جامعة أبو بكر بلقايد - تلمسان - الجزائر
كلية الحقوق والعلوم السياسية

دور القوة الملزمة لعقد النقل البحري في مواجهة الظروف غير المتوقعة

أطروحة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه (ل.م.د)

تخصص: **قانون العقود والمسؤولية**

إعداد الطالب:
بـــمرزوق محمد الأمين

إشـــراف:
أ. د. بن عيسى حياة
أ. د. قماز ليلى إلدياز

لـــجنة المناقشة:

أ. د. فليج غزلان	أستـــــــاذ	جامعـــــة تلمســـان	رئيســـــــا
أ. د. بن عيسى حياة	أستاذ محاضر أ	جامعـــــة تلمســـان	مشرفا ومقررا
أ. د. قماز ليلى إلدياز	أستاذ محاضر أ	جامعـــــة تلمســـان	مشرفا مساعدا و مقررا
أ. د. كمال سمية	أستاذ محاضر أ	جامعـــــة تلمســـان	مناقشا
أ. د. هاملي محمد	أستـــــــاذ	المركز الجامعي مغنية	مناقشا
أ. د. بن دريس حليمة	أستـــــــاذ	جامعة سيدي بلعباس	مناقشا

السنة الجامعية: **2024-2025**


بسم الله الرحمن الرحيم

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

﴿اللَّه الَّذِي سَخَّرَ لَكُمُ الْبَحْر لِتَجْرِيَ الْفُلْك فِيهِ بِأَمْرِهِ وَلِتَبْتَغُوا مِنْ فَضْله وَلَعَلَّكُمْ تَشْكُرُون﴾

[سورة الجاثية الآية 11]

شكر وتقدير

باسم الله أبتدئ وبالله أهتدي، يقول رسول الله صلى الله عليه وسلم:

﴿من لا يشكر الناس لا يشكر الله﴾

نحمد الله عز وجل الذي أعاننا ووفقنا في إنجاز هذا العمل، فالحمد لله رب العالمين

أتقدم بجزيل الشكر والعرفان إلى الأستاذتين الكريمتين الدكتورة "بن عيسى حياة"، والدكتورة "قماز ليلى"، على قبولهما إشراف هذه الأطروحة، وعلى توجيهاتهما وإرشاداتهما القيمة ومساعدتهما لي بالنصائح والمراجع والتصحيحات، وعلى المعلومات الغزيرة التي تلقيناها خلال طوال مشوارنا الدراسي من طرفهما، فكانتا نعم الأساتذة تُشرفنا أي تشريف،

كما أتقدم بجزيل الشكر والعرفان إلى أساتذتي أعضاء لجنة المناقشة، لقبولهم مناقشة هذه الأطروحة،

أشكر أيضا جميع أساتذة كلية الحقوق والعلوم السياسية بجامعة تلمسان على ما بذلوه معنا من مجهودات ومعلومات وتوصيات قيّمة،

كما لا يفوتني أن أنوّه بالشكر إلى موظفي الكلية والمكتبة والجامعة على ما قدموه لنا من مساعدات

حفظكم الله جميعا وسدد خطاكم وجعل أعمالكم في ميزان حسناتكم.

إهداء

أهدي ثمرة نجاحي

إلى من يعجز الفعل والقول عن رد جميلهما أبي وأمي الكريمين، اللذان

كانا ولا زالا بمثابة السند والمعين طوال مشواري الدراسي، اعترافا

بالتقصير والعجز عن رد الجميل، أمدّ الله في عمرهما

إلى أخواتي حبا، فخرا، واعتزازا،

إلى الأميرات الصغيرات "هناء، جنى، يسرى" حفظهن الله

إلى كافة أفراد عائلتي

إلى أصدقائي وزملائي

إلى كل من ساعدني من قريب أو من بعيد في انجاز واتمام هذه

الأطروحة كل باسمه ومقامه

راجيا من الله أن يديم علينا جميعا نعمه وفضله

قائمة أهم المختصرات

ج.ر: جريدة رسمية

د.د.ن: دون دار النشر

د.س.ن: دون سنة النشر

د.م.ج: ديوان المطبوعات الجامعية

ص: صفحة

ط: طبعة

ق.م.ج: قانون مدني جزائري

LISTE DES PRINCIPALES ABREVIATIONS

Art : Article

B.T.L: Bulletin des Transports et de la Logistique

C A : Cour d'Appel

C.A.M.P : Chambre Arbitrale Maritime de Paris.

Cass. Civ : Cassation Civile

Cass. Com : Cassation Commerciale

CCI : CHAMBRE DE COMMERCE INTERNATIONALE

Ch. Com : Chambre de Commerce

CMA-CGM : Compagnie Maritime d'Affrètement- Compagnie Générale Maritime

CMI : COMMERCE MARITIME INTERNATIONAL

CNAN : Compagnie Nationale Algérienne de Navigation

CNUDCI : Commission des Nations Unies pour le Droit Commercial International

Convention SUA: Convention for Suppression of Unlawful Acts

D.M.F: Droit Maritime Français

FIDIK : Fédération International des Engineers – Conseils

FIO: Free In and Out

INCOTERMS: INTERNATIONAL COMMERCE TERMINOLOGIE

ISPS : International Ship and Port Security / Code International pour la Sureté des Navires et des Installation Portuaire

ITC : International Trade Centre

J.D.I: Journal du Droit International

L.G.D.J: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence

Obs. : Observations

Op.cit : Opus Citatum « Ouvrage déjà Cité »

P. : Page

PDEC : Principes du Droit Européen des Contrats

PECL: guiding Principles of European Contract Law

R.D.A.I : Revue de Droit des Affaires Internationales

R.G.D: Revue Générale du Droit

R.T.D. Civ : Revue Trimestrielle de Droit Civil

Rev. Arb : Revue d'Arbitrage

SOMM. : Sommaire

UNCITRAL: United Nations Commission on International Trade Law

UNIDROIT: International Institute for the Unification of Private Law / Institut International pour l'Unification du Droit Privé

مقدمة

العقود هي أبرز الوسائل القانونية والفنيّة المعتمد عليها لتنظيم العلاقات التجارية والاقتصادية داخل المجتمع وحتى خارجه. تتولد عنها حقوق والتزامات منظمة بشكل تتحقق به مصالح وحاجيات أطرافها والمجتمع. ولعل عقود التجارة الدولية وما تحتاجه كدعامة لها ممثلة في عقود النقل البحري، هي أداة مهمة لتسيير هذه التصرفات القانونية العقدية.

تظهر أهمية النقل البحري كعقد مقصود لذاته، له ذاتية خاصة به ويُشكل علما، له موضوعه من جهة، وعقد مقصود لغيره كونه الوسيلة الأساسية لخدمة عقد التجارة الدولية من جهة أخرى.

وما يزيد من أهميته طول مدّته ورغبة أطرافه في تحقيق الاستقرار في علاقاتهم التعاقدية، والتي تعتمد غالبا على عقود مركبة من نقل وشحن وتأمين... تجمع في كيانها أكثر من عقد.

في هذا الإطار، يُعتبر عقد النقل البحري للبضائع من أهم الأدوات القانونية لتنفيذ عقد البيع الدولي للبضائع، ممّا يجعل هذا العقد أداة اقتصادية ملحقة بعقد البيع الدولي للبضائع، فيه يستطيع البائع شحن بضائعه لدى الناقل الذي يقوم هو الآخر بتسليمها للمشتري.[1]

وهكذا، فرضت فكرة الترابط العقدي نفسها، وأصبحت تُشكل جزءً من وجود عدّة عقود دمجت خدماتها لتنفيذ عقود متداخلة Effet des contrats interdépendants، من بينها عقد النقل البحري وعقد بيع البضائع الدولية.

حقيقة، إن عقد النقل البحري هو صورة مكمّلة لعقد البيع الدولي يجمع بين البائع والمشتري، ويتم بمقتضاه تحديد شروط والتزامات الطرفين، والشخص الذي يُعهد إليه إبرام عقد النقل البحري للبضائع مع الناقل، الذي يقوم بعملية نقل البضاعة وتسليمها للمشتري مقابل أُجرة لفائدة المرسل إليه، وهو طرف يمكن التعرف عليه مباشرة من وثيقة أو سند الشحن، إذا كان

[1] (R.) RODIERE, (E.) DE PONTAVICE, Droit Maritime, 12 édition, Dalloz, Delta, 1997, n° 420 : « Le contrat de transport apparait économiquement comme l'accessoire du contrat de vente ».

النقل بحريا والتي يسلمها للشاحن. هذا الأخير الذي يحدد صفته في عقد البيع الدولي والذي غالبا ما يكون بائعا، ويُقدم البضاعة للناقل أو لمن يمثله مرفقة بتصريح يتضمن كل بياناتها وخصائصها مقابل وثيقة شحن من الناقل.

أمّا المرسل إليه، فهو الطرف المستفيد من عقد النقل، ومن ثمة يتحصل بموجبه على البضائع المرسلة من طرف الشاحن _البائع_ دون أن يكون طرفا في عقد النقل. هذا المرسل إليه يتّخذ صفة المشتري سواءً كان معروفا أو مجهولا عند إبرام عقد النقل[1].

من البديهي أن عقد النقل البحري للبضائع من العقود الرضائية، حيث يكون للمتعاقدين حرّية التعاقد، وكذلك حرّية إدراج شروط وبنود في العقد الذي يبرمانه بإرادة كاملة، ما يجعل اتحاد إرادتهما السلطان الأعلى في حكم هذه العلاقة التعاقدية المتمثلة في عقد النقل البحري للبضائع. حيث يعتبر مبدأ حرّية التعاقد الذي تعبّر عنه المادة 106 من القانون المدني الجزائري[2]، لبنة أساسية في التعاقد، فدورها أساسيا في وضع بناء العدالة الاجتماعية بين أطراف العقد.

يكتسب الأطراف بهذا النص القانوني كل الحرّية في إبرام العقد من عدمه، وفي اختيار الطرف المتعاقد معهم وفي تحديد موضوع العقد وبيان التصرفات القانونية لعقدهم وشروطها وآثارها. على هذا الأساس، فإن الحرّية التعاقدية هي روح كل تعاقد مع وجوب مراعات أحكام النظام العام.

---

[1] بن غالم بومدين، البيع والنقل الدوليين للبضائع استقلالية أم اعتماد متبادل، دكتوراه في القانون الخاص، تخصص القانون البحري والنقل، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان، الجزائر، 2021_2022، ص 02.

[2] الأمر رقم 75_58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، ج.ر العدد 78 المؤرخة في 30 سبتمبر 1975، المتضمن القانون المدني الجزائري، المعدّل بالقانون رقم 05_10 المؤرخ في 20 يونيو 2005، والمعدل والمتمم بالقانون رقم 07_05 المؤرخ في 13 ماي 2007، ج.ر العدد 31 المؤرخة في 13 ماي 2007.

إن التطور الصناعي والتجاري ومشاريع الاستثمار، خلق عقود جديدة من بينها عقود البيوع البحرية الدولية بمختلف تسمياتها وثقلها الإرادي والتشريعي والفقهي والقضائي، وما ظهر فيها من أهمية في مراحلها المختلفة بدءً بإبرامها مرورا بتنفيذها ووصولا إلى إنهاءها.

يؤدي عقد النقل البحري دورا مهما في مجال تداول الثروات والخدمات على الصعيد الدولي، فإذا كان النقل شريان الاقتصاد، فإن النقل البحري هو محرك التجارة والصناعة. وما زاد في أهميته هو ما حققه التطوّر الهائل في حركة التجارة الدولية والعولمة.

نتج عن هذا عمليا، حرّية التجارة وربط أجزاء العالم، فأصبح عقد النقل البحري أداة تسيير التجارة الدولية، والوسيلة المفضلة للمبادلات الاقتصادية العابرة للحدود. فلا يمكن لأي دولة مهما كانت عظمتها أن تؤمن لمجتمعها الاكتفاء الذاتي L'Auto suffisance

إن التعاون التجاري هو أمر حتمي لا مفر منه، ويتم عن طريق النقل بالحاويات وما تحمله من سلع وخدمات. وبديهي أن هذا التعاون التجاري يُبنى على أساس عمليات تعاقدية قانونية، اقتصادية، مالية، فنية واستثمارية.

يُعد النشاط التجاري أساسيا في بناء وتنمية اقتصاد الدول وزيادة ثرواتها للنهوض بقدراتها، لذا وجب السعي إلى تطوير التجارة ومعها النقل البحري لتوفير بيئة مناسبة للدخول في الأنشطة الاقتصادية والعلاقات التجارية. وقد لوحظ زيادة في حجم التبادل التجاري بين الدول وهذا ما أحدثته الوسائل التقنية الحديثة من اسهامات في تسهيل التواصل والتبادل بين المتعاملين بالتجارة، ومن أهم هذه الوسائل النقل البحري للبضائع الذي سمح بزيادة حجم التواصل والتبادل، زيادة غير متناهية.

يُساهم عقد النقل البحري بصورة فعلية في تطوير التجارة تطويرا هائلا وكان هو المساعد الأول في إنجاح التجارة الدولية التي تخضع، بما فيها عقد النقل البحري لاتفاقيات وبروتوكولات وأعراف دولية، أبرزها الوثائق الصادرة عن لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الأونسيترال

واتفاقيات النقل البحري، والأعراف وقواعد هيئات التجارة الدولية المختلفة، وفي مقدمتها غرفة التجارة الدولية. إضافة إلى اتفاقيات التجارة الثنائية.

أما على الصعيد الوطني، تخضع التجارة للقوانين المتعلقة بالاستيراد والتصدير والمناطق الحرة، والغرف التجارية والصناعية، والخدمات المالية.

ما يلاحظ أيضا هو أنه، إذا كان القانون الوطني يقتصر عمله على نطاق الدولة التي يصدر فيها، فإن أحكام قانون التجارة الدولية والنقل البحري الدولي، تتجاوز حدود الدولة لتحكم العلاقات التي تنشأ في إقليم أكثر من دولة[1].

جدير بالذكر، أن قانون التجارة الدولية يتميز بقواعده الموضوعية الخاصة به، والمستقلة عن القوانين والتشريعات الوطنية، حيث سعت المنظمات إلى توحيد قواعده بهدف إيجاد نظام موحد يحكم المعاملات والأنشطة ذات الطابع التجاري، قامت الجهات والهيئات الدولية المعنية في توحيد قواعد قانون البحري الدولي طرقا وأساليب منها وضع شروط عامة يتفق عليها الأطراف ويلتزمون فيها بإرادتهم الحرة، وتعتبر هذه الشروط بمثابة قواعد موضوعية تنظم الأنشطة والمبادلات والعقود التجارية بدلا من القواعد الوطنية، وتستمد هذه القواعد قوّتها الملزمة من اتفاق المتعاقدين للأخذ بها. فيجوز للأطراف إدخال ما يرونه عليها مناسبا من تعديلات تتلاءم وطبيعة صفقاتهم، بشرط عدم مخالفتها لأحكام النظام العام الدولي والآداب العامة.

هدفت الجهات والهيئات الدولية كذلك، بتوحيد قواعد قانون النقل البحري عن طريق إعداد قوانين نموذجية، وهي مشاريع القوانين التي تخص مسائل النقل البحري والتجارة الدولية، تتولى إعدادها هيئات دولية تستفيد منها كل الدول عند وضعها لقوانينها الوضعية. تسمح هذه القوانين النموذجية بخلق تلاءم الوضع مع متطلبات السرعة في المبادلات والمرونة ومراعات

[1] هاني دويدار، تنظيم قانون التجارة، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، مصر، 2004، ص 07 ; مصطفى كمال طه، أساسيات القانون التجاري والقانون البحري، معارف الإسكندرية، مصر، 1983، ص05

مصالح مختلف الأطراف، ويرى البعض أنها أفضل من الاتفاقيات الدولية التي يتوقف تنفيذها في الدولة على التصديق عليها[1].

غير أنه يعاب على هذه الشروط النموذجية، ما قد تتضمنه من شروط مجحفة بحق بعض الأطراف خصوصا الدول النامية، كون الدول الكبرى هي التي تستقل عادة بوضعها.

لا يجب إنكار ما تلعبه الأعراف والعادات التجارية في توحيد قانون النقل البحري والتجارة الدولية، بالإضافة إلى إبرام الاتفاقيات الدولية[2].

لا يشترط لاعتبار الاتفاقية ضرورة توقيع ومصادقة عدد معيّن من الدول عنها[3]، ويكفي أن تُبرم بين دولتين أو مجموعة من الدول حتى ولو كانت إقليمية، وتُطبق على العلاقات التجارية الدولية ذات العنصر الأجنبي دون العلاقات الداخلية في الدولة. لكن تتضمن الاتفاقية نصاً يقضي بإلزام الدول التي صادقت عليها بإدخالها في قانونها الوطني، حيث تصبح جزءا من النظام الداخلي للدولة الموقعة عليها، وهذا يوحد القانون وطنيا ودوليا[4].

يساعد في توحيد قواعد التجارة الدولية ظهور هيئات ومنظمات دولية قائمة على التوحيد، منها منظمات حكومية، من لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي أونسيترال UNCITRAL التي أنشأت في 17 ديسمبر 1966 بقرار من الجمعية العامة للأمم المتحدة

[1] أحمد السعيد الزقرد، أصول قانون التجارة الدولية، ط 02، المكتبة العصرية، المنصورة، مصر، 2010، ص60.

[2] اتفاقية الأمم المتحدة بشأن البيع الدولي للبضائع، انعقدت بتاريخ 10 يناير 1980، ودخلت حيّز النفاذ بتاريخ 01 يناير 1988.

[3] توجد اتفاقيات يبقى تنفيذها معلق على توقيع عدد معيّن من الدول، فإذا نقُص عدد الموقعين عليها على ما هو مطلوب لتنفيذها، بقيّت دون فعالية، ومثال ذلك اتفاقية الأمم المتحدة المتعلقة بعقود النقل الدولي للبضائع عن طريق البحر كلّيا او جزئيا " قواعد روتردام" لسنة 2008.

[4]مثال ذلك: اتفاقية الأمم المتحدة للنقل البحري للبضائع ل 31 مارس 1978 " قواعد هامبورغ "، دخلت حيز النفاذ في 1992-12-01.

بهدف التنسيق بين أنشطة المنظمات العاملة على توحيد قانون التجارة الدولية وتنمية التعاون بينها، وتطبيق الاتفاقيات الدولية والقوانين الموحدة المتعلقة بالتجارة الدولية[1].

كذلك المعهد الدولي لتوحيد القانون الخاص UNIDROIT، والذي أُنشأ في عام 1926 بهدف تنسيق وتوحيد قواعد القانون الخاص للدول المختلفة، ويقوم بإعداد مشروعات القوانين الموحدة ذات الأولوية في مسائل التجارة الدولية، ومن بينها اتفاقية نيويورك الخاصة بالاعتراف وتنفيذ أحكام المحكمين الأجنبية لسنة 1958.

هناك أيضا منظمات غير حكومية، منها غرفة التجارة الدولية CHAMBRE DE COMMERCE INTERNATIONALE (CCI)، التي تأسست سنة 1919. وقامت بتوحيد المصطلحات التجارية المستعملة التي قد يختلف تفسيرها من دولة إلى آخر، وقد عملت على إصدار قواعد INCOTERMS INTERNATIONAL COMMERCE TERMINOLOGIE.

لا يجب تجاهل عمل اللجنة البحرية الدولية C.M.I COMMERCE MARITIME INTERNATIONAL، وقد أُسست سنة 1897 في بروكسيل بهدف توحيد قواعد القانون البحري على المستوى الدولي، وبيّنت المهتمين بالنقل البحري ونشاطه من مجهزين وشاحنين وناقلين ومؤمنين ورجال المصارف وأساتذة القانون البحري.

وأخيرا، مركز التجارة الدولية ITC الذي أنشئ عام 1964، فهو أداة تعاون تقني بين منظمة التجارة العالمية ومؤتمر الأمم المتحدة للتجارة والتنمية الأنكتاد[2].

إن أبرز مجال يبنى عليه اقتصاد الدولة هو تطوير المشاريع الاقتصادية والتكنولوجيا، التي تقوم على التجارة الدولية وما يصاحبها من نقل بحري. أساس نجاح هذه المجالات عموما

[1] أحمد الزقرد، المرجع السابق، ص66.

[2] حسن النجفي، القاموس الاقتصادي، مطبعة الإدارة المحلية، بغداد، العراق، 1977، ص135.

هو العقد، وما يُنتج من آثار بالنسبة للدولة والدول المتعاملة معها من جهة، وأطراف العقد من جهة أخرى، فلا شك في أهمية العقد ولا نقاش في فعاليته.

على هذا الأساس تستلزم العقود مواكبة التطور القانوني من جهة، والظروف التي أبرمت فيها، خاصة عقود التجارة الدولية وعقد النقل البحري، ومن الضروري الحفاظ على العقد وعلى الصفقة التي ينظمها والتي تتميز بواجب استجاباتها لمتطلبات النقل واحتوائها على شروط لضمان قيمتها المالية المرتفعة.

فقد أظهر الواقع العملي أنه، قد تطرأ على تنفيذ بعض العقود أحداث تجعل هذا الأمر صعبا لمدة زمنية طويلة أو قصيرة، فكلما طرأ أي ظرف من الظروف المخلة بالتوازن العقدي، تؤثر على التزامات أحد الطرفين، وبالتالي على تنفيذ العقد.

إن تأثير الظروف المستحدثة على تنفيذ العقد تأخذ صورتين تجعل التنفيذ هذا مستحيلا أو مرهقا. فالظروف التي تجعل تنفيذ أحد المتعاقدين مستحيلا تدخل في نطاق ما يعرف اصطلاحيا بالقوة القاهرة، أما الظروف التي تؤدي إلى اختلال التوازن بين أداءات أطراف العقد، فتجعل التزامات أحد طرفي العقد مرهقة، فتسمى اصطلاحيا بالظروف الطارئة، وتسمح هذه الوضعية حسب التشريعات الوطنية المختلفة بتدخل القاضي بناءً عليها لرد الالتزامات المرهقة إلى حدها المعقول.

قد لا تتناسب قواعد القوانين الداخلية مع خصوصية العلاقات الدولية، ولهذا يمكن لأطراف عقود النقل البحري والتجارة الدولية اللجوء إلى وضع شروط تهدف إلى علاج العقد بمراجعة أحكامه كلما تعرض لظروف لا دخل لطرفي العقد في وقوعها والتخفيف من حدة آثاره بعيدا عن أحكام القانون الوطني ورجوعا إلى أحكام الاتفاقيات الدولية لإيجاد حلول أنسب لمشكلة حدوث اختلالات تعرقل السير الحسن للعقد.

يلاحظ أن، القوة القاهرة وانفساخ العقد أمر غير مرغوب فيه في عقود النقل البحري والتجارة الدولية، لأن الهدف من ابرام العقد هو السعي إلى تنفيذه دون فسخه، عن طريق

المحافظة على بقاء العقد بوقف تنفيذه وإعادة التفاوض بشأنه اعتمادا على منتهى حسن النية بناءً على محاولة إزالة أزمة الظروف المستحدثة.

فعقد النقل البحري للبضائع يُنشئ علاقات عقدية جديدة فيها تشابك يوصف بالتركيبات، يسميها الفقه تركيبات عقدية هجينة[1].

ابتدع المتعاملون في مجال العقود من أطراف العقد، وقضاة ومحكمون ومتعاملون اقتصاديون، تقنيات عقدية جديدة غير معروفة في النظام القديم لنظرية العقد منها، شرط القوة القاهرة ووقف العقد لحين القضاء على الحدث الذي يعرقل تنفيذ العقد من أجل استمرار العلاقة العقدية. إن فائدة وقف التنفيذ مزدوجة فهي أولا تحمي العقد من الزوال بسبب وجود العائق الذي أصابه، وثانيا يُترك العقد يسري عند زوال العطب مستقبلا.

كذلك، وبالإضافة إلى المفاوضات التي تجرى أثناء ابرام العقد _وهي مفاوضات أولية_، توجد فكرة شرط إعادة التفاوض في مرحلة تنفيذ العقد، والتي تسمح لطرفي العقد الالتقاء مرة ثانية، حول طاولة ومناقشة ودراسة مصير عقديهما الذي اختل توازنه على ضوء معطيات جديدة خلقتها ظروف سياسية أو قانونية أو اقتصادية وحتى مالية.

ولذلك تظهر أهمية شرط إعادة التفاوض كركيزة أساسية Un Socle لبقاء العقد قائما، دون حرمان المتعاقدين من إتمام اتفاقاتهم لأحداث لا دخل لهم فيها.

ومواكبة لخصوصيات عقود النقل البحري والعقود الدولية، تُذكر الصفات المحددة لأهمية إدخال مبدئيا شروط خاصة بفكرة إعادة التفاوض في العقود عند الضرورة قبل حدوث الواقعة، واللجوء إليها احتماليا عند نسيان تحديدها في شروط العقد. فلا بد من الاعتماد على فكرة إعادة التفاوض في العقود، من خلال تقنيات اقتصادية وقانونية ومالية.

[1] (A.) BENABENT, L'Hybridation dans les contrats, Prospectives du Droit économique. Dialogue avec Michel JEANTIN, Dalloz, 1999, P. 27.

إن أهمية الموضوع متصلة بأهمية العقد عامة وعقد النقل البحري خاصة، ولهذا الأخير مكانة بالغة في القانون والاقتصاد والاستثمار، لذا يجب إعطاء هذا الموضوع جانبا واسعا من البحث، والجواب على عدّة تساؤلات علمية وعملية تفرض نفسها في مجال العلوم البحرية.

يُضاف إلى هذا، أهمية الخضوع للتنظيم التعاقدي ومبدأ القوة الملزمة، والاتفاق على شروط جديدة للعقد، مع ضمان توازن عقدي مستمر مبني على القانون والاقتصاد في نفس الوقت لمنع الأضرار الاحتمالية التي قد تنجم عن تغيير الظروف، خاصة إذا ما نظرنا للقيمة المالية الكبيرة لكل عقد نقل بحري كصفقة ثمينة.

لذا، يجب دائما التطلع إلى المستقبل والتنبؤ لوجود اتفاق إعادة التفاوض لتنفيذ العقد تنفيذا سليما، يتحقق به البُعد العقدي في إطار الأمن التعاقدي والقانوني معا، بعيدا عن كل فسخ لا يرغب فيه الأطراف.

فيكون بذلك، مبدأ حسن النية في هذه العمليات القانوني والتجارية هو القاسم المشترك لكل تصرف يفرضه العقد عند إبرامه، مرورا بتنفيذه، وصولا إلى إنهائه.

توجب أهمية عقد النقل البحري في بعض الأحيان اللعب والتكييف على عدة أصعدة لبقائه قائما رغم كل الوقائع وكل الصعوبات التي قد يتعرض لها. ويدخل هذا في عنوان جامع ومانع هو "أثر تغيّر الظروف في عقود التجارة الدولية"، للدكتور "شريف محمد غنام"، أستاذ في القانون التجاري والبحري في كلية الحقوق بجامعة المنصورة، والذي بحق قد بيّن علميا وعمليا مدى الاعتماد على شروط اتفاقية قانونية جديدة غيّرت المصطلحات القانونية، والتي لعبت دور قوارب النجاة لمثل هذه العقود.

لكون العقد ركيزة أساسية في التعاملات التجارية، وفي عقد النقل البحري، تظهر أهميته العلمية والعملية وطنيا ودوليا، كأهم مصدر إرادي من مصادر الالتزام. وانطلاقا من هذا، **تهدف هذه الدراسة** إلى التعرف على دور القوة الملزمة لعقد النقل البحري باعتباره عقد

تجاري دولي، مستمر التنفيذ، وما قد يصيبه من أحداث قد تعرقل تنفيذه، وتكسّر توازنه. ويتجلى هذا عن طريق البحث عن حلول اتفاقية تعاقدية، تُساير التطور الاقتصادي لبيئة عقد النقل البحري، وتضمن بقاءه وتُبقي توازنه قائما، مع المحافظة عليه بمكوناته وإبعاده عن التصدع والزوال حماية لمصالح المتعاقدين.

في ظل هذه المعطيات، يُثير البحث **الإشكالية** الآتية:

هل لمبدأ القوة الملزمة لعقد النقل البحري سواء في الظروف العادية أو الاستثنائية ثبات قانوني كثبات التشريع؟ وهل الاعتماد على وسائل اتفاقية عقدية، تكفل مواجهة تغيير الظروف التي يمر بها هذا العقد؟

وللإجابة عن الإشكالية المطروحة، تم الاعتماد على مناهج عديدة، أولها **المنهج الوصفي**، كأول خطوة بغية التعريف بالموضوع والإحاطة بجوانبه، وذلك فيما يتعلق بتحديد الإطار القانوني لعقد النقل البحري والوسائل القانونية والاتفاقية التي تكفل حمايته من الزوال، ثم يتبعه **المنهج التاريخي** باستعراض التطور القوة الملزمة لعقد النقل البحري وانعكاسها على أطراف العقد، مرورا **بالمنهج التحليلي**، تفسيرا ومعالجة للعناصر المرتبطة بالدور الذي تلعبه القوة الملزمة لعقد النقل البحري في الظروف الاستثنائية، وتحليل كيفية معالجة مشكلة تغيّر الظروف وطنيا ودوليا، انتهاءً ب**المنهج المقارن** للبحث عن بدائل متاحة في التشريع الجزائري ومقاربتها بما هو موجود في التشريعات الوطنية والدولية المقارنة، الأمر الذي سيساعد على وضع حلول للإشكالية المطروحة.

بناءً على ما تقدم، يرتكز تقسيم الموضوع إلى بابين، يُعالج الباب الأول مسألة **تأثير تغيّر الظروف غير المتوقعة على تنفيذ عقد النقل البحري**، وذلك من خلال تبيان أهمية القوة الملزمة لعقد النقل البحري وتقلصها أثناء تغيير الظروف بضرورة تطبيق أحكام نظريتي القوة القاهرة والظروف الطارئة.

أمّا الباب الثاني، فيتضمن **الوسائل الاتفاقية لمواجهة تغير ظروف تنفيذ عقد النقل البحري بين شرطي القوة القاهرة وإعادة التفاوض،** والتي تساعد العقد أمام عجز النظريات التقليدية، في مجابهة الظروف الاقتصادية التي أرهقت تنفيذ العقد، وبالتالي ظهور القوة الملزمة للعقد كعلاج اتفاقي، وقائي وعلاجي تعيد التوازن العقدي.

الباب الأول:

تأثير تغيّر الظروف غير المتوقعة على تنفيذ عقد النقل البحري

العقد هو توافق إرادتين أو أكثر على إحداث أثر قانوني معيّن، آثار مبنية على العدل العقدي الذي يعني أن الأطراف متساوون في الحقوق والالتزامات من جهة، ويتمتعون بحرّية تامة في إرادتهم من جهة أخرى.

إن الإرادة التعاقدية تعني العدالة بين حقوق والتزامات المتعاقدين. فالإرادة هي التي تُنشئ العقد وآثاره. ولكل متعاقد الحق في اختيار مع من يتعاقد[12].

هكذا، تُعطي الحرّية العقدية الحق للأطراف في وضع قواعد تظهر في شروط، يُصاحبها أحيانا قواعد قانونية تضعها الدولة. في هذا الصدد، إن للعقود طبيعة خاصة وتُعطي لأصحابها مزايا خاصة تبادلية تظهر فيها فوائد مباشرة يستفيد منها كل طرف، وأخرى غير مباشرة. أمّا المباشرة، فتُبنى على حسن اختيار موضوع العقد لإيصاله إلى نهايته، أي إلى حسن تنفيذه.

وهناك أيضا فوائد غير مباشرة، تخص الجماعة، يعترف القانون من خلالها للأشخاص بحرّية إبرام ما شاءوا من عقود إلّا ما كان منها مخالفا للنظام العام[13].

إن خدمة عقد النقل البحري للتجارة الدولية أمر لا يمكن إنكاره، أنشأ هذا العقد تعددية مزج بين القانون والاقتصاد، وظهر منه علاقات كوّنت اعتماد البعض على الآخر، فكل عقد يعتمد على العقد الآخر في مسعى تحقيق الهدف المتفق عليه بين الأطراف المتعاقدة. فوجود العقد الأول لا يتم إلّا بوجود العقد الثاني[14].

عقد النقل البحري كونه عقدا رضائيا يُعطي للناقل البحري حرّية التعاقد وإدراج ما يشاء من شروط في العقد الذي يُبرمه ما دام الشاحن كطرف متعاقد معه يقبل هذا التعاقد بإرادة

---

[12] «Une partie doit être libre de choisir le contractant avec lequel elle va se lier».

[13] (R.) SACCO, Liberté contractuelle, Volonté contractuelle, RIDC, 4, 2007, P. 754 ; « L'Autonomie ne commence pas là où le sujet peut créer librement si librement signifie "sans charges", L'Autonomie commence là on le droit met à la disposition du sujet un ou plusieurs procédés plus ou moins simple, plus ou moins faciles à pratiquer, permettant au sujet de créer la règle envisagée »

[14] وهذا ما وضّحه القرار الصادر عن محكمة النقض الفرنسية المؤرخ بتاريخ 15 أكتوبر 1966 ;
Cass. Com., 15 Oct. 1996, RJDA, 1997, n° 01; .4 ;بن غالم بومدين، المرجع السابق، ص

كاملة وصحيحة. فتضافر إرادتهما يُشكل السلطان الأعلى في حكم هذه العلاقة. لكن تدخل المشرع وأبطل بعض الشروط خاصة تلك التي تعفي الناقل من مسؤوليته.

أظهرت الممارسات اليومية ظهور اختلالات أثناء تنفيذ العقد تقضي توازنه، فكان لزاما اللجوء إلى نظرية القوة القاهرة، والتي هي أكثر خسارة للطرفين، فهُجرت بنسبة كبيرة وعُوّضت بنظرية الظروف الطارئة والتي هي أكثر ليونة في إعطاء حلول يلجأ أطراف العقد إليها لتصحيح العقد وبالتالي التزامات وحقوق كل طرف فيها.

وانطلاقا من هذا، وجب البحث في الموضوع من خلال التطرق لفصلين: يُخصص الأول لدراسة **القوة الملزمة لعقد النقل البحري بين التصاعد والتراجع،** والثاني يتعلق **بتغيّر ظروف تنفيذ عقد النقل البحري.**

الفصل الأول:

القوة الملزمة لعقد النقل البحري بين التصاعد والتراجع

من المعلوم أن العقد هو من أهم مصادر الالتزام الخاص بالمعاملات اليومية للشخص العادي عامة وللمتعاملين الاقتصاديين خاصة، فلا يمكن انكار مكانته في تنفيذ المعاملات واستقرارها داخل المجتمع كلّه.

ظهر العقد في البداية بلباس تقديسه للحرّية التعاقدية، ومع التطوّر الاقتصادي والاجتماعي وقعت عليه تدخلات من طرف كل من التشريع والقضاء والفقه، وهذا تحت غطاء المحافظة على التوازن والعدالة في العقود.

وعملا بقاعدة "من قال عقدا قال عدلا"، وأخذًا بالمبادئ التي تُمثل قِوام العقد وأساسه، قوام تأخذ بضرورة الحرّية التعاقدية أولا والأمن القانوني للعقد ثانيا، الكلّ مبنيّ على الأخذ بالفكر الاجتماعي والفكر الفردي الحرّ للعقد، فهل يمكن الجمع بين الفكرتين الفردي والاجتماعي وبنائه على رؤية واضحة ومحددة وكافية لفكرة العقد، والوصول في الأخير إلى مؤسسة العقد؟

وانطلاقا من هذا، يتعرض العقد لأزمة، يجب معرفة أسبابها والحد منها خاصة إذا أخذنا بعين الاعتبار أن العقد هو أداة استقرار للعلاقات وأمان بين الأفراد.

لقد تمادى المشرع والقاضي في تدخلهما في العقد[1]، فهل التدخل هذا يحقق العدالة العقدية؟ وهل يخلق واجبات عقدية جديدة؟ وهل يُشكل اعتداءً على إرادة المتعاقدين والعقد في حد ذاته؟ وهل يمكن إيجاد التزامات خارجة عن الإطار الذي اتفق عليه المتعاقدان؟ وهل أن الاستحداث هذا ضروري لتحقيق التوازن العقدي؟

---

[1] تدخل يظهر عمليا فيما خصّه المشرع من مواد كثيرة، المواد من المادة 54 إلى 123 من الأمر رقم 75_58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، ج.ر العدد 78 المؤرخة في 30 سبتمبر 1975، المتضمن القانون المدني الجزائري، المعدّل بالقانون رقم 05_10 المؤرخ في 20 يونيو 2005، والمعدل والمتمم بالقانون رقم 07_05 المؤرخ في 13 ماي 2007، ج.ر العدد 31 المؤرخة في 13 ماي 2007 ;

والمشرع المصري من المادة 89 إلى المادة 161 من القانون المدني المصري الصادر بتاريخ 16 يوليو 1948 ;

والمشرع الفرنسي من المواد 1101 إلى 1231 من القانون المدني الفرنسي الجديد 2016 الصادر بموجب المرسوم رقم 131_2016 في 10 فبراير 2016، والمصادق عليه وفق قانون التصديق رقم 287 لسنة 2016 ;
Ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations.

هل يعد تدخل المشرع والقاضي لوضع آليات ومفاهيم تضاف إلى إرادة الطرفين مجديا، ضروريا؟ وهل يخلق هذ التدخل لأزمة حقيقة للعقد؟

حقًّا، العقد يُلبي احتياجات الأفراد كافة، فهو وسيلة لا يمكن الاستغناء عنها من جهة، ويُوفر اطمئنانا للأفراد من جهة أخرى، دون خوف ودون تدخل أطراف خارجية فيما تم الاتفاق عليه، فيعتبر العقد هذا بمثابة درع الأمان لأطرافه والوسيلة المثلى لإشباع حاجات ورغبات الأفراد في صيغة مستقرة بعيدة عن كلّ النزاعات (المبحث الأول).

يجمع عقد النقل البحري شأنه شأن العقود الأخرى أطرافا قد تكون متساوية من حيث إرادتها، كما قد يكون الواقع عكس ذلك. فيجب أن يتميز عقد النقل البحري بتوازن في علاقته التعاقدية بين الأطراف.

لكن أثبت الواقع والأحداث المتتالية، ظهور أفكار تحريرية أنشأت نوعا من عدم التكافؤ في المراكز القانونية الاقتصادية للأطراف، فبدأت شركات النقل ومالكي السفن، بما تملكه من قوّة تستخدم قوّتها الاقتصادية وتفرض شروطا لم تترك للشاحن سلطة.

تحوّل نتيجة لذلك عقد النقل البحري من مرحلة التفاوض إلى مرحلة خلق علاقات القوّة بين المهني الناقل والمستهلك الشاحن، فأصبحت المساواة التعاقدية والعدالة في التنفيذ مجرد أمر نظري لا يتلاءم مع الواقع المعاش.

من أهم نتائج هذا الصراع، قيام الناقل بإدراج في سند الشحن شروط إعفاءه من المسؤولية المترتبة على الإخلال بالتزاماته الملقاة على عاتقه، سواءً بطريق مباشر أو غير مباشر.

انهار نتيجة لذلك، التوازن العقدي في عقد النقل البحري بما كان يتضمنه سند الشحن من شروط وبنود قد تعفي الناقل من التزاماته ومسؤوليته، الكلّ يتماشى وشروط تحديدها. وانتقل الإعفاء من مسؤولية الناقل إلى الأعضاء التابعين له من بحريين وربّان وعن جميع الأخطاء الملاحية والتجارية معًا.

إزاء هذا الوضع، تدخلت الاتفاقيات الدولية والتشريعات الوضعية الوطنية المختلفة والقضاء لوضع حد لهذا الخلل الناتج في الإرادة التعاقدية من جهة وتنفيذها من جهة أخرى،

خاصة وأن الناقل قد دعّم التزاماته بشروط قد تعفيه مهما كانت درجة الخطأ بسيطة أو جسيمة، بل وحتى العمدي منها كالسرقة (المبحث الثاني).

المبحث الأول: ارهاصات مبدأ حريّة التعاقد

يتصل الإنسان بغيره من الناس بهدف تلبية حاجاته ومصالحه اللامنتهية، فيدخل في علاقات قانونية مع عدة أطراف، ولعل العقد هو أفضل وأنجع وسيلة لتحقيق غاياته وضمان حسن تبادل خدماته ومنتجاته. فالعقد يُنظم الحقوق والواجبات بين الأفراد والجماعات بإظهار الحق وفرض الالتزام، ويعتبر العقد بحقٍ، المرتكز الأساسي للمعاملات المالية في كل وسط اجتماعي[1].

ظهرت أزمة العقد وأثّرت سلبا عليه وعلى وجوده، فلم يبق العقد محتفظا بالإرادة ولم يبق لهاته الإرادة حرمة في العقد.

فتوالت الأحداث، فمنها ما زاد من أزمة العقد، وإصابة إرادة الطرفين بعدم التوازن، الأمر الذي خلق خللا في العقد برمّته، ومنها ما تفطنت لهذه الواقعة وما أنتجته من صعوبات، فقامت بتدخل صارم لوضع حد لمثل هذه التصرفات اللاعادلة التي أصابت العقد برمّته. فما هو حال القوة الملزمة للعقد في هذه الفرضيتين، فهل تصمد بمكوناتها المشروطة في العقد (المطلب الأول)؟ أم تتراجع (المطلب الثاني)؟

المطلب الأول: القوة الملزمة للعقد

من المعروف أن الأمن القانوني يُدعمه الأمن العقدي، فلا يمكن إنكار أهمية العقد في حياتنا العملية اليومية، فهو أداة يستخدمها الجميع، وبها تتم أغلب المعاملات والتصرفات القانونية من بيع وشراء وإيجار وتبادل سلع وخدمات ونقل بمختلف أنواعه، معاملات ورثها الجميع عن القانون الروماني.

[1] علاق عبد القادر، أساس القوة الملزمة للعقد وحدودها دراسة مقارنة، ماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، الجزائر، 2007_2008، ص 01.

ومحاولة للقضاء على التجاوزات التي قد تصيب الحرّية التعاقدية، وللقضاء على الخلل في التوازن العقدي، أصبح من الضروري حماية الطرف الضعيف في العقد بالسماح لكل من المشرع والقاضي التدخل لتصليح ما قد يراه القانون مخالفا للعدالة التعاقدية.

فالحرّية التعاقدية لا بد أن تُبنى على ضوابط تُوسع منها وتضيّق وتمنع التلاعبات التي قد يراها القاضي لا تتماشى مع مبادئ العدالة العامة.

ولكن قد يُشكل تدخل قاضي الموضوع نوعا من اللاعدل فما يعتبره قاضي في نظره شرطا غير مقبول، يعتبره الآخر أمرا معقولا. فكيف يتجلى العقد وهو مُدعّما بقوته الملزمة (الفرع الأول)، وهل تكفي هذه القوة لتحقيق الأمن القانوني (الفرع الثاني)؟

الفرع الأول: مفهوم القوة الملزمة للعقد

معروف أن كل الالتزامات المولودة من العقد تكون واجبة التنفيذ، ولا يجوز لأي طرف أن ينفرد لوحده بإلغائها أو بإدخال تغيير عليها. فالعقد أساسا هو تطابق إرادتين على إحداث أثر قانوني معين، قد يكون إبرام عقد أو تمديده في المدّة أو تغييره أو إنهائه.

المشكلة حقيقية، ولذا وجب دراسة العقد كشريعة للمتعاقدين، ومدى إمكانية الأطراف مناقشة ووضع الشروط اللازمة لحسن ابرام العقد وتنفيذه.

أولا: ماهية العقد

كثرت التعريفات الخاصة بالعقد، فمنها النابعة من المشرع ومنها الصادرة عن الفقه ; لقد امتنع بعض المشرعين المصري خاصة عن وضع تعريفا محددا للعقد آخذين بعين الاعتبار أن وضع التعريفات من شأنها تجميد المصطلح، وتُعد من اختصاص الفقه، ويرتبط العقد بالظروف الاجتماعية والاقتصادية والسياسية المحيطة به، فضلا عن صلته الوطيدة بالأفكار الفلسفية السائدة[1].

[1] أيمن ابراهيم العشماوي، مفهوم العقد وتطوره دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، مصر، 2002، ص 05.

يُبنى العقد على فكرة الحرّية العقدية والحرّية الإرادية أي حرّية وإرادة أطرافه[1]. على هذا الأساس، فإن العقد هو "اتفاق ارادتين أو أكثر على إحداث أثر قانوني معيّن سواء كان بإنشاء أو نقل أو تعديل أو إنهاء التزام معين"[2].

وبالرجوع إلى المادة 54 من القانون رقم 10_05 المتعلق بالقانون المدني الجزائري، نرى أن المشرع عرّفه بأنه: "العقد اتفاق يلتزم بموجبه شخص أو عدّة أشخاص نحو شخص أو عدّة أشخاص آخرين بمنح أو فعل أو عدم فعل". وعرّفه المشرع الفرنسي في المادة 1101 من القانون المدني الفرنسي الجديد لسنة 2016، بأنه: "اتفاق إرادات بين شخصين أو أكثر بهدف إنشاء التزامات، أو تعديلها أو نقلها أو إنهائها"[3].

يلاحظ أن المشرع الفرنسي في مادته 1101 من القانون المدني الفرنسي، قد وسّع في تعريفه للعقد، فكان تعريف العقد عنده قبل التعديل بأنه: "اتفاق يلتزم بمقتضاه شخص أو أكثر نحو شخص أو أكثر، بإعطاء شيء أو القيام بعمل أو الامتناع عن عمل"[4].

---

[1] بكر عبد السعيد محمد أبو طالب، أزمة العقد دراسة مقارنة، دكتوراه في الحقوق، كلية الحقوق، الدراسات العليا، جامعة المنوفية، مصر، 2020، ص 12: في المجتمعات الاشتراكية والاجتماعية يبنى العقد على أساس فكرة التضامن الاجتماعي، ويهتم بالمجتمع ككل دون النظر لفرد بعينه، مما يلزم وضع قيود على إرادة المتعاقدين والعلاقة العقدية ذاتها لمعالجة الخلل الذي قد يصيب توازن العقد.

[2] حسام الدين كامل الأهواني، مصادر الالتزام، ج 01، ط 02، د.د.ن، 1995، ص 42. محمد لبيب شنب، دروس في نظرية الالتزام: مصادر الالتزام، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1977، ص 22.

[3] القانون المدني الفرنسي لسنة 2016 الصادر بموجب مرسوم رقم 131_2016 في 10 فبراير 2016، والمصادق عليه وفق قانون التصديق رقم 287 لسنة 2016.

Ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations.

Art 1101 code civil 2016: « le contrat est un accord de volontés entre deux ou plusieurs personnes destine à créer, modifier, transmettre, ou éteindre obligations »,

[4] Art 1101 code civil 1804 : « Le contrat est une convention par laquelle une ou plusieurs personnes s'obligent, envers une ou plusieurs autres, à donner, à faire ou à ne pas faire quelque chose », Création Loi 1804-02-07 promulguée le 17 février 1804.

فأصبح العقد بعد التعديل ناشئا وناقلا ومنهيا ومعدلّا للالتزام، عكس ما كان عليه في السابق من إنشاء، أو امتناع، أو إعطاء شيء. كان العقد قديما يُنشئ الالتزام فلا ينقله أو يعدله أو ينهيه. في هذا النطاق، حبذا لو غيّر المشرع الجزائري أحكام المادة 54 بذكر مصطلح "إرادة"، خاصة وأنها مبنيّة على مضمون النظرية الموضوعية والابتعاد عن ذكر مصطلح "شخص" المبني على النظرية الشخصية، فكم من شخص لا إرادة له ولا يمكنه التعاقد لجنون أو عته أو نقص الأهلية...

يميّز الفقه بين العقد والاتفاق، فهذا الأخير أعمّ من العقد، فكل عقد اتفاقا، وليس كل اتفاق عقدا[1]. غير أن أغلبية الفقه لا تعطي لهذا التمييز أهمية ولا فائدة لهذه المقارنة، أضف إلى هذا، أن المشرعين يستخدمون العقد والاتفاق كتعبيرين مترادفين "العقد هو اتفاق..." حسب المادة 54 من القانون المدني الجزائري، والمادة 1101 من القانون المدني الفرنسي «Le contrat est une convention....»[2]. كلّ ما في الأمر، أن يكون هناك تعريف يخلق اتفاقا، يبيّن الخصائص والشروط الواجب توافرها في هذا التصرف القانوني المعروف بالعقد أو الاتفاق.

بديهي، أن الإرادة هي حجر زاوية كل علاقة عقدية تهدف إلى إنشاء الالتزام أو تعديله أو نقله أو إلغائه، مع إبعاد من هذا العقد كل ما لا يرغب طرفاه إدخاله في هذا الاتفاق، حيث يبقى الشرط المبعد في دائرة اللاقانون NON-DROIT[3].

يجب أيضا أن يدخل العقد في هذه الحالة في نطاق المعاملات المالية الخاصة، وتتوافر فيه أركانه، وهي الرضا والمحل والسبب والشكل[4].

إن الرضا هو التراضي التام بين المتعاقدين، والمحل هو محل الالتزام، ويجب أن يكون ممكنا ومعينا أو قابلا للتعيين، ومشروعا.

---

[1] عبد الحي الحجازي، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، ج 02، مكتبة عبد الله وهبة، مصر، د.س.ن، ص 19.

[2] « Le contrat est un accord de volontés... ».

[3] محمد حسن قاسم، الوجيز في نظرية الالتزام، المصادر والأحكام، دار الجامعة الجديدة، مصر، 1994، ص 42.

[4] عقد النقل البحري هو رضائي في تكوينه وشكلي في إثباته، يقتصر فيه الشكل على الإثبات فقط لا الانعقاد.

يلاحظ أن المشرع الفرنسي أبعد المحل والسبب، واستعمل مكانهما فكرة مضمون العقد، وبقيّت وظائف المحل والسبب كما هي دون تغيير[1]. ومن هنا يرى بعض الفقه أن المشرع الفرنسي قد أسس نظرية جديدة هي نظرية المحتوى أو المضمون[2].

من المعلوم أنه لا عقد دون إرادة إلاّ استثناءً في عقود الإذعان، فالعقد يأخذ قوّته من إرادة أطرافه. أساس العقد هو أنه عملا إراديا مبنيا على الإرادة التي لها سلطان مهم في كلّ عمليات تعاقدية، فلا يمكن إلزام الفرد إلّا إذا أراد وبقدر ما أراد.

يتم العقد نتيجة لتلاقي إرادة أطرافه وإنشاء علاقة تعاقدية وإحداث آثار قانوني داخل دائرة القانون، مع احترام أسس النظام العام والآداب العامة. وفي هذا النطاق، يرى الفقه أن "الإرادة هي جوهر العقد وبدونها لا يقوم للعقد قائمة"[3]. فيجب تطابق إرادتين وليس إرادة أحد المتعاقدين فقط، وبرضاء كامل مبني على إرادة حرّة للأطراف دون الغير للوصول إلى مبدأ العقد شريعة المتعاقدين. يُعرف هذا بالإرادة التعاقدية المبنية على الحرية. وهي التي تُنشئ القوة الملزمة للعقد، فتظهر الحرّية العقدية في أمرين هما: حرّية اختيار الطرف المتعاقد الآخر أوّلا، وحرّية تحديد مضمون العقد وآثاره من وضع شروط وبنود التعاقد ثانيا[4].

قد تختلف الإرادات، ويختلف التعبير عنها، فلا يؤخذ كقاعدة عامة إلّا بالإرادة الحقيقية المعبّر عنها[5]، ولكن أعطى المشرع في القانون المدني للإرادة الحرّية في اختيار وسيلة التعبير، فيُقر التعبير عن الإرادة بكل وسيلة، حتى بالإشارة المتداولة والمتعارف عليها، ويرتب عليها

---

[1] المواد من 1162 إلى 1171 من القانون المدني الفرنسي 2016

[2] بكر عبد السعيد محمد أبو طالب، المرجع السابق، ص 17.

[3] رمضان أبو السعود، مصادر الالتزام، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2018، ص 18.

[4] حُدّد هذا المبدأ تشريعيا في نص المادة 1102 من القانون المدني الفرنسي الجديد لسنة 2016:

« Chacun est libre de contracter ou de ne pas contracter, de choisir son contractant et de déterminer le contenu et la forme du contrat dans les limites fixées par la loi ».

[5] لا يأخذ القانون لصحة تكوين العقد بإرادة عديم التمييز أو بالإرادة الهازلة غير الجدّية أو إرادة المجامل، ولا بالإرادة الظاهرة كما هو في حالة العقود الصورية ;

حليس لخضر، مكانة الإرادة في ظل تطور العقد، دراسة لبعض العقود الخاصة، دكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان، الجزائر، 2015_2016، ص 52.

آثارً قانونية، وهذا بمقتضى أحكام المادة 60 من القانون المدني الجزائري التي تنص على أن: "التعبير عن الإرادة يكون باللفظ وبالكتابة، أو الإشارة المتداولة عرفا كما يكون باتخاذ موقف لا يدع أي شك في دلالته على مقصود صاحبه، ويجوز أن يكون التعبير عن الإرادة ضمنيا إذا لم ينص القانون أو يتفق الطرفان على أن يكون صريحا".

تُبيّن المادة هذه، كيف أن العقد يحمل في طياته مبدأين، الأول مبدأ سلطان الإرادة، والثاني مبدأ الرضائية بعيدا عن أي شكل.

لكلّ عقد هدف ومبتغى يُحدده الطرفين، ولهذا وجب إعطاء كلّ عقد قوّة الزامية رادعة تجاه الأطراف المتعاقدة وتجاه الغير[1]. فلكل طرف في العقد التزام احترام وتنفيذ التزاماته، ولا يمكن لأي واحد منهما تغيير شروط أو بنود خاصة بالاتفاق الذي يجمعهما إلّا باتفاق ثاني أو بما قد يفرضه القانون[2]. فاقتران العقد بالإرادة ضروري (ثانيا).

ثانيا: ضرورة اقتران العقد بالإرادة

إن العقد هو آلية قانونية تسمح بإجراء مختلف التصرفات، مُحرّكها مبدئيا الإرادة، ممّا وجب التوفيق بين متطلبات القانون ورغبة الإرادة في تحقيق ما تراه مناسبا لمصلحتها بالنسبة لطرفي العقد[3]. حقيقة الإرادة كافية لإنشاء العقد، والتراضي كافٍ لإنشاء الالتزام.

ومبدأ القوة الملزمة للعقد هو من أهم المبادئ التي كرّستها التشريعات الوطنية المختلفة، وتظهر في أساسين، الأول هو أن "العقد شريعة المتعاقدين"، والثاني هو "حسن النية في تنفيذ العقود"[4]. فإن المبدأين بحق أعمدة كل عمليات تعاقدية، وبها يتم ترسيخ مبدأ احترام العقود[1].

---

[1] بكر عبد السعيد محمد أبو طالب، المرجع السابق، ص 24

[2] يلاحظ أن مع تطوّر الزمن تراجع دور الإرادة وتعرّض العقد لانتهاكات منها الإجبار على التعاقد وأيضا أزمة العقد La crise du contrat.

(H.) BATIFFOL, La crise du contrat et sa portée, Archiv. Philo. Droit t, XII, 1968, P. 13.

[3] رجاء عيساوي، سناء شيخ، الأمن التعاقدي ومقتضياته، مجلة الاجتهاد القضائي، المجلد 13، عدد خاص، جامعة محمد خيضر بسكرة، الجزائر، 2021، ص 500.

[4] إحالة: تم التطرّق إلى مبدأ حسن النية بالتفصيل في الفرع الأول من المطلب الأول من المبحث الثاني من الفصل الثاني من الباب الثاني، ص 366.

يُعرف المبدأ هذا بالقوة الملزمة للعقد الذي هو مبدأ عالمي La force obligatoire du contrat est un principe universel، ويعني أنه بمجرد انعقاد العقد بصفة صحيحة وجب على أطرافه تنفيذه كما لو كان قانونا، وبالتالي لا يجوز لأحد المتعاقدين أن ينفرد بنقضه أو تعديل بنوده دون رضاء المتعاقد الآخر.

ويعني هذا، أن للإرادة حرّية في التعاقد ولها سلطات كبيرة في إنشاء هذه الروابط العقدية وترتيب آثارها. فيسود كقاعدة عامة مبدأ سلطان الإرادة أغلب العلاقات القانونية، وهذا بمجرد تطابق وتوافق الإيجاب و القبول[2].

تأكيدا لهذا، يخضع العقد لمبدأ قوتّه الملزمة، بحيث إذا نشأ صحيحاً بأركانه وشروطه ترتبت عنه التزامات وأصبحت واجبة التقديس والتنفيذ، ولا يمكن التنصل منها أو المساس بها[3].

ومن هذا المنطلق وجب توضيح موضوع العقد، حيث تناوله شُرّاح وفقهاء القانون، وما نتج عنهما من مناقشات فقهية ونصوص تشريعية وتطبيقات قضائية، شكّلت اللّبنة الأساسية للتطور المعاصر وما لها من مستجدات، ومتغيرات في مضمون العلاقات القانونية التعاقدية، المتماشية والظروف الاجتماعية والاقتصادية والسياسة والأخلاقية والفلسفية المحيطة بها[4]. وقد مرّت الدراسات هذه، بالنظرية الكلاسيكية للعقد ثم بالتوجه المعاصر، والتي كرّست جميعها القوة الملزمة للعقد بتفاوت ظاهر مرّ بالتوفيق بين الحرّية أولا وصولا إلى التدخل في مضمون هذه الحرّية ثانيا.

تستوجب العلاقة العقدية، شأنها في ذلك شأن القاعدة القانونية، عنصر الالتزام لتحقيق الغاية المستهدفة من العقد، وهذا ما يُعرف في الشريعة الإسلامية بمبدأ "المسلمون عند شروطهم إلا شرطاً حرم حلالاً أو أحل حراماً". فالإرادة هي السلطان الأكبر في تكوين العقد أولا والآثار

---

[1] طارق جمعة السيد راشد، حماية التوقعات المشروعة للمتعاقدين، مجلة القانون والاقتصاد، ملحق العدد 96، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، مصر، 2023، ص 18.

[2] عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، النظرية العامة للالتزامات، نظرية العقد، ج 01، ط 02، منشورات حلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 1998، ص 85.

[3] عابد فايد عبد الفتاح فايد، تعديل العقد بالإرادة المنفردة، محاولة نظرية في قانون الالتزامات المقارن– دراسة تطبيقية في عقود السفر والسياحة، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2005، ص 16.

[4] ظهرت النظرية الاجتماعية للعقد، فأصبح للعقد وظيفة تخدم المصلحة العامة أولا ثم الخاصة ثانيا.

التي تترتب عن هذا العقد ثانيا. وما دام أن الفرد هو الغاية من الوجود الاجتماعي، وجب تسخير الجميع لخدمته واحترام حرّيته وإرادته، فلا يُكلّف الإنسان بالتزامات إلّا إذا رضي بها مختارا لا مجبرا[1].

إن القوة الملزمة هي التي تمنع انفراد أحد الأطراف بتعديل شروط العقد، ولا يتم أي تعديل إلّا بالإرادة المشتركة للمتعاقدين. فكل ما تم اتفاقه بين طرفي العقد من شروط أو بنود بصفة صحيحة، يأخذ مكانة القانون من حيث القوة، ويُمنع المساس بها تعديلا أو نقضا[2].

هيمنت القوة العقدية وأصبحت أول نظام قانوني لإقامة المشروعات الكبرى، وأساس هذه الأهمية العقدية حرّية الإرادة، فيلاحظ أنه في الشركات توجد إرادة عامة هي القانون، ثم توجد بعد ذلك إرادات خاصة هي التي تنشئ العقود..."فالقانون هو العقد الكبير الذي يبرمه جميع الأشخاص في المجتمع، وبجانب القانون تأتي بعد ذلك العقود الفردية التي يبرمها الأشخاص"[3].

إن للإلزامية علاقة بالعقد، فهي تتولد كصفة مصاحبة للعقد المبرم، بعد تطابق الإرادات الحرّة للأطراف المتعاقدة وتوافقها. ففكرة الالتزامات العقدية نابعة من التصوّر الإرادي للعقد الذي يفرض ضرورة احترام وتنفيذ ما اتفق عليه دون حاجة لأي إجراء أو شكل يفرضه القانون. هذا عكس ما كان معمول به في القانون الروماني، حيث أنه كانت الإرادة لا تُنتج آثارها إلا بعد إفراغها في شكل معيّن و إلّا أُبطل التصرف[4].

أكّد المشرع الجزائري في المادة 106 من القانون المدني الجزائري أن: "العقد شريعة المتعاقدين، فلا يجوز نقضه ولا تعديله إلاّ باتفاق الطرفين، أو للأسباب التي يقرّرها القانون".

---

[1] علاق عبد القادر، المرجع السابق، ص 08.

[2] محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، النظرية العامة للالتزامات، مصادر الالتزام، العقد والإرادة المنفردة (دراسة مقارنة في القوانين العربية)، دار الهدى، الجزائر، 2019، ص 298.

[3] (A.) WEILL et (F.) TERRE, Droit civil, les obligations, 4éme éd, Dalloz, 1986, P. 55.

[4] خليل أحمد حسن قدادة، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري، ج 01، مصادر الالتزام، د.م.ج، بن عكنون، الجزائر، 1994، ص 18; بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، التصرف القانوني (العقد والإرادة المنفردة)، ج 01، د.م.ج، الجزائر، 1999، ص 45.

ففي نفس المعنى، يعتبر العقد قانون المتعاقدين، وتضيف المادة 107 فقرة 1 من نفس القانون أنه:" يجب تنفيذ العقد طبقا لما اشتمل عليه وبحسن نية..."[1].

وتأكيدا لما كُتب، تعتبر عبارة العقد شريعة المتعاقدين ضرورة احترام الشروط المتفق عليها في العقد، فتعني كلمة PACTA جمع PACTUM اتفاق أو عقد. أما كلمة SUNT، فعل كلمة SERVANDA مشتقة من فعل SERVO، وتعني حذار- احترم- ميّز، ومجموع هذه الكلمات تعني أنه "على الأطراف احترام الاتفاقات والعقود التي تم إبرامها". ويوجد مثل فرنسي قديم يُستخدم في نفس المعنى: « On lit les bœufs par les cornes et les hommes par les paroles »[2].

في القانون تعني عبارة Pacta Sunt Servanda، أن العقد المبرم بطريقة صحيحة من حيث مضمونه وأركانه وشروطه، هو القانون الذي يُلزم الأطراف، ولهذا يجب احترام مُحتوى هذا العقد تحت طائلة العقوبة أي عقوبة القانون.

تمس القوة الملزمة للعقد موضوعه (أ)، ثم أشخاصه (ب).

أ_ فكرة القوة الملزمة للعقد من حيث الموضوع

إن العقد نسبي من حيث المضمون، فلا يلزم إلاّ بما ورد فيه، وهذا في موضوع تفسيره إذا كان العقد في حاجة إلى تفسير. وبعد استخلاص الإرادة المشتركة للمتعاقدين، يتم

---

[1] تُعبر قاعدة العقد شريعة المتعاقدين عن الوفاء بالعهد الذي ظهر قديما، وهي تؤكد على ضرورة احترام الكلام المعطى ;

« Respect de la parole donné » ; عابد فايد عبد الفتاح فايد، المرجع السابق، ص 24.

[2] Raphael Magno VIANNA GONCALVES, Le principe Pacta Sunt Servanda. Considérations sur la force obligatoire des contrats dans le transport maritime, Neptunus, e. revue, Université de Nantes, Vol.24, 2018/2, P. 01 ;

file:///C:/Users/hp/Downloads/Vianna-Pacta%20Sunt%20Servanda%20et%20le%20droit%20maritime.pdf يوم 28 أبريل 2024، الساعة 17:34

تكييّف العلاقة العقدية بإضفاء الوصف القانوني المناسب بغية تحديد الشروط الواجبة التطبيق، فتتحدد الالتزامات وتزداد معالم الإلزامية وضوحا.

حقيقة، يلتزم المتعاقدين بما يُحقق مقصودهما، وما يتفقان عليه من شروط. غير أن العقد يتّسع كذلك للالتزام بما هو من مستلزماته، إذ تُقر أغلب التشريعات أن الأمر ليس مطلقاً لأن الغالب في العقود أن يتم الاتفاق فيها على المسائل الجوهرية، و قد تُترك المسائل التفصيلية دون تحديد[1].

ب_ فكرة القوة الملزمة للعقد من حيث الأشخاص

إن العقد نسبي في آثاره، فقوّته الملزمة كقاعدة عامة لا تتعدى عموماً إلاّ للمتعاقدين، فلا يتلقى الغير حقوقاً ولا يتحمل التزامات بمقتضى هذا العقد، إلّا إذا كان طرفا فيه. فالحقوق والالتزامات المتولدة عن العقد تنصرف إلى ذمة المتعاقدين دون سواها، وهذا عملا بقاعدة "أن العقد لا يفيد ولا يضر غير أطرافه"[2].

فالعقد ملزم لأطرافه في حدود ما يرتبه من التزامات تجاه المتعاقدين، ولكن القوة الملزمة للعقد من حيث الأشخاص لا تنحصر بين طرفي العلاقة العقدية فحسب، بل تمتد استثناءً

[1] عبد القادر علاق، المرجع السابق، ص 10.

[2] فاضلي إدريس، الوجيز في النظرية العامة للالتزام، العقد، الإرادة المنفردة، الفعل المستحق للتعويض، الإثراء بلا سبب، القانون، قصر الكتاب، د.د.ن، 2006، ص 126.

إلى خلفهما العام والخاص[1] من جهة كممثلين للمتعاقدين، وإلى الغير الذي لا تربطه أيّة صلة بالمتعاقدين تطبيقا لمحتوى الاشتراط لمصلحة الغير والتعهد عن الغير[2] من جهة أخرى.

الفرع الأول: التدخل التشريعي والقضائي بين الحتمية والاختيارية

تطوّر العقد وأظهر توازنا شبه حقيقيا يربط بين الفئة الضعيفة في المجتمع والفئة القوية التي تتحكم في إرادة المتعاقد الآخر بصورة شبه مبالغ فيها أحيانا مبني على الأنانية المفرطة. فأصبحت الإرادة التعاقدية مريضة نتيجة لظهور مناخ مبني على الاستغلال التعسفي.

ما زاد من قوّة أزمة العقد أيضا، توغّل قواعد القانون العام في العقد، فتدخلت الدولة بواسطة الإرادة العامة volonté collective ولتحقيق المصلحة العامة، وظهر مصطلح "عيممة العقد Publicisation du contrat"[3].

---

[1] علي فيلالي، الالتزامات، النظرية العامة للعقد، الطبعة الثالثة، موفم للنشر، الجزائر، 2013، ص 446: **الاشتراط لمصلحة الغير**، نصّت عليه المادة 116 من القانون المدني الجزائري، بقولها: "يجوز للشخص أن يتعاقد باسمه على التزامات يشترطها لمصلحة الغير، إذا كان في تنفيذ هذه الالتزامات مصلحة شخصية مادية كانت أو أدبية". فهو عقد يتم بين شخصين، يهدف إلى إنشاء حق لفائدة شخص أجنبي عن العلاقة التعاقدية. بمعنى أنه، تصرف قانوني يشترط بموجبه أحد المتعاقدين (المشترط) على الآخر (المتعاقد الثاني المتعهد أو الملتزم) بإنشاء حق لشخص ثالث ليس طرفا في الاتفاق (المستفيد أو المنتفع).

[2] محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، النظرية العامة للالتزامات، مصادر الالتزام، العقد والإرادة المنفردة، المرجع السابق، ص 331: **التعهد عن الغير** هو اتفاق بمقتضاه يتعهد شخص (المتعهد) بعمل، وهو أن يحمل شخصا آخرا على قبول التزام معيّن، فيتعاقد شخص مع آخر مع تعهده بأن يحمل الغير على قبول هذا التعاقد.

[3] إن مصطلح "عيممة العقد"، هو مصطلح فضفاض ومرن، بحيث لم يستطع الفقه ضبطه وتعريفه، وقد حاول بعض الفقه تعريفه بأنه: "العقد الخاص الذي كان من قبل مقصورا على الإرادة الفردية، قد تدخلت فيه الإرادة العامة أي إرادة الدولة، وبالتالي يفقد طابعه الخاص وبتعيمم بقدر ما فقد من ذلك الطابع" ; عبد الحي الحجازي، المرجع السابق، ص 267 ;

فعيممة العقد هو أنه ما كان يتمتع به العقد من إرادة فردية بين الطرفين فقط، تصبح الدولة تشارك هذه الإرادة بتغليب المصلحة العامة على حساب المصلحة الخاصة ;

لمزيد من التفاصيل: فاضل خديجة، عيممة العقد، دراسة مقارنة، دكتوراه، جامعة الجزائر 1، 2014_2015.

حقيقة، إن هذه الطريقة تسعى دائما إلى حماية العلاقة العقدية من أيّة أزمة رغم اتسامها بسياسة الجبرية المتمثلة في تدخل المشرع والقاضي. ألم تُشوه هذه الأزمات الوجه الحقيقي للإرادة الضرورية في كل العقود؟

أحدثت فكرة الإرادة في العقد جدالا فقهيا كبيرا فمن المغالي إلى المجافي، وانقسم الفقه. فمنهم من أنكر الإرادة من دائرة العقد[1]، ويرون أن هذا الأخير (العقد) يُبنى على اعتبارات اجتماعية. ومنهم من تشدّد في إبراز دور الإرادة في العقد[2]، وأخذوا بدور الإرادة على إطلاقها كأساس لكل بناء عقدي.

يلاحظ أنه لا يمكن التسليم بهذه الآراء المتطرفة، فلا يجب إنكار وجود أي دور للإرادة، ومناهضة مبدأ سلطان الإرادة. كما لا يمكن الغلو في حجم الإرادة في العقد، بل يجب الوقوف عند الأمر المعقول لا إفراط ولا تفريط تحقيقا للتوازن بين مبدأي التدخل والحرية والتوفيق بينهما.

أولا: التوفيق بين الحرّية والتدخل في مجال العقود

تنازع بشأن مبدأ القوة الملزمة للعقد المذهب الفردي من جهة، وما سبّبه إفراطه في تمجيد وتقديس الإرادة، والمذهب الاجتماعي من جهة أخرى، وما جاء به من فلسفة جديدة[3] تسمح بتدخل التشريع والقضاء على العلاقات التعاقدية، حماية لأبعاد فلسفية قائمة على جوانب اقتصادية واجتماعية للعلاقات التعاقدية مخففة لإرادة أطراف العقد.

---

[1] ذهب أنصار النزعة الاجتماعية إلى إنكار وإقصاء دور الإرادة من العقد، معتقدين أن الالتزامات الناشئة عن العقد تُستمد من اعتبارات اجتماعية بحتة تقوم على ضرورة الإنتاج والتوزيع، وأن العقد ما هو إلّا نظام يهدف إلى تحقيق الاستقرار الاجتماعي ; أمال بن بريح، مدى تراجع دور الإرادة في المجال التعاقدي، بحوث جامعة الجزائر 1، الجزء 1، العدد 14، 2020، ص 21.

[2] يرى أنصار المذهب الفردي وعلى رأسهم الفقيه Emmanuel KANT، أن الحرّية الفردية هي وحدها أساس الالتزام، فهي التي تُنشئه وتُحدد مضمونه، وتُكسبه قوته الإلزامية، وهي مصدرا للقانون ; لمزيد من التفاصيل: علي فيلالي، الالتزامات، النظرية العامة للعقد، المرجع السابق، ص 52 ; حليس لخضر، المرجع السابق، ص 37_46.

[3] بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، التصرف القانوني، العقد والإرادة المنفردة، ج 01، ط 03، د.م.ج، الجزائر، 2004، ص 43.

أوصلت فلسفة التدخل في العقد العالم إلى شبه إقصاء مبدأ سلطان الإرادة، حيث كتب "روهات" «ROUHETTE»: "العقد ليس اتفاق ارادتين... القوة الملزمة للعقد لم تؤسس عند محرري التقنين على احترام الإرادة، ولكن على الضرورة الاجتماعية لاستقرار التعهدات التعاقدية، ...واعمالا بسنة التطور الحاصل في العالم منذ 1804، فقد اندثرت الفردانية، ولم تعد الإرادة ملزمة إلّا لأنها تحت سلطان القانون..."[1].

أمّا عن الاتجاه المعتدل الذي يحاول التوفيق بينهما، فهو يطلب الإبقاء على المبدأ، فيرى أن: "... علينا الإبقاء على المبدأ، مع ملاحظتنا بأن قوة الإرادة ليست مطلقة، إنها تصطدم بحقائق خارجة عنها، وبضرورات التنظيم الاجتماعي، وهذا ما يسميه "فرانسوا جيني François GENY" بحرية البحث العلمي"[2].

كما يؤكد في نفس السياق على أن "احترام القوة الملزمة للعقد قد ينتج عنه اللاعدل... ولذا... يجب أن تكون هذه القوة محدودة بفكرة التضامن التعاقدي، وأيضا بالنظرية الاجتماعية للعقد".

إن الرفض المعاصر لهذه النظرية يتطلب تدخلا قضائيا كثيفا ومركزا"[3].

---

[1] (Ph.) MALLAURIE, (L.) AYNES et (Ph.) STOFFEL – MANCK, Droit civil, Les obligations, 02 éme éd., Defrénois, Paris, France, 2005, P. 357 ; « Le contrat n'est pas un accord de volontés… La force obligatoire du contrat n'aurait pas été fondée chez les rédacteurs du code le respect de la volonté mais plutôt sur la nécessité sociale de la stabilité des engagements contractuels, …en s'attachant à l'évolution depuis 1804, le monde a changé, l'individualisme, s'efface, la volonté n'oblige que parce qu'elle est sous la dépendance de la loi … ».

[2] (Ph.) MALLAURIE, (L.) AYNES et (Ph.) STOFFEL – MANCK, Droit civil, Les obligations, 02 éme éd, Op.cit, P. 358 ; « … On doit maintenir le principe, tout en soulignant que la puissance de la volonté n'est pas absolue ; elle se heurte aux réalités qui lui sont extérieures et aux nécessités de l'organisation sociale ce que François GENY appelait la libre recherche scientifique ».

[3] (Ph.) MALLAURIE, (L.) AYNES et (Ph.) STOFFEL – MANCK, Droit civil, Les obligations, 02 éme éd, Op.cit, P. 359 ; « Respecter la force obligatoire du contrat peut s'avérer injuste,

من المهم عرض هذه الاتجاهات، وعدم الغلو في تقديس حرية التعاقد، بل جعل القوة الارادية للعقد محدودة وغير مطلقة، والسماح للقاضي وللمشرع التدخل لتحقيق توازنات عقدية بين مصلحة المتعاقدين والمصلحة الاقتصادية والاجتماعية المرجوة من وراء ابرام وتنفيذ العقود، دون تجاهل الدور المحوري الذي يلعبه العقد ميدانيا.

ينبغي طرح السؤال: هل يجب تقديس دور الإرادة والحرّية التابعة لها لتحقيق التوازن العقدي، أم لا بد من التخفيف منها لتراجع قوّتها الملزمة ومنع تعسفها؟

لتكريس الطابع التعاقدي للعلاقات القانونية، يجب البحث عن ما يحقق تناسبا مع حاجات الأشخاص الاقتصادية والاجتماعية، مقارنة بالمصالح الخاصة الموجودة في العقد. لذلك، ولاحترام الالتزامات الناشئة عن العقد، يجب الأخذ باعتبارات تُحقق الاستقرار والثقة في المعاملات تحقيقا للتضامن الاجتماعي ولما تحتاجه كل مصلحة خاصة. فحرّية الشخص تأخذ بمتطلبات المجتمع أو ما يسميها الفقه بالحرّية الاقتصادية، حيث أصبح الفقه يرى أنه "لم يعد كل ما هو عقدي فهو بالضرورة عادل"[1]، أليس هناك مبدأ قانوني هام قائم على فكرة: "في العقد غابن ومغبون".

وانطلاقا من هذا، أصبح للإرادة وظيفة اجتماعية تتقيّد بمتطلبات المجتمع، فلا يستطيع الفرد تجاوز الحدود التي رسمها القانون[2]. حقيقة لا يمكن إيجاد المساواة بين المتعاقدين، فالواقع يثبت أن الطرفين غير متساوين لا في الذكاء، ولا في القوّة الاقتصادية، ولا حتى في المراكز الاجتماعية، فالطرف الأكثر فطنة وقوّة يفرض عادة ارادته وشروطه على الطرف الآخر، وهذا

=la force obligatoire du contrat devrait être bornée par le solidarisme contractuel ou encore la théorie sociale du contrat.

Le rejet contemporain de cette théorie serait à l'origine d'une nouvelle crise du contrat … en pratique cette théorie réclame un interventionnisme judiciaire accru » ;

مقتبس من: حدون حسن، تراجع مبدأ القوة الملزنة للعقد _دراسة مقارنة في ظل التشريعات الخاصة_، دكتوراه، تخصص قانون خاص، كلية الحقوق سعيد حمدين، جامعة الجزائر 1 بن يوسف بن خدة، 2020_2021، ص 192.

[1] (J.) GHESTIN, L'abus dans le contrats, Gaz pal, 1981, doc, 379.

[2] أنور سلطان، الموجز في النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر، 1998، ص 14.

ما يبدو بجلاء في عقود الإذعان[1]. ومن هنا، اخترع الفقه فكرة الحرّية الاقتصادية، وجعل الإرادة العقدية مجرد أداة[2]، وأضاف للإرادة العقدية جانبا من الإرادة الاقتصادية.

للقضاء على التفاوت العملي بين الأطراف، تسعى التشريعات إلى إنشاء مجمعات اقتصادية للقضاء على عدم التوازن الموجود في بعض العقود، وهذا لحماية المتعاقدين الصغار.

Le regroupement pour lutter contre le déséquilibre structurel des parties au contrat…(association, centrale d'achat[3]…)[4].

لا يستطيع المتعاقد في كلّ الأحوال الدفاع عن مصالحه الخاصة، لذا أصبح توجيه الاقتصاد ضرورة لا يمكن الاستغناء عنه خاصة مع ظهور الاقتصاد الموجه، وما يهدف إليه النظام العام بأنواعه للحماية Ordre public de protection، ونظام عام للتوجيه Ordre public du direction. جعل الدولة تراقب العديد من الأنشطة الاقتصادية وتحكمها وسهرها على ترقية وتنظيم التجارة الخارجية.

تقوم العقود على مبدأ سلطان الإرادة، إرادة موجهة بطريقة سليمة لا تؤدي إلى التعسف والظلم[5]. فتبقى الإرادة قائمة بين فكرة لا إفراط في التدخل ولا إسراف في الحرّية، عملا بمبدأ "لا مغالاة ولا مجافاة"

---

[1] حليس لخضر، المرجع السابق، ص 213.

[2] علي فيلالي، مقدمة في القانون، موفم للنشر والتوزيع، الجزائر، 2005، ص 12 و13.

[3] « Une centrale d'achat est une structure qui centralise les achats pour le compte de plusieurs entreprises, permettant de négocier des conditions d'achats optimisées, en regroupant les commandes, pour obtenir des tarifs avantageux ». مركز الشراء يجعل العقود متوازية، قوي ضد قوي آخر

[4] (Fr.) TERRE, (Ph.) SIMLER, (Y.) LEQUETTE, Droit civil, les Obligations, 6 éme éd, Delta Dalloz, 1996, P. 33.

[5] (B.) STARCK, Les Obligations, Librairies Techniques, 1976, P. 08 ;

مقتبس من: حليس لخضر، المرجع السابق، ص 216.

ظهر العقد الوظيفي المبني على الاتفاق والتعاون وحسن النية لإبقاء العقد قائما ومستمرا. وكما يتجه إليه الفقه، يجب على العقد أن يظل من الناحية الاجتماعية والعملية، تصرفا مبنيا على النية والثقة[1]. وهذه الأفكار التي غيّرت النظرة التقليدية للعقد، ويتفاءل (J.) MESTRE بكتابته "من الثقة إلى التعاون لم يعد هناك سوى خطوة"[2].

يُبنى الكلّ على احترام التوازن بين الحرّية من جهة والتدخل والتوجيه من جهة أخرى، ويجب أن يكون للإرادة دورٌ في تكوين العقد بإنشاء علاقات في حدود القانون، واتخاذ موقف الاعتدال، فلا يُنتقص من سلطان الإرادة، ولا من سلطان المشرع والقاضي، بل بالاعتماد على التدخلات المتوازنة والعادلة أساسها النظام العام الذي يصعب تعريفه، تعريف يشبه "المغامرة في الرمال الزاحفة Les sables moulants"، و "مسلك محاطا بالأشواك"، فقد عُرّف بأنه: "مجموعة النظم والقواعد التي قُصِدَ بها إلى المحافظة على حسن سير المصالح العامة في الدولة، وإلى ضمان الأمن والأخلاق في المعاملات بين الأفراد بحيث لا يجوز للأفراد أن يستبعدوها في اتفاقاتهم"[3].

أوجد القانون بجانب القواعد الآمرة عددا هائلا من القواعد المكملة لإرادة الأطراف والمقررة والمفسرة لها التي عمليا أخذت نصيبا أوفر، وهكذا يرى البعض وعن حق أن النظام العام اليوم له دورا إيجابيا لا يمنع كما كان في القديم، بل يفرض المشرع فيه سلطان ومضمون العقد[4].

---

[1] (J.) CARBONIER, Flexible Droit, 5 éme éd., 1983, P. 259.

[2] (J.) MESTRE, L'evolution contemporaine du Droit des contrats, journée savatier, P.U.F, 1985, P. 45 ;

مقتبس من: حليس لخضر، المرجع السابق، ص 220.

[3] عبد الحي الحجازي، المرجع السابق، ص 270.

[4] (J.) FLOUR, (J-L.) AUBERT et (E.) SAVEAUX, Droit civil, Les obligations, L'acte juridique, 10 éme éd, Delta, Paris, France, 2002, P. 76 ; « L'ordre public classique était essentiellement négatif ; le législateur interdisait certains contrats ou certaines clauses. L'ordre publique d'aujourd'hui est souvent positif ; le législateur impose d'autorité, le contenu du contrat »

كل هذا ناتجا عن تطور دور الدولة، تطورا أدى إلى ما يعرف بعَيمَمَة وجَميَعَة العقد Publication et socialisation du contrat[1].

فعلى الروابط القانونية واجب احترام النشاطات الاقتصادية والاجتماعية، والابتعاد عن الفردانية والاتجاه نحو مناطق النظرة الجماعية.

يرى الفقه أن هذا التطور، في وظيفة الدولة ليس معناه القضاء على مبدأ سلطان الإرادة، بل تحوّل من مبدأ حرية الإرادة الفردية إلى مبدأ سلطان الإرادة الجماعية[2].

ثانيا: أساس القوة الملزمة للعقد

نشأ مع تطور العلاقات التعاقدية مخاطر جديدة قد تؤدي إلى ظهور عدم التوازن التعاقدي، ممّا ألزم البحث عن ما يُعرف بالأمن التعاقدي، ومنه الأمن القانوني. يستمد هاذان المصطلحان قوّتهما من قواعد العدالة والانصاف والاستقرار المالي للمعاملات التعاقدية[3].

ومن هنا، يُنشئ العقد ضرورة استقرار المعاملات، تصاحبه وتُكوّن له عدالة تعاقدية. ظهرت تجاذبات كثيرة تشريعية منها وقضائية وفقهية متناقضة، أظهرت صراعات مذهبية شهدها المجتمع عبر تطوّره التاريخي، فمنها الليبرالية الاقتصادية ضد المذهب الاجتماعي، والحرّية الفردية ضد المصلحة العامة، والنزعة الذاتية ضد النزعة الموضوعية[4].

أدّى هذا إلى تغييرات كثيرة خلقت سيطرة مبدأ سلطان الإرادة وما نتج عنه من ضرورة وجود توازن عقدي، أي من إرادة مشتركة بين أطراف العقد، وفي الأطراف، قويّ وضعيف.

---

[1] علاق عبد القادر، المرجع السابق، ص 99 ; حليس لخضر، المرجع السابق، ص 148_154

[2] محفوظ لعشب، عقد الإذعان في القانون المدني الجزائري والمقارن، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1990، ص 174.

[3] رجاء عيساوي، سناء شيخ، المرجع السابق، ص 506.

[4] درماش بن عزوز، التوازن العقدي، دكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان، الجزائر، 2013_2014، ص 17.

بعدها ظهرت النزعة الاجتماعية بفعل التفاوت بين الالتزامات والحقوق، ممّا أدى إلى ظهور إطار يجعل العقد أكثر مرونة مع العالم الخارجي الذي تطوّر في كنفه. فالعقد وليد بيئته يتطور سلبا وإيجابا معها.

إن التوازن العقدي كمفهوم قانوني موضوعي عام ومجرد، يأخذ في الحساب كل العلاقات التعاقدية التبادلية. فلا تقديس للحرّية الفردية بل وجوب تحقيق عدالة اجتماعية تؤدي في النهاية إلى مصلحة المجتمع ككل. وهي جميع المصالح الفردية المجتمعة، دون المساس بعدالة العقد. يقوم كل عقد على أساس تطابق حقوق وواجبات الأطراف، تطابقا مبني على العدالة. ونتيجة لذلك، ظهر التوازن العقدي كأهم قيد على الإرادة.

حقيقة، الإرادة حرة لكن بشرط تحقيق التوازن العقدي والأمن التعاقدي، فما الإرادة العادلة إلاّ وجها من أوجه الأمن القانوني.

أ_ التوازن العقدي

تستعمل كلمة التوازن في اللغة العربية للدلالة على التكافؤ والتعادل والتناسب والمساواة، في اللغة الفرنسية نجد مصطلح EQUILIBRE، والكلمة تنقسم إلى قسمين: لفظ LIBRA التي تعني الميزان LA BALANCE، ومصطلح AEQUUS التي تعني مساوي- معادل EGAL[1].

جدير بالذكر أن، العدالة هي أساس وجود القانون وتطوّره ككل، وقد اختلف الشرّاح في تحديد معنى العدالة، ومن أشهر التعريفات لفكرة العدالة أنها: "إحساس أخلاقي موجود في الضمير الاجتماعي، وظيفتها الملائمة بين القواعد القانونية وعلاقات معينة نابعة عموما من عقود تبرم بين أطراف"[2].

العدالة هي العدل المطبّق على حالة خاصة، فإذا كان العدل يمتاز بالعمومية والتجريد، فهو كالقانون. أما العدالة فتهتم بالظروف الخاصة لكل حالة، ومن هنا يمكن القول أنّ العدل

[1] ممدوح حقي، قاموس للمصطلحات القانونية والتجارية (فرنسي _ عربي)، مكتبة لبنان، بيروت، د.س.ن.

[2] درماش بن عزوز، المرجع السابق، ص 21.

يمتاز بالصلابة والتشدّد، بينما العدالة تمتاز بشيء من الليونة والمرونة والرحمة والإنسانية للتخفيف من شدّة القوانين في حالات معينة، بعيدا عن مبدأ "يظل القانون قائما رغم صرامته"[1].

من الفقهاء[2] من يرى أن للعدالة مفهوم مطلق، لا تتغير باختلاف الزمان والمكان. ويرى توجه آخر أن للعدالة مفهوم نسبي يختلف من مكان إلى آخر باختلاف المجتمعات. ويعتبر التوجه الأخير هو الغالب، خاصة وأن العدالة هي نتاج المجتمع[3].

تُنشئ العدالة ما يعرف بالعدل، وينقسم العدل بدوره إلى نوعين، العدل التبادلي، ويقصد به الحقوق التي يكتسبها الفرد ممّا يبرمه من عقود في معاملاته التبادلية، فيقوم على التساوي بين الأفراد وبالتالي على احترام بعضهم البعض. فليس لطرف فرض سيطرته على الآخر.

أمّا العدل التوزيعي، فهو التوازن الكامل في توزيع الأعباء والمكافآت، فمن الأعباء مثلا دفع الضرائب، القيام بالخدمة الوطنية...، ومن أمثلة المكافآت الحق في التعليم والصحة والحصول على سكن والعمل[4]. فعلى الدولة تحقيقا للاستقرار الاجتماعي والسهر على حسن تطبيق هذه الصور المختلفة من العدل احترام مصطلح العدل بشقّيه[5].

من العدل القانوني ينبثق الأمن القانوني الذي هو من أساسيات قيام المجتمعات المبنية على التوازن بمختلف جوانبه.

---

[1] « Dura lex sed lex » « La loi est dure, mais c'est la loi ».

[2] احمد إبراهيم حسن، غاية القانون، دراسة في فلسفة القانون، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر، 2001، ص 133.

[3] عبد الله علي الفسيل، دور العدالة في تطوير القانون، مجلة الجامعة اليمنية، العدد 03، 2020، ص 140.

[4] علي فيلالي، مقدمة في القانون، المرجع السابق، ص 159.

[5] عليان عدة، فكرة النظام العام وحرية التعاقد في ضوء القانون الجزائري والفقه الإسلامي، دكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان، الجزائر، 2015_2016، ص 07.

ب_ الأمن القانوني

الأمن القانوني يولد حتميا الأمن التعاقدي، فهما وجهين لعملة واحدة. يعتبر الأمن التعاقدي من أهم المبادئ الذي يُبنى عليها قانون العقد، في كنف الحرية التعاقدية والعدالة القانونية. وعرّفه الفقه تحت مصطلحات عدّة، منها: الحماية، الثقة، الثبات، التأمين واليقين.

ظهر الأمن التعاقدي مع ظهور الحضارات القديمة وامتد مفهومه إلى القانون الأوروبي، واعترفت به محكمة العدل للمجموعة الأوروبية في قرارها المعروف بقضية BOSCH[1] بتاريخ 06 أبريل 1962، وكذلك قضية DURBECK[2] بتاريخ 5 ماي 1981.

وقد جاء في إحدى قرارتها أنه يمكن لمحكمة العدل أن تستحدث في اجتهادها القضائي وسيلة لوضع عناصر حل بسيط وواضح يعيد الأمن القانوني للمتقاضي الأوروبي[3]. ومن هنا بدأ تدخل القضاء في العقد ومشتملاته.

---

[1] «… d'une manière plus générale, il serait contraire au principe générale de la sécurité juridique – règle de droit à respecter dans l'application du traité – de frapper de nullité de plein droit certains accords avant même qu'il été possible de savoir, donc de constater à quels accords s'applique l'ensemble de l'article 85 », Affaire n° 13-61, du 06 Avril 1962, « BOSCH » ; Sur le site :

https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/PDF/?uri=CELEX:61961CJ0013 31 Août 2024, 18 :41.

[2] Affaire n° 112-80, du 05 Mai 1981, « DURBECK », Sur le site :

https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/PDF/?uri=CELEX:61980CJ0112 31 Août 2024, 18 :50.

Patrick MICHAUD, principe de sécurité juridique et droit fiscal, Etudes fiscales internationales, 2012, P. 02, Sur le site : https://www.etudes-fiscales-internationales.com يوم 31 أوت 2024، الساعة 18:54

[3] « La cour de justice pourrait trouver dans sa propre jurisprudence le moyen de mettre en place les éléments d'une solution simple et claire, qui rétablirait la sécurité juridique pour le

استقبل هذا المبدأ في القوانين الداخلية للدول الأعضاء عبر بوابة قانون المجموعة الأوروبية ومحكمة العدل الأوروبية[1]. بعدها دخل مبدأ الأمن القانوني إلى مجال القانون الخاص وقانون العقود بمصطلح الأمن التعاقدي من جهة والأمن القضائي من جهة أخرى[2]. فزاد الترابط الميداني بين كل من الأمن التعاقدي والقانوني والقضائي.

توجد صعوبة في إيجاد تعريف للأمن التعاقدي، فهي فكرة يصعب تحديدها ولا توجد إلّا في ظروف معينة.

يتكون مبدأ الأمن التعاقدي من كلمتين وهي: الأمن أي الأمن ضد الخوف، والأمانة ضد الخيانة[3].

أما الكلمة الثانية، أي مصطلح التعاقد فيعني لغة: تعاقد، فهو متعاقد، تعاقد معه على أمر، تعاهد، اتفق معه عليه، تعاقد مبني على تبادل المصالح، واتفاق وتعاهد[4].

=justiciable européen » ; CJCE, Affaire n°43-75, du 08 Avril 1976, Sur le site: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/?uri=CELEX%3A61975CJ0043 يوم 31 أوت 2024، الساعة 18:59

[1] محمد فوزي نويجي، تطور مبدأ الأمن القانوني وأثره في إرجاء آثار حكم الإلغاء، مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، السنة التاسعة، العدد 04، 2021، ص 389.

[2] رجاء عيساوي، سناء شيخ، المرجع السابق، ص 502.

[3] ابن منظور، لسان العرب، دار المعارف، القاهرة، مصر، ص 140 ;

file:///C:/Users/hp/Downloads/Noor-Book.com%20%20%D9%84%D8%B3%D8%A7%D9%86%20%D8%A7%D9%84%D8%B9%D8%B1%D8%A8%20%D8%B7%20%D8%AF%D8%A7%D8%B1%20%D8%A7%D9%84%D9%85%D8%B9%D8%A7%D8%B1%D9%81%202%20.pdf يوم 20 أكتوبر 2024، الساعة 09:45

[4] تعريف ومعنى مصطلح "تعاقد" في معجم المعاني الجامع:

https://www.almaany.com/ar/dict/ar-ar/%D8%AA%D8%B9%D8%A7%D9%82%D8%AF/, يوم 20 أكتوبر 2023، الساعة 10:14.

فالأمن التعاقدي هو أمن المعاملات، ويعرف بأنه: "أمن قانوني يُطبق في العلاقات التعاقدية، وهو يبدو كالثقة في القانون التي تتمثل في واقعة خاصة وأن قواعد القانون تصبح متوقعة ومتمتعة ببعض الثبات، فيصير إذن الأمن التعاقدي بشكل خاص ممثلا للثقة بين المتعاقدين والأشخاص التاليين المهتمين بالعقد"[1]. وهم أطرافه[2]. إن العقد التعاقدي ليس إلّا وجها من أوجه الأمن القانوني[3]. معروف أن دور القانون هو خلق توازن بين مصالح قد تكون متناحرة.

يُبنى عمليا الأمن القانوني على مبادئ وحقوق يجب احترامها للوصول إليه، متكونا من القوة الملزمة للعقد من جهة، وتنفيذ العقد بحسن نية من جهة أخرى، مع إمكانية تأثر القوة الملزمة بوقائع وأحداث خاصة مبنية أساسا على ضرورة احترام الأطراف للمراكز القانونية، والإبقاء على العقد ما أمكن حتى في حالة وجود تأويل يحتمله محل العقد، أو وجود ما يهدد تنفيذه. الكلّ هو محاولة استمرار تنفيذ العقد وتجاوز الصعوبات لا سيما إذا كان في فسخه ضررا للمصالح المشروعة للمتعاقدين[4].

لابد من توفير الأمن التعاقدي من بداية تكوين العقد إلى حين تنفيذه وخلال كل حياته، فهو أساس ضمان مبدأ سلطان الإرادة، لذا وجب إضافة مبدأ العدالة العقدية لتحقيق التوازن الاقتصادي لكل عقد.

يُلاحظ أن ابرام وتنفيذ العقد يتطلب من الأطراف مرونة تجعل الاتفاق هذا يتأقلم مع تغيّر المحيط الذي قد يحدث تعديلات احتمالية، قد لا تؤثر عموما في بقاء العقد قائما ومنتجا

---

[1] ريما فرج مكي، تصحيح العقد دراسة مقارنة، ط 01، المؤسسة الحديثة للكتاب، لبنان، 2011، ص 360 ; رجاء عيساوي، سناء شيخ، المرجع السابق، ص 503 ; إفتيسان وريدة، إشكالية علاقة مبدأ الأمن التعاقدي بفكرة الأمن القانوني، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، المجلد 13، العدد 01، 2022، ص 38.

[2] قاسي فوزية، متطلبات تكريس دولة القانون: دسترة مبدأ الأمن القانوني (دراسة مقارنة بين التجربة الأوربية والجزائرية)، دكتوراه، تخصص العلاقات الدولية والأمن الدولي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة وهران، 2017_2018، ص 88.

[3] رجاء عيساوي، سناء شيخ، المرجع السابق، ص 503.

[4] عبد المجيد غنيجة، أبعاد الأمن التعاقدي وارتباطاته، اللقاء الدولي حول الأمن التعاقدي وتحديات التنمية، الهيئة الوطنية للموثقين بالمغرب، يومي 18 و19 أفريل 2014، ص 03.

لآثاره، ولذا ظهر ما يعرف بإعادة التفاوض[1]، تفاوض مبني على تفهّم وتقييم الظروف التي قد يمر بها العقد.

فلا أمن تعاقدي بلا أمن قانوني، والكل يحرص على ضرورة توفير مناخا ملائما مبني على مواكبة الواقع العملي المتطور لبيئة العقد. حقيقة الأمن القانوني والعقدي يأخذان اتجاها واحدا هو تحقيق عدالة بمفهومها القانوني أولا والعقدي ثانيا، فلا أمن قانوني دون أمن عقدي.

معروف عمليا أنه، لا ثبات ولا جمود في المعاملات القانونية والعقدية، وفي مبدأ العقد شريعة المتعاقدين لأن حريّة الأطراف وإن كانت متساوية من الناحية القانونية إلّا أنها ليست كذلك ممن الناحية الاقتصادية[2]. فالعقد لا يتوازن قانونيا إلّا إذا توازن اقتصاديا، وإلّا بقي هذا العقد ناقصا لا يخدم مصلحة أطرافه ولا مصلحة الدولة.

وانطلاقا من هذا، تدخلت التشريعات الوطنية المختلفة وأخذت بمبدأ القوة الملزمة للعقد كأصل عام في العقود، وأعطت استثناءً للقاضي سلطة التدخل في تعديل العقد، وهذا ما نص عليه المشرع الجزائري صراحة في المادة 107 الفقرة الثالثة: "...غير أنه إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها...وترتب على حدوثها، أنصار العقد مرهقا للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة جاز للقاضي... أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول...".

يعتمد القاضي في تدخله عموما على تقلبات النظام العام الذي هو مجموعة أسس اقتصادية وسياسية وقانونية مطبقة فعلا في مكان معيّن وفي زمان معيّن، ووسّعت الدول في تقسيم النظام العام هذا إلى قسمين، نظام عام توجيهي Ordre public de direction ونظام عام حامي للحماية Ordre public de protection.

فبتأمين المواطنين والناس على مصالحهم وأموالهم يتحقق العدل والمساواة وتزدهر المعاملات العقدية دون خوف ولا تعسّف، لا يتم هذا إلّا بحماية التوقعات المشروعة للمتعاقدين في كنف أمن اجتماعي.

---

[1] سيتم التطرق إلى شرط إعادة التفاوض في الفصل الثاني من الباب الثاني، ص 315.

[2] محمود علي دريد، النظرية العامة للالتزام، القسم الأول، مصادر الالتزام _دراسة تحليلية_، ط 01، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2012، ص 44.

يُضاف إلى هذا، أن الأمن القانوني ومعه الأمني العقدي يشكلان قيمة جاذبة للاستثمار بكل مقتضياته، ومكوّناته من نقل وتجارة وإنتاج وتوزيع واستيراد وتصدير. إذ تقوم التجارة الداخلة والدولية عموما على عقد النقل البحري وما له من دور هام في تطوير الاستثمارات بكل أشكالها.

يتم كل هذا في إطار تحقيق العدالة التعاقدية التي يتحصل بها كل طرف من أطراف العقد على المنفعة المقصودة منه، شريطة، إضافة صبغة أخلاقية على هذه الروابط التعاقدية، مع الأخذ بعين الاعتبار ألّا يكون مبدأ العقد شريعة المتعاقدين عائقا في التصدي للأحداث غير المتوقعة التي قد تصيب العقد أثناء تنفيذه. حقيقة يجب العمل بمبدأ "لكل حادث حديث"، محترما مناخا قانونيا سليما ومعه النظام العام بكل مكوناته وأسسه.

وما هو مؤكد، يُنشئ العقد ويكتسب في طياته مضمون الأمن القانوني المؤدي إلى استقرار المعاملات[1] التي يحققها القانون بما له من قوّة، وتمنع التشريعات أي نقض أو تعديل للعقود دون اتفاق، وهذا عملا بقاعدة "هناك قانون لأن هناك عقدا"، فلا وجود لأي شيء يعلو العقد، ويعلو إرادة الطرفين، وهذا ما أكّدته محكمة النقض المصرية، حيث قضت أن: "العقد وليد إرادتين، وما تعقده إرادتين لا تحله إرادة واحدة"، وهذا هو الأصل، إلّا أنه يجوز نقض العقد أو تعديله باتفاق طرفيه، أو لأسباب يقررها القانون، كذلك لا يجوز للقاضي أن ينقض عقدا صحيحا أو يعدله بدعوى أن التعديل يقتضه قواعد العدالة، فالعدالة تُكمّل إرادة المتعاقدين لكن لا تنسخها، وبالتالي، فالقاضي لا يتولى انشاء العقود مكان أطرافها، وإنما يقتصر عمله على تفسير إرادة الطرفين بالرجوع إلى نيّة المتعاقدين[2].

أمّا بصدد الوضع في قانون النقل البحري، تُبيّن تطور عقد النقل البحري، تطورا مبنيا على مراحل عديدة منها الحرّية، ثم تدخل القانون لضبط وإقامة توازن للصراع الذي كان قائما بين الناقلين من جهة والشاحنين أصحاب البضاعة من جهة ثانية (المطلب الثاني).

[1] المواد 320، 406، 176، 164 من القانون المدني الجزائري.

[2] نقض مدني مصري، الطعن رقم 4901 بتاريخ 06 أفريل 1995، منشور عبر الموقع:
https://manshurat.org/file/86869/download?token=iY81nXrm يوم 03 سبتمبر 2024، الساعة 14:07

المطلب الثاني: تأرجح عقد النقل البحري بين الحرية والتقييد

يعتبر الأمن القانوني مفهوما يسعى كل نظام سياسي العمل على تحقيقه وتوفيره وإرساءه إرساءً كاملا، فهو من مبادئ القانون الذي ينبغي أن يعُمّ في كل تشريع أساسي كان، عادي أو فرعي.

يخلق وجود الأمن القانوني الثقة في المجتمع ولا يكون هذا إلا بوضوح في قواعده التشريعية، فيمشي الأمن القانوني دائما مع دولة القانون وسيادتها ; ثقة الناس في المنظومة التشريعية تحل مشاكل عديدة في كل المجالات عامة وفي النقل البحري خاصة، حيث يتم تدخل المشرع عادة لتحقيق التوازن بين المصالح المختلفة الموجودة في المجتمع.

لا تُنشئ العقود آثارها وفعالياتها إلّا إذا اقترنت بقوة إلزامية تضمن تنفيذ الالتزامات التي يتعهد بها كل طرف، ولذا وجب تدخل المشرع في مضمون بعض العلاقات التعاقدية بوضع قواعد مكملة لإرادة الأطراف خاصة إذا نسو أو تناسوا إدراجها في عقدهم، وكذلك الشأن بالنسبة للقاضي الذي أعطاه القانون حق التدخل لمقتضيات العلاقة العقدية. هذه استثناءات ترد على مبدأ القوة الملزمة للعقد، فيها تطبيقات تبدأ بالدور التي تلعبه الإرادة في إنشاء وتعديل وإنهاء العقود، وكذلك تدخل التشريع في العقود بهدف تنظيمها أو مراجعة بعض بنودها بمساعدة القضاء.

فالأمر يجد مجالا واسعا في عقود النقل البحري، خاصة وأنه رغم وجود تشريعات واتفاقيات عديدة توجد تدخلات تشريعية كثيرة منها وقضائية بالإضافة إلى محتوى الاتفاقيات الدولية المتعلقة بالنقل البحري.

ينبغي الرجوع إلى المراحل التاريخية التي مر بها عقد النقل البحري لفهم مصالح أطراف العقد ومدى رغبة كل طرف تفضيل منفعته عن منفعة الآخر (الفرع الأول)، ممّا استوجب تدخلات تشريعية مختلفة وطنية ودولية حاولت رغم حيادتها تغليب مصلحة عن أخرى (الفرع الثاني).

الفرع الأول: نظرة تاريخية حول القوة الملزمة لعقد النقل البحري ومدى تقييدها التشريعي

يعتبر عقد النقل البحري من العقود الأساسية في حياة الأفراد لتسهيل تنقلاتهم وتجارتهم وتطوير اتصالاتهم بغيرهم، أهميته مرتبطة بأهمية الملاحة البحرية، تطور بتطور الوسط الذي يعيش فيه، وتقدم ليواكب نهضة تشريعية تلبي الحاجات القانونية للجماعة البحرية، ولأن الحاضر هو نتاج الماضي ونواة المستقبل، كان من المناسب دراسة تاريخ هذا العقد والدوافع التي أدت إلى ظهور نهضة تشريعية كاملة رسمت النقل البحري بمفهومه الحديث.

ظهر عقد النقل البحري وتطوّر بتطور الوسط الذي يحكمه، فنتج عن هذا استغلال البيئة البحرية، وأصبح عقد النقل البحري شريان التجارة الدولية.

في أواخر القرن 18 وبعد قيام الثورة الصناعية، وما أنتجته من أفكار تحررية تقوم على مبدأ حرية الإرادة[1]، بدأ التوازن العقدي بين الناقل والشاحن ينهار شيئا فشيئا[2]، فأنشأ عقد النقل البحري مشكلة توزيع مخاطر النقل بين أصحاب المصالح في ملكية السفينة وأصحاب المصالح في ملكية البضاعة المنقولة، ممّا أدى إلى ظهور خلل في التوازن العادل، فتخلص الناقل من المسؤولية القانونية، وأخذوا بأحكام المسؤولية التعاقدية، فغلب الناقلون وأدرجوا في عقودهم شروطا تتفق كلّية مع مصالحهم وإعفائهم من المسؤولية عن أي هلاك أو تلف البضاعة أو تأخير في وصولها[3].

نقل الناقلون عبء الإثبات إلى الشاحن، وتمت نتيجة لهذا، مواجهة بين الناقلين والشاحنين ممّا جعل جزء من الفقه الفرنسي يبطل تلك الشروط لمخالفتها للنظام العام[4].

---

[1] خلادي إيمان، الحرية التعاقدية في عقد النقل البحري للبضائع على ضوء القانون البحري الجزائري والاتفاقيات الدولية، دكتوراه في القانون الخاص، تخصص القانون البحري والنقل، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان، الجزائر، 2020_2021، ص 15.

[2] ملزي عبد الرحمن، نظام المسؤولية المحدودة في عقد النقل البحري، دكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق بن عكنون، جامعة الجزائر بن يوسف بن خدة، الجزائر، 2006_2007، ص 30.

[3] علي البارودي، مبادئ القانون البحري، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 1957، ص 177.

[4] علي جمال الدين عوض، النقل البحري للبضائع، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1996، ص 575.

وجدير بالذكر، أنه من غرائب أحداث الوقائع القانونية، قرار محكمة النقض الفرنسية في حكم لها صادر بتاريخ 14 مارس 1877، يقضي بشرعية شروط الإعفاء، الامر الذي انتقدته العديد من المحاكم التجارية والاستئناف ممّا خلق حربا على شروط الإعفاء الواردة في سندات الشحن[1].

تمادى أصحاب السفن في مرحلة إبرام عقودهم مع الشاحنين ووضعوا ما ظهر لهم مفيدا من شروط تخدم مصالحهم، شروط تعفيهم من مسؤولياتهم في سندات الشحن، "وهكذا، وبعد أن كان التزام الناقل البحري مطلقا أو بتحقيق نتيجة، بما يعد معه الناقل بمثابة مؤمن على البضاعة المعهود بها إليه لنقلها، ويُسأل عما قد يصيبها من هلاك أو تلف أو تأخير، فقد انعكست الآية، وأصبح الناقل معفى من أي مساءلة، وانتقلت مخاطر النقل إلى عاتق الشاحن. فإذا تصادفت أن أصدرت احدى المحاكم قرارا في غير صالح الناقل، سارعت جماعة الناقلين فورا إلى غلق ذلك الباب لكي لا يتكرر مثل هذا القرار في المستقبل، وذلك عن طريق تضمين سندات الشحن شروطا جديدة تحقق حصانة الناقلين كلّهم في مواجهة أصحاب البضاعة"[2].

أظهر هذا الأمر ظهور انخراط ملاك السفن في تكتلات مهنية منظمة، فتكونت جمعيات ملاك السفن واتجهت إلى توحيد بنود سندات الشحن، وظهر في ليفربول LIVERPOOL أول سند شحن موحد سنة 1882، وبُني على فكرة العناية الواجبة، واحتوى هذا السند على قائمة طويلة بإعفاءات الناقل من المسؤولية[3].

أدى هذا الصراع الاقتصادي بين أصحاب المصالح في السفن وأصحاب المصالح في البضاعة إلى غلبة أصحاب السفن الذين أهدروا مصالح الشاحنين، وكان هذا ناتج عن ميل سوق النقل البحري الدولي لصالح ملاك السفن، ممّا أعطى لهؤلاء قدرة كبيرة للمساومة.

---

[1] فاروق ملش، النقل المتعدد الوسائط (الأوجه التجارية والقانونية)، الأكاديمية العربية للعلوم والتكنولوجيا والنقل البحري، الشنهابي للطباعة والنشر، مصر، 1996، ص 120.

[2] لمزيد من التفاصيل حول القضايا المتعلقة بإعفاء الناقل من المسؤولية: ملزي عبد الرحمان، المرجع السابق، ص 38 وما يليها.

[3] فاروق ملش، المرجع السابق، ص 122.

يلاحظ أن شركات التأمين على البضائع لم تكن تمارس حقوقها بالكامل مثل دعوى الحلول أو دعوى الرجوع، وهي دعوى يرجع بها المؤمن على القائم بالضرر، أي الرجوع على أصحاب السفن بمبالغ التعويض عمّا لحق البضاعة من هلاك أو تلف أثناء النقل.

ظهر بجانب هذه المشاكل كلّها إهمالٌ تام من الناقلين الذين كانوا يستخدمون سفن غير صالحة للملاحة، وكانوا يعمدون على تأمين سفنهم، وكانت تسمى "بالسفن التابوت" « Coffin ships » ou « Navires Cercueils »، فإذا بلغت السفينة ميناء الوصول سالمة، حصل الملاك على أرباح باهظة، وإذا هلكت حصلوا على مبلغ التأمين الكبير، لهذا أخذت شركات التأمين على البضائع موقفا إيجابيا (+) بجانب الشاحنين ضد تنظيمات الناقلين القوية[1].

بعدها، أصبح عقد النقل البحري من عقود الإذعان، يقتصر القبول فيه على مجرد التسليم بشروط يضعها الناقل ولا يناقشها الشاحن، فأُصيب عقد النقل البحري للبضائع بعدم التوازن العادل بين أطرافه، حيث الناقل هو الطرف القوّي، يتحكم في الشاحن الطرف الضعيف.

تدخل بعده التشريع بواسطة نواب في البرلمان الفرنسي، وتقدموا بمشروع قانون يسمح بإعفاء الناقل من الخطأ الملاحي[2] دون الخطأ التجاري، ووُضع القانون سنة 1895، فتعاون

---

[1] فاروق ملش، المرجع السابق، ص 124.

[2] الخطأ الملاحي هو كل خطأ يصدر عن الربّان وأفراد الطاقم في اختيار الطريق، المناورات وسوء الرسو ...، بمعنى أنه يتمثل في الخطأ الفني في قيادة السفينة أو سيرها أو حركتها من ارتطامها بالرصيف أو خطأ قراءة الخريطة البحرية، أو خطأ الربّان... ; (R.) RODIERE, Droit Maritime, Dalloz, 1997, P. 345 ;

عُرضت قضية تتعلق بالخطأ الملاحي، سنة 2022، تتلخص وقائعها في: "نقل 166 دراجة نارية من طراز (YAMAHA)، بين مينائي Chongqing بالصين وميناء Le Havre بفرنسا. تم تحميل حاويتين على السفينة (Chong Lun J 3010)، التي غرقت بسبب حادث ارتطامها مع سفينة أخرى (New Sealing 2) أثناء إبحارها في نهر Yangtze، نتيجة خطأ الربّان الذي راقب يمين السفينة فقط، في ازدحام نهري، ممّا تسبب في غرقها وهلاك البضاعة كلّها" ;

CA Rouen, 1. j (04 juil. 2022), Faute nautique Une revenante. Bulletin des Transports et de la Logistique (BTL), n° 3886, P. 411-412 ;

قرار مأخوذ من: بسعدي يوسف، حدوم كمال، مكانة الخطأ الملاحي في النقل البحري للبضائع: دراسة في النصوص القانونية والاجتهاد القضائي، مجلة السياسة العالمية، المجلد 7، العدد 2، الجزائر، 2023، ص 420_421.

أصحاب المصالح في البضاعة من شاحنين ومرسل إليهم وشركات التأمين وبنوك تجارية، لدفع ما يلحقهم من خسائر كبيرة من جهة، وما يلحق التجارة البحرية الدولية من جهة خرى، وظهر نزاع بين دول تملك سفن بحرية تجارية كبيرة، وتدافع عن مصالح الناقلين، ودول مصدرة للبضائع وتمثل الطرف الضعيف في العلاقة العقدية. فأصبحت المشكلة سياسية وأن الظلم الواقع على الشاحن في عقد النقل أصله ظلم سياسي، وأنه يمكن إدراك ذلك بوضوح لمن يتتبع خطوات التطوّر التي كانت نتيجة لكفاح الدول النامية الفقيرة في مواجهة الدول المتقدمة الغنية، الأولى تمثل عادة دولة الشاحنين، بينما الثانية، فتمثل دولة الناقلين، وقد أدّت الإعفاءات التي تمتع بها الناقلون إلى إلحاق أضرار كبيرة وظلم صارخ بالشاحنين الوطنيين من أصحاب البضائع في الدول النامية، وكانت هذه هي نقطة بداية الصراع[1].

أدّت كل هاته التجاوزات إلى ضرورة تقييد الحرية التعاقدية والقضاء على الخلل في التوازن العقدي وضرورة حماية الشاحن كطرف ضعيف. فالولايات المتحدة الأمريكية التي كانت لا تملك أسطولا بحريا كبيرا رغم كونها تقوم بتجارة خارجية واسعة، وكان الكونغرس الأمريكي يتشكل في أغلبيته من أصحاب شركات التصدير والاستيراد[2] ما جعل القضاء الأمريكي يدافع وبشدة على حقوق الشاحن وحمايته من خلال تقييد الحرية التعاقدية، فألغت المحاكم فكرة الاعفاء والحد من المسؤولية المدرجة في سندات الشحن وأبطلت شرعيتها على أساس نظام عدم المعقولية وهي نظرية كرّسها المشرع الأمريكي في تشريع مكتوب يسمى ب: "الشروط العقدية غير المعقولة" «Conditions contractuelles déraisonnables»، وتعني عدم المعقولية إمكانية الحكم بعدم الشرعية وببطلان كل شرط غير معقول بناءً على رأي القاضي.

قد يشكل تدخل قاضي الموضوع نوعا من اللاعدل، فما يعتبره قاضي في نظره شرطا غير معقول يعتبره الآخر أمرا معقولا. تبقى في هذا الصدد الحرية التعاقدية مبنية على ضوابط توسع منها وتضيق من جهة، وفيها تلاعب مبني على أطراف العلاقة، فإذا وجد في هذه العلاقة شخص من جنسية أمريكية كالناقل مثلا أمريكي والشاحن غير أمريكي اعتبر الأمر معقولا

[1] علي البارودي، المرجع السابق، ص 176 ; فاروق ملش، المرجع السابق، ص 127.

[2] ملزي عبد الرحمان، المرجع السابق، ص 44.

والعكس بالعكس، فهل يتماشى هذا الموقف مع العدالة وتفضيل الأمريكي عن غيره من الأشخاص؟ الجواب قانونا يكون بالنفي، فالقاعدة القانونية عامة ومجردة.

إن تدخل شركات التأمين إلى جانب الشاحن أعطى لهذا الأخير قوة، كذلك الأمر بالنسبة لتدخل البنوك.

لوقف اللاعدل العقدي الناتج بين أطراف العقد، ظهر قانون هارتر HARTER Act الذي قرّر بطلان شرط الإعفاء من المسؤولية تشريعيا في الولايات المتحدة الأمريكية، التي كانت لا تملك إلّا بحرية تجارية صغيرة[1]. لقي هذا القانون ترحيبا كبيرا بين أواسط أصحاب المصالح بالبضاعة.

سعت الدول الشاحنة المعروفة بالضعيفة في كفة ميزان التعاقد إلى تشديد نظام مسؤولية الناقل، فقامت بإلغاء قائمة الإعفاءات التي كان يثيرها الناقل في كل دعوى مسؤولية ناقل مرفوعة ضده[2].

أخذت الجمعية البحرية الدولية من قانون هارتر مبادئه منذ سنة 1897 من أجل وضع اتفاقية دولية ملزمة تؤدي إلى التوحيد الدولي في مجال النقل البحري.

وفي سنة 1921 نجحت هذه الجمعية في عقد مؤتمر دولي في لاهاي[3]Hague reles لدراسة توزيع مخاطر الخسارة بين الناقلين والشاحنين، فأعدّت هذه الجمعية بالتضافر مع اللجنة البحرية الدولية، مشروعا يوحد النظام القانوني لمسؤولية الناقل البحري عن طريق وضع سند شحن نموذجي بغية اقامة التوازن بين مصالح الناقلين والشاحنين دون تمييز البعض عن

[1] صدر قانون هارتر HARTER Act في 13 فبراير 1893، هو التشريع الأول الذي عالج مشكلة المخاطر بالنسبة لما يصيب البضاعة من أضرار عن الهلاك أو التلف اللاحق بالبضاعة والناشئ عن الإهمال أو الخطأ في شحنها ورصها والمحافظة عليها وتسليمها، ووجوب تقديم سفينة صالحة للملاحة، وأن يقدم الناقل قبل السفر اليقظة المعقولة.

[2] (P.) BONASSIES, (Ch.) SCAPEL, Traite de Droit Maritime, LGDJ, Paris, 2006, P. 576

[3] هشام مصطفى محمد إبراهيم، قانون النقل البحري، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر، 2017، ص 14.

البعض[1]، لكن لم تعطي هذه القواعد نجاحا كما كان منتظرا، وضعفها الوحيد الذي أدى إلى تهديمها هو عدم إلزامية أحكامها[2].

بعد ذلك، تم التأكد بعدم الوصول إلى التوحيد الدولي في شروط عقد النقل البحري بالتطبيق الاختياري، فحُوّلت قواعد لاهاي الاختيارية إلى اتفاقية دولية ملزمة، وهي "الاتفاقية الدولية الخاصة بتوحيد بعض القواعد المتعلقة ببوالص الشحن" والمعروفة ب"اتفاقية بروكسيل لتوحيد سندات الشحن"، والتي تم التوقيع عليها في 25 أوت 1924[3].

اعتُبرت اتفاقية بروكسيل حجر زاوية النظام القانوني لمسؤولية الناقل البحري بتبنيها لفلسفة جعل التزامات الناقل البحري من النظام العام، لا يجوز الاتفاق على عكسها مهما كانت الأوضاع[4]، فأنهت بذلك عصر الإعفاء المُطلق من المسؤولية وبدّلته بمشكلة توزيع مخاطر النقل، وهذه صورة حقيقية من تقييد الحريات.

وجدير بالذكر أن اتفاقية بروكسيل جاءت بأحكام قانونية لها قوّة تشريعية ملزمة، فهي تُطبق على النقل الدولي فقط دون النقل الداخلي، وعلى الدول التي انضمت إليها فقط، كما يُمكن لأطراف عقد النقل البحري الاتفاق صراحة على تطبيق أحكام الاتفاقية في الحالات التي تخرج عن نطاق تطبيقها بموجب شرط برامونت Clause Paramount[5].

---

[1] فاروق ملش، المرجع السابق، ص 130.

[2] وجدي حاطوم، النقل البحري في ضوء القانون والمعاهدات الدولية، الطبعة الأولى، المؤسسة الحديثة للكتاب، لبنان، 2011، ص 13.

[3] اتفاقية بروكسل لسنة 1924 الخاصة بتوحيد بعض القواعد المتعلقة بسندات الشحن، دخلت حيّز النفاذ سنة 1931، عدّلت ببروتوكول لاهاي فيسبي لسنة 1968، بعد أن عقدت اللجنة البحرية الدولية C.M.I مجموعة من الاجتماعات لتعديل الاتفاقية، وبدأ العمل ببروتوكول لاهاي فيسبي في جوان 1977، ثم ببروتوكول 1979، الصادر بتاريخ 31 ديسمبر 1979، والذي دخل حيز النفاذ في فبراير 1983. صادقت الجزائر على الاتفاقية لسنة 1924 دون بروتوكولاتها بموجب المرسوم رقم 64_70 المؤرخ في 02 مارس 1964، ج.ر العدد 28 لسنة 1964.

[4] خلادي إيمان، المرجع السابق، ص 30.

[5] هشام مصطفى محمد إبراهيم، المرجع السابق، ص 52.

كذلك لا تسري أحكام اتفاقية بروكسل على النقل البحري الذي يتم بموجب عقد إيجار–مشارطة الإيجار[1] وإنما تسري فقط على نقل يتم بسند الشحن أو وثيقة مماثلة له.

كما حدّدت اتفاقية بروكسيل، أحكام خاصة لمسؤولية الناقل البحري ومنعها لجميع الشروط الاتفاقية التي من شأنها إعفاء الناقل البحري من المسؤولية، ووضعت بالمقابل حالات يُمكن للناقل التمسك بها لإعفائه من المسؤولية[2].

ما حصل هو عدم رضاء الشاحنون بما أتت به اتفاقية بروكسيل عموما. فبالرغم من مزايا إقامة التوازن بين مصالح الشاحنين والناقلين، التي حققتها اتفاقية بروكسل، إضافة إلى توحيد بعض قواعد سندات الشحن، إلّا أنها انتُقدت لعدم صلاحيتها لهذا الغرض بالرغم من تعديلاتها، خاصة فيما يتعلق بانحيازها لمصلحة الناقلين أكثر من الشاحنين، وذلك بتقديرها للعديد من الحالات التي تؤدي إلى إعفاء الناقلين من المسؤولية، الأمر الذي رأت فيه الدول الشاحنة الظلم اللاحق بالشاحنين[3]. كذلك عجزها وعدم مواكبتها لتطورات النقل البحري والتجارة الدولية بصفة عامة، فيما يخص فشلها عن تحديد مسؤولية الناقل البحري عن التأخير في تسليم البضائع[4]، والتي لم تقم بالتطرق إليه، فهل تناسته أو ناسته؟[5]. إن مسألة مواعيد التسليم والتأخيرات كانت أقل قابلية للتنبؤ آنذاك، ممّا جعل تنظيمها من قبل واضعي اتفاقية بروكسيل أكثر تعقيدا.

---

[1] يُعرف عقد إيجار السفينة لدى فقهاء القانون البحري بمشارطه الإيجار Charte–partie، ويُقصد به أنه: في حالة عدم رغبة مالك السفينة باستغلال سفينته، يقوم بتأجيرها الى الغير من أجل قيام المستأجر باستغلالها لحسابه الخاص ; ويقوم عقد إيجار السفينة على صورتين هما: إيجار سفينة غير مجهزة، وإيجار سفينة بتجهيزها، كما نظم المشرع الجزائري أحكامها في المواد من 640 إلى 737 من الأمر رقم 76_80 المؤرخ في 29 شوال عام 1396 الموافق 23 أكتوبر سنة 1976، المتضمن القانون البحري، ج.ر العدد 29 مؤرخة في 10 أبريل 1977، المعدّل بالقانون رقم 98_05 المؤرخ في 25 يونيو سنة 1998، ج.ر العدد 47 مؤرخة في 27 يونيو 1998، المعدّل والمتمم بالقانون رقم 10_04 المؤرخ في 15 غشت سنة 2010، ج.ر العدد 46 مؤرخة في 18أوت 2010.

[2] إحالة: الفصل الثاني من الباب الأول، ص 143 وما يليها.

[3] وجدي حاطوم، المرجع السابق، ص 220.

[4] قماز ليلى إلدياز، أحكام النقل الدولي متعدّد الوسائط، دكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان، الجزائر، 2013_2014، ص 363.

[5] هشام مصطفى محمد إبراهيم، المرجع السابق، ص 54.

وهكذا وبعد مُطالبة الدول الشاحنة إبرام اتفاقية جديدة، تم انعقاد مؤتمر دولي دبلوماسي بمدينة هامبورغ الألمانية، وأقر اتفاقية "الأمم المتحدة الخاصة بنقل البضائع عن طريق البحر" في 30 مارس 1978 والتي تُعرف ب"قواعد هامبورغ"[1].

حقّقت اتفاقية هامبورغ مزايا كبيرة للشاحنين، وأحدثت قواعد جديدة منها، نظام مسؤولية الناقل البحري عن هلاك البضاعة أو تلفها أو التأخير في تسليمها[2].

كان لاتفاقية هامبورغ معارضين كثيرين من الدول الناقلة، لأن فحواها هو حماية الشاحنين والدول الشاحنة، وبالتالي فأغلبية الدول الناقلة ذات الأسطول البحري الكبير لم تُصادق عليها[3].

انقسم العالم بين اتفاقيتين دوليتين ملزمتين، **الأولى:** اتفاقية بروكسيل لسنة 1924 وبروتوكولاتها (1968 و1979 المذكورة أعلاه)، التي كانت بجانب الناقلين والدول الناقلة، **والثانية:** اتفاقية هامبورغ لسنة 1978 التي جاءت حمايةً للشاحنين والدول الشاحنة، مما خلق عدم استقرار في المعاملات التجارية بين الشاحنين والبنوك وشركات التأمين من جهة، وبين الناقلين البحريين من جهة أخرى.

نتيجة لهذا الانقسام، فَقَدَ النقل البحري التوحيد القانوني المُراد قيامه بالنسبة للأحكام القانونية الخاصة به، وهذا يُبين دائما ضرورة تدخل التشريع لحماية المصالح المختلفة داخل كل مجتمع.

اتجهت الدول إلى حل لهذه المشكلة التي قسمت المتعاملين (الناقلين والشاحنين)، وأعدّت الجمعية العامة للأمم المتحدة اتفاقية جديدة هي "اتفاقية الأمم المتحدة المتعلقة بعقود النقل الدولي للبضائع عن طريق البحر كلّيا أو جزئيا"، والتي تُعرف ب"قواعد روتردام" Rotterdam

[1] اتفاقية الأمم المتحدة للنقل البحري للبضائع ل 31 مارس 1978 " قواعد هامبورغ "، دخلت حيز النفاذ في 01-12-1992.

[2] تبنت اتفاقية هامبورغ المسؤولية العقدية على أساس الخطأ المفترض ولا يُمكن له التخلص من المسؤولية إلا إذا اثبت انه اتخذ التدابير اللازمة والممكنة لدفع الحادث.

[3] وجدي حاطوم، المرجع السابق، ص 297.

Rules لسنة 2008[1]، راغبة في إعادة التوازن واستخلاف ما لم تأتي به الاتفاقيتين (بروكسيل وهامبورغ).

تعد اتفاقية روتردام اتفاقية القرن بالنسبة للنقل البحري، لأنها حدّدت كل الأحكام القانونية المفصلة والمنظمة لجميع الحالات، كما شملت على كل التعديلات وكل التطورات بما في ذلك النقل البحري الذي أصبح يمتدّ من مدّة مسؤولية الناقل ويتم بالنقل من الباب إلى الباب بعدما كان النقل البحري يشمل ميناء الإقلاع وميناء الوصول فقط. فعرّفت الناقل بكل وسائطه ووسائله البحرية والبرية والسككية...، كلّ ما في الأمر هو ضرورة وجود رحلة بحرية ضمن عمليات النقل المختلفة. كما أعطت تعريفا لمُصطلح "سند النقل"، وهي وثيقة ورقية يُصدرها الناقل إلى الشاحن بمقتضى عقد النقل عوض وثيقة الشحن البحرية، وهو سند يصلح لجميع الرحلات مهما كان الوسط والوسيلة المستخدمة.

دعّمت قواعد روتردام مبدأ الحرّية التعاقدية، فأرجعت مسؤولية الناقل للبضائع إلى إرادة أطراف عقد النقل وحدّدت وقت ومكان تسلّم البضائع أو تسليمها[2]، كما فصلت، بين التلف والهلاك من جهة وبين المسؤولية عن التأخير من جهة أخرى، كذلك أتت باستحداث أحكام جديدة خاصة متعلقة بحق السيطرة أو حق التوجيه وبالعقد الكمي، الذي لم يكن معروفا في اتفاقيتي بروكسل وهامبورغ.

إن الصراع الدائم بين أطراف عقد النقل البحري ورغم التدخل للحد من سيطرة حرية الإرادة بقي قائما مما استدعى اللجوء إلى وضع نصوص آمرة (الفرع الثاني).

الفرع الثاني: تقييد الحرية التعاقدية في عقد النقل البحري بنصوص آمرة

ممّا لا شك فيه، أن الحرية التعاقدية نسبية، بحيث يخضع العقد لنصوص آمرة تُلزم احترام مقتضيات النظام العام، وإلاّ وقع تحت طائلة البطلان، فهو أمر ضروري لكلّ مجتمع

[1] اتفاقية الأمم المتحدة المتعلقة بعقود النقل الدولي للبضائع عن طريق البحر كلّيا او جزئيا " قواعد روتردام" لسنة 2008، قرار الجمعية العامة رقم 122/63، 2008/12/11، تم التوقيع عليها في مدينة روتردام بتاريخ 23-09-2009، واعتبر النصاب القانوني لدخول الاتفاقية حيّز النفاذ هو انضمام 20 دولة على الأقل، وقد انضمت إليها، إلى غاية سنة 2024، 5 دول: اسبانيا في 19-01-2011، الطوغو في 17-07-2012، الكونغو في 18-01-2014، الكامرون في 01-10-2017، بنن في 07-11-2019.

[2] www.uncitral.org موقع الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي.

مهما كانت معتقداته وتنظيماته. إذ يكاد يندثر في العقود مبدأ العدل كأساس لكل معاملات تعاقدية، فوجب التدخل وفرض قواعد آمرة تمنع الإعفاء من المسؤولية، وهي قواعد مبنية على النظام العام.

إن تعريف النظام العام أمر مستعصي وقد قيل قديما أن تعريفه هو "مغامرة على الرمال الزاحفة" « Une aventure dans les sables mouvants » [1]، واعتبر كذلك " مسلكا محاطا بالأشواك"[2]. والصعوبة في تعريف النظام العام تكمن في أن هذا المصطلح هو أمر نسبي يتغير بتغير الزمان والمكان، وباتساع مجاله وتطوّره، فيُعرف بأنه: مجموعة من الأسس السياسية والاقتصادية والاجتماعية المطبقة فعلا في مكان معيّن وزمان معيّن، فأنواعه متعددة (اجتماعية – سياسية – اقتصادية...) وتطبيقاته واسعة والجزاءات المترتبة على مخالفته أوسع، يقول الفقيه Japiot: "إن النظام العام يستمد عظمته من ذلك الغموض الذي يحيط به، فمن مظاهر سُموّه أنه ظل متعاليا على كلّ الجهود التي بذلها الفقهاء لتعريفه"[3].

إن ارتباط عقد النقل البحري للبضائع بالنظام العام هو أمر ضروري يظهر في وجود قواعد آمرة إلزامية لا يجوز الاتفاق على مخالفتها، ويتجلى هذا أيضا من خلال دراسة الاتفاقيات الدولية والقوانين الوضعية التي عالجت أحكام عقد النقل البحري ووضعت فيها قواعد تتعلق بالنظام العام التي يكون الاتفاق على مخالفتها باطلة بطلانا مطلقا[4]. ومن الأخذ بالنظام العام، نجد تحديد مسؤولية الناقل البحري بنصوص آمرة (أولا)، وتأكيدا على ذلك، إبطال أي اتفاق يؤدي إلى مخالفة النظام العام المتعلق بإعفاء الأطراف من المسؤولية (ثانيا).

---

[1] Pilon RAPPORT, sous requête 21/04/1931 Rec. Sirey, 1931, 1, 77.

[2] ALGAVEL, Définition de l'ordre public en matière civile, Rev. pat. dt. 1858, p 444 et suive

[3] تعريف مقتبس من: علي فيلالي، الالتزامات، المرجع السابق، ص 278.

[4] قضت على ذلك المواد: 3 فقرة 8 من اتفاقية بروكسل، 23 من اتفاقية هامبورغ، 79 من اتفاقية روتردام، والمادة 811 من التشريع البحري الجزائري.

أولا: تحديد مدة مسؤولية الناقل القانونية عن البضائع بعيدا عن إرادة الأطراف

يقوم النقل البحري على استعماله عادة، لوسيلة محددة لتنفيذه، هي السفينة، كونها أداة فعالة للملاحة البحرية[1]. يقوم النقل البحري بوظيفة اقتصادية تتمثل في ارتباطه بالتجارة الدولية، إذ لا وجود لتجارة دولية دون نقل بحري، ولا نقل بحري دون تجارة دولية، فهو العمود الفقري للتجارة الدولية، إذ يحتل الصدارة مقارنة بعقود النقل الأخرى، وهذا نظراً لقدرة السفينة واستيعابها على أكبر عدد ممكن من السلع، ونقلها بين الدول، بالإضافة إلى تكييفها والمتطلبات التكنولوجية المتطورة[2].

يُعتبر عقد النقل البحري أداء خدمة تتمثل في نقل بضاعة من مكان لآخر مقابل أجرة عن طريق البحر، فهو يتألف من عدة مراحل، مرحلة سابقة للشحن، ثم مرحلة تمتد من الشحن إلى التفريغ، ومرحلة ثالثة لاحقة للتفريغ، فالكلّ يدخل حقا ضمن مبدأ وحدة عقد النقل البحري[3].

تدخلت الاتفاقيات الدولية والتشريع الجزائري بما يملكه من قوة لضبط حسن سير التعاملات القانونية القائمة بين أطراف عقد النقل البحري بتحديد مدة مسؤولية الناقل البحري.

وبالرجوع إلى أحكام اتفاقية بروكسل، يلاحظ أنها حددت فترة عقد النقل البحري في المرحلة البحرية في الصرف فقط، أي من لحظة بداية شحن البضاعة في السفينة إلى غاية لحظة تفريغها في المكان المقصود[4]; لا يعني هذا أن العمليات السابقة عن الشحن واللاحقة عن التفريغ لم تعد جزءا من عقد النقل البحري، لكن حرصت اتفاقية بروكسل على تنظيم قواعد ملزمة منظمة بذلك مسؤولية الناقل البحري عن الأضرار التي تصيب البضاعة في المرحلة

[1] في الدول المتقدمة تستخدم طائرات الشحن فتفيد الاقتصاد الوطني بربحه لوقت توزيع البضائع وتقلل من حوادث المرور التي تحدثها شاحنات النقل بقاطراتها وتضع البضائع بمختلف أنواعها تحت تصرف المستهلك الذي قد يعاني في بعض الحالات بنقص السلع حسب علاماتها التجارية (بعض المنتوجات ذات علامات تجارية تباع محليا فقط ولا تنقل إلى كل ولايات الوطن).

[2] فاروق ملش، المرجع السابق، ص 09.

[3] حوباد حياة، وحدة عقد النقل البحري: ضرورة إلغاء نص المادة 812 من القانون البحري الجزائري، مجلة قانون النقل والنشاطات المينائية، المجلد 05، العدد 01، 2018، ص 42.

[4] وجدي حاطوم، المرجع السابق، ص 143.

البحرية، تاركة المرحلة السابقة واللاحقة للشحن والتفريغ لأحكام القواعد العامة، ولحرية الأطراف عملا بمبدأ الحرية التعاقدية[1].

في حين، ترى اتفاقية هامبورغ لسنة 1978، ترى بأن المرحلة البحرية التي تحكم الاتفاقية فيها قواعدها، هي المدّة التي تكون فيها البضاعة في عهدة الناقل من لحظة تسلُّمها في ميناء الشحن، وأثناء النقل البحري، وفي ميناء الوصول إلى غاية تسليمها إلى أصحابها[2]، إذن خلال هذه الفترة، استبعدت اتفاقية هامبورغ بقواعد آمرة كلّ شرط يضعه الناقل في سند الشحن مفاده تخفيف أو إعفاء نفسه من المسؤولية نتيجة لهلاك أو تلف أو تأخير في تسليم البضاعة. وبمفهوم المخالفة، لا تسري أحكام اتفاقية هامبورغ لسنة 1978 قبل تسلُم الناقل للبضاعة ووضعها في عهدته، وأيضا بعد تسليمها إلى المرسل إليه[3].

بالنسبة لاتفاقية اتفاقية روتردام لسنة 2008، فلا تتطلب أن يكون العقد بحرياً بالكامل، فهي تُطبق قواعدها الآمرة على المرحلة البحرية، وبالتالي تُخضع عقد النقل لنظام واحد في المرحلة البحرية[4]. كما نصت إلزاميا على مدّة مسؤولية الناقل التي تمتد من الباب إلى الباب

---

[1] وهذا ما قضت به المادة 7 من اتفاقية بروكسل.

[2] نصت اتفاقية هامبورغ في المادة الرابعة الفقرة الثانية على أنه: " ...تعتبر البضائع في عهدة الناقل:

أ_ اعتبارا من الوقت الذي يتلقى فيه البضائع من:

1_ الشاحن أو شخص ينوب عنه، أو

2_ سلطة أو طرف ثالث آخر توجب القوانين أو اللوائح السارية في ميناء الشحن تسليم البضائع له لغرض الشحن.

ب_ وحتى الوقت الذي يقوم فيه بتسليم البضائع وذلك:

1_ بتسليمها إلى المرسل إليه، أو

2_ بوضعها تحت تصرف المرسل إليه وفقا للعقد أو القانون أو العرف المتبع في التجارة المعينة بميناء التفريغ، وذلك في الحالات التي لا يتسلم فيها المرسل إليه البضائع من الناقل، أو

3_ بتسليمها الى سلطة أو طرف ثالث آخر توجب القوانين أو اللوائح السارية في ميناء التفريغ تسليم البضائع له..."

[3] المادة 4 من اتفاقية هامبورغ.

[4] وجدي حاطوم، المرجع السابق، ص 299.

بموجب المادة 12 منها كلما تعلق الأمر بنقل بحري تسبقه أو تلحقه مرحلة غير بحرية، موسّعة بذلك مدة مسؤولية الناقل ونطاق تطبيق أحكامها الآمرة.

يلاحظ إذن أن كل هذه الاتفاقيات ضيّقت حقيقة من حرية المتعاقدين بوضعها قواعد آمرة حماية للطرفين.

وفي نفس السياق، وبالمقارنة مع التشريع الداخلي، نجد أن المشرع البحري الجزائري نص صراحة على نطاق تطبيق أحكامه من خلال نص المادة 739 من القانون البحري الجزائري: " يبدأ عقد النقل البحري بمجرد أخذ الناقل البضاعة على عاتقه وينتهي بتسليم البضاعة إلى المرسل إليه أو إلى ممثله القانوني". من خلال المادة يُستنتج أن المشرع الجزائري يُطبق أحكامه في مجال عقد النقل البحري من لحظة دخول البضاعة في عهدة الناقل البحري بعد تسلمها من الشاحن، إلى غاية تسليم هذه البضاعة إلى صاحبها القانوني في ميناء الوصول، آخذا باتفاقية هامبورغ لسنة 1978، رغم عدم مصادقة الجزائر عليها، والهدف واحد هو صيانة مصالح الطرفين وحسن تطبيق العقد بكل شفافية.

وبالتالي، عرفت مدّة مسؤولية الناقل البحري اتساعا بموجب تدخل الاتفاقيات المختلفة والتشريعات في تحديدها لبداية عقد النقل البحري ونهايته، إضافة إلى قواعد تُبطل شروط إعفاء الناقل من المسؤولية (ثانيا).

ثانيا: بطلان الشروط التي تؤدي إلى إعفاء الناقل من المسؤولية

يهدف القانون أساسا إلى إنشاء توازن بين مصالح الناقلين والشاحنين، ولهذا يحرص دائما على مراقبة شروط إعفاء الناقل من المسؤولية أو التخفيف منها، سواء كانت بطريقة مباشرة أو غير مباشرة[1]، خاصة قبل وقوع الحادث المسبب للضرر[2].

توجد هذه المراقبة في التشريعين الدولي والوطني من خلال وضع أحكام آمرة تتعلق بالنظام العام، تُبطل أي شرط يضعه الناقل في سند الشحن، يكون من شأنه إعفاء نفسه من

[1] وجدي حاطوم، المرجع السابق، ص 192.

[2] هاني دويدار، قانون النقل، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2014، ص 252.

المسؤولية أو التخفيف منها أو نقل عبئ الإثبات، مع اتساع هذا البطلان لكافة صور الإعفاء أو التخفيف من المسؤولية كلّيا أو جزئيا.

فأول اتفاقية تدخلت هي الاتفاقية الدولية لتوحيد بعض القواعد المتعلقة ببوالص الشحن والمعروفة باتفاقية بروكسيل لسنة 1924، إذ تنص صراحة في المادة 3 فقرة 8 على أنه: "يكون لاغ وغير معمول به كل نص أو شرط أو اتفاق وارد في اتفاقية نقل يعفى بموجبه الناقل من المسؤولية المترتبة عن ضرر أو خسارة ألحقت بالبضاعة وكانت ناتجة عن إهمال أو خطأ أو إخلال بالواجبات والالتزامات المفروضة بموجب هذه المادة، أو يخفف من هذه المسؤولية بشكل يتعارض مع أحكام هذه الاتفاقية.

كل نص يقضي بالتنازل لمصلحة الناقل عن الانتفاع من الضمان أو كل نص مماثل يعتبر إعفاء لمسؤولية الناقل".

فالمادة واضحة المعالم وصيغة بطريقة آمرة لا تترك مجالا للتفسير "يعد لاغ وغير معمول به..."، ويدخل ضمن الشروط الباطلة بطلانا مطلقا، ما يلي:

_ شرط إعفاء الناقل من المسؤولية عن هلاك أو تلف البضائع الناجمة عن أخطاء الناقل أو تابعيه البحريين[1].

_ شرط تقصير مدّة تقادم دعوى مسؤولية الناقل البحري.

_ شرط يُحدد بموجبه الناقل مسؤوليته بأقل من الحد القانوني الملزم به[2].

_ شرط تحديد قواعد الاختصاص القضائي للمحكمة التي تفصل في النزاع إذا كان مخالفا لقواعد الاختصاص المعمول به قانونا.

_ شرط التحكيم مع تفويض المحكم بالتحكيم المطلق دون التمسك بأحكام القانون.

_ شرط الجهل بالوزن أو الحجم أو ما يماثله من شروط.

---

[1] مصطفى كمال طه، مبادئ القانون البحري، الطبعة الثالثة، الدار الجامعية للطباعة والنشر، بيروت، لبنان د.س.ن، ص 279.

[2] وهذا حسب ما نصت عليه المادة 4 فقرة 5 من اتفاقية بروكسل.

_ شرط تعديل عبئ إثبات الموضوع على عاتق الناقل.

_ شرط التنازل عن الحقوق الناشئة عن التأمين عن البضائع للناقل أو لمن يعينه الناقل.

