المبدأ في الـ(CISG) هو حظر منح المهل القضائية الا باتفاق الطرفين.

٢٤- يمثل Nachfrist طريقا مفيدا بشكل خاص، لانه يشكل تمهيدا لانهاء العقد، عندما الخلل لا يرتقي لمستوى مخالفة جوهرية

٢٥- هنالك نطاق موضوعي لاعمال حق البائع بالعلاج مع اجراءات خاصة تمثل النطاق الاجرائي للسير فيه.

٢٦- هنالك كثير من الصعوبات في وضع خط فاصل بين المخالفة الجوهرية والمخالفة غير الجوهرية ولعل المناسب أن تكون المخالفة الجوهرية هي المخالفة غير القابلة للعلاج بحكم طبيعتها أو بالاتفاق.

٢٧- شرط (مناسبة العلاج)، يستنتج من جميع الشروط المنصوص عليها في القوانين والاتفاقيات الدولية، والتي عالجت الشروط تحت مسميات مختلفة، تأخير لامبرر له، ازعاج غير معقول، عدم تيقن من تسديد النفقات وما الى ذلك، والواقع أنها جميعها تنصب على أن يكون العلاج لايسبب ازعاجا غير معقول للمشتري أي مناسبا.

٢٨- ان مجرد جهل البائع بوجود العيب لا يؤدي الى الحق التلقائي بالعلاج، فلا يُكتفى بأن لا يكون على علم انما ينبغي أن لا يكون كذلك باعتماد معيار موضوعي.

٢٩- فحص المشتري للبضائع والمستندات يمثل اللبنة الاولى في مسيرة النطاق الاجرائي لحق البائع بالعلاج، ثم اخطار المشتري للبائع بالتنفيذ المعيب ثم اخطار البائع للمشتري عزمه على العلاج.

٣٠- في حالة عدم قيام المشتري باخطار البائع في غضون فترة زمنية معقولة بعد اكتشاف عدم المطابقة، هو سيخسر كل العلاجات التي تكون على أساس عدم المطابقة، بما في ذلك الحق في التعويض التنفيذ العيني، الفسخ وكذلك تخفيض الثمن.

٣١- هنالك نوعان من الاستثناءات قد تحمي المشتري الذي لم يعط اشعارا صحيحا:
١-اذا كان البائع على علم بالعيب ٢-اذا كان لدى المشتري عذر مقبول

٣٢- يجوز توجيه الاخطار بأي وسيلة تتناسب مع الظروف، من ناحية السرعة المتطلبة في توجيه الاخطار وضمان وصوله الى المتعاقد الآخر.

٣٣- ان المادة ٢٧ CISG تضع مبدأ عاما أنه في حالة تأخير وصول أي اخطار – اذا ما أرسل بالوسيلة والظروف المناسبة- لا يحرم هذا الطرف من حقه في التمسك به، فاذا لم يرتكب المرسل خطأ في اختيار الوسيلة التي وجه بها الاخطار، فكانت الوسيلة متناسبة مع الظروف، فان أي تأخير أو غلط في ايصال هذا الاخطار وكذلك عدم وصوله لا يحرم المتعاقد الذي أرسله من حقه في التمسك به، فيعد كما لو كان قد وصل في الميعاد المناسب وأحدث أثره. والمادة (٢/٤٨) تضع استثناء على هذا المبدأ (لا يحدث الطلب أو الاخطار الذي يقوم به البائع...أثره الا اذا وصل الى المشتري)، عليه فان عدم وصول اعتراض المشتري على العلاج المقترح من البائع تسري عليه القاعدة العامة، اما الاستثناء فهو خاص بالاخطارات أو الطلبات المقدمة من البائع الذي هو في حالة اخلال، فالاخطار من البائع غير فعال مالم يصل الى المشتري.

٣٤- اذا امتنع المتعاقد عن الرد على الاخطار الموجه اليه او رد عليه دون ان يحمل رده أي ضمانات تؤكد قيامه بتنفيذ الالتزام، فان المتعاقد الذي وجه الاخطار يستطيع في هاتين الحالتين اعلان فسخ العقد باعتبار ان ما صدر عن المتعاقد الآخر على النحو يرجح أنه سوف يرتكب مخالفة جوهرية للعقد.

ثانيا: التوصيات

١- نوصي النص صراحة في القانون المدني العراقي على حق البائع بالعلاج، لان (خير القوانين ما لا يدع لاجتهاد القاضي الا القليل) و (لا شيء أليق بالقوانين من

الوضوح)[٣١٥]، ويكون كالآتي: المادة (٥٦٢/ مكرر) (أولا: يحق للبائع وعلى نفقته الخاصة علاج أي خلل في تنفيذ التزاماته، مع مراعاة أحكام المادة (٢/٥٦٨). ثانيا: ويشترط في الحق المذكور في البند اولا من هذه المادة: ١-ان يكون ممكنا ٢-وان يكون مناسبا للمشتري).

٢- نوصي القضاء مراعاة عرض البائع للعلاج وقابلية البضائع للعلاج في تحديد المخالفة الجوهرية.

٣- نوصي استبعاد المخالفة الجوهرية من نطاق العلاج، ونقترح تحديد مفهومها بأنها (المخالفة غير القابلة للعلاج بحكم طبيعتها او بحكم العقد).

٤- نوصي بتحديد مهلة أسوة بالقانون الامريكي للفترة التي يتعين أن ينتظرها المتعاقد الذي وجه الاخطار حتى يصل الرد اليه، وان يكون النص المادة (٥٦٢/ مكرر) (ثالثا: ويعد رفضا للعلاج من قبل البائع عدم قيامه بالرد على الاخطار الموجه الى المشتري بعد مرور ثلاثين يوما من تاريخ التبلغ به).

٥- نوصي تعديل النصوص المتعلقة بالتنفيذ العيني الجبري المواد (٢٤٦-٢٥٤) من القانون المدني العراقي، ذلك ان التنفيذ العيني هو تنفيذ ذات الالتزام بمواصفاته في ميعاده، وسوى ذلك لا يكون تنفيذا عينيا انما هو تعويضا عينيا.

٦- نوصي بوضع نص للمطابقة في القانون المدني العراقي ويكون كالآتي: (٥٥٩/ مكرر) (أولا: يضمن البائع للمشتري الصفات التي تم الاتفاق عليها. ثانيا: لا تسري الشروط المنصوص عليها في المادة (٥٥٨) على الضمان المذكور في البند أولا من هذه المادة).

هوامش البحث

[١] . العلاج، لغة : المراس والدفاع . وعالج الشيء معالجة وعلاجا : زاوله ؛ وفي حديث الأسلمي : إني صاحب ظهر أعالجه أي : أمارسه وأكاري عليه . أبو الفضل جمال الدين محمد بن مكرم (ابن منظور)، لسان العرب، دار صادر، بيروت، ٢٠٠٣، ج١٠، حرف العين، علج.

[٢] . Available at : http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/text/ulis.html

[٣] . Christoffer Permats, Seller's right to cure under the United Nations Convention for the International Sale of Goods (CISG), Master thesis 30 credits, 2011, Faculty Of Law Lund University, p43.

[٤] . Eric C.Schneider, The Seller's Right to Cure under the Uniform Commercial Code and the United Nation Convention on contracts for the International Sale of Goods, 7 Arizona Journal of International and Comparative Law, 1989-1990, P.71-74

[٥] . Gakuro Himeno ,Right to Cure Under the Unidroit Principles Article7.1.4: A Historical Analysis Historical, January 2014, available at: http://works.bepress.com/gakuro_himeno/1, p.78

[٦] . Eric C.Schneider,op.cit, p.71-74

[٧] . Francis A. Miniter, Buyer's Right of Rejection: A Quarter Century Under the Uniform Commercial Code and Recent International Developments, 13 Georgia Law Review (1979), p.819

[٨] . Eric C.Schneider,ibid, p.72

[٩] . ينظرنص المادة اعلاه في (اتفاقية الامم المتحدة بشأن عقود البيع الدولي للبضائع، الامم المتحدة، نيويورك، ٢٠١١).

[١٠] . حيث نصت على أنه (١- يسأل البائع وفقا لشروط العقد وأحكام هذه الاتفاقية، عن كل عيب في المطابقة يوجد وقت انتقال التبعة الى المشتري، وان لم يظهر هذا العيب الا في وقت لاحق. ٢- وكذلك يسأل البائع عن كل عيب في المطابقة يحدث بعد الوقت المشار اليه في الفقرة السابقة، وينسب الى عدم تنفيذ أي من التزاماته، بما في ذلك الاخلال بأي ضمان يقضي ببقاء البضائع خلال مدة معينة صالحة للاستعمال العادي أو للاستعمال الخاص، أو محتفظة بصفاتها أو بخصائصها).

[١١] . John O. Honnold, Uniform Law for International Sales under the 1980 United Nations Convention, 3rd edition (1999), Kluwer Law International, p.70

[١٢] . Eric C.Schneider,ibid, p.75-77

[١٣] . John O. Honnold, op. cit , p.321

[١٤] . Chengwei Liu, Cure by Non-Conforming Party: Perspectives from the CISG, UNIDROIT Principles, PECL and Case Law [2nd edition: Case annotated update (March 2005)],available at: http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/chengwei1.html note:2
Britain Anette Gärtner "Britain and the CISG: The Case for Ratification – A Comparative Analysis with Special Reference to German Law" in Pace Review of the Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG) (Kluwer Law International, New York, 2000-2001, p.78, Alison E. Williams, Review of the Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG), Kluwer Law International (2000-2001),p.50

[١٥] . Christoffer Permats, op.cit, p.9&43

[١٦] . د. عادل محمد خير، عقود البيع الدولي للبضائع من خلال اتفاقية فيينا وجهود لجنة الأمم المتحدة لقانون التجارة الدولي UNCITRAL والغرفة التجارية الدولية ICC ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، الطبعة الأولى ، ١٩٩٤، ص ٩٣

[١٧] . John O.Honnold, Ibid,p.250

[١٨] Ibid, p.323.
[١٩] Gakuro Himeno, op.cit, p.3 .
[٢٠] . ينظر نص المادة (٤٣٤) من (BGB) available at: /http://www.gesetze-im-internet.de/englisch_bgb
[٢١] . وهذا ما سيتضح عند الكلام عن ميدان العلاج
[٢٢] . Chengwei Liu, op.cit, note:6:2

[٢٣] .ينظر نص المادة (١/٤٨)من اتفاقية فينا للبيع الدولي للبضائع.
[٢٤] . حيث نصت على أنه (يلتزم المدين بأن ينفذ التزاماته : أ) إذا كان التاريخ قد عين في العقد أو كان قابلا للتحديد طبقا للعقد، فان التنفيذ يقع في هذا التاريخ .ب) إذا حددت فترة زمنية في العقد أو كانت قابلة للتحديد بموجب العقد، فيتم التنفيذ في أي وقت خلال هذه الفترة ما لم تدل الظروف على أن للدائن اختيار توقيت التنفيذ .ج) فإذا لم تنطبق أي من هاتين الحالتين، يتعين التنفيذ، خلال مدة معقولة تبدأ من إبرام العقد.
[٢٥] . Available at: http://www.unidroit.org/english/principles/contracts/principles2010/translations/blackletter2010-arabic.pdf

[٢٦] . Lachmi Singh, United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (1980) [CISG]: An examination of the buyer's right to avoid the contract and its effect on different sectors of the (product) market, http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/singh.html#iii, note: 3.3
[٢٧] . Bertram Keller, Early Delivery and Seller's Right to Cure Lack of Conformity: Article 37 CISG and UNIDROIT Principles Comparative June 2004 , note: a http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/keller.html
[٢٨] Chengwei Liu, op.cit.Note: 4.5
[٢٩] Lachmi Singh, ibid, note: 3.3.

[٣٠] Available at: http://www.jus.uio.no/lm/eu.contract.principles.parts.1.to.3.2002/.

[٣١] . ينظر نص المادة (8:104) من (PECL)

[٣٢] .بيتر هوبر، القانون المقارن للبيوع، بحث منشور في كتاب اكسفورد للقانون المقارن، ترجمة د.محمد سراج ود.سامي شبر، الشبكة العربية للابحاث والنشر، بيروت، ٢٠١٠، ص١٤٢٨.

[٣٣] . ينظر نص المادة أعلاه على الموقع http://www.jus.uio.no/lm/eu.contract.principles.parts.1.to.3.2002.

[٣٤] . ينظر المواد (٨: ١٠٦ (٣) و ٩: ٣٠١ (٢)) من (PECL) للتفصيل وينظر. إي. ألان فارنسوث، قانون العقد المقارن، بحث منشور في كتاب اكسفورد للقانون المقارن، ترجمة د.محمد سراج ود.سامي شبر، الشبكة العربية للابحاث والنشر، بيروت، ٢٠١٠، المصدر السابق، ص١٣٧٥ هامش ١٠٢

[٣٥] Lachmi Singh, op.cit , note, 3.5 (a)

[٣٦] . 2-508. Cure by Seller of Improper Tender or Delivery; Replacement.

(1) Where any tender or delivery by the seller is rejected because non-conforming and the time for performance has not yet expired, the seller may seasonably notify the buyer of his intention to cure and may then within the contract time make a conforming delivery.

(2) Where the buyer rejects a non-conforming tender which the seller had reasonable grounds to believe would be acceptable with or without money allowance the seller may if he seasonably notifies the buyer have a further reasonable time to substitute a conforming tender.

Availabla at : http://www.legalucc.com/free_study_material/Ucc-Workbook.pdf

[٣٧] .ينظر جيروم هوييه، المطول في القانون المدني –باشراف جاك غستان-، العقود الرئيسية الخاصة، ترجمة منصور القاضي، مج١، ط١، مجد، بيروت، ٢٠٠٣، ص٦١٣.

[٣٨] . Eric C.Schneider,op.cit, p.75

[٣٩] . Britain Anette Gärtner,op.cit,p.78.

[٤٠] . Nebraska Uniform Commercial Code: The Seller's Right to Cure,Creighton Law Review, Vol.16, 1982, p.160

[٤١] . Eric C.Schneider,Ibid, p.89

[٤٢] . ينظر المادة (٢-٦٠٨) من (UCC)

[٤٣] . Lachmi Singh ,Ibid, note, 3.5 (a).

[٤٤] . Britain Anette Gärtner,op.cit,p.77& Michael Will, in Bianca-Bonell Commentary on the International Sales Law, Giuffrè: Milan 1987, p.348

[٤٥] . Gakuro Himeno, op.cit,p.30

[٤٦] . Ibid,p.28

[٤٧] . Ibid,p.22

[٤٨] . Britain Anette Gärtner, ibid,p.67.

[٤٩] . Ibid, p.68

[٥٠] . ويبدو أن التوجه نحو المشتري في القانون الالماني، وقد يكون هذا انعكاساً لتوجهات EC، التي هي حماية حقوق المستهلك، بيد أن ذلك يؤثر في المعاملات التجارية التي تحتاج فيها مصالح البائع والمشتري الى أن تكون متوازنة بدقة.

[٥١] . Lachmi Singh,op.cit, note 3.5 (b)

[٥٢] . ينظر المادتين (٢٤٦) و(٢٥٦) من القانون المدني العراقي والمادتين (٢٠٣) و(٢١٨) من القانون المدني المصري رقم ١٣١ لسنة ١٩٤٨ والمادتين (٢٨٤ و ٢٩٧) من القانون المدني الكويتي والمادة (١١٤٦) من القانون المدني الفرنسي، وينظر مبدأ الـ(Nachfrist) في القانون الالماني.

[٥٣] . Ulrich Magnus, The Vienna Sales Convention (CISG) Between Civil and Common Law–Best of all

Worlds?, Journal of Civil Law Studies, Vol. 3, (2010), p80-81

[٥٤] . ينظر د.أنور سلطان، الموجز في النظرية العامة للالتزام، أحكام الالتزام، دراسة مقارنة بين القانونين المصري واللبناني، دار النهضة العربية، بيروت، ١٩٧٢، ص٣٩٦-٣٩٧

[٥٥] . المرجع نفسه، ص٣٥٨

[٥٦] . ينظر سورة المائدة/ الاية ١، ونصت القاعدة (٩٥) من (أصول فقهية عامة) من مدونة جوستنيان على أنه (لا شيء أخلق بالضمير الانساني من الوفاء بالعقود). المشار اليها في الملحق الثاني من مدونة جوستنيان في الفقه الروماني، ترجمة عبد العزيز فهمي، دار الكاتب المصري، القاهرة، ١٩٤٦، ص٣٧٠.

[٥٧] . ينظر بيتر هوبر، المصدر السابق، ص١٤٢٥

[٥٨] . ينظر د.لطيف جبر كوماني ود.علي كاظم الرفيعي، عقد البيع الدولي للبضائع، ط١، مكتبة السنهوري، بغداد، ٢٠١٢، ص١٢٤

[٥٩] . Bertram Keller, op.cit,note (k) & Michael Will, op. cit, p.356.

[٦٠] . ينظر بيتر هوبر، المرجع نفسه، ص١٤٢٦

[٦١] . John O.Honnold, op.cit,p321

[٦٢] . وقد ورد في حكم لمركز القاهرة الاقليمي أنه (...فان الشركة المدعية لم تقدم أي دليل من شأنه تبرير رفضها للبضاعة ورفضها الدفع ويكون بالتالي رفضها غير مبرر...). القضية رقم ٩٢/٢٤ حكم نهائي في ١٩٩٥/١٢/٢١، أشار اليه د.محيي الدين اسماعيل علم الدين، أحكام مركز القاهرة الاقليمي للتحكيم التجاري الدولي (١٩٨٤-٢٠٠٠)، ط١، ٢٠٠٢، ص١١٤-١٣٤.

