

شروط الحماية من المسؤولية في سندات الشحن من التطبيق إلى الإقرار القانوني - شرط هيمالايا و شرط استحالة فحص الحاوية -

د/قماز ليلى إدياز

كلية الحقوق والعلوم السياسية - جامعة أبي بكر بلقايد تلمسان

ملخص

تعد الشروط الخاصة بالحماية من المسؤولية من أهم الشروط التي انتقلت من التطبيق بموجب إدراجها في سند الشحن إلى الإقرار القانوني و الاعتراف بها بموجب الاتفاقيات و القانون الداخلي، و المتمثلة في شرط هيمالايا و شرط استحالة فحص الحاوية. ذلك أنه للجانب العملي في عقد النقل البحري أهمية بالغة تظهر خاصة من خلال هذه الشروط التي ابتعتها الضرورة التجارية.

الكلمات المفتاحية: شروط الحماية، المسؤولية، سندات الشحن، التطبيق، الإقرار القانوني.

Résumé

Le droit maritime est fait d'usages, et la pratique a une immense importance dans le contrat de transport. Pour cela des clauses de protections figurent dans les connaissements tels que la clause Himalaya et la clause said to contain .

D'autre part l'évolution commerciale de la massification du trafic et l'impossibilité pratique de vérification des conteneurs , a permis au transporteur d'insérer dans le connaissement des réserves par lesquelles il déclina d'avance toute reconnaissance de l'état de la marchandise prise en charge ; et donc les indications du connaissement reste sans acceptation du transporteur, ce qui a pour

effet d'écarter la force probante du connaissance comme moyen de preuve dans les transports conteneurisés.

les mots clés: des clauses de protections, responsabilité, vérification, conteneurs.

مقدمة:

للجانِبِ العملي في عقد النقل البحري أهمية بالغة، تظهر من خلال الشروط الواردة في سند الشحن خاصة ما ارتبط منها بالحماية من المسؤولية، و التي ابتغتها المتطلبات التجارية. من جهة فقد عمد الناقل البحري إلى تمكين تابعيه من الإستفادة من نفس الحماية المخولة له قانونا و المتمثلة في الإعفاء أو التحديد من مسؤوليته بواسطة شرط "هيمالايا" و الذي لم يتردد القضاء في إعطائه قيمة قانونية. لذا عملت التشريعات الداخلية و الدولية على إقراره بموجب نصوص لها ذات أثر الشرط. مما يطرح مسألة أهمية شرط هيمالايا في ظل النقل البحري الحديث، و كذا مسألة امتداد الحماية التي يوفرها، نظرا لازدياد عدد المتدخلين في عملية النقل "المطلب الأول".

من جانب آخر و انتقاء لمسؤولية الناقل البحري عن بيانات الشاحن المخالفة لنوع و حالة البضاعة المحتواة ، درج العمل على أن يدون الناقل في سند الشحن عبارات تدل على تحفظهم على محتوى الحاوية، إلا أنها لم تستعمل في إطارها الطبيعي و إنما بشكل عشوائي، جعل المحاكم تداوم على إبطالها. مما أثار مسألة القيمة القانونية لهذا التحفظ في ظل النقل البحري بالحاويات، انتهى بالإقرار القانوني لهذا الإتفاق. فهل مكن هذا الإقرار من منح التحفظ قيمته القانونية لمجرد ذكره على السند؟ "المطلب الثاني".

المطلب الأول: شرط هيمالايا

شرط هيمالايا هو نظام ناشئ عن الـ Common Law. و هو شرط يدرجه الناقل البحري في سند الشحن، بموجبه يشترط استفاضة تابعيه من حدود و حالات إعفاءه من المسؤولية "الفرع الأول" نتيجة ما يتبعيه الضرورة التجارية من توفير حماية للغير المتعاقد مع الناقل. و قد زادت أهميته بالإعتراف به من قبل التشريعات الدولية و الداخلية "الفرع الثاني". كما تطور بتطور النقل البحري و مدة المسؤولية و استطاع التأقلم مع ذلك. "الفرع الثالث".

الفرع الأول: الخلفية التاريخية لشرط هيمالايا و أساسه القانوني.

وضع شرط هيمالايا بمناسبة قضية نظرتها محكمة الإستئناف الإنجليزية باسم:

ADLER VS DICKSON (1954)¹. و خلاصتها أنه في جويلية 1952 قررت السيدة ADLER القيام برحلة سياحية على متن السفينة Himalaya، و أثناء الرحلة، سقطت السيدة أثناء نزولها على سلم السفينة، و كسرت قدمها. لكنها لم تستطع أن تحصل على التعويض من الناقل بموجب تذكرة السفر الذي احتج بالإعفاء من المسؤولية العقدية، فرفعت دعوى ضدّ الريان DICKSON لمطالبته بالتعويض نتيجة إهماله في تثبيت السلم جيدا و المحافظة على سلامة الركاب. لكن الريان أنكر ذلك و أكد أن السلم قد تم تثبيته بعناية تامة و أن سبب الحادث هو الرياح القوية التي قامت بتحريكه. و قد دفع الريان أنه في كل الأحوال يوجد شرط في عقد النقل يحميه من المسؤولية، بحيث يقرر أن يتحمل المسافر مخاطر النقل التي قد تلحق به و بأمتعته².

السؤال الذي طرح على محكمة الإستئناف الإنجليزية هو أن الشرط كان مقررا لحماية الناقل، فهل يستفيد الريان من هذا الشرط الإستثنائي المدون على السند الذي أصدره الناقل ، باعتبار أنه ليس طرفا في العقد؟ فقرر مجلس اللوردات أن الناقل يستطيع أن يشترط في عقد النقل صراحة أو ضمنا لمصلحة نفسه و لمصلحة مستخدميه المشتركين في تنفيذ عقد النقل سواء أكان عقد نقل بضائع أو مسافرين³.

و إن كان الناقل في قضية الحال قد اتجهت إرادته إلى إعفاء نفسه من المسؤولية دون مستخدميه، فلا يستفيدون من الشرط- لذلك حكم بمسؤولية ريان السفينة نتيجة إهماله- إلا أن الحكم شكل سابقة قضائية من خلال تمكين تابعي الناقل البحري و مستخدميه من ذات الحماية القانونية التي يستفيد منها الناقل أي الحدود القانونية للمسؤولية و حالات الإعفاء منها و كذا المدة القانونية لتقادم دعوى المسؤولية. ذلك أن الناقل البحري لا يتعاقد فقط باسمه و لحسابه و إنما باسم و لحساب تابعيه، و من ثم يستفيد تابعوه بموجب شرط هيمالايا المدرج في سند الشحن من كل وسائل الحماية المخولة للناقل. فتلك التبعية هي التي تجعلهم في نفس مكانة الناقل البحري ، و هذا استنادا إلى نظرية الإشتراط لمصلحة الغير في القانون المدني⁴.

ذلك أنه تطبيقا للقواعد العامة، فإن الحماية التي تقدمها شروط العقد لا يمكن أن يستند إليها غير أطرافه. لذلك كان لابد لأي ناقل يريد أن يحمي الريان أو أفراد الطاقم أو المقاولين المستقلين أن ينص على شرط هيمالايا في سند الشحن⁵.

و إذا كان شرط هيمالايا يجد سنده القانوني في الإشتراط لمصلحة الغير، فإن هذا المبدأ في حد ذاته استثناء، و يجب عدم التوسع في تفسيره، بحيث

يجب أن يحدد الشرط بدقة الأشخاص المستفيدين منه و الحقوق التي يستفيدون منها⁶.