نفس الحكم عالجته أيضا اتفاقية الأمم المتحدة للنقل البحري للبضائع والمعروفة باتفاقية هامبورغ لسنة 1978، والتي نصت في مادتها 23 على ما يلي: "كل شرط يرد في عقد النقل البحري أو في سند شحن أو في أية وثيقة أخرى مثبتة لعقد النقل البحري يكون مخالفا، بشكل مباشر أو غير مباشر، لإحكام هذه الاتفاقية، يعتبر باطلا ولاغيا في حدود مخالفته لها. ولا يؤثر بطلان مثل هذا الشرط على صحة العقود الأخرى الواردة في العقد أو الوثيقة التي يشكل جزءا منها. وأي شرط يتضمن التنازل عن الحقوق الناشئة من التأمين على البضائع لصالح الناقل، أو أي شرط مماثل، يعتبر باطلا ولاغيا...".

تُبين هذه الأمثلة مدى تدخل التشريعات بقواعدها الآمرة ومدى جمعها لكل الوثائق المصاحبة لعقود أخرى المتعلقة بالتأمين على البضائع مثلا.

على غرار الاتفاقيتين السابقتين، تدخلت اتفاقية الأمم المتحدة المتعلقة بعقود النقل الدولي للبضائع عن طريق البحر كليا أو جزئيا (قواعد روتردام) لسنة 2008، وتضمنت نصا مماثلا لما جاءت به اتفاقيتي بروكسل وهامبورغ، مع توسيع نطاقه من حيث الموضوع ومن حيث الأشخاص، ليشمل ليس فقط بطلان شروط الإعفاء من مسؤولية الناقل، وإنما أيضا بطلان كل شرط من شأنه أن يستبعد أي واجب من واجبات الناقل الواردة بالاتفاقية، مع بسط حكم هذه القاعدة على الناقل والطرف المنفذ البحري والشاحن والمرسل إليه والطرف المسيطر والحائز أو الشاحن المستندي، كلّ في نطاق مسؤولياته والتزاماته[1]. فنصت المادة 79 فقرة 1 من اتفاقية روتردام على: "ما لم ينص على خلاف ذلك في هذه الاتفاقية، يكون أي بند في عقد النقل باطلا متى كان:

(أ) يستبعد واجبات الناقل أو الطرف المنفذ البحري المنصوص عليها في هذه الاتفاقية أو يحد منها، بصورة مباشرة أو غير مباشرة، أو

(ب) يستبعد مسؤولية الناقل أو الطرف المنفذ البحري عن الإخلال بواجب منصوص عليه في هذه الاتفاقية أو يحد منها، بصورة مباشرة أو غير مباشرة، أو

[1] وجدي حاطوم، المرجع السابق، ص 397.

(ج) يحيل استحقاق التأمين على البضائع لصالح الناقل أو لصالح شخص مشار إليه في المادة 18 ..."[1].

هذا هو الأصل بالنسبة لاتفاقية روتردام، لكن وضعت استثناءً من حكم البطلان أطّرته الاتفاقية تأطيرا دقيقا يحترم إرادة الأطراف القابلين له. استثناءً يتمثل في إمكانية اتفاق الأطراف على تحديد الحقوق والالتزامات الملقاة عليهم، وكذا تحديد المسؤولية المترتبة عنهم في حالات معينة محددة على سبيل الحصر، عملا بمبدأ الحرية التعاقدية وحفاظا عليها، فهي تضيّق تارة من الحرية وتوسّع منها تارة أخرى لإعطائها أهميتها. هذه الحالات الثلاث تتمثل في:

أ_ العقد الكمي

عرّفت اتفاقية روتردام العقد الكمي في المادة 1 فقرة 2 على أنه: "عقد نقل ينص على نقل كمية محددة من البضائع في سلسلة من الشحنات خلال فترة زمنية متفق عليها. ويمكن أن يتضمن تحديد الكمية حدا أدنى أو حدا أقصى أو نطاقا معينا".

بموجب العقد الكمي، يُمكن لأطراف العقد الاتفاق على الخروج عن تطبيق أحكام اتفاقية روتردام في تحديد بنود تحتوي على تضييق الحقوق والواجبات والمسؤوليات المترتبة على الطرفين بما فيها شرط إعفاء الناقل من المسؤولية، فتكون هذه البنود صحيحة[2]، وذلك بعد توافر عدّة شروط منها:

الشرط الأول: وضوح عبارات وجود عقد كمي، وذلك مثلا بوجود إشارة بلون معين في كل صفحة يتواجد فيها عقد كمي[3].

---

[1] أشخاص المادة 18 من اتفاقية روتردام: طرف منفذ– ربان السفينة أو طاقمها– أي شخص آخر يؤدي أو يتعهد بأن يؤدي أيا من واجبات الناقل بمقتضى عقد النقل، متى كان ذلك الشخص يتصرف، بصورة مباشرة أو غير مباشرة، بناء على طلب الناقل أو تحت إشرافه أو سيطرته.

[2] لا يتم إعفاء الناقل آليا من المسؤولية في العقود الكمية، وإنما بوجود اتفاق بين طرفي عقد النقل البحري على ذلك مع وجوب توافر الشروط الضرورية حتى تسري هذه الاتفاقات وتكون صحيحة ومرتبة لآثارها.

[3] Wei HOU, LA LIBERTÉ CONTRACTUELLE EN DROIT DES TRANSPORTS MARITIMES DE MARCHANDISES, Thèse de doctorat, Faculté de Droit et de Science Politique, UNIVERSITÉ PAUL CÉZANNE, AIX-MARSEILLE III, 2010, p. 186.

الشرط الثاني: إجراء مفاوضات سابقة وكافية بين أطراف العقد بالشرط وبالعقد، التي تمنح التكافؤ والتوازن في المراكز الاقتصادية للناقل والشاحن وبالتالي الخروج عن صفة الإذعان.

الشرط الثالث: التبليغ الكتابي للشاحن بإشعاره حول الفرصة المتاحة له لإبرام عقد النقل تنطبق عليه أحكام اتفاقية روتردام.

الشرط الرابع: تطبيق مبدأ الكفاية الذاتية على العقد الكمي[1].

ب_ نقل الحيوانات الحية

اعتبرت اتفاقية بروكسل الحيوانات الحية ضمن طائفة البضائع مع إخضاعها لبعض القواعد الخاصة المغايرة لأحكام الاتفاقية المنصوص عليها في المادة 81 من اتفاقية روتردام.

يكون شرط استبعاد واجبات ومسؤولية الناقل صحيحا لوجود هلاك أو تلف أصيب البضاعة بالنسبة لحالة نقل الحيوانات الحية صحيحا إذا توافر على شرط وحيد يتمثل في: عدم إهمال الناقل أو إحداث الضرر عن قصد أو استهتار[2].

ج_ حالة النقل الاستثنائي

نصت على هذه الحالة المادة 81 فقرة 2 من اتفاقية روتردام، والتي تتمثل في إمكانية اتفاق أطراف العقد على استبعاد الواجبات والمسؤولية عنهم حسب طبيعة البضاعة التي هي خاصة، كالمجوهرات الثمينة- المواد الذرية- البترول- المواد النووية- لوحات فنية لرسام مشهور...، حيث أحسنت اتفاقية روتردام بتنبؤها للحالات الخاصة التي تتطلب إجراءات خاصة ومفاوضات كافية

.A situation spéciale, procédure spéciale

ولصحة شرط إعفاء الناقل من المسؤولية في حالة النقل الاستثنائي يجب:

_ أن تكون طبيعة البضاعة خاصة.

[1] نصت على هذه الشروط المادة 80 من اتفاقية روتردام لسنة 2008.

[2] لمزيد من التفاصيل: وجدي حاطوم، المرجع السابق، ص 405.

_ أن تكون ظروف تنفيذ العقد استثنائية غير عادية.

_ عدم إصدار سند شحن قابل للتداول بموجبها.

بجانب الاتفاقيات الدولية في تحديد القواعد الآمرة، تدخل القانون البحري الجزائري، ونص في المادة 811 من القانون البحري الجزائري على أنه: "يعد باطلا وعديم المفعول كل شرط تعاقدي يكون هدفه أو أثره المباشر أو غير المباشر ما يلي:

أ_ إبعاد أو تحديد المسؤولية الخاصة بالناقل والناجمة عن المواد 770 و773 و780 و802 و803 و804 من هذا الكتاب،

ب_ تحديد المسؤولية بمبلغ يقل عن المبلغ الذي حدد في المادة 805 أعلاه، ما عدا في حالة ما جاء في المادة 808،

ج_ منح الناقل الاستفادة من التامين على البضائع".

باستقراء نص المادة 811 من القانون البحري الجزائري، يلاحظ أن المشرع الجزائري تدخل وبصفة مباشرة بإبطال كل شرط يضعه الناقل في عقد النقل البحري للبضائع ويكون هدفه إعفاء أو التخفيف من التزاماته ومسؤوليته سواء كان الشرط الذي يضعه الناقل يُخفف أو يعفيه من المسؤولية بالنص عليه صراحة في سند النقل بشكل مباشر، أو بإدراجه بشكل غير مباشر.

وبتحليل نص المادة ذاتها من القانون البحري الجزائري، يعد باطلا وعديم المفعول أي شرط مفاده مخالفة ما تضمنته المادة 770 من القانون البحري الجزائري، والمقصود بذلك، الشرط الخاص بإعفاء الناقل من تقديم سفينة صالحة للملاحة وتزويدها بكل التجهيزات الضرورية،

كذلك الأمر بالنسبة للمواد 773 و780 من القانون البحري الجزائري المتعلقة بإبعاد مسؤولية الناقل عن الأضرار الناشئة عن عمليات الشحن والتفريغ والرص والصيانة والمحافظة على البضائع،

وهو الشأن أيضا بالنسبة لشرط عدم مسؤولية الناقل البحري في الفترة بين الشحن والتفريغ، أي أثناء الرحلة البحرية، إذ يُعد باطلا لمخالفته المادة 802 من القانون البحري الجزائري.

تُحيل المادة 811 أيضا إلى المادة 803 من القانون البحري الجزائري، لتُبطل شرط تمسك الناقل بحالة في غير المتاح له التمسك بها قانونا بهدف دفع مسؤوليته، كالتمسك بالقوة القاهرة مع إمكانية توقع حدوثها، أو التمسك بإعفائه من المسؤولية حتى بتجاوز نسبة عجز الطريق في بعض البضائع،

كما تُبطل شرط إعفائه كلّيا من المسؤولية إذا ساهم بخطإِه مع ظرف آخر في الإضرار بالبضاعة، في حين تُقرّر المادة 804 بمسؤوليته الجزئية في هذه الحالة.

قد يلجأ الناقل البحري إلى إدراج شروط تؤدي إلى إعفاءه من المسؤولية أو التخفيف منها بشكل غير مباشر أي بشكل ضمني، فمثلا: إدراج شرط يتعلق بقيام الشاحن بالتأمين على البضاعة لمصلحة الناقل أي أن هذا الأخير هو المستفيد من التغطية التأمينية في حالة وقوع ضرر بالبضاعة، فهذا الشرط هو إعفاء للناقل بطريقة غير مباشرة وهو باطلا بطلانا مطلقا.

وتُجدر الإشارة في هذا الصدد، سواء بالنسبة للاتفاقيات الدولية أو التشريع البحري الجزائري، أنه أي شرط يورد في سند الشحن ويضمن إعفاء الناقل من المسؤولية أو التخفيف منها، يُبطل الشرط دون العقد، فلا يؤثر بطلان الشرط على العقد، ويبقى هذا الأخير صحيحا ومرتبا لآثاره القانونية بحلول أحكام الاتفاقية المطبقة محل الشرط الباطل[1]، وبالمقابل، أي شرط يتفق عليه الطرفين يضمن الزيادة من التزامات ومسؤولية الناقل البحري، يكون الشرط صحيحا، وهذا ما أكّدته المادة 05 الفقرة الأولى من اتفاقية بروكسيل، وما نستنتجه أيضا ضمنيا من خلال المادة 79 الفقرة الأولى من اتفاقية روتردام التي لم تنص على بطلان الاتفاق الذي يزيد من التزامات ومسؤولية الناقل أو متعهد النقل، في حين أبطلت المادة 79 الفقرة الثانية من نفس الاتفاقية أي شرط يُنقص أو يحد أو يزيد من مسؤولية أصحاب الحق في البضاعة وهم الشاحن أو الشاحن المستندي أو المرسل اليه أو الطرف المسيطر أو الحائز[2].

إن توجيه المشرع بقوانين أو باتفاقيات لإبطال هذه الشروط وجعلها باطلة بطلانا مطلقا هل هي في حقيقة الأمر تضييق لحرية المتعاقدين؟ أم الهدف منها الحرص على تحقيق العدالة العقدية؟ هذه الشروط كانت ظالمة لأحد الطرفين الشاحن والناقل قبل تدخل المشرع، وأثرت لا محالة على التوازن الواجب احترامه في العقد، وأبعدت فكرة العمل بمبدأ " من قال عقداً قال

[1] قماز ليلى إلدياز، أحكام النقل الدولي متعدّد الوسائط، المرجع السابق، ص 431.

[2] قماز ليلى إلدياز، أحكام النقل الدولي متعدّد الوسائط، المرجع السابق، ص 433.

عدلاً". فأصبحت حماية للشاحن والناقل معا، وللعقد خاصة الذي أصبحت له قوّة كاملةً متوازنةً فلا يجب النظر إلى تدخل المشرع والقضاء في محتوى سند الشحن على أنه تدخل يُنقص أو يقضي على إرادة أطراف العقد، وهذا ما سيدرس في المبحث الثاني من هذا الفصل الأول.

المبحث الثاني: مظاهر تطبيق مبدأ القوة الملزمة على عقد النقل البحري

يقوم عقد النقل البحري للبضائع على مبدأ سلطان الإرادة الذي يُبنى على أساس الحرية التعاقدية في تحديد الحقوق والالتزامات المترتبة على عاتق كل طرف من أطراف العقد، فبعد تسلم الناقل البحري للبضاعة من قبل الشاحن، وتصبح بعهدته وتحت مسؤوليته، تترتب عليه التزامات عديدة يمكن أن ينشأ عنها اتفاقات وشروط تدرج في سند الشحن لتسهيل تنفيذ عملية عقد النقل البحري وما يترتب عليه من آثار قانونية. ومن هنا يجب البحث عن صحة هذه الشروط التي يمكن للمتعاقدين من إدراجها، على أساس مبدأ العقد شريعة المتعاقدين وهل إدراج هذه الشروط يكون حرا حسب إرادة كل طرف؟ أم مقيّدا؟ وما هي هذه القيود؟ ويشمل الموضوع الشروط المتعلقة بتنفيذ العقد (المطلب الأول)، ويتبع بتبيان شروط الحماية من المسؤولية المشروعة (المطلب الثاني).

المطلب الأول: الشروط المتعلقة بتنفيذ عقد النقل البحري

إن أهمية عقد النقل البحري تظهر في المجال العملي، وهو من أهم العقود لذا وجب البحث عن أحسن وسيلة تضمن حسن تنفيذه دون خلل ولا عدم التوازن، وهذا أمر ضروري لتطوير العقود وجعلها تقوم بمهامها أحسن قيام، فهل يجب الاعتماد على إرادة الطرفين؟ أم يجب التنبؤ إلى خلق قواعد قانونية تصاحب حسن تنفيذ مثل هذه العقود.

وانطلاقا من هذا، وجب التطرق إلى الشروط التعاقدية التي تتعلق بتنفيذ عقد النقل البحري ومدى صحتها، من حيث عمليات الشحن والتفريغ والتسليم أولا (الفرع الأول)، والأخرى المتعلقة بالرحلة البحرية المحظة (الفرع الثاني)، والأخيرة الخاصة بعمليات المناولة المينائية (الفرع الثالث).

الفرع الأول: الشروط الخاصة بتنفيذ النقل البحري من حيث عمليات الشحن والتفريغ والتسليم

يلتزم الناقل البحري بموجب عقد النقل البحري للبضائع، بعدّة التزامات تُقسم عبر مراحل مختلفة من النقل. من بين الالتزامات الأساسية المترتبة على عاتق الناقل البحري في المرحلة السابقة للرحلة البحرية (في ميناء القيام) هو الالتزام بشحن البضاعة، فالشحن هو "عملية مادية لاحقة لتسلّم الناقل البضاعة من قبل الشاحن حيث يتم في الشحن رفع البضاعة من رصيف الميناء (à quai) ووضعها على متن السفينة باستخدام رافعات وآلات خاصة حسب نوع البضائع"[1].

بالمقابل يلتزم الناقل البحري في المرحلة اللاحقة للرحلة البحرية (في ميناء الوصول) بالتزام آخر يتمثل في تفريغ البضاعة من السفينة تمهيدا لتسليمها إلى صاحبها المرسل إليه أو ممثله القانوني. والتفريغ هو "عملية مادية سابقة للتسليم، يقوم بها الناقل بفك وإنزال البضاعة من ظهر السفينة ووضعها على الرصيف بجانب السفينة"[2]. فكيف تحدد إرادة الأطراف؟

[1] وجدي حاطوم، المرجع السابق، ص 88.

[2] تنص المادة 780 من القانون البحري الجزائري على: " بعد وصول السفينة الى مكان الوصول المتفق عليه، يبدأ الناقل بعمليات فك وإنزال البضائع..."

أولا: شرط تحمل أصحاب الحق على البضاعة مصاريف الشحن والتفريغ clause FIO[1]

أكّدت التشريعات الدولية والوطنية على أن عملتي الشحن والتفريغ هي على مسؤولية الناقل، و ذلك بموجب نصوص آمرة لا يجوز الاتفاق على مخالفتها[2].

فقد نصت صراحة اتفاقية بروكسيل لسنة 1924 بموجب المادة الأولى الفقرة (ه) منها على بداية ونهاية الرحلة البحرية من بداية عملية الشحن إلى نهاية عملية التفريغ، كما أكّدت على ضرورة التزام الناقل البحري بشحن البضاعة، تشوينها، رصّها، حفظها، العناية بها، وتفريغها[3] خلال كل الرحلة البحرية تحت قيام مسؤوليته عن أي هلاك أو تلف قد يصيب البضاعة خلال هذه المدّة القانونية.

وفي نفس الصدد، ودائما في إطار اتفاقية بروكسيل، قد ألغت كلّ شرط تعاقدي قد يؤدي إلى الإعفاء، أو التخفيف، أو التعديل من التزامات ومسؤولية الناقل بما فيه شرط تحمل أصحاب الحق في البضائع مخاطر عمليتي الشحن والتفريغ، فهو شرط باطل وعديم الأثر، بخلاف شرط تحمل أصحاب الحق في البضاعة مصاريف عملية الشحن والتفريغ لا المسؤولية، فيكون في هذه الحالة الشرط صحيحا وجائزا.

نفس المنهج أخذته اتفاقية هامبورغ لسنة 1978، وعدّلت من النطاق الزمني لمسؤولية الناقل البحري بتوسيعها والزيادة منها، حيث وبموجب المادة الرابعة منها، أصبح الناقل ملزما ومسؤولا عن البضاعة من وقت استلامها من طرف الشاحن إلى وقت تسليمها إلى المرسل إليه.

---

[1] ويعرف أيضا بمصطلح FIOS، أما مصطلح FIOT، فيقصد به: تحمل أصحاب الحق في البضاعة مصاريف الشحن والتفريغ والرص داخل العنابر

[2] وهذا حسب النصوص القانونية الآمرة التالية: المادة 1 فقرة 4 من اتفاقية بروكسل لسنة 1924، والمادة 1 فقرة 6 من اتفاقية هامبورغ لسنة 1978، والمادة 12 من اتفاقية روتردام، وأخيرا المواد 739، 773، 780، 811، و812 من القانون البحري الجزائري.

[3] محمد عبد الفتاح ترك، عقد النقل البحري، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2005، ص 226.

وبالرجوع إلى قواعد روتردام التي تنص في مادتها 12 على: "تبدأ مدة مسؤولية الناقل بشأن البضائع بمقتضى هذه الاتفاقية عندما يتسلم الناقل أو أي طرف منفذ البضائع بغرض نقلها، وتنتهي عندما تُسلم البضائع".

كما تنص المادة 13 الفقرة الأولى من نفس الاتفاقية على ما يلي: "يقوم الناقل أثناء مدة مسؤوليته حسبما حدُدت في المادة 12... بتسلم البضائع وتحميلها ومناولتها وتستيفها ونقلها أو حفظها وحراستها والاعتناء بها وتفريغها وتسليمها على نحو ملائم وبعناية".

من خلال المادتين 12 و13 من قواعد روتردام، يُلاحظ أن مدّة مسؤولية الناقل تبدأ من لحظة تسلّمه للبضاعة، كما تنتهي مسؤوليته بتسليم البضاعة إلى المرسل إليه. وبالتالي يكون هو المسئول عن الالتزامات المنصوص عليها في المادة 13 الفقرة 1. فالتسليم القانوني هو الذي يُنهي مسؤولية الناقل باعتباره تصرف قانوني. يُلاحظ أيضا انه في حالة ما تسلّم مقاول الشحن والتفريغ البضاعة من قبل الشاحن من أجل شحنها، يكون الناقل هو المسئول كما لو تسلمها هو بنفسه. هذا هو الأصل بالنسبة لالتزامات الناقل الأساسية.

لكن اتفاقية روتردام وضعت مبدأ كرّس بموجبه الحرية التعاقدية، أوردته في المادة 13 فقرة 2، والتي تنص على: " ...بصرف النظر عن الفقرة 1 من هذه المادة، و دون المساس بسائر أحكام الفصل 4 و بالفصول 5 الى7 [1]، يجوز للناقل و الشاحن أن يتفقا على أن يتولى الشاحن أو الشاحن المستندي أو المرسل إليه تحميل البضائع أو مناولتها أو تستيفها أو تفريغها و يُشار الى ذلك الاتفاق في تفاصيل العقد".

من خلال الفقرة الثانية من المادة 13 من اتفاقية روتردام، يُمكن لأطراف العلاقة العقدية الاتفاق بموجب سند الشحن على شروط تتعلق بتحديد الطرف الذي يتحمل الالتزام بشحن البضاعة أو تفريغها، فالشرط يكون صحيحاً في حالة ما إذا تم نقل نفقات الشحن أو التفريغ على عاتق الملتزم (الشاحن أو المرسل إليه)، أما المسؤولية فتبقى على الناقل البحري. و هذا ما يُعرف بشرط تحمل أصحاب البضائع نفقات الشحن أو التفريغ (شرط Clause FIO)[2] ، والذي يُعرف بشرط Clause FIO بأنه "اتفاق يتم بمقتضاه نقل العمل المادي

[1] الفصل 4 = واجبات الناقل، الفصل 5 = مسؤولية الناقل عن الهلاك أو التلف أو التأخير، الفصل 6 = أحكام إضافية تتعلق بمراحل معينة من النقل، الفصل 7 = واجبات الشاحن تجاه الناقل.

[2] «FIO»: هي «Free In and Out»، ومعناه عدم التزام الناقل بمصاريف رص البضاعة.

(الشحن أو التفريغ) من حيث نفقاته و مصاريفه من الناقل البحري الى الشاحن أو المرسل إليه..."[1].

بموجب المادة 673 من القانون البحري الجزائري، الشحن في إطار الإيجار على أساس الرحلة هو من التزامات المستأجر _الشاحن_، وهو مبدأ القانون الفرنسي أيضا المنصوص عليه في المادة 9 فقرة 1 من قانون 1966. بالمقابل، يكون الرصّ على مسؤولية المؤجر _الناقل_، إلاّ في حالة الاتفاق المخالف. حينها، يكون الاتفاق على نقل الالتزام بالشحن إلى الناقل، وبالرص إلى الشاحن.

كما أن نص المادة 746، يقضي على ضرورة تطبيق الأحكام القانونية لعقد النقل البحري في حالة عدم وجود عقد إيجار السفينة، وهو نفس الحكم وارد في قواعد روتردام بموجب المادة 06.

عملا بشرط FIO ، يُبطل الشرط إذا ما تم نقل مسؤولية الشحن أو التفريغ على عاتق الشاحن أو المرسل إليه[2]، لان هدف الشرط يكون في هذه الحالة هو التخفيف من مسؤولية الناقل، و أي شرط يخفف أو يعفي الناقل من المسؤولية هو شرط باطل حسب القواعد الامرة الدولية و الداخلية[3].

إن شرط تحمل أصحاب الحق في البضائع نفقات شحن البضاعة أو تفريغها الوارد في قواعد روتردام لسنة 2008، هو مُحاولة لمساعدة الناقلين خاصة بعد التطورات التي حصلت في مجال النقل البحري والتي أصبح للشاحنين شركات خاصة يملكون قوة اقتصادية عالية وإمكانيات قوية من آلات وروافع مبتكرة بأحدث التطورات. هذا ما أدى بالناقلين الى اللجوء الى إدراج شروط ليتحمل فيها الملتزمين بالقيام بالعمليات المادية للشحن والتفريغ بشرط القيام بذلك من جانب النفقات فقط ولا المسؤولية.

---

[1] Wei HOU, LA LIBERTÉ CONTRACTUELLE EN DROIT DES TRANSPORTS MARITIMES DE MARCHANDISES, Thèse de doctorat, Faculté de Droit et de Science Politique, UNIVERSITÉ PAUL CÉZANNE, AIX-MARSEILLE III, 2010, P. 313.

[2] بسعيد مراد، عقد النقل البحري للبضائع وفقا للقانون البحري الجزائري والاتفاقيات الدولية، دكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، الجزائر،2011_2012، ص149.

[3] قماز ليلى إلدياز، أحكام النقل الدولي متعدّد الوسائط، المرجع السابق، ص 205.

في ذات السياق، تقضي المادة 17 فقرة 3-ط[1] على حالة من حالات إعفاء الناقل البحري من مسؤوليته والمتعلقة بحالة ما إذا قام الشاحن بشحن البضاعة أو المرسل إليه بتفريغ البضاعة، مع إثبات أن الضرر الذي حصل بالبضاعة كان أثناء الشحن أو التفريغ.

حتى تتضح الرؤية، فالمقصود بهذه الفقرة (3- ط) من المادة 17، هو أن مسؤولية الناقل البحري تبدأ قبل شحن البضاعة وليس بعده. وبمفهوم المخالفة، إذا كانت مسؤولية الناقل تبدأ بعد شحن البضاعة، فلا مجال للحديث عن الإعفاءات القانونية. فقواعد روتردام بموجب المادة لم تُقلص من مسؤولية الناقل البحري بإدراجه لشرط FIO، وإنما نقلت العمل المادي والالتزام دون المسؤولية.

يُظهر هذا مدى تدخل الاتفاقيات بقوّتها في إلزام أسس يمنع بها للإرادة الاتفاق عليها عند إبرام عقود النقل البحري للبضائع، وجعل الاتفاق على مخالفة محتوى نصوص الاتفاقيات مخالفا للنظام العام، خاصة وأن القواعد هذه آمرة لا يجوز الاتفاق على مخالفتها.

أثار « شرط Fio » اهتمام القضاء في جميع أنحاء العالم نظرا لأهميته العملية، فظهر أول مرة في القضاء الانجليزي[2] حيث سمح للأطراف إمكانية إدراج شروط تتعلق بتحمل أصحاب الحق في البضاعة نفقات و مصاريف الشحن أو التفريغ[3].

أمّا القضاء البريطاني، و منذ سنة 1954، أقر القاضي في قضية Pyrène V. Scindia[4] أن للناقل الحرية في إدراج شرط يُمكّن من خلاله أصحاب الحق على البضاعة من

[1] تنص المادة 17 فقرة 3 ط، على ما يلي: " ...يعفى الناقل أيضا من كامل مسؤولياته التي تقضي بها الفقرة 1 من هذه المادة أو جزء منها، إذا اثبت، بدلا من إثبات عدم ارتكاب خطا حسبما تنص عليه الفقرة 2 من هذه المادة، أن واحدا أو أكثر من الأحداث أو الظروف التالية قد تسبب أو أسهم في الهلاك أو التلف أو التأخر:

(ط)- أعمال تحميل البضائع أو مناولتها أو تستيفها أو تفريغها التي تؤدي بمقتضى اتفاق مبرم وفقا للفقرة 2 من المادة 13، ما لم يقم الناقل أو الطرف المنفذ بذلك النشاط نيابة عن الشاحن أو الشاحن المستندي أو المرسل إليه..."

[2] بن جيلالي سميرة، التسليم القانوني للبضائع نهاية لتنفيذ عقد النقل البحري، المجلة الجزائرية للنقل البحري والنقل، العدد السابع، 2018، ص 336.

[3] Wei HOU, Op.cit, P. 313

[4] Pyrène V.Scindia, 14 avril 1954, Lloyd's Law Reports, 1954.1.321.

تحمل نفقات و مصارف الشحن و التفريغ، و أن الناقل غير مسئول عن الضرر الذي يقع بخطأ من الشاحن أو المرسل إليه عند القيام بعمليتي الشحن أو التفريغ بعد إثبات ذلك. وقد طُبق هذا القرار منذ 05 ديسمبر 1956 من طرف غرفة اللوردات في قضية Rentons v. Palmyra [1]، كما أكّدت نفس الغرفة مرة أخرى في قضية البحار The JORDAN II ، يوم 25 نوفمبر 2004[2].

أمّا القضاء الفرنسي فلا يضع ثقته في مثل هذه الشروط فهو يذهب الى القول بأنه يجب أن يقتصر أثره على نقل عبء نفقات الشحن و التفريغ إلى الشاحن أو المرسل إليه، هذا ما أكّدته المحاكم الفرنسية كالتزام ضروري على الناقل بالقيام بعمليتي الشحن و التفريغ دون تعلقها بشروط الحرية التعاقدية[3] .

ثانيا: شرط الشحن على السطح

الأصل، وما هو متعارف عليه قانوناً، أن الناقل البحري ملزم بشحن البضاعة على متن السفينة و رصها في العنابر المخصصة لها حسب نوع البضاعة محل النقل، باعتبار أن عنابر السفينة هو المكان المناسب للبضائع، تجنباً لهلاكها أو تلفها أثناء النقل[4].

لكن يوجد استثناء يتمثل في حالة ما إذا اتفق طرفا العقد على إدراج شرط يتضمن إمكانية شحن البضاعة على سطح السفينة مقابل التخفيض في أجرة الحمولة، خاصة وكون الشحن على سطح السفينة لا يحتاج إلى استخدام روافع وآلات خاصة أو عمليات دقيقة، كما قد يوجد بعض أنواع البضائع التي يجب شحنها على سطح السفينة نظرا لطبيعتها أو حجمها الضخم كالآلات العملاقة والأنابيب الطويلة والجرارات.

---

[1] GH Rentons and Co Ltd v. Palmyra Trading Corporation of PANAMA Lloyd's Law Reports, 1956.2.379.

[2] Chambre des Lords, Jindal Iron. v. Islamic Solidarity, Lloyd's Law Reports 2005.1.57 ; (P.) BONASSIES, (Ch.) SCAPEL, Op.cit, P. 645

[3] Cass. 19 mars 1985, navire Valais, DMF 1986.20 ; Cass. 2oct .1990, DMF 1991.504 ; Cass. 27 fév. 1996, BT 1996.217 ; Wei HOU, op.cit, p 314.

[4] سوزان علي حسن، التنظيم القانوني لمسؤولية متعهد النقل متعدد الوسائط، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، مصر، 2009، ص 60.

في ضوء ذلك، ونظرا لتزايد مخاطر تصيب البضاعة عند شحنها على سطح السفينة، ترفض عادة شركات التأمين، تأمين البضائع التي سيتبين أنها سوف تُشحن على سطح السفينة[1]، وبالتالي عدم استفادة المرسل إليه من مبلغ التامين في حالة ما إذا تضررت البضاعة المشحونة على سطح السفينة. فهل يجوز لشركات التأمين الرفض في هذه الحالة؟ الجواب، لا، لأنها ملزمة بما في العقد وليس لها التنصل من التزاماتها ومسؤولياتها.

إضافة إلى هذا، وتأكيدا لنص المادة 26 من القواعد والأعراف الدولية الموحدة الصادرة عن غرفة التجارة الدولية بشأن الاعتمادات المستندية من نشرة 600 الصادرة سنة 2007، قد ترفض البنوك سند الشحن المقدم في الاعتماد المستندي المتضمن لشرط الشحن على سطح السفينة.

نتيجة لتلك العوامل، استثنت اتفاقية بروكسيل 1924 وبروتوكولاتها صراحة البضائع التي تُشحن على سطح السفينة من نطاق تطبيقها، عملا بنص المادة 1 فقرة (ج) التي تنص على: "...البضائع تشمل الممتلكات والأشياء والبضائع والأصناف من أي نوع باستثناء الحيوانات الحية والحمولة المصرح عنها بموجب اتفاقية النقل أنها موضوعة على سطح السفينة وأنها منقولة عليها...".

فحسب اتفاقية بروكسيل إذا تم شحن البضاعة على سطح السفينة باتفاق طرفي العقد المُدرج في سند الشحن (شحناً قانونيا)[2]، لا تُطبق اتفاقية بروكسيل قواعدها الآمرة بل يتم تطبيق القواعد العامة و بالتالي بإمكان الناقل البحري إدراج أي شرط يراه مناسبا لتطبيقه على أساس الحرية التعاقدية[3]، بما فيه شرط التخفيف من المسؤولية أو الإعفاء منها. وفي هذا السياق قضت

---

[1] بضليس عبد العزيز، مسؤولية الناقل البحري عن البضائع المنقولة على سطح السفينة، مجلة الندوة للدراسات القانونية، العدد 12، قسنطينة، الجزائر، 2017، ص 155.

[2] شروط الشحن القانوني: * إخطار الشاحن بالشحن على السطح وموافقته الصريحة أو الضمنية (بالإمضاء على سند الشحن)، *وأن يتم الشحن فعلا على سطح السفينة.

[3] Cour d'Appel d'AIX-EN-PROVENCE, 2e Ch., 14 septembre 2011, Navire Cap Camarat No 10-01309 ; cité par : Jérôme DE SENTENAC, Pontée irrégulière, pontée fautive, droit maritime Français, P. 03.

مقتبس من: بورطال أمينة، إشكالية الشحن على سطح السفينة في قانون النقل البحري، المجلة الجزائرية للقانون البحري والنقل، العدد الخامس، ص 166.

محكمة استئناف Aix-En-Provence في 16 نوفمبر 2006 أن قواعد لاهاي فيسبي Lahey-Visby تُنظم الشحن على السطح الذي يؤمن على متن سفينة ملائمة، وبعد الحصول على موافقة الشاحن بحيث لا يكفي التصريح من الناقل فقط، وبالتالي اعتبرت أن شحن الحاويات على سطح السفينة الذي يتم دون موافقة الشاحن يُشكل خطأً في أحكام اتفاقية بروكسل، يحرم الناقل من حالة الإعفاء من المسؤولية ; في حين يعتبر القانون البحري الفرنسي الصادر بتاريخ 16 جوان 1966 بموجب المادة 22 أن موافقة الشاحن مفترضة إذا تم شحن الحاويات على سطح سفن مخصصة لذلك. وبالرغم من الانتقادات التي وُجهت لهذا الحل إلّا أنه ما يهم في هذه الدراسة هو أن شحن على سطح السفينة يؤدي إلى تطبيق الحرية التعاقدية[1].

بمفهوم المخالفة، وفي حالة عدم توافر إحدى شروط الشحن على السطح، تُطبق اتفاقية بروكسيل قواعدها الآمرة على هذا الشحن غير القانوني، في حالة تضرر البضاعة فتجعل الناقل لا يستفيد من حالات الإعفاءات[2]. و ذلك بعد إثبات الشاحن وجود علاقة سببية بين خطأ الناقل والضرر[3] الذي حصل بالبضاعة المشحونة على سطح السفينة بطريقة غير قانونية[4]، فإن ثبت خطأه الجسيم، حُرم من الاستفادة من الحد الأقصى للتعويض.

تجدر الإشارة، إلى أنه في حالة وجود شرط برامونت Paramount في سند الشحن، باعتباره الشرط الأعلى والأسمى والذي يُقصد به شرط اتفاق المتعاقدان على القانون واجب التطبيق. أي هو السلطة الأعلى التي يتمتع بها المتعاقدين في إخضاع العقد بصفة إرادية للاتفاقية المختارة من طرفهما، ولهذا يتم ترجيحه هو في حالة وجود تعارض بينه و بين شرط

---

[1] Cass.Com, 18 Mars 2008, Navire Ville de Tanya, DMF 2008, obs. Y. Tassel, qualifiant la décision d'« arrêt d'espèce malheureux », BTL 2008, 316. (DMF 2007 ,1002 et les obs.)Le droit positif Français 06-2009.

[2] اعتبر القضاء الفرنسي أن الناقل في حالة عدم الاتفاق مع الشاحن، يُلزم الناقل بشحن البضاعة في العنابر، أما إذا تم شحنها على سطح السفينة فيُعتبر ذلك إخلالا جوهريا وانحرافا عن المعقول.

Cour Cass.Com, 7 juillet 1998, « Atlantic Island » DMF 1998, p 826 ; Cour Cass.Com 18 Mars 2008 « Ville de Tanya » DMF 2008, p 538.

[3] CA.ROUEN-28/10/2015.DMF n°778-mars 2016

[4] CASS.COM-6 Mars 2019-DMF n°812-Avril2019-P335.

أخر مدون في سند الشحن[1]. وبالتالي إذا وُجد شحن على سطح السفينة بطريقة شرعية مع تدوين شرط برامونت على تطبيق اتفاقية بروكسيل، تُطبق اتفاقية بروكسل بكل قواعدها الآمرة على أساس شرط برامونت، دون الأخذ بعين الاعتبار أحكام المادة 1 فقرة ج التي تستبعد تطبيق اتفاقية بروكسيل للبضائع المشحونة على السطح.

بالرجوع إلى القضاء الفرنسي، نجد الغرفة التجارية لمحكمة النقض الفرنسية لسنة 1998، قد رفضت، الطعن ضد حكم محكمة استئناف BASSETERRE الصادر في 18 مارس 1996، كون أن هذا الشرط لا يحل محل الإخطار برص البضاعة على سطح السفينة[2].

كما تُجدر الإشارة، أن القضاء الفرنسي، يُقرّر في حالة وجود شحن على سطح السفينة بطريقة غير قانونية، ومع وجود قوّة قاهرة تؤدي إلى تضرر البضاعة، يحكم القضاء بخطأ الناقل البحري عن شحنه للبضاعة على سطح السفينة دون النظر إلى القوة القاهرة. وبالتالي فخطأ الناقل البحري لا يُمكّنه من الاستفادة من الحقوق القانونية المقررة له بموجب الاتفاقية الدولية[3].

هذا ما حصل أيضا أمام محكمة النقض الفرنسية في 18 نوفمبر 2014، أين احتج الناقل البحري باستفادته من الحالات القانونية للإعفاء بموجب المادة 4 فقرة 2-د، من اتفاقية بروكسيل ; لكن المحكمة قضت بعدم إمكانية تهرب الناقل البحري من المسؤولية للاستفادة من ظروف الحادث البحري الذي أدى إلى فقدان عدد كبير من الحاويات بعد تعرضها لعاصفة عنيفة عند مدخل خليج GASGOGNE وبعد شحنه للبضائع على سطح السفينة بطريقة غير قانونية، مع وجود علاقة سببية بين الخطأ والضرر[4].

---

[1] بورطال أمينة، إشكالية الشحن على سطح السفينة في قانون النقل البحري، المرجع السابق، ص 167.

[2] بورطال أمينة، إشكالية الشحن على سطح السفينة في قانون النقل البحري، المرجع السابق، ص 171.

[3] COUR DE CASSATION (ch.com) , 18 Mars 2008, Navire Ville de Tanya n° 0711777, SA CMA-CGM c/ Sté RAM TRADING INTERNATIONAL, obs. Yves TASSEL, DMF, n °062008, p 01-02.

[4] Cass.Com, 18 Nov. 2014, B.T.L. 2014, n° 3531, Cité par : Bulletin des Transports et de la Logistique, PONTÉE « IRRÉGULIÈRE » Faute nautique écartée Suivant Précédent, Mise à jour, (C.A Rouen, 28 oct. 2015, n° 15/00478, Van Helden c/ CMA CGM), P. 02.

كما توجد عدة قضايا أخرى في هذا الشأن، من بينها ما قضت به محكمة ROUEN بعدم إعفاء الناقل من المسؤولية نتيجة الأضرار الناتجة عن مخاطر البحر، التي أدت الى تضرر البضاعة، لكن لم يكن الناقل قد حصل على موافقة من الشاحن[1] .

كذلك الأمر بالنسبة لما قضت به محكمة النقض الفرنسية في 7 جويلية 1998، عندما تعرضت البضائع الى الخطر نتيجة قوة قاهرة، لكن استعصى على الناقل الاحتجاج باعفاءه من المسؤولية بحجة المادة 4 فقرة 2 من اتفاقية بروكسيل خاصة و أنه قام بشحن البضاعة على سطح السفينة بطريقة غير شرعية[2].

لاحظ مؤتمر الأمم المتحدة للتجارة و التنمية عدم بقاء اتفاقية بروكسيل لسنة 1924 صالحة للتطبيق من اجل إقامة التوازن الاقتصادي بين الدول الشاحنة و الدول الناقلة[3]، بالرغم من تعديلاتها بعدة بروتوكولات أهمها بروتوكول لاهاي فيسبي 1968 من جهة، و بعد التطورات السريعة التي حدثت في مجال النقل البحري، خاصة بظهور نمط جديد من النقل هي الحاويات التي أحدثت ثورة صناعية جاءت خصيصا من اجل التقليل من مخاطر البضاعة من جهة أخرى[4].

نتيجة لهذه العوامل ظهرت اتفاقية جديدة تُنظم أحكام النقل البحري، هي اتفاقية هامبورغ لسنة 1978 والتي قامت بإضافة أحكام جديدة لم تُنظمها اتفاقية بروكسيل وبروتوكولاتها، حيث أن أهم ما جاءت به اتفاقية هامبورغ لسنة 1978، هي التوسيع من مفهوم البضائع، وذلك بإقرارها للحمولة التي تُشحن على سطح السفينة كبضائع، بعد تدارك الأمر من طرف لجنة الأمم المتحدة

---

[1] Cette jurisprudence est suivie par les juges du fond : V. CA AIX-EN-PROVENCE, 14 septembre 2011, n° 1001309/ : Juris-Data n° 2011-023858 ; DMF 2012, p 534, obs. J.de SENTENCE- Dans le même sens, V. CA RENNES, 2e ch., 29 janvier 2008, n° 0608269/ : Juris-Dat n° 2008-000920 ; Rev. Dr. Transp. 2009, com., 197, note N. Ndendé- V. CA AIX-EN-PROVENCE, 30 novembre 2006 ; BTL 2007, p 60.

[2] Cass.Com, 7/07/1998, prés. Et, CA Rouen, 110 novembre, 1999 sur renvoi de Cass.Com, 7/07/1998, prés Cité par : Claire HUMANN, Rien de nouveau sur la pontée !, DMF n° 778, consulté, le 01/03/2016, P. 05.

[3] وجدي حاطوم، المرجع السابق، ص 220.

[4] بضليس عبد العزيز، المرجع السابق، ص 161.

للقانون التجاري الدولي الاونسترال UNCITRAL، بحيث نصت المادة 9 فقرة 1 من اتفاقية هامبورغ على ما يلي: "لا يحق للناقل شحن البضائع على سطح السّفينة إلا إذا تمّ هذا الشّحن بموجب اتفاق مع الشّاحن أو وفقا للعرف المتبع في التجارة المعينة أو إذا اقتضته قواعد أو لوائح قانونية". من خلال نص المادة، يُلاحظ أنه في الأصل تمنع الاتفاقية شحن البضاعة على السّطح، لكن وضعت استثناءً على القاعدة، يتمثّل في تواجد حالات محدّدة على سبيل الحصر، يُمكن من خلالها تطبيق اتفاقية هامبورغ على البضائع المشحونة على سطح السفينة.

حُدّدت هذه الحالات حصريا، إذا توافرت إحداها تم تطبيق اتفاقية هامبورغ في الشحن على سطح السفينة[1]، وتتمثّل في:

الحالة الأولى: موافقة من الشاحن على شحن بضاعته على سطح السفينة.

الحالة الثانية: عرف التجاري للميناء يقضي على شحن البضاعة على سطح السّفينة.

الحالة الثالثة: ما اقتضته القواعد القانونية، أي وجود بنص آمر يقضي على شحن البضاعة على سطح السّفينة. خاصة بالنسبة للسلع الخطيرة وسريعة الالتهاب.

غير أنه، إذا قام الناقل البحري برص البضاعة على سطح السفينة دون توافر إحدى حالات المادة 9 فقرة 1 من اتفاقية هامبورغ، ودون الحصول على موافقة من الشاحن البحري، فتقوم مسؤولية الناقل البحري المطلقة والتي هي غير قابلة لإثبات عكسها ولا يُمكن دحضها في حالة تضرر البضاعة المشحونة على سطح السفينة.

كما لا يُمكن للناقل البحري الاحتجاج بنص المادة 5 فقرة 1 من اتفاقية هامبورغ التي تقضي بإمكانية إعفاء الناقل عن الهلاك أو التلف الذي أصاب البضاعة إذا أثبت الناقل البحري أو تابعوه أنهم اتخذوا جميع الإجراءات اللازمة المعقولة من اجل تجنب وقوع الخطر[2].

بعد وجود عدّة ثغرات قانونية في اتفاقية بروكسيل واتفاقية هامبورغ، وجب البحث عن تعديل ذلك، بوضع اتفاقية جديدة تسد الثغرات الموجودة في أحكام النقل البحري، خاصة وبعد ظهور تطورات حاصلة في المجال البحري. ظهرت اتفاقية الأمم المتحدة المتعلقة بعقود النقل

[1] عبد الفضيل محمد أحمد، القانون الخاص البحري، الطبعة الأولى، دار الفكر والقانون، مصر، 2011، ص 352.

[2] عبد الفضيل محمد أحمد، المرجع السابق، ص 353.

الدولي للبضائع عن طريق البحر كليا أو جزئيا، و التي جاءت في عصر تعبئة البضاعة في حاويات، ثم تُشحن هذه الأخيرة على سُفن خاصة تسمى بسفن حاملات الحاويات (Purpose built containers ships)[1] التي تؤدي الى حد بعيد من احتمال سقوط الحاويات في البحر، كما توفر لها الحماية و السلامة الكافية[2].

على غرار اتفاقية هامبورغ، نظّمت اتفاقية روتردام شحن الحاوية على سطح السفينة، وذلك من خلال الفصل السادس الذي يحمل عنوان أحكام إضافية تتعلق بمراحل معينة من النقل، خاصة المادة 25 منه والتي نظمت بعناية أحكام الشحن على سطح السفينة. فتنص على: "لا يجوز نقل البضائع على سطح السفينة إلّا:

أ_ إذا اقتضى القانون ذلك النقل، أو

ب_ إذا نقلت البضائع في حاويات أو عربات مهيأة للنقل على سطح السفينة، أو فوق تلك الحاويات أو العربات، وكان السطح مهيأً خصيصاً لنقل تلك الحاويات أو العربات، أو

ج_ إذا كان النقل على سطح السفينة متوافقا مع عقد النقل أو العادات/ أو الأعراف أو الممارسات التجارية في المهنة المعينة..."

من خلال نص المادة 25 من اتفاقية روتردام، يُلاحظ أنها جاءت في عصر يتم فيه تواجد سفن مهيأة للنقل على السطح، وبالتالي حسمت الثغرة الفقهية والقضائية التي كانت موجودة في اتفاقية هامبورغ، حيث أجازت اتفاقية روتردام صراحة ذلك بإمكانية الناقل من شحن البضاعة المحتواة على سفن الحاويات على سطح السفينة دون الحصول على موافقة من الشاحن. إذ أن موافقة الشاحن أصبحت مفترضة في قواعد روتردام لا يُثبتها الناقل[3].

---

[1] سفن حاملات الحاويات porte conteneur هي سفن مبنية ومهيأة خصيصا لنقل الحاويات، سواء على العنابر أو في السطح. فعنابر سفن الحاويات هي مصممة على شكل خلايا ذات مقاسات نمطية متناسقة مع مقاسات الحاويات. أما سطح هذه السفن فهو مصمم أيضا لاستقبال الحاويات وتثبيتها بكل المعدات والوسائل اللازمة للمحافظة عليها دون تضررها.

[2] سوزان علي حسن، المرجع السابق، ص 62.

[3] بورطال أمينة، إشكالية الشحن على سطح السفينة في قانون النقل البحري، المرجع السابق، ص 169 ; بضليس عبد العزيز، المرجع السابق، ص 167.

بمفهوم المخالفة، يجب على الشاحن إثبات اعتراضه على شحن بضاعته على سطح السفينة، و بالتالي في حالة وجود اعتراض من الشاحن و قام الناقل بشحن البضاعة على سطح السفينة، فتُصاب البضاعة بضرر، يُحرم الناقل من حقوقه وحمايته القانونية على أساس عدم احترامه لتعليمات الشاحن[1]، بعدما جاءت قواعد روتردام بمبدأ جديد لم يكن معروفا من قبل وهو حق السيطرة[2].

تُجدر الإشارة أنه، بالنسبة لقواعد روتردام وفي حالة وجود اتفاق بين المتعاقدين على نقل البضاعة على سطح السفينة، وجب إدراج الشرط في تفاصيل العقد حتى يتمكن الناقل من الاحتجاج بالشرط في مواجهة الغير الذي يحوز على سند الشحن القابل للتداول الحسن النية[3]، وإن كان هذا لا يمنع من الاكتفاء بمنح رخصة للناقل تجيز له الشحن على سطح السفينة[4]. ما يلاحظ أيضا في هذه الأحكام القانونية لاتفاقية روتردام، خاصة وأنها جاءت في عصر سفن الحاملات للحاويات، هو أنه إذا تم شحن البضائع على سطح سفن عادية، وجب على الناقل إخطار الشاحن وموافقته الضرورية، وإلاّ فقد حقوقه القانونية نتيجة إخلاله الجوهري[5].

هذا بالنسبة لأحكام الشحن على سطح السفينة في ظل التشريعات الدولية. أمّا بالرجوع إلى القانون الجزائري، فقد نظم هو الآخر أحكام شحن البضاعة على سطح السفينة في المادة 774 من القانون البحري الجزائري. والتي تنص على ما يلي:" لا يجوز تحميل البضائع على سطح السفينة إلاّ ضمن الشروط التي لا تحد من أمن الرحلة وعندما يكون التحميل في هذه الحالة نظاميا ومتعارفا عليه بموجب العموم d'usage général.

وفي حالة تحميل البضائع على سطح السفينة يجب على الناقل إعلام الشاحن بذلك ما عدا في حالة ما إذا كان التحميل قد تم بالاتفاق مع الشاحن."

---

[1] هذا ما أكدته المادة 25 فقرة 3 من قواعد روتردام.

[2] عرفت المادة الأولى فقرة 12 من اتفاقية روتردام، حق السيطرة بأنه: " حق السيطرة على البضائع يعني ما يقضي به عقد النقل من حق في توجيه تعليمات الى الناقل بشأن البضائع وفقا لأحكام الفصل 10 (المتعلق بحقوق الطرف المسيطر)".

[3] هذا ما قضت به المادة 25 فقرة 4 من قواعد روتردام.

[4] وجدي حاطوم، المرجع السابق، ص389.

[5] قماز ليلى إلدياز، أحكام النقل الدولي متعدد الوسائط، المرجع السابق، ص 186.

باستقراء نص المادة 774 من القانون البحري الجزائري، يُلاحظ أن المشرع الجزائري منع شحن البضاعة على سطح السفينة مبدئيا، لكن وضع حالات استثنائية على سبيل الحصر يُجيز فيها إمكانية شحن البضاعة على السطح، إذا توافرت إحدى الحالات القانونية. وبهذا يكون المشرع الجزائري قد سلك منهج اتفاقية هامبورغ بالرغم من عدم مصادقته عليها (اتفاقية هامبورغ)، المنصوص عليها في المادة 09 الفقرة الأولى من الاتفاقية السالفة الذكر. كما أكّد المشرع الجزائري على إمكانية إعفاء الناقل من المسؤولية في حالة شحن البضاعة على سطح السفينة، و ذلك من خلال نص المادة 812 من القانون البحري الجزائري[1].

ثالثا: شرط التسليم تحت الروافع

لا ينتهي عقد النقل البحري للبضائع ما دام الناقل لم يُنفذ التزامه الأساسي والنهائي المتمثل في الالتزام بتسليم البضاعة إلى صاحبها تسليمًا قانونياً. فعملية التسليم القانونية هي التي تُنهي عقد النقل البحري. وبها يكون الناقل البحري قد وصل الى تحقيق نتيجته التي من أجلها تم إبرام عقد النقل البحري وذلك بإيصال البضاعة إلى صاحب الحق فيها سليمة، كاملة وفي ميعادها المحدد.

عرّف الفقه الفرنسي التسليم La livraison بأنه" العمل القانوني الذي يقوم من خلاله الناقل بتنفيذ التزامه الجوهري المتمثل في تسليم البضاعة الى المرسل إليه أو نائبه، و هو يفترض تلاقي إرادتي الناقل و المرسل إليه فالأول يقوم بتقديم البضاعة ووضعها قانونياً تحت تصرف المرسل إليه و الأخير يعبّر عن إرادته بقبول البضاعة و تسلّمها"[2].

---

[1] تنص المادة 812 من القانون البحري الجزائري على ما يلي: " خلافا للمادة السابقة (مادة 811 المتعلقة بالشروط الباطلة)، يرخص بكل الشروط المتعلقة بتحديد المسؤولية أو التعويض كما يلي: ...

ب- في نقل الحيوانات ونقل البضائع على سطح السفينة".

ما يُمكن ملاحظته في هذا الشأن هو أن المشرع الجزائري اتجه طريقا مغايرا للاتفاقية، معتبرا أنها تدخل ضمن حالتي الحد الاتفاقي من مسؤولي الناقل البحري.

[2] (R.) RODIERE, (E.) DE PONTAVICE, Droit Maritime, 12 édition, Dalloz, Delta, 1997, P. 333.

من خلال التعريف الفقهي، يُلاحظ أن للتسليم شقّان، يتمثل **الشق الأول** في التسليم المادي للبضاعة باتصالها بالمرسل إليه اتصالاً مادياً، لكن هذا الشق من التسليم لا يُنهي عقد النقل البحري.

أما الشق الثاني من التسليم، فهو التسليم القانوني الذي يمر بدوره بثلاث مراحل أساسية تتمثل في: أولا وضع البضاعة تحت تصرف المرسل إليه، ثم ثانيا تسليم البضاعة تسليما رمزيا من خلال الإشارة بما يُفيد التسليم في سند الشحن، ثم أخيرا إثبات التسليم المادي للبضاعة الى المرسل إليه[1]. وبهذا عند توافر المراحل الثلاث، يُنتج التسليم القانوني آثاره المتمثل في إنهاء عقد النقل البحري وبالتالي انتهاء مسؤولية الناقل وتغيير المراكز القانونية بدخول البضاعة في عهدة وحراسة وتحت مسؤولية المرسل إليه.

جرت العادة في عقود النقل البحري للبضائع إدراج شرط مهم في سندات الشحن، هو شرط التسليم تحت الروافع، حيث وبمقتضى هذا الشرط يتحرر الناقل من مسؤوليته، الأمر الذي أثار العديد من المشاكل الفقهية، القانونية والقضائية بمقتضى شرط التسليم تحت الروافع.

فمن المشاكل الفقهية التي أثارت لبساً و جدالاً، قد فسّر الفقه عبارة" تحت الروافع" بتفسيرين مختلفين[2]، و بالتالي معنيين:

المعنى الأول: أعطى الفقه لفكرة "تحت الروافع" مرادفا لعبارة "على ظهر السفينة" أي التسليم قبل التفريغ، وبالتالي حسب هذا التفسير يكون التفريغ على عاتق وتحت مسؤولية المرسل إليه.

ويُردّ على هذا الاتجاه أنه قلص من مسؤولية الناقل وبالتالي، فالمعنى هو باطل لاحتوائه على شرط باطل.

أما المعنى الثاني: لعملية "تحت الروافع"، فهو بوضع البضاعة على الرصيف بجانب السفينة أي تسليم بعد التفريغ من السفينة، ونتيجة لهذا يكون تفريغ البضاعة على عاتق الناقل البحري وتحت مسؤوليته خاصة وأن تسليم البضاعة يكون على رصيف ميناء الوصول ويتم التسليم بعد التفريغ، فالناقل البحري يكون هو المسئول عن التفريغ، ويكون بهذا شرط التسليم تحت الروافع صحيحا، ويتماشى مع مسؤولية كلّ متدخل في عملية النقل البحري. و هذا ما أقره مجلس قضاء

[1] قماز ليلى إلدياز، أحكام النقل الدولي متعدّد الوسائط، المرجع السابق، ص 210.

[2] وجدي حاطوم، المرجع السابق، ص118.

AIX-EN-PROVENCE في أحدى قراراته أنه يُمكن للناقل الاتفاق على انتهاء مسؤوليته أثناء تسليم البضاعة تحت الروافع على الرصيف بجانب السفينة، مع وجوب النص على الشرط صراحة في عقد النقل البحري[1].

بقي الأمر غامضا بإشكالات أثارت نقاشات قضائية، ففي القضاء الفرنسي، وُجد قرار صادر عن مجلس قضاء باريس يقضي بأن البضائع عند انتظار تسليمها تكون محكومة بموجب قواعد عقد النقل البري، حيث أن المناولة التي تتم بصورة عرضية لتنفيذ عقد النقل البحري أو الإيداع أو الخدمات اللوجستية تخضع للنظام القانوني للعقد الذي تتبعه[2]. كما اعتبر المجلس أنه يُعد باطلا الشرط المدرج في سند الشحن و الذي يعفي الناقل من المسؤولية عن حريق البضائع عندما تكون على الأرض بعد تفريغها[3]. وفي نفس السياق قضى أن المسؤول عن التفريغ هو نفسه المسؤول عن عدم سرقة الحاويات، وهذا ما حصل في ميناء DOUALA الموجود في الكاميرون، فلا يُمكن دحض هذه القرينة إلا بإثبات أن السرقة تمت بعد تسليم البضاعة تحت الروافع[4].

وفي قرار أخر لمجلس قضاء باريس أقرت مسؤولية الناقل البحري بصفته وكيلا للسفينة Cosignataire يُمثل المجهز بدولة الجزائر، وهو كذلك حارس للبضائع بعد تفريغها و قبل تسليمها الى صاحبها ; تتلخص وقائع هذه القضية في: وجود عقد نقل البضائع لفائدة شركة سوناطراك من ميناء ANVERS في بلجيكا الى ميناء الجزائر بواسطة سفينة أجنبية لها كوكيل الشركة الوطنية للملاحة البحرية CNAN، أين تضررت البضائع و تعرضت الى الهلاك، و بعد تعويض شركة سوناطراك من طرف شركة التأمين، حلّت هذه الأخيرة (شركة التأمين) محل زبونها للمطالبة بالتعويض بموجب دعوى الحلول أو الرجوع تطبيقا لنص المادة 38 من القانون 06_04[5] التي تنص على: " يحل المؤمن محل المؤمن له، في الحقوق و الدعاوى اتجاه الغير المسئول...".

---

[1] CA.AIX-EN-PROVENCE, 2 ch., 28 nov. 2005, n° 02/22598, Axa et A.c dt Africa line, BTL 2006, p. 60.

[2] Cass.Com, 11/06/1996. Bull-Civ-IV- n°173.

[3] Paris 27 janvier 1956, DMF, 1956, p289.

[4] CASS.COM., 8 mars 2011, n° 09-70.550, DMF, 2011, P.641.

[5] القانون رقم 06_04 المؤرخ في 20_02_2006، المعدل والمتمم للأمر 95ـ 07 المتضمن قانون التأمين.

قبلت محكمة باريس الدعوى و قضت بالتعويض على المجهز CNAN باعتبار أن البضائع بقيت تحت حراسته في الفترة بين التفريغ و التسليم الى سوناطراك، و بالتالي المجهز مسئول بصفته حارس للبضاعة، و عليه اعتبرت المحكمة التجارية بباريس المجهز ملزما بالحراسة و التخزين بعد النقل البحري[1].

وعليه فان التسليم لا يُعتبر قانونياً إلا بعد عملية تفريغ البضاعة من السفينة بمعرفة الناقل البحري و تحت مسؤوليته، و هذا ما أكدته المحكمة العليا الجزائرية في قرارها الصادر بتاريخ 24-06-1997، فنصت بأن الناقل البحري مسئول عن جميع الخسائر و الأضرار اللاحقة بالبضائع أثناء نقلها بما في ذلك عملية التفريغ وحتى عملية التسليم، على أنه يُمكن للناقل رفع دعوى فيما بعد ضدّ كلّ من تسبب في هذه الأضرار وفقا لأحكام المادة 879[2] من القانون البحري الجزائري[3].

ما يُمكن إضافته بشأن شرط التسليم تحت الروافع المتمثل في التسليم على الرصيف بجانب السفينة هو أنه يجب النص على الشرط صراحة في العقد بموجب سند النقل، مع ضرورة تنفيذ الناقل للشرط بحسن نية وبكلّ مظاهرها، وهذا ما حاول القضاء تبيانه وتدعيمه حتى يكون شرط التسليم تحت الروافع صحيحا.

أكّد القضاء في إحدى قراراته على ضرورة احترام شرط التسليم تحت الروافع بحسن نية في عقد النقل البحري، و ذلك من تاريخ تفريغ البضاعة بوضعها على رصيف الميناء بإعلام المرسل إليه بأن عليه تسلّم بضاعته[4]، كما يلتزم الناقل بتنفيذ التزامه بالمراقبة و

---

[1] TRIBUNAL COMMERCIAL DE PARIS.19 mars 1980, et COUR D'APPEL DE PARIS, 10 juillet, 1981, DMF, 1981, p727.

[2] تم إلغاء المادة 879 طبقا للقانون رقم 98_05 المؤرخ في 25 يونيو 1998، ج.ر عدد 47، مؤرخة في 27 يونيو 1998.

[3] الملف رقم 153703، نشرة القضاة، العدد الأول، سنة 2000، ص 117. وقعت القضية سنة 1997، ولم يتم نشرها إلّا في سنة 2000، ما يترك مجالا للتساؤل

[4] cass.com., 18 janv.1994, n°92-12.008 ; cass.com, 22 mai 2007, n° 06-14.070 ; Ca Paris, 5 e ch., 23 fév.2006, n°03/03672, Axacs et a.c/ CMA-CGM et a, BTL 2006, p.186.

المحافظة على البضاعة إذا تبين أن المرسل إليه أو وكيله لم يتم إخطاره بطريقة جيدة بوصول البضاعة، و بالتالي على الناقل واجب حراسة البضاعة[1].

وتأكيدا لذلك، يجب على الناقل إخطار المرسل إليه بوصول البضاعة و يجب أن يكون الإخطار يقيني وإلّا يكون شرط التسليم تحت الروافع لا أساس له من الصحة (شرط باطل)[2] .

قد يتضمن سند الشحن شرطا آخر بجانب شرط التسليم تحت الروافع، هو شرط الإشارة الى ساحة الحاويات La mention container yard (CY) فهو "رمز يتم من خلاله إيداع الحاويات وتخزينها في منطقة ترابية محاذية للرصيف البحري بعد تفريغها من السفينة (في ميناء جاف)". فيكون الهدف من الشرط هو تحديد مكان التسليم، أي المحطة الطرفية التي يتم فيها إيداع الحاويات[3] ، والإيداع حينئذ لا يعد تسليما للمرسل إليه إلا إذا أعلم الناقل المرسل إليه مسبقا بهذا الإيداع و دعاه إلى تسلم البضاعة[4]. كذلك الشرط CY لا يُطبق إلا إذا كان الشحن قد تم فعلا عبر النقل البحري[5].

في بعض الحالات العملية قد يُدرج في سند الشحن شرطان هما: شرط التسليم تحت الروافع أي على رصيف الميناء بعد التفريغ، وشرط آخر هو شرط CY والذي يقصد به أن التسليم يكون في محطة طرفية محاذية للرصيف، فهنا يوجد تناقض واختلاف بين الشرطان يبقى المرسل إليه في حيرة عن مكان التسليم هل في الرصيف ويطبق شرط التسليم تحت الروافع؟ أم يطبق شرط CY ويكون التسليم في محطة طرفية؟ تدخل القضاء في هذه الحالة،

[1] Ca Aix-en-Provence, 2 ch., 18 juil.2013, n 11/07902, CMA-CGM c/Turner et a. BTL 2013, p 525, DMF 2013, p 905 ; CA versaille, 12 ch., 9 nov. 1995, sitracom c/ les produits de Flandre, LAMYLINE, 27/09/2018, p 01.

[2] Ca Paris, 5 ch., 23 fév. 2006, n 03/03672.

[3] cass.com, 15 déc. 1998, n 96-11.502 ; ca Aix-en-Provence, 6 mai 2010, n 09/09942, covea fleet c/MISC, DMF2011, p149.

[4] cass.com, 2 fév. 1999, n 96-14.771, BTL 1999, p 116.

[5] cass.com ; 6 fév. 2001 n 98-20.072, DMF 2001 p 509.

وقضى بتطبيق شرط CY وليس شرط التسليم تحت الروافع، على أن تنفيذ الشرط يكون بحسن نية دائما[1].

تشريعيا، فإن الوضع يختلف من اتفاقية إلى أخرى بالنسبة لشرط التسليم تحت الروافع، فبالنسبة لاتفاقية بروكسيل 1924 وبروتوكولها لاهاي فيسبي 1968، معلوم أنها تحكم المرحلة البحرية المحضة منذ شحن البضاعة في ميناء القيام إلى حين تفريغها في ميناء الوصول، ولا تسري على المرحلة السابقة على الشحن ولا اللاحقة للتفريغ، كما تقضي في مادتها الثالثة الفقرة الثامنة على أنه كل شرط يهدف إلى إعفاء الناقل من مسؤوليته يعتبر شرطا باطلا[2]. الأمر الذي أدى إلى خلق العديد من المشاكل عند التطبيق[3]، كون أن شرط التسليم تحت الروافع حسب أحكام اتفاقية بروكسيل وبروتوكولاتها يعد باطلا بطلانا مطلقا.

أما اتفاقية هامبورغ 1978، والتي حاولت التوسيع من النطاق الزمني لمسؤولية الناقل البحري، وحدّدتها من لحظة تسلمها الناقل في ميناء الشحن إلى غاية تسليمها إلى أصحابها في ميناء الوصول، وهذا ما نصت عليه في مادتها الرابعة الفقرة الثانية على أنه: "...تعتبر البضائع في عهدة الناقل:

أ_ اعتبارا من الوقت الذي يتلقى فيه البضائع من:

1_ الشاحن أو شخص ينوب عنه، أو

2_ سلطة أو طرف ثالث آخر توجب القوانين أو اللوائح السارية في ميناء الشحن تسليم البضائع له لغرض الشحن.

ب_ وحتى الوقت الذي يقوم فيه بتسليم البضائع وذلك:

1_ بتسليمها الى المرسل إليه، أو

---

[1] CA Paris, 5 e ch., 14 sept. 2005, n° 03/00174, P&O Nedlloyd Lijnen BV, BTL 2005, P. 667.

[2] حوباد حياة، مدى تأثير شروط سند الشحن الخاصة بعمليات المناولة والتشوين، المجلة الجزائرية للقانون البحري والنقل، العدد 07، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان، الجزائر، 2018، ص 88.

[3] بسعيد مراد، عقد النقل البحري للبضائع وفقا للقانون البحري الجزائري والاتفاقيات الدولية، المرجع السابق، ص 155.

2_ بوضعها تحت تصرف المرسل إليه وفقا للعقد أو القانون أو العرف المتبع في التجارة المعينة بميناء التفريغ، وذلك في الحالات التي لا يتسلم فيها المرسل إليه البضائع من الناقل، أو

3_ بتسليمها الى سلطة أو طرف ثالث آخر توجب القوانين أو اللوائح السارية في ميناء التفريغ تسليم البضائع له..."

فالمادة جاءت واضحة المعالم وموسعة من التحديد الزمني لمسؤولية الناقل البحري.

ما يمكن إضافته بالنسبة لاتفاقية هامبورغ، أنها تقصي من حكم الحالات التي تُشحن فيها البضائع كل ما يتم صبا أو سوائل en vrac عن طريق أنابيب أو عن استخدام قوارب التحميل لتوصيل البضاعة les allèges [1].

في نفس السياق قضت المادة 23 الفقرة 1 من اتفاقية هامبورغ أنه كل شرط يرد في عقد النقل البحري ويكون مخالفا لأحكام الاتفاقية يُعتبر باطلا ولاغيا في حدود مخالفته لها. وبالتالي فإن شرط التسليم تحت الروافع وفق لأحكام اتفاقية هامبورغ هو باطلا بطلانا مطلقا لما يؤدي إلى إعفاء الناقل من التفريغ.

غير أن الوضع يختلف بالنسبة لاتفاقية الأمم المتحدة المتعلقة بعقود النقل الدولي للبضائع عن طريق البحر كليا أو جزئيا المعروفة بقواعد روتردام، فقد جاءت بأحكام خاصة تشمل القاعدة العامة ثم الاستثناءات. فالأصل فيها وحسب المواد 12 و13 فقرة 01، والمادة 79 فقرة 01 من الاتفاقية، فتقضي بوحدة عقد النقل البحري، أين يُستنتج من النصوص ببطلان شرط التسليم تحت الروافع كأصل عام[2].

لكن جاءت باستثناء تسمح فيه بإدراج شرط التسليم تحت الروافع ويكون الشرط صحيحا وفقا لنص المادة 13 الفقرة 02، التي تقضي بإمكانية قيام المرسل إليه بعملية التفريغ لكن من حيث الالتزام والمصاريف فقط دون المسؤولية وهو ما يُعرف أيضا بشرط تحمل أصحاب الحق على البضاعة مصاريف الشحن والتفريغ (CLAUSE FIO).

[1] بسعيد مراد، عقد النقل البحري للبضائع وفقا للقانون البحري الجزائري والاتفاقيات الدولية، المرجع السابق، ص 156.

[2] وجدي حاطوم، المرجع السابق، ص 332.

هذه هي الأحكام في التشريعات الدولية، أما في التشريع الداخلي، فقد نظم المشرع الفرنسي في قانونه الصادر في 18 جوان 1966 أحكام التسليم تحت الروافع لتُطبق من وقت تسلّم الناقل البحري للبضاعة في ميناء الشحن وحتى تسليمها للمرسل إليه في ميناء التفريغ. وقد أخذ المشرع الفرنسي بفكرة وحدة النقل البحري الذي نادى به كل من الفقه و القضاء في فرنسا[1].

مهما يكن فإن، الناقل البحري يُكلف قانوناً بإنجاز عمليات شحن وتفريغ البضاعة إعمالا بأحكام اتفاقية بروكسيل، وكذا أحكام القانون الفرنسي، وأحكام القانون الجزائري من خلال المادة 811 قانون بحري جزائري. فهي نصوص آمرة ولا يجوز مخالفتها.

نتيجة لذلك، فإن النصوص سابقة الذكر، وبالرغم من أحكامها تعطي لأطراف عقد النقل البحري حرّية الاتفاق على تحديد وقت تسليم البضاعة قبل البدء في تنفيذ عمليات الشحن وليس بعده، ولهم الحق كذلك في الاتفاق على تحديد وقت تسليم البضاعة للمرسل إليه بعد انتهاء عملية التفريغ ولكن ليس قبل ذلك. وفي هذا الصدد نص المشرع الجزائري في المادة 812 على: " ... يرخص بكل الشروط المتعلقة بتحديد المسؤولية أو التعويض كما يلي:

أ_ عن المدة الواقعة ما بين استلام البضاعة من قبل الناقل لنقلها لغاية البدء بتحميلها على متن السفينة وحتى نهاية تفريغها ولغاية تسليمها..."

الفرع الثاني: الشروط الخاصة بتنفيذ عقد النقل البحري المتعلقة بالرحلة البحرية

يُبنى عقد النقل البحري على أساس العقد شريعة المتعاقدين، لذا قد يتفق الطرفان على شروط صحيحة متعلقة بحسن تنفيذ عقد النقل البحري لجعل عملية النقل واضحة مع إظهار التزام ومسؤولية كل طرف من أجل وصول بضاعة سليمة، كاملة وفي المدة المحددة. ومن أهم هذه الشروط:

[1] (R.) RODIERE, (E.) DE PONTAVICE, op.cit, p 335.

أولا: شرط تغيير الطريق le déroutement

ممّا لا شك فيه أن جوهر وأساس عقد النقل البحري الدولي هو تنفيذ العقد ونقل البضاعة بتغيير مكانها من ميناء إلى ميناء آخر في دولة أخرى، فالرحلة البحرية تُحدد بميناءين هما، ميناء الشحن وميناء التفريغ، والطريق هو المسافة التي تقطعها السفينة في البحر الرابطة بين الميناءين[1]. وبالتالي يكون الناقل ملزم في هذه المرحلة بنقل البضاعة والمحافظة عليها أثناء الطريق، مع الإشارة إلى أن التزام الناقل هنا هو التزام بتحقيق نتيجة أي يجب إيصال البضاعة إلى المكان المتفق عليه في العقد الأصلي كاملة وسليمة وفي ميعادها المحدد[2].

لقيام الناقل البحري بالتزامه الأساسي على أكمل وجه وتحقيق النتيجة المبتغاة، يجب عليه أن يتبع خط السير المتفق عليه مع الشاحن في سند الشحن، و في حالة عدم وجود اتفاق بينهما، يجب على الناقل إتباع الطريق المعتاد، وهذا تطبيقا لمبدأ الحرية التعاقدية، والذي نص عليه المشرع الجزائري في المادة 775 من القانون البحري الجزائري[3].

في الواقع العملي، تم إنشاء خطوط بحرية منتظمة، مستقيمة ومباشرة تسمى la voie la plus droite أو en droiture [4]. تم تهيئتها بمراعاة بعض الضوابط والمعايير اللازمة من أجل الإبحار بسلام وتفاديا للحوادث البحرية التي قد تُشكل خطرا على السفينة وعلى الأشخاص والبضائع[5].

في نفس السياق، اتّجه القضاء وبفضل الممارسات الملاحية والتجارية، وبعد التطورات الصناعية والتكنولوجية التي حصلت في مجال النقل البحري والتي انتشرت بسرعة كبيرة، إلى

---

[1] وجدي حاطوم، المرجع السابق، ص 102.

[2] بسعيد مراد، عقد النقل البحري للبضائع وفقا للقانون البحري الجزائري والاتفاقيات الدولية، المرجع السابق، ص 129.

[3] تنص المادة 775 من القانون البحري الجزائري على: "يجب أن تنقل البضائع في مدّة مناسبة بالطريق المبلغ أو المتفق عليه، وفي حالة عدم تحديده، فبالطريق العادي...".

[4] (R.) RODIERE, (E.) DE PONTAVICE, Op.cit, P. 331.

[5] المعايير المعتمد عليها هي: تحديد خطوط السير من عوائق طبيعية، دراسة قوة وسرعة الرياح، ضبط أماكن تواجد الجليد العائم أو الثلج الطافي Icebergs ; بسعيد مراد، عقد النقل البحري للبضائع وفقا للقانون البحري الجزائري والاتفاقيات الدولية، المرجع السابق، ص 129.

تنظيم خطوط ملاحية منتظمة Liners مشابهة للطريق المعتاد _الذي جرت العادة على إتباعها_ وإن كان في بعض الأحيان مرتبط بالطريق الجغرافي العادي[1] .

لكن لكل قاعدة استثناءً، والاستثناء هنا يتمثل في إمكانية تغيير الناقل لخط سيره من أجل إنقاذ الأشخاص والأموال المنقولة داخل السفينة المعرضة للخطر أو المحاولة فقط في ذلك. فعملية الإنقاذ هي التزام قانوني نصت عليه التشريعات الدولية والوطنية ونظمته بأحكام خاصة بها[2]. حينها يسمى قيام الناقل البحري بتغيير خط سيره من أجل إنقاذ الأشخاص أو الأموال تسمى بالانحراف المعقول[3] أو الانحراف المبرر[4]، وفي حالة تضرر البضاعة جراء هذا الانحراف المبرر لا يُسأل الناقل عن أية خسارة قد ألحقت بالبضاعة من هلاك أو تلف أو ضرر[5]، بوصفها حالة من حالات إعفاء الناقل من المسؤولية[6].

في القانون الانجلوساكسوني، الوضع يختلف، حيث يقضي القانون الأمريكي أن أي تغيير للطريق مهما كان شكله، يُؤدي إلى حرمان الناقل من الاستفادة من كل الحقوق التعاقدية

---

[1] Tribunal de commerce du Havre, 31 mars 1994, navire « baoulé », DMF, 1994, p. 434.

[2] المادة 11 من اتفاقية بروكسيل لسنة 1910 المتعلقة بالمساعدة و الإنقاذ، المادة 08 من اتفاقية بروكسيل الخاصة بتوحيد بعض قواعد التصادم البحري، والمادة 485 من القانون البحري الجزائري التي تنص على: "يعاقب بالحبس من سنتين (2) الى خمس (5) سنوات و بغرامة مالية من 20.000 د.ج إلى 200.000 د.ج أو بإحدى العقوبتين كل ربان باستطاعته أن يقدم المساعدة لكل شخص عثر عليه في حالة خطر الضياع أو الموت في البحر، دون تعريض أعضاء طاقمه والمسافرين إلى الخطر ولم يفعل".

[3] حسين غنايم، انحراف السفينة وأثره في عقد التأمين البحري، مجلة الحقوق، العدد الأول، السنة السادسة، الكويت، 1982، ص 81.

[4] وجدي حاطوم، المرجع السابق، ص 102.

[5] ويجب يجب أن يكون شرط الانحراف المبرر أو المعقول بسبب جدي وصارم، وذلك بإثبات الناقل سبب انحرافه عن خط السير وأنه كان ناتجا عن قوة قاهرة، وبالتالي انحرافه كان ضروريا وإلزاميا لسلامة السفينة والعاملين فيها وكذا سلامة البضاعة المنقولة، خاصة وأن للناقل التزام هام وهو المحافظة على البضاعة حسب معيار الرجل الحريص ووصولها سليمة إلى ميناء التفريغ.

[6] المادة 803 فقرة ي من القانون البحري الجزائري، والمادة 4 فقرة 4 من اتفاقية بروكسيل، وكذلك المادة 5 فقرة 6 من اتفاقية هامبورغ، والمادة 17 فقرة (ل) و(م) من قواعد روتردام.

خاصة الحق في الإعفاءات القانونية وتحديد المسؤولية[1]، ذلك أن الناقل هو شخص محترف. وهذا ما أقرّته المحكمة العليا الأمريكية بحكمها: "الانحراف أو تغيير الطريق يعتبر غير مبرر منذ لحظة أن أصبح للناقل وعي وإدراك أن له نقص في عنايته اللازمة بخصوص صلاحية السفينة للملاحة وأنه سوف يؤدي إلى انحراف في الطريق"[2].

كان موضوع الانحراف قد عولج في عدّة قضايا منها، في احدى القرارات المتعلقة بتغيير الطريق من أجل تفادي المظاهرات والإضرابات الموجودة في ميناء الوصول، وقد ينتج عنها استحالة التفريغ في ميناء الوصول المتفق عليه، والانحراف هنا صحيح[3].

كذلك الحال في قضية أخرى أين كان هناك إضراب شركات المناولة، فيكون التفريغ مستحيلا في ميناء الوصول نتيجة إضراب عمال المناولة والتشوين[4]. أيضا في قضية أخرى تعلق الأمر بتعطل آلات الروافع المينائية في ميناء الوصول، فالأمر مستحيل من التفريغ فيه[5].

كما قرّر القضاء في واقعة تتعلق بقناة السويس التي كان المرور بها خطير نتيجة حرب الخليج، فاعتبر القضاء أن انحراف الناقل عن قناة السويس هو انحراف معقول، وبالتالي تفريغ البضاعة في ميناء آخر تفاديا للمرور عبر قناة السويس[6].

في نفس السّياق، في سنة 2021 طُرحت قضية أمام القضاء تتعلق بحادثة تعطل قناة السويس بسبب جنوح أكبر سفينة حاملة للحاويات المسماة ب EVERGIVEN عبر القناة. وتتلخص

---

[1] بسعيد مراد، عقد النقل البحري للبضائع وفقا للقانون البحري الجزائري والاتفاقيات الدولية، المرجع السابق، ص 132.

[2] Cour Suprême des Etats-Unis, 4 Janvier 1927 affaire « The Willdomino », cité par : (A,) ABOUSSOROR, l'Exécution du Contrat de Transport Maritime de Marchandises en Droit Marocain et en Droit Français, Litec 2001, p 311.

[3] CASS. Com, 13 Juin 1989, DMF, 1989, p 526.

[4] Cour de Versailles, 30 Octobre 1985, DMF, 1986, p 499 ; et DMF, 1987, p 131, obs. P. BONASSIES.

[5] C.A d'Aix, 23 Novembre 1984, DMF 1986, p 668, note : (R.) ACHARD et DMF, 1987, p 131, obs. (P.) BONASSIES.

[6] Cour de Paris, 8 mars 1996, BTL, 1996, p 39.

وقائع القضية في أن السفينة EVERGIVEN واجهت يوم 23 مارس 2021 عاصفة رملية قوية بلغت سرعتها 50 كيلومتر في الساعة، تسبّبت العاصفة في فقدان السيطرة على السفينة وانحراف هيكلها وباتت محصورة بين جانبي القناة، مما تسبّب في انسداد القناة وتوقف حركة الملاحة البحرية، كما أسفر الحادث عن تشكّل طابور طويل من السفن على الممر المائي مكوّن من نحو 150 سفينة بانتظار حلا للمشكلة، بينما توقفت 15 سفينة أخرى على الأقل في الموانئ[1]. فاضطرت بعض الشركات الملاحية البحرية الكبرى إلى تغيير مسار السفن عبر رأس الرجاء الصالح في جنوب إفريقيا[2].

يظهر من خلال هاته القضايا العديدة دور تدخل القضاء في حسن تنفيذ عقد النقل البحري رغم وجود الإرادة التعاقدية. كما يستنتج أنه، بالرغم من تعدّد الاجتهادات القضائية، يظل الانحراف المعقول مشكلة قائمة في القضاء، خاصة وأن هذا الأخير لم يتمكن من ضبط وتحديد الانحراف المعقول تحديدا كاملا ودقيقا، فهناك من القضاة من يشترط لقبول الانحراف المعقول أن تكون السفينة أو البضاعة في خطر بغض النظر عن خطأ الناقل من عدمه[3].

---

[1] ندوة حول: مسؤولية الناقل البحري، سلسلة المواعيد القانونية المنظمة من طرف مختبر البحث، قانون الأعمال بجامعة الحسن الأول بسطات، تم تنظيم هذا اللقاء عن بعد، وألقى الدكتور نادر إبراهيم _أستاذ القانون التجاري بكلية القانون جامعة قطر_، محاضرة حول مسؤولية الناقل البحري من جنوح السفينة EVERGIVEN عبر قناة السويس وتأثيرها على النقل البحري. تم بث هذا اللقاء مباشرة عبر صفحة مجلة القانون والأعمال الدولية، الموقع:

https://www.youtube.com/watch?v=E7Iyzb7Q8DY&list=WL&index=43&ab_channel=%D9%85%D8%AC%D9%84%D8%A9%D8%A7%D9%84%D9%82%D8%A7%D9%86%D9%88%D9%86%D9%88%D8%A7%D9%84%D8%A3%D8%B9%D9%85%D8%A7%D9%84 , 01 Mars 2024, 12 :08.

[2] لمزيد من التفاصيل حول القضية:

MATHIEU BERRURIER, Retour sur le blocage du canal de Suez : Un point sur les risques, sur les assurances et sur les responsabilités, Dossier canaux et détroits, Institut Français de la Mer (IFM), Paris, 2021 ;

https://www.eyssautier-verlingue.com/wp-content/uploads/2022/03/RM-521-Mathieu-Berurrier.pdf , 28 Avril 2024, 11 :20.

[3] (A.) SERIAUX, La faute du transporteur, Thèse, Aix-en-Provence, 1981, n 244.

هناك اتجاه قضائي آخر، يقضي بالانحراف المعقول دون وجود خطر يحدّق بالسفينة أو البضاعة فمثلا إنزال مريض عامل في السفينة في ميناء قريب من أجل معالجته أو البحث عن شخص موجود داخل السفينة وهو فار من العدالة، فهذه حالات تعتبر ضرورية، ويكون انحرافا مبررا[1]. فالحل ليس في الحصول على قرار واحد يجمع كل القضاء، فالاختلاف رحمة وإثراء للقانون.

في الممارسات العملية، يجب التمييز بين تغيير الرحلة وتغيير الطريق، إذ أن انحراف السفينة عن خط سيرها يُعتبر تغييرا للطريق لا للرحلة، لأن السفينة لم تغيّر مينائي الشحن والتفريغ بل انحرفت عن الخط الملاحي فقط، المهم هو عدم تعرّض السفينة والبضائع للأضرار أو على الأقل للأخطار[2].

أمّا بالنسبة لتغيير الرحلة، فإن الناقل يُغيّر ميناء الشحن أو ميناء الوصول، وبالتالي، فالأحكام تختلف لأنه عند تغيير الطريق بوجود مبرّر، قد يُعفى الناقل من المسؤولية جراء انحرافه المبرر.

بخلاف، حالة تغيير الرحلة، حيث لا يُمكن للناقل الاحتجاج بشرط تغيير الطريق المدرج في سند الشحن، كما لا يستفيد من الحدود القانونية ومن حالات الإعفاءات القانونية، بل يقوم الناقل البحري بالتعويض عن كامل الضرر الذي قد يحصل للبضاعة أثناء تغيير مينائي الشحن أو

---

[1] (M.R.) GOUILLOUD, Droit maritime, 2ºédition, Pédone, Paris, 1993, P. 364, n° 561 ; (M.) DE JUGLART et (P.) DE LA PARADELLE, par (C.) CHAIBAN, option citée, n° 373, P. 146 :

"... ou dans l'intérêt d'aucune d'entre eux, comme par exemple lorsqu'un passager ou un membre de l'équipage et requis d'urgence après le départ pour une question d'importance nationale, ou lorsqu'une personne à bord fuit la justice et qu'il y ait des raisons urgentes de la débarquer immédiatement..." ;

مقتبس من: دريسي أمينة، مدى مسؤولية الناقل البحري عن التغيير المعقول للطريق، مجلة الفكر القانوني والسياسي، المجلد 6، العدد 2، 2022، ص 07.

[2] بوقادة عبد الكريم، موقف الاتفاقيات الدولية والقانون الجزائري من انحراف السفينة وأثر ذلك في مسؤولية الناقل البحري، المجلة الجزائرية للقانون البحري والنقل، العدد 08، 2018، ص 83

التفريغ، فخطأه في كل الحالات يعتبر جسيما[1]، إذ يُثبت بإثبات استهتاره وعلمه باحتمال وقوع الضرر.

في نطاق تغيير الطريق، تتجسّد الحرّية التعاقدية للطرفين في إمكانية الاتفاق على امتناع الناقل الانحراف عن خط السير (أ)، أو منحه الحرّية بموجب شرط الانحراف المعروف بشرط الحر أو شرط كاسبيانا The caspiana Clause (ب).

أ_ شرط المنع من الانحراف

قد يُدرج المتعاقدان شروطاً تمنع من الانحراف، وما يكون على الناقل سوى تطبيق نص المادة 775 من القانون البحري الجزائري التي تقضي بضرورة تتبع خط السير المتفق عليه في العقد أو الخط المعتاد دون الانحراف عنه مهما كانت الحالات[2].

يكون شرط منع الانحراف عن خط السير صحيحا، يُمكن للمتعاقدين إدراجه في سند الشحن، إذا كان هذا الشرط سيزيد من تشديد التزامات ومسؤولية الناقل البحري، خاصة وأن الناقل هو من أدرج الشرط فهو حرّ في التخلي عن حقوقه بإرادته المنفردة، تطبيقا لنص المادة الخامسة من اتفاقية بروكسل[3].

وبمفهوم المخالفة، إذا وُجد شرط منع الانحراف عن الطريق مهما كان السبب، في سند الشحن، وقام الناقل البحري بالانحراف ولو كان هذا الانحراف معقولا، يصبح الناقل مسؤولا عن أي ضرر يصيب البضاعة، باستثناء حالة الانحراف لإنقاذ الأرواح، هنا يكون على الناقل الانحراف حتى بوجود شرط عدم الانحراف، لأن الإنقاذ هو التزام يجب تنفيذه حيث ما كان

[1] بسعيد مراد، عقد النقل البحري للبضائع وفقا للقانون البحري الجزائري والاتفاقيات الدولية، المرجع السابق، ص 133.

[2] توجد شركات كبرى للنقل تسمى SHIPPING توجه السفن من مكتب وتملي عليهم أوامر المرور بدولة معينة لحمل بضائع المراد نقلها الى الجزائر (خطوط غير منتظمة).

[3] تنص المادة 5 من اتفاقية بروكسيل على أنه: " للناقل ملء الحرية بأن يتخلى كلّيا أو جزئيا عن حقوقه وعن الإعفاءات أو أن يزيد في مسؤولياته والتزاماته، وفقا لما نصت عليه هذه الاتفاقية لهذه الجهة أو لتلك شرط أن يدون هذا التخلي أو تلك الزيادة في بوليصة الشحن المسلمة للشاحن...".

وكيف ما كان، مع العلم أنه تم تنظيم أحكام الإنقاذ بقواعد آمرة لا يجوز الاتفاق على مخالفتها حماية لحياة الأرواح فإنقاذها أغلى من كل الأمور التجارية.

ب_ شرط الانحراف (الشرط الحر _ شرط كاسبيانا The caspiana Clause)

على النقيض من شرط منع الانحراف، يُمكن للمتعاقدين إدراج شروطاً تُسمى "بالشرط الحرLiberty clause"[1]، ومفاده هو اتفاق طرفي عقد النقل البحري باحتفاظ الناقل بالحرّية في تخفيف الالتزامات الملقاة على عاتقه والامتثال للقواعد الآمرة المنظمة لعقد النقل البحري[2]، فهو إتاحة حيّز للتصرف عند تنفيذ الناقل البحري لالتزاماته دون أن يصل الأمر إلى منحه السلطة التقديرية، فهو شرط ملائمة وتخفيف للالتزامات[3].

وتعتبر هذه الشروط شروطاً صحيحة، حيث تعطي للناقل حق الانحراف أو الرسو في ميناء آخر يختلف عن ميناء الوصول الحقيقي[4]. وتبرز أهمية هذه الشروط في أنها تخدم مصلحة الأطراف من أجل تجنب تكاليف مالية ضخمة[5].

تطبيقا للشرط الحرّ تدخّل القضاء[6]، واعتبر مثل هذه الاتفاقات صحيحة ومقبولة عموما بتوافر شروط تتمثل فيما يلي:

أول شرط رئيسي، يكمن في ضرورة وجود اتفاق بين الطرفين لإمكانية إدراج الشرط الحر مع قبوله من كلا الطرفين، بمعنى آخر يُمكن للناقل إدراج الشرط الحر في سند النقل، لكن يجب حصوله على موافقة وترخيص من الشاحن لكي يُصبح الشرط صحيحا[1].

---

[1] C.A. Aix-en-Provence, 2e ch., 11 Mars 2004, BTL 2004, p.703 : « Liberty Clause : un principe consistant laisse toute liberté au transporteur maritime pour organiser le voyage »

[2] (P.) BONASSIES, (Ch.) SCAPEL, op.cit, n° 1025, P. 654.

[3] Cass.Com, 15 Nov 2005, BTL 2005, n°3107, p.765.

[4] (R.) WILLIAMS, Gard guidance on maritime claims and insurance, Gard AS, 2013, P. 399.

[5] (R.) RODIERE, (E.) DE PONTAVICE, Op.cit, p 331.

[6] قرار صادر في 23 نوفمبر 1984 من محكمة Aix-en-Provence أين قبلت بالشرط المدرج في سند الشحن الذي يتضمن إعطاء الربان والناقل الحق في تفريغ البضاعة في أي ميناء مجاور، عندما يكون العمل في الموانئ مضطرب ولا يجري بصفة عادية، واعتبرت أن قرار الناقل لا يُشكل خطأ.

بمفهوم المخالفة، استعمال الناقل للشرط الحر دون وجود ترخيص من الشاحن مع تضرر البضاعة، يجعل الناقل مسؤولا عن الضرر الناتج عن تضرر البضاعة ولا يمكن له الاحتجاج بوجود الشرط في مواجهة صاحب الحق على البضاعة [2].

ثاني شرط مهم أيضا هو، تنفيذ الناقل البحري للشرط الذي يمنح له الانحراف تنفيذاً صحيحاً وسليماً وبحسن نية[3]، وإلاّ فَقَدَ حقّه في الاستفادة منها، فعلى الناقل الابتعاد عن الغش والابتعاد عن استعمال الشرط بسوء نية، دون تجاوز أو إفراط في استعماله للشرط[4].

وتدعيما لمبدأ حسن النية، اتجه القضاء في إحدى الوقائع، برفض الشرط الحر بالرغم من توافر الشرط الأول المتمثل في ترخيص وموافقة الناقل، لوجود غش من الناقل وسوء نية منه، أين استعمل الناقل البحري لشرط التفريغ في ميناء بديل بحجة وجود إضراب في ميناء الوصول الحقيقي، فاكتشف القاضي بوجود تعسّف في استعمال الشرط وسوء نيّة من الناقل، لأن هذا الأخير كان عالما قبل التعاقد بوجود إضراب في ذلك الميناء الحقيقي، واستغل الفرصة بإدراج الشرط الحرّ من أجل تغيير الميناء لمصلحته الشخصية[5]، والحال أن القانون يلزم توافر منتهى حسن النية في التعاملات العقدية.

كما كرّس القضاء الفرنسي مبدأ تنفيذ الشرط بحسن نية في قضية أخرى ألزم بموجبه الناقل البحري بنقل البضاعة إلى المكان المتفق عليه في عقد النقل البحري للبضائع بإتباع الطريق الأصلح والأنسب لصاحب الحق على البضاعة[6].

---

[1] C.A Aix-en-Provence, 28 Novembre 1985, DMF, 1987, p. 298 ; Cass.Com, 13 juin 1989, DMF, 1989, p. 526.

[2] Cour d'Appel d'Aix-en-Provence,21 octobre 1988, navire « Sylvo », revue SCAPEL, 1988, p 61.

[3] Cour d'Appel de Pais, 6 novembre 1980, DMF, 1981, p 338.

[4] Cassation, 21 juillet 1987, DMF, 1988, p 455, navire « Mazoria ».

[5] Aix-en-Provence, 20/09/2005, BT 205.702.

[6] cass.civ.,31jan.1887 ;

مقتبس من: علاق عبد القادر، المرجع السابق، ص 35.

من جهته، يرى الفقه الفرنسي[1] أن شرط الانحراف أو تغيير الطريق الذي لم يتوفر فيه شروط الاتفاق الحر بعدم وجود ترخيص من الشاحن وموافقة منه، واستعمال الناقل للشرط بسوء نية، قد يُرتب مسؤولية للناقل البحري، لكن المسؤولية تتحقق بعد وقوع الخطر وتضرر البضاعة مع ضرورة وجود علاقة سببيّة بين الخطر والضرر الذي أصاب البضاعة. ويجب على الناقل دحض قرينة المسؤولية ونفيّها بإثبات أن الضرر الذي حصل للبضاعة هو نتيجة حالة من حالات الإعفاء القانونية.

بالمقابل إذا توافرت الشروط القانونية التي تسمح بإدراج شرط تغيير المسار أو الميناء التعاقدي، ووُجد خطر في المسار المتفق عليه أو المعتاد، أصبح الشرط التعاقدي الذي يقضي بإمكانية تغيير المسار إلزاميا لا مفر منه، إلى درجة اتجاه القضاء الفرنسي في قرار صادر عنه سنة 2016، أن عدم استخدام الشرط المدوّن على سند الشحن، يجعل الناقل مرتكبا لخطأٍ يحرمه من التمسك من حالة الإعفاء المثارة من قبله.

فحَكَمَ القاضي بعدم إعفاء الناقل من المسؤولية نتيجة الضرر الذي أصاب صاحب الحق على البضاعة، لأنه حصل نتيجة عدم تغيير الناقل لمساره، ولو قام هذا الأخير بتغيير مساره لما حصل الضرر، فهنا، أصبح الشرط التعاقدي إلزاميا على الناقل هذا من جهة، ومن جهة أخرى، الناقل البحري هو محترف ويعلم جيدا بالشروط التي يمكن إدراجها في سند الشحن[2].

---

[1] (R.) RODIERE, (E.) DE PONTAVICE, op.cit, p. 331.

[2] Ca.Com, 13-12-2016, DMF 2017, n°789, p.228 ;

حيث نص القرار أنه: " في حالة وجود إضراب في ميناء الوصول، فإن عدم استعمال إمكانية التفريغ في ميناء بديل بموجب الشرط، يعد خطأ ولا يُمكن التمسك بالإضراب كحالة للإعفاء":

« … Le cas excepté de la grève est neutralisé par la faute du transporteur qui n'a pas invoqué la clause figurant dans les connaissements qui lui aurait permis de décharger dans un port ».

ثانيا: شرط المسافنة Clause d'escale

قد تأتي الرياح بما لا تشتهيه السفن وتتعرض السفينة لأي طارئ يُؤدي إلى تقطع الرحلات، وعلى الناقل القيام بضمان وتأمين مسافنة البضائع لنقلها حتى ميناء الوصول المقرر[1].

وهذا ما تضمنته المادة 736 من القانون البحري الجزائري التي توجب على الناقل البحري بذل العناية اللازمة في إعداد سفينة أخرى في حال ما إذا توقفت السفينة الناقلة للبضاعة بسبب أي عائق أو عطب حتى لو لم تكن مملوكة له، كما يقع عليه عبئ إثبات أنه قدّم العناية اللازمة في أعماله، وهذا ما يعرف بمسافنة البضائع مهما كانت الأسباب[2] من أجل إتمام تنفيذ عقد النقل البحري المبرم بينه وبين الشاحن.

إن هذا الشرط قد يتم بموجب حكم قانوني (أ)، أو اتفاقي (ب)

أ_ الالتزام بالمسافنة بموجب حكم قانوني

وهي عملية يقوم بموجبها الناقل البحري بتفريغ وإعادة شحن البضاعة في وسائط النقل سواء بحرية أو وسائط أخرى غير بحرية، في حالة توقف الرحلة من أجل تأمين نقل البضاعة وإيصالها إلى الميناء المتفق عليه في العقد. فنظام المسافنة يُعرف في كل أشكال النقل (بحرية _ جوّية _ سككية ...)، ويكون باستحضار وسيلة نقل أخرى غير معنية، كما يُمكن أن تكون مسافنة البضاعة بالرسو في ميناء قريب، ثم يتم تفريغ البضاعة وإعادة شحنها في وسيلة نقل أخرى.

[1] (R.) RODIERE, (E.) DE PONTAVICE, op.cit, p 331.

[2] تجدر الإشارة الى أن اتفاقية بروكسيل لسنة 1924 لم تحيل الى هذا النوع من الالتزامات المقررة للناقل (مسافنة البضائع)، فهي تنص على بعض الالتزامات فقط من شحن – رص – نقل – حفظ – تفريغ – والعناية بالبضائع عناية كاملة ودقيقة.

بمفهوم المخالفة، مسافنة البضاعة هي استثناء للأصل الذي يقضي بضرورة تنفيذ عقد النقل البحري بنفس السفينة التي شُحنت فيها البضاعة في ميناء الإقلاع، اللهم إلّا إذا أصبحت السفينة المشحونة غير صالحة للملاحة البحرية أثناء رحلتها أو لم تتمكن من مواصلة الطريق[1].

أظهر القضاء شرط المسافنة في حكمين أساسيين هما:

صدر الحكم الأول من المحكمة التجارية بمرسيليا، ويتعلق الأمر بقضية نقل 1000 علبة (صندوق) من التين باتجاه مرسيليا، إلّا أنه وبسبب غلق الميناء (Lock-out) تم تفريغ البضاعة بميناء Saint-RAPHAEL[2] ، وهذا النوع الأول من الأحكام القضائية المتعلقة بمسافنة البضائع.

أمّا القرار الثاني، صادر عن مجلس قضاء AIX-EN-PROVENCE بتاريخ 23-11-1984، حيث أن شركة الملاحة البحرية المسماة (DENIZCILICK) ،كُلّفت بنقل فاكهة الكستناء CHATAIGNES من اسطنبول بتركيا إلى مرسيليا، لكن وبعد رفض عمّال ميناء مرسيليا تفريغ البضاعة، قام الناقل البحري بتفريغها في ميناء GENES[3].

إذا استحال على الناقل البحري تفريغ البضاعة في ميناء التفريغ، وكذلك في حالة عجز الروافع المينائية عن تفريغ البضاعة في مدّة 8 أيام، كان بإمكان الناقل البحري استخدام الشرط المدرج في العقد والذي يسمح له بالتفريغ في أي ميناء يراه ملائماً[4].

إن نوع هذا الالتزام يدخل في صنف بذل العناية أي عناية الشخص العادي، ومسؤولية الناقل البحري لا تنعقد بصفة آلية، كما أنه بالرجوع إلى نص المادة 777 من القانون البحري الجزائري، في حالة المسافنة من سفينة إلى أخرى بسبب توقف الرحلة، تكون مصاريف المسافنة وأجرة الحمولة الواجبة الأداء لإنهاء نقل البضائع، على عاتق الناقل إلّا إذا أبعد الناقل

---

[1] عدلي أمير خالد، عقد النقل البحري (قواعد وأحكام في ضوء قانون التجارة البحرية والمعاهدات والبروتوكولات الدولية والمستحدث في أحكام محكمة النقض والدستورية العليا)، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، مصر، 2006، ص 167.

[2] Tribunal de Commerce de Marseille, 26 Mars 1971, DMF, 1972, p 41.

[3] Cour d'Appel d'AIX-EN-PROVENCE, 23 novembre 1984, D.M.F, 1986, p 668.

[4] (A.) ABOUSSOROR, Op.cit, p. 324.

عنه المسؤولية التي سببت له هذا التوقف، وبعد إثبات الناقل البحري أنه بذل العناية الكافية وأعدّ سفينة صالحة للملاحة البحرية قبل وعند بدء الرحلة بمفهوم المادة 770 من القانون البحري الجزائري[1]، فيحتفظ بأجرة الحمولة المقررة عن كامل الرحلة.

فالأصل قانونا هو أن مصاريف المسافنة وأجرة نقل الناقل الثاني الذي يكمّل الرحلة إلى ميناء الوصول هي على عاتق الناقل الأول. إلّا أنه استثناءً وفي حالة ما إذا أثبت الناقل أن توقف الرحلة كان بسبب حالة من حالات إعفاءه من المسؤولية كعيب خفي أو سبب مفاجئ، هنا تكون مصاريف النقل على عاتق الشاحن، ويستحق كل من الناقل الأول والثاني الأجرة[2].

ب_ مسافنة بحكم اتفاق بين الناقل البحري والشاحن

عمليا، للناقل الحرّية في نقل البضاعة إلى سفينة أخرى في حالة ظروف استثنائية، وشرط المسافنة هو اتفاق لا يُعفي الناقل من المسؤولية، بل يُخفف من التزاماته فقط، و يُعطيه حرّية في تنفيذ التزاماته دون الحق في الإعفاء[3]، فهو إذن شرط صحيح[4]. يؤدي ثبوته في سند الشحن إذا تضررت البضاعة، إلى استفادة الناقل من حقوقه القانونية من حدود وإعفاءات.

---

[1] تنص المادة 770 من القانون البحري الجزائري على: " يتعين على الناقل قبل (وعند) بدء الرحلة، السهر على العناية اللازمة بما يلي:

أ- وضع السفينة في حالة صالحة للملاحة...".

يُلاحظ أن في القانون البحري الجزائري قد سقطت عبارة " وعند " سهوا من المشرع، فالأصل هو أن الناقل ملزم بالسهر على بذل عناية تقديم سفينة صالحة للملاحة البحرية قبل وعند بدء الرحلة، وهو حكم أخذه المشرع الجزائري من نص المادة 3 فقرة 1 من اتفاقية بروكسل التي نصت على: " على الناقل، قبل الرحلة وفي بدايتها أن يمارس نشاطا كافيا:

أ- لجعل حالة السفينة صالحة للملاحة...".

[2] C.A. Versailles, 12e ch., 8 Avr 2004, BTL 2004, p.315 : « Le blocage du port de destination n'avait pas constitué pour le transporteur un événement imprévisible et insurmontable… En conséquence l'armement ne pouvait réclamer au destinataire des frais supplémentaires liés au déroutement ou transbordement »

[3] C.A Versaille, 29/04/2004, BTL 2004, p.357

[4] Cour d'Appel d'AIX-EN-PROVENCE, 23 novembre 1984, DMF, 1986, p 668 ;

بالمقابل، في قرار صادر عن مجلس قضاء VERSAILLES بتاريخ 30-11-1995، وفي قضية تتعلق بنقل بضائع على وجه السرعة لشحنة من العتاد من فرنسا باتجاه جاكرتا في اندونيسيا، قام الناقل بمسافنة هذا العتاد في ميناء SINGAPOOR سنغافورة، ولاحظ القاضي أنه وفي غياب الشرط في وثيقة الشحن، لم يكن للناقل حرّية استعمال المسافنة، لكن قبول الشاحن بالنقل السريع جعل الأمر مباحاً ولم يعتبر القضاء هذه المسافنة خطأ يُرتب المسؤولية نظرا لقبول الشاحن ولظرف السرعة[1].

عادة يكون القضاء متشددا عندما يقوم الناقل البحري بمسافنة البضائع من أجل تجنب التأخير الذي قد يُنقص من أرباحه التجارية[2]. أو في حالة قيامه بمسافنة من أجل تفريغ السفينة وتحريرها فقط، حينها تبقى مصاريف المسافنة وأجرة الحمولة على عاتق الناقل الذي أخطأ لتفريغه البضاعة بدون سبب جدي[3] .

قد يقع ضمن الممارسات العملية، في نقل البضائع وخاصة الحاويات، أن لا يتم نقلها باتجاه مباشر، كخط مستقيم، بل تكون عادة محل مسافنة، وذلك بوجود موانئ محورية، تحتوي على شروط تفيد بأن للناقل البحري حريّة في مسافنة البضائع[4]، خاصة وأن العملية هي حتماً

=قرار أشار إليه: بسعيد مراد، انحراف السفينة وأثره في تنفيذ عقد النقل البحري، مجلة أكاديميا، العدد 03، جامعة شلف، الجزائر، 2015، ص 263.

[1] Cour d'Appel de VERSAILLES, 30 novembre 1995, D.M.F, 1996, P. 163, Note y. POUPARD.

[2] (A.) ABOUSSOROR, op.cit, p326.

[3] Cour d'Appel de Rennes, 21 juin 1985, DMF, 1986, p.675 ; Cour d'Appel de Paris, 27 janvier 1981, BTL, 1981, p.258.

[4] (P.) BONASSIES, (Ch.) SCAPEL, op.cit, n°1026, p 655.

صحيحة[1]، وقد أقرت محكمة النقض الفرنسي[2] عملية المسافنة عندما لا يوجد خط منتظم بين ميناء الشحن بسنغافورة وميناء التفريغ ب Haiphong حيث لا توجد وسائل تفريغ متطورة[3].

في عصر النقل بالحاويات، أين أصبحت السفن عملاقة (سفن حاملات الحاويات)، قد تحتاج هذه السفن إلى موانئ مجهزة، متطورة لاستقبالها، كتلك المتوافرة في الدول المتطورة ذات الموانئ من الجيل الثالث، لكن الإشكال يُطرح بالنسبة للدول النامية غير المجهزة لاستقبال هذا النوع من السفن التي تحتاج إلى منطقة واسعة وبعمق واسع للبحر.

لحل الإشكال المطروح، اتّجهت الدول إلى إنشاء موانئ محورية كنمط جديد للتشغيل في النقل بالحاويات، حيث تعرج السفن العملاقة على الميناء المحوري لتفريغ الحاويات الخاصة بمنطقة معينة، ثم يُعاد شحنها في سفن صغيرة حسب حجم وإمكانية الدخول إلى الميناء، إذ أعطى القضاء لهذه العملية اصطلاح المسافنة.

تعاني الموانئ الجزائرية بدورها من ضعف البنية الأساسية التحتية مقارنة بالموانئ العالمية، إضافة إلى صغر الغاطس، والعمق النظري، كما يتقلص باستمرار نظرا لتكدس الطمي والرمال لعدم تطهيرها الدوري، فانعكس هذا سلبا على عملية رسو السفن الكبيرة منها والمعروفة بسفن حاملات الحاويات وعدم إمكانية استقبالها ودخولها ميناء الجزائر من أجل تفريغ بضائعها، الأمر الذي دفع هذه السفن الكبيرة إلى التوجه أولا إلى موانئ أخرى مجاورة(إسبانيا، إيطاليا، ومرسيليا)من أجل تفريغ حمولتها ثم إعادة شحنها في سفن صغيرة قادرة الحجم على الرسو في الموانئ الجزائرية لتفريغ حاوياتها، نتج عن هذا العائق زيادة في التكاليف المالية، والجهد، وضياع الوقت، بالإضافة إلى إمكانية تضرر البضاعة المحتواة وتفويت فرص لا تقبلها التجارة عموما.

---

[1] Trib. com. le Havre, 23 novembre 1925 ; Cass. Marseille, 30 janvier 1926 ;

قرار مقتبس من: خلادي إيمان، الحرية التعاقدية في عقد النقل البحري للبضائع على ضوء القانون البحري الجزائري والاتفاقيات الدولية، المرجع السابق، ص 169.

[2] قرار محكمة النقض الفرنسية، الصادر بتاريخ 25 فيفري 2004.

[3]Navire Vosa Carrier, DMF 2005, Hors-série n 9, obs. Ph. DELEBECQUE ; adde AIX-EN-PROVENCE, 11 Mars 2004, BT 2004.703.

كما هو معلوم، فإن النقل بالحاويات جاء للتقليل من الأضرار التي تصيب البضاعة خاصة أثناء الشحن والتفريغ إلّا أن المسافنة المتكررة للحاويات قد تعرض البضاعة للتلف خاصة تلك المعبئة في حاويات غير مبردة ذاتيا التي تحتاج توصيلها بالكهرباء عند شحنها في سفن الحاويات، وأثناء مسافنة هذه البضائع في الميناء المحوري يتم قطع الكهرباء لتفريغ الحاوية وإعادة شحنها في سفن صغيرة حسب حجم الميناء مع إعادة التوصيل بالكهرباء، الأمر الذي يؤدى إلى تضرر البضاعة الموجودة داخل الحاويات نتيجة قطع الكهرباء جزئيا تم تشغيله. فتبقى مهمة القضاء في حالة المسافنة، التأكد فيما إذا كانت هذه الأخيرة تعد خطأ صادراً من الناقل ترتب مسؤوليته.

في هذا النطاق، حكم القضاء بخطأ الناقل عندما قام بمسافنة حاويات معبئة ببضائع تحتاج إلى تبريد خاص، وذلك بسبب أن الناقل هو محترف وبالتالي يجب أن يكون عالما بأوصاف البضاعة ونوعها وحرارتها الخاصة، يكون في هذه الحالة الناقل ملزما بالتعويض عن خطإه[1]، كما أكّد القضاء على وجوب تحقق الناقل البحري من وجود حاوية مجهزة بالتبريد بمجرد وضع البضاعة على الرصيف، مع تأكد الناقل من صحة عمل الحاوية بأنها تعمل بطريقة جيدة وبوسائلها الكهربائية[2].

تُجدر الإشارة، أن شرط المسافنة المدرج في سند الشحن الذي تم الاتفاق على إدراجه من قبل الناقل البحري والشاحن، يتطلب كشرط أساسي لصحته، وجوب استعمال الناقل البحري له بحسن نية، أي بطريقة تُحقق مصلحة الطرفين وليس لمصلحة الناقل البحري فقط، فمثلا قد يستغل الناقل لشرط المسافنة المدرج في سند الشحن على أساس وجود اكتظاظ على مستوى المحطات الطرفية، فيكون قد طبّق الشرط بسوء نية ولمصلحته الخاصة المتمثلة في استعمال الشرط لعدم بقاءه في ميناء الوصول لمدة طويلة. حينها، يكون الشرط باطلا بطلانا مطلقا، ويُحرم الناقل من الاستفادة من الشرط وآثاره.

الفرع الثالث: الشروط المتعلقة بعمليات المناولة المينائية

[1] Cass de rouen, 2éme ch, 13 mai 2004.

[2] Cass.Com, 22 mai 2007, n 06-14.070 ; Ca Paris, 5 ch., 23 fév. 2006, n 03/03672, Axacs et a.c/CMA-CGM et a, BTL 2006, p 186.

توجد شروط ضرورية تتعلق بعمليات المناولة المينائية، قد يُدرجها الناقلون البحريون من أجل تنفيذ عقد النقل البحري على أكمل وجه، وصواب هذه الشروط من بطلانها تختلف من اتفاقية الى أخرى حسب نطاق تطبيقها ومدة مسؤوليتها، فمثلا:

أولا: شرط عدم المسؤولية قبل وبعد الرّوافع1

يُعتبر شرط عدم المسؤولية قبل وبعد الرّوافع صحيحا بالنسبة لاتفاقية بروكسل كونها لا تُطبق على المرحلة السابقة و اللاحقة للمرحلة البحرية[2] ، أما في اتفاقية هامبورغ و روتردام، فشرط عدم المسؤولية قبل وبعد الرّوافع هو باطلا بطلانا مطلقا لأنه يتضمن إعفاءٌ للناقل البحري، و أي شرط يؤدي إلى إعفاء الناقل من المسؤولية يكون باطلا بطلانا مطلقا بأحكام آمرة.

يُلاحظ أن المشرع الجزائري، قد أخذ موقفا منصفا اتجاه صحة الشرط أو عدمه، فالأصل هو أنّ شرط عدم مسؤولية النّاقل قبل وبعد الرّوافع هو باطلا بطلانا مطلقا، لكنّ وضع المشرع استثناءً، أين قام بتعريف التسليم اللّاحق للشّحن دون التّسليم اللاحق للتّفريغ، حيث سمح للناقل من إدراج شرط إعفاءه من المسؤولية في الفترة ما بين التّسليم والشّحن، والفترة ما بين التفريغ والتّسليم، وذلك حسب المادة 812 من القانون البحري، بنصها "خلافا للمادة السابقة، يُرخص بجميع الشّروط المتعلّقة بتحديد المسؤولية أو التّعويض كما يلي:

أ- عن المدة الواقعة بين استلام البضاعة من قبل الناقل لنقلها لغاية البدء بتحصيلها على متن السفينة وحتى نهاية تفريغها ولغاية تسليمها...".

ثانيا: شرط الشحن أو التفريغ على الصنادل أو المواعين3

[1] شرط عدم مسؤولية الناقل قبل وبعد الرّوافع، يُقصد به قبل الرّفع ووضع البضاعة على السّفينة (قبل الشّحن)، وبعد قيام رافعة السّفينة بتفريغ البضاعة في ميناء الوصول (بعد التّفريغ).

[2] حوباد حياة، مدى تاثير شروط سند الشحن الخاصة بعمليات المناولة والتشوين، المرجع السابق، ص 94.

[3] قد تقع ظروف استثنائية عند شحن البضاعة أو تفريغها، مفادها أن السفينة لا يُمكن لها الرسو بمحاذاة الرصيف، بل تقف في مرفأ أو فرضه الميناء وذلك حسب غاطس السفينة مقارنة بعمق المياه أو لعدم وجود أرصفة كافية، ولابد لها من شحن أو تفريغ البضاعة، يتم اللجوء في هذه الحالة الى الاستعانة بالصنادل من اجل إتمام عملية شحن البضاعة أو تفريغها

اعتبرت اتفاقية بروكسل شرط الشحن أو التفريغ على الصنادل أو المواعين شرطا صحيحا إذا ما تم إدراجه صراحة في سند الشحن مع تفريغ البضاعة من السفينة ووضعها على الصنادل، أما إذا تم الاتفاق على تسليم البضاعة في الرصيف عند رسو السفينة، فيكون الشرط باطلا بطلانا مطلقا لأن هدفه في هذه الحالة هو التخفيف من التزامات ومسؤولية الناقل البحري[1].

من جهتها، تعتبر اتفاقية هامبورغ، تعتبر شرط التفريغ على الصنادل صحيحا، لأنها أعطت حرية للمتعاقدين في إمكانية تسليم البضاعة الى المرسل إليه عند تفريغها من السفينة ووضعها في الصنادل[2].

على غرار اتفاقيتي بروكسل وهامبورغ، اعتبرت اتفاقية روتردام شرط التفريغ على الصنادل شرطا صحيحا بمقتضى نص المادة 13 فقرة 2 التي تجيز للمرسل إليه القيام بعملية التفريغ في مجال النفقات والالتزامات فقط، أما المسؤولية فتبقى على عاتق الناقل البحري (شرط FIO).

بالرجوع الى المشرع الجزائري، نص بصريح العبارة على بطلان شرط التفريغ على الصنادل من خلال المادة 916 من القانون البحري الجزائري.

ثالثا: شرط التفريغ التلقائي3

[1] حوباد حياة، مدى تأثير شروط سند الشحن الخاصة بعمليات المناولة والتشوين، المرجع السابق، ص 91.

[2] كمال حمدي، القانون البحري، منشاة المعارف الإسكندرية سنة، 1997، ص 58.

[3] عادة ما تدرج شركات الملاحة البحرية في سندات الشحن شرطا يتم بمقتضاه إلقاء عبئ عملية التفريغ على حساب وتحت نفقة ومسؤولية المرسل إليه، وهذا ما يعرف بالتفريغ التلقائي. كما يوجد في الممارسات العملية صيغ عديدة للشرط، من بينها إعطاء وكالة لربان السفينة من أجل اختيار مقاول التفريغ، أو التفريغ بواسطة الناقل، وبالتالي يفترض أنها توكيل من الشاحن الى الناقل من أجل اختيار مقاول التفريغ على حساب المرسل إليه بطريقة غير مباشرة ;

يُعتبر الشرط حسب اتفاقية بروكسل باطلا بطلانا مطلقا بالنسبة للمرحلة البحرية الصرف، وصحيحا بالنسبة للمراحل السابقة واللاحقة عملا بمبدأ الحرّية التعاقدية. أمّا في اتفاقية هامبورغ، فالشرط باطلا ولاغيا وعديم المفعول كون أن عملية التفريغ هي التزام جوهري يقع على عاتق الناقل البحري.

على عكس اتفاقيتي بروكسل و هامبورغ، اعتبرت اتفاقية روتردام شرط التفريغ التلقائي شرطا صحيحا[1] عملا بمقتضى نص المادة 13 فقرة 2. في حين يعتبره المشرع الجزائري شرطا باطلا بطلانا مطلقا، تدعيما لنص المادة 780 التي تعتبر التزام الناقل بالتفريغ هو التزام أساسي وضروري لا يُمكن إعفاء نفسه منه.

المطلب الثاني: شروط تتعلق بالحماية من المسؤولية المشروعة

ظهرت بفضل الممارسات العملية في عقد النقل البحري للبضائع شروطاً في سندات الشحن تتعلق بالحماية من المسؤولية التي تتطلبها التجارة الدولية.
من بين الشروط الأساسية والتي تعمّد الناقل البحري من إظهارها، هو شرط هيمالايا الذي يقضي بإمكانية استفادة تابعي الناقل البحري من نفس الحماية القانونية التي يتمتع بها الناقل المتعاقد، والمتمثلة في تحديد المسؤولية وحالات الإعفاء القانونية في حالة وقوع هلاك أو ضرر بالبضاعة. لقد أقرت واعترفت التشريعات الوطنية والدولية بشرط هيمالايا (الفرع الأول).

بالإضافة إلى هذا، ونظرا لاستحالة فحص الناقل البحري للبضاعة المحتواة ومقارنتها بمدى تطابقها مع البيانات الواردة في سند الشحن، جاء الواقع العملي بحلّ لحماية الناقل البحري دائما، وذلك بإدراج شرط آخر في سندات الشحن يفيد إمكانية الناقل البحري التحفظ على البيانات الخاصة بالبضاعة الموجودة داخل الحاوية (الفرع الثاني).

الفرع الأول: شرط هيمالايا The Himalaya Clause

كمال حمدي، القانون البحري، المرجع السابق، ص 43 ; عمار فيصل، وثيقة النقل البحري في ظل القانون الجزائري والاتفاقيات الدولية، دكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان، الجزائر، 2017_2018، ص 32.

[1] حوباد حياة، مدى تأثير شروط سند الشحن الخاصة بعمليات المناولة والتشوين، المرجع السابق، ص 93.

شرط هيمالايا هو نظام قانوني ناشئ عن Common Law، حيث ظهر بعد حدوث واقعة قضية ADLER VS DICKSON سنة 1954[1] التي طُرحت أمام محكمة الاستئناف الانجليزية ; تتلخص وقائع القضية في: قيام سيدة تسمى ADLER برحلة سياحية على متن سفينة HIMALAYA، وأثناء نزول السيدة من سلّم السفينة وقعت وكُسرت ساقها.
رفعت السيدة دعوى ضد الناقل البحري، والذي قام هذا الأخير بالاحتجاج بإعفائه من المسؤولية العقدية نتيجة توافر حالة من حالات الإعفاء القانونية، وبالتالي عدم تقديم أي تعويض لها.
فقامت السيدة برفع دعوى أخرى على ربان السفينة DICKSON للمطالبة بالتعويض عن الضرر الذي أصاب قدمها نتيجة إهمال الربان في تثبيت السلّم جيداً وبعناية تامة. لكن الربان أنكر ذلك وأثبت أنه قام بتثبيت السلم جيدا لكن بسبب الرياح القوية تحرك السلم ووقعت السيدة، كما احتج الربان بوجود شرط في سند الشحن يحميه من المسؤولية عن مخاطر النقل.

طُرحت القضية أمام محكمة الاستئناف الانجليزية بسؤال مفاده أن هل شرط الحماية من المسؤولية الذي يستفيد منه الناقل البحري، يُمكن الربان أيضا من الاستفادة من الشرط بالرغم من أنهم ليسوا طرفا في عقد النقل البحري؟

قرّر مجلس اللوردات أن الناقل البحري يستطيع أن يشترط في عقد النقل البحري سواء صراحةً أو ضمنياً استفادته من الشرط لمصلحته وكذا لمصلحة مستخدميه من اشتركوا في تنفيذ عقد النقل البحري[2].

بالرجوع إلى وقائع القضية، رفض الناقل البحري استفادة مستخدميه من الشرط، فأقر بأنه يستفيد هو فقط من شرط الحماية من المسؤولية دون غيره، وبالتالي، تم الحكم بمسؤولية ربان السفينة نتيجة إهماله. أليس هناك تناقض في الحكم؟

هكذا، وبحكم قضائي أصبح شرط استفادة تابعي الناقل ومستخدميه بنفس الحماية القانونية التي يستفيد منها الناقل البحري من الحقوق القانونية المتمثلة في تحديد المسؤولية

---

[1] ADLER VS DICKSON (1954)2 Lloyd's rep.267 .(1955)Q.B.158.

قضية أشارت إليها: قماز ليلى إلدياز، شروط الحماية من المسؤولية في سندات الشحن من التطبيق إلى الإقرار القانوني _شرط هيمالايا وشرط استحالة فحص الحاوية_، مجلة الدراسات والبحوث القانونية، العدد 05، جامعة المسيلة، الجزائر، 2017، ص8.

[2] Wei HOU, op.cit, 263.

وحالات الإعفاء منها وكذا المدد القانونية لتقادم دعوى المسؤولية التعاقدية على حد السواء، ذلك لأن الناقل البحري يتعاقد باسم ولحساب تابعيه، بالإضافة إلى تعاقده باسمه الشخصي ولحسابه.

أُسند للشرط اسم سفينة هيمالايا محل النزاع، واستنادا إلى نظرية الاشتراط لمصلحة الغير المنصوص عليها في القواعد العامة من القانون المدني[1]، يقوم الناقل البحري بتحرير شرط هيمالايا في سند الشحن لإمكانية استفادة تابعيه من نفس الحقوق التي يتمتع بها الناقل البحري[2]. على أن يُدرج الناقل بدقّة صارمة الأشخاص الذين سيستفيدون من الشرط لحمايتهم القانونية باسمهم وبصفاتهم، وهذا لقبول شرط هيمالايا.

أولا: شرط هيمالايا في التشريعات الدولية

تطرّقت الاتفاقيات البحرية الدولية المختلفة لهذا الشرط، ونظمته.

أ_ شرط هيمالايا في اتفاقية بروكسيل لسنة 1924 وبروتوكولها لاهاي فيسبي 1968

أُبرمت اتفاقية بروكسيل لسنة 1924 قبل ظهور شرط هيمالايا، فلم يكن تابعوا الناقل البحري بموجب اتفاقية بروكسيل يستفيدون من الحقوق القانونية التي يستفيد منها الناقل البحري.

لكن وبعد حدوث قضية ADLER VS DICKSON سنة 1954، تم تعديل اتفاقية بروكسيل لسنة 1924 ببروتوكول لاهاي فيسبي لسنة 1968، والذي تبنّى شرط هيمالايا بعدما طالبت

---

[1] (Ph.) DELBECQUE, clause « Himalaya » : de nouveaux bénéficiaires, Gazette de la chambre, Lettre d'information de la chambre Arbitrale Maritime de Paris, n36, Hiver 2014/2015, p01 ; file:///C:/Users/hp/Downloads/gazette36.pdf يوم 15 أكتوبر 2023، الساعة 15:53.

[2] يستند شرط هيمالايا الى نظرية الاشتراط لمصلحة الغير نتيجة تعاقد المتعاقد لمصلحة غيره الذي ليس طرفا في عقد النقل البحري (المادة 116 من ق.م.ج التي تنص: " يجوز للشخص أن يتعاقد باسمه على التزامات يشترطها لمصلحة الغير، إذا كان له في تنفيذ هذه الالتزامات مصلحة شخصية مادية كانت أو أدبية...").

نوادي الحماية والتعويضات من ضرورة الاعتراف بشرط الحماية[1]، فأضاف بروتوكول لاهاي فيسبي المادة 4 مكرر، التي أعطت الحق لتابعي–وكلاء الناقل من الاستفادة من الحدود القانونية والإعفاءات من المسؤولية، وكذا التمسك بالدفوع التي يحق للناقل البحري التمسك بها[2]. وبهذا أصبح شرط هيمالايا نظامياً Une clause statutaire لا تعاقدياً بالنسبة للدول المصادقة على بروتوكول لاهاي فيسبي[3].

وُضع بروتوكول لاهاي فيسبي لتطبيق شرط هيمالايا، شرطاً مهماً يتمثل في عدم استقلالية تابع الناقل أو وكيله، فلا يكون مقاولا مستقلا، وذلك لوجود تبعية اقتصادية بين الناقل البحري وتابعيه، وبالتالي يتأثر الناقل بالمسؤولية الملقاة عليهم بطريقة غير مباشرة تؤدي لعدم إمكانية رجوع الناقل عليهم للحصول على تعويض. إذن هي إهدار لحقوق الناقل[4].

هذا ما يجعل مقاول الشحن والتفريغ إذن _نظرا لاستقلاليته عن الناقل البحري_ لا يستفيد من شرط هيمالايا.

ب_ شرط هيمالايا في اتفاقية هامبورغ لسنة 1978

[1] Wei Hou, op.cit, p 262.

[2] تنص المادة 3 من بروتوكول لاهاي فيسبي لسنة 1968 المعدل لاتفاقية بروكسيل لسنة 1924 على: " يدرج بين المادتين الرابعة والخامسة من الاتفاقية مادة رابعة "مكرر" حسب النص التالي:

1_ تطبق الإعفاءات والتحديدات المنصوص عنها في هذه الاتفاقية، على كل دعوى تقام ضد الناقل، للتعويض عن خسائر أو أضرار لحقت ببضاعة كانت موضع اتفاق نقل، إذا كان أساس الدعوى مبني على المسؤولية التعاقدية أو المسؤولية غير التعاقدية.

2_ إذا أقيمت مثل هذه الدعوى، ضد عميل الناقل، يحق لهذا العميل التذرع بالإعفاءات وتحديدات المسؤولية التي يحق للناقل الادعاء بها، استنادا لهذه الاتفاقية..."

[3] قماز ليلى إلدياز، شروط الحماية من المسؤولية في سندات الشحن من التطبيق إلى الإقرار القانوني...، المرجع السابق، ص 86.

[4] محمد عبد الفتاح ترك، المرجع السابق، ص 272.

تبنّت اتفاقية هامبورغ لسنة 1978 شرط هيمالايا، وذلك حسب نصوص الاتفاقية، منها نص المادة 7 الفقرة 2، حيث أنه، لتابعي الناقل إمكانية الاستفادة من تحديد المسؤولية إذا ثبت أنه كان يتصرف في حدود وظيفته[1].

وكذلك، بموجب نص المادة 10 الفقرة 2 من نفس الاتفاقية، التي نصت أن الناقل الفعلي يستفيد من شرط هيمالايا النّظامي، ذلك أنّ النّاقل الفعلي هو من يُنفذ التزامات النّاقل البحري، وبالتالي يلتزم بنفس التزامات الناقل.

هذا ما أكده الفقيه William TETLY الذي يذهب إلى النص أنّ: "الغير لا يستفيد من عبارات العقد الذي لا يكون طرفا فيه، إلّا إذا قام الغير بتنفيذ جزء من التزامات أحد طرفي العقد"[2].

توضيحا لذلك، فإن للناقل التزامات عديدة بموجب عقد النقل البحري، فهو ملزم بشحن البضاعة، نقلها وتفريغها، وبالتالي يستعين بمقاول الشّحن والتفريغ الذي هو ناقل فعلي، ليُنفّذ التزامات النّاقل البحري بالشّحن والتّفريغ.

وباعتبار اتفاقية هامبورغ لم تنص على شرط عدم استقلالية المقاول لكي يستفيد من شرط هيمالايا، استنتج الفقيه William TETLY أنّ مقاول الشّحن والتّفريغ هو ناقلا فعليا بموجب المادة 01 الفقرة 02 من اتفاقية هامبورغ، وبالتالي يستفيد من حدود المسؤولية بموجب شرط هيمالايا، وهذا تطبيقا لنص المادة 10 فقرة 2 من اتفاقية هامبورغ[3].

---

[1] تنص المادة 7 فقرة 2 من اتفاقية هامبورغ على: "... إذا أقيمت الدعوى المشار إليها على مستخدم أو وكيل للناقل، يتمتع هذا المستخدم أو الوكيل، إذا اثبت انه تصرف في نطاق وظيفته، الحق في الاستفادة بالدفوع ومن حدود المسؤولية التي يتمتع الناقل بالحق في الاستفادة منها، بموجب هذه الاتفاقية...".

[2] William Tetley, The Himalaya Clause, « stipulation pour autrui ». Non-Responsibility Clause and Gross, Négligence Under the Civil Code, Les Cahiers de droit, Vol.20, n°3, 1979, p 452 ; https://www.erudit.org/revue/cd/1979/v20/n3/042325ar.pdf يوم 18 أكتوبر 2023 الساعة 15:38.

[3] تنص المادة 10 فقرة 2 من اتفاقية هامبورغ على: "...جميع أحكام هذه الاتفاقية المنظمة لمسؤولية الناقل تنطبق أيضا على الناقل الفعلي عن النقل الذي يقوم هو بتنفيذه، وتسري أحكام الفقرتين 2 و3 من المادة 7 والفقرة 2 من المادة 8 إذا أقيمت دعوى على احد مستخدمي أو وكلاء الناقل الفعلي."

ج_ شرط هيمالايا في اتفاقية روتردام لسنة 2008

بجانب نقل الحاويات، ظهرت مهمّة أخرى في اتفاقية روتردام، هي تفريغ الحاوية التي قد يُكلّف بها مقاول الشحن والتفريغ، وقد يُدرج بموجبها في سند الشحن شرط هيمالايا لتمتد الحماية إلى المقاول عندما يقوم بعملية تعبئة وتفريغ الحاوية[1].

اتجه القضاء إلى، اعتبار أن وضع البضاعة في الحاوية، تمهيدا[2] لنقلها عن طريق البحر ثم تفريغها من البضاعة في ميناء الوصول[3]، يخضع للقواعد المتعلقة بتغليف البضاعة، وبالتالي لأحكام عقد المقاولة المقررة في المادة 549 من القانون المدني الجزائري، ولا تخضع لأحكام الشحن والتفريغ.

---

[1] Wei HOU, op.cit, p 264.

[2] Cass (Ch. com.) , 25 Novembre 2008, Navire Husky Runner N° 07 – 17.957, obs. : Yves TASSEL, DMF :02-2009, N°700 : «L'empotage en conteneur d'une marchandise destinée à être fourni par le transporteur maritime, n'étant pas une opération qui réalise la mise à bord de la marchandise ni une opération de reprise sous hangar et sur terre-plein qui en serait le préalable ou la suite nécessaire, n'est pas une opération de manutention maritime soumise aux dispositions des articles 50 et suivants de la loi du 18 juin 1966 ».

قضية أشارت إليها: قماز ليلى إلدياز، شروط الحماية من المسؤولية في سندات الشحن من التطبيق إلى الإقرار القانوني...، المرجع السابق، ص88.

[3] Com. 24 mars 2009, F-P+B, n° 08-11.589. « le dépotage d'un conteneur qui a été transporté par voie maritime n'est pas une opération qui réalise le débarquement de la marchandise ni une opération de reprise sous hangar et sur terre-plein qui en serait la suite nécessaire ; qu'il n'est donc pas une opération de manutention maritime soumise aux dispositions des articles 50 et suivants de la loi du 18 juin 1966, peu importe que la =vérification de l'état de la marchandise transportée ait été effectuée à cette occasion. » ; Publié sur Dalloz Actualité -note Xavier Delpech

https://www.lexbase.fr/article-juridique/3228238-brevesledepotageduncconteneurnestpasuneoperationdemanutentionmaritime يوم 19 أكتوبر 2023 الساعة 18:48.

قد يوجد في سند النقل الصادر بمناسبة نقل بحري تسبقه و تلحقه مرحلة غير بحرية (نقل متعدد الوسائط) شرط هيمالايا، يوضع لحماية التابعين والمتعاقدين من الباطن في حال تضرر البضاعة أثناء نقلها بوسائط أخرى سككية أو طرقية، فيكون الناقل البحري مُصدر سند الشحن المباشر هو المسئول عن كل المسافات التي يسري عليها السند، إلى حين تسليم البضاعة إلى المرسل إليه أو ممثله القانوني[1]، حينها قد يختار صاحب الحق على البضاعة رفع دعوى مباشرة ضد الناقل الذي وقع الضرر والبضاعة في عهدته، فهل يستفيد الناقل البري مثلا من شرط هيمالايا المُدرج في سند النقل متعدد الوسائط؟

الجواب هو أن قواعد روتردام وضعت حماية للأطراف المنفذة البحرية من ربّان وتابعي الناقل البحري، دون توافر أي حماية قانونية بالنسبة للأطراف المتدخلة في عملية النقل غير البحرية، معنى هذا أنه إذا تم تنفيذ نقل متعدد الوسائط من طرف ناقل داخلي بري، وقام المرسل إليه برفع دعوى المسؤولية مباشرة على الناقل البري باعتبار أن البضاعة تضررت في المرحلة البرية، فلا يستفيد الناقل البري في هذه الحالة من حماية شرط هيمالايا التلقائية، لعدم نص المادة 4 من اتفاقية روتردام على الأطراف المنفذة غير البحرية[2].

---

[1] "نص المشرع الجزائري على سند الشحن المباشر في المادة 763 من القانون البحري، واعتبره سندا يضعه الناقل البحري الذي يتعهد بنقل يتمَّم جزئيا بواسطة ناقل آخر بحري، أو بري أو جوي، فيغطي السند في هذه الحالة كل عملية النقل، ولا يكون على مرسل البضائع إلا أن يسلمها للناقل الأول مصدر سند الشحن المباشر، الذي عليه أن يرتب مع الناقلين الآخرين مراحل النقل الأخرى .ويعتبر المشرع الجزائري أن الناقل البحري الذي أصدر سند الشحن المباشر، ملتزما بالتنفيذ الملائم للالتزامات المترتبة على النقل في كل المسافة التي تسري عليها الوثيقة، حتى تسليم البضاعة إلى المرسل إليه، أو إلى ممثله القانوني، ويسأل كل من الناقلين الآخرين عن تنفيذ الالتزامات في مسافة النقل الذي قام به، وذلك بالتكافل والتضامن مع الناقل الذي وضع وثيقة الشحن المباشرة طبقا للمادة 765 المعدلة بموجب القانون رقم 98-05 المتضمن القانون البحري الجزائري ; مقتبس من: قماز ليلى إلدياز، أحكام النقل الدولي متعدد الوسائط، نفس المرجع السابق، ص 74.

[2] تشير المادة 4 من قواعد روتردام الى الدفوع وإلى حدود المسؤولية دون طرح المسائل الإجرائية، فلا يمتد الى الطرف المنفذ البحري شرط الاختصاص القضائي وشرط التحكيم الذي يتضمنه عقد النقل. فحسب الفقه وبموجب المادة 66 يرى بان خيارات الاختصاص الممنوحة للطرف المنفذ البحري اقل من الخيارات الممنوحة للناقل نظرا لارتباط نشاط الطرف المنفذ البحري بالميناء ولا علاقة له بمكان التسلم والتسليم. وهكذا وبالتعاون بين مؤتمر البلطيق البحري والدولي BIMCO والمجمع الدولي لنوادي الحماية والتعويض P&I Clubs، تم مراجعة أحكام شرط هيمالايا حتى

يُلاحظ من خلال الرجوع الى اتفاقية الأمم المتحدة المتعلقة بعقود النقل الدولي للبضائع بحراً كلياً أو جزئياً لسنة 2008 (قواعد روتردام)، أنها أعطت حلاً للإشكالية التطبيقية دون اهتمامها بوضع قاعدة نظرية للحل،[1] فأقرت بشرط هيمالايا تلقائيا[2]، مع إضافته إلى الربّان والطاق ـــمستخدمي النقلـــ، أي إلى الأطراف المنفذة البحرية، بالرجوع إلى مقتضى المادتين 4 و19 من قواعد روتردام دون الحاجة إلى إدراج الشرط في سند الشحن، وحينها يستفيد الطرف المنفذ البحري بنفس الحقوق المقررة للناقل البحري من تحديد المسؤولية وشروط الإعفاءات القانونية، ونفس وسائل الدفاع التي يُمكن للناقل الاحتجاج بها. بالمقابل يترتب على الطرف المنفذ البحري نفس الالتزامات التي تترتب على الناقل، وكذا يتحمل الطرف المنفذ البحري نفس المسؤولية التي تكون على عاتق الناقل مُصدر السند. فيستفيدون بكل ما هو إيجابي، كما يتحملون ما هو سلبي.

حقيقة قواعد روتردام تُنظم نقلا من الباب إلى الباب، لكنها لم تنص صراحة على إمكانية إدراج شرط هيمالايا في سند النقل بالنسبة لغير العاملين في المجال السككي أو البرّي. رغم ذلك يذهب البعض إلى إمكانية إدراج شرط هيمالايا دون أي مانع، بحجة أن للاتفاق سلطة في إدراج ما يراه الطرفان كافيا لحماية كل الأطراف المتدخلة في العملية على مختلف أصناف النقل[3].

وفي الأخير، يُمكن القول أن شرط هيمالايا أصبحت له قيمة قانونية بعدما كان شرط تعاقدي فأصبح شرطا نظاميا، ليأخذ بعد ذلك بُعدا آخرً في امتداده الى الأطراف المنفذة البحرية بصفة تلقائية دون اللجوء إلى ضرورة إدراجه في سند النقل وذلك بموجب قواعد روتردام لسنة 2008. فهل تدخل المشرع الوطني لاستكمال نقائص بعض الاتفاقيات؟

يتمكنوا بمراجعة أحكام الاختصاص والتحكيم ،مقتبس من: قماز ليلى إلدياز، شروط الحماية من المسؤولية في سندات الشحن من التطبيق إلى الإقرار القانوني...، المرجع السابق، ص 90.

[1] « La philosophie des Règles de Rotterdam est au demeurant simple et directe(:pragmatism fir)

كرست اتفاقية روتردام حلولا واقعية

[2] يُمكن استفادة تابعي الناقل والربان والطاقم دون الحاجة الى ضرورة إدراج الشرط في سند الشحن، بل يستفيدوا من الحماية بطريقة مباشرة وتلقائية.

[3] Wei HOU, op.cit, p 267.

ثانيا: الحماية بموجب الشرط في التشريع الجزائري

تدخّل التشريع الداخلي لحل مشكلة شرط هيمالايا، فقد تبنّى المشرّع الجزائري، مشكلة شرط الحماية من المسؤولية في المادة 916 من القانون البحري الجزائري[1]. وخرج بنتيجة مفادها أنّ مقاول الشّحن والتفريغ يستفيد من نفس الحقوق التي يستفيد منها الناقل البحري من تحديد للمسؤولية القانونية وحالات الإعفاء القانوني في حدود المسؤولية العقدية، وذلك بتوحيد النّظام القانوني الذي تخضع له البضائع خلال تنفيذ عقد النقل البحري، حيث جعل المشرّع الجزائري مسؤولية مقاول الشحن والتفريغ تقترب من مسؤولية الناقل البحري[2] لتنفيذ واحد مسؤولية واحدةà exécution unique responsabilité unique .

كما قضى المشرّع الجزائري بموجب المادة 915 من القانون البحري الجزائري أنّ النّاقل البحري هو الوحيد الذي له حق متابعة مقاول الشّحن والتفريغ على أساس أنّ النّاقل هو الذي طلب خدماته[3] بعقد المناولة المبرم بينهما إذ أنّ مقاول الشحن والتفريغ هو من تابعي النّاقل ويعمل تحت إشرافه ومسؤوليته، و يظل النّاقل البحري هو المدعي عليه في دعوى المسؤولية المبرمة بين الناقل البحري وصاحب الحق على البضاعة المتضررة، كناقل متعاقد، على أن يرجع الناقل البحري على مقاول الشحن والتفريغ بدعوى الرجوع[4].

---

[1] تنص المادة 916 من القانون البحري الجزائري على: " إذا حدثت الأضرار الملحقة بالبضائع خلال عمليات الشحن والتفريغ والنقل الذي استعملت فيه قوارب التحميل أو وسائل أخرى للشحن المينائي، فان مقاول المناولة بإمكانه أن يحدد مسؤوليته وفقا للشروط المحددة في أحكام الفصل الرابع من الباب الثالث الكتاب الثاني من الأمر رقم 76_80 المؤرخ في 23 أكتوبر سنة 1976 والمذكور أعلاه."

[2] قماز ليلى إلدياز، شروط الحماية من المسؤولية في سندات الشحن من التطبيق إلى الإقرار القانوني...، المرجع السابق، ص87.

[3] تنص المادة 915 من القانون البحري الجزائري على: " في حالة خطئه، يكون مقاول المناولة مسئولا تجاه من طلب خدماته.

=ولا يمكن أن يكون مسئولا عن الخسائر أو النقص التي ثبت بموجب خبرة حضورية أنها حدثت قبل و/ أو بعد العملية التي تكفل بها.".

[4] قرار المحكمة العليا، الغرفة التجارية والبحرية بتاريخ 2011/02/03، ملف رقم 703843، مجلة المحكمة العليا، عدد 02 لسنة 2006: "لا علاقة قانونية بين المرسل إليه ومؤسسة الميناء. ترفع الدعوى من المرسل إليه عند الاقتضاء على الناقل، وليس على مؤسسة الميناء، التي تدخل خدماتها ضمن عقد المناولة القائم بينها وبين الناقل."