[٦٣] . بيتر هوبر، المصدر السابق، ص١٤٢٦

[٦٤] . Sanne Jansen ,Price Reduction under The CISG: A 21ST Century Perspective, Journal of Law & Commerce Vol. 32, No. 2 (2014),p.342

[٦٥] . ينظر المادة (٤٣٤) من (BGB)

[٦٦] . John O.Honnold, op.cit,p.210, Robert Koch, Review of the Convention on Contracts for the International Sale

of Goods (CISG) 1998, Kluwer Law International (1999),p.323
Ulrich Magnus, op.cit,p.80-81, Lachmi ,op.cit, note 3.5 (a), Huber, The CISG Anew text book for students and practitioners, sellier, 2007, p.23 & Eric, op.cit,p.95

[٦٧] Gakuro Himeno, op.cit,p.45 .

[٦٨] .د.أحمد حشمت أبو ستيت، نظرية الالتزام في القانون المدني المصري، مكتبة عبد ا... وهبة، مصر، ١٩٤٥، ص٢٤٧، وكذلك د.عبد المنعم فرج الصدة، نظرية العقد في قوانين البلاد العربية، دار النهضة العربية، بيروت، ١٩٧٤، ص٤٧٦.

[٦٩] Christoffer Permats, op.cit, p.56.

Joseph Lookofsky. The 1980 United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods, Article 48 Seller's Right to Cure After the Delivery Date, International Encyclopaedia of Laws - Contracts, Suppl. 29 (December 2000) Kluwer Law Internationalp.122.

[٧٠] Bertram Keller, & Chengwei Liu, op.cit, note: 6.1.

op.cit,note (O) وينظر المادة (٤٣٧) من (BGB)

[٧١] Britain Anette Gärtner,op.cit,p.77. .

وينظر د. محمود سمير الشرقاوي ، العقود التجارية الدولية ، (دراسة خاصة لعقد البيع الدولي للبضائع)، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠٢، ص١٤٠ وكذلك د. طالب حسن موسى ، الموجز في قانون التجارة الدولية ، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان ، ١٩٩٧، ص ١٢٤.

[٧٢] . ففي قضية شركة كلارك لتجارة النفط ضد شركة اميراداهيس للتجارة بينت المحكمة (المشتري كان مسؤولاً عن الاضرار الناجمة عن حرمان البائع من حق قانوني له (حق العلاج) برفضه عرض البائع للعلاج ضمن فترة العقد...) مشار اليها في Lachmi , ,op.cit, note 3.5 (a)

[٧٣] . ينظر نص المادة (8:104) من PECL، مع ملاحظة ان تحديد الوقت قد يتم صراحة أو ضمناً.

ويرى د.لطيف جبر كوماني ان حق العلاج قبل ميعاد الاستحقاق متاحا امام المشتري وان كانت المخالفة جوهرية. المصدر السابق، ص١١٣

وهذا الرأي محل نظر فان لم يحل أجل تنفيذ الالتزام فلا يمكن فسخ العقد الا في حدود نظرية الجحود المبتسر.

[٧٤] . Lachmi ,ibid, note 3.2

[٧٥] . John O.Honnold, op.cit,p.319

[٧٦] . Chengwei Liu, Cure by Non-Conforming Party, op.cit, note 3.5 مع ملاحظة ان القانون الامريكي يعد الاصل في الوقت هو الجوهر. ويستند جيروم هوييه في ذلك الى نص المادة (٢-٦٠١) من (UCC). ينظر جيروم هوييه، المصدر السابق، ص٥٩٥)

[٧٧] .يقابل نظرة الميسرة

[٧٨] . Michael Will, op.cit, p348-349

[٧٩] . Eric C.Schneider,op.cit, p.75& John O.Honnold, Ibid,p.250

[٨٠] . فقد ورد في حكم لمركز القاهرة الاقليمي أنه (كراسة الشروط التي تحتم اجراء التجارب وتجيز للمشتري رفض البضاعة الموردة تجعل على المورد اما استبدال البضاعة المرفوضة او اجراء أي تعديلات ضرورية للوفاء بمتطلبات المواصفات بدون أي مقابل لدى المشتري...). قضية رقم ٥٢/ ١٩٩٤ حكم نهائي في ١٩٩٥/٧/١٧، أشار اليه د.محيي الدين اسماعيل علم الدين، المصدر السابق، ص١٤٦-١٦٥. ينظر المادة (٤٣٣) من القانون المدني المصري والمادة (٤٣٩) من (BGB).

[٨١] .ينظر د.لطيف جبر كوماني، المصدر السابق، ص١١٤. وقد نصت المادة ٧-٢-٣ من الـ(PICC) على انه (يتضمن الحق في التنفيذ، كلما كان ذلك واجبا الحق في طلب الإصلاح أو الاستبدال أو أي وسائل تصحيح أخرى للتنفيذ المعيب – وتنطبق أحكام المواد ٧-٢-١ و٧-٢-٢ في هذا الصدد .)

[٨٢] . Chengwei Liu, op.cit, note 3.4
وكذلك د.عبد الرسول عبد الرضا محمد، المصدر السابق، ص٢٣٤.

[٨٣] . فقد ورد في حكم لمركز القاهرة الاقليمي أنه (...الاجهزة الموردة كانت مطابقة للمواصفات عند توريدها كما تم اصلاح الاجهزة الخمسة المعطلة...). القضية رقم ٩٤/٥٠ حكم نهائي في ١٩٩٥/١٠/٣، أشار اليه د.محيي الدين اسماعيل، المصدر السابق، ص١٠٩-١١٣.

[٨٤] . Nebraska, op.cit, p.167,

[٨٥] . ينظر نص الماة (١٣٢) من قانون التجارة الكويتي

[٨٦] Chengwei Liu, ibid, note 3.4.
[٨٧] Bertram Keller, op.cit,note (k) .
[٨٨] Ibid, (n), .
[٨٩] . حيث نصت على أنه في حالة تسليم البضائع قبل الميعاد،يحتفظ البائع حتى ذلك الميعاد، بحق تسليم الجزء او الكمية الناقصة من البضائع المسلمة او توريد بضائع بديلة للبضائع غير المطابقة لما جاء في العقد او اصلاح العيب في مطابقة البضائع، بشرط ألّا يترتب على استعمال هذا الحق مضايقة للمشتري او تحميله نفقات غير معقولة، ومع ذلك يحتفظ المشتري بالحق في طلب تعويضات وفقا لاحكام هذا الاتفاقية).
[٩٠] John O.Honnold, op.cit,p.270.
Nebraska,Ibid,p.167,
[٩١] Eric C.Schneider,op.cit, p.89&92-98, .
[٩٢] Eric C.Schneider,ibid, p.98- & Nebraska, ibid, p.168 .
100
[٩٣] . ينظر بيتر هوبر، المصدر السابق، ص١٤٢٦
[٩٤] Gakuro Himeno, op.cit,p.29 .
[٩٥] . ويمثل اجراء (Nachfrist) محور جذب في القانون الالماني ينر المواد ٣٢٣ و٤٣٧ من القانون المدني الالماني، فحق المشتري في فسخ العقد موقوف على انتهاء المهلة الواجب اعطاؤها للبائع. ينظر بيتر هوبر، المصدر نفسه، ص١٤٢٦، وينظر المادتين (٢٥٠) و (٣٢٦) من (BGB) ويرى د.حسن علي الذنون، النظرية العامة للفسخ، المصدر السابق، ص٢٣١ أن (ان المهلة القضائية اجراء عادل اولا وانها ليست خروجا على ارادة العاقدين ثانيا).
[٩٦] . وهنالك بالطبع استثناءات من هذه القاعدة، كما لو ظهر من العقد ان مصلحة المشتري في حصول الوفاء مقيدة بحدوثه في الوقت المتفق عليه او اذا كان الوفاء التكميلي مستحيلا. ينظر بيتر هوبر، المصدر نفسه، ص١٤٢٧
[٩٧] . ينظر المادة (٤٤٠) من (BGB)
[98] . Maryellen DiPalma, Nachfrist under National Law, the CISG, and the UNIDROIT and European Principles: A Comparison, International Contract Adviser (Kluwer), Vol. 5, No. 1 (Winter 1999) p.30
[٩٩] . إي. ألان فارنسوث، المصدر السابق، ص١٣٧٥

[١٠٠] .بيتر هوبر، المصدر نفسه، ص١٤٢٦
[١٠١] . ينظر المواد ((3) 7.3.1 ,7.1.5)
[١٠٢] . ينظر المواد (٨: ١٠٦ (٣) و ٩: ٣٠١ (٢))
[١٠٣] . ينظر المادة (١/٤٩/ب)
[١٠٤] .ينظر بيتر هوبر، المصدر السابق، ص١٤٢٧
[١٠٥] . حيث نصت المادة (٢/٣٩٤) من القانون المدني العراقي على أنه (فاذا لم يكن الدين مؤجلا، أو حل أجله، وجب دفعه فورا، ومع ذلك يجوز للمحكمة عند الضرورة اذا لم يمنعها نص في القانون أن تنظر المدين الى أجل مناسب اذا استدعت حالته ذلك ولم يلحق الدائن من هذا ضرر جسيم).
ونصت المادة المادة ٣٤٦ من القانون المدني المصري على انه (١-يجب أن يتم الوفاء فوراً بمجرد ترتب الالتزام نهائياً في ذمة المدين، ما لم يوجد اتفاق أو نص يقضي بغير ذلك. ٢- على أنه يجوز للقاضي في حالات استثنائية، إذا لم يمنعه نص في القانون، أن ينظر المدين إلى أجل معقول أو آجال ينفذ فيها التزامه، إذا استدعت حالته ذلك ولم يلحق الدائن من هذا التأجيل ضرر جسيم.) وتقابل نص المادة (٤١٠) من القانون المدني الكويتي.
وقد نصت المادة ٧-١-٥ من الـ(PICC) على أنه (1-في حالة عدم التنفيذ يجوز للدائن إخطار المدين بمنحه مدة إضافية لتنفيذ التزاماته. 2 -قبل انقضاء هذه المدة، يجوز للدائن خلال المدة الإضافية أن يدفع بعدم تنفيذ التزاماته المقابلة، كما يجوز له المطالبة بتعويضات دون اللجوء إلى وسائل معالجة أخرى. فإذا ما تلقى اخطارا من المدين بأن الأخير لن ينفذ خلال هذه المدة أو إذا انتهت المدة ولم يكن التنفيذ قد تم، فيجوز للدائن أن يلجأ إلى أية وسيلة أخرى متاحة له وفقا لهذا الفصل. ٣- يجوز للطرف الدائن في حالة التأخر غير الجوهري في التنفيذ، أن يوجه إخطارا يسمح فيه بمدة إضافية معقولة، ويجوز له فسخ العقد عند انقضاء هذه المدة. فإذا كانت المدة الإضافية المسموح بها غير معقولة فتمتد لمدة معقولة. ويجوز للدائن أن يضمن إخطاره ما يفيد أن عدم تنفيذ الالتزامات خلال المدة الممنوحة بموجب الإخطار يترتب عليه اعتبار العقد منتهيا بقوة القانون.٤- لا تنطبق الفقرة (٣) إذا كان الالتزام غير المنفذ ثانوي الأهمية بالنسبة لمجموع التزامات المدين).
وان (امهال المدين في الوفاء علته دواعي الانسانية). ينظر القاعدة (٢٣) من (تقديرات واخلاقيات) المشار اليها في الملحق الثاني من مدونة

جوستنيان، المصدر السابق، ص٣٧٤. وينظر Maryellen DiPalma, op.cit,p31

وربما يكون (Nachfrist) أساسا صالحا في القانون العراقي لان امهال المدين (البائع) شرط ضروري لايقاع الفسخ فيه، وان قضاء محكمة التمييز يسير الى جعل هذه المهلة مهلة معقولة للمدين لتنفيذ التزامه فيجب انذار المدين عندما يروم الدائن فسخ العقد وأن يعطيه مهلة تنفيذ العقد ويجب ان تكون المدة معقولة، بل وبامكان القاضي بعد ذلك أن لا يجيب طلب الدائن (المشتري) للفسخ ويمنح المدين مهلة أخرى. وقضت محكمة التمييز الموقرة بانه (وجد ان الحكم المميز صحيح وموافق للقانون، ذلك ان العقد موضوع الدعوى من العقود الملزمة للجانبين وفي مثل هذه العقود اذا لم يوف أحد العاقدين بما وجب عليه جاز للعاقد الآخر بعد الاعذار طلب فسخ العقد مع التعويض ان كان له مقتضى استنادا لاحكام المادة (١/١٧٧) من القانون المدني، وحيث لم يسلك المدعي الطريق الذي رسمته أحكام المادة سالفة الذكر عند اقامة الدعوى فان دعواه تكون واجبة الرد، وبما ان الحكم المميز قد التزم بوجهة النظر المتقدمة فانه يكون صحيحا وقرر تصديقه). القرار ٥٤٠/ الهيأة الاستئنافية منقول/٢٠١٤ في ٢٠١٤/٣/١٠، غير منشور، وكذلك ينظر القرار ٢٧٥٤/ الهيأة الاستئنافية منقول/ ٢٠١٣ في ٢٠١٣/١٢/٨، غير منشور. مشار اليهما في: المحامي فوزي كاظم المياحي، المصدر السابق، ص٣٣-٣٤ و ص ٩٥-٩٦.

[١٠٦] . (في الدعاوى القائمة على التوسعة يكون القاضي مطلق الحرية في أن يقدر قيمة ما يحكم به للمدعي تقديرا بالمعروف كما يراه عدلا وانصافا). الكتاب الرابع/ الباب السادس/ القسم السابع تحت عنوان (دعوى التوسعة ودعاوى القانون الدقيق والدعاوى التحكمية)، مدونة جوستنيان، المصدر السابق، ص٢٧٨.

[١٠٧] . ينظر د.بدر جاسم اليعقوب، أصول الالتزام في القانون المدني الكويتي، ط١، ١٩٨١، الكويت ، ص٣٤٤-٣٤٥. وقد قضت محكمة التمييز العراقية الموقرة بأنه (..وهل يعد ما لم يوف به المدين قليلا بالنسبة لالتزام في جملته...). القرار ١٥٢٩/ الهيأة الاستئنافية منقول/ ٢٠١٠ في ٢٠١٠/١٢/٦. مجلة الحقيقة القانونية، العدد الخامس والثلاثون، ٢٠١١، ص٣٨، مشار اليه في المحامي فوزي كاظم المياحي، انحلال العقد (الفسخ والاقالة) في القانون المدني العراقي، مكتبة صباح، بغداد، ٢٠١٥،

ص١٠٨. وقضي أيضا (للمحكمة بعد الموازنة بين مصالح الطرفين، ان تحكم بالفسخ او ترفض الحكم به). القرار ٣٧٨/ مدنية أولى/ ٧٦ في ١٩٧٦/٨/٢٥، مجموعة الاحكام العدلية، العدد الثالث، السنة التاسعة، ص٣٣.

وقضي كذلك (...حيث كان يتطلب من المحكمة نظر الدعوى من الناحية الموضوعية لمعرفة هل ان المدعى عليه/ رب العمل لم يف ببعض التزاماته العقدية .... وفي حالة ثبوت ذلك يقتضي الاستعانة بخبراء ذوي اختصاص لتحديد نسبة اخلال المدعى عليه بالنسبة للالتزام في جملته وفي ضوء ذلك يمكن للمحكمة الاستجابة لطلب الفسخ من عدمه...). القرار ٥١٤٢/ الهيأة الاستئنافية / ٢٠٨ في ٢٠١٢/١/٢٣. أشار اليه القاضي ربيع محمد الزهاوي، التسبيب والاجتهاد في قرارات السادة قضاة محاكم البداءة، ج٣، مكتبة السنهوري، بغداد، ٢٠١٦، ص١١٨١-١١٨٢

وورد في حكم لمركز القاهرة الاقليمي أنه (...ان ادعاءات الهيأة ... غير صحيحة ...ان الوحدات المختبرة ما عدا خمس منها متوافقة من الناحية الاساسية وتقدم النتائج المطلوبة منها ولديه قدرة على استيعاب ٦٦% زيادة عما هو محدد لها. وأوصى الاستشاري بقبول الاجهزة مع التحكم في الكهرباء...). القضية رقم ٩٤/٥٠ حكم نهائي في ١٩٩٥/١٠/٣، أشار اليه د.محيي الدين اسماعيل، المصدر السابق، ص١٠٩-١١٣.

[١٠٨] . إي. ألان فارنسوث، المصدر السابق، ص١٣٧٦

[١٠٩] . علما ان الاتفاقية (CISG) لم تأخذ بالفسخ التلقائي. ينظر نص المادة (٢٦) منها.

[١١٠] . ينظر نص المادتين (٣/٤٥) و(٣/٦١) من (CISG) وللتفصيل ينظر د.محسن شفيق، اتفاقية الأمم المتحدة بشأن عقود البيع الدولي للبضائع ، دراسة في قانون التجارة الدولي ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٨٨، ص١٦٩. وينظر نص المادتين (٥٥ و ٥٩) من قانون التجارة المصري، والمادتين (١٠٥ و ١٠٩) من قانون التجارة الكويتي

[١١١] Alexander Lorenz, Fundamental Breach under the CISG, note (II.C) http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/lorenz.html

[١١٢] . Chengwei Liu , Additional Period (Nachfrist) for Late Performance: Perspectives from the CISG, UNIDROIT Principles,PECL and Case Law[2nd edition:

Case annotated update (March 2005)],note 3.1 http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/liu4.html

[١١٣] . John C.Duncan,Jr., Nachfrist was ist? Thinking Globally and Acting Locally: Considering Time Extension Principles of the U.N. Convention on Contracts for the International Sale of Goods in Revising the Uniform Commercial Code, Brigham Young University Law Review (2000), p.1368

[١١٤] . Maryellen DiPalma, op.cit,p30

[١١٥] . ينظر د.محسن شفيق، المصدر السابق، ص٣٠.

[١١٦] . ينظر المادة (١-٣٠٤) من (UCC) والمادة (٢٤٢) من (BGB) والمادة (١/١٥٠) من القانون المدني العراقي والمادة (١/١٤٨) من القانون المدني المصري والمادة (١٩٧) من القانون المدني الكويتي.

[١١٧] . ينظر د.حلمي بهجت بدوي، أصول الالتزامات، الكتاب الاول: في نظرية العقد، مطبعة نوري، القاهرة، ١٩٤٣، ص٣٨٧، د.سليمان مرقس، أحكام الالتزام ، ص٤٢ و د.عبد المنعم فرج الصدة، المصدر السابق، ص٤٧٣.

