

منشورات كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية
سلسلة كتاب القانون والمجتمع
"2"



قانون التجارة البحرية المغربي
بعد مرور مائة سنة على صدوره :
التحديات الداخلية والظرفية الدولية

تنسيق وتقديم:
الدكتور عبدالرزاق أيوب

2021



Droit du commerce maritime marocain
cent ans après:
Défis interne et conjoncture internationale

2021

قانون التجارة البحرية المغربي
بعد مرور مائة سنة على صدوره :
التحديات الداخلية والظرفية الدولية

Publications de la faculté des sciences juridiques,
économiques et sociales
Série : Livres en Droit et société
"2"



Droit du commerce maritime marocain
cent ans après:
Défis interne et conjoncture internationale

Sous la direction du:
Dr. AYOUB Abderrazak

2021



قانون التجارة البحرية المغربي
بعد مرور مائة سنة على صدوره : التحديات الداخلية والظرفية الدولية
مؤلف جماعي

رقم الإيداع القانوني: 2020MO0768

ردمك: 978-9920-39-223-5

الناشر: دارالعرفان

المطبعة: قرطبة أكادير

الهاتف: 05.28.23.88.55

البريد الإلكتروني: kortoba.lib19@gmail.com

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

﴿اللَّهُ الَّذِي سَخَّرَ لَكُمُ الْبَحْرَ لِتَجْرِيَ الْفُلَا فِيهِ بِأَمْرِهِ وَلِتَبْتَغُوا
مِنْ فَضْلِهِ وَلَعَلَّكُمْ تَشْكُرُونَ﴾ صَدَقَ اللَّهُ الْعَظِيمُ

[سورة الجاثية، الآية 12]

منشورات كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية بأكادير

منتبر القانون والبعتمع

سلسله كلاب القانون والبعتمع "2"

قانون التجارة البحرية المغربية
بعء مرور مائه سنة على صوره:
التحدياء الداخليه والخريفية الدولية

اللجنة العلمية التحكيمية:

- الدكتور محمد الكشور ، أستاذ التعليم العالي سابقا، ومحامي بهيئة المحامين بالدار البيضاء.
- الدكتور الحسين بلوش، أستاذ التعليم العالي بكلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية بأكادير.
- الدكتور أحمد إد الفقيه، أستاذ التعليم العالي سابقا، ومحامي بهيئة المحامين لدى محاكم الاستئناف بأكادير وكلميم والعيون.
- الدكتورة بشرى جدابني، أستاذة التعليم العالي بكلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية بأكادير.
- الدكتورة حليلة لمغاري، أستاذة مؤهلة بكلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية بالجديدة.
- الدكتور محمد العلي، أستاذ مؤهل بكلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية بأكادير .

مؤلف جماعي

الصفحات	فهرس الكتاب	
3-1	د. عبد الرزاق أيوب	تقديم للكتاب
49-4	د. عبد الرزاق أيوب	الإعفاء القانوني من مسؤولية الناقل البحري للبضائع في ضوء القانون والاتفاقيات الدولية
93-50	د. بدر بن عبد الله بن راشد الرحبي	الإخطار في دعوى مسؤولية الناقل البحري للبضائع: دراسة مقارنة بين الاتفاقيات الدولية والقانون البحري المغربي
111-94	د. كمال بلحركة د. سعيد العيطوني	دور الاتفاقيات الدولية في تطوير قواعد مدونة التجارة البحرية
132-112	د. عبد العزيز اليازيدي	خصوصيات دعوى المسؤولية الناشئة عن عقد النقل البحري للبضائع
154-133	د. أبو ياسين اسماعيل	أساس التزام المرسل إليه بشرط التحكيم بالإحالة
174-155	د. سعد بهتي	شرط التحكيم في عقد النقل البحري بين الامتداد والانتقال
196-175	د. هشام المراكشي	التصرفات القانونية الواردة على السفن، رهن السفينة نموذجا
219-197	د. محمد الشافعي	مسطرة الحجز التنفيذي على السفينة في ضوء التشريع الوطني والاتفاقيات الدولية
242-220	د. ابراهيم أحطاب	عقد بناء السفينة بين قانون التجارة البحري والمدونة العامة للضرائب
269-243	د. صباح كونو	النظام القانوني لعقد العمل البحري
Table des matières		Pages
Préface		1
Assurance maritime des marchandises transportées: perspectives d'avenir Dr .MERBOUH Kaoutar		3-17
Affrètement ou transport, une amphibologie en droit marocain Dr. Abdeljebbar KARIMI		18-31
Destinataires, transporteurs et assureurs bénéficiaires de l'application des Règles de Hambourg au Maroc Dr. Mohamed LAAZIZI		32-52
L'application Des Dispositions Du Code Du Travail Aux Marins : Analyse De L'article 3 Du Code Du Travail A La Lumière De La Doctrine Et La Jurisprudence Marocaine Et Etrangère Pr. Khalid Hilal		53-77
L'infraction pénale maritime :particularisme et efficience de réglementation pénale Pr. YAZIDI ALAOUI Brahim		78-95

تقديم للكتاب

الحمد لله الذي أقام على العدل السماوات والأرض، وعلم الإنسان ما لم يعلم، والصلاة والسلام على قاضي الأمة الأول، وقادتها الأعدل، محمد بن عبدالله، صلى الله عليه وعلى آله وصحبه، ومن اهتدى بهديه، واقتفى أثره إلى يوم الدين.

يقول سبحانه وتعالى في محكم كتابه العزيز، بعد لبسم الله الرحمن الرحيم:

﴿رَبُّكُمْ الَّذِي يُزْجِي لَكُمْ الْفُلْكَ فِي الْبَحْرِ لِتَبْتَغُوا مِنْ فَضْلِهِ ۚ إِنَّهُ كَانَ بِكُمْ رَحِيمًا﴾

(سورة الاسراء، الآية 66).

تخبرنا هذه الآية الكريم، عن لطف الله تعالى بخلقه في تسخيره لعباده الفلك في البحر، فالبحر يشكل صل واصل وتواصل بين مختلف الشعوب، ومصدرا للموارد البيولوجية، ناهيك عن ما يجود به قاعه من ثروة معدنية وبتروولية وغازية هائلة، دون أن يغيب عن بالنا أن العديد من الأطعمة والأدوية والملابس التي يستخدمها الإنسان اليوم هي من مكونات النباتات البحرية، لذلك لا غرابة من قيام الدول المتقدمة من رصد ميزانيات مالية ضخمة، وموارد بشرية كفؤة، للتجارب والأبحاث العلمية البحرية أو المرتبطة بالبحر.

وإزاء هذه الأهمية، لم تعد ممارسة التجارة البحرية محصورة في المياه الإقليمية للدولة الواحدة، وإنما امتدت خارجها، واتسع نطاقها ليشمل أكثر من دولة، بحثا عن أسواق جديدة ووسل متنوعة، وأصبحت السفينة بمثابة مقالة تطفو فوق المياه الإقليمية والدولية، مقالة تقوم بنشاط تجاري، وفوق ظهرها وضع اجتماعي يتبلور من خلال عقود الشغل المبرمة بين مجهز السفينة أو نائبه وبين أحد البحارة للقيام بإنجاز عمل على ظهر السفينة. وأسهم هذا التطور في زيادة حجم ومستوى المعاملات التجارية الدولية، مع ما صاحب هذا التوسع من مخاطر جسيمة بسبب مخاطر الرحلات البحرية.

وقد سمح ارتباط الإنسان بالبحر بتعدد استعمالاته، فظهرت أعمال التجارة البحرية، وكذلك تأجير السفن، والقرض البحري، والتأمين البحري، وكافة العقود المتعلقة بالتجارة البحرية، بالإضافة إلى عقود الشغل البحري وغيرها من المعاملات، فكان من الضروري

إخضاعها لقواعد تنظم نشأتها وآثارها، وتؤمن على مخاطرها، وتسهم في طرح تصورات عديدة لحل منازعاتها، حيث أولت مختلف الدول المتصلة بالبحر عناية خاصة لسنّ قوانين وطنية، وإبرام اتفاقيات ومعاهدات دولية.

ولم يكن المغرب مستثنى من هذا التطور الذي شهدته التجارة البحرية، بحكم معانقة حدوده الشمالية والغربية لواجهتين بحريتين، تمتد شواطئها على مسافة 3500 كلم . وهو موقع جعل المغرب محط أطماع العديد من الدول، وعلى رأسها فرنسا التي بسطت حمايتها على المغرب بواسطة اتفاقية فاس المبرمة في 30 مارس 1912، وبدا لها أن عملية الاستفادة من خيرات بلدنا يمر عبر الاهتمام بميدان الملاحة والتجارة البحرية، فقامت بتجهيز وإصلاح بعض الموانئ المغربية خدمة لمصالحها الاقتصادية، كما صدر ظهير 31 مارس 1919 بشأن التجارة البحرية، الذي دخل حيز التطبيق في تاريخ فاتح يوليوز 1919، ويتضمن 319 فصلا مع الإشارة إلى العديد من الفصول المكررة.

ويردد كثير من الباحثين بمناسبة مناقشة أو تحليل بعض موضوعات قانون التجارة البحرية المغربي، أن هذا الأخير صنف إبان صدوره من ضمن التشريعات العالمية المتقدمة، وهو ما دفع ببعض الدول كالصين إلى الأخذ بالعديد من أحكامه في مدونتها البحرية. وترجع هذه الأهمية في نظرنا إلى كون هذا القانون جاء متأثرا بالنظريات الفقهية التي كان فقهاء القانون البحري يُنظِّرون لها آنذاك، كما عمل واضعوه على الاستفادة من الانتقادات التي وجهت إلى القوانين غير الوطنية وقتئذ.

ورغم هذه الأهمية التي يحظى بها القانون البحري على المستوى الدولي، يسجل في بلادنا بكل أسف نفورا أو على الأقل «ركودا علميا» في الاهتمام بالدراسات في هذا الحقل المعرفي، ترك أثرا بالغا على الحركة العلمية. فالعلم بطبعه عزيز النفس، كما يقول مشايخنا، يجزي خير الجزاء لمن يكرس وقته للمعرفة، ويشيح بوجهه عن كل من يدنو منه بتكلف.

وقد اشتدت هذه الأزمة العلمية، وبدأت أثارها تتضح بقوة في العقدين الأخيرين، حيث تقلصت الأبحاث العلمية في هذه المادة الحيوية، وهي مدة صناعة طالب العلم عادة، ومدة رحيل فطاحل القانون البحري، رغم قلتهم، فالإنسان إلى ضعف أو إلى زوال. كما أن إجماع الدولة عن إصدار مدونة جديدة للتجارة البحرية، رغم أن أحكام ظهير 1919 أضحت عاجزة في الوقت الراهن عن مواكبة التطورات التي عرفتتها قوانين التجارة البحرية على المستوى

الدولي، هو في حد ذاته مساهمة منها في تكريس هذه الأزمة، رغم أن مركز بلدنا الجغرافي، وكفاءة فقهاء القانون المغربي، يسمح لنا أن نكون روادا في الملاحة البحرية، وأن يكون انتاجنا العلمي غزيرا في حقل المعرفة في القانون البحري.

إن البحث عن حلول للمشاكل القانونية الناتجة عن ممارسة التجارة البحرية، وإزالة الصعوبات أمام الوصول إلى تسوية تحكيمية أو قضائية عادلة، بفرض التفكير في وضع تقنين جديد يساير الركب الدولي، ويستجيب لتطلعات بلدنا في هذا القطاع، مع الأخذ بعين الاعتبار استقلالية القانون البحري وظروف الملاحة البحرية، والتي تستلزم إعداد قضاة متخصصين، يدركون ويعوون خصوصية المادة البحرية، فقضايا التجارة البحرية تستلزم وجود قضاة محنكين، لهم من المعرفة القانونية والعملية ما يسمح لهم بالفصل في المنازعات وفق ميزان يروم تحقيق عدالة واقعية، فلا تحتاج المنازعات في المادة البحرية، إلى قضاة كراسي، لم يسبق لهم أن عايشوا مخاطر الملاحة البحرية وأهوال البحر، ووقفوا على ظروف العمل ومدى تأثيرها على درجة الجودة والخدمات، وتعرفوا على الصعوبات التقنية لعمليات الشحن والتفريغ، وتابعوا دور المتدخلين في كل مرحلة من مراحل الرحلة البحرية، بحيث يصعب أن نزن العمليات التجارية البحرية بميزان العمليات التجارية البرية، وأن نخضع عقودها للأحكام التي تخضع لها العقود العادية. بل نحن في حاجة إلى من يصدر أحكاما يطمأن إلى عدالتها أطراف المعاملات التجارية البحرية، أجنب كانوا أم وطنيين، ويسلم بها كل المتدخلين، وتريح ضمير القضاة، وتكسب ثقة المستثمرين، وهذا لن يتحقق إلا بوجود ترسنة قانونية قوية تراعي جانب الدقة في الصياغة، والحدثة في المضمون، والعدالة في التطبيق.

الدكتور عبد الرزاق أيوب

كلية العلوم القانون والاقتصادية والاجتماعية

جامعة ابن زهري أكادير

الإعفاء القانوني من مسؤولية الناقل البحري للبضائع في ضوء القانون والاتفاقيات الدولية

**الدكتور عبد الرزاق أيوب
أستاذ القانون الخاص
مختبر القانون والمجتمع
كلية العلوم القانون والاقتصادية والاجتماعية .
جامعة ابن زهر باكادير**

مقدمة:

يعد نقل البضائع بوجه عام عصب حركة تداول الثروات، ويحتل النقل البحري للبضائع مكان الصدارة بين أنواع النقل الأخرى، وقد أولى المشرع في مختلف البلدان الماطلة على البحر اهتماما كبيرا بتنظيم أحكامه، سواء على الصعيد الوطني أو الدولي، وينظم عقد النقل البحري للبضائع عادة، عمليات النقل بكل مكوناتها المادية والحقوقية بين أطراف العلاقة التعاقدية، ويتمثل أهم مكون في التزام الناقل البحري بنقل البضاعة من ميناء إلى آخر لقاء أجر، وتسليمها إلى المرسل إليه، وأي إخلال بهذا الالتزام، يترتب مسؤوليته التي تقوم بمجرد إثبات المرسل إليه أن البضاعة التي استلمها قد تضررت أثناء الرحلة، كهلاكها كليا أو جزئيا، أو تلفها، أو التأخر في إيصالها للمرسل إليه في الوقت المتفق عليه أو الذي يحدده العرف. وفي المقابل يمكن للناقل أن ينفي ذلك، بأن يثبت عدم ارتكابه للخطأ، بالإضافة إلى تمسكه بأي سبب من أسباب الإعفاء حتى يقطع علاقة السببية بين الخطأ والضرر الحاصل.

ولأن عملية النقل البحري للبضائع قد تتم بين أطراف متعددة، وفي أقاليم تنتمي لدول مختلفة، فقد حدد المشرع المغربي من خلال ظهير 31 مارس 1919 المتعلق بقانون التجارة

البحرية، وكذلك الاتفاقيات الدولية المنظمة لهذا القطاع الحيوي⁽¹⁾، حالات إعفاء الناقل البحري للبضائع من المسؤولية، وتشمل هذه الحالات حالة الإعفاء القانوني وحالة الإعفاء الاتفاقي، سعياً للتوفيق بين مصلحتين هامتين، يصعب تغليب إحداهما عن الأخرى، الأولى وهي حماية مصالح الشاحنين للبضائع، والثانية هي تشجيع الاستثمارات في مجال التجارة البحرية من خلال حماية مقاولات النقل البحري.

وتدخل الحالات المنظمة بمقتضى نصوص قانونية ضمن أسباب الإعفاءات القانونية، وهو موضوع هذه المقالة، وتوجد إلى جانبها أسباب الإعفاء الاتفاقية التي تأتي نتيجة اتفاق مصاغ في شكل اشتراطات مدرجة في عقد النقل أو سند الشحن.

ولا يمكن تناول جل هذه الأسباب المعفية قانوناً من المسؤولية التي قد يتحمل بها الناقل البحري للبضائع، وإنما سنقتصر على تلك التي اتفقت التشريعات المقارنة والاتفاقيات الدولية على تنظيمها نظراً لأهميتها، ولكون العديد من حالات الإعفاء التي نصت عليها

(1) تم توقيع اتفاقية تتعلق بنقل البضائع بموجب سندات الشحن، والتي عرفت باسم اتفاقية بروكسيل لتوحيد بعض القواعد المتعلقة بسندات الشحن وذلك بتاريخ 25 غشت 1924. تعديل بعض أحكامها. فكان ذلك من خلال بروتوكول فيسبي لسنة 1968 وبروتوكول لعام 1979.

- للمزيد من الإيضاح حول هذه المعاهدة، راجع:

- على جمال الدين عوض، النقل البحري للبضائع، دار النهضة العربية. القاهرة. 1992، فقرة 564 وما بعدها.

- عبد الرحمن سليم، شروط الإعفاء من المسؤولية طبقاً لمعاهدة سندات الشحن، 1956، صفحة 65 وما يليها.
- R.Rodiere. E.duPontavice. Droit maritime. 12me édition. Dalloz. Delta. 1997.N° 25.

- و بتاريخ 31 مارس 1978 انعقد المؤتمر الدبلوماسي للأمم المتحدة في مدينة هامبورغ، حيث تم التوقيع على اتفاقية الأمم المتحدة للنقل البحري للبضائع والتي تعرف بقواعد هامبورغ لعام 1978. وقد دخلت حيز التطبيق في فاتح نونبر 1992، وانضم إليها المغرب بتاريخ 17 يوليوز 1981. ولم تنشر في الجريدة الرسمية إلا بعد ما يقرب من سبع سنوات على ذلك الانضمام حيث نشرت بالجريدة الرسمية عدد 3953 بتاريخ 03 غشت 1988 بمقتضى الظهير الشريف الصادر بتاريخ 14 نونبر 1986.

ولأخذ فكرة عن الموضوع، يراجع:

- محمد كمال حمدي. اتفاقية الأمم المتحدة للنقل البحري للبضائع عام 1978. منشأة المعارف بالإسكندرية. 1998.

صفحات 8 و9.

- أما اتفاقية روتردام هي التسمية التي تطلق على « اتفاقية الأمم المتحدة المتعلقة بعقود النقل الدولي للبضائع عن طريق البحر كلياً أو جزئياً»، والتي اعتمدها الجمعية العامة للأمم المتحدة بتاريخ 12 دجنبر 2008، وتم التوقيع عليها في مدينة روتردام بتاريخ 23 شتنبر 2009، ويتعين مصادقة 20 دولة على الأقل على هذه الاتفاقية لبلوغ النصاب القانوني لدخول هذه الاتفاقية حيز التنفيذ..

الاتفاقيات الدولية تدخل في نطاق القوة القاهرة، التي تشكل سببا عاما للإعفاء من المسؤولية. وقد ارتأينا أن نقسم موضوع مقالنا على الشكل التالي:

المطلب الأول: أسباب الإعفاء الراجعة إلى أعمال الناقل

المطلب الثاني: أسباب الإعفاء الناشئة عن السبب الأجنبي

المطلب الثالث: أسباب الإعفاء الناتجة عن طبيعة البضاعة المشحونة

المطلب الأول: أسباب الإعفاء الراجعة إلى أعمال الناقل

يرتب عقد النقل التزامات على طرفيه، وأهم التزام يتحمل به الناقل هو تقديم سفينة صالحة للملاحة، وهو التزام تبني عليه باقي الالتزامات الأخرى، فلا جدوى من وجود التزام الناقل بتسليم البضاعة سالمة إذا لم تكن السفينة صالحة للقيام بمهمتها البحرية سواء من حيث الاعداد والتجهيز أم من حيث القدرة على مواجهة صعاب البحر والمحيطات، وإلا اعتبر الناقل مخلا بالتزامه، مما قد يترتب مسؤوليته في حالة هلاك البضائع أو تلفها، أو تأخير تسليمها في الميعاد المتفق عليه، إذا كان هذا الضرر هو نتيجة حتمية لعدم تقديم سفينة صالحة للملاحة، اللهم إلا إذا اثبت الناقل سببا معفيا لمسؤوليته (الفقرة الأولى).

وأحيانا قد يتدخل الناقل أثناء الرحلة البحرية لإنقاذ أرواح بشرية أو بضائع، مدفوعا بواجب اخلاقي أو رغبة في الحصول على مكافأة مالية، ويتسبب تدخله هذا في إلحاق الهلاك أو التلف ببضائع أؤتمن عليها، فهل يشكل مسلكه سببا معفيا لمسؤوليته؟ (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى- أسباب الإعفاء من المسؤولية الناجمة عن عدم صلاحية السفينة

يدرك كل متصفح لظهير 31 مارس 1919 بمدى الأهمية التي أولاها المشرع للسفينة، انطلاقا من بدء إنشائها، مروراً بمختلف التصرفات التي من الممكن أن ترد عليها، وانتهاءً بالأحكام التي تطبق في حالة هلاكها⁽¹⁾، بل وبحكم طبيعة السفينة كمنشأة معدة بطبيعتها للانتقال من مكان إلى آخر، كان لابد أن تتوافر فيها أوصافا وشروطا تهدف إلى ضمان سلامتها وأمنها حفاظا على أرواح راكبيها، وتأمين حمولتها أو شحناتها، وفي هذا الإطار جاءت الفقرة الأولى من الفصل 213 قانون التجارة البحرية تقضي بما يلي:

(1) للوقوف على الأحكام المنظمة للنظام القانوني للسفينة والتصرفات القانونية التي يمكن أن ترد عليها، راجع:

- عبد اللطيف الحاتمي. السفينة و نظامها القانوني، الجزء الأول. مجلة الإشعاع. عدد، 9. صفحة، 25.

- عبد اللطيف الحاتمي. السفينة و نظامها القانوني، الجزء الثاني. مجلة الإشعاع. عدد، 10. صفحة، 49.

«مؤجر السفينة ملزم بتسليمها في حالة صالحة للملاحة. ويعني ذلك أن تكون صالحة من جميع الجوانب للقيام بكل أمان بالملاحة التي أعدت لها».

ولا يجب أن يقتصر الفهم لمضمون "الصلاحية" على الجانب الملاحي فقط، وذلك بضمان تجهيز السفينة بالمعدات والطاقم والتموين لمواجهة الصعاب الملاحية المتوقعة، بل يتعين أن يمتد هذا المفهوم إلى صلاحية السفينة تجاريا للملاحة⁽¹⁾، بأن تكون ملائمة لاستقبال البضاعة، ومزودة بكافة الآلات والتجهيزات و الأدوات التي يقتضيها حسن تخزين البضاعة، والمحافظة عليها، ونقلها وتسليمها في حالة سليمة⁽²⁾، أو بحسب تعبير المشرع المغربي: «أن تكون صالحة من جميع الجوانب للقيام بكل أمان بالملاحة التي أعدت لها».

وفي نظرنا يتعين أن يتجاوز مضمون "الصلاحية" الجانب الفني - ملاحيا وتجاريا - إلى الجانب القانوني، ذلك أن كل سفينة تقوم بأعمال الملاحة البحرية، يتعين أن تحمل على متنها الوثائق المحددة في الفصل 11 من قانون التجارة البحرية⁽³⁾، وذلك تفاديا لأي عائق قد يحول

(1)P.Bonassies. Les règles de Homburg .une avancée certaine, mais modeste. J.M.M. 1988.P 1341.

(2)- Seriaux(A) : La faute du transporteur, 2e ed, Economica.1997 ., n° 77.

- وحسب البعض فإن مفهوم صلاحية السفينة للملاحة يعد مفهوما نسبيا، إذ يتوقف تحديد مفهوم الصلاحية على عوامل متعددة، كطول الرحلة، ومدتها ووجهتها و طراز السفينة وتصميمها...الخ
- عمر فؤاد عمر. إعفاء الناقل البحري من المسؤولية في عقد النقل البحري للبضائع. دراسة مقارنة. الطبعة الأولى. دار النهضة العربية. القاهرة. 2000، الصفحة، 177.

-على جمال الدين عوض. مشارطات إيجار السفن. دار النهضة العربية. القاهرة. 1987.صفحة، 59.
عبد القادر العطير. الحاويات وأثرها في تنفيذ عقد النقل البحري.(مطبعة غير مذكورة).1983. صفحة، 233.

(3)يقضي الفصل 11 من قانون التجارة البحرية على ما يلي:

«يجب على المراكب أيا كان نوعها أن تحمل الأوراق الآتية:

أولا: وثيقة الجنسية.

ثانيا: جواز الإبحار.

ثالثا: دفتر أسماء ملاحي السفينة.

رابعا: تذكرة الصحة في جميع الحالات التي تكون فيها هذه الوثيقة إلزامية بمقتضى التشريع المتعلق بالنظام الصحي

خامسا: ترخيص الملاحة.

سادسا: يومية السفينة ودفتر الآلات وذلك فقط في الحالات و ضمن الشروط المنصوص عليها في الفصل 143 الآتي أدناه

دون قيام السفينة برحلتها البحرية أو الاستمرار في مسيرتها بسبب انعدام تلك الوثائق مما قد يعرض شحنتها للضرر.

والملاحظ من خلال القراءة الظاهرة للفقرة المشار إليها أعلاه، أن المشرع يتحدث فقط عن التزام المؤجر تجاه المستأجر بتقديم سفينة صالحة للملاحة، أي أن نطاق هذا الالتزام – حسب الفقرة أعلاه- لا يتعدى مشارطات عقود الإيجار⁽¹⁾. وفي نظرنا أنه يتعين التمييز بين تقديم سفينة صالحة للملاحة، وهو التزام يتحمله المؤجر تجاه المستأجر حسب طبيعة مشارطات عقود الإيجار، وبين إعداد سفينة صالحة لتنفيذ عقد النقل البحري، وهو التزام يتحمله الناقل سواء كان مالكا للسفينة أو مؤجرها أو مستأجرها. ذلك أنه واستنادا إلى الأحكام المنظمة لمشارطات تأخير السفن وخصوصا الفصلين 272 و273 من قانون التجارة البحرية⁽²⁾ فإن المستأجر الذي تناط به الإدارة الملاحية والتجارية للسفينة يكون ملزما

وهذه الوثائق تؤلف أوراق السفينة وهي إلزامية بصورة قاطعة.

إلا أنه تعفي من حمل أوراق السفينة، القوارب الصغيرة و الكبيرة التابعة لسفينة مغربية إذا كانت مدرجة إحصاء ملحقاتها....».

(1) يعرف عقد إيجار السفينة أو مشاركة الإيجار بأنه عقد يلتزم بمقتضاه المالك بوضع سفينة صالحة للملاحة تحت تصرف المستأجر مقابل أجره كرائية يلتزم هذا الأخير بدفعها للمالك.
-أنظر في هذا الصدد:

علي جمال الدين عوض، مشارطات إيجار السفن. دار النهضة العربية. القاهرة 1987، ص 11.

. محمد عبد الفتاح ترك، التحكيم البحري، دار الجامعة الجديدة للنشر، 2003، ص 36.

(2) جاء في الفصل 272 من قانون التجارة البحرية ما يلي:

« إن مستأجر السفينة الذي تناط به إدارتها البحرية والتجارية يكون ملزما بتجهيزها بالمؤن اللازمة وبإصلاحات الحفظ وبكل صوائر الاستثمار وكذلك بالمساهمة بالحصة التي تصيبه من تعويض العواريات المشتركة بين السفينة و أجره النقل».

أما الفصل 273 من نفس القانون فينص على أنه:

« إذا انيطت بمستأجر السفينة الإدارة البحرية والإدارة التجارية معا فإن هلاك السفينة والعواريات أيا كانت جسامتها تكون على عاتقه ما لم يثبت أنها نتيجة حادث بحري

أما إذا لم يكن لمستأجر السفينة إلا إدارتها التجارية فإن هذه الخسائر والعواريات تقع على عاتق المؤجر ما لم يثبت هذا الأخير أنها عائدة إلى خطأ المستأجر».

بتجهيزها بما يكفل للقيام بتنفيذ عقد النقل البحري، ولا يعفى من هذا الالتزام المستأجر الذي تناط به فقط الإدارة التجارية حسب ما يستنتج من القراءة المتأنية لهذه الفصول⁽¹⁾.

وترتيباً على ذلك، يظل الناقل مسؤولاً في الحالتين تجاه الشاحن عن الضرر الذي يصيب البضاعة سواء بسبب عدم تقديم المؤجر لسفينة صالحة للملاحة أو بسبب عدم إعداد الناقل لسفينة صالحة لإنجاز عقد النقل البحري، ولا يمكنه أن يتذرع في مواجهة الشاحن بعقد الإيجار حتى في الحالة الذي يحيل فيه سند الشحن فيما يخص شروطه التعاقدية إلى مشارطات الإيجار، مع حفظ حق الناقل في الرجوع على المؤجر بالتعويض الذي أداه للمضرور في حالة ما إذا أخل هذا المؤجر بالالتزام الذي يفرضه عليه القانون، والمشار إليه في الفقرة الأولى من الفصل 213 قانون التجارة البحرية.

ولا يعفى الناقل من هذه المسؤولية، حسب الفقرة الثانية من الفصل 213 من قانون التجارة البحرية، إلا إذا أثبت أن الضرر ناتج عن عيب خفي في السفينة لم يكن في الإمكان اكتشافه إلا بالفحص الدقيق قبل بدء الرحلة البحرية⁽²⁾،

ونظراً للارتباط بين الفقرتين من الفصل 213 من قانون التجارة البحرية، صياغة ومعنى، فإن التزام الناقل البحري بتقديم سفينة صالحة للملاحة لا يعتبر التزاماً ببدل

(1) لاحظ أن الفصلين السابقين يميزان بكيفية واضحة بين الالتزام بإعداد سفينة صالحة للملاحة وبين تحمل الخسائر والعواريات التي تتعرض لها السفينة. ففيما يخص الالتزام الأول هو التزام مشترك بين المستأجر الذي تناط به الإدارة البحرية والتجارية للسفينة وبين المستأجر الذي تناط به فقط الإدارة التجارية للسفينة وإن كان يختلف في مداه حسب الاتفاق وحسب طبيعة الاشتراطات. أما فيما يخص الالتزام الثاني والمتعلق بالخسائر والعواريات فيتحملة فقط المستأجر الذي تناط به مع الإدارة البحرية والتجارية للسفينة دون الآخر.

(2) تنص الفقرة الثانية من الفصل 213 من قانون التجارة البحرية على ما يلي: «ويكون مؤجر السفينة مسؤولاً تجاه مستأجرها عن جميع الأضرار الناتجة عن حالة السفينة المعيبة ما لم تكن هذه الحالة المعيبة ناشئة عن عيب خفي لا يسمح باكتشافه فحص دقيق».

- جاء في لسان العرب: العيوب جمع عيب وعاب الشيء، والحائط عيباً صار ذا عيب، وعبته أنا وعابه عيباً وعاباً وعيبه وتعيبه نسبه إلى العيب، وجعله ذا عيب يتعدى ولا يتعدى وقال أبو الهيثم في قوله تعالى: «فأردت أن أعيبها» أي أجعلها ذات عيب يعني السفينة

- ابن منظور. لسان العرب. الجزء الثاني. دار صادر، بيروت. 1957. صفحة 2832.

و لمزيد من التوسع حول موضوع العيوب الخفية في السفينة، انظر:

-H.CHerkaoui.La navigabilité du navire.RMD.n°17.p,87.

عناية، ولا يعفيه من المسؤولية عن اخلاله بهذا الالتزام إلا إذا أثبت أن الضرر الذي أصاب البضاعة يعود لعيب خفي في السفينة لا يمكن الوقوف عليه وكشفه إلا بفحص دقيق.

والعيب الخفي في السفينة هو الذي ينقص من قيمة السفينة نقصا محسوسا، ويجعلها غير صالحة للاستعمال فيما أعدت له، أو يعرضها وحمولتها لمخاطر البحر. ومن خصائص العيب الخفي صعوبة كشفه بالملاحظة العادية، بل قد يستحيل على غير الفنيين إدراكه ولو كان ظاهرا ما لم يتم الاستعانة في بعض الأحيان بخبراء تقنيين ومتخصصين في هذا المجال.

أما العيوب الظاهرة فلا تعفي الناقل من المسؤولية، لأنها عيوباً يمكن كشفها ببذل جهد معقول، بحيث لا تعد عيوباً خفية تلف آلتها بسبب قدمها أو عدم العناية والصيانة بها، أو تسربات الأدخنة منها، أو تسرب المياه إليها بشكل غير عادي، أو توقفها أكثر من مرة وسط الرحلة البحرية بسبب خلل مجهول، فرغم أن بعض العيوب تعتبر خفية إلا أن ظهور آثارها على السفينة بشكل متكرر دون أن يكلف الناقل نفسه عناء الفحص والتأكد من سببها والقيام بإصلاحها، يجعل منها عيوباً ظاهرة.

والواقع، أنه إذا كان بالإمكان قبول فكرة العيب الخفي في السفينة في بداية القرن الماضي- وهي الفترة التي صدر فيها ظهير 31 مارس 1919- بالنظر للبساطة التي كانت تتميز بها صناعة السفن وعدم تعقد أجهزتها الفنية والتقنية، فإنه في الوقت الحالي، ومع ظهور تنافسية كبيرة في صناعة السفن، حيث ولجت ميدان الملاحة البحرية سفن مزودة بتكنولوجيا عالية في الدقة والحدثة وذات تقنية معقدة ومتطورة، لذلك فإن الفحص الدقيق لهذا النوع من السفن، من طرف خبراء وتقنيين متخصصين خصوصا إذا كانوا تابعين لشركات الصنع، يجعل من العيب المكتشف أثناء الرحلة من الوقائع التي يجب أن تتضمن أحد عناصر الحادث الفجائي المتمثل في عدم التوقع⁽¹⁾.

وقد اعتبر المشرع المغربي من خلال الفصل 214 قانون التجارة البحرية. بأن شهادة المعاينة والفحص مجرد قرينة قابلة لإثبات العكس، بحيث يستطيع المضرور أن يثبت عدم

(1)-R.Rodiere. E.duPontavice. Droit maritime. 12me édition. Dalloz. Delta. 1997. n°.368.p,347.

صلاحية السفينة للملاحة قبل بدء الرحلة البحرية⁽¹⁾ ، وفي هذا الصدد قضت محكمة النقض (المجلس الأعلى سابق) بما يلي⁽²⁾ :

«لكن حيث إن شهادة المعاينة لإثبات صلاحية السفينة عند الإقلاع تعتبر قرينة بسيطة استنادا إلى الفصل 214 من قانون التجارة البحرية. يجوز إثبات عكسها ولا يقوم مقام تلك الشهادة تقرير الخبير المنجز بعد الإقلاع، وإبعاد المحكمة تقرير الخبير في هذا الخصوص يدخل في نطاق سلطتها التقديرية في تقييم الحجج. وبمقتضى الفصل 213 من نفس القانون، فإن الإعفاء القانوني من المسؤولية يطبق في الحالة الناشئة عن العيوب الخفية التي لا يسمح باكتشافها بفحص دقيق، وهذا يعني أن العيوب الظاهرة من الممكن اكتشافها بفحص دقيق ومعقول كقدم أجزاء السفينة وتلف آلاتها بما في ذلك آلات التبريد بسبب الصيانة أو عدمها أو طول الاستعمال ، فإن الناقل يسأل عنها....»⁽³⁾ .

(1) ينص الفصل 214 من قانون التجارة البحرية. على ما يلي:
« يجوز أن يقبل إثبات عدم صلاحية السفينة للملاحة بالرغم من شهادات المعاينة عند الإقلاع ولو كان هذا الإثبات يناقض مضمّن تلك الشهادات»
(2) نشير إلى أنه قد حلت تسمية "محكمة النقض" محل تسمية "المجلس الأعلى" في جميع النصوص التشريعية والتنظيمية الجاري بها العمل، وذلك بموجب الظهير الشريف رقم 1.11.170 الصادر في 27 من ذي القعدة 1432 (25 أكتوبر 2011)، بتنفيذ القانون رقم 58.11.11 المتعلق بمحكمة النقض، المغير بموجبه الظهير الشريف رقم 1.57.223 الصادر في 2 ربيع الأول 1377 (27 سبتمبر 1957) بشأن المجلس الأعلى، الجريدة الرسمية عدد 5989 مكرر بتاريخ 28 ذو القعدة 1432 (26 أكتوبر 2011)، ص 5228.
(3) قرار عدد 5124 صادر بتاريخ 29 يوليوز 1998. ملف مدني عدد 91/3222. مجلة قضاء المجلس الأعلى، عدد، 56، ص. 130.

كما جاء في حيثيات قرار لمحكمة الاستئناف بالدار البيضاء ما يلي:
«حيث إن القول بأنه لم يعاين على السفينة عند وصولها أي عيب لا يمكن ذلك أن يحلل المجهز من مسؤولية الأضرار التي لحقت البضاعة محل النزاع، طالما أن مؤجر السفينة ملزم بتسليمها في حالة صالحة للملاحة. وتكون مسؤوليته ثابتة إذا قام بتسليم سفينة معيبة ما لم تكن ناشئة عن عيب خفي لا يمكن اكتشافه سوى بفحص دقيق استنادا إلى الفصل 213 قانون التجارة البحرية». .
-قرار رقم 343. بتاريخ 14 دجنبر 1983. عدد 86/1776. مشار إليه في (يونس بنونة، مسؤولية الناقل البحري في ضوء القانون المغربي، المطبعة السريعة. سلا. 1993، صفحة، 78).
وفي حكم صادر عن المحكمة الابتدائية بالدار البيضاء اعتبر فيه أن العطب اللاحق بأجهزة التبريد بالباخرة لا يمكن اعتباره عيبا خفيا. سيما وأن عطبا مماثلا حصل لثناء رحلة سابقة.

وترتيباً على ذلك، إذا نفذ الناقل التزامه بتقديم سفينة صالحة للملاحة، يُعفى من المسؤولية إذا أثبت أن سبب الضرر يعود إلى عيب خفي في السفينة لم يكن في الإمكان كشفه إلا بالفحص الدقيق، وأنه بذل العناية المطلوبة والواجبة في إعداد سفينة صالحة للملاحة.

وأكد المشرع الفرنسي من خلال المادة L5422-6 من مدونة النقل، على أنه يتعين على الناقل أن يتخذ، قبل وعند بداية الرحلة، كافة التدابير المعقولة لجعل السفينة صالحة للملاحة⁽¹⁾،

ويجمع الفقه الفرنسي على أن التزام الناقل بجعل السفينة صالحة للملاحة، قبل وعند بداية الرحلة، هو التزام ببذل عناية، وأن العناية المطلوبة هي العناية المعقولة⁽²⁾. وما يؤكد هذا الطرح هو أن المشرع الفرنسي أعاد التأكيد على خاصية هذا الالتزام من خلال المادة

-حكم عدد 2571 صادر بتاريخ 2 أكتوبر 1986. منشور بالمجلة المغربية للقانون. عدد 5. صفحة، 298.

(1) Art L5422-6 du code des transports :

«Nonobstant toute disposition contraire, le transporteur est tenu, avant et au début du voyage, de faire diligence pour :

1° Mettre le navire en état de navigabilité, compte tenu du voyage qu'il doit effectuer et des marchandises qu'il doit transporter ;

2° Convenablement armer, équiper et approvisionner le navire ;

3° Approprier et mettre en bon état toutes parties du navire où les marchandises doivent être chargées.»

-لأخذ فكرة عن الموضوع في القانون الفرنسي، راجع:

-M.Dejuglart. Le vice de la chose en Droit maritime. Essai de synthèse.DMF.1982.p,1 et suiv.

- D.Picon .L'absence de faute de transporteur maritime de marchandises .Master Droit maritime et des transports .fac de Droit et des sciences politiques d'Aix Marseille .III.2005.

-وبالنسبة للقضاء الفرنسي، اعتبر في العديد من قراراته وأحكامه أن العيب لا يعتبر خفياً إلا إذا عجز الفحص الدقيق عن اكتشافه قبل وعند بدء الرحلة البحرية :

-Paris.3mai1957.DMF.158.397.

-com.4 dec1962.Bull transp.1963.107.

-Rouen 20juin1985.Nouveau recueil du havre.n°5.1985.p,75.

-Aix-en Provence.20sep1985.Bull transp.1985.214.

(2) « étant donné la cause du dommage, il convient de se demander si le transporteur ou son représentant a bien rempli ses obligations. Si c'est le cas et que, malgré tout, il n'a pu découvrir le vice qui affectait le navire, le transporteur doit être exonéré. Si ce n'est pas le cas, le doute demeure : il aurait pu découvrir le vice. Par conséquent sa responsabilité doit être maintenue ».

-Seriaux A. : La faute du transporteur, op.cit, n ° 87.

-Chauveau(P).La nouvelle loi française sur les affrètements et transports maritime. D.E.T.1967.P ,683.

L5422-12 من مدونة النقل، عندما أعفى الناقل من تحمل المسؤولية عن الضرر الذي يصيب البضاعة بسبب عدم صلاحية السفينة للملاحة، إذا لم يخل بالالتزام المنصوص عليه في الفقرة الأولى من المادة L5422-6 من مدونة النقل⁽¹⁾.

أما العيب الخفي في السفينة فقد جعله المشرع الفرنسي سببا مستقلا لإعفاء الناقل من المسؤولية عن الأضرار التي تلحق البضاعة وذلك إذا أثبت أن سبب الضرر يعود لعيب خفي في السفينة لا يمكن اكتشافه إلا بفحص دقيق⁽²⁾.

وعلى مستوى الاتفاقيات الدولية، فقد حددت اتفاقية بروكسيل بدقة مضمون التزام الناقل بجعل السفينة صالحة للملاحة، حيث جاءت المادة الثالثة في فقرتها الأولى تقضى بما يلي:

« أولاً: على الناقل أن يبذل العناية الكافية قبل السفر وعند البدء فيه للأغراض الآتية :

1- جعل السفينة في حالة صالحة للسفر .

2- تجهيز السفينة وتطعيمها وتموينها على الوجه المرضي .

3- إعداد العنابر والغرف الباردة والمبردة وكافة الأقسام الأخرى بالسفينة المعدة لشحن البضائع فيها وجعلها في حالة صالحة لوضع تلك البضائع بها ونقلها وحفظها».

والظاهر من خلال هذا المقتضى، أن التزام الناقل بجعل السفينة، قبل وعند بداية الرحلة، صالحة للملاحة، لا يقتصر على الجانب الملاحي فقط، بل يشمل أيضا الجانب التجاري⁽³⁾.

(1) Article L5422-12 du code des transports :

« Le transporteur est responsable des pertes ou dommages subis par la marchandise depuis la prise en charge jusqu'à la livraison, à moins qu'il prouve que ces pertes ou dommages proviennent :

1° De l'innavigabilité du navire, sans qu'il ait manqué à l'obligation de mise en état de navigabilité qui lui incombe en vertu du 1° de l'article L. 5422-6 »

(2) البند السابع من المادة L5422-12 من مدونة النقل الفرنسية

(3) ولمزيد من التوسع، راجع في هذا الصدد:

-Chauveau(P).les responsabilités des transporteurs en Droit privé français au milieu du XX° siècle, Etudes offertes à Ripert(G).Tome II, LG.D.J.Paris.1950.p,408.

- ثروت عبد الرحيم. شرح القانون البحري السعودي. عمادة ستون المكتبات. جامعة الملك سعود.الرياض.1985.صفحة،185.

ولا يسأل الناقل طبقاً للمادة الرابعة في فقرتها الأولى من نفس الاتفاقية عن الهلاك أو الضرر الناشئ أو الناتج عن عدم صلاحية السفينة للملاحة تجارياً وملاحياً، إلا إذا كان عدم الصلاحية عائداً إلى عدم بذل الناقل العناية المعقولة لجعل السفينة صالحة للملاحة⁽¹⁾.

ويقاس مسلك الناقل في هذا الصدد بمعيار " رب الأسرة ". كما يتعين تقدير العناية المعقولة بحسب طبيعة الرحلة البحرية والبضاعة المشحونة، مع الأخذ بعين الاعتبار العادات البحرية المختلفة والمرتبطة بالممارسة الملاحية⁽²⁾، وكذا طراز السفينة من حيث قدمها أو حادثها وطول الرحلة ومدتها إلى غير ذلك من العوامل المرتبطة بأحوال الجو⁽³⁾. وفي جميع الأحوال، يظهر أن الخبرة تعتبر ضرورية في هذا المجال لتحديد ما إذا كانت العناية المطلوبة من الناقل في تنفيذ التزامه بتقديم سفينة صالحة للرحلة هي عناية معقولة، فمثلاً إذا كانت العنابر ملوثة بمواد كيماوية راجعة إلى شحنة سابقة، فلا يكفي لاعتبارها صالحة لاحتواء بضائع جديدة أن يقوم الناقل أو أتباعه بعملية تنظيف عادية أو سطحية، ولا يمكن اعتبار أن الناقل قد بذل العناية المعقولة في جعل هذه العنابر صالحة إلا إذا استعان بخبراء متخصصين لإزالة آثار المواد الكيماوية العالقة أو الملوثة للعنابر.

ويثار التساؤل في هذا الصدد حول المقصود بعبارة " قبل وعند السفر ". هل يتعلق الأمر بمسيرة السفينة البحرية من أول ميناء الشحن إلى غاية آخر ميناء التفريغ، أم يتعين الأخذ بعين الاعتبار جميع محطات التوقف التي تكون مبرمجة في مسار الرحلة البحرية؟

- سمير الشرقاوي. العقود البحرية. ط. 4. دار النهضة العربية. القاهرة. 1994. صفحة 122.

(1) تنص الفقرة الأولى من المادة الرابعة من اتفاقية بروكسيل على ما يلي:

« أولاً: لا يسأل الناقل أو السفينة عن الهلاك أو التلف الناشئ أو الناتج من حالة عدم صلاحية السفينة للملاحة إلا إذا كان عدم الصلاحية عائداً إلى عدم بذل الناقل الهمة الكافية لجعل السفينة في حالة صالحة للسفر أو لضمان تجهيزها أو تطعيمها أو تموينها على وجه مرضٍ أو لإعداد العنابر والغرف الباردة والمبردة وجميع الأقسام الأخرى التي تشحن فيها البضائع بحيث تصلح لوضع البضائع بها ونقلها وحفظها وذلك طبقاً لأحكام الفقرة الأولى من المادة الثالثة، وفي جميع الحالات التي ينشأ فيها الهلاك أو التلف عن عدم صلاحية السفينة للسفر يقع عبء الإثبات فيما يتعلق ببذل الهمة الكافية على عاتق الناقل أو أي شخص يتمسك بالإعفاء المنصوص عليه في هذه المادة ».

(2) H. Adil. La responsabilité du transporteur maritime international de marchandises sous connaissance : causes d'exonération et limitation légales. Mémoire de maîtrise. Montréal : Faculté de Droit, Université de Montréal. 2005. p.25 et suiv.

(3) فؤاد عمر فؤاد. مرجع سابق. صفحة 221 وما يليها.

يذهب رأى فقهي إلى أنه يتعين التمييز بين المسيرة البحرية والرحلة، فالمسيرة البحرية تتضمن مجموعة من الرحلات، وأنه يتعين تقييم صلاحية السفينة للملاحة عند بداية كل رحلة انطلاقاً من كل مكان يسلم فيه الشاحن بضاعته إلى الناقل⁽¹⁾.

وهذا الرأي جدير بالتأييد، ذلك أن النقل البحري للبضائع عموماً يستلزم من الناقل أن يكون حريصاً ويقظاً لمواجهة كل طارئ قد ينتج عن أحوال الرحلة البحرية، سواء ارتبط هذا الطارئ بالجوانب المتعلقة بالملاحة، أو الجوانب المرتبة بالمحافظة على البضاعة، وهو حرص لا يمكن للناقل أن يجني ثماره إلا إذا قام بهذا التقييم عند بداية كل رحلة، بل هو عبء يخف وزره حينما يقف كشاهد على قيام الناقل بتنفيذ التزاماته بالعناية المعقولة.

ومن جهة أخرى قضت الفقرة الثانية من نفس المادة الرابعة من اتفاقية بروكسيل بإعفاء الناقل من المسؤولية عن الضرر الناجم عن: «العيوب الخفية التي لا تكتشف ببذل العناية المعقولة»، وكأن المطلوب من الناقل، بهذا الحكم، أن يبذل العناية المعقولة في تقديم سفينة صالحة للملاحة وفق المواصفات الفنية والتقنية المشار إليها في الفقرة الأولى من المادة الرابعة أعلاه، بالإضافة إلى العناية المعقولة والمطلوبة في الكشف عن العيوب الخفية عند بداية الرحلة. ولا يغني الإجراء الأول عن القيام بالثاني. ومن البديهي جداً أن الناقل هو من يتحمل عبء إثبات بذله للعناية المعقولة في الكشف عن العيوب الخفية في بداية الرحلة البحرية⁽²⁾.

(1) أنظر في هذا الفقه:

-H.Adil.Op.cit.p,26 et suiv.

انظر مثلاً رأي LEFEBVRE حيث يذهب إلى ما يلي:

« Selon nous, la prétention qu'il existe autant de «voyages» que d'escales et que l'on doive évaluer le bon état de navigabilité à chacune de ces étapes pour l'ensemble des marchandises, donc en assumant qu'il ya alors un seul contrat de transport, va directement à l'encontre d'une interprétation logique des Règles ».

--Guy LEFEBVRE, L'obligation de navigabilité et le transport maritime sous connaissance, (1990) 31 C.D. .106. Cité par : H .Adil. Op .cit .p,27.

(2) راجع في تفصيل ذلك:

- عمر فؤاد عمر. مرجع سابق، صفحة، 229 وما بعدها.

ولم تتناول اتفاقية هامبورغ هذه الحالة بالتنظيم. وفي نظرنا أن هذا المسلك يتسق وتأسيس إعفاء الناقل البحري من المسؤولية على سبب عام للإعفاء، وهو إثبات الناقل أنه اتخذ هو أو مستخدموه أو وكلاؤه كافة التدابير المعقولة لتجنب الحادث وتبعاته.

وسلكت اتفاقية روتردام في تنظيمها للأسباب المؤدية إلى إعفاء الناقل البحري، أسلوبين للإعفاء، الأسلوب الأول يقوم على قاعدة نفي الخطأ المدعي به على الناقل وتابعيه، والأسلوب الثاني، هو تعداد حالات الإعفاء من المسؤولية⁽¹⁾.

وفي نطاق أسلوب تعدد حالات الإعفاء من المسؤولية، نصت المادة 14 من الاتفاقية على ما يلي:

«يكون الناقل ملزماً، قبل الرحلة البحرية وفي بدايتها وأثناءها، ببذل العناية الواجبة من أجل:

جعل السفينة صالحة للإبحار والإبقاء عليها كذلك؛....».

والملاحظ أن اتفاقية روتردام استلهمت هذا الالتزام من اتفاقية بروكسيل، وبنته على نفس الطبيعة، أي أن الناقل لا يعفى من المسؤولية إلا إذا أثبت أنه بذل العناية الواجبة.

أما بخصوص ما إذا كان إثبات العيب الخفي يشكل سبباً لإعفاء الناقل البحري من المسؤولية عن الأضرار التي لحقت بالبضاعة، فالملاحظ أن المادة 17 في فقرتها الثالثة اعتبرت أن الناقل يعفى من مسؤوليته إذا أثبت: «وجود عيوب خفية يتعذر اكتشافها ببذل العناية الواجبة»، لكن المادة لم تحدد مكن العيب الخفي، وما إذا كان يتعلق بالسفينة أم بغيرها من الآلات المساعدة على شحن البضاعة أو تفريغها أو غير من الوسائل الأخرى، ويبدو أن العبارة وردت مطلقة، والقاعدة عند الأصوليين أن المطلق يجري على إطلاقه ما لم يقدّم دليل التقييد نصاً أو دلالة، بحيث يجب أن ينصرف المفهوم إلى العيوب الخفية في السفينة، وإلى كل وسيلة أخرى لا يمكن للسفينة الاستغناء عنها في تنفيذ عقد نقل البضائع.

(1) وجدي حاطوم. النقل البحري في ضوء القانون والمعاهدات الدولية. المؤسسة الحديثة للكتاب. بيروت. 2011. ص، 374.

الفقرة الثانية: حالة إنقاذ الأشياء أو الأرواح في البحر

تضمنت الفصول من 300 إلى 309 مكرر من قانون التجارة البحرية المغربي مقتضيات تتعلق بعملية الإنقاذ في البحر. وقد شملت تلك المقتضيات نوعين من حالات الإنقاذ: إنقاذ السفينة وحمولتها، وإنقاذ الأشخاص⁽¹⁾.

وتدخل عملية إنقاذ الأرواح البشرية في إطار المساعدة الإجبارية والمُلزمة، وفي هذا الصدد، نجد الفصل 309 مكرر يقضي بما يلي:

«كل ربان سفينة ملزم بإنقاذ أي شخص ولو عدوا يوجد في البحر في خطر الهلاك مادام يمكنه القيام بهذا الإنقاذ دون أن يعرض لخطر جدي سفينته أو ملاحيه أو ركابه وإلا عوقب بغرامة.....وبالحبس من شهر إلى سنتين أو بإحدى هاتين العقوبتين فقط،».

و يمكن وصف الحالة بأعمال الناقل البريئة، لذلك يعفى الناقل من كل مسؤولية تجاه من لهم مصلحة في حمولة السفينة، إذا ما قام بإنقاذ أو حاول إنقاذ الأرواح البشرية وحدث أن تضرر الحمولة، أو ترتب عن عملية الإنقاذ تأخير في إيصال البضاعة المشحونة في وقتها، ويرجع السبب في هذا الإعفاء إلى كون إنقاذ الأرواح أساسه التزام يفرضه القانون، كما أنها عملية تملحها اعتبارات إنسانية، وتشكل واجبا أخلاقيا يتحمله الربان منذ أن عرفت البشرية الملاحة البحرية، لذلك كان من الطبيعي أن يعفى الناقل من المسؤولية عن الهلاك أو التلف أو التأخير في إيصال البضاعة، إذا ما برر تحقق الضرر بإنقاذه أو محاولة إنقاذه لأرواح بشرية كانت في حالة خطر محقق⁽²⁾.

(1) وقد اقتبس المشرع المغربي جل هذه المقتضيات من اتفاقية بروكسيل الصادرة بتاريخ 23 شتنبر 1910 الخاصة بتوحيد بعض قواعد المساعدة و الإنقاذ البحري، والتي لم ينظم إليها المغرب والمعدلة بمقتضى الاتفاقية الدولية للإنقاذ لعام 1989. ولمزيد من التعمق حول أحكام المساعدة البحرية عموما، راجع: -نجاه بضراني. المساعدة البحرية في ضوء التشريع المغربي و الاتفاقية الدولية للإنقاذ لعام 1989. المجلة المغربية لقانون واقتصاد التنمية. عدد، 38. صفحة، 119 وما يلها.

- Reuter (N), La notion d'assistance en mer, Librairies Techniques, 1975, p. 65-73.

(2) كمال حمدي. مسؤولية الناقل البحري. مرجع سابق. صفحة. 88 وما يلها.

- يونس بنونة. مرجع سابق. صفحة. 88 وما يلها.

كما لا يشترط بالضرورة، لكي يتحقق إعفاء الناقل من المسؤولية أن تكون الأرواح البشرية قد أنقذت بالفعل، وإنما يكفي لتقرير هذا الإعفاء أن يحصل هلاك البضائع أو عوارها أو تأخير وصولها بمناسبة إنقاذ أو محاولة إنقاذ الأرواح البشرية.

وبالقابل يعفى الربان، طبقاً لأحكام هذا النص، من القيام بإنقاذ أو محاولة إنقاذ الأشخاص الموجودين في البحر، في حالة ما إذا كان من شأن هذا الإنقاذ أن يعرض السفينة أو طاقمها أو ركبها لخطر جدي، كما إذا كان الربان لا يتوفر على وسائل وأدوات الإنقاذ، أو كانت السفينة تبعد عن مكان الحادثة بمسافة طويلة جداً لا تسمح لها بإدراك الموقف⁽¹⁾، أو أنها غير قادرة على تخطي الاضطرابات المناخية والأعاصير التي سببت الحادث بحكم وضعيتها كسفينة صغيرة الحجم أو قديمة الطراز، إذ لا يكلف المرء إلا في حدود طاقته وإلا أصبح المنقذ في حاجة بدوره إلى إنقاذ. لكن هذه الأوضاع لا تعفي الربان من اتخاذ جميع الاحتياطات والتدابير الضرورية والعمل على تقديم تلك المساعدات بطريق غير مباشر كالاتصال باللاسلكي بالجهات المعنية، أو بالسفن القريبة من مكان الحادث للقيام بعملية الإنقاذ تلك، أو طلب المؤازرة من سفن أخرى بحكم أن عملية الإنقاذ تتطلب أكثر من متدخل.

وبخلاف ذلك، لا يعفى الناقل البحري من المسؤولية عن الهلاك أو العوار أو التأخير في إيصال البضاعة، والذي ينتج عن عملية إنقاذ الأشياء، لأن هذه العملية قد تملئها اعتبارات مالية غالباً، يسعى من ورائها المنقذ إلى الحصول على الأجر أو المكافأة⁽²⁾، بالإضافة إلى ذلك فهي عملية تقوم على: « المفاضلة بين مال و مال، وخير للناقل أن يحافظ على مال أو تمن عليه من أن يضحي به لينقذ مالا لا يعنيه »⁽³⁾.

والملاحظ أن صياغة النصوص الواردة قانون التجارة البحرية، والمرتبطة بعملية الإنقاذ لا توحي بشكل قاطع بأن المكافأة أو الأجرة مرتبطة فقط بعملية إنقاذ الأشياء دون الأرواح

(1) راجع :

- محمد التغدويني. الإنقاذ البحري. مجلة طنجيس للقانون والاقتصاد. عدد 7. صفحة، 23 وما بعدها.

(2) الفصل 305 وما يليه من قانون التجارة البحرية.

(3)- كمال حمدي. مسؤولية الناقل البحري. مرجع سابق. صفحة. 129.

البشرية(1)، ناهيك أنه يصعب في كثير من الحالات فصل العمليتين عن بعضهما، فغالبا ما يتم إنقاذ الأشخاص والأشياء في عملية واحدة، وغالبا ما يكون الهدف هو إنقاذ الأشياء فتتحول الجهود إلى مد المساعدة لإنقاذ الأرواح البشرية، والعكس صحيح، وهو وضع يدفعنا إلى التساؤل حول الحكم في الفرضية التي يحصل فيها الناقل على أجره أو مكافأة من الأشخاص الذين تم إنقاذهم أو من مالك السفينة المنقذة ؟

يذهب رأي فقهي إلى أنه إذا حصل أن تلقى الناقل مكافأة عند إنقاذ الأشخاص فلا يكون هناك محل لإعفائه من المسؤولية عن الضرر الذي يصيب البضائع، إذ من غير المقبول عدلا أن يتحمل الشاحنون ما يصيب بضائعهم من أضرار بسبب عملية الإنقاذ، في حين يحصل الناقل على مكافأة نتيجة ذلك⁽²⁾.

ونعتقد أن هذا الرأي يكون مقبولا في الحالة التي يفاوض فيها الناقل على المكافأة أو على مقدارها قبل القيام بعملية إنقاذ الأشخاص، حيث لا يمكن اعفاؤه من المسؤولية عن الأضرار التي تصيب البضائع المشحونة في حالة إذا لحقها ضرر بسبب عملية الإنقاذ، ناهيك عن مسؤوليته القانونية بسبب إخلاله بالواجب القانوني، أما إذا كان الدافع للقيام بعملية الإنقاذ هو الواجب الأخلاقي واستجابة لأمر القانون، دون أن يطلب مقابلا أو يعرض عليه أجرا، فيعفى من المسؤولية حتى ولو حصل بعد عملية الإنقاذ على مكافأة جزاء له على هذا العمل النبيل.

وقد أقر المشرع المصري من خلال المادة 242 من قانون التجارة البحرية وجه إعفاء للناقل عن هلاك البضائع أو تلفها أو تأخير وصولها إذا كان مرد ذلك إنقاذ الأرواح البشرية أو الأموال، غير أنه اشترط بخصوص التدابير التي يتخذها الناقل لإنقاذ الأموال في البحر أن تكون معقولة.

(1) انظر الفصل 307 من قانون التجارة البحرية. الذي يجعل المخاطر التي كان معرضا لها الركاب والملاحون... من الأمور الهامة والمصنفة في الدرجة الأولى التي يتعين على القاضي أخذها بعين الاعتبار عند تعيين الأجرة.

وانظر كذلك الفصل 308 في فقرته الثانية والتي تنص على ما يلي:

«و الذين ينقذون أشخاصا بتدخلهم في حادث اقتضى القيام بعملية إنقاذ أو إنقاذ يكون لهم الحق بحصة عادلة من الأجرة الممنوحة للذين أنقذوا السفينة والحمولة و توابعهما».

(2) أحمد محمود حسني. مرجع سابق. فقرة 264.

ويعتبر معيار "المعقولة" معيارا مرنا يصعب ضبطه في مفاهيم محددة مسبقا، ويمكن تحديده في كل تدبير يتخذه الناقل من أجل القيام بعملية الإنقاذ ويكون مقبولا من حيث المنطق. فالتدابير المتخذة لإنقاذ الأشياء هي تدابير معقولة إذا اخذ الناقل بعين الاعتبار الظروف المحيطة بعملية الإنقاذ، وشروط تنفيذها، وشروط تنفيذ العقود محل الرحلة البحرية، والمصالح المتعددة للأشخاص الذين لهم مصلحة في حمولة السفينة، وموازنتها مع الخسائر المحتملة. فلا يعتبر مثلا انحراف السفينة في السير لإنقاذ سفينة أخرى انحرافا معقولا إذا كانت المسافة بين السفينتين طويلة تجعل الإنقاذ مستحيلا، أو كون قيمة حمولة السفينة المنقذة تفوق بكثير قيمة حمولة السفينة المنكوبة، أو كون عملية الإنقاذ ستكون حتما عملية سلبية، لكون السفينة المنقذة غير مؤهلة للقيام بها في ظروف عادية فبالأحرى في تلك الظروف الصعبة التي أدت إلى تعرض السفينة المنكوبة لهذه المخاطر. ومن ثم، فأي تدبير غير مبرر في عملية إنقاذ الأشياء يؤدي حتما إلى قيام خطأ الناقل⁽¹⁾.

أما المشرع الفرنسي فلم يقيد، من خلال المادة L5422-12 من مدونة النقل، الناقل البحري بأي مسلك محدد في انحرافه في السير لإنقاذ أو محاولة إنقاذ الأرواح أو الأموال في البحر، لإعفائه من المسؤولية عن الهلاك أو التلف أو التأخير في تسليم البضاعة والناجم بالخصوص عن هذا الانحراف⁽²⁾.

وعلى مستوى الاتفاقيات الدولية، اعتبرت المادة الرابعة من اتفاقية بروكسيل في فقرتها الرابعة على أنه:

«لا يعتبر مخالفا لأحكام الاتفاقية ولعقد النقل، أي انحراف في السير لإنقاذ أو محاولة إنقاذ الأرواح أو الأموال أو أي انحراف آخر معقول، ولا يسأل الناقل عن أي هلاك أو تلف ينتج عن ذلك».

(1) ويسمى بعض الفقه هذا الخطأ بالخطأ المربح *faute Lucrative* أي الذي يهدف فقط إلى تحقيق مداخيل إضافية للناقل.

- A. SERIAUX, op. Cit. Note 137,

(2) Article L5422-12 du Code des transports:

«Le transporteur est responsable des pertes ou dommages subis par la marchandise depuis la prise en charge jusqu'à la livraison, à moins qu'il prouve que ces pertes ou dommages proviennent :

1°;

8° D'un acte ou d'une tentative de sauvetage de vies ou de biens en mer ou de déroutement à cette fin ;.....».

وقد عرضت اتفاقية هامبورغ لإنقاذ الأرواح البشرية والأموال معا وفي ذات الوقت من خلال الفقرة السادسة من المادة الخامسة التي تنص على ما يلي:

« فيما عدا العواريات العامة، لا يسأل الناقل إذا كان الهلاك أو التلف أو التأخير ناتجا عن تدابير لإنقاذ الأرواح أو تدابير معقولة لإنقاذ الممتلكات في البحر»⁽¹⁾.

كما اعتبرت المادة 17 من اتفاقية روتردام، أن الناقل لا يسأل فيها عن هلاك أو تلف أو تأخير في تسليم البضاعة بسبب إنقاذ الأرواح في عرض البحر أو محاولة إنقاذها أو تدابير معقولة لإنقاذ ممتلكات في عرض البحر أو محاولة إنقاذها.

ويتضح من خلال هذه المقتضيات، أن أحكام الاتفاقيات الدولية بخصوص الإنقاذ كسبب لإعفاء الناقل البحري من المسؤولية تطابق الحكم المنصوص عليه في قانون التجارة البحرية المغربي في الجانب المتعلق بإنقاذ أو محاولة إنقاذ الأرواح. بيد أن كل من اتفاقية هامبورغ واتفاقية روتردام اشترطتا لإعفاء الناقل من المسؤولية بسبب ما يتخذه من تدابير لإنقاذ الأشياء، أن تكون تلك التدابير معقولة، في حين لم تشترط أي معيار بخصوص ما يتخذه الناقل من تدابير لإنقاذ الأرواح. ويقاس معيار أو ضابط " المعقولة " بمعيار الناقل المتوسط الذي يوجد في نفس الظروف⁽²⁾، وهذا بخلاف اتفاقية بروكسيل التي لم تشترط هذا الضابط إلا بالنسبة لانحراف في السير لإنقاذ أو محاولة إنقاذ غير الأرواح أو الأموال⁽³⁾.

(1) سعيد يحيى. مسؤولية الناقل البحري وفقا لاتفاقية الأمم المتحدة لنقل البضائع بالبحر لعام 1978. (قواعد هامبورغ). منشأة المعارف بالإسكندرية، 1987، صفحة، 46 وما بعدها.

- محمد كمال حمدي. اتفاقية الأمم المتحدة للنقل البحري للبضائع عام 1978. منشأة المعارف بالإسكندرية. 1998، صفحة 90 وما بعدها.

(2) كمال حمدي. اتفاقية الأمم المتحدة..... مرجع سابق. صفحة، 91 وما بعدها.

(3) راجع بخصوص الانحراف المعقول لغرض غير الإنقاذ كسبب معفي من المسؤولية في ظل اتفاقية بروكسيل: - عمر فؤاد عمر. مرجع سابق. صفحة، 554 وما يليها.

المطلب الثاني : أسباب الإعفاء الناشئة عن السبب الأجنبي

القاعدة العامة أن كل من تضرر من فعل ما، يكون له الحق في المطالبة بالتعويض رضاء أو قضاء ممن كان سببا في هذا الضرر. وللحصول على التعويض يجب أن تكون هناك علاقة سببية بين الفعل المرتكب والضرر. وتنطبق هذه القاعدة في جميع العلاقات القانونية التي ترتب التزاما بالتعويض بسبب إخلال عقدي أو خطأ تقصيري، وتبعا لذلك يتحمل الناقل البحري للبضائع بالتزام بالتعويض إذا ما ثبتت مسؤوليته عن هلاك البضاعة أو تلفها أو التأخر في تسليمها، غير أنه يجوز للناقل أن يدفع المسؤولية عن نفسه، وذلك بإثبات أن الضرر ناشئ عن سبب أجنبي لا يد له فيه، كالقوة القاهرة (الفقرة الأولى). أو خطأ الشاحن (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: حالة القوة القاهرة

يبقى الناقل البحري، حسب الفصل 221 من قانون التجارة البحرية، مسؤولا عن كل هلاك أو عوار يصيب البضائع مادامت تحت حراسته، ما لم يثبت وجود قوة القاهرة.

وتمثل القوة القاهرة أو الحادث الفجائي وسيلة قانونية هامة تسمح للمدين في التزام عقدي أصبح مستحيل التنفيذ طبقا لها، بالتحلل من هذا الالتزام ، إضافة إلى أنها وسيلة قانونية تسمح له بالتخلص من مسؤوليته المدنية عموما .

وقد نظم المشرع المغربي القوة القاهرة والحادث الفجائي من خلال الفصل 269 من قانون الالتزامات والعقود الذي ينص على ما يلي:

« القوة القاهرة هي كل أمر لا يستطيع الإنسان أن يتوقعه كالظواهر الطبيعية (الفيضانات والجفاف والعواصف والحرائق والجراد) وغارات العدو وفعل السلطة ويكون من شأنه أن يجعل تنفيذ الالتزام مستحيلا.

ولا يعتبر من قبيل القوة القاهرة الأمر الذي كان من الممكن دفعه ما لم يقم المدين الدليل على أنه بذل كل العناية لدرئه عن نفسه.

وكذلك لا يعتبر من قبيل القوة القاهرة السبب الذي ينتج عن خطأ سابق للمدين ».

وتتمثل القوة القاهرة في كل حادث لا يمكن توقعه ويستحيل دفعه وأن لا يكون للمدين دخل في إثارتة⁽¹⁾. ولا يثير هذا الشرط الأخير إشكالات خاصة، بخلاف الشرطين الأولين:

1. يجب أن يكون الحادث غير متوقع:

يجب أن لا يكون في الإمكان توقع الحادث المكون للقوة القاهرة، أي أن الحادث الطارئ بطبيعته غير ممكن توقعه عقلا، بمعنى أنه لا يمكن، في حدود المألوف بين الناس، توقعه⁽²⁾.

و يتجه الرأي الغالب في تفسير أحكام اتفاقية هامبورغ إلى القول بحتمية توافر شرط عدم التوقع في مخاطر البحر حتى يتسنى للناقل إمكانية دفع المسؤولية عنه، لكن درجة عدم إمكانية التوقع هذا لا تتعدى حدود المعقول، على اعتبار أن طبيعة الالتزامات التي يتحملها الناقل البحري هي التزامات ببذل عناية وليس بتحقيق نتيجة طبقا لأحكام هذه الاتفاقية⁽³⁾.

أما بالنسبة لاتفاقية بروكسيل، فقد اعتبر اتجاه، أن عدم إمكانية التوقع المطلق يعد شرطاً ضرورياً يجب توافر في مخاطر البحر في ظل هذه الاتفاقية⁽⁴⁾، في حين رفض اتجاه آخر الاعتماد بهذا الشرط كشرط ضروري يتعين توافره في مخاطر البحر لكي يعتبر الحادث قوة القاهرة في ظل اتفاقية بروكسيل⁽⁵⁾.

(1) - ولمزيد من التوسع راجع:

- محمد الكشبور، نظام التعاقد ونظريتا القوة القاهرة والظروف الطارئة. مطبعة النجاح الجديدة. الدار البيضاء. 1993.

-Gaubert(F).Le cas fortuit ou de force majeure dans les contrats de transports maritimes et les principaux événements de mer. Thèse. Bordeaux.1972.

(2) عبد الرزاق أحمد السنهوري: الوسيط في شرح القانون المدني. الجزء الأول. دار النهضة العربية. القاهرة. 1964 صفحة 996 و 997.

(3) راجع ما سبق تناوله بخصوص أساس مسؤولية الناقل البحري

(4)-Sauvage(F).Le transport des marchandises par mer. L.G.DG.J. Paris.1967.p,43 et suiv.

-Paris (com) 15 fév. 1978. D.M.F.1978.p.726.

-Marseille (com).7 Septembre 1971.D.M.F.1972.p,366.

(5)Fraikin (G).Traité de la responsabilité du transporteur maritime. L.G.D.J. Paris. 1957.n°234..

-Rodiere (R), Traité Général de Droit Maritime, Affrètements et transports, Tome II, Librairie Dalloz, 1970.n°759.

-Civ.1erdec1992.D.M.F.1993 .p,44.

-Civ.2 Avril 1974.D.M.F.1974.p,458.

ويجب أن يستند المعيار، الذي يقاس به عنصر عدم إمكان التوقع موضوعيا، على الظروف العامة والخارجية لكل حالة على حدة، دون الاعتداد بشخص الناقل أو ظروفه الداخلية الخاصة به. ويصعب في الواقع العملي فصل العوامل الطبيعية والجوية عن المحيط الذي ينفذ فيه عقد النقل البحري.

وقد اعتبر الاجتهاد القضائي أن التغيرات المناخية في أوقات معلومة لا تعد من قبيل القوة القاهرة لانتفاء شرط عدم التوقع، ومن ذلك ما جاء في حكم صادر عن المحكمة الابتدائية بالدار البيضاء، حيث ذهب إلى ما يلي:

« إن عاصفة بلغت قوتها عشر درجات، وقعت في شهر دجنبر، وهي فترة تكثر فيها الزواجر البحرية التي تعترض طريق السفن لا يمكن أن تكون غير متوقعة من طرف الربان (1) »
«...»

بل إن محكمة النقض الفرنسية ذهبت إلى أبعد من ذلك حيث اعتبرت أن قيام الناقل البحري بتنفيذ عقد النقل وسط أجواء كانت فيها العاصفة البحرية متوقعة من طرف مصالح الأرصاد الجوية والذي بلغت فيه قوة الريح 11 درجة (48 إلى 58 عقدة)، يشكل خطأ من جانبه ولا يمكنه أن يثير الشروط التعاقدية المعفية أو المحددة للمسؤولية (2).

(1) حكم بتاريخ 2 أكتوبر 1986. المجلة المغربية للقانون. عدد، 5. ص 298 وما بعدها.
- قرار محكمة الاستئناف بالدار البيضاء عدد 358. بتاريخ 17 فبراير 1980. ملف عدد 802416. مجلة المحاكم المغربية. عدد، 57. صفحة، 127.

- قرار محكمة الاستئناف بالدار البيضاء عدد 1 بتاريخ 18 يناير 1985. ملف تجاري عدد 83/1710. مجلة رابطة القضاة. عدد، 14/15. صفحة، 91.

(2) «attendu que l'arrêt constate... que la tempête essuyée par le navire était prévue, puisque les services météorologiques faisaient état de risques de vents de force 11 (48 à 58 nœuds) sur la Provence et donc de risques pouvant être localement supérieurs en mer, que le matériel de "saisissage", même correctement utilisé, n'excluait la possibilité d'un désarrimage que pour des vents de force 8 à 9, "et encore", à condition de faire des choix parfaitement judicieux de route et de vitesse en fonction des circonstances ; qu'ainsi, ayant en outre retenu que le transporteur maritime ne pouvait ignorer les conditions dans lesquelles il avait exécuté le contrat, la cour d'appel a suffisamment caractérisé, au regard des critères légaux, la faute ne permettant audit transporteur d'invoquer ni la clause contractuelle exonératoire ni la limitation de responsabilité prévue par l'article 28 de la loi du 18 juin 1996».

-Com.7 janv. 1997. Bull.com. 1997. n° 10.

2. يجب أن يكون الحادث غير قابل للدفع:

تتضمن هذه الفكرة معنيين الأول يتمثل في عدم قدرة الشخص على منع نشوء الواقعة المكونة للقوة القاهرة، والثاني يتمثل في عدم تمكنه من التصدي للآثار المترتبة عنها⁽¹⁾.

وترتيباً على ذلك، إذا بلغت العاصفة البحرية من الشدة مدى، اعتبرت قوة القاهرة، ليس استناداً إلى عدم توقع حدوثها فقط، ولكن أيضاً بالنظر إلى استحالة دفع الحادث المكون لها. فقد اعتبرت محكمة النقض أن محكمة الاستئناف عللت قرارها بصفة كافية، لما استعملت سلطتها التقديرية التي لا رقابة لمحكمة النقض عليها، عندما استنتجت من خلال تقرير الخبرة القضائية أن العاصفة لا يمكن التغلب عليها، لتعفي الناقل البحري من كل مسؤوليته⁽²⁾.

ويعد هذا الشرط ضرورياً في ظل أحكام اتفاقية هامبورغ- في الواقعة المحتج بها لكي تكيف بالقوة القاهرة تعفي الناقل من المسؤولية⁽³⁾. في حين ظل هذا الشرط محل خلاف فقهي وقضائي في تطبيقات اتفاقية بروكسيل، بين من يعتبره شرطاً ضرورياً ينبغي توافره في مخاطر البحر لكي يتسنى للناقل البحري إمكانية الاستناد إليها لدفع المسؤولية عنه⁽⁴⁾ وبين من لا يعتبره كذلك، إذ يكفي أن تندرج الواقعة ضمن الحوادث البحرية لكي يتمكن الناقل من دفع مسؤوليته⁽⁵⁾.

(1) محمد الكشور. مرجع سابق، صفحة، 33.

(2) فرار عدد 256 بتاريخ 11 مارس 1985. المجلة المغربية للقانون. عدد 3. صفحة، 160.

(3) عمر فؤاد عمر. مرجع سابق، صفحة، 437.

(4) وقد اختلف هذا الاتجاه حول المعيار الذي يتعين إتباعه في تقدير هذا الشرط حيث هناك من يرى بضرورة اعتماد معيار الناقل الأشد حرصاً:

-Sauvage(F).Le transport des marchandises par mer .L.G.DG.J. Paris.1967.p,43 et suiv.

-Paris(com).15 fév 1978.D.M.F.1978.P ,726.

-Rouen(Com).8 fév 1968.D.M.F.1968.P.548.

في حين اعتبر البعض الآخر أن المعيار الواجب الأخذ به هو معيار الناقل متوسط الحرص، أنظر في هذا الاتجاه:

- عمر فؤاد عمر. مرجع سابق، صفحة، 432.

(5) وهذا ما نستخلصه من تعريف بعض الفقه لمصطلح الحوادث البحرية الواردة في الفقرة الثانية من المادة الرابعة من اتفاقية بروكسيل، حيث تضمن هذا التعريف بعض المرونة:

والجدير بالذكر أن كل من اتفاقية بروكسيل⁽¹⁾ ، واتفاقية روتردام⁽²⁾ ، عددتا حالات تندرج في مفهوم القوة القاهرة، وهي متشابهة نسبيا بالنسبة للاتفاقيتين، وهذه الحالات هي: الحريق، مخاطر البحر أو المياه الساحلية، القضاء والقدر، والحريق، وحوادث الحرب - وأضافت اتفاقية روتردام أيضا القرصنة والأعمال الإرهابية- وأعمال الأعداء العموميين، والفتن والاضطرابات الأهلية، وإيقاف أو إكراه صادر من حكومة أو سلطة أو شعب أو حيز قضائي، وقيود الحجر الصحي، والإضرابات عن العمل أو الإغلاق أو الإيقاف أو العوائق العارضة أثناء العمل لأي سبب كان وسواء أكان السبب كلياً أو جزئياً⁽³⁾ .

وبالنسبة للإضراب، فالقاعدة أنه لا يعتبر قوة القاهرة متى كان المشغل هو السبب الرئيسي في تحريكه أو كانت له إمكانية توقيفه بعد ممارسته ولم يفعل⁽⁴⁾ . أما الإضراب المثار

«Tous les cas d'accidents maritimes tels que le naufrage, le navire qui sombre, l'échouement, etc., ainsi que toutes sortes de dommages causés au navire par l'action directe des vents et des vagues, dommages qu'il convient de distinguer de ceux qui proviennent de l'usure ordinaire ou de la fatigue du voyage ou qui sont directement imputables à une faute de la personne assurée. ».

-M. Pourcelet, Le transport maritime sous connaissance: droit canadien, américain et anglais, Les presses de l'université de Montréal. 1972.note 15.p ,124.

(1) الفقرة الثانية من المادة الرابعة من اتفاقية بروكسيل.

(2) الفقرة الثالثة من المادة 17 من اتفاقية روتردام.

(3) Fraikin(G).Une cause fréquente d'avaries :La buée de cale.D.M.F.1957.P.3

(4) يقول الفقيه فريكان FRAIKIN في هذا الصدد:

«Pour quelque cause que ce soit". A notre sens, cette formule ne peut signifier: "La grève exonère le transporteur maritime, quelle que soit la cause qui l'a provoquée, serait-ce même une faute de ce dernier." Il Y aurait là une disposition contraire à tous les principes de notre droit, et notamment à celui que nul ne sera admis à invoquer sa propre faute. Au contraire, nous pensons que l'expression "pour quelque cause que ce soit" vise, en cas de grève, le motif pour lequel les ouvriers l'ont déclenchée, et, en cas de lock-out, celui pour lequel les patrons ont fermé leur entreprise. Ainsi disparaît la contradiction in fine de l'article 4 qui permet au chargeur de prouver la faute du transporteur dans tous les cas exceptés».

- Fraikin (G).Traité de la responsabilité du transporteur maritime. L.G.D.J.Paris.1957. note 143, p. 254.

-لمزيد من التوسع حول الموضوع في القانون الفرنسي:

-R.Jambu Merlin ;La responsabilité civile de l'armateur en cas de grève de l'équipage ayant immobilisé le navire dans le chenal d'un port :droit social.1982,636.

-A.Ramin ;Exercice de droit de grève et responsabilité civile ; droit social.1980,537.

-B.Feyssie ;Grève et responsabilité :La semaine sociale Lamy,1987,p,374.suppl.

من طرف الغير والذي يؤدي إلى إغلاق الميناء مثلا بسبب المظاهرات العامة أو إضراب موظفي الجمارك أو عمال مقاولات الشحن والتفريغ فيشكل- في نظرنا- قوة القاهرة طالما أنه يعتبر خارجا عن إرادة الناقل. وعليه، يجب مراعاة شروط معينة حتى يشكل ذلك الإضراب فعلا قوة القاهرة، وهي على الشكل التالي:

أ. أن يكون الإضراب عاما بأن يشمل جميع عمال الحرفة⁽¹⁾.

ب. أن يكون الإضراب مفاجئا وغير متوقع.

ج. ألا يكون الإضراب نتيجة خطأ الناقل.

وتكون الحرب قوة القاهرة بما ينجم عنها من أحداث وأزمات اقتصادية واجتماعية، لكن شرطي عدم التوقع واستحالة الدفع لا يتمثلا في واقعة الحرب ذاتها بل فيما تخلفه من أحداث واضطرابات⁽²⁾.

- G.Viney : Responsabilité civile et relations collectives de travail. Droit social.1988.416.

-H. Cornu. Grève et force majeure. Revue trimestrielle de Droit civil . 1981. p : 171.

- وانظر على المستوى القضائي:

-Soc.11 jan 2000, TPS 2000, comm, 93 . Dr social 2000,404.

-وجاء في قرار للغرفة المدنية بمحكمة النقض الفرنسية:

«Le fait que les salaries d'une entreprise cessent leur travail sans préavis, parfois même en cours d'exécution du contrat de travail, est susceptible de conférer un caractère imprévisible et irrésistible aux mouvements de grève et de mettre l'entreprise dans l'impossibilité absolue d'exécuter ses obligations par l'effet d'une cause étrangère qui ne lui est pas imputable.....».

-Civ.1ere ,6 oct. 1993 ; Juris-classeur périodique, éd.1994, E.II, 600.note P.H.Antonmattei.

-وبالنسبة للموضوع من وجهة القانون المغربي، راجع:

-محمد الشرقاني. مدى مشروعية الإضراب العمالي بالمغرب. رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا. كلية الحقوق بالرباط. السنة الجامعية: 1990. 1991.

(1) - محمد كمال حمدي، مسؤولية الناقل البحري في قانون التجارة البحري رقم 8 لسنة 1990، (دراسة مقارنة مع اتفاقية هامبورغ) منشأة المعارف بالإسكندرية، 2003، صفحة، 67.

(2) أستاذنا محمد الكشبور. مرجع سابق. صفحة. ص: 32.

الفقرة الثانية: خطأ الشاحن

من القواعد العامة المقررة في مجال المسؤولية المدنية عموماً أنه لا مسؤولية إذا ما تحقق الضرر بفعل المضرور وحده، أو إذا استغرق خطأ هذا الأخير خطأ المدعى عليه، وذلك لانتفاء علاقة السببية. كما أن المضرور لا يمكن أن يستفيد من خطئه للحصول على التعويض الكامل في حالة ما إذا اشترك خطؤه مع خطأ المدعى في إحداث الضرر، ويسمى الخطأ في هذه الحالة بالخطأ المشترك.

وسنبحث في هذه النقطة خطأ الشاحن في إطار الحالات التي يشترط فيها ضرورة ارتباط الضرر بخطأ الشاحن بعلاقة سببية. ومن أبرز تطبيقات أخطاء الشاحن في هذا المضمار نذكر حالات عدم كفاية تغليف أو سوء تغليف البضاعة، وحالة عدم إتقان أو كفاية العلامات الفارقة أو المميّزة للبضاعة، بالإضافة إلى حالة شحن بضائع خطرة أو مضرّة أو ممنوعة.

أولاً: عدم كفاية تغليف أو سوء تغليف البضاعة

يقصد بعدم كفاية تغليف أو سوء تغليف البضاعة، وضع البضاعة في أكياس أو صناديق أو براميل أو أجواله لا يتوافر لها من المتانة ما يكفي لتحمل البضاعة كافة الآثار المتولدة عن الضغوط الناتجة عن عمليتي الشحن والتفريغ، وكذلك تلك الملازمة للظروف المناخية والمرتبطة بنقل البضائع عن طريق البحر⁽¹⁾.

ومرد إعفاء الناقل من المسؤولية في حالة عدم كفاية تغليف أو بسبب سوء تغليف البضاعة، يعود إلى كون الضرر الذي أصاب الشاحن أو المرسل إليه يرجع سببه إلى إهمال أو خطأ الشاحن أو من يمثله، ناهيك أن الناقل لم يشترك في التغليف وإنما هي عملية يبقى للشاحن فيها كامل الصلاحية في تحديد طريقتها ونوعيتها وتتفق مع الأهداف الخاصة بها⁽²⁾. ومع ذلك يبقى مفهوم عدم التغليف أو سوءه مفهوماً نسبياً يختلف من حالة إلى أخرى، وتبعاً

(1) عمر فؤاد عمر. مرجع سابق، صفحة، 298.

-يونس بنونة. مرجع سابق، صفحة، 72.

- G. FRAIKIN, op. cit.p.259-260.

(2) كمال حمدي. مسؤولية الناقل.....مرجع سابق، صفحة، 73.

-عمر فؤاد عمر. مرجع سابق، صفحة، 300.

لظروف الرحلة البحرية ومدى قدرة السفينة على تجاوز مخاطر البحر بالنظر لما تتوفر عليه من أجهزة فنية و تكنولوجيا عالية وكذا مدى مدة الرحلة البحرية وطبيعة البضاعة ذاتها⁽¹⁾.

ويتعين على الناقل لدفع المسؤولية عنه، أن يثبت أن السبب الوحيد للضرر يرجع إلى إهمال الشاحن أو رفضه تغليف البضاعة في الوقت الذي قدر فيه الناقل ضرورة التغليف بالنظر إلى طبيعة البضاعة والرحلة المقرر القيام بها، أو أن التغليف الذي قام به الشاحن كان معيبا لا يتطابق مع ما تفرضه طبيعة البضاعة أو لم يكن متينا بكيفية تمكنه من مواجهة الحد الأدنى من مختلف العمليات المرتبط النقل البحري.

وقد درج الناقلون للبضائع عبر البحر على تضمين سندات الشحن بيانات تتعلق بحالة البضاعة وكميتها وتغليفها. و لما كان السند حجة بما ورد فيه من بيانات، فيتعين على الناقل أن يقوم بتدوين تحفظات واضحة ومحددة في هذا السند تتعلق بعدم كفاية تغليف البضاعة أو سوءه أو بطبيعة المواد غير الصالحة في التغليف⁽²⁾. إذ بدون هذه التحفظات، يفترض أن الناقل قد تسلم البضاعة بحالة جيدة وبالكمية والتغليف المذكور في السند. وإذا ما ورد بالسند تحفظات خصوص بيان أو عنصر من هذه العناصر فقد هذا السند حجته ضد الناقل، وأصبح على الشاحن أن يقيم الدليل على ما يخالف هذه التحفظات.

ويعتبر السند الذي يتضمن مثل هذه التحفظات سندا غير سليم، لأنه لا يطمئن المشتري (المرسل إليه) إلى حسن تنفيذ البائع (الشاحن) لالتزاماته، والفرص أن سند الشحن دليل على حسن تنفيذ البائع ما تعهد به. ومن هنا كان السند الذي يتضمن تحفظا أو شرطا بعدم المسؤولية أو يضعف من حقوق المرسل إليه ضد الناقل سندا غير نظيفا في حين يسمى السند الخالي من ذلك نظيفا⁽³⁾. وفي هذا الصدد يثار التساؤل حول مدى جواز التمسك بعدم كفاية تغليف البضاعة الظاهر في مواجهة الغير حامل سند الشحن حسن النية؟

(1) عمر فؤاد عمر. مرجع سابق، صفحة، 299.

(2) انظر قرار محكمة النقض الفرنسية الذي اشترط أن تكون تلك التحفظات محددة.

- Com, 5 janv. 1999, Bull.Trans.L. 1999.2786 .100.

- G. FRAIKIN, op. cit. p. 262-266.

(3)- بدر بن عبدالله بن راشد الرحي. مسؤولية الناقل البحري للبضائع . دراسة مقارنة بين الاتفاقيات الدولية والقانون العماني والمغربي. مركز الغندور. القاهرة. 2018. صفحات، 465 وما يليها.

يمكن القول إن المشرع الفرنسي، واستنادا إلى المادة 3-5422 L من مدونة النقل⁽¹⁾، كان صريحا في اعتبار السند النظيف، فيما يتعلق بالبيانات الإلزامية التي يتعين أن يتضمنها سند الشحن، قرينة قاطعة في علاقة الناقل بالغير حامل سند الشحن حسن النية. بمعنى أن الناقل البحري لا يمكنه أن يتمسك في مواجهة الغير حامل سند الشحن حسن النية، إذا ما دون في سند الشحن ما يفيد كفاية تغليف البضاعة الظاهر.

و قد ركن المشرع المصري إلى نفس الحكم من خلال الفقرة الثانية من المادة 210 من قانون التجارة البحرية، حيث لا يجوز للناقل البحري إقامة الدليل على خلاف ما هو مدون في سند الشحن في مواجهة المرسل إليه حسن النية، بخلاف هذا الأخير الذي يمكنه إقامة الدليل بكافة الوسائل لإثبات ما يخالف ما هو ثابت في سند الشحن⁽²⁾.

ولا يختلف الحكم في ضوء اتفاقية بروكسيل في صورتها الأصلية⁽³⁾ أو المعدلة⁽¹⁾ عما هو مدون في القوانين الوطنية، بحيث لا يمكن للناقل أن يتمسك في مواجهة المرسل إليه حسن

(1) جاء في هذه المادة أن سند الشحن يعتبر قرينة على أن الناقل قد تسلم البضاعة بالحالة الموصوفة بها في هذا السند ما لم يقيم الدليل على خلاف ذلك. ومع ذلك فلا يجوز إثبات العكس إذا ما نقل سند الشحن إل الغير حسن النية.

-Article L5422-3 du code des transports:

« Le transporteur ou son représentant délivre au chargeur, sur sa demande, un écrit dénommé connaissance.

Ce document vaut présomption, sauf preuve contraire, de la réception par le transporteur des marchandises, telles qu'elles y sont décrites. Toutefois, la preuve contraire n'est pas admise lorsque le connaissance a été transféré à un tiers de bonne foi. ».

(2) تنص الفقرة الثانية من المادة 210 من قانون التجارة البحرية المصري على ما يلي:

« يجوز في العلاقة بين الناقل و الشاحن إثبات خلاف الدليل المستخلص من سند الشحن وخلاف ما ورد به من بيانات، ولا يجوز في مواجهة الغير حسن النية إثبات خلاف الدليل المستخلص من السند وخلاف ما ورد به من بيانات. ويجوز ذلك لهذا الغير».

- انظر في هذا الصدد:

هاني دويدار. مرجع سابق صفحة، 59.

-عمر فؤاد عمر. مرجع سابق. صفحة، 314.

(3) تقضي الفقرة الثالثة من المادة الثالثة من اتفاقية بروكسل بما يلي:

«على الناقل أو الرّبان أو وكيل الناقل، بعد استلام البضائع وأخذها في عهده أن يسلم إلى الشاحن، بناءً على طلب الشاحن، سند شحن يتضمن مع بياناته المعتادة البيانات الآتية :

النية بكل بيان مدون في سند الشحن يفيد عدم كفاية تغليف البضاعة أو سوء تغليفها. كما يطبق نفس الحكم في ظل اتفاقية هامبورغ بغض النظر عما إذا كان سند الشحن يتضمن بياناً عن تغليف البضاعة أو خلى من ذلك البيان⁽²⁾.

وسارت اتفاقية روتردام على نهج اتفاقية بروكسيل، حيث تضمنت المادة 17 منها نفس الحكم في ما يخص التغليف المعيب للبضاعة من جانب الشاحن، حيث يعفى الناقل من المسؤولية عن هلاك البضاعة أو تلفها في حالة وجود قصور أو عيب في أعمال رزم أو وسم

أ - العلامات الرئيسية اللازمة للتحقق من نوع البضائع وذلك طبقاً لما يقدمه الشاحن بالكتابة قبل البدء في شحن هذه البضائع، على أن تكون هذه العلامات مطبوعة أو موضوعة بأية طريقة أخرى ظاهرة على البضائع غير المغلفة أو على الصناديق أو الأغلفة المعبأة فيها البضائع بحيث تظل قراءتها ميسورة حتى نهاية السفر.

ب- عدد الطرود أو القطع أو الكمية أو الوزن، على حسب الأحوال، طبقاً - للبيانات التي يقدمها الشاحن كتابة.

ج- حالة البضائع وشكلها الظاهر .

ومع ذلك فليس الناقل أو الريان أو وكيل الناقل ملزماً بأن يثبت في سندات الشحن أو يدون فيها علامات أو عدداً أو كمية أو وزناً إذا توافر لديه سبب جدي يحمله على الشك في عدم مطابقتها للبضائع المسلمة إليه فعلاً أو - عندما لا تتوافر لديه الوسائل الكافية للتحقق منها».

وحسب الفقرة الرابعة من نفس المادة في صورتها الأصلية فإن:

« يعتبر سند الشحن المحرر بهذه الكيفية قرينة على أن ناقل البضاعة تسلمها بالكيفية الموصوفة بها طبقاً للفقرة (3) (أ، ب، ج -) من هذه المادة ما لم يقيم الدليل على خلاف ذلك ».

(1) وقد تم تعديل الفقرة الرابعة من المادة الثالثة بمقتضى بروتوكول فيسبي لعام 1968 لاتفاقية بروكسيل، حيث أصبحت تقضى بما يلي:

«يعتبر سند الشحن المحرر بهذه الكيفية قرينة على أن ناقل البضاعة تسلمها بالكيفية الموصوفة بها طبقاً للفقرة (3) (أ، ب، ج -) من هذه المادة ما لم يقيم الدليل على خلاف ذلك. ومع ذلك لا يجوز إثبات العكس إذا ما نقل سند الشحن إلى الغير حسن النية ».

(2) جاء في الفقرة الثانية والثالثة بند "أ" و "ب" من المادة 16 من اتفاقية هامبورغ ما يلي:

«2- إذا لم يقيم الناقل، أو أي شخص آخر بصدر سند الشحن نيابة عنه، بإثبات الحالة الظاهرة للبضائع في سند الشحن، اعتبر أنه قد أثبت في سند الشحن أن البضائع كانت في حالة سليمة ظاهرة.

3- باستثناء التفاصيل التي يدرج بشأنها تحفظ تجيزه الفقرة 1 من هذه المادة وفي حدود هذا التحفظ :

أ- يعتبر سند الشحن قرينة ظاهرة على أن ناقل البضائع تلقى البضائع الوارد وصفها في سند الشحن أو شحن هذه البضائع إذا كان قد صدر سند شحن مؤشر عليه بكلمة «مشحون»؛

ب- لا يقبل من الناقل إثبات ما يخالف ذلك إذا انتقل سند الشحن إلى طرف ثالث، بما في ذلك أي مرسل إليه، يكون قد تصرف بحسن نية اعتماداً على الوصف الوارد للبضائع في السند».

للبضاعة ما دام أن هذا الالتزام يقع على عاتق الشاحن، اللهم إلا تكلف الناقل بموجب اتفاق للقيام بهذه المهمة.

ثانيا : عدم كفاية أو عدم إتقان العلامات

من البيانات الجوهرية التي ألزم المشرع المغربي أن يتضمنها سند الشحن تعيين البضاعة المسلمة إلى الناقل: «مع الإشارة إلى كميتها وعلامتها الفارقة»⁽¹⁾. وتكمن الغاية الأساسية من وضع هذه العلامات على البضاعة في تفادي مشكل اختلاط البضائع على الناقل، وفي معرفة كنهها على وجه التحديد، حتى يتمكن من تمييزها عن غيرها من البضائع، وتسليمها بذاتها إلى المرسل إليه.

ولا يشترط من الشاحن إتباع أسلوب أو طريقة خاصة في وضع هذه العلامات على البضائع، كل ما هو مطلوب هو أن يتم وضعها بطريقة متقنة وظاهرة حتى يتمكن الكل من قراءتها بسهولة ووضوح إلى نهاية الرحلة البحرية⁽²⁾.

ويجب على الناقل أن يدون في سند الشحن العلامات الفارقة التي تعين البضاعة حسب ما يقدمه الشاحن من بيان في هذا الصدد. ويمكن للناقل، إذا ما ارتأى أن العلامات غير كافية أو غير متقنة أو لا تتفق مع البيان المتعلق بالبضاعة، أن يدرج في سند الشحن تحفظه على هذا البيان أو على عدم كفاية العلامات أو عدم إتقانها⁽³⁾، بل إن اتفاقية بروكسيل ذهبت إلى أبعد من ذلك حيث أتاحت للناقل أن يمتنع عن تدوين أي بيانات مقدمة من الشاحن إذا توافر لديه سبب جدي يحمله على الشك في عدم مطابقتها للبضائع المسلمة إليه فعلاً أو عندما لا تتوافر لديه الوسائل الكافية للتحقق منها⁽⁴⁾. ويكفي الناقل حتى يرتب هذا الامتناع أثره، أن يشير في سند الشحن إلى الشك أو عدم توفر تلك الوسائل⁽⁵⁾.

(1) الفصل 210 من قانون التجارة البحرية،

(2) Paris, 23 oct. 2002, Bull.Trans.L. 2002.830.

-Rouen, 8 déc. 1998, D.M.F. 2000.126.

(3) عمر فؤاد عمر. مرجع سابق، صفحة، 322 وما بعدها.

(4) الفقرة الثالثة من المادة الثالثة من اتفاقية بروكسيل.

(5) -محسن شفيق . الجديد في القواعد الدولية الخاصة بنقل البضائع بالبحر (اتفاقية هامبورغ بتاريخ 31 من

مارس 1978). (تاريخ غير مذكور). دار النهضة العربية بالقاهرة.، صفحة، 156.

عمر فؤاد عمر. مرجع سابق. صفحة، 323.

في حين اقتضت اتفاقية هامبورغ بضرورة التصريح بأسباب الشك الذي يخالج الناقل في عدم مطابقة العلامات الموضوعة على البضاعة للبيان المدلى به من طرف الشاحن أو إتقان هذه العلامات، أو التصريح في سند الشحن بعدم توافر الوسائل المعقولة والكافية للتحقق منها(1).

و لا يرجع وجه إعفاء الناقل من المسؤولية في هذا الصدد إلى خطأ الشاحن في عدم إتقان أو عدم كفاية العلامات الفارقة للبضاعة، وإنما يرجع بالضرورة إلى تبرأ الناقل من الطريقة أو الأسلوب الذي نهجه الشاحن في وضع هذه العلامات. وهذا يعني أن إعفاء الناقل من المسؤولية في هذا المجال، يتوقف على تحقق شرطين اثنين:

أولاً: وجود علاقة سببية بين الضرر وعدم كفاية أو عدم إتقان العلامة الفارقة للبضاعة، فإذا انتفت تلك العلاقة ظل الناقل مسؤولاً في مواجهة من له الحق في البضاعة وأضحى تحفظه عديم الجدوى.

ثانياً: أن يكون البيان الذي قدمه الشاحن لإدراجه في سند الشحن، والمتعلقة بالعلامات الفارقة للبضاعة مصحوباً بتحفظ الناقل عن هذا البيان، يفيد عدم كفاية العلامات الفارقة للبضاعة أو عدم إتقانها. وإلا ظل الناقل مسؤولاً في مواجهة حامل سند الشحن حسن النية. ويمكن للناقل أن يرجع على الشاحن بما أداه للغير حامل سند الشحن حسن النية عن الضرر الناجم عن عدم كفاية العلامات الفارقة للبضاعة أو عدم إتقانها⁽²⁾، اللهم إلا إذا كان

(1) الفقرة الأولى من المادة 16 من اتفاقية هامبورغ.

ويقابلها المادة D5422-4 من مدونة النقل الفرنسية، والتي جاء فيها ما يلي:

« Si le connaissement contient des indications particulières concernant la nature générale, les marques principales, le nombre de colis ou de pièces ou le poids ou la quantité des marchandises, dont le transporteur, ou la personne qui émet le connaissement en son nom, sait, ou a des raisons de soupçonner, qu'elles ne représentent pas exactement les marchandises qu'il a effectivement prises en charge ou les marchandises qu'il a effectivement mises à bord dans le cas où un connaissement portant la mention "embarqué" a été émis, ou si le transporteur ou la personne qui émet le connaissement en son nom n'a pas disposé de moyens suffisants pour contrôler ces indications, ce dernier ou la personne qui émet le connaissement en son nom doit faire, dans le connaissement, une réserve précisant les inexactitudes, la raison de ses soupçons ou l'absence de moyens de contrôle suffisants.

La preuve des dommages incombe alors à l'expéditeur ou au réceptionnaire. ».

(2) عمر فؤاد عمر. مرجع سابق. صفحة، 326.

مسلك الناقل يندرج ضمن الحالات المنصوص عليها في المادة 17 من اتفاقية هامبورغ⁽¹⁾ ، كأن يمتنع الناقل عن إدراج أي تحفظ بشأن عدم مطابقة العلامات الموضوعة على البضاعة للبيان المقدم من طرف الشاحن، أو عدم كفاية العلامات الفارقة للبضاعة، أو عدم إتقانها، في مقابل خطاب الضمان⁽²⁾ مقدم من الشاحن⁽¹⁾ ، وكان هدفه غش طرف ثالث بما في ذلك أي مرسل إليه، يكون قد تصرف اعتمادا على الكيفية الموصوفة بها البضائع في سند الشحن.

(1) المادة 17: الضمانات من قبل الشاحن.

« 1- يعتبر الشاحن ضامنا للناقل صحة البيانات المتعلقة بالطبيعة العامة للبضائع، وعلاماتها وعددها ووزنها وكميتها، التي قدمها لكي تدرج في سند الشحن وعلى الشاحن تعويض الناقل عن كل خسارة تنتج عن عدم الصحة في هذه البيانات ويظل الشاحن مسؤولا وإن قام بتحويل سند الشحن وحق الناقل في هذا التعويض لا يحد من مسؤوليته بمقتضى عقد النقل البحري تجاه أي شخص آخر غير الشاحن.

2- كل خطاب ضمان أو اتفاق يتعهد الشاحن بموجبه بتعويض الناقل عن الخسارة التي تنتج عن قيام الناقل أو شخص يتصرف باسمه بإصدار سند شحن دون إدراج تحفظ فيما يتعلق بالحالة الظاهرة للسلع، يكون باطلا ولا يترتب عليه أي أثر في مواجهة أي طرف ثالث بما في ذلك أي مرسل إليه، يكون قد حول إليه سند الشحن.

3- يصح خطاب الضمان أو الاتفاق المشار إليه في مواجهة الشاحن، ما لم يكن الناقل أو الشخص الذي يتصرف نيابة عنه، قد نوى بعدم إدراجه التحفظ المشار إليه في الفقرة 2 من هذه المادة غش طرف ثالث بما في ذلك أي مرسل إليه، يكون قد تصرف اعتمادا على الكيفية الموصوفة بها البضائع في سند الشحن وفي الحالة الأخيرة إذا تعلق التحفظ غير المثبت ببيانات يكون الشاحن قدّمها لإدراجها في سند الشحن لا يحق للناقل أي تعويض من الشاحن بمقتضى الفقرة 1 من هذه المادة.

4- في حالة الغش المتعمد المشار إليه في الفقرة 3 من هذه المادة، يسأل الناقل دون أن يحق له الاستفادة من تحديد المسؤولية المنصوص عليه في هذه الاتفاقية، عن كل خسارة تلحق بطرف ثالث بما في ذلك أي مرسل إليه، يكون قد تصرف اعتمادا على الوصف الوارد للبضائع في سند الشحن».

(2) يعتبر خطاب الضمان من الضمانات البنكية التي ابتكرها العرف البنكي عموما لتلبية حاجة عملاء البنك في الضمانات النقدية المطلوبة منهم ، فقد يجد عميل البنك نفسه مضطرا في بعض الأحيان لتقديم ضمان نقدي إلى الغير لكي يقبل هذا الغير الدخول في تعاقد معه أو لكي يمنحه أجلا لتسديد التزاماته فيلجأ هذا العميل إلى بنكه ويعقد معه اتفاقا يلتزم بموجبه البنك بإصدار كفالة بنكية يصدرها لصالح الغير ويقبلها هذا الغير. وهو تعهد البنك في هذه الحالة هو تعهد قطعي مقيد بزمان محدد غير قابل للرجوع .

وبالرغم من غياب أي نص تشريعي يعرف خطاب الضمان ويتولاه بالتنظيم، إلا أنه يمكن القول إن المشرع المغربي يعتبر خطاب الضمان عملية من العمليات الائتمانية البنكية، وهو ائتمان بالتوقيع، حيث جاء في المادة الثالثة من الظهير الشريف رقم 1.05.178 صادر في 14 فبراير 2006 بتنفيذ القانون 34.03 المتعلق بمؤسسات الائتمان والهيئات المعتمدة في حكمها (ج.ر. عدد 5397. صفحة، 435 وما يليها) ما يلي:

« تعتبر عملية ائتمان كل تصرف، يقوم بمقتضاه شخص من الأشخاص:

- بوضع أموال أو الالتزام بوضعها رهن تصرف شخص آخر يكون ملزما بإرجاعها؛
- أو الالتزام لمصلحة شخص آخر، عن طريق التوقيع، في شكل ضمان احتياطي أو كفالة أو أي ضمان آخر....».
- وبالتالي يكون المشرع قد أحال بصورة ضمنية بخصوص تنظيم خطابات الضمان على القواعد العرفية البنكية الجاري بها العمل في هذا المجال.
- وللوقوف على ماهية خطاب الضمان وتمييزه عما يشته به وآثاره، أنظر:
- محمد الأطرش. الضمانات البنكية المستقلة في عقود التجارة الدولية . منشورات كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية . مراكش. 1996.
- علي جمال الدين عوض. خطابات الضمان المصرفية. دار النهضة العربية . القاهرة. 1991 .
- مصطفى مرعي. خطاب الضمان .عمليات ونظريات . معهد الدراسات المصرفية . 1975.
- وقد حددت محكمة النقض (المجلس الأعلى سابقا)، واستنادا إلى الأعراف البنكية، خاصيات خطاب الضمان، إذا جاء في قرارها الصادر بتاريخ 31 يناير 2001 ما يلي :
- « ... إن الأمر يتعلق بخطاب الضمان الذي يجعل الكفيل مدينا أصليا بدين مستقل عن أية علاقة أخرى بحيث لا يجوز له الامتناع عن الأداء لأي سبب كان سواء ما يرجع لعلاقة المدين الأصلي بالدائن المستفيد أو لعلاقة هذا الأخير بالبنك الكفيل، ولهذا فإن خطاب الضمان يعد من الضمانات البنكية المستقلة التي توفر للمستفيد ضمان السيولة عند أول طلب وضمان عدم الاعتراض على الأداء لأي سبب كان».
- قرار عدد 231. ملف مدني عدد 99/2/3/369 منشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى، عدد، 56، صفحة، 362 وما يليها.
- وذهبت محكمة النقض المصرية إلى أن خطاب الضمان هو :
- « أن يلتزم البنك وبمجرد إصداره ووصوله إلى المستفيد بأداء المبلغ الذي يطالب به هذا الأخير فور طلبه باعتباره حقا يحكمه خطاب الضمان طالما كان هذا الأداء في حدود التزام البنك المبين منه».
- نقض بتاريخ 13 فبراير 1984. مجموعة أحكام النقض. رقم 1189 لسنة 49 ف.
- وجاء في قرار لمحكمة النقض الفرنسية :
- «Constitue une garantie autonome, interdisant au garant d'invoquer les exceptions qui appartiendraient au débiteur, le contrat par lequel la banque s'engage à effectuer, sur la demande d'un donneur d'ordre, le paiement d'une somme à concurrence d'un montant convenu, sans que l'établissement financier puisse différer le paiement ou soulever une contestation pour quelque motif que ce soit ».
- Com.2 Fév. 1988. Bull. Civ, IV.n° 55,p.39
- ولمزيد من التوسع حول الموضوع، والوقوف على تكييف الفقه والقضاء الفرنسيين لخطاب الضمان، انظر :
- N.Borga. La qualification de garantie autonome .Mém. D.E.A. Lyon.III.2000.2001.
- (1) غالبا ما يطلب الشاحن من الناقل بعدم إدراج تحفظاته في سند الشحن مقابل خطاب ضمان يتعهد الشاحن بضمان كافة النتائج التي قد تترتب على عدم مطابقة البضاعة للبيانات الواردة في سند الشحن إذا ما تعرض الناقل للمطالبة قبل الغير بالتعويض مقابل أن يسلمه الناقل سند الشحن نظيفا. فيسهل على الشاحن تبعا لذلك التعامل على بضاعته.
- ولمزيد من التوسع، راجع:

ولم تختلف أحكام اتفاقية روتردام عن نظيراتها في هذا المجال، إذ سمحت المادة 40 للناقل بإبداء تحفظات على البيانات المقدمة من الشاحن والمتعلقة بالعلامات اللازمة الدالة على البضائع، إذا كان يعلم علما يقينا أو على الأقل لديه أسباب وجيهة للاعتقاد بأن تلك البيانات غير صحيحة.

-فريد الحاتمي. أوراق الضمان في المادة التجارية. المجلة المغربية لقانون واقتصاد التنمية. عدد 38. صفحة، 22 وما يليها

المطلب الثالث: أسباب الإعفاء الناتجة عن طبيعة البضاعة المشحونة

يستطيع الناقل دفع مسؤوليته عن الهلاك أو تلف البضاعة أو التأخير في تسليمها، إذا كان الضرر راجعا إلى طبيعة البضاعة المشحونة، كما هو الشأن بالنسب لحالة شحن بضائع خطيرة (الفقرة الأولى)، أو حالة نقل الحيوانات الحية (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: حالة شحن البضائع الخطرة

ينص الفصل 227 من قانون التجارة البحرية على ما يلي:

« إن الذي يشحن بضائع خطيرة أو ضارة أو ممنوعة يكون مسؤولا تجاه مؤجر السفينة وتجاه جميع الأشخاص الذين لهم مصلحة في حمولتها عن الأضرار التي قد تتسبب فيها تلك البضائع. هذا وأن قبول هذه البضائع من طرف الربان لا يرفع هذه المسؤولية إلا تجاه مؤجر السفينة ».

والملاحظ من ظاهر الفصل أعلاه، أن المشرع المغربي يتحدث عن فعل الشاحن في إحداث الضرر، بحيث يعتبر مسؤولا عن الأضرار التي تصيب البضائع المشحونة بسبب شحن بضائع مضرّة أو ممنوعة أو خطيرة⁽¹⁾. وتتحقق مسؤوليته تجاه مؤجر السفينة إذا سببت تلك البضائع الخطرة أو المضرّة أو الممنوعة أضرارا بتلك السفينة، كأن تنفجر البضاعة وتتضرر السفينة بفعل ذلك الانفجار، أو يتم حجز السفينة من طرف السلطات الأمنية أو من طرف السلطات الصحية بميناء الشحن أو التفريغ لوجود بضائع ممنوعة أو بضائع مضرّة، فلا يتمكن مؤجر السفينة من استثمارها بفعل ذلك الحجز.

كما تتحقق مسؤولية الشاحن تجاه جميع الأشخاص الذين لهم مصلحة في حمولتها عن الأضرار التي قد تتسبب فيها تلك البضائع، سواء كانوا شاحنين أو مرسل إليهم أو مؤمنين، بل إن الناقل - ولو لم يكن مؤجرا - يعتبر أحد هؤلاء الأشخاص الذين لهم مصلحة في وصول

(1) وقد أحسن المشرع صنعا عندما لم يضع تعريفا لهذه الأنواع من البضائع إذ إن التطور العلمي وواقع الحال يكشف كل يوم عن أصناف جديدة من الأشياء التي كانت إلى وقت قريب مباحة أو مجهولة ثم أصبحت خطيرة أو مضرّة أو ممنوعة فمثلا يعتبر القات، وهو نوع من المخدرات، من البضائع التي تلقى رواجا شعبيا كبيرا في اليمن، ولا يعتبر نقلها ممنوعا على مستوى الملاحة الداخلية لليمن أو هكذا جرى التعامل مع هذا النوع من البضائع من طرف السلطات الأمنية اليمنية. بل إن صفة الخطورة أو المنع أو المضرّة قد تلحق بعض الأشياء بصفة مؤقتة ثم تزول عنها هذه الصفة. ومن ذلك مثلا: فيروس "أنفلونزا" الطيور الذي انتشر سنتي 2007 و2008 بكثرة في آسيا بالخصوص، وجنون البقر الذي ظهر في أوروبا وخاصة في إنجلترا، و"أنفلونزا" الخنازير.

البضاعة سالمة دون أضرار، وبالتالي تثبت له الصفة والمصلحة في رفع الدعوى ضد الشاحن المسؤول لجبر الضرر الذي أصابه. مما يجعل مسؤولية الشاحن في هذا الشأن مسؤولية تقصيرية تجاه أصحاب الحق في البضائع، وتجاه الناقل⁽¹⁾.

غير أن قبول شحن هذه البضائع الخطرة أو الضارة أو الممنوعة من قبل الربان مع علمهم بطبيعتها، لا يرفع مسؤولية الشاحن إلا تجاه المؤجر إذا كان ناقلا، مع انعقاد مسؤوليته تجاه جميع الأشخاص الذين لهم مصلحة في حمولة السفينة. أما الناقل فلا يتحلل من المسؤولية تجاه الأشخاص المتضررة بفعل البضائع الخطرة أو الضارة أو الممنوعة إلا بتحقق شرطين اثنين:

الشرط الأول: أن يكون الناقل جاهلا لطبيعة البضاعة الخطرة أو الضارة أو غير المشروعة، سواء أثناء تسليمها إلى الربان في ميناء الشحن، أم أثناء شحنها. وجهل الناقل لهذه الحقيقة لا يمكن تصوره إلا في حالة تعمد الشاحن ذكر بيانات غير صحيحة عن طبيعة البضاعة الحقيقية المشحونة. أما في حالة ما إذا تم شحن البضاعة بمعرفة الربان لهذه الطبيعة دون علم الناقل، فإن هذا الوضع لا يرفع المسؤولية عن هذا الأخير الذي يبقى مسؤولا مسؤولية المتبوع عن أفعال تابعيه.

الشرط الثاني: أن تلحق هذه البضاعة المشحونة أضرارا بالبضائع المشحونة.

والملاحظ أن الفصل 227 أعلاه لا يتحدث عن المكنتات التي من المفترض منحها للناقل في هذه الحالة، سواء تم شحن البضاعة الخطرة أم الممنوعة أم المضرة، بإذنه أو بدون إذنه، ولا عن مسؤولية الناقل عن أعمال هذه المكنتات، باستثناء ما نص عليه الفصل 229 من قانون التجارة البحرية الذي جاء فيه:

« إلا أنه يجب دفع أجرة النقل في الحالات الآتية:

.....

(1) يعتبر الفقيه E. Rodière أن القضاء الفرنسي يميل إلى اعتبار مسؤولية الشاحن في مثل هذه الأحوال هي مسؤولية تعاقدية مبناها عقد النقل.

- E. Rodière. op.cit. T.II. P , 320.
- C.A. Paris. 17 mars 1958. D.1959. p, 125.
- Com.28 avril 1965. D. 1966.p,5.

د-إذا أُلغيت بضائع خطرة أو ممنوعة أثناء السفر على شرط أن يكون الناقل جاهلاً نوعها حين شحنها...».

وترتيباً على ذلك لا يسأل الناقل في مواجهة الشاحن عن الضرر الناتج عن إتلاف البضائع الخطرة أو الممنوعة أثناء السفر إذا كان يجهل طبيعتها عند شحنها دون أن يؤدي استعماله لهذه المكنة إلى سقوط حقه في أجره النقل.

وعلى مستوى الاتفاقيات الدولية، أعطت اتفاقية بروكسيل للناقل صلاحية إنزال البضائع الخطرة من السفينة في أي مكان، أو إعدامها أو إزالة خطورتها بمعرفة الناقل بدون أي تعويض، إذا لم يكن له علم لا هو ولا أتباعه أو وكلائه بطبيعة هذه البضاعة، بل تبقى هذه الصلاحية قائمة ولو تم شحن البضاعة بمعرفة الناقل ورضاه، ولكنها أضحت تشكل خطراً على السفينة أو حمولتها. ولا يتحمل الناقل أية مسؤولية تجاه الشاحن إلا فيما يتعلق بالخسارات البحرية العمومية عند الاقتضاء⁽¹⁾.

وتضمنت اتفاقية هامبورغ بخصوص البضائع الخطرة أحكاماً قريبة من أحكام اتفاقية بروكسيل، سواء فيما يتعلق بتحميل الشاحن المسؤولية عن الضرر الناتج عن البضاعة الخطرة في حالة ما إذا تم شحن البضاعة دون علم الناقل أو وكلائه أو أتباعه، أم بخصوص

(1) تنص الفقرة السادسة من المادة الرابعة من اتفاقية بروكسيل على ما يلي:

«سادساً: البضائع القابلة للالتهاب أو الانفجار أو الخطرة التي لم يكن الناقل أو الربان أو وكيل الناقل يسمح بشحنها في السفينة لو علم بنوعها أو طبيعتها يجوز في أي وقت قبل تفريغها إنزالها من السفينة في أي مكان أو إعدامها أو إزالة خطورتها بمعرفة الناقل بدون أي تعويض، ويكون شاحن هذه البضائع مسؤولاً عن الأضرار والمصاريف الناشئة أو الناتجة بطريق مباشر أو غير مباشر عن شحنها في السفينة، وإذا شحنت بضائع من هذا القبيل بعلم الناقل ورضائه وأصبحت خطراً على السفينة أو على شحنها يجوز كذلك إنزالها من السفينة أو إعدامها أو إزالة خطرها بمعرفة الناقل بدون مسؤولية عليه إلا فيما يتعلق بالخسارات البحرية العمومية عند الاقتضاء.».

- ولاحظ أن الاتفاقية جاءت بأمثلة للبضائع الخطرة وهي البضاعة القابلة للالتهاب أو الانفجار أو الخطرة مع وضع ضابط عام يصعب قبوله في إطار توازن المصالح، وهو "البضائع التي لم يكن الناقل أو الربان أو وكيل الناقل يسمح بشحنها في السفينة لو علم بنوعها أو طبيعتها" لأنه إذا كانت موافقة الناقل أو إتباعه أو وكلائه أو عدم موافقته على شحن البضاعة تشكل معياراً لتصنيفها ضمن خانة البضائع الخطرة من عدمه بالنظر إلى طبيعتها، فكان بالأحرى أن يظل هذا القبول أساساً لمسؤولية الناقل تجاه الشاحن في حالة التخلص من البضاعة أو على الأقل تشطير المسؤولية بين الناقل والشاحن.