وهكذا خرج المشرّع الجزائري بنتيجة لها نفس آثار شرط هيمالايا ونظمها بصورة آمرة.

الفرع الثاني: شرط استحالة فحص الحاوية

إن الهدف من عقد النقل البحري للبضائع هو تسليم بضاعة كاملة سالمة ومتوافقة مع بيانات سند الشحن إلى المكان المتفق عليه، ولهذا وجب أن تكون البيانات المتعلقة بالبضائع التي يقدّمها الشاحن المدرجة في سند الشحن تامة ومطابقة للبضائع المطلوبة محل النقل[1].

ولهذا على الناقل أن يتأكد من صحة التصريحات الموجودة في سند الشحن بالكشف عن البضاعة عند استلامها من الشاحن، فالناقل ملزم بتسليم البضاعة على الحالة التي تسلّمها عليها[2]، لكن الكشف عن البضائع ليس دائما سهلا ، فكثيرا ما قد يؤدي الكشف عن البضائع الى تأخير السفينة في الإبحار، ونتيجة لذلك جرى العمل على أن يدون الناقل البيانات دون أن يتحقق ويتحرّى من صحتها، وفي المقابل يذكر الناقل في سند الشحن عبارة "التجهيل" والمسماة أيضا "بالتحفّظات"، و يكون بذلك سند الشحن غير نظيف[3]. كذلك إنّ من العبارات الشائعة والمتعارف عنها في القانون البحري، لفظ "ذُكر أنّ الحاوية تحتوي...". كذلك عبارة "حسب قول الشاحن..." أو "استحالة فحص الحاوية" فمن هذه العبارات يُعبّر الناقل عن جهله لحالة البضاعة وأوصافها[4]، وتكون بذلك الأوصاف المذكورة في السند مجرّد تصريحات من الشاحن دون أن يقبلها الناقل أو أن يقبلها بتحفّظات.

هل إدراج النّاقل لهذه التحفظات يُعتدّ بها قانونا؟ أم أنّها تأكيد لأوضاع جديدة قد يُعتدّ بها قانوناً وقضائيا؟ خاصة وأن شرط التحفظات كان ولا زال يُستعمل بطريقة عشوائية، الأمر

---

[1](P.) BONASSIES, (Ch.) SCAPEL, op.cit, 622.

[2] قد يحصل شكوك من طرف الناقل حول صحة البيانات التي قدمها الشاحن في سند الشحن، فهنا يمكن للناقل تدوين تحفظات حول هذه الشكوك. ظهرت عمليا مفاجئات بين ما هو مقرر في سند الشحن وما هو موجود حقيقة، إن غياب تحفظات الناقل تجعله مسئولا مسؤولية كاملة مع المرسل إليه.

[3] سند الشحن غير نظيف (بتدوين تحفظ حول صحة البضاعة) قد يؤدي الى عراقيل للشاحن حول بيع البضاعة في البحر، وفي هذا الصدد قد يتفق الشاحن مع الناقل على إصدار هذا الأخير لسند شحن نظيف مع تعهد الشاحن بخطاب الضمان عند الإقلاع ; هشام مصطفى محمد إبراهيم، المرجع السابق، ص 332.

[4] وجدي حاطوم، المرجع السابق، ص 69.

الذي جعل القضاء لم يُوافق عليه وتعامل معه بقسوة لحد الآن باعتبار أن شرط التحفظ هو عبارة عن شروط مألوفة يحتوي على نية الغش.

أولا: القيمة القانونية للتحفظات (استحالة فحص الحاوية)

إن هذه العبارة تعتبر إقرارا لضرورة عملية، لأن النقل بالحاويات غيّر النقل البحري تغييرا جذريا، فأصبحت التحفظات هذه واقعا لا يُمكن تجاهله مع تزايد سعة السّفن (حاملات الحاويات وتنوع البضائع وظهور سوء النية). كل هذا أدى عمليا إلى استحالة مراقبة مدى صحة تصريحات الشاحن المدونة على سند الشّحن وإلى استحالة مراقبة محتوى الحاويات، إضافة إلى أنّ مراقبة الحاويات تُكلف أموالا طائلة وتضييع الوقت، والوقت في التجارة هو مال في حدّ ذاته Time is money. هذا ما لم يتم ملء الحاويات بمعرفة وتحت رقابة الناقل أو أحد تابعيه بعد تجميع البضائع بتعبئة LCL [1] أو FCL [2].

بالتالي، عندما تُسلّم الحاوية للناقل مغلقة ومختومة يكون الشاحن وحده أدرى بمحتوى الحاوية وصحة تصريحاته المدونة في سند الشّحن[3]، قد يدّعي المرسل إليه عند وصول البضاعة بوجود نقص في البضاعة أو تلف، عندها لا يجوز للناقل إثبات خلاف الدّليل المستخلص من سند الشحن في مواجهة المرسل إليه، فالقاعدة العامة أن، للسند حجّية قاطعة في مواجهة الغير حسن النية، فهو دليل ظاهر على تسلّم البضائع بأوصافها المذكورة في السّند. فإن وضع النّاقل

[1] يدل مصطلح LCL : أن البضائع المشحونة تشغل حيزا أقل من حجم الحاوية، فتكون الحاوية مشتركة لبضائع تخص مجموعة من الشاحنين (شحن جزئي).

[2] يدل مصطلح FCL : أن الحاوية معبئة بكاملها ببضائع متجانسة لنقلها دون انقطاع، فتسلم الحاوية للشاحن فارغة ليقوم بتعبئتها ثم يسلمها الى الناقل من أجل نقلها.

قماز ليلى إلدياز، أحكام النقل الدولي متعدد الوسائط، المرجع السابق، ص 162.

[3] قماز ليلى إلدياز، شروط الحماية من المسؤولية في سندات الشحن من التطبيق إلى الإقرار القانوني...، المرجع السابق، ص 93.

ثقته في تصريحات الشاحن التي لا تكون دائما صحيحة[1]، تحمّل تبعية الهلاك أو النّقص في البضاعة في مواجهة المرسل إليه. بالرغم من أنه غير مسئول عن هذا الضرر الموجود قبل النقل، وهنا تظهر أهمية ذكر عبارة "أنها تحتوي" (التحفظات)، وتكون محل نقاش كبير. إن التطورات العلمية قد تحل المشكلة.

اتّخذت اتفاقية بروكسل 1924 موقفا تجيز فيه للناقل رفض إدراج البيانات المتعلقة بالبضائع في سند الشّحن إذا كان يفتقر لوسائل معقولة تُبين له الحالة الحقيقية للبضائع، وهذا إمّا برفض سند الشحن كلّيةً بما يتضمّنه من بيانات، فيفتقد هذا الناقل عددا كبيرا من عملائه، وإمّا أن يقوم الناقل بقبول السّند على حاله، بالبيانات بعد التّحقق من البضائع وحالاتها[2].

وفي هذا السياق نصت المادة 3 فقرة 3 من اتفاقية بروكسل لسنة 1924 على أنه: "...على الناقل أو عميله أو قائد السفينة بعد استلام البضاعة وأخذها على عاتقه، أن يسلم الشاحن بناءً على طلبه بوليصة شحن تتضمن بنوع خاص: ...

ج- حالة البضاعة وتوضيبها الخارجي. إلا انه لا يتوجب على الناقل أو عميله أو قائد السفينة التصريح عن الماركات و العدد و الكمية و الوزن أو تدوينها في سند الشحن إذا كان لديه سبب جدي يحمله على الارتياب في عدم مطابقتها تماما للبضاعة المستقلة منه، أو في عدم توفر الوسائل الكافية لديه للتدقيق فيها."[3]

---

[1] CA AIX-EN-PROVENCE, 2e ch., Civ., 14 sept.2001 : DMF 2002, p.594, note Y. Tassel, « les connaissements étaient établis pour treize conteneurs censés contenir 5000 cartons de vêtement, d'un poids total de 50 tonnes, mais à l'ouverture des conteneurs on constata qu'ils ne contenaient que des cartons vides » ; (C.) HUMANN, De la prise en charge des marchandises conteneurisées par le transporteur maritime, le commerce maritime, le Havre, France, 2014, P. 10 ; https://hal.science/hal-02423245/document يوم 13 سبتمبر 2024، الساعة 16:05.

[2] (P.) BONASSIES, (Ch.) SCAPEL, op.cit, 622.

[3] تظهر هنا أهمية سكانير للتعرف على البضاعة ونوعها ووزنها، خاصة بالنسبة للدول المتقدمة، لكن الإشكالية في الواقع العملي هي أن أجهزة المسح لا تقوم بفحص كل الحاويات لكثرتها، لذا فالاستحالة هي اقتصادية.

لذلك، التّحفظ في الجانب العملي هو طريقة لحماية الناقل من خلال قلب عبء إثبات صحة البيان الوارد في سند الشحن على المصرح به، بدلا من الامتناع عن النقل، وهذا ما أقرّته اتفاقية هامبورغ في المادة 16 فقرة 1 وكذا قواعد روتردام من خلال المادة 40 فقرة 1.

أمّا بالنسبة للمشرّع الجزائري، فقد أجاز للناقل الإشارة على أنّه: "على غير علم بمحتواها"، وذلك من خلال المادة 756 من القانون البحري الجزائري.

تُجدر الإشارة أنه، لا تحفظ إلّا بوجود أسباب وجيهة للاعتقاد بأن المعلومات التي قدّمها الشاحن هي غير صحيحة، كذلك لعدم وجود وسيلة علمية فعّالة ومعقولة لمعرفة حالة البضاعة، مثلا تسلم الناقل لبضاعة محتواة و مختومة بالختم الجمركي لغرض نقلها[1].

كذلك، يجب أن تكون التحفظات محدّدة وغير عامّة، وهذا ما تؤكده قواعد روتردام بموجب المادة 40، التي تُعطي شروط صحة التّحفظ ، وهذا بالرجوع إلى الواقع العملي وكيف يتحصل الناقل على الحاويات[2].

يجب التنويه أيضا إلى أن، أحكام التّحفّظ لا تسري على الحالات الظاهرة للبضاعة، فالناقل هو الذي يتفحص البضاعة ظاهريا، وبياناته لا تُعد تحفظا. فإذا لم يُدوّن في سند الشحن أيّة ملاحظة، اعتُبر أنّه تسلّم البضاعة سليمة[3]. يُساعد هذا على السرعة والائتمان في المعاملات التجارية.

في الأمور المتعلّقة بوزن البضاعة المقدّمة من المرسل، تُجيز قواعد روتردام إدراج تحفظات في إحدى الحالتين:

الحالة الأولى: إذا لم يقم الناقل أو المنفذ بوزن البضاعة، كذلك إذا لم يتفق المرسل والناقل قبل شحن البضاعة على أن توزن الحاوية. في دخول كل ميناء ميزان يزن كل شاحنات تعبر مدخل أو مخرج الميناء.

---

[1] مصطفى كمال طه، مبادئ القانون البحري، المرجع السابق، ص 206.

[2] وجدي حاطوم، المرجع السابق، ص 310.

[3] قضت في هذا الصدد كل من اتفاقية بروكسل من خلال المادة 3 فقرة 8، وكذا المادة 39 فقرة 3 من اتفاقية روتردام، وأيضا المادة 752 من التشريع البحري الجزائري.

أمّا عن الحالة الثانية: إذا ما وجد اتفاق بين المرسل والناقل على أن توزن الحاوية ويُدرَج الوزن في تفاصيل العقد، فذاك، لكن إذا لم توجد وسيلة فعّالة ومعقولة تجاريا للتّحقق من وزن الحاوية، فيُدرج التحفظ[1].

أدّت الممارسة العملية إلى الاعتراف بالتحفّظ، ومنحته قيمة قانونية في ظل النقل بالحاويات، وهو موقف غرفة التجارة الدولية بباريس التي دعت البنوك إلى قبول سند الشحن إذا كان يحتوي على عبارة التّجهيل من أجل فتح الاعتماد المستندي[2].

ثانيا: التحفظ إهدار لحجية السند

لا يُغيّر التحفظ من طبيعة العقد ولا من آثاره، فيبقى الناقل ملزما بالتزاماته، إلاّ أن إثبات إخلاله بإحدى التزاماته لا يمكن أن ينشأ عن ذكر بيانات خاصة بالبضاعة وكمّيتها لأن التحفظ يُعد اتفاقا خاصا بالإثبات، فيهدر قوة سند الشحن في الإثبات بوجود بيانات مشكوك فيها أدلى بها الشاحن.

---

[1] Rouen 2 décembre 1982, B.T 1983, p.210 : « une simple comparaison du poids constaté à l'embarquement au nombre de sacs est suffisante…le chargeur a bien précisé le nombre de conteneurs, le nombre de sacs contenus dans chaque conteneur, le poids de chaque sac ainsi que celui du chargement complet : » ;

قماز ليلى إلدياز، شروط الحماية من المسؤولية في سندات الشحن من التطبيق إلى الإقرار القانوني، المرجع السابق، ص96.

[2] القواعد و العادات الموحدة الاعتمادات المستندية الصادرة عن غرفة التجارة الدولية، نشرة رقم 600 لسنة 2007، نسخة عربية، ترجمة مكتب المحامي عيسى علل و شركاؤه (RUU : 600): المادة 26 فقرة ب:" يقبل مستند نقل يتضمن عبارة "التحميل و العد بمعرفة الشاحن" و " تحتوي حسب قول الشاحن". والاعتماد المستندي هو: عبارة عن ترتيب مصرفي بين مصرفين أو بنكين من أجل توطيد الثقة بين المتعاقدين.

فعرّفه الفقه بأنه "العقد الذي يلتزم بمقتضاه البنك بأن يضع مبلغا من المال تحت تصرف شخص يحدده العميل المتعاقد ويكون هذا الشخص المستفيد حائزا للمستندات التي تمثل البضاعة والمستندات المثبتة لعلاقاته مع العميل الآمر بالاعتماد والتي على البنك التحقيق منها والحصول عليها لتنفيذ التزاماته بالاعتماد". مقتبس من: سميحة القليوبي، الأسس القانونية للعملية البنوك، مكتبة الشمس، القاهرة، مصر، ص98.

بالتحفظ إذن، يكون طرفي العقد قد اتفقا على طريقة أخرى للإثبات، لأن حجية السند في الإثبات غير قاطعة بين الطرفين، فيكون التحفظ حينئذ شرطا مُعدّلا لقاعدة الإثبات[1].

وهكذا ذهب القضاء الفرنسي في حكمه الصادر في 07 أكتوبر 2014، في قضية navire Carmen بأنّ المحكمة لاحظت عدم وجود تطابق بين كمية البضاعة المذكورة في سند الشّحن والوثائق الأخرى الخاصّة بالبضاعة، ممّا أدّى إلى قلب عبئ الإثبات وإلقائه على عاتق الشّاحن[2].

بالتالي، التحفظ يُقلب عبئ الإثبات على الشّاحن لنشوء قرينة لصالح النّاقل على أنّ العجز لحقّ البضاعة قبل الشّحن، وهذه قرينة بسيطة يُمكن إثبات عكسها ودحضها، فهو لا الناقل من المسؤولية، وإنما يُخفف منها ومن خطأه [3]، إذ، لا يجب الخلط بين الآثار المباشرة وغير المباشرة للتحفظ، وهذا ما قضت به محكمة النقض البلجيكية في حكم لها سنة 1966، والتي قرّرت شرعية التحفظ واعتبرت أنّ عبارة « Saïd to contain » لا تستهدف العقد في جوهره، وإن كان الإثبات بطبيعته يُؤثر على الحقوق الشّخصية النّاشئة عن العقد[4]. فالتحفظ هو علاج قانوني، اعترفت التشريعات الدولية والوطنية بقيمته، وأعطته قيمة اثباتية قوّية، وهذا كلّه خدمةً لحركة البضائع ونمو التجارة الدّولية.

---

[1] مصطفى كمال طه، مبادئ القانون البحري، المرجع السابق، ص 208.

[2] Cour d'Appel Versailles, 12 éme ch., 07 octobre.2014, DMF 2015, n°765, note J.Lecat– « Considérant que les incohérences sur les quantité déclarées par les intérêts cargaison sont de nature à mettre en doute les volumes mentionnés et à renverser la présomption selon laquelle le conteneur étaient plein à l'embarquement » cité par : (O.) Cachard, La clause « Said to contain » de la pratique a la théorie (et non l'inverse…), Gazette de la chambre, Lettre d'information de la chambre Arbitral Maritime de Paris, Numéro 37, 2015, P. 02.

file:///C:/Users/hp/Downloads/gazette37.pdf يوم 13 سبتمبر 2024، الساعة 20:10.

[3] مصطفى كمال طه، مبادئ القانون البحري، المرجع السابق، ص 206.

[4] Cass. Belgique, 1 er avril 1966 ;

قماز ليلى إلدياز، شروط الحماية من المسؤولية في سندات الشحن من التطبيق إلى الإقرار القانوني...، المرجع السابق، ص 99.

وأخيرا، إذا كان التحفظ مجرد شرط شكلي ونمطي، خاصة إذا تم وضع البضائع تحت رقابة الناقل أو فتح الحاوية في مرحلة النقل، فهذا يُبطل آثار التحفظ ولا يعفي الناقل من قرينة استلامه البضاعة وفقا للبيانات المذكورة في سند الشحن، وهكذا يُصبح للسند حجيّة قاطعة ففي مواجهة حامله وفيما يحتويه من بيانات صحيحة.

الفصل الثاني:

تغيّر ظروف تنفيذ عقد النقل البحري

يولد العقد بمجرد اتفاق الأطراف على أركانه وشروطه الإرادية والقانونية، فيبدأ الكل في تنفيذه، لكن قد يتعرض العقد أثناء حياته لأحداث تعرقل حسن سيره، أحداث غير متوقعة، فتجعل مواصلة العمل بالعقد إمّا مستحيلة وإمّا مرهقة.

تقوم التجارة الدولية عامة بالاعتماد على النقل المتعدد الوسائط، وعلى النقل البحري خاصة، فقد يتم تنفيذ عقد النقل البحري بطرق سلسة لا غبار عنها في أغلب الأحيان، لكن بالمقابل تُصاب عملية تنفيذ العقد بظروف وأحداث تجعل التنفيذ صعبا، ينتج عنه عدم توازن في التزامات الأطراف لظروف غير متوقعة ومستقلة عن إرادة أطرافه عامة والناقل المدين خاصة.

من هذه الأحداث، ما يدخل ضمن مصطلح القوّة القاهرة، ومنها ما يعتبر مجرد ظروف طارئة لم يتنبه طرفيها لحدوثها وجسامتها. وهكذا، ينبغي تقسيم الفصل إلى مبحثين، يُخصص الأول منه لدراسة نظرية القوة القاهرة بمفهومها التقليدي، أمّا المبحث الثاني فنعتمد على تبيان مفهوم نظرية الظروف الطارئة في تنفيذ عقد النقل البحري.

المبحث الأول: نظرية القوة القاهرة بمفهومها التقليدي في عقد النقل البحري للبضائع

إن لعقود التجارة الدولية نطاق واسع تُبنى أساسا على النقل البحري للبضائع، الذي يُشكل نسبة كبيرة منها، فالعالم يعتمد في تجارته الدولية على عقود النقل البحري للبضائع بنسبة 80% من التجارة الدولية، وقد تزيد النسبة في الدول النامية[1].

أضف إلى هذا، القيمة المالية الضخمة لمثل هاته العقود، نقلا، شحنا، وتأمينا، ممّا جعل أطراف العقد، والمنظمات والاتحاديات الدولية والتشريعات تُخصص حيّزا كبيرا من محتواها لضمان حسن تنفيذ هذه العقود ماليا واجتماعيا[2] واقتصاديا، والمحافظة على بقائها قائمة عمليا[1].

[1] احصائيات قامت بها منظمة الأمم المتحدة UNCTAD، من خلال تقرير مراجعة عقد النقل البحري سنة 2021 ; https://unctad.org/publication/review-maritime-transport-2021#:~:text=Maritime%20transport%20is%20the%20backbone,higher%20for%20most%20developing%20countries , 01 Mars 2025, 00 :57.

[2] إن الندرة في بعض المواد الاستهلاكية تُشكل خطرا اجتماعيا قد يؤدي إلى ثورات يُحدثها الشعب نتيجة لهذه الندرة، وقد أظهر الواقع وجود مثل هذه الثورات في عدّة دول منها ثورة الخبز والزيت...

قد تُنشئ القوة القاهرة اضطرابات داخل الدول، ممّا يُبيّن أهمية مثل هاته الأحداث المرتبطة بالقوّة القاهرة ومدى تأثيرها على المستهلك عامة والاقتصاد خاصة[2].

للقوة القاهرة آثار عديدة نظمها القانون، فأساسها القانون مباشرة، فهي تجعل تنفيذ العقد مستحيلا، ليس صعبا ولا مرهقا، ولذا يجب الوقوف على ماهيتها (المطلب الأول) وتطبيقاتها في عقود النقل البحري للبضائع (المطلب الثاني).

المطلب الأول: ماهية نظرية القوة القاهرة La force majeure

القوة القاهرة هي وسيلة قانونية تسمح للمدين من انتفاء مسؤوليته إذا أصبح تنفيذ التزامه مستحيلا، ظهرت قديما في الشرائع القانونية، واستقرت في القانون الروماني الذي عرّفها بأنها vis major: "كل ما يستعصي توقعه بوسائل الإدراك الإنساني، وإن أمكن توقعه فإنه يستعصي مقاومته"[3]. اتصفت أولا بالثبات القانوني، وقد حاول الجميع وضع تعريفا قانونيا لها حسب شروطها وخصائصها (الفرع الاول)، كما تدخلت الاتفاقيات الدولية المختلفة وحاولت تحديد مضمونها (الفرع الثاني).

الفرع الأول: مفهوم نظرية القوة القاهرة

اختلف الجميع في وضع تعريف جامع ومانع للقوة القاهرة، فقد حاول الجميع إعطاء تعريف للنظرية، فمنهم من توسع في تعريفها ومنهم من ضيّق من مفهومها، وفي الاختلاف رحمة وثراء، ولهذا وجب التطرق إلى التعاريف المختلفة لنظرية القوة القاهرة (أولا)، ثم استنتاج شروط قيام هذه النظرية (ثانيا).

---

[1] في هذا الإطار لم نركز في البحث على الفسخ والانفساخ أمران غير مرغوب فيهما في المجال البحري والتجارة الدولية.

[2] تبيّن أن إشاعات صغيرة تؤدي إلى أزمات في نقص بعض المواد الاستهلاكية، فتمر الإشاعة بمراحل، فالمرحلة الأولى، هي سعي المستهلكين إلى تخزين المواد موضوع الإشاعة، والمرحلة الثانية، غياب السلع والبضائع محل الإشاعة، وصعوبة التحكم في توفير هذه البضائع محل الاكتناز.

[3] حسبو الفزاري، أثر الظروف الطارئة على الالتزام العقدي، دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 1979، ص 534.

أولا: تعريف القوة القاهرة

لقد تعددت التعريفات المختلفة للقوة القاهرة تشريعيا (أ)، قضائيا (ب)، وفقهيا (ج).

أ_ التعريف التشريعي لنظرية القوة القاهرة

لم تقم جل التشريعات الوضعية المقارنة المختلفة بتعريف القوة القاهرة، فليس من عادات المشرعين وضع تعريفات قانونية، إلّا استثناءً في العلوم الجزائية عامة، وهذا حفاظا على حقوق الناس وحرياتهم.

أشار المشرع الجزائري في نص المادة 127 من القانون المدني الجزائري إلى القوة القاهرة، بنصه: "إذا أثبت الشخص أن الضرر قد نشأ عن سبب لا يد له فيه كحادث مفاجئ، أو قوة قاهرة أو خطأ صدر من المضرور أو خطأ من الغير، كان غير ملزم بتعويض هذا الضرر، مالم يوجد نص قانوني أو اتفاق يخالف ذلك". نلاحظ أن المادة السالفة الذكر لم تعرّف القوة القاهرة، واكتفت بوضع الأصول والحالات الموقعة لهاته الظاهرة[1].

تدخل بعدها المشرع الجزائري في الفقرة 20 من المادة الخامسة من القانون رقم 05-07 المتعلق بالمحروقات الملغى[2]، الذي عرّف بمقتضاها القوة القاهرة، على أنها: "كل حدث مثبت غير متوقع لا يمكن مقاومته وخارج عن إرادة الطرف الذي يثيره والذي يجعل تنفيذ هذا

[1] نلاحظ أن التشريع المدني الجزائري نص على القوة القاهرة في نصوص متفرقة وبمصطلحات مختلفة، فقد استخدم المشرع مصطلح "القوة القاهرة والحادث الفجائي" في المواد 127، 138، 168، 176، 178، و851 من القانون المدني الجزائري، في حين استعمل مصطلح "السبب الأجنبي" في المادتين 307 و336 من التقنين المدني الجزائري، كما ذكر مصطلح "ظروف قاهرة" في المادة 599 من نفس التقنين. وهنا يمكن طرح التساؤل الآتي لماذا لم يوحد المشرع الجزائري المصطلح واستخدم عدم عبارات للدلالة على القوة القاهرة كسبب أجنبي يعفي بموجبه المدين من المسؤولية؟

[2] قانون رقم 05_07 مؤرخ في 28 أبريل 2005، يتعلق بالمحروقات، ج.ر العدد 50، مؤرخة في 19 يوليو 2005، أُلغي بموجب القانون رقم 19_13 المؤرخ في 11 ديسمبر 2019، المنظم لنشاطات المحروقات، ج.ر العدد 79، مؤرخة في 22 ديسمبر 2019.

الأخير لأحد الالتزامات التعاقدية أو العديد منها آنيا أو نهائيا غير ممكن"، لكن هذه المادة أُلغيت بموجب القانون رقم 19_13، واستغنى هذا الأخير عن هذا التعريف.

تُفيد المقارنة بين التشريعات في إظهار مواقف قد تكون متوافقة أو مختلفة وهذا حسب الظروف القانونية لكل دولة فلا يُمكن مهما كان الوضع إنكار أهمية المقارنة في إعطاء مادة قانونية تثري البحث.

فالمشرع المصري شأنه شأن المشرع الجزائري لم يُعرف القوة القاهرة تاركا ذلك للفقهاء، وذكر فقط في القانون المدني المصري آثار القوة القاهرة، وهو ما نستشفه من نص المادة 215 من القانون المدني المصري[1].

أمّا بالنسبة للتشريع الفرنسي، فقد شهد مرحلتين في تعريفه للقوة القاهرة، فالتقنين المدني الفرنسي لسنة 1804، لم يعرف القوة القاهرة، بل حدد فقط آثارها القانونية على العقد دون تبيان شروطها، وهذا بموجب المادتين 1147 و1148 من نفس التقنين اللتان تؤكدان على عدم التزام المدين بالتعويض إذا امتنع عن تنفيذ التزامه أو تأخر في تنفيذه وأثبات وجود أسباب أجنبية لا يد له فيه كالقوة القاهرة أو الحادث المفاجئ.

غير أنه تدارك الأمر، وعرّف القوة القاهرة بعد تعديله للقانون المدني الفرنسي بموجب المرسوم رقم 131_2016[2]، فنصت المادة 1218 الفقرة 1 منها على أنه: "هناك قوة قاهرة في المسائل العقدية، عندما يكون هناك حادث خارج عن سيطرة المدين، والذي لا يمكن توقعه بشكل معقول في وقت ابرام العقد ولا يمكن تجنب آثاره باتخاذ التدابير المناسبة، مما يؤدي إلى استحالة تنفيذ المدين لالتزاماته...".

في نفس السياق، عرّف المشرع التونسي القوة القاهرة في الفصل 283 من المجلة المدنية التونسية[3] والتي تنص على أن: "القوة القاهرة التي لا يتيسر معها الوفاء بالعقود هي كل مالا يستطيع الانسان دفعه كالحوادث الطبيعية من الفيضان ما وقلة أمطار وزوابع وحريق

[1] المادة 215 من القانون المدني المصري الصادر بتاريخ 16 يوليو 1948.

[2] المادة 1218 الفقرة 1 من القانون المدني الفرنسي الجديد السابق الذكر 131_2016

[3] الأمـــــــــــــــــر المؤرخ في 15 ديسمبـــــــــــر 1906 المتعلق بمجلـــــة الالتزامات والعقـــــود التونسية (منشور بالرائد الرسمي ملحق عدد 100 بتاريخ 15 ديسمبر 1906

وجراد أو غزو أجنبي أو فعل الأمير ولا يعتبر السبب الممكن اجتنابه قوة قاهرة إلا إذا أثبت المدين أنه استعمل كل الحزم في درأه وكذلك السبب الحادث من خطأ متقدم من المدين، فإنه لا يعتبر قوة قاهرة".

بدوره عرّف القانون المدني المغربي القوة القاهرة بمفهومها التقليدي في المادة 269 من الفرع الثاني من القسم الرابع من قانون الالتزامات والعقود المغربي[1]، فنصت المادة على أنه: "القوة القاهرة هي كل أمر لا يستطيع الإنسان توقعه كالظواهر الطبيعية، الفيضان، الجفاف، الحرائق غازات العدو، وفعل السلطة، ويكون من شأنه أن يجعل تنفيذ الالتزام عملا مستحيلا.

لا يعتبر من القوة القاهرة الأمر الذي كان من الممكن دفعه مالم يقم الدليل على أنه بذل كل العناية لدرئه عن نفسه وكذلك لا يعتبر من قبيل القوة القاهرة السبب الذي ينتج عن خطأ سابق للمدين". في التطبيق الميداني لهاته النصوص أظهر القضاء تعريفات له متصلة بالقوة القاهرة (ب).

ب_ تعريف القوة القاهرة قضائيا

عرفت المحكمة العليا الجزائرية بتاريخ 11 جوان 1990 القوة القاهرة بأنها: "حدث تسببت فيه قوة تفوق قوة الإنسان، حيث لا يستطيع هذا الأخير أن يتجنبها أو أن يتحكم فيها، كما تتميز القوة القاهرة أيضا بطابع عدم قدرة الإنسان على توقعها"[2]. كما عرفتها أيضا بأنها: " كل حادث لم يكن متوقعا ولا يد للشخص فيه ولا يمكن درئه، بحيث يجعل من تنفيذ الالتزام مستحيلا"[3].

---

[1] قانون الالتزامات والعقود، ظهير 9 رمضان 1331 (12 أغسطس 1913)، صيغة محينه بتاريخ 11 يناير 2021.

[2] قرار رقم 65920، صادر بتاريخ 11 جوان 1990، الغرفة التجارية، المحكمة العليا، المجلة القضائية، العدد 02، 1991، ص 90.

[3] عبد الرشيد طبّي، الرئيس الأول للمحكمة العليا بالجزائر سابقا ووزير العدل حافظ الأختام حاليا، القوة القاهرة وأثرها على التشريع والقضاء: فيروس كوفيد 19 _نموذجا_، مقال منشور في المحكمة العليا، الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، عبر الموقع:

https://www.coursupreme.dz/content/%D8%A7%D9%84%D9%82%D9%88%D9%91%D8%A9-%D8%A7%D9%84%D9%82%D8%A7%D9%87%D8%B1%D8%A9-%D9%88-%D8%A3%D8%AB%D8%B1%D9%87%D8%A7-%D8%B9%D9%84%D9%89-

وعرفتها محكمة النقض الفرنسية بأنها: "حادثة مستقلة عن الإرادة الإنسانية، لا تستطيع هذه الإرادة توقعها أو دفعها"[1]. كما عرّفتها بأنها: "حادث خارجي يحصل فجأة، فلا يستطاع توقعه ولا درئه"[2]. أيضا عرفتها La Cour de Cassation française بأنها: "ذلك الحادث الأجنبي الذي يعفي المدين من تنفيذ التزاماته شريطة أن يكون غير متوقع ولا يمكن مقاومته"[3].

أما محكمة استئناف مصر، ترى في قرارها الصادر في 28 مارس 1948 على أن القوة القاهرة:" هي الأمر الذي لم يكن ممكنا توقعه ولا تلاقيه ويجعل الوفاء بالتعهد مستحيلا"[4]. كما عرفتها بأنها: "كل حادث مستقل عن إرادة المدين ولم يكن في الوسع توقعه أو مقاومته"، فاشترطت هنا محكمة النقض المصرية أن تكون القوة القاهرة غير متوقعة وأن تجعل تنفيذ الالتزام مستحيلا وليس عسيرا[5].

فكل حالة مستقلة عن إرادة المدين، ولم يكن في وسعه توقعها ومقاومتها تدخل قانونا وقضاءً ضمن حالة القوة القاهرة ; والحكم يرجع لقاضي الموضوع ولسلطته التقديرية[6].

%D8%A7%D9%84%D8%AA%D9%91%D8%B4%D8%B1%D9%8A%D8%B9-%D9%88-%D8%A7%D9%84%D9%82%D8%B6%D9%80%D9%80%D9%80%D9%80%D8%A7%D8%A1 يوم 21 سبتمبر 2024، الساعة 14:39

[1] نقض مدني فرنسي بتاريخ 01-07-1857 ; أشار اليه: رقيق عبد الصمد، دفع مسؤولية الناقل البري وتحديدها في القانون الجزائري وعلى ضوء الاتفاقيات الدولية، دكتوراه في القانون البحري والنقل، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان، الجزائر، 2021_2022، ص 59.

[2] محكمة النقض الفرنسي، 26-11-1914 ; مشار اليه لدى: رقيق عبد الصمد، المرجع السابق، ص 59.

[3] تعريف مقتبس من: مروك أحمد، شرط إعادة التفاوض في عقود التجارة الدولية، دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1 بن يوسف بن خدة، الجزائر، 2015، ص 147.

[4] استئناف مصر، 28-03-1948، التشريع والقضاء، السنة 02، القسم 02، القضاء، ص 07.

[5] مصر الابتدائية، 03-01-1952، المحاماة، 33، ص 301 ; أشار إليه: ياسر شحادة مرزوق ضبابات، أثر القوة القاهرة على الرابطة العقدية في نطاق المسؤولية العقدية ومدى إمكانية تعديل الأثر المترتب عليها (دراسة مقارنة)، دكتوراه في الحقوق، كلية الحقوق، جامعة عين الشمس، مصر، 2018، ص 29.

[6] طعن رقم 02 لسنة 46، جلسة 19 مارس 1979، قرار مأخوذ من: ياسر شحادة مرزوق ضبابات، المرجع السابق، ص 30.

تدخلت أيضا محكمة التمييز الأردنية، وعرّفت القوة القاهرة بأنها: "الحادث الذي لا يد للإنسان في حدوثه ولا يمكن توقعه لا زمانا ولا مكانا وبنفس الوقت لا يمكن دفعه كالحوادث المرتبطة بالحروب أو صدور تشريعات جديدة أو كوارث طبيعية كالزلازل والعواصف والفيضانات أو الحرائق أو الأوبئة أو ما شابه ذلك"[1].

والسؤال المطروح: هل هناك تطابق بين تعريفات القوانين الوضعية الداخلية المختلفة، خاصة وأن هذا التوحيد يخلق حتما استقرارا قانونيا ضروريا في مثل هذه النظريات وحماية مرجوة من كل أطراف العقد. فقد يوجد هذا التوحيد في المفاهيم لدى الفقه (ج).

ج_ التعريف الفقهي للقوة القاهرة

تناول شُرّاح وفقهاء القانون نظرية القوة القاهرة، وتعددت التعريفات مما نتج عنهم مناقشات فقهية شكّلت اللّبنة الأساسية للتطور المعاصر وما لها من مستجدات ومتغيرات تتماشى والظروف الاجتماعية والاقتصادية والقانونية المحيطة بها، فعرّف الفقيه DU FOUR MANTELLE القوة القاهرة بأنها: "كل واقعة تنشأ باستقلال عن إرادة المدين، ولا يكون باستطاعة هذا الأخير توقعها أو منع حدوثها، ويترتب عليها أن يستحيل عليه مطلقا الوفاء بالتزامه"[2]. كما عرفها الفقيه الروماني ULPIEN بأنها: "كل ما لم يكن في وسع الإدراك البشري أن يتوقعه وإذا أمكن توقعه فإنه لا يمكن مقاومته"[3]. أيضا عرفها بعض الفقه بأنها: "حادث غير متوقع ومستحيل الدفع ويتسم بعنصر خارجي"[4].

---

[1] قرار حقوق، رقم 1997، صادر عن محكمة التمييز الأردنية، سنة النشر 1998، العدد 01 ; مشار إليه لدى: ياسر شحادة مرزوق ضبابات، المرجع السابق، ص 30.

[2] (R.) DU FOUR MANTELLE, La force majeure dans les contrats civils ou commerciaux et dans les marchés administratifs, Paris, 1920, P. 12 ; « Tous fait indépendant de la volonté du débiteur qui n'a pu être ni prévu ni empêché par lui, et qui le met dans l'impossibilité absolue de remplir ses obligations ».

[3] تعريف أشار إليه: رقيق عبد الصمد، المرجع السابق، ص 54.

[4] (B.) STARCK, Essai d'une théorie générale de la responsabilité civile considérée dans sa double fonction de garantie et de peine privée, Thèse, Paris, 1947, n° 243 ;

في حين عرّفها الفقيه عبد الرزاق السنهوري بأنها: "الحدث الذي ليس بالإمكان توقعه ولا بالمستطاع دفعه أو تلفه"[1]. وعرفها فقه آخر بأنها: "أمر غير متوقع حصوله وغير ممكن تلافيه يجبر الشخص على الإخلال بالالتزام"[2]. كما عرفت بأنها: "كل أمر لا يمكن توقعه ولا يمكن رده، يترتب عليه استحالة التنفيذ، ولا يكون لمتعهد النقل دخل فيه"[3].

من خلال التعاريف المختلفة، يُمكن أيضا تعريف القوة القاهرة على أنها: " كل فعل أو حادث لا يد للمدين أو المسئول فيه، يجعل تنفيذ الالتزام أو منع وقوع الفعل الضار مستحيلا"، فيشمل هذا التعريف القوة القاهرة في المسؤولية العقدية والمسؤولية التقصيرية معاً.

ونُعرف القوة القاهرة بأنها مجموعة أحداث تظهر أثناء تنفيذ العقود وتكون خارجة عن إرادة أطرافه، لا يمكن توقعها ولا يمكن مقاومتها بالجهد البشري، تجعل التنفيذ مستحيل الدفع، وتؤدي إلى انتفاء مسؤولية المدينين غير المنفذين لالتزاماتهم. وقد أُصيب مؤخرا العالم بفيروس عُرف بكورونا Covid 19، فاجعة توفي بها العديد والعديد من البشرية وأصاب التجارة الدولية والنقل البحري بشلل لم ير العالم مثله في الاحداث التي عاشها عالمنا خلال السنوات الماضية.

قد يُشكل فيروس كورونا قوة قاهرة للمدين، إذ هو أمر لا علاقة له بإرادة هذا المدين، هذا ما صدر عن القضاء الفرنسي في عدة أحكام له[4]. لكن هل القضاء مستقر في هذا الموقف؟

=(H.) (L.) (J.) MAZEAUD, Leçons de Droit civil Français, Edit. Montchrestien, Paris, 1962, P. 531 ;

مأخوذ من: محمد الكشبور، نظام التعاقد ونظريتا القوة القاهرة والظروف الطارئة، ط 01، د.د.ن، المغرب، 1993، ص 25.

[1] عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، المرجع السابق، ص 876.

[2] سليمان مرقس، شرح القانون المدني، مصادر الالتزام، المطبعة العالمية، مصر، 1964، ص 367.

[3] عبد القادر حسين العطير، الوسيط في شرح قانون التجارة البحرية، دراسة مقارنة، ط 01، مكتبة دار الثقافة، الأردن، 1999، ص 414 ; قماز ليلى إلدياز، أحكام النقل الدولي متعدّد الوسائط، المرجع السابق، ص 410.

[4] C.A Nimes, 6 nov 2018, n°18/04133 ; (P.) GUIOMARD, La grippe, les épidémies et la force majeure en dix Arrêts, Dalloz Actualité 4 Mars 2020, P. 05 ; RTD com., 2006, P . 90, obs. (B.) BOULOC ; (M.) MEKKI, la Définition de la force majeure ou la magie du clair–obscur, RLCD 2006, n°29, P. 01.

الأكيد أن موقف القضاء يتطلب توفّر الشروط القانونية[1] للقوة القاهرة من وجود فعل غير ممكن توقعه، وغير ممكن دفعه ولا مقاومته[2].

يضاف إلى هاته الجائحة أحداث طبيعية كالزلازل والبراكين والعواصف والتسونامي والحروب والفيضانات.

ثار جدال كبير بين الفقهاء حول مدى اعتبار القوة القاهرة حادث مفاجئ من عدمه، فهناك من يرى أنهما مصطلحين بمعنى واحد (1)، وهناك من يُقر باختلاف المصطلحين (2).

1_ القوة القاهرة والحادث المفاجئ مصطلحان مترادفان

يرى بعض الفقه[3] أن القوة القاهرة والحادث المفاجئ مصطلحان لمعنى واحد، أي مترادفان، فقديما لم يكن القانون المدني الفرنسي يميّز بين المصطلحين، فكان يعتبرهما معنى واحداً اعتمادا على القانون الروماني آنذاك، وهو نفس موقف المشرع الجزائري، وهو ما نلاحظه في نص المادة 127 من القانون المدني الجزائري.

فحقيقة وُجدت آثار التفرقة في القانون الروماني القديم الذي كان لا يميز بين القوة القاهرة Vis major بالرومانية وForce majeure بالفرنسية، وبين الحادث الفجائي Casus fortuitus بالرومانية، وCas fortuit بالفرنسية، إلاّ في نوع خاص من المسؤولية المتمثلة في فكرة تحمل التبعية وليست فكرة الخطأ[4].

---

[1] الرجوع إلى شروط نظرية القوة القاهرة، ص 131

[2] Cass., ass., plén., 14 Avr. 2006, n°02-11.168, Bull., ass., plén., n°5. RTD com. 2006. 904, obs. (B.) BOULOC.

[3] الفقيه Claude joseph de FERRIERE، والفقيه سليمان مرقس، وزروتي طيب ; علي فيلالي، الالتزامات، النظرية العامة للعقد، المرجع السابق، ص 470.

[4] رقيق عبد الصمد، المرجع السابق، ص 61

فالمصطلحان مترادفان، يُستخدم أيّهما محل الآخر[1]، وقد ذكر هذا صراحة الإخوة MAZEAUD في تعريفهم للقوة القاهرة بأنها: "القوة القاهرة، وترادف الحادث الفجائي، وهي حدث غير متوقع ومستحيل الدفع"[2]. كما يعتبر الفقه أن المصطلحين مختلفين بمعنى واحد، فهما وجهان لعملة واحدة، فإذا نظرنا إليه من حيث عدم التوقع، كنا بصدد حادث مفاجئ، وأما إذا نظرنا إليه من خاصية عدم الدفع، نكون أمام قوة قاهرة[3].

2_ القوة القاهرة والحادث المفاجئ مصطلحان مختلفان

لا يعتبر الفقه[4] القوة القاهرة والحادث المفاجئ اسمين لشيء واحد، بل هما مصطلحين بمعنيين مختلفين، وفي هذا الصدد اختلف الفقهاء في ذكر العلة من التفرقة بينهما وانقسم إلى أربع مجموعات:

ترى **المجموعة الأولى** أن القوة القاهرة يُستحال دفعها، كونها تقع بحادث خارج عن إرادة الإنسان كالعواصف والزلازل، عكس الحادث الفجائي الذي يمكن أولا دفعه لأنه لا يتصل بعمل الإنسان، لكنه يأتي من الداخل كانفجار السفينة مثلا أو انفجار خزان وقودها[5].

يُبنى على هذا، أنه يعفى الناقل من المسؤولية إذا توافر عنصرا واحدا من عناصر القوة القاهرة، وتكون النتيجة الإعفاء من المسؤولية. "فإذا كان الناقل البحري عالما بخلل في السفينة، وأدى هذا إلى انحرافها، فظلت طريقها واعترضت سبيلها عاصفة، لم يتمكن الناقل من التحكم فيها وأُصيب ما على متنها من أضرار، استطاع هذا الناقل أن يدفع عنه المسؤولية عن

---

[1] سليمان مرقس، نظرية دفع المسؤولية المدنية للحادث الفجائي والقوة القاهرة، فعل الدائن وفعل المصاب وفعل أجنبي، دراسة مقارنة في المسؤولية التعاقدية والمسؤولية التقصيرية في القانون الفرنسي والمصري، دكتوراه في القانون المدني، القاهرة، د.س.ن، ص 190.

[2] محمد الكشبور، المرجع السابق، ص 25

[3] يعقوب يوسف صرخوه، العقود التجارية، مؤسسة دار الكتب، الكويت، 1986، ص 131.

[4] (A.) EXNER, La notion de la force majeure, Théorie de la responsabilité dans le contrat de transport, Paris, 1892, P. 95.

[5] سليمان مرقس، المسؤولية المدنية في تقنينات البلاد العربية، الأحكام العامة، ط 02، معهد الدراسات العربية، القاهرة، مصر، 1971، ص 493.

التعويض، لأن العاصفة تُعد من قِبل القوة القاهرة، وبذلك يصبح السبب الأجنبي الواقع من خطأ متقدم، قوة قاهرة تؤدي إلى نفي المسؤولية عن الناقل وهذا ما لا يستقيم"[1].

أما **المجموعة الثانية** من الفقه، فإنها تفرق بين القوة القاهرة والحادث المفاجئ، أساسها في هذا، أن القوة القاهرة تعتبر من قبيل ما لا يمكن دفعه، عكس الحادث المفاجئ الذي يدخل ضمن نطاق ما لا يمكن توقعه، وهذا رأي ضعيف لأنه يُشترط في الحادث الذي ينفي العلاقة السببية، أن يكون مستحيل التوقع ومستحيل الدفع في نفس الوقت[2].

في حين تُميّز **المجموعة الثالثة** من الفقه بين القوة القاهرة من جهة والحادث المفاجئ من جهة أخرى بالرجوع إلى قوّة استحالة دفع الحادث، فإذا كانت استحالة دفع الحادث هذه مطلقة، كنّا بصدد القوة القاهرة، أمّا إذا كانت الاستحالة نسبية، كان الأمر متعلقا بالحادث الفجائي[3]، مع العلم أنهما يؤديان إلى عدم وقوع مسؤولية الناقل.

فالمشكلة تكمن في عدم تحديد الاستحالة المطلقة وتمييزها عن الاستحالة النسبية، لذا قام الفقه باستبعاد هذه الفكرة.

وأخيرا، **المجموعة الرابعة الفقهية**، تبني تمييزها بين المصطلحين اعتمادا على ما يعرف بالسبب المؤدي للحادث، فإذا كان السبب خارجي، كان الأمر متعلقا بالقوة القاهرة، ويُعفى على إثره الناقل من المسؤولية.

أمّا الحادث الداخلي فيدخل ضمن الحادث المفاجئ ولا يعفي الناقل من مسؤوليته[4]، والرأي هذا هو أكثر موضوعية، حيث أخذت به المحاكم في سلطاتها التقديرية للتمييز بين المصطلحين القوة القاهرة والحادث الفجائي[1].

---

[1] عبد الستار التليلي، الأسباب القانونية لدفع مسؤولية الناقل الجوي، رسالة الدراسات العليا، جامعة الجزائر، 1974، ص 68 ; رقيق عبد الصمد، المرجع السابق، ص 63 ; مصطفى كمال طه، العقود التجارية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2005، ص 184.

[2] علي عبيد عودة، العلاقة السببية بين الخطأ والضرر، ماجستير، كلية القانون، جامعة بغداد، 1977، ص 312.

[3] علي عبيد عودة، المرجع السابق، ص 312.

[4] EX : (L.) JOSSERAND, Les transports, 2éme ed, 1926, n° 570 et s ;

حقيقة، الأمر مبني على تحمل الناقل البحري وسيلة العيب الذاتي الموجود في سفينته أو وسيلة نقله، فيتحمل مسؤولية تقصيرية ناتجة عن تقصيره وإهماله في مراقبة أجهزته، فالعيب الذاتي هذا كافٍ لقيام مسؤولية الناقل.

خالف الفقيه RODIERE هذه التفرقة، ويجعلها لا أساس لها في النقل البحري خاصة وأن مثلا الخطأ الملاحي يُعد من الأسباب المعفية من المسؤولية رغم أنها تدخل ضمن الأسباب الداخلية الناتجة عن الأخطاء الفنية التي يرتكبها ربان السفينة في قيادته لآلاته هو أو مستخدميه[2].

وفي هذا الشأن يوجد تناقض بين القانون البحري الجزائري الذي لم يفرق بين الخطأ الملاحي والخطأ التجاري، وبين القضاء[3] الذي يكيّف أخطاء الرص بأنها أخطاء تجارية تستوجب قيام مسؤولية الناقل، فمثلا وجود مناورات حجبت الرؤية على الربان نتيجة رص البضاعة، هو خطأ تجاري يؤدي إلى خطأ ملاحي، وبالتالي يكون الناقل البحري مسؤولا نتيجة سوء رص البضاعة[4].

تدخل الفقه البحري، وأجمع على أنه إذا وقع الخطأ في جزء متعلق بسير السفينة وأمنها، فهو خطأ ملاحي، أمّا إذا مسّ جزء خاص بسلامة البضاعة، اعتبر خطأً تجارياً[5].

لا تقوم القوة القاهرة إلّا اعتمادا على دعامتين أساسيتين وعنصرين، هما:

= محمود جلال حمزة، المسؤولية الناشئة عن الأشياء غير الحية في القانون المدني الجزائري، د.م.ج، الجزائر، 1988، ص 500 ; قماز ليلى إلدياز، أحكام النقل الدولي متعدد الوسائط، المرجع السابق، ص 410.

[1] دمانة محمد، دفع المسؤولية المدنية للناقل، دكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان، الجزائر، 2010_2011، ص 60 ; رقيق عبد الصمد، المرجع السابق، ص 63

[2] (R.) RODIERE, Traité Général de Droit maritime, Tome 2, Dalloz, Paris, 1970, P. 271, n° 630.

[3] قرار مؤرخ في 22 جوان 1991، ملف رقم 73657، المجلة القضائية، العدد 02، 1993، ص 108.

[4] كذلك، مثلا: إذا وُجد خطأ في خريطة الشحن من قبل الربان، هو خطأ تجاري يتحمله الناقل البحري، لأن هذه الخريطة تخضع اجباريا لمراقبة من الناقل.

[5] دمانة محمد، دفع مسؤولية الناقل البحري للبضائع في القانون البحري الجزائري، ماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم الاقتصادية، جامعة قاصدي مرباح ورقلة، الجزائر، 2005_2006، ص 18.

العنصر الأول: ألاّ يكون للمدين شأناً في حدوثه، فلا يُسند الخطأ للمدين ولا يُسأل عنه، ولا يُساهم فيه، فيؤدي الى استفحال نتائجه. وأن يكون الحادث غير ممكن التوقع والدفع، وبالتالي يقطع هذا الحدث العلاقة السببية بين عدم قيام المدين بتنفيذ ما التُزم به، والضرر الذي لحق بالدائن.

العنصر الثاني: يجب أن يترتب عليه استحالة مُطلقة في تنفيذ الالتزام وليس مجرد استحالة نسبية لأنه يتميز بطابع قهري لا يد للمدين في دفعه، كغلق محلات تجارية لبيع مواد أولية يستخدمها المدين في صناعة ما هو مطلوب منه، أو غلق الحدود وعدم إمكانية الحصول على المنتج.

وهي شروطا لها، يجب توافرها (ثانيا)

ثانيا: شروط نظرية القوة القاهرة

يتبين من مختلف التعريفات الخاصة بالقوة القاهرة، وجوب توافر شروط لها، تتمثل في: أولها أنها غير ممكنة التوقع، وثانيهما غير ممكنة الدفع، وثالثها أنها حدث خارج عن إرادة الأطراف.

أ_ الشرط الأول: حادث القوة القاهرة غير ممكن التوقع Imprévisibilité

إن خاصية عدم توقع الحادث Fait imprévisible تجعل الفعل طارئا بطبيعته مثل فيضانات لم تشهد مثلها المنطقة، أو انخفاض في نسبة تساقط الأمطار، فهي تتكيف حسب الظروف وحسب كل حالة على حدة، وليست شرطا له ضوابط محددة، بل تخضع لتقدير كل حالة بشكل منفرد.

وتجدر الإشارة إلى أنه يجب أن يكون عدم توقع الحادث حتى تُطبق القوة القاهرة، عاما[1] لا يخص الناقل البحري فحسب، بل أكثر الناقلين تبصرا، كما لا يشترط فيه أمرا لم يُسبق فيه أن وقع في الماضي، ولا يمكن التغلب عليه بالوجه الطبيعي.

[1] رشوان حسن رشوان أحمد، أثر الظروف الاقتصادية على القوة الملزمة للعقد، ط 01، دار الهاني، مصر، 1994، ص 443.

معلوم أن المفهوم التقليدي للقوة القاهرة ينطبق من تلقاء نفسه ومباشرة دون النص عليه صراحة في بنود العقد[1].

بمفهوم المخالفة، يخرج من نطاق القوة القاهرة، كل ما كان متوقعا وينتج عنه ضررا[2]، يُعد الناقل فيه مخطئا ومسؤولا. وفي هذا الشأن يبقى الناقل المدين ملزما بتنفيذ عقده أو تعويض الضرر الحاصل كلما انتفت صفة الحادث غير المتوقع، أي حدوث حادث متوقع.

ففي العقود الدولية، إن تذبذب أسعار الأسهم في البورصة بشكل يختل معه توازن العقد لا يعد قوة قاهرة، فالأمر متوقع وكثيرا ما يحدث في ممارسات البورصة اليومية.

كذلك، العاصفة في فصل الشتاء لا تعد قوة قاهرة فهي أمر متوقع والناقل يكون على علم بها، وبالتالي تقوم مسؤوليته، وفي هذا الصدد قررت المحكمة العليا الجزائرية في قرار صادر بتاريخ 19 ماي 1991[3]، أن "الناقل يكون مسؤولا عن الخسائر أو الأضرار التي تلحق بالبضائع منذ تكلفه بها حتى تسليمها إلى المرسل إليه إلاّ في حالة القوة القاهرة...ولما كان من الثابت في قضية الحال أن قضاة الموضوع أبرزوا أن العاصفة لم تكن غير متوقعة باعتبار أن النقل تم في فصل الشتاء وأن رداءة الطقس تعتبر حالة عادية بالنسبة للملاحين وبتحميلهم مسؤولية الناقل عن خسائر البضائع المنقولة طبقوا صحيح القانون".

كذلك الأمر بالنسبة لسرقة البضائع أو الحاويات داخل الموانئ، فهي لا تعتبر قوة قاهرة لأنه كثيرا ما يحصل هذا الأمر داخل الموانئ، والناقل يكون ملزما باتخاذ كل الاجراءات اللازمة لتفادي السرقة[4].

---

[1] شريف محمد غنام، أثر تغير الظروف في عقود التجارة الدولية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2007، ص 23.

[2] عبد الحكم فوده، الموسوعة الوافية في العقود إنهاء القوة الملزمة للعقد _دراسة تحليلية على ضوء الفقه وقضاء النقض_، ط 01، دار الفكر والقانون، المنصورة، مصر، 2011، ص 432.

[3] قرار صادر عن المحكمة العليا بالجزائر، بتاريخ 1991/05/19، الملف رقم 77660، المجلة القضائية، العدد 03، 1993، ص 154.

[4] C. Rouen, Nouveau recueil du Havre, n°5, 1985, p 69 et s, note (P.Y) NICOLAS « les vols de denrées de Valeur et notamment de Spiritueux dans les ports … sont constatés quotidiennement et son bien connus des transporteurs … la banalité contemporaine de ces

أيضا، الاضطرابات السياسية والاقتصادية لا تعد من مسببات القوة القاهرة، فلا يعتد بها ولا يحتج بما يقع فيها لوجود مؤشرات تنذر بأزمة أو حرب.

وفي هذا الصدد، إن جائحة فيروس كورونا المستجد تُشبه بالحرب، فهي عدوان صحي مفاجئ يُعتبر من صميم القوة القاهرة، فقد أعلنت بعض الدول أمرا بأن فيروس كورونا هو قوةً قاهرةً، ومنها، اللجنة الصينية لتطوير التجارة الدولية بإصدار شهادات قوة قاهرة للشركات الصينية المتأثرة بفيروس كورونا المستجد، كذلك الحال في إيطاليا ولبنان التي أعلنت بأن الأزمة الحالية تُشكل حقيقة قوة قاهرة استثنائية[1]، وفي كل دول العالم الذي تأثر كثيرا بأحداث ومخلفات كوفيد 19.

ساعدت هذه الإعلانات في مواجهة الظروف الاستثنائية، وساعد كذلك القضاء الذي هو ليس ملزما بكل هذه الإعلانات لتقرير حالة القوة القاهرة في انتظار صدور قانون خاص صريح يقرر أن الحادث محل البحث (جائحة كورونا)، يشكل حقيقة قوة قاهرة[2]. إن الأمر كله قائم على حقيقة الظروف المحيطة بكل نزاع ومدى صعوبة تنفيذ الالتزام من قبل المدين في العقد[3].

يتم تقدير عدم توقع الحادث بالنسبة للمسؤولية العقدية، عندما تكون إمكانية التنبؤ إليه واقعة وقت إبرام العقد، وهنا يقدر المدين ظروف تنفيذ التزامه، ومدى إمكانية هذا التنفيذ،

=Vols en fait un événement précis, contre lequel il appartient, à toute transporteur de se prémunir par des mesures appropriées ». Cité par : (R.) RODIERE, (E.) DE PONTAVICE, op. Cit, P. 349, note, n° 3.

[1] عزايز إلهام، انعكاسات جائحة فيروس كورونا كوفيد 19 –المستجد على علاقات العمل في الموانئ البحرية، مجلة قانون العمل والتشغيل، المجلد 05، العدد 04، 2020، ص 146.

[2] Civ. 3é, 24 Mars 1993, n°91-13.541, RTD CIVIL. 1993.595, Obs. P. JOURDAIN.

[2] (A.) MONTAS, L'exécution du contrat de transport maritime de marchandises à l'épreuve de la Covid-19, DMF, n°821, sept.2020, P. 722: «Il y'a force majeure en matière contractuelle lorsqu'un événement échappant au contrôle du débiteur, qui ne pouvait être raisonnablement prévue, lors de la conclusion du contrat et dont les effets ne peuvent être évités par des mesure appropriés empêchent l'exécution de son obligation par le débiteur».

فيعرف كل العوائق التي قد تعترض قيامه بالتزامه من عدمه، وانطلاقا من هذا، فكل ما كان غير ممكن توقعه يعفي المدين من المسؤولية[1].

فكلما شعر المدين باحتمال وقوع الحادث الذي قد يعيق تنفيذ التزاماته في المستقبل، مُنع عليه الاحتجاج بالقوة القاهرة. فإذا حسّ بإمكانية وقوع الضرر وسعى في تنفيذ التزاماته، اعتبر هذا التنفيذ مقترنٌ بسوء النية وحُرم معه إمكانية التمسك بانعدام مسؤوليته نتيجة قيام القوة القاهرة.

إن الفقه لا يميّز بين علم المدين الحقيقي لوقوع الحادث من جهة وبين افتراض علمه به، وهذا ما جاءت به هيئة تحكيم غرفة التجارة الدولية في قرار لها، وقضت أنه: "...في هذه الظروف قد علمت الشركة X (علم المدين الحقيقي)، أو كان من المفروض عليها أن تعلم (علم افتراضي)..."[2].

أثارت فكرة عدم توقع الحادث مشكلة لحظة هذا الحدث، فهل يبدأ بتنفيذ العقد؟ أو فقط لحظة إبرام العقد؟

فالفرضية الحالية موجودة في عقود النقل البحري الدولية المستمرة، والتي تمتد طوال المدّة الفاصلة بين لحظة إبرام العقد ولحظة بدء التنفيذ، إذ يسمح للمتعاقد التمسك بفكرة القوة القاهرة في كلا الحالتين، حالة إذا أصبح الحادث موجودا لحظة إبرام العقد، وكذلك لحظة تنفيذه، فكل ما في الأمر هو وجوب أن يكون هذا الحادث غير متوقع ; وهنا يتجلى مبدأ حسن نية المتعاقد، وعليه إخطار الطرف الثاني بوقوع الحدث وما ترتب عليه من نتائج[3].

في تأثير جائحة فيروس كورونا على عقود النقل البحري، يمكن القول أن شرط عدم التوقع يكون متوفرا في حالة ما إذا أبرما أطراف العقد عقدا للنقل البحري قبل ظهور الجائحة، أو حتى بعد ظهورها ولكن قبل إعلام الجمهور بخطورتها، فالعبرة بمدى توقع الحادث من عدمه الذي هو تاريخ إبرام العقد.

---

[1] عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، المرجع السابق، ص 878.

[2] شريف محمد غنام، المرجع السابق، ص 257

[3] مروك أحمد، معالجة أثر تغير الظروف في تنفيذ عقود التجارة الدولية، ماجستير في الحقوق، تخصص قانون الأعمال، كلية الحقوق بن عكنون، جامعة الجزائر بن يوسف بن خدة، الجزائر، 2008_2009، ص 19.

في هذا السياق، عُرضت مؤخرا قضية أمام محكمة استئناف Nancy الفرنسية بتاريخ 05 ماي 2020، اعتبرت فيها المحكمة بأن المستأنف الذي يطلب تأجيل تنفيذ التزامه متذرعا بالقوة القاهرة ليس على حق، لأن المستأنف كان قد قدم الصفقة بتاريخ لاحق لإعلان منظمة الصحة العالمية من انتشار فيروس كورونا المستجد، (2020/01/30) وبالتالي لا وجود لعنصر عدم التوقع[1].

وانطلاقا من هذا، انقسم الفقه إلى قسمين، فمنهم من أخذ في تقديره للتوقع بالمعيار الشخصي، والثاني اعتمد على المعيار الموضوعي.

فيرى الرأي الأول، والذي يعتمد في تقديره لعدم إمكانية التوقع بالنظرية الشخصية الخاصة بالمدين الناقل البحري في حد ذاته، كذكائه وطبيعة عمله والوسائل التي تمكنه من توقع الأحداث، إضافة إلى مركزه المالي والاجتماعي[2]. الكلّ مبني على عوامل داخلية، نفسية، وذهنية خاصة بإمكانية تقدير التوقع.

يعاب على هذه النظرية الشخصية أنها نفسية بعيدة عن النطاق القانوني الذي يبحث عن توحيد الأحكام الصادرة في الموضوع، أحكام واحدة لا تمييز بينها، ويؤدي حتما إلى اللاعدل، كونه يميّز بين المتعاقدين دون مبرر.

ذهب جانب آخر من الفقه[3]، إلى اعتناق النظرية الموضوعية المبنية على الظروف الأحوال المحيطة بالعملية التعاقدية في حد ذاتها، وهو كل ما يتصل بالعقد وشروطه، فلا دخل للشخص المتعاقد كونه ذكي، عبقري، ومحترف.

والحل العادل هو عدم تغليب الجانب الشخصي عن الجانب الموضوعي، والأخذ بهما معا، والتقريب بين المعيارين الذي أنشأ عمليا معياراً وسطاً يأخذ في معانيه قياس توقع المدين

---

[1] C.A Nancy, ch. Commerciale 05, 5 mai 2020, n°20/00748.

[2] ياسر شحادة مرزوق ضبابات، المرجع السابق، ص 65

[3] عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، المرجع السابق، ص 530 ; عبد المنعم فرج الصدة، مصادر الالتزام، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1986، ص 31 ; محمد الكشبور، المرجع السابق، ص 32; ياسر شحادة مرزوق ضبابات، المرجع السابق، ص 65

بالشخص العادي أو الرجل العادي[1] ليس أكثرهم حرصا في إبرام عقوده ولا أكثرهم إهمالا، وهذا ما قرره المشرع الجزائري في المادة 127 من القانون المدني الجزائري، فلا يبحثان بشأن كل قضية عما إذا كان المدين المعني يمكنه أن يتوقع الحادث أم لا.

ما يلاحظ أن القضاء الفرنسي اشترط في احدى قراراته[2] أن هذا الشرط شرط عدم التوقع هو شرطا مكملا لشرط استحالة الدفع، وبالتالي يمكن للناقل الاستفادة من القوة القاهرة بإثبات تحقق شرط استحالة الدفع وأنه بذل وتابعوه كل الإجراءات والتدابير اللازمة لمواجهة الحادث[3].

وتبقى فكرة عدم التوقع فكرة مرنة، يتشدد في الأخذ بها تارة، ويتساهل تارة أخرى، ولذا يرى بعض الفقه[4] أنه يجب الأخذ بمعيار الشخص الحريص على شؤون نفسه[5].

ب_ الشرط الثاني: القوة القاهرة حادث غير ممكن دفعه

معنى عدم إمكانية دفع الحادث هو أن يكون مستحيل الدفع، وهو ما يميز القوة القاهرة عن الظروف الطارئة، فكلما كان الحادث غير المتوقع مستحيلان كلما انعدمت مسؤولية المدين.

أساس محور شرط عدم القدرة على الدفع هو انعدام القدرة على التصرف في مواجهة هذه القوة القاهرة، فيصعب على المدين وقوعه ودفعه معا، فالأمر كله متعلق باستحالة دفع الحادث ونتائجه فيظهر الطابع القهري الذي يجعل كل تنفيذ مستحيلا، والمنفذ عاجزا رغم قيامه بدوره كاملا واتخاذه الإجراءات الاحتياطية اللازمة بكل قواها[6]، وهنا يفرق بعض الفقه[1] بين

---

[1] (F) CHABAS, L'influence de la pluralité, de causes sur le Droit à réparation, Thèse, Paris, L.G.D.J, 1967, P.148, n°. 177 ; cité par : رشوان حسن رشوان أحمد، المرجع السابق، ص 451.

[2] Cour de Cassation, 01 Octobre 1997 ; (L.) JEGOUZO, L'application de la force majeure en Droit des contrats, P. 359.

[3] دالع سعيد، أسباب إعفاء الناقل البحري من المسؤولية في عقد النقل للبضائع، دكتوراه، تخصص القانون البحري وقانون النقل، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان، الجزائر، 2018_2019، ص 123

[4] (A.) TUNC, Force majeure et absence de faute en matière délictuelle, R.T.D.C, 1946, P. 185 et s.

[5] محمد الكشبور، المرجع السابق، ص 32

[6] ياسر شحادة مرزوق ضبابات، المرجع السابق، ص 70.

عدم إمكانية الدفع، وعدم إمكانية التلافي، فعدم إمكانية الدفع معناه هو منع وقوع الحادثة، بينما عدم إمكانية التلافي، فمعناه أن المدين لا يمكن درء نتائج الحادث بعد وقوعه.

في هذا الشأن صدر قرار من المحكمة العليا بالجزائر الصادر في 02 جوان 1991، في قضية مؤسسة ميناء وهران أنه:" يشترط لوجود القوة القاهرة التي تعفي الناقل من المسؤولية أن يثبت عدم القدرة على التوقع وعدم القدرة على المقاومة، ومن ثمة فإن القضاء لما يخالف هذا المبدأ يعد مخالفا للقانون".

جمعت هذه القضية كل من Restos Naferia Armadoria مجهزة سفينة Giannis xylas، حيث طعنت في قرار صادر عن مجلس قضاء وهران بتاريخ 10 جوان 1987 الذي رفض الاعتراف بطابع القوة القاهرة للحادث الذي أدى إلى خسائر في ميناء وهران نتيجة ارتطام السفينة برصيف الميناء.

فأقرت المحكمة العليا أن العاصفة التي ضربت بالسواحل الغربية للجزائر يوم 28 ديسمبر1980 ومنها ميناء وهران، تكتسي طابع القوة القاهرة نظرا لقوة رياحها، حيث أن طاقم السفينة لم يتمكن من اجتناب ارتطام السفينة بالرصيف الراسية بجانبه، بعدما أعطى طاقمها الأمر بالإقلاع.

حيث أنه ونظرا لامتناع قيادة الميناء عن تقديم المساعدة، وذلك على فرض أنه كان في استطاعة قائد السفينة أن يتنبأ بوقوع تلك العاصفة على اعتبار خبرته كبحار وما تتوفر عليه السفينة من آلات كما جاء بالقرار، وعليه تم قبول الطعن.[2]

إن تضافر عدم التوقع وعدم إمكانية دفع الحادث يؤدي إلى استحالة النتائج المراد الوصول إليها من طرف المدين، فلا يمكنه التغلب عليها مهما كانت الوسائل الموجودة لديه،

---

[1] رادوان، الحادث المفاجئ والقوة القاهرة، رسالة من باريس، 1920، ص 137 ; محمد إبراهيم الدسوقي أبو الليل، الإعفاء من المسئولية المدنية في حوادث السيارات، دراسة تحليلية لنظرية السبب الأجنبي في الفقه والقضاء المصري والفرنسي، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1975، ص 316 ; سليمان مرقس، المسؤولية المدنية في تقنينات البلاد العربية، الأحكام العامة، المرجع السابق، ص 84 ; أشار إليهم: ياسر شحادة مرزوق ضبابات، المرجع السابق، ص 75.

[2] قرار المحكمة العليا بالجزائر، صادر بتاريخ 1991/06/02، ملف رقم 73657، المجلة القضائية 1993، العدد 02، ص 106.

فتخلف المدين عن تنفيذ التزاماته مما رتب خسائر كبيرة لا يمكن مقاومتها ودفعها وتصليحها، وهذا كله سببه القوة القاهرة التي لا يمكن التغلب عليها. الأمر الذي يزيد صعوبة في هذا المجال هو عدم إيجاد وسيلة بديلة لما التزم بها المدين.

استحالة التنفيذ، تعفي المدين إذا كانت هذه الأخيرة مطلقة وحقيقية، متصلة اتصالا كبيرا بالقوة القاهرة، وقيام المدين باتخاذ كل ما في وسعه لوقف آثار القوة القاهرة اعتمادا على معيار الرجل العادي، ورغم كل هذا فشل في درئها[1]. ويرى بعض الفقه[2] أنه يجب أن تكون الاستحالة مطلقة وعامة، تمس كافة الناس أي كافة المدينين في نفس أنواع العقود.

ج_ الشرط الثالث: أن يكون الحادث خارج عن إرادة المدين

يؤكد القانون[3] والقضاء[4] على ضرورة وجود هذا الشرط أي أن يكون الحادث خارجا عن ارادة المدين فلا يتسبب المدين في حدوثه بخطئه ولا يسبقه، لذا يجب انعدام وانتفاء العلاقة السببية بين الحادث في حد ذاته وفعل المدين، انتفاءً مطلقا وتحت أي ظرف مباشر أو غير مباشر. فحتى تتحقق القوة القاهرة، يجب أن يكون الحادث خارجا ومستقلا عن إرادة الناقل ولم يشارك في وقوعه، فمثلا، قد يقع على عدم اصلاح السفينة نشوب حريق في محركاتها، فيكون الناقل البحري بفعله هذا قد ساهم ولو من بعيد في نشوب الحادث المتمثل في الحريق، كل ما في الأمر هو معرفة لحظة ارتكاب الخطأ، قبل القوة القاهرة أو معها أو بعدها.

---

[1] شريف محمد غنام، المرجع السابق، ص 102.

[2] جلال علي العدوي، أصول الالتزامات، مصادر الالتزام، منشآت المعارف، الإسكندرية، مصر، 1997، ص 460 ;عبد الحي حجازي، عقد المدة، دكتوراه، جامعة إبراهيم باشا، عين الشمس، مصر، 1950، بند 7 ; شريف محمد غنام، المرجع السابق، ص 106.

[3] تؤكد المادة 127 من القانون المدني الجزائري على شرط أن يكون الحادث خارجا عن إرادة المدين بنصها: "إذا أثبت الشخص أن الضرر قد نشأ عن سبب "لا يد له فيه"..."، وتقابلها المادة 1218 من التقنين المدني الفرنسي لسنة 2016 بنصها: "هناك قوة قاهرة في المسائل العقدية، عندما يكون هناك حادث خارج عن سيطرة المدين...".

[4] Civ. 29 Octobre 1985, Bull. Civ. 1985, I, n° 273 ; « ...L'événement doit être étranger au débiteur et aux personnes dont il répond. La Cour de Cassation veille au respect de cette exigence... ».

يرفض في هذا الإطار، القانون أن يكون تدخل المدين مخطئا من شأنه استفحال نتائج القوة القاهرة. ومن أمثلة هذا أن يجهز الناقل السفينة بوسائل التبريد للحفاظ على البضاعة، إذا كانت ممن يجب تجميدها خلال كل مدة السفر، كذلك قيام مسؤول الخزائن والودائع بغلقها ولم يترك المفاتيح في مكان يسهل سرقتها بعد وقوع القوة القاهرة. ولوقت ارتكاب الخطأ أهمية كبيرة، حيث قد يحدث هذا الأخير قبل ظهور القوة القاهرة أو اثناءها. وفي هذا الصدد، يؤكد الفقه أنه، يجب على من يتعذر بالقوة القاهرة أن يُثبت أنه كان سوف يُنفذ التزامه لولا القوة القاهرة[1].

لا يمكن منطقيا قبول وقوع الحادث عن إرادة المدين، فهذا يتنافى مع قيم العدالة ومع مبدأ حسن النية، ومن غير العدل السماح للمدين الاستفادة من عدم تنفيذ العقد ومن المسؤولية إذا كان الحدث وقع بخطئه. فاستقلال الحادث عن إرادة المدين أمر أكثر من ضروري[2]، وهذا حسب ما جاءت به المادة 176 من القانون المدني الجزائري ق م ج، فنصت على:".... ما لم يثبت أن استحالة التنفيذ نشأت عن سبب لا يد للمدين فيه" أي وقع في ظروف خارجة عن إرادته. وبتوسيع تفسير المادة، يطبق الأمر حتى على الأشخاص العاملين تحت رقابة المدين ورعايته وأفعال تابعيه[3].

تتطلب القوة القاهرة أن يكون التنفيذ مستحيلا، لا مرهقا أو صعبا وتطبق حتى ولو لم يتفق الأطراف على ذلك.

بالرجوع إلى محتوى التشريعات الوطنية وهيئات التجارة الدولية والتحكيم التجاري الدولي، يظهر أنه من متطلبات القوة القاهرة بمفهومها التقليدي تضافر الشروط الثالثة من شرط عدم التوقع واستقلال الحادث عن إرادة المدين واستحالة دفعه استحالة مطلقة في تنفيذ الالتزامات العقدية، وبالتالي تؤدي لا محالة إلى تطبيق احكام القوة القاهرة.

---

[1] (Ph.) DELEBECQUE, « But you weren't going to perform anyway! » Un nouvel obstacle au jeu de la force majeure?, Gazette de la chambre CAMP, n° 50, 2019, P. 01.

[2] محمد شتا أبو سعد، المبادئ القضائية في التحكيم التجاري الدولي، دار الجامعة الجديدة للنشر، الاسكندرية، مصر، 2000، ص 205.

[3] تؤكد المواد 134 و135 من القانون المدني الجزائري هذه الفكرة وهذا التوسيع.

الفرع الثاني: القوة القاهرة في الاتفاقيات الدولية وقرارات التحكيم وقانون التجارة الدولية

يساهم كل من قرارات التحكيم بمحتواها ونصوص الاتفاقيات الدولية[1] في دراسة مدى توافر القوة القاهرة وانتفاء مسؤولية المدين بسببها، حيث يختص قضاء التحكيم في أثر القوة القاهرة (أولا)، وكذلك الاتفاقيات الدولية ومالها من شروط عامة وعقود نموذجية في هذا المجال (ثانيا).

أولا: قضاء التحكيم والفصل في آثار القوة القاهرة

أخذ التّحكيم البحري مكانته كوسيلة مفضلة بديلة لفض المنازعات البحرية، وأضحت إرادة الأطراف تأخذ مكانة هامة في هذا المجال باعتبارها الشّريعة العامّة عبر كافّة المراحل بدءاً من اتفاق الأطراف على اللجوء الى التّحكيم، مرورا بتنفيذ المقرر أو الحكم التحكيمي، وهذا يُعدّ من مزايا نظام التّحكيم[2].

فللأطراف إمكانية صياغة اتفاق التّحكيم، صياغةً واضحةً تتضمّن كل الشروط المطلوبة قانوناً شكلا وموضوعاً. كما يُمكن للأطراف إظهار سلطتهم في تحديد القواعد القانونية والإجرائية التي يُريدان تطبيقها على النّزاع البحري مع تعيين المحكمين وتحديد اختصاصاتهم وسلطاتهم وأخيرا مكانة التّحكيم البحري وقانون الواجب التطبيق.

يثبت اختصاص قضاء التحكيم[3] من خلال النص عليه عقدا من أطراف هذا الأخير[1] أو في شروط لاحقة[2] أو حالة وجود شرط تحكيم عام.

---

[1] تم دراسة قضايا التحكيم قبل الاتفاقيات الدولية لتسهيل الولوج إلى موضوع تطبيقات القوة القاهرة في النقل البحري للبضائع في المطلب 2 التابع.

[2] للتحكيم مزايا: منها السرية، وخشية المنافسة والمضاربة، وكذا سرعة البتّ في النّزاعات إذا ما قورن هذا باللجوء الى القضاء العادي. بالإضافة الى خصوصيات فنية وتقنية، يعرفها القائم بأعمال القانون البحري والنقل وكذا الاتفاقيات والمعاهدات الدولية الخاصة. كما قد يتخوّف المستثمر الأجنبي من الهيئات القضائية الوطنية ومن حياد القاضي وانحيازه لبلده ولمواطنيه، لا تشكيك في نزاهة القاضي لكنّه من غير قصد سيحدث اختلالا وعدم التّوازن بين الأطراف.

[3] بودالي خديجة، اتفاق التحكيم في عقد النقل البحري، دكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، الجزائر، 2014_2015، ص 11 ; عرف التّحكيم إقبالا متزايداً من قبل رجال القانون عموماً والعاملين في المجال البحري خصوصا، إذ لا يكاد يخلو أي عقد من عقود التجارة الدولية من شرط التّحكيم يُبين

لإسناد الاختصاص لقضاء التحكيم، قد يضع الطرفين نصا خاصا في العقد يأخذ احدى الصورتين:

أولهما، جعل مهمة هيئة التحكيم تقتصر فقط في إعلان فسخ العقد بسبب القوة القاهرة[3]، فقد ينص الطرفان على شرط يتضمن أنه في حالة "حدوث قوة قاهرة وترتب عليها تأخير لأكثر من

=فيه الأطراف عن رغبتهم في الاتجاه نحو هذه الوجهة المفضلة لديهم لفضّ نزاعاتهم. "إنّ ما يُثبت أهمية التحكيم هي حقيقة أثبتتها الإحصائيات الصادرة عن رابطة المحكمين في لندن التي أكّدت أنّ نسبة المنازعات البحرية المعروضة على رابطة المحكمين البحريين بلندن ذات طابع بحري تبلغ 90 سنويا وهي نسبة صغيرة مقارنة بعدد العقود البحرية التي تُبرم في هذا الصدد، وأنّ 80% من المنازعات الخاضعة للتحكيم تتعلّق بمشارطات الإيجار...".

فأصبح التحكيم في يومنا هذا يصاحب كل العقود مما جعل البعض يرى ابتعاد عالم التجارة والنقل البحري عن القضاء، ما يُعطي من جهة أهمية للقضاء البديل ويُنقص من أهمية القضاء كسلطة ثالثة في الدولة من جهة أخرى.

[1] قرطبي سهيلة، مدى فعالية التحكيم في منازعات العقود البحرية، المجلة الجزائرية للقانون البحري والنقل، الجزائر، العدد 5، 2017، ص 83 ; تعرف هذه الحالة باتفاق التحكيم البحري قبل نشوء النزاع، ويتعهد الطرفان باللجوء الى التحكيم لفض المنازعات الاحتمالية التي قد تظهر بينهما مستقبلا دون علمهم بنوع النزاع ونطاقه، وهذا في عقود النقل البحري سواء تم بسند شحن أو بموجب مشارطه إيجار. أجازت مختلف القوانين شرط التحكيم وأقرت به، ومن بينهم المشرع الجزائري الذي نص في المادة 1040 من القانون رقم 22_13 المؤرخ في 12 يوليو 2022، المعدّل والمتمم للقانون رقم 08_09 المؤرخ في 25 فبراير 2008 والمتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، على: "تسري اتفاقية التحكيم على النزاعات القائمة والمستقبلية".

[2]بسعيد مراد، عقد النقل البحري للبضائع وفقا للقانون البحري الجزائري والاتفاقيات الدولية، دكتوراه، المرجع السابق، ص 327 ;قد جرت العادة على وضع شرط التحكيم في نهاية العقد الأصلي، لكن هذا لا يمنع أن يرد في بدايته أو منتصف العقد، دون التطرق الى تفاصيل التحكيم، كل ما في الأمر هو قبول الأطراف لنظام التحكيم. كما لا يُمنع من أن يرد شرط التحكيم مستقلاً عن العقد الأصلي، متضمناً إحالة منازعاتهما المستقبلية الخاصة بموضوع النزاع الى التحكيم، ويُرفق بالعقد الأصلي ويُلحق به، بشرط أن يرد قبل وُقوع النزاع.

[3] عمليا لا يرغب الأطراف الدخول في متاهات الفسخ لأن في عقودهم استثمارات كبيرة وأرباح ; شريف محمد غنام، المرجع السابق، ص 28.

6 أشهر، يقوم الطرفان بالتشاور بينهما حول الإجراءات الواجب اتخاذها، وإذا لم يحدث اتفاق بينهما، يجوز لكل من الطرفين طلب فسخ العقد عن طريق التحكيم"[1].

وثانيتهما، يترك الطرفين لهيئة التحكيم الحرية في اتخاذ ما يراه مناسبا لظروف الدعوى، فقد تقترح هيئة التحكيم الفسخ أو إجراء أخر مثل وقف التنفيذ مؤقتا. فقد يصل الطرفين إلى اتفاق جديد وإذا لم يتوصلا لاتفاق أو حل يحال الأمر إلى التحكيم التجاري الدولي.

قد يأخذ قضاء التحكيم اختصاصه من شرط تحكيم عام أورده الأطراف في العقد أو في مشارطة تحكيم مستقلة لفض كل نزاع قد نشأ بينهما[2].

يلاحظ أنه على المحكم في جميع الحالات الالتزام بما وضعه الأطراف من أحكام، حيث يقتصر دوره على إعلان الفسخ، فإذا عبّر الطرفين بشكل صريح عن رغبتهم في فسخ العقد فإن هذا يفسر على أن اللجوء إلى التحكيم هي الطريقة الأكثر مناسبة لتصفية العلاقة بينهم، وهم أدرى بالوضع.

ما يُمكن إضافته، وحتى يكون شرط التحكيم نافذاً في حق المرسل إليه، يجب علم المرسل إليه بشرط التحكيم على أساس مبدأ المجموعة العقدية التي تتشكل من عقود أخرى يختلف أطرافها، وبالتالي سند الشحن هو الذي يُعطي للمرسل إليه الحق في إلزام الناقل بتنفيذ التزاماته، وهو أيضا الذي يُلزم المرسل إليه بشرط التحكيم حتى وأن صدر بالإحالة. في هذا السياق قضت محكمة النقض الفرنسية في حكمها المؤرخ في 20-06-1995 بأن شرط

---

[1] (PH) KAHN, Force majeure et contrats internationaux de longue durée, JDI, 1975, P. 482 ;

مأخوذ من: شريف محمد غنام، المرجع السابق، ص 66.

[2] بلباقي بومدين، التحكيم في المنازعات الناشئة عن عقد النقل البحري للبضائع، دكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، الجزائر، 2017_2018، ص 41 ; مشارطة التحكيم تكون بعد وقوع النزاع، فيتفق أطراف العلاقة على اللجوء الى التحكيم لفض نزاعاتهم التي وقعت ونشأت فعلاً، ف تظهر في عقد مستقل عن العقد الأصلي، وتُستخدم للاتفاق على التحكيم، ويقتصر دورها على تقرير مبدأ اللجوء الى التحكيم لتسوية المنازعات التي نشأت عن هذا العقد كلّها أو بعضها. يتضمن أيضا تشكيل هيئة التحكيم ورسم حدود ولايتها، والإجراءات المتبعة، وكذلك القواعد الموضوعية واجبة التطبيق على موضوع النزاع.

التحكيم المدرج في سند الشحن لا يلزم المرسل إليه إلا إذا كان قد علم به ثم قبله صراحة أو ضمنا بتسلمه البضاعة المرسلة إليه[1].

توجد فرضية أخرى هي ترك الأطراف الحرية لهيئة التحكيم، ويفسر هذا على تشدد الأخذ بالقوة القاهرة من جانب قضاء التحكيم والابتعاد عن الفسخ.

إن الاتصال المباشر لقواعد عقد النقل البحري بقواعد التجارة الدولية يستوجب التطرق لها لإظهار وتصحيح مواقف يكون أساسها القوة القاهرة (ثانيا).

ثانيا: اتفاقيات التجارة الدولية والقوة القاهرة

تعتبر القوة القاهرة حسب اتفاقيات التجارة الدولية إعفاءً من مسؤولية المدين، حيث نصت اتفاقية الأمم المتحدة بشأن عقود البيع الدولي للبضائع، المعروفة باتفاقية فيينا Vienneلسنة 1980[2] في المادة 79 فقرة 1 على ما يلي:" لا يُسأل أحد الطرفين عن عدم تنفيذ أي من التزاماته، إذا أُثبت أن عدم التنفيذ كان بسبب عائق يعود إلى ظروف خارجية عن إرادته وأنه لم يكن من المتوقع بصورة معقولة أن يأخذ العائق في الاعتبار وقت انعقاد العقد أو أن يكون بإمكانه تجنُّب عواقبه أو التغلُّب عليه أو على عواقبه".

في نفس الإطار، تنص مبادئ UNIDROIT[3] في مادتها 7-1-7 الفقرة 1 على أنه: "لا يسأل المدين عن نتائج عدم التنفيذ إذا أثبت أن عدم التنفيذ يرجع إلى عائق يفلت من رقابته

[1] قرار صادر من محكمة النقض الفرنسية، أشارت إليه: إيمان فتحي الجميل، اتفاق التحكيم البحري وفقا لقانون التحكيم المصري والاتفاقيات الدولية، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2013 ص 110 ; بورطال أمينة، اتفاق التحكيم البحري، اتفاق التحكيم البحري، المجلة الجزائرية للقانون البحري والنقل، الجزائر، العدد 6، 2017، ص 72.

[2] اتفاقية الأمم المتحدة بشأن البيع الدولي للبضائع، انعقدت بتاريخ 10 يناير 1980، ودخلت حيّز النفاذ بتاريخ 01 يناير 1988. حقيقة هذه الاتفاقية هي بديلا قانونيا وجسرا للتفاهم بين أطراف ينتمون إلى أنظمة قانونية واقتصادية مختلفة.

[3] منظمة مبادئ القانون الموحد UNIDROIT «L'Institut International Pour l'Unification du Droit Privé»، الصادرة عن المعهد الدولي لتوحيد قواعد القانون الخاص، بدأ سيرها سنة 1994، وتم تعديلها ومراجعة أحكامها خلال عدة سنوات آخرها سنة 2016.

وأنه ليس من المعقول أن ننتظر منه أن يأخذه في اعتبار لحظة إبرام العقد، أو أن يتجنبه أو يتخطاه أو يتجنب أو يتخطى نتائجه."

وتضيف الفقرة 4 من هذه المادة" لا تمنع نصوص هذه المادة الأطراف من أن يمارسوا حقوقهم في فسخ العقد أو وقف تنفيذ التزاماتهم...".

كما تطرقت الفقرة الأولى من البند الأول من الشرط النموذجي الذي أعدّته غرفة التجارة الدولية على أن:" لا يعتبر الطرف مسؤولا عن عدم تنفيذ أي من التزاماته بالقدر الذي يثبت فيه أن عدم التنفيذ يرجع إلى عائق مستقل عن ارادته، وأنه لم يكن من المعقول أن يتوقعه أو يتوقع نتائجه على موقفه في تنفيذ العقد لحظة ابرامه، وأنه لم يكن من المعقول أن يتجنبه أو يتخطاه أو على الأقل يتجنب أو يتخطى نتائجه"

وتضيف نفس المادة أنه: "إذا امتدت القوة القاهرة مدّة أطول من المدّة المنصوص عليها من الأطراف، أو في حالة غياب مثل هذا النص، امتدت أزيد من المدة المعقولة فلأي من الطرفين طلب فسخ العقد بشرط إعلان الطرف الآخر".

وما هذه النصوص الخاصة بالتجارة الدولية إلّا تأكيدا على الاتصال المباشر القائم بين كل من عقد النقل البحري للبضائع والتجارة الدولية.

يشكل النقل البحري مخاطر قد تتعرض لها السفن مما يجعل القوانين البحرية تستقر على مفاهيم تكييف القوة القاهرة، ولذا وجب دراسة حالات القوة القاهرة اعتمادا على كل من اتفاقية بروكسيل لسنة 1924، واتفاقية هامبورغ 1978، وقواعد روتردام 2008، كتمهيد لدراسة تطبيقاتها على الواقع العملي في القانون البحري.

أ_ أحكام القوة القاهرة في اتفاقية بروكسيل لسنة 1924

لم تضع هذه الاتفاقية حالات القوة القاهرة واكتفت بتعداد تطبيقاتها مأخوذة من قانون هارتر 1983، وقد نصت المادة 4 الفقرة 2: "لا يترتب على الناقل ولا على السفينة أية مسؤولية عن الخسارة أو الضرر المسبب أو الناتج:

(ب) الحريق إلا إذا تسببت بفعل الناقل أو نتيجة خطأ ارتكبه، (ج) عن المخاطر أو الأخطار أو الحوادث التي تحصل في البحر أو في أية مياه أخرى صالحة للملاحة، (د) عن فعل القوة الالهية، (ه) عن فعل الحروب، (و)عن فعل العدو

(ز) عن قرار أو إلزام صادر عن سلطان أو سلطة أو شعب أو عن حجز قضائي، (ح) عن قيود الحجر الصحي، (ي) عن الإضرابات أو أقفال المحال من قبل أرباب العمل أو عن توقيف العمل أو عرقلته لأي سبب كان، وذلك جزئيا أو كليا، (ك) عن المشاغبات أو الاضطرابات المدنية.

ب_ اتفاقية هامبورغ لسنة 1978 وأحكام القوة القاهرة

لم تقم هذه الاتفاقية بإعطاء تعدادا للحوادث التي تعد قوة قاهرة، بل نصت في المادة 5 فقرة 1 منها على: "يسأل الناقل عن الخسارة الناتجة عن هلاك البضائع أو تلفها، وكذلك الناتجة عن التأخير في التسليم إذا وقع الحادث الذي تسبب في الهلاك أو التلف أو التأخير أثناء وجود البضائع في عهدته على الوجه المبين في المادة، مالم يثبت الناقل أنه قد اتخذ هو ومستخدموه أو وكلاءه جميع ما كان من المعقول تطلب اتخاذه من تدابير لتجنب الحادث وتبعاته"، كما أضافت الحريق كحالة من حالات القوة القاهرة في المادة 5 فقرة 4 من نفس الاتفاقية.

ج_ أحكام القوة القاهرة في قواعد روتردام لسنة 2008

بالرجوع إل قواعد روتردام يتبين وجود قائمة للإعفاءات الناتجة عن القوة القاهرة وخاصة المادة 17 فقرة 3 من البند (أ)إلى (و)، وتتمثل في: (أ) القضاء والقدر، (ب) مخاطر البحر أو المياه الأخرى الصالحة للملاحة وأخطارها وحوادثها، (ج) الحرب والأعمال القتالية والنزاع المسلح والقرصنة والإرهاب وأعمال الشغب والاضطرابات الأهلية، (د) تقييدات الحجر الصحي، أو ما تقوم به الحكومات أو الهيئات العمومية أو الحكام أو الناس من تدخلات أو ما تقيمه من عوائق، بما فيها الاحتجاز أو التوقيف أو الحجز الذي لا يعزى إلى الناقل أو أي

شخص مشار إليه في المادة 18[1]، (ه) الإضرابات أو إغلاق المنشآت في وجه العمال أو التوقف عن العمل أو المعوقات المتعلقة بالأيدي العاملة، (و) نشوب حريق على السفينة.

د_ القوة القاهرة في التشريع البحري الجزائري

اتبع المشرع الجزائري في دفع مسؤولية الناقل البحري للبضائع عن القوة القاهرة منهج اتفاقية بروكسيل، وعدد حالات تطبيقها بموجب المادة 803 من القانون البحري الجزائري، والتي تنص على: "يعفى الناقل من المسؤولية... إذا كانت الخسائر أو الأضرار اللاحقة بالبضائع ناشئة أو ناتجة مما يلي: ...(ج) الحريق، إلا إذا كان مسببا من فعل أو خطأ الناقل، (د) أخطار وحوادث البحر، أو المياه الأخرى الصالحة للملاحة، (ه) القوة القاهرة، (و) الإضرابات وإغلاق المستودعات أو المصانع في وجه العمل أو إعاقته كليا أو جزئيا مهما كانت الأسباب، ...".

المطلب الثاني: تطبيقات القوة القاهرة على عقود النقل البحري للبضائع

إن من أهم أسس القانون البحث عن تطبيق قواعده من حيث تنفيذه ومن حيث حذو بنوده أي تجريبه ليبرهن على مدى صحته، وأهمية التطبيق واضحة في كل بحث أكاديمي يبين مدى تطابق الجانب العلمي بالعملي.

إن من أهم ما يُثري عالم القانون البحري، التطبيقات المتعلقة به عمليا، ولهذا لا يمكن إغفال دراسة هذه الوقائع لتأكيد مدى أهمية التطبيقات في المجال القانوني عموما والبحري خصوصا. تظهر تطبيقات القوة القاهرة في النقل البحري في شكل حوادث مرتبطة بعوامل طبيعية (الفرع الأول)، وبتدخل بشري (الفرع الثاني).

[1] تنص المادة 18 من قواعد روتردام على: "يكون الناقل مسؤولا عن الإخلال بالواجبات المترتبة عليه بمقتضى هذه الاتفاقية، نتيجة لأفعال يقدم عليها أو يغفلها: (أ) أي طرف منفذ، أو (ب) ربان السفينة أو طاقمها، أو (ج) موظفو الناقل أو الطرف المنفذ، أو (د) أي شخص آخر يؤدي أو يتعهد بأن يؤدي أيا من واجبات الناقل بمقتضى عقد النقل، متى كان ذلك الشخص يتصرف، بصورة مباشرة أو غير مباشرة، بناء على طلب الناقل أو تحت إشرافه أو سيطرته".

الفرع الأول: تطبيقات القوة القاهرة المرتبطة بعوامل طبيعية

تضم هذه النقطة حالات القضاء والقدر (أولا) ومخاطر البحار أو المياه الصالحة للملاحة وحوادثها (ثانيا) والحريق (ثالثا).

أولا: القضاء والقدر (أمر الله Act of God / Acte de Dieu)

أدرجت اتفاقية بروكسيل لسنة 1924، وقوانين روتردام لسنة 2008 حالة القضاء والقدر، وهي من الاعفاءات من المسؤولية، فاستثنت من المسؤولية مطالبة الناقل البحري دون أن تتوسع في دراسة محتوى هذا الاستثناء، ولذا وجب اللجوء إلى الفقه والقضاء للتوسّع في مفهوم هذه الحالة.

القضاء والقدر قد يكون فعلا من الأفعال المسببة لحادث لا ينسب للناقل، فإن المشرع الجزائري لم يتعرض إليها كحالة من حالات اعفاء الناقل البحري من مسؤوليته[1].

تطرقت المادة 4 الفقرة 2 البند (د) من اتفاقية بروكسيل للقضاء والقدر التي قضت بأن لا مسائلة للناقل أو السفينة عن الهلاك أو التلف الناتج أو الناشئ عن القضاء والقدر، وكذلك المادة 17 الفقرة 3 البند (أ) من قواعد روتردام التي سارت في نفس النهج المتبع من اتفاقية بروكسيل، والتي تعفي الناقل من كل مسؤولياته إذا أثبت عدم ارتكابه لخطأ جسيم ...كما تنص عليها الفقرة 2 من هذه المادة، فهو نوع من أنواع القوة القاهرة وهو أوسع نطاق شأنها في ذلك شأن العواصف والزلازل والتسونامي. والبعض ليس حدث خاص بالبحر[2].

إن القضاء والقدر أو القوة الإلهية، مصطلح انتقل إلى اتفاقية بروكسيل لسنة 1924 وهو سبب من أسباب الإعفاء من المسؤولية. يعرف الفقه القضاء والقدر والذي هو ترجمة للمصطلح الانجليزي Act of God بأنه: "القوة القاهرة والحادث الجبري إذا توافر فيه أمرين،

---

[1] تجاهل المشرع الجزائري في التقنين البحري فكرة القضاء والقدر حيث لا نجد ما يقابلها في قانوننا الوطني وأدخلها في مفهوم القوة القاهرة عموما. كذلك الشأن بالنسبة للتشريع البحري الفرنسي لسنة 1966 الذي تجاهل مفهومي القضاء والقدر ودعمها كل من الفقيهين BONASSIES وSCAPEL

[2] مصطفى كمال طه، أساسيات القانون البحري (دراسة مقارنة)، ط 01، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2006، ص 265.

الأول ألاّ يكون لإرادة الانسان دخل في احداثه، والثاني عجز القوة البشرية عن تفادي النتائج المترتبة عن الحوادث المكونة للقضاء والقدر رغم بذل العناية المعقولة في سبيل دفع هذه الحوادث"[1].

كما عرفه الفقيه Thomas Edward Scrutton[2] بأنه: "كل الحوادث التي لا يتمكن المجهز من إثباتها، وأن أسبابها تعود مباشرة وحصريا لعوامل طبيعية، بعيدا عن أي تدخل بشري، ودون إمكانية دفعها عن طريق التوقع أو بذل المجهودات المعقولة من جانب هذا المجهز".

وانطلاقا من هذا، يتجلى أن القضاء والقدر يبنى على فكرتين الأولى أن يكون الحادث طبيعيا، والثانية أن تكون هناك استحالة دفع الناقل لهذه الحوادث، ومن هنا يجب تشريح هذه الفكرتين:

الفكرة الأولى: أن يكون الحادث طبيعيا، سببه المباشر والوحيد هو الطبيعة كالعواصف والصواعق والبراكين والزلازل وتسونامي والجليد.

تدخل بعض الفقه ووسّع من مفهوم القضاء والقدر، ورأى أنه لا يمكن حصر هذا القضاء والقدر في الظواهر الطبيعية فقط بل يجب أن يتعداه إلى كل حادث لا دخل للقوة البشرية فيها كحالة المرض والأوبئة والأسقام[3].

الفكرة الثانية: عدم إمكانية التوقع واستحالة الدفع، على الناقل اثبات عدم توقع الحادث واستحالة دفعه في الحوادث المشكّلة للقضاء والقدر، وهذا رغم بذل كل المجهودات سعيا لتجنب هذه

---

[1] أحمد محمود حسني، النقل الدولي البحري للبضائع، ط 02، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 1989، ص 238.

[2] Thomas Edward Scrutton: « Tout accident que l'armateur prouve résulter directement et exclusivement de causes naturelles sans aucune intervention humaine, et qu'il ne peut éviter par l'exercice d'aucune prévision habilité et soin auxquels on doit raisonnablement s'attendre de sa part » ; Cité par : (C.) CHAIBAN, Causes légales d'exonération du transporteur maritime dans le transport de marchandises, Etude en Droit Libanais, Français et Anglo-saxon, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1965, P. 199.

[3] (C.) CHAIBAN, op.cit, P. 200.

الحوادث. وانطلاقا من هذا فإن الأمطار والعواصف التي تحصل في فصل الشتاء لا تدخل ضمن حوادث القضاء والقدر[1].

وبعبارة أخرى، إن شروط هذه الأحداث المتمثلة في القضاء والقدر هي: ألا يكون لإرادة الانسان دخل في احداثه أولا، وأن تعجز القوة البشرية عن تفادي نتائج هذا الحادث رغم استعمالها كل العناية المعقولة واللازمة، وعلى الناقل اثبات الشرطين معا[2].

أمّا بالنسبة للقضاء في موضوع القضاء والقدر Acte de Dieu، فاعتبرت محكمة النقض الفرنسية في قرار لها مؤرخ في 29 أبريل 1986 في قضية عُرفت باسم Thallasani-kyra أن القضاء والقدر هي فكرة أنجلوساكسونية للقوة القاهرة الناتجة عن الأسباب الطبيعية[3].

وخلاصة القول أنه لا يمكن إلّا الوقوف أمام القوة العظيمة لله سبحانه وتعالى في عرشه وملكوته.

ثانيا: مخاطر البحر أو المياه الصالحة للملاحة وأخطارها وحوادثها

هي التي تشكل أكثر الحالات المؤدية إلى عدم تنفيذ عقد النقل البحري للبضائع. وتسمى بمخاطر البحر الخاصة بالأفعال المسببة لحوادث، ولا تنسب للناقل[4]. ظهرت هذه المخاطر كأسباب للإعفاء من المسؤولية في قواعد هارتر لسنة 1893 في فقرتها الثالثة.

تتعرض السفينة وهي تشق البحار والأنهار إلى أخطار عديدة منها العواصف والرياح الشديدة وهياج البحر والضباب الكثيف والتسونامي والأمواج والصخور وحطام السفن وكل

---

[1] قرار المحكمة العليا بالجزائر، ملف رقم 77660، صادر بتاريخ 19_05_1991، المجلة القضائية، العدد 03، 1993، ص 154 ; قرار المحكمة العليا، ملف رقم 153254، صادر بتاريخ 24_06_1997، المجلة القضائية 1997، العدد 2، ص125.

[2] أحمد محمود حسني، النقل الدولي البحري للبضائع، المرجع السابق، ص 238.

[3] (A.) LEMARIE, La force majeure en Droit du contrat de transport maritime de marchandises, mémoire, CDMT, Faculté de Droit et de Science Politique d'AIX-MARSEILLE, Université Paul CEZANNE-AIX MARSEILLE, 2007, P. 93.

[4] مصطفى كمال طه، أساسيات القانون البحري، المرجع السابق، ص 265.

العوائق الطبيعية ثابتة كانت أو متحركة التي يمكن أن تعترض السفينة أثناء سيرها في البحر[1] وكذلك المشاكل السياسية والاقتصادية والقانونية[2].

تبنتها بعد قانون هارتر كل من اتفاقية بروكسيل لسنة 1924 في مادتها4 الفقرة 2 البند(ج)، وأخذها المشرع البحري الجزائري في نص المادة 803 (د)، والتي تقابلها المادة 17 فقرة 3 (ب) من قوانين روتردام. توسعت هذه الاتفاقيات وأضافت المياه الأخرى الصالحة للملاحة وأخطارها وحوادثها كالأنهار[3].

ما يلاحظ أن المشرع الجزائري اعتبر حوادث البحر كحالات مستقلة عن القوة القاهرة، فذكر هذه الأخيرة ثم تطرق لحوادث البحر، فكان يريد أن يجرد حالة أخطار وحوادث البحر من الشروط المتطلبة لتوافر القوة القاهرة، عكس المشرع الفرنسي الذي اعتبر أخطار البحر كحالة من حالات القوة القاهرة، وبها يُعفى الناقل البحري من المسؤولية حيث أن أفعالها لا تُنسب للناقل، فلم يذكرها صراحة وإنما أدخلها ضمن حالات أخرى.

---

[1] عبد الرحمان سليم، شروط الإعفاء من المسؤولية، دكتوراه، جامعة الإسكندرية، 2000، ص 343.

[2] من المعروف أن النقل البحري عموما يعتمد وبنسبة كبيرة على المضائق البحرية التي لا يمكن تجاهل دورها في النقل البحري للبضائع، ومنها مضيق باب المندب Canal Bab–El Mendeb الرابط استراتيجيا بين البحر الأحمر وبحر العرب، أي بين موانئ منتجي النفط والغاز في الشرق الأوسط، وموانئ الشحن الرئيسية في آسيا وأوروبا. يقوم الحوثيون بهجمات على البحر الأحمر مما يؤدي إلى أزمات أثرت سلبيا على خليج عدن الأمر الذي عقّد الخطوط الملاحية ومعها عمليات الشحن في العالم كلّه.

ما زاد في تعقيد المشكلة هو ظهور جفاف قناة بنما Canal de Panama الذي يربط بين المحيط الأطلسي والمحيط الهادي، فأدى إلى صعوبات عملية كبيرة في مجال التجارة الدولية والنقل البحري، ممّا جعل الجميع يضطر إلى اتخاذ طريق آخر أطول، بمصاريف أكبر وزيادة في كُلفة البضائع من حيث الشحن والتأمين، إضافة إلى الازدحام والتأخير في المرور، ممّا يجعل مواعيد تسليم البضاعة أطول.

[3] عرف الفقيه ARNAULD مخاطر البحر بأنها: "كل الأخطار ذات الطبيعة البحرية كالغرق، أو جنوح السفينة، وكذا كل الأضرار الناتجة للسفينة عن شدة الرياح والأمواج المفاجئة" ;

« Tous les genres d'accidents maritimes, comme le naufrage, l'action de sombre, l'échouement…, comme aussi toute sorte de dommages causés à un navire par la violence et l'action immédiate des vents et vagues… » ;

مقتبس من: دالع سعيد، المرجع السابق، ص 141

زيادة على هذا، أن المشرع الجزائري اعتبر أن القوة القاهرة هي كل ما يتعلق بالقضاء والقدر كالزلازل والبراكين التي يستحيل على الناقل البحري التنبؤ بحدوثها ومقاومتها[1].

أخذ المشرع الفرنسي موقفا مخالفا لما جاءت به المادة 4 الفقرة 2 من اتفاقية بروكسيل لسنة 1924 في المادة 27 منه، فحسب الاتفاقية يكفي للناقل البحري اثبات وجود حالة واحدة من الحالات المستثناة الواردة في نص المادة 4 ليُعفى من المسؤولية، لكن القانون الفرنسي لسنة 1966 أظهر تشدّدا، فقرّر أن يكون كل حادث يتعلق بمخاطر البحر أولا غير متوقع وثانيا لا يمكن مقاومته من الناقل البحري لإعفائه من المسؤولية، ولذا يجب أن يتوافر الحادث على كل شروط القوة القاهرة[2].

ساهم القضاء أيضا في الشرح والحكم في مسألة مخاطر البحر.

أ_ القضاء الجزائري ومخاطر البحر

اشترط القضاء الجزائري توافر عدم التوقع واستحالة الدفع في الحوادث المتعلقة بمخاطر البحر، وهي عناصر القوة القاهرة، وبها يتم إعفاء الناقل من المسؤولية.

في هذا الصدد، أقرّت المحكمة العليا بالجزائر العاصمة في قرارها صادر في 19 ماي 1991 رفض الطعن المقدم من طرف الناقل البحري بعد تأييد قضاة محكمة الاستئناف للحكم الصادر عن المحكمة الابتدائية التي بنت حكمها على نص المادة 802 من القانون البحري الجزائري، والتي تؤكد مسؤولية الناقل البحري عن الأضرار الناتجة للبضاعة منذ تسلّمها إلى غاية تسليمها إلى المرسل إليه. وقد كانت المحكمة الابتدائية ومحكمة الاستئناف اعتبرتا العاصفة التي تسببت في هلاك البضاعة أمرا متوقعا ومألوفا في فصل الشتاء مما يجعلها لا تدخل في نطاق القوة القاهرة كونها أمرها مألوفا ومتوقعا في فصل الشتاء، فلا يعفي هذا الناقل البحري من مسؤوليته. رفضت المحكمة العليا الطعن الموجه إليها[3].

---

[1] حيفري نسيمة أمال، الحالات المستثناة لمسؤولية الناقل البحري في القانون الجزائري والقانون المقارن، ماجستير، تخصص قانون الأعمال المقارن، جامعة وهران، الجزائر، 2010_2011، ص 35.

[2] (A.) LEMARIE, op.cit, P. 82.

[3] جاء في القرار: "من المقرر قانونا أن الناقل يعد مسؤولا عن الخسائر أو الأضرار التي تلحق بالبضائع منذ تكلفه بها حتى تسليمها إلى المرسل إليه إلّا في حالة القوة القاهرة، ومن ثم فإن النعي على القرار المطعون فيه بخرق القانون غير مؤسس يستوجب رفضه. ولما كان من الثابت في قضية الحال أن قضاة الموضوع أبرزوا أن العاصفة لم تكن غير متوقعة باعتبار أن النقل تم في فصل الشتاء وأن رداءة الطقس تعتبر حالة عادية بالنسبة للملاحين وبتحميلهم مسؤولية

في نفس السياق، أكّدت الغرفة التجارية والبحرية للمحكمة العليا في قرار لها، رفضها لقرار صادر عن محكمة استئناف سكيكدة، حيث رأت فيه أن العاصفة البحرية التي كانت سببا في هلاك البضاعة لا ترتقي لأن تكون قوة قاهرة بحكم عدم تجاوز القوة القاهرة قوة رياحها درجة 6 إلى 7 من سلم بوفور، وبالتالي فلا يمكن أن تكون هذه العاصفة سببا لإعفاء الناقل من المسؤولية رغم اتخاذه كل التدابير الضرورية لتلافي وقوع الضرر الذي حصل بالبضاعة، حيث اعتبر قضاة المحكمة العليا أن العاصفة من مخاطر الاستغلال، يعد خرقا للمادة 803 من القانون البحري الجزائري كون أن العاصفة تعد من الظروف العادية في فصل الشتاء[1].

ب_ مخاطر البحر في القضاء الفرنسي

بدوره، انقسم القضاء الفرنسي إلى فريقين، فريق متشدد يلزم وجوبيا توافر واثبات شرطي القوة القاهرة المتمثلين في عدم التوقع واستحالة الدفع، خاصة إذا أخفق الناقل البحري في اثبات هذان الشرطان والعلاقة السببية بين الضرر والحادث، تقررت مسؤوليته.

في هذا الموضوع حكمت محكمة Aix-en-Provence تحميل الناقل البحري المسؤولية عن الأضرار التي حصلت للبضاعة المنقولة وعدم استفادته من مخاطر البحر كحالة من حالات الإعفاء من المسؤولية، حيث اعتبرت أن الظروف المناخية التي واجهت السفينة في البحر لا تعد من قبيل القوة القاهرة[2].

وترى محكمة النقض الفرنسية La Cour de Cassation أن القوة القاهرة تبنى على واقعة لا يمكن التنبؤ بحدوثها، وتكون غريبة عن الشخص الذي يتمسك بها وخارجة عن ارادته

=الناقل عن خسائر البضائع المنقولة طبقوا صحيح القانون. ومتى كان كذلك استوجب رفض الطعن" ; قرار صادر عن المحكمة العليا بالجزائر، ملف رقم 77660، صادر بتاريخ 19_05_1991، المجلة القضائية، العدد 03، 1993، ص 154.

[1] قرار المحكمة العليا، ملف رقم 153254، صادر بتاريخ 24_06_1997، المجلة القضائية 1997، العدد 2، ص125.

[2] Cour d'Appel d'AIX-EN-PROVENCE, 19 Janvier 2001, D.M.F, 2001, P. 820.

الطبيعية[1]، فالعواصف أو الجليد لا تعتبر قوة قاهرة أو حادثا مفاجئا إلاّ إذا توافرت شروط القوة القاهرة.

وقد أكدت هذا في قضية ثانية تتلخص وقائعها في "أن مسافر سقط على رصيف المحطة، فتكسر ساقه وأقام دعوى ضد السكك الحديدية بأن تراكم الجليد على الرصيف يعد قوة قاهرة، فقضت محكمة استئناف باريس الزام المصلحة بالتعويض، تأسيسا على أنه كان بوسع المصلحة أن تكسو الجليد بطبقة من الرمل لتفادي وقوع أي حادث، وأضافت المحكمة بأن الأحداث الطبيعية ليست في حد ذاتها قوة قاهرة بل يجب أن يكون غير متوقع الحصول، ولا يمكن ردها حتى توصف بالقوة القاهرة"[2].

بينما وفي قضية ثالثة، خففت محكمة النقض الفرنسية La Cour de Cassation française موقفها في قضية Société Suomi line et autres C. Etablissement Mohamed O/ Ahmed et autres، وأعفت الناقل البحري من مسؤوليته عن الاضرار الناتجة بفعل ارتفاع أمواج البحر أثناء وجود السفينة في الميناء وتفريغها للبضاعة دون أن تطلب من الناقل اثبات توافر شرطي عدم التوقع واستحالة الدفع في هذا الحادث البحري[3].

---

[1] نقض مدني فرنسي، صادر بتاريخ 1969/05/14، منشور في مجلة المحامون السورية، العدد 06، السنة 35، 1970، ص56.

[2] حكم فرنسي في 29 نوفمبر1957، منشور في مجلة إدارة قضايا الحكومة، السنة 4، العدد 1، ص137 ;

T.C Marseille, 3 mars 1995, Navire jolly GRIGGIO, D.M.F, 1996, « Le mauvais temps et la tempête sont des éléments prévisibles en matière maritime, les navires sont construits et doivent être gouvernés pour y faire face ». Cité par : P. BONASSIES, Ch. SCAPEL, op.cit, P. 686.

قرار مقتبس من: قماز ليلى إلدياز، أحكام النقل الدولي متعدّد الوسائط، المرجع السابق، ص 413.

[3] Bulletin des Arrêts de la Cour de Cassation, 1992, P. 272 ; Cité par : Hind ADIL, Le régime juridique international de la responsabilité du transporteur maritime de marchandises sous connaissement : un échec ?, Thèse Doctorat en Droit, Option Droit des affaires, Faculté des études supérieures et postdoctorales, Université de Montréal, 2009, P. 140.

ج_ مخاطر البحر في القضاء الإنجليزي

أما فيما يتعلق بمخاطر البحر في القضاء الإنجليزي، ففي بعض الأحكام استغنى القضاء كليّة عن شرط عدم التوقع في الحادث المكّون للحوادث البحرية، واكتفى بشرط استحالة الدفع.

وفي البعض الأخر أكّد القضاء الإنجليزي على ضرورة توافر كل من شرط عدم التوقع واستحالة الدفع في الحوادث المكوّنة لمخاطر البحر، واعتبرتها سببا من أسباب إعفاء الناقل البحري من المسؤولية[1].

إن عدم استقرار القضاء الإنجليزي والفرنسي على موقف واحد يُشكل لا أمن قانوني، فالاختلاف هذا ينبغي توحيده في موقف واحد ووحيد دفعا لكل تأويلات. في الجزائر وفرنسا، تجتمع جميع الغرف القضائية داخل المحكمة العليا لاتخاذ موقف موحد، تسمى بقضاء الغرف المجتمعة[2] Les chambres réunies.

د_ القضاء المصري ومخاطر البحر

أمّا القضاء المصري، كانت له مساهمة قويّة وفعّالة في موضوع القوة القاهرة، فعرّفها القضاء عملا بالمادة 165 من القانون المصري بالحادث الشاذ غير العادي وغير المتوقع من طرف أحد المتعاقدين، ولا يكون في إمكانه درئه ويكون من نتيجته أنه يجعل الوفاء مستحيلا

---

[1] دالع سعيد، المرجع السابق، ص 143.

[2] الغرف المجتمعة :تفصل المحكمة العليا بغرف المجتمعة في الحالة المذكورة أعلاه عند عدم اتفاق الغرفة المختلطة، وكذا في القضايا التي يكون من شأن القرار الذي سيصدر عن إحدى غرفها تغيير الاجتهاد القضائي. تنعقد الغرف المجتمعة بأمر من الرئيس الأول للمحكمة العليا إما بمبادرة منه أو بناء على اقتراح من رئيس إحدى الغرف، يرأسها الرئيس الأول وتتشكل من نائب الرئيس، رؤساء الأقسام، عميد المستشارين بكل غرفة، المستشار المقرر، ولا يمكنها الفصل إلا بحضور نصف أعضائها على الأقل وتتخذ قراراتها بأغلبية الأصوات وفي حالة تعادل الأصوات يكون صوت الرئيس مرجحا.

La chambre réunie statue sur les affaires dont la décision des chambres est susceptible de changer la jurisprudence.

كليا. فحسنا ما قام به القضاء المصري من تعريف لمساعدة التشريع والفقه في تبيان المصطلح ومحتواه[1].

"وأظهرت الموسوعة الذهبية للقواعد التي قررتها محكمة النقض المصرية في 50 عاما، أنه يشترط لاعتبار الحادث قوة قاهرة عدم إمكان توقعه واستحالة دفعه، فإذا تخلف أحد هذين الشرطين انتفت عن الحادث صفة القوة القاهرة، ولا يلزم لاعتباره ممكن التوقع أن يقع وفقا للمألوف من الأمور، بل يكفي لذلك أن تشير الظروف والملابسات إلى احتمال حصوله ولا يشترط أن يكون المدين قد علم بهذه الظروف إذا كانت لا تخفى على شخص شديد اليقظة والتبصر لإن عدم امكان التوقع اللازم لتوفر القوة القاهرة، بل يجب أن يكون مطلقا لا نسبيا، فالمعيار في هذه الحالة موضوعيا لا ذاتي"[2].

سلك القضاء المصري نهج القضاء الفرنسي حيث ذكر أن القوة القاهرة لا يمكن التوقع بها ودفعها ويجعل تنفيذ الالتزام فيها مستحيلا وإلاّ فإنها لا تعتبر قوة قاهرة.

في نفس المنوال، ذهبت محكمة النقض المصرية في قرار لها إلى أن:" التقرير البحري يُرجع سبب العجز إلى الحالة الجوية الشديدة الشاذة التي صادفت السفينة في رحلتها من أمواج عالية وعواصف طاغية أحاطت بجزء من بضاعة السطح التي كانت تضم القدر المفقود موضوع هذه الدعوى على الرغم من المجهودات المبذولة التي قام بها الربان والبحارة لمقاومة

[1] ياسر شحادة مرزوق ضبابات، المرجع السابق، ص 27.

[2] لما كان ذلك وكانت الطاعنة قد تسكت أمام محكمة الموضوع بدفاع مؤداه وجود قوة قاهرة، حالت دون تنفيذ التزاماتها العقدية الناشئة عن عقد الاتفاق المؤرخ ب15 أفريل 1997 سند الدعوى وتمثلت هذه القوة في رفض جهة الإدارة اصدار التراخيص المحلين المتعاقد عليهما بسبب أن وزارة البيئة قد عاهدت قبل اصدار قرارها بإعادة فتح مدينة الملاهي المتفق على فتح المحلين بها إل مراكز البحوث والدراسات بعمل دراسة خاصة بالموقع لتقليل منسوب الضوضاء الصادر عنه وقام المركز بإجراء الأبحاث والدراسات وانتهى بتقريره إلى ضرورة تقليل الضوضاء والحد من الأنشطة وتغيرات في مداخل ومخارج المدينة وارسل توضيحاته المقترحة للشركة في 12 جوان1997... ; الطعن رقم 77 لسنة 72 جلسة 2002/11/28، السنة53، العدد رقم 02 ص1129 ; ياسر شحادة مرزوق ضبابات، المرجع السابق، ص 27.

تلك الحالة الشاذة وهذا يكفي لتوافر عناصر القوة القاهرة ويصلح سببا قانونيا للإعفاء من المسؤولية"[1].

هـ_ مخاطر البحر في القضاء الكويتي

تدخل القضاء الكويتي أيضا في مسألة مخاطر البحر، وأظهر تشددا هو الآخر في هذه النقطة، وذلك من خلال قضية تتلخص وقائعها في أن "سفينة كانت تنقل بضاعة إلى الكويت، وكانت البضاعة قد وصلت تالفة بسبب البلل الذي أصابها في ماء البحر الذي تسرب إلى داخل السفينة، على إثر حدوث خرق فيها بسبب قطعة من الحديد مثبتة على قطعة خشبية عائمة تحت سطح الماء، وذلك عند دخولها ميناء سنغافورة.

رفع المرسل إليه دعوى ضد الناقل، مطالبا بالتعويض عن التلف الذي أصاب البضاعة.

فتمسك الناقل بدفع المسؤولية بحجة أن الحدث هو قوة قاهرة، واختراق جانب من السفينة عند دخولها ميناء سنغافورة هو غير متوقع، مما تسبب في تسرب المياه إلى بعض العنابر، وبالتالي هي قوة قاهرة تنتفي معها مسؤولية الناقل.

غير أن محكمة الاستئناف العليا بالكويت، رفضت تذرع الناقل بالقوة القاهرة لأنها أخطار متوقعة وعادية"[2].

ثالثا: الحريق سبب من أسباب إعفاء الناقل من المسؤولية L'incendie

إذا تبيّن أن الحريق حدث بفعل لا يد للناقل فيه ودون خطأ مهني منه، يعفى من المسؤولية، وانطلاقا من هذا، يجب تعريف الحريق (أ)، ثم تبيان نظام الإثبات فيه عن البحث من الإعفاء من المسؤولية (ب).

---

[1] نقض مدني مصري، طعن رقم 227، السنة 31، جلسة 17 ماي 1966 ; ياسر شحادة مرزوق ضبابات، المرجع السابق، ص 28.

[2] استئناف المحكمة العليا بالكويت، جلسة 6 يناير 1967، رقم 490 ; دمانة محمد، دفع مسؤولية الناقل البحري للبضائع في القانون البحري الجزائري، ماجستير، المرجع السابق، ص 21

أ_ تعريف الحريق

يعرف الحريق على أنه "إضرام النار يُلهب الشيء موضوعه، وهو حرق، يحرق، حرقا، فهو حريقٌ وحريق والمفعول محروق، ويعني جعل النار تؤثر فيه أثرها المعهود نتيجة إشعار النار فيه"[1].

والحريق هو ذلك الاشتعال الحقيقي في شيء قابل للاحتراق سواءً كانت سفينة أو بضاعة أو كلاهما معا، ويتطلب العلم في هذا المجال وجود اللهب، ويخرج من دائرة الحريق كل تفاعل كيميائي ما بين مادتين دون وجود لهب.

يلاحظ أن سبب الحريق قد يرجع إلى أخطار مباشرة التي تسبب الحريق، والتي تنشأ عادة من الأغراض المستخدمة في السفينة مثل أدوات التدفئة والكهرباء وما إلى ذلك.

وهناك أيضا أخطار غير مباشرة تساعد على انتشار ألسنة اللهب على السفينة كالبنزين وكل مادة سريعة الاشتعال[2].

أول ظهور للحريق في المجال البحري الذي أدى إلى إعفاء الناقل من المسؤولية، ظهر في القانون الإنجليزي سنة 1789 الذي نص صراحة بإعفاء الناقل البحري من مسؤوليته عن الحريق، تبعه بعد ذلك القانون الأمريكي الصادر في 03 مارس 1851، والذي أقر في الفقرة 4282 بعدم مسؤولية مالك السفينة اتجاه أي شخص عن ضياع أو هلاك البضاعة المشحونة على السفينة في حال حدوث حريق داخلها أو على سطحها ما لم يرجع السبب إلى فعل المالك أو خطئه[3].

---

[1] تعريف ومعنى مصطلح "الحريق" في معجم المعاني الجامع:
https://www.almaany.com/ar/dict/ar-ar/%D8%A7%D9%84%D8%AD%D8%B1%D9%8A%D9%82/ يوم 04 أكتوبر 2024، الساعة 11:23

[2] إيمان الجميل، الحوادث البحرية، المكتب الجامعي الحديث، مصر، 2013، ص 152; مقتبس من: دالع سعيد، المرجع السابق، ص 130.

[3] (P.) BONASSIES, (Ch.) SCAPEL, op.cit, P 697

يمتد الإعفاء من مسؤولية الناقل البحري إلى كل من الخسائر الناتجة عن الدخان و النيران وكذلك تلك المتعلقة باستعمال المياه لإطفاء هذه النيران[1]، كلما تحقق شرط القوة القاهرة في الحريق[2].

هي حالة أخذت بها اتفاقية بروكسل لسنة 1924 واتفاقية هامبورغ لسنة 1978 واتفاقية روتردام لسنة 2008، وكذلك القانون الجزائري والفرنسي ; بها يعفى الناقل تلقائيا وبديهيا إذا لحق البضاعة أي هلاك أو ضرر بفعل الحريق، حتى وإن كان سبب الحريق غير معروف من حيث المكان الذي تتواجد فيه السفينة أي في عرض البحر أو على الرصيف فيُعفى الناقل من المسؤولية[3]. وأخذ القضاء بنفس المبدأ[4].

حقيقة، تطرقت كل اتفاقيات النقل البحري إلى الحريق كسبب من أسباب إعفاء الناقل من المسؤولية، فاتفاقية بروكسل نصت في المادة 4 الفقرة 2 البند (ب) على أنه: "لا يسأل الناقل أو السفينة عن الهلاك أو التلف الناتج أو الناشئ عن: ...

ب- الحريق ما لم يحدث بفعل الناقل أو خطئه".

كما قضت اتفاقية هامبورغ 1978 على هذه الحالة في المادة الخامسة منها، الفقرة الرابعة، وتقابلها المادة 17 الفقرة الثالثة، البند (و) من قواعد روتردام.

أما المشرع الجزائري فقد تطرق إلى الحريق في المادة 803 فقرة (ج) من القانون البحري الجزائري، والمادة 27 من القانون الفرنسي.

---

[1] Lamy transport, Tome 2, 2014, Partie 4, Transport maritime, Chapitre 7, Responsabilité du transporteur maritime, Section 3, Cas exceptés extérieurs tant au navire qu'à la cargaison, Incendie, 746.

[2] أحمد محمود حسني، النقل الدولي البحري للبضائع، المرجع السابق، ص236 ; Hind ADIL, op.cit, P. 155

[3] Rym BOUKHARI, Le contrat de transport maritime de marchandise sous connaissement contentieux France-Algérie, Thèse Doctorat, Droit des affaires, Université Paris I, Pantheon Sorbonne, 2017, P. 65.

[4] CA Toulouse, 13 Mai 1977, Rev. Scapel 1977, P. 27 ; Cass. Com., 10 Juil. 2012, n° 11-20-166, BTL 2012, P. 489 ; CA Rouen, 12 Juillet 1957, DMF 1958, P. 27.

جدير بالذكر، أن الإعفاء من المسؤولية يثير مسألة إثبات حالة الحريق من ناحية، وهل المسؤولية هذه تقع على عاتق الناقل لوحده أم تمتد إلى تابعيه ووكلاءه من ناحية أخرى (ب)؟

ب_ نظام الإثبات في الحريق

تعرضت كل من اتفاقية بروكسل لسنة 1924 (1)، واتفاقية هامبورغ لسنة 1978 (2)، واتفاقية روتردام لسنة 2008 (3) لنظام إثبات الحريق، وتبعهم أيضا المشرع الجزائري (4).

1_ نظام الإثبات في اتفاقية بروكسل الناتج عن الحريق

حسب الرأي الراجح في هذه الاتفاقية، يكون على الشاحن إثبات الإعفاء من المسؤولية عن الحريق إذا ما أراد أن يلقي بالمسؤولية على الناقل، وعليه أن يثبت فعل وخطأ الناقل من جهة، وعدم اتخاذه للتدابير الضرورية لمكافحة هذا الحريق من جهة ثانية[1].

وما على الناقل البحري في هذه الحالة إلاّ إثبات أن الأضرار الحاصلة تعود للحريق دون البحث في أسبابه، إذ لا افتراض لوجود خطأ الناقل أو تابعيه[2].

إن الرأي هذا، هو تفسير لنص المادة 4 الفقرة 2 البند (ب) من اتفاقية بروكسل لسنة 1924 التي تقضي بأنه لا مسؤولية عن الخسارة أو الضرر الناتج عن الحريق إلّا إذا كان هذا الضرر ناتجا عن فعل الناقل أو خطأ ارتكبه هو.

عرفت مسألة إثبات الحريق على عاتق الشاحن اختلالات عديدة، كونه بعيدا عن مكان الحادث، فكيف يمكن للشاحن إثبات خطأ وإهمال الناقل، ممّا قد يؤدي حتما إلى تعسف يبعد الناقل من المسؤولية في مثل هذا النوع من الحوادث.

حقيقة إن الأمر هذا سيؤدي إلى تقليل النزاعات المرفوعة أمام القضاء من جهة، ويقضي إلى استقرار المعاملات من جهة أخرى بخفض التكاليف والمصاريف في حالة عدم كفاية أدلة الإثبات.

---

[1] عبد الرحمن سليم، المرجع السابق، ص 334.

[2] Hind ADIL, Op.cit, P. 161

كذلك إذا بقي سبب الحريق مجهولا، يُعفى الناقل البحري من هذه المسؤولية دون الأخذ بعين الاعتبار المكان المتواجد فيها السفينة عند الحريق سواء في عرض البحر أو على الأرصفة[1].

هذا هو موقف القضاء الفرنسي في قضية السفينة Djakarta، والتي تتلخص وقائعها في أن: سفينة مؤجرة من طرف شركة Classica shipping company LTD لحساب الشركة المستأجرة CMA-CGM، محملة بالأحذية قادمة من ميناء XIAMEN الصيني ومتجهة إلى ميناء جزائري لحساب المرسل إليه السيد M. Kaddour، تعرض جزء من البضاعة داخل حاويات للهلاك نتيجة حريق نشب على ظهر السفينة لدى توقفها بميناء دمياط المصري بتاريخ 10 جويلية 1999. قامت شركة التأمين Caat وهي ممثلة لصاحب الحق في البضاعة، المرسل إليه السيد M. Kaddour برفع دعوى قضائية أمام المحكمة التجارية بمرسيليا، وطالبت الناقل بدفع تعويض عن الأضرار الحاصلة للبضاعة.

رُفض هذا الطلب من المحكمة بتاريخ 20 يناير 2009، وفي استئناف الحكم الصادر عن محكمة Aix en Provence أعفت المحكمة الناقل البحري عن مسؤوليته عن الحريق نظرا لعدم إظهار الأسباب الحقيقية لهذا الحادث وعملا بنص المادة 4 الفقرة 2 (ب) من اتفاقية بروكسل لسنة 1924، رغم بيان وجود أخطاء فادحة ارتكبت من طرف الناقل البحري، والتي أدت حتما إلى حدوث الحريق، ومن هذه الأدلة وجود مادة كيميائية منقولة على السفينة، سهلة الالتهاب والاشتعال بمجرد وجود شرارة كهربائية، وكذلك إثبات إهمال من طاقم السفينة. ضف إلى هذا، أسباب أخرى منها انعدام الوسائل الكافية لمكافحة الحرائق لدى الناقل داخل السفينة وضعف تكوين الطاقم. وكذا استعمال الناقل لحاويات خشبية[2].

وبعد عرض القضية أمام محكمة النقض الفرنسية، أيّدت قرار محكمة الاستئناف القاضي بإعفاء الناقل البحري من المسؤولية عن الحريق لكونه مجهول الأسباب، بعد رفضها كل الحجج الذي قدمها المدعي[3].

---

[1] أحمد محمود حسني، النقل الدولي البحري للبضائع، ص 236.

[2] Cour de Cassation, Ch. Com., 10 juillet 2012, Navire Djakarta, D.M.F, 2012, 740, P. 821.

[3] دالع سعيد، المرجع السابق، ص 134.

2- نظام الإثبات عن الحريق في اتفاقية هامبورغ

تطرقت اتفاقية هامبورغ إلى الإثبات في حالة الحريق وهذا في مادتها 5، الفقرة الرابعة 4 البند (ب)، وموقفها مختلف عن موقف اتفاقية بروكسل لسنة 1924، حيث أنها أعفت الناقل البحري من المسؤولية عن الحريق وربطته بفكرة الخطأ الواجب الإثبات[1]، والذي يتحمله المدعي الشاحن أو المرسل إليه، وعليه إثبات إهمال الناقل البحري وتابعيه ووكلاءه لعدم احترامهم للتدابير اللازمة لتجنب الحريق أو إخماده وتبعاته والتخفيف منه، فلم تنص صراحة على إعفاء الناقل البحري من المسؤولية عن الحريق، اللهم إلا إذا كان هناك إهمال من الناقل البحري، والإعفاء هذا هو ضمني.

توسّعت كذلك هذه الاتفاقية في النطاق المادي للإعفاء، ليضم التأخير والنطاق الزمني ومرحلة حراسة الناقل البحري للبضاعة لحين تسليمها لصاحب الحق فيها[2].

يلاحظ أنه على عكس ما جاءت به اتفاقية بروكسل، فإن اتفاقية هامبورغ بنت المسؤولية على أساس تحمل الناقل البحري عبئ إثبات تحمله هو وتابعيه للتدابير المعقولة و اللازمة لتجنب الحادث و الحد من تبعاته ونتائجه، لكونه أقرب من الحادث من المدعي الذي غالبا ما يجد صعوبة أو استحالة في إثبات ملابسات الحريق وربطها بإهمال الناقل البحري وتابعيه[3].

3- اتفاقية روتردام وإثبات الحريق فيها

ظهرت آراء ثلاثة في جلسات عمل الخاصة لإعداد وصياغة قواعد روتردام عن حالة الحريق.

---

[1] مع العلم أن الفقرة 4 من المادة 5 من اتفاقية هامبورغ ألزمت الناقل باتخاذ كافة التدابير للوقاية من الحريق. ومعلوم أن مسؤوليته لا تثبت إلّا إذا بيّن الشاحن خطأ الناقل أو اهماله خاصة وأن آثار الحريق تتعدى إلى البضاعة من جهة وإلى السفينة من جهة أخرى، فقد أُصيب الناقل بخسائر في سفينته.

[2] إن من أسباب إعفاء الناقل من المسؤولية هو أنه المتضرر الأكبر من الحريق وما يسببه من أضرار للسفينة إذا ما قورنت بالأضرار الواقعة على البضاعة.

[3] وجدي حاطوم، المرجع السابق، ص 223.

فرأت الفرقة الأولى، **التخلي عن الحريق** كسبب من أسباب الإعفاء من المسؤولية، حيث أصبح هذا الأخير ناذرا ما يقع بالنظر إلى التقنيات المستعملة لمكافحة مثل هذه الحرائق وإخمادها.

أما رأي المجموعة الثانية، فكانت آراءها مساندة لما جاءت به اتفاقية بروكسل لسنة 1924، أي **الإبقاء على الحريق** كسبب من أسباب إعفاء الناقل من المسؤولية.

أما الاقتراح الثالث، فجاء ليوفق بين الاقتراحين الأول والثاني، والإعفاء من المسؤولية عن الحريق في المرحلة البحرية فقط دون باقي مراحل النقل الأخرى، مع امتداد نطاق مسؤولية الناقل البحري عن الحريق ليشمل تابعيه ووكلاءه حتى وإن لم يقم بتعيينهم، مع جعل عبئ الإثبات على عاتق المدعي[1].

وفي نص المادة 17 الفقرة 3 البند (و) لقواعد روتردام، تم تبني الاقتراح الثالث، التي أعفت الناقل البحري من المسؤولية عن الحريق الحاصل على ظهر السفينة وإلقاء عبئ الإثبات على عاتق المدعي إذا أثبت أن الحريق يرجع إلى خطأ الناقل أو من يقوم مقامه.

4- إثبات حالة الحريق في القانون البحري الجزائري

اتبع المشرع الجزائري ما جاءت به المادة 4 الفقرة 2 البند (ب) من اتفاقية بروكسل، حيث أن الناقل يكتفي بإشارة الحريق ويستفيد نتيجة لهذا من الإعفاء من المسؤولية دون وجوب شرح أسباب هذا الحريق، ويقع عبئ الإثبات على عاتق الشاحن، فيثبت أن الحريق وقع بفعل أو خطأ الناقل البحري[2].

إن الوسائل التكنولوجية الحديثة قضت بطريقة شبه كاملة من الحريق كحالة من حالات الإعفاء في النقل البحري، وحسنا ما فعله القانون في هذا النطاق من إعفاء الناقل من المسؤولية خاصة وأن الحريق يصيبه هو الآخر بخسائر مادية.

---

[1] دالع سعيد، المرجع السابق، ص 136

[2] من خلال الدراسة يتبين أن المسؤولية تتعدى إلى الناقل وتابعيه في اتفاقيتي هامبورغ وروتردام، وتخص الناقل لوحده في اتفاقية بروكسل حيث جاءت خالية من الإشارة لتابعي الناقل، وهذا نقص حيث أن أغلب الحرائق تكون نتيجة لخطأ أو إهمال من تابعي الناقل البحري.

الفرع الثاني: تطبيقات القوة القاهرة المتعلقة بالعوامل البشرية

إن لتطبيقات القوة القاهرة علاقة بعوامل بشرية، بدءا بحالة حوادث الحروب والإرهاب وتصرف الأعداء (أولا)، وبأحداث خاصة بالاضطرابات الأهلية والفتن (ثانيا)، ووصولا إلى تدخلات صادرة من الحكومة أو الشعب من إيقاف وشعب وحجز قضائي وصحي (ثالثا).
إن الاضطرابات هذه تتواصل عادة بإضرابات عن العمل وما يصدر منها من اغلاق وإيقاف للموانئ (رابعا).

أولا: حوادث الحرب والأعداء والإرهاب

أعمال الحرب[1] هي كل الأعمال التي ترتكبها القوى في حالة حرب ضد سفينة محايدة في حالة وجود نزاع مسلح حقيقي، وتشمل كل أعمال العنف ضد السفن كالقرصنة والإرهاب وأعمال أعداء الشعب[2].

كذلك الحال بالنسبة لنهب السفينة أو حمولتها أو حجز السفينة في حالة الحرب مع السفينة التي تنتمي إلى البلد القائم بالحرب. يجب أن يكون العمل هذا مخالفا للقانون وللمعاهدات الدولية[3].

---

[1] نتج عن الحرب الروسية الأوكرانية تحولات كبيرة في النفط والحبوب وتكلفتها Conflit RUSSO-UKRAINIEN. كذلك، يتعرض قناة السويس Canal de suez لتهديدات عديدة تؤثر سلبا على استمرارية وأمان حركة المرور البحري، والنشاط الاقتصادي في المنطقة، أساس هذه التهديدات التوترات السياسية التي يخلقها الكيان الصهيوني والصراعات الاجتماعية والاقتصادية والقرصنة البحرية والإرهاب البحري وحوادث السفن وتسرب المواد الضارة ممّا يخلق جو مليء بالقلق لا يسمح لقناة السويس القيام بدوره كأحد شريان القانون البحري لنقل البضائع، شريان آمن وسليم. تؤدي هذه المشاكل إلى إلحاق أضرار بكل عمليات الشحن والنقل البحري وتزيد من تكاليف الإنتاج وتؤثر على اللوجستيك وقلة الأرباح، مما يجعل الكل يبحث عن ممر آمن كبديل لقناة السويس وهو قناة رأس الرجاء الصالح Cap de bonne espérance.
كخلاصة، أثرت هاته الأزمات الجيوسياسية سلبا على النقل البحري العالمي للبضائع.

[2] Hind ADIL, op.cit, P. 513.

[3] عرف القضاء المصري حوادث البحر بالخطر الحربي، وهي جميع الأعمال العدوانية وما يشبهها ; حكم محكمة الإسكندرية المختلطة، صادر بتاريخ 28 فبراير 1916 ; أشار إليه: دمانة محمد، دفع مسؤولية الناقل البحري للبضائع في القانون البحري الجزائري، ماجستير، المرجع السابق، ص 31.

شكل ميدان البحر مسرحا للعديد من أعمال حربية وقرصنة وإرهاب، مما يشكل إلى يومنا هذا تهديدا فعليا لعمليات النقل البحري. وتهدف كل الدول إلى محاربة هذه الآفات وكذلك الاتفاقيات البحرية الدولية المختلفة للتخفيف من مسؤولية الناقل البحري وما قد تصيب هذه الكوارث من أضرار للسفينة والبضائع.

فكل هذه الحالات تعتبر قوة قاهرة وعلى الناقل اتخاذ الإجراءات الضرورية لتجنب الوقوع في هذه الظواهر. فقد قضت المادة 4 الفقرة 2 من اتفاقية بروكسيل على إعفاء الناقل والسفينة عن أي هلاك أو تلف ناشئ عن أعمال حرب وعن أعمال الأعداء العموميين. كذلك نهجت قواعد روتردام نفس النهج وأعفت الناقل من المسؤولية في مادتها 17 الفقرة 3.

وانطلاقا من هذا نفصل في هذه الأحداث، فنبدأ بأعمال الحرب (أ)، ثم أعمال القرصنة (ب)، وأعمال الإرهاب (ج).

أ_ حوادث الحرب

يقصد بالحرب كل تصرف عدواني صادر عن دولة في حالة الحرب ضد النقل البحري ومنها حجز البضاعة أو تدمير السفينة والبضاعة أو حصار...[1] فاندلاع الحرب كواقعة مادية[2] تؤثر على عدم تنفيذ الناقل لالتزاماته العقدية تعتبر قوة قاهرة بعد توافر شرطي عدم التوقع واستحالة الدفع.

تطرق قانون هارتر إلى حالة حوادث الحرب لإعفاء الناقل من المسؤولية بشرط يُعرف بأعمال أعداء الملكة The Qeen' Enemies والذي كان يدرج في عقود ايجار السفن الإنجليزية[3].

ويفسر مفهوم الحرب المتعارف عليه بكل أشكاله والأعمال المستخدمة فيه كالسفن الحربية والغواصات والغارات الجوية ضد السفن التجارية واجبار هذه الأخيرة على تغيير خط

[1] Claude CHAIBAN, Causes légales d'exonération du transporteur maritime dans le transport de marchandises, tome XIII, LGDJ, Paris, 1965, P. 203.

[2] محمد الكشبور، المرجع السابق، ص 46.

[3] دالع سعيد، المرجع السابق، ص 149,

سيرها[1]. وقد توسع الفقه في توسيع مفهوم أعمال الحرب ليضم الحروب الأهلية والثورات والأعمال العدائية بين الحكومات[2].

يلاحظ أنه يجب على الناقل البحري اثبات أن الأضرار التي حصلت للبضاعة من هلاك أو تلف لا تعود لإهماله، وقد اتخذ كل الإجراءات اللازمة لعدم الوقوع في هذه الحوادث ونتائجها، وأن يكون الضرر هذا حاصل نتيجة حرب سواءً كانت سابقة للإعلان عن الحرب أو مزامنة له أو بعد انتهاءه[3].

خلافا لما جاء في اتفاقية بروكسيل وقوانين روتردام، فإن اتفاقية هامبورغ لم تنص على حالة الحرب كسبب من أسباب إعفاء الناقل البحري من المسؤولية، فقد عددت اتفاقية روتردام في مادتها 17 فقرة 3 (ج) كل من الأعمال القتالية والنزاعات المسجلة لتشمل إعفاء الناقل من المسؤولية[4].

نتج عن الحرب الروسية الأوكرانية إغلاق الموانئ الأوكرانية، وما نشأ عنها من اضطراب في سلاسل الإمداد الأوربية ونقص في الخدمات اللوجستية البحرية ناتج عن حرب أنشأت نزاعات مست الاقتصاد العالمي، عواقبها ارتفاع في الأسعار ونمو كبير في التضخم، خاصة وأن روسيا وأوكرانيا هي من أكبر دول انتاج القمح والغاز الطبيعي والنفط، وشلل أدى إلى نقص في أساسيات القطاع الصناعي والزراعي[5].

---

[1] يعقوب يوسف صرخوه، النظام القانوني لمسؤولية الناقل البحري عن البضائع في القانون البحري الكويتي الجديد، مجلة الحقوق الكويتية، القسم الأول، السنة 8، العدد 2، جوان 1984، ص 184.

[2] مصطفى كمال طه، التأمين البحري، الدار الجامعية، لبنان، 1992، ص 126.

[3] محمد بهجت عبد الله أمين قايد، الوسيط في شرح قانون التجارة البحرية، ط 02، دار النهضة العربية، مصر، 2006، ص 403.