الفرع الثاني: الإقرار التشريعي لشرط هيمالايا

بموجب اتفاقية بروكسل لـ⁷1924، لا يستفيد تابعو الناقل البحري من حدود مسؤولية الناقل، و حالات الإعفاء المقررة لمصلحته. و بعد قضية ADLER VS DICKSON، أصبحت نوادي الحماية و التعويض تدعو إلى ضرورة إدراج شرط حماية التابعين. لذلك فقد تم تبني بروتوكول لاهاي فيسبي لـ 1968 -التي جاءت معدلة لاتفاقية 1924- لشرط هيمالايا بإضافة المادة 4 مكرر. بحيث أصبح لتابع الناقل أو وكيله حق تحديد المسؤولية و التمسك بالدفع التي يحق للناقل التمسك بها. شرط ألا يكون التابع أو الوكيل مقاولا مستقلا⁸. و ذلك لوجود تبعية إقتصادية بين الناقل و مستخدميه، و بالتالي فإن الناقل يتأثر بطريقة غير مباشرة بالمسؤولية الملقاة عليهم، فلا يكون في الرجوع على تابعي الناقل سبيلا لحصول المضرور على تعويض بكامل الضرر على أساس أن الناقل مسؤول عن أعمال تابعيه، و يهدر ما للناقل من حق تحديد مسؤوليته⁹. فأصبحت الحماية قانونية بعد تكريس شرط هيمالايا بشكل نظامي La clause Himalaya statutaire. و يبقى لشرط هيمالايا التعاقدية دورا بالنسبة للدول غير المصادقة على بروتوكول لاهاي فيسبي. كما أن دور الشرط يظهر لحماية مقاول الشحن و التفريغ على أساس أنه إذا استعان الناقل بمقاول الشحن و التفريغ، فإن هذا الأخير هو متعاقد مستقل يستثنيه بروتوكول لاهاي فيسبي من الحماية المقررة في المادة 4 مكرر، فهو ليس بناقل أو بتابع للناقل، و من ثم فإن الأصل ألا يستفيد من الإعفاءات من المسؤولية و تحديدها المقررة للناقل و تابعيه بموجب البروتوكول.¹⁰

من جهتها مدت اتفاقية هامبرج لـ¹¹ 1978 بموجب المادة 7 فقرة 2 نطاق الإستفادة من تحديد المسؤولية و الدفع المخولة للناقل إلى مستخدمه أو وكيله، إذا ثبت أنه كان يتصرف في حدود وظيفته¹².

و بموجب المادة 10 فقرة 2 من اتفاقية هامبورج¹³، فإن الناقل الفعلي يستفيد من شرط هيما لايا القانوني، و ذلك لأن الناقل الفعلي يلتزم بذات التزامات الناقل. لذلك يذهب الفقيه Wiliam TETLEY أن الغير لا يستفيد من عبارات العقد الذي لا يكون طرفا فيه إلا إذا قام الغير بتنفيذ جزء من التزامات أحد طرفي العقد. و باعتبار أن الناقل البحري ملزم بشحن البضاعة، نقلها و تفريغها، فإن مقاول الشحن و التفريغ الذي ينفذ التزامات الناقل البحري بالشحن و التفريغ يستفيد من أحكام عقد النقل إذا كان الضرر الذي أصاب البضاعة ناتجا عن المناولة. و من ثم يستفيد من الحدود القانونية لمسؤولية الناقل البحري¹⁴. ومادام أن اتفاقية هامبرج لم تقص المتعاقد المستقل، و من بينهم مقاول الشحن و التفريغ، لذا انتهى الفقيه Wiliam TETLEY إلى أن مقاول الشحن و التفريغ يعتبر ناقلا فعليا بمفهوم المادة 1 فقرة 2 من اتفاقية هامبرج يستفيد من حماية شرط هيما لايا المقرر بموجب المادة 10.¹⁵

على مستوى التشريع الداخلي، تدخل المشرع الجزائري على غرار المشرع الفرنسي¹⁶، لوضع حلّ تشريعي لشرط هيما لايا من خلال المادة 916 من القانون البحري¹⁷، معتبرا أن مقاول الشحن و التفريغ يخضع لذات التحديد القانوني للمسؤولية المقررة للناقل البحري. موحدا بذلك النظام القانوني الذي تخضع له البضائع خلال تنفيذ عقد النقل البحري برمته. بهدف جعل نظام مسؤولية مقاول الشحن و التفريغ قريبا بأكبر قدر مكن من النظام المطبق على الناقل البحري¹⁸. إلا أن المقاول يستفيد من التحديد في حدود

المسؤولية العقدية، حيث أن المادة 915 لا تسمح من متابعته إلا من قبل الناقل البحري الذي طلب خدماته¹⁹، و هذا على أساس عقد المناولة المبرم بينهما. فمقاول الشحن و التفريغ تابع للناقل، يعمل تحت إشرافه و مسؤوليته، و حينئذ يظل الناقل البحري هو المدعى عليه بالنسبة لمن له الحق على البضاعة المتضررة بوصفه المسؤول عن الضرر الذي أصابها²⁰. و بذلك يكون القانون الجزائري قد انتهى إلى نفس آثار شرط هيمالايا المدرج في سند الشحن و بصورة أمرة.

الفرع الثالث: شرط هيمالايا في النقل من الباب إلى الباب

مع انتشار النقل بالحاويات ظهرت عمليات جديدة، خاصة تعبئة و تفريغ الحاوية التي قد يكلف بها مقاول الشحن و التفريغ. و من ثم قد يدرج في سند الشحن شرط هيمالايا يمد الحماية إلى مقاول الشحن و التفريغ عندما يقوم بعملية تعبئة و تفريغ الحاوية. في هذا الإطار ذهب القضاء الفرنسي إلى أن مسألة وضع البضاعة في حاوية تمهيدا لنقلها عن طريق البحر²¹ و كذا تفريغها من البضاعة²²، تحكمها القواعد المتعلقة بتغليف البضاعة، فتخضع لأحكام عقد المقاولة الواردة في القانون المدني لا إلى أحكام الشحن والتفريغ.

قد يتضمن سند النقل في نقل متعدد الوسائط شرط هيمالايا لحماية التابعين و المتعاقدين من الباطن. فإذا تضررت البضاعة في مرحلة النقل غير البحرية كالمرحلة الطرقية أو مرحلة النقل بالسكك الحديدية، يكون الناقل البحري الذي أصدر سند الشحن المباشر مسؤولا في كل المسافة التي تسري عليها الوثيقة، حتى تسليم البضاعة إلى المرسل إليه، أو إلى ممثله القانوني²³. لكن إذا اختار صاحب الحق على البضاعة رفع دعوى مباشرة ضد الناقل الذي وقع في مرحلته الضرر، تطرح مسألة مدى استفادة الناقل

البري" الطرقي أو السككي" من شرط هيمالايا المدرج في سند النقل. هنا نجد القضاء اليوم لا يتردد في إقرار هذا الشرط و إعطائه قيمة قانونية من خلال توسيع دائرة المستفيدين من الشرط. فقد قضت المحكمة العليا لولايات المتحدة الأمريكية في 2004/10/09، باستفادة الناقل البري الذي تعاقد معه الناقل البحري في نقل متعدد الوسائط من شرط هيمالايا²⁴.

بالرجوع إلى إتفاقية الأمم المتحدة المتعلقة بعقود النقل الدولي للبضائع عن طريق البحر كلياً أو جزئياً 2008 أو قواعد روتردام²⁵. نجد فلسفة هذه القواعد تقوم على حل المسائل و الإشكالات التطبيقية دون أن تهتم بإعطاء قاعدة نظرية لتلك الحلول، بإقرار الحلول المكرسة واقعيًا « pragmatism first »²⁶.

لذلك أقرت قواعد روتردام شرط هيمالايا و مكنت -إضافة إلى الريان و الطاقم مستخدم الناقل -الطرف المنفذ البحري²⁷ و مستخدميه من حماية هيمالايا التلقائية من خلال المادة 4²⁸ و 19²⁹ من الإتفاقية دون ضرورة إدراج الشرط في السند. فالطرف المنفذ البحري يتحمل نفس الإلتزامات و المسؤوليات الملقاة على عاتق الناقل البحري، و يستفيد من نفس وسائل الدفاع و حدود المسؤولية المقررة للناقل.

إلا أن قواعد روتردام لا توفر أية حماية إضافية للأطراف المنفذة غير البحرية. فإذا تم تنفيذ نقل متعدد الوسائط من طرف ناقل داخلي بري، و قام المرسل إليه برفع دعوى المسؤولية مباشرة على الناقل البري فلا يستفيد هذا الأخير من حماية هيمالايا التلقائية. ذلك أن المادة 4 لا تنص على الأطراف المنفذة غير البحرية³⁰.

و إن كانت قواعد روتردام تنظم النقل من الباب إلى الباب، إلا أنها لا تنص صراحة فيما إذا كان بالإمكان إدراج شرط هيمالايا في سند النقل لحماية

الناقل البري. إلا أن الشراح ذهبوا إلى أنه ليس هناك في الإتفاقية ما يمنع من إدراج الشرط ، أو ينكر أهميته لحماية الأطراف المنفذة غير البحرية التي لا تشملها الحماية القانونية³¹.