منح الناقل الصلاحية الكاملة بإعدام تلك البضاعة أو إنزالها من السفينة أو إزالة مفعولها دون أي تعويض، بل ويحتفظ الناقل بهذه الصلاحية حتى ولو قبل شحن هذه البضاعة ثم صارت تشكل خطرا داهما يهدد السفينة أو حمولتها أو الأرواح دون أن يترتب عن هذا التصرف أي تعويض من جانبه، ماعدا في الحالات التي يوجد فيها التزام بالاشتراك في العواريات العامة، أو في الحالات التي يثبت فيها أن الناقل لم يتخذ هو أو مستخدموه أو وكلاؤه جميع التدبير المعقولة لتجنب الحادث وتبعاته⁽¹⁾.

وبتقريب هذه الأحكام، يلاحظ أن الاتفاقيتين معا حاولتا، في إطار تنظيمهما لحالة شحن البضائع الخطرة، أن تتبنيا أحكاما ذات طابع وقائي، تهدف إلى تجنب الأضرار المحتمل وقوعها في هذا النوع من النقل، وترجيح المصلحة العامة المتمثلة في حماية الأرواح والسفينة وحمولتها. مع ملاحظة أن مسؤولية الناقل في إطار اتفاقية بروكسيل لا تغطي الأضرار التي تصيب الناقل فقط، بل تمتد حسب الفقرة السادسة من المادة الرابعة إلى « الأضرار والمصاريف الناشئة أو الناتجة بطريق مباشر أو غير مباشر عن شحنها في السفينة ».

(1) تقضي المادة 13 من اتفاقية هامبورغ بما يلي:

- « 1- على الشاحن أن يضع علامات أو بطاقات مناسبة على البضائع الخطرة تفيد بأنها خطيرة.
- 2- إذا سلم الشاحن بضائع خطيرة سواء إلى ناقل أو ناقل فعلي، كان عليه أن يخطر بالصفة الخطرة للبضائع، وإذا اقتضى الأمر، بالاحتياطات الواجب اتخاذها. فإذا لم يفعل الشاحن ذلك، ولم يكن الناقل أو الناقل الفعلي عالما، بوسيلة أخرى، بالصفة الخطرة للبضائع:
- أ- يكون الشاحن مسؤولا تجاه الناقل وتجاه أي ناقل فعلي عن الخسارة الناتجة عن شحن هذه البضائع.
- ب- ويجوز في أي وقت إنزال البضائع من السفينة أو إعدامها أو إزالة خطورتها حسبما تقتضي الظروف، دون دفع تعويض.
- 3- لا يجوز لأي شخص الاحتجاج بأحكام الفقرة 2 من هذه المادة إذا كان قد أخذ أثناء عملية النقل، البضائع في عهده وهو عالم بصفتها الخطرة.
- 4- في الحالات التي لا تنطبق عليها أحكام الفقرة الفرعية (ب) من الفقرة 2 من هذه المادة أو التي لا يمكن فيها الاستناد إلى تلك الأحكام، يجوز، إذا أصبحت البضائع الخطرة تشكل خطرا فعليا يهدد الأرواح أو الممتلكات، إنزالها من السفينة أو إعدامها أو إزالة خطورتها حسبما تقتضي الظروف، دون دفع تعويض، إلا في الحالات التي يوجد فيها التزام بالاشتراك في العوارية العامة، أو التي يكون فيها الناقل مسؤولا وفقا لأحكام المادة 5».

ويشمل هذا التعميم، حسب رأي فقهي⁽¹⁾، الضرر الذي يلحق بالناقل وأصحاب البضائع الأخرى، بل وبالغير الذي لا علاقة له بالسفينة أو الشحنة طبقا للقواعد العامة، كما إذا انفجرت البضاعة وأصابت الغير وهو واقف على رصيف الميناء.

أما المشرع المغربي فقد اقتصر في تنظيمه لهذا النوع من النقل على تناول الجانب المتعلق بتحديد المسؤوليات، وبالتالي اتسم تنظيمه بالطابع العلاجي أكثر من الطابع الوقائي.

وفي إطار الموازنة بين مصلحة مالك البضاعة الخطرة ومصلحة الناقل وباقي الشاحنين، سمحت اتفاقية روتردام للناقل باتخاذ تدابير معينة من أجل حماية المصلحة العامة، بغض النظر عما إذا ترتب ضرر من جراء هذه التدابير أم لم يترتب أي ضرر، حيث تنص المادة 15 على ما يلي: « بصرف النظر عن أحكام المادتين 11 و13، يجوز للناقل أو الطرف المنفذ أن يرفض تسلم البضائع أو تحميلها، ويجوز أن يتخذ ما يراه معقولا من تدابير أخرى، بما في ذلك تفريغ البضائع أو إتلافها أو إبطال أذاها، إذا كانت البضائع تشكل خطرا فعليا على الأشخاص أو الممتلكات أو البيئة أو يبدو من المعقول أنها يحتمل أن تصبح كذلك أثناء مدة مسؤولية الناقل. ».

وتتميز هذه المادة بين فرضيتين:

-الفرضية الأولى، وتتعلق بالحالة التي لم يتم شحن البضاعة الخطرة بعد في السفينة، حيث يجوز للناقل أو من ينوب عنه أن يرفض تسلمها أو شحنها بغض النظر عن ما إذا تم إبرام العقد أم لم يتم، لأن المادة تتكلم عن التسليم، وهو من آثار العقد، ولا يعتبر الناقل مخلا بالعقد إذا ما اضطر إلى فسخه بسبب خطورة البضاعة.

-الفرضية الثانية، وتتعلق بالحالة التي يتم فيها شحن البضاعة الخطرة، وبذلك سنكون أمام عدة أوضاع، وأولها حالة العلم المسبق للناقل بخطورة البضاعة، بحيث يصعب قبول إعفاء الناقل كليا من مسؤوليته تجاه الشاحن عن الأضرار التي لحقت بضاعة هذا الأخير إذا ما قام الناقل بإتلافها، اللهم إلا إذا أثبت أنه كان يجهل درجة خطورتها قبل الشحن. أما إذا لم يعلم بخطورة البضاعة إلا بعد الشحن، فيملك جميع الخيارات في اتخاذ ما يراه من تدابير دون أن يتحمل بأي مسؤولية تجاه الشاحن. هذا من جهة.

(1) محسن شفيق. مرجع سابق. صفحة، 138 وما بعدها.

ومن جهة ثانية، اشترط المادة 15 أعلاه أن تشكل البضائع خطراً فعلياً، بمعنى أن يكون الخطر موجوداً حقيقة أو أن درجة احتمال تحقق الخطر تظل قائمة بشكل جدي أثناء مدة الرحلة، وهذا يعني أن الناقل يظل مسؤولاً تجاه الشاحن عن الضرر الذي أصاب البضاعة بفعل الصلاحيات التي تخولها له المادة أعلاه، إذا لم يكن الخطر أنياً أو يبدو من المعقول أنه سيصبح كذلك.

ومن جهة ثالثة، لم تبين لنا المادة أعلاه الحكم الواجب تطبيقه في الحالة التي يصبح فيها الخطر فعلياً بسبب أليات السفينة نفسها، كما في حالة بعض المواد الكيماوية الخطيرة التي لا يمكن نقلها إلا في درجة منخفضة، وحصل أن تعطلت غرف التبريد في السفينة، مما يجعل الخطر قائم فعلاً أو يبدو من المعقول أن خطورة البضاعة ستصبح كذلك، ومارس الناقل صلاحياته القانونية. وحسب ما يقوم لدينا من اعتقاد فإن الناقل يعتبر مسؤولاً في هذه الحالة، لأن الخطورة الفعلية لم تنتج تلقائياً من البضاعة أو بسبب تدخل عوامل خارجية لا يسأل عنها الناقل، وإنما بسبب إخلاله بالتزام تضمنته المادة 14 من الاتفاقية حيث يتعين عليه أن يجعل عنابر السفينة وسائر أجزائها التي تنقل فيها البضائع، وما يوفره الناقل من حاويات تنقل البضائع فيها أو عليها، مهيأة وأمنة لتلقي البضائع ونقلها والحفاظ عليها والإبقاء عليها كذلك. وعموماً يمكن للناقل أن يتخلص من هذه المسؤولية إذا أثبت أن سبب الإخلال بهذا الالتزام يرجع إلى العيب الخفي في نفس الحدود التي سبق مناقشتها أعلاه.

الفقرة الثانية: حالة نقل الحيوانات الحية

لم يتضمن ظهير 31 مارس 1919 مقتضى خاص عن نقل الحيوانات الحية ومدى تحقق مسؤولية الناقل البحري عن هلاكها أو إصابتها أو التأخير في تسليمها، باستثناء ما قضى به الفصل 229 من قانون التجارة البحرية الذي ينص على ما يلي:

«إلا أنه يجب دفع أجرة النقل في الحالات الآتية:

ج-إذا ماتت الحيوانات المنقولة أثناء السفر من دون أن يصدر أي خطأ من طرف الناقل.....»

وعليه، إذا كان المشرع قد ألزم الشاحن أو المرسل إليه بدفع أجرة النقل كاملة حتى ولو ماتت الحيوانات المنقولة أثناء السفر، طالما لم يصدر أي خطأ يعزى إلى الناقل يكون هو السبب في موتها. فإنه يقصد بذلك الفصل بين الالتزام بأداء الأجرة من جانب الشاحن أو المرسل إليه، والالتزام بأداء التعويض من الناقل إذا كان مخطئاً، وطالما أن هذا الأخير لم

يرتكب أي خطأ، فيبقى الالتزام بأداء الأجرة قائما في ذمة الملتزم، لكن هذا لا يعنى أنه لو مات الحيوان بسبب خطأ الناقل، سقط التزام الشاحن بأداء أجرة النقل، لأن الالتزام بأداء الأجرة ليست التزاما معلقا على شرط عدم موت الحيوان بخطأ الناقل، كل ما في الأمر أنه في حالة ثبوت خطأ الناقل نتج عنه موت الحيوان، سيصبح كلاهما دائنا ومدينا للآخر، مما يسمح بإجراء المقاصة بين الدينين، إذا توفرت شروطها. دين الناقل المتمثل في أجرة النقل، ودين الشاحن أو المرسل إليه المتمثل في التعويض عن الضرر نتيجة هلاك الحيوان بخطأ الناقل وذلك في حدود الأقل منهما.

والسبب في إعفاء الناقل من المسؤولية عن هلاك الحيوانات الحية، يكمن في كون هذه الأخيرة ليست كالبضائع المادية التي تكون ثابتة يمكن التحكم فيها، فهي كثيرة الحركة مما يزيد من مخاطر نقلها، كما أنها تحتاج إلى رعاية ودراية خاصة يفتقر إليها معظم العاملين في السفينة.

ولا يتحقق إعفاء الناقل البحري من هذه المسؤولية إلا إذا توافرت الشروط التالية:

1- أن يصيب الضرر أو الهلاك الحيوانات الحية، لأن المشرع يتحدث عن الموت، وهو لا يصيب إلا من تدب فيه الروح، ومن ثم يمتد نطاق المسؤولية في هذا المجال ليشمل جميع الحيوانات الحية سواء كانت داجنة أو غير داجنة، أليفة أو مفترسة، موضوعة في أقفاص خاصة بها أو في صناديق عادية أو زجاجية كالحلزونات أو المحار أو أسماك التزين التي تحتاج إلى رعاية واهتمام خاص.

2- ألا يكون الهلاك ناتجا عن خطأ الناقل أو أحد تابعيه في إطار مسؤولية المتبوع عن فعل التابع. وتبعاً لذلك يكون الناقل مسؤولاً عن هلاك الحيوان أو تضرره بسبب عدم إطعامه أو سقيه خلال الرحلة البحرية الطويلة، أو عدم تعهده بالرقابة، كأن يتركه حراً دون قيد فيقتتل مع غيره من الحيوانات فهلك، أو أن تتشابك قيوده حول عنقه فيخنق.. الخ.

والظاهر من هذا المقتضى أن مسؤولية الناقل البحري، ومن خلال هذه الحالة، تقوم على الخطأ الواجب الإثبات، حيث يلزم لتحقيقها أن يقوم المضرور بإثبات الخطأ في جانب الناقل البحري، إلى جانب العناصر الأخرى للمسؤولية.

3- أن يكون الضرر أو الهلاك عائداً إلى أسباب أخرى غالباً ما ترتبط إما بالمخاطر الخاصة التي تصاحب عادة نقل الحيوانات عبر البحر، أو بأسباب مرتبطة بالحيوان نفسه،

كالمرض أو العدوى أو القضاء والقدر. ويستخلص هذا الشرط من صياغة الفصل المذكور أعلاه الذي يتحدث عن موت الحيوان أثناء السفر وبدون خطأ الناقل، أي أثناء تحرك السفينة في المياه البحرية، كأن يجفل الحيوان نتيجة تمايل السفينة بسبب ارتفاع الأمواج فيصاب بكسر يضطر معه الربان إلى قتله⁽¹⁾، أو يصاب بدوران البحر فينفق...بيد أنه إذا هلك الحيوان أو تضرر نتيجة عدوى أصيب بها من حيوانات أخرى منقولة أو نتيجة تسرب غازات سامة من بضائع مشحونة في نفس السفينة، تطبق أحكام الفصل 227 من قانون التجارة البحرية، حيث يعفى الناقل من المسؤولية، ويسأل الشاحن في نفس الحدود وداخل نفس النطاق الذي تكلمنا عنه سابقا.

وترتيباً على ذلك تنعقد مسؤولية الناقل عن الهلاك أو التلف الذي يصيب الحيوان أثناء التفريغ أو الشحن دون حاجة إلى إثبات خطئه في وقوع هذا الضرر لأن التزامه في هذه الحالة هو التزام بتحقيق نتيجة، اللهم إلا إذا اثبت الناقل السبب الأجنبي في حدوث الضرر.

وقد سار المشرع المصري على هذا المنوال حيث أعفى الناقل البحري من المسؤولية عن هذا النوع من النقل من خلال المادة 232 من قانون التجارة البحرية إذا كان الهلاك أو الضرر ناشئاً عن المخاطر الخاصة بنقل الحيوانات الحية عبر البحر⁽²⁾، وهذا بخلاف المشرع الفرنسي الذي فضل مسلك اتفاقية بروكسيل في استبعادها لتطبيق أحكامها على نقل الحيوانات الحية بحسبان أنها لا تعتبر بضاعة⁽³⁾.

(1) فمثلاً جرت العادة في الإسطبلات التي تربي فيها الخيول للسباق أو في مسالك السباق أو الاحتفالات، بقتل الخيول والأحصنة إذا ما أصيبت بكسور في قوائمها (رحمة بها) لأن الكسر بالنسبة لهذا النوع من الحيوانات لا يجبر بتاتا.

(2) هاني دويدار. الوجيز في القانون البحري. الجزء الثاني. النقل البحري للبضائع. مكتبة ومطبعة الإشعاع الفنية بالإسكندرية. 1993. صفحة 134 وما يليها.

(3) تقضي المادة الأولى من اتفاقية بروكسيل في فقرتها "ج" على ما يلي:
« في المعاهدة الحالية تستعمل الألفاظ الآتي ذكرها بالمعنى المحدد لها فيما يأتي:

.....

(ج) "ببضائع" تشمل الأموال والأشياء والبضائع والمواد من أي نوع كانت عدا الحيوانات الحية والمشحونات التي يذكر في عقد النقل أن نقلها يكون على ظهر السفينة وتكون قد نقلت فعلاً بهذه الطريقة».

وأما اتفاقية هامبورغ فقد أدخلت هذه الحيوانات في مدلول البضائع، ومددت أحكامها على نقل الحيوانات مع مراعاة طبيعتها الخاصة، وهو ما أفرز أحكاماً خاصة لهذا النوع من النقل. وهكذا ذهبت المادة الخامسة في فقرتها الخامسة من اتفاقية هامبورغ إلى أنه:

« فيما يتعلق بالحيوانات الحية، لا يسال الناقل عن الهلاك أو التلف أو التأخير في التسليم الناتج عن أي مخاطر خاصة تلازم هذا النوع من النقل. و متى اثبت الناقل أنه راعي أية تعليمات خاصة أصدرها إليه الشاحن فيما يتعلق بالحيوانات، وأن هذا الهلاك أو التلف أو التأخير في التسليم يمكن أن يعزى في مثل هذه الحالة إلى هذه المخاطر، يفترض أن الهلاك أو التلف أو التأخير في التسليم قد نتج عن هذه المخاطر، ما لم يقيم الدليل على أن الهلاك أو التلف أو التأخير في التسليم قد نتج كله أو بعضه عن خطأ أو إهمال من جانب الناقل أو مستخدميه أو وكلائه».

وعليه، فالأصل وفق أحكام هذا النص، عدم مسؤولية الناقل عن هلاك الحيوانات الحية أو تلفها أو التأخير في تسليمها. غير أنه يشترط لدفع هذه المسؤولية أن يكون هذا الضرر ناتجاً عن المخاطر الخاصة التي تصاحب هذا النوع من النقل، ويتحمل الناقل عبء هذا الإثبات، وهو عبء قد لا يطيقه الناقل إذا لم تتوافر له الإمكانيات الفنية والمعرفية بأحوال جميع المخاطر الخاصة بنقل الحيوانات عبر البحر. لذلك عملت الاتفاقية على التخفيف من عبء الإثبات بقاعدة تكميلية تفترض وجود هذا التلازم بين الضرر والمخاطر إذا أثبت الناقل:

- 1- أنه قام بتنفيذ جميع التعليمات الصادرة له من الشاحن و الخاصة بنقل الحيوانات.
- 2- أن يوجد احتمال بأن الضرر يعود إلى المخاطر الخاصة التي تصاحب نقل الحيوان عبر البحر⁽¹⁾.

أما اتفاقية روتردام فقد نصت المادة 81 في بندها الأول على ما يلي:

« بصرف النظر عن المادة 79 ودون مساس بالمادة 80 ، يجوز لعقد النقل أن يستبعد واجبات كل من الناقل والطرف المنفذ البحري أو مسؤوليتهما أو يحد منها إذا:

(1) كمال حمدي. الاتفاقية...مرجع سابق، صفحة، 92 وما بعدها.

-محسن شفيق . مرجع سابق، صفحة، 126.

(أ) كانت البضائع حيوانات حية، ولكن ذلك الاستبعاد أو الحد لن يكون نافذا إذا أثبت المطالب أن هلاك البضائع أو تلفها أو التأخر في تسليمها كان ناتجا عن فعل أو إغفال من جانب الناقل أو شخص مشار إليه في المادة 18 ، ارتكب بقصد إحداث ذلك الهلاك أو التلف للبضائع أو تلك الخسارة الناجمة عن التأخر، أو ارتكب باستهتار وعن علم باحتمال حدوث ذلك الهلاك أو التلف أو تلك الخسارة الناجمة عن التأخر؛ ...»

ويستخلص من أحكام هذه الفقرة، أنه يجوز لأطراف العقد أن يتفقا على استبعاد أحكام الاتفاقية فيما يخص واجبات ومسؤوليات الناقل والطرف المنفذ البحري إذا تعلق محل العقد بنقل حيوانات حية، ويصبح هذا الاتفاق لاغيا إذا كان هلاك البضاعة أو تلفها أو التأخير في تسليمها ناتجا عن فعل عمدي أو عن خطأ جسيم⁽¹⁾.

خاتمة:

لعل موضوع الإعفاء القانوني من مسؤولية الناقل البحري للبضائع على المستوى الدولي هو الدافع الذي كان وراء صدور ثلاث اتفاقيات دولية بشأن النقل البحري للبضائع:

- اتفاقية بروكسيل لسنة 1924، التي تضمنت مقتضيات تتعلق بتحديد حالات الإعفاء من المسؤولية على سبيل الحصر، والتي يمكن للناقل التمسك بها، إلا أن غموض العديد من قواعدها والقصور الذي شمل بعض جوانب أحكامها. سمح بالتدخل وتعديل بعض مقتضياتها. فكان ذلك من خلال بروتوكول فيسبي لسنة 1968 وبروتوكول لعام 1979.

- اتفاقية هامبورغ لسنة 1978، التي عمدت إلى عدم تضمينها قائمة بالحالات التي يتعين على الناقل التمسك بها في سبيل التخلص من مسؤوليته، وإنما وسيلته الوحيد في هذا المضمار هو إثبات أنه اتخذ هو أو مستخدموه أو وكلاؤه جميع التدابير المعقولة لتجنب الضرر. وذلك بهدف محاولة خلق توازن بين مصالح كل من الناقلين والشاحنين، لكن ما جاءت به قواعد هامبورغ منح الناقل إعفاءً هاما من شأنه جعل الهدف المرجو من هذا التقليل بعيد المنال.

(1) ولأخذ فكرة عن الموضوع راجع:

- بدر بن عبدالله بن راشد الرحي. مرجع سابق، صفحة 323 وما يليها.

- اتفاقية روتردام لسنة 2008، التي وضعت قواعد متوازنة نسبيا بين مصالح الناقلين والشاحنين تراعي قواعد العدالة، وذلك في سبيل توحيد قواعد النظام القانوني الذي يحكم النقل الدولي البحري للبضائع.

أملنا أن يستوعب المشرع المغربي الأهمية العملية في نسخ قانون التجارة البحرية لسنة 1919، وإصدار مدونة جديدة تأخذ بعين الاعتبار المستجدات التي عرفت الساحة الدولية على مستوى التجارة البحرية، ونفض غبار الاستعمار الذي مازال عالقا بقانون 1919 صياغة وأحكاما.

لائحة المراجع:

أولاً: المراجع باللغة العربية

1-الكتب:

- بدر بن عبد الله بن راشد الرحي. مسؤولية الناقل البحري للبضائع . دراسة مقارنة بين الاتفاقيات الدولية والقانون العماني والمغربي. مركز الغندور. القاهرة. 2018.
- ثروت عبد الرحيم. شرح القانون البحري السعودي. عمادة ستون المكتبات. جامعة الملك سعود. الرياض. 1985.
- سعيد يحيى. مسؤولية الناقل البحري وفقاً لاتفاقية الأمم المتحدة لنقل البضائع بالبحر لعام 1978. (قواعد هامبورغ). منشأة المعارف بالإسكندرية، 1987.
- سمير الشراقوي. العقود البحرية. ط. 4. دار النهضة العربية. القاهرة. 1994.
- عبد القادر العطير. الحاويات وأثرها في تنفيذ عقد النقل البحري. (مطبعة غير مذكورة). 1983.
- على جمال الدين عوض. مشارطات إيجار السفن. دار النهضة العربية. القاهرة. 1987.
- على جمال الدين عوض، النقل البحري للبضائع، دار النهضة العربية. القاهرة. 1992.
- عمر فؤاد عمر. إعفاء الناقل البحري من المسؤولية في عقد النقل البحري للبضائع. دراسة مقارنة. الطبعة الأولى. دار النهضة العربية. القاهرة. 2000.
- محسن شفيق . الجديد في القواعد الدولية الخاصة بنقل البضائع بالبحر (اتفاقه هامبورغ بتاريخ 31 من مارس 1978). (تاريخ غير مذكور). دار النهضة العربية بالقاهرة.
- محمد الكشبور، نظام التعاقد ونظريتنا القوة القاهرة والظروف الطارئة. مطبعة النجاح الجديدة . الدار البيضاء. 1993.
- محمد كمال حمدي. اتفاقية الأمم المتحدة للنقل البحري للبضائع عام 1978. منشأة المعارف بالإسكندرية. 1998.
- محمد كمال حمدي، مسؤولية الناقل البحري في قانون التجارة البحري رقم 8 لسنة 1990، (دراسة مقارنة مع اتفاقية هامبورغ) منشأة المعارف بالإسكندرية، 2003.
- هاني دويدار. الوجيز في القانون البحري. الجزء الثاني. النقل البحري للبضائع. مكتبة ومطبعة الإشعاع الفنية بالإسكندرية. 1993.
- وجدي حاطوم. النقل البحري في ضوء القانون والمعاهدات الدولية. المؤسسة الحديثة للكتاب. بيروت. 2011.
- يونس بنونة، مسؤولية الناقل البحري في ضوء القانون المغربي، المطبعة السريعة. سلا. 1993.

2- المقالات:

- عبد اللطيف الحاتمي. السفينة و نظامها القانوني، الجزء الأول. مجلة الإشعاع. عدد، 9. -عبد اللطيف الحاتمي. السفينة و نظامها القانوني، الجزء الثاني. مجلة الإشعاع. عدد، 10.
- فريد الحاتمي. أوراق الضمان في المادة التجارية. المجلة المغربية لقانون واقتصاد التنمية. عدد 38.
- محمد التغدويني. الإنقاذ البحري. مجلة طنجيس للقانون والاقتصاد. عدد 7.

ثانيا : المراجع باللغة الفرنسية

1-LES OUVRAGES:

- Chauveau(P).les responsabilités des transporteurs en Droit privé français au milieu du XX° siècle, Etudes offertes à Ripert(G).Tome II, LG.D.J.Paris.1950.
- Fraikin (G).Traité de la responsabilité du transporteur maritime. L.G.D.J.Paris.1957
- Pourcelet(M), Le transport maritime sous connaissance: droit canadien, américain et anglais, Les presses de l'université de Montréal. 1972
- Reuter (N), La notion d'assistance en mer, Librairies Techniques, 1975,
- Rodiere (R), Traité Général de Droit Maritime, Affrètements et transports, Tome II, Librairie Dalloz, 1970.
- Rodiere(R). E.duPontavice. Droit maritime. 12me édition. Dalloz. Delta. 1997.
- Sauvage(F).Le transport des marchandises par mer .L.G.DG.J. Paris.1967.
- Seriaux(A) : La faute du transporteur, 2e ed, Economica.1997 .

2-LES MEMOIRES:

- Adil(H). La responsabilité du transporteur maritime international de marchandises sous connaissance : causes d'exonération et limitation légales. Mémoire de maîtrise. Montréal : Faculté de Droit, Université de Montréal. 2005.
- Picon(D) .L'absence de faute de transporteur maritime de marchandises .Master Droit maritime et des transports .fac de Droit et des sciences politiques d'Aix Marseille . III.2005.

3-LES ARTICLES :

- Chauveau(P).La nouvelle loi française sur les affrètements et transports maritime. D.E.T.1967.
- Dejuglart(M). Le vice de la chose en Droit maritime. Essai de synthèse.DMF.1982.
- Feyssie(B) ;Grève et responsabilité :La semaine sociale Lamy,1987,p,374.suppl.
- Fraikin(G).Une cause fréquente d'avaries :La buée de cale.D.M.F.1957.

الإخطار في دعوى مسؤولية الناقل البحري للبضائع

دراسة مقارنة

بين الاتفاقيات الدولية والقانون البحري المغربي

الدكتور بدر بن عبد الله بن راشد الرحي
قاضي بمحكمة الاستئناف، ورئيس المحكمة
الابتدائية بمسقط. سلطنة عمان

ملخص المداخلة:

نظم القانون البحري المغربي الإخطار "الاحتجاج" في دعوى مسؤولية الناقل البحري منذ ما يقارب مائة عام لما له من أهمية بالغة في الإثبات وفي سرعة الفصل في دعاوى المسؤولية، وقد جاءت بعده الاتفاقيات الدولية بدءاً ببروكسل 1924 م مروراً بهامبورج 1978 م وأخيراً روتردام 2008 م والتي اتفقت مع القانون البحري المغربي من حيث مبدأ في توجيه الإخطار إلا أنها تختلف فيما بينها في عدد من الأحكام، فما هي الحالات التي يجب فيها توجيه الإخطار وماهي المدة التي حددها القانون لذلك؟ ومتى يبدأ حساب تلك المدة هل من التسليم الفعلي أم من وقت التسليم؟، وما هو شكل الإخطار وشروطه؟ وأخيراً ما الأثر المترتب على عدم توجيه الإخطار في القانون البحري المغربي ومشروع القانون البحري المغربي لسنة 2007؟، ومقارنة ذلك بالاتفاقيات الدولية والقوانين المقارنة "القانون البحري العماني وقانون التجارة البحرية المصري"، مع التركيز على ما يناسب الدول العربية عموماً والمغرب خصوصاً باعتبارها من الدول الشاحنة.

مقدمة:

تخضع دعوى مسؤولية الناقل البحري للبضائع لقانون المسطرة المدنية والتجارية، وقد وضع لها القانون البحري عدة إجراءات خاصة لما لها من أهمية في ظل السعي نحو تنظيم هذا النوع من الدعاوى من حيث الموضوع والإجراءات، وتنقسم الإجراءات المتعلقة بدعوى مسؤولية الناقل البحري إلى نوعين، إجراءات يتعين مباشرتها قبل رفع الدعوى تتعلق بتوجيه

الإخطار بالضرر، وإجراءات تكون عند مباشرة الدعوى والمتعلقة بالاختصاص، وسيكون محور حديثنا في هذه الورقة عن الإخطار⁽¹⁾، ويقصد به توجيه المرسل إليه خطابا مكتوبا إلى الناقل يبين فيه ما أصاب البضاعة من ضرر، ويهدف إلى إحاطة الناقل علما بالضرر المدعي به، وأن المرسل إليه متمسك بحقوقه الناشئة عنه، ليتمكن الناقل من فحص الأمر ومراجعة أدلته واتخاذ قرار إما بإنهاء النزاع وحل الخلاف وديا بينهما دون الحاجة إلى خوض مضمار الدعاوى والمحاكم، وإما برفض تلك الادعاءات والاستعداد للدخول مع المدعي في دعوى المسؤولية.

وعرفته هيئة حسم المنازعات التجارية بسلطنة عمان بأنه: "والمقصود بالإخطار أن يحاط الناقل علما بالهلاك أو التلف وبأن المرسل إليه لا يرتضيه ويتمسك بحقوقه بشأنه، وذلك حتى يتمكن الناقل من إعداد أدلته استعدادا لدعوى المسؤولية"⁽²⁾.

ولاشك أن توجيه الإخطار خلال أجل محدد يحافظ على الأدلة والتي لا يمكن أن يطالب الناقل بالاحتفاظ بها إلى أجل غير محدد، خاصة مع توسع النقل البحري، وهذا الإخطار يوجه من قبل المتضرر، وهو المدعي في دعوى المسؤولية، والذي يشمل: الشاحن والمرسل إليه أو من يمثلهم، ويتم توجيهه إلى المدعى عليه وهو الناقل أو من يقوم مقامه كالربان والوكيل البحري، فما هو موقف المشرع المغربي من هذا الإخطار وما هي أحكامه في القانون المغربي ومقارنة ذلك بالاتفاقيات الدولية والقانون البحري في كل من سلطنة عمان وجمهورية مصر العربية، وسنعرض ابتداء النصوص القانونية المتعلقة بالإخطار في الاتفاقيات الدولية والقوانين المذكورة في التمهيد قبل الشروع في الموضوع.

تمهيد:

سعت الاتفاقيات الدولية - بروكسل وهامبورج وروتterdam - والقوانين البحرية إلى تنظيم أحكام الإخطار لما له من أهمية بالغة في الإثبات ودعوى المسؤولية، فقد نصت الفقرة السادسة من المادة الثالثة من اتفاقية بروكسل⁽¹⁾ على أنه:

(1) يطلق عليه القانون البحري المغربي "الاحتجاج" كما في الفصل 262 الذي سيأتي نصه بعد قليل.
(2) حكم هيئة حسم المنازعات التجارية بسلطنة عمان الصادر بتاريخ 1995/4/17 (دائرة الاستئناف)، في الاستئناف رقم 94/96، مجموعة القواعد القانونية التي قررتها الهيئة في عامها القضائي الحادي عشر 1994 - 1995 ص 165.

"سادسا- إذا لم يحصل إخطار كتابي بالهلاك أو التلف وبماهية هذا الهلاك أو التلف للناقل أو وكيله في ميناء التفريغ قبل أو في وقت تسليم البضاعة ووضعها في عهدة الشخص الذي يكون له الحق في استلامها طبقا لعقد النقل فإن هذا التسليم يعتبر إلى أن يثبت العكس قرينة على أن الناقل قد سلم البضائع بالكيفية الموصوفة بها في سند الشحن. وإذا كان الهلاك أو التلف غير ظاهر فيجب أن يحصل الإخطار في مدى ثلاثة أيام من التسليم.

ولا يترتب أي أثر على هذه الإخطارات المكتوبة إذا كانت حصلت معاينة البضاعة عند التسليم".

وتناولت المادة 19 من اتفاقية هامبورج⁽²⁾ أحكام الإخطار والتي تنص على أنه:

"1- ما لم يقوم المرسل إليه بإخطار الناقل كتابة بالهلاك أو التلف مع تحديد الطبيعة العامة لهذا الهلاك أو التلف وذلك في تاريخ لا يتجاوز يوم العمل الذي يلي مباشرة تسليم البضائع إلى المرسل إليه اعتبر هذا التسليم قرينة ظاهرة على أن الناقل سلم البضائع كما هي موصوفة في وثيقة النقل، فإذا لم تكن هذه الوثيقة قد أصدرت اعتبر قرينة ظاهرة على أنها سلمت بحالة سليمة.

2- إذا كان الهلاك أو التلف غير ظاهر تسري بالقدر نفسه أحكام الفقرة 1 من هذه المادة إذا لم يوجه الإخطار الكتابي خلال 15 يوما متصلة تلي مباشرة يوم تسليم البضائع إلى المرسل إليه.

3- إذا كانت قد أجريت بصورة مشتركة من الطرفين عملية معاينة أو فحص لحالة البضائع وقت تسليمها إلى المرسل إليه انتفت الحاجة إلى توجيه الإخطار الكتابي عما يتم التحقق منه أثناء المعاينة أو الفحص المذكورين من هلاك أو تلف.

4- في حالة وجود أي هلاك أو تلف فعلي أو متصور، يجب على كل من الناقل والمرسل إليه أن يقدم إلى الآخر جميع التسهيلات المعقولة لفحص البضائع وجردها.

(1) أطلق عليها "الاتفاقية الدولية الخاصة بتوحيد بعض القواعد القانونية المتعلقة بسندات الشحن" والتي تم التوقيع عليها في بروكسل بلجيكا في 25/8/1924، وتعرف اختصارا باتفاقية بروكسل لسنة 1924، وقد دخلت هذه الاتفاقية حيز التنفيذ في يونيو 1933.

(2) اتفاقية هامبورج تعرف رسميا باتفاقية الأمم المتحدة لنقل البضائع عن طريق البحر لسنة 1978، والتي وقعت في 31/7/1978 بمدينة هامبورج وأطلق عليها اتفاقية هامبورج 1978، ودخلت حيز التنفيذ في 1/11/1992.

5- لا يستحق أي تعويض عن أية خسارة تنتج عن التأخير في التسليم ما لم يوجه إخطار كتابي إلى الناقل خلال 60 يوما متصلة تلي مباشرة يوم تسليم البضائع إلى المرسل إليه".

(1) أما اتفاقية روتردام⁽¹⁾ فقد نظمت الإخطار في المادة 23 منها والتي نصت على أنه: "يفترض أن يكون الناقل في غياب ما يثبت العكس قد سلم البضائع وفقا لوصفها الوارد في تفاصيل العقد، ما لم يكن قد وجه إشعار بحدوث هلاك أو تلف للبضائع يبين الطبيعة العامة لذلك الهلاك أو التلف إلى الناقل أو الطرف المنفذ الذي سلم البضائع قبل وقت التسليم أو عنده أو في غضون سبعة أيام عمل في مكان التسليم بعد تسليم البضائع إذا لم يكن الهلاك أو التلف ظاهرا.

لا يجوز أن يفضي عدم توجيه الإشعار المشار إليه في هذه المادة إلى الناقل أو الطرف المنفذ إلى المساس بالحق في المطالبة بالتعويض عن هلاك البضائع أو تلفها بمقتضى هذه الاتفاقية ولا المساس بتوزيع عبء الإثبات المبين في المادة 17.

لا يلزم توجيه الإشعار المشار إليه في هذه المادة فيما يتعلق بالهلاك أو التلف الذي يتأكد حدوثه من خلال تفقد البضائع يشارك فيه الشخص الذي سلمت إليه البضائع والناقل أو الطرف المنفذ البحري الذي يجري تحميله المسؤولية.

لا يدفع أي تعويض فيما يتعلق بالتأخير ما لم يوجه إلى الناقل في غضون 21 يوما متتاليا من تسليم البضائع إشعار بالخسارة الناجمة عن التأخر".

(2) والقانون البحري المغربي⁽²⁾ لم يغفل ذلك أيضا فقد نص الفصل 262 من القانون البحري المغربي بعد تعديله بتاريخ 1953/3/17 على أنه: "لا تقبل أية دعوى تعويض بسبب

(1) أقرت الجمعية العامة للأمم المتحدة مشروع هذه الاتفاقية في 11/12/2008، وأطلق عليها "اتفاقية الأمم المتحدة المتعلقة بعقود النقل الدولي للبضائع عن طريق البحر كليا أو جزئيا" وأوصت بتنظيم حفل فتح باب التوقيع على هذه الاتفاقية في 23/9/2009 في روتردام بهولندا وأوصت بأن يطلق عليها "قواعد روتردام" ولم تدخل هذه الاتفاقية حيز التنفيذ بعد.

(2) صدر القانون البحري المغربي بمقتضى ظهير 31 مارس 1919، وانضمت المملكة المغربية إلى اتفاقية هامبورج بتاريخ 12/6/1981 وقد تم نشر هذه الاتفاقية بموجب الظهير الصادر في 14/11/1986 المنشور في الجريدة الرسمية عدد 3953 بتاريخ 3 أغسطس 1988، ودخلت حيز التنفيذ بتاريخ 1/11/1992. ينظر موقع الأونسيترال: www.uncitral.org.

عوار خصوصي أو هلاك جزئي ضد الربان أو المجهز أو أصحاب البضائع إذا لم يقع تنظيم احتجاج معلل وتبليغه وذلك بواسطة إجراء غير قضائي أو رسالة مضمونة داخل أجل لا يزيد على ثمانية أيام غير محسوبة ضمنها أيام العطلة ابتداء من تاريخ اليوم الذي وضعت فيه البضائع فعليا تحت تصرف المرسل إليه ولم يتبع هذا الاحتجاج بدعوى قضائية داخل أجل تسعين يوماً".

ونصت المادة 255 من القانون البحري العماني⁽¹⁾ على أنه:

"ما لم يتم المرسل إليه بإخطار الناقل كتابة بالهلاك أو التلف مع تحديد الطبيعة العامة لهذا الهلاك أو التلف وذلك في تاريخ لا يتجاوز يوم العمل الذي يلي مباشرة تسليم البضائع إلى المرسل إليه اعتبر هذا التسليم قرينة ظاهرة على أن الناقل سلم البضائع كما هي موصوفة في وثيقة النقل فإذا لم تكن هذه الوثيقة قد صدرت اعتبرت قرينة ظاهرة على أنها سلمت بحالة سليمة.

إذا كانت قد أجريت بصورة مشتركة من الطرفين عملية معاينة أو فحص لحالة البضائع وقت تسليمها إلى المرسل إليه انتفت الحاجة إلى توجيه الإخطار الكتابي عما يتم التحقق منه أثناء المعاينة أو الفحص المذكورين من هلاك أو تلف.

إذا كان الهلاك أو التلف غير ظاهر تسري بالقدر نفسه أحكام الفقرة 1 من هذه المادة إذا لم يوجه الإخطار الكتابي خلال خمسة عشر يوماً متصلة تلي يوم تسليم البضائع إلى المرسل إليه...

في حالة وجود أي هلاك أو تلف فعلي أو متصور، يجب على كل من الناقل والمرسل إليه أن يقدم إلى الآخر جميع التسهيلات المعقولة لفحص البضائع وجردها.

لا يستحق أي تعويض عن أية خسارة تنتج عن التأخير في التسليم ما لم يوجه إخطار كتابي إلى الناقل خلال 60 يوماً متصلة تلي مباشرة يوم تسليم البضائع إلى المرسل إليه" وهو ذات النص الوارد في اتفاقية هامبورج.

وجاء القانون البحري المصري⁽¹⁾ على خطا اتفاقية هامبورج، وقد نظم الإخطار في حالتي الهلاك والتلف في المادة 239 والتي نصت على أنه:

(1) صدر القانون البحري العماني بموجب المرسوم السلطاني رقم 81/35 الصادر بتاريخ 15/4/1981، ونشر هذا المرسوم في الجريدة الرسمية العدد 216، ولم تنضم السلطنة إلى أي من الاتفاقيات الدولية المذكورة أعلاه مع أن قانونها البحري مستوحى من اتفاقية بروكسل لسنة 1924.

"1- في حالة هلاك البضاعة أو تلفها يجب على من يتقدم لتسليمها أن يخطر الناقل كتابة بالهلاك أو التلف في ميعاد لا يجاوز يومي العمل التاليين ليوم تسليم البضاعة وإلا افترض أنها سلمت بحالتها المبينة في سند الشحن حتى يقوم الدليل على ما يخالف ذلك، وإذا كان الهلاك أو التلف غير ظاهر جاز توجيه الإخطار خلال خمسة عشر يوما التالية لتسليم البضاعة.

2-ولا يلزم توجيه الإخطار المنصوص عليه في الفقرة السابقة إذا أجريت معاينة للبضاعة وأثبتت حالتها وقت التسليم بحضور الناقل أو نائبه ومن تسلم البضاعة".

أما حالة التأخير فتناولتها الفقرة الرابعة من المادة 240 من القانون البحري المصري والتي نصت على أنه: "ولا يستحق أي تعويضات عن الضرر الناتج عن التأخير في تسليم البضائع إذا لم يخطر طالب التعويض الناقل كتابة بالتأخير خلال ستين يوما من تاريخ التسليم".

وهذه النصوص المنظمة للإخطار في الاتفاقيات الدولية والقوانين الوطنية متفقة من حيث المبدأ على توجيهه، وإن اختلفت في الحالات التي يجب فيها توجيهه، وميعاده، والأثر المترتب على عدم توجيهه، ولهذا سنتناول في هذه الدراسة: نطاق توجيه الإخطار (الفقرة الأولى) وشكل الإخطار وشروطه (الفقرة الثانية) ثم ميعاد الإخطار (الفقرة الثالثة) وأخيرا الأثر المترتب على عدم توجيه الإخطار (الفقرة الرابعة).

الفقرة الأولى: نطاق توجيه الإخطار

من خلال النصوص السابقة يظهر لنا أنه لا يجب توجيه الإخطار في كل الحالات وإنما يوجه في حالات معينة تناولتها نصوص الاتفاقيات الدولية والقوانين الوطنية السابقة، فما هي هذه الحالات التي يجب فيها توجيه الإخطار؟ (أولا) وما هي الحالات التي لا يجب فيها توجيهه؟ (ثانيا)، وما حكم الإخطار بالنسبة للتأخير؟ (ثالثا).

(1) صدر القانون البحري المصري رقم 8 لسنة 1990 الصادر بتاريخ 1990/4/22، وقد وافقت مصر على هذه اتفاقية هامبورج في 1979/3/10، بموجب قرار رئيس الجمهورية رقم 104 لسنة 1979، وانضمت إليها في 1979/4/23.

ينظر: كمال حمدي: مسؤولية الناقل البحري للبضائع في قانون التجارة البحرية رقم 8 لسنة 1990: دراسة مقارنة مع اتفاقية هامبورج، الطبعة الثانية، منشأة المعارف، الاسكندرية، 2003، ص 10، موقع الأونسيترال: www.uncitral.org

أولاً: الحالات التي يجب فيها توجيه الإخطار

أوجبت التشريعات الدولية منها والوطنية توجيه الإخطار في حالي الهلاك أو التلف، وإن كان النص القانوني أورد حالة الهلاك بصفة مطلقة إلا أن ما تورده من أحكام تتعلق بتحديد المدة من يوم التسليم -والذي لا يتصور حصوله في حالة الهلاك الكلي- يجعله مقيدا بالهلاك الجزئي، فلا مجال لتوجيه الإخطار في حالة الهلاك الكلي لانعدام التسليم، ولذا تخرج هذه الحالة عن الحالات التي يجب فيها توجيه الإخطار كما يفهم من نصوص الاتفاقيات الثلاث، أما التلف فيكون الإخطار في حالة التلف الكلي أو الجزئي؛ لتحقيق التسليم فيهما معا⁽¹⁾، فيجب توجيه الإخطار في حالتين: الهلاك الجزئي، والتلف كلياً كان أو جزئياً.

وحسنا فعل المشرع المغربي والذي لم يجعل الهلاك مطلقاً بل قيده بالهلاك الجزئي صراحة كما في الفصل 262 والذي أوجب توجيه الإخطار في حالة العوار أو الهلاك الجزئي⁽²⁾. وإذا كانت تلك هي الحالات التي يجب فيها توجيه الإخطار، فما هي الحالات التي لا يجب فيها توجيه الإخطار؟

ثانياً: الحالات التي لا يجب فيها توجيه الإخطار

تناولت الاتفاقيات الدولية والقوانين بعض الحالات التي لا يجب فيها توجيه الإخطار وهي:

(1) - هاني دويدار: إشكالات تسليم البضائع في ظل قانون التجارة البحرية رقم 8 لسنة 1990، دار الجامعة الجديدة للنشر، الاسكندرية، 1996، ص 200.

- مصطفى كمال طه: أساسيات القانون البحري دراسة مقارنة، الطبعة الثانية، منشورات الحلبي الحقوقية، 2012، ص 288.

- وجدي حاطوم: النقل البحري في ضوء القانون والمعاهدات الدولية، الطبعة الأولى، المؤسسة الحديثة للكتاب، لبنان، 2011، ص 434.

(2) في حالة اختلاف البضاعة المسلمة للمرسل إليه عن تلك التي دونت في سند الشحن فإنه لا بد من إخطار الناقل بذلك، فتأخذ هذه الحالة - وعلى الرغم أننا نراها من قبيل الهلاك الكلي - حكم الهلاك الجزئي من حيث الإخطار، ونعلل ذلك بأنه حصل تسليم للبضاعة، فيجب الإخطار ولو كانت تلك البضاعة غير المتفق على نقلها، ليتمكن الناقل البحري من معرفة أسباب ذلك لمعرفة أسباب الاختلاف وتدارك الخطأ إن كان.

1-الهلاك الكلي للبضاعة:

وقد سبق بيان ذلك، لانعدام واقعة التسليم في هذه الحالة ، والتي تحسب منها مدة الإخطار، فكيف يلزم المرسل إليه بتوجيه إخطار مع أنه لم يستلم البضاعة، ولذا كانت هذه الحالة من الحالات التي لا يجب فيها توجيه الإخطار كما يفهم ذلك من النصوص القانونية.

ويثار إشكال بالنسبة للبضائع التي يجهل مصيرها والتي تعتبر في حكم الهلاك الحكمي بمضي ستين يوما كما في اتفاقية هامبورج، فالمرسل إليه لا يعلم خلال هذه المدة ما إذا كانت البضائع قد هلكت فعليا أم أن الأمر متعلق بتأخير في التسليم، ولذلك لا يجوز رفع الدعوى بالنسبة للبضائع التي لا يعرف مصيرها خلال مدة الستين يوما، وعند انقضاء هذه المدة فلا يكون هناك مجال للتأخير، وإنما يسأل الناقل عن هلاك كلي فلا يحتاج إلى إخطار⁽¹⁾.

2-حالة معاينة البضاعة من قبل الطرفين:

اتفقت الاتفاقيات الدولية (اتفاقية بروكسل في الفقرة السادسة من المادة الثالثة، واتفاقية هامبورج في الفقرة الثالثة من المادة 19، واتفاقية روتردام في الفقرة الثالثة من المادة 23 على أنه لا حاجة لتوجيه الإخطار إذا ما أجريت بصورة مشتركة من الناقل والمرسل إليه عملية معاينة لحالة البضاعة وقت تسليمها، وذلك عما يتم التحقق منه أثناء المعاينة أو الفحص من هلاك أو تلف، ونص على هذه الحالة أيضا القانون البحري العماني في المادة 2/255، والقانون البحري المصري في المادة 2/239.

وعلة ذلك أن المعاينة يتم بموجها عمل محضر يتضمن البيانات المتعلقة بما تم ملاحظته من هلاك جزئي أو تلف مما يؤدي إلى الاستغناء عن توجيه الإخطار، والذي يهدف إلى إحاطة علم الناقل بتلك الأضرار لحصول المعاينة.

أما بالنسبة للأضرار التي لم يتم اكتشافها أثناء تلك المعاينة المشتركة فيتعين توجيه الإخطار بشأنها، وهو ما يفهم صراحة من النصوص القانونية بأن الإعفاء من تقديم الإخطار إنما هو بالنسبة لما يتم التحقق منه أثناء المعاينة، فلا يشمل ما يتم اكتشافه بعد تلك المعاينة من هلاك جزئي أو تلف، إلا أن النصوص القانونية لم تنظم كيفية إجراء تلك المعاينة، فكل

(1) هاني دويدار، مرجع سابق، ص 200 - 201.

ما تشترطه إجراؤها في حضور الناقل أو نائبه وقت التسليم، فتخضع كيفية إجرائها للقواعد العامة مع مراعاة ما يكون سائدا في ميناء التفريغ من أعراف في هذا الشأن⁽¹⁾.

أما بالنسبة للمملكة المغربية فإن القانون البحري المغربي والذي يطبق على النقل الداخلي لم ينص على هذه الحالة، أما فيما يخص النقل الدولي فإن انضمام المغرب إلى اتفاقية هامبورج يوجب القول بضرورة الأخذ بأحكامها، فمتى ما تمت معاينة للبضاعة من الطرفين فلا حاجة إلى تقديم الإخطار، فلا يحق للناقل الدفع بعدم القبول بسبب عدم توجيه الإخطار بعد إجراء تلك المعاينة.

وهذا ما جرى عليه العمل القضائي في المغرب، فقد قضت محكمة الاستئناف التجارية بالدار البيضاء بأنه: "وحيث بخصوص الدفع بانعدام رسالة الاحتجاج فإنه بالرجوع إلى وثائق الملف خاصة تقرير الخبير ... المؤرخ في 2004/4/20 تبين أن البضاعة وصلت إلى الميناء بتاريخ 2006/4/8 والخبرة أنجزت في اليوم الموالي وهو 2006/4/09 وبحضور كافة الأطراف بمن فيهم ممثل الناقل البحري، وبالتالي فإن المرسل إليه ومؤمنته شركات التأمين ليسوا في حاجة إلى توجيه إخطار للناقل البحري لوجود معاينة مشتركة"⁽²⁾.

فاكتفت المحكمة بالمعاينة المشتركة ورفضت الدفع بعدم توجيه الإخطار تطبيقاً لأحكام اتفاقية هامبورج.

وقضت أيضاً بأنه: "حيث بخصوص الدفع بانعدام رسالة الاحتجاج فإنه وعملاً بمقتضيات الفصل 19 من اتفاقية هامبورغ لسنة 1978 فإن عدم إخطار الناقل البحري بالهلاك والخصاص إنما يترتب عنه فقط قرينة مفادها أن الناقل سلم البضاعة مطابقة لما هو مضمن بوثيقة الشحن، وأنه يبقى على كاهل الشاحن أو المرسل إليه عبء إثبات الخطأ والضرر والعلاقة السببية بكل وسائل الإثبات.

وحيث إنه بمراجعة وثائق الملف خاصة خبرة السيد ... المعتمدة في إثبات الضرر تبين أن البضاعة وضعت رهن إشارة المرسل إليه بتاريخ 2006/09/13 والخبرة أنجزت في اليوم الموالي وهو 2006/09/14 وبحضور ممثل الناقل البحري (الطاعن) السيد "... كما أفادت الخبرة

(1) هاني دويدار، مرجع سابق، ص 208.

(2) قرار محكمة الاستئناف التجارية بالدار البيضاء الصادر بتاريخ 2011/2/1، رقم القرار 2011/495، في الملف رقم 9/09/3007، غير منشور.

بأن العوار اللاحق بالآلة وقع أثناء عملية الإفراغ وهو ما أقر به الطاعن نفسه في مقاله الاستثنائي وباقي أجوبته وأن الفقرة الثالثة من المادة 19 المذكورة تنص على أن الحاجة إلى توجيه الإخطار تنتفي في حالة إجراء معاينة مشتركة بين الطرفين، وخبرة السيد ... المدلى بها لإثبات الضرر تعتبر خبرة مشتركة ما دامت أنجزت في اليوم الموالي لتسليم البضاعة للمرسل إليه وبحضور ممثل الناقل البحري الأمر الذي يتعين معه رد الدفع لعدم جديته"⁽¹⁾.

والمعاينة المشتركة التي تعفي المرسل إليه من توجيه الإخطار إلى الناقل البحري هي تلك التي تتم في وقت تسليم البضاعة إلى المرسل إليه، وهذا ما أكدته الفقرة السادسة من المادة الثالثة من اتفاقية بروكسل، والفقرة الثالثة من المادة 19 من اتفاقية هامبورج، وهي التي نص عليها أيضا القانون البحري العماني في الفقرة الثانية من المادة 255⁽²⁾، فلا عبرة بالمعاينة التي تتم بعد ذلك بمدة.

وهذا ما أكدته محكمة الاستئناف التجارية بالدار البيضاء حيث قضت بأنه: "وحيث إن الرجوع إلى تقرير الخبير ... تبين أيضا أن البلل الذي أصاب البضاعة قد يرجع إلى عوامل أخرى مختلفة تتعلق بالرطوبة وتكثيف البخار كما ثبت أن البضاعة أفرغت من الباخرة يوم 2008/11/14 وأن المعاينة لم تجر إلا بتاريخ 2008/12/22 أي ما يقارب الشهر من إفراغها، وأنه طيلة هذا الفاصل الزمني قد تتعرض البضاعة لعدة آفات أخرى من جميع الأنواع بما في ذلك التبليل والإتلاف والنقصان، وأنه لم يقع أي تحفظ بشأنها وقت إفراغها من الباخرة من قبل المرسل إليها (المستأنف عليها الأولى) وأن تمسك هذه الأخيرة بوجود خبرة حضورية جرت ما بين طرفي عقد النقل في غير محله باعتبار الخبرة الحضورية التي تعفي المرسل إليه من توجيه الإخطار الكتابية للناقل البحري هي تلك التي تتم في وقت تسليم البضاعة إلى المرسل إليه حسب الفقرة الثالثة من المادة 19 من اتفاقية هامبورج، في حين أن الخبرة المستدل بها

(1) قرار محكمة الاستئناف التجارية بالدار البيضاء الصادر بتاريخ 2011/02/01، رقم القرار 2011/496، في الملف رقم 9/2009/3359، غير منشور.

(2) ونص عليها أيضا القانون البحري المصري في الفقرة الثانية من المادة 239.

أنجزت بعد ما يقارب الشهر من تسليم البضاعة، وعليه فإن المرسل إليه يتحمل جزءا من مسؤولية الضرر اللاحق بالبضاعة"⁽¹⁾.

وقد أضاف مشروع القانون البحري المغربي لسنة 2007 هذا الحالة في الفصل 274 أخذا باتفاقية هامبورج فمتى تمت معاينة للبضاعة من قبل الطرفين عند التسليم تنتفي الحاجة إلى الإخطار عما يتم التحقق منه أثناء المعاينة من أضرار⁽²⁾.

ثالثا: التأخير وعلاقته بالإخطار

لم تتناول اتفاقية بروكسل موضوع التأخير في أحكامها ولذا لم تتعرض له فيما يتعلق بتوجيه الإخطار على اعتبار أن التأخير ليس من الحالات التي تتناولها أحكام مسؤولية الناقل البحري حسب الرأي الغالب في الفقه⁽³⁾.

أما القائلون بأن التأخير يندرج ضمن الأضرار والخسائر في مفهوم اتفاقية فعللوا عدم وجوب توجيه الإخطار إلى انعدام التسليم فيكون حكمه كالهلاك الكلي لا يحتاج إلى إخطار،

(1) قرار محكمة الاستئناف التجارية بالدار البيضاء الصادر بتاريخ 2010/12/28، رقم القرار 2010/5600، في الملف رقم 9/2010/3838، غير منشور.

(2) ينص الفصل 274 من مشروع القانون البحري المغربي لسنة 2007 على أنه:

" Si l'état des marchandises fait l'objet d'une inspection contradictoire au moment où celles-ci sont remises au destinataire, il n'est pas nécessaire de donner avis par écrit de la perte ou du dommage constaté pendant ladite inspection.

Par ordonnance sur requête de l'une des parties intéressées au transport ou de l'assureur de la marchandise, il peut être désigné un ou plusieurs experts avec mission notamment de décrire l'état extérieur et intérieur des colis et des marchandise transportées, de constater et évaluer les manquants ainsi que les dommages et d'endéterminer les causes".

(3) يؤيد هذا الرأي: بسام عاطف المهتار: معاهدة بروكسل وتعديلاتها، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2006، ص 176.

- حلو عبد الرحمن أبو حلو: التأخير في تسليم البضائع في عقد النقل البحري دراسة مقارنة، مجلة المنارة للبحوث والدراسات، الصادرة عن جامعة آل البيت بالملكة الأردنية الهاشمية، المجلد 13 العدد 8، 2007، ص 115.

- طالب حسن موسى: القانون البحري، الطبعة الثالثة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان: الأردن، 2012، ص 174.

فضلا عن أن التأخير يمكن إثباته بسهولة⁽¹⁾ ، وهو ما سار عليه القانون البحري المغربي فلم يورده في حالات توجيه الإخطار في الفصل 262.

أما اتفاقية هامبورج فقد أوجبت توجيه الإخطار في حالة التأخير كما ورد في الفقرة الخامسة من المادة 19، وهو الذي تبنته اتفاقية روتردام أيضا في الفقرة الرابعة من المادة 23، وأخذ به القانون البحري العماني في المادة 5/255، والقانون البحري المصري في الفقرة الرابعة من المادة 240 ، وتبناه مشروع القانون البحري المغربي لسنة 2007 في الفصل 576⁽²⁾ .

ولم يوجب مشروع القانون البحري العماني أيضا توجيه الإخطار في حالة التأخير - خلافا للقانون الحالي- فلم يورد هذه الحالة ضمن حالات توجيه الإخطار الواردة في المادة 263، مع أنه اعتبر التأخير من حالات قيام المسؤولية.

نخلص مما سبق أنه يجب توجيه الإخطار في حالي الهلاك الجزئي والتلف، وأضافت اتفاقية هامبورج واتفاقية روتردام حالة التأخير، وهو الذي سار عليه القانون البحري العماني، ومشروع القانون البحري المغربي لسنة 2007، ولم يتناول القانون البحري المغربي الإخطار في حالة التأخير، وهو الذي أخذ به مشروع القانون البحري العماني.

وبعد أن بينا الحالات التي يجب فيها توجيه الإخطار يجدر بنا الانتقال إلى بيان شكل الإخطار وشروطه.

(1) يؤيد هذا الرأي: عبد الرحمن سليم: شروط الإعفاء من المسؤولية طبقا لمعاهدة سندات الشحن، بدون ناشر، 1956، ص 226.

- محمود سمير الشرقاوي: القانون البحري، دار النهضة العربية، القاهرة، 2008، ص 426.

- مصطفى البنداري: انحراف الناقل في القانون البحري "ماهيته وآثاره"، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في الحقوق، جامعة المنصورة، السنة 1993، ص 228.

(2) ينص الفصل 576 من مشروع القانون البحري المغربي لسنة 2007 على أنه:

“Aucune réparation n'est due pour le prejudice résultant du retard à la livraison à moins qu'un avis n'ait été donné par écrit au transporteur ou à son mandataire dans un délai de soixante jours consécutifs à compter de la date à laquelle les marchandises ont été remises au destinataire”.

الفقرة الثانية: شكل الإخطار وشروطه

يتضح لنا من خلال النصوص التي تناولت أحكام الإخطار في الاتفاقيات الدولية والقوانين الوطنية - السابق ذكرها- أنه لا يشترط في الإخطار شكلا معيناً وإنما يجب أن يشتمل على ثلاثة شروط أساسية وهي:

أن يكون الإخطار مكتوباً.

أن يكون الإخطار واضحاً ومحدداً.

أن يوجه الإخطار إلى الناقل البحري أو من يمثله.

وسنبين كلا منها بالتفصيل.

1- أن يكون الإخطار مكتوباً:

تشتت النصوص القانونية في الإخطار أن يكون مكتوباً، ولا يشترط في الكتابة شكلاً معيناً أو محدداً، فقد تكون رسمية أو عرفية، بل تصح أن تدون على سند الشحن ذاته أو على إيصال التسليم عندما يردها المرسل إليه إلى الناقل⁽¹⁾.

واشتراط الكتابة يراد منه إثبات حصول الإخطار في حال إنكار الناقل خاصة، ويقصد منه إحاطة الناقل علماً بالضرر المدعي به، وأن المرسل إليه لا يرضى بذلك ويطالب بحقه، ولذا فإن علم الناقل بالعجز عند التسليم لا يعفي مستلم البضاعة من الإخطار حتى يفصح عن موقفه من هذا العجز، فقد يكون بسيطاً ولا يطالب بحقه أو غير ذلك⁽²⁾، وعلى هذا

(1)- بلعكيد عبد الرحمن: توزيع مسؤولية نقل البضائع بحراً في ضوء قانون التجارة البحرية المغربي، أطروحة لنيل دكتوراه الدولة من جامعة الحسن الثاني، بالدار البيضاء، السنة الجامعية 1981 - 1982، ص 194.

- كمال حمدي، مرجع سابق، ص 155-156.

- وجدي حاطوم، مرجع سابق، ص 284.

(2) ينظر خلاف ذلك: بلعكيد عبد الرحمن، مرجع سابق، ص 195 الذي لا يرى المبرر القانوني في عدم الأخذ بالإخطار الشفوي أو بالهاتف إن كان بالإمكان إثبات حصوله؛ لأنه يؤخذ في الغالب كأنجع وسيلة لتدارك المدة القصيرة التي يعرفها تبليغ الإخطار.

الأساس لا يكفي الإخطار الشفوي سواء تم ذلك بالمواجهة الشفوية أو عن طريق الهاتف؛ لأنه يتعارض ومقتضيات النصوص القانونية التي اشترطت صراحة توجيه الإخطار المكتوب⁽¹⁾.

وإذا كانت النصوص تشترط الكتابة فإنه لا يمنع من اعتبار الإخطار صحيحا متى ما تم بالبريد الإلكتروني أو أحد الوسائل الإلكترونية الحديثة متى ما تم توجيهها إلى العنوان الخاص بالناقل؛ لأنه لا يشترط في الكتابة أن تكون في ورقة، فطالما تم إرسال الإخطار بالبريد الإلكتروني أو بأي وسيلة الكترونية فإنه كاف في اعتبار حصول الكتابة ولو ظلت في شكلها الإلكتروني، ولا يحق للناقل الدفع بعدم توجيه الإخطار⁽²⁾.

وقد بينت هيئة حسم المنازعات التجارية بسلطنة عمان هذه الشروط في حكم لها بقولها: "الإخطار يجب أن يكون مكتوبا حتى لا يقوم جدل في حصوله كما يجب أن يسلم إلى الناقل أو وكيله أو أن يثبت امتناعه عن استلامه، ولا يشترط في الكتابة شكل خاص فيمكن أن يتم بكتاب مسجل على أن يقوم الدليل على استلام الناقل أو وكيله أو امتناعه، كما يمكن أن يتم الإخطار كتابة بإثباته على سند الشحن الذي يسلمه المرسل إليه إلى الناقل عندما يتقدم لاستلام البضائع"⁽³⁾.

فبينت المحكمة أن الإخطار يجب أن يكون مكتوبا ولا يشترط في الكتابة شكل معين فقد يكون بكتاب مسجل أو حتى بالكتابة على سند الشحن ذاته والذي سيسلم للناقل عند استلام البضاعة، فالعبرة بوجود الكتابة.

2- أن يكون الإخطار واضحا ومحددا:

يشترط في الإخطار أيضا أن يكون محددا لطبيعة الهلاك أو التلف، فلا يكفي فيه العبارات العامة التي لا توضح طبيعة الضرر أو عدد الطرود التي تلفت مثلا، ولا العبارات

(1) علي جمال الدين عوض: النقل البحري للبضائع، مطبعة جامعة القاهرة والكتاب الجامعي، 1992، ص 540.

(2) بدر بن عبد الله الرجي: مسؤولية الناقل البحري للبضائع، مركز الغندور، القاهرة، 2018، ص 585.

(3) حكم هيئة حسم المنازعات التجارية بسلطنة عمان الصادر بتاريخ 1995/4/17 (دائرة الاستئناف) في الاستئناف رقم 94/96، مجموعة القواعد القانونية التي قررتها الهيئة في عامها القضائي الحادي عشر 1994-1995، ص 165.

الغامضة أو المبهمة، فكلما كان مضمون الإخطار محددًا بدقة الأضرار اللاحقة بالبضائع سهل عليه عملية إثبات الضرر، أما إذا كان عاما وفضفاضًا وغير محدد فيصعب ذلك⁽¹⁾.

وهذا ما أكدته هيئة حسم المنازعات التجارية بسلطنة عمان والتي قضت بأنه: "فيجب والحال كذلك أن يتضمن الإخطار ما أصاب البضائع من هلاك أو تلف، فلا يعتد بالإخطار الذي لا يتضمن توضيحًا للضرر على وجه التحديد"⁽²⁾.

كما قضت محكمة النقض المصرية بأنه: "مفاد نص المادة 6/3 من معاهدة بروكسل لسندات الشحن أنه إذا لم يوجه المرسل إليه إخطارًا كتابيًا إلى الناقل أو وكيله في ميناء التفريغ قبل أو في وقت تسليم البضاعة المشحونة يخطره فيه بما أصابها من هلاك أو تلف وبما هيبة هذا الهلاك أو التلف أو جاء هذا الإخطار غير موضح به الضرر على وجه التحديد فإن استلام المرسل إليه للبضاعة يعتبر قرينة - إلى أن يثبت العكس - على أن الناقل قد سلمه البضاعة بالحالة الموصوفة بها في سند الشحن"⁽³⁾.

ونص القانون المغربي في الفصل 262 على (تنظيم احتجاج معلل وتبليغه) - كما سبق سرده - والتعليل يراد به تحديد الأضرار ووصفها ليتمكن الناقل من معرفتها بالتحديد، فلا عبء بالإخطار الذي يأتي بصيغة عامة وغامضة إلا أن ذلك لا يعني أن يكون مفصلاً ومحددًا⁽⁴⁾.

(1) - يعقوب يوسف صرخوه: النظام القانوني لمسؤولية الناقل البحري عن البضائع في القانون البحري الكويتي الجديد، مجلة الحقوق، جامعة الكويت، السنة الثامنة، العدد الثالث، الطبعة الرابعة، 2013، ص 79.
- محمد بهجت قايد: مسؤولية الناقل البحري للبضائع، دار النهضة العربية، القاهرة، 1992، ص 163.
- وجدي حاطوم، مرجع سابق، ص 284.

(2) حكم هيئة حسم المنازعات التجارية بسلطنة عمان الصادر بتاريخ 1995/4/17، (دائرة الاستئناف) في الاستئناف رقم 94/96، مجموعة القواعد القانونية التي قررتها الهيئة في عامها القضائي الحادي عشر 1994-1995، ص 166.

(3) حكم محكمة النقض المصرية الصادر بتاريخ 1980/4/21 في الطعن رقم 877 سنة 47 ق، منشور في: أحمد محمود حسني: قضاء النقض البحري، منشأة المعارف، الاسكندرية، 1997، ص 218.

(4) - بنونة يونس: مسؤولية الناقل البحري على ضوء القانون المغربي، دراسة مقارنة مع اتفاقية هامبورج لسنة 1987، المطبعة السريعة، 1993، ص 155.

- محمد التغديوني: القانون البحري (الجزء الثاني النقل البحري)، الطبعة الأولى، مطبعة أنفو برانت، فاس، 2006، ص 234.

ويرى بلعكيد عبد الرحمن أنه يعتد بالإخطار ولو أتى عاما، كأن تقع الإشارة إلى أن البضاعة المنقولة حسب سند الشحن قد تعرضت إلى أضرار دون تحديد لها ما دام الإخطار ينطوي في الحقيقة على مجرد إخبار وتنبيه بأن ضررا ما قد وقع، كما أن القانون لم يقيد بقاءه ولم يضع له أوصافا معينة بل اكتفى بالقول بالإخطار المعلل دون أن يصوغ بيانا عن هذا التعليل⁽¹⁾.

وميز بين انعدام التعليل من جهة والتعليل العام والتعليل الدقيق من جهة أخرى بأن انعدام التعليل يؤدي إلى بطلان الإخطار؛ لأنه يصير دون معنى ويترك الناقل في حيرة من أمره، أما التعليل العام بأن البضاعة تعرضت إلى أضرار فهو كالتعليل الدقيق يشير إلى أن البضاعة قد تعرضت إلى ضرر، لا خلاف بين تحديده ووصفه أو تركه مجملا، والناقل يدرك في الحالتين معا وقوع الأضرار، ويستطيع اتخاذ كافة الإجراءات التحفظية لضمان حقوقه، وبالتالي تحقق القصد الذي ابتغاه المشرع⁽²⁾.

وهذا الرأي هو الذي سار عليه العمل القضائي، فلم يشترط التعليل الدقيق، فقد قضت محكمة النقض المغربية بأنه: "حيث إن الاحتجاج موضوع الفصل 262 ق.ت.ب لا يكون له مفعول إذا لم يكن معللا، ولا يشترط الفصل المذكور أن يكون التعليل دقيقا، فيكون التعليل العام كافيا لإعطائه كل مفعوله، ويندرج تحت ذلك الاقتصار على ذكر أن البضاعة تعرضت للأضرار كما هو الشأن في النازلة، والقرار المطعون فيه بقوله: "حيث إنه بالرجوع إلى رسالة الاحتجاج فإنها معللة بما فيه الكفاية إذ يكفي الإشارة إلى وجود أضرار وخصاص بالبضاعة" يكون قد سائر ذلك"⁽³⁾.

وقضت أيضا بأنه: "فيكفي ما ورد في مضمون رسالة الطالب المؤرخة في 1987/9/22 من تعليل - وإن كان عاما - التي وجهها للربان عند أمينه... والتي أشارت إلى "قرينة حصول خصاص أو عوار" فتحقق بالتالي ما يبتغيه المشرع من إعلام الناقل بهذه الأضرار كدليل على عدم موافقة المتلقي عن الرسالة البحرية بحالها، وتمسكه بحقوقه الناشئة عن عقد النقل،

(1) بلعكيد عبد الرحمن، مرجع سابق، ص 193 - 194.

(2) بلعكيد عبد الرحمن، مرجع سابق، ص 194.

(3) قرار محكمة النقض الصادر بتاريخ 98/7/29، رقم القرار 5124، في الملف المدني رقم 91/3222، منشور في: مجلة قضاء المجلس الأعلى، السنة 22، العدد 56، ص 130.

والقرار الذي استوجب بدل ذلك أن يقوم الأخير بتنظيم احتجاج معلل قضائي أو غير قضائي بالحالة التي أفرغت عليها البضاعة معتبرا أن الرسالة المدلى بها في هذا الشأن لا تقوم مقام الاحتجاج يكون قد أتى خارقا أحكام الفصل المذكور وعرضه للنقض" (1).

كما قضت محكمة الاستئناف التجارية بالدار البيضاء أن هذا الإخطار له طابع الاحتياط، ويهدف إلى إعطاء فكرة عن نوع الضرر، ولم يشترط فيه أن يحددها تحديدا دقيقا، وقضت بأنه: "وبخصوص الدفع الذي مفاده أن رسالة الاحتجاج كانت في اليوم الأول من الإفراغ الذي استمر إلى غاية 06/03/06 الشيء الذي يفيد أنها بنيت على الافتراض، فإن الثابت قانونا أن التحفظات هي أساسا لها طابع احتياطي، والمشرع حدد لها آجالا قصيرة ويكفي أن يكون الغرض منها هو إعطاء فكرة عن نوع الضرر الذي لحق البضاعة" (2).

فاعتدت المحكمة بالإخطار الذي تم قبل الاستلام التام للبضاعة، وهو بلا شك سيكون عاما غير محدد لكل الأضرار لحصوله قبل الاستلام التام.

وقضت أيضا بأنه: "وحيث إنه بخصوص الدفع بعدم تضمين رسالتي الاحتجاج ببيان مطابق للأضرار اللاحقة بالبضاعة المنقولة فإنه يبقى دفعا غير منتج؛ لأنه يكفي أن تشير رسالة الاحتجاج إلى الأضرار بكيفية عامة ومقتضبة، كما هو وارد في الرسالة المدلى بها؛ لأن الغاية من رسالة الاحتجاج هي إعلام الناقل بنية المتلقي للبضاعة في المطالبة بجبر الأضرار اللاحقة بهذه الأخيرة، وأن الذي يقع على عاتقه تعيين تلك الأضرار بدقة هو الخبير الذي يتم انتدابه من طرف من له المصلحة في ذلك" (3).

والذي يظهر أن الاتجاه القضائي استقر على الرأي الثاني وهو الاكتفاء بالإخطار العام دون حاجة إلى بيانه على وجه الدقة، وهو ما يتفق والغاية من الإخطار خاصة وأن الإخطار في

(1) قرار محكمة النقض الصادر بتاريخ 99/9/8، رقم القرار 1234، في الملف التجاري رقم 93/2802، منشور في: مجلة قضاء المجلس الأعلى، السنة 22، العدد 56، ص 199.

(2) قرار محكمة الاستئناف التجارية بالدار البيضاء الصادر بتاريخ 2009/01/27، رقم القرار 2009/528، في الملف رقم 9/2008/3040، غير منشور.

(3) قرار محكمة الاستئناف التجارية بالدار البيضاء الصادر بتاريخ 2012/01/16، رقم القرار 2012/219، في الملف 14/2011/885، غير منشور.

القانون المغربي مرتبط بمدد قانونية قد يصعب معها بيان الأضرار على وجه التحديد، وهو ما يختلف عن القانون البحري العماني.

3- أن يوجه الإخطار إلى الناقل البحري أو من يمثله:

يتعين على المخاطر اتخاذ الوسائل الكفيلة لوصوله إلى الناقل أو من يمثله لتحقيق الغرض الذي شرع من أجله، وهو إحاطة الناقل علما بالضرر، ويوجه هذا الإخطار إلى الناقل أو من يمثله في ميناء التفريغ لأن الأضرار عادة لا تكتشف إلى عند التفريغ، ويوجه الإخطار عادة إلى الناقل سواء كان الناقل الفعلي أو الناقل المتعاقد، كما يجوز توجيه الإخطار إلى نائب الناقل القانوني وهو الربان، أو النائب الاتفاقي وهو وكيل السفينة⁽¹⁾.

ويقع على مستلم البضاعة عبء إثبات إرسال الإخطار إلى الناقل أو وكيله، أو إثبات امتناعه عن استلامه، فلا يكفي مجرد تقديم صورة مطبوعة من الإخطار، بل يجب تقديم الدليل على إرسال هذا الخطاب إلى الناقل، سواء تم ذلك بالبريد المسجل أو الفاكس أو على يد محضر أو صورة من برقية الاحتجاج المختومة بما يفيد الاستلام من الناقل أو بالبريد الإلكتروني أو الرسائل النصية ونحوها من الوسائل الحديثة بما يفيد تمام الإرسال⁽²⁾.

وفي هذا الشأن قضت محكمة النقض المغربية بأنه: "لكن حيث إن المحكمة مصدرة القرار المطعون فيه عللته بما مضمونه (أنه بالرجوع إلى تقرير الخبرة يتبين أن خمس سيارات من الشحنة كانت منقولة من طرف الناقل البحري تعرضت لعوار أو خصاص وأنه بالرجوع إلى التقرير المذكور يتبين أن البضاعة وضعت رهن إشارة المرسل إليه بتاريخ 2008/1/17 وأنه تم توجيه احتجاج للناقل بتاريخ 2008 /1/18 كما هو ثابت من الرسالة المدلى بها مع الوصل البريدي بخصوص العوار والحالة السيئة التي أفرغت بها السيارات...) وهو تعليل غير منتقد اعتبرت فيه وعن صواب أن رسالة الاحتجاج التي بعثت بها المرسل إليها ... بتاريخ 2008/1/18 للناقل البحري بمثابة تحفظ عن الحالة السيئة للبضاعة وما لحقها من خصاص وعوار وقت وجودها تحت حراسة هذا الأخير، ورتبت على ذلك قيام مسؤوليته بشأن الخسارة المترتبة عن ذلك الخصاص والعوار فتكون بذلك قد طبقت صحيح أحكام المادة الخامسة من اتفاقية هامبورج التي تقرر مسؤولية الناقل البحري عن الخسارة الناتجة عن هلاك البضائع أو تلفها

(1) كمال حمدي، مرجع سابق، ص 155.

(2) بدر بن عبد الله الرحي، مرجع سابق، ص 590.

وعن التأخير في تسليمها إذا وقع الحادث الذي تسبب في الهلاك أو التلف أو التأخير أثناء وجود البضائع تحت حراسته فلم يخرق قرارها أي مقتضى وجاء معللا بما يكفي ومركزا على أساس والوسيلة على غير أساس⁽¹⁾.

فقد اعتبرت المحكمة الاحتجاج الذي تم بالبريد لتقديم الوصل البريدي الدال على توجيه هذا الإخطار.

والعبرة بتوجيه الاحتجاج وليس بوصوله فعلى المدعي إثبات توجيه الإخطار، كما أكدت ذلك محكمة الاستئناف التجارية بالدار البيضاء بقولها: "وحيث إنه بخصوص الدفع بعدم ثبوت توجيه التحفظات خلال الأجل القانوني فإنه دفع غير جدير بالاعتبار، ذلك أن الثابت من رسالة التحفظات المدلى بها في الملف والمؤرخة في 2006/10/5 أن المرسل إليها وجهت إلى الناقل البحري رسالة مضمونة عند وكيلها شركة الدار البيضاء وذلك في نفس التاريخ، كما أن توجيه الاحتجاج ثابت كذلك من خلال دفتر البريد المضمون الذي أدلى بصورة شمسية منه لم تكن موضوع منازعة .

وحيث مادام أن البضاعة قد وضعت رهن إشارة المرسل إليها بتاريخ 2006/10/5 ومادام أن رسالة الاحتجاج قد وجهت إلى الناقل البحري في نفس اليوم فإن ما تمسكت به المستأنفتان غير مبني على أساس؛ لأن العبرة بثبوت توجيه الاحتجاج وليس بثبوت التوصل به"⁽²⁾.

ويقع عبء إثبات توجيه الإخطار على عاتق من يدعي توجيهه وهو المرسل إليه أو من يقوم مقامه؛ لأن الناقل الذي يدفع بعدم توجيه الإخطار لا يكلف بإثبات واقعة سلبية لا يمكنه إثباتها، وعلى طالب التعويض تقديم ما يفيد توجيه الإخطار خلال المدة المحددة مستوفيا لشروطه، أما إذا ادعى الناقل أن الإخطار وقع خارج المدة المحددة فيقع عليه عبء إثبات ذلك⁽³⁾.

(1) قرار محكمة النقض الصادر بتاريخ 2015/04/23، رقم القرار 1/206، في الملف التجاري رقم 2012/1/3/1578، غير منشور.

ووردت ذات الأسباب أيضا في قرار محكمة النقض الصادر بتاريخ 2015/04/23، رقم القرار 1/207، في الملف التجاري رقم 2012/1/3/1579، غير منشور.

(2) قرار محكمة الاستئناف التجارية بالدار البيضاء الصادر بتاريخ 2012/01/16، رقم القرار 2012/219، في الملف رقم 14/2011/885، غير منشور.

(3) بدر بن عبد الله الرحي، مرجع سابق، ص 611-612.

وخلاصة الأمر أن الشاحن أو من يقوم مقامه يقع عليه إثبات توجيه الإخطار إلى الناقل أو امتناع الناقل عن استلامه، ويعتد بالبريد الإلكتروني في توجيه الإخطار طالما تم إرساله إلى بريد الناقل أو من يمثله لحصول توجيهه، لكن هل للإخطار ميعاد يوجه فيه؟ هذا ما سنتناوله في الفقرة التالية.

الفقرة الثالثة : ميعاد الإخطار

الاتفاقيات الدولية والقوانين الوطنية وإن كانت قد أجمعت على ضرورة توجيه الإخطار بالنسبة للهلاك أو التلف خلال مدة زمنية محددة إلا أنها اختلفت اختلافا واسعا في تحديد تلك المدة، فضلا عن اختلافها في توجيه الإخطار في حالة التأخير ومدته، ولهذا سيكون محور دراستنا على النحو الآتي: ميعاد الإخطار بالنسبة للهلاك الجزئي و التلف(أولا)، ثم ميعاد الإخطار بالنسبة للتأخير (ثانيا)، و تنتقل بعد ذلك إلى المراد بالتسليم الذي يبدأ منه حساب مدة الإخطار(ثالثا)، وأخيرا حكم الإخطار قبل استلام البضاعة(رابعا).

أولا: ميعاد الإخطار بالنسبة للهلاك الجزئي والتلف

فرقت الاتفاقيات الدولية في تحديد مدة توجيه الإخطار بالنسبة للهلاك الجزئي أو التلف الظاهر وغير الظاهر، ويرجع ذلك إلى أن التلف والهلاك الظاهر لا يحتاج إلى وقت واسع للاطلاع عليه بخلاف الهلاك أو التلف غير الظاهر والذي يحتاج إلى وقت ليتمكن المرسل إليه من الاطلاع عليه وفحص البضاعة.

ويخضع تقدير الضرر إذا كان ظاهرا أو غير ظاهر إلى قاضي الموضوع باعتباره مسألة واقع، وقد بينت هيئة حسم المنازعات بسلطنة عمان المراد بالضرر الظاهر في حكمها بقولها: "وقد فرق النص بين حالتين حالة إذا كان الهلاك أو التلف ظاهرا أي يمكن تبينه دون حاجة إلى فحص البضاعة وفيها يجب الإخطار في ميعاد لا يجاوز يوم العمل التالي ليوم تسليم البضاعة إلى المرسل إليه، والمقصود هنا بطبيعة الحال التسليم الفعلي للمرسل إليه أو من ينوب عنه حتى يمكنه أن يتبين ما بالبضائع من هلاك أو تلف، وفي حالة الهلاك أو التلف غير

الظاهر جاز تقديم الإخطار خلال الخمسة عشر يوماً التالية لتسليم البضاعة"⁽¹⁾، وسنعرض لكل حالة بالتفصيل.

1-الهلاك أو التلف الظاهر:

إذا كان الهلاك أو التلف ظاهراً للعيان فإن المنطق السليم يقتضي قصر المدة التي يحتاج إليها المرسل إليه أو من يقوم مقامه لتوجيه الإخطار، وقد اختلفت الاتفاقيات الدولية في تقديرها.

فأوجبت الفقرة السادسة من المادة الثالثة من اتفاقية بروكسل توجيه الإخطار قبل عملية سحب البضاعة أو خلالها وقبل وضعها في حراسة الشخص الذي يحق له استلامها بموجب عقد النقل، فالإخطار يجب أن يوجه في الوقت الذي تخرج فيه البضاعة من حيازة الناقل وتدخل في حيازة المرسل إليه⁽²⁾.

أما اتفاقية هامبورج فأوجبت الفقرة الأولى من المادة 19 توجيه الإخطار في حالة الضرر الظاهر في تاريخ لا يتجاوز يوم العمل الذي يلي مباشرة تسليم البضائع إلى المرسل إليه، فيكون للمرسل إليه يوم كامل لتوجيه الإخطار يلي يوم التسليم بالإضافة إلى يوم التسليم ذاته، ويشترط أن يكون ذلك اليوم الذي يلي يوم التسليم يوم عمل، فإذا صادف يوم إجازة امتد إلى يوم العمل الذي يليه⁽³⁾، وهذا الميعاد أوسع من الميعاد المحدد في اتفاقية بروكسل، وأخذ به القانون البحري العماني في المادة 255.

وزاد القانون البحري المصري المدة في هذه الحالة لتكون في ميعاد لا يجاوز يومي العمل التاليين ليوم تسليم البضاعة كما نصت عليه المادة 239 منه، مخالفاً بذلك اتفاقية هامبورج التي اعتمد عليها القانون البحري بعد انضمام مصر إلى الاتفاقية، وهو الذي سار عليه مشروع القانون البحري العماني في المادة 1/263.

(1) حكم هيئة حسم المنازعات التجارية بسلطنة عمان الصادر بتاريخ 1995/4/17 (دائرة الاستئناف) في الاستئناف رقم 94/96، مجموعة القواعد القانونية التي قررتها الهيئة في عامها القضائي الحادي عشر، 1994-1995، ص 165.

(2) -بسام عاطف المهتار، مرجع سابق، ص 199.

- وجدي حاطوم، مرجع سابق، ص 259.

(3) هاني دويدار، مرجع سابق، ص 203.

وضيقت اتفاقية روتردام مدة توجيه الإخطار في حالة الضرر الظاهر فأوجبت الفقرة الأولى من المادة 23 أن يوجه الإخطار في حالة الهلاك الجزئي أو التلف الظاهر قبل التسليم أو عنده، وهي مدة قصيرة من شأنها أن تضيع حقوق الشاحن أو صاحب البضائع، إذ ليس لديه متسع إلا وقت التسليم فقط، وهذا الاتجاه يقترب مع اتفاقية بروكسل التي ضيقت الوقت كثيرا على الشاحن أو المرسل إليه في توجيه الإخطار.

ولم يفرق القانون البحري المغربي بين الهلاك أو التلف الظاهر وغير الظاهر، وحدد ميعاد الإخطار في الفصل 262 بثمانية أيام من تاريخ وضع البضائع فعليا تحت تصرف المرسل إليه، ولا تحسب أيام العطلة من ضمنها وفقا لصريح النص، ولا يحسب منها أيضا يوم التسليم⁽¹⁾.

كما أن القانون البحري المغربي يختلف أيضا عن الاتفاقيات والقانون البحري العماني بالنسبة لبدء حساب الأجل حيث نص القانون المغربي على أنه يبدأ من اليوم الذي توضع فيه البضاعة تحت تصرف المرسل إليه أما بالنسبة للاتفاقيات الدولية فالعبرة فيها بالتسليم إلى المرسل إليه⁽²⁾.

2-الهالك أو التلف غير الظاهر:

إذا كان الهالك الجزئي أو التلف غير ظاهر بالبضائع فإنه من الطبيعي أن يعطى المستلم وقتا كافيا لفحص البضاعة ومعرفة ما أصابها من ضرر ليتمكن من توجيه الإخطار بعد ذلك، وهو ما سارت عليه الاتفاقيات الدولية، فقد نصت اتفاقية بروكسل في الفقرة السادسة من المادة الثالثة على أن يتم توجيه الإخطار خلال ثلاثة أيام من تاريخ التسليم.

(1) - بلعكيد عبد الرحمن، مرجع سابق، ص 196.

-بنونة يونس، مرجع سابق، ص 156.

ويرى بلعكيد عبد الرحمن أنه لا يحسب اليوم الأخير أيضا من هذا الأجل فتحسب ثمانية أيام عمل دون اليوم الأول والأخير فيكون الإجمالي = يوم التسليم + ثمانية أيام عمل + اليوم الأخير. ينظر: بلعكيد عبد الرحمن، مرجع سابق، ص 196-198.

(2) عبد الرزاق أيوب: مسؤولية الناقل البحري للبضائع بين القانون المغربي واتفاقية هامبورج 1978، مجلة طنجيس للقانون والاقتصاد، الصادرة عن كلية الحقوق بطنجة، العدد 7، السنة 2008، ص 183.

في حين جعلت اتفاقية هامبورج الإخطار خلال خمسة عشر يوما متصلة من تاريخ تسليم البضائع إلى المرسل إليه وفقا للفقرة الثانية من المادة 19، وبه أخذ القانون البحري العماني في المادة 255، والقانون البحري المصري في المادة 239 من القانون البحري المصري، وأكد عليه مشروع القانون البحري العماني في المادة 2/263، وهي مدة كافية يستطيع فيها المرسل إليه تدقيق الفحص على البضاعة لمعرفة ما بها من هلاك أو تلف، وهذه المدة متصلة تلي يوم التسليم لا تنقطع بإجازة حسب نص المادة.

وجاءت اتفاقية روتردام بمدة وسط بين اتفاقية بروكسل واتفاقية هامبورج، فأوجبت توجيه الإخطار خلال سبعة أيام عمل بعد تسليم البضائع يضاف إليها يوم التسليم وأيام الإجازات الرسمية المعمول بها في مكان التسليم إذا وقعت خلالها، كما نصت عليه الفقرة الأولى من المادة 23 التي سبق ذكرها.

وهذه المدة معقولة لم تضيق على الشاحن -كما هو الحال في بروكسل- ولم تفرط في الإطالة -كما في اتفاقية هامبورج- فالوقت المحدد كاف لفتح الطرود والحاويات وإزالة الأغلفة وفحص البضائع، ولم تحسب فيها أيام الإجازات والعطل كما هو صريح في النص، بخلاف اتفاقية هامبورج التي لم تشترط أن تكون أيام عمل.

وقد سبق أن بينا أن القانون البحري المغربي لم يفرق بين الهلاك أو التلف الظاهر وغير الظاهر وحدد المدة بثمانية أيام من تاريخ وضع البضائع فعليا تحت تصرف المرسل إليه، وهي مدة كافية بالنسبة للتلف غير الظاهر، لكنها طويلة بالنسبة للتلف الظاهر كما سبق بيان ذلك، إلا أن مشروع القانون البحري لسنة 2007 ميز بين الحالتين أخذا باتفاقية هامبورج، وأوجب الفصل 573 توجيه الإخطار في حالة الهلاك أو التلف الظاهر خلال اليوم التالي ليوم التسليم، بالإضافة إلى يوم التسليم، أما في حالة الضرر غير الظاهر فأوجب توجيه الإخطار خلال خمسة عشر يوما متصلة تلي يوم التسليم، وقد كرس المشروع أحكام اتفاقية هامبورج (1).

(1) ينص الفصل 573 من مشروع القانون البحري المغربي لسنة 2007 على أنه:

"La remise de la marchandise au destinataire ou à son mandataire constitue une présomption, sauf preuve contraire que celle-ci a été livrée par le transporteur ou son mandataire telle qu'elle est décrite au connaissance, à l'exception du cas où le destinataire ou son mandataire avise par écrit le transport ou son mandataire du dommage subi par la marchandise en spécifiant la nature de ce dommage au

وبلاحظ أن التلف يمكن أن يكون غير ظاهر عند الاستلام، إلا أن الهلاك قد يصعب اعتباره غير ظاهر، فالنقص في البضاعة يمكن كشفه عند الاستلام عادة وعليه فإن الهلاك الجزئي يعتبر عيبا ظاهرا إلا إذا عجز المرسل إليه عن الكشف عنه بسبب فعل الناقل أو أحد تابعيه أو بسبب أجنبي حال دون إمكانية ذلك فإنه وفي مثل هذه الحالة يعد غير ظاهر، أما إذا كان عدم الكشف راجعا إلى فعل المرسل إليه فلا يتحمل الناقل تبعة ذلك، ويعتبر عيبا ظاهرا تسري عليه المدة القصيرة⁽¹⁾.

ثانيا: ميعاد الإخطار بالنسبة للتأخير

سبق وأن ذكرنا أن اتفاقية بروكسل لم تتناول التأخير صراحة في حالات قيام المسؤولية، ولم تحدد له أجلا للإخطار حتى على القول بأنه من ضمن تلك الحالات التي نظمتها الاتفاقية، وكذا الأمر بالنسبة للقانون المغربي لم يحدد مدة للإخطار بالنسبة للتأخير.

أما اتفاقية هامبورج فقد اعتبرت أنه لا يستحق أي تعويض عن التأخير في التسليم ما لم يوجه إخطار كتابي إلى الناقل خلال ستين يوما متصلة التالية للتسليم وفقا للمادة 19 منها، وتحسب منها أيام الإجازات الرسمية.

وأخذ القانون البحري العماني باتفاقية هامبورج كما جاء في الفقرة الخامسة من المادة 255، وهو الذي سار عليه القانون البحري المصري أيضا في المادة 240، إلا أن مشروع القانون البحري العماني لم يوجب توجيه الإخطار في حالة التأخير كما سبق بيان ذلك.

أما بالنسبة لاتفاقية روتردام فقد أوجبت الفقرة الرابعة من المادة 23 توجيه الإخطار خلال واحد وعشرين يوما متتاليا من تسليم البضائع، وهذه المدة تتضمن أيضا أيام الإجازات الرسمية المعمول بها في مكان التسليم، وهي مدة كافية أيضا مقارنة بالمدة الطويلة في اتفاقية هامبورج، وبهذا تكون المدة في اتفاقية روتردام أقل من اتفاقية هامبورج في جميع الحالات التي

moment où la marchandise lui est livrée ou au plus tard le premier jour ouvrable suivant celui où la marchandise lui a été remise.

S'il s'agit de pertes ou de dommages non apparents, la notification prévue au premier alinéa du présent article peut être valablement faite dans un délai de quinze jours consécutifs à compter de la date à laquelle la marchandise a été remise au destinataire ou à son mandataire".

(1) هاني دويدار، مرجع سابق، ص 206-207.

يوجه فيها الإخطار رغبة في عدم تطويل الإجراءات وسرعه إنهاء الخلافات المتعلقة بالنقل البحري.

ونظرا لمصادقة المغرب على اتفاقية هامبورج فإنها تسري على النقل الدولي، ويكون توجيه الإخطار خلال ستين يوما من تاريخ تسليم البضائع إلى المرسل إليه، وهو ما أخذ به مشروع القانون البحري المغربي لسنة 2007 في الفصل 576، ما يدعو إلى ضرورة الإسراع في إخراج هذا القانون ليكون متوافقا والاتفاقية التي صادق عليها المغرب⁽¹⁾.

والبين مما سبق أن تاريخ تقديم الإخطار في حالة التأخير يبتدئ من يوم تسليم البضائع إلى المرسل إليه؛ ليتمكن المرسل إليه من التعرف على وجه التحديد على المدة الزمنية التي تأخر فيها التسليم، وطبيعة الضرر الذي لحق به من جراء ذلك التأخير، ويبدأ حساب تلك المدة من اليوم التالي ليوم التسليم ولو كان يوم إجازة أو عطلة، فالمدة بحسب النصوص مدة متصلة لا تتقطع ولا تتوقف بسبب الإجازة أو غيرها⁽²⁾.

ويلاحظ أن الإخطار يوجه في حالة التأخير بعد استلام البضائع، أما إذا لم تسلم البضاعة فإنه يكون بمثابة الهلاك الكلي كما سبق بيان ذلك، سواء كان بمضي المدة المحددة في بعض الاتفاقيات والقوانين أو بحسب العرف، ولا يحتاج إلى الإخطار.

وإذا كان ميعاد الإخطار يبدأ من تسليم البضائع، فما هو المراد بتسليم البضائع الذي يبدأ منه حساب المدة؟

ثالثا: المراد بالتسليم الذي يبدأ منه حساب مدة الإخطار

نصت الاتفاقيات الدولية على أن مدة الإخطار تبدأ من تاريخ التسليم، وقد ثار خلاف حول تحديد بدء سريان هذه المدة.

(1) سبق ذكر نص الفصل في نطاق توجيه الإخطار.

(2) - المبروك إقريرة عمران: دعوى المسؤولية الناشئة عن عقد النقل البحري للبضائع دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، مكتبة دار السلام، الرباط، 2009، ص 184، 189.
- هاني دويدار، مرجع سابق، ص 195.

ذهب رأي إلى أن المهلة تبدأ من تاريخ التفريغ تحت الروافع، وهذا الرأي مجحف بحق المرسل إليه، ففي الواقع العملي يتعذر أو يصعب استلام المرسل إليه لبضائعه تحت الروافع⁽¹⁾.

بينما يرى آخرون أن المدة تبدأ من تاريخ استلام إذن التسليم؛ لأنه يصبح بوسع المرسل إليه منذ هذا الوقت معاينة البضاعة واستلامها⁽²⁾.

وهذا الرأي وإن كان أفضل مما سبق بالنسبة للشاحن إلا إن استلام إذن التسليم لا يدل بذاته على استلام البضاعة التي تحتاج إلى فحص لمعرفة ما بها من أضرار ليتم توجيه الإخطار بشأنها، فضلا عن أنه وبعد استلام الإذن يحتاج إلى القيام ببعض المعاملات التي تستغرق بعض الوقت قبل استلام البضاعة فعليا.

والرأي الراجح في الفقه أن التسليم الذي يبدأ منه الإخطار هو التسليم الفعلي للبضائع أي التسليم المادي⁽³⁾، والذي تنتقل فيه حيازة البضاعة إلى صاحبها ليتمكن من فحصها والتحقق من حالتها ومقدارها.

وهذا الرأي الأخير هو الذي أخذ به القضاء، فقد قضت دائرة الاستئناف بالمحكمة التجارية بسلطنة عمان بأنه: "وقد فرق النص بين حالتين حالة إذا كان الهلاك أو التلف ظاهرا أي يمكن تبينه دون حاجة إلى فحص البضاعة وفيها يجب الإخطار في ميعاد لا يجاوز يوم العمل التالي ليوم تسليم البضاعة إلى المرسل إليه، والمقصود هنا بطبيعة الحال التسليم الفعلي للمرسل إليه أو من ينوب عنه حتى يمكنه أن يتبين ما بالبضائع من هلاك أو تلف، وفي

(1) أورده: مصطفى كمال طه، مرجع سابق، ص 290.

(2) يؤيده علي البارودي: مبادئ القانون البحري، منشأة المعارف، الاسكندرية، 1983، ص 233.

(3) يؤيد هذا الرأي:

- بسام عاطف المهتار، مرجع سابق، ص 202.

- كمال حمدي، مرجع سابق، ص 157.

- محمد بهجت قايد، مرجع سابق، ص 164.

- مصطفى كمال طه، مرجع سابق، ص 290.

- هاني دويدار، مرجع سابق، ص 195-204.

- يعقوب يوسف صرخوه، مرجع سابق، ص 83.

حالة الهلاك أو التلف غير الظاهر جاز تقديم الإخطار خلال خمسة عشر يوما التالية لتسليم البضاعة"⁽¹⁾.

وهو ما أكدته المحكمة العليا بالسلطنة حيث قضت بأن: "التسليم الذي يعتد به قانونا هو التسليم الفعلي وليس مجرد إنزال البضاعة من السفينة"⁽²⁾.

وإذا كانت البضاعة كثيرة واستمر التسليم عدة أيام فإنه إذا كان التسليم متواصلا فالعبرة بآخر جزء تم تسليمه"⁽³⁾.

أما إذا كان التسليم غير متواصل كأن يسلم جزء من البضاعة في يوم ثم يسلم الجزء الآخر في يوم آخر، فإننا نرى أن العبرة بالتسليم الفعلي لكل جزء منها، وتبدأ مهلة الإخطار من التسليم الفعلي لكل جزء منها باعتباره بضاعة مستقلة، فلا يمكن أن يستلم بضاعة وعيها ظاهر وينتظر استلام الباقي، وإنما يوجه الإخطار لما تم استلامه دون انتظار للجزء الآخر إلا إذا كان التسليم متواصلا ويستغرق عدة أيام كما سبق بيانه.

ويكفي في إثبات تاريخ توجيه الإخطار الوصل البريدي الذي يفيد إرسال الإخطار والذي يحمل تاريخ التوجيه للناقل مع مراعاة الآجال المحددة دون الحاجة إلى إلزام المرسل إليه بإثبات تاريخ استلام الناقل للإخطار المذكور"⁽⁴⁾.

وبالنسبة للوسائل الحديثة فيمكن الأخذ بتاريخ إرسال البريد الإلكتروني، أو أي وسيلة أخرى تحقق المطلوب والهدف من الإخطار، وعلى المحكمة التحقق من صحة البريد الإلكتروني أو وسيلة التواصل للناقل أو من يقوم مقامه، لمعرفة توجيه الإخطار"⁽⁵⁾.

(1) حكم هيئة حسم المنازعات التجارية بسلطنة عمان الصادر بتاريخ 1995/4/17 (دائرة الاستئناف) في الاستئناف رقم 94/96، مجموعة القواعد القانونية التي قررتها الهيئة في عامها القضائي الحادي عشر 1994 - 1995 ص 165.

(2) حكم المحكمة العليا الصادر بتاريخ 2009/10/28، في الطعن رقم 2009/172، الدائرة التجارية، غير منشور.

(3) - بسام عاطف المهتار، مرجع سابق، ص 200 - 202.

- مصطفى كمال طه، مرجع سابق، ص 291.

(4) بنونة يونس، مرجع سابق، ص 157.

(5) بدر بن عبد الله الرجي، مرجع سابق، ص 601.

وإذا لم يحضر المرسل إليه لاستلام البضاعة أو امتنع عن استلامها فإن الناقل يوفي بالتزامه بالتسليم وذلك بإيداع البضاعة لدى أمين تعيينه المحكمة بناء على طلب الناقل كما نصت عليه المادة 248 من القانون البحري العماني⁽¹⁾، وفي هذه الحالة يقوم التسليم الحكي مقام التسليم الفعلي⁽²⁾.

ويلاحظ أن القانون المغربي نص صراحة على أن الأجل يبدأ من اليوم الذي توضع فيه البضاعة تحت تصرف المرسل إليه وهو اليوم المحدد عادة لتفريغ البضاعة من السفينة وإدخالها إلى المستودعات والمخازن⁽³⁾، خلاف ما سبق بيانه في الاتفاقيات والقانون العماني والتي أخذت بالتسليم الفعلي.

ويبقى الإشكال بالنسبة للمغرب بعد انضمامه إلى اتفاقية هامبورج حيث تكون العبرة بالتسليم الفعلي بالنسبة للنقل الدولي والذي قد يكون متأخرا عن الموعد المحدد في القانون البحري بوضع البضاعة تحت تصرف المرسل إليه والذي يطبق على النقل الداخلي، ما يدعو إلى الحاجة الماسة لمشروع القانون البحري لسنة 2007 كي يرى النور، والذي جاء متسقا مع الاتفاقية وسينهي هذه الإشكالات.

وإذا عرفنا المراد بالتسليم الذي يبدأ منه حساب مدة الإخطار فهل يجوز توجيه الإخطار قبل ذلك؟ هذا ما سنعرض له في البند الأخير.

(1) تنص المادة 248 من القانون البحري العماني على أنه: "إذا تخلف صاحب الحق عن استلام البضائع أو رفض استلامها جاز للريان أن يطلب من السلطة القضائية المختصة الأذن له بإيداع البضائع عند أمين تعيينه". ونصت المادة 226 من القانون البحري المصري على أنه: "إذا لم يحضر صاحب الحق في تسلم البضائع أو حضر وامتنع عن تسلمها أو عن أداء أجره النقل أو غيرها من المبالغ الناشئة عن عقد النقل جاز للناقل أن يطلب من قاضي الأمور الوقفية الأذن بإيداع البضائع عند أمين يعينه القاضي ويجوز للناقل طلب الإذن ببيع البضائع كلها أو بعضها لاستيفاء المبالغ المذكورة".

(2) هاني دويدار، مرجع سابق، ص 205.

(3) - المبروك اقريرة عمران، مرجع سابق، ص 185.

- عبد الرازق أيوب، مرجع سابق، ص 183.

رابعاً: الإخطار قبل استلام البضاعة

إذا كان الهدف من الإخطار إحاطة الناقل علماً بالهلاك أو التلف الحاصل بالبضاعة وتمسك المرسل إليه بحقه في ذلك فلا يخفى أن ذلك لا يتم إلا بعد استلام البضاعة ليكون الإخطار مؤدياً الدور المناط به، وهو التحفظ على حالة البضاعة المسلمة، وبناءً على ذلك لا يعتد بالإخطار الموجه قبل الاستلام ولو كان المقصود منه احتياط المرسل إليه ورغبته في التحفظ على ما قد يظهر من تلف أو هلاك في البضاعة المشحونة⁽¹⁾.

وهذا ما أكدته المحكمة التجارية بسلطنة عمان والتي قضت بأنه: "فيجب والحال كذلك أن يتضمن الإخطار ما أصاب البضائع من هلاك أو تلف، فلا يعتد بالإخطار الذي لا يتضمن توضيحاً للضرر على وجه التحديد كما لا يعتد بالإخطار الذي يرسل قبل استلام البضائع"⁽²⁾.

وذهب جانب من الفقه إلى الاعتداد بالإخطار الموجه إلى الناقل ولو قبل التسليم الفعلي بشرط وصول البضاعة الميناء⁽³⁾، وقد قضت محكمة استئناف الدار البيضاء بتاريخ 1986/5/6 بأنه: "حيث إنه من الثابت بمراجعة أوراق الدعوى أنه ولو أن رسالة الاحتجاج التي عللت بما فيه الكفاية تحمل تاريخ 78/2/3 فإن الثابت أنها لم توجه بالبريد المضمون سوى بتاريخ 78/2/18 أي عند الشروع في الإفراغ من حيث لا تثير على هذا المنحى باعتبار جواز بعث رسالة التنبيه حتى قبل التوصل الكامل والنهائي للبضاعة"⁽⁴⁾.

وهذا الرأي يتفق واتفاقية بروكسل في حالة الهلاك أو التلف الظاهر؛ لأنه ووفقاً لنص الفقرة السادسة من المادة الثالثة منها فإنها أجازت توجيه الإخطار قبل عملية تسليم البضاعة أو خلالها، ويفهم منه أنه يمكن توجيه الإخطار قبل تسلم البضاعة إذا علم المرسل إليه بالأضرار التي لحقتها قبل وصول السفينة، بشرط أن يوجه الإخطار في ميناء التفريغ وبعد

(1) بدر بن عبد الله الرحي، مرجع سابق، ص 602.

(2) حكم هيئة حسم المنازعات التجارية الصادر بتاريخ 1995/4/17، (دائرة الاستئناف) في الاستئناف رقم 94/96، مجموعة القواعد القانونية التي قررتها الهيئة في عامها القضائي الحادي عشر 1994-1995، ص 166.

(3) - بنونة يونس، مرجع سابق، ص 156.

- يعقوب يوسف صرخوه، مرجع سابق، ص 80.

(4) قرار محكمة استئناف الدار البيضاء الصادر بتاريخ 1986/5/6، رقم القرار 882، في الملف رقم 84/812، أشار إليه بنونة يونس، مرجع سابق، ص 156.

معاينة البضاعة وفقا للنص، والتحفظ الذي يحصل بعد وصول البضاعة يؤخذ به وإن كان قد حصل قبل التفريغ وأثناءه ما لم يثبت أنه حصل قبل معاينة البضاعة⁽¹⁾، لكنه لا يمكن أن يعمل به بالنسبة لاتفاقية هامبورج وروتterdam والقانون البحري العماني، والقانون البحري المصري.

ومع ذلك فإن محكمة الاستئناف التجارية بالدار البيضاء اعتبرت أن هذا الإخطار له طابع الاحتياط ويهدف إلى إعطاء فكرة عن نوع الضرر، ولم يشترط فيه أن يحددها تحديدا دقيقا فأخذت به ولو بعد استلام جزء من البضاعة وقضت بأنه: "وبخصوص الدفع الذي مفاده أن رسالة الاحتجاج كانت في اليوم الأول من الإفراغ الذي استمر إلى غاية 06/03/06 الشيء الذي يفيد أنها بنيت على الافتراض، فإن الثابت قانونا أن التحفظات هي أساسا لها طابع احتياطي، والمشرع حدد لها آجالا قصيرة، ويكفي أن يكون الغرض منها هو إعطاء فكرة عن نوع الضرر الذي لحق البضاعة"⁽²⁾.

والبين أن البضاعة قد وصلت الميناء وقد شرع في تسليمها وأخذت المحكمة بالإخطار الذي تم قبل الاستلام التام للبضاعة.

وإذا ما تم الإخطار وفقا لشروطه وفي الوقت المحدد فما هو الأثر المترتب عليه؟ هذا هو محور دراستنا في الفقرة التالية.

الفقرة الرابعة: أثر الإخطار

الإخطار بالضرر في الوقت المحدد يعطي قرينة على أن الضرر المبين في الإخطار حصل لما كانت البضاعة في عهدة الناقل البحري، وأن المرسل إليه لا يرضى به، ويطالب بحقه من الناقل، وبهذا يعد حماية للشاحن فعليه أن يبادر في توجيهه وفقا للقانون، ومتى ما تم ذلك فإن الناقل يسأل عن ذلك الضرر ما لم يثبت سببا من أسباب الإعفاء من المسؤولية.

وقد تناولت الاتفاقيات الدولية الأثر المترتب في حالة عدم توجيه الإخطار أو في حالة توجيهه خلافا للنصوص القانونية، سواء كان خارج المدة أو لم تتحقق فيه الشروط المحددة،

(1) بنونة يونس، مرجع سابق، ص 157.

(2) قرار محكمة الاستئناف التجارية بالدار البيضاء الصادر بتاريخ 2009/01/27، رقم القرار 2009/528، في الملف رقم 9/2008/3040، غير منشور.

وبالتالي ينصب حديثنا عن الأثر المترتب على عدم توجيه الإخطار؛ لأنه في حالة توجيهه لا إشكال فالمرسل إليه يؤكد موقفه بحصول الضرر في عهدة الناقل والذي سيبقى مسؤولاً ما لم يثبت سبب الإعفاء، أما في حالة عدم توجيه الإخطار فيحدث العكس بحيث يبقى موقف الناقل أقوى وأنه سلم البضاعة كما سلمت إليه ابتداءً، فما هو موقف كل من الاتفاقيات الدولية والقوانين الوطنية في مثل هذه الحالة؟

البيان مما سبق من نصوص أن الأثر المترتب على عدم توجيه الإخطار يختلف بين الاتفاقيات الدولية (بروكسل وهامبورج وروتterdam) والتي سار على نهجها القانون البحري العماني والقانون البحري المصري من جهة، وبين القانون البحري المغربي من جهة ثانية، لذا سنعرض أولاً للأثر في الاتفاقيات الدولية والقانون البحري العماني والمصري ثم نعرض على أثر ذلك في القانون المغربي.

أولاً: أثر الإخطار في الاتفاقيات الدولية والقانون البحري العماني والمصري

فرقت كل من اتفاقيتي هامبورج وروتterdam بين الأثر المترتب على الإخطار في حالة الهلاك أو التلف عنه في حالة التأخير، وهو الذي انتهجه القانون البحري العماني والقانون البحري المصري أيضاً، خلافاً لاتفاقية بروكسل والتي لم تنص كما سبق على حالة التأخير، وسنفصل أثر ذلك بالنسبة لحالي الهلاك والتلف ثم نتبع ذلك بأثر الإخطار في حالة التأخير.

1- أثر الإخطار في حالة هلاك البضائع أو تلفها:

نصت الاتفاقيات الدولية الثلاث (الفقرة السادسة من المادة الثالثة من اتفاقية بروكسل والفقرة الأولى من المادة التاسعة عشر من اتفاقية هامبورج والفقرة الأولى من المادة الثالثة والعشرين من اتفاقية روتردام)⁽¹⁾ على أن عدم توجيه الإخطار ينشئ قرينة لصالح الناقل بأن البضائع تم تسليمها كما هي موصوفة في سند الشحن، وهذه القرينة بسيطة يجوز للمرسل إليه إثبات عكس ذلك، وهذا الحكم ينطبق أيضاً في حالة ما إذا كان الإخطار غير مستوف لشروطه القانونية، أو وجه خارج المهلة، وفي المقابل فإن الإخطار إذا كان صحيحاً فإنه ينشئ قرينة لصالح المرسل إليه بأن الضرر الذي لحق بالبضاعة (هلاك أو تلف) حصل في عهدة الناقل، وأن الناقل لم يسلم البضائع كما هي ثابتة في سند الشحن، وهذه القرينة

(1) سبق سرد النصوص القانونية للاتفاقيات الدولية والقوانين في مقدمة هذا البحث.

أيضا قرينة بسيطة يجوز للناقل إثبات عكسها، وإثبات عكس القرينة في الحالتين يكون بكافة طرق الإثبات على اعتبار أن الأمر متعلق بوقائع مادية⁽¹⁾.

وإذا كان الإخطار يُنشئ قرينة لصالح المرسل إليه بعدم التسليم المطابق إلا أن ذلك لا يعفيه من إثبات الضرر اللاحق بالبضاعة من هلاك أو تلف ومقداره، فالإخطار لا علاقة له بإثبات مقدار الضرر وإنما يساعد في تقديم ذلك⁽²⁾.

ويلاحظ أن عدم توجيه الإخطار في هذه الحالة لا يترتب عليه الدفع بعدم قبول دعوى المسؤولية، فالدعوى مقبولة ولو لم يوجه الإخطار⁽³⁾، إلا أن المرسل إليه مطالب بإثبات عكس القرينة المستفادة من عدم توجيه الإخطار، فعليه عبء إثبات أن البضاعة التي سلمت غير مطابقة للحالة الواردة في سند الشحن، ومتى استطاع المرسل إليه ذلك فإن تلك القرينة المستفادة تسقط.

وقد سار القانون البحري العماني في المادة 255، والقانون البحري المصري في المادة 239 على غرار هذه الاتفاقيات، وأكد مشروع القانون البحري العماني في المادة 263.

وقد قضت المحكمة التجارية بسلطنة عمان بأنه: "عدم توجيه الإخطار لا ينشئ دفعا بعدم قبول دعوى المسؤولية، وإنما يقيم قرينة ظاهرة- بسيطة- في صالح الناقل مع بقاء الدعوى قائمة إذ هي لا تسقط إلا بالتقادم... فإذا تسلم المرسل إليه أو من ينوب عنه البضائع دون أن يوجه الإخطار الكتابي إلى الناقل أو وكيله في المواعيد المحددة في الفقرتين (1) و(3) من المادة 255 المشار إليها قامت قرينة بسيطة على أن الناقل سلم البضاعة بحالتها التي وصفت بها في سند الشحن، ويترتب على قيام هذه القرينة لمصلحة الناقل أن ينتقل عبء الإثبات إلى المرسل إليه أو من يحل محله كشركة التأمين إذا كانت قد دفعت تعويض التأمين للمرسل إليه، ولهذا الأخير أن يثبت عكس هذه القرينة بكافة طرق الإثبات... وخلاصة ما تقدم أن المرسل إليه أو من ينوب عنه ليس ملزما بتوجيه الإخطار الكتابي على النحو السالف بيانه، ولا يترتب على عدم حصول الإخطار بالهلاك أو التلف سقوط دعوى المسؤولية أو عدم قبولها، وإنما كل ما يترتب على عدم تقديم الإخطار أن تقوم قرينة قانونية لصالح الناقل مؤداها أن

(1) بدر بن عبد الله الرحبي، مرجع سابق، ص 606.

(2) محمد بهجت قايد، مرجع سابق، ص 180.

(3) كمال حمدي، مرجع سابق، ص 158-159.

المرسل إليه قد تسلم البضاعة بالحالة التي وصفت بها في سند الشحن أو بحالة سليمة، وهي قرينة ظاهرة - بسيطة- قابلة لإثبات العكس بكل طرق الإثبات، ولا يسقط حق المرسل إليه - أو من يحل محله- في إقامة دعوى المسؤولية إلا بالتقادم المنصوص عليه في المادة (1/262) من القانون البحري، فإذا رفعت الدعوى خلال السنتين من التسليم رغم عدم تقديم الإخطار كانت مقبولة من ناحية الشكل، وعلى المرسل إليه عبء إثبات الهلاك أو التلف الذي لحق بالبضاعة" (1).

كما قضت المحكمة العليا بالسلطنة أيضا بأنه: "ومفاد هذا النص أن عدم إخطار الناقل كتابة بالهلاك أو التلف في التاريخ الذي حدده النص يعتبر قرينة على أن الناقل قد سلم البضاعة بالكيفية الموصوفة بها في سند الشحن، على أن المقرر قضاء أنه وإن كانت هذه القرينة مقررة لمصلحة الناقل إلا أنه يجوز للمرسل إليه أو من يحل محله إثبات عكسها" (2).

فبينت هذه الأحكام أنه يترتب على عدم توجيه الإخطار قيام قرينة بسيطة لصالح الناقل بأنه سلم البضاعة بحالتها التي وصفت بها في سند الشحن، ولا علاقة له بعدم القبول.

وبالنسبة للمملكة المغربية فإن القضاء أخذ بما جاء في اتفاقية هامبورغ من أن توجيه الإخطار في الوقت المحدد يعتبر قرينة على عدم التسليم المطابق ولا يتعلق ذلك بعدم القبول وذلك في النقل الدولي، فقد قضت محكمة الاستئناف التجارية بالدار البيضاء بأنه: "حيث بخصوص الدفع بانعدام رسالة الاحتجاج فإنه وعملا بمقتضيات الفصل 19 من اتفاقية هامبورغ لسنة 1978 فإن عدم إخطار الناقل البحري بالهلاك والخصاص إنما يترتب عنه فقط قرينة مفادها أن الناقل سلم البضاعة مطابقة لما هو مضمن بوثيقة الشحن، وأنه يبقى

(1) حكم هيئة حسم المنازعات التجارية بسلطنة عمان الصادر بتاريخ 1995/4/17، (دائرة الاستئناف)، في الاستئناف رقم 94/96، مجموعة القواعد القانونية التي قررتها الهيئة في عامها القضائي الحادي عشر 1994-1995، ص 166.

(2) حكم المحكمة العليا بسلطنة عمان الصادر بتاريخ 2009/10/28، في الطعن رقم 2009/172، مجموعة الأحكام الصادرة عن الدوائر المدنية بالمحكمة العليا والمبادئ المستخلصة منها، السنة القضائية العاشرة 2009-2010، ص 652.

على كاهل الشاحن أو المرسل إليه عبء إثبات الخطأ والضرر والعلاقة السببية بكل وسائل الإثبات"⁽¹⁾.

وقضت أيضا بأنه: "وبخصوص تحفظات المرسل إليه فإنه خلافا لما تمسك به الطاعنان كانت مباشرة بعد أول يوم عمل بعد الإفراغ، وأن البند 19 من اتفاقية هامبورج لم يرتب جزاء عدم القبول على عدم احترام الأجل المنصوص عليه، بل جعل الناقل يستفيد من قرينة التسليم المطابق الذي يتعذر تطبيقها في النازلة ما دامت شركة استغلال الموانئ تحفظت حسب وثائق التنقيط رقم 0196692 الواردة بتقرير الخبرة، وكان تحفظها عند تسلم البضاعة واضحا بخصوص التغليف الممزق والضغوطات والكسور التي عاينها أعوان المكتب، لذلك ما تمسك به الطاعنان بخصوص التحفظات غير المدققة من طرف المرسل إليه دفعا غير منتج، وبما أن المعاينة المنجزة بمحل المرسل إليه جاءت وفق تحفظات المكتب فإن اعتمادها من طرف المحكمة كان في محله"⁽²⁾.

فأكدت المحكمة أن عدم الاحتجاج لا يترتب عليه عدم القبول وإنما يعد قرينة على التسليم المطابق يستطيع المرسل إليه إثبات عكسها، وهو ما أخذت به المحكمة من خلال تقرير الخبرة المنجزة بعد ذلك كونه جاء متفقا وتحفظات شركة استغلال الموانئ، وهذا ما يدل أن التسليم لم يكن مطابقا لحالة البضاعة.

