

أحكام القانون الدولي العام في فسخ العقود الدولية للتجارة دراسة مقارنة مع أحكام الشريعة الإسلامية

د.محمد بن نصر القطري جامعة طيبة القاهرة

ملخص:

من المعلوم أن قواعد التجارة الدولية وإتفاقية الجات ، أسهمت في تحرير التجارة والخدمات. ولكنها لم تحسم تحديد القانون الواجب التطبيق ، والذي قد يرجع فيه إلى قواعد الإتفاقيات والمعاهدات الدولية التي تحكم الحقوق والواجبات الخاصة بأطراف العقد الدولي ، وما يتعلق بالقواعد والنماذج الموحدة ، وقواعد القانون الدولي الخاص المتعلقة بتنازع القوانين والقواعد الدولية الخاصة بالإختصاص القضائي والإلتزامات والحقوق الخاصة بالبائع والمشتري. وهي تختلف في قواعدها الحاكمة من دولة إلى أخرى ، كما تدعو الحاجة رجال التجارة الدولية إلى قواعد قانونية جديدة تكون أكثر مناسبة لظروفهم ، وبخاصة في مجال فسخ العقود الدولية لما يترتب عليه من آثار ، وإيجاد سبل مستحدثة لتأمين الأعمال على المستوى الدولي ، وبخاصة ما يترتب على الفسخ من آثار.

الكلمات المفتاحية: (فسخ - العقود - التجارة الدولية - قواعد الاختصاص - تنازع القوانين)

Applicable law to terminate the contracts of international trade " comparative study"

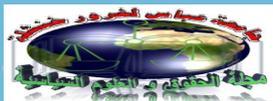
Abstract

There is no doubt that the international trade rules and the GATT, have contributed to the trade and services liberalization, but they have not been resolved to determine the applicable national law, and which is due to the rules of private international law relating to conflict of laws and private international rules of jurisdiction or commercial arbitration, which vary from state to state, and to the men of international trade need for new legal rules that are more suitable for their circumstances.

Keywords (annulment - contracts - international trade - the rules of jurisdiction - the conflict of laws)

تمهيد:

لامندوحة أن التطور الحديث في نظم التجارة بصفة عامة، والأنظمة الدولية التي تحكم التجارة العابرة للحدود أصبحت مناسباتاً للتأطير القانوني، وساحة لمواكبة المتطلبات الداخلية والعالمية، عن طريق قواعد ذات صبغة مهنية وعرفية، قوامها الإتفاقيات والأعراف الدولية والتجارية، بقدر يتواءم مع الواقع ، وتعتبر هذه القواعد غير وطنية الهوية ولكن عالمية



التفديد (عالية القواعد المنظمة)⁽¹⁾، ويرجع سبب اللجوء إلى هذه القواعد العرفية أن القوانين الوطنية كانت تعجز في كثير من الحالات عن متابعة تطورات التجارة الدولية⁽²⁾، والتي تجعل القلق وعدم الأمان ملازماً للعقود الدولية التي تخضع لها⁽³⁾، وبخاصة حال التنازع، وتدق تلك الإشكالية في حالة فسخ العقد الدولي، وموقف الإتفاقيات الدولية من ذلك.

شملت الشريعة الغراء جوانب المعاملات، دون التفرقة بين العقود المحلية والدولية وشاملاً للآثار المترتبة على أي إخلال من جانب أي من طرفيه.

أهمية البحث:

لاشك أن قواعد التجارة الدولية وإتفاقية الجات⁽⁴⁾ بشكل خاص أسهمت في تحرير التجارة والخدمات، ولكنها لم تحسم تحديد القانون الوطني الواجب التطبيق، والذي يرجع فيه إلى قواعد القانون الدولي الخاص المتعلقة بتنازع القوانين، وهي قواعد عسيرة الفهم، وهي تختلف من دولة إلى أخرى مما يثير الكثير من الشك حول القانون الذي سوف يحكم النزاع⁽⁵⁾، فإذا لم يحدد المتعاقدان هذا القانون في عقدهما - إذا كان العاقدان من جنسية واحدة، ومكان تنفيذ العقد في دولة أخرى غير دولة جنسيتهم - تعذر عليهما معرفة القانون الذي سوف يطبقه القاضى إذا ثار نزاع بينهما⁽⁶⁾، وأدى ذلك إلى إشاعة القلق في التعامل التجارى الدولي، وإلى استئثار رجال التجارة الدولية الحاجة إلى قواعد قانونية جديدة تكون أكثر مناسبة لظروفهم⁽⁷⁾، ويسهم إلقاء الضوء على الضمانات التي يمكن إستحداثها لتكون موضع

(1) د. أبوزيد رضوان، الأسس العامة في التحكيم التجارى الدولي، د. ط. القاهرة: دار الفكر العربي، 1981م، ص(168).

(2) د. محمد محسوب عبدالمجيد درويش، قانون التجارة الدولي، القاهرة: دار النهضة العربية، 1995م، ص (296).

(3) د. أحمد عبدالكريم سلامة، نظرية العقد الدولي الطليق: بين القانون الدولي الخاص وقانون التجارة الدولية، القاهرة: دار النهضة العربية، 1989م، ص(13).

(4) ومن الأسس التي قامت عليها إتفاقية الجات هو " القيمة التعاقدية " كما حددتها المادة 1، وتفسر المادة 1 جنباً إلى جنب مع المادة 8 التي تنص، بين مواد أخرى على تعديلات الأثمان المدفوعة فعلاً أو المستحقة في الحالات التي يتحمل فيها البائع عناصر محددة تعتبر جزءاً من القيمة لأغراض الجمارك لكنها لا تندرج في الثمن المدفوع فعلاً أو المستحق مقابل السلع المستوردة، كما تنص المادة على بعض حالات قد ينتقل فيها المقابل من المشتري إلى البائع في شكل سلع أو خدمات محددة وليس في شكل نقدي في قيمة التعاقد، وتنص المواد من 2 إلى 7 على أساليب تحديد القيمة الجمركية حيثما لا يمكن تحديدها بمقتضى أحكام المادة 1.

(5) مجموعة المبادئ التي قررتها هيئة التدقيق التجارى في ديوان المظالم من عام 1407 - 1423هـ، 76/4 لعام 1413هـ، وحيث أن الأصل في ولاية القضاء في الدولة هو الإقليمية التي تربط ما بين المنازعة وولاية القضاء مأخذها موطن المدعى عليه أو محل إقامته أو موقع المال أو محل مصدر الالتزام أو محل تنفيذه.

(6) مجموعة المبادئ التي قررتها هيئة التدقيق التجارى في ديوان المظالم من عام 1407 - 1423هـ، 37-49 لعام 1413هـ بالنسبة للدفع بعدم اختصاص القضاء السعودي.

(7) د. محمود سمير الشرفاوى، فى القانون التجارى، دار النهضة العربية، ج2، 1992م، ص45، د. مصطفى الزرقا: شرح القانون المدنى، نظرية الالتزام العامة، 1384، ص60، د. مفيد محمود شهاب، محمود شهاب، المنظمات الدولية، - الطبعة السادسة - القاهرة: دار النهضة العربية، 1986م، ص66، د. منى محمود مصطفى، التنظيم الدولى العالمى بين النظرية والممارسة، مطبوعات الجامعة الزقازيق، 1995م، ص74، د. ياسين محمد الجبوري، الوجيز في شرح القانون المدنى الأردنى، الدار العلمية الدولية للنشر والتوزيع ودار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2003م، ص26.



اتفاقيات دولية سيسهم في تأمين حركة التجارة كما أسهم الإعتماد المستندي في تأمين طريقة الدفع والحصول على مستندات البضائع قبل التعاقد وإتمام الدفع.

إشكالية البحث:

من اللازم للآزب أنتهتتم النظم التجارية بتأطيرالقواعد العرفية للتجارة الدولية .وتجد مصدرها في العقود النموذجية أو الشروط العامة. وهى شروط يتفق عليها تجار سلعة معينة في منطقة جغرافية معينة ويلتزمون بإرادتهم الحرة باتباعها فيما يبرمون من صفقات تتعلق بهذه السلعة . ومثالها الشروط العامة التي وضعتها جمعية لندن لتجارة الغلال. والشروط العامة التي وضعتها اللجنة الاقتصادية الأوروبية بشأن توريد الأدوات والآلات اللازمة لتجهيز المصانع⁽¹⁾. وتكمن الإشكالية فيما يلي:

- 1- تحديد القانون الواجب التطبيق حال التنازع أو حال الإخلال بشروط العقد.
- 2- تحديد الحقوق والواجبات التي تقع على أطراف العقد الدولي.
- 3- إمكانية أن يكون التأمين على البضائع ضماناً في حالة الفسخ.
- 4- الإطار الدولي لإجراءات الفسخ للعقود الدولية للبضائع.

منهجية وخطة البحث:

إتبعنا المنهج الإستقرائي لبيان ماهية الفسخ في النظام (القانون). والقانون الواجب التطبيق في الفقه الإسلامي في (المبحث الثاني). ثم للمنهج التحليلي للقانون الواجب التطبيق لفسخ العقود الدولية في الإتفاقيات الدولية في (المبحث الثالث).

المبحث الأول: ماهية فسخ العقود الدولية للتجارة

نظمت الإتفاقيات الدولية فسخ العقود الدولية للتجارة . ومنها اتفاقية فيينا. فأجازته لمن صدر بحقه إخلال بالإلتزامات التعاقدية. وقد قصرت الاتفاقية الدولية - عامة - الفسخ على حالات محدودة (في حالات المخالفة الجوهرية). ولم تشترط الإتفاقية وقوع المخالفة. وإنما

(1) د.عبد الرزاق السنهوري: الوسيط في شرح القانون المدني: العقود التي ترد على الملكية: البيع والمقايضة. المجلد الرابع. دار النهضة العربية القاهرة. 1986م. د.عبد الكريم بلعبور. نظرية فسخ العقد في القانون المدني الجزائري المقارن. المؤسسة الوطنية للكتاب. الجزائر. 1986م. ص34. د.عبد الرزاق أحمد السنهوري: "الوسيط في شرح القانون المدني - الجزء الرابع - البيع والمقايضة". دار النهضة العربية. 1986م. ص55. د. محسن شفيق. اتفاقيات لاهاي لعام 1964م. بشأن البيع الدولي للمنقولات المادية: دراسة في قانون التجارة الدولية. مجلة القانون والاقتصاد. السنة43. العددالثالث. سبتمبر 1974. العدد الرابع. ديسمبر 1974م. ص21.



إحتمالية تحقيقها. مبنية على أسس موضوعية . كما تعرضت الاتفاقية للحالة التي يكون فيها تأثير المخالفة قاصراً على جزء فقط من العقد. وهي حالة الفسخ الجزئي للعقد⁽¹⁾.

وقد أوردت قواعد المعهد الدولي لتوحيد القانون الخاص⁽²⁾ جزاء الفسخ ضمن أحكامها. فأجازت لأي طرف إنهاء العقد إذا كان إخلال الطرف الآخر بتنفيذ التزاماته يرتقي إلى مرتبة الإخلال الجوهرى بالعقد. وقد استخدمت النسخة الفرنسية (للقواعد العامة التي وضعها المعهد الدولي) للتعبير عن ذلك الاصطلاح "بالفسخ"، بينما استخدمت النسخة الإنجليزية لذات القواعد لاصطلاح "الإنهاء"⁽³⁾.

كما عرفت الأنظمة المقارنة الفسخ، بأنه جزاءً لعدم قيام أحد المتعاقدين بتنفيذ التزامه⁽⁴⁾ ورتب عليه إعادة المتعاقدين إلى الحالة التي كانا عليها قبل العقد⁽⁵⁾، حيث نص في المادة (1/157) (في العقود الملزمة للجانبين، إذا لم يوف أحد المتعاقدين بالتزامه، جاز للمتعاقد الآخر بعد إعداره المدين، أن يطالب بتنفيذ العقد أو بفسخه، مع التعويض في الحالتين إن كان له مقتضى).