ضف إلى ذلك أن المادة 4 لا تشير إلا إلى الدفع و حدود المسؤولية دون المسائل الإجرائية، فلا يمتد إلى الطرف المنفذ البحري شرط الإختصاص القضائي و التحكيم الذي تضمنه عقد النقل³² ، و لا يستفيد منه إذا رفع صاحب الحق على البضاعة دعوى على الطرف المنفذ البحري. إذ نجد من خلال الإتفاقية -المادة 66- أن خيارات الإختصاص الممنوحة لطرف المنفذ البحري أقل من تلك الممنوحة للناقل، نظرا لارتباط نشاط الطرف المنفذ البحري بالميناء و لا علاقة له بمكان التسلم و التسليم. لذا قام مؤتمر البلطيق البحري والدولي BIMCO ، و المجمع الدولي لنوادي الحماية والتعويض P & I clubs بمراجعة شرط هيمالايا لمعالجة شرط الإختصاص القضائي و التحكيم و استفادة المتعاقدين مع الناقل من هذا الشرط بتاريخ 17 سبتمبر 2010³³ ، و أصبحت سارية ابتداء من نوفمبر 2014³⁴.

جاءت قواعد روتردام بقواعد خاصة بالعقد الكمي³⁵ ، فسمحت إعمالا لمبدأ حرية الإرادة، للأطراف استبعاد تطبيق أحكامها في مثل هذه العقود، والاتفاق على مسؤوليات أكثر أو أقل من تلك التي تفرضها الاتفاقية وهذا بموجب المادة 80، التي تشترط في فقرتها الثانية حتى يكون الخروج عن الاتفاقية ملزما، أن يجري التفاوض على العقد الكمي بصورة منفردة. بالإضافة إلى شرط مهم آخر فلا يُدرج الخروج عن الإتفاقية في عقد إذعان غير خاضع للتفاوض، و أن يتضمن العقد بيانا واضحا بأنه يخرج عن الاتفاقية.

و حتى يمكن الإحتجاج بالعقد الكمي في مواجهة المرسل إليه باعتباره من الغير، إشتطت الفقرة 5 من المادة 80 موافقة المرسل إليه الصريحة على أن يكون ملزما بالخروج عن أحكام الإتفاقية³⁶. وهذا في حالة ما إذا كان الإتفاق بين الشاحن و الناقل في غير مصلحته، كالإتفاق على الحد من مسؤولية الناقل حتى يلتزم به المرسل إليه، و إلا تحمل الناقل المسؤولية في مواجهة المرسل إليه وفقا لأحكام الملزمة للإتفاقية أي بالحد القانوني، و هذا بهدف حماية المرسل إليه من تعسف الناقل على أساس أنه لم يشارك في العقد. لكن إذا كان الإتفاق في مصلحة المرسل إليه، كالرفع من الحدود القانونية لمسؤولية الناقل، يثور التساؤل فيما إذا كان يشترط قبول المرسل إليه لهذه الشروط حتى يتمكن من الإستفادة منها. فالمادة 5/80 من قواعد روتردام لم تشر إلى ذلك باعتبار أنها تهدف إلى حماية المرسل إليه. ومن ثم يمكن للشاحن إدراج شرط هيمالايا لاستفادة المرسل إليه من الحد المرتفع المنفق عليه، و حينئذ لن تكون الموافقة الصريحة للمرسل إليه ضرورية. و هو السبب الذي يجعل صاحب الحق على البضاعة هو الآخر يستفيد من شرط هيمالايا بموجب قواعد روتردام و ليس فقط الناقل و تابعيه³⁷، ليكون ذلك من مستجدات هذه الإتفاقية، فمسألة صحة شرط هيمالايا لاستفادة المرسل إليه لم تطرح سابقا، لأن الشرط كان يدرج في سند الشحن لحماية مصالح الناقل.

من جانب آخر تطرح مسألة استفادة الطرف المنفذ البحري - و الذي لا يعد طرفا في عقد كمي- من الخروج عن الأحكام الملزمة لإتفاقية تطبيقا للمادة 4 و المادة 19 من قواعد روتردام؟

إذا اعتبرنا أن المادة 80 هي جزء من قواعد روتردام، و المادتين 9 و 14 تقضيان بأن يستفيد الطرف المنفذ البحري من وسائل الدفاع و حدود

المسؤولية الواردة في الإتفاقية، فالطرف المنفذ البحري يستفيد مباشرة من الأحكام الخاصة للعقد الكمي.

إلا أن هناك من يرى أنه إذا أخذنا بمفهوم أن الحماية المقررة بموجب شرط هيمالايا القانوني الواردة في المادتين 4 و 19 مرتبطة بالقواعد الإلزامية للإتفاقية، فإنها لا تطبق على الحالة التي يمكن فيها لأطراف الخروج عنها، أي في حالة العقد الكمي. و عليه فإنه على الناقل الذي يبرم العقد الكمي و يرغب في حماية الطرف المنفذ أن يدرج شرط هيمالايا في سند النقل أي أن يعود إلى مفهوم الشرط التعاقدي، فيستفيد منه المتعاقدين من الباطن إذا رفعت دعوى مباشرة ضدّهم³⁸. مما يؤدي إلى تكريس الحرية التعاقدية في العقود الكمية.

أما في الحالة التي يتم فيها الإتفاق على تشديد مسؤولية الناقل، و هو شرط صحيح في غير العقود الكمية و لامخالفة فيه لأحكام الإتفاقية.³⁹ و حينئذ لا يكون الطرف المنفذ البحري ملزماً بموافقة الناقل على تحمل واجبات غير تلك المفروضة عليه بمقتضى هذه الاتفاقية، أو أن تتجاوز حدود مسؤوليته الحدود المنصوص عليها في هذه الاتفاقية، إلا إذا قبل صراحة تلك الواجبات أو ذلك التشديد في حدود المسؤولية⁴⁰.

المطلب الثاني: شرط استحالة فحص الحاوية. "تحفظ ذكر أنها تحتوي"

لما كان الهدف الأساسي من عقد النقل البحري هو إيصال البضاعة كاملة سليمة إلى المكان المقصود، اقتضى ذلك أن تكون البيانات المتعلقة بالبضائع التي يقيمها الشاحن لتدرج في سند الشحن تامة و مطابقة للبضائع تماماً. لذلك على الناقل أن يتأكد من صحة تلك التصريحات بالكشف عن البضاعة عند استلامها من الشاحن، على أساس التزامه بتسليم البضاعة بالحالة التي تسلمها عليها. غير أن عملية الكشف عن البضائع ليس

بالبسيير دائما. لذلك جرى العمل على أن يدون الناقل البيانات دون أن يتحرى صحتها. و في مقابل ذلك يذكر في سند الشحن عبارات التجهيل المسماة بالتحفظات. و من ضمن العبارات الشائعة و المتعارف عليها اليوم : "ذكر أن الحاوية تحتوي" ، "حسب قول الشاحن" أو استحالة فحص الحاوية⁴¹. فيعبر الناقل مَقَمًا بموجب الشرط عن جهله بحالة و أوصاف البضاعة، لتكون الأوصاف المذكورة في السند مجرد تصريحات من الشاحن دون قبول من الناقل ، فهل يأخذ بتصريحات الشاحن دون الإعتداد بالتحفظ الذي أدرجه الناقل "الفرع الأول"، أم أن هذه التحفظات تخلق وضعاً جديداً يجعل لها أثراً قانونياً؟ "الفرع الثاني".

الفرع الأول: القيمة القانونية لتحفظ استحالة فحص الحاوية إقراراً لضرورة عملية

أصبح النقل بالحاويات الذي غير بشكل جذري من النقل البحري، واقعا لا يمكن التراجع عنه، خاصة بعد تزايد سعة السفن حاملات الحاويات، و تنوع البضائع المحتواة. و من أهم سلبيات ضخامة هذه السفن هو عدم قدرة الناقل من الناحية العملية مراقبة مدى صحة تصريحات الشاحن المدونة على سند الشحن بفحص كل الحاويات المنقولة، ناهيك عن الأسباب التجارية التي تجعل العملية مستحيلة، و هي زيادة التكلفة و تضييع الوقت مما يفقد النقل بالحاويات أهميته⁴²، باستثناء تلك التي يتم فيها تعبئة الحاوية بمعرفة و تحت رقابة الناقل أو أحد تابعيه بعد تجميع البضائع "تعبئة LCL"⁴³. أما في حالة تعبئة الحاوية بمعرفة الشاحن و في مخازنه، أي الحاوية تعبئة المصنع⁴⁴ FCL، و تسلم للناقل مغلقة و مختومة، يكون الشاحن وحده أدرى بمدى صحة التصريحات المدونة في سند الشحن. فإذا ادعى المرسل إليه عند وصول البضاعة بوجود تلف أو نقص في البضاعة،

فلا يجوز للناقل إثبات خلاف الدليل المستخلص من سند الشحن في مواجهة المرسل إليه، لما للسند من حجية قاطعة في مواجهة الغير حسن النية لما ورد فيه من بيانات⁴⁵. فسند الشحن دليل ظاهر على تسلم البضاعة الموصوفة في السند. من ثم إذا وضع الناقل ثقته في تصريحات الشاحن التي لا تكون دائما صحيحة⁴⁶ أو متقنة، فعليه تحمل تبعه الهلاك أو النقص في البضاعة في مواجهة المرسل إليه، بالرغم من أنه غير مسؤول عن ذلك باعتبار أن النقص أو التلف موجود قبل النقل. هذا ما جعل من تحفظ "ذكر أنها تحتوي" محل نقاش.