وهذا ما أيدته محكمة النقض بالمغرب، فقد دفع الناقل البحري بقرينة التسليم المطابق وأجابت محكمة النقض على هذه الوسيلة بأنه: "لكن حيث إن المحكمة مصدرة القرار المطعون فيه عللته بما مضمونه: "أنه بالرجوع إلى تقرير الخبرة يتبين أن خمس سيارات من الشحنة كانت منقولة من طرف الناقل البحري تعرضت لعوار أو خصاص وأنه بالرجوع إلى التقرير المذكور يتبين أن البضاعة وضعت رهن إشارة المرسل إليه بتاريخ 2008/1/17 وأنه تم توجيه احتجاج للناقل بتاريخ 2008/1/18 كما هو ثابت من الرسالة المدلى بها مع الوصل

(1) قرار محكمة الاستئناف التجارية بالدار البيضاء الصادر بتاريخ 2011/02/01 رقم القرار 2011/496، في الملف رقم 9/2009/3359، غير منشور.

(2) قرار محكمة الاستئناف التجارية بالدار البيضاء الصادر بتاريخ 2010/01/05، رقم القرار 2010/34، في الملف رقم 9/2009/1715، منشور في المصطفى شنضيف وأنس أبو خصب: العمل القضائي المغربي في المنازعات البحرية، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، 2013، ص 317.

البريدي بخصوص العوار والحالة السيئة التي أفرغت بها السيارات..." وهو تعليق غير منتقد اعتبرت فيه وعن صواب أن رسالة الاحتجاج التي بعثت بها المرسل إليها... بتاريخ 2008/1/18 للناقل البحري بمثابة تحفظ عن الحالة السيئة للبضاعة وما لحقها من خصاص وعوار وقت وجودها تحت حراسة هذا الأخير، ورتبت على ذلك قيام مسؤوليته بشأن الخسارة المترتبة عن ذلك الخصاص والعوار فتكون بذلك قد طبقت صحيح أحكام المادة الخامسة من اتفاقية هامبورج التي تقرر مسؤولية الناقل البحري عن الخسارة الناتجة عن هلاك البضائع أو تلفها وعن التأخير في تسليمها إذا وقع الحادث الذي تسبب في الهلاك أو التلف أو التأخير أثناء وجود البضائع تحت حراسته، فلم يخرق قرارها أي مقتضى وجاء معللا بما يكفي ومرتكزا على أساس والوسيلة على غير أساس⁽¹⁾.

لقد أكدت المحكمة الأخذ باتفاقية هامبورج وألزمت الناقل مسؤولية الضرر؛ لأن الإخطار تم في المدة المحددة ولذا لم يستفد من التسليم المطابق.

2- أثر الإخطار في حالة التأخير:

على خلاف الأثر المترتب على عدم توجيه الإخطار في حالة الهلاك أو التلف نصت اتفاقية هامبورج واتفاقية روتردام على أن عدم توجيه الإخطار في حالة التأخير في التسليم يترتب عليه الدفع بعدم قبول الدعوى، فيستطيع الناقل الدفع بعدم قبول دعوى المسؤولية إذا لم يوجه الإخطار في حالة التأخير، وهذا الحكم ينطبق على الإخطار الذي يكون غير مستوف لشروطه أو يتم خارج المهلة المحددة.

فقد نصت الفقرة الخامسة من المادة 19 من اتفاقية هامبورج على أنه: "لا يستحق أي تعويض عن أية خسارة تنتج عن التأخير في التسليم ما لم يوجه إخطار كتابي إلى الناقل خلال 60 يوما متصلة تلي مباشرة يوم تسليم البضائع إلى المرسل إليه".

(1) قرار محكمة النقض الصادر بتاريخ 2015/04/23، رقم القرار 1/206، في الملف التجاري رقم 2012/1/3/1578، غير منشور.

- وينظر أيضا: قرار محكمة النقض الصادر بتاريخ 2015/04/23، رقم القرار 1/207، في الملف التجاري رقم 2012/1/3/1579، غير منشور، والذي أورد ذات الأسباب المبينة أعلاه.

ونصت الفقرة الرابعة من المادة 23 من اتفاقية روتردام على أنه: "لا يدفع أي تعويض فيما يتعلق بالتأخير ما لم يوجه إلى الناقل في غضون 21 يوما متتاليا من تسليم البضائع إشعار بالخسارة الناجمة عن التأخر".

وبناء على ذلك فإن الأثر المترتب على عدم توجيه الإخطار في حالة التأخير يختلف تماما عن الأثر المترتب على عدم توجيهه في حالة الهلاك أو التلف، وهو الذي سار عليه القانون البحري العماني، فقد نصت الفقرة الخامسة من المادة 255 على أنه: "لا يستحق أي تعويض عن أية خسارة تنتج عن التأخير في التسليم ما لم يوجه إخطار كتابي إلى الناقل خلال 60 يوما متصلة تلي مباشرة يوم تسليم البضائع إلى المرسل إليه"، وأخذ به أيضا القانون البحري المصري في المادة 4/240، وهو ذات النص الوارد في اتفاقية هامبورج، والدفع بعدم قبول الدعوى في هذه الحالة يجوز إبداءه في أي حالة تكون عليها الدعوى⁽¹⁾ وتسري عليه أحكام هذا الدفع.

وإذا كان تاريخ تسليم البضائع متفقا عليه بين الطرفين فلا إشكال في معرفة التأخير من عدمه، ويترتب عليه سهولة معرفة ما إذا كان الإخطار خلال المدة المحددة أو لا، ولا حاجة للمحكمة أن تعمل سلطتها التقديرية في مثل هذه الحالة؛ لأن المواعيد محددة ومعينة، وعلى طالب التعويض تقديم ما يفيد توجيه الإخطار خلال المدة المحددة مستوفيا لشروطه، أما إذا ادعى الناقل أن الإخطار وقع خارج المدة المحددة فيقع عليه عبء إثبات ذلك، أما إذا كان موعد التسليم غير محدد فيخضع لسلطة المحكمة تقدير ما إذا كان هناك ثمة تأخير من عدمه مقارنة بالناقل العادي في ظروف مماثلة⁽²⁾.

ثانيا: أثر الإخطار في القانون البحري المغربي

على خلاف الاتجاه الذي أخذت به الاتفاقيات الدولية والقانون البحري العماني رتب القانون البحري المغربي أثرا في غاية الخطورة يتمثل في أن عدم توجيه الإخطار في حالة الهلاك أو التلف أو تقديمه خارج الأجل المحدد يؤدي إلى عدم قبول الدعوى، فيحق للناقل التمسك بهذا الدفع، وفقا لنص الفصل 262 من القانون البحري.

(1) تنص المادة 116 من قانون الإجراءات المدنية والتجارية العماني على أنه: "الدفع بعدم قبول الدعوى يجوز إبداءه في أي حالة تكون عليها الدعوى".

(2) كمال حمدي، مرجع سابق، ص 161.

وأجل ثمانية أيام المقررة لتوجيه الإخطار في القانون البحري المغربي يعتبر أجل سقوط وليس أجل تقادم، فلا يسري عليه الانقطاع أو الوقف كما هو الحال في التقادم، إلا ما أشار إليه الفصل 262 نفسه من أن أيام العطلة لا تدخل في حساب أجل ثمانية أيام⁽¹⁾.

وبعد مصادقة المملكة المغربية على اتفاقية هامبورج-والتي لم تأخذ بعد قبول الدعوى - فإنه يحصل فرق بين ما يخضع لأحكام القانون وهو النقل داخل الموانئ المغربية وما يخضع للاتفاقية وهو النقل ذات الطابع الدولي، مما يدعو إلى الحاجة إلى مراجعة القانون الحالي بما يتفق والاتفاقية، فقد قضت محكمة الاستئناف التجارية بالدار البيضاء بما جاء في اتفاقية هامبورج بالنسبة للإخطار بقولها: "حيث بخصوص الدفع بانعدام رسالة الاحتجاج فإنه وعملا بمقتضيات الفصل 19 من اتفاقية هامبورج لسنة 1978 فإن عدم إخطار الناقل البحري بالهلاك والخصاص إنما يترتب عنه فقط قرينة مفادها أن الناقل سلم البضاعة مطابقة لما هو مضمن بوثيقة الشحن، وأنه يبقى على كاهل الشاحن أو المرسل إليه عبء إثبات الخطأ والضرر والعلاقة السببية بكل وسائل الإثبات"⁽²⁾.

فلم تقض المحكمة بعدم القبول وأعملت أحكام الاتفاقية؛ لأن النقل متعلق بنقل ذي طابع دولي.

وقد سار مشروع القانون البحري المغربي لسنة 2007 في الفصل 573 على غرار اتفاقية هامبورج⁽³⁾، واعتبر أن عدم توجيه الإخطار أو توجيهه خارج الأجل بالنسبة للهلاك أو التلف يقيم قرينة أن البضاعة قد سلمت كما وصفت في وثيقة الشحن، ولا يترتب عليه عدم قبول الدعوى، أما أثر عدم توجيه الإخطار بالنسبة للتأخير فيترتب عليه عدم قبول الدعوى كما هو الحال في الاتفاقية.

وإذا كان القانون البحري المغربي قد أخذ بعدم القبول في حال عدم توجيه الإخطار فإنه قد وضع في حالة توجيهه أجلا لرفع الدعوى أيضا، حرصا منه على سرعه إنهاء منازعات النقل، ولم يترك الأمر متاحا للمرسل إليه في اختيار وقت رفع الدعوى، وهو يختلف عن الاتفاقيات

(1) المبروك إقريرة عمران، مرجع سابق، ص 187-188.

(2) قرار محكمة الاستئناف التجارية بالدار البيضاء الصادر بتاريخ 2011/02/01، رقم القرار 2011/496، في الملف رقم 9/2009/3359، غير منشور.

(3) سبق ذكرها في ميعاد الإخطار.

الدولية والقانون العماني، فقد نص الفصل 262 من القانون البحري المغربي بعد تعديله بتاريخ 1953/3/17 على أنه لا تقبل أية دعوى تعويض بسبب عوار خصوصي أو هلاك جزئي ضد الریان أو المجهز أو أصحاب البضائع إذا لم يقع تنظم احتجاج معلل وتبليغه وذلك بواسطة إجراء قضائي أو رسالة مضمونة داخل أجل لا يزيد على ثمانية أيام غير محسوبة ضمنها أيام العطلة ابتداء من تاريخ اليوم الذي وضعت فيه البضائع فعليا تحت تصرف المرسل إليه، ولم يتبع هذا الاحتجاج بدعوى قضائية داخل أجل تسعين يوما.

فأوجب هذا النص رفع الدعوى المسؤولية داخل أجل تسعين يوما، فإذا لم يراع المدعي (المرسل إليه) هذا الموعد فلا تقبل دعواه وإن كان وجه الإخطار خلال الأجل المحدد وهو ثمانية أيام، إلا أن الخلاف ثار حول تاريخ انطلاق هذا الأجل.

ذهب بلعكيد عبد الرحمن إلى أن أجل التسعين يوما يبدأ من نهاية ميعاد الإخطار بأكمله وليس من تاريخ بعث الإخطار⁽¹⁾، وعلى هذا الأساس يكون للمرسل إليه أجل ثمانية أيام للإخطار وبعدها مدة تسعين يوما لرفع الدعوى.

وذهب فريد الحاتمي⁽²⁾ والمختار بكور⁽³⁾ ونورة الطالبي⁽⁴⁾ إلى أن أجل التسعين يوما يبدأ من تاريخ تقديم الاحتجاج، وأسسوا هذا الرأي بما جاء في النص (ولم يتبع هذا الاحتجاج بدعوى قضائية) فما دام النص صريحا بأن يتبع الاحتجاج رفع الدعوى فإن التاريخ الذي قدم فيه الاحتجاج هو الذي يعتبر نقطة انطلاق أجل التسعين يوما⁽⁵⁾.

وذهب بنونة يونس⁽⁶⁾ وعبد الرزاق أيوب⁽¹⁾ إلى أن أجل التسعين يوما تبدأ من اليوم التالي لتاريخ توجيه رسالة الاحتجاج وليس من تاريخ انتهاء أجل الإخطار أو من تاريخ توجيه الإخطار.

(1) بلعكيد عبد الرحمن، مرجع سابق، ص 198.

(2) فريد الحاتمي: النقل البحري للبضائع على ضوء التشريع المغربي، رسالة لنيل شهادة دبلوم الدراسات العليا في القانون الخاص بجامعة الحسن الثاني بالدار البيضاء، 1982 - 1983، ص 254.

(3) المختار بكور: الوجيز في القانون البحري، شركة بابل للطباعة والنشر والتوزيع، الرباط، 1997، ص 121.

(4) نورة الطالبي: دراسات في القانون البحري، الطبعة الثانية، مطبعة التومي، الرباط، 2002، ص 99.

(5) فريد الحاتمي، مرجع سابق، ص 254.

(6) بنونة يونس، مرجع سابق، ص 160.

وقد أخذت محكمة النقض بالرأي الأخير حيث تم الطعن أمامها وجاء في أسباب الطعن التي استندت عليها الطاعنة كما هو وارد في حيثيات الحكم: "إن المشرع حدد بصفة صريحة لحقوق الدعوى وتبعيتها وتلوها للاحتجاج بأن نص في الشطر الأخير من المادة (262 ق.ت.ب) بأن قال: (ولم يتبع هذا الاحتجاج بدعوى قضائية داخل 90 يوما) وهذا يفيد أن أجل رفع الدعوى لا يبدأ من تاريخ الوضع الفعلي للبضاعة رهن إشارة المرسل إليه، وإنما من يوم الاحتجاج أو يوم انتهاء أجل هذا الأخير، وبالرجوع إلى أوراق الملف يلاحظ أن العارضة أشعرت بوصول البضاعة بتاريخ 1988/5/2 ونهايته يوم 1988/5/11 ومن هذا التاريخ يبدأ أجل 90 يوما لرفع الدعوى اعتبارا لكون الدعوى تتبع وتلحق الاحتجاج ولا تسبقه أو تصاحبه لصريح الفصل 262 المذكور، وبجمع الأجلين 8 أيام للاحتجاج و90 يوما لرفع الدعوى يكون مجموع المدة 98 يوما اعتبارا من يوم وضع البضاعة تحت تصرف المرسل إليه، وعلى هذا الأساس تكون دعوى العارضة المقدمة بتاريخ 1988/8/10 داخل الأجل القانوني؛ لأن القاعدة تقضي بعدم تداخل الآجال مما يجعل القرار المطعون فيه خارقا للفصل المذكور ومعرضا للنقض...".

وقد أجابت محكمة النقض على ذلك بأنه: "حيث إنه يستخلص من الفصل 262 من القانون التجاري البحري أن دعوى المسؤولية يجب أن تقام داخل تسعين يوما التالية للاحتجاج، وليس لأجله كما ذهب إلى ذلك الوسيلة، ولا لوضع البضاعة رهن إشارة المرسل إليه كما ذهب إلى ذلك القرار المطعون فيه، والثابت من الحكم الابتدائي المؤيد بالقرار المطعون فيه أن احتجاج الطالب وقع بتاريخ 1988/5/3، وأن الدعوى قدمت بتاريخ 1988/8/10 فتكون بذلك قدمت بعد نهاية أجل تسعين يوما من التاريخ المذكور، وهذه العلة القانونية المستقاة من الوقائع الثابتة لمحكمة الموضوع تحل محل العلة المنتقدة ويكون القرار القاضي بعدم القبول لتقديم الطلب خارج الأجل القانوني غير خارج لأي مقتضى" (2).

وقضت أيضا بأنه: "بالرجوع إلى نص الفصل 262 ق.ت.ب يتأكد أن أجل التسعين يوما يبتدئ من اليوم الموالي لتاريخ رسالة الاحتجاج" (3).

(1) عبد الرزاق أيوب، مرجع سابق، ص 182.

(2) قرار محكمة النقض الصادر بتاريخ 99/11/10، رقم القرار 1606، في الملف التجاري رقم 92/3424، منشور في: مجلة قضاء المجلس الأعلى، العدد 56، ص 228.

(3) قرار محكمة النقض الصادر بتاريخ 1986/10/29، رقم القرار 2468، في الملف المدني رقم 97803، أشار إليه بنونة يونس، مرجع سابق، ص 160.

وبلاحظ أن ميعاد توجيه الإخطار إلى الناقل وهو ثمانية أيام لا يدخل في حسابه أيام العطل بصريح نص الفصل 262، أما ميعاد رفع الدعوى البحرية وهو تسعون يوما فإنه يختلف عن ذلك فلم ينص الفصل على عدم حساب أيام العطل، لذا فإنه يشمل أيام العطل في حسابه إلا إذا صادف اليوم الأخير منه عطلة امتد إلى أول يوم عمل بعده⁽¹⁾.

وتحديد أجل لرفع الدعوى كان معمولاً به في عدد من القوانين العربية القديمة مثل مصر والكويت، إلا أنه تم التراجع عن ذلك، وهجر في مختلف القوانين الحديثة، وتم الاستغناء عنه بالتقادم والذي يعتبر كافياً لحماية الناقل البحري من المطالبة بأي دعوى بعد مدة التقادم، وجدير بالمملكة المغربية الإسراع في إصدار مشروع القانون البحري المغربي الجديد والذي سيكون متفقاً واتفاقية هامبورج التي صادقت عليها للتخلص من الأجل المحدد لرفع الدعوى والمعمول به في القانون البحري الحالي.

ولا شك أن مدة رفع الدعوى تعتبر مدة سقوط، لا يسري بشأنها الوقف أو الانقطاع، وبحسب القواعد العامة تعتبر من النظام العام، تأثيرها المحكمة من تلقاء ذاتها بخلاف التقادم الذي يقع عليه الوقف والانقطاع، ولا تأثيره المحكمة إلا بدفع من الخصم.

والبين أن القضاء المغربي خفف تارة من هذه الأحكام بالنسبة لمدة السقوط الواردة في الفصل 262، فأجاز للأطراف الاتفاق على التنازل عنها أو تمديدها ولم يعتبرها من النظام العام، فقد قضت محكمة النقض بأنه: "إن المفاوضات الودية قد استمرت بين الطاعنة من جهة وبين الناقل البحري من جهة أخرى منذ وصول الباخرة في يوم 18 يوليوز 1973 إلى تاريخ الرسالة الأخيرة المؤرخة في 13 فبراير 1974... فإن الأجل المنصوص عليه في الفصل 262 من القانون التجاري البحري المغربي يبتدئ سريانه من تاريخ الرسالة الأخيرة وباحتساب تاريخها مع تاريخ رفع الدعوى يتأكد أن أجل 90 يوما قد انصرم"⁽²⁾.

وجاء في قرار آخر أنه: "لكن حسب إن أجل التسعين يوما المنصوص عليها في الفصل 262 ق.ت.ب... ليس من النظام العام وبالتالي لا يمكن للمحكمة أن تأثيره من تلقاء نفسها ...

(1)- بنونة يونس، مرجع سابق، ص 161.

- بلعكيد عبد الرحمن، مرجع سابق، ص 198.

(2) قرار محكمة النقض الصادر بتاريخ 1985/2/20، رقم القرار 2750، في الملف المدني رقم 94865، أشار إليه المبروك إقريرة عمران، مرجع سابق، ص 199.

ذلك بعدم قبول الدعوى حينئذ خرقت مقتضيات الفصل 262 ق.ت.ب المشار إليه أعلاه وعرضت حكمها للنقض" (1).

وفي أحيان أخرى تتمسك المحكمة بقواعد آجال السقوط، وتعتبر الاتفاق الواقع بين الطرفين بخصوص تمديد الأجل الوارد في الفصل 262 ق.ت.ب يتعارض وإرادة المشرع، ولم يحسم رأي القضاء في هذا الأمر وقد صدرت عدة قرارات مختلفة بشأنها، باعتبارها مدة سقوط أو مدة تقادم (2).

وإذا كان ذلك رأي المحكمة فيما يتعلق بالقانون المغربي والذي لا شك ينطبق على النقل الداخلي بين موانئ المملكة فإن اتفاقية هامبورج هي التي يخضع لها النقل الدولي، والتي اكتفت بنظام التقادم فقط دون تحديد أجل لرفع الدعوى، إلا أن البين من أحكام القضاء أنه لا زال متمسكا بها ويتعين على المدعي مراعاة أجل التسعين يوما المقرر فيها وإلا كانت دعواه غير مقبولة (3).

فقد تمسكت محكمة النقض بهذا الأجل لرفع الدعوى وقضت بأنه: "حيث إن مقتضيات الفصل 262 من ق ت ب التي تقضي بتنظيم احتجاج معلل بشأن العوار أو الهلاك الجزئي للبضاعة ورفع الدعوى داخل أجل تسعين يوما بعد تنظيم احتجاج معلل وتبليغه، إنما يهم دعاوى التعويض الموجهة ضد الناقل البحري أو المجهز أو أصحاب البضائع، ولا علاقة له بمتعهد الشحن والإفراغ خاصة وأن النص المذكور جاء في الباب الثالث الخاص بانقضاء الالتزامات والإعفاء منها الوارد بدوره في الكتاب الثالث المتعلق بالنقل البحري والأخطار البحرية والتأمينات البحرية" (4).

(1) قرار محكمة النقض الصادر بتاريخ 1983/3/25، رقم القرار 59، في الملف رقم 29542، أشار إليه بنونة يونس، مرجع سابق، ص 162.

(2) ينظر مجموعة من القرارات التي أوردها كل من:

- بلعكيد عبد الرحمن، مرجع سابق، ص 323.

- بنونة يونس، مرجع سابق، ص 162 هامش رقم 1.

(3) المبروك اقيرة عمران، مرجع سابق، ص 198.

(4) قرار محكمة النقض الصادر بتاريخ 2014/10/30، رقم القرار 1/509، في الملف التجاري رقم 2012/1/1035، غير منشور.

فالمحكمة وعلى الرغم من أن النقل متعلق بنقل دولي إلا أنها أكدت أن هذا الأجل يخص دعاوى التعويض الموجهة ضد الناقل البحري، وهذا ما يدل على أن القضاء المغربي يعمل أحيانا بالقانون البحري المغربي جنبا إلى جنب مع اتفاقية هامبورج التي انضم إليها المغرب، وهذا ما يتعارض وسمو الاتفاقيات الدولية على القوانين الوطنية والتي أكدها الدستور المغربي وسار عليها القضاء المغربي ذاته في عدة أحكام.

التوصيات:

في ختام هذا البحث كان ولا بد من وضع بعض التوصيات:

- تباينت أحكام الإخطار في القانون البحري المغربي عن الاتجاهات الحديثة في النقل البحري، فكان حريا بالمشعر المغربي مراجعة تلك الأحكام بما يتناسب والنقل الدولي الحديث.
- تطور وسائل التقنية الحديثة في عالم التواصل لا بد وأن ينعكس على آلية توجيه الإخطار وشكله في القوانين الحديثة المنظمة للنقل البحري.
- صياغة قانون بحري يتواءم والنقل البحري الحديث، وضرورة الأخذ بما يتناسب والتطور الذي يشهده النقل البحري، مراعى الاتفاقيات التي انضم إليها المغرب.

المراجع

أولاً: الكتب:

- 1- أحمد محمود حسني: قضاء النقص البحري، منشأة المعارف، الاسكندرية، 1997.
- 2- بدر بن عبد الله الرحي: مسؤولية الناقل البحري للبضائع، مركز الغندور، القاهرة، 2018.
- 3- بسام عاطف المهتار: معاهدة بروكسل وتعديلاتها، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2006.
- 4- بنونة يونس: مسؤولية الناقل البحري على ضوء القانون المغربي، دراسة مقارنة مع اتفاقية هامبورج لسنة 1987، المطبعة السريعة، 1993.
- 5- طالب حسن موسى: القانون البحري، الطبعة الثالثة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان: الأردن، 2012.
- 6- علي البارودي، مبادئ القانون البحري، منشأة المعارف، الاسكندرية، 1983.
- 7- عبد الرحمن سليم: شروط الإعفاء من المسؤولية طبقاً لمعاهدة سندات الشحن، بدون ناشر، 1956.
- 8- علي جمال الدين عوض: النقل البحري للبضائع، مطبعة جامعة القاهرة والكتاب الجامعي، 1992.
- 9- كمال حمدي: مسؤولية الناقل البحري للبضائع في قانون التجارة البحرية رقم 8 لسنة 1990: دراسة مقارنة مع اتفاقية هامبورج، الطبعة الثانية، منشأة المعارف، الاسكندرية، 2003.
- 10- المبروك إقريرة عمران: دعوى المسؤولية الناشئة عن عقد النقل البحري للبضائع دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، مكتبة دار السلام، الرباط، 2009.
- 11- محمد بهجت قايد: مسؤولية الناقل البحري في اتفاقية هامبورج، دار النهضة العربية، القاهرة، 1992.
- 12- محمد التغدويني: القانون البحري (الجزء الثاني النقل البحري)، الطبعة الأولى، مطبعة أنفو برانت، فاس، 2006.
- 13- محمود سمير الشرقاوي: القانون البحري، دار النهضة العربية، القاهرة، 2008.
- 14- المختار بكور: الوجيز في القانون البحري، شركة بابل للطباعة والنشر والتوزيع، الرباط، 1997.
- 15- المصطفى شنضيف وأنس أبو خصيب: العمل القضائي المغربي في المنازعات البحرية، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، 2013.
- 16- مصطفى كمال طه: أساسيات القانون البحري دراسة مقارنة، الطبعة الثانية، منشورات الحلبي الحقوقية، 2012.
- 17- نورة الطالبي: دراسات في القانون البحري، الطبعة الثانية، مطبعة التومي، الرباط، 2002.

- 18- هاني دويدار: إشكالات تسليم البضائع في ظل قانون التجارة البحرية رقم 8 لسنة 1990، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 1996.
- 19- وجدي حاطوم: النقل البحري في ضوء القانون والمعاهدات الدولية، الطبعة الأولى، المؤسسة الحديثة للكتاب، لبنان، 2011.
- ثانيا: الأطروحات والرسائل الجامعية:
- 1- الأطروحات الجامعية:
- 20- بلعكيد عبد الرحمن: توزيع مسؤولية نقل البضائع بحرا في ضوء قانون التجارة البحرية المغربي، أطروحة لنيل دكتوراه الدولة من جامعة الحسن الثاني، بالدار البيضاء، السنة الجامعية 1981 - 1982.
- 21- مصطفى البنداري سيد أحمد: انحراف الناقل في القانون البحري "ماهيته وآثاره"، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في الحقوق، جامعة المنصورة، السنة 1993.
- 2- الرسائل الجامعية:
- 22- فريد الحاتمي: النقل البحري للبضائع على ضوء التشريع المغربي، رسالة لنيل شهادة دبلوم الدراسات العليا في القانون الخاص بجامعة الحسن الثاني بالدار البيضاء، 1982 - 1983.
- ثالثا: البحوث والمقالات:
- 23- حلو عبد الرحمن أبو حلو: التأخير في تسليم البضائع في عقد النقل البحري دراسة مقارنة، مجلة المنارة للبحوث والدراسات، الصادرة عن جامعة آل البيت بالملكة الأردنية الهاشمية، المجلد 13 العدد 8، 2007.
- 24- عبد الرزاق أيوب: مسؤولية الناقل البحري للبضائع بين القانون المغربي واتفاقية هامبورج 1978، مجلة طنجيس للقانون والاقتصاد، الصادرة عن كلية الحقوق بطنجة، العدد 7، السنة 2008.
- 25- يعقوب يوسف صرخوه: النظام القانوني لمسؤولية الناقل البحري عن البضائع في القانون البحري الكويتي الجديد، مجلة الحقوق، جامعة الكويت، السنة الثامنة، العدد الثالث، الطبعة الرابعة 2013.
- المجلات القضائية:
- 26- مجموعة الأحكام الصادرة عن الدوائر المدنية بالمحكمة العليا بسلطنة عمان والمبادئ المستخلصة منها، السنة القضائية العاشرة 2009-2010.
- 27- مجلة قضاء المجلس الأعلى (المغرب)، السنة 22، العدد 56، 2000.
- 28- مجموعة القواعد القانونية التي قررتها المحكمة التجارية بسلطنة عمان في عامها الحادي عشر (1994-1995).

دور الاتفاقيات الدولية في تطوير قواعد مدونة التجارة البحرية

الدكتور كمال بلحرقة، أستاذ القانون الخاص

كلية العلوم القانون والاقتصادية والاجتماعية بأكادير.

الدكتور سعيد العيطوني، أستاذ القانون الخاص

كلية العلوم القانون والاقتصادية والاجتماعية بأيت ملول

جامعة ابن زهر بأكادير

مقدمة:

تتميز العلاقات القانونية التي ينظمها القانون البحري بكونها تتضمن في معظم الأحيان عنصرا أجنبيا واحد على الأقل؛ ما يثير التنازع بين القوانين، ولحل إشكالية تنازع القوانين وضمان سيادة الثقة والطمأنينة في المعاملات البحرية تم التفكير في ضرورة توحيد القانون البحري وذلك عبر مراحل مختلفة بدأت بوضع قواعد اتفاقية موحدة للأخذ بها في العقود البحرية مكان التشريعات المحلية؛ حيث كانت هذه القواعد في بدايتها غير ملزمة⁽¹⁾. بعده عرف القانون البحري منعرجا آخر تمثل في عقد معاهدات دولية واجبة التطبيق في حالة تنازع القوانين. غير ان التطور الهائب الذي تعرفه المبادلات التجارية الدولية، وهيمنه النقل البحري على الحركة التجارية الدولية؛ سرع بتوحيد التشريعات الوطنية وذلك بعقد معاهدات دولية تتضمن قانونا موحدا يحل محل التشريع الوطني.

لهذا نسجل أن منظمة العمل الدولية اهتمت منذ إنشائها بتنظيم الشغل البحري من خلال اعتمادها العديد من الاتفاقيات أشارت من خلالها إلى كل ما يخص البحارة من عقود الشغل والضمان الاجتماعي

(1) نجاة بضراني، القانون البحري الجزء الأول، السفينة وأشخاص الملاحة، دار النشر الشرقية وجدة، طبعة 1993، ص 30.

إذ أسهم المشرع الدولي في إنتاج العديد من الاتفاقيات التي تخص البحارة العاملين في قطاع الصيد وأخرى تخص عمال البحر بصفة عامة ، تعتبر هذه الاتفاقيات بمثابة ضمان للعاملين من بينها :

الاتفاقية رقم 53 بشأن الحد الأدنى للكفاءة المهنية الواجب توافرها لدى ربابنة وضباط السفن التجارية، الصادرة عن منظمة العمل الدولية سنة 1936 بجنيف، والاتفاقية رقم 22 بشأن عقود استخدام البحارة، الصادرة عن منظمة العمل الدولية بتاريخ سنة 1926، والاتفاقية رقم 70 بشأن الضمان الاجتماعي للبحارة، الصادرة عن منظمة العمل الدولية سنة 1946، والاتفاقية رقم 165 بشأن الضمان الاجتماعي للبحارة سنة 1987.

ثم هناك الاتفاقية رقم 58 بشأن الحد الأدنى لسن تشغيل الأحداث في العمل البحري الصادرة عن منظمة العمل الدولية 1936 ، والاتفاقية رقم 112 بشأن الحد الأدنى لسن استخدام صيادي الأسماك سنة 1959، والاتفاقية رقم 15 بشأن الحد الأدنى للسن التي يجوز فيها تشغيل الأحداث وقادين أو المساعدين الصادرة عن منظمة العمل الدولية 1921، والاتفاقية رقم 114 بشأن عقود استخدام صيادي الأسماك ، الصادرة عن منظمة العمل الدولية بجنيف، والاتفاقية رقم 57 بشأن ساعات العمل وإعداد العاملين على متن السفن الصادرة عن منظمة العمل الدولية لسنة 1936 بجنيف، والاتفاقية رقم 76 بشأن الأجور وساعات العمل وإعداد العاملين على متن السفن الصادرة عن منظمة العمل الدولية سنة 1946 بسياتل، الاتفاقية رقم 93 بشأن الأجور وساعات العمل وإعداد العاملين على متن السفن الصادرة عن منظمة العمل الدولية عام 1949 بجنيف، والاتفاقية رقم 109 بشأن الأجور وساعات العمل وإعداد العاملين على متن السفن الصادرة عن منظمة العمل الدولية سنة 1957 بجنيف، والتي دخلت حيز التنفيذ في فاتح شتنبر 1965، والاتفاقية رقم 180 بشأن ساعات العمل وتزويد السفن بالأطعم الصادرة عن منظمة العمل الدولية بتاريخ 08 أكتوبر 1996 بجنيف، الاتفاقية رقم 188 بشأن العمل في قطاع صيد الأسماك، الصادرة عن منظمة العمل الدولية بتاريخ 2007/05/30 بجنيف، والاتفاقية رقم 75 بشأن إقامة الأطعم على ظهر السفن، الصادرة عن منظمة العمل الدولية بتاريخ 1946 بسياتل، الاتفاقية الثانية تحت رقم 92 بشأن إقامة الأطعم على ظهر السفن، الصادرة عن منظمة العمل الدولية بتاريخ 1949، والاتفاقية رقم 126 بشأن الإقامة على ظهر سفن صيد الأسماك، الصادرة عن منظمة العمل الدولية بتاريخ 1966، بجنيف . والاتفاقية رقم 68 بشأن الغذاء و تقديم الوجبات

للأطعم على ظهر السفن ، والاتفاقية رقم 69 بشأن شهادات كفاءة طباطحي السفن، الصادرة عن منظمة العمل الدولية بتاريخ 06 /حزيران /1946 بسياتل، دخلت حيز التنفيذ في 1953/04/22.

كما صدرت الاتفاقية رقم 73 بشأن الفحص الطبي للبحارة، الصادرة عن منظمة العمل الدولية بتاريخ سنة 1946 ، والاتفاقية 113 بشأن الفحص الطبي لصيادي الأسماك، الصادرة عن منظمة العمل الدولية عام 1959، والاتفاقية رقم 164 بشأن الحماية الصحية والرعاية الطبية للبحارة، الصادرة عن منظمة العمل الدولية بتاريخ 1987 بجنيف، وكذلك الاتفاقية رقم 23 بشأن إعادة البحارة إلى أوطانهم، الصادرة عن منظمة العمل الدولية بتاريخ عام 1926، والاتفاقية رقم 166 بشأن إعادة البحارة إلى أوطانهم المراجعة للاتفاقية رقم 23 الصادرة عن منظمة العمل الدولية بتاريخ 1987 بجنيف، اتفاقية العمل البحري، الصادرة عن منظمة العمل الدولية .بجنيف 94 الدورة ، 23/02/2006⁽¹⁾.

كما أن التطورات التجارية المتتالية دفعت المغرب إلى الانضمام والمصادقة على معظم هذه الاتفاقيات الدولية المنظمة، وذلك لتطوير وسد الفراغ التشريعي الذي تتسم به مدونة التجارة البحرية المغربية لسنة 1919⁽²⁾ ، المنظمة للمادة البحرية ككل سواء تعلق الأمر بعقد النقل البحري أو بعقد الشغل البحري أو بعقد التأمين البحري. غير ان دستور سنة 2011 عبر بشكل واضح عن أهمية الاتفاقيات الدولية وسموها على التشريعات الوطنية، حيث نص في ديباجته على جعل الاتفاقيات الدولية، كما صادق عليها المغرب، وفي نطاق أحكام الدستور، وقوانين المملكة، وهويتها الوطنية الراسخة، تسمو، فور نشرها، على التشريعات، مع ما تتطلبه تلك المصادقة.

يبدو أن المشرع المغربي قد حسم في إشكالية العلاقة بين الاتفاقيات الدولية والقانون المغربي عندما نص صراحة على مبدأ سمو الاتفاقية الدولية، إلا أنه ربط هذا السمو بمسألة نشر الاتفاقية والملاحظ أن المشرع المغربي قد نحا في هذا الاتجاه منحى المشرع الفرنسي.

(1) عزيزة حنان، الضمانات القانونية المقررة للعمال في قطاع الصيد البحري، مجلة قانون العمل والتشغيل، العدد الرابع، يونيو 2017، ص 174.

(2) القانون المتعلق بمدونة التجارة البحرية والصادر بتاريخ 28 جمادى الثانية سنة 1337 الموافق 31 مارس 1919 والمنشور بالجريدة الرسمية بتاريخ 26 ماي 1919 والمعدل بالقانون الصادر بتاريخ 15 غشت 1930.

خاصة وأن القطاع البحري المغربي يعرف تطورا ملحوظا في السنين الأخيرة، بفضل الإصلاحات التي همت القطاع، وكذلك خوصصة الشركة المغربية للملاحة البحرية (2006-2007)، وإنشاء ميناء طنجة المتوسطي وبدء تنفيذ اتفاقية برشلونة (2008) بشأن حماية البيئة البحرية في المناطق الساحلية للبحر الأبيض المتوسط.

لهذا الأسباب أمسى التقنين البحري بالمغرب ملزما على تطوير ذاته، فإن لم يتمكن المشرع من صناعة قواعد قانونية متطورة ساير الاتفاقيات والمواثيق الدولية ذات الصلة بموضوع المنازعات البحري، لهذا تأثر العمل القضائي بشكل واضح بهذه الترسنة التي تتناسل مع التطورات التي يعرفها القطاع،

لهذا سندرس مدى تأثير هذه الاتفاقيات على الصناعة القضائية وإلى أي حد توفق التقنين الوطني في معالجة الإشكاليات التي أغفلها التقنين الوطني، وذلك على الشكل التالي:

-المبحث الأول: دور الاتفاقيات الدولية في تطوير قواعد النقل البحري في التشريع المغربي

-المبحث الثاني: دور الاتفاقيات الدولية في سد الفراغ التشريعي في القانون البحري المغربي

المبحث الأول: دور الاتفاقيات الدولية في تطوير قواعد النقل البحري في التشريع المغربي

شدت الاتفاقيات الدولية المنظمة للمادة البحرية على تقنين ترسانة من النصوص القانونية المنظمة البحري، وتصنف ضمن المراكز الأساسية التي يستمد منها العمل القضائي الوطني قواعده قصد مواكبة التطور الذي يعرفه القطاع؛ في الوقت الذي يتسم المشرع البحري المغربي بالجمود، الأمر الذي يتبين بجلاء في القواعد المقتضيات المرتبطة بأحكام مسؤولية الناقل البحري، لهذا سنبحث مدى دور هذه الاتفاقيات في سد هذه الشغور القانوني.

المطلب الأول: مسؤولية الناقل بين القانون المغربي والاتفاقيات الدولية

إذا كان الاقتصاد العالمي يستمد قوته من التجارة البينية بين الدول المصنعة والمستهلكة، فإن توفير الحاجيات الأساسية للمصنعين والمستهلكين يستدعي ضمان استقرار هذه التجارة البينية، لهذا لابد من نصوص قانونية عابرة للأوطان تصون هذه المعاملات في إطار القانون الدولي، مع الإشارة إلى أن القوانين المحلية لابد لها من توفير الحدود الدنيا من الحماية.

لهذا وفر المشرع المغربي من خلال ظهير 1919 المتعلق بمدونة التجارة البحرية بعض الحماية لهذه المعاملات المحورية، غير أن التطور الذي يعرفه القطاع بوا الاتفاقيات الدولية الصادرة في مواكبة هذا التطور. ما أفرز بعض التضارب بين المقتضيات الوطنية والاتفاقيات الدولية، في حين تقوم هذه الاتفاقيات بسد العديد من الثغرات التي يتسم بها هذا القانون الجامد. سواء تعلق الأمر ببيان مسؤولية الناقل البحري أو الإعفاءات الواردة على هذه المسؤولية.

الفقرة الأولى: قيام مسؤولية الناقل بين ظهير 1919 والاتفاقيات الدولية

نشير إلى أن إلى أن ظهير 31 مارس 1919 المتعلق بالتجارة البحرية لم يعرف الناقل البحري وإنما أشار إليه في معرض الفصل 206 بصفته مجهزا⁽¹⁾ على عكس الاتفاقيات

(1) ينص الفصل 206 من القانون البحري على أن "إيجار السفينة هو العقد الذي بمقتضاه يلتزم تجهزها نحو المرسل بنقل بضائعه إلى ميناء ما أو خلال مدة ما ومقابل ثمن ما مخصص لهذا النقل. اما السفينة كلها وإما جزء منها".

الدولية⁽¹⁾ التي وضعت له تعريفا مدققا بما حصرتة في "شخص ابرم عقدا أو ابرم باسمه عقدا مع الشاحن لنقل البضائع بحرا" بينما عرفتة اتفاقية بروكسيل بأنه مالك السفينة أو مستأجرها المرتبط مع الشاحن بعقد نقل⁽²⁾.

قن المشرع المغربي من خلال الفصل 221 من القانون البحري حالات قيام مسؤولية الناقل وربطها بالعوار، والهلاك⁽³⁾ بل أضاف إلى هذه الحالات؛ حالة التأخير في التسليم وفق منطوق ما نصت عليه الفصل 217⁽⁴⁾. وهو ما أكدته اتفاقية هامبورغ⁽⁵⁾ حين نصت هي الأخرى على هذه الحالات معتبرة إياها أساس المسؤولية⁽⁶⁾، لهذا ورد في الفقرة الأولى من مادتها الخامسة على انه "يسأل الناقل عن الخسارة الناتجة عن هلاك البضائع أو تلفها وكذا التأخير في التسليم"⁽⁷⁾، وهو الأمر الذي سار عليه قضاء النقض المغربي عندما قضى على أن "مسؤولية الناقل البحري عملا بمقتضيات المادة 5 من اتفاقية الأمم المتحدة للنقل البحري للبضائع لعام 1978، لا تخص إلا العوار والخصاص الذي يلحق البضاعة، وهي في عهده، فهي لا تشمل الخسارة التي يتكبدها المرسل إليه جراء تحمله مصارف أدت عم البضاعة"⁽⁸⁾.

غير أن المستجد الذي أوردته اتفاقية هامبورغ وطورت به مسؤولية الناقل البحري يرتبط بحالة التأخير في التسليم؛ لما انتهت إلى فكرة تتمثل في الحالة التي لا يقوم فيها الناقل

-
- (1) عرفتة اتفاقية هامبورغ بأنه كل شخص ابرم عقدا أو ابرم باسمه عقدا مع الشاحن لنقل البضائع بحرا.
- (2) جاء فيها "يبقى مؤجرا السفينة مسؤولا عن كل هلاك أو عوار يصيب البضائع مادامت تحت حراسته ما لم يثبت وجود قوة قاهرة.
- (3) عبد الرزاق ايوب، مسؤولية الناقل البحري بين القانون المغربي واتفاقية هامبورغ، مجلة طنجيس للقانون والاقتصاد العدد 7 سنة 2008 ص 149.
- (4) "إن الطرف الذي يتسبب في توقف السفينة أو تأخرها عند الإقلاع أو خلال السفر أو في مكان التفريغ يكون ملزما بأداء تعويض للطرف الآخر".
- (5) ظهير شريف رقم 1.84.21 صادر في 11 من ربيع الأول 1407 (14 نوفمبر 1986) المتعلق بنشر اتفاقية الأمم المتحدة في شأن النقل البحري للبضائع الموقعة بهامبورغ في 31 مارس 1978، المنشورة بالجريدة الرسمية رقم 3953 الصادرة يوم الأربعاء 3 غشت 1988.
- (6) بنونة يونس، مسؤولية الناقل البحري على ضوء القانون المغربي، د ذم ط، طبعة 1993 ص 54.
- (7) لقد اقتضت اتفاقية بروكسيل على حالي الهلاك و التلف دون التأخير في التسليم.
- (8) قرار المجلس الأعلى سابقا عدد 736 الصادر بتاريخ 19 ماي 2011، في الملف التجاري عدد 2011/1/3/306.

البحري بتسليم البضاعة في ميناء الإفراغ وفق الأجل المتفق عليه أو الأجل المعقول. وهو ما عالجتته من خلال الفقرة الثالثة من مادتها الخامسة التي نصت على أن "للشخص الذي له الحق في المطالبة بالتعويض عن هلاك البضاعة أن يعتبر البضائع هالكة إذا لم يتم تسليمها على الوجه المبين في المادة الرابعة خلال ستين يوما متتالية تلي انتهاء الوقت المحدد للتسليم على الوجه المبين في الفقرة الثانية من هذه المادة"⁽¹⁾.

كما استحدثت اتفاقية هامبورغ في المادة السادسة منها قيمة التعويض الواجب أدائه كلما تأخر الناقل في تسليم البضاعة⁽²⁾، وحددته في مبلغ ضعفي ونصف أجرة النقل. وهو الأمر الذي لم ينظمه المشرع الوطني لما بيّن الحق في التعويض كلما ثبتت حالة التأخير وعليه يتبين أن اتفاقية هامبورغ قد أسهمت في تطوير النصوص المرتبطة بحالة التأخير في التسليم.

(1) ولقد أخذ المشروع المغربي لسنة 1984 بنفس هذه المقتضيات في الفصل 358 في الفقرة الثانية حيث جاء فيها تعتبر البضائع ضائعة إذا لم تسلم كما ينص على ذلك الفصل 357 في الستين يوما الموالية لانصرام أجل التسليم المطابق للفقرة السابقة.

(2) تنص المادة 6 من اتفاقية هامبورغ على أنه "1. أ- تحدد مسؤولية الناقل وفقا لأحكام المادة 5 عن الخسارة الناتجة عن هلاك البضائع أو تلفها بمبلغ يعادل 835 وحدة حسابية عن كل طرد أو وحدة شحن أخرى أو 2,5 وحدة حسابية عن كل كيلوغرام من الوزن القائم للبضائع يهلك أو يتلف، أيهما أكبر.

ب- تحدد مسؤولية الناقل وفقا لأحكام المادة 5 عن التأخير في التسليم بمبلغ يعادل مثلي ونصف مثل أجرة النقل المستحقة الدفع عن البضائع المتأخرة، على ألا يتجاوز هذا المبلغ مجموع أجرة النقل المستحقة الدفع بموجب عقد النقل البحري للبضائع.

ج- لا يجوز في أي حال من الأحوال أن يتعدى مجموع مسؤولية الناقل، بمقتضى الفقرتين الفرعيتين (أ) و(ب) من هذه الفقرة معا، الحد الذي سيتقرر بمقتضى الفقرة الفرعية (أ) من هذه الفقرة بالنسبة للهلاك الكلي للبضائع الذي تنشأ عنه المسؤولية بشأنه.

2- لحساب أي المبلغين أكبر وفقا للفقرة 1 أ من هذه المادة، تسري القواعد التالية:

أ في حالة استخدام حاوية، أو منصة نقالة، أو أداة نقل مماثلة، لتجميع البضائع، فإن الطرود أو وحدات الشحن الأخرى المعدة في سند الشحن والمذكور أنها معبأة في أداة من أدوات النقل هذه تحسب طرود أو وحدات شحن مستقلة. وفي خلاف ما تقدم، تعتبر البضائع المعبأة في أداة النقل المذكورة وحدة شحن واحدة.

ب- في حالات هلاك أداة النقل ذاتها أو تلفها، تعد أداة النقل المذكورة، عندما لا تكون مملوكة للناقل أو مقدمة منه بأي شكل آخر، وحدة شحن مستقلة واحدة.

3 يقصد بالوحدة الحسابية الوحدة المنصوص عليها في المادة 26.

4 يجوز بالاتفاق بين الناقل والشاحن تعيين حدود للمسؤولية تتجاوز الحدود المنصوص عليها في الفقرة 1.

وهو ما سار عليه المشروع المغربي في الفصل 362 منه.

الفقرة الثانية: إعفاء الناقل من المسؤولية بين القانون الوطني والاتفاقيات الدولية

بالعودة إلى المقتضيات القانونية الواردة في ظهير 1919 نجد المشرع المغربي يشير إلى الحالات التي يعتبر من خلالها الإعفاء من مسؤولية الناقل البحري مؤسسة قانوناً، حيث حددها في عدم صلاحية السفينة للملاحة بعد بدء الملاحة؛ إضافة إلى الأخطاء في الملاحة أو في إدارة السفينة، وهي حالات تدخل في حكم القوة القاهرة، إضافة إلى محاولة إنقاذ الأموال والأرواح في عرض البحر. غير أنه بالعودة إلى اتفاقية بروكسيل نجدها تنص على حالة عدم صلاحية السفينة للملاحة قبل وعند البدء في السفر كسبب من أسباب الإعفاء من المسؤولية مع تشديد الاتفاقية على ضرورة بذل الناقل اليقظة المعقولة. في الوقت الذي لم تشر اتفاقية هامبورغ إلى ذلك بشكل صريح، رغم أن مقتضيات مادتها الخامسة يستشف منها أنها أعفت الناقل من المسؤولية عند إثبات اتخاذ الاحتياطات، والتدابير المعقولة لتجنب الحادث.

في حين لم تأخذ الاتفاقية بحالة الإعفاء بسبب الأخطاء في الملاحة أو في إدارة السفينة، وهو ما يبين الناقل في ظل هذه الاتفاقية لا يمكن له التحلل من المسؤولية ولو ثبت أن الضرر الحاصل للبضاعة راجع إلى خطأ في الملاحة أو في إدارة السفينة، في حين ملزم بإثبات أنه اتخذ كافة الاحتياطات الضرورية لمنع وقوع الحادث لدفع المسؤولية عن عاتقه⁽¹⁾.

لهذا يرى بعض الفقه⁽²⁾ بانسجام موقف اتفاقية هامبورغ المتمثل في الخطأ في الملاحة أو في إدارة السفينة، وبين القواعد العامة في ميدان المسؤولية لاسيما مسؤولية المتبوع عن عمل تابعه. حيث لا يمكن إعفاء الناقل عن أخطاء ينبغي أن يسأل عنها مع العلم أنها صادرة عن تابعيه.

ونشير أيضاً إلى أن لقد اتفاقيتي بروكسيل وهامبورغ شددتا على إعفاء مسؤولية الناقل كلما توفر الشروط التي يقوم معها ظرف القوة القاهرة، الأمر ذاته ينصرف إلى الحالات المرتبطة بإنقاذ أو محاولة إنقاذ الأرواح والأموال في البحر.

(1) لقد أخذ المشروع المغربي لسنة 1984 بنفس هذه المقتضيات في الفصل 360 منه.

(2) يونس بنونة، مسؤولية الناقل على ضوء القانون المغربي دراسة مقارنة مع اتفاقية هامبورغ لسنة 1978، الطبعة الأولى، المطبعة السريعة سنة 1993، ص 85.

نلفت الانتباه إلى أن الإعفاء الاتفاقي من المسؤولية أبطل المشرع البحري المغربي كل الشروط المتعلقة بالإعفاء من المسؤولية؛ واستثنى ثلاث حالات يمكن فيها للناقل التنصيص على شرط الإعفاء من المسؤولية في سند الشحن وهي :

أولاً: شرط الإهمال⁽¹⁾؛

ثانياً: شرط ما يقال كائن أو أن الوزن مجهول⁽²⁾؛

ثالثاً: إذا تم الشحن على ظهر السفينة بناء على موافقة الشاحن⁽³⁾.

في حين شددت كل من اتفاقية بروكسيل، وهامبورغ على بطلان كل شرط من شأنه إعفاء مسؤولية الناقل وذلك لحماية مصالح الشاحنين⁽⁴⁾. في الوقت نفسه نصت اتفاقية هامبورغ على إمكانية الزيادة في الالتزامات التي تقع على عاتق الناقل أو تزيد من مسؤوليته.

المطلب الثاني: مسؤولية الناقل بين مدونة التجارة البحرية المغربية والاتفاقيات الدولية

لبيان مدى تأثير الاتفاقيات الدولية على التشريع الوطني وخاصة في المنازعات البحرية لابد من الوقوف عند الإجراءات المتبعة في دعوى مسؤولية الناقل في ظل القانون البحري الوطني وفق ظهير 1919، ثم الوقوف على مدى قدرة هذه الاتفاقيات على تطوير نظام التقادم المرتبط بقيام المسؤولية وسقوط الحقوق في النزاع القضائي البحري.

(1) يجوز للناقل أن يدرج في سند الشحن شرطاً يعفيه من الأخطاء المرتكبة من طرف الربان أو المرشد أو الملاحين في تنفيذ مهامهم التي تتعلق بالسفينة وهو ما يعرف بشرط الإهمال

(2) يحق للناقل البحري أن يدرج شروطاً في سند الشحن كما هو الشأن بالنسبة لشرط ما يقال كائن أو أن الوزن مجهول وغير ذلك من الشروط المشابهة.

(3) يجوز للناقل تضمين سند الشحن شرط الإعفاء من المسؤولية إذا تم الشحن على ظهر السفينة بناء على موافقة وإذن الشاحن

(4) محمد برادة غزبول، التصدير والاستيراد والإشكاليات القانونية، مطبعة دار النشر المعرفة الرباط، الطبعة الثانية سنة 1997 ص 156.

الفقرة الأولى: إجراءات دعوى مسؤولية الناقل في ظل القانون البحري والاتفاقيات الدولية

إن جمود القاعدة القانونية البحرية من خلال مدونة التجارة البحرية المغربية؛ قد ألقى بظلاله على دعوى المسؤولية في المنازعات البحرية لاسيما منها تلك المرتبطة بالناقل، لهذا يختلف القانون الدولي عن المحلي بكون التباين و الاختلاف يشمل كل الإجراءات المرتبطة بفض المنازعات وخاصة أمام القضاء وهو ما سنفككه.

أولاً: الاختلاف بين القانون البحري المغربي والاتفاقيات الدولية في أجل الإخطار

رتب المشرع المغربي من خلال القانون المتعلق بمدونة التجارة البحرية لسنة 2019 على عدم الأخطار؛ الدفع بعدم القبول. بينما اعتبرت اتفاقية هامبورغ ذلك اعتبار ذلك بمثابة تسلم المرسل اليه للبضاعة في حالة جيدة. لهذا يعتبر المشرع المغربي أن الأخذ بالأخطار إجراء مسطري فقط؛ لا يدفع به إلا في حالة الهلاك الجزئي أو العوار دون الهلاك الكلي؛ أو التأخير في التسليم، وبذلك يوجه هذا الإخطار في أجل لا يتعدى 8 أيام من التاريخ الذي وضعت فيه البضائع فعلياً تحت تصرف المرسل إليه، وهو ما أصله قضاء النقض في إحدى قراراته⁽¹⁾.

غير أن اتفاقية هامبورغ دقت في أجل الإخطار فميزت بين الهلاك الظاهر، والهلاك الخفي؛ حيث يوجه الإخطار في الهلاك الظاهر في اليوم الأول الذي يلي يوم استلام المرسل إليه البضاعة، بينما مددت الأجل إلى 15 يوماً كلما كان ذلك خفياً. كما وقفت الاتفاقية أيضاً عند حالة التأخر في التسليم لتنص على ضرورة توجيه المرسل اليه الإخطار بذلك إلى الناقل خلال 60 يوم متصلة ليوم التسليم⁽²⁾، وهو الإجراء الذي سكت عنه المشرع البحري المغربي.

(1) قرار المجلس الأعلى بتاريخ 1987/2/4 عدد 235 ملف 5584 غير منشور

(2) المبروك إقزيرة عمران، دعوى المسؤولية الناشئة عن عقد النقل البحري للبضائع، مطبعة دار السلام الرباط، الطبعة الأولى 2009، ص 161

ثانيا: التباين بين القانون الوطني والاتفاقيات الدولية في رفع الدعوى

أشار القانون البحري المغربي إلى أن رفع دعوى مسؤولية الناقل مقيد بأجل 90 يوما تبتدئ من تاريخ الاحتجاج المعلن⁽¹⁾. في حين لم تحدد اتفاقية هامبورغ أجل معيناً ومحددا لرفع الدعوى لكونها لم تأخذ بنظام الدفع بعدم القبول.

ثالثا: المحكمة المختصة بين الاتفاقيات الدولية والقانون البحري المغربي

سكت ظهير 31 مارس 1919 عن ذكر المحكمة المختصة بالنظر في دعوى مسؤولية الناقل، وهو ما خلف فراغا تشريعيا في القانون البحري الوطني، وهو الثغرة التي عالجتها اتفاقية هامبورغ حيث منحت للمدعي إمكانية الخيار رفع الدعوى أمام المحاكم التالية .

- محكمة المقر الرئيسي للمدعى عليه وعند عدم وجوده فأمام محكمة محل إقامته.
- محكمة مكان إبرام العقد بشرط أن يكون للمدعي مقر عمل أو فرع أو وكالة أبرم العقد عن طريقها.

- ميناء الشحن أو ميناء التفريغ.

- أي مكان آخر يعين لهذا الغرض في عقد النقل البحري.

الفقرة الثانية: تقادم الدعوى بين المشرع البحري المغربي والاتفاقيات الدولية

يعتبر التقادم بمثابة الوقت الأقصى للإجراءات القانونية بعد حادثة أو واقعة قانونية أمام القضاء . وعندما تمر هذه الفترة الزمنية المحددة لقانون التقادم، لا يمكن رفع دعوى قضائية، أو إن تم رفعها مسبقاً ستكون عرضة للطعن، فيعد بذلك القائم بالدعوى متخلياً من تلقاء نفسه وحقه ساقط بمرور المدة الزمنية المحددة في القانون. وهي إجراءات عامة لا تستثنى منها المنازعات المرتبطة بالتجارة البحرية. لهذا سعت اتفاقية هامبورغ على تطوير المقتضيات المتعلقة بالتقادم الواردة القانون البحري المغربي؛ لهذا حددت أجل سنتين كأجل لتقادم الدعاوى المرتبطة بمسؤولية الناقل في حين ما يزال القانون الوطني محافظاً على أجل السنة.

(1) أجل التسعين يوما هو بمثابة أجل سقوط لا يخضع للتوقف أو الانقطاع و كاستثناء يمكن إخضاعه لذلك إذا كانت هناك مفاوضات بين الناقل و المرسل إليه للوصول إلى حل و دي للنزاع فإذا لم تسفر هذه المفاوضات على حل النزاع فإن الأجل يبتدئ من جديد وهذا الأجل لا يعد من النظام العام و بتالي لا يجوز للقاضي أن يثيره من تلقاء نفسه بل لا بد من أن يتمسك به الناقل أو ممثله

لهذا اعتبرت أن مدة التقادم تبدأ من يوم قيام الناقل بتسليم البضائع أو جزء منها، وفي حالة عدم تسليم البضائع تبدأ المدة من آخر يوم كان من المفترض أن تسلم فيه⁽¹⁾، على العكس من التشريع البحري المغربي الذي ربط أجل بدء حساب التقادم بتاريخ وصول البضاعة أو من التاريخ الذي يفترض فيه أن تصل فيه وفق الفصل 263 من مدونة التجارة البحرية⁽²⁾.

بل الأكثر من ذلك ذهبت اتفاقية هامبورغ بعيدا حيث أجازت الاتفاق على تمديد مدة التقادم، والإطالة فيه. مع تشديدها على عدم إمكانية الأطراف المتنازعة على الاتفاق على تقصير مدته، وبذلك توفر الحدود الدنيا لحماية الطرف الضعيف في العقد وهو الشاحن.

(1) المبروك اقزيرة عمران، م س، ص 190.

(2) تتقادم جميع الدعوى الناتجة عن عقد تأجير سفينة بمرور سنة ابتداء من تاريخ بلوغ البضائع إلى ميناء الوصول أو في حالة عدم وصولها ابتداء من تاريخ اليوم الذي كان عليها أن تصل فيه في الأحوال العادية.

المبحث الثاني: دور الاتفاقيات الدولية في سد الفراغ التشريعي في القانون البحري المغربي

لعبت الاتفاقيات الدولية الصادرة عن منظمة العمل الدولية دوراً محورياً في معالجة جميع المقتضيات المرتبطة بعقد الشغل البحري بما في ذلك المقتضيات القانونية التي سكت عنها المشرع المغربي في الظهير المؤرخ بتاريخ 31 مارس 1919 سواء تعلق الأمر بنظام الشغل البحري أو ما يتعلق بالضمان الاجتماعي للبحارة .

المطلب الأول: نظام الشغل البحري وفق اتفاقيات منظمة العمل الدولية

يعتبر العنصر البشري مكوناً رئيساً في السلسلة التجارية البحرية بهذا يعتبر تنظيم الشغل على ظهر السفينة من بين أهم القضايا التي يمكن أن توفر سلامة المرحلة واستقرار النشاط التجاري؛ فنظام الشغل البحري هو الضامن الأساسي للاستقرار هذه المعاملات المرتبطة بالسفينة خاصة تلك التدابير التي يتعين احترامها عند تنفيذ عقد الشغل البحري بما في ذلك مدة العمل، والعطل المستحقة الأداء.

الفقرة الأولى: تنظيم الاتفاقيات الدولية لمدة العمل

بناء على التنامي المستمر لقطاع الشحن البحري، فإن هنالك اتفاق واسع النطاق على الحاجة لوجود حماية من نوع خاص للبحارة، خاصة أن البحارة غالباً ما يستثنون من قوانين الشغل الوطنية، وهو ما يحتم على المنظمات الدولية ذات الصلة التدخل لتوفير الحدود الدنيا من الضمانات القانونية والحقوقية لهذه الشريحة الواسعة.

ويقصد بالبحار أي شخص موظف، أو يعمل أو يرتبط بأي صفة على متن سفينة تطبق عليها الاتفاقيات الدولية ذات الصلة. وهذا يشمل مجموعة العمال الذين يتم إحضارهم على متن السفينة كعمال إضافيين، ويشمل موظفي الفنادق على متن السفن السياحية – وأي شخص يعمل على متن السفينة. حول اتفاقية العمل البحري إذا كان هناك أي شك من تغطية الاتفاقية لسفينة أو لشخص، فلا بد من توضيح الحالة بالتشاور بين سلطات الدولة مع مالك السفينة ومع منظمة البحارة ذات العلاقة⁽¹⁾.

(1) فائز دنون جاسم، مبادئ القانون البحري: نشأته وتطوره، السفينة أشخاصها، دار امجد للنشر و التوزيع، الطبعة الأولى 2017، عمان الأردن، ص33.

إن الملاحظة التي تستشف من النصوص التشريعية لظهير 31 مارس 1919 تؤكد أن المشرع المغربي لم ينظم في المقتضيات المتعلقة بمدة العمل في عقد الشغل البحري، على عكس الاتفاقيات الدولية الصادرة عن منظمة العمل الدولية التي فصلت في ذلك لما يمثل الأمر من أهمية في الميدان التجاري البحري⁽¹⁾.

يشار في ذات القانون بوقت العمل الفعلي مجموع الساعات التي يقضيها البحارة على ظهر السفينة بأمر الربان، وسبق وأن حددت الاتفاقية الخاصة بالأجور، وساعات العمل، وأعداد العاملين على ظهر السفن مدة العمل بالنسبة لكل فئة من أفراد الطاقم، وذلك في المواد من 11 إلى 18 منها⁽²⁾.

كما نصت على أن البحارة دون 16 سنة لا يجوز تشغيلهم ليلا وذلك حسب منطوق المادة 20 من الاتفاقية رقم 109، والتي جاء فيها "لا يجوز تشغيل أي شخص دون السادسة عشر ليلا".

هذا ونشير إلى أن المشرع المغربي سار على نفس نهج أغلب الاتفاقيات الدولية المحددة لسن الشغل البحري، فحدده في 16 سنة وفق الفصل 166⁽³⁾، غير أنه أضاف تخصيصا آخر وصفه بالبحار التلميذ، في حين لم يلتفت إلى تنظيم عمل هؤلاء على ظهر السفينة أو الباخرة، خاصة في الشغل الذي يشكل خطرا على حياتهم، فباستثناء الفصل 176 الذي يمنع عمل البحارة الأطفال داخل غرف التسخين والوقود، فإن التشريع البحري الوطني ما يزال تقليديا ولم يواكب التطورات التقنية والتكنولوجية التي يعرفها القطاع البحري.

(1) فريد الحاتمي، الوسيط في القانون البحري المغربي، الجزء الأول السفينة والملاحة البحرية. مطبعة دار النشر المغربية، طبعة سنة 2000، ص 369.

(2) تنص المادة 13 من الاتفاقية رقم 109 على أنه لا يجوز أن تتجاوز ساعات العمل العادية للضابط أو البحار 24 ساعة في أي فترة يومين متعاقدين حين تكون السفينة في عرض البحر وحين تكون السفينة في الميناء :

- مدة لا تتجاوز ساعتين لأداء الواجبات الروتينية و الصحة في أيام الراحة الأسبوعية
- ثماني ساعات في اليوم إلا إذا نص اتفاق جماعي على ساعات أقل في بقية الأيام.

ج- مائة وأثنى عشر ساعة في أي فترة أسبوعين متعاقدين .

(3) المعدل بظهير 4 دجنبر 1961.

هذا ويتعين على البحار أن يقوم يوميا خارج ساعات عمله بتنظيف مركزه، والمرافق الملحقة به ولوازم الأكل والنوم دون أن يقابل ذلك أجرة إضافية وفق ما نص عليه المادة 25؛ لكن لا ينبغي أن يستفاد من هذا المقتضى حرمان البحار من الحصول على ساعات عمل إضافية كلما اقتضت الحاجة العامة ذلك سيرا على ما ورد في المادة 19 و 27 من الاتفاقية رقم 109، وعليه فالربان ملزم بأن يمكسك دفترا للساعات الإضافية، ويرقمه، ويوقعه رئيس الشؤون البحرية تطبيقا لمقتضيات المادة 28 من ذات الاتفاقية.

الفقرة الثانية: تنظيم الاتفاقيات الدولية للعطل المستحقة الأداء

وقفنا سابقا عند فكرة أساسية مفادها أن المشرع المغربي لم ينظم بشكل دقيق في القانون المتعلق بمدونة التجارة البحرية لسنة 1919 العطل وأيام الراحة المستحقة الأداء للبحارة.

أما بالنسبة للاتفاقيات الدولية فقد بوأ هذا المقتضى مكانة معتبرة خاصة في جانبه المتعلق بالتنظيم؛ فالبحارة الذين أمضوا أكثر من شهر عمل مستمر يمكن لهم أن يستفيدوا من العطل السنوية على أساس يومين ونصف يوم من كل شهر من الخدمة على ظهر السفينة، ولقد نصت الاتفاقية رقم 146 المتعلقة بالعطل المؤدى عنها لسنة 1976 على إلزامية الأخذ بالمبدأ القاضي بأن لا يدخل في حساب هذه العطلة السنوية المؤدى عنها أيام العطلة الرسمية في دولة العلم، وكذا فترات العجز عن العمل على إثر حادثة أو مرض أو ولادة ورخص التغيب والعطل التعويضية تطبيقا لمادة السادسة من الاتفاقية رقم 146.

لهذا يمنع على المشغلين في القطاع البحري إبرام عقد عمل بحري آخر خلال فترة العطلة المؤدى عنها. إذ بإمكان المجهز استدعاء هذا البحار قبل انتهاء مدة العطلة؛ في حين تبقى التعويضات المستحقة خلال هذه العطلة قائمة، مع العلم أنها تعادل الأجر المتفق عليه في سجل البحارة، ويضاف إليه تعويضا عن الطعام، والتعويضات العائلية. وتستحق هذه العطلة مرة واحدة أو مرتين في السنة⁽¹⁾ بصورة غير متقطعة ما لم يوجد إذن أو اتفاق

(1) تنص المادة 6 من الاتفاقية رقم 149: "لا يحسب على جزء من الحد الأدنى للإجازة السنوية مدفوعة الأجر المنصوص عليها في المادة 3 ما يلي:

- العطل الرسمية و المعتادة المعترف بها كأيام عطلة البلد التي ترفع السفينة علمها.
- فترات العجز عن العمل الناجمة عن المرض أو الإصابة أو الوضع بشروط تضعها السلطة المختصة.

مخالف تطبيقا لما ورد في منطوق المادة 8 من الاتفاقية رقم 146، ويجب دفع أجور التعويضات عن العطلة السنوية المؤدى عنها للبحارة مباشرة شخصيا؛ أو ذوي حقوقه في حالة وفاته.

المطلب الثاني: تنظيم الاتفاقيات الدولية لنظام الضمان الاجتماعي للبحارة

لم يعالج ظهير 31 مارس 1919 نظام الضمان الاجتماعي للبحارة بل ترك الأمر غامضا، حيث اقتصر تنظيم هذا الجانب الحيوي في القانون الاجتماعي البحري على بعض القرارات الوزارية وبعض اتفاقيات الشغل الجماعية المعتمدة في هذا الصدد.

وفيما يتعلق ببحارة الصيد بأعالي البحار يتم التصريح بضمانهم الاجتماعي وفقا لأجرهم الشهري المسجل بعقد الالتزام البحري حسب ما تم تحديده في الفصل 165 من قانون التجارة البحرية، والذي يتفق عليه من قبل البحار والمشغل بناء على قاعدة العقد شريعة المتعاقدين. غير أن الإشكال غالبا ما يطرح في القضايا المرتبطة بالتعويضات المستحقة للبحارة في حالة العجز عن العمل، والتعويضات المستحقة في حالة التقاعد والوفاة.

الفقرة الأولى: تعويضات العجز عن العمل بين القانون المحلي والاتفاقيات الدولية.

تنص الاتفاقية رقم 71 المتعلقة بالضمان الاجتماعي للبحارة على أن البحارة الذين يكونون في حالة العجز عن العمل سواء كان ذلك بسبب إصابة عمل أو مرض يستحقون إعانات نقدية. كما تشدد المادة الثانية من ذات الاتفاقية على أن البحار الذي يقطن بالبلد الذي سجلت فيه السفينة وترك في بلد آخر بسبب إصابة لحقت به أثناء أدائه لوظيفته في خدمة السفينة أو بسبب مرض ألم به، ولا يرجع ذلك لفعل متعمد قام به؛ يستحق ما يلي:

- 1- رعاية طبية مناسبة⁽¹⁾ وكافية إلى أن يشفى أو يعاد إلى وطنه.
- 2- الطعام والسكن إلى أن يتمكن من الحصول على عمل مناسب أو يعاد إلى وطنه
- 3- الإعادة إلى الوطن.

(1) تنص الفقرة الأولى من المادة 1 من الاتفاقية رقم 71 على أنه "يحق للبحارة إعانات طبية لا تقل مواتاة فيما يتعلق بشروط منحها و نطاقها و مدتها عن الإعانة التي تحق لعمال الصناعة و عندما لا تحق لهؤلاء إعانة طبية توفر للبحارة رعاية طبية مناسبة و كافية".

الفقرة الثانية: دور الاتفاقيات الدولية في ضمان تعويضات التقاعد والوفاة.

أحاطت الاتفاقية الدولية رقم 71 لسنة 1946 المتعلقة بمعاشات البحارة بالعديد من الجزئيات المتعلقة بتحديد شروط استحقاق الراتب عند التقاعد والعجز عن العمل في الشغل البحري، لهذا كانت متقدمة جدا عن التشريعات الوطنية وخاصة مدونة التجارة البحرية التي ما تزال وفيه للعلاقات الشغلية بداية القرن الماضي. لهذا فصلت هذه الاتفاقية في بيان معاش التقاعد، ومقداره وكيفية احتسابه⁽¹⁾ كما أضافت المادة التاسعة من الاتفاقية رقم 166 لسنة 1987 إضافات نوعية على هذا الجانب. حيث يدفع التعويض في حالة التقاعد؛ للبحارة الذين استكملوا المدة المقررة في الخدمة البحرية عند بلوغهم سن الخامسة والخمسين أو الستين.

في حين يحق لورثة البحار أما في حالة الوفاة الاستفادة من تعويضات أو إعانات نقدية تعادل تلك التي يستحقها ورثة عمال الصناعة وتمنح هذه التعويضات المستحقة وفقا لمعدلات تتناسب مع احتياجاتهم مع ضرورة مراعاة مستوى المعيشة في البلد.

خاتمة:

لعبت السياسة الدولية المعتمدة من طرف دول العالم المتمثلة في وضع الاتفاقيات الدولية المنظمة للمجال البحري دورا كبيرا في تنظيم المادة البحرية كما لعبت دورا كبيرا في حماية المصالح البحرية لجميع الدول المنظمة والمصادقة على هذه الاتفاقيات.

فإذا كان المبتغى من تشريع الاتفاقيات الدولية المنظمة للمنازعات البحرية هو توحيد بعض التشريعات لحل مشكل تنازع القوانين؛ فإن عائقا جوهريا يواجه المشرع الدولي والمتمثل في إشكالية عدم دخول العديد من هذه النصوص حيز التطبيق، كما أن تطبيق بعضها يتسم بالمحدودية لتراخي بعض البلدان في المصادقة أو الانضمام لها، كما هو الحال بالنسبة للمملكة المغربية التي امتنعت عن الانضمام، والمصادقة على بعض الاتفاقيات الدولية المنظمة للمجال البحري لاسيما الصادرة عن منظمة العمل الدولية، وبالتحديد تلك المتعلقة

(1) تنص الاتفاقية رقم 71 على "و لا يقل معدل المعاشات بعد إضافة أي معاش آخر من الضمان الاجتماعي يستحقه المتقاعد في نفس الوقت عن ناتج جمع نسبة عن كل سنة قضاها في الخدمة البحرية و تساوي 1.5 في المائة من الأجر الذي حسب على أساسه الاستراحت المدفوعة عند بلوغ سن الخامسة و الخمسين أو تساوي 2 في المائة من هذا الأجر إذا كان النظام يمنح معاشات عند بلوغ سن الستين سنة.

بحماية أشخاص الملاحة البحرية، كما يلاحظ قلة الاتفاقيات التي صادق عليها المغرب أو أنضم إليها. ويبقى الأمل مفتوحا في أن يسعى المشرع المغربي إلى سن مدونة جديدة ومتطورة لتواكب المنازعات البحرية المستجدة.

خصوصيات دعوى المسؤولية الناشئة عن عقد النقل البحري للبضائع بين القانون البحري المغربي واتفاقية هامبورغ لسنة 1978.

ذ/ عبد العزيز اليازدي

باحث في سلك الدكتوراه

كلية العلوم القانون والاقتصادية والاجتماعية.

جامعة ابن زهر بأكادير

مقدمة :

يعتبر النقل البحري الوسيلة الرئيسية المعول عليها في تبادل السلع والبضائع والرساميل ونقلها⁽¹⁾، وازدادت هذه الأهمية بعد اكتشاف عدة ممرات بحرية من ذلك طريق الرجاء الصالح وفتح قنوات بحرية استراتيجية مثل قناة السويس، ومن ثم فلا عجب إذا اتجهت الاستثمارات العملاقة الضخمة إلى ميدان النقل البحري، وما يرتبط به من إنشاء موانئ وبناء سفن وغيرها من المنشآت العامة، وقد انعكست هذه الأهمية البالغة للنقل البحري على الحركة التشريعية سواء على المستوى الوطني أو الدولي، وهو ما تجلى من خلال إقرار معاهدة بروكسيل لسنة 1924 المتعلقة بالقواعد الخاصة بسندات الشحن التي خضعت لعدد التعديلات، ثم اتفاقية الأمم المتحدة لسنة 31 مارس 1978 المعروفة بقواعد هامبورغ⁽²⁾ و الخاصة بالنقل البحري للبضائع⁽³⁾.

وتخضع دعوى المسؤولية في عقد النقل البحري للقواعد العامة المنصوص عليها في قانون المسطرة المدنية من حيث إجراءات رفعها، واختصاص المحكمة، وأطراف الدعوى،

(1) عبد الرزاق أيوب مسؤولية الناقل البحري للبضائع بين القانون البحري المغربي واتفاقية هامبورغ لسنة 1978، مجلة طنطيس للقانون والاقتصاد العدد 7، سنة 2008، ص 135 وما بعدها.

(2) دخلت حيز التنفيذ في نونبر 1992 بعد أن صادقة عليها عشرين دولة آخرها زامبيا في شهر أكتوبر سنة 1991، وقد انضم إليها المغرب بتاريخ 17 يوليوز 1981، ونشرت بالجريدة الرسمية عدد 3953 بتاريخ 3 غشت 1988 بمقتضى الظهير الشريف الصادر بتاريخ 14 نونبر 1986.

(3) المبروك اقريرة عمران، دعوى المسؤولية الناشئة عن عقد النقل البحري للبضائع. أطروحة لنيل دكتوراه في القانون الخاص. كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية أكادير، الرباط لسنة 2009، ص 13.

وترفع عادة من الشاحن أو المرسل إليه ضد الناقل البحري ويحصل في الغالب أن يؤدي المؤمن التعويض عن الضرر الحاصل للبضاعة المؤمن عليها ليحل محل الشاحن أو المرسل إليه في دعوى المسؤولية ضد الناقل.⁽¹⁾

وكما هو الشأن في جميع المنازعات و الخصومات التي تعرض على القضاء، فإن الدعوى الناشئة عن عقد النقل البحري تقوم بين طرفين أحدهما مدعي والآخر مدعى عليه (المطلب الأول). ولما كانت هذه الدعوى تتعلق بالميدان البحري كان لابد أن تتميز بخصوصية سواء من حيث إجراءاتها أو من حيث الآثار المترتب عنها (المطلب الثاني).

(1) يونس بنونة، مسؤولية الناقل البحري على ضوء القانون المغربي ، دراسة مقارنة مع اتفاقية هامبورغ لسنة 1978، المطبعة السريعة الدار البيضاء، 1998، ص 130.

المطلب الأول: أطراف دعوى المسؤولية

تجمع الدعوى الناشئة عن عقد النقل البحري طرفين هما المدعي و المدعى عليه، فالمدعي في دعوى مسؤولية الناقل البحري يتمثل أساسا في الشاحن وقد يكون هو الطرف المرسل إليه البضاعة كما قد يكون هو المؤمن إذا كانت البضاعة المنقولة مؤمنا عليها، أما المدعى عليه أي الطرف الثاني فيتجلى في الناقل البحري بدرجة أولى وقد يكون هو الشركة المكلفة بالشحن و التفريغ إما وحده أو بمعية الناقل إذا كانا قد ساهما معا في إلحاق الضرر بالسلعة أو البضاعة المنقولة.

الفقرة الأولى: المدعي في دعوى المسؤولية⁽¹⁾

تقام دعوى المسؤولية بحسب الأصل من الشاحن باعتباره الطرف الأصيل في عقد النقل البحري، وقد ترفع من طرف المرسل إليه ما دام هو المستفيد من سند الشحن وإن كان الفقه قد اختلف في الأساس القانوني لحقه في تسلم البضاعة، كما ترفع دعوى المسؤولية من طرف المؤمن إذا كانت البضاعة مؤمن عليها.

أولا: الشاحن أو المرسل إليه

لما كان عقد النقل يقوم أساسا بين الشاحن و الناقل إذ يتعهد الناقل بتنفيذ التزاماته وإيصال البضاعة سالمة إلى ميناء الوصول، فإن قصرا في التزامه هذا كان للشاحن حق مقاضاته ومطالبته بالتعويض عند تضرر بضاعته، وقد جرى العمل على أن يكون المستفيد من عقد النقل شخصا آخر يسمى المرسل إليه، إذ يكون هذا الأخير صاحب الحق في تسلم البضاعة وكذا مقاضاة الناقل البحري مباشرة بالرغم من كونه ليس طرفا في عقد النقل البحري.

(1) يعرف الفقه المدعي في دعوى مسؤولية الناقل البحري " باعتباره هو الذي أبرم عقد النقل مع الناقل كما تثبت أيضا للمرسل إليه، وهذا المرسل إليه إما أن يكون محددًا في سند الشحن أو أي شخص أصبح حاملا لسند الشحن هذا بطريقة قانونية بحيث يكون هو صاحب الحق في المطالبة باستلام البضاعة كما يحق للمؤمن إقامة الدعوى ضد الناقل للمطالبة بالتعويض الذي منحه المؤمن له الذي قد يكون الشاحن أو المرسل إليه" -المختار بكور، الوجيز في القانون البحري شركة بابل للطباعة و النشر و التوزيع، الرباط، سنة 1997، ص 120.

1- الشاحن:

يعتبر الشاحن، وهو الجهة أو الشخص الذي عهد بنقل البضاعة إلى الناقل البحري، الطرف الأصيل في عقد النقل، إذ هو الذي عقد اتفاق النقل مع الناقل وهو الذي أودع البضاعة أو السلعة بين يدي هذا الأخير قصد نقلها إلى الجهة المعينة لها، أو تسليمها إلى الشخص المحدد، الذي قد يكون أحد من الغير وقد يكون هو الشاحن نفسه⁽¹⁾.

ومن الواضح أن دعوى المسؤولية الناشئة عن عقد النقل البحري هي، كما سبق بيان ذلك، مسؤولية عقدية، إذ أنها تنبني على عقد النقل، كما أكد على ذلك القضاء في مناسبات مختلفة ومتعددة⁽²⁾، وهذا يعني أن يكون الشاحن هو من تعاقد مع الناقل على نقل البضاعة، بغض النظر عما إذا كان مالكا لها أو موجرا أو وكिला عليها، بل وحتى ولو كان مغتصبا لها⁽³⁾، إذ المهم أن يكون الشاحن هو الذي عهد إلى الناقل بنقل البضاعة أو تسلم منه سند الشحن المتولد عن عقد النقل⁽⁴⁾.

2- المرسل إليه⁽⁵⁾:

من الناحية العملية، يغلب أن لا يكون الشاحن هو نفسه المرسل إليه بحيث يكون الشاحن شخصا و المرسل إليه شخصا آخر، وحينئذ يضم عقد النقل البحري ثلاثة أطراف يتمثلون على التوالي في: الشاحن، والناقل، والمرسل إليه الأمر الذي يقتضي تحديد الشخص الذي له صفة مدعى في دعوى المسؤولية الناشئة عن عقد النقل البحري، هل هو الشاحن أم المرسل إليه؟

(1) المبروك اقريرة عمران، دعوى المسؤولية الناشئة عن عقد النقل البحري للبضائع. مرجع سابق، ص 30.
(2) قرار محكمة النقض المصرية، الطعن رقم 145 بتاريخ 17 أبريل 1973، أورده سعيد أحمد شعله قضاء النقض التجاري في عقد النقل، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية 1993، ص 104.
(3) إبراهيم مكي إبراهيم، دعوى المسؤولية على الناقل البحري، مطبعة المدني، القاهرة، 1973، فقرة 10، ص 4.
(4) أحمد كيلاني، التقاضي في عقد النقل البحري، القاهرة 2001، فقرة 57، ص 58.
(5) "يقصد بمصطلح المرسل إليه الشخص الذي له الحق في تسلم البضائع" وهو ما نصت عليه الفقرة الرابعة من المادة الأولى من اتفاقية الأمم المتحدة لسنة 1978.

وعلى هذا الأساس يمكن أن يكون المرسل إليه شخصا معروفا محددًا باسمه بحيث يتم النقل بناء على سند الشحن اسمي أو وثيقة اسمية، كما يمكن أن يقع نقل البضاعة وفق سند شحن صادر لأمر المرسل إليه، وبعد ذلك يخضع سند الشحن لعملية التظهير ويتم تسليمه إلى شخص من الغير، وأخيرا قد يحصل أن يتسلم الشاحن من الناقل سند شحن لحامله يعمدا هو بدوره إلى تسليمه إلى شخص آخر، وهذا يعني أن المرسل إليه قد يكون من ذكر اسمه بصورة صريحة في سند الشحن الاسمي، أو المظهر إليه الأخير في سند الشحن لأمر أو هو الحامل الأخير لسند الشحن لحامله.

وإذا كان الاتفاق منعقدا في الآونة الراهنة على الاعتراف للمرسل إليه بحقه في مباشرة الدعوى تجاه الناقل، ويملك صفة المدعي في مواجهته ومنذ تاريخ تحرير سند الشحن باسمه إذا كان السند اسميا، أو من تاريخ استلامه له، إذا كان سندًا لحامله، أو من تاريخ تظهيره إذا كان سندًا إذنيًا أو لأمر، إلا أن الخلاف قد نشأ واحتد بمناسبة محاولات تكييف حق المرسل إليه في مواجهة الناقل، وتأصيل هذا الحق أي بيان السبب القانوني للرابطة الجامعة بين الناقل و المرسل إليه، ففي هذا المضمار برزت عدت محاولات فقهية، بعضها يستند لنظرية الاشتراط لمصلحة الغير وبعضها الآخر يركز على فكرة النيابة الناقصة، في حين يعتقد اتجاه ثالث أن الأمر يشكل تطبيقًا من تطبيقات الدعوى غير المباشرة⁽¹⁾.

ثانيا: المؤمن

انطلاقا من مقتضيات المادة 367 من ظهير 31 مارس 1919 الذي ينص على ما يلي: "إن أداء المؤمن التعويضات الملقاة على عاتقه ينقل بقوة القانون وعن طريق الحلول، جميع الحقوق والدعاوى والمتابعات التي يملكها المؤمن له ضد الغير بسبب الخسائر و العواريات التي استوجبت هذا الأداء.

كما أنه يجوز أيضا للمؤمن الملزم بأداء الخسائر و العواريات التي تقع مسؤوليتها على الغير، أن يطالب هذا الأخير باسمه الخاص، حتى ولو كان الأداء من طرفه لم يقع بعد"

يتضح من نص الفصل أعلاه أن المؤمن يتمتع بحق ثابت وجلي في مقاضاة الناقل البحري، وبالتالي يمكن أن يصبح شأنه في ذلك شأن كل من الشاحن والمرسل إليه، طرفا مدعيا في دعوى المسؤولية التي يمكن إقامتها في مواجهة الناقل البحري، نتيجة الأضرار

(1) المبروك اقيرة عمران، دعوى المسؤولية الناشئة عن عقد النقل البحري للبضائع، مرجع سابق، ص 33.

والخسائر التي تصيب البضاعة المشحونة وهي في عهدة الناقل، أو نتيجة عدم تنفيذ عقد النقل أو تنفيذه تنفيذا معيبا بشكل أدى إلى عدم وصول البضاعة، أو التأخير في وصولها⁽¹⁾.

الفقرة الثانية: المدعى عليه في دعوى المسؤولية

أما المدعى عليه فهو الناقل سواء كان المتعاقد الأصلي أو الناقل الفعلي، فالمتعاقد الأصلي هو الذي يتعاقد مع الشاحن على نقل البضاعة إلى ميناء الوصول و يمكن لهذا المتعاقد الأصلي أن يعهد بنقل البضاعة إلى ناقل آخر لا تربطه بالشاحن أي علاقة تعاقدية وهو الذي يسمى بالناقل الفعلي، وبالتالي توزع المسؤولية بينهما كل حسب مساهمته في رفع الضرر.

أولا: الناقل البحري

ترفع دعوى المسؤولية عن الأضرار التي لحقت البضاعة المنقولة على شركات الملاحة والتي لها صفة الناقل البحري. كما قد يكون الناقل البحري هو المجهز أو مستأجرها أو الربان حسب الأحوال التي يتم فيها التوقيع على سند الشحن باعتباره أداة إثبات لعقد النقل البحري.

1- شركة الملاحة البحرية:

إن تدخل مقاول الشحن و التفريغ (شركة الملاحة البحرية) في عملية النقل البحري بات حتميا وإجباريا في النظم القانونية المعاصرة، نظرا لحق الاحتكار المسند إليها بموجب النصوص التشريعية النافذة في هذا المجال، وهكذا تكون مسؤولية مقاول الشحن مسؤولية عقدية ويكون هو المدعى عليه في مواجهة الشاحن أو المرسل إليه، إذا كان الناقل البحري قد تعاقد مع المقاول المذكور نيابة أو بتوكيل من المرسل إليه أو الشاحن⁽²⁾.

2- الربان:

تنص المادة 140 من ظهير 31 مارس 1919 بما يلي: "كل ربان أو قائد أو رئيس مكلف بقيادة سفينة أو أي مركب آخر، مسؤول عن أخطائه حتى الخفيفة منها في ممارسة مهامه"

(1) يونس بنونة، مسؤولية الناقل البحري على ضوء القانون المغربي، دراسة مقارنة مع اتفاقية هامبورغ لسنة 1978، مرجع سابق، ص 134 وما بعدها.

(2) عبد الرزاق أيوب، مسؤولية الناقل البحري للبضائع بين القانون المغربي واتفاقية هامبورغ لسنة 1978، مرجع سابق، ص 180 وما بعدها.

وعلى هذا الأساس استقر الرأي السائد في الفقه و القضاء على أن الربان ممثل ونائب قانوني عن المجهز يتولى باسمه ونيابة عنه إبرام عقود عمل البحارة والملاحين وشحن البضاعة والسلع وتمثيل المجهز في الدعاوى التي يرفعها أو التي ترفع عليه، مثل دعوى المسؤولية الناتجة عن عقد النقل البحري للبضائع.

ثانيا: شركة استغلال الموانئ

غالبا ما تدخل عمليات الشحن و الإفراغ ضمن مهام الناقل البحري والذي يتعاقد مع مقاول للشحن والإفراغ لأجل هذه الغاية، إلى أنه لا يوجد ما يمنع قيام المرسل إليه بهذه العملية عن طريق التعاقد مع مقاول حر.

ويمكن مقاضاة شركة استغلال الموانئ إما بصفتها مدعى عليها أصليا في الدعوى، أو بصفتها مدخلة في الدعوى.

1) مقاضاة الشركة بصفتها مدعى عليها أصليا

قد يتعذر على المرسل إليه أو مؤمنه معرفة السبب في الضرر الحاصل للبضاعة فيقوم بمقاضاة كل من الناقل البحري و شركة استغلال الموانئ على أساس أن البضاعة قد تضررت وهي في عهدهما معا، تاركا للمحكمة أمر تحديد الجهة المسؤولة عن الضرر وكذا نسبة مساهمة كل طرف في إحداثه، وقد تقتنع المحكمة بمسؤولية الناقل وحده فترفض الطلب في مواجهة شركة استغلال الموانئ على أساس قيامه بتحفظات دقيقة وهادفة تثبت كون البضاعة قد تضررت قبل إفراغها بواسطة ما يسمى بأوراق التنقيط، وقد لا يقوم المكتب بمثل هذه التحفظات فيعتبر ذلك قرينة على كون الناقل البحري سلم البضاعة مطابقة لأوصافها المضمنة بوثيقة الشحن وبالتالي يتحمل المكتب وحده مسؤولية الخصاص أو العوار، وقد يقوم المكتب بتحفظات تثبت ضرر جزء من البضاعة قبل إفراغها دون الإشارة إلى الجزء الآخر المتضرر منها فتلجأ المحكمة في مثل هذه الحالة إلى توزيع المسؤولية وتحميل المكتب قيمة الجزء المتضرر الذي يقع التحفظ بشأنه في أوراق التنقيط⁽¹⁾.

(1) يونس بنونة، مسؤولية الناقل البحري على ضوء القانون المغربي ، دراسة مقارنة مع اتفاقية هامبورغ لسنة 1978، مرجع سابق، ص 141 وما بعدها.

2) مقاضاة الشركة بصفتها مدخلة في الدعوى

غالبا ما يلجأ الناقل البحري عند مقاضاته بمفرده إلى تقديم طلب إدخال شركة استغلال الموانئ في الدعوى، مستندا في ذلك على أن الضرر الحاصل للبضاعة قد حدث وهي في عهده، ويلتمس بالتالي ضمانته في أداء التعويضات المطلوبة، لذلك يثور البحث عن علاقة الناقل البحري بشركة استغلال الموانئ.

المطلب الثاني: مسطرة رفع دعوى مسؤولية الناقل البحري

لقد أوجب المشرع على المرسل إليه عند مقاضاة الناقل البحري، القيام ببعض الإجراءات اللازمة لرفع دعوى المطالبة بالتعويض، وتتمثل هذه الإجراءات في توجيه إخطار بالهلاك أو التلف إلى الناقل البحري وكذا رفع دعوى التعويض داخل الأجل القانوني وأمام المحكمة المختصة وإلا كان للناقل البحري الدفع بعدم قبول الدعوى لعدم احترام هذه الإجراءات وأنه بعد رفع دعوى المسؤولية يقوم الناقل بالبحث عن الدفع الذي يمكن بواسطته رد هذه الدعوى للقول بعدم مسؤوليته، وقد يقتصر التمسك بالدفع على الدفع بالتقادم عند عدم رفع الدعوى داخل الأجل المحدد لها. وهذا ما سنتولى دراسته في ما سيأتي.

الفقرة الأولى: الإجراءات السابقة لإقامة دعوى المسؤولية

من أجل قبول سمع دعوى المتضرر في دعوى المسؤولية تجاه الناقل البحري أو من يحل محله بحسب الأحوال، واجب احترام مجموعة من الإجراءات التي تبقى ضرورية لأجل قبول هذه الدعوى، وهذه الإجراءات يمكن تلخيصها في ضرورة توجيه إخطار بالهلاك أو التلف، ثم ضرورة احترام أجل رفع الدعوى وإلا وجهة بعدم القبول.

أولاً: الإخطار بالهلاك أو التلف

نظراً لتباين واختلاف كل من التشريع المغربي وكذا اتفاقية الأمم المتحدة لسنة 1978 بخصوص توجيه الإخطار، لكون المشرع المغربي يرتب على عدم الإخطار الدفع بعدم قبول الدعوى، في حين أن الاتفاقية ترتب على عدم الإخطار اعتبار المرسل إليه قد تسلم البضاعة في حالة جيدة وسليمة، لذلك سنعالج الإخطار في ظل التشريع المغربي وثانياً في ظل اتفاقية الأمم المتحدة لسنة 1978.

1: الإخطار في القانون البحري المغربي

استناداً إلى مقتضيات الفصل 262 ق ت ب يجب على المرسل إليه أو مؤمنه إذا ما أراد مقاضاة الناقل البحري والحصول على التعويض أن يعبر عن إرادته بذلك بواسطة إخطار كتابي يوجهه إليه ويشعره فيه بالخصاص أو العوار الحاصل للبضاعة حتى يحاط الناقل علماً بالعجز أو العوار المدعى به ويستعد لدفع دعوى التعويض الموجهة إليه⁽¹⁾.

(1) يونس بنونة، مرجع سابق، ص 154.

أ: توجيه إخطار كتابي

يجب على المرسل إليه توجيه إخطار كتابي إلى الناقل البحري، ولا يشترط أن تكون الكتابة في شكل خاص، فقد يتم الإخطار على سند الشحن الذي يسلم للربان عند استلام البضاعة، ويشترط في الإخطار أن يكون معللا فلا عبرة بالإخطار الذي يأتي في صيغة عامة وغامضة، غير أن ذلك لا يعني ضرورة أن يكون الإخطار مفصلا ومحددا، وهذا ما أكدته الاجتهاد القضائي وكذا ما استقرت عليه استئنافية البيضاء في قرار لها بتاريخ 26 يونيو 1988 (1)

ب: زمن الإخطار

لقد أوجب المشرع على المرسل إليه أو مؤمنه توجيه الإخطار بالهلاك أو التلف داخل أجل ثمانية أيام من تاريخ وضع البضاعة تحت تصرفه الفعلي، ويعتبر هذا الأجل أجلا مسقطا يترتب على احترامه سقوط الحق في رفع الدعوى للمطالبة بالتعويض، ولا يدخل في حساب هذه المدة اليوم الأول و الأخير أي أنه أجل كامل، وكذلك أيام العطل والأعياد بصريح نص الفصل 262 ق ت ب: "داخل أجل لا يزيد عن الثمانية أيام غير محسوبة ضمنها أيام العطل"

2- الإخطار في ظل اتفاقية الأمم المتحدة

هناك اختلاف على مستوى تقديم الاحتجاج أو الإخطار، حيث أن اتفاقية هامبورغ ميزت بين ما إذا كان الضرر ظاهرا أو غير ظاهر، ففي الحالة الأولى فإن الاحتجاج يقدم في اليوم الموالي لتسليم البضاعة إلى المرسل إليه، أما إذا كان الضرر غير ظاهر فإن الاحتجاج يكون خلال 15 يوم الموالية لتسليم البضاعة إلى المرسل إليه، وإذا تعلق الأمر بتأخير فإن هذا الاحتجاج يجب أن يقام خلال أجل 60 يوم الموالية لتسليم البضاعة إلى المرسل إليه (2).

ثانيا: أجل رفع الدعوى

بعد أن يتم إخطار الناقل البحري بالضرر الحاصل للبضاعة عن طريق الاحتجاج الموجه إليه، يتعين كذلك على المرسل إليه أو مؤمنه رفع الدعوى في وقتها وميعادها القانوني الذي

(1) قرار استئنافية البيضاء رقم 1390 ملف عدد 2086 ثم القرار الصادر في 14\2\1989 عدد 347 ملف عدد 1757\86 غير منشور أورده يونس بنونة، مرجع سابق، ص 155.

(2) المبروك اقيرة عمران، دعوى المسؤولية الناشئة عن عقد النقل البحري للبضائع، مرجع سابق، ص 170.

نص عليه الفصل 262 ق ت ب، وإلا ترتب على ذلك سقوط الحق في رفعها وذلك حرصاً من المشرع على إنهاء منازعات النقل البحري بسرعة و كذا تفادي تراكم القضايا البحرية في المحاكم.

1- طبيعة هذا الأجل وكيفية احتسابه

ينص الفصل 262 ق ت ب و الذي وقع تعديله بمقتضى ظهير 17 مارس 1953 على أنه: " لا تقبل أية دعوى تعويض بسبب عوار خصوصي أو هلاك جزئي....إذا لم يقع تنظيم احتجاج معلل.... ولم يتبع هذا الاحتجاج بدعوى قضائية داخل أجل تسعين يوماً..."⁽¹⁾

يتضح من هذا النص أنه يجب على المرسل إليه أو مؤمنه أن يرفع دعوى التعويض في مواجهة الناقل البحري داخل أجل لا يتعدى تسعين يوماً، لكن التساؤل الذي يطرح في هذا الصدد يتمثل في تاريخ بداية هذا الأجل، هل هو من تاريخ توجيه الاحتجاج؟ أم من تاريخ انتهاء أجل الثمانية أيام على توجيه الاحتجاج؟.

لقد أجاب المجلس الأعلى على ذلك في قرار له بتاريخ 29\10\1986 في الحثية التالية "لكن بالرجوع إلى نص الفصل 262 ق ت ب يتأكد أن أجل التسعين يوماً يبتدئ من اليوم الموالي لتاريخ رسالة الاحتجاج كما أنه بالرجوع إلى الفصل 386 ق إ ع يحسب بالأيام الكاملة لا بالساعات، ولا يحسب اليوم الذي يبدأ التقادم منه في الزمن اللازم لتمامه ويتم التقادم بانتهاء اليوم الأخير من الأجل..."

وعلى هذا الأساس تبدأ مدة التسعين يوماً من اليوم الموالي لتاريخ توجيه رسالة الاحتجاج وليس من تاريخ انتهاء أجل الثمانية أيام على توجيه الاحتجاج⁽²⁾، لكون نص الفصل 262 ق ت ب جاء صريحاً في هذا الباب بأن يتبع الاحتجاج رفع دعوى التعويض داخل أجل التسعين يوماً⁽³⁾.

(1) راجع ظهير 31 مارس 1919 المادة 262 و التي حددت أجل رفع الدعوى في ثلاثين يوماً من تاريخ تقديم الاحتجاج.

(2) بخلاف ما ذهب إليه فريد الحاتمي من أن مدة 90 يوماً تبدأ من يوم تقديم الاحتجاج - م.س، ص 354.

(3) بلعكيد عبد الرحمان المرجع السابق، ص 198 الهامش رقم 1، حيث ذهب إلى أن التسعين يوماً يبدأ من نهاية ميعاد إخطار الناقل لا من تاريخ الذي يكون الإخطار قد بعث فيه.

غير أن محكمة النقض (المجلس الأعلى سابقا) لم يستقر على رأي قار حيث لازال متردد حول طبيعة هذه المدة، هل هي مدة سقوط، وبالتالي فهي تخضع لأحكام هذه المدة، أم مدة تقادم. فبعدما أكد في أحد قراراته ما يلي: "إن هذا الأجل أجل نهائي لا يمكن تعديله أو تغييره إلا بنص قانوني ... تكون المحكمة، عندما ردت على الدفع المثار من طرف مكتب الشحن وإفراغ في جميع المراحل بعدم قبول الدعوى لفوات أجل تسعين يوما، بأن هذا الأجل قد مدد بمقتضى اتفاق، قد خرقت المقتضيات المشار إليها أعلاه وعرضت قرارها للنقض"⁽¹⁾.

في حين اعتبر في قرار آخر ما يلي " لكن حيث إن الدعوى المقدمة من طرف المطلوبان تهدف للحكم لهن في مواجهة الناقل البحري بمبالغ التعويض المؤداة من طرفهن وتخضع بذلك لأجل الفصل 262 الذي يعتبر أجل 90 يوما المضمن بمقتضاه ليس من النظام العام، ويمكن للأطراف الاتفاق على ما يخالف الأجل المنصوص عليه بمقتضاه أو تمديد ذلك الأجل ولا تخضع لأجل السنة المنصوص عليه في الفصل 263 من القانون التجاري البحري الذي يتعلق بطلبات التعويض عن التأخير و بالدعاوي المتعلقة بالتعويض عن عدم وصول البضائع لميناء الوصول وهلاكها الكلي"⁽²⁾. وذهب في قرار آخر إلى أن الأجل المنصوص عليه في الفصل 262 من قانون التجارة البحرية، هو أجل سقوط أما الأجل المنصوص عليه في الفصل 263 من قانون التجارة البحرية فهو أجل تقادم.

2- أجل رفع دعوى المسؤولية في اتفاقية الأمم المتحدة

إن التشريعات الحديثة كما هو الشأن بالنسبة للتشريع الفرنسي⁽³⁾ وكذا التشريع الانجليزي⁽¹⁾ تم اتفاقية الأمم المتحدة⁽²⁾ لنقل البضائع بطريق البحر لسنة 1978 لم تحدد أجلا معيناً لرفع دعوى التعويض في مواجهة الناقل البحري.

(1) قرار صادر في 15 يناير 1986، ملف عدد 97402، مجلة المحاماة، عدد 28 ص 62.

أورده عبد الرزاق أيوب، م.س، ص 181 وما بعدها.

(2) قرار عدد 1277 بتاريخ 24 نونبر 2004، ملف تجاري عدد 1236\3\1\2002، مجلة قضاء المجلس الأعلى، عدد 63، ص 170 وما يلها.

(3) استنادا إلى الفصل 57 من المرسوم 1966\12\31 الذي يجب فيه على المرسل إليه توجيه احتجاج مكتوب عند وقت التسليم البضاعة و إذا كانت الخسائر غير ظاهرة فيوجه الاحتجاج داخل ثلاثة أيام من تاريخ التسليم، وإلا ترتب على ذلك قرينة التسليم المطابق لفائدة الناقل البحري .

بمعنى آخر أنها لم تحدد أجلا مسقطا لدعوى المسؤولية، ويرجع السبب في ذلك إلى أن هذه التشريعات وكذا الاتفاقية لم تأخذ بنظام الدفع بعدم القبول كما هو الشأن بالنسبة للقانون المغربي و التشريع المصري، ذلك أن عدم توجيه إخطار بالهلاك أو التلف في ميعاده إلى الناقل البحري لا يترتب عنه سقوط الحق في رفع دعوى التعويض، وإنما يترتب عن ذلك قرينة على كون المرسل إليه تسلم البضاعة في حالة سليمة ومطابقة لوثيقة الشحن ويبقى على عاتق هذا الأخير عبء إثبات الخطأ و الضرر والعلاقة السببية، بمعنى آخر أن قرينة الخطأ المفترض تتعطل لتحل محلها قرينة الخطأ الواجب الإثبات، ويبقى بالتالي من حق المرسل إليه مقاضاة الناقل البحري دون تقييد بأجل محدد مع مراعاة - بطبيعة الحال - أجل التقادم⁽³⁾.

الفقرة الثانية: الإجراءات المتصلة بمباشرة دعوى المسؤولية

بعد قيام المرسل إليه أو مؤمنه بالإجراءات المنصوص عليها في الفصل 262 من ظهير 31 مارس 1919، فإنه يتعين عليه رفع دعوى المسؤولية أمام المحكمة المختصة مكانيا ونوعيا، وقد يواجه بدفع من طرف الناقل البحري مفاده كون وثيقة الشحن تتضمن منح الاختصاص لمحكمة أخرى، فهل يعتد بمثل هذا الدفع؟

لذلك سنعالج في هذه الفقرة المحكمة المختصة في كل من القانون المغربي و الاتفاقية الدولية لسنة 1978، ثم نتطرق لتقادم هذه الدعوى في ظل التشريع المغربي و كذا في الاتفاقيات الدولية.

أولا: الاختصاص في دعوى المسؤولية

يكون أمام المدعي في دعوى المسؤولية الناشئة عن عقد النقل البحري طريقتين لطلب الحماية، طريق الالتجاء إلى المحكمة المختصة للفصل فيما يثار بينه وبين المدعى عليه من منازعات، أو أحد الطرق البديلة في تسويات النزاعات، ومن بينها الالتجاء إلى التحكيم.

(1) استنادا إلى المادة الثالثة من قانون 1971 الذي نص على قرينة التسليم المطابق لفائدة الناقل البحري عند عدم حصول الإخطار الكتابي بالهلاك.

(2) استنادا إلى المادة 19 من الاتفاقية.

(3) المبروك اقيرة عمران، دعوى المسؤولية الناشئة عن عقد النقل البحري للبضائع، مرجع سابق، ص 212.

1- الاختصاص القضائي في إطار دعوى المسؤولية

في حالة قيام دعوى مسؤولية الناقل البحري، فإن الاختصاص النوعي فيه على المستوى الوطني يكون للمحكمة التجارية أما الاختصاص المحلي فيخضع للأصل العام المنصوص عليه في الفصل 27 من ق م م (أ)، أما على مستوى اتفاقية هامبورغ فقد تناولت الاختصاص القضائي في إطار المادة 21 من الاتفاقية (ب).

أ- الاختصاص القضائي على مستوى التشريع المغربي

من أجل تحديد المحكمة المختصة نوعيا و محليا للبث في دعوى مسؤولية الناقل البحري يتعين الرجوع إلى القواعد العامة المقررة في قانون المسطرة المدنية.

- الاختصاص النوعي :

من المعلوم أن النشاط الذي يمارسه الناقل البحري يعتبر نشاطا تجاريا وفقا للنصوص الصريحة في هذا الإطار، وفي مقدمتها أحكام المادة السابعة من مدونة التجارة التي نصت على ما يلي: "تكتسب صفة تاجر أيضا بالممارسة الاعتيادية أو الاحترافية للأنشطة التالية:

كل عملية تتعلق بالسفن والطائرات وتوابعها؛

كل عملية ترتبط باستغلال السفن والطائرات وبالتجارة البحرية والجوية".

انطلاقا مما سبق وباعتبار عقد النقل البحري هو عقد تجاري، و بالتالي فالمحكمة المختصة في النزاعات الناتجة عن هذا العقد هي المحكمة التجارية، حسب ما تحدده المادة 5 من قانون 53.95 المحدث للمحاكم التجارية التي تنص على انه "تختص المحاكم التجارية بالنظر:" في الدعاوى التي تتعلق بالعقود التجارية

و في الدعاوى التي تنشأ بين التجار و المتعلق بأعمالهم التجارية..."

و المادة 9 من نفس القانون تنص على أنه "تختص المحكمة التجارية بالنظر في مجموع النزاع التجاري الذي يتضمن جانبا مدنيا".

فهذه النصوص جاءت صريحة وواضحة بالحسم في مسألة المحكمة المختصة في النزاعات الناشئة عن عقد النقل البحري.

إضافة إلى ما سبق يجب مراعاة الاختصاص القيمي لهذه المحاكم، حيث نصت المادة 6 من قانون إحداث المحاكم التجارية على أنه تختص المحاكم التجارية في النزاعات التي تتجاوز

قيمتها عشرين ألف درهم، وبالتالي إذا قل قيمة النزاع عن هذا المبلغ -وهو أمر نادر عمليا- فإن الاختصاص يرجع الى المحكمة الابتدائية صاحبة الولاية العامة.

-الاختصاص المحلي:

اعتبارا لأن الدعوى الناشئة عن عقد النقل البحري للبضائع هي دعوى تستند إلى عقد من العقود التجارية، علاوة على أنها ترفع في مواجهة شخص يمارس عملا تجاريا، فإن الاختصاص المحلي ينبغي الرجوع في بيانه إلى النصوص المنظمة له في قانون إحداث المحاكم التجارية التي هي المحاكم المختصة نوعيا، وهكذا بالرجوع إلى المادة العاشرة من قانون 95\53 المتعلق بالمحاكم التجارية الذي ينص: " يكون الاختصاص المحلي لمحكمة الموطن الحقيقي أو المختار للمدعى عليه..."

انطلاقا من هذا النص يتضح أن الاختصاص المحلي في دعوى المسؤولية الناشئة عن عقد النقل البحري تخضع للقاعدة العامة المتمثلة في اختصاص محكمة موطن المدعى عليه.

وبالرجوع إلى أحكام المادة 12 من قانون 95\53 يتبين لنا أن الاختصاص المحلي في المادة التجارية ليس من النظام العام بحيث يمكن للأطراف الاتفاق على اسناد النزاع الناشئ بينهم إلى محكمة أخرى ليست هي محكمة موطن المدعى عليه.

حيث استنادا إلى نص هذه المادة يمكن لأطراف عقد النقل البحري الاتفاق على إسناد النظر في الدعوى الناشئة عن عقد النقل البحري إلى محكمة غير محكمة موطن المضرور، لكن هذا المقتضى إذا طبقناه سيتعارض مع أحكام الفصل 264 من القانون البحري الذي يؤكد على بطلان كل شرط يكون مدرجا في سند الشحن أو أي سند كان تكون غايته إعفاء الناقل البحري من مسؤوليته أو مخالفة قواعد الاختصاص.

وهذا ما أكدته المجلس الأعلى في قرار له مؤكدا هذا الحكم، حيث جاء في هذا القرار ما يلي: "وحيث إنه إذا كان من المسلم به حسب قواعد الاختصاص المحلي طبقا للفصلين 23 و 25 من ق.م.م و التي ليست من النظام العام لأن طرفي النزاع يمكن لهما أن يتفقا على خلافه، فإن العمل خلاف ذلك إذا كان الأمر يتعلق بالنقل عن طريق البحر، فقد نص الفصل 264

من ق.ت.ب أنه يعد باطلا وعديم المفعول كل شرط أدرج في تذكرة الشحن تكون غايته مخالفة قواعد الاختصاص⁽¹⁾.

ب- الاختصاص القضائي في اتفاقية هامبورغ

فيما يخص هذه النقطة نجد المادة 21 من اتفاقية هامبورغ في فقرتها الأولى تعطي للمدعي الخيار في رفع الدعوى المتعلقة بنقل البضائع بين اختصاص محاكم إحدى الدول التي يقع في إقليمها أحد الأماكن التي حدثتها وهي:

- المحل الرسمي لعمل المدعى عليه، و إن لم يكن له محل رئيسي فالمحل الاعتيادي له لإقامة المدعى عليه.

- مكان إبرام العقد شريطة أن يكون للمدعى عليه فيه محل عمل أو فرع أو وكالة ابرم العقد عن طريق أي منها.

- ميناء الشحن أو ميناء التفريغ.

و بين أي مكان آخر يعين لهذا الغرض في عقد النقل البحري، و إذا اختار المدعي من بين هذه الخيارات دولة معينة لإقامة الدعوى فان قانون هذه الدولة هو الذي يعين المحكمة المختصة نوعيا و محليا بالنظر في النزاع، و حسب الفقرة الثانية من نفس المادة فان للمدعي خيارا آخر يتمثل في محاكم أي ميناء أو مكان في دولة متعاقدة يكون قد وقع فيه الحجز على السفينة حاملة البضاعة "السفينة الناقلة" و أية سفينة أخرى مملوكة لنفس المالك. فالحكمة من هذا الاختيار إذا هو إعطاء المضرور فرصة الحصول على سند تنفيذي بالتعويض يسمح بالاشتراك في توزيع ناتج بيع السفينة المحجوز عليها⁽²⁾.

2- التحكيم كآلية لحل النزاع الناشئ عن عقد النقل البحري

أصبح التحكيم أحد أهم الوسائل المطروحة لفض المنازعات التجارية عامة و البحرية خاصة نظرا لما تتمتع به هذه الوسيلة من مميزات تستند في أساسها إلى مبدأ سلطان الإرادة.

(1) قرار رقم 677 بتاريخ 20 نونبر 1976، مجلة القضاء و القانون، عدد 130، ص 100 وما بعدها.

أورده عبد الرزاق أيوب. مسؤولية الناقل البحري للبضائع بين القانون البحري المغربي واتفاقية هامبورغ لسنة 1978، ص 188 وما بعدها.

(2) عبد الرزاق أيوب، مرجع سابق، ص 189.

وبالرجوع إلى أحكام الفقرة الأخيرة من المادة الخامسة من قانون إحداث المحاكم التجارية التي تنص على ما يلي: "يجوز للأطراف الاتفاق على عرض النزاعات المبينة أعلاه على مسطرة التحكيم والوساطة وفق أحكام الفصول من 306 إلى 327-70 من قانون المسطرة المدنية⁽¹⁾".

وباعتبار عقد النقل البحري من العقود التجارية فإنه من حق أطرافه استنادا إلى أحكام الفقرة الأخيرة من المادة الخامسة المشار إليها أعلاه، أن يتفقوا على عرض النزاع الناشئ بينهم بصدد تنفيذ عقد النقل على هيئة التحكيم، وقد يأخذ هذا الاتفاق إما شكل عقد التحكيم أو شرط التحكيم.

ويعتد القضاء المغربي بشرط التحكيم المضمن بكيفية صريحة في سند الشحن لأن هذا السند هو الذي ينظم العلاقة التعاقدية بين الشاحن أو المرسل إليه و الناقل، وبالتالي تستبعد كل وثيقة أخرى اعتبر فيها المرسل إليه غيرا بالنسبة لها، حتى لو تضمنت هذه الوثيقة شرط التحكيم، وفي هذا الصدد جاء في حكم المحكمة الابتدائية بالدار البيضاء ما يلي: "حيث أثارت شركة أونيمار الدفع بعدم الاختصاص لوجود شرط التحكيم بمشارطة الإيجار غير أنه بالرجوع إلى الفصل 35 من المشارطة المذكورة يتبين منها أنها تخص طرفي العقدة هما مالك الباخرة و المستأجرة لها، وبالتالي لا يمكن سريانه على الشاحن و المرسل إليه باعتبارهما أجنيين عن المشارطة المذكورة"⁽²⁾.

أما بخصوص الحالة التي يتضمن فيها شرط التحكيم أو عقد التحكيم اختيار القانون الذي يرتضيه أطراف المنازعة لحلها، فقد نص الفصل 18-327 من ق م م على ما يلي: "تطبق هيئة التحكيم على موضوع النزاع القواعد القانونية التي يتفق عليها الطرفان.

إذا لم يتفق الطرفان على القواعد القانونية الواجبة التطبيق على موضوع النزاع طبقت هيئة التحكيم القواعد الموضوعية في القانون الذي ترى أنه الأكثر اتصالا بالنزاع، وعليها في

(1)- تم تغيير أحكام الفقرة الرابعة من المادة 5 أعلاه بموجب المادة الثالثة من القانون رقم 08.05 القاضي بنسخ وتعويض الباب الثامن والقسم الخامس من قانون المسطرة المدنية، الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.07.169 بتاريخ 19 من ذي القعدة 1428 (30 نوفمبر 2007)؛ الجريدة الرسمية عدد 5584 بتاريخ 25 ذو القعدة 1428 (6 ديسمبر 2007)، ص 3894.

(2) حكم 960 بتاريخ 29 مارس 1990، ملف عدد 89\69،

أورده يونس بنونة، مرجع سابق، ص 196.

جميع الأحوال أن تراعي شروط العقد موضوع النزاع وتأخذ بعين الاعتبار الأعراف التجارية والعادات وما جرى عليه التعامل بين الطرفين، وإذا اتفق طرفا التحكيم صراحة على تفويض هيئة التحكيم صفة وسطاء بالتراضي، تفصل الهيئة في هذه الحالة في موضوع النزاع بناء على قواعد العدالة والإنصاف دون التقيد بالقانون".

ونستنتج من خلال هذا الفصل أن المشرع المغربي يلزم المحكمين بالفصل في النزاع بمقتضى القواعد القانونية المطبقة على النزاع وهي في موضعنا هذا أحكام ظهير 31 مارس 1919 وأحكام اتفاقية هامبورغ، وقد استثنى المشرع من هذا الإلزام حالة وجود تفويض من الأطراف لهيئة التحكيم ومنحها صفة وسطاء بالتراضي، حيث تفصل الهيئة طبقا لقواعد العدل والإنصاف⁽¹⁾.

وقد أجازت اتفاقية هامبورغ هي الأخرى الاتفاق على النزاع الناشئ عن عقد النقل البحري بواسطة التحكيم وذلك من خلال المادة 22 حيث اشترطت أن يكون الاتفاق مكتوب، والكتابة هنا وسيلة إثبات فقط، في حين نصت الفقرة الثالثة من المادة 22 من الاتفاقية على الخيارات الممنوحة للمدعي بصدد تعيين مكان التحكيم.

ثانيا: تقادم دعوى المسؤولية

سبقت الإشارة إلى أن المرسل إليه أو مؤمنه يتعين عليهما رفع دعوى التعويض في مواجهة الناقل البحري للبضائع داخل أجل تسعين يوما من تاريخ توجيه الاحتجاج إليه، وأن هذا الأجل يعتبر مسقطا للحق في رفع الدعوى يترتب على عدم احترامه عدم قبولها وإلى جانب هذا الأجل المنصوص عليه في الفصل 262 ق ت ب، يلاحظ أن المشرع المغربي وضع أجلا آخر لتقادم دعوى المسؤولية وهو أجل السنة المنصوص عليها في الفصل 263 ق ت ب.

هذا وسنعالج في هذه الفقرة أحكام تقادم دعوى المسؤولية في ظل التشريع المغربي ثم في ظل اتفاقية الأمم المتحدة لنقل البضائع لسنة 1978.

1- تقادم دعوى المسؤولية في ظل التشريع المغربي

تناول المشرع المغربي التقادم في الفصل 263 ق ت ب إذ نص على ما يلي "تتقادم جميع الدعاوى الناتجة عن عقد تأجير سفينة بمرور سنة ابتداء من تاريخ بلوغ البضائع إلى ميناء

(1) عبد الرزاق أيوب، مرجع سابق، ص 192.

الوصول أو في حالة عدم وصولها ابتداء من تاريخ اليوم الذي كان عليه أن تصل فيه في الأحوال العادية".

أ- نطاق التقادم في دعوى المسؤولية

بالرجوع إلى مقتضيات الفصل 263 ق ت ب يتبين أن المشرع المغربي حدد أجل تقادم دعوى المسؤولية في مدة سنة تبتدئ من تاريخ وصول البضاعة أو من تاريخ اليوم الذي كان عليه أن تصل فيه، وأن هذا النص يعتبر من النظام العام، وبالتالي لا يمكن للأطراف مخالفته، ويتعين على المحكمة إثارته تلقائياً.

ب- أجل التقادم في دعوى المسؤولية

استناداً إلى مقتضيات الفصل 263 ق ت ب يبدأ أجل السنة لتقادم دعوى التعويض من تاريخ وصول البضاعة إلى ميناء الوصول، وذلك بالنسبة لدعاوى التعويض عن الهلاك الجزئي أو العوار، أو من تاريخ اليوم الذي كان عليها أن تصل فيه بالنسبة لدعاوى التعويض الناتجة عن الهلاك الكلي للبضاعة أو عن التأخير في تسليمها.

