REFERENCE AND TERMINOLOGY UNIT
please return to room.....

Distr.
GENERAL

A/CN.9/235
31 March 1983
ARABIC
ORIGINAL: ENGLISH

الأمم المتحدة

الجمعيّة العامة

لجنة الأمم المتحدة للقانون التجارى الدولي
الدورة السادسة عشرة
فيينا ، ٢٤ أيّار/مايو - ٣ حزيران/يونيه ١٩٨٣

النص المنقح لمشروع القواعد الموحدة بشأن شروط التعويضات المصفاة والشروط الجزائية

تقرير الأمين العام

المحتويات

الصفحات

مقدمة ٢
الجزء الأول : نطاق التطبيق والأحكام العامة ٣
المادة ألف ٣
المادة باء ٥
المادة جيم ٥
المادة خاء ٥
المادة ذال ٥
الجزء الثاني : الأحكام الموضوعية ٦
المادة دال ٦
المادة هاء ٦
المادة واو ٧
المادة زاى ٧
الحواشي ٩

V.83-54018

مقدمـــة

١ - نظرت اللجنة ، في دورتها الرابعة عشرة ، في مشروع القواعد الموحدة بشأن شـــروط التعويضات المصفاة والشروط الجزائية التي تنطبق على مجموعة واسعة من العقود التجارية الدولية ، وقد قام باعداده فريقها العامل المعني بالممارسات التعاقدية الدولية (١)* وفي تلك الدورة ، طلبت اللجنة من الأمين العام أن يدرج في مشروع القواعد الموحدة مـــا قـــد يلزم من الأحكام التكميلية في حالة اتخاذ القواعد شكل اتفاقية أو قانون نموذجي ، وأن يعـــد تعليقا على القانون النموذجي . وقد عرضت على اللجنة في دورتها الخامسة عشـــرة القواعد الموّحدة متضمنة هذه الأحكام التكميلية ، ومشفوعة بتعليق عليها (٢).

٢ - وقامت اللجنة في دورتها الخامسة عشرة بالنظر فيما اذا كان ينبغي أن تتخذ القواعد الموحدة شكل اتفاقية أو قانون نموذجي أو شروط عامة . وقررت اللجنة تأجيل اتخـــاذ قـــرار بشأن هذه المسألة الى دورتها السادسة عشرة (٣).

٣ - كما ناقشت اللجنة مضمون المواد ألف ، الفقرة (١) ، (نوع الشرط الذي يتعيـــن أن تشمله القواعد الموحدة) ودال وهاء وواو وزاي ، من مشروع المواد الموحدة (٤). وأحالـــت اللجنة هذه المواد بعد المناقشة الى فريق الصياغة لينظر فيها في ضوء مناقشـــات اللجنـــة . ورأى فريق الصياغة أنه لن يتمكن من انجاز عمله فيما يتعلق باعداد النص المنقح لمشـــروع القواعد الموّحدة خلال الوقت المتاح له . وتبعا لذلك ، قررت اللجنة أنه ينبغي أن تقـــدم الأمانة العامة نصا منقحا لتنظر فيه اللجنة في دورتها السادسة عشرة ، مع مراعاة المناقشات التي جرت في الدورة الخامسة عشرة وفي جلسات فريق الصياغة (٥).

٤ - وقد اعدت هذه الوثيقة استجابة لذلك القرار . وهي تعرض مشاريع المواد التي نظرت فيها اللجنة في الدورة الخامسة عشرة (تحت عنوان " المشروع السابق ") كما تعـــرض فـــي المقابل مشاريع المواد المنقحة (تحت عنوان " المشروع المنقح ") . ويمثل مشروعا مادتين (هما المادتان خاء وذال) مادتين جديدتين تمت صياغتهما نتيجة للمناقشات . كمـــا جـــرى ادراج حاشيتين ايضاحيتين لمشروعي المادتين . وقد بذلت محاولة لدى اعداد المشروع المنقح لاظهار معظم الاقتراحات المتعلقة بتعديل القواعد التي لاقت تأييدا أثناء المناقشات التـــي جرت في الدورة الخامسة عشرة . وقدمت اقتراحات بديلة في حالة عدم وجود رأي سائـــد فيما يتعلق بالتعديلات المرغوبة . كما طرحت بضعة اقتراحات ذات طابع صياغي بحت .

٥ - وقد ادرجت في هذه الوثيقة أيضا المواد التي لم تنظر في الدورة الخامسة عشـــرة (المواد ألف ، الفقرتان (٢) و (٣) ، وباء وجيم) تيسيرا للرجوع اليها .

---

* تبدأ نصوص الحواشي في الصفحة أدناه .