بالرجوع إلى اتفاقية بروكسل لـ1924 نجدها تجيز للناقل الإمتناع عن إدراج البيانات المتعلقة بالبضائع في سند الشحن إذا لم يكن لديه الوسائل المعقولة للتحقق من حالة البضائع⁴⁷. فالإتفاقية تطالب الناقل إما برفض سند الشحن كلية بكل ما يتضمنه من بيانات، و هو ما سيفقد الناقل نسبة كبيرة من عملائه. كما أن الشاحن أيضا لا يستطيع التنازل عن تدوين البيانات الخاصة بالبضاعة حتى يتمكن من الإقتراض من البنوك بضمان سند الشحن. و إما أن يقوم الناقل بقبول السند على حاله، و يسأل عن عدم مطابقة البضاعة عند التسليم لما ورد في سند الشحن، ما يعني أنه قبل البيانات بعد التحقق من الضائع و هذا لم يحصل⁴⁸.

لذلك فرض التحفظ نفسه في الجانب العملي كطريقة لحماية الناقل من المسؤولية عن صحة المعلومات، بدلا من الإمتناع عن ذكر البيان. و هو ما أقرته اتفاقية هامبرج⁴⁹ و كذا التشريع البحري الجزائري⁵⁰ الذي أجاز للناقل أن يدرج في سند الشحن ما يشير إلى أنه على غير علم بمحتوياتها. و ما أتاحتها أيضا قواعد روتردام⁵¹.

إلا أنه يشترط لصحة التحفظ أن يكون للناقل أسباب وجيهة للاعتقاد بأن تلك البيانات المقدمة من المرسل أو إحداها غير صحيحة أو فيها تضليل، أو عدم توفر لديه وسيلة عملية فعليا، أو معقولة من الوجهة التجارية للتحقق من المعلومات المقدمة بالنسبة للبيانات الواردة في تفاصيل العقد والتي تعذر عليه التحقق منها. كما يشترط لصحة التحفظات أن تكون محددة فلا تكون عامة⁵².

و هو ما تؤكد قواعد روتردام من خلال المادة 40 باشتراطها لصحة التحفظ الذي يبيده الناقل أن تتوافر إحدى الحالتين:

- 1- إذا كان يعلم علما يقينا بأن أيا من تلك البيانات غير صحيح.
- 2- إذا كانت لديه أسباب وجيهة للاعتقاد بأن تلك البيانات المقدمة من المرسل أو إحداها غير صحيحة أو فيها تضليل.

كما أجازت للناقل إبداء تحفظات على تلك المعلومات في الحالات التالية:
أولاً: عندما لا يتسلم الناقل أو الطرف المنفذ البضائع في حاوية أو عربة مغلقة بغرض نقلها، أو عندما يتسلمها في حاوية أو عربة مغلقة ويتفقدتها متعهد النقل أو الطرف المنفذ بالفعل و ذلك في حالة :

*عدم توفر لديه وسيلة عملية فعليا، أو معقولة من الوجهة التجارية للتحقق من المعلومات المقدمة بالنسبة للبيانات الواردة في تفاصيل العقد والتي تعذر عليه التحقق منها.

*عندما تكون لديه أسباب وجيهة للاعتقاد بان المعلومات التي قدمها المرسل غير صحيحة وله في هذه الحالة إدراج بند يبين فيه ما يعتبرها إلى حد معقول معلومات دقيقة.

ثانياً: عندما يتسلم الناقل أو الطرف المنفذ البضائع في حاوية أو عربة مغلقة بغرض نقلها، يجوز لمتعهد النقل إدراج التحفظات على البيانات

الواردة في الفقرة 1 من المادة 36 ما عدا البيان المتعلق بوزن البضاعة، وذلك في حالة توفر شرطين مجتمعين، الأول: إذا لم يكن الناقل أو الطرف المنفذ قد تفقد فعليا البضائع الموجودة داخل تلك الحاوية أو عربة. و الثاني: إذا لم يكن الناقل أو الطرف المنفذ على علم فعلي بمحتوياتهما من مصدر آخر غير المرسل. معترفة بذلك بالواقع، و الضرورات العملية في عصر النقل بالحاويات التي لا تسمح بالتفتيش المفصل، و قد لا يقوم به الناقل على الإطلاق.

و لا تسري أحكام التحفظ على الحالة الظاهرة للبضاعة⁵³، لأن هذا البيان لا يقدمه الشاحن، فالناقل هو الذي يدونه بعد فحصها، ولذلك فإن بيان الناقل لا يعتبر تحفظاً⁵⁴، فإذا لم يدون في سند الشحن اعتبر أنه تسلم البضاعة سليمة.

أما بالنسبة لوزن البضاعة المقدم من المرسل، فتجيز قواعد روتردام إدراج تحفظ في شأنه إذا توفرت إحدى الحالتين، الأولى: إذا لم يقم الناقل أو الطرف المنفذ بوزن الحاوية. ولم يتفق المرسل و الناقل قبل شحن البضاعة على أن توزن الحاوية، وعلى أن يدرج الوزن في تفاصيل العقد. الثانية: وجود اتفاق بين المرسل و الناقل على أن توزن الحاوية أو العربة وأن يندرج الوزن في تفاصيل العقد، لكن لم يكن ثمة وسيلة عملية فعليا أو معقولة تجاريا للتحقق من وزن الحاوية. أي أن الإتفاقية اعتبرت التحفظ عديم القيمة إذا كان من الممكن الكشف عن صحة أو عدم صحة البيان الخاص بوزن البضاعة عن طريق وزن الحاوية و مقارنتها بعدد الطرود⁵⁵.

يتضح إذن أن الممارسة العملية دفعت إلى الإعتراف بتحفظ "استحالة فحص الحاوية" و منحه قيمة قانونية في ظل النقل بالحاويات، لتساهم غرفة

التجارة الدولية في هذا الإعراف و تقبل سند النقل الذي يحتوي على عبارة التجهيل من أجل فتح الإعتماد المستندي⁵⁶.

الفرع الثاني: التحفظ إهدار لحجية السند و تعديل لقاعدة الإثبات

في مجال النقل بالحاويات، فإن تحفظ "قيل أنها تحتوي" يحرر الناقل من سيطرة الشاحن الذي أصبح له السيادة التعاقدية من خلال الإدلاء- بصورة فردية- بمعلومات حول البضاعة المحتواة ، و يفرضها على الناقل، إذ من البديهي أن يقع الإثبات على الشاحن الذي قام بتعبئة الحاوية لوحده و كان بيده أن يخدع الناقل بتدوين بيانات خاطئة أو تقريبية، فيحرم بذلك من حجية سند الشحن كوسيلة للإثبات⁵⁷.

فالتحفظ لا يغير من طبيعة العقد و أثره، إذ يبقى الناقل ملتزما بالتزاماته الناشئة عن عقد النقل البحري، إلا أن إثبات إخلاله بإحدى التزاماته كأثر لهذا التحفظ المدرج في السند لا يمكن أن ينشأ عن مجرد ذكر البيان الخاص بأوصاف البضاعة و كميتها، فيعد التحفظ بذلك اتفاقا خاصا بالإثبات يهدر قوة و احتكار سند الشحن في الإثبات و الأخذ بالبيانات المشكوك فيها التي أدلى بها الشاحن⁵⁸.

إن القوة الثبوتية لسند الشحن إنما تنشأ - من الجانب النظري على الأقل - من خلال المعلومات المقدمة من الشاحن و التي قام الناقل بالتأكد من صحتها بعد ذلك، لكن بالتحفظ يكون طرفي العقد قد اتفقا على طريقة أخرى للإثبات، على أساس أن حجية السند في الإثبات غير قاطعة بين طرفيه، فيكون - التحفظ- بمثابة شرط معدل لقاعدة الإثبات⁵⁹. اتجهت بموجبه نية المتعاقدين إلى إثبات كمية و أوصاف البضاعة في سندات و وثائق أخرى خاصة بالبيع ، كالفواتير ووصل طلب البضاعة، لأن البضاعة المنقولة هي نفسها المطلوب شراءها و التي تمت فوترتها و شحنها. لذلك ذهب القضاء

الفرنسي في حكمه الصادر بتاريخ 7 أكتوبر 2014 في قضية Navire Carmen بأن المحكمة لاحظت عدم وجود تطابق بين كمية البضاعة المذكورة في سند الشحن و الوثائق الأخرى الخاصة بالبضاعة مما يؤدي إلى قلب عبء الإثبات و إلقائه على عاتق الشاحن⁶⁰.

