

## خطاب الضمان لغياب سند الشحن - آلية عملية ببدائل قانونية -

أ/ قماز ليلي إلبدياز<sup>1</sup>

مقدمة:

بعد إبرام عقد النقل البحري يصدر الناقل سند شحن لإثبات العقد ذاته و إثبات واقعة شحن البضاعة الموصوفة من قبل الشاحن. إلا أن من أهم مميزات سند الشحن البحري العملية تمثيله للبضاعة. بحيث لم تعد طول فترة النقل البحري عائقا لتداول البضائع. و ذلك بواسطة تداول سند الشحن بالطرق التجارية ، مما يسمح بنقل ملكية البضاعة من شخص إلى آخر ، أثناء تواجدها في حراسة الناقل، شرط أن يكون السند إذنيا أو لحامله<sup>2</sup>. إذ يقوم تسليم السند للمشتري مقام تسليم البضاعة ذاتها، بحيث تندمج البضاعة في سند الشحن، ويعتبر حامله بمثابة حائز للبضاعة. ذلك لأن السند يعبر عن البضاعة بوضوح بما يحتويه من بيانات خاصة.

إن صفة تمثيل البضاعة و قابلية سند الشحن للتداول يؤدي إلى إمكانية تغير المرسل إليه أثناء النقل دون علم الناقل أو إخطاره بذلك. لذا كان إبراز سند الشحن ضروريا حتى يسلم الناقل البضاعة لصاحب الحق فيها. فأى عمل يقوم به طرفي عقد النقل من شأنه المساس بقيمة السند أو التقليل من وظائفه يعد أمرا غير قانوني. إلا أن الصعوبات العملية في مجال النقل البحري قد تفرض اللجوء إلى حلول منافية للقاعدة الأمرة التي تحكمه ، كما هو الشأن بالنسبة لخطاب الضمان عند الوصول. فهل يكون الحل في إقرار كل ما هو عملي مواجهة لأوضاع آنية و لو كانت مغايرة لمبدأ قانوني؟ أم أنه لابد من بدائل قانونية مستقرة؟

**المطلب الأول: التسليم القانوني في عقد النقل البحري**

يعد التسليم آخر عمل قانوني في تنفيذ عقد النقل يؤدي إلى إنهائه، ليحدث نتيجة لذلك تغيير جوهري في المراكز القانونية لأطراف العقد، إذ تنتقل منذ تلك اللحظة مسؤولية المحافظة على البضائع

من الناقل إلى المرسل إليه، لذلك فإن التسليم محكوم بقاعدة أمرة بموجب القانون البحري و اتفاقيات النقل الدولية، تتمثل في ضرورة تلقي سند الشحن، حتى تبرأ ذمة الناقل من الإلتزام بالتسليم «الفرع الأول». و إن كانت القاعدة القانونية خاضعة لاستثناء الترخيص «الفرع الثاني».

1 - أستاذة محاضرة «ب» كلية الحقوق و العلوم السياسية جامعة أبي بكر بلقايد - تلمسان -

2 - يعتبر سند الشحن لأمر قابلا للتداول بالتظهير ، فيكون مجرد توقيع حامله على ظهر السند تظهيراً تاماً ناقلاً للملكية، أما سند الشحن للحامل فيتم تداوله بالمناولة أو التسليم. المادة 759 فقرة ب، ج من القاب.ج.

المجلة الجزائرية للقانون البحري والنقل ————— العدد السادس  
الفرع الأول: سند الشحن شرط قانوني لصحة التسليم.

يتكون التسليم القانوني الذي ينهي العقد من عدة مراحل، الأولى وضع البضائع تحت تصرف المرسل إليه، تحقق هذا الأخير من البضاعة أو تمكينه من ذلك في مرحلة ثانية، ثم تقديم المرسل إليه سند الشحن إلى الناقل البحري بما يفيد التسليم، بعد ذلك يتم أخذ البضائع ماديا<sup>1</sup>.