القواعـــد

الجزء الأول : نطاق التطبيق والأحكام العامة

المادة ألف ، الفقـــرة (١)

المشروع السابـق (مشروع الاتفاقيـــة)

" ١ - تنطبق هذه الاتفاقية على العقود التي يكون الطرفان المتعاقـــدان قد اتفقا فيها [كتابة] (٦) على أنه في حالة اخفاق أحد الطرفين (الملتزم) فـــي الأداء كليا أو جزئيا ، يحق للطرف الأخر (الملتزم له) أن يسترد مبلغا متفقا عليه من المال أو أن يصادره (٧) على سبيل التغريم ، اذا كان مكانا عمـــل الطرفيـــن ، وقت ابرام العقد ، موجودين في دولتين متعاقدتين مختلفتين ".

المشروع السابق (مشروع القانون النموذجي)

" ١ - ينطبق هذا القانون على العقود التي يكون الطرفان المتعاقدان فيها قد اتفقا [كتابة] (٦) على أنه عند اخفاق أحد الطرفين (الملتزم) في الأداء كليا أو جزئيا ، يحق للطرف الآخر (الملتزم له) أن يسترد مبلغا متفقا عليه من المـــال أو أن يصادره (٧) على سبيل التغريم :

(أ) حين يكون مكانا عمل الطرفين ، وقت ابرام العقد ، موجوديـــن فـــي دولتين مختلفتين ؛ و

(ب) حين تؤدي قواعد القانون الدولي الخاص الى تطبيق قانون (الدولـــة المعتمدة للقانون النموذجي)".

المشروع المنقـح (مشروع الاتفاقية)

" ١ - تنطبق هذه الاتفاقية على :

(أ) العقود التي يكون الطرفان المتعاقدان فيها قد اتفقا على أنه عند اخفاق أحد الطرفين (الملتزم) في الأداء كليا أو جزئيا ،يحق للطرف الآخر (٨) (الملتزم له) أن [يسترد أو يحتجز] (٧) مبلغا متفقا عليه من المال من الملتزم (٨) [عندما يقصد بهذا المبلغ أن يكون تقديرا مسبقا للتعويضات ، أو ضمانا للأداء ، أو كليهما] [عندمايقصد بهذا المبلغ أن يكون تقديرا مسبقا للتعويضات التي يتعين أن يدفعها الملتزم مقابل الخسارة التي يتكبدها الملتزم له نتيجة لذلك الاخفاق ، أو كجـــزاء عليه ،أو كليهمـــا] (٩) ؛ و

(ب) عندما يكون مكانا عمل الطرفين ، وقت ابرام العقد ، موجودين في دولتين متعاقدتين مختلفتين [أو عندما يكون مكانا عمل الطرفين في دولتين مختلفتين ، وتؤدي قواعد القانون الدولي الخاص الى تطبيق قانون احدى الدول المتعاقدة] (١٠) .

(١ مكرر) ولا تتعرض هذه الاتفاقية لصحة العقد أو أي من نصوصه ، ما لم ينص فيها صراحة على خلاف ذلك (١١).

المشروع المنقح (مشروع القانون النموذجي)

" ١ - ينطبق هذا القانون على :

(أ) العقود التي يكون الطرفان المتعاقدان فيها قد اتفقا على أنه عند اخفاق أحد الطرفين (الملتزم) في الأداء كليا أو جزئيا ، يحق للطرف الأخر (٨) (الملتزم له) أن [يسترد أو يحتجز] (٧) مبلغا متفقا عليه من المال الملتزم (٨). [عندما يقصد بهذا المبلغ أن يكون تقديرا مسبقا للتعويضات ، أو ضمانا للأداء ، أو كليهما] [عندما يقصد بهذا المبلغ أن يكون تقديرا مسبقا للتعويضات التي يتعين أن يدفعها الملتزم مقابل الخسارة التي يتكبدها الملتزم له نتيجة لهذا الاخفاق ، أو كجزاء عليه ، أو كليهما] (٩) ؛ و

(ب) عندما يكون مكانا عمل الطرفين وقت ابرام العقد في دولتين مختلفتين ، وتؤدي قواعد القانون الدولي الخاص الى تطبيق قانون (الدولة المعتمدة للقانون النموذجي).

(١ مكرر) ولا يتعرض هذا القانون لصحة العقد أو أي من نصوصه ، ما لم ينص فيه صراحة على خلاف ذلك " (١١).

المادة ألف ، الفقرتان (٢) و (٣) (١٢)

" ٢ - لا يلتفت الى كون مكاني عمل الطرفين موجودين في دولتين مختلفتين حين لا تتبين هذه الحقيقة من العقد أو من أية معاملات بين الطرفين أو من المعلومات التي يكشفان عنها قبل ابرام العقد أو في وقت ابرامه .

٣ - لا تؤخذ في الاعتبار جنسية الطرفين ولا الصفة المدنية أو التجارية للطرفين أو للعقد في تحديد تطبيق (هذه الاتفاقية) (هذا القانون) " .