ونصت المادة (١-٧) من الـ(PICC) وتحت عنوان (حسن النية وأمانة التعامل) على انه (1.يلتزم كل طرف بأن يتصرف وفقا لما يقتضيه حسن النية وأمانة التعامل في التجارة الدولية (2 .لا يجوز للأطراف استبعاد هذا الالتزام أو تقييده.)

[١١٨] . د.حلمي بهجت بدوي، المصدر نفسه، ٣٨٨

[١١٩] . المصدر نفسه، ، ص٣٨٩

[١٢٠] . Christoffer Permats, op.cit, p.33

ويقول د.أنور سلطان (غير ان حق الدائن في رفض الوفاء بغير الشيء المستحق، يحد منه مبدأ وجوب مراعاة حسن النية في التنفيذ، وعلى ذلك لايجوز للدائن أن يتعسف في استعمال هذا الحق). ينظر د.أنور سلطان، المصدر السابق، ص٣٥٨ وكذلك Lachmi ,op.cit, note 2.6

David Frisch, The Perfect Tender Rule - An "Acceptable"Interpretation, TOLEDO LAW REVIEW, v.13, 1982, p.1383

[١٢١] . ان البائع لجهاز السمع الذي سلم نموذجا أحدث لجاز السمع مما كان مثبتا في العقد له الحق في العلاج، وأكدت المحكمة ان النموذج المسلم الى

المشتري كان نسخة محسنة من طراز أفضل لذلك فان البائع كانت لديه أسبابا معقولة أنه سيكون مقبولا لدى المشتري).
55 Misc. 2d 3,284 N.Y.S.2dI222, 4 U.C.C. Rep. Serv. (Callaghan) 845 (1967) أشار اليه Eric C.Schneider,op.cit, p.94 .

١٢٢ . وبينت المحكمة ان المشتري لم يكن ملزما لانتظار اشعار العلاج قبل امتلاكه حق اعادة الخزانات وان (ذلك سيكون مخالفا لحكم القانون والمعقولية أن يطلب من المشتري لاستخدام او الاحتفاظ ببضائع مخالفة للمواصفات بشكل كبير حيث هنَّ ليس بالمقدور اصلاحهنَّ...)
Bevel-Fold, Inc. v. Base Corp., 9 Mass. App. Ct. 576, 584, 402 N.E. 2d 1104, 1108, 28 U.C.C. Rep. Serv. (Callaghan) 1333, 1339 (1980)
أشار اليه Ibid, p.95

١٢٣ . البائع عرض الاستبدال بارسال سيارة جديدة، المحكمة سمحت للمشتري ان يرفض عرض البائع للعلاج وذكرت (بالنسبة لغالبية الناس، شراء سيارة جديدة هو استثمار كبير... والاخلال بذلك يؤدي الى اهتزاز عقيدتهم، السيارة ليس فقط تفقد قيمتها الحقيقية في عيونهم، ولكن يصبح الوسيلة التي تضعف الثقة الى حد كبير بما يجعله محفوف بالخوف)
Zabriskie Chevrolet, Inc. v. Smith, 99 NJ.Super. 441, 240 A.2d 195, 5 U.C.C. Rep. Serv. (Callaghan) 30 (1968) (buyer need not accept replaced transmission in contract for sale of new car because buyer's faith was shaken and vehicle had lost it's value as a new car); Guerdon Industries, Inc. v. Gentry, 531 So.2d 1202 (Miss. 1988) (court says "enough is enough" after repeated attempts by the seller to cure)
أشار اليه Ibid, p.96.

١٢٤ . See Stephenson v. Frazier, 399 N.E.2d 794, 28 U.C.C. Rep. Serv. (Callaghan) 12 (Ind. Ct. App. 1980); Uchitel v. F.R. Tripler & Co.. 107 Misc.2d 310, 434 N.Y.S. 2d 77, 30 U.C.C. Rep. Serv. (Callaghan) 933 (1980); Carnes Construction Co. v. Richard... & Conover Steel & Supply Co.. 10 U.C.C. Rep. Serv. (Callaghan)

797 (Okla. Ct. App. 1972); Wilson v. Scampoli, 228 A.2d 848 (D.C. 1967)
أشار اليه Eric C.Schneider,Ibid, p.98
١٢٥ . Robert Koch, op.cit, p.141
١٢٦ . فقد نصت المادة ٥-١-٣ من الـ(PICC) على أنه (يلتزم كل طرف بالتعاون مع الطرف الآخر كلما كان هذا التعاون متوقعا بشكل معقول عند تنفيذ أحد الأطراف لالتزاماته). وينظر نص المادة (٢-٣١١) من (UCC)
١٢٧ . د.حلمي بهجت بدوي، المصدر السابق، ص٣٩١.
١٢٨ . قد يتصور للوهلة الاولى ان هنالك تعارضا في توجه الفقيه (Koch)، بيد أنه يجب الانتباه الى أنه هنا يتكلم عن خيار –حق- المشتري في اعطاء فرصة للبائع للمارسة العلاج، لا على أساس ان هذا حق للبائع.

١٢٩ . Robert Koch, ibid, p.141
١٣٠ . Hayes v. Hettinga 228 N.W.2d 181, 16 U.C.C. Rep. Serv. (Callaghan) 983 (Iowa 1975).
أشار اليه Eric C.Schneider,op.cit, p.96
١٣١ . Sanne Jansen, op.cit,p.340 & Chengwei Liu, Cure by Non-Conforming Party, op.cit, note 3.2
١٣٢ . فقد نصت المادة (٧٧) من اتفاقية فينا للبيع الدولي للبضائع على أنه (يجب على الطرف الذي يتمسك بمخالفة العقد أن يتخذ التدابير المعقولة والملائمة للظروف للتخفيف من الخسارة الناجمة عن المخالفة، بما فيها الكسب الذي فات، واذا أهمل القيام بذلك فللطرف المخل أن يطالب بتخفيف التعويض بقدر الخسارة التي كان يمكن تجنبها)، ونصت المادة ٧-٤-٨ من مبادئ اليونيدروا على أنه (١- لا يسأل المدين عن الضرر الذي تكبده الدائن بقدر ما كان يمكن للدائن تخفيفه باتخاذ خطوات معقولة ٢- يحق للدائن استرداد أي مصروفات معقولة يكون قد تكبدها لدى محاولته تخفيف الضرر)
١٣٣ . ينظر د.حلمي بهجت بدوي، المصدر السابق، ص٣٩٣ و د.لطيف جبر كوماني، المصدر السابق، ص١٩٢-١٩٤.
وتنص المادة (٢٧) من مجلة الاحكام العدلية على أنه (الضرر الاشد يزال بالضرر الاخف)، وتنص المادة (٢٩) على أنه (يختار أهون الشرين). ينظر علي حيدر، درر الحكام شرح مجلة الاحكام، تعريب المحامي فهمي

الحسيني، مج١، دار الكتب العلمية، بيروت ، ص٣٦، يوسف آصاف، مرآة المجلة، المطبعة العمومية بمصر، ١٨٩٤، ص١٨، وكذلك سليم رستم باز اللبناني، شرح المجلة، دار الثقافة، عمان، ط١، ص٢٦، وينظر مدونة جوستنيان القاعدة (٣٤) من (أصول فقهية عامة) المشار اليها في الملحق الثاني من المدونة، المصدر السابق، ص٣٦٧. ومقتضى هذه القاعدة تخفيف الضرر عن المتعاقد الاخر حتى لو لحق المخفف ضرر يسيرا.

[١٣٤] . ولهذه القاعدة مثيل في القانون المصري –كما يرى د.محسن شفيق- حيث تشترط المادة ٢٢١ لاستحقاق التعويض ان يكون الضرر نتيجة طبيعية لعدم الوفاء بالالتزام، ويكون الضرر كذلك (اذا لم يكن في استطاعة الدائن أن يتوقاه ببذل جهد معقول)، المصدر السابق، ص٢٤٤، ينظر المادة (٣٠٠) من القانون المدني الكويتي. ويقابل المادة أعلاه المادة (٢/١٦٩) من القانون المدني العراقي، ونرى ان الاساس للمبدأ أعلاه هو قاعدة (الضرر الاشد يزال بالضرر الاخف)، المادة ٢٧ من مجلة الاحكام العدلية وقاعدة (يختار أهون الشرين)، المادة (٢٩) من المجلة ، ينظر علي حيدر، المصدر نفسه، ص٣٦، يوسف آصاف، المصدر نفسه، ص١٨ وكذلك سليم رستم باز، المصدر نفسه، ص١٦. حيث ان تخفيف الضرر مشروط – بمقتضى العقل- بان لا يسبب ضررا جسيما لمن يخففه.

[١٣٥] . ينظر جيروم هوييه، المصدر السابق، ص٦٢٦

[١٣٦] .Michael Will, op.cit, p348 و د.حلمي بهجت بدوي، المصدر نفسه، ص٣٩٣، د.سليمان مرقس، أحكام الالتزام، المصدر السابق، ص١٥٥ وكذلك د.أنور سلطان، المصدر السابق، ص٣٥٨

[١٣٧] . وحق البائع في العلاج يجد له السبق على حق المشتري في الفسخ في المادة (8:104) من PECL والمادة (7.1.4) من PICC

[١٣٨] .مشتري سيارة مستعملة حيث وعده البائع بانها (في حالة ممتازة)، طالب تسديد سعر الشراء بعد أن أبقى السيارة ما يقارب عشرة أشهر، وخلال تلك الفترة احتاجت السيارة اصلاحات واسعة النطاق، المحكمة قضت ان المشتري قد قبل السيارة وان قبوله ضمن المعقول، فمن الصعوبة اكتشاف العيوب قبل القبول، ومع ذلك، قضت المحكمة ان المشتري لا يستطيع الغاء قبوله دون ان يعطي البائع أولا فرصة للعلاج، وذكرت المحكمة في حكمها ان (سياسة القانون بالتقليل من الخسائر الاقتصادية تدعم بقوة الاعتراف بفرصة معقولة للعلاج).

Fitzner Pontiac-Buick-Cadillac, Inc. v. Smith 523 So.2d 324, 6 U.C.C. Rep. Serv. 2d (Callaghan) 396 (1988)

أشار اليه Eric C.Schneider,op.cit, p.98
[١٣٩] . Priest, Breach and Remedy for the Tender of non-conforming Goods Under The Uniform Commercial Code: An Economic Approach, 91 HARV. L. REV. (1978). p. 960
[١٤٠] Eric C.Schneider,op.cit, p.99 & Priest, op.cit, p.999 .
[١٤١] Eric C.Schneider,ibid, p.99
[١٤٢] Lachmi, op.cit, note 3.5 (a) .
[١٤٣] . تفاصيل الحكم متاحة على الموقع الالكتروني:

http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/wais/db/cases2/030619c1.html

[١٤٤] .ينظر د.عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج١، نظرية الالتزام بوجه عام، مج١، نهضة مصر، ط٣، ٢٠١١، ص٦٢٦-٦٢٧، د.حلمي بهجت بدوي، المصدر السابق، ص٣٩٣، د. محمود جمال الدين زكي ، الوجيز في النظرية العامة للالتزام في القانون المدني المصري، ط٣، مطبعة جامعة القاهرة، ١٩٧٨، ص٣١٧ وكذلك د.احمد حشمت ابو ستيت ، المصدر السابق، ص٣١٤.
[١٤٥] . ينظر د.أنور سلطان، المصدر السابق، ص٤٣. وان (القوة الملزمة للعقد تسمح للدائن المطالبة بالتنفيذ الكامل للاداء المستحق). ينظر د. فتحي عبد الرحيم عبدا...، التنفيذ العيني للعقد (دراسة مقارنة بالقانون الانكليزي وفقا للشريعة الاسلامية)، منشأة المعرف، الاسكندرية، ٢٠٠٧، ص٤٠.
[١٤٦] . ينظر د.محمود جمال الدين زكي، المصدر نفسه، ص٧٥٤.
[١٤٧] . ينظر د.بدر جاسم اليعقوب، المصدر السابق، ص٤٠٤.

[١٤٨] . (كل التزام ينقضي بأداء الشيء المستحق أو بأداء شيء بديل عنه يرضى به الدائن) الكتاب الثالث/ الباب التاسع والعشرون تحت عنوان (طرق انقضاء الالتزامات). مدونة جوستنيان في الفقه الروماني، المصدر السابق، ص٢٤٢.

[١٤٩] . ويرى د.أبو ستيت ان التنفيذ –التعويض- بنوعيه عينيا او بمقابل، انما هو يقع جبرا على المدين، وهذه النتيجة قد تضيع نتيجة درج الكثير من

الفقه على استعمال عبارة (التنفيذ الجبري) في مقام التنفيذ –التعويض- العيني دون التنفيذ –التعويض- بمقابل مع ان تلك العبارة تنصرف الى نوعي التنفيذ –التعويض- فالتنفيذ بمقابل كالتنفيذ العيني ينفذ جبرا. للتفصيل ينظر د.أحمد حشمت ابو ستيت، المصدر السابق، ص٤١٨.

وتعلق الاستاذة (جنفييف فيني) (نقر اليوم ونعتبر عادة المسؤولية المدنية يمكن ان تترجم اما بتعويض اضرار ومنافع واما بالحكم باجراء ناجع عما يسمى (تعويضا عينيا) والذي يهدف الى ازالة الضرر)، المطول في القانون المدني –باشراف جاك غستان-، مدخل الى المسؤولية، ترجمة د.عبد الامير ابراهيم شمس الدين، ط١، مجد، بيروت، ٢٠١١، ص٥٢٧.

[١٥٠] . ينظر د.عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج٣، نظرية الالتزام بوجه عام (الاوصاف- الحوالة- الانقضاء)، نهضة مصر، ٢٠١١، ص٦٣٣-٦٣٤.

[١٥١] . ينظر د.سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني، (٢) في الالتزامات، مج٤، أحكام الالتزام، ط٢، دار الكتب القانونية (شتات)، مصر، ١٩٩٢، ص٤١

وتبدو أغلب النظم القانونية في نشأتها نحو ايجاب الحذر على المشتري، اذ ان القانون لم يكن يفرض متطلبات قانونية على البائع فيما يتعلق بنوعية البضائع، انما ترك هذا الامر لارادة الطرفين، فان كانت البضائع المسلمة معيبة، فمسؤولية البائع تنحصر فيما لو كان هذا العيب خالف ماتم الاتفاق عليه صراحة، ويسمى هذا بـ(النظام الذاتي البحت)، استنادا الى ذات الاطراف ونواياهم. بيد ان المبدأ اعلاه لم يعد يشكل اليوم القاعدة العامة، فكل نظام قانوني بحاجة الى تقديم نظام منهجي للالتزام والتعويض وعدم الاكتفاء بما يقدمه البائع من وعود صريحة، بل لابد للقانون من ان يأخذ مكانه بوضعه معايير موضوعية، وهنالك نموذجان في هذا الخصوص، الاول، هو النموذج الروماني، والثاني هو الانكليزي، وفيما يتعلق بالاول حيث ان تعويض الاضرار التي تصيب المشتري في القانون الروماني هو نتيجة لتصرف البائع بطريق الغش، أو اذا كان قد وعد بمواصفات معينة للمبيع، بيد ان الواقع العملي قد كشف ان هذا المعيار غير كاف، ولهذا طور القانون الروماني جملة من القواعد التي تتعلق بمسؤولية البائع وتمثلت بالقواعد الخاصة بالعيب الخفي، وان لم يكن هنالك وعد ببراءة البضائع منها، الا ان هذا التوجه لم يسلم من سهام النقد، فسجل عليه ان القواعد واجبة التطبيق على عدم الوفاء او التأخر فيه هي ليست ذاتها الحاكمة للاداء المعيب. ولذلك فان أغلب النظم التي تبنت المنهج الروماني لم تستطع وضع

الخط الفاصل بين النظامين اعلاه، فمثلا قيام البائع بتسليم بضائع مختلفة تماما عما تم الاتفاق عليه (Aliud)، هل يتم تطبيق القواعد العامة لعدم الوفاء ام تطبيق القواعد الخاصة بالبيع –استنادا الى تسليم بضائع معيبة-؟.
أما الثاني –النموذج الانكليزي- فانه سلك طريقا مختلفا، مستندا الى ان احد الطرفين سيكون مسؤولا امام الآخر ان خالف شرطا من شروط التعاقد.
والفرق بين النموذجين، ان الانكليزي طور مسؤولية البائع فيما يتعلق بالمطابقة من داخل القواعد العامة، فالوفاء المعيب ليس سوى شكلا من اشكال مخالفة العقد. واذا ما كان قانون بيع البضائع الانكليزي ١٩٧٩ يتضمن قواعدا بشأن التعويض فلا يعني ان هذا القانون يضع قواعد خاصة، فالواقع ان هذه القواعد هي مجرد اعادة تحرير للقواعد العامة المتعلقة بمخالفة العقد.
والموقف في القانون الامريكي أقرب الى القانون الانكليزي رغم ان الاول لايميز بين الشرط والضمان.
وتجدر الاشارة الى ان المنج الانكليزي قد تم تبنيه في بعض الاصلاحات في النظم القانونية ومنها القانون الالماني عام ٢٠٠٢ اذ تم ادراج مسؤولية البائع الناشئة عن الاداء المعيب ضمن الجزاءات العامة لمخالفة العقد، فاصبح الحكم في تعويضين رئيسيين للمشتري –الفسخ والتعويض- محكوما في النصوص العامة للالتزام، اما النصوص الواردة في البيع بشأن التعويضات (المادة ٤٣٧ من BGB) فتبين بوضوح ان الفسخ والتعويض يطبق بشأنهما القواعد العامة (المادة ٢٨٠ وما بعدها، المادة ٣١١/أ والمادة ٣٢٣ من BGB)، ورغم ان القواعد العامة معرضة لبعض التعديل في البيع، بيد ان هذا يتعلق بالجزئيات دون الاخلال بالصورة العامة لنظام موحد للتعويض، وتبين المادة (٤٤١ من BGB) شروطا معينة للفسخ هي ذاتها في القواعد العامة. ينظر بيتر هوبر، المصدر السابق، ص١٤١٦-١٤٢٤

[١٥٢] . ينظر د.عبد الرزاق أحمد السنهوري، المصدر السابق، ص٦٣٧، د.أحمد حشمت أبو ستيت، المصدر السابق، ص٥٦٦، د.سليمان مرقس، المصدر السابق، ص٦٨١ ، د.أنور سلطان، المصدر السابق، ص٣٤٥ وينظر (نقض ١٩٦٥/٥/٢٠ طعن ٣٩٧ س ٣٠ق) أشار اليه المستشار أنور طلبة، المطول في شرح القانون المدني، ج٥، المكتب الجامعي الحديث، الاسكندرية، ص٢٣١.