ونص في المادة (158): (يجوز الاتفاق على أن يعتبر العقد مفسوخاً من تلقاء نفسه، دون حاجة إلى حكم قضائي عند عدم الوفاء بالالتزامات الناشئة عنه، وهذا الاتفاق لا يعفي من الإعدار، إلا إذا اتفق المتعاقدان صراحة على الإعفاء منه). ونص على الفسخ بسبب استحالة تنفيذه بنص المادة (159) (في العقود الملزمة للجانبين، إذا انقضت التزام بسبب استحالة تنفيذه، انقضت معه الالتزامات المقابلة له، وينفسخ العقد من تلقاء نفسه).

(1) د. رمضان أبو السعود، مصادر الالتزام، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، 2003م، ص88. د. سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني، 2- في الالتزامات، المجلد الأول، نظرية العقد والإرادة المنفردة، الطبعة الرابعة، القاهرة 1987م، ص31. د. عبد العزيز سرحان، الوسيط في التنظيم الدولي، القاهرة، دار الفكر العربي، 1972م، ص55. د. عبدالحكم فودة، إنهاء القوة الملزمة للعقد، الإسكندرية، مصر: دار المطبوعات الجامعية 2000م، ص32. د. عبدالحميد الشواربي، البطلان المدني، منشأة المعارف، الاسكندرية، 1991م، ص90. د. عبدالحى حجازي، مدي خيار الدائن بين التنفيذ والفسخ، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، ع 1، س 1، 1959، ص44. د. على شافيق، العلاقات الدولية، دار النهضة العربية، 1987م، ص76. د. فواز صالح، النظرية العامة للالتزامات، دار القلم، دمشق، 2013م، ص95. د. محسن الشيشكلي، الوسيط في القانون الدولي العام، منشورات الجامعة الليبية، كلية الحقوق، بنغازي 1973م، ص58.

(2) هي قواعد عامة للعقود التجارية الدولية وضعها المعهد الدولي لتوحيد القانون الخاص عام 1994، وهي تطبق إذا اتفق المتعاقدان على إخضاع عقدهما لها، كما يجوز تطبيقها إذا اتفق المتعاقدان على أن يحكم عقدهما "المبادئ العامة للقانون" أو قانون التجار أو ما شابه ذلك، وسوف نستخدم للتعبير عنها بعد ذلك اختصاراً قواعد الـ Unidroit. أنظر: "مبادئ العقود التجارية الدولية Unidroit"، روما 1994.

(3) المادة 7-3-1-فقرة 1 مشار إليه في د. محمد نصر، الوجيز في عقود التجارة الدولية، دار النهضة العربية، 2014م، ص13.

(4) المادة 1/157 من القانون المدني المصري.

(5) المادة 160 من القانون المدني المصري.



ونصت المادة (160) على الآثار المترتبة على الفسخ بأنه: (إذا فسخ العقد، أعيد المتعاقدان إلى الحالة التي كانا عليها قبل العقد فإذا استحال ذلك جاز الحكم بالتعويض).
وعبر عنه القانون الإنجليزي باصطلاح " رفض البضاعة "، إذ أعطى المشتري الحق في رفض البضاعة إذا أخل البائع إخلالاً جسيماً بتنفيذ العقد، ورتب على هذا الرفض أحقية المشتري في الامتناع عن دفع الثمن، أو استرداد هذا الثمن إذا كان قد دفعه⁽¹⁾.
وتخلص إلى أن تحديد مفهوم الفسخ كان أشمل في المفهوم الفقهي عنه في النظام، حيث تم قصره في النظام على حالات معينة⁽²⁾، بينما شمل مفهومه الفقهي الحالات التي تضمنتها المعاملات التجارية، والحق بها الفسخ المتعلق بالمخالفات التي تصم العقود وتنطوي على مخالفة للشريعة الإسلامية، وبهذا فهو يحفظ للتجارة ولعقودها قواعدها الأخلاقية.
الفسخ بمفهومه الشامل في الشريعة الغراء والاتفاقيات الدولية المعنية بتنظيم التجارة: هو إزالة سبب الفساد واحترام ضوابط الاتفاقيات الدولية الشرع أو شرائطه التي قررها في العقود، حماية للمصلحة العامة أو الخاصة، ودفعاً للضرر، ومنعاً للمنازعات التي تحدث بسبب مخالفة الشروط الشرعية⁽³⁾.

- ماهية الفسخ في الشريعة:

الأصل في العقود شرعاً للزوم لقوله تعالى: ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ ﴾⁽⁴⁾.
قال القرطبي⁽⁵⁾: " اعلم أن الأصل في العقود للزوم؛ لأن العقود أسباب لتحصيل المقاصد من

(1) د. عبد الفتاح عبد الباقي: "نظرية العقد والإرادة المنفردة"، طبعة 1984، ص 611 رقم 312.

(2) د. ثروت حبيب، قانون التجارة الدولي، مكتبة الجلاء الجديدة ط 1، 1974 م، ص 64. د. جعفر عبد السلام، المنظمات الدولية، دار نهضة مصر 2014 م، ص 50. د. جمال محمود عبد العزيز، الالتزام بالمطابقة في عقد البيع الدولي للبضائع وفقاً لاتفاقية الأمم المتحدة - فيينا 1980، رسالة دكتوراه، القاهرة 1996 م، ص 3. د. جميل الشرفاوي: "محاضرات في العقود الدولية"، دار النهضة العربية، 1996 - 1997، ص 67. د. جورجيت صبحي، مبدأ الاستقلال في الاعتماد المستندي، دار النهضة العربية 1992 م، ص 32. د. حامد سلطان، عائشة راتب، صلاح الدين عامر، القانون الدولي العام، دار النهضة العربية، ط 1، 1978 م، ص 63. د. رضا عبيد، الوسيط في القانون التجاري (العقود التجارية - الأوراق التجارية - عمليات البنوك - الإفلاس)، دار الثقافة العربية - بني سويف - طبعة 1999 م، ص 77.

(3) د. محمد نصر، أحكام القانون الدولي العام لفسخ العقود الدولية، مركز الدراسات العربية، 2015 م، ص 70. د. محمد وحيد الدين سوار، شرح القانون المدني، النظرية العامة للالتزام، الجزء الأول مصادر الالتزام، 1، المصادر الإرادية، مطبعة رياض، دمشق 1983 م، ص 54. د. محمود الكيلاني: "عقود التجارة الدولية في مجال نقل التكنولوجيا"، الطبعة الثانية، دار الفكر العربي، 1995 م، ص 33.

(4) سورة المائدة: من الآية 1.

(5) أبو العباس أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن القرطبي، من علماء المالكية، توفي سنة 684 هـ ومن مصنفاته: الذخيرة، أنوار البروق.



الأعيان. والأصل ترتب المسببات على أسبابها " (1) وقد يرد الفسخ على العقود التجارية. كما يرد على غيرها. وقد يكون الفسخ إما واجباً أو جائزاً، فيجب رعايةً لحق شرعي مقرر في الشريعة الإسلامية. كفسخ العقد الفاسد لإزالة سبب الفساد. كجهالة المبيع أو الثمن... إلخ. حمايةً للمصلحة العامة أو الخاصة. وهو ما يسمى في الأنظمة المقارنة فسخ بقوة النظام. ويجوز الفسخ إعمالاً لإرادة العاقد (2). كالفسخ في العقود غير اللازمة. والفسخ بالتراضي والاتفاق كالإقالة. وقد جاء الشرع بأدلة كثيرة في مشروعية الخيارات والإقالة. فقال عليه الصلاة والسلام: " المسلمون على شروطهم " (3).

والفسخ القضائي يكون إما رعايةً لحق الشرع. وإما إحفاقاً للحق ورفعاً للظلم الذي يقع على أحد المتعاقدين بسبب إضرار العاقد الآخر. وإصراره على منع غيره من ممارسة حقه في الفسخ. لوجود عيب في المبيع أو استحقاق المبيع أو الثمن مثلاً. وحق القاضي في الفسخ ناشئ من ولايته العامة على الناس. أو لأنه يجب عليه رقابة تنفيذ أحكام الشرع. وحينئذ يكون الفسخ إما شرعاً أو قضاءً أو بالرضا.

من أسباب الفسخ إما الاتفاق أو التراضي ومنه الإقالة. وإما الخيار. وإما عدم اللزوم. وإما لإستحالة تنفيذ أحد التزامات العقد المتقابلة. وإما الفساد (4). وسنعرض لها على سبيل الإجمال فيما يلي:

أ - الفسخ بالاتفاق: يفسخ العقد بالتراضي بين العاقدين. والإقالة نوع من الفسخ الاتفاقي وتقتضي رجوع كل من العوضين لصاحبه. فيرجع الثمن للمشتري والمثمن للبائع. وأكثر استعمالها قبل قبض المبيع (5).

وقد ذهب الشافعية والحنابلة إلى أن الإقالة فسخ في حق الناس كافةً. لأن الإقالة هي الرّفْع والإزالة. ولأن المبيع عاد إلى البائع بلفظ لا ينعقد به البيع. فكان فسخاً (6). وذهب المالكية في المشهور وأبو يوسف إلى أن الإقالة بيع ثان يشترط فيها ما يشترط فيه ومنعها ما يمنعه (7).

(1) أنوار البروق في أنواع الفروق. بيروت. ط. دار المعرفة بالأوفست. الفرق السابع والمئتان. 13/4. د. محمد عبد الله سليم جيت. فسخ العقد وآثاره في الشريعة الإسلامية. دار الثقافة. 2003م. ص 14.

(2) د. أنور سلطان. الموجز في مصادر الالتزام. ص 281. د. محمد المصري وعابدين. الفسخ والانفساخ والتفاسخ. مرجع سابق. ص 33.

(3) أخرجه البخاري في البيوع. باب الشروط والبيع مع النساء 2155. ومسلم في العتق باب بيان ان الولاء لمن اعتق 1504/8.

(4) القرافي. الفروق. طبعة الأوقاف السعودية. 2014م. 269/3.

(5) د. محمود المصري ومحمد عابدين. الفسخ والانفساخ والتفاسخ. مرجع سابق. ص 33.

(6) الأشباه والنظائر للسيوطي: ص 152. القواعد لابن رجب: ص 379. المغني: 4/121 وما بعدها.

(7) مغني المحتاج (96/2). المغني (121/4). بدائع الصنائع (306/5).



وعند أبي حنيفة هي بيع جديد في حق غير العاقدين، سواء قبل القبض أو بعده، وفسخ في حق العاقدين بعد القبض، لأنها رفع لغةً وشرعاً، ورفع الشيء فسخه، ويرى محمد أن الإقالة فسخ إلا إذا تعذر جعلها فسخاً، فتجعل بيعاً للضرورة، لأن الأصل في الإقالة الفسخ، لأنها عبارة عن رفع الشيء لغةً وشرعاً⁽¹⁾.

ب - خيار الفسخ: الخيار هو حق العاقد في فسخ العقد أو إمضائه، لظهور مسوغ شرعي أو بمقتضى اتفاق عقدي، فيكون للمتعاقد الحق في الاختيار بين إمضاء العقد وعدم إمضائه بفسخه، إن كان الأمر فيه خيار شرط أو رؤية أو عيب، أو أن يختار أحد المبيعين إن كان الأمر فيه خيار التعيين.

ج - عدم لزوم العقد: يجوز لأحد العاقدين أو لكليهما بحسب العقد المسمى أن يستقل بالفسخ، مثل العارية والقرض الودیعة والشركة والوكالة، فكلاً عقود غير لازمة يجوز فسخها متى شاء أحد الطرفين المتعاقدين، قال ابن رجب: "عقود المشاركات كالشركة والمضاربة، المشهور أنها تنفسخ قبل العلم كالوكالة، وكذا الودیعة للوديع فسخها قبل علم المودع بالفسخ، وتبقى في يده أمانة"⁽²⁾.