المادة باء (١٣)

" لأغراض (هذه الاتفاقية) (هذا القانون) :

١ - اذا كان لأحد الطرفين أكثر من مكان عمل واحد ، فيقصد بمكان العمل الذي له أوثق صلة بالعقد وبتنفيذه ، مع مراعاة الظروف التي كان الطرفان يعلمانها أو يتوقعانها في أي وقت قبل ابرام العقد أو لدى ابرامه .

٢ - اذا لم يكن لأحد الطرفين مكان عمل ، وجب الأخذ بمكان اقامته المعتاد ".

المادة جيم (١٤)

" لا تسري أحكام (هذه الاتفاقية) (هذا القانون) على العقود المتعلقة ببضائع أو ممتلكات أو خدمات أخرى تورد للاستعمال الشخصي أو العائلي أو المنزلي لأحد الطرفين الا اذا كان الطرف الآخر قبل ابرام العقد أو لدى ابرامه ، لا يعلم ولا يفترض فيه أن يعلم بأن العقد قد ابرم لهذا الغرض " .

المادة خاء (مادة جديدة) (١٥)

" يجوز للطرفين فيما بينهما ، بالاتفاق فقط أن يحدا أو يغيرا من آثار المواد دال وهاء وواو من هذه (الاتفاقية) (هذا القانون) ".

المادة ذال (مادة جديدة) (١٦)

" عندما يحق للملتزم له ، وفقا لأحكام هذه (الاتفاقية) (هذا القانون) ، أن يطلب أداء التزام ما ، لا تكون المحكمة ملزمة باصدار حكم يتعلق بأداء التزام محدد ، الا اذا كان من شأنها أن تفعل ذلك فيما يتعلق بالعقود المماثلة التي لا تخضع لهذه الاتفاقية (لهذا القانون) " .

الجزء الثاني: الأحكام الموضوعية

المادة دال

المشروع السابق

" مالم يتفق الطرفان على خلاف ذلك (١٧) ، لا يحق للملتزم له استرداد المبلغ المتفق عليه أو مصادرته على سبيل التغريم اذا لم يكن الملتزم مسؤولا عن الاخفاق في الأداء ".

المشروع المنقح

" في حالة حدوث اخفاق في الأداء اتفق الطرفان على أنه يترتب عليه استحقاق الملتزم له لمبلغ متفق عليه من المال ، يكون للملتزم له الحق في المبلغ المتفق عليه ، مالم يكن الملتزم [يثبت الملتزم أنه](١٨) غير مسؤول (١٨ - أ) عن الاخفاق في الأداء."

المادة هاء

المشروع السابق

"١ - عندما ينص على استرداد المبلغ المتفق عليه أو مصادرته على سبيل التغريم في حالة التأخير في أداء الالتزام ، يكون للملتزم له الحق في الحصول على أداء الالتزام وعلى المبلغ المتفق عليه كليهما .

٢ - واذا نص على استرداد المبلغ المتفق عليه أو مصادرته على سبيل التغريم في حالة عدم الأداء ، أو الأداء المعيب بخلاف التأخير ، يحق للملتزم له اما الحصول على الأداء واما استرداد المبلغ المتفق عليه أو مصادرته ، الا اذا كان من غير المعقول اعتبار المبلغ المتفق عليه بديلا عن الأداء .

٣ - لا تخل القواعد الواردة أعلاه بأى اتفاق مخالف لها يعقده الطرفان(١٩)."

المشروع المنقح (٢٠)

"١ - عندما ينص العقد على أن للملتزم له الحق في الحصول على المبلغ المتفق عليه في حالة التأخير في أداء الالتزام ، يحق للملتزم له الحصول على أداء الالتزام وعلى المبلغ المتفق عليه كليهما (٢١).

٢ - وعندما ينص العقد على أن للملتزم له الحق في الحصول على المبلغ المتفق عليه في حالة عدم اداء الالتزام أو الأداء المعيب بخلاف التأخير ، يحق للملتزم له طلب الأداء أو الحصول على المبلغ المتفق عليه . ومع ذلك ، فاذا [أثبت الملتزم له أنه] (٢٢) كان من غير المعقول اعتبار المبلغ المتفق عليه بديلا عن الأداء ، يحق للملتزم له أن يطلب أداء الالتزام والحصول على المبلغ المتفق عليه ." (٢٣) (٢٤)

المادة واو

المشروع السابق

" مالم يتفق الطرفان على خلاف ذلك (٢٥) ، اذا حدث اخفاق في الأداء يكون الطرفان قد اتفقا في حالة حدوثه ، على مبلغ من المال يسترد أو يصادر ، يكون من حق الملتزم له ، فيما يتعلق بالاخفاق في الأداء استرداد المبلغ أو مصادرته ، كما يحق له الحصول على تعويضات (٢٦) بقدر الخسارة التي لا يغطيها المبلغ المتفق عليه ، ولكن شريطة أن يستطيع أن يثبت أن خسارته تتجاوز المبلغ المتفق عليه تجاوزا جسيما ."