[4] بخصوص القانون البحري الجزائري، فلم ينص صراحة على حالة الحروب عكس المشرع البحري الفرنسي لسنة 1966 الذي اعتبر الحرب أحد تطبيقات القوة القاهرة في نص مادته 27 ; دالع سعيد، المرجع السابق، ص 151.

[5] محمد علوي أمزربه، تأثير الأزمات الجيوسياسية على النقل البحري العالمي، مجلة المعهد العالي للدراسات النوعية، المجلد 4، العدد 11، جويلية 2024، ص 192.

ب_ أعمال القرصنة أو الأعداء العموميين

يعود مصدر هذا السبب إلى مصطلح يسمى أعداء الملك Ennemis du Roi الذي ظهر في قانون هارتر لسنة 1893، وتعرف حاليا بمصطلح الأعداء العموميين Public Ennemis[1]، وقد نصت على هذه الحالة أيضا المادة 4 فقرة 2_9 من اتفاقية بروكسيل لسنة 1924 وتقابلها المادة 17 فقرة 3 (ج) من قوانين روتردام، ولم تنص عليها اتفاقية هامبورغ.

أنشأ مفهوم أعمال الأعداء العموميين كحالة من حالات الاعفاء جدالا فقهيا كبيرا في الفقه والقضاء الإنجليزي. فبينما فسّره القضاء الإنجليزي تفسيرا ضيقا أخرج منه أعمال النهب والسلب الواقعة على البضائع من طرف مجموعة مسلحة، اعتبر جانب آخر من الفقه أعمال الاعتداء العمومي، أعمالا عامة تشمل كل الأحداث حتى المتعلقة بالقرصنة[2] التي تمسّ كل الدول دون استثناء.

يُعرف الفقه القرصنة بأنها: "كل فعل غير مشروع يرتكب ضد سفينة أو طائرة خاصة في البحار العالية والجو أو ضد الأشخاص أو الأموال في السفينة ذاتها أو في الطائرة ذاتها بغية تحقيق منافع خاصة". كما تعرف بأنها: "أي عمل إجرامي أو عدائي يرتكب في عرض البحر ضد سفينة ما أو طاقمها أو ركابها أو حمولتها ويؤدي إلى تهديد حياة الأشخاص والأشياء"[3].

كما عرفت اتفاقية الأمم المتحدة لأعالي البحار لسنة 1982[4] في مادتها 101، القرصنة، بنصها: "أي عمل من الأعمال التالية يشكل قرصنة:

---

[1] دالع سعيد، المرجع السابق، ص 151.

[2] Claude CHAIBAN, op.cit, p. 204.

[3] بن عيسى حياة، أمن المنشآت المينائية والسفن في ظل القانون الجزائري والمعاهدات الدولية، دكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد تلمسان، الجزائر، 2014_2015، ص 230

[4] اتفاقية الأمم المتحدة لقانون البحار المعروفة باتفاقية "مونتيقوباي" «Montegobay»، المؤرخة في 10 ديسمبر 1982، دخلت حيز النفاذ في 16 نوفمبر 1994، وصادقت عليها الجزائر بموجب المرسوم الرئاسي رقم 53_96، المؤرخ في 22 يناير 1996، المتضمن التصديق على اتفاقية الأمم المتحدة لقانون البحار، ج.ر عدد 09، مؤرخة في 24 يناير 1996.

(أ)أي عمل غير قانوني من أعمال العنف أو الاحتجاز أو أي عمل سلب يرتكب لأغراض خاصة من قبل طاقم أو ركاب سفينة خاصة أو طائرة خاصة، ويكون موجها:

1_ في أعالي البحار، ضد سفينة أو طائرة أخرى، أو ضد أشخاص أو ممتلكات على ظهر تلك السفينة أو على متن تلك الطائرة ;

2_ ضد سفينة أو طائرة أو أشخاص أو ممتلكات في مكان يقع خارج ولاية أية دولة ;

(ب)أي عمل من أعمال الاشتراك الطوعي في تشغيل سفينة أو طائرة مع العلم بوقائع تضفي على تلك السفينة أو الطائرة صفة القرصنة ;

(ج)أي عمل يحرض على ارتكاب أحد الأعمال الموصوفة في احدى الفقرتين الفرعيتين (أ) و(ب) أو يسهل عن عمد ارتكابها".

وعرّفتها المادة 519 من القانون البحري الجزائري القرنصة على أنها: "كل فعل غير قانوني يتعلق بالعنف أو الحيازة أو كل خسائر يتسبب فيها الطاقم أو الركاب، والموجهة:

_ ضد كل سفينة أو ضد الأشخاص والأملاك الموجودة على متنها في أعالي البحار

_ ضد كل سفينة أو ضد الأشخاص والأملاك في مكان لا يخضع لقضاء أية دولة ...".

يُلزم القانون اثبات واقعة القرنصة بكل شروطها من طرف الناقل البحري حتى يستفيد من اعفاءه من المسؤولية. ومن التطبيقات لهذه الواقعة، صدر قرارا من محكمة النقض الفرنسية بتاريخ 14 فبراير 1989[1]، أقرت فيه المحكمة أن السفينة ARABELLA (المملوكة لشركة (Europe Africa Line EAL)) والتي كانت ضحية عملية نهب لبضائعها من طرف مجموعة من الخارجين عن القانون أثناء رسوها في ميناء Lagos النيجيري والقادمة من ميناء Rouen الفرنسي متجهة نحو ميناء DOUALA الكاميروني، حيث لا يمكن بأي حال من الأحوال لمالكها أن يتمسك بحالة الاعفاء من المسؤولية عن أعمال الأعداء العموميين المقررة في المادة 4 الفقرة 2 من اتفاقية بروكسيل 1924 في مواجهة أصحاب البضاعة المملوكة

[1] Cassation, 14 Février 1989, Navire Sunny arabella ;
https://www.legifrance.gouv.fr/juri/id/JURITEXT000007021690 ; يوم 06 أكتوبر 2024، الساعة 23:38

لشركة ULTRANS AFRIQUE/SCAC بحجة أن الحادث الذي تعرضت له السفينة وقع في المياه الإقليمية التابعة سياديا لدولة نيجيريا ولم يقع في أعالي البحار.

إن المشرع الفرنسي في القانون البحري لسنة 1966 قد أخذ بعين الاعتبار حالة أعداء العموميين تطبيقا للقوة القاهرة، وهذا من خلال حكم المحكمة التجارية بمارسيليا بتاريخ 18 ديسمبر 1998 والخاص بالسفينة المعروفة ب[1] Tiger force ، وهنا أقرت محكمة مارسيليا بأن الناقل البحري لا يستطيع الاستفادة من الاعفاء عن أعمال القرصنة، خاصة وأن التفاصيل تشير أن الحادث المدون في سجل السفينة يعد غير كافي لإثبات حالة القرصنة وبناءً على هذا[2]، إن عملية النهب والاعتداء الذي تقودها المجموعات المسلحة في تلك المنطقة، تعتبر حوادث متوقعة يمكن التنبؤ بوقوعها رغم قيام الناقل البحري باتخاذ الاحتياطات اللازمة لتجنب مثل هذه الحوادث المسلحة.

أمّا المشرع الجزائري فقد تجاهل حادث أعمال الأعداء العموميين كحالة من حالات اعفاء الناقل من المسؤولية في المادة 803 من القانون البحري الجزائري.

يعيش العالم نشاطات وُصفت بالقرصنة، تقوم بها جماعة من الحوثيين باليمن، مسرحها مضيق باب المندب. تمردت جماعة الحوثي في اليمن وسيطرت على ساحله الغربي، فتصاعدت التهديدات للملاحة البحرية في ميناء الحديدة خاصة وحوّلوا البحر الأحمر أو في ممرات المضيق نفسه، فتدخلت الولايات المتحدة الأمريكية وبعض الدول الاوربية وأنشأوا قواعد عسكرية في جزر البحر الأحمر. حُولت على إثرها الخطوط الملاحية وتجارتها عبر طريق رأس الرجاء الصالح[3].

تتعرض السفن في البحر إلى قرنصة خطيرة متصلة عموما بالإرهاب، ويعتبر هذا الأخير مصيبة اجتاحت العالم كل عموما والبحار خصوصا (2).

ج_ أعمال الإرهاب

---

[1] في هذه القضية (Tiger force) لم يُعفى الناقل من مسؤوليته نظرا لعدم وجود أدلة مقنعة تفيد وقوع قرصنة على سفينته، وعلى الواقعة في سجل سفينته والخالي من نشر ما وقع له وللركاب من هجوم لقراصنة;

Trib. Com. Marseille, 18 Décembre 1998, DMF, 1999, P. 336 ; Cité par: Hind ADIL, op.cit, P. 149.

[2] دالع سعيد، المرجع السابق، ص 155.

[3] محمد علوي أمزربه، المرجع السابق، ص 193.

الإرهاب يهدد بلا شك استقرار العالم مما أدى إلى ضرورة توحيد الجهود لمواجهة هذه الآفة التي يعبر عليها الفقه الحديث بسرطان من نوع آخر يصيب عدة دول ويُنقل بسهولة من دولة إلى أخرى شأنه شأن السرطان، رغم الوسائل الكبيرة الموجهة لمكافحته سياسيا وجغرافيا وقانونيا[1].

إن مشهد قانون النقل البحري هو المسرح الذي تتم فيه عدة عمليات إرهابية رغم تضافر جهة الدول لمحاربة هذه الآفة، ومنها مدونة ISPS[2] INTERNATIONAL SHIP AND PORT SECURITY كوسيلة اتخذتها المنظمة البحرية الدولية لمكافحة الإرهاب.

سبقت هذه المنظمة البحرية، ظهور ما يعرف باتفاقية قمع الأعمال غير المشروعة الموجهة ضد سلامة الملاحة البحرية، المعروفة باتفاقية SUA Convention for Suppression of Unlawful Acts في روما سنة 1988[3]، وتم وضع تدابير تضمن منع وقمع الإرهاب الموجه ضد السفن بهدف تحسين الأمن على متنها في البحر وداخل الموانئ[4].

وتبعا لهذا عقدت المنظمة البحرية الدولية مؤتمرا دبلوماسيا للدول الأطراف في اتفاقية قمع الأعمال غير المشروعة سنة 1988 وهذا عملا بالفترة ما بين 10 و14 أكتوبر 2005، وتم اعتمادها[5].

---

[1] دالع سعيد، المرجع السابق، ص 156.

[2] مدونة أمن المنشآت المينائية والسفن "ISPS" «Code International pour la Sureté des Navires et des Installations Portuairs»، هي أحكام وإجراءات اتخذتها المنظمة البحرية الدولية من أجل مكافحة الإرهاب وجميع الاعمال غير المشروعة، وكذلك اتخاذ التدابير الوقائية التي تحول دون تعرض السفن والموانئ المستخدمة في التجارة الدولية للحوادث والاعتداءات، جاءت معدلة ومتممة للاتفاقية الدولية لسلامة الأرواح في البحار solas لسنة 1974، اعتمدت سنة 2002، دخلت حيز النفاذ في 01 جويلية 2004 ; لمزيد من التفاصيل: بن عيسى حياة، أمن المنشآت المينائية والسفن في ظل القانون الجزائري والمعاهدات الدولية، المرجع السابق، ص 226.

[3] اتفاقية قمع الأعمال غير المشروعة الموجهة ضد سلامة الملاحة البحرية المعروفة باتفاقية Sua، صدرت سنة 1988، اعتمدت في 10 مارس 1988، دخلت حيز النفاذ في 1 مارس 1992، عُدّلت ببروتوكول اعتمد في 14 أكتوبر 2005، وبدأ تنفيذه في 28 يوليو 2010.

[4] بن عيسى حياة، أمن المنشآت المينائية والسفن في ظل القانون الجزائري والمعاهدات الدولية، المرجع السابق، ص 224.

[5] المرجع نفسه، ص 224.

لم ترغب الولايات المتحدة الأمريكية في تعريف الإرهاب، بل اكتفت بوضع لائحة وقائمة تُدخل فيها كل ما تريد أن تلصق له صفة الإرهاب.

بينما عرّفت المنظمة البحرية الدولية، الإرهاب بالسعي لأغراض سياسة بغية التأثير على ممارسة حقوق دولة أخرى، أو كيان سياسي آخر عن طريق القيام بفعل واحد أو مجموعة من الأفعال التالية:

_ احتجاز أو ممارسة السيطرة غير المشروعة على سفينة أو هيكل بحري آخر عن طريق التهديد بالقوة.

_ اقتراف عمل عنيف إزاء شخص على متن السفينة ممّا قد يعرض الملاحة الأمنة للخطر.

_ تدمير سفينة بحرية أو بضائع بحرية أو تدمير مرفق ملاحي أو الإضرار بها أو وضع جهاز تدمير يحتمل أن يدمرها أو يضر بها.

_ القيام عن عمد بنقل معلومات زائفة يمكن أن تهدد الملاحة الآمنة[1].

كما عرّفت الاتفاقية العربية لمكافحة الإرهاب لسنة 1988[2] الإرهاب في المادة الأولى منها على أنه: "كل فعل من أفعال العنف أو التهديد به، أيا كانت بواعثه أو أغراضه، تقع تنفيذا لمشروع اجرامي فردي أو جماعي، يهدف إلى القاء الرعب بين الناس أو ترويعهم بإيذائهم أو تعريض حياتهم أو حرياتهم أو أمنهم للخطر، أو إلحاق الضرر بالبيئة أو بأحد المرافق أو الأملاك العامة والخاصة، أو احتلالها أو الاستيلاء عليها، أو تعريض أحد الموارد الوطنية للخطر".

تجدر الإشارة إلى أن الأعمال الإرهابية تختلف عن أعمال القرصنة في صفة الباعث لها، فإذا كانت الأعمال الإرهابية تحركها بواعث سياسية أو اقتصادية أو عرقية، فإن الهدف الأساسي الذي يقف وراء أعمال القرصنة هو كسب الأموال والسرقة[3]، فالقرصنة هي جزءً من

---

[1] بن عيسى حياة، التهديدات البحرية الراهنة وجهود مكافحتها، المجلة الجزائرية للقانون البحري والنقل، العدد 01، جامعة تلمسان، الجزائر، 2014، ص 146.

[2] الاتفاقية العربية لمكافحة الإرهاب، تم التوقيع عليها بالقاهرة يوم 22 أبريل 1998، صادقت عليها الجزائر بموجب المرسوم الرئاسي رقم 98_413، المؤرخ في 07 ديسمبر 1998، ج.ر عدد 93، مؤرخة في 13 ديسمبر 1998

[3] بن عيسى حياة، أمن المنشآت المينائية والسفن في ظل القانون الجزائري والمعاهدات الدولية، المرجع السابق، ص 218.

الأعمال الإرهابية. فحسب اتفاقية جنيف لسنة 1980، أي عمل إرهابي يستهدف السفن يعتبر قرصنة بحرية[1].

من الملاحظ أن اتفاقية روتردام هي الاتفاقية الوحيدة التي نصت على حالة الارهاب كسبب يُعفى الناقل بموجبه من المسؤولية وذلك في مادتها 17 فقرة 3 (ج) من قواعدها، وذلك نظرا لانتشارها الواسع اليوم، الذي أصبح يهدد البشرية[2].

في حين لم يتطرق المشرع الجزائري لحالة الإرهاب بنص صريح، وأدخله ضمن حالات القوة القاهرة.

تتمثل عملية الإرهاب في الممارسات العملية والتي يصعب تجنبها واقعيا، حيث أن في قضية L'AFFAIRE LINBURG، السفينة التي كانت تنقل النفط، وكانت تستعد لتفريغ حمولتها في محطة ASH SHIHR، فاصطدمت بزورق صغير مملوء بالمتفجرات مما سبب عدة انفجارات وحرائق[3].

ولمواجهة مثل هاته أعمال العنف، اتخذت الدول آليات للتدخل السريع ومقاومة مثل هاته الأحداث المضرة بالجانب الاقتصادي والبيئي.

على الناقل اثبات أن الإرهاب هو السبب الوحيد للأضرار المسجلة، وعليه اثبات كذلك أنه كان على اطلاع بوجود نزاع وبقاءه بعيدا عن مساحة هذا الخطر.

ثانيا: الفتن والاضطرابات الشعبية الأهلية

قد تتعرض الدولة لاضطرابات أهلية وهي، عصيان شعبي منظم يهدف إلى تحقيق مطالب سياسية تُرغم بها الدولة أو الحكومة الحالية بدون استعمال التهديد أو العنف أو باستعمالهما. فالاضطرابات الأهلية لا ترتقي إلى الثورة أو الحرب الأهلية[4].

---

[1] حسام الدين الأحمد، جرائم القرصنة البحرية في ضوء التشريعات والاتفاقيات الدولية، ط 01، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2010، ص 114.

[2] قماز ليلى إلدياز، أحكام النقل الدولي متعدّد الوسائط، المرجع السابق، ص 413.

[3] Hind ADIL, op.cit, P. 150

[4] أعمال الشغب والاضطرابات هي اضطرابات شعبية تكون مدفوعة بمطالب سياسية ضد الحكومة والسلطة، قد تكون مدنية وهي أقل حدة.

حقيقة، الاضطرابات هي أقل قوة من أعمال الشغب، كما تُسبق الاضطرابات أعمال الشغب، وتعفي الناقل من المسؤولية إذا كانت غير متوقعة[1] .

جعلت اتفاقية بروكسيل لسنة 1924 الاضطرابات والفتن حالات للإعفاء من مسؤولية الناقل البحري في مادتها 4 فقرة 2–ك، وتقابلها المادة 17 فقرة 3 (ج) من قواعد روتردام.

يلاحظ أن المؤامرات المنظمة وهي حوادث جنائية، لا تعد من الأحداث المعفية من المسؤولية للناقل البحري، لأنها لا تؤدي إلى فوضى أو إضراب[2].

في نفس السياق، على الناقل البحري اثبات أن الأضرار التي وقعت للبضاعة كانت ناتجة عن أعمال الفتن والاضطرابات الأهلية حتى يُعفى من مسؤوليته، وعلى الشاحن اثبات أن الضرر الحاصل للبضاعة كان بفعل اهمال الناقل، وبيان أن الفتن هذه والاضطرابات كانت متوقعة من طرف الناقل، وبالتالي اثبات عدم توافر شرطي القوة القاهرة، عدم التوقع وعدم الدفع[3].

تجدر الإشارة إلى أن المشرع البحري الجزائري لم يتطرق للفتن والاضطرابات الأهلية، ويمكن تفسير هذا لدى تطبيق حالة القوة القاهرة بشروطها عموما من عدم التوقع واستحالة الدفع. اتخذ القانون البحري الفرنسي لسنة 1966 هذه الفكرة.

ثالثا: إيقاف أو اكراه صادر من حكومة أو سلطة أو شغب (فعل الأمير)، والحجز القضائي، والحجر الصحي

نصت المادة 4 فقرة 2–ز من اتفاقية بروكسيل على أنه: لا يسأل الناقل أو السفينة عن الهلاك أو التلف الناتج أو الناشئ عن: ...ـز إيقاف أو اكراه صادر من حكومة أو سلطة أو شعب أو حجز قضائي. كما خصصت الاتفاقية بروكسيل في بندها (ح) من الفقرة 2 المادة 4 لحالة الحجر الصحي. في حين قضت قوانين روتردام الحالات الثلاثة في المادة 17 فقرة 3 (د).

ومن هنا، يجب دراسة حالة إيقاف أو اكراه صادر من حكومة أو سلطة أو شعب تحت عنوان فعل الأمير(أ)، ثم التطرق إلى حالة الحجر الصحي (ب)، ثم الحجز القضائي(ج).

---

[1] Trib. Com., PARIS, 13 juin 1979, D.M.F, 1980, P. 483.

[2] دالع سعيد، المرجع السابق، ص 158.

[3] نفس المرجع ونفس الصفحة.

أ_ فعل الأمير Le Fait du prince

يُعرف فعل الأمير fait du prince بأنه كل تدخل قسري للسلطة الحاكمة للدولة التي تعيق التنفيذ السليم للعقد، ويمكن اعتبار فعل الأمير عمليات الحصار وأوامر المغادرة ومنع الرسو وكل ما يتعلق بأنظمة الحجر الصحي، يضاف إليها عمليات المصادرة وطلبات الشراء والقيود الجمركية المتعلقة بأوامر منع أو تقييد أو تصدير أو استيراد أي سلع معينة. فهو تدخل سلطة عامة لمنع تنفيذ العقد. والعمليات كلها تعفي الناقل البحري من المسؤولية لأنها أوامر لا يمكن التنبؤ بها[1] [2].

في هذا المجال، قضت محكمة النقض الفرنسية، الغرفة التجارية منها بتاريخ 24 أبريل 2007 على أن: "أعمال الإيقاف أو الاكراه الصادر من الحكومة أو سلطة أو شغب (فعل الأمير) هو: الأعمال التي تصدر من سلطة عامة وتهدف إلى عرقلة تنفيذ عقد النقل البحري، وهذا في أي وقت كان[3].

فكل ما يصدر من قوة عامة ويمنع تنفيذ عقد النقل البحري للبضائع يدخل ضمن خانة أعمال الإيقاف أو الاكراه الصادرة من سلطة أو حكومة أو شعب، ومنها منع استيراد أو تصدير أو تفريغ بضاعة معينة أو مصادرتها في ظرف غير متنبأ بها رغم قيام الناقل البحري باتباع كل الإجراءات المطلوبة.

---

[1] عرف الفقيه V. CARVER فعل الأمير بأنه: "كل تدخل بالقوة من طرف سلطة دولة معينة، ينتج عنها إيقاف تنفيذ عقد النقل البحري، ومن الأمثلة عن هذه الأعمال أوامر منع استيراد أو تصدير أو تفريغ بضاعة معينة، حظر، حصار أو مصادرة بضاعة، على شرط أن تكون هذه الأعمال غير معروفة وغير متنبأ بها من طرف الناقل البحري رغم إبدائه للتدابير المعقولة في سبيل ذلك" ; Claude CHAIBAN, op.cit, P. 215

[2] ومن أمثلة هذا: الحصار الذي وقع ضد العراق وليبيا ;

(R.) REZENTHEL, Le blocage des ports et l'état de Droit, D.M.F, 1998, P. 75 ; Trip. Com., Paris, 20 dec. 1994, BTL, 1995, P. 779, D.M.F, 1996, P. 243-250. Note : (P.) BONASSIES.

[3] L'intervention dans l'exécution du contrat, d'une personne qui échappe aux règles ordinaires du droit privé. Cette personne c'est l'Etat, agissant comme puissance politique.

ففعل الأمير أو أمر الأمير Le fait de prince[1]، هو قرار ناتج عن سلطة عامة تمنع على ربان السفينة مخالفتها، كمنع الدخول الى الميناء نتيجة الحجر الصحي[2]. فيُشكل فعل الأمير أمرا صادرا من سُلطة مختصة تُلزم الجميع والناقل خاصة وتجعل العقد مستحيل التنفيذ نظرا للأوامر الصارمة والمانعة منعا تامّا[3]. في هذه الحالة يُمكن للناقل الذي مُنع عليه تنفيذ التزاماته (كالدخول للميناء مثلا) أن يُثبت تأخيراته و اختلالا ته الناتجة عن المنع الصادر من السلطات المختصة وهذا أمر هيّن لأن المنع هذا صادر كتابياً من الرئيس و تطبيقها على المرؤوس[4] ، وهذا الذي أدى الى عدم تنفيذ الناقل لعقده[5].

ومن شروط فعل الأمير:

أ-أن تمارس من طرف هيئات عمومية: دون البحث عن مدى شرعية القرارات الصادرة عن هذه السلطة العامة[6].

فلا مجال للبحث عن مدى شرعية القرار الصادر عن السلطة العامة أو عدم شرعيته ودون وجود أي أهمية للتمييز بين الأفعال الصادرة عن حكومة موالية للسفينة أو تلك الصادرة عن حكومة معادية لها. ومن نتائجها إعفاء الناقل البحري من المسؤولية

---

[4] Cass. com., 24 avr. 2007, n° 06-12.508, DMF 2007. 818, rapp. A. Potocki et obs. A.Vialard ; Cass.com., 20 févr. 1990, Bull. Civ. IV, n° 51 ; Rouen, 23 mai 2001, DMF 2002. 44, obs. A. Vialard

[2] CA Paris, 5è ch., 20 mars 2002, Navire Vosa Carrier, DMF 2004. 150, obs. P. Le Louer.

[3] V. CA Poitiers, 2è ch. civ., 29 nov. 2011, n°10.03500, Navire Paul Rickmers, DMF 2012. 625, obs. O.Cachard à propos de l'embargo décrété par le Ghana (loi de police) afi n de protéger sa population des risques sanitaires liée à la maladie dite de la « Vache folle ».

[4] وجدي حاطوم، نفس المرجع السابق، ص 380

[5] Cass. com. 20 févr. 1990, n°88-15959, préc. ; contra. Sent. CAMP, n° 1102, 2 août 2004, Navire ElKef, DMF 2005. 157 : « en droit français [le « fait du Prince »] doit être apprécié suivant les critères de la force majeure ».

[6] Qu'une telle intervention n'ait pas été connue et n'ait pas été raisonnablement prévue par le transporteur

ب_ أن تكون هذه الأعمال غير متوقعة بالنسبة للناقل البحري وتابعيه: فجهل الناقل بوجود حالة حرب مثلا بين دولة ميناء الإقلاع ودولة ميناء الوصول، أو جهله أن البضاعة المنقولة على متن سفينته قد تتعرض للحجز أو غياب شهادات الصحة، يعفيه من المسؤولية عن فعل الأمير.

ج_ كذلك، استحالة تنفيذ عقد النقل البحري دون صعوبة أو ارهاق في تنفيذه

د- يضاف شرط اثبات عدم اشتراك خطأ الناقل البحري أو تابعيه مع فعل الأمير في إحداث أضرار للبضاعة: ففعل الأمير قد لا يعد السبب الوحيد، في هلاك البضاعة. وقد قضت غرفة التحكيم بباريس[1] أن فعل الأمير ليس هو السبب الوحيد في أضرار البضاعة، وإنما وجود جثتين لمهاجرين غير شرعيين في السفينة، الأمر الذي ساهم في اتلاف البضاعة وقيام مسؤولية الناقل البحري كاملة لعدم مراقبته للسفينة مراقبة كافية.

في قضية أخرى، تُعرف بقضية MORRISEY ضد A&P Faith، تم توضيح أن سبب هذه الحالة يدخل ضمن قائمة الحالات المستثناة والتي هي منع التأخير كسبب للضرر، لم تتناوله اتفاقية بروكسيل صراحة.

" الغرض من المادة 4 فقرة 2 من اتفاقية بروكسيل هو اعفاء السفن وأصحابها من التأمين على الأضرار الناجمة عن التأخير غير المتوقع الذي لا يستطيع المالك تجنبه أو توقعه أو منعه ومع ذلك، عندما يكون التأخير كما هو الحال في هذه الحالة، ناجما عن التجاهل المتهور من جانب المالكين للأمن المالي للسفينة، وتبدأ العمليات بإجراءات اغلاق متوقعة من جانب دائنين غاضبين لأسباب مبررة، فإننا لا نعتقد أن القانون يمكن أو ينبغي أن يعفي المالك من التزامات واجبة كناقل عام"[2].

بينما اعتبرت غرفة التحكيم البحري لباريس أن قيام سلطات الميناء بإلزام عدم الرسو في الميناء وإنزال البضائع وتفريغها من أفعال الأمير، خاصة مع وجود مسافرين غير شرعيين على متن السفينة، واعتُبرت هذا من قبيل سوء مراقبة المسافرين من طرف الربان[3].

---

[1] Sentence Arbitrale, 24 Octobre 1997, DMF, 1998, P. 706. Cité par : Hind ADIL, op.cit, P. 153 et s

[2] Hind ADIL, op.cit, P. 154.

[3] Sentence Arbitrale, 24 OCTOBRE 1997, DMF, 1998, P. 706.

لكن، وفي حكم مغاير من حيث محتواه، رفض قرار صادر عن محكمة النقض الفرنسية أن صاحب السفينة التي كانت تحمل صناديق من خمور whisky من ميناء GENES الإيطالي إلى ميناءLIMASSOL القبرصي يشكل سببا من أسباب عدم الامتثال لأحكام القانون [1]. لماذا هذا الحكم بالقبول تارة وبالرفض تارة أخرى؟ فيبدو أن الأمر متعلق بفرضيتين: الأولى، خاصة بمفهوم المبدأ في حد ذاته، والثانية، بآثار فعل الأمير.

قد يكون فعل الأمير ناتجا عن قيود الحجر الصحي (ب).

ب_ قيود الحجر الصحي

هي إجراءات استثنائية تتخذها الدولة وسلطاتها المختصة في الموانئ بهدف منع انتشار الأمراض المعدية والأوبئة[2]. وقد كانت الدولة الجزائرية قد منعت دخول البقر إلى الوطن لمنع ظهور جنون البقر La vache folle، فهل الاعفاء هذا يضم السفينة والبضاعة معا؟

---

[1] Cass. Com, 24 Avril 2007, n°06-12508, Paris, 15-01-1997, BTL, 1997, P. 200 ;

كما رفضت السلطات الصحية بالميناء، السماح بتفريغ البضاعة بسبب تلفها بالمياه.

Sent. CAMP, n°1102, 02 Aout 2004, Navire « EL KEF », DMF, 2005, P. 155.

Une cargaison de 800 cartons de bouteilles de whisky en transit dans un port libanais est saisie par les douanes ; C.A, Aix-En-Provence, 11 Mars 2004, BTL, 2004, 703. La réponse relevée de la délicate notion juridique de fait du prince. On désigne par cette expression une action ou une décision émanant d'une autorité publique et à laquelle le capitaine du navire ne peut pas se soustraire ; C.A Rouen, 2e ch. Civ., 23 mai 2001, Hanjin shipping c./ Sa Thyssen, Navire Vosa Carrier, DMF, 2002, 44, Obs. Vialard ; cite par: Yves TASSEL, Nantes, Le fait du prince en Droit maritime, La Gazette de la Chambre CAMP, n°22, Printemps, 2010, P. 01.

[2] تعريف أشار إليه: غويسم لخضر، علي أحمد صالح، مدى اعتبار فيروس كورونا _كوفيد 19_ أحد أسباب إعفاء الناقل البحري للبضائع من المسؤولية، مجلة طبنة للدراسات العلمية الأكاديمية، المجلد 04، العدد 03، 2021، ص 278.

الأمر يتعلق "بعدم اعفاء الناقل البحري من المسؤولية عن الأضرار الحاصلة للبضاعة إذا ثبت علمه بهذه القيود وقت ابرام عقد النقل، باستثناء الحالة التي يقترن فيها علم الناقل بعلم الشاحن الذي يقبل أن تشحن بضاعته إلى مرفأ تطبق فيه إجراءات صحية استثنائية تقديرا منه أن مثل هذه الإجراءات قد تنتهي قبل وصول البضاعة"[1].

ما يلاحظ هو أن القانون البحري الجزائر يتجاهل حالة الحجر الصحي وفعل الأمير والحجز القضائي كأسباب لإعفاء الناقل البحري من المسؤولية. ويبدو أنه أدخلهم في الحالات التي تعد من تطبيقات القوة القاهرة المعفية للناقل البحري من المسؤولية، وهذا عملا بنص المادة 803 من القانون البحري الجزائري، وهذا حتى يجد توفيقا بين أحكامه وأحكام اتفاقية بروكسيل لسنة 1924 والقانون الفرنسي لسنة 1966.

أدّى الحجر الصحي إلى غلق الموانئ والمطارات خلال فترة انتشار وباء كرونا المستجدة COVID19لسنة 2019 فغلق العالم بكامله حفاظا على صحة الناس.

أحدثت جائحة فيروس كورونا المستجد كارثة عالمية متعددة الجوانب، كارثة صحية غير مسبوقة امتد آثارها إلى العلاقات الاجتماعية والسياسية والقانونية. ومن أهم المشاكل القانونية التي مسّتها الجائحة هذه هي، العلاقات التعاقدية المتمثلة أساسا في استحالة تنفيذ بعض الالتزامات من جهة، وصعوبة تنفيذها من جهة أخرى بسبب المرض والحجر الصحي وما يتبعه من إجراءات متخذة للحد من انتشار فيروس كورونا.

فاتّخذت السلطات العامة قيودا كثيرة تمنع بموجبها دخول البضائع إلى دولة أو عدة دول بهدف تحقيق المصلحة العامة بالمحافظة على الصحة والسلامة العامة. فالوضع تحت الحجر الصحي وُجِدت بصدده عدّة إجراءات اختلفت باختلاف قوانين الدول، فقد قامت بعض الدول بغلق الموانئ ومنعت استعمالها، أما البعض الآخر فألزمت وضع السفينة تحت الحجر إذا ما كانت هذه الأخيرة قد مرّت بمنطقة فيها الجائحة، وكذلك حسب الوضعية الصحية داخل السفينة، ويدوم الحجر 14 يوم قبل الدخول الى الميناء[2]، وهذا ما أكّده مؤتمر الأمم المتحدة للتجارة والتنمية La Conférence des Nations Unies sur le Commerce et le Développement من

[1] أحمد محمود حسني، النقل الدولي البحري للبضائع، المرجع السابق، ص 239.

[2] Arnaud MONTAS, op.cit, p 725.

خلال التقرير السنوي للشحن البحري العالمي لسنة 2020، أنّ: "الوباء تسبب في حدوث موجات صدمية في سلاسل الإمداد وشبكات النقل البحري والموانئ، ممّا أدى إلى انخفاض في الشحن والإضرار بتوقعات النمو"[1]. فقد أثّرت الجائحة بشكل كبير على الاقتصاد العالمي، نتيجة تقييد حركة النقل البحري للبضائع.

كان هذا الحجر سببا في خلق العديد من المشاكل الناتجة عن خروقات تعاقدية ناتجة عن قرارات دولية لا يمكن مخالفتها، وأدّت الى إعاقة في تنفيذ عقود النقل البحري، وكان على الناقل الدفع بوجود حجر صحي[2] la quarantaine est bien la cause des avaries ou du retard.

هذا ما يعرف بفعل الأمير أو أمر الأمير Le fait de prince[3]، الذي هو قرار ناتج عن سلطة عامة تمنع على ربان السفينة مخالفتها[4]، كمنع الدخول الى الميناء نتيجة الحجر الصحي[5]. فيُشكل فعل الأمير أمرا صادرا من سُلطة مختصة تُلزم الجميع والناقل خاصة وتجعل

[1] « La pandémie a provoqué des ondes de choc sur l'approvisionnement, les transports maritimes et les ports, entrainant une chute des contenues de fret et compromettant les perspectives de croissance » le rapport 2020 : https://tinyurl.com/y6ksawcc , 15 Mars 2024, 15 :38.

[2] Gaël PIETTE, Un exemple de difficulté liée à la COVID 19, Gazette de la chambre CAMP, n° 54, 2020-2021, P. 02.

[180] Cass. com., 24 avr. 2007, n° 06-12.508, DMF 2007. 818, rapp. A. Potocki et obs. A.Vialard ; Cass.com., 20 févr. 1990, Bull. Civ. IV, n° 51 ; Rouen, 23 mai 2001, DMF 2002. 44, obs. A. Vialard

[4] CA Rouen, 23 Mai 2001, Navire « Vosa Carrier », DMF, 2002, P. 44, Obs. (A.) VIALARD, (Y.) TASSEL, « Le fait du prince en Droit maritime », Gazette CAMP, n° 22, P. 02.

[5] CA Paris, 5è ch., 20 mars 2002, Navire Vosa Carrier, DMF 2004. 150, obs. P. Le Louer.

العقد مستحيل التنفيذ نظرا للأوامر الصارمة والمانعة منعا تامّا[1]. في هذه الحالة يُمكن للناقل الذي مُنع عليه تنفيذ التزاماته (كالدخول للميناء مثلا) أن يُثبت تأخيراته و اختلالا ته الناتجة عن المنع الصادر من السلطات المختصة وهذا أمر هيّن لأن المنع هذا صادر كتابياً من الرئيس و تطبيقها على المرؤوس[2]، وهذا الذي أدى الى عدم تنفيذ الناقل لعقده[3].

تدخل التشريع الدولي البحري في مسألة فعل الأمير خاصة اتفاقية بروكسل لسنة 1924 واتفاقية روتردام لسنة 2008، حيث تعتبر قيود الحجر الصحي الصادرة من السلطة العامة حالة من حالات الإعفاء القانوني، أي إمكانية الناقل البحري الذي تعذر عليه تنفيذ التزاماته الناشئة عن عقد النقل البحري التمسك بحالة قيود الحجر الصحي من اجل إعفاءه من المسؤولية وعدم تنفيذ العقد، فقد نصت اتفاقية بروكسل في مادتها 4 فقرة 2 على: "... لا يترتب على الناقل ولا على السفينة أية مسئولية عن الخسارة أو الضرر المسبب أو الناتج: ...

ح- عن قيود الحجر الصحي..."

نفس الحكم نصت عليه اتفاقية روتردام في المادة 17 فقرة 3 منها: " ... يعفى الناقل أيضا من كامل مسئوليته التي تقضي بها الفقرة 1 من هذه المادة أو من جزء منها، إذا أثبت، بدلا من إثبات عدم ارتكاب خطأ حسبما تنص عليه الفقرة 2 من هذه المادة، أن واحدا أو أكثر من الأحداث أو الظروف التالية قد تسبب أو أسهم في الهلاك أو التلف أو التأخر: ...

(د) تقييدات الحجر الصحي، أو ما تقوم به الحكومات أو الهيئات العمومية أو الحكام أو الناس من تدخلات أو ما تقيمه من عوائق، بما فيها الاحتجاز أو التوقيف أو الحجز الذي لا يعزى الى الناقل أو أي شخص مشار إليه في المادة 18 (طرف منفذ، ربان السفينة أو طاقمها، موظفو

---

[1] V. CA Poitiers, 2è ch. civ., 29 nov. 2011, n°10.03500, Navire Paul Rickmers, DMF 2012. 625, obs. O.Cachard à propos de l'embargo décrété par le Ghana (loi de police) afin de protéger sa population des risques sanitaires liée à la maladie dite de la « Vache folle ».

[2] وجدي حاطوم، نفس المرجع السابق، ص 380

[3] Cass. com. 20 févr. 1990, n°88-15959, préc. ; contra. Sent. CAMP, n° 1102, 2 août 2004, Navire ElKef, DMF 2005. 157 : « en droit français [le « fait du Prince »] doit être apprécié suivant les critères de la force majeure ».

الناقل أو الطرف المنفذ، أي شخص يتعهد أو يؤدي واجب من واجبات الناقل بمقتضى عقد النقل)".

ج_ الحجز القضائي

الحجز هو وضع يد الدائن على عقار أو منقول من أجل ضمان دينه، فهو يندرج في سياق استيفاء الحقوق مهما كانت طبيعتها، وتندرج السفينة في الضمان العام لدائني مالكها وينتج الدين البحري، إما عن عقد أو يكون نتيجة حادث مرتبط بالملاحة أو باستغلال السفينة[1].

يجوز للدائن حجز أموال المدين إذا امتنع عن تسديد ديونه، وهذا عملا بنص المادة 188 من قانون المدني الجزائري، بفضل سلطة القضاء وما يشابهه من الحجز على السفن البحرية والمعروف بالحجز التحفظي[2]، وقد أقرته اتفاقية بروكسيل لسنة 1952[3] ، والتي صادقت عليها الجزائر بموجب المرسوم رقم64-171. تابعتها اتفاقية جنيف لسنة 1999[4] الخاصة بالحجز على السفن.

إن الحجز التحفظي يقع إذا خشي الدائن ارتحال السفينة فيأخذها كضمان ليحول بينها وبين السفر ويتحصل نتيجة لذلك على سند تنفيذي بحقه أو الحصول على كفالة أو ضمان كاف

[1] بوقادة عبد الكريم، الامتيازات والرهون البحرية الواردة على السفينة، دكتورا في القانون الخاص، تخصص القانون البحري والنقل، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان، الجزائر، 2018_2019، ص 414.

[2] عرّفت المادة 1 من اتفاقية بروكسيل الخاصة بتوحيد بعض القواعد المتعلقة بالحجز التحفظي على السفن البحرية لسنة 1952، الحجز التحفظي بأنه: "...منع السفينة من التحرك بإذن من السلطة القضائية ضمانا لدين بحري"، كما عرّفه المشرع الجزائري بموجب المادة 150 من القانون البحري الجزائري بأنه: "...توقيف أو تقييد إبحار سفينة بموجب أمر على عريضة صادر من جهة قضائية ضمانا لدين بحري".

[3] اتفاقية بروكسيل لسنة 1952 المتعلقة بتوحيد بعض القواعد المتعلقة بالحجز التحفظي على السفن البحرية، مؤرخة في 10 ماي 1952، صادقت عليها الجزائر بموجب المرسوم رقم 64_171 المؤرخ في 08 جويلية 1964، ج.ر العدد 18، مؤرخة في 28 جويلية 1964.

[4] الاتفاقية الدولية المتعلقة بالحجز على السفن المنعقدة في جنيف يوم 12 مارس 1999، صادقت عليها الجزائر بموجب المرسوم الرئاسي رقم 03_474، المؤرخ في 06 ديسمبر 2003، ج.ر العدد 77 مؤرخة في 10 ديسمبر 2003.

للوفاء بدينه. فالحجز التحفظي هو وضع الأشياء التي يراد التنفيذ عليها تحت يد دوائر التنفيذ، تمهيدا لبيعها من أجل تمكين الدائن لاستفاء دينه[1].

إن الحجز القضائي على السفينة أو على البضاعة هو سبب من الأسباب القانونية للإعفاء من المسؤولية وفقا لنص المادة 4 فقرة 2_ز من اتفاقية بروكسيل لسنة 1924 فقط

رابعا: الإضرابات واغلاق المستودعات أو المصانع في وجه العمل أو اعاقته كليا أو جزئيا مهما كانت الأسباب

يعرف الإضراب بأنه: "اتفاق بعض العمال على الامتناع عن العمل، مدة من الزمن دون أن تنصرف نيتهم إلى التخلي عن وظائفهم نهائيا، والقصد منه هو إظهار استيائهم من أمر من الأمور أو للوصول إلى تحقيق بعض المطالب المرجوة منهم والمتعلقة بالعمل"[2]. كذلك هو: "امتناع العمال أو جزء منهم عن العمل بطريقة منظمة ولمدة محددة للمطالبة ببعض حقوقهم[3].

يعتبر هذا الاجراء احترازيا يقي الناقل البحري من المساءلة، وهذا نتيجة وجود تظاهرات اجتماعية متصلة بقانون العمل في الوسط المينائي، إذ قد يلجأ العمّال المكلفين بالشحن

[1] بن حمو فتح الدين، الحجز على السفن في التشريع الجزائري، دكتوراه، تخصص القانون البحري وقانون النقل، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان، الجزائر، 2016_2017، ص 17

[2] سليمان الطماوي، مبادئ القانون الإداري، ج 02، نظرية المرفق العام، القاهرة، مصر، د.س.ن، ص 177.

[3] سهيل الأحمدي وعلي أبو مارية، الإضراب عن العمل _دراسة مقارنة بين القانون والفقه الاسلامي_، مجلة جامعة النجاح للأبحاث (العلوم الانسانية)، المجلد 26، العدد 2، 2012، ص 1197، منشور بالموقع:
https://docs.google.com/viewerng/viewer?url=https://journals.najah.edu/media/journals/full_texts/issue-going-strike-exposing-opinion-law-and-islamic-fiqh-islamic-jurisprudence-it.pdf , 21 Septembre 2024, 18 :45.
; علي بن عرار الدوسري، الإضراب عن العمل، مجلة كلية الشريعة والقانون، الجزء 3، العدد 24، 2022، ص 1841.

والتفريغ إلى احتجاجات للضغط على أرباب العمل بهدف تحقيق مطالب متصلة بوضعهم المالي[1].

[1] أعلنت نقابة عمال الموانئ «ILA»، بالولايات المتحدة الامريكية، إضرابا يوم الثلاثاء 01 أكتوبر 2024، أدى إلى تعطيل شحن البضائع، بدءاً من المواد الغذائية، وانتهاءً بالسيارات، عبر عشرات الموانئ، وبدأ عمال الموانئ على الساحل الشرقي وساحل الخليج في الولايات المتحدة إضراباً، عطّل نحو نصف حركة الشحن البحري في البلاد، وذلك بعد انهيار مفاوضات بشأن عقد عمل جديد بسبب خلاف على الأجور.

وتجدر الإشارة أن، هذا الإضراب الحالي يُعد أول توقف كبير لاتحاد عمال الموانئ الدولية «ILA» منذ عام 1977، ممّا شكل قلقا للشركات التي تعتمد على الشحن البحري لتصدير بضائعها أو تأمين الواردات الحيوية، خاصة وبعد تضرر سلاسل التوريد في المحيطات هذا العام بسبب الصراع في البحر الأحمر، والجفاف الطويل الذي أثر على قناة بنما وانهيار جسر بالتيمور.

بالنسبة للمستهلكين الأميركيين، قالوا إن الإضراب قد يؤدي قريباً إلى نقص في السلع القابلة للتلف أو التي يتم التحكم في درجة حرارتها، مثل الموز والفواكه الطازجة الأخرى. بدورها حذرت شركة الشحن العملاقة الدنماركية ميرسك، من أن إغلاقاً لمدة أسبوع واحد فقط قد يستغرق من 4 إلى 6 أسابيع للتعافي منه ;

https://www.alarabiya.net/aswaq/special-stories/2024/10/02/%D8%A7%D8%B6%D8%B1%D8%A7%D8%A8-%D8%AA%D8%A7%D8%B1%D9%8A%D8%AE%D9%8A-%D9%81%D9%8A-%D8%A7%D9%84%D9%85%D9%88%D8%A7%D9%86%D8%A6-%D8%A7%D9%84%D8%A3%D9%85%D9%8A%D8%B1%D9%83%D9%8A%D8%A9-%D9%88%D8%AA%D8%AD%D8%B0%D9%8A%D8%B1%D8%A7%D8%AA-%D9%85%D9%86-%D8%AA%D8%A3%D8%AB%D9%8A%D8%B1-%D8%B9%D8%A7%D9%84%D9%85%D9%8A-%D8%B9%D9%84%D9%89-%D8%B3%D9%84%D8%A7%D8%B3%D9%84-%D8%A7%D9%84%D8%A7%D9%85%D8%AF%D8%A7%D8%AF#:~:text=%D9%85%D9%86%20%D8%A7%D9%84%D9%85%D8%AA%D9%88%D9%82%D8%B9%20%D8%A3%D9%86%20%D9%8A%D8%A4%D8%AF%D9%8A%20%D8%A5%D8%B6%D8%B1%D8%A7%D8%A8

يوم 07 أكتوبر 2024، الساعة 14:31.

يؤدي هذا الاجراء إلى تأخير ناتج عن توقف العمل أو تغيير الطريق والوصول إلى موانئ أخرى غير المعنية بهذه الاحتجاجات، مما يرتب تكاليف إضافية ناتجة عن هذه الضغوط. وهذا ما حصل واقعيا في قضية تتعلق حول انحراف الناقل وتغيير ميناء التفريغ من أجل تفادي الإضرابات والمظاهرات التي كانت موجودة في ميناء الوصول المقرر في سند الشحن الذي كان التفريغ فيه مستحيلا[1]. كذلك الحال في قضية أخرى أين كان هناك إضراب شركات المناولة، فيكون التفريغ مستحيلا في ميناء الوصول نتيجة إضراب عمال المناولة والتشوين[2].

قد تدخلت كل من اتفاقية بروكسيل والقانون البحري الجزائري وقوانين روتردام لتعفي الناقل البحري من المسؤولية في حالة الاضراب.

أظهر الواقع أنه قد يقترن خطأ الناقل البحري بحالة الاضراب؟ وكذلك ما مدى تكييف حالة الاضراب مع تطبيقات القوة القاهرة؟

ما يثير السؤالين هو وجود عبارة "لأي سبب كان، الموجودة في المادة 4 فقرة 3–ي من اتفاقية بروكسيل 1924، والتي قد تفسر على أن الناقل يعفى من المسؤولية عن الاضراب حتى ولول كان نتيجة خطأه فلا يعقل إذا كان الخطأ ناتجا من الناقل أن يستفيد من الاعفاء من المسؤولية[3].

إن عبارة "لأي سبب كان" لم تظهر في المادة 4 فقرة 2–ي إلّا للحد من أي نقاش قد يُثار حول أسباب الاضراب كنزاعات العمل أو التوقف عن العمل لأسباب خارجية عن أرباب العمل والعمّال، التي كلّها لن تحول دون استفادة الناقل البحري من الإعفاء من المسؤولية[4].

بخصوص تكييف حالة الإضراب عن العمل كتطبيق لإعفاء الناقل من المسؤولية، قد يتعرض هذا الناقل البحري إلى إضراب، وعليه أن يثبت وجود هذه الحوادث ووقوعها عمليا مع بيان العلاقة السببية بينها وبين الضرر الذي لحق بالبضاعة لإعفاء نفسه من المسؤولية[1].

---

[1] CASS. Com, 13 Juin 1989, DMF, 1989, p 526.

[2] Cour de Versailles, 30 Octobre 1985, DMF, 1986, p 499 ; et DMF, 1987, p 131, obs. P. BONASSIES.

[3] أحمد محمود حسني، النقل الدولي البحري للبضائع، المرجع السابق، ص 241,

[4] دالع سعيد، المرجع السابق، ص 168.

وهنا يُطرح السؤال، حول ما موقف المشرع الجزائري من حالة الاضراب عن العمل أو الاغلاق، فقد نص المشرع الجزائري في القانون البحري الجزائري على أن حالة الاضراب أو الاغلاق هو سبب قانوني لإعفاء الناقل البحري من المسؤولية، وقد تبيّن، أن المادة 803 من القانون البحري الجزائري جعلت الاغلاق أو الإيقاف، والعوائق العارضة أثناء العمل (سواء إغلاق عام أم جزئي)، سببا تلقائيا لإعفاء الناقل البحري من المسؤولية، يتحقق بمجرد اثبات هذا الأخير حالة الاضراب التي كانت سببا في الضرر الحاصل للبضاعة، مع غياب أي خطأ من طرف الناقل البحري، حتى وإن كانت هذه الحوادث لا ترقى لمرتبة الإضراب[2].

أما عن الموقف المشرع الفرنسي في القانون البحري لسنة 1966 والمتعلق بحالة الاضراب عن العمل أو الاغلاق، فقد اتبع صياغة اتفاقية بروكسيل 1924، في مادتها 4 فقرة 2-ي والتي تقضي بإعفاء الناقل البحري عن مسؤولية في حالات الاضراب، أو اقفال المحال من قبل أرباب العمل وكذلك عن توقيف العمل أو عرقلته كليا أو جزئيا ولأي سبب كان.

إن المصطلحات المستعملة في التشريعات تشير بوضوح أن النقل حتى ولو أخضع للقانون الفرنسي فإن الناقل البحري على عكس القواعد العامة في النقل البري غير مطالب بإثبات أن حالة الاضراب عن العمل أو الاغلاق تستجيب لشروط القوة القاهرة[3].

المبحث الثاني: نظرية الظروف الطارئة بمفهومها التقليدي في عقد النقل البحري للبضائع

العقد توافق إرادتين يُبنى على تعادل في التزامات المتعاقدين أثناء إبرامه وتنفيذه أيضا، غير أنه قد يُظهر الواقع العملي حوادث استثنائية تُصيب العقد فتجعل تنفيذه مرهقا بالنسبة لأحد المتعاقدين، وتُعرف هذه الأحداث بالظروف الطارئة المنصوص عليها في القانون المدني

---

[1] دالع سعيد، المرجع السابق، ص 168.

[2] Amor ZAKI, Droit des transports, Tome 2, Office des publications Universitaires, Ben aknoun, Alger, 1991, P. 179

[3] (P.) BONASSIES, (Ch.) SCAPEL, op.cit, P. 703; (R.) RODIERE, (E.) DE PONTAVICE, op.cit, P. 350.

الجزائري في مادته 107، وتعني أن رضا المتعاقدين مشروط باستمرارية الظروف العادية التي بُنيت عليها شروط العقد، وأي تغيّر في هذه الظروف يؤدي إلى تغيير الالتزامات.

إن بقاء الأوضاع على حالها، يجب أن تستمر خلال كلّ مدّة تنفيذ العقد دون تغيّر من حيث الظروف القائمة وقت إبرام العقد. حقيقة، المشكل مطروح، خاصة مع التغيّرات الاقتصادية والاجتماعية وما تصيب العقد من ظروف قد تقضي على توازنه[1].

قد لا تؤدي الحوادث الطارئة إلى جعل تنفيذ التزام المدين مستحيلا، إلّا أنها قد تجعله التزاما مرهقا، فيُبقى العقد قائما بتوافر شروط من شأنها أن تبيّن ماهية الظرف الطارئ (المطلب الأول)، وضرورة رد الالتزام المرهق إلى حدّه المعقول (المطلب الثاني).

المطلب الأول: مضمون نظرية الظروف الطارئة

من المعلوم أن نظرية الظروف الطارئة تواجه أزمات خاصة، نتيجة الحوادث التي تصيب العقود المستمرة أو الزمنية من جهة، والعقود التي يتم تنفيذها بمدّة بعد انعقادها، فهذه الحوادث هي دائما غير عادية، تؤدي إلى اختلالات في التوازن العقدي، ينتج عنها إرهاق للمدين يُصيبه بخسائر فادحة، فإذا طبّقنا قاعدة القوة الملزمة للعقد كان عمليا إلزام المدين بتنفيذ بما التزم به ابتداءً، مهما كانت الخسائر التي قد يتحملها نتيجة لظهور ظروف مستجدة.

إلّا أن نظرية الظروف الطارئة كتقنية قانونية، تتدخل بعد اختلال التوازن العقدي من أجل إعادة توازنه، ليستفيد منها المدين والدائن، أساسها هو العدل والانصاف بين التزامات المتعاقدين، والوصول إلى التعادل الكبير في الالتزامات المتقابلة.

[1] تردد بعض المشرعين في الأخذ صراحة بهذه النظرية، خوفا من تدخل القاضي وتدنيسه لقاعدة العقد شريعة المتعاقدين، فلا يجوز نقضه أو تعديله إلّا باتفاق الطرفين، وهذا الموقف تميّز به المشرع الفرنسي رغم حقيقة مشكل وقيمة الظرف الطارئ في الأمور المدنية، واعترف بمحتوى هذا المبدأ في القانون الإداري حينما تبناها مجلس الدولة الفرنسي في قضية الشركة العامة للغاز ببوردو بتاريخ 30 مارس 1916، ثم غيّر موقفه بعد تعديله للقانون المدني سنة 2016، واعترف بشكل نهائي وصريح بنظرية الظروف الطارئة. لمزيد من التفصيل بخصوص نظرية الظروف الطارئة في التشريع الفرنسي، إحالة إلى الصفحة 220.

وانطلاقا من هذا، وجب التطرّق إلى التعريفات المختلفة لنظرية الظروف الطارئة (الفرع الأول) ثم استنتاج شروطها (الفرع الثاني)، وأخيرا هل يمكن تكييف جائحة فيروس كورونا المستجد ظرفا طارئا (الفرع الثالث)؟

الفرع الأول: تعريف نظرية الظروف الطارئة

من الصعب وضع تعريف جامع ومحدد لنظرية الظروف الطارئة[1]، نظرا لتغيّر الوقائع المرتبطة بها حسب كل نزاع من جهة، ونظرا لتنوع الآثار التي يمكن أن تترتب عنها، فلا يمكن فهم هذه النظرية فهما صحيحا إلّا من خلال الوقائع التي تتحكم فيها[2].

أولا: تعريف المشرع الجزائري لنظرية الظروف الطارئة

اعترف المشرع الجزائري بنظرية الظروف الطارئة في المادة 107 فقرة 3 من القانون المدني الجزائري، والتي تنص على ما يلي: "... غير أنه إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها وترتبت على حدوثها أن تنفيذ الالتزام التعاقدي، وإن لم يصبح مستحيلا، صار مرهقا للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة، جاز للقاضي تبعا للظروف وبعد

[1] إن عبارة "ظروف طارئة"، لغة، تتكون من مصطلحين:

مصطلح "ظروف"، وهي جمع ظرف، تعني "البراءة وذكاء القلب"، وظرف الشيء معناه "وعاءه".

ومصطلح "طارئة"، جمعه طوارئ، ويقصد به "حادث مفاجئ"، "حادث نزل فجأة" ;

https://www.almaany.com/ar/dict/ar-ar/%D8%B8%D8%B1%D9%88%D9%81-%D8%B7%D8%A7%D8%B1%D8%A6%D8%A9/

وبالتالي عبارة "ظروف طارئة" لغة، هي الحال الغريب عن المألوف الذي يجب معالجته في أقرب وقت ; بلحاج نصيرة، تغير الظروف وأثره في عقود التجارة الدولية، دكتوراه في الحقوق، تخصص قانون الأعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية سعيد حمدين، جامعة الجزائر 1 يوسف بن خدة، الجزائر، 2018_2019، ص 125.

[2] محمد الكشبور، المرجع السابق، ص 104

مراعاة لمصلحة الطرفين أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول، ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك"[1].

من خلال هذه المادة، هناك من اعتبر أن المشرع الجزائري وضع النص في غير محله، فكان يُفترض منه أن ينص على هذه النظرية مباشرة بعد المادة 106، التي تتعلق بمبدأ القوة الملزمة للعقد، ويضيف لها الفقرة 2 كاستثناء للمبدأ. على غرار التشريع المدني المصري الذي نص على العقد شريعة المتعاقدين باعتباره القلب النابض لمبدأ القوة الملزمة للعقد في المادة 147 فقرة 1، لينص مباشرة في الفقرة 2 من نفس المادة على نظرية الظروف الطارئة كاستثناء للمبدأ[2].

كما تجدر الإشارة إلى أن المشرع الجزائري من خلال هذا النص، لم يعرّف الظروف الطارئة، بل حدّد الشروط والصفات الواجب توافرها في هذه النظرية، وبيّن الآثار القانونية المترتبة عنها فقط، ممّا يستلزم الأمر اللجوء إلى الفقه من أجل وضع تعريف قانوني للنظرية وتحديد معالمها الأساسية (ثانيا).

ثانيا: تعريف نظرية الظروف الطارئة فقها

اختلفت التعاريف الفقهية حول نظرية الظروف الطارئة، محاولين تقريب مفهومها، ومن أهمها:

عرّفها الفقه الفرنسي بأنها: "الأحداث التي تطرأ أثناء تنفيذ العقد، وهو عادة متتابع التنفيذ، بحيث يصبح بالنسبة للمدين أكثر إرهاقا ممّا توقعه عند التعاقد بفعل تلك الظروف"[3]. كما

[1] وقد نصت تشريعات عديدة مقارنة على هذا الالتزام المرهق، منها القانون المدني المصري في مادته 147 فقرة 2، والسوري في المادة 148، والليبي في مادته 147، والعراقي في مادته 146، والكويتي المادة 146 ; محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، النظرية العامة للالتزامات، مصادر الالتزام، العقد والإرادة المنفردة المرجع السابق، ص 304.

[2] علاق عبد القادر، المرجع السابق، ص 85.

[3] تعريف الفقيهين COLIN (.A) و CAPITANT (.H)

عرّفها الفقيه JOSSERAND (L.) بأنها: "تلك الأحداث التي تعترف للقاضي بحق الاخذ بعين الاعتبار، أثناء العمل بالاتفاقات التعاقدية في الظرف أو الحدث غير المتوقع أو غير المنتظر الذي قد يحصل أثناء الاتفاق، ويكون من نتيجة هذه الظروف الخارجية وغير العقدية أن تُخل بالتوازن العقدي، ويكون بالتالي من حق المدين أن يفرض على المتعاقد الآخر إمّا فسخ العقد، وإمّا إعادة النظر به بإعادته إلى سابق توازنه"[1].

في حين عرّفها الأستاذ عبد الرزاق أحمد السنهوري، بأنها: "كل حادث عام لاحق على تكوين العقد، وغير متوقع الحصول أثناء التعاقد، ينتج عنه اختلال في المنافع المتولدة عن عقد يتراخى تنفيذه في أجل أو آجال، بحيث يصبح تنفيذ المدين لالتزامه كما أوجبه العقد يرهقه إرهاقا شديدا ويهدده بخسارة فادحة تخرج عن الحد المألوف"[2].

تُعرف نظرية الظروف الطارئة أيضا بأنها: "الحوادث التي تحدث فجأة أو الحوادث الاستثنائية العامة غير المتوقعة والتي يترتب عن حدوثها صعوبة في تنفيذ الالتزام التعاقدي"[3]. وهي عبارة عن: "ظروف وأحداث لم تكن متوقعة أثناء تنفيذ العقد، أدّت إلى قلب اقتصاديات هذا العقد، إذا كان من شأن هذه الظروف أن تجعل تنفيذ العقد أكثر عبئا وأكثر كلفة ممّا قدراها المتعاقدان بالتقدير المعقول. وإذا كانت الخسارة ناشئة عن ذلك تجاوز الخسارة العادية التي يتحملها أي متعاقد إلى خسارة فادحة استثنائية وغير عادية"[4].

---

[1] تعريف مقتبس من: يوسف كبيطي، حماية المتعاقد من خلال نظرية الظروف الطارئة "التقاعس عن الوفاء بالالتزامات التعاقدية بسبب وباء كورونا نموذجا"، مجلة منازعات الاعمال، العدد 54، 2020، ص 05 ; https://platform.almanhal.com/Files/2/230519 يوم 14 أكتوبر 2024، الساعة 10:47

[2] عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، المرجع السابق، ص 705.

[3] عبد الرحمان أسامة، نظرية الظروف الطارئة بين النظرية والتطبيق، دبلوم الدراسات العليا في القانون الخاص، الرباط، 1983، ص 13.

[4] سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية (دراسة مقارنة)، ط 04، مطبعة جامعة عين الشمس، مصر، 1984، ص 607.

كذلك، يُقصد بها "الحالة العامة أو الواقعة المادية غير المألوفة وغير الطبيعية التي لم تكن في حسبان المتعاقدين وقت التعاقد، والتي لم يكن في وسعهما توقع حدوثها، ويترتب عنها ان يكون الالتزام التعاقدي مرهقا للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة إن لم يصبح مستحيلا"[1]. فهي "تتمثل في تواجد المتعاقد المدين في ظروف اقتصادية غالبا، جدّ صعبة، تجعل تنفيذ الالتزام التعاقدي من طرفه لا يتم إلّا مقابل خسارة جدّ فادحة، لا يمكن رفعها إلّا بمراجعة هذا الالتزام من طرف القضاء"[2].

أيضا، هي: "الحادث غير المألوف الذي لم يكن في حسبان المتعاقدين يوم إبرام العقد ولم يكن بوسعهما توقعه، ويترتب عنه أن يصبح الالتزام التعاقدي مرهقا للمدين، يهدده بخسارة فادحة دون بلوغه حد استحالة التنفيذ"[3]. معنى هذا أنها: "الحوادث غير المنتظرة التي لم تنشأ عن فعل المدين أو خطإه"[4]. فيجب أن تكون الواقعة شاذة، غير مألوفة، فلا يعوّل عليها الرجل العادي ولا يدخل في حساباته[5].

يُستخلص ممّا سبق أن، نظرية الظروف الطارئة تعالج الظروف والأحداث التي قد تظهر أثناء تنفيذ العقد عامة وعقد النقل البحري خاصة، بعد اختلال توازنه، ممّا يجعل هذا العقد مرهقا لمتعاقد على حساب المتعاقد الآخر، فتسمح بتدخل طرف أجنبي عن العقد وهو القاضي، لتتيح له استعمال سلطته التقديرية من أجل رد هذا الالتزام المرهق إلى حدّه المعقول، وبالتالي إعادة التوازن العقدي للطرفين معًا.

---

[1] محمد عبد الرحيم عنبر، الوجيز في نظرية الظروف الطارئة، مكتبة زهران، الكويت، 1987، ص 19.

[2] محمد الكشبور، المرجع السابق، ص 105.

[3] بلحاج نصيرة، المرجع السابق، ص 135.

[4] عبد الرحمان هزرشي، أثر العذر والجوائح على الالتزامات العقدية في الفقه الإسلامي مقارنة بنظرية الظروف الطارئة في القانون المدني الجزائري، ماجستير، كلية العلوم الإسلامية، جامعة الجزائر، 2005_2006، ص 16.

[5] بلحاج نصيرة، المرجع السابق، ص 140

الفرع الثاني: شروط تطبيق نظرية الظروف الطارئة

من خلال التعاريف المختلفة، يُستنتج أنه من أجل تطبيق نظرية الظروف الطارئة، يجب توافر عناصر أساسية وضرورية، منها ما تتعلق بالحادث في حد ذاته (أولا)، وشروط تتصل مباشرة بالشخص المدين الذي أصابه الإرهاق (ثانيا)، وأخرى من حيث الآثار القانوني لنظرية الظروف الطارئة وهو شرط الإرهاق (ثالثا)، ممّا يطرح مسألة تمييز نظرية الظروف الطارئة عن نظرية الخسائر البحرية المشتركة (رابعا). وسيتم دراسة هذه الشروط وتكييفها بما يتماشى وعقود النقل البحري.

أولا: الشروط المتعلقة بالحادث

تتمثل هذه الشروط في أن يكون استثنائيا (أ)، عاما (ب)، ومستمرا في التنفيذ (ج).

أ_ أن يكون الظرف الطارئ حادثا استثنائيا

عرّف الفقه الواقعة الاستثنائية ب: "الحادث الذي لا يندرج في عداد الحوادث التي تتعاقب، وتقع وفقا لنظام معلوم"[1]. فلا يضع الأطراف عادة في معاملتهم احتمال حدوثه من حيث المكان والزمان.

ومعناه أنه، حادث نادر ما يقع، وهو خارج عن المألوف، أي يحدث دائما عن طريق الصدفة ولا يكون في هذا كلّه يد للمتعاقدين، ولا يمكن أن يتوقعه أحد الأطراف عند ابرام العقد كالحرب والكوارث الطبيعية والأزمات الاقتصادية[2]. زيادة على هذا كله، يجعل مواصلة تنفيذ العقد مرهقا فيُصعّب تطبيقه، دون أن يصل إلى الاستحالة.

---

[1] محمد محي الدين إبراهيم سليم، نظرية الظروف الطارئة بين القانون المدني والفقه الإسلامي، ط 01، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2010، ص 250.

[2] سعيد السيد علي، نظرية الظروف الطارئة في العقود الإدارية والشريعة الإسلامية، دراسة مقارنة، دفتر الكتاب الحديث، الإسكندرية، مصر، 2007، ص103 و105.

يضيف الفقه، أنه قد يوجد عمليا ظرف طارئ غير استثنائي، لكن آثاره الناتجة عنه استثنائية، وفي هذا الصدد تكون الاستثنائية ملحقة بالظرف نفسه أو بآثاره[1]. وبه يخرج العقد عن قوته الملزمة حيث تتغير الظروف الاقتصادية التي أبرم العقد في ظلها ويتدخل القاضي لتعديل العقد وإعادة توازنه الذي اختل بوجود الظرف الطارئ.

فالحادث الاستثنائي هو ممّا لا يتفق مع السير الطبيعي للأمور وهو نادر الوقوع بعيدا عما هو معتاد في المعاملات كالزلازل والفيضانات والأوبئة والصواعق وارتفاع الأسعار أو انخفاضها للسلع والخدمات وفرض تسعيرة جديدة أو الغائها بعد التعاقد أو الحرب أو اضراب مفاجئ[2].

يذهب التشريع والفقه المدني إلى أنه لا يشترط أن يكون الحادث الاستثنائي راجعا إلى فعل الطبيعة وحدها، وكذلك يجب أن يلحق هذا الوصف الاستثنائي الحادث في حد ذاته، ولا يقتصر على الأثر المترتب على الحادث حتى تتحقق الغاية منه[3].

ويعد الزلازل[1] والحروب والعواصف والأوبئة، وصدور قوانين جديدة بتسعير سلعة معينة ومنع التعامل في سلعة أخرى وارتفاع باهض في الأسعار أو نزول فاحش فيها من بين الأحداث الاستثنائية المعروفة في الممارسات البحرية المختلفة.

---

[1] بوعيس يوسف، نظرية الظروف الطارئة في عقود التجارة الدولية، دكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة سعيدة الدكتور مولاي الطاهر، الجزائر، 2020_2021، ص 36

[2] علي فيلالي، الالتزامات، النظرية العامة للعقد، المرجع السابق، ص 300 ; فاضل خديجة، المرجع السابق، ص 78 ; محمد بوكماش، سلطة القاضي في تعديل العقد في القانون المدني الجزائري والفقه الإسلامي، دكتوراه في العلوم الإسلامية، تخصص شريعة وقانون، كلية العلوم الإنسانية والاجتماعية والعلوم الإسلامية، جامعة الحاج لخضر باتنة، الجزائر، 2011_2012، ص 248.

[3] علي فيلالي، الالتزامات، النظرية العامة للعقد، المرجع السابق، ص 300 ; رشوان حسن رشوان، المرجع السابق، ص 454.

ويضاف إلى هذا، الأضرار الطبيعية الأخرى كالأعاصير والعواصف البحرية والتلوث البيئي الناتج عن تسريبات نفطية، والتي تعرقل عمليات النقل البحري وتؤدي إلى عقوبات مالية كبيرة. فعقد النقل البحري هو المجال الخصب لتطبيق شرط استثنائية الحادث، كون أن طبيعته تجعله عرضة للمخاطر الاستثنائية غير المتوقعة.

ب_ أن يكون الظرف عاما

العمومية معناها أن يكون الحادث يشمل طائفة من الناس، الناقلين للبضائع بحرا مثلا، وبمفهوم المخالفة، ليس خاصا بالمتعاقد المدين فقط كإفلاسه أو مرضه أو احتراق متجره وبضاعته معا، حتى وإن أدّت هذه الوقائع إلى جعل المدين لا يستطيع تنفيذ التزاماته نظرا لهذه الأزمات الخاصة به[2].

في هذا الصدد، يُوسع الفقه في مفهوم العمومية، فيرى أنه ينبغي أن تكون العمومية شاملة تمس كافة الناس كفيضان أو انتشار وباء أو وجود إضراب في موانئ بحرية، مع العلم أن العمومية لا تعني أن يمس الحادث فيها كل الوطن بكامله[3] بل أن يشمل ولاية من ولايات الوطن أو إقليم أو مهنة معينة كالأشخاص الناقلين البحريين مثلا أو منتجي سلعة بذاتها.

فلا يؤخذ بالظروف الخاصة بالمدين، كإفلاسه أو مرضه أو وفاة أحد أقاربه، فهذا لا يكفي لتطبيق نظرية الظروف الطارئة.

---

[1] يلاحظ أن الزلزال إذا وقع في مناطق لا تتعرض عادة لزلازل يعد حادثا استثنائيا، أمّا إذا ضرب في مناطق اعتادت التعرض له، فلا تعتبر الواقعة حادثا طارئا; محمد حسين منصور، العقود الدولية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، مصر، 2009، ص 197.

[2] سعيد السيد علي، نظرية الظروف الطارئة في العقود الإدارية والشريعة الإسلامية، المرجع السابق، ص 104.

[3] شارف بن يحي، نظرية الظروف الطارئة في القانون المدني الجزائري والفقه الإسلامي (دراسة مقارنة)، ماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة وهران، الجزائر، 2009_2010، ص 96.

اختلف الفقه في هذه النقطة، فمنهم من يرى أن المدين الذي قد تصيبه بعض الثغرات دون سواه يتحمل لوحده آثارها ونتائجها ولا مجال لإعمال نظرية الظروف الطارئة، فالتغيرات العامة سهلة التأكد منها عكس التغيرات الخاصة بالمدين، والتي قد تبنى على فكرة الغش من جانب المدين وادعائه ما هو مخالف للواقع[1].

أما الجانب الثاني من الفقه، فيرى عكس ذلك، معتبرًا أن الغاية التي شرعت من أجلها نظرية الظروف الطارئة هو تحقيق مبدأ العدالة الذي يهدف إلى رفع الإرهاق عن المدين المرهق، والأخذ بالحادث بمفهوم العموم قد لا يحقق العدالة في عقود كثيرة يكون فيها الحادث عاما فقط[2].

فالمنطق لا يقبل أن يقاس الأثر الجزئي بمعيار ومقياس الأثر الكلي، والعدالة تقتضي أن يقدر أثر الظرف بقدره سواء أصاب فردا أو مجموعة من أفراد في إقليم أو عدة أقاليم[3].

فلا داعي ولا مبررا لاشتراط صفة العمومية في الحادث الطارئ خاصة وأنه يجعل تنفيذ الالتزام مرهقا فقط[4].

---

[1] محمد عبد الرحيم عنبر، المرجع السابق، ص 48 ; مهدي عادل محسن الماجدي، تحليل تأثير الظروف الاستثنائية على أداء تنفيذ الالتزامات الواردة في عقود النقل، مجلة كلية الإسراء الجامعة للعلوم الاجتماعية والإنسانية، المجلد 05، العدد 10، بغداد، العراق، 2023، ص 347.

[2] شارف بن يحي، المرجع السابق، ص 97.

[3] محمد بوكماش، المرجع السابق، ص 249 ; يوسف بوشاشي، نظرية الظروف الطارئة بين استقرار المعاملات واحترام التوقعات، حوليات جامعة الجزائر، العدد 31، الجزء 01، الجزائر، 2017، ص 121.

[4] محمد محي الدين إبراهيم سليم، نظرية الظروف الطارئة بين القانون المدني والفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص 247 ; رشوان حسن رشوان، المرجع السابق، ص 464 ; علي فيلالي، الالتزامات، النظرية العامة للعقد، المرجع السابق، ص 302 ; بولحية جميلة، نظرية الظروف الطارئة في القانون المدني الجزائري دراسة مقارنة، ماجستير، تخصص العقود والمسؤولية، معهد الحقوق والعلوم الإدارية، جامعة الجزائر، 1983، ص 118.

بخصوص المشرع الجزائري، فقد نص في المادة 107 فقرة 3 من القانون المدني على أنه "... غير أنه إذا طرأت حوادث استثنائية **عامة** لم يكن في الوسع توقعها..."، وهنا ذكر المشرع صراحة شرط وجوب حوادث استثنائية عامة تلحق بالظروف الطارئة.

ج_ وجود عقد مستمر في الزمان من حيث التنفيذ

بحيث يوجد فاصل زمني بين انعقاد وتمام تنفيذه. فالعقد المستمر يختلف عن العقد الفوري الذي لا يتطلب تنفيذه مدّة زمنية كشراء كتاب يتم بدفع ثمنه وأخذه.

معنى هذا، أن وجود الحادث الطارئ يجعل تنفيذ العقد مرهقا، وهذا ما يأخذ به المنطق والفقه[1] والقضاء الذي رفض فكرة وجود الحادث الطارئ قبل إبرام العقد، فلا مجال في هذه الحالة بالأخذ بمحتوى نظرية الظروف الطارئة مهما كانت الأسباب[2]. الأهم أن يكون قد طرأ في الفترة الواقعة بين انعقاد العقد وتمام تنفيذه ظروفا تغير من حسن سيره من حيث الالتزامات الملقاة على أحد الطرفين.

في هذا الصدد، قضت محكمة النقض المصرية[3] بأنه:" يبين من نص الفقرة 3 من المادة 147 من القانون المدني المصري أن المشرع في اطلاقه التعبير بالالتزام التعاقدي لم يخصص نوعا من الالتزام التعاقد بعينه بل أورد النص بصيغة عامة تتسع لتطبيق نظرية الظروف الطارئة على جميع العقود التي يفصل بين إبرامها وتنفيذها فترة من الزمن يطرأ من

---

[1] (A.) LAUBADERE, (F.) MODERNE, (P.) DEVOLVE, Traité de contrats administrative, LGDJ, 1984, P. 494;

عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، المرجع السابق، ص 642.

[2] سعدون يسين، اثر الظروف الاقتصادية على العقد، دكتوراه، تخصص القانون الخاص الداخلي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري تيزي وزو، الجزائر، 2017_2018، ص 281.

[3] نقض مدني مصري، طعن رقم 248، لسنة 30 ق، جلسة 18_2_1965، مجموعة المكتب الفني، ص 191 ; قرار أشارت إليه: منى أبو بكر الصديق محمد حسان، الاتجاهات القانونية الحديثة لنظرية الظروف الطارئة، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، المجلد 62، العدد 01، جامعة عين الشمس، 2020، ص 17.

خلالها حادث استثنائي عام غير متوقع يؤدي إلى جعل تنفيذ الالتزام مرهقا للمدين بما يجاوز حدود السعة.

ومن ثم فإن هذه النظرية تنطبق على عقود مدة ذات التنفيذ المستمر أو الدوري، كما تنطبق على العقود الفورية التي يتفق فيها على أجل لاحق لتنفيذ بعض التزامات العاقدين، وذلك لتحقق حكمة التشريع في الحالتين وهي اصلاح ما اختل من التوازن الاقتصادي للعقد في الفترة ما بين ابرامه وتنفيذه نتيجة للظروف الاستثنائية التي طرأت خلال هذه الفترة وذلك برفع العنت عن المدين تمكينا له من تنفيذ التزامه دون إرهاق كبير، وهذا الاختلال كما قد يحدث في الالتزامات التي تنفذ بصفة دورية أو مستمرة فإنه يحدث أيضا في الالتزامات المؤجلة التنفيذ".

كما قضت وفي قضية ثانية[1] أنه:" في حالة أعمال حكم الفقرة 2 من المادة147 من القانون المدني المصري على عقود البيع التي يكون فيها الثمن مقسطا، يجب على القاضي ألا يعمل لجزاء المنصوص عليه في هذه الفقرة إلا بالنسبة للقسط أو الأقساط التي يثبت له أن أداء المشتري لها قد أصبح بسبب ووع الطارئ غير المتوقع مرهقا له بحيث يهدده بخسارة فادحة، أما باقي الأقساط المستقبلة فإن القاضي لا يعمل في شأنها هذا الجزاء إذا تبين أن هناك احتمالا لزوال أثر هذا الطارئ عند استحقاقها ويكون شأن الأقساط في ذلك شأن الأداءات في عقود المدة من حيث التأثر بالظروف الطارئة، كما أنه لا يجوز إعمال حكم الظروف الطارئة على الأقساط التي تكون قد حلت قبل وقوع الحادث الطارئ وقصر المدين في الوفاء بها حتى وقع الحادث، ذلك أنه يشترط لتطبيق النظرية ألا يكون تراخي تنفيذ الالتزام إلى ما بعد وقوع الظرف الطارئ راجعا إلى خطأ المدين".

اعتمادا على ذات المبدأ، لا يشترط في تطبيق المادة 107 فقرة 3 من القانون المدني الجزائري أن تكون الالتزامات المتبادلة متراخية التنفيذ على وجه التقابل إلى ما بعد الحادث

[1] نقض مدني مصري، الطعن رقم 368، اسنة 29 ق، جلسة 26_3_1964، مجموعة المكتب الفني، ص 409 ; قرار أشارت إليه لدى: منى أبو بكر الصديق محمد حسان، المرجع السابق، ص 17.

الطارئ، بل يكفي وجود التزام على أحد المتعاقدين متراخي التنفيذ إلى ما بعد الحادث الطارئ ثم صار مرهقا للمدين، دون ما اعتبار يكون الالتزام المقابل قد تم تنفيذه أركان متراخيا كذلك.

ومن أهم تطبيقات نظرية الظروف الطارئة، عقود النقل البحري وما يُلحق بها من عقود الشحن والتأمين، فمتى ما توافرت هذه الشروط، وجب تطبيق محتوى النظرية هذه.

بالإضافة إلى الشروط المتصلة بالظرف الطارئ، هناك شروط متعلقة بالشخص المدين المتعاقد نفسه (ثانيا).

ثانيا: الشروط المتعلقة بالمدين

تتمثل هذه الشروط في عدم التوقع (أ)، عدم إمكانية دفع الحادث (ب)، واستقلالية الحادث عن إرادة المدين (ج).

أ_ أن يكون الظرف الطارئ حادث غير متوقع

وهو عنصر مهم تأخذ به النظم القانونية المعترفة بالظرف الطارئ، ويعتبر هذا الشرط مهما لتطبيق النظرية.

ومعناه، أن ظروف وملابسات العقد لا تتسّم بالثبات، وإنما هي متغيرة، فعندما يتعاقد الأطراف لمدّة طويلة، يصير مستحيلا التنبؤ لكل ما قد يصيب العقد من أحداث خارجية[1]، ممّا تؤثر هذه التغيرات على التوازن بين العلاقات التعاقدية، فمثلا قد يحدث مشاكل في ميناء الوصول أو اكتشاف مناطق غير آمنة على مسار الرحلة بعد إبرام عقد النقل البحري، ممّا يؤدي هذا بالناقل مثلا إلى إرهاق في تنفيذ التزامه بالنقل.

[1] « Quand on s'engage durablement, il est difficile de tout prévoir. Certains éléments économiques, non envisagés au départ, peuvent bouleverser l'obligation de l'un ou de l'autre » ; Bulletin des transports et de la logistique (B.T.L), n° 3326, 12 JUILLET 2012.

الكلّ هو فيما يفصل بين الحادث الطارئ المتوقع[1] أو غير المتوقع. وعلى المتعاقد أن يضمن نفسه ضد كل ظروف قد تفوق قدراته، وأن يأخذ بعين الاعتبار أن عدم التوقع لا يُقدر بذاته وإنما بعلاقته بالملابسات الأخرى المعاصرة للعقد[2]. فإذا كان الحادث متوقعا، عند إبرام العقد، فلا يؤخذ به لتطبيق نظرية الظروف الطارئة[3].

نص المشرع الجزائري في مادته 107 فقرة 3 على شرط عدم التوقع: "...غير أنه إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن **في الوسع توقعها...**".

ويضاف إلى هذا ما خصّه قانون التجارة الدولية في الشرط النموذجي الثاني الذي أعدّته غرفة التجارة الدولية... للظروف الطارئة عام 1985، فينص في بنده الأول على أنه: "في حالة وقوع **أحداث غير متوقعة** من الأطراف...".

في حين يُلاحظ أن اتفاقيات النقل البحري المختلفة، وكذا اتفاقية فيينا للبيع الدولي للبضائع لسنة 1980، جاءت خالية من أي نظرية خاصة بالظروف الطارئة.

ومن هنا، يرى الفقهاء أن تحديد مسألة وقوع الظرف الطارئ في العقد يستقل بها قاضي الموضوع دون رقابة من المحكمة العليا[4].

---

[1] يُعرف التوقع بأنه: "الظن السائغ المقبول المؤيد بمعطيات الواقع لاحتمال وقوع أو عدم وقوع حادث معيّن في المستقبل يجعل تنفيذ الالتزام مرهقا" ; محمد محي الدين إبراهيم سليم، التسلط الاقتصادي وأثره على التوازن العقدي، ط 01، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر، 2007، ص 268.

[2] بلحاج نصيرة، المرجع السابق، ص 145

[3] عبد المنعم فرج الصده، نظرية العقود في قوانين البلاد العربية، دار النهضة العربية، لبنان، 1947، ص 484.

[4] عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، المرجع السابق، ص 873 ; سليمان الطماوي، المرجع السابق، ص 673 ; عبد الحكم فوده، أثر الظروف الطارئة والقوة القاهرة على الأعمال القانونية، ط 01، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 1999، ص 50.

في مسألة شرط عدم التوقع، اختلف فقهاء القانون في معنى الحادث الطارئ، فمنهم من يعتمد في تحديد هذا الشرط على **المعيار الشخصي** القائم على مدى إمكانية توقع الظرف من عدمه إلى شخص المدين ذاته، معتمدين في هذا على درجة ذكاءه وثقافته[1].

بينما يفضل فريق آخر، الأخذ **بالمعيار الموضوعي** المبني على معيار الرجل المعتاد، ليس أكثرهم حرصا أو ذكاءً، وليس أكثرهم إهمالاً في التنبؤ في حصول الحادث من عدمه لو وُجد الشخص هذا في نفس ظروف المدين ووقت التعاقد[2].

يلاحظ أن المعيار الموضوعي هو الأرجح لدى الفقهاء، رغم وجود معيار راجح[3]، وسطي يجمع بين النظريتين، ويُعرف بنظرية "المتعاقد النظير"، أي تحديد الظرف بالنظر إلى ما يأخذه شخصا آخر في نفس هذا المتعاقد من جهة، ونفس ظروفه أثناء تنفيذه للعقد من جهة أخرى. ويأخذ هذا الرأي أيضا بالمهنة[4]، ومعنى هذا أن يتم تقدير عدم توقع الناقل البحري بالحدث بناقلين آخرين لهم نفس الظروف[5].

من جانب آخر، يؤكد الفقه إلى ضرورة استبعاد عدم توقع الظرف الطارئ على العقود الاحتمالية لأن هذا النوع من العقود يتضمن معنى المضاربة مما يقبل احتمال الخسارة الجسمية أو الربح الكلّي[6]، ومن ثم تظل هذه النتيجة متوقعة لكون العقد بحكم طبيعته احتماليا[1]، وقد قضت

---

[1] عامر حسين، القوة الملزمة للعقد، مطبعة القاهرة، مصر، 1994، ص 85.

[2] محمد حسين منصور، النظرية العامة للالتزامات، مصادر الالتزام، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2002، ص 197.

[3] (G.) KHAIRALLAH, Le raisonnable en Droit privé Français–Développement récent, RTD, Civ., 1984, P. 43.

[4] يلاحظ أن التقدم التقني ساهم بشكل كبير في إمكانية التنبؤ بوقوع مثل هاته الظروف الطارئة كالأحوال الجوية ومدى وقوع الزلازل (والرجوع إلى تقنيات القانون البحري) ; محمد بوكماش ، المرجع السابق، ص 250 ; يوسف بوشاشي، المرجع السابق، ص 120.

[5] خلادي إيمان، بسعيد مراد، مدى اعتبار جائحة كوفيد 19 قوة قاهرة لإبراء الناقل البحري من المسؤولية، حوليات جامعة الجزائر، المجلد 34، عدد خاص: القانون وجائحة كوفيد 19، ص 284.

[6] (M.) EL–GAMMAL, L'adaptation du contrat aux circanstances èconomique : ètude comparèe de Droit civil francais et de droit civil de la rèpublique arabe unie, Thèse paris,

محكمة النقض المصرية على أن:" هذه النظرية لا تتطبق على عقود الغرر إذ أنها تعرّض بطبيعتها العاقدين لاحتمال كسب كبير أو خسارة فادحة"[2].

ب_ عدم القدرة على دفع الحادث

معنى هذا هو أنه يجب أن يكون الحادث لا يمكن تفاديه أو دفعه أو تحاشيه من طرف المدين، وهذا الشرط متصل اتصالا مباشرا مع عدم التوقع، ويعتبر هذا الوصف بديهيا ومنطقيا، فهو مبدأ عام حيث يجب على المدين تنفيذ التزاماته كاملة، ويُبذل كل ما في وسعه لتنفيذ ما التزم به بالتغلب على المصاعب التي قد تواجهه أثناء تنفيذه. إن الأمر هذا متصل بمبدأ حسن النية التي يقتضي أن يقوم بالتزامه بكلّ أمانة ونزاهة[3].

إن معيار تقدير دفع الحادث هو معيار موضوعي وليس ذاتي، يستقل بتقديره قاضي الموضوع. بحيث لا يتمكن المدين دفع هذا الظرف الطارئ والأخذ بالمعيار الموضوعي وليس الذاتي الشخصي، ويكون لقاضي الموضوع سلطة في تقدير ما إذا كان المدين قد قام بما تتطلبه الحالة من إجراءات لدفع الظرف الطارئ لجعل استمرار تنفيذ العقد.[4]

فقد يطلب مثلا من المدين الناقل لنقل بضاعة عبر النهر، لكن مع وقوع فيضانات، صعبت المهمة عليه، فإذا كانت له إمكانية نقل البضاعة عن طريق وسيلة نقل أخرى كالسكك الحديدية

=LGDJ, 1967, P.85: « On n'a pas tardé à trouve dans les contrats aléatoires des bouleversement susceptible d'un contrôle de leur économie, comme c'est le cas dans les rentes et les assurances. Ce n'est que pour des contrats comme le jeu et le pari que le contrôle doit être exclu ».

[1] علي فيلالي، الالتزامات، النظرية العامة للعقد، المرجع السابق، ص 62.

[2] نقض مدني مصري، الطعن رقم 263 لسنة 26، جلسة 3_1_1963، مجموعة المكتب الفني، ص 37 ; قرار أشارت إليه لدى: منى أبو بكر الصديق محمد حسان، المرجع السابق، ص 22.

[3] إحالة إلى مبدأ حسن النية، الفرع الاول من المطلب الاول من المبحث الثاني من الفصل الثاني من الباب الثاني، ص 366.

[4] محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص385.

مثلا، فلا يعتبر هذا ظرف طارئ يرهق كاهل المدين، اللهم إلاّ إذا اشترط في عقد النقل أن يكون النقل عبر النهر فقط.

ج_ استقلال الحادث عن إرادة المدين (انعدام الإرادة)

ويعني خروج الحادث عن إرادة المتعاقدين، ولا يتسبب المدين (الناقل البحري أو الشاحن) في إعاقة تنفيذ التزاماته إيجابا أو سلبا، والتذرع بنظرية الظروف الطارئة. فلا يؤخذ بنظرية الظروف الطارئة إذا كان أحد المتعاقدين هو السبب في حدوث الظرف الطارئ، إما بطريقة عمدية أو بإهمال أو بتقصير، فيجب ألا يتكون لإرادة الأطراف دخلا في جعل الظرف الطارئ مرهقا[1].

هذا الأمر بديهي ومنطقي في نفس الوقت، يجمع بين الظرف الطارئ وما يحدثه في إرهاق للمدين في تنفيذ التزاماته[2].

ثالثا: الشروط المتعلقة بالآثار القانونية للنظرية (شرط الإرهاق L'onérosité)

يعتبر شرط الإرهاق جوهر النظرية، ويؤدي إلى اختلال التوازن الاقتصادي للعقد، فيُهدد المدين بخسائر فادحة perte exorbitante. حقيقة، إن الظرف المرهق هو الذي يهدد المدين بخسائر، ويُرجع في تقديره للمعيار الموضوعي وليس للمعيار الشخصي أو الذاتي بالنسبة إلى الشخص المدين.

عرف المشرع الجزائري الإرهاق في الفقرة الثالثة من المادة 107 من القانون المدني الجزائري، " ... صار **مرهقا للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة**"، وأظهر أن الظرف الطارئ الذي يؤدي إلى صعوبة تحمل المدين الالتزام وإصابته ماليا بخسارة فادحة تخرج عن الحد المألوف في المعاملات أو أجبر على تنفيذ هذا الالتزام التعاقدي المرهق.

---

[1] بوعيس يوسف، المرجع السابق، ص 39

[2] بلحاج نصيرة، المرجع السابق، ص 148.

فالقاضي يرجع عند أداء مهامه إلى الالتزام في حد ذاته إذا كان مرهقا، دون الأخذ بالظروف الخاصة بالمدين، فيقوم اعتمادا على معيار الشخص العادي، أولا بالبحث عن شرط الإرهاق قبل الشروط الأخرى.

من هنا، يكون شرط الإرهاق وثيق الصلة بالعقد، عكس الشروط الأخرى التي تخرج عن نطاق العقد[1]. ويكون تقدير الخسارة الفادحة متصلا اتصالا وثيقا بالصفقة محل التعاقد، ولا تعتبر فادحة بالنسبة للمدين العادي في مثل المدين المعني بالخسائر من حيث ظروفه الشخصية وقدرته الاقتصادية[2].

وبالتالي، فإن المادة 107 فقرة 3 من القانون المدني الجزائري تواجه الحالات التي يصير فيها تنفيذ العقد مرهقا دون أن يبلغ درجة الاستحالة.

وعليه، يعتبر شرط الإرهاق من أهم الشروط الذي يجب توفرها لتطبيق أحكام نظرية الظروف الطارئة، فالحادث الطارئ غير المتوقع لا يعتد به بقدر ما يعتد بشرط الإرهاق، إلاّ إذا نتج عن هذا الحادث أن أصبح تنفيذ المدين لما التزم به مستحيلا، وليس مرهقا، فمناط الاستحالة هي القوة القاهرة التي تجعل العقد يُفسخ والالتزام ينقضي، حسب المادة 307 من القانون المدني الجزائري التي تنص على أنه: "ينقضي الالتزام إذا أثبت المدين أن الوفاء بما التزم به أصبح مستحيلا عليه لسبب أجنبي عن إرادته".

تبعا لذلك، فإن الظرف الطارئ لا ينقضي فيه الالتزام بل يُرد إلى الحد المعقول، وهكذا تتوزع الخسارة بين الدائن والمدين، فيتحمل المدين شيئا من تبعية الحادث، وهذا ما قضت به المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 24 أكتوبر 1999: "حيث أن قضاة الموضوع لما أقروا زيادة 10% من السعر الإجمالي للسكن وفقا لعقد التخصيص تماشيا مع عدالة العقد وتوازنه، فإنهم تناسوا إمكانية تعديل الشروط المدرجة في العقد طبقا لأحكام المادة 107 الفقرة الثالثة من التقنين المدني الجزائري، إذا ما طرأت ظروف استثنائية ذات طابع عام وغير متوقعة من شأنها

[1] بلحاج نصيرة، المرجع السابق، ص 149.

[2] محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص 115.

أن تجعل التزامات الطاعنة مرهقة، فإنهم يكونون قد أخطأوا في تطبيق المادة 107 من التقنين المدني"[1].

مع ذلك، تثير عبارة "**خسارة فادحة**" تساؤلات، خاصة وأن القانون لم يحدد مقدار هذه الخسارة التي حقيقة تختلف من شخص لأخر وتوجب رعاية مصلحة أطراف العقد، ورد هذا الالتزام إلى الحد المعقول أي إلى الخسارة المألوف بها في التعامل[2].

تجدر الإشارة إلى أنه، إذا نفّذ فعلا المدين التزامه المرهق فلا يجوز له التمسك بتطبيق أحكام نظرية الظروف الطارئة، إلاّ إذا كان تنفيذه لالتزامه قد تم بشكل اضطراري كي يدرأ عن نفسه مسؤولية جسيمة قد تترتب على عدم تنفيذه لالتزاماته، وقد قرن تنفيذه لالتزامه بحقه في تعديل التزاماته التعاقدية، فعندها يكون له هذا الحق حتى بعد حصول التنفيذ[3].

إذا كانت نظرية الظروف الطارئة تتطلب وجود عقد ووجود ظروف اقتصادية قد تغيّرت بسبب حادث يؤدي إلى فقدان التوازن الاقتصادي بين الالتزامات الناشئة في ذمة كل طرف، حيث يُصبح تنفيذ العقد مرهقاً وليس مستحيلا، فإنه يجب البحث عن معيار الإرهاق.

وُجد معيارين في هذا الشأن:

المعيار الأول: هو المعيار الذاتي: ويُقدر الإرهاق فيه على ذروة ثروة المدين، فإذا كان المدين غنياً مثلا فلا يكون تنفيذ الالتزام بالنسبة إليه مرهقا حتى إذا زاد بأضعاف كثيرة عن العوض الذي يتحصل عليها.

[1] قرار صادر عن الغرفة العقارية بالمحكمة العليا بتاريخ 24 أكتوبر 1999، ومنشور بالمجلة القضائية لسنة 1999، العدد 02، ص 95.

[2] سعدون يسين، المرجع السابق، ص 294

[3] يوسف بوشاشي، المرجع السابق، ص 122

المعيار الثاني: فهو المعيار الموضوعي: ويُقدّر الإرهاق هنا بالالتزامات التي رتّبها هذا العقد دون النظر إلى ثروة المتعاقدين، فلا يعتد هنا في تقدير إرهاق المدين إلا بما ورد في العقد من التزامات وحقوق، ويُحقق هذا المعيار العدالة بين أطراف العقد.

كما يرى أغلبية الفقه أن المعيار الذي تقدر به درجة الإرهاق هو المعيار الموضوعي وليس المعيار الشخصي، فلا ينظر الفقه إلى إمكانية المدين شخصيا على تحمل الخسارة الناشئة عن تغير الظروف الاقتصادية ومدى اختلال التوازن الاقتصادي بين التزامات الطرفين ودون النظر إلى أي ظرف يساعد المدين ماليا أو ثروته حتى وإن كان بنكا أو دولة[1]، لأن الحادث الطارئ وإن كان استثنائيا، عاما وغير متوقع الحدوث وليس بالإمكان دفعه أو تحاشيه، يتمثل أساسا في صعوبة تنفيذ الالتزام ويُنقل الأمر من الميدان النظري إلى الميدان التطبيقي[2].

رابعا: الفرق بين الظروف الطارئة ونظرية الخسائر البحرية المشتركة

الحياة مليئة بالأحداث غالبا ما تكون إمّا سارة وإمّا ضارة، فليس كل ما يتمناه المرء يدركه تأتي الرياح بما لا تشتهيه السفن.

وانطلاقا من هنا، يتميز القانون البحري بمصطلح يُعرف **بنظام الخسائر البحرية المشتركة**، ومن أمثلة هذه الحالة تطبيقها في حالة تعرّض السفن إلى أخطار طبيعية في البحر تُهدد السُفن بالغرق، وللمحافظة على سلامة السفينة، تُلقى بعض البضائع في البحر لحفظ سلامة الكّل من الغرق، "وعندئذ يتعين على أصحاب البضاعة الناجية المساهمة في تعويض غيرهم ممّن أُلقيت بعض أو كلّ بضائعهم لإنقاذ البضائع الباقية ونجاة السفينة، وذلك وفقا لأحكام الرمي في البحر"[3].

[1] علي فيلالي، المرجع السابق، ص 400.

[2] بلحاج نصيرة، المرجع السابق، ص 149.

[3] مصطفى كمال طه، القانون البحري، دار الجامعة الجديدة، مصر، 1998، ص 390

يُعرّف الفقه هذه النظرية على أنها: "خسارة تنتج عن حادث بحري، يهدد السفينة وشحنتها، ويتعين لتفادي هذا الحادث التضحية بجانب من الشحنة أو بجزء من السفينة أو بمبلغ من النقود"[1].

ومن هنا، تتفق كل من نظرية الظروف الطارئة ونظرية الخسائر البحرية المشتركة في شروطهما، والمتمثلة في وقوع ظرف غير متوقع استثنائي، ليس من الممكن دفعه، يقع في مرحلة تالية لإبرام العقد ولا دخل لإرادة طرفي العقد في وقوعها، تُرتب خسائر مادية غير عادية.

كما يلاحظ أن كليهما يستبعدان وجود خطأ في جانب أحد أطراف العلاقة العقدية، حيث أن بوجود الخطأ ينتفي تطبيق محتوى النظريتين.

رغم أن كلا من نظرية الخسائر البحرية المشتركة والظروف الطارئة يعالجان تأثير الحوادث غير المتوقعة، إلّا أنه، يختلفان في عدّة نقاط أهمها:

تتميز نظرية الظروف الطارئة عن نظرية الخسائر البحرية المشتركة في مجال تطبيقها، إذ أن نظرية الخسائر البحرية المشتركة لا توجد إلاّ في العقود البحرية الدولية، عكس نظرية الظروف الطارئة التي لها مجال واسع من حيث تطبيقها في كل من العقود المدنية والتجارية وحتى الإدارية.

وبعبارة واحدة، إن نظرية الخسائر البحرية المشتركة أضيق، وهي جزء من نظرية الظروف الطارئة[2].

أمّا الفرق الثاني بين النظريتين، فيتمثل في الإرهاق والخسارة، ففي الظروف الطارئة يكون الإرهاق هو النتيجة المباشرة للحدث الطارئ، فلولا وجود الظرف هذا، لما أُرهق المدين عن تنفيذه للعقد.

أمّا نظرية الخسائر البحرية المشتركة، فإن النقص في قيمة الممتلكات يكون بسبب حادث معيّن. فللخسارة هنا صفة غير مباشرة، منها رمي السلع والبضائع التي يُعد عملا إداريا لتفادي الغرق.

---

[1] محمد عبد الرحيم عنبر، المرجع السابق، ص 153

[2] محمد عبد الرحيم عنبر، المرجع السابق، ص 153

والخسارات هذه تصيب كل أصحاب الحق على البضاعة[1]. وقد تكون نتيجة لعاصفة، وتكون أيضا قبل العاصفة أصلا، فيكفي أن يكون الخطر وشيكا لا ينتظر الربان وقوع الخطر فعلا، ويتخذ ما يراه مناسبا من إجراءات[2].

كذلك، تعالج نظرية الخسائر البحرية المشتركة توزيع التكاليف الناتجة عن التضحية المتعمّدة أو النفقات الاستثنائية التي يتم تحملها لإنقاذ السفينة وجميع عناصر الرحلة من خطر مشترك، وتُوزع الخسارة هنا بين جميع أصحاب الحق في البضاعة دون وجود علاقة تعاقدية تجمعهم، قائمة على أساس مبدأ التضامن البحري.

عكس الوضع في الظروف الطارئة، والتي تتم بين الدائن والمدين، تجمعهما علاقة تعاقدية واحدة بهدف إعادة التوازن العقدي[3]، عن طريق التخفيف من آثار الظرف الطارئ دون إفشال العقد كلّيا.

يلاحظ أنه، مع تقدم العلم والقانون، وظهور شركات التأمين البحري، فلا مجال لوجود علاقة تعاقدية لتطبيق نظرية الخسائر البحرية المشتركة.

الفرع الثالث: جائحة فيروس كورونا COVID 19 أنموذجا لنظرية الظروف الطارئة

قد يتدخل عمليا حادث خارج عن الوضع المعتاد والمألوف الذي كان يسود العلاقات التعاقدية، ويحتاج إلى حلّ سريع، ومن أمثلة مثل هذه الظروف، فيروس كورونا المستجد الذي يعتبر جائحة لم يعرف العالم مثلها، فأصابت النقل البحري برمّته، لما نتج عنه من كارثة صحّية عالمية متعددة الجوانب، تعطّل بها العالم اقتصاديا واجتماعيا وقانونيا. فأصابت العلاقات التعاقدية بشلل جعل تنفيذ بعض الالتزامات العقدية إمّا مستحيلة، وإمّا صعبة التنفيذ.

[1] طارق سيف، الخسارة البحرية المشتركة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2004، ص 3_6

[2] مصطفى كمال طه، القانون البحري، المرجع السابق، ص 369

[3] شارف بن يحي، المرجع السابق، ص 68.

ما زاد من صعوبة هذه الجائحة، الحجر الصحي نتيجة انتشار المرض، وما تبعه من إجراءات صارمة للحد من الإصابات والتي أثّرت سلبا على النقل البحري والتجارة الدولية العالمية.

حاول كلّ من التشريع والقضاء وأخصائيين في جميع المجالات إيجاد وسائل كفيلة لمواجهة هذا الوباء العام الذي لا يعرف حدودا جغرافية أو قارية. فهل يمكن اعتبار جائحة فيروس كورونا نموذجا مثاليا للظرف الطارئ؟

أحدثت الجائحة فوضى عالمية نتج عنها حالات طوارئ صحية وقانونية، حيث أن وجودها أصاب كل المؤسسات الاقتصادية بأزمة غير مسبوقة، فأصبح نتيجة لذلك، تنفيذ الالتزامات العقدية صعبا، منها ارتفاع كبير في سعر المواد الأولية، واستحالة القيام بعمليات توريد كل البضائع، فنقُصت السيولة النقدية ووُقفت الرحلات البحرية بمختلف أنواعها للمسافرين وللبضائع.

عرّف الفقه جائحة كورونا بأنها "وباء غير متوقع، وغير ممكن دفعه، على الأقل في موجته الأولى، وصل إلى مرحلة الجائحة التي اجتاحت العالم أجمع، وكان لها أثر بالغ على كل قطاعات الحياة"[1].

كما عرّف القضاء الفرنسي جائحة كورونا في احدى قراراته الصادرة عن محكمة كولمار COLMAR، بأنها: "تعد من الظروف الاستثنائية، غير المتوقعة التي لا يمكن دفعها أو تلافي آثارها، لأسباب خارجة عن الإرادة..."[2].

[1] صالح أحمد اللهيبي، قراءة قانونية لفيروس كورونا المستجد، مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، السنة الثامنة 8، ملحق خاص، العدد 6، 2020، ص 603.

[2] C.A COLMAR, 23 Mars 2020, n°20/01206 ;
https://www.emmanuelboukris.com/blog-1/coronavirus-et-force-majeure 10Janvier 2025, 10 :34.

إن من آثار الجائحة، إرهاقٌ للأطراف واختلالٌ في الأسعار، وقد يتفق الطرفان على توقف تنفيذ العقد خلال مدّة الجائحة، والحال أن العالم أصبح لا يعرف ما إذا كان هذا الوباء دائما أم مؤقتا.

في هذا الصدد، عرف العالم صدور إعلانات في مواجهة هذه الظروف وساعدت القضاء رغم أنه لا يعدّ ملزما بكل هذه الإعلانات لتقرير حالة الحادث الاستثنائي[1]. مع ذلك، إن الأمر كلّه قائم على حقيقة الظروف المحيطة بكلّ نزاع، ومدى صعوبة تنفيذ الالتزام من قبل المدين[2].

ما يؤكد صحة هذا الموقف هو أن "القرارات الإدارية الصادرة عن الجهات المختصة تعتبر قرائن يمكن للقاضي أن يستأنس بها لتكوين قناعته، فتقدير ما إذا كانت الظروف تشكل قوة قاهرة أم لا هي مسألة واقع يقع أمر تقديره على القاضي الوطني بحسب كلّ حالة وبحسب كلّ الظروف المرافقة له"[3].

فالحادث الذي يجعل الشيء مرهقا، لا يعد قوّة قاهرة وإنما ظرف طارئ، وبالتالي أساس الجائحة هذه ما هي إلّا ظرف طارئ، كونها حادث خارج عن الوضع المعتاد والمألوف، ويحتاج إلى حلّ سريع.

---

[1] من الضروري أن يُنتج كل حدث صحي أو طبيعي قوّة قاهرة ;

Civ. 3é, 24 Mars 1993, n°91-13.541, RTD CIVIL. 1993.595, Obs. P. JOURDAIN.

[2] (A.) MONTAS, L'exécution du contrat de transport maritime de marchandises à l'épreuve de la Covid-19, DMF, n°821, sept.2020, page 722. « Il y'a force majeure en matière contractuelle lorsqu'un événement échappant au contrôle du débiteur, qui ne pouvait être raisonnablement prévue, lors de la conclusion du contrat et dont les effets ne peuvent être évités par des mesure appropriés empêchent l'exécution de son obligation par le débiteur ».

[3] أحمد اشراقية، الوسائل القانونية الخاصة بمواجهة آثار جائحة فيروس كورونا المستجد على العلاقات التعاقدية: دراسة في القانونية الفرنسي واللبناني، مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، العدد 6، ملحق خاص، السنة الثامنة، 2020، ص 737.

في نفس الإطار، ذهبت بعض المحاكم الفرنسية إلى تقرير أن الظرف الطارئ وإن لم يترتب عليه الإعفاء الكامل، فإنه يمكن على الأقل أن يكون سببا للإعفاء الجزئي، وهو في حد ذاته قد يكون سببا للتخفيف من مسؤولية المدعى عليه، ويمكن للمدين أن يحتج في عقود النقل البحري بالظروف الطارئة[1].

فمعروف أن للقضاء دورا هاما في إعطاء لكل ذي حق حقه، وبالتالي تحقيق التوازن العقدي. وفي هذا، قد قرر القضاء الفرنسي[2] أنه ما يُكيّف بالقوة القاهرة ليست جائحة كورونا، بل عدم وجود اللقاح لها، لأن الفيروس ليس بالخطير، فهو موجود، وإنما العدوى هي الخطيرة فيه، وإن وُجد لقاح له فسيؤدي هذا إلى القضاء عليه[3]. فكلّ المشكلة دارت حول التمييز بين جائحة كورونا من جهة وبين إيجاد لقاح لها من جهة أخرى.

إن آثار الجائحة كبيرة، فيها إرهاق للمدين واختلال للأسعار وخسائر فادحة، لكن بزوال الوباء ترجع الأمور لطبيعتها. فالالتزامات في هذا الصدد، هي ليست مستحيلة استحالة مطلقة، والأمر يقدره القاضي. وأحسن مثال هو عقد التأمين الذي أبرمته شركة النقل البحري والجوي والتي رأت عملها شبه متوقف من كلّ جوانبه، فهل تدفع شركة التأمين التعويضات عن عدم النقل مهما بلغت أم تحتج بالجائحة مطلقا؟

---

[1] CA Grenoble, 1ére ch. 5 Mars 2002, Chevalier C/ Rahimi : Juris-Data n° 182638.; CA Douai, 3éme ch., 17 Mars 2002, ET publ. Thermes d'Aix les Bains C/ Bodechon: juris – data n° 186363; Cass. 1ére Civ., 4 Février 2003, Brier C/ Mutuelle complémentaire de la ville de Paris : juris-data n° 017447.

[2] Cour d'Appel COLMAR, 6e Chambre, 12 Mars 2020, n°20/01098.

https://www.emmanuelboukris.com/blog-1/coronavirus-et-force-majeure 10 Janvier 2025, 11 :05.

[3] دهريب إلهام، بن عائشة نبيلة، انعكاسات فيروس كورونا كوفيد 19 على تسريح العمال، المجلة نظرة على القانون الاجتماعي، المجلد 10، العدد 10، 2020، ص 08.

المنطق القانوني في هذه الحالة يُلزم وقف سريان عقد التأمين لحين الخروج من الجائحة، وتمديده بعدها لفائدة الأطراف. قد تتطلب حالة أخرى، دفع شركة التأمين قيمة كل الخسائر التي تعرضت لها شركات النقل لعدم إمكانية قيامها بعملها نتيجة الشلل الذي لأحدثه الكوفيد 19.

وحسب رأي بعض الفقهاء المسلمين، لا تطبيق لنظرية الظروف الطارئة في العقود الاحتمالية، لأن الرخصة لا تناط بالمعصية ولا إرهاق شرعا في العقود بمفهوم الشريعة الإسلامية[1].

من المعروف أنه على الأطراف تحديد زمان إبرام العقد بوضع تاريخ له، ويُبيّن هذا الأخير أن الإبرام وقع قبل ظهور جائحة فيروس كورونا أو بعدها.

معلوم، أن عقد النقل البحري يتسم بالصفة المستمرة والزمنية، وهذه نقطة لها أهميتها علميا وعمليا، لذا يجب دراسة تأثير علم أطراف عقد النقل البحري بجائحة كورونا على تطبيق نظرية الظروف الطارئة.

أولا: إبرام عقد النقل البحري قبل ظهور فيروس كورونا

جعل COVID 19 الأطراف يطالبون بتعديل التزاماتهم العقدية، وهكذا، ففي العقود التي أُبرمت قبل ظهور الجائحة، وظهر فيها هذا الوباء، جعلت بعض الأطراف تعدّل التزاماتها العقدية والتخفيف منها، ومن المسؤولية التي قد تنتج عنها.

تدخل هذه النقطة ضمن ما يعرف بالتنبؤ لمثل هذه الأمور، وهذا أمر ضروري بالنسبة لرجل القانون المتفطّن، الكيّس والراغب في احترام مبدأ توازن العقد علميا وعمليا. ولا يجب على الدائن رفض تعديل ما يرهق المدين من التزامات.

[1] ياسر عبد الحميد الإفتيحات، جائحة فيروس كورونا وأثرها على تنفيذ الالتزامات العقدية، مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، العدد 6، ملحق خاص، السنة الثامنة،2020 ، ص 791.

يُمكن للأطراف في هذه الحالة تطبيق نظرية الظروف الطارئة لتوافر شروطها من استثنائية الحادث وعموميته واستحالة توقعه، وتسببت في إرهاق لأحد الطرفين.

ثانيا: إبرام عقد النقل البحري قبل ظهور فيروس كورونا

إن العقود التي أُبرمت بعد ظهور الجائحة لا تُمكّن أصلا الاستفادة من الظروف الطارئة، لأن الحادث كان متوقعا وآثاره ظاهرة، خاصة وأنه أصاب جميع مناطق الكرة الأرضية وهدّد كل دول العالم. فبيّن الواقع أن جل الموانئ وطرق النقل الأخرى قد تأثرت بهذه الجائحة، وكان الأمر ظاهرا وهو عدم القدرة على تنفيذ الالتزامات أو حتى التأخير في تنفيذها.

في هذا الصدد، تشريعيا، أعلن المشرع الجزائري حالة طوارئ بموجب المرسوم التنفيذي رقم 20_69[1]، المتعلق بالتدابير الوقائية للحد من انتشار وباء فيروس كورونا كوفيد 19 ومكافحته، وتبعه في ذلك المشرع الفرنسي بموجب القانون رقم 2020_290[2] لسنة 2020، حيث اتخذ إجراءات وقائية من شأنها الحفاظ على الصحة العامة بالقدر المستطاع وفرض إجراءات الحظر الشامل، بتنظيم قيود عن حقوق وحريات الأفراد على مختلف القطاعات من نقل وعمل وتجمع. الكلّ من أجل مواجهة فيروس كورونا[3].

[1] المرسوم التنفيذي رقم 20_69 المؤرخ في 21 مارس 2020، المتعلق بتدابير الوقاية من انتشار وباء فيروس كورونا (كوفيد 19) ومكافحته، ج.ر عدد 15، مؤرخة في 21 مارس 2020.

[2] Loi n° 2020-290 d'urgence pour faire Face à l'épidémie du COVID-19, JORF n° 0073 du 23 Mars 2020.

[3] حيدر عباس جيجان، التكييف القانوني لجائحة كورونا دراسة مقارنة في نطاق الالتزامات العقدية، ماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة بغداد، العراق، 2022، ص 27.

غير أنه، يرى بعض الفقه[1] عكس ذلك، فحتى، وفي حالة علم أطراف عقد النقل البحري بالجائحة، يُمكن لهم الاستفادة من الظروف الطارئة بتطبيق نظرية فعل الأمير، وما فرضته حكومات الدول من قيود الحجر الصحي[2] وإغلاق للموانئ[3].

ما يمكن إضافته في هذا الصدد، هو أنه يجب التمييز بين العقود الفورية والعقود المستمرة التي قد تمتد لزمان طويل. ففي العقود القصيرة الآجال يجب تطبيق نظرية القوة القاهرة عليها، وتطبيق نظرية الظروف الطارئة على العقود الطويلة الآجال أو المستمرة، فبين الإعفاء والتخفيف، يبقى الأمر يدور حولهما[4].

خلاصة القول هو أن، من صعوبات هذه الجائحة أنه لا أحد كان يعلم تاريخ انتهائها وآثارها المبهمة وغير المعروفة، ممّا جعل العالم يأخذ بالنظرتين معا القوة القاهرة والظروف الطارئة لمواجهة آثارها، مع إخضاع السلطة التقديرية لقاضي الموضوع أو المحكم حسب كل حالة على حدة وحسب الظروف المحيطة بالحادث[5].

المطلب الثاني: المواجهة التشريعية والقضائية للظروف الطارئة على عقود النقل البحري

يعتبر القانون، استقرار المعاملات وتحقيق الأمن القانوني أمرا لا يتعارض مع الإرادة الحقيقية للطرفين، فحقيقة، إن الإرادة هي أساس القوة الملزمة للعقد، فهي التي تنظم وتحدّد

---

[1] أحمد محمود حسني، النقل الدولي البحري للبضائع طبقا لمعاهدة بروكسيل لسندات الشحن لسنة 1924 كما عدلت ببروتوكول بروكسيل لسنة 1968 مع الإشارة إلى القوانين البحرية العربية ومعاهدة هامبورغ 1987، ط 02، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 1989، ص 239.

[2] إحالة إلى قيود الحجر الصحي وتطبيقاتها على عقود النقل البحري، ص 176.

[3] غويسم لخضر، علي أحمد صالح، المرجع السابق، ص 279.

[4] علي علي سليمان، المرجع السابق، ص 99.

[5] ياسين حسوني، تأثير جائحة كورونا على عقود الشغل الفردية في ضوء المنظومة القانونية، مؤلف جماعي بعنوان: "القانون والقضاء في زمن الجائحة والطوارئ"، الجزء الأول، مجلة الباحث للدراسات والأبحاث القانونية والقضائية وسلسلة أبحاث قانونية جامعية معمقة، مطبعة الرشاد، المغرب، 2022، ص 298

مضمونه. لكن لا يجب التمسك بمضمون هذه الإرادة بحرفيته وإلاّ انتهى الأمر إلى التضحية باستقرار المعاملات. لدى يجب تعديل العقد لحماية استقرار المعاملات.

لقد تأثرت العلاقات التعاقدية بما يشهده العالم من تقدم اجتماعي واقتصادي وأحداث أصابت عملية تنفيذ العقود، ممّا وجب البحث عن التخفيف من القوة الملزمة للعقد وقاعدة العقد شريعة المتعاقدين للوصول إلى قواعد الإنصاف والعدالة واستقرار المعاملات بحيث يصل الأمر إلى فكرة تتناسب فيه حقوق والتزامات المتعاقدين[1]. وهذا من أجل تحقيق العدالة العقدية، وضمان بقاء العقد واستمراره في انتاج آثاره، وهذا ما يرغبه كل طرف في عقود النقل البحري خاصة وعقود التجارة الدولية عامة.

نتيجة لذلك، تدخل التشريع الوضعي المقارن، وأوجد نظرية الظروف الطارئة لمساعدة المتعاقد المنكوب لإصلاح الالتزام المرهق للمدين ورده إلى الحد المعقول، دون نسيان مصلحة الطرفين وهذا هو التوازن بين الأداءات المتقابلة للمتعاقدين[2] (الفرع الأول)، كما أدخلت الاتفاقيات الدولية المختلفة تعديلات لعقود النقل البحري والتحكيم لتعديل العقود كلما فقدت توازنها العقدي بسبب أحداث الظروف الطارئة (الفرع الثاني).

الفرع الأول: تدخل التشريع الوضعي للتخفيف من إرهاق المدين

بيّنت بعض الأحداث عمليا أن القوة الملزمة للعقد قد لا تصلح كمبدأٍ عند ظهور ظروف طارئة تجعل تنفيذ العقد مرهقا، وقد حاول المشرع الجزائري معالجة هذه الأحداث (أولا)، واتبعه في ذلك المشرع الفرنسي في القانون المدني، وأضاف مؤخرا نظرية الظروف الطارئة (ثانيا)، ثم التطرق إلى تجديد العقد كآلية قانونية تجنبا للفسخ (ثالثا).

[1] نساخ فاطمة، الوظيفة الاجتماعية للعقد، دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2013، ص 231.

[2] يوسف بوشاشي، المرجع السابق، ص 126.

أولا: المشرع الجزائري ونظرية الظروف الطارئة

عالج المشرع الجزائري نظرية الظروف الطارئة في المادة 107 الفقرة الثالثة من القانون المدني الجزائري، كلما أصاب العقد اختلالا توازنيا، فنص صراحة على أنه: "... إذا طرأت حوادث استثنائية...، **جاز للقاضي** تبعا للظروف وبعد مراعاة لمصلحة الطرفين أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول، ويقع باطلا كلّ اتفاق على خلاف ذلك".

هنا، وعملا بهذه المادة 107 فقرة 3، قد ضيّق القانون من سلطة الأطراف، ومن مبدأ العقد شريعة المتعاقدين، حيث جعل تدخل القاضي تدخلا في نطاق النظام العام[1]، وهذا عكس ما هو موجود في فكرة القوة القاهرة، حيث يمكن للأطراف الاتفاق على تحمّل أحدهما تبعات القوة القاهرة، وهذا بالنص صراحة في المادة 178 من القانون المدني الجزائري على أنه: "يجوز الاتفاق على أن يتحمل المدين تبعية الحادث المفاجئ أو القوة القاهرة.

وكذلك يجوز الاتفاق على إعفاء المدين من أية مسؤولية تترتب على عدم تنفيذ التزامه التعاقدي، إلّا ما ينشأ عن غشه أو عن خطئه الجسيم. غير أنه يجوز للمدين أن يشترط إعفائه من المسؤولية الناجمة عن الغش أو الخطأ الجسيم الذي يقع من أشخاص يستخدمهم في تنفيذ التزامه.

ويبطل كل شرط يقضي بالإعفاء من المسؤولية الناجمة عن العمل الإجرامي".

والسؤال الذي يطرح نفسه هو: هل يجوز للأطراف الاتفاق مسبقا على استبعاد نظرية الظروف الطارئة قبل وقوعها؟

بالرجوع إلى المادة 107 من القانون المدني الجزائري، يُبيّن المشرع أنه **لا يجوز للأطراف الاتفاق أثناء إبرام العقد وقبل حدوث الظرف الطارئ، وبعد إبرامه، على استبعاد نتائج الظرف الطارئ وجعل أحد الأطراف يتحمل تبعيات هذا الظرف كاملا**، لأنه إذا سمح المشرع للأطراف بذلك أصبح الطرف القوي يضغط وبصفة تلقائية على الطرف الضعيف بوجوب مواصلة تنفيذ العقد وتحمل ما يلحق بالعقد من ظروف طارئة في صورة أشبه بما

[1] بوعيس يوسف، المرجع السابق، ص 182.

يحدث في عقود الإذعان حيث يملي الطرف القوي على الطرف الضعيف شروط العقد[1]. الهدف من هذا المنع هو حماية الأطراف قوّية كانت أم ضعيفة، وإبقاء العقد قائما نظرا لأهميته التجارية والمالية والاقتصادية والاجتماعية والدولية.

الحل العملي يتمثل في رد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول، ويكون هذا برفع دعوى مدنية أمام القضاء لرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول، والذي بهذه الدعوى يزول هذا الالتزام أو ينقص معه الإرهاق اللاحق بالعقد.

حقيقة، يجب إثبات وجود الظرف الطارئ، والشروط المطلوبة لقيامه[2]، ومدى احتمال تعرّض المدين لخسائر فادحة بسبب هذا الظرف.

من المعلوم أن كل طرف في العقد يسعى إلى تحقيق مصلحة معيّنة بموجب هذا العقد، لكن ظهور أحداث غير متوقعة قد تُنشأ اختلالا في التوازن بين المصالح الاقتصادية. لهذا تدخل المشرع الجزائري ووقف إلى جانب الطرف الضعيف وأعطى للقاضي عملا بالمادة 107 من التقنين المدني سلطة التدخل لإعادة التوازن الاقتصادي للعقد. فلا يمكن للأطراف إبعاد تدخل القاضي، خاصة وأن دوره الأساسي هو إعادة التوازن العقدي[3] إذا ما لم يتوصل أطراف العقد إلى رد العقد إلى توازنه المطلوب، فيعجزون على إيجاد توازن لعقدهم.

بتدخل القاضي ورفع الضرر عن المدين الذي صار التزامه مرهقا، تتحقق العدالة العقدية، ويستمر العقد في إنتاج آثاره واستقرار المعاملات المالية من جهة، والأمن القانوني من جهة أخرى.

إن تدخل القاضي هو حماية تقي المدين من الخسارة فلا يواجه لوحده مصيره ولا يتحمل بمفرده نتائج هذه الظروف غير المتوقعة. فيعد القاضي بحق طرفا محايدا في العملية

---

[1] عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، المرجع السابق، ص 531 ; بوعيس يوسف، المرجع السابق، ص 183

[2] إحالة إلى شروط نظرية الظروف الطارئة، ص 190وما يليها.

[3] مروك أحمد، شرط إعادة التفاوض في عقود التجارة الدولية، دكتوراه في الحقوق، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1_ بن يوسف بن خدة، الجزائر، 2014_2015، ص 68.

يمكنه رد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول بتوزيع تبعة الحادث الطارئ بين المدين والدائن، وهذا التدخل القضائي يعتبر من النظام العام خاصة وأن للقاضي الحرية في معالجة اختلال التوازن العقدي. فلم يُمل المشرع على القاضي كيفية إزالة هذا الاختلال في التوازن الاقتصادي للعقد، بل ترك له حرّية كبيرة، حرّية يراها أكثر ملائمة لتحقيق الهدف المراد الوصول إليه من جراء اللجوء إلى نظرية الظروف الطارئة.

إذا للقاضي الحرّية في اختيار الوسيلة الملائمة لإزالة الاختلال العقدي، إلاّ أنه يخضع لرقابة المحكمة العليا. فحماية الطرف الضعيف أحكامها آمرة، متعلقة بالنظام العام لا يجوز للمتعاقدين مخالفتها ويعتبر باطلا كل اتفاق على استبعادها. كذلك لم يعط المشرع للقاضي سلطة فسخ العقد بل تعديله فقط[1].

فقد يعمد القاضي أولا إلى **إنقاص التزام المدين** لرد هذا الالتزام المرهق إلى الحد المعقول، ويُنفذ المدين التزامه بالمقدار الذي عيّنه القاضي[2]. وإذا امتنع المدين رغم هذا عن تنفيذ التزامه المعدل، جاز للدائن طلب فسخ العقد مع التعويض (أ).

كما قد يعمد القاضي إلى **الزيادة في التزامات الدائن**، وهذا لإزالة الإرهاق على المدين. وليس للقاضي سلطة إجبار الدائن على قبول هذه الزيادة، فقد يطلب الدائن فسخ العقد دون حق طلب التعويض ودون انتظار موافقة المدين لأن الفسخ أصلح للمدين (ب).

بالإضافة إلى فرضية الإنقاص من التزامات المدين وفرضية الزيادة في التزامات الدائن، فإن للقاضي **وقف تنفيذ العقد مؤقتا**[3] إلى حين زوال الأسباب المؤدية إلى الاختلال العقدي.

[1] علاق عبد القادر، المرجع السابق، ص 85.

[2] بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 259.

[3] إحالة إلى وقف تنفيذ العقد، المبحث الثاني من الفصل الاول من الباب الثاني، ص 282.

أ_ إنقاص التزام المدين لرد هذا الالتزام المرهق إلى الحد المعقول

إن إنقاص مقدار الالتزام المرهق هي وسيلة طبيعية وعادية، وتتم بإعفاء المدين من تنفيذ قسط أو جزء مما التزم به فعلا، فمثلا: الناقل البحري الذي كان ملزم بنقل 50 طن من حديد البناء، لا يُلزم تبعا للظروف الطارئة إلا بنقل نصف الحمولة المتفق عليه. فيتعلق الأمر هنا بالكم، أي إنقاص كمية ما يقدمه المدين للدائن[1].

كما قد ينصب على الكيف كأن يقدم المدين نفس الكمية المتفق عليها عقدا ولكن من صنف أقل جودة. وفي كل الحالات فإن الغاية من الإنقاص هي التقليص من الخسارة الفادحة التي أصبحت تهدد المدين من جهة، وتوزيع عبء الخسارة الفادحة غير المألوفة بين المدين والدائن من جهة ثانية[2].

ومن جهة ثالثة، فقد يشمل الإنقاص تخفيض ثمن الشراء إذا كانت ثمن الشيء مرهق بالنسبة إلى المشتري، خاصة عند انخفاض ثمن السلع المراد نقلها. وهذا على غرار الحكم الذي قضت به المحكمة المصرية في قضية تتلخص وقائعها في أنّ " أحد المشترين اشترى أرضا بثمن معيّن، دفع نصف الثمن، وتعهّد بدفع الباقي على أقساط لمدة 10 سنوات. حدث أنّ صدر قانون الإصلاح الزراعي سنة 1952، وترتّب عليه انخفاض أسعار الأراضي الزراعية، وأضحى تنفيذه لالتزامه بأداء باقي الثمن مرهقا له فرفع دعوى أمام المحكمة طالبا تخفيض الثمن بسبب الحادث الطارئ، فرُفضت هذه الدعوى على مستوى المحكمة الابتدائية والاستئناف غير أن محكمة النقض نقضت حكم الاستئناف بتاريخ 26-03-1963"[3].

إذا جعلت الظروف المتعلقة بوباء الكورونا تنفيذ الالتزامات التعاقدية مرهقة، يترتّب عنها خسائر فادحة لكلا الطرفين أو لأحدهما، وظهرت عوائق مالية ضخمة وأضرار مسّت

[1] محمد بوكماش، المرجع السابق، ص 71 ; مروك أحمد، شرط إعادة التفاوض في عقود التجارة الدولية، دكتوراه، المرجع السابق، ص 71.

[2] بوشاشي يوسف، المرجع السابق، ص 124.

[3] الحكم مقتبس من: بولحية جميلة، المرجع السابق، ص 135.

الشركات الوطنية والدولية بسبب توقف النقل والأشغال والنشاطات والمبادلات بين الدول خوفا من انتشار هذا الوباء الفتّاك، وجب الرجوع الى إنقاص التزام المدين لجعل العقد أكثر عدالة، فمثلا وفي ظل جائحة كورونا المستجد، قد يتعهد البائع مع المشتري على بيع مليون علبة معقم الأيادي من الجودة العالية، لكن بوقوع الجائحة تم غلق الموانئ وارتفعت أسعار المنتوج عالميا، هنا يجوز للقاضي الإنقاص من عدد البضاعة محل العقد ليتمكن المتعاقد من توفيره في السوق[1].

إنّ الهدف من الإنقاص وفي كل الحالات هو التخفيف من الخسارة الفادحة التي قد يتحملها المدين، فله عادة أن يتحمل الخسارة المألوفة، بينما في حالة الظروف الاستثنائية وجب تدخّل القاضي وتوزيع مقدار الخسارة الفادحة بين الطرفين مراعاة لمصلحة كل واحد منها.

ب_ الزيادة في التزامات الدائن

رد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول يتحقق أيضا عن طريق الزيادة في التزامات الدائن ويزيد هكذا مقدار العوض الذي يتحصل عليه المدين، ويقع بذلك عدل بين الطرفين فالزيادة في التزامات الدائن تقلل حتما من خسارة المدين، فالنتيجة واحدة سواء زاد القاضي في التزام الدائن أو أنقص من التزام المدين ونتيجة لذلك يتحمل كل متعاقد جزء من الخسارة المترتبة على الظرف الاستثنائي[2].

يرى جانب من الفقه[3] أن رأي تقاسم الخسارة مردود عليه بنص المادة 107 من القانون المدني التي تقيد القاضي بالنظر في الالتزام المرهق وهو التزام المدين فقط، كما استعمل المشرع الفرنسي عبارة réduire التي تفيد بالإنقاص لا الزيادة في الالتزام المقابل، فالقاضي ملزم بالنظر في الالتزام المرهق فقط.

---

[1] فارس محمد العجمي، الخيارات القانونية المتاحة لأطراف العقد التجاري في مواجهة جائحة فيروس كورونا ... وسلطة القاضي في إعادة التوازن الاقتصادي للعقد، مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، العدد 6، ملحق خاص، السنة الثامنة، 2020، ص 355.

[2] علي علي سليمان، المرجع السابق، ص 101.

[3] علي فيلالي، المرجع السابق، ص 404.

لو كان الأمر غير ذلك، أي إنقاص من التزام المدين فقط، لعبّر عنه المشرّع بكل وضوح مثل ما فعل في الفقرة 3 من المادة 561 من القانون المدني التي تنص على: " إذا انهار التوازن الاقتصادي بين التزامات كل من رب العمل والمقاول بسبب حوادث استثنائية عامة، لم تكن في الحساب وقت التعاقد... جاز للقاضي أن يحكم بزيادة الأجرة"، وهذا دليل على أنّ القاضي يستطيع زيادة التزام الدائن، فالتزام الدائن مصدره الإرادة ويتطلّب توازنا في الالتزامات[1] خاصة مع ظهور آثار جائحة كورونا المستجد، فالمشقة تجلب التيسير.

وأخيراً فإنه ليس هناك ما يمنع القاضي من الجمع بين الطريقتين، أي الجمع بين إنقاص التزام المدين وزيادة مقابل التزام الدائن[2].

جدير بالذكر أن القاضي لا يتدخل من تلقاء نفسه إذا توافرت شروط تطبيق أحكام نظرية الظروف الطارئة لإعادة التوازن العقدي، بل يجب أن يتمسك المتعاقد المرهق بأحكامها وطلب تطبيقها عليه أمام محكمة الموضوع ولا أمام المحكمة العليا لأول مرة[3].

لم يعط المشرع للقاضي سلطة فسخ العقد الذي اختل توازنه الاقتصادي، فالحادث المرهق للمدين يرد إلى الحد المعقول، وهذا لضمان استقرار المعاملات المالية بين الأفراد وتحقيق الأمن القانوني[4].

---

[1] عبيد نجاة، سلطة القاضي في تعديل العقد في القانون المدني الجزائري، ماجستير في القانون الخاص المعمق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان، الجزائر، 2015_2016، ص 112

[2] إبراهيم أبو الليل، نظرية الالتزام – المصادر الإرادية للالتزام – العقد والإرادة المنفردة، مطبوعات جامعة الكويت، 1995، ص285 .

[3] حدي لالة أحمد، سلطة القاضي في تعديل الالتزام التعاقدي وتطويع العقد، ماجستير في قانون مسؤولية المهنيين، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان، الجزائر، 2012_2013، ص 142_143

[4] رشوان حسن رشوان أحمد، المرجع السابق، ص 564: "إن الهدف من نظرية الظروف الطارئة هو إزالة الإرهاق الذي يمس أحد المتعاقدين وليس إزالة العقد في حد ذاته، فالعقد يبقى قائما".

يجب التأكيد أن، نظرية الظروف الطارئة تسعى إلى معالجة العقد والإبقاء عليه، العقد الذي اختل توازنه بتغير الظروف الاقتصادية التي تم العقد في ظلها، تغييرا كبيرا لأسباب لا يد للمتعاقدين فيها. فلا يمكن ترك العقد ينهار وما قد ينتج عن هذا الانهيار من اضطرابات كبيرة، ومساس بالاستقرار الاقتصادي وبالعدالة الاجتماعية والمالية.

إن العقد قد يبقى مُنتجا لآثاره، وتوزع تبعة الظروف الاقتصادية غير المتوقعة بين المدين والدائن، ويُحقق الأمن القانوني داخل المجتمع والعدالة العقدية، فيطمئن الأطراف لعقودهم. فبمجرد توافر شروط تطبيق نظرية الظروف الطارئة، وبطلب من المدين المرهق، جاز للقاضي التدخل لموازنة قضائية بين مصلحة طرفي العقد. حينها يكون للقاضي **سلطة استثنائية** في هذا المجال لا تكون له في الأحوال العادية وإلاّ مسّ القضاء بقاعدة القوة الملزمة للعقد والعقد شريعة المتعاقدين Le contrat fait la loi des parties[1]. وليس للقاضي رفع الضرر كلّه على المدين وحمل الدائن وحده عبئ تغيير ظروف العقد.

إن الأخذ بنظرية الظروف الطارئة وما لها من آثار على العقد كما حددتها المادة 107 فقرة 3 من القانون المدني الجزائري، لا تعني رفع القاضي على المدين كل ما لحق به من إرهاق، ويلغي كل التزامات المدين، بل يرد الالتزام إلى حد يتحمل المدين بمقتضى تدخل القضاء خسارة مألوفة، عادية، والتي كان يمكن التنبؤ بها عند إبرام العقد، ويقسم ما يزيد على ذلك من خسارة غير مألوفة بين المتعاقدين، مراعيا في ذلك الظروف والموازنة بين مصلحة كل منهما[2]، ومن ثم فلا يجوز اعفاء المدين من التزامه اعفاءً تاما[3].

وعملا بهذا، فليس على القاضي الحيلولة محل رغبة وإرادة الأطراف، فلا يجب مهما كان الأمر التوسيع في مبدأ العقد شريعة المتعاقدين.

---

[1] تظهر تدخل القاضي في تعديل التزامات الطرفين، وهذا برد الالتزام إلى الحد المعقول ويعد التوازن العقدي.

[2] زيتوني فاطمة الزهراء، دور القاضي في تنفيذ العقد في المواد المدنية، ماجستير في قانون العقود والمسؤولية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان، الجزائر، 2008_2009، ص 40

[3] محمد بوكماش، المرجع السابق، ص 259

مهما يكن، فإن تدخل القاضي يكون عموما في معالجة آثار الظروف الطارئة، فقط أظهرت العمليات المختلفة في عقود النقل البحري الدولي تفضيل إعادة تفاوض العقد واستبعاد طلب اللجوء إلى القضاء. لكن أظهرت بعض العقود أنه قد يدعي الدائن بالقوة الملزمة للعقد بهدف الاستفادة من الظروف الطارئة، وجعل المدين يتحمل كل الظروف، ومن هنا، كان تدخل القاضي مجديا في تعديل الأداءات كمرحلة أخيرة عندما يعجز طرفي العقد عن إيجاد حلول لمواصلة تنفيذ هذا العقد[1].

ثانيا: مكانة نظرية الظروف الطارئة في التشريع الفرنسي

تأرجحت نظرية الظروف الطارئة في القانون المدني الفرنسي بين الرفض والقبول عبر مراحل زمنية.

فكان القانون الوضعي الفرنسي يرفض الأخذ بهذه النظرية كوسيلة لمواجهة التغيّرات الاحتمالية لظروف العقد وتنفيذه، وهذا من صدور تقنين نابوليون لسنة 1804، إلى غاية صدور تقنين قانون العقود الفرنسي لسنة 2016، بموجب مرسوم 10 فبراير 2016، الذي تضمن تحولات جذرية نتيجة تأثره بالقواعد القانونية الدولية، خاصة ما تضمنته قواعد القانون الموحد، والقانون الأوربي للعقود.

أ_ رفض المشرع الفرنسي لنظرية الظروف الطارئة

كان القانون المدني الفرنسي قبل تعديل 2016، يرفض الأخذ بنظرية الظروف الطارئة، ويمنع إعطاء القاضي سلطة التدخل في محتوى إرادة الأطراف لتعديل العقد، إذا ما وقع اختلالا في التوازن التعاقدي، وبالتالي اختلالا في التزامات أحد طرفي العقد، نتيجة أحداث غير متوقعة طرأت بعد ابرام العقد Le refus de la théorie de l'imprécision.

[1] محمد محي الدين إبراهيم سليم، نظرية الظروف الطارئة بين القانون المدني والفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص 416.

فكان القانون الفرنسي آنذاك يحترم القوة الملزمة للعقد ويرفض المساس بمبدأ سلطان الإرادة، حتى وإن تغيّرت الظروف المحيطة بتنفيذ العقد. وكانت نظرية الظروف الطارئة تمثل ثغرة لا يمكن إعطاء القاضي بموجبها تدخلا يمسّ من القوة الملزمة للعقود، فكانت المادة 1134 من القانون المدني الفرنسي[1] صريحة، تؤكد على أن الاتفاقيات المبرمة بطريقة شرعية تقوم مقام القانون بالنسبة إلى عاقديها، ولا يمكن الغاءها إلاّ باتفاق مشترك بين المتعاقدين، أو للأسباب التي يقرّرها القانون.

بقي آنذاك القانون الفرنسي على هذا الموقف تشريعيا وفقهيا وقضائيا بحجة أن الأطراف ملزمون باحترام اتفاقاتهم ولا احتجاج على أي تغيير قد يحدث. فالإرادة مصدر أي التزام تعاقدي

Le principe : « **« le contrat fait la loi des parties »** crée de la théorie de l'autonomie de la volonté »

ومعناه أن الحرّية تجعل الشخص قَبِل التعاقد، فالإرادة وحدها هي التي يمكنها تعديل مضمون العقد.

وفي هذا الصدد، يبقى القاضي أجنبيا وبعيدا عن هذا الاتفاق، وتدخّله قد يخلق خطورة كبيرة قد تتمثل في إلزام طرفا العقد على تنفيذ ما لم يلتزم به. فالقانون الفرنسي كان لا يسمح بتعديل العقد إلاّ من أطرافه، وهذا عملا بحسن النية في التعاقد.

[1] Art 1134 : « Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites.

Elles ne peuvent être révoquées que de leur consentement mutuel, ou pour les causes que la loi autorise.

Elles doivent être exécutées de bonne foi ».

قضائيا، أظهرت محكمة النقض الفرنسية رفضها لتدخل القاضي في قضية "قناة كرابون" L'Arrêt canal de Craponne[1]، وتمسكت بمبدأ القوة الملزمة للعقد، حيث كانت تختصر الوقائع في وجود مستفيدون من حق الري والسقاية من قناة Craponne، مع الالتزام بدفع رسوم محددة لمالكها منذ عام 1560، وبعد ثلاثة قرون طالب ورثة مالك القناة برفع قيمة هذه الرسوم نظرا لزيادة تكاليف إصلاح القناة.

قضت محكمة الموضوع بالاستجابة لطلبهم نظرا لزيادة التكاليف واستنادا إلى عدم التوازن الواضح بين الأداءات، لكن محكمة النقض الفرنسية رفضت التدخل لمراجعة العقد لتغيّر الظروف، مستندة إلى المادة 1134 من القانون المدني الفرنسي بما تفرضه من ضرورة احترام القوة الملزمة للعقد وجاء في حكمها: "لا يجوز للمحاكم، مهما بدأ حكمها عادلا، أن تأخذ بعين الاعتبار الزمن والظروف من أجل تعديل اتفاقات الأطراف وابدال الشروط التي كان قد تم قبولها بحرية من قبل الأطراف بشروط جديدة"[2]. وبقيت على هذا الموقف في عدة قرارات قضائية أخرى[3].

إن القانون الفرنسي لا يسمح بتغيير شروط العقد إلاّ من الأطراف أنفسهم[4]، آخذا بالمراجعة الاتفاقية للعقد La révision conventionnelle du Contrat، وهي السبيل الوحيد

---

[1] Arrêt de la Cour de Cassation, 6 mars 1876.

[2] « Il n'appartient pas aux tribunaux, quel qu'équitable que puisse apparaitre leur décision, de prendre en considération le temps et les circonstances pour modifier les conventions des parties et substituer des clauses nouvelles à celles qui ont été librement acceptées par les contractants » ; Cass. Civ, 6 Mars 1876, DALLOZ, 1876/1, 193, note GIBOULOT ;

قرار أشارت إليه: منى أبو بكر الصديق محمد حسان، المرجع السابق، ص 56.

[3] Cass. Civ., 4 Aout 1915, Dalloz périodique, 1916.1.22 ; Cass. Civ., 6 Juin 1921, Bulletin civil, 1921, n° 95, P. 173 ; Cass. Civ., 15 Novembre 1933, Gazette CAMP, 1934, P. 68 ;

أشارت إليه: منى أبو بكر الصديق محمد حسان، المرجع السابق، ص 57.

[4] (C.) Pèrés-Dourdou, La règle supplétive, Thèse, Paris 1, 2004, n° 588, P. 571 ; (Y.) LEQUETTE, De l'efficacité des clauses de Hardship, Liber Amicorum Christian Larroumet,

وقتئذ أمام الأطراف لمواجهة الظروف الطارئة[1]، "وهنا يفضل القانون والفقه المراجعة الاتفاقية على المراجعة القضائية للعقد"[2].

قد يواجه القاضي صعوبات في كيفية توزيع الالتزامات بين المتعاقدين لمعالجة مشكلة تغيّر ظروف تنفيذ العقد، ظروف قد تبقى خارج حسبان المتعاقدين، لا يمكن توقعها في مرحلة التعاقد. ومن هنا وجب إيجاد آلية قانونية لمواجهة هذه الحالات والتخفيف من آثارها، وهي مسألة إعادة التفاوض، وتبني نظرية حديثة في الظروف الطارئة[3].