د - استحالة تنفيذ الالتزام: إذا استحال تنفيذ أحد الالتزامات العقدية، جاز فسخ العقد، لأن الالتزام المقابل يصبح بلا سبب، أو إذا هلك المعقود عليه المعين انفسخ العقد لتعذر التسليم، فإذا تعذر التسليم لغير الهلاك سواء أكان ذلك بسبب من العاقدين أم أحدهما أو غيرهما، فقد اختلف الفقهاء فيه على أقوال مختلفة.

هـ - الفسخ للفساد: يفسخ العقد عند الحنفية في المعاملات للفساد بحكم الشرع لإزالة سبب فساد العقد كجهالة المبيع أو الثمن أو الأجل أو وسائل التوثيق أو نحو ذلك.

ومن الأسباب الفسخ الأخرى ما يلي:

- الفسخ للأعذار:

يفسخ العقد للعدر إذا كان عقد إيجار ونحوه، أو عقد بيع للثمار بسبب الجوائح فقد أجاز فقهاء الحنفية، دون غيرهم فسخ عقد الإجارة وعقد المزارعة بالأعذار الطارئة، سواء أكان العذر قائماً بالعاقدين أم بالمعقود عليه، لأن الحاجة تدعو إلى الفسخ عند العذر، لأنه لو لزم العقد عند تحقق العذر، لزم صاحب العذر ضرر لم يلتزمه بالعقد، أما الجمهور فالأصل عندهم عدم الفسخ بالعذر، وقد يرون الفسخ في أحوال قليلة.

(1) البدائع: 5/306، فتح القدير: 5/247، الدر المختار ورد المحتار: 4/154.

(2) فتاوى الإمام النووي، المسماة بالمسائل المنثورة ترتيب تلميذه علاء الدين بن العطار، حققه الشيخ محمد النجار، دار السلام للطباعة والنشر، القاهرة (1960م)، ص 130-131.



- الفسخ للإفلاس والإعسار والمماطلة :

ذهب المالكيّة والثافعيّة والحنابلة إلى أنّ المشتري إذا ظهر مفلساً فللبائع خيار الفسخ والرجوع بعين ماله، ولا يلزمه أن ينظره، عملاً بقوله: " من أدرك ماله بعينه عند رجل أو إنسان قد أفلس فهو أحقّ به من غيره"⁽¹⁾، وينطبق ذلك الحكم على المعسر عند الحنابلة ولو ببعض الثمن.⁽²⁾

ويرى الحنابلة أنّه إذا كان الثمن حالاً غائباً عن المجلس دون مسافة القصر؛ فلا فسخ، ويجر الحاكم المبيع وبقية ماله حتى يحضر الثمن، أمّا إذا كان الثمن الحالّ أو بعضه بعيداً مسافة القصر فأكثر⁽³⁾، أو غيبّة المشتري في المسافة المذكورة كان للبائع الفسخ، ويرى ابن تيمية أنّ المشتري إذا كان موسراً ماطلاً فللبائع الفسخ دفعاً لضرر المخاصمة، قال في الإنصاف: وهو الصّواب.

وأما الحنفيّة فيرون أنّه ليس للبائع الفسخ، إذ نصّوا أنّه ليس الغريم أحقّ بأخذ عين ماله، بل هو في ثمنها أسوة الغرماء⁽⁴⁾.

ونصّ الثافعيّة على أنّه إن كان في غرماء الميت من باع شيئاً ووجد عين ماله ولم تف التركة بالدين فهو بالخيار بين أن يضرب مع الغرماء بالثمن وبين أن يفسخ ويرجع في عين ماله⁽⁵⁾. وليس خيار الفسخ مختصاً بعقد البيع عند الجمهور؛ بل هو ثابت أيضاً في كلّ عقود المعاوضات كالإجارة والقرض، فللمؤجّر فسخ الإجارة إذا أفلس المستأجر قبل دفع الأجرة، للمقرض الرجوع على المقرض إذا أفلس وكان عين ماله قائماً⁽⁶⁾.

- ماهية فسخ العقود الدولية للتجارة :

لم تتضمن النظم المعاصرة بوضع تعريف خاص بالفسخ ومنها القانون الخاص بالحكمة التجارية السعودي على معنى الفسخ في النظام الصادر بالمرسوم الملكي رقم م/2 بتاريخ 1390/1/15هـ إلا بأنه يضمنه صاحب المقابلة في عقد النقل البحري حيث نصت

(1) صحيح البخاري، كتاب الاستقراض وأداء الديون والحجر والتفليس « باب إذا وجد ماله عند مفلس في البيع والقرض والوديعة فهو أحقّ به 2272، ص 846.

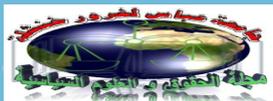
(2) ابن عابدين، رد المحتار، 4/560، والشريبي، مغني المحتاج، 2/67، انظر: الكاساني، بدائع الصنائع، 5/238، والشريبي، مغني المحتاج، 2/67 عثمان بن علي بن محجن الباري، فخر الدين الزيلعي الحنفي (المتوفى: 743 هـ) تبين الحقائق، المطبعة الكبرى الأميرية - بولاق، القاهرة، 1313هـ، 44/4، عبد العزيز بن أحمد بن محمد، علاء الدين البخاري الحنفي (المتوفى: 730 هـ) كشف الأسرار، دار الكتاب الإسلامي، 2010م، 159/1، شرح المجلة، الأتاسي مادة (109) 7/2.

(3) انظر: المغني (6 / 585) كشف القناع (3 / 418).

(4) انظر: تبين الحقائق (4 / 181) البحر الرائق (6 / 483) الاختيار لتعليل المختار (2 / 352)

(5) انظر: مغني المحتاج (3 / 115) أسنى المطالب (2 / 186).

(6) انظر: تبين الحقائق (4 / 181) البحر الرائق (6 / 483) الاختيار لتعليل المختار (2 / 352)



المادة (344): (جميع ما يقع من الضائعات والخسارات على الأشياء المضمونة يعود على صاحب السكوترته⁽¹⁾ سواءً كان ذلك من دواعي النوء أو الغرق أو الكسر أو التثقيب أو الفسخ، أو ما يقع بالضرورة من ابدال الطريق والسفر وابدال المركب أو تحويلها أو القاء البضائع في البحر والحرق والضبط والاعتصاب وتوقيف السفينة بأمر الحكومة وعلان الحرب أو مقابلة للخصم بما فعله من الخصومة وغير ذلك من المهالك والمخاطر البحرية).

والأصل في العقد أنه ملزم للجانبين. فهو يتضمن قوة تختم على طرفيه الرضوخ له في كل ما يحتويه من بنود لأنه يعد بمثابة قانون للطرفين المتعاقدين. لا يستطيع أحدهما تعديله أو نقضه إلا بوجود نص قانوني أو إتفاق يقضي بذلك. إذ يجب تنفيذ العقد بطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية، وشرف التعامل ونزاهة العقد⁽²⁾.

غير أنه قد يحول دون تحقيق قصد المتعاقدين أمراً عارضاً يؤدي إلى حل الرابطة العقدية وزوال كل أثر لها. وقد يرجع ذلك إلى سبب أجنبي لا يد للمدين فيه. كما قد يكون نتيجة عدم رغبة المدين في تنفيذ التزاماته التعاقدية، ويترتب الفسخ كجزاء على عدم التنفيذ⁽³⁾. إن عدم تنفيذ المدين لالتزاماته التعاقدية يعطي للطرف الدائن في العقد إمكانية التحلل من الرابطة العقدية. ويكون ذلك باللجوء إلى استعمال حق طلب الفسخ ليتخلص من الإلتزامات التي يفرضها عليه العقد.

(1) مادة (324) من نظام المحكمة التجارية (السعودي): (مقابلة السكوترته هي عبارة عن مقابلة جرية تتضمن التعهد باعطاء التضمين تماماً إلى المضمن مقابلة لبدل السكوترته الذي يأخذه صاحب السكوترته على مقدار ضائعات ومضرات يمكن وقوعها بسبب نائبه جرية على أشياء يجترز عليها من أن تصادف خطر سفر جري).

(2) د. محمد جبار، بطلان التصرف القانوني في القانون المدني الجزائري. وفي الفقه الإسلامي (دراسة مقارنة). معهد الحقوق والعلوم السياسية والإدارية. جامعة الجزائر. 2009م. ص79. د. محمد سامي عبد الحميد، العلاقات الدولية، دار الكتب الجامعية، ج1، ط4، 1986. ص33. د. محمد سعيد جعفرور، إجازة العد القابل للإبطال في القانون المدني، معهد الحقوق والعلوم الإدارية، جامعة الجزائر، 1986م. ص66. د. محمد صبري السعدي: الواضح في شرح القانون المدني، النظرية العامة للالتزامات، مصادر 1986م. ص43. د. محمد طلعت الغنيمي بالوجيز في التنظيم الدولي، منشأة المعارف بالإسكندرية، 1977م. ص90. د. محمد عبدالله حود، إنهاء العقد بالارادة المنفردة، الدار العلمية الدولية للنشر والتوزيع ودار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2002م. ص21. د. محمد عبدالله حود، إنهاء العقد بالارادة المنفردة، الدار العلمية الدولية للنشر والتوزيع ودار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2002م. ص77.

(3) د. إبراهيم حريز، السلطة التقديرية للقاضي المدني، دراسة تحليلية نقدية، رسالة لنيل درجة ماجستير في القانون، معهد الحقوق والعلوم الإدارية، جامعة الجزائر، 1995، ص 131.



المبحث الثاني: القانون الواجب التطبيق لفسخ عقود التجارة في الفقه الإسلامي

يتعين على العاقدين أن يسببوا فسخهم لعقود التجارة. وفقاً للنظام وهو ما قرره الشريعة⁽¹⁾ في عدم جواز التعسف في استخدام الحق في الفسخ. ووفقاً للنظام السعودي والأنظمة المقارنة. يعتمد ذلك على وجود مخالفة جوهرية. ومنها عناصر متعددة يمكن أن يعتمد عليها البائع (التنظيم القانوني لفكرة المخالفة الجوهرية نجده في اتفاقية فيينا 1980 من خلال نص المادة 25). إذا تسببت المخالفة بإلحاق ضرر بالبائع من شأنه أن يجرمه بشكل أساسي مما كان يحق له أن يتوقع الحصول عليه بموجب العقد. إلا إذا كان البائع لا يتوقع مثل هذه النتيجة وأي شخص سوى الإدراك من نفس الصفة لا يتوقع أيضاً مثل هذه النتيجة في نفس الظروف. كما مكنت اتفاقية فيينا المشتري من اكتساب المخالفة الجوهرية⁽²⁾. فأجازت له أن يمنح البائع مهلة إضافية معقولة لتنفيذ التزامه بالتسليم. المادة 47 فقرة 1 على أن يوجه له إخطاراً بهذه المهلة. وخلال هذه المهلة لا يستطيع البائع إعلان فسخ العقد. فإذا انتهت المدة دون تنفيذ أو أخطر البائع المشتري بعدم التنفيذ خلال المهلة الإضافية. تحولت المخالفة إلى مخالفة جوهرية. ولو لم تكن كذلك في بدايتها. المادة 47 فقرة 2 من اتفاقية فيينا. أو عيب في الإيجاب والقبول أو عيب من عيوب الإرادة (كما هو مقرر في الفقه الإسلامي)⁽³⁾. استدل فقهاء الشريعة ومنهم ابن تيمية بالكتاب والسنة على أن الأصل الإباحة بالنسبة إلى العقود والشروط⁽⁴⁾:

يقول ابن تيمية: إن الكتاب والسنة قد جاءا بالأمر بالوفاء بالعهود والشروط والمواثيق والعقود وبأداء الأمانة ورعاية ذلك كله والنهي عن الغدر ونقض العهود والخيانة والتشديد على من يفعل ذلك. ولو كان الأصل في العقود الحظر والفساد إلا ما أباحه الشرع أو أوجبه لم يجز أن يؤمر بها مطلقاً ويذم من نقضها أو غدر مطلقاً. كما أن قتل الأنفس لما كان الأصل فيه الحظر إلا ما أباحه الشرع أو أوجبه لم يجز أن يؤمر بقتل الأنفس مطلقاً بخلاف ما كان جنسه واجباً

(1) من المعلوم أن مصادر الشريعة الإسلامية هي القرآن الكريم والسنة النبوية المطهرة والاجتهاد. وقد حدد جمهور الفقهاء أركان العقد والتي رتب على خلف ركن منها جواز الفسخ كما بينا وهذه الأركان إجمالاً هي:

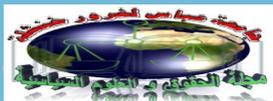
- 1- صيغة العقد التي تنصب على الرضا.
- 2- العاقدان.
- 3- المعقود عليه أو محل العقد.