المشروع المنقح (٢٧)

" عندما يحق للملتزم له الحصول على المبلغ المتفق عليه ، فانه [لا يحق له الحصول على تعويضات] [لا يجوز له أن يدعي بأحقية في التعويضات] بقدر الخسارة التي يغطيها المبلغ المتفق عليه (٢٧-أ) [كما لا يحق له الحصول على تعويضات] [كما لا يجوز له أن يدعي بأحقيته في التعويضات (٢٦)] بقدر الخسارة التي لا يغطيها المبلغ المتفق عليه ، مالم يستطع أن يثبت أن خسارته تتجاوز المبلغ المتفق عليه تجاوزا جسيما ." (٢٨)

المادة زاى

المشروع السابق

"١ - لا يجوز للمحكمة أو لهيئة التحكيم تخفيض المبلغ المتفق عليه .

٢ - الا أنه يجوز تخفيض المبلغ المتفق عليه ، اذا أثبت أنه مفرط الجسامة بالنسبة الى الخسارة التي تكبدها الملتزم له ، واذا لم يكن من المعقول اعتبار المبلغ المتفق عليه بمثابة تقدير مبدئي حقيقي من قبل الطرفين للخسارة المحتمل أن يتكبدها الملتزم له ." (٢٩)

المشروع المنقح (٣٠)

"١ - لا يجوز للمحكمة أو لهيئة التحكيم تخفيض المبلغ المتفق عليه .

٢ - وبالرغم من أحكام الفقرة (١) من هذه المادة (٣١) ، يجوز [يجرى] تخفيض المبلغ المتفق عليه [على ألا يقل عن قدر الخسارة التي تكبدها الملتزم له] (٣٢):

(أ) اذا ثبت أن المبلغ المتفق عليه [مفرط الجسامة بالنسبة الى] [يتجاوز بدرجة جسيمة] (٣٣) الخسارة التي تكبدها الملتزم له ، أو

(ب) (٣٤) '١' اذا نص الطرفان على أن للملتزم له الحق في الحصول على المبلغ المتفق عليه ، ولو لم يكن الملتزم مسؤولا عن الاخفاق في الاداء ،و

'٢' اذا طالب الملتزم له بالمبلغ المتفق عليه عندما لا يكون الملتزم مسؤولا عن الاخفاق في الأداء ، و

'٣' اذا كانت الأحقية في المبلغ المتفق عليه مجحفة اجحافا بينا في مثل هذه الظروف ."

الحواشـــــي

(١) تقرير لجنة الأمم المتحدة للقانون التجارى الدولي بشأن أعمال دورتهـا الرابعة عشرة (١٩٨١) ، الوثائق الرسمية للجمعية العامة ، الدورة السادسة والثلاثـون ، الملحق رقم ١٧ (A/36/17) ، الفصل الثالث ، ألف .

(٢) الوثيقة A/CN.9/218.

(٣) تقرير لجنة الأمم المتحدة للقانون التجارى الدولي عن أعمال دورتهـا الخامسة عشرة (١٩٨٢) ، الوثائق الرسمية للجمعية العامة ، الدورة السابعة والثلاثـون ، الملحق رقم ١٧ (A/37/17) ، الفصل الثاني ، الفقرة ١٧ .

(٤) المرجع نفسه ، الفقرات ١٨ - ٣٩ .

(٥) المرجع نفسه ، الفقرة ٤٠ .

(٦) " [كتابة] " - في حين لم يتحقق توافق الآراء اثناء المداولات حول مـا اذا كان ينبغي الابقاء على هذا الشرط ، فقد ذهب الرأى السائد الى انه في حالة اعتمـاد القواعد الموحدة في شكل قانون نموذجي ينبغي ان تترك مسألة الشروط الشكلية المتعلقـة بالاتفاق لتثبت فيها الدولة التي تعتمد القانون . أما في حالة اعتمادها في شكل اتفاقية ، فينبغي الأخذ بالحل المنصوص عليه في المواد ١١ و ٢٩ و ٩٦ من اتفاقية الأمم المتحـدة لعقود البيع الدولي للبضائع (فيينا ، ١٩٨٠) (المشار اليها فيما يلي بوصفها " اتفاقيـة البيع ") .