ب_ إقرار نظرية الظروف الطارئة بمفهومها الحديث في القانون الفرنسي

من عجائب القانون الوضعي الفرنسي، قَبول نظرية الظروف الطارئة في القانون الإداري الفرنسي ورفضها في القانون المدني. فقد كان القانون الإداري الفرنسي يعترف بهذه النظرية في قضية غاز بوردو GAZ DE BORDEAUX في 30 مارس 1916 الخاص بارتفاع أسعار الوقود[4].

=Economica, 2010, P. 268 ; « Les clauses du contrat sont d'une nature supplétive particulière pour une fonction répulsive ».

[1] Civ., 1ére, 16 Mars 2004, Bull. Civ. 1, n° 86, Dalloz 2004, P. 1754 note (D.) MAZEAUD, RTC 2004, 642 ; « …En refusant la révision pour l'imprévision, la haute juridiction cherche à inciter les contractants à prendre en main leurs affaires afin qu'ils apportent une réponse sur mesure à l'irruption de l'imprévu au sein du contrat ».

[2] (L.) THIBIERGE, Le contrat face à l'imprévu, Paris, Economica, 2011, P. 444.

[3] إحالة إلى إعادة التفاوض في: الفصل الثاني من الباب الثاني، ص315

[4] Conseil d'Etat, 30 Mars 1916, n° 59928, Recueil Lebon, P. 125.

وقد كان الوضع غير المتناسق سببا في ظهور اتجاه فقهي[1] وقضائي[2] يرى عدم التشدد في رفض المراجعة القضائية للعقود في الظروف الطارئة وتأييد لهذه النظرية.

تدخل الفقه وبنى تحليله على فكرة حسن النية المنصوص عليه في الفقرة 2 من المادة ذاتها والتي تشجع الاعتراف بالنظرية لتجاوز مشكلة الظروف المستجدة أثناء تنفيذ العقد وتصيبه بعدم التوازن. فليس من حسن النية تعسف الدائن ورفضه مراجعة العقد، لظروف لم يكن أحد منهما يتوقعها. فيجب العمل بحسن النية حتى مع غياب النص، عملا بمبدأ التعاون في تنفيذ العقد. بالإضافة إلى حسن النية يجب الأخذ باعتبارات العدالة العقدية التي لا تقبل تحمل أحد طرفي العقد وحده نتائج عدم التوازن العقدي بسبب تغيير الظروف. كذلك مصلحة الطرفين تسعى إلى تنفيذ العقد والمساهمة في تحقيق الاستقرار العقدي، وارهاق المدين قد ينهي العقد[3].

خفّف القضاء[4] هو الآخر من التشدد في قبول نظرية الظروف الطارئة في عدة قراراته، وظهر مشروع تشريعي لهذه النظرية في القانون المدني الفرنسي وهو أول تعديل

---

[1] من الفقهاء الذين أيّدوا تطبيق نظرية الظروف الطارئة، نجد الفقيه "جوليو دي لامور"، والأستاذين اسمان وديموج، وقد استندوا موقفهم على مبادئ قانونية تتمثل في: مبدأ حسن النية في تنفيذ العقود، ومبدأ العدالة العقدية، والاستقرار العقدي ;

بلحاج نصيرة، المرجع السابق، ص 99_100.

[2] Cass. Com, 3 novembre 1992, Bull. 1992, Ⅳ, n°338, P. 241 ; Cass. Com, 24 novembre 1998, Bull. 1998, Ⅳ, n°227, P. 232 ; Cass. Civ, 1ér Ch., 16 mars 2004, Bull. 2004, 1, n°86, P. 69 ;

لمزيد من التفاصيل حول هذه القرارات القضائية: منى أبو بكر الصديق محمد حسان، المرجع السابق، ص 64_73.

[3] (L.) AYNES, (Ph.) MALAURIE, (Ph.) STOFFEL-MUNCK, Droit des obligations, 9 éd, L.G.D.J, 2017, P. 371 ; (I.) BENABDELLAH, la renégociation du contrat, Thèse, Montpellier, 2013, P. 01 ; (P.) ANCEL, Imprévision et bonne foi en Droit Québécois, Revue des contrats, n° 03, 15 Septembre 2017, P. 546 ; (G.) LACROIX, l'adaptation du contrat aux changement de circonstances, Thése, Reims, 2014-2015, P. 54.

[4] Cass. Com, 29 juin 2010, D.J, n°09-67.369 ;

يعتبر هذا القرار القضائي خطوة هامة للقضاء الفرنسي باعترافه بنظرية الظروف الطارئة ولو بشكل ضمني ;

لقانون العقود الفرنسي المعروف بمشروع كاتالا Avant-projet-CATALA بمقتضى مرسوم 10 فبراير 2016، تضمن نصوصا منها المادة 1135 فقرة 1، وجاء فيها "في العقود ذات التنفيذ المتتالي أو المتدرج، يمكن للأطراف التعهد بالتفاوض من أجل تعديل اتفاقهم في الحالة التي يترتب فيها على أثر الظروف اختلال التوازن الأساسي للأداءات المتبادلة، بما في شأنه أن يفقد العقد كل قيمة بالنسبة لأحد الأطراف"[1].

وتضيف المادة 1135 فقرة 2: "في حال غياب مثل هذا الشرط، يمكن للطرف الذي لم يعد العقد مجديا له أن يطلب من رئيس المحكمة الأمر بمفاوضات جديدة"[2]، والفقرة 3 من نفس المادة 1135، تنص على أنه: "في حالة فشل المفاوضات، بدون سوء نية، يكون لكل طرف الحق في انهاء العقد دون تحمل أية تكاليف أو تعويضات"[3].

تدخلت وزارة العدل الفرنسية في يوليو2008 بمشروع عرف باسم "مشروع وزارة العدل"، وأدخلت بعض التعديلات للأحكام الواردة في مشروع CATALA، تعديلا مغايرا لما قرره مشروع CATALA. فنص "مشروع وزارة العدل" في مادته 1196 أنه: "إذا صار تنفيذ الالتزام مرهقا لأحد المتعاقدين بسبب تغير الظروف غير المتوقع عند ابرام العقد، ولم يقبل هذا

=(D.) MAZEAUD, L'Arrêt Canal "moins "?, note Sous Cass. Com., 29 Juin 2010, D. 2010, P. 2481 ; RTD Civ 2010, P. 782, obs., (B.) Fages.

[1] Art. 1135-1 : « Dans les contrats à exécution successive ou échelonnée, les parties peuvent s'engager à négocier une modification de leur convention pour le cas où il adviendrait sur, par l'effet des circonstances, l'équilibre initial des prestation réciproques fut perturbé au point que le contrat perde tout intérêt pour l'une d'entre elles ».

[2] Art. 1135-2 : « A défaut d'une telle clauses, la partie qui perd son intérêt dans le contrat peut demander au président du tribunal de grande instance d'ordonner une nouvelle négociation ».

[3] Art. 1135-3 : «[L'échec des négociations] , exempt de mauvaise foi, ouvrirait, à chaque parties la faculté de résilier le contrat sans frais ni dommage ».

المتعاقد تحمل هذا الخطر، يمكن طلب إعادة التفاوض مع المتعاقد الآخر مع استمراره في تنفيذ التزاماته طيلة فترة إعادة التفاوض.

أمّا في حالة رفض أو فشل إعادة التفاوض، فللأطراف وباتفاق مشترك طلب تدخل القاضي لتعديل العقد،

وفي حالة عدم الاتفاق فلكل طرف الحق في أن يطلب من القاضي انهاء العقد في التاريخ وبالشروط التي يحددها".

أعطى التعديل هذا للقاضي سلطة تعديل العقد أو انهاؤه، الأمر الذي لم يكن منصوصا عليه في مشروع CATALA.

أعقب ذلك صدور مرسوم رقم 131-2016 الصادر في 10 فبراير 2016، وأورد المشرع الفرنسي نصا بمقتضى المرسوم رقم 131-2016 في المادة 1195 من القانون المدني الفرنسي، التي تنص على أنه: "لو تغيرت ظروف لم تكن متوقعة عند إبرام العقد، بحيث جعلت التنفيذ مرهقا بدرجة كبيرة بالنسبة لأحد الطرفين، الذي لم يكن قد قبل تحمل المخاطر، فإن هذا الأخير يستطيع المطالبة بإعادة التفاوض بشأن العقد مع المتعاقد الآخر، ويستمر في تنفيذ التزاماته طوال فترة إعادة التفاوض.

في حالة رفض أو فشل إعادة التفاوض، يمكن للطرفين الاتفاق على فسخ العقد، في التاريخ وبالشروط التي يحددانها، أو يطلبا باتفاق مشترك من القاضي أن يقوم بالتوفيق بينهما. وفي حالة عدم الاتفاق خلال مدة معقولة، يستطيع القاضي بناء على طلب أحد الطرفين، مراجعة العقد وانهائه في التاريخ وبالشروط التي يحددها"[1].

[1] Art. 1195 Code Civil Français 2016 : « Si un changement de circonstances imprévisible lors de la conclusion du contrat rend l'exécution excessivement onéreuse pour une partie qui n'avait pas accepté d'en assumer le risque, celle-ci peut demander une renégociation du contrat à son cocontractant. Elle continue à exécuter ses obligations durant la renégociation.

وسّع هذا التشريع في معالجة اختلال التوازن العقدي الناشئ عن الظروف غير المتوقعة، فأعطى في البداية للطرفين فرصة تجاوز هذه الأحداث، ثم أعطى للقاضي في حالة رفض أو فشل إعادة التفاوض التدخل للتوفيق بين الأطراف[1]، ممّا يثير هذا النص التساؤل التالي: ما هي شروط تطبيق نظرية الظروف الطارئة وفقا لنص المادة 1195؟

ج_ شروط تطبيق نظرية الظروف الطارئة في القانون المدني الفرنسي 131_2016

نتيجة اعترافه بنظرية الظروف الطارئة، نظّم المشرع الفرنسي شروط تطبيقها وبناها على أسس نعددها فيما يلي:

_ تغير غير متوقع في الظروف أثناء تنفيذ العقد (1)،

_ أن تصير تكلفة تنفيذ العقد مرهقة بدرجة كبيرة لأحد الطرفين (2)،

_ عدم وجود اتفاق على قبول تحمل تبعة تغيّر الظروف (3).

1_ تغير غير متوقع في الظروف أثناء تنفيذ العقد Un changement de circonstances imprévisible

جاءت المادة 1195 من القانون المدني الفرنسي لسنة 2016 بعبارة "لتغير الظروف" «Changement de circonstances»، وهو مصطلح عام لا يشترط حجما من جهة، ولا يكون وشيك الحدوث حالا من جهة أخرى.

=En cas de refus ou d'échec de la renégociation, les parties peuvent convenir de la résolution du contrat, à la date et aux conditions qu'elles déterminent, ou demander d'un commun accord au juge de procéder à son adaptation. A défaut d'accord dans un délai raisonnable, le juge peut, à la demande d'une partie, réviser le contrat ou y mettre fin, à la date et aux conditions qu'il fixe ».

[1] (Ph.) DELEBECQUE, La réforme du Droit des contrats : Quelle incidence sur les contrats maritimes ?, D.M.F, 2016, n° 784.

إن الظروف التي تظهر في العقد قد تتكون من وقائع خارج نطاق إرادة الأطراف، وتؤثر على تنفيذ العقد، فلا يمكن الاحتجاج بأي ظرف كون أن نص المادة 1195 أتى بعبارة واسعة للغاية عند ذكره "لتغيّر الظروف". فقد تكون هذه الظروف اقتصادية أو اجتماعية أو مالية أو تكنولوجية أو سياسية وأخيرا قانونية، الأمر الذي يوحي بأن المادة 1195 من القانون المدني الفرنسي تشمل كل أنواع هذه الظروف، وبالتالي قد يتوسّع في تفسير وجود هذه الظروف، للتملص من المسؤولية والالتزامات.

إلّا أن هناك، ظروف خارجية لا يُطبق عليها نطاق المادة 1195، وهي الظروف الذاتية أو الشخصية المرتبطة بالمدين كمرضه أو إفلاسه، وكذلك الحالات التي قد يسببها المدين نفسه.

إضافة إلى ذلك، يستلزم تدخل القاضي أن يكون هذا التغيّر غير متوقع حدوثه عند إبرام العقد، وقد عرّف الفقيه Bruno OPPETIT "الحدث غير المتوقع"، "بالحدث الذي يكون خارج نطاق السيطرة المعقولة للطرفين، بحيث لا يمكن توقعه على نحو معقول عند إبرام العقد"[1].

في نفس الإطار، تسمح المادة 1195 من القانون المدني الفرنسي للأطراف تحديد الظروف غير المتوقعة والحد منها، بوضع شرط تعاقدي، وهذا ما يمثل تجديدا تعاقديا يجب احترامه Renouvellement contractuel.

إن التغيّر في الظروف قد يكون سريعا أو بطيئا بالنسبة لما كان موجود وقت إبرام العقد، فالعبرة ليست بطبيعة التغيّر وإنما بمدى تأثيره على العلاقة العقدية[2].

[1] (A.) ADELINE, L'introduction en Droit privé Française du principe de révision des contrats pour imprévision Article 1195 nouveau du code civil, 19 Juillet 2016 ;

بكر عبد السعيد محمد أبو طالب، أزمة العقد دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص 143

[2] منى أبو بكر الصديق محمد حسان، المرجع السابق، ص 86

2_ أن تصير تكلفة تنفيذ العقد مرهقة بدرجة كبيرة لأحد الطرفين L'exécution excessivement onéreuse

إن التغيّر غير المتوقع في الظروف المحيطة بتنفيذ العقد، تجعل من التنفيذ أمرا مرهقا بدرجة كبيرة لأحد المتعاقدين، وتضع اختلالا كبيرا في التوازن العقدي وفي الأداءات المتقابلة للمتعاقدين، وهذا اعتمادا على التكلفة المُبالغ فيها أو المفرطة، فإما أن تكون تكلفة تنفيذ التزام أحد الطرفين قد تضاعفت، أو لأن قيمة الأداء المقابل قد نقصت، وذلك على نحو كبير يُرتب تغيّر جذري في المراكز العقدية للمتعاقدين[1].

يأخذ المشرع الفرنسي إذن بالإرهاق، وأن يصبح الالتزام مكلفا إلى حد مبالغ فيه[2]، لأن التكلفة الصغيرة تؤدي عادة إلى اختلال عادي للعقد يمكن قبوله والتسامح فيه[3].

مع التذكير، بضرورة أن يكون تغيّر الظروف ناتجا عن سببا أجنبيا لا دخل للمدين فيه كأزمة اقتصادية شديدة أو حرب أو زلزال.

3_ عدم وجود اتفاق على قبول تحمل تبعة تغيّر الظروف L'absence d'acceptation du risque

يتضمن نص المادة 1195 من القانون المدني الفرنسي، قاعدة مكملة لإرادة الطرفين، لا آمرة، فهي لا تتعلق بالنظام العام، حيث يمكن للأطراف الاتفاق صراحة على مراجعة العقد دون التدخل القضائي عند ظهور أحداث طارئة، غير متوقعة[4].

---

[1] (A.) ADELINE, L'introduction en Droit privé Française du principe de révision des contrats pour imprévision Article 1195 nouveau du code civil, 19 Juillet 2016.

منى أبو بكر الصديق محمد حسان، المرجع السابق، ص 86

[2] محمد حسن قاسم، القانون المدني، المصادر، العقد (آثار العقد_ جزاء الاخلال بالعقد)، المجلد 02، ط 01، منشورات حلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2018، ص 90.

[3] بكر عبد السعيد محمد أبو طالب، أزمة العقد دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص 144.

[4] منى أبو بكر الصديق محمد حسان، المرجع السابق، ص 87

بمعنى آخر، يمكن للأطراف الاتفاق بشكل مباشر أو غير مباشر على تحمل تبعة تغيّر الظروف المختلة توازنها، بشرط عدم الاحتجاج بالتمسك بنص المادة 1195، حتى وإن صار الالتزام مرهقا للغاية، لأن قوّة الاتفاق يغلب قوّة القانون.

غير أنّ، نص المادة 1195، وإن كان مكمّلا لإرادة الأطراف، فإنه قد يتحول شرط تحمل الأطراف تبعات تغيّر الظروف إلى شرط نموذجي عند الإبرام، يقبله الطرف الضعيف ويتحمل المخاطر اضطراريا إذا حدث الظرف وصار مرهقا للغاية[1]، سواءً كان القبول صريحا بإدراجه صراحة في العقد، أو ضمنيا، يستخلص من طبيعة المعاملة العقدية، وبالتالي يُستبعد تطبيق نص المادة 1195.

ثالثا: التجديد آلية لمعالجة الظروف الطارئة

إذا كان المشرع الجزائري قد سمح قانونا وقضائيا التدخل في عمليات إجراء العقود بعد إبرامها، فإنه واحتراما لقاعدة العقد شريعة المتعاقدين، فتح للأطراف حق اللجوء إلى ما يعرفه الفقه بنافذة النجدة Fenêtre de secours، واللجوء إلى التجديد كعقد قائم إراديا بين أطراف العقد.

يُعرف التجديد على أنه: "اتفاق يتم من خلاله استبدال دين جديد بدين قديم، بتغيير في أحد العناصر المكوّنة للدين، ويقع التجديد إمّا بتغيير أطراف العقد أو محله أو سببه. فيكون هناك التزامين، التزام قديم وآخر جديد، مختلفان في عنصر من عناصر الالتزام، ويكون كليهما صحيحين (الالتزام القديم والالتزام الجديد)[2]، وهو ما نصت عليه المواد 287 و288 من القانون المدني الجزائري.

---

[1] (A.) PARENT, L'imprévision en Droit comparé : une analyse normative économique, thèse, Faculté de Droit, Université McGill, Montréal, 2014, P. 64 ;

منى أبو بكر الصديق محمد حسان، المرجع السابق، ص 86.

[2] سمير عبد السيد تناغو، نظرية الالتزام، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 1975، ص 527.

فعملا بنص المادة 287 من القانون المدني الجزائري، التي تقضي بأنه يمكن تجديد الالتزام: **بتغيير الدين**، باتفاق الطرفين على استبدال الالتزام الأصلي بالتزام جديد يختلف عنه في محله أو مصدره. كذلك، **بتغيير الدائن** إذا تم اتفاق الدائن والمدين والغير، على أن يكون هذا الأخير (الغير) هو الدائن الجديد، ويمكن كذلك **تغيير المدين**، إذا تم اتفاق بين الدائن والغير على أن يكون هذا الأخير (الغير) مدينا مكان المدين الأصلي، وتبرأ بهذا ذمة المدين الأصلي دون حاجة لرضائه، أو إذا حصل المدين على رضا الدائن بشخص أجنبي قبل أن يكون هو المدين الجديد. ويمكن دراسة الحالات هذه فيما يلي:

أ_ التجديد بتغيير الدين

يتغير الدين عن طريق التجديد، وهو تغيير محل الالتزام[1]، فحقيقة يساعد هذا في عقود النقل البحري الدولية بسبب تغيّر الظروف بمساهمة في حل مشكلة الإرهاق، وتساهم في رفع هذا الإرهاق.

ومثال ذلك: تغيير ميناء تسليم البضاعة المتفق عليه في سند الشحن نتيجة غلق الميناء بسبب إضراب أو بسبب مشكلة بيئية أو قانونية أو بسبب وجود حرب في ذلك الميناء، فيقوم المتعاقدين باقتراح تسليم البضاعة في ميناء بديل، ويكون هكذا تجديد بتغيير محل الالتزام وهو الميناء المتفق عليه.

والممارسات العملية بيّنت ذلك من خلال عدّة قضايا موجودة في الآونة الاخيرة، أهمها حرب أوكرانيا وروسيا، وكذلك حرب غزة وتبعاتها على البحر الأحمر، ممّا اضطر بالسفن بتغيير مسارها عبر الرجاء الصالح بدلا من المرور بقناة السويس، وهذا يؤثر سلبا على التجارة البحرية الدولية من خلال ارتفاع تكلفة الشحن والنقل.

[1] خميس صالح ناصر عبد الله المنصوري، نظرية الظروف الطارئة وأثرها في التوازن الاقتصادي للعقد (دراسة تحليلية في ضوء قانون المعاملات المدنية الإماراتي)، ماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الإمارات العربية المتحدة، 2016_2017، ص 117.

ب_ التجديد بتغيير الدائن

يمكن الاتفاق في نفس السياق على تغيير الدائن، واعتمادا على المادة 287 من القانون المدني الجزائري، يمكن أن يتفق الدائن الجديد مع الدائن القديم، وإبقاء العلاقة التعاقدية قائمة، بعد موافقة المدين[1].

وهذا ما قد يحدث في عقد النقل البحري إذا تم دمج شركة الدائن (الشاحن أو الناقل) مع شركة أخرى، فينتقل بموجب هذا الدمج الدين إلى الدائن الجديد. أو تنازل الدائن الأصلي (مثلا الناقل البحري) عن المطالبة باستيفاء أجرة النقل لطرف ثالث (بنك مثلا)، فيُصبح البنك هنا هو الدائن الجديد، وذلك بشرط موافقة الشاحن (المدين).

ج_ التجديد بتغيير المدين

إذا كان تغيير الدائن في التجديد يتطلب القانون فيه قبول كلّ الأطراف، فإنه في تغيير المدين يكفي موافقة الدائن والمدين الجديد الذي يحل محل المدين القديم، وهذا حتى دون رضا هذا الأخير. العبرة من هذا هو إعفاء المدين القديم من التزاماته وحملها للمدين الجديد. الكلّ في مثل هذه العلاقة هو موافقة الدائن الذي سيتعاقد حتما مع المدين الجديد[2].

ومثال ذلك في عقد النقل البحري هو، تحويل الدين إلى طرف ثالث، فإذا كان الشاحن مدينا بأجرة النقل البحري لشركة النقل أو للناقل البحري، فيمكن الاتفاق على أن يقوم طرفا ثالثا بسداد الدين بدلا من الشاحن الأصلي، فيُصبح هذا الطرف الجديد هو المدين، وذلك بعد موافقة الناقل البحري.

---

[1] جميل الشرقاوي، النظرية العامة للالتزام، الكتاب الثاني، أحكام الالتزام، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1995، ص 377.

[2] محمد محي الدين إبراهيم سليم، نظرية الظروف الطارئة بين القانون المدني والفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص 382.

الفرع الثاني: المواجهة القانونية الدولية للظروف الطارئة

عملا بمضمون القوانين والمعاهدات الدولية الخاصة بعقود التجارة الدولية، الصادرة عن UNIDROIT وCNUDCI، يمكن اقتباس نصوص قد تُطبق فعلا على عقود النقل البحري، لإيجاد حلول تسهل تنفيذ عقد النقل البحري وعقود التجارة الدولية. هذا تفاديا لفسخها خاصة لما تحتويه من أهمية بالغة للطرفين، ولمبالغها الكبيرة، الكلّ دون تجاهل مبدأ القوة الملزمة للعقد من جهة، ومبدأ البحث على التوازن العقدي من جهة أخرى. فلا يجب على الظروف الطارئة أن تكون سببا في عرقلة عمليات النقل البحري ومدى اتصالها الوثيق بعقود التجارة الدولية.

أولا: معالجة الظروف الطارئة بموجب المعهد الدولي لتوحيد القانون الدولي الخاص UNIDROIT

حاول المعهد الدولي لتوحيد القانون الدولي الخاص L'Institut International pour l'Unification du Droit Privé «UNIDROIT»[1]، وضع مجموعة من القوانين بهدف تسهيل تنفيذ عقود التجارة الدولية وحل المشاكل التي يمكن أن تظهر أثناء تنفيذها.

يأخذ المعهد الدولي لتوحيد القانون الدولي الخاص بالقوة الملزمة للعقد في مادته 6_2_1 منه، لكن تضيف المادة نفسها أنه: "عندما يصبح تنفيذ العقد أكثر كلفة بالنسبة لأحد الأطراف، يظل هذا الطرف ملتزما بتنفيذ التزاماته وفقا للأحكام الواردة أدناه في شأن الظروف الشاقة".

[1] « UNIDROIT » هو منظمة حكومية دولية مستقلة يوجد مقرها في روما، الغرض منه هو دراسة سُبل ووسائل تحديث القانون الخاص ولا سيما القانون التجاري بين الدول أو مجموعة الدول، وملائمته وتنسيقه، ووضع صكوك موحدة للقانون والمبادئ والقواعد تحقيقا لهذه الغاية.

أُنشئ المعهد في عام 1926، كجهاز مساعد لعصبة الأمم، وبعد حلّه أُعيد تشكيله عام 1940 بموجب اتفاق متعدد الأطراف، وهو الوضع العضوي للUNIDROIT ، وأعضاء UNIDROIT هم الدول التي انضمت إلى مركزه العضوي، يضم المعهد بين أعضاءه دول من 05 قارات تمثل نظما قانونية واقتصادية وسياسية مختلفة، فضلا عن تقاليد ثقافية مختلفة، ويضم المعهد 63 دولة عضوا ; https://www.unidroit.org/fr/presentation-dunidroit/ 24 , JUILLET 2024 / 18 :30

ومن هنا، فإن مبدأ العقد شريعة المتعاقدين لا يعتبر مبدأ مطلقا نظرا لوجود إجراءات خاصة تُطبق عند ظهور ظروف شاقة كتعديل العقد حسب محتوى المادة 6_2_2، منها:

أولا، إذا وقع خلل في التوازن العقدي، منها ما يُفسر بزيادة التكاليف على أحد الأطراف وهو المدين، كارتفاع فاحش في أسعار النقل البحري Le cout de l'exécution des obligations ait augmenté.

كما قد يتمثل الخلل في انخفاض مقابل التنفيذ La valeur de la contre prestation ait diminué، فيُصبح التنفيذ غير ذي قيمة للمدين، ومنها زوال الغرض من شراء سلع أُعدّت لتصديرها إلى دولة معيّنة فُرضت عليها عقوبات اقتصادية. فالفائدة التي قد يتلقاها الطرف المدين تكون قليلة مقارنة ما قام به.

تستخدم نصوص UNIDROIT مصطلح "الظروف الشاقة"، منها أن تكون هذه الأحداث خارجة عن سيطرة الطرف الذي تعرض لها، وأن لا يكون الطرف الذي تعرض لهذه الأحداث قد تنبأ بخطر وقوع هذه الظروف، بشرط أن تكون هذه الظروف الشاقة قد حدثت بعد إبرام العقد، ووجود استحالة توقعها توقعا جذريا، فإذا كان التوقع هذا غير جذري، أي يمكن التنبؤ به كوقف توريد النفط إلى دولة على وشك اندلاع حرب أهلية فيها، حيث يكون الطرفان على علم بإمكانية حدوث هذه الحرب وما قد ينتج عنها من منع توريد وتصدير واستيراد.

إن هذه الأحداث تدخل ضمن شرط عدم إمكانية السيطرة عليها وعلى طرفي العقد في نفس الوقت، وهذا عملا بالفقرة "ج" من المادة 6_2_2. يقع معها عدم إمكانية تحمل تبعية المخاطر، وهذا هو أساس الظروف الشاقة المصحوبة لمحتوى عقود النقل البحري والتجارة الدولية.

إذا توافرت هذه الشروط جميعها، وجب تعديل العقد كأثر من آثار الظروف الشاقة وفقا لل UNIDROIT، ومنها إمكانية إعادة التفاوض[1] للظرف الشاق أو في حالة النفي اللجوء إلى القضاء.

[1] إحالة إلى الفصل الثاني من الباب الثاني لتحديد مفهوم ومضمون وآثار شرط إعادة التفاوض، ص 315.

إن تدخل القضاء حسب المشرع الفرنسي قبل سنة 2016، يصيب قاعدة القوة الملزمة للعقد بشلل يمسّ حرّية التعاقد[1]، لكنه تراجع عن هذه الفكرة، واعترف صراحة بنظرية الظروف الطارئة تشريعيا، وفوّض للقضاء مهمة التدخل لإعادة العقد إلى توازنه العقدي[2]، وهذا ما قضت به المادة 1195 من القانون المدني الفرنسي لسنة 2016.

ظهرت بعدها لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي الأونسترال UNCITRAL التي أُنشئت بموجب قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة 2205 (د_20) المؤرخ في 17 ديسمبر 1966، تلعب دورا هاما في إنشاء هذا الإطار وفقا لولايتها المتمثلة في تشجيع الموائمة التدريجية وتحديث القانون التجاري الدولي... من خلال تطوير القوانين واعتمادها في بعض المجالات المتعلقة بالتجارة الدولية والنقل البحري.

ثانيا: تدخل لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي CNUDCI UNCITRAL لمعالجة تعديل عقود النقل البحري والتجارة الدولية

أوّل ما يتبادر إلى الأذهان هو أن هذه الاتفاقية لم تتطرق صراحة لموضوع تعديل العقود بسبب الظروف الطارئة، إلّا أنها أشارت إلى عدم مسؤولية أحد الأطراف عن عدم تنفيذ

---

[1] إن تأخر المشرع الفرنسي راجع إلى أن للقاضي دور في تفسير عبارات العقد لا دور في تعديله Le juge interprète le contrat mais ne change pas son contenue.

[2] وضّح المشرع الفرنسي رغم اعترافه المتـــأخر بنظرية الظروف الطارئة بطريقة مفصلة، كيفية تدخل القاضي كلما ظهر ارهاق واقع على التزامات أحد الأطراف، فبيّن أن المرحلة الأولى هي للأطراف المتعاقدة وإيجاد حلول لإصلاح التزامات العقد المرهق، ومنها عملية إعادة التفاوض حول العقد نفسه.

لكن إذا فشل هذا التفاوض، يُسمح للطرفين الاتفاق على إنهاء العقد بتحديد كل من التاريخ والشروط، أو أن يطلب الطرفين من القاضي التدخل لتعديل العقد، وهذا حسب مضمون نص المادة 1195 من القانون المدني الفرنسي.

اتّبع المشرع الفرنسي في هذا، نص المادة 6_2_3 الفقرة الرابعة من مبادئ توحيد القانون الخاص الدولي UNIDROIT، والتي تنص على ما يلي: "...4_ إذا توصلت المحكمة إلى توافر الظروف الشاقة، فيمكن لها أن تقضي _ ما دام ذلك معقولا، بأي مما يلي:

أ_ انهاء العقد في التاريخ ووفقا للشروط التي يتم تحديدها، أو

ب_ تطويع العقد بالتعديل، بهدف إعادة توازن الأداءات"

التزاماته إذا كان ذلك بسبب عائق يعود إلى ظروف خارجة عن إرادته، وقد قضت المادة 79 من اتفاقية البيع الدولي عن إعفاء أحد الطرفين من المسؤولية عن عدم تنفيذ أيٍ من التزاماته، إذا أثبت أن عدم التنفيذ كان بسبب عائق يعود إلى ظروف خارجية عن إرادته وأنه لم يكن من المتوقع بصورة غير معقولة أن يأخذ العائق في الاعتبار وقت انعقاد العقد أو أن يكون بإمكانه تجنبه أو تجنب عواقبه أو التغلب على هذه الأحداث وهذا العائق.

أثار مصطلح "**عائق**" جدالا فقهيا واسعا ينبغي التطرق إليه لمحاولة اعطاءه مكانته الحقيقية بين كلّ من القوّة القاهرة والظرف الطارئ.

فمهما يكن إن الاتفاقية هذه تطرقت إلى عدم التنفيذ وانعدام مسؤولية الطرف الذي امتنع عن التنفيذ بسبب الظرف الطارئ، ولم تحدد إذا ما كان الاعفاء هذا مؤقتا أو دائما، وكذلك لم تبيّن نوع الاستحالة، نسبية كانت أم كاملة.

ويلاحظ هنا، أن اتفاقية الأمم المتحدة للبيع التجاري الدولي أخذت موقفا يتماشى مع الظروف الطارئة ويُبعدها عن القوة القاهرة. وما يؤكد هذا، نص المادة 29 من نفس الاتفاقية التي ذكرت صراحة أنه يجوز تعديل العقد أو فسخه برضا الطرفين. مع الإشارة أنه يجب إدراج شرط في العقد يشترط صراحة أن يكون هذا التعديل أو الفسخ كتابيا، ولا يجوز التعديل بطريقة أخرى غير الكتابة.

انطلاقا من هذا، "يمكن تصوّر وجود عقد لنقل البضائع كوسيلة لتنفيذ عقد بيع بين دولتين مسّه ظروف طارئة، فغيّرت هذه الأحداث عقد البيع الدولي، ممّا جعل من تنفيذه أمرا مرهقا لأحد الأطراف، فيستند المدين هنا بالمادة 79، ويمتنع عن تنفيذ العقد خصوصا إذا علم أن مسؤوليته ستنتفي، ولن يُضطر لتعويض الطرف الآخر، وذلك بإثبات وجود عائق غير

متوقع، طبقا للمادة 79 من اتفاقية الأمم المتحدة للبيع التجاري الدولي"[1]. وهنا تظهر العلاقة بين عقد البيع الدولي وعقد النقل البحري للبضائع تحت ما يُعرف بالمجموعة العقدية[2].

في الواقع، قد يقبل الدائن التنازل عن بعض امتيازاته بهدف تطويع العقد بما يسمح للمدين المواصلة في تنفيذه دون تعرضه للإرهاق، كتغيير مكان تسليم البضاعة مثلا، خاصة إذا كان ميناء التسليم قد تعرض لكوارث طبيعية منعت استعماله.

تطوّرت الحياة الاقتصادية والاجتماعية وتطوّر معها القانون لمسايرة هذا التقدم، ورغم بقاء النظريات قائمة من وجود قوة قاهرة وظرف طارئ، إلّا أنه لإبقاء العقود حيّة ومنتجة لمحتواها القانوني، ظهرت شروط أوجدها الأطراف لمواجهة ما قد يصعب حلّه بالرجوع إلى محتوى النظريات الخاصة بالقوة القاهرة والظروف الطارئة، فأنشئوا شروطا وقائية لمواجهة ما قد يصيب العقد من اختلالات وعدم توازن في الحقوق والالتزامات بين أطراف أسرة العقد واستدامته La pérennité du contrat(الباب الثاني).

---

[1] بوعيس يوسف، المرجع السابق، ص 201

[2] المجموعة العقدية Groupes de contrat هي نظرية تبناها الفقيه الفرنسي Bernard TEYSSIE، نتيجة تطور الحياة الاقتصادية وتطور العقود، فأصبح العقد وحده غير كافي على تحقيق كفايته الذاتية إلاّ باشتراك عقود أخرى، تساعده في ذلك. أصبحت النظرية واقع لا يمكن تجاهلها، ممّا تدخل الفقه وحاول تأصيلها.

عرّف الفقه نظرية المجموعة العقدية بأنها: "مجموعة من الأطراف يقومون بإبرام تصرفات قانونية متعددة تتعاقب جميعها في تحقيق عملية اقتصادية واحدة" ; (فيصل زكي عبد الواحد، المسؤولية المدنية في إطار الأسرة العقدية، دار الثقافة الجامعية، 1992، ص 142). فهي ترابط وتعاقب عدد من العقود المستقلة بذاتها، بين طرفين أو أكثر من حيث الأشخاص أو المحل من أجل تحقيق هدف اقتصادي واحد.

لمزيد من التفاصيل حول مجموعة العقود:

_ بن غالم بومدين، المرجع السابق، ص 417 وما بعدها ;

_ مصطفى هادي دشر الخفاجي، الشروط المؤثرة في نطاق المجموعة العقدية، ماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الكوفة، العراق، 2020 ;

_ حامي حياة، الرابطة العقدية في تصور نظرية المجموعة العقدية، دفاتر البحوث العلمية، المجلد 10، العدد 01، 2022 ;

_ أحمد عبد المنعم محمد محمد سليم، محمد فهمي الجوهري، امتداد اتفاق التحكيم إلى غير الموقعين استنادا لنظرية مجموعة العقود، مجلة كلية الحقوق، جامعة المنيا، المجلد 2، العدد 2، 2019.

الباب الثاني:

الوسائل الاتفاقية لمواجهة تغير ظروف تنفيذ عقد النقل البحري

يتميز عقد النقل البحري عن غيره من العقود باستمراره في المدة، وهذا رغبة لأطرافه في تحقيق قدر كافي من الاستقرار في معاملاتهم من جهة، وإلى ضخامة الأموال المطلوبة للقيام به من جهة أخرى.

وممّا لا شك فيه أن امتداد العقد في الزمن قد يكون عرضة للتأثير بظروف تغيّر الأحوال المحيطة به، ممّا يؤثر تبعا لذلك على التزامات المتعاقدين.

إن التغيّرات هذه متعددة، فقد تنجم عن أمور سياسية كقطع العلاقات القائمة بين الدول، ممّا يجعل تنفيذ الالتزامات المنبثقة من العقد مرهقة، أو أمور اقتصادية كارتفاع مفاجئ في أسعار النقل أو التأمين، أو تشريعية كصدور قوانين تمنع استيراد بضائع محل النقل.

تمسّ هذه الظروف المراكز القانونية القائمة بين أطراف العقد، فقد يصاب أحدهما بأضرار فادحة ممّا يتطلب إعادة النظر في الأحكام المتولدة عن هذا العقد، وقد تعددت المصطلحات التي تستخدمها التشريعات الوطنية في هذا الشأن لإيجاد الحلول المناسبة، فمن القوانين من تبنّت هذا النوع من الحلول، ومنها من لم تتبناها. غير أن هذه الحلول القانونية أصبحت عاجزة ولا تتماشى وعقود التجارة الدولية وتطوّراتها.

من تطوّر ظروف تغيير أحكام العقد، نشأت مفاهيم جديدة مصدرها ملابسات التجارة الدولية أهمها إدخال الأطراف لشروط تهدف في مجموعها إلى إمكانية مراجعة أحكام العقد على إثر تعرض العقد لظروف خارجية أثّرت بشكل أو بآخر في تنفيذه، وتتنوع صور ومضامين هذه الشروط ضيقا واتساعا من عقد لآخر بحسب ما يتفق عليه الطرفان وطبيعة كل عقد[1].

خلق الواقع العملي شرطا جديدا هو شرط القوة القاهرة بمفهومها الحديث، والذي يعتبر أكثر مرونة من نظام القوة القاهرة بمفهومها التقليدي **(الفصل الأول)**. كما وُجدت العديد من الشروط التي تقوم بمسايرة الأحوال المحيطة بالعقد، أهمها مراجعة العقد باللجوء إلى إعادة

[1] شريف محمد غنام، المرجع السابق، ص05

التفاوض، حيث أن التعديل هنا لا يتم تلقائيا وإنما بإدراج شرط إعادة التفاوض في العقد **(الفصل الثاني)**.

ما يلاحظ هو أن للقوة القاهرة بمفهومها العصري علاقة قوية بمفهوم شرط إعادة التفاوض، فهل يوجد مفهوم مرن يسمح بتطبيق وتطابق المفهومين؟

الفصل الأول:
شرط القوة القاهرة لإعادة بعث تنفيذ حرّية العقد

إن علاقة عقود النقل البحري بالتجارة الدولية، علاقة بديهية فلا يمكن عملا تصوّر تجارة دولية دون الاعتماد على وسائل النقل البحري، والعكس بالعكس. فهي عمليا توصف بمفهوم وجهين لعملة واحدة.

تمثل هذه العقود أهمية كبيرة بالنسبة لطرفيها وللدولة واقتصادها. فهي تبرم لمدّة طويلة، وبهدف الاستمرار في تنفيذها والابتعاد على إنهاء العلاقة فيها وفسخها، لذا يؤكد الواقع العملي أهمية بقاء هذا النوع قائما وعدم التفكير في فسخها وخطورة الوصول إلى هذه الحالة التي تُنهي العقد وتصيب الجميع بأضرار لا يُحمد عقباها.

يتجه القضاة والمحكمون إلى مبدأ بقاء العقد في قراراتهم المختلفة والعديدة، ورفضهم المساس بالعقود إذا تغيّرت ظروف تنفيذها، اللهم إلاّ إذا ظهرت ظروف الاستحالة المطلقة في التنفيذ.

عمليا، يتم إبرام هذه العقود بين محترفين لا يقومون بالتعاقد إلاّ بعد دراسات كاملة لكل احتمالات تنفيذ العقد، آخذين بعدم الاعتبار كافة التغييرات التي قد تظهر أثناء هذا التنفيذ. يُظهر الواقع العملي وجود وسيلة لبقاء العقد قائما والاستمرار في تنفيذه، يُطلق عليه قانونا بالقوة القاهرة بمفهومها الحديث، وتمييزا لها عن المفهوم القديم، فهي وسيلة تُوسع استخدام نظام بقاء العقد بإدخال شروط احترازية تُطبق على أحداث قد تقف كمكبح لبقاء العقد منتجا لالتزاماته وآثاره.

انطلاقا من هذا، سيتم تخصيص المبحث الأول لدراسة شرط القوة القاهرة بمفهومها الحديث، أمّا المبحث الثاني سيُخصص لآثار شرط القوة القاهرة بمفهومها الجديد.

المبحث الأول: مفهوم شرط القوة القاهرة بمفهومها الحديث في عقد النقل البحري

أصبح عقد النقل البحري يحتل مكانة مرموقة في اقتصاديات الدول، حيث بات يلعب دورا مؤثرا في تطوير مستوى وحجم التبادل التجاري عامة والنشاط البحري خاصة. فكل

معاملات المؤسسات التجارية تعتمد في تنفيذ سياساتها التسويقية على عقد النقل البحري سواءً تعلق الأمر بعمليات الاستيراد أو التصدير.

إن للتبادل التجاري وما ينشئه من معاملات بين الدول لا يمكنه الاستغناء على عقد النقل البحري، فهو الركيزة الأساسية للتجارة وتنويعها وجلب حاجاتها من سلع وبضائع[1] بهدف تحقيق أغراض تنموية واستهلاكية.

ما زاد من أهمية عقد النقل البحري هو تبني العالم لمبدأ اقتصاد السوق المبني على التبادل التجاري في نطاقه الواسع القائم على علاقات تعاقدية ضخمة داخليا وخارج الوطن، الكل تحقيقا لتأمين حاجات السوق للبضائع والخدمات.

إن تنفيذ عقود النقل البحري رغم خصوصياتها قد تواجه صعوبات تجعل تنفيذها في بعض الحالات مستحيلة استحالة نهائية أو مؤقتة، ممّا قد يؤدي إلى اختلالات تصيب مبدأ التوازن العقدي بين أطرافه. تجعل الأحداث هذه محل العقد، وهو المعقود عليه، أي الشيء الذي ورد عليه العقد وثبت أثره فيه، صعب التنفيذ[2]. الأمر الذي يؤثر سلبا فيما يعرف بالقوة الملزمة للعقد ويصعب التحلل عنه نظرا لوجود أسباب قاهرة، وهذا يدخل ضمن ما يسميه الفقه والقانون بحالة القوة القاهرة والحادث المفاجئ الذي يظهر عندما لا تكون لإرادة طرفي العقد فيه دخلا، فيستبعد هنا الخطأ في تنفيذ الالتزامات. فهو حادث لا يمكن تجاوزه من جهة وهو غير متوقع

[1] قد تتحصل الدول على سلعها وبضائعها كاملة الصنع من جهة أو نصف مصنعة، كما هو الحال بالنسبة لمكونات جهاز التلفاز، فتقوم الدولة بعده بتركيبه جزءا بجزءٍ، والهدف من هذا هو خلق مناصب شغل تُخصص في تركيب الأجهزة الالكترونية المختلفة والقضاء على البطالة والحصول على تكنولوجيا. كذلك الحال بالنسبة لقطع غيار السيارات .intrants

En économie, un intrant (parfois input, notamment dans l'industrie) est un élément entrant dans un processus de production ; il est opposé à extrant (parfois output) qui est un élément sortant d'un processus, en général à destination d'un marché.

[2] سالم بن سلام بن حميد الفليتي، أثر تغير الظروف على عقود التجارة الدولية، مجلة روح القوانين، المجلد 2، العدد 88، جامعة طنطا، 2019، ص 41.

من جهة ثانية، وغير منتظر من جهة ثالثة، ينتج عن قوة أجنبية كالعاصفة أو الحرب أو قرار السلطة.

قد يقع عمليا، أن يتعرض أطراف العقد معا، الناقل والشاحن، لحالات القوة القاهرة بشكل نهائي أو مؤقت. وما يزيد حدّةً في تكريس هذا العقد هو تنفيذه جغرافيا بين دول مختلفة، وما ينتج عنه من مشاكل متصلة بالنقل الدولي وعبور الحدود والحصول على تراخيص رسمية متعلقة بالاستيراد والتصدير وتحويل العملات الصعبة لتسديد ما يتطلبه العقد من مصاريف.

كذلك، فإن عقد النقل البحري يتميز بخصوصية تتمثل في طول الفترة التي تفصل بين وقت ابرامه وتاريخ تنفيذه. أضف إلى هذا أن النقل البحري قد يخص بضائع غير متوفرة وقت ابرام العقد، ويتم صنعها في المستقبل، الأهم أن تكون البضاعة موجودة فعليا عند انطلاق الرحلة[1].

وعليه، قد تتعرض عمليات النقل البحري لحالات القوة القاهرة بمختلف أصنافها، تجعل الالتزامات الناشئة من أطرافه صعبة الوفاء عقديا.

إن توقف المدين يشكل اختلالا بالعقد، ويقرّر مسؤوليته، لذا وأخذا بمبدأ العدالة، ينبغي إعادة النظر في التزامات المدين بهدف تحقيق التوازن العقدي والتوفيق بين مصلحة الطرفين، إن القوة القاهرة بمفهومها الحديث تؤدي عمليا إلى تعليق تنفيذ العقد مؤقتا لحين زوال الأحداث المعيقة لتنفيذ العقد في إطار جو عقدي سليم خالي من الاضطرابات والأحداث التي أصابت العقد وأثرت على زوال العدل العقدي وتوازنه[2]، وذلك عن طريق نص المتعاقدين على مواصلة تنفيذ العقد بإدراج أي شرط يقبله المتعاقدان لمواصلة هذه الرابطة التعاقدية، شرط مبني على مبدأ حرية سلطان الإرادة في التعاقد الذي يجيز التفاوض على مثل هذا الشرط ويخدم مصلحة أطراف التعاقد.

---

[1] (Ph.) LE TOURNEAU, La responsabilité civile, Dalloz, 3é. Ed., 1982, n° 704.

[2] إن القوة القاهرة بمفهومها التقليدي تؤدي إلى تعليق تنفيذ العقد وانقضائه كلية.

باعتبار عقد النقل البحري أداة لتنفيذ عقد البيع الدولي للبضائع، ونظرا للترابط الاقتصادي القائم بين العقدين تحت ما يُعرف بالمجموعة العقدية، حاولت اتفاقية الأمم المتحدة لسنة 1980 خلق قواعد موحدة تحكم التزامات طرفي العقد، مستهدفة إزالة الحواجز القانونية بين المتعاقدين الدوليين. وفي مبدأ الاعفاءات من المسؤولية يمكننا أن نلمس مفهوم القوة القاهرة عند المشرع الدولي وآثاره قبل الطرفين[1].

وانطلاقا من هنا، وجب دراسة ماهية القوة القاهرة المستحدثة في عقد النقل البحري (المطلب الأول)، ثم البحث في مدى تدخل الدولة في تنفيذ العقود التجارية الدولية (المطلب الثاني)

المطلب الأول: ماهية شرط القوة القاهرة في عقد النقل البحري للبضائع

يعتبر إنهاء العقد وفسخه أمر منبوذ من كل الأطراف من اتفاقيات دولية وتشريعات وطنية وقضاء وتحكيم. والحل لإبقاء العقد هو الاعتماد أساسا على مصطلح القوة القاهرة بمفهومها الحديث التي تُعطي علميا وعمليا نَفَسًا جديداً للعقد وتُعيد حياته بتوقيف تنفيذه مؤقتا لحين مدّة زمنية معقولة ومربوطة بمدة الحدث الذي أصاب تنفيذ العقد، فيُنتظر من الطرفين بعد وضع شروط اتفاقية جديدة زوال الأحداث المعيقة للتنفيذ، بعدها يُعاد سريان العقد من جديد وزوال ما كان يعرقل حسن تنفيذه.

الفرع الأول: مفهوم شرط القوة القاهرة اتفاقا

إن المفهوم التقليدي للقوة القاهرة لا يتلاءم مع ظروف عقد النقل البحري والتجارة الدولية، لهذا ظهرت الضرورة للتوسيع في مفهومها كوسيلة تسمح لأطراف العقد بقاء الاتفاق قائما بصياغة شروط القوة القاهرة تحافظ على العقد من جهة وعلى التوازن العقدي والعدالة العقدية.

[1] يُحبذ في هذا الشأن، تصديق المشرع الوطني الجزائري على هذه اتفاقية الأمم المتحدة بشأن البيع الدولي للبضائع لسنة 1980، وجعلها تطبق بجانب التشريعات المحلية حتى تصبح قواعد آمرة ملزمة للأطراف المتعاقدة.

أظهر الجانب العملي لهذه العقود تعريفات عديدة للقوة القاهرة بمفهومها الحديث، حيث تنص أطراف العقد على خصائص معيّنة للحادث في عقدهم، بحيث ينطبق وصف القوة القاهرة على كل حادث تتوافر فيه هذه الخصائص[1]. يسمى هذا الوضع بالتعريف المجرد، وفيه خصائص موجودة في الحادث المكوّن للقوة القاهرة، وهي استحالة التنفيذ، وأن يكون الحادث غير متوقع وقت إبرام العقد، ولا يمكن توقعه أو التغلب عليه، ومستقلا عن إرادة المدين. وانطلاقا من هذا يختار أطراف العقد النظام القانوني الواجب التطبيق، إمّا القانون الوطني، أو نظام آخر[2].

يضع الفقه مثالا لشرط القوة القاهرة بتعريف يتضمن فكرة أن "القوة القاهرة هي كل الاحداث المستقلة عن إرادة الأطراف وغير المتوقعة ولا يمكن دفعها، والتي حلّت بعد الدخول في مرحلة تنفيذ العقد، ويمنع هذا تنفيذ الالتزامات العقدية كلّيا أو جزئيا"[3].

وكذلك، الشرط الذي يُعرّف القوة القاهرة بأنها: "كل سبب أو حدث لا يمكن السيطرة عليه منطقيا من الأطراف المتضررة منه".

كما عُرفت ب: "الأحداث غير المتوقعة التي تحدث بعد إبرام العقد والمستقلة عن إرادة المتعاقدين والتي تجعل التنفيذ المستقبلي مستحيلا"[4].

---

[1] معاشو عمار، النظام القانوني لعقود المفتاح في اليد بالجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1989، ص 160.

[2] (Ph) KAHN, Force majeure et contrats internationaux de longue durée, Op.cit, P. 469.

[3] (M.) FONTAINE, Droit des contrats internationaux, analyse et rédaction de clauses, FEC, 1998, P. 473.

[4] (R.) Mabrouk, La force majeure en Droit des obligation, études en droit Egyptien et Français, Thèse, Nante.1986, P. 321.

إن من إيجابيات تعريفات القوة القاهرة بمفهومها الحديث أنها تُبنى على أحداث معينة لا يمكن للأطراف التوقع بها رغم حداثة الوسائل المستعملة، ولا يمكن حصرها والتي قد تقع أثناء تنفيذ العقد. فالرجوع إلى الشروط العامة للقوة القاهرة يكفي ويبقى على القضاء أو التحكيم تحليل مدى اعتبار الأحداث قوة قاهرة[1].

إن لهذا التعريف العام للقوة القاهرة سلبيات منها، وجوب وقوف المحكمة أو المحكم على حسن تفسير الشرط التعاقدي لتقرير مدى توافر القوة القاهرة في الحادث موضوع النزاع حسب القانون الواجب التطبيق، وتزداد الصعوبة إذا أنكر أحد الأطراف توافر أحد هذه الشروط المتفق على وجوب توافرها في الحادث[2].

توضيحا للتعريفات السابقة وتسهيلا للسير السلس في العقد موضوع القوة القاهرة بمفهومها الحديث، يمكن للأطراف صياغة الشروط الخاصة بالقوة القاهرة بطريقة مرنة، يجعل الشروط أقل صرامة ممّا هي عليه في القوانين الوطنية[3].

تدعيما لذلك، ما جاءت به المادة 79 من اتفاقية فيينا لسنة 1980: "لا يسأل أحد الطرفين عن عدم التنفيذ ... إذا كان بسبب **عائق** يعود إلى ظروف خارجة عن إرادته وأنه لم يكن من المتوقع بصورة معقولة أن يأخذ العائق في الاعتبار وقت انعقاد العقد ..."[4]. وهو نفس

---

[1] (M.) BULISSON, La negotiation de marches internationaux, Montpellier, 1982, P. 218.

[2] بلحاج نصيرة، المرجع السابق، ص 72.

[3] حسام الدين عبد الغني الصغير، تفسير اتفاقية الأمم المتحدة بشأن عقود البيع الدولي للبضائع، دار النهضة العربية، مصر، 2001، ص 156.

[4] أضفى الفقه على شرط عدم التوقع صفة معقولة إذا كان بسبب عائق يعود إلى ظروف خارجة عن إرادته، وأنه لم يكن من المتوقع بصورة معقولة أن يأخذ العائق في الاعتبار وقت انعقاد العقد.

الموقف الذي أتت به كل من مبادئ UNIDROIT[1]، مبادئ القانون الأوروبي للعقود (PDEC)[2]، بحيث تطرقت UNIDROIT إلى القوة القاهرة في مادتها 7_1_7، وأقرت بانتفاء مسؤولية المدين عن عدم تنفيذ التزامه، بإثباته بوجود عائق خارج عن سيطرته ولا يمكن لا توقعه أثناء إبرام العقد ولا مقاومته. وعلى نفس المنوال قضت مبادئ القانون الأوروبي للعقود (PDEC)في المادة 8_108 فقرة أولى، بإعفاء المدين عن عدم تنفيذ التزاماته إذا أثبت تحقق عائق لا يد له فيه ولم يمكن توقعه أثناء إبرام العقد ولا تجنب آثاره.

بالتالي، فقد أخذت كل من اتفاقية فيينا بشأن البيع الدولي لسنة 1980 ومبادئ UNIDROIT وكذلك مبادئ العقد الأوروبي PECL ، بنفس المبدأ، عند تحقق عائق، وهو حادث لا يمكن لا توقعه ولا مقاومته ولا تجنب آثاره وعواقبه[3].

كما اتخذ المشرع الفرنسي في تعديله للقانون المدني لسنة 2016، نفس موقف اتفاقية فيينا ومبادئ UNIDROIT ومبادئ العقد الأوربي PECL، وذلك طبقا لنص المادة 1218 التي تقضي بضرورة لجوء الأطراف إلى شرط القوة القاهرة إذا استحال المدين تنفيذ التزاماته العقدية للحد من آثار القوة القاهرة، فيتوقف المدين عن التنفيذ إلى غاية زوال العائق المؤقت[4].

---

[1] منظمة مبادئ القانون الموحد UNIDROIT «L'Institut International Pour l'Unification du Droit Privé»، الصادرة عن المعهد الدولي لتوحيد قواعد القانون الخاص، بدأ سيرها سنة 1994، وتم تعديلها ومراجعة أحكامها خلال عدة سنوات آخرها سنة 2016.

[2] مبادئ القانون الأوروبي للعقود:

=« Principes du Droit Européen des Contrats » (PDEC) Ou GUIDING PRINCIPLES OF EUROPEAN CONTRACT LAW (PECL) ;

وهي عبارة عن منظمة أوربية تهدف أساسا إلى صياغة قانون نموذجي موحد للقانون الأوروبي المشترك بغية تسهيل القواعد القانونية الاوربية الموحدة.

[3] حفصة بشير محمود، المخالفة الجوهرية في اتفاقية فيينا للبيع الدولي للبضائع 1980 (دراسة مقارنة)، ماجستير في القانون الخاص، كلية القانون والعلوم السياسية، الجامعة العراقية، العراق، 2018، ص 84

[4] Art. 1218 Code Civil Français : « Il y a force majeure en matière contractuelle lorsqu'un événement échappant au contrôle du débiteur, qui ne pouvait être raisonnablement prévu

عرّف أيضا الشرط النموذجي الخاص بالقوة القاهرة لعام 2020[1]، شرط القوة القاهرة بأنه: "وقوع أحداث أو ظروف تمنع أو تعيق تنفيذ طرف ما بالتزام أو أكثر من التزاماته التعاقدية بموجب العقد، إذا أثبت هذا الطرف المتأثر بالعائق:

1_ أن يكون ذلك العائق خارجا عن نطاق سيطرته المعقولة ; و

2_ أنه لم يكن من المعقول أن يتنبأ به وقت إبرام العقد ; و

3_ أن آثار العائق لم يكن في مقدور الطرف المتأثر تفاديها أو التغلب عليها بصورة معقولة"[2].

---

lors de la conclusion du contrat et dont les effets ne peuvent être évités par des mesures appropriées, empêche l'exécution de son obligation par le débiteur.

Si l'empêchement est temporaire, l'exécution de l'obligation est suspendue à moins que le retard qui en résulterait ne justifie la résolution du contrat. Si l'empêchement est définitif, le contrat est résolu de plein droit et les parties sont libérées de leurs obligations dans les conditions prévues aux articles 1351 et 1351-1 ».

[1] The ICC Force Majeure and Hardship Clauses 2020;

https://www.erdem-erdem.av.tr/en/insights/an-update-from-the-icc-the-icc-force-majeure-and-hardship-clauses-2020 , 28 Janvier 2025, 00:23.

[2] « Force Majeure » means: « the occurrence of an event or circumstance that prevents or impedes a party from performing one or more of its contractual obligations under the contract, if and to the extent that the party affected by the impediment ("the Affected Party") proves:

1- that such impediment is beyond its reasonable control; and

2- that it could not reasonably have been foreseen at the time of the conclusion of the contract; and

كما تدخلت عقود الفيديك FIDIK[1] إلى شرط القوة القاهرة في البند 19، وهو سمة شائعة بشكل متزايد في العقود الدولية. فيُعفى أحد الأطراف بموجب هذا الشرط، إذا مُنع من تنفيذ العقد بسبب حدث خارج نطاق سيطرته[2].

3- that the effects of the impediment could not reasonably have been avoided or overcome by the Affected Party ».

[1] مصطلح "الفيديك": هو مختصر لعبارة "الفيديرالية الدولية للمهندسين الاستشاريين" = Fédération International des Engineers – Conseils (FIDIK) ، هي عبارة عن عقود نموذجية دولية وضعها الاتحاد الدولي للمهندسين الاستشاريين، تتضمن عدة شروط لعقود مختلفة تهدف إلى إيجاد حلول تعاقدية للمشاكل التي تعرقل تنفيذ تلك العقود، وتحقيق التوازن العقدي بين حقوق والتزامات المتعاقدين ;

لمزيد من التفاصيل حول عقود الفيديك:

_عبد الراضي السيد حجازي، موسوعة التحكيم الدولي التحكيم الفيديك (FIDIK) والبري والبحري والجوي، الجزء الثاني، ص96، منشور عبر الموقع:

https://arbitrationeg.com/wpcontent/uploads/2019/10/%D8%A7%D9%84%D8%AC%D8%B2%D8%A1-%D8%A7%D9%84%D8%AB%D8%A7%D9%86%D9%8A.pdf ، يوم 18 يناير 2023، الساعة 14 ;

_سمير حامد عبد العزيز الجمال، القواعد القانونية المستحدثة في عقود الفيديك، مجلة الشريعة والقانون، السنة 26، العدد 52، كلية القانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، أكتوبر 2012 ;

_محمد محمد سادات، الجوانب القانونية لعقود الإنشاءات الدولية دراسة تحليلية في خصوصية آليات تسوية المنازعات في عقود الفيديك، دفاتر السياسة والقانون، العدد 19، جوان 2018.

[2] Clause 19: THE NEW FORCE MAJEURE CLAUSE AND RELEASE FROM PERFORMANCE: « A force majeure Clause is an increasingly common feature of international contracts. Typically, under such a Clause, where a party has been prevented from performing a contract by an event beyond its control, it will be excused for its delay in performing the contract, or, in an extreme case, it may be excused from having to perform the contract t at all. In some cases, such party can recover any additional costs it had incurred as the result of the force majeure event… »;

https://fidic.org/sites/default/files/18%20int_construction_law_feb04.pdf , 12 Février 2025, 22 :19.

لا بد من شروط تعبّر عن رغبة الأطراف في التلطيف من شدّة الأثر المكوّن للقوة القاهرة بحيث نقلته من الاستحالة المطلقة التي تستوجب حسب المفهوم التقليدي للقوة القاهرة إنهاء العقد، وتنقله إلى مجرد وجود عقبة في السريان العادي للتنفيذ دون حاجة إلى بذل جهود ونفقات غير عادية من المدين"[1]. يتم وقف سريان العقد مؤقتا في انتظار مرور العاصفة[2].

قد يقوم الطرفين بذكر حالات القوة القاهرة على سبيل الحصر، وهنا يضع الأطراف قائمة للحوادث التي يمكن أن تقع، وإذا وقعت فإنها تشكل حالة القوة القاهرة. وهذه الحالات تختلف من عقد إلى آخر، فإذا غفل الطرفين حالة كالإضراب كحالة قوة قاهرة، فلا يعتبر كذلك ولو جعل تنفيذ العقد مستحيلا.

وقد يذكر أطراف العقد الأحداث على سبيل المثال، ويعني أنه، يمكن إضافة حالات أخرى كإضافة عبارة "أو أية أحداث أخرى متشابهة". في هذا الصدد، يحث الفقه الأطراف على اتباع هذه الطريقة. ومعناه التعريف بالتعداد مع التعريف العام للقوة القاهرة فيضع الأطراف الأحداث التي يمكن اعتبارها قوة قاهرة، ثم يتبعونها بقائمة من الأحداث التي تعد قوة قاهرة[3].

ومن أمثلة الشروط المختلطة، النص على أنه "يُقصد بالقوة القاهرة كل حدث لا يستطيع الأطراف لحظة إبرام العقد أن يتوقعوه، ولا يستطيعون دفع أو توقع نتائجه ومن طبيعتها أن تجعل تنفيذ العقد مستحيلا مؤقتا أو نهائيا سواء بصورة كلّية أو جزئية ..." ومن الأمثلة، الثورات، الحروب المعلنة ... أو أيه أحداث أخرى[4].

---

[1] بلحاج نصيرة، المرجع السابق، ص 75.

[2] إحالة إلى وقف تنفيذ العقد، المبحث الثاني من الفصل الاول من الباب الثاني، ص 282.

[3] سلامة فارس عرب، دروس في قانون التجارة الدولية، القاهرة، مصر، 2000، ص 158.

[4] محمود الكيلاني، الموسوعة التجارية والمصرفية، المجلد 4، عمليات البنوك، ط 1، الإصدار الأول، دار الثقافة، الأردن، 2008، ص 204.

وكذلك، الشرط الذي قد يستعمله الطرفان في عقدهم والذي ينص: "لا يكون أي من الناقل والشاحن مسؤولا عن عدم الوفاء لأي من التزاماتهما إذا كان ذلك بسبب حدوث حالة من حالات القوة القاهرة، ويعني اصطلاح القوة القاهرة أي حدث غير منتظر خارج عن إرادة أي من الطرفين المتعاقدين يتعذر معه تنفيذ العقد، ويشمل كذلك على سبيل المثال لا الحصر الحرب سواء معلنة أو غير معلنة، أعمال الشغب، الزلزال، الفيضانات، الحرائق، الأوبئة، الاضطرابات العامة للمنظمة، الانفجارات، القرارات الصادرة من الحكومة[1].

الفرع الثاني: تطبيقات مفهوم القوة القاهرة الحديثة في عقود التجارة الدولية

تدخل المشرع الدولي في اتفاقية فيينا لسنة 1980 وحاول إيجاد نظاما قانونيا موحدا وملائما، ينظم قواعد العلاقات العقدية الدولية، فلم يتطرق صراحة لمفهوم القوة القاهرة، بل أقر وجود حوادث لها آثار على حسن تطبيق مثل هاته العقود.

فتطرق لأحكام الإعفاءات من المسؤولية، حيث أقر في المادة 79 فقرة 1 على أنه لا يمكن مسائلة أحد طرفي العقد عن عدم تنفيذ أي من التزاماته، إذا أظهر أن عدم التنفيذ كان بسبب **عائق** يعود إلى ظروف خارجة عن إرادته، وأنه لم يكن من المتوقع أن يأخذ العائق في الاعتبار وقت انعقاد اتفاقهم، أو أن يكون بإمكانه تجنبه أو تجنب نتائجه أو التغلب عليه أو على نتائجه.

وانطلاقا من هذا، يمكن إظهار خصائص هذه الظاهرة المتمثلة في القوة القاهرة، وحسب اتفاقية فيينا لسنة 1980، فيما يلي:

1_ أن يكون الحادث أجنبيا، أي خارجا عن إرادة الطرفين.

2_ أن يكون الحادث غير متوقعا وقت انعقاد العقد، وقد أراد المشرع قياس عدم التوقع بصورة معقولة، من خلال عدم إدراك الحادث، وعدم إمكان تجاوزه أو تجنبه إن وقع.

[1] غازي عبد الرحمان ناجي، التوازن الاقتصادي في العقد أثناء تنفيذه، منشورات مركز البحوث القانونية، بغداد، العراق، 1986، ص 246.

جدير بالذكر أنه، يجب أن تحصل هذه الأحداث بعد ابرام العقد، وبها يمكن الدفع بمبدأ الإعفاء من المسؤولية لحادث القوة القاهرة، كما اعتمدت الاتفاقية في هذا الصدد على نية الطرفين عند ابرام العقد، فيمكن لكل طرف أن يدفع بإعفائه من المسؤولية إذا أثبت أن عدم التنفيذ كان بفعل الظروف التي لم يأخذها بعين الاعتبار عند التعاقد، ولم يكن بالإمكان تجنبها أو تجاوزها أو ما ينتج عنها من آثار[1].

أخذ المشرع الجزائري بهذا الموقف، حيث اعتبر استحالة التنفيذ سببا من أسباب انقضاء المسؤولية العقدية، فقضى في المادة 121 من القانون المدني الجزائري بأنه ينقضي الالتزام إذا أثبت المدين أن الوفاء به أصبح مستحيلا عليه لسبب أجنبي لا يد له[2].

إن الأخذ بمبدأ استحالة التنفيذ في تقييم حالة القوة القاهرة يشكل خطرا للأمن القانوني وللمتعاملين في معاملاتهم الدولية، وهذا نظرا لصعوبة تشخيص محتوى هذه الاستحالة وقوّتها، لذا وجب الرجوع إلى الأعراف التجارية الدولية، التي ساعدت في توفير الاطمئنان في علاقة المتعاملين العقدية، وضمنت حقوقهم، وحدّدت مسؤوليتهم عندما كان يتعرض العقد إلى كل ما يعيق تنفيذه، فتحديد هذه الأحداث وصياغتها في شروط يتفق عليها أطراف العقد هي ليست من

---

[1] سالم بن سلام بن حميد الفليتي، المرجع السابق، ص47

[2] تقابلها المادة 373 من القانون المدني المصري والمشرع العماني في المادة 172 من قانون المعاملات المدنية الصادر بالمرسوم السلطاني العماني رقم 2013/29، وقد كان المشرع الكويتي أكثر وضوحا، بمقتضى المرسوم بقانون رقم 67 لسنة 1980 في المواد 214 و215، والتي نصت صراحة على أنه: "في العقود الملزمة لجانبين، إذا أصبح تنفيذ التزام أحد الطرفين مستحيلا لسبب أجنبي لا يد له فيه، انقضى هذا الالتزام، وانقضت معه الالتزامات المتقابلة على الطرف الآخر وانفسخ العقد من تلقاء نفسه.

فإذا كانت الاستحالة جزئية، كان للمدين بحسب الأحوال، أن يتمسك بالعقد فيما بقي ممكن التنفيذ، أو أن يطلب فسخ العقد".

النظام العام، حيث يمكن للمعنيين تحديد خصائصها ومحتواها وشروط تطبيقها وآثارها بشكل يخدم مصالحهم ويؤمن لهم الحماية القانونية اللازمة[1].

في هذا الإطار، سمحت الأعراف التجارية الدولية، وضع ترتيب اتفاقي يعرف اصطلاحا **بشرط القوة القاهرة،** وهو شرط مرن، خلق وأنشأ مفهوما جديدا لمفهوم القوة القاهرة، بمرونته وصياغته المتطورة، يضعها المتعاقدين لما يوفره من حماية متنوعة للعقد من جهة، ولأصحاب العقد من جهة أخرى، فيبعده كل البعد عما جاء به مبدأ القانون التقليدي للقوة القاهرة. لذا يجب الاهتمام بهذا الشرط ووضعه **بدقّة وثقة** لكي يُنتج آثاره كاملة.

تبعا لذلك، يظهر المفهوم الجديد للقوة القاهرة في فكرة أن الحادث يحصل بعيدا عن السيطرة الطبيعية لطرفي العقد ويحتوي على الكثير من المرونة[2].

عمليا، طوّر العرف التجاري الدولي المفهوم الحديث للقوة القاهرة، وأعطاه معياريين أساسين هما:

المعيار الأول: استحالة تنفيذ الالتزام لأحد أطراف العقد، سواءً كانت استحالة مؤقتة أو دائمة (أولا).

المعيار الثاني: ألّا يرجع حادث القوة القاهرة لفعل المدين (ثانيا).

أولا: استحالة تنفيذ الالتزام في الأعراف التجارية الدولية

لا أحد يُنكر ما لأعراف التجارة الدولية أهمية في شرح مختلف المصطلحات المعمول بها في مجال التجارة والنقل عموما، ومن أهم تدخلاته في هذا الميدان هو شرح الاستحالة، حالة

[1] سالم بن سلام بن حميد الفليتي، المرجع السابق، ص47.

[2] أحمد حمصي، شرط القوة القاهرة في العقود الدولية، ص 30. مقال منشور في الموقع:

https://www.houmsilaw.com/img/uploads1/research_435.pdf يوم 26 ديسمبر 2024، الساعة 03:32.

تجعل المدين غير قادر على تنفيذ التزاماته أو المتابعة في تنفيذها، وهذا مهما كانت أسباب هذه الوضعية مادية أو قانونية أو اقتصادية، وتتمثل في ضرورة البحث عن مصادر هذه الاستحالة.

أ_ الاستحالة المادية للتنفيذ Impossibilité matérielle

أمّا عن **الاستحالة المادية للتنفيذ** أولا، فهي تقع على محل العقد في حد ذاته، وتتمثل في ظرف يمنع نهائيا الوفاء بهذا الالتزام من قِبل المدين بالتنفيذ، والذي لا دخل له في حدوثه كحرق البضاعة أو تلفها أو غرقها أثناء عملية النقل البحري أو تدميرها كلّية بفعل حرب في ميناء الإقلاع أو ميناء الوصول، يضاف إلى هذه الأمثلة، تدمير المصنع المنتج للمادة محل العقد، وهذا بدون أدنى شك ممكن[1].

مع الملاحظة أن الهلاك قد يكون بفعل الطبيعة كظهور كوارث طبيعية أو بفعل هلاك محل الالتزام هلاكا كلّيا كحرق المصنع بكل أقسامه وبضائعه. وتُعرف قانونا **بالاستحالة الموضوعية.**

إن الاستحالة المادية هي حالة من حالات القوة القاهرة وتحدث بصفة مستقلة عن إرادة الطرفين، حسب ما تضمنته المادة 79 فقرة 1[2] من اتفاقية فيينا بشأن البيع الدولي للبضائع لسنة 1980.

ب_ الاستحالة الاقتصادية للتنفيذ

---

[1] سالم بن سلام بن حميد الفليتي، المرجع السابق، ص 49

[2] تنص المادة 79 فقرة 1 من اتفاقية فيينا لسنة 1980 على ما يلي: " لا يُسأل أحدُ الطَّرفين عن عدم تنفيذ أيٍّ من التزاماته إذا أثبت أنَّ عدمَ التنفيذ كان بسبب عائق يعود إلى ظروف خارجة عن إرادته وأنه لم يكن من المتوقَّع بصورة معقولة أن يَأخُذ العائقَ في الاعتبار وقت انعقاد العقد أو أن يكون بإمكانه تجنُّبه أو تجنُّب عواقبه أو التغلُّب عليه أو على عواقبه".

« Une partie du contrat n'est pas tenu responsable de l'inexécution d'une de ses obligations si elle prouve que l'inexécution a été causée par un empêchement dû à des circonstances indépendantes de sa volonté et qu'il n'était pas raisonnablement attendu ».

وهي تتعلق بالعلاقات التجارية الدولية، فقد تكون الاستحالة هذه وطنية، وقد تتجاوز حدود أكثر من دولة واحدة، ويعمل أطراف العقد إلى وضع شروط لمجابهة هذه الاحداث مهما كان مصدرها ولا يمكن تجاوزها.

وقد ينتج عن هذه الاستحالة إمكانية ابتلاع شركة كبيرة لشركة صغيرة بالإدماج La concentration ou la fusion، والانضمام لإنشاء تجمع من الشركات Groupe de sociétés، فتنتقل مع الإدماج الالتزامات العقدية من الشركة البنت إلى الشركة الأم الدامجة[1].

تجدر الإشارة إلى أنه، بعض التشريعات تأخذ بالاستحالة الاقتصادية التي تتعلق باستحالة الهدف Frustration، وهي المعمول بها في النظام الانجلوساكسوني والقضاء الإنجليزي، ومعناها استحالة تحقيق الأهداف الاقتصادية التي قصدا المتعاقدين تنفيذها أثناء إبرام العقد لأسباب لا دخل لإرادة الطرفين فيها، والتي لا يمكن لهما توقعها أثناء العملية العقدية[2].

عمليا، عُرضت عدّة منازعات أمام القضاء الإنجليزي، أثيرت فيها وقائع متعلقة بالاستحالة الاقتصادية، وفيها وحّد القضاء بين الاستحالة المادية واستحالة الهدف أو الاستحالة الاقتصادية. ومن بين القضايا المعروضة، قضية "جاكسون" ضد شركة الاتحاد للتأمين لسنة 1871[3]، تتلخص وقائع القضية في: "أُبرم عقد نقل بحري بين مالك السفينة المسماة ب "روح الفجر" وناقل بحري على هذه السفينة، وتم الاتفاق على اتجاه السفينة من ميناء ليفربول Liverpool إلى ميناء نيويورك New York، لشحن كميةً من القضبان الحديدية، ونقلها إلى مدينة سان فرانسيسكو San Francisco.

غير أنه وأثناء إبحار السفينة، تعرضت لارتطام بصخور "خليج كارنرفون"، وبقيت لاصقة بهذه الصخور إلى غاية سحبها وإصلاحها في ميناء ليفربول Liverpool.

---

[1] سالم بن سلام بن حميد الفليتي، المرجع السابق، ص 52.

[2] مروك أحمد، شرط إعادة التفاوض في عقود التجارة الدولية، دكتوراه، المرجع السابق، ص 45.

[3] (P.S.) ATIYAH, An introduction to the law of contract, Clarendon press, EXFORD, 1981, P. 206; (G.H.) TREITEL, The law of contract, 4 éd, Stevens, LONDON, 1975, P. 583.

قررت محكمة المنازعات المالية، أن التراخي في تنفيذ العقد لفترة زمنية معيّنة قد يترتب عليه في بعض الأحيان إحباط للمقاصد والأهداف التجارية للمتعاقد، ممّا يقتضي إعمال فكرة الاستحالة الاقتصادية، على الرغم من أن تنفيذ العقد ما زال ممكنا من الناحية المادية"[1].

تعليقا على هذه القضية المعروفة بجاكسون، يتبين أن العقد لم يتعرض إلى ما يعرف بالاستحالة المادية، استحالة استخدام هذه السفينة استحالة مطلقة، حيث بقي ممكنا تنفيذ العقد بنفس السفينة بعد إصلاحها. فكل ما في الامر أن النزاع تحوّل من استحالة مادية إلى استحالة اقتصادية أي إلى مجرد تأخير في تنفيذ العقد[2].

ج_ الاستحالة القانونية للتنفيذ

تنتج عند وجود نص قانوني يقضي بالاستحالة المطلقة دون خطأ من المدين، فينقضي الالتزام دون إعطاء تعويض للدائن، وهذا عملا بنص المادة 93 من القانون المدني الجزائري التي تقضي ببطلان محل الالتزام إذا كان مخالفا للنظام العام أو مستحيلا في حد ذاته، كمنع استيراد أو تصدير بعض المواد.

مصدر الاستحالة القانونية للتنفيذ هو القانون أي وجود نصوص قانونية، قد تمنع مثلا انعقاد العلاقة التعاقدية، "فلا التزام بمستحيل". "A l'impossible nul n'est tenu"

تأخذ الاستحالة القانونية نطاقا واسعا في مجال عقود النقل البحري، خاصة مع تدخل الدولة في الحياة الاقتصادية كالتعامل الاقتصادي مع بعض الدول واخفاء جنسية بعض الدول ممنوع التعامل معها في مجال النقل البحري.

كما قد تسعى بعض الدول إلى تغيير مسارها العادي بمسارات أخرى لإخفاء مصدر البضائع المحمولة لخلط الأمور ومخالفة قوانين الاستيراد والتصدير، كذلك الأمر بالنسبة للعملات

[1] رشوان حسن رشوان أحمد، المرجع السابق، ص 481.

[2] (R.) DAVID, (F.) GRIVART KERSTRAT, Les contrats en Droit Anglais, L.G.D.J, Paris, 1973, P. 404.

الأجنبية التي قد يضعها الأطراف في شروط العقد كالتعامل ب rouble Russe الروسي، عوض الدولار DOLLAR، منذ حرب أوكرانيا، وما نتج عنه من تغيير مسار الرحلة في نقل البضائع في كل من روسيا وأوكرانيا.

لم تتطرق القوانين لمثل هذه الأحداث رغم كونها أقرب إلى الواقع الذي نعيش فيه من جهة، ومن ظروف تنفيذ العقود من جهة أخرى، لذا يجب الأخذ بعين الاعتبار لهذه الأحداث علميا وعمليا.

إلاّ أن هناك شروط لا يمكن تجنبها، وهذا ما عبر عنه الأستاذ FONTAINE (.M): "يفهم من حالة القوة القاهرة في تنفيذ العقد كل عمل لا يمكن توقعه، لا يمكن مقاومته وخارج عن الطرفين، ولا يمكن تجنبه من قبلهما رغم كل الأثار المعقولة والممكنة"[1].

فمهما كان ذكاء المتعاقدين، لا يمكن إدراك الحادث ولا تجنبه، فقد قرر القضاء الفرنسي أنه: "يجب البحث قضائيا فيما إذا كان الحادث المفاجئ الذي جابهه المدين في تنفيذ التزاماته غير متوقع بشكل اعتيادي، وأنه لم يستطع بشكل واقعي ومعقول أن يتجنبه"[2].

وكخلاصة، أصبح المفهوم الحديث للقوة القاهرة أكثر قربا من واقع ظروف تنفيذ العقد وانسجامه مع حاجة المعاملات التجارية الدولية. في هذا الإطار، يُبعد الأطراف من مضمون القوة القاهرة بمفهومها التقليدي ويُوجههم إلى مفهومها الحديث.

ثانيا: يجب ألا ترجع استحالة التنفيذ إلى فعل المدين

وهذا سواءً كان ناتجا عن عمّاله أو عن تقصير منه، ومن أمثلة ذلك، لجوؤه إلى تنظيم عشوائي لوظائفه واعتماده على معطيات خاطئة.

[1] (M.) FONTAINE, Droit des contrats internationaux, Op.cit, P. 474.

[2] Cour de Cass., 2éme Chambre Civil, 13 Juillet 2000, BRDA, n° 15, 2000, P. 05.

وللتأكيد من وجود صعوبة التنفيذ الناتجة عن المدين، وجود حادث **خارج عن السيطرة المعقولة** لأحد طرفي العقد، وبمفهوم المخالفة، فعدم السيطرة هذا لا تُمكّن وقوع الحادث خاصة وأن غياب الجهود المعقولة التي يجب أن يبذلها المدين هي التي تُصعّب تنفيذ التزاماته.

فلا يستطيع المدين في هذه الحالة مواجهة ما قد ينتج عن حوادث الكوارث التي قد تصيبه لدى تنفيذه لالتزاماته ; ومن أمثلة ذلك، حطام Costa Concordia وهو حادث خطير وقع في البحر الأبيض المتوسط بتاريخ 13 يناير 2012 قبالة الساحل الجنوبي لتكوسانا. تتلخص وقائعه في أن: السفينة Costa Concordia كانت تبحر بالقرب من الشاطئ بطلب من الربان، اصطدمت بشعب مرجاني ساحلي مزّق هيكل السفينة على طول 53 متر. تمكنت السفينة من القصور الذاتي والتيار والرياح من الدوران على صخرة ساحلية بقرب من الميناء[1].

[1] Le naufrage du Costa Concordia est un grave accident de paquebot de croisière, survenu en Méditerranée, le vendredi 13 janvier 2012, à proximité de l'île du Giglio, au large du littoral sud de la Toscane. Alors qu'il navigue trop près de la côte sur l'ordre du capitaine, le bâtiment talonne un récif côtier sur bâbord. La coque est éventrée sur environ 53 mètres de long et sur une largeur allant jusqu'à 7,30 mètres au maximum et prend l'eau immédiatement. Le navire, sous l'action combinée de son inertie, du courant et du vent, réussit à effectuer un demi-tour et vient s'échouer sur tribord sur un rocher côtier à proximité du port.

Le bilan définitif s'élève à trente-deux morts. Le renflouement du bâtiment est opéré les lundi 16 et mardi 17 septembre 2013 et dure 19 heures. Le coût global estimé de l'opération est de 1,1 milliard d'euros, soit plus que le coût de construction du navire en 2005-2007 (500 millions d'euros). L'épave entame son dernier voyage en direction de Gênes le mercredi 23 juillet 2014. Elle arrive à Gênes le 27 juillet 2014 aux alentours de 5 h du matin pour y être démantelée. Le capitaine du Costa Concordia, Francesco Schettino, qui a donné l'ordre de se rapprocher de l'île pour effectuer un « salut » (Inchino) provoquant la catastrophe, puis a quitté le navire en plein naufrage, est condamné à seize ans de prison, une peine confirmée en appel en 2017.

الفرع الثالث: نماذج عن شروط اتفاقية للقوة القاهرة

يخضع القانون لتطورات عديدة، فبعد الأخذ مبدإيا قاعدة العقد شريعة المتعاقدين، وعملا بمبدأ "بقاء الظروف على حالها" «Les choses demeurent en l'Etat» ou «Conventio omnis intelligitur rebus sic stantibus»، تطور المفهوم المقدّس ووجب مع هذا التطور إدخال شروطا للقضاء على ما قد يصيب العقد من لاعدل في التنفيذ، ومن أمثلة هذه الشروط اتفاق الطرفين عليها لصياغة آثار القوة القاهرة.

وفي هذا المقام، إن هذا التدخل هو تمديد لمبدأ سلطان الإرادة في عقود النقل البحري والتجارة الدولية، حيث يتمتع الأطراف بكامل الحرّية في الاتفاق على محتوى شرط القوة القاهرة بمفهومها الحديث، ويختارون النصوص التي تبدو لهم أكثر منفعة وملائمة لحماية حقوقهم.

هناك امكانية تجيز أن يتضمن العقد أي شرطٍ يرتضيه المتعاقدان، إن لم يكن ممنوعا قانونيا أو مخالفا للنظام العام والآداب العامة.

يقوم أطراف العقد باتباع نماذج مفضلة لديهم اعتاد العرف التجاري البحري العمل بها. يُحقق الشرط المتفق عليه مصلحة وحماية حقوق المتعاقدين في إطار التوازن العقدي الضروري لمصلحة الجميع.

يُعطي كل شرط مرونة تحافظ على الرابطة العقدية المستمرة الضرورية لبقاء عقد النقل البحري قائما، وقابلا للتنفيذ بكل سلاسة، فكل الحوادث التي قد تعرقل تنفيذ العقد يمكن تجاوزها[1].

---

https://fr.wikipedia.org/wiki/Naufrage_du_Costa_Concordia يوم 17 ديسمبر 2024، الساعة 23:19

[1] أحمد حمصي، شرط القوة القاهرة في العقود الدولية، ص 58. مقال منشور في الموقع:

ولمعرفة كيفية صياغة شرط القوة القاهرة، وُجد نوعان أساسيان لمجابهة الأحداث والقضاء على المفاجئات التي قد تعترض ظروف تنفيذ العقد، وهي:

النوع الأول: شرط خاص بالتعريف العام للقوة القاهرة (أولا).

النوع الثاني: شروط يُعدد فيها الطرفين حالات القوة القاهرة (ثانيا).

أولا: شرط خاص بالتعريف العام للقوة القاهرة

في هذا الإطار، يقوم الطرفين بوضع تعريف عام للحادث الذي يجب اتخاذه واعتباره حالة من حالات القوة القاهرة، فيكون الشرط ذات صياغة بسيطة من حيث محتواه، ويضم تعريفا كاملا لهذا الحدث، فيظهر من حيث صياغته في شكل: "يقصد بالقوة القاهرة كل حادث غير متوقع، لا يمكن السيطرة عليه، ولا يمكن تجنبه رغم كل الجهود المعقولة والممكنة"[1].

ومن هنا، يمكن التأكيد على وجود حوادث خارجة عن السيطرة المعقولة، وتؤخر تنفيذ العقد. فمجابهة هذه الشروط يتم اعتمادا على الرغبة في الحفاظ على التوازن العقدي دون ميلٍ لأحد الأطراف دون الآخر. فالبحث عن تعريف محايد لحالة القوة القاهرة هو أساس نجاح بقاء سريان العقد[2].

حقيقة، يجب التركيز على الحوادث التي تجعل التنفيذ أكثر صعوبة أو أكثر كلفة. كما يجب العمل في جو صريح يؤمن الحماية اللازمة لطرفي العقد اعتمادا على الشفافية والابتعاد

---

https://www.houmsilaw.com/img/uploads1/research_435.pdf يوم 26 ديسمبر 2024، الساعة 03:32.

[1] « On entend par force majeure pour l'exécution du contrat tout acte ou événement imprévisible, irrésistible, hors du contrôle des parties et qui ne pourra être empêché par ces dernières malgré des efforts ».

[2] (Ph) KAHN, Force majeure et contrats internationaux de longue durée, Op.cit, P.

عن كل غموض في صياغة مثل هاته الشروط العقدية، فتقلل من صرامة معيار اعتبار الحادث غير متوقع ومستقل عن رغبة الطرفين. فإن كان الحادث متوقعا فلا يمكن الأخذ به.

يعتبر هذا الاتفاق، اتفاق عام يتصف بعدم الدقة في تعداد القوة القاهرة، وتكون الحالات في هذه الحالة غير محددة، مبنية على إشارة تتضمن معايير لفظ **خصوصا** أو **مثال عن ذلك** أو **أي ظروف مشابهة أخرى**. وهذه الكلمات تعطي مرونة لهذه الشروط، فهي لا توفر ضمانا كافيا للعلاقات التجارية المتعلقة بعقد النقل البحري، وتعطي للقاضي المختص سلطة تقديرية واسعة[1].

ومثال ذلك، قد ينص الطرفان على شرط: "... وفي جميع الحالات، يتخذ الطرف المعني جميع التدابير المناسبة ليضمن _في أقرب وقت ممكن_ الاستئناف العادي لأداء الالتزامات التي تتأثر بظرف القوة القاهرة والتقليل إلى أدنى حد من التأخير..."[2]، أو شرط: "...إذ استمرت حالة القوة القاهرة أكثر من شهرين، يتفق الطرفان على التنفيذ اللاحق للعقد في ضوء الظروف التي نشأت..."[3]. فتعتبر هذه الشروط عامة، مذكورة على سبيل المثال لتطبيق شرط قوة القاهرة[4].

أمّا النوع الثاني، فيُعهد إلى تعداد حالات خاصة للقوة القاهرة (ثانيا).

ثانيا: شروط يُعدد فيها الطرفان حالات القوة القاهرة

---

[1] أحمد حمصي، شرط القوة القاهرة في العقود الدولية، ص 56. مقال منشور في الموقع:

https://www.houmsilaw.com/img/uploads1/research_435.pdf يوم 26 ديسمبر 2024، الساعة 03:32.

[2] « … Dans tous les cas, la partie concernée devra prendre toutes dispositions utiles pour assurer dans les plus brefs délais, la reprise normale de l'exécution des obligations affectées par le cas de force majeure et réduire au maximum le retard subi… ».

[3] « … Si un cas de force majeure durait plus de deux mois, les contractants se mettront d'accord en ce qui concerne l'exécution ultérieure du contrat vu les circonstances survenues… »

[4] (M) FONTAINE et (F) DELY, Droit des contrats internationaux, Analyse et rédaction de clauses, 2°éd, Bruylant, Bruxelles, 2003, P. 462-465.

وفيها يتم ذكر وصياغة الشروط المتعلقة بالحوادث **بالتحديد الدقيق** للوصول إلى اتفاق من شأنه تُذكر فيه العوائق والعراقيل التي قد يتعرض إليها طرفي العقد وقت تنفيذ اتفاقاتهم، ومنها حادث التمرد والحريق والهزات الأرضية والفيضانات وغيرها من الكوارث[1]. ومن هنا، تظهر إرادة الطرفين ونيتهما المعلنة صراحة في العقد دون البحث عن سواها.

يمكن تبعا لذلك، إضافة بعض قواعد الإعفاء من المسؤولية عند عدم التنفيذ صراحة ودون اللجوء إلى القضاء وما يقع من نزاعات قانونية.

وتُذكر في هذه العقود كلّ الحوادث على سبيل الحصر، ويمكن في هذا المجال ذكر الحوادث التي قد تصدر من السلطة العامة أو نتيجة أزمات اقتصادية كمنع الاستيراد أو منع تحويل العملات الأجنبية أو غلق ميناء الوصول.

فكل حادث يخرج عن قائمة ما سبق تحديده لا يمكن اعتباره قوة قاهرة، ويجب البحث عن تجاوزه في إطار عدم الإضرار بالتوازن العقدي ومبدأ حسن النية في التعامل.

المطلب الثاني: مدى تدخل الدولة في تنفيذ عقود النقل البحري

بالإضافة إلى كل ما قيل في مجال القوة القاهرة بمفهومها الحديث، تتدخل الدولة في هذه العقود، فيكون تدخلها مباشرا عندما تتخذ الدولة بنفسها أو بأحد أشخاصها العامة موقف المتعاقد، فتصبح في ذلك طرفا في العقد، ويظهر هذا في المجال الاستراتيجي والمرافق الحيوية التي لا يمكن تركها للقطاع الخاص، هذا أمر مسلم به.

[1] (M.N.) SARIS, Les clauses particulières du contrats internationaux, Thèse, Montpellier, 1981, P. 247.

وقد تتدخل الدولة بطريقة غير مباشرة، تكون عندما تتدخل الدولة بقرارات عامة تحتوي على قيود تمس الاستيراد والتصدير، ومنها ضرورة الحصول على رخص إدارية لإتمام تنفيذ هذه العقود، أو عن طريق فرض ضرائب تؤدي إلى تغيير أسعار السلع محل العقد[1].

الفرع الأول: تدخل الدولة في إنشاء وتفسير ما قد يصيب العقود من أحداث

أدى تدخل الدولة في تنفيذ العقود التجارية الدولية إلى خلق مشاكل عديدة أرغمت الأطراف اللجوء إلى مفهوم جديد للقوة القاهرة عندما صعُب على المفهوم التقليدي الداخلي مواجهة هذه المشاكل، ولعل أهمها أن تدخل الدولة في حالات معيّنة قد يشكل قوة قاهرة تنعدم معها مسؤولية المدين إذا ما توافرت شروطها مجتمعة، من حيث عدم التوقع، واستحالة الدفع واستقلال الحدث عن إرادة المدين[2].

لتجنب هذه الصعوبات، يعمل أطراف العقد عادة على اعتبار أي قرار يصدر من السلطة العامة قوة قاهرة تنتفي معها مسؤولية المتعاقد الوطني اتجاه المشروع الأجنبي، بغض النظر عن توافر الشروط المعروفة للقوة القاهرة. وهنا تظهر صعوبة تقدير توافر شرط استقلال الحدث عن إرادة المدين (أولا).

أولا: صعوبة تقدير توافر شرط استقلال الحدث عن إرادة المدين

سبب وجود هذا الشرط هو تدخل الدولة أو احدى مؤسساتها في تنفيذ هذه العقود، ومدى تأثير القرارات التي تصدرها الدولة في مثل هذه العقود عن حسن تنفيذ هذه العقود، والسؤال الذي يُطرح هو ما مدى اعتبار القرارات التي تصدرها الدولة قوة قاهرة تنتفي معها المسؤولية أو تجيز تعديل العقد؟

---

[1] (Ph.) Le BOULANGER, Les contrats entre Etats et entreprises étrangères, Thèse, Paris 2, 1982, P. 04.

[2] شريف محمد غنام، المرجع السابق، ص 196.

المشكلة قد لا تطرح إذا اتفق الأطراف صراحة في العقد على تنظيم المسألة بإدراج أعمال السلطة العامة (عمل الأمير) ضمن حالات القوة القاهرة ; ومن أمثلة هذه الحالة ما نصت عليها الفقرة (ج) من الشرط النموذجي الذي أعدته غرفة التجارة الدولية بخصوص القوة القاهرة، حيث نصت على أنه: "لا يلتزم الأطراف بتعويض الخسائر أو الأضرار التي تنتج عن احترام المشتري أو البائع لكل النصوص والإجراءات التي يفرضها النص التشريعي أو اللائحي الصادر من السلطة العامة"[1].

أمّا إذا سكت الطرفين عن ذكر أعمال السلطة العامة في عقدهما، كان لتدخل هيئة التحكيم، سلطة واسعة في دراسة وتقدير مدى توافر تدخل الدولة في علاقتهما العقدية، وكذلك مدى توافر وجود رقابة من طرف الدولة على هذه المشاريع. إذا انعدم تدخل الدولة في العلاقة، اعتبر الأمر على أنه فصل المشروع عن الدولة، وهذا بعدم إمكان تمسك المشروع بقرارات الدولة كسبب مستقل عن إرادته، ويعفيه عن تنفيذ الالتزام.

في هذا الإطار وجد قرار تحكيم صادر من المركز الدولي لتسوية المنازعات في مجال الاستثمار بين شركة AGTP وبين حكومة دولة الكونغو، حيث أكّدت الهيئة أن المشروع العام والدولة لا يمثلان اتجاه الغير وحدة قانونية واحدة، وتدخل السلطة العامة المرتبطة عضويا بالوظيفة العادية للمشروع لا يشكل سببا أجنبيا[2].

وفي مثال أخر، وُجدت قضية تلخصت وقائعها في أن عقد أُبرم عام 1974 بين وزير السياحة المصري ممثلا عن جمهورية مصر العربية، والهيئة المصرية العامة للسياحة والفنادق كطرف أوّل، وبين شركة ممتلكات جنوب الباسفيك وشركة الباسفيك للشرق الأوسط كطرف ثاني، وذلك بهدف إنشاء مركزين سياحين. وإزاء معارضة الحكومة الشديدة لإقامة المشروع في

[1] الفقرة الأولى من الشرط الذي تضمن أعمال السلطات أيا كان سواء مشروعة أو غير مشروعة، باستثناء التي يتحمل المتعاقد مخاطرها وفقا لنصوص أخرى من العقد.

[2] نرمين محمد محمود الصبح، مبدأ العقد شريعة المتعاقدين والقيود التي ترد عليه في قانون التجارة الدولية، دكتوراه، جامعة عين الشمس، مصر، 2002_2003، ص 251.

منطقة الأهرامات لأنها منطقة أثرية، بحيث أوقفت العمل في المشروع ولم تنقل حيازة الأراضي كما هو متفق عليه للطرف الأخر، وعمدت في مرحلة لاحقة إلى إلغاء المشروع بأكمله.

تمسكت الشركات الأجنبية بشرط التحكيم الذي تضمنه ملحق العقد، وبذلك لجأت إلى غرفة التجارة الدولية مطالبة بأداء التعويضات اللازمة عن الأضرار التي أصابتها من إلغاء المشروع، وفي المقابل دافعت الهيئة المصرية العامة للسياحة والفنادق بانتفاء مسؤوليتها على أساس القوة القاهرة المتمثلة في إلغاء العقد بقرار صادر من الحكومة المصرية، وبذلك فهي جهة مستقلة قانونا عن الدولة[1].

إلاّ أن الهيئة رفضت الدفع، واستندت في ذلك إلى وجود رقابة مستمرة يمارسها الوزير على هذه الهيئة رغم وجود الانفصال القانوني بينها وبين الدولة، وعلى ذلك كانت الرقابة كافية لهيئة التحكيم لرفض حجة الاستقلال[2].

وفي حالة انعدام رقابة الدولة على المشروع الوطني، أو إذا لم تصل هذه الرقابة إلى حد رقابة داخلية، فإن موقف قضاء التحكيم يقبل دفع هذه المشروعات بوجود شرط الاستقلال عن القرارات الصادرة من الدولة[3].

وفي قضية أخرى، تتلخص وقائعها في أن شركة أوربية تقدمت بطلبية تشتمل كمية من البترول إلى بلد منتج للبترول، رفضت الشركة الأوربية التسلم مدّعية بأن سلطات المراقبة قد اعترضت على هذا التسلم بناءً على قرار من السلطة، لأنه يؤدي إلى خسارة في المعاملات

[1] أحمد مخلوف، اتفاق التحكيم كأسلوب لتسوية منازعات عقود التجارة الدولية، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2001، ص 324.

[2] قضية أشارت إليها: بلحاج نصيرة، المرجع السابق، ص 57.

[3] محي الدين إسماعيل علم الدين، منظمة التحكيم التجاري الدولي، ج 1، مطابع العناني، القاهرة، 1986، مصر، ص 224.

الأجنبية وهو من قبيل القوة القاهرة، وقد رفضت الهيئة هذا الادعاء لعدم توافر شروط القوة القاهرة[1].

وفي قرار آخر للغرفة التجارية الدولية لبولونيا، بسبب عدم تنفيذ هذه الأخيرة التزاماتها تجاه المشروع الإنجليزي بتسليم بضاعة محل العقد، والتي احتجت بالقرار الصادر من مجلس الوزراء البولوني، بمنع تصدير السكر وسحب كل رخص التصدير الصادرة في العام السابق لتاريخ وقوع النزاع بسبب الفيضانات التي اجتاحت بولونيا، وجاء في القرار: "من الصحيح أن شركة ROLIMPES قد تم انشاءها بقرار من الدولة، ولكنها ليست مرتبطة بها بالمعنى الدقيق لدرجة القول بأن قرار الحظر الصادر من مجلس الوزراء يرجع إليها، وأن الاستقلال بين هذه الهيئة والدولة واضح"[2].

أمّا عن موقف الرأي الراجح في الفقه، فيرجع إلى فكرة أن انعقاد مسؤولية الدولة في جميع الحالات، ومادامت طرفا في العقد سواء تعاقدت بصفتها السياسية أو دونها، أي بصفتها شخص عادي أو صاحبة سيادة، يجعل العقد قابلا للتنفيذ بناءً على تدخل الدولة فيه بأي صفة كانت. ومن هنا، إن مجرد تدخل الدولة يسمح للأطراف اللجوء إلى فكرة القوّة القاهرة بمفهومها الحديث، والقول بخلاف ذلك، سيكون غير منطقيا وسيعرض العقود الدولية لخطر عدم التنفيذ[3].

يجب وضع شرح كامل ومتكامل لتحديد مصطلح تدخل الدولة في العقد بصفة مباشرة أو غير مباشرة، وبناءه في قرارات واضحة لإزالة كل الغموض وتجنب اللاأمن قانوني، ويجب تجنبا للّبس اعتبار الدولة متدخلة في العقد بمجرد صدورها لقرارات آمرة أو تدخلها في تنفيذ العقد.

---

[1] عبد الحميد الأحدب، موسوعة التحكيم، وثائق تحكيمية، ج 4، 2009، ص 120.

[2] قرار أشارت إليه لدى: بلحاج نصيرة، المرجع السابق، ص 58.

[3] LE BOULANGER, Op.cit, P. 20 ; شريف محمد غنام، المرجع السابق، ص 296.

من بين الأحداث التي قد تعرقل أيضا حسن تنفيذ العقود، ظهور إضرابات تشُل حسن تنفيذ العقد (ثانيا).

ثانيا: صعوبة تقدير الحدث في حالة الإضراب

من المعلوم أن الإضراب قانونا، هو توقف جماعي متعلق بالعمل بغرض ممارسة ضغوطات على رئيس المشروع أو السلطة العامة، كما يُعرّف بأنه: "امتناع العمال امتناعا جماعيا عن تنفيذ العمل الملزمين به بموجب عقود العمل التي تربطهم بأصحاب العمل، وذلك بهدف الحصول على بعض المطالب بشأن العمل"[1].

لم يضع الفقه قاعدة عامة، بشأن الإضراب ومدى اعتباره قوة قاهرة من عدمه، وعلى القاضي بحث كل حالة على حدة[2].

وفي هذا النطاق قد يُشكل هذا الإضراب قوّةً قاهرةً، وقد لا يكون كذلك. وعلى الطرفين إثبات أن الإضراب مانعا لتنفيذ عقدهما بالتزاماتهما في مواعيدها، ويُظهران أنهما لم يتمكنا التغلب عليه.

فقد ينص الطرفين في عقدهما صراحة على اعتبار الإضراب قوة قاهرة، وهنا تزول صعوبة تقرير توافر هذا الإضراب، أمّا في حالة سكوتهما عن ذكر الإضراب كقوّة قاهرة، فيميل الفقه إلى ربط هذا الإضراب بأحداثه سواءً كان داخليا أم خارجيا عن أحداث متصلة بتنفيذ العقد[3].

---

[1] صابر بركات، الحق في العمل وحقوق العمال، مركز هشام مبارك للقانون، مصر، ص 205 ; مشار إليه لدى: يحي حمود مراد، عذراء كاطع حنون، منازعات العمل الجماعية وطرق تسويتها، مجلة واسط للعلوم الإنسانية، العدد 27، دون سنة النشر، ص 384.

[2] إحالة إلى الإضراب كقوة قاهرة في عقد النقل البحري، الفرع الثاني من المطلب الثاني من المبحث الأول من الفصل الثاني، من الباب الأول، ص 181.

[3] (D.) LE ROY, La force majeure dans le commerce international, Thèse, Paris, 1992, P. 166.

إذا كان الإضراب داخليا ناتجا عن أسباب متصلة بمشروع المدين، كنزاعات بين المدين والعمّال حول مسألة معيّنة مثل تحديد الأجور، فهنا تظهر العلاقة مباشرة بين هذا المدين والإضراب، ولا يمكن للمدين إثبات شروط مستقلة عن إرادته، ومن هنا يبقى المدين مسؤولا عن عدم تنفيذ التزاماته.

وعلى خلاف ذلك، إذا كان الإضراب مستقلا عن مشروع المدين وبعيدا عنه وناشئا عن قرارات سياسية أو اقتصادية لا دخل للمدين فيها، فيكون هذا الإضراب ناشئا عن قرارات تصدرها الدولة، ويصح اعتباره قوّةً قاهرةً في أحداث هذا العقد رغم إمكانية مشاركة عمّال المشروع في هذا الإضراب، وبالتالي يعتبر في هذا الفرض أجنبيًا عن إرادة المدين[1].

يمكن الأخذ بمعيار قوة الإضراب، فإذا كان بمقتضاه الشلل للعمل كاملا، اعتبر الحدث قوة قاهرة، أمّا إذا كان جزئيا، فلا بد الأخذ بنسبة الإضراب لتقرير قوة القوة القاهرة.

في الممارسات العملية البحرية، وُجدت عدّة قضايا قضائية حول إضراب الموانئ وتكييفها كقوة قاهرة، إذا يؤكد القضاء الفرنسي[2] على ضرورة توافر شرطي القوة القاهرة من شرط عدم التوقع واستحالة دفع الحادث، حتى يأخذ الإضراب صفة القوة القاهرة في عقود النقل البحري، ويُعفى بموجبه الناقل من المسؤولية. ففي قضية تتعلق بنقل بحري لبضاعة من ميناء Le Havre إلى ميناء Le Fort بفرنسا، لُيفاجئ ربّان السفينة Blackfiar Bridge بوجود إضراب في ميناء الوصول (Le Fort)، وربحا للوقت قام الناقل بتفريغ البضاعة في ميناء بديل (ميناء Carthagéne الكولومبي) لحين انتهاء الإضراب وإعادة تسليم البضاعة إلى مكانها المتفق عليه.

[1] صلاح محمد أحمد، القوة القاهرة وآثارها في قانون العمل، دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة أسيوط، 1995، ص 70.

[2] CA de Rouen (2éme ch. Civ.), 24 Novembre 2005, Navire Blackfiar Bridge, DMF, 2006.671, P. 506, Obs. Claire HUMANN.

لكن، وبعد وصول البضاعة إلى الميناء النهائي Le Fort، اكتشف أصحاب الحق على البضاعة (Société Sacomex)، تلف جزء من الحمولة انتهت صلاحيتها للاستهلاك.

قامتSociété Sacomex برفع دعوى ضد الناقل البحري والربّان، مطالبة فيها تعويضا خطإهم. وأثار الناقل إعفاءه من المسؤولية لوجود قوة قاهرة تتمثل في الإضراب.

اعترضت Société Sacomex دفوع الناقل بعدم توافر شرط عدم التوقع من جهة وشرط استحالة الدفع من جهة ثانية، مستندة بحجج تتمثل في أن عدم علم الناقل بالإضراب راجع إلى عدم إعلام الناقل لهم بها أثناء قيامه بمفاوضات مع مؤسسات ميناء الوصول والتنظيمات المينائية التي كانت تتنبأ بحدوث احتجاجات قد تصل إلى إغلاق الميناء نتيجة الإضراب. وكذلك كان يمكن للناقل أو الربّان تفريغ البضاعة في ميناء الوصول عن طريق خدمات مؤسسة المناولة المينائية التي لم تشارك في الإضراب، او التفريغ باستخدام الوسائل الخاصة بالسفينة.

أيّدت محكمة استئناف ب Rouen (بتاريخ 24 نوفمبر 2005) حكم المحكمة التجارية ب Le Havre (الصادر بتاريخ 09 جويلية 2004)، والتي قضت بإعفاء الناقل من المسؤولية عن حالة الإضراب، رافضة بذلك الحجج التي استند إليها أصحاب الحق في البضاعة. وأقرت بأن شرطي عدم توقع الناقل بالإضراب واستحالة دفعه موجود ومتوفر، لأن المفاوضات غير كافية ولا تؤدي بالضرورة إلى الإضراب، وكذلك، التفريغ لا يكون إلّا من طرف مؤسسات الميناء ولا يحق للسفينة استخدام وسائلها الخاصة.

وأضافت أن الناقل قد اتّبع كل الإجراءات اللازمة وبذل كل المجهودات من أجل المحافظة على البضاعة وإيصالها سالمة[1].

وفي نفس السياق، إن الإضراب الذي أصاب ميناء Marseille–Fos في يناير 2011، والذي تسبب في حركة اضطرابيه نتج عنها تأخير في تسليم البضائع. والذي تجري وقائع القضية، في

[1]قضية أشار إليها: دالع سعيد، أسباب إعفاء الناقل البحري من المسؤولية في عقد النقل للبضائع، دكتوراه، المرجع السابق، ص 170

نزاع قائم بين شركة DISTRIMEX المختصة في التصدير والاستيراد، وشركة CENTRIMEX، لإيصال 22 حاوية تحمل فواكه التفاح باتجاه الامارات العربية المتحدة وماليزيا.

تعاقدت شركة CENTRIMEX بدورها مع شركة CMA-CGM المختصة في النقل البحري، لكن فوجئ الجميع ابتداءً من 12 يناير 2011 بإضراب شلّل الشحن والتسليم. فطالبت شركة DISTRIMEX المختصة في التصدير والاستيراد برسالة موصى إليها من شركة CENTRIMEX القيام بكلّ ما في وسعها لإرسال البضاعة والحفاظ على مصالح الشركتين.

فدارت مجريات الحكم حول فكرة هل يستطيع الناقل التمسك بظاهرة الإضراب لإعفاء نفسه من المسؤولية؟ وهل يجوز للناقل إعلان الشاحن أن التأمين Assurance FAP Sauf et Tous risque لا يضمنان خطر الإضراب؟

في هذا الإطار، قرر القضاء الفرنسي[1] أن الإضراب لا يعتبر حادث يدخل ضمن القوة القاهرة، لأن هذا الإضراب كان قد أُعلن عنه مسبقا، فقد أخطأ Le commissionnaire عندما امتنع عن إعلان أن الإضراب معلن عنه، وأخطأ ثانية عندما امتنع عن إعلان أن عقود التأمين لا تضمن عواقب الإضراب، فكان عليه أن يضمن نفسه ومهنته بتأمين يشمل كل الأخطار وعواقبها منها الإضراب، خاصة وان العقد يجمع بين مهنيين[2].

---

[1] CA d'Aix-en-Provence (2 éme ch. civ.), 23 Avril 2015, n° 13-04114, Obs. : Claire HUMMAN.

[2] Claire HUMANN, Exonération du commissionnaire pour cause de grève et absence de responsabilité pour défaut d'assurance contre le risque de grève, Lamy DMF, Octobre 2015 : « La grève ne présente pas caractères de la force majeure car elle était auparavant annoncée. D'autre part le commissionnaire avait omit d'informer son co-contractant et de n'avoir pas souscrit un contrat d'assurance tous risques incluant la grève (responsabilité pour absence d'informations).

Le contrat d'assurance maritime met en présence des professionnels ».

اذن، فالإضراب الذي يُشل حركة الميناء لا يعتبر سببا لإعفاء الناقل من المسؤولية إذا لم يتحقق شرطي عدم التوقع واستحالة الدفع[1].

إن الأخذ بالقوة القاهرة بمفهومها الحديث يعتبر اتساعا لمجال الحرية التعاقدية، وهنا يجب البحث عن قوة هذه الحرية الواسعة المعطاة للأطراف في تنظيم شروطها وقوتها بمفهومها الحديث (الفرع الثاني)

الفرع الثاني: اتساع مجال الحرية التعاقدية كتدعيم لشرط القوة القاهرة

حرّية الإرادة بكل قوّتها هي التي تُبيّن مجال العقد بمضمونه ومحتواه، فيتطلب الأمر دراسة قوة الحرية التعاقدية الممنوحة للأطراف في تنظيم شروط حسن تنفيذ عقودهم.

إنّ الحرّية التعاقدية للأطراف مبدأٌ معترف به دوليا، يتمثل في إعطاء الأطراف حرّية تنظيم شروط القوّة القاهرة، ومعها شروط الإعفاء من المسؤولية. ومن الثابت قانونا، أن إرادة الإنسان حرّة بطبيعتها، ولا يتقيّد الانسان كقاعدة عامة إلّا بإرادته[2].

ومن البديهي، أن الإرادة هي أساس التصرف القانوني، خاصة وأن العقد هو العمود الفقري لأغلبية التصرفات القانونية. فالإرادة هي التي تُنشئ العقد وهي التي تُحدد آثاره[3]، وهذا

---

[1] CA Aix –en – Provence, 28 Mai 1991, Somotrans c/ NORASIA Line, S'agissant d'une grève de dockers ; CA Paris, 03 Mai 1995, Snat c/ TOE, BTL 1995, P. 491 ; Cass. Com., 19 Mars 2002, n° 99-21.177 ; CA Rouen, 6 Juin 2002, BTL 2002, P. 619 ; CA Versailles, 12 2me Ch., 8 Avril 2004, n° RG : 02/04968, Axa et a. c/ CGM, BTL 2004, P. 315 ; CA Versailles, 12 éme Ch., 29 Avril 2004, n° RG : 02/01103, CGM Antilles c/ Helvetia, BTL 2004, P. 357 ; Cass. Com., 25 Février 2004, Juris-Data n° 2004-022676 ; CA Paris, Pole 5, Ch. 4, 7 Décembre 2011, n° RG 2006030527, Tokio Marine Europe et a. c/ Louis Dreyfus Lines et a., DMF 2012, P. 554, BTL 2012, P. 16.

[2] نعمان محمد خليل، دروس في المدخل للعلوم القانونية، دار النهضة العربية، **مصر**، 1978، ص 551.

[3] عبد الفتاح عبد الباقي، نظرية العقد والإرادة المنفردة، دراسة مقارنة ومعمّقة، لبنان، 1984، بند 27، ص 41.

ما يبني مبدأ سلطان الإرادة Le principe de l'autonomie de la volonté الذي يقوم على أن "كلّ الالتزامات ترجع في مصدرها إلى الإرادة الحرّة للأطراف وأن أثر الإرادة لا يقتصر على إنشاء الالتزام بل يعتبر المرجع الأعلى فيما يترتب على هذه الالتزامات من آثار"[1]. وتقوم فكرة سلطان الإرادة على مبدأ الرضائية الذي يعني أن الإرادة كافية بذاتها لإبرام ما تشاء من تصرفات قانونية دون حاجة إلى وضع هذه الإرادة في شكل معيّن. وقد أثّر هذا في شكل العقد وموضوعه[2].

فالأطراف أحرار في إبرام ما يشاؤون من عقود، وتحديد مضمون هذه العقود مع اختيار الشروط التي تلائمهم، وتُحدّد حقوقهم والتزاماتهم المترتبة على عقودهم، ولا يُقيّدهم في هذا إلّا الأحكام القانونية المتعلقة بالنظام العام.

ونتيجة لذلك، ظهر مبدأ حرّية التعاقد أو الحرّية التعاقدية La liberté contractuelle، قوام هذه الحرية هو أنه لا يمكن إجبار أي شخص على التعاقد، وإذا قَبِلَ له الحق في مناقشة محتوى العقد بشروطه ومحتواه عند ابرامه وتنفيذه[3]، وهذا مبدأ ثابت معترف به في كلّ الأنظمة القانونية بما فيها عقود النقل البحري والتجارة الدولية، وهيئة الأمم المتحدة وما تنص عليه أيضا محكمة العدل الدولية[4].

تأخذ عقود النقل البحري أيضا بهذا المبدأ، ويعتبر أحد المبادئ الأساسية لقانون التجارة الدولية Lex mercatoria، كما أن المبادئ الرئيسية التي قامت على أساسها مبادئ

---

[1] عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، المرجع السابق، بند 43، ص 181.

[2] عبد الفتاح عبد الباقي، المرجع السابق، بند 27، ص 41

[3] عثماني بلال، أطراف العقد المدني، بين الحق في تحقيق المصلحة الشخصية والالتزام بحسن نية، دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري تيزي وزو، الجزائر، 2018، ص 31.

[4] (Z.H) WANG, La formation des contrats internationaux, Thése, Strasbourg, 1992, P. 111 ; (A.-C) IMHOFF – SCHELER, Protection du consommateur et les contrats internationaux, th., Vinére, librairie de l'université, 1981, P. 69 170 مقتبس من شريف محمد غنام، ص

UNIDROIT، نصت في مادتها الأولى، وتحت عنوان الحرّية التعاقدية على أنه: "الأطراف أحرار في إبرام العقد وتحديد محتواه"[1].

وحيث أن الثابت عملا، أن الأحكام المنظمة للتحكيم بدورها تؤكد على أهمية الحرّية التعاقدية للأطراف كلّما أُتيحت لها الفرصة لذلك. ولهذا، ينبغي دراسة مدى حرية الأطراف في تنظيم شروط القوة القاهرة (أولا)، ثم التطرق إلى التكييف القانوني لتنظيم شروط القوة القاهرة (ثانيا).

أولا: مدى اتّساع حرّية الأطراف في تنظيم شروط القوة القاهرة

إن نظام المسؤولية والإعفاء منها يعتبر من أكبر المجالات التي يظهر فيها مبدأ سلطان الإرادة. وما يلاحظ أن القواعد المتعلقة بالقوة القاهرة في كلّ القوانين هي ليست كلّها من النظام العام[2]. ويرى FONTAINE (M.) أنه: "لا يبدو، كقاعدة عامة، على الأقل في قوانين الدول الأوربية، أن النظام المطبق في شروط الإعفاء التي لا ترجع لإرادة المدين، لا تتضمن إلّا حلولا مكملة لا آمرة، هذا الأمر نجده في القوانين التي تُطبق شريعة Common Law"[3].

وانطلاقا من هذا، يكون على الأطراف واجب تحديد هذه القواعد الخاصة بالمسؤولية، فيمكن لهم بيان مفهوم الفكرة أو وصف كلّ الأحداث المشكلة لها، وأخيرا شرح وظيفة القوّة القاهرة، مع إمكانية اختيار الشكل الملائم لطبيعة علاقتهم، والصيغة المفضلة لهم في تنظيم هذا الشرط، وهنا تُلبَس القوة القاهرة بشروط انتفاء المسؤولية والإعفاء منها بصفة نهائية، وإعطاء

---

[1] المادة 1_1 من الفصل الأول من هذه المبادئ.

ARTICLE 1.1 (Liberté contractuelle) : « Les parties sont libres de conclure un contrat et d'en fixer le contenu ».

[2] (H.L. et J.) MAZEAUD, (H.) CHABAS, Leçon de droit civil, les obligations, Montchrestien, 5 éd, 1991, P. 664.

[3] (H.L. et J.) MAZEAUD, (H.) CHABAS, Leçon de droit civil, les obligations, Op.cit, P. 236.

مفهوما معيّنا لها، وتحديد مجالا لتطبيقها، وأخيرا النتائج التي تترتب على حدوثها. وهذه آثار الحرية التعاقدية فليس هناك قاعدة عامة موحدة في هذا المجال، فهل يمكن للمنظمات الدولية وغرف التجارة وضع نماذج لمثل هاته الشروط؟ فالدولة الواحدة يمكنها أن تتبنى مفهومين مختلفين للقوة القاهرة في عقدين مختلفين مع مشروعين أجنبيين من جنسيات مختلفة[1].

وعلى هذا الأساس، أعطى مبدأ حرّية إرادة الأطراف في التعاقد، حرّية في تنظيم شروط القوة القاهرة، ومن ثم اعتراف النظم القانونية الوطنية والمحكمون بهذه الحرّية عند الفصل في نزاع متعلق بهذا الشأن[2].

كلّ ما في الأمر، هو ضرورة التأكد من صحة العقد بعناصره اللازمة ودراسة المعطيات والأحداث الخارجية التي تعتبر من الصعوبات التي قد يواجهها التنفيذ، ونصوص العقد المختلفة التي تنظم هذه الصعوبات، ولا يجب أن تكون مكوّنات العقد محل شك، فما بُني على باطل فهو باطل.

إن صياغة طرفي العقد لإرادتهما بشكل جيّد يُسهل عمل المحكم في علاج المشكلات التي تنجم عن عدم تنفيذ هذا العقد بسبب القوة القاهرة، فلا يجب أن تتضمن هذه الصياغة تأويلات. فدقة صياغة الشروط وتحديدها الجيّد يُعتبر أساسيا في حلّ النزاعات الاحتمالية، وقد توجد في العقود شروط تُسهل حل النزاع، كما جاء في قضية: "لا يلتزم الأطراف بالخسارة أو الأضرار أيّا كانت طبيعتها، إذا كانت متولدة عن أي تأخير أو عيب في تنفيذ الالتزامات المنصوص عليها في العقد، والتي سببتها القوّة القاهرة دون أن يكون هناك خطأً أو إهمالاً من

---

[1] (Ph.) LE BOULANGER, Op.cit, P. 200.

[2] (E.) GAILLARD, Trente ans de la Lex mercatoria, Pour une application sélective de la méthode des principes généraux du droit », J.D.I, 1995, p. 10.

الطرف الذي يتمسك بها. ويُعد من قبيل القوة القاهرة في تنفيذ هذا العقد، احترام البائع والمشتري لكلّ وضع أو إجراء ينتج من نص تشريعي صادر من أيّة سلطة وطنية"[1].

خلاصة ما في الأمر، هو أن خشية تغيير الظروف الخاصة ببعض العقود، وما يحدث من أحداث تجعل كلّ متعاقد يُدرج شروطا متعلقة بأوضاع غير ملائمة لمصلحته، وبهدف تقليل هذه المخاطر، يُعطى للأطراف حرّية كبيرة في إدراج ما يشاؤون من شروط في عقدهم مثل الإبقاء على القيمة رغم تغيير قيمة العملة أو أية أسباب أخرى، دون الوصول إلى خسائر فادحة ناتجة عن تنفيذ العقد تقضي على كل توازن عقدي بين الطرفين. فلا يجب أن يكون لمفهوم الحد من المخاطر الوصول إلى مخاطر أخرى.

بحثا عن فكرة رابح رابح winner winner يسعى الأطراف إلى الوصول بحرية تامة في تنظيم شروط القوة القاهرة بمفهومها الحديث، والتي تعتبر بحق أكثر مرونة من حيث التطبيق ومن حيث النتائج المترتبة عليها.

يلجأ أحيانا الأطراف في عقودهم إلى عادات التجارة الدولية، وهدفهم من هذا إخراج عقودهم من نطاق القانون الوطني وإخضاعها لحكم أعراف وعادات التجارة الدولية. وهناك حقيقة أعراف تتعلق بالقوة القاهرة تنطبق بمجرد الإشارة إلى هذه الأعراف الدولية[2]، ويرى بعض الفقه أنه: "يوجد اتفاق كافٍ في الحلول التي ترد في عقود التجارة الدولية، وأيضا في

---

[1] قضية مشار إليها لدى: شريف محمد غنام، المرجع السابق، ص 175.

[2] عملا بمبدأ حرية التعاقد، "يمكن للطرفين، إعطاء مفهوم معيّن للقوة القاهرة، وتحديد مجالها وآثارها على غير النظم القانونية الوطنية المتباينة في تنظيمها، والسعي إلى توحيد القواعد العامة للقوة القاهرة بمفهومها الحديث".

(A.) ABDUL MUNIM, La protection de l'acheteur dans la vente de marchandises en Droit de commerce international, Thèse, Rennes 1, 1991, P. 365.

الأحكام الصادرة عن هيئات التحكيم وأصبح كلّ هذا يُشكل عادات دولية فيما يتعلق بالقوة القاهرة"[1].

يتمتع الأطراف بحرّية كبيرة في تحديد مفهوم القوة القاهرة ويُدخلون عليها تعديلات بمفهومها التقليدي وتوجيهها إلى مفهومها الموسّع وعدم اخضاعها لحكم القانون الوطني، فأساس هذا كلّه هو أنهم يتمتعون بحرّية كبيرة في تحديد مفهوم هذه القوة القاهرة، واعتمادا على مبدأ الحرّية التعاقدية، وهذا خاصة في عقود النقل البحري واتصالها الكامل بعقود التجارة الدولية.

يقوم الأطراف بهذا التوسع في المفاهيم تحقيقا لمصالحهم ورغبة في تطبيق القانون الذي يتبنّوه سواء ذلك المتعلق باختيار الأطراف صراحة له أو لقاعدة تنازع القوانين.

أصبحت هذه الحرّية مصدرا هاما للتطبيق على المنازعات وتُشكل قواعد مادية قابلة للتنفيذ والتطبيق، وساهمت الاتفاقيات الدولية في تأكيد مدى حرية الأطراف في تحديد هذه الفكرة، ومنها المادة 07 من اتفاقية جنيف الخاصة بالتحكيم التجاري الدولي لسنة 1961[2]: "... يأخذ المحكم في اعتباره شروط العقد وعادات التجارة"، وكذلك المادة 31 فقرة 3 من قواعد التحكيم التي وضعتها لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي لسنة 1976[3]، والتي نصت على أنه: "وفي جميع الأحوال، تفصل هيئة التحكيم في النزاع وفقا لشروط العقد...".

---

[1] (G.) DELAUME, Transnational contracts, Oceana publications, 1983, P. 08 ; (Ph) KAHN, Force majeure et contrats internationaux de longue durée, Op.cit, P. 469

[2] الاتفاقية الاووبية للتحكيم التجاري الدولي لسنة 1961، تم التوقيع عليها يوم 21 أبريل 1961، ودخلت حيز النفاذ سنة 1964.

[3] تم اعتماد قواعد الأونسيترال للتحكيم من قبل الجمعية العامة للأمم المتحدة في عام 1976 بعد مداولات ومشاورات مكثفة مع العديد من المنظمات الدولية وخبراء مجال التحكيم، وقد تم إجراء تلك المشاورات تحت رعاية لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي المسماة الأونسيترال(UNCITRAL) . وقد تم مراجعة وتنقيح قواعد الأونسيترال في عام 2010 وذلك لكي تعكس التطور الذي طرأ على الممارسات التحكيمية منذ إعتماد القواعد في عام 1976. وقد تم مراجعة القواعد مرة أخرى في 2013 وذلك لإضافة قواعد الأونسيترال بشأن الشفافية في التحكيم التعاهدي بين المستثمرين والدول.

كما اتخذ القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي لسنة 1985[1] نفس الاتجاه في المادتين 26 و27 منه، كما نصت المادة 21 فقرة 1 من اتفاقية عمان للتحكيم التجاري المبرمة في سنة 1987[2] على أنه: "... تفصل الهيئة في النزاع وفقا للعقد المبرم بين الطرفين...".

تبيّن مجموعة هذه النصوص الدولية، مدى التزام المحكم تطبيق أحكام العقد وفقا لمبدأ حرية التعاقد والإرادة المشتركة للمتعاقدين. فما الحل لو كانت هذه الشروط العقدية مخالفة للنظام العام؟

---

https://pca-cpa.org/ar/services/appointing-authority/uncitral-rules/ ، يوم 25 ديسمبر 2024، الساعة 21:09.

[1] يهدف هذا القانون النموذجي إلى مساعدة الدول على إصلاح وتحديث قوانينها المتعلقة بإجراءات التحكيم لمراعاة السمات والاحتياجات الخاصة للتحكيم التجاري الدولي. ويتناول القانون جميع مراحل عملية التحكيم، ابتداء من اتفاق التحكيم، وتكوين هيئة التحكيم واختصاصها، ونطاق تدخّل المحكمة من خلال الاعتراف بقرار التحكيم وإنفاذه. ويجسّد القانون توافقا عالميا في الآراء بشأن الجوانب الرئيسية لممارسات التحكيم الدولي، بعد أن قبلت به دول من جميع المناطق ومن مختلف النظم القانونية أو الاقتصادية في العالم.

=وقد اعتمدت الأونسيترال، في 7 جويلية 2006، تعديلات على مواد متعددة. حيث من عام 2006 أصبحت الصيغة المعيارية للقانون النموذجي هي صيغته المعدّلة. ويستنسخ أيضا النص الأصلي لعام 1985 نظرا إلى وجود العديد من التشريعات الوطنية التي سُنّت استنادا إلى هذه الصيغة الأصلية.

https://uncitral.un.org/ar/texts/arbitration/modellaw/commercial_arbitration#:~:text=%D9%8A%D9%87%D8%AF%D9%81%20%D9%87%D8%B0%D8%A7%20%D8%A7%D9%84%D9%82%D8%A7%D9%86%D9%88%D9%86%20%D8%A7%D9%84%D9%86%D9%85%D9%88%D8%B0%D8%AC%D9%8A%20%D8%A5%D9%84%D9%89,%D8%AE%D9%84%D8%A7%D9%84%20%D8%A7%D9%84%D8%A7%D8%B9%D8%AA%D8%B1%D8%A7%D9%81%20%D8%A8%D9%82%D8%B1%D8%A7%D8%B1%20%D8%A7%D9%84%D8%AA%D8%AD%D9%83%D9%8A%D9%85%20%D9%88%D8%A5%D9%86%D9%81%D8%A7%D8%B0%D9%87 ; يوم 25 ديسمبر 2024، الساعة 21:17.

[2] اتفاقية عمان العربية للتحكيم لسنة 1987، تم إقرارها والتوقيع عليها من طرف مجلس وزراء العدل العرب في دورته الخامسة المنعقدة بتاريخ 11 أبريل 1987.

بدون الدخول في النقاشات الفقهية[1]، يجب دائما الاعتراف بالنظام العام بقواه القانونية والاقتصادية والسياسية، ورفض كل الشروط العقدية المخالفة للنظام العام، فهو صمام الأمان لكل نظام قانونيsoupape de sécurité . غاية ما في الأمر هو أنه، يجب تجنب الدخول في نزاع قائم بين حرية الإرادة كصمام أمان خاص أولي، والنظام العام كصمام أمان عام.

لذا كان على المحكم تغليب تطبيق النظام العام وتسوية النزاع معتمدا على القانون الواجب التطبيق، وهذا ما جاء في القرار الصادر في القضية رقم 6142 لسنة 1990، حيث جاء فيها: "بغض النظر عن الاستثناء الذي يتمسك به أحد الأطراف، فإن المحكم عليه واجب إثارة بطلان أي اتفاق أو شرط سيكون مخالفا للنظام العام الإسباني من تلقاء نفسه، وبنفس الطريقة التي ينتهجها القضاء الاسباني المعتاد"[2].

ثانيا: التكييف القانوني لتنظيم شروط القوة القاهرة

للقوة القاهرة بمفهومها التقليدي والحديث أهمية قانونية تتجلى في تقرير مصير العقد، فإذا كانت التقليدية تقضي عليه بكلّ أركانه ومشتملاته، فإن مصطلح القوة القاهرة الحديثة تُبقي العقد قائما تحقيقا لمصلحة أطرافه والاستثمار، وما يتصل به من أهداف اقتصادية وتجارية. بالإضافة إلى كونها تُبقي العقد حيّا، فإنها تُقرر أيضا الإعفاء من المسؤولية فتأخذ حلا وسطا بين قيام الالتزام من جهة، وبراءة ذمة المدين من المسؤولية من جهة أخرى. فالمدين يبقى مثقلا بالالتزام وملتزما بالوفاء، فإذا لم يقم بالتنفيذ لا يكون مسؤولا أمام الدائن عن تلك[3].

---

[1] يرى جانب من الفقه وجوب تطبيق شروط العقد حتى عند مخالفتها للنظام العام ;

(J.m) JAQUET, Principe dantonomie et contrats internationaux, economica, Paris, 1983, p. 114.

[2] قضية مشار إليها لدى: بلحاج نصيرة، المرجع السابق، ص 67.

[3] محمود جمال الدين زكي، دفع المسؤولية، مجلة القانون والاقتصاد، العدد 03، السنة 30، القاهرة، مصر، 1961، ص 547.

تحقيقا لهذا كلّه، وُجدت اتفاقات وشروط يتمثل دورها في إعفاء المدين من المسؤولية دون أن يؤثر هذا على قيام الالتزام في ذمة المدين[1].

تؤكد القوانين الوطنية والدولية قوّة مبدأ حرّية أطراف العقد **في تنظيم** شرط القوة القاهرة، وينبغي شرح أصل هذا التأكيد، هل يُدرج في اتفاقيات الإعفاء من المسؤولية (أ)، أو اتفاقيات تحديد مضمون العقد (ب)؟

أ_ إدراج حرّية أطراف العقد ضمن اتفاقيات الإعفاء من المسؤولية

ويُقصد بها الاتفاقيات التي تُنظم آثار المسؤولية على غير الوجه الذي نظمه القانون لغرض تعديل أحكام المسؤولية الناجمة عن الإخلال بالعقد أو المتولدة عن القيام بعمل غير مشروع[2]. فالأصل أنه لا يجوز لأطراف العقد الاتفاق على تعديل قواعد المسؤولية العقدية من خلال هذه الاتفاقات إلّا في حدود القانون والنظام العام والآداب العامة[3].

وفي هذا النطاق، نص المشرع الجزائري في المادة 178 من القانون المدني الجزائري: "يجوز الاتفاق على أن يتحمل المدين تبعية الحادث المفاجئ أو القوة القاهرة.

وكذلك يجوز الاتفاق على إعفاء المدين من أية مسؤولية تترتب على عدم تنفيذ التزامه التعاقدي، إلّا ما ينشأ عن غشه أو عن خطئه الجسيم. غير أنه يجوز للمدين أن يشترط إعفاءه من

---

[1] بلحاج نصيرة، المرجع السابق، ص 68

[2] عبد الفضيل محمد أحمد، القانون البحري الخاص، مكتبة الجلاء الجديدة، المنصورة، مصر، 1997، ص 02.

[3] محسن عبد الحميد إبراهيم البيه، الالتزامات، ج 2، المصادر غير الارادية للالتزام، مكتبة الجلاء الجديدة، مصر، 1999، ص 74.

المسؤولية الناجمة عن الغش أو الخطأ الجسيم الذي يقع من أشخاص يستخدمهم في تنفيذ التزامه.

ويبطل كل شرط يقضي بالإعفاء من المسؤولية الناجمة عن العمل الإجرامي"[1].

في إطار الاتفاقيات الدولية المنظمة لأحكام عقد النقل البحري، ومن خلال دراسة اتفاقية بروكسيل لسنة 1924 الخاصة بتوحيد سندات الشحن، وكذلك اتفاقية هامبورغ لسنة 1978 الخاصة بالنقل البحري للبضائع، وأيضا اتفاقية روتردام لسنة 2008 الخاصة بالنقل البحري من الباب إلى الباب، وفي المواد 03، 23، 79 فقرة 1 على الترتيب، أخذت كلّها بمبدأ بطلان كل شرط يؤدي إلى الإعفاء من المسؤولية أو التخفيف منها، وتقابلهم المادة 811 من القانون البحري الجزائري[2].

ب_ اتفاقات تحديد مضمون العقد

توضح هذه الاتفاقات وبشكل مفصل نطاق التزام كلّ طرف، وهذا، بحذف بعض الالتزامات أو التخفيف منها، ففي هذه الحالة لا تقوم المسؤولية أصلا، وهي الحالة الأولى. أمّا الحالة الثانية، فتكون فيها المسؤولية منخفضة[3].

إن الاتفاقات التي تحدد مضمون العقد، تؤثر في الالتزام مباشرة، فتعدمه أو تُخفف من حدّته، وهذا خلافا للاتفاقات التي تعفو إعفاءً كاملا من المسؤولية في وجوده ونطاقه وشدّته،

---

[1] تقابلها المادة 217 فقرة 2 من القانون المدني المصري.

[2] إحالة إلى الباب الأول، الفصل الأول، المبحث الأول، المطلب الثاني، الفرع الثاني، ثانيا، تحت عنوان: بطلان الشروط التي تؤدي إلى إعفاء الناقل من المسؤولية، ص 56.

[3] الاتفاقات هذه تخضع للتفسير الضيّق في حالتي الغموض وإهمال المدين، ويقع الاثبات على عاتق المدين ; بلحاج نصيرة، المرجع السابق، ص 68

وهذا عملا بمبدأ العبرة بالمقاصد والمعاني لا بالألفاظ والمباني في تفسير مثل هاته العقود، وكلّ غموض يجب البحث فيه عن النية المشتركة للمتعاقدين بعيدا عن المعاني الحرفية للألفاظ[1].

يُضيف الفقه، قاعدة أن الشك يجب أن يُفسر لمصلحة المدين حسب مضمون المواد 111 و112 من القانون المدني الجزائري، وتقابلها المادتين 150 و151 من القانون المدني المصري. مع العلم أنه يقع على الدائن عبئ إثبات أن المدين قد خالف التزامات جوهرية تقع على عاتقه.

يوجد اختلاف فقهي في تحديد الطبيعة القانونية لشرط القوة القاهرة بمفهومها الحديث، فمن الفقه[2] من يرى أنه إعفاء من المسؤولية، ومنهم[3] من يرى أنها مجرد اتفاقات لتعديل مضمون العقد. في حين يمزج الرأي الثالث[4] بين النوعين إعفاء من المسؤولية من جهة، وتعديل مضمون العقد من جهة أخرى.

مع الملاحظة أن الرأي الراجح، هو الرأي الثاني، أي تعديل مضمون العقد عن طريق تعديل التزامات أحد الطرفين أو كليهما بهدف الحفاظ على العقد عند وقوع الحدث المكوّن للقوة القاهرة، بُغية الوصول إلى إعادة التفاوض بشأن هذا العقد[5].

المبحث الثاني: تداعيات وقف تنفيذ عقد النقل البحري

أدى تطوّر القانون إلى تحقيق المصالح المشتركة لأطراف العقد المستمر زمنا، وأنشأ بالاعتماد على مبدأ المصالح المشتركة Notion d'intérêt commun مصطلحا جديدا هو

[1] محسن عبد الحميد إبراهيم البيه، المرجع السابق، ص 379.

[2] (Ph.) KHAN, Op.cit, P. 475

[3] (A.) ABDUL MUNIM, Op.cit, p. 498

[4] شريف محمد غنام، المرجع السابق، ص 187

[5] بلحاج نصيرة، المرجع السابق، ص 69.

القوة القاهرة بمفهومها الحديث، والتي بمقتضاها يضع الأطراف شرطا من أجل بقاء العقد قائما لمواجهة ما قد يصيب هذا العقد من أحداث تصيب توازنه العقدي من حيث الالتزامات.

حقيقة، قد يطرأ على تنفيذ العقد بعض الأحداث التي تجعل هذا التنفيذ مستحيلا لفترة معينة، قد تطول أو تقصر، ويعرف هذا بالوقف، وهو تعطيل أو إعاقة مؤقتة في تنفيذ العقد، ناجمة عن حدث يخرج عن سيطرة الأطراف، ويهدف إلى إبقاء الرابطة التعاقدية قائمة ويحافظ عليها خلال فترة الانقطاع، واستئناف العقد مرة أخرى عند زوال الأحداث المكبحة لحسن التنفيذ وإزالة الأمور الصعبة بالنسبة لأطراف العقد وللمنطق القانوني له، خاصة في عقود النقل البحري.

فإذا كانت القوة القاهرة بمفهومها التقليدي توقف العقد كلّه لمشقات تعرض لها، فإن مشكلة الاستحالة المؤقتة تتطلب وقفا مؤقتا لحين مرور الأزمة التي يتعرض إليها العقد وزوال ما يعرقل حسن تنفيذه.

لهذا، سعت التشريعات والاتفاقيات الدولية والقضاء والتحكيم في انسجام متكامل إلى الأخذ بما يُعرف بشرط القوة القاهرة ووقف تنفيذ العقد تنفيذا مؤقتا كأثر لهذا الشرط. ووجب تبعا لذاك دراسة مفهوم وقف تنفيذ عقد النقل البحري (المطلب الأول)، وآثاره ونهايته (المطلب الثاني).

المطلب الأول: ماهية وقف تنفيذ العقد

تتحقق مصلحة الطرفين في عقد النقل البحري عندما يتم تنفيذ العقد بكل شروطه وبصفة سليمة وصحيحة، غير أن هذا العقد قد يشوبه حادث جبري يؤدي إلى إعاقة تنفيذ التزامات أحد الطرفين لفترة معينة من الزمن، ممّا يلجأ الأطراف عادة في هذه الحالة إلى تطبيق نظام وقف تنفيذ العقد إلى غاية زوال العائق المؤقت ليعود العقد إلى سريانه الطبيعي والتمسك بتنفيذ العقد.

ومن هنا وجب دراسة التأصيل القانوني لوقف تنفيذ العقد من خلال التطرق إلى مفهومه في الفرع الأول، ثم دراسة الأساس القانوني الذي يقوم عليه هذا وقف التنفيذ في الفرع الثاني.

الفرع الأول: مفهوم وقف تنفيذ العقد

إن الأثر الجوهري لوقف تنفيذ العقد يظهر في إيقاف تنفيذ التزامات الطرفين بسبب وجود استحالة مؤقتة، ليعود بعدها العقد إلى استئناف نشاطه بعد زوال العائق، وترتيب آثاره القانونية. والهدف من هذا الإجراء هو تفادي فسخ العقد الذي يؤدي إلى نتيجة سلبية بالنسبة للعقد وأطرافه والمصلحة العامة.

ولهذا، سيتم التطرق إلى تعريف وقف تنفيذ عقد النقل البحري وتبيان شروطه وأهدافه أولا، ليتم بعدها التطرق إلى الطبيعة القانونية لهذا الوقف والذي عرف جدالات فقهية عديدة ثانيا.

أولا: تعريف وقف تنفيذ العقد

وُجد فنٌ تعاقدي ألزمه الجانب العملي في تطبيق عقود النقل البحري، وهو السعي إلى الأخذ بمفهوم وقف تنفيذ العقد، وقفا مؤقتا من حيث المبنى[1]. ووقع خلافٌ فقهيٌ في هذا الصدد من حيث المعنى.

فقد عرّف بعض الفقه، وقف تنفيذ العقد، بأنه: "وقف تنفيذ الالتزامات الرئيسية المتبادلة التي يفرضها العقد على طرفيه، عند حدوث قوة قاهرة تؤدي إلى الاستحالة المؤقتة في التنفيذ، واستئناف تنفيذه عند زوال الاستحالة المؤقتة"[1].

[1] عبد الكريم موكة، الجوانب القانونية للعقود الدولية إبرامها / تنفيذها / تسوية منازعاتها / نماذج عملية لعقود دولية، دار بلقيس، الجزائر، 2023، ص 111_112.

انتقد هذا التعريف، كونه تطرّق إلى وقف التنفيذ على الالتزامات الرئيسية المتبادلة، وتجاهل الالتزامات الأخرى الثانوية إن وُجدت.

كذلك، اقتصر على عدم ذكر الهدف من وقف التنفيذ كونه يُشكل وسيلة يتم من خلالها بقاء العقد قائما ومحافظا على استمرار الرابطة العقدية من جهة، وجعل استئناف سريان العقد بعد انقضاء الوقف ضرورة لا بد منها. في حين أن انقضاء وقف التنفيذ قد يعقبه إمّا استئناف التنفيذ وإمّا فسخ العقد لتعذر التنفيذ. ويتجلى من هنا، نقص هذا التعريف علميا وعمليا.

بينما، يرى جانب آخر من الفقه أن وقف تنفيذ العقد يُعرّف بأنه: "تأجيل أو تأخير مؤقت في تنفيذ الالتزام، ناتج عن حادث يخرج عن إرادة الأطراف، ويهدف إلى الحفاظ على الرابطة العقدية خلال فترة الانقطاع من أجل استئناف تنفيذ العقد مرة أخرى عند انتهاء تلك العقبة"[2].

إن هذا التعريف الفقهي يركز حقيقة على القوة القاهرة المؤقتة وعلى سبب الوقف، لكنه أغفل التصدي إلى الطبيعة القانونية لوقف التنفيذ، وجعل استئناف تنفيذ العقد بعد انتهاء مدّة الوقف أمرا حتميا. فالأمر ليس بهذه السهولة فقد يُصبح الاستئناف مستحيلا استحالة مطلقة تؤدي إلى الفسخ أو الانفساخ.

يُعرف الفقه وقف تنفيذ العقد كذلك، بأنه: "يكون تنفيذ العقد لفترة من الوقت حتى انتهاء الظروف التي تواجهه، ثم يعود بعدها إلى السريان العقدي"[3]. كذلك، هو عبارة عن: "انقضاء

---

[1] محمود سمير الشرقاوي، الالتزام بالتسليم في عقد البيع الدولي للبضائع، مجلة القانون والاقتصاد، السنة 46، العدد 03، القاهرة، 1976، ص 356; وهو نفس التعريف التي جاءت به محكمة النقض المصرية في قرار لها: نقض مدني، جلسة 1977/03/06، الطعن رقم 339، لسنة 41 القضائية.

[2] محمد نصر الدين منصور، نحو نظام قانوني لوقف عقود العاملين حال توقف العمل في المنشآت، دار النهضة العربية، مصر، 1989، ص 11.

[3] سيف الدين محمد محمود، جزاء عدم التنفيذ في العقود الملزمة للجانبين، دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 1994، ص 106.

مؤقت لا رجعة فيه للالتزامات الناشئة عن العقد دون أن يؤثر ذلك على بقاء الرابطة العقدية أو يريب المسؤولية العقدية"[1].