[١٥٣] . مع الاشارة الى ان اتفاقية الـ (CISG) قد ربطت استجابة المحكمة للتنفيذ العيني بقانونها الوطني. ينظر نص المادة (٢٨) من الاتفاقية، وينظر

جيروم هوييه، المصدر السابق، ص٦٠٩. ونصت المادة (١/٢٤٦) من القانون المدني العراقي على أنه (يجبر المدين على تنفيذ التزامه تنفيذا عينيا متى كان ذلك ممكنا) ونصت المادة ٢٠٣ من القانون المدني المصري على انه (١-يجبر المدين بعد إعذاره طبقا للمادتين ٢١٩ و٢٢٠ على تنفيذ التزامه عينيا ، متى كان ذلك ممكنا.٢-على أنه إذا كان في التنفيذ العيني إرهاق للمدين جاز له أن يقتصر على دفع تعويض نقدي، إذا كان ذلك لا يلحق بالدائن ضرراً جسيماً.) وتقابل نص المادة (٢٨٤) من القانون المدني الكويتي وينظر د.فتحي عبد الرحيم، المصدر السابق، ص٧٤.

[١٥٤] . ينظر د.محمود جمال الدين زكي، المصدر السابق، ص٩٣٩

[١٥٥] . كما يقول د.سليمان مرقس (التنفيذ الكامل هو الذي يتم في موعده)، المصدر السابق، ص١٤١، وينظر كذلك د.بدر جاسم اليعقوب،المصدر السابق، ص٣٤٤.

[١٥٦] . لعل من المناسب هنا الاشارة الى ان نظرة الميسرة لا تمثل تمديدا لميعاد تنفيذ الالتزام، انما هي مدة لتنفيذ التعويض العيني، والدليل على ذلك ان نظرة الميسرة خلافا للاجل الاتفاقي لا تمنع من وقوع المقاصة. ينظر د.محمود جمال الدين زكي، المصدر السابق ، ص٩٧٠، د.السنهوري، المصدر السابق، ص٨٩٨. وتعد –نظرة الميسرة- من النظام العام، فلا يجوز الاتفاق على حرمان المدين منها. ينظر المستشار أنور طلبة، المطول، المصدر السابق، ص٣٤١.

[١٥٧] . Mazaud (Het L) note 100 أشار اليه نصير صبار لفتة، التعويض العيني، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة النهرين، ٢٠٠١، ص٧٦

[١٥٨] . نصت المادة (١/٣٠٢) من القانون المدني العراقي على أنه (يكون الالتزام بدليا اذا لم يكن محله الا شيئا واحدا ولكن تبرأ ذمة المدين اذا أدى بدلا منه شيئا آخر). وتقابل نص المادة (٢٧٨) من القانون المدني المصري والمادة (٣٤٠) من القانون المدني الكويتي.

[١٥٩] . التعويض العيني ليس هو التنفيذ العيني فهو يتميز بواقع هو ان تقديم البديل الذي يشكل موضوعه ليس مطابقا في كل النقاط للذي كان موعودا به ولم ينفذ... وحسنته أنه يعمل على اعطاء الدائن ترضية هي الاقرب قدر الامكان من الترضية الممكن الحصول عليها بالتنفيذ. ينظر جنفييف فيني، المصدر السابق، ص٥٢٨ وتعلق كذلك قائلة: ولو اعتقدنا ان القوة الالزامية للعقد ترضي الطرفين فسنكون مضطرين كذلك لنراها ضمانا للدائن للحصول في حالة عدم التنفيذ على تقدمة قريبة قدر الامكان من تلك التي

كان يؤمنها التنفيذ، وهذا بالضبط ما يهدف اليه التعويض عينا، هذا المفهوم اذن يقدم فائدة صحيحة في حالة عدم التنفيذ. ينظر المصدر نفسه ونفس الصفحة.

[١٦٠] . ينظر د.أحمد حشمت ابو ستيت، المصدر السابق، ص٥٧٢ وكذلك د.محمود جمال الدين زكي، مشكلات المسؤولية المدنية، ج١، في ازدواج او وحدة المسؤولية ومسألة الخيرة، مطبعة جامعة القاهرة، القاهرة، ١٩٧٨، ص٦١.

ونصت المادة (١/٥١٨) من القانون المدني العراقي على أنه (الاشياء التي تباع على مقتضى نموذجها تكفي رؤية النموذج منها، فاذا ثبت ان المبيع دون النموذج الذي اشترى على مقتضاه كان المشتري مخيرا بين قبوله بالثمن المسمى أو رده بفسخ العقد)، ولم يعالج النص اختلاف المبيع ان كان يفضل النموذج، ولا يمكن للمشتري في هذه الحالة سوى قبول المبيع، لان الخيار المنصوص عليه في المادة اعلاه قاصر على حالة كون النموذج أدنى ينظر (د.كمال قاسم ثروت، شرح أحكام عقد البيع، ط٢، ١٩٧٦، ص٨٥) ويذهب رأي آخر الى ان حق المشتري في الفسخ ثابتا وان كان المبيع يفضل النموذج تأثرا بالفقرة (١) من المادة ٤٢٠ من القانون المدني المصري (ينظر د.عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج٤، عقد البيع، نهضة مصر، ٢٠١١، ص٢٣٦ وكذلك د.حسن علي الذنون، عقد البيع، مطبعة الرابطة، بغداد، ١٩٥٤، ص٧٠.....) ويرى د.ثروت ان المطابقة بين المبيع والنموذج شرط نص عليه القانون المصري دون العراقي، الامر الذي يؤدي الى نتيجة مفادها ان للمشتري حق رفض المبيع ولو كان يفضله في القانون المصري، ولايكون الحكم واحدا في القانون العراقي للعلة أعلاه (ينظر المرجع نفسه، ص٨٦ ، د.غني حسون طه، عقد البيع، مطبعة المعارف، بغداد، ١٩٧٠، ص١٧٦ وكذلك د.جعفر الفضلي، الوجيز في عقد البيع، زين الحقوقية، بيروت، ٢٠١٣، ص٨٢)، ونصت المادة (١/٣٩٠) من نفس القانون على أنه (اذا كان الدين مما يتعين بالتعيين فليس للمدين أن يدفع غيره بدلا عنه بدون رضاء الدائن حتى لو كان هذا البدل مساويا في القيمة للشيء المستحق أو كانت له قيمة أعلى، اما اذا كان مما لا يتعين بالتعيين وعين بالعقد فللمدين دفع مثله وان لم يرض الدائن).

ونصت المادة (١٢٤٣) من القانون المدني الفرنسي على أنه (لا يرغم الدائن على استلام شيء آخر غير الشيء المستحق له، حتى ولو تعادلت قيمة الشيء المعروض مع قيمة الشيء المستحق له أو فاقته).

وقضي بانه (لا يمكن الزام الشاري بقبول شيء مختلف عن الشيء الذي طلبه) نقض مدنية ١، ١ كانون الاول/ ديسمبر ١٩٨٧، نشرة مدنية I ، رقم ٣٢٤، التقرير ، ص٢٢٠.

Code Civil, Édition 2011, Dalloz, Paris, p.1979.

وقضي كذلك (بعدما توطد عرف بين طرفين تربطهما علاقة عمل منذ بضع سنوات بتأمين طلبيات بذور معالجة بشكل دائم، فان البائع الذي يسلم بذورا غير معالجة يعد مخلا بالتزامه القائم على تسليمها وفقا للخصائص التعاقدية المعتادة) نقض مدنية ١، ٣٠ آذار/ مارس ١٩٩٩، نشرة مدنية I، رقم ١١٨، عقود ١٩٩٩، رقم ١١٠، تعليق لوفونور Leveneur.

Code Civil,ibid, p.1979,

ونصت المادة (١/٤٢٠) من القانون المدني المصري على أنه (إذا كان البيع بالعينة وجب أن يكون المبيع مطابقاً لها) وتقابل المادة (١/٤٥٧) من القانون المدني الكويتي.

ولعل من المناسب هنا الاشارة الى ان القانون العراقي لم يعط المشتري حق انقاص الثمن لو كان أقل جودة من النموذج، ولعدم وجود نص مماثل للنص اعلاه في القانونين الفرنسي والمصري، فقد اتجه الفقه فيهما الى اعطاء المشتري حق الاحتفاظ بالمبيع مع المطالبة بانقاص الثمن في حال كون البضائع المسلمة اليه أقل جودة من النموذج اضافة الى حقه بالمطالبة بالفسخ مع التعويض او المطالبة بالتنفيذ –التعويض- العيني الجبري. للتفصيل ينظر د.كمال قاسم ثروت، المصدر السابق، ص٨٥ وكذلك د. السنهوري، ج٤، المصدر نفسه، ص٢٣٨.

كذلك تجدر الاشارة الى ان البيع بالعينة ليس هو البيع بالمواصفات، ففي الاول يجب ان يكون المبيع مطابقا كل المطابقة للعينة، اما في الثاني فيكفي ان تتوافر فيه العناصر الاساسية ما دام صالحا للغرض المخصص له. ينظر د.رمضان أبو السعود، شرح العقود المسماة في عقدي البيع والمقايضة، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، ٢٠٠٠، ص٨٣.

[١٦١] . نصت المادة (٢٥٥) من القانون المدني العراقي على أنه (ينفذ الالتزام بطريق التعويض في الاحوال وطبقا للاحكام التي ينص عليها القانون).

[١٦٢] . د.سليمان مرقس، أحكام الالتزام، المصدر السابق، ص١١٧. فهو – التعويض- لا يكون الا بعد تحقق اركان المسؤولية العقدية، وحيث لا مسؤولية لا تنفيذ –تعويض- اذ التنفيذ –التعويض- بنوعيه –العيني والنقدي- المظهر العملي لثبوت المسؤولية. د.أحمد حشمت ابو ستيت، المصدر

السابق، ٤١٩. والغالب ان يقع الوفاء الاختياري، فلا تكون هناك حاجة لتحريك المسؤولية. ينظر د.عبد المنعم فرج الصدة، المصدر السابق، ص١٤.

[١٦٣] . ويمكن أن يكون بعده، فيما لو كان الوفاء قبل الميعاد المحدد. ينظر د.السنهوري، ج٢، المصدر السابق، ص٧٩٨

[١٦٤] . د.السنهوري، ج١، مصادر الالتزام، المصدر السابق، ص٩٦٦

[١٦٥] . ويرى د.محمود جمال الدين زكي في كتابه الوجيز، ص٧٥٤ ان التنفيذ بمقابل دائما مبلغا من النقود، بيد أنه يعود في نفس المرجع ص٩٧٢ ليقر أنه عوض عن الالتزام الاصلي بنقود أو غيرها.

[١٦٦] . ينظر د.سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني، (٢) في الالتزامات، مج١، نظرية العقد والارادة المنفردة، ط٤، دار الكتب القانونية (شتات)، مصر الجديدة، ١٩٨٧، ص٦٤٣-٦٤٤ هامش (١٥)، ويشير الى حكم محكمة النقض في ٢٦ أكتوبر/ تشرين الاول ١٩٧٢ (اذا لم يشترط الفسخ بنص العقد فانه يكون خاضعا لتقدير قاضي الموضوع، يحكم به أو يمنح المدين أجلا للوفاء بالالتزام، ولئن كان الوفاء في غضون هذا الاجل مانعا من جواز الحكم بالفسخ فان انقضاء الاجل دون وفاء كامل لا يوجب الحكم بالفسخ حتما الا بنص في القانون، ولايوجد هذا النص في قواعد الفسخ الواردة بالمادة ١٥٧ من التقنين المدني كما ان المشرع حذف من مواد البيع نص المادة ٦١٠ من المشروع التمهيدي الذي كان يوجب الفسخ دون انذار المشتري الى أجل آخر اذا لم يدفع الثمن قبل انقضاء الاجل، وهو النص المقابل للمادة ٣٣٣ مدمي قديم- تاركا ذلك لحكم القواعد العامة في فسخ العقود الملزمة للجانبين... والوفاء بالالتزام لا يزال ممكنا بعد انقضاء الاجل وحتى صدور الحكم النهائي...).

[١٦٧] . Lachmi ,op.cit, note 3.2 (a).

[١٦٨] . وان أفضل تعويض هو بقاء العقد قائما. ينظر د.حلمي بهجت بدوي، المصدر السابق، ص٤٣٧.

[١٦٩] . مصدر الالتزام البديل هو الاتفاق او القانون. ينظر د.السنهوري، ج٣، المصدر السابق، ص١٨٣.

[١٧٠] . د.أنور سلطان، المصدر السابق، ص٦٨

[١٧١] . التنفيذ بمقابل تعويض يحل محل ما كان واجبا على المدين ان يؤديه، بيد انه مع ذلك يشكل وفاء بالالتزام وان تغير شكل هذا الوفاء ولذا فان التأمينات المضافة لوفاء الالتزام تبقى بداهة. ينظر د.حلمي بهجت بدوي، المصدر نفسه، ص٤٣٦

وحيث ان من شروط الوفاء بمقابل ان يقبل الدائن الوفاء بمقابل –حيث ان المبدأ هو وفاء الشيء المستحق أصلا- فلا يجبر الدائن على قبول غير الشيء المتفق عليه –ولا يشترط في قبوله ان يكون صريحا بل يمكن ان يكون ضمنيا –ومن قبيله عدم الاعتراض--. ينظر د.أنور سلطان المصدر نفسه، ص٣٩٦-٣٩٧، وحيث ان هذا القبول بمثابة حق للمشتري، وحيث ان الرفض الصادر من المشتري دون عذر مشروع يعد نوعا من التعسف في استعمال الحق، وحيث ان التعسف يمثل خطأ، وحيث ان هذا الخطأ قد يسبب ضررا للبائع، وفي حال حصول ذلك يلزم الاول بالتعويض، وخير تعويض هو حرمانه –المشتري- من التمسك بحقه.

[١٧٢] . (يشكل عدم تطابق الشيء المبيع مع الوجهة الطبيعية التي كان معدا لها العيب الملحوظ في المادة (١٦٤١) نقض مدنية ١، ٨ كانون الاول/ ديسمبر ١٩٩٣، نشرة مدنية I ، رقم ٣٦٢، د ١٩٩٤، ٢١٢، Code Civil, op.cit, p.1947

ونصت المادة (٣٣٦) من مجلة الاحكام العدلية على انه (البيع المطلق يقتضي سلامة المبيع من العيوب...). ينظر علي حيدر، المصدر السابق، ص٣٠٣، يوسف آصاف، المصدر السابق، ص١٥٨ وكذلك سليم رستم باز، المصدر السابق، ص١٤٣.

[١٧٣] .نصت المادة (٣٣٧) من مجلة الاحكام العدلية على انه (ما بيع مطلقا اذا بيع وفيه عيب قديم يكون المشتري مخيرا ان شاء رده وان شاء قبله بثمنه المسمى، وليس له ان يمسك المبيع ويأخذ ما نقصه من العيب وهذا يقال له خيار العيب). ينظر علي حيدر، المرجع نفسه، ص٣٠٤، يوسف آصاف، المرجع نفسه، نفس الصفحة وكذلك سليم رستم باز، المرجع نفسه، ص١٤٤، وينظر كذلك د.حسن علي الذنون، النظرية العامة للفسخ، المصدر السابق، ص١٥٦. ونصت المادة (١/٥٥٨) من القانون المدني العراقي على أنه (اذا ظهر بالمبيع عيب قديم كان المشتري مخيرا ان شاء رده وان شاء قبله بثمنه المسمى)، وكذلك الحكم في حال التسليم الناقص اذ نصت المادة (٥٤٤) من القانون المدني العراقي على خيار المشتري بين فسخ العقد أو أخذ المبيع بكل الثمن المسمى في المثليات التي لا يضرها التبعيض. ينظر د.عباس حسن الصراف، شرح عقدي البيع والايجار في القانون المدني العراقي، مطبعة الاهالي، بغداد، ١٩٥٦، ص١٧٢ وكذلك د.كمال قاسم ثروت، المصدر السابق، ص١٤٤. ويرى د.عزيز كاظم جبر الخفاجي، الخيارات القانونية وأثرها في العقود المدنية (مقارنة بالفقه

الاسلامي)، دار الكتب القانونية، مصر، ٢٠١١، ص٢٦٧ ان (خيار العيب...من الخيارات الحكمية).

وينبغي الاشارة الى ان أحكام المواد التي عالجت هذا الموضوع في القانون المصري تفضل النصوص العراقية، حيث نصت المادة ٤٣٣من القانون المدني المصري على انه (اذا عين في العقد مقدار المبيع كان البائع مسؤولا عن نقص هذا القدر بحسب ما يقضي به العرف مالم يتفق على غير ذلك، على انه لايجوز للمشتري ان يطلب فسخ العقد لنقص المبيع الا اذا ثبت ان هذا النقص من الجسامة بحيث لو انه كان يعلمه لما اتم العقد) وتقابل المادة (٤٦٩) من القانون المدني الكويتي. ينظر د.عباس حسن الصراف، المصدر نفسه، ص١٧٣-١٧٤

في حين نصت المادة (١٦٤٤) من القانون المدني الفرنسي على أنه (في الاحوال الواردة في المادتين ١٦٤١ و١٦٤٣، للمشتري أن يختار بين اعادة الشيء واسترداد الثمن أو الاحتفاظ بالشيء واسترجاع جزء من الثمن وفقا لما يقدره الخبراء).Code Civil, op.cit, p.1978

وفي القانون الالماني لا يمكن للمشتري فسخ العقد مالم يعط البائع الـ Nachfrist. ينظر المادة ٤٤٠ من BGB.