د. أنوار سلطان الموجز في النظرية العامة للالتزام. مرجع سابق. ص 57.

(2) د. السنهوري. الوسيط في شرح القانون المدني: العقود التي ترد على الملكية. مرجع سابق (1/ 170).

(3) د. رمضان أبو السعود. مبادئ الالتزام. مرجع سابق. ص 56. د. الجمال. النظرية العامة للالتزام. مرجع سابق. ص 48. د. لبني مختار. وجود الإرادة وتأثير الغلط عليها. مرجع سابق. ص 7. د. أنوار سلطان الموجز في النظرية العامة للالتزام. مرجع سابق. ص 57.

(4) نقلاً عن الفتاوى الكبرى لابن تيمية ج 3 ص 481 وما بعدها.



كالصلاة والزكاة فإنه يؤمر به مطلقاً، وإن كان لذلك شروط وموانع عن الصلاة بغير الطهارة وعن الصدقة بما يضر النفس ونحو ذلك، وكذلك الصدق في الحديث مأمور به وإن كان قد يحرم الصدق أحياناً لعارض ويجب السكوت والتعريض، وإذا كان حسن الوفاء ورعاية العهد مأموراً به فلما كان ذلك كذلك علم أن الأصل صحة العقود والشروط إذ لا معنى للتصحيح إلا ما ترتب عليه أثره وحصل به مقصوده وهو الوفاء به، وإذا كان الشرع قد أمر بمقصود العهود فهذا يدل على أن الأصل فيها الصحة والإباحة⁽¹⁾.

وجه الاستدلال بالاعتبار عند ابن تيمية⁽²⁾:

أولاً: العقود والشروط من باب الأفعال العادية الأصل فيها الإباحة:

فالأصل في العقود مثل الأصل في الأفعال العادية هو الإباحة وعدم الحظر لأنها ليست من العبادات، وقوله تعالى: ﴿وَقَدْ فَصَّلَ لَكُمْ مَا حَرَّمَ عَلَيْكُمْ﴾⁽³⁾، عام في الأعيان والأفعال وإذا لم تكن حراماً لم تكن فاسدة لأن الفساد إنما ينشأ من التحريم وإذا لم تكن فاسدة كانت صحيحة، وأيضا فليس في الشرع ما يدل على تحريم جنس العقود والشروط إلا ما ثبت تحريمه بعينه وانتفاء دليل التحريم دليل على عدم التحريم فثبت بالاستصحاب العقلي وانتفاء الدليل الشرعي عدم التحريم فيكون فعلها إما حلالاً أو عفواً، كالأعيان التي لم تحرم وغالب ما يستدل به على أن الأصل في الأعيان عدم التحريم من النصوص العامة والأقيسة الخاصة والاستحضار العقلي وانتفاء الحكم لانتفاء دليله، فإنه يستدل به أيضاً على عدم تحريم العقود والشروط فيها سواء سمي ذلك حلالاً أو عفواً على الاختلاف المعروف بين الفقهاء بين الحلال والعفو، وليس أدل على تسوية العقود بالأفعال - من هذه الناحية من أن المسلمين قد اتفقوا على أن العقود التي عقدها الكفار يحكم بصحتها بعد الإسلام إذا لم تكن محرمة على المسلمين وإن

⁽¹⁾ والإباحة هنا لا تعارض البتة مع ما حرمه الله فالمشترط ليس له أن يبيح ما حرمه الله ولا أن يحرم بإطلاق ما أباحه الله، فإن عقده وشروطه يكون حينئذ باطلاً لمخالفته لحكم الله، وكذلك ليس له أن يسقط ما أوجبه الله وإنما المشترط له أن يوجب بالشرط ما لم يكن واجباً بدونه فمقصود الشروط وجوب ما لم يكون واجباً ولا حراماً، وكل شرط صحيح لا بد أن يفيد وجوب ما لم يكن واجباً وإباحة ما لم يكن مباحاً وتحريم ما لم يكن حراماً وكذلك كل من المتاجرين والمتناكحين، وكذلك إذا اشترط صفة في المبيع أو رهناً أو اشترطت المرأة زيادة على مهر مثلها فإنه يجب ويجرم ويباح بهذا الشرط ما لم يكن كذلك، وهذا المعنى هو الذي أوهم من اعتقد أن الأصل هو فساد الشروط إذ قال لأنها إما أن تبيح حراماً أو تحرم حلالاً أو توجب ساقطاً أو تسقط واجباً وذلك لا يجوز إلا بإذن الشرع وقد ورد شبهات عند بعض الناس حتى توهموا أن حديث «المسلمون على شروطهم» متناقض وليس كذلك في الحقيقة، بل ما كان حراماً مؤبداً بدون الشرط فالشرط لا يبيحه كالزنا والوطء في ملك الغير، وأما ما كان مباحاً بدون الشرط فالشرط قد يوجبه كالزيادة في المهر والتمن والمثمن والرهن وتأخير الاستيفاء، فإن الرجل له أن يعطي المرأة وله أن يتبرع بالرهن والاستيفاء ونحو ذلك فإذا شرطه صار واجباً، راجع الفتاوى الكبرى لابن تيمية ج 3 ص 482.

⁽²⁾ راجع الفتاوى الكبرى لابن تيمية ج 3 ص 483.

⁽³⁾ سورة الأنعام الآية 199



كان الكفار لم يعقدوها بإذن شرعي. ولو كانت العقود كالعبادات لا تصح إلا بشرع لحكموا بفسادها أو بفساد ما لم يكن أهله مستمسكون فيه بشرع.

ثانياً: التراضي في العقود عموماً وطيب النفس في التبرعات هو الأصل بالدليل القرآني:

الأصل في العقود رضي العاقدين ونتيجتها هي ما أوجباه على أنفسهما بالتعاقدين لأن الله تعالى قال في كتابه: ﴿إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ﴾⁽¹⁾. وقال: ﴿فَإِنْ طِبْنَ لَكُمْ عَنْ شَيْءٍ مِنْهُ نَفْسًا فَكُلُوهُ هَنِيئًا مَرِيئًا﴾⁽²⁾. فعلق جواز الأكل بطيب النفس تعليق الجزاء بشرطه فدل على أنه سبب له وهو حكم معلق على وصف مشتق مناسب فدل على أن ذلك الوصف سبب لذلك الحكم. وإذا كان طيب النفس هو المبيح للصدقات فكذلك سائر التبرعات قياساً بالعلة المنصوصة التي دل عليها القرآن وكذلك قوله تعالى: ﴿إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ﴾ لم يشترط في التجارة إلا التراضي. وذلك يقتضي أن التراضي هو المبيح للتجارة. وإذا كان كذلك فإذا تراضي المتعاقدين أو طابت نفس المتبرع بتبرع ثبت حله بدلالة الكتاب إلا أن يتضمن ما حرمه الله ورسوله كالتجارة في الخمر ونحو ذلك.

ثالثاً: الشرط المنافي لمقصود العقد والشرط المنافي لمقصود الشارع:

يقول ابن تيمية إنه إذا كان الشرط منافياً لمقصود العقد كان الشرط لغواً. وإذا كان منافياً لمقصود الشارع كان مخالفاً لله ورسوله فأما إذا لم يشتمل على واحد منهما بأن لم يكن لغواً ولا اشتمل على ما حرمه الله ورسوله فلا وجه لتحريمه. بل الواجب حله لأنه عمل مقصود للناس يحتاجون إليه إذ لولا حاجتهم لما فعلوا فإن الإقدام على فعل مظنة الحاجة إليه. ولم يثبت تحريمه فيباح لما في الكتاب والسنة من الأمر برفع الحرج.

رابعاً: الرد على الاستدلال بحديث بريرة في حظر العقود والشروط:

فسر ابن تيمية حديث بريرة بأن النبي ﷺ أراد به إبطال الشروط التي تنافي كتاب الله. ولم يرد إبطال الشروط التي سكت عنها كتاب الله. ثم رد على القول بأن النبي ﷺ أراد أن الشروط التي لم يبحها ولم يجرمها تكون باطلة فقد رد على هذا القول بأن الكتاب والسنة دلتا على وجوب الوفاء بالعقود والشروط بصفة عامة. ولذلك فإن أي شرط سكت عنه الكتاب بخصوصه يدخل في هذا الأمر العام الصادر من الكتاب والسنة بوجوب الوفاء بالشروط بصفة عامة. ولا يخرج هنا إلا ما دل عليه دليل خاص ينهى الله تعالى عنه كما هو الحال في شرط الوفاء لغير المعتق والذي نص عليه الحديث.

(1) سورة النساء: الآية 29

(2) سورة النساء: الآية 4



كيفية تطبيق قاعدة حرية العقود والشروط عند ابن تيمية⁽¹⁾:

يرى ابن تيمية أنه مع التسليم بأن الأصل في العقود والشروط الإباحة، فإن هذا لا يعني أننا نعتبر أي عقد أو أي شرط صحيحاً دون بحث وترو، بل يتعين علينا أن نبحث لنعرف هل يوجد نص خاص يجرم مثل هذا العقد أو الشرط أم لا، وحجته في ذلك واضحة فهو يقول إنه لعدم تحريم العقود والشروط وصحتها أصلاً: الأدلة الشرعية العامة والأدلة العقلية التي هي الاستصحاب وانتفاء المحرم فلا يجوز القول بموجب هذه القاعدة في أنواع المسائل وأعيانها إلا بعد الاجتهاد في خصوص ذلك النوع أو تلك المسألة لمعرفة هل ورد من الأدلة الشرعية ما يقتضي التحريم لأنه إذا كان الدليل هو الاستصحاب ونفي الدليل الشرعي المحرم فقد أجمع المسلمون وعلم بالاضطرار من دين الإسلام أنه لا يجوز لأحد أن يعتقد أو يفتي بموجب هذا الاستصحاب والنفي إلا بعد البحث عن الأدلة الخاصة والتأكد من عدم وجود نص خاص يجرم في المسألة المعروضة، ويستخلص ابن تيمية من ذلك أنه ما دام الخلاف يعود إلى اعتبار عقلي أو إطلاق لفظي فإن الأدلة النافية لتحريم العقود والشروط المثبتة لحلها مخصوصة بجمع ما حرمه الله ورسوله من العقود والشروط⁽²⁾.