والأصح، أن وقف تنفيذ العقد هو في حقيقة الأمر علاج قضائيٌ أو اتفاقيٌ يرد على العقد الذي يحول دون تنفيذه وينقضي إمّا بزوال الاستحالة وعودة التنفيذ ممكنا أو بفسخ العقد وزوال الرابطة العقدية.

إن فوائد وقف تنفيذ عقد النقل البحري عديدة منها، أولا حمايته من الزوال، خاصة وأن العائق هذا قد يزول بعد فترة قصيرة وتبقى العلاقة التعاقدية بين الطرفين والمراكز القانونية قائمتين خلال هاته الفترة الزمنية، فهو يؤمن بقاء العلاقة العقدية بين الطرفين. ومن فوائد هذا الأمر أيضا هو سريانه وانتاجه لنفس الأثر بعد زوال العائق الموجود بحفظ فرص هذا العقد مستقبلا.

تجدر الإشارة، أنه من أجل تطبيق وقف تنفيذ العقد، يجب توافر شروط أساسية، أهمها شرط وجود حالة الاستحالة المؤقتة الناتجة عن القوة القاهرة[2].

والاستحالة المؤقتة في عقد النقل البحري لا تعني دائما وقف تنفيذ العقد، خاصة إذا كانت مصحوبة بعدم فوات جدوى التنفيذ بما يحقق مصالح الأطراف وغاياتهم من التعاقد، كاستمرار الحدث لفترة طويلة، تُهدد مصالح الطرفين، ففي بعض الأحيان لا تمثل عودة العقد إلى السريان العادي أية فائدة للمتعاقدين[3].

---

[11] (J.) GHESTIN, Traite de Droit civil, les obligations, L.G.D.J, 1992, P. 374.

[2] (N.) GRAS, Essai sur les clauses contractuelles, Centre Michel de l'Hospital, Clermont-Ferrand, LGDJ, France, 2017, P. 101.

[3] (Ph.) KAHN, Force majeure et contrats internationaux de longue durée, Op.cit, P. 482

وتحديد المدّة الكافية والمفيدة بعد زوال الحدث، يجب أن يكون لمصلحة الطرفين معا. وتعني المدّة الكافية أن تبقى مدّة زمنية تصلح لتنفيذ ما تبقى من التزامات لم تُنفذ بعد، وخصم مدّة بقاء الحدث من مدّة تنفيذ العقد[1].

يجب على كل من المحكمة والمحكّم الأخذ في اعتبارهما مصلحة كل من المدين والدائن معا، وأن يكون العقد بطبيعته من العقود المستمرة، وأن يستمر العقد لحين تنفيذ كل طرف التزاماته كاملة[2]. فمثلا، أثناء نقل بضائع تتمثل في فواكه، وحدث حادث قوة قاهرة مؤقتة، هنا لا يمكن إيقاف العقد إلى غاية زوال الحادث لأن البضاعة محل النقل (الفواكه) قابلة للتلف.

إن القانون يسمح ويُجيز وقف العقد، كما تجيزه القوة القاهرة بمفهومها الحديث، وتجيزه أيضا القوة القاهرة بمفهومها التقليدي[3]، لكن يأخذ وقف التنفيذ هذا ذروته في حالات الاستحالة المطلقة، حيث أصبح عمليا من مسلمات عقد النقل البحري والتجارة الدولية[4]. ولذا، وجب دراسة الطبيعة القانونية لوقف تنفيذ العقد وأساسه القانوني (ثانيا).

ثانيا: الطبيعة القانونية لوقف تنفيذ العقد

أثارت نقطة وقف تنفيذ العقد جدالات فقهية عديدة، فمن الفقه من يرى أن وقف تنفيذ العقد هو مجرد فسخ مؤقت للعقد، يوقف تنفيذه بالنسبة للطرفين "خلال فترة امتداد الظروف التي

---

[1] بلحاج نصيرة، المرجع السابق، ص 250.

[2] ثروت حبيب، دراسة في قانون التجارة الدولية مع الاهتمام ببيوع فيينا 1980، مكتبة الجلاء الجديدة بالمنصورة، مصر، 1995، ص 411.

[3] بالرغم من إجازة وقف تنفيذ العقد كل من نظرية القوة القاهرة بمفهومها التقليدي، والقوة القاهرة الحديثة، ويتم عند وجود استحالة مؤقتة، إلّا أن أساس الوقف يختلف، حيث أن الوقف في القوة القاهرة الحديثة يجد أساسه في اتفاق الأطراف عليه والحرص على عدم فسخ العقد.

في حين أن أساس وقف التنفيذ في القوة القاهرة التقليدية هو القانون بالدرجة الأولى، ويتم بقوة القانون حتى وإن لم يتفق عليه الطرفان.

[4] (M.) FONTAINE, Droit des contrats internationaux, Op.cit, P. 240.

حالت دون إمكانية التنفيذ مع بقاء الرابطة العقدية قائمة، سليمة، ونافذة قبل مدّة الوقف وبعدها، وبعبارة أخرى، فإن الوقف في العقد المستمر يؤدي إلى محو جزئي ونهائي لأثر العقد، أي تنفيذ العقد تنفيذا جزئيا"[1].

يلاحظ أن، الأخذ بهذا الرأي يؤدي إلى فسخ العقد مع إمكانية التنفيذ العيني له، في حين أن الفسخ لا يتقرر إلّا بعد أن يصبح التنفيذ العيني مستحيلا[2].

يُضاف إلى هذا، أنه اعتبار وقف التنفيذ فسخا للعقد يعطي للمحكمة سلطة للحكم بفسخ العقد من تلقاء نفسها "وهذا ما لا يمكن التسليم به عند الأخذ بالشروط التعاقدية، حيث يعتبر اتفاق الأطراف هو أساس الوقف في هذه الحالة، وأخيرا فإن السبب الرئيسي للفسخ هو عدم وفاء أحد المتعاقدين بالتزامه نتيجة وجود ظرف خارج عن إرادته وسيطرته"[3].

في الحقيقة، إن وجود شرط في العقد يجيز الوقف المؤقت هو شرط إرادي قد يتناقض مع الحكم القضائي.

يرى رأي آخر من الفقه، اعتبار وقف تنفيذ العقد دفع بعدم التنفيذ Exception d'inexécution تعطي للمدين حق عدم القيام بالتزاماته ما دامت الاستحالة موجودة. والدفع بعدم التنفيذ هو "انقاذ الرابطة العقدية من الزوال مع وجود إمكانية التنفيذ في المستقبل"[4]، فهو علاجٌ مؤقتٌ يعطي للعقد ركوضا في انتظار زوال الحدث، ويعقبه تنفيذ العقد.

---

[1] (J.) LEBRET, Suspension et résolution des contrats, Revue critique de législation et de jurisprudence, 1924, P. 581.

[2] عبد الوهاب علي بن سعد الرومي، الاستحالة وآثارها على الالتزام العقدي، دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون المدني، ط01، القاهرة، 1994، ص 55 ; مقتبس من: شريف محمد غنام، المرجع السابق، ص 319.

[3] رمضان عبد الله صابر غنام، وقف عقد العمل، دكتوراه، كلية الحقوق، بني سويف، جامعة القاهرة، 1997، ص 52 ; مقتبس من: بلحاج نصيرة، المرجع السابق، ص 241.

[4] عبد الحكم فوده، الموسوعة الوافية في العقود إنهاء القوة الملزمة للعقد _دراسة تحليلية على ضوء الفقه وقضاء النقض_، ط 01، دار الفكر والقانون، المنصورة، مصر، 2011، ص 56.

أيضا، من الفقه، من يفسر واقعة وقف تنفيذ العقد بما يعرف بنظرة الميسرة[1] Le délai de grâce التي يعالجها المشرع المدني الجزائري في المادتين 119 فقرة 2 و281 من القانون المدني الجزائري، والتي عرفها الفقه بأنها: "مهلة التنفيذ أو الأجل القضائي الذي يمنحه القاضي للمدين عاثر الحظ حسن النية إذا استدعت حالته ذلك، ولم يلحق الدائن من ذلك ضررا جسيما وذلك حتى يُنفذ التزاماته ويتوقى الفسخ"[2].

فهذه المهلة قانونا هي من النظام العام، والتي تسمح بإعطاء المدين مهلة قضائية ومنحه نظرة الميسرة. أُعطيت حماية للمصلحة العامة، خاصة وأن أطراف العقد يضعون شرطا يقضي بإمكانية توقف العقد لحين زوال الاستحالة. ومن هنا، يتوقف حق الدائن في المطالبة بالتنفيذ الفوري للعقد.

في حقيقة الأمر، إن وقف تنفيذ العقد هو **حق للمتعاقد** الذي لم ينفذ التزامه بسبب استحالة مؤقتة من جهة. ومن جهة أخرى، فإنه لا يمكن الأخذ بمبدأ الدفع بعدم التنفيذ في هذه الحالة لأن الالتزامات هنا تكون مستحقة الأداء. في حين أنه في وقف التنفيذ الاتفاقي، يكون الالتزام الذي يتأثر بالوقف غير حالي[3].

عمليا، فإن وقف تنفيذ العقد له طبيعة قانونية خاصة، هي إعادة حالة توازن العقد من حيث التزامات كلا المتعاقدين، فيسمح بإيجاد توافق وتناسب بين الاستحالة من جهة، والآثار المترتبة عليها من جهة أخرى. فآثار هذا النوع من الاستحالة هو دائما مؤقتا، استحالة تزول بزوال سببها مع بقاء الرابطة العقدية قائمة خلال فترة الوقف. فليس من مصلحة أطراف عقد النقل البحري والتجارة الدولية إنهاء العقد وفسخه وإنهائه.

---

[1] **نَظرَةُ لغة:** من نَظِرَ بكسر "الظاء"، وهي التأخير والإنظار، ومعناها التأخير والإهمال، ونقول "أنظرتك بالدين" أي أخرتك ; ابن منظور الإفريقي، لسان العرب، المجلد 6، ط 1، 1997، ص 212.

والميسرة لغة: هي اليسر والرخاء ; القاموس الجديد للطلاب، معجم عربي مدرسي، ط 1، الشركة الوطنية للنشر والتوزيع، الجزائر، 1997.

[2] عبد الحكم فوده، الموسوعة الوافية في العقود إنهاء القوة الملزمة للعقد، المرجع السابق، ص 333.

[3] أنور سلطان، الموجز في النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص 435.

بعد التعريفات الفقهية والقضائية وبيان الطبيعة القانونية لفكرة وقف تنفيذ العقد بسبب القوة القاهرة المؤقتة، ينبغي دراسة أسس هذا النظام الحديث (الفرع الثاني).

الفرع الثاني: أسس نظام وقف التنفيذ في عقود النقل البحري

إن وقف تنفيذ عقود النقل البحري تجد أسسها في عدّة مصادر، منها، إرادة الأطراف (أولا)، والاتفاقيات الدولية (ثانيا) والتشريع المدني الفرنسي (ثالثا). كما قدّم المحكمون التجاريون الدوليون اقتراحات تُبعد الطرفين على عملية إنهاء العقود، ويميلون إلى وقف تنفيذ العقد والحفاظ عليه أيٍّ كانت التغييرات التي يواجهها تنفيذه (رابعا).

أولا: الأساس المبني على إرادة الأطراف

إن وضع الأطراف لشروط تعاقدية يعتبر الأساس الأول الذي يقوم عليه وقف تنفيذ العقد، فشرط القوة القاهرة يقوم أولا على اتفاق الأطراف، ووقف العقد هو الآثار الأول الممهد لهذا الشرط.

يقبل كل من التشريع الدولي والوطني والفقه والقضاء جواز اتفاق الأطراف على وقف تنفيذ العقد في حالة القوة القاهرة المؤقتة، فقد يتفق الأطراف على وقف تنفيذ العقد لفترة من الوقت، ويتوقعون بعدها زوال الحدث من جهة أو لحين التوصل لاتفاق مشترك ويتفاوضون بعدها على مصير العقد. ويكون هنا الوقف في المرتبة الأولى كأثر لوقوع حالة القوة القاهرة بمفهومها الحديث أو إعادة التفاوض[1]، ويأخذ عدة صور، فقد يضاف شرط يقضي أن الوقف هذا

[1] (M.) FONTAINE, Droit des contrats internationaux, Op.cit, P. 240 ;

يتفق عليه الأطراف صراحة كالشرط الذي ينص على أنه: "يمكن توقيف تنفيذ العقد أثناء مدّة القوة القاهرة لحين عودة الأوضاع العادية المتفق عليها".

وكذلك الشرط الذي ينص أنه: "قد يوقف تنفيذ التزامات المتعاقدين في هذا العقد، عندما يواجهون استحالة تمنعهم من تنفيذ هذه الالتزامات"[1].

وكذلك الشرط الذي ينص على أنه: "في حالة وقوع الأحداث المشار إليها، يوقف تنفيذ العقد، وتضاف مدّة الوقف إلى مدّة العقد".

كذلك يمكن إضافة شرط آخر خاص "بحالة إعاقة الأطراف عن تنفيذ التزاماتهم، بصفة كلية أو جزئية، توقف الحقوق والالتزامات الناتجة عن هذا العقد، وتمتد لمدّة العقد مدّة مساوية لمدّة الوقف". مع الملاحظة أنه لا يمكن أن تكون مدّة الوقف مساوية لمدّة العقد كاملا. وتوضع هذه الشروط قبل حدوث الواقعة[2]. والهدف من كل هذا هو الحفاظ على العقد وبقاء استمراره، وحماية الصفقات المرتفعة المبرمة.

انطلاقا من هذا، يرى الفقه[3] أن "انهاء الروابط التعاقدية يعد الحل الأخير الذي تواجهه هذه العقود".

أما المصير الأول فهو وقف تنفيذ العقد فترة من الوقت في انتظار زوال الحدث المعرقل، وبعدها يتفق الأطراف على حل يسمح ببقاء العقد[4].

---

[1] (D.) LE ROY, La force majeure dans le commerce international, Op.cit, P. 760

[2] حسام الدين كامل الأهواني، أصول قانون التجارة الدولية، ج1، د.د.ن، القاهرة، مصر، 1993، ص 378 ; (Ph.) KAHN, Force majeure et contrats internationaux de longue durée, Op.cit, P. 481.

[3] (Ph.) Kahn, Force majeure et contrats internationaux de longue durée, Op.cit P. 479 ; (P.) MALINERI, Les conditions générales de vente et les contrats types de chambres syndicales, L.G.D.J, Paris, 1978, P. 173.

[4] (F.) OSMAN, Les principes généraux de la lex mercatoria, Thése, Pais, L.G.D.J, 1980, P. 167.

ثانيا: أساس وقف تنفيذ العقد حسب الاتفاقيات الدولية

لا أحد يُنكر دور الاتفاقيات الدولية في رسم وتحديد محتوى قانون النقل البحري وقانون التجارة الدولية، فقد نظمت الاتفاقيات الدولية فكرة الوقف المؤقت لتنفيذ العقد كحل من الحلول التي تحافظ على بقاء الرابطة العقدية قائمة، خاصة وأن إلغاء العقد يدفع أطرافه إلى البحث عن صفقة أخرى جديدة وبذل الجهود والنفقات وما قد ينتج عن هذا من أضرار مؤكدة وضياع للوقت[1].

فمن أهم أحكام مبدأ المصالح المشتركة La théorie des intérêts communs، دوام العقد وبقاءه مُنتجا لكل آثاره الأنية واللاحقة، وبها تتجسد ميدانيا فكرة رابح رابح winner winner.

باعتبار اتفاقية الأمم المتحدة للبيع الدولي للبضائع لسنة 1980 مرتبطة ارتباطا وثيقا بعقود النقل البحري، نظّمت وقف تنفيذ العقد في المادة 71 التي تقضي على حالة وجود عجز خطير في قدرة أحد المتعاقدين في تنفيذ جانب من التزاماته، فيجوز لكلا المتعاقدين إذا ما ظهرت ظروفٌ تجعل أحدهما غير قادر على التنفيذ نتيجة العجز، ولأسباب قهرية خارجة عن إرادة أحدهما، وقف تنفيذ التزاماته كلّها أو جزء منها[2].

وتضيف نفس الاتفاقية في مادتها 79 فقرة 3: "...يحدث الاعفاء المنصوص عليه في هذه المادة أثره خلال الفترة التي يبقى فيها العائق قائما"، والتي يفهم منها وبمفهوم المخالفة زوال العائق يعيد العقد إلى سريانه العادي، والوقف لا يكون إلّا في فترة وجود العائق فقط.

---

[1] محمود سمير الشرقاوي، العقود التجارية الدولية، دراسة خاصة لعقد البيع الدولي للبضائع، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1992، ص 55.

[2] لمزيد من التفاصيل حول وقف تنفيذ العقد بسبب العجز، راجع: ناصر خليل جلال وسميرة عبد الله مصطفى، وقف تنفيذ الالتزام كجزاء على الإخلال المبتسر للعقد (بحث مقارن)، مجلة كلية الحقوق بجامعة النهرين، العدد 13، 2011، ص من 70 إلى 101، مقال منشور في الموقع:
https://www.iraqoaj.net/iasj/download/20acf1f199d63489 يوم 14 يناير 2025، الساعة 19:32.

أقرت أيضا مبادئ UNIDROIT وقف تنفيذ العقد، ونصت في مادتها 7_1_7 على ما يلي: "إذا كان العائق مؤقتا، فإن الإعفاء يظل منتجا لأثره خلال مدّة معقولة يراعى فيها أثر العائق على تنفيذ العقد".

تدخلت أيضا غرفة التجارة الدولية بشرطها النموذجي الخاص بالقوة القاهرة La CCI du commerce chambre internationale ، ونصّت في الفقرة 7 من الشرط النموذجي على أنه: "وعلاوة على ذلك، فإنه أي السبب المنصوص عليه في الفقرة السادسة يوقف مدد التنفيذ أثناء مدّة معقولة، مستعبدا بذلك في نفس الوقت حق الطرف الأخر في أن يلغي أو يفسخ العقد"[1].

بديهي أن هذا الشرط يحمي المتعاقد المدين من سلوك الدائن الذي قد يرغب في فسخ العقد، بأن فرض عليه الانتظار فترة من الوقت قد يزول فيها عائق التنفيذ، أو يتوصل مع مدينه إلى اتفاق يحمي بقاء العقد واستمراره[2].

ويلاحظ أن عبارات النص جاءت شاملة لا تقتصر على المدين فقط، بل تخص الطرف الآخر، وهذا باستعمالها بعبارة "وفي انتظار تنفيذ الطرف المتأثر بالقوة القاهرة التزامه يمكن للطرف الآخر أن يوقف التزاماته".

ويؤكد هذا الوقف المؤقت، اللجنة الاقتصادية الأوربية التابعة للأمم المتحدة، والتي ترى أن للقوة القاهرة أثرا واقفا، ولذلك فإنه يؤدي إلى وقف تنفيذ العقد فترة محددة[3].

ثالثا: أساس وقف تنفيذ العقد في التشريع المدني الفرنسي

[1] البند 7 من الشرط النموذجي لغرفة التجارة الدولية.

[2] شريف محمد غنام، المرجع السابق، ص 326.

[3] حمزة أحمد حداد، العقود النموذجية في قانون التجارة الدولية، دراسة في البيع الدولي، دكتوراه، جامعة القاهرة، 1975، ص 372.

إن التشريعات المختلفة تبنّت مفهوم القوة القاهرة بمفهومها التقليدي، وتجاهلت وقف تنفيذ العقد كأثر قانوني لشرط القوة القاهرة المؤقتة. وقد تأثر المشرع الجزائري والمصري بموقف المشرع الفرنسي في القانون المدني لسنة 1804. أمّا بعد تعديل التقنين المدني الفرنسي بموجب المرسوم رقم 131_2016، فقد توسّع المشرع الفرنسي في نصوصه الجديدة، ونص صراحة في المادة 1218 بالاستحالة المؤقتة Impossibilité temporaire ووقف تنفيذ العقد، وأقرّ أنه: "...إذا كان العائق مؤقتا، يوقف أداء الالتزام ما لم ينتج عنه التأخير..."[1].

في نفس الإطار، وفي قرار لمحكمة النقض الفرنسية، والتي اعتمدت على المادة 1218 من القانون المدني الفرنسي الجديد، حيث نصت على أنه: "في حالة العائق المؤقت يكون تنفيذ الالتزام معلقا، فلا يجوز فرض أي مخالفات أو جزاء على المدين، وعند انتهاء العائق المؤقت يبدأ المدين من جديد تنفيذ التزاماته التعاقدية التي توقفت خلال تلك الفترة بشكل طبيعي واعتيادي، حيث يُعفى المدين من المسؤولية العقدية في بعض الحالات، خاصة عندما يكون سببا في إنهاء العقد كما في حالة استمرار التأخر في تنفيذ العقد...".

ومن هنا، حبذ لو تدخل المشرع المدني الجزائري وأضاف مادة خاصة بالاستحالة المؤقتة وشرط القوة القاهرة بمفهومها الحديث، حتى يكون هناك إثراءً للنصوص القانونية علميا وعمليا.

رابعا: سلطة المحكم التجاري الدولي في فرض الوقف على الأطراف

مهّدت كل من التشريعات الوطنية والاتفاقيات الدولية الطريق للأطراف لوضع شروط تعاقدية أساسية يُبنى عليها العقد كلّما ظهرت تغييرات في الظروف المتعلقة بالتزامات مختلفة.

[1] L'alinéa 2 d'article 1218 du code civil Français énonce que : « Si l'empêchement est temporaire, l'exécution de l'obligation est suspendue à moins que le retard qui en résulterait ne justifie la résolution du contrat ».

فيوجد عمليا شروطا تقضي بوجوب الاتفاق على وقف تنفيذ العقد لفترة معيّنة عند وجود أحداث، واستئناف التنفيذ بعد زوال هذه الظروف.

يتم الاتفاق على هذه الشروط بين الأطراف، بطريقة صريحة كوقف سريان العقد إذا حالت قوة قاهرة دون إتمام الالتزامات في حالة وجود ظروف تمنعهم من تنفيذ هذه الالتزامات. فإذا امتنع أحد أطراف العقد على النص صراحة على هذا التوقف المؤقت الصريح، جاز لقرارات التحكيم أخذ هذا القرار.

عمليا، يميل المحكمون إلى إقرار الحفاظ على العقد بوقف تنفيذه لحين زوال الظرف. ويُظهر الواقع العملي أن المحكمين يُفضلون دائما هذا الحل كنتيجة أولية تسبق الفسخ. فهل للمحكم السلطة في فرض وقف تنفيذ العقد على الأطراف؟

هنا، يجب الاعتماد على فرضيتين للإجابة على السؤال:

تتمثل **الفرضية الأولى،** في قيام أحد الطرفين بطلب وقف تنفيذ العقد لحين زوال موانع التنفيذ، وعدم وجود رفض من الطرف الثاني.

فالأمر هنا لا يتطلب صعوبات يواجهها المحكم، ويُقرر وقف تنفيذ العقد بكل سهولة، فيكون قراره كاشفا لإرادة أطراف العقد لا منشئا له.

فالمنطق يميل إلى أن الوقف هذا يرجع إلى إرادة الأطراف وليس إلى المحكم، فقراره مقررا وليس منشئا، لأن الوقف طُبق باتفاق أطراف العقد[1].

بين القرار المنشئ والقرار الكاشف وجدت نقاشات عديدة أثّرت النطاق القانوني.

أمّا **الفرضية الثانية،** فتظهر حين يطلب أحد الطرفين وقف تنفيذ العقد، ويقترحه للطرف الثاني بل يتعرض له، ويتمسك بإبرائه من المسؤولية عن عدم تنفيذ عقده بسبب عائق معين، هنا يكون للقاضي أو المحكم سلطة وقف العقد حتى وإن رفضها أحد الأطراف واعترض.

[1] حسام الدين كمال الأهواني، أصول قانون التجارة الدولية، المرجع السابق، ص 285.

وتبرير هذا أن الوقف يتم بقوة القانون في حالة القوة القاهرة المؤقتة، شأنه في ذلك شأن الانفساخ الذي يتم بقوة القانون في حالة القوة القاهرة النهائية، وحكم القاضي أو المحكم بوقف العقد.

هنا، يمكن للمحكم تقرير الوقف بشرط توفير أحداث تجعل مزاولة تنفيذ الالتزامات أمرا صعبا. ويلاحظ في هذه الحالة، أن تقرير المحكم يكون منشئا لا كاشفا[1].

قد تُشكل بداية الحروب قوة قاهرة مؤقتة لحين إنهاء الأعمال العدائية المتصلة بهذه الحروب، ممّا يستوجب وقف تنفيذ الالتزامات لحين انتهاء هذه الأعمال العدائية[2].

وقد أقرت محكمة النقض المصرية نظرية الوقف في حالة القوة القاهرة المؤقتة في كثير من أحكامها دون أن تطلب تقديم طلب من أحد الأطراف أو موافقة الطرف الآخر عليها بنصها: "وقف العقد يقصد به وقف تنفيذ الالتزامات الرئيسية المتبادلة التي يفرضها العقد على طرفيه عند حدوث قوة قاهرة تؤدي إلى الاستحالة المؤقتة في التنفيذ"[3].

وأضافت أيضا، "وضع الأطيان المبيعة تحت التحفظ يؤدي إلى وقف العقد فقط لأنه لا يتمخض عنه استحالة قانونية دائمة تقضي إلى انقضاء الالتزامات، وبزوال هذا الطارئ تُستأنف الالتزامات المؤجلة سيرها ويظل العقد قائما خلال فترة التحفظ ويبقى شريعة المتعاقدين"[4].

كما طبّقت قرارات محكمة النقض الفرنسية أيضا، نظرية وقف تنفيذ العقد في حالة الاستحالة المؤقتة، فرفضت الدفع بفسخ العقود إبّان الحرب العالمية الأولى، وكان لها الفضل في

---

[1] محمود مختار أحمد بربري، التحكيم التجاري الدولي، دار النهضة العربية، 1999، مصر، ص 11.

[2] لمزيد من التفاصيل حول أمثلة عن مجلس الامن الخاص بالحصار الاقتصادي على العراق، راجع: بلحاج نصيرة، المرجع السابق، ص 246.

[3] نقض مدني، جلسة 1977/03/06، الطعن رقم 339، لسنة 41 القضائية.

[4] نقض مدني، جلسة 1962/02/20، الطعن رقم 201، لسنة 27 القضائية، مجموعة المكتب الفني، السنة 13، ص 1159 ; ونقض مدني، جلسة 1993/05/12، الطعن رقم 1380، لسنة 59 القضائية، مجموعة المكتب الفني، السنة 44، ص 707.

خلق هذه النظرية قضائيا، حيث لا يوجد لها سندا في نصوص القانون. وهكذا اعتبرت محكمة النقض الفرنسية أن "الحرب يترتب عليها استحالة مؤقتة وليست نهائية، وكلّ ما يترتب عليها، هو وقف العقد لحين زوالها وليس فسخ العقد وإبراء ذمة المدين"[1].

جدير بالذكر، أن القوة القاهرة المؤقتة تؤدي مباشرة إلى وقف تنفيذ العقد بقوّة القانون[2]، ودون حاجة إلى رضاء الأطراف، أو إلى حكم القضاء أو قرار التحكيم.

لكن لتحديد ما إذا كانت القوة القاهرة نهائية أو مؤقتة، يجب الرجوع إلى السلطة التقديرية للقاضي أو المحكم، وهذا الأمر من المسائل الموضوعية التي يختص بها القضاء أو التحكيم عند اختلاف الأطراف في تحديدها[3].

بيّن المجال العملي صدور قرارات تحكيمية عديدة بوقف تنفيذ العقد، تُذكر منها ما يلي: القرار الصادر في القضية رقم 1703 لسنة 1971، حيث اعتبرت هيئة التحكيم أن المدّة التي بدأت فيها الأعمال النهائية وحتى نهايتها تعتبر من حالات القوة القاهرة، فالأعمال العدائية هذه تشكل استحالة تنفيذ مؤقتة، وفحصت بعد ذلك الهيئة، استئناف العقد في سريانه العادي بعد انتهاء هذه المدّة[4].

وجدير بالذكر أنه، "لو سلمنا بوجود حالة القوة القاهرة، فإن المحكمين يفترضون أن القوة القاهرة لن تستمر إلاّ لوقت معيّن، وهو وقت توافر الظرف نفسه"[5]، فالوقف لا يستمر إلاّ لوقت معيّن ويزول بعد زوال الظرف نفسه.

---

[1] Cass. Civ., 15 Novembre 1921, D, 1922, P. 14 ; Cass. Civ., 24 Octobre 1922, D, 1922, P. 08.

[2] حبذ لو نص المشرع المدني الجزائري صراحة على وقف تنفيذ العقد مؤقتا بسبب استحالة مؤقتة.

[3] نقض مدني، جلسة 1968/02/22، الطعن رقم 217، لسنة 31 القضائية; حسام الدين كامل الأهواني، أصول قانون التجارة الدولية، المرجع السابق، ص 385.

[4] قرار صادر عن الغرفة التجارية الدولية، القضية رقم 1703، 1971، مجموعة أولى من القرارات، ص 195.

[5] شريف محمد غنام، المرجع السابق، ص 332.

وفي نفس السياق، يقبل المحكمون وقف العقد في فترة قيام الحدث، ويرفضون اعفاء الدائن من مسؤوليته بعد انتهاء الحدث كالحرب مثلا، فيقتصر أثرها على وقف تنفيذ العقد طوال فترة وجود الحرب فقط. أمّا بعد انتهائها فإن العقد يستأنف سريانه الطبيعي.

إن معيار التفرقة بين الاستحالة النهائية والمؤقتة يتمثل في مدى إمكانية زوال المانع الذي يسبب الاستحالة، فإذا كان من الممكن زوال المانع مستقبلا، فإن الاستحالة تكون طبعا مؤقتة، أمّا إذا كان المانع غير قابل للزوال في المستقبل أو لا يوجد احتمال لزواله، فإن الاستحالة تصبح نهائية[1].

وهذا ما قررته المحكمة الفيديرالية الألمانية لسنة 1983، في حكم لها صادر من قضية تتعلق بتعاقد شركة ألمانية من أجل توريد وتركيب معدات لدولة الإيران. وأثناء تنفيذ العقد قامت الثورة الاسلامية الإيرانية، فتوقفت الشركة الألمانية عن تنفيذ عقد التوريد والتركيب.

عُرضت القضية أمام المحكمة الفيديرالية الألمانية، وقررت هذه الأخيرة، فسخ العقد وإعفاء الشركة من المسؤولية عن عدم التنفيذ، مبررة قرارها بوجود استحالة مادية أو موضوعية تتمثل في الثورة الإسلامية.

غير أنه، وبعد ذلك، قضت المحكمة بضرورة التفرقة بين ما إذا كانت الاستحالة دائمة، فيتم فسخ العقد بقوة القانون. أو استحالة مؤقتة، فيتم تطبيق وقف تنفيذ العقد إلى غاية زوال الحادث واستئناف سريان العقد[2].

إن تحديد الاستحالة المؤقتة يجب أن تتم وفقا لعاملين هما:

العامل الأول: مدة بقاء الحدث،

[1] محمد علي عثمان الفقي، استحالة تنفيذ الالتزام وآثارها، دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون المدني، دار النهضة العربية، مصر، 1995، ص 42.

[2] قضية أشار إليها: مروك أحمد، شرط إعادة التفاوض في عقود التجارة الدولية، دكتوراه، المرجع السابق، ص 44.

والعامل الثاني: مدى صلاحية الفترة التالية بعد زوال الحدث لتنفيذ العقد بما يحقق مصالح الأطراف.

والكل يتم بإرادة الأطراف وتحقيقا لمصلحتهم"[1].

وفي هذا الصدد، يؤكد الفقه أن وقف العقد بسبب القوة القاهرة المؤقتة، وإن كان مبدأً مقبولاً في عقود النقل البحري للبضائع، إلاّ أن الحدث قد يستمر فترة طويلة، بشكل يهدد مصالح الأطراف في العقد، وفي بعض الأحيان لا تمثل عودة العقد إلى السريان العادي أيّة فائدة للمتعاقدين[2].

للمدّة المتبقية للعقد أهمية كبيرة بعد زوال الحدث، فيجب أن تكون كافية بعد خصم مدّة بقاء الحدث من مدّة تنفيذ العقد، وتكون أيضا مفيدة، أي أن يكون التنفيذ مازال مجديا للدائن والمدين، ويجب أن تكون هناك إمكانية بقاء العقد محققا لمصالح الأطراف.

إن لوقف تنفيذ العقد إذن أهمية بالغة تخدم مصلحة المتعاقدين وتجعلهم يحافظون على بقاء عقدهم قائما لحين زوال الحدث المعرقل لتنفيذه. للوقف آثار قانونية من أهمها هو وقف تنفيذ الالتزامات العقدية أو فرض التزامات جديدة على الأطراف هدفها ضمان التنفيذ المستقبلي للعقد.

المطلب الثاني: آثار وقف تنفيذ عقد النقل البحري

يُشكل وقف تنفيذ العقد نتيجة هامة، وهو من أهم آثار هذه المرحلة. فتتوقف تنفيذ الالتزامات العقدية وتُفرض التزامات جديدة على الأطراف، هدفها التنفيذ الجيّد والمستقبلي للعقد، ولذلك وجب التطرق إلى هذه الالتزامات (الفرع الأول)، ثم إلى مصير نهاية الوقف (الفرع الثاني).

---

[1] شريف محمد غنام، المرجع السابق، ص 336.

[2] (Ph) KAHN, Force majeure et contrats internationaux de longue durée, Op.cit, P. 482.

الفرع الأول: التزامات وقف تنفيذ العقد

معلوم أن وقف تنفيذ العقد هو عملية مفضلة عن فسخه، خاصة في عقود النقل البحري كعقد متصل اتصالا وثيقا بعقود التجارة الدولية.

فوقف تنفيذ العقد هو مرحلة وسط بين تنفيذه وانتهاءه، ويتمثل على توقف تنفيذه في فترة من الزمن ليستأنف بعدها سريانه العادي. فالوقف هذا يؤجل تنفيذ الالتزامات الرئيسية في العقد Les Obligations principales، ليضيف التزامات أخرى تفرضها الأحداث على المتعاقدين للحفاظ على بقاء هذا العقد قائما وتسهيل استئنافه.

وانطلاقا من هذا، يجب تأجيل تنفيذ التزامات المتعاقد المدين الذي تأثر بوجود عائق في تنفيذ التزاماته (أولا)، وكذلك وقف تنفيذ التزامات الطرف الأخر، الدائن (ثانيا). كما يلقي الوقف التزامات يفرضها على المتعاقدين خلال حالة سكون ووقف العلاقة التعاقدية مؤقتا (ثالثا).

أولا: وقف تنفيذ التزامات الناقل البحري المدين

الوقف هو فترة سُكون للعلاقة التعاقدية أثناء فترة وجود العائق، ينتج عنه حتما تأجيل تنفيذ هذه الالتزامات[1].

جدير بالذكر أن، أثر الوقف يقتصر على تنفيذ الالتزامات التي أصيبت بأحداث جعلت العقد يبتعد عن توازنه القانوني ; وفيما عدا هذا، يبقى العقد منتجا لكل آثاره ولا يتوقف فيه التنفيذ إلّا خلال فترة توقفه[2]دون براءة الطرفين من تنفيذ التزاماتهما الموقوفة، كلّ ما في الأمر هو أن الدائن لا يستطيع طلب تنفيذ التزاماته خلال مدّة الوقف، وكذلك لا يطلب تعويضا عمّا

[1] (J-F.) ARTZ, La suspension du contrat à exécution successive, D, Sirey, 1979, Chro. XV, P. 97 ; (J.) TREILIARD, De la suspension des contrats, in "La tendance à la stabilité du rapport contractuel", étude de Droit privé, L.G.D.J, 1960, P. 83.

[2] (P-H.) ANTONMATTEI, Contribution à l'étude de la force majeure, Thèse, Montpellier, 1992, P. 222.

أصابه من أضرار بسبب عدم تنفيذ المدين لالتزاماته لأسباب وجود أزمات تعرقل حسن تنفيذ العقد[1].

بعبارة أخرى، يمس الوقف كل الالتزامات التي تأثرت بوجود عائق في التنفيذ، أما الباقي من الالتزامات فتبقى مستمرة وملزمة كونها لم تتأثر بهذا الحدث، ويترتب على عدم تنفيذها، مسؤولية عقدية لكل متقاعس[2].

قد ترتبط التزامات فرعية Les obligations accessoires بأخرى أصلية موقوفة، فإن الوقف في هذه الحالة يمتد حتى للالتزامات الفرعية، ولهذا يرى الفقه أن وقف تنفيذ الالتزام الأصلي قد يمس أيضا تنفيذ الالتزام التبعي إذا كان مرتبطا به[3].

تطبيقا لذلك، فوقف تنفيذ الالتزام بالنقل يؤدي إلى وقف تنفيذ الالتزام بضمان السلامة لارتباطه به[4] والعكس بالعكس[5].

في عقد النقل البحري للبضائع، إذا كان مسار النقل من الصين إلى الجزائر، ووُجدت أحداث تعرقل مواصلة سير الرحلة في إسطنبول مثلا، كان على الناقل إيصال البضاعة من

---

[1] يرى بعض الفقه أن الوقف هو نوع من الأجل يسقط إذا ما أضعف المدين تأميناته، كما يجوز للدائن القيام بالإجراءات التحفظية التي يحمي بها دينه تطبيقا للقواعد العامة ;

(R.) MABROUK, La force majeure en Droit des obligation, étude en Droit Egyptien et Français, Thèse, Nantes, 1986, P. 395.

[2] (P-H.) ANTONMATTEI, Op.cit, P. 223.

[3] (R.) SARRAUTE, La suspension dans l'exécution des contrats, Thèse, Paris, 1992, P. 52-53 ; (J.) TREILIARD, Op.cit, P. 88.

[4] حسام الدين كامل الأهواني، أصول قانون التجارة الدولية، المرجع السابق، ص 186

[5] (J-M.) MOUSSERON, Techniques contractuelles, Juridique LE Febvre, 1988, P. 418 ; (G.) GOUBEAUX, La règle de l'accessoire en Droit privé, L.G.D.J, 1969, P. 216.

الصين إلى قطر وانتظار زوال عائق ميناء إسطنبول لإيصالها إلى الجزائر ربحا للوقت مع ضمان السلامة.

ثانيا: وقف تنفيذ التزامات الشاحن البحري المتعاقد الآخر

إن وقف تنفيذ العقد يشمل عدم تنفيذ التزامات المتعاقدين معّا، فلا الدائن يمكنه إجبار المدين على تنفيذ ما التزم به خلال مدّة الوقف، ولا المدين يملك هذا الحق أيضا، فكبح تنفيذ أحد الأطراف لالتزاماته يرتب مباشرة وقف تنفيذ التزامات المتعاقد الآخر.

حقيقة، إن وقف تنفيذ التزام المدين المتأثر بحدث القوة القاهرة أمرا ضروريا لا جدال فيه، إلّا أن كبح تنفيذ التزام المتعاقد الآخر أنشأ خلافات في الفقه، وهذا عملا بالاحتمالات الآتية:

في **الفرضية الأولى**، قد يتفق الطرفين (الناقل والشاحن) صراحة على وقف تنفيذ عقدهما معا، وهنا لا تثار مشكلة، ومن أمثلة الشروط المدرجة في مثل هاته العقود، ما ينص على: "يوقف تنفيذ العقد الحالي دون ترتيب أيّة آثار طوال فترة وجود حدث القوة القاهرة"[1]. والوقف هنا واضح في الشرط نفسه، ويشمل التزامات طرفي العقد.

أمّا **الفرضية الثانية**، فإذا لم يتفق الطرفان على كبح تنفيذ العقد، هنا ظهرت اختلافات فقهية مبنية على:

يرى جانب من الفقه بوجوب الأخذ بنظرية الدفع بعدم التنفيذ، فطالما أوقف المدين تنفيذ التزاماته، كان للدائن أن يمتنع هو الآخر عن تنفيذ التزاماته، خاصة وأن المدين لم يُنفذ ما التزم به بسبب القوة القاهرة. هذه في حالة تكون التزامات المتعاقدين متقابلة ومستحقة الأداء.

وفي حالة العكس، كأن تكون التزامات المدين غير مستحقة الأداء، فإن الدائن لا يستطيع الدفع بعدم التنفيذ، خاصة وأنه قد يؤخر الوقف تنفيذ التزام المدين خلال مدّة وجود العائق.

[1] (M.) FONTAINE, Droit des contrats internationaux, Op.cit, P. 226.

ويرى جانب ثاني من الفقه أن، الأخذ بالدفع بعدم التنفيذ من نوع خاص، وقوامه تقسيم الدفع بعدم التنفيذ إلى نوعين: يُسمي **النوع الأول**، بعدم التنفيذ المصحح، ويظهر في حالة عدم التنفيذ الذي يرجع إلى خطأ من المدين، فهذا وسيلة ضغط على المدين[1].

أمّا **النوع الثاني** من الدفع بعدم التنفيذ، فيسمى بالإجراء الوقائي، ويمكن للدائن أن يوقف تنفيذ التزاماته إذا لم يستطع المدين تنفيذ ما تعهد به هو بدوره لأسباب لا ترجع إليه، فيتجنب الدائن الخسائر والمخاطر التي قد يتعرض لها هذا الدائن إذا استمر في تنفيذ التزاماته[2].
وتظهر مخاطر وخسائر هذه الإجراءات، إذا انتهت فترة الوقف بطريقة تؤدي إلى عدم عودة الأمور إلى السريان العادي للعقد، كأن يصبح العقد ومواصلته غير مجدٍ أو غير مفيدٍ، فيوقف المدين التزاماته ويتحصل على فوائد، وبالمقابل ستتضاعف في نفس الفترة خسائر الدائن بسبب هذا الوقف، فتوقّف المدين يؤدي إلى استمرار هذا الدائن في التنفيذ واستمرار خسائره.

وكنتيجة لذلك، يؤكد الجميع في هذا المجال على ضرورة اتفاق الطرفين صراحة على وقف التزاماتهما خلال فترة وقف تنفيذ العقد.

ثالثا: التزامات يفرضها الوقف على أطراف العلاقة التعاقدية (الدائن والمدين)

هناك التزامات تُفرض على المتعاقدين معّا (الناقل البحري والشاحن) لبقاء العقد في حد ذاته مرتبا لآثاره خلال فترة الوقف، لكن هذه الآثار مؤجلة التنفيذ. ومن الالتزامات التي يلزمها الواقع العملي لبقاء العقد خلال فترة الوقف، الالتزام بالحفاظ على العقد (أ)، والالتزام باستئناف سريان العقد بعد زوال الحادث المانع للتنفيذ (ب).

[1] شريف محمد غنام، المرجع السابق، ص 350.

[2] أنصار هذا الرأي: العميد CARBONNIER، شريف محمد غنام، المرجع السابق، ص 350.

أ_ الالتزام بالحفاظ على العقد

يفرض الوقف على الأطراف أن يقوموا بكل الإجراءات التي من شأنها الحفاظ على عقد النقل البحري أولا، ويمنعهم ثانيا القيام بكل ما من شأنه أن يهدد بقاء هذا العقد ويعوّق استئناف سريانه[1].

بديهي أن، الحفاظ على العقد التزام ملقى على الدائن والمدين على حد سواء، وأن لكل واحد منهما مصلحة في إبقاء العقد قائما لحين زوال العائق الذي أثّر في تنفيذه بدلا من فسخه.

إن الاتفاق هذا، قد يكون صريحا، ويرى البعض أنه يكون وجوبا ضمنيّا بينهم حتى وإن لم يتم الاتفاق بينهما على هذا الالتزام. وأن هذا ناتج عن استعدادهما للقيام بكل ما من شأنه تحقيق هدف الحفاظ على العقد.

وتأكيدا لهاته الفكرة، أضف إلى هذا ضرورة القيام بكل الإجراءات التي تفرضها حسن النية من جهة والأمانة التعاقدية بين الأطراف من جهة أخرى.

إن لهذا الالتزام الضروري لإبقاء العقد قائما، صورا لالتزامات إيجابية (+) وأخرى سلبية (_) في نفس الوقت.

ومن الالتزامات الإيجابية للمحافظة على العقد، تتمثل في الالتزام بعمل (1). أمّا الالتزامات السلبية، فتظهر في الامتناع عن عمل (2). على الشرح الآتي:

1_ الالتزام بالقيام بعمل للمحافظة على العقد

هنا يجب على المتعاقدين القيام ببعض الأعمال حماية للعقد واستمرارا لتنفيذه، ومنها الحفاظ على الشيء محل العقد وحمايته من التلف كالحفاظ على البضائع والسلع خلال طول مدّة وقف العقد، كذلك القيام بالإجراءات اللازمة للحصول على التراخيص المطلوبة، والمحافظة

[1] حسام الدين كامل الأهواني، أصول قانون التجارة الدولية، المرجع السابق، ص 389.

على ما قدمه المتعاقد الأول للثاني قبل مرحلة الوقف، مع تعهده بإضافته إلى الأداءات في المستقبل أي عند زوال الحادث وسريان العقد مجددا.

ومن التزامات القيام بعمل أيضا، تقديم كل المعلومات للسماح للآخر التخلص من حدث عدم التنفيذ وصعوبة تأدية العقد، وكذلك تقديم المساعدات اللازمة لتمكين المتعثر الخروج من عقبة التنفيذ، وتقديم التكاليف أو المصاريف اللازمة للحفاظ على التزاماته أثناء مدّة الوقف[1].

إضافة إلى ذلك، عدم طلب تعويض عن الخسائر والمصروفات الناتجة عن حدث القوة القاهرة، وكذلك المصاريف التي قد تنفق أثناء مدّة الوقف.

وتأكيدا لهذا، يرى الفقه أنه "لا يجوز لأي طرف أن يطالب الجزاءات أو الفوائد أو بأي تعويضات أو مشاركة في الضرر الذي يحدث بسبب حادث القوة القاهرة"[2]. كقيام الناقل البحري بمسافنة البضائع إلى سفينة أخرى لوجود عطب بسفينته.

في حالة غياب اتفاق الأطراف على تنظيم المصروفات والتكاليف التي قد تنفق أثناء فترة الوقف، فإن الراجح فقها أن كل طرف يلتزم بنفقاته اللازمة لحفظ التزامه، دون الحق في طلب مشاركة الطرف الآخر في هذه النفقات. ومثال ذلك، ما أنفقه الناقل البحري في عملية المسافنة.

فمعلوم أن النفقات تتم بهدف المحافظة على الالتزام الأساسي لكل متعاقد.

يوجد بجانب الالتزامات الإيجابية، التزامات أخرى سلبية للمحافظة على العقد (2).

[1] قد تكون هذه التكاليف أو المصاريف مشتركة بين طرفي العقد لأنها لم تنفق لتحقيق أهداف شخصية، بل أهداف طرفي العقد معّا، وهذا سواء وُجد اتفاق مسبق أم لا.

[2] (M.) FONTAINE, Droit des contrats internationaux, Op.cit, P. 228.

2_ الالتزامات السلبية للمحافظة على العقد

تدخل ضمن ما يعرف بالالتزام بالامتناع عن عمل، وتُفرض على الطرفين بمناسبة قيامهم بالإجراءات اللازمة لبقاء التزاماتهم قائمة في العقد.

ويلاحظ أن الالتزام السلبي هذا للمحافظة على العقد هو التزام متبادل، عكس الوضع في الالتزام الإيجابي. معنى هذا أن الالتزام السلبي هذا يقع على عاتق الدائن والمدين معا.

إن المدين ملتزم بأن لا يقوم بأي عمل من شأنه تهديم العقد أو تهديد مصالح الدائن أو تفويت عليه الفوائد المرجوة من العقد.

أمّا الدائن، فيلتزم بأن لا يستخدم حقه في فسخ العقد أثناء مدّة الوقف، فقد يشعر الدائن أن مدّة الوقف طالت وتهدد مصالحه وتُخفّض من الفائدة التي سيتحصل عليها حتى ولو عاد العقد إلى سريانه، وهنا يبقى عليه الرجوع إلى القضاء ليحكم بفسخ العقد دون أن يُعلن الفسخ من جانبه[1].

وهنا يُطرح السؤال التالي: هل الالتزام السلبي بالمحافظة على العقد يمنع المتعاقد البحث عن متعاقد آخر للحصول على الأداء الذي توقف تنفيذه بسبب القوة القاهرة؟ وهل وقف التوريد يحرم المتعاقد من البحث عن توريدات أخرى طوال مدّة الوقف؟

الإجابة هنا تتطلب الرجوع إلى فرضيتين، فرضية تنظيم الأطراف لهذه المسألة بنص صريح، وفرضية عدم تنظيمها تنظيما خاصا:

في **الفرضية الأولى**، يتفق الطرفين على عدم إعطاء الحق لأي واحد منهما أو أن سلطتهم في التعاقد مع الغير تكون وفقا لحاجاتهم[2].

في **الفرضية الثانية**، لا يتفق الطرفين على تنظيم هذه المسألة، وهنا، إمّا أن يُسمح للمضرور من الوقف أن يلجأ إلى الغير للحصول على الخدمة التي كان يتحصل عليها قبل

---

[1] (P-H.) ANTONMATTEI, Op.cit, P. 225.

[2] شريف محمد غنام، المرجع السابق، ص 357.

الوقف بشرط ألاّ يؤثر هذا الأمر الجديد سلبا على عودة سريان العقد الأصلي بعد انتهاء مدّة الوقف[1].

ب_ الالتزام بالسعي لاستئناف سريان العقد

بالإضافة إلى التزام المتعاقدين ببقاء العقد قائما، يلقي الفقه التزاما آخرا على طرفي العقد وهو السعي لاستئناف سريان العقد، وهذا عملا يُشرط في جميع الحالات، سوف يتخذ الطرف المعني كل الإجراءات المفيدة لكي يؤمن في أقل مدّة السريان العادي لتنفيذ الالتزامات[2].

مع التأكيد أن، هذه الإجراءات تقع على عاتق الطرفين معا، وقيامهم بكلّ المجهودات الضرورية للتخلص من حالة القوة القاهرة واستبعاد الصعوبات التي سبّبت الوقف أو التخفيف من آثار هذه الصعوبات.

كما قد يتفق الطرفين على خلاف ما ذكر سابقا، أن الالتزام هذا يقع على عاتق أحدهم دون الآخر، فكل الأمر متعلق بإزالة سبب الوقف.

المعيار الذي يقاس عليه، يُبنى على أفكار عديدة، منها، شرط تقديم معيار يجمع كل الأوضاع المفيدة وكل الإجراءات والمجهودات الضرورية والمعقولة، والتي تتماشى مع الظروف. فليس هناك عمليا معيارا واحدا يوحد المؤشرات التي يمكن أن تساعد في تقدير هذه المجهودات، اجراءات تختلف بنوعية الحدث وأثره في تنفيذ الالتزام، ومقدار التأثير لهذا العائق على العقد[3].

وللمحكم سلطة تحديد هذا المعيار عند تحليله للأعمال التي قام بها كل واحد من المتعاقدين للحفاظ على العقد.

---

[1] (M.) FONTAINE, Droit des contrats internationaux, Op.cit, P. 227.

[2] (Ph.) Le BOULANGER, Les contrats entre Etats et entreprises étrangères, Op.cit, P. 39.

[3] طيار محمد السعيد أثر تغير الظروف على الالتزام العقدي في التجارة الدولية، دكتوراه، تخصص قانون الاعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر بسكرة، الجزائر، 2023_2024، ص 84.

ج_ الالتزام بالإخطار

يضيف الفقه التزاما آخر يلقيه على الطرفين معاّ ويعرف بالإخطار، وهو إلزام الطرف الآخر إعلان المتعاقد بالوسائل الكفيلة التي تمكّن التخلص من العائق الموجود وإعادة العقد إلى سريانه الطبيعي، فهو التزام متبادل[1].

والسؤال المطروح هو، إذا لم يقم المتعاقد بالمجهودات المطلوبة منه للحفاظ على العقد وعودته للسريان العادي، فماهي العقوبات التي يمكن أن توقع في هذه الحالة؟

د_ العقوبات المقرر توقعها عند عدم قيام المتعاقد بالمجهودات المطلوبة منه للحفاظ على العقد وعودته للسريان العادي

عمليا، قد يضع الأطراف **شروطا** تبيّن الجزاء هذا في عقدهم، وخير مثال لهذه الحالة هو الشرط الذي يقضي على أنه: "إذا لم يقم المتعاقد بالمجهودات المعقولة لوضع نهاية لحالة القوة القاهرة، فإنه يحق للمتعاقد الآخر، إمّا أن يفسخ العقد لو أثر الحدث على مجموع الالتزامات الناتجة عن هذا العقد، أو أن يخفف التزامه بنسبة توازي النسبة التي أثر بها الحدث على العقد..."[2].

وقد **لا يضع الأطراف شرطا يُوضح عقوبات لهذه الوضعية**، فيذهب الفقه الغالب في هذه الحالة إلى أن التعويض هو الجزاء المناسب في هذه الحالة، دون إعطاء حق فسخ العقد للمتعاقد الآخر ; لأن هذا الفسخ سيلغي كل فائدة لنظام الوقف الذي جاء حفاظا على بقاء العقد والعلاقة التعاقدية[3].

---

[1] لمزيد من التفاصيل حول الالتزام بالإخطار، إحالة إلى: الفرع الاول من المطلب الثاني من المبحث الثاني من الفصل الثاني من الباب الثاني، ص 387.

[2] شريف محمد غنام، المرجع السابق، ص 360,

[3] (M.) FONTAINE, Droit des contrats internationaux, Op.cit, P. 229.

الفرع الثاني: مدّة الوقف ونهايته

لا يجب أن يوقف العقد مدة طويلة، وهذا حماية لطرفي العقد ومصالحهم المشتركة، وانتهاء مدة الوقف تطرح مشكلتين: الأولى تتعلق بمدة توقف وتحديدها (أولا)، والثانية بطرق انتهاء هذا الوقف (ثانيا).

أولا: مدة توقف العقد

الأصل أن مدّة توقف تنفيذ العقد تحددها إرادة أطراف العقد، الذين ينظمون تطبيق شروط هذا الوقف ونتائجه (أ).

غير أنه، قد تخضع تقدير مدّة، توقيف تنفيذ العقد إلى المحكم الذي يقدّر بسلطته التقديرية هذه المدّة آخذا باعتبارات عديدة منها، العائق، ومدى أثره على تنفيذ العقد، ومدى اعتبار التنفيذ مفيدا ومجديا خلال تلك الفترة حسب ظروف كل عقد ووقفه (ب).

أ_ حالة تحديد أطراف العقد مدّة وقف التنفيذ

يستمد الأطراف مدّة وقف تنفيذ عقد النقل البحري من شروط من الواقع التعاقدي، فللمتعاقدين حق تنظيم شرط الوقف ونتائجه، وهذا كلّه اعتمادا على فكرة العقد شريعة المتعاقدين.

فقد يتم الاتفاق على مدّة معيّنة، ولا يأتي الاتفاق في شكل واحد. ومن أمثلة هذه الشروط، ما يمكن ادراجه في العقد، كشرط "سوف يوقف تنفيذ التزامات المتعاقدين عندما يصبح تنفيذ هذه الالتزامات مستحيلا بسبب حدث القوة القاهرة"[1].

كما قد يضع المتعاقدين مدّة محددّة للوقف، والأمر هنا يختلف بحسب وقائع كلّ عقد ومصلحة أطرافه. فقد تُحدد المدّة طالما بقيت الواقعة قائمة كأخذهم شرط "لو أدّت حالة القوة القاهرة إلى تأخير التسليم لأكثر من 8 أشهر..."[1].

[1] (D.) LE ROY, La force majeure dans le commerce international, Op.cit, P. 760.

وقد تكون المدّة أقل، فالأمر في تقدير هذه المدّة يرجع إلى الأطراف وإلى ما يحيط العقد من أحداث.

قد تُحدد هذه المدة بصفة ضمنية، ويضيف الأطراف على أن يُرجع إلى إعادة التفاوض في شأن هذا العقد بعد مرور فترة معينة. فالعقد حقيقة كان موقوفا خلالها، وبعد التأخير بسبب الواقعة، يسعى الأطراف إلى إعادة التفاوض بشأنه[2].

والواقع، يُظهر أن الاتفاقيات التجارية الدولية ومنها النقل البحري، تبني مدّة الوقف اعتمادا على طريقين:

الطريقة الأولى: وتكون بالرجوع إلى مدّة بقاء العائق قائما، وهذا ما جاءت به المادة 79 فقرة 03 من اتفاقية الأمم المتحدة بشأن البيع الدولي للبضائع فيينا لسنة 1980[3].

أمّا **الطريقة الثانية:** فيرجع فيها إلى المدّة المعقولة، وهذا ما نستشفه من مبادئUNIDROIT، والتي تنص في فقرتها الثانية 02 من المادة 7-1-7 على ما يلي: "...عندما يكون العائق مؤقتا فإن الإعفاء ينتج أثره خلال مدّة معقولة آخذا في الاعتبار نتائج العائق على تنفيذ العقد".

ويلاحظ في هذا الصدد، أن المادة لم تحدد أجلا معيّنا لوقف العقد، واكتفت بذكر أن "طلب تعديل العقد لا يوقف بنفسه تنفيذ الالتزامات"[4].

---

[1] (M.) FONTAINE, Droit des contrats internationaux, Op.cit, P. 231.

[2] وهذا ما نخصصه في الفصل الثاني من الباب الثاني.

[3] تنص المادة 79 فقرة 03 من اتفاقية فيينا لسنة 1980 على ما يلي: "... يحدث الإعفاء المنصوص عليه في هذه المادة أثره خلال المدّة التي يبقى فيها العائق قائما".

[4] شريف محمد غنام، المرجع السابق، ص 364.

ب_ حالة عدم تحديد الأطراف مدّة للوقف

في هذا الصدد، يرجع تقدير هذه المدّة غير المحددة إلى المحكمين الذين ينظرون للنزاع، ولهم في ذلك سلطة تقديرية، آخذين بعين الاعتبار طبيعة التزامات أطراف العقد، والمدّة اللازمة لتنفيذ هذه الالتزامات، ومقدار الالتزامات التي لم تُنفذ بعد، والعائق وقوّة أثره على تنفيذ العقد، والمدّة المتبقية من الوقف وهل تكفي لتنفيذ الالتزامات المتبقية، وأخيرا، هل يضحى تنفيذ العقد مفيدا خلال هاته الفكرة؟ سادسا. وبكلمة مختصرة، كل الظروف المحيطة بالعقد والوقف.

وُجدت بعض القرارت في مجال التحكيم التجاري قدّرت فيها هيئة التحكيم مدّة الوقف. ففي قرار أول صادر في قضية رقم 1703 لسنة 1974، والتي تلخصت وقائعها في "إثر نشوب أعمال عدائية بين دولتين التي تنتمي إليها الشركتين (أ) و(ب)، طرفا في عقد التوريد، لم تستطع الشركة (أ) توريد ما التزمت به تجاه الثانية (ب)، وطلبت بفسخ العقد بسبب هذه الأحداث". قررّت هيئة التحكيم أن "الأعمال العدائية التي نشبت بين دولتي الطرفين تمثل استحالة في تنفيذ العقد ولكنها استحالة مؤقتة تؤدي إلى وقف تنفيذ العقد في الفترة من بداية هذه الأعمال العدائية وحتى نهايتها، وبعد ذلك أيضا ب 20 يوما تحسب من تاريخ انتهاء هذه الأعمال"[1].

أمّا عن القرار الثاني، فتتمثل أحداثه في قيام بائع بدفع مسؤوليته عن عدم تنفيذ التزامه بالتوريد تجاه مشتري أسترالي بسبب نشوب حرب أكتوبر 1973، وما نتج عنها من غلق للمصانع واضطرابات في المواصلات. رفض المحكم الإنجليزي حجة البائع وانتهى الأمر إلى الحكم أن الحرب وإن كانت تشكل استحالة في تنفيذ عقد التوريد، إلّا أنها استحالة مؤقتة يوقف

[1] المجموعة الأولى من قرارات التحكيم الصادرة من غرفة التجارة الدولية، ص195-197.

من أمثلة الأعمال العدائية، ما وقع في أحد المطارات الجزائرية بين جزائريين وعمال مصريين يعملون لدى مؤسسة المقاولين العرب نتيجة لما وقع من مشادات بين الجزائر ومصر أثناء مباراة التصفية لكأس العالم 2009 نتج عنها وقف تنفيذ العقد لحين زوال الشغب والأعمال العدائية بين الدولتين.

بسببها العقد طوال فترة الحرب، وبعدها أيضا بشهرين 02 فقط، أي أن أثر الحرب يزول ويستأنف العقد سريانه في أول يناير 1974[1].

يلاحظ أن المدّة التي تستمر خلالها الأحداث من جهة وقدرة الطرف المدين على استئناف تنفيذ التزامه بعد زوال الحدث، هي المدّة التي تؤخذ بعين الاعتبار لتحديد أن الاستحالة هذه مؤقتة وأن وقف التنفيذ فيه ضروري لحين زوال الأعمال العدائية في القرار الأول وانتهاء الحرب في القرار الثاني.

وهنا تظهر مدى تحديد مدّة الوقف المتروك للسلطة التقديرية للمحكم ومدى رغبة المحكمين في إبقاء العقد ساريا رغم جسامة الأحداث التي أصابت تنفيذ العقد. ومن ثم، ينتهي وقف التنفيذ (ثانيا).

ثانيا: نهاية وقف تنفيذ عقد النقل البحري

قد يعود العقد لسريانه العادي بعد التوقف، وهي النتيجة الطبيعية التي تؤدي إليها عادة وقف التنفيذ. وهنا تثار مشكلتين قانونيتين، **الأولى** خاصة بالبحث عمّا إذا كان استئناف العقد حقا للمتعاقدين؟ وهل يمكن لأحدهما إجبار الآخر على الاستئناف؟ وهل يمنع القانون إجبار أحدهما على الاستئناف إذا رفض أحدهما هذا الاستئناف؟

والمشكلة الثانية، هل يستأنف العقد الأصلي بكل التزاماته وشروطه أم الأطراف أصبحوا ينفذون لعقد جديد يختلف تماما عن العقد الأصلي؟ وإذا تغيّرت ظروف العقد أثناء الوقف وتغيّرت التزامات أحد الأطراف، فهل يمكن طلب تعديل هذا الالتزام؟

[1] Warner MELIS, Force majeure and Hardship clause in International Commercial Contracts in View of the Practice of the ICC Court of Arbitration, P. 217;

https://fidic.org/sites/default/files/10%20Force%20Majeure%20and%20Harship%20Clauses.pdf 14 Janvier 2025, 23:35.

فيما يتعلق **بالمشكلة الأولى**، والمتمثلة في إجبار أحد الأطراف استئناف الالتزام للمتعاقد الثاني، فهل استئناف العقد هو حق للمتعاقدين؟

إن عودة سريان العقد هي حقٌ لكل متعاقد أن يطالب به. وبناءً على ذلك، إذا امتنع أحد المتعاقدين عن تنفيذ ما التزم به، فيكون هنا مرتكبا لخطأٍ تعاقديٍ تقوم به مسؤوليته[1].

أما بصدد الجواب **عن المشكلة الثانية**، المتعلقة بطبيعة العقد الذي استؤنف سريانه، فهل هو عقد أصلي أو جديد؟

هنا يتفق الفقه جميعا[2] على استئناف العقد الأصلي، ويجب تنفيذه، خاصة وأن الوقف لا يهدم العقد الأصلي وإنما يؤدي فقط إلى تأخير تنفيذه لفترة من الزمن وبعدها ينتهي هذا الوقف ويصبح الطرفين ينفذان العقد الأصلي بكل مكوّناته القانونية.

مواصلة للسؤال الخاص بحق المتعاقد في المطالبة بتعديل التزاماته إذا أصبح هذا الالتزام مكلفا بالنسبة له وقد يهدده بخسائر، فيرى الفقه أنه يجوز المطالبة بتعديل هذا العقد إذا تأثر بالظروف التي وقعت أثناء الوقف، وهذا تحقيقا للتوازن العقدي[3].

كما قد ينقضي وقف تنفيذ العقد منطقيا إذا أصبح تنفيذ العقد غير مهم أو غير مجدي، فلا بد أن تكون المدّة المتبقية مفيدة للطرفين. فإذا أصبح عديم الأهمية وغير مناسب، كان للأطراف إنهاء فترة الوقف، لأن الاستحالة المؤقتة قد تحولت في هذا الإطار إلى استحالة نهائية.

---

[1] (P-H.) ANTONMATTEI, Op.cit, P. 229 ; (G.) TREILIERD, Op.cit, P. 95 ; (R.) MABROUK, Op.cit, P. 406 ; De refus de reprendre l'exécution du contrat constitue une faute contractuelle.

[2] (P-H.) ANTONMATTEI, Op.cit, P. 230 ; (G.) TREILIERD, Op.cit, P. 97.

[3] شريف محمد غنام، المرجع السابق، ص 368,

كذلك، من بين طرق انقضاء الوقف الأخرى، اتفاق الأطراف على إنهاء وقف تنفيذ العقد عملا بقاعدة الدور الرئيسي لإرادة الطرفين واتفاقهما على إنهاء العقد حتى قبل إنهاء المدّة المتفق عليها. فقد يتفقان بشرط خاص على: "... في حالة وقف تنفيذ العقد وإذا زادت المدة عن 60 يوما، يكون للمتعاقد حق إنهاء العقد"[1].

ويتم نتيجة لهذا، التحلل من كل الروابط العقدية من جهة أو الاعتماد على شروط جديدة يتم بمقتضاها استئناف سريان العقد بالتغيرات التي حدثت لسريان العقد في استئناف نشاطه.

كخلاصة، يتطلب عقد النقل البحري للبضائع التحلي بروح المسؤولية، مسؤولية تقاس وتساوي قيمة العقد في حد ذاته كصفقة مربحة لكل المتدخلين فيه، ولذا يتطلب الوضع الاعتماد على رؤية استشرافية مستقبلية، مع محاولة استباق الاختلالات الاحتمالية التي قد يفرضها واقع تنفيذ العقد وما قد يصيبه من عوائق.

ولهذا، يجب التصدي لمثل هاته الأحداث بوقف مؤقت لتنفيذ العقد للخروج من كل أزمة لا تخدم مصالح الأطراف.

فإذا طالت مدّة العوائق واستمرت الأحداث وتعذر القضاء على الاستحالة المؤقتة، كان للأطراف اللجوء إلى وضع شرط يتمثل في شرط إعادة التفاوض، يتم من خلاله اللقاء حول طاولة التفاوض مرة أخرى لمحاولة تجاوز ما يعرقل حسن تنفيذ العقد. وهذا هو صُلب فكرة إعادة التفاوض التي تأتي مباشرة بعد مرحة وقف تنفيذ العقد مؤقتا (فصل ثان).

[1] (D.M.) PHILIPPE, Changement de circonstances et bouleversement de l'économie contractuelles, Revue internationale de Droit comparé, Bruxelles, 1986 P. 342 et s.

الفصل الثاني:

الإطار القانوني لشرط إعادة التفاوض في عقد النقل البحري

يعتبر عقد النقل البحري للبضائع محركا أساسيا لاقتصاديات الدول، عقد يتميز بكونه مستمرا، تمييزا لها للعقود الفورية. ويتميز بكثرة الأعمال المطلوب القيام بها، فهو بحق قاطرة عقود التجارة الدولية.

إن طول مدّة العقد تجعله عرضة للتأثر الاحتمالي للظروف المحيطة به، ولهذا إذا طرأ تغيير على الظروف المصاحبة لتكوين العقد، أدى حتما إلى التأثير على بعض عناصر هذا العقد من جهة، وعلى التزامات المتعاقدين من جهة أخرى. معروفٌ، أن الظروف المحيطة بالعقد قد تكون متنوعة، فمنها ماهي سياسية أو اقتصادية أو تشريعية أو مالية، كمنع تداول رؤوس الأموال، علاجا لأزمات فرضتها هذه الظروف.

يضاف إلى هذا، أن تغيير الظروف المحيط بالعقد قد تكون فنّية أيضا، كتطوّر في إنتاج سلعة معيّنة على حساب المنتوجات الأخرى، تجعلها لا تجد رواجا في السوق، وهذا نتيجة للتطوّر التكنولوجي ومدى سعي المستهلكين إلى اقتناء كل ما هو جديد علميا.

يؤثر هذا التغيير المتنوع في المنتوج على العقد وعلى مضمونه، بحيث يصبح لا يقوم بوظيفته الأساسية في استقرار المراكز القانونية بين طرفي العقد، ويضحى بذلك محكوما عليه بضرورة تغيير الدور المعهود إليه. ومن أمثلة ذلك، إنشاء وفتح موانئ جديدة تتسع لأكبر السفن نقلا والاستغناء عن التفريغ في موانئ مجاورة (إسبانيا وفرنسا)، وما يقع عنه من تغيير في خطوط النقل وتغيير في محتوى العقد، الأمر الذي قد يتطلب إعادة التفاوض. فالعالم يتطور ومعه القانون.

إن التطور التقني قضى حقيقة على الكثير من المصطلحات القانونية القديمة، ممّا حتّم على الكلّ اتباع كل تطوّر لإيجاد مكانة داخل مجتمع التجارة.

يعطي مبدأ العقد شريعة المتعاقدين حرّية تطبيق ما تمليه عليهم إرادتهم وما يرغبون ادراجه من شروط تحدد حق وواجب كل واحد منهم في حدود احترام النظام العام، فعملا بمبدأ

حرّية الإرادة يصبح العقد محكوم بما تمليه إرادة الأطراف، فهو القانون الذي يحدد تشريعهم الواجب النفاذ عليهم.

لكن بيّنت علاقات النقل البحري للبضائع، عقودا مستحدثة، طويلة المدى من حيث الزمان والمكان، تواجه صعوبات عملية متعددة تتطلب من جهة تفصيل كبير في شروط الإبرام، ومحاولة الخروج على بعض المبادئ القديمة المعمول بها لمواجهة احتمال اختلال التوازن العقدي أثناء تنفيذ العقد من جهة أخرى.

ولمواجهة هذه الاختلالات ابتدع الممارسون في مجال هذه العقود فكرة ادراج شروط تنظيم مسألة مراجعة العقد إذا ما شابه ظروف تصعّب تنفيذه، شروطا تتماشى وواقع عقد النقل البحري، ومن أهم هاته الشروط، شرط إعادة التفاوض.

ومن هنا، سعت الاتفاقيات الدولية والتشريعات الوطنية في هذا المجال إلى تدعيم شرط إعادة التفاوض بمبدأ حسن النية، اجراءٌ يُظهر كل من التطور القانوني والاقتصادي والمالي والأخلاقي للمتعاملين الاقتصاديين.

انطلاقا من هذا، سيتم دراسة الإطار المفاهيمي لشرط إعادة التفاوض (المبحث الأول)، وإدماج مبدأ حسن النية في تطبيقه حتى يأخذ العقد مكانة قانونية، إرادية وأخلاقية (المبحث الثاني).

المبحث الأول: الإطار المفاهيمي لشرط إعادة التفاوض

إن خاصية العقود الدولية وبقائها قائمة ميدانيا جعلتها تهجر بعض النظريات المستخدمة في العقود الداخلية، كهجر نظريتي القوة القاهرة والظروف الطارئة، وإعطاء الطرفين الحرّية الواسعة في تنظيم عقودهم من حيث الاعتماد على تعريفات محددة لبعض الشروط وكيفية تطبيقها ونتائجها القانونية.

فاعتمادا على قاعدة العقد شريعة المتعاقدين التي تعطي لأطراف عقد النقل البحري حريّة إدراج ما يرونه أساسيا من شروط وبنود لإنجاح مسار عقدهم عند الإبرام والتنفيذ، تتنبأ الأطراف إلى ما قد يظهر من ظروف احتمالية قد تؤثر على التوازن العقدي.

إن من الظروف، قد تتمثل في ارتفاع أسعار قيمة البضائع، فكلما كبرت قيمة الصفقة، زادت معها قيمة أقساط التأمين أو قيمة العملة المعتمد عليها، كما قد تتمثل في تدخل الدولة قانونا بتقييد أو منع استراد بضاعة أو عدم إعطاء تراخيص التصدير والاستيراد.

كذلك، اكتشاف مخاطر غير متوقعة بعد إبرام العقد والبدء في تنفيذه، كوجود مناطق غير آمنة على طول خط النقل.

تجنبا لمثل هاته الظروف وآثارها السلبية على حياة العقد، تحتم على الأطراف أخذ الاحتياطات اللازمة أثناء مرحلة المفاوضات الأولية، ووضع أحكام وشروط تعاقدية بهدف مواجهة نتائج هذه التغيرات الاحتمالية. ففكرة تغيير ظروف العقد أهمية تجعل تدخل أطراف العقد واجبة لحماية مصالحهم في حماية أنفسهم ضد آثار تقلبات الظروف المحيطة بتنفيذ عقودهم.

يتنبأ طرفي العقد ظهور مثل هاته الظروف ويضعون بنودا تعالج هذه الصعوبات إن وجدت. ومن أبرز هاته الشروط التعاقدية، شرط إعادة التفاوض La clause de HARDSHIP[1]، لتعديل مسار العقد واتخاذ تدابير آمنة إضافية تسهيلا لحسن تنفيذ العقد.

يلاحظ أن هذا الشرط أصبح يُدرج اليوم في الكثير من هذا الأنواع من العقود ممّا يبيّن أهميته كحل عملي وعلمي ومدى فائدته لضمان بقاء العقد قائما.

ومن هنا، يجب الإشارة إلى شرط إعادة التفاوض، بالتطرق إلى تحليل محتواه، وبيان مفهومه وتطبيقه (المطلب الأول)، ثم دراسة مدى اختلال التوازن العقدي الذي يؤدي إلى تطبيق شرط إعادة التفاوض، ومضمون هذا الشرط (المطلب الثاني).

[1] يسمى HARDSHIP بالمصطلح الإنجليزي، وتعني "المشقة العقدية" أو "الأزمة التي يمر بها العقد".

المطلب الأول: مفهوم شرط إعادة التفاوض

لإعادة التفاوض أهمية لا يمكن انكارها، فللأخذ بها يجب أن يكون الأطراف أمام تغيير جذري في ظروف العقد أيّا كانت طبيعتها، تغييرا يؤدي إلى اختلال غير عادل في توازن العقد ويجعل تنفيذه ضارا بشكل كبير بأحد الأطراف، فتفاوض الأطراف يتم للوصول إلى طريقة تعديل العقد ورفع الضرر الناتج عنه.

إن فكرة إعادة التفاوض تتمثل في شرط ليس له مفهوم محدّد مستمد من قانون معيّن، وإنما يتوقف مضمونه على ما اتفق عليه الأطراف، والشرط هذا يؤدي حتما إلى إلزام الأطراف الدخول في التفاوض بهدف تعديل أحكام العقد، وهكذا يتصف شرط إعادة التفاوض بطابعه الاتفاقي يجعله يتغير من عقد لآخر.

ولهذا، وجب تعريف شرط إعادة التفاوض قانونيا، قضائيا وفقهيا (الفرع الأول)، ثم تبيان تاريخه (الفرع الثاني)، وشروطه (الفرع الثالث).

الفرع الأول: تعريف شرط إعادة التفاوض

إن لعقود النقل البحري الدولي نطاق واسع، وقيمة مالية أوسع، ممّا جعل الجميع يخوض في إيجاد تعاريف ومفاهيم لشرط إعادة التفاوض من تشريعات وطنية (أولا)، ثم هيئات دولية (ثانيا)، ثم القضاء (ثالثا)، وأخيرا فقه التجارة الدولية (ثالثا).

أولا: تعريف التشريعات الوضعية الوطنية لشرط إعادة التفاوض

أقر المشرع الجزائري بشرط إعادة التفاوض كتقنية تعاقدية، في المادة 74 من القانون رقم 23_12[1]، المحدد للقواعد العامة المتعلقة بالصفقات العمومية[2]، ونص على ما يلي: "يمكن

[1] قانون رقم 23_12 مؤرخ في 5 أوت 2023، يحدد القواعد العامة المتعلقة بالصفقات العمومية.

[2] من التوجهات الجديدة التي جاء بها الدستور الجزائري لسنة 2020، واعمالا بنص المادة 139 فقرة 10 منه، نقل اختصاص الصفقات العمومية من التنظيم إلى التشريع، وأصبح بهذا مجال الصفقات العمومية يختص بها البرلمان تحقيقا للثبات والاستقرار وتكريسا لمبدأ الأمن القانوني ;

أن يكون السعر ثابتا أو قابلا للمراجعة...". إن اعتراف المشرع الجزائري بشرط إعادة التفاوض كان ضمن قواعد القانون الإداري، وفي حالات محددة فقط[1].

أمّا بخصوص العقود المدنية الخاصة، تدخل المشرع الفرنسي بعد تعديله للقانون المدني سنة 2016[2]، ونص صراحة في المادة 1195[3] على شرط إعادة التفاوض، بما يلي: "لو تغيرت ظروف لم تكن متوقعة عند إبرام العقد، بحيث جعلت التنفيذ مرهقا بدرجة كبيرة بالنسبة لأحد الطرفين، الذي لم يكن قد قبل تحمل المخاطر، فإن هذا الأخير يستطيع المطالبة بإعادة التفاوض بشأن العقد مع المتعاقد الآخر، ويستمر في تنفيذ التزاماته طوال فترة إعادة التفاوض...".

كما أشار المشرع المصري إلى الالتزام بإعادة التفاوض في المادة 86 من قانون التجارة المصري، رقم 17 لسنة 1999، الخاص بعقود نقل التكنولوجيا، والتي تنص على: "يجوز لكل من طرفي عقد نقل التكنولوجيا ... إعادة النظر في شروطه بتعديلها بما يلائم الظروف الاقتصادية العامة القائمة ...".

=مزيدا من التفاصيل: رايس أمينة، قراءة أكاديمية في القانون رقم: 12/23 المؤرخ في: 05 أوت 2023 يحدد القواعد العامة للصفقات العمومية، مجلة العلوم القانونية والاجتماعية، المجلد 09، العدد 01، جامعة زيان بن عاشور بالجلفة، الجزائر، 2024.

[1] حليمة بن دريس، إعادة التفاوض في العقود: دراسة على ضوء مبادئ اليوندروا والتشريعات الوطنية، مجلة الاجتهاد القضائي، المجلد 13، العدد 02، 2021، ص 262.

[2] Ordonnance n° 2016-131 du 10 Février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, JORF n° 35, du 11 Février 2016.

[3] Art. 1195 : « Si un changement de circonstances imprévisible lors de la conclusion du contrat rend l'exécution excessivement onéreuse pour une partie qui n'avait pas accepté d'en assumer le risque, celle-ci peut demander une renégociation du contrat à son cocontractant. Elle continue à exécuter ses obligations durant la renégociation ».

اعترف مؤخرا المشرع المدني السعودي بشرط إعادة التفاوض، وذلك من خلال المادة 97 من نظام المعاملات المدنية السعودي[1]، والتي تنص على:

"1_ إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها وقت التعاقد وترتب على حدوثها أن يصير تنفيذ الالتزام التعاقدي مرهقا للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة ; فله _دون تأخرٍ غير مسوغ_ دعوة الطرف الآخر للتفاوض.

2_ طلب التفاوض لا يخول المدين الامتناع عن تنفيذ الالتزام...

4_ يقع باطلا كل اتفاق على خلاف هذه المادة".

ما يلاحظ من خلال مقارنة نص المادة 1195 من القانون المدني الفرنسي مع المادة 97 من نظام المعاملات المدنية السعودي، أن، المادة 1195 مدني فرنسي جاءت كقاعدة مكملة لإرادة الطرفين، بمعنى أنه يمكن للأطراف الاتفاق سواء بشكل مباشر أو غير مباشر (ضمنيا، يُستشف من طبيعة المعاملة المدنية) على تحمل تبعة تغيّر الظروف التي اختل توازنها وتنفيذ الالتزام، حتى وإن صار هذا الأخير جدّ مرهقا لأحد الطرفين. ولا يمكن للطرف الضعيف في هذه الحالة الاحتجاج بتطبيق نص المادة لأن الاتفاق أقوى من القانون، وبالتالي أصبح العقد هو قانون المتعاقدين.

أمّا المادة 97 من نظام المعاملات المدنية السعودي، هي آمرة تتعلق بالنظام العام، وهذا ما نستشفه من الفقرة الأخيرة من المادة، وبالتالي يجب على الطرفين إلزاميا عند ظهور أحداث استثنائية غير متوقعة تطبيق محتوى القانون لا الاتفاق. ويكون بهذا المشرع السعودي قد ضيّق من مبدأ العقد شريعة المتعاقدين.

[1] نظام المعاملات المدنية السعودي، صدر بموجب المرسوم الملكي رقم (م/191) بتاريخ 29 ذي القعدة 1444 الموافق ل 18 جوان 2023، وتم نشره بتاريخ 01 ذي الحجة 1445 الموافق ل 19 جوان 2023.

إن النصوص السابقة الذكر، لم تعرّف شرط إعادة التفاوض، بل حدّدت الإطار القانوني له من شروطه وعناصره وآثاره القانونية، وهذا هو هدف المشرع عموما. لهذا تدخلت الهيئات والمنظمات الدولية، وحاولت إعطاء تعريفا قانونيا للشرط (ثانيا)

ثانيا: تعريف الهيئات الدولية لشرط إعادة التفاوض.

اهتمت الهيئات والمنظمات الدولية الخاصة بتوحيد عقود النقل البحري وقانون التجارة الدولية عامة، بمسألة اختلال توازن العقد، وذلك بإقرار شرط إعادة التفاوض لتجاوز المشكلة بين المتعاقدين نفسيهما. وحاولت حل مشكلة تعريف هذا الشرط.

ومن بين هذه الهيئات، غرفة التجارة الدولية التي نشرت أحكاما يسترشد بها أطراف العقد عند صياغتهم لشرط إعادة التفاوض[1]، فقد وضعت بندا قياسيا سنة 2003[2]، وهو شرط نموذجي يوضح الإطار الذي يُبنى عليه شرط إعادة التفاوض القائم على مبدأ العدالة والإنصاف بالنسبة للعقود البحرية خاصة والعقود الأخرى عامة.

يتناول هذا البند فكرة أنه يُنفذ الطرف في العقد إلزاميا أحكام العقد إذا أدت الاحداث إلى جعل التنفيذ مرهقا ممّا كان متوقعا عند إبرام العقد. وإذا أثبت أحد أطراف العقد أن استمراره في تنفيذ التزامه التعاقدي مرهقا له بسبب حادث لا إرادة له فيه ويتجاوز قدراته ولم يكن ليتوقعه بشكل

[1] بلحاج نصيرة، المرجع السابق، ص166.

[2] ICC Force majeure clause 2003, ICC Hardship clause 2003, ICC publication n°650, Février 2003.

نشرت غرفة التجارة الدولية ICC سنة 2020، أحكاما جديدة تُعدّل وتُكمّل أحكام القوة القاهرة وإعادة التفاوض لسنة 2003، وقد تم وضع بعض التغييرات من أجل تبسيط استعمال الشرط النموذجي.

The ICC Force Majeure and Hardship Clauses 2020, https://www.erdem-erdem.av.tr/en/insights/an-update-from-the-icc-the-icc-force-majeure-and-hardship-clauses-2020 , 28 Janvier 2025, 00:23.

معقول وقت إبرام العقد. وجب على الطرف الآخر التدخل لتجنب عواقب هذه الأحداث عن طريق إعادة التفاوض[1].

كما تبنّت المنظمات الدولية شرط إعادة التفاوض، منها، منظمة (UNIDROIT) التي خصصت المبحث الثاني من الفصل السادس لهذه المبادئ بعنوان (HARDSHIP)، في مادتها 6_2_2[2].

وفي نفس السياق، نجد مبادئ القانون الأوروبي للعقود[1](PDEC)، الذي نظمت مسألة تغير ظروف العقد، وتبنت بندا لإعادة التفاوض كمقترح أولي يرجع إليه الطرفين قبل اللجوء

---

[1] « 1- A party to a contract is bound to perform its contractual duties even if events have rendered performance more onerous than could reasonably have been anticipated at the time of the conclusion of the contract.

2- Not withstanding paragraph 1 of this Clause, where a party to a contract proves that:

a) the continued performance of its contractual duties has become excessively onerous due to an event beyond its reasonable control which could not reasonably have been expected to have taken into account at the time of the conclusion of the contract; and that

b) it could reasonably have avoided or overcome the event or its consequences, the parties are bound, within a reasonable time of invocation of this Clause, to negotiate alternative contractual terms which reasonably allow for the consequences of the event.

3- Where paragraph 2 of the Clause applies, but where alternative contractual terms which reasonably allow for the consequences of the event are not agreed by the other party to the contract as provided in that paragraph, the party invoking this Clause is entitled to termination of the contract ».

[2] المادة 6_2_2:" تتوافر حالة (HARDSHIP) إذا طرأت حوادث استثنائية تؤدي إلى اختلال جوهري في الالتزامات التي ينشئها العقد سواء بالنظر إلى الارتفاع في تكلفة تنفيذ أحد الالتزامات التعاقدية، أو بالنظر إلى الانخفاض الكبير في تكلفة الأداءات المقابلة...".

إلى القضاء. فنصت في المادة 6_111 على ما يلي: "يلتزم المتعاقد بتنفيذ التزاماته، ولو صار تنفيذها مرهقا سواء بارتفاع تكلفة التنفيذ أو انخفاض قيمة المقابل، يقع على عاتق الأطراف الالتزام بالبدء في المفاوضات من أجل تعديل عقدهم أو انهائه، إذا صار هذا التنفيذ مرهقا لدرجة لا تحتمل لأحدهم بسبب تغير الظروف..."[2].

تماشيا مع ما تم ذكره بصدد هذه المبادئ الدولية التي عالجت موضوع شرط إعادة التفاوض، وإن اتحدوا في أن هذا الشرط التعاقدي ما هو إلاّ تطبيقا لمبدأ الحرية التعاقدية والقوة الملزمة للعقد[3]، إلاّ أنهم اختلفوا في بعض النقاط أساسها هو مدى الزامية تطبيق شرط إعادة التفاوض.

في هذا الصدد، نلاحظ أن مبادئ القانون الأوروبي للعقود (PDEC) قد **ألزمت الأطراف** إلى ضرورة اللجوء إلى شرط إعادة التفاوض من أجل مراجعة العقد قبل اللجوء إلى الهيئات القانونية، في حين نجد أن مبادئ القانون الموحد (UNIDROIT)، قد اعتبرت شرط

---

[1] مبادئ القانون الأوروبي للعقود (PDEC) «Principes du Droit Européen des Contrats»، هي عبارة عن منظمة أوربية تهدف أساسا إلى صياغة قانون نموذجي موحد للقانون الأوروبي المشترك بغية تسهيل القواعد القانونية الاوربية الموحدة.

[2] Article 6-111: Change of Circumstances

« 1- A party is bound to fulfil its obligations even if performance has become more onerous, whether because the cost of performance has increased or because the value of the performance it receives has diminished.

2- If, however, performance of the contract becomes excessively onerous because of a change of circumstances, the parties are bound to enter into negotiations with a view to adapting the contract or terminating it, provided that... ».

[3] وقد نصت مبادئ UNIDROIT على الحرية التعاقدية في المادة 1_1 وعلى مبدأ القوة الملزمة للعقد في المادة 1_3. في حين أشارت مبادئ القانون الأوروبي للعقود إلى الحرية التعاقدية في المادة 1_102 بعنوان: «Freedom of the parties to enter into a contract»

إعادة التفاوض **حلا اختياريا**، يحق للمضرور المطالبة به[1]، كما يمكن للأطراف الخروج عن تطبيق أحكام (UNIDROIT)[2]. وتطبيقا لمبدأ حرية التعاقد، يجب ترك الحل للطرفين عملا بمبدأ العقد شريعة المتعاقدين، وهذا حسب المادة 1_5[3] من هذه المبادئ. يُحبذ ترك الحل لأطراف العقد.

ثالثا: التعريف القضائي لشرط إعادة التفاوض

عرّفت محكمة النقض الفرنسية شرط إعادة التفاوض، من خلال القرار الصادر في 30 مارس 1982، على أنه: "التزام الأطراف بمناقشة وتبادل الاقتراحات في ظروف معيّنة نتيجة لتغيرات خارجة عن إرادتهم، والتي اعترضت العقد أثناء تنفيذه بما يؤدي إلى إعادة تنظيمه..."[4]. وهذا يدل أن شرط إعادة التفاوض هو إجراء قديم ظهر في بداية الثمانينات من القرن الماضي.

وأكدّت على هذا محكمة النقض الفرنسية، في قرارها الصادر بتاريخ 16 مارس 2004، حيث أقرت أن: "الالتزام بإعادة التفاوض ينشأ عند حصول تغيير في الظروف، ومن شأنه أن يؤثر تأثيرا خطيرا على الالتزامات المتبادلة بين الطرفين بهدف استعادة هذا التوازن"[5].

---

[1] منى أبو بكر الصديق محمد حسان، الاتجاهات القانونية الحديثة لنظرية الظروف الطارئة، المرجع السابق، ص 50.

[2] (M.) FONTAINE, L'Harmonisation du droit des contrats et la pratique contractuelle, Les grandes clauses des contrats internationaux, 55° Séminaire de la commission Droit et Vie des Affaires, Fondation pour l'Etude du Droit et des Usages du Commerce International (FEDUCI), LIEGE, BELGIQUE, 2005, P. 12.

[3] تنص المادة 1_5 من مبادئ UNIDROIT على ما يلي: "يجوز للأطراف استبعاد تطبيق هذه المبادئ أو مخالفتها أو تعديل آثار أي حكم من أحكامها، ما لم يرد في المبادئ نص مخالف".

[4] Cass. Soc., 30 Mars 1982, Bull, Civ, n°232.

قرار أشار إليه: علي حسين دويح، الالتزام بإعادة التفاوض في تكوين العقد المعدل، مجلة جامعة الامام جعفر الصادق للدراسات القانونية، العدد 03، 2022، ص 198.

[5] Cass. Civ., 16 Mars 2004 , DALLOZ, 2004, Somm., P. 1754.

كما عرّفت محكمة استئناف Nancy، شرط إعادة التفاوض في قرار لها صادر يوم 26 سبتمبر 2007، بأنه: "واجب إعادة التفاوض يوجد إذا صار أداء أحد الأطراف لالتزامه مرهقا بشكل مفرط، ومن ثم حصول تغيير جذري في توازن العقد الأصلي"[1].

رابعا: التعريف الفقهي لشرط إعادة التفاوض

ساهم الفقه كالعادة في تعريف شرط إعادة التفاوض تعريفا شاملا متكاملا، فقد عرفه الأستاذ Bruno OPPETIT، بأنه: "الشرط الذي يسمح للأطراف بإعادة تنظيم العقد الذي يربطهما إذا حدث تغييرا في المعطيات الأولية للعقد، والتي تم الاتفاق على أساسها، فيتغير توازن هذا العقد إلى حد يجعل أحد الأطراف يُلحق به اعسارا غير عادلٍ"[2].

كما عرفه بعض الفقه، بأنه: "شرط يُدرجه الأطراف في العقد ويتفقون فيه على إعادة التفاوض فيما بينهم عندما تقع أحداثٌ من طبيعة معيّنة، يحدّدها الأطراف في العقد، سواء في نفس العقد المبرم بينهم أو في اتفاق منفصل، وتكون هذه الأحداث مستقلة عن إراداتهم وتوقعاتهم عند إبرام العقد، ويكون من طبيعتها اخلال بتوازن العقد وإصابة أحد المتعاقدين"[3].

---

[1] Ca. Nancy et Ch. Com., 26 Septembre 2007, la semaine juridique, n°. 20, Mai 2008, P. 29 ;

قرارات مأخوذة من: شقراء عادل عبد الله حمود السليطي، النظام القانوني لعقد الطاقة المتجددة في دولة قطر، دكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة قطر، يناير 2025، ص 209.

[2] (B.) OPPETIT, L'Adaptation des contrats internationaux aux changements de circonstances, la clause de HARDSHIP, JDI, n° 04, 1974, P. 794 : « Celles aux termes de laquelle les parties pourront demander un réaménagement du contrat qui les lie si un changement intervenu dans les données initiales au regard desquelles elles s'étaient engagées vient à modifier l'équilibre de ce contrat au point de faire subir à l'une d'elles une rigueur ('Hardship') injuste ».

[3] (J-M.) MOUSSERON, Techniques contractuelles, 4° éd., 2010, P. 74.

عُرف أيضا بأنه: "الشرط الذي يسمح بإعادة النظر في العقد في ظروف معيّنة وفقا لإجراءات محدّدة، من قِبل الأطراف نفسها أو من طرف الغير"[1].

أمّا الدكتور إبراهيم الدسوقي، فيعرفه بأنه: "شرط يُدرجه الأطراف في العقد التجاري الدولي قصد إعادة التوازن للعقد، ومن ثم يتم الاتفاق عليه بين طرفي العقد ويدرجانه ضمن شروط العقد، وبمقتضاه يلتزم الطرفان بالتفاوض من جديد لتعديل أحكام العقد، إذا ما طرأت ظروف غير متوقعة من شأنها أن تؤثر على التوازن الاقتصادي للعقد"[2].

ويمكننا تعريف شرط إعادة التفاوض بأنه البند الذي يُدرجه الأطراف في العقد ويتفقون فيه على الجلوس في طاولة تجمعهم، عندما تقع أحداث من طبيعة معيّنة، يُحدّدها الأطراف في العقد، سواء في نفس العقد المُبرم بينهم أو في اتفاق منفصل. وتكون هذه الأحداث مستقلة عن إرادتهم وتوقعاتهم عند إبرام العقد. وقد ينتج عن هذا اخلالا بالتوازن العقدي وإصابة أحد المتعاقدين بخسائر فادحة[3].

ما يلاحظ أن المصطلح هذا لا يجد تنظيما موحدا له ولا مصطلحا واحدا، فيسمى في فرنسا بعدّة تسميات كالظرف الطارئ « Clause d'imprévision »، أو شرط العدالة والإنصاف« Clause d'équité » ، أو شرط المحافظة « Clause de sauvegarde »، أو شرط الصعوبة « Clause de dureté »[4]

---

[1] (M.) TRARI TANI, (W.) PISSORT, et (P.) SARNS, Droit commercial International, éd. BERTI, ALGERIE, 2007, P. 156.

[2] إبراهيم الدسوقي أبو الليل، الإعفاء من المسئولية المدنية ...، المرجع السابق، ص 161.

[3] بمرزوق محمد الأمين، بن عيسى حياة، شرط إعادة التفاوض في عقود النقل البحري واحترام قاعدة حسن النية، المجلة الجزائرية للحقوق والعلوم السياسية، المجلد 09، العدد 01، الجزائر، 2024، ص 326.

[4] شقراء عادل عبد الله حمود السليطي، النظام القانوني لعقد الطاقة المتجددة في دولة قطر، دكتوراه، المرجع السابق، ص 251.

أمّا الفقه الأمريكي، فيسميه بشرط الاختلال الكبير« Grosse indequity clause »[1]، والألماني فيستخدم مصطلح « geschaftsgundlagen »[2] أو مصطلح « unzumutbarkeit »[3].

ويعرف أيضا بمصطلح شرط إعادة التفاوض بين الطرفين نفسهما أو من طرف الغير بمساعدة مختصين في مجال عقود التجارة الدولية أو باللجوء إلى قضاء التحكيم في حالة عدم اتفاقهم على الحل الذي يناسب الطرفين[4].

فكل هاته المصطلحات وإن اختلفت في لفظها، فلا تختلف في مضمونها، فكلّها تسعى إلى معالجة اختلال التوازن العقدي الناتج عن تغيير في ظروف قد تطرأ على العقد وتعيق تنفيذه.

يلاحظ أن شرط إعادة التفاوض هو شرط اتفاقي يتمثل مضمونه فيما اتفق عليه الأطراف[5]، وأمثلة الشروط هذه في الواقع العملي عديدة[6] وتتضمن حلولا يتبعها الأطراف في حالة وقوع هذه الأحداث[1].

---

[1] (H.) ULLMANN, Droit et pratique des clauses de HARDSHIP dans le système pratique américaine, Revue dr. Aff. Int., 1988, P. 889 ;

[2] (P.) VAN OMMESLAGHE, Les clauses de force majeure et l'imprévision (HARDSHIP) dans les contrats internationaux, Revue de droit international et de droit comparé, n° 01, 1980, P. 10.

مقتبس من: مروك أحمد، شرط إعادة التفاوض في عقود التجارة الدولية، دكتوراه، المرجع السابق، ص 135.

[3] (A.) PRADO, Le HARDSHIP dans le Droit du commerce international, Bruylant, Bruxelles, 2003, P. 19 ; (M) FONTAINE et (F) DELY, Op.cit, P. 489.

[4] سعد الله عمر، قانون التجارة الدولية النظرية المعاصرة، ط. 1، دار هومة، الجزائر، 2007، ص 288; هني عبد اللطيف، حدود الأخذ بفكرة إعادة التفاوض في العقد _دراسة مقارنة_، أطروحة دكتوراه في القانون العام، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان، 2015_2016، ص 23.

[5] حليمة بن دريس، إعادة التفاوض في العقود، المرجع السابق، ص 251.

[6] شريف محمد غنام، المرجع السابق، ص 38.

يُبنى شرط إعادة التفاوض على شروط تجعل تطبيقه يتميز بخصوصيات محددة لإيصال الطرفين إلى نتائج مرجوة منهما، أهمها إزالة الحادث المرهق الذي أصاب أحد المتعاقدين في تنفيذ التزامه. فالهدف منه هو تعديل أحكام العقد وجعله يتماشى مع الظروف الجديدة، وإزالة اللاعدل بين التزامات المتعاقدين، التي تسببت فيها هذه الظروف.

حقيقة، إن إعادة التفاوض هو شرط تعاقدي واتفاقي يأتي بشكل مفصّل ويوضح فيه الأطراف مفهومهم للشرط والأحداث التي قد يواجهها ومدى أثارها على العقد، والحلول التي سيتبعها الأطراف في حالة وقوع هذه الأحداث.

إن هذا الشرط مقبول في كل الأنظمة القانونية، أساسه التأكيد على أهمية الاعتماد على إرادة الأطراف وحريتهم في صياغة أحكام شرط اعادة التفاوض، وانطلاقا من هذا يرى بعض الفقه أن شرط إعادة التفاوض لا يستمد من قانون معيّن[2].

إضافة إلى هذا، يُبنى شرط إعادة التفاوض على حرية الإرادة[3] من جهة وإلى حسن النية[4]، وتطبيقاتها في العقود من جهة أخرى.

---

[1] (J.) PAULSSON, L'Adaptation du contrat, In l'arbitre et le contrat, Journée d'étude organisée à Paris le 12 Janvier 1984 par la comité Française de l'arbitrage, Rev. Dr., 1984, P. 249.

[2] (H.) ULLMANN, Op.cit, P. 891 ; شريف محمد غنام، المرجع السابق، ص 39.

[3] (H.) ZAUGG, Les changements de circonstances et les clauses de Hardship dans les contrats internationaux, en Droit allemand, français et, DEA de Droit comparé, Paris II, p.37; (A.) KABADI, La technique de renégociation des contrats, A.J, 1999, p.8

[4] هني عبد اللطيف، المرجع السابق، ص 27 ; بوعيس يوسف، المرجع السابق، ص 266.

الفرع الثاني: ظهور شرط إعادة التفاوض ميدانيا

تطرق القانون بكل مصادره لمصطلح الظروف الطارئة وتفسيرها الموسع للوصول إلى العدل في تنفيذ الالتزامات الناتجة عن استحالات في التنفيذ. ويتدخل هنا القاضي لتكييف العقد مع تغيّر الأحداث.

كما يمكن تصحيح التزامات كل متعاقد يرى أن التزاماته أصبحت أكبر ممّا اتُفق عليه مبدإيا في العقد. وهنا يُلزم القانون الأطراف القيام بمفاوضات لتكييف عقدهم وإيجاد حلول لمجابهة مثل هاته المشاكل.

ونتيجة لذلك، ظهرت وتطوّرت نظرية الظروف الطارئة La Théorie de l'imprévision، وانتقلت من نظرية قانونية تعترف بها بعض الدول (أولا) دون الأخرى (ثانيا)، إلى شروط اتفاقية يدرجها الأطراف في عقدهم عند إبرام العقد، وهو ما يعرف بشرط إعادة التفاوض (ثالثا).

أولا: الدول التي اعترفت بنظرية الظروف الطارئة la théorie de l'imprévision

اختلفت الأنظمة في الأخذ بنظرية الظروف الطارئة، وظهور شرط إعادة التفاوض، فمنها من اعترفت بها وسمحت بمراجعة شروط العقد كلّما حدث تغيّر غير متوقع في الظروف المحيطة بالعقد، خاصة إذا كانت تجعل تنفيذ العقد من أحد المتعاقدين مرهقا يهدده بخسائر فادحة إذا استمر في تنفيذ العقد.

يسمح هذا الاتجاه، للقاضي بناءً على طلب المدين، التدخل لرد الالتزام المرهق الذي يثقل كاهل المدين إلى الحد المعقول، ويأخذ بهذا الاتجاه عدّة دول، منها القانون الجزائري، والمصري والليبي والسوري[1].

[1] الدول التي اعترفت صراحة بنظرية الظروف الطارئة: المشرع المصري لسنة 1984 (المادة 147 فقرة 2)، الليبي (المادة 147 فقرة 2)، العراقي (المادة 146 فقرة 2)، السوري (المادة 148 فقرة 2).

سار على هذا النهج المشرع الجزائري في المادة 107 فقرة 3 من القانون المدني الجزائري، ونص على ما يلي: "... غير أنه إذا طرأت حوادث استثنائية عامة، لم يكن في الوسع توقعها وترتبت على حدوثها أن تنفيذ الالتزام التعاقدي وإن لم يكن يصبح مستحيلا، صار مرهقا للمدين بحيث يهدده بخسائر فادحة، جاز للقاضي تبعا للظروف وبعد مراعاة مصلحة الطرفين أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول، ويقع باطلا كل اتفاق يقضي بخلاف ذلك".

يلاحظ كذلك أن، بعد الدول أخذت بنظرية الظروف الطارئة قضائيا[1] فقط، ومنها القانون الألماني "الذي كان يأخذ بها في تقنيناته الأولى، إلّا أنه في تشريعه الصادر سنة 1900 م، جاء خاليا من مبدأ عام يقرها"[2].

أمّا القانون الإنجليزي، أخذ في البداية بتطبيق نظرية انهيار العقد أو فشل العقد Frustration of contract التي تلزم كل طرف في العقد بتنفيذ كامل التزاماته التعاقدية دون أن تسمح بإيجاد أي استثناء يمكن بمقتضاه التخفيف من حدّتها إذا ما طرأت ظروف ما أثناء تنفيذ العقد كمرحلة أولى.

ثم بدّل القضاء الإنجليزي واتخذ وسائل للتخفيف من هذا المبدأ، وأبدع نظريتين بهدف التخفيف، الأولى هي نظرية الاستحالة المادية، والثانية هي نظرية استحالة الهدف. ورغم هذا، لم يسمح للقاضي بالتدخل لمراجعة العقد إذا ما تغيّرت ظروف تنفيذه.

في نفس السياق، أعطى قانون الالتزامات والعقود البولوني لسنة 1934، سلطة واسعة للقاضي في التدخل من اجل رد الالتزام المرهق إلى حده المعقول وإعادة التوازن العقدي، فقد نصت

---

[1] القضاء الألماني يطبق هذه النظرية من خلال فكرة الاستحالة وحسن النية في تفسير العقد وفي تنفيذه، وبالتالي يسمح القضاء الألماني بتعديل العقد وفقا لنظرية الظروف الطارئة إذا أدى الحادث إلى اختلال كبير في توازنه ;

(B.) OPPETIT, La théorie de l'imprévision en Droit comparé, Rev. dr. Prat., com. Int., 1976, n°01, P. 45.

[2] محمد محي الدين إبراهيم سليم، نظرية الظروف الطارئة بين القانون المدني والفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص 57.

المادة 269 منه على: "إذا وجدت حوادث استثنائية، أصبح على إثرها تنفيذ الالتزام محوطا بصعوبات شديدة أو صار يهدد أحد المتعاقدين بخسارة فادحة، فإنه يجوز في هذه الحالة للمحكمة أن تُعيّن طريقة تنفيذ الالتزام، أو تحدد مقداره..."[1]. وتبعه في هذا، القانون المدني الإيطالي (1942) بموجب المادة 1467، والقانون المدني الهولندي بموجب المادة 6_5_3_11[2].

ثانيا: الاتجاه الذي لا يعترف بنظرية الظروف الطارئة

بداية، اتخذ المشرع الفرنسي موقفا معاكسا لإمكانية مراجعة شروط العقد، بناءً على التغيّر غير المألوف وغير المتوقع في ظروفه الاقتصادية. وبالتالي استبعدت محكمة النقض الفرنسية[3] تطبيق هذه النظرية (نظرية الظروف الطارئة) ولم تأخذ باعتبارات العدالة وحسن النية والرفق بالمدين السيئ الحظ، التي يعتبرها جانب من الفقه ركائز تُنهض آثار العقود حتى ولو تحققت من حدوث الظروف الاستثنائية أثناء التنفيذ، أدّت إلى اضطراب غير متوقع في محتوى العقد.

وقد برّرت محكمة النقض الفرنسية نهجها السالف الذكر بوجوب المحافظة على الائتمان والثقة المشروعة بين الأطراف من جهة، وبإعطاء الأولوية لتطبيق مبدأ العقد شريعة المتعاقدين من جهة أخرى، فاحترام القوّة الإلزامية للعقد هو الأساس الذي يستند عليه هذا القانون في رفض النظرية. فالتشريع الفرنسي، قدّس الحرّية العقدية على إمكانية تدخل القضاء في مسائل العقد.

الغريب في الأمر، أن القانون الإداري الفرنسي يعترف عكس القانون المدني الفرنسي بنظرية الظروف الطارئة، ويسمح للقاضي الإداري في هذا الإطار تعديل العقد، وتجلى هذا

---

[1] (R.) DAVID, L'Imprévision dans le Droit Européen, Mélanges JAUFFRET, 1974, P. 220.

[2] رشوان حسن رشوان أحمد، المرجع السابق، ص 581 ; محمد الكشبور، المرجع السابق، ص 131.

[3] Cass. Com., 18 Déc. 1979, Bulletin IV, n° 339 ; « Les juges ne peuvent sous prétexte d'équité ou pour tout autre motif, modifier les conventions légalement formées entre les parties ».

واضحا في قضية غاز بوردو[1] Affaire de Gaz Bordeaux، حيث أقّر ضرورة وجود تعاون بين الإدارة والمتعاقد معها في تحمل تكاليف الأعباء الناجمة عن ظروف غير متوقعة وقت ابرام التعاقد والسير في تنفيذ العقد.

مع تطوّر الزمان، غيّر المشرع الفرنسي رأيه في إصلاحات القانون المدني الفرنسي، واعترف صراحة بظاهرة وجوب تدخل القاضي لتحقيق العدل التعاقدي بين الأطراف، في المادة 1195 من إصلاحات سنة 2016 للقانون المدني الفرنسي[2].

وعلاجا لهذه الظاهرة غير العادلة في مجال العقود، ابتدع ممارسو النقل البحري والتجارة الدولية شرطا عُرف بشرط إعادة التفاوض في العقد[3]، حيث يُنظم بمقتضى هذا المصطلح، الأطراف كيفية مراجعة العقد تبعا لما يُستجد من ظروف، وتتم هذه المراجعة من قبل الأطراف أنفسهم[4].

ثالثا: ظهور شرط إعادة التفاوض بفضل نظرية الظروف الطارئة

ابتُكر شرط إعادة التفاوض أولا "للمحافظة والإبقاء على القيمة، وكان يسمح توزيع المخاطر المالية أو الضريبية بين أطراف العقد بوضع قوائم حسابية تحقق ذلك التوزيع، وفقا قواعد حسابية محددة مسبقا وهو ما يعرف ب la clause d'indexation"[5].

كما عُرف هذا الشرط أيضا ثانية، في شكل إعادة التكييف الذي يطبّق في العديد من أشكال العقود منها ما تعلّق بعقود التموين التي تبرمها الشركات البترولية، بحيث يتيح لتلك

---

[1] Conseil d'Etat, du 30 mars 1916, n° 59928, publié au recueil Lebon, p. 125.

[2] إحالة إلى تطور نظرية الظروف الطارئة في القانون الفرنسي، ص 220.

[3] (Ph.) DELEBECQUE, La réforme du Droit des contrats : Quelle incidence sur les contrats maritimes ?, D.M.F, 2016, n° 784.

[4] (B.) OPPETIT, La théorie de l'imprévision, Op.cit, P. 45.

[5] محمد أبو زيد، المفاوضات في إطارها العقدي، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق، جامعة عين الشمس، ع 01، السنة 47، 2005، ص 142.

الشركات الاسترجاع من كل زيادة في أسعار البترول، وتقوم بها البلاد المصدرة وتدعى بالإنجليزية .Clause government taxes.

ومنها ما يتعلق بالمساواة بالعرض المنافس وهو First refusal clause بالإنجليزية أو Clause d'alignement sur offres concurrentes بالفرنسية. وبموجب هذا الشرط، يلتزم البائع بمنح المشتري تخفيضا في الأسعار يساوي ما يعمل به المنافسون في السوق[1].

تغيّر بعد ذلك مفهوم المصطلح، واتسع مجاله ليشمل كل الظروف والصعوبات التي تواجه تنفيذ العقد، فأصبح من الواجب التصدي لكل الظروف الصعبة بكل مرونة وشمولية، ففُتح المجال لكل أطراف العقد لمعالجة هذه الظروف، وظهر من هنا شرط إعادة التفاوض.

وأوّل ما استعمل هذا الشرط، كان في بلاد القانون الانجلوساكسوني (الولايات المتحدة الأمريكية وإنجلترا) والقانون الجرماني (ألمانيا وسويسرا) من قِبل ممارسي التجارة الدولية[2]، ثم انتشر انتشارا واسعا لمواكبة تطوّرات تنفيذ العقود التي قد تتعرض لعراقيل في تنفيذ العقود احتماليا[3].

الهدف من هذا الشرط هو طبعا التصدي للظروف التي أثّرت على التوازن العقدي، بحثا عن حل ودي لإزالة كل الصعوبات التي ظهرت أثناء تنفيذ العقد، وبحثا عن اتفاقٍ عادلٍ يكون سببا في إعادة توازن العقد.

إنه حلٌ يفرضه الطرفين دون اللجوء إلى محكم أو قاضي، لأن الأخير قد يملي على الطرفين حلولا غير مواتية من شأنها فتح باب النزاع بينهما مرة أخرى في المستقبل[4].

---

[1] قادري عبد العزيز، دراسة في العقود المبرمة بين الدول ورعايا دول أخرى في مجال الاستثمارات الدولية، مجلة إدارة، المجلد 7، العدد 1، المدرسة الوطنية للإدارة، الجزائر، 1997، ص 64.

[2] عواق صليحة، تكييف العقود الدولية مع تغيّر الظروف، ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 1998، ص 86.

[3] بوعيس يوسف، المرجع السابق، ص 261

[4] (D.) MAZEAUD, Renégocier ne rime pas avec réviser, Recueil DALLOZ, 2007, n°. 11, P. 767.

يُبنى شرط إعادة التفاوض على شروط تجعل تطبيقه يتميز بخصوصيات محددة لإيصال الطرفين إلى نتائج مرجوة منهما، أهمها إزالة الحادث المرهق الذي أصاب أحد المتعاقدين في تنفيذ التزامه (الفرع الثالث).

الفرع الثالث: شروط تطبيق شرط إعادة التفاوض

تطرقت كل من الهيئات والمنظمات الدولية، وكذلك الفقه والمتعاملون الاقتصاديون والمحكمون من شروط وجب تطبيقها للتعبير عن شرط إعادة التفاوض هذا.

يُبنى هذا الشرط على عدّة عناصر موجودة في الحادث المؤدي إلى اختلال في العقد، ويمكن حصرها فيما يلي:

_ **أولا: عناصر متعلقة بالحادث ذاته.** وتشمل، **شرط عمومية الحادث، وشرط استثنائية الحادث،** وأن **يؤدي هذا الحادث إلى اختلال في توازن العقد.**

_ **وثانيا: عناصر تتعلق بحوادث متصلة بالمدين.** وتقوم على فكرة **شرط عدم توقع الحادث، واستقلال الحادث عن إرادة المدين، ولا يمكن لهذا الأخير تجنب أو التغلب على الظرف.** وسنفصل في العنصرين.

أولا: العناصر المتعلقة بالحادث في حد ذاته

يؤثر الحادث في عدم توازن العقد تأثيرا مهما، ويقصد به عموميته واستثنائيته واختلال في التوازن العقدي.

أ_ عمومية الحادث المخل بالتوازن العقدي

ويعني ألاّ يكون خاصا بالمدين وحده، بل يشمل طائفة كبيرة من الناس، ولهذا فكل حادث طارئ يصيب المدين لا يلزم تطبيق شرط إعادة التفاوض، كإفلاس المدين أو إعساره أو

مرضه أو احتراق بضائعه، رغم أن هذه الظروف الخاصة تؤدي حقا إلى صعوبة تنفيذ الالتزام، لكنها لا تلزم تطبيق شرط إعادة التفاوض.

وبعبارة أخرى، إن عمومية الحادث في مجال تطبيق شرط إعادة التفاوض هو تغيير في الوضع العام أو في الظروف التي أُبرم العقد في ظلها، والتي ارتكز عليها الاتفاق الأصلي بين طرفي العقد[1].

إن ما يتوقعه الأطراف وقت ابرام العقد في إيجاد تغييرات يشمل جميع عناصر العقد، كذلك قد تطرأ هذه الأحداث بالنسبة للطرفين معا أو لأحدهما فقط[2].

لهذه الفكرة إصابة الطرفين معا أهمية بالغة تساعد في اللجوء إلى الاعتماد على إعادة التفاوض، فمن مصلحة المتعاقدين معا إيجاد حل عادل لالتزاماتهم تحقيقا لمصلحتهما معا.

وانطلاقا من هذا، يجب اختيار صياغة شرط إعادة التفاوض بأسلوب العمومية الواضحة التي تعبّر عن توازن عام للعلاقة العقدية في مواجهة كل تغيّر جوهري قد يطرأ على الظروف التي تم الاتفاق في ظلها[3].

ب_ استثنائية الحادث

يقصد باستثنائية الحادث، أنه غير مألوف عمليا وناذر الوقوع، ولا يمكن توقعه[4]، وهو "الحادث الذي يندرج في عدد الحوادث التي تتعاقب وتقع وفقا لنظام معلوم"[1].

---

[1] (B.) OPPETIT, L'Adaptation des contrats internationaux aux changements de circonstances, Op.cit, P. 800 ; (V.) LASBORDES, Les contrats déséquilibrés, Presses Universitaires d'AIX-MARSEILLE, 2000, P. 204

[2] صلاح الدين جمال الدين محمد عبد الرحمان، عقود الدولة لنقل التكنولوجيا، دراسة في إطار القانون الدولي الخاص والقانون التجاري الدولي، دكتوراه، جامعة طنطا، مصر، ص 352.

[3] مروك أحمد، شرط إعادة التفاوض في عقود التجارة الدولية، دكتوراه، المرجع السابق، ص 172.

[4] عبد الحي حجازي، النظرية العامة للالتزام، المرجع السابق، ص 584.

نجد مبدأ استثنائية الحادث، في المادة 6_2_2 من مبادئ UNIDROIT التي تقضي أنه لم يكن المدين يستطيع عند إبرامه العقد أن يأخذ في اعتباره هذه الأحداث.

ومن التطبيقات الاستثنائية أيضا في عقود النقل البحري، تأثير جائحة فيروس كورونا على مثل هاته العقود[2]، فلا ينبغي تجاهل الأوبئة والأمراض الجماعية مثل جائحة COVID 19 وما تؤدي إليه الإجراءات الصحية والقيود العديدة التي عطّلت النقل، وكانت تحتاج إلى إعادة التفاوض على شروط العقد لتجعله يُساير مثل هذه الأوضاع الصحّية الخطيرة.

نتج عن هذا أزمة صحّية أنشأت أزمة اقتصادية مالية أثّرت على قدرة الطرفين على الوفاء بالعقد وتطلبت ضرورة إعادة التفاوض.

كذلك مشاكل الإبحار والمرور في مضيق البحر الأحمر نتيجة الحرب على فلسطين. تؤدي هذه الحروب والصناعات في مناطق معيّنة إلى ضرورة إعادة التفاوض لتغيير مسار وخط النقل وتأجيل الشحنات.

كل هذه تُمثل من أهم أمثلة إعادة التفاوض حيث يمكن للأطراف المشاركة في عملية النقل البحري للبضائع التدخل لتعديل مثل هذه الشروط غير المتوقعة وتحسين حسن أداء العقد.

إن الهدف من اشتراط عنصر الاستثنائية يظهر في تقليص مجال الخروج عن مبدأ القوة الملزمة للعقد، والاستثنائية هذه هي التي تؤدي إلى نتائج استثنائية التي تغيّر المسار المألوف للعقد عند ابرامه، مما يؤدي إلى لا عدل في قوّة الالتزامات المتقابلة. بمعنى اختلال في توازن العقد

---

[1] حليمة بن دريس، المرجع السابق، ص 251.

[2] طُرحت قضية أمام محكمة استئناف NANCY الفرنسية بتاريخ 5 ماي 2020، اعتبرت فيها المحكمة أن المستأنف الذي يطلب تأجيل تنفيذ التزاماته متذرعا بالقوة القاهرة ليس على حق، لأن المستأنف كان قد قدم الصفقة بتاريخ لاحق عن إعلان منظمة الصحة العالمية من انتشار فيروس كورونا المستجد (30 يناير 2020)، وبالتالي لا وجود لعنصر عدم التوقع ;

C.A NANCY, Ch. Com., 05, 05 Mai 2020, n° 2000748.

ج_ الحادث يؤدي إلى اختلال في توازن العقد

يعتبر شرط اختلال التوازن العقدي حجر زاوية شرط إعادة التفاوض[1] ، فكل حدث غير متوقع قد يؤدي إلى انهيار هذا التوازن الاقتصادي للعقد، فيكون التزام المدين بتنفيذ ما وصف له طبقا لما ورد في العقد، لكن الظروف غيّرت كلّية ممّا يُلزم المدين تنفيذه بزيادة قد لا تطاق.

إن الطرفين تعاقدا عند الابرام على ظروف معيّنة، فظهرت ظروف أخرى لوكان المتعاقدان قد توقعوا هذه التغيرات لما قدموا على ابرام هذا العقد.

حقيقة إن الهدف الأسمى لشرط إعادة التفاوض هو الإبقاء على العقد الذي تغيّرت فيه الظروف الخارجية المحيطة به، فإن العبرة في نطاق تطبيق هذا الشرط تكون بالنتائج التي تتركها هذه الظروف في اقتصاد العقد، وليس بالتغيرات في الظروف في حد ذاتها، فقد تتغير الظروف المحيطة بالعقد تغيرا جذريا دون أن تتأثر التزامات المتعاقدين بهذا التغير، ودون أن يختل اقتصاد العقد أو توازنه، وفي مثل هذه الحالة لا نكون بصدد ظروف تستدعي تطبيق شرط إعادة التفاوض[2].

ثانيا: العناصر المتعلقة بالحادث المتصلة بالمدين

تحتوي هذه العناصر المتصلة بالمدين على: شرط عدم توقع الحادث، وخروجه عن إرادة المدين، وغير ممكن التغلب على هذا الحادث أو الظرف.

---

[1] La condition du bouleversement ou de l'altération de l'équilibre contractuel est la clé de voûte de la définition du HARDSHIP

[2] (B.) OPPETIT, L'Adaptation des contrats internationaux aux changements de circonstances, Op.cit, P.P. 802.

أ_ عدم توقع الحادث

وهو شرط، إذا وقع سيترتب عنه خلق صعوبات في تنفيذ العقد. والواقعة هذه هي ستقع أو لن تقع أثناء تنفيذ العقد، ولهذا وجب ألاّ يكون في وسع المتعاقد المضرور أن يتوقع هذه الصعوبة.

باعتبار عقد النقل البحري للبضائع عقد تجاري دولي، متّصل اتصالا وثيقا بعقود التجارة الدولية وأهمها عقد البيع الدولي، تعرضت اتفاقية فيينا Vienne لسنة 1980 لهذا الشرط في مادتها 79 فقرة 1 عندما نصت أن: "... وأنه **لم يكن من المتوقع** بصورة معقولة أن يؤخذ العائق في الاعتبار وقت انعقاد العقد...".

ونصت أيضا المادة 6-2-2 من مبادئUNIDROIT على: "أن يكون الحادث الاستثنائي ممّا **لا يمكن أن يدخل في دائرة التوقع المشروط** للطرف المضرور منه وقت ابرام العقد". وتضيف المادة أن على المدين أن يثبت أنه لم يستطيع، لحظة إبرام العقد، أن تأخذ في اعتباره هذه الأحداث.

الأمر يوجد كذلك في الشرط النموذجي الذي أعدّته غرفة التجارة الدولية، بنصها في البند الأول على أنه: "في حالة وقوع أحداث... ولم يكن من المتوقع بشكل معقول أن يأخذها بعين الاعتبار وقت إبرام العقد..."[1].

كما نصت المادة 107 الفقرة 3 من القانون المدني الجزائري على صفة عدم التوقع: "... ومع ذلك إذا طرأت حوادث استثنائية عامة **لم يكن في الوسع توقعها...**". وتقابلها المادة

[1] « which (a party) could not reasonably be expected to take into account at the time of the conclusion of the contract »; ICC Force majeure clause 2003, ICC Hardship clause 2003, ICC publication n°650, Février 2003.

1195 من قانون العقود الفرنسي لسنة 2016: " لو تغيرت ظروف **لم تكن متوقعة عند إبرام العقد...**"[1].

لاحظ فقهاء القانون ومنهم Bruno OPPETIT[2]، الذي كتب أن "الصيغ المعتمدة في الشروط تهدف إلى تقدير سلوك المتعاقد الذي يثير مسألة تغير ظروف تنفيذ العقد، أي في الحقيقة النظر إلى مدى إمكانية الطرف المعني في تفادي الحدث أو على الأقل تفادي آثاره، وذلك بالنظر إلى سلوك المتعاقد الحذر والعقلاني". فعنصر عدم القدرة على تنبؤ الحادث لا يرتبط بالحادث نفسه بقدر ارتباطه وتأثيره على العقد[3].

فلا ينبغي تجاهل شرط عدم التوقع، وتقدير معقوليته يكون وفقا لمعيار الرجل اليقظ والحذر « Une personne dotée d'un degré de diligence, prudence et prévoyance raisonnablement »، كما أن تحديده يكون من متعاقدين آخرين لهم نفس الصفة (كالناقل البحري المهني مثلا)، وفي نفس الظروف، ويتم توقعه من قبلهم[4]، فمسألة عدم التوقع أمر نسبي وليس مطلق[1].

---

[1] Art. 1195 Code Civil Français 2016 : « Si un changement de circonstances **imprévisible lors de la conclusion du contrat**... ».

[2] « Les clauses étudiées tendent à objectiver l'appréciation du comportement de la partie qui invoque la survenance du Hardship, … on vérifiera si véritablement la partie intéressée se trouvait ou non en mesure de parer au changement de circonstances ou tout au moins aux conséquences de ce changement par référence à la conduite qu'aurait eu en pareil cas un opérateur prudent et raisonnable » ; (B.) OPPETIT, L'Adaptation des contrats internationaux aux changements de circonstances, Op.cit, P. 802.

[3] (V.U.) DRAETTA et (R.) LAKE, Contrats internationaux, Pathologie et remèdes, Bruylant, Bruxelles, 1996, P. 193.

[4] (D.) MATRAY, (F.) VIDTS, LES CLAUSES D'ADAPTATION DE CONTRATS, L'Harmonisation du droit des contrats et la pratique contractuelle, Les grandes clauses des contrats internationaux, 55° Séminaire de la commission Droit et Vie des Affaires, Fondation

ومن تطبيقات عدم التوقع في مجال النقل البحري، قد تقوم بعض الدول بإحداث تغييرات في قوانينها ولوائحها، تغييرات تؤثر على العقد وتجعل الأطراف ضرورة القيام بإعادة التفاوض لجعل شروطهم تتماشى والقوانين الجديدة.

كما قد تُحدث الأزمات الاقتصادية تغييرات في أسعار الوقود زيادة وبشكل كبير بعد إبرام العقد، ممّا يتطلب التدخل بعملية إعادة التفاوض لتعديل الأجر المبدئي المتفق عليه.

ب_ استقلال الحادث عن إرادة المدين

يجب ألا يساهم المدين في إحداث الظرف الطارئ، فلا يفترض أن يتسبب المدين بفعله في إعاقة تنفيذ التزامه ويتمسك نتيجة لذلك بتطبيق شرط إعادة التفاوض[2]. فالفقه يستعمل دائما "أحداث خارجة عن إطار رقابة الأطراف"«Echappent au contrôle des partie» .

يجب كذلك أن يكون الحادث مستقلا عن إرادة المدين، وقد ذكرته المادة 6-2-2 في تعريفها لشرط إعادة التفاوض بذكرها عبارة: "... وتفلت عن سيطرة الطرف المضرور". أمّا المشرع الجزائري فلم ينص على هذا الشرط في المادة 107 فقرة 3 من القانون المدني الجزائري، وحبذ لو لم يتجاهلها.

ج_ حادث لا يمكن للمدين تجنبه أو التغلب عليه

لا يكفي أن يكون الحادث غير متوقع ومستقل عن إرادة المدين فقط، بل لا بد من أن يُثبت هذا الأخير أن هذا الظرف لا يمكن تجنبه ولا التغلب عليه ولا على عواقبه، بأي حال من الأحوال.

=pour l'Etude du Droit et des Usages du Commerce International (FEDUCI), LIEGE, BELGIQUE, 2005, P. 116 : « ...Ordinairement exercer par des opérateurs expérimentés, engagés dans la même branche d'activités..., et dans les mêmes ou de semblables circonstances »

[1] رشوان حسن رشوان، أثر الظروف الاقتصادية على القوة الملزمة للعقد، المرجع السابق، ص473.

[2] سعدون يسين، المرجع السابق، ص 243.

وهذا ما نص عليه الشرط النموذجي الذي وضعته غرفة التجارة الدولية لسنة 2003 والتي تم تعديله سنة 2020: "... ولم يكن من المعقول أن يتجنب (الطرف) الحدث أو أن يتغلب عليه أو على عواقبه..."[1].

وفي الأخير، يُحبذ إضافة شرط آخر، وهو **ضرورة اللجوء إلى إعادة التفاوض إجباريا أولا ومبدئيا**، واللجوء هذا يشكل أفضل الحلول للتوصل إلى حلّ المشكلة والإبقاء على العقد الذي اختل توازنه قائما وساريا.

المطلب الثاني: اختلال التوازن العقدي من أجل تطبيق شرط إعادة التفاوض

يقوم العقد على التوازن، وقد يصاب نتيجة لأحداث باختلال. وهو شرط واجب توافره لتطبيق أحكام شرط إعادة التفاوض، ويعبر الفقه عن هذا بعبارة "إعادة التفاوض يتحقق عندما تؤدي الأحداث إلى اختلال توازن العقد"[2].

ولهذا، وجب دراسة المقصود باختلال التوازن في الفرع الأول، ثم التطرق إلى مضمون تطبيق شرط إعادة التفاوض للعقد الذي اختل توازنه في الفرع الثاني.

الفرع الأول: مفهوم اختلال توازن العقد

يتعاقد الأطراف في صفقاتهم على أساس التعادل في الحقوق والالتزامات، لكن قد يحدث ما لا ينتظره المتعاقدين من نازلات تؤدي إلى تغييرات في قوّة ودرجة الالتزامات المتعلقة بتنفيذ العقد. فيصاب هذا الأخير باختلال توازنه.

ومن هنا، يعتبر اختلال توازن العقد شرطا ضروريا للّجوء إلى شرط إعادة التفاوض، وقد يكون هذا الأخير قائما على أساس يسري بين الاستحالة المطلقة في تنفيذ العقد، وبين

[1] « And that it (the party) could not reasonably have avoided or overcome the event or its consequences »; ICC Force majeure clause 2003, ICC Hardship clause 2003, ICC publication n°650, Février 2003.

[2] (M.) FONTAINE, Droit des contrats internationaux, Op.cit, P. 263.

التغيير البسيط في الظروف التي قد تؤثر في اقتصاد العقد دون أن تجعله مستحيلا أو حتى مرهقا في تنفيذه[1].

وانطلاقا من هذا، يجب الاعتماد على معرفة مفهوم اختلال التوازن أولا، ثم أنواعه ثانيا، ثم تقديره ثالثا، وأخيرا اختلال التوازن والاستحالة المطلقة في عقود التجارة الدولية رابعا.

أولا: تعريف اختلال توازن العقد

يُقصد باختلال التوازن العقدي، بأنه: "...اضطراب يطرأ على العلاقات التعاقدية، بسبب ظهور ظروف استثنائية غير متوقعة، تؤدي إما إلى زيادة تكاليف التنفيذ بصورة جوهرية، أو نقص الأداء المقابل"[2].

يؤكد الفقه على أن، شرط إعادة التفاوض يجب أن يكون جوهريا، ينتج عنه اضطرابا هاما في العقد وضررا فادحا يقضي على العدل المطلوب أثناء تنفيذ العقد، وقد أكّد فقه النقل البحري والتجارة الدولية على وجوب تواجد اختلال توازن عقدي حقيقي وجدّي[3]، اختلالا يجعل العقد مجحفا بأحد المتعاقدين، بحيث أن العقد يتوقف عن تحقيق الفائدة التي تم ابرامه من أجلها كون الفائدة هذه تعدّلت بشكل كبير[4]، وأخرجت العقد عن نطاقه التجاري أو الاقتصادي أو المالي أو حتى السياسي.

ما يلاحظ أن، العبرة ليست كلّية في شرط التفاوض ومدى حمايته للعقد، وإنما بالنتائج التي قد تتركها هذه الظروف في العقد في حد ذاته. فيُصبح نتيجة لهذا لا جدوى ولا فائدة من العقد.

---

[1] شريف محمد غنام، المرجع السابق، ص 137.

[2] (R.) FABRE, Les clauses d'adaptation dans les contrats, Revue trimestrielle de droit civile, 1983, P10.

[3] (M.) FONTAINE, Droit des contrats internationaux, Op.cit, P. 362.

[4] (P.) VOIRIN, De l'imprévision dans les rapports en Droit privé, Thèse, Nancy, 1922, P. 363.

في هذا السياق، سارت اتفاقية التجارة الدولية على هذا النهج، فإذا كانت اتفاقية فيينا لسنة 1980 الخاصة بالبيع الدولي للبضائع، لم تنظم سوى استحالة التنفيذ التي تعالجها في المادة 79 تحت عنوان "إعفاءات"، فإن الشرط النموذجي الذي أعدّته غرفة التجارة الدولية، والتي نصت في البند الأول من الاقتراحات: "... في حالة وقوع أحداث غير متوقعة من الأطراف تعدّل بشكل أساسي توازن العقد الحالي، وتؤدي إلى وقوع أعباء غير عادلة لأحد الأطراف أثناء تنفيذ التزاماته العقدية..."[1].

واتخذت مبادئ القانون الموحد UNIDROIT نفس المبدأ، حيث نصت على أنه: "يوجد HARDSHIP عندما تقع أحداث تهدم بشكل أساسي توازن الأداءات، إمّا لأن تكليف تنفيذ الالتزامات ارتفعت أو لأن قيمة الأداء المقابل قد انخفض"[2].

عمليا، قد يحرص الأطراف على الذكر الصريح في عقودهم على غالبية هذه الشروط، فمنها ما هو متصل بالجانب الاقتصادي (كتقلّب الأسس الاقتصادية للصفقة الحالية، مسبّبة ضرر لأحد الأطراف)[3]، أو جانب اقتصاد العقد.

فمثلا، قد تزداد الطلبات التجارية واحتياجات السوق زيادة كبيرة، فيُمكن لأيّ من الأطراف طلب إعادة التفاوض لتعديل حجم البضاعة زيادة من جهة، ومواعيد التسليم من جهة أخرى، ممّا يتناسب مع الطلبات الجديدة.

لكن، قد يؤدي هذا الوضع المتمثل في تغيير الطلبات التجارية زيادة، إلى التأخير في تسليم البضائع، تأخيرا غير متوقع بسبب لوجستيات وعوامل خارجية، ممّا يُمكن للأطراف طلب إعادة التفاوض لجعل الشروط تتماشى مع هذه الوضعية كتعديل الأجر مثلا زيادة بسبب التغيير في الطلب أو نقصانا بسبب التأخير في تسليم البضائع.

---

[1] (P.) AADTT, La vente internationale de marchandises, Paris, 1990, P. 373 ;

مقتبس من: شريف محمد غنام، المرجع السابق، ص 141.

[2] المادة 6_2_2 من مبادئ القانون الموحد UNIDROIT.

[3] شريف محمد غنام، المرجع السابق، ص 138

إضافة على هذا، عن السعر الحسن للعقد، قد يتعرض لمشاكل في التمويل تؤدي حتما في تكاليف الشحن والتأمين، فقد تؤدي هذه الأحداث في طلب إعادة التفاوض بهدف تعديل أجور الشحن والتأمين وشروط الدفع.

جدير بالذكر أن، التوازن قد يقوم على قدر عادي من المخاطر والذي يجب أخذه في الحسبان من طرف مبرمي العقد، ويُدرس هذا ضمن اختلال التوازن بمخاطر عادية، وأخرى اختلال بمخاطر خاصة.

ثانيا: أنواع اختلال التوازن

يتعاقد الأطراف ويتنبؤون لوجود درجة خطيرة معيّنة في تغييرات احتمالية قد تصيب تنفيذ العقد وتُفسد توازنه باختلالات تُصعّب مواصلة العقد بقوّته ومشتملاته، وتتنوع هذه الاختلالات إلى نوعين: مخاطر عادية (أ)، ومخاطر خاصة (ب).

أ_ المخاطر العادية

المخاطر العادية لا تُنشئ إلّا ظروف ذات نتائج عادية حيث أن، تغييراتها قد لا تكفي للّجوء إلى طلب مراجعة العقد وتطبيق أحكام شرط إعادة التفاوض، فهذه التغييرات هي بسيطة لا تتجاوز مخاطر كبيرة، ويُمكن للأطراف تحملها دائما عند تنفيذ العقد[1].

وتطبيقا لهذا، يجب ذكر بعض أنواع المخاطر العادية كتغيير في الثمن أو في سعر الكلفة أو سعر المواد الأولية أو ارتفاع في أقساط التأمين بالنسبة للنقل البحري للبضائع. فالكلّ لا يكفي لوحده في إحداث اختلال توازن العقد عمليا. في هذا الشأن، يُبعد الفقه المخاطر العادية هذه في مجال تطبيق شرط إعادة التفاوض.

[1] لا يكفي وجود ضرر لأحد المتعاقدين لقبول وجود حالة شرط إعادة التفاوض، بل لا بد الزاما أن يؤدي هذا الحدث إلى خلق اختلال غير عادل بالنسبة لهذا المتعاقد.

فمن مظاهر سوء النيّة أن يطلب أحد المتعاقدين إعادة التفاوض لمجرد أحداث بسيطة عادية خاصة إذا كانت هذه الوقائع لا تفوق الحد المعقول. فهذه الوقائع لا تؤدي إلى انهيار الأساس التعاقدي الناتج عن توازن الأداءات التعاقدية البسيطة.

قد يصف أطراف العقد أحداث عادية لا تؤدي إلى الاخلال التعاقدي ولا التوازن العقدي. وبالمقابل، ينصح العاملين في المجال استخدام عبارات واضحة بعبارة عامة أو خاصة ممّا يؤدي إلى تخصيص وضبط الأحداث بعبارات دقيقة. وهكذا، يكون التنبؤ بعبارات عامة كلّما كانت أحداث المخاطر عامة.

في هذا المجال، يرى الأستاذ Bruno OPPETIT أن "شرط إعادة التفاوض يأتي من الناحية العملية دائما في شكل صيغة عامة"[1].

يلاحظ أن بعض الأحداث العامة لا تقبل دائما إعادة التفاوض، وهذا بالنظر إلى تفاهاتها، بينما يجب الاعتماد على أمثلة في الاتفاقات العقدية الخاصة بشرط إعادة التفاوض إذا كانت لها قوّة قد تزعزع التوازن العقدي. ومن هذه الأمثلة: كتابة شرط "كل حدث قد يؤدي إلى إعاقة التنفيذ الحسن للعقد"، وكذلك "كل المعوقات" وأيضا "كل تغيير أساسي في الظروف مما يحمّل أحد أطراف العقد تكاليف غير عادلة بسبب هذا العقد"[2].

---

[1] (B.) OPPETIT, L'Adaptation des contrats internationaux aux changements de circonstances, Op.cit, P. 800 ; « La clause de Hardship est pratiquement toujours prévue dans une formule d'une grande généralité ».

[2] (M) FONTAINE et (F) DELY, Droit des contrats internationaux, Analyse et rédaction de clauses, Op.cit, P. 500 ; « En cas de modification fondamentale des circonstances imposant à l'une des parties une charge inéquitable découlant du présent protocole… ».

يحدث كذلك عمليا، إدراج عبارات "إذا وقع حدث غير متوقع وخارج عن إرادة الطرفين وأدى إلى استفادة أحد الطرفين من مزايا لا تتناسب مع التزاماته..."[1].

وكذلك من أمثلة الشروط المدرجة في العقود "إن روح الاتفاق تقضي أن يُحفظ التوازن الحالي لأداءات المتعاقدين ... وفي حالة وقوع أحداث هامة تخل بشكل كبير بهذا التوازن أن يتفاوضوا"[2].

أيضا، الشرط الذي ينص على أنه: "إذا كان تنفيذ هذا الاتفاق مجحفا أو جوهريا أو مضرا بأيّ من الطرفين، متوقعا، أو تم الكشف عنه أثناء التنفيذ..."[3].

والشرط المنصوص: "...وقوع حدث أو تغيّر ظروف خارجة عن سيطرة الطرف المذكور عند التصرف..."[4]، أو شرط: "... إذا كان بسبب تغيّر الظروف السياسية أو الاقتصادية التي لا يمكن التنبؤ بها من قبل الأطراف وخارجة عن سيطرتهم..."[5].

يلاحظ أن مجرد ذكر مصطلح "أحداث" دون التدخل في ذكر خصائصها، يكفي للأخذ بها، والأجدر أن يذكر الطرفين أمثلة عن هذه الأحداث، وترك المجال مفتوح للأخذ بأمثلة

---

[1] « Si un évènement imprévisible et étranger aux parties a pour effet que l'une d'elle retire du présent contrat des avantages hors de proportions avec ses obligations ».

[2] أشار اليه شريف محمد غنام، المرجع السابق، ص 41

[3] « If the course of the performance of this agreement unfairness or substantial and disportionate prejudice to either party is expected or disclosed ».

[4] « The occurrence of an intervenening event or change of circunstances beyond said party's control when acting as a reasonable and prudent operator ».

[5] « ...If owing to changed political or economic circumstances unforeseeable by the parties and beyond their control ... ».

أخرى. ومن أمثلة ذلك، الشرط الذي ينص على: "حدث يمس الاقتصاد الوطني ككل أو اقتصاد العقد في حد ذاته"[1].

أمّا عن شروط تفاهة الأحداث عمليا، ما ظهر في القضية رقم 6281 لسنة 1989، حيث قرّر المحكم أن ارتفاع أسعار الحديد الصلب في الأسواق العالمية بنسبة أقل من 16 و13% تعتبر زيادة معتادة في ظروف القضية وفقا لقدرات المتعاقدين الشخصية. وأكّد المحكم أنه يجب أن يترتب على الاختلال ضررا كبيرا لأحد المتعاقدين من جراء تنفيذ التزامه التعاقدي، ويجب أن يتجاوز هذا الضرر مجرد المخاطر التجارية المعقولة[2].

في القضية الماثلة لم تصب زيادة الأسعار، بالنسبة المعلنة، أيا من المتعاقدين بضرر فادح نظرا لقدراتهم المالية العالية.

من خلال أمثلة من هذه الشروط، يتضح أنه، بالرغم من عدم تحديد الحدث المخل بالعقد تحديدا دقيقا يكفي أن يؤدي وقوعه إلى احتمال اختلال توازن العقد وإعادة التفاوض[3].

ليس هناك في الشروط التعاقدية اختلال جوهري بوصف واحد، فهناك ضرر يتحمله أحد المتعاقدين بوصف عام، وهنا يصف الطرفين أنه إذا وقع ضرر ما لأحد المتعاقدين يوقع اختلالا في التوازن العقدي دون وصف هذا الضرر، ومثال ذلك: إذا تغيّر توازن العقد نتيجة لظروف جعلت تنفيذ التزامات أحد المتعاقدين ضارة، وهذه الأضرار يتحملها أحد المتعاقدين. فهنا الأطراف لم يذكروا شيئا عن الضرر ولا عن نوعه.

---

[1] « Evenement ayant pour effet de bouleverser les bases de l'economie nationale et de celle du contrat, au préjudice de l'une au de l'autre partie » ; (D.) PHILIPPE, Les clauses relatives au changement de circonstances dans les contrats à long terme, https://fad4.u-bordeaux.fr/pluginfile.php/353232/mod_folder/content/0/Les%20clauses%20relatives%20au%20changement%20de%20circonstances.pdf 31 JANVIER 2025, 20 :30.

[2] قرار مأخوذ من شريف محمد غنام، المرجع السابق، ص 158.

[3] (Ph.) FOUCHARD, Adaptation des contrats à la conjoncture économique, Rev. Arb., 1979, P. 71.

يميل عادة المتعاقدون إلى عدم تدقيق وصف الحدث الذي قد يؤدي إلى الإخلال بالعقد في مرحلة تنفيذه، وما يدفع المتعاقدين إلى تجاوز هذه المخاطر عن طريق إعادة التفاوض[1]. المشكلة التي قد تطرأ غالبا أساسها تفسير مدلول العبارات العامة. فهل يعتمد الأطراف على التفسير الموسّع أم المضيّق لمثل هذه العبارات؟ فالجواب مرتبط بالحادث وقوّته وتأثيراته على العقد من جهة وعلى المتعاقدين من جهة أخرى.

تجنبا للنزاعات الاحتمالية، اتجه متعاملو تحرير عقود النقل البحري إلى السهر على تخصيص المخاطر والتدقيق فيها وبيان نوع الأحداث التي قد تمس بتوازن عقودهم في مرحلة التنفيذ. وهذا يعتبر لجوء إلى بيان المخاطر الخاصة.

ب_ المخاطر الخاصة

تتفاوت الحوادث التي قد تؤثر في العقد وتوازنه، وهكذا لجأ الأطراف إلى حصر وتعداد المخاطر التي قد تؤدي إلى إعادة التفاوض تعدادا دقيقا. فيقوم أطراف العقد إلى ذكر هذه الأحداث مهما كان مصدرها مالي أو نقدي أو متصل بالنقل البحري وما يتبعه من عقود أخرى، وذكر وجوب التقاء الأطراف لبحث الحلول الممكنة في إطار إعادة العقد إلى عدله ونطاقه العام.

إن ذكر هذه المخاطر الخاصة تمسّ أيضا تغيّر الظروف السياسية وظروف القروض التي أبرمت على أساس معطيات سياسية، اقتصادية ومالية مطبّقة في زمن معيّن، وكذلك ظروف تدخل أحكام قانون أو لائحة أو تفسير جديد لنصوص معمول بها وقت إبرام العقد، أحكام جعلت العقد في مرحلة تنفيذه مرهقا على أحد الأطراف. وفي هذا المجال كان على الطرف الضعيف إخطار الطرف الآخر بالحدث وتأثيراته على الصفقة لإعادة التفاوض.