فسند الشحن هو الذي يبين من هو صاحب الحق في استلام البضاعة. لذلك لا يسمح الناقل لأي شخص باستلام البضاعة منه، إلا إذا قدم سند الشحن بوصفه الحامل الشرعي له و مالك البضاعة، فإن سلم البضاعة دون تلقي سند الشحن، تعرض لمطالبة الحامل الشرعي للسند، إن هو تقدم لاحقا للمطالبة بتسلم البضاعة حائزا للسند<sup>2</sup>. كما لا تسري قاعدة انتقال المخاطر المصاحبة للتسليم<sup>3</sup>.

و هو ما نص عليه القانون البحري الجزائري في المادة 782<sup>4</sup> و كذا المادة 50 من المرسوم الفرنسي رقم 66-1078 المنظم لعقود الإيجار و النقل البحري<sup>5</sup>، و ما قرره أيضا اتفاقية الأمم المتحدة المتعلقة بعقود نقل البضائع بطريق البحر كليا أو جزئيا<sup>6</sup> و المسماة بقواعد روتردام 2008<sup>7</sup>.

1 - وجدي حاطوم، النقل البحري في ضوء القوانين والمعاهدات الدولية، الطبعة الأولى المؤسسة الحديثة للكتاب، لبنان، 2011، ص 105.

2 - عبد القادر حسين العطير: الوسيط في شرح قانون التجارة البحرية، دراسة مقارنة، مكتبة دار الثقافة، الطبعة الأولى، الأردن، 1999، ص 368.

3 - Cass.com- 2 mars 1993- Revue SCAPEL-P 39

4 - المادة 782 من القاب.ج: «يتعين على الناقل أو من يمثله تسليم البضائع في المكان المتفق عليه للمرسل إليه القانوني أو من يمثله و الذي يطالب باستلامها بناء على نسخة من وثيقة الشحن و لو كانت وحيدة، و في حالة عدم إصدار أي وثيقة، فبناء على وثيقة نقل صحيحة.»

5 - Les articles 50 du décret du 31 Décembre 1966 était abrogé par le décret n° 2016-1893 du 28 décembre 2016 relatif aux dispositions du livre Ier, du livre IV, à l'exception de son titre IV, ainsi que des chapitres Ier et IV des titres Ier à IX du livre VII de la cinquième partie réglementaire du code des transports et remplacé par : l'article R5422-17: « La remise du connaissance au transporteur ou à son représentant établit la livraison, sauf preuve contraire. La remise du connaissance accomplie, les autres originaux prévus à l'article D. 54225- sont sans valeur. »

6 - كان الهدف من اتفاقية جديدة لنقل البضائع بالبحر هو زيادة تعزيز مناسبة قانون النقل الدولي بتوفير نظام قانوني موحد يأخذ في اعتباره العديد من التطورات التكنولوجية والتجارية الحاصلة ويكفل النقل الحديث بالحاويات من الباب إلى الباب، شريطة وجود رحلة بحرية ضمن عملية النقل، لذلك اعتمدت الجمعية العامة للأمم المتحدة الإتفاقية المتعلقة بعقود نقل البضائع بطريق البحر كليا أو جزئيا في 11/12/2008. وتم التوقيع عليها في مدينة روتردام بتاريخ 23/09/2009 لذلك سميت بقواعد روتردام-كتسمية غير رسمية- واعتبر النصاب القانوني لدخول الإتفاقية حيز التنفيذ هو انضمام 20 دولة على الأقل. و قد صادقت عليها 3 دول إسبانيا بتاريخ 19/01/2011، الطوغو بتاريخ 17/07/2012 و الكونغو بتاريخ 28/01/2014