عليه إذا استوفى تحفظ "ذكر أن الحاوية تحتوي" شروط صحته، فإنه يترتب على ذلك دحض حجية سند الشحن فيما يتعلق بنطاق التحفظ فقط، ، فينشئ قرينة بسيطة لصالح الناقل على أن هلاك أو تلف البضائع قد لحق بها قبل الشحن، وينقلب عبء الإثبات على الشاحن بأن البضائع سلمت كما هي موصوفة في سند الشحن. بمعنى إقامة قرينة لصالح الناقل على أن العجز لحق بالبضاعة قبل الشحن و هي قرينة بسيطة للشاحن دحضها بإثبات صحة البيانات⁶¹، من خلال معاينة الخبير للبضائع في مكان التسليم لإثبات أن التلف كان أثناء النقل، أو إثبات نقصان عن طريق معاينة أقفال و أختام الحاوية. فإذا كانت الأقفال و الأختام سليمة و عدد الطرود المدونة في سند الشحن لا يطابق عد الطرود الموجودة عند التسليم، دل ذلك على عدم صحة بيانات الشاحن⁶².

فالتحفظ إذن لا يعفي الناقل من المسؤولية و إنما يسهل إثبات انتفاء خطأ الناقل. فلا ينبغي الخلط بين الأثر غير المباشر للتحفظ و هدفه المباشر. و هو ما قضت به محكمة النقض البلجيكية في حكم لها سنة 1966 -مقررة شرعية التحفظ- أن عبارة said to contain لا تستهدف العقد في جوهره، و إن كان الإثبات بطبيعته يؤثر على الحقوق الشخصية الناشئة عن العقد⁶³.

إذا اعتبر القضاء أن التحفظ مجرد شرط شكلي و نمطي Une clause de style لعدم توافر الشروط و لم يعترف به ، خاصة في حالة تمام التعبئة و تجميع البضائع تحت رقابة الناقل أو ثبوت فتح الحاوية في مرحلة النقل ،

بطل أثره، ولا يترتب عليه إعفاء الناقل من قرينة استلامه البضاعة وفقا للبيان المذكور في سند الشحن، فيكون للسند حجية قاطعة في مواجهة حامله بأن البيانات صحيحة. و لن يُلقِ العبء على الشاحن في مواجهة الناقل لإثبات صحتها. إلا أن الناقل يستطيع أن يدحض القرينة التي تنشأ ضده بأن البضاعة كانت مطابقة في الأصل لمواصفات المذكورة بسند الشحن⁶⁴.

الخاتمة:

أظهرت ممارسات النقل أهمية ما يدرجه الناقلون حماية لمصالحهم. فبعد أن فرض شرط هيمالايا وجوده و أضعف مبدأ الأثر النسبي لعقد النقل البحري، أخذ الشرط بعدا آخر بموجب قواعد روتردام بحيث امتد إلى الأطراف المنفذة البحرية بصفة تلقائية. بل و أصبح ذوو الحقوق يستفيدون من الشرط التعاقدي، بعدما كان يدرج لصالح مستخدم الناقل ووكلائه. يتعلق الأمر بالمسائل العرضية التي يتم إدراجها في عقد النقل تنفيذا لرغبة خاصة إذ سيسمح الشرط للمرسل إليه بالاستفادة من الإتفاق -حماية له- دون موافقته مادام في مصلحته. كما بدت أهميته بالنسبة لأي طرف لا يستفيد من الحماية القانونية. فورد على نحو يحقق الحماية التشريعية و الإقتصادية لجميع الأطراف.

كما يعدّ التحفظ الذي يدل على عدم فحص الحاوية، من المسائل التي أثارها النقل بالحاويات و التي تطلبت علاجا قانونيا. فبعدما تأكد أن تجهيل بيانات سند الشحن بواسطة تحفظ "ذكر أنها تحتوي" أصبح جزءا من عملية النقل بالحاويات و غير قابل للإندثار، اعترفت التشريعات الدولية و الداخلية بقيمته ضمن قيود قانونية و اعتبرته قاعدة إثبات بهدم قرينة الإثبات المستفادة من صدق بيانات سند الشحن، مادامت هذه البيانات لا تمس ركنا

في العقد، و ليس مبدأ مسؤولية. فالناقل بموجب التحفظ لا يعفى من المسؤولية و إنما يعفى من قرينة تلقيه البضاعة وفق بيانات السند المصرح بها. و هذا بهدف عدم تعطيل حركة البضائع، حتى لا ينعكس ذلك على نمو التجارة الدولية.

المراجع المعتمدة:

قائمة المراجع باللغة العربية:

1/الكتب و المؤلفات:

- أحمد محمود حسني-عقد النقل البحري-منشأة المعارف- مصر-1991.
- حمد الله محمد حمد الله- اتفاقات الضمان البحري بين الإبقاء والإلغاء- دار النهضة العربية القاهرة- مصر-1996.
- سوزان علي حسن، سند الشحن الإلكتروني، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2010.
- علي جمال الدين عوض - النقل البحري للبضائع "معاونو الناقل البحري - تأجير السفن النقل البحري" مع شرح نصوص اتفاقية هامبورج - دار النهضة العربية - مصر - 1992.
- محمد عبد الفتاح ترك -عقد النقل البحري- دار الجامعة الجديدة - مصر - 2005.
- وجدي حاطوم - النقل البحري في ضوء القوانين والمعاهدات الدولية، الطبعة الأولى المؤسسة الحديثة للكتاب-لبنان- 2011.
- يوسف يعقوب صرخوه- الوسيط في شرح القانون البحري الكويتي رقم 28 لسنة- 1980دراسة مقارنة -الجزء الأول- الطبعة الثانية -الكويت-1988.

2/ الرسائل:

- عبد القادر حسين العطير- الحاويات وأثرها في تنفيذ عقد النقل البحري- رسالة دكتوراه جامعة القاهرة- 1983.
- قماز ليلي- أحكام النقل الدولي متعدد الوسائط- رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص-جامعة أبي بكر بلقايد-تلمسان-2014.

3/القواعد الموحدة لغرفة التجارة الدولية:

-القواعد والعادات الموحدة للاعتمادات المستندية الصادرة عن غرفة التجارة الدولية-
نشرة رقم 600 لسنة 2007- نسخة عربية - ترجمة مكتب المحامي عيسى دلال
وشركاؤه (600: RUU)

4/الإتفاقيات الدولية:

-اتفاقية بروكسل لسنة 1924 الخاصة بتوحيد بعض القواعد المتعلقة بسندات الشحن
المصادق عليها بمقتضى المرسوم رقم 64-70 المؤرخ في 02 مارس 1964، ج ر
رقم 28 ل 1964.

-بروتوكول بروكسل لسنة 1968 الخاصة بتعديل الإتفاقية الدولية لتوحيد بعض القواعد
المتعلقة بسندات الشحن ل 1924

- اتفاقية الأمم المتحدة للنقل البحري للبضائع ل 31 مارس 1978 "قواعد هامبورج".
-إتفاقية الأمم المتحدة المتعلقة ب عقود النقل الدولي للبضائع عن طريق البحر كليا أو
جزئيا: "قواعد روتردام 2008"، قرار الجمعية العامة رقم 122/63، 2008/12/11

5/القوانين و الأوامر:

-القانون الفرنسي رقم 66-420 الصادر في 18 جوان 1966 المتعلق بالنقل البحري.
- الأمر 76-80 المعدل والمتمم بالقانون رقم 05-98 المؤرخ في 25 جوان 1998
المتضمن القانون البحري الجزائري.

المراجع باللغة الأجنبية:

1-Thésés :

-Hou Wei, Liberté contractuelle en droit des transports maritimes
de marchandises, thèse de doctorat, faculté de droit et de science
politique, université paule Cézanne, Aix- Marseille III-2010

2-Articles :

-Berlingieri Francesco - An analysis of two recent commentaries of
the Rotterdam Rules- Il Diritto Marittimo- Fasc. I – 2012

BIMCO- Revised Himalaya Clause for Bills of Lading and other Contracts- Special Circular- No. 6 – 17 September 2010-
https://www.bimco.org/~media/.../SC2010_06.ashx

-Cachard Olivier -La clause said to contain et le trafic conteneurisé-
www.lexmaritima.net/lex/Welcome.../CachardJournéesFcoBelges.pdf.