ويمنح المشتري دعوى انقاص الثمن التي يرجع أساسها الى القانون الروماني حيث للمشتري في حالة العيب الخفي الحصول على علاج العيب من البائع مع الاحتفاظ بالمبيع واسترداد جزء من الثمن لقاء العيب. ينظر د.صاحب عبيد الفتلاوي ، ضمان العيوب وتخلف المواصفات في عقود البيع ، الطبعة الأولى ، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان ، الأردن ، ١٩٩٧ ،ص ١٥ وكذلك صاحب عبيد عبد الزهرة ، ضمان العيب وتخلف الوصف في عقد البيع ومدى تأثره بالتطورات الأقتصادية والأجتماعية ، رسالة ماجستير كلية القانون، جامعة بغداد ، ١٩٧٩ ، ص ٢١.

[١٧٤] ينظر د.عباس حسن الصراف، المصدر السابق، ص٢٠٩ وكذلك د.جعفر الفضلي، المصدر السابق، ص١٦٣ حيث نصت المادة (٢/٥٥٨) من القانون نفسه على أنه (والعيب هو ما ينقص ثمن المبيع عند التجار أو أرباب الخبرة أو ما يفوت به غرض صحيح...).

ونصت المادة (١٦٤١) من القانون المدني الفرنسي على أنه (ان البائع ملزم بضمان عيوب المبيع الخفية التي تجعله غير صالح للاستعمال في ما أعد له او التي تنقص فعليا هذا الاستعمال الى حد ان الشاري لما كان اشتراه او لاشتراه بسعر أقل لو علم بوجودها)

ان عدم مطابقة الشيء لما أعد له بحسب طبيعته يندرج في اطار العيوب الخفية. وهكذا قضي بان العيوب التي تجعل الشيء غير صالح لما أعد له بحسب طبيعته تشكل العيوب التي حددتها المادة (١٦٤١) التي تعتبر الاساس الوحيد الممكن للدعوى المرفوعة ضد صانع مسخن المياه الذي ظهر بداخله تسرب ناتج عن عيب في التركيب. نقض مدنية ١، ٢٧ تشرين الاول/ اكتوبر ١٩٩٣، نشرة مدنية I، رقم ٣٠٥، د ١٩٩٤، ٢١٢، Code Civil, op.cit, p.1968

(ان استحالة اعادة تشغيل الآلة المبيعة من قبل البائع تظهر ان العيب جعل الشيء غير صالح للاستعمال في ما أعد له. نقض تجارية ١ نيسان/أبريل ١٩٩٧، د أعمال ١٩٩٧، ٦٣٢، ان موقف البائع الذي وافق على استبدال القطعة المعيوبة على نفقته الخاصة بعد أن تعطلت مرتين متتاليتين أثبت في غياب أي عنصر معاكس وجود عيب خفي. القرار ذاته. Code Civil, ibid, p.1971

والملاحظ ان القانون الفرنسي لم يشر الى العيب الذي ينقص من ثمن المبيع انما ما ينقص من استعماله –منفعته. ينظر د.جعفر الفضلي، المصدر السابق، ص١٦٣.

قارن (نقض ١٩٨٩/١٠/٣٠ طعن ٩٨٨ س ٥٣ق) (لئن كان المشرع قد ألحق حالة تخلف الصفة التي كفلها البائع للمشتري بالعيب الخفي ... والذي تنطبق أحكامه... على عقد المقاولة اذا كان مختلطا بالبيع، الا انه لم يشترط في حالة فوات الصفة ما اشترط في العيب الذي يضمنه البائع منن وجوب كونه مؤثرا وخفيا...). أشار اليه المستشار أنور طلبة، مجموعة المبادئ...، ج١١، المصدر السابق، ص٥١١-٥١٢.

وان المشرع العراقي أغفل النص على المطابقة عند التعرض لاحكام ضمان العيب الخفي. ينظر د.صاحب عبيد الفتلاوي، المصدر السابق، ص٥٤. ويرى د.عزيز كاظم جبر ان احكام ضمان العيب الخفي لا تنطبق على عدم المطابقة لسببين: (الاول: ان تخلف الصفة هي مسألة شخصية ينظر فيها الى شخص من اشترطها ولا يهمنا بعد ذلك ان كانت ... تنقص من ثمن المبيع او تحد من منافعه... اما السبب الثاني: فهو ان القانون المدني العراقي ينص صراحة على اعتبار تخلف الوصف حالة من حالات الغلط التي تجعل العقد موقوفا...). د.عزيز كاظم جبر الخفاجي، المصدر السابق، ص٢٧٨، وينظر عكس ذلك د.رمضان أبو السعود، المصدر السابق، ٣٢٦، ويشير في الهامش رقم (١) الى أربعة أحكام لمحكمة النقض متضمنة تطبيق احكام ضمان العيوب الخفية على تخلف الصفة.

[١٧٥] . تتيح الـCISG –في بعض الحالات- للمدين المتخلف ان يفرض على دائنه تنفيذ –تعويض- العقد عينا. ينظر فنسان هوزيه، المصدر السابق، ص٤٢٦.

[١٧٦] . Bertram Keller, op.cit, note (n)

[١٧٧] . John O.Honnold, op.cit,p.210

[١٧٨] . Joseph Lookofsky, op.cit, p.122

Chengwei Liu, Cure by Non-Conforming Party, op.cit, note 3.4

[١٧٩] Joseph Lookofsky, ibid, p.122.

[١٨٠] . John.O Honnold (1989). Documentary History of the Uniform Law for International Sales: The Studies, Deliberations, and Decisions that Led to the 1980 United Nations Convention Kluwer Law and Taxation Publishers: Deventer/Netherlands p.324

Switzerland 5 November 2002 Commercial Court des Kantons Aargau Available at: <http://www.cisgw3.law.pace.edu/cases/021105s1.html>

Lachmi , op.cit,, note 3.4

[١٨١] . Germany 3 April 1996 Supreme Court available at: <http://www.cisgw3.law.pace.edu/cases/960403g1.html>

[١٨٢] Lachmi , Ibid, note 3.6.

[١٨٣] . Germany 24 September 1998 District Court Regensburg available at: <http://www.cisgw3.law.pace.edu/cases/980924g1.html>

[١٨٤] . Lachmi.ibid, note 3.6

[١٨٥] . Holland v. Dick Youngberg Chevrolet-Buick, Inc., 348 N.W. 2d 770 (Minn. Ct. App. 1984); Moulton Cavity & Mold, Inc. v. Lyn-Flex Indus., Inc., 396 A.2d 1024, 25 U.C.C. Rep. Serv. (Callaghan) 1'026 (Me. 1979); Mass v. Scoboda, 188 Neb. 189, 195 N.W.2d 491 (1972); Bowen v. Young, 509 S.W. 2d 600 (Tex. Ct. App. 1974). One

court has gone so far as to say that some defects do not justify rejection by a buyer. See Gindy Mfg. Corp. v. Cardinale Trucking Corp., 111 NJ. Super. 383, 268 A.2d 345, 7 U.C.C. Rep. Serv. (Callaghan) 1257 (1970). The court in Ramirez v. Autosport, 88 NJ. 277, 440 A.2d 1345, 33 U.C.C. Rep. Serv. (Callaghan) 134 (1982) disagreed and held that the perfect tender rule was preserved by the U.C.C.

أشار اليه Eric C.Schneider,op.cit, p.91-92

١٨٦ . Robert Koch, op.cit, p.324

١٨٧ . Chengwei Liu, Cure by Non-Conforming Party, op.cit, note 3.3

١٨٨ . Lachmi, op.cit, note 3.4.

١٨٩ . ينظر د. طالب حسن موسى، المصدر السابق، ص ١٣٠

١٩٠ . ينظر جيروم هوبيه، المصدر السابق، ص٦١٤

١٩١ . Alison E. Williams,op.cit, note IV.C.3.,

١٩٢ . Jacob S. Ziegel, International Sales: The United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods, Matthew Bender (1984), Ch. 9, pages 9-1 to 9-43. The Remedial Provisions in the Vienna Sales Convention: Some Common Law Perspectives p.22

١٩٣ . Ibid,p.23

١٩٤ . Mirghasem Jafarzadeh, Buyer's Right to Withhold Performance and Termination of Contract: A Comparative Study Under English Law, Vienna Convention on Contracts for the International Sale of Goods 1980, Iranian and Shi'ah Law,December,2001,note52 cisgw3.law.pace.edu/cisg/biblio/jafarzadeh1.html

١٩٥ . In Johannsen v. Minnesota Valley Ford Tractor Co 304 N.W.2d 654, 31 UCC Rep. 558 (Minn. 1981), note 3.5 (a)

أشار اليه Eric C.Schneider,op.cit, p.76
[١٩٦] . Michael Will, op.cit, p.350
[١٩٧] . Huber, op.cit,, p.23
[١٩٨] . ينظر جيروم هوييه، المصدر السابق، ص٥٩٥
[١٩٩] . Eric C.Schneider,Ibid, p.88. و د.محسن شفيق، المصدر السابق، ص١٥٩.

[٢٠٠] . د. محمود سمير الشرقاوي ، المصدر السابق، ص ١٥٦
[٢٠١] . مفهوم الاخلال الجوهري تم تعريفه في المادة (٢٥) من CISG والمادة (8:103) من PECL و ((2) 7.3.1) من PICC
[٢٠٢] .ينظر فانسان هوزيه، المطول في العقود –باشراف جاك غستان-، بيع السلع الدولي (القانون الموحد)، ترجمة منصور القاضي، ط١، مؤسسة مجد، بيروت، ٢٠٠٥، ، ص٤٢٨.
وينظر نص المادتين (١٥٧) و(٤٣٣) من القانون المدني المصري والمادتين (١٧٧ و ٥٤٦) من القانون المدني العراقي والمادتين (٢٠٩ و ٤٦٩) من القانون المدني الكويتي، فاذا لم يقم البائع بتنفيذ التزامه بتسليم المبيع المشتري يستطيع بعد انذاره ان يطلب من المحكمة الزام البائع بالتنفيذ العيني –ونرى انه هنا تعويضا عينيا- اذا كان ممكنا واذا كان مستحيلا يصار الى الفسخ. د.عباس حسن الصراف، المصدر السابق، ص١٧٦.
[٢٠٣] . ولعل من المناسب هنا الاشارة الى ان د.حلمي بهجت بدوي يرى ان مناط الفسخ هو (استحالة التنفيذ).للتفصيل ينظر د.حلمي بهجت بدوي، المصدر السابق، ص٤٣٦ وص٤٧٠-٤٧٥. ويرى د.جميل الشرقاوي ان هنالك من الفقه من لم يصرح بالقاعدة اعلاه، بيد انه يمكن ان يستشف من شرحهم لاحكام الفسخ مايؤخذ منه ان احساسهم بان مناط الفسخ هو الاستحالة. ينظر د.جميل الشرقاوي، نظرية بطلان التصرف القانوني في القانون المدني المصري، مطبعة جامعة القاهرة، ١٩٥٦، ص١٧٤. وينظر (نقض ١٩٧٩/٦/٢٠ طعن ٣٦٤ س ٤٦ق) (...ان الاصل هو تنفيذ الالتزام تنفيذا عينيا ولا يصار الى عوضه اي التنفيذ بطريق التعويض –النقدي- الا اذا استحال التنفيذ –التعويض العيني...). المستشار أنور طلبة، مجموعة المبادئ التي قررتها محكمة النقض منذ انشائها سنة ١٩٣١ (الدائرة المدنية والتجارية والاحوال الشخصية)، ج٦، المكتب الجامعي الحديث، الاسكندرية، ص٦٣٤.

ويرى د.حسن علي الذنون ان اساس الفسخ في القانون المدني احد أمرين فهو اما نتيجة شرط فاسخ صريح وفي غير ذلك يرد الى نظرية السبب، أما في الفقه الاسلامي فالاساس يرد الى نظرية (اتصال الرضا بالمحل). ينظر د.حسن علي الذنون، النظرية العامة للفسخ في الفقه الاسلامي والقانون المدني (دراسة مقارنة)، مطبعة نهضة مصر، الفجالة، ١٩٤٦، ص٦٤-٧٤.

[٢٠٤] Chengwei Liu, Cure by Non-Conforming Party, op.cit , note 3.4.

[٢٠٥] . ينظر بيتر هوبر، المصدر السابق، ص١٤٣١

[٢٠٦] . Joseph Lookofsky, op.cit, p.122

فيشترط للعلاج ان يكون العيب قابلا له –قابل للعلاج- وبعبارة اخرى ممكنا. ينظر د.عبد الرسول عبد الرضا محمد، المصدر السابق، ص٢٣٢.

[٢٠٧] . فاذا كان العيب غير جسيم فليس للمشتري أن يرد المبيع بل عليه الاحتفاظ به وعلى البائع تعويضه. ينظر د.سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني، ج٣، في العقود المسماة، مج١، عقد البيع، ط٥، شتات، مصر الجديدة، ١٩٩٠، ص٥٧٥-٥٧٦. اما اذا كان العيب جسيما –ويستند الى حكم المادة ٤٣٣/ مدني مصري- بحيث يصبح تنفيذ العقد لا يحقق قصده من الشراء فهنا للمشتري حق فسخ العقد. المرجع نفسه، ص٤٩٤. وقضي بأنه (وقوع خطأ مادي في التسليم يتعلق بماهية المبيع، لا يمنع البائع من طلب تصحيحه). (نقض ١٩٩٠/٤/١٢ طعن ١٧٣٧ س ٥٧ق). أشار اليه المستشار أنور طلبة، مجموعة المبادئ، ج١١، المصدر السابق، ص٤٩٢. وينظر المادة (١٠١) من قانون التجارة المصري والمادة (١٣٢) من قانون التجارة الكويتي.

[٢٠٨] . ينظر د.اسماعيل غانم، في النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، مطبعة عبدا... وهبة، مصر، ١٩٦٦، ص٣٢٩.

[٢٠٩] . ينظر إي. ألان فارنسوث، المصدر السابق، ص١٣٧٣

[٢١٠] . وهنالك من يرى ان المخالفة الجوهرية لها جذور في القانون الانكليزي، وقد يبدو هذا الرأي ابتداء صحيحا لان التمييز بين الشرط والضمان في هذا القانون مبني على أسس مشابهة لما عليه في المخالفة الجوهرية، بيد انه يجب الحذر من هذا التحليل في حالات التسليم المعيب، فالعديد من هذه الحلات تصنف وفق قانون بيع المنقولات (المواد ١٣ ومابعدها) ضمن الشروط وبالتالي فان مخالفتها تؤدي الى فسخ العقد في

هذا القانون دون مراعاة المعايير للمخالفة الجوهرية. ينظر بيتر هوبر، المصدر السابق، ص١٤٣٠-١٤٣١

[٢١١] . ينظر إي. ألان فارنسوث، المصدر السابق، ص١٣٧٤ و د.لطيف جبر كزماني، المصدر السابق، ص١٢٥.

[٢١٢] . Eric C.Schneider,op.cit, p.94

Wallach. The Buyer's Right to Return Unsatisfactory Goods-771e Uniform Commercial Code Remedies of Rejection and Revocation of Acceptance, 20 W ASHBURN U. 20 (1980/1981); see also Nebraska , op.cit, p.155.

[٢١٣] . ينظر إي. ألان فارنسوث، المصدر نفسه، ص١٣٧٤ وكذلك Eric C.Schneider,op.cit, p.91

[٢١٤] . ينظر نص المادة (8:104) من (PECL) وقد نصت المادة ٧-٣-١(٢) من (PICC) على انه (يراعى بوجه خاص عند تحديد ما إذا كان عدم تنفيذ الالتزام يرتقى إلى عدم تنفيذ جوهري ، ما إذا كان : أ) عدم التنفيذ يحرم بصورة جوهرية الدائن مما كان يحق له انتظاره من العقد، إلا إذا كان الطرف الآخر لم يتوقع، أو كان من غير المعقول أن يتوقع، هذه النتيجة .ب) أن يكون التحقيق الدقيق للالتزام الذي لم ينفذ هو جوهر العقد . ج) أن يكون عدم التنفيذ عمديا أو نتيجة عدم اكتراث د) أن يكون عدم التنفيذ سببا لاعتقاد الدائن بأنه لا يمكن أن يعتمد على تنفيذ المدين في المستقبل .ه) أن يتحمل المدين بخسارة جسيمة نتيجة الإعداد أو التنفيذ، عند فسخ العقد.)

[٢١٥] .ينظر بيتر هوبر، المصدر السابق، ص١٤٢٨

[٢١٦] . ينظر نص المادة (8:103)

[٢١٧] .ينظر بيتر هوبر، المصدر نفسه، ص١٤٣٢

[٢١٨] . Lachmi , op.cit,note 3.4.

[٢١٩] . ينظر المواد ((8:106(3) (9:301(2), من PECL والمادة ((7.1.5(3) من PICC والمواد (٤٧، ٤٩، ٦٣ و٦٤) من CISG للتفصيل ينظر إي. ألان فارنسوث، المصدر السابق، ص١٣٧٥ هامش ١٠٢

[٢٢٠] . ينظر بيتر هوبر، المصدر السابق، ص١٤٣٠

[٢٢١] . Michael Will, op.cit,p.352

[٢٢٢] Chengwei Liu, Cure by Non-Conforming Party, . op.cit, note 4.3, Michael Will, ibid, p.352 & Bertram Keller, op.cit,note (m)

[٢٢٣] . تقتضي مناسبة العلاج النظر الى طرفي العقد –المشتري والبائع- بمعنى ان يكون مناسبا لكليهما. ينظر د.عبد الرسول عبد الرضا محمد، المصدر السابق، ص٢٣٣.

[٢٢٤] Lachmi ,op.cit, note 3.1 (b).