- رأى ابن القيم⁽³⁾ من الحنابلة:

إن أصحاب الحظر قالوا: إن كل شرط وعقد ليس في النصوص إيجابه ولا الإذن فيه فإنه لا يخلو من أحد وجوه أربعة:

إما أن يكون صاحبه قد التزم فيه إباحة ما حرمه الله ورسوله أو تحريم ما أباحه أو إسقاط ما أوجبه أو إيجاب ما أسقطه ولا خامس لهذه الأقسام البتة، ويرد ابن القيم على ذلك بقوله: إن هؤلاء قد فاتهم أن هناك قسماً خامساً وهو ما أباحه الله سبحانه للمكلف من تنوع أحكامه بالأسباب التي ملكه إياها، فيباشر من الأسباب ما يخل له بعد أن كان حراماً عليه، ويجرمه بعد أن كان حلالاً له، أو يوجبه بعد أن لم يكن واجباً، أو يسقطه بعد وجوبه، وليس ذلك تغيير لأحكامه بل كل ذلك من أحكامه سبحانه فهو الذي أحل وحرم وأوجب

(1) راجع الفتاوى الكبرى ج 3 ص 491، وما بعدها 0

(2) إن من غلب على ظنه من الفقهاء انتفاء المعارض في مسألة خلافية أو حادثة انتفع بهذه القاعدة فيذكر في أنواعها قواعد مطلقة ويضرب ابن تيمية بعض الأمثلة فيقول: إن الأصل عند الفقهاء أنه لا يجوز لكل من أخرج عيناً من ملكه معاوضة كالبيع والخلع أو تبرعاً كالوقف والعتق أن يستثنى بعض منافعها لما روي من حديث جابر أنف الذكر، فإذا كان العقد ما لا يصح فيه الغرر كالبيع فلا بد أن يكون المستثنى معلوماً، ويؤكد ذلك حديث جابر إذ اشترط ظهر البعير المباع إلى المدينة وهي مسافة معلومة لها مدة معلومة، وإذا كان العقد ما يصح فيه الغرر كالعتق والوقف، فله أن يستثنى غير معلوم فيستثنى خدمة العبد ما عاش أو عاش فلان أو يستثنى غلة الوقف ما عاش الواقف مثلاً، وهكذا فلا بد إذن من معرفة ما حرمه الله ورسوله من العقود والشروط بالنسبة إلى كل نوع من أنواع العقود قبل الحكم بصحة عقد أو شرط على أساس قاعدة حرية العقود والشروط.

(3) أعلام الموقعين ج 1 ص 386 وما بعدها 0



وأسقط وإنما إلى العبد الأسباب المقتضية لتلك الأحكام ليس إلا. فكما أن شراء الأمة ونكاح المرأة يخل له ما كان حراماً عليه قبله وطلاقها وبيعها بالعكس يجرمها عليه ويسقط عنه ما كان واجباً عليه من حقوقها. كذلك التزامه بالعقد والعهد والنذر والشرط وقد قال تعالى: ﴿إِنَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ﴾⁽¹⁾. فأباح التجارة التي تراضى بها المتبايعان فإذا تراضيا عن شرط لا يخالف حكم الله جاز لهما ذلك، ولا يجوز إلغاؤه وإلزامهما بما لم يلتزم به كما لا يجوز إلزامهما بما لم يلزمهما الله ورسوله ولا بإبطال ما شرطاً ما لم يحرم الله ورسوله عليهما شرطه. ومحرم الحلال كمحلل الحرام. فهؤلاء ألغوا من شروط المتعاقدين ما لم يلغ الله ورسوله. وقابلهم آخرون من القياسيين فاعتبروا من شروط الواقفين ما ألغاه الله ورسوله. وكلا القولين خطأ. بل الصواب إلغاء كل شرط يخالف حكم الله واعتبار كل شرط لم يجرمه الله ولم يمنعه منه⁽²⁾.

– رأي الشاطبي من المالكية:

ذهب الإمام الشاطبي من المالكية إلى أن الأصل في العقود والشروط في المعاملات هو الإباحة لا الحظر فهو يقول: (أنه إذ لم يظهر في الشرط في المعاملات هو الإباحة لا الحظر) فهو يقول: (أنه إذا لم يظهر في الشرط منافاة لمشروطة ولا ملاءمة فإن القاعدة المستمرة في أمثال هذا هي التفرقة بين العبادات والمعاملات. فما كان من العبادات فلا يكتفى فيه بعدم المنافاة دون أن تظهر الملاءمة لأن الأصل فيها التعبد دون الالتفات إلى المعاني. والأصل فيها أن لا يقدم عليها إلا بإذن إذ لا مجال للعقول في اختراع العبادات فكذلك ما يتعلق بها من شروط. وما كان من المعاملات يكتفى فيها بعدم المنافاة لأن الأصل فيها الالتفات إلى المعاني دون التعبد والأصل فيها الإذن حتى يدل الدليل عليه)⁽³⁾ وهذا الرأي يتفق مع مذهب ابن تيمية وابن القيم وإن كان ابن تيمية قد توسع وجاء بالأدلة العديدة التي تثبت قاعدة حرية العقود والشروط.

– ترجيح رأي تيمية وابن القيم والشاطبي:

لقد جاء رأي هؤلاء الفقهاء الثلاثة متفقاً مع النصوص الكتاب والسنة ومتفقاً مع أصول الشريعة وأهمها رفع الحرج عن الناس. ومتفقاً مع طبيعة العقود والشروط. فهي مثل العادات التي أصلها الإباحة، وليست من قبيل العبادات التي أصلها الحظر. ولقد فند ابن تيمية جميع الحجج المعارضة.

⁽¹⁾ سورة النساء الآية 29

⁽²⁾ نقلاً عن إعلام الموقعين لابن القيم بتصرف قليل ج 2 ص 26 إلى ص 36 0

⁽³⁾ راجع الموافقات للشاطبي ج 1 ص 162 وما بعدها 0



مذهب الذين صرحوا بأن الأصل في العقود والشروط هو الإباحة لا الحظر

حمل شيخ الإسلام ابن تيمية لواء الدفاع عن قاعدة حرية العقود والشروط فقد ذكر ابن تيمية صراحة أن الأصل في العقود والشروط هو الإباحة لا الحظر واستدل على ذلك بالكتاب والسنة والاعتبار⁽¹⁾.

استدلال ابن تيمية بالكتاب⁽²⁾:

استدل ابن تيمية بقوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾⁽³⁾. والعقود هي العهود قال تعالى: ﴿وَبِعَهْدِ اللَّهِ أَوْفُوا﴾⁽⁴⁾. وقال تعالى: ﴿وَأَوْفُوا بِالْعَهْدِ إِنَّ الْعَهْدَ كَانَ مَسْئُولًا﴾⁽⁵⁾. وقال تعالى: ﴿وَلَقَدْ كَانُوا عَاهَدُوا اللَّهَ مِنْ قَبْلُ لَا يُوَلُّونَ الْأَدْبَارَ وَكَانَ عَهْدُ اللَّهِ مَسْئُولًا﴾⁽⁶⁾. فأمر سبحانه وتعالى بالوفاء بالعقود ويقول ابن تيمية: إن هذا عام وإنه تعالى أمر بالوفاء بعهد الله وقد دخل في ذلك ما عقده المرء على نفسه بدليل الآية أنه الذكر من سورة الأحزاب فدل على أن عهد الله يدخل فيه ما عقده المرء على نفسه وقد أمر الله بالوفاء به وقرنه بالصدق في قوله تعالى: ﴿وَإِذَا قُلْتُمْ فَاعْدُوا وَلَوْ كَانَ ذَا قُرْبَىٰ وَبِعَهْدِ اللَّهِ أَوْفُوا﴾⁽⁷⁾. لأن العدل في القول خبر يتعلق بالماضي والحاضر. والوفاء بالعهد يكون في القول المتعلق بالمستقبل. وقال سبحانه: ﴿وَاتَّقُوا اللَّهَ الَّذِي تَسَاءَلُونَ بِهِ وَالْأَرْحَامَ﴾⁽⁸⁾. وقال المفسرون كالضحاك وغيره: تساءلون به تتعاهدون وتتعاقدون. وذلك لأن كل واحد من المتعاقدين يطلب من الآخر ما أوجبه العقد من فعل أو ترك مال أو نفع ونحو ذلك. وقال سبحانه: ﴿وَأَوْفُوا بِالْعَهْدِ اللَّهُ إِذَا عَاهَدْتُمْ وَلَا تَنْقُضُوا الْأَيْمَانَ بَعْدَ تَوْكِيدِهَا وَقَدْ جَعَلْتُمُ اللَّهَ عَلَيْكُمْ كَفِيلًا إِنَّ اللَّهَ يَعْلَمُ مَا تَفْعَلُونَ وَلَا تَكُونُوا كَالَّذِينَ نَقَضَتْ غَزْلَهَا مِنْ بَعْدِ قُوَّةٍ أَنْكَاثًا تَتَّخِذُونَ أَيْمَانَكُمْ دَخَلًا بَيْنَكُمْ أَنْ تَكُونَ أُمَّةٌ هِيَ أَرْبَىٰ مِنْ أُمَّةٍ إِنَّمَا يَبْلُوكُمُ اللَّهُ بِهِ وَلِيُبَيِّنَ لَكُمْ يَوْمَ الْقِيَامَةِ مَا كُنْتُمْ فِيهِ تَخْتَلِفُونَ وَلَوْ شَاءَ اللَّهُ لَجَعَلَكُمْ أُمَّةً وَاحِدَةً وَلَكِنْ يُضِلُّ مَنْ يَشَاءُ وَيَهْدِي مَنْ يَشَاءُ وَلَتَسْأَلَنَّ عَمَّا كُنْتُمْ تَعْمَلُونَ﴾⁽⁹⁾ إلى قوله تعالى: ﴿وَلَا تَتَّخِذُوا أَيْمَانَكُمْ دَخَلًا بَيْنَكُمْ﴾⁽¹⁰⁾. والأيمان جمع يمين وكل عقد

(1) راجع الفتاوى الكبرى لابن تيمية بتقديم الشيخ حسين مخلوف ج 4 ص 201 وما بعدها.

(2) راجع الفتاوى الكبرى. المرجع السابق. ج 4 ص 202 وما بعدها.

(3) سورة المائدة الآية 1.

(4) سورة الأنعام الآية 152.

(5) سورة الإسراء الآية 34.

(6) سورة الأحزاب الآية 15.

(7) سورة الأنعام الآية 152.

(8) سورة النساء الآية 1.

(9) سورة النحل الآيات 91 - 93.

(10) سورة النحل الآية 94.



فإنه يمين قيل: سمي بذلك لأنهم كانوا يعقدونه بالمصافحة باليمين ويدل على ذلك أيضاً قوله تعالى: ﴿إِلَّا الَّذِينَ عَاهَدْتُمْ مِنَ الْمُشْرِكِينَ ثُمَّ لَمْ يَنْقُصُوكُمْ شَيْئًا وَلَمْ يُظَاهِرُوا عَلَيْكُمْ أَحَدًا فَأَتَوْا إِلَيْهِمْ عَهْدَهُمْ إِلَىٰ مُدَّتِهِمْ﴾ إلى قوله تعالى: ﴿كَيْفَ وَإِنْ يَظْهَرُوا عَلَيْكُمْ لَا يَرْقُبُوا فِيكُمْ إِلَّا وَلًا ذِمَّةً﴾⁽¹⁾. واللُّل هو القرابة. والذمة العهد وهما المذكوران في قوله تعالى: ﴿تَسَاءَلُونَ بِهِ وَاللَّارْحَامَ﴾⁽²⁾. فذمهم على قطيعة الرحم ونقض الذمة أي العهد وقال تعالى: ﴿وَإِنْ نَكَثُوا أَيْمَانَهُمْ مِنْ بَعْدِ عَهْدِهِمْ﴾⁽³⁾. فهذه نزلت في الكفار لما صالحهم النبي ﷺ عام الحديبية ثم نقضوا العهد بإعانة بني بكر على خزاعة فهذه الآيات الكريمة وغيرها توجب الوفاء بالعقد وهذا مما لا ريب فيه.

استدلال ابن تيمية بالسنة المطهرة⁽⁴⁾:

استدل شيخ الإسلام بما ورد في الصحيحين عن عبد الله بن عمر قال رسول الله ﷺ: "أربع من كن فيه كان منافقا خالصاً ومن كانت فيه خصلة منهن كانت فيه خصلة من النفاق حتى يدعها. من إذا حدث كذب وإذا وعد أخلف وإذا عاهد غدر وإذا خاصم فجر"⁽⁵⁾.