-

-Cachard Olivier- La clause “Said to contain” de la pratique à la théorie - Gazette de la chambre-Lettre d’information de la Chambre Arbitrale Maritime de Paris-Numéro37-Printemps 2015-
http://www.arbitrage-maritime.org/fr/4_gazette.php:

-CMI international Working Group on the Rotterdam rules-
Questions and Answers on The Rotterdam Rules-10/10/ 2009.

- Delebecque Philippe -Clause “Himalaya”: de nouveaux bénéficiaires - Gazette de la chambre-Lettre d’information de la Chambre Arbitrale Maritime de Paris-Numéro36-Hiver-2014/2015-
http://www.arbitragemaritime.org/fr/4_gazette.php

-Delebecque Philippe - La Convention sur les contrats internationaux de transport de marchandises effectué entièrement ou partiellement par mer : « a civil law perspective” -Droit Maritime Français -04-2009-N°702.

- PIERRONNET François-Xavier - La clause HIMALAYA : Fondement et application- revue juridique Neptunus- Volume 3, 1997/1- Centre de Droit Maritime et Océanique
http://www.cdmo.univnantes.fr/96053546/0/fiche_pagelibre-

-Tetley William - The Himalaya Clause, “stipulation pour autrui”. Non-Responsibility Clauses and Gross- Negligence under the Civil Code - Les Cahiers de droit, vol. 20, n° 3, 1979-
<https://www.erudit.org/revue/cd/1979/v20/n3/042325ar.pdf>

-Tetley William– The Himalaya clause – Revisited- Journal of International Maritime Law (2003) 9 JIML

3/Revue de jurisprudences française :

- Bulletin des transports :BT 1983.

- Droit Maritime français DMF : 1994, 2001, 2002,02-2009,09-2006.
- Dalloz Actualité : <http://www.dalloz-actualite.fr>
- lamy transport - lexique des termes juridiques et techniques tome 2, 2009.

الهوامش:

¹ - ADLER VS DICKSON (1954) 2 lioyd's rep.267.(1955) Q.B.158.

² - François-Xavier PIERRONNET- La clause HIMALAYA : Fondement et application- revue juridique Neptunus- Volume 3, 1997/1- Centre de Droit Maritime et Océanique-http://www.cdmo.univnantes.fr/96053546/0/fiche___pagelibre- P 03

³- L'English Court of Appeal, le 29 octobre 1954-l'affaire ADLER VS DICKSON : « dans le cadre d'un Transport de passagers comme dans celui des marchandises, la loi autorise un transporteur, à stipuler une exemption de responsabilité non seulement pour son propre compte mais également pour ceux qu'il a engagé pour exécuter le Contrat. Cette stipulation peut-être expresse comme tacite. »

⁴ -Philippe Delebecque-Clause "Himalaya": de nouveaux bénéficiaires - Gazette de la chambre-Lettre d'information de la Chambre Arbitrale Maritime de Paris-Numéro36-Hiver 2014/2015-p01- http://www.arbitrage-maritime.org/fr/4_gazette.php

⁵ - أحمد محمود حسني-عقد النقل البحري-منشأة المعارف-1991-ص 54.

⁶ - François-Xavier PIERRONNET-Op.cité- p 07

⁷ - معاهدة بروكسل لـ 1924 هي التسمية التي تعرف بها المعاهدة الدولية الخاصة بتوحيد بعض القواعد المتعلقة بسندات الشحن الموقعة ببروكسل في 25 أوت 1924 ، والمعدلة ببروتوكول 1968 ، وكما يظهر من اسمها فهي لم تكن تقنيا شاملا يعبر عن كل أنواع وصور وأنظمة النقل البحري المختلفة ، وإنما تتناول سندات الشحن فحسب.

⁸-المادة 3 من بروتوكول لاهاي فيسبي ل 1968: " يتم إدخال المادة 4 مكرر الآتية بعد المادة الرابعة و الخمسة من الإتفاقية: "1/ تطبق الدفع و حدود المسؤولية المنصوص عليها في هذه الإتفاقية في جميع الدعاوى ضد الناقل بالنسبة لفقد أو تلف البضاعة موضوع عقد النقل سواء كانت الدعوى مصدرها المسؤولية التعاقدية أو التقصيرية.

2/ إذا أقيمت دعوى من هذا القبيل ضد تابع الناقل أو وكيله (ولا يكون التابع أو الوكيل أن يستفيد من الدفع و حدود المسؤولية التي يحق للناقل أن يثيرها بموجب هذه الإتفاقية...".

⁹ - محمد عبد الفتاح ترك - عقد النقل البحري- دار الجامعة الجديدة - مصر - 2005 - ص272.

¹⁰ - أحمد محمود حسني- المرجع السابق-ص 56.

¹¹ - حلت اتفاقية هامبورج أو اتفاقية الأمم المتحدة لنقل البضائع بطريق البحر في 31 مارس 1978، محل اتفاقية بروكسل المنظمة للنقل البحري بسندات الشحن ل 1924، وما تلاها من تعديلات، وهي بروتوكول 23 فبراير 1968 ، وبروتوكول 21 ديسمبر 1979.

¹²-المادة 7 فقرة 2 من اتفاقية هامبرج: "2/ إذا أقيمت الدعوى المشار إليها (دعوى المسؤولية) على مستخدم أو وكيل للناقل . يتمتع هذا المستخدم أو الوكيل إذا أثبت أنه تصرف في نطاق وظيفته، بالحق في الإستفادة من الدفع و حدود المسؤولية التي يتمتع بها الناقل بموجب هذه الإتفاقية."

¹³-المادة 10 من اتفاقية هامبرج: مسؤولية الناقل و الناقل الفعلي: "2/ جميع أحكام هذه الإتفاقية المنظمة لمسؤولية الناقل تنطبق أيضا على الناقل الفعلي عن النقل الذي يقوم هو بتنفيذه، و تسري أحكام الفقرتين 2و3 من المادة 7 و الفقرة 2 من المادة 8 إذا أقيمت دعوى على أحد مستخدمي أو وكلاء الناقل الفعلي."

¹⁴ - William Tetley - The Himalaya Clause, "stipulation pour autrui". Non-Responsibility Clauses and Gross- Negligence under the Civil Code - Les Cahiers de droit, vol. 20, n° 3, 1979- p 452 - <https://www.erudit.org/revue/cd/1979/v20/n3/042325ar.pdf>

¹⁵ - William Tetley – The Himalaya clause – Revisited- Journal of International Maritime Law (2003) 9 JIML-p 36 : « The Hamburg Rules solve the problem of the Himalaya clause at art. 4 which extends the responsibility of the carrier from port to port, while art. 10 holds the carrier responsible for the acts of the actual carrier, who by the definition in art. 1(2), would include the stevedore and the terminal agent. »

¹⁶ - Loi n°66-420 du 18 juin 1966 sur les contrats d'affrètement et de transport maritime : « La responsabilité de l'entrepreneur de manutention ne peut en aucun cas dépasser les montants fixés à l'article 28 et par le décret prévu à l'article 43, à moins qu'une déclaration de valeur ne lui ait été notifiée. »

¹⁷ - المادة 916 من الأمر 76-80 المعدل والمتمم بالقانون رقم 05-98 المؤرخ في 25 جوان 1998 المتضمن القانون البحري الجزائري : " إذا حدثت الأضرار الملحقة بالبضائع خلال عمليات الشحن والتفريغ والنقل الذي استعملت فيه قوارب التحميل أو وسائل أخرى للشحن المينائي، فإن مقال المناولة بإمكانه أن يحدد مسؤوليته وفقا للشروط المحددة في أحكام الفصل الرابع من الباب الثاني من الأمر 76-80 المؤرخ في 23 أكتوبر 1976 . "

¹⁸-Philippe Delebecque -Clause "Himalaya": de nouveaux bénéficiaires - Gazette de la chambre--op.cité- p 01

¹⁹ - " في حالة خطئه، يكون مقال المناولة مسؤولا تجاه من طلب خدماته، و لا يمكن أن يكون مسؤولا عن الخسائر أو النقص التي ثبت بموجب خبرة حضورية أنها حدثت قبل و/أو بعد العملية التي تكفل بها. "

²⁰ - قرار المحكمة العليا- الغرفة التجارية والبحرية بتاريخ 2011/02/03- ملف رقم 703843 -مجلة المحكمة العليا- عدد 02 لسنة 2006: "لا علاقة قانونية بين المرسل إليه و مؤسسة الميناء. ترفع الدعوى من المرسل إليه عند الإقتضاء على الناقل، و ليس على مؤسسة الميناء، التي تدخل خدماتها ضمن عقد المناولة القائم بينها و بين الناقل. "

²¹ - Cass (Ch. com.) – 25 Novembre 2008 – Navire Husky Runner N° 07 – 17.957 obs : Yves TASSEL, DMF : 02-2009, N°700 : « L'empotage en conteneur d'une marchandise destinée à être

transportée par voie maritime, fût-ce dans un conteneur ouvert et fourni par le transporteur maritime, n'étant pas une opération qui réalise la mise à bord de la marchandise ni une opération de reprise sous hangar et sur terre-plein qui en serait le préalable ou la suite nécessaire, n'est pas une opération de manutention maritime soumise aux dispositions des articles 50 et suivants de la loi du 18 juin 1966 ».