(٧) " يصادر " في حين كان هناك اتفاق عام ، على ان القواعد ينبغي ان تغطـي المصادرة بصورتها المحددة في التعليق على مشروع القواعد السابق (A/CN.9/218) ،الفقرة ٢٠) فقد أبدى القلق بالنسبة لان ترجمة كلمة " يصادر " ، في نصوص اللغات المختلفة ، غيـر واضحة او غير ملائمة . وقدمت حلول بديلة في مشروع القواعد المنقح. يتشمل أولها (وقـد اقترحه فريق الصياغة المنشأ أثناء الدورة الخامسة عشرة للجنة) في الاستعاضة عن عبـارة " يحق له ان يسترد مبلغا من المال او ان يصادره على سبيل التغريم " ، بعبارة " يحق لـه الحصول على مبلغ متفق عليه من المال " ، مع اصدار تعليق بعد ذلك لشرح نطاق عبـارة "يحق له" . ويتمثل الثاني في مجرد الاستعاضة عن كلمة "يصادر" بكلمة "يحتجز" ، حيـث ان ترجمة كلمة "يحتجز" لا تثير نفس الصعاب ، فيما يبدو.

(٨) استبعاد الضمانات - كان هناك اتفاق بوجه عام على ضرورة عدم انطبـاق القواعد عندما ينص الطرفان على امكان المطالبة ، بموجب ضمان ، بالمبلغ المتفق عليـه بوصفه يمثل التعويضات المصفاة او الشرط الجزائي (ومثال ذلك اتفاق الطرفين على انـه يتعين على الملتزم اتخاذ الترتيبات اللازمة لقيام مؤسسة مالية بفتح حساب ضمان لصالـح الملتزم له ، الذى يمكنه بموجب هذا الضمان ان يطالب المؤسسة المالية بالمبلغ المتفـق عليه لدى استحقاقه) . ولاستبعاد مثل هذه الحالات ، تمت الاستعاضة عن عبارة " طرف آخـر (الملتزم له)" بعبارة الطرف الآخر (الملتزم له " واضيفت عبارة " من الملتزم " .

(٩) أنواع الاتفاقات التي تغطيها القواعد - لوحظ انه في حين انصرف القصد الى تغطية الاتفاقات المتعلقة بشروط التعويضات المصفاة والشرط الجزائي فحسب ، فان صياغة مشروع القواعد السابق قد تغطي انواعا اخرى من الاتفاقات (ومثال ذلك ان ينص الطرفان على دفع مبلغ يتفق عليه مقابل الأداء السليم ولكنه يحتجز اذا كان الأداء معيبا ؛ او ينص الطرفان على ان العربون الذى يدفعه أحد الطرفين يمكنه ان يسترده اذا كان أداء الطرف الآخر معيبا ؛ او ان ينص الطرفان على جواز قيام أحد الطرفين بالدفع على أقساط ولكن في حالة التخلف عن دفع أى منها تصبح جميع الأقساط المتبقية واجبة الدفع فورا). وقدمت حلول بديلة في مشروع القواعد المنقح . يتمثل أولها (وقد اقترحه فريق الصياغة المنشأ أثناء الدورة الخامسة عشرة للجنة) في أن تضاف بعد عبارة " مبلغا متفقا عليه من المال من الملتزم " العبارة التالية " عندما يقصد بهذا المبلغ ان يكون تقديرا مسبقا للتعويضات ، او ضمانا للأداء ، او كليهما ". وبسبب الغموض الذى يكتنف عبارة "ضمان" الواردة في هذه الصيغة ، طرح حل بديل يتمثل في صياغة الفكرة ذاتها على نحو أوضح ، باضافة العبارة التالية : " عندما يقصد بهذا المبلغ ان يكون تقديرا مسبقا للتعويضات التي يتعين ان يدفعها الملتزم مقابل الخسارة التي يتكبدها الملتزم له نتيجة لذلك الاخفاق ، او كجزاء عليه ، او كليهما". ومن شأن استعمال كل من عبارتي " تقديرا مسبقا للتعويضات " و " جزاء " في الصيغة الأخيرة ان يوضح ، للذين اعتادوا على مفاهيم القانون العام ، أن القواعد تغطي كلا من التعويضات المصفاة والجزاءات على النحو المفهوم في القانون العام .

(١٠) اقترح انه ينبغي ، في حالة اقرار القواعد الموحدة في شكل اتفاقية ، جعل الظروف التي تنطبق فيها هذه الاتفاقية متمشية مع الظروف التي تنطبق فيها اتفاقية البيع . وتبعا لذلك ، تم تعديل المادة لتحقيق هذا الغرض .

(١١) تنص الفقرة الجديدة (١ مكرر) صراحة على المفهوم الوارد ضمنا في المشروع السابق للقواعد الموحدة . وقد تمت صياغتها على أساس المادة ٤ (أ) من اتفاقية البيع . وقد أضيفت نتيجة للاستفسارات التي طرحت أثناء المداولات ، حول مدى تناول القواعد لصحة العقد . وكما تدل العبارة الاستهلالية ، فان القواعد الموحدة تتعرض صراحة لمسألة صحة العقد ، من حيث انها تنص على انه ، مع مراعاة موادها المختلفة ، يجوز استرداد مبلغ الشرط الجزائي الذى يعتبر غير صحيح بموجب القانون العام .