فدم الغادر وكل من شرط شرطاً ثم نقضه فهو غادر ولا ريب. وفي الصحيحين عن عقبة بن عامر أن رسول الله ﷺ قال: «أحق الشروط أن توفوا ما استحللتم به الفروج»⁽⁶⁾ فدل على استحقاق الشروط بالوفاء وأن شروط النكاح أحق بالوفاء من غيرها. ويستند ابن تيمية أيضاً إلى ما رواه أبو داود والدارقطني من حديث سلمان بن بلال عن أبي هريرة قال: قال رسول الله ﷺ: "الصلح جائز بين المسلمين إلا صلحاً أحل حراماً أو حرم حلالاً والمسلمون على شروطهم".

وروى الترمذي والبخاري من حديث كثير بن عبد الله بن عمرو بن عوف المزني عن أبيه عن جده أن رسول الله ﷺ قال: "الصلح جائز بين المسلمين إلا صلحاً حرم حلالاً أو أحل حراماً. والمسلمون على شروطهم إلا شرطاً حرم حلالاً أو أحل حراماً"⁽⁷⁾ وقال الترمذي حديث حسن صحيح.

وروى أبو بكر البزار أيضاً عن ابن عمر قال: قال رسول الله ﷺ: «الناس على شروطهم ما وافقت الحق» ويذكر ابن تيمية بالنسبة لأسانيد هذا الحديث أنه وإن كان الواحد منها ضعيفاً

(1) سورة التوبة الآيتان 7، 8.

(2) سورة النساء الآية 1.

(3) سورة التوبة الآية 12.

(4) راجع الفتاوى الكبرى. المرجع السابق. ج 2 ص 477. وما بعدها 0

(5) رواه البخاري ومسلم. انظر التاج الجامع للشيخ منصور علي ناصف ج 5 ص 41.

(6) رواه البخاري في كتاب الشروط باب الشروط في المهر.

(7) انظر الفتاوى الكبرى لابن تيمية ج 3 ص 481.



فاجتماعها من طرق مختلفة يشد بعضها بعضاً يقوى الحديث فضلاً عن أن هذا المعنى هو الذي يشهد له كتاب والسنة⁽¹⁾.

المبحث الثالث: القانون الواجب التطبيق لفسخ عقود التجارة في الاتفاقيات الدولية

من المبادئ القانونية الأساسية التي تمسكت بها هذه الاتفاقية الدولية، الاعتراف بضمأن الحرية التعاقدية في البيع الدولي للبضائع وذلك لأن الاتفاقية تنص على السماح للطرفين باستبعاد تطبيق هذه الاتفاقية أو بالخروج عن أي حكم من أحكامها أو تعديل آثار هذا الحكم، وبموجب هذا يجوز للأطراف اختيار قانون دولة غير متعاقدة أو اختيار القانون الوطني لدولة متعاقدة ليكون القانون الواجب التطبيق على الاتفاقية⁽²⁾.

ولزيد من التوضيح بالنسبة لعقود البيع الدولي للبضائع فإن الاتفاقية تتضمن أنها تقتصر على تكوين العقد وعلى الحقوق والواجبات التي ينشئها العقد لكل من البائع والمشتري والجزاءات المتعلقة بمخالفة أي من الأطراف لالتزاماته، من أهم هذه الالتزامات على البائع تسليم بضائع التي تكون كميتها ونوعيتها وأوصافها وتغليفها وتعبئتها مطابقة لأحكام العقد⁽³⁾ مع ضرورة تسليم البضائع خالية من أي التزام أو حق أو ادعاء للغير بما في ذلك الحقوق المتعلقة بالملكية الصناعية أو أي ملكية أخرى، دون الإخلال بالنظام العام أو سلب القضاء الوطني إختصاصه⁽⁴⁾.

(1) الفتاوى الكبرى لابن تيمية ج 3 ص 481.

(2) د. محمود سمير الشرفاوي: "الالتزام بالتسليم في عقد بيع البضائع"، دار النهضة العربية، 1991، ص 21، د. سليمان مرقس: "عقد البيع"، طبعة نادي القضاة 1980، ص 59، أ. محمد صبحي الأتربي، مدخل دراسة الشركات الاحتكارية متعددة الجنسيات، منشورات النفط والتنمية، بغداد، 1977، ص 33، د. إبراهيم أحمد شلبي، التنظيم الدولي، الدار الجامعية، بيروت، 1984، ص 66، د. إبراهيم محمد العناني، التنظيم الدولي، دار الفكر العربي، القاهرة، 1982، ص 86، د. أحمد حشمت أبو ستيت، نظرية الالتزام - الكتاب الأول، القاهرة 1954، ص 32، د. أكثم أمين الخولي، الموجز القانوني التجاري، مطبعة المدني، القاهرة، 1970، ص 78، د. الشافعي محمد بشير، المنظمات الدولية، القاهرة، 1974، ص 20.

(3) مجموعة المبادئ التي قررتها هيئة التدقيق التجاري في ديوان المظالم 178/ت/4 لعام 1413 هـ الموضوع: شرط تحكيم في العقد المبرم بين شركة سعودية وشركة أجنبية وتمسك الطرف الأجنبي بشرط التحكيم في النمسا.

الهيئة: القضاء السعودي لا يختص وحده بنظر هذا النزاع وإنما أحد طرفي العقد والنزاع أجنبي وهو المدعى عليه وقد اتفق الطرفان مسبقاً على قضاء دولة واحدة للفصل في أي نزاع ووقعت المدعية على ذلك باختيارها ومن حق الطرف الثاني التمسك بذلك الشرط.

(4) مجموعة المبادئ التي قررتها هيئة التدقيق التجاري في ديوان المظالم 143/ت/4 لعام 1412 هـ لا يجوز للطرفين السعوديين الاتفاق على التحكيم خارج المملكة.. قضت الدائرة بعدم جواز نظر الدعوى لوجود شرط التحكيم على سند من وجود هذا الشرط في العقد موضوع الدعوى وتقديم وكيل عليها ما يثبت السير في إجراءات التحكيم ضد المدعية واستناداً إلى نظام التحكيم ولائحته التنفيذية في حين أن التحكيم لا يعدو أن يكون قضاء خاصاً يلجأ إليه الأفراد لقضي منازعاتهم بعيداً عن الإجراءات التي تضعها الدولة لتيسير عملية التقاضي ولما كان هذا القضاء الخاص يسير جنباً إلى جنب مع القضاء العادي الذي يتمثل في المحاكم التي أنشأتها الدولة وعينت قضاتها وأسندت إليها ولاية الفصل في المنازعات فإن ولي الأمر لم يشأ أن يترك هذا النوع من أسلوب التقاضي دون حماية ودون رقابة فأصدر نظام التحكيم وفيه اشترط أن يكون المحكم من النص في العقد موضوع الدعوى الخبرة حسن السيرة والسلوك كامل الأهلية وأضاف اللائحة التنفيذية للنظام المذكور أن يكون المحكم من الوطنيين أو الأجانب المسلمين وأن يكون رئيس المحكمين عند تعددهم على دراية بالقواعد الشرعية والأنظمة التجارية والعرف والتقاليد السارية في المملكة وأعطى النظام للجهة المختصة أصلاً بنظر النزاع دوراً أساسياً في الهيمنة والأشراف على التحكيم ابتداءً من اعتماد وثيقة التحكيم



وتتضمن الاتفاقية الأحكام المنظمة للعرض والقبول وكل هذه النقاط هامة لمنع اللبس أو سوء الفهم عند التطبيق، خاصة وأن الأطراف في جهات مختلفة، مع العلم أن هناك قضايا كثيرة تنشأ عن مدى انطباق وصحة المواصفات والنوعية.. ومن هذا قد يكون من الأفضل للجهات المتعاقدة وضع أحكام الاتفاقية كجزء من العقد وبهذا يستفيد الأطراف من التجارب العالمية المرتبطة بكل أنواع البضائع كالشاي مثلاً أو غيره من المواد المستهلكة على نطاق واسع.

إن الإشارة لتضمين الاتفاقية كجزء من العقد المبرم بين الأطراف يتيح لهم الاستفادة من عدة تجارب دولية مقننة تتمثل في اتفاقية الأمم المتحدة بشأن فترة التقادم في البيع الدولي للبضائع (اتفاقية التقادم)¹ وتُحدّد فترة التقادم بأربع سنوات (المادة 8)، ويجوز تمديدتها لفترة أقصاها عشر سنوات رهنا بشروط معيّنة (المادة 23). وعلاوة على ذلك، تنظم الاتفاقية أيضاً بعض المسائل المتعلقة بتأثير استهلال الإجراءات في إحدى الدول المتعاقدة.

كما توفر اتفاقية التقادم قواعد بشأن وقف فترة التقادم وتمديدتها، وتتوقف هذه الفترة عندما يستهل المدعي إجراءات قضائية أو حكومية أو عندما يقدم مطالبات في إطار عملية قائمة، وإذا انتهت الإجراءات دون قرار ملزم بشأن وجهة الدعوى، اعتبر أن فترة التقادم كانت سارية أثناء الاضطلاع بالإجراءات، وأما إذا انقضت الفترة أثناء الدعوى أو بقي أقل من سنة على انقضائها، فيمنح المدعي سنة إضافية لاستهلال إجراءات جديدة (المادة 17).

ولا يُعترف بأي مطالبة ولا تُنفذ في أية إجراءات قانونية تبدأ بعد انقضاء فترة التقادم (المادة 25 (1)). ولا يُؤخذ انقضاء هذه الفترة في الاعتبار ما لم يدفع به الطرفان في الإجراءات

وانتهاء بتنفيذ حكم المحكمين ونظر الاعتراض المقدم من الخصوم ولما كانت المنازعة الماثلة تدخل في ولاية القضاء السعودي أصلاً فإن الدعوى على الاتفاق على التحكيم خارج المملكة في مدينة زورخ بسويسرا وفقاً لقوانين غرفة التجارة الدولية فضلاً عن أنه يتعارض مع نظام التحكيم السعودي ولائحته التنفيذية المشار إليها سلفاً فإنه يعتبر بمثابة اتفاق على سلب ولاية القضاء وحجبه عن نظر النزاع الداخل في اختصاصه ما يتعارض مع النظام العام في المملكة ويكون معه هذا الشرط باطلاً بطلاناً مطلقاً بما كان يتعين معه القضاء برفض الدفع المبدي من الشركة المدعى عليها بعدم قبول الدعوى لوجود شرط التحكيم وتصدي الدائرة للفصل في موضوع النزاع.

¹ تاريخ اعتماد البروتوكول المعدل للاتفاقية: 11 نيسان/أبريل 1980 خد معظم النظم القانونية من إمكانية تقديم مطالبة بعد انقضاء فترة زمنية معينة أو تمنعه خاشياً لاستهلال إجراءات قانونية في موعد متأخر يرجح فيه أن تفقد الأدلة المتعلقة بالمطالبة موثوقيتها أو أن تضع. وتغدياً للريبة التي تنشأ في حال بقاء أحد الطرفين معرضاً لمطالبات قد لا تقدم لفترة طويلة من الزمن. ولكن يوجد العديد من أوجه التفاوت بين النظم القانونية فيما يتعلق بالأساس المفاهيمي اللازم للقيام بذلك. كما يوجد اختلافات كبيرة في طول فترة التقادم وفي القواعد الناظمة للمطالبات المقدمة بعد تلك الفترة. وقد خلق هذه الاختلافات صعوبات في إنفاذ المطالبات الناشئة عن معاملات البيع الدولي. وقد أعدت اتفاقية التقادم واعتمدت في عام 1974 تديلاً لتلك الصعوبات. وعُدلت كذلك بروتوكول اعتمد في عام 1980 من أجل موازنة نصها مع نص اتفاقية الأمم المتحدة بشأن عقود البيع الدولي للبضائع (اتفاقية البيع). وخصوصاً فيما يتعلق بنطاق التطبيق والإعلانات المقبولة. وفي الواقع، يمكن أن يُنظر إلى اتفاقية التقادم من الناحية الوظيفية على أنها جزء من اتفاقية البيع. وهي بذلك خطوة هامة على طريق توحيد قانون البيع الدولي توحيداً شاملاً.