[1] هني عبد اللطيف، المرجع السابق، ص 78.

قد يتعلق الاخطار بكل الأحداث وعلى مختلف أنواعها لشرح السبب الذي يؤدي إلى زيادة هامة في تكاليف النقل البحري أو الشحن والتأمين[1].

قد يستعمل الأطراف طريقة تحديد يتم خلالها تحديد درجة الضرر اللازم لتطبيق شرط إعادة التفاوض، ومثال ذلك: ادراج شرط "إذا ارتفعت أسعار المواد الأولية بنسبة مغالي فيها، أو بتكاليف ثقيلة جدا، يجتمع الأطراف لمناقشة هذه التغييرات".

يلاحظ هنا، أن المتعاقدين قد حدّدوا تحديدا دقيقا درجة الضرر الذي يصيب العقد ويلزم تطبيق أحكام شرط إعادة التفاوض.

إن التركيز على المخاطر والأحداث التي قد تصيب عملية تنفيذ العقد باختلالات يستوجب ألا يكون الحدث المتوقع والمخل بالعقد قد تم نتيجة تصرف أحد أطراف العقد، كما يستلزم شرط إعادة التفاوض أن يكون الحدث مستقلا عن إرادة طرفي العقد.

فمهما يكن، على الطرفين تقدير الاختلال الذي يسببه الحادث المكوّن لشرط إعادة التفاوض، وقد اختُلف في تقدير هذا الاختلال.

ثالثا: تقدير الاختلال

يُبنى شرط إعادة التفاوض على اختلال فاضح بين أداء الطرفين، يسبب ضررا يصيب التوازن العقدي. ويجب أيضا تحديد معيار تقدير هذا الاختلال، إمّا اعتمادا على المعيار الشخصي (أ)، أو على المعيار الموضوعي (ب)، وهذا حسب ما يتبناه الطرفين في قياس الاختلال الموجب لشرط إعادة التفاوض.

[1] (M) FONTAINE et (F) DELY, op.cit., P. 503 : « Les modifications des charges de toutes natures, les hausses des matières premières ou autres causes conduisant à une aggravation importante des couts de fabrication ».

أ_ المعيار الشخصي

يقوم المعيار الشخصي في تقدير الاختلال، على أساس التغييرات التي طرأت على الظروف الشخصية للمتعاقدين، وخاصة المدين المضرور[1].

يؤدي هذا إلى لا عدل، حيث يتحمل المضرور أضرارا شديدة من فقد العقد لتوازنه الاقتصادي، تجعل المدين يتأثر بالتزامات ما كان ليتحملها لولا هذا الاختلال. وقد عبّرت هيئة التحكيم عن اختلال التوازن بنصها: "اختلال التوازن الذي يجيز تعديل العقد يشير إلى ظروف مختلفة منها، تغيرات جوهرية في الظروف المحيطة بالعقد تؤثر في التنفيذ المتبادل لالتزامات المتعاقدين أنفسهم بحيث تجعل التزامات أحدهم غير معقولة وغير عادلة بالنسبة لالتزامات المتعاقد الآخر"[2].

ويرى الفقه عملا بهذا "المعيار الشخصي" أن "الاختلال يؤدي إلى نتائج مختلفة بشكل أساسي عن تلك التي واجهها الأطراف عند إبرام العقد"[3]. يلاحظ أنه لا تكون الحقوق كاملة في العقود الملزمة لجانبين إلّا إذا كانت الالتزامات غير مستحيلة أو شبه مستحيلة. فكيف يمكن الحصول على الحقوق إذا تعذرت القيام بالالتزامات؟

إن العدالة التعاقدية هي التي تفرض إعادة النظر في التزامات الطرف المضرور، وبالتالي إعادة النظر في العدالة التعاقدية. فالأمر هنا لا يتعلق بحسابات بين التزامات المتعاقدين، بل بالموقف الاقتصادي للمدين، الطرف الضعيف في العلاقة العقدية هذه.

[1] بلحاج نصيرة، المرجع السابق، ص 267

[2] JDI, 1994, P.1041.

[3] (B.) OPPETIT, L'Adaptation des contrats internationaux aux changements de circonstances, Op.cit, p.803.

ومن الشروط التي يعتمد عليها المعيار الشخصي، الشرط الذي ينص على "إعادة التفاوض عندما يؤدي التنفيذ الحالي للعقد إلى نتائج غير عادلة بالنسبة لأحد المتعاقدين"[1].

وكذلك عبارات شرط: "...إذا تحمل أحد الأطراف ما لم يكن بشكل عادل أن نطلب منه أن يتحمله...سوف يتفق الأطراف على تعديل شروط العقد الحالي ليلائم الموقف الجديد بشكل عادل للطرفين"[2]. أو عبارة، "أن يتحمل عبئا غير عادل..."[3].

في المعيار الشخصي، عادة لا يحددون الأطراف ما يرد عليه التغيير، ولا نسبة هذا التغيير، بل يحددون التغييرات التي تمس التزامات أحدهما وتصل إلى الاختلال العقدي وعدم تعادل واضح بين التزامات المتعاقدين. ومن أمثلة القرارات التي تبنى فيها المحكمون هذا المعيار، القرار رقم 2708، فقد أشارت هيئة التحكيم في هذا القرار إلى أنه "يتطلب لإعمال شرط إعادة التفاوض أن يكون هناك تعديل غير عادي في التزامات المتعاقدين ينهدم به التوازن بين التزامات المتعاقدين بحيث لم تعد كما قصدها الأطراف عند إبرام العقد".

رفض المحكمون اعتبار الضرر شخصيا إذا كان ذي قيمة صغيرة، وتجلى هذا في قرار صادر في القضية رقم 2508 لسنة 1976، حيث رفض المحكمون حجة الشركة Y بأن عدم تسليمها لكميات الكربون المتفق عليها إنما يرجع إلى ارتفاع أسعار البترول في السوق العالمية في الفترة ما بين انعقاد العقد وتنفيذه، وأن تنفيذ التزامها بالسعر المتفق عليه يصيبها بخلل يؤثر على توازن العقد، ويصيبها بضرر شديد.

برّروا المحكمون رفضهم هذا، بحجة أن ارتفاع أسعار البترول على النحو الذي تم به لم يؤد إلى اختلال توازن العقد ولم يصب الشركة Y بضرر شديد يجيز لها طلب إعادة التفاوض في

---

[1] (M.) FONTAINE, Droit des contrats internationaux, Op.cit, Op.cit, P.265.

[2] (B.) OPPETIT, L'Adaptation des contrats internationaux aux changements de circonstances, Op.cit, P. 803 ; (F.) CABAS, Les clauses de « HARDSHIP », Thèse, Montpellier, 1981, P. 75.

[3] (M.) FONTAINE, Droit des contrats internationaux, Op.cit, Op.cit, P.265.

العقد. كما استند المحكمون في تقديرهم لدرجة التغيرات الشخصية التي حدثت في أسعار البترول، وما إذا كانت تشكل اختلالا في توازن العقد.

وأشارت الهيئة أن ارتفاع سعر البترول لا يمثل إلّا شيئا بسيطا في رقم أعمالها العام مما يعني عدم تأثر ماليتها بمثل هذا الارتفاع في الأسعار"[1].

قد يكون لاختلال العقد معيار آخر موضوعي يأخذ بعين الاعتبار العقد في حد ذاته وشروطه وظروفه.

ب_ المعيار الموضوعي

من البديهي أنه لا يكفي وجود حالة لا عدل في العقد، بل لابد أن يؤدي هذا التغيير في محيطات العقد وما ينتج عنه من وقوع ضرر لأحد الطرفين[2].

إذا وقعت عدم عدالة واضحة بالنسبة لأحد المتعاقدين، وجب إلزاميا التدخل لإزالة الاختلال غير العادل بين التزامات طرفي العقد، ويُبنى هذا الإصلاح في العقد على مبادئ أخلاقية. حيث نلاحظ هنا، مدى تداخل القانون والأخلاق في مواجهة حسن تنظيم شؤون أفراد المجتمع.

يستخدم الأطراف بعض الصيغ التي قد تخفف من الاختلالات الناتجة عن التغيير في ظروف العقد، والابتعاد عن هدمه، والسعي إلى بقاءه بهويته، والابتعاد عن إمكانية فسخ هذا العقد وانتفاء مسؤولية المدين بسبب التطورات التي نتجت عن فكرة القوة القاهرة.

من أهم النقاط الموجودة في عقد النقل البحري للبضائع، هو حرص السلطات من اتفاقيات ومشرعين على عدم فسخ العقد وإعادة الطرفين إلى الحالة التي كانا عليهما قبل إبرام

[1] المجموعة الأولى من القرارات، ص 293، شريف غنام، المرجع السابق، ص 162.

[2] لا يأخذ الطرفين في اعتبارهم عند تقدير الاختلال الظروف الشخصية لكل طرف، بل يعتمد على شرط الصفقة وكيف أن التغيير الذي وقع أدى إلى تغيير شروط العقد وإلى ظروف تنفيذه.

العقد، والسبب في ذلك هو القيمة المرتفعة لمثل هاته العقود التجارية الدولية، وتجنب اللجوء إلى القضاء وثقل إجراءاته، إضافة إلى ارتباط عقد النقل البحري بسلسلة من العقود الدولية والعمليات المصرفية المرتبطة به والتي تشكل معه وحده واحدة لا تقبل التجزئة. فإذا فُسخ ذلك العقد فإنه سينتج آثاره السلبية على كافة العقود الأخرى المرتبطة به والمعروفة باسم مجموعة العقود[1].

لا يمكن عمليا الاعتماد على معيار واحد دون الآخر، بل الأخذ بالمعيارين السابقين، أمر يُخلط بين الرأي الشخصي والرأي الموضوعي معا، فينظر في **مرحلة أولى** إلى كل التجاوزات التي حدثت في الالتزامات عند تنفيذها، وهذا مقارنتها مع وقت إبرام العقد، فالمقارنة بين المرحلتين تعطينا قيمة التجاوزات التي حدثت في الالتزامات.

أمّا **المرحلة الثانية**، فيتم فيها تحديد الإرهاق الذي تحمله المدين.

والصحيح أن معرفة قوة الاختلالات الموجودة في العقد ترجع إلى الاعتماد على حوادث استثنائية عامة من جهة، وإلى ما يجعل تنفيذ التزام المدين مرهقا له وأخذ أسلوب مرن لتقدير الاختلال، فلا يمكن تحديد هذا الأخير بمقدار معيّن، وإنما يترك للأطراف تقديره حسب ظروف وملابسات كل عقد.

تتأرجح أحكام المحكمون بين الأخذ بالمعيار الموضوعي[2] والمعيار الشخصي[3] في تقدير الاختلال عن التوازن العقدي. فإذا كان المعيار الموضوعي لا يخرج القضية المتعلقة

---

[1] اسيل باقر جاسم، المخالفة الجوهرية للعقد وأثرها (دراسة في عقد البيع الدولي للبضائع)، ص206، منشورة عبر الموقع الالكتروني: https://www.iasj.net/iasj/download/a916dd9c1da9bbfc، يوم 30 أبريل 2023، الساعة 11:45.

[2] قرار تحكيم صادر عن غرفة التجارة الدولية، القضية رقم 1512 لسنة 1971، وارد في J.D.I., 1974, P. 930.

[3] قرار تحكيم صادر عن غرفة التجارة الدولية، القضية رقم 2508 لسنة 1976، وارد في J.D.I., 1977, P. 930.

مروك أحمد، شرط إعادة التفاوض في عقود التجارة الدولية، دكتوراه، المرجع السابق، ص 182.

بالعقد عن نطاق العقد ومشتملاته الجوهرية في الظروف المحيطة به، فإن المعيار الشخصي في تقدير اختلال التوازن العقدي يسمح بتقدير الخسارة التي تكبدها المدين نتيجة عدم التوازن بين الالتزامات المتبادلة للأطراف، كل ما في الأمر هو القضاء على واقعة اللاعدل التي لا تتماشى مع فلسفة القانون من جهة وفلسفة العقد من جهة أخرى وإبقاء العقد قائما لمصلحة المتعاقدين. الكلّ مرتبط باقتصاد الدولة واقتصاد العقد.

إن وجود اختلال كبير في العقد لا يكفي لإدخال شرط إعادة التفاوض لكن قد يؤدي الاختلال في العقد إلى استحالة مطلقة (رابعا).

رابعا: اختلال التوازن في الاستحالة المطلقة

إن التغييرات في الظروف المحيطة بتغيير العقد تُشكّل في حياة هذا العقد بطريقتين، ففي الطريقة الأولى، تجعل الظروف هذه، تنفيذ العقد مرهقا ومكلفا للمدين، أو في الطريقة الثانية، تعوّق تنفيذ العقد، إمّا كلّية أو جزئيا.

قد يخلق شرط إعادة التفاوض إمّا اختلال توازن العقد أو مجرد التغيير في الظروف التي تُحيط بالعقد، وهنا يقع نزاعا بين الطرفين:

فقد يتمسك أحدهما بوجود تغييرات قائمة تعطي الحق للمضرور طلب استخدام شرط إعادة التفاوض، وقد يتمسك الطرف الثاني بعدم جدوى اللجوء إلى استخدام شرط إعادة التفاوض. وفي تعليق على قرار صادر في قضية رقم 2478، ذكر الأستاذ DERAINS: "يوجب على الأطراف التزاما بإعادة التفاوض بغرض الاتفاق على الإجراءات التي سيتم اتخاذها لإعادة توازن العقد في حالة الانخفاض أو الزيادة في قيمة الفرنك الفرنسي أو الدولار الأمريكي". والأمر يتعلق هنا بخاصية أساسية من خصائص HARDSHIP "... فلا يتطلب وجود تعديلات في التوازن العقدي من طبيعتها أن تُحمّل أحد المتعاقدين ضررا كبيرا".

واعتبر الأستاذ شرط HARDSHIP شرطا مختلطا يجمع صفات شروط الحفاظ على القيمة فيما يتعلق بموضوعه، وصفات شرط إعادة التفاوض فيما يختص بنظام تطبيقه[1].

يبقى المشكل قائما بين اختلال التوازن في اقتصاد العقد، وبين اختلال التوازن في الاقتصاد الوطني. ويرى الأستاذ Marcel FONTAINE أنه: "يقترب شرط إعادة التفاوض من القوة القاهرة في أن الأحداث، من جانب أو من آخر، يجب من حيث المبدأ أن تكون غير متوقعة ولا يمكن تجنبها، ولكن بينما تجعل القوة القاهرة في صورتها العادية تنفيذ العقد مستحيلا، فإن حدث HARDSHIP يجعل فقط تنفيذ العقد أكثر تكلفة لأحد المتعاقدين، فالأساس الاقتصادي للعقد يختل ولكنه يبقى ممكن التنفيذ"[2].

ويميز الفقه بين أمرين: هل مجرد بذل مجهود إضافي يكفي لتنفيذ العقد وتخطي العقبة التي يصطدم بها التنفيذ؟ إذا تمثلت الإجابة على هذا السؤال بالإيجاب، "فلا نكون بصدد استحالة مطلقة في التنفيذ ويتعلق الأمر في هذه الحالة بخلل في الأساس الاقتصادي للعقد يثير شرط إعادة التفاوض أو الظروف الطارئة"[3].

الأمر الذي أدى ببعض الفقه[4] إلى اعتبار أنه "لا يجوز للأطراف في اتفاقاتهم، ولا للمحكمين في قراراتهم، أن يتجاهلوا الاستحالة المطلقة..."، وهنا يجب إبراز الفارق بين استحالة التنفيذ واختلال التوازن العقدي بالاعتماد على شرطين مستقلين، يخص الأول الاستحالة المطلقة في التنفيذ، ويخص الثاني اختلال توازن العقد[5].

---

[1] شريف محمد غنام، المرجع السابق، ص 143.

[2] (M.) FONTAINE, Droit des contrats internationaux, Op.cit, P. 238.

[3] (R.) MABROUK, La force majeure en Droit des obligation, étude en Droit Egyptien et Français, Thèse, Op.cit, P. 92.

[4] (J.-J.) BARRIERI, Vers un nouvel équilibre contractuel ? Recherche d'un nouvel équilibre des prestations dans la formation et l'exécution du contrat, Thèse, Toulouse, 1981, P. 459.

[5] (J.-J.) BARRIERI, Op.cit, P. 459 ;

مقتبس من: شريف محمد غنام، المرجع السابق، ص 146.

حتى مبادئ القانون الخاص UNIDROIT ذكرت هذا الفارق في المادة 6_2_2: "يجب أن يهدم إعادة التفاوض بشكل أساسي توازن الأداءات"، وأضافت المادة 7_1_7 اشتراط عدم مسائلة المدين عن عدم تنفيذ التزامه إذا لم يكن "من المعقول أن ننتظر منه أن يتجنب أو يتخطى العائق أو يتجنب أو يتخطى نتائجه".

ونهجت الغرفة التجارية الدولية نفس الموقف في الاقتراحات التي قدمتها الغرفة بخصوص الظروف الطارئة، وهذا في الفقرة الأولى من الشرط النموذجي الخاص بالقوة القاهرة والفقرة الأولى من الاقتراحات الخاصة بالظروف الطارئة.

يضاف إلى هذا، أن قضاء التحكيم لا يتردد في إعلان الفارق بين الاستحالة واختلال توازن العقد كلما وجد مناسبة لذلك، وهذا ما ظهر في قضية رقم 1990 لسنة 1976: "لقد ردت الهيئة على هذا الدفع بقولها: "إن ما فعله انخفاض العملة الاسبانية هو أنه جعل تصدير الايطاليين لإسبانيا أكثر تكلفة ولكنه لم يجعله مستحيلا. ولا توجد هنا أية شروط مقبولة تبرر فسخ العقد"[1].

الفرع الثاني: مضمون شرط إعادة التفاوض

إن إدراج شرط إعادة التفاوض في العقد يتطلب دراسة مضمونه، فهو يُمكّن الأطراف إيجاد حل مناسب لمعالجة النتائج الضارة التي سبّبها تغيير الظرف، وبالتالي إجراء تعديل أساسي في توازن الالتزامات العقدية، وهذا هو المبتغى أصلا. يُعتبر هذا الشرط أساسيا في النظام العقدي، فهو علاجٌ لبقاء العقد قائما.

لا تأخذ فكرة إعادة التفاوض منهجا واحدا وموحدا بالنسبة لكل العقود، فلكل عقد خصوصياته. فباختلاف العقود وظروفها تختلف فكرة إعادة التفاوض، فليس لهذه الأخيرة مضمونا واحدا، بل مضامين عديدة تتنوع بتنوّع غايات أطراف العقد في كل اتفاق، وهكذا تتغير

[1] قضية أشار إليها: شريف محمد غنام، المرجع السابق، ص 147.

صورة شرط إعادة التفاوض من عقد لآخر، وهذا حسب اختلاف الظروف المصاحبة للعقد، فمنها ما هو اقتصادي أو سياسي أو قانوني أو حتى مالي[1].

يلجأ الطرفين إلى وجوب تطبيق شرط اعادة التفاوض مع ما قد تظهر من أحداث، ولمجرد حدوث ضرر لأحدهما، دون تحديد درجة الضرر المعيّن شرطا أو الضرر غير العادل. فقد يتم هذا الاتفاق بمجرد المناقشة البسيطة بينهم المبنيّة على التفاهم من جهة وعلى حسن النية من جهة أخرى.

لكن، في أغلب الأحيان يتفق الطرفين في عقدهما على أن تتم هذه المناقشة باللجوء إلى متخصصين أي إلى محكمين[2].

يلاحظ، أن القانون البحري لنقل البضائع هو قانون متطور يتماشى مع الأوضاع التكنولوجية، وما يظهر منها من تطور جديد، من حيث تقنيات في عمليات النقل البحري وشحن البضائع، ممّا يسمح للأطراف طلب إعادة التفاوض لتحديث هذا العقد والاستفادة من هذه التقنيات الجديدة.

كل ما في الأمر هو أن محتوى نص التعاقد هو الفاصل في بيان طريقة اللجوء إلى شرط إعادة التفاوض[3]، ويؤثر هذا أيٍّ تأثيرٍ على طريقة تحرير هذا الشرط في كلّ عقد تضمن إعادة التفاوض، ممّا يظهر في الصياغات الأكثر تحديدا من جهة، والأكثر دقّة في وصفه من جهة ثانية، مع ملاحظة أن الشرط هذا يبتعد كلّ البعد عن الصياغات العامة كشرط "إن روح الاتفاق تقتضي المحافظة الدائمة على التوازن الحالي لأداءات المتعاقدين والتزامهم"، وكذلك عبارة، "في حالة وقوع أحداث هامة تُخل بشكل كبير بهذا التوازن يلجأ الطرفين إلى التفاوض"،

[1] حقيقة قد تنبأت غرفة التجارة الدولية لهذا الأمر، ولم تضع شرطا نموذجيا لشرط إعادة التفاوض، بل وضعت بعض الاقتراحات تُمكن الأطراف اختيار أيًّا منها، وفقًا لحاجاتهم وذلك بالنص عليها صراحة في العقد

[2] (G.) LACROIX, L'adaptation du contrat aux changements de Circonstances, Mémoire, Université de REIMS CHAMPAGNE-ARDENNE, 2014-2015, P. 18.

[3] ويُبيّن هذا مدى قوّة الإرادة التعاقدية.

فهذه عبارات عامة تفتقد إلى تحديد الأحداث التي يواجهها العقد، وتُلزم إدراج أمثلة لها في كلّ العقود خاصة وأن هناك قوانين و لوائح و تفسيرات جديدة للنصوص المطبقة قد تؤثر سلبا في حسن سير تنفيذ العقد.

إن عدم ثبات تنفيذ العقد على صورة واحدة يستلزم دائما الاعتماد على إدراج شرط إعادة التفاوض. ابتعدت غرفة التجارة الدولية الاعتماد على شرط نموذجي موحد لشرط إعادة التفاوض، بل اكتفت بوضع بعض الاقتراحات تُمكّن الأطراف اختيار أيًّا منها يأخذونها، وفقا لحاجاتهم وخصوصية عقدهم، والنص عليها صراحة في العقد.

حقيقة، إن لمفهوم الشرط الاتفاقي أهمية كبرى في تخفيف جمود بعض النصوص التشريعية، وفي تشدّد بعض القضاء في الخروج من هذا الجمود التشريعي، وإقرار بذلك لتطبيق شروط العقد بعيدا عن الصعوبات التشريعية والقضائية. وهذا ما أكّده الفقيه Philippe Delebecque: "إن لحرية الأطراف أهمية كبرى في القانون البحري، ولعل شرط إعادة التفاوض هو أحد أقوى تطبيقات هذه الحرّية"[1].

يُضاف إلى ذلك، غياب مفهوم قانوني موحد لشرط إعادة التفاوض، يتطلب إلزاميا اتفاق أطراف العقد عليه صراحة، وهكذا فلا تطبيق لهذا الشرط عموما دون النص الصريح عليه من الأطراف. ألا ينبغي تدخل الاتفاقيات والتشريعات لوضع شبه مقدمات يعتمد عليها الأطراف في السعي إلى مجرى التفاوض؟ فيجب تطويع العقد حسب ما يواجهه من عوائق Il faut adapter le contrat aux circonstances actuelle.

[1] Ph. DELEBECQUE, Les Clauses de HARDSHIP et d'exonération de responsabilité dans les chartes parties Communications des arbitres de la Chambre au congrès international des arbitres maritimes (ICMA XVIII) à VANCOUVER, Mai 2012, Gazette de la Chambre n° 29, Automne 2012, P. 04 : « freedom of contract is a fundamental principle under contract law, as well as under common law as under civil law. (…) Hardship clauses and exemption clauses are perhaps the strongest applications of freedom of contracts ».

ومن النقاط الخطيرة، أن غياب الاتفاق الصريح على تطبيق شرط إعادة التفاوض، يؤدي حتما إلى تطبيق نظرية الظروف الطارئة على عقدهم. لذا يُنصح دائما لأطراف عقد النقل البحري التنبؤ إلى أهمية إدراج شرط إعادة التفاوض لإزالة كل ملابسات.

مع العلم، أن "مجرد إشارة الأطراف لمصطلح إعادة التفاوض لا تكفي لتطبيق الشرط، فمجرد الإشارة إلى المصطلح لا تعني شيئا في حد ذاتها"[1].

وانطلاقا من هذا، يؤكد فقه القانون البحري لنقل البضائع على ضرورة الصياغة الدقيقة الواضحة لكلّ عناصر الشرط[2].

يتم التعبير عن وجود اختلال التوازن في عقود النقل البحري والتجارة الدولية اعتمادا على مصطلحات متعددة يُعبّر بها الفقه عن نتيجة تغيير ظروف العقد، فمنهم من يستعمل عبارة "انقلاب توازن العقد"[3]، أو "اختلال في الاقتصاد العقدي"[4]. وكذلك مصطلح "انقلاب يُعدّل بشكل كبير التوازن الأساسي للأداءات"[5].

ويلاحظ أنه قد يتفق الطرفان على استخدام تعبير جملة "تشديد الأداء بالنسبة لأحد الأطراف"[6]. وأخيرا عبارة "وقوع أعباء جوهرية ثقيلة جدا".[7]

قد يشترط الأطراف في بعض الصياغات وجوب وقوع أضرار غير عادلة لأحد الأطراف، ممّا يستلزم إجراء مراجعة للعقد باتفاق مشترك، كما قد يعبّروا الأطراف على شرط

---

[1] شريف محمد غنام، المرجع السابق، ص 43.

[2] (J.) PAULSSON, L'Adaptation du contrat, In l'arbitre et le contrat, Op.cit, P. 249.

[3] « BOULEVERSEMENT DE L'EQUILIBRE DU CONTRAT »

[4] « BOULEVERSEMENT DE L'ECONOMIE CONTRACTUELE »

[5] « PROFONDEMENT MODIFIE L'EQUILIBRE INITIAL DES PRESTATION »

[6] « AGGRAVATION DE LA PRESTATION POUR L'UNE DES PARTIES »

[7] « CHARGES SENSIBLEMENT PLUS LOURDES »

"ارتفاع تكلفة الحصول على النقل... أو تخفيض المبلغ الأساسي... أو الفائدة التي يمنحها البنك"، للتعبير على ما قد يصيب العقد من اختلالات.

وأخيرا قد يكون مضمون شرط إعادة التفاوض مبني على فكرة "إذا كسب أحد الأطراف فوائد من العقد لا تتناسب مع التزاماته"[1].

تعتبر هذه العبارات أسس للطرق الخاصة التي تُمكن الأطراف التعبير عن اختلال التوازن العقدي الذي يسببه حدث HARDSHIP أخذا بقاعدة الحق والالتزام في العقود المستمرة والملزمة للجانبين هما وجهان لعملة واحدة، فلا يمكن تحصيل الحقوق إلّا بتنفيذ الالتزامات.

لحسن تطبيق هذا الشرط، يجب على الأطراف أن يحددوا بدقّة هدفهم من مختلف عناصر إعادة التفاوض المشار إليه في العقد ومن أهمها:

_ يجب أن يُحدّد الأطراف الأحداث التي تستوجب تطبيق الشرط، والتي تؤدي إلى الإخلال بتوازن العقد وطنية كانت أم دولية، وكذلك اقتصادية أو سياسية أو مالية.

_ يجب أن تكون هذه الأحداث خارجة بصفة عامة عن إرادة الأطراف وغير متوقعة منهم وقت إبرام العقد.

_ يضاف إلى هذا، أنه يُلزم على الأطراف تبيان مفهوم اختلال التوازن التعاقدي الذي قد يُحدثه التغيير، وإظهار الضرر أو الاختلال الخطير في اقتصاد العقد.

_ كذلك يجب على الطرفين الاتفاق على مصير العقد أثناء مدّة التفاوض، وذكر ما إذا كان سيُستمر في تنفيذه أو يتم وقفه لحين التعرف على نتيجة التفاوض، وكذلك مصير العقد في حالة فشل التفاوض. والحل الذي يجب اتباعه إذا جادل الأطراف في تحقق الشرط أو ظهرت سوء نية أثناء المفاوضات.

[1] مروك أحمد، شرط إعادة التفاوض في عقود التجارة الدولية، دكتوراه، المرجع السابق، ص 192.

إن مجموع هذه الالتزامات تؤكد مدى التنظيم الاتفاقي المسبق بين الأطراف لكلّ عناصر الشرط، ويبرز مدى هيمنة الصفة التعاقدية للشرط.

عمليا، يحرص القضاء على وجوب وجود هذا الشرط دائما، وهذا ما وُجد في قضية EDF / SHELL،[1] وتتمثل وقائع هذه القضية في أن "شركة SHELL أبرمت مع شركة Electricité De France (EDF) عقد توريد للمازوتFUEL / OIL طويل المدّة بغرض الحصول على ثمن أفضلية.

وقد احتوى العقد على شرط ينص على أنه: "... سوف يفحص الأطراف التعديلات الواجب إدخالها على العقد سواء فيما يتعلق بالثمن أو بأي شرط آخر، إذا ورد على FUEL / OIL ارتفاع في الثمن أكثر من 6 فرنكات بالمقارنة بالقيمة الأصلية".

وفي تفسيرها للشرط ارتأت محكمة استئناف باريس أن الأطراف لم يرغبوا في وضع نهاية لعقدهم بل رغبوا في تعديله وفقا للظروف الجديدة وحفاظا عليه.

لذا، فإن محكمة الاستئناف، دعت الأطراف إلى التفاوض، وعيّنت مراقبا مكلفا منها لمتابعة هذه المفاوضات ولإعداد تقرير يقدمه لها في حالة فشل هذه المفاوضات".

وفي هذا السياق، يجب تأمين عملية دخول الأطراف في التفاوض خاصة وأن القضاء في هذه القضية نصّب مراقبا مكلّفا بمتابعة المفاوضات. الأمر هذا جائز في المنازعات التي تكون الدولة طرفا فيها حتى بصفتها شخصا عاديا. فهل الأمر هذا ممكنا في العلاقات بين الخواص وغياب الدولة؟ الأمر جوازي.

---

[1] C.A Paris, 1 ére chambre, 28 Septembre 1976, Rev arb, 1977, P.341 et s. B. OPPETIT, Arbitrage juridictionnaire et arbirtrage conventionnel, à propos d'une jurisprudence récente, Rev arb, 1977, P. 315 et s ;

مأخوذ من: شريف محمد غنام، المرجع السابق، ص 73.

في نفس السياق، صدر قرار تحكيمي سنة 2003[1]، يتعلق بنقل مادة الحديد بعقد لمدّة 5 سنوات، وب 8 شحنات سنويا، عن طريق سفن ذات حمولة كبيرة. ظهر أثناء تنفيذ هذا العقد ارتفاع في الأسعار المتفق عليها وارتفاع كذلك في أسعار الشحن البحري والوقود ورسوم الموانئ ومصروفات النقل، ممّا أثّرت سلبا على النتائج المنتظرة من العقد.

ونتيجة لهذا التغيرات، طلب أحد الأطراف تطبيق شرط إعادة التفاوض لمواجهة هذه الأحداث الاقتصادية غير المنصوص عليها من الأطراف أثناء توقيع العقد[2]، الشرط الذي ينص على: "إذا طالب طرف إعادة التفاوض، وجب الاجتماع في مدّة 30 يوما لمحاولة إيجاد حلول للمشكل وحماية المصالح المتبادلة للطرفين وإبقاء العقد قائما".

في هذا الإطار، طالب مالك السفينة المتضرر في عملية التحكيم الحصول على تعويض متعلق بكلّ الرحلات المبرمة أثناء تنفيذه لهذا العقد. غير أن المستأجر رفض هذا الطلب متذرعا بعدم وجود حالة لتطبيق شرط إعادة التفاوض.

قضى المحكمون، غياب ذكر نتائج عدم الوصول إلى اتفاق أثناء إعادة التفاوض رغم أنها تمت بحسن نية، وأن ليس لهذا الشرط أثر رجعي يخص جميع الرحلات التي تمت أثناء تنفيذ هذا العقد، مع العلم أن الزيادات المذكورة سابقا لم تظهر إلاّ في نهاية السنة الرابعة من تنفيذ العقد بزيادة تساوي 5 أضعاف الأسعار المتفق عليها عقدا عند التنفيذ.

عملا بهذه الواقعة، قرر المحكمون أن هذه الزيادات وإن كانت هامة إلّا أنها لا تعتبر ظروف طارئة لغياب شروط تطبيق إعادة التفاوض عليها، فهي لا تخص إلاّ السنة الخامسة، وأن الأطراف مهنيين يُحسنون مبادئ العقود البحرية ويعلمون أن توقيع العقد لمدّة 5 سنوات كاملة

---

[1] Sentence CAMP 1172 du 03 Février 2010 ; (O.) CACHARD, Les clauses de HARDSHIP dans les contrats maritimes prévisions et imprévisions! Revue de Droit Maritime Français (D.M.F), n° 725, Mai 2011. P. 04

[2] Jean-Yves THOMAS, Une nouvelle forme de « performance clause », une anti clause de Hardship? Gazette de la chambre arbitrale maritime de paris, n°28, 2012, P. 03.

يجعلهم لا محالة عرضة لزيادات في أسعار استغلال مهامهم ورسوم الموانئ، وبالتالي قررت هيئة التحكيم أن الأحداث الاقتصادية هذه لا تُشكل نواة تطبيق شرط إعادة التفاوض[1].

قد يُحدد الطرفين الشرط الذي يصف الأحداث التي توجب إعادة التفاوض أو يضعون عبارات "كل الوقائع التي يمكن أن تضع حاجزا في سبيل النهاية الحسنة للصفقة"[2].

يميّز الفقه في هذا الصدد، بين وجوب الحفاظ على العقد، وكذلك تحديد طبيعة شرط إعادة التفاوض وإعطاءه أهمية كبيرة في كل عقد تضمن مثل هاته النصوص، وفي هذا النطاق، لابد من التمييز بين عبارة فرض الشرط باستخدام نص "**يجب أن يتفاوض DOIT NEGOCIER**" ولفظ "**يمكن أن يتفاوض PEUT NEGOCIER**"، فليس للعبارتين المستعملتين نفس القوّة، فالعبارة الأولى **أقوى** من الثانية لكونها تُلزم، وهذا يدخل ضمن التزامات الأطراف.

للصيغة المستخدمة أهمية ثانية تتمثل في وجوب وضوح هذا الشرط لكي يُحقق هذا الأخير الهدف منه. انطلاقا من فكرة "من قال عقدا قال عدلا" «qui dit contrat dit juste»، وحرصا على التوازن العقدي، قد يؤدي الاختلال في تنفيذ العقد إلى أضرار قد يستفيد بها أحد الطرفين دون الآخر، وهكذا أصبح لزاما على المتعاقد طلب إعادة التفاوض والمراجعة السريعة لأحكام العقد، فقد يكون أحد الطرفين غير متحفزا لإعادة التفاوض، وهذا بفرض التزامات متقابلة لكلا الطرفين من أجل إعادة التفاوض (المبحث الثاني).

المبحث الثاني: الإطار القانوني لتطبيق شرط إعادة التفاوض في عقد النقل البحري

يخلق شرط إعادة التفاوض بعد توافر شروطه ومضامينه، التزامات رئيسية تقع على عاتق أطراف عقد النقل البحري، مجتمعة في الدخول في عملية إعادة التفاوض لإمكانية تعديل العقد وجعله يُساير الظروف الجديدة، والذي يُعرف بالالتزام بإعادة التفاوض بحسن النية (المطلب الأول).

---

[1] الملحق رقم 02 ص 434.

[2] (J.-J.) BARRIERI, Op.cit, P. 444.

وتدعيما لمبدأ حسن النية، يفرض شرط إعادة التفاوض أيضا، التزامات أخرى فردية لكل متعاقد ناتجة عن مبدأ حسن النية، يتمثل الالتزام الأول في قيام المضرور لدى وقوع الحدث بإخطار المتعاقد الآخر، وإعلانه بنوع الحادث ونطاقه وآثاره على تنفيذ العقد بحذافيره، ويُمثل نقطة بداية عملية إعادة التفاوض ; وبالمقابل يلتزم المتعاقد الآخر بالتدخل لتخفيف الضرر عن الطرف المضرور. ويعتبر رفض هذه الالتزامات من طرف أحد الأطراف، تجميدا لشرط إعادة التفاوض المشروط مسبقا، ويُعطى للطرف الآخر حق طلب تعويض الضرر الذي أصابه من جراء هذا الرفض[1](المطلب الثاني).

المطلب الأول: الالتزام بإعادة التفاوض بحسن نية

قد يؤدي تغيير الظروف في العقد إلى اختلال عقدي يقضي على التوازن في التزام أحد الأطراف، لدى يمكن إدراج شروط إعادة التفاوض. هذه الشروط تفرض على المتعاقدين التزاما رئيسيا، يجتمع في المتعاقدين معا، وهو الالتزام بالدخول في التفاوض بحسن نية، متى وقع الحدث المؤثر سلبا على التوازن العقدي، حيث تصير الأطراف ملتزمة مبدئيا بالالتقاء مرة أخرى حول مائدة التفاوض لبحث التغييرات الممكن ادراجها في العقد، بغرض تكييفه مع الظروف الجديدة، وبالتالي فإن الالتزام بإعادة التفاوض يعتبر خاصية أساسية لشرط إعادة التفاوض.

إن الجدّية في إعادة التفاوض هي القاسم المشترك لإعادة العقد إلى توازنه، وجعله يُبنى على اقتراحات جادة تحقق المصلحة المشتركة بعيدا عن الغموض والتناقض في الأفعال والأقوال، ولا يكون هذا إلّا بالاعتماد على مبدأ حسن النية كإجراء قانوني وأخلاقي يصون ويحمي أطراف العقد من كل المخاطر القانونية والاقتصادية. فهو جوهر العلاقات القانونية والاقتصادية، يهدف إلى تحقيق العدالة التعاقدية عن طريق إعادة تحقيق التوازن بين مصالح أطراف العقد.

[1] (R.) FABRE, Les clauses d'adaptation dans les contrats, Op.cit, P. 91.

وانطلاقا من هذا، وجب بداية إظهار مفهوم مبدأ حسن النية في عقود التجارة الدولية (الفرع الاول)، ومن الدراسة الفقهية إلى الدراسة العملية، لإظهار تطبيقات مبدأ حسن النية على الالتزام بإعادة التفاوض في عقود النقل البحري كعقد تجاري دولي (الفرع الثاني).

الفرع الأول: مفهوم مبدأ حسن النية في عقود التجارة الدولية

يعتبر مبدأ حسن النية Good Faith / Bonne foi، قاعدة أساسية في تكوين وتنفيذ عقد النقل البحري، فهو "وثيقة تؤكد من جانب على قاعدة القوة الملزمة للعقد، ومن جانب آخر على حسن سلوك المتعاملين في النقل البحري والتجارة الدولية"[1].

لحسن النية أهمية كبرى، تجعل التعاقد أكثر دقّة وتكافؤ، فكل عقد أُسّس على هذا المبدأ، يعتبر من مبادئ قانون التجارة، لتفادي الكثير من الانتقادات الموجهة إلى قرارات بعض المحكمين[2]. وما هذا إلّا دليل إضافي على ضرورة وجود مبدأ حسن النية في العقود بصفة عامة.

كما تسمح حسن النية للأطراف التعاقد بقدر من الأمان، يعرف من خلالها الطرفين أنهما سوف يُنفذون التزاماتهم المتبادلة والمحدّدة في العقد بكل طمأنينة وارتياح، رغم تزايد المخاطر الاقتصادية في التجارة الدولية والنقل البحري المتصل بها والتي أصبحت حاليا تحتاج إلى مبدأ حسن النية[3].

---

[1] (F.) OSMAN, Les principes généraux de la Lex mercatoria contribution à l'étude d'un order juridique a national, L.G.D.J, Paris, 1992, P. 37.

[2] وائل حمدي أحمد، حسن النية في البيوع الدولية، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر، 2012، ص 208.

[3] (P.J.) POWERS, Defining the Indefinable: Good faith and the United Nation Convention on contracts for international sale of goods, 18 Journal of law and commerce (J.L.&Com.), 1999, P. 350.

إضافة إلى هذا، فهو مبدأٌ يصون دائما ويحمي توقعات الأطراف، وهذا باحترام وتحقيق روح العقد بدلا من المعنى الحرفي له. ومن هنا، تتحقق المصالح الشخصية في العقود والكفاية الاقتصادية، ويمكّن هذا من مواجهة الفراغات غير المحتملة الذي يُنظمها العقد، كما يعتبر منهجا يُعالج سوء النية شمولا، بدلا من علاجها تدريجيا"[1].

يضيف الفقه، ويؤكد القانون[2]، أهمية هذا المبدأ كونه "يهيمن على العقد الدولي منذ لحظة ميلاده، مرورا بتفسير بنوده وشروطه، وانتهاءً بتنفيذه"[3].

حقيقة، تُخفف حسن النية من التمسك بإنهاء العقد لمجرد الانحراف البسيط في تنفيذ العقد إذا صدر من جانب أحد الطرفين، وعلى المتعاقدين احترام مبدأ حسن النية إذا كان القانون الوضعي الوطني يفرض ذلك، وحتى في حالة عدم وجود قواعد وطنية تنص على مبدأ حسن النية. تقود عملية إبعاد حسن النية إلى سوء النية وإلى التعسف في استخدام الحق[4]. وقد نصت المادة 4761 من غرفة التجارة الدولية CII على ما يلي: "من الواضح أن، الحفاظ على الالتزامات المفروضة على المدين بموجب العقد يتعارض مع حسن النية، وفي بعض الأحيان يكون تعسفيًا،

---

[1] (P.J.) POWERS, Op.cit, P. 350;

وائل حمدي أحمد، حسن النية في البيوع الدولية، المرجع السابق، ص 209.

[2] أوجب المشرع الفرنسي والإيطالي مبدأ حسن النية في جميع مراحل العقد من مفاوضات وتكوين وتنفيذ، إلى غاية نهاية العقد، وذلك بموجب النصين: 1104 من التقنين المدني الفرنسي، والمادة 1337 من القانون المدني الإيطالي.

[3] Sentence rendue en 1989 dans l'affaire CCI n° 5953, JDI, 1990, P. 1056, obs. (Y.) DERAINS : « Le principe de bonne foi affecte toute la vie du contrat. Comme l'a énoncé justement l'arbitre unique qui a statué dans l'affaire Valenciana *: «* la bonne foi doit présider à la négociation des contrats et à leur interprétation comme à leur exécution »».

[4] يُعرّف التعسف في استعمال الحق بأنه استخدام الحق بالخطأ في ممارسة الحق، فلا وجود لحسن النية مع وجود التعسف في استخدام الحق.

إذا تغيرت الظروف القائمة وقت إبرامه إلى حد يؤدي إلى تعطيل اقتصاد هذا العقد"[1]. يستخلص من هذا، أن مبدأ حسن النية هو أساس نجاح نسيج العقد بكامله.

بالرغم من الأهمية العلمية والعملية لمبدأ حسن النية، إلاّ أنه لا يوجد تعريف عالمي له[2]، ممّا يستوجب البحث عن مفهوم له (أولا)، ثم تحديد الأساس القانوني الذي يقوم عليه (ثانيا).

أولا: مفهوم مبدأ حسن النية

إن مبدأ حسن النية هو حالة مجردة غير ملموسة ليست ذات معنى قانوني أو معنى اصطلاحي[3]. لذا يصعب تعريف هذا المبدأ، لعدّة أسباب خاصة وأن مجاله الأخلاق[4].

فهو مبدأ مبني على الاستقامة والنزاهة والأمانة والعدالة والمعقولية[1] في تنفيذ الالتزامات وكسب الحقوق، "قائمة على اعتبارات أخلاقية ذات توجيه فلسفي، يحتاج إلى جهد كبير لتجسيد محتواه في ثوب قانوني"[2].

---

[1] (F.) OSMAN, Op.cit, P. 38 ; « Est manifestement contraire à la bonne foi et parfois abusif de maintenir des obligations imposées au débiteur par le contrat, si les circonstances existant lors de sa conclusion se sont modifiées à un point tel que l'économie de ce contrat se trouve bouleversé ».

[2] DISA–SIM, The scope and application of good faith in the Vienna convention on contracts for international sale of goods, P.L. Sch. Inst., t., of int., L. com. L., Sep. 2001, P. 11;

https://iicl.law.pace.edu/sites/default/files/cisg_files/sim1.html, 21Février 2025, 03 :56.

[3] BLACK'S LAW Dictionary 693, GTHED, 1990;

معجم القاموس الأسود: مقتبس من: وائل حمدي أحمد، المرجع السابق، ص 211.

[4] لمزيد من التفاصيل حول هذا الشأن: زيتوني فاطمة الزهراء، مبدأ حسن النيّة في العقود _دراسة مقارنة_، دكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان، الجزائر، 2017_2018، ص 24.

إذ ليس للأخلاق مفهوما شاملا، فهو يختلف من مكان لآخر ومن زمان لآخر، إذ مِن الدول مَن تقدّس الأخلاق، وأخرى لا تعطيها أهميتها. شأنها في ذلك شأن النظام العام المبني على أسس تختلف من دولة إلى أخرى ومن زمان إلى آخر.

حاول الفقه إعطاء تعريفات مختلفة للمبدأ، فيعرفه البعض بأنه: "ما يجب أن يكون وما يجب ألّا يكون"[3]، في تعريف يجمع بين الإيجابي والسلبي[4]. ففي جانبه الإيجابي، حسن النية هو السلوك القويم والمعقول والعادل والمنصف والأمين في كل التصرفات.

أمّا في جانبه السلبي، فيعني، غياب نيّة الإضرار، والتصرف وفقا للسلوكات المعقولة المقررة طبقا للتشريعات والأعراف السائدة.

انتقد هذا التعريف، كونه يحيل إلى معاني مختلفة، فقد يتصور المتعاقد أن فعله هذا معقول رغم كونه غير صادق، فلا يوجد معايير مطلقة وكاملة للتعرف على نيّة الضرر، فيمكن استخدامه في الحالات المستقبلة[5].

في حين عرف جانب آخر من الفقه مبدأ حسن النيّة، أن كل طرف في العقد يأمل أن الطرف الآخر يقوم بتنفيذ واجباته التعاقدية بأمانة وإنصاف، طبقا للسلوك المقرر في ميدان

---

[1] رشوان حسن رشوان، المرجع السابق، ص 82.

[2] (F.) OSMAN, Op.cit, P. 12.

[3] تعريف مقتبس من: وائل حمدي أحمد، المرجع السابق، ص 212.

[4] (J.) JAUBERT, Des effets civils de la bonne foi, Ed. Pédone, Paris, 1899, P. 23.

[5] DISA-SIM, Op.cit, P. 16.

التجارة الدولية[1]. هذا التعريف يعطي طابعا دوليا لمبدأ حسن النية، ويُبيّن للأطراف وللمحاكم معرفة ما يأملوه، فهو يضع لمبدأ حسن النية حدودا معيّنة[2].

عُرّف كذلك، بأنه: "التعامل بصدق واستقامة وشرف مع الغير. وأن أسمى مظهر لحسن النية هو احترام الموعود به"[3]. يُعرف أيضا بأنه: "قاعدة سلوك تلزم الأطراف بالنزاهة والإخلاص والابتعاد عن الخبث"[4].

لحسن النية أصل أخلاقي فيه معنى الأمانة loyauté والنزاهة probité والثقة confiance والإخلاص sincérité[5]. وممّا لا شك فيه، أن لهذه الفضائل أهمية كبرى في مسار العقود عامة وعقود النقل البحري خاصة، تولد التزامات عديدة مبنيّة على التعاون والتشاور بين المتعاقدين إذا ما وجدت صعوبات في التنفيذ. وفي نفس السياق تفرض هذه الفضائل نفسها على

[1] تعريف مقتبس من: وائل حمدي أحمد، المرجع السابق، ص 213

[2] Mahmoud Gamal Eddinne Zaki, La bonne foi dans l'acquisition des Droits en Droits privé, étude comparé, La caire imp., Univ. Foud 1ér, 1952, P. 17.

[3] عبد المنعم موسى إبراهيم، حسن النية في تنفيذ العقود دراسة مقارنة، منشورات زين الحقوقية، القاهرة، مصر، 2006، ص 73 ; علاق عبد القادر، المرجع السابق، ص 17.

[4] (L.) AMIC, La loyauté dans les rapports de travail, Thèse, Université d'Avignon, France, 2014 ;

https://theses.hal.science/tel-01147049v1 , 28 Février 2025, 12 :15.

[5] Rapport de la cour de cassation sur l'avant-projet de réforme du Droit des obligations dit : « réforme CATALA » ; SAIDANI HARIZ, La rupture du contrat, Thèse, Université de TOULON, France, 2015-2016, P. 05 : « La bonne foi largement entendue (Loyauté, Solidarité, Proportionnalité et souci de l'équilibre contractuel), s'imposant dans toutes les phases de la vie du contrat : négociation, information, inexécution, rupture et ses conséquences ».

أطراف العقد، دون وجود ضرورة للنص عليها صراحة في العقد، فهذا يدخل ضمن التزام عام بالأمانة، التزامٌ يفرض نفسه على المتعاقدين[1].

وبمفهوم المخالفة، يقوم هذا الالتزام على إبعاد سوء النية[2] أثناء المراحل التي يمّر بها العقد، من الإبرام إلى التنفيذ ليستفيد الأطراف بالعقد وكذلك الغير، فيصبح حسب هذا الرأي للعقد وظيفة اجتماعية[3].

يجب أن تتصاحب الصفتين، صفة حسن النية وصفة الالتزام العام بالأمانة في كل عقود النقل البحري، وصفة حسن النية هي نتيجة طبيعية لصفة الالتزام العام بالأمانة.

في هذا الصدد، يمّيز بعض الفقه[4] بين أمانة المتعاقدين La Loyauté du contractant والأمانة التعاقديةLa Loyauté contractuelle

وكذلك الحال بين حسن النية التعاقدية la bonne foi contractuelle وحسن نية المتعاقدين LA Bonne foi des contractants

---

[1] (P.) MAYER, Le principe de bonne foi devant les arbitres du commerce international, un mélange pierre LALIVE, 1993, P. 545.

[2] مصطلح سوء النية هو: "مخالفة قواعد السلوك التي تلزم الأطراف بالنزاهة والإخلاص والابتعاد عن الخبث"، فهو مصطلح يفيد نية الإضرار بالغير نتيجة إهماله وعدم اتخاذه الأمانة وشرف التعامل والإخلاص في العلاقة العقدية ;
(L.) AMIC, La loyauté dans les rapports de travail, Op.cit ;
جيهان حيدر خليل الكرعاوي، سوء النية وأثره على تنفيذ العقد "دراسة مقارنة"، دكتوراه في القانون الخاص، معهد العلمين للدراسات العليا، العراق، 2021، ص 19.

[3] (Y.) PICOD, L'Obligation de coopération dans l'exécution du contrat, J.C.P, éd. G, 1988, Doct. 3318.

[4] (Y.) PICOD, Le devoir de loyauté dans l'exécution du contrat, t. 208, L.G.D.J., Paris, 1989, Note 2 ; (B.) LEFEBVRE, La bonne foi : Notion Protéiforme, Revue de Droit de l'Université de Sherbrooke (R.D.U.S), Vol. 26, n° 02, 1996, P. 324.

وتظهر نتائج المصطلحين عند دراسة محتوى تنفيذ العقد اجمالا، دراسة التنفيذ الصادق الشخصي لكل متعاقد والتنفيذ الموضوعي لكل مشتملات العقد، بطريقة صحيحة أمينة وسليمة النية.

كلّ ما في الأمر أن حسن النية في تنفيذ العقود الدولية ماهي في حقيقة الأمر إلّا نتيجة طبيعية للالتزام العام بالأمانة. وهذا ما جاء في قرار التحكيم الصادر في القضية رغم 2291 حيث أعلن المحكم أنه: "عندما لا يهتم الأطراف بتحرير عقدهم بطريقة متقنة، يجب أن نفسر ارادتهم والتزاماتهم وفقا لنصوص العقد والمبادئ العامة للقانون والعدالة التي يجب أن تحكم المعاملات التجارة الدولية. وفي هذا الصدد يُذكر أن الاتفاقات يجب أن تفسر بحسن نية، وكل طرف عليه التزام بأن يتصرف تجاه الآخر بطريقة أمينة لا تضره، وأن إعادة التفاوض بحسن نية أصبحت عرفا في العقود الاقتصادية الدولية"[1]. يتجه عمليا، عقد النقل البحري إلى الأخذ بمبدأ منتهى حسن النية.

قد يتم التعبير عن حسن النية بالإشارة في فكرة التعاون بين الأطراف. وهذا مصطلح قديم وضع التعاون بين الأطراف محل حسن النية وأتى به (R.) DEMOGUE[2].

فيصوّر العقد على أنه شركة، يجب أن يعمل فيها كل شخص لتحقيق هدف مشترك يجمع أهداف فردية لكل طرف. معيار الطرفين العمل بعناية الرجل المعتاد، العادل عدلا واقعيا وعمليا، بحيث لا يضر المتعاقد الآخر، شركة قائمة على أساس رابح رابح Win Win.

[1] قرار غرفة التجارة الدولية رقم 2219، وارد في المجموعة الأولى من القرارات، ص 274 ; ملاحظة الأستاذ (Y.) DERAINS.

[2] (R.) DEMOGUE, Traité des obligations en général, effets des obligations, Paris, 1932, n° 03.

إذن، يكفل مبدأ حسن النية تلبية العقد للتوقعات المتبادلة للأطراف المتعاقدة، بحيث يقوم بتحقيق التوازن بين المصالح المتقابلة، ويراعي الظروف الخاصة لكل واحد منهما. ولا يتحقق هذا إلّا بالتعاون بين الأطراف في تحقيق الأهداف المحددة بينهما[1].

تردّدت الاتفاقيات الدولية المنظمة لعقود التجارة الدولية والتشريعات الوضعية الوطنية عن وضع تعريف لمبدأ حسن النية، بالرغم من التطرق لأحكامها بصفة دقيقة. فهل يُعطي هذا شرحا للأساس القانوني الذي يقوم عليه مبدأ حسن النية؟ (ثانيا).

ثانيا: الأساس القانوني الذي يقوم عليه مبدأ حسن النية

وُلد مبدأ حسن النية دينيا وأخلاقيا (أ)، وأصبح التزاما قانونيا، تأخذ به جل الاتفاقيات الدولية والتشريعات الوطنية، فهو مبدأٌ مستقرٌ في نظام القانون الخاص ونظام القانون العام، وفي القواعد المنظمة للعقود الدولية بمختلف أنواعها وأشكالها، وكذلك في الاتفاقيات الدولية (ب)[2].

أ_ الشريعة الإسلامية وأساس مبدأ حسن النية

يرجع جذور هذا المبدأ، مبدأ حسن النية في العقود، إلى الشريعة الإسلامية، التي أوجبت حسن النية في عدّة آيات قرآنية، نذكر منها على سبيل المثال، يقول الله تعالى: ﴿**إِنَّ اللّهَ يَأْمُرُكُمْ أَن تُؤدُّواْ الأَمَانَاتِ إِلَى أَهْلِهَا وَإِذَا حَكَمْتُم بَيْنَ النَّاسِ أَن تَحْكُمُواْ بِالْعَدْلِ إِنَّ اللّهَ نِعِمَّا**

---

[1] (D.) PHILIPPE, « Rapport belge – La bonne foi dans la formation des contrats », dans Travaux de l'Association Henri CAPITANT, La bonne foi, (Journées Louisianaises 1992), t. XLIII, Litec, Paris, 1994, P. 64 ; (B.) LEFEBVRE, La bonne foi : Notion Protéiforme, Op.cit, P. 352. : « La bonne foi veille à ce que le contrat réponde aux attentes réciproques des parties contractantes ; elle pèse les intérêts en présence, elle tient compte de la situation particulière de chacun et requiert la collaboration dans la réalisation des objectifs que les parties se sont fixés »

[2] رغم هذا إلاّ أنه لا يوجد تعريف عالمي لمبدأ حسن النية.

DISA-SIM, Op.cit, P. 11.

يَعِظُكُم بِهِ إِنَّ اللّهَ كَانَ سميعاً بَصِيرًا﴾[1]، وقوله تعالى: **﴿وَالَّذِينَ هُمْ لِأَمَانَاتِهِمْ وَعَهْدِهِمْ رَاعُونَ﴾**[2].

كما جاءت الأحاديث النبوية الشريفة، وأكّدت على ضرورة توافر حسن النية في العقود والابتعاد عن سوء النية، فعن جابر رضي الله عنه، أن رسول الله صلى الله عليه وسلم ﷺ قال: **[رحم الله رجلا سَمْحًا إذا باع، سَمْحًا إذا اشترى، سَمْحًا إذا قضى، سَمْحًا إذا اقتضى]**[3]، وفي رواية لهذا الحديث عن عثمان رضي الله عنه، عن النبي صلى الله عليه وسلم ﷺ، أنه قال: **[أدخل الله عز وجل رجلاً كان سهلاً مشترياً وبائعاً وقاضياً ومقتضياً الجنة]**[4]. كما روى الإمام أحمد في مسنده عن أنس بن مالك رضي الله عنه قال: كلّما خطبنا رسول الله صلى الله عليه وسلم ﷺ، إلّا قال: **[لا إيمان لمن لا أمانة له، ولا دين لمن لا عهد له]**[5].

النيّة في الدول الإسلامية هي القانون الأساسي الذي يتعاقد به الأطراف، فهي أساس كل الأفعال وقيمتها. فعن عبد الله بن مَسلَمة قال: أخبرنا مالك، عن يحي بن سعيد، عن محمد بن إبراهيم، عن علقمة بن وقّاص، عن عمر رضي الله عنه، أن رسول الله صلى الله عليه وسلم ﷺ قال: **[الأعمال بالنيّة، ولكل امرئٍ ما نوى]**[6]. فيجب أن تكون أعمال المسلم كلّها مبنيّة على حسن النية.

---

[1] (سورة النساء، الآية 58).

[2] (سورة المؤمنون الآية 08).

[3] رواه البخاري، ابن ماجه، والترمذي

[4] رواه الترمذي.

[5] الراوي: أنس بن مالك، المحدث: المنذري، إسناده صحيح أو حسن، أخرجه أحمد 12567، والبزار 7196، وأبو يعلى 2863.

[6] رواه البخاري والمسلم في صحيحهما، صحيح البخاري، المجلد الأول، مكتبة البشرى، 2016، ص 157.

إن انعدام النية تكون عادة في فساد العقد وبطلانه. فالقصد هو روح العقد وهو عزم القلب على أمر معيّن. تأخذ الشريعة الإسلامية في العقود عموما بقصد العقد وألفاظه، لذا يجب السهر على الجمع بينهما مع تغليب القصد وجعله أولى من الالفاظ.

انتقل حسن النية بعد ذلك إلى القانون، وأصبحت معظم التشريعات الدولية والوطنية تأخذ به كمبدأ مسلم به، فوجد مكانته في العقود كدور حيوي يعيد التوازن العقدي ويقضي على انهيار العقد (ب)

ب_ أساس حسن النية في الاتفاقيات والمنظمات الدولية والتشريعات الوضعية الوطنية

تتجلى أهمية حسن النية في كونها تُنظم المسؤولية العقدية تنظيما كاملا وتزيل شبح بطلان العقد أو فسخه، فهي جزء لا تتجزأ من عقود النقل البحري، وعلى كافة الأصعدة القانونية من تشريع وعرف وأحكام التنظيمات الدولية[1].

عملا بالمبدأ الدستوري، تسمو المعاهدات الدولية على القانون الوضعي[2]، فيلاحظ أن اتفاقية فيينا لسنة 1980 قد نصت في مادتها السابعة 07 على مبدأ حسن النية، على أنه: "يراعى في تفسير هذه الاتفاقية صفتها الدولية وضرورة تحقيق التوحيد في تطبيقها، كما يراعى ضمان احترام حسن النية في التجارة الدولية".

في نفس السياق، تطرّقت اتفاقيات النقل البحري هي الأخرى إلى مبدأ حسن النية وأكّدت عليه، وذلك في المادة الأولى 01 من بروتوكول لاهاي فيسبي Visby المعدل لاتفاقية بروكسيل لسنة 1924، والمادة الثانية 02 من اتفاقية الأمم المتحدة المتعلقة بعقود النقل الدولي

[1] اتفاقية Vienna للبيع الدولي، ومبادئ UNIDROIT تؤكدان أن حسن النية جزء لا يتجزأ من عقد البيع الدولي من حيث أنه يشمل العقد من بداية التفكير فيه وحتى تمام تنفيذه.

[2] تنص المادة 154 من الدستور الجزائري لسنة 2020 على أنه: "المعاهدات التي يصادق عليها رئيس الجمهورية، حسب الشروط المنصوص عليها في الدستور، تسمو على القانون"; دستور الجمهورية الجزائرية الديموقراطية الشعبية، 2020، ج.ر العدد 82 مؤرخة في 30 ديسمبر 2020.

للبضائع عن طريق البحر كليا أو جزئيا (اتفاقية روتردام لسنة 2008) والتي نصت على أنه: "يراعى في تفسير هذه الاتفاقية طابعها الدولي وضرورة العمل على تطبيقها بشكل موحد والتزام حسن النية في التجارة الدولية".

حرصت الاتفاقيات الدولية على مراعاة حسن النية في العقود الدولية في التفسير أولا وفي ضمان احترام حسن النية ثانيا، وهذا إن دلّ على شيء فإما يدل على أهمية هذا المبدأ في تحقيق العدالة التعاقدية وبالتالي تحقيق الثقة المتبادلة بين الأطراف، فاتفاقية الأمم المتحدة للبيع الدولي للبضائع تقوم على مبدأ مفاده إهمال متعاقد لحقوقه أفضل من آخر محتال.

في نفس السياق، أوردت مبادئ توحيد القانون الخاص UNIDROIT هي الأخرى مبدأ حسن النية بشكل صريح، فبيّنت أنه التزام يقع على عاتق الأطراف ولا يجوز لهم استبعاده. فخصت المبدأ بنص خاص في المادة 1_7 التي تقرر أنه يجب على كل طرف أن يتصرف وفقا لما يقتديه مبدأ حسن النية وأمانة التعامل في التجارة الدولية، ولا يجوز لأي طرف استبعاد هذا الالتزام أو تقييده.

كما بيّنت في المادة 2_1_15 حرّية التفاوض، وأضافت أنه، يسأل الطرف الذي يتفاوض أو يقطع المفاوضات، بسوء نية، عما لحق بالطرف الآخر من خسائر.

كذلك، تطرقت UNIDROIT إلى سوء النية، وأشارت إليها في المواد 4_8، و5_1_2، و5_3_3، و3_2_5، و3_2_7، واستعملت المبادئ مصطلحات عديدة لمبدأ حسن النية باللفظ المضاد له وهم: "سوء النية"، وعبارة "أو كان مما يخالف المعايير التجارية المعقولة في شأن أمانة التعامل". أثارت الاختلافات اللغوية تساؤلات، فهي اختلافات لغوية فقط[1].

[1] (E.) ALLAN FARNSWORTH, Duties of good faith and fair dealing under the UNIDROIT principles, relevant international conventions, and national laws, J.Intl.&Comp.Law, 1994;

file:///C:/Users/hp/Downloads/gharness,+JICL+3.1-2.Farnsworth.pdf, 27 Février 2025, 19:44.

في هذا الصدد، باتت مبادئUNIDROIT صريحة في الاخذ بمبدأ حسن النية شأنها في ذلك شأن القوانين الوطنية. إن مبدأ حسن النية يشغل في مبادئ UNIDROIT مساحة كبيرة خلال كل مراحل العقد، ليس في مرحلة المفاوضات فقط، بل في مرحلة التكوين والتنفيذ أيضا لحين إنهاء العقد. خاصة وأن هذا المبدأ هو جزء من المبادئ العامة للقانون، أخذت به جل النظم القانونية.

تشريعيا، اعترف القانون المدني الجزائري في المادة 107 فقرة 2[1] بمبدأ حسن النية، وتبعه في هذا القانون المدني المصري في مادته 148 فقرة 1[2]، والقانون المدني الفرنسي الحديث في مادته 1104[3] من تعديل سنة 2016 والذي نص على ضرورة جعل مبدأ حسن

[1] تنص المادة 107 فقرة 2 من القانون المدني الجزائري: "يجب تنفيذ العقد طبقا لما اشتمل عليه وبحسن نية".

[2] المادة 148 فقرة 1 من القانون المدني المصري: "يجب تنفيذ العقد طبقا لما اشتمل عليه وبطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية".

[3] Art 1104 Code civil Français 2016 : « Les contrats doivent être négociés, formés et exécutés de bonne foi.

Cette disposition est d'ordre public. » ;

تشير الفقرة 2 من المادة 1104 من القانون المدني الفرنسي، حسب التقرير المقدم لرئيس الجمهورية الفرنسية، إلى أنه: "لا يحق للأطراف المتعاقدة الاتفاق على استبعاد أو الانتقاص من واجب حسن النية، فلا يمكن وضع شرط تعاقدي يستبعد واجب الصدق والأمانة وحسن النية في جميع مراحل العقد من مرحلة التفاوض بشأن العقد ومرحلة الإبرام والتنفيذ".

غير أن العديد من الفقهاء، تخوفوا من المادة 1104، لأن النص جاء مبهما وعاطفيا، فالقاضي عند تدخله في العلاقة العقدية يحكم وفقا لشعوره وعاطفيته بوجود العدالة والإنصاف ;

(A.) BENABENT, (D.) MAZEAUD, Les grands articles du code civil, 3éme éd., D., 2018, P. 88.

النية مبدأً من النظام العام[1]، والقانون المدني الإيطالي لسنة 1942[2] الذي تنص المادة 1337 منه على ما يلي: "يلتزم الأطراف أثناء المفاوضات وإبرام العقد بالتعامل مما يتفق وحسن النية"[3]، وكذلك القانون الهولندي المادة 6_2_1[4]، والألماني المادة 242[5].

ما يلاحظ في هذا الشأن، أن القانون الألماني هو أحسن القوانين مقارنة بالآخرين، فنص على ضرورة تنفيذ التزام المدين بحسن نية، وعلى تفسير العقد في ضوء حسن النية، فأعطى غلافا شاملا للعقد وألبسه بحسن النية خلال كل مراحله وفي تفسيره.

تعترف التشريعات الوضعية بتطبيق مبدأ حسن النية خلال كافة مراحل العقد من مفاوضات وتكوين وتنفيذ[1]، وذلك سواء نص عليه المشرع صراحة أو ضمنيا، والسؤال الذي يُطرح بشدة هو: هل يوجد جزاء يترتب على مخالفة مبدأ حسن النية؟

---

[1] (N.) MATHEY et autres, Guide de la négociation contractuelle, Lexis Nexis, Paris, 2024, P. 21-22.

[2] REGIO DECRETO 16 marzo 1942-XX, n. 262. Approvazione del testo del Codice civile ; Code civil (approuvé par le décret royal n° 262 du 16 mars 1942, et modifié jusqu'au décret n° 291 du 7 décembre 2016), Italie.

[3] Art. 1337 en anglais: « Negotiations and precontractual liability, states that the parties, in the conduct of negotiations and the formation of the contract, shall behave according to good faith ».

[4] Article 6:2- 1: « The creditor and debtor must behave themselves towards each other in accordance with the standards of reasonableness and fairness. » Dutch civil law (DCL), Civil Code Book 6, Last check-up by DCL: 01 April 2010.

[5] Art 242 BGB: « An obligor has a duty to perform according to the requirements of good faith, taking customary practice into consideration »; German Civil Code BGB Civil Code in the version promulgated on 2 January 2002 (Federal Law Gazette [Bundesgesetzblatt] I page 42, 2909; 2003 I page 738), last amended by Article 1 of the Act of 10 August 2021 (Federal Law Gazette I P. 3515).

الجواب، نعم، إذ أن القوانين الوطنية في أغلبها _ومنها المشرع الجزائري_ قد نصت على ضرورة تنفيذ العقد بحسن نية، فالأمر **وجوبي، "يجب** تنفيذ العقد ... **وبحسن نية**".

والعلة من ذلك، هو أن غياب الجزاء قد يجعل الأطراف يشعرون بإمكانية تجاهل المبدأ بكل مكوناته[2]، لكن يُبيّن الواقع أن هناك سلوك سامي يجب على الجميع أن يتحللوا به في معاملاتهم ضروريا[3].

أصبح مبدأ حسن النية التزاما يقع على كل أطراف العقد وما يتضمنه المبدأ من عدالة وإنصاف، فالعقد يحتوي على العديد من الالتزامات، وليس من الضروري ذكر كل هذه الالتزامات في العقد[4]، فهناك التزامات ضمنية تقع على عاتق المتعاقدين دون النص عليها صراحة، والالتزام بحسن نية أحد هذه الالتزامات[5]، وعلى القاضي أن يتأكد من وجود هذه النيّة الحسنة في المعاملات المعروضة عليه، ولذا، فهي ذو هدفين الأول موجه إلى أطراف العلاقة والثاني موجه إلى القضاء.

---

[1] محمد حسن عبد العال، التنظيم الاتفاقي للمفاوضات العقدية، ج 1، دار النهضة العربية، مصر، 1998، ص 123.

[2] بكر عبد السعيد محمد أبو طالب، أزمة العقد، دكتوراه، المرجع السابق، ص 86.

[3] يجب إعطاء مبدأ حسن النية حسب المادة 8 من اتفاقية فيينا مكانة شاملة موسعة تختص بتفسير العقد من حيث تكوينه وتنفيذه وليس لتفسير الاتفاقية ; DISA-SIM, Op.cit, P. 230.

[4] (N.) MATHEY et autres, Op.cit, P. 22.

[5] (B.) LEFEBVRE, La rupture du contrat pour cause d'inexécution : regards sur le rôle de la bonne foi, R.G.D., Vol. 36, Issue 1, 2006, P. 73 ;

https://www.erudit.org/fr/revues/rgd/2006-v36-n1-rgd01560/1027102ar.pdf , 19 Février 2025, 20 :58.

في هذا الإطار، وفي قضية متعلقة بسوء النية، حكمت محكمة النقض الفرنسية بأن مبدأ حسن النية هو الأساس الذي به يستطيع القاضي معاقبة كل من يقوم بالتنفيذ غير العادل للعقد .[1]

نجد أيضا مبدأ حسن النية في قواعد الفيديك (FIDIC) ، التي ألزمت الأطراف إلى ضرورة البحث عن حلّ ودّي بينهما قبل اللجوء إلى التحكيم، فما دام أن الأطراف أسست علاقاتها التعاقدية على مبدأ حسن النية أولا، ومبدأ الالتزام بروح العدالة ثانيا، يمكن لها حل خلافاتها العقدية بما يقضيه القانون والأخلاق[2]، وهذا عملا بنص المادة 67 الفقرة الثانية منها[3].

من المؤكد أن، مبدأ حسن النية مبني على قاعدة ثابتة ومستقرة تصاحب العقد في كل مراحله[4] وتحدد ما إذا كان أحد الأطراف قد أخلّ بالتزاماته، كل ما في الأمر هو أنه لا يوجد أحكام بُنيت على وجود أو عدم وجود هذا المبدأ إلّا القليل، ومنها حكم محكمة التحكيم الهنغارية المجرية لسنة 1995 في قضية رقم 94124، الصادر بتاريخ 17 نوفمبر 1995، حيث يقرر

---

[1] « La bonne foi dans l'exécution du contrat est la règle qui permet au juge de sanctionner l'usage déloyal d'une prérogative contractuelle » : Com., 10 Juillet 2007, n° 06-14-768, Bull. Civ. IV, n° 188, RTD. Civ., 2007, 773, Obs.; FAGES, DALLOZ, 2007, 2844; note: GAUTIER, D., 2007, 2839; note: STOFFEL-MUNCK, RTD., Civ., 2007, 1170.

[2] عبد الراضي السيد حجازي، موسوعة التحكيم الدولي التحكيم الفيديك (FIDIK) والبري والبحري والجوي، الجزء الثاني، ص96، منشور عبر الموقع:

https://arbitrationeg.com/wpcontent/uploads/2019/10/%D8%A7%D9%84%D8%AC%D8%B2%D8%A1-%D8%A7%D9%84%D8%AB%D8%A7%D9%86%D9%8A.pdf ، يوم 18 يناير 2023، الساعة 14.

[3] مراد محمود المواجدة، المسؤولية المدنية في عقود نقل التكنولوجيا، ط 01، دار الثقافة، الأردن، 2010، ص 424.

[4] Cass. 3e Civ., 18 Décembre 2012, n° 11-28.251 : RTD Civ., 2013, P. 109, Obs. : (B.) FAGES.

أن مبدأ حسن النية يعد أحد المبادئ العامة في التجارة الدولية ولا يجوز للأطراف استبعاد هذا المبدأ[1].

كذلك، حكم محكمة التحكيم الهولندية في 05 مارس 1997، حيث قررت المحكمة أن ما انتهت إليه المحكمة من نتائج يتوافق ومبدأ حسن النية، إذا كان مبدأ حسن النية في فرنسا مقررا لمعيار شخصي فإن اتفاقية فيينا لسنة 1980 تذهب إلى أكثر من ذلك، وتفرض مبدأ حسن النية اعتمادا على معيار موضوعي[2].

مهما يكن، يجب الرجوع إلى القوانين الوطنية، ورجوع القاضي إليها، وكذلك إلى الاتفاقيات الدولية لتقديم أحكام عادلة. فإذا كان الأمر متعلقا بحكم تحكيم فإنه بديهي أن الحكم التحكيمي لا يُنفذ إلّا بعد الحصول على الصيغة التنفيذية من قاضي التنفيذ، وهذا الأخير يبحث هذه المسالة في إطار قانونه الوطني لإعطاء حكم التحكيم الصيغة التنفيذية[3].

الفرع الثاني: تطبيقات مبدأ حسن النية على الالتزام بإعادة التفاوض

إن مصدر شرط إعادة التفاوض هو التنظيم الاتفاقي الموجود في بنود العقد الذي أبرمه الطرفان، لذلك لا توجد قواعد قانونية خاصة يمكن أن تطبق عليه، وبالتالي فمبدأ سلطان الإرادة هو الذي يحكم هذا الشرط[4]، وما هذا إلّا دليل على قوّة مبدأ "العقد شريعة المتعاقدين" « Le contrat fait la loi des parties ».

[1] وائل حمدي أحمد، المرجع السابق، ص 252

[2] COUR D'APPEL GRENOBLE, 22 Fév. 1995,

[3] بخصوص شروط الحكم التحكيمي حتى يتم مهره بالصيغة التنفيذية، راجع: نجادي بن عبد الله، حيثالة معمر، تنفيذ حكم التحكيم الأجنبي _شروطه واجراءاته، مجلة القانون الدولي والتنمية، المجلد 9، العدد 1، 2021، ص 29 وما يليها.

[4] محمد أبو زيد، المفاوضات في إطارها العقدي، المرجع السابق، ص 144.

يُبنى الالتزام بإعادة التفاوض على تبادل الأطراف للعروض والاقتراحات، ممّا يفرض على كلا الطرفين تنازلات تبادلية، وهذا بهدف الوصول إلى اتفاق ملزم للمتعاقدين[1]. يتم الكلّ عن طريق اتباع المعيار الشخصي الذي يُبيّن ويُحدّد ما يجب القيام به من تعديلات ضرورية، وبذل الجهود للوصول إلى معالجة الالتزامات المتقابلة، للوصول أخيرا إلى اتفاق معقول ومشترك[2].

إضافة إلى المعيار الشخصي المذكور سابقا، وُجد معيارٌ آخر موضوعيا، يبحث فيه المتعاقدين عن للوصول إلى التوازن العقدي، كالذي كان قائما لحظة إبرام العقد، وإنشاء حلول معقولة لمعالجة آثار عقدهم علاجا مقبولا، عن طريق اتباع إجراءات واجبة من أجل إعادة التوازن العقدي طبقا للروح الأساسي للعقد الموجود قبل تغيير ظروف تنفيذ هذا العقد[3].

---

[1] (V.J.) CEDRAS, L'obligation de négocier, R.T.D.com, 1985, P. 215 ; « Pousser les individus à un échange de propositions et de contrepropositions impliquant éventuellement des concessions réciproques, et dont le but… est de parvenir précisément à une négotium décision contraignante pour ses auteurs ».

[2] (M.) ALMEIDA PRADO, Regards croisée sur les projets de règles relatifs à la théorie de l'imprévision en Europ, RIDC, 2010-4, P. 144. « Pour le critère personnel, les parties se consulteront et emploieront leurs meilleurs efforts, en commun, pour modifier ou compléter le présent accord on contrat… pour la poursuite de leurs relations ».

[3] « En vue de contenir la remise en cause du contrat dans certaines limites, la plupart des clauses reçues proposent certains critères devant guides la renégociation. Ici encore, comme de l'hypothèse, à propos de la qualification du bouleversement subi par le contrat… quelques clauses retiennent des critères objectifs… axés sur le rétablissement de l'équilibre initial des prestations des parties. » ;

مقتبس من: هني عبد اللطيف، المرجع السابق، ص 125.

يبحث المتعاقدان على تصحيح ما أصاب العقد من اختلالات، فبالإضافة إلى حسن النية، يجب إجراء ما يعرف بتبادل المعلومات والتشاور. فالأهمية البالغة لعقود النقل البحري ومعها عقود التجارة الدولية تشكل مصدرا لواجب حسن النية بين الأطراف وتجعله أمرا ضروريا لتفادي ما قد يحصل من نتائج ضارة.

إن أساس التعاون هذا هو تبادل المعلومات والتشاور بين المتعاقدين تشاورا مستمرا، مبنيّا على ما قد يدرجه الطرفين في عقودهم من "واجب الحرص De La diligence"، و"الجهود المعقولة Des efforts raisonnables"، و"قواعد الفن les règles de l'art".

حرص أيضا قضاء التحكيم في قراراته باستخدام حسن النية والحرص والحذر الذي يجب أن يلتزم به المتعاقدين، وهذا في قضية ATLANTIC TEILON المختصة في الصيد وعلاقاتها مع حكومة غينيا. كان يفرض على الشركة أن يدرس بشكل جدّي ما إذا كانت سفنها صالحة لهذا النوع من الصيد، وتدرس أيضا كيفية استغلال هذه السفن وتعديلها حتى تفي بمهامها. إن حسن النية يمنعها من الاكتفاء بوضع سفنها تحت تصرف الحكومة الغينية"[1].

إن صفة حسن النية في العقد، صفة مستمرة تضم كل مراحل حياة العقد بصرائه وضرائه. ولهذا إذا ما مرض العقد، وجب على الأطراف إعادة التفاوض، ويقوم كل طرف إلى صياغة اقتراحات، والحضور المادي للأطراف واجتماعاتهم حول مائدة للتفاوض حضورا ذهنيا، قاصدين الوصول إلى حلول عملية سريعة بعيدة عن ضياع الوقت والمجادلة في كل ما

[1] Cass. Civ., 1 ére Ch., 18 Novembre 1986, Sté ATLANTIC TRITON c./ République révolutionnaire de Guinée, Jean-François LACHAUME, Jurisprudence Française concernant le Droit internationale (Année 1986), Annuaire Français de Droit International, Vol. 33, 1987, P. 890 ;

file:///C:/Users/hp/Downloads/afdi_0066-3085_1987_num_33_1_2816.pdf , 25 Mars 2024, 18:57.

يطرح من حلول تحقيقا لمصلحة الطرف المضرور دون ضرر لأي منهما، عملا بقاعدة "لا ضرر ولا ضرار".

من تطبيقات حسن النية أيضا في مجال النقل البحري، إدراج البنود المشروعة المُدرجة بين الناقل والشاحن في سند الشحن في حد ذاته، فضرورة وجود حاوية مجهزة بالتبريد حتى عند وضع البضاعة على الرصيف وتأكد الناقل من صحة عمل الحاوية كهربائيا[1] هو تطبيق لمبدأ حسن النية.

تمديدا لمبدأ حسن النية، يجب على الناقل يُحسن استخدام الشروط الاتفاقية المدرجة في سند الشحن بطريقة صحيحة وبحسن نية[2]، تحقيقا لمصلحة الطرفين وليس لمصلحة الناقل فقط، كشرط تغيير المسار أو الطريق في حالة وجود ظرف طارئ غير متوقع مثلا. وفي هذا الصدد، اتجه القضاء في إحدى الوقائع، إلى رفض الشرط (بالرغم من وجود ترخيص وموافقة الشاحن على استعمال الشرط)، لوجود غش من الناقل وسوء نية منه، أين استعمل شرط التفريغ في ميناء بديل بحجة وجود إضراب في ميناء الوصول الحقيقي، فاكتشف القاضي وجود تعسف في استعمال الشرط وسوء نية من الناقل، لأن هذا الأخير كان عالما قبل التعاقد بوجود إضراب في ذلك الميناء الحقيقي واستغل الفرصة من إدراج الشرط الحر من أجل تغيير الميناء لمصلحته الشخصية[3]. والحال أن القانون يلزم توافر منتهى حسن النية في التعاملات العقدية.

---

[1] Cass.Com, 22 mai 2007, n° 06-14.070, C.A. Paris, 05 ch., 23 fév. 2006, n° 03/03672, Axacs et a.c/CMA-CGM et a, BTL 2006, P. 186.

[2] خلادي إيمان، الحرية التعاقدية في عقد النقل البحري للبضائع على ضوء القانون البحري الجزائري والاتفاقيات الدولية، المرجع السابق، ص 169.

[3] Aix-en-Provence, 20 Septembre 2005, BT 205.702.

كما كرّس القضاء الفرنسي مبدأ تنفيذ الشرط بحسن نية في قضية « Mazoria » ، حيث ألزم القاضي الناقل البحري بنقل البضاعة إلى المكان المتفق عليه في عقد النقل البحري للبضائع بإتباع الطريق الأصلح والأنسب لصاحب الحق على البضاعة[1].

غاية ما في الأمر هو الحرص على حسن النية حتى يتعاون الأطراف لإنجاح العقد وإيصاله إلى مبتغاهم والحفاظ على علاقاتهم، محافظة مثالية[2].

جدير بالذكر، أن تحديد اقتراحات الأطراف أثناء إعادة التفاوض يرجع في غالب الأحيان إلى المحكمين الذين يدرسون السلوكيات لمعرفة مدى احتوائهم على حسن النية بعيدا عن كل تعسف، ومعرفة ما يعود من فائدة لكل طرف.

قد لا يصل الطرفين رغم منتهى حسن النية إلى اتفاق، رغم تقديم اقتراحات معقولة وجادة من الطرفين، حيث أن الالتزام بالتفاوض بحسن نية هو التزام ببذل عناية لا بتحقيق نتيجةUne obligation de moyens non une obligation de résultats [3]. إنه من الصعب أن نضع على عاتق الأطراف التزاما بالوصول إلى اتفاق. فقد ينشأ خلافا بينهم حول تعديل العقد مع التزام كل منهم بالتفاوض بأمانة وحسن نية، ولا يكون هناك ثمة خطأ يمكن نسبته إلى أي منهم. ومع ذلك ودون أن ننتهي إلى القول بوجود التزام بتحقيق نتيجة وهي

---

[1] Cass. Civ., 31 Janvier 1887 ; Cour d'Appel de Paris, 6 novembre 1980, DMF, 1981, p. 338 ; Cassation, 21 juillet 1987, DMF, 1988, p 455, navire « Mazoria ».

[2] "المادة 2-212 من قانون التجارة الأمريكي الموحد الذي ينص على أنه: "إذا رغب الدائن والمدين في الاستمرار في تنفيذ العقد يجب أن يتعاونا وأن يظهرا حسن النية في تنفيذ التزاماتهما، وترتب هذه المادة جزاء بطلان العقد إذا امتنع أي متعاقد عن القيام بواجب التعاون المطلوب منه ;

(D.) LE ROY, La force majeure dans le commerce international, Op.cit, P. 714

[3](Y.) PICOD, Le devoir de loyauté dans l'exécution du contrat, L.G.D.J, Paris, 1989, P. 213 ;

إحالة إلى الطبيعة القانونية للالتزام بإعادة التفاوض، ص 409.

الوصول إلى اتفاق، فإن حسن النية والأمانة التعاقدية التي تحكم تصرفات الأطراف في هذه الحالة، يفرضان عليهم أن يقدموا اقتراحات معقولة، وأن يقبلوا هذه الاقتراحات متى كانت معقولة وإلّا تعرضوا للمسؤولية[1]، فالأطراف منقادون بشكل عام إلى أن يصلوا إلى اتفاق يحافظ على العقد[2].

في نفس السياق، إن مبدأ حسن النية هو الزاوية الأساسية التي يقوم عليها عقد النقل البحري للبضائع، "فالتزام احترام حسن النية يُعد من أهم الالتزامات على الإطلاق وأكثرها خطورة نظرا لأنه البوتقة التي تحتوي كافة الالتزامات"[3].

بمبدأ حسن النية، يُقضى على كل التعقيدات في المجال العملي والقانوني، حيث أن مثل هاته العقود، عقود النقل البحري تُقدر بمبالغ طائلة، فيتم في نطاق هذا المبدأ، مبدأ حسن النية، تنفيذ كافة الالتزامات، ويستوفي كل ذي حق منهم حقه.

وكخلاصة، إن نجاح العقد أو فشله يتوقف بالدرجة الأولى على مدى احترام مبدأ حسن النية، وأن التزام أطراف العقد به لدى أداء محتوى عقدهم، سيؤدي لا محالة إلى مصلحة الجميع دون نزاعات، والعكس بالعكس. فهو مبدأ أساسي في إنجاح العقد وإبقاءه قائما، إذ يجب أن يكون هناك منتهى حسن النية في جميع الالتزامات المترتبة على أطراف عقد النقل البحري.

المطلب الثاني: تنفيذ الالتزام بإعادة التفاوض بحسن نية

يفرض شرط إعادة التفاوض إضافة إلى الالتزام الرئيسي بضرورة إعادة التفاوض بحسن نية، التزامات أخرى فردية متقابلة على كل من المدين والدائن في نفس الوقت، التزامات

---

[1] (B.) OPPETIT, L'Adaptation des contrats internationaux aux changements de circonstances, Op.cit, P. 806

[2] شريف محمد غنام، المرجع السابق، ص 421 ; طيار محمد السعيد أثر تغير الظروف على الالتزام العقدي في التجارة الدولية، دكتوراه، المرجع السابق، ص 119.

[3] وائل حمدي أحمد، المرجع السابق، ص (ب).

قائمة هي الأخرى على مبدأ حسن النية، فيلتزم المدين المضرور بإخطار الدائن بالحدث وما نتج عنه، ويُجبَر الدائن بالتدخل لتخفيف الأضرار التي قد تنجم عن الظروف المصاحبة للحدث (الفرع الأول).

فعملية إعادة التفاوض تسعى إلى خلق جو تعاوني لتحقيق متطلبات العقد بكل مشتملاته، فالعقد مصلحة اقتصادية مشتركة. لكن، لا تجد كل العقود هذه التسهيلات، فقد يتم رفض إعادة التفاوض، ويجب البحث عن إنقاذ العقد في هذه الحالة (الفرع الثاني).

الفرع الأول: الالتزامات المترتبة على شرط إعادة التفاوض

من تطبيقات مبدأ حسن النية في عقود النقل البحري والتجارة الدولية، أنه أثناء وجود اختلال يُغيّر من مجرى العقد ويصيبه بعدم التوازن، يترتب على المتعاقدين الدائن والمدين، التزامات جوهرية، تعتبر بمثابة المحرك الرئيسي لتنفيذ شرط إعادة التفاوض وإعادة التوازن العقدي. هذه الالتزامات تتمثل في التزام المدين بإخطار الدائن بالحادث وعواقبه على تنفيذ العقد (أولا). وبالمقابل، يلتزم الدائن بالتدخل من أجل تخفيف الضرر عن المدين الذي أصابه إرهاق (ثانيا).

أولا: التزام المدين بالإخطار الدائن بالحادث وعواقبه

قد يواجه المدين الناقل حدثا في تنفيذه لعقد النقل البحري، يتطلب استخدام شرط إعادة التفاوض، وهنا يكون ملتزما بإخطار الدائن بالحدث ومحتواه ونتائجه. فيجب أن يصل إلى علم الطرف الآخر كل الواقعة وما تتضمنه من تغيير في مشتملات العقد، أحداث متمثلة في إضراب في الموانئ أو عطب في السفينة مفاجئ، أو عواصف بحرية.

إذا ما اعتبرنا أن عبارة الالتزام بالإخطار تحتوي على إجراء ضروري ينفذه الزاميا المدين حتى وإن لم يتفق فيها الأطراف على الالتزام بالإخطار. لذا، يجب أن نبحث عن نظامه القانوني (أ) وجوانبه الشكلية ومضمونه (ب) والجزاء المترتب على مخالفته (ج).

أ_ النظام القانوني للإخطار

لا يكفي أن يقع حدث يُخل بتوازن العقد فقط من أجل تطبيق شرط إعادة التفاوض، بل يجب أن يقوم المتضرر إلزاما وفي أسرع وقت بإخطار الطرف الآخر بهذه الواقعة وحجمها ونتائجها، وهذا هو جوهر الالتزام بإعادة التفاوض والخطوة الأولى لتطبيق شرط إعادة التفاوض[1].

يُعرّف الإخطار بأنه: "إعلام أو تحذير أحد المتعاقدين..." أو "هو الالتزام الذي بواسطته ينبه أحد أطراف العقد الطرف الآخر على مخاطر التعاقد ومنافعه، فيجعله على بينة من ظروف التعاقد"[2].

وفي هذا السياق، يؤكد الفقه على أهمية الإخطار كإجراء الزامي يتعرف بمقتضاه الدائن على كل الظروف الآنية التي مسّت العقد، كنتيجة لمبدأ حسن النية في العقود[3]، حيث يُعبّر الأستاذ Bruno OPPETIT عن هذه الحالة أن: "شرط إعادة التفاوض يفترض في الأصل أن الطرف الذي يرى بأن ظروف تنفيذ العقد قد تغيرت ومعها شروط العقد، يُخطر الطرف الآخر بكل المستجدات، وبحجم الضرر الذي لحقه، وكذا بالوسائل الأمثل لتجاوز هذا الحدث، ويجب على المتعاقد الآخر، الاستجابة عن موقفه في أسرع وقت"[4].

---

[1] شقراء عادل عبد الله حمود السليطي، النظام القانوني لعقد الطاقة المتجددة في دولة قطر، دكتوراه، المرجع السابق، ص 218.

[2] بوطبالة معمر، الإطار القانوني لعقد التفاوض في مفاوضات عقود التجارة الدولية، دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الإخوة منتوري، قسنطينة، الجزائر، 2016_2017، ص 99.

[3] (D.) PHILIPPE, « Pacta sunt servanda » et « Rebus sic stantibus », in l'apport de la jurisprudence arbitrale, Séminaire le 07 et 08 Avril 1986, Publication de la CCI, P. 223.

[4] (B.) OPPETIT, L'Adaptation des contrats internationaux aux changements de circonstances, Op.cit, P. 805 ; « En général, les clauses de Hardship prévoient que la partie lésée, qui estime réunies les conditions de la réadaptation, doit aviser son cocontractant de

وُلد الالتزام بالإخطار في الاتفاقيات الدولية، أوّلها اتفاقية الأمم المتحدة للبيع الدولي للبضائع لسنة 1980، التي تؤكّد دائما وبشكل مستمر على هذا الالتزام، معتبرة إيّاه من الضوابط الرئيسية الذي يُؤسس عليه تنفيذ العقد بحسن النية ; فمن النصوص الموجبة للإخطار بموجب هذه الاتفاقية، المادة 79 فقرة 4 التي تنص على أنه: "...يجب على الطرف الذي لم يُنفذ التزاماته أن يوجه إخطارا للطرف الآخر بالعائق وأثره في قدرته على التنفيذ...".

وتنص كذلك المادة 7_1_7 فقرة 3 من مبادئ القانون الموحد UNIDROIT على الالتزام بالإخطار، بقولها: "...يلتزم المدين بأن يخطر الدائن بوجود العائق ونتائجه على تنفيذ الالتزام..."، ونجد قبلها، نص المادة 6_2_3 من نفس المبادئ (UNIDROIT)، على: "...في حالة الظروف الشاقة، يحق للطرف الذي تعرض لها طلب إعادة التفاوض، ويتعين توجيه هذا الطلب مسببا دون تأخير غير مبرر".

كذلك الحال بالنسبة للشرط النموذجي الذي أعدته غرفة التجارة الدولية بباريس، والمتعلق بالقوة القاهرة والظروف الطارئة، في بنده الرابع تحت عنوان "واجب الإخطار": "على الطرف الذي يتمسك بانتفاء المسؤولية أن يخطر الطرف الآخر في أسرع وقت ممكن بعد علمه بالعائق وآثاره على تنفيذ التزامه بالعائق وآثاره على هذا التنفيذ".

رغم أهمية الإخطار في استمرار تنفيذ العقد عن طريق إحاطة الطرف الآخر بكل الظروف المحيطة والإرهاق المتسبب، من أجل اتخاذ كافة الإجراءات الضرورية لتفادي الخسائر وتفادي إنهاء عقد النقل البحري، إلاّ أن القوانين الوطنية تجاهلت هذا الالتزام ولم تنص عليه صراحة، إلّا مؤخرا عند تعديل المشرع الفرنسي للقانون المدني الفرنسي سنة 2016، أين نص على ما يلي: "...يجوز للطرف أن يطلب من المتعاقد الآخر إعادة التفاوض على العقد"، فالمضرور يمكن له طلب إعادة التفاوض، ويكون هذا عن طريق إخطار الطرف الآخر بكل

=la survenance de l'évènement à l'origine du changement allégué, ainsi que l'étendue de la rigueur subie et des moyens proposés pour y remédier ; l'autre partie doit alors faire sa proposition dans les plus bref délai ».

الخسائر التي يتحملها في تنفيذ التزامه نتيجة الحادث الذي تسبب في تغيير شروط تنفيذ العقد، وهذا هو الالتزام بالإخطار[1].

يلاحظ، أن القضاء الفرنسي كان يرفض الالتزام بالإخطار ولا يُقر به، ففي قضية صادرة من القضاء الفرنسي، أنكر صراحة وجود الالتزام بالإخطار، ورأت المحكمة أنه "ليس هناك أي نص يلزم الشركة الفرنسية الوطنية للنقل بالسكك الحديدية «SNCF» بأن تُخطر مرسل البضاعة بقيام سبب يؤدي إلى استحالة تنفيذ التزامها"[2].

أكّد قضاء التحكيم على الالتزام بالإخطار، حيث أن يُفقد غياب الإخطار المدين حقه في التمسك بالقوة القاهرة. وهذا ما حصل في قضية تتلخص وقائعها في رفض البائع الروماني تسليم الكميات المطلوبة من الكربون استندا إلى إلغاء رخصة التصدير من السلطات الرومانية، وقد أقرّ التحكيم "بإلغاء رخصة التصدير الذي تم في 28 نوفمبر1973 وبعد وساطة محكمة التحكيم بغرفة التجارة الدولية، ولهذا فإن البائع لم يعد له الحق في التمسك بقرار السلطة الرومانية كقوة قاهرة تُبرّئه من المسؤولية"[3].

من خلال نص المادة 79 فقرة 4 من اتفاقية فيينا للبيع الدولي لسنة 1980، وبالرجوع إلى نص المادة 7_1_7 فقرة 3 من مبادئ UNIDROIT، والشرط النموذجي الذي أعدّته غرفة التجارة الدولية، وقضاء التحكيم، يتضح أنهم، كلّهم ودون استثناء، قد نصوا على الالتزام بالإخطار عند حدوث قوة قاهرة لا ظرف طارئ. وفي هذا الصدد، تدخل الفقه، وأكّد بالقياس الالتزام بالإخطار على الظرف الطارئ مثله مثل القوة القاهرة، لأن كليهما يكوّن اختلالا في توازن العقد، وهذا هو جوهر النظريتين، حيث ينص الأستاذ REINE أنه: "... الالتزام

[1] رمزي رشاد عبد الرحمان الشيخ، التزام إعادة التفاوض في العقود المدنية (دراسة تحليلية مقارنة)، مجلة الدراسات القانونية والاقتصادية، المجلد 7، العدد 2، ديسمبر 2021، مصر، ص 50

[2] Cass. Com., 09 Novembre 1954, JCP, 1971, éd. G. II, 8817, Obs. (R.) RODIERE.

[3] قضية رقم 2478 لسنة 1974; JDI, 1976, P. 283

بالإخطار وإن كان يخص حالة القوة القاهرة، إلّا أنه يجد تطبيقا واسعا في حالة إعادة التفاوض، إذ أنه يتماشى مع مقتضيات التضامن وحسن النية والتعاون، الذي يطبع تنفيذ الالتزامات العقدية"[1].

إن إرادة الأطراف هي أساس شرط إعادة التفاوض، فللشروط المدرجة في العقد أهمية كبيرة في خلق وفرض الالتزام بالإخطار، ومن أهم أمثلتها: الشرط الذي ينص على: "على الطرف المدعي بوجود قوة قاهرة الالتزام بإخطار الطرف الآخر بأسرع وقت ممكن بحدوث القوة القاهرة"[2]، وكذلك شرط: "يلتزم كل طرف بالدخول في المفاوضات لإعادة التوازن الأساسي للعقد وإخطار الطرف الآخر كتابة بالصعوبات التي تواجه التنفيذ..."[3]. أيضا، شرط: "في حالة وقوع حدث اقتصادي غير عادل، على الطرف الذي يقترح التفاوض أن يخطر الطرف الآخر مقترحا حلا لتجاوز هذا الوضع غير العادل"[4].

إن أهم دور لشرط إعادة التفاوض يلعبه العقد والحرية التعاقدية، ويؤثر هذا في وضع وخلق الالتزام بالإخطار، فغالبية العقود تنص على هذا الالتزام الذي يجب أن يحضر بمنتهى حسن النية Extrême bonne foi في تنفيذ العقد، وتجنب ما قد يصيبه من عوائق.

---

[1] (V.R.) ALACHKAR, Clause de Hardship et clause d'amiable composition, Thèse, Paris II, 2010, P. 134 ; « L'illustration proposé, si elle concerne une situation de force majeure, trouve largement application en présence d'un cas de HARDSHIP dès lors que l'obligation d'information va de pair avec l'exigence de loyauté, de bonne foi, et de coopération qui accompagne normalement l'exécution des obligations contractuelles » ;

مقتبس من: بوعيس يوسف، المرجع السابق، ص 309

[2] (Ph.) KAHN, Op.cit, P. 477.

[3] شريف محمد غنام، المرجع السابق، ص 472

[4] (M.) FONTAINE, Droit des contrats internationaux, Op.cit, P. 512.

يجب على طالب إعادة التفاوض (المضرور)، إخطار المتعاقد الآخر بالظروف التي مسّت العقد وسبّبت اختلالات فيه وكل ما يتعلق بالعقد ومصيره. لذا يجب البحث في الجوانب شكلية التي يخضع لها الإخطار (ب).

ب_ الجوانب الشكلية للالتزام بالإخطار

تتمثل الجوانب الشكلية للإخطار في عنصرين، هما: الشكل الذي ينبغي على المضرور إعلام المتعاقد الآخر به (1)، ووقت صدور الإخطار (2).

1_ شكل الإخطار

يعتبر الإخطار وسيلة مثلى من أجل إعلام الطرف الآخر وإتاحة الفرصة له من أجل اتخاذ الإجراءات اللازمة نتيجة تغيّر الظروف.

ما ينبغي التنبيه إليه هو وجوب استخدام وسائل تضمن وصول الإخطار وحسن استلامه من طرف الدائن. ومع تطوّر وسائل الاتصال، المشكل أصبح لا يُطرح، فكل الاتصالات اليوم تتميز بسرعة البرق إن صح الكلام، ودون وجوب إدراجها من أطراف العقود. وقد يتم هذا إمّا ضمنيا أو صراحة، ودون ذكر شكل معيّن، فقد يكون الإخطار مكتوبا أو سمعيا.

لم تنص اتفاقية فيينا للبيع الدولي لسنة 1980، ولا مبادئ UNIDROIT، ولا الشرط النموذجي الذي أعدّته غرفة التجارة الدولية المتعلق بحالة القوة القاهرة، إلى القالب الذي يجب أن يصدر فيه الإخطار (كتابي أو غير كتابي)، بل اكتفوا بإلزاميته فقط، تاركين ذلك إلى حرّية الأطراف في تحديد شكله.

وفي هذا الصدد، وتطبيقا لمبدأ القوّة الملزمة للعقد والحريّة التعاقدية، قد يُحدد الطرفين شكل الإخطار كتابة[1]، وينص المتعاقدين في عقدهما على شرط فحواه: "على الطرف أن يُخطر الآخر كتابيا للالتقاء ومراجعة شروط العقد على ضوء تغير ظروف الصفقة"[2]، أو شرط: "يجب أن يخطر الطرف (أ) الطرف (ب) كتابة بوقوع العائق"، وكذلك، الشرط الذي ينص على أنه: "على البائع عندما يتمسك بالظروف أن يعلم المشتري كتابة بوقوع هذه الظروف..."[3]. والهدف من اشتراط الكتابة في الإخطار هو من أجل الإثبات، تجنبا للنزاعات المحتملة التي قد تقع إذا تم الإخطار بدون كتابة[4]. هذا فيما يخص شكل قالب الإخطار.

أمّا بخصوص اللغة التي يجب إعلام المدين، الدائن بها، فقد وُجد بشأنها جدال فقهي:

ذهب جانب من الفقه[5]، إلى اشتراط أن يتم شكل الإخطار بنفس لغة العقد، وأن يكون واضحا، دقيقا، مفصّلا للحادث وعواقبه، حيث لا يترك مجالا للشك فيه.

في حين، يرى البعض الآخر، أن يتم الإخطار باللغة التي يختارها المتعاقدين وتم الاتفاق عليها، على أساس مبدأ الحريّة التعاقدية.

وإذا لم يتفقوا الأطراف على لغة محددة، تكون اللغة التي يفهمها الشخص المعتاد، آخذين في الاعتبار الظروف المتصلة ونوع الحادث محل الإخطار. وفي النقل البحري تكون لغة الشخص

---

[1] Sentence (CAMP), n° 1172, 03 Février 2010 ; (O.) CACHARD, Les clauses de HARDSHIP dans les contrats maritimes prévisions et imprévisions! Revue de Droit Maritime Français (D.M.F), Mai 2011. P. 04

[2] شرط مقتبس من: بوعيس يوسف، المرجع السابق، ص 306.

[3] (D.) LE ROY, La force majeure dans le commerce international, Op.cit, P. 750.

[4] بلحاج نصيرة، المرجع السابق، ص 303.

[5] أحمد سلامة، قانون العقد الدولي _ مفاوضات العقود الدولية، دار النهضة العربية، مصر، 2008، ص 279_284

العادي بالرجوع إلى مصطلحات التجارة الدولية Incoterms[1] وما لها من أهمية في معرفة كل طرف ما له من حقوق وما عليه من التزامات[2].

فالصياغة هي الأداة التي يجرى بها التعبير عن موضع التعاقد، إذ يجب أن تكون واضحة، دقيقة، منظمة، وسهلة الفهم، لا تحتمل التأويل عند تفسيرها[3]

2_ وقت صدور الإخطار

من أهم شروط الإخطار، أن يتم وقوعه في مدّة معقولة، وهذا حسب ما أكّدته المادة 79 من اتفاقية فيينا، اتفاقية الأمم المتحدة للبيع الدولي للبضائع لسنة 1980، والتي قضت على ضرورة إخطار الطرف الآخر في فترة معقولة، وأن يسري هذا الإخطار من اللحظة التي يعلم فيها الطرف المدين بالحدث، أو كان من واجبه أن يعلم به. خاصة وأن عقد النقل البحري كأداة اقتصادية، ملحقة بعقد البيع الدولي للبضائع[4].

---

[1] مصطلحات التجارة الدولية (International Commercial Terms (INCOTERMS، هي عبارة عن قواعد أصدرتها غرفة التجارة الدولية بباريس، سنة 1936، وعُدّلت عدّة تعديلات لجعلها تتماشى والظروف المستجدة، آخرها سنة 2020.

تهدف أساسا هذه القواعد إلى ترسيخ المعنى الدقيق لحقوق والتزامات أطراف عقود التجارة الدولية، وتحديد المخاطر المتعلقة بالعقد، ممّا لا يدع مجالا للشك لدى أطراف العقد الدولي ;

مروك أحمد، مستجدات قواعد الانكوترمز (نسخة 2020) وتطبيقاتها في القانون الجزائري، حوليات جامعة الجزائر 1، المجلد 36، العدد 03، 2022، ص 221.

[2] شقراء عادل عبد الله حمود السليطي، النظام القانوني لعقد الطاقة المتجددة في دولة قطر، دكتوراه، المرجع السابق، ص 219.

[3] عادل عبد العزيز على السن، أصول الصياغة القانونية الجيدة للعقود (المبادئ_ المراحل_ الخصائص)، ورقة عمل مقدمة في ورشة عمل "الإطار القانوني لإعداد وصياغة العقود الدولية"، إسطنبول، أكتوبر 2011 ; تم تجميعها في كتاب تحت عنوان: "العقود الدولية القواعد والإعداد والصياغة"، أعمال المؤتمرات، المنظمة العربية للتنمية الإدارية، مصر، 2013.

[4] (R.) RODIERE, (E.) DE PONTAVICE, Droit Maritime, Op.cit, n° 420 : « Le contrat de transport apparait économiquement comme l'accessoire du contrat de vente ».

فالكل، عقد النقل البحري وعقد البيع الدولي للبضائع يشكلان مجموعة عقود تُعرف بالمجموعة العقدية أو التجمعات العقدية، والسلسلة العقدية، والعقود المدمجة[1].

عمليا، قد يُحدّد أطراف العقد في شروطهم التعاقدية عدد أيام الإخطار، مثلا كالشرط الذي ينص على أن: "إذا وقع حدث الظرف الطارئ، وجب على الطرف (أ) أن يُخطر الطرف (ب) به خلال مدّة 30 يوما التالية على حدوثه، مبيّنا طبيعته وآثاره"[2]. ومنهم من يستخدم عبارات تفيد على ضرورة الإسراع في الإخطار، منها الصيغ التالية: "فترة معقولة ومعلومة" «Un délai raisonnable»، "في وقت وجيز" «Dans un bref délai»، كذلك، "في أسرع وقت" «Aussitôt»، أو "في الحال" «Immédiatement»[3]. كما يعتبر عدم تطرّق الأطراف وذكر مدّة الإخطار، أنهم تركوا تحديد هذه المدّة للقواعد العامة التي توجب أن يتم الإخطار في أسرع وقت ممكن[4].

---

[1] (Ph.) DELBECQUE, L'Appréhension judiciaire des groupes de contrats, in le juge et l'exécution du contrat, PUAM, 1993, P. 117 ; (I.) NAJJAR, La notion d'ensemble contractuel, in mélange offerts à (A.) DECOCQ, Une certaine idée du Droit LITEC, 2004, P. 509.

[2] (M.) FONTAINE, Droit des contrats internationaux, Op.cit, P. 512.

[3] مروك أحمد، شرط إعادة التفاوض في عقود التجارة الدولية، دكتوراه، المرجع السابق، ص 247

[4] بيّنت التعاملات في مجال التجارة البحرية أن سبب عدم الإشارة إلى الالتزام بالإخطار في شروط إعادة التفاوض في عقود النقل البحري، يرجع إلى أن الأحداث غير المتوقعة غالبا ما تكون ذات طبيعة اقتصادية، ومن السهل معرفتها من الجميع، لذا ليس هناك من حاجة إلى الإشارة إلى التزام المدين بالإخطار.

(D.) PHILLIPE, « Pacta sunt servanda » et « Rebus sic stantibus », Op.cit, P.224 ; (M.) FONTAINE, Droit des contrats internationaux, Op.cit, P. 222 ; « Peut-être les phénomènes d'imprévision fort souvent de nature économique, sont-ils plus facilement connus de tous…».

إن من أهداف السرعة في الإخطار، وجود صورة مؤكدة تهدف إلى المحافظة على بقاء العقد قائما، وتجنب الطرف المضرور الحد من الخسارة أولا، ثم إيجاد بدائل مناسبة التنفيذ ثانيا، تمشي وظروف مصلحة المتعاقد الثاني ثالثا، وهذا سواء تم التنصيص عليه أو عدم التنصيص.

وفي هذا النطاق، أقّر التحكيم الدولي في قرار صادر له سنة 1985، بأهمية الإخطار، فنص "إن التزام الأطراف بالتعاون من أجل التنفيذ الحسن للعقد، يحمّلهم بالأخص التزاما بالاستعلام....، على المدين في حالة ما إذا أدّت ظروف غير متوقعة إلى تعديل شروط العقد الواجب تنفيذه طبقا لها، أن يُفكر في مصلحة الدائن وأن يُعلمه بجميع مبادراته"[1].

ج_ جزاء مخالفة الالتزام بالإخطار

يترتب عن عدم الإخطار بخصوص الإخلال في التوازن العقد أمران:

الأمر الأول، متّصل بعدم الإخطار الصادر من المدين، ويعتبر هنا عدم تنفيذ هذا المدين لالتزامه بالإخطار، سببا في ضياع حقّه في طلب التدخل لإعادة العقد إلى توازنه، وبالتالي إلى عدم أحقيّته في التمسك بإعادة التفاوض[2].

فالالتزام بالإخطار يتماشى مع مقتضيات التضامن وحسن النية والتعاون، والذي يطبع تنفيذ الالتزامات العقدية، فغيابه يعتبر اخلالا لهذه الصفات الواجب توافرها في كل عقد[1].

---

[1] (P.) ACCAOUI-LORFING, La renégociation des contrats internationaux, Thèse, Paris, 2008, P. 276 ; « L'obligation des parties de collaborer en vue de la bonne exécution du contrat met donc à la charge de l'une et l'autre, en particulier, une obligation de renseignement…le débiteur, au cas où des circonstances imprévues viennent à modifier les conditions dans lesquelles le contrat doit s'exécuter, doit agir au mieux des intérêts du créancier et rendre compte à ce dernier de toutes les initiatives qu'il met en œuvre »;

[2] هني عبد اللطيف، المرجع السابق، ص 111.

في هذا الصدد، نصّت الفقرة 6 من المادة 21 بخصوص العقد المبرم بين شركة نافطال NAFTAL وشركة Shell aviation limited على أنه: "في جميع الحالات، على الطرف المعني بحالة القوة القاهرة أن يتخذ جميع الإجراءات الضرورية لضمان _وفي أقرب الآجال_ تنفيذ الالتزامات المصابة بسبب هذه الحالة والاستئناف العادي للتنفيذ العادي للعقد من أجل استدراك التأخير مستعملا بذلك كل وسائله"[2].

وفي قضية أخرى، قرّرت غرفة التجارة الدولية في قرارها الصادر سنة 1974، بسقوط حق الشركة الرومانية في التمسك بالقوة القاهرة لأنها تأخرت في تبليغ الشركة الفرنسية بإخلالها بتسليم الكمية المتفق عليها من الكربون المهدرج، وطالبت هذه الأخيرة حقها في التعويض عن الخسائر المتكبدة[3].

والأمر الثاني، أثر عدم الإخطار الصادر من الدائن، ويعطي القانون هنا للدائن الحق في المطالبة بالتعويض عن الضرر الذي لحقه نتيجة عدم تنفيذ المدين لالتزاماته العقدية والتزامه بالإخطار[4].

---

[1] باسم محمد خضر آل حجيل السعيدي، إعادة التوازن العقدي بالوسائل الاتفاقية في عقود التجارة الدولية، دكتوراه، القانون الخاص_ القانون التجاري، كلية القانون، جامعة بغداد، العراق، 2015، ص 130.

[2] إحالة إلى الملحق رقم 3 ص 437.

[3] « La décision des autorités Roumaines en date du 10 Mai 1973, n'a été communiquée à l'autre partie, par l'entremise de la Cour d'arbitrage de la CCI, qu'en annexe à une lettre datée du 29 Novembre 1973.

La défenderesse a ainsi perdu la possibilité de s'en prévaloir en ce qui concerne les livraisons dues pendant le deuxième et le troisième trimestre 1973 » ;

قضية أشار إليها: بوعيس يوسف، المرجع السابق، ص 308.

[4] أثناء وجود الاختلال العقدي يوقف المدين التزامه مؤقتا، فإذا ما أخل بالتزامه الآخر بإخطار الدائن، فإنه يُجبر على تعويضه.

بالمقابل، يلتزم الدائن بالرد على الإخطار الذي وصله تحضيرا لاجتماع تمهيدي يبحث فيه الطرفان مشكلة اخلال التوازن العقدي نتيجة لتغيّر ظروف تنفيذ العقد. وفي هذا الصدد، يكون على الدائن واجب طرح الحلول الكفيلة لتجاوز أثر هذه التغييرات الصادرة في ظروف تنفيذ العقد[1].

أمّا، إذا امتنع الدائن على الرد على الإخطار إيجابا أو سلبا، فإنه يُعرّض نفسه لجزاء ناتج عن هذا الصمت، ويسمى هذا الصمت **بالسكوت الملابس**، وهو ما نصت عليه المادة 68 من القانون المدني الجزائري: "إذا كانت طبيعة المعاملة أو العرف التجاري أو غير ذلك من الظروف تدل على أن الموجب لم يكن لينتظر تصريحا بالقبول فإن العقد يعتبر قد تم، إذا لم يرفض الإيجاب في الوقت المناسب".

يعني هذا أن، عدم الرد على الإخطار، هو حالة غامضة تجعل الدائن يتلاعب ويتحايل، لأنه ليس المتضرر من تغير ظروف تنفيذ العقد[2]. ويُطبّق عليه المبدأ القائل: "من لم يقل كلمة فهو راض" أو مبدأ "السكوت من علامات الرضا" «Qui ne dit mot consent». ويعتبر هذا، سكوتا ضمنيا للتعديل البُعدي[3] من قبل المتعاقد الساكت[4].

---

[1] (B.) OPPETIT, L'Adaptation des contrats internationaux aux changements de circonstances, Op.cit, P. 805.

[2] هني عبد اللطيف، المرجع السابق، ص 114.

[3] (V.R.) ALACHKAR, Clause de Hardship et clause d'amiable composition, Op.cit, P. 136 : « Cela peut être considéré comme une acceptation tacite de la révision ultérieure par ce contractant silencieux ».

[4] اسيل باقر جاسم، النظام القانوني لشرط إعادة التفاوض (دراسة في عقود التجارة الدولية)، مقال منشور في الموقع: https://www.iasj.net/iasj/download/a39e83dd9ae8d1c6 ، يوم 25 فبراير 2025، الساعة 00:55.

ثانيا: التزام الدائن بتخفيف الضرر

بعد قيام المدين المضرور بإخطار الدائن، بوجود حادث أدى إلى قلب موازين العقد، وتأثيره على تنفيذ التزاماته بكل سلاسة ووضوح، يلتزم الدائن بالمقابل التدخل ومحاولة التخفيف من نطاق وآثار الضرر الذي أصاب المدين، وهذا هو الالتزام بتخفيف الضرر «L'Obligation de minimiser» Ou «L'Obligation de modérer les pertes».

لهذا الالتزام أساس قانوني يُبنى عليه (أ)، وكذلك إجراءات تُتخذ من الدائن بهدف تخفيف هذا الضرر (ب).

أ_ الأساس القانوني للالتزام بتخفيف الضرر عن المدين

أصل وجود هذا الالتزام كائن في واقع عقود التجارة الدولية من شروط تعاقدية (1)، كما نصّت عليه القوانين الوضعية الوطنية ونصوص الاتفاقيات الدولية الخاصة بالتجارة الدولية (2)، ونجد أساسه أيضا في قضاء التحكيم التجاري الدولي، الذي أكّد على ضرورة احترام هذا الالتزام (3).

1_ إرادة الأطراف أول أساس يُبنى عليه الالتزام بتخفيف الضرر

للشروط التعاقدية في الالتزام بتخفيف الضرر أهمية كبرى، ولهذا يُطلب من الأطراف العناية الكبيرة في اتفاقهم على تحديد مضمون شروطهم، تلك المتعلقة بالقوة القاهرة والظروف الطارئة، فعليهم الحرص في إعدادهم لشروطهم على النص صراحة على ذلك. ومن هذه الشروط، الشرط الذي ينص: "إذا أصبح تنفيذ العقد مستحيلا بسبب حادث مستقل عن إرادة الأطراف، توجب على كلا الطرفين أن يتخذوا كل ما في وسعهم من إجراءات لتجنب أو لتقليل الخسائر"[1]، كذلك، الشرط: "يبذل الأطراف قصارى جهدهم لتحقيق الأهداف المرجوة من هذا العقد...والاجراءات المطلوبة لتخفيف الضرر الذي قد ينتج من عدم التنفيذ". أيضا الشرط

[1] (M.) FONTAINE, Droit des contrats internationaux, Op.cit, P. 228.

المنصوص على أن: "يلتزم البائع بأن يخفف الضرر الناتج عن القوة القاهرة" ; هناك أمثلة لشروط أخرى تُستخدم في جميع الحالات، على الطرف المعني أن يتخذ الإجراءات التي تكفل العودة إلى التنفيذ العادي للعقد في أقل مدة[1].

فعلى الأطراف بذل ما في استطاعتهم لتخفيف آثار القوة القاهرة لجعل تنفيذ العقد ممكنا وقليل الخسارة المتّصلة به، والالتزام هذا إيجابيا، وهو "بذل ما في وسعه ... ودون تأخير".

يعتبر هذا الالتزام حسب بعض الفقه، من العادات الأكثر رسوخا في عقود النقل البحري والتجارة الدولية، حيث أنه، على المدين إثبات عند تقديمه طلب التعويض أنه قد اتخذ كل الإجراءات اللازمة لتخفيف الضرر[2]. وهذا ما نجده في عقود التأمين البحري، بحيث يجب على المؤمن له عند وقوع الخطر المؤمن منه أن يبذل كل ما في وسعه لإنقاذ البضائع المؤمن عليها. كذلك في حالة وجود عطب في السفينة أثناء الرحلة البحرية، على الناقل البحري أن يبذل كل ما في وسعه، بأن ينتقل إلى أقرب ميناء وفي أقرب وقت من أجل تصليح الخلل.

بالمقابل، يرى جانب آخر من الفقه، أن أساس الالتزام بتخفيف الضرر نابع من العادات الأكثر رسوخا في التجارة الدولية[3].

قد لا يتفق الطرفان صراحة في شروطهم على التزام الدائن بتخفيف الضرر عما أصاب المدين، وهنا يتحول التزام الدائن بتخفيف الضرر من التزام تعاقدي إلى التزام مبني على أساس واجب التعاون وحسن النية القائمة بين الأطراف، فهي كفيلة لبقاء العقد والمحافظة عليه[4].

---

[1] (D.) LE ROY, La force majeure dans le commerce international, Op.cit, P. 729.

[2] (Y.) DERAINS, L'obligation de minimiser le dommage dans la jurisprudence arbitrale, RDAI, 1987, P. 381.

[3] (D.) LE ROY, La force majeure dans le commerce international, Op.cit, P. 402

[4] بوعيس يوسف، المرجع السابق، ص 320.

فبتكاتف إرادة الأطراف والعادات الراسخة في عقود التجارة الدولية ومبدأ حسن النية، يزيد هذا الالتزام قوّة من أجل بقاء العقد قائما مستمرا.

2_ تخفيف الضرر بمقتضى القوانين الوضعية والاتفاقيات الدولية

إن الالتزام بتخفيف الضرر هو التزام عام يفرضه مبدأ حسن النية، ومع ذلك نصت عليه قوانين عدّة الدول، نذكر منها على سبيل المثال، القانون الألماني الذي يعترف بهذا الالتزام تحت تسمية «Duty to mitigate» أي "واجب التخفيف" في النظام الانجلوساكسوني. ومفاده، أنه لا يجيز للمتعاقد طلب تعويضا عن فسخ العقد إذا أهمل في اتخاذ الإجراءات الضرورية بغرض تجنب أو تخفيف الضرر، إذا كان في استطاعته اتخاذ إجراءات تخفيف الضرر. وهذا ما نصت المادة 298 فقرة 1 من قانون العقود الاقتصادية الدولية الألماني[1] على أنه: "لا يستطيع المتعاقد أن يطلب تعويضا عن فسخ العقد إذا أهمل في اتخاذ الإجراءات الضرورية بغرض تجنب أو تخفيف الضرر، إذا كان في استطاعته اتخاذ إجراءات تخفيف الضرر".

في نفس الإطار، وتأكيدا على أهمية التزام الدائن بضرورة اتخاذ إجراءات لازمة من أجل تخفيف الضرر الحاصل بالمدين، نصّت اتفاقية الأمم المتحدة المتعلقة بالبيع الدولي للبضائع على هذا الالتزام في مادتها 77، بقولها: "يجب على الطرف الذي يتمسك بمخالفة العقد أن يتخذ التدابير المعقولة والملائمة للظروف للتخفيف من الخسارة الناجمة عن المخالفة، بما فيها الكسب الذي فات.

وإذا أهمل القيام بذلك، فللطرف المخل أن يطالب بتخفيف التعويض بقدر الخسارة التي كان يمكن تجنبها".

---

[1] القانون الألماني للعقود الدولية الاقتصادية الصاد بتاريخ 05 فبراير 1976;

(Ph.) KAHN, Op.cit, P. 322.

تطرقت مبادئ UNIDROIT هي الأخرى، إلى الالتزام بتخفيف الضرر صراحة في المادة 7_4_8، تحت عنوان "تخفيف الضرر" «Atténuation du préjudice»، ونصت على ما يلي:

"1_ لا يسأل المدين عن الضرر الذي تكبده الدائن بقدر ما كان يمكن للدائن تخفيفه باتخاذ خطوات معقولة.

2_ يحق للدائن استرداد أي مصروفات معقولة يكون قد تكبدها لدى محاولته تخفيف الضرر"[1].

الفكرة الأساسية في هذا الشأن، هي أن الدائن إذا لم يبذل جهدا معقولا في تخفيف الضرر، يكون أيضا قد أخطأ، ويكون هنا الخطأ مشتركا ومباشرا سواء كان الأمر مدنيا أو حتى متعلقا بقانون التأمين[2]. فالموقف السلبي للمؤمن له في هذا الحدث غير مقبول في حالة وقوع الخطر، وعليه تخفيف آثار هذا الأمر لأنه أول من يعلم بوقوعه.

3_ قرارات التحكيم والالتزام بتخفيف الضرر

التحكيم هو قضاء موازي للقضاء الوطني، وقد أثبت فعاليته في مجال النقل البحري خاصة والتجارة الدولية عامة.

يفضل المتعاملين في التجارة الدولية هذا النوع من الأداء لفض نزاعاتهم، لما يتميز به من سرعة وسرّية وقلة التكاليف والوصول إلى حلول توفيقية تقوم على اعتبارات العدالة، بعيدة

[1] Art 7-4-8 Principe UNIDROIT : « 1) Le débiteur ne répond pas du préjudice dans la mesure où le créancier aurait pu l'atténuer par des moyens raisonnables.

2) Le créancier peut recouvrer les dépenses raisonnablement occasionnées en vue d'atténuer le préjudice ».

[2] تنص المادة 363 من القانون المدني الجزائري على أنه: "على المؤمن له عند وقوع الخطر المؤمن منه أن يبذل كل ما في استطاعته لإنقاذ الأشياء المؤمن عليها، وعليه أن يتخذ جميع الإجراءات للمحافظة على حق المؤمن في الرجوع على الغير المسؤول".

عن اعتبارات قوانين جامدة. أثبت الواقع العملي أن المحكمين يستندون في تقريرهم الالتزام بتخفيف الضرر إلى قرارات سابقة صدرت من محكمين آخرين ومن مبدأ قانون التجارة الدولية، ويبنون قراراتهم بالاعتماد على مبادئه[1].

يلاحظ أن الالتزام بتخفيف الضرر مؤكد في قضاء التحكيم منذ سنوات عديدة، ولا يحتاج المحكمون في تأكيده إلى نظام قانوني معيّن[2].

ب_ تنفيذ الالتزام بتخفيف الضرر

بحثا في القضاء على المشقة العقدية، وتطبيقا للالتزام بتخفيف الضرر، وُجدت إجراءات تُتّخذ من أجل تجسيد هذا الضرر (1) وجزاءات عدم القيام بهذه الإجراءات (2).

1_ إجراءات تخفيف الضرر

إن الالتزام بتخفيف الضرر التزام ايجابي، أي غير سلبي، يتمثل في عدم زيادة الضرر بل التخفيف منه بإجراءات منها: المحافظة على البضائع، ثم إجراءات تقديم اقتراحات جديدة تسهل تنفيذ العقد، وتكملة تنفيذه بالبحث عن تمويل جديد في الأمور المتعلقة بتمويل العقود.

الإجراء الأول: المحافظة على البضائع التي لم تسلم حتى وإن وجب هذا إنفاق تكاليف معينة

[1] شريف محمد غنام، المرجع السابق، ص 525.

[2] (B.) HANOTIAU, La détermination et l'évolution du dommage réparable : Principes généraux en émergence, in « Transnational rules in international commercial arbitration », 1993, P. 209 : « L'Obligation d'atténuer les dommages a été invoquée dans l'arbitrage depuis de nombreuses années, et les arbitres n'ont pas besoin d'un système juridique particulier »

عملا بمحتوى المادة 77 من اتفاقية فيينا للبيع الدولي لسنة 1980، والخاصة بإجراءات المحافظة على البضاعة التي تقضي بضرورة اتخاذ الطرف المتعاقد التدابير الملائمة والمعقولة من أجل تخفيف الضرر بما فيه فوات الكسب.

ففي قضية رقم 7197 لسنة 1992، الخاصة بإجراءات المحافظة على البضاعة، حكمت: "لا يتضح للمحكم أن المدعي(البائع) قد خالف الالتزام بتخفيف الضرر المنصوص عليه في المادة 77 من اتفاقية فيينا للبيع الدولي للبضائع، وأن هذه الإجراءات _إجراءات الحفاظ على البضاعة_ تفرض نفسها في عقد بيع البضائع حتى ولو لم يكن هناك التزام تعاقدي يفرضها وفقا للمواد من 82 إلى 85 من اتفاقية فيينا. كما أن مصاريف التخزين (التي سترد للبائع) يجب ألاّ تزيد من الناحية الاقتصادية على القيمة الكلية للبضائع[1].

نجد تطبيق هذا الإجراء في عقود التأمين البحري، بضرورة المحافظة على البضاعة المؤمن عليها وإنقاذها من الظروف المحيطة بالعقد.

وللتطبيق العملي لهذا الإجراء، وُجد قرار صادر في القضية رقم 5910 لسنة 1988، ووقائعه هي أنه: "المشروع البلجيكي اتفق مع مشروع بلجيكي آخر على شراء كمية من الزنك تُقدّر ب 500 طن، على أن يتم بيعها لمشتري من الباكستان.

ونتيجة لتغيير ظروف النقل، لم تستطع السفينة التي تحمل الزنك الدخول إلى ميناء KARACHI، وهو الميناء المتفق على تسليم البضاعة فيه، ونتج عن هذا أن البائع لم يقم بتسليم كمية الزنك في ميناء KARACHI، ولم يمكّن المشتري من تسلّم الكمية التي كان قد اشتراها قبل وصولها.

إثباتا لحسن نيته، تفاوض المشتري البلجيكي مع المشتري الجديد الباكستاني، وأقنعه بإعادة بيع الزنك لصالحه، لكن هذه المرّة في ميناء DUNKERQUE.

[1] قرار تحكيم غرفة التجارة الدولية CCI، وارد في: JDI, 1993, P. 1035. قرار مشار إليه من طرف: شريف محمد غنام، المرجع السابق، ص 539.

اعترفت هيئة التحكيم بموقف المشتري البلجيكي الذي حرص على التفاوض مع أطراف العقد، والوصول معهم إلى حلّ ودّي، حتى لا تزيد مسؤولية البائع البلجيكي الذي لم يوجّه السفينة إلى ميناء KARACHI مباشرة"[1].

إن الاتفاق بحسن النية بين أطراف العقد يُسهل تطبيق العقد ويعتبر دفاعا له وتأمينا لبقائه قائما، وقد يصل الأمر إلى قبول تنفيذ العقد ولو بأسعار منخفضة على السعر العالمي[2].

الإجراء الثاني: تقديم اقتراحات جديدة تسهل تنفيذ العقد

يتمثل هذا الإجراء في ضرورة حرص الدائن على التفاوض مع المدين بغرض التوصل لاتفاق ودّي بينهما، وكل غياب لهذا الحرص يعتبر خطأ يولّد مسؤولية هذا الدائن.

عمليا وتطبيقيا، يظهر هذا الإجراء في عقد النقل البحري، مثلا، باقتراح سفينة أخرى غير السفينة المتفق عليها في سند الشحن، بسبب وجود عطب بالسفينة يُعيق الملاحة البحرية، أو اقتراح تغيير وسيلة النقل بأخرى غير السفينة إذا ما وُجدت عاصفة بحرية قوية أو هيجان البحر يعيق تنفيذ الالتزام.

الإجراء الثالث: تنفيذ العقد بالبحث عن تمويل جديد

كذلك من بين الاجراءات المطلوبة والمعمول بها عمليا، تكملة تنفيذ العقد بالبحث عن تمويل جديد وقبول مواصلة تنفيذ العقد ولو بسعر منخفض عن السعر العالمي، فالمحكمون يلزمون الدائن في بعض الحالات قبول اقتراحات جديدة متمثلة في تغيير بعض عناصر العقد، وقد بيّنت الممارسات العملية هذا من خلال النزع الذي وقع بين الشركة الوطنية الليبية للبترول وشركة SUN–OIL للبحث عن البترول، حيث قررت هيئة التحكيم إدانة الشركة الليبية بسبب

[1] قرار تحكيمي، غرفة التجارة الدولية، وارد بالمجموعة الثانية من القرارات، ص 371 وما بعدها، ملاحظة الأستاذ DERAINS (.Y)، ص 377 من نفس المجموعة ; مقتبس من: شريف محمد غنام، المرجع السابق، ص 539.

[2] لمزيد من القرارات بهذا الشأن، راجع: شريف محمد غنام، المرجع السابق، ص 540.

عدم اتخاذها الإجراءات اللازمة لتخفيف الضرر الذي لحق شركة SUN-OIL نتيجة عدم تنفيذ التزامها بالتنقيب عن البترول في ليبيا، وكذلك عن عدم تقديم اقتراحات جديدة تُسهل تنفيذ العقد تخفيفا للضرر الذي أصابها[1].

ومن أهم عناصر العقد هو المساس بالثمن الوارد اتفاقا.

يضاف إلى هذه الإجراءات إلزام الدائن الدخول في علاقات جديدة مع مشترين أو بائعين جدد وإبرام صفقات معهم بهدف التقليل من الخسائر التي أصابته.

مهما تعددت الإجراءات، نجد أن لكل عقد حلولا خاصة به، الهدف منه هو القضاء على المشقة العقدية والأخذ بالظروف الملائمة لتخفيف الضرر باللجوء إلى تقديرات شخصية وموضوعية. والسؤال الذي يطرح نفسه هو على من يقع اثبات الخطأ؟

واقعيا، إن قانون الاثبات يلقي البينة على من ادعى، فما دام هو الذي يدعي تغييرا في الأوضاع العقدية القائمة، فهو الذي يقع عليه إثبات هذا التغير.

أمّا قضاء التحكيم، يضع عبئ إثبات عدم قيام الدائن بتخفيف الضرر على الدائن، وهذا هو أساس الحرص على بقاء العقد قائما ومنتجا لآثاره رغم التغييرات التي أُدخلت عليه[2]. والأخذ بإثبات المدين لخطأ الدائن بعدم قبوله العرض المقدم إليه، لتنفيذ التزامه بسعر أكبر من السعر التعاقدي، ويُلقى على الدائن قبول الالتزام الجديد بسعر جديد، وعلى المدين إثبات قبول الدائن أو رفضه.

2_ جزاء عدم تنفيذ الالتزام بتخفيف الضرر

قد يرفض عمليا الدائن تنفيذ التزامه الجديد بتخفيف الضرر، وفي هذه الحالة يصل الأمر إلى تقرير جزاء لعدم تنفيذ الالتزام الجديد وتخفيف الضرر. والجزاء، هو تعويض يُقدم للمدين على إهمال الدائن.

[1] بلحاج نصيرة، المرجع السابق، ص 324.

[2] بلحاج نصيرة، المرجع السابق، ص 328.

"في الغالب يقوم المحكمون بمقاصة بين قيمة التعويض المستحق للدائن نتيجة عدم تنفيذ المدين لالتزاماته، وبين قيمة التعويض المستحق لهذا المدين نتيجة عدم قيام الدائن ببذل الجهد المعقول لتخفيف الأضرار التي سببها عدم التنفيذ"[1].

أمّا إذا لم يتمكن الدائن من القيام بهذا الالتزام، فإنه يستحق التعويض كاملا.

فلإنقاص قيمة التعويض أهمية كبرى مع محاولة تخفيف الضرر لإعادة التوازن بين الأطراف. فيؤخذ بعين الاعتبار المجهودات التي كان من المفروض على الدائن أن يتخذها، وبها تحدد قيمة التعويض المستحق.

يمكن للأطراف الاتفاق في العقد وادراج شرطا ينص على: "في حالة القوة القاهرة يلتزم الطرفان بأن يقومان بكل الإجراءات الضرورية لتنفيذ العقد وتخفيف الخسارة التي قد تنتج. والطرف الذي يخفق في ذلك، يمكن مطالبته بالتعويض والفوائد"[2].

فلابد من تعويض الدائن مع مراعاة ما يبذله من جهد لتخفيف الخسائر حتى يكون هنالك تناسبا بين المجهود والتعويض.

لكن في فرضية أخرى، قد يكون عدم القيام بإجراءات التخفيف راجع إلى المدين خاصة إذا لم يتمكن الدائن من تخفيف الأضرار بسبب المدين الذي منع الدائن من القيام بالإجراءات اللازمة للتخفيف.

حقيقة، يمكن للمدين تخفيف الأضرار التي أصابته من جراء عدم تنفيذ العقد الأصلي. "وفي قرار التحكيم الصادر في هولندا عام1981، والمتعلق بنزاع فسخ خاطئ لعقد وكالة، وقد

[1] شريف محمد غنام، المرجع السابق، ص 555.

[2] (M.) FONTAINE, Droit des contrats internationaux, Op.cit, P. 228.

أكد المحكمون أن فسخ العقد بهذا الشكل يعطي الحق للوكيل في التعويض عن الأضرار التي أصابته نتيجة هذا الفسخ"[1].

بيّنت الممارسات أنه من بين الجزاءات المفروضة في مثل هذه العلاقات، رد النفقات التي يتكبدها الدائن في سبيل تخفيف الضرر، ويقضي في هذه الحالة برد المبالغ والنفقات التي أنفقها الدائن في سبيل تخفيف ما أصابه من ضرر، فيتحصل هنا على التعويض كاملا غير منقوص، ويلزمون المحكمون المدين برد ما أنفقه الدائن في سبيل تخفيف الضرر[2].

إن المصروفات التي أنفقها الدائن للمحافظة على البضائع التي لم تسلم، ووضعها في مخزن خاص للمحافظة عليها من التلف والسرقة. فقيمة المبالغ التي ترد إليه لا يجب أن تتعدى قيمة البضائع، فمن غير المعقول دفع أموال للمحافظة على البضائع تفوق قيمة البضاعة في حد ذاتها. وتحل المشاكل الظرفية ويعيد العقد توازنه[3]، ويستمر الأطراف في تنفيذ عقدهم بمشتملاته الجديدة وتتحقق مصالح المعنيين من أطراف ونقل واقتصاد واستثمار.

الفرع الثاني: مصير العقد ومآله

إن المفاوضات هي محادثات تُجرى بين الأطراف للوصول إلى اتفاق، فيها بعض التنازلات عادة، والناتجة عن حدوث وقائع تصيب العقد في محتواه، وتؤدي به إلى إخلال كبير بين الالتزامات المتقابلة لأطرافه.

في الحياة العملية، يلتقي الأطراف عند تحقق الحدث المخل بتوازن العقد من أجل تقدير جسامة اختلال العقد. واللقاء هذا قد يكون حضوريا أو عن بعد بواسطة وسائل الاتصال الحديثة التكنولوجية، ويهدف أساسا إلى بذل الأطراف جهودهم للاتفاق على الإجراء الضروري الواجب اتخاذه، مع تقديم كل الإثباتات والمستندات التي تؤكد حقيقة الحادث. بالوثائق هذه، يُثبت المدين

[1] شريف محمد غنام، المرجع السابق، ص 556.

[2] شريف محمد غنام، المرجع السابق، ص 557.

[3] بلحاج نصيرة، المرجع السابق، ص 331.

براءة ذمته، ويُبعد عن نفسه قرينة الخطأ، ويُرجع سبب الحادث إلى سبب أجنبي. فيجب على المدين دائما إثبات الدور الإيجابي للسبب الأجنبي في إحداث الضرر[1].

جدير بالذكر، أن الحادث أو المشقة العقدية، يعتبر واقعة مادية[2] يتم اثباتها بكل الطرق.

إن تقدير الحادث باعتباره واقعة منشئة لشرط إعادة التفاوض تُترك للأطراف وللمحكمين عند وجود خلاف بين الأطراف في تحديد قوّتها[3].

يُعد التقاء الأطراف، الخطوة الأولى من أجل تعديل العقد عن طريق إعادة التفاوض، فقد يقبلون الأطراف إعادة التفاوض وتعديل العقد وقد يرفضون ذلك. ولكن قبل التطرق إلى هذه النقطة، وجب أولا البحث عن الطبيعة القانونية للالتزام بإعادة التفاوض (أولا)، ثم دراسة حالة قبول الأطراف لإعادة التفاوض (ثانيا)، ثم حالة رفضهم لذلك (ثالثا)

أولا: الطبيعة القانونية لالتزام المتعاقدين بإعادة التفاوض

قد تفرض الأحداث التي تصيب العقد وجوب السعي إلى إعادة التفاوض لحل الاختلالات الاحتمالية التي قد أصابت العملية التعاقدية.

إن الطبيعة القانونية لهذا الالتزام، تفرض نقطتين: الأولى: إعادة التفاوض بين النطاق الموسع والمضيق (أ)، والثانية: نوع التزام أطراف العقد بين العناية والنتيجة (ب).

[1] زروتي الطيب، دفع المسؤولية العقدية بالقوة القاهرة، ماجستير، تخصص العقود والمسؤولية، جامعة الجزائر 1، 2011_2012، ص 169.

[2] الواقعة المادية هي كل ما يحدث للإنسان دون أن يكون لإرادته أي دخل في هذه الواقعة. عكس التصرف القانوني.

[3] مروك أحمد، شرط إعادة التفاوض في عقود التجارة الدولية، دكتوراه، المرجع السابق، ص 251.

أ_ الالتزام بإعادة التفاوض بين المفهوم الموسع والضيّق

أوجد الفقه تصنيفا في مجال الطبيعة القانونية لإعادة التفاوض، وأدخلوا ما يعرف بمفهوم إعادة التفاوض الواسع والضيق، وهذا تأكيدا لأهمية إعادة التفاوض عمليا وعلميا.

ذهب جانب من الفقه[1] إلى التمييز بين المفهوم الواسع لإعادة التفاوض والمفهوم الضيق للالتزام بالتفاوض:

فإعادة التفاوض **بالمفهوم الواسع** يعني وجوب الوصول إلى اتفاق بين الأطراف، حرصا منه على ضمان نجاح العملية لإنجاح العقد ونطاقه.

أمّا إعادة التفاوض **بالمفهوم الضيق**، فيعني الالتزام بفتح المفاوضات فقط، دون ضرورة الوصول إلى اتفاق، نظرا لعدم كفاية وجهة نظرهم أو عدم قبولها من قبل بعضهم. فكما أن ليس هناك قوّة تلزم الطرفين بإتمام العقد عند الإبرام وفي مرحلة المفاوضات الأولية، فإنهم ليسوا ملزمين أيضا بالوصول إلى اتفاق في حالة إعادة التفاوض[2]. فالتخلص من العقد يكون في بعض الأحيان أحسن حل للمتعاقد المضرور وجعل الطرف الرافض يتحمل عواقب رفضه ماليا.

ب_ الالتزام بإعادة التفاوض بين العناية والنتيجة

إن الالتزام بالمشاركة في البحث عن اتفاق جديد بإعادة التفاوض، يُبنى حسب بعض الفقهاء[3] على التزام **ببذل عناية Obligation de moyen**، ولا يُقرر هذا الالتزام المسؤولية العقدية في حالة عدم الوصول إلى اتفاق بشأن تعديل العقد، إلاّ إذا ارتكب أحد المتعاقدين خطأً في سعيه لإنجاح إعادة التفاوض مع تحمله عواقب الرفض.

---

[1] (D.) LE ROY, La force majeure dans le commerce international, Op.cit, P. 709.

[2] شريف محمد غنام، المرجع السابق، ص 422.

[3] (B.) OPPETIT, L'Adaptation des contrats internationaux aux changements de circonstances, Op.cit, P. 806.

هذا ما أكّدته محكمة النقض الفرنسية في قرارها الصادر بتاريخ 03 أكتوبر 2006، "إن ادراج بند إعادة التفاوض في العقد لا يلزم المتعاقدين الذين وافقوا على إدراج هذا البند بمراجعة العقد"[1].

وبالمقابل، يرى بعض الفقه الآخر[2]، أن الالتزام بإعادة التفاوض، هو **التزام بتحقيق نتيجة Obligation de résultat**، وأن الواقع يثبت أن المبادئ التي تحكم العقد ليست ضرورية فقط في مرحلة ابرامه وإنما في جميع مراحله، فلا يجب الاكتفاء بما تم إبرامه، والاستغناء عن تفاوض متعلق بمسار العقد عند تنفيذه، فالتدخل في العقد يتم في جميع مراحله ما يُفسر شدّة الالتزام ووجوب السعي إلى الوصول احتماليا إلى نتيجة[3].

يضاف إلى هذا، أن طبيعة إعادة التفاوض هدفها مصالح المتعاقدين معًّا، ولا يتصور الحفاظ على علاقة الأطراف على حساب مصلحة أحدهما فقط دون الآخر، فالقانون الإنجليزي يعرف ما يسمى بالعقد التشاركي Le contrat Participatif، والذي يعني أنه يجمع مصالح الأطراف القانونية والاقتصادية الدائمة عند إبرامها للعقد، وكذلك يتشارك عند تحقيقها إلى غاية نهاية العقد.

فبين المصلحة القانونية والمصلحة الاقتصادية، يكون موضوع العقد قد خلق آلة متخصصة لا يمكن استعمالها إلّا للغرض الذي تضمنه هذا العقد.

ولهذا، لا يمكن وضع شروط إعادة التفاوض كلّها وإنجاحها في التزام واحد أي التزام واحد ببذل عناية أو بتحقيق نتيجة، بل لا بد من تقسيم هذه الشروط إلى قسمين، نضع الشروط الضرورية

---

[1] Cour de Cassation Commercial, 03 Octobre 2006 ; أشار إليها ; (D.) MAZEAUD, Négocier ne rime pas avec réviser, P. 766

[2] (F.) CABAS, Les clauses de « HARDSHIP », Thèse, Op.cit, P. 193.

[3] (F.) TERRE, (P.) SIMLER, (Y.) LEQUETTE et (F.) CHENEDE, Droit civil, Les obligations, Dalloz, 12 éme Ed, Paris, 2018, n° 648 : « Si l'obligation de parvenir à un accord peut n'être qu'une obligation de moyens, l'obligation de renégocier constitue généralement une obligation de résultat ».