(١٢) نصوص تكميلية مقدمة من الأمانة العامة - تطابق الفقرة (٢) المادة ٢(ب) من الاتفاقية المتعلقة بفترة التقادم في البيع الدولي للبضائع (المشار اليها فيما يلي بوصفها "اتفاقية التقادم") والمادة ١ (٢) من اتفاقية البيع . أما الفقرة (٣) فتطابق المادة ٢(هـ) من اتفاقية التقادم ، والمادة ١(٣) من اتفاقية البيع .

(١٣) نص تكميلي مقدم من الأمانة العامة - يطابق المادة ١٠ من اتفاقية البيع ويتطابق في مضمونه مع المادة ٢(ج) و (د) من اتفاقية التقادم .

(١٤) نص تكميلي مقدم من الأمانة العامة - مستمد الى حد ما من اتفاقية التقادم المادة ٤ (أ) ، ومن اتفاقية البيع ، المادة ٢(أ).

(١٥) تم الاتفاق بوجه عام على مضمون هذه المادة الجديدة . انظر الحواشي ١٧ و ١٩ و ٢٥ و ٣٠ أدناه .

(١٦) انظر الحاشية ٢٠ أدناه .

(١٧) استصواب منح سلطة التعديل - بالرغم من انقسام الآراء حول ما اذا كان ينبغي منح الطرفين سلطة التعديل هذه ، فقد أبدى التأييد للرأى القائل ان هذه السلطة ربما تكون مقبولة اذا جرى ، وفقا للمادة (زاى) وبالاضافة الى الحالة المتوخاة حاليا ، تفويض المحكمة او هيئة التحكيم في تخفيض المبلغ المتفق عليه حيث يكون الطرفان قد عدلا القاعدة الواردة في هذه المادة ، ويكون استرداد الملتزم له للمبلغ او احتجازه في ظل هذه الظروف ، مجحفا اجحافا بيّنا . (انظر المادة المنقحة زاى ، والفقرة الفرعية ٢ (ب) والحاشية ٣٤ ، أدناه) . وفيما يتعلق بالصياغة ، جرى الاتفاق بوجه عام على ضرورة حذف ما تضمنته هذه المادة من منح الطرفين سلطة تعديل القاعدة ، والنص على ذلك في مادة مستقلة ، تتضمن أيضا النص على سلطة تعديل القواعد الواردة في المادتين هاء و واو . وتبعا لذلك ، اضيفت المادة خاء اعلاه الى القواعد .

(١٨) عبء الاثبات : أبدى رأى اثناء المداولات مفاده ان المادة ينبغي ان تبيّن ان الملتزم يتحمل عبء اثبات انه غير مسؤول عن الاخفاق في الأداء اذا رغب في دحض ادعاء الملتزم له بالحصول على المبلغ المتفق عليه . وذهب رأى آخر الى ضرورة ترك مسألة عبء الاثبات ليحددها القانون المطبق . وفي حالة الأخذ بالرأى الأول ، تلزم اضافة عبارة ["يثبت انه "] . وقد يلاحظ ان المادة ٧٩ (١) من اتفاقية البيع بينت صراحة من الذى يتحمل عبء الاثبات عندما يستند طرف الى اعفاء ما :

المادة ٧٩ (١) : "لايكون الطرف مسؤولا عن الاخفاق في اداء أى من التزاماته اذا شبت ان هذا الاخفاق يرجع الى عائق خارج عن ارادته ..." (التأكيد مضاف) .

(٨-أ) لتقرير ما اذا كان الملتزم غير مسؤول من عدمه يرجع الى شروط العقد والى القانون الواجب التطبيق ، بمقتضى قواعد القانون الدولي الخاص ، لتحديد حقوق الطرفين والتزاماتهما . ولا يكون الملتزم مسؤولا اذا كان لديه دفاع كاف عن اخفاقه في الاداء (مثلا : اذا كان هناك شرط اعفاء قابل للتطبيق) .

(١٩) النص على سلطة الطرفين في تعديل القواعد التي تتضمنها هذه المادة يرد حاليا في مادة مستقلة (المادة ذال اعلاه) ، وبالتالي فقد حذفت هذه الفقرة .