²² - Com. 24 mars 2009, F-P+B, n° 08-11.589. « le dépotage d'un conteneur qui a été transporté par voie maritime n'est pas une opération qui réalise le débarquement de la marchandise ni une opération de reprise sous hangar et sur terre-plein qui en serait la suite nécessaire ; qu'il n'est donc pas une opération de manutention maritime soumise aux dispositions des articles 50 et suivants de la loi du 18 juin 1966, peu important que la vérification de l'état de la marchandise transportée ait été effectuée à cette occasion. » Publié sur Dalloz Actualité -note Xavier Delpech (<http://www.dalloz-actualite.fr>).

²³- نص المشرع الجزائري على سند الشحن المباشر في المادة 763 من القانون البحري، واعتبره سندا يضعه الناقل البحري الذي يتعهد بنقل يتم جزئيا بواسطة ناقل آخر بحري، أو بري أو جوي، فيغطي السند في هذه الحالة كل عملية النقل، ولا يكون على مرسل البضائع إلا أن يسلمها للناقل الأول مصدر سند الشحن المباشر، الذي عليه أن يرتب مع الناقلين الآخرين مراحل النقل الأخرى. ويعتبر المشرع الجزائري أن الناقل البحري الذي أصدر سند الشحن المباشر، ملتزما بالتنفيذ الملائم للالتزامات المترتبة على النقل في كل المسافة التي تسري عليها الوثيقة، حتى تسليم البضاعة إلى المرسل إليه، أو إلى ممثله القانوني، ويسأل كل من الناقلين الآخرين عن تنفيذ هذه الالتزامات في مسافة النقل الذي قام به، وذلك بالتكافل والتضامن مع الناقل الذي وضع وثيقة الشحن المباشرة طبقا للمادة 765 المعدلة بموجب القانون 98-05 المتضمن القانون البحري الجزائري: انظر في ذلك قماز ليلي- أحكام النقل الدولي متعدد الوسائط- رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص-جامعة أبي بكر بلقايد-تلمسان-2014-ص 74.

²⁴- Norfolk Southern Railway Co. V. James N. Kirby, Pty Ltd- la Cour Suprême des Etats-Unis-2004 AMC 2705- Droit maritime américain 2000 – 2005-David W. ROBERTSON et Michael F.

STURLEY- Droit Maritime Français - 09-2006 -N°673-11 : « les parties devaient avoir envisagé que les services d'un transporteur terrestre seraient nécessaires à l'exécution du contrat, il était clair que Norflok Southern (le transporteur terrestre) était protégé par l'Himalaya clause. »

²⁵ - اعتمدت الجمعية العامة للأمم المتحدة إتفاقية الأمم المتحدة المتعلقة بعقود النقل الدولي للبضائع عن طريق البحر كليا أو جزئيا في 2008/12/11. وتم التوقيع عليها في مدينة روتردام بتاريخ 2009/09/23 لذلك سميت بقواعد روتردام-كتسمية غير رسمية- واعتبر النصاب القانوني لدخول الإتفاقية حيز التنفيذ هو انضمام 20 دولة على الأقل. وهي قانون معاصر وموحد يكفل النقل الحديث بالحاويات من الباب إلى الباب، يشمل مرحلة نقل بحري داخل منظومة نقل دولي.

²⁶ -Philippe Delebecque - La Convention sur les contrats internationaux de transport de marchandises effectué entièrement ou partiellement par mer : « a civil law perspective" -Droit Maritime Français -04-2009-N°702 : " La philosophie des Règles de Rotterdam est au demeurant simple et directe : (pragmatism first) " .

²⁷ - الطرف المنفذ البحري، هو الشخص الذي يؤدي إحدى واجبات الناقل أثناء فترة ما بين وصول البضائع إلى ميناء الشحن، حتى مغادرة السفينة ميناء التفريغ طبقا للمادة 1 فقرة 7 من قواعد روتردام.

²⁸ - المادة 4 من قواعد روتردام " انطباق الدفوع وحدود المسؤولية" : "1/يكون أي حكم في هذه الاتفاقية يمكن أن يوفر وسيلة دفاع للناقل أو أن يحد من مسؤوليته منطبقا في أي دعوى قضائية أو إجراءات تحكيمية تقام، سواء على أساس العقد أو المسؤولية عن التقصير أو غير ذلك، بسبب هلاك البضائع المشمولة بعقد النقل أو تلفها أو التأخر في تسليمها، أو بسبب الإخلال بأي واجب آخر بمقتضى هذه الاتفاقية، تجاه:

(أ) الناقل أو الطرف المنفذ البحري؛ أو

(ب) ريان السفينة أو طاقمها أو أي شخص آخر يؤدي خدمات على متنها؛ أو

(ج) مستخدمين لدى الناقل أو الطرف المنفذ البحري.

²⁹ - المادة 19 من قواعد روتردام: مسؤولية الأطراف المنفذة البحرية: "يتحمل الطرف المنفذ البحري الواجبات والمسؤوليات الملقاة على عاتق الناقل بمقتضى هذه الاتفاقية،

وله الحق في أن تنطبق عليه الدفوع وحدود المسؤولية المنطبقة على الناقل حسبما تنص عليه هذه الاتفاقية إذا:

(أ) تسلم الطرف المنفذ البحري البضائع بغرض نقلها في دولة متعاقدة أو سلم البضائع في دولة متعاقدة أو نفذ أنشطته المتعلقة بالبضائع في ميناء واقع في دولة متعاقدة؛

(ب) ووقع الحادث الذي تسبب في الهلاك أو التلف أو التأخر: ' 1 ' أثناء الفترة ما بين وصول البضائع إلى الميناء الذي تحمل فيه على السفينة ومغادرتها الميناء الذي تفرغ فيه من السفينة؛ أو ' 2 ' أثناء وجود البضائع في عهدة الطرف المنفذ البحري؛ أو ' 3 ' في أي وقت آخر، ما دام يشارك في أداء أي من الأنشطة المرتآة في عقد النقل.

³⁰ - Professor Hannu Honka « The reference in article 4(1)(b), in addition to the master and crew, to “any other person that performs services on board the ship” and explains the limit in the coverage of persons by saying that it was considered inappropriate to provide Himalaya protection to independent contractors not connected

with typical sea leg operations. » Quoted by:

Francesco Berlingieri- An analysis of two recent commentaries of the Rotterdam Rules- Il Diritto Marittimo- Fasc. I – 2012-p 09

³¹- Questions and Answers on The Rotterdam Rules by The CMI international Working Group on the Rotterdam rules-10/10/ 2009 : « Q n °11 : is it possible for the parties to give the persons who are not covered by article 4/1 the same defence and exoneration as the carrier via « Himalaya » clause ? Does it constitute a (term in a contract of carriage) that directly or indirectly excludes or limits the obligations of the carrier ;which is void pursuant to article 79/1 .

Answer « Nothing in the Rotterdam Rules prevent the parties of the contract of carriage from agreeing on a “Himalaya clause” for the benefit of non-maritime performing parties or other persons who are not covered by article 4.1. The Rotterdam Rules leave the issue of liability of such persons including the validity of the “Himalaya clause” to national law and the issue is outside the scope of article 79 »

³² - نصت قواعد روتردام على خيار آخر إضافة إلى المحاكم المحددة بصورة حصرية

في المادة 66. وهو رفع الدعوى ضد الناقل أمام المحكمة المتفق على أن تقوم بالنظر

في النزاع على ألا يحرم المدعي من الخيارات الأخرى إلا إذا تعلق الأمر بعقد كمي المادة 1/67. و كذلك الأمر بالنسبة لاتفاق التحكيم المادة 75 من الإتفاقية.

