

شرط إعادة التفاوض في عقود النقل البحري واحترام قاعدة حسن النية.

*The Hardship clause in maritime transportation contracts
and respect the rule of good faith.*



بمرزوق محمد الأمين^{1*} ، بن عيسى حياة²

¹مخبر القانون الخاص الأساسي، جامعة أوبكر بلقايد تلمسان، الجزائر

mohammedelamine.bemmerzouk@univ-tlemcen.dz

²مخبر القانون البحري والنقل، جامعة أوبكر بلقايد تلمسان، الجزائر

benaissaraiae8@gmail.com

تاريخ الإرسال: 2024/03/01 تاريخ القبول: 2024/04/21 تاريخ النشر: 2024/06/01

ملخص:

يكتسي عقد النقل البحري أهمية بالغة في قانون الأعمال. فهو يُشكل قاطرة عقود التجارة الدولية. هذه العقود التي أعطت فيها قاعدة العقد شريعة المتعاقدين للأطراف حرية إدراج ما يرونه ضروريا لإنجاح مسار عقدهم عند الإبرام، وكذلك التنبؤ لشرط إعادة التفاوض احتماليا إذا ما ظهرت ظروف قد تؤثر على التوازن العقدي. حرصت الاتفاقيات الدولية والتشريعات الوطنية في هذا المجال على لبس إعادة التفاوض هذا بلباس حسن النية كإجراء يظهر التطور القانوني والاقتصادي والأخلاقي للمتعاملين الاقتصاديين.

الكلمات المفتاحية: النقل البحري، حرية التعاقد، اختلال التوازن، شرط إعادة التفاوض، حسن النية.

Abstract:

In the business law, the maritime transportation contract is of paramount importance, as it is the engine of international trade contracts. These are contracts in which the pacta sunt servanda rule gives the parties the freedom to include whatever they deem necessary to make their contract work at the time of conclusion, as well as foresee a potential Hardship clause if circumstances arise that may affect the contractual equilibrium. International conventions and national legislation in this field have been keen to dress the Hardship clause in good faith as a measure that demonstrates the legal, economic and ethical maturity of operators.

Key words: Maritime transportation, Freedom of contract, Contractual disequilibrium, Hardship clause, Good faith.

مقدمة:

إن من أهم مبادئ عقود النقل البحري وما يتبعها من عقود التجارة الدولية مبدأ سلطان الإرادة في كل مراحل إنجاز هذه العقود وتنفيذها. يعطي هذا المبدأ للمتعاقدين حرية في تطبيق ما تمليه عليهم إرادتهم، وما يرغبون إدراجه من شروط ترسم حق وواجب كل واحد منهما في حدود احترام القانون والنظام العام.

تتميز عقود النقل البحري والتجارة الدولية بكونها عقوداً مستمرة، تميزاً لها عن العقود الفورية، فهي عقود طويلة المدة، ويرجع هذا إلى صفتها من جهة، وإلى كثرة الأعمال المطلوب القيام بها من جهة أخرى. فهي المثال الأوضح لمجموعة العقود، فيها عقود نقل وشحن واستئجار وتأمين...

عملياً، إن طول مدة العقد هذه تجعله عرضة للتأثير الاحتمالي للظروف المحيطة به، وهكذا قد يطرأ تغييراً على الظروف المصاحبة لتكوين العقد تؤدي حتماً إلى المساس ببعض عناصر هذا العقد، وعلى بعض التزامات الأطراف. يؤثر هذا التغيير المتنوع في العقد في مضمونه تأثيراً يجعله لا يقوم بوظيفته الأساسية في استقرار المراكز القانونية، ويخلق احتمالاً عدم توازن عقدي. فبين إنهاء العقد وإعادة التفاوض، يميل المتعاقدون في النقل البحري والتجارة الدولية إلى إعادة النظر في شروطه حفاظاً على استمرار معاملاتهم العقدية، تحت غطاء حسن النية وقيّمها، ولذا وجب تزويد تنفيذ العقود بمنتهى حسن النية.

تظهر أهمية الموضوع في أهمية النقل عموماً، والنقل البحري خصوصاً، الذي أضحى من أهم وسائل النقل، باعتباره أحد أعمدة التنمية الاقتصادية لمختلف دول العالم، وأنه هو اللبنة الأولى للتجارة الدولية¹، فلا وجود لتنمية دولية دون وجود لتجارة بحرية.

وانطلاقاً من هذا، يمكن طرح الإشكالية الآتية:

هل شرط إعادة التفاوض هو تأكيد مبدأ حرية الإرادة؟ وما هي قوّته؟ وكيف يتم في إطار قيّم حسن النية؟ للإجابة على هذه الإشكالية، تم الاعتماد على مناهج عديدة منها، المنهج التحليلي تفسيرا ومعالجة لعناصر الموضوع، والمنهج الوصفي والمقارن، وانتهاءً بالمنهج الاستقرائي لكل جزئيات الموضوع. وفي هذا السياق، سنسلط الضوء على أحكام شرط إعادة التفاوض في عقد النقل البحري (المبحث الأول)، ومدى خضوع هذه الحرية في التفاوض لمبدأ حسن النية في العقد النقل البحري (المبحث الثاني).

¹ حوالي 90% من عقود التجارة الدولية تتم بواسطة عقود النقل البحري. فلا وجود لتنمية دولية دون وجود تجارة دولية بحرية. بن عيسى حياة، أمن المنشآت المينائية والسفن في ظل القانون الجزائري والمعاهدات الدولية، أطروحة دكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان، الجزائر، 2015، ص 122.

المبحث الأول

ماهية شرط إعادة التفاوض في عقد النقل البحري

سعيًا من المتعاملين الاقتصاديين في إبقاء عقودهم قائمة رغم صعوبات الأحداث، ورغبة منهم في عدم ضياع صفقاتهم المتمثلة في جزء من استثمارهم وما يمثله من أموال باهظة، فرض الواقع العملي عليهم الاعتماد على إدراج شروط لإعادة التفاوض.

حقيقة، يواجه عقد النقل البحري احتمال اختلال توازنه العقدي أثناء تنفيذه¹، فيجعل غالبية ممارسي التجارة الدولية عادة ومن أجل المحافظة على استقرار معاملاتهم التعاقدية إلى شروط يدرجونها في عقودهم تسمح بإيجاد حلولاً ودية في سبيل استمرار عقودهم.

وانطلاقاً من هذا، وجب دراسة مفهوم شرط إعادة التفاوض في عقود النقل البحري في المطلب الأول، ثم التطرق إلى شروطه في المطلب الثاني.

المطلب الأول: مفهوم شرط إعادة التفاوض وشروطه.

من المعروف أن الهدف الأساسي لشرط إعادة التفاوض² (HARDSHIP) هو التصدي للظروف التي أثرت على التوازن العقدي، بحثاً عن حل ودي بين المتعاقدين للقضاء على الصعوبة التي ظهرت أثناء تنفيذهم العقد. يعرف التفاوض بأنه: "سعي الأطراف لتسوية النزاع القائم بينهما عن طريق الحوار المباشر أو عن طريق من ينوب عنهما"³.

شكل شرط إعادة التفاوض اهتمام الجميع في دراسة تعريفه من هيئات دولية وتشريعات وطنية، إضافة إلى الفقه مما يبين أهمية هذا الموضوع عملياً وعلمياً (الفرع الأول)، كما تعمق الكل في إظهار شروطه (الفرع الثاني).

الفرع الأول: تعريف شرط إعادة التفاوض.

إن أكبر إشكال يواجهه عقد النقل البحري هو عدم التوازن في التزامات أطرافه نتيجة لظروف ظهرت أثناء تنفيذه. ونتيجة لذلك تدخلت منظمات دولية وأعطت مدلولاً قانونياً لشرط إعادة التفاوض (أولاً)، ثم

¹ اختلالاً ناتجاً عن ارتفاع أسعار العملة أو أقساط التأمين أو تدخل الدولة قانوناً بتقييد أو منع استيراد بضاعات معينة أو منع إعطاء تراخيص للتصدير والاستيراد وخلق الموائم والحدود.

(HARDSHIP)²: مصطلح انجليزي يعني المشقة العقدية التي يمر بها العقد.

³ <https://www.almaany.com/ar/dict/arar/%D8%A7%D9%84%D8%AA%D9%81%D8%A7%D9%88%D8%B6/>. 14:39، 19 يناير 2024، يوم

لحققتها بعد ذلك بعض التشريعات الوضعية الداخلية (ثانيا)، كما جاء الفقه وقدّم تعريفات لشرط إعادة التفاوض (ثالثا).