وعلى هذا الأساس يختلف الأجل المسقط للحق في رفع الدعوى المنصوص عليه في الفصل 262 ق ت ب عن أجل التقادم المنصوص عليه في الفصل 263 ق ت ب، وذلك أن الأجل الأول يبتدئ من تاريخ وضع البضاعة رهن إشارة المرسل إليه - التسليم الفعلي - في حين أن الأجل الثاني يبتدئ من تاريخ وصول البضاعة إلى الميناء أو من التاريخ الذي كان عليها أن تصل فيه في الأحوال العادية⁽¹⁾.

2- تقادم دعوى المسؤولية في ظل الاتفاقية الدولية

لقد تناولت الاتفاقيات الدولية المتعلقة بالنقل البحري للبضائع، موضوع تقادم دعوى مسؤولية الناقل البحري للبضائع بنوع من التفصيل، والحديث هنا عن اتفاقية بروكسيل لسنة 1924، وكذا اتفاقيات هامبورغ لسنة 1978.

أ- تقادم دعوى المسؤولية في ظل معاهدة بروكسيل

لقد تناولت اتفاقية بروكسيل لسنة 1924 أحكام تقادم دعوى المسؤولية في المادة الثانية منها فنصت على أنه " في جميع الأحوال ترتفع عن الناقل و السفينة كل مسؤولية ناشئة

(1) يونس بنونة، مسؤولية الناقل، مرجع سابق، ص 185 وما بعدها.

عن الهلاك أو التلف، إذا لم ترفع الدعوى خلال سنة من تسليم البضاعة أو من التاريخ الذي كان ينبغي تسليمها فيه...."

وقد أقر بروتوكول 1968 القواعد الوارد عليها النص في معاهدات بروكسيل بشأن التقادم السنوي مع تعميم هذا التقادم على جميع الدعاوى سواء تعلق الأمر بالهلاك أو التلف أو التأخير في التسليم، كما أجاز كذلك اتفاق الطرفين على إطالة مدة التقادم⁽¹⁾.

ب- تقادم دعوى المسؤولية في ظل اتفاقية هامبورغ

أما بالنسبة لاتفاقية هامبورغ لسنة 1978، فقد حددت أجل التقادم في مدة سنتين، وذلك من تاريخ تسليم البضاعة إلى المرسل إليه أو تسليم جزء منها أو في حالة عدم التسليم، فمن آخر يوم كان ينبغي تسليمها فيه، استنادا إلى المادة 20 منها، وقد تم تمديد الأجل إلى سنتين وذلك بضغط من الدول النامية التي ساهمت في وضع الاتفاقية. وعلى هذا الأساس فإن التشريع الوطني حدد أجل التقادم في سنة، في حين أن الاتفاقية تحدد الأجل في سنتين، فإذا ما تمت مقاضاة الناقل البحري خارج أجل السنة، وأثار هذا الأخير الدفع بالتقادم استنادا إلى الفصل 263 ق ت ب. فانه يتعين على المحكمة التصريح بسقوط الدعوى لتقادمها، ولكن مع ذلك قد يتمسك المرسل إليه بمقتضيات المادة 20 من الاتفاقية لعدم مرور أجل السنتين، وفي هذه الحالة تثور إشكالية تطبيق القانون الوطني أم الاتفاقية⁽²⁾.

و الحل في نظرنا الخاص هو تطبيق التقادم المشار إليه في اتفاقية هامبورغ على اعتبار أن المغرب صادق على هذه الاتفاقية و بالتالي فطبقا لديباجة الدستور فإن هذه الاتفاقية تسمو على القانون الوطني بمجرد نشرها في الجريدة الرسمية.

الخاتمة:

حولنا في ما تقدم من هذه الدراسة أن نبين أهم الخصوصيات المتعلقة بالدعوى الناشئة عن مسؤولية الناقل البحري للبضائع سواء من خلال القانون المغربي و المتمثل أساسا في قانون التجارة البحرية لسنة 1919، أو من خلال الاتفاقية الدولية في هذا الإطار والمتمثلة أساسا في اتفاقية الأمم المتحدة لسنة 1978.

(1) راجع في هذا الصدد المادة الأولى في فقرتها 2 من بروتوكول 1968.

(2) يونس بنونة، مسؤولية الناقل ..، مرجع سابق، ص 190.

حيث بينا أطراف هذه الدعوى سواء من حيث المدعي فيها والذي قد يكون هو الشاحن أو المرسل إليه أو المؤمن، أو من حيث المدعى عليه الذي قد يكون الناقل البحري بالدرجة الأولى سواء كان ناقل متعاقد أو ناقل فعلي وقد يكون المدعى عليه هو الربان أو شركة استغلال الموانئ.

ثم خالصنا كذلك إلى توضيح وإبراز أهم الإجراءات و المساطر الخاصة برفع هذه الدعوى سواء من حيث ضرورة القيام بإجراءات سابقة لإقامتها أو ما يتعلق بالاختصاص القضائي فيها وكذلك ما يتعلق بإمكانية اللجوء إلى التحكيم كوسيلة بديلة لفك و حل هذا النزاع، ثم تناولنا ما يتعلق بالتقادم.

كل هذا في إطار عقد مقارنة بين القانون البحري المغربي و اتفاقية هامبورغ، حيث تبين لنا الاختلاف الواضح في أحكام كل قانون وخصوصا ما يتعلق بمدة الإخطار و التقادم إلى غير ذلك من الاختلافات الموجودة بين اتفاقية هامبورغ و القانون البحري المغربي.

لكن هذا التعارض لم يعد يطرح إشكالا بعدما نصت ديباجة دستور فاتح يوليوز على سمو الاتفاقية والمعاهدة الدولية التي صادق عليها المغرب على القانون الوطني، وبالتالي في حالة وجود تعارض بين اتفاقية هامبورغ و القانون البحري المغربي فإن الأولوية في التطبيق تكون لفائدة الاتفاقية.

أساس التزام المرسل إليه بشرط التحكيم بالإحالة

الدكتور إسماعيل أبوياسين

أستاذ القانون الخاص

مختبر القانون والمجتمع

كلية العلوم القانون والاقتصادية والاجتماعية.

جامعة ابن زهر باكادير

مقدمة:

لم يكن الفقه التقليدي الفرنسي يعترف بأي أثر للعقد خارج نطاق أطرافه، فالفلسفة الفردية كانت هي الأكثر تطبيقاً على العقد في نظر هذا الفقه الذي أخذ على عاتقه مهمة تفسير مواد القانون المدني، من منطلق الحماية والدفاع عن حرية الفرد وضمان مبدأ سلطان الإرادة⁽¹⁾.

لكن على الرغم من ذلك، فإن القضاء خاصة في فرنسا، تعرض لبعض الحالات والمراكز القانونية، بما يبدو أنه تجاوز هذا المبدأ، وقد استخدم لفظ الاحتجاج أو النفاذ "l'opposabilité" في كثير من الأحوال للدلالة على وجود استثناء لمبدأ نسبية آثار العقد، وقد نصت المادة 1199 من القانون المدني الفرنسي على أن: "العقد لا ينشأ التزامات إلا بين عاقيه.

ولا يجوز للغير طلب تنفيذ العقد أو الإجبار على تنفيذه، مع مراعاة أحكام هذا القسم وأحكام الفصل الثالث من الباب الرابع⁽²⁾.

(1)- محمد عبد الفتاح ترك، التحكيم البحري، النطاق الشخصي لاتفاق التحكيم في عقد النقل البحري، طبعة سنة 2005، الدار الجامعة للنشر، مصر، ص 571.

(2)- L'article 1199 du Code civil Français:« Le contrat ne crée d'obligations qu'entre les parties.

Les tiers ne peuvent ni demander l'exécution du contrat ni se voir contraints de l'exécuter, sous réserve des dispositions de la présente section et de celles du chapitre III du titre IV.».

وهو ما أشار إليه الفصل 228 من قانون الالتزامات والعقود المغربي الذي ينص على ما يلي: "الالتزامات لا تلزم إلا من كان طرفاً في العقد فهي لا تضر الغير ولا تنفعهم إلا في الحالات المذكورة في القانون".

فمعرفة الغير سيؤدي إلى تحديد المركز القانوني للمرسل إليه، وبذلك التوصل إلى كشف العلاقات المركبة مع العديد من الأطراف، خاصة فيما يتعلق بعمليات النقل البحري منذ بداية العملية في ميناء الشحن حتى تسليم البضاعة للمرسل إليه في ميناء الوصول، حيث إن تحديد المركز القانوني للمرسل إليه لا زال محط خلاف فقهي وقضائي، وقد تنازعه الكثير من النظريات والآراء التي لم تسلم بدورها من النقد⁽¹⁾.

وبالتالي فإن تحديد مفهوم الغير له أهمية في معرفة الطرف الذي يحتج ضده بالعقد، أو على من ينفذ هذا العقد، وهل المرسل إليه يعد طرفاً في عقد النقل البحري للبضائع أو من الغير، وذلك من أجل معرفة مدى سريان مبدأ آثار العقد أو مبدأ نفاذ العقد أو الاحتجاج به على المرسل إليه، مما يجعلنا نسعى إلى تحديد المركز القانوني للمرسل إليه، والكشف عن حقيقة علاقاته المتشعبة والمركبة مع العديد من الأطراف التي تدخل في عملية النقل البحري للبضائع.

وفما يلي سأتناول بالتتابع، المركز القانوني للمرسل إليه في عقد النقل البحري للبضائع، من تحديد الطرف في عقد النقل البحري للبضائع وبيان موقع الخلف في هذا العقد، ثم التطرق المرسل الأجنبي عن عقد النقل البحري للبضائع بتحديد مفهوم الغير وأنواعه، وأخير التطرق للنظريات المحددة لأساس المركز القانوني للمرسل إليه في النقل البحري للبضائع.

(1)- إن الآراء و النظريات التي قيلت فيما يتعلق بالمركز القانوني للمرسل إليه قد تعرضت للنقد مما حدا ببعض الآراء الفقهية هروبا من المشكلة إلى رد هذا المركز وما شابهه من مراكز قانونية أخرى إلى فكرة الضرورة العملية التي ترفض بطبيعتها أي تفسير قانوني أو إلى مفهوم العرف ومبادئ العدالة استنادا إلى أن إدراج مثل هذه العلاقات الثلاثية المركبة تحت مفهوم أو آخر من المفاهيم القانونية التقليدية مثل الاشتراط لمصلحة الغير أو حق الحوالة أو النيابة أو الفضالة أو ما إلى ذلك هو تشويه لهذه النظم بتحميلها أكثر ما تحتمل. ينظر بهذا الصدد:

- محمد ترك، النطاق الشخصي لاتفاق التحكيم، م س، ص 577.

- عبد الحميد محمد الحوسني، التحكيم البحري وفقا لقانون الإجراءات المدنية الإماراتي والقانون المصري، طبعة سنة 2007، دار الجامعة الجديدة، مصر، هامش ص 73.

الفقرة الأولى: المركز القانوني للمرسل إليه في عقد النقل البحري للبضائع

تكمن أهمية تحديد المركز القانوني للمرسل إليه في العلاقات المتشعبة والمختلفة في عمليات النقل البحري للبضائع، ويتجسد هذا التصور من خلال علاقات المرسل إليه مع العديد من الأشخاص المتداخلة في عملية النقل البحري للبضائع، وذلك بدءاً إبرام عقد البيع مروراً بعمليات الشحن المختلفة للبضائع وإصدار سندات الشحن بأنواعها التي يمكن تداولها بين أكثر من مستفيد حتى تصل إلى المرسل إليه صاحب الحق في الاستلام⁽¹⁾.

فتحديد ما إذا كان المرسل إليه طرفاً أم غيراً له أهمية في حالة رفع دعوى التحكيم، حيث قد يدفع أحد أطراف عملية النقل البحري دعوى المرسل إليه بأنه غير معروف لديه، على أساس أنه ليست به علاقة عقدية بل هو بالنسبة إليه من الغير ولا يجوز أن يستفيد من عقد لا يعد طرفاً فيه، وتطبيقاً لمبدأ نسبية أثر العقود ترفض دعواه، كما أن المرسل إليه قد يدفع دعوى الغير ذوي الشأن في عقد النقل البحري للبضائع على أساس أنه من الغير ولا يجوز أن يضار من عقد ليس طرفاً فيه.

أولاً: المرسل إليه كطرف في عقد النقل البحري للبضائع

الأصل أن للعقد قوة ملزمة بين أطرافه، ولا يقوم في مواجهة الغير؛ أي أن آثار هذا العقد لا تلزم سوى طرفيه الذي، إلا أنه في بعض الأحيان يمكن أن يمتد أثر هذا العقد إلى الغير في حالات خاصة يقررها القانون خروجاً عن الأصل المعتاد. فالطرف في العقد هو من يصدر عنه التعبير عن إرادة الالتزام به، حيث يشارك في تكوينه، ولا يكفي أن يرد ذكره فيه أو أن يوقع عليه⁽²⁾، فالأشخاص الذين يتم باسمهم

(1)- سهام زروالي ، شرط التحكيم البحري وسريانه بالنسبة للمرسل إليه في عقد النقل البحري للبضائع، رسالة لنيل الماجستير، السنة الجامعية 2012/2011، جامعة أمجد بوقرة بومرداس، كلية الحقوق، شعبة الحقوق الأساسية والعلوم السياسية، الجزائر، ص 92.

(2)- هناك عدة أسئلة هذا المجال أهمها: ما قضي به في قضية هضبة الأهرام حيث إن توقيع وزير السياحة على عقد بين مستثمر وإحدى هيئات القطاع العام في ذيل العقد وكتابته لعبارة "نظر ويعتمد" لا تجعل من الوزير أو الحكومة المصرية بعبارة أدق طرفاً في العقد، إذ إن هذا الاعتماد لا يفيد أن نية الحكومة المصرية في أن تكون طرفاً في العقد، وإنما هو نوع من الرقابة الممارسة على النشاطات في المناطق الأثرية. للمزيد من وقائع هذه القضية ينظر:

ولحسابهم إبرام الاتفاق يعتبرون أطرافاً فيه بالرغم من عدم تبادل الرضا بينهم وبين المتعاقد الآخر.

وإذا وقع الأطراف على عقد نموذجي وكان من ضمن بنود هذا العقد شرط التحكيم، فهل يعتبر توقيع الأطراف على هذا العقد توقيعاً على شرط التحكيم بحيث يعتبرون أطرافاً في إتفاق التحكيم ولو لم يتم التوقيع على شرط التحكيم بصفة خاصة؟.

وإذا كان الأصل في الروابط القانونية أن تنشأ بعمل إرادي يصدر من الشخص الذي سينتج هذا التصرف أثره في ذمته، فيأتي التعبير عن الإرادة معبراً عن المتصرف، مما يعني أن هناك تطابقاً بين شخص المتصرف و صاحب الحق، بيد أن تلك الروابط لا تنشأ دائماً بحضور الأطراف الأصليين لوجود مانع من الموانع المعتبرة قانوناً لذلك، أجازت النظم القانونية لصاحب المصلحة الأصل أن ينيب عنه شخصاً آخر في إبرام تصرف قانوني ينتج أثره في ذمته لا في ذمة النائب (1).

1- الطرف في عقد النقل البحري للبضائع

يعرف الطرف في العقد كل من أبرم العقد باسمه ولحسابه (2)، أو كل من اتجهت إرادته إلى الالتقاء بإرادة أخرى لإبرام عقد يحمل ما يترتب عنه من التزامات وما ينتج من حقوق، وطبقاً لهذا التعريف لا يكفي أن يرد اسمه في العقد أو أن يقوم بالتوقيع عليه بصفة أخرى غير هذه الصفة هذا من جهة، ومن جهة ثانية لا يلزم ذكر اسمه في العقد كما لا يلزم أن يقوم بالتوقيع عليه.

- حفيظة السيد الحداد، الاتجاهات المعاصرة بشأن اتفاق التحكيم، بدون ذكر الطبعة والسنة، دار الفكر الجامعي، مصر، ص 150.

(1)- حفيظ علوي قادي، طرق فض المنازعات في التجارة الإلكترونية، م س، ص 51.

(2)- وقد عرفت محكمة النقض المصرية الطرف أو المتعاقد بأنه كل من يفصح عن إرادة متطابقة مع إرادة أخرى على إنشاء التزام أو نقله أو تعديله أو زواله في خصوص موضوع معين يحدد العقد نطاقه، دون أن تعدد بإطلاق كل من يرد ذكره بالعقد أنه أحد أطرافه طالما لم يكن له صلة بشأن ترتيب الأثر القانوني الذي يدور حوله النزاع الناشئ بسبب العقد، نقض 1985/4/11 الطعن رقم 1901 س 49 ق، نقض 1980/3/31 الطعن رقم 894 س 53 ق، نقض 1979/3/14 س 30. مشار إليه لدى:

- حسن اليداني، الأثر النسبي لاتفاق التحكيم، طبعة سنة 2011، الدار الجامعية للنشر، مصر، ص 23

ويرى أحد رجال الفقه القانوني أن مفهوم الطرف في الفقه الحديث يختلف عن مفهومه في الفقه التقليدي، لأن المبادئ الفلسفية والتكوينات السياسية والضرورات الاجتماعية، يمكنها تغيير كل المبادئ القانونية الثابتة⁽¹⁾، ونفس الشيء ينطبق على فكرة الطرف في العقد. وبالرجوع إلى قضية "واست لاند"⁽²⁾ على سبيل المثال وبالأخص القرار الذي انتهت إليه الهيئة التحكيمية في هذه القضية، نجده يتفق مع الاتجاه الحديث الذي يأخذ بالمفهوم الواسع لفكرة الطرف، وأساسه الأخذ بالإرادة. وطبقا للمعيار التقليدي تعتبر الإرادة هي الفاصل في تحديد مفهوم الطرف، وهذه الصفة يكتسبها الأشخاص الذين يمثلون المرسل إليه والخلف.

2 - الخلف في عقد النقل البحري للبضائع

يرتبط مبدأ انتقال الحقوق والالتزامات إلى الخلف الخاص ارتباطا وثيقا بنظرية الذمة المالية، وشرط التحكيم البحري يعتبر في حكم الالتزامات، والمشرع المغربي عالج موضوع الخلف في الفصل 229 من ق.ل.ع، وإذا كانت آثار العقد تسري إلى الخلف العام والخاص⁽³⁾، فهل هذا

(1)- محمد نور شحاتة، مفهوم الغير في التحكيم دراسة تحليلية وتطبيقية، مقارنة لمبدأ نسبية أثر التحكيم بالنسبة للغير، م س، الصفحة 6.

(2)- قضية "واست لاند" ضد الدول العربية الأربعة المشتركة في إنشاء الهيئة العربية للتصنيع ومنحها الشخصية الاعتبارية، قد تم التعاقد بين الهيئة العربية للتصنيع مع "واست لاند" على مشروع لإنتاج طائرات الهليكوبتر، نص فيه على شرط التحكيم، فلما انسحبت الدول العربية الثلاثة المشتركة مع مصر في الهيئة نتيجة اتفاق كامب ديفيد بين مصر وإسرائيل وتم إيقاف المشروع، ولجأت شركة "واست لاند" إلى غرفة التجارة الدولية بباريس، تبعا لشرط التحكيم وتمسكت بمسؤولية الدول الأربعة المنشئة لهيئة التصنيع لتعويضها عن الأضرار التي لحقت بها من جراء إيقاف المشروع، لأن إرادة هذه الدول قد اتجهت إلى الارتباط بالاتفاق المبرم بينها وبين الهيئة، وقد توصلت هيئة التحكيم إلى أن وضع الهيئة العربية يشبه شركة التضامن، من ناحية أن الدول المشتركة فيها لم تسع إلى الاختفاء كلية وراء الشخصية المعنوية للهيئة، وإنما حرصت على أن تمارس فيها دور الأطراف المسؤولة من خلال لجنة وزارية مشتركة تتولى تنفيذ السياسة العامة للهيئة، على نحو لا تستقل معه الهيئة بتصريف شؤونها، ومن ثم فقد أقرت هيئة التحكيم بمسؤولية هذه الدول عن الأضرار التي لحقت بالشركة من جراء إيقاف المشروع، للمزيد من التوضيح يراجع:

- محمد نور شحاتة، مفهوم الغير في التحكيم دراسة تحليلية وتطبيقية، مقارنة لمبدأ نسبية أثر التحكيم بالنسبة للغير، ص 24.

(3) - ينص الفصل 229 من ق ل ع على أنه: "تنتج الالتزامات أثرها لا بين المتعاقدين فحسب، ولكن أيضا بين ورثتهما وخلفائهما.....". ويتجلى في مطلع هذا الفصل أن الخلف العام ليس من الغير ويشمله بالتالي أثر

السريان يسري على شرط التحكيم المدرج في عقد النقل البحري للبضائع في مواجهة المرسل إليه حامل سند الشحن؟.

فالمرسل إليه حامل سند الشحن بمثابة خلف خاص للشاحن، باعتبار المرسل إليه هو مشتر للبضاعة، وهذا ينتقل إليه ما يرتبه العقد من حقوق والتزامات، وينصرف أثر العقد للخلف الخاص بتوافر ثلاثة شروط:

- أن يرد تصرف السلف على ذات الشيء الذي تلقاه الخلف.
- أن تكون الملكية لم تنتقل بعد إلى الخلف وقت إبرام السلف للتصرف مع الغير، أما إذا كانت الملكية قد انتقلت قبل التصرف فيكون الخلف الذي تلقاها أجنبيا عن المتصرف، ومن ثم لا يحتج به عليه، وهذا يتطلب أن يكون تاريخ التصرف الذي أبرمه السلف ثابتا بسند رسمي وسابقا عن تاريخ الملكية.
- أن يعلم الخلف علما يقينيا بالتصرف الذي أبرمه سلفه مع الغير، وبالحقوق والتزامات التي ترتبت عليه حتى يمكن أن ينقل إليه شيء منها، فالغير الذي تعاقد مع السلف لا يستطيع إلزام الخلف بالتزامات المترتبة عن هذا التصرف إلا إذا أثبت علم الخلف بهذه الالتزامات وقت تلقيه الحق من السلف.

وهكذا، فإن الالتزامات الناشئة عن عقد السلف تعتبر من مستلزمات الحق الذي آل للخلف، وتنتقل مع الشيء إلى الخلف الخاص متى كانت محددة ومقيدة لاستعمال هذا الشيء.

الالتزامات، إلا أنه إذا أخذنا بالمدلول الواسع الذي تمت الإشارة إليه في المعنى الفقهي نجد أن الخلف العام يندرج ضمن الغير.

والخلف العام هو من يخلف الشخص في ذمته المالية كلها أو في جزء منها، فإذا ما توفي أحد أطراف الاتفاق فإن ورثته يخلفونه في الحقوق والتزامات التي نشأت على عاتقه والمترتبة على هذا الاتفاق، لذلك فالخلف العام يأخذ حكم الطرف بالنسبة للتصرف الذي أبرمه سلفه.

ويعرف الفقه الخلف الخاص بكل من تلقى من سلفه حقا معيناً كان قائماً في ذمة السلف، سواء كان هذا الحق عينياً كما في الحق الذي ينتقل إلى المشتري، أو الموهوب له بعين معينة، أم حقا شخصياً، كما في الحق الذي ينتقل من المحيل إلى المحال إليه. فمركز الخلف الخاص يتوقف على الحق العيني المعين أو الشخصي الذي انتقل إليه من السلف. للمزيد بهذا الصدد:

- عبد الحق صافي، القانون المدني، الجزء الأول، المصدر الإرادي للالتزامات، العقد، الكتاب الأول، تكوين العقد، الطبعة الأولى، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، ص 23.

- المختار العطار، الوسيط في التأمين البحري، الطبعة الأولى، سنة 2000 المطبعة والوراقة الوطنية، المغرب، ص 194.

لكن إذا كان ما رتبته السلف التزاما شخصيا كدفع أجرة فإنه لا ينقل إلى الخلف الخاص، إلا بناء على نص قانوني أو باتفاق خاص بين الخلف والسلف، ويمكن أيضا للمدين أن يحتج في مواجهة الخلف الخاص بكافة الدفوع التي يمكن أن تكون قائمة بين هذا المدين والسلف. وهذا يخالف ما هو مقرر بالنسبة لحق المرسل إليه في مواجهة الناقل، لأنه من المفروض في العلاقة أن يحل الخلف محل السلف، وتختفي شخصية السلف من هذه العلاقة، وهذا يتعارض مع حق الناقل في الرجوع على الشاحن بأجرة النقل إن لم يقيم المرسل إليه بتسديدها⁽¹⁾.

فما دام الخلف الخاص أجنبيا عن الاتفاق الذي أبرمه سلفه، ولم يشارك فيه بإرادته في تنفيذه، فهو يظل بعيدا عن هذه العملية العقدية، لا ينتفع ولا يضار من الحقوق والالتزامات المترتبة عنها. لكن استثناء من هذا الأصل، فإن مبدأ استقرار المعاملات وكذا الحفاظ على منطق نفعية العقود في مواجهة الغير، يقتضيان سريان اتفاق التحكيم في حق المرسل إليه الذي يعد خلفا للشاحن على البضاعة، إذا كان التحكيم من مستلزمات المال محل الخلافة.

ثانيا: المرسل إليه كأجنبي عن عقد النقل البحري للبضائع

إن مبدأ نسبية أثر العقود يقضي بعدم انصراف آثاره لغير عاقيه، أي أنه لا يجب أن يستفيد الغير أو يضار من علاقة تعاقدية هو في الأصل أجنبي عنها إلا طبقا لما يقرره القانون بهذا الخصوص⁽²⁾، غير أنه إذا تم الأخذ بالمعنى المتعارف عليه لمبدأ نسبية أثر العقود سوف يؤدي لحدوث لبس بين حدود مبدأ نسبية العقود ومبدأ نفاذ العقود، ومن هنا كان لا بد من البحث عن المقصود بالآثار المباشرة للعقد والآثار غير المباشرة، بل كذلك توضيح مفهوم الغير، لكونه الأساس الذي ينبني عليه مركز المرسل إليه في عقد النقل البحري للبضائع، حيث ينشأ مركزه حول هذا المفهوم الدقيق.

(1)- لوينة السببي، شرط التحكيم في عقد النقل البحري للبضائع، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون الخاص، السنة الجامعية، 2008/2007، جامعة محمد الخامس السويسي، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، سلا، ص 80.

(2)- عبد الرزاق أحمد السنهوري، في شرح القانون المدني، المجلد الأول، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، الطبعة الثانية، سنة 2000، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، ص 615.

1- الغير عن عقد النقل البحري للبضائع

أضحى الغير⁽¹⁾ يحتل مكانة مهمة في إطار العقود، فجّل التشريعات الوطنية لم تغفل أن تدرج ما يمكن أن ترتبه آثار العقد بالنسبة إليه، فجعلت بذلك مبدأ سلطان الإرادة يتقلص لصالح الغير، ليستفيد بدوره من عقد كان يعتبر بالنسبة إليه مجرد واقعة قانونية، حتى أصبح طرفاً متفاعلاً معه⁽²⁾.

إن تعريف الغير يقتضي حماية الأثر المنشئ للالتزام في العقد وضمان تنفيذه وامتداده، لا لشيء سوى أن العقود لم تنشأ إلا لحماية المراكز القانونية والاقتصادية في مجال الاستثمار، ولما كانت آثار العقد تتجاوز ذلك المفهوم المرتبط بنسبية أطرافه في إطاره الضيق، فإن المشرع المغربي وعلى غرار باقي التشريعات لم يهتم بتعريف الغير، وإنما أسس له من خلال مجموعة من النصوص.

فانطلاقاً من الفصل 33 من ق.ل.ع⁽³⁾ لا يكاد الغير يتجاوز حالتين تكمن الأولى في الالتزام عن الغير شرط إقراره إياه، أما الثانية فتتجلى في الاشتراط لمصلحة الغير، وقد اعتبر أحد الفقهاء⁽⁴⁾ أن الغير المذكور في الفصل 33 من ق.ل.ع ينحصر في الشخص الأجنبي دون الخلف العام أو الخاص والدائنين، أي كل من لا تربطه أية رابطة إلزامية بالمتعاقدين، أما الغير الذي يذكره الفصل 34 من ق.ل.ع فإنه ينصرف إلى الشخص المنتفع في عقد أبرمه أطرافه، وقد تعددت الحالات التي ينتفع منه الغير من العقد.

(1)- مما لا شك فيه أن المعنى اللغوي لكلمة " الغير " سيساعدنا على استخلاص مفهومه و استيعاب دلالاته الاصطلاحية، فكلمة غير من حروف المعاني وتكون نعنا بمعنى " لا " وقيل " غير " بمعنى سوى، وهي جمع أغيار، وهي كلمة يوصف ويستثنى بها، فإن وصفت بها أتبعها إعراب ما قبلها، وإن استثنيت أعربت بالاعراب الذي يجب للاسم الواقع بعده إلا، وذلك أن أصل " غير " صفة والاستثناء عارض، وتكون " غير " اسماً، نقول مررت بغيرك، وهذا غيرك. للمزيد بهذا الصدد:

- ابن منظور، لسان العرب، ص 173.

(2)- إزم محمد، آثار التحكيم بالنسبة للغير، رسالة لنيل الماستر في القانون الخاص، السنة الجامعية 2009/2010، جامعة الحسن الثاني، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، المحمدية، ص 13.

(3)- ينص الفصل 33 من ق.ل.ع على أنه: " لا يحق لأحد أن يلزم غيره، ولا أن يشترط لصالحه إلا إذا كانت له سلطة النيابة عنه بمقتضى وكالة أو بمقتضى القانون ".

(4)- عبد الكريم شهبون، الشافي في شرح قانون الالتزامات والعقود المغربي، الكتاب الأول، الطبعة الأولى، بدون ذكر دار النشر، المغرب، ص 174.

وهكذا فإن تحديد مفهوم الغير له أهمية وهل يعتبر هذا الأخير طرف أو غير فيه، وذلك لمعرفة هل يسري مبدأ نسبية أثر العقد أو مبدأ نفاذ العقد؟، وهل الاحتجاج به على المرسل إليه في النقل البحري للبضائع؟.

2- أنواع الغير عن عقد النقل البحري للبضائع

يعد الغير في الرابطة العقدية ذلك الطرف الأجنبي عن العلاقة التعاقدية الأصلية، كما أنه هناك الغير ذو الرابطة بأحد أطراف العقد كعلاقة الدائنين العاديين والخلف الخاص. ، لذلك فإن فكرة الغير لا يمكن أن تبقى حبيسة إطار مغلق، وإنما هي تحمل كل ردود الفعل للطبيعية للتحويلات الاقتصادية، وعلى هذا فإن نظرة الفقه اتسع نطاقها لتضم تحت لوائها الغير الحقيقي أو الغير غير الحقيقي.

أ- الغير الحقيقي

تنطبق هذه الصفة على كل الأشخاص الذين ليست لهم رابطة مباشرة بأحد الأطراف في علاقة عقدية قائمة أو مصلحة مباشرة بالعقد، فهم يعتبرون أجنب عن العقد وعن المتعاقدين، بحيث لا توجد أي رابطة قانونية بينهم⁽¹⁾، وهذه الفئة يعنىها نفاذ العقد بصفته واقعة قانونية⁽²⁾، ويقع عليهم الالتزام بعقود الآخرين وعدم الإخلال بما تضمنته من شروط عقدية من خلال تصرفات لاحقة بما يؤدي إلى إخلال أحد المتعاقدين بالتزامه اتجاه المتعاقدين الآخرين.

ب- الغير غير الحقيقي

ثار خلاف فقهي كبير حول حاجة الدائن العادي بالتصرفات التي يبرمها مدينه، باعتبارها قد تضر بهذه الطائفة من الغير، وتنقص من الضمان العام المقرر لهم في ذمة مدينهم

(1)- محمد نور شحاتة، مفهوم الغير في التحكيم دراسة تحليلية وتطبيقية، مقارنة لمبدأ نسبية أثر التحكيم بالنسبة للغير، م س، ص 25.

(2)- إن نفاذ العقد بصفته واقعة قانونية يتولد عنه آثار قانونية، قد تكسب الغير حقا أو تحمله التزاما، وهو بهذا يتشابه مع الوقائع القانونية الأخرى التي يرتب عليها القانون آثارا مثل العمل غير المشروع كمصدر من مصادر الالتزام، وكذا الإثراء بلا سبب كما يتولد عنه التزام على عاتق الغير باحترام حقوق الآخرين والامتناع عن كل ما من شأنه الإخلال بما تضمنه من حقوق والتزامات.

أو تفيد بزيادتها لهذا الضمان على حسب الأحوال مما قد يشكل استثناء على مبدأ نسبية العقود⁽¹⁾.

فطائفة الغير "غير الحقيقي" تلتزم كمبدأ عام بواجب الاحترام الناشئ عن نفاذ العقد بصفته واقعة قانونية منشئة لالتزام سلبي تجاه الغير بعدم الإضرار بعقود الآخرين، وتختلف عن الغير الأجنبي في أن مصلحة أي من أفرادها قد تتيح له طلب عدم نفاذ العقود التي تضر بهذه المصلحة في مواجهته، وبما أنه على خلاف المبدأ العام القاضي باحترام حقوق الآخرين، فإن المشرع هو الذي يقدر مدى تأثير مصلحة الغير في هذا الصدد بالعقود المبرمة لهذه المصلحة، مثلما هو عليه الحال في الدعوى غير مباشرة-الدعوى البوليصية- المقررة للدائن العادي تجاه تصرفات مدينه الضارة بمصلحته.

ج- الغير صاحب المصلحة

إن الغير صاحب المصلحة هو الذي يرتبط بأحد أطراف العلاقة العقدية برابطة قانونية أو ما يسمى بالغير الوهمي، فهذا النوع من الغير هو صاحب المصلحة⁽²⁾، ويدخل المرسل إليه في مجال النقل البحري ضمن طائفة الغير صاحب المصلحة الذي يمكن أن يستفيد من نفاذ العقد بصفته واقعة قانونية، حيث يمكن له من منطلق واجب الاحترام الناشئ عن قوة النفاذ داخل المجموعة العقدية أن يطالب أي طرف آخر باحترام مصلحته، والعكس صحيح حيث يمكن أن يطالب أحد أفراد المجموعة العقدية المرسل إليه بتنفيذ التزام

(1)- سهام زروالي ، شرط التحكيم البحري وسريانه في بالنسبة للمرسل إليه في عقد النقل البحري للبضائع ، رسالة لنيل الماجستير في القانون ، السنة الجامعية 2011/2012 ، جامعة أمجد بوفرة بومدراس ، الجزائر ، ص 96.

(2)- يعتبر الدائنون العاديون أصحاب مصلحة في أن تحترم عقودهم وحقوقهم الناشئة عنها حيث نجد المشرع لم يقر بنفاذ تصرفات مدين الدائن العادي في مواجهته تقديرا لمصلحة الدائن إسباغ الحماية القانونية عليه ومثال ذلك الدعوى البوليصية التي تتيح له طلب عدم نفاذ تصرفات مدينه الضارة به في مواجهته تحت بعض الشروط . وكذلك دعوى الصور. وكذلك ما قرره المشرع لحماية المدين في إطار صعوبة المقابلة لحماية دائني المدين من التصرفات التي يجريها هذا الأخير إضرارا بهم حيث تغل يد المدين عن إدارة أمواله بمجرد صدور حكم فتح مسطرة الصعوبات، واعتبار جماعة الدائنين من الغير اعتبارا من هذا التاريخ فيمكن التمسك بعدم نفاذ أي تصرفات يجريها المدين في مواجهتهم.

يتعلق بمصلحة هذا الطرف، كما لو قام الناقل بمطالبة المرسل إليه بالوفاء بقيمة أجرة النقل⁽¹⁾.

وعليه، فإن معيار المصلحة هو العنصر الأساسي الذي يتم من خلاله تحديد من هو الغير في مجال نفاذ العقود، وذلك بالنسبة للغير الوهمي أو غير الحقيقي، حيث يمكن أن تتوفر له مصلحة في نفاذ أو عدم نفاذ عقود العلاقات الأصلية في مواجهته، إلا أن الغير الأجنبي خارج عن الإطار الذي نحن بصدده، بحيث ليست له رابطة مباشرة بالعقد أو بالمتعاقدين وليست له مصلحة في تنفيذ عقود الآخرين من عدمه.

(1) - سهام زروالي ، شرط التحكيم البحري وسريانه بالنسبة للمرسل إليه في عقد النقل البحري للبضائع، م س، ص 102 .

الفقرة الثانية: النظريات المحددة لأساس المركز القانوني للمرسل إليه في النقل

البحري للبضائع

من الأهمية بمكان تحديد السند القانوني لمركز المرسل إليه في عقد النقل البحري للبضائع، ويتضح ذلك من خلال مقتضيات قانون التجارة البحري المغربي، حيث يمكن التمييز بين حجية سند الشحن بالنسبة لأطرافه و حجية السند بالنسبة للغير، فسند الشحن حجة في الإثبات في العلاقة بين الناقل والشاحن، وكذلك بين كل منهما والغير، غير أن هناك فرقا كبيرا بين حجية السند في الحالتين (1).

ففي العلاقة بين الناقل والشاحن للسند حجية نسبية، ويجوز لكل منهما إثبات الدليل المستخلص منه، حيث يستطيع الناقل البحري أن يثبت أنه لم يتسلم كمية البضاعة الموجودة في السند أو أن هناك تحفظات بشأن حالتها، كما يجوز للشاحن أن يثبت عدم حجة البيان الخاص بتعيين ميناء التفريغ أو باستحقاق جزء من الأجرة عند الوصول.

أما بالنسبة للغير فيجوز إثبات عكس ما ورد في سند الشحن بكافة طرق الإثبات، أي أنه يمكن القول أن البيانات الواردة في سند الشحن لها حجية مطلقة في الإثبات لصالح الغير الذي له مصلحة التمسك بها، في حين أن لأطراف السند إثبات عكس هذه البيانات عن طريق أي مستند. وقد اختلفت الآراء الفقهية في محاولة إيجاد الأساس القانوني لمركز المرسل إليه.

لذا، سأطرق للنظريات التقليدية للمركز القانوني للمرسل إليه في عقد النقل البحري للبضائع، من خلال نظرية الاشتراط لمصلحة الغير ونظرية الخلف العام ثم نظرية الحياة الرمزية للبضاعة، ودراسة المجموعة العقدية كمحدد لأساس التزام المرسل إليه في النقل البحري للبضائع ببيان ماهية المجموعة العقدية، وأثر شرط التحكيم في التجمع العقدي.

أولا: النظريات التقليدية

استقر الفقه والقضاء في جل الدول منذ فترة طويلة على الاعتراف بحق خاص للمرسل إليه في مواجهة الناقل مباشرة، رغم أنه ليس من أطراف عقد النقل البحري، فله حق مقاضاة الناقل ومطالبته باستلام البضاعة وبالتعويض عن الهلاك أو التلف، كما أنه يلتزم بدفع الأجرة إذا لم يكن الشاحن قد دفعها، ويلتزم بكافة الشروط الواردة في سند الشحن ومن بينها شرط التحكيم، فإن هناك إجماعا على الاعتراف للمرسل إليه بحق خاص مباشرة من قبل الناقل، إلا

(1)- عبد الحميد محمد الحوسنى، التحكيم البحري وفقا لقانون الإجراءات المدنية الإماراتي والقانون المصري، طبعة سنة 2007، دار الجامعة الجديدة، مصر، ص 10.

أن الاختلاف كان حول تفسير الأساس القانوني لهذا الحق، وهل يعتبر استثناء على مبدأ نسبية آثار العقد⁽¹⁾.

1- نظرية الاشتراط لمصلحة الغير

تشكل نظرية الاشتراط لمصلحة الغير استثناء على مبدأ نسبية آثار العقد⁽²⁾، ففي الواقع هناك الكثير من الحالات يرتب فيها العقد حقاً معيناً لشخص أجنبي عن أطرافه، وذلك عن طريق نص يدرج في العقد، حيث نجد كثيراً ما يؤمن شخص على حياته ويشترط على شركة التأمين أن تدفع مبلغ التأمين في حالة وفاته إلى شخص ما يعينه، أو يؤمن المرسل أو البائع على البضاعة المنقولة لمصلحة مالك هذه البضاعة وقت وقوع الخطر المؤمن منه.

ومفهوم الاشتراط لمصلحة الغير نظمه المشرع المغربي في الفصل 34 من قانون الالتزامات والعقود حيث نص على: "... يجوز الاشتراط لمصلحة الغير، ولو لم يعين إذا كان ذلك سبباً لاتفاق أبرمه معاوضة المشتري نفسه أو سبباً لتبرع لمنفعة الواعد.

وفي هذه الحالة، ينتج الاشتراط أثره مباشرة بمصلحة الغير، ويكون لهذا الغير الحق في أن يطلب باسمه من الواعد تنفيذه وذلك ما لم يمنعه العقد من مباشرة هذه الدعوى، أو علقت مباشرتها على شروط معينة..."⁽³⁾، وبهذا يتضح لنا ضرورة توفر ثلاثة شروط لتحقيق

(1)- مصطفى كمال طه، القانون البحري الجديد، الطبعة الأولى، سنة 1995، دار الجامعة للنشر، مصر، ص 167.

- أحمد حسني، البيوع البحرية، البيوع البحرية، الطبعة الأولى، سنة 1983، منشأة المعارف، مصر، ص 54.

- محمود سمير الشرقاوي، القانون البحري، الطبعة الثانية، سنة 1999، منشأة المعارف، مصر، ص 238.

(2)- عبد الرحمان بلعكيد، توزيع مسؤولية نقل البضائع بحراً عل ضوء قانون التجارة البحرية المغربي، أطروحة لنيل الدكتوراة في الحقوق، السنة الجامعية 1981/1982، جامعة الحسن الثاني، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، الدار البيضاء، ص 85.

(3)- ينص الفصل 154 من القانون المدني المصري على أنه: "يجوز للشخص أن يتعاقد باسمه على التزامات يشترطها لمصلحة الغير، إذا كان له الحق في تنفيذ هذه الالتزامات مصلحة شخصية مادية، ويترتب على هذا الاشتراط أن يكسب الغير حقاً مباشراً قبل المتعهد بتنفيذ الاشتراط يستطيع أن يطالبه بوفائه ما لم يتفق على خلاف ذلك، ويكون لهذا المتعهد أن يتمسك قبل المنتفع بالدفع التي تنشأ عن العقد ويجوز كذلك للمتضرر أن يطالب بتنفيذ ما اشتراط لمصلحة المنتفع إلا إذا تبين من العقد أن المنتفع وحده هو الذي يجوز له ذلك".

وتقابل هذه المادة في القانون المدني الفرنسي المادة 1121 حيث تنص على أنه:

الاشتراط لمصلحة الغير الأولى وهي ضرورة أن يتعاقد المشتري باسمه لا باسم المنتفع، والثانية أن يشترط المشتري على المتعهد حقا مباشرا للمنتفع، والثالثة أن يكون للمشتري وراء هذا الاشتراط مصلحة شخصية مادية كانت أو أدبية.

فالشاحن عندما يبرم عقد النقل، يتصرف باسمه أو يظهر في عقد النقل البحري كطرف أصلي، ويشترط على الناقل حقا مباشرا للمرسل إليه يستطيع بمقتضاه لهذا الأخير أن يطالب الناقل بتسليم البضاعة سليمة في الوقت المناسب وبدون تأخير، وله من وراء هذا الاشتراط مصلحة مادية في الغالب تقوم في حدود النفع الذي يجنيه من هذا التصرف.

وقد ساعدت مرونة وبساطة هذه الشروط أنصار نظرية الاشتراط لمصلحة الغير⁽¹⁾ على الأخذ بها في تبرير حق المرسل إليه تجاه الناقل البحري، فهي لا تشترط أن يتعاقد المشتري بصفته نائب عن المنتفع، فكل شخص يستطيع أن يشترط بمصلحة الغير مادامت له مصلحة شخصية في ذلك مادية كانت أو أدبية.

وعموما، فإن الاتجاه الفقهي الذي يؤيد هذه النظرية يذهب إلى تفسير حق المرسل إليه بأنه "اشتراط لمصلحة الغير" على أساس أن الشاحن وقت إبرام عقد النقل، يشترط لمصلحة المرسل إليه، فيكتسب بهذا الاشتراط الحق في تسليم البضاعة ويتحقق قبوله بالطبع عند تسلمه فعلا لهذه البضاعة، ومن جهة أخرى فإن قبول المرسل إليه بهذا الاشتراط يفرض عليه قبوله تنفيذ الالتزام المرتبطة بهذا الاشتراط، كالالتزام مثلا بدفع الأجرة⁽²⁾.

غير أن هذه النظرية لا تصلح في الواقع سوى لتفسير الحق الذي يولد للمرسل إليه دون الالتزامات التي في ذمته، لأن الناقل يتمتع بامتياز على البضائع المشحونة كضمان عن أجرة النقل وتوابعها - المادة 242 من قانون التجارة البحري المغربي⁽³⁾، وبالحق في حبس البضاعة عند عدم الوفاء بأجرة النقل ما لم تقدم له كفالة تامة، أو بطلب إيداعها بين يدي

« on peut pareillement stipuler au profit d'un tiers lorsque telle est la condition d'une stipulation que l'on fait pour soi-même d'une donation que l'on fait a un autre celui qui fait cette stipulation ne peut la révoque, si le tiers a déclaré vouloir en profiter ».

(1) - حسن النيداني، الأثر النسبي لاتفاق التحكيم، طبعة سنة 2011، الدار الجامعية للنشر، مصر، ص 96.

(2) - Jérôme KULLMAN, L'extension de la Clause compromissoire au destinataire dans le transport maritime, L.G.D.J, 2010, p 20.

(3) - تنص المادة 242 من قانون التجارة البحري المغربي بأنه: "يتمتع مؤجر السفينة لضمان أجرة النقل وتوابعها بامتياز على البضائع المشحونة حتى في حالة إفلاس المرسل إليه وذلك خلال مدة خمسة عشر يوما بعد تسليمها على شرط ألا تكون قد انتقلت إلى يد الغير".

الغير، أو بيعها قضائيا لاستيفاء مبلغ الدين -الفصل 243 من قانون التجارة البحري المغربي⁽¹⁾ -، وخاصة هذه النظرية أن يكتسب المنتفع حقا لا أن يحمل بالتزام وهو ما تصرح به الفقرة الثانية من الفصل 34 من ق ل ع⁽²⁾.

كما أن الأساس الذي يقوم عليه الاشتراط يبدو غير ثابت القوائم أمام اختلاف الفقهاء بين من يقول بنظرية الإيجاب ومن يأخذ بنظرية الفضالة والحق المباشر، فكيف نتخذ هذه النظرية أساسا وهي تبحث عن أساس لها؟.

2- نظرية الخلف الخاص

يرى أحد رجال الفقه القانوني أن المرسل إليه حامل سند الشحن، يعد خلف خاصا للشاحن وذلك باعتباره مشتريا للبضاعة، وبما أن هناك عقد شحن يتعلق بهذه البضاعة، فإن المرسل إليه بصفته خلفا خاصا ينقل إليه ما يرتبه هذا العقد من حقوق والتزامات وفق ما تقول به نظرية الخلف الخاص من أن العقد إذا ما أنشأ التزامات وحقوقا شخصية تتصل بشيء انتقل بعد ذلك إلى الخلف الخاص، فإن هذه الالتزامات والحقوق تنتقل إلى هذا الخلف في الوقت الذي ينتقل فيه الشيء إذا كانت من مستلزماته وكان الخلف الخاص يعلم بها وقت انتقال الشيء إليه⁽³⁾.

فالشاحن ينقل السند المثبت للملكية البضائع ولشحنها على ظهر السفينة إلى المرسل إليه تنفيذا لمعاملة تمت بينهما، الذي يصير خلفا خاصا له تجاه الناقل، حيث يحق له أن يتقدم

(1) - تنص المادة 243 من قانون التجارة البحري المغربي بأنه: "يجوز لمؤجر السفينة أن يجبس البضائع المنقولة في حالة عدم أداء أجرة النقل ما لم تقدم له كفالة صحيحة وكافية.

كما يجوز أيضا لمؤجر السفينة أن يطلب إيداع البضائع بين يدي الغير إلى تؤدي له أجرة النقل كما يمكنه أن يطلب إصدار أمر بيعها في حدود مبلغ الدين".

(2) - ينص الفصل 34 من ق.ل.ع أنه: "وع ذلك، يجوز الاشتراط لمصلحة الغير، ولو لم يعين، إذا كان ذلك سببا لاتفاق أبرمه معاوضة المشتري نفسه أو سببا لتبرع لمنفعة الواعد.

وفي هذه الحالة، ينتج الاشتراط أثره مباشرة لمصلحة الغير، ويكون لهذا الغير الحق في أن يطلب باسمه من الواعد تنفيذه وذلك ما لم يمنع العقد من مباشرة هذه الدعوى، أو علقت مباشرة على شروط معينه.

يعتبر الاشتراط كأن لم يكن إذا رفض الغير الذي عقد لصالحه قبوله مبلغا من الواعد هذا الرفض".

(3) - عبد الرحمان بلعكيد، توزيع مسؤولية نقل البضائع بحرا على ضوء قانون التجارة البحرية المغربي، م س، ص 91.

لحياسة البضاعة، ويلتزم بتسليمها للحامل الشرعي للسند الذي يخلف سلفه وفق أحكام الاستخلاف.

وقد وجد أنصار نظرية الخلف الخاص⁽¹⁾ في الخصائص التي يختص بها سند الشحن مبررا لتعزيز نظريتهم، فهو سند تداول وأداة للحياسة الرمزية للبضاعة ولإثبات عقد النقل البحري، لهذا فإن سند الشحن الاسمي يتداول بطريق الحوالة المدنية، فليزم قبول الرهان للحوالة أو إعلامه بها.

وهكذا يتضح أن الحق في النقل يعد من ضمن وظائف سند الشحن وينتقل بنقله، ليكمل ملكية المرسل إليه أو الغير للبضاعة من أجل حيازتها ماديا، كما أن الحق في التأمين ينتقل كذلك ليصبح مكملا للبضاعة بدوره، فهو يحفظها ويقويها بتغطية مخاطر الرحلة البحرية والالتزامات التي يتضمنها عقد النقل أو عقد التأمين ولا يؤثر فيها كونها من الالتزامات الشخصية، لأن القانون يقر بانتقالها كما أن المرسل إليه تعامل في دائرتها ورضي بها⁽²⁾.

ولا يمكن الارتكاز على الفصل 229 من قانون الالتزامات والعقود⁽³⁾ كأساس قانوني لمركز المرسل إليه لأن هذا يحمله أكثر مما يحتمل، وكما رأينا أن الالتزامات الناشئة عن عقد السلف تنتقل مع الحق الذي آل للخلف إذا كانت من مستلزماته، وتكون كذلك متى كانت محددة له ومفيدة لاستعماله، أما إذا كان ما ورد من السلف يرتب التزاما شخصيا مثل دفع الأجرة فإنه لا ينتقل إلى الخلف الخاص إلا بناء على نص في القانون أو بموجب اتفاق خاص⁽⁴⁾.

وإذا حق للمدين أن يحتج في مواجهة الخلف الخاص بكافة الدفعات التي يمكن أن تكون قائمة بينه والسلف، فإن ذلك مخالف لما استقر عليه العرف البحري في تطبيق قاعدة جواز

(1) - مصطفى كمال طه، القانون البحري الجديد، الطبعة الأولى، سنة 1995، دار الجامعة للنشر، مصر، ص 267.

- أحمد محمود حسني، البيوع البحرية، م س، ص 62

(2) - الأصل أن التزام الشخص لا ينتقل من السلف إلى الخلف إلا بنص في القانون أو باتفاق الأطراف ونصوص القانون التجاري البحري واضحة الدلالة في هذا المجال أسرنا إلى بعضها.

(3) - ينص الفصل 229 من ق. ل. ع على أنه: "تنتج الالتزامات أثرها لا بين المتعاقدين فحسب، ولكن أيضا بين ورثتها وخلفائها، ما لم يكن العكس مصرحا به أو ناتجا عن طبيعة الالتزام أو عن القانون، ومع ذلك فالورثة لا يلتزمون إلا في حدود أموال التركة، وبنسبة مناب كل واحد منهم ...".

(4) - عبد الرازق أحمد السنيهوري، الجزء الأول، المجلد الثاني، م س، ص 733.

الاحتجاج بالدفع على حامل السند حسن النية، وهو مخالف لما هو مقرر بالنسبة لحق المرسل إليه في مواجهة الناقل، كما أن "الخلافة" يفترض فيها أن تحل الخلف محل السلف وتختفي شخصية السلف من هذه العلاقة، وهذا بطبيعة الحال يتعارض تماما في العلاقة محل البحث، حيث يمكن للناقل الرجوع على الشاحن بأجرة النقل إن لم يقوم المرسل إليه بالوفاء بها.

3- نظرية الحيابة الرمزية للبضاعة

تبنى العديد من الفقهاء⁽¹⁾ نظرية الحيابة الرمزية كأساس لحق المرسل إليه أو الغير حامل السند في مواجهة الناقل، بحيث أن سند الشحن يعطي لحامله الشرعي حقا ذاتيا ومستقلا عن عقد المشاركة القائم أساسا بين الشاحن والناقل، ففي سند الشحن يوجد أساس بين حقه وحدود التزاماته، كما أن سند الشحن يمثل البضاعة المشحونة على ظهر السفينة، ويعتبر حامله حائزا حيابة رمزية للبضاعة ذاتها⁽²⁾، فكان من الطبيعي أن يؤدي ذلك إلى ضرورة تخويل حامل سند الشحن حقا شخصيا من قبل الناقل حتى يمكن لهذا السند أن يقوم بوظيفته الجديدة التي تهدف إلى عدم تجميد رؤوس الأموال المنقولة بحرا والتي تتمثل في البضاعة⁽³⁾.

كما أن ربان السفينة المشحونة عليها البضاعة محل سند الشحن باعتباره حائزا حيابة عرضية لها لحساب الغير، يلزمه أن يسلمها لهذا الغير حامل للسند أيا كان، لأنه يعتبر حائزا للبضاعة منذ شحنها، أو على الأقل منذ حيازته لسند الشحن، فحامل السند يستمد حقه في المطالبة باستلام هذه الأخيرة في الرجوع على الناقل من كونه الحائز القانوني للبضاعة التي سيحوزها الربان لحسابه.

ومن النتائج التي تترتب على هذه النظرية أن سند الشحن يخول للمرسل إليه حسن النية حقا خاصا لا يتقيد ولا يهتم بالعلاقات بين الناقل والشاحن والحامل السابق للسند، وعليه فإن الناقل لا يستطيع أن يحتج في مواجهة المرسل إليه بالدفع التي يمكن الاحتجاج بها ضد الشاحن هذا من جهة.

(1) - محمود سمير الشرقاوي، القانون البحري، م س، ص 228.

(2) - محمد عبد الفتاح ترك، التحكيم البحري، النطاق الشخصي لاتفاق التحكيم في عقد النقل البحري، م س، ص 616.

(3) - محمود سمير الشرقاوي، القانون البحري، م س، ص 243.

ومن جهة أخرى يلتزم المرسل إليه بالشروط الواردة في سند الشحن، و بالشروط التي أحال إليها سند الشحن في مستندات أخرى، فسند الشحن يشكل وحدة لا تتجزأ، وإذا امتنع المرسل إليه عن تسليم البضاعة، فإن الناقل لا يفقد حقه الثابت، وإنما يحق له أن يباشر حق الحبس على البضاعة، وحق الامتياز دون أن يفقد حقه في الرجوع على الشاحن باعتباره طرفاً في عقد النقل⁽¹⁾.

وينفي أحد رجال الفقه القانوني⁽²⁾ أن تخلق حيابة سند الشحن علاقة حقوق والتزامات بين شخصين لم يربطهما عقد أو اتفاق مسبق، إلا أن هناك من يرى⁽³⁾ أن العلاقة المباشرة التي تنشأ عن الغير حامل سند الشحن والناقل الذي لا تربطه أية علاقة قانونية لا تتحقق بمجرد حيابة حامل سند الشحن له، وإنما لأن البضاعة التي يمثلها سند الشحن توجد في الحيابة المادية للربان، وأنه يحوزها لحساب الحامل أيا كان.

فالعلاقة المباشرة بينهما تنشأ من أن لكل منهما حقا على البضاعة، حامل سند الشحن بصفته حائزا قانونيا والربان لأنه حائز عرضي، كما يجب على الحائز العرضي الالتزام بتسليمها إلى الحائز القانوني في ميناء الوصول، وبالتالي يلتزم الحائز القانوني أن يرد للحائز العرضي ما تحمله من مصاريف على البضاعة من ميناء الشحن حتى ميناء الوصول. إذن، فأصحاب هذه النظرية يؤكدون أن المرسل إليه يستمد حقه من سند الشحن ذاته دون ذكر السند القانوني.

ثانيا: المجموعة العقدية

رأينا أن النقطة الأساسية للبحث عن أساس قانوني للعلاقات المباشرة التي تقوم في عقد النقل البحري للبضائع بين المرسل إليه والأطراف المتداخلة في عملية النقل؛ هي ناتجة عن

(1)- أما بالنسبة لأساس الغير حامل سند الشحن كونه مدينا في مواجهة الربان بأجرة النقل أو أي مصاريف أخرى قد تتحملها البضاعة، فهذا الغير بصفته الحائز القانوني للبضاعة عليه أن يدفع الأجرة قبل أن يطالب الربان بتسليم البضاعة إليه، يعني أن هذا الغير إذا أراد أن يهيمن على كلا من الحيابة المادية والحيابة المعنوية فعليه أن يدفع للربان تكاليف تحرير البضاعة من حيازتها المادية لدى الربان.

(2)- علي البارودي، العقود وعمليات البنوك التجارية، الطبعة الثانية، سنة 1968، بدون ذكر دار النشر، مصر، ص 169.

(3) - عبد الرحمان بلعكيد، توزيع مسؤولية نقل البضائع بحرا على ضوء قانون التجارة البحرية المغربي، م س، ص 93.

تحميل الغير بالتزامات لصالح طرف أو آخر في علاقة عقدية تم إبرامها ولم يشارك فيها أو العكس.

كما أن مبدأ سريان العقود ونفاذها يمكن أن يشكل أساساً قانونياً لمركز المرسل إليه في عقد النقل البحري، ليس فقط في العلاقة بين المرسل إليه والناقل البحري أو الشاحن، ولكن في كافة العلاقات التي يمكن أن تقوم داخل المجموعة العقدية لعملية النقل البحري ومن بينها شرط التحكيم البحري.

1- ماهية المجموعة العقدية

قد تكون هناك مجموعة عقدية تجتمع حول محل واحد، تتعاقب عليه ويكون محلاً لكل منها، أو حول غرض واحد، وتتخذ شكلين:

يعرف الشكل الأول بالسلسلة العقدية حيث تتابع العقود على ذات المحل رغم اختلاف أطرافها، مكونة بذلك سلسلة عقدية متصلة، كبيع شيء معين وتداوله في الأسواق بين أكثر من مشتر ويتم نقله بعدة وسائط، أي أن هناك عقود نقل متتالية على شيء واحد مكونة سلسلة عقدية متصلة.

أما الشكل الثاني فيعرف بالتجمع العقد حيث تتضافر العقود المتعددة لتحقيق هدف واحد مشترك رغم اختلاف أطرافها، مكونة بذلك ائتلافاً عقدياً متناسقاً، فكل عقد يعتبر جزءاً من هذا التجمع، كعقود نقل متعددة تستهدف إتمام عملية نقل متعددة المراحل بحيث تتم إحداها بحراً أو جواً والأخرى بالسكك الحديدية والرابعة بالسيارة⁽¹⁾.

وإن المتأمل لظاهرة التجمع العقدي، يلاحظ أنه بداخل هذه المجموعات العقدية توجد علاقات مباشرة بين أطرافها حتى ولو كانت هناك مسافة كبيرة بينهم، كالعلاقة بين الناقل والمرسل إليه⁽²⁾.

وإذا ما لاحظنا موضوع البحث نجد أن صور المجموعات العقدية التي تنظمها تتعلق بمحل واحد قد تجسدت أمامنا، فهناك عقد بيع بضاعة طرفاه الشاحن والمرسل إليه، وعقد نقل هذه البضاعة وعقد الشحن والتفريغ وعقد التأمين على البضائع، وعقود نقل متتابعة،

(1)- مصطفى الجمال، عبد العال عكاشة، التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية والداخلية، الطبعة الأولى، سنة 1998، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، ص 494.

(2)- محمد عبد الفتاح ترك، التحكيم البحري، النطاق الشخصي لاتفاق التحكيم في عقد النقل البحري للبضائع، م س، ص 630.

بمعنى أننا نجد أن هناك عقدا أصليا يتمثل في بيع البضاعة ثم عقود تابعة تتجمع وتدور حول العقد الأصلي وبالطبع تهدف إلى التأكيد على ضمان وصول البضاعة المباعة إلى المرسل إليه، ومن ثم فإن هذه الصورة من صور المجموعات العقدية تدخل تحت صيغة التجمع العقدي لعدة عقود هدفها واحد وتتم من أجل تحقيق عملية واحدة، هي ضمان وصول البضاعة إلى المرسل إليه في حالة جيدة وسليمة.

كما أن ظاهرة مجموعات العقود يوجد بينها نوع من التبعية المتبادلة أحيانا والمنفردة أحيانا أخرى بين عقود المجموعة العقدية الواحدة، فتكون صعوبة للفصل بين الأجزاء المكونة للمجموعة أطرافا في الكل الذي تمثله المجموعة من دون أن يكونوا أطرافا في بقية العقود الداخلة في المجموعة، وهذا خلافا لما يفرضه مبدأ نسبية العقود بمفهومه التقليدي⁽¹⁾.

إلا أنه نتيجة للقصور التشريعي في هذا المجال، فقد أوضحت أحكام التحكيم⁽²⁾ في بعض أحكامه أن الأطراف في المجموعة العقدية ليسوا "غيرا" في علاقاتهم المتبادلة، فيمكن لأي منهم أن يواجه الآخر استنادا إلى قواعد المسؤولية العقدية، لذا فإن الدعاوى المباشرة التي تم إقرارها من خلال القضاء، تم معظمها في مجال المجموعات العقدية التي تنظمها وحدة المحل أو وحدة السبب كالمقاول من الباطن والإيجار من الباطن وعقد النقل البحري.

ويثار الجدل في الفقه والقضاء في فرنسا حول مدى الاحتجاج بشرط التحكيم الوارد في أحد العقود على أطراف العقد الأخرى، بالرغم من عدم وجود إحالة بذلك الشرط الوارد في العقد الأول مع العلم أن هناك رابطة عقدية بين العقدين أو يجمعها هدف اقتصادي مشترك.

2- أثر شرط التحكيم في المجموعة العقدية

تعددت الآراء في هذا المجال واختلفت بحيث يذهب رأي⁽³⁾ إلى الاعتداد بالإرادة الحقيقية لقبول التحكيم، أي الأخذ بمنهج التفسير الضيق لاتفاق التحكيم الذي يتطلب ضرورة علم وقبول جميع أطراف العملية التحكيمية.

(1)- مصطفى الجمال، عبد العال عكاشة، التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية والداخلية، م س، ص 495.

(2) - Rev. Arb, 1984, p 98

-Rev.Arb, 1989, p 291.

(3)- محمد نور شحاتة، مفهوم الغير في التحكيم دراسة تحليلية وتطبيقية، مقارنة لمبدأ نسبية أثر التحكيم بالنسبة للغير، ص 46.

وأخذ رأي ثاني⁽¹⁾ بفكرة الإرادة الظاهرة، فشرط التحكيم الموجود في أحد العقود يمتد إلى العقد آخر الذي لا يتضمن شرط التحكيم، وهذا بناء على ما تولد لدى أطراف العقد الثاني من اعتقاد بأن أي عقد وما تضمنته المجموعة العقدية ملزم لكل أطراف المجموعة العقدية. فمسألة امتداد شرط التحكيم إلى الغير يثور بصفة أساسية في نطاق كل المجموعة العقدية ومجموعة الشركات⁽²⁾.

وفي هذا الصدد قضت محكمة النقض الفرنسية بتاريخ 1991/06/25⁽³⁾ بمد شرط التحكيم المدرج بالاتفاق المبرم بين الحكومة الفرنسية والحكومة التونسية إلى شركة ملاحه تونسية التي لم توقع على الاتفاق، إلا أنها كانت مكلفة بتنفيذه بصفتها ناقلا للبضائع على الاتفاق، حيث أكدت على أن شرط التحكيم المدرج في عقد دولي يتمتع بصحة وفعالية ذاتية بصورة يستوجب معها مد تطبيقه وإعماله على أطراف اشتركوا مباشرة في تنفيذ العقد المدرج به الشرط وبالنزاع الذي قد يثور بصدد هذا التنفيذ، وهذا بمجرد التثبت من أن وضعهم ونشاطهم يفترض قبولهم لشرط التحكيم الذي علما بوجوده ومضمونه، على الرغم من عدم توقيعهم على العقد المتضمن لشرط التحكيم.

غير أن محكمة الاستئناف ببائريس وبصورة مثيرة للاهتمام، أضافت بمقتضى قرارها الصادر في 1994/12/07 وإلى جانب القرينة التي قررتها بموافقة الشخص الضمنية على شرط التحكيم عند تنفيذه للعقد مع علمه بالشرط المدرج به مبررا آخر لمد أثر شرط التحكيم في

(1) - مصطفى الجمال، عبد العال عكاشة، التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية والداخلية، م س، ص 496.

(2) - عملا بمبدأ نسبية آثار اتفاق التحكيم، لا تلتزم أي شركة من الشركات المكونة لمجموعة الشركات بشرط التحكيم المدرج بالعقد من جانب إحدى هذه الشركات، وكل شركة من الشركات المكونة للمجموعة تتمتع بشخصية قانونية مستقلة تجعلها من الغير بالنسبة للعقد الذي تبرمه شركة أخرى تنتمي لهذه المجموعة. إلا أن هناك اتجاه قضائيا على صعيد الأحكام القضائية وأحكام التحكيم يميل إلى امتداد شرط التحكيم الذي تم قبوله صراحة من بعض الشركات المكونة لمجموعة الشركات إلى الشركات الأخرى، التي تنتمي للمجموعة نفسها، ملتزمة في ذلك وسائل قانونية عدة لإضفاء الشرعية لهذا الامتداد.

(3) - Cass.civ, 25/06/1991, Rev. Arb, 1991, p 453.

« A légalement justifie sa décision de rejeter un recours en annulation, l'arrêt qui relève qu'en partie, en acceptant d'intervenir dans l'exécution d'un accord auquel un transporteur était partie nécessairement souscrit aux obligations définies par celui-ci à la charge de ce transporteur et en a accepté les modalités techniques parmi lesquelles la clause compromissoire, et qui en déduit que cette partie en exécutant l'accord en connaissance de cause avait en réalité relatif celui-ci y compris la Claus d'arbitrage ».

نطاق المجموعة العقدية، وهو تمكين المحكمين من الاطلاع وفهم جميع الجوانب القانونية والاقتصادية للنزاع المعروض أمامهم، حيث قررت أن أثر شرط التحكيم يمتد إلى أشخاص اشتركوا مباشرة في تنفيذ العقد المدرج به الشرط، وهذا بمجرد التأكد من أن وضعهم ونشاطهم يفترض معه علمهم وقبولهم بالشرط⁽¹⁾.

فالمحكمة إذن اعتمدت سندا آخر لامتداد آثار شرط التحكيم إلى طرف لم يوقع على العقد الذي ورد به هذا الشرط في نطاق المجموعة العقدية، وهو حسن سير العدالة المتمثل في إلمام المحكمين من خلال تقرير هذا الامتداد بجميع المسائل القانونية والاقتصادية للنزاع المعروضة عليهم.

وإذا كانت محكمة الاستئناف ببافيس قد اتجهت إلى تأييد مسألة امتداد شرط التحكيم في نطاق المجموعة العقدية التي لها هدف واحد، فإن اتجاه محكمة النقض في هذا الصدد يظهر أكثر تحفظا تارة ورافضا تارة أخرى.

فمن جهة، اعتمدت محكمة النقض الفرنسية على أسانيد أخرى غير تلك التي اعتمدت عليها محكمة الاستئناف لتقرير امتداد شرط التحكيم إلى طرف غير موقع على العقد مستندة في ذلك إلى أن قبول هذا الطرف التدخل في تنفيذ العقد الذي ورد فيه الشرط يستخلص منه تصديقه على هذا العقد وما ورد به من شروط بما فيها شرط التحكيم⁽²⁾.

ومن جهة أخرى صدر عنها بتاريخ 11/06/1991 اعتبرت فيه أن الشرط يمتد في مواجهة طرف لم يوقع أيضا على العقد الأصلي الذي ورد فيه الشرط بعد أن ثبت لديها أن هذا العقد قد أبرم في حقيقة الأمر لحسابه⁽³⁾.

(1)- CA, paris, 7 décembre 1996, Rev. Arb, 1996, p 245.

(2)- Cass.civ, 25/06/1991, Rev. Arb, 1991, p 453

(3)- Cass .Civ 11/06/1991, Rev. Arb, 1992, p72.

شرط التحكيم في عقد النقل البحري بين الامتداد والانتقال

الدكتور سعد بهقي

أستاذ القانون الخاص

مختبر القانون والمجتمع

الكلية متعددة التخصصات بسمارة

جامعة ابن زهر

مقدمة:

يشكل النقل البحري للبضائع بمقتضى وثيقة الشحن محور التجارة الدولية ووسيلتها الأهم⁽¹⁾، لذلك من المنطقي أن يسعى الأطراف لتضمين عقود النقل البحري شرط التحكيم واعتباره من الشروط الجوهرية في وثيقة الشحن.

ويتم عادة إدراج شرط التحكيم في وثيقة الشحن كأحد الشروط الاستثنائية التي تحتاج لتوقيع الشاحن عليها، لتكون سارية المفعول في مواجهته. ويطرح التساؤل حول مسألة

(1) - يتحقق النقل البحري للبضائع عن طريق العديد من العقود، وهي ليست كلها على نمط واحد حيث يبرز من بينها "عقد نقل البضائع" و "عقد إيجار السفينة"، فحيثما لا تكون البضائع بالحجم الذي يستلزم تخصيص سفينة كاملة أو جزء كبير منها لصالح نقلها، فإن متلقي خدمة النقل يلجأ إلى عقد النقل البحري للبضائع، فإذا ما زاد حجم البضائع بالمقارنة بالسفينة الناقلة فإن متلقي خدمة النقل يلجأ إلى استئجار السفينة لتنفيذ النقل. وإيجار السفن على أنواع، على أن الإيجار الذي يتم اللجوء إليه للحصول على النقل، هو إيجار السفينة مجهزة لفترة زمنية أو لرحلة، والحالة الأخيرة هي الغالبة.

للاطلاع أكثر يراجع:

- نادر محمد إبراهيم، "رضاء حامل سند الشحن بشرط التحكيم بالإشارة- دراسة تأصيلية مقارنة"، مجلة التحكيم ملحق ع. الثامن 2010، ص. ص: 303 - 333.

- جمال الدين عوض، "النقل البحري للبضائع"، دار النهضة العربية، القاهرة، طبعة 1992، ص. ص: 104-108.
- Pierre BONNASSIERS et Christian Scapel » Droit maritime ; LG DJ, 2008, P: 475.

التوقيع بمعنى هل يحتاج الأمر في هذه الحالة لتوقيع خاص بهذا الشرط لكي يسري في مواجهة الشاحن؟ أم أن التوقيع على وثيقة الشحن كأحد البيانات المعتادة في هذه الوثيقة كاف بحد ذاته لكي ينتج هذا الشرط أثره في مواجهة أطراف عقد النقل البحري؟ وهل نحن أمام انتقال للشرط التحكيمي أم امتداد؟

ويعرف امتداد شرط التحكيم عادة على أنه تطبيق لهذا الشرط على غير الموقعين عليه، غير أن الفقيهان بوسون (BESSON) وبودري (POUDRET)، يشككان في هذا التعريف⁽¹⁾، حيث اعتبرا أن امتداد شرط التحكيم لا يعني تطبيقه على غير الموقعين عليه، بقدر ما بهم معرفة هل هذا الغير في الحقيقة هو طرف في شرط التحكيم أم لا. وبالتالي من يمكن له التذرع بالاتفاق في مواجهته. بالإضافة إلى أن التمييز بين الموقعين وغير الموقعين على شرط التحكيم لم تعد له قيمة، باعتبار أن أغلبية الأنظمة القانونية لم تعد تلزم الأطراف بالتوقيع على شرط التحكيم بل تقتصر على الكتابة فقط⁽²⁾.

إن تناول امتداد شرط التحكيم يحيلنا مباشرة وضمنا إلى موضوع مشابه له، ألا وهو الانتقال. إذ للوهلة الأولى يبدو وكأننا أمام نفس المفهوم لكن في واقع الأمر نحن أمام مفهومين أو ظاهرتين كما يحلو لبعض الفقه تسميتهما⁽³⁾، وهذا الاختلاف يجد أساسه في القانونين الإجرائي والموضوعي وكذا في قانون الالتزامات، هذا الأخير الذي يبين بجلاء أن هناك اختلافا كبيرا بين الامتداد والانتقال.

لذلك سنحاول من خلال هذه الدراسة الوقوف على مفهومي امتداد شرط التحكيم وانتقاله (المبحث الأول) على أن نخصص المبحث الثاني لدراسة مدى إمكانية امتداد شرط التحكيم إلى المرسل إليه في عقد النقل البحري.

(1) - J-F. POUDRET et S. BESSON: "Droit comparé de l'arbitrage international", LGDJ, 2002; P :250.

(2) - وهو توجه المشرع المغربي أيضا، فالقانون السابق كان يلزم الأطراف بكتابة شرط التحكيم بخط اليد والتوقيع عليه بصفة مستقلة عن العقد، وقد تجاوز القانون 08-05 هذه الشكليات.

(3) - Eric LOQUIN, différences, et convergences dans le régime de la transmission, et de l'extension de la clause compromissoire devant les juridictions françaises Gazettes du Palais 122^e année n° 156 à 157. 6 juin 2002.

وهو ما عبر عنه الفقيه Cohen في معرض حديثه عن امتداد شرط التحكيم بقوله :
"(...), l'extension de la clause compromissoire comme un phénomène mécanique fondé sur une subordination intellectuelle entre différents accords".
D. Cohen, Arbitrage et groupes de contrats, Rev, Arb n° 2 1997. P : 489.

المبحث الأول: شرط التحكيم بين الامتداد والانتقال

سنحاول من خلال هذا المبحث الوقوف على أوجه التقارب والتباعد بين امتداد شرط التحكيم وانتقاله (المطلب الأول) على أن نتطرق في مطلب ثان للإرادة كمعيار للتمييز بين امتداد شرط التحكيم وانتقاله، باعتبارها الأساس الذي اعتمده القضاء في تمييزه بين امتداد شرط التحكيم وانتقاله.

المطلب الأول: أوجه التقارب والتباعد بين امتداد شرط التحكيم وانتقاله

سنخصص هذا المطلب لتبيان أوجه التشابه والاختلاف بين امتداد شرط التحكيم وانتقاله (الفقرة الأولى) على أن نخصص الفقرة الثانية

الفقرة الأولى: أوجه التشابه والاختلاف بين امتداد شرط التحكيم وانتقاله.

نكون أمام امتداد شرط التحكيم، عند البحث عن إمكانية إضافة شخص لم يقع على شرط التحكيم ليكون ملزماً به مع الشخص الذي وقع عليه بداية، لارتباطه بطريقة أو أخرى بالعقد محل التعاقد. أما موضوع الانتقال فهو يناقش إمكانية حلول شخص آخر يلتزم بشرط التحكيم محل الشخص الذي التزم به بداية⁽¹⁾.

أي أننا نكون بصدد انتقال للشرط التحكيمي متى تعلق الأمر بالنقاط التالية:

حوالة العقد؛

حوالة الحق؛

الخلف العام؛

الاشتراط لمصلحة الغير؛

التزام الكفيل؛

الدعوى المباشرة.

(1) - وهو ما توصل إليه الفقهاء في الندوة التي نظمت في فرنسا حول التحكيم والغير حيث جاء في اختتام هذه الندوة ما يلي:

"le phénomène de transmission de la clause compromissoire implique des ayants causes, c'est-à-dire des sujets de droit qui reçoivent des droits déjà nés, et qui leur sont transmis en l'état. L'extension de la convention d'arbitrage met en cause. ce que B. Oppetit appelle, Des « contractants médias ». C'est-à-dire des personnes qui se trouvent liées d'une manière ou d'une autre à l'opération contractuelle qui entre dans le champ. D'application de la convention d'arbitrage.

V-l'arbitrage et les tiers, conclusion, Rev. Arb. 1958, 553.

ونكون أمام امتداد للشرط التحكيمي متى تعلق الأمر بإقحام شخص في المسطرة التحكيمية، لم يوقع على العقد ولكن تربطه علاقة معينة إما بأطراف العقد كحالة مجموعة الشركات، حيث يمتد الشرط من الشركة الأم إلى الشركة الفرع أو العكس وبالتالي تمتد آثار الشرط التحكيمي الموقع من شركة إلى أخرى هي جزء من المجموعة.

أو حالة مجموعة العقود، حيث يمتد الشرط إلى شخص هو عضو في مجموعة العقود بالرغم من كونه ليس طرفا في العقد المتضمن الشرط التحكيمي.

هذا التخبط في تحديد المفهومين، لم يكن فقط على مستوى الفقه بل حتى القضاء. إذ نجد أن بعض القرارات عالجت مسألة الانتقال والامتداد بنفس الطريقة، ومن ذلك الحكم الصادر عن المحكمة المدنية الفرنسية⁽¹⁾ المعروف بـ Peavy ومما جاء فيه: "في مجموعة العقود المتجانسة لنقل البضائع، ينتقل الشرط التحكيمي الدولي مع الحقوق التعاقدية إلا في حالة إقامة الدليل المنطقي للجهل بوجود الشرط".

في حين نجد قرارات تميز بين المفهومين، ومن بينها نذكر القرار الصادر عن الغرفة التجارية لمحكمة النقض الفرنسية⁽²⁾ والذي جاء فيه: "أن شرط التحكيم المدرج في عقد دولي يتمتع بصحة وفعالية تسمح بامتداد تطبيقه على أطراف لها علاقة مباشرة في تنفيذ العقد، شريطة وجود ما يؤكد علمهم بهذا الشرط من قبيل وضعيتهم التعاقدية وأنشطتهم وعلاقتهم المعتادة مع الأطراف الموقعين على الشرط بداية".

(1) - Arrêt Peavy du 6 février 2001, la 1ère chambre civile.

"dans une chaîne homogène de contrats translatifs de marchandises, la clause d'arbitrage international se transforme avec l'action contractuelle, sauf preuve de l'ignorance raisonnable. De l'existence de cette clause."

-Bull. I. n° 22, P 15.

(2) -Arrêt 5 Mars 1991. Chambre commerciale de cours de cassation.

« la clause compromissoire insérée dans un contrat international a une validité. Et une efficacité propres qui commandent d'en étendre l'application aux parties directement impliquées dans l'exécution du contrat et les litiges qui peuvent en résulter, dès lors qu'il est établi que leur situation contractuelle, Leurs activités. Et les relations habituelles existant entre les parties font présumer qu'elles ont accepté la clause compromissoire dont elles connaissent l'existence et la portée. Bien qu'elles n'aient pas été signataires du contrat qui la stipulait »

(R.T.D com. 1992. P : 596. Obs. loquin,

Rev . Arb n 1 1992 ; p : 95. Note Cohen

وعلى عكس القرارين السابقين، نجد قرارات أخرى ترى أن هناك اختلافا قطعيا بين نظام امتداد شرط التحكيم وانتقاله. ففي القرار الصادر عن محكمة الاستئناف بباريس⁽¹⁾ أكدت المحكمة: "أن شرط التحكيم الدولي يفرض على جميع الأطراف الذين لهم علاقة بحقوق أحد المتعاقدين".

من خلال ما سبق، يمكننا القول أنه متى كنا أمام حوالة للحق أو للدين نكون أمام انتقال للشرط التحكيمي. في حين يثار الامتداد في حالة تعلق الأمر بمصالح التجارة الدولية وإدخال طرف في النزاع التحكيمي لارتباطه بالعقد المتضمن شرط التحكيم وبصفة أساسية عندما نكون أمام مجموعة الشركات ومجموعة العقود.

إذ لا يجب الخلط بين امتداد شرط التحكيم "Extension" وانتقاله إلى الغير "Transmission". فالامتداد يعني انضمام شخص إلى الطرف الذي يقع على عاتقه الالتزام أصلا. أما الانتقال، فإنه يعني استبدال شخص بمن هو ملتزم به بصفة أصلية.

وبصرف النظر عما إذا كانت المسألة المثارة تتعلق بانتقال شرط التحكيم أو بامتداده، فإن أحد الفقهاء قد ذهب إلى أن الإشكالية في هذا الموضوع هي: "...معرفة ما إذا كان المتعاقد الذي لم يرض مباشرة بشرط التحكيم الوارد في عقد آخر يمكنه التمسك بالشرط"⁽²⁾.

الفقرة الثانية: موقف الفقه والاجتهاد القضائي من امتداد شرط التحكيم.

إن مسألة امتداد شرط التحكيم لم يتطرق لها المشرع في الأنظمة القانونية، بل كانت نتاجا لاجتهادات فقهية وقضائية. ويعتبر فقه التحكيم الفرنسي من أهم المدارس دفاعا على إمكانية امتداد شرط التحكيم. هذا الموقف يندرج في إطار الرؤية القانونية في فرنسا لصحة شرط التحكيم والتي لا تركز على شروط شكلية معينة بل على قواعد مادية حسب النظام العام الدولي، ونجد أن هذه القواعد لم تتطرق بشكل صريح لامتداد شرط التحكيم⁽³⁾.

(1)- Arrêt.8 février 2000. Cour de cassation:

« La clause d'arbitrage international s'impose à toute Partie venant aux droits de l'un des contractants »

Rev. Arb. N°1. 2000. P: 280. Note. P.Y. GAUTHIER.

(2) - D. COHEN, "Arbitrage et groupe de contrats ", REV. ARB N°.2. 1997. P. P: 471 et s spéc P: 474.

(3) - J-F. POUDRET et S. BESSON, Droit comparé de l'arbitrage international, op cit; P: 226.

ومن أهم الفقهاء المدافعين على إمكانية امتداد شرط التحكيم نجد "إيف دورن" (DERAINS Yves) (1)، وشارل جاروسون (Charle JARROSSON) (2).

فتطور نظرية امتداد شرط التحكيم راجع بالأساس لاجتهادات المحكمين وعلى الخصوص غرفة التحكيم التابعة لغرفة التجارة الدولية (CCI)، خصوصا في مجموعة الشركات (3) حيث يعتبر المحكمون الانتماء إلى مجموعة الشركات في هذه الحالة قرينة لقبول شرط التحكيم من قبل الطرف غير الموقع عليه. غير أنه لا يمكن القول إن مجرد الانتماء فقط إلى مجموعة الشركات كاف للقول بإمكانية امتداد شرط التحكيم (4).

فقد ذهب الاجتهاد القضائي الفرنسي إلى تعميم امتداد شرط التحكيم إلى كل الأطراف الذين لهم دور في تنفيذ العقد المتضمن لهذا الشرط، على أن تكون لهم دراية وعلم بوجود شرط التحكيم ونطاقه، وإن لم يوقعوا عليه (5)، وهو ما أطلق عليه الفقه "قرينة قبول شرط التحكيم" (6).

(1) - Y. DERAIS : « L'extension de la clause d'arbitrage aux non signataires- la doctrine des groupes de sociétés », ASA Spécial Séries n°8, 1994, P. P: 241-243 ;
-Y. DERAIS et S. SCHAF, « Clauses d'arbitrages et groupes de sociétés », Travaux du comité Français de droit international privé 1984-1985, Paris 1987; P:105-122.

(2) -Ch. JARROSSON, « Conventions d'arbitrage et groupe de sociétés », ASA Spécial Séries, n°8, 1994; P. P: 209-228.

(3) - يقصد بها نظام قانوني يضم عددا من الشركات تتميز باتحادها من الناحية الاقتصادية واستقلالها من الناحية القانونية ويشترط خضوعها لسياسة اقتصادية واحدة تنبع من سلطه مشتركة لها سلطه اتخاذ القرار لكل المجموعة ومثال ذلك الشركات التي تنظمها قواعد واحدة وتتبع مجموعة واحدة مثل العلاقة بين الشركة الأم وشركاتها الوليدة أو من خلال علاقة تعاقدية تتم بالاتفاق بينهما، وفي العقد نجد مجموعه شركات تهدف وتتفق لتنفيذ مشروع واحد أو أكثر من المشروعات الصناعية الكبرى.

(4) - J-F. POUDRET et S. BESSON, Droit comparé de l'arbitrage international, op cit, p:226.

(5) - Ph. FOUCHARD, E. GAILLARD, B. GOLDMAN, Traité de l'arbitrage commercial international, éd Litec, 1999, n°440 et 505.

- J-F POUDRET : « L'extension de la clause d'arbitrage : approche française et suisse », JDI 1995, p:900-901.

- Ch. JARROSSON : « Conventions d'arbitrage et groupe de sociétés », op cit, p:216-217.

(6) - A. RYMALOVA : « L'extension de la convention d'arbitrage dans le cadre des groupes de sociétés: Les divergences entre les approches française et allemande », disponible sur le lien suivant :=

وتعتبر قضية Dow Chemical / Isover saint gobin، الأساس التاريخي لامتداد شرط التحكيم في فرنسا وأول تطبيق لنظرية امتداد شرط التحكيم في مجموعة الشركات ⁽¹⁾. إذ يعتبر الحكم التحكيمي الصادر في هذه القضية السبب في لفت الأنظار بشكل جدي إلى موضوع امتداد شرط التحكيم في مجموعات الشركات ⁽²⁾ ومن أشهر الأحكام التي صدرت في فرنسا وقضت بمد شرط التحكيم داخل مجموعة الشركات إلى الشركات التي لم توقع عليه ⁽³⁾، وقد قضى هذا الحكم بمد شرط التحكيم لشركة لم توقع عليه لاشتراكهم في تنفيذ العقد وإبرامه وفسخه.

وإذا كان الفقه والقضاء الفرنسيين من مؤيدي نظرية امتداد شرط التحكيم، فإن موقف الفقه والقضاء السويسري، يختلف جذريا عن موقف الاجتهاد الفرنسي، حيث إن القانون السويسري لا يسمح من قريب أو بعيد بامتداد شرط التحكيم ⁽⁴⁾.

= <http://blogs.u-paris10.fr/content/l%E2%80%99extension-de-la-convention-d%E2%80%99arbitrage-dans-le-cadre-des-groupes-de-soci%C3%A9t%C3%A9s-les-divergenc> ; dernière visite le 10 février 2015 ;
- J-F. POUDRET et S. BESSON, Droit comparé de l'arbitrage international, op cit, P. P: 229 et s.

(1) - للمزيد من المعلومات حول القضية Dow Chemical c/ Isover-Saint-Gobain يراجع:
- Sentence intérimaire rendue dans l'affaire N° 4131 en 1982, J.D.I, 1983. PP: 899 et s Obs Y.D.
- J-P. CORREA DELCASSO : « La clause d'arbitrage et son extension à des parties non signataires en arbitrage interne et international », publié dans la Gazette du Palais, n°359/362, 2013, P. P : 7-12.
- Jean Paul Correa Delcasso, "l'extension de la convention d'arbitrage aux parties non signataires : analyse de la doctrine de la cour internationale d'arbitrage de la CCI au regard de la jurisprudence française et espagnole" ; civil procédure Review ; V.2 ; n.2 ; 3-27 ; may-aug ; 2011 ; P. P: 6 et s
(2) - Sigvard Jarvin, " La validité de la clause arbitrale vis-à-vis de tiers non signataires de la clause examen de la doctrine de groupe de sociétés dans l'arbitrage CCI, RDAI, 1995, P: 6.
(3) - الحكم الصادر عن غرفة التجارة الدولية بباريس بتاريخ 22 شتنبر 1985 في النزاع الناشئ بين شركة "اي سوفر جوبان" ومجموعة شركات شيمكال فرنسا وآخرين- societ  isover saint- gobain dow chemical France et autres
(4)- "Le droit suisse n'est ainsi ; et de loin ; pas favorable a une extension de la clause arbitrale".
J-F POUDRET : " L'extension de la clause d'arbitrage : approches française et suisse ", JDI 1995; P. P: 900-901.

ويعتبر القانون السويسري أكثر تحفظاً من نظيره الفرنسي فيما يتعلق بامتداد شرط التحكيم⁽¹⁾. فالفقرة الأولى من المادة 178 من القانون الدولي الخاص السويسري تشترط لصحة شرط التحكيم أن تظهر إرادة الأطراف في وثيقة أو عدة وثائق، بمعنى لا يمكن الاكتفاء بوثيقة غير مكتوبة، رغم أن بعض الفقه⁽²⁾ يرى أن الفقرة الثانية من نفس المادة تسمح بتجاوز هذا الشرط. ورغم ذلك فالوقوف على صحة شرط التحكيم ومدى إمكانية امتداده لغير الموقعين عليه يتم بناء على تنازع القوانين، وذلك طبقاً لأحكام الفقرة الثانية من المادة 178 من القانون الدولي الخاص السويسري.

فالقانون السويسري القديم الذي يصطلح عليه "نظام الكونكوردا (Concorda)" يتطلب التوقيع على شرط التحكيم (المادة 6) كشرط لصحته. وهو نفس توجه المشرع الألماني عندما نص على ضرورة كتابة شرط التحكيم⁽³⁾.

ويميز الاجتهاد القضائي السويسري بين الشخصية القانونية المستقلة للشركة والوحدة الاقتصادية لمجموعة الشركات (l'arrêt Cartier de 1979)⁽⁴⁾، أو غياب التوقيع على شرط التحكيم الذي تتطلبه المادة 6 من الكونكوردا (l'arrêt Libye c/Wetco)⁽⁵⁾، فالشخصية الاقتصادية لا يمكنها أن تعوض غياب اتفاق التحكيم⁽⁶⁾.

(1)- J-F POUDRET : " L'extension de la clause d'arbitrage : approches française et suisse ", op cit, p:903-914.

- J-F. POUDRET et S. BESSON, Droit comparé de l'arbitrage international, op cit, p233.

(2) - Ibid.

(3) - راجع بهذا الخصوص المادة 1031 من قانون المسطرة المدنية الألماني ZPO: للمزيد من المعلومات حول عدم إمكانية امتداد شرط التحكيم في القانون الألماني يراجع:

A. RYMALOVA : « L'extension de la convention d'arbitrage dans le cadre des groupes de sociétés: Les divergences entre les approches française et allemande », disponible sur le lien suivant :

<http://blogs.u-paris10.fr/content/l%E2%80%99extension-de-la-convention-d%E2%80%99arbitrage-dans-le-cadre-des-groupes-des-soci%C3%A9t%C3%A9s-les-divergences>

Dernière visite le 10 février 2015.

(4)- Arrêt cité par J-F. POUDRET et S. BESSON, op cit, P: 234.

(5)- Cité par : " L'extension de la clause d'arbitrage : approches française et suisse ", op. cit. P : 908.

(6) - J-F. POUDRET et S. BESSON, Droit comparé de l'arbitrage international, op cit, cit, p234.

كما يرفض المحكمون السويسريون في الغالب امتداد شرط التحكيم لاعتبارات شكلية خصوصا فيما يتعلق بالتوقيع على شرط التحكيم، فمن أجل امتداد شرط التحكيم يجب إثبات أن الأطراف قد تم تمثيلها خلال التوقيع على شرط التحكيم، ولا يكفي الانتماء إلى مجموعة الشركات لتحقيق الامتداد⁽¹⁾.

ويبدو أن القضاء السويسري قد تراجع عن موقفه الرافض لامتداد شرط التحكيم ففي القرار الصادر عن المحكمة الفدرالية السويسرية بتاريخ 5 دجنبر 2008،⁽²⁾ ذهبت المحكمة إلى أنه: "ينبغي تمديد شرط التحكيم إلى الغير (الأطراف الثالثة) ولو لم تكن طرفا في العقد الأصلي المبرم بين الطرفين، لكنها شاركت في المفاوضات وفي تنفيذ العقد وكانت مرتبطة بالمدعى عليه بعقد لاحق".⁽³⁾

وعلى غرار القانون السويسري، يحترم القانون الانجليزي الطبيعة الاتفاقية للتحكيم وبالتالي فإن الاجتهاد الانجليزي يبدو متشددا كثيرا في قبول امتداد شرط التحكيم إلى غير أطرافه الموقعة عليه⁽⁴⁾، فوجود مجموعة شركات لا يمكن أن يؤدي إلى وجود قرينة على امتداد شرط التحكيم⁽⁵⁾، وهو ما أكدته محكمة الاستئناف الانجليزية في القرار Adams /Cape Industries plc⁽⁶⁾.

(1) -Ibid, P: 236.

(2)- le Tribunal fédéral suisse ; T (0/2) 4A-376/2008 ; décision 5 déc 2008; 1er cour de droit civil.

Voir : Sébastien BESSON : « Extension de la convention d'arbitrage et élargissement de la procédure arbitrale à des tiers selon la jurisprudence du Tribunal fédéral suisse » ; Cahiers de l'arbitrage, 01 juillet 2010 n° 3, P. 833.

(3)- la clause arbitrale devait être étendue à des tiers, qui n'étaient pas parties au contrat entre les parties initiales à l'arbitrage mais qui avaient participé à la négociation et à l'exécution de ce contrat et qui étaient liés à la défenderesse par un contrat connexe.

(4) - J-F. POUDRET et S. BESSON, "Droit comparé de l'arbitrage international", op cit; P : 237.

(5)- هذا مع العلم أن القانون الإنجليزي يحتفظ بوسائل عديدة من شأنها التوصل إلى رفع غطاء الشركات، والتضرع باتفاق التحكيم بوجه غير الموقع عليه ومنها رفع الحجاب الاجتماعي للشركة piercing the corporate veil ونظرية Alter ego التي تجيز بمعاملة شخص، حقيقي أو معنوي، باعتباره المتعاقد الحقيقي أو المالك الفعلي للأموال عندما يكون ذلك ضروريا لتلافي الغش والاحتيال.

Ibidem, P: 237.

(6)- Ibidem, P: 238.

فيما استقر رأي الفقه والقضاء الأمريكي على أن الالتزام بالخضوع للتحكيم، لا يقتصر على الشخص الذي وقع بنفسه على اتفاق التحكيم فحسب، بل إن الغير الذي لم يوقع على هذا الاتفاق، يمكنه أن يجبر أياً من الطرفين الموقعين على تنفيذ التزامها باللجوء إلى التحكيم.

كما يمكن من ناحية أخرى لأي من الطرفين إلزام الغير بالخضوع للتحكيم، إذا كان هذا الغير قد اشترك في تنفيذ العقد الأصلي المتضمن شرط التحكيم⁽¹⁾.

ونرى أنه بالرغم من الاختلاف الواضح بين جميع هذه التشريعات، فإن مسألة امتداد شرط التحكيم ستصبح لا محالة، قاعدة ومبدأ من المبادئ التي استقر عليها الفقه والقضاء التحكيمي كمبدأ "استقلال شرط التحكيم"، و "اختصاص-الاختصاص"، وغيرها من المبادئ الأساسية في التحكيم.

المطلب الثاني: الإرادة كمعيار للتمييز بين امتداد شرط التحكيم وانتقاله:

إن التحكيم هو عدالة تسير وتتحرك بشكل جيد جداً، لهذا فالناس لا يسمعون عنها إلا قليلاً، هي عدالة مرضية، كونها سريعة وسرية، ومتكيفة مع عالم الأعمال وأعرافه يخصص لها المحكمون كل الوقت اللازم ولها فائدة لأطراف النزاع في أنه بإمكانهم اختيار قضاتهم⁽²⁾. فالتحكيم أساسه إرادة الأطراف، ولعل هذه الإرادة هي الأساس الذي اعتمده القضاء في تمييزه بين امتداد شرط التحكيم وانتقاله.

سنقف على دور الإرادة في كلا المفهومين والبحث عن مدى اعتبارها أساساً للقول باختلاف المفهومين أو تشابههما من خلال الفقرتين التاليتين.

الفقرة الأولى: دور الإرادة في انتقال شرط التحكيم؛

الفقرة الثانية: دور الإرادة في امتداد شرط التحكيم.

(1)- Anthony M. DiLeo's; article: " the enforceability of arbitration agreements by and against non- signatories".published in " the journal of American arbitration,"volume 2، Issue1،2003; P: 67.

(2) - من مداخلة توماس كلاي: أمام البرلمان الفرنسي في الحكم التحكيمي الصادر في نزاع الوزير الفرنسي برنار تافي، مجلة التحكيم، ع. الأول، يناير 2009. ص: 15.

الفقرة الأولى: دور الإرادة في انتقال شرط التحكيم

اختلف القضاء حول الأساس القانوني لانتقال شرط التحكيم، بين قائل أن إرادة الأطراف المباشرة أو غير المباشرة هي المحدد الرئيسي لانتقال شرط التحكيم، وآخر يرى أن الانتقال ليس إلا أثرا تلقائيا لانتقال الحقوق⁽¹⁾.

إن فقه القضاء – كما سبق القول – لا يعترف بانتقال شرط التحكيم إلا في حالة وجود إرادة صريحة أو ضمنية للأطراف، ففي قرار صادر عن الغرفة المدنية لمحكمة النقض الفرنسية⁽²⁾، قررت المحكمة: عدم انتقال شرط التحكيم إلى المدعى عليه ما لم يوافق على هذا الانتقال مسبقا.

وهو الأمر الذي تم تأكيده في الحكم الصادر في قضية Aquaboulevard حيث ذهبت محكمة الاستئناف⁽³⁾ إلى أن: "الشركة التي انحصر دورها في نقل البضاعة دون أن تتدخل في تنفيذ العقد المتضمن شرط التحكيم، لا تعتبر طرفا في تنفيذ هذه الاتفاقية خصوصا أنها لا تعلم بوجود الشرط ولم تصادق عليه، وبالتالي لا يمكن الاحتجاج بشرط التحكيم تجاهها".

يتضح لنا جليا من خلال القرارين السابقين وغيرهما من القرارات⁽⁴⁾، أنه لانتقال شرط التحكيم، يجب توفر شرط جوهري يتمثل في علم الأطراف بهذا الشرط والتعبير عن إرادتهم الضمنية أو الصريحة والتي تمثل الموافقة على هذا الشرط.

(1) - Eric Loquin, op cit, P 9.

(2) - Arrêt Fraser 6 novembre 1990, 1ère chambre. Civ cass: "la clause compromissoire n'était opposable à la demanderesse (sous acquéreur.) faute de transmission contractuelle".

Et a décidé que: "le vendeur initial actionné en garantie par la sous – acquéreur ne pouvait lui opposer la clause. Compromissoire. Contenue dans le contrat initial conclu. Avec le vendeur intermédiaire".

Rev. Arb ; n°1 ; 1991 ; P: 73.

(3)- Arrêt Aquaboulevard. 22 mars 1995 cour d'appel, Paris.

« la société qui s'était bornée à acquérir des marchandises sans intervenir dans l'exécution de la convention. Contenant la clause compromissoire, était demeurée étrangère à l'exécution de la convention comportant la clause d'arbitrage dont elle n'avait pas en connaissance et qu'elle n'avait jamais ratifiée, ne pouvait se voir opposer. La clause d'arbitrage qu'elle contenait »

RTD. Com. 1995 ; P : 247. obs. Loquin.

(4) - من هذه القرارات نجد :

Arrêt Peavy company 6 février 2001 rendu par la 1ère chambre civile de la cour de cassation. Rev. Arb, n° 3 2001 ; P : 765. Note cohen.

وكما أسلفنا الذكر فإن انتقال شرط التحكيم يجد مجاله الخصب في حوالة الحق أو الدين، ويشترط القضاء كذلك لانتقال شرط التحكيم من المحيل إلى المحال إليه ضرورة موافقة هذا الأخير⁽¹⁾ في حين يرى جانب آخر من القضاء، أن هذا الانتقال يكون بصفة تلقائية دون ما حاجة إلى موافقة المحال إليه⁽²⁾.

ومما جاء في هذا القرار: "أن في سلسلة العقود المتجانسة لنقل البضائع شرط التحكيم الدولي ينتقل بانتقال الحقوق التعاقدية شريطة إقامة الدليل المنطقي على وجود هذا الشرط".

"Dans une chaine homogène de contrat translatifs de marchandises, la clause d'arbitrage international se transmet avec l'action contractuelle. Sauf preuve de l'ignorance raisonnable de l'existence de la clause."

(1)- أنظر في ذلك القرار الصادر عن محكمة الاستئناف بباريس 26 ماي 1992. حيث أكدت المحكمة ضرورة موافقة المحال إليه لانتقال شرط التحكيم وهو ما عبرت عنه المحكمة بقولها :

" la cession par une entreprise à une autre des droits que la première tenait du contrat conclu avec une tierce partie avec stipulation d'une subrogation dans toutes les actions nées des droits cédés, donc ; du contrat, et l'engagement de la cessionnaire de poursuivre à ses risques toutes procédures jugées utiles, comportait nécessairement le transfert du bénéfice de la clause compromissoire, expressément mentionnée dans l'acte de cession en même temps qu'était précisé le caractère litigieux Du droit cédé".

Rev. Arb ; n2 ; 1993. P: 624 note. note: L.A. nes

في نفس الاتجاه أنظر :

-la cour de cassation, arrêts du 26 Juin 2001, et du 20 Décembre 2001, Gaz. Pal. 2002/1 SGC. American bureau of Shipping et SGC. Quelle le Trident.

(2)- أنظر في ذلك القرار الصادر عن محكمة الاستئناف بباريس 28 يناير 1988 والذي جاء فيه:

"حقوق المحيل التي تتضمن شرط التحكيم الناتجة عن عقد تنتقل إلى المحال له"

"la cession de contrat ou de créance impliquait nécessairement la transmission par le cédant au cessionnaire du bénéfice de la clause compromissoire laquelle était indissociable de l'économie du contrat initiale".

Rev. Arb n°2. 1988; P: 565.

وتتلخص وقائع القضية في أن الشركة الألمانية flimunst المنتجة للأفلام تعاقدت في 1958/02/08 مع الشركة الفرنسية les films modernes لإنتاج فيلم مشترك بعنوان machen in uniform وتضمن العقد توزيع واستثمار الفيلم في العالم، بنسبة 70% للشركة الألمانية و 30% للشركة الفرنسية. وتضمن العقد المذكور شرطا ورد في البند 14 منه مفاده أن جميع الخلافات التي يمكن أن تثار عن تفسير العقد أو تنفيذه يعرض على هيئة التحكيم، فضلا عن أن العقد تضمن كيفية تشكيل هيئة التحكيم، تم تصفية الشركة الفرنسية في 1972/02/11، تنازلت الشركة المذكورة في 1974/01/24 عن جميع حقوقها إلى شركة E.D.I.F وهي شركة لتوزيع الأفلام أيضا ومن تلك الحقوق ستة عشر فلما من بينها الفيلم المذكور أعلاه، وعلى أثر بيع هذه الشركة الأخيرة حقوق استغلال الفيلم المشار إليه، ثار بينها وبين الشركة الألمانية نزاع فطلبت شركة E.D.I.F اتخاذ الإجراءات الخاصة بالتحكيم مستندة إلى الاتفاق الذي تم في 1958/12/28 بين الشركة الألمانية والشركة التي تم تصفيتها.

ونرى أن مسألة انتقال شرط التحكيم إلى الغير بصفة تلقائية يتعارض والمبادئ المنصوص عليها في القانون المدني⁽¹⁾ والمتمثلة في أن العقد شريعة المتعاقدين⁽²⁾، وأن الالتزامات لا تلزم إلا من كان طرفا في العقد حيث إنها لا تضر الغير ولا تنفعه إلا في الحالات المنصوص عليها قانونا⁽³⁾.

مما يجعلنا نطرح التساؤل حول ما إذا كانت موافقة الطرف الذي سينتقل إليه الشرط التحكيمي ضرورية للقول بفعالية انتقال الشرط إليه؟

نرى أن الطابع التعاقدي لاتفاق التحكيم يفرض الإجابة إيجابا، لأنه لا يمكن أن يفرض التحكيم على طرف لم يرضه كوسيلة لحل النزاع، مما يجعلنا نؤكد على ضرورة الموافقة ولو ضمينا على العقد للقول بانتقاله. خصوصا أنه في حالة الحوالة مثلا، لا يمكننا أن نفصل الشرط التحكيمي عن العقد الذي يحتويه، فبانتقال العقد ينتقل الشرط.

اعترضت الشركة الألمانية، على ذلك ودفعت بعدم اختصاص هيئة التحكيم لعدم وجود اتفاق التحكيم بينها وبين E.D.I.F. وأن هذه الأخيرة لا تتمتع بأي حق على الفيلم، رغم ذلك تم تشكيل هيئة التحكيم، واعتبرت الهيئة في قرارها الصادر بتاريخ 1986/03/07 أن شركة E.D.I.F. خلف للشركة الفرنسية، مما يثبت حقها على الفيلم المذكور، وكذلك حقها في التمسك بشرط التحكيم.

طعنت الشركة الألمانية في الحكم أمام محكمة استئناف باريس طالبة إبطاله، قضت المحكمة برفض الطعن في 1986/07/03، تأسيسا على أن: "حوالة من الشركة الفرنسية إلى شركة E.D.I.F. تتضمن انتقال جميع الحقوق ومن بينها حق اللجوء إلى التحكيم الذي ورد في الاتفاق مع الشركة الألمانية مؤكدة أن مثل هذا الشرط لا ينفصل عن اقتصاديات العقد".

(1)- وهو ما أكدته الفقه الفرنسي متمثلا في الفقيه Fouchard و Gaillard و Goldman حيث يرون أنه: "لا يمكن القول بانتقال شرط التحكيم بصفة نهائية بل لابد من وجود ظروف تؤكد أن المحال له وافق بطريقة غير مباشرة على هذا الشرط". وهو ما عبروا عنه في قولهم:

"S'il résulte des circonstances que le cessionnaire a accepté au moins implicitement d'être lié par la clause".

للاستزادة يراجع:

Fauchard, Gaillard et Goldman: « Traité de l'arbitrage commercial international » ; Litec ; 1997 ; P: 441.

(2) - الفصل 230 من قانون الالتزامات والعقود.

(3) - الفصل 228 من قانون الالتزامات والعقود.

ويرى جانب من الفقه⁽¹⁾، أن الشرط التحكيمي يمكن أن ينتقل تلقائيا مستنديا في ذلك على مبدأ استقلالية الشرط التحكيمي حيث إن انتقال الشرط لا يمثل عائقا بالنسبة للأثر النسبي للعقود⁽²⁾.

ونرى أن هذا التحليل بعيد عن المعنى الحقيقي لمبدأ استقلالية شرط التحكيم فالأمر هنا يتعلق بما هو إجرائي، وليس بما هو موضوعي، فموضوع اتفاق التحكيم هو القانون الإجرائي وليس القانون الموضوعي، رغم ارتباطه بهذا الأخير، فهذه البنية تبين أن اتفاق التحكيم يستقل عن العقد محل النزاع، ويبقى قائما حتى في حالة فسخ أو إلغاء هذا العقد، وتبعاً لذلك فإن شرط التحكيم ينتقل باعتباره تابعا للقانون الإجرائي.

الفقرة الثانية : دور الإرادة في امتداد شرط التحكيم.

اختلف فقه القضاء حول دور الإرادة في امتداد شرط التحكيم، بين قائل بإمكانية امتداد الشرط إلى أطراف لم توقع عليه، أو إلى عقود لم تتضمنه، رغم غياب إرادة الطرف الممتد إليه الشرط، وقائل بعدم إمكانية هذا الامتداد في غياب إرادة صريحة.

وسنحاول في هذه الفقرة الحديث فقط عن دور الإرادة في الامتداد دون أن نستفيض في ذلك -لأن هذه النقطة ستكون محور نقاش في العديد من محطات هذا البحث.

ففي قرار صادر عن محكمة النقض الفرنسية⁽³⁾، قضت المحكمة بأن: "تطبيق شرط التحكيم لا يمكن تمديده إلى علاقة تعاقدية غير ناتجة عن الاتفاق محل النظر".

ويرى جانب من الفقه⁽¹⁾، أن امتداد شرط التحكيم يفترض توجه إرادة جميع الأطراف التي لها علاقة بالامتداد، سواء أكانوا أطرافاً أصليين في الشرط أم أطرافاً جددًا. وقد

(1) - DELEBECQUE : « la transmission de la clause compromissoire ». Rev. Arb ; n°1, 1991, P :19.

(2) - وهو ما عبر عنه الفقيه DELEBECQUE بقوله :

"la transmission de la clause compromissoire ne reste pas bloquée par l'effet relatif des conventions"

- DELEBECQUE, op, cit, p: 20.

(3) - Cass 1er Civ. 1er Juillet 1992. Bull Civ 1; n° ;1 p: 232.

ومما جاء فيه:

"L'application d'une clause compromissoire ne peut être étendue à des rapports d'obligation qui ne résultent pas de la convention où elle a été stipulée".

أسس الفقه هذا الامتداد على مجموعة من النظريات بحسب الظروف المرتبطة بكل نازلة، حيث يتم استخلاص موافقة الطرف الممتد إليه الشرط التحكيمي مما يمكن القول معه أن إرادة الأطراف الصريحة أو الضمنية أمر أساسي لامتداد شرط التحكيم.

(1)- Jean-François POUDRET, Sebastien BESSON, "Droit comparé de l'arbitrage international", op. cite ; p :218

المبحث الثاني: مدى إمكانية امتداد شرط التحكيم إلى المرسل إليه في عقد النقل البحري
القاعدة أن سند الشحن في شقه الخاص بنقل البضاعة، ينتج أثراً في حق المرسل إليه بصرف النظر عن الأساس الذي تستند عليه هذه القاعدة⁽¹⁾، لكن هل يلتزم هذا الأخير بشرط التحكيم المنصوص عليه في سند الشحن؟ قبل الإجابة عن السؤال سنحاول تحديد المركز القانوني للمرسل إليه في عقد النقل البحري (المطلب الأول) على أن نخصص المطلب الثاني للمبحث في مدى إمكانية امتداد شرط التحكيم إليه.

المطلب الأول: المركز القانوني للمرسل إليه في عقد النقل البحري.

يذهب بعض الفقه⁽²⁾ إلى أن المرسل إليه، إنما يستمد حقه في استلام البضاعة والرجوع على الناقل بمقتضى المسؤولية العقدية، من سند الشحن نفسه. وحيازته لهذا السند هي ذاتها التي تلقي على عاتقه التزاما بدفع الأجرة إلى الناقل، إذ لا شك أن المرسل إليه يعتبر منذ حيازته لسند الشحن مالكا للبضاعة المشحونة أو على الأقل حائزها، حيث يعد سند الشحن أداة حيازة البضائع أو يمثل بالأحرى الحيازة الرمزية للبضاعة⁽³⁾.

و يترتب على هذه النتيجة أن الربان ملتزم ألا يسلم البضاعة المشحونة إلا لمن يتقدم إليه حاملاً سند الشحن، فإذا تم التسليم وفقاً لهذا برأت ذمته⁽⁴⁾، إلا أن هذا الاتجاه انتقد بشدة من طرف بعض الفقه⁽⁵⁾، واعتبره غير مقبول، ذلك أن حيازة السند لا تثبت إلا أمراً واحداً هو الحق الشخصي لحائز السند في مطالبة الناقل بالتسليم.

(1) - محمد فريد العريني، "التحكيم في المنازعات البحرية"، مجلة الدراسات القانونية، كلية الحقوق، جامعة بيروت س: 2006 - 2007، ص. ص: 307 - 336.

(2) - أحمد محمود حسني، "البيوع البحرية"، منشأة المعارف، ط. الثانية، 1983، ص. ص: 60 وما بعدها.
- سمير الشراوي، "العقود البحرية"، دار النهضة العربية، ط. 1990، ص: 41.

(3) - محمد علي محمد الشافعي، "النطاق الشخصي للعقد - دراسة مقارنة -" جامعة المنوفية، كلية الحقوق، قسم القانون المدني، س: 2011، ص. ص: 343 وما بعدها.

(4) - يرى أنصار هذا الاتجاه أن هذه الفكرة سوف تقدم تفسيراً مقنعاً للسؤال الذي يدور حول عدم إمكانية احتجاج الناقل في مواجهة المرسل إليه بالدفع التي يمكن الاحتجاج بها في مواجهة الشاحن والمترتبة علاقتهما بموجب عقد النقل.

(5) - محمد مختار بري، "قانون التجارة البحرية"، دار النهضة العربية، ط. 1999، ص. ص: 356 وما بعدها.

ويرى اتجاه آخر من الفقه أن المرسل إليه طرف في العقد منذ نشأته⁽¹⁾، ويستمد المرسل إليه صفته من كونه طرفا في عقد النقل منذ لحظة إبرامه، فهذا العقد يحدد الشاحن والناقل والمرسل إليه، وهذا التصوير وحده الكفيل بتفسير العلاقات المباشرة بين الناقل والمرسل إليه فكلاهما له حق الرجوع المباشر على الآخر.

لذلك استقر رأي الفقه على أن عقد النقل هو عقد ثلاثي الأطراف، فهو منذ البداية يضم المرسل والناقل والمرسل إليه، لكن الطرفين الأولين يظهران فور التعاقد، ومن ثم فهما معروفين منذ البدء، أما الطرف الثالث (المرسل إليه)، فيبقى لفترة من الوقت مجهولا للناقل، غير أنه في فترة تالية يبدو اشتراكه في عقد النقل واضحا، وهذا في الواقع يعتبر استثناء من مبدأ نسبية أثر العقد⁽²⁾، غير أنه استثناء تسنده طبيعة عقد النقل ووظيفته ويفرضه العرف التجاري المبني على تحقيق المصلحة التجارية.

فالعلاقة المباشرة بين الناقل والمرسل إليه، وإن كانت تستعصي على الدخول تحت لواء نظريات القانون المدني، إلا أنها تجد في البيئة التجارية المتمثلة في العرف والعادات التجارية متسعا يبرر تلك العلاقة المباشرة والموجودة منذ القدم⁽³⁾.

ونعتقد أن المرسل إليه في عقد النقل البحري يمثل الطرف الثالث في العقد، مما يثير صعوبة فيما يخص أثر شرط التحكيم في مواجهته، لذلك سنحاول البحث في المطلب الموالي على التفسير القانوني لالتزامه بشرط التحكيم المدرج في وثيقة الشحن، فالسؤال هنا هو ما مدى التزام الغير وهو المرسل إليه بشرط التحكيم الموجود في سند الشحن؟ وهل من الممكن أن يستفيد منه المرسل إليه؟ وهل من الممكن أن يتم التمسك بشرط التحكيم في مواجهته؟

(1) - محمد مختار بري، م. س، ص. ص: 355 وما بعدها.

(2) - Marina PAPA DATOU, "la convention d'arbitrage dans le contrat de transport maritime de marchandises", étude comparée des droits français, hellénique et anglais, thèse de Doctorat en droit, université Panthéon- Assas, soutenue le 26 Mai 2014, p: 396 et s

(3) - Marina PAPA DATOU, op, cit, P: 400.

المطلب الثاني: موقف الفقه والقضاء تجاه امتداد شرط التحكيم إلى المرسل إليه

يعتبر مبدأ نسبية أثر العقود بمثابة الحاجز القانوني للروابط العقدية القائمة بما لا يسمح بانحراف آثارها إلا إلى عاقدتها فقط، وخلف كل منهم العام والخاص، ولكن بشروط معينة لذلك يطرح التساؤل حول أثر شرط التحكيم في مواجهة الغير (المرسل إليه) الذي لم يكن طرفاً في وثيقة الشحن، ولم تربطه بأطراف هذه الوثيقة علاقة ناشئة كما هو الحال لو حصل اتفاق بين البائع والمشتري على إحالة ما ينشأ بينهما من نزاعات على التحكيم دون أن يتدخل الناقل البحري في العقد⁽¹⁾.

الاتجاه الأول: يرى أن مبدأ استقلال شرط التحكيم، يحول دون امتداده في حالة وروده بسند الشحن إلى المرسل إليه. خاصة: "وأن هذا الشرط يعبر عن رغبة شخصية في عدم سلوك سبيل القضاء من طرف النزاع، على نحو يقتضي قصر الالتزام به على من عبر بالفعل عن هذه الرغبة"⁽²⁾.

وقد أيدت محكمة النقض الفرنسية هذا الاتجاه بحكمها الصادر في قضية – Navire soit osprey بتاريخ 29 نونبر 1994 والذي قضت فيه بأنه: "لكي يحتج على المرسل إليه بشرط التحكيم الثابت في سند الشحن ينبغي أن يتصل هذا الشرط بعلمه وأن يكون محل قبول من جانبه يصدر في وقت لا يتأخر على أبعد تقدير، عن لحظة انضمام المرسل إليه إلى عقد النقل بتسلمه البضاعة المرسلة"⁽³⁾.

(1) - حمود عبد اللطيف غزال، "الانجهاات الحديثة في تحديد دور وثيقة الشحن في النقل البحري"، أطروحة لنيل دكتوراه الدولة في القانون الخاص، جامعة محمد الخامس، كلية العلوم القانونية و الاقتصادية والاجتماعية، الرباط س.ج: 1995 – 1996، ص: 289.

(2) - مصطفى الجمال وعكاشة عبد العال، "التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية والداخلية"، ج. الأول، ط. الأولى 1998، ص: 506.

(3) - وهو ما عبرت عنه المحكمة بقولها:

« ... pour être opposable au destinataire, une clause compromissoire insérée dans un contrat doit avoir été acceptée par lui, au plus tard au moment où recevant livraison de la marchandise ; il avait adhéré au contrat de transport ».

- Cass. com 29 Nov 1994 ; D.M.F ; 1995 ; obs: y TASSEL.

وتأكد هذا الموقف في إرساء المحكمة مبدأ قانونيا في حكم آخر لها بتاريخ 20 يونيو في قضية Méditerranéen shipping حيث قضت⁽¹⁾ بأن: "قبول الشاحن شرط التحكيم الوارد بسند الشحن لا يكفي لكي يحتج به على المرسل إليه ما دام أن الأخير لم يقبله"⁽²⁾.

وهو نفس الاتجاه الذي ذهبت إليه محكمة النقض المغربية في قرارها الصادر بتاريخ 2009/09/30 والذي جاء فيه: "حيث إن شرط التحكيم الوارد بمشارطة الإيجار يسري فقط في العلاقة بين المؤجر والمستأجر، ولا يمكن أن يسري في مواجهة المرسل إليه حامل سند الشحن وبالتالي في مواجهة شركة تأمينه التي حلت محله، إلا إذا تضمن سند الشحن بصفة صريحة الاتفاق على فض النزاع عن طريق التحكيم. لأن المرسل إليه وشركة تأمينه يعتبران أجنبين عن مشارطة الإيجار التي تتضمن شرط التحكيم ليصبح ساريا في مواجهة المرسل إليه، إذ الاتفاق على التحكيم لا يفترض دائما وإنما يلزم أن يكون صريحا، وهو ما يستخلص من نص المادة 22 من اتفاقية هامبورغ"⁽³⁾.