[٢٢٥] . ويكون التنفيذ العيني غير ممكن –غير مناسب- بصفة عامة: ١- اذا استحال تنفيذ الالتزام بفعل المدين، كما لو ترك المدين أجل الالتزام المحدد للتنفيذ يمر دون ان يقوم بما هو عليه بحيث تنفيذ الالتزام بعد ذلك غير مجد. ٢- قد يكون التنفيذ العيني ممكنا بيد أنه يمس شخص المدين أو حريته، فلا يحكم به احتراما للحرية الشخصية من ناحية ولعدم جدوى التنفيذ من ناحية أخرى. ينظر د.حلمي بهجت بدوي، المصدر السابق، ص٤٢٥-٤٢٦ ونرى ان ما تقدم ينطبق على التعويض العيني، ويكون غير قابلا للتطبيق –غير مناسب- ويصار الى التعويض النقدي.

[٢٢٦] . مع ملاحظة ان القانون الامريكي يعد الاصل في الوقت هو الجوهر. ينظر جيروم هوبيه المصدر السابق، ص٥٩٥

[٢٢٧] Gakuro Himeno, op.cit,p.78.

[٢٢٨] .ففي قضية ترينور ضد والترز، مددت المحكمة التعاقد لتاريخ اداء لستة أيام (من ٨ الى ١٤ ديسمبر/ كانون الاول) واستدلت المحكمة لتعديل اتفاق العقد من بيان المشتري ان زبائنه لاتحتاج الاشجار حتى ١٦ ديسمبر/ كانون الاول والمشتري طالب بالاشجار الاخرى في ١٤ ديسمبر/ كانون الاول.
In Traynor v. Walters
342 F. Supp. 455. 10 U.C.C. Rep. Serv. (Callaghan) 965 (M.D. Pa. 1972)
أشار اليه Eric C.Schneider,op.cit, p.76

[٢٢٩] . In Marine Mart, Inc. v. Pearce
252 Ark. 601, 480 S.W. 2d 133, 10 U.C.C. Rep. Serv. (Callaghan) 1047 (1972)

88 NJ. 277, 440 A.2d 1345, 33 U.C.C. Rep. Serv. (Callaghan) 134 (1982). Ramirez v. Autosport
أشار اليهما Eric C.Schneider,op.cit, p.95-96
[٢٣٠] Michael Will, op.cit, p.352 .
[٢٣١] Clark Oil Trading Co. v. Amerada Hess Trading Co 1994 AMC 453 (US DC, SD of NY) 458 .
أشار اليه Lachmi op.cit,note 3.5 (a)
[٢٣٢] . قضية بائع ايطالي ومشتر الماني لعقد بيع مادة كيمائية من نوعية معينة لانتاج المستحضرات الصيدلانية، بعد التسليم، أرسل المشتري البضاعة لعملائه، اشتكى العملاء ان البضاعة ليست ذات نوعية كافية للبدء في انتاج المنتجات الصيدلانية، واتفق الطرفان على ان يقوم البائع بمعالجة البضاعة المعيبة في ايطاليا وتعاد البضائع الى ايطاليا من قبل المناقل الالماني الذي اختاره البائع وسلمت للبائع على نفقته الخاصة، وفور الاتصال بالناقل الالماني، وجد المشتري ان البضاعة لم تكن قد أعيدت الى ايطاليا وبلغ ذلك في وقت لاحق البائع، ثم شرع المشتري بعلاج العيوب في المانيا على نفقته الخاصة، مدعيا ان العلاج كان لابد من القيام به على الفور كما ان عملائه لامكنهم استئناف انتاج الادوية دون البضاعة، وقام المشتري بخصم تكاليف الاصلاح من ثمن البضاعة. طالب البائع بدفع الثمن كله، بزعم انه كان يعالج البضاعة مع سعر أقل بكثير في ايطاليا. وذكرت المحكمة أنه بموجب المادة ١/٤٨ من اتفاقية فينا للبيع الولي للبضائع ١٩٨٠، يجوز للبائع ان يعالج على نفقته الخاصة أي اخفاق في أداء التزاماته اذا كان يمكن ان يفعل ذلك دون تأخير لامبرر له، ورأت المحكمة ان محاولة البائع لعلاج العيوب قد فشلت كما ان البضاعة لم تصل الى ايطاليا في الوقت المحدد وان اي مزيد من التأخير في العلاج يعد غير معقول، فعميل المشتري اضطر لوقف الانتاج خلال وقت خضوع البضائع للعلاج وهذا من شأنه أن يؤدي الى مطالبات بالتعويض عن الاضرار من جانب عميل المشتري.

Germany 23 June 1995 Lower Court Mnchen
أشار اليه Lachmi.Ibid ,note 3.6
[٢٣٣] .محكمة واشنطن في قضية بيتر بان سي فود ضد شركة فوندري الاولمبية قضت انه عندما تم الاتفاق في العقد (البيع)، والبائع أعطى ضمانا لمدة ستة أشهر لاصلاح العيوب واستبدال قطع الغيار، فان موعد الاداء لاينتهي قبل الشهر السادس.

Peter Pan Seafoods, Inc. v. Olympic Foundry Co 17 Wash. App. 761, 565 P.2d 819, 21 U.C.C. Rep. Serv. (Callaghan) 1231 (1977)

أشار اليه Eric C.Schneider,op.cit, p.76

[٢٣٤] Marine Mart, Inc. v. Pearce 252 Ark. 601, 480 S.W. . 2d 133, 10 U.C.C. Rep. Serv. (Callaghan) 1047 (1972)

أشار اليه Ibid, p.95

[٢٣٥] . ففي قضية راميرز ضد اوتو سبورت، المشتري أخبر من البائع ان السيارة لم تكن جاهزة على الموعد المحدد في العقد بسبب عيوب طفيفة، المشتري طالب البائع عدة مرات، ولكن أعطي أعذارا في بعض الحالات وفي بعضها لم يعط أي عذر، وبعد اسبوعين من الموعد المحدد قيل ان السيارة ستكون جاهزة، بيد أنه في الواقع كان البائع لايزال يعمل على بعض العيوب الطفيفة، وكان على المشتري أن ينتظر اسبوعين آخرين بينما البائع استمر بالمماطلة، وقضت المحكمة بان حق العلاج وان كان متاحا للعيوب البسيطة بيد انه يجب ان لا يشكل مصدر ازعاج في المعاملة...)

88 NJ. 277, 440 A.2d 1345, 33 U.C.C. Rep. Serv. (Callaghan) 134 (1982). Ramirezv. Autosport

أشار اليه Ibid, p.96

[٢٣٦] Lachmi.op.cit,note 3.5 (a)

[٢٣٧] Ibid, note 3.1

[٢٣٨] . Bertram Keller, op.cit,note (m)

[٢٣٩] . Eric C.Schneider,Ibid , p.89

ونصت المادة ٥٥٩ من القانون المدني العراقي على أنه (لا يضمن البائع عيبا قديما كان المشتري يعرفه أو كان يستطيع أن يتبينه لو أنه فحص المبيع بما ينبغي من العناية، الا اذا أثبت ان البائع قد أكد له خلو المبيع من هذا العيب أو أخفى العيب غشا منه) وتقابل المادة (٤٩١) من القانون المدني الكويتي. وقد قضي بأنه (...لم يكن بوسع المدعي الوقوف عليهما – العيبان- عند استلام السيارة لانها من العيوب الخفية التي تنطوي على الغش...) ينظر قرار محكمة التمييز ٥٧/م٢/١٩٧٥ في ١٣/٤/١٩٧٥. مجلة الاحكام العدلية، العدد الثاني، السنة السادسة، ١٩٧٥، ص٦٢. وينظر نص المادة (٤٤٧) من القانون المدني المصري و (نقض ٢٦/١/١٩٦٧ طعن ٥١ س ٣٣ق) أشار اليه المستشار أنور طلبة، مجموعة المبادئ التي

قررتها محكمة النقض منذ انشائها سنة ١٩٣١ (الدائرة المدنية والتجارية والاحوال الشخصية)، ج٥، المكتب الجامعي الحديث، الاسكندرية، ص٤٧٤، وقارن (نقض ١٩٤٦/٥/٢ طعن ٧٦ س ١٥ق) (أقرار المشتري عند تسلم المبيع انه عاينه وفحصه بمعرفة خبير لا يمنع من طلب الفسخ للعيب الخفي). أشار اليه المصدر نفسه، ص٤٧٩.

جدير بالذكر ان المشرع العراقي أغفل النص على المطابقة عند التعرض لاحكام ضمان العيب الخفي وهو موقف لا يحسد عليه. ينظر د.صاحب عبيد الفتلاوي، المصدر السابق، ص٥٤.

بخلاف القوانين الاخرى التي عالجته، ينظر على سبيل المثال نص المادتين (٤٤٢) و(٤٥٩) من (BGB) وينظر نص المادة (٢/٤٤٧) من القانون المدني المصري.

٢٤٠. Michael Will, op.cit, p216

Robert Koch, The concept of Fundamental breach of contract and the United Nations Convention on contracts for the International Sale of Goods (CISG), Review of the Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG) 1998, Kluwer Law International ,1999, p.228-229

٢٤١. T.W. Oil, Inc. v. Consolidated Edison Co 57 N.Y. 2d 574, 443 N.E. 2d 932, 457 N.Y.S. 2d 458, 35 U.C.C. Rep. Serv. (Callaghan) 12 (1982)
أشار اليه Eric C.Schneider, ibid, p.93.

٢٤٢ Ibid, p.93

٢٤٣ Ibid, p.94

٢٤٤. Appleton State Bank v. Lee, 33 Wis. 2d 690, 148 N.W. 2d 1 (1967). 148. Id. at 694, 148 N.W. 2d at 3
أشار اليه Ibid, p.94

٢٤٥. McKenzie v. Alla-Ohio Coals, Inc. 29 U.C.C. Rep. Serv. (Callaghan) 852 (D.C. Colo. 1979)
أشار اليه Ibid, p.94

٢٤٦. Bevel-Fold, Inc. v. Bose Corp. 9 Mass. App. Ct. 576, 402 N.E. 2d 1104, 28 U.C.C. Rep. Serv. (Callaghan) 1333 (1980)

أشار اليه Ibid, p.95

[٢٤٧] . ينظر د.عبد الرسول عبد الرضا محمد، المصدر السابق، ص٣٠٥ وما بعدها.

[٢٤٨] . Michael Will, op.cit, p215

[٢٤٩] . جمال محمود عبد العزيز، الالتزام بالمطابقة في عقد البيع الدولي للبضائع وفقا لاتفاقية الامم المتحدة (فيينا ١٩٨٠)، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، ١٩٩٦، ص١٥٦. وقضت محكمة التمييز (ان الواجب على من يشتري مالا يحتاج الى خبرة خاصة للاطلاع على حالته أن يستعين بالخبراء للكشف على المال). القرار ٢٢٠٠/ح/٩٥٦ في ١٩٥٦/١٢/١٨. سلمان بيات، ج٢، ص٦٨، مشار اليه في د.جعفر الفضلي، المصدر السابق، ص١٥٩.

[٢٥٠] . ينظر د.محسن شفيق، المصدر السابق، ص١٥٥وكذلك Ulrich Magnus,op.cit, p.85

[٢٥١] . ينظر نص المادة (٢-٥١٣) من (UCC)

[٢٥٢] . ينظر جمال محمود عبد العزيز، المصدر السابق،ص١٥٧. وقضي أنه (قام بعملية الفحص زبون المشتري وكان ملائما). قضية كلاوت رقم ١٦٧/ المحكمة العليا لمنطقة ميونخ المانيا/ ٨/ شباط/ ١٩٩٥. أشار اليه د.لطيف جبر كوماني، المصدر السابق، ص٨٦

وورد في حكم لمركز القاهرة الاقليمي أنه (وقد بحث المحكم ادعاءات الطرفين وانتهى الى ان ادعاءات الهيأة بشأن أجهزة الكومبيوتر لم تكن صحيحة حيث ان الاجهزة المدعى بعدم صلاحيتها تبين بالرجوع الى العقد الاصلي المبرم بين الطرفين ان من بين المستندات المطلوبة لدفع قيمة الوحدات الموردة، شهادة صادرة من شركة محلية تعمل مستشارا للهيأة تنص فيها على ان السلع الموردة تم التفتيش عليها ووجدت مطابقة لمستندات العقد. وتبين ان هذه الشهادة مرفقة بصورة العقد المقدم من الهيأة...). القضية رقم ٩٤/٥٠ حكم نهائي في ١٩٩٥/١٠/٣، أشار اليه د.محيي الدين اسماعيل، المصدر السابق، ص١٠٩-١١٣

[٢٥٣] . ينظر د. محسن شفيق، المصدر نفسه، ص١٥٠ ، فانسان هوزيه، المصدر السابق، ص٣١٠ وكذلك جمال محمود عبد العزيز، المصدر نفسه،ص١٥٧

[٢٥٤] . جمال محمود عبد العزيز، المصدر نفسه،ص١٥٦

[٢٥٥] . ينظر نص المادة ٤٤٩ من القانون المدني المصري وينظر د.رمضان ابو السعود، المصدر السابق، ص٣٣٤

[٢٥٦] . ينظرد.صاحب عبيد الفتلاوي، المصدر السابق، ص١٦٧ و د.جعفر الفضلي، المصدر السابق، ص١٧٢و ص١٨٠ وينظر نص المادة (٥٥٩) من القانون المدني العراقي والمادة (٤٩١) من القانون المدني الكويتي وكذلك المادة (١/٥٦٠) من القانون المدني العراقي حيث نصت الاخيرة على انه (اذا تسلم المشتري المبيع وجب عليه التحقق من حالته بمجرد تمكنه من ذلك وفقا للمألوف في التعامل، فاذا كشف عيبا يضمنه البائع وجب عليه أن يبادر باخباره عنه، فان أهمل في شيء من ذلك أعتبر قابلا للمبيع) وتقابل المادة (٤٩٢) من القانون المدني الكويتي. وقد قضي بأنه (تنفيذ الالتزام ليس طبقا للمواصفات المتفق عليها وعدم طلب المدعي في حينه الفسخ يكون قد رضي بما تم تجهيزه وله المطالبة بالتعويض عن الاضرار المتمثلة بالفرق بين التنفيذ على النحو المتفق والتنفيذ الحاصل فعلا). القرار ١١٢٨/ الهيأة الاستئنافية منقول/ ٢٠١٤ في ٢٠١٤/٦/١٠، غير منشور، مشار اليه في المحامي فوزي كاظم المياحي، المصدر السابق، ص١٠١-١٠٢.

[٢٥٧] . ينظر نص المادة (٤٨٥) من BGB.

[٢٥٨] . أقر الفقه في فرنسا بوجوب الفحص، بيد انهم اختلفوا في مصدره بين قائل (Cottin) بان مصدره قواعد العدالة كما يقتضيه العرف التجاري دون ان تكون قواعد القانون المدني مصدرا له، لعدم وجود نص بخصوص ذلك، وآخر (Baudry et Wahl) يذهب الى ان مصدره القانون المدني مستندين الى ان الفقرة الاخيرة من المادة ١٦٤٢ تحوي ضمنا واجب الفحص. ينظر د.عبد الرسول عبد الرضا محمد، الالتزام بضمان العيوب الخفية في القانونين المصري والكويتي (دراسة مقارنة مع الشريعة الاسلامية)، القاهرة، ١٩٧٤، ص١٠٣.

[٢٥٩] . ولم تحدد اتفاقية فينا مهلة محددة لفحص البضائع. ينظر فانسان هوزيه، المصدر السابق، ص٣٠٨.

[٢٦٠] . ينظر رضا محمد ابراهيم عبيد، الالتزام بالتسليم في القانون الموحد للبيع الدولي للبضائع، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، ١٩٧٩، ص٣٨٥

[٢٦١] . د.محمود سمير الشرقاوي، المصدر السابق، ص٣٦١ و د.لطيف جبر كوماني، المصدر السابق، ص٨٩

[٢٦٢] . جمال محمود عبد العزيز، المصدر السابق، ص ١٥٢-١٥٣

[٢٦٣] . ينظر المصدر نفسه ، ص١٥٤. ويجب اجراء الفحص في (أقرب ميعاد ممكن تسمح به الظروف). ينظر المادة (١/٣٨) من (CISG) وينظر فانسان هوزيه، المصدر نفسه، ص٣٠٨

[٢٦٤] . ينظر د.سليمان مرقس، أحكام الالتزام، المصدر السابق، ص٧٥، د.عبد المنعم فرج الصدة، المصدر السابق، ص٥٨٨، د.أنور سلطان، المصدر السابق، ص٣٦. وينظر (نقض ١٩٨٩/٣/٦ طعن ٢٠٩٢ س ٥٧ق) أشار اليه المستشار أنور طلبة، مجموعة المبادئ التي قررتها محكمة النقض منذ انشائها سنة ١٩٣١ (الدائرة المدنية والتجارية والاحوال الشخصية)، ج١١، المكتب الجامعي الحديث، الاسكندرية، ص١٧٥.

[٢٦٥] . وسواء اختار المشتري التنفيذ بمقابل أو الفسخ فانه يتعين عليه قبل الالتجاء الى أي منهما أن يعذر البائع لتسليم المبيع. ينظر د.سليمان مرقس، البيع، المصدر نفسه، ص٥٠٩، وكذلك اخطار البائع بالعيب، المرجع نفسه، ص٥٧٠. وينظر د.كمال قاسم ثروت، المصدر السابق، ص١٦٧، وحيث ان العلاج بمثابة تعويض عيني، وحيث ان التعويض يستلزم لاستحقاقه الاعذار بمقتضى نص المادة ٢٥٦ من القانون المدني العراقي والتي نصت على انه (لايستحق التعويض الا بعد اعذار المدين ما لم ينص القانون على غير ذلك) وتقابل المادة (٢٩٧) من القانون المدني الكويتي، عليه فالانذار شرط للعلاج.