أولاً: تعريف الهيئات الدولية لشرط إعادة التفاوض.

اهتمت الهيئات والمنظمات الدولية الخاصة بتوحيد عقود قانون التجارة الدولية بمسألة اختلال توازن العقد، وذلك بإقرار شرط إعادة التفاوض لتجاوز المشكلة بين المتعاقدين نفسيهما. ومن بين هذه الهيئات، غرفة التجارة الدولية التي نشرت أحكاما يسترشد بها أطراف العقد عند صياغتهم لشرط إعادة التفاوض¹، فقد وضعت بندا قياسيا سنة 2003، 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 معقول وقت إبرام العقد. وجب على الطرف الآخر التدخل لتجنب عواقب هذه الأحداث².

كما تبنت المنظمات الدولية شرط إعادة التفاوض، منها، منظمة (UNIDROIT)³ التي خصصت المبحث الثاني من الفصل السادس لهذه المبادئ بعنوان (HARDSHIP)، في مادتها 2_6_4.

وفي نفس السياق، نجد مبادئ القانون الأوروبي للعقود (PDEC)، الذي نظمت مسألة تغير ظروف العقد، وتبنت بند إعادة التفاوض كمقترح أولي يرجع إليه الطرفين قبل اللجوء إلى القضاء. فنصت في المادة 111_6 على ما يلي: "يلتزم المتعاقد بتنفيذ التزاماته، ولو صار تنفيذه مرهقا سواء بارتفاع تكلفة التنفيذ أو

¹ بلحاج نصيرة، تغير الظروف وأثره في عقود التجارة الدولية، أطروحة دكتوراه في الحقوق، تخصص قانون الأعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية سعيد حمدين، جامعة الجزائر 1 يوسف بن خدة، الجزائر، 2019، ص166.

² ICC Force majeure clause 2003, ICC Hardship clause 2003, ICC publication n°650, Février 2003.

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.

⁴ المادة 2_6_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..."⁴، وذلك بعد توافر شروط عدّتها نفس المادة (إحالة إلى المطلب الثاني من هذا المبحث الأول، ص 08).

انخفاض قيمة المقابل، يقع على عاتق الأطراف الالتزام بالبدا في المفاوضات من أجل تعديل عقدهم أو انهاءه، إذا صار هذا التنفيذ مرهقا لدرجة لا تحتمل لأحدهم بسبب تغير الظروف...¹.

تماشيا مع ما تم ذكره بصدد هذه المبادئ الدولية التي عالجت موضوع شرط إعادة التفاوض، وإن اتحدوا في أن هذا الشرط التعاقدي ما هو إلا تطبيقا لمبدأ القوة الملزمة للعقد²، إلا 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 إعادة التفاوض حلا اختياريًا، يحق للمضرور المطالبة به³، كما يمكن للأطراف الخروج عن تطبيق أحكام⁴ (UNIDROIT). وتطبيقا لمبدأ حرية التعاقد، يجب ترك الحل للطرفين عملا بمبدأ العقد شريعة المتعاقدين، يُحبذ ترك الحل لأطراف العقد.

ثانيا: تعريف التشريعات الوطنية لشرط إعادة التفاوض (التشريع الفرنسي نموذجًا).

تدخل القانون المدني الفرنسي بعد تعديل عام 2016⁵، ونص في المادة 1195 على ما 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

¹ مبادئ القانون الأوروبي للعقود «Principes du Droit Européen des Contrats» (PDEC)، هي عبارة عن منظمة أوروبية تهدف أساسا إلى صياغة قانون نموذجي موحد للقانون الأوروبي المشترك بغية تسهيل القواعد القانونية الأوروبية الموحدة.

² لمزيد من المعلومات حول القوة الملزمة للعقد، انظر: علاق عبد القادر، أساس القوة الملزمة للعقد وحدودها دراسة

مقارنة، ماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان، الجزائر، 2007_2008.

³ منى أبو بكر الصديق محمد حسان، الاتجاهات القانونية الحديثة لنظرية الظروف الطارئة، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، المجلد 62، العدد 01، جامعة المنصورة، 2020، ص 50.

⁴ (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.

⁵ 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.

المتعاقد الآخر، ويستمر في تنفيذ التزاماته طوال فترة إعادة التفاوض...¹. واتبعه في هذا الموقف المشرع المصري².

ثالثا: التعريف الفقهي لشرط إعادة التفاوض.

ساهم الفقه كالعادة في تعريف شرط إعادة التفاوض³ تعريفا شاملا متكاملا، فهو: "الشرط الذي يسمح للأطراف بإعادة النظر في تنظيم العقد الذي يربطهما إذا حدثت تغييرات في المعطيات الأولية للعقد، والتي تم الاتفاق على أساسها، فيتغير توازن هذا العقد ويجعل أحد الأطراف يصاب به بإعسار غير عادل"⁴. كما عُرف أيضا بأنه: "الشرط الذي يسمح بإعادة النظر في العقد في ظروف معينة باتباع إجراءات محدّدة، من قبل الطرفين نفسيهما أو من طرف الغير"⁵.

وعُرف أيضا بأنه: "ذلك الشرط الذي يدرجه طرفا العقد ويتضمن التزامهما بإعادة التفاوض كلما وقعت أحداث أو ظروف معينة يتم تحديدها في العقد ذاته أو في اتفاق منفصل، شريطة أن تكون هذه الأحداث أو الظروف مستقلة عن إرادة الطرفين عند التعاقد، ويكون من شأنها خلق اختلال التوازن الاقتصادي للعقد بما يضر بالمصالح العقدية لأحد المتعاقدين"⁶.

¹ 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".

(M.) MEKKI, La loi ratification de l'ordonnance du 10 Février 2016 une réforme de la réforme ? Recueil Dalloz, n° 17, 03 Mai 2018, P. 906 ;

مقتبس من: بكر عبد السعيد محمد أبو طالب، أزمة العقد دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه في الحقوق، قسم القانون الخاص، كلية الحقوق الدراسات العليا، جامعة المنوفية، 2020، ص 145.

² أشار المشرع المصري إلى الالتزام بإعادة التفاوض في المادة 86 من قانون التجارة المصري، رقم 17 لسنة 1999، الخاص بعقود نقل التكنولوجيا.

³ تدخل القضاء في هذا الصدد، وعرفت محكمة النقض الفرنسية بدورها شرط إعادة التفاوض من خلال القرار الصادر في 30 مارس 1982، على أنه: "التزام الأطراف بمناقشة وتبادل الاقتراحات في ظروف معينة نتيجة لتغيرات خارجة عن إرادتهم، والتي اعترضت العقد أثناء تنفيذه بما يؤدي إلى إعادة تنظيمه...".

Cass, 30 Mars 1982, Bull, Civ, n°232.

⁴ (B.) OPPETIT, L'Adaptation des contrats internationaux aux changements de circonstances : La clause de Hardship, JDI, n° 04, 1974, p. 794.

⁵ (M.) TRARI TANI et William PISSORTT, Droit commercial international, Berti édition, Alger, 2007, p. 156.

⁶ (J.M) MOUSSERON, Techniques contractuelles, 4^{éd}, 2010, p. 74 et s.

وعُرف كذلك بأنه: "شرط يدرجه الأطراف في العقد التجاري... قصد إعادة التوازن للعقد، ويتم الاتفاق عليه بين طرفي العقد ويدرجانه ضمن شروطهم، بحيث يلتزم الطرفان بالتفاوض من جديد لتعديل أحكام العقد، كلما ظهرت ظروف غير متوقعة من شأنها أن تؤثر على التوازن الاقتصادي للعقد"¹. وتأسيساً على هذا، نُعرف شرط إعادة التفاوض بالبند الذي يدرجه الأطراف في العقد ويتفقون فيه على الجلوس في طاولة تجمعهم، عندما تقع أحداث من طبيعة معيّنة، يحددها الأطراف في العقد، سواء في نفس العقد المبرم بينهم أو في اتفاق منفصل، وتكون هذه الأحداث مستقلة عن إرادتهم وتوقعاتهم عند إبرام العقد، وقد ينتج عن هذا اختلالاً بالتوازن العقدي وإصابة أحد المتعاقدين بخسائر فادحة. وانطلاقاً من هذا، نبحث عن مضمون شرط إعادة التفاوض.

الفرع الثاني: مضمون شرط إعادة التفاوض.