نفس الأمر أكدته محكمة النقض المصرية في قرارها الصادر سنة 1970 عندما اعتبرت أن: "آثار العقد وفقا لنص المادة 145 من القانون المدني لا تنصرف إلى الغير الذي لم يكن طرفا فيه ولم تربطه صلة بأي من طرفيه، سواء كانت هذه الآثار حقا أم التزاما، وإذا كان يظهر من تدوينات الحكم المطعون فيه أن الطاعنة- المشتريّة- اتفقت مع الشركة البائعة بمقتضى عقد البيع المبرم بينهما، على أن كل نزاع ينشأ عن هذا العقد يكون الفصل فيه من اختصاص هيئة التحكيم، وإذا لم تكن الشركة الناقلة طرفا في هذا العقد وإنما تتحدد حقوقها والتزاماتها على أساس عقد النقل المبرم بينها وبين الشركة البائعة، فإن شرط

(1) - Cass. com 20 juin 1995 ; Rev. Arb ; N°2 ; 1995 ; p: 622 et s ; note: Jean Louis GOUTAL.

(2) - وفي نفس الاتجاه أنظر قرار محكمة النقض الصادر في 1996/05/26 حيث قضت فيه على أن: "شرط التحكيم المدرج في سد الشحن لا يلزم المرسل إليه إلا إذا كان قد علم به ثم قبله صراحة أو ضمنا بتسلمه البضاعة المرسلة إليه".

- Cass.com 26/05/1996: Rev. Arb; N°2; 1996; P : 622.

(3) - قرار محكمة النقض المغربية، عدد 1379، الصادر بتاريخ 2009/09/30 في الملف التجاري ع. 2009/1/3/238 منشور في مؤلف:

- مصطفى بونجة، نهال اللواح، "التحكيم التجاري من خلال العمل القضائي المغربي"، مطبعة اسبارطيل، طنجة ط. الأولى 2014، ص. ص: 23-28.

التحكيم الوارد في عقد البيع لا يمتد أثره إلى الشركة الناقلة ولا يجوز لها التمسك به عند قيام النزاع بين هذه الأخيرة وبين الطاعنة- المشتريّة- وذلك تطبيقاً لمبدأ القوة الملزمة للعقد" (1).

ونرى أن هذا الاتجاه لا يستقيم والقول أن عقد النقل البحري عقد ثلاثي الأطراف فالتزام المرسل إليه بهذا الشرط لا يرجع لكونه طرفاً في هذا العقد، بل لكونه حاملاً شرعياً لوثيقة الشحن التي انتقلت إليه بصفة قانونية ليستفيد من الحقوق التي تخولها لحاملها الشرعي، وعليه بالمقابل أن يتحمل الالتزامات التي تنشأ عنها ومنها التزامه بشرط التحكيم الممتد إليه.

لذلك، فإن هذا الفقه والقضاء كانا ولا يزالان محل انتقاد من جانب فقه التحكيم وذلك لمخالفتهم النظريات التي يؤسس عليها إلزام المرسل إليه بعقد النقل البحري المبرم بين الشاحن والناقل (2)، لذلك أن الأقرب للصواب هو الاتجاه الثاني الذي يسمح بامتداد شرط التحكيم في هذا العقد. تأسيساً على أن المقصود باستقلال شرط التحكيم عن العقد الأصلي الذي ينطوي عليه هو الاستقلال عنه في كينونته بحيث لا يرتبط مصير أحدهما بالآخر، لكن هذا الاستقلال لا ينفي بطبيعة الحال وجود التحكيم لحل المنازعات التي قد تنشأ عن العقد الأصلي، وهذا وحده كاف للقول بأن الاعتبار التي أدت إلى التسليم بإنتاج سند الشحن أثره في حق المرسل إليه تنهض في ذات الوقت مبرراً لإلزامه بشرط التحكيم الوارد فيه (3).

وفي نظرنا أن هذا الاتجاه جانب الصواب، ونرى أن شرط التحكيم التجاري الدولي المحال إليه في عقد النقل البحري يكون صحيحاً ويمتد إلى الغير شريطة أن يكون المرسل إليه على علم بوجود هذا الشرط (4) وهذا في نظرنا أمر متاح ما دامت عقود النقل البحري تكاد لا تخلو من وجود هذا الشرط.

(1) - قرار صادر عن محكمة النقض المصرية في الطعن رقم 51 سنة 35 جلسة بتاريخ 1970/01/20، أورده:

- حمود عبد اللطيف غزال، م. س، ص: 289.

(2) - محمد عبد الفتاح ترك، "التحكيم البحري- النطاق الشخصي لاتفاق التحكيم في عقد النقل البحري"، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، ط. الأولى 2005، ص. ص: 601 وما بعدها.

(3) - ينظر في ذلك: - مصطفى عبد العال و عكاشة عبد العال، م. س، ص: 506.

- R . Jambu- Merlin, "l'arbitrage maritime, études offertes à René Radière, 1981; P: 407.

(4) - وهو الأمر الذي ذهبت إليه محكمة النقض الفرنسية في قضية Bomar ومما جاء في الحكم :

التصرفات القانونية الواردة على السفن "رهن السفينة نموذجاً"

هشام المراكشي
دكتور في الحقوق

تقديم

إن السفن وإن كانت تعتبر من المنقولات، فإنه ونظراً لأهميتها الاقتصادية والمالية والسياسية⁽¹⁾، فقد خصص لها المشرع قواعد خاصة ونظام خاص تتعلق بتسجيلها وشهرها في سجل خاص بها، والهدف من هذا التسجيل والشهر، هو إعلام الغير بكل المعطيات المتعلقة بالسفينة من خلال اسمها وجنسيته وتاريخ ميلادها، كما أن التصرفات التي تخضع لها السفينة وجب شهرها سواء كانت تصرفات ناقلة للملكية كالبيع أو غير ناقلة للملكية كالرهن مثلاً.

وهناك تشابه كبير بين أحكام الرهن المنصب على السفينة أو الرهون البحرية المنصوص عليها في مدونة التجارة البحرية الصادرة سنة 1919⁽²⁾ كما تم تعديلها وتتميمها

" En matière d'arbitrage international, la clause compromissoire par référence à un document qui la contient est valable à défaut de mention dans la convention principale lorsque la partie à laquelle la clause est opposée a eu connaissance de la teneur de ce document au moment de la conclusion du contrat et qu'elle a fut, par son silence, accepté l'incorporation du document au contrat".

- Cass 1er civ 9 Novembre 1993, off bomar, ...bull.civ 1 N° 313.

- أورده:

- Jeremy WATER, " les clauses du connaissance" mémoire pour obtenir Master, université Paul CEZANNE centre de droit Maritime et Transports , année : 2005 – 2006.

(1) - للتوسع في هاته النقطة انظر: فاطمة ايت الغازي، جنسية السفينة بين الانتماء السياسي و الفعالية الاقتصادية، مجلة الحقوق عدد 14 سنة 2013، ص 119 وما بعدها.

(2) - صدرت مدونة التجارة بمقتضى ظهير شريف مؤرخ في 31 مارس 1931 والذي بموجبه تمت المصادقة على الظهائر الثلاثة المتعلقة بالقانون البحري والمنشورة بالجريدة الرسمية عدد 312 بتاريخ 21 أبريل 1919، وهي منشورة باللغة الفرنسية، وقد تم اعتماد هاته المسألة في التشريع بمجموعة من الظهائر الشريفة الصادرة في

عدة مرات⁽¹⁾، وبين أحكام الرهن العقاري، ويسهل معرفة مرد هذا التشابه في الأحكام إذا علمنا أن نظام التحفيظ العقاري مستوحى من نظام تسجيل السفن الأسترالي⁽²⁾.

وإذا كان المشرع يعتبر السفن منقولا، فإنها تعتبر منقولا من نوع خاص لهذا فهي تختلف عن المنقولات في مجموعة من الأحكام لعل أبرزها ما هو منصوص عليه في المادة 376 من مدونة التجارة المتعلق برهن المنقولات دون نقل الحياة⁽³⁾.

وعموما فإن المشرع البحري نظم أحكام عقد الرهن البحري في المواد 82 إلى 109 مكرر من مدونة التجارة البحرية، هذا الأخير الذي يعتبر عملا تجاريا طبقا لأحكام المادة 7 من مدونة التجارة⁽⁴⁾.

بداية عهد الحماية خاصة القوانين العقارية (ظهير التحفيظ العقاري، القانون المطبق على العقارات المحفظة) وكذلك الأمر بالنسبة لقانون الالتزامات والعقود، وبخصوص التعريب المعتمد والمتاح حاليا هو تعريب قامت به وزارة العدل وقامت بنشره مجلة القضاء والقانون في أعداد خاصة، عموما للتوسع في إشكالية التعريب الرسمي لمجموعة من القوانين الصادرة في بداية عهد الحماية انظر: الأستاذ أحمد ادريوش، "المنهج السديد في الإقناع بوجود تعريب رسمي للقانون العقاري الجديد"، منشورات سلسلة المعرفة القانونية، 1433هـ/2012م.

(1) - بعد صدوره سنة 1919 خضع القانون البحري لمجموعة من التعديلات سواء في عهد الحماية حيث يعتبر أهم تعديل هو الذي تم سنة 1931، وكذلك بعد عهد الحماية فتم إدخال مجموعة من التعديلات على مدونة التجارة الحرة كان آخرها بمقتضى قانون 12/46 الصادرة بتنفيذه الظهير الشريف المؤرخ في 27 أبريل 2016 و المنشور بالجريدة الرسمية عدد 6466 الصادرة بتاريخ 19 ماي 2016 ص 3838.

(2) - بالاطلاع على نظام تسجيل السفن وشهرها نجده قريبا جدا من نظام الشهر العيني المطبق في المجال العقاري، إلى درجة التشابه، ولا غرابة في هذا إذا علمنا أن أصول نظام التحفيظ العقاري، تعود إلى فكرة مستوحاة من نظام تسجيل السفن، حيث تم اقتباسها من طرف (السير روبر تورنس) المسجل العام بمنطقة جنوب استراليا، حيث قام باقتباس نظام تسجيل السفن، للاطلاع على هاته العلاقة انظر: احمد ادريوش، "أصول نظام التحفيظ العقاري"، بحث في مصادره المادية، والرسمية وفي توجيه الفقهاء لنظر الشرع الإسلامي عليه، منشورات سلسلة المعرفة القانونية، طبعة 1، 1424 هجرية -2003م.

(3) - تطرق المشرع التجاري لهذا المقتضى في المادة 376 من مدونة التجارة حيث تعرض لإمكانية الرهن دون نقل الحياة لبعض المنقولات وذلك نظرا لخصوصياتها كالسيارات والطائرات والسفن، للتوسع في هذا الموضوع انظر، الحبيب خليفة جبودة، رهن المنقولات دون نقل الحياة، أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون الخاص، جامعة محمد الخامس الرباط، كلية الحقوق أكادال، السنة الجامعية 1995-1996.

(4) - جاء في المادة 7 من مدونة التجارة: "تكتسب صفة تاجر أيضا بالممارسة الاعتيادية أو الاحترافية للأنشطة التالية:

والقانون البحري عند تنظيمه لأحكام رهن السفينة نص على مجموعة من المقتضيات المهمة التي تجاوز بين القانون المطبق على العقارات والقانون المطبق على المنقولات، ومن أبرز هاته المقتضيات أن يكون العقد مكتوباً وأن يتم تقييده في السجل المعد لهذا الغرض فضلاً عن ضرورة تجديده بعد مرور 5 سنوات، فضلاً عن قابلية الرهن البحري للتظهير⁽¹⁾ وكذلك قابليته للتتبع على غرار الرهن العقاري⁽²⁾.

وعموماً فإننا سنتطرق لأحكام الرهن البحري⁽³⁾ وإشكاليات العملية التي يطرحها خاصة فيما يخص التوفيق بين القانون الوطني مدونة التجارة البحرية والقانون الدولية خاصة اتفاقية بروكسيل، وكيف يحاول العمل القضائي المتخصص في المادة البحرية التوفيق بين النصوص وحماية جميع أطراف العلاقة التعاقدية في عقد الرهن البحري وكذلك الغير.

1- كل عملية تتعلق بالسفن والطائرات وتوابعها؛ 2- كل عملية ترتبط باستغلال السفن والطائرات وبالتجارة البحرية والجوية".

(1) - تطرق المشرع البحري لقابلية الرهن البحري للتظهير في الفصل 96 من م ت ب الذي جاء فيه " إذا كان السند المنشئ للرهن سنداً لأمر فإن تداوله عن طريق التظهير يؤدي إلى انتقال الحق الرهني".

(2) - تطرق المشرع البحري لهاته المسألة في الفصل 101 "إن الدائنين الذين لهم رهن مقيد على السفينة أو جزء من السفينة يتبعونها أية كانت اليد التي انتقلت إليها ويرتبون ويؤدى لهم ديونهم بحسب الرتبة التي قيد بها رهنهم".

(3) - للتوسع في موضوع الرهن البحري أنظر الأعمال الجامعية التالية: - المختار العطار، الرهن البحري في القانون المغربي، أطروحة دكتوراه في القانون الخاص، جامعة الحسن الثاني، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية الدار البيضاء، السنة الجامعية 1990.

- الطيب الفصايلي، رهن السفينة، أطروحة دكتوراه جامعة عين شمس، كلية الحقوق، السنة الجامعية 1986-1987.

- علي الحاج مختار الفوج، رهن السفينة وفقاً لأحكام التشريع الليبي مقارنة بالتشريع المغربي، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا، جامعة محمد الخامس، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية أكادال.

- حسن الكشرادي، عقد الرهن البحري إشكالياته النظرية والعملية، رسالة لنيل دبلوم الماستر المتخصص، جامعة ابن زهر، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية أكادير، السنة الجامعية 2013-2014.

المبحث الأول: إنشاء عقد الرهن البحري

تطرق المشرع البحري لإمكانية إنشاء الرهن البحري على السفينة في المواد 82 وما بعدها من م ت ب، هذا الأخير الذي يعرفه بعض الفقه⁽¹⁾ بكونه ذاك الضمان العيني المخصص لأداء التزام معين والذي يخول لصاحبه استيفاء دينه بالأسبقية على جميع الديون المترتبة عن السفينة دونما تخلي عن الحيازة المادية للسفينة.

وقد حدد المشرع المحل الخاضع للرهن وكذلك المشتملات التي تبقى خارج إمكانية إبرام عقد الرهن، فضلا عن انه تطرق للشروط الشكلية الواجب توفرها في هذا العقد والجزاء المترتبة عن غيابها. وسنتطرق لكيفية إنشاء هذا العقد في المطلبين المواليين حيث سنتطرق للمحل الخاضع للرهن البحري فضلا عن الشروط الشكلية الواجب توفرها فيه.

المطلب الأول: محل إبرام عقد الرهن البحري

لقد حدد المشرع في م ت ب بدقة متناهية المحل الذي ينصب عليه الرهن البحري، وإن كان هذا الأخير محله هو السفينة إلا أن المشرع حدد بدقة المشتملات الممكن رهنها وكذلك المشتملات التي تبقى خارج دائرة الرهن (الفقرة الثانية)، وقبل التطرق لهاته النقطة لا بد من طرح التساؤل ما هي السفينة وما مفهومها هذا ما سنعالجه في (الفقرة الأولى).

الفقرة الأولى: مفهوم السفينة ونظامها القانوني⁽²⁾

إن السفن وإن كانت تعتبر من المنقولات، فإنه ونظرا لأهميتها الاقتصادية والمالية والسياسية،⁽¹⁾ فقد خصص لها المشرع قواعد خاصة ونظام خاص تتعلق بتسجيلها وشهرها

(1) - انظر هذا التعريف عند الأستاذ: فريد الحاتمي، الوسيط في القانون البحري المغربي، طبعة سنة 2000 ص 205.

(2) - بالاطلاع على نظام تسجيل السفن وشهرها نجده قريبا جدا من نظام الشهر العيني المطبق في المجال العقاري، إلى درجة التشابه، ولا غرابة في هذا إذا علمنا أن أصول نظام التحفيظ العقاري، تعود إلى فكرة مستوحاة من نظام تسجيل السفن، حيث تم اقتباسها من طرف (السير روبر تورنس) المسجل العام بمنطقة جنوب استراليا، حيث قام باقتباس نظام تسجيل السفن. للاطلاع على هاته العلاقة انظر: احمد ادريوش، "أصول نظام التحفيظ العقاري"، بحث في مصادره المادية، م. س.

وللاطلاع على أوجه التشابه بين نظام تسجيل السفن ونظام تسجيل العقارات المحفظة، انظر: -عبد اللطيف الحاتمي: "السفينة ونظامها القانوني"، مجلة الإشعاع عدد 9، ص: 25 وما بعدها.

في سجل خاص بها، والهدف من هذا التسجيل والشهر، هو إعلام الغير بكل المعطيات المتعلقة بالسفينة من خلال اسمها وجنسيته⁽²⁾ وتاريخ ميلادها وكذا إن كانت هناك بعض الرهون أو الحجوزات المنصبة عليها.

ويعرف بعض الفقه المغربي السفينة بأنها هي التي تبشر عادة الملاحة البحرية،⁽³⁾ وبالرجوع إلى التشريع المغربي فنجد يعرفها في الفصل الثاني من القانون البحري المغربي،⁽⁴⁾ بأنها هي المركب الذي يباشر عادة الملاحة البحرية،⁽⁵⁾ والسفينة وإن كانت تنتمي إلى صنف المنقول حسب الفصل 67 من م ت ب فإنها يسري عليها قانون خاص بها ممّا جعل البعض

(1) - تكمن الأهمية السياسية للسفن، في كونها تعتبر جزءا من التراب الوطني، الذي تحمل رايته، فالسفينة تكون لها جنسية وتخضع لقوانين ذلك البلد، وهذا ما نص عليه الفصل 5 من قانون الجنسية 06/62 حيث جاء فيها: "يفهم من عبارة في المغرب في منطق هذا القانون مجموع التراب المغربي والمياه الإقليمية المغربية والسفن والطائرات ذات الجنسية المغربية".

-ظهير 19 شتنبر 1958 كما تم تغييره وتتميمه بمقتضى قانون 06/62 المنشور بالجريدة الرسمية عدد 5513 بتاريخ 2 ابريل 2007، ص: 1116 ولقد حدد المشرع المغربي مجموعة من الشروط لاكتساب السفينة الجنسية المغربية، وذلك من خلال الفصل 3 من ظهير 1919 كما تم تعديله بمقتضى مجموعة من الظهائر: للاطلاع على هاته الشروط انظر:

Abdelkader Timoule: «Le régime de propriété des bâtiments de mer » (Juillet 1994), p. 85 et suivante.

(2) - إن السفينة لا يمكن أن يكون لها أكثر من جنسية كما هو الشأن للإنسان، فالسفينة تحمل جنسيته واحدة.

انظر: احمد عبد الهادي، "جنسية السفينة التجارية"، مجلة الحقوق للبحوث القانونية، والاقتصادية العدد الأول، السنة الثانية، مارس 1940، مطبعة الاعتماد بمصر. وانظر أيضا:

-Ahmed Bensalem : «La nationalité des navire et des aéronefs en droit marocain », édition, technique nord, africain, 1971.

(3) - ادريس الضحاك: "قانون الملاحة البحرية الخاصة بالمغرب"، الطبعة الأولى، منشورات عكاظ، ص 107.

(4) - إن القانون البحري المغربي، منظم بمقتضى ظهير 31 مارس 1919 المتعلق بمدونة التجارة البحرية كما تم تعديله عدة مرات آخرها بمقتضى قانون 07/16، منشور بالجريدة الرسمية عدد 5761.

(5) - تجدر الإشارة إلى أن مشروع مدونة التجارة البحرية لسنة 2002 عرف السفينة في المادة 12 بكونها هي كل آلة سباحة تمارس الملاحة البحرية إما بواسطة الدفع المشتغل أو بواسطة وسائل أخرى.

يصفها بأنها منقول من نوع خاص ويقول بعض الفقه⁽¹⁾ أن أهم ما يميز السفينة هو نظام التسجيل التي تخضع له، حيث يتم تسجيلها بسجلات خاصة⁽²⁾ ضمانا لتعيينها تعيينا كافيا وقد نص المشرع المغربي على ضرورة تسجيل السفينة وكذا تسجيل كل التصرفات التي ترد عليها، ونلاحظ على المشرع المغربي أنه تارة يستعمل لفظ التسجيل وتارة أخرى لفظ التقييد،⁽³⁾ ويرى البعض أن هذا التغيير اللفظي له ما يبرره حيث يقصد المشرع بالسجلات هو كونه "أول إجراء قانوني يشمل السفينة، أي أن إعطاء الحياة القانونية للسفينة يتم بتسجيلها في سجلات السفن أما التقييد فهو يشمل التغييرات أو التعديلات التي قد تهم السفينة من بعد".⁽⁴⁾

الفقرة الثانية: المشتملات محل الرهن البحري

تطرق المشرع البحري لإنشاء الرهن البحري في المواد 82 وما بعدها من قانون التجارة البحرية حيث حدد المشمولات التي يمكن أن تكون محل لعقد الرهن البحري، في حين أنه استثنى بعض المشتملات من أن تكون خاضعة للرهن البحري.

أولاً: المشتملات الممكن رهنها

تطرق المشرع البحري في الباب المخصص للرهن للمشتملات الممكن رهنها رسمياً حيث تشمل السفينة وملحقاتها وذلك على النحو التالي:

-
- (1) - عد اللطيف حاتمي، م. س، ص: 25.
 - (2) - لقد تم إنشاء مصلحة تهتم بتسجيل السفن بمقتضى القرار الوزاري، 5 فبراير 1923 الملغى بمقتضى مرسوم 10 يوليوز 1975 والقاضي بإنشاء المحافظة على الرهون البحرية وأسندت مهام المحافظ إلى مدير الملاحة التجارية.
 - (3) - أحمد اليوسفي البرقي، تسجيل السفينة في القانون البحري المغربي، أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون الخاص، جامعة محمد الخامس، كلية الحقوق الرباط، السنة الجامعية 1985-1986.
 - (4) - يونس بوجلابة، ، نظام تسجيل السفن والاستثمارات البحرية في القانون البحري المغربي، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة، جامعة محمد الخامس السويسي، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية الرباط السويسي، السنة الجامعية 2008-2009، ص9.

1- السفينة:

حسب نص الفصل 82 من م ت ب الذي جاء فيه "يمكن أن تقيد رهون رسمية على السفن التي تفوق حمولتها الإجمالية ثلاث وحدات قياس السعة، إلا أنه لا يمكن أن ترهن إلا باتفاقية بين الأطراف".

وعليه فالسفينة يمكن أن تكون محل رهن شريكة أن تتجاوز حمولتها 2 طن أو أكثر. والسؤال المطروح هل الرهن ينصب على السفينة العاملة والمبحرة أما حتى ولم تكن قد باشرت الإبحار.

إن الجواب عن هذا التساؤل نجده بين ثنايا الفصل 89 من م ت ب التي أجازت إيقاع رهن ولو على سفينة قيد البناء، ونعتقد أنه أمر مجاني للصواب فقبل البناء لا يمكن الحديث عن سفينة، ولكن يبدو أن المشرع أراد أن يوفر سيولة مالية للملاكين السفن بتحويلهم إمكانية رهن السفينة ولو كانت في طور البناء، بل أكثر من هذا فإن المشرع جعل حتى حطام السفينة يمكن أن يكون مشمولاً بالرهن شريطة عدم وجود شرط يمنع الأطراف عند إيقاع الرهن وهو ما عبر عنه المشرع في الفصل 87 من م ت ب، "إن الرهن المنشأ على السفينة أو على حصة في ملكية السفينة ينسحب على السفينة أو على حطامها ما لم يقع الاتفاق على خلاف ذلك".

2- إشكالية السفينة على الشياخ:

إذا كان العمل في مختلف القوانين هو أن الشيء المملوك على الشياخ والغير المفزر لا يمكن التصرف فيه إلا بموافقة جميع الملاكين على الشياخ سواء في قانون الالتزامات والعقود أو في مدونة الحقوق العينية أو غيرها من القوانين، فإن المشرع البحري ونظراً لخصوصية السفينة باعتبارها شيء غير منقول ولا عقار فإن المشرع أثر إفرادها بأحكام خاصة حيث سمح برهن السفينة المملوكة على الشياخ وهو ما نص عليه الفصل 85 من م ت ب، "إذا كانت السفينة ملك لعدة أشخاص جاز رهنها من طرف المجهز المدير من أجل حاجات التجهيز أو الملاحه و ذلك بموافقة الأكثرية كما هي معينة في الفصل 74 من هذا القانون".

و حسب مقتضيات الفصل 74 من م ت ب فإن المشرع لا يأخذ بالأكثرية العددية في حالة تعدد المالكين بل يأخذ بأكثرية تملك الحصص في السفينة ونسبة التملك فلو كانت لدينا سفينة مملوكة من ثلاث شركاء أحدهم يملك الثلثين والاثنين الآخرين شركاء في الثلث ووافق

الشريك المالك للثلثين على الرهن في حين عارض شريكه الآخرين فإنه وحسب مقتضيات الفصل 74 يتم رهن السفينة لأن الشريك الموافق وإن كان واحدا فهو يملك الأكثرية في نسبة تملك السفينة.

ثانيا: المشتملات الخارجة عن نطاق الرهن البحري

إن المشرع البحري وتحسبا لأي نزاع يتعلق بمشتملات الرهن البحري فقد تدخل وحدد الأشياء التي تبقى خارج دائرة الرهن وهي كل من أجرة النقل والعلوات وتعويض التأمين، وهو ما عبر عنه المشرع صراحة في الفصل 88 من م ت ب، "لا ينسحب الرهن على أجرة النقل ولا على العلوات والمساعدات التي تمنحها الدولة ولا على تعويضات المسؤولية والتأمين، إلا أنه يجوز بمقتضى إنابة صحيحة أن يتضمن العقد المنشئ للرهن إسناد تعويضات التأمين إلى الدائنين المرتتهين، ولا يجوز مواجهة المؤمنين بهذه الإنابة إلا إذا كانا قد قبلوها أو كانت قد بلغت إليهم".

المطلب الثاني: الشروط الشكلية لقيام عقد الرهن البحري

إن الرهن الواقع على السفينة ونظرا لما له من آثار ومن أجل البعد الحمائي لجميع الأطراف وحتى للغير فإن المشرع أقر مجموعة من الشروط الواجب توفرها في عقد الرهن الواقع على السفينة ففضلا عن الشروط الكلاسيكية المتطلبة في التعاقد بصفة عامة كالأهلية والرضا وغيرها⁽¹⁾ فإن المشرع البحري أقر شروط شكلية لا بد من توفرها وهما كل من الكتابة والشهر.

الفقرة الأولى: الكتابة

إن المشرع البحري في الفصل 83 من م ت ب كان واضحا في اشتراط الكتابة في عقد الرهن البحري حيث جاء في هذا الفصل "إن العقد الذي ينشأ بمقتضاه الرهن البحري يجب أن يبرم كتابة ويمكن أن يحرر في رسم عرفي"

ومن خلال هذا الفصل فإن المشرع خير المتعاقدين بين العقد الرسمي والعرفي، كما أعطى الحرية للمتعاقدين للاتفاق على مختلف بنود العقد بما فيها نسبة الفائدة حيث جاء في الفصل 109 " إن النسبة المئوية للفائدة الاتفاقية في القروض الرهنية على السفينة تعين

(1) - المختار بكور، الوجيز في القانون البحري، طبعة أولى سنة 1997، ص 72.

بمطلق الحرية"، ونعتقد أن هذا الفصل لا ينسجم الفصل 870 من ق ل ع الذي ينص على أن اشتراط الفائدة بين المسلمين باطل ومبطل للعقد

والسؤال المطروح في هذا الصدد ما هي الطبيعة القانونية للكتابة أو بعبارة أخرى ماذا يترتب عن غياب شرط الكتابة في عقد الرهن؟

لقد اختلف الفقه المغربي حيث يذهب البعض إلى أن شرط الكتابة هو للإثبات فقط ويمكن تخلفه وتدارك الأمر فيما بعد، ونحن نخالف هذا الرأي إذ بقراءة في الفصل 83 من م ت ب وكذلك في فلسفة المشرع البحري وفي مختلف النصوص فإننا سنجد حتما أن الكتابة شرط لانعقاد العقد، وعليه فتخلفها يجعل عقد الرهن غير منعقد تماما وهو والعدم سواء، فالمشرع البحري لو أراد تخيير المتعاقدين بين العقد الشفوي والكتابي لفعل ذلك.

وما يؤكد توجهنا هذا هو أن المشرع حصر الشخص المؤهل لإيقاع الرهن على السفينة في المالك فقط ولا يمكن أن ينوب عنه غيره في هذا الأمر إلا بمقتضى وكالة خاصة، ولا يتصور في هذا التوكيل أنه شفوي، بل أكثر من هذا فحتى الوكالة العامة لا تقبل في إيقاع الرهن البحري بصريح عبارة المشرع الذي اشترط الوكالة الخاصة في الفصل 84 من م ت ب الذي جاء فيه "لا يمكن أن ينشئ رهنا على السفينة إلا مالكاها أو وكيل عنه يحمل وكالة خاصة"

فضلا عن هذا فلو كان يمكن إبرام عقد الرهن البحري شفويا لما نص المشرع على ضرورة شهره فالعقد الشفوي لا يمكن تقييده في السجل المعد له أو شهره وهذا ما سنعالجه في النقطة الموالية.

الفقرة الثانية: شهر عقد الرهن البحري

يعتبر الشهر هو قطب الرحى في القانون البحري، وهو ما نص عليه فعلا المشرع البحري في الفصل 90 الذي جاء فيه "يقع الإشهار عن الرهن بتقييده في سجل خاص تمسكه المصلحة المختصة في الدائرة التي تجري فيها بناء السفينة أو في الدائرة التي وقع فيها تسجيلها إذا كانت قد أصبحت حائزة على ووثيقة جنسية مغربية"، عملية الإشهار هاته تتم في مكان الربط أو التسجيل⁽¹⁾، فإذا كان مالك السفينة حرا في تسجيل السفينة في الميناء الذي أراد طبقا للفصول 44-45 و 50 من م ت ب، فإنه بعد ذلك يصبح ملزما بمباشرة مختلف التصرفات

(1) - للتوسع في هاته النقطة أنظر: عزيز الفتاح، علاقة السفينة بأنظمة الموانئ البحرية، المجلة المغربية لقانون الأعمال والمقاولات، عدد 1 سنة 2002، ص 49 وما بعدها.

القانونية الواردة عليها بنفس المكان، بل حتى الاختصاص المحلي للمحاكم يحدد بناء على هاته العملية وهو ما أكدته محكمة الاستئناف التجارية بفاس⁽¹⁾ في أحد قراراتها الذي جاء فيه " إذا كان مالك السفينة حرا في اختيار ميناء الربط او التسجيل طبقا لمقتضيات الفصول 44-45 و 50 من القانون البحري إلا أن هذا التسجيل يحدد المحكمة المختصة محليا للبت في الطلب وفي التصرفات القانونية التي تجري على السفينة و إظهارها إذ يتم بميناء الربط أو التسجيل".

وهنا يمكننا طرح التساؤل التالي ما طبيعة هذا الشهر؟

بخلاف الكتابة التي اعتبرناها شرط لانعقاد الرهن البحري فإن الشهر لا يقتصر أثره على طرفي العقد بل الغاية المهمة منه هو إعلام الغير بالرهن الواقع على السفينة حتى لا يتم بيع هاته السفينة أو تفويتها أو حجز عليها إلا بعد الأخذ بعين الاعتبار حقوق الدائن، وعليه فغياب هذا الشهر لا يعتبر إلزاميا، وإن كان غياب هذا الشهر يعرض الدائن لإمكانية ضياع حقوقه في حالة التفويت أو إيقاع حجوزات على السفينة أو رهون أخرى لأن العبرة في أخذ الرتبة هي بالتقييد وليس بتحرير العقد، وهو ما عبر عنه المشرع صراحة في الفصل 94 الذي جاء فيه: "إذا كان على نفس السفينة أو على نفس الجزء من ملكية السفينة رهنان أو أكثر فإن الرتبة تعين بحسب الأسبقية في تاريخ التقييد، والرهون المقيدة في يوم واحد تأتي بالمحاصة حتى لو كانت مسجلة في ساعات مختلفة"، وكذلك الأمر في الفصل 101 الذي جاء فيه، "إن الدائنين الذين لهم رهن مقيد على السفينة أو جزء من السفينة يتبعونها أية كانت اليد التي انتقلت إليها ويرتبون ويؤدي لهم ديونهم بحسب الرتبة التي قيد بها رهنهم".

ومن خلال هذين الفصلين تتبين لنا أهمية الشهر في حماية حقوق الدائن المرتهن وحفظ رتبته في حالة البيع الجبري والاختياري.

(1) - قرار محكمة الاستئناف التجارية بفاس رقم 256 الصادر بتاريخ 2008/02/14، منشور بموقع عدالة justice.gov.ma.

المبحث الثاني: آثار الرهن البحري وانقضاؤه

إن إيقاع الرهن على سفينة يرتب مجموعة من الآثار سواء بين أطراف العلاقة التعاقدية أو بين الغير الذي يمكن أن يتضرر من هذا الرهن وسنتطرق لأبرز الآثار التي يرتب الرهن (المطلب الأول) في حين سنخصص (المطلب الثاني) لكيفية انقضاء هذا الرهن.

المطلب الأول: آثار الرهن البحري على التصرفات

قلنا إن من خصوصية الرهن البحري وإن كان رهنا ينصب على منقول " منقول من نوع خاص " فإنه لا ينقل الحيازة وذلك بصريح المادة 376 من مدونة التجارة التي استثنت السفن والطائرات والسيارات باعتبارها منقولا من نوع خاص، وبما أن الحيازة تبقى عند صاحبها فالسؤال المطروح ما هي التصرفات الممكنة أن ترد على السفينة المرهونة رهنا رسميا، وسنميز في هاته المسألة بين نقطتين وهما التصرفات المادية والتصرفات القانونية.

الفقرة الأولى: التصرفات المادية على السفينة المرهونة.

قلنا إن من خصوصيات الرهن البحري أن يبقى السفينة في يد المدين كي ينتفع بها ويستثمر فيها أمواله، ومادامت هاته الأخيرة تبقى في يد المدين فإن أغلب الفقه المغربي اعتبر وقياسا على القواعد العامة في قانون الالتزامات والعقود أن من حق المدين مباشرة جميع الأعمال المادية التي تزيد من قيمة السفينة كتغيير شكل هندستها وإحداث أمكنة بداخلها والزيادة في حمولتها شريطة أن لا تنقص هاته الأعمال من قيمة السفينة⁽¹⁾ ، وبمفهوم المخالفة إذا كانت هاته الأعمال المادية ستنقص من قيمة السفينة وتسبب ضررا للدائنين فإنه لا يحق للمدين القيام بها.

وفضلا عن هذا الرأي فنحن نعتقد أنه ولقيام المدين بالأعمال المادية التي تزيد في قيمة السفينة يجب أن لا يتضمن عقد الرهن البحري أي شرط بمنع على المدين مباشرة أي تغيير أو تعديل في شكل السفينة أو حمولتها، باستثناء الإصلاحات الضرورية التي تحافظ على المال المرهون من الضياع والتلف.

(1) - أحمد العطاري، التصرفات الناقلة للملكية المنقول المرهون وتأثيرها على التزام المدين الراهن بالمحافظة على ماله المرهون، رهن السفينة والأصل التجاري نموذجا، مجلة القضاء المدني، عدد 10، ص 46.

الفقرة الثانية: التصرفات القانونية الواردة على السفينة المرهونة.

إن خصوصية الرهن البحري تقوم على جعل المال المرهون في حيازة صاحبه، حتى يستغله ويقوم باستثماره، وبالتالي يطرح التساؤل ما هي التصرفات القانونية التي يمكن للمدين مباشرتها، وسنميز في هاته التصرفات بين التصرفات الرضائية والغير الرضائية.

أولا: التصرفات الرضائية.

من أبرز التصرفات الرضائية التي يمكن أن تسري على السفينة المرهونة نجد البيع والرهن باعتبارهما تصرفين رضائيين، والسؤال ما موقف المشرع منهما.

-البيع:

إن المشرع وحماية للدائن المرتهن منع إمكانية تفويت السفينة المرهونة وذلك بصريح الفقرة الأولى من الفصل 107 من م ت ب التي جاء فيها " إن بيع سفينة مرهونة بيعا اختياريا لأجنبي ممنوع سواء في المغرب أو في بلاد أجنبية"

حيث يستشف من مقتضيات هذا الفصل أن المشرع منع البيع الاختياري الذي يكون برضا المدين، بل أكثر من هذا رتب جزاءات مدنية وجنائية على هذا البيع، حيث جعله باطلا من الناحية المدنية والباطل هو والعدم سواء ولا أثر له، ومن الناحية الجنائية فهو عرض البائع الذي يكون قد مارس هذا البيع بسوء نية أو أخفى مسألة الرهن على المشتري بعقوبات جنائية وهي المتعلقة بتبديد المال المرهون.

والمسؤولية هنا لا تطال البائع فقط بل حتى المشتري قد تطاله المسؤولية سواء في شقها المدني المترتب عن بطلان العقد أو في شقها الجنائي، وإذا ما أراد المشتري إبراء ذمته من هاته التبعات القانونية فعليه التقيد بالمقتضيات الواردة في الفصلين 102 من م ت ب، وللذان جاء فيهما على التوالي:

الفصل 102 "إذا أراد مشتري سفينة أو جزء من سفينة مرهونة أن يضمن حقه ضد المتابعات المسموح بها بمقتضى الفصل 101 تعين عليه أن يقوم قبل المتابعات أو داخل أجل 15 يوما تبليغ جميع الدائنين المقيدين في سجل الميناء القيد أو في الموطن المختار المعين في تقييداتهم الوثائق التالية....."

الفصل 103" يصرح المشتري في نفس الإجراء بأنه مستعد لأن يؤدي فورا الديون الرهنية في حدود الثمن الذي اشترى به دون تمييز بين الديون الحالية والديون الغير الحالية".

والسؤال هل يكتفي بالتصريح في عقد بيع السفينة أم يقوم بإخبار الجهة الدائنة؟ لقد أجابت محكمة الاستئناف التجارية بفاس⁽¹⁾ عن هذا التساؤل من خلال واقعة جرت بمدينة طنجة مفادها أن شخصا بادر إلى شراء سفينة مثقلة برهن لفائدة مؤسسة بنكية وتوعد في عقد بيع السفينة بأداء كل الديون إلا أنه تنصل من هذا الالتزام فقامت المؤسسة الدائنة بمتابعة البائع باعتباره انه هو المدين لديها وأنها لم تكن على علم بواقعة التفويت وأن عقد الشراء الذي أبرم فيه هذا الالتزام لم يبلغ إليها ولم توافق عليه، وهو ما قررته محكمة الاستئناف بفاس حيث اعتبرت انه كان واجبا على البائع تبليغ المؤسسة الدائنة بعقد الوعد ببيع السفينة والموافقة عليه طبقا لمقتضيات القواعد العامة المتعلقة بالإنابة والمنصوص عليها في الفصول 217 و219 من ق ل ع. والسؤال الذي يطرح في هذا الصدد هو، كيف يمكن للمشتري معرفة الوضعية القانونية للسفينة وهل هي خالية من الرهون؟

إن الجواب عن هذا التساؤل تبين لنا أهمية تقنية الشهر التي اعتمدها المشرع في المجال البحري بحيث يمكن للمشتري الرجوع إلى السجل المعد لهاته الغاية والحصول على أي وثيقة تخص السفينة ولا يحتاج عليه بالسر المني، وذلك راجع لخصوصية البيوعات البحرية، بل أكثر من هذا إن المشرع ألزم الإدارة بتسليم أي وثيقة يطلبها المشتري لمعرفة الوضعية القانونية للسفينة وهو ما أكدته الفصل 100 من م ت ب، الذي جاء فيه:

"العون المختص ملزم بأن يسلم بيانا عن الرهون المقيدة على السفينة أو شهادة بعدم وجود أي رهن مقيد عليها"

ومن خلال هذا الفصل فالعون المكلف بهذه المهمة ملزم بتسليم بيان السفينة تحت طائلة المسؤولية الشخصية وهو ما يستشف من مرسوم 1975 المتعلق بتنظيم مديرية الملاحة

(1) - قرار عدد 1554 الصادر بتاريخ 2011/11/22 عن محكمة الاستئناف التجارية بفاس، قرار منشور بموقع عدالة adala.justice.gov.ma

والرهون البحرية⁽¹⁾ الذي ألزم المحافظ على الرهون البحرية ونائبه بأداء وجيبة كضمانة عن القيام بمهامهم حيث جاء في الفصل الثالث من المرسوم المذكور " يجب على المحافظ على الرهون البحرية والمحافظ المساعد وضع كفالة يبلغ قدرها 10 آلاف درهم".

وعليه فحتى يبرئ المشتري الجديد للسفينة ذمته ولا يسأل عن ديون السفينة سواء تلك المقررة لفائدة الأفراد أو لفائدة الدولة فعليه معرفة الوضعية القانونية للسفينة وهل من ديون مترتبة عنها، وهو ما أقرته المحكمة الإدارية بالدار البيضاء⁽²⁾ حيث اعتبرت أن المشتري الجديد للسفينة الذي لم يقم باستصدار شهادة إبراء تثبت أداء البائع لجميع الديون المستحقة على هذا الأخير، يجعل المشتري للسفينة ملزم بأداء هاته الديون بطريقة تضامنية مع البائع.

-الرهن:

إن الخصوصية التي تجلب الانتباه في موضوع رهن السفينة تتعلق بتنازعه مع رهن آخر من جهة وبالوسائل القانونية التي تحمي رهن السفينة ضد المخاطر المهددة لوجوده وقيمه⁽³⁾، وقد تطرق المشرع البحري لهاته المسألة بتفصيل حيث جاء في الفصل 94 من م ت ب ما يلي: " إذا كان على نفس السفينة أو على نفس الجزء من ملكية السفينة رهنان أو أكثر فإن الرتبة تعين بحسب الأسبقية في تاريخ التقييد، والرهون المقيدة في يوم واحد تأتي بالمحاصة حتى لو كانت مسجلة في ساعات مختلفة"

من خلال هذا الفصل يبدو أن المشرع سمح بإمكانية تقييد رهن آخر على السفينة المرهونة، مادام أن صاحب الرهن الأول لن يتضرر من هذا التقييد لأن حقه محمي بالأسبقية

(1) - مرسوم رقم 2.73.454 الصادر بتاريخ 10 يناير 1975 بشأن المحافظة على الرهون البحرية، منشور بالجريدة الرسمية عدد 3247 بتاريخ 22 يناير 1975 ص 240، كما تم تغييره وتتميمه بمقتضى المرسوم رقم 2.98.188 الصادر بتاريخ 20 فبراير 1998 والمنشور بالجريدة الرسمية عدد 4566 بتاريخ 05 مارس 1998.

(2) - حكم المحكمة الإدارية بالبيضاء الصادر بتاريخ 2009/05/05 في الملف عدد 2009/1/16، منشور بموقع أزوكار للمحاماة.

(3) - محمد الإدريسي العلمي مشيشي، الرهن البحري أو رهن السفينة، مجلة طنجيس للقانون والاقتصاد، عدد 7 سنة 2008، ص 20.

لان العبرة بأسبقية التقييد إلا إذا كانت تلك الرهون مقيدة في يوم واحد فإنه آنذاك لا يؤخذ بعين الاعتبار ساعة إجراء التقييد.

ومن خلال هذا النص فإن المشرع غلب جانب الشهر على الجانب الرضائي المتعلق بتاريخ إبرام العقد، فالعبرة في الأسبقية بتاريخ التقييد وليس تاريخ إبرام العقد، وتعتبر هاته الخصيصة من خصوصيات نظام الشهر العيني.

ويبقى الدائن المرتهن محمي متى كانت له أسبقية التقييد في استيفاء دينه، شريطة أن لا يكون هناك تنازع بين دينه ودين آخر يعتبر من الديون الممتازة، إذ الأسبقية هنا للديون الممتازة.⁽¹⁾

وهو ما أكدته المشرع كذلك في الفصل 108 من م ت ب، "إن الدائنين الذي لهم رهون على السفينة يأتون بعد الدائنين الممتازين حسب الترتيب المقيدة به رهونهم".
ثانيا: التصرفات غير الرضائية.

إذا كان المشرع قد منع المدين من القيام ببعض التصرفات الرضائية خشية الإضرار بالدائنين، فإنه وبمفهوم المخالفة للفصل 109 الذي منع البيع الرضائي يمكن أن يتم البيع الجبري للسفينة المرهونة لأي سبب من الأسباب فضلا عن انه يمكن إجراء حجز على السفينة فالرهن لا يمنع من الحجز، وسنتطرق لهذين التصرفين باعتبارهما أغلب التصرفات التي تسري على السفن وذلك على النحو التالي:

-الحجز التحفظي على السفن⁽²⁾

إن الحجز مقرر ضمان لحق شخصي وقد يكون مالك السفينة مدينا بمبلغ مالي لأي جهة ولأي سبب من الأسباب وقد يكون مدينا للدولة بسبب الضرائب أو غيره من الأسباب ولما كانت السفينة تعتبر رأسمال مهم، فإنه يمكن أن يتم إيقاع حجز عليها ضمانا للديون

(1) - للتوسع في هاته الديون الممتازة انظر، عزيز الفتاح، الامتيازات البحرية، أطروحة دكتوراه دولة في القانون الخاص، جامعة محمد الخامس، كلية العلوم القانونية و الاقتصادية والاجتماعية الرباط، السنة الجامعية 1994-1995.

(2) - تطرق المشرع البحري لهاته المسألة في الفصل 101 "إن الدائنين الذين لهم رهن مقيد على السفينة أو جزء من السفينة للتوسع في مسألة الحجز الوارد على السفن انظر: محمد الهواري، الحجز على السفينة في القانون المغربي، الحجز التحفظي- الحجز التنفيذي، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى سنة 2016.

الشخصية و للامتيازات العامة وهو ما قرره المشرع البحري في فصل فريد هو الفصل 110 من م ت ب، وتجدر الإشارة إلى أن القانون المعمول به في مسألة الحجز هو اتفاقية بروكسيل،⁽¹⁾ وعلى الدائن المرتهن الذي أراد ممارسة الحجز احترام مجموعة من الشكليات المسطرية الواردة في القانون البحري، من بينها ما هو منصوص عليه في الفصل 115 من القانون البحري، وإن كان القضاء المغربي لا يعتبر هذا الفصل من النظام العام وهو ما قرره المجلس الأعلى سابقا في أحد قراراته الذي جاء فيه⁽²⁾ "عدم احترام الأجل لتقديم طلب بيع السفينة المحجوزة داخل أجل ثلاث أيام الموالية لتحرير لا يترتب عنه بطلان دعوى تحقيق الرهن البحري".

-البيع الجبري:

إذا كان الفصل 107 من م ت ب يمنع البيع الاختياري للسفن فإنه بمفهوم المخالفة يمكن بيع السفينة بيعا إجباريا من أجل المطالبة بالدين وهو ما أكدته الفصل 106 الذي جاء فيه:

"يقع البيع بالمزايدة بناء على مبادرة من طرف الدائن الذي طلبه أو من طرف المشتري وذلك طبقا للشكليات المنصوص عليها في الفصل 115 وما يليه".

وهذا البيع يمكن أن يباشر من طرف الدائن المرتهن طبقا للفصل 104 من م ت ب الذي خول للدائن المرتهن بغية استيفاء ديونه طرح السفينة للمزايدة العلنية، حيث جاء في هذا الفصل:

"يجوز لكل دائن أن يطلب طرح السفينة أو الجزء من السفينة بالمزايدة العلنية بشرط أن يعرض زيادة في الثمن تبلغ العشر لا منه وأن يقدم كفالة لأداء الثمن والتكاليف".
وكذلك يمكن أن يباشر هذا البيع الجبري من طرف أي جهة أخرى شريطة احترام الإجراءات المسطرية المنصوص عليها في الفصل 105 و 106 و 115 وما يليه.

(1) - المختار بكور، م س، ص 81.

(2) - قرار المجلس الأعلى الصادر بتاريخ 1999/04/14 في الملف التجاري 87/4897 منشور بموقع

مكتمي www.mahkamaty.com

وحتى يمكن للدائن المرتهن مباشرة البيع الجبري للسفينة فإنه وجب تحقق مجموعة من الشروط من أبرزها ما تضمنه الفصل 101 في فقرته الثانية التي جاء فيها:

"إذا كان الرهن لا ينسحب إلا على جزء من السفينة لم يجز للدائن أن يطلب الحجز والبيع إلا بالنسبة للجزء المرهون له إلا أنه إذا كان أكثر من نصف السفينة مرهونا جاز للدائن بعد الحجز أن يطلب بيع السفينة بكاملها شرط أن يستدعي لعملية البيع الشركاء في ملكيتها".

المطلب الثاني: انقضاء الرهن البحري

إن الرهن البحري وباعتباره تقييدا مؤقتا، لا يمكن أن يبقى مقيدا على السفينة طيلة مدة حياتها، حيث يكون مصيره هو الانقضاء، ويمكن لهذا الأخير أن ينقضي إما اتفاقيا أو قانونيا أو قضائيا. وسنتطرق لكل حالة من هاته الحالات على الشكل التالي:

الفقرة الأولى: الانقضاء الاتفاقي

الانقضاء الاتفاقي هو الذي يكون برضي المتعاقدين معا، الدائن والمدين طبقا للقواعد العامة التي تجعل العقد شريعة المتعاقدين، ويمكن للأطراف الاتفاق على إنهاء الرهن بكامل حريتهما وإرادتهما بأي سبب من الأسباب إما الوفاء أو اتحاد الذمة وغيرها من أسباب انقضاء الدين وهو ما عبر عنه المشرع البحري صراحة في الفصل 98 الذي جاء فيه: "تشطب التقييدات إما بالطرفين المعنيين بالأمر المالكين للأهلية الكافية لهذا الغرض".

الفقرة الثانية: الانقضاء القضائي

يمكن انقضاء الرهن بمقتضى حكم صادر عن القضاء، وهو ما عبر عنه المشرع في الفقرة الثانية من الفصل 98 من م ت ب التي جاء فيها "وإما بحكم قضائي صادر نهائيا أو حائز لقوة الشيء المقضي به".

فقد يلجأ مالك السفينة للقضاء من أجل المطالبة بالتشطيب على الديون المقيدة على السفينة التي لا تعتبر ديونا بحرية⁽¹⁾، وهو ما سنحت الفرصة للقضاء في تطبيقه حيث جاء

(1) - تجدر الإشارة إلى أن اتفاقية بروكسيل لسنة 1952 التي صادق عليها المغرب بمقتضى ظهير شريف 1.90.153 بتاريخ 2000/11/24 ونُشرت بالجريدة الرسمية، تشترط لإيقاع حجز على السفينة أن يكون الدين بحريا وقد حددت المادة 1 من هاته الاتفاقية المقصود بالديون البحرية وذلك من خلال تعداد هاته الديون، وكان

في إحدى قرارات المجلس الأعلى⁽¹⁾ سابقا "لأن كان الدين الذي تمّ من أجله قبول إجراء حجز تحفظي على السفينة يتكون في جزء منه من دين بحري وفي الجزء الباقي من دين غير بحري، فإنه لما يتعلق الأمر بحجز على السفينة يتعيّن احترام مقتضيات اتفاقية بروكسيل لسنة 1952 المتعلقة بتوحيد بعض القواعد المتعلقة بالحجز التحفظي على السفن البحرية التي تشترط أن يكون الدين بحريا، ممّا يتعين معه نقض القرار لاستثنائي المطعون جزئيا فيما قضى به من استيفاء على الحجز فيما زاد على مبلغ الدين البحري".

الفقرة الثالثة: الانقضاء القانوني

فضلا عن الانقضاء الاتفاقي والقضائي فإن المشرع حدد طريقة أخرى لانقضاء الرهن البحري وعن الانقضاء القانوني، وذلك من خلال تنصيبه على هاته المسألة صراحة في الفصل 95 من م ت ب الذي جاء فيه:

" التقييد يحفظ الرهن مدة 5 سنوات ابتداء من تاريخه وينقضي أثره إذا لم يجدد التقييد قبل انصرام الأجل⁽²⁾".

ومن خلال هذا الفصل فإنه يبدو أن المشرع البحري انتصر لكون السفينة هي منقول أكثر من كونها عقارا، فقد جعل المشرع مدة الرهن القصوى هي 5 سنوات ويتم التشطيب عليه تلقائيا إذا لم يجدد قبل انقضاء أجله، والعبرة هنا في تجديد الأجل بالتقييد وليس بتاريخ العقد،

يطرح تساؤل حول هذا التعداد هل هو وارد على سبيل المثال أم الحصر، ولم يتأخر المجلس الأعلى في الجواب عن هذا التساؤل حيث اعتبر في إحدى قراراته أن التعداد الوارد في المادة 1 من اتفاقية بروكسيل هو تعداد وارد على سبيل الحصر ولا يمكن التوسع فيه انظر قرار المجلس الأعلى الصادر بتاريخ 2010/04/28 منشور بنشرة قرارات المجلس الأعلى المتخصصة، الغرفة التجارية، الجزء الخامس طبعة 2 سنة 2010، ص: 52.

(1) - قرار المجلس الأعلى الصادر بتاريخ 2009/12/06 منشور بنشرة قرارات المجلس الأعلى المتخصصة، الغرفة التجارية، الجزء الخامس طبعة 2 سنة 2010، ص: 48.

انظر تعليق على القرارين المشار إليهما أعلاه للأستاذ محمد المجدوبي الإدريسي، نفس المجلة، ص: 55.

(2) - يسجل بعض الباحثين الذين اشتغلوا على هذا الموضوع أن مصلحة الرهون البحرية لا تباشر هذا التشطيب تلقائيا، إذ بالرغم من انقضاء مدته فإنه يبقى مقيدا، انظر هاته الإشارة عند حسن كشرادي، عقد الرهن البحري، م س، ص 47.

قلنا إن المشرع أثر جعل السفينة وعلى غرار باقي المنقولات أن لا تتجاوز مدة الرهن 5 سنوات وهي المدة المعمول فيها في عقد الرهن المنصب على مختلف المنقولات، كالأصول التجارية⁽¹⁾ وكذلك رهن المعدات⁽²⁾ وعمليات الائتمان الإيجاري للمنقولات⁽³⁾، وإذا كانت كل هاته المنقولات لها ما يبرر جعل مدة الرهن تنقضي في 5 سنوات، بحكم أنها تفقد قيمتها المالية بعد مرور 5 سنوات⁽⁴⁾، فإننا نعتقد أن جعل مدة عقد الرهن البحري مشابهة لهاته المنقولات لا ينسجم وطبيعة السفينة وقيمتها المالية والاقتصادية والسياسية.

خاتمة

إن موضوع الرهن البحري بصفة خاصة والقانون البحري بصفة عامة لازال يحتاج للكثير من الدراسات لكونه يطرح مجموعة من الإشكاليات، حاولنا التطرق لبعض هاته النقاط كمسألة شكلية الكتابة والشهر المتطلبان في وجود عقد الرهن البحري، فضلا عن مسألتي البيع الرضائي والبيع الجبري للسفينة المرهونة وتزاحم الرهون، وغيرها من الإشكاليات التي يطرحها موضوع رهن السفينة، وما يزيد من هذا الإشكال هو غياب نص تشريعي صادر باللغة العربية مما يجعل هناك فرق بين النص العربي المترجم بصفة غير رسمية والنص الفرنسي الصادرة في الجريدة الرسمية، مما يحتم على المشرع المغربي ضرورة التسريع في إخراج مدونة تجارة بحرية مغربية تحترم السيادة المغربية وبالتالي إلغاء مجموعة

(1) - انظر في هاته النقطة محمد جلال، بيع ورهن الأصول التجارية، المجلة المغربية للاقتصاد والقانون المقارن، عدد 23 سنة 1995.

(2) - للتوسع في هاته المسألة انظر: - عبد المجيد غميحة، رهن أدوات ومعدات التجهيز، مستجدات مدونة التجارة وتأثيراتها على المقاولات المغربية، أشغال اليوم الدراسي المنظم من قبل شعبة القانون الخاص بتعاون مع وزارة الصناعة والتجارة و الصناعة التقليدية، يوم 24 ماي 1997 سلسلة ندوات و أيام دراسية عدد 2 طبعة 1 سنة 1997.

- عبد العلي حفيظ، الحماية القانونية للدائن المرتهن في الرهن دون نقل الحيازة رهن أدوات ومعدات التجهيز نموذجاً، مجلة القصر عدد 6 سنة 2003، ص 65 وما بعدها.

(3) - عزالدين بنسني: "الرهنات القانونية للشهر في مدونة التجارة"، مستجدات مدونة التجارة وتأثيراتها على المقاولات المغربية، أشغال اليوم الدراسي المنظم من قبل شعبة القانون الخاص بتعاون مع وزارة الصناعة والتجارة والصناعة التقليدية، يوم 24 ماي 1997 سلسلة ندوات و أيام دراسية عدد 2 طبعة 1 سنة 1997.

(4) - للتوسع في هاته النقطة أنظر: أحمد ادريوش، الكراء في المدونة الجديدة للتجارة، طبعة أولى سنة 1995، منشورات سلسلة المعرفة القانونية.

من الفصول التي لا تنسجم مع مغرب ما بعد عهد الحماية، فضلا عن حل مجموعة من الإشكالات التي أفرزتها المعاملات في قطاع السفن فيما يتعلق بموضوع الرهن، لكن رغم هاته الملاحظة فلا أحد سينفي قيمة نص مدونة التجارة البحرية لسنة 1919 والذي تضمن أحكاما مهمة وبصياغة فقهية منضبطة كانت صالحة للعهد الذي صدر فيه على غرار تشريعات 12 غشت 1913.

قائمة المراجع

- أحمد ادريوش: الكراء في المدونة الجديدة للتجارة، طبعة أولى سنة 2005، منشورات سلسلة المعرفة القانونية.
- أحمد ادريوش: "أصول نظام التحفيظ العقاري"، بحث في مصادره المادية والرسمية وفي توجيه الفقهاء لنظر الشرع الإسلامي عليه، منشورات سلسلة المعرفة القانونية، طبعة 1، 1424 هجرية -2003م.
- أحمد ادريوش: "المنهج السديد في الإقناع بوجود تعريب رسمي للقانون العقاري الجديد"، منشورات سلسلة المعرفة القانونية، 1433هـ/2012م.
- ادريس الضحاك: "قانون الملاحة البحرية الخاصة بالمغرب"، الطبعة الأولى، منشورات عكاظ، ص 107.
- أحمد العطاري: التصرفات الناقلة للملكية المنقول المرهون وتأثيرها على التزام المدين الراهن بالمحافظة على ماله المرهون، رهن السفينة والأصل التجاري نموذجاً، مجلة القضاء المدني، عدد 10.
- أحمد اليوسفي البرقي: تسجيل السفينة في القانون البحري المغربي، أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون الخاص، جامعة محمد الخامس، كلية الحقوق الرباط، السنة الجامعية 1985-1986.
- أحمد عبد الهادي: "جنسية السفينة التجارية"، مجلة الحقوق للبحوث القانونية، والاقتصادية العدد الأول، السنة الثانية، مارس 1940، مطبعة الاعتماد بمصر.
- الحبيب خليفة جبودة: رهن المنقولات دون نقل الحيازة، أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون الخاص، جامعة محمد الخامس الرباط، كلية الحقوق أكادال، السنة الجامعية 1995-1996.
- المختار العطار: الرهن البحري في القانون المغربي، أطروحة دكتوراه في القانون الخاص، جامعة الحسن الثاني، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية الدار البيضاء، السنة الجامعية 1990.
- المختار بكور: الوجيز في القانون البحري، طبعة أولى سنة 1997،
- الطيب الفصايلي: رهن السفينة، أطروحة دكتوراه جامعة عين شمس، كلية الحقوق، السنة الجامعية 1986-1987.
- عزيز الفتاح: الامتيازات البحرية، أطروحة دكتوراه دولة في القانون الخاص، جامعة محمد الخامس، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية الرباط، السنة الجامعية 1994-1995.
- عزيز الفتاح: علاقة السفينة بأنظمة الموانئ البحرية، المجلة المغربية لقانون الأعمال والمقاولات، عدد 1 سنة 2002.
- علي الحاج مختار الفوج: رهن السفينة وفقاً لأحكام التشريع الليبي مقارنة بالتشريع المغربي، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا، جامعة محمد الخامس، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية أكادال، السنة الجامعية 1992-1993.
- فاطمة ايت الغازي: جنسية السفينة بين الانتماء السياسي والفعالية الاقتصادية، مجلة الحقوق عدد 14 سنة 2013.

- فريد الحاتمي: الوسيط في القانون البحري المغربي، السفينة وأشخاص الملاحة البحرية، طبعة سنة 2000.
- عبد المجيد غميحة: رهن أدوات ومعدات التجهيز، مستجدات مدونة التجارة و تأثيراتها على المقاولات المغربية، أشغال اليوم الدراسي المنظم من قبل شعبة القانون الخاص بتعاون مع وزارة الصناعة والتجارة و الصناعة التقليدية ، يوم 24 ماي 1997 سلسلة ندوات وأيام دراسية عدد 2 طبعة 1 سنة 1997.
- عبد العلي حفيظ: الحماية القانونية للدائن المرتهن في الرهن دون نقل الحيازة رهن أدوات ومعدات التجهيز نموذجاً، مجلة القصر عدد 6 سنة 2003.
- عز الدين بنسقي: "الرهنات القانونية للشهر في مدونة التجارة"، مستجدات مدونة التجارة وتأثيراتها على المقاولات المغربية، أشغال اليوم الدراسي المنظم من قبل شعبة القانون الخاص بتعاون مع وزارة الصناعة و التجارة و الصناعة التقليدية ، يوم 24 ماي 1997 سلسلة ندوات و أيام دراسية عدد 2 طبعة 1 سنة 1997.
- محمد الإدريسي العلمي مشيشي: الرهن البحري أو رهن السفينة، مجلة طنجيس للقانون والاقتصاد، عدد 7 سنة 2008، ص 20.
- محمد الهواري: الحجز على السفينة في القانون المغربي، الحجز التحفظي- الحجز التنفيذي، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى سنة 2016.
- محمد المجدوبي الإدريسي: تعليق على قراراتين للمجلس الأعلى، منشور بنشرة قرارات المجلس الأعلى المتخصصة، الغرفة التجارية، الجزء الخامس طبعة 2 سنة 2010.
- محمد جلال: بيع ورهن الأصول التجارية، المجلة المغربية للاقتصاد والقانون المقارن، عدد 23 سنة 1995.
- حسن الكشراوي: عقد الرهن البحري إشكالياته النظرية والعملية، رسالة لنيل دبلوم الماستر المتخصص، جامعة ابن زهر، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية أكادير، السنة الجامعية 2013-2014.
- يونس بوجلابة: نظام تسجيل السفن والاستثمارات البحرية في القانون البحري المغربي، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة، جامعة محمد الخامس السويسي، كلية العلوم القانونية و الاقتصادية والاجتماعية الرباط السويسي، السنة الجامعية 2008-2009.
- Abdelkader Timoule: «Le régime de propriété des bâtiments de mer » (Juillet 1994), p. 85 et suivante.
- Ahmed Bensalem : «La nationalité des navire et des aéronefs en droit marocain », édition, technique nord, africain, 1971.

مسطرة الحجز التنفيذي على السفينة في ضوء التشريع الوطني والاتفاقيات الدولية

محمد الشافعي
دكتور في الحقوق

مقدمة

تعتبر السفينة المحور الأساسي الذي تدور حوله أحكام القانون البحري، بل العنصر الأهم في الملاحة البحرية، كون هذه الأخيرة تتعلق بالسفينة وبالأشخاص العاملين على ظهرها وبمحطات إرسائها، كما تتعلق بالتصرفات والعقود الواردة عليها والمخاطر التي تتعرض لها أثناء الرحلة البحرية، ويمكن القول أن السفينة هي أهم منشأة تمكن من استغلال البحار والمحيطات كونها الأداة الفعالة والهامة في تطوير وتنمية التجارة البحرية⁽¹⁾، ويرجع ذلك إلى سعتها الاستيعابية التي تجعلها قادرة على استقبال مختلف البضائع حجما وكما⁽²⁾، وعلى هذا الأساس أولتها جل التشريعات الدولية والوطنية اهتماما كبيرا، لما لها من أهمية في تطوير التجارة البحرية الوطنية والدولية، وذلك من خلال وضع قوانين خاصة تنظمها⁽³⁾.

ومن المعلوم أن السفينة تشكل استثمارا باهض الثمن، نظرا لأن بنائها أو تجهيزها يتطلب مجموعة من الأموال، لذلك يلجأ مالكيها إلى الاقتراض من أجل تجهيز سفينته، وتوفير

-
- (1) - نورة الطالبي، دراسات في القانون البحري، الطبعة الثانية، مطبعة التومي، 2002، الصفحة: 31.
(2) - عبد الرزاق أيوب، مسؤولية الناقل البحري للبضائع بين القانون البحري المغربي واتفاقية هامبورغ لسنة 1978، مقال منشور في مجلة طنجنس، عدد 7، لسنة 2008، الصفحة: 135.
(3) - تجدر الإشارة إلى أن السفن المغربية تدخل ضمن إقليم المملكة المغربية، باستثناء الحالات التي تكون فيها خاضعة لتشريع أجنبي بمقتضى القانون الدولي، طبقا لمقتضيات الفصل 11 من مجموعة القانون الجنائي.

كل ما تحتاجه من مؤونة للأشخاص العاملين بها، وشراء كل الأدوات اللازمة للقيام بمهمتها، وطلب الحصول على آجال لسداد الديون الناشئة عن استغلالها⁽¹⁾.

وعليه، فإذا لم يقيم مالك السفينة بأداء ما بذمته من ديون في الأجل المحدد لها، يجعل الدائن يمارس حق الضمان العيني⁽²⁾، من أجل استيفاء دينه عن طريق الحجز عليها.

ونظرا لكون السفينة مال منقول ذو طبيعة خاصة، كما ينص على ذلك الفصل 67 القانون البحري الذي جاء فيه:

" السفن أموال منقولة خاضعة لقواعد القانون العادي مع مراعاة القواعد الخاصة الواردة فيما بعد"، فإن المشرع خصص لها قواعد مسطرية خاصة للحجز عليها تتماشى مع طبيعتها الخاصة، فهي مال منقول، لأنها قابلة للانتقال من مكان لآخر دون تلف⁽³⁾، هذا من جهة أولى، كما أنها تقترب من العقار، بحيث لا تسري عليها قاعدة الحيازة في المنقول سند الملكية، فضلا على إمكانية رهنها رسميا⁽⁴⁾، علما أن هذا الرهن لا يرد إلا على العقار، وهذا من جهة ثانية، وبالرغم من كونها منقولا فهي تختلف عن باقي المنقولات، إذ لها جنسية، واسم⁽⁵⁾، وحمولة⁽¹⁾، وموطن⁽²⁾، ودرجة⁽³⁾، من جهة ثالثة.

(1) - أنظر قريب من هذا المعنى:

- المختار عطار، التزامات المؤمن في عقد التأمين البحري في القانون المغربي، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون الخاص، جامعة الحسن الثاني، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، الدار البيضاء، السنة الجامعية: 1984/1985، الصفحة: 4.

(2) - الضمان العيني هو ذلك الحق العيني المخصص لأداء التزام معين ويخول لصاحبه حق استيفاء دينه بالأسبقية على سائر الدائنين العاديين، كما يخول له حق تتبع العين المثقلة بالرهن في أي يد انتقلت إليها.

- أنظر في هذا المعنى: فريد الحاتمي، الوسيط في القانون البحري المغربي، الجزء الأول، السفينة وأشخاص الملاحة البحرية، مطبعة دار النشر المغربية، 2000، الصفحة: 204 وما بعدها. (بذون ذكر الطبعة ومكانها).

(3) - إدريس الفاخوري، الحقوق العينية وفق القانون 39.08، طبعة 2013، مطبعة المعرفة الجديدة، الرباط، الصفحة: 5.

(4) - نظم المشرع الرهن الرسمي للسفينة في الباب الثاني من القسم الأول من الكتاب الثاني تحت عنوان: الامتيازات والرهن، وخصص له الفصول من 82 إلى 109 مكرر من القانون البحري.

(5) - نص المشرع البحري على ضرورة أن تحمل كل سفينة اسم يميزها عن غيرها من السفن، بمقتضى الفصل 47 من القانون البحري.

ولقد نظم المشرع البحري الحجز على السفن، بموجب من الفصل 111 إلى 123 من مدونة التجارة البحرية المغربية، والتي تعتبر بمثابة استثناء من القواعد العامة المتبعة في الحجز على المنقول والعقار. ومع ذلك، فإنه يجوز في بعض الحالات كلما اقتضت الضرورة ذلك الرجوع إلى المقتضيات العامة الواردة في قانون المسطرة المدنية باعتباره الشريعة العامة بالنسبة لباقي القوانين الإجرائية⁽⁴⁾.

ونظرا لكون الملاحة البحرية تتم بطبيعتها بين دول مختلفة، وأشخاص مختلفي الجنسية، الأمر الذي يترتب عليه قيام علاقات قانونية يشوبها عنصر أجنبي، وما يطرحه ذلك من تنازع بين القوانين، ومن أجل تجاوز ذلك، تم التفكير في توحيد بعض قواعد القانون البحري المتعلقة بالحجز من أجل تفادي الإشكالات المترتبة عن تنازع القوانين، وهو ما تم فعلا

(1) - نظم المشرع تعيين حمولة في الباب الثالث من القسم الأول من الكتاب الأول تحت عنوان: في تعيين حمولة السفينة، وبالمضبط في الفصول 7 و 8 و 9 و 10، من القانون البحري.

(2) - للسفينة كذلك موطن قانوني، وموطنها هو الميناء الذي تم تسجيلها فيه، ويتم تحديد موطن السفينة وفق اختيار مالكيها، طبقا للفصل 44 من القانون البحري، كما لا يجوز للسفينة اتخاذ أكثر من موطن، حسب ما جاء في الفصل 48 من القانون البحري.

(3) - لكل سفينة درجة أو مرتبة تقدر تبعا لقوة وجودة الصنع والعمر ومدى شروط السلامة التي تتوفر عليها، فقد تكون السفينة من الدرجة الأولى أو الدرجة الثانية أو الدرجة الثالثة، بحيث تقوم مؤسسات خاصة بهذا العمل وتسمى مؤسسات التقويم والإشراف، والهدف من تسجيل السفينة لدى هذه المؤسسات التي تسمى في التشريع المغربي شركات الترتيب (الفصل 35 مكرر وما بعده)، هو أن التسجيل يعتبر دليل على صلاحية السفينة للملاحة، كما أن الشاحنين سيرفضون شحن بضائعهم على سفينة غير مسجلة وبدون درجة. أنظر في هذا الصدد:

- عبد الرحيم الضو، النظام القانوني للحجز على السفن في التشريع المغربي، رسالة لنيل دبلوم نهاية التكوين في سلك الماستر المتخصص: "المقولة والقانون"، جامعة ابن زهر، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، أكادير، السنة الجامعية: 2014/2015، الصفحة: 4 على الهامش.

(4) - الظهير الشريف بمثابة قانون رقم: 1.74.447، الصادر بتاريخ 11 رمضان 1394 الموافق ل 28 شتنبر 1974، بالمصادقة على نص قانون المسطرة المدنية، كما تم تعديله وتتميمه، المنشور في الجريدة الرسمية عدد 3230 مكرر، بتاريخ 13 رمضان 1394 الموافق ل 30 شتنبر 1974، 2741.

من خلال التنصيص على الاتفاقية الدولية لتوحيد بعض القواعد المتعلقة بالحجز على السفن الموقعة ببروكسيل في 10 ماي 1952 والمصادق عليها من طرف المغرب سنة 2001⁽¹⁾.

إن هذا الموضوع - الحجز التنفيذي على السفينة - يطرح إشكال محوري مفاده: "إبراز خصوصيات المسطرة المتبعة في الحجز على السفينة، بالنظر إلى طبيعتها القانونية الخاصة التي تجمع ما بين خصائص المال المنقول والعقار في آن واحد؟

و الواقع أن التصدي لهذا الإشكال المحوري، يثير أماننا بعض التساؤلات الفرعية، من أبرزها:

ماهي شروط الحجز التنفيذي على السفينة؟

ماهي طبيعة الإجراءات المعتمدة في الحجز على السفينة؟

تقتضي الضرورة المنهجية الإجابة على الإشكال المحوري وعلى باقي التساؤلات الفرعية

التي تتقاطع معه، من خلال التقسيم الثنائي التالي:

المطلب الأول: شروط الحجز التنفيذي على السفينة

المطلب الثاني: إجراءات الحجز التنفيذي على السفينة

المطلب الأول: شروط الحجز التنفيذي على السفينة

يعد الحجز التنفيذي من أهم الإجراءات الضرورية لبيع السفينة عن طريق القضاء، إذ هو إجراء ممهّد للبيع الجبري للسفينة، وللقيام بالحجز التنفيذي لابد من توفر شروط موضوعية وأخرى شكلية، ناهيك عن سلوك مجموعة من الإجراءات والمساطر الدقيقة والتي بدونها لا يتم الحجز ثم البيع.

الفقرة الأولى: شروط الحجز التنفيذي الواجب توفرها في الدائن

للقيام بالحجز التنفيذي على السفينة باعتبارها محلاً للحجز، ينبغي التوفر على سند تنفيذي كشرط أولي للحجز، كدليل على وجود دين على السفينة محل الحجز.

(1) - الظهير الشريف رقم: 1.90.153 الصادر في 27 من شعبان 1421 الموافق ل 24 نوفمبر 200، بنشر الاتفاقية الدولية لتوحيد بعض القواعد المتعلقة بالحجز التحفظي على السفن البحرية الموقعة ببروكسيل في 10 ماي 1952 بالجريدة الرسمية عدد 1478.

أولاً: وجود سند تنفيذي

ليتم إيقاع الحجز على السفينة ينبغي على طالب الحجز أن يكون مديناً بدين ثابت، ما لم يطاله سبب من أسباب انقضاء الالتزامات⁽¹⁾، زيادة على ذلك أن يكون للمدين دليل قوي لإثبات دينه أمام القضاء، ويكون هذا الإثبات بالوسائل التي يعتد بها لإثبات الدين⁽²⁾.

1 - مضمون السند التنفيذي

يعرف السند التنفيذي، بأنه الورقة المعدة للإثبات⁽³⁾، يمسه الدائن ليعتمده كحجة ضد مدينه لاستيفاء حقه جبراً، وبالتالي، فإن مباشرة إجراءات التنفيذ على السفينة تتطلب حصول الدائن على سند تنفيذي.

ولحصول الدائن على سند تنفيذي، يتعين عليه أن يرفع الدعوى إلى كتابة ضبط المحكمة المختصة بواسطة مقال افتتاحي للدعوى طبقاً لمقتضيات الفصل 32 من قانون المسطرة المدنية، وأداء الرسوم القضائية من أجل إصدار حكم على المدين بأداء ما بذمته.

(1) - ينص الفصل 319 من قانون الالتزامات والعقود على أنه: "تنقضي الالتزامات بما يلي:

1- الوفاء،

2 - استحالة التنفيذ،

3- الإبراء الاختياري،

4- التجديد،

5- المقاصة،

6- اتحاد الذمة،

7- التقادم

8- الإقالة الاختيارية".

(2) - ينص الفصل 404 من قانون الالتزامات والعقود على أن: "وسائل الإثبات التي يقرها القانون هي:

1- إقرار الخصم،

2- الحجة الكتابية،

3 شهادة الشهود،

4 القرينة،

5- اليمين والنكول عنها.

(3) - محمد سلام، التنفيذ الجبري مسطرته وإجراءاته، مقال منشور في مجلة الملحق القضائي، العدد 20، سنة

1989، الصفحة: 100.

والمشرع المغربي شأنه شأن باقي التشريعات الأخرى⁽¹⁾، أكد على ضرورة إدلاء طالب التنفيذ بالسند التنفيذي لمباشرة إجراءات التنفيذ، وهذا ما يتبين من خلال الفصل 120 من القانون البحري الذي جاء فيه ما يلي:

"... الوثائق التي يستند عليها".

2 - أنواع السندات التنفيذية

تتخذ السندات التنفيذية عدة صور، فمنها الأحكام والقرارات القضائية والأوامر القضائية وأحكام المحكمين ومحاضر الصلح، وكذلك الأحكام الصادرة عن المحاكم الأجنبية والتي لا تكتسي الصيغة التنفيذية إلا بعد تذييلها بالصيغة التنفيذية⁽²⁾، كما تعد المحررات الرسمية سندا قابلا للتنفيذ.

وتعد الأحكام والقرارات القضائية من أهم السندات التنفيذية وأكثرها شيوعا في المجال البحري⁽³⁾، و أقواها حجية لاسيما أنها تصدر في مواجهة المدين وبعد اعذاره، وتبليغه بموضوع الحق، وكذا تمتيعه بكافة الضمانات للدفاع عن نفسه، ومواجهة خصمه، ودحض حججه بكافة الوسائل⁽⁴⁾.

(1) - كالمشرع المصري مثلا الذي أكد في المادة 70 من مدونة التجارة البحرية على ما يلي:

"أ- ...

ب - بيان السند الذي يحصل على التنفيذ بموجبه..."

(2) - تنص المادة 430 من قانون المسطرة المدنية على أنه: "لا تنفذ في المغرب الأحكام الصادرة من المحاكم الأجنبية إلا بعد تذييلها بالصيغة التنفيذية من طرف المحكمة الابتدائية لموطن أو محل إقامة المدعى عليه أو لمكان التنفيذ عند عدم وجودهما.

يجب على المحكمة التي يقدم إليها الطلب أن تتأكد من صحة الحكم واختصاص المحكمة الأجنبية التي أصدرته، وأن تتحقق أيضا من عدم مساس أي محتوى من محتوياته بالنظام العام المغربي".

(3) - زكي زكي الشعراوي، القانون البحري، الطبعة الثانية، مطبعة جامعة القاهرة، القاهرة، 1988، الصفحة: 418.

(4) - عبد الرحيم الضو، مرجع سابق، الصفحة: 79.

ثانياً: وجود دين على السفينة والامتناع عن الوفاء به

للقيام بالحجز التنفيذي باعتباره أهم مرحلة تمكن صاحب الحق من اقتضاء حقه، لا بد من وجود دين على السفينة محل الحجز، بحيث لا يمكن إجراء حجز تنفيذي أو تحفظي بدون وجود دين بحري منصب على السفينة⁽¹⁾، من جهة أولى، فضلاً على أنه لا بد من وجود عجز أو امتناع المدين مالك السفينة عن الوفاء بالدين.

1 - طبيعة الدين سبب الحجز

من بين خصوصيات الحجز على السفينة تمهيدا لبيعها بالمزاد العلني، وجود دين بحري على السفينة محل الحجز⁽²⁾، وهذا خلافاً للقواعد العامة للحجز التنفيذي واستثناء من قاعدة أموال المدين ضمان عام لدائنيه⁽³⁾، إذ لا يجوز للدائن أن يقوم بإجراء الحجز على السفينة ما لم يتعلق الدين بالسفينة محل الحجز، تماشياً مع مقتضيات اتفاقية بروكسيل لسنة 1952⁽⁴⁾، وإن كانت تتعلق بتوحيد بعض قواعد الحجز التحفظي على السفن، في انتظار مصادقة المغرب على الاتفاقيات الدولية الأخرى ذات الصلة بالحجز التنفيذي على السفن البحرية، كما لا يجوز إجراء الحجز على كل السفن المملوكة لشخص واحد لأن الدين لا يتعلق إلا بإحداها فقط.

-
- (1) - وهو ما تؤكد مجموعة من الأوامر القضائية الصادرة عن المحكمة التجارية بأكادير:
- أمر قضائي صادر عن رئيس المحكمة التجارية بأكادير رقم: 2016/136، مدرج في الملف رقم: 2016/136، صادر بتاريخ 2016/01/18. (غير منشور).
- أمر قضائي صادر عن رئيس المحكمة التجارية بأكادير رقم: 919/2015، مدرج في الملف رقم: 919/2015، صادر بتاريخ 2015/03/26. (غير منشور).
- (2) - وإن كان يرى جانب من الفقه بأنه لا يشترط للتنفيذ على السفينة أن يكون الدين ديناً بحري أو غير ذلك، على اعتبار أن السفينة هي جزء من الذمة المالية للمدين وتدخل في الضمان العام للدائنين. للمزيد من التعمق في هذا التوجه، أنظر:
- صلاح الدين الناهي، الوجيز في القانون البحري، الطبعة الأولى، مطبعة المعهد، الأردن، 1982، الصفحة: 113.
- (3) - أنظر الفصل 1241 من قانون الالتزامات والعقود.
- (4) اتفاقية بروكسل المتعلقة بالحجز على السفن.

2 - امتناع المدين عن الأداء

يكون أجل حلول الدين محددًا في السند، أي في عقد القرض أو الرهن، أو يكون محددًا من طبيعة الدين، ويتعين على المدين أدائه في تاريخه المحدد وإلا كان في حالة مطل تطبيقًا لمقتضيات قانون الالتزامات والعقود⁽¹⁾، كما يمكن للدائن طلب دينه عند حلول أجله، فإذا امتنع المدين عن الأداء، جاز للطرف الدائن تقديم طلبه للمحكمة المختصة قصد إجبار المدين على الأداء.

ويشترط الفصل 112 من مدونة التجارة البحرية كإجراء ضروري لإيقاع الحجز على السفينة، أن يتم ذلك بعد مرور 24 ساعة على صدور الأمر بالأداء، ولقد تم إضافة هذا الفصل بموجب المادة الثانية من القانون رقم 46.12 القاضي بتغيير وتتميم مدونة التجارة البحرية⁽²⁾، حيث ألزمت الإدارة المختصة بالمكان المتواجدة فيه السفينة باتخاذ الإجراءات الضرورية من أجل منع السفينة من الإبحار، بما في ذلك سحب أوراقها إلى حين التوصل بالتبليغ القانوني برفع الحجز أو بترخيص من القاضي⁽³⁾.

الفقرة الثانية: الشروط الواجب توافرها في السفينة محل الحجز

يتعين في البداية قبل الشروع في إجراء الحجز على السفينة، أن تتوفر فيها مجموعة من الشروط، هذه الشروط التي تختلف حسب ما إذا كانت السفينة موضوع الحجز حاملة للجنسية المغربية أم حاملة لجنسية إحدى الدول الأجنبية.

(1) - نص الفصل 254 من قانون الالتزامات والعقود على أنه "يكون المدين في حالة مطل، إذا تأخر عن تنفيذ التزامه، كليًا أو جزئيًا من غير سبب معقول".

(2) - الظهير الشريف رقم 1.16.47 الصادر في 19 من رجب 1437 (27 أبريل 2016) بتنفيذ القانون رقم 46.12 بتغيير وتتميم الملحق الأول من الظهير الشريف الصادر في 28 من جمادى الآخرة 1337 (31 مارس 1919) بمثابة مدونة التجارة البحرية، المنشور بالجريدة الرسمية عدد 6466 بتاريخ 12 شعبان 1437 (19 ماي 2016) الصفحة 3838.

(3) - تنص المادة الثانية من القانون رقم 46.12 في فقرتها الثانية على أنه: "تتخذ الإدارة المختصة للمكان المتواجدة فيه السفينة الإجراءات الضرورية من أجل منع السفينة من الإبحار، بما في ذلك سحب أوراقها إلى حين التوصل بالتبليغ القانوني برفع الحجز أو بترخيص القاضي".

أولاً: السفن القابلة للحجز التنفيذي

تختلف الشروط باختلاف طبيعة جنسية السفن التي سيتم الحجز عليها، وينبغي التمييز بين السفن الأجنبية أي السفن ذات الجنسية الأجنبية والحاملة لعلم دولة أجنبية وبين سفينة حاملة للجنسية المغربية، على اعتبار أن كل سفينة لها شروط خاصة بها، وذلك راجع بالأساس للأحكام التي تخضع لها كل سفينة على حدة⁽¹⁾، كما يتعين أن تكون السفينة معينة ومحددة تحديدا نافية للجهالة، وليس من الضروري أن يقع الحجز على السفينة بكاملها، إنما يجوز أن يقع الحجز على جزء منها: (أسهم السفينة مثلا).

1 - حجز السفن الأجنبية

نظرا لخصوصية السفينة باعتبارها مالا منقولاً من نوع خاص، وأنها تحمل جنسية ولها حالة مدنية مثلها مثل الأشخاص، فإن التصرفات التي ترد عليها يتعين تقييدها قصد إشهارها وإعلام الغير بجميع التصرفات التي تخضع لها.

وتخضع السفن الأجنبية أي الحاملة لعلم دولة أجنبية، إلى الإجراءات الشكلية لقانون القاضي -أي القاضي المغربي- على أن تخضع للقواعد الموضوعية لقانون الجنسية، وهذا من الصعوبات التي قد تعترض القاضي وهو بصدد البت في طلب حجز السفن الأجنبية، لأنه من الصعب عليه معرفة القوانين الموضوعية لمختلف البلدان الأجنبية، ومن ثم يستحسن الانضمام إلى الاتفاقيات الدولية التي توحد هذه القواعد والتي من شأنها أن ترفع الحواجز أمام تطور التجارة البحرية.

2 - حجز السفن المغربية

لحجز السفينة المغربية الحاملة للجنسية المغربية، يتعين على طالب الحجز أن يقدم طلب الحجز للمحكمة المختصة، وأن يدعم طلبه بما يثبت ادعائه، وأن يعين السفينة محل الحجز، فإذا لم يعين السفينة تحت طائلة رفض طلبه، خصوصا إذا كان المدين يملك عددا

(1) - يمكن حصر هذه الشروط في شرطين أساسيين هما: شرط الحاجز الدائن والسفينة محل الحجز بغض النظر عما إذا كانت السفينة من قبيل الأموال غير القابلة للحجز عليها باعتبارها من الأدوات اللازمة لمهنة المحجوز عليه، كسفن الصيد، طالما أن القانون البحري قد أورد مقتضيات خاصة بالحجز على السفن دونما تحديد لوزنها أو لتخصيصها أو لطريقة دفعها بخلاف ما ذهبت إليه محكمة استئناف Montpellier في قضية السفينة Phébus بتاريخ 19 أكتوبر 1978 - مجلة القانون البحري الفرنسي 1979 ص 336.

كثيرا من السفن لكنه لا يجوز إجراء الحجز إلا على السفينة المضمونة بدين بحري حتى ولو كان المدين يملك سفن أخرى خلافا للقواعد العامة التي تعتبر أن أموال المدين ضمان عام لدائنيه، ولا يجوز إجراء الحجز على السفينة إلا بعد مرور أربع وعشرين ساعة على صدور الأمر بالأداء.

ثانيا: السفن غير القابلة للحجز التنفيذي

ليس كل السفن التي يملكها المدين تقبل الحجز، فهناك من السفن التي لا يجوز إجراء الحجز عليها، ويرجع ذلك إما لطبيعة السفينة، أو لأن القانون منع من إخضاعها إلى الحجز عليها.

1 - السفن المملوكة للدولة

إذا كان المشرع المغربي في إطار استثنى مجموعة من الأموال من الحجز، كالأدوات اللازمة لمهنة المحجوز عليه وغيرها من الأموال⁽¹⁾، فإن هناك كذلك شبه إجماع من طرف الفقه⁽²⁾ على عدم قابلية سفن الدولة للحجز، مثل السفن الحربية، نظرا لأنها رصدت للخدمة العامة، أي من أجل تحقيق المصلحة العامة التي هي من طبيعة الحال مقدمة عن المصلحة الخاصة، فضلا على أن الذمة المالية للدولة غير مهددة بالعسر.

لكن في المقابل، يجوز الحجز على السفن التجارية المملوكة للدولة، طالما أنها خاضعة للقانون الخاص، ومدام أن هذا النوع من السفن قابل للتصرف فيه، فلا مانع من إخضاعه للحجز، لا سيما وأن القول بعكس ذلك لن يشجع أحد على التعامل مع الدولة، بل قد يسبب في فقدان الثقة بها ويعرضها لتهمة التملص من أداء ديونها⁽³⁾، وإن كان في نظرنا من الصعب جدا التمييز بين السفن المملوكة للدولة التي تمارس التجارة من عدمها، نظرا لغياب معيار موضوعي يعتمد عليه للتمييز بينهما، لا سيما إذا استبعدنا السفن الحربية من نطاق هذا التمييز.

(1) - أنظر الفصل 458 من قانون المسطرة المدنية.

(2) - من بينهم:

- محمد سلام، مرجع سابق، الصفحة: 123.

- أمل شربا، الحجز التنفيذي على السفينة بموجب أحكام القانون رقم 46 لعام 2006، مقال منشور في مجلة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، العدد الثاني، 2008، الصفحة: 178.

(3) - وللمزيد من التعمق في هذه النقطة، راجع: محمد سلام، مرجع سابق، الصفحة: 123 وما بعدها.

أضف إلى ذلك أن إشكالية الحجز على الأموال العامة بما فيها السفن المملوكة للدولة، يكمن في غياب مسطرة فعالة وناجعة لإجبار الإدارة على التنفيذ، فالقانون البحري، وكذلك قانون المسطرة المدنية لا ينضمان الوسائل اللازمة لجبر الإدارة على تنفيذ الأحكام الصادرة بالحجز على السفن المملوكة للدولة⁽¹⁾.

2 - السفن المتأهبة للسفر

إضافة إلى السفن المملوك للدولة، فإن السفن المتأهبة - أي المستعدة للسفر بعد أخذ الإذن من الجهة المختصة - لا تقبل الحجز عليها، نظرا لصعوبة ذلك، خصوصا إذا كانت حاملة لبضائع أو أشخاص مما قد يؤدي لا محالة إلى عرقلة الرحلة البحرية، وهذا ما كده المشرع من خلال الفصل 111 من القانون البحري الذي جاء فيه ما يلي:

" لا يجوز إجراء الحجز التنفيذي على السفينة منذ الساعة التي يصبح فيها الرّبان حاملا لرخصة السفر وحتى انتهاء الرحلة".

المطلب الثاني : إجراءات الحجز التنفيذي على السفينة

من المعلوم أن توفر الشروط المشار إليها أعلاه غير كاف في حد ذاته لممارسة الحجز التنفيذي على السفينة، إنما لابد من إتباع مسطرة بخصوص ذلك، بدءا بتوجيه أمر بالأداء إلى المدين، وتحرير محضر الحجز، وانتهاء بتبليغ محضر الحجز إلى المدين وإلى السلطات المنائية، وهو ما سنتطرق إليه من خلال فقرتين على النحو التالي:

الفقرة الأولى : طلب استصدار حكم بالحجز على السفينة

لإجراء الحجز على السفينة يتعين على الدائن القيام بمجموعة من الإجراءات الضرورية التي بدونها لا يتم الحجز. والدائن الحاجز الذي يتوفر على سند تنفيذي، يلزمه أن يبلغ هذا الأمر الصادر بالأداء إلى شخص مالك السفينة أو إلى الرّبان حسب الحالات التي يدعوه فيها بأداء ما بذمته من ديون.

(1) - أنظر بخصوص الحجز كوسيلة لتنفيذ أحكام القضاء الإداري:

- محمد قصري، الحجز على أموال الإدارة العمومية كوسيلة لتنفيذ أحكام القضاء الإداري، مقال منشور في مجلة القضاء الإداري، العدد 3، سنة 2013، الصفحة: 13 وما بعدها.

ويتم توجيه هذا الأمر وفق المسطرة والآجال المقررة بمقتضى القواعد العامة من الفصل 155 إلى 165 من قانون المسطرة المدنية، مع مراعاة المقتضيات الخاصة الواردة في القانون البحري.

أولاً: الجهة المختصة بتقديم طلب الحجز التنفيذي

لا يمكن طلب الحجز على السفينة إلا من الدائن أو وكيله بعد إثبات نيابته كتابة، كما يجوز لورثة الدائن طلب إيقاع الحجز على السفينة باعتبارهم ذوي الحقوق -الخلف الخاص- كما ينبغي أن تتوفر في طالب الحجز الشروط الموضوعية للدعوى⁽¹⁾، المنصوص عليها في الفصل الأول من قانون المسطرة المدنية، الذي ينص على أنه "لا يصح التقاضي إلا ممن له الصفة، والأهلية، والمصلحة، لإثبات حقوقه.

يثير القاضي تلقائياً انعدام الصفة أو الأهلية أو المصلحة أو الإذن بالتقاضي إن كان ضرورياً وينذر الطرف بتصحيح المسطرة داخل أجل يحدده.

إذا تم تصحيح المسطرة اعتبرت الدعوى كأنها أقيمت بصفة صحيحة. وإلا صرح القاضي بعدم قبول الدعوى".

1 - الدائن

يعتبر الدائن من أولى الأشخاص مطالبة للمدين بأداء دينه وديا، وفي حالة تقاعسه - أي مالك السفينة- أو كونه معسرا يجوز للدائن طلب أداء دينه عن طريق القضاء، بعد قيامه بطلب إيقاع الحجز التنفيذي على السفينة، باعتباره دائناً للمدين، ومن ثمة يجب على هذا

(1) - للمزيد حول الشروط الموضوعية للدعوى يراجع:

- نورة غزلان، دراسة في قانون المسطرة المدنية المغربي على ضوء التعديلات المدخلة بالقوانين الموأكة لإحداث قضاء القرب، مطبعة الورود شارع الجيش الملكي، إنزكان، الطبعة الثانية، سنة 2013. من ص 37 إلى 75.

الأخير أداء ما بذمته في تاريخ الحلول، ويتعين على الدائن أن تتوفر فيه شروط الدعوى الموضوعية منها والشكلية⁽¹⁾.

2 - وكيل الدائن

قد يتعذر على الدائن أن يطالب بدينه شخصيا، إما لظروف شخصية أو لصحية أو لأي سبب من الأسباب التي تمنعه من القيام بإجراءات الحجز التنفيذي، لهذا أتاح المشرع للدائن أن يقوم بتوكيل⁽²⁾ شخص آخر للقيام بهذا الإجراء.

ثانيا: الجهة المختصة بالبت في طلب الحجز

يعتبر البت في مقالات الأمر بالأداء التي تتجاوز قيمتها 20000 درهم⁽³⁾، من اختصاص رئيس المحكمة التجارية الذي يتمتع في هذا الإطار بسلطة تقديرية واسعة، فإذا تأكد القاضي من مسألة ثبوت الدين كما لو كان مستحق الأداء بموجب سند أو اعتراف بدين أو بمقتضى

(1) - يجب أن تقدم الدعوى إلى المحكمة التجارية طبقا للشروط المحددة بمقتضى الفصل 31 وما بعده بشأن المساطر أمام المحاكم الابتدائية من قانون المسطرة المدنية والمادة 13 من القانون المنشئ للمحاكم التجارية، على أن ترفع الدعوى بمقال مكتوب وموقع عليه من طرف المدعي أو وكيله يتضمن الاسم العائلي والشخصي ومهنة وموطن الأطراف مع البيان الدقيق للمبلغ المطلوب وموجب الطلب.

كما أنه يتعين تعزيز هذا الطلب بالسند المثبت لصحة الدين المطالب به تطبيقا لمقتضيات الفصل 156 من قانون المسطرة المدنية، ومع ذلك فإن هذه الطلبات لا تقبل إذا كان من الواجب تبليغها بالخارج أو إذا لم يكن للمدين موطن معروف بالمغرب تطبيقا لمقتضيات الفصل 157 من قانون المسطرة المدنية، ولكن هذا لا يعني عدم جواز توجيه الاستدعاء للمدين الذي يسكن بالخارج طالما أن هناك مسطرة إدارية ودبلوماسية يجوز إتباعها لهذا الغرض تطبيقا لمقتضيات الفصل 37 من قانون المسطرة المدنية.

(2) - ينص الفصل 879 من قانون الالتزامات والعقود على أنه: "الوكالة عقد بمقتضاه يكلف شخص شخصا آخر بإجراء عمل مشروع لحسابه، ويسوغ إعطاء الوكالة أيضا لمصلحة الموكل والوكيل، أو لمصلحة الموكل والغير، بل ولمصلحة الغير وحده".

(3) - الفقرة الأولى من المادة 22 من القانون 53.95 المتعلق بإحداث المحاكم التجارية.

حكم حائز لقوة الشيء المقتضي به⁽¹⁾، فإنه يكف التأشير في أسفل المقال بما يفيد قبوله للطلب والحكم على المدين بالأداء مع تحميله الصوائر، مع التأكيد على أن المادة 1/22 من القانون المحدث للمحاكم التجارية تحصر ذلك في الأوراق التجارية والسندات الرسمية تطبيقاً للمقتضيات العامة المتعلقة بمسطرة الأمر بالأداء المنصوص عليها بموجب الفصول من 155 إلى 165 من قانون المسطرة المدنية، أما إذا لم تتحقق شروط ذلك، أمكن لرئيس المحكمة رفض الطلب بأمر معلل غير قابل لأي طعن، غير أنه يبقى للدائن مع ذلك الحق في اللجوء إلى محكمة الموضوع المختصة وفق الإجراءات العادية، طبقاً لمقتضيات الفصل 158 قانون المسطرة المدنية.

1 - الاختصاص النوعي

يقصد بالاختصاص النوعي، الاختصاص الذي يمنح للمحكمة النظر في النزاع استناداً إلى نوعه⁽²⁾، و عليه فإن الاختصاص النوعي يعد من أهم المسائل التي ينبغي على الدائن طالب الحجز الإلمام بها، على اعتبار أن قواعد الاختصاص تختلف حسب ما إذا كانت السفينة موضع الحجز التنفيذي تجارية أم غير تجارية.

فإذا كانت السفينة تجارية، فإن المحكمة التجارية تكون هي الجهة المختصة نوعياً للبث في طلب الحجز التنفيذي، ونسأل هنا هل يمكن طلب الحجز التنفيذي من المحكمة الابتدائية استناداً للاختصاص القيمي والذي حدده المشرع المغربي في 20.000 درهم؟

يمكن القول في هذا الصدد أنه يمكن للمحكمة الابتدائية البث في طلب الحجز التنفيذي إذا كانت القيمة المالية للسفينة لا تتجاوز 20.000 درهم كسفن الصيد التقليدي التي لا تتجاوز قيمتها الإجمالية 20.000 درهم، فالاختصاص النوعي هنا يعود للمحكمة

(1) - الحكم الحائز لقوة الشيء المقتضي به، هو ذلك الحكم الذي استنفذ جميع طرق الطعن العادية أو الذي لا يقبل الطعن أصلاً، بمعنى أن الحكم الحائز لقوة الشيء المقتضي به أصبح نهائياً أو قطعياً.

- للمزيد حول الحكم الحائز لقوة الشيء المقتضي به وتمييزه عن الحكم الحائز لحجية الشيء المقتضي به يراجع:
- عبد الواحد العلمي، حجية الأحكام الجنائية أمام القاضي المدني. (دون ذكر المطبعة). الطبعة الأولى 1998، ص 8 وما بعدها.

(2) - عبد الكريم الطالب، الشرح العملي لقانون المسطرة المدنية، دراسة في ضوء مستجدات مسودة مشروع 2015، الطبعة الثامنة، المطبعة والوراقة الوطنية، مراكش، 2017، الصفحة: 19.

الابتدائية باعتبارها صاحبة الولاية العامة للبت في النزاعات ذات الصبغة المدنية والتجارية التي لا تتجاوز قيمة النزاع فيها 20.000 درهم⁽¹⁾.

2 - الاختصاص المحلي أو المكاني

يقصد بالاختصاص المحلي أو المكاني، سلطة المحكمة للنظر في نزاعات معينة تدخل ضمن دائرتها الترابية، فهو يقوم على تحديد المجال الترابي لكل محكمة في إطار النظام الذي يخضع له، ويقوم على عدة مبادئ أهمها رعاية مصلحة الخصوم، حيث يتقرر عادة لمحكمة قريبة من محل الإقامة أو محل النزاع⁽²⁾، أو هو الذي يعطي للمحكمة صلاحية الفصل في الدعوى بناء على أساس جغرافي تحقيقا لمصالح الخصوم ولتقريب القضاء من المتقاضين⁽³⁾.

ومادام أن المشرع لم يحدد المحكمة المختصة محليا بالنظر في الحجز التنفيذي على السفينة في مدونة التجارة البحرية، يمكن القول بأن المحكمة المختصة محليا، هي المحكمة التي يوجد بها مكان ربط السفينة، أو المكان الذي توجد فيه هذه السفينة. والذي يؤكد هذا التوجه أن المشرع نص في المادة 112 من مدونة التجارة البحرية كما تم تعديلها وتتميمها بموجب القانون 46.12 على أنه:

".... تتخذ الإدارة المختصة للمكان المتواجدة في السفينة الإجراءات الضرورية...".

الفقرة الثانية: صدور الحكم بالحجز التنفيذي وتبليغه

بعد رفع طلب الحجز التنفيذي على السفينة للمحكمة المختصة مستوفيا لكافة الشروط الموضوعية والشكلية، فإن المحكمة تنظر في الطلب وتصدر حكمها بالحجز على

-
- (1) - نص الفصل 19 من قانون المسطرة المدنية على أنه: "تختص المحاكم الابتدائية بالنظر: - ابتدائيا، مع حفظ حق الاستئناف أمام غرف الاستئناف بالمحاكم الابتدائية، إلى غاية عشرين ألف درهم (20.000 درهم)؛ - وابتدائيا، مع حفظ حق الاستئناف أمام المحاكم الاستئنافية، في جميع الطلبات التي تتجاوز عشرين ألف درهم (20.000 درهم)؛ - بيت ابتدائيا طبقا لأحكام الفصل 12 أعلاه، مع حفظ حق الاستئناف أمام المحاكم الاستئنافية".
- (2) - محمد الكشور، أثر الحكم بعدم الاختصاص، دراسة على ضوء القوانين الإجرائية المغربية، مجلة المنتدى، العدد الأول. أكتوبر 1999. الصفحة 11.
- (3) - عبد الكريم الطالب، مرجع سابق، الصفحة: 19.

السفينة المثقلة بالديون، وبعدها يتم تحرير محضر الحجز من طرف العون المكلف بالحجز، كما يتم تعيين حارس للسفينة ضمانا لبيعها في تاريخ لاحق، كما يتم تبليغ محضر الحجز للمعنيين بالأمر.

أولا: تحرير محضر الحجز وتعيين حارس للسفينة المحجوزة

إن الحكم بالحجز التنفيذي على السفينة، يتم تحريره في شكل محضر من طرف العون المكلف بذلك، ثم يتم تعيين حارس للسفينة المحجوزة، ويكون هذا الأخير مسؤولا شخصيا عن الأضرار التي قد تتعرض لها السفينة.

1 - تحرير محضر الحجز

لقد سبقت الإشارة إلى أن المدين - مالك سفينة مثقلة بالديون - مطالب بتسديد مبلغ الدين والصوائر المحددة في الأمر، داخل أجل القانوني أو على الأقل أن يعرب عن رغبته في الأداء.

ويتم ذلك طبقا للقواعد العامة المنصوص عليها في قانون المسطرة المدنية، بتبليغ عون التنفيذ الحكم إلى الطرف المحكوم عليه، ويعذره بأن يفي بما قضى به الحكم حالا، وبمجرد ما يرفض المدين الوفاء أو يصرح بعدم قدرته على الأداء، فإن عون التنفيذ يشرع في إجراءات الحجز التنفيذي على السفينة⁽¹⁾ المحددة بمقتضى الفصل 114 من مدونة التجارة البحرية المغربية.

كما يتعين على عون التنفيذ أن يحرر محضر الحجز، على أن يضمه بعض البيانات كاسم الدائن الذي يجري الحجز لفائدته، والسند الذي يجري الحجز بمقتضاه، والمبلغ الذي يتابع استخلاصه، والموطن المختار من طرف الدائن، واسم المالك والربان، ومعلومات السفينة

(1) - أنظر الفصل 440 من قانون المسطرة المدنية.

المحجوزة⁽¹⁾ ، وأن يعين حارسا للسفينة محل الحجز وأن يبلغ السلطات البحرية المختصة بغرض تقييد الحجز بسجل القيد.

وتطبيقا لذلك جاء في محضر الحجز التنفيذي على سفينة ما يلي:
"إن مأموري التنفيذ الموقعين أسفله، بمقتضى الأمر القضائي الصادر عن السيد رئيس المحكمة التجارية بأكادير بتاريخ 2016/08/01، تحت عدد 591، والقاضي ب: نأمر المدعى عليها شركة لوسيان ش.م.م في شخص ممثلها القانوني بأن يؤذي للمدعية شركة كليباك ش.م في شخص ممثلها القانوني مبلغ 39.00000 درهم، وشمول هذا الأمر بالنفاذ المعجل.

وبناء على محضر الامتناع وعدم وجود ما يحجز، يصرح بما يلي:
يصرحان أنهما انتقلا يومه إلى الميناء الترفيهي "بمارينا" أكادير حيث ترسو الباخرة موضوع الحجز فلم يجدا أحد، ويشهدا بأنهما قاما بحجز الباخرة المسماة "دوفانتوم" المسجلة تحت رقم 8-813 في القسم البحري، وهو عبارة عن يخت للترفيه مغربي الجنسية ذات المواصفات التالية:

وزنها: 47.98 طن، قياس الطول بين العمودين بالحمولة: 16.63 م ، الطول المجل 18.00 م، قياس العرض من الوسط: 4.80 م، التجويف إلى حد المتن الرئيسي: 2.96م.....، وحرر بتاريخ 2015 /01/05"⁽²⁾.

وبالرجوع إلى مقتضيات الفصل 115 من مدونة التجارة البحرية، يستشف بأن الحاجز يقوم بتبليغ مالك السفينة المحجوزة بنسخة من المحضر المشار إليه آنفا وباستدعائه أمام

(1) - لقد اشترط الفصل 114 من م.ت.ب.م تضمين محضر الحجز البيانات التالية:

- اسم الدائن الحاجز ومهنته ومحل إقامته،
- السند الذي يجري الحجز بمقتضاه،
- المبلغ المطالب باستخلاصه،
- الموطن المختار في دائرة المحكمة التي يقع البيع أمامها وكذلك في الميناء الراسية فيه السفينة المحجوز عليها،
- اسم المالك واسم الريان،
- اسم السفينة ونوعها وحمولتها وجنسيته،
- وصف القوارب الكبيرة والصغيرة،
- وصف معدات السفينة وأدواتها والأسلحة والذخائر والمؤونة.

(2) - محضر الحجز التنفيذي على باخرة، مدرج في الملف رقم: 2017/43، حرر بناء على الأمر الصادر عن رئيس المحكمة التجارية بأكادير الصادر في تاريخ 01/08/2016، تحت عدد 591. (غير منشور).

محكمة مكان الحجز ليستمع إلى قرارها ببيع الأشياء المحجوزة، ويكون أجل هذا التبليغ محددًا في ثلاثة أيام، بخلاف المادة 2/23 من القانون المحدث للمحاكم التجارية التي حددت ذلك في أجل 20 يوما.

2 - تعيين حارس للسفينة المحجوزة

يتعين على العون القضائي بمجرد تحرير محضر الحجز التنفيذي على السفينة أن يقوم تبعًا لذلك بتعيين حارس قضائي عليها⁽¹⁾ وتسليمه نسخة من المحضر تطبيقًا لمقتضيات الفصل 3/114 من مدونة التجارة البحرية⁽²⁾.

وبالرجوع إلى مقتضيات قانون المسطرة المدنية، يتضح أن الحارس قد يكون هو المنفذ عليه - الذي غالبًا ما يكون هو الربان - متى وافق الدائن على ذلك، أو كان من شأن طريقة أخرى غير هذه أن تسبب في مصاريف باهظة تطبيقًا لمقتضيات المادة 1/461 من القانون السالف الذكر.

إلا أن الملاحظ عمليًا صعوبة بل واستحالة المحافظة على السفينة، لا فقط في مواجهة فعل الزمن والطبيعة، بل في مواجهة أعمال النهب والسرقة التي قد يمارسها الحارس نفسه خصوصًا في الحالة التي تطول فيها مسطرة الحجز، ويستعصي على الحارس الحصول على أجره بصورة منتظمة، الشيء الذي يؤدي لا محالة إلى كسر الأختام الموضوعة من طرف السلطة العامة من طرف الحارس أو الأمين العمومي إما نتيجة إهماله أو عن سوء نيته، لهذا منع المشرع على الحارس تحت طائلة استبداله والحكم عليه بتعويض عن الأضرار اللاحقة بالأشياء المحجوز عليها نتيجة استعمالها أو استغلالها لمصلحته بدون ترخيص تطبيقًا لمقتضيات الفصل 2/461 قانون المسطرة المدنية.

(1) - يقصد بالحراسة حسب الفصل 818 من ق.ل.ع "إيداع الشيء المتنازع عليه بين يدي أحد من الغير يسمى حراسة. ويجوز أن ترد الحراسة على المنقولات أو العقارات، وهي تخضع لأحكام الوديعة الاختيارية ولأحكام هذا الباب".

(2) - إن مسألة تعيين حارس قضائي على السفينة يثير صعوبة على المستوى العملي، نظرًا لكون عن التنفيذ يتعذر عليه أحيانًا تعيين حارس على السفينة لعدم وجود أي أحد من مالكي السفينة المنفذ عليها، وهو ما جاء في محضر الحجز التنفيذي على باخرة، مدرج في الملف رقم: 2017/43، حرر بناءً على الأمر الصادر عن رئيس المحكمة التجارية بأكادير الصادر في تاريخ 01/08/2016، تحت عدد 591. (غير منشور).

ولم يكتف المشرع بالجزاء المدني فقط، إنما قرر جزاء جنائي عن الحالة الأولى بمقتضى الفصل 275 و 277 من مجموعة القانون الجنائي⁽¹⁾، وعن الحالة الثانية بمقتضى الفقرة الثانية الفصل 273 من مجموعة القانون الجنائي⁽²⁾. ومع ذلك فإنه، يمكن تفادي مثل هذه التصرفات عن طريق صرف أجر الحارس إلى حين إتمام البيع القضائي وتصفية الديون الممتازة بما فيها أجر الحارس.

ثانيا: تبليغ محضر الحجز التنفيذي على السفينة

لا يكفي تحرير محضر الحجز وتعيين حارس على السفينة المحجوز عليها، بل يتعين أيضا على العون القضائي أن يبلغ هذا المحضر للجهات المعنية، والتي هي بالضرورة "المدين"، أو "الربان" في الحالات التي نص فيها المشرع على ضرورة تبليغ الربان، كما ينبغي على العون أن يبلغ طالب الحجز، وكذا السلطات البحرية وكل من له علاقة بهذا الحجز.

1 - تبليغ سلطات الميناء

يتم تبليغ محضر الحجز للسلطات البحرية المختصة. ويتعلق الأمر من جهة بكل من مندوبية الصيد البحري بالنسبة لسفن الصيد البحري، أو المديرية الجهوية لوزارة التجهيز والنقل بالنسبة للسفن التجارية، ومن جهة أخرى للسلطة التي يتم بدائلتها عملية بناء السفينة، والتي غالبا ما تتمثل في الوكالة الوطنية للموانئ باعتبارها السلطة المشرفة على التنظيم الإداري لعمليات بناء السفن.

و لعل الغاية من ذلك، تتمثل في نسخ محضر الحجز داخل أجل ثمانية أيام في سجل القيد تطبيقا لمقتضيات الفقرة الأولى من الفصل 116 من القانون البحري المغربي، وهذا

(1) - ينص الفصل 275 من مجموعة القانون الجنائي على ما يلي:

" يعاقب الحارس بالحبس من شهر إلى ستة أشهر إذا وقع منه إهمال سهل ارتكاب كسر الأختام".

- كما ينص الفصل 276 من مجموعة القانون الجنائي على ما يلي:

" يعاقب بالسجن من خمس إلى عشر سنوات من عيب عن علم أو أتلف أو بدد أو نزع أوراقا أو سجلات أو صكوكا أو سندات محفوظة في مضابط أو كتابات الضبط أو مستودعات عامة أو مودعة لدى أمين عمومي بصفته هذه".

(2) - الظهير الشريف رقم: 1.59.413 الصادر في 28 جمادى الثانية 1382 الموافق ل 26 نونبر 1962 بالمصادقة على مجموعة القانون الجنائي كما تم تعديله، المنشور في الجريدة الرسمية عدد 2640 مكرر بتاريخ 12 محرم 1338 الموافق ل 5 نونبر 1963، الصفحة: 1253.

السجل يتضمن كل المعلومات المتعلقة بالحالة المادية والقانونية للسفينة والتي يسهل التعرف عليها بمجرد الاطلاع على هذا السجل ممن يهمله أمر هذه السفينة. ويتعلق الأمر من جهة ثانية، بمحافظ الرهون البحرية المختص، وذلك حسب ما إذا كانت السفينة تجارية أو سفينة الصيد البحري، والغاية من ذلك تسليم بيان عن التقييدات الموجودة داخل أجل ثلاثة أيام من تاريخ النسخ. ويعتبر هذا الأجل كاملاً⁽¹⁾، طالما أنه لا يدخل في احتسابه أيام العطلة تطبيقاً لمقتضيات الفقرة الثانية من الفصل 116 من القانون البحري المغربي.

وبناء على ما تقدم، يمكن القول أنه يتعين على السلطات البحرية والمينائية الاعتراض على إقلاع هذه السفينة إلى حين رفع اليد أو صدور قرار قضائي يرخّص بالإقلاع.

أما عن الغاية من هذا التبليغ فتتلخص بالأساس في تفادي كل التصرفات التي من شأنها الإضرار بحقوق الدائنين، لهذا يحظر على المحجوز عليه التصرف في السفينة بالبيع أو الهبة أو الرهن ... بمجرد نسخ محضر الحجز في سجل القيد، كما أنه يتعين على محافظ الرهون البحرية أن يرفض تقييد كل رهن بحري جديد على هذه السفينة تحت طائلة تحميله المسؤولية عن ذلك.

(1) - وفي هذا الإطار ينص الفصل 511 من قانون المسطرة المدنية على أنه: "تحتزم جميع الآجال المحددة. بمقتضى هذا القانون لممارسة أحد الحقوق وإلا سقط الحق".

وينص الفصل 512 من نفس القانون على أنه: "تكون الآجال المنصوص عليها في هذا القانون كاملة فلا يحسب اليوم الذي يتم فيه تسليم الاستدعاء أو التبليغ أو الإنذار أو أي إجراء آخر للشخص نفسه أو لموطنه ولا اليوم الأخير الذي تنتهي فيه.

إذا كان اليوم الأخير يوم عطلة امتد الأجل إلى أول يوم عمل بعده".

كما ينص كذلك الفصل 513 من قانون المسطرة المدنية على أنه:

"تعتبر أيام عطل بالنسبة لتطبيق هذا القانون جميع الأيام المصرح بأنها كذلك بمقتضى نص قانوني".

2 - تبليغ المدين أوريان السفينة

في إطار الحجز التنفيذي على السفينة، يكون من الواجب تبليغ المدين بتلك الواقعة، وذلك بمحضر الحجز ليكون على بينة من أمره وعلى إجراءات الحجز، وهذا هو المبدأ⁽¹⁾، وقد لا يكون في استطاعة المحكمة تبليغ المدين بنفسه مما قد يكون من الصعب البحث على مكانه الحقيقي، الأمر الذي يجعل المحكمة تبلغ الربان باعتباره ممثلاً للمدين.

ومباشرة بعد تبليغ قرار الحجز، تتخذ الإدارة المختصة للمكان المتواجدة فيه السفينة الإجراءات الضرورية من أجل منع السفينة من الإبحار، بما في ذلك سحب أوراقها إلى حين التوصل بالتبليغ القانوني برفع الحجز أو بترخيص من القاضي، ويعد هذا الإجراء من المستجدات التي جاء بها القانون 46.12 الذي تم بموجبه تعديل وتتميم ظهير 1919 بمثابة مدونة التجارة.

خاتمة

لقد حاولنا من خلال هذا الموضوع دراسة الإشكال الجوهري الذي انطلقنا منه، علاوة على مختلف التساؤلات الفرعية التي تتقاطع معه، من خلال استجلاء الآراء الفقهية والأعمال القضائية المتعلقة بالموضوع، وما نص عليه التشريع المغربي في هذا الشأن. غايتنا من ذلك كله، من ناحية أولى، توضيح وإبراز خصوصيات مسطرة الحجز التنفيذي على السفينة، ومن ناحية ثانية، للخروج بملاحظات واقتراحات بناءة.

وعليه، فمن خلال دراستنا للموضوع، توصلنا إلى مجموعة من الملاحظات والاقتراحات، نعرضها على الشكل التالي:

(1)- ينص الفصل 38 من قانون المسطرة المدنية على أنه:

"يسلم الاستدعاء والوثائق إلى الشخص نفسه أو في موطنه أو في محل عمله أو في أي مكان آخر يوجد فيه، ويجوز أن يتم التسليم في الموطن المختار.

يعتبر محل الإقامة موطناً بالنسبة لمن لا موطن له بالمغرب.

يجب أن يسلم الاستدعاء في غلاف مختوم لا يحمل إلا الاسم الشخصي والعائلي وعنوان سكنى الطرف وتاريخ التبليغ متبوعاً بتوقيع العون وطابع المحكمة".

أولاً: الملاحظات

- أولاً نلاحظ فراغاً قانونياً في تنظيم الحجز التنفيذي على السفينة وبيعها بالمزاد العلني، خاصة على مستوى التشريع الدولي، وانعدام تنسيق حقيقي بين الدول باعتبار أن السفينة أداة ربط دولية بامتياز تنشأ عنها حقوق لأشخاص ينتمون لدول مختلفة، الأمر الذي ينتج عنه ضياع لهذه الحقوق نظراً لغياب مساطر التبليغ الدولية وهذا راجع إلى افتقار المنتظم التجاري الدولي لمؤسسات دولية تعمل على تفعيل هذا الإجراء وتبليغ ذوي الحقوق بالمصير القانوني للسفينة.

- نلاحظ كذلك أن مسطرة الحجز على السفن لازالت تحتاج إلى تنظيم قانوني محكم وشامل لأحكامها وإجراءاتها.

ثانياً: الاقتراحات

- يستحسن لو تم التنصيب على مسطرة خاصة وسريعة لنظام الحجز على السفن، والتنفيذ عليها، وإحداث دورات تكوينية للأجهزة القضائية المتعاملة مع الملفات البحرية الخاصة بالحجوزات الواردة على السفن.

- نرى أهمية إحداث أقسام متخصصة للبت في المنازعات البحرية – بما فيها الحجز على السفن - تابعة للمحاكم المتواجدة في المدن الساحلية، كما يستحسن قصد تطوير التجارة البحرية والنهوض بها، التوقيع على الاتفاقيات الدولية لتوحيد قواعد القانون البحري لما لها من أهمية لحل مشكل تنازع القوانين ورفع الصعوبات التي تعترض تنمية التجارة البحرية الدولية.

- كذلك نقترح وضع نظام رقمي إلكتروني على المستوى الدولي والوطني، لشهر جميع التصرفات والتحملات الواردة على السفن حماية للدائنين وزرع الثقة والائتمان والسرعة في المبادلات التجارية باعتبارهما ركائز أساسية في القانون التجاري.