منها تحت عنوان الالتزام بتحقيق نتيجة، والشروط غير الضرورية تكون في الالتزامات المبنية على بذل عناية.

فالطرفان يستخدمان الالتزامين معاً (الالتزام بتحقيق نتيجة وببذل عناية)، وحبذا لو تم التمييز بينهما في كتابتهما ووضعهما، فتظهر شروط إعادة التفاوض المبنية على التزام بتحقيق نتيجة بخط أكبر ومسطر عليه (Gras et Soulignée)، والعكس بالنسبة للشروط المدرجة على أساس بذل عناية.

تطويرا لهذا التقسيم، أظهرت الدراسات الحديثة والنقاشات الفقهية الخاصة بتقسيم الالتزام إلى قسمين، الأول التزام ببذل عناية والثاني بتحقيق نتيجة أن التقسيم هذا ناقص، ممّا جعل بعض الفقهاء[1] يضيفون **تصنيفا ثالثا**، يتمثل في **الالتزام ببذل عناية مشدّدة** أو **الالتزام**

[1] À côté de l'obligation de moyens, il existe une **obligation de moyens renforcée** aussi appelée obligation de résultat atténué.

Ces obligations de moyens renforcées seront désormais appréciées par la jurisprudence en cours d'élaboration dite Coronavirus ou Covid-19 qui à la lumière des dispositions des articles 1195 et 1218 du code des obligations sur l'imprévisibilité et la force majeure tiendra compte des impacts sanitaires et réglementaires sur les obligations des parties.

En principe, le débiteur de l'obligation de moyen renforcée peut s'exonérer plus facilement que s'il avait été débiteur d'une obligation de moyen ordinaire.

En effet, le créancier n'aura qu'à prouver une faute très légère du débiteur, ou alors il pourra établir simplement que celui-ci n'a pas pris toutes les mesures appropriées, sans préciser lesquelles ni en quoi cette abstention a été dommageable.

Mais il arrive même que le débiteur soit obligé à prouver qu'il n'a pas commis de faute, ce qui est le cas du dépositaire.

بتحقيق نتيجة مخففة، حسب أوضاع كل حالة وكل عقد. وانطلاقا من هذا، يعتبر أن **الالتزام بإعادة التفاوض** يدخل في هذا الصنف الثالث الذي يمثل **التزاما هجينا مختلطا**.

بهذا التقسيم الثالث، يجتهد الأطراف في الحفاظ على العلاقة التعاقدية بتعديل التزاماتهم وفقا للتغييرات الطارئة. فهذه غايات كل المتعاقدين في عقود النقل البحري وما له من آثار على التجارة والاقتصاد والاستثمارات وتحويل التكنولوجيا[1].

إن من شأن هذه التقسيمات الفقهية، إثراء القانون من جهة، وتسهيل مهام القضاة والمحكمين في اتخاذ قراراتهم وأحكامهم بكل تبصر واعتمادا على آراء واسعة[2].

لا أحد ينكر الدور التي تلعبه إرادة الأطراف في تنظيم مصير العقد، فقد يتفق الأطراف ويقبلون وجوب تطبيق إعادة التفاوض (ثانيا) أو يرفضونه (ثالثا).

ثانيا: مصير العقد أثناء قبول إعادة التفاوض

إن مجرد إدراج شرط إعادة التفاوض في العقد عند وجود ظروف احتمالية تؤدي إلى قلب توازن الالتزامات التعاقدية، يُلزم الأطراف المتعاقدة الاجتماع حول مائدة التفاوض لبحث الحلول الممكن إدراجها في العقد وتكييفها مع تغيّر الظروف والمستحدثات.

=À l'inverse, l'obligation de moyens peut être allégée : ainsi du salarié, responsable de la mauvaise exécution de son travail seulement en cas de faute lourde ; Civ. 1er, 24 juin 1981, no 80-13.585 ;
https://www.bensussan.fr/pages/l%25255c%252527obligation-de-moyen-renforc%2525c3%252589e/ , 10 Avril 2025, 20 :42.

[1] يعتبر عقد النقل البحري وعقد البيع الدولي وجهان لعملة واحدة، فلا تجارة دولية بلا عقد نقل بحري دولي.

[2] وفي النقيض، يرى البعض أن التقسيمات هذه مجرد ثرثرة قانونية Bavardage doctrinal.

قد يتفق الأطراف على وجود حدثا كافيا يلزم إعادة التفاوض لتنفيذ العقد تنفيذا عادلا لأطرافه، فيُباشرون العملية، وتتم المحادثات اللازمة لتعديل العقد من حيث تنفيذه وتفسيره، حيث يسعى أطراف العقد إلى تحقيق نتائج مرضية في ظل هذه العملية.

وعملا بمبادئ التعاون وحسن النية التي تطبع حياة العقود عامة وعقود النقل البحري الدولية خاصة، في كل مراحلها، ظهرت عدّة شروط تثبت هذه النتائج المبنية على فكرة: "...بعدالة وبنفس الروح الموضوعية والتضامن التي تمثل أساس العلاقات القائمة بين الأطراف". وكذلك: "... على هؤلاء المتعاقدين وطبقا لنفس مبدأ حسن النية الذي أبرم وفقه العقد موضوع الحال...". أيضا: "... ينتج عن ذلك تعبير للأطراف عن نيتهم بأن هذا الاتفاق يسري طبقا لروح العدالة، وبدون أن يترتب عن ذلك أي ضرر مادي...".

تطبيقا لهذا، أكّد قضاء التحكيم، وقرر المحكمون أنه "يجب أن يعلم الأطراف جيّدا، أنّ التعاون بينهم هو الذي يسمح بحل كلّ المشكلات التي قد تواجههم، ويجب الالتزام بالتعاون أساسه في مبدأ حسن النية الذي يحكم تنفيذ العقود الدولية"[1].

تأكيدا لهذا، وعملا بروح العدالة، تتفق الأطراف على إيجاد الحلول اللازمة لإرضاء كل واحد منهما بكل سلاسة وبدون ضرر، فيتم إعادة التفاوض حول شروط جديدة للعقد، تتماشى والظروف الملائمة. مع الملاحظة أنه، يجب تكييف هذه الشروط الجديدة، بمعنى، هل هي عبارة عن مجرد تعديل للعقد الأصلي أم هو عقد جديد بشروط جديدة؟

اتفق الفقهاء[2] في هذه النقطة، وقرّروا أن الشروط الجديدة التي يخرج بها المتعاقدين بعد إعادة التفاوض، يُميّز بشأن تكييفها القانوني، حالتين:

---

[1] قرار تحكيم صادر عن غرفة التجارة الدولية CCI، القضية رقم 2443 لسنة 1975، ملاحظة الأستاذ (Y.) DERAINS، وارد في مجلة القانون الدولي JDI، 1976، ص 101 ; مقتبس من: مروك أحمد، شرط إعادة التفاوض في عقود التجارة الدولية، دكتوراه، المرجع السابق، ص 230.

[2] شريف محمد غنام، المرجع السابق، ص 432.

الحالة الأولى: إذا كان الاتفاق الجديد الذي خرج به المتعاقدين بعد إعادة التفاوض، يرجع إلى عنصر جوهري في العقد، بحيث لا يقوم العقد بدونه، كتغيير الالتزام أو محله، نكون هنا أمام تجديد للعقد[1].

أمّا الحالة الثانية: والتي يكون فيها الاتفاق الجديد، يتعلق بعنصر ثانوي في العقد كتغيير العملة أو طريقة التنفيذ أو المدد[2]، فالاتفاق الجديد يكون عبارة عن تعديل للعقد الأصلي فقط[3].

والراجح هو، ضرورة الرجوع إلى نيّة الأطراف من استخدامها لشرط إعادة التفاوض، وهذا ما عبّر عنه الفقيه CABAS، أن نيّة الأطراف أثناء إعادة التفاوض، تفترض بقاء الوضع قائما إلى غاية نهاية المفاوضات، وعند انتهائها بوضع شروط جديدة، تأخذ هذه الشروط صورة التعديل لا التجديد.

إضافة إلى أن، وظيفة إعمال شرط إعادة التفاوض هو السماح للمتعاقدين مراجعة الاتفاق بالمحافظة على العقد الأصلي لا بهدمه[4]

ثالثا: مصير العقد في حالة رفض إعادة التفاوض

عند تحقق الحادث المؤدي إلى تغيير الظروف العقدية، يجب احترام شكليات معيّنة تتمثل في التزام المضرور بإخطار الطرف الآخر (الدائن)، وتدخل هذا الأخير بتخفيف الضرر.

---

[1] إحالة إلى تجديد العقد، ص 230.

[2] MAZEAUD, Leçon de Droit civil, T. 11, Vol. 1, Les obligations, 1978, n° 1225.

[3] بلحاج نصيرة، المرجع السابق، ص 283.

[4] (F.) CABAS, Les clauses de « HARDSHIP », Thèse, Op.cit, P. 193 ; (F.) LE FICHANT, L'Obligation de négociation en Droit privé, thèse, Rennes 1, 1991, P. 453 ;

مقتبس من: شريف محمد غنام، المرجع السابق، ص 428 ; بوعيس يوسف، المرجع السابق، ص 326 ; حليمة بن دريس، المرجع السابق، ص 257.

فعدم احترامها قد يؤدي إلى منازعات بين الأطراف، خاصة وأن شرط إعادة التفاوض يعطى حقا ثابتا للمتضرر من حدث أصاب العقد.

عند صدور إخطار من الطرف المضرور، قد يرفض المتعاقد الآخر التفاوض. فماهي الوسائل التي يستطيع بها المتعاقد الراغب في مراجعة العقد إجبار المتعاقد الآخر للدخول في مرحلة إعادة التفاوض؟

تُجدر الإشارة إلى أنه، لابد من أقلمة العقد مع الظروف الجديدة التي طرأت عليه. فإذا ما رفض أحد الأطراف الدخول في التفاوض، اعتبر هذا مخالفا للالتزام بإعادة التفاوض.

واستثناء على ذلك، إذا كان رفض أحد المتعاقدين الدخول في إعادة التفاوض ناتجا عن أسباب جدّية، وكان له مبرّرات، فلا يلزم الدخول في إعادة التفاوض[1]، كقطع علاقات تجارية ومنها قطع الممرات البحرية بين دولتين متعاديتين.

انطلاقا من هذا، نُميز بين حالتين من الرفض، الرفض بدون مبرر (أ)، والرفض المبرر، ومدى تدخل الغير في عملية إعادة التفاوض (ب)

أ_ الرفض غير المبرر لإعمال شرط إعادة التفاوض

إن أي رفض صادر من أحد الأطراف بالدخول في عملية إعادة التفاوض، رفضا خاليا من أي مبررا، وتنتفي فيه أسباب معقولة ومقبولة، يُؤخذ بتصرفٍ مبني على سوء النية أثناء تنفيذ العقد. لأنه يكون بمثابة تعسف المتعاقد المستفيد من تغير ظروف تنفيذ العقد[2]، فيرفض العمل بإعادة التفاوض. ويرتّب حينئذ الرفض، مسؤولية عقدية تجيز للمضرور المطالبة بالتعويض لجبر الضرر الذي أصابه[3].

[1] حسام الدين كمال الأهواني، أصول قانون التجارة الدولية، المرجع السابق، ص 390

[2] هني عبد اللطيف، المرجع السابق، ص 189

[3] (R.) FABRE, Les clauses d'adaptation dans les contrats, Op.cit, P. 91 ;

ب_ الرفض المبرر أو الجدّي

قد يحدث أن يرفض الدائن المخطر بالتفاوض، الدخول في عملية إعادة التفاوض لعدم توافر فكرة الأخذ بالالتزام بإعادة التفاوض، فيكون الرفض هنا رفضا مبررا وقانونيا.

وبالمقابل يكون على المدين المتضرر من تغيير الظروف، اثبات اختلال التوازن العقدي، واثبات تهرب الدائن من التزامه المتمثل في إعادة التفاوض بشأن العقد، نتيجة حوادث استثنائية[1]، عملا بمبدأ "البينة على من ادعى" المنصوص عليه في المادة 323 من القانون المدني الجزائري.

في المجال العملي، قد يوجد شرط إعادة التفاوض في العقد، لكن دون أن يتفق الأطراف على وسيلة معيّنة أو جزاءً محدّد يُمكن أن ينطبق في هذه الحالة. وفي غياب هذه الوسائل، وُجدت عدة حلول يُمكن للأطراف تبنيها، تتمثل في:

الحل الأول: وهي الرجوع إلى القواعد العامة، وقواعد أخرى تمليها ضرورات التجارة الدولية. ومن هذه القواعد العامة، **قاعدة "التمسك بالدفع بعدم التنفيذ"** «Exception non adimplei contractus»، «Exception d'inexécution»[2]. والتي تتمثل في امتناع أحد

=مروك أحمد، شرط إعادة التفاوض في عقود التجارة الدولية، دكتوراه، المرجع السابق، ص 224

[1] هني عبد اللطيف، المرجع السابق، ص 201.

[2] تؤكد المادة 123 من القانون المدني الجزائري على قاعدة الدفع بعدم التنفيذ، بنصها: "في العقود الملزمة للجانبين إذا كانت الالتزامات المتقابلة مستحقة الوفاء جاز لكل من المتعاقدين أن يمتنع عن تنفيذ التزامه إذا لم يقم المتعاقد الآخر بتنفيذ ما التزم به" ;

« L'exception d'inexécution est le droit qu'à chaque partie, dans un contrat synallagmatique, de refuser d'exécuter la prestation à laquelle elle est tenue tant qu'elle n'a pas reçu la prestation qui lui est due » ; Art 1612, 1651, 1653, 1704, 1948, Code Civil Français ;

https://www.dalloz.fr/documentation/Document?id=DZ%2FOASIS%2F000449 , 28 Février 2025, 11 :45.

المتعاقدين عن تنفيذ التزامه مؤقتا مادام المتعاقد الآخر لم ينفذ التزامه[1]. فالدفع هذا مؤقتا، ويشكل وسيلة تهديد يستخدمها الدائن لإجبار المدين المتقاعس عن التنفيذ.

للمتعاقد الحق في أن يحبس ما يجب أن يوفي به، حتى يؤدي إليه ما هو مستحق له، فالحالة هذه توقف أحكام العقد دون فسخه، ولا تنقضي الالتزامات الناشئة منه على وجه الإطلاق، بل يقتصر الأمر على وقف التنفيذ، وهو الفارق الجوهري بين الفسخ والدفع بعدم التنفيذ[2].

دائما، في نفس الفكرة، إن العقود الخاصة بالنقل البحري وبالتجارة الدولية هي دائما عقود ملزمة لجانبين، تبادلية تُجيز الدفع بعدم التنفيذ حتى يُجبر المتعاقد الآخر على التنفيذ. غاية ما في الأمر، هو وجود التزامات فرعية بجانب الالتزامات الرئيسية، وهل هذا التمييز يُبعد تطبيق الدفع بعدم التنفيذ؟

أمام عدم كفاية حل الدفع بعدم التنفيذ، أوجد الفقه[3] حلولا أخرى من الممكن تبنّيها في فرض شرط إعادة التفاوض، ومنها:

الحل الثاني: ويتمثل في ضرورة الاعتماد على **حسن النية في إبرام وتنفيذ العقد**، وهذا عملا بمضمون المادة 107 فقرة 2 من القانون المدني الجزائري التي تجبر العمل بحسن النية وكذلك بالاعتماد على أمانة المتعاقدين.

---

[1] (M.) FONTAINE, Droit des contrats internationaux, P. 267.

[2] محمد حسين منصور، العقود الدولية، الدار الجامعية الجديدة، الإسكندرية، **مصر**، 2006، ص 388.

[3] (Ph.) DELEBECQUE, Les clauses de "Hardship" et d'exonération de responsabilité dans les chartes Parties » Communications des arbitres de la Chambre au congrès international des arbitres maritimes (ICMA XVIII) à Vancouver, mai 2012, dans la Gazette de la Chambre (CAMP) n°29, automne 2012.

كذلك، يمكن للأطراف تبني **الحل الثالث**، وهو **بقاء العقد الأصلي ساري المفعول بكل آثاره** الأولى. **وكحل نهائي**، أوجد الفقه[1] فكرة جواز أي طرف من أطراف العقد **فسخ العقد** هذا، بإرادته المنفردة بعد رفض الطرف الآخر الدخول في إعادة التفاوض.

إن هذا الحل الأخير يخالف ما يجب استخدامه في عقود النقل البحري والتجارة الدولية الطويلة المدّة والتي تحقق مصالح كبيرة للمتعاقدين، مصالح متعددة الجوانب استثمارية وتجارية وبحرية ومالية وضريبية. كذلك، يخالف هذا الحل، الروح التي يفترض توافرها عند المتعاقدين وقت إبرام العقد، خاصة وأنهم أدرجوا شرط إعادة التفاوض، وبيّنوا نيّتهم في أن يجدوا حلا مشتركا ضمن الحلول المناسبة لمشكلاتهم.

في هذا الإطار، يُسمح للمتعاقدين **اللجوء إلى الغير** ليقرر ما إذا كان الحدث الذي وقع، تتوافر فيه الشروط التي يتطلبها شرط إعادة التفاوض أم لا.

إن اختيار الغير يتم باتفاق الأطراف، والمتدخل يكون إمّا خبيرا أو وسيطا أو محكما، ويمكن لهذا الغير أن يأمر المتعاقد المتقاعس بالتنفيذ الجبري للالتزام، وبدفع مبلغ نقدي كتعويض للمتعاقد الآخر نتيجة رفضه الدخول في عملية إعادة التفاوض.

فتنفيذ شرط إعادة التفاوض يحكمه بنود العقد ومدى تدخل القضاء في مراقبة استجابة الأطراف لتطبيق هذا البند، وهذا ما فعلته محكمة استئناف باريس في حكمها السابق الذكر والمعروفة بقضية EDF / SHELL[2].

من المؤكد أن شرط إعادة التفاوض يحمي العقد من تغيّرات الظروف مهما كانت طبيعتها، فيعيد للعقد توازنه ويقضي على مسببات الأضرار، ويؤدي إلى حماية اقتصاد العقد.

---

[1] (M.) FONTAINE, Droit des contrats internationaux, Op.cit, P. 272; « Si les parties ne parviennent pas à un accord dans un délai raisonnable, chaque partie peut mettre fin au contrat… ».

[2] إحالة إلى وقائع قضية EDF / SHELL ، ص 362.

إن اختلال توازن العقد يتحمله الطرف الآخر، ممّا يجعل هذا السلوك التعاقدي يتنافى ومقتضيات التجارة الدولية بشأن العقود الطويلة الأجل، والقائمة على مبدأ حسن النية والتعاون قصد إنجاح المشروع الاقتصادي المتضمن في العقد، ممّا يعرض الهدف الاقتصادي لهذا الأخير للفشل، لذا تشير بعض شروط إعادة التفاوض إلى حق المتعاقد المتضرر في اللجوء إلى الغير سواء محكم أو خبير اقتصادي، من أجل معالجة هذا الغرض.

قد تستلزم عملية إعادة التفاوض تدخلات للغير في حالة فشل المتعاقدين في تعديل العقد بعد إعادة التفاوض. وتكون مهمة هذا الغير إعطاء توصيات يراها مفيدة للطرفين والتوفيق بين وجهات نظرهم.

فقد يشير الأطراف إلى هذا الغير الذي قد يكون: موفقا (1) أو خبيرا (2) أو محكما (3).

1_ الغير: موفقا

الموفق هو من الغير، ومهمته تتمثل في طرح وإعطاء رأيه ورؤيته لتجاوز المشاكل التي تؤثر في ظروف العقد وتنفيذه، فيقوم نتيجة لذلك بالتوفيق بين وجهة نظر الأطراف، عن طريق التشاور المستمر والعمل على اقتراح أفضل الحلول الودية لتسوية نزاعاتهم[1]. مع العلم أن رأيه لا يكون له أيّة قوّة الزامية اتجاههم.

2_ الغير: خبيرا

يمكن لكل طرف اقتراح على الطرف الآخر اللجوء إلى خبرة. وقد يكون الخبير أولا مستشارا للأطراف ولا تكون له أيّة قوّة الزامية تجاه الأطراف.

[1] عادل عبد العزيز على السن، المفاوضات والتوفيق والوساطة كنظم ودية لحل المنازعات، ورقة عمل مقدمة في ورشة عمل "الإطار القانوني لإعداد وصياغة العقود الدولية"، القاهرة، يونيو 2011; تم تجميعها في كتاب تحت عنوان: "العقود الدولية القواعد والإعداد والصياغة"، أعمال المؤتمرات، المنظمة العربية للتنمية الإدارية، مصر، 2013، ص 142.

كما قد يكون دوره، دور وسيط أو وكيل مشترك، وفي هذه الحالة الثانية، يتفق الطرفين على جعل قرار هذا الوسيط ملزما، يُرتب مسؤولية الطرف الذي يرفض النتيجة التي توصل إليها هذا الخبير.

3_ الغير: محكما

وتتمثل في طريقة اللجوء إلى التحكيم من أجل إمكانية حل النزاع بالطرق الودية. فقد يتنبأ الأطراف إلى تحديد مهمة المحكم في العقد تحديدا دقيقا.

كما قد يترك الأطراف الأمر إلى المحكم باتخاذ ما يراه مناسبا للحالة المعروضة عليه.

فبين إنهاء عقد النقل البحري وبقاءه، يميل الجميع إلى ضرورة المحافظة عليه عن طريق إدراج شروط تعاقدية من شأنها تجاوز كل ما يعتريه هذا العقد من مشاكل وأحداث تُرهق تنفيذه، تعتبر كصمام أمان تحميه من كل التجاوزات وتهدف إلى تحقيقه، في جو تعاوني مبني على أساس الثقة والأمانة ومنتهى حسن النية في التعاملات.

الخاتمة

يُعتبر مبدأ القوة الملزمة للعقد، من المبادئ الأساسية والشهيرة في الالتزامات. قام القانون بتثبيت هذا المبدأ وتكريسه في قانون العقود، أساسه سيادة سلطان الإرادة، وعدم المساس بقداسة هذا المبدأ. فمن غير الممكن لأي من المتعاقدين أن يتحلّل من التزاماته بإرادته المنفردة، ولا يجوز تعديل العقد زيادة أو نقصانا إلاّ برضاء الأطراف. كما أضاف القانون قواعد آمرة إلزامية للحدّ من كل تجاوزات.

إن أغلب نزاعات النظام القانوني تجد مصدرها في العقد وما يتطلبه هذا الأخير من حريّة ، لكن مع طغيان القوات الاقتصادية وتناحر قوى المال، وجب التصدي لها لحماية الطرف الضعيف، مما عُرف بالحرّية المزيفة أو حريّة واجهات UNE FAUSSE LIBERTE OU UNE LIBERTE DE FACADE.

أصبحت إعادة التوازن للمراكز القانونية والالتزامات الناشئة عن العقد، من الأساسيات التي تخضع لضوابط رسمت حدودها قواعد قانونية هدفها تحقيق الأمن القانوني، فأصبح اليوم العقد يقوم بوظائف عديدة قانونية، اقتصادية، مالية على أكمل وجه.

قيّدت تدخلات الدولة مفهوم العقد بصفته شريعة المتعاقدين، فوضعت حدّا للرضائية بمفهومها الواسع. وهكذا، أصبح عقد النقل البحري يتأرجح بين قوّة حرّية الإرادة والتضييق من محتواها، ونتج عن هذا، تدخل القاضي والمحكم لتحقيق العدل والإنصاف بين أطراف العقود.

أضافت الاتفاقيات الدولية بمختلف أنواعها، إحاطة عقد النقل البحري للبضائع بأدوات تحقيق التوازن بين كل من إرادة الأطراف والمصلحة العامة، دون تغليب إحداها على حساب الأخرى.

وبما أن عقد النقل البحري وما يقدمه من خدمات لعقود التجارة البحرية الدولية هو عقد مستمر، ممتّد في الزمن، فهو بدون شك عرضة للتأثير بتغيير الظروف المحيطة به، والتي غالبا ما تجعل تنفيذ الالتزامات الواردة فيه مرهقة في بعض الأحيان بالنسبة لأحد المتعاقدين دون الآخر، بحيث يصعب عليه تنفيذه.

في هذه الحالة يصبح عدم تنفيذ العقد أمرا ضارا بحقوق أحد الطرفين نظرا لاختلال التوازن العقدي بين الطرفين. فإذا طرأ أي ظرف من الظروف المخلة بميزان العقد وجب إعادة النظر في مصير هذا العقد ; إن الحدث الذي يؤدي إلى عدم التوازن بين أداءات طرفي العقد، يجعل التزامات أحد طرفي العقد أكثر ارهاقا، والتي يستحيل على الأطراف المتعاقدة أثناء مرحلة المفاوضات توقعها جميعا.

ولمواجهة المشاكل الناجمة عن عدم التناسب في حقوق أو التزامات المتعاقدين في عقد النقل الدولي، وُجدت عدّة شروط تسمح تحقيق تنفيذ العقد بظروفه العادية، والمحافظة على استقرارا المعاملات، شروط يدرجها الأطراف لمواجهة التغيّرات التي قد تحدث أثناء تنفيذه، أبرزها شرط القوة القاهرة وشرط إعادة التفاوض، وهي شروط للمراجعة الجزئية أو العامة.

وخلاصة القول أنه، لا يمكن تحقيق العدالة إلّا اعتمادا على الحرّية أولا، وعلى التوازن في الحقوق والواجبات ثانيا، بضرورة تمييز الحالات العادية لتنفيذ العقود عن الحالات الاستثنائية التي قد تظهر أثناء مسار الالتزامات العقدية.

« IL IMPORTE DE DISERNER L'ESSENTIEL ET L ACCIDENTEL DANS LA TECHNIQUE DU CONTRAT, PLUTOT QUE DE DETRUIRE CE CONTRAT IL FAUT CHERCHER A L'ADAPTER »

فالأمر الذي يتفق عليه الفقه كله هو أن عقد النقل البحري وعقد التجارة الدولية يشكلان وجهان لعملة واحدة لا يمكن فصلهما، فلا تجارة دولية دون عقود النقل البحري والعكس بالعكس.

ومن هنا، أصبح لزاما إدخال النظام العام الاقتصادي، وتدخل المشرع والقاضي والمنظمات الدولية في مراقبة حسن تنفيذ العقود، للوصول إلى تطوير تنفيذ العقد رغم الصعوبات والأحداث التي تصيب العملية القانونية دون تدميرها.

إن تطويع العقد يجعله يحترم كل من المصلحة الخاصة والعامة في نفس الوقت، تطويع يمنح العقد حركية تجعله يتماشى، ويتأقلم مع الظروف السياسية والاقتصادية والتجارية.

« Adapter le contrat aux circonstances économiques c'est rendre les modalités de son exécution variable en fonction des circonstances économiques…changeantes ».

ممّا سبق، خلصت الدراسة إلى نتائج، تتمثل في:

_ عقد النقل البحري يتميز بضخامة الأموال المطلوبة في تنفيذه، فهو بحق استثمار لا يجب ضياعه ولا ضياع نتائجه، نظرا لأهميته العلمية والعملية والعالمية، إذ أن أغلبية التجارة الدولية تتم عبر النقل البحري. ومن هنا، سمح القانون للأطراف التدخل لإيجاد حلول لكل ما من شأنه أن يعرقل حسن تنفيذ العقد.

_ إن النصوص الخاصة بالتجارة الدولية، ما هي إلّا تأكيدا على الاتصال المباشر القائم بين كل من عقد النقل البحري للبضائع والتجارة الدولية.

_ يجب الأخذ بضرورة المحافظة على عقد النقل البحري كعقد تجاري دولي من الفسخ، فالأحكام الآمرة لعقد النقل البحري لا يجب أن تكون متشددة إلى درجة أنها تؤدي إلى عدم إمكانية مراجعته عند الضرورة، وبالتالي الاتفاق بين المتعاقدين على شرط القوة القاهرة وإعادة التفاوض عند تغيّر الظروف، يغني هذا عن تطبيق أحكام الظروف الطارئة وأحكام القوّة القاهرة، وسيكون الحل الأمثل هو إدراج البنود الاتفاقية تطبيقا لمبدأ القوة الملزمة لعقد النقل البحري.

_ إن النظريات التقليدية لمجابهة تغيّر ظروف تنفيذ العقد المتمثلة في نظريتي القوة القاهرة والظروف الطارئة، أصبحت لا تتماشى ومتطلبات التجارة الدولية، لذا وجب الاعتماد على مصطلحات جديدة اتفاقية بتنبؤ الأطراف إلى ادراج شرط اتفاقي يتمثل إمّا في شرط القوة القاهرة بمفهومها الحديث أو في شرط إعادة التفاوض في مسائل موضوع المشكلة. وهنا يعطي الطرفين استقلالية تامة للعقد دون أي تدخل لا تشريعي ولا قضائي ولا تحكيمي.

_ تدخل الأطراف بشروط تعاقدية اتفاقية، ما هو إلّا تدعيم للحرّية التعاقدية، وتقوية لفعاليتها. فشرطي القوة القاهرة وإعادة التفاوض التي يتبناها الطرفين في عقدهما هي شروط مرنة، تتجنب النتائج القاسية التي ترتبها النظرية التقليدية، وتضمن تنفيذ هدف العقد.

_ شرط إعادة التفاوض هو حل لمعضلة عويصة، حيث تسمح رغم وجود مرحلة التفاوض الأولى إلى العودة إلى الجلوس في طاولة لإعادة النظر في الأحداث التي تعرقل التنفيذ السلس للعقد، وتجعله يتصف بالديمومة رغم المرض، وهي أحداث أصابت هذا العقد وجعلت تنفيذه صعبا.

_ تعتبر عملية إعادة التفاوض وقاية وعلاج لكلّ عقد أصابه حادث نتج عنه اختلال يوشك أن يقضي على العقد من مرحلة إبرامه مرورا بمرحلة تنفيذه وصول إلى الحصول على ثماره. فلا يجب حرمان المتعاقدين من عملية إتمام اتفاقاتهم، وجعلهم يدفعون فاتورة أحداث لا يد لهم فيها، أحداث متصلة بعقودهم وبإرادتهم الاستثمارية.

_ إن بقاء عقد النقل البحري للبضائع قائما يتطلب الاعتماد على سياسة تعاقدية حكيمة مبنية على تصحيح الأحداث الاحتمالية الموجودة ومواجهتها عن طريق إدراج الشروط التعاقدية في جو حسن النية الذي يعتبر روح العقد ودفاعه.

_ وكنتيجة نهائية، إن تقييد الحرّية يعرقل تطور المجتمع ويقضي على المبادرات الفردية في خلق العديد من العقود المعمول بها حاليا، ولهذا لا بد من احترام العقد في آنه ومآله، بدراسة حقيقية مبنية على رؤية قانونية تبحث في العقد وفي مصيره وسيروراته.

تبعا لهذه النتائج، يمكن تقديم المقترحات التالية:

_ إن الأحداث الاقتصادية هي جزء من القانون في حد ذاته، فإذا كان على الاقتصاديين شرح لماذا ونحو أي هدف، فالحقوقيون يقولون بواسطة أية قواعد قانونية وأية عقوبات[1]. لذا، يجب

[1] « Les économistes auront à dire pourquoi et vers quels buts, mais les juristes seuls pourront dire par quelles règles et par quelles sanctions… ».

إحاطة شروط المتعاقدين بقواعد آمرة وناهية تسعى دائما في إطار التوازن بين حرية الإرادة ومتطلبات الصالح العام إلى تلطيف العقد Modeler l'économie du contrat

بالمقابل، لا يجب كبح سلطان الإرادة، بل العمل على احترام كل من الواقعة القانونية والتصرف القانوني، فيُبعد هذا القانون المتعاقدين عن الفسخ والقوة القاهرة، لإبقاء العقد حيا قائما رغم كل الأحداث، نظرا لقيمته التجارية والاقتصادية عند كلا الطرفين.

_ حبذ الإنصاف بين الحرّية والأحداث، وعلى المتعاقدين الاستجابة لكل أحداث اقتصادية يمر بها العقد، لإعطاء ثباتا في تنفيذ اتفاقاتهم، حتى وإن استدعى الحال إلى تغيير جزء من محتوى عقدهم، وهذا بإزالة العراقيل المختلفة للعقد. ولا يتم هذا إلّا باتخاذ ضمانات تُبقي العقد قائما.

_ إن تضافر جهود التشريعات الوطنية والاتفاقيات الدولية كفيلة بإبقاء العقود مستمرة، رغم كل ما تمر به من أحداث ومصائب. ولهذا، ضمانا لاستقرار عقد النقل البحري للبضائع، والحفاظ على قوّته العقدية والتشريعية بمختلف مستوياته، ينبغي إدراج شرط القوة القاهرة وشرط إعادة التفاوض مع الاتفاق على تدخل القاضي من أجل مراجعة شروط العقد، دون مغالاة في التدخل ولا مجافات، فالأمر وسط بين حرّية الإرادة ووجوب تدخل التشريع حماية للنظام العام، فكل من حرّية الإرادة وتدخل المشرع والقضاء، كلاهما كفّين لميزان واحد.

يؤدي هذا إلى الحفاظ على الأمن القانوني بكل مكوناته، فالمجتمع متطور، وتتطور معه الاحداث، قد تُغيّر من مجرى العقود، ممّا ينبغي احترام مضمون السبب الأجنبي بمكوناته وتأطيره وتكوينه، مع ضرورة رقمنة مجال النقل البحري في كل نطاقه وجوانبه، وإبعاده عن كل تلاعبات المتعددة الجوانب.

_ حبذ لو تدخل المشرع المدني الجزائري وأضاف مادة خاصة بالاستحالة المؤقتة وشرط القوة القاهرة بمفهومها الحديث، وبشرط إعادة التفاوض حتى يكون هناك إثراءً للنصوص القانونية علميا وعمليا.

_ ضرورة إنشاء فئة مفاوضون مختصون يساعدون المحكمين بخبرتهم في إجراء عمليات التفاوض، لتسهيل بقاء العقود قائمة بحذافيرها ومشتملاتها.

_ يجب خلق سياسة عقدية براغماتية مبنية على التجارب العملية والممارسات القضائية[1].

_ ضرورة مجابهة التغييرات اعتمادا على كل المبادئ القانونية الموجودة، حتى لا يتم تمزيق النسيج العقدي، خاصة وأن المتعاقدين متثبتين بعقودهم، وبالتالي يجب القضاء على كل نازلة نزلت بالمتعاقدين وعقودهم بتثمين آليات التشاور والتعاون اعتمادا على مبدأ ضمان الاستقرار[2].

_ وأخيرا، يجب تكريس كل من الحرية التعاقدية ودورها في حسن إبرام العقود وتنفيذها وإنهائها، مع التنبؤ لما قد يحدث من أحداث تُصعّب سريان العقد وتقضي على العدالة التعاقدية. مع تقديس شرطي القوة القاهرة بمفهومها الحديث وإعادة التفاوض بحسن نية وإخلاص، تكريسا يكون هو السبب الرئيسي في إبقاء العقود وما لها من فوائد قانونية واقتصادية واستثمارية.

[1] Il faut créer une politique contractuelle pragmatique cohérente basée sur les expériences pratiques et les décisions jurisprudentielles.

[2] Il faut faire valser tous les percepts juridiques, et faire valoir le vécu et privilégier l'expérience.

قائمة الملاحق

الملحق رقم 1: نموذج حول شرط إعادة التفاوض Clause de HARDSHIP

المصدر:

(D.) MATRAY, (F.) VIDTS, LES CLAUSES D'ADAPTATION DE CONTRATS, L'Harmonisation du droit des contrats et la pratique contractuelle, Les grandes clauses des contrats internationaux, 55° Séminaire de la commission Droit et Vie des Affaires, Fondation pour l'Etude du Droit et des Usages du Commerce International (FEDUCI), LIEGE, BELGIQUE, 2005.

الملحق رقم 2: قرار تحكيمي رقم 1172، صادر عن غرفة التجارة البحرية بباريس سنة 2010 Sentence CAMP 1172 du 03 Février 2010

المصدر:

Sentence Chambre Arbitrale Maritime de Paris (CAMP) n° 1172 du 03 Février 2010, Revue de Droit Maritime Français (D.M.F), n° 725, Mai 2011.

الملحق رقم3: نموذج حول العقد المبرم بين شركةNAFTAL وشركة Shell aviation limited

المصدر:

نموذج مقتبس من: بوعيس يوسف، نظرية الظروف الطارئة في عقود التجارة الدولية، دكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة سعيدة الدكتور مولاي الطاهر، الجزائر، 2020_2021.

الملحق رقم 1: نموذج حول شرط إعادة التفاوض Clause de HARDSHIP

Exemples de clauses de hardship[a]

Definition

For the purpose of the contract, a hardship situation is defined as : (a) circumstances of a fundamental character (b) beyond the control of either party, (c) entirely uncontemplated and (d) rendering due performance much more burdensome so as to create a hardhip for a party[b].

A hardship situation will occur if during the performance of this Contract there should arise economic, political or technical circumstances which were unforeseen by the parties and beyond their control and which make the performance so onerous (though not impossible) for one of the parties that the burden would exceed all the anticipatory provisions made by the parties at the time the Contract is signed.

Pour les besoins du contrat, la situation de Hardship désigne un changement des circonstances (économiques, politiques ou techniques) imprévisible au moment de la conclusion du contrat, survenant postérieurement à celui-ci, inévitable et bouleversant fondamentalement l'équilibre des prestations des parties, en rendant l'exécution pour l'une des parties de ses engagements, non impossible mais onéreuse à un point tel qu'il ne pouvait rentrer dans ses prévisions, soit en

Constitue notamment une situation de Hardhip, les hypothèses suivantes :

- .....
- .....
- .....

Conséquences

La partie lésée par la situation de Hardship a l'obligation de notifier à l'autre partie dans un délai de ... à dater de sa survenance, les circonstances entourant celle-ci et ses retombées exactes.

Les parties se concerteront immédiatement dans le but de déterminer en bonne foi et en équité, les adaptations nécessaires pour rétablir l'équilibre initial entre leurs prestations respectives, et ce compte tenu des risques assumés par chacune d'elles.

Pendant la phase de négociations, à défaut d'un accord entre les parties pour suspendre l'exécution du contrat, les parties sont tenues de poursuivre l'exécution du contrat, dans ses termes initiaux.

Si les négociations débouchent sur un accord, les parties finaliseront celui-ci dans un avenant au contrat.

Si au contraire, les parties ne parviennent pas à un accord amiable dans un délai de .... à compter de la date de la notification de la situation de Hardship, chacune des parties aura la possibilité de saisir l'arbitre, désigné conformément à la clause de règlement de conflit, lequel aura pour mission d'établir l'existence ou non d'une situation de Hardship et dans l'affirmative, de dégager, si faire se peut, la solution permettant la poursuite de la relation contractuelle.

Chacune des parties pourra également saisir l'arbitre si la partie non lésée par la situation de hardship refuse de se soumettre à son obligation d'entamer et de poursuivre les négociations de bonne foi et dans un esprit de collaboration.

L'arbitre décidera, s'il reconnaît l'existence d'une situation de Hardship, s'il y a lieu de mettre fin au contrat – auquel cas il déterminera les effets attachés à cette terminaison – ou de l'adapter afin de rétablir l'équilibre des prestations.

Il disposera de trois mois pour accomplir sa mission.

Si au contraire, les négociations se soldent par un échec, chacune des parties aura la possibilité de mettre fin au contrat, dans les conditions suivantes :..... (avec/sans indemnité, moyennant un préavis de ..., sort du contrat pendant la durée du préavis, restitutions éventuelles, clauses survivant à l'extinction du contrat, etc..)

Les parties seront tenues de poursuivre l'exécution du contrat pendant la durée de la procédure arbitrale.

If a Hardship occurs the parties shall commence negotiations with a view to reaching a mutually satisfactory resolution of the situation.

Should the parties fail to reach an agreement within () days starting from the beginning of the negociations each party shall have to right to initiate the arbitral proceedings, pursuant to article ...., in order to determine the appropriate revision of the terms of the contract.	Should the parties fail to reach an agreement within one month of the receipt of the notice of hardship, as regards such solution either party shall have the right to terminate the contract, effective .... months after the date upon which the other party shall be receive the notice of hardship by giving the other party notice of its decision to terminate the contract within .... of the end of the said one month period. The effects of such termination shall be dealt with as follows :	Should the parties fail to reach an agreement as regards such solution the contract shall remain in effect during its term.

الملحق رقم 2: قرار تحكيمي رقم 1172، صادر عن غرفة التجارة البحرية بباريس سنة

Sentence CAMP 1172 du 03 Février 2010 2010

Le Droit Maritime Français, N° 725, 1er mai 2011

SuivantPrécédent

Sentence 1172 du 3 février 2010

Contrat de tonnage. Clause de hardship. Hausse du marché des frets. Augmentation du prix des combustibles, des frais de port, des frais d'exploitation et de la congestion portuaire - Effet rétroactif de la clause de hardship (non). Situation de hardship (non). Rejet des réclamations. Irrecevabilité pour non identification des filiales défenderesses (non)

Un contrat de transport de minerai de fer d'environ 8 cargaisons par an pendant 5 ans, par navires de gros tonnage, a été signé en 2003. L'exécution de ce contrat s'est déroulée sans incident jusqu'à la fin de la quatrième année.

Pendant cette période, les taux de fret et de surestaries pratiqués sur le marché libre des frets ont évolué à la hausse pour atteindre la quatrième année des niveaux jusqu'à cinq fois supérieurs aux taux contractuels, le prix des combustibles des navires ayant de son côté subi une augmentation de même ampleur. Ces conditions défavorables aggravées par une congestion portuaire, des hausses importantes des frais de port et de ses propres frais généraux ont très lourdement, pour l'armateur, amputé les résultats escomptés du contrat.

Confronté à ces bouleversements économiques sans précédent, il a estimé légitime de demander, dans les conditions de la charte-partie, l'application de la clause dite de « hardship ».

Cette clause de sauvegarde prévoit qu'au cours du contrat des événements notamment de type économique, *non prévus par les parties à la date de conclusion*

du contrat, peuvent survenir et en affecter l'exécution en créant soit un avantage excessif pour une partie, soit un préjudice sérieux pour l'autre partie. Selon cette clause, si une partie invoque une situation de hardship, les contractants doivent se rencontrer dans les 30 jours et chercher une solution appropriée à la protection de leurs intérêts respectifs et pour la continuation du contrat.

Une réunion a eu lieu dans les conditions prévues par clause, mais n'a pas permis d'arriver à un accord.

L'armateur a décidé de réclamer en arbitrage la réparation de son préjudice sur l'ensemble des voyages contractuels.

L'affréteur a contesté la validité de la demande d'arbitrage au motif qu'elle ne lui permettait pas d'identifier les filiales défenderesses et s'est abstenu de verser à la Chambre Arbitrale Maritime de Paris les consignations demandées. Sur le fond il a plaidé l'absence d'une situation de hardship.

Les arbitres ont jugé que la clause dite de « hardship » est une clause de sauvegarde et qu'elle fait obligation aux co-contractants de se rencontrer et de rechercher une solution.

Ils soulignent, par contre, que cette clause est muette sur les conséquences d'un échec des pourparlers. Il n'est donc pas dans les pouvoirs des arbitres de se substituer aux parties pour modifier des clauses contractuelles. Le collège arbitral considère que la renégociation a été conduite de bonne foi.

Sur les effets d'une possible situation de « hardship », les arbitres précisent qu'ils ne pourraient concerner que la période du contrat postérieure à la notification formelle de la situation de « hardship » par la partie concernée et que cette clause ne peut avoir d'effet rétroactif pour concerner l'ensemble des voyages du contrat.

Sur l'éventuelle existence d'une situation de « hardship » les arbitres ont jugé que les parties étaient des professionnels avertis des contrats maritimes et qu'ils ont nécessairement pesé leurs risques avant de contracter. En signant un contrat de 5 années, l'Armateur devait prendre en compte les possibles augmentations de ses coûts d'exploitation et des frais de port. De telles augmentations mêmes importantes ne sont pas constitutives d'une situation de « hardship ».

Les arbitres soulignent également qu'un éventuel rééquilibrage du contrat ne peut, en aucun cas, être recherché par comparaison avec les taux pratiqués sur le marché des frets puisque le but même du contrat était précisément d'échapper aux aléas dudit marché.

Enfin, l'Armateur avait la possibilité de rechercher sur la durée du contrat une couverture à terme des soutes consommées par ses navires afin de se mettre à l'abri d'un éventuel choc pétrolier et que c'est délibérément, après y avoir songé, qu'il a décidé de ne pas couvrir ce risque.

Les arbitres ont, en conséquence, jugé que les éléments constitutifs d'une situation de « hardship » ne sont pas réunis en l'espèce et ont rejeté la totalité de la demande de l'Armateur.

Ils ont néanmoins jugé que la demande d'arbitrage était valablement formulée et que l'Affréteur ne pouvait pas, de bonne foi, exciper d'un changement de noms et d'adresse de sa société et de ses filiales depuis la signature du contrat pour prétendre que la demande d'arbitrage était nulle et en tirer argument pour refuser à plusieurs reprises de déposer les consignations demandées.

Les arbitres ont jugé qu'il avait ainsi violé le règlement de la Chambre Arbitrale Maritime de Paris et ont condamné l'Affréteur à régler 50 % des frais de l'arbitrage. Ils ont pour la même raison décidé de ne pas lui accorder les sommes demandées au titre de l'article 700 du code de Procédure Civile.

الملحق رقم 3: نموذج حول العقد المبرم بين شركة نفطالNAFTAL وشركة Shell aviation limited

[redacted] GRAISSES AVIATION
[redacted] LIMITED

ENTRE

La Société Nationale de Commercialisation et de Distribution des Produits Pétroliers
NAFTAL S.P.A. [redacted]
15.650.000.000,00 DA dont le siège social est à :

[redacted] -

Ci-après désignée dans tout ce qui suit par le terme « l'Acheteur » ou « NAFTAL / AVM ».

Dûment représentée par son Directeur, Monsieur [redacted], ayant tous pouvoirs à l'effet du présent contrat.

D'une part,

Et

La Société SHELL AVIATION LIMITED
Dont le siège social est à : SHELL MEX HOUSE, STRAND
LONDON WC2R 0ZA - ENGLAND -

Ci-après désignée dans tout ce qui suit par le terme " le Vendeur " ou " SHELL "

Dûment représentée par son Directeur Général Commercialisation, Monsieur [redacted] ayant tous pouvoirs à l'effet du présent contrat,

D'autre part ,

Il a été convenu et arrêté ce qui suit :

CONTRAT N° [redacted]

[redacted] DE LUBRIFIANTS & GRAISSES AVIATION

ARTICLE 1 / - OBJET DU CONTRAT

Le présent contrat a pour objet de définir les termes et conditions selon lesquelles Vendeur s'engage à fabriquer et à livrer à l'Acheteur en CFR (Incoterms 2000) port d'Alge Vingt et Un Mille Cent Trente (21.130) litres d'huiles lubrifiantes Aviation et Deux Mille Ce Vingt et Un (2.121) kilos de graisses Aviation et ce conformément aux spécificatior techniques.

Les produits sont d'origine des U.S.A, Allemagne et Angleterre, de provenance Belgique Angleterre.

ARTICLE 2 / - MODE DE PASSATION

Le présent contrat est passé selon la procédure de gré à gré conformément aux Procès Verbau du Comité Ad Hoc n° [redacted] respectivement du [redacted] et aux disposition de la réglementation en vigueur au sein de NAFTAL, en matière de transactions commerciales.

ARTICLE 3/ -TEXTES DE REFERENCE

Le présent contrat est régi par l'ensemble des dispositions de la législation et de l réglementation Algériennes en vigueur.

ARTICLE 4/ - DOCUMENTS CONTRACTUELS

Font partie intégrante des documents contractuels, le présent contrat et les annexes suivantes :

- L'annexe 1 : Factures proforma
- L'annexe 2 : Spécifications techniques
- L'annexe 3 : Déclaration à souscrire

En cas de contradiction entre le présent contrat et les annexes, les dispositions contenues dans le présent contrat prévaudront.

CONTRAT N° [redacted]

[redacted] LUBRIFIANTS & GRAISSES AVIATION

[redacted] LIMITED

ARTICLE 19 / - FORCE MAJEURE

Les parties contractantes seront momentanément déliées, totalement ou partiellement de leurs obligations dans la mesure où celles-ci seront affectées par un cas de force majeure.

Les parties au présent contrat entendent par cas de force majeure, tout acte ou événement imprévisible, irrésistible et indépendant de la volonté des parties, à charge pour la partie qui s'en prévaut d'apporter la preuve du cas de force majeure.

La partie qui invoque la force majeure devra, immédiatement après la survenance de l'événement constituant la force majeure, adresser une notification expresse à l'autre partie par téléphone, fax ou télex, confirmée par lettre recommandée avec accusé de réception.

Les obligations de l'une ou des deux parties affectées par la survenance d'un cas de force majeure seraient prorogées et si nécessaire renégociées d'un commun accord d'une durée la plus courte possible et qui ne saurait excéder la durée du retard réellement subi en raison du cas de force majeure

Tout retard pour le cas de force majeure non justifié dans les conditions et formes ci-dessus ne sera en aucune façon admissible ni retenu pour le décompte du délai contractuel.

Dans tous les cas, la partie qui invoque le cas de force majeure devra prendre toute disposition utile pour assurer dans les brefs délais la reprise de l'exécution de ses obligations affectées par le dit cas de force majeure, la poursuite de l'exécution normale du contrat et pour combler les retards dans toute la mesure de ses moyens.

Le délai d'exécution de livraison de la fourniture sera prorogé d'une durée n'excédant pas celle de la force majeure. Toutefois la suspension de cette exécution ne pourra excéder deux (02) mois, sauf accord express entre les deux parties.

Passé ce délai, la partie contre laquelle le cas de force majeure a été invoqué, peut résilier le contrat sans aucune autre formalité ni préjudice.

قائمة المصادر والمراجع

I_ قائمة المصادر:

أولا: القرآن الكريم.

ثانيا: الأحاديث النبوية الشريفة.

II_ قائمة المراجع:

أولا: باللغة العربية:

1_ الكتب:

_ إبراهيم أبو الليل، نظرية الالتزام – المصادر الإرادية للالتزام – العقد والإرادة المنفردة، مطبوعات جامعة الكويت، 1995.

_ احمد إبراهيم حسن، غاية القانون، دراسة في فلسفة القانون، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر، 2001

_ أحمد السعيد الزقرد، أصول قانون التجارة الدولية، ط 02، المكتبة العصرية، المنصورة، مصر، 2010.

_ أحمد سلامة، قانون العقد الدولي _ مفاوضات العقود الدولية، دار النهضة العربية، مصر، 2008.

_ أحمد محمود حسني، النقل الدولي البحري للبضائع، ط 02، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 1989.

_ أحمد مخلوف، اتفاق التحكيم كأسلوب لتسوية منازعات عقود التجارة الدولية، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2001.

_ السعدي محمد صبري، الواضح في شرح القانون المدني، النظرية العامة للالتزامات، مصادر الالتزام، العقد والإرادة المنفردة (دراسة مقارنة في القوانين العربية)، دار الهدى، الجزائر، 2019.

_ الكشبور محمد، نظام التعاقد ونظريتا القوة القاهرة والظروف الطارئة، ط 01، د.د.ن، المغرب، 1993.

_ الكيلاني محمود، الموسوعة التجارية والمصرفية، المجلد 4، عمليات البنوك، ط 1، الإصدار الأول، دار الثقافة، الأردن، 2008.

_ أنور سلطان، الموجز في النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر، 1998.

_ إيمان الجميل، الحوادث البحرية، المكتب الجامعي الحديث، مصر، 2013.

_ إيمان فتحي الجميل، اتفاق التحكيم البحري وفقا لقانون التحكيم المصري والاتفاقيات الدولية، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2013.

_ أيمن ابراهيم العشماوي، مفهوم العقد وتطوره دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، مصر، 2002.

_ بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، التصرف القانوني، العقد والإرادة المنفردة، ج 01، ط 03، د.م.ج، الجزائر، 2004.

_ بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، التصرف القانوني (العقد والإرادة المنفردة)، ج 01، د.م.ج، الجزائر، 1999.

_ ثروت حبيب، دراسة في قانون التجارة الدولية مع الاهتمام ببيوع فيينا 1980، مكتبة الجلاء الجديدة بالمنصورة، مصر، 1995.

_ جلال علي العدوي، أصول الالتزامات، مصادر الالتزام، منشآت المعارف، الإسكندرية، مصر ، 1997.

_ الشرقاوي جميل ، النظرية العامة للالتزام، الكتاب الثاني، أحكام الالتزام، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1995.

_ حاطوم وجدي، النقل البحري في ضوء القانون والمعاهدات الدولية، الطبعة الأولى، المؤسسة الحديثة للكتاب، لبنان، 2011.

_ حسام الدين الأحمد، جرائم القرصنة البحرية في ضوء التشريعات والاتفاقيات الدولية، ط 01، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2010.

_ حسام الدين عبد الغني الصغير، تفسير اتفاقية الأمم المتحدة بشأن عقود البيع الدولي للبضائع، دار النهضة العربية، مصر، 2001.

_ حسام الدين كامل الأهواني، أصول قانون التجارة الدولية، ج1، د.د.ن، القاهرة، مصر، 1993.

_ حسام الدين كامل الأهواني، مصادر الالتزام، ج 01، ط 02، د.د.ن، 1995.

_ حسن النجفي، القاموس الاقتصادي، مطبعة الإدارة المحلية، بغداد، العراق، 1977.

_ حمدي كمال، القانون البحري، منشاة المعارف الإسكندرية، مصر، 1997.

_ خليل أحمد حسن قدادة، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري، ج 01، مصادر الالتزام، د.م.ج، بن عكنون، الجزائر، 1994.

_ دويدار هاني، تنظيم قانون التجارة، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، مصر، 2004.

_ دويدار هاني، قانون النقل، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2014.

_ رشوان حسن رشوان أحمد، أثر الظروف الاقتصادية على القوة الملزمة للعقد، ط 01، دار الهاني، مصر، 1994.

_ رمضان أبو السعود، مصادر الالتزام، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2018.

_ ريما فرج مكي، تصحيح العقد دراسة مقارنة، ط 01، المؤسسة الحديثة للكتاب، لبنان، 2011.

_ سعد الله عمر، قانون التجارة الدولية النظرية المعاصرة، ط. 1، دار هومة، الجزائر، 2007.

_ سعيد السيد علي، نظرية الظروف الطارئة في العقود الإدارية والشريعة الإسلامية، دراسة مقارنة، دفتر الكتاب الحديث، الإسكندرية، مصر، 2007.

_ سلامة فارس عرب، دروس في قانون التجارة الدولية، القاهرة، مصر، 2000.

_ سليمان الطماوي، مبادئ القانون الإداري، ج 02، نظرية المرفق العام، القاهرة، مصر، د.س.ن.

_ سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية (دراسة مقارنة)، ط 04، مطبعة جامعة عين الشمس، مصر، 1984.

_ سليمان مرقس، المسؤولية المدنية في تقنينات البلاد العربية، الأحكام العامة، ط 02، معهد الدراسات العربية، القاهرة، مصر، 1971.

_ سليمان مرقس، شرح القانون المدني، مصادر الالتزام، المطبعة العالمية، مصر، 1964.

_ القليوبي سميحة، الأسس القانونية للعملية البنوك، مكتبة الشمس، القاهرة، مصر.
_ سمير عبد السيد تناغو، نظرية الالتزام، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 1975.
_ سوزان علي حسن، التنظيم القانوني لمسؤولية متعهد النقل متعدد الوسائط، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، مصر، 2009.
_ شريف محمد غنام ، أثر تغير الظروف في عقود التجارة الدولية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2007.
_ صابر بركات، الحق في العمل وحقوق العمال، مركز هشام مبارك للقانون، مصر، دون سنة النشر.

_ سيف طارق، الخسارة البحرية المشتركة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2004.
_ عابد فايد عبد الفتاح فايد، تعديل العقد بالإرادة المنفردة، محاولة نظرية في قانون الالتزامات المقارن- دراسة تطبيقية في عقود السفر والسياحة، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2005.

_ عامر حسين، القوة الملزمة للعقد، مطبعة القاهرة، مصر، 1994.

_ فوده عبد الحكم، أثر الظروف الطارئة والقوة القاهرة على الأعمال القانونية، ط 01، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 1999.

_ فوده عبد الحكم، الموسوعة الوافية في العقود إنهاء القوة الملزمة للعقد _دراسة تحليلية على ضوء الفقه وقضاء النقض_، ط 01، دار الفكر والقانون، المنصورة، مصر، 2011.
_ فوده عبد الحكم، الموسوعة الوافية في العقود إنهاء القوة الملزمة للعقد _دراسة تحليلية على ضوء الفقه وقضاء النقض_، ط 01، دار الفكر والقانون، المنصورة، مصر، 2011.
_ عبد الحميد الأحدب، موسوعة التحكيم، وثائق تحكيمية، ج 4، 2009.

_ عبد الحي الحجازي، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، ج 02، مكتبة عبد الله وهبة، مصر، د.س.ن

_ عبد الراضي السيد حجازي، موسوعة التحكيم الدولي التحكيم الفيديك (FIDIK) والبري والبحري والجوي، الجزء الثاني، منشور عبر الموقع:

https://arbitrationeg.com/wpcontent/uploads/2019/10/%D8%A7%D9%84%D8%AC%D8%B2%D8%A1-%D8%A7%D9%84%D8%AB%D8%A7%D9%86%D9%8A.pdf

_ عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، النظرية العامة للالتزامات، نظرية العقد، ج 01، ط 02، منشورات حلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 1998.

_ عبد الفتاح عبد الباقي، نظرية العقد والإرادة المنفردة، دراسة مقارنة ومعمّقة، لبنان، 1984.

_ عبد الفضيل محمد أحمد، القانون البحري الخاص، مكتبة الجلاء الجديدة، المنصورة، مصر، 1997.

_ عبد الفضيل محمد أحمد، القانون الخاص البحري، الطبعة الأولى، دار الفكر والقانون، مصر، 2011.

_ عبد القادر حسين العطير، الوسيط في شرح قانون التجارة البحرية، دراسة مقارنة، ط 01، مكتبة دار الثقافة، الأردن، 1999.

_ عبد الكريم موكة، الجوانب القانونية للعقود الدولية إبرامها / تنفيذها / تسوية منازعاتها / نماذج عملية لعقود دولية، دار بلقيس، الجزائر، 2023.

_ عبد المنعم فرج الصدة، مصادر الالتزام، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1986.

_ عبد المنعم فرج الصده، نظرية العقود في قوانين البلاد العربية، دار النهضة العربية، لبنان، 1947.

_ عبد المنعم موسى إبراهيم، حسن النية في تنفيذ العقود دراسة مقارنة، منشورات زين الحقوقية، القاهرة، مصر، 2006.

_ عدلي أمير خالد، عقد النقل البحري (قواعد وأحكام في ضوء قانون التجارة البحرية والمعاهدات والبروتوكولات الدولية والمستحدث في أحكام محكمة النقض والدستورية العليا)، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، مصر، 2006.

_ علي، مبادئ القانون البحري، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 1957.
_ علي جمال الدين عوض، النقل البحري للبضائع، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1996.
_ غازي عبد الرحمان ناجي، التوازن الاقتصادي في العقد أثناء تنفيذه، منشورات مركز البحوث القانونية، بغداد، العراق، 1986.

_ فاضلي إدريس، الوجيز في النظرية العامة للالتزام، العقد، الإرادة المنفردة، الفعل المستحق للتعويض، الإثراء بلا سبب، القانون، قصر الكتاب، د.د.ن، 2006.

_ فيلالي علي، الالتزامات، النظرية العامة للعقد، الطبعة الثالثة، موفم للنشر، الجزائر، 2013.

_ فيلالي علي، مقدمة في القانون، موفم للنشر والتوزيع، الجزائر، 2005.
_ لعشب محفوظ، عقد الإذعان في القانون المدني الجزائري والمقارن، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1990.
_ محسن عبد الحميد إبراهيم البيه، الالتزامات، ج 2، المصادر غير الارادية للالتزام، مكتبة الجلاء الجديدة، مصر، 1999.
_ محمد إبراهيم الدسوقي أبو الليل، الإعفاء من المسئولية المدنية في حوادث السيارات، دراسة تحليلية لنظرية السبب الأجنبي في الفقه والقضاء المصري والفرنسي، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1975.

_ محمد بهجت عبد الله أمين قايد، الوسيط في شرح قانون التجارة البحرية، ط 02، دار النهضة العربية، مصر، 2006.
_ محمد حسن عبد العال، التنظيم الاتفاقي للمفاوضات العقدية، ج 1، دار النهضة العربية، مصر، 1998.

_ محمد حسن قاسم، القانون المدني، المصادر، العقد (آثار العقد_ جزاء الاخلال بالعقد)، المجلد 02، ط 01، منشورات حلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2018.
_ محمد حسن قاسم، الوجيز في نظرية الالتزام، المصادر والأحكام، دار الجامعة الجديدة، مصر، 1994.

_ محمد حسين منصور، العقود الدولية، الدار الجامعية الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2006.

_ محمد حسين منصور، العقود الدولية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، مصر، 2009.

_ محمد حسين منصور، النظرية العامة للالتزامات، مصادر الالتزام، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2002.

_ محمد شتا أبو سعد، المبادئ القضائية في التحكيم التجاري الدولي، دار الجامعة الجديدة للنشر، الاسكندرية، مصر، 2000.

_ محمد عبد الرحيم عنبر، الوجيز في نظرية الظروف الطارئة، مكتبة زهران، الكويت، 1987.

_ محمد عبد الفتاح ترك، عقد النقل البحري، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2005.

_ محمد علي عثمان الفقي، استحالة تنفيذ الالتزام وآثارها، دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون المدني، دار النهضة العربية، مصر، 1995

_ محمد لبيب شنب، دروس في نظرية الالتزام: مصادر الالتزام، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1977.

_ محمد محي الدين إبراهيم سليم، التسلط الاقتصادي وأثره على التوازن العقدي، ط 01، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر، 2007.

_ محمد محي الدين إبراهيم سليم، نظرية الظروف الطارئة بين القانون المدني والفقه الإسلامي، ط 01، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2010.

_ محمد نصر الدين منصور، نحو نظام قانوني لوقف عقود العاملين حال توقف العمل في المنشآت، دار النهضة العربية، مصر، 1989.

_ محمود جلال حمزة، المسؤولية الناشئة عن الأشياء غير الحية في القانون المدني الجزائري، د.م.ج، الجزائر، 1988.

_ محمود سمير الشرقاوي، العقود التجارية الدولية، دراسة خاصة لعقد البيع الدولي للبضائع، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1992.

_ محمود علي دريد، النظرية العامة للالتزام، القسم الأول، مصادر الالتزام _دراسة تحليلية_، ط 01، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2012.

_ محمود مختار أحمد بربري، التحكيم التجاري الدولي، دار النهضة العربية، مصر، 1999.

_ محي الدين إسماعيل علم الدين، منظمة التحكيم التجاري الدولي، ج 1، مطابع العناني، القاهرة، مصر، 1986.

_ مراد محمود المواجدة، المسؤولية المدنية في عقود نقل التكنولوجيا، ط 01، دار الثقافة، الأردن، 2010.

_ مصطفى كمال طه، أساسيات القانون البحري (دراسة مقارنة)، ط 01، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2006.

_ مصطفى كمال طه، أساسيات القانون التجاري والقانون البحري، معارف الإسكندرية، مصر، 1983.

_ مصطفى كمال طه، التأمين البحري، الدار الجامعية، لبنان، 1992.

_ مصطفى كمال طه، القانون البحري، دار الجامعة الجديدة، مصر، 1998.

_ مصطفى كمال طه، مبادئ القانون البحري، الطبعة الثالثة، الدار الجامعية للطباعة والنشر، بيروت، لبنان، د.س.ن.

_ معاشو عمار، النظام القانوني لعقود المفتاح في اليد بالجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1989.

_ ملش فاروق، النقل المتعدد الوسائط (الأوجه التجارية والقانونية)، الأكاديمية العربية للعلوم والتكنولوجيا والنقل البحري، الشنهابي للطباعة والنشر، مصر، 1996.

_ نعمان محمد خليل، دروس في المدخل للعلوم القانونية، دار النهضة العربية، مصر، 1978.

_ هشام مصطفى محمد إبراهيم، قانون النقل البحري، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر، 2017.

_ وائل حمدي أحمد، حسن النية في البيوع الدولية، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر، 2012.

_ يعقوب يوسف صرخوه، العقود التجارية، مؤسسة دار الكتب، الكويت، 1986.

2_ الرسائل والمذكرات:

أ_ رسائل الدكتوراه:

_ باسم محمد خضر آل حجيل السعيدي، إعادة التوازن العقدي بالوسائل الاتفاقية في عقود التجارة الدولية، دكتوراه، القانون الخاص_ القانون التجاري، كلية القانون، جامعة بغداد، العراق، 2015.

_ بسعيد مراد، عقد النقل البحري للبضائع وفقا للقانون البحري الجزائري والاتفاقيات الدولية، دكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، الجزائر، 2011_2012.

_ بكر عبد السعيد محمد أبو طالب، أزمة العقد دراسة مقارنة، دكتوراه في الحقوق، كلية الحقوق، الدراسات العليا، جامعة المنوفية، مصر، 2020.

_ بلباقي بومدين، التحكيم في المنازعات الناشئة عن عقد النقل البحري للبضائع، دكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، الجزائر، 2017_2018.

_ بلحاج نصيرة، تغير الظروف وأثره في عقود التجارة الدولية، دكتوراه في الحقوق، تخصص قانون الأعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية سعيد حمدين، جامعة الجزائر 1 يوسف بن خدة، الجزائر، 2018_2019.

_ بن حمو فتح الدين، الحجز على السفن في التشريع الجزائري، دكتوراه، تخصص القانون البحري وقانون النقل، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان، الجزائر، 2016_2017.

_ بن عيسى حياة، أمن المنشآت المينائية والسفن في ظل القانون الجزائري والمعاهدات الدولية، دكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد تلمسان، الجزائر، 2014_2015.

_ بن غالم بومدين، البيع والنقل الدوليين للبضائع استقلالية أم اعتماد متبادل، دكتوراه في القانون الخاص، تخصص القانون البحري والنقل، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان، الجزائر، 2021_2022.

_ بودالي خديجة، اتفاق التحكيم في عقد النقل البحري، دكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، الجزائر، 2014_2015.

_ بوطبالة معمر، الإطار القانوني لعقد التفاوض في مفاوضات عقود التجارة الدولية، دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الإخوة منتوري، قسنطينة، الجزائر، 2016_2017.

_ بوعيس يوسف، نظرية الظروف الطارئة في عقود التجارة الدولية، دكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة سعيدة الدكتور مولاي الطاهر، الجزائر، 2020_2021.

_ بوقادة عبد الكريم، الامتيازات والرهون البحرية الواردة على السفينة، دكتورا في القانون الخاص، تخصص القانون البحري والنقل، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان، الجزائر، 2018_2019.

_ بوكماش محمد، سلطة القاضي في تعديل العقد في القانون المدني الجزائري والفقه الإسلامي، دكتوراه في العلوم الإسلامية، تخصص شريعة وقانون، كلية العلوم الإنسانية والاجتماعية والعلوم الإسلامية، جامعة الحاج لخضر باتنة، الجزائر، 2011_2012.

_ جيهان حيدر خليل الكرعاوي، سوء النية وأثره على تنفيذ العقد "دراسة مقارنة"، دكتوراه في القانون الخاص، معهد العلمين للدراسات العليا، العراق، 2021.

_ حدون حسن، تراجع مبدأ القوة الملزنة للعقد _دراسة مقارنة في ظل التشريعات الخاصة_، دكتوراه، تخصص قانون خاص، كلية الحقوق سعيد حمدين، جامعة الجزائر 1 بن يوسف بن خدة، 2020_2021.

_ حسبو الفزاري، أثر الظروف الطارئة على الالتزام العقدي، دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 1979.

_ حليس لخضر، مكانة الإرادة في ظل تطور العقد، دراسة لبعض العقود الخاصة، دكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان، الجزائر، 2015_2016.

_ حمزة أحمد حداد، العقود النموذجية في قانون التجارة الدولية، دراسة في البيع الدولي، دكتوراه، جامعة القاهرة، 1975.

_ خلادي إيمان، الحرية التعاقدية في عقد النقل البحري للبضائع على ضوء القانون البحري الجزائري والاتفاقيات الدولية، دكتوراه في القانون الخاص، تخصص القانون البحري والنقل، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان، الجزائر، 2020_2021.

_ دالع سعيد، أسباب إعفاء الناقل البحري من المسؤولية في عقد النقل للبضائع، دكتوراه، تخصص القانون البحري وقانون النقل، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان، الجزائر، 2018_2019.

_ درماش بن عزوز، التوازن العقدي، دكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان، الجزائر، 2013_2014.

_ دمانة محمد، دفع المسؤولية المدنية للناقل، دكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان، الجزائر، 2010_2011.

_ رقيق عبد الصمد، دفع مسؤولية الناقل البري وتحديدها في القانون الجزائري وعلى ضوء الاتفاقيات الدولية، دكتوراه في القانون البحري والنقل، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان، الجزائر، 2021_2022

_ رمضان عبد الله صابر غنام، وقف عقد العمل، دكتوراه، كلية الحقوق، بني سويف، جامعة القاهرة، 1997.

_ زيتوني فاطمة الزهراء، مبدأ حسن النيّة في العقود _دراسة مقارنة_، دكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان، الجزائر، 2017_2018.

_ سعدون يسين، اثر الظروف الاقتصادية على العقد، دكتوراه، تخصص القانون الخاص الداخلي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري تيزي وزو، الجزائر، 2017_2018.

_ سليمان مرقس، نظرية دفع المسؤولية المدنية للحادث الفجائي والقوة القاهرة، فعل الدائن وفعل المصاب وفعل أجنبي، دراسة مقارنة في المسؤولية التعاقدية والمسؤولية التقصيرية في القانون الفرنسي والمصري، دكتوراه في القانون المدني، القاهرة، د.س.ن.

_ سيف الدين محمد محمود، جزاء عدم التنفيذ في العقود الملزمة للجانبين، دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 1994.

_ شقراء عادل عبد الله حمود السليطي، النظام القانوني لعقد الطاقة المتجددة في دولة قطر، دكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة قطر، يناير 2025.

_ صلاح الدين جمال الدين محمد عبد الرحمان، عقود الدولة لنقل التكنولوجيا، دراسة في إطار القانون الدولي الخاص والقانون التجاري الدولي، دكتوراه، جامعة طنطا، مصر.

_ صلاح محمد أحمد، القوة القاهرة وآثارها في قانون العمل، دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة أسيوط، 1995.

_ طيار محمد السعيد أثر تغير الظروف على الالتزام العقدي في التجارة الدولية، دكتوراه، تخصص قانون الاعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر بسكرة، الجزائر، 2024_2023.

_ عبد الحي حجازي، عقد المدة، دكتوراه، جامعة إبراهيم باشا، عين الشمس، مصر، 1950.

_ عبد الرحمان أسامة، نظرية الظروف الطارئة بين النظرية والتطبيق، دبلوم الدراسات العليا في القانون الخاص، الرباط، 1983.

_ عبد الرحمان سليم، شروط الإعفاء من المسؤولية، دكتوراه، جامعة الإسكندرية، 2000.

_ عبد الستار التليلي، الأسباب القانونية لدفع مسؤولية الناقل الجوي، رسالة الدراسات العليا، جامعة الجزائر، 1974.

_ عبد الوهاب علي بن سعد الرومي، الاستحالة وآثارها على الالتزام العقدي، دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون المدني، ط01، القاهرة، 1994.

_ عثماني بلال، أطراف العقد المدني، بين الحق في تحقيق المصلحة الشخصية والالتزام بحسن نية، دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري تيزي وزو، الجزائر، 2018.

_ عليان عدة، فكرة النظام العام وحرية التعاقد في ضوء القانون الجزائري والفقه الإسلامي، دكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان، الجزائر، 2016_2015.

_ عمار فيصل، وثيقة النقل البحري في ظل القانون الجزائري والاتفاقيات الدولية، دكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان، الجزائر، 2018_2017.

_ فاضل خديجة، عيممة العقد، دراسة مقارنة، دكتوراه، جامعة الجزائر 1، 2015_2014.

_ قاسي فوزية، متطلبات تكريس دولة القانون: دسترة مبدأ الأمن القانوني (دراسة مقارنة بين التجربة الأوربية والجزائرية)، دكتوراه، تخصص العلاقات الدولية والأمن الدولي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة وهران، 2018_2017.

_ قماز ليلى إلدياز، أحكام النقل الدولي متعدّد الوسائط، دكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان، الجزائر، 2013_2014.
_ مروك أحمد، شرط إعادة التفاوض في عقود التجارة الدولية، دكتوراه في الحقوق، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1_ بن يوسف بن خدة، الجزائر، 2014_2015.

_ ملزي عبد الرحمن، نظام المسؤولية المحدودة في عقد النقل البحري، دكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق بن عكنون، جامعة الجزائر بن يوسف بن خدة، الجزائر، 2006_2007.
_ نرمين محمد محمود الصبح، مبدأ العقد شريعة المتعاقدين والقيود التي ترد عليه في قانون التجارة الدولية، دكتوراه، جامعة عين الشمس، مصر، 2002_2003.

_ نساخ فاطمة، الوظيفة الاجتماعية للعقد، دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2013.

_ هني عبد اللطيف، حدود الأخذ بفكرة إعادة التفاوض في العقد _دراسة مقارنة_، أطروحة دكتوراه في القانون العام، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان، 2015_2016.

_ ياسر شحادة مرزوق ضبابات، أثر القوة القاهرة على الرابطة العقدية في نطاق المسؤولية العقدية ومدى إمكانية تعديل الأثر المترتب عليها (دراسة مقارنة)، دكتوراه في الحقوق، كلية الحقوق، جامعة عين الشمس، مصر، 2018.

ب_ مذكرات الماجستير:

_ بن يحي شارف، نظرية الظروف الطارئة في القانون المدني الجزائري والفقه الإسلامي (دراسة مقارنة)، ماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة وهران، الجزائر، 2009_2010.
_ بولحية جميلة، نظرية الظروف الطارئة في القانون المدني الجزائري دراسة مقارنة، ماجستير، تخصص العقود والمسؤولية، معهد الحقوق والعلوم الإدارية، جامعة الجزائر، 1983.

_ حدي لالة أحمد، سلطة القاضي في تعديل الالتزام التعاقدي وتطويع العقد، ماجستير في قانون مسؤولية المهنيين، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان، الجزائر، 2012_2013.

_ حفصة بشير محمود، المخالفة الجوهرية في اتفاقية فيينا للبيع الدولي للبضائع 1980 (دراسة مقارنة)، ماجستير في القانون الخاص، كلية القانون والعلوم السياسية، الجامعة العراقية، العراق، 2018.

_ حيدر عباس جيجان، التكييف القانوني لجائحة كورونا دراسة مقارنة في نطاق الالتزامات العقدية، ماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة بغداد، العراق، 2022.

_ حيفري نسيمة أمال، الحالات المستثناة لمسؤولية الناقل البحري في القانون الجزائري والقانون المقارن، ماجستير، تخصص قانون الأعمال المقارن، جامعة وهران، الجزائر، 2011_2010.

_ خميس صالح ناصر عبد الله المنصوري، نظرية الظروف الطارئة وأثرها في التوازن الاقتصادي للعقد (دراسة تحليلية في ضوء قانون المعاملات المدنية الإماراتي)، ماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الإمارات العربية المتحدة، 2016_2017.

_ دمانة محمد، دفع مسؤولية الناقل البحري للبضائع في القانون البحري الجزائري، ماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم الاقتصادية، جامعة قاصدي مرباح ورقلة، الجزائر، 2006_2005.

_ زروتي الطيب، دفع المسؤولية العقدية بالقوة القاهرة، ماجستير، تخصص العقود والمسؤولية، جامعة الجزائر 1، 2011_2012.

_ زيتوني فاطمة الزهراء، دور القاضي في تنفيذ العقد في المواد المدنية، ماجستير في قانون العقود والمسؤولية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان، الجزائر، 2009_2008.

_ عبيد نجاة، سلطة القاضي في تعديل العقد في القانون المدني الجزائري، ماجستير في القانون الخاص المعمق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان، الجزائر، 2016_2015.

_ علاق عبد القادر، أساس القوة الملزمة للعقد وحدودها دراسة مقارنة، ماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، الجزائر، 2008_2007.

_ علي عبيد عودة، العلاقة السببية بين الخطأ والضرر، ماجستير، كلية القانون، جامعة بغداد، 1977.

_ عواق صليحة، تكييف العقود الدولية مع تغيّر الظروف، ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 1998.

_ مروك أحمد، معالجة أثر تغير الظروف في تنفيذ عقود التجارة الدولية، ماجستير في الحقوق، تخصص قانون الأعمال، كلية الحقوق بن عكنون، جامعة الجزائر بن يوسف بن خدة، الجزائر، 2009_2008.

_ هزرشي عبد الرحمان، أثر العذر والجوائح على الالتزامات العقدية في الفقه الإسلامي مقارنة بنظرية الظروف الطارئة في القانون المدني الجزائري، ماجستير، كلية العلوم الإسلامية، جامعة الجزائر، 2005_2006.

3_ المقالات القانونية:

_ اسيل باقر جاسم، المخالفة الجوهرية للعقد وأثرها (دراسة في عقد البيع الدولي للبضائع)، ص206، منشورة عبر الموقع الالكتروني:
https://www.iasj.net/iasj/download/a916dd9c1da9bbfc

_ اشراقية أحمد، الوسائل القانونية الخاصة بمواجهة آثار جائحة فيروس كورونا المستجد على العلاقات التعاقدية: دراسة في القانونية الفرنسي واللبناني، مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، العدد 6، ملحق خاص، السنة الثامنة، 2020.

_ إفتيسان وريدة، إشكالية علاقة مبدأ الأمن التعاقدي بفكرة الأمن القانوني، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، المجلد 13، العدد 01، 2022.

_ بسعدي يوسف، حدوم كمال، مكانة الخطأ الملاحي في النقل البحري للبضائع: دراسة في النصوص القانونية والاجتهاد القضائي، مجلة السياسة العالمية، المجلد 7، العدد 2، 2023.

_ بسعيد مراد، انحراف السفينة وأثره في تنفيذ عقد النقل البحري، مجلة أكاديميا، العدد 03، جامعة شلف، الجزائر، 2015،

_ بضليس عبد العزيز، مسؤولية الناقل البحري عن البضائع المنقولة على سطح السفينة، مجلة الندوة للدراسات القانونية، العدد 12، قسنطينة، الجزائر، 2017.

_ بن بريح أمال، مدى تراجع دور الإرادة في المجال التعاقدي، بحوث جامعة الجزائر 1، الجزء 1، العدد 14، 2020.

_ بن جيلالي سميرة، التسليم القانوني للبضائع نهاية لتنفيذ عقد النقل البحري، المجلة الجزائرية للنقل البحري والنقل، العدد السابع، 2018.

_ بن دريس حليمة، إعادة التفاوض في العقود: دراسة على ضوء مبادئ اليوندروا والتشريعات الوطنية، مجلة الاجتهاد القضائي، المجلد 13، العدد 02، 2021.

_ بن عيسى حياة، التهديدات البحرية الراهنة وجهود مكافحتها، المجلة الجزائرية للقانون البحري والنقل، العدد 01، جامعة تلمسان، الجزائر، 2014.

_ بورطال أمينة، اتفاق التحكيم البحري، اتفاق التحكيم البحري، المجلة الجزائرية للقانون البحري والنقل، الجزائر، العدد 6، 2017.

_ بورطال أمينة، إشكالية الشحن على سطح السفينة في قانون النقل البحري، المجلة الجزائرية للقانون البحري والنقل، العدد الخامس.

_ بوشاشي يوسف، نظرية الظروف الطارئة بين استقرار المعاملات واحترام التوقعات، حوليات جامعة الجزائر، العدد 31، الجزء 01، الجزائر، 2017.

_ بوقادة عبد الكريم، موقف الاتفاقيات الدولية والقانون الجزائري من انحراف السفينة وأثر ذلك في مسؤولية الناقل البحري، المجلة الجزائرية للقانون البحري والنقل، العدد 08، 2018.

_ حسوني ياسين، تأثير جائحة كورونا على عقود الشغل الفردية في ضوء المنظومة القانونية، مؤلف جماعي بعنوان: "القانون والقضاء في زمن الجائحة والطوارئ"، الجزء الأول، مجلة الباحث للدراسات والأبحاث القانونية والقضائية وسلسلة أبحاث قانونية جامعية معمقة، مطبعة الرشاد، المغرب، 2022.

_ حمصي أحمد، شرط القوة القاهرة في العقود الدولية، مقال منشور في الموقع:

https://www.houmsilaw.com/img/uploads1/research_435.pdf

_ حوباد حياة، مدى تأثير شروط سند الشحن الخاصة بعمليات المناولة والتشوين، المجلة الجزائرية للقانون البحري والنقل، العدد 07، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان، الجزائر، 2018.

_ حوباد حياة، وحدة عقد النقل البحري: ضرورة إلغاء نص المادة 812 من القانون البحري الجزائري، مجلة قانون النقل والنشاطات المينائية، المجلد 05، العدد 01، 2018.

_ دريسي أمينة، مدى مسؤولية الناقل البحري عن التغيير المعقول للطريق، مجلة الفكر القانوني والسياسي، المجلد 6، العدد 2، 2022.

_ دهريب إلهام، بن عائشة نبيلة، انعكاسات فيروس كورونا كوفيد 19 على تسريح العمال، المجلة نظرة على القانون الاجتماعي، المجلد 10، العدد 10، 2020.

_ رايس أمينة، قراءة أكاديمية في القانون رقم: 12/23 المؤرخ في: 05 أوت 2023 يحدد القواعد العامة للصفقات العمومية، مجلة العلوم القانونية والاجتماعية، المجلد 09، العدد 01، جامعة زيان بن عاشور بالجلفة، الجزائر، 2024.

_ رمزي رشاد عبد الرحمان الشيخ، التزام إعادة التفاوض في العقود المدنية (دراسة تحليلية مقارنة)، مجلة الدراسات القانونية والاقتصادية، المجلد 7، العدد 2، ديسمبر 2021، مصر.

_ سالم بن سلام بن حميد الفليتي، أثر تغير الظروف على عقود التجارة الدولية، مجلة روح القوانين، المجلد 2، العدد 88، جامعة طنطا، 2019.

_ سمير حامد عبد العزيز الجمال، القواعد القانونية المستحدثة في عقود الفيديك، مجلة الشريعة والقانون، السنة 26، العدد 52، كلية القانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، أكتوبر 2012.

_ سهيل الأحمدي وعلي أبو مارية، الإضراب عن العمل _دراسة مقارنة بين القانون والفقه الاسلامي_، مجلة جامعة النجاح للأبحاث (العلوم الانسانية)، المجلد 26، العدد 2، 2012، منشور بالموقع:

https://docs.google.com/viewerng/viewer?url=https://journals.najah.edu/media/journals/full_texts/issue-going-strike-exposing-opinion-law-and-islamic-fiqh-islamic-jurisprudence-it.pdf

_ صالح أحمد اللهيبي، قراءة قانونية لفيروس كورونا المستجد، مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، السنة الثامنة 8، ملحق خاص، العدد 6، 2020.

_ طارق جمعة السيد راشد، حماية التوقعات المشروعة للمتعاقدين، مجلة القانون والاقتصاد، ملحق العدد 96، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، مصر، 2023.

_ طبّي عبد الرشيد، الرئيس الأول للمحكمة العليا بالجزائر سابقا ووزير العدل حافظ الأختام حاليا، القوة القاهرة وأثرها على التشريع والقضاء: فيروس كوفيد 19 _نموذجا_، مقال منشور في المحكمة العليا، الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية.

_ طرطاق نورية، سلطة القاضي في منح نظرة الميسرة، مجلة الاجتهاد للدراسات القانونية والاقتصادية، العدد 05، المركز الجامعي تامنغست، الجزائر، 2014.

_ عادل عبد العزيز على السن، أصول الصياغة القانونية الجيدة للعقود (المبادئ_ المراحل_ الخصائص)، ورقة عمل مقدمة في ورشة عمل "الإطار القانوني لإعداد وصياغة العقود الدولية"، إسطنبول، أكتوبر 2011 ; تم تجميعها في كتاب تحت عنوان: "العقود الدولية القواعد والإعداد والصياغة"، أعمال المؤتمرات، المنظمة العربية للتنمية الإدارية، مصر، 2013.

_ عادل عبد العزيز على السن، المفاوضات والتوفيق والوساطة كنظم ودية لحل المنازعات، ورقة عمل مقدمة في ورشة عمل "الإطار القانوني لإعداد وصياغة العقود الدولية"، القاهرة، يونيو 2011; تم تجميعها في كتاب تحت عنوان: "العقود الدولية القواعد والإعداد والصياغة"، أعمال المؤتمرات، المنظمة العربية للتنمية الإدارية، مصر، 2013

_ عبد الله علي الفسيل، دور العدالة في تطوير القانون، مجلة الجامعة اليمنية، العدد 03، 2020.

_ عزايز إلهام، انعكاسات جائحة فيروس كورونا كوفيد 19 –المستجد على علاقات العمل في الموانئ البحرية، مجلة قانون العمل والتشغيل، المجلد 05، العدد 04، 2020.

_ علي بن عرار الدوسري، الإضراب عن العمل، مجلة كلية الشريعة والقانون، الجزء 3، العدد 24، 2022.

_ علي حسين دويح، الالتزام بإعادة التفاوض في تكوين العقد المعدل، مجلة جامعة الامام جعفر الصادق للدراسات القانونية، العدد 03، 2022.

_ عيساوي رجاء، شيخ سناء، الأمن التعاقدي ومقتضياته، مجلة الاجتهاد القضائي، المجلد 13، عدد خاص، جامعة محمد خيضر بسكرة، الجزائر، 2021.

_ غنايم حسين، انحراف السفينة وأثره في عقد التأمين البحري، مجلة الحقوق، العدد الأول، السنة السادسة، الكويت، 1982.

_ غنيجة عبد المجيد، أبعاد الأمن التعاقدي وارتباطاته، اللقاء الدولي حول الأمن التعاقدي وتحديات التنمية، الهيئة الوطنية للموثقين بالمغرب، يومي 18 و19 أفريل 2014.

_ فارس محمد العجمي، الخيارات القانونية المتاحة لأطراف العقد التجاري في مواجهة جائحة فيروس كورونا ... وسلطة القاضي في إعادة التوازن الاقتصادي للعقد، مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، العدد 6، ملحق خاص، السنة الثامنة، 2020.

_ قادري عبد العزيز، دراسة في العقود المبرمة بين الدول ورعايا دول أخرى في مجال الاستثمارات الدولية، مجلة إدارة، المجلد 7، العدد 1، 1997.

_ قرطبي سهيلة، مدى فعالية التحكيم في منازعات العقود البحرية، المجلة الجزائرية للقانون البحري والنقل، الجزائر، العدد 5، 2017.

_ قماز ليلى إلدياز، شروط الحماية من المسؤولية في سندات الشحن من التطبيق إلى الإقرار القانوني _شرط هيمالايا وشرط استحالة فحص الحاوية_، مجلة الدراسات والبحوث القانونية، العدد 05، جامعة المسيلة، الجزائر، 2017.

_ كبيطي يوسف، حماية المتعاقد من خلال نظرية الظروف الطارئة "التقاعس عن الوفاء بالالتزامات التعاقدية بسبب وباء كورونا نموذجا"، مجلة منازعات الاعمال، العدد 54، 2020، مقال منشور:

https://platform.almanhal.com/Files/2/230519

_ محمد أبو زيد، المفاوضات في إطارها العقدي، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق، جامعة عين الشمس، ع 01، السنة 47، 2005.

_ محمد علوي أمزربه، تأثير الأزمات الجيوسياسية على النقل البحري العالمي، مجلة المعهد العالي للدراسات النوعية، المجلد 4، العدد 11، جويلية 2024.

_ محمد فوزي نويجي، تطور مبدأ الأمن القانوني وأثره في إرجاء آثار حكم الإلغاء، مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، السنة التاسعة، العدد 04، 2021.

_ محمد محمد سادات، الجوانب القانونية لعقود الإنشاءات الدولية دراسة تحليلية في خصوصية آليات تسوية المنازعات في عقود الفيديك، دفاتر السياسة والقانون، العدد 19، جوان 2018.

_ محمود جمال الدين زكي، دفع المسؤولية، مجلة القانون والاقتصاد، العدد 03، السنة 30، القاهرة، مصر، 1961.

_ محمود سمير الشرقاوي، الالتزام بالتسليم في عقد البيع الدولي للبضائع، مجلة القانون والاقتصاد، السنة 46، العدد 03، القاهرة، 1976

_ مروك أحمد، مستجدات قواعد الأنكوترمز (نسخة 2020)، وتطبيقاتها في القانون الجزائري، حوليات جامعة الجزائر 1، المجلد 36، العدد 03، 2022.

_ منى أبو بكر الصديق محمد حسان، الاتجاهات القانونية الحديثة لنظرية الظروف الطارئة، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، المجلد 62، العدد 01، جامعة عين الشمس، 2020.

_ مهدي عادل محسن الماجدي، تحليل تأثير الظروف الاستثنائية على أداء تنفيذ الالتزامات الواردة في عقود النقل، مجلة كلية الإسراء الجامعة للعلوم الاجتماعية والإنسانية، المجلد 05، العدد 10، بغداد، العراق، 2023.

_ ناصر خليل جلال وسميرة عبد الله مصطفى، وقف تنفيذ الالتزام كجزاء على الإخلال المبتسر للعقد (بحث مقارن)، مجلة كلية الحقوق بجامعة النهرين، العدد 13، 2011، مقال منشور في الموقع:

https://www.iraqoaj.net/iasj/download/20acf1f199d63489

_ نجادي بن عبد الله، حيثالة معمر، تنفيذ حكم التحكيم الأجنبي _شروطه واجراءاته، مجلة القانون الدولي والتنمية، المجلد 9، العدد 1، 2021.

_ ياسر عبد الحميد الإفتيحات، جائحة فيروس كورونا وأثرها على تنفيذ الالتزامات العقدية، مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، العدد 6، ملحق خاص، السنة الثامنة، 2020.

_ يحي حمود مراد، عذراء كاطع حنون، منازعات العمل الجماعية وطرق تسويتها، مجلة واسط للعلوم الإنسانية، العدد 27، دون سنة النشر.

_ يعقوب يوسف صرخوه، النظام القانوني لمسؤولية الناقل البحري عن البضائع في القانون البحري الكويتي الجديد، مجلة الحقوق الكويتية، القسم الأول، السنة 8، العدد 2، جوان 1984.

4_ النصوص القانونية:

أ_ الاتفاقيات والبروتوكولات الدولية:

_ اتفاقية بروكسل لسنة 1924 الخاصة بتوحيد بعض القواعد المتعلقة بسندات الشحن، دخلت حيّز النفاذ سنة 1931، عدّلت ببروتوكول لاهاي فيسبي لسنة 1968، بعد أن عقدت اللجنة البحرية الدولية C.M.I مجموعة من الاجتماعات لتعديل الاتفاقية، وبدأ العمل ببروتوكول لاهاي فيسبي في جوان 1977، ثم ببروتوكول 1979، الصادر بتاريخ 31 ديسمبر 1979، والذي دخل حيز النفاذ في فبراير 1983. صادقت الجزائر على الاتفاقية لسنة 1924 دون بروتوكولاتها.

_ اتفاقية بروكسيل لسنة 1952 المتعلقة بتوحيد بعض القواعد المتعلقة بالحجز التحفظي على السفن البحرية، مؤرخة في 10 ماي 1952.

_ الاتفاقية الاوربية للتحكيم التجاري الدولي لسنة 1961، تم التوقيع عليها يوم 21 أبريل 1961، ودخلت حيز النفاذ سنة 1964.

_ اتفاقية الأمم المتحدة للنقل البحري للبضائع ل 31 مارس 1978 " قواعد هامبورغ "، دخلت حيز النفاذ في 01-12-1992.

_ اتفاقية الأمم المتحدة لقانون البحار المعروفة باتفاقية "مونتيقوباي" «Montegobay»، المؤرخة في 10 ديسمبر 1982، دخلت حيز النفاذ في 16 نوفمبر 1994.

_ اتفاقية عمان العربية للتحكيم لسنة 1987، تم إقرارها والتوقيع عليها من طرف مجلس وزراء العدل العرب في دورته الخامسة المنعقدة بتاريخ 11 أبريل 1987.

_ اتفاقية قمع الأعمال غير المشروعة الموجهة ضد سلامة الملاحة البحرية المعروفة باتفاقية Sua، صدرت سنة 1988، اعتمدت في 10 مارس 1988، دخلت حيز النفاذ في 1 مارس 1992، عُدّلت ببروتوكول اعتمد في 14 أكتوبر 2005، وبدأ تنفيذه في 28 يوليو 2010.

_ الاتفاقية العربية لمكافحة الإرهاب، تم التوقيع عليها بالقاهرة يوم 22 أبريل 1998.

_ الاتفاقية الدولية المتعلقة بالحجز على السفن المنعقدة في جنيف يوم 12 مارس 1999.

_ اتفاقية الأمم المتحدة المتعلقة بعقود النقل الدولي للبضائع عن طريق البحر كلّيا او جزئيا " قواعد روتردام" لسنة 2008، قرار الجمعية العامة رقم 122/63، 2008/12/11، تم التوقيع

عليها في مدينة روتردام بتاريخ 23-09-2009، واعتبر النصاب القانوني لدخول الاتفاقية حيّز النفاذ هو انضمام 20 دولة على الأقل، وقد انضمت إليها، إلى غاية سنة 2024، 5 دول.
_ اتفاقية الأمم المتحدة بشأن البيع الدولي للبضائع، انعقدت بتاريخ 10 يناير 1980، ودخلت حيّز النفاذ بتاريخ 01 يناير 1988.

ب_ القوانين الوطنية:

_ قانون رقم 06_04 المؤرخ في 20_02_2006، معدل ومتمم للأمر 95ـ 07 المتضمن قانون التأمين.
_ قانون رقم 19_13 المؤرخ في 11 ديسمبر 2019، يُنظم لنشاطات المحروقات، ج.ر العدد 79، مؤرخة في 22 ديسمبر 2019، المُلغي للقانون رقم 05_07 المؤرخ في 28 أبريل 2005، ج.ر العدد 50، مؤرخة في 19 يوليو 2005.

_ قانون رقم 22_13 مؤرخ في 12 يوليو 2022، يعدّل ويُتمم القانون رقم 08_09 المؤرخ في 25 فبراير 2008 والمتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

_ قانون رقم 23_12 مؤرخ في 5 أوت 2023، يحدد القواعد العامة المتعلقة بالصفقات العمومية.

ج_ الأوامر:

_ الأمر رقم 75_58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، ج.ر العدد 78 المؤرخة في 30 سبتمبر 1975، المتضمن القانون المدني الجزائري، المعدّل بالقانون رقم 05_10 المؤرخ في 20 يونيو 2005، والمعدل والمتمم بالقانون رقم 07_05 المؤرخ في 13 ماي 2007، ج.ر العدد 31 المؤرخة في 13 ماي 2007.

_ الأمر رقم 76_80 المؤرخ في 29 شوال عام 1396 الموافق 23 أكتوبر سنة 1976، المتضمن القانون البحري، ج.ر العدد 29 مؤرخة في 10 أبريل 1977، المعدّل بالقانون رقم 98_05 المؤرخ في 25 يونيو سنة 1998، ج.ر العدد 47 مؤرخة في 27 يونيو 1998، المعدّل والمتمم بالقانون رقم 10_04 المؤرخ في 15 غشت سنة 2010، ج.ر العدد 46 مؤرخة في 18أوت 2010.

د_ المراسيم:

_ المرسوم رقم 64_171 المؤرخ في 08 جويلية 1964، المتضمن تصديق الجزائر على اتفاقية بروكسيل لسنة 1952 المتعلقة بتوحيد بعض القواعد المتعلقة بالحجز التحفظي على السفن البحرية، ج.ر العدد 18، مؤرخة في 28 جويلية 1964.

_ المرسوم رقم 64_70 المؤرخ في 02 مارس 1964، المتضمن التصديق على اتفاقية بروكسيل لسنة 1924 المتعلقة بتوحيد بعض القواعد المتعلقة بسندات الشحن، ج.ر العدد 28 لسنة 1964.

_ المرسوم الرئاسي رقم 96-53، المؤرخ في 22 يناير 1996، المتضمن التصديق على اتفاقية الأمم المتحدة لقانون البحار، ج.ر عدد 09، مؤرخة في 24 يناير 1996.

_ المرسوم الرئاسي رقم 98_413، المؤرخ في 07 ديسمبر 1998، المتضمن التصديق على الاتفاقية العربية لمكافحة الإرهاب، ج.ر عدد 93، مؤرخة في 13 ديسمبر 1998.

_ المرسوم الرئاسي رقم 03_474، المؤرخ في 06 ديسمبر 2003، المتضمن التصديق على الاتفاقية الدولية المتعلقة بالحجز على السفن 1999، ج.ر العدد 77 مؤرخة في 10 ديسمبر 2003.

_ المرسوم التنفيذي رقم 20_69 المؤرخ في 21 مارس 2020، المتعلق بتدابير الوقاية من انتشار وباء فيروس كورونا (كوفيد 19) ومكافحته، ج.ر عدد 15، مؤرخة في 21 مارس 2020.

ه_ النصوص القانونية الأجنبية العربية:

_ القانون الألماني للعقود الدولية الاقتصادية الصاد بتاريخ 05 فبراير 1976.

_ القانون المدني الفرنسي الجديد 2016 الصادر بموجب المرسوم رقم 131_2016 في 10 فبراير 2016، والمصادق عليه وفق قانون التصديق رقم 287 لسنة 2016

_ القانون المدني المصري الصادر بتاريخ 16 يوليو 1948

_ قانون الالتزامات والعقود، ظهير 9 رمضان 1331 (12 أغسطس 1913)، صيغة محينه بتاريخ 11 يناير 2021.

_ قانون التجارة المصري، رقم 17 لسنة 1999، الخاص بعقود نقل التكنولوجيا.

_ قانون المعاملات المدنية الصادر بالمرسوم السلطاني العماني رقم 2013/29

_ الأمـــر المؤرخ في 15 ديسمبـــــــــر 1906 المتعلق بمجلة الالتزامات والعقـــــود التونسية (منشور بالرائد الرسمي ملحق عدد 100 بتاريخ 15 ديسمبر 1906.

_ نظام المعاملات المدنية السعودي، صدر بموجب المرسوم الملكي رقم (م/191) بتاريخ 29 ذي القعدة 1444 الموافق ل 18 جوان 2023، وتم نشره بتاريخ 01 ذي الحجة 1445 الموافق ل 19 جوان 2023.

5_ القرارات القضائية:

_ قرار رقم 65920، صادر بتاريخ 11 جوان 1990، الغرفة التجارية، المحكمة العليا، المجلة القضائية، العدد 02، 1991.

_ قرار مؤرخ في 22 جوان 1991، ملف رقم 73657، المجلة القضائية، العدد 02، 1993.

_ قرار المحكمة العليا بالجزائر، ملف رقم 77660، صادر بتاريخ 19_05_1991، المجلة القضائية، العدد 03، 1993.

_ قرار المحكمة العليا، ملف رقم 153254، صادر بتاريخ 24_06_1997، المجلة القضائية 1997، العدد 2.

_ قرار صادر عن الغرفة العقارية بالمحكمة العليا بتاريخ 24 أكتوبر 1999، ومنشور بالمجلة القضائية لسنة 1999، العدد 02.

_ قرار المحكمة العليا بالجزائر، صادر بتاريخ 1991/06/02، ملف رقم 73657، المجلة القضائية 1993، العدد 02.

_ قرار صادر عن المحكمة العليا الجزائرية بتاريخ 10 أكتوبر 1993، ملف رقم 99694، المجلة القضائية، العدد الأول، 1994.

_ قرار المحكمة العليا، الغرفة التجارية والبحرية بتاريخ 2011/02/03، ملف رقم 703843، مجلة المحكمة العليا، عدد 02 لسنة 2006.

ثانيا: باللغة الأجنبية:

1- Ouvrages généraux:

- AADTT (P.), La vente internationale de marchandises, Paris, 1990.

- ABOUSSOROR (A,), l'Exécution du Contrat de Transport Maritime de Marchandises en Droit Marocain et en Droit Français, Litec 2001.
- ZAKI (A), Droit des transports, Tome 2, Office des publications Universitaires, Ben aknoun, Alger, 1991.
- ARTZ (J-F.), La suspension du contrat à exécution successive, D, Sirey, 1979, Chro. XV.
- ATIYAH (P.S.), An introduction to the law of contract, Clarendon press, EXFORD, 1981.

- AYNES (L.), MALAURIE (Ph.), STOFFEL-MUNCK (Ph.), Droit des obligations, 9 éd, L.G.D.J, 2017.
- BATIFFOL (H.), La crise du contrat et sa portée, Archiv. Philo. Droit t, XII, 1968.

- BENABENT (A.), MAZEAUD (D.), Les grands articles du code civil, 3éme éd., D., 2018.

- BONASSIES (P.), SCAPEL (Ch.), Traite de Droit Maritime, LGDJ, Paris, 2006.
- BULISSON (M.), La négociation de marches internationaux, Montpellier, 1982.

- CARBONIER (J.), Flexible Droit, 5 éme éd., 1983.
- CHAIBAN (C.), Causes légales d'exonération du transporteur maritime dans le transport de marchandises, Etude en Droit Libanais, Français et Anglo-saxon, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1965.
- DAVID (R.), GRIVART KERSTRAT (F.), Les contrats en Droit Anglais, L.G.D.J, Paris, 1973.

- DAVID (R.), L'Imprévision dans le Droit Européen, Mélanges JAUFFRET, 1974.

- DELAUME (G.), Transnational contracts, Oceana publications, 1983.

- DELBECQUE (Ph.), L'Appréhension judiciaire des groupes de contrats, in le juge et l'exécution du contrat, PUAM, 1993.

- DEMOGUE (R.), Traité des obligations en général, effets des obligations, Paris, 1932.

- DERAINS (Y.), L'obligation de minimiser le dommage dans la jurisprudence arbitrale, RDAI, 1987.

- DRAETTA (V.U.) et LAKE (R.), Contrats internationaux, Pathologie et remèdes, Bruylant, Bruxelles, 1996.

- EL-GAMMAL (M.), L'adaptation du contrat aux circonstances économique : étude comparèe de Droit civil francais et de droit civil de la rèpublique arabe unie, Thèse paris, LGDJ, 1967.

- EXNER (A.), La notion de la force majeure, Théorie de la responsabilité dans le contrat de transport, Paris, 1892.

- FLOUR (J.), AUBERT (J-L.) et SAVEAUX (E.), Droit civil, Les obligations, L'acte juridique, 10 éme éd, Delta, Paris, France, 2002.

- FONTAINE (M) et DELY (F), Droit des contrats internationaux, Analyse et rédaction de clauses, 2°éd, Bruylant, Bruxelles, 2003.

- GRAS(N.), Essai sur les clauses contractuelles, Centre Michel de l'Hospital, Clermont-Ferrand, LGDJ, Paris, 2017.

- GHESTIN (J.), L'abus dans le contrats, Gaz pal, 1981.

- GHESTIN (J.), Traite de Droit civil, les obligations, L.G.D.J, 1992.

- GOUBEAUX (G.), La règle de l'accessoire en Droit privé, L.G.D.J, 1969.
- GOUILLOUD (M.R.), Droit maritime, 2ºédition, Pédone, Paris, 1993.
- HANOTIAU (B.), La détermination et l'évolution du dommage réparable : Principes généraux en émergence, in « Transnational rules in international commercial arbitration », 1993.

- IMHOFF – SCHELER (A.-C), Protection du consommateur et les contrats internationaux, th., Vinére, librairie de l'université, 1981.

- JAQUET (J.M), Principe dantonomie et contrats internationaux, économica, Paris, 1983.

- JAUBERT (J.), Des effets civils de la bonne foi, Ed. Pédone, Paris, 1899.
- JOSSERAND (L.), Les transports, 2éme ed, 1926.
- KABADI (A.), La technique de renégociation des contrats, A.J, 1999.

- KAHN (PH), Force majeure et contrats internationaux de longue durée, JDI, 1975.
- LASBORDES (V.), Les contrats déséquilibrés, Presses Universitaires d'AIX-MARSEILLE, 2000.
- LAUBADERE (A.), MODERNE (F.), DEVOLVE (P.), Traité de contrats administrative, LGDJ, 1984.

- LE TOURNEAU (Ph.), La responsabilité civile, Dalloz, 3é. Ed., 1982.

- Mahmoud Gamal Eddinne Zaki, La bonne foi dans l'acquisition des Droits en Droits privé, étude comparé, La caire imp., Univ. Foud 1ér, 1952.

- MALINERI (P.), Les conditions générales de vente et les contrats types de chambres syndicales, L.G.D.J, Paris, 1978.

- MALLAURIE (Ph.), AYNES (L.) et STOFFEL – MUNCK (Ph,), Droit civil, Les obligations, 02 éme éd., Defrénois, Paris, France, 2005.

- MATHEY(N.) et autres, Guide de la négociation contractuelle, Lexis Nexis, Paris, 2024.

- MAYER (P.), Le principe de bonne foi devant les arbitres du commerce international, un mélange pierre LALIVE, 1993.

- MAZEAUD (D.), Renégocier ne rime pas avec réviser, Recueil DALLOZ, 2007.

- MAZEAUD (H.) (L.) (J.), Leçons de Droit civil Français, Edit. Montchrestien, Paris, 1962.

- MAZEAUD (H.L. et J.), CHABAS (H.), Leçon de droit civil, les obligations, Montchrestien, 5 éd, 1991.

- MEKKI (M.), la Définition de la force majeure ou la magie du clair-obscur, RLCD 2006.

- MESTRE (J.), L'évolution contemporaine du Droit des contrats, journée Savatier, P.U.F, 1985.

- MOUSSERON (J-M.), Techniques contractuelles, 4° éd., 2010.

- MOUSSERON (J-M.), Techniques contractuelles, Juridique LE Febvre, 1988.

- NAJJAR (I.), La notion d'ensemble contractuel, in mélange offerts à (A.) DECOCQ, Une certaine idée du Droit LITEC, 2004.

- OSMAN (F.), Les principes généraux de la Lex mercatoria contribution à l'étude d'un order juridique a national, L.G.D.J, Paris, 1992.

- OSMAN (F.), Les principes généraux de la lex mercatoria, Thése, Pais, L.G.D.J, 1980.
- Patrick MICHAUD, principe de sécurité juridique et droit fiscal, Etudes fiscales internationales, 2012.
- PICOD (Y.), L'Obligation de coopération dans l'exécution du contrat, J.C.P, éd. G, 1988.
- PICOD (Y.), Le devoir de loyauté dans l'exécution du contrat, L.G.D.J, Paris, 1989.
- PICOD (Y.), Le devoir de loyauté dans l'exécution du contrat, t. 208, L.G.D.J., Paris, 1989.
- PRADO (A.), Le HARDSHIP dans le Droit du commerce international, Bruylant, Bruxelles, 2003.
- RODIERE (R.), DE PONTAVICE (E.), Droit Maritime, 12 édition, Dalloz, Delta, 1997.
- RODIERE (R.), Droit Maritime, Dalloz, 1997.
- RODIERE (R.), Traité Général de Droit maritime, Tome 2, Dalloz, Paris, 1970.
- STARCK (B.), Les Obligations, Librairies Techniques, 1976.
- TERRE (F.), SIMLER (P.), LEQUETTE (Y.) Et CHENEDE (F.), Droit civil, Les obligations, Dalloz, 12 éme Ed, Paris, 2018 :
- TERRE (Fr.), SIMLER (Ph.), LEQUETTE (Y.), Droit civil, les Obligations, 6 éme éd, Delta Dalloz, 1996.
- THIBIERGE (L.), Le contrat face à l'imprévu, Paris, Economica, 2011
- TRARI TANI (M.), PISSORT (W.), et SARNS (P.), Droit commercial International, éd. BERTI, ALGERIE, 2007.

- TREILIARD (J.), De la suspension des contrats, in "La tendance à la stabilité du rapport contractuel", étude de Droit privé, L.G.D.J, 1960.
- TREITEL (G.H.), The law of contract, 4 éd, Stevens, LONDON, 1975.

- WEILL (A) et TERRE (F.), Droit civil, les obligations, 4éme éd, Dalloz, 1986.

- WILLIAMS (R.), Gard guidance on maritime claims and insurance, Gard AS, 2013.

2- Thèses :

- ABDUL MUNIM (A.), La protection de l'acheteur dans la vente de marchandises en Droit de commerce international, Thèse, Rennes 1, 1991.

- ACCAOUI-LORFING (P.), La renégociation des contrats internationaux, Thèse, Paris, 2008.

- ALACHKAR (V.R.), Clause de Hardship et clause d'amiable composition, Thèse, Paris II, 2010.

- AMIC (L.), La loyauté dans les rapports de travail, Thèse, Université d'Avignon, France, 2014 ;

- ANTONMATTEI (P-H.), Contribution à l'étude de la force majeure, Thèse, Montpellier, 1992.
- BARRIERI (J.-J.), Vers un nouvel équilibre contractuel ? Recherche d'un nouvel équilibre des prestations dans la formation et l'exécution du contrat, Thèse, Toulouse, 1981.
- BENABDELLAH (I.), la renégociation du contrat, Thèse, Montpellier, 2013.

CABAS (F.), Les clauses de « HARDSHIP », Thèse, Montpellier, 1981.

- Hind ADIL, Le régime juridique international de la responsabilité du transporteur maritime de marchandises sous connaissement : un échec ?, Thèse Doctorat en Droit, Option Droit des affaires, Faculté des études supérieures et postdoctorales, Université de Montréal, 2009.

- Le BOULANGER (Ph.), Les contrats entre Etats et entreprises étrangères, Thèse, Paris 2, 1982.

- LE FICHANT (F.), L'Obligation de négociation en Droit privé, thèse, Rennes 1, 1991.

- LE ROY (D.), La force majeure dans le commerce international, Thèse, Paris, 1992.

- MABROUK (R.), La force majeure en Droit des obligation, étude en Droit Egyptien et Français, Thèse, Nantes, 1986.

- PARENT (A.), L'imprévision en Droit comparé : une analyse normative économique, thèse, Faculté de Droit, Université McGill, Montréal, 2014.

- Pèrés-Dourdou (C.), La règle supplétive, Thèse, Paris 1, 2004, n° 588.

- Rym BOUKHARI, Le contrat de transport maritime de marchandise sous connaissement contentieux France-Algérie, Thèse Doctorat, Droit des affaires, Université Paris I, Pantheon Sorbonne, 2017 ;

- SAIDANI HARIZ, La rupture du contrat, Thèse, Université de TOULON, France, 2015-2016.

- SARIS (M.N.), Les clauses particulières du contrats internationaux, Thèse, Montpellier, 1981.

- SARRAUTE (R.), La suspension dans l'exécution des contrats, Thèse, Paris, 1992.

- SERIAUX (A.), La faute du transporteur, Thèse, Aix-en-Provence, 1981.

- STARCK (B.), Essai d'une théorie générale de la responsabilité civile considérée dans sa double fonction de garantie et de peine privée, Thèse, Paris, 1947.

- VOIRIN (P.), De l'imprévision dans les rapports en Droit privé, Thèse, Nancy, 1922.

- WANG (Z.H), La formation des contrats internationaux, Thése, Strasbourg, 1992.

- Wei HOU, LA LIBERTÉ CONTRACTUELLE EN DROIT DES TRANSPORTS MARITIMES DE MARCHANDISES, Thèse de doctorat, Faculté de Droit et de Science Politique, UNIVERSITÉ PAUL CÉZANNE, AIX-MARSEILLE III, 2010.

- ZAUGG (H.), Les changements de circonstances et les clauses de Hardship dans les contrats internationaux, en Droit allemand, français et, DEA de Droit comparé, Paris II.

- LACROIX (G.), L'adaptation du contrat aux changements de Circonstances, Mémoire, Université de REIMS CHAMPAGNE-ARDENNE, 2014-2015.

- LEMARIE (A.), La force majeure en Droit du contrat de transport maritime de marchandises, Mémoire, CDMT, Faculté de Droit et de Science Politique d'AIX-MARSEILLE, Université Paul CEZANNE-AIX MARSEILLE, 2007.

3- Articles :

- ADELINE (A.), L'introduction en Droit privé Française du principe de révision des contrats pour imprévision Article 1195 nouveau du code civil, 19 Juillet 2016.

- ALLAN FARNSWORTH (E.), Duties of good faith and fair dealing under the UNIDROIT principles, relevant international conventions, and national laws, J.Intl.&Comp.Law, 1994.

- ALMEIDA PRADO (M.), Regards croisée sur les projets de règles relatifs à la théorie de l'imprévision en Europ, RIDC, 2010.

- ANCEL (P.), Imprévision et bonne foi en Droit Québécois, Revue des contrats, n° 03, 15 Septembre 2017.

- CACHARD (O.), La clause « Said to contain » de la pratique a la théorie (et non l'inverse…), Gazette de la chambre, Lettre d'information de la chambre Arbitral Maritime de Paris, Numéro 37, 2015.

- CACHARD (O.), Les clauses de HARDSHIP dans les contrats maritimes prévisions et imprévisions! Revue de Droit Maritime Français (D.M.F), Mai 2011.

- CEDRAS (V.J.), L'obligation de négocier, R.T.D.com, 1985.

- DELBECQUE (Ph.), clause « Himalaya » : de nouveaux bénéficiaires, Gazette de la chambre, Lettre d'information de la chambre Arbitrale Maritime de Paris, n36, Hiver 2014/2015.

- DELEBECQUE (Ph.), La réforme du Droit des contrats : Quelle incidence sur les contrats maritimes ?, D.M.F, 2016.

- DELEBECQUE (Ph.), Les clauses de "Hardship" et d'exonération de responsabilité dans les chartes Parties » Communications des arbitres de la Chambre au congrès international des arbitres maritimes (ICMA XVIII)

à Vancouver, mai 2012, dans la Gazette de la Chambre (CAMP) n°29, automne 2012.

- DISA-SIM, The scope and application of good faith in the Vienna convention on contracts for international sale of goods, P.L. Sch. Inst., t., of int., L. com. L., Sep. 2001;

- FABRE (R.), Les clauses d'adaptation dans les contrats, Revue trimestrielle de droit civile, 1983.

- FONTAINE (M.), Droit des contrats internationaux, analyse et rédaction de clauses, FEC, 1998.

- FONTAINE (M.), L'Harmonisation du droit des contrats et la pratique contractuelle, Les grandes clauses des contrats internationaux, 55° Séminaire de la commission Droit et Vie des Affaires, Fondation pour l'Etude du Droit et des Usages du Commerce International (FEDUCI), LIEGE, BELGIQUE, 2005.

- FOUCHARD (Ph.), Adaptation des contrats à la conjoncture économique, Rev. Arb., 1979.

- GAILLARD (E.), Trente ans de la Lex mercatoria, Pour une application sélective de la méthode des principes généraux du droit, J.D.I, 1995.

- HUMANN (C.), De la prise en charge des marchandises conteneurisées par le transporteur maritime, le commerce maritime, le Havre, France, 2014; https://hal.science/hal-02423245/document

- Jean-Yves THOMAS, Une nouvelle forme de « performance clause », une anti clause de Hardship? Gazette de la chambre arbitrale maritime de paris, n°28, 2012.

- KHAIRALLAH (G.), Le raisonnable en Droit privé Français- Développement récent, RTD, Civ., 1984.

- LEBRET (J.), Suspension et résolution des contrats, Revue critique de législation et de jurisprudence, 1924.

- LEFEBVRE (B.), La bonne foi : Notion Protéiforme, Revue de Droit de l'Université de Sherbrooke (R.D.U.S), Vol. 26, n° 02, 1996.

- LEFEBVRE (B.), La rupture du contrat pour cause d'inexécution : regards sur le rôle de la bonne foi, R.G.D., Vol. 36, Issue 1, 2006; https://www.erudit.org/fr/revues/rgd/2006-v36-n1-rgd01560/1027102ar.pdf

-LEQUETTE (Y.), De l'efficacité des clauses de Hardship, Liber Amicorum Christian Larroumet, Economica, 2010.

- MATHIEU BERRURIER, Retour sur le blocage du canal de Suez : Un point sur les risques, sur les assurances et sur les responsabilités, Dossier canaux et détroits, Institut Français de la Mer (IFM), Paris, 2021.

- MATRAY (D.) ET VIDTS (F.), Les grandes clauses des contrats internationaux, 55° Séminaire de la commission Droit et Vie des Affaires, Fondation pour l'Etude du Droit et des Usages du Commerce International (FEDUCI), LIEGE, BELGIQUE, 2005.

- MAZEAUD (D.), L'Arrêt Canal "moins "?, note Sous Cass. Com., 29 Juin 2010, D. 2010; RTD Civ 2010.

- MONTAS (A.), L'exécution du contrat de transport maritime de marchandises à l'épreuve de la Covid-19, DMF, n°821, sept.2020

- OPPETIT (B.), Arbitrage juridictionnaire et arbirtrage conventionnel, à propos d'une jurisprudence récente, Rev arb, 1977.

- OPPETIT (B.), L'Adaptation des contrats internationaux aux changements de circonstances, la clause de HARDSHIP, JDI, n° 04, 1974.

- OPPETIT (B.), La théorie de l'imprévision en Droit comparé, Rev. dr. Prat., com. Int., 1976.

- PAULSSON (J.), L'Adaptation du contrat, In l'arbitre et le contrat, Journée d'étude organisée à Paris le 12 Janvier 1984 par la comité Française de l'arbitrage, Rev. Dr., 1984.

- PHILIPPE (D.), « Rapport belge - La bonne foi dans la formation des contrats », dans Travaux de l'Association Henri CAPITANT, La bonne foi, (Journées Louisianaises 1992), t. XLIII, Litec, Paris, 1994.

- PHILIPPE (D.), « Pacta sunt servanda » et « Rebus sic stantibus », in l'apport de la jurisprudence arbitrale, Séminaire le 07 et 08 Avril 1986, Publication de la CCI.

- PHILIPPE (D.), Les clauses relatives au changement de circonstances dans les contrats à long terme,

- PHILIPPE (D.M.), Changement de circonstances et bouleversement de l'économie contractuelles, Revue internationale de Droit comparé, Bruxelles, 1986.

- POWERS (P.J.), Defining the Indefinable: Good faith and the United Nation Convention on contracts for international sale of goods, 18 Journal of law and commerce (J.L.&Com.), 1999.

- Raphael Magno VIANNA GONCALVES, Le principe Pacta Sunt Servanda. Considérations sur la force obligatoire des contrats dans le transport maritime, Neptunus, e. revue, Université de Nantes, Vol.24, 2018/2.

- REZENTHEL (R.), Le blocage des ports et l'état de Droit, D.M.F, 1998.

- SACCO (R.), Liberté contractuelle, Volonté contractuelle, RIDC, 4, 2007.

- TUNC (A.), Force majeure et absence de faute en matière délictuelle, R.T.D.C, 1946.

- ULLMANN (H.), Droit et pratique des clauses de HARDSHIP dans le système pratique américaine, Revue dr. Aff. Int., 1988.

- VAN OMMESLAGHE (P.), Les clauses de force majeure et l'imprévision (HARDSHIP) dans les contrats internationaux, Revue de droit international et de droit comparé, n° 01, 1980.

- Warner MELIS, Force majeure and Hardship clause in International Commercial Contracts in View of the Practice of the ICC Court of Arbitration;

- William Tetley, The Himalaya Clause, « stipulation pour autrui ». Non-Responsibility Clause and Gross, Négligence Under the Civil Code, Les Cahiers de droit, Vol.20, n°3, 1979, p 452 ;

- Yves TASSEL, Nantes, Le fait du prince en Droit maritime, La Gazette de la Chambre, n°22, Printemps, 2010.

4- Texte législatifs:

- German Civil Code BGB Civil Code in the version promulgated on 2 January 2002 (Federal Law Gazette [Bundesgesetzblatt] I page 42, 2909; 2003 I page 738), last amended by Article 1 of the Act of 10 August 2021 (Federal Law Gazette I P. 3515). This statute serves to implement the following directi..

https://www.erdem-erdem.av.tr/en/insights/an-update-from-the-icc-the-icc-force-majeure-and-hardship-clauses-2020

- Ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations.

- REGIO DECRETO 16 marzo 1942-XX, n. 262. Approvazione del testo del Codice civile ; Code civil (approuvé par le décret royal n° 262 du 16 mars 1942, et modifié jusqu'au décret n° 291 du 7 décembre 2016), Italie.

- Loi n° 2020-290 d'urgence pour faire Face à l'épidémie du COVID-19, JORF n° 0073 du 23 Mars 2020.

فهرس المحتويات

مقدمة 1

الباب الأول: تأثير تغيّر الظروف غير المتوقعة على تنفيذ عقد النقل البحري 13

الفصل الأول: القوة الملزمة لعقد النقل البحري بين التصاعد والتراجع..... 16

المبحث الأول: ارهاصات مبدأ حريّة التعاقد 19

المطلب الأول: القوة الملزمة للعقد 19

الفرع الأول: مفهوم القوة الملزمة للعقد 20

أولا: ماهية العقد 20

ثانيا: ضرورة اقتران العقد بالإرادة..... 24

أ_ فكرة القوة الملزمة للعقد من حيث الموضوع..... 27

ب_ فكرة القوة الملزمة للعقد من حيث الأشخاص..... 28

الفرع الأول: التدخل التشريعي والقضائي بين الحتمية والاختيارية..... 29

أولا: التوفيق بين الحرّية والتدخل في مجال العقود..... 30

ثانيا: أساس القوة الملزمة للعقد 35

أ_ التوازن العقدي..... 36

ب_ الأمن القانوني..... 38

المطلب الثاني: تأرجح عقد النقل البحري بين الحرية والتقييد..... 43

الفرع الأول: نظرة تاريخية حول القوة الملزمة لعقد النقل البحري ومدى تقييدها التشريعي 44

الفرع الثاني: تقييد الحرية التعاقدية في عقد النقل البحري بنصوص آمرة..... 52

أولا: تحديد مدة مسؤولية الناقل القانونية عن البضائع بعيدا عن إرادة الأطراف..... 54

ثانيا: بطلان الشروط التي تؤدي إلى إعفاء الناقل من المسؤولية..... 56

أ_ العقد الكمي 59

الشرط الأول 59
الشرط الثاني 60
الشرط الثالث 60
الشرط الرابع 60
ب_ نقل الحيوانات الحية 60
ج_ حالة النقل الاستثنائي 60
المبحث الثاني: مظاهر تطبيق مبدأ القوة الملزمة على عقد النقل البحري 63
المطلب الأول: الشروط المتعلقة بتنفيذ عقد النقل البحري 63
الفرع الأول: الشروط الخاصة بتنفيذ النقل البحري من حيث عمليات الشحن والتفريغ والتسليم 64
أولا: شرط تحمل أصحاب الحق على البضاعة مصاريف الشحن والتفريغ clause FIO 65
ثانيا: شرط الشحن على السطح 69
ثالثا: شرط التسليم تحت الروافع 77
الفرع الثاني: الشروط الخاصة بتنفيذ عقد النقل البحري المتعلقة بالرحلة البحرية 84
أولا: شرط تغيير الطريق le déroutement 85
أ_ شرط المنع من الانحراف 90
ب_ شرط الانحراف (الشرط الحر _ شرط كاسبيانا The caspiana Clause) 91
ثانيا: شرط المسافنة Clause d'escale 94
أ_ الالتزام بالمسافنة بموجب حكم قانوني 94
ب_ مسافنة بحكم اتفاق بين الناقل البحري والشاحن 96
الفرع الثالث: الشروط المتعلقة بعمليات المناولة المينائية 99
أولا: شرط عدم المسؤولية قبل وبعد الرّوافع 100
ثانيا: شرط الشحن أو التفريغ على الصنادل أو المواعين 100

ثالثا: شرط التفريغ التلقائي 101
المطلب الثاني: شروط تتعلق بالحماية من المسؤولية المشروعة 102
الفرع الأول: شرط هيمالاياThe Himalaya Clause 102
أولا: شرط هيمالايا في التشريعات الدولية 104
أ_ شرط هيمالايا في اتفاقية بروكسيل لسنة 1924 وبروتوكولها لاهاي فيسبي 1968 104
ب_ شرط هيمالايا في اتفاقية هامبورغ لسنة 1978 105
ج_ شرط هيمالايا في اتفاقية روتردام لسنة 2008 107
ثانيا: الحماية بموجب الشرط في التشريع الجزائري..... 110
الفرع الثاني: شرط استحالة فحص الحاوية 111
أولا: القيمة القانونية للتحفظات (استحالة فحص الحاوية) 112
ثانيا: التحفظ إهدار لحجية السند 115
الفصل الثاني: تغيّر ظروف تنفيذ عقد النقل البحري..... 118
المبحث الأول: نظرية القوة القاهرة بمفهومها التقليدي في عقد النقل البحري للبضائع 119
المطلب الأول: ماهية نظرية القوة القاهرة La force majeure..... 120
الفرع الأول: مفهوم نظرية القوة القاهرة 120
أولا: تعريف القوة القاهرة 121
أ_ التعريف التشريعي لنظرية القوة القاهرة 121
ب_ تعريف القوة القاهرة قضائيا 123
ج_ التعريف الفقهي للقوة القاهرة 125
1_ القوة القاهرة والحادث المفاجئ مصطلحان مترادفان 127
2_ القوة القاهرة والحادث المفاجئ مصطلحان مختلفان 128
ثانيا: شروط نظرية القوة القاهرة 131

أ_ الشرط الأول: حادث القوة القاهرة غير ممكن التوقع Imprévisibilité..... 131
ب_ الشرط الثاني: القوة القاهرة حادث غير ممكن دفعه..... 136
ج_ الشرط الثالث: أن يكون الحادث خارج عن إرادة المدين 138
الفرع الثاني: القوة القاهرة في الاتفاقيات الدولية وقرارات التحكيم وقانون التجارة الدولية..... 140
أولا: قضاء التحكيم والفصل في آثار القوة القاهرة 140
ثانيا: اتفاقيات التجارة الدولية والقوة القاهرة..... 143
أ_ أحكام القوة القاهرة في اتفاقية بروكسيل لسنة 1924..... 144
ب_ اتفاقية هامبورغ لسنة 1978 وأحكام القوة القاهرة..... 145
ج_ أحكام القوة القاهرة في قواعد روتردام لسنة 2008..... 145
د_ القوة القاهرة في التشريع البحري الجزائري..... 146
المطلب الثاني: تطبيقات القوة القاهرة على عقود النقل البحري للبضائع 146
الفرع الأول: تطبيقات القوة القاهرة المرتبطة بعوامل طبيعية..... 147
أولا: القضاء والقدر (أمر الله Act of God / Acte de Dieu) 147
ثانيا: مخاطر البحر أو المياه الصالحة للملاحة وأخطارها وحوادثها 149
أ_ القضاء الجزائري ومخاطر البحر 151
ب_ مخاطر البحر في القضاء الفرنسي..... 152
ج_ مخاطر البحر في القضاء الإنجليزي..... 154
د_ القضاء المصري ومخاطر البحر..... 154
ه_ مخاطر البحر في القضاء الكويتي..... 156
ثالثا: الحريق سبب من أسباب إعفاء الناقل من المسؤولية L'incendie 156
أ_ تعريف الحريق 157
ب_ نظام الإثبات في الحريق..... 159

1_ نظام الإثبات في اتفاقية بروكسل الناتج عن الحريق 159
2- نظام الإثبات عن الحريق في اتفاقية هامبورغ 161
3- اتفاقية روتردام وإثبات الحريق فيها 161
4- إثبات حالة الحريق في القانون البحري الجزائري 162
الفرع الثاني: تطبيقات القوة القاهرة المتعلقة بالعوامل البشرية 163
أولا: حوادث الحرب والأعداء والإرهاب 163
أ_ حوادث الحرب 164
ب_ أعمال القرصنة أو الأعداء العموميين 166
ج_ أعمال الإرهاب 168
ثانيا: الفتن والاضطرابات الشعبية الأهلية 171
ثالثا: إيقاف أو اكراه صادر من حكومة أو سلطة أو شغب (فعل الأمير)، والحجز القضائي، والحجر الصحي 172
أ_ فعل الأمير Le Fait du prince 173
ب_ قيود الحجر الصحي 176
ج_ الحجز القضائي 180
رابعا: الإضرابات واغلاق المستودعات أو المصانع في وجه العمل أو اعاقته كليا أو جزئيا مهما كانت الأسباب 181
المبحث الثاني: نظرية الظروف الطارئة بمفهومها التقليدي في عقد النقل البحري للبضائع 184
المطلب الأول: مضمون نظرية الظروف الطارئة 185
الفرع الأول: تعريف نظرية الظروف الطارئة 186
أولا: تعريف المشرع الجزائري لنظرية الظروف الطارئة 186
ثانيا: تعريف نظرية الظروف الطارئة فقها 187

الفرع الثاني: شروط تطبيق نظرية الظروف الطارئة 190
أولا: الشروط المتعلقة بالحادث 190
أ_ أن يكون الظرف الطارئ حادثا استثنائيا 190
ب_ أن يكون الظرف عاما 192
ج_ وجود عقد مستمر في الزمان من حيث التنفيذ 194
ثانيا: الشروط المتعلقة بالمدين 196
أ_ أن يكون الظرف الطارئ حادث غير متوقع 196
ب_ عدم القدرة على دفع الحادث 199
ج_ استقلال الحادث عن إرادة المدين (انعدام الإرادة) 200
ثالثا: الشروط المتعلقة بالآثار القانونية للنظرية (شرط الإرهاق L'onérosité) 200
رابعا: الفرق بين الظروف الطارئة ونظرية الخسائر البحرية المشتركة 203
الفرع الثالث: جائحة فيروس كورونا COVID 19 أنموذجا لنظرية الظروف الطارئة 205
أولا: إبرام عقد النقل البحري قبل ظهور فيروس كورونا 209
ثانيا: إبرام عقد النقل البحري قبل ظهور فيروس كورونا 210
المطلب الثاني: المواجهة التشريعية والقضائية للظروف الطارئة على عقود النقل البحري 211
الفرع الأول: تدخل التشريع الوضعي للتخفيف من إرهاق المدين 212
أولا: المشرع الجزائري ونظرية الظروف الطارئة 213
أ_ إنقاص التزام المدين لرد هذا الالتزام المرهق إلى الحد المعقول 216
ب_ الزيادة في التزامات الدائن 217
ثانيا:. مكانة نظرية الظروف الطارئة في التشريع الفرنسي 220
أ_ رفض المشرع الفرنسي لنظرية الظروف الطارئة 220
ب_ إقرار نظرية الظروف الطارئة بمفهومها الحديث في القانون الفرنسي 223

ج_ شروط تطبيق نظرية الظروف الطارئة في القانون المدني الفرنسي 131_2016 227

1_ تغير غير متوقع في الظروف أثناء تنفيذ العقد Un changement de circonstances imprévisible..... 227

2_ أن تصير تكلفة تنفيذ العقد مرهقة بدرجة كبيرة لأحد الطرفين L'exécution excessivement onéreuse..... 229

3_ عدم وجود اتفاق على قبول تحمل تبعة تغيّر الظروف L'absence d'acceptation du risque..... 229

ثالثا: التجديد آلية لمعالجة الظروف الطارئة..... 230

أ_ التجديد بتغيير الدين 231

ب_ التجديد بتغيير الدائن..... 232

ج_ التجديد بتغيير المدين..... 232

الفرع الثاني: المواجهة القانونية الدولية للظروف الطارئة 233

أولا: معالجة الظروف الطارئة بموجب المعهد الدولي لتوحيد القانون الدولي الخاص UNIDROIT 233

ثانيا: تدخل لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي CNUDCI UNCITRAL لمعالجة تعديل عقود النقل البحري والتجارة الدولية 235

الباب الثاني: الوسائل الاتفاقية لمواجهة تغير ظروف تنفيذ عقد النقل البحري 238

الفصل الأول: شرط القوة القاهرة لإعادة بعث تنفيذ حرّية العقد..... 241

المبحث الأول: مفهوم شرط القوة القاهرة بمفهومها الحديث في عقد النقل البحري 242

المطلب الأول: ماهية شرط القوة القاهرة في عقد النقل البحري للبضائع..... 245

الفرع الأول: مفهوم شرط القوة القاهرة اتفاقا 245

الفرع الثاني: تطبيقات مفهوم القوة القاهرة الحديثة في عقود التجارة الدولية 252

أولا: استحالة تنفيذ الالتزام في الأعراف التجارية الدولية..... 254

أ_ الاستحالة المادية للتنفيذ Impossibilité matérielle..... 255
ب_ الاستحالة الاقتصادية للتنفيذ 255
ج_ الاستحالة القانونية للتنفيذ 257
ثانيا: يجب ألا ترجع استحالة التنفيذ إلى فعل المدين..... 258
الفرع الثالث: نماذج عن شروط اتفاقية للقوة القاهرة 260
أولا: شرط خاص بالتعريف العام للقوة القاهرة..... 261
ثانيا: شروط يُعدد فيها الطرفان حالات القوة القاهرة 262
المطلب الثاني: مدى تدخل الدولة في تنفيذ عقود النقل البحري 263
الفرع الأول: تدخل الدولة في إنشاء وتفسير ما قد يصيب العقود من أحداث 264
أولا: صعوبة تقدير توافر شرط استقلال الحدث عن إرادة المدين..... 264
ثانيا: صعوبة تقدير الحدث في حالة الإضراب..... 268
الفرع الثاني: اتساع مجال الحرية التعاقدية كتدعيم لشرط القوة القاهرة 272
أولا: مدى اتّساع حرّية الأطراف في تنظيم شروط القوة القاهرة..... 274
ثانيا: التكييف القانوني لتنظيم شروط القوة القاهرة..... 279
أ_ إدراج حرّية أطراف العقد ضمن اتفاقيات الإعفاء من المسؤولية 280
ب_ اتفاقات تحديد مضمون العقد 281
المبحث الثاني: تداعيات وقف تنفيذ عقد النقل البحري..... 282
المطلب الأول: ماهية وقف تنفيذ العقد 283
الفرع الأول: مفهوم وقف تنفيذ العقد..... 284
أولا: تعريف وقف تنفيذ العقد..... 284
ثانيا: الطبيعة القانونية لوقف تنفيذ العقد 287
الفرع الثاني: أسس نظام وقف التنفيذ في عقود النقل البحري..... 290

أولا: الأساس المبني على إرادة الأطراف..... 290
ثانيا: أساس وقف تنفيذ العقد حسب الاتفاقيات الدولية..... 292
ثالثا: أساس وقف تنفيذ العقد في التشريع المدني الفرنسي..... 293
رابعا: سلطة المحكم التجاري الدولي في فرض الوقف على الأطراف..... 294
المطلب الثاني: آثار وقف تنفيذ عقد النقل البحري..... 299
الفرع الأول: التزامات وقف تنفيذ العقد 300
أولا: وقف تنفيذ التزامات الناقل البحري المدين 300
ثانيا: وقف تنفيذ التزامات الشاحن البحري المتعاقد الآخر 302
ثالثا: التزامات يفرضها الوقف على أطراف العلاقة التعاقدية (الدائن والمدين) 303
أ_ الالتزام بالحفاظ على العقد..... 304
1_ الالتزام بالقيام بعمل للمحافظة على العقد..... 304
2_ الالتزامات السلبية للمحافظة على العقد 306
ب_ الالتزام بالسعي لاستئناف سريان العقد 307
ج_ الالتزام بالإخطار 308
د_ العقوبات المقرر توقعها عند عدم قيام المتعاقد بالمجهودات المطلوبة منه للحفاظ على العقد وعودته للسريان العادي..... 308
الفرع الثاني: مدّة الوقف ونهايته..... 309
أولا: مدة توقف العقد..... 309
أ_ حالة تحديد أطراف العقد مدّة وقف التنفيذ..... 309
ب_ حالة عدم تحديد الأطراف مدّة للوقف 311
ثانيا: نهاية وقف تنفيذ عقد النقل البحري..... 312
الفصل الثاني: الإطار القانوني لشرط إعادة التفاوض في عقد النقل البحري 315

المبحث الأول: الإطار المفاهيمي لشرط إعادة التفاوض 317
المطلب الأول: مفهوم شرط إعادة التفاوض..... 319
الفرع الأول: تعريف شرط إعادة التفاوض..... 319
أولا: تعريف التشريعات الوضعية الوطنية لشرط إعادة التفاوض 319
ثانيا: تعريف الهيئات الدولية لشرط إعادة التفاوض..... 322
ثالثا: التعريف القضائي لشرط إعادة التفاوض..... 325
رابعا: التعريف الفقهي لشرط إعادة التفاوض 326
الفرع الثاني: ظهور شرط إعادة التفاوض ميدانيا 330
أولا: الدول التي اعترفت بنظرية الظروف الطارئة la théorie de l'imprévision 330
ثانيا: الاتجاه الذي لا يعترف بنظرية الظروف الطارئة..... 332
ثالثا: ظهور شرط إعادة التفاوض بفضل نظرية الظروف الطارئة..... 333
الفرع الثالث: شروط تطبيق شرط إعادة التفاوض..... 335
أولا: العناصر المتعلقة بالحادث في حد ذاته 335
أ_ عمومية الحادث المخل بالتوازن العقدي..... 335
ب_ استثنائية الحادث..... 336
ج_ الحادث يؤدي إلى اختلال في توازن العقد 338
ثانيا: العناصر المتعلقة بالحادث المتصلة بالمدين..... 338
أ_ عدم توقع الحادث 339
ب_ استقلال الحادث عن إرادة المدين 341
ج_ حادث لا يمكن للمدين تجنبه أو التغلب عليه 341
المطلب الثاني: اختلال التوازن العقدي من أجل تطبيق شرط إعادة التفاوض 342
الفرع الأول: مفهوم اختلال توازن العقد 342

أولا: تعريف اختلال توازن العقد 343
ثانيا: أنواع اختلال التوازن 345
أ_ المخاطر العادية 345
ب_ المخاطر الخاصة 349
ثالثا: تقدير الاختلال 350
أ_ المعيار الشخصي 351
ب_ المعيار الموضوعي 353
رابعا: اختلال التوازن في الاستحالة المطلقة 355
الفرع الثاني: مضمون شرط إعادة التفاوض 357
المبحث الثاني: الإطار القانوني لتطبيق شرط إعادة التفاوض في عقد النقل البحري 364
المطلب الأول: الالتزام بإعادة التفاوض بحسن نية 365
الفرع الأول: مفهوم مبدأ حسن النية في عقود التجارة الدولية 366
أولا: مفهوم مبدأ حسن النية 368
ثانيا: الأساس القانوني الذي يقوم عليه مبدأ حسن النية 373
أ_ الشريعة الإسلامية وأساس مبدأ حسن النية 373
ب_ أساس حسن النية في الاتفاقيات والمنظمات الدولية والتشريعات الوضعية الوطنية 375
الفرع الثاني: تطبيقات مبدأ حسن النية على الالتزام بإعادة التفاوض 381
المطلب الثاني: تنفيذ الالتزام بإعادة التفاوض بحسن نية 386
الفرع الأول: الالتزامات المترتبة على شرط إعادة التفاوض 387
أولا: التزام المدين بالإخطار الدائن بالحادث وعواقبه 387
أ_ النظام القانوني للإخطار 388
ب_ الجوانب الشكلية للالتزام بالإخطار 392

1_ شكل الإخطار 392
2_ وقت صدور الإخطار 394
ج_ جزاء مخالفة الالتزام بالإخطار 396
ثانيا: التزام الدائن بتخفيف الضرر 399
أ_ الأساس القانوني للالتزام بتخفيف الضرر عن المدين 399
1_ إرادة الأطراف أول أساس يُبنى عليه الالتزام بتخفيف الضرر 399
2_ تخفيف الضرر بمقتضى القوانين الوضعية والاتفاقيات الدولية 401
3_ قرارات التحكيم والالتزام بتخفيف الضرر 402
ب_ تنفيذ الالتزام بتخفيف الضرر 403
1_ إجراءات تخفيف الضرر 403
2_ جزاء عدم تنفيذ الالتزام بتخفيف الضرر 406
الفرع الثاني: مصير العقد ومآله 408
أولا: الطبيعة القانونية لالتزام المتعاقدين بإعادة التفاوض 409
أ_ الالتزام بإعادة التفاوض بين المفهوم الموسع والضيّق 410
ب_ الالتزام بإعادة التفاوض بين العناية والنتيجة 410
ثانيا: مصير العقد أثناء قبول إعادة التفاوض 413
ثالثا: مصير العقد في حالة رفض إعادة التفاوض 415
أ_ الرفض غير المبرر لإعمال شرط إعادة التفاوض 416
ب_ الرفض المبرر أو الجدّي 417
1_ الغير: موفقا 420
2_ الغير: خبيرا 420
3_ الغير: محكما 421

الخاتمة..... 422

قائمة الملاحق 430

قائمة المصادر والمراجع..... 440

فهرس المحتويات..... 479

ملخص:

إن هدف القانون هو خلق التوازن العقدي القائم بين أحكام القوة الملزمة لعقد النقل البحري من جهة، وبين مجابهة الأحداث غير المتوقَعة التي قد تعرقل مسار هذا العقد أثناء تنفيذه من جهة ثانية.

يظهر هذا التوازن في وضع شروط في العقد عند إبرامه، تتجلى خصوصا في شرطي القوة القاهرة وإعادة التفاوض، للمحافظة على العلاقة العقدية تحقيقا لمصلحة الأطراف وخدمة للاقتصاد. فتكون القوة الملزمة للعقد بمثابة المسعف عندما يتعلق الأمر بظروف غير متوقعة كوسيلة لتحقيق التوازن العقدي وبقاء العقد قائما.

الكلمات المفتاحية:

عقد النقل البحري، الظروف غير المتوقعة، شرط القوة القاهرة، شرط إعادة التفاوض، القوة الملزمة للعقد، التوازن العقدي.

Résumé :

L'Objectif du Droit est de créer un équilibre contractuel entre les dispositions contraignantes du Droit maritime d'une part et le principe de la liberté contractuelle d'autre part lors de la survenance éventuels d'événements imprévus.

Ces derniers peuvent entraver le bon déroulement du contrat lors de son exécution d'où la recherche d'un équilibre contractuel qui se traduit par la présence de clause relatives à la force majeure et à la renégociation du contrat, afin de préserver la relation contractuelle, au bénéfice des parties et de l'économie en générale. La force obligatoire du contrat agit comme un sauveteur pour garantir la survie du contrat.

Mots clés :

Contrat de transport maritime, Circonstances imprévues, Clause de Force majeure, Clause de Hardship, force obligatoire du contrat, Equilibre contractuel.

Summary:

The objective of the Law is to establish the contractual balance between, the binding force of the maritime transport contract, and the need to address unforeseen events that may disrupt the execution of such a contract.

This balance is reflected in the inclusion of specific clauses at the time the contract is concluded, particularly the force majeure and HARDSHIP clauses, which aim to preserve the contractual relationship in the interest of the parties and in service of the economy. The binding force of the contract thus acts as a safeguard in the face of unexpected circumstances, serving as a means to uphold contractual equilibrium and ensure the continuity of the contract.

Keys Words:

Maritime transport contract, Unforeseen circumstances, Force majeure clause, HARDSHIP clause, Force of the contract, Binding force of the contract, Contractual balance.