هو شرط الاجتماع، والهدف منه هو إعادة اجتماع الأطراف المتعاقدة مرة أخرى، والبحث بينهما عن حلّ جديد يعيد التوازن العقدي المطلوب بينهما. فإعادة التفاوض هي بمثابة تبادل جديد للمقترحات والمناقشات والتنازلات للبحث عن حلّ وسط تحقيقاً للعدل العقدي ولطالب كل طرف². إن الصعوبة الأولى في صياغة شرط إعادة التفاوض تتجلى في التوفيق بين احتياجات كل طرف من المتعاقدين، وما لها من قوّة اقتصادية في الإقناع المتبادل، إضافة إلى ضرورة إبقاء العلاقة التعاقدية قائمة بين الطرفين³. فعقد النقل البحري بين الناقل والشاحن له ذاتيته الخاصة به كعقد مقصود لذاته ويُشكل علماً، له موضوعه الخاص به، وهو كذلك عقد مقصود لغيره كونه الوسيلة الأساسية لخدمة عقد التجارة الدولية. وهذا ما يُبيّن أهمية حرية الأطراف في إدراج شروط ملائمة بغرض السهر على تحقيق التوازن العقدي ودياً.

تختلف فكرة إعادة التفاوض باختلاف العقود وظروفها، فليس للأحداث مضموناً واحداً يظهر في كل العقود، بل مضامين عديدة تتنوع بتنوع غايات الأطراف في كل عقد.

¹ إبراهيم الدسوقي أبو الليل، الإعفاء من المسؤولية المدنية عن حوادث السيارات، دراسة تحليلية لنظرية السبب الأجنبي في الفقه والقضاء المصري والفرنسي، دار النهضة العربية، 1975، ص 161.

² «Pousser les individus à un échange de propositions et de contreproposition impliquant éventuellement des concessions réciproques, et dont le but est de parvenir précisément à une ... décision contraignantes pour ses auteurs» ;

مأخوذ من: 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، 2016، ص 119.

³ (L.) CARNEIRO, LES CLAUSES DE HARDSHIP DANS LES CONTRATS MARITIMES, Mémoire Master 2 Droit Maritime, CDMTCentre de Droit Maritime et des Transports, Faculté de droit et de science politique, UNIVERSITÉ D'AIX-MARSEILLE, 2013, p. 27.

عمليا، يكون محتوى نص التعاقد هو الفاصل في بيان طريقة اللجوء إلى شرط إعادة التفاوض، ممّا يتطلب تحريرا دقيقا لهذا الشرط وصياغته صياغة أكثر تحديدا في هذا المجال ; فلا يعتمد الأطراف مثلا على شرط ينص أن: "إن روح الاتفاق تقتضي المحافظة الدائمة على التوازن الحالي لأداءات المتعاقدين والتزامهم..."¹. كل ما في الأمر أن يكون الشرط صحيحا، غير مخالفا للنظام العام الدولي، وتمت صياغته بدقة وبكل حرية².

عملا بمبدأ القوة الملزمة للعقد³. يقول الفقه أن: "حرية الأطراف لها أهمية كبيرة في القانون البحري، ولعل شرط إعادة التفاوض هو أحد أقوى تطبيقات هذه الحرية"⁴، وهذا ما يُدعم إشكالية بحثنا هذا. إن حرية الإرادة تسمح للمعنيين التنبؤ بما قد يصيب عقدهم من أضرار نتيجة تغيّر ظروف متصلة بالعقد، لكن هذه الحرية ليست مطلقة بل تخضع لشروط تسمح اللجوء إلى إعادة التفاوض (المطلب الثاني).

المطلب الثاني: شروط اللجوء إلى إعادة التفاوض.

من خلال مضمون شرط إعادة التفاوض وتطبيقاته، تتجلى شروط التطبيق فمهما ما هي متعلقة بالحادث (الفرع الأول)، ومنها ما لها اتصال بالمدين (الفرع الثاني)، ويجب الأخذ بها بالحسبان عمليا وعلميا. وتتلخص في:

الفرع الأول: شروط متعلقة بالحادث في حد ذاته.

تنحصر شروط إعادة التفاوض المتعلقة بالحادث عموما في:

أولا: شرط استثنائية الحادث.

وهو أمر غير مألوف عمليا وناذر الوقوع، حيث أنه لا يمكن توقعه. وتسمح استثنائية الحادث بتغيير المسار المألوف للعقد عند إبرامه⁵، وهذا ما قضت به المادة 107 الفقرة الثالثة من القانون المدني الجزائري⁶.

¹(J. -M) MOUSSERON, op.cit., P. 542 ;

أشار إليه: شريف محمد غنام، أثر تغيّر الظروف في عقود التجارة الدولية دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2007، ص 41.
² علاق عبد القادر، المرجع السابق، ص 32 و97.

³ راجع بخصوص مبدأ القوة الملزمة للعقد، علاق عبد القادر، المرجع السابق.

⁴Philippe DELBECQUE: « Cette liberté des parties a une importance considérable en droit maritime, et les clauses de HARDSHIP en sont une des applications les plus solides »;(L.) CARNEIRO, op.cit., P. 32.

⁵ عبد الكريم موكة، الجوانب القانونية للعقود الدولية، دار بلقيس، الجزائر، 2023، ص 106.

⁶ أمر رقم 58_75 مؤرخ في 26 سبتمبر 1975، المعدل والمتمم بالقانون رقم 05_07 المؤرخ في 13 ماي 2007، والمتضمن القانون المدني. ج.ر العدد 31، مؤرخة في 13 ماي 2007.

وتقابلها المادة 2_2_6 من مبادئ (UNIDROIT) التي تؤكد على أن، على المدين إثبات أنه لم يستطع عند إبرمه للعقد أن يأخذ في اعتباره هذه الأحداث. ومن تطبيقات استثنائية الحادث في عقود النقل البحري، تأثير جائحة فيروس كورونا على مثل هذه العقود¹، كذلك مشاكل الإبحار والمرور في مضيق البحر الأحمر نتيجة الحرب على فلسطين.

ثانياً: شرط اختلال الحادث في توازن العقد.

حقيقة، كل حدث غير متوقع قد يؤدي إلى انهيار مباشر للتوازن العقدي، وتغيير ما يلتزم المدين بتنفيذه بزيادة قد لا تطاق. إن الطرفين تعاقدوا عند إبرام العقد على ظروف معينة، فظهرت ظروف أخرى لو كان المتعاقد قد توقع هذه التغييرات في التزاماته لما أقدم على إبرام هذا العقد². فالعبرة في تطبيق هذا الشرط متصلة بالنتائج التي تتركها هذه الظروف في اقتصاد العقد.

إن اختلال التوازن في العقد هو كل اضطراب قد يطرأ على العلاقات التعاقدية بسبب ظروف غير متوقعة تؤدي إما إلى زيادة تكاليف التنفيذ بصورة جوهرية أو إلى نقص الأداء المقابل³. فمن الفقه من يأخذ بالمعيار الموضوعي في تحديد الاختلال، فيأخذ في الحسبان التجاوزات التي حدثت في الالتزامات عند تنفيذها⁴، ومنه من يأخذ بالمعيار الشخصي الذي تحمّله المدين وهو المعيار الشخصي⁵.

¹ طُرحت قضية أمام محكمة استئناف Nancy الفرنسية بتاريخ 5 ماي 2020، اعتبرت فيها المحكمة بأن المستأنف الذي يطلب تأجيل تنفيذ التزامه متذرعا بالقوة القاهرة ليس على حق، لأن المستأنف كان قد قدّم الصفقة بتاريخ لاحق لإعلان منظمة الصحة العالمية من انتشار فيروس كورونا المستجد (2020/01/30) وبالتالي لا وجود لعنصر عدم التوقع.

C.A Nancy, Ch. Commerciale 05, 5 mai 2020, n°20/00748.

² (D.) MATRAY ; (F.) VIDTS, Les clauses d'adaptation de contrats, 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. 113

³ (R) FABRE, Les clauses d'adaptation dans les contrats, Revue trimestrielle de Droit civil, 1983, P.10 ;

مأخوذ من: مارك أحمد، شرط إعادة التفاوض في عقود التجارة الدولية، أطروحة دكتوراه في الحقوق، جامعة الجزائر 1 بن يوسف بن خدة، 2015، ص 174.

⁴ عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الأول، دار النهضة العربية، 1981، ص 876.