(المادة 24). بيد أنه يجوز للدول أن تقدم إعلاناً تسمح فيه للمحاكم بأن تأخذ في حسابها انقضاء فترة التقادم هذه من تلقاء نفسها (المادة 36) وبخلافه، فإن الاستثناء الوحيد من قاعدة منع الاعتراف بالمطالبة وإنفاذها هو عندما يقدم الطرف مطالبته على سبيل الدفاع أو المقاصة مع مطالبة مقدمة من الطرف الآخر (المادة 25) (2).

وكذلك اتفاقية الأمم المتحدة المتعلقة باستخدام الخطابات الإلكترونية في العقود الدولية (اتفاقية الخطابات الإلكترونية)¹ وتنطبق الاتفاقية على جميع الخطابات الإلكترونية المتبادلة بين طرفين يقع مقر عملهما في دولتين مختلفتين. على أن يكون مقر عمل أحدهما على الأقل موجوداً في دولة متعاقدة (المادة 1). ويمكن أيضاً تطبيق الاتفاقية باختيار الطرفين، وتُستبعد من نطاق انطباق الاتفاقية العقود المبرمة لأغراض شخصية أو عائلية أو منزلية، كالمتعلق منها بقانون الأسرة وقانون الخلافة، وكذلك بعض المعاملات المالية، والصكوك القابلة للتداول، ومستندات الملكية (المادة 2).

ومثلما لوحظ أعلاه، حُدِّدَت الاتفاقية معايير حَقِّق التوافق الوظيفي بين الخطابات الإلكترونية والمستندات الورقية، وكذلك بين طرائق التوثيق الإلكترونية والتوقيعات الخطية (المادة 9). كما حُدِّدَت الاتفاقية وقت ومكان إرسال الخطابات الإلكترونية وتلقيها، وتكيف القواعد التقليدية المتعلقة بهذه المفاهيم القانونية لتوائم السياق الإلكتروني وتبتكر ما يلزم فيما يخص أحكام القانون النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية (المادة 10). وفضلاً عن ذلك، فإن الاتفاقية تنص على المبدأ العام القائل بعدم جواز إنكار صحة الخطاب من الناحية القانونية لمجرد كونه في شكل إلكتروني (المادة 8). ونظراً لانتشار نظم الرسائل الآلية على وجه التحديد، فإن الاتفاقية تتيح إمكانية إنفاذ العقود المبرمة بواسطة هذه النظم، بما يشمل الحالات التي لا يراجع فيها شخص طبيعي الأفعال الفردية التي تقوم بها النظم المذكورة (المادة 12). وتوضح الاتفاقية كذلك أن أي اقتراح يُقدَّم لإبرام عقد بواسطة وسائل إلكترونية ولا يكون موجهاً إلى أطراف معينة يعتبر بمثابة دعوة إلى عقد صفقة وليس عرضاً يلزم الطرف مقدم العرض به في

¹ تاريخ الاعتماد 23 تشرين الثاني/نوفمبر 2005 قد تشكّل بعض المتطلبات الرسمية الواردة في معاهدات القانون التجاري الدولية المعتمدة على نطاق واسع، من قبيل اتفاقية الاعتراف بقرارات التحكيم الأجنبية وتنفيذها ("اتفاقية نيويورك") واتفاقية الأمم المتحدة بشأن عقود البيع الدولي للبضائع (اتفاقية البيع). عقبات حول دون استخدام الخطابات الإلكترونية استخداماً واسع النطاق. واتفاقية الخطابات الإلكترونية هي عبارة عن معاهدة تمكينية يتمثل أثرها في تدليل تلك العقوبات الرسمية من خلال تحقيق التكافؤ بين شكلي الخطابات الإلكتروني والمكتوب، وفضلاً عن ذلك، فإن هذه الاتفاقية حَقِّق أغراضاً إضافية تجعل استخدام الخطابات الإلكترونية في التجارة الدولية أسهل. لذا، فإن القصد من الاتفاقية هو تعزيز مواءمة القواعد المتعلقة بالتجارة الإلكترونية وتعزيز التوحيد في اشتراط قوانين الأونسسترال النموذجية على الصعيد الوطني فيما يتعلق بالتجارة الإلكترونية. وكذلك تحديث واستكمال بعض أحكام تلك القوانين النموذجية في ضوء الممارسات الأخيرة. وأخيراً، قد تزود الاتفاقية البلدان التي لم تعتمد بعد أحكاماً بشأن التجارة الإلكترونية بتشريعات حديثة وموحّدة ودقيقة الصياغة.



حال قبوله، وذلك تمثيلاً مع الحكم المقابل من اتفاقية الأمم المتحدة بشأن عقود البيع الدولي للبضائع (المادة 11)، وعلاوة على ذلك، تنص الاتفاقية على سبل انتصاف في حالة حصول خطأ في المدخلات يرتكبه شخص طبيعي يتولى إدخال المعلومات في نظم الرسائل الآلية (المادة 14). وتعد هذه الاتفاقيات هامة لتعزيز التجارة الدولية وفق الأطر القانونية المحددة في الاتفاقيات، والإشارة لها في العقد يعطي الأطراف الحق في الاستفادة من هذا التقنين، وكمثال، فإن انتشار العمليات التجارية عبر الإنترنت ووسائل التقنية الحديثة والذي تنظم أحكامه اتفاقية الخطابات الإلكترونية، يجعل اللجوء إلى هذه الاتفاقيات أمر مفيد بل حتمي⁽¹⁾.

وهناك أنواع عقود مستبعدة من نطاق تطبيق الاتفاقية مثل البضائع التي تشتري للاستعمال الشخصي أو العائلية أو المنزلي أو عقود بيع المزداد أو عقود تنفيذ الحجز أو غيره من العقود التي تتم بأمر قضائي أو العقود المتعلقة بالأوراق المالية والأسهم وسندات الاستثمار والصكوك القابلة للتداول والنقود والسفن والمراكب والطائرات والكهرياء.. وهذا نظراً لأن الكثير من الدول تعتبر أن هذه العقود ذات طبيعة خاصة وأن لديها قوانين وأنظمة سارية تعكس هذه الطبيعة الخصوصية.

إن دول المنطقة تتعامل في تجارة البضائع مع كل العالم، وهذا بالطبع يشمل الصالح والطالح، والمتقدم والمتأخر، ولضمان الحقوق ولتسهيل سريان انسياب التجارة الدولية فإننا نرى ضرورة انضمام كل الدول لهذه الاتفاقية، وبهذا نكون جزءاً من التوجهات الدولية التي تسعى لتنظيم تقنين كل الأمور المتعلقة بالتجارة الدولية بين كل جهات العالم.

وسنعرض للحالات التي يمكن أن يطبق أكثر من قانون على العقود الدولية فيما يلي:

حالة تطبيق القانون المختار (قانون الإرادة):

استقر القضاء السعودي⁽²⁾ على إمكانية النص في العقود الدولية على حرية تطبيق القانون المختار، كما بينت أنه إذا كان القضاء السعودي في الأصل مختصاً بنظر الدعوى التي بين طرف سعودي وآخر أجنبي (تنازع الاختصاص)، وباعتبار أن المملكة محل تنفيذ العقد إلا أنه لما كانت الشركة المدعى عليها أمريكية وأن تنفيذ العقد لا يقتصر على المدعية وحدها

(1) تضمن النظام الصادر بالمرافعات الشرعية برقم م/2 بتاريخ 1435/1/22هـ في الباب الثاني في الفصل الأول الاختصاص الدولي وتضمن في المادة الرابعة والعشرون الاختصاص بأنه: تختص محاكم المملكة بنظر الدعاوى التي ترفع على سعودي، ولو لم يكن له محل إقامة عام أو مختار في المملكة، فيما عدا الدعاوى العينية المتعلقة بعقار واقع خارج المملكة. والمادة الخامسة والعشرون: تختص محاكم المملكة بنظر الدعاوى التي ترفع على غير السعودي الذي له محل إقامة عام أو مختار في المملكة، فيما عدا الدعاوى العينية المتعلقة بعقار خارج المملكة.

المادة الثامنة والعشرون: فيما عدا الدعاوى العينية المتعلقة بعقار خارج المملكة تختص محاكم المملكة بالحكم في الدعوى إذا قبل المتدعيان ولايتها؛ ولو لم تكن داخلية في اختصاصها.

(2) مجموعة المبادئ التي قررتها هيئة التدقيق التجاري في ديوان المظالم 43/ت/4 لعام 1416هـ.



فالمدعى عليها تقوم بتنفيذ البيع والتصدير والمُدعية تقوم بالشراء والتوزيع وبالتالي فإن المحاكم الأمريكية تكون مختصة بنظر النزاع وليس هناك ما يمنع من ذلك إذا خلا العقد المبرم بين الطرفين من اتفاق على تحديد الاختصاص لقضاء أي من الدولتين ، وبما أن الاتفاقية موضوع الدعوى قد نصت على أن أي نزاع أو دعوى بشأنها يتم تسويته عن طريق التحكيم في (سידار رايد زاياوا) الولايات المتحدة وهو ما يعني صراحة اتفاق طرفيها على تعيين القضاء هناك وحده للفصل في النزاع الناشئ بينهما عن طريق الاتفاقية المذكورة ما يستفاد منه تنازل الطرف السعودي عن حقه طبقاً لقواعد الاختصاص الدولي في الالتجاء إلى القضاء في المملكة ومن ثم فإن الاختصاص لا ينعقد إلا للقضاء في بلد المدعى عليه ... وخلصت الدائرة إلى نقض الحكم⁽¹⁾ . كما اتاحت بعض الأنظمة المقارنة الحرية للمتعاقدين حرية إختيار القانون الواجب التطبيق² ما تنص عليه مادة 18 من القانون المدني المصري "يسرى على الحيازة والملكية والحقوق العينية الأخرى. قانون الموقع فيما يختص بالعقار ، ويسرى بالنسبة الى المنقول ، قانون الجهة التي يوجد فيها هذا المنقول وقت تحقق السبب الذي ترتب عليه كسب الحيازة أو الملكية أو الحقوق العينية الأخرى أو فقدها". كما نص في المادة 1/19 من القانون المدني المصري " يسري على الالتزامات التعاقدية. قانون الدولة التي يوجد فيها المواطن المشترك للمتعاقدين اذا أحدا موطناً. فان اختلفا موطناً سرى قانون الدولة التي تم فيها العقد. هذا ما لم يتفق المتعاقدان أو يتبين من الظروف أن قانوناً آخر هو الذي يراد تطبيقه.

كما نص المنظم الجزائري في القانون المدني في المادة 18 قبل التعديل أن المنظم قد أعطى مطلق الحرية للأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق على عقدهما.

أما القانون المدني الجزائري بعد التعديل فقد نص المادة 18 يسري على الالتزامات التعاقدية القانون المختار من المتعاقدين إذا كان له صلة حقيقية بالمتعاقدين أو بالعقد. وحتى يختار المتعاقدان قانون أجنبي يسري على عقدهما حسب المادة 18 يجب ان يكون له صلة حقيقية المتعاقدان أو محل إبرام العقد أو محل تنفيذه أو قانون موقع المال محل التعاقد. لكن الواضح والأرجح هو الرأي الذي قيد اختيار المتعاقدان بتوافر صلة ما بين العقد أو المتعاقدان وبين القانون المختار. لأنه من غير المعقول أن يختار المتعاقدان. لحكم عقدهما قانوناً لا صلة له

(1) مجموعة المبادئ التي قررتها هيئة التدقيق التجاري في ديوان المظالم 43/ت/4 لعام 1416هـ.

(2) د. محمود سمير الشرقاوي . الأحكام العامة في قانون الأمم . الجزء الأول . التنظيم الدولي . الإسكندرية . 1971م. ص44.