ونصت المادة (٢١٨) من القانون المدني المصري على أنه (لايستحق التعويض الا بعد اعذار المدين، مالم ينص على غير ذلك) وينظر نص المادة (٩٦) من قانون التجارة المصري، في حين نصت المادة (١١٤٦) مرجع من القانون المدني الفرنسي على أنه (لاتكون التعويضات متوجبة الا بعد توجيه انذار الى المدين بتنفيذ التزامه، في ما عدا الحالة التي يكون فيها الشيء الذي التزم المدين بادائه أو بعمله واجب الاداء أو العمل خلال فترة معينة قد تركها المدين تمر دون القيام بهذا الواجب). وقضي بعدم وجوب الاعذار متى أعلن المتعاقد رغبته في عدم التنفيذ. (نقض ١٩٦٧/٢/١٤ طعن ٢٢٢ س ٣٣ق) و(لاضرورة للاعذار اذا أصبح تنفيذ الالتزام غير

ممكن وغير مجد بفعل المدين) (نقض ١٩٦٦/٤/٥ طعن ٤٣١ س ٣١ق) .
أشار اليهما المستشار أنور طلبة، مجموعة المبادئ التي قررتها محكمة النقض منذ انشائها سنة ١٩٣١ (الدائرة المدنية والتجارية والاحوال الشخصية)، ج٣، المكتب الجامعي الحديث، الاسكندرية ، ص٦٨٠-٦٨٢.
ويشترط القانون الالماني الاعذار لاثبات تقصير الطرف الآخر، فلا يكفي فيه مجرد الفشل في الوفاء بما تم الاتفاق عليه في الوقت المحدد، مع مراعاة الحالات الاستثنائية. ينظر إي. ألان فارنسوث، المصدر السابق، ص١٣٧٣-١٣٧٥
مع الاشارة الى ان القاعدة في نظم القانون المبني على السوابق القضائية هي الوفاء الكامل، فالمتوقع ان يقوم كل طرف بتأدية ما عليه طبقا لما نص عليه العقد، وبخلاف ذلك ينشأ الحق في اقامة الدعوى دون اشتراط الانذار، ويتحمل الطرف المتضرر تبعات مخالفة مايوجبه القانون، ذلك ان فسخ العقد ورفض الوفاء دون سبب مشروع يشكل مخالفة قانونية. ينظر المصدر نفسه، ص١٣٧٢و ص١٣٧٤-١٣٧٥
ويلعب حق العلاج دورا مهما في القانون الامريكي في المادة (٢-٥٠٨) من UCC بملاحظة ان يكون وفاء البائع –ضمن اشتراطات اخرى- بحسن نية، وان يعطي المشتري البائع اشعارا بمهلة معقولة للاعلان فيه عن نيته للعلاج وان يكون الاخير ملائما ومناسبا زمنيا في اطار الظروف، فان تمكن البائع من العلاج زال حق المشتري –الذي كان وشيكا (المادة (٢-٧١٠) من UCC) - في الفسخ. ينظر بيتر هوبر، المصدر السابق، ص١٤٢٨
وينظر عكس ما تقدم المادة (١/١٣١) من قانون التجارة الكويتي والتي تجعل العقد مفسوخا دون الحاجة الى اعذار في حال لم يقم البائع تنفيذ التزامه في موعده المحدد، وتستثني من ذلك حالة رغبة المشتري تنفيذ العقد وفي هذه الحالة عليه اعذار البائع خلال ثلاثة أيام من ميعاد التنفيذ. وواقعا ان المشرع الكويتي هنا يضع البائع تحت رحمة المشتري ففي الوقت الذي ينفسخ فيه العقد فان المشتري له الحق في نتنفيذه بعد ثلاثة ايام من ميعاد التنفيذ، واذا اردنا ان نكيف موقف المشرع الكويتي هنا فلا يمكن ان يكون التنفيذ الثاني سوى تعويضا عينيا لسببين الاول ان الموعد قد فات والثاني ان المشرع ذاته اقر بفسخ العقد بمجرد حلول الاجل وهذا تطبيقا لقاعدة (الساقط لا يعود).

[٢٦٦] . ينظر د.أحمد حشمت أبو ستيت، المصدر السابق، ص٤١٩-٤٢٠، د.أنور سلطان، المصدر السابق، ص٣٧ وكذلك د.سليمان مرقس، أحكام الالتزام، المصدر السابق، ص٧٦

[٢٦٧] . ينظر جنفيف فيني، المصدر السابق، ص٥٣٦ ، د.السنهوري، ج٢، المصدر السابق، ص٨٣٠ وكذلك د.أحمد حشمت أبو ستيت، المصدر نفسه، ص٢٦٨

وهو شرط لايقاع الفسخ في العقود الملزمة للجانبين اذ نصت المادة (١/١٧٧) من القانون المدني العراقي على أنه (في العقود الملزمة للجانبين اذا لم يوف أحد العاقدين بما وجب عليه بالعقد جاز للعاقد الآخر بعد الاعذار أن يطلب الفسخ...) ينظر المادة (١٥٧) من القانون المدني المصري والمادة (٢٠٩) من القانون المدني الكويتي.

وقضت محكمة التمييز الموقرة بانه (وجد ان الحكم المميز صحيح وموافق للقانون، ذلك ان العقد موضوع الدعوى من العقود الملزمة للجانبين وفي مثل هذه العقود اذا لم يوف أحد العاقدين بما وجب عليه جاز للعاقد الآخر بعد الاعذار طلب فسخ العقد مع التعويض ان كان له مقتضى استنادا لاحكام المادة (١/١٧٧) من القانون المدني، وحيث لم يسلك المدعي الطريق الذي رسمته أحكام المادة سالفة الذكر عند اقامة الدعوى فان دعواه تكون واجبة الرد، وبما ان الحكم المميز قد التزم بوجهة النظر المتقدمة فانه يكون صحيحا وقرر تصديقه). القرار ٥٤٠/ الهيأة الاستئنافية منقول/٢٠١٤ في ٢٠١٤/٣/١٠، غير منشور، وكذلك ينظر القرار ٢٧٥٤/ الهيأة الاستئنافية منقول/ ٢٠١٣ في ٢٠١٣/١٢/٨، غير منشور. مشار اليهما في: المحامي فوزي كاظم المياحي، المصدر السابق، ص٣٣-٣٤ و ص ٩٥-٩٦، وقضي أيضا انه (اذا لم يسلم البائع المبيع فليس للمشتري المطالبة برد الثمن الا ضمن دعوى الفسخ على وفق احكام المادة ١٧٧ من القانون المدني). القرار ١٤٨/ هيأة عامة أولى/٧٤ في ١١/٢/ ١٩٧٤، النشرة القضائية، العدد الرابع، السنة الخامسة ص٧٧

وقد نصت المادة ٧-٣-٢(١) من الـ(PICC) على انه (يباشر فسخ العقد بتوجيه إخطار إلى المدين.(٢) (إذا ما كان عرض التنفيذ قد قدم متأخرا أو كان التنفيذ غير مطابق، فيسقط حق الدائن في إنهاء العقد ما لم يوجه إخطار إلى المدين خلال مدة معقولة، بعد أن يعلم أو كان يجب عليه أن يعلم، بالعرض أو بأن التنفيذ غير مطابق).

[٢٦٨] . وقد اكتفى المشرع العراقي بالقواعد العامة دون أن يورد نصا في عقد البيع بخصوص الجزاء الذي يترتب على اخلال البائع بالتزاماته ولذا يلزم

الرجوع لاحكام تلك القواعد (م ١٧٧ من القانون المدني) والخيار للمشتري بين التنفيذ –التعويض- العيني والفسخ، وقد لا يرى المشتري طلب التنفيذ – التعويض- العيني رغم كونه ممكنا، فيلجأ الى طلب فسخ البيع -فاذا جاء العقد خاليا من شرط الفسخ التلقائي- فان حق المشتري يظل قائما، بيد ان للمحكمة سلطة تقديرية في الحكم بالفسخ من عدمه. د.كمال قاسم ثروت، المصدر السابق، ص١٦٧-١٦٨. د.عباس الصراف، المصدر السابق، ص١٧٦. ينظر د.صاحب عبيد الفتلاوي، المصدر السابق، ص١٧٩.

وقد يلجأ المشتري الى خيار طلب التنفيذ –التعويض- العيني (اصلاح العيب)، بيد ان هذا الحل قد يكون مرهقا للمدين –البائع، فلا يحكم به، لان الاصلاح يجب ان لايسبب ضررا للمشتري او للبائع. ينظر د.عبد الرسول عبد الرضا محمد، المصدر السابق، ص٢٣٣.

[٢٦٩] Chengwei Liu, Cure by Non-Conforming .Note 5 Party, op.cit

[٢٧٠] .نصت المادة (١/٣٩) من (CISG) على انه (يفقد المشتري حق التمسك بالعيب في مطابقة البضائع اذا لم يخطر البائع محددا طبيعة العيب خلال فترة معقولة...)، ونصت المادة (٢/١٠١) من قانون التجارة المصري رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ على أنه (على المشتري ان يخطر البائع بوجود النقص او العيب او عدم المطابقة...) وينظر المادة (٤٤٩) من القانون المدني المصري والمادة (٥٦٠) من القانون المدني العراقي والمادة (٤٩٢) من القانون المدني الكويتي، وقضي بأنه (على المدعي أن يبين في الانذار الالتزامات التي لم يوف بها المدعى عليه). القرار ٨٣٤/ الهيأة المدنية منقول/ ٢٠١١ في ٢٠١١/٥/١٦، غير منشور، مشار اليه في المحامي فوزي كاظم المياحي، المصدر السابق، ص١٠٥.

وقضي أيضا (...ان الانذار الذي يسبق طلب فسخ العقد قضاءا ان ينبه المدعي المدعى عليه الى وجوب تدارك الخطأ الحاصل من قبله والوفاء بالتزامه طبقا للعقد خلال مدة مناسبة ويحددها له على ضوء طبيعة ذلك الالتزام... في حين ان المدعي في طلب الانذار المسير... دون ان يطلب المدعي في الانذار من المدعى عليه تجهيزه بالماكنتين المتفق عليهما حسب المواصفات التي يدعيها خلال مدة مناسبة مما يقتضي رد الدعوى لان الانذار أعلاه غير مجز...). القرار ٩٨٦/ استئنافية منقول/١١٤٩ في ٢٠١١/٨/٤. أشار اليه القاضي ربيع محمد الزهاوي، التسبيب والاجتهاد في قرارات السادة قضاة محاكم البداءة، ج٣، مكتبة السنهوري، بغداد، ٢٠١٦، ص٩٣٨-٩٣٩.

والمدة –الفترة- المعقولة أمر متروك تحديده لسلطة القاضي بحسب المألوف في التعامل. ينظر د.عزيز كاظم جبر الخفاجي، المصدر السابق، ص٢٩٦

[٢٧١] John O.Honnold, & Lachmi op.cit,note 3.2 (a) . op.cit,p.333 (رفضت المحكمة طلب المشتري بالفسخ في القضية الالمانية،،،(ان المشتري منع البائع من ممارسة حقه بمقتضى م٤٨، من خلال المطالبة باعادة التسليم دون تحديد طبيعة (البضائع التي لايمكن الاعتراض عليها) وبرفضه قبول النسيج الآخر حيث العينات تم ارسالها اليه...)

د.محسن شفيق، المصدر السابق، ص١٥٤.

[٢٧٢] Chengwei Liu, Ibid, note 4.1. .

[٢٧٣] . ينظر فانسان هوزيه، المصدر السابق، ص٣١٣. في حين ان مبادئ اليونيدروا نصت في المادة ١-١٠-٤ على أنه (لأغراض تطبيق هذه المادة، يشمل "الإخطار" أي إعلان، أو طلب، أو مطالبة، أو أي مراسلة تتضمن تعبيرا عن الإرادة).

[٢٧٤] . ينظر خالد أحمد محمد عبد الحميد، فسخ عقد البيع الدولي للبضائع وفقا لاتفاقية فيينا لعام ١٩٨٠، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق ، جامعة القاهرة، ٢٠٠٠،ص١٨٤

[٢٧٥] Lachmi, op.cit,note 3.3 .

وقد قضت محكمة التمييز الموقرة بأنه (لدى التدقيق والمداولة- تبين ان المميز كان قد باع للمميز عليه مضخة من نوع رستن عمل باكستان فظهرت بعد نصبها وتشغيلها للتجربة انها من نوع كوبر وانها غير صالحة للعمل كما ثبت ذلك في الكشف المستعجل ... اما دفع المميز بان المميز عليه لم يبادر في اخبار البائع في حالة اطلاعه على وجود عيب فيه وذلك وفقا للمادة (٥٦٠) من القانون المدني فهو غير وارد أيضا لان المميز عليه قد قام باندار المميز واطلعه فيه على عيب المضخة وعدم صلاحها للعمل...). مجلة القضاء، العدد الثالث، السنة الخامسة والعشرون، ١٩٧٠، ص٢٣٦-٢٣٧

وقضي بأنه (...ولم تشترط المادة ١٧٧ من القانون المدني شكلية معينة في الانذار ... حيث أنه مجرد تنبيه للطرف الآخر بضرورة تنفيذ التزاماته العقدية... وان الانذار الموجه من المدعي الى المدعى عليه (بالعدد/في) يفي بالغرض منه ...). القرار ٣٥٣/ هيأة عامة/٣٥ في ٢٠٠٩/٢/١٠. أشار اليه القاضي ربيع محمد الزهاوي، المصدر السابق، ص١١٤٥.

[٢٧٦] .ينظر خالد أحمد محمد عبد الحميد، المصدر نفسه، ص١٨٣

[٢٧٧] . والا سيخسر كل العلاجات، وهنالك استثناءان على هذه الحالة في المادتين ٤٠ و٤٤ من CISG.
Ulrich Magnus, op.cit, p.85

[٢٧٨] . ينظر المادة (٣٨) من CISG
Honnold,op.cit, Eric C.Schneider,op.cit, p.79

[٢٧٩] . Chengwei Liu, Cure by Non-Conforming Party, op.cit, note 5 وأيضا د.محسن شفيق، المصدر السابق، ص١٥٥

[٢٨٠] . Francis A. Miniter, op.cit,p.10,

[٢٨١] . ينظر د.محسن شفيق، المصدر نفسه، ص١٥٤

[٢٨٢] .ينظر د.سليمان مرقس، أحكام الالتزام، المصدر السابق، ص١٥٥ وكذلك جيروم هوييه، المصدر السابق، ص٦١٤

[٢٨٣] . John O.Honnold, op.cit,p.321

[٢٨٤] . ينظر فانسان هوزيه، المصدر السابق، ص٣١٤. وينظر نص المادة (٣/١٠١) من قانون التجارة المصري.

اذ ان علم البائع بالعيب هو شرط لرجوع المشتري على البائع بالضمان، وهو –العلم- يتحقق باخطار المشتري البائع بالعيب حال اكتشافه. ينظر د.عزيز كاظم جبر الخفاجي، المصدر السابق، ص٢٩٢.

[٢٨٥] . Eric, op.cit,p.79

[٢٨٦] . ينظر نص المادة (٣/١٠١) من قانون التجارة المصري.

[٢٨٧] . Ibid,p.80
وللتفصيل ينظر فانسان هوزيه، المصدر نفسه، ص٣٢٣ وما بعدها.

[٢٨٨] . Chengwei Liu, ibid, note 3.2

[٢٨٩] . منصوص عليه في القانون التجاري الالماني HGB في المادة (٣٧٧) منه.
Ulrich Magnus,op.cit, p.86

[٢٩٠] . Chengwei Liu, ibid, note 30

[٢٩١] . فقد نصت المادة ١-١٠-١ من (PICC) على انه (عندما يكون الإخطار مطلوبا، فيجوز توجيهه بأي طريقة تتناسب مع الظروف.) وينظر د.صاحب عبيد الفتلاوي، المصدر السابق، ص١٦٩

[٢٩٢] .ينظر المادة (١-٢٠٢) من (UCC)

[٢٩٣] . ينظر نص المادة (١٠٨) من قانون التجارة الكويتي

[٢٩٤] . ينظر نص المادة (٥٨) من قانون التجارة المصري.

[٢٩٥] . ينظر خالد أحمد محمد عبد الحميد، المصدر السابق ، ص١٨٤

[٢٩٦] . المصدر نفسه نفس الصفحة.

[٢٩٧] . ينظر خالد أحمد محمد عبد الحميد، المصدر السابق ، ص١٨٤

[٢٩٨] . Michel Will ,op.cit, John O.Honnold, op.cit,p.217 p.354,

[٢٩٩] . Chengwei Liu, op.cit note 5

[٣٠٠] . ينظر خالد أحمد محمد عبد الحميد، المصدر نفسه ،ص١٨٨

[٣٠١] . Eric C.Schneider, op.cit,p.76

[٣٠٢] . Clark Oil Trading Co. v. Amerada Hess Trading Co 1994 AMC 453 (US DC, SD of NY) 458
أشار اليه Lachmi, op.cit,note 3.5 (a)

[٣٠٣] . ينظر خالد أحمد محمد عبد الحميد، المصدر السابق ، ص١٩٠
ينظر نص المادة (٢-٦٠٩) من (UCC)

[٣٠٤] . Eric C.Schneider,op.cit, p.79-80 John O.Honnold, op.cit,p.321, Nebraska, op.cit, p.169

[٣٠٥] . Sanne Jansen, op.cit,p.340

[٣٠٦] . Chengwei Liu, Cure by Non-Conforming Party, op.cit .Note 6.1

[٣٠٧] . سيما اذا ما منح المشتري فرصة للبائع بالعلاج، ولعل هذ يجد أصله في قاعدة (الاختيار في البداية اضطرار في النهاية). ينظر القاعدة (١) من (أصول فقهية عامة) المشار اليها في الملحق الثاني من مدونة جوستنيان، المصدر السابق، ص٣٦٥.