⁵ محمد عبد الجواد، شرط الإرهاق في تطبيق نظرية الظروف الطارئة، مجلة القانون والاقتصاد، السنة 33، العدد 04، ص

في هذا الصدد، صدر قرار تحكيبي عن غرفة التحكيم البحري¹، استند فيه مالك السفينة في تبريره لاختلال التوازن إلى عدّة معايير اقتصادية تتلخص في زيادات في أسعار الشحن البحري وغرامات التأخير، كذلك ارتفاع تكاليف تشغيل السفن، وانخفاض في أسعار الوقود، إضافة إلى تكديس الموانئ. هذه المعايير والعوامل التي أثبتتها مالك السفينة تُشكل اختلالاً في توازن العقد، يمكن بموجبه طلب إعادة التفاوض. أشارت هيئة التحكيم إلى أنه بالرجوع إلى العقد، وخاصة البند المدرج في سند الشحن، أن الطرفين عندما اتخذا قراراً بإبرام عقد استئجار الحمولة، اختاراً شرطاً بشكل لا يمكن عملياً إصلاحه للأفضل أو للأسوأ خاصاً بتقلبات السوق الفورية²، وبالتالي قرّرت هيئة التحكيم أن الأحداث الاقتصادية المختلفة هذه لا تشكل نواة شرط إعادة التفاوض³. حقيقة عند إبرام العقد قد اتفقا الطرفين وهما على علم بتقلبات السوق الفورية، لهما تجربة مهنية في النقل البحري ويعرفون ما يتحملة كل واحد منهما من مخاطر⁴.

الفرع الثاني: شروط متصلة بالشخص المدين.

تحتوي الشروط التي تكون متعلقة بالمدين على:

أولاً: شرط عمومية الحادث.

ويقصد بعمومية الحادث، أنه يجب ألا يكون خاصاً بالمدين وحده بل يشمل طائفة كبيرة من الناس، ويؤدي إلى تغيير في الوضع العام وفي الظروف التي أبرم العقد في ظلها، حيث ارتكز الاتفاق الأصلي عليه بين طرفي العقد⁵.

يلاحظ أن هذه الأحداث قد تصيب الطرفين معا أو أحدهما فقط⁶، لهذا وجب اختيار صياغة شرط إعادة التفاوض بشكل عام وواضح، يُعبر عن إعادة توازن كل تغير جذري للعلاقة العقدية التي قد تطرأ على الظروف التي تم الاتفاق في ظلها⁷. إن عنصر عدم التوقع يختلف نطاقه من عقد لآخر ومن ظروف إلى أخرى، وعدم التوقع يكون عادة لحظة إبرام العقد.

¹Chambre Arbitrale Maritime de Paris (CAMP), 1172. Cité par : (O.) CACHARD, Les clauses de HARDSHIP dans les contrats maritimes prévisions et imprévisions! Revue le droit maritime français, Mai 2011, P. 07.

²Jean-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.

³Sentence Chambre Arbitrale Maritime de Paris(CAMP), n°1172.

⁴(O.) CACHARD, op.cit., P. 05.

⁵(B) OPPETIT, op.cit., P. 800.

⁶ صلاح الدين جمال الدين محمد عبد الرحمان، عقود الدولة لنقل التكنولوجيا، دراسة في إطار القانون الدولي الخاص والقانون التجاري الدولي، رسالة دكتوراه، جامعة طنطا، مصر، ص352.

⁷مروك أحمد، المرجع السابق، ص 172.

شرط إعادة التفاوض في عقود النقل البحري واحترام قاعدة حسن النية.

ثانيا: شرط استقلال الحادث عن إرادة المدين، لا يد للمدين في توقيع المعضلة.

وذلك أن يكون الحادث خارجا عن إرادة المدين، فيجب ألا يساهم في إحداث الظرف الطارئ، ولا يفترض أن يتسبب المدين بفعله في إعاقة تنفيذ التزامه، ويتمسك نتيجة لذلك بتطبيق شرط إعادة التفاوض¹. وهكذا فلا تُطبق أحكام شرط إعادة التفاوض عامة إذا وقع الإرهاق نتيجة إفلاس المدين أو مرضه أو احتراق محله التجاري².

إن الاعتماد على شرط إعادة التفاوض أمر ضروري لا نقاش فيه، فهو بحق تأكيد وتقوية لمبدأ حرية التعاقد المبنية على احترام محتوى العقد من جهة أولى ومصالح أطرافه من جهة ثانية، ويتطلب هذا الإخلاص وعدالة التي تصاحب عملية النظر في بعض شروط العقد، وهذا ما يُعرف بمبدأ إعادة التفاوض بحسن النية (المبحث الثاني).

المبحث الثاني

الالتزام بإعادة التفاوض بحسن نية في عقد النقل البحري

إن إدراج شرط إعادة التفاوض يفرض على المتعاقدين التزاما برد الحادث المؤثر على التوازن العقدي إلى الصواب، وهكذا تكون الأطراف ملتزمة مبدئيا بالالتقاء والبحث عن الثغرات الممكن القضاء عليها وإدراج غيرها في العقد بغرض تكييفه مع الظروف الجديدة، معتمدين في ذلك على حسن النية كقيمة قانونية وأخلاقية.

وعليه، ينبغي دراسة إعادة التفاوض بحسن النية كالتزام حيوي لاحترام كفة ميزان العقد من خلال إبراز مفهوم مبدأ حسن النية في عقود التجارة الدولية وتطبيقاته على عقد النقل البحري في المطلب الأول، ثم التطرق إلى الالتزامات المتفرعة عن حسن النية في إعادة التفاوض في المطلب الثاني.

المطلب الأول: ماهية حسن النية في العقود الدولية.

لا يقبل القانون ولا الأخلاق إبقاء العلاقة العقدية قائمة على حالها بين الطرفين إذا أصيب أحدهما بضرر يُؤثر سلبا على التزاماته ويزيد من عناءه، وهكذا وجب التفاوض بحسن النية، والتأكد من وجودها.

¹ اسيل باقر جاسم، النظام القانوني لشرط إعادة التفاوض (دراسة في عقود التجارة الدولية)، مقال منشور عبر: <https://www.iasj.net/iasj/download/a39e83dd9ae8d1c6>، يوم 18 يناير 2023، الساعة 12:21.

² يُفرض شرط استقلالية الحادث على الطرف المضرور التزامين، الأول اتخاذ الإجراءات اللازمة للحد من تفادي الحدث أو التقليل منه. والثاني استمرار المضرور بتنفيذ التزامه رغم وقوع الحدث؛ هني عبد اللطيف، المرجع السابق، ص 91. (إحالة إلى المطلب الثاني من المبحث الثاني، ص 15).

الفرع الأول: مفهوم حسن النية.

لحسن النية¹ فضائل هامة في مسار العقد، فأصلها أخلاقي، فيها مكونات عديدة منها الأمانة (La Loyauté)، والنزاهة (La Probité)، والثقة (La Confiance)، والإخلاص (La Sincérité). ولها دور في حياة العقد عامة بما في ذلك عقد النقل البحري، تُؤكّد التزامات مبنية على فكرة التعاون والتشاور بين المتعاقدين³ إذا ما وُجدت صعوبات في تنفيذ العقد، فنجد مبدأ حسن النية من مرحلة المفاوضات، مروراً بمرحلة إبرام العقد، ووصولاً إلى مرحلة تنفيذه.

أساس الالتزام بحسن النية، نشأ أخلاقياً وأضيف إلى التزام تجاري بفكرة الائتمان، ثم إلى التزام قانوني في جميع التشريعات الوطنية والدولية، وكذا في القرارات التحكيمية. ظهرت فكرة حسن النية في المادة 107 الفقرة الثانية من القانون المدني الجزائري، وفي صياغتها التي تقضي صراحة على ضرورة تنفيذ العقد ... وبحسن نية، وأكد المشرع الفرنسي على هذا المبدأ في جميع العقود وفي جميع مراحلها في المادة 1104 من القانون المدني الفرنسي 2016، والتي تقضي على ضرورة التفاوض بشأن العقود وإبرامها وتنفيذها بحسن نية، وباحترام النظام العام. كما فرضت كل التشريعات الوطنية الأخرى فكرة حسن النية، وجعلت منها

¹ يُعرف الفقه مبدأ حسن النية على أنها: "التعامل بصدق واستقامة وشرف مع الغير، وأن أسمى مظهر لحسن النية هو احترام الالتزام الموعد به"، عبد المنعم موسى إبراهيم، حسن النية في تنفيذ العقود دراسة مقارنة، منشورات زين الحقوقية، القاهرة، 2006، ص 73؛ علاق عبد القادر، المرجع السابق، ص 17. كما تعرف بأنها: "الاستقامة والنزاهة وعدم الغش"، رشوان حسن رشوان، أثر الظروف الاقتصادية على القوة الملزمة للعقد، الطبعة الأولى، 1994، ص 82.