(٢٠) حق المطالبة بالأداء ، الفقرتان (١) و (٢) - جرى الاتفاق على نطاق واسع على استصواب ورود مادة مثل المادة الحالية التي تحدد العلاقة بين حق الملتزم له في طلب اداء الالتزام وحقه في الحصول على المبلغ المتفق عليه . بيد انه لوحظ ان ثمة تباينا في نهج تنفيذ الأداء ، لدى الأنظمة القانونية المختلفة ، وان هناك اتفاقا عاما على وجوب عدم مساس القواعد الموحدة بالشروط التي تصدر هذه الأنظمة القانونية بموجبها أوامر التنفيذ الجبرى للأداء ، والوسائل التي تتخذها لذلك. اما اذا اختار الملتزم له طلب الأداء ، فينبغي ان تحدد المحكمة مدى التعويضات التي يستحقها . ووفقا لذلك ، اضيفت

المادة ذال أعلاه ، الموضوعة على أساس المادة ٢٨ من اتفاقية البيع ، والتي بمقتضاها لا تكون المحكمة ملتزمة باصدار حكم يتعلق بأداء التزام محدد ، الا اذا كان من شأنها ان تفعل ذلك فيما يتعلق بالعقود المماثلة التي لا تخضع للاتفاقية او للقانون . وجرى تغيير عبارة " يحق له الاداء " الى " يحق له طلب الأداء ، لتتفق مع صياغة اتفاقية البيع .

(٢١) مضمون الفقرة (١) - تم الاتفاق على نطاق واسع على مضمون الفقرة (١) رهنا بالشرط المشار اليه أعلاه والمتعلق بقابلية الأداء للتنفيذ الجبرى.

(٢٢) عبء الاثبات - تلبية للاقتراح الذى مؤداه أن هذه الفقرة ينبغي ان توضح من الذى يتحمل عبء اثبات انه من غير المعقول اعتبار المبلغ المتفق عليه بديلا عن الاداء ، تقترح اضافة عبارة [أثبت الملتزم له انه] .

(٢٣) صياغة الفقرة (٢) - جرى اتفاق عام على ضرورة النص في جملتين منفصلتين على الظروف التي لا يستطيع فيها الملتزم له سوى الحصول على الأداء او على المبلغ المتفق عليه فحسب ، والظروف التي يستطيع فيها الحصول عليهما معا .

(٢٤) مضمون الفقرة (٢) ذهب رأى الأغلبية الى ان مضمون الفقرة (٢) يمثل حلا وسطا مقبولا . ولاحظ رأى الأقلية انه يكفي ان تنص الفقرة على الاختيار بين بديلين هما طلب الأداء ، واسترداد او احتجاز المبلغ المتفق عليه ، اذ قد يؤدى تراكم التعويضات المنصوص عليه في الجملة الثانية الى اثراء الملتزم له في بعض الحالات ، اثراء بلا سبب .

(٢٥) النص على سلطة الطرفين في تعديل القواعد التي تشتمل عليها هذه المادة يرد حاليا في مادة مستقلة (المادة خاء اعلاه) . وبالتالي فقد حذفت هذه العبارة الاستهلالية .

(٢٦) التوضيح المحتمل للحق في التعويضات - كشفت المناقشات ، فيما يبدو ، عن الحاجة الى توضيح ممكن لعبارة " يحق له الحصول على تعويضات " الواردة في المشروع السابق . ورؤى انه يمكن تفسير هذه العبارة على انها تمنح الحق في التعويضات بموجب المادة ذاتها ، في ظل الظروف المبينة بها (أى عندما يستطيع الملتزم له ان يثبت ان خسارته تتجاوز المبلغ المتفق عليه تجاوزا جسيما) ، بدون الحاجة الى اثبات المسؤولية بموجب القانون المطبق . ويمكن أن يقلل من احتمال الأخذ بهذا التفسير ، استعمال عبارة مماثلة للعبارة البديلة المقترحة في المشروع المنقح وهي [لا يجوز له ان يدعي بأحقية في التعويضات] .

(٢٧) جرى تعديل المادة لتتفق مع الرأى الذى اعرب عنه على نطاق واسع اثناء المداولات ومفاده انه ليس من الضرورى النص في هذه المادة على حق الملتزم له في استرداد المبلغ المتفق عليه ، وانه ينبغي ان تقتصر المادة على تحديد الظروف التي يحق فيها للملتزم له الحصول على التعويضات بالاضافة الى المبلغ المتفق عليه .

(٢٧-أ) لوحظ انه في حين كان من المفهوم بوضوح أثناء المداولات انه لايحق للملتزم له الحصول على تعويضات بقدر الخسارة التي يغطيها المبلغ المتفق عليه ، فان

المشروع السابق لم يتناول سوى أحقية الملتزم له في التعويضات بقدر الخسارة التي لا يغطيها المبلغ المتفق عليه . وقد جرى تعديل المادة لتبرز بوضوح المفهوم الذى تم التوصل اليه أثناء المداولات .