- كذلك ضرورة إحداث نص قانوني يمنع إيقاع الحجز على السفن المملوكة للدولة، من أجل وضع حد للتضارب القضائي والفقهي الناتج عن الفراغ التشريعي، لاسيما أن السفن المملوكة للدولة لا يجوز حجزها لافتراض يسر الدولة من جهة، ولأن هذه السفن أنجزت لتحقيق المصلحة العامة من جهة أخرى.

عقد بناء السفن بين أحكام قانون التجارة البحري والمدونة العامة للضرائب

د. ابراهيم أحطاب
أستاذ القانون الخاص
مختبر القانون والمجتمع
كلية العلوم القانون والاقتصادية والاجتماعية
جامعة ابن زهري بأكادير

مقدمة:

لم يعرف المشرع المغربي السفينة تعريفا شافيا، فاكتمل في الفصل الثاني من قانون التجارة البحري الصادر في 31 مارس 1919⁽¹⁾ بإيراد ما يلي :
« السفينة هي المنشأة التي تمارس باعتماد الملاحة البحرية » .
أما على مستوى الاتفاقيات الدولية، فإن اتفاقية بروكسيل لسنة 1924 والمتعلقة بتوحيد بعض سندات الشحن تعرفها في مادتها الأولى بأنها:
« كل منشأة تستخدم لنقل البضائع بحرا » .
ولقصور هذا التعريف من حيث تضيقه لغرض السفينة في نقل البضائع فقط، فإن اتفاقية لندن للسلامة البحرية المؤرخة في 20 أكتوبر 1972، والتي دخلت حيز التطبيق في 15 يوليو 1977، تعرفها في مادتها الثالثة بأنها:
« كل منشأة من أي نوع كانت مستعملة أو قابلة للاستعمال كوسيلة نقل في الماء... »
فالسفينة حتى تعتبر كذلك، يجب أن تمارس الملاحة البحرية التي يعرفها الفصل الأول من قانون التجارة البحري بقوله:

(1) - أنظر الظهير الشريف في المصادقة على ثلاثة نصوص تتعلق بالتجارة والملاحة والصيد بحرا، الجريدة الرسمية عدد 312 بتاريخ 21 رجب 1337 (21 أبريل 1919) ص 234. كما تم تغييره وتتميمه والذي دخل حيز النفاذ في فاتح ماي 1919.

« الملاحة البحرية هي التي تباشر في البحر أو في الموانئ والخلجان وفي البحيرات والغدران والقنوات وأجزاء الأنهار التي تكون فيها المياه مالحة ومتصلة بالبحر »⁽¹⁾.

يستفاد من ذلك، أن المشرع المغربي يعتمد معيار التخصيص للملاحة البحرية على وجه الاعتياد، شأنه في ذلك شأن معظم التشريعات المقارنة كالقانون المصري و القانون اللبناني⁽²⁾. والمشرع المغربي باعتماده التخصيص تطلب استجابة السفينة للشرطين التاليين هما :

-الأول: صلاحية السفينة للملاحة البحرية ، فالسفينة لا يطلق عليها هذا الاسم إلا إذا وقع تخصيصها للملاحة البحرية مع توفرها على كل الإمكانيات والتجهيزات التقنية الذاتية التي تؤهلها لأن تواجه مخاطر البحر بكل أمان، وبالتالي أن تباشر الملاحة التي خصصت لها⁽³⁾.

والثاني: يتعلق بالقيام بالملاحة البحرية على وجه الاعتياد، فينبغي أن يكون النشاط الغالب الذي تمارسه السفينة عادة منصبا على الملاحة البحرية من دون أن يؤثر على صفتها

(1) مختار بكور : الوجيز في القانون البحري، شركة بابل للطباعة والتوزيع، الرباط، الطبعة الأولى، 1997، ص 35.

(2) تبرز أهمية تعريف السفينة بالنظر للتطور التكنولوجي الذي استحدث العديد من الأدوات والمنشآت البحرية ذات الأبعاد الصغيرة التي تستخدم في اللهو والتسلية كالقوارب الهوائية canots pneumatiques، والدراجات البخارية المائية scooters des mers، والألواح الشراعية planches à voiles. كما ظهرت في المقابل منشآت أخرى ذات أبعاد ضخمة كمنصات التنقيب أو الحفر plates – formes de forage والمحطات أو المصانع العائمة usines flottantes. وقد أثير التساؤل حول ما إذا كان يمكن اعتبار أي من هذه المنشآت سفينة بمعنى الكلمة من عدمه.

ورغم ذلك فقد استقر أغلب الفقه والقضاء على تعريف السفينة بأنها "المنشأة العائمة التي تقوم أو تخصص للقيام بالملاحة البحرية على وجه الاعتياد". وهو ذات التعريف الذي تأثر المشرع المصري به عند إصداره للتقنين البحري الجديد رقم 8 لسنة 1990، حيث نصت المادة الأولى، فقرة أولى، منه على أن السفينة هي "كل منشأة تعمل عادة أو تكون معدة للعمل في الملاحة البحرية ولو لم تهدف إلى الربح".

أما قانون التجارة البحرية اللبناني فقد وضع تعريفا للسفينة في المادة الأولى، فقرة أولى، مؤداه أن "السفينة في عرف هذا القانون هي كل مركب صالح للملاحة أيا كان محموله وتسميته سواء أكانت هذه الملاحة تستهدف الربح أم لم تكن".

أنظر محمد فريد العريني – محمد السيد الفقي: القانون البحري، السفينة – أشخاص الملاحة البحرية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت - لبنان، الطبعة الأولى 2011، ص 32.

(3)- فريد الحاتمي : الوسيط في القانون البحري المغربي، الجزء الأول، دار النشر المغربية، سنة 2000 ص 64.

هذه قيامها بالملاحة النهرية استثناء ، كما أن المركب النهري إذا قام استثناء بالملاحة البحرية فلا يعتبر بسببه سفينة⁽¹⁾.

ومن خلال استقراء ما جاء به المشرع المغربي يتضح أنه لم يضع شروطا إضافية يمكن الاعتماد عليها لتحديد مفهوم السفينة، وعليه يكون قد وسع من مفهوم السفينة ليشمل كل زورق يباشر الملاحة في نهر المياه المالحة المتصلة بالبحر، وكذا كل مراكب الخدمة والمساعدات والأرصفة البحرية وكل الأجهزة الأخرى العائمة، والتي لا تتحرك ذاتيا لكنها تمارس أعمال الملاحة البحرية⁽²⁾.

وتخضع السفينة باعتبارها من الأموال المنقولة في طرق اكتساب ملكيتها للقواعد الخاصة المنصوص عليها في قانون التجارة البحري، ول مقتضيات قانون الالتزامات والعقود في الحدود التي لا تتعارض مع الطبيعة الخاصة للسفن، ولأحكام الاتفاقيات الدولية المصادق عليها من طرف السلطات المغربية في الموضوع⁽³⁾.

(1)- إدريس الضحاك: قانون الملاحة البحرية الخاصة بالمغرب ، منشورات عكاظ، الطبعة الأولى، 1989، ص 107.

(2) - إدريس الضحاك، مرجع سابق، ص 107

(3) من بين هذه الاتفاقيات المصادق عليها من طرف المغرب:

-الاتفاقية الدولية في شأن توحيد بعض القواعد المتعلقة بالحجز التحفظي على السفن البحرية الصادرة في بروكسيل بتاريخ 10/05/1952 وصادق عليها المغرب بتاريخ 24/11/2000 والتي تشترط في الفصل 3 منها ان يكون الدين بحريا للأمر بحجز سفينة.

- اتفاقية هامبورغ بتاريخ 17/07/1981 التي انظم إليها بموجب محضر إيداع قانون الانضمام. وتم نشرها بمقتضى الظهير الشريف الصادر بتاريخ 14/11/1986 الجريدة الرسمية عدد 3953 الصادرة بتاريخ 03/08/1982.

-الاتفاقية الدولية بشأن إنقاذ أرواح الناس في البحر المعروفة باسم conv. Solas، المبرمة بلندن في 20 يناير 1914، المراجعة سنوات 1929 – 1948 – 1960 1974، والتي يعد المغرب من بين الدول التي وافقت على الالتزام بها، إذ صادق كذلك على المراجعة الأخيرة لها بتاريخ 28 يونيو 1990.

-الاتفاقية الدولية بشأن منع التصادم في البحر، المبرمة بلندن في 20 أكتوبر 1972، والمعروفة باسم conv. Colreg، والتي صادق المغرب عليها بتاريخ 27 أبريل 1977.

- يضاف إلى ذلك مجموعة من الاتفاقيات الخاصة بمنع أو الوقاية من التلوث البحري نذكر من أهمها اتفاقية لندن لسنة 1973، المعروفة باسم conv. Marpol، والتي صادق المغرب عليها سنة 1993، وعلى بروتوكولها الصادر بلندن بتاريخ 17 فبراير 1978، وملحقاتها.

وستقتصر هذه الدراسة على مقارنة عقد بناء السفينة من زاويتين: الأولى تتصل بموقف المشرع في قانون التجارة البحري من هذا العقد. وبعبارة أخرى، هل تصدى المشرع المغربي لتقنين كل جوانبه، أم أن المقتضيات المنظمة لأحكام عقد البيع تفرض إعادة تكييفه بشكل ينسجم مع خصوصيات بناء السفينة كمشروع استثماري ضخم يفرض تدخل المشرع لتحقيق التوازن بين طرفيه (المبحث الأول). وأما الثانية، فإنها تستهدف استجلاء موقف المشرع الضريبي من هذا العقد أساسا وبقية عقود الإصلاح التي تأتي كنتيجة للبناء. فهل خص المشرع عملية بناء السفينة بنظام تحفيزي يخفف على المجهز أعباء مصاريف وتكلفة البناء؟ (المبحث الثاني).

للإجابة على هذه الأسئلة وغيرها، نقترح خطة البحث التالية:

المبحث الأول: تكييف عقد بناء السفينة

المبحث الثاني: التحفيزات الضريبية المتعلقة بالمراكب البحرية

المبحث الأول : تكييف عقد بناء السفينة

يعرف بناء السفينة بأنه الطريقة الأصلية لكسب ملكية السفينة الملائمة لحاجات شركة التجهيز، والذي لا يمكن تصوره قانونا ومنطقا إلا بالنسبة للسفن الجديدة، أيا كانت الملاحة التي ستخصص لها، وذلك بالنظر إلى طبيعة هذه العملية وطابعها، والآثار القانونية المرتبة عنها.

وقد طرح تكييف عقد بناء السفينة جدلا فقهيًا وقضائيا كبيرين في فرنسا، ويمكن جوهر الخلاف حول ما إذا كان من الممكن تكييف هذا العقد على أنه عقد مقاوله Contrat d'entreprise ومدى خضوع الباني أو متعهد السفينة لإشراف طالب البناء، أو إن تكييف هذا العقد لا يخرج عن عقد بيع تحت التسليم vente à livrer أو بيع شيء مستقبلي ممثلا في السفينة بعد إتمام بنائها⁽¹⁾. وقد حاولت الغرفة التجارية بمحكمة النقض الفرنسية أن تجيب عن هذا الإشكال بقرار⁽²⁾ لا يخلو بدوره من صعوبات تتصل باختلاف أحكام الضمان والدعاوي المرتبطة به باختلاف القانون الذي وقع صنع السفينة في إطاره، فقررت أن عقود بناء السفن وبقية المنشآت العائمة تخضع للقانون الخاص بها الصادر في 3 يناير 1967 حينما يكون بناؤها قد تم استنادا إلى مواصفات واشتراطات محددة مسبقا بناء على طلب من الزبون، فيما تبقى خاضعة للقانون العام ممثلا في المادة 1648 من القانون المدني إذا انصب التسليم على سفينة انتهى مسبقا من بنائها⁽³⁾.

ويرتبط بتكييف العقد تحديد التزامات طرفي عقد البناء، لاسيما ما يرتبط بالتزام الباني بالتسليم وضمان العيوب الخفية أو تخلف الصفات المشترطة في السفينة من جهة، ثم نطاق تأثير عنصر الثمن كالتزام أساسي على عاتق طالب البناء بتقاعس الطرف الأول عن الوفاء بما التزم به من جهة ثانية.

ولأن نطاق هذه الالتزامات يتأثر لزوما بطبيعة الخيار الذي سيسلكه المجهز في كيفية الاستثمار من أجل بناء السفينة التي يرغب في الحصول عليها، كان لزاما تناول طرق بناء

(1) François Labarthe, Cyril Noblot : Le contrat d'Entreprise, LGDJ, DELTA, 2008, P.374.

(2) - Cassation com. 13 octobre 1998, Bull Civ, IV, n° 234, D, 2000, Somme, P17, obs, V, BREMENT ; voir, François Labarthe, Cyril Noblot, Op Cit, P375.

(3) François Labarthe, Cyril Noblot, Op Cit, P375.

السفينة (المطلب الأول)، قبل الوقوف عند الشروط التي يتعين استيفاءها لهذا الغرض (المطلب الثاني).

المطلب الأول: طرق بناء السفينة

تختلف طرق بناء السفينة باختلاف المركز الذي يحتله المجهز في عقد بناء السفينة، وبعبارة أخرى هل المجهز وهو يسعى لبناء السفينة يعمل لحساب نفسه؟. وهو في سبيل ذلك يبرم عقود شراء الأدوات وعقود استخدام المهندسين والعمال، ويشرف بنفسه على عمليات البناء، أم أن هذه الصلاحيات كلها تنتقل للطرف الثاني في العقد فلا يصير المجهز مالكا لها إلا بعد تسليمها ونقل ملكيتها إليه. أما وهي في طور البناء، فإن المتعهد بالبناء هو الذي يظل مالكا لها فيجوز له رهنها، كما أنه إذا هلكت فإنها تهلك عليه وإذا أخضع للتسوية القضائية تعين إدخالها ضمن أموال المسطرة.

بناء على ما سبق، فإن المجهز إما أن يختار طريقة البناء المباشر للسفينة سعيا إلى التحكم في نفقات البناء والاقتصاد في تكلفته، أو أن يعتمد طريقة البناء غير المباشر أو البناء بالمشروع بواسطة ذوي الخبرة والتخصص في صناعة السفن.

الفقرة الأولى: طريقة البناء المباشر للسفينة

سبق أن قلنا بأن طريقة البناء المباشر للسفينة يقصد بها الطريقة التي يعتمد فيها المجهز على نفسه، لهذا فهو يحرص على اختيار أحسن عروض الموردين من أجل اقتناء كل ما يحتاج إليه من مواد بناء السفينة، فيخصص لها ما يلزم من الخبرات واليد العاملة في أفق الحصول على سفينة تصلح للغرض المعد لها.

و الحقيقة أن هذه الطريقة المباشرة للبناء قد تقلصت أهميتها في الوقت الحاضر إذا لم نقل أنها اندثرت بالمرّة نظرا لما تتطلبه هذه الصناعة من تخصص دقيق وتجهيز ضخم، و لما تمتاز به من جوانب تقنية خاصة يصعب تواجدها لدى المجهز أو عماله⁽¹⁾.

(1) فريد الحاتمي، مرجع سابق، ص 124.

ومن ثم، فإن هذه الطريقة البسيطة تبقى هي المطبقة على السفن الصغيرة، خاصة منها سفن الصيد التقليدية و سفن النزهة التي لا تشهد تطورا كبيرا، بحيث تتم صياغتها بطريقة شبه بدائية أو نصف صناعية⁽¹⁾.

ويظهر من خلال ذلك أن المجهز المالك في البناء بالاقتصاد هو الذي يتحكم في عملية البناء، ولهذا الغرض يلتزم بتموين مشروع البناء بالمواد الخام الضرورية، ولا تعتبر عملية البناء هذه تجارية بالنسبة له إلا إذا كانت السفينة تجارية، أما إذا كانت منصبة على سفن الصيد والنزهة، فالبناء يبقى عملا مدنيا خروجا عن القاعدة العامة التي تقضي بأن بناء السفن من الأعمال التجارية، تكسب الشخص الذي يمارسها بصورة اعتيادية، وبقصد المضاربة لتحقيق الربح *à des fins lucratives* صفة التاجر طبقا للمادة السابعة من مدونة التجارة التي جاءت مطلقة فأشارت إلى « كل عملية تتعلق بالسفن والطائرات وتوابعها ... »⁽²⁾.

الفقرة الثانية: البناء غير المباشر أو البناء بالمشروع

تعتبر طريقة البناء غير المباشر أو البناء بالمشروع هي الغالبة حاليا بالنظر لظهور مصانع متخصصة في بناء السفن، وبواسطتها يتعاقد المجهز المالك مع متعهد البناء مقابل ثمن إجمالي محدد على قيام هذا الأخير ببناء سفينة محددة المواصفات، ويستتبع ذلك أن يقوم متعهد البناء في هذه الصورة بالأمرين معا: شراء الأدوات واستخدام العمال والمهندسين في بناء السفينة، وهذه الضوابط تتميز بها شركات البناء المعروفة في قطاع صناعة السفن وإصلاحها.

وبعبارة أخرى، فطالب بناء السفينة أو المجهز يتولى اختيار من يسند له عملية بناء السفينة مقابل دفعه للثمن المتفق عليه. ولم يعرف القانون المغربي إلا هذا النوع باعتباره القاعدة العامة حاليا في المجال العملي، حيث يلتجأ المجهز الراغب في الحصول على سفينة تستجيب للمواصفات التقنية المعمول بها في مجال النقل الدولي للأشخاص والبضائع أو

(1) ادريس الضحاك ، مرجع سابق، ص 139 .

(2) ظهير شريف رقم 1.96.83 صادر في 15 من ربيع الأول 1417 (فاتح أغسطس 1996) بتنفيذ القانون رقم 15.95 المتعلق بمدونة التجارة، الجريدة الرسمية عدد 4418 الصادرة بتاريخ 19 جمادى الأولى 1417 (3 أكتوبر 1996) ص 2187.

للصيد في أعالي البحار إلى التعاقد مع شركات البناء المتخصصة chantiers naval التي تملك أحواضا هامة لصناعة السفن كما لها من الخبرة التقنية والتكنولوجية ما يمكنها من التحكم في البناء غير المباشر أو البناء الجزافي للسفن خاصة في الدول الصناعية مثل ايطاليا واسبانيا وهولاندا واليابان⁽¹⁾.

وقد تناول المشرع المغربي هذه الطريقة في الفقرة الأولى من الفصل 69 من قانون التجارة البحرية، والتي تنص على ما يلي:

» إن الذي يبني سفينة لحساب الغير يبقى مالكا لها حتى ساعة تسليمها ما لم يقع اتفاق على خلاف ذلك «.

ارتباطا بمضمون المقتضيات القانونية أعلاه، تساءل بعض الفقه⁽²⁾ عن طبيعة هذا العقد، هل هو بيع شيء مستقبلي؟ أو ما يسمى ببيع تحت التسليم أو بيع السلم⁽³⁾، بمعنى أن الباني يتكلف بكل شيء من مواد وعمال وغيرهما ويتعهد بتسليم السفينة بعد تمامها كصورة من البيوع الواردة على الأشياء المستقبلية⁽⁴⁾، لكن في هذا العقد يسلم الثمن قبل التسليم بل بمجرد توقيع العقد ما لم يتم الاتفاق على دفع الثمن على أقساط بحسب تقدم مراحل بناء السفينة.

(1) المختار بكور، مرجع سابق، ص 67.

(2) ادريس الضحاك، مرجع سابق، ص 140.

(3) ينص الفصل 613 من قانون الالتزامات والعقود على مايلي:

"السلم عقد بمقتضاه يعجل أحد المتعاقدين مبلغا محددًا للمتعاقد الآخر الذي يلتزم من جانبه، بتسليم مقدار معين من الأطعمة أو غيرها من الأشياء المنقولة في أجل متفق عليه. ولا يجوز إثبات بيع السلم إلا بالكتابة".

(4) تَمَّت مقتضيات الفرع الرابع من الباب الثالث (في بعض أنواع خاصة من البيوع) من القسم الأول من الكتاب الثاني لظهير 9 رمضان 1331 (12 أغسطس 1913) بمثابة قانون للالتزامات والعقود؛ وذلك بمقتضى المادة الأولى من القانون رقم 44.00 الصادر بتنفيذه ظهير شريف رقم 1.02.309 بتاريخ 25 من رجب 1423 (3 أكتوبر 2002) والمتعلق ببيع العقار في طور الإنجاز، الجريدة الرسمية عدد 5054 بتاريخ 2 رمضان 1423 (7 نونبر 2002)، ص 3183.

ويستتبع هذا القول، إن ملكية السفينة لا تنتقل إلا بالتسليم وبعد انتهاء البناء⁽¹⁾، مما يعني أنه لا يحق للمجهز استردادها جزئيا أو كليا قبل إنهاؤها، فلو وقع الباني في حالة تسوية قضائية⁽²⁾، فإن أقصى ما يتوفر عليه المجهز لحماية حقوقه هو التصريح بدينه كباقي الدائنين في إطار مسطرة التسوية في انتظار اقتراح الحل من طرف السنديك⁽³⁾، كما أن الباني باعتباره مالكا للسفينة يملك حق ترتيب حقوق عينية عليها وهي في طور البناء⁽⁴⁾.

(1) جاء في قرار لمحكمة النقض ما يلي:

" لكن...القرار المطعون فيه حينما اعتبر أن قيام الطالب بتسجيل المركب محل النزاع في المصالح البحرية بعد انتهاء أشغال بنائه دون الإشارة إلى نصيب شريكه يكون قد استخلص ضمنا قيام عنصري الصفة والمصلحة في دعوى المطلوب....

ثم لما كان الفصل 50 من قانون التجارة البحرية إنما ينظم بيع سفينة أو جزء منها، والفصل 70 منه إنما يتعلق بالبيع الاختياري أو الجبري لها، فلا يتعلقان بحالة باني السفينة لحساب الغير موضوع النازلة، فإن المحكمة لم تكن ملزمة بالرد على دفع غير صحيحة..."

- قرار رقم 1122 بتاريخ 21 يوليو 1999 في الملف التجاري عدد 93/4864 منشور في مؤلف مصطفى إد حمو: قانون التجارة البحرية، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، الطبعة الأولى، 2019، ص 464.

(2) جاء في المادة 575 من مدونة التجارة ما يلي:

" تطبق مسطرة التسوية القضائية على كل مقاوله ثبت أنها في حالة توقف عن الدفع.

تثبت حالة التوقف عن الدفع متى تحقق عجز المقاوله عن تسديد ديونها المستحقة المطالب بأدائها بسبب عدم كفاية أصولها المتوفرة، بما في ذلك الديون الناتجة عن الالتزامات المبرمة في إطار الاتفاق الودي المنصوص عليه في المادة 556 أعلاه."

(3) تنص المادة 595 من مدونة التجارة على ما يلي:

" يجب على السنديك أن يبين، في تقرير تفصيلي يعده، الموازنة المالية والاقتصادية والاجتماعية للمقاوله، وذلك بمشاركة رئيس المقاوله والمساعدة المحتملة لخبير أو عدة خبراء.

وعلى ضوء هذه الموازنة، يقترح السنديك إما مخططا للتسوية يضمن استمرارية المقاوله أو تفويتها إلى أحد الأغيار أو التصفية القضائية.

يجب أن تعرض هذه الاقتراحات على القاضي المنتدب داخل أجل أقصاه أربعة أشهر تلي صدور حكم فتح المسطرة. ويمكن تجديد الأجل المذكور، عند الاقتضاء، مرة واحدة من طرف المحكمة بناء على طلب من السنديك.

يدرج الملف بالجلسة بعد عشرة أيام من تاريخ عرض التقرير على القاضي المنتدب أو من تاريخ انقضاء الأجل المذكور."

(4) ادريس الضحاك، مرجع سابق، ص 141.

والواقع أن صرامة هذه القواعد لا تؤمن الحماية الكافية للمجهز خاصة إذا علمنا بضخامة المبالغ التي يلتزم بدفعها واستثمارها من أجل الحصول على السفينة، وفي نفس الوقت لا تسمح بإنعاش قطاع الصنع والصيانة للسفن والأجزاء الملحقة بها. لذلك، عمل المشرع في الفقرة الثانية من الفصل 69 من قانون التجارة البحري على إيجاد التوازن المطلوب بين حقوق الباني والمجهز، فقرر على أنه في حالة شمول الباني بمساطر التسوية أو التصفية القضائية دون إنهاء البناء بسبب ذلك، فإن للمجهز الذي تبنى السفينة لحسابه أن يتسلم السفينة والأدوات مقابل دفع قيمتها، وذلك بعد إنقاص ما سبق أن دفعه من مبالغ، ويجوز له إذا ارتأى ذلك أن يعمل على إكمال بناء السفينة مقابل دفعه تعويضا عن استعمال حوض البناء طول مدة استخدامه .

ومفاد ذلك، أن الباني في الحالة العادية يظل مالكا للسفينة ولأدواتها لغاية التسليم، لكن إذا وقع في التسوية أو التصفية القضائية، فإن الحفاظ على حقوق المجهز تقتضي أن لا تكون السفينة وأدواتها مشمولة بأموال مسطرة التسوية، و يصبح من حق المجهز في الحالة التي لا ينتهي فيها البناء أن يملكها مقابل دفع الثمن المقدّر لها بعد خصم ما سبق أن دفعه، وله أن يستكمل البناء في عين المكان إذا أراد ذلك مع دفع تعويضات عن شغل واحتلال المكان (1).

ولتفادي هذه التعقيدات وتوقيا للمنازعات التي قد تنشأ عنها، فإنه يجوز للأطراف الاتفاق على مخالفة قاعدة «ملكية الباني للسفينة الى حين التسليم» المشار إليها في الفقرة الأولى من الفصل 69 المذكور أعلاه وذلك بإحدى الطريقتين :

-الأولى: انتقال الملكية التدريجي لطالب البناء، وذلك تبعا لأهمية الأقساط المؤداة وبحسب تقدم أشغال بناء السفينة، ومن هذا المنطق فإنه يعامل على أساس أنه المالك للسفينة وليس مجرد دائن عادي للباني. وتنتقل الملكية بالتسليم بعد القيام بتجربة صلاحية السفينة وخلوها من العيوب الخفية⁽²⁾، والتي تتقادم بمرور سنة من يوم اكتشافها. وفي هذه

(1) . إدريس الضحّاك، مرجع سابق، ص 141.

(2) جاء في الفصل 767 من قانون الالتزامات والعقود ما يلي:

" يلتزم أجير الصنع بضمان عيوب ونقائص صنعه وتطبق على هذا الضمان أحكام الفصول 549 و553 و556".

الحالة يثبت للمجهز طالب البناء بعد تسلمه للسفينة، الحق في فسخ العقد وطلب التعويض، أو الامتناع عن تسلمها بالمرّة لإخلال الباني بنود عقد البناء.

-الثانية: تروم إنشاء رهن بحري رسمي على السفينة في طور البناء أو على حصة منها لفائدته بقيمة القسط أو الأقساط التي دفعها إلى الباني بموجب عقد البناء، الشيء الذي يجعله في مأمن من مخاطر التسوية والتصفية القضائية للباني، وبالتالي من قبضة كتلة الدائنين⁽¹⁾.

المطلب الثاني: شروط بناء السفينة

يجب أن يتوفر في عقد بناء السفينة على غرار بقية العقود الأخرى جميع شروط الصحة، كما يتعين توفر شروط شكلية خاصة تقتضيها طبيعة عقد البناء بالمشروع، إذ إن تكييف هذا العقد بأنه « بيع تحت التسليم » يستلزم تحرير سند مكتوب تحت طائلة البطلان، مع الحصول على ترخيص مسبق من السلطة البحرية المختصة، وأخيرا القيام بإجراءات الشهر والعلانية التي يتطلبها القانون⁽²⁾.

الفقرة الأولى: ضرورة كتابة عقد بناء السفينة

إن السفينة مال منقول ذو طبيعة قانونية خاصة، فهي وإن تسري عليها أحكام المنقولات، تبقى مع ذلك، خاضعة لنظام قانوني أصيل يجعلها أقرب من العقار. ولعل أساس هذا النظام هو وجود مقومات وأوصاف لا يستقيم مفهوم السفينة بدونها لارتباطها بذاتيتها. لهذا فإن وجود هذه الأوصاف يفرض أن كل ما يتصل بإنشاء أو بناء السفن أو نقل ملكيتها أو تغيير بعضها من أوصافها يفرض لزوما إنجازها كتابة حتى يتسنى استكمال إجراءات التسجيل المتصلة بها في كناش القيد الذي تمسكه السلطة البحرية المحلية لميناء الربط أو لمكان بناء السفينة.

وسنتناول باختصار هذه الأوصاف كما يلي:

(1) - فريد حاتمي، مرجع سابق، ص 128.

(2) فريد الحاتمي، مرجع سابق، ص 128.

أولاً: اسم السفينة

يقصد باسم السفينة تلك العلامة المميزة لها عن غيرها من المنشآت العائمة الشبيهة والتي قد تلتبس بها أحياناً، والملاحظ أن اختيار الاسم وتغييره متروك لحرية مالك السفينة وذلك ضمن حدود معينة⁽¹⁾، فقد خول المشرع المغربي حرية الاختيار واقتراح الاسم من قبل المالك شريطة مصادقة مديرية الملاحة البحرية عليه، تطبيقاً لمقتضيات الفصل 49 من قانون التجارة البحري التي تصدر « قراراً بمنح اسم السفينة » أو تغييره بعد الاطلاع على سجل قيد السفينة المغربية وبعد التأكد من أنه غير مخالف للنظام العام وليس اسماً لسفينة أخرى⁽²⁾.

ثانياً: ميناء الربط Port d'attache

يعتبر مالك السفينة حراً في اختيار ميناء الربط أو التسجيل، وتظهر أهمية هذا التسجيل في تحديد المحكمة المختصة والقانون المطبق، كما تظهر أهمية التسجيل في التصرفات القانونية التي تجري على السفينة وإشهارها، والتي تحدث في ميناء الربط أو التسجيل، والذي ليس بالضرورة ميناء استغلال السفينة⁽³⁾.

ثالثاً: حمولة السفينة La jauge du navire

يقصد بمحمولة السفينة تلك العملية التقنية البحتة التي تستهدف تحديد الطاقة الاستيعابية للسفينة، أو سعتها الحجمية الداخلية، والتي تعتمد لقياسها على الطن الحجمي أو الطن الوزني كلما تعلق الأمر بالحمولة القصوى.

و تقاس سعة السفينة بالطن الحجمي أو البرميل tonneau، وهي نوعان: إما حمولة إجمالية Jauge brute، وتتمثل في كل فراغ بالسفينة أو المساحة المغلقة فيها، وإما حمولة

(1) فريد الحاتمي، مرجع سابق، ص 72.

(2) فريد الحاتمي، مرجع سابق، ص 72.

(3) إدريس الضحاك، مرجع سابق، ص 114.

صافية Jauge nette ، وهي ما تستطيع السفينة حمله من بضائع وركاب، بحيث يستجيب لقدرتها الاستيعابية بمناسبة ممارسة نشاطها التجاري⁽¹⁾.

رابعاً: ترتيب السفينة

تخضع كل سفينة مسجلة بأحد الموانئ التابعة للتراب المغربي لترتيب معين يحدد درجتها من منظور القيمة الاقتصادية والتقنية لهذه السفينة، حيث يتأثر بهذه الدرجة ثمن الخدمات التي تقدمها وقيمة أقساط التأمين التي تدفع لقاء تأمينها من المخاطر⁽²⁾.

خامساً: أوراق السفينة

يجب على المراكب أيا كان نوعها أن تحمل الأوراق التالية:

- وثيقة الجنسية
- جواز الإبحار المرفق بالشهادات التي تمنحها السلطات المختصة بإجراء المعينة والفحص قبل الإبحار⁽³⁾.
- دفتر أسماء ملاحي السفينة
- تذكرة الصحة في جميع الحالات التي تكون فيها هذه الوثيقة إلزامية بمقتضى التشريع المتعلق بالنظام الصحي.
- ترخيص الملاحة
- يومية السفينة ودفتر الآلات في الحالات وضمن الشروط المنصوص عليها قانوناً.
- وكل هذه الوثائق تؤلف أوراق السفينة وهي إلزامية بصورة قاطعة⁽⁴⁾.

خلاصة القول، إن المشرع المغربي لم ينظم في قانون التجارة البحرية العديد من التفاصيل المرتبطة بعقد بناء السفينة، والشكل الذي يجب أن يبرم فيه من أجل تسهيل

(1) المختار بكور ، مرجع سابق، ص60.

(2) مختار بكور ، مرجع سابق، ص 61.

(3) أنس أبو خصيب: صلاحية السفينة للملاحة بين التشريعات الوطنية والاتفاقيات الدولية، مجلة مسارات، العدد 2017، 2، ص76.

(4) أنظر الفصل 11 من قانون التجارة البحري.

مهمة القضاء عند وجود منازعة تتصل بتنفيذ هذا العقد، إلا أن تحديد نطاق التزامات طرفي هذا العقد وانجاز بقية الإجراءات الإدارية الأخرى تفرض الكتابة في عقد بناء السفينة.

وتجري العادة في هذا النوع من العقود ذات الطبيعة الخاصة على تحريره كتابة من أجل تضمينه المبلغ الإجمالي للصفقة، وطريقة الوفاء به، وتاريخ الانتهاء من البناء وأجل التسليم وبقية الاشتراطات الأخرى التي لا تتعارض وطبيعة هذا العقد. والحق يقال إن مجموع هذه البنود وغيرها يستحيل مع مرور الوقت ضبطها وإثباتها بين المتعاقدين. وترجع صعوبة الإثبات إلى التغييرات التي تطال أثمان المواد والخدمات التي يحتاجها بناء السفينة، فضلا عن تغير وسائل ونظم الصنع بتطور وظهور مستجدات تكنولوجية، كل هذه الاعتبارات تفرض الكتابة انسجاما مع واقع الأمور.

الفقرة الثانية: شرط الترخيص الإداري المسبق

يرتبط بضرورة كتابة عقد بناء السفينة وجوب استصدار ترخيص إداري مسبق، والملاحظ أن تدخل السلطة البحرية المختصة قبل الشروع في انجاز عملية البناء يأتي بناء على طلب يتقدم به المجهز أو طالب البناء معززا بالوثائق والمستندات التي تثبت هوية السفينة المعنية، حيث يتم توجيهه إلى السلطة البحرية المحلية مكان البناء على غرار ما يجري به العمل في جميع التشريعات المقارنة⁽¹⁾.

وتحيل فكرة الترخيص على ضرورة شهر العمليات التي تكون السفينة محلا لها وما يستتبع ذلك، من وجوب تحيين البيانات القانونية والمادية المرتبطة بالسفن عموما لدى السلطات المينائية المختصة من أجل تهيئ بقية الوثائق الأخرى المرتبطة بالتراخيص اللازمة للنشاط المني المراد مزاولته أو بقية الوثائق الأخرى التي تكون السفن في طور البناء في حاجة إليها.

وفي هذا الصدد سبق لمحكمة النقض أن صرحت بما يلي:

(1) أنظر المادة 50 من قانون التجارة البحري الجزائري،
والقانون رقم 05 الصادر في 05/01/1967 الخاص بالنظام القانوني للسفن والمنشآت البحرية الأخرى المكمل
بالمرسوم الصادر في 27/10/1967.

« حقا، حيث إنه طبقا لمقتضيات الفصل 50 المحتج به والمذكور طليعته، فإن بيع السفينة بالمغرب يجب أن يبرم لدى كاتب الضبط للمكان الذي أجري فيه هذا البيع، وأنه لا يصح التمسك به في مواجهة الغير إلا إذا تم تسجيله من طرف مصلحة الملاحة بالميناء في سجل السفينة الممسوك بميناء ربطها، أو على محول وثيقة جنسيتها من طرف الإدارة التي أبرم البيع أمامها..»⁽¹⁾.

(1) - قرار عدد 522 المؤرخ في 14 أبريل 1999 في الملف التجاري عدد 97/4897 منشور في مؤلف مصطفى إد
حمو: مرجع سابق، ص 461.

المبحث الثاني: التحفيزات الضريبية المتعلقة بالمراكب البحرية

تعتبر الضريبة على القيمة المضافة من الضرائب غير المباشرة التي تؤثر على الاستهلاك، وباعتبارها جزء من الثمن، فإن الخضوع لها بالسعر العادي⁽¹⁾ من شأنه الرفع من أثمان مواد البناء والخدمات التي يحتاجها بناء السفن⁽²⁾، لذلك عمل المشرع الجبائي على تخصيص عقود بناء السفن بنظام امتيازي خاص يروم التخفيف من عبء هذه الضريبة على المجهز الملزم بها بصفته المستهلك النهائي لهذه المواد والخدمات.

وهكذا تعفي مقتضيات المادة 92-I-33° و 34° من المدونة العامة للضرائب⁽³⁾ عمليات البيع والإصلاح والتحويل المتعلقة بالمراكب والمنشآت العائمة، وكذا البيوع المنجزة لفائدة شركات الملاحة والصيادين المحترفين ومجهزي سفن الصيد البحري. كما تعفي البيوع المتعلقة بالمنتجات المعدة لإدماجها في المراكب المشار إليها في المادة أعلاه.

يفهم من ذلك، أن أحكام المدونة العامة للضرائب تكيف عمليات بناء السفن والمراكب بالنظر إلى البيوع التي يكون محلها المواد والخدمات الموجهة للتركيب أو الإدماج في هذه المراكب.

وإذا كان المجهز يستفيد من الإعفاء على مستوى المواد والخدمات التي يتم اقتناؤها بغرض استعمالها في بناء السفن والمراكب، فإنه من باب أولى يستفيد كذلك عند شراء تلك السفن جاهزة للاستخدام في النشاط التجاري، إذا توافرت شروط معينة منها أن تستعمل في تحقيق رقم معاملات خاضع لنفس الضريبة أو معفي منها مع الحق في الخصم⁽⁴⁾ زيادة على

(1) -تنص المادة 98 من المدونة العامة للضرائب على ما يلي:

" يحدد السعر العادي للضريبة على القيمة المضافة بنسبة 20% "

(2) وبالنظر لتنوع وتعدد المواد والخدمات التي تدخل في صناعة وبناء السفن فإن بعضا منها قد يخضع لأسعار خاصة وهي إما 7% أو 10% أو 14 طبقا للمادة 99 من نفس المدونة.

(3) - المحدثه بموجب المادة 5 من القانون المالية رقم 06.43 للسنة المالية 2007 الصادر بتنفيذه الظهير الشريف 1427/الجهة ذي 10 بتاريخ 1.06.232 رقم 2006 (31 دجنبر 2006).

(4) أنظر حالات الإعفاء من الضريبة على القيمة المضافة مع الحق في الخصم المنصوص عليها في المادة 92 من المدونة العامة للضرائب.

ضرورة تواجد المجهز في وضعية سليمة من حيث الوفاء بالتزاماته التصريحية داخل الآجال القانونية، وعدم وجود مستحقات ضريبية لاتزال عالقة بذمته من دون أداء لها.

وكقاعدة عامة قابلة للتطبيق على عمليات البناء أو الإصلاح أو الشراء، استقرت المادة 164 من نفس المدونة على حصر الاستفادة من الإعفاءات والامتيازات الجبائية عموماً على الملزمين الذين يحرصون على الوفاء بالتزاماتهم في مواجهة الإدارة الجبائية. وهو نفس المبدأ الذي أكدته مدونة تحصيل الديون العمومية⁽¹⁾، حيث أقرت مسؤولية المفوت إليه وتضامنه مع المفوت في حالة عدم استصدار شهادة من المحاسب تثبت أداء الضرائب العالقة بالمؤسسة التجارية أو الصناعية وقت التفويت أو الأصل التجاري⁽²⁾، ما لم يتقرر امتداد هذه المسؤولية إلى مهنيي التوثيق أنفسهم بمناسبة انجازهم لعقود تتصل بالسفينة من دون التأكد من وضعيتها الضريبية⁽³⁾.

(1) ظهير شريف رقم 1.00.175 صادر في 28 من محرم 1421 (3 ماي 2000) بتنفيذ القانون رقم 15.97 بمثابة مدونة تحصيل الديون العمومية، الجريدة الرسمية عدد 4800 بتاريخ 28 صفر 1421 (فاتح يونيو 2000)، ص 1256.

(2) جاء في المادة 96 من مدونة تحصيل الديون العمومية ما يلي:

"في حالة تفويت أصل تجاري أو مؤسسة تجارية أو صناعية أو صناعية تقليدية أو معدنية بعوض أو بالمجان كما في حالة تفويت مجموع الأموال أو العناصر المدرجة في أصول شركة أو المستعملة لمزاولة مهنة خاضعة للضريبة المهنية (الباتنتا)، فإن المفوت إليه ملزم بالتأكد من أداء الضرائب والرسوم الواجبة على المفوت في تاريخ التفويت برسم النشاط المزاوول وذلك استناداً على شهادة يسلمها المحاسب المكلف بالتحصيل.

في حالة عدم احترام هذا الالتزام الواقع عليه، يمكن جعل المفوت إليه مسؤولاً على وجه التضامن عن أداء الضرائب والرسوم الواجبة عند تاريخ التفويت برسم النشاط المزاوول."

(3) تنص المادة 95 من مدونة تحصيل الديون العمومية على ما يلي:

"في حالة انتقال ملكية عقار أو تفويته، يتعين على العدول أو الموثقين أو كل شخص آخر يمارس مهام توثيقية، أن يطالبوا بالإدلاء لهم بشهادة مسلمة من مصالح التحصيل تثبت أداء حصص الضرائب والرسوم المثقل بها العقار برسم السنة التي تم فيها انتقال ملكيته أو تفويته، وكذا السنوات السابقة، وذلك تحت طائلة إلزامهم بأدائها على وجه التضامن مع الملزم.

وعلى قابض التسجيل أن يحتفظ بكل عقد تقدمه له الأطراف مباشرة إلى أن يتم الإدلاء بالشهادة المنصوص عليها في الفقرة السابقة."

المطلب الأول: البيوع المنصبة على المراكب البحرية

تعرف المادة 92-33° من المدونة العامة للضرائب المراكب البحرية بأنها السفن والبواخر والزوارق التي تستطيع بوسائلها الخاصة أن تكون وسيلة للنقل في البحر وتقوم بملاحة بحرية بصورة رئيسية.

يعاب على هذا التعريف أنه يخلط بين السفينة من جهة والمركب من جهة أخرى رغم ما هو مقرر من أن السفينة navire هي أداة الملاحة البحرية التي تنظمها قواعد القانون البحري. أما المركب bateau فهي أداة الملاحة الداخلية⁽¹⁾.

وبصفة عامة، يستفيد من الإعفاء من الضريبة على القيمة المضافة مع الحق في الخصم:⁽²⁾

- بواخر الملاحة البحرية المرصودة لعمليات نقل الأشخاص أو البضائع على طول الخطوط البحرية الوطنية والدولية.
- بواخر الجر والبواخر المساعدة على القيادة البحرية وعمليات الإنقاذ البحري.
- بواخر الملاحة البحرية المخصصة للصيد من طرف مهني الصيد المحترفين.
- البواخر المستعملة من طرف البحرية الملكية والقوات المسلحة.
- المراكب المستعملة لأغراض مدنية من طرف مصالح الدولة كإدارة الجمارك والشرطة البحرية.
- وأخير المراكب التي تستخدمها الشركات المتخصصة في تنظيم رحلات أو خرجات سياحية في البحر.
- ولا يستفيد من الإعفاء المذكور المراكب التي تستخدم من طرف المهنيين الذين يشتغلون في قطاع تربية الأحياء المائية كتربية الأسماك والطحالب البحرية وغيرها من أنواع الإستزراع المائي كالمحار والصدفيات.

(1) محمد فريد العربي – محمد السيد الفقي، م س، ص 33-34.

(2) أنظر المادتين 101 و102 من المدونة العامة للضرائب التي توضح شروط ونطاق خصم الضريبة على القيمة المضافة التي تحملتها عناصر الانتاج.

- كما يستثنى من الإعفاء المذكور جميع الناقلات الأخرى التي استحدثها التطور التكنولوجي مثل الزلاقات الهوائية Aéroglisseur-hovercraft والزلاقات المائية Hydroglisseurs والمراكب الهوائية المستخدمة لأغراض رياضية أو ترفيهية كالقوارب canots pneumatiques، والدراجات البخارية المائية scooters des mers، والألواح الشراعية⁽¹⁾ planches à voiles.

المطلب الثاني: عمليات أخرى غير البيع

إن عقد إصلاح السفينة يعد عقدا تجاريا بالنسبة للمتعهد بالإصلاح، وتتناول مسائل فنية تفصيلية يكتنفها الكثير من التعقيد، لذلك يتعين إفرادها في محرر كتابي. وتقوم بإصلاح السفن نفس الشركات التي تقوم ببناء السفن. وقد أكدت التشريعات البحرية المختلفة على أهمية إجراء إصلاحات بالسفينة، حيث يتوقف عليها سلامتها، ومن ثم فقد أخضعت الإصلاحات لنفس أحكام البناء فيما يتعلق بضمان العيوب الخفية على الأجزاء التي قام متعهد الإصلاحات بإصلاحها، وتقادم دعوى الضمان التي تغطيها.

وبالنظر إلى التكلفة المرتفعة لاستغلال السفينة بالنسبة للمجهزين، وسع المشرع الجبائي من نطاق الإعفاء من الضريبة على القيمة المضافة ليشمل كذلك مختلف عقود الإصلاح والصيانة الرامية إلى جعل السفينة صالحة للاستغلال البحري.

الفقرة الأولى: الإعفاء الوارد على عقود الإصلاح

يشمل الإعفاء كذلك من الضريبة على القيمة المضافة عمليات الإصلاح والتحويل التي تكون هذه المراكب محلا لها، يستوي أن تنجز هذه العمليات من طرف مقولة متخصصة في الصنع، أو عن طريق المقولة من الباطن أو عن طريق المجهز نفسه.

ويدخل ضمن هذه العمليات تلك المنصبة على هيكل السفينة ذاتها، أو تلك التي تخص إنجاز أعمال مهنية محددة، كالإنارة والنجارة والصبغة والتبريد والصيانة والحدادة وغير ذلك من الخدمات والأشغال التي تقتضيها صلاحية السفينة للإبحار⁽²⁾.

(1) Note Circulaire n° 717, Direction générale des impôts, Avril 2011, Tome 2, p68

(2) Note Circulaire n° 717, op cit, T 2, p69.

وتجدر الإشارة إلى أنه لا تستفيد من مقتضيات الإعفاء المذكورة عمليات الإصلاح والتحويل التي تنصب على سفن لا تستجيب للتعريف الوارد بالمادة 92-33° المشار إليها أعلاه والتي تشترط أن تكون هذه المراكب وسيلة للنقل في البحر وتقوم بملاحة بحرية بصفة رئيسية استنادا إلى وسائلها الخاصة.

وبعبارة أخرى، يستثنى من الإعفاء السفن المخصصة لجر البواخر إلى أحواض الموانئ لغرض الصيانة والإصلاح التي تباشر على هيكل هذه السفن، إضافة إلى عمليات كراء هذه الأحواض مقابل وجيبة من أجل إنجاز هذه المهام من طرف المجهزين وملاك السفن.

وبالمثل يستثنى من الإعفاء، جميع الدراسات التي تنجز لفائدة المقاولات والشركات المتخصصة في صنع السفن وممهي الصيد، وكذا اليد العاملة كيفما كانت صفة المقاوله التي تقدمها.

الفقرة الثانية: إعفاء المنتجات القابلة للدمج في المراكب والسفن البحرية

تشير عبارة المنتجات القابلة للدمج في المراكب والسفن البحرية غموضا كبيرا حول ما إذا كان المقصود منها يتعلق بالأشياء المادية الصلبة القابلة للدمج في السفن عن طريق الصنع والتركيب، أم أنه يمتد ليشمل لزوما حتى ما هو سائل، كزيوت المحركات والغاز والأوكسجين المستعمل في أنظمة التبريد أو أنظمة الرصد والقيادة والاتصال، وغير ذلك من السوائل التي تشكل مادة أساسية لتشغيل أجهزة الملاحة من جهة، وأجهزة الصيد من جهة أخرى، باعتبارها تدمج في المحركات ونظم الملاحة والإبحار الخاص بالسفينة.

نعتقد أن العبارة المذكورة لا يمكن أن تحمل إلا على عمومها، فتشمل الأمرين معا، طالما أن المادة 92-33° و 34° من المدونة العامة للضرائب لا تحمل أي تقييد لها، وهو ما ينسجم مع مفهوم السفينة من حيث أنها مجموع من العناصر لا يقتصر على وعائها، بل يشمل أيضا كل ما اتصل بها أو انفصل عنها وكان لازما أو مفيدا لملاحة السفينة واستغلالها كالألات والمكينات والصواري أو قوارب النجاة والرافعات والأهلاب والذخيرة التي تحتفظ بها السفينة على ظهرها لمواجهة اللصوص البحريين، أو لصد الأعداء في زمن الحرب، ولا يخرج عن ذلك إلا المأكولات أو المواد التموينية المخصصة لإطعام الركاب أو الطاقم، بل إن حتى الشباك التي توجد على

ظهر سفينة الصيد تدخل بحسب الفقه الراجح في وحدة السفينة ما دامت لازمة لاستغلالها
(1)

الفقرة الثالثة: شروط الإعفاء

حدد مرسوم 31 دجنبر 2006 في شأن تطبيق الضريبة على القيمة المضافة⁽²⁾، فنص في المادة 13 منه على انه يشترط للاستفادة من الإعفاء من الضريبة المنصوص عليها في المادة 92-1 (33° و 34°) من المدونة العامة للضرائب، أن يقدم الشخص المستفيد إلى المصلحة المحلية للضرائب التابع لها طلبا مكتوبا ومدعما بفاتورة شكلية أو مقايضة (devis) مسلمة من المورد تتضمن طبيعة ونوعية السلع أو الخدمات المقدمة، مع الإشارة فيها إلى اسم ورقم تسجيل السفينة المعنية بهذه المواد أو الخدمات.

وحتى تستجيب هذه الفاتورة لجميع شكلياتها⁽³⁾، وبياناتها الإلزامية⁽¹⁾، يتعين كذلك أن تكون حاملة للتأشيرة الشكلية المسبقة لمصلحة الصيد بالقيادة البحرية التابع لها المهني في قطاع الصيد أو المجهز الذي يملك السفينة البحرية.

(1) علي حسن يونس: القانون البحري، السفينة، دار المحامي للطباعة، مصر، سنة الطبع غير مكورة، ص 94.
(2) مرسوم رقم 2.06.574 صادر في 10 ذي الحجة 1427 (31 دجنبر 2006) في شأن تطبيق الضريبة على القيمة المضافة المنصوص عليها في القسم الثالث من المدونة العامة للضرائب، كما تم تغييره وتتميمه، الجريدة الرسمية عدد 5847 مكررة بتاريخ 11 ذي الحجة 1427 (فاتح يناير 2007).

(3) جاء في المادة 145-III من المدونة العامة للضرائب ما يلي:
"يجب على الخاضعين للضريبة أن يسلموا إلى المشتريين منهم أو إلى زبائنهم فاتورات أو بيانات حسابية مرقمة مسبقا ومسحوبة من سلسلة متصلة أو مطبوعة بنظام معلوماتي وفق سلسلة متصلة يثبتون فيها، زيادة على البيانات المعتادة ذات الطابع التجاري:

1. هوية البائع؛
2. رقم التعريف الضريبي المسلم من المصلحة المحلية للضرائب وكذا رقم القيد في الرسم المهني؛
3. تاريخ العملية؛
4. الأسماء الشخصية والعائلية للمشتريين منهم أو زبائنهم وعناوينهم التجارية وعناوين مقارهم؛
5. الثمن والكمية وطبيعة البضائع المباعة أو الأشغال المنجزة أو الخدمات المقدمة؛
6. مبلغ الضريبة على القيمة المضافة المطالب بها زيادة على الثمن المشمول فيه وذلك بصورة مستقلة.

وبعد إجراء المراقبة الشكلية والموضوعية للطلب للتأكد من أحقية المجهز الملزم من الشراء بدون احتساب الضريبة على القيمة المضافة، تقوم المصلحة المحلية للضرائب بتسليم شهادة تخول الشراء مع الإعفاء من الضريبة المذكورة في ثلاث نسخ، حيث يحتفظ بنسخة واحدة في المصلحة وتسلم اثنتان إلى المشتري الذي يتعين عليه الاحتفاظ بنسخة منهما، مع تسليم الثانية إلى مورده الذي يحتفظ بها في محاسبه كإثبات لعملية بيع المواد والخدمات المرتبطة ببناء السفينة أو إصلاحها أو صيانتها.

ويخضع لنفس المسطرة طلبات الاستفادة من الإعفاء من الضريبة على القيمة المضافة من الشراء في الداخل أو عند الاستيراد للسفن والمراكب التي يرغب المهنيون والتجار استعمالها في أغراض الاستغلال التجاري والمهني، كما هو الحال بالنسبة لمزاوي نشاط نقل الأشخاص والبضائع أو القيام برحلات الترفيه السياحي بالمياه الساحلية حيث يجوز لهؤلاء الاستفادة من الإعفاء من الضريبة على القيمة المضافة التي تشكل جزءاً من ثمن البيع في نطاق المادة 92-I-6° شريطة تقديم طلب الاستفادة داخل أجل 36 شهراً ابتداء من تاريخ الشروع في مزاولة النشاط المهني.

وهكذا تنص المادة 92-I-6° المشار إليها على إعفاء السفن والمراكب من الضريبة على القيمة المضافة بمناسبة شرائها باعتبارها أموالاً استثمارية يجب أن تقيد في حساب للأصول

وفيما يخص العمليات المشار إليها في المواد 91 و92 و94 أعلاه، يعوض عن بيان الضريبة ببيان الإعفاء أو النظام الواقف المنجزة العمليات بحكمه؛

7. مراجع وكيفية الأداء المتعلقة بالفاتورات أو البيانات الحسابية؛

8. وجميع المعلومات الأخرى المنصوص عليها بأحكام قانونية.

إذا تعلق الأمر ببيع المنشآت لمنتجات أو بضائع لفائدة الخواص جاز أن تقوم بطاقة الصندوق مقام الفاتورة.

يجب أن تتضمن بطاقة الصندوق على الأقل البيانات التالية:

أ. تاريخ العملية؛

د- هوية البائع أو مقدم الخدمات؛

ذ- طبيعة المنتج أو الخدمة؛

ر- كمية وثمان البيع مع الإشارة، إن اقتضى الحال، للضريبة على القيمة المضافة.

(1) أنظر كذلك المادة 146 من نفس المدونة والمحدثة بالمادة 8 من قانون المالية لسنة 2016.

الثابتة وتخول الحق في الخصم المنصوص عليه في المادة 101 من المدونة العامة للضرائب، شريطة شرائها خلال مدة ستة وثلاثين (36) شهرا ابتداء من تاريخ الشروع في مزاولة نشاطها.

ويراد بالشروع في مزاولة النشاط تاريخ أول عملية تجارية والتي تقترن بأول عملية اقتناء المواد والخدمات ماعدا:

- مصاريف تأسيس المنشآت؛
- والمصاريف الأولى اللازمة لإقامة المنشآت في حدود مدة ثلاثة (3) أشهر.

وتجدر الإشارة أخيرا، إلى أن جميع عمليات البيع للمواد والخدمات التي تنجز داخل الموانئ، إما بمناسبة إصلاح وصيانة السفن، أو لتسهيل عملياتها المرتبطة بمزاولة الاستغلال التجاري، تبقى خاضعة للرسم على الخدمات المقدمة بالموانئ. ويستحق هذا الرسم لفائدة الجهات طبقا للمادة 121 من القانون 06-47 المنظم للجبايات المحلية⁽¹⁾، ولا يستثنى منها إلا الخدمات المرتبطة بالنقل الدولي والمتعلقة بالسلع العابرة غير الموجهة للسوق الوطني.

(1) - ظهير شريف رقم 1.07.195 صادر في 19 من ذي القعدة 1428 (30 نوفمبر 2007) بتنفيذ القانون رقم 47.06 المتعلق بجبايات الجماعات المحلية. جريدة رسمية عدد 22 5583 ذو القعدة 1428 (2007/12/03).

النظام القانوني لعقد العمل البحري

الدكتورة صباح كوتو
أستاذة القانون الخاص
كلية العلوم القانون والاقتصادية
والاجتماعية جامعة ابن زهر بأكادير

مقدمة:

نظم المشرع المغربي عقد العمل بمجموعة من الأحكام سواء تلك التي ضمنها بقانون الالتزامات والعقود خلال فترة الحماية ومختلف النصوص الصادرة في نفس الإطار واللاحقة على هذا القانون في نفس الفترة، أو من خلال ما جاءت به مدونة الشغل والتي حاولت جمع شتات تشريع الشغل في نص خاص يسهل الرجوع إليه والاطلاع على مقتضياته.

غير أن مجالات الشغل وباختلافها لا يمكن أن تسعها مدونة واحدة، بل لازالت هناك بعض القطاعات أو المجالات التي تحتفظ بأنظمتها الخاصة وتخضع لها في تنظيم العلاقة الرابطة بين أطرافها، والمجال البحري غير بعيد عما سبقت الإشارة إليه بحيث يخضع في تنظيمه لظهير 31 مارس 1919 والمتعلق بقانون التجارة البحرية⁽¹⁾، وهذا ما يبين الأهمية التي يحظى بها هذا القطاع وكذلك الخصوصيات التي تميز بها العلاقات الناشئة في إطاره، إذ يمثل البحر محور ومناطق تنفيذ العمل، والسفينة⁽²⁾ وسيلته، وهو ما يتأكد من خلال ما تنص عليه المادة 3 من مدونة الشغل التي جاء فيها: "تظل فئات الأجراء الآتي ذكرها، خاضعة لأحكام

(1)- ظهير شريف مؤرخ في 28 جمادى الثانية 1337 (31 مارس سنة 1919) بالمصادقة على النص المتعلق بقانون التجارة البحرية.

تراجع سلسلة نصوص ووثائق قانونية، القانون البحري. جمع وتنسيق زكرياء العماري، طبعة 2019، مطبعة المعارف الجديدة، ص: 13 وما بعدها.

(2)- عرّف المشرع المغربي السفينة من خلال الفصل 2 من قانون التجارة البحرية بأنها: "السفينة هي المركب الذي يباشر عادة الملاحة المذكورة سابقا".

وعرّف الملاحة في الفصل الأول من نفس القانون بقوله: "الملاحة البحرية هي التي تباشر فوق البحر أو في الموانئ والخلجان، وفوق البحيرات والغدران والأقنية وأجزاء الأنهار التي تكون فيها الملاحة مألوفة وتتصل بالبحر.

الأنظمة الأساسية المطبقة عليها، والتي لا يمكن بأي حال من الأحوال، أن تقل عما تنص عليه مدونة الشغل من ضمانات:

- 1 - أجراء المقاولات والمؤسسات العمومية التابعة للدولة والجماعات المحلية؛
- 2 - البحارة؛
- 3 - أجراء المقاولات المنجمية؛
- 4 - الصحفيون المهنيون؛
- 5 - أجراء الصناعة السينمائية؛
- 6 - البوابون في البنايات المعدة للسكنى.

تخضع الفئات المذكورة أعلاه، لأحكام هذا القانون، في كل ما لم يرد النص عليه في الأنظمة الأساسية المطبقة عليها.

يخضع أيضا لأحكام هذا القانون، الأجراء المشتغلون في المقاولات المنصوص عليها في هذه المادة، والذين لا تسري بشأنهم أنظمتها الأساسية.

كما يخضع لأحكام هذا القانون أجراء القطاع العام الذين لا يسري عليهم أي قانون".
من خلال المادة أعلاه يتضح أن المشرع قد أخضع البحارة لمدونة الشغل إلى جانب المدونة البحرية وهذا في نظرنا يعزز الحماية التي أولاها المشرع لفئة الأجراء البحارة بحيث يستفيدون من القانون الذي يحقق لهم فائدة أكبر.

كما أن استمرار خضوع البحارة لنظامهم الأساسي والمتمثل في المدونة البحرية يفيد أن عقد العمل البحري له خصوصيات تميزه عن غيره من عقود العمل بمجالات أخرى، وخضوعه لأحكام توفر ضمانات أكبر لهذه الفئة من الأجراء.

إذن ما هي الخصوصيات التي تميز بها عقد العمل البحري، وما هي الأحكام التي يخضع لها سواء عند إبرامه أو تنفيذه أو إنهائه؟

المبحث الأول: خصوصية عقد العمل البحري وطبيعته

المبحث الثاني: التزامات الطرفين خلال تنفيذ عقد الالتزام البحري

المبحث الثالث: انتهاء عقد الالتزام البحري وآثاره

المبحث الأول: خصوصية عقد العمل البحري وطبيعته

أخضع المشرع المغربي عقد الالتزام البحري لمجموعة من الأحكام ونظمه في إطار ظهير 31 مارس 1919 المتعلق بقانون التجارة البحرية، بالإضافة إلى ما أشارت إليه المادة 3 من مدونة الشغل حيث مددت إليه المقتضيات التي تتضمنها فيما لم يرد به النص في النظام الأساسي، وهو ما يؤكد على اهتمام المشرع بهذا القطاع وتمتع العاملين به بأكبر قدر من الحماية، في الوقت الذي قد يعتبره البعض إضافة لا فائدة منها، طالما أن هناك قانون خاص بهؤلاء صادر منذ عقود مضت، إضافة إلى أنه خضع لعدد من التعديلات تتماشى مع احتياجات هذا المجال. وإذا كان هناك ظهير 31 مارس 1919، فهذا يعني تميز العمل البحري ببعض الخصوصيات عن غيره من عقود العمل الأخرى، وهو ما ينعكس بطبيعة الحال على تحديد شكله، وطبيعته والآثار المترتبة على تنفيذه وانتهائه.

الفقرة الأولى: خصوصية عقد الالتزام البحري

تتحدّد خصوصية عقد الالتزام البحري من خلال المجال الذي يؤدي فيه هذا العمل، وكذلك الأطراف العاملة فيه والملتزمة بأحكامه، بحيث يتميز عقد العمل البحري بشروط وشكليات خاصة لانعقاده، وكذلك شروط يلزم توفرها في أطرافه.

لكن قبل الحديث عن شكليات إبرام عقد الالتزام البحري وجب التعرف على أطرافه.

أولاً: أطراف عقد العمل البحري

تعتبر السفينة⁽¹⁾ الوسيلة أو الأداة الأساسية لأداء العمل في البحر سواء كان ذلك للتجارة أو الصيد البحري.

وهذا العمل بطبيعته يتولاه أشخاص يمثلون طاقمها الذي يعتمد عليه لأداء العمل على ظهرها، وفي هذا الإطار يتعدد الأشخاص الذين يتولون هذه المهام تبدأ بالمجهز صاحب الحق في استغلال السفينة بمساعدة ربان وبحارة، ويربطهم بالمجهز عقد عمل يصطلح عليه عقد التزام بحري وفق ما جاءت به المادة 165 من قانون التجارة البحرية: "كل عقدة أبرمت بين أحد

(1)- حسب الفصل 2 من القانون التجارة البحرية: "السفينة هي المركب الذي يباشر عادة الملاحة المذكورة سابقاً".

وبالرجوع إلى الفصل 1 من نفس القانون:

"الملاحة البحرية هي التي تباشر فوق البحر أو في الموانئ والخلجان وفوق البحيرات والغدران والأقنية وأجزاء الأنهار التي تكون فيها المياه مألحة وتتصل بالبحر".

مجهزي البواخر أو ممثله وبين أحد البحارة للقيام بإنجاز عمل على ظهر باخرة مجهزة تحت الراية المغربية تعتبر عقدة التزام البحار ويجري عليها مفعول مقتضيات ظهيرنا الشريف هذا".

وتسميته بعقد التزام بحري تدفع إلى التساؤل لماذا لم يطلق عليه المشرع عقد عمل أو شغل بحري كمفهوم عام يوطر للعلاقة بين طرفين، أحدهما يؤدي عملاً والآخر يؤدي أجراً مقابل هذا العمل، في إطار علاقة تبعية انسجاماً مع ما تنص عليه مدونة الشغل. هل لأن العقد⁽¹⁾ يتميز عن الالتزام⁽²⁾ بالنظر إلى ما يخضع له هذا الأخير من شروط تتعلق بانعقاده وأطرافه. أم أن الأمر لا يعدو أن يكون ترجمة حرفية عن اللغة الفرنسية، بحيث يطلق عليه في اللغة الفرنسية *contrat d'engagement maritime*، وحتى مع الأخذ بهذا المعطى الأخير فما الذي يميز *contrat de travail* عن *contrat d'engagement*، أم أن ذلك يعود إلى اعتماد المشرع المغربي على المدونة البحرية الفرنسية واقتباس النص الحرفي منها⁽³⁾. خاصة وأن قانون التجارة البحرية قد صدر سنة 1919 أي بعد صدور قانون الالتزامات والعقود الذي نظم في مرحلة أولى عقد الشغل وأطلق عليه تسمية عقد إجارة خدمة، خاصة الفصل 723 منه⁽⁴⁾،

(1)- العقد توافق إرادتين أو أكثر على إحداث أثر قانوني معين يستوي أن يكون هذا الأثر القانوني هو إنشاء الالتزام أو نقله، أو تعديله أو إنهائه. وهو مصدر من مصادر الالتزام.

عبد الكريم شهبون، "الشافي في شرح قانون الالتزامات والعقود المغربي، الكتاب الأول، الالتزامات بوجه عام، الجزء الأول، مصادر الالتزامات"، مطبعة النجاح الجديدة، 2018، ص: 50.

بديع بن عباس، "النظرية العامة للعقد في القانون المدني المعاصر، الطبعة الأولى، مارس 2017، مجمع الأطرش، ص: 16.

(2)- الالتزام هو حالة قانونية يكلف بمقتضاها المدين بإعطاء شيء أو عمل شيء أو امتناع عن عمل شيء. وبعبارة أخرى يمكن أن نعرف الالتزام بأنه رابطة مالية بمقتضاها يكون شخص معين مديناً لشخص آخر معين، أو قابل للتعيين بأداء له قيمة مالية يسأل عنه المدين أو ضامنه في ماله.

- عبد الكريم شهبون، م.س، ص: 40.

محمد محفوظ، "النظرية العامة للالتزام (1)، العقد"، طبعة ثانية، 2019، مجمع الأطرش، ص: 11.

(3)- ينص الفصل 1-5542 L من مدونة النقل الفرنسية أنه:

« Tout contrat de travail, aussi appelé engagement maritime, conclu entre un marin et un armateur ou un autre employeur, ayant pour objet un service à accomplir à bord d'un navire en vue d'une expédition maritime, est conclu pour une durée indéterminée, pour une durée déterminée ou pour un voyage. Les dispositions du présent titre relatives au contrat à durée déterminée sont applicables au contrat au voyage. ».

(4)- وهناك من يذهب إلى أن قانون الشغل ينظم عقد إجارة الخدمة أو عقد شغل في حين أننا في القانون البحري نتحدث عن عقد التزام بحري، لأن مفهوم الالتزام يفيد وجود رابطة مع السفينة والسلطة البحرية المكلفة، وعليه فإنه في

بحيث لم يكن هناك مجال للحديث عن عقد شغل أو عقد عمل بهذا المعنى، مما دفع بالمشرع إلى الاكتفاء بتسمية العلاقة الرابطة بين البحار والمجهز عقد التزام بحري.

وحتى ينعقد عقد الالتزام البحري صحيحا، فإنه وإلى جانب الشروط العامة المتطلبة والتي يشترك فيها مع باقي العقود الأخرى من رضى وأهلية ومحل وسبب، فإن نفاذه يبقى موقوفا على شروط خاصة ولازمة، تتعلق بالبحار وتناسب مع الطبيعة الخاصة بهذا العقد، سوف نتطرق إليها بعد الإشارة إلى أطراف عقد الالتزام البحري.

وإذا كان العمل البحري يستلزم اجتماع عناصر معينة لتحقيق ذلك، تبدأ بوجود الوسيلة المخصصة للقيام بهذا العمل وهي السفينة والعنصر البشري الذي يعود له أمر استغلال هذه الوسيلة، والمتمثلين في العاملين على ظهرها من ربان وبحارة.

فإن موضوعنا يتمحور حول تحديد أطراف عقد الالتزام البحري، وليس القائمين على العمل البحري بصفة عامة.

وبالرجوع إلى مقتضيات الفصل 165 من قانون التجارة البحرية ومن التعريف الوارد فيه، فإن طرفي عقد التزام البحري يتحددان في المجهز (أو ممثله)، والبحار. إذن من هو المجهز ومن هو البحار؟

1- المجهز:

تولى المشرع المغربي من خلال الفصل 165 المكرر من المدونة البحرية تعريف المجهز كما يلي: "يعتبر كمجهز للبواخر حسب معنى الفصل السابق كل شخص ذاتيا كان أو معنويا يتصدى إلى استغلال باخرة سواء كانت هذه البخرة على ملكه أم لا".

وعليه، فإن المشرع لم يشترط أن يكون المجهز هو المالك الأصلي للسفينة، بل قد يكون هو المشغل لها في أعمال تجارية وغيرها.

وتقع على عاتق المجهز مجموعة من الالتزامات في مقابل الحقوق الواجبة له في ذمة العاملين تحت إمرته، وعليه فإن مسؤولية المجهز الشخصية تكون في حدود قيمة السفينة

الميدان البحري لا نبرم عقداً مع مشغل، بل نلتزم اتجاه ربان من أجل الخدمة على ظهر السفينة، وهذا الالتزام تتم مراقبته والتأشير عليه من طرف السلطة المشار إليها سابقا.

-Rezgallah Larbi Benmehdi, « Droit maritime », éd de L'ONDE, 2018, P: 53.

توابعها، إضافة للتصرفات والأخطاء التي تصدر عن الرّبان والملاحين والمرشد وكل شخص آخر يوجد في خدمة السفينة إلى غيرها من الالتزامات المتعلقة بهذه الوسيلة⁽¹⁾.

كما تثار مسؤوليته اتجاه المتضررين بالنسبة للأضرار البدنية الناشئة عن تصرفات أو أخطاء الرّبان أو الملاحين أو المرشد أو أي شخص آخر يوجد في خدمة السفينة⁽²⁾.

وإذا كان المجهز غير المالك للسفينة، فإنه يسأل بالتضامن مع المالك وفي نفس الحدود التي يسأل فيها هذا الأخير⁽³⁾.

وحتى إن تعدّد الشركاء في ملكية السفينة ووفق ما ينص عليه الفصل 135 ق.ب، فإن كل واحد من هؤلاء لا يتحمل الالتزامات التي تترتب عليها مسؤولية شخصية إلا بنسبة حصته في ملكية السفينة.

ويضاف إلى ما سبق أنه في الحالة التي يضيق فيها مالك السفينة من صلاحيات المجهز المتصرف بتعليمات خاصة، فإنه لا يجوز لهذا الأخير التمسك بهذا التطبيق في مواجهة الغير الذين تعاقدوا معه بحسن نية بحيث تبقى مسؤوليته قائمة تجاههم⁽⁴⁾.

كما تتحدد التزامات المجهز اتجاه العاملين من خلال المقتضيات المضمنة في المدونة البحرية، حيث يتولى دفع مبلغ الأجر وغيره من التعويضات المستحقة للبحار سواء النقدية منها أو العينية والمتمثلة في الإطعام⁽⁵⁾ والسكن وملابس العمل.

2- البحار:

عرف المشرع المغربي من خلال الفصل 166 من قانون التجارة البحرية، البحار أو الملاح⁽¹⁾ كالتالي: "يعتبر كبحار فيما يرجع لتطبيق هذا القانون كل شخص ذكراً كان أو أنثى، يقوم بأشغال على ظهر إحدى البواخر المتجولة في البحر.

(1)- الفصل 124 قانون التجارة البحرية.

(2)- الفصل 126 قانون التجارة البحرية.

(3)- الفصل 129 قانون التجارة البحرية.

(4)- الفصل 139 قانون التجارة البحرية.

(5)- يجب أن يكون الطعام صحياً وجيداً من حيث الكم والكيف، وتقدم الأغذية المقدمة لهم والمؤن الغذائية في أي وقت لمراقبة كل من ممثل الضباط ومفتش الملاحة للتأكد من مدى نظافتها وجودتها.

فريد الحاتمي، م.س، ص: 378

يعتبر مبتدئاً كل بحار تقل سنه عن ستة عشر عاماً.

يعتبر تلميذاً كل بحار يفوق سنه ستة عشر عاماً ويقل عن ثمانية عشر عاماً⁽¹⁾.

وهذا يدل على حصر الصفة على الذين يشتغلون على ظهر السفينة وهي في البحر في حالة حركة، وهذا ما يستنتج من عبارة البواخر المتجولة في البحر، إذ العبارة بمكان تنفيذ العمل وليس بالعمل في ذاته، لذلك يعتبر ملاحاً كل من الربان والمهندسين البحريين وضباط الملاحه وغيرهم ممن يقومون بالخدمة العامة في السفينة وهي في عرض البحر⁽²⁾، وبالتالي تنزع هذه الصفة عن البحار عند نزوله على ظهر السفينة بعد رسوها في الميناء.

وإذا ما سَلَّمنا بالتعاريف التي أشرنا إليها سابقاً وما سنشير إليه فيما سيأتي، فإن صفة البحار تطلق على الشخص الذي يشتغل على ظهر السفينة وهي في حالة حركة، وبالتالي فهو يخضع للقانون البحري، في حين أنه عندما ينزل من السفينة أو بعد رسوها في أحد الموانئ وحتى لا يبتعد من الحماية القانونية فإنه يخضع لقانون الشغل المطبق على اليابسة⁽³⁾، وهنا نتساءل عن مدى تمتيعه بصفة بحار عندما ينجز أشغاله في السفينة وهي راسية في أحد الموانئ؟

كما أن الفصل 4 من القانون التأديبي والجنائي للملاحة البحرية، وصف البحار مستعملاً مصطلح "ملاح" في فقرته الخامسة وفي إطاره تحديد لبعض المفاهيم بأنه "...وتطلق عبارة "ملاح" على جميع الأشخاص ذكوراً كانوا أم إناثاً المسجلين على القائمة سواء من أجل الخدمة على سطح السفينة أو في الآلات أو من أجل الخدمة العامة".

وبالبحار سواء كان ذكراً أو أنثى وحتى يكتسب هذه الصفة لابد أن تتوفر فيه شروط خاصة، قد لا تكون مطلوبة في أصناف أخرى من الأجراء بحيث تكون صفات تتناسب مع

(1)- يعرف المشرع اللبناني الملاح في المادة 128 من قانون التجارة البحرية بأنه: "كل شخص استخدم على متن سفينة للقيام برحلة بحرية".

(2)- يقصد بالخدمة في عرض البحر مجموع الأشغال المنجزة على ظهر السفينة، سواء كانت سائرة في البحر أو كانت راسية في ثغر من الثغور بل وإنها تشمل أيضاً الحالة التي ترسو فيها السفينة في بعض الخلجان المحمية من العواصف أو موانئ الرسو مدة تقل عن 24 ساعة دون أن ننسى المدة اللازمة لإنجاز الأعمال المتعلقة بسلامة السفينة أو برسوها أو بخدمة المسافرين أو بإيقاد الأنوار أو استخدام المحركات.

فريد الحاتمي، م.س، ص: 366.

(3)- Rezgallah Larbi Benmehdi, « Droit maritime », éd de L'ONDE, 2018, P : 56.

طبيعة العمل الذي يوكل إلى البحار، فعمل المهندس قد يؤديه كل من حصل على شهادة في هذا المجال، وعمل الطبيب نفس الشيء، وحتى الأجير الذي من صنف العمال قد لا تتطلب فيه شروط خاصة لأداء نوع معين من الأعمال.

وعليه فقد حدّد المشرع من خلال الفصل 167 المكرّر هذه الشروط، بحيث يسجل في سجل طاقم السفينة ووفقاً للأشكال التنظيمية فقط الأشخاص المعترف بقدرتهم البدنية على ممارسة مهنة بحار من طرف طبيب من القطاع العام أو طبيب خبير. إضافة إلى تلقّيهم لتكوين أساسي يمكنهم من تتبع وتنفيذ قواعد السلامة البحرية، والتعليمات المتعلقة بإنقاذ الأرواح البشرية في البحر وحماية الوسط البحري. وهذا بطبيعة الحال يبين أهمية توفر هذين الشرطين خاصة وأن الأمر لا ينحصر عند أداء عمل عادي فقط، بل قد يتعلق الأمر بغيره من الأشخاص بحيث يكون له دور أساسي في حماية حياتهم عند الضرورة⁽¹⁾.

وتسلم الشواهد الطبية التي تثبت القدرة البدنية للأشخاص الممارسين على متن السفن التجارية والتي ينص عليها الفصل 167 المكرر من قانون التجارة البحرية من طرف طبيب بالقطاع العام أو القطاع الخاص المعتمدين لهذا الغرض، من طرف السلطة الحكومية المكلفة بالملاحة البحرية، بعد استطلاع رأي السلطة الحكومية المكلفة بالصحة (المادة 8 من مرسوم 2 أكتوبر 2018)⁽²⁾.

كما يسلّم الاعتماد للأطباء المختصين في طب الشغل بناء على طلب منهم والمسجلين في جدول الهيئة الوطنية للطبّيات والأطباء الذين يتعهدون باحترام التوجيهات والمساطر المطبقة على رجال البحر فيما يتعلق بالاعتراف بالقدرة البدنية للقيام بمهمة بحار.

ويصنف البحارة حسب المهام الرئيسية الممارسة من طرفهم ومستوى المسؤولية التي يتحملونها على متن السفينة بين من يتولى الإدارة، أو التشغيل، أو الدعم، سواء تعلق الأمر بقسم السطح أو قسم المحركات (المادة 4 من مرسوم 2 أكتوبر 2018).

(1) - القدرة البدنية مطلوبة في البحار لأن عمله يختلف عن بعض الأعمال التي يمكن ممارستها على اليابسة، فبعض المواصفات لا يمكن قبولها في البحار مثلاً أن يكون من ذوي السمعة فهذا لا يستقيم وعمل البحار فوزنه الزائد قد يؤثر على أداء عمله بشكل جيد.

(2) - مرسوم رقم 2.17.788 صادر في 22 محرم 1440/2 أكتوبر 2018، يتعلق بتسليم الإجازات وشهادات الأهلية وبالشروط المطلوبة لممارسة مهنة بحار على متن السفن التجارية. ج.ر. عدد 6717، 5 صفر 1440/15 أكتوبر 2018، ص 8589.

الفقرة الثانية: شكل عقد الالتزام البحري

تأكيداً للخصوصية التي يتميز بها عقد الالتزام البحري⁽¹⁾ اشترط المشرع أن يتم إبرام هذا العقد كتابة كاستثناء من قاعدة الرضائية التي تميز أغلب عقود الشغل.

وعليه فإن عقد الالتزام البحري ، وإلى جانب عدد قليل من العقود وكما نصت على ذلك المادة 80 من مدونة الشغل، والمتعلقة بعقد الوكيل المتجول أو الممثل أو الوسيط في التجارة والصناعة (المادة 79 م ش).

وكذلك المادة 86 م ش بخصوص عقد المقاوله من الباطن والمادة 516 م ش وما يليها، والمتعلقة بتشغيل الأجانب والتي توجب أن تكون عقود شغلهم مطابقة للنموذج الذي تحدده السلطة الحكومية المكلفة بالشغل، فإن هذا العقد يبرم كتابة تطبيقاً للمادة 501 م ش، والتي تنص على أنه: "يحرر كتابة، العقد الذي يربط مقاوله التشغيل المؤقت بكل أجير من الأجراء الذين تم وضعهم رهن إشارة المستعمل". استلزم فيه المشرع أن يفرغ في قالب شكلي ليس من أجل إثباته، بل لأجل انعقاده⁽²⁾، بحيث لا يكون صحيحاً إلا إذا ورد في شكل معين ومتضمناً لمجموعة من الشروط والالتزامات، خاصة وأن السلطة الحكومية المكلفة بالملاحه يكون لها دور في إنشائه ومراقبة تنفيذه.

إذن كيف يكون شكل هذا العقد؟

(1)- يعرف عقد العمل البحري بأنه: "العقد الذي يلتزم بمقتضاه شخص بالعمل في سفينة مقابل أجر تحت إشراف مجهز أو ربان" (المادة 113 من القانون البحري المصري رقم 8 لسنة 1990)، ولا يلزم في هذا العمل أن يكون متصلاً بالملاحه البحرية، بل المهم أن يؤدي على ظهر السفينة، إذن فالعبارة هي بمكان العمل وليس بنوعه في تحديد طبيعة عقد العمل البحري وإسباغ صفة البحار على الشخص.

- مصطفى كمال طه، "القانون البحري"، دار الفكر الجامعي، 2007، ص: 41.

(2)- تنص المادة 115 من قانون العمل البحري المصري أنه: "لا يثبت عقد العمل البحري إلا بالكتابة، ومع ذلك يجوز للبحار وحده إثباته بجميع طرق الإثبات".

وعليه فالمشرع نص على أن العقد يجب أن يبرم كتابة وهذه الكتابة مشترطة للإثبات فحسب. فإذا لم يحرر العقد فلا يترتب على ذلك بطلانه، وإنما يؤدي ذلك إلى تعرض المجهز للعقاب. ويجوز للبحار في هذه الحالة إثباته بجميع طرق الإثبات، وذلك حرصاً من الشارع على حماية حقوق البحار خاصة وأن عدم كتابة العقد يكون مرجعه غالباً تقصير المجهز لا تقصير البحار.

- مصطفى كمال طه، م.س، ص: 215.

- محمد نصير محمد، "الوجيز في القانون البحري وفقاً للأنظمة المقارنة"، مكتبة القانون والاقتصاد، الرياض، 1433 هـ/ 2012 م، ص: 147.

يبرم عقد العمل البحري أو عقد الالتزام البحري وفق ما جاء به قانون التجارة البحرية في تنظيمه لهذا العقد، وحسب ما نص عليه الفصل 165 من نفس القانون، بين أحد مجهزي البواخر أو ممثله وبين أحد البحارة، ويخضع هذا العقد في إبرامه لشروط موضوعية عامة، وهي نفس الشروط المطلوبة في باقي العقود الأخرى من رضى وأهلية ومحل وسبب، إضافة إلى شروط نتناولها فيما سيأتي.

لكن قبل ذلك فالفصل 165 السابق أشار إلى أن عقد التزام البحار قد يبرم بين أحد مجهزي البواخر أو ممثله وهذا الأخير قد يكون هو ربان السفينة، وهو ما يتأكد من خلال ما ينص عليه الفصل 142 من قانون التجارة البحرية "يؤلف الربان طاقم السفينة ويختار النوتية وغيرهم من الملاحين ويتعاقد معهم ويبرم العقود اللازمة من أجل الرحلة".

ولكن قيام الربان بهذه المهام متوقف على موافقة المجهز متى كان هذا الأخير موجوداً في المكان أو ممثل فيه بوكيل⁽¹⁾. وهذا ما يثير التساؤل حول المركز القانوني لهذا الأخير؟

عرّف المشرع الربان ونظم الأحكام المتعلقة بمهامه ومسؤولياته من خلال الفصول 140 إلى الفصل 164 مكرّر من قانون التجارة البحرية.

جاء في الفصل 140 قانون التجارة البحرية: "كل ربان أو قائد أو رئيس مكلف بقيادة سفينة أو أي مركب آخر مسؤول عن أخطائه حتى الخفيفة منها في ممارسة مهامه".

ومما زاد في إثارة النقاش حول المركز القانوني للربان هو اعتباره من خلال بعض الفصول وكيلا عن المجهز⁽²⁾، مثاله الفصلين 160 و163 قانون التجارة البحرية⁽³⁾.

(1)- الفقرة الثانية من الفصل 142 قانون التجارة البحرية.

(2)- اعتبار الربان وكيلا عن المجهز نابع من كونه يتولى العديد من المسؤوليات نتيجة انفراده بتدبير أمور السفينة وكل من يوجد على ظهرها من عاملين وركاب أو بضائع وبالتالي يعود له أمر اتخاذ قرارات حفاظا على الرحلة البحرية. فهو رأس السفينة وسيدها كما اعتبره البعض، يمارس فعليا عملية القيادة، مما يجعله شخصا قانونيا لا يمكن مقارنته بأي شخص آخر.

- جان بيير بوربيه، "المطول في القانون البحري"، ترجمة سليم حداد، الجزء الأول، منشورات ألفا، 2018، ص: 644.

كما أن اعتباره وكيلا عن المجهز في نظر البعض أبعد عن الخضوع لتطبيق نظام الشغل البحري.

- فريد الحاتمي، "الوسيط في القانون البحري المغربي"، الجزء الأول، "السفينة وأشخاص الملاحة البحرية"، مطبعة دار النشر المغربية، 2000، ص: 365.

(3)- جاء في الفصل 160 قانون التجارة البحرية: "إن الاتفاقيات التي تبرم بين المجهز والربان بشأن المهمة التجارية المناطة بهذا الأخير بوصفه وكيلا عن المجهز يمكن أن تبرم بكيفية صحيحة بدون تدخل السلطة البحرية".

في حين أشار الفصل 150 قانون التجارة البحرية إلى كون الربان يعتبر في حالات ممثلاً للمجهز وكذلك الفصل 165 قانون التجارة البحرية والذي يتولى من خلاله إبرام عقد الالتزام يجري مع البحارة ويتولى مهمة اتخاذ القرارات نيابة عن المجهز وكذا توقيع العقوبات على المخالفات المرتكبة من طرف مستخدمي السفينة⁽¹⁾. وتمتد سلطاته إلى مراقبة البحار حتى خارج أوقات العمل بحيث يحدد الشروط التي يجب أن يلتزم بها البحار من أجل النزول إلى اليابسة⁽²⁾.

غير أنه بالرجوع إلى المادة 4 من مرسوم 2 أكتوبر 2018 السابق الإشارة إليه، نجده يصنف الربان ضمن فئة البحارة الذين يمارسون مهامهم على متن السفن التجارية، باعتباره الضابط المهندس الرئيس والذي يتولى مسؤولية الإدارة إلى جانب غيره من البحارة⁽³⁾. وقد عرفته المادة 3 من المرسوم "الربان: الضابط الذي يتولى قيادة السفينة".

جاء في الفصل 163 قانون التجارة البحرية: "إن تعويضات الربان الخارجة عن أجرته الثابتة تقبل الحجز بكاملها من أجل أداء المبالغ المستحقة ضده لفائدة المجهز بوصفه وكيلا عن هذا الأخير. أما الأجرة الثابتة فهي قابلة للحجز لنفس الأسباب ضمن الحدود المعينة في الفصلين 186 و187".

(1)- الفصل 143 قانون التجارة البحرية.

(2) - Pierre Bonassies, Christian Stapel, « Droit maritime », Op. cit, P : 212.

(3)- المادة 4 قانون التجارة البحرية تنص على أنه: "المهام الرئيسية الممارسة من قبل البحارة على متن السفن التجارية هي كالتالي:

مستوى المسؤولية	المهام الرئيسية على متن السفينة	
	قسم المحركات	قسم السطح
الإدارة	الضابط المهندس الرئيس	الربان
	الضابط المهندس الثاني	الضابط الأول
التشغيل	ضابط مسؤول عن الخفارة الهندسية	ضابط مسؤول عن الخفارة الملاحية
	ضابط التقنيات الإلكترونية	
الدعم	بحار محركات مؤهل	بحار سطح مؤهل
	بحار عضو في فريق الخفارة الهندسية	بحار عضو في فريق الخفارة الملاحية
	بحار تقنيات الإلكترونية	

وعلى أي، فإن الربان هو الشخص الذي يعينه المجهز ليتولى قيادة السفينة، لذلك يعتبر أهم أشخاص الملاحة البحرية وأساسها، خاصة وأن السفينة تقضي معظم وقتها في عرض البحر، فقد تكون أياماً وقد تستمر شهوراً، بعيداً عن تجهزها وعن السلطة العامة في الدولة⁽¹⁾. وبالتالي يعود للربان باعتباره المسؤول اتخاذ القرارات المناسبة بالنسبة لمصير السفينة وما تحمله من أشخاص وبضائع⁽²⁾.

وقبل صدور المرسوم أعلاه، حسم المجلس الأعلى⁽³⁾ (محكمة النقض حالياً) هذا الخلاف معتبراً أن العقد الرابط بين المجهز والربان هو عقد عمل وبالتالي يعتبر في أصله بحاراً ويخضع لالتزاماتهم في علاقته بالمجهز.

رجوعاً إلى ما سبق، تعد الكتابة ضرورية لأن العمل لا يتم إنجازه داخل حدود البلد الواحد، بل يتعداه إلى دول أخرى حين ترسو السفن في موانئها، وهذا بطبيعة الحال يتطلب التعرف على طاقم السفينة، ولن يتأتى ذلك إلا من خلال عقود عملهم.

كذلك من خلال كتابته يسهل إثباته وجميع الشروط المتعلقة به ومدى التزام البحار أو المجهز باحترامها من عدمه.

وخلافاً للقاعدة العامة في إبرام عقود الشغل والتي تجعل الأصل فيها الشفاهية، فالمشرع وبالنظر إلى خصوصية عقد الالتزام البحري، نص على وجوب إثبات بنود عقد الالتزام وشروطه أمام السلطة المكلفة بالشؤون البحرية وإلا فيكون باطلاً وملغى، وتضمن تلك البنود والشروط في سجل البحارة أو تلحق به.

وتعتبر الكتابة شرطاً لازماً في عقد العمل البحري لأنه يشتمل على العديد من الشروط التي تمثل التزامات أحد الطرفين، وتكون خاضعة لتأشير السلطة المكلفة بالشؤون البحرية⁽¹⁾، ما لم تكن مخالفة لمقتضيات النظام العام، وتضع عليها طابعها⁽²⁾.

(1)- محمد فريد العريني ومحمد السيد الفقي، "القانون البحري، السفينة، أشخاص الملاحة البحرية"، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى، 2011، ص: 241.

(2)- ينص الفصل 5 من القانون التأديبي والجنائي للملاحة التجارية أنه:
"للربان على جميع الأشخاص الموجودين على ظهر السفينة السلطة التي تقتضيها سلامة هذه الأخيرة، وسلامة الأشخاص الركاب فيها وحمولتها وحفظ السفينة والمحافظة على الأدوات وأخيراً نجاح الرحلة.

ويمكنه من أجل هذه الغاية أن يستعمل جميع وسائل الإكراه الضرورية وأن يطلب موازنة الأشخاص الركابيين.....".

(3)- قرار عدد 913 ملف اجتماعي عدد 1998/475.

وتتمثل هذه الشروط في ضرورة تضمين العقد مقتضيات تبين ما إذا أبرم لمدة معينة أو لمدة غير معينة أو للقيام برحلة واحدة⁽³⁾.

إضافة إلى الإشارة إلى:

- نوع الخدمة التي تعهد البحار القيام بها.
- تاريخ الشروع في مزاولة أشغاله.
- كيفية دفع الأجرة المتفق عليها بين المتعاقدين.
- مبلغ الأجرة الثابتة أو الأساس الذي يبني عليه مبلغ الأرباح التي تنوب البحار.
- المكان الذي يوقع فيه على العقد وتاريخ التوقيع⁽⁴⁾.

وبالنظر إلى أهمية الالتزامات السابق الإشارة إليها في الفقرة أعلاه ، يكون على السلطة المكلفة بمراقبة الملاحة البحرية، أن تتيقن من كون المتعاقدين على إدراك تام بما يتضمنه العقد من شروط، من خلال توجيه أسئلة إليهم بخصوص هذا الأمر، وقد يتم ذلك عن طريق قراءة العقد عليهم بصوت مرتفع، ويعتبر هذا تأكيداً للالتزامات المفروضة على كل طرف وتعهد بالقيام بما يتطلبه الأمر. وبالمقابل يكون لها - أي السلطة المكلفة - رفض التأشير على هذا العقد إذا كان فيه شرط أو بند يخالف النظام العام.

ويبقى من بين الشروط الخاصة والتي تجعل العقد صحيحاً، عدم وجود التزام سابق طبقاً لما ينص عليه الفصل 166 المكرر مرتين⁽⁵⁾.

بعد ذلك يتم التوقيع على العقد من الطرفين المجهز والبحار وفي حالة عدم معرفة أحدهما بالكتابة والتوقيع يشار إلى ذلك في العقد.

(1) - Pierre Bonassies, Christian Stapel, « Droit maritime », Op.cit, P : 208.

(2) - الفصل 172 قانون التجارة البحرية.

(3) - الفصل 168 قانون التجارة البحرية.

(4) - الفصل 169 قانون التجارة البحرية.

(5) - بخلاف عقد الالتزام البحري والذي يشترط لإبرامه عدم وجود التزام سابق وبالتالي عدم إمكانية العمل لدى تجهيز في نفس الوقت وهذا ينسجم مع طبيعة العمل البحري والذي يتم على ظهر السفينة، فإن المادة 6 من مدونة الشغل تخول للأجير العمل لدى مشغل واحد أو عدة مشغلين، هذا ما لم يوجد شرط يمنعه من ذلك.

وتطبيقاً للفصل 172 من المدونة البحرية فإن العقد إذا كان لا يحتوي على بند مخالف لمقتضيات النظام العام، فإن السلطة المكلفة بالشؤون البحرية تؤشر عليه وتضع عليه طابعها.

وعليه يكون المشرع قد جعل الكتابة شرطاً أساسياً لصحة عقد العمل البحري، حتى يتضمن الشروط التي نص عليها القانون المنظم، والتي بتخلفها يصبح العقد لاغياً وغير منتج لآثاره، وهذا ما قد ينعكس سلباً على حقوق البحار.

المبحث الثاني: طبيعة عقد العمل البحري والتزامات طرفيه أثناء تنفيذه

إذا كان إبرام عقد العمل البحري يتم وفق شكليات -تتناسب ومجال تنفيذه ووسيلته-، تجعله يتميز عن غيره من عقود العمل الأخرى، فهل ينعكس ذلك على تحديد طبيعته، أم يبقى خاضعا لإرادة طرفيه، أولاً، وهل يؤثر على التزامات هذين الأخيرين أم تبقى التزامات تتميز بطابع الازدواجية، بحيث تحدد من خلال ما تنص عليه مدونة الشغل، وكذلك قانون التجارة البحرية.

الفقرة الأولى: طبيعة عقد العمل البحري

غيره من عقود العمل الأخرى يبرم عقد العمل البحري، إما لمدة محدّدة، أو غير محدّدة، أو للقيام برحلة واحدة، وفق ما جاء به الفصل 168 من قانون التجارة البحرية: "يجب أن يتضمن عقد الاستخدام مقتضيات تبين ما إذا أبرمت هذه العقدة لمدة معينة أو لمدة غير معينة أو للقيام برحلة واحدة".

عقد العمل البحري بهذا الشكل يشبه عقد العمل العادي، حسب ما نصت عليه المادة 16 من مدونة الشغل: "يبرم عقد الشغل لمدة غير محددة، أو لمدة محددة، أو لإنجاز شغل معين.

يمكن إبرام عقد الشغل محدد المدة في الحالات التي لا يمكن أن تكون فيها علاقة الشغل غير محددة المدة.

وتنحصر حالات إبرام عقد الشغل محدد المدة فيما يلي:

- إحلال أجير محل أجير آخر في حالة توقف عقد شغل هذا الأخير، ما لم يكن التوقف ناتجا عن الإضراب؛

- ازدياد نشاط المقاوله بكيفية مؤقتة؛

- إذا كان الشغل ذا طبيعة موسمية.

يمكن إبرام عقد الشغل محدد المدة في بعض القطاعات والحالات الاستثنائية التي تحدد بموجب نص تنظيمي بعد استشارة المنظمات المهنية للمشغلين والمنظمات النقابية للأجراء الأكثر تمثيلا أو بمقتضى اتفاقية شغل جماعية".

الملاحظ أن الفصل 168 قانون التجارة البحرية قد جاء واضحاً في بيان طبيعة العقد الذي قد يربط المجهز والبحار، وحصره في ثلاث أصناف إما محدّدة أو غير محدّدة أو لرحلة واحدة. وهذا ما يبين أنه ترك للطرفين اختيار الشكل الذي يتناسب ورغبتهما.

وتجدر الإشارة في هذا الخصوص، بكون فئة البحارة يخضعون في ممارسة عملهم لمدونة الشغل كذلك، حسب ما أشارت إليه المادة 3 منها، وبالتالي نتساءل بخصوص هذا الأمر، هل يمكن إعمال مقتضيات المادة 16 من المدونة إذا ما كانت أكثر فائدة لهؤلاء، وإمكانية إبرام عقود شغل وفق ما تنص عليه المادة، طالما أن قانون التجارة البحرية حصر إبرامه في ثلاث حالات، دون إمكانية الخروج عن هذه المقتضيات، وإلاّ كان العقد باطلاً، لأن تحديد مدة العقد من الشكليات الواجب الإشارة إليها في عقد العمل البحري المعتمدة لصحته.

وعلى هذا الأساس، فإن إعمال المادة 168 قانون التجارة البحرية تضيع على البحارة فرصة إثبات علاقة الشغل، وكذلك بيان طبيعة العقد وفق ما تنص عليه المادة 18 من مدونة الشغل، والتي تترك الحرية للإثبات بكل الوسائل، ما دام العقد يتم كتابة ويتضمن تحديداً طبيعة العقد وفق ما تم الاتفاق عليه بين الطرفين، مع احترام مقتضيات الفصل 168 قانون التجارة البحرية، خاصة وأن الأصل هو العقد غير المحدّد المدة والاستثناء هو العقد المحدّد المدة.

ورغم وضوح الفصل 168 قانون التجارة البحرية من حيث صياغته، فإن التطبيق العملي قد يثير بعض اللبس، خاصة وأن العمل البحري يتميز بخصوصيات تؤثر على تحديد طبيعته⁽¹⁾، فهل تنفيذ العقد يقتصر فقط على العمل الذي يؤديه البحار على ظهر السفينة، أي عند إبحارها، أم أنه يمتد إلى الأعمال التي قد يجرها البحار على اليابسة، وتكون لفائدة السفينة، أو حتى عند توقف عقده خلال توقف السفينة في انتظار الاستعداد للرحلة الموالية؟

(1)- تظهر الخصوصية في عقد الالتزام البحري خاصة ما تعلّق بالكتابة ومدى انعكاسها على تحديد طبيعته في حكم صادر عن محكمة الاستئناف بأكاير عدد 2460 بتاريخ 04 يوليوز 2014 في الملف الاجتماعي عدد 2013/790، علّق عليه محمد طيفوري في مقاله، إشكالية طبيعة عقد الشغل البحري. سلسلة دراسات وأبحاث، العدد 11، المنازعات الاجتماعية، الجزء الأول، ص 163 وما يليها.

إن العبرة في العمل البحري كما أشرنا سابقاً أن يتم على ظهر السفينة، سواء كانت في عرض البحر أو راسية في الميناء، بحيث يبقى البحار ملزماً بالبقاء على ظهر السفينة إلا إذا رخص له بمغادرتها في مكان محل إقامته العائلية.

وإذا كان المشرع قد نص على شكلية إبرام عقد العمل البحري وأخضع تحديد طبيعته للإرادة الحرة للأطراف، فإن المجهز سيكون مناسباً له وعلى الرغم من الإجراءات المرافقة لإبرام العقد، من وجوب تضمين شروط معينة وإخضاعه لرقابة الجهات المعنية وتأشيرها عليه، أن يبرم عقوداً لرحلة واحدة رغم ضرورة احترامه للشكليات المنصوص عليها في الفصول من 168 وما يليها، ويبقى العقد في هذه الحالة عقداً مؤقتاً رغم توالي العقود المبرمة لرحلات متتالية دون إمكانية الاستفادة من تحول العقد من مؤقت أو محدد إلى عقد غير محدد.

الفقرة الثانية: التزامات طرفي العقد

يتضمن عقد العمل البحري كغيره من العقود، وعلى اعتبار كونه من العقود التبادلية وعقود المعاوضة التزامات متبادلة بين طرفين، فالبحار يقدم عملاً والمجهز يؤدي مقابل هذا العمل، مع كل ما ينتجه هذا العقد من آثار. ولهذا سنحاول التعرض إلى التزامات كل طرف من الطرفين.

أولاً: التزامات البحار

نصّ المشرع على مجموع الالتزامات التي يتعهد بها البحار بعد حمله لهذه الصفة من خلال الفصل 173 وما يليه من قانون التجارة البحرية. تبدأ بالتحاقه بالباخرة التي سيعمل فيها في اليوم والساعة التي يعينها المجهز أو ممثله أو الربان. وكذلك ألا يغادرها إلا بعد حصوله على الإذن بالمغادرة.

وفي هذا الإطار فإنه يلتزم بالامتثال لأوامر وتعليمات مشغله ورؤسائه وبذل العناية اللازمة في أداء العمل المنوط به⁽¹⁾، وفي إطار ما تم الاتفاق عليه، بحيث لا يمكن إجباره على أداء عمل منوط بطبقة أخرى من البحارة غير التي ينتهي إليها، ما لم تكن هناك اتفاقية تنص على خلاف ذلك، أو تعلق الأمر بظروف القاهرة، أو تكون هناك حالة خطر بالنسبة للباخرة أو

(1) - L'article 20 du code de travail maritime français énonce que le marin est tenu d'obéir aux ordres de ses supérieurs concernant le service du navire, et d'avoir soin du navire et de la cargaison il doit être sobre, respectueux envers ses supérieurs et s'abstenir de toutes paroles grossières à l'égard de toute personne à bord ».

المسافرين أو البضائع، بحيث يتعين عليه القيام بما يلزم لتخليص الباخرة أو بقاياها أو انتشال أشياء غرقت أو للمحافظة على ما تحمله من بضائع.

كما يلتزم البحار وفي إطار تنفيذ عمله بحسن نية⁽¹⁾، عدم نقل سلع لحسابه الشخصي أي استغلال السفينة لأعماله الشخصية، ما لم يتم النص على ذلك في العقد، أو حصوله على إذن بذلك من مجهز الباخرة. وفي حالة المخالفة يتحمل المسؤولية في حدود ما نص عليه الفصل 176 ق.ب، بحيث يكون للربان الحق في رمي البضاعة إلى البحر أو شل فاعليتها إذا كانت من البضائع الخطرة أو مصادرتها.

وعدم الالتزام بالمقتضيات التي يفرضها العمل والتي يكلف بها البحارة، تستلزم توقيع الجزاءات المناسبة ضمانا لسلامة السفينة ومستعمليها.

وتعتبر مخالفات تأديبية تكون سببا لتوقيع جزاءات على البحار ارتكابه الأفعال الآتية:

أولاً: عدم الطاعة البسيط والتهاون في استلام العمل أو في تنفيذ عمل يتعلق بخدمة السفينة، والتخلف عن النوبة في الخدمة أو قلة اليقظة أثناء التكلف بقبضة الدفة أو الحراسة.

ثانياً: السكر بدون تشويش والمتاجرات بين الملاحين أو المسافرين وقلة الاحترام نحو الرؤساء.

ثالثاً: التغيب عن ظهر السفينة بدون إذن إذا لم يتجاوز التغيب ثلاثة أيام والإقامة في اليابسة بطريقة غير مشروعة ومخالفة التعليمات المقررة على ظهر السفينة بشأن إشعال الأنوار واستعمال الزوارق إلخ....

وبالنسبة للعقوبات المقررة بخصوص هذه المخالفات فقد نص عليها الفصل 15 من القانون التأديبي والجنائي للملاحة البحرية وميز فيها بين الملاحين والضباط.

فبالنسبة للملاحين وبحسب الترتيب الهابط في الشدة تتحدد في:

- الحبس في اليابسة لمدة أربعة أيام على الأكثر في محلات تأديبية منفصلة عن المحلات الخاصة بالمحكوم عليهم بمقتضى القوانين العادية.

(1)- التزاما بما ينص عليه الفصل 231 قانون الالتزامات والعقود.

- الحبس في غرفة على ظهر السفينة مدة يومين على الأكثر ما لم يتعلق الأمر بقضية يمكن أن تترتب عليها آثار خطيرة.

- الاقتطاع من الأجر على ألا يتجاوز هذا الاقتطاع ربع أجرة أو حصة الملاح المعاقب.

- المنع من مغادرة السفينة مدة أربعة أيام على الأكثر.

أما بالنسبة للضباط فتتمثل هذه العقوبات في:

أ- التوقيف الجبري داخل الغرفة.

ب- الاقتطاع من الأجر على ألا يتجاوز الاقتطاع ربع الأجر الشهري.

ج- التوقيف البسيط مع متابعة الخدمة.

الملاحظ في هذه العقوبات هو تقرير عقوبة تتعلق بالاقتطاع من الأجر وهذا يخالف ما تعتمد مدونة الشغل والتي لا تنص على مثل هذا الاقتطاع كعقوبة تأديبية، باعتباره يمس الأجير في مورد رزقه، بحيث تتحدد العقوبة في المدونة بالتوقيف لمدة لا تزيد على 8 أيام وهذا يستتبع عدم أداء الأجر، كمقابل لعدم أداء العمل.

فهل يمكن للبحار في هذه الحالة الاحتجاج على هذا المقتضى والرجوع إلى ما تنص عليه مدونة الشغل من عقوبات تأديبية في المادة 37 منها باعتبارها الأكثر فائدة في التطبيق عليه بهذا الخصوص، وتأكيدا لما تنص عليه المادة 3 منها؟

ثانيا: التزامات المجهز

في مقابل التزامات البحار، فإن المشرع فرض على المجهز مجموعة من الالتزامات اتجاه هؤلاء، تتمثل في:

- دفع الأجور المقابلة للعمل المؤدى، كما هي محدّدة سابقا دون أن يكون له الحق في إجراء أي اقتطاع يتضرر منه البحار، إلا ما تم الاتفاق عليه من قبل. ويبقى أجر البحارة ثابتا ولا يتم التخفيض منه ولو تم اختصار المدة التي يستغرقها البحارة في مدة السفر إذا كان هذا الاختصار راجع إلى قرار صادر عن صاحب الباخرة.

- توفير الإيواء للبحارة والطعام وفق ما تنص عليه المقتضيات القانونية، وما يتم الاتفاق عليه في العقد، طالما أن العمل يتم على ظهر السفينة وفي معزل عن اليابسة.

- تقديم العلاج للبحار في حالة إصابته بجرح أثناء مزاوله خدمته على ظهر السفينة أو عند إصابته بمرض خلال مدة ركوبه. نفس الأمر بالنسبة للبحار الذي يصاب بمرض بعد نزوله من السفينة وقبل عودته إليها، إذا ما أثبت أنه أصيب بالمرض أثناء مزاولته لعمله على متن السفينة (الفصل 189 قانون التجارة البحرية).

- خلافا لما تنص عليه الفصول 189 و190 و190 مكرر والتي تجعل علاج البحار قائما على نفقة مالك السفينة، فإن المشرع قد أعفى الشركات التي لا تشغل إلا البواخر المجهزة للملاحة الساحلية والتي تقل حمولتها الإجمالية عن 25 طنا، ولا على الشركات التي لا تشغل إلا بواخر مجهزة للصيد الصغير، من الخضوع لمقتضيات الفصول السابق الإشارة إليها وأحال على القوانين الخاصة بحوادث الشغل فيما يخص مسؤوليتها عن الحوادث التي تصيب البحارة العاملين في بواخرها أثناء خدمتهم (الفصل 190 المكرر مرتين). أي على القوانين المتعلقة بالتأمين عن حوادث الشغل، حيث تنص المادة 6 من القانون رقم 12-18 المتعلق بالتعويض عن حوادث الشغل في فقرتها الرابعة على أنه:

"يستفيد أيضا من أحكام هذا القانون:

-1

-2

-3

-4- البحارة المتوفرون على البطاقة، وذلك طبقا للنصوص التشريعية والتنظيمية الجاري

بها العمل ...".

المبحث الثالث: انقضاء عقد الالتزام البحري و آثاره

عقد العمل البحري كغيره من العقود وسواء تم إبرامه لمدة محدّدة أو غير محدّدة أو لرحلة واحدة، قد ينتهي لمجموعة من الأسباب سواء تعلّقت بطبيعة العقد أو تعلقت بإرادة طرفيه معاً أو أحدهما فقط، وكيفما كانت طريقة إنهائه، فإنها ترتب آثاراً معينة نعرف عليها من خلال ما سيأتي.

الفقرة الأولى: انقضاء عقد الالتزام البحري

نظم المشرع الأحكام المتعلقة بانتهاء عقد العمل البحري من خلال الفصول من 195 إلى 198 قانون التجارة البحرية. وكغيرها من العقود فالانتهاء يكون إما بالنظر إلى نوع العقد الرابط بين الطرفين أي محدّد المدة، أو غير محدّد المدة بحيث هناك أسباب مشتركة بينهم وأخرى خاصة بكل واحد منهم أو بإرادة أطرافه أو لأسباب خارجة عن إرادتهما.

وفي إطار الحديث عن الأحكام المتعلقة بانتهاء عقد العمل البحري، يمكننا التساؤل حول إمكانية إعمال قواعد الإنهاء المضمنة بمدونة الشغل باعتبارها الشريعة العامة لعلاقات الشغل؟ وتطبيقاً لما جاءت به المادة 3 منها؟

وسواء بالاعتماد على ما جاء به قانون التجارة البحرية من مقتضيات، أو ما تنص عليه مدونة الشغل، فالأمر واضح بالنسبة للإنهاء، لأسباب خاصة بكل عقد، فإذا تعلّق هذا الإنهاء بعقد محدّد المدة، فإنه ينتهي بانتهاء مدته أو أجله، في حين ينتهي العقد المبرم لرحلة بحرية واحدة أو أكثر بانتهاء الرحلة البحرية، ولا ينتج أي أثر عن هذا الإنهاء، ما لم يكن قد تم - أي الانتهاء- قبل بدء الرحلة أو قبل حلول أجل انتهائه.

في حين تبقى هناك أسباب مشتركة للانتهاء بالنسبة لجميع أنواع هذه العقود، فتكون إما لأسباب خاصة بالبحار أو بالمجهر أو خارجه عن إرادتهما.

أولاً: أسباب الإنهاء الخاصة بالبحار

تقع على عاتق البحار والمجهر مجموعة من الالتزامات من أجل حسن تنفيذ عقد العمل البحري، غير أنه قد ترتكب أخطاء من هذا الطرف أو ذاك تكون نتيجتها انتهاء هذا العقد، سواء عن طريق فسخه من أحد طرفيه لعدم تقييد الطرف الآخر بالتزاماته، أو بطرد المجهر للبحار لارتكابه خطأ جسيماً.

- وقد نص المشرع من خلال الفصل 198 قانون التجارة البحرية ، على عدد من الحالات واعتبرها أسباباً مشروعة لطرد البحار سواء صدر هذا الطرد عن المجهز أو الربان، ومنها:
- عدم حضور البحار في الوقت المحدد للصعود للباخرة بعد الاستدعاء الأول الموجه إليه من المجهز أو ممثله.
 - إذا كانت الباخرة على أهبة الإقلاع ووقع القبض على أحد بحارتها لاتهامه بجناية أو جنحة أو إذا سجن مدة تزيد على خمسة أيام وكانت الباخرة راسية.
 - عدم الامتثال للأوامر إذا ما اعتبر ذلك بمثابة مخالفة لقواعد التأديب.
 - إذا ثبت على البحار أنه كان في حالة سكر ثلاث مرات على الأقل، واعتبر ذلك مخالفة لقواعد التأديب بالنسبة للقوانين التأديبية الجاري بها العمل.
 - تغيب البحار عن الباخرة بدون سبب مدة تزيد على ثلاثة أيام.
 - إذا تغيب البحار طيلة المدة الفاصلة بين الوقت اللازم للبدء في عمليات الإقلاع ووقت الانتهاء منها، وإذا غادر الباخرة وهو محكوم عليه بالسجن فيها.
 - إذا تعذر على البحار استئناف أشغاله لتبرئ الباخرة للإقلاع وكان هذا التعذر نتيجة إصابته بجروح أو مرض مهما كان سببه.
 - إذا تم غنم الباخرة أو غرقت أو أصبحت غير صالحة للملاحة، ما لم يوجد اتفاق مخالف وأيضا إذا فسخت العقدة من طرف المكثرين في حالة اكتراء باخرة لنقل السلع.
- ويدخل في إطار الأسباب المؤدية إلى إنهاء عقد العمل البحري والتي ترجع إلى البحار تلك المتعلقة بوفاته، فحسب الفصل 195 قانون التجارة البحرية ، إذا توفي البحار فإن العقد ينتهي كيفما كانت مدته. وقد تعرّض الفصل 197 قانون التجارة البحرية ، إلى الآثار المترتبة عن الوفاة خلال المدة المتفق عليها في العقد والخاصة بالأجر الواجب له والذي يؤدي لورثته من بعده.

إضافة إلى ما سبق نجد الحالة التي أشار إليها الفصل 201 مكرّر مرتين من قانون التجارة البحرية، حيث إنه إذا ما أثبت البحار للمجهز أو لممثله أن بإمكانه الحصول على قيادة سفينة أو منصب ضابط أو ضابط ميكانيكي أو على أي منصب آخر أعلى من المنصب الذي يشغله، أو أن له في ذهابه فائدة كبرى إثر ظروف طرأت منذ استخدامه فإنه يجوز له طلب

تسريحه بشرط أن يقدم شخصاً مقتدرًا يقبله المجهز أو ممثله ليقوم مقامه دون أن يكلف ذلك المجهز صوائر جديدة.

ثانياً: أسباب الإنهاء من جانب المجهز

قد يعود السبب في إنهاء عقد العمل البحري للمجهز عند ارتكابه لفعل ينم عن عدم احترامه للالتزاماته، وعدم تنفيذها وفق المقتضيات التي يفرضها القانون، مما يسمح للبحار بفسخ عقد عمله وبالتالي إنهائه.

وإذا كان المشرع قد اعتبر أن فسخ العقد من جانب البحار بدون سبب مشروع مبرراً لاستحقاق المجهز لتعويض عن ذلك حسب الفصل 201 قانون التجارة البحرية، فإنه وفي نفس الفصل أشار إلى الأسباب المشروعة والتي يمكن للبحار الاعتماد عليها من أجل فسخ عقد عمله دون أن يكون مطالباً بأي تعويض اتجاه مشغله (المجهز) ومنها:

1- إذا لم يتسلم أجرته في الأوقات وضمن الكيفيات المحددة في القانون أو في العقدة.

2- إذا تعدى الرّبان حدود سلطته إزاءه وكان هذا التعدي قد أثبت وعوقب الرّبان عليه طبق القوانين التأديبية والجنائية الجاري بها العمل.

3- إذا استدعي إلى الجندية أو انخرط في الجيوش البرية أو البحرية أو الجوية.

وسواء تم الفسخ من البحار أو المجهز، فإنه يكون لزاماً احترام الإجراءات المنصوص عليها في الفصل 201 المكرّر، خاصة إذا تعلّق الأمر بعقد مبرم لمدة غير محددة بحيث لا يباشر هذا الفسخ إلاّ عند انصرام أجل سابق للإعلام المحدّد في العقد طبقاً للفصل 168 قانون التجارة البحرية⁽¹⁾.

(1)- ينص الفصل 168 على أنه:

"يجب أن تتضمن عقدة الاستخدام مقتضيات تبين ما إذا أبرمت هذه العقدة لمدة معينة أو لمدة غير معينة أو للقيام برحلة واحدة.

وإذا أبرم الاستخدام لمدة غير معينة فيجب أن يعين لزوماً في العقدة أجل سابق للإعلام الواجب مراعاته في حالة فسخ هذه العقدة من لدن أحد الطرفين، ويطبق هذا الأجل نفسه على كلا الطرفين دون أن يقل أمدّه عن يوم واحد من أيام العمل.

ويجب أن يبلغ سابق للإعلام كتابة، ويمكن أن يكون إما في شكل رسالة مضمونة الوصول وإما في رسالة عادية تسلم إذ ذاك نسخة منها إلى السلطة البحرية أو القنصلية وإما إعلام كتابي يسلم بمحضر شاهدين.

وإن كانت العقدة قد تمت للقيام بسفرة واحدة فمن اللازم أن يشار فيها إلى اسم الميناء أو الموانئ التي تنتهي فيها السفرة.

كما يتوقف فسخ العقد المبرم لمدة غير محدّدة خارج الموانئ المغربية على الحصول على إذن من السلطة البحرية أو القنصلية المغربية إذا ما كانت هناك أحوال تعرّض الملاحة أو سلامة السفينة للخطر.

الفقرة الثانية: مسطرة الفصل وأثارها

بالرجوع إلى ما ينص عليه ظهير 31 مارس 1919، فإنه لم يشر إلى أي مقتضى يتعلق بمسطرة الفصل أو بالإجراءات الواجب احترامها قبل فصل الأجير البحار من عمله، مثل ما هي مضمنة بمدونة الشغل.

وعليه، فبالرجوع إلى الفصل 205 المكرر من قانون التجارة البحرية وما يليه من حيث احترام إجراءات معينة، تتمثل في أنه في حالة نشوء نزاع بين المجهز أو ممثله والبحار باستثناء الرّبان، والتي يكون موضوعها التزام بحري، يتم رفعها إلى السلطة المكلفة بالشؤون البحرية لإجراء محاولة للصلح واعتبرها المشرع بمثابة محاولة الصلح التي يجرمها قاضي الصلح طبق القوانين العامة الجاري بها العمل.

ونتائج هذه المسطرة أشار إليها الفصل 205 المكرر ثلاث مرات. وعليه، فإذا لم يحضر الطرفان من تلقاء نفسيهما أمام السلطة البحرية من أجل الصلح فإن هذه الأخيرة تستدعيهما بالطريق الإداري، فإذا تمت المصالحة يتم تحرير تقرير من طرف السلطة البحرية تضمن فيه الشروط التي وقعت عليها المصالحة، ويكون هذا التقرير بمثابة عقدة جديدة لتنظيم العلاقة الرابطة بين الطرفين.

أما في حالة فشل محاولة الصلح فإنها تحرر تقريراً بذلك تسلم نسخة منه إلى المدعي تحتوي على إذن يسمح له باستدعاء خصمه أمام المحكمة.

وعلى اعتبار أن ظهير 31 مارس 1919 قد صدر منذ فترة طويلة المسطرة الواجب اتباعها ورغم إمكانية إعمالها في الوقت الراهن في النزاعات الناشئة بين المجهز والبحارة، فإن صدور مدونة الشغل سنة 2004 وببسطها لأحكامها على الأجراء البحارة من خلال المادة 3 منها، يدفع

وفي الحالة التي لا يتيسر فيها تحديد مدة السفر على وجه التقريب فينبغي تحديد أقصى مدة يمكن للبحار عند انقضائها أن يطلب مغادرة الباخرة في أول ميناء من موانئ إفراغ البضائع في أوروبا أو في إفريقيا الشمالية ولو لم يكن السفر قد انتهى بعد".

إلى التساؤل حول المسطرة الأفيد في الاتباع بالنسبة لفصل البحار، من حيث وجوب الاعتماد على ما تضمنته المادة 62 وما يليها، أو احترام مسطرة الفصل مثل ما هي مضمنة بهذه المواد.