[٣٠٨] . ينظر نص المادة (٥٠) من الـ(CISG)

[٣٠٩] . Ulrich Magnus,op.cit, p.85
Chengwei Liu, ibid, note 6.2

[٣١٠] . بيتر هوبر، المصدر السابق، ص١٤٢٨

[٣١١] . John O.Honnold, Ibid,p.321

[٣١٢] . المادة (٢٤) من مجلة الاحكام العدلية. ينظر علي حيدر، المصدر السابق، ص٣٤، يوسف آصاف، المصدر السابق، ص١٧ وكذلك سليم رستم باز، المصدر السابق، ص٢٥

[٣١٣] National Fleet Supply, Inc. v. Fairchild, 450 N.E. 2d 1015, 36 U.C.C. Rep. Serv. (Callaghan) 480 (Ind. Ct. App. 1983).
أشار اليه Eric C.Schneider,op.cit, p.95

[٣١٤] Ibid, p.75 & Chengwei Liu, op.cit.note 6.3

[٣١٥] . ينظر القاعدتين (٢٥) و (٢٧) من (ارشادات وأصول خاصة بنصوص القوانين) المشار اليها في الملحق الثاني من مدونة جوستنيان، المصدر السابق، ص٣٧٨.

References :

بعد القرآن الكريم

أولا: المصادر باللغة العربية

أ- الكتب

١- أبو الفضل جمال الدين محمد بن مكرم (ابن منظور)، لسان العرب، دار صادر، بيروت، ٢٠٠٣، ج١٠.

٢- د.أحمد حشمت أبو ستيت، نظرية الالتزام في القانون المدني المصري، مكتبة عبد ا... وهبة، مصر، ١٩٤٥

٣-د.أنور سلطان، الموجز في النظرية العامة للالتزام، أحكام الالتزام، دراسة مقارنة بين القانونين المصري واللبناني، دار النهضة العربية، بيروت، ١٩٧٢

٤-المستشار أنور طلبة، المطول في شرح القانون المدني، ج٥، المكتب الجامعي الحديث، الاسكندرية.

٥-إي. ألان فارنسوث، قانون العقد المقارن، بحث منشور في كتاب اكسفورد للقانون المقارن، ترجمة د.محمد سراج ود.سامي شبر، الشبكة العربية للابحاث والنشر، بيروت، ٢٠١٠.

٦-د.بدر جاسم اليعقوب، أصول الالتزام في القانون المدني الكويتي، ط١، ١٩٨١، الكويت.

٧-بيتر هوبر، القانون المقارن للبيوع، بحث منشور في كتاب اكسفورد للقانون المقارن، ترجمة د.محمد سراج ود.سامي شبر، الشبكة العربية للابحاث والنشر، بيروت، ٢٠١٠

٨-د.جعفر الفضلي، الوجيز في عقد البيع، زين الحقوقية، بيروت، ٢٠١٣

٩-د.جميل الشرقاوي، نظرية بطلان التصرف القانوني في القانون المدني المصري، مطبعة جامعة القاهرة، ١٩٥٦

١٠- جنفييف فيني، المطول في القانون المدني – باشراف جاك غستان-، مدخل الى المسؤولية، ترجمة د.عبد الامير ابراهيم شمس الدين، ط١، مجد، بيروت، ٢٠١١

١١- جيروم هوييه، المطول في القانون المدني – باشراف جاك غستان-، العقود الرئيسية الخاصة، ترجمة منصور القاضي، مج١، ط١، مجد، بيروت، ٢٠٠٣.

١٢- د.حسن علي الذنون، النظرية العامة للفسخ في الفقه الاسلامي والقانون المدني (دراسة مقارنة)، مطبعة نهضة مصر، الفجالة، ١٩٤٦.

١٣- د.حسن علي الذنون، عقد البيع، مطبعة الرابطة، بغداد، ١٩٥٤

١٤- د.حلمي بهجت بدوي، أصول الالتزامات، الكتاب الاول: في نظرية العقد، مطبعة نوري، القاهرة، ١٩٤٣

١٥- سليم رستم باز اللبناني، شرح المجلة، دار الثقافة، عمان، ط١سنة ؟؟؟،

١٦- د.رمضان أبو السعود، شرح العقود المسماة في عقدي البيع والمقايضة، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، ٢٠٠٠.

١٧- د.سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني، (٢) في الالتزامات، مج١، نظرية العقد والارادة المنفردة، ط٤، دار الكتب القانونية (شتات)، مصر الجديدة، ١٩٨٧

١٨- د.سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني، (٢) في الالتزامات، مج٤، أحكام الالتزام، ط٢، دار الكتب القانونية (شتات)، مصر، ١٩٩٢

١٩- د.سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني، ج٣، في العقود المسماة، مج١، عقد البيع، ط٥، شتات، مصر الجديدة، ١٩٩٠

٢٠- د.صاحب عبيد الفتلاوي ، ضمان العيوب وتخلف المواصفات في عقود البيع ، الطبعة الأولى ، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان ، الأردن ، ١٩٩٧

٢١- د. طالب حسن موسى ، الموجز في قانون التجارة الدولية ، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان ، ١٩٩٧

٢٢- د. عادل محمد خير، عقود البيع الدولي للبضائع من خلال اتفاقية فيينا وجهود لجنة الأمم المتحدة لقانون التجارة الدولي UNCITRAL والغرفة التجارية الدولية ICC ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، الطبعة الأولى ، ١٩٩٤

٢٣- د.عباس حسن الصراف، شرح عقدي البيع والايجار في القانون المدني العراقي، مطبعة الاهالي، بغداد، ١٩٥٦

٢٤- د.عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج١، نظرية الالتزام بوجه عام، مج١، نهضة مصر، ط٣، ٢٠١١

٢٥- د.عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج٣، نظرية الالتزام بوجه عام (الاوصاف- الحوالة- الانقضاء)، نهضة مصر، ٢٠١١

٢٦- د.عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج٤، عقد البيع، نهضة مصر، ٢٠١١

٢٧- د.عبد الرسول عبد الرضا محمد، الالتزام بضمان العيوب الخفية في القانونين المصري والكويتي (دراسة مقارنة مع الشريعة الاسلامية)، القاهرة، ١٩٧٤.

٢٨- د.عبد المنعم فرج الصدة، نظرية العقد في قوانين البلاد العربية، دار النهضة العربية، بيروت، ١٩٧٤

٢٩- د.عزيز كاظم جبر الخفاجي، الخيارات القانونية وأثرها في العقود المدنية (مقارنة بالفقه الاسلامي)، دار الكتب القانونية، مصر، ٢٠١١.

٣٠- علي حيدر، درر الحكام شرح مجلة الاحكام، تعريب المحامي فهمي الحسيني، مج١، دار الكتب العلمية، بيروت، ٢٠١٠.

٣١- د.غني حسون طه، عقد البيع، مطبعة المعارف، بغداد، ١٩٧٠

٣٢- فانسان هوزيه، المطول في العقود –باشراف جاك غستان–، بيع السلع الدولي (القانون الموحد)، ترجمة منصور القاضي، ط١، مؤسسة مجد، بيروت، ٢٠٠٥.

٣٣- د. فتحي عبد الرحيم عبدا...، التنفيذ العيني للعقد (دراسة مقارنة بالقانون الانكليزي وفقا للشريعة الاسلامية)، منشأة المعرف، الاسكندرية، ٢٠٠٧

٣٤- المحامي فوزي كاظم المياحي، انحلال العقد (الفسخ والاقالة) في القانون المدني العراقي، مكتبة صباح، بغداد، ٢٠١

٣٥- د.كمال قاسم ثروت، شرح أحكام عقد البيع، ط٢، ١٩٧٦

٣٦- د.لطيف جبر كوماني ود.علي كاظم الرفيعي، عقد البيع الدولي للبضائع، ط١، مكتبة السنهوري، بغداد، ٢٠١٢.

٣٧- د.محسن شفيق، اتفاقية الأمم المتحدة بشأن عقود البيع الدولي للبضائع ، دراسة في قانون التجارة الدولي ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٨٨

٣٨- د. محمود جمال الدين زكي ، الوجيز في النظرية العامة للالتزام في القانون المدني المصري، ط٣، مطبعة جامعة القاهرة، ١٩٧٨

٣٩- د.محمود جمال الدين زكي، مشكلات المسؤولية المدنية، ج١، في ازدواج او وحدة المسؤولية ومسألة الخيرة، مطبعة جامعة القاهرة، القاهرة، ١٩٧٨

٤٠- د. محمود سمير الشرقاوي ، العقود التجارية الدولية ، (دراسة خاصة لعقد البيع الدولي للبضائع)، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠٢

٤١- يوسف آصاف، مرآة المجلة، المطبعة العمومية بمصر، ١٨٩٤.

ب- الرسائل والاطاريح

١- جمال محمود عبد العزيز، الالتزام بالمطابقة في عقد البيع الدولي للبضائع وفقا لاتفاقية الامم المتحدة (فيينا ١٩٨٠)، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، ١٩٩٦

٢- خالد أحمد محمد عبد الحميد، فسخ عقد البيع الدولي للبضائع وفقا لاتفاقية فيينا لعام ١٩٨٠، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق ، جامعة القاهرة، ٢٠٠٠

٣- رضا محمد ابراهيم عبيد، الالتزام بالتسليم في القانون الموحد للبيع الدولي للبضائع، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، ١٩٧٩

٤- صاحب عبيد عبد الزهرة ، ضمان العيب وتخلف الوصف في عقد البيع ومدى تأثره بالتطورات الأقتصادية والأجتماعية ، رسالة ماجستير كلية القانون، جامعة بغداد ، ١٩٧٩ ، ص ٢١.

٥- نصير صبار لفتة، التعويض العيني، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة النهرين، ٢٠٠١

ج- المجموعات القضائية

١- المستشار أنور طلبة، مجموعة المبادئ التي قررتها محكمة النقض منذ انشائها سنة ١٩٣١ (الدائرة المدنية والتجارية والاحوال الشخصية)، ج٣، المكتب الجامعي الحديث، الاسكندرية.

٢- المستشار أنور طلبة، مجموعة المبادئ التي قررتها محكمة النقض منذ انشائها سنة ١٩٣١ (الدائرة المدنية والتجارية والاحوال الشخصية)، ج٥، المكتب الجامعي الحديث، الاسكندرية

٣- المستشار أنور طلبة، مجموعة المبادئ التي قررتها محكمة النقض منذ انشائها سنة ١٩٣١ (الدائرة المدنية والتجارية والاحوال الشخصية)، ج٦، المكتب الجامعي الحديث، الاسكندرية

٤- المستشار أنور طلبة، مجموعة المبادئ التي قررتها محكمة النقض منذ انشائها سنة ١٩٣١ (الدائرة المدنية والتجارية والاحوال الشخصية)، ج١١، المكتب الجامعي الحديث، الاسكندرية

٥- النشرة القضائية، العدد الرابع، السنة الخامسة.

٦- القاضي ربيع محمد الزهاوي، التسبيب والاجتهاد في قرارات السادة قضاة محاكم البداءة، ج٣، مكتبة السنهوري، بغداد، ٢٠١٦.

٧- د.محيي الدين اسماعيل علم الدين، أحكام مركز القاهرة الاقليمي للتحكيم التجاري الدولي (١٩٨٤-٢٠٠٠)، ط١، ٢٠٠٢.

٨- مجلة القضاء، العدد الثالث، السنة الخامسة والعشرون ١٩٧٠.

٩- مجموعة الاحكام العدلية، العدد الثالث، السنة التاسعة.

د- القوانين والاتفاقيات

١- اتفاقية الامم المتحدة بشأن عقود البيع الدولي للبضائع ١٩٨٠، الامم المتحدة، نيويورك، ٢٠١١

٢- القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١

٣- القانون المدني الكويتي رقم ٦٧ لسنة ١٩٨٠

٤- القانون المدني المصري رقم ١٣١ لسنة ١٩٤٨

٥- قانون التجارة الكويتي رقم ٦٨ لسنة ١٩٨٠

٦- قانون التجارة المصري رقم ١٧ لسمة ١٩٩٩

٧- مدونة جوستنيان في الفقه الروماني، ترجمة عبد العزيز فهمي، دار الكاتب المصري، القاهرة، ١٩٤٦.

ثانيا: المراجع باللغة الاجنبية

A-Books & Research

1- Alexander Lorenz, Fundamental Breach under the CISG, note (II.C) http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/lorenz.html

2- Alison E. Williams, Review of the Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG), Kluwer Law International (2000-2001)

3- Beter Huber, The CISG Anew text book for students and practitioners, sellier, 2007,

4- Bertram Keller, Early Delivery and Seller's Right to Cure Lack of Conformity: Article 37 CISG and UNIDROIT Principles Comparative June 2004 , note: a http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/keller.html

5-Britain Anette Gärtner "Britain and the CISG: The Case for Ratification – A Comparative Analysis with Special Reference to German Law" in Pace Review of the Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG) (Kluwer Law International, New York, 2000-2001

6-Chengwei Liu , Additional Period (Nachfrist) for Late Performance: Perspectives from the CISG, UNIDROIT Principles,PECL and Case Law[2nd edition: Case annotated update (March 2005)] http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/liu4.html

7-Chengwei Liu, Cure by Non-Conforming Party: Perspectives from the CISG, UNIDROIT

Principles, PECL and Case Law [2nd edition: Case annotated update (March 2005)],available at: http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/chengwei1.html

8-Christoffer Permats, Seller's right to cure under the United Nations Convention for the International Sale of Goods (CISG), Master thesis 30 credits, 2011, Faculty Of Law Luund University,

9-David Frisch, The Perfect Tender Rule - An "Acceptable"Interpretation, TOLEDO LAW REVIEW, v.13, 1982,

10-Eric C.Schneider, The Seller's Right to Cure under the Uniform Commercial Code and the United Nation Convention on contracts for the International Sale of Goods, 7 Arizona Journal of International and Comparative Law, 1989-1990.

11-Francis A. Miniter, Buyer's Right of Rejection: A Quarter Century Under the Uniform Commercial Code and Recent International Developments, 13 Georgia Law Review (1979

12- Gakuro Himeno ,Right to Cure Under the Unidroit Principles Article7.1.4: A Historical Analysis Historical, January 2014, available at: http://works.bepress.com/gakuro_himeno/1,

13-Jacob S. Ziegel, International Sales: The United Nations Convention on Contracts for

the International Sale of Goods, Matthew Bender (1984), Ch. 9, pages 9-1 to 9-43. The Remedial Provisions in the Vienna Sales Convention: Some Common Law Perspectives

14-John C.Duncan,Jr., Nachfrist was ist? Thinking Globally and Acting Locally: Considering Time Extension Principles of the U.N. Convention on Contracts for the International Sale of Goods in Revising the Uniform Commercial Code, Brigham Young University Law Review (2000)

15- John.O Honnold (1989). Documentary History of the Uniform Law for International Sales: The Studies, Deliberations, and Decisions that Led to the 1980 United Nations Convention Kluwer Law and Taxation Publishers: Deventer/Netherlands p.324 Switzerland 5 November 2002 Commercial Court des Kantons Aargau Available at: <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/021105s1.html>

16-John O. Honnold, Uniform Law for International Sales under the 1980 United Nations Convention, 3rd edition (1999), Kluwer Law International.

17- Joseph Lookofsky. The 1980 United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods, Article 48 Seller's Right to Cure After the Delivery Date,

International Encyclopaedia of Laws - Contracts, Suppl. 29 (December 2000) 1-192. Kluwer Law International.

18-Lachmi Singh, United Nations . Convention on Contracts for the International Sale of Goods (1980) [CISG]: An examination of the buyer's right to avoid the contract and its effect on different sectors of the (product) market, http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/singh.html#iii

19-Maryellen DiPalma, Nachfrist under . National Law, the CISG, and the UNIDROIT and European Principles: A Comparison, International Contract Adviser (Kluwer), Vol. 5, No. 1 (Winter 1999)

20- Michael Will, in Bianca-Bonell . Commentary on the International Sales Law, Giuffrè: Milan 1987

21-Mirghasem Jafarzadeh, Buyer's Right to Withhold Performance and Termination of Contract: A Comparative Study Under English Law, Vienna Convention on Contracts for the International Sale of Goods 1980, Iranian and Shi'ah Law,December,2001 cisgw3.law.pace.edu/cisg/biblio/jafarzadeh1.html

22-Nebraska Uniform Commercial Code: The Seller's Right to Cure,Creighton Law Review, Vol.16, 1982,

23-Priest, Breach and Remedy for the Tender of non-conforming Goods Under The Uniform Commercial Code: An Economic Approach, 91 HARV. L. REV. (1978). p. 960

24-Robert Koch, The concept of Fundamental breach of contract and the United Nations Convention on contracts for the International Sale of Goods (CISG), Review of the Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG) 1998, Kluwer Law International ,1999
25-Robert Koch, Review of the Convention on Contracts for the International Sale of

Goods (CISG) 1998, Kluwer Law International (1999)

26-Sanne Jansen ,Price Reduction under . The CISG: A 21ST Century Perspective, Journal of Law & Commerce Vol. 32, No. 2 (2014)

27-Ulrich Magnus, The Vienna Sales Convention (CISG) Between Civil and Common Law–Best of all Worlds?, Journal of Civil Law Studies, Vol. 3, (2010),

28-Wallach. The Buyer's Right to Return Unsatisfactory Goods-771e Uniform Commercial Code Remedies of Rejection and Revocation of Acceptance, 20 W ASHBURN U. 20 (1980/1981)

B- Cases

1- http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/wais/db/cases2/030619c1.html

2- http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/chengwei1.htm

3-http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/singh.html#iii
http://www.cisgw3.law.pace.edu/cases/960403g1.html

4-

5- http://www.cisgw3.law.pace.edu/cases/980924g1.html

C- Codes
1-(BGB), available at http://www.gesetze-im-internet.de/englisch_bgb
2-Code Civil (Français),110 e Édition, 2011, Dalloz, Paris
3- Code Commercial (Français), 106 e Édition, 2011, Dalloz, Paris
4-HGB available at: https://www.gesetze-im-internet.de/bundesrecht/hgb/gesamt.pdf
5-PECL, available at: http://www.jus.uio.no/lm/eu.contract.principles.(parts.1.to.3.2002
6-PICC available at: http://www.unidroit.org/english/principles/contracts/principles2010/translations/blackletter2010-arabic.pdf
7-UCC, availabla at : http://www.legalucc.com/free_study_material/Ucc-Workbook.pdf
8-ULIS Available at : http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/text/ulis.htm