² يرجع جذور مبدأ حسن النية إلى الشريعة الإسلامية، وارتباط هذا المبدأ بالأخلاق والأمانة والإخلاص، ومعنى هذا ان يؤتمن الانسان على كل شيء من أمروني. يقول الله تعالى في سورة النساء: [إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تُؤَدُّوا الْأَمَانَاتِ إِلَىٰ أَهْلِهَا وَإِذَا حَكَمْتُمْ بَيْنَ النَّاسِ أَنْ تَحْكُمُوا بِالْعَدْلِ إِنَّ اللَّهَ نِعِمَّا يَعِظُكُمْ بِهِ إِنَّ اللَّهَ كَانَ سَمِيعًا بَصِيرًا] (سورة النساء الآية 58). ويقول أيضاً: [وَالَّذِينَ هُمْ لِأَمَانَاتِهِمْ وَعَهْدِهِمْ رَاعُونَ] (سورة المؤمنون الآية 08).

كما أكد رسول الله صلى الله عليه وسلم عن الأمانة والثقة وحسن النية في عدة أحاديث نبوية، فروى الإمام أحمد في مسنده عن أنس بن مالك رضي الله عنه قال: قلما خطبنا رسول الله صلى الله عليه وسلم إلا قال: "لا إيمان لمن لا أمانة له، ولا دين لمن لا عهد له". الراوي: أنس بن مالك، المحدث: المنذري، إسناده صحيح أو حسن أو ما قاربهما، أخرجه أحمد 12567، والبخاري 7196، وأبو يعلى 2863.

<https://www.annajah.net/%D8%A2%D9%8A%D8%A7%D8%AA%D9%82%D8%B1%D8%A2%D9%86%D8%A9%D9%88%D8%A3%D8%AD%D8%A7%D8%AF%D9%8A%D8%AB%D9%86%D8%A8%D9%88%D9%8A%D8%A9-%D8%B9%D9%86%D8%A7%D9%84%D8%A3%D9%85%D8%A7%D9%86%D8%A9-article-27363>، الساعة 22:47، 19 يناير 2024،

³ علاق عبد القادر، المرجع السابق، ص 18.

مسألة أساسية في إبرام العقود وتنفيذها، وأبرزها التشريع البحري الجزائري¹ الذي ذكر مجموعة من تطبيقات مبدأ حسن النية في عقد النقل البحري².

أما دوليا، فإن اتفاقية البيع الدولي للبضائع (اتفاقية فيينا لسنة 1980)³، تقضي في مادتها السابعة الفقرة الأولى على أن يراعى ضمان حسن النية في التجارة الدولية. وكذلك الأمر بالنسبة لاتفاقيات النقل البحري الدولي، حيث ذكرت المادة الأولى من بروتوكول لاهاي فيسبي المعدل لاتفاقية بروكسيل لسنة 1924⁴ على مبدأ حسن النية، وأكدت عليه اتفاقية الأمم المتحدة المتعلقة بعقود النقل الدولي للبضائع عن طريق البحر كليا أو جزئيا (اتفاقية روتردام لسنة 2008)⁵ في المادة الثانية منها، حيث نصت على أنه: "يراعى في تفسير هذه الاتفاقية طابعها الدولي وضرورة العمل على تطبيقها بشكل موحد والتزام حسن النية في التجارة الدولية".

كما نجد مبادئ القانون الموحد (UNIDROIT) التي تؤكد على ضرورة تنفيذ العقود بمنتهى حسن النية في المادة 8_1. كذلك قواعد الفيديك (FIDIC)⁶ المتعلقة بعقود التشييد، والتي ألزمت الأطراف إلى

¹ الأمر رقم 80_76 المؤرخ في 23 أكتوبر 1976 المتضمن القانون البحري، المعدل والمتمم بالقانون رقم 04_10 المؤرخ في 15 أوت 2010، جريدة رسمية العدد 46 مؤرخة في 18_08_2010.

² المواد من 770 إلى 781 من القانون البحري الجزائري، فمثلا نص المادة 770 التي تلزم الناقل بتقديم سفينة صالحة للملاحة البحرية وتجهيزها والسهر على العناية بها قبل وعند بدء الرحلة البحرية، كذلك التزام الناقل بتحميل ورس وصيانة ونقل وحراسة البضائع حسب الأعراف التجارية وبحسن نية (المادة 773). كما يجوز للناقل تأمين مسافنة البضاعة في حالة توقف الرحلة لسبب ما إلى غاية وصول البضاعة إلى الميناء المتفق عليه (المادة 776). كما تنص المادة 780 من القانون البحري الجزائري² التي تنص: "بعد وصول السفينة إلى مكان الوصول المتفق عليه يبدأ الناقل بعملية فك وإنزال البضائع بنفس العناية". أما المادة 781 من نفس القانون تنص أنه: "إذا وقع حادث فجائي يمنع الناقل من إفراغ البضائع في ميناء الوصول في مدة معقولة..."

³ اتفاقية الأمم المتحدة بشأن البيع الدولي للبضائع، انعقدت بتاريخ 10 يناير 1980، ودخلت حيز التنفيذ بتاريخ 01 يناير 1988.

⁴ اتفاقية بروكسل لسنة 1924 الخاصة بتوحيد بعض القواعد المتعلقة بسندات الشحن، دخلت حيز التنفيذ سنة 1931، عدلت ببروتوكول 1968 ثم بروتوكول 1979، صادقت الجزائر على الاتفاقية لسنة 1924 دون بروتوكولاتها بموجب المرسوم رقم 70_64 المؤرخ في 02 مارس 1964، ج.ر عدد 28 لسنة 1964.

⁵ اتفاقية الأمم المتحدة المتعلقة بعقود النقل الدولي للبضائع عن طريق البحر كليا أو جزئيا "قواعد روتردام" لسنة 2008، قرار الجمعية العامة رقم 122/63، 2008/12/11.

⁶ مصطلح "الفيديك": هو مختصر لعبارة "الفيديرالية الدولية للمهندسين الاستشاريين" Fédération Internationale des Engineers – Conseils (FIDIK)، هي قواعد أصدرت عدة شروط لعقود مختلفة تهدف إلى إيجاد حلول تعاقدية للمشاكل التي تعرقل تنفيذ تلك العقود.

ضرورة البحث عن حلٍّ ودّي بينهما قبل اللجوء إلى التحكيم، فما دام أن الأطراف أسست علاقاتها التعاقدية على مبدأ حسن النية أولاً، ومبدأ الالتزام بروح العدالة، فيمكن لها حل خلافاتها العقدية بما يقضيه القانون والأخلاق¹، وهذا عملاً بنص المادة 67 الفقرة الثانية منها².

يلاحظ أن صفة حسن النية يصاحبها الالتزام العام بالأمانة³. يميز بعض الفقه بين أمانة المتعاقدين (La loyauté des contractants) وبين الأمانة التعاقدية (La loyauté contractuelle)، وهنا يظهر محتوى تنفيذ العقد الصادق الشخصي لكل متعاقد (La loyauté des contractants)، والتنفيذ الصادق الموضوعي لكل مشتملات العقد، بطريقة أمينة وسليمة (La loyauté contractuelle)⁴.

الفرع الثاني: تطبيق إعادة التفاوض بحسن نية في عقد النقل البحري.

إن حسن النية في تنفيذ العقود الدولية ما هي إلا نتيجة طبيعية وضرورية لحسن ابرام وتنفيذ العقود، وهذا ما جاء في قرارات التحكيم عموماً، والقرار الصادر في القضية رقم 2291، حيث أعلن فيه المحكم أنه: "عندما لا يهتم الأطراف بتحرير عقودهم بطريقة متقنة، يجب أن نفسر إرادتهم والتزاماتهم وفقاً لنصوص العقد والمبادئ العامة للقانون والعدالة التي يجب أن تحكم معاملات التجارة الدولية"⁵. فكل شرط يُفسر بحسن نية، وعلى كل طرف التصرف بطريقة آمنة تجاه الآخر، فيُنتظر من الأطراف المساعدة والمعاونة، خاصة وأن المصالح في العقد يجب أن تكون لتحقيق أهداف مشتركة، والمحافظة على العقد، محافظة مثالية⁶. وأظهر الواقع إمكانية توقيع جزاء بطلان العقد إذا امتنع أحد المتعاقدين على القيام بواجب التعاون

¹ عبد الراضي السيد حجازي، موسوعة التحكيم الدولي التحكيم الفيديك (FIDIK) والبري والبحري والجوي، الجزء الثاني، ص 96، 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.