أكدت العديد من القرارات الصادرة عن محكمة النقض (المجلس الأعلى سابقا)، ضرورة احترام مسطرة الاستماع قبل فصل الأجير ولو ارتكب خطأ جسيما، فهل تماثل هذه المسطرة مسطرة الصلح التي يتم إجراؤها أمام السلطة البحرية؟

حماية مصلحة البحار باعتباره أجيراً في أصله، تستوجب أعمال المسطرة التي تحقق له أكبر فائدة ممكنة وهي كما سبقت الإشارة مسطرة الاستماع حسب ما جاءت به المادة 62 وما بعدها من مدونة الشغل. فاللجوء إلى مسطرة الاستماع، لا يتعلق فقط بالفصل الذي يطال الأجير لارتكابه خطأ جسيما، بل كذلك تتم في حالة ارتكابه لأحد الأخطاء التأديبية المنصوص عليها في الفقرتين الثالثة والرابعة من المادة 37 من مدونة الشغل.

وعليه فالمجهز ملزم باستدعاء البحار، قبل فصله أو قبل توقيع العقوبة عليه إلى جلسة الاستماع داخل أجل ثمانية أيام من تاريخ تبين ارتكابه للخطأ.

الفقرة الثالثة: الآثار الناتجة عن انقضاء عقد العمل البحري

تتمثل الآثار المترتبة عن إنهاء عقد العمل البحري في المستحقات الواجبة للبحار أو ورثته عند وفاته، وبيان الحالات التي يستفيد فيها من هذه المستحقات.

ففي حالة وفاة البحار، وكانت هذه الوفاة خلال المدة المتفق عليها في العقد، وكان يتقاضى أجره شهريا، فإن هذا الأجر يدفع لورثته ويحسب مبلغه إلى يوم وفاته، طبقا لما ينص عليه الفصل 197 قانون التجارة البحرية.

وفي نفس الإطار، يجب التمييز بين حالة الوفاة العادية التي تقع للبحار أثناء سفره سواء لمدة واحدة ذهابا من غير إياب، بحيث يستحق ورثته كافة الأجرة وكامل الحظ الذي ينوبه من الأرباح أو كان السفر ذهابا وإيابا أو في الميناء، عندئذ يستحق الورثة نصف أجرته ونصف ما ينوبه من الأرباح، في حين إذا توفي وهو راجع من السفر فيسلم لورثته الأجر بكامله.

وبين الحالة التي يتوفى فيها البحار دفاعا عن الباخرة أو ضحى بنفسه من أجل نجاتها، وهنا يؤدي الأجر للورثة عن كافة مدة السفر إذا وصلت الباخرة سالمة، أو إلى يوم انقطاع

البحارة عن العمل إذا غرقت السفينة أو وقع غنمها، أو أصبحت غير قادرة على متابعة سيرها دون نظر إلى الشكل الذي أبرم عليه عقد العمل.

وإذا انقطع السفر لسبب خارج عن إرادة البحار خاصة، فيكون لهذا الأخير نصيب من التعويضات المحكوم بها لصاحب الباخرة⁽¹⁾، طالما أن البحار كان تحت إمرة مشغله ومستعداً للوفاء بالتزاماته.

أما إذا كانت هناك قوة القاهرة حالت دون القيام بالسفر فلا يستحق البحار أي تعويض باستثناء ما يستحقه عن الأيام التي اشتغل أثناءها في الباخرة. غير أن القوة القاهرة قد تقع بعد البدء في السفر، في هذه الحالة فإن البحار الذي يتقاضى أجره شهرياً أو عن مدة السفر يدفع له الأجر بحسب مبلغه إلى يوم الانقطاع عن العمل، في حين أن الذي يتقاضى أجره من الأرباح أو من ثمن النقل فيحصل على نصيب من الأرباح أو من ثمن النقل المحصل عليه أثناء المرحلة التي قطعتها السفينة⁽²⁾.

غير أنه إذا وقع غنم الباخرة أو غرقت أو صرّح بعدم إمكانها متابعة السير، فيجوز للمحاكم إما إلغاء أجور البحارة أو التخفيض منها، متى ثبت أن ضياع الباخرة قد نتج عن خطأ البحارة أو عن تهاونهم أو عن عدم بذلهم الجهد المستطاع لتخليص الباخرة والمسافرين والسلع أو لإنقاذ ما بقي من الباخرة⁽³⁾.

وإذا منحت التعويضات على يد الحكومات أو السلطات الإدارية أو القضائية لفائدة صاحب الباخرة مقابل ما لحقه من ضرر فإن قسماً من هذه التعويضات يخصص للبحارة الذين طبقت في حقهم الأحكام أعلاه والذين لم يتسلموا كافة الأجرة التي كانوا يستحقونها عن مدة السفر المظنونة⁽⁴⁾.

ومهما يكن فعقد العمل البحري أو عقد الالتزام البحري كما يسميه المشرع المغربي تبقى له خصوصيته التي تميزه عن عقد الشغل في غيره من القطاعات، بالنظر إلى المكان الذي ينفذ

(1)- الفصل 202 قانون التجارة البحرية.

(2)- الفصل 203 و204 قانون التجارة البحرية.

(3)- الفصل 20، قانون التجارة البحرية.

(4)- الفصل 205 قانون التجارة البحرية.

فيه هذا العقد والبعيد عن اليابسة، مما ينعكس على شكله وطبيعته وحتى على الأشخاص المؤهلين للقيام بعمل البحار، مما يزيد من صعوبة تناوله بالدراسة.

لذلك يكون حريا بالمشرع التدخل لأجل إصدار مدونة بحرية جديدة -وليس فقط التدخل عن طريق تعديلات بسيطة- تتماشى والتطورات التي تعرفها علاقات الشغل بصفة عامة. والعمل في البحر باختلاف فئاته ووسائله بصفة خاصة.

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

﴿اللَّهُ الَّذِي سَخَّرَ لَكُمُ الْبَحْرَ لِتَجْرِيَ الْفُلَا فِيهِ بِأَمْرِهِ وَلِتَبْتَغُوا
مِنْ فَضْلِهِ وَلَعَلَّكُمْ تَشْكُرُونَ﴾ صَدَقَ اللَّهُ الْعَظِيمُ

[سورة الجاثية، الآية 12]

Publications de la faculté des sciences juridiques, économiques et sociales

Laboratoire : Droit et société

Sérié : Livres en Droit et société

" 2 "

**Droit du commerce maritime marocain
cent ans après :
Défis interne et conjoncture internationale**

Comité scientifique:

- Dr/ Mohamed EL GACHBOUR. Ancien professeur d'enseignement supérieur; et avocat à l'Ordre des avocats au barreau de Casablanca.
- Dr/ Lahoussine BELLOUCH. Professeur d'enseignement supérieur (fsjes Agadir).
- Dr/ Ahmed ID EL FKIH . Ancien professeur d'enseignement supérieur; et avocat à l'Ordre des avocats près les cours d'appel d'Agadir, Gulmim et de Laayoune.
- Dr / Bouchra JDAINI. Professeur d'enseignement supérieur (fsjes Agadir).
- Dr / Halima LAMEGHARI. Professeur habilité (fsjes El jadida).
- Dr / Mohamed EL ALAMI. Professeur habilité (fsjes Agadir).

Ouvrage collectif

Table des matières		Pages
Préface		1
Assurance maritime des marchandises transportées: perspectives d'avenir Dr .MERBOUH Kaoutar		3-17
Affrètement ou transport, une amphibologie en droit marocain Dr. Abdeljebbar KARIMI		18-31
Destinataires, transporteurs et assureurs bénéficiaires de l'application des Règles de Hambourg au Maroc Dr. Mohamed LAAZIZI		32-52
L'application Des Dispositions Du Code Du Travail Aux Marins : Analyse De L'article 3 Du Code Du Travail A La Lumière De La Doctrine Et La Jurisprudence Marocaine Et Etrangère Pr. Khalid Hilal		53-77
L'infraction pénale maritime :particularisme et efficence de réglementation pénale Pr. YAZIDI ALAOUI Brahim		78-95
الصفحات	فهرس الكتاب	
3-1	د. عبد الرزاق أيوب	تقديم للكتاب
49-4	د. عبد الرزاق أيوب	الإعفاء القانوني من مسؤولية الناقل البحري للبضائع في ضوء القانون والاتفاقيات الدولية
93-50	د. بدر بن عبد الله بن راشد الرحبي	الإخطار في دعوى مسؤولية الناقل البحري للبضائع: دراسة مقارنة بين الاتفاقيات الدولية والقانون البحري المغربي
111-94	د. كمال بلحركة د. سعيد العيطوني	دور الاتفاقيات الدولية في تطوير قواعد مدونة التجارة البحرية
132-112	ذ. عبد العزيز اليازيدي	خصوصيات دعوى المسؤولية الناشئة عن عقد النقل البحري للبضائع
154-133	د. أبو ياسين اسماعيل	أساس التزام المرسل إليه بشرط التحكيم بالإحالة
174-155	د. سعد بهتي	شرط التحكيم في عقد النقل البحري بين الامتداد والانتقال
196-175	د. هشام المراكشي	التصرفات القانونية الواردة على السفن، رهن السفينة نموذجاً
219-197	ذ. محمد الشافعي	مسطرة الحجز التنفيذي على السفينة في ضوء التشريع الوطني والاتفاقيات الدولية
242-220	د. ابراهيم أحطاب	عقد بناء السفينة بين قانون التجارة البحري والمدونة العامة للضرائب
269-243	د. صباح كونو	النظام القانوني لعقد العمل البحري

Préface

Vu l'importance du sujet des transactions maritimes, la pratique de ce genre de commerce n'est plus limitée aux eaux provinciales d'un seul Etat, mais elle se propage au-delà de ses frontières. Et son domaine s'élargit pour couvrir plus d'un pays en cherchant de nouveaux marchés et différentes marchandises, de plus le navire est devenu une entreprise flottante sur les eaux provinciales et internationales, pratiquant une activité commerciale, dont il résulte un statut social qui se manifeste dans la conclusion des contrats du travail entre le fréteur du navire ou son conjoint et l'un des marins pour accomplir une mission à bord du navire.

Cette évolution a contribué à l'augmentation du chiffre d'affaire commercial international en tenant compte de tout ce qui a accompagné cette évolution ; à savoir les grands risques inhérents aux croisières.

L'attachement de l'Homme à la mer a permis la naissance d'actes commerciaux maritimes, location de navires, le prêt maritime, l'assurance maritime et tous les contrats liés au commerce maritime, en plus des contrats du travail maritimes et d'autres transactions.

Ceci implique la soumission de ces actes aux règles régissant leur naissance et leurs effets, et dessine les contours de la garantie des risques qui lui sont liés.

En outre, cela contribue à présenter de nombreuses perceptions pour résoudre les différends inhérents au sujet du commerce maritime, car de nombreux pays côtiers s'intéressent à la mise en œuvre des lois nationales, et la conclusion d'accords et conventions internationales.

Le Maroc n'était pas exempt de cette évolution qu'a connu le commerce maritime en raison de l'étreinte des frontières nord et ouest de ses deux côtes, dont ses plages s'étendent sur une longueur de 3500 km . Cette situation a fait du Maroc un sujet des ambitions de nombreux pays, notamment la France qui a étendu son protectorat au Maroc, à travers l'accord de Fès conclu le 30 mars 1912. Et en tenant compte du rôle de la navigation et du commerce maritime pour profiter des ressources de notre pays, la France a équipé et réparé certains ports marocains dans le but de servir son intérêt économique. Ainsi le Dahir du commerce maritime a paru le 31 mars 1919, et est entré en vigueur au 1er juillet 1919.

En outre, plusieurs chercheurs déclarent lors de traitement des sujets liés au droit du commerce maritime marocain, que ce dernier était classé parmi les meilleures législations du monde, ce qui a incité quelques Etats à adopter un certain nombre de ses dispositions dans leurs codes maritimes.

A notre avis, l'importance de droit du commerce maritime marocain

est du à l'influence de la doctrine, aussi bien à la prise en considération par le législateur de toutes les critiques adressées aux droits du commerce maritime étrangers.

Malgré l'importance du droit maritime à l'échelle internationale, on remarque qu'il y a malheureusement une certaine stagnation au niveau de la production scientifique dans ce domaine, ce qui a eu un impact sur le développement de la recherche scientifique qui a connu un décroissement marquant.

Ainsi que l'abstention de l'Etat d'adopter un nouveau code du commerce maritime, vu que les dispositions du Dahir de 1919 sont incapables de suivre l'évolution que connaissent les droits du commerce maritime à l'échelle internationale.

Ceci instaure cette crise malgré la situation géographique spéciale de notre pays, et la compétence de la doctrine marocaine.

La résolution des problèmes juridiques résultant de la pratique du commerce maritime exige une réforme radicale du droit de commerce maritime qui répond aux attentes de notre pays dans ce domaine, en tenant en compte l'indépendance du droit maritime et les circonstances de la navigation maritime.

Certes cela demande en parallèle une formation approfondie et spécialisée au profit des magistrats chargés de trancher, d'une manière efficace, sur les différends liés à ce sujet, aussi bien d'une expérience dans ce domaine, inhérente aux difficultés techniques d'opération de chargement et de déchargement de navires, aussi au rôle de différents intervenants dans chaque étape de la croisière, en notant qu'il est difficile de traiter des opérations commerciales maritimes de la même manière que les opérations commerciales terrestres.

Par conséquent, on a besoin de juges capables d'avoir la confiance des parties impliquées dans les transactions commerciales maritimes quelles que soient leurs nationalités, à travers des jugements justes qui pourraient renforcer la confiance des investisseurs, mais cela ne peut être réalisé sans avoir de fortes lois soit au niveau de la rédaction, la nouveauté du contenu ou d'équité dans l'application.

Dr . AYOUB abderrazak

Assurance maritime des marchandises transportées : perspectives d'avenir

MERBOUH Kaoutar
Professeur Habilité

la Faculté des Sciences Juridiques, Economiques
et Sociales de Tanger
Capitaine au long cours

Introduction

Le transport maritime étant par essence international, engager la responsabilité du transporteur maritime dépend de la convention applicable et des conditions générales du connaissement. La diversité des conventions internationales⁽¹⁾ régissant le transport maritime implique la diversité des conditions de responsabilité (cas exceptés) et de celles de sa mise en œuvre (plafond de réparation et prescription).

Si le principal souci du destinataire⁽²⁾ est la réception de sa marchandise en bon état et à temps au lieu de destination, il se préoccupe également des pertes, des avaries ou des dépenses⁽³⁾ qu'elle peuvent engendrer suite aux aléas de transports et des périls et fortunes de mer (risque de mer).

Afin de s'en prémunir, le destinataire opte plutôt à garantir sa marchandise contre les risques de mer à travers la souscription d'une assurance sur facultés ou une assurance des marchandises transportées⁽⁴⁾ par voie maritime.

« L'assurance maritime se caractérise par son extrême complexité et la rapidité de son évolution liée à la dynamique remarquable du secteur du transport maritime et aux constants changements qui l'affectent »⁽⁵⁾.

« Historiquement, d'ailleurs, ce sont bien les États les plus actifs en matière de commerce maritime qui ont été à la base des principes qui inspirent

(1) La convention de Bruxelles de 1924, les Règles d'Hambourg de 1978 et les Règles de Rotterdam de 2009 (non en vigueur)

(2) Exportateur dans une vente à l'arrivée et importateur dans une vente au départ.

(3) Ses dépenses ou avaries frais peuvent être entraînées soit suite à une avarie particulière ou une avarie commune ou encore un transbordement imprévu.

(4) Termes utilisés par la réforme française du code des transports de 2011.

(5) Claude J. BERR, Agrégé des **Facultés** de droit Professeur émérite de l'Université Pierre-Mendès-France de Grenoble, Assurance maritime, juin 2012 (actualisation : janvier 2015), www.dalloz.fr, n°5.

encore le droit actuel. Les spécialistes rendent volontiers hommage dans ce domaine aux Génois et aux Vénitiens, mais c'est assurément avec la découverte du Nouveau Monde que devait s'affirmer la prépondérance anglo-saxonne dans ce domaine. À cet égard, l'institution britannique des Lloyd's, dont l'originalité résiste pour une bonne part à l'analyse des juristes français, constitue une composante essentielle de l'activité d'assurance maritime. L'arrivée sur le marché de nouveaux acteurs venus de pays émergents, comme la Chine et certains États du Golfe, l'attention portée aux problèmes de la navigation par les instances internationales, telles que l'ONU et la CNUCED, confirment, s'il en était besoin, l'impossibilité de n'aborder l'étude de l'assurance maritime que sous un angle national »⁽⁶⁾.

L'assurance maritime des marchandises transportées au Maroc⁽⁷⁾ est régie par certaines dispositions impératives et d'autres supplétives du DCCM de 1919 et par les conditions générales de la police française de l'assurance maritime sur facultés de 1944 modifiée en 1947 et en 1960. Cependant, cette dernière a été maintes fois modifiée par le comité des assureurs français. Certains assureurs marocains utilisent la dite police tout en conditionnant la durée de la couverture par les termes de la police française de 2009. D'autres assurés marocains préfèrent utiliser les polices anglaises.

N'est-il pas temps de doter le marché d'assurance marocain d'une police plus adaptée aux besoins des clients marocains ?

A travers cette étude, nous entamerons une appréciation critique de l'imprimé de la police française d'assurance maritime sur facultés applicable au Maroc, d'un côté ; et de l'autorégulation par les acteurs marocains, d'un autre côté.

Il importe donc avant de présenter les perspectives d'avenir (chapitre III) et l'autorégulation par les parties (chapitre II) d'effectuer une analyse critique de l'état actuel de l'assurance maritime sur facultés au Maroc (chapitre I).

⁽⁶⁾ Claude J. BERR, op. cit., n°2.

⁽⁷⁾ L'assurance maritime est exclue du domaine du code des assurances à travers son deuxième article. Ce dernier prévoit à alinéa 1 que : « Le présent livre ne concerne que les assurances terrestres. Il n'est applicable ni aux assurances maritimes, ni aux assurances fluviales, ni aux assurances de crédit, ni aux conventions de réassurances conclues entre assureurs et réassureurs ».

Chapitre I - Analyse critique de l'état actuel de l'assurance maritime sur facultés au Maroc

Le contrat d'assurance maritime sur facultés au Maroc est conclu suivant les termes des conditions générales de la police française d'assurance maritime sur facultés (imprimé du 17 août 1944 modifié le 1^{er} janvier 1947 et le 1^{er} juillet 1960) et des conditions particulières conformément à l'imprimé des conventions spéciales françaises du 30 juin 1970 (garantie classique « waterborn » et celui des clauses additionnelles françaises datant de 1970.

Ces imprimés français utilisés par le marché marocain ont été plusieurs fois sujets à de nombreuses mises au point par le comité des assureurs français.

Seuls les articles de la police française de l'assurance maritime sur facultés de 1944 modifiée en 1947 et en 1960 suscitant nos critiques feront l'objet d'analyse.

Section I – transport maritime et transports accessoires

ARTICLE PREMIER : Transports assurés, « La garantie de la présente police s'applique aux facultés **faisant l'objet d'un transport maritime et éventuellement** d'un transport terrestre, fluvial ou aérien, accessoire d'un transport maritime couvert par cette police. Le contrat est régi, dans son ensemble, par les principes qui gouvernent l'assurance maritime et par les dispositions qui suivent ».

Le transport maritime est souvent accompagné de transport accessoire et notamment routier ou aérien. Selon l'article 8 de cette police, le vol est risque exclu sauf stipulation contraire ou « exclusion relative – il s'agit de risque rachetable »⁽⁸⁾ suivant les conditions générales de la dite police maritime. Or qu'il est un risque couvert suivant les conditions générales des polices sur facultés terrestres⁽⁹⁾ et aériennes⁽¹⁰⁾ applicables au Maroc.

L'exportateur⁽¹¹⁾ ou l'importateur⁽¹²⁾ marocain utilisant le transport multimodal en souscrivant une police maritime, un raisonnement logique de sa part pour éviter les risques maritime de la traversée du détroit de Gibraltar⁽¹³⁾, se privera de la couverture du risque de vol sur la majeure partie du transport multimodal (exemple : Zagora – Madrid).

⁽⁸⁾ Hassania CHERKAoui, Le droit maritime marocain et comparé, 1^{ère} édition 2014, Imprimerie Najah Al JADIDA, p. 411, n°624.

⁽⁹⁾ La police française d'assurance sur facultés (Imprimé du 1er Mars 1969)

⁽¹⁰⁾ La police française d'assurance aérienne sur facultés Imprimé du 29 Mai 1972

⁽¹¹⁾ Exemple : vente DAT ou DAP

⁽¹²⁾ Exemple : vente FOB ou CIF

⁽¹³⁾ Entre le port de Tanger-Med et Algésiras

Le risque de vol, quoique exceptionnel en maritime devra être inclus dans les risques couverts autrement dit les risques ordinaires pour s'adapter le plus aux nouveaux modes et métiers de transports⁽¹⁴⁾.

Section II – Pontée régulière

ARTICLE 3 - Chargements sur le pont, « Les facultés chargées sur le pont ou dans les superstructures ne sont couvertes qu'aux conditions « F.A.P. sauf ». Elles sont couvertes, en outre, moyennant surprime, contre les pertes de quantité provenant de jet à la mer ou d'enlèvement par la mer, à charge par l'assuré de faire connaître ce mode de chargement aux assureurs dès qu'il en aura eu connaissance ».

Le chargement en pontée est devenu un mode courant avec l'avènement des navires porte-conteneurs. L'article 3 prive les clients marocains de couvrir leurs marchandises suivant le mode d'assurance tous risques⁽¹⁵⁾, d'une part ; et les obligent à payer une surprime en sus de la souscription au mode d'assurance FAP SAUF⁽¹⁶⁾, d'autre part.

Cet article met enfin à la charge de l'assuré l'obligation d'informer son assureur du chargement en pontée. Or, en présence de la clause⁽¹⁷⁾ de

⁽¹⁴⁾ Voir supra l'analyse de l'alinéa 2 de l'article 8 de ladite police maritime.

⁽¹⁵⁾ Selon l'article 2 al 2 de la police d'assurance maritime sur facultés de 1944 modifiée en 1947 et 1960 : Assurance «Tous Risques» : Dans l'assurance «Tous Risques», sont aux risques des assureurs, dans les conditions déterminées par la présente police, les dommages et pertes matériels, ainsi que les pertes de poids ou de quantités causés aux objets assurés tant par un des événements énumérés au paragraphe 3 du présent article, que, généralement, par fortunes de mer ou événements de force majeure.

⁽¹⁶⁾ Selon l'article 2 al 3 de la police d'assurance maritime sur facultés de 1944 modifiée en 1947 et 1960 : Assurance «F.A.P. sauf» : Dans l'assurance « F.A.P. sauf », sont aux risques des assureurs, dans les conditions déterminées par la présente police, les dommages et pertes matériels, ainsi que les pertes de poids ou de quantités causés aux objets assurés par un des événements figurant dans l'énumération limitative ci-après :

Abordage, échouement ou naufrage de l'embarcation ou du navire transporteur ; heurt de ce navire ou de cette embarcation contre un corps fixe, mobile ou flottant, y compris les glaces; voie d'eau ayant obligé le navire à entrer dans un port de relâche et à y décharger les trois quarts au moins de sa cargaison ; incendie ; explosion ; chute du colis assuré lui-même pendant les opérations maritimes d'embarquement, de transbordement ou de débarquement, déraillement ; heurt, renversement, chute ou bris du véhicule de transport ; écroulement de bâtiments, ponts, tunnels ou autres ouvrages d'art ; chute d'arbres ; rupture de digues ou de conduites d'eau ; éboulement ; avalanche; foudre; inondation ; débordement de fleuves ou de rivières; débâcle de glaces ; raz de marée, cyclone ou trombe caractérisés ; éruption volcanique et tremblement de terre.

⁽¹⁷⁾ Les connaissances contiennent les clauses suivantes « les marchandises, qu'elles soient ou non placées dans des conteneurs peuvent être chargées en pontée ou sous pont, sans préavis au marchand, à moins qu'il ne soit spécialement stipulé au verso du présent

possibilité de chargement en pontée sans préavis du chargeur dite « optional stowage », l'assuré peut être soit informé avant le départ du navire. Dans ce cas, il pourra déclarer ce risque à l'assureur ou devra –t –il confirmer le chargement en pontée et être alors obligé de payer la surprime chargement en pontée ou encore devoir changer le mode de sa couverture s'il était auparavant assuré tous risques, situation qui complique davantage les choses pour le destinataire tiers porteur du connaissement ; soit que l'assuré n'est pas informé et que ce chargement est régulier⁽¹⁸⁾ suivant les Règles d'Hambourg de 1978, dans ce cas, l'assureur peut résilier le contrat d'assurance au motif du risque non déclaré par l'assuré. Ce dernier perd la prime comme sanction et parfois aussi sa marchandise.

Cet article devra donc être adapté aux dispositions des Règles d'Hambourg relatives à la pontée régulière applicable au Maroc et introduire ce risque comme risque couvert, autrement dit un risque ordinaire.

Section III – Documents de transports

ARTICLE 5 - Facultés chargées sans connaissement, « Lorsque les objets assurés ont été chargés sans connaissement ou sans lettre de voiture ou qu'ils ne figurent pas au manifeste, les assureurs renoncent à se prévaloir de ce fait en cas de sinistre, mais il devra être justifié de leur expédition par tous autres moyens déterminants, notamment par la production des livres et de la correspondance de l'expéditeur et de l'assuré et par une attestation du transporteur ».

document que le conteneur ou les marchandises seront transportées sous pont. Si elles sont transportées en pontée, il ne sera pas demandé au transporteur de noter, marquer ou tamponner sur ce connaissement la spécification d'un tel transport en pontée » et que sur le recto des connaissements était également indiqué : « il est de plus expressément convenu que le transporteur peut charger toute marchandise en pontée sans en aviser le chargeur. Ces marchandises seront considérées comme des marchandises chargées en cale pour ce qui est du régime et des limitations de responsabilité, de même que pour ce qui est de l'avarie commune » » (DMF 2016, N° 778, p. 244)

⁽¹⁸⁾ Les Règles Hambourg de 1978 ratifié par le Maroc régissent le transport des marchandises en pontée tout en distinguant entre la pontée régulière e et la pontée irrégulière.

Le transport en pontée est régulier dans les cas suivants:

- s'il a lieu avec accord du chargeur (art.9 al.1 des RH);
- s'il est conforme aux usages du commerce considéré (ex. à bord d'un porte conteneur) (art.9 al.1 des RH);
- s'il est exigé par la réglementation (ex. transport de marchandises dangereuses) (art.9 al.1 des RH).

Les données de cet article ne prennent pas en considération les nouvelles formes des documents de transports et notamment le connaissance électronique⁽¹⁹⁾ et le connaissance FIATA⁽²⁰⁾.

Le droit marocain⁽²¹⁾ et le droit international reconnaissent la validité et la force probante des documents électroniques.

Section IV – opposabilité des clauses du titre de transport

ARTICLE 6 - Clauses du titre de transport, « Les assureurs acceptent les conséquences des clauses des connaissements, récépissés et lettres de voiture, en tant qu'elles sont reconnues valables par la loi, mais à l'exception de celles de ces clauses qui se référeraient à des risques non couverts par la présente police (...)»

Cet article traite de l'opposabilité des clauses du connaissance et de la lettre de voiture aux assureurs. Il conforte notre analyse de l'article 3 de ladite police au sujet du chargement en pontée reconnu régulier par les Règles d'Hambourg et celle relative aux sanctions que peut subir l'assuré non informé par le transporteur.

Cet article précise que « (...) mais à l'exception de celles de ces clauses qui se référeraient à des risques non couverts par la présente police (...)», l'assuré pourra – t – il alors déclaré sur l'ordre d'assurance à son assureur l'existence de la clause dite « optional stowage » pour l'informer de la possibilité du chargement en pontée. Dans ce cas, si le chargement en pontée est régulier, selon les règles d'Hambourg, nous ne pouvant considérer l'assuré fautif en raison de la non déclaration du nouveau risque de chargement en pontée et être privé de l'indemnité d'assurance.

Si le chargement en pontée est exigé par la réglementation⁽²²⁾, l'assureur en tant que professionnel ne peut ignorer cette obligation et ne pourra donc résilier le contrat et sanctionner l'assuré.

⁽¹⁹⁾ Les règles de Rotterdam de 2009 sont le premier texte qui définisse le connaissance électronique. Voir notre présentation sur le connaissance électronique entre facilité économique et solution juridique au colloque international « l'opportunité de la diversification de l'économie : défis juridiques et institutionnels » le 19 janvier 2019 organisé par le Master Droit International des Affaires à la FSJES de Tanger.

⁽²⁰⁾ FIATA est l'acronyme de Fédération Internationale des Associations de Transitaires et Assimilés. C'est un connaissance multimodal élaboré par FIATA en l'absence d'une convention internationale en vigueur régissant le transport multimodal

⁽²¹⁾ A travers la Loi 53-05 relative à l'échange électronique des données juridiques.

⁽²²⁾ Exemple des marchandises dangereuses par le code IMDG (International maritime Dangerous Goods)

Section V – Le risque de vol

ARTICLE 8 - Risques exclus à moins de stipulation contraire « Sauf convention et primes spéciales, les assureurs sont également affranchis des risques suivants et de leurs conséquences : c) Risques de vol en général et de pillage; disparition de tout ou partie des objets assurés, à moins qu'elle ne provienne d'un risque couvert ».

L'exclusion du risque de vol de la police maritime n'est plus adaptée ni au mode de transport multimodal ni à la profession des commissionnaires de transport utilisant le connaissance FIATA revenant ainsi à notre analyse de l'article 1^{er} de cette police.

Section VI – Le renvoi à la loi française

ARTICLE 18 al 1 - Constatations contradictoires, « Les réceptionnaires sont tenus de s'adresser, pour les constatations, aux Commissaires d'avaries du Comité Central des Assureurs Maritimes de France et, à leur défaut, à ceux du Lloyd's de Londres, aux fins d'une expertise amiable ou judiciaire. A défaut de Commissaires d'avaries, ils sont tenus de s'adresser au Tribunal de Commerce dans les ports français, ou au Consul de France dans les ports étrangers; à leur défaut, à l'autorité locale compétente ».

L'alinéa 1^{er} de cet article devra être reformulé pour désigner les commissaires d'avaries installés au Maroc ainsi que la désignation des tribunaux de commerce marocains puisque les assureurs considèrent ces données comme conditions d'admission de la réclamation.

L'article 26 relatif à la prescription⁽²³⁾ renvoie au code de commerce français, d'un côté, et raccourci le délai prévu par le DCCM, d'un autre côté. Ce

⁽²³⁾ ARTICLE 26 – Prescription « 1° Il est convenu que les actions dérivant du présent contrat d'assurance seront prescrites dans les délais ci-après, sans qu'en aucun cas ces délais puissent dépasser le délai prévu à l'article 432 du Code de Commerce.

L'action d'avaries particulières et l'action en délaissement prévue à l'alinéa d) du paragraphe 1er de l'article 24 seront prescrites un an après la date du certificat d'expertise ou de contre-expertise ou, à défaut, de toute autre pièce justificative.

Dans les cas prévus aux alinéas a) et c) du paragraphe 1er de l'article 24, l'action en délaissement sera prescrite un an après l'expiration des délais qui y sont indiqués et, dans le cas de l'alinéa b) du même paragraphe, un an après la vente.

L'action en remboursement d'une contribution d'avarie commune sera prescrite un an après le versement de cette contribution par l'assuré ou par ses représentants ou ayants droit.

Toute autre action dérivant du contrat d'assurance sera prescrite dans les conditions de l'article 432 du Code de Commerce.

2° Le délai d'un an stipulé au paragraphe qui précède sera interrompu par la remise aux assureurs, avant son expiration, des pièces justificatives de la réclamation de l'assuré ; il

dernier prévoit à travers l'article 390 que « Toutes autres actions dérivant du contrat d'assurance sont prescrites par deux ans à compter de la date d'exigibilité de la créance, à moins que le créancier ne justifie qu'il a été dans l'impossibilité d'agir en temps utile ».

Le DCCM prévoit donc une uniformisation de la durée de la prescription de l'action en justice fixée à deux ans, quelle que soit l'action, c'est-à-dire qu'elle soit intentée par l'assureur contre l'assuré ou inversement. Les dispositions du DCCM relatives à la prescription sont d'ordre public. Le projet de code de 2007 édicte la même durée à l'article 727.

Or que l'article de la dite police prévoit un délai de prescription d'un an pour l'action de l'assureur contre l'assuré et permettant de déroger à cette disposition pour l'action de l'assuré contre l'assureur.

L'article 30⁽²⁴⁾ de ladite police relatif à la présomption de connaissance immédiate des nouvelles concernant les objets assurés renvoie également aux dispositions du code de commerce français. Cet article traite de l'assurance sur bonne ou mauvaise nouvelle. Cette dernière régit par les dispositions du DCCM. Les sanctions édictées par le DCCM sont d'ordre public.

commencera alors à courir le jour où les assureurs auront fait savoir à l'assuré, ou à ses représentants ou ayants droit, ou au courtier, la suite qu'ils entendent donner à cette réclamation.

Il est dérogé à l'article 435 du Code de Commerce, mais uniquement en ce qui concerne l'action de l'assuré contre les assureurs.

⁽²⁴⁾ ARTICLE 30 - Présomption de connaissance immédiate des nouvelles concernant les objets assurés.

Par application de l'article 365 du Code de Commerce, l'assuré et les assureurs sont toujours présumés avoir reçu connaissance immédiate des nouvelles concernant, soit les objets assurés, soit le navire ou le véhicule transporteur, et qui sont parvenues, par un moyen quelconque, au lieu où ils se trouvent respectivement, même à des tiers inconnus d'eux.

En conséquence, toute assurance, même stipulée faite sur bonnes ou mauvaises nouvelles, est nulle s'il est justifié que la nouvelle de l'arrivée des objets assurés ou d'un sinistre concernant ces objets ou le navire ou le véhicule transporteur était connue, soit au lieu où se trouvait l'assuré avant l'ordre d'assurance donné, soit sur la place de la souscription des risques, sans qu'il soit besoin d'administrer aucune preuve directe de connaissance acquise de la nouvelle par l'assuré ou par l'assureur.

Quiconque, après avoir donné de bonne foi un ordre d'assurance, apprend un sinistre concernant les objets assurés ou le navire ou le véhicule transporteur avant d'être avisé de l'exécution de cet ordre, est tenu de donner aussitôt contre-ordre, même par le télégraphe ou le téléphone, à peine de nullité de la police, laquelle sera maintenue si le contre-ordre ainsi donné n'arrive qu'après l'exécution de l'ordre d'assurance.

Il est entièrement dérogé aux articles 366 et 367 du Code de Commerce.

Le présent article ne s'applique à la police d'abonnement que pour les aliments en risque au moment de sa souscription et pour les aliments prévus à l'alinéa b) du premier paragraphe de l'article 32.

En l'absence d'une police actualisée, certains acteurs procèdent par une autorégulation du contrat d'assurance maritime sur facultés.

Chapitre II – l'autorégulation par les acteurs d'assurance maritime sur facultés

Cette autorégulation se manifeste par l'utilisation de la police anglaise, d'un côté, et, par l'utilisation de la durée de la garantie de l'imprimé de 2009 de la police française d'assurance maritime sur facultés, d'un autre côté.

Section I – L'utilisation de la police anglaise au marché marocain

A l'échelle internationale, la police anglaise est la plus utilisée pour différentes raisons, l'une se fonde sur l'origine anglaise de l'assurance maritime, l'autre, sur la prédominance du marché anglais d'assurance, et, enfin, du fait que la langue anglaise est la 1^{ère} langue du commerce international.

Le législateur marocain, à travers l'ACAPS, autorise la garantie à l'internationale de certains produits en raison de leurs valeurs.

La couverture anglaise, dont la forme est plus récente que celle de la police française applicable au Maroc, est utilisée pour la couverture de certains produits sujets à l'exportation exceptionnellement par quelques assureurs marocains.

Cependant, l'inconvénient de cette police anglaise est de régir le litige par les dispositions de la loi anglaise par les tribunaux anglais, déplaçant le litige du Maroc vers l'Angleterre.

Section II – l'utilisation de la durée de la garantie de la police française de 2009

Certains assureurs marocains prolonge la couverture des risques en introduisant les termes de l'imprimé de 2009 de la police française d'assurance maritime sur facultés.

L'article 9 de la police applicable au Maroc prévoit que « Les risques des assureurs commencent au moment où les facultés assurées, conditionnées pour l'expédition, quittent les magasins au point extrême de départ du voyage assuré et finissent au moment où elles entrent dans les magasins du destinataire ou de ses représentants ou ayant droit au lieu de destination dudit voyage. Sont considérés comme magasins du destinataire, de ses représentants ou ayants droit tout endroit, leur appartenant ou non, où ils font déposer les facultés à leur arrivée. »

La couverture débute dès la mise en risque des facultés et notamment une fois la marchandise convenablement emballée quitte le magasin,

autrement dit, la marchandise est à l'extérieur du magasin au point extrême du voyage déclaré par l'assuré.

Elle se poursuit jusqu'au moment de sa livraison dans le magasin du destinataire. Ce dernier ne doit pas être nécessairement le propriétaire de ce magasin, il suffit qu'il soit désigné comme lieu de destination, autrement dit, de livraison de la marchandise au destinataire. La garantie ne couvre que la période du transport à proprement dit et ses opérations accessoires (par ex. la manutention et le transbordement).

Le deuxième alinéa⁽²⁵⁾ de cet article énonce que la durée entre l'arrivée de la marchandise au port de destination et sa livraison au destinataire ne peut excéder 30 jours. Passé ce délai, la couverture cesse même si la marchandise n'est pas encore livrée au destinataire. Ce délai est raccourci à 15 jours si le lieu de destination est un point à l'intérieur c'est – à – dire que le lieu de destination est différent du dernier port de déchargement de la marchandise.

A travers les clauses additionnelles, les parties peuvent modifier la durée de la couverture et notamment les clauses 11, 12 et 13 élaborées par le comité des assureurs français et datant de 1970.

Quelques assureurs marocains remplacent l'article 9 de la police applicable au Maroc par la durée de l'imprimé du 1^{er} Juillet 2009 de la police française de l'assurance maritime sur facultés.

Ce dernier prévoit que « Sauf convention contraire, l'assurance commence au moment où les facultés assurées visées à l'article 2 sont déplacées dans les magasins au point extrême de départ du voyage assuré pour être immédiatement chargées sur le véhicule de transport et cesse au moment de leur déchargement du véhicule de transport, lors de leur mise à terre dans les magasins du destinataire, de ses représentants ou ayants-droit au lieu de destination dudit voyage. Sont considérés comme magasins du destinataire, de ses représentants ou ayants-droit, tout endroit, leur appartenant ou non, où ils font déposer les facultés à leur arrivée. »

La police française de 2009 apporte d'importantes modifications par rapport à la police française applicable au Maroc en avançant la durée de la couverture. En effet, l'assureur couvre la marchandise avant le début du voyage, autrement dit, avant sa prise en charge par le premier transporteur selon le voyage assuré. Ceci permet d'introduire de nouveaux risques à la couverture maritime.

⁽²⁵⁾ « Toutefois, au lieu de destination, la garantie des assureurs dans les entrepôts, docks publics ou privés, magasins sous douane ou à quai, ne pourra pas, sauf convention et surprime spéciales, excéder un délai de trente jours à compter du moment où les facultés assurées auront été déchargées du navire transporteur ou autre véhicule de transport ; ce délai est réduit à quinze jours lorsque le lieu de destination est un point de l'intérieur ».

Ainsi, dès que la marchandise est conditionnée pour le voyage assuré, son déplacement à l'intérieur du magasin du chargeur ou tout autre magasin à partir duquel le voyage est assuré, pour être chargé à bord du moyen de transport, déclenche le début de la couverture.

« Les marchandises sont en conséquence couvertes avant la prise en charge par le transporteur maritime alors qu'elles se trouvent, par exemple, dans l'enceinte portuaire, sous la garde de l'expéditeur. Mais la condition tenant au fait que les marchandises soient préparées, emballées ou conditionnées pour l'expédition demeure (Police "facultés", art. 2). (...) Les marchandises bénéficient ainsi d'une continuité de la garantie d'assurance. Quels que soient le ou les modes de transport utilisés en complément du voyage maritime (terre, air, fer) ainsi que le nombre de transporteurs sollicités, elles sont assurées sans interruption "de magasin à magasin". »⁽²⁶⁾

Il convient de relever que la même modification a été adoptée par le marché anglais. en effet, les "Institute Cargo Clauses" (ICC) de 2009 utilisées par le marché anglais énoncent que : "This insurance attaches from the time the good insured is first moved in the warehouse (or storage) for the purpose of the immediate loading (...) for the commencement of the transit"⁽²⁷⁾.

Ces modifications sont des précurseurs de l'inadaptabilité de la police actuellement applicable au Maroc.

Chapitre III - Les perspectives d'avenir

Le marché d'assurance maritime sur facultés est un marché important au Maroc vu que plus que 90% du commerce international marocain s'effectue par voie maritime. La création d'une police marocaine d'assurance maritime sur facultés est très souhaitable (section I) ainsi que la modernisation des textes législatifs pour intégrer les nouvelles techniques de communication et notamment le contrat d'assurance électronique (section II). L'utilisation des MARL permettra le développement souhaité de la police marocaine (section III).

Section I – Pour une police marocaine

Certes, la liberté contractuelle permet aux parties de combler les imperfections de la police actuellement applicable au Maroc mais la création d'une police marocaine est vivement souhaitable. Les associations du monde

⁽²⁶⁾ Franck Turgné Fasc. 611 : ASSURANCES MARITIMES – Temps et lieu de l'assurance. Obligations des parties, Date du fascicule : 20 Juin 2014, Date de la dernière mise à jour : 20 Juin 2014, JurisClasseur Responsabilité civile et Assurances, n°9.

⁽²⁷⁾ Voir J. P. THOMAS, Modification de la police française d'assurance maritime sur facultés : DMF 2009, p. 675, pp. 676

professionnel des assureurs comme ceux des assurés ou des souscripteurs (par ex. les commissionnaires de transport, les transitaires et les transporteurs) devront jouer un rôle important auprès du législateur et notamment l'ACAPS.

La garantie offerte par l'imprimé de 2009 de la police française d'assurance sur facultés est convenable pour les nouveaux modes de transport conteneurisé et multimodal ainsi qu'aux nouveaux métiers de transport et de logistique et notamment les prestataires logistiques et les commissionnaires de transport.

Et, enfin, très importante, la langue de rédaction devra permettre de toucher un grand nombre de clients marocain et étranger. La police devra être, à mon humble avis, être rédigée en trois langues : l'arabe, l'anglais et le français, puisque le Maroc s'ouvre au marché Africain et développe davantage le commerce Sud-Sud.

Section II – Le contrat électronique d'assurance maritime sur facultés

Le commerce électronique connaît une évolution exponentielle. Malheureusement, ni le DCCM vieux de 100 ans ni le projet de code maritime de 2007 ne traite du contrat d'assurance électronique. Le code des assurances, inapplicable à la matière maritime, est également muet à ce sujet.

Le contrat d'assurance électronique sera régie par les dispositions du droit commun et notamment celle de la 53-05 relative l'échange des données juridiques informatiques introduite au DOC par le dahir n° 1-07-129 du 30 novembre 2007. Ce dernier régit l'échange des données juridiques informatiques de façon générale de l'offre jusqu'à la signature du contrat électronique.

Dans cette perspective, le projet de code maritime de 2007 devra introduire la forme électronique du contrat d'assurance pour l'adapter, d'abord, à la loi 53-05 relative l'échange des données juridiques informatiques, ensuite, au nouveau mode d'instruments et moyens de paiement électronique, et, enfin au connaissance électronique ainsi que le nouveau guichet unique national des procédures du commerce extérieur.

Section III – Les MARL et les litiges d'assurance maritime sur facultés

L'article 345 al.6 du DCCM permet aux parties de choisir l'arbitrage comme mode alternatif de règlement des litiges.

Selon l'article 345 al.6 du DCCM, « le contrat d'assurance doit être rédigé par écrit. Il énonce : 6.La soumission des parties à des arbitres en cas de contestation, si elle a été convenue ».

Certes, le DCCM ne régit pas par des dispositions spéciales l'arbitrage mais ce dernier sera soumis aux dispositions générales du Code de procédure civile modifié par la loi 08-05 relative à l'arbitrage et la médiation conventionnelle.

Si l'arbitrabilité des litiges de l'assurance maritime est ainsi admise, les assureurs marocains n'introduisent que très rarement une clause compromissoire dans leurs contrats d'assurance maritime sur facultés. Cet arbitrage au Maroc est actuellement possible grâce à la récente Cour Internationale d'Arbitrage Maritime et Aérien créée par Pr CHERKAoui Hassania.

Quoique, nous préférons la médiation conventionnelle à l'arbitrage. Le DCCM et le projet de code maritime de 2007 sont muets au sujet de la médiation conventionnelle. Mais cette dernière est tout à fait convenable et concevable pour régir les litiges de l'assurance maritime sur facultés. Elle est réglementée par le code de procédure civile modifié par la loi 08-05.

Conclusion

Certes l'assurance maritime sur facultés est régie par les dispositions du DCCM mais « En dépit de l'importance de cet encadrement juridique d'origine publique, les relations entre assureurs et assurés dépendent avant tout de leur aménagement conventionnel. Encore faut-il noter à ce propos le rôle majeur qu'exercent les organisations professionnelles d'assureurs, auxquelles a toujours été reconnu le droit de proposer des « polices types », lequel, s'il ne saurait être remis en question, donne aux contrats d'assurances maritimes les caractères généralement reconnus aux contrats d'adhésion, même si certains assurés économiquement puissants sont en mesure d'obtenir des assureurs des dérogations significatives aux clauses préétablies des polices types »⁽²⁸⁾.

Dr HAMZI avait précisé en 2000 que « Pour l'instant, le secteur des assurances maritimes est celui qui connaît le moins de changements. Plutôt que sur le développement des garanties, l'accent est mis sur les différentes méthodes de prévention des sinistres »⁽²⁹⁾. Le constat est toujours d'actualité.

La création de la police marocaine d'assurance maritime sur facultés est aujourd'hui une nécessité afin, d'une part, de simplifier les conditions générales d'assurance maritime sur facultés au Maroc ; d'autre part, de l'harmoniser avec les règles d'Hambourg de 1978, d'un côté, et le transport multimodal, d'un autre côté ; et, enfin, de s'aligner sur la vitesse du développement économique et non pas le freiner.

⁽²⁸⁾ Claude J. BERR, op. cit., n°10.

⁽²⁹⁾ Zineb Idrissia HAMZI, Le contrat d'assurance maritime en droit marocain, faculté de droit et de sciences politiques d'Aix – Marseille, année soutenance 1999/2000, p. 288.

Bibliographie

Ouvrages

- Pierre BONASSIES et Christian SCAPEL, Droit Maritime, LGDJ, 2006
- Jean BELOTTI, Transport international de marchandises, 5^{ème} édition, Vuibert
- Hassania CHERKAOUI, Le droit maritime marocain et comparé, 1^{ère} édition 2014, Imprimerie Najah Al JADIDA
- Abdelaziz ERCHIDI, Tout sur le domaine des assurances au Maroc, 2015
- Lamy Transport, Tome 2, édition 2016, Lamy
- Zoulikha NASRI, le droit des assurances au Maroc, édition la Porte, 1984
- George RIPERT, Droit maritime, Tom3, Abordage et assistance – avaries communes, assurances maritime, 1953, éditions ROUSSEAU et C^{ie}
- Sara ZOUHIR, Le contrat d'assurance, aspects théoriques et pratiques, 2016, Dar EL A AFAK

Thèse

- Zineb Idrissia HAMZI, Le contrat d'assurance maritime en droit marocain, faculté de droit et de sciences politiques d'Aix – Marseille, année soutenance 1999/2000

Articles

- Claude J. BERR, Agrégé des Facultés de droit Professeur émérite de l'Université Pierre-Mendès-France de Grenoble, Assurance maritime, juin 2012 (actualisation : janvier 2015), www.dalloz.fr

J.-P. THOMAS, Modification de la police française d'assurance maritime sur facultés : DMF 2009, p. 675

Franck Turgné Fasc. 611 : ASSURANCES MARITIMES – Temps et lieu de l'assurance. Obligations des parties, Date du fascicule : 20 Juin 2014, Date de la dernière mise à jour : 20 Juin 2014, JurisClasseur Responsabilité civile et Assurances

Webographie

www.dalloz.fr

www.acaps.ma

www.sgg.gov.ma

www.fmsar.ma

Affrètement ou transport, une amphibologie en droit marocain

Abdeljebbar KARIMI
Professeur Habilité
CRMEF Marrakech-Safi

Introduction :

Est-il important en ce moment de traiter ce sujet ? Et pour quelle raison ? La réponse est aussi simple que l'on peut l'imaginer, car le Maroc s'est doté d'une législation maritime qui remonte au dernier siècle. On assiste à une confusion entre transport et affrètement au voyage. Les dispositions du droit maritime marocain, et précisément le droit des affrètements, est l'une des disciplines qui n'avait presque jamais été à ce jour, être analysé d'une manière synthétique et exclusive, et d'autre part ne fait pas de distinction entre le contrat d'affrètement au voyage et le contrat de transport de marchandise par mer. Il traite de la même façon les deux notions. Ses dispositions manquent de clarté voire sont contradictoires dans des cas. L'exemple significatif concerne la définition du contrat d'affrètement au voyage. L'article 207 du DCCM précise que « l'affrètement est le contrat par lequel l'armateur du navire s'engage envers un expéditeur à transporter ses marchandises à un certain port ou pendant un certain temps, moyennant un certain prix, en y affectant soit la totalité, soit une partie du bâtiment ». Cette confusion est évidente dans l'article 208 « L'affrètement ou contrat de transport maritime se constate par charte-partie, connaissance ou tout autre écrit ».

L'affrètement en générale et l'affrètement au voyage en particulier répondent au principe de la liberté contractuelle, c'est-à-dire que ce qui n'est pas interdit est permis. La liberté contractuelle est la liberté pour les parties de contracter ou de ne pas contracter, de conclure un contrat librement sans condition de forme et d'en fixer le contenu dans les limites fixées par les dispositions impératives et de l'ordre public. En principe les règles régissant le contrat d'affrètement sont supplétives, il est régi par la loi choisie par les

parties, ce choix doit être exprès ou résulter de façon certaine des dispositions du contrat ou des circonstances de la cause. Par ce choix, les parties peuvent désigner la loi applicable à la totalité ou à une partie seulement de leur contrat⁽¹⁾.

Au moment de sa parution officielle⁽²⁾, le code de commerce maritime marocain est réputé l'un des meilleures législations au monde dans le domaine maritime. Il avait pour but d'établir un équilibre entre les intérêts des chargeurs et ceux des armateurs. Avant l'adoption du DCCM les tribunaux marocains, écrit Bayssièrre, « ne pouvaient que se référer à la loi expressément ou tacitement visée par le contrat »⁽³⁾.

Les transporteurs maritimes imposaient aux chargeurs des clauses d'exonération de responsabilité et des clauses attributives de compétence. En réactions à ces abus les chargeurs américains ont pris l'initiative d'adopter une nouvelle réglementation permettant de tenir la balance entre les armateurs et les chargeurs. C'est dans ce contexte qu'intervient le législateur marocain en adoptant une législation maritime permettant de trancher sur un ensemble de problèmes, distinction entre fautes nautiques et fautes commerciales, avec effet sur tous les transports à destination ou au départ du Maroc sans tenir compte de la nationalité des parties ni du lieu de conclusion et d'exécution du contrat.

Aujourd'hui le DCCM se heurte à une réalité économique croissante dans le domaine maritime, « ces règles ne joueront plus leur rôle stabilisateur et pourront même compromettre pour certaines, la croissance des relations

(1) : La Convention du 19 juin 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles, signée à Rome, instaure la règle de la liberté du choix des parties. Ce choix doit être exprès ou résulter de façon certaine des dispositions du contrat ou des circonstances de la cause. La liberté du choix est totale.

(2) : B.O n°344 du 26 mai 1919.

(3) : R.Bayssièrre, Le Droit commercial Maritime du Maroc Français, Thèse, Bordeaux, 1935, pp. 12-13).

commerciales et les intérêts économiques de la nation »⁽⁴⁾. C'est dans cet esprit que nous avons choisi ce sujet en essayant de différencier l'affrètement du transport. Pour ce faire on va premièrement déterminer le régime de la responsabilité et ensuite la position la jurisprudence.

I-Régime juridique de la responsabilité

D'après le texte régissant l'affrètement au voyage et le contrat de transport sous connaissement, il paraît que le législateur marocain les soumet au même régime juridique. S'il est vrai qu'il y a de nombreux éléments juridiques qui tendent de rapprocher les deux contrats, il existe une différence élémentaire qui se base sur l'objet de chaque institution, dans la mesure où l'affrètement porte sur une partie ou la totalité d'un navire pour transporter des grandes cargaisons, tandis qu'en matière de transport le contrat sert pour déplacer des marchandises individualisées appartenant à un ou plusieurs chargeurs. Ce qui justifie la différence des régimes juridique de la responsabilité née des deux notions.

Quoi qu'il en soit c'est une responsabilité contractuelle. Le fondement de la responsabilité dépend de la nature de l'obligation qui pèse sur l'une ou l'autre partie à un contrat. En principe le contenu des obligations naissant du contrat d'affrètement diffère de celui qui naît du contrat de transport sous connaissement. Deux objections majeures conduisent à la nécessaire séparation entre deux régimes juridique de la responsabilité.

1-Responsabilité basé sur la faute présumée

La responsabilité dans ce cas présente parfois certaines difficultés au niveau de la preuve, particulièrement pour le demandeur. L'existence d'un dommage ne suffit pas pour engager la responsabilité de la partie défaillante. Cela signifie que la responsabilité n'est engagée que si ce dommage est lié à une faute. Pour que la responsabilité du débiteur soit engagée, il faut la réunion de trois éléments principaux : la faute, le dommage et le lien de causalité entre la faute et le dommage. Pour savoir si une partie au contrat est responsable de

⁽⁴⁾ : DAHAK Driss, Exposé introductif, Travaux des journées Internationales du Droit Maritime Marocain, DMM, 1981, p.13

l'inexécution, il y a lieu de distinguer selon que l'engagement qu'elle n'a pas respecté constituait pour elle une obligation de moyen ou une obligation de résultat. Dans

En principe le DCCM ne fait pas de distinction entre le régime applicable au contrat d'affrètement et celui du contrat de transport sous connaissement. Les deux contrats font bénéficier respectivement le chargeur et l'affréteur d'une présomption contre le fréteur et le transporteur⁽⁵⁾. Dans le contrat d'affrètement au voyage comme dans le contrat de transport, une obligation essentielle à satisfaire pour acheminer la marchandise en question, c'est de fournir un navire navigable du point de vue nautique et commercial conformément à l'article 213 du DCCM marocain qui précise que « le fréteur du navire est tenu de le délivrer en bon état de navigabilité, c'est-à-dire capable, sous tous les rapports, d'entreprendre, en toute sécurité, la navigation à laquelle il est destiné... ».

La navigabilité du navire « doit être non seulement présentée au début du voyage, mais maintenue pendant tout le voyage »⁽⁶⁾. Elle concerne donc le ou les voyages à effectuer. La navigation dont il s'agit est liée au contrat d'affrètement au voyage, à la différence du contrat de transport maritime de marchandises où l'obligation de mettre le navire en bon état de navigabilité n'existe qu'avant et au début du voyage. Cependant, la présomption n'est pas la même de la sorte que l'innavigabilité soudaine exonère le transporteur sous connaissement s'il prouve que l'innavigabilité est due à la force majeure ou d'un vice échappant à un examen scrupuleux. Telle est la position de la jurisprudence qui s'est montrée sévère vis-à-vis du fréteur défaillant, qui n'a pas accompli son obligation en vue de fournir un navire en bon état de navigabilité et de le mettre à la disposition de l'affréteur au temps et au lieu convenus. C'est ainsi que la cour d'appel de Rabat a déclaré le fréteur responsable, selon le deuxième paragraphe de l'article 213 du DCCM, envers

(5) : TASSEL Yves, L'affréteur au voyage n'est-il pas transporteur, centre de droit maritime et océanique, p.2.

(6) . DU PONTAVICE Emmanuel, Droit et pratique des transports maritimes et affrètements, Paris, Delams, 1970, p.W5.

l'affréteur de tout dommage résultant du mauvais état du navire, à moins que cet état défectueux ne provienne d'un vice caché qu'un examen scrupuleux n'aurait pas permis de découvrir. La Cour ajoute que : « l'article 221 du même code précise que le fréteur est responsable de toutes pertes ou avaries occasionnées aux marchandises, aussi longtemps qu'elles sont sous sa garde, à moins qu'il ne prouve la force majeure »⁽⁷⁾. Seule la force majeure ou le vice caché du navire peut libérer le fréteur de sa responsabilité. Mais le fréteur doit quand même faire une certaine diligence en vue d'approprier son bâtiment et de bien le préparer afin d'accomplir la navigation pour laquelle il est destiné. En présence de l'innavigabilité, deux cas peuvent être envisagés ; l'innavigabilité basée sur l'obligation du transporteur, et celle basée sur l'obligation du fréteur.

Ainsi l'obligation qui pèse sur le fréteur est une obligation de résultat, celle de maintenir le navire en bon état de navigabilité durant toute la période d'exécution du contrat, et de faire toute diligence pour exécuter le ou les voyages prévus à la charte-partie. Tandis que le transporteur n'est tenu que d'une obligation de moyen, c'est l'obligation de mettre le navire en bon état de navigabilité n'existe qu'avant et au début du voyage. Dans l'hypothèse de l'innavigabilité, seule la force majeure ou le vice caché échappant à un examen scrupuleux, qui peuvent exonérer le transporteur ou le fréteur de sa responsabilité⁽⁸⁾. Par ce fait la cause inconnue est toujours admissible pour établir le défaut de la navigabilité du navire en question, ce qui nous permet de dire que les deux types de contrats obéissent au même régime de responsabilité basé sur la faute présumée.

2-Présomption de responsabilité

Appelée aussi responsabilité de plein droit incombant à l'auteur du dommage, dans le but de faciliter le recours à la victime. C'est ainsi que le fardeau de la preuve est renversé: la personne à l'origine du dommage est présumée responsable du dommage causé et c'est elle qui doit établir certains éléments afin d'éviter d'être tenu responsable.

⁽⁷⁾ . C.A de Rabat, 27 février 1952, arrêt n°4485, *A.D.R.E.J*, 1982, p.298-299.

⁽⁸⁾ : Article 213 du DCCM

En principe, La présomption de responsabilité est établie par l'article 221 du DCCM qui précise que : « Le fréteur est responsable de toutes pertes ou avaries occasionnées aux marchandises, aussi longtemps qu'elles sont sous sa garde, à moins qu'il ne prouve la force majeure ». Quoi qu'il en soit, c'est une règle qui s'applique au contrat de transport que l'est dans le cadre du contrat d'affrètement. Les deux contrats contiennent une présomption au profit du chargeur et de l'affréteur à l'encontre du transporteur et du fréteur.

Cependant l'obligation incombant au transporteur est une obligation de résultat, car le transporteur est obligé d'acheminer en bon état la marchandise reçue vers un port de destination⁽⁹⁾. C'est donc au transporteur maritime qui revient la charge de prouver que les pertes ou avaries proviennent d'un fait constituant un événement qui ne lui est pas imputable, ou d'un cas de force majeure⁽¹⁰⁾, ainsi le professeur RIPPERT affirme que « la loi l'exonère de sa responsabilité puisqu'il a voulu exécuté son obligation contractuelle, mais l'inexécution provient de la force majeure ou un cas fortuit »⁽¹¹⁾. Ce caractère d'ordre public connaît des exceptions qui sont prévus pour le transport des marchandises chargées sur le pont⁽¹²⁾, mais cette question n'a pas non plus échappé au législateur marocain⁽¹³⁾, sauf s'il s'agit des conteneurs chargés à bord du navire approprié, et pour le transport d'animaux vivants. Cette règle s'explique par le fait que le fret payé pour le transport en pontée est moins élevé, cette clause favorable à l'armateur se présente comme une compensation de l'avantage économique que le chargeur trouve et prend à ses risques.

(9) : MELLOULI Salaheddine, La responsabilité du transporteur maritime de marchandises, Tunis, Centre d'études, de recherches et de publication de la Faculté de droit, 1993, p.193.

(10) : BOUDAHRAIN Abdellah, Droit maritime marocain, p.143.

(11) : RIPPERT George, *Droit maritime marocain*, DMF 1920-1921. P.517.

(12) : BOUDAHRAIN Abdellah, op. cit, p.142.

(13) : L'Article 147 du DCCM précise que : « le capitaine est responsable de tous les dommages et pertes survenus aux marchandises sur le pont du navire, à moins que le chargeur, par une mention spéciale approuvée et signée par lui sur le connaissement, ait expressément autorisé ce mode de transport ».

Pour le transport d'animaux vivant, la règle s'explique par le fait que les dommages subis par les animaux vivant tiennent le plus souvent de leurs réactions propres⁽¹⁴⁾, c'est pourquoi le transporteur est privé d'apporter la preuve des vices propres aux animaux⁽¹⁵⁾. Force est de constater que le chargeur bénéficie d'une présomption de responsabilité à l'encontre du transporteur, mais principalement pour les dommages dont la causes reste inconnue.

En principe, dans l'affrètement au voyage le fréteur au voyage est obligé de fournir une entreprise nautique capable de naviguer en transportant une cargaison déterminée. La navigation est le moyen indispensable de tout transport par mer. Ainsi la plupart des navires prennent-ils la mer en exécution d'une charte-partie. Celle-ci détermine souvent la nature et la quantité de la cargaison à transporter.

L'opération de transport dont il s'agit est liée aux marchandises objet de la charte-partie. En effet, le fréteur est tenu de se comporter comme un transporteur lors de l'exécution de la charte-partie au voyage, bien évidemment en ce qui concerne la navigabilité du navire affrété. Certes, l'obligation du fréteur au voyage ne peut pas être assimilée à celle d'un transporteur maritime, celui-ci est tenu d'acheminer les marchandises objet du contrat de transport d'un port à un autre. Cependant la fourniture d'un navire navigable reste l'obligation essentielle du fréteur au voyage, lequel n'est pas tenu de prendre les marchandises en charge, même si la navigation sera exploitée dans le cadre du transport.

Si le contrat d'affrètement au voyage n'est pas un contrat de transport, c'est parce que l'obligation qu'il crée à la charge du fréteur est de mettre à la disposition de l'affréteur une partie ou la totalité d'un navire déterminé. Il ne s'agit pas là de conférer à l'affréteur un droit absolu sur le navire désigné, mais plus concrètement un droit privatif de disposition sur la capacité de transport

(14) : BOUDAHRAIN Abdellah, op. cit, p.142

(15) : ROUDIERE René, Droit Maritime, précis Dalloz N°363, p.353.

du navire affrété⁽¹⁶⁾. Notons que la charte-partie au voyage énonce, en outre les éléments requis par la loi, la nature de la cargaison à transporter, le volume des cales, la capacité de port du navire, etc. compte tenu de l'obligation essentielle de du fréteur, celui-ci peut être déclaré responsable des pertes ou avaries ou dommages subis par les marchandises, ou pour le retard dans la livraison des marchandises, seulement dans le cas où la perte, le dommage ou le retard aura été causé par manque de soin diligent de la part des armateurs ou de leur gérant⁽¹⁷⁾. A ce niveau on peut dire que l'affréteur au voyage bénéficie d'une présomption de faute à l'encontre du fréteur.

⁽¹⁶⁾ : Dans cette analyse on constate qu'il y a une adaptation des règles applicables aux contrats de louage de chose avec les règles applicables aux transports de marchandises par mer. Dans le contrat d'affrètement au voyage, la prestation du fréteur engendre deux obligations déterminantes : le fréteur est tenu d'aliéner le droit de disposition de la capacité du navire, en s'engageant ainsi à exécuter les opérations de transport envisagées.

⁽¹⁷⁾ : Clause 2 de la charte GENCON.

II- La position de la jurisprudence marocaine

Nos tribunaux, à travers une évolution assez marquée, ont manifesté différentes opinions, contradictoires à certains égards, quant à la distinction du contrat de transport sous connaissance et le contrat d'affrètement au voyage, sur la base des dispositions nuancées du DCCM. Nous nous servirons des arrêts de base sur la question pour tracer cette évolution. Dans une première étape, on va voir les anciens avis de nos tribunaux sur les deux notions, et après l'avis de la jurisprudence actuelle.

1-La jurisprudence ancienne

Parce que les rédacteurs du DCCM ont hésité à faire une nette distinction entre le contrat d'affrètement et le transport maritime de marchandises⁽¹⁾, la jurisprudence marocaine a maintes fois suivi le même chemin. C'est ainsi que le tribunal de première instance de Casablanca a déclaré que « la responsabilité de l'armateur est valablement recherchée, malgré l'existence d'une charte-partie mettant les opérations de chargement à la charge de l'affréteur, lorsqu'il est constant que, s'agissant d'un affrètement au voyage, le dit armateur a conservé la gestion nautique et commerciale du navire »⁽²⁾. Il ressort de ce jugement que le critère qui est pris en compte pour déterminer la qualité du transporteur est le fait qu'il est le détenteur des deux gestions nautique et commerciale du navire.

La cour d'appel de Rabat a pris la même position en condamnant l'armateur qui conserve la gestion nautique et la gestion commerciale du navire à verser des indemnités en faveur du destinataire des marchandises à l'occasion des avaries subies par ses marchandises⁽³⁾.

C'est également la position du Harter Act américain de 1893 qui n'exclut pas l'affrètement de son champ d'application, mais les tribunaux américains ont

¹⁸ : MARGHICH Abdellah, « Le droit maritime marocain et le régime des affrètements », *DMF* 2003, p.2.

⁽²⁾ : Tribunal de première instance de Casablanca, *GTM*, 10 novembre 1956, p.133.

⁽³⁾ : Cour d'appel de Rabat, *DMF* 1957, p.439

fait cette distinction en précisant « que l'on distingue entre transport maritime, qui concerne un colis individualisé ou un groupe de colis que le transporteur s'engage à transporter d'un port à un autre, et l'affrètement d'un navire destiné à transporter, d'un port à un autre, la marchandise chargée à bord par l'affréteur »⁽¹⁾. Ainsi « l'affrètement au voyage constitue un contrat occasionnel, débattu entre le fréteur et l'affréteur chaque fois que ce dernier préfère cette formule de transport en raison des intérêts qu'elle peut présenter »⁽²⁾.

C'était également la position de la cour suprême⁽³⁾, qui a considéré le fréteur responsable de la marchandise mise sous sa garde, jusqu'à sa livraison non seulement à la régie d'aconage mais jusqu'au destinataire, et ce conformément aux articles 221 du DCCM. Dans cette affaire la cour suprême considère le fréteur comme transporteur, du fait que l'opération du transport ait été faite sous l'égide d'une charte-partie mettant la gestion nautique et commerciale à la charge du fréteur au voyage. Dans une autre affaire, la cour suprême⁽⁴⁾ a emprunté le même chemin en rendant un arrêt consolidant la position de la jurisprudence marocaine à l'égard du fréteur en tant que transporteur. En l'espèce, la cour, en prononçant l'irresponsabilité du fréteur dès que la marchandise cesse d'être sous sa garde, déclare que « Le fréteur n'est plus responsable de la marchandise dès qu'elle cesse d'être sous sa garde. Lorsque le fréteur délivre la marchandise sous les grues à la régie d'aconage, elle en perd la garde au sens légal du terme qui signifie la maîtrise effective du bien. Cette garde est transmise à la régie d'aconage qui conserve la marchandise dans ses magasins en contrepartie des taxes préalablement fixées

(1) : BONASSIES Pierre, « le droit marocain et le régime juridique des affrètements et transport de marchandise, le droit maritime marocain », *Travaux des journées internationales du droit maritime marocain tenues à l'INEJ*, Rabat le 10-15 septembre 1979, p.119, le même auteur ajoute qu' « on ne peut pas soumettre au même régime le transfert d'un colis isolé et le transfert de 10000 tonnes de céréales ou 100000 tonnes d'hydrocarbure », p.121.

(2) : MELLOULI Slaheddine, *La responsabilité du transporteur maritime de marchandises*, Tunis, Centre d'études, de recherches et de publication de la Faculté de droit, 1993, p.134.

(3) : Cour suprême, Arrêt n° 1194 du 15 mai 1985, Dossier numéro : 94298, *GTM*, n° 42, p.69.

(4) : Cour suprême, Arrêt n° 312 du 17 février 1987, Dossier n°: 273/94, *GTM*, n° 48, p.70.

et ne la remet au destinataire qu'après leur acquittement. La régie d'aconage est un établissement public indépendant du fréteur. La responsabilité de la régie d'aconage est bien déterminée, elle commence là ou cesse celle du fréteur. Elle est responsable à l'égard du destinataire de tous les dommages subis par la marchandise sous sa garde ».

2-la position de la jurisprudence actuelle

Actuellement, les tribunaux marocains imprégnés par la convention des nations unies sur le transport de marchandises par mer de 1978, semblent s'être prononcés, dans leur analyse comme s'il s'agit d'un contrat de transport sous connaissance. Dans un arrêt rendu par la cour d'appel de commerce de Casablanca⁽¹⁾, le magistrat compétent a déterminé, en se fondant sur l'article 221 du DCCM et l'article 5 de la convention de Hambourg que Le contrat de transport commence par la prise en charge de la cargaison et cesse par la livraison effective. Durant cette période, toute perte ou avarie subis par la marchandise se résume en une inexécution du contrat de transport de la part du transporteur. En l'espèce, le transporteur est déclaré responsable des avaries subis par la marchandise (pommes de terre), lorsqu'elle a été livrée avariée au port de déchargement. Dans ce sens, la cour d'appel d'Aix en Provence⁽²⁾ a jugé que : « La responsabilité du transporteur maritime est engagée pour les avaries causées à une cargaison qui devait être logée « dans des conteneurs super ventilés », selon les termes du connaissance émis sans réserve dès lors qu'il est établi que ces avaries ont pour origine un manque de ventilation efficace à bord du navire et non le choix des conteneurs par le chargeur. Dans cette affaire, le transporteur maritime prétend qu'il n'a commis aucune faute en ce qui concerne le soin apporté au transport, le dommage devant être attribué au vice de la marchandise elle-même et le chargeur ayant lui-même commis une faute en préconisant un conteneur "open top" par la

(1) : Cour d'appel de commerce de Casablanca, Arrêt n°5002/2008 du 25/11/2008, Dossier n° :3180/2007/9.

(2) : C.A d'Aix en Provence, 2^{ème} chambre commerciale, Arrêt du 07 septembre 2001, *Revue Scapel*, 2002, p.41. Arrêt confirmant un jugement du Tribunal de commerce de Marseille, rendu le 4 juillet 1997, qui a déclaré le transporteur responsable pour les avaries subies par les marchandises transportées.

mention “marchandise logée en conteneurs super ventilés ” apposée sur la liste de colisage. Ainsi le transporteur qui accepte d’émettre un connaissement sans réserves fait-il jouer contre lui la présomption de responsabilité dont celui-ci ne peut s’exonérer qu’en démontrant l’existence d’un cas excepté et sous réserve qu’il n’ait commis aucune faute⁽¹⁾. En effet, le rapport de l’expertise précise que : « l’origine du sinistre est à rechercher dans un manque de ventilation qui n’a pas permis une aération correcte de ces échalotes, engendrant une condensation qui, sous l’effet de la moiteur intense qui devait régner à l’intérieur, a redémarré le processus végétatif de ces bulbes...». L’absence de ventilation suffisante dans les conteneurs est donc la cause principale des avaries subies par les marchandises litigieuses. Dans une autre affaire, le juge avait décidé que : « L’armateur est tenu de réparer le préjudice résultant de la pollution de la cargaison par l’eau de mer qui s’est produite à bord de son navire »⁽²⁾.

Dans une autre affaire, la cour d’appel de commerce de Casablanca, en se fondant sur l’article 5 de la convention de Hambourg et l’article 461 du code de commerce, a exonéré le transporteur de sa responsabilité sur la base de la freinte de route déterminée par l’expert à 0.424% du poids total du blé transporté , une valeur qui reste acceptable à raison de la nature de la

(1) : Cour d’appel d’Aix-En Provence, 2^{ème} chambre commerciale, Arrêt du 13 avril 2001, *Revue Scapel*, 2001, p.147.

(2) : Tribunal de Commerce de Terre et de Mer du Haver, Jugement du 13 novembre 1998, *Revue Scapel*, 2000, p.38. Dans l’espèce, La Société Elf Lubrifiants a souscrit en qualité d’affréteur par l’intermédiaire du cabinet de courtage Van Ommeren le 11 décembre 1995 à une charte-partie au voyage avec la société Peter Carl F. propriétaire de navires, en vue du transport par voie maritime de Dunkerque au Havre d’une cargaison de lob-oil de 920 MT assorti d’un débarquement de la cargaison sur allèges au choix de l’affréteur pour deux destinataires terminaux.

La cargaison chargée le 15 décembre 1995 sur le navire "Eberhard" armé et/ou opéré par la société Peter Carl F. et/ou la Société Eberhard Reederei TMS arrive au Havre le 17 décembre puis est transbordée à destination d’Elf Antar et Chevron sur différentes barges dont l’aptitude à recevoir cette cargaison a été vérifiée et trouvée conforme suivant rapport d’inspection de la société S.G.S.

La présence d’eau de mer constatée par ces destinataires rend le produit impropre à sa destination commerciale et une expertise contradictoire réalisée par le Comité d’Études et de Services des Assureurs Maritimes (CESAM) du Havre concluant que la pollution de la cargaison s’est produite à bord du navire "Eberhard" lors du trajet Dunkerque Le Havre.

marchandise en question. En conséquence, le transporteur répond seulement de la part du manquant qui dépasse la tolérance déterminée par les usages.

D'après l'analyse de ces arrêts, il semble que la jurisprudence actuelle cherche en l'absence même dans l'obscurité du DCCM à se conformer aux dispositions internationales vers une nette distinction entre le contrat de transport sous connaissement et l'affrètement au voyage⁽¹⁾, et principalement lorsqu'il s'agit de contrat de transport sous l'égide d'une charte-partie. Ceci est évident car les parties dans ce contrat se trouvent sur un pied d'égalité. Elles discutent, de gré à gré, les conditions de leur accord, donc il n'est pas besoin de faire bénéficier l'affrèteur d'une protection particulière comme dans le contrat de transport de marchandises par mer, qui est un contrat d'adhésion où le chargeur est la partie faible qui contracte avec l'entreprise de transport, une partie puissante, et qui ne lui offre que la liberté de contracter ou non.

Conclusion

Il semble que, le législateur marocain refuse explicitement de faire une distinction entre le contrat d'affrètement au voyage et le contrat de transport de marchandise par mer. Or les deux notions sont indépendantes. En effet, la relation contractuelle entre frèteur et affrèteur est gouvernée par la charte-partie. Celle-ci détermine l'ensemble des obligations de chacune des deux parties. La charte-partie au voyage demeure la loi des parties par excellence. Les règles du DCCM en la matière ne sont que d'ordre supplétif. Le contrat d'affrètement au voyage obéit au principe de la liberté contractuelle.

La place du Maroc, au point d'intersection de la mer Méditerranée et de l'océan l'Atlantique, exige que la flotte marchande marocaine soit compétitive à l'échelle mondiale afin d'assurer un développement national durable⁽²⁾. Sans

⁽¹⁾ : La distinction entre le contrat de transport sous connaissement et le contrat d'affrètement au voyage est affirmée par les sources internationales, notamment la Convention de Bruxelles de 1924, et la Convention de Hambourg de 1978. Aux termes de l'article 2 de la convention de Hambourg : «...les dispositions de la présente convention ne s'appliquent pas aux contrats d'affrètement ».

⁽²⁾ : TIMOULE Abdelkader, « La nécessaire relance de la flotte marchande marocaine », *Revue de stratégie*, n°31, Jan. 1997, p.101.

doute l'arsenal juridique doit suivre la réalité économique internationale. Ainsi les dispositions réglementant le domaine du transport maritime doivent-elles être claires et nettes. Le vieux DCCM n'est plus adapté aux dispositions des textes internationales en vigueur et aux réalités économiques et technologiques en perpétuelle évolution⁽¹⁾.

L'évolution technologique des moyens de transport et l'apparition des navires citernes, des navires vraquiers, des porte-conteneurs, des navires dont les tonnages atteignent plusieurs de milliers de tonnes, ont bouleversé tout le secteur de transport maritime. Les textes internationaux ont aussi subi à plusieurs reprises des amendements dans le but de s'adapter à ces nouvelles situations. L'ensemble de cette évolution résultant de l'exploitation des mers à grand échelle a abouti à créer de nouvelles règles juridiques dans la plupart des pays du monde. Dans ce contexte on peut dire que la législation marocaine actuelle doit être révisée en vue de l'adapter à la nouvelle situation du commerce extérieure. Ainsi l'affrètement au voyage doit-il être distingué du contrat du transport de marchandise par mer. Le dernier projet de code de commerce maritime de 2007, qui a fait cette distinction, n'ayant pu à ce jour être adopté, il est toutefois considéré comme le texte qui a réuni les intérêts des propriétaires, des affréteurs, des armateurs, des importateurs, des exportateurs, même des salariés...Mais il est encore incarcéré au secrétariat générale du gouvernement. Ce projet de code s'il entre en vigueur va résoudre un ensemble de problèmes liés au domaine de transport maritime.

⁽¹⁾ : « Les règles juridiques, ne joueront plus leur rôle stabilisateur et pourront même compromettre pour certaines, la croissance des relations commerciales et les intérêts économiques de la nation. Nos magistrats doivent de ce fait être pleinement informés des évolutions juridiques en cours dans ce domaine... », DAHAK Driss, « Le droit maritime marocain », *Travaux des Journées Internationales du Droit Maritime Marocain tenues à l'INEJ. Exposé introductif*, Rabat-10-15 Septembre 1979, p.13.

Destinataires, transporteurs et assureurs bénéficiaires de l'application des Règles de Hambourg au Maroc

Mohamed LAAZIZI
Docteur et Expert Consultant en Droit
Maritime et Aérien
Président fondateur de GLOBSERV
Transport & Insurance Global Services

INTRODUCTION

Au moment où le Code de Commerce Maritime Marocain (DCCM) fête ses cent ans, Les Règles de Hambourg célèbrent leurs 40 ans d'existence et leurs 27 ans d'application.

Malgré l'opposition des grandes puissances aux Règles de Hambourg (RDH) et au nouveau partage des risques qu'elles ont établi, celles-ci sont entrées en vigueur et ont emporté l'adhésion de plus de 30 pays, africains, européens, asiatiques et latino-américains

Le DCCM est un monument législatif, qui a résisté au changement mieux que la convention de Bruxelles de 1924. Promulgué le 31/3/1919, le DCCM et notamment sa partie relative à la responsabilité du transporteur de marchandises est restée pratiquement inchangée. Elle aura vécu dans une quiétude presque absolue, pendant près d'un siècle jusqu'à l'entrée en vigueur des RDH .

Les Règles de Hambourg signées le 31/3/1978 ont apporté certes des modifications importantes à ce régime de responsabilité. Mais à part ces changements, ce régime datant de 1919 n'aura connu que quelques retouches mineures, malgré la signature de la convention de Bruxelles en 1924 et les modifications qui lui ont été apportées par les protocoles modificatifs, signés successivement en 1968 et en 1979 à Bruxelles.

Un siècle après la promulgation du DCCM et près d'un demi-siècle après l'adoption des Règles de Hambourg, on est en droit de se demander si par rapport au DCCM les Règles de Hambourg constituent une révolution ou une simple évolution de ce régime de responsabilité ? les Règles de Hambourg coexistent-elles avec le DCCM ou bien l'ont-elles abrogé comme certains le craignaient ?

Dans quelle mesure les Règles de Hambourg ont-elles répondu au souhait des chargeurs et des transporteurs ? Ont-elles amélioré sensiblement la condition juridique des ayants droit à la cargaison ? Ont-elles sérieusement aggravé la situation des transporteurs ?

quel est le bénéfice que les assureurs facultés et les assureurs P&I en ont tiré ?

Jusqu'au 1er Novembre 1992, date d'entrée en vigueur des RDH, les transports maritimes de marchandises étaient régis au Maroc, exclusivement par le Dahir de 1919, formant Code de Commerce Maritime Marocain. Malgré les énormes progrès technologiques intervenus dans ce secteur d'activité, et ayant opéré de profondes mutations dans cette industrie, le Dahir de 1919 restera pratiquement inchangé, malgré l'adoption sur le plan international de la Convention de Bruxelles de 1924 pour l'unification de certaines règles en matière de connaissance, et de ses protocoles modificatifs de 1968 et de 1979.

Pourquoi le Maroc n'a-t-il pas ratifié cette convention ?

Il faut signaler qu'à la signature de la Convention de Bruxelles de 1924, le Maroc et la plupart des pays en voie de développements (P.V.D) étaient sous statut colonial, et n'ont pas pu, de ce fait, participer à son élaboration.

A leur indépendance dans les années 60, ces pays se sont aperçus que le droit international élaboré en leur absence par une minorité d'Etats développés, ne pouvait pas prendre en considération leurs intérêts et répondre à leur besoin de développement. C'est ainsi, que la CNUCED et la CNUDCI ont entrepris dès 1968, les travaux d'élaboration d'une nouvelle convention internationale sur le transport de marchandises par mer, et que le 31/03/1978 fut signée à Hambourg, la convention des Nations Unies sur le transport international de marchandises par mer, appelée Règles de Hambourg.

Le but assigné aux Règles de Hambourg est d'établir un nouvel équilibre entre les intérêts des chargeurs et des transporteurs. Leur application par les tribunaux fait ressortir une amélioration substantielle de la condition du chargeur (1er partie) et une aggravation relative de la responsabilité du transporteur (2ème partie).

lère Partie - LES RÈGLES DE HAMBOURG : UNE AMELIORATION SUBSTANTIELLE DE LA CONDITION JURIDIQUE DU CHARGEUR

Cette amélioration se manifeste d'une part dans le nouveau système de responsabilité renforcée du transporteur (Titre I) et d'autre part dans les nouvelles conditions de mise en œuvre de cette responsabilité (Titre II).

Titre I - LE NOUVEAU SYSTEME DE RESPONSABILITE RENFORCEE DU TRANSPORTEUR :

Le Maroc a adhéré aux Règles de Hambourg, entrées en vigueur le 01/11/1992. Trois traits caractérisent le nouveau régime de responsabilité du transporteur maritime de marchandises, tel qu'institué par cette convention qui a étendu cette responsabilité (A), réduit le nombre des cas exceptés (B) et élevé les montants de réparation (C)

A / L'extension de la responsabilité du transporteur :

Cette extension se manifeste à trois niveaux :

1/ Dans le temps et dans l'espace :

Limitée sous la Convention de Bruxelles à l'espace strictement maritime durant le temps écoulé entre le chargement et le déchargement, la responsabilité du transporteur couvre désormais toute la période pendant laquelle la marchandise est sous sa garde, au port de chargement, durant le transport et au port de déchargement⁽¹⁾.

Aux termes de l'article (4-2) des Règles de Hambourg, cette garde commence par la prise en charge et cesse à la livraison.

2/ à de nouveaux dommages :

Outre les pertes et avaries subies par la marchandise expressément prévues par la Convention de Bruxelles, le retard à la livraison engage désormais la responsabilité du transporteur sous l'empire des Règles de Hambourg .

Avant cette convention, la jurisprudence écartait le retard du domaine de l'application de la loi. La Cour de Cassation française⁽²⁾ a jugé qu'est licite au regard de l'art. 1134, al. 1. C. civ. la clause d'après laquelle, en cas de retard

(1) Voir art.4 des RDH et C.A.CASABLANCA DOS 9-99-2059 ARRÊT N° 2000/1558 DU 06/7/2006 DOS CIAL 99/1116, navire « DREAM I »

(2) Ch.Req. 9.5.1905, Ds. 1908, p. 90. ;

dans la livraison, il ne sera dû de dommages-intérêts que s'il est justifié d'un préjudice et seulement dans la limite du montant du fret⁽³⁾ ou validait les clauses de limitation ou d'exonération de toute responsabilité du transporteur du fait du retard⁽⁴⁾.

La jurisprudence marocaine décidait parfois aussi en ce sens⁽⁵⁾ Le tribunal de première instance de Casablanca a rejeté une demande en réparation pour retard au motif qu'il ne ressort pas du dossier que le transporteur se soit engagé à délivrer la marchandise dans un délai déterminé⁽⁶⁾.

Depuis l'entrée en vigueur des Règles de Hambourg, ces clauses sont considérées comme nulles et non avenues. D'après l'article (5-2) des Règles de Hambourg, il y a retard à défaut de livraison dans les délais convenus, ou dans les délais raisonnables, exigibles d'un transporteur diligent compte tenu des circonstances de fait.

L'ayant droit à la marchandise peut considérer la marchandise comme perdue à défaut de livraison dans les 60 jours suivant l'expiration de ces délais conventionnels ou raisonnables de livraison⁽⁷⁾.

3/ à de nouveaux transports :

Enfin, la responsabilité du transporteur a été élargie au transport en pontée et au transport d'animaux vivants, exclus du champ d'application de la Convention de Bruxelles.

(3) à propos de l'inapplication de la loi française de 1936 au retard : T.C. Seine : 20.2.1959, Rev. Agr. 1956, p. 265 et T.C. Havre : 10.2.1959, I, 221) .

(4) voir Trib. Tunis, 13 juillet 1959, D.M.F. 1960, p. 442, et en sens contraire C.A. Rouen : 14.1.1981, D.M.F, 1982, p. 172) .

(5) Voir C.A.Casablanca 25/10/1962 ;Gaz. Trib.Maroc 10 Juin 1963,p.64 ; TPI Casablanca jugement n° 671, 12.2.1989 navire Al Hoceima (non publié) ; même sens C.A. Paris, 6 novembre 1980, D.M.F 1980, p. 338 .

(6) T.C. Marseille 11.3.91 Helvetia c/ Comanav navire « Asni » (non publié) qui a décidé que « le transporteur maritime ne peut être tenu pour responsable des avaries à la marchandise provoquées par le retard” du moment qu’il a été relevé que « le contrat de transport ne fixait aucun délai pour la livraison... qu’il n’est mis en évidence aucune négligence de la part du transporteur dans la diligence qu’il devait à la marchandise pour la transborder et la faire acheminer dans les délais les plus brefs jusqu’à son port de déchargement »).

(7) C.A. 2003/383 DOS 9/2002/2886 DU 27/01/2003 dos cial 2001/11454 « MAJESTIC » dépassement des délais raisonnables.

Cette responsabilité, s'applique à tout transport maritime international de marchandises entre ports relevant d'Etats différents dont l'un au moins est situé dans un Etat contractant ou si le contrat de transport est émis dans un Etat contractant ou en prévoit l'application (clause Paramount).

Cette responsabilité ainsi élargie dans le temps et dans l'espace, étendue à de nouveaux dommages et à de nouveaux transports ne cède que devant la preuve de l'une des causes générales ou particulières d'exonération, nettement moins nombreuses qu'auparavant.

B/- Disparition du catalogue des cas exceptés :

Contrairement à la convention de Bruxelles, qui procède par énumération des obligations et des causes de libération du transporteur, les Règles de Hambourg adoptent le système inverse, consistant en une absence d'énumération.

Certains auteurs en ont conclu, que les Règles de Hambourg n'ont conservé au profit du transporteur comme causes d'exonération de responsabilité, que les deux cas d'incendie et de sauvetage.

C - L'élévation des montants de Réparation :

C'est surtout par rapport à notre droit interne que cette hausse des plafonds de réparation est significative, tant en ce qui concerne le principe que les exceptions.

1 - Le principe de la limitation :

La limitation de responsabilité par colis passe de DHS 1.000,00 à l'équivalent de 835 DTS soit à environ DHS 11.000,00 par colis ou autre unité de chargement⁽⁸⁾. En cas de retard, la responsabilité du transporteur est limitée à 2,5 le fret payable pour les marchandises livrées avec retard, sans qu'elle dépasse le montant global du fret convenu⁽⁹⁾.

(8) notion de colis /palette V..C.A.CASABLANCA DOS 10/2002/1746 ; ARRÊT 2003/583 DU 17/02/2003 dos cial 2000/6732 « KONING »)

(9) CA 2003/383 DOS 9/2002/2886 DU 27/01/2003 dos cial 2001/11454 « MAJESTIC » dépassement des délais raisonnables/limitation de la réparation au montant du fret)

En cas de retard doublé d'avaries ou de pertes la limitation est de 835 DTS par colis/autre unité de chargement ou de 2,5 DTS par kg; la limite la plus élevée étant applicable⁽¹⁰⁾.

2 - Exceptions au principe de limitation :

Ces limites de réparation qui sont pratiquement celles de la Convention de Bruxelles modifiée en 1979 ne peuvent être dépassées qu'exceptionnellement :

-soit par accord entre le transporteur et le chargeur, c'est-à-dire en cas de déclaration de valeur.

-soit à titre de déchéance, en cas de faute intentionnelle ou inexcusable du transporteur⁽¹¹⁾.

Tels sont les aspects du renforcement de la responsabilité du transporteur de marchandises par mer.

Examinons à présent les conditions de mise en œuvre de cette responsabilité.

Titre II - Conditions de mise en œuvre de la responsabilité du transporteur :

La réparation du préjudice à la charge du transporteur est soumise à des règles de preuve. Cette réparation a lieu dès que le demandeur établit la réalité des dommages et leur survenance dans un temps déterminé(A).

Le demandeur bénéficie en outre de longs délais de prescription, et peut intenter son action devant un tribunal qu'il choisit parmi de nombreuses juridictions compétentes (B).

Les conditions et les effets de la preuve :

La présomption de responsabilité ,que le droit interne et international mettent à la charge du transporteur, ne joue que si le demandeur en réparation fait la preuve préalable du préjudice.

1- Conditions de fond et de forme de la preuve :

Cette preuve lui est facilitée par la prise de réserves à la livraison.

(10) CA CASABLANCA DOS.10/2000/1847 ARRÊT N° 2000/2582 DU 04/12/2000 dos cial 99/5015 « AKNOUL » EX « AZZAHRA » limitation applicable aux avaries).

(11) Voir C.A.CASABLANCA ARRÊT 2003/176 DU 13.01.2013 DOS COM 2000/2486 « SANTOZA » LIMITATION INAPPLICABLE EN CAS DE VOL.

Ces réserves sont en principe obligatoires, elles doivent être faites par écrit, et elles doivent être régulières.

a- Les réserves sont en principe obligatoires :

Le Dahir formant Code de Commerce Maritime (article 262) pose deux conditions cumulatives pour la recevabilité du recours contre le transporteur :

- 1) l'émission d'une lettre de réserves,
- 2) et une action en justice dans les 90 jours.

Pour la Convention de Bruxelles et les Règles de Hambourg, les réserves sont aussi obligatoires à moins que la marchandise n'ait fait l'objet d'une inspection contradictoire au moment de sa délivrance au destinataire.

b- Les réserves doivent être écrites :

Les trois textes s'accordent à exiger la forme écrite des réserves. Ainsi une communication téléphonique ou des réserves verbales ne suffiront pas. Il convient de relever que contrairement aux deux conventions internationales qui ne requièrent aucune forme de l'écrit et pour lesquelles un télex ou un fax suffirait, le DCCM exige quant à lui un acte extrajudiciaire ou une lettre recommandée, et ce sous peine de forclusion.

c- Les réserves doivent être régulières :

Afin d'être opposables au transporteur, les réserves doivent, d'une part, préciser le préjudice subi par le destinataire et, d'autre part intervenir dans un délai déterminé.

*** Les réserves doivent être précises et motivées :**

En fait, il n'est pas nécessaire que les dites réserves énumèrent dans le détail le préjudice subi. Cependant, il est douteux que des réserves imprécises ou formulées de façon trop générale puissent être opposées au transporteur⁽¹²⁾.

Pour être précises et motivées, ces réserves doivent indiquer aussi la réalité du préjudice. Des dommages éventuels ou hypothétiques ne peuvent servir d'objet aux réserves. Enfin, elles doivent préciser la consistance des

(12) voir C.A.CASABLANCA ; DOS 9/2001/2944 ARRET 2002/2088 DU 15/07/2015,dos.cial 99/10367 « CRIMEA » les réserves doivent préciser la nature générale des dommages)

dommages en indiquant par exemple le nombre et marques des colis non livrés ou endommagés.

*** Les réserves doivent intervenir dans un certain délai :**

Pour le DCCM ce délai est de 8 jours au plus tard à compter de la date de mise des marchandises à la disposition du destinataire (remise du bon à délivrer)⁽¹³⁾.

La convention de Bruxelles distingue deux cas :

- En cas de dommages apparents, les réserves doivent être émises au plus tard au moment de l'enlèvement des marchandises.

- En cas de dommages non apparents, ce délai est de 3 jours à compter de la délivrance.

Pour les Règles de Hambourg, les réserves doivent être adressées au transporteur en cas de dommages apparents le premier jour suivant la remise des marchandises au destinataire.

En cas de dommages non apparents le délai est de 15 jours.

Enfin le délai de protestation pour le préjudice subi du fait du retard est de 60 jours consécutifs à la date de la livraison au destinataire.

2 / Effet de l'absence ou de l'irrégularité des réserves :

Dans certains cas énumérés par les textes, l'absence ou l'irrégularité des réserves entraîne la forclusion du destinataire qui n'est plus recevable à agir contre le transporteur (a).

D'une façon générale, l'absence ou l'irrégularité des réserves institue au profit du transporteur une simple présomption de livraison conforme (b).

Les cas de forclusion :

Suivant l'article 262 DCCM, : « toutes actions en dommages - intérêts pour avaries ou pertes partielles, exercées soit contre le capitaine ou l'armateur... sont non recevables si, au plus tard dans les 8 jours, jours fériés non compris, de la date à laquelle la marchandise a été mise à la disposition effective du destinataire, il n'a pas été fait et signifié par acte extrajudiciaire ou lettre recommandée, une protestation motivée et si cette protestation n'a pas été suivie d'une action en justice dans un délai de 90 jours ».

(13) il s'agit de la date de mise de la marchandise à la disposition du destinataire et non pas de la date d'arrivée du navire au port de destination

Ainsi suivant le DCCM, l'inobservation des formalités impératives prescrites par l'article 262, à savoir une protestation motivée, adressée au transporteur par lettre recommandée, au plus tard dans les 8 jours suivant la date de mise à disposition, fait perdre au réceptionnaire tous recours contre le transporteur.

L'article 19-5 des Règles de Hambourg dispose quant à lui que :

« Aucune réparation n'est due pour le préjudice résultant du retard à la livraison, à moins qu'un avis n'ait été donné par écrit au transporteur dans un délai de 60 jours consécutifs à compter de la date à laquelle les marchandises ont été remises au destinataire ».

Ainsi l'absence ou l'irrégularité des réserves en cas de retard pour le Règles de Hambourg ou en cas de perte ou avaries pour le DCCM, entraîne la déchéance définitive du destinataire qui ne dispose plus d'aucun recours à l'encontre du transporteur⁽¹⁴⁾.

Dans les autres cas l'absence ou l'irrégularité des réserves, entraîne une présomption de livraison conforme au profit du transporteur.

La présomption de livraison conforme :

Cela signifie que le transporteur est présumé avoir livré la marchandise en bon état, Sans avaries ni manquants, et conforme aux indications du connaissance⁽¹⁵⁾.

Cependant, le destinataire n'est pas définitivement déchu de son droit d'agir contre le transporteur. Il lui est toujours possible d'assigner le transporteur avant l'écoulement de la prescription, devant les tribunaux compétents.

B - Les délais de prescription et les juridictions compétentes :

1 - Augmentation des délais de prescription :

La Convention de Bruxelles prévoit une prescription d'un an. Ce délai commence à courir à compter de la livraison des marchandises, ou en cas de perte, à compter de la date où elles auraient dû l'être (article 3-6).

(14) voir C.A. CASABLANCA DOS APPEAL 9/2002/3011, ARRÊT 2003/774 DU 10/03/2003 « BOTHNIA » DOSSIER 2001/9912) .

(15) C.A.CASABLANCA DOS 9-99-2059 ARRÊT N° 2000/1558 DU 06/7/2006 DOS CIAL 99/1116 « DREAM I »

Le protocole de 1968 accorde aux parties la possibilité de fixer un délai plus long par un commun accord conclu postérieurement à l'événement qui a donné lieu à l'action (article 3-6 al 4 nouveau).

Il prévoit également que des actions récursoires peuvent être exercées même au-delà d'un an, si la loi du juge saisi le permet, auquel cas ce délai ne pourra pas être inférieur à trois mois à partir du jour où la personne qui exerce l'action récursoire a réglé la réclamation ou a, elle-même, reçu signification de l'assignation.

Les Règles de Hambourg portent le délai de prescription à deux ans (article 20-1). (Le point de départ est fixé au premier jour suivant la dernière livraison, quand il s'agit de pertes partielles ou d'avarie. En cas d'absence de livraison, le délai court à compter du dernier jour où elle devait avoir lieu. Le point de départ n'est pas compris dans le délai).

Ce délai de deux ans est susceptible d'être prolongé une ou plusieurs fois, par une ou plusieurs déclarations écrites adressées à l'auteur de la réclamation.

L'action récursoire peut-être exercée même au-delà de deux ans, si la loi du juge saisi le permet. Ce délai ne pourra toutefois pas être inférieur à 90 jours à compter de la date :

- du règlement de la réclamation par la personne qui exerce l'action récursoire ou
- a elle-même reçu signification de l'assignation (article 20-5).

Ainsi les chargeurs peuvent agir utilement contre le transporteur pendant deux ans au moins. Leurs assureurs subrogés dans leurs droits disposent des mêmes délais pour l'exercice de leur action récursoire, améliorés d'un minimum de trois mois suivant le règlement ou plus si la loi du juge saisi l'autorise).

L'amélioration des conditions d'exercice de l'action en préparation se manifeste, en second lieu, au niveau des tribunaux compétents.

2 - Diversification des tribunaux compétents :

Le mutisme de la Convention de Bruxelles à ce sujet, a permis le développement de clauses attributives de compétence, dont la validité a été différemment appréciée par la jurisprudence. Lorsque ces clauses désignent des juridictions situées hors du port de déchargement, l'exercice de l'action en responsabilité devient difficile pour les destinataires (qui se voient obligés de se rendre devant des juridictions étrangères et éloignées).

Pour éviter aux chargeurs ces déplacements difficiles et onéreux, les Règles de Hambourg permettent au demandeur de saisir le tribunal dans la juridiction duquel se trouve l'un des lieux suivants :

- L'établissement principal du défendeur ou, à défaut, sa résidence habituelle,
- Le lieu de conclusion du contrat, si le défendeur y a une agence ayant conclu le contrat en son nom,
- Le port de chargement ou de déchargement,
- Tout autre lieu désigné à cette fin dans le contrat de transport.

En cas de saisie de navire, la compétence est aux tribunaux de l'Etat contractant où ce navire a été légalement saisi.

Dans ce cas et à la demande du transporteur, le demandeur (chargeur/destinataire /assureur cargaison) doit cependant porter l'action devant l'une des autres juridictions visées à l'article (21-1) pour qu'elle statue sur la demande. Préalablement, le transporteur (défendeur) doit fournir une garantie suffisante pour assurer le paiement des sommes qui pourraient être adjugées au demandeur.

Enfin les parties peuvent après la naissance du litige désigner d'un commun accord, le tribunal qui tranchera le litige ; les Règles de Hambourg validant de la sorte les clauses d'élection du for .

II° Partie - LES RÈGLES DE HAMBOURG : UNE AGGRAVATION RELATIVE DE LA RESPONSABILITE DU TRANSPORTEUR

Si les Règles de Hambourg améliorent ainsi la condition juridique du chargeur, il n'en résulte qu'une aggravation relative de la responsabilité transporteur.

Malgré l'extension dont elle a fait l'objet, la responsabilité du transporteur risque de se trouver en pratique peu étendue (Titre I) et le transporteur, bénéficiaire de la plupart des cas excepté (Titre II).

Titre I - Limites à l'extension de la responsabilité du transporteur :

A - Le maintien du sectionnement du contrat de transport :

On aurait pu croire que les Règles de Hambourg en ont fini avec le sectionnement du contrat de transport.

En réalité il n'en est rien. Malgré les tentatives desdites Règles pour rétablir l'unité du contrat, le sectionnement est maintenu d'une part par l'intervention de l'Autorité portuaire (a) et d'autre part par la licéité des clauses de prise en charge et de livraison sous palan (b).

1 / L'intervention de l'Autorité :

Suivant l'article (4) des Règles de Hambourg, simplifié ici pour les besoins du raisonnement :

1 - « ...La responsabilité du transporteur ... couvre la période pendant laquelle les marchandises sont sous sa garde...

2 -...les marchandises sont réputées être sous la garde du transporteur :

-A partir du moment où celui-ci les prend en charge des mains :

i)....

ii) D'une autorité ou autre tiers auquel les marchandises doivent être remises pour expédition...

-jusqu'au moment où il en effectue la livraison :

i)

ii)... en les mettant à la disposition du destinataire conformément au contrat... ou

iii) en remettant les marchandises à une autorité ou autre tiers auquel elles doivent être remises conformément aux lois... au port de déchargement ».

Avant la réforme portuaire introduite par la loi marocaine 15-02 du 05 Décembre 2005, la manutention des marchandises à bord des navires étaient exécutée par des sociétés privées appelées : stevedores.

Par contre, la manutention des marchandises à quai était confiée dans la plupart des ports marocains à une Autorité à caractère monopolistique nommée: l'Office d'Exploitation des Ports.

En vertu de son cahier des charges, cette Autorité procédait obligatoirement au chargement de toutes les marchandises destinées à l'exportation et au déchargement de toutes les marchandises importées. Par conséquent, la prise en charge et la livraison de la marchandise par le transporteur avaient lieu sous palan.

Depuis l'entrée en vigueur de la réforme portuaire de 2005, la manutention est ouverte à la concurrence. La Société d'Exploitation des Ports (SODEP), qui a hérité des activités commerciales de l'ODEP, n'a plus le monopole des opérations de manutentions. Des sociétés privées sont habilitées à procéder à ces opérations. En outre, cette réforme a réintroduit l'unicité de la manutention en étendant l'intervention des sociétés de manutentions à l'ensemble des opérations de manutention; qu'elles soient à bord des navires ou à quai.

De ce fait, la prise en charge et la livraison peuvent avoir lieu en cale et non plus sous palan, si les usages portuaires le permettent, ou bien s'il existe au contrat des clauses stipulant que la prise en charge et la livraison ont lieu dès l'ouverture des cales.

2/- La licéité des clauses de prise en charge et de livraison en cale.

En effet en présence de telles clauses au connaissement, ou lorsque le manutentionnaire agit pour le compte des intérêts cargaison, la prise en charge et la livraison ont lieu en cale.

En faveur de cette interprétation on peut avancer le texte même de la Convention des Nations Unies sur le transport de marchandises par mer qui dispose que le transporteur prend en charge la marchandise dès qu'il la reçoit des mains du chargeur ou d'une personne agissant pour son compte ; et que la livraison a lieu dès que les marchandises sont mises à la disposition des réceptionnaires conformément au contrat ou aux usages.

Il en résulte qu'il en sera ainsi, si la prise en charge et la livraison en cale sont conformes aux usages portuaires considérés, ou si le contrat contient une clause prévoyant que ces opérations ont lieu en cale.

Mais il n'y a pas qu'à ce niveau que cette extension est restreinte. La responsabilité du transporteur du fait du retard comporte des faiblesses qui risquent d'en limiter sérieusement la portée.

B- effet limité de la responsabilité du transporteur du fait du retard.

1-Notion de retard :

Suivant l'article (5-2) des Règles de Hambourg, il y a retard à défaut de livraison dans les délais convenus ou raisonnables, exigibles d'un transporteur diligent compte tenu des circonstances de fait. Or,

Les délais convenus sont difficiles à concevoir du moins pour ce qui concerne les lignes régulières où les dates de départ et d'arrivée des navires sont préalablement établies. En pratique avant de remettre la marchandise au transport, les chargeurs s'informent sur les itinéraires, les escales du navire et les délais habituels de transport. Libre à eux de refuser ou d'accepter. Mais quand ils acceptent ils adhèrent à ces délais qui s'imposent aux armateurs eux-mêmes, tenus d'exécuter le voyage avec le maximum de célérité afin de réduire leurs coûts et rentabiliser leur flotte, compte tenu des frais d'exploitation extrêmement élevés.

En matière de navigation au tramping ces délais convenus sont concevables et sont fonction des rapports de force entre les parties. La question qui se pose est de savoir si ces délais ne peuvent pas être assortis de clauses du genre « sauf en cas de grève, d'encombrement de ports de mauvais temps »... dans la mesure où la liberté contractuelle dans la fixation de ces délais n'est limitée d'aucune façon.

Les délais raisonnables ne posent pas moins de problèmes quant aux critères de leur fixation. En cas de navigation au tramping par exemple, le transporteur est dans l'impossibilité de fixer avec précision le jour où le navire arrive au port⁽¹⁶⁾.

Déjà dans le système de la Convention de Bruxelles les termes « diligence raisonnable » ne signifient pas un maximum de diligence. Doctrine et

(16) Voir CA 2003/383 DOS 9/2002/2886 DU 27/01/2003 des cial 2001/11454 « MAJESTIC » dépassement des délais raisonnables; voir T.C. Paris 19.01.82, D.M.F. 1982, p. 686.; voir G.Khairallah, « Le raisonnable en droit privé français, développements récents », R.T.D.C.I. 1984, p. 439 et s.; Voir Amar et P.R. Kimbourg, « Esprit de géométrie, esprit de finesse ou l'acceptation du mot raisonnable dans les contrat de droit privé américain », D.P.C.I., 1983, t, XIX, n°1, p. 43)

jurisprudence font précéder souvent le terme « raisonnable » par l'adverbe « seulement » pour indiquer que la diligence exigée du transporteur est une diligence moyenne, exigible d'un bon transporteur et non pas le maximum de diligence.

Quant aux circonstances de fait à prendre en considération pour fixer ces délais, il s'agit naturellement de la distance à parcourir, de la vitesse de rotation de navire, du temps et de l'époque du voyage, des escales du navire, du degré d'encombrement des ports et du temps nécessaire pour l'accomplissement des différentes opérations commerciales du navire.

2- La forclusion :

La responsabilité du fait du retard à la livraison est de portée limitée d'autre part en ce que l'action en réparation du fait du retard est soumise à une prescription très brève.

L'article 19-5 édicte la forclusion de l'ayant droit à la marchandise à défaut de protestation en cas de retard dans les 60 jours consécutifs à compter de la date à laquelle les marchandises ont été remises au destinataire.

Titre II- Reconduction de la plupart de cas exceptés

Dans le système de la Convention de Bruxelles, le transporteur peut s'exonérer de toute responsabilité en prouvant que le dommage est dû à l'un des cas exceptés, y compris la faute nautique.

Les Règles de Hambourg n'ont pas repris l'énumération des cas exceptés de la convention de Bruxelles.

Elles n'adoptent en faveur du transporteur que certaines causes générales (A) et d'autres particulières d'exonération (B).

A / Les causes générales d'exonération

Parmi ces causes générales figure le sauvetage de vies en mer que les règles de Hambourg ont nommément repris de la convention de Bruxelles. Le transporteur peut en outre s'exonérer à ce même titre, en prouvant que lui-même et ses préposés ont pris toutes les mesures raisonnablement exigées pour éviter l'événement et ses conséquences.

1/ Preuve requise du transporteur

a-Diligences antérieures à la survenance de l'événement

Cela signifie que le transporteur doit établir toutes les mesures raisonnables qu'il a prises avant la survenance du dommage pour éviter l'événement qui l'a causé.

Cette preuve est satisfaite par la production de toutes pièces justifiant de l'aptitude nautique et commerciale du navire à assurer le transport convenu (tels les certificats de navigabilité...), et par la production de pièces justifiant les soins raisonnables procurés aux marchandises (tels les certificats de bon arrimage et de saisissage...).

b-Diligences postérieures à la survenance de l'événement

Si malgré toutes ces mesures, le dommage est tout de même survenu, le transporteur est tenu de démontrer les mesures raisonnables, prises pour en atténuer les conséquences.

Cette preuve se trouve rapportée par la production du rapport de mer qui relate les circonstances de l'événement et les mesures prises par le capitaine et l'équipage pour en réduire les effets (EX : la reprise du saisissage, les changements de route, les manœuvres, relâche dans des ports de refuge... etc).

2.Effets

Deux effets en résultent pour le transporteur, qui doit établir systématiquement, l'événement qui a causé le dommage, et les mesures prises pour l'éviter ou en atténuer les conséquences :

i/ L'exonération définitive du transporteur de toute responsabilité.

ii/ La suppression de la faute nautique exonératoire. Car si le transporteur doit éviter le dommage, il ne doit pas a fortiori le provoquer par sa faute personnelle ou celle de ses préposés⁽¹⁷⁾.

La suppression de la faute nautique mise à part, les règles de Hambourg conduisent à ressusciter ainsi la plupart des causes d'exonération édictées en faveur du transporteur par la convention de Bruxelles.

B / Causes particulières d'exonération

Enumération

D'autres causes particulières exonèrent le transporteur sous certaines conditions. Pour ces causes le dommage tient à un risque inhérent soit à l'exécution d'une obligation légale (le sauvetage), soit à la nature du transport (la pontée), soit à la nature des marchandises (les animaux vivants), soit enfin à la fois à la nature de la marchandise et à la nature du transport (l'incendie).

(17) sur notion V.Cour Suprême, ARRÊT DU 10/11/1999 DOS 91/824;C.A.CASABLANCA N° 2002/2090 DU 15/07/2002 dos cial 2000/5874 « SEA HOPE »)

L'incendie

Suivant l'article 5-4 (a) des règles de Hambourg le transporteur est responsable des pertes ou dommages ou du retard à la livraison, si le demandeur prouve que l'incendie résulte d'une faute ou d'une négligence du transporteur ou de ses préposés. Il en résulte, a contrario, que le transporteur qui invoque pour son exonération l'incendie, sera libéré de toute responsabilité, sauf si l'ayant droit prouve que cet incendie est dû à une faute ou une négligence du transporteur.

b- Le transport d'animaux vivants

En cas de transport d'animaux vivants, l'article (5-5) exonère le transporteur des pertes, dommages ou retard qui tiennent aux risques particuliers inhérents à ce genre de transport.

Si le transporteur établit qu'il s'est conformé aux instructions du chargeur concernant les animaux vivants, les dommages sont présumés avoir été ainsi causés. La preuve contraire reste toutefois ouverte au demandeur.

c- Le sauvetage de biens en mer

L'article 5-6 des règles de Hambourg exonère le transporteur si les dommages résultent des mesures raisonnables prises pour sauver des biens en mer

d- La pontée

L'article 9 des règles de Hambourg distingue le transport en pontée régulière du transport en pontée irrégulier.

Le transport en pontée est régulier s'il a lieu avec l'accord du chargeur, s'il est conforme aux usages de commerce (par exemple, le transport des conteneurs sur des navires porte-conteneurs ou des remorques sur des navires rouliers..) ou s'il est exigé par la réglementation en vigueur.

En dehors de ces cas le transport en pontée est irrégulier.

Si le transport en pontée irrégulier a eu lieu avec l'intention de causer le dommage ou avec la conscience de la probabilité de sa survenance, le transporteur est déchu de son droit à la limitation de responsabilité.

Si cette pontée irrégulière n'a pas eu lieu avec cette intention ou cette conscience, le transporteur est admis à limiter sa responsabilité, mais il ne peut pas invoquer pour son exonération le fait que les dommages résultent des risques inhérents au transport en pontée.

En cas de transport en pontée régulier, la doctrine s'accorde à dire que le transporteur n'est pas responsable des dommages qui tiennent, justement, à ce que le transport s'est fait en pontée.

2/ Effets

Contrairement aux causes générales d'exonération, dont la preuve exonère définitivement le transporteur maritime de toute responsabilité, la preuve de l'une ou plus de ces causes particulières d'exonération ne produit qu'une simple présomption d'irresponsabilité du transporteur.

Par conséquent, le demandeur en réparation peut, établir que malgré ce que les circonstances laissent entendre, le dommage est dû en réalité, en tout ou en partie, à une faute du transporteur ou de ses préposés.

Conclusion

En conclusion ,le doute ayant accompagné l'entrée en vigueur des Règles de Hambourg quant au texte ayant vocation à s'appliquer, a finalement été dissipé définitivement , d'une part par la Constitution Marocaine de 2011 qui prévoit la suprématie des conventions internationales ratifiées par le Maroc sur le Droit interne, et d'autre part ,par la jurisprudence⁽¹⁸⁾ qui a confirmé l'application des Règles de Hambourg aux transports internationaux de marchandises par mer et limité celle du DCCM aux transports domestiques⁽¹⁹⁾ .

Du fait de cette coexistence du Dahir du 31.3.1919 formant code de Commerce Maritime Marocain et des Règles de Hambourg du 31.3.1978 , l'inquiétude que l'adoption de ces Règles ont suscitée a été levée et les parties au contrat de transport, quelle que soit leur qualité de chargeurs, de destinataires ou de transporteurs, ainsi que leurs assureurs, quelle que soit leur qualité d'assureurs P&I couvrant la responsabilité civile des armateurs , ou d'assureurs facultés couvrant les risques encourus par la cargaison , tirent un profit certain de l'entrée en vigueur et de l'application des Règles de Hambourg , dans la mesure où celles-ci tout en modernisant la législation marocaine régissant les transports de marchandises par mer, améliorent sensiblement la situation des ayants droit à la cargaison , sans aggraver sérieusement la condition du transporteur maritime.

(18) Voir Cour Suprême devenue Cour de Cassation : ARRÊT DU 19/05/1999 DOS.90/4356 et Cour d'appel de CASABLANCA ARRET 2001/1198 DU 28/5/2001 DOS 9/2001/45 navire « SIKASSO »

(19) C.A. CASABLANCA,ARRÊT 2003/774 du 10/03/2003 « BOTHNIA »)

Ainsi, les assureurs facultés qui indemnisent le propriétaire de la cargaison et agissent à l'encontre du transporteur maritime par subrogation dans les droits de leurs assurés, bénéficient en fait de toutes les améliorations apportées par les Règles de Hambourg à la condition juridique des ayants droit à la marchandise.

De leur part, les Associations de protection et d'indemnisation des armateurs, les P&I Clubs , qui ont pour fonction d'assurer la responsabilité civile des armateurs et de rembourser aux transporteurs maritimes les indemnités payées aux ayants droits à la cargaison, tirent un bénéfice tout aussi important de cette coexistence des deux textes ,dans la mesure où les plafonds de réparation fixés par les Règles de Hambourg sont pratiquement ceux du protocole de Bruxelles de 1979, et dans la mesure où les modestes limitations de responsabilité fixées par le DCCM restent avantageuses pour l'armateur.

Finalement, on assiste actuellement à un retournement de tendance : Les armateurs qui ,au départ, étaient hostiles aux Règles de Hambourg, qu'ils soupçonnaient d'aggraver leur condition juridique et leur responsabilité en tant que transporteurs maritimes, proposent aujourd'hui à leurs clients, dans un but commercial bien évident, des solutions d'indemnisation semblables à des déclarations de valeurs ,qui dépassent de loin même les plafonds de réparation fixés par ces Règles de Hambourg⁽²⁰⁾ .

Alors, jusqu'où ira cette évolution?

L'avenir nous le dira.

(20) V.OFFRE SERENITY sur site Web de CMA/CGM .

BIBLIOGRAPHIE

1- Ouvrages Généraux

- R. Rodière, Traité général de droit maritime, t. II, Dalloz 1968,
- William Tetley, "Marine cargo claims" Toronto 1978
- Abdellah Boudahrain : "Droit Maritime Marocain" Edition SECEA/Casablanca 1986
- Martine Remond Gouilloud:Droit Maritime/Pedone 1988
- R.Rodière et E. du Pontavice, Droit Maritime ,Précis Dalloz 1997,
- Droits Maritimes ,ouvrage collectif sous la direction de Jean-Pierre Beurrier Dalloz 2008
- P.Bonassies et Ch.Scapel ,"Traité de droit maritime" LGDJ 2010
- "Le droit maritime dans tous ses états", ouvrage collectif sous la direction de Mustapha El Khayat PUF Marseille 2016

2- Thèses

- Abdellah Aboussoror : Exécution du contrat de transport maritime des marchandises en Droit Marocain et en Droit Français:Altopress 2000.
- O. Ben Fadel, « Problématique pour un P.V.D., la Tunisie et les Règles de Hambourg », thèse, Marseille, 1982.
- CL. Hosner, « Responsabilité du transporteur maritime,étude du droit suisse », thèse, Lausanne, 1956.
- M.Laazizi,"Les Règles de Hambourg , esquisse d'une évolution" thèse, Nantes , 1986.

3- -Articles

- R. Russo : « Le transport sous connaissance à l'heure du marché commun en droit italien », traduit de l'italien par G. Lafage in *Le transport sous connaissance à l'heure du marché commun*, LGJD., 1966.
- G. Auchter, « Les transports maritimes en droit japonais », DMF. 1970, p. 502 et s.
- G. Auchter, « Le droit maritime de la R.D.A. », D.M.F., 1978, p. 247 et s.

-R. Achard,« La responsabilité résultant du retard dans le transport de marchandises par mer », D.M.F. 90, p. 673 et s.

4- Rapports/revues

- Rapp. Sec. C.N.U.C.E.D., doc. TD/B/C4 ISL /6/Rev. 1, n° 292.
- Doc. C.M.I. 1974/1; 1974/II ; 1974/ III.
- XXXIVè conférence du C.M.I. à Paris 1990 ; documents vol. I.
- Newsletter supply chain magazine du 16/04/2019 N°2910.

ABREVIATIONS

CA : COUR D APPEL

CASS : COUR DE CASSATION

CMI :COMITE MARITIME INTERNATIONAL

C REQ : CHAMBRE DES REQUETES

C SUP : COUR SUPREME

DCCM : DAHIR DU 31 MARS 1919 FORMANT CODE DE COMMERCE
MARITIME MAROCAIN

DMF : DROIT MARITIME FRANCAIS

DS : DALLOS SIREY

OMI :ORGANISATION MARITIME INTERNATIONAL

TC : TRIBUNAL DE COMMERCE

TGI : TRIBUNAL DE GRANDE INSTANCE

TPI :TRIBUNAL DE PREMIERE INSTANCE

RDH : REGLES DE HAMBOURG DU 31 MARS 1978

L'application des dispositions du code du travail aux marins : Analyse de l'article 3 du code du travail à la lumière de la doctrine et la jurisprudence marocaine et étrangère.

Khalid Hilal
Magistrat
Doctorant : FSJES AGADIR
Laboratoire Droit et Société
Université IBN ZOHR

Introduction

D'après l'article 166 du code de commerce maritime⁽¹⁾ « est considéré comme marin pour l'application du présent code, toute personne de l'un ou de l'autre sexe, servant à bord d'un navire de mer⁽²⁾ ». Il résulte de cette définition que la notion du marin est strictement liée au navire et à l'activité navale, en dehors de ces deux notions la qualité du marin disparaîtra.