³³ -BIMCO- Revised Himalaya Clause for Bills of Lading and other Contracts- Special Circular- No. 6 – 17 September 2010- - https://www.bimco.org/~media/.../SC2010_06.ashx : « (b) Without prejudice to the generality of the foregoing provisions in this clause, every exemption, limitation, condition and liberty contained herein (other than Art III Rule 8 of the Hague/Hague-Visby Rules if incorporated herein) and every right, exemption from liability, defence and immunity of whatsoever nature applicable to the Carrier or to which the Carrier is entitled hereunder including the right to enforce any jurisdiction or arbitration provision contained herein shall also be available and shall extend to every such Servant , who shall be entitled to enforce the same against the Merchant. »

³⁴https://www.bimco.org/Chartering/Clauses_and_Documents/Clauses/International_Group_of_PI_Clubs_Himalaya_Clause.aspx

³⁵ - المادة 1 فقرة 2 من قواعد روتردام : "العقد الكمي: يعني عقد نقل ينص على نقل كمية محددة من البضائع في سلسلة من الشحنات خلال فترة زمنية متفق عليها. ويمكن أن يتضمن تحديد الكمية حدا أدنى أو حدا أقصى أو نطاقا معيناً."

³⁶-المادة 80 فقرة 5 من قواعد روتردام " إذا كان العقد الكمي يفي بمقتضيات الفقرة 2 من هذه المادة، سرت أحكام ذلك العقد التي تخرج عن هذه الاتفاقية فيما بين الناقل وأي شخص آخر غير الشاحن، شريطة:

(أ) - أن يكون ذلك الشخص قد تلقى معلومات تبين بجلاء أن العقد الكمي يخرج عن هذه الاتفاقية، وأبدى موافقته الصريحة على أن يكون ملزماً بذلك الخروج...."

³⁷ - Hou Wei, Liberté contractuelle en droit des transports maritimes de marchandises, thèse de doctorat, faculté de droit et de science politique, université paule Cézanne, Aix- Marseille III- 2010-p211.

³⁸- Hou Wei-op.cité-p260

³⁹-المادة 79 من اتفاقية روتردام.

⁴⁰-المادة 19 فقرة 2 من قواعد روتردام.

⁴¹ - « Que dit contenir », « Said to contain », « Que dit être », « Vérification impossible ».

⁴² - Obs Yves Tassel sous cass.com, 8 juin 1993 , DMF 1994, p. 359, navire « Neptune Garnet »: « le conteneur impose un écran entre les yeux et les choses embarquées ... cependant, le transporteur devrait assister à l'empotage lorsqu'il en a la possibilité ce qui est contraire à l'objectif assigné au conteneur qui est de permettre une forte accélération des cadences de chargement et donc un gain de temps pour le commerce maritime ».

⁴³ - بحيث تشغل البضائع المعبئة LCL حيزاً أقل من حجم الحاوية، فيكون هذا الشرط في حالة الحاوية المشتركة بين مجموعة من الشاحنين، ليتم تعبئتها بمعرفة الناقل- الناقل أو الوكيل بالعمولة لنقل- في محطة الحاويات بعد تجميع البضائع:

lamy transport - lexique des termes juridiques et techniques tome 2, 2009- p 53.

⁴⁴ - FCL : Full Container Loaded : « chargé complet sans que le transporteur n'intervienne pour l'empotage des marchandises » une définition énoncée par la Cour de cassation par un arrêt du 2 février 2001 : Cass. com. 6 février 2001, pourvoi 98-20072 : DMF 2001.509, observations Yves Tassel ; Revue Scapel 2001 ; P143

⁴⁵ - يوسف يعقوب صرخوه- الوسيط في شرح القانون البحري الكويتي رقم 28 لسنة-

1980دراسة مقارنة-الجزء الأول- الطبعة الثانية -الكويت-1988-ص332.

⁴⁶ - CA Aix-en-Provence, 2e ch. civ., 14 sept. 2001 : DMF 2002, p. 594, note Y. Tassel, les connaissements étaient établis pour treize conteneurs censés contenir 5 000 cartons de vêtements, d'un poids total de 50 tonnes, mais à l'ouverture des conteneurs on constata qu'ils ne contenaient que des cartons vides.

⁴⁷ - المادة 3/3 من اتفاقية بروكسل، ليس 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".

⁴⁸ - سوزان علي حسن، سند الشحن الإلكتروني، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2010،

- 49- المادة 16 فقرة 1 من اتفاقية هامبورج.
- 50- المادة 756 فقرة 2 من القانون البحري الجزائري.
- 51- المادة 40 فقرة 1 من قواعد روتردام.
- 52- علي جمال الدين عوض - النقل البحري للبضائع "معاونو الناقل البحري - تأجير السفن النقل البحري" مع شرح نصوص اتفاقية هامبورج - دار النهضة العربية - مصر 1992- ص470.
- 53- يعتبر بيان الحالة الظاهرة للبضاعة من البيانات الجوهرية بالنسبة للناقل كونه يسمح بإعمال القرينة التي مفادها أنه في حالة عدم توجيه إشعار ممن يتقدم لاستلام البضاعة للناقل بهلاك أو تلف البضائع في الميعاد المقرر، يفترض أن البضائع قد سلمت بالحالة المبينة في تفاصيل السند. في حين أن عدم ذكر ترتيب البضائع وحالتها الظاهرين ينشئ قرينة مفادها أن الناقل قد تسلمها بترتيب وحالة ظاهرة على ما يرام. المادة 8/3 من اتفاقية بروكسل ، المادة 752 من القانون البحري الجزائري و المادة 39 فقرة 3 من قواعد روتردام 2008.
- 54- علي جمال الدين عوض - المرجع السابق - ص 632.
- 55 - Rouen 2 décembre 1982, B.T 1983, p. 210 : « une simple comparaison du poids constaté à l'embarquement au nombre de sacs est suffisante.... le chargeur a bien précisé le nombre de conteneurs, le nombre de sacs contenus dans chaque conteneur, le poids de chaque sac ainsi que celui du chargement complet : »
- 56- القواعد والعادات الموحدة للاعتمادات المستندية الصادرة عن غرفة التجارة الدولية- نشرة رقم 600 لسنة 2007- نسخة عربية - ترجمة مكتب المحامي عيسى دلال وشركاؤه (600:RUU): المادة 26 فقرة ب: "يُقبل مستند نقل يتضمن عبارة "التحميل والعد بمعرفة الشاحن" و "تحتوي حسب قول الشاحن"."
- 57- Olivier Cachard- La clause said to contain et le trafic conteneurisé-
www.lexmaritima.net/lex/Welcome.../CachardJournéesFcoBelges.pdf - P 04.
- 58- Olivier Cachard- La clause "Said to contain" de la pratique à la théorie (et non l'inverse...)- Gazette de la chambre-Lettre d'information de la Chambre Arbitrale Maritime de Paris-

Numér°37- Printemps 2015-p 02 - http://www.arbitrage-maritime.org/fr/4_gazette.php:

« la clause said to contain est une convention sur la preuve....Plus précisément, une convention sur le procédé de preuve et sur la force probante : sur le procédé car elle brise le monopole du connaissance et sur la force probante car elle libère le juge ou l'arbitre des mentions manifestement incohérentes d'un connaissance".

⁵⁹ - عبد القادر حسين العطير - الحاويات وأثرها في تنفيذ عقد النقل البحري - رسالة

دكتوراه جامعة القاهرة- 1983-ص 180

⁶⁰-C. App. Versailles, 12ème ch., 7 oct. 2014, DMF 2015, n° 765, note J. Lecat- “Considérant que les incohérences sur les quantités déclarées par les intérêts cargaison sont de nature à mettre en doute les volumes mentionnés et à renverser la présomption selon laquelle le conteneur était plein à l'embarquement” cité par Olivier Cachard- La clause “Said to contain” de la pratique à la théorie (et non l'inverse...)-Op.cité-p02

⁶¹ - وجدي حاطوم - النقل البحري في ضوء القوانين والمعاهدات الدولية، الطبعة

الأولى المؤسسة الحديثة للكتاب-لبنان - 2011-ص73.

⁶² - سوزان علي حسن - المرجع السابق-ص 51.

⁶³Cass. Belgique, 1^{er} avril 1966 – Pasicrisie (I, P.1006)- Cité par : Olivier Cachard- La clause said to contain et le trafic conteneurisé-Op.cité-p4 §13.

⁶⁴ - حمد الله محمد حمد الله- اتفاقات الضمان البحري بين الإبقاء والإلغاء- دار

النهضة العربية القاهرة- 1996- ص 42