² مراد محمود المواجدة، المسؤولية المدنية في عقود نقل التكنولوجيا، ط 01، دار الثقافة، الأردن، 2010، ص 424.

³ إن التزام التفاوض بحسن نية هو التزام عام بالأمانة، وهو التزام يفرض نفسه على أطراف العقد. وبمفهوم المخالفة يسعى هذا الالتزام إلى إبعاد سوء النية أثناء المراحل التي يمر بها العقد، ليستفيد الأطراف بالعقد وكذلك الغير، فيصبح للعقد وظيفة اجتماعية. (Y.) PICOD, L'Obligation de coopération dans l'exécution du contrat, J.C.P, éd. G, 1998, Doc. 3318.

⁴ شريف محمد غنام، المرجع السابق، ص 403.

⁵ قرار غرفة التجارة الدولية رقم 2291، وارد في المجموعة الأولى من القرارات، ص 274، ملحوظة الأستاذ (Y.) DERAIS، مأخوذ من: شريف محمد غنام، المرجع السابق، ص 408.

⁶ حليلة بن دريس، إعادة التفاوض في العقود دراسة على ضوء مبادئ اليونديروا والتشريعات الوطنية، مجلة الاجتهاد القضائي، المجلد 13، العدد 02، بسكرة، 2021، ص 256.

المطلوب منه، وهذا بتبادل المعلومات والتشاور بين المتعاقدين تشاورا مستمرا¹، مزودا بواجب الحرص (La diligence)، والجهود المعقولة

(Les efforts raisonnables)، وقواعد الفن (Les règles de l'art).

ومن تطبيقات حسن النية في مجال النقل البحري، الاتفاقات المشروعة المدرجة 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 كهربائيا² هو تطبيقا لمبدأ حسن النية.

كما يجب على الناقل استعمال الشروط الاتفاقية المدرجة في سند الشحن بطريقة صحيحة وبحسن نية³، تحقيقا لمصلحة الطرفين وليس لمصلحة الناقل فقط⁴، كشرط تغيير المسار أو الطريق في حالة وجود ظرف طارئ غير متوقع مثلاً. وفي هذا الصدد، اتجه القضاء في إحدى الوقائع، برفض 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 بوجود تعسف في استعمال الشرط وسوء نية من الناقل، لأن هذا الأخير كان عالماً قبل التعاقد بوجود إضراب في ذلك الميناء الحقيقي واستغل الفرصة من إدراج الشرط الحر من أجل تغيير الميناء لمصلحته الشخصية⁵. والحال أن القانون يلزم توافر منتهى حسن النية في التعاملات العقدية. 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 الأصح والأنسب لصاحب الحق على البضاعة⁶.

كما حرص قضاء التحكيم في قراراته على وجوب استخدام حسن نية المتعاقدين، وذلك في قضية (ATLANTIC TEILON) المختصة في الصيد وعلاقاتها مع حكومة غينيا. كان يفرض على الشركة أن

¹ عزيز كاظم الخفاجي ونارمان جميل النعماني، إعادة التفاوض في عقود نقل التكنولوجيا، مجلة الكوفة، العدد 23، ص 43.

² 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, BTL2006, P. 186.

³ خلادي إيمان، الحرية التعاقدية في عقد النقل البحري للبضائع على ضوء القانون البحري الجزائري والاتفاقيات الدولية، رسالة دكتوراه في القانون الخاص، تخصص القانون البحري والنقل، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، الجزائر، 2020_2021، ص 169.

⁴ قماز ليلي، محاضرات عقد النقل البحري، موجهة لطلبة السنة أولى ماستر، تخصص القانون البحري والنقل، 2019_2020، ص 18، غير منشورة.

⁵ Aix-en-Provence, 20 Septembre 2005, BT 205.702.

⁶ Cass. Civ., 31 Janvier 1887 ; Cour d'Appel de Pais, 6 novembre 1980, DMF, 1981, p. 338 ; Cassation, 21 juillet 1987, DMF, 1988, p 455, navire « Mazoria ».

تدرس بشكل جدّي ما إذا كانت سفنها صالحة لهذا النوع من الصيد، وتدرس كيفية استغلال هذه السفن وتعديلها حتى تقوم بمهامها. إن حسن النية يمنعها من الاكتفاء بوضع سفنها تحت تصرف الحكومة الغينية¹. يُبنى التوازن العقدي على اقتراحات جادة تحقق المصلحة المشتركة للأطراف بعيدا على التناقض والغموض، أساسه نظرية المصالح المشتركة (La théorie des intérêts communs) التي تفرض العمل العادل عدلا واقعيًا عمليًا، بحيث لا يضر المتعاقد الآخر.

تأكيدا لفكرة المعاملة بحسن النية، أُلقي على طرفي العقد التزامات تُظهر قيمة الأمانة والإخلاص في المعاملات العقدية بين الأطراف، منها الالتزام بالإخطار والالتزام بتخفيف الضرر (المطلب الثاني).
المطلب الثاني: الالتزامات المتفرعة عن حسن النية.

إن الالتزام بإعادة التفاوض بحسن نية يتفرع عنه التزامين أساسيين هما، الالتزام بالإخطار أو الاعلام (الفرع الأول)، والالتزام بضرورة تخفيف الضرر (الفرع الثاني).

الفرع الأول: الالتزام بالإخطار.

قد يواجه المدين أحداثا تتطلب استخدام شرط إعادة التفاوض، وهذا يكون بإخطار الدائن بالأحداث ومحتواها ونتائجها، فيصل إلى علم الطرف الآخر ما تضمنته هذه الأحداث من تغيير في مشتملات العقد عموما.

إن التزام المدين بالإخطار أمر ضروري، حتى ولو لم يتم الاتفاق فيها بين طرفي العقد على هذا الإخطار. والنظام القانوني للإخطار يتمثل في أنه يوقف تنفيذ العقد ولو لمدة معينة، خاصة وأن المدين يواجه استحالة مؤقتة أو صعوبة في التنفيذ.

يجب في هذا الصدد، استخدام وسائل تضمن وصول الإخطار وحسن استلامه من طرف الدائن، وفي مدّة معقولة² (Dans un bref délai).

من أهداف السرعة في الإخطار وجود صورة مؤكدة تهدف إلى المحافظة على بقاء العقد من جهة، وتجنّب الطرف المضرور الحد من الخسارة وإيجاد بدائل مناسبة من جهة أخرى، فقد أقر التحكيم الدولي في قرار له سنة 1985 أهمية الإخطار، ونص على التزام الأطراف بالتعاون من أجل التنفيذ الحسن للعقد يُحملهم بالأخص بالاستعلام...³

¹ قرار صادر في 14 أبريل 1986، من مركز تسوية منازعات الاستثمار بين الدول ورعايا الدول الأخرى، (C.I.R.D.I)، وارد في: JDI, 1988, pp. 181-188, obs. ; GAILLARD (E.). مأخوذ من: شريف محمد غنام، المرجع السابق، ص 415.

² المادة 79 من اتفاقية البيع الدولي للبضائع فيينا لسنة 1980.

³ هني عبد اللطيف، المرجع السابق، ص 110.

عدم الاخطار يُعتبر عدم تنفيذ المدين لأحد التزاماته الأساسية وعدم أحقيته في التمسك بإعادة التفاوض لأن هذا الالتزام يتماشى مع مقتضيات التضامن وحسن النية والتعاون الذي يطبع تنفيذ الالتزامات العقدية.

إن الالتزام بالإخطار هو حجر زاوية بدء ونجاح كل مفاوضة. فله أهمية علمية وعملية في العقود الدولية عامة وفي عقود النقل البحري خاصة، خُلِق في كنف الاتفاقيات الدولية¹، فقد نصت عليه جل الاتفاقيات

والهيئات الدولية². كما أكد التحكيم الدولي على هذا الالتزام عامة، وفي التحكيم البحري خاصة، وذلك في قرار تحكيمي يتعلق بتأجير سفينة، وقد حُدّد في القسم السابع من العقد بندا يتمثل في: "يقر الطرفان أن أحداثا لم يتوقعها وقت إبرام هذا العقد قد حدثت.... والتي تؤثر بشكل مباشر أو غير مباشر على تنفيذ العقد.... يقوم الطرف المتضرر بإبلاغ الطرف الآخر بموجب إشعار كتابي..."³.