Ce marin est lié avec son employeur, appelé désormais armateur⁽³⁾, par un contrat d'engagement maritime⁽⁴⁾ dont les aspects sont tracés par le dahir de 31 mars 1919 les articles 165 à 205 quater. Mais, il me semble que ce n'est pas seulement le dahir du 31 mars 1919 qui traite du statut du marin, car le code de travail étend aussi son champ d'application au travail maritime en stipulant dans son article 3 que « Demeurent régies par les dispositions des

⁽¹⁾ Dahir du 28 Joumada II 1337(31 Mars 1919) formant code de commerce maritime, tel qu'il a été modifié et complété; Bulletin Officiel n°344 du 26 Mai 1919, p. 478.

⁽²⁾ Il faut noter qu'il y a une autre définition du terme « marin » donnée par le code disciplinaire et pénale de la marine marchande chérifienne. Mais c'est une définition pénale de la notion du marin donnée par l'article 4 qui considère comme marin ou plutôt homme d'équipage, toute personne de l'un ou de l'autre sexe inscrite sur le rôle soit pour le service du pont ou de la machine, soit pour le service général. Il en est ainsi de l'article 2 de la convention n°22 de l'OIT ratifiée par le Maroc, d'après laquelle « (b) le terme marin comprend toute personne employée ou engagée à bord, à quelque titre que ce soit, et figurant au rôle d'équipage, à l'exception des capitaines, des pilotes, des élèves des navires-écoles, des apprentis lorsqu'ils sont liés par un contrat spécial d'apprentissage; il exclut les équipages de la flotte de guerre et les autres personnes au service permanent de l'Etat; ».

⁽³⁾ « Est considéré comme armateur, au sens de l'article précédent, toute personne physique ou morale, propriétaire ou non du navire, qui assure l'exploitation », l'article 165 bis du dahir du 31 mars 1919.

⁽⁴⁾ « Tout contrat d'engagement conclu entre un armateur ou son représentant et un marin, et ayant pour objet un service à accomplir à bord d'un navire de mer armé sous pavillon chérifien, est un contrat d'engagement maritime, régi par les dispositions du présent dahir ». L'article 165 du dahir du 31 mars 1919.

statuts qui leur sont applicables et qui ne peuvent en aucun cas comporter des garanties moins avantageuses que celles prévues dans le code du travail, les catégories de salariés ci-après :

1. (...)

2. les marins

... » .

D'après cet article le travail maritime se trouve soumis à une double réglementation, une, spéciale le dahir du 31 mars 1919, et l'autre générale, le code de travail. Normalement dans une telle situation, il est, parfois, logique qu'un conflit entre les deux lois se pose, mais la solution en est déjà là, d'après l'article 3 le code de travail ne s'applique que si les dispositions de la loi spéciale sont moins avantageuses que celles de la loi générale, alors si c'était le cas, c'est le code de travail qui s'applique.

De plus le même article ajoute que « Les catégories mentionnées ci-dessus sont soumises aux dispositions de la présente loi pour tout ce qui n'est pas prévu par les statuts qui leurs sont applicables.

Les dispositions de la présente loi sont également applicables aux salariés employés par les entreprises prévues dans le présent article, qui ne sont pas soumis à leurs statuts ».

Alors, il n'est pas seulement question des garanties avantageuses mais aussi de tout ce qui n'est pas prévu par le statut qui leur est applicable et encore à ceux qui sont exclus de leur statut.

Les marins sont en principe soumis aux dispositions du code de commerce maritime marocain qui leur crée un statut spécial par rapport aux salariés terrestres. Un statut qui reflète le milieu dangereux dans lequel ils travaillent en les privant de certains de leurs droits mais aussi en les conférant certains d'autres dont ils ne disposent pas d'autres catégories des salariés. Alors les dispositions du code de travail peuvent-elles vraiment s'appliquer aux marins malgré la spécificité du milieu de leur travail? Et si oui parlons-nous vraiment d'une application efficace et effective? Le code de commerce maritime marocain réglemente-t-il tous les aspects de la profession marine ou devrait-t-il avoir besoin du code de travail pour combler le vide législatif et réglementaire envahissant l'activité maritime ?

Notre étude n'entoura jamais le sujet dans toutes ses détails mais, elle va juste se focaliser sur trois points importants en respectant le schéma suivant :

A- L'application du principe de la liberté de preuve au contrat d'engagement maritime

B- La tentative de conciliation préalable d'après l'article 41 du code de travail et l'article 205 bis du dahir de 31 mars 1919.

C- Le congédiement du marin entre le code du travail et le code de commerce maritime

A. L'application du principe de la liberté de preuve au contrat d'engagement maritime

Le contrat de travail comme l'a précisé l'article 15 du code de travail est un contrat consensuel, c'est-à-dire un contrat qui ne nécessite que le consentement des parties capables de s'engager aux yeux de leur statut personnel et que son objet soit certain, déterminé et possible pour une cause certaine et licite. C'est un contrat qui ne requiert que les conditions de fond de conclusion des contrats telles que définies par le code des obligations et contrat.

Pour un contrat dont l'existence n'est soumise à aucune formalité, sa preuve ne peut l'être aussi. C'est pour cela que l'article 18 du code de travail stipule ainsi que « **la preuve de l'existence du contrat de travail peut être rapportée par tous les moyens⁽⁵⁾** ». les moyens de preuve en droit civil sont prévus par les dispositions du dahir des obligations et contrats dans son titre septième de son premier livre, les articles 399 à 460. Il s'agit de l'aveu, la preuve littérale, les témoins, les présomptions et le serment. Le contrat de travail peut être prouvé par tous ces moyens ainsi que d'autres. Alors ce principe de liberté de preuve du contrat de travail peut-il être appliqué au contrat d'engagement maritime sur la base de l'article 3 du code de travail ?

Pour répondre à cette question nous devons alors se pencher sur les dispositions légales nationales qui régissent le contrat d'engagement maritime, ainsi qu'un regard sur le droit comparé nous apparaît très utile.

⁽⁵⁾ Ce principe de liberté de preuve de contrat de travail a été appliqué par la cour de cassation marocaine à plusieurs reprises, on cite ici à titre d'exemple l'arrêt n° 1384 en date de 02/08/2012 dossier social n° 1932/5/1/2010 :

" لكن من جهة أولى و خلافا لما ورد بالوسيلة الرابعة فان الإثبات في مجال نزاعات الشغل يعتبر حرا, وكما تقرر ذلك بالفقرة الأولى من المادة 18 من مدونة الشغل. و أما المادة 23 من نفس القانون, فقد تعرضت لكون المشغل يتعين عليه تسليم بطاقة الشغل إلى الأجير في إطار الالتزامات الملقاة على عاتق الأول, كما أن المادتين 72 و 73 تطرقتا على التوالي لكون الأجير يتسلم منه شهادة العمل أو وصل صافي الحساب في حالة إنهاء عقد الشغل و لا يمكن أن يفهم من ذلك أن وسائل الإثبات قد حددت في هذه الوثائق الكتابية على سبيل الحصر."

Cet arrêt est publié dans l'ouvrage de M. Omar Azougar, الجزء الثالث, مطبعة النجاح الجديدة الدار البيضاء, الطبعة الأولى 2014 ص 11

1. Le droit marocain

Il s'agit du dahir de 31 mars 1919 formant code de commerce maritime⁽⁶⁾. Ce dahir traite du contrat d'engagement maritime dans son titre quatrième de son deuxième livre, les articles 165 à 205 quater. Selon l'article 167 dudit dahir « **toutes les clauses et stipulations du contrat d'engagement maritime doivent à peine de nullité, être constatées par écrit devant l'autorité maritime. Elles sont inscrites ou annexées au registre d'équipage** ».

La lecture apparente de cet article montre une disposition rigoureuse par rapport à celle prévue par le code de travail ; les clauses du contrat d'engagement maritime ne peuvent être constatées que par un écrit visé par l'administration après avoir été inscrites ou annexées au registre d'équipage, à défaut ses clauses sont réputées nulles⁽⁷⁾. Alors si on veut se référer à l'article 3 du code de travail, on trouve que l'article 167 du code de commerce maritime protège le marin d'une façon, ou il a insisté sur l'écrit pour la formation du contrat d'engagement maritime ce qui offre une sécurité juridique pour les droits du marin. Mais d'une autre façon, et surtout dans le cas où le marin ne dispose pas d'un contrat écrit, alors qu'il travaille réellement chez un armateur et que ce dernier procède à son licenciement, puis quand il a réclamé ces droits en justice on lui a opposé l'absence de contrat à cause de défaut de l'écrit. Dans une telle situation l'article 167 de CCM présente un lourd fardeau de preuve pour le marin. Donc est-il possible de prouver le contrat d'engagement maritime par tout moyen comme d'ailleurs le cas du contrat de travail ? Le principe de liberté de preuve s'applique-t-il au contrat d'engagement maritime en se basant sur l'article 3 du code de travail ?

A la différence des règles de droit commun du contrat de travail, le contrat d'engagement maritime ne peut être conclu dans les formes qu'elles conviennent aux parties, le contrat d'engagement doit revêtir la forme écrite⁽⁸⁾. Le rôle d'équipage et le livret professionnel sont les deux documents servant comme preuve du contrat d'engagement maritime. De plus l'article 169 du CCM prévoit les clauses obligatoires que le contrat doit contenir et qu'en absence de certaines de ces clauses obligatoires, il appartient au juge de compléter le contrat en tenant compte de l'équité, autant que la commune intention des parties⁽⁹⁾. L'absence de l'écrit met en jeu la validité du contrat, il

⁽⁶⁾ Tel qu'il a été modifié et complété par la loi n° 46-12.

⁽⁷⁾ Cette règle est renforcée par la convention n° 22 de L'O.I.T. sur le contrat d'engagement du marin dans son article 7.

⁽⁸⁾ Hilal Khalid, La formation du contrat d'engagement maritime, mémoire de master, U.H.2. p. 77.

⁽⁹⁾ Mais certaines clauses peuvent être remplacées par d'autres dispositions par exemple si le terme du contrat est imprécis ou inexistant, le contrat sera qualifié de contrat sans terme,

en est de même pour l'absence de visa de l'administration et l'annexion du contrat au rôle d'équipage.

Sur le sort du contrat d'engagement maritime en cas de défaut d'écrit et de formalités administratives, la jurisprudence marocaine ne s'est pas encore prononcée. Mais rien n'empêche de faire un regard sur le droit comparé.

2. Le droit et la jurisprudence française

Pour le droit français on trouve l'article L. 5542-3 du code des transports précise que « le contrat⁽¹⁰⁾ est établi par écrit ». Avant l'abrogation du code de travail maritime français, le contrat d'engagement était aussi soumis à la formalité écrite et il deviendra nul si cette formalité n'est pas respectée⁽¹¹⁾. Avec l'article L. 5542-3 cette sanction de nullité a été supprimée. Mais quant est-il du sort de contrat en l'absence d'écrit ? la réponse est soulevée par l'article L5541-1 qui stipule que : « Le code du travail est applicable aux marins salariés des entreprises d'armement maritime et des entreprises de cultures marines ainsi qu'à leurs employeurs, sous réserve des dérogations ou des dispositions particulières ainsi que des mesures d'adaptation prises par voie réglementaire dans les conditions prévues par le présent titre ». Alors, si on se réfère au code de travail on trouve l'article L1221-1 précise que « Le contrat de travail est soumis aux règles du droit commun. Il peut être établi selon les formes que les parties contractantes décident d'adopter ». D'après cet article rien n'empêche que le contrat d'engagement en l'absence d'écriture soit prouvé par n'importe quel moyen puisque sa formation n'est soumise à aucune formalité et en plus il est laissé dans sa formation aux choix des parties. Alors quelle est la réponse donnée par la jurisprudence française à la question de preuve du contrat d'engagement maritime ?

Si on se réfère à la jurisprudence française, celle-ci affirme que la nullité du contrat d'engagement maritime pour cause de défaut d'écrit ou de formalités administratives est une nullité de protection que seul le marin peut l'invoquer. De plus la cour d'appel de Saint-Denis de la Réunion a considéré que le contrat d'engagement maritime non visé, non annexé au rôle d'équipage était nul vis-à-vis des règles maritimes, mais devait être soumis au droit

c'est-à-dire à durée indéterminée. L'absence de répartition des parts ou des frais communs doit-elle renvoyer à la fixation d'un salaire fixe ou être complétée selon les usages professionnels du port ? La sanction prévue à l'article 167 du DCCM est la nullité des clauses non écrites. Elles ne peuvent donc pas être opposées au marin.

⁽¹⁰⁾ Il parle du contrat d'engagement maritime.

⁽¹¹⁾ L'article 4 du code de travail maritime avait consacré ce principe en précisant que « Toutefois ce contrat n'est valable que s'il est constaté par écrit, et il est soumis aux règles édictées dans les articles 7 et 8 ci-après ».

commun, c'est-à-dire au droit du travail terrestre⁽¹²⁾. De même la haute cour de France avait déjà jugé que l'absence des formalités inhérentes à la conclusion du contrat d'engagement maritime ne faisait pas perdre à cette convention sa nature spécifique⁽¹³⁾.

Donc d'après la jurisprudence française rien n'empêche que les dispositions du droit social ne soient appliquées au contrat d'engagement en cas de défaut de formalités du droit maritime. Mais la jurisprudence qui a consacré cette règle est celle de la cour de cassation française dans l'arrêt El Harouat⁽¹⁴⁾. Cet arrêt est ainsi rendu :

« ... Sur le moyen unique, pris en sa première branche : Vu les articles 1, 9, 19 et 36 du décret du 17 juin 1938 modifié, les articles 1 et 3 du code du travail maritime, et l'article 1er du décret du 7 août 1967 ;

Attendu, selon l'arrêt attaqué, que Marzouk X... est décédé le 14 avril 2004 lors d'un accident d'avion, alors qu'il avait pris place dans cet aéronef afin de participer à une opération de repérage de bancs de thons ; que son épouse a sollicité que ce décès soit pris en charge à titre d'accident du travail maritime ; que l'Etablissement national des invalides de la marine (ENIM) lui ayant refusé l'attribution d'une pension de veuve et une allocation de décès, elle a saisi la juridiction de sécurité sociale d'un recours ;

Attendu que pour rejeter la demande de Mme X..., l'arrêt retient essentiellement que c'est par des motifs pertinents qu'il adopte expressément que le premier juge, après avoir procédé à une analyse circonstanciée des éléments de fait produits aux débats, a retenu que M. X... n'était pas inscrit au rôle d'équipage bien qu'embarqué sur le navire pour lequel la mission de repérage avait été effectuée, de sorte qu'il ne peut, en application de l'article 1er du décret du 7 août 1967, être considéré comme marin, puisque la qualité de marin est reconnue à celui qui est inscrit sur un rôle d'équipage, et ne peut bénéficier des dispositions relatives à la protection sociale et qu'il convient d'ajouter que si la qualité de marin peut être prouvée non seulement par l'inscription sur le rôle d'équipage, mais également par la présentation d'une promesse ou d'une feuille d'embauche, ou par l'inscription des services sur le

⁽¹²⁾ C.A. Saint-Denis de la réunion 20 mai 1966, et 12 mai 1967, D.M.F., 1968-273, n. R. JAMBU-MERLIN. In Patrick CHAUMETTE, le contract d'engagement maritime, p. 130

⁽¹³⁾ Cass. soc., 3 nov. 2005 : Bull. civ. 2005, V, n° 311 ; Dr. soc. 2006, p. 218,.

⁽¹⁴⁾ Cass. civ. 2è, 3 septembre 2009, n° 08-12732, El Harouat c/ ENIM, in Patrick CHAUMETTE, Accident du travail maritime, marin : comment les définir ?, Neptunus, revue électronique, Centre de Droit Maritime et Océanique, Université de Nantes, Vol. 15, 2009/3, <http://www.droit.univ-nantes.fr/labs/cdmo/centre-droit-maritime-oceanique/cdmo/cdmo/cdmo.php>.

livret maritime de l'intéressé, en l'espèce, aucune preuve n'est rapportée en ce sens ;

Qu'en statuant ainsi, alors qu'il résulte de la combinaison de l'article 1er du décret du 17 juin 1938 modifié, et de l'article 1er du décret du 7 août 1967 que la Caisse générale de prévoyance des marins français, service de l'Etablissement national des invalides de la Marine (ENIM) est chargée d'assurer le service de ses prestations, soins, indemnités et pensions à toute personne exerçant la profession de marin, comme ayant été engagée par un armateur ou embarquée pour son propre compte en vue d'occuper à bord d'un navire français un emploi permanent relatif à la marche, à la conduite, à l'entretien ou à l'exploitation du navire, peu important que celle-ci ait été régulièrement embarquée, la cour d'appel, qui n'a pas recherché s'il résultait des circonstances de l'espèce l'existence d'un contrat de travail liant la victime à un armateur, a privé sa décision de base légale au regard des textes susvisés ;

Par ces motifs (...) : casse et annule (...) ».

Il ressort de cet arrêt que la juridiction suprême française semble faire fi des exigences formelles du contrat d'engagement maritime. Cassant l'arrêt de la cour d'appel de Montpellier, la haute cour indique que les juges du fond auraient dû rechercher s'il résultait des circonstances d'espèce l'existence d'un contrat de travail, peu important que le marin n'ait pas bénéficié d'un embarquement régulier, c'est-à-dire qu'il n'ait pas été inscrit au rôle d'équipage et qu'aucune inscription de ses services n'apparaisse au livret maritime. Bref, la Cour de cassation demande ici aux juges du fond de vérifier l'existence d'un contrat de travail maritime, si nécessaire par le simple constat d'une subordination juridique puisque la profession de marin résulte d'abord de l'accord de volonté portant sur l'occupation à bord d'un navire d'un emploi permanent relatif à sa marche ou à son exploitation, tandis que l'article 1^{er} du décret français du 17 juin 1938 relatif à la réorganisation et à l'unification du régime d'assurance des marins institue une caisse générale de prévoyance chargée notamment d'assurer aux marins accidentés le service d'une pension, sans qu'il résulte de ce texte que les services offerts par cette caisse soient réservés à ceux seuls qui feraient la démonstration d'un contrat d'engagement maritime dûment formalisé.

On peut déduire de cet arrêt de la cour de cassation que l'absence des formalités requises à la formation du contrat d'engagement maritime ne fait pas perdre à cette convention son caractère spécifique dès lors qu'il résulte des faits d'espèce que le travailleur exerce la profession de marin, c'est-à-dire occupe à bord d'un navire un emploi permanent relatif à la marche ou à l'exploitation du navire.

Par cet arrêt, la cour de cassation française a appliqué les dispositions régissant le contrat de travail en matière de preuve au contrat d'engagement maritime.

3. Le droit égyptien

Si on peut se référer à certaines législations étrangères on trouve comme exemple le législateur égyptien dans la loi de 22 avril 1990 sur le commerce maritime article 129 qui distingue en matière de formation et de preuve du contrat d'engagement entre les navires qui ne dépassent pas cinq tonneaux de jauge brute ou le contrat d'engagement maritime n'est soumis à aucune formalité et peut être prouvé par tout moyen et les navires qui dépassent 5 tonneaux de jauge brute pour ces navires le contrat d'engagement doit être conclu par écrit et être inscrit au registre d'équipage après avoir été signé par le marin et l'armateur et être visé par l'administration qui doit s'assurer par l'interpellation des parties et la lecture à haute voix des clauses et conditions du contrat que celles-ci sont connues et comprises des parties et mention en est faite au marge de registre. Mais en règle générale l'article 115 de la même loi prévoit la possibilité pour le marin lui seul de prouver l'existence du contrat par tous les moyens à l'exception de l'armateur⁽¹⁵⁾.

Alors, d'après ces dispositions le législateur égyptien opte en faveur du principe de la liberté de preuve du contrat d'engagement maritime même s'il a soumis sa formation à des conditions de forme exigeantes, mais c'est un principe qui est mis en faveur du marin contrairement à l'armateur qui ne peut jamais invoquer la nullité du contrat à cause de défaut d'écrit. Donc, le législateur égyptien renvoie aux règles générales prévues par la législation sociale. C'est ce qui est prévu clairement par l'article 114 de la loi n° 8 de 1990 intitulé loi de commerce maritime⁽¹⁶⁾.

En effet, après ce petit regard sur le droit et la jurisprudence comparée nous pouvons confirmer, en absence d'une jurisprudence marocaine, que sur la base de l'article 3 du code de travail, le contrat d'engagement maritime peut être prouvé par tout moyen en application de l'article 18 du même code. De

عبد القادر حسن عطير, الوسيط في شرح قانون التجارة البحرية, دراسة مقارنة, دار الثقافة للنشر والتوزيع, 2009 ص. 88⁽¹⁵⁾.

⁽¹⁶⁾ جاء الفصل كما يلي : " تسري على عقد العمل البحري الأحكام الواردة في القوانين المتعلقة بالعمل و التأمينات الاجتماعية فيما لم يرد في شأنه نص في هذا القانون".

C'est aussi ce qui a été prévu par le code des transports français dans son article L5541-1 « Le code du travail est applicable aux marins salariés des entreprises d'armement maritime et des entreprises de cultures marines ainsi qu'à leurs employeurs, sous réserve des dérogations ou des dispositions particulières ainsi que des mesures d'adaptation prises par voie réglementaire dans les conditions prévues par le présent titre ».

plus, le marin est considéré comme partie faible au contrat d'engagement maritime, sa faiblesse peut le conduire à accepter d'être embauché dans un emploi maritime sans être en connaissance des lois en vigueur, ce qui n'est pas le cas de l'armateur qui reste un professionnel, et sans contrat écrit. Dans une telle situation, il est nécessaire qu'une protection soit instaurée en sa faveur. C'est de prouver son contrat par n'importe quel moyen.

B- La tentative de conciliation préalable d'après l'article 41 du code de travail et l'article 205 bis du dahir de 31 mars 1919.

Il s'agit d'une procédure de conciliation préalable à toute action en justice, menée devant une autorité administrative désignée par la loi ayant pour finalité de trouver une solution négociable aux litiges naissant entre un salarié et son employeur résultant de la conclusion, l'exécution ou la résolution du contrat de travail.

Elle est prévue par le code de travail -livre VI- portant sur le règlement des conflits collectifs du travail. Mais cette procédure reste toujours applicable aussi aux conflits individuels de travail sur la base de l'article 41 du code de travail qui fait renvoi à l'article 532 du même code.

D'après l'article 41 3^{ème} alinéa « Le salarié licencié pour un motif qu'il juge abusif peut avoir recours à la procédure de conciliation préliminaire prévue au 4e alinéa de l'article 532 ci-dessous aux fins de réintégrer son poste ou d'obtenir des dommages-intérêts ». L'article 532 à son tour précise que « Les agents de l'inspection du travail sont chargés :

(....)

4. de procéder à des tentatives de conciliation en matière de conflits individuels du travail.

Ces tentatives de conciliation sont consignées dans un procès-verbal signé par les parties au conflit et contresigné par l'agent chargé de l'inspection du travail. Ce procès-verbal tient lieu de quitus à concurrence des sommes qui y sont portées ».

On se fondant sur ces deux articles, on peut déduire que la tentative de conciliation devant l'inspecteur de travail revête un caractère supplétif. Le salarié abusivement licencié peut recourir à l'inspecteur de travail afin de réintégrer son poste ou d'obtenir des dommages-intérêts comme il peut refuser en s'adressant directement au juge compétent. Ce caractère facultatif de la conciliation préalable devant l'inspecteur de travail peut être déduit de la rédaction de l'article 41 al. 3 qu'utilise l'expression « **peut avoir recours** » qui renvoie à une expression de choix offerte au salarié qui peut en user ou y renoncer.

Cette lecture de l'article 41 a été adoptée par la cour de cassation marocaine dans plusieurs arrêts, on note ici l'arrêt n° 942⁽¹⁷⁾ en date de 17/05/2012 qui précise que la procédure de conciliation préalable prévue par les articles 41 et 532 du code de travail n'est pas considérée comme obligatoire étant donné que l'alinéa 2 de l'article 41 sous-indiqué a souligné juste la possibilité pour le salarié d'y recourir. Mais, est-ce que ce caractère facultatif de la conciliation préalable devant l'inspecteur de travail peut être appliqué aux conflits entre le marin et l'armateur sur la base de l'article 3 ?

Pour répondre à cette question nous devons tout d'abord vérifier l'existence ou non d'une telle procédure dans le code de commerce maritime avant d'examiner son caractère.

Cette procédure de conciliation préalable est prévue par les articles 205 bis, ter et quater du code de commerce maritime.

L'article 205 bis précise que « Les litiges qui s'élèvent en ce qui concerne les contrats d'engagement régis par le présent dahir entre les armateurs et leurs représentants et les marins, à l'exception des capitaines, sont portés, aux fins de conciliation, devant l'autorité maritime compétente. Cette tentative de conciliation se substitue à celle qui devrait avoir lieu devant le juge de paix conformément au droit commun ».

D'après cet article les litiges qui naissent entre un armateur et un marin, exception faite du capitaine, à l'occasion de leur contrat d'engagement maritime « **sont portés** » devant l'autorité maritime compétence aux fins de conciliation. Cette expression « **sont portés** » a donné lieu à plusieurs interprétations de la part de la jurisprudence mais aussi dans la doctrine

⁽¹⁷⁾ جاء هذا القرار كما يلي: " لكن من جهة أولى: حيث إن مسطرة الصلح التمهيدي المنصوص عليها في المادتين 41 و 532 من مدونة الشغل لا تعتبر إلزامية بدليل أن الفقرة الثانية من المادة 41 المذكورة أشارت إلى إمكانية تطبيقها, حيث جاء فيها ما يلي: " يمكن للأجير الذي فصل عن الشغل لسبب يعتبره تعسفيا اللجوء إلى مسطرة الصلح التمهيدي المنصوص عليه في الفقرة 4 من المادة 532 أدناه من أجل الرجوع إلى شغله أو الحصول على تعويض", و أما مسطرة التصالح بين الطرفين التي تجريها المحكمة فلا تعتبر إلزامية أمام محكمة الاستئناف, و إنما تكون كذلك خلال المرحلة الابتدائية, ما دام الفصل 277 من ق. م. م. ينص على أنه " يحاول القاضي في بداية الجلسة التصالح بين الأطراف". و بداية الجلسة تفسر بأول جلسة خلال المرحلة الابتدائية, و أما ما أثير حول كون الطالبة قد بعثت للمطلوبة إنذارين بالرجوع إلى العمل فإن إرجاع الإنذارين بملاحظة غير مطلوب لا تفيد توصل المطلوبة بهما و لو كان توجيههما إلى عنوانها الوارد بمقالها الافتتاحي, و تبقى المغادرة التلقائية للمطلوبة غير ثابتة في حقها, كما أن توجيه نسخة من الإنذارين إلى مفتش الشغل لا يعبر عن رغبتها في الصلح, و أما إقامة الدعوى من قبل المطلوبة في اليوم الموالي لتاريخ ادعائها التعرض للطرد فلا اثر له على سلامة هذه الدعوى ما دام اللجوء إلى مفتش الشغل قبل إقامتها لا يعتبر إلزاميا, مما يبقى ما أثير بالفرع الأول من الوسيلة الأولى حول " حرمان الطالبة من جلسة الصلح التمهيدي و القضائي", و كذا ما ورد بالفرع الرابع من الوسيلة الثانية من كون " المحكمة لم تطبق مقتضيات المادة 41 من مدونة الشغل", و ما أثير بالفرع الأول من الوسيلة الثانية حول ثبوت المغادرة التلقائية للمطلوبة كل ذلك لا يقوم على أساس. " قرار منشور بكتاب " قضاء محكمة النقض في مدونة الشغل " للدكتور عمر ازوكر, ج. 2, ص. 55 و 56.

sociale⁽¹⁸⁾. Comment alors la jurisprudence marocaine a reçu cette tentative de conciliation ?

La jurisprudence marocaine est en désaccord sur cette question ; certains tribunaux voient dans cette procédure une règle supplétive que les parties ne sont pas obligées de la respecter, alors que certains d'autres appliquent à la lettre les dispositions de l'article 205 bis.

1. La tentative de conciliation préalable est une règle juridique supplétive.

Certaines jurisprudences voient dans cette procédure de conciliation préalable un droit dédié au marin qui peut l'exercer comme il peut y renoncer sans que sa requête ne soit frappée d'irrecevabilité. Sur ce plan la cour d'appel de Casablanca a opté pour le même raisonnement dans un arrêt n°535 en date de 16 janvier 1991 dans lequel elle a précisé que :

« En se référant au contenu du dossier et au jugement attaqué on trouve que, même si le code de commerce maritime insiste sur le respect de la procédure de conciliation devant l'autorité maritime compétente en cas de survenance d'un litige, qui prend le rôle du juge de conciliation, le législateur de ce dahir n'a pas prévu de sanction en cas de non respect de ses dispositions, en plus que la procédure de conciliation a été effectuée devant le juge de première instance conformément à la loi et en tout cas cette procédure a un seul et unique finalité qui a été réalisée devant le juge de fond ce qui justifie l'irrecevabilité de l'appel⁽¹⁹⁾ ».

(18) Dans son commentaire de l'arrêt de la cour d'appel de casa Blanca n° n°535 en date de 16 janvier 1991 le professeur F. Hatymi a beaucoup critiqué la résolution des conseillers de la cour d'appel. Pour lui cet arrêt était très loin de la logique et la bonne résolution juridique. C'est une grande erreur de dire que le législateur n'a pas prévu de sanction en cas de non respect des dispositions de l'article 205 bis de dahir de 31 mars 1919. D'après le professeur la rédaction de l'article est très claire, il y a un enchainement qui signifie impérativité de la procédure même en dehors de toute sanction de non respect. Et de plus l'article 205 quater précise qu'en cas d'échec de la tentative de conciliation devant l'autorité maritime compétente cette dernière doit dresser un procès-verbal de non conciliation permettant aux parties de comparaître devant le tribunal compétent. (NOURI Iman, le contrat du travail maritime, thèse de doctorat, option droit du travail et changements économiques et sociales, sous la direction de M. ELKECHBOUR Mohammed, Université Hassan II faculté de droit, année universitaire 2012/2013, (en arabe), voir aussi مدونة الشغل من خلال الاجتهاد القضائي، 264 و 265 qui a, à son tour, soulevé l'importance de cette tentative de conciliation préalable devant l'autorité maritime qui entraîne en cas de non respect la nullité des formalités procédurales qui suivent en se fondant sur le fait que tout ce qui est fondé sur une nullité est réputé nul aussi et d'après elle, l'absence de sanction ne permet pas aux parties de dépasser cette étape parce que toutes les dispositions du code de commerce maritime ayant un caractère d'ordre public.

(19) جاء هذا القرار في نسخته العربية كما يلي:

Suivant le même raisonnement le tribunal de première instance de Casablanca, chambre sociale en date de 15 décembre 1998, n° 3512, a précisé que « la fin de non-recevoir n'est pas fondée par ce que le non respect des dispositions de l'article 205 bis du code de commerce n'a rien d'effet sur les intérêt des parties ce qui justifie la recevabilité de l'action au niveau de la forme conformément à l'article 49 du CPC ⁽²⁰⁾ ».

En effet, et sur la base de ces deux jurisprudences, il apparait que la tentative de conciliation préalable dans les litiges entre le marin et l'armateur ne revête pas un caractère obligatoire c'est-à-dire ce n'est pas une règle juridique impérative et le marin, en effet, peut s'adresser au juge sans passer par cette procédure. Mais il y a d'autres jurisprudences qui voient dans la conciliation préalable une étape obligatoire que le marin doit respecter avant de s'adresser au juge.

2. L'impérativité de la tentative de conciliation préalable

Certaines jurisprudences consacrent le caractère impératif de la conciliation devant l'administration maritime. C'est le cas tout d'abord du tribunal de première instance de casa Blanca qui a affirmé dans son jugement de 19/04/2006 ce qui suit :

« En se référant aux documents de l'affaire, il apparait que le demandeur est un employé chez la défenderesse la société marocaine de la navigation, donc, il a la qualité d'un marin ce qui fait que l'affaire sera jugée en vertu du dahir du 31/3/1919 portant code de commerce maritime. Et portant que les litiges naissant entre ces employés et leurs employeurs doivent être portés en vertu de l'article 205 bis devant l'autorité maritime compétente en vue d'une tentative de conciliation, le salarié dont les dispositions de code de commerce maritime sont applicable n'a pas le droit de contraindre son employeur suivant les procédures de droit commun qu'après l'échec de la tentative de conciliation devant l'autorité maritime et l'obtention d'une autorisation délivrée par cette

"حيث إن بالرجوع إلى محتويات الملف و إلى الحكم المطعون فيه تبين بأنه و إن كان الظهير الخاص بشؤون التجارة ينص على إتباع مسطرة التصالح في حالة وقوع نزاع و رفعها إلى السلطة المكلفة بالشؤون البحرية التي تقوم مقام قاضي الصلح إلا أن مشرع هذا الظهير لم يرتب أي جزاء على عدم احترام تلك المقتضيات, فضلا عن أن مسطرة الصلح قد تمت فعلا طبقا للقانون أمام القاضي الابتدائي و في جميع الأحوال فإن هذه المسطرة تهدف إلى غاية واحدة و قد تم تنفيذها أمام قاضي الحكم مما يكون معه دفع المستأنفة في غير محله و ينبغي رده ". قرار الغرفة الاجتماعية بمحكمة الاستئناف بالدار البيضاء عدد 535 بتاريخ 16.01.1991 أورده فريد حاتمي, الوسيط في القانون البحري المغربي, ص. 405 أشارت إليه أمينة رضوان, م.س. ص. 264 .
(20) جاء الحكم كما يلي:

"الدفع بعدم قبول الطلب غير مبني على أساس لان عدم سلوك المدعي لمقتضيات الفصل 205 مكرر ثلاث مرات من القانون البحري لن يضر الأطراف في شيء و يتعين بالتالي قبول الدعوى من حيث الشكل عملا بمقتضيات الفصل 49 من قانون المسطرة المدنية ". حكم عدد 3512 بتاريخ 15.12.1998 أورده فريد حاتمي, الوسيط في القانون البحري المغربي, ص. 405 و 406 أشارت إليه أمينة رضوان م.س. ص. 264 .

autorité pour faire valoir ses droits suivant les procédures normales, ce qui rend sa demande irrecevable au niveau de la forme et prend en charge les dépens dans le cadre de l'assistance judiciaire ⁽²¹⁾ ».

En statuant dans une autre affaire le même tribunal a déclaré que :

« Etant donné qu'il ressort des documents du dossier que le demandeur travail à bord du navire de la défenderesse donc il rentre dans la catégorie des marins.

Mais étant donné que le demandeur n'a pas suivi la procédure de conciliation devant les autorités maritimes comme il a été prévu par la loi ce qui rend sa demande irrecevable ⁽²²⁾ ».

Le tribunal de première instance d'Agadir a suivi de son côté le même raisonnement dans un jugement en date de 25 décembre 1995, dans lequel il a précisé que :

« En se référant aux dispositions de l'article 205 ter qui précise que les litiges naissant entre les marins et les armateurs doivent être portés devant l'autorité maritime compétente en vue d'une tentative de conciliation et en cas d'échec l'autorité dresse un PV qui permet aux parties de comparaître devant le tribunal compétent.

Et étant donné que le dossier du demandeur ne comporte aucun document qui prouve le respect de cette procédure devant l'autorité maritime avant d'intenter l'action devant le tribunal ce qui rend sa requête viciée en la forme ce qui justifie en conséquence son irrecevabilité ⁽²³⁾ ».

⁽²¹⁾ Jugement n° 3665 en date du 19 avril 2006, Dos. Soc. N° 9312/2005 (jugement non publié). Dans un autre jugement N° 9722 D. N° 09/8017 en date de 14/12/2010 le tribunal de Casablanca a suivi le même raisonnement en déclarant que :

" و من جهة أخرى فان المدعي لا يحق له مقاضاة المشغلة إلا بعد فشل محاولة الصلح و حصوله على إذن من السلطة المكلفة بالشؤون البحرية عملاً بأحكام المادة 205 مكرر ثلاث مرات من ظهير 31 مارس 1919 من القانون البحري المغربي...

و حيث تبعاً لما ذكر أعلاه يتعين معه التصريح بعدم قبول الدعوى مع ترك الصائر على الخزينة العامة ".
أشارت إليه أمينة رضوان م.س. ص. 265 .

⁽²²⁾ Jugement n° 548 en date du 27 février 2001, Dos. Soc. N° 3416/2000 (jugement non publié).

⁽²³⁾ Dans plusieurs jugements le tribunal de première instance d'Agadir a suivi la même résolution principalement le jugement en date de 29/10/2012 Doss. Soc. N° 770/2011 et le jugement N° 742 en date de 12/11/2012 Doss. Soc. N° 12/625 on précisant que :

و حيث إن مقتضيات الفصل 205 مكرر ثلاث مرات من القانون البحري أوجبت سلوك مسطرة الصلح أمام السلطة البحرية يبقى إجراء من النظام العام و يكون تقديم دعوى قضائية أمام المحكمة متوقفاً على إذن السلطة البحرية المختصة بعد فشل محاولة الصلح ...

و حيث إن المحكمة و برجعها لوثائق الملف ثبت لها خلوها بما يفيد سلوك مسطرة الصلح أمام السلطات البحرية المختصة , رغم سابق إنذار المدعي بذلك

Cette orientation de ces jurisprudences est renforcée aussi par la jurisprudence de la cour de cassation française.

3. La cour de cassation française

Pour la cour de cassation française, la conciliation préalable est une procédure obligatoire pour les litiges individuels entre marin et armateur à l'exception du capitaine. Ce point de vue l'a consacré plusieurs fois dans certaines de ses décisions on cite à titre d'exemple certaines d'entre elles.

Il s'agit d'abord de l'arrêt du 24 février 2014 qui énonce : « Il résulte de la combinaison des articles L. 5541-1 et L. 5542-48 du code des transports et de l'article R. 221-13 du code de l'organisation judiciaire, que le tribunal d'instance est seul compétent pour connaître, après tentative de conciliation devant l'administrateur des affaires maritimes, des litiges entre armateur et marin portant sur la conclusion, l'exécution ou la rupture du contrat d'engagement régi par le code du travail maritime⁽²⁴⁾ ».

C'est ce qui a été aussi prévu dans son arrêt en date de 3 mai 2006 « Attendu qu'il résulte de la combinaison de ces textes que le tribunal d'instance est seul compétent pour connaître, **après tentative de conciliation devant l'administrateur des affaires maritimes**, des litiges entre armateur et marin portant sur la conclusion, l'exécution ou la rupture du contrat d'engagement régi par le Code du travail maritime ...

و استنادا على التعليقات أعلاه تبقى الدعوى الحالية سابقة لأوانها و يتعين عدم قبولها ". (أشارت إليه أمينة رضوان م.س. ص. 265 و 266).

C'est ce qui a été jugé aussi par la cour d'appel de Casablanca dans un arrêt en date de 23/02/2009 Doss. N° 2467/08 en précisant que :

"و حيث يتعين في غياب محاولة الصلح التي تقوم بها السلطة البحرية اعتبار الطعن غير مرتكز على أساس و يتعين معه الحكم برده ...
و حيث .يتعين معه و الحالة هته اعتبار الحكم الابتدائي مصادف للصواب مما يتعين معه الحكم بتأييده". قرار غير منشور أشارت إليه أمينة رضوان , م.س. ص. 266 .

C'est ce qui a été prévu aussi dans un autre jugement n° 962/88/1 du tribunal de Casablanca:

"باعتبار أن المقتضيات المنظمة لعقد الشغل البحري من الفصل 165 إلى 205 و خاصة الفصل 167 تعتبر عقد الالتزام البحري الذي لم يستوف مختلف الشروط أمام السلطة البحرية المختصة باطلة و عديمة الأثر , و أن الفصل 205 مكرر ثلاث مرات يعتبر الدعوى أمام القضاء متوقفة على إذن السلطة البحرية المختصة بعد فشل محاولة الصلح , و باعتبار أن المادة الأولى من قانون المسطرة المدنية تنص على انه: " يثير القاضي تلقائيا انعدام الصفة أو الأهلية أو المصلحة أو الإذن بالتقاضي إذا كان ضروريا وان هذا الإذن يتعلق بالنظام العام ". أورده فريد حاتمي, الوسيط في القانون البحري المغربي, ص. 406 أشارت له أمينة رضوان , م.س. ص. 266 .

⁽²⁴⁾ Chambre sociale, arrêt n° 322 F-P+B, pourvoi n° 13-10.643, www.courdecassation.fr

Et attendu que le litige devant être soumis à la procédure de conciliation devant l'administrateur des affaires maritimes, il y a lieu de faire application de l'article 627 du nouveau Code de procédure civile⁽²⁵⁾».

Dans un autre arrêt la haute cour a précisé que :

« Mais attendu qu'il résulte de la combinaison des articles L. 5541-1 et L. 5542-48 du code

des transports(...), et de l'article R. 221-13 du code de l'organisation judiciaire(...), que le tribunal d'instance est seul compétent pour connaître, **après tentative de conciliation devant**

l'administrateur des affaires maritimes, des litiges entre armateur et marin portant sur la conclusion, l'exécution ou la rupture du contrat d'engagement régi par le code du travail maritime, peu important que le marin ait ou non été embarqué lors de son licenciement ;

Et attendu qu'ayant constaté que les parties étaient liées par un contrat d'engagement maritime, la cour d'appel en a exactement déduit que le tribunal d'instance était compétent pour connaître du litige **après tentative de conciliation devant l'administrateur des affaires maritimes et que la demande était irrecevable, faute d'avoir été précédée du préalable de conciliation**⁽²⁶⁾ ... ».

Alors en termes de conclusion sur cette question, la procédure de conciliation préalable devant le fonctionnaire de la marine marchande apparaît pour certaines jurisprudences comme une étape primordiale avant tout action en justice, alors que pour certaines d'autres cette procédure ne peut en aucun cas priver le marin de son droit de s'adresser directement au juge compétent.

Mais le raisonnement sur lequel elles ont fondé leurs résolutions est loin de l'application des dispositions plus avantageuses du code de travail. L'article 3 du code de travail n'a pas été visé par ces jurisprudences. D'après notre point de vue, rien n'empêche le juge d'appliquer les dispositions du code de travail lorsque ce dernier présente des garanties plus avantageuses que le code de commerce maritime. L'article 41 3^e alinéa peut être appliqué aussi aux marins sur la base de l'article 3 puisque le fait d'imposer au marin de procéder par une tentative de conciliation devant l'administration maritime avant d'intenter l'action devant la justice constitue une contrainte pour lui qui le prive d'obtenir rapidement ses droits. De plus le code de commerce maritime n'a pas organisé

⁽²⁵⁾ Chambre sociale, n° 04-46506, publié au bulletin 2006 V N° 164 p. 158, www.courdecassation.fr

⁽²⁶⁾ C'est l'arrêt du 22 juin 2016, chambre sociale, de la cour de cassation française, N° de pourvoi: 15-12824, www.courdecassation.fr.

cette procédure d'une façon à permettre au marin de se trouver dans une situation garante de ses droits. C'est une procédure qui nécessite une réforme profonde de manière à donner plus de garanties aux marins considérés comme partie faible au contrat d'engagement maritime. Si par exemple en se réfère au droit français⁽²⁷⁾ en la matière celui-ci a bien organisé cette procédure surtout au niveau des garanties offertes au marin qui a le droit de se faire assister par un avocat.

C- Le congédiement du marin entre le code du travail et le code de commerce maritime

Le code de travail a traité cette notion de trois cotés. Tout d'abord, les motifs de licenciement dans le cadre des modes de cessation du contrat de travail soit de la part de l'employeur pour fautes graves ou disciplinaires du salarié soit de la part de ce dernier, volontairement par démission ou abusivement à cause de faute grave de l'employeur. Ensuite, la procédure à poursuivre pour licencier un salarié à cause d'une faute grave ou disciplinaire qu'il a commis. En troisième lieu, cette notion a été étudiée dans le cadre des indemnités de licenciement dues au salarié. Alors, cette notion est-elle traitée de la même façon par le code de commerce maritime marocain ou il faut toujours revenir sur les dispositions du code de travail sur la base de son article 3 ?

Le code de commerce maritime a utilisé le mot congédiement à la place du mot licenciement utilisé par le code de travail. Il a traité ce congédiement dans les articles 195 et suivant. Dans cette procédure de congédiement, il a distingué entre les motifs légitimes dans l'article 198 ou le marin ne peut bénéficier d'aucune indemnité et le cas de congédiement sans motifs légitimes ou le marin bénéficiera de certaines indemnités selon que le congédiement a eu lieu avant (l'article 199) ou après (l'article 200) le commencement du voyage. Il a ainsi prévu le cas de rupture du contrat d'engagement par le marin sans motifs légitimes qui donne droit à indemnité au profit de l'armateur⁽²⁸⁾. Et

⁽²⁷⁾ Décret n° 2015-219 du 27 février 2015 relatif à la résolution des litiges individuels entre les marins et leurs employeurs qui a abrogé le décret n° 59-1337 du 20 novembre 1959 modifiant le titre VII du code du travail maritime et relatif aux litiges entre armateurs et marins.

⁽²⁸⁾ Il s'agit ici d'une nouveauté en droit social. Le code de travail n'a pas parlé des indemnités dues à l'employeur en cas de rupture de contrat de travail par la propre volonté du salarié. Le code de travail l'a dénommé une démission qui n'ouvre aucun droit à l'employeur d'être indemnisé, alors que pour le code de commerce maritime l'armateur peut réclamer des indemnités dans le cas de rupture du contrat d'engagement par la seule volonté du marin.

bien sûr le marin a le droit de mettre fin au contrat d'engagement pour tout motif légitime (l'article 201). De plus l'article 203 prévoit le cas de force majeure survenue avant le commencement du voyage ou le marin ne peut bénéficier d'aucune indemnité. C'est tout ce qui a été prévu par le code de commerce maritime concernant le licenciement, procédure, motifs et indemnités. Alors ses dispositions sont-elles suffisantes ou peut-on revenir sur celles du code de travail ?

En faisant une comparaison entre ce qui a été prévu dans le code de travail et ce qui a été prévu par le code de commerce maritime, on trouve que ce dernier n'a pas prévu des garanties pour le marin en cas de licenciement contrairement au code de travail qui a organisé une procédure pour licencier le salarié plus des indemnités raisonnables en cas de licenciement abusif.

1. Le respect de la procédure de licenciement prévue par l'article 62 du code de travail.

Le code de travail a réglementé la procédure de conciliation dans l'article 62 et suivant. Il s'agit d'une procédure qui offre au salarié beaucoup de garanties. Tout d'abord, avant que le salarié ne soit licencié, il doit être entendu pour qu'il puisse se défendre. Il a le droit d'être assisté par le délégué des salariés ou le représentant syndical. Il a le droit de recourir à l'inspecteur de travail. La décision de licenciement doit lui être remise en main propre dans un délai de 48 heures suivant la date à laquelle la décision a été prise. Toutes ces dispositions sont considérées comme des garanties prévues dans l'intérêt du salarié, à défaut de les respecter le licenciement du salarié sera réputé comme abusif et lui ouvre le droit d'obtenir des indemnités. Pour le cas de congédiement du marin, la lecture des articles 195 à 205 quater montre un manque de garanties par rapport au code de travail. Donc, sur la base de l'article 3 du code de travail le marin a le droit de bénéficier des garanties prévues par le code de travail puisqu'elles sont beaucoup plus avantageuses que celles prévues par le code de commerce maritime. Ce qui veut dire que l'armateur doit, pour congédier le marin, se passer par la procédure des articles 62 et suivant du code de travail⁽²⁹⁾.

⁽²⁹⁾ C'est la même résolution qu'adopte la juge Amina Radouan dans son ouvrage « مدونة الشغل من خلال الاجتهاد القضائي », en précisant que : " و الذي يتبين من كل ما سبق أن المشرع البحري لم ينظم هذه المسطرة باستثناء ما هو منصوص عليه في الفصول من 205 مكرر إلى 205 مكرر ثلاث مرات من قانون التجارة البحرية، و المتعلق بوجوب سلوك مسطرة الصلح أمام السلطة المكلفة بالشؤون البحرية، لكن الفقرة الثانية من المادة الثالثة من مدونة الشغل أخضعت الأجراء البحارة لأحكامها، في كل ما لم يرد النص عليه في الظهير الذي يحكم علاقتهم بمشغلهم. و عليه فإن المسطرة الواجب سلوكها هي المسطرة المنصوص عليها في المادة 62 و ما يليها من مدونة الشغل. و من هذا المنطلق فإن المشغل ملزم بسلوك مسطرة الفصل في جميع الحالات التي يقدم فيها على فصل الأجير البحار، سواء كان الفصل مشروعا في إطار الحالات المنصوص عليها في الفصل 198 من قانون التجارة البحرية، أو لأسباب تكنولوجية أو هيكلية أو اقتصادية و ما يماثلها....". ص. 254.

mais quant on est-il du cas de délégué des marins, est-ce-que la procédure de licenciement de délégué des salariés telle qu'elle a été prévue par les articles 457, 458 et 459 du code de travail et le dahir n° 1-61-116 du 29 octobre 1962 relatif à la représentation du personnel dans les entreprises est applicable?

➤ **Le respect de la procédure de licenciement du délégué des marins**

Le code de commerce maritime n'a pas prévu de procédure spéciale applicable au congédiement du délégué des marins. Cela ouvre la possibilité d'appliquer les dispositions du code de travail les articles 457, 458 et 459 sur la base de l'article 3. Cette résolution a été confirmée par la cour de cassation marocaine en jugeant que le délégué des marins est, comme le délégué des salariés, ne peut être licencié qu'en suivant la procédure prévue par le dahir du 29 octobre 1962⁽³⁰⁾ puisque ce dahir n'a pas exclu de son champ d'application les marins.

➤ **Le respect des délais de préavis⁽³¹⁾**

L'Article 43 du code de travail subordonne la rupture unilatérale du contrat de travail à durée indéterminée, en l'absence de faute grave de l'autre partie, au respect du délai de préavis. Ce délai de préavis ne peut être inférieur à 8 jours. Et elle est réputée nulle, toute clause fixant le délai de préavis à moins de huit jours.

Alors en présence de cette nullité dont parle l'article 43 du code de travail quel sera le sort des délais de préavis prévus par le code de commerce maritime ?

L'article 168 du code de commerce maritime subordonne la résiliation du contrat d'engagement maritime à durée indéterminée par l'une des parties au respect d'un délai de préavis qui ne peut être inférieur à un jour ouvrable. Donc

⁽³⁰⁾ Il s'agit de l'arrêt de la cour de cassation n° 438 doss. Soc. n° 4/5/1/2006 en date de 10/05/2006 qui précise que :

" لكن حيث انه لما كان ظهير 29.10.1962 المتعلق بمندوب العمال لا يستثني من التطبيق الأجراء البحريون الذين يعملون على ظهر البواخر و ما دام المطلوب في النقض له صفة مندوب المستخدمين البحارة و قد تم انتخابه في ظل الظهير المذكور و بالنظر إلى أن مفتشية الملاحية البحرية التابعة للمندوبية الجهوية للشؤون البحرية فانه يتعين و الحالة هذه على المشغلة أي طالبة النقض قبل إقدامها على طرد الأجير المطلوب في النقض أن تشعر تلك المفتشية لكي تدلي برأيها في ثمانية أيام التي نص عليها القانون المذكور بالظهير المشار إليه أعلاه و لا يغني عن ذلك محضر عدم الصلح الذي تم انجازه لدى نفس المفتشية البحرية فالمحكمة عندما خلصت إلى أن الأجير أي المطلوب في النقض الذي له صفة مندوب العمال تم طرده تعسفيا من طرف مشغلته لعدم سلوكها المسطرة المنصوص عليها بظهير 29.10.1962 يكون قرارها معللا تعليلًا كافيًا و مطابقًا للقانون و تبقى الوسيلة المستدل بها على غير أساس". قرار غير منشور.

⁽³¹⁾ Les délais de préavis sont réglementés par le Décret n° 2-04-469 du 16 kaada 1425 (29 Décembre 2004) relatif au délai de préavis pour la rupture unilatérale du contrat de travail à durée indéterminée; Bulletin Officiel n°5280 du 24 kaada 1425 (6 Janvier 2005), p. 23.

entre les dispositions de l'article 43 du code de travail et les dispositions de l'article 168 du code de commerce maritime quel sera le texte applicable ?

La doctrine marocaine⁽³²⁾ opte pour l'application des dispositions de l'article 43 du code de travail et considère que le délai de préavis de l'article 168 du CCM doit être annulé dès qu'il est inséré dans le contrat d'engagement maritime puisque l'article 43 rend nulle toute clause fixant le délai de préavis à moins de huit jours. Donc en matière de délai de préavis se sont les dispositions du code de travail qui s'appliquent en se fondant sur l'article 3 et 43 du code de travail.

2. Les indemnités reçus en cas de licenciement abusif dans le cadre des contrats à durée indéterminée.

D'après les dispositions du code de travail, le salarié abusivement licencié bénéficie d'une indemnité de licenciement dont le montant varie selon le temps travaillé. Il a le droit aussi à l'indemnité de perte d'emploi pour des raisons économiques, technologiques ou structurelles. Il bénéficie aussi, en cas de licenciement abusif, de versement de dommage-intérêts et de l'indemnité de préavis prévus respectivement aux articles 41 et 51. Il bénéficie également de l'indemnité de perte d'emploi.

D'après les dispositions du code de commerce maritime, le marin bénéficie, en cas de congédiement sans motifs légitimes des indemnités qui varient selon que le congédiement avait eu lieu avant ou après le commencement du voyage. Dans le premier cas, le marin, quel que soit leur mode d'engagement, conserve à titre d'indemnité les avances reçues ; il est en outre payé des journées passées par lui au service du navire. A défaut d'avance, le marin engagé au mois reçoit un mois de salaire tel qu'il a été fixé au contrat ; celui qui est engagé au voyage reçoit un mois de salaire tel qu'il peut être évalué d'après la durée présumée du voyage ; celui qui est engagé au profit ou au fret a également droit à une indemnité dont le montant est fixé d'un commun accord ou par les tribunaux.

Dans le deuxième cas, le marin payé au mois reçoit les salaires stipulés pour le temps qu'il a servi et, en outre, à titre d'indemnité, la moitié des salaires tels qu'ils peuvent être évalués, d'après la durée présumée du voyage ; s'il est payé au voyage, il reçoit l'intégralité des salaires stipulés. Pour le marin rémunéré au profit ou au fret a droit à une indemnité dont le montant est fixé d'un commun accord ou par les tribunaux, qui le calculeront sur le manque à gagner et l'état d'avancement du voyage.

⁽³²⁾ أمينة رضوان، م. س. ص. 254.

Alors, d'après ce qui a été soulevé ci-dessus, il paraît que le marin se trouve priver de plusieurs indemnités par rapport au salarié du droit commun. Les indemnités prévues par le dahir 31 mars 1919 se trouvent moins avantageuses que celles prévues par le code de travail. C'est pour cela que la jurisprudence marocaine c'est intervenue en la matière et elle a appliqué les dispositions du code de travail en matière des indemnités de licenciement abusif sur les litiges du travail maritime. À titre d'exemple, les tribunaux d'Agadir⁽³³⁾, Inzgan⁽³⁴⁾, et Tantan⁽³⁵⁾ ont appliqué les dispositions du code de travail sur les litiges entre les marins et les armateurs en cas de résiliation de contrat d'engagement aussi sur le plan de la responsabilité contractuelle que délictuelle. Les jugements de ces tribunaux sont confirmés en majorité par la jurisprudence de la cour d'appel d'Agadir⁽³⁶⁾.

⁽³³⁾ On cite ici à titre d'exemple les jugements suivant :

- حكم رقم 298 بتاريخ 2008/02/25 ملف نزاعات شغل عدد 116/7.
- حكم رقم 732 بتاريخ 2009/11/02 في الملف عدد 718/6.
- حكم رقم 272 بتاريخ 2010/03/22 في الملف عدد 6/723.
- حكم رقم 655 بتاريخ 2010/10/28 في الملف عدد 10/523.
- حكم رقم 10 بتاريخ 2011/02/23 في الملف عدد 10/64.
- حكم رقم 182 بتاريخ 2011/04/25 في الملف عدد 10/596.
- حكم رقم 430 بتاريخ 2011/07/18 في الملف عدد 10/128.
- حكم رقم 454 بتاريخ 2011/07/18 في الملف عدد 10/458.
- حكم رقم 2012/727 بتاريخ 2012/01/15 في ملف نزاعات عدد 11/1041.
- حكم بتاريخ 2012/10/29 في الملف عدد 2011/770.
- حكم بتاريخ 2013/01/07 في الملف عدد 12/985.
- حكم بتاريخ 2013/01/07 في الملف عدد 12/654.
- حكم بتاريخ 2013/01/21 في الملف عدد 11/276.
- (أحكام غير منشورة).

⁽³⁴⁾ Jugement n° 655 en date de 28/10/2010 dossier social n° 523/2007 (jugement non publié).

⁽³⁵⁾ A titre d'exemple on renvoie aux jugements suivant :

- حكم رقم 10 بتاريخ 2011/02/23 في ملف نزاعات الشغل عدد 64/10.
- حكم رقم 09 بتاريخ 2012/01/18 في الملف عدد 2011/66.
- حكم بتاريخ 2009/04/92 في الملف عدد 06/229.
- حكم بتاريخ 2009/10/28 في الملف عدد 09/03.
- حكم بتاريخ 2010/02/07 في الملف عدد 09/52.
- (أحكام غير منشورة).

⁽³⁶⁾ Parmi les arrêts de la cour d'appel d'Agadir en ce sens on trouve :

- قرار بتاريخ 2012/03/30 في الملف الاستئنائي عدد 11/705.
- قرار بتاريخ 2012/04/20 في الملف الاستئنائي عدد 10/458.
- قرار بتاريخ 2012/05/18 في الملف الاستئنائي عدد 06/674.
- قرار رقم 1751 بتاريخ 2012/06/22 في الملف الاستئنائي عدد 10/430.
- قرار بتاريخ 2012/11/09 في الملف الاستئنائي عدد 11/673.
- قرار بتاريخ 2012/12/14 في الملف الاستئنائي عدد 11/476.
- قرار عدد 3994 الغرفة الاجتماعية ملف عدد 2017/1501/201 بتاريخ 2018/11/29.

De son côté, la cour de cassation avait jugé que le marin a le droit de bénéficier des dommages-intérêts en cas d'abus du droit de licenciement exercé par l'armateur indépendamment de ce que le marin a le droit d'en bénéficier en application de l'article 200 du code de commerce maritime⁽³⁷⁾.

Ainsi, dans un autre arrêt la haute cour avait confirmé l'arrêt de la cour d'appel d'Agadir qui a octroyé au marin l'indemnités d'ancienneté⁽³⁸⁾ en précisant qu'en matière de licenciement du marin, le dahir du 31 mars 1919

(قرارات غير منشورة).

⁽³⁷⁾ Il s'agit de l'arrêt n° 1052 rendu en deux chambre en date de 26 octobre 1999 dossier social n° 1266/4/1/1997 qui précise que :

" حيث تعيب الطاعنات على القرار خرق الفصل 200 من القانون البحري ذلك انه قضى للمطلوب في النقض بتعويض عن الطرد مع أن الفصل المذكور لا يخول للبحار أي تعويض عن الطرد حتى ولو وقع فصله تعسفيا. لكن، حيث إن الفصل 200 المحتج به يخص كيفية احتساب أجرة البحار المفصول عن العمل بعد الشروع في السفر، و هي أجرة يختلف أساسها القانوني الناتج عن علاقة الشغل عن الأساس القانوني لاستحقاق تعويض التعسف في استعمال حق الفسخ الذي لا يمنع الفصل المذكور من الحكم به، و المحكمة حين قضت للمطلوب في النقض بهذا التعويض يكون قرارها على صواب و الوسيلة على غير أساس." قرار منشور بكتاب "قانون التجارة البحرية" لكتبه الأستاذ مصطفى ادحمو ص. 455 و 456 و 457، مطبعة النجاح الجديدة، طبعة 2019.

⁽³⁸⁾ Il s'agit de l'arrêt n° 1030/1 en date de 21/11/2017 dossier social n° 1408/5/1/2017, cet arrêt dispose ainsi :

" في شأن وسيلتي الطعن بالنقض مجتمعين: تعيب الطاعنة القرار المطعون فيه، عدم تطبيق القانون، ذلك انه طبق مقتضيات مدونة الشغل على النازلة الحالية و جعل البحار يستفيد من الاقدمية رغم صراحة الفصل 198 و ما بعده من القانون البحري. فمقتضيات القانون البحري حددت بصفة حصرية حقوق و التزامات الأجير في حالة إنهاء العقدة البحرية دون التنصيص على الاقدمية نظرا لطبيعة العمل الموسمي للعمل البحري. كما أن القرار المطعون فيه قام باحتساب التعويض عن الاقدمية دونما اعتبار لتقدمها و هذا ما جعله مجانباً للصواب. فقطاع صناعة الأسماك مرتبط بتوفر الأسماك و هذا ما يرتب الطبيعة الموسمية للنشاط و هو ما عليه الأمر في قطاع الصيد البحري حيث إن ذلك مرتبط بتواجد الأسماك من عدمه و خضوعه لنظام الراحة البيولوجية و هذا ما لم ينتبه إليه القرار المطعون فيه. لكن، حيث انه بالرجوع إلى وثائق الملف و مستنداته و ما راج أمام محكمة الموضوع و خاصة البحث المنجز ابتداءً بتاريخ 2014/03/24 و تصريحات الممثل القانوني للمطلوبة في النقض، التي جاء فيها " صرح أن المدعي عمل منذ 1992 بعقود محددة المدة إلى غاية إفراغ الباكسة و لا يتم استئناف العمل إلا بعد التوقيع على عقد جديد...". فان الطاعن و إن كان بحارا لدى المطلوبة في النقض برتبة نائب رئيس، و هي العلاقة المتولدة عن الملاحة التجارية و البحرية المؤطرة بظهير 1919/03/31 و الذي خص للطاقم العامل على ظهر السفينة قواعد و أحكام خاصة أخذاً بعين الاعتبار ظروف العمل في البحر و الأخطار المحيطة بالعاملين في الرحلة البحرية (الفصول من 140 إلى 205 مكرر ثلاث مرات) و بذلك يتميز عقد العمل البحري بخصوصيات تميزه عن باقي العقود المنظمة حالياً في إطار مدونة الشغل منها ما يتعلق بالشروط الواجب توافرها في أطرافه و منها ما يتعلق بالشكلية الواجب تحقيقها لصحة نفاذه، إلا أن مسطرة الفصل لم ينظمها ظهير 1919/03/31 باستثناء ما نص عليه الفصل 205 مكرر ثلاث مرات، و ما يليه من وجوب سلوك مسطرة الصلح أمام السلطة المكلفة بالشؤون البحرية و هو ما استئنته المادة الثالثة من مدونة الشغل فيما لم يرد النص عليه في الأنظمة الأساسية و من ضمنها القانون البحري لظهير 1919/03/31. كما أن تطبيق مقتضيات مدونة الشغل على النازلة هو تطبيق لمقتضيات قانونية أتت بضمانات شكلية و موضوعية غير منصوص عليها بالقانون البحري. و هو ما ينسجم مع مقتضيات المادة الثالثة من مدونة الشغل التي و إن أخضعت الفئات الاجرية و من ضمنهم البحارة لأحكام الأنظمة الأساسية المطبقة عليها فان ذلك مشروط بان لا تقل عما تنص عليه مدونة الشغل من ضمانات، فكانت مدونة الشغل هي الواجبة التطبيق في النازلة على حالة إنهاء عقد الشغل البحري الواقعة بين الطاعن و المطلوبة في النقض. و يبقى ما قضت به المحكمة المطعون في قرارها من تعويض عن الاقدمية في محله و الوسيلتان لا سند لهما". (قرار غير منشور).

n'a pas prévu des dispositions favorables pour lui, exception faite de la conciliation préalable, ce qui renvoie à l'application de l'article 3 du code de travail qui dispose que ce dernier (le code de travail), reste applicable à d'autres catégories des travailleurs y compris les marins, même s'ils ont des statuts particuliers, dans le cas où le code de travail prévoit des dispositions plus favorables par rapport à leur statuts particuliers.

Dans un autre arrêt la cour de cassation, dans une affaire d'un licenciement abusif d'un marin, avait appliqué au contrat d'engagement maritime les dispositions des articles 16 et 17 du code de travail concernant la qualification du contrat d'engagement entre durée déterminée et indéterminée. Alors sur la base des articles 16 et 17 du code de travail, la haute cour a précisé que les cas des contrats déterminés sont fixés par ces deux articles à titre limitatif et aucun contrat à durée déterminée ne peut être admis en dehors des cas prévus par ces articles et par conséquent il a considéré le contrat d'engagement conclu à durée déterminée renouvelé plusieurs fois sans interruption comme un contrat à durée indéterminée qui sera soumis aux effets de la rupture abusive de ce type des contrats⁽³⁹⁾.

⁽³⁹⁾ Cet arrêt de la cour de cassation est ainsi rendu :

" في شان وسيلتي الطعن بالنقض مجتمعين:
يعيب الطاعن القرار المطعون فيه إهمال الإجابة على دفعه المضاهية لانعدام التعليل و عدم الارتكاز على أساس قانوني، ذلك أن المحكمة إذ أعرضت جانباً عن تقييم حججه و تمحيصها و الاستناد عليها سيما أن ما أفضى به الممثل القانوني للمطلوبة في النقض في جلسة البحث خلال المرحلة الابتدائية و التي يقر فيها بشكل صريح أن الطاعن وضع نفسه رهن إشارة المطلوبة في النقض طيلة هذه المدة المحددة في المقال الافتتاحي مما يجعل هذا الإقرار إقراراً قضائياً يلزمها و يدحض حيثيات القرار الاستثنائي المطعون فيه. كما أن حيثيات القرار المطعون فيه غير معلقة أساساً و لا تستند على أية أسس قانونية حسب الثابت في وثائق الملف و هذا ما أكدته الحكم الابتدائي من خلال حيثياته القانونية و التي طبقت المقتضيات القانونية التي توطر هذه النازلة وفقاً للمادتين 16 و 17 من مدونة الشغل. و انه استناداً على هاتين المادتين فإن العقد الرابط بين الطرفين عقد غير محدد المدة، سيما أن المشرع حدد حالات إبرام عقد الشغل المحددة حسب مقتضى المادة 16 من مدونة الشغل.

كما يعيب الطاعن القرار المطعون فيه، خرق القانون، ذلك انه بالرجوع إلى حيثيات القرار المطعون فيه سيتضح على أنها خرقت القانون بخرقها للمقتضيات القانونية المنصوص عليها في المادتين 16 و 17 من مدونة الشغل. فالثابت من طبيعة التعاقد بين الطرفين في هذه النازلة حسب تصريحات الممثل القانوني للمطلوبة في النقض، لدليل على ان العقد الرابط بين طرفي الدعوى يعتبر عقداً غير محدد المدة بقوة القانون طبقاً للحمولة القانونية المنصوص عليها في الفقرة الثانية من المادة 17 من مدونة الشغل. و بناء على ما سبق و حسب الثابت من وثائق الملف و ما أثاره الطاعن من دفعات و التي تبين كون طبيعة العقد الرابط بين الطاعن و المطلوبة في النقض هو عقد غير محدد المدة بقوة القانون. ما دامت هذه الأخيرة لم تحترم المقتضيات القانونية و الشكلية المنصوص عليها في المادة 62 من مدونة الشغل. الشيء الذي يؤكد أن حيثيات القرار المطعون فيه عديمة التعليل و الارتكاز القانوني و هشّة و خارقة للقانون.

حيث صح، ما عابه الطاعن على القرار المطعون فيه، ذلك انه بالرجوع إلى وثائق الملف و مستنداته و ما راج أمام محكمة الموضوع و خاصة البحث المنجز ابتدائياً بتاريخ 2014/03/24 و تصريحات الممثل القانوني للمطلوبة في النقض، التي جاء فيها " صرح أن المدعي عمل منذ 1992 بعقود محددة المدة إلى غاية إفراغ الباكسة و لا يتم استئناف العمل إلا بعد التوقيع على عقد جديد...". فان الطاعن و إن كان بحارا لدى المطلوبة في النقض برتبة نائب رئيس، و هي العلاقة المتولدة عن الملاحة التجارية و البحرية المؤطرة بظهير 1919/03/31 و الذي خص للطاقم العامل على ظهر السفينة قواعد و أحكام خاصة أخذاً بعين الاعتبار ظروف العمل في البحر و الأخطار المحيطة بالعاملين في الرحلة البحرية (الفصول من 140 إلى 205 مكرر ثلاث مرات) و بذلك يتميز عقد العمل البحري بخصوصيات تميزه عن باقي

Mais, ce n'est pas le cas de la cour d'appel d'Agadir⁽⁴⁰⁾ qu'avait appliqué au contrat d'engagement maritime les dispositions du code de commerce au lieu des principes fixés par les articles 16 et 17 du code de travail concernant la durée déterminée et indéterminée du contrat, en précisant que les contrats d'engagement maritime conclu dans le domaine de la pêche sont des contrats à durée déterminée étant donné le caractère précaire et saisonnier de la pêche maritime qui reste limité par l'administration de pêche pendant certains temps et sous condition d'autorisation. Par cet arrêt, la cour d'appel a considéré le contrat d'engagement maritime des marins pêcheurs comme contrat à durée déterminée.

Conclusion :

En guise de conclusion, la jurisprudence marocaine ne cesse guerre d'appliquer les dispositions du code de travail aux marins dès qu'en a l'occasion en laissant à coté le dahir du 31 mars 1919 que la pratique jurisprudentielle a montré sa faiblesse quant aux garanties réservées aux marins. Ce dahir a, désormais, cédé la place au code de travail qui jour après jour nous montre quel est le mieux pour les marins.

Cependant, une réforme du dahir de 31 mars 1919 s'impose avec rigueur, sinon ce dahir doit être abrogé dans ces articles 165 à 205 quater pour qu'il soit remplacé par le code de travail que ce dernier doit être modifié aussi dans son article 3 en précisant clairement que ce code est devenu applicable

العقود المنظمة حاليا في إطار مدونة الشغل منها ما يتعلق بالشروط الواجب توافرها في أطرافه و منها ما يتعلق بالشكلية الواجب تحقيقها لصحة نفاذه، إلا أن مسطرة الفصل لم ينظمها ظهير 1919/03/31 باستثناء ما نص عليه الفصل 205 مكرر ثلاث مرات، و ما يليه من وجوب سلوك مسطرة الصلح أمام السلطة المكلفة بالشؤون البحرية و هو ما استثنته المادة الثالثة من مدونة الشغل فيما لم يرد النص عليه في الأنظمة الأساسية و من ضمنها القانون البحري لظهير 1919/03/31. كما أن تطبيق مقتضيات مدونة الشغل على النازلة هو تطبيق لمقتضيات قانونية أتت بضمانات شكلية و موضوعية غير منصوص عليها بالقانون البحري. و هو ما ينسجم مع مقتضيات المادة الثالثة من مدونة الشغل التي و إن أخضعت الفئات الاجرية و من ضمنهم البحارة لأحكام الأنظمة الأساسية المطبقة عليها فان ذلك مشروط بان لا تقل عما تنص عليه مدونة الشغل من ضمانات، فكانت مدونة الشغل هي الواجبة التطبيق في النازلة على حالة إنهاء عقد الشغل البحري الواقعة بين الطاعن و المطلوبة في النقض. و لما كانت العلاقة الشغلية بين الطرفين ثابتة و مسترسلة حسب الثابت من خلال تعاقب عقود الالتزام البحرية الموقعة بينهما و التي لم يتخللها أي انقطاع عن العمل منذ 1992 حسب تصريح الممثل القانوني للمطلوبة في النقض المشار إليه أعلاه، و هو ما يجعل العلاقة الشغلية محكومة بقواعد غير محددة المدة، طالما أن حالات إبرام العقد لمدة محددة محصورة بالمادة 16 و 17 من مدونة الشغل و لا يمكن التوسع فيها أو القياس عليها و انه في حالة غياب تحقق حالاتها يبقى عقد الشغل الرابط بين الطرفين عقدا غير محدد المدة و تسري عليه آثار الإنهاء التعسفي الواقعة على هذه العقود. و القرار المطعون فيه لما نحي غير هذا المنحى اعتمادا على مقتضيات ظهير 1919/03/31 تكون قد عللت قرارها تعليلا فاسدا و جاء قرارها غير مرتكز على أساس و هو ما يستوجب نقضه." (قرار عدد 1/1027 بتاريخ 2017/11/21 ملف اجتماعي عدد 2016/1/5/1607 غير منشور).

⁽⁴⁰⁾ Arrêt n° 1895 en date de 30/05/2014 dossier n° 986/2013 chambre civile, (non publié).

complètement aux marins. De cette façon alors, le statut des marins sera unifié avec les autres catégories des salariés et se trouveront en jouissance de leurs droits consacrés par le code de travail sans distinctions.

Principales ressources bibliographiques

1. Abdelkrim GHALI, Des particularités du contrat de travail maritime, RCCM, p. 363.
2. CHAUMETTE Patrick, le contrat d'engagement maritime, Ed. CNRS Paris 1993.
3. CHAUMETTE Patrick, De l'évolution du droit social des gens de mer, Les marins sont-ils des salariés comme les autres ? Spécificités, banalisation et imbrication des sources, Centre de Droit Maritime et Océanique EA n° 1165. Annuaire de Droit Maritime et Océanique, Université de Nantes, 2009, T. XXVII, pp. 471-499.
4. CHAUMETTE Patrick, Contentieux du travail maritime, Compétences juridictionnelles quant aux litiges entre marins et employeurs. www.cdmo.univnantes.fr.
5. NOURI Iman, le contrat du travail maritime, thèse de doctorat, option droit du travail et changements économiques et sociales, sous la direction de M. ELKECHBOUR Mohammed, Université Hassan II faculté de droit, année universitaire 2012/2013. (en arabe).
6. SAHED Wahiba, le contrat d'engagement maritime, mémoire pour l'obtention du master en droit maritime et des transports pour l'année 2007, sous la direction de Christian SCAPEL, UNIVERSITÉ DE DROIT, D'ÉCONOMIE ET DES SCIENCES D'AIX-MARSEILLE III.
7. CARRE Stéphane, Sur les caractères distinctifs du contrat d'engagement maritime, Revue de droit des transports n° 11, Novembre 2009, comm. 216.
8. FAVAREL Béatrice, CONTRAT DE TRAVAIL MARITIME INTERNATIONAL : Est-il réellement possible d'échapper au droit français ?, www.favarel-associes.com.
9. Z. Pajot et A. Moulinas, « Abrogation du Titre VII du code du travail maritime par le Code des transports : Quelle compétence juridictionnelle pour les conflits de travail maritime ? » DMF 2012, n° 737, pp. 503-508.
10. Hilal Khalid, le contentieux du travail maritime ; étude comparée, mémoire de fin de formation à l'institut supérieur de la magistrature Rabat, années de formation 2015- 2017.
11. Hilal Khalid, la formation du contrat d'engagement maritime, mémoire pour l'obtention du master en droit des affaires, université Hassan II Casa Blanca, année universitaire 2013-2014.

- 12.P. Chaumette, « Le destin du décret du 20 novembre 195, La codification à droit constant ne peut engendrer une réforme des compétences juridictionnelles » Neptunus, revue électronique, Université de Nantes, Vol. 18, 2012/2, www.cdmo.univ-nantes.fr
- 13.RADOUAN Amina, le code du travail selon la jurisprudence (étude comparée), édition Al Oumnia 2016 (en arabe).
- 14.Thierry Vallat, « Le contrat de travail des marins : la nouvelle procédure de résolution des litiges avec le décret du 27 février 2015 », <http://www.thierryvallatavocat.com>

L'infraction pénale maritime : particularisme et efficence de réglementation pénale

YAZIDI ALAOUI Brahim

Introduction

L'infraction pénale maritime est un trouble, une violation aux règles non justifiées par l'exercice d'un droit ou un devoir lors d'une activité maritime. C'est un ensemble d'actes illégitimes qui peuvent avoir lieu à bord ou par un navire à l'occasion d'une expédition maritime. En fait, le droit pénal maritime est une législation spécifique qu'elle s'ajoute à la législation pénale de droit commun afin de sanctionner les actes préjudiciables à l'activité maritime, dont les termes sont précisés dans le dahir du 31 mars 1919 portant code de commerce maritime et code disciplinaire et pénal de la marine marchande. D'autres infractions sont prévues dans le dahir relatif à la police des ports de commerce maritimes.

Les infractions pénales maritimes nuisant au trafic maritime, à l'environnement marin au niveau interne, ainsi qu'au niveau international, peuvent être qualifiées infractions internationales qui incriminent des actes perpétrés généralement en mer, mais particulièrement en haute mer qui est espace *RES COMMUNIS*⁽¹⁾ n'étant soumis à aucune souveraineté étatique⁽²⁾. En effet, la pollution maritime provenant d'un navire polluant, la piraterie, l'abordage et le terrorisme maritime sont tous définis comme infractions internationales par les conventions Montego Bay, MARPOL, RIPAM, SUA ...etc⁽³⁾, dont le Maroc faisant partie. Dans parmi d'autres conventions, l'appréhension du navire se fait selon une acception

⁽¹⁾ RES COMMUNIS un mot latin signifie chose commune, dans le contexte territoire commun.

⁽²⁾ CHRISTOPHE (Marque), « La répression de la pollution due aux rejets opérationnels des navires : un contentieux technique et économique », in Cudennec, (Anne) (dir.) droit pénal maritime, presses universitaires de Rennes, 2 septembre 2006, 122p.

⁽³⁾ CMB Convention de Montego Bay sur le droit de la mer. MARPOL : Convention pour la Lutte contre la Pollution Marine RIPAM : Règlement international pour prévenir les abordages en mer ; SUA : Convention sur La répression d'actes illicites contre la sécurité de la navigation maritime.

particulière qui nous représente le navire comme une personne (navire pirate, navire polluant). C'est ce qui justifie, à notre avis, la tendance subjectiviste du navire qui pourrait être- dans une fiction juridique- un auteur de l'infraction, afin de déterminer les systèmes juridiques compétents d'intervenir (Etat du pavillon, Etat côtier ou Etat du port ; Etat capteur).

Dans ce contexte, on devient fondé à se demander sur la spécificité des infractions pénales maritimes par rapport à celles de droit commun. Or, dans ces infractions spécifiques, la mer, le navire sont des éléments déterminants dans la qualification de l'acte incriminé. Autrement dit, les deux composantes navire-mer distinguent l'infraction, et en l'absence desdites composantes, notre infraction n'aura pas les traits d'infractions pénales maritimes. D'autant, il y a des infractions de droit commun qui se commettent à bord de navire et qui garde leur caractère commun.

Généralement, évoquer la question du particularisme de droit pénal maritime, ne saurait pas être sans intérêt, puisqu'avant tout assai de déterminisme d'infractions pénales maritimes, faudrait-il à vrai dire, le rattacher à son contexte juridico-économique. Le dahir de 1919 à l'époque était parmi les meilleurs textes législatifs relevant de droit maritime au monde. Ce qui ne demeure malheureusement pas aujourd'hui. Encore faut-il savoir au final si la réglementation pénale maritime réalise-t-elle ou non l'objet derrière lequel elle est légiférée. Ce faisant permet de voir si le cadre normatif pénal remplit efficacement sa fonction dissuasive, d'autant plus que les lois remises en cause sont devenues dépassées par rapport à l'actualité.

Il est admis que l'ineffectivité de la réglementation pénale maritime est due certainement à l'immobilisme législatif qui constitue des handicaps entravant toujours les actions de l'Etat dans la réglementation de transports par navires et à l'égard des violations continues de mers marocaines, en causant des préjudices écologiques, le plus souvent par des rejets polluants ou d'abordage.

En tout état de cause, compte tenu du contexte juridique turbulent, l'infraction pénale maritime se devrait de garder son particularisme, mais avec beaucoup plus d'adaptations en disposant d'un cadre pénal normatif avancé et efficace. Au demeurant, ce dernier doit mettre en examen l'effectivité de la réglementation pénale maritime devenue désuète (chapitre II), pour pouvoir traiter des infractions pénales maritimes suivant leur particularisme (chapitre I).

Chapitre I. Particularisme de l'infraction pénale maritime

Chapitre II. Effectivité de la réglementation pénale versus ineffectivité

Chapitre I Particularisme de l'infractions pénale maritime

Le droit pénal maritime réglemente en général des infractions susceptibles de se commettre lors d'une activité maritime où le navire et la mer sont deux composantes inséparables de cette infraction spécifique (section 1). Or, malgré le particularisme dédites infractions leur traitement reste celui de droit commun (section 2).

Section 1. Infractions spécifiques

Mis à part les infractions pénales de droit commun, les infractions pénales maritimes peuvent être commises dans le navire, comme elles peuvent être commises par le navire même.

Paragraphe 1. Infractions commises dans le navire

Ce sont toutes les infractions dans lesquelles le navire, n'a pas de participation active à l'infraction. Il constitue le territoire sur lequel les actes délictueux sont perpétrés. On trouve dans cette catégorie, des infractions aux règlements maritimes à vocation technique et autres infractions complexes au niveau international.

I- infractions maritime à caractère technique

Elles sont définies dans le DCCM, CDPMM⁽⁴⁾ et le code relatif à la police des ports maritimes de commerce ; Etant contraventions, ces infractions reposent sur un élément matériel-non intentionnel-sanctionnées par amende ; Et étant délit maritime, l'intention coupable s'ajoute aux éléments de l'infractions pour justifiant la peine d'emprisonnement.

Les premières sont des atteintes à l'identification du navire et les papiers de bords (atteinte aux règles de jaugeage, défaut d'acte de nationalité ou registre d'équipage incomplet), des atteintes au stationnement, circulation dans le port, chargement et déchargement de marchandises. Les secondes, les délits maritimes⁽⁵⁾, sont des violations à la police intérieure (le refus ou la négligence d'agir par capitaine ou par

⁽⁴⁾ DCCM : code de commerce maritime ; CDPMM : code disciplinaire et pénal de la marine marchande.

⁽⁵⁾ Sauf les cas cités dans l'article 23 de CDPMM qualifiés des crimes.

l'équipage), dans lesquelles le capitaine ne doit pas abuser de son autorité (outrage, menace, usage de violence sans motif légitime ...etc.), en raison de pouvoir du maintien de l'ordre dont il dispose sur la société à bord et la sécurité du navire, sous peine de voir sa responsabilité pénale engagée. Egalement, le marin en abandon de poste de service à bord ou qui refuse de rester à son poste avec un ordre de son supérieur est considéré en infraction⁽⁶⁾.

Reste les infractions purement techniques relatives à la police de navigation, consistant dans des manquements aux règles sur la sécurité nautique, et violations aux règles générales de conduite en mer (échouement, perte, détournement, non allumage des feux de nuit, manœuvres à exécuter en cas de rencontre d'un bâtiment (art. 20 et s.). La navigation sans titre de sécurité télégraphique/téléphonique ou titre périmé rend l'armateur, le propriétaire et la capitaine passibles de l'amende et/ou à l'emprisonnement⁽⁷⁾. Généralement, ces infractions peuvent servir de moyens de répression contre les abordages en mer, chose qui n'est clairement prévue ni par la loi marocaine et la loi française.

II-Infractions internationales complexes

Abordage et terrorisme maritimes sont internationalement qualifiées des infractions pénales maritimes. Elles deviennent complexes dans la mesure où elles mettent en présence deux ordres juridiques différents et éventuellement un troisième s'il se produit dans les eaux d'un Etat étranger à l'un et l'autre navire en car l'abordage⁽⁸⁾. Pour autant, le terrorisme maritime représente l'utilisation en mer par un groupe de personne ou Etats d'actions de violences illégales ou d'attaques maritimes motivée par des fins politiques, contre navires en voyage, ou dans le port ou les plates-formes continentales.

En réalité, la quasi-totalité des législations considèrent l'abordage une infraction pénale⁽⁹⁾ s'il s'accompagne des violations de règlement international pour prévenir les abordages en mer (RIPAM). Il est involontaire en cas de négligence ou de simple imprudence sur les règles édictées par le RIPAM, à savoir la violation de l'obligation de la veille visuelle à la passerelle, et l'obligation de garder une vitesse de sécurité lors

⁽⁶⁾ Art. l'article 19 de CDPMM.

⁽⁷⁾ Art. 37 quinquies de DCCM.

⁽⁸⁾ C'est une collision entre bâtiments relevant d'Etat différents.

⁽⁹⁾ Grande Bretagne, Allemagne, Hollande, Hongrie, France ...etc. v. RODIERE (R.), Traité général de droit maritime, Les gens de mer, Dalloz, Paris, 1978, 39p.

de la marche du navire. Il est volontaire s'il résulte d'un acte intentionnel à la haute mer et non pas d'une erreur sur le RIPAM.

Le Bureau maritime international (BMI) voit de l'abordage un commencement d'exécution de piraterie s'il est commis dans l'intention de voler ou piller un navire avec la capacité d'utiliser la force pour accomplir cet acte. En cas de survenance d'abordage en haute mer l'Etat de pavillon⁽¹⁰⁾ ou l'Etat dont les personnes intéressées, peuvent poursuivre pénalement les responsables (capitaine, officier de quart et homme de barre⁽¹¹⁾) en quelque lieu qu'il se soit produit⁽¹²⁾. C'est un acte commis à la haute mer, à la différence des attaques terroriste qui se commettent le plus souvent dans les eaux territoriales, dans les ports ou les plates-formes continentales. Pour lutter contre le terrorisme l'article 6 de la convention de SUA organise une combinaison de compétence territoriale, personnelle active ou passive et réelle qui prend l'allure d'une compétence universelle, porche de celle organisée par la CMB pour la piraterie.

Généralement, pour se prémunir contre les infractions pénales maritimes, l'administration de la marine marchande procède aux contrôles techniques⁽¹³⁾ des navires avant navigation, soit par l'Etat du pavillon (***flag state contrôle***), soit par l'Etat du port (***port state contrôle***). Ce contrôle devrait suivre les standards internationaux complémentaires par le code ISPS⁽¹⁴⁾, pour lutter contre tout terrorisme maritime en mettant en place un plan de sûreté du navire (sûreté à bord) et un plan de sûreté de l'installation portuaire.

Paragraphe 2. Infractions commises par le navire

Dans ces infractions, le navire, sujet de droit, participe activement à la commission des actes délictueux⁽¹⁵⁾ comme la piraterie et le terrorisme maritimes.

I-Piraterie maritime

Elle est définie dans l'article 101 de CMB comme tout acte illicite de violence de détention de prédation commis par un pirate (membre

⁽¹⁰⁾ Art. 11 de la convention sur la haute mer de 1958.

⁽¹¹⁾ Cf. Art. 21 de CDPMM.

⁽¹²⁾ RODIERE (R.), Traité général de droit maritime, Les gens de mer, Dalloz, Paris, 1978, pp 39-40.

⁽¹³⁾ Entretien fait avec le chef de service à la direction de la marine marchande de Casablanca.

⁽¹⁴⁾ Adopté par l'OMI en 2004 suite immédiate aux attentats de 11 septembre 2001 pour renforcer la lutte contre le terrorisme mondial y compris celui maritime.

⁽¹⁵⁾ Arts. 101 al. b et 103 de CMB. Cf. Art. 2 al. 3-a de la convention MARPOL.

d'équipage, passager, ou tout individu faisant partie d'un autre navire) agissant à des fins privées contre un navire en haute mer ou contre toute personne ou un bien à bord. Elle est autrement définie dans l'art. 23 de CDPMM, ce dernier qui ne détermine pas le but escompté derrière l'acte. Ce qui permet de dire que la définition de la CMB est la mieux adaptée aux besoins d'actualité.

Pour arraisonner un navire pirate, l'art 111 de CMB érige un droit de poursuite reconnu internationalement à l'Etat capteur (généralement un Etat côtier) pour sanctionner les délinquants. Mais en cas de défaillance de l'Etat capteur, le dernier peut se dessaisir en faveur de l'Etat de pavillon ou à l'Etat de nationalité des pirates. A cet effet les Etats peuvent procéder à l'entraide judiciaire et à l'extradition.

II-pollution maritime

Pour réduire les coûts de nettoyage dans un port, le capitaine commet des rejets illicites d'hydrocarbures⁽¹⁶⁾ (infraction économique). Un rejet est un déversement provenant d'un navire quelle qu'en soit la cause, écoulement, épanchement, évacuation et fuite ou vidange contenant des substances nuisibles ou effluents de telles substances⁽¹⁷⁾. Le rejet illicite est une infraction revêtant un aspect technique dont les actes délictueux sont très difficiles à prouver. Pour autant, la recherche des moyens de preuve et le responsable exige une détermination délicate, car faut-il tenir compte les conditions suivantes : l'éloignement, distance par rapport à la côte ; la vitesse minimale à respecter ; le taux de dilution fixé à 15 part par million ; le séparateur 15 ppm équipant le navire.

Généralement la problématique de la preuve qui n'est pas définie par la convention de MARPOL, ouvre la possibilité d'interpeler l'art. 288 de la procédure pénale⁽¹⁸⁾. Au début, pour prouver un rejet illicite, des prélèvements étaient obligatoires jusqu'à l'apparition de la jurisprudence française de TRAQUAIR⁽¹⁹⁾. Désormais, les prélèvements scientifiques ne sont plus obligatoires, dès lors la preuve la plus efficace repose sur les PV et la

⁽¹⁶⁾ Exception faite des rejets licites liés au fonctionnement normal du navire à la condition de se trouver à une distance de 50 milles marins de la côte.

⁽¹⁷⁾ l'art. 3-a de MARPOL

⁽¹⁸⁾ En droit pénal, le principe de liberté de preuve est la règle.

⁽¹⁹⁾ Le TRAQUAIR (Navire gazier, pavillon libérien) est surpris le 16/03/94 dans le rail montant ouest d'Ouessant avec dans son sillage une nappe d'hydrocarbures s'étendant sur 8 milles et 10 à 15 mètres de large. Le commandant anglais est condamné à 30 000 F d'amende par le TGI de Brest le 27/01/95 cette peine sera portée à 250 000 F par la cour d'appel de Rennes le 18/03/96 ; le paiement de l'amende a été effectué. Site de libération : <http://www.cedre.fr/fr/rejet/rejet-illicite/avant-erika.php>.

photographie. En plus, la répression d'un rejet se heurte aussi à la difficulté de prouver l'intention coupable. Toutefois, la jurisprudence française de 2005 du navire DOBRUDJA a affirmé qu'à défaut de justification par le commandant de bord d'un éventuel rejet constaté dans le sillage d'un navire, celui-ci doit être présumé volontaire⁽²⁰⁾.

Section 2 Traitement de droit commun de l'infraction

Normalement, la non-stipulation de juridictions d'exception, reflète la permanence des juridictions de droit commun lors du traitement des infractions de ce genre, mais en cas de concurrence de compétences le recours aux conventions international devient justifié.

Paragraphe 1. Permanence des juridictions de droit pénal commun

Le fait que les infractions prévues par droit pénal général et le droit pénal maritime sont de natures variées, théoriquement, elles ne peuvent pas être traitées de la même façon⁽²¹⁾. Contrairement à la législation française qui érige des juridictions d'exception compétente en la matière⁽²²⁾. Ce n'est pas le cas au Maroc, puisque malgré leur particularisme par rapport au droit commun, les infractions pénales maritimes, demeure relever de la compétence des juridictions de droit commun⁽²³⁾.

Le dahir formant code de commerce maritime⁽²⁴⁾ et code disciplinaire et pénal ne créent point de juridiction d'exception⁽²⁵⁾. D'où la connaissance des infractions maritimes, à l'exception des fautes de discipline, appartient

⁽²⁰⁾ YAZIDI ALAOUI (B), l'effectivité de la réglementation pénale maritime au Maroc, Mémoire du master en droit des affaires, Université AIN-CHOCK de Casablanca, 2014, 111p.

⁽²¹⁾ RODIERE (R.), op.cit., 37p.

⁽²²⁾ DAOULAS-HERVE. (H.), Le tribunal maritime commercial : une juridiction dite d'exception, caractérisée par un certain nombre d'incohérence et d'archaïsme. In *in* Cudennec, (A.)(dir.), Le droit pénal et la mer, presses universitaires de Rennes, 2 septembre 2006, 101p.

⁽²³⁾ Article 1 CDPMM « Les fautes de discipline, les délits et les crimes énoncés dans le présent texte seront jugés et punis conformément aux dispositions qu'il renferme. Seront au contraire jugés et punis conformément aux lois ordinaires, les contraventions, délits ou crimes de droit commun commis à bord des bâtiments immatriculés au Maroc ».

⁽²⁴⁾ Voir article 58 DCCM. cf. arts. 16 et 22 CDPMM.

⁽²⁵⁾ DRISSI MACHICHI (M.), « Droit pénal maritime », in. Droit maritime marocain, Travaux des journées internationales du droit maritime marocain RABAT 10/15 septembre 1979, 211p.

aux tribunaux de droit commun, soit le tribunal de première instance et la chambre criminelle d'appel, ayant l'aptitude d'appliquer le droit commun, le code pénal de 1962 modifié soit tel quel est, soit en combinant ses dispositions avec celles des textes régissant la matière maritime.

Dans ce cas, faut-il rappeler que c'est la compétence territoriale (droit commun) qui est mise en jeu. L'article 259 de la procédure pénale marocaine détermine la compétence territoriale dans trois critères, à savoir à la juridiction du lieu de commission de l'infraction, à celle du lieu de l'arrestation et celle de la résidence de l'auteur. Toutefois, qu'en est-il des infractions commises en haute mer hors de territoire nationale ? Dès lors, l'article 705 de CPP attribue aux juridictions nationales l'aptitude de connaître les crimes et délits commis en haute mer à bord des navires battant pavillon marocain quel que soit la nationalité de leurs auteurs. Elles sont également compétentes pour les crimes et délits commis dans un port de mer marocain à bord d'un navire marchand étranger, alors dans ce cas la compétence, est celle de la juridiction du premier port dans lequel le navire accoste, ou de la juridiction d'arrestation au cas où l'auteur de l'infraction est ultérieurement arrêté au Maroc.

De ce fait, faut-il appliquer pareillement la compétence territoriale en prenant en compte la spécificité maritime, car le lieu de commission de ces infractions est souvent un port d'embarquement ou de débarquement où le bord du navire. Cela permet de dire que la compétence territoriale est celle de la résidence habituelle du prévenu, celle du port où il a été embarqué, celle de lieu où il a été appréhendé, celle du port d'immatriculation du navire.

Paragraphe 2. Recours aux conventions internationales

Pour les infractions internationales commises à la haute mer, la détermination de compétence revient aux conventions internationales. Cependant, il est à souligner que le droit international de la mer issu des conventions de Genève et de Montego Bay de MARPOL⁽²⁶⁾, se limite à définir les Etats à qui revient la compétence de juger les auteurs, en l'occurrence l'Etat capteur, l'Etat côtier ou de l'Etat du port qui peuvent appliquer leur propre législation. Mais il n'en demeure pas moins que la répression (la plupart du temps) revient à l'appréciation de l'Etat du pavillon qui en déciderait effectivement.

⁽²⁶⁾ Convention sur la haute mer de 1958 et celle sur le droit de la mer de 1982.

En fait, il y a lieu de relever que le traitement judiciaire de la piraterie et de la pollution maritime, est respectivement tributaire des législations nationales de l'Etat capteur, l'Etat côtier ou de port. Ceux-ci qui ne sauraient s'impliquer que s'ils possèdent réellement des dispositions pénales spécifiques régissant la piraterie ainsi que la pollution maritime. Car dans la piraterie maritime en tant crime constitue un danger non seulement à l'ordre public d'un Etat, mais aussi à l'ordre public international, puisqu'un pirate est un ennemi commun. Dans ce raisonnement, le pirate peut être arrêté, jugé et sanctionné par n'importe quel Etat à la base de compétence universelle. Cela fait ressortir la question de la juridiction compétente surtout lorsque plusieurs juridictions se déclarent compétentes pour exercer le jugement dudit acte.

Par ailleurs, pour lutter contre la piraterie, l'Etat capteur procède à la poursuite des pirates, en coopération avec les autres Etats (Etat de pavillon, l'Etat de nationalité des pirates), pour les mettre à la disposition des juridictions étatiques. En tout cas, le droit de poursuite, tel qu'il a été codifié dans les conventions sur la haute mer de 1958 et CMB sur le droit de la mer de 1982, ne s'appliquent pas lorsque l'infraction a lieu dans la haute mer et que le pirate se réfugie dans une autre zone de souveraineté d'un autre Etat.

Cependant, tout acte de piraterie par navire commis dans un espace ne relevant de la souveraineté d'aucun Etat⁽²⁷⁾, peut être réprimé par l'Etat capteur qui se garde le droit de juger l'équipage, de décider ainsi des mesures et peines appropriées. En réalité un Etat capteur ne peut être qu'un Etat côtier qui dispose des sérieux motifs d'entamer une poursuite à l'encontre d'un navire pirate. C'est pour ces fins l'article 111 de la CMB a conféré le pouvoir de saisie et détournement des pirates, aux navires d'Etat⁽²⁸⁾.

En tout état de cause, il faut être vigilant dans tout saisie ou déroutement du navire, pour éviter l'abus d'autorité susceptible d'engager la responsabilité de son auteur. En plus, saisir arbitrairement un navire suspect de piraterie par un Etat capteur, mettrait en jeu la responsabilité de ce dernier vis-à-vis de l'Etat dont le navire à la nationalité, surtout si cette saisie avait été faite sans motif raisonnable, ou avait causé des perte et dommage. In fine, faudrait-il dire que les Etats capteurs qui n'ayant pas

⁽²⁷⁾ L'art. 105 CMB codifie la compétence universelle, toute en reconnaissant cette compétence à l'Etat du pavillon.

⁽²⁸⁾ Navires ou aéronefs de guerres ou aux navires militaires ou d'autres navires affectés à un service public et qui sont autorisés à cet effet.

de dispositif pénal si efficace, comme le Maroc, peuvent se dessaisir en faveur de l'Etat de pavillon ou l'Etat de nationalité des pirates afin de les juger.

En matière de pollution maritime, la compétence de connaître des rejets illicites appartient aux juridictions de la loi du pavillon, celle-ci qui n'exclut pas la compétence de loi du port d'un Etat étranger (principe territorial). Ceci étant, le principe territorial et son corollaire, l'application du droit national appliqués cumulativement d'une manière restrictive. De fait, pour éviter la pollution par navires, les infractions relatives à l'état du navire ou à son équipement, sont naturellement de la compétence de l'Etat du pavillon. Celle-ci déploie ses effets en haute mer et dans les zones qui ne relèvent d'aucune souveraineté territoriale, puisque moyennant l'immatriculation l'Etat s'engage à surveiller les agissements des navires à qui il confère son pavillon n'importe lieu où ils se trouvent⁽²⁹⁾.

Cependant, en cas de poursuites engagées par un Etat côtier, elles devront être suspendues si l'Etat du pavillon s'en est chargé lui-même de poursuivre dans les six mois suivant l'introduction de la première action. Toutefois, il n'en sera ainsi lorsque l'Etat du pavillon a manqué à plusieurs reprises à son obligation d'assurer l'application effective des règles et normes internationales en vigueur à la suite d'infractions commises par ces navires ou lorsque l'infraction a causé un dommage grave à l'Etat côtier, auquel cas ce dernier conserve sa compétence. Ces dispositions s'appliquent aussi si des rejets se sont produits en haute mer alors qu'ils ont causé des dommages graves à l'Etat côtier. D'autre part, l'Etat du port peut engager des poursuites, si l'Etat du pavillon ne le fait pas, pour des infractions commises en haute mer sans qu'il n'ait subi lui-même de dommage

Chapitre II. Effectivité de réglementation versus ineffectivité

L'effectivité d'un droit se mesure par sa capacité de contenir des normes juridiques, qui ne saurait être effective que si elles produisent un effet efficace. Ce qui n'est pas le cas au Maroc. Pour autant malgré l'existence d'un cadre normatif pénal restant sans effet (section 1), le DCCM, CDPMM et le code relatif à la police des ports maritime de commerce ne réglementent pas toutes les infractions pénales maritimes. Ceci fait des législations pénales maritimes une réglementation ineffective (section 2).

⁽²⁹⁾ Art. 217 Convention de Montego Bay et art. 4 & 12 de la Convention MARPOL.

Section 1. Existence de règles pénales sans effet

La réglementation en vigueur définit une multitude d'infractions pénales maritime dont les répressions dans tous les cas ne sont pas dissuasives, ou dans d'autres cas les lois servant de base légale dédites répressions se trouvent en conflits de loi interne.

Paragraphe 1. Répressions non-dissuasives

La non-dissuasion du droit pénal maritime, apparait dans les infractions dites administratives, celles relatives l'identification du navire et violation aux règles de circulation et stationnement des navires. Les peine relatives aux premières infractions en l'occurrence l'atteinte à la réglementation de jaugeage, réprimée dans l'article 60 et s. de DCCM par 50 francs français (soit demi dirham), la vente d'acte de nationalité ou son prêt à un autre navire ou acte frauduleux, sont punis d'une amende allant de 30 francs à 3000 francs (soit un demi à 30 dirhams), en plus naviguer avec un registre de bord incomplet reçoit une amende de 25 francs, le refus de produire les papiers de bord malgré réquisition des agents de douane ou police judiciaire et puni de 50 à 200 francs (soit un demi à 2 dh).

C'est le cas ainsi des infractions relatives à la circulation et stationnement des navires, réglementées par le dahir relatif à la police des ports du commerce maritime, représentées dans des manquements aux réglementations de mouvements d'entrée et sortie des navire dans les ports, la non déclaration d'identité de navire dans 24 heures par le capitaine dès le mouillage du navire en rade (nom du navire et sa nationalité, tonnages, tirant d'eau, équipage, passagers réguliers y compris les clandestins le cas échéant). Dans ces infractions l'aspect dissuasif fait défaut, il ne dépassant pas 50 dirham (de 20 à 50 dirhams) et un emprisonnement d'un à 5 jours avec dédoublement de punition en cas de récidive.

Toutefois, les seules peines qui peuvent paraitre un peu efficaces quant à l'aspect privatif de liberté (emprisonnement) mais non sur le plan du quantum de l'amende, sont celles relatives à la non-déclaration au plus tard 24 heures, en cas d'un accident causant par la suite un dommage au port. Et celles relatives à la dégradation intentionnelle par n'importe quelle personne, d'un feu flottant, bouée ou balise. Et qui sont respectivement, de dix jours à trois mois et une amende de 50 à 500 dirhams puis

l'emprisonnement de six mois à trois ans et l'amende de 500 à 2000 mille dirhams⁽³⁰⁾.

Au regard des peines, elles sont dérisoires et ne dépassent pas quelques dirhams⁽³¹⁾. La répression consacrée par le dahir relatif à la police des ports maritimes n'a pas prévu des pénalités assez contraignantes voire efficaces. Ceci laisse la brèche ouverte devant les capitaines des navires ou tout contrevenant pour enfreindre les textes en raison de faiblesse des pénalités prévues. Pis encore, l'interception en mer des navires par la gendarmerie maritime ou par la marine royale n'a aujourd'hui aucun support juridique, de ce fait, les navires étrangers pourront donc invoquer l'abus des autorités marocaines⁽³²⁾.

Or des infractions sont graves de nos jours dans le cas de dégradations d'un équipement de signalisation maritime ou par la non-déclaration de destruction d'un feu de signalisation maritime. A ce propos, les réparations civiles auxquelles l'Etat pourrait prétendre par application du Code de commerce maritime de 1919 (art. 124) sont aussi aberrantes⁽³³⁾. Ce dernier accorde une réparation égale à un forfait qui était prévu par le système anglais primitif (dans l'Acte de 1845) : 138 DH par tonneau de jauge brute du navire (TJB). Ainsi un navire de 1.597 TJB est tenu d'une indemnité de 220.386 DH, alors qu'il aura causé un dommage évalué à plus de 280 millions de DH. Ce fut le cas dans l'affaire du Handy Rider, navire ayant coulé au port de Casablanca sans indemniser l'Etat marocain⁽³⁴⁾.

⁽³⁰⁾ Arts. 27, 28 du dahir relatif à la police des ports maritimes du commerce).

⁽³¹⁾ Voici un échantillon des peines prévues par le dahir de 1961, elles sont dérisoires : - Le fait pour un navire de s'amarrer sur un feu flottant, sur une balise ou sur une bouée, est sanctionné par une amende de 20 à 50 DH et emprisonnement d'un à 5 jours (art. 26). En France le taux normal est de 135 euros (1.500 DH) L5337-1 de code des Transports français). - Lorsque le navire n'a pas signalé (suite à un abordage ou toute autre cause accidentelle) que ses aides à la navigation ont été détruites (art. 27), l'amende est de 50 à 500 DH et l'emprisonnement de dix jours à trois (art. 27). En France l'amende est de 7.500 euros soit 82.000 DH environ (art. L5336-15) - La dégradation volontaire d'un équipement de signalisation maritime : au Maroc l'amende est de 500 à 2.000 DH et l'emprisonnement de six mois à trois ans (art. 28). Elle est de 45.000 euros en France soit environ 500.000 DH (art. L5336-16).

⁽³²⁾ CHERKAoui (H.), pollution : il faut être répressif, le journal de l'économiste, Édition N° 3002 du 13/04/2009, <http://www.leconomiste.com/article/pollution-maritime-les-faibles-de-notre-systeme-bripar-le-pr-hassania-cherkaoui>.

⁽³³⁾ Ibid.

⁽³⁴⁾ Le Handy Rider, navire français qui devait transporter la grue de l'ODEP de Casablanca à Mohammédia avait coulé le 17 juin 1992.

Ce ne sont ici que de simples exemples qui démontrent l'insuffisance de cadre normatif pénal maritime actuellement applicable, à laquelle notre législateur ne semble s'intéresser, alors que le Maroc subit quotidiennement des dommages qui coûtent chers à son économie et dont les montants constituent un manque à gagner pour sa balance des paiements.

Paragraphe 2. Conflits de lois internes

Le droit pénal maritime, soulève une question relative à l'application des infractions pénales maritimes par rapport à celles de droit commun. Autrement, dans quels cas les infractions pénales maritimes spécifiques doivent-elles s'appliquer au lieu et place des infractions de droit commun. D'autant, l'existence de plusieurs actes incriminés à la fois par les textes y relatifs (DCCM, CDPMM ou Code Pénal) se rattachent remarquablement à des infractions identiques mais avec des peines différentes. A titre d'exemples le vol et rébellion définit à la fois par le CDPMM et le code pénal, mais différemment sanctionnées.

Cela permet de dire que les infractions pénales maritimes soulèvent un véritable conflit de lois interne qui aboutirait par la suite à l'effectivité desdites lois régissant la matière. Réellement, ce conflit rend l'application de la loi entaché d'imprécision puis sans effet, parce que les peines corrélatives aux infractions diffèrent au niveau de l'infraction même, qui est incriminée par deux textes différents.

Alors, le conflit de lois internes pose problématique au juge marocain se retrouvait toujours devant des situations douteuses, quand le DCCM impose fréquemment le renvoi à des articles de l'ancienne législation pénale française⁽³⁵⁾. L'article 66 de DCCM impose l'application de l'article 463 de l'ancien code pénal français de 1810, sur les conditions de mise en œuvre des circonstances atténuantes, aux infractions prévues et réprimées par ledit code. De même pour l'article 21 bis de CDPMM exigeant un renvoi à l'article 198 de même code de 1810 pour aggraver les peines en cas de violences usées sans motif légitime, à l'occasion de l'exercice de ses fonctions par le capitaine, officier ou maitre et à l'égard d'un mousse ou d'un novice. Par ailleurs, pour éviter ce renvoi à ces textes obsolète, il est impérieux de se référer aux articles 146 et 152 de CPU⁽³⁶⁾.

⁽³⁵⁾ Articles 66, 279 DCCM qui renvoient à l'article 463 du Code pénal français de 1810 et article 21 bis articles 186 et 198 du même code.

⁽³⁶⁾ DRISSI MACHICHI (M.), op.cit., pp-211,212.

Section 2. Ineffectivité de réglementation

L'ineffectivité la législation pénale maritime revient à un tel anachronisme des textes juridiques, ainsi à leur carence en face des infractions causés par un navire polluant. D'autre façon, cette insuffisance est l'origine de tout vide juridique quant aux rejets illicites d'hydrocarbure.

Paragraphe 1. Anachronisme des textes de lois

L'anachronisme de de la réglementation pénale maritime apparaît clairement au niveau des textes qui n'ont pas la même fréquence. Le DCCM et CDPMM dataient de 1919, et les dernières modifications y relatives sont aussi très anciennes. Ils sont devenus archaïques puisque ils ne répondent pas aux besoins de l'actualité⁽³⁷⁾. Ils omettent de définir plusieurs infractions comme la baraterie (malversation ou fraude commis par le capitaine au préjudice de son armateur) ainsi que la piraterie qui impose depuis lors des adaptations avec le présent.

La difficulté la plus aiguë remarquée, c'est quand il faudra remplacer les articles 186, 196 et 408 du code pénal français de 1810, relatif respectivement à l'abus d'autorité de la part du fonctionnaire public et l'abus de confiance, alors que notre code pénal prévoit ces infractions dans les articles 547 (abus de confiance) et 224, 257 (abus d'autorité), mais d'une manière nettement distincte de celle du droit pénal français ancien. Cela permet de dire que le déphasage entre DCCM, CDPMM et de CP et aussi une source de conflit de loi. D'où en l'absence d'aucune refonte à la législation maritime sur ces points, l'état actuel des choses obligent les juges répressifs marocains d'envisager ces infractions à la lumière de droit marocain malgré l'entorse à la légalité⁽³⁸⁾.

Un autre point d'importance égale peut montrer clairement que la texture législative du dahir relatif au commerce maritime souffre toujours de désuétude. En fait, l'article 23 de CDPMM contient une peine qui n'existe pas dans le code pénal en vigueur, la peine des travaux forcés à temps. C'est une peine qui réprime, tout complot à l'autorité du capitaine, le refus collectif des officiers, maître et homme d'équipage d'obéir à un ordre formel du capitaine, d'une peine des travaux forcés à temps dont la durée n'est clairement pas déterminée.

Or comment savoir les termes de cette peine. Question qui n'est pas sans quelques difficultés, car faudrait-il puiser dans l'origine de cette peine

⁽³⁷⁾ Entretien avec le chef de service de la prévention et la lutte contre la pollution. Direction de la marine Marchande nationale.

⁽³⁸⁾ DRISSI MACHICHI (M.), op.cit., 212p.

de travaux forcés à temps prévu dans le CDPMM, qui remonte à un texte pénal français très ancien datant de 1810 (art. 19), qui stipule que la condamnation des travaux forcés à temps peut être prononcée d'une durée de cinq ans au mois à vingt ans au plus. C'est la même chose pour l'acte de 1845 de système anglais primitif constituant le fondement de réparation des dommages civils, donnant à l'Etat le droit de revendiquer l'indemnisation exprimée dans l'art.124 de DCCM.

De surcroît, faut-il mettre l'accent sur les peines relatives aux infractions pénales maritimes qui sont exprimées en francs français à la place de dirham. En plus les choses paraîtraient beaucoup plus aberrantes quand le projet de loi sur le DCCM demeurant en suspens il y a des décennies, et qui est censé être capable d'enlever ces anomalies, il n'a prévu au plutôt aucun amendement des articles posant problème. Au moins, à notre avis, il aurait fallu modifier les peines en remplaçant le « franc » par le « dirham » et relever les peines d'emprisonnement afin de renforcer le dispositif dissuasif en la matière. Chose qui continue à nuire présentement au pouvoir sanctionnateur de l'Etat et qui manque au budget étatique des gains importants, faute de quantum dérisoire des peines.

In fine, il faut vraiment une réforme sérieuse visant l'harmonisation voire la mise à jours des textes régissant la matière, pour éviter toute sorte d'équivoque des textes et pallier au vide juridique en matière de la pollution maritime.

Paragraphe 2. Vide juridique : cas des rejets illicites d'hydrocarbure

Le dahir de 31 mars 1919 portant DCCM et CDPMM se voyant dépassé, n'a pas pris en considération le phénomène de la pollution marine. Il n'y a que des projets qui n'ont pas encore vu le jour. Le projet modifiant et complétant le DCCM⁽³⁹⁾. Un projet de loi pénale relative aux sanctions des rejets illicites de matières polluantes dans le milieu marin⁽⁴⁰⁾ et l'autre sur les rejets des matières polluantes dans le milieu marin⁽⁴¹⁾. Ils déterminent les rejets d'hydrocarbure interdits, les infractions relatives à la pollution, leurs constatations et les peines encourues.

⁽³⁹⁾ Projet de loi n° 46-12 portant modification au code de commerce maritime marocain.

⁽⁴⁰⁾ Projet de loi 25-05-2008, sur la pollution, contact de direction de la marine marchande.

⁽⁴¹⁾ Projet de loi 12-02-2013.idem.

Pourtant, devant ce vide juridique, le Maroc adhère à des conventions internationales pour compléter sa législation en la matière, sans pour autant les intégrer dans le dispositif pénal. Il convient de rappeler qu'une convention internationale n'a pas pour rôle de prévoir des sanctions pénales. Cette mission revient systématiquement au législatif surtout au pénal qui est l'expression de la souveraineté étatique. Ce qui permet de dire que la réglementation pénale maritime est incomplète, puisque des infractions relative à la pollution maritime ainsi que la piraterie, continuent encore à préjudicier directement à la sécurité maritime et à l'environnement marin marocain⁽⁴²⁾.

Toujours dans le cadre de la pollution maritime, personne n'oublierait guère, le traitement des actes polluant due par KHRG V et de SEA SPIRIT⁽⁴³⁾, qui a été fait par voie administrative sans le recours à toute voie pénale. C'est-à-dire, ce n'était pas l'appareil pénal qui a été appelé à protéger le domaine public maritime (eaux, marines, ports maritimes, havres et rades...etc.). En France les choses se traitent par voie pénale, puisque les autorités françaises ont intégré la convention MARPOL dans le droit national afin de définir la responsabilité pénale⁽⁴⁴⁾ en cas de rejet polluant, et renforcer la chasse aux navires pollueurs en donnant au parquet la compétence d'intervenir en cas de pollution par hydrocarbure. A la suite des naufrage des navires l'Erika⁽⁴⁵⁾, puis celui de Prestige⁽⁴⁶⁾, la sanction pénales des pollutions dites volontaires ou opérationnelles s'est faite plus dure dans la législation française.

⁽⁴²⁾ La piraterie maritime est prévue dans CDPMM, mais avec une définition archaïque ne répondant pas au conformisme international.

⁽⁴³⁾ SBAI, (L.), Le droit de l'environnement marin et côtier marocain, dichotomie entre l'état du milieu et une législation obsolète, octobre 2001, presse des belles couleurs, Rabat, pp.43-44

⁽⁴⁴⁾ Le régime français de répression des rejets par les navires repose entièrement sur le droit pénal, que le rejet soit volontaire ou accidentel, alors qu'en droit espagnol il repose sur le droit administratif qui est sollicité dans l'hypothèse de la grande voirie. C'est l'administration qui est habilités à sanctionner les atteintes à l'intégrité matérielle du domaine public in CHRISTOPHE, (M.), op.cit.121 p. ; C'est le même procédé au Maroc dans les affaire KHRG V et SEA SPIRIT.

⁽⁴⁵⁾ L'Erika, pavillon maltais, propriétaire et armateur italien, société de classification RINA, commandant indien et affréteur TOTAL, coule le 12 décembre 1999 dans les eaux internationales à environ 30' au sud de la pointe de Penmarch (ZEE).

⁽⁴⁶⁾ Le 13 novembre 2002, le Prestige, un pétrolier, construit par Hitachi Shuipbuilding & Engineering au Japon en 1976, immatriculé à Nassau (Bahamas), en transit entre la Lettonie et Gibraltar, au large du cap Finisterre et près des côtes de Galice au nord-ouest de l'Espagne. Site de libération :

http://fr.wikipedia.org/wiki/Naufrage_du_p%C3%A9trolier_Prestige.

Dans cet ordre d'idée, le code de l'environnement français de 2008, énonce expressément dans l'article L218-25 que les personnes morales peuvent être déclarées pénalement responsables. A titre d'illustration, dans la jurisprudence l'ERIKA de 2008, le tribunal a condamné les personnes physiques et morales au maximum des peines prévues par la loi (Le capitaine, l'armateur, le gestionnaire technique, la société de classification et l'entreprise propriétaire de la cargaison), suite au préjudice écologique causé.

Il ne faut pas oublier que le traitement international de la piraterie et de pollution maritime n'est pas si efficace, puisqu'il dépend de la coopération et de la bonne volonté de l'Etat du pavillon, l'Etat côtier l'Etat du port. Dans la pollution la compétence écologique spécifique est dotée à l'Etat du port (art. 218-4 CMB). Ce dernier qui prépare le dossier d'enquête, le transmet à l'Etat du pavillon ou à l'Etat côtier sur leur demande. Tandis que l'opportunité de poursuivre l'infraction dépend de l'appréciation souveraine de l'Etat du pavillon disposant effectivement d'un droit interne. Quid du Maroc à cet effet ?

Conclusion

En guise de conclusion, pour donner aux infractions pénales maritimes un aspect dissuasif efficace, la solution la plus efficace est de veiller à renforcer l'omniprésence du droit pénal maritime par un cadre normatif adapté aux besoins de l'actualité nationales, par des juridictions vraiment compétentes qui disposent aussi bien des moyens techniques idoines, que de personnel : parquet, juges et agents verbalisateurs, rodés et bien formés en maritime. In fine, c'est au législateur qu'il incombe d'intégrer des normes internationales à portée pénalistes pour devenir d'application pure et simple. D'ores et déjà l'occasion se présente à l'Etat pour exercer sa responsabilité et d'assurer sa souveraineté, car il ne faut pas oublier que la meilleure garantie du respect des normes et engagements internationaux en la matière, se trouve toujours dans les droits internes.

Bibliographie

-**SBAI, (Larbi)**, Le droit de l'environnement marin et côtier marocain, dichotomie entre l'état du milieu et une législation obsolète, octobre 2001, presse des belles couleurs, Rabat.

-**YAZIDI ALAOUI (Brahim)**, l'effectivité de la réglementation pénale maritime au Maroc, Mémoire du master en droit des affaires, Université AIN-CHOCK de Casablanca, 2014.

-**DRISSI MACHICHI (M.)**, « Droit pénal maritime », in. Droit maritime marocain, Travaux des journées internationales du droit maritime marocain RABAT 10/15 septembre 1979.

-**RODIERE (René)**, Traité Général de Droit Maritime, Les Gens de Mer, par JAMBU-MERLIN (Roger), **Dalloz**, Paris 1978.

-**CHRISTOPHE (Marque)**, « La répression de la pollution due aux rejets opérationnels des navires : un contentieux technique et économique », *in* Cudennec, (Anne) (dir.) droit pénal maritime, presses universitaires de Rennes, 2 septembre 2006.

-**DAOULAS-HERVE. (Hélène)**, Le tribunal maritime commercial : une juridiction dite d'exception, caractérisée par un certain nombre d'incohérence et d'archaïsme. *in* Cudennec, (Anne) (dir.), Le droit pénal et la mer, presses universitaires de Rennes, 2 septembre 2006.

-**CHERKAOUI (Hassania)**, La pollution : il faut être répressif, le journal de l'économiste, Édition N° 3002 du 13/04/2009,