(٢٨) أبدى تأييد كبير للرأى القائل بأن المشروع السابق يميل الى حجب الحقيقة المتمثلة في ان نية الطرفين تنصرف ، في أغلب الحالات ، الى اعتبار المبلغ المتفق عليه حدّا أعلى للمسؤولية ، وتميل الى التركيز ، في المقابل ، على الظروف التي يمكن فيها تفادى الحدّ الأعلى . وقد أجريت تغييرات في الصياغة لضمان توازن أفضل، دون تغيير مضمون المادة .

(٢٩) تمثّل الرأى السائد في ان المادة ينبغي الا تنص ، كشرط للتخفيض ، على الا يكون من المعقول اعتبار المبلغ المتفق عليه بمثابة تقدير مبدئي حقيقي من قبل الطرفين للخسارة المحتمل ان يتكبدها الملتزم له .

(٣٠) الطبيعة الالزامية للمادة زاى - جرى اتفاق عام على الا تكون للطرفين سلطة تعديل المادة زاى ، وعلى ضرورة النص صراحة على ذلك (انظر المادة خاء ، أعلاه).

(٣١) اقترح انه ينبغي ان يبرز على نحو أوضح ان الفقرة (١٢) تقيد من الفقرة (١) . وتبعا لذلك تمت الاستعاضة عن عبارة " ومع ذلك " ، الواردة في المشروع السابق بعبارة " بالرغم من أحكام الفقرة (١) من هذه المادة " وهذه العبارة الأخيرة على غرار المادة ٤٤ من اتفاقية البيع .

(٣٢) السلطة التقديرية المتعلقة بالتخفيض - لوحظ ان المادة تركت مسألتين لتقدير المحكمة او هيئة التحكيم: تخفيض المبلغ المتفق عليه من عدمه ، حتى وان تحققت شروط التخفيض ، والى اى مدى يجرى تخفيض المبلغ المتفق عليه ، اذا ما تقرر تخفيضه . وقد ذهب رأى الى ان هذا يثير قدرا من الشك غير المرغوب فيه فيما يتعلق بتطبيق هذه المادة . وتمثل كلمة " [يجرى] " و عبارة " [على الا يقل عن قدر الخسارة التي تكبدها الملتزم له] " مقترحين فيما يتعلق بهاتين المسألتين .

(٣٣) بموجب المادة زاى ، يجب على الملتزم له ، من أجل استرداد التعويضات التي تتجاوز المبلغ المتفق عليه ، ان يثبت ان خسارته " تتجاوز بدرجة جسيمة " المبلغ المتفق عليه . وقد اقترح استعمال نفس العبارة في المادة الحالية ، بدلا من عبارة " مفرط الجسامة بالنسبة الى " المستعملة في المشروع السابق . وللعبارة الأخيرة ، فيما يبدو، نفس معنى العبارة السابقة ، في سياق المادة الحالية .

(٣٤) العلاقة بين المادة دال والفقرة الفرعية ٢ (ب) - اضيفت الفقرة الفرعية ٢(ب) للاسباب المبينة في الحاشية ١٧ اعلاه ، المتعلقة بالمادة دال . ولم يقترح توسيع سلطة التخفيض بموجب المادة الحالية الا لتكون بمثابة علاج لما قد ينشأ من الصعوبات في حالة السماح للطرفين بتعديل القاعدة دال ، اى اذا نص الطرفان على ان للملتزم له الحق في الحصول على المبلغ المتفق عليه ، حتى ولو لم يكن الملتزم مسؤولا عن الاخفاق في

الاداء ، وقدم الملتزم له مطالبة بالفعل ، دون ان يكون الملتزم مسؤولا . واذا كان المبلغ المتفق عليه والمطالب به على ذلك النحو يتجاوز بدرجة جسيمة الخسارة التي تكبدها الملتزم له ، فان باستطاعة الملتزم ان يطالب بالتخفيض بموجب الفقرة الفرعية ٢(أ) من هذه المادة . بيد انه اقترح اثناء المداولات انه حتى اذا لم يتجاوز المبلغ المتفق عليه الخسارة التي تكبدها الملتزم له بدرجة جسيمة ، فانه ينبغي ان يكون للملتزم الحق في بعض الانصاف ، وان تمنح المحكمة او هيئة التحكيم سلطة تخفيض المبلغ المتفق عليه ، اذا كان من شأن التنفيذ الجبرى لدفع المبلغ ان يمثل اجحافا بيّنا بالمتلزم . وتنص المادة ٤ (١) من الاحكام العامة الواردة في مرفق اتفاقية البينلوكس المتعلقة بالشرط الجزائي ، والمعتمدة في لاهاى في ٢٦ تشرين الثاني/نوفمبر ١٩٧٣ ، على انه " يجوز للقاضي ، بناء على طلب الملتزم ، ان يخفف من آثار الشرط الجزائي ، اذا اتضح بجلاء ان العدالة تقتضي ذلك ... "

- - - - -