الفرع الثاني: الالتزام بتخفيف الضرر.

يُخطر المدين المضرور الدائن بوقوع ظروف تقضي على التزاماته نتيجة عدم توازن التزاماتهما المتبادلة، وهذا هو أساس الإجراءات اللازمة للتقليل من نطاق الضرر الذي وقع في العقد، ويُعرف بالالتزام بتخفيف الضرر (L'Obligation à modérer le dommage) Ou (L'Obligation de minimiser le dommage).

أساس هذا الالتزام قانوني نصت عليه القوانين الوطنية ونصوص الاتفاقيات الدولية الخاصة بالتجارة الدولية والزمه واقع عقود هذه التجارة⁴. يُعرف هذا الالتزام أيضا في القانون الانجلوساكسوني ويُسمى (Duty to mitigate) وأجب التخفيف. تدخل نتيجة لذلك قضاء التحكيم التجاري الدولي الذي أكد على وجوب

¹ عرب سلامة فارس، وسائل معالجة اختلال توازن العلاقات التعاقدية في قانون التجارة الدولية، ط 01، د.د.ن، 1999، ص 350.

² انظر المادة 79 الفقرة 4 من اتفاقية الأمم المتحدة الخاصة بالبيع الدولي للبضائع، وكذلك المادة 7_1_7 من مبادئ (UNIDROIT)، أيضا الشرط النموذجي الذي أعدته غرفة التجارة الدولية CCI التي تناولت في البند الرابع واجب الإخطار، وأكدت على ضرورة الظرف الذي يتمسك بانتفاء المسؤولية أن يخطر الطرف الآخر في أسرع وقت ممكن بعد علمه بالعائق وأثره على هذا التنفيذ.

³ (CAMP), n° 1172, (O.) CACHARD, Op.cit, P. 04.

⁴ نصت على الالتزام بتخفيف الضرر عدة قوانين وطنية منها القانون السويسري والألماني فأجازت من المتعاقد المضرور طلب التعويض عن فسخ العقد إذا أهمل في اتخاذ الإجراءات الضرورية اللازمة لتجنب تحقيق الضرر، خاصة إذا كان في استطاعته اتخاذ هذه الإجراءات (المادة 398 من القانون الألماني للعقود الاقتصادية المؤرخ في 5 فبراير 1976).

مقتبس من: شريف محمد غنام، المرجع السابق، ص 516.

احترام الالتزام بتخفيف الضرر. وانطلاقاً من هذا، إن الدائن إذا لم يبذل جهداً معقولاً في تخفيف الضرر يكون قد أخطأ.

في مجال التأمين البحري، يكون على المؤمن له عند وقوع الخطر المؤمن منه أن يبذل كل ما في وسعه لإنقاذ الأشياء المؤمن عليها. وتخفيف الضرر هو التزام تعاقدى حيث يبذل كل طرف ما في وسعه لتخفيف الضرر الذي قد ينتج من عدم التنفيذ¹.

يُبنى الالتزام بتخفيف الضرر من واجب التعاون وحسن النية بين الأطراف والعادات الراسخة في التجارة الدولية، المؤدية إلى الالتزام الضروري لبقاء العقد قائماً. ومن الالتزامات المؤدية إلى هذا التخفيف التزامين، أولهما

إجراء المحافظة على البضاعة (المادة 77 من اتفاقية فيينا للبيع الدولي 1980 وتقابلها المادة 49 من اتفاقية روتردام 2008)، هو إجراء يفرض نفسه حتى وإن لم يكن هناك التزام تعاقدى يفرضه².

وثانيهما، تقديم اقتراحات جديدة تُسهل تنفيذ العقد مع ضرورة حرص الدائن على التفاوض مع المدين عملياً، المحكمون يُلزمون الدائن في بعض الحالات قبول اقتراحات جديدة متمثلة في تغيير بعض عناصر العقد تخفيفاً للضرر الذي أصاب المدين.

وخلاصة القول، لكل عقد حلولاً خاصة به، الهدف منه هو القضاء على المشقة العقدية وتخفيف الضرر، ويبقى إثبات الضرر قائماً على المدين.

خاتمة:

إن بقاء العقد قائماً خلال كل مراحله هو الغاية المشتركة لأطرافه، خاصة وأن قيمة صفقات عقود النقل البحري وما يتبعها من عقود التجارة الدولية باهظة تُدير أرباحاً لأطرافها وللاقتصاد. ومن هنا فلا فائدة فيها لإنهاءها رغم كل الأحداث والمعضلات التي قد تصاحب العقد ومشتملاته.

ضماناً للمحافظة على العقد، وعملاً بمبدأ القوة الملزمة للعقد، خُلِقَ شرط إعادة التفاوض من الممارسين التجاريين، ووجد بيئته في عقود التجارة الدولية بصفة عامة وعقود النقل البحري بصفة خاصة، وأصبح عرفاً أو عادة تجارية دولية، فهو وليد بيئة تعاقدية جاء استجابة لاختلالات عقدية قد تنشأ بين طرفي العقد.

¹(Y.) DERAIS, L'obligation de minimiser le dommage dans la jurisprudence arbitrale, RDAI, 1987, p. 381.

² راجع المواد من 72 إلى 85 من اتفاقية فيينا للبيع الدولي للبضائع لسنة 1980.

إن عملية إعادة التفاوض تسعى إلى خلق جوّ تعاوني لتحقيق متطلبات العقد أساسه حسن النية. فالعقد مصلحة اقتصادية مشتركة مبنية على التعاون والأمانة والثقة بين المتعاقدين، الكل تحقيقاً لمبدأ القوة الملزمة للعقد ولمصلحة أطرافه وللإقتصاد الوطني.

ومن بين الملاحظات المقترحة:

- 1_ لا أحد ينكر ما لإعادة التفاوض من امتيازات قانونية واقتصادية وأخلاقية، لإبقاء العقد قائماً وجعله يتخطى كل الصعوبات المرهقة التي يمر بها. فالعقد وحدة في حد ذاته يُبنى بين وحدة لأطرافه.
- 2_ إن أهمية عقد النقل البحري تُظهر العقد كعماد لعقود التجارة الدولية والمالية والتجارية، فهو صمام الأمان لكل عقد تجاري واقتصادي، لذا يجب إبقاؤه قائماً تحقيقاً لمصلحة الأطراف من جهة، ولمصلحة الاقتصاد من جهة أخرى. فهو بحق سفينة عقود التجارة الدولية.
- 3_ إعادة التفاوض هي في حقيقة الأمر امتداداً وتدعيماً لمبدأ القوة الملزمة للعقد، ولهذا يُحبذ وضع شروط تفاوضية استثنائية تحت تصرف الأطراف الذين قد يتجاهلون أو يجهلون بعضها، وتأخذ صفة الشروط المكملّة أو المقررة أو المفسرة لإرادة الأطراف خدمة لمصالحهم.
- 4_ تدخل الجميع من تشريع وقضاء وتحكيم وفقه لتسهيل وشرح أحكام شرط إعادة التفاوض وتقديمها كركن أساسي في المعاملات العملية الواجب توافرها في عقود النقل البحري والتجارة الدولية البحرية.
- 5_ مزج الصبغة الاقتصادية والمالية والتجارية على المعاملات المتعلقة بعقد النقل البحري والتجارة الدولية، بالصبغة الأخلاقية المتمثلة في ضرورة توفير حسن النية في مثل هذه العقود وإبعاد سوء النية منها.

قائمة المصادر والمراجع

أولاً: باللغة العربية:

1_ القرآن الكريم والأحاديث النبوية الشريفة:

2_ الاتفاقيات الدولية:

- _ اتفاقية بروكسل لسنة 1924 الخاصة بتوحيد بعض القواعد المتعلقة بسندات الشحن، دخلت حيّز التنفيذ سنة 1931، عدّلت ببروتوكول 1968 ثم بروتوكول 1979، صادقت الجزائر على الاتفاقية لسنة 1924 دون بروتوكولاتها بموجب المرسوم رقم 64_70 المؤرخ في 02 مارس 1964، ج.ر عدد 28 لسنة 1964.
- _ اتفاقية الأمم المتحدة بشأن البيع الدولي للبضائع، انعقدت بتاريخ 10 يناير 1980، ودخلت حيّز التنفيذ بتاريخ 01 يناير 1988.