مطلقاً بهما ولا بعقدتهما ، بقصد أن يكون ذلك حايلاً⁽¹⁾.

ويمكن الاعتداد بالإرادة الضمنية أو المقترحة للأطراف في حالة عدم وجود إرادة صريحة لهم إذا قارنا المادة 18 من القانون المدني الجزائري قبل التعديل مع المواد الأخرى في القوانين لوجدنا أنها لا تشمل الفقرة التي تقرر الاعتداد بالإرادة الضمنية للمتعاقدين في حالة عدم وجود إرادة صريحة لهما. خلافاً لغيره من الأنظمة المقارنة الذين يعتبرون أيضاً بالإرادة الضمنية مثل المادة 1/19 من القانون المدني المصري والمادة 20 من القانون السوري "أو تبين من الظروف أن قانوناً آخر هو الذي يراد التطبيق." إلا أنه بعد تعديل المادة 18 ق م ج أصبح القاضي يعتد بالإرادة الضمنية للمتعاقدين من خلال النظر في ظروف وحيثيات العقد. وجنسية وموطن المتعاقدين.

- حالة عدم امكانية تطبيق القانون المختار:

تبين أنه يمكن للإطراف اختيار القانون الواجب التطبيق كأصل إذا كانت له صلة حقيقية بالعقد لكن في حالة عدم اختيار الأطراف للقانون الواجب التطبيق على العقد فقد ذهب المنظم في هذه الحالة تطبيق القانون المشترك أو الجنسية المشتركة وذلك حسب المادة 1/19 من القانون المدني المصري "يسرى على الالتزامات التعاقدية، قانون الدولة التي يوجد فيها المواطن المشترك للمتعاقدين إذا اتخذوا موطناً. فإن اختلفوا موطناً سرى قانون الدولة التي تم فيها العقد. هذا ما لم يتفق المتعاقدان أو يتبين من الظروف أن قانوناً آخر وهو ما قرره المنظم الجزائري في المادة 2/18. وقد قررت محكمة النقض الفرنسية في حكمها الصادر في 15/12/1910 بان قانون الجنسية المشتركة للمتعاقدين له الأفضلية ويأخذ الفقه الألماني بقانون الجنسية المشتركة متى كان المتعاقدان ألمانيان واشترك المتعاقدان في الجنسية هو القرينة الأولى في القانون الإيطالي. كما أن اتفاقية لاهاي المنعقدة في سنة 1955 بشأن بيع

(1) مجموعة المبادئ التي قررتها هيئة التدقيق التجاري في ديوان المظالم 76/ت/4 لعام 1413 هـ وحيث أن الأصل في ولاية القضاء في الدولة هو الإقليمية التي تربط ما بين المنازعة وولاية القضاء مأخذها موطن المدعى عليه أو محل إقامته أو موقع المال أو محل مصدر الالتزام أو محل تنفيذه. لما كان ذلك وكان الثابت أن الشركة المدعى عليها مصرية وموطنها القاهرة ما تختص المحاكم المصرية بنظر النزاع وفي ذات الوقت لما كان محل تنفيذ عقد الوكالة التجارية موضوع الدعوى في المملكة العربية السعودية فإن القضاء السعودي يكون مختصاً أيضاً بنظر النزاع. ولما كان لا توجد سلطة عليا فوق الدولة ترسم حدود ولاية القضاء بينها وبين الدول الأخرى وكانت أحكام النظام الدولي الخاص تقوم أساساً على التعاون الطبيعي بين الدول في إدارة القضاء وأن الدفع بالإحالة لقيام ذات النزاع أمام محكمة أخرى متعذر تطبيقه في حالة ما إذا كان النزاع بين الطرفين مطروحاً أمام محكمة دولة أخرى وإذا كانت كل من المملكة ومصر من الموقعين على اتفاقية تنفيذ الأحكام الأجنبية وكان الثابت أن النزاع بين الطرفين الناشئ عن عقد الوكالة التجارية المبرم بينها وطلب السير في إجراءات التحكيم مطروح أمام القضاء المصري فإنه درأً لتضارب الأحكام وتقديراً لاعتبارات الملائمة وحسن سير العدالة فإنه يحسن في هذه الحالة أن توقف الدائرة السير في نظر الدعوى الماثلة لسبق قيام النزاع أمام المحاكم المصرية وتنوّه الهيئة إلى أن وقف السير في الدعوى لا يمنع المدعية في أي وقت من طلب استئناف السير في نظرها أمام الدائرة إذا ما انتهت الدعوى الثانية المقامة في ذات النزاع أمام المحاكم المصرية دون الفصل في موضوعها.



المنقولات المادية أخذت بقانون موطن البائع عند سكوت المتعاقدين⁽¹⁾ وفي حالة عدم إمكانية ذلك يطبق قانون محل إبرام العقد. وحسب المادة 18 ق.م.ج فإنه قانون بلد الإبرام لا يرجع إليه إلا في حالة عدم اتفاق أطراف العقد على قانون معين فيكون المشرع الجزائري قد جعل بذلك من مكان إبرام العقد ضابطاً احتياطياً. وقد كان قانون بلد الإبرام العقد عند الفقه الايطالي القديم هو القانون الذي يخضع له العقد سواء من حيث الشكل أو من حيث الموضوع.

ونلاحظ أن الدول التي لا تأخذ حالياً إلا بالإرادة كضابط للإسناد كفرنسا مثلاً، وقد اضطرت إلى اعتبار مكان إبرام العقد دليلاً على الإرادة الضمنية وخاصة إذا إزالته عوامل أخرى كلفة العقد وموطن أو جنسية المتعاقدين ويتطلب تطبيق قانون مكان الإبرام تعيين هذا المكان.

ولا توجد أي صعوبة في تعيينه إذا كان المتعاقدين حاضرين بخلاف ما إذا كان التعاقد بين غائبين وفي هذه الحالة يقول الفقه بأن هذا التعيين يخضع لقانون القاضي على اعتبار أن تعيين محل إبرام العقد هو تفسير لقاعدة الإسناد في قانونه.

إن الأصل في العقود التجارية أن تخضع لذات القواعد العامة التي تخضع لها العقود المدنية في الإيجاب الذي هو: تعبير شخص عن رضاه بالتعاقد على أمر معين يعرضه على غيره⁽²⁾، والقبول الذي هو: تعبير عن الإرادة، يدل على الرضا بالتعاقد مع الموجب⁽³⁾، بل إن من القواعد العامة ما يكاد يقتصر تطبيقه - عملياً، على العقود، ولكن لا ينفي أن حاجة التعامل التجاري قد اقتضت - في بعض الحالات - تخوير بعض هذه القواعد بما يتفق مع طبيعة التعامل التجاري.

الخاتمة

يُعتبر نظام الفسخ حماية أقرها القانون للمتعاقد الدائن في العقود الملزمة للجانبين ليضمن به حقوقه الناشئة عن العقد الذي يربطه بالمدين، وهو إجراء احتياطي يلجأ إليه الدائن في حالة عدم قيام المدين بتنفيذ التزاماته التعاقدية⁽⁴⁾.

وقد نظمت الاتفاقيات الدولية والخاصة بالتجارة الدولية ومنها على سبيل الخصوص إتفاقيات لاهاي وفيينا للبيع الدولي للبضائع وغيرها، الفسخ كجزاء على إخلال أحد المتعاقدين بالتزاماته، لكنها أظهرت تفضيلها الحفاظ على العقد وعدم اللجوء إلى فسخه، لما يترتب على

(1) د. أعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص الجزائري، ج 1، دار هوم، الجزائر، 2003، ص 318

(2) د. العطار، نظرية الالتزام، مرجع سابق، 46.

(3) د. العطار، نظرية الالتزام، مرجع سابق، 49.

(4) د. محمد عثمان شير، المعاملات المالية المعاصرة في الفقه الإسلامي، دار النفائس، الأردن، ط 1، 1416 هـ، ص 59.



الفسخ في مجال التجارة الدولية من آثار اقتصادية غير مرغوب فيها، تتمثل في نفقات إضافية يتحملها أحد الطرفين، ومخاطر جديدة تتعرض فيها البضاعة للهلاك، فوضعت شروطاً تقييدية تحد من استعماله، ومهدت الطريق لإنقاذ العقد من الفسخ بعد وقوع المخالفة التي تبرره.

وقد خلص البحث للنتائج الآتية:

1. تتفق الشريعة الإسلامية والاتفاقيات الدولية أن الفسخ يعني إزالة أسباب الفساد حماية للمصلحة العامة والخاصة، وهي مفصلة في الشريعة عن الاتفاقيات الدولية.
2. الأصل في العقد أنه ملزم للجانبين وبخاصة بالنسبة للنظم القانونية وللعقود الدولية إلا أن زيادة حركة التجارة الدولية أدى لوضع ضوابط قد تزيد عن المقررة في الشريعة الإسلامية الغراء.
3. لم تفرق الشريعة الإسلامية بين العقود الدولية والمحلية، ولكن تميزت بوجود جزاء ديني وأخلاقي على أطراف العقود بأن يقوموا بالوفاء بها ونظم الآثار المترتبة على ذلك بطريقة محكمة.
4. الأصل في الاتفاقيات الدولية أن الفسخ يكون لمن صدر بحقه إخلال بالتزاماته التعاقدية أو في حالة المخالفة الجوهرية وهو ما فصلته الشريعة على نحو دقيق وشامل.

التوصيات:

1. لابد من تعيين القانون المشترك في حالات الإخلال الجوهرية على أساس موضوعي، بالنسبة للعقود الدولية، وبخاصة في حالة التعامل بين المهنيين.
2. أن يتم إستحداث صندوق لتأمين المخاطر، يغطي الحالات التي لا تشملها قوانين التأمين، ولتقديم ضمانات حتى في حالات اللجوء إلى التحكيم أو في الحالات الإستثنائية.
3. أن يسمح بتقديم الإخطار بالفسخ قبل التوقف عن التنفيذ من جانب الطرف غير المخالف حتى يمكن الطرفين بإعادة تقدير موقفه قبل الوصول إلى النتيجة النهائية التي لا ترغبها الاتفاقيات وهي فسخ العقد، فيتمكن الطرف المخالف من معالجة ما صدر عنه من إخلال وتقديم ضمانات تؤكد عزمه على التنفيذ، ويتمكن الطرف المضروب من التراجع عن الفسخ إذا تلقى أي تأكيد من الطرف الآخر برغبته في التنفيذ.
4. أن تحدد الاتفاقيات الدولية ضمانات كافية على تنفيذ الطرف المخالف لالتزاماته.



5. أن يتم تحديد طريقة الإخطار طبقاً للحدث في وسائل التواصل والاتصال.
6. وضع صيغ لنماذج دولية للإخطار، وأن يكون واضح الدلالة على أن أثر عدم تنفيذ الإلتزام هو الفسخ.
7. أن تتولى الجهات دولية تحديد المعايير الدولية للبضائع، وأن تكون جهة محايدة تتولى الفصل في ذلك حال التنازع.
8. أن يتم تحميل مخاطر أي تأخير أو خطأ في إيصال الإخطار وكذلك عدم وصوله للطرف الملتمزم بالإخطار، ما لم يبنى ذلك على أسباب قهرية.
9. أن يتم إخطار الفسخ لا يحدث أثره إلا بوصوله إلى المرسل إليه وإيجاد آلية لتحقيق العلم، حتى يكون الأخير على بينة من أمره ولا يفاجأ بفسخ العقد دون علمه.
10. أن يتم النص على أن سحب الإخطار لا يجوز بعد وصول الإخطار بالفسخ، لأن العقد قد انقضى بالفسخ ولا يجوز العودة إليه بالإرادة المنفردة للمرسل.
11. أن يتم تحديد مدة التنفيذ للعقود الدولية، كمدد نموذجية تراعى المسافة، وطريقة النقل، ونوع البضاعة.