_ اتفاقية الأمم المتحدة المتعلقة بعقود النقل الدولي للبضائع عن طريق البحر كلياً أو جزئياً "قواعد روتردام" لسنة 2008، قرار الجمعية العامة رقم 122/63، 2008/12/11.

3_ القوانين الوطنية:

- _ أمر رقم 58_75 مؤرخ في 26 سبتمبر 1975، يتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم بالقانون رقم 05_07 المؤرخ في 13 ماي 2007، ج.ر عدد 31، مؤرخة في 13 ماي 2007.
- _ الأمر رقم 80_76 المؤرخ في 23 أكتوبر 1976 المتضمن القانون البحري، المعدل والمتمم بالقانون رقم 04_10 المؤرخ في 15 أوت 2010، جريدة رسمية العدد 46 مؤرخة في 18_08_2010.
- _ قانون التجارة المصري، رقم 17 لسنة 1999.

4_ الكتب:

- _ إبراهيم الدسوقي أبو الليل، الاعفاء من المسؤولية المدنية عن حوادث السيارات، دراسة تحليلية لنظرية السبب الأجنبي في الفقه والقضاء المصري والفرنسي، دار النهضة العربية، 1975.
- _ رشوان حسن رشوان أحمد، أثر الظروف الاقتصادية على القوة الملزمة للعقد، الطبعة الأولى، 1994.
- _ شريف محمد غنام، أثر تغير الظروف في عقود التجارة الدولية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2007.
- _ عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الأول، دار النهضة العربية، 1981.
- _ عبد الكريم موكة، الجوانب القانونية للعقود الدولية، دار بلقيس، الجزائر، 2023.
- _ عبد المنعم موسى إبراهيم، حسن النية في تنفيذ العقود، منشورات زين الحقوقية، القاهرة، 2006.
- _ عرب سلامة فارس، وسائل معالجة اختلال توازن العلاقات التعاقدية في قانون التجارة الدولية، ط 01، 1999.
- _ مراد محمود المواجدة، المسؤولية المدنية في عقود نقل التكنولوجيا، ط 01، دار الثقافة، الأردن، 2010.
- _ وجدي حاطوم، النقل البحري في ضوء القانون والمعاهدات الدولية، ط 01، المؤسسة الحديثة للكتاب، 2011.

5_ أطروحات الدكتوراه:

- _ بكر عبد السعيد محمد أبو طالب، أزمة العقد دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه في الحقوق، قسم القانون الخاص، كلية الحقوق الدراسات العليا، جامعة المنوفية، 2020.
- _ بلحاج نصيرة، تغير الظروف وأثره في عقود التجارة الدولية، أطروحة دكتوراه في الحقوق، تخصص قانون الأعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية سعيد حمدين، جامعة الجزائر 1 يوسف بن خدة، الجزائر، 2019.
- _ بن عيسى حياة، أمن المنشآت المينائية والسفن في ظل القانون الجزائري والمعاهدات الدولية، أطروحة دكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان، الجزائر، 2015.

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

_صلاح الدين جمال الدين محمد عبد الرحمان، عقود الدولة لنقل التكنولوجيا، دراسة في إطار القانون الدولي الخاص والقانون التجاري الدولي، رسالة دكتوراه، جامعة طنطا، مصر.

_مروك أحمد، شرط إعادة التفاوض في عقود التجارة الدولية، أطروحة دكتوراه في الحقوق، جامعة الجزائر 1 بن يوسف بن خدة، 2015.

_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، 2016.

6_ مذكرات الماجستير:

_علاق عبد القادر، أساس القوة الملزمة للعقد وحدودها دراسة مقارنة، ماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان، الجزائر، 2007_2008.

7_ المقالات القانونية:

_حسام سيد عبد الرحيم، أعمال شرط إعادة التفاوض، مجلة الدراسات القانونية، العدد 54، 2021.

_حليمة بن دريس، إعادة التفاوض في العقود دراسة على ضوء مبادئ اليونديروا والتشريعات الوطنية، مجلة الاجتهاد القضائي، المجلد 13، العدد 02، 2021.

_عزيز كاظم الخفاجي ونارمان جميل النعماني، إعادة التفاوض في عقود نقل التكنولوجيا، الكوفة، العدد 23.

_علي حسين دويح، الالتزام بإعادة التفاوض في تكوين العقد المعدل، مجلة جامعة الامام جعفر الصادق للدراسات القانونية، العدد 03.

_محمد عبد الجواد، شرط الإرهاق في تطبيق نظرية الظروف الطارئة، مجلة القانون والاقتصاد، السنة 33، العدد 04.

_منى أبو بكر الصديق محمد حسان، الاتجاهات القانونية الحديثة لنظرية الظروف الطارئة، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، المجلد 62، العدد 01، جامعة المنصورة، 2020.

_اسيل باقر جاسم، النظام القانوني لشرط إعادة التفاوض (دراسة في عقود التجارة الدولية)، مقال منشور عبر: <https://www.iasj.net/iasj/download/a39e83dd9ae8d1c6>، يوم 18 يناير 2023، الساعة

_ عبد الراضي السيد حجازي، موسوعة التحكيم الدولي التحكيم الفيديك (FIDIK) والبري والبحري والجوي، الجزء الثاني، ص 96، منشور عبر الموقع:

<https://arbitrationeg.com/wp-content/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 14:00.

_ قماز ليلي، محاضرات عقد النقل البحري، موجهة لطلبة السنة أولى ماستر، تخصص القانون البحري والنقل، 2019_2020، ص 18، غير منشورة.

8_ مواقع الانترنت:

<https://www.almaany.com/ar/dict/arar/%D8%A7%D9%84%D8%AA%D9%81%D8%A7%D9%88%D8%B6/> 14:39، يوم 19 يناير 2024،

<https://www.unidroit.org/wp-content/uploads/2021/06/Unidroit-Principles-2016-French-bl.pdf>، الساعة 19:11، يوم 29 ديسمبر 2023،

<https://www.annajah.net/%D8%A2%D9%8A%D8%A7%D8%AA%D9%82%D8%B1%D8%A2%D9%86%D9%8A%D8%A9-%D9%88%D8%A3%D8%AD%D8%A7%D8%AF%D9%8A%D8%AB-%D9%86%D8%A8%D9%88%D9%8A%D8%A9-%D8%B9%D9%86-%D8%A7%D9%84%D8%A3%D9%85%D8%A7%D9%86%D8%A9-article-27363>، الساعة 22:47، يوم 19 يناير 2024،

ثانيا: باللغة الأجنبية: BIBLIOGRAPHIE

1- Textes de loi :

- 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.

2- ouvrages :

- DERAIS (Y.), L'obligation de minimiser le dommage dans la jurisprudence arbitrale, RDAI, 1987, p. 381.
- MOUSSERON (J.M), Techniques contractuelles, 4^{ed}, 2010.
- OPPETIT (B.), L'Adaptation des contrats internationaux aux changements de Circonstances : La clause de Hardship, JDI, n° 04, 1974.
- PICOD (Y.), L'Obligation de coopération dans l'exécution du contrat, J.C.P, 1998.
- TRARI TANI (M.) et PISSORTT (W), Droit commercial international, Berti édition, Alger, 2007.

3- Thèses:

- LE ROY (D.), La force majeure dans le commerce international, thèse, Paris, 1992.

4- Mémoires :

- CARNEIRO (L.), LES CLAUSES DE HARDSHIPDANS LES CONTRATS MARITIMES, Mémoire Master 2 Droit Maritime, CDMTCentre de Droit Maritime et des Transports, Faculté de droit et de science politique, UNIVERSITÉ D'AIX-MARSEILLE, 2013.

5- Articles :

- RAYNARD (J.), Les Principe du droit européen du contrat : une lex mercatoria a la mode européenne, RTD civ, 1998.

- CACHARD (O.), Les clauses de HARDSHIP dans les contrats maritimes prévisions et imprévisions! Revue le droit maritime français, Mai 2011.

- FABRE (R), Les clauses d'adaptation dans les contrats, Revue trimestrielle de droit civil, 1983.

- MEKKI (M.), La loi ratification de l'ordonnance du 10 Février 2016 une réforme de la réforme ? Recueil Dalloz, n° 17, 03 Mai 2018.

- 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.

- MATRAY (D.) ; VIDTS (F.), Les clauses d'adaptation de contrats, 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.

- PAULSSON (J.), L'adaptation du contrat, In l'arbitre et le contrat, "Journée d'étude organisée à paris, le 12 janvier 1984, par le comité français de l'arbitrage, Rev, Dr, 1984.

- 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.