7 - المادة 47 فقرة 1 من قواعد روتردام 2008: في حال إصدار مستند نقل قابل للتداول أو سجل نقل إلكتروني قابل للتداول: (أ) - يحق لحائز مستند النقل القابل للتداول أو سجل النقل الإلكتروني القابل للتداول أن يطالب بتسلم البضائع من الناقل بعد وصولها إلى مكان المقصد، ويسلم الناقل البضائع إلى الحائز في هذه الحالة في الوقت والمكان المشار إليهما في المادة 43

بذلك تتعقد مسؤولية الناقل البحري الذي يسلم البضائع دون الحصول على سند الشحن، و يلتزم بتعويض المرسل إليه الحقيقي عن الضرر الذي أصابه نتيجة فقدانه لبضائعه. و هو ما أكده القضاء الفرنسي في قرار على درجة كبيرة من الأهمية صادر بتاريخ 19 جوان 2007<sup>1</sup>، من خلال التذكير بضرورة احترام المتطلبات القانونية، و تطبيق مبدأ عدم جواز التسليم دون تلقي سند الشحن، مضيفاً أن هذا الإلتزام مقرر حتى بالنسبة لسند الشحن الإسمي، مؤكداً بأنه هو الآخر يعد سند شحن، و إن كان غير قابل للتداول بالطرق التجارية<sup>2</sup>.

كما وسع القرار من مجال تطبيق مدة التقادم الواردة في القانون البحري الفرنسي و المقدرة بسنة، و تطبيقها على كل الدعاوى المرفوعة على الناقل البحري و المؤسسة على عقد النقل البحري، و ليس فقط تلك المرتبطة بالضرر الذي يصيب البضاعة على أساس أن الأمر يتعلق بإخلال الناقل بالتزامه الناشئ على العقد<sup>3</sup>. وهو ما تبناه الفقه الفرنسي معتبراً أن هذه المدة تشمل دعاوى المطالبة بالتعويض عن الضرر الذي يصيب المرسل إليه نتيجة التسليم دون تلقي سند الشحن<sup>4</sup>.

#### الفرع الثاني: الترخيص بالتسليم دون سند الشحن.

استثناء من القاعدة القانونية أجاز القضاء الفرنسي بموجب القرار الصادر بتاريخ 19 جوان 2007 - إضافة إلى أحكام أخرى<sup>5</sup>- للناقل تسليم البضاعة دون تلقيه لسند الشحن، و ذلك إذا تم

1- عند تسليم مستند النقل القابل للتداول وإثبات الحائز هويته على نحو واف إذا كان هو أحد الأشخاص المشار إليهم في الفقرة الفرعية (10) (أ) '1' من المادة 1؛ أو

2- عند إثبات الحائز، وفقاً للإجراءات المشار إليها في الفقرة 1 من المادة 9، أنه هو حائز سجل النقل الإلكتروني القابل للتداول؛ ب) -يرفض الناقل تسليم البضائع إذا لم تستوف مقتضيات الفقرة الفرعية (أ) '1' أو (أ) '2' من هذه الفقرة.» [https://www.courdecassation.fr/jurisprudence\\_2/chambre\\_commerciale\\_574/arret\\_n\\_10561.html](https://www.courdecassation.fr/jurisprudence_2/chambre_commerciale_574/arret_n_10561.html) - Cass.com-Arrêt n° 891 du 19 juin 2007 « Vu l'article 1147 du code civil, ensemble les articles 49 et 50 du décret n° 66-1078 du 31 décembre 1966, sur les contrats d'affrètement et de transport maritimes ;... Attendu qu'il résulte de ces textes que, sauf convention contraire, le transporteur maritime ne peut livrer la marchandise que sur présentation de l'original du connaissement, même lorsque celui-ci est à personne dénommée et dépourvu de mention à ordre »

2 - Hugues Kenfack-Recueil Dalloz-2008-Droit des transports-juillet 2006-décembre 2007-p 1240.

3 - Cass.com-Arrêt n° 891 du 19 juin 2007 .P.cité : « Attendu qu'il résulte de l'article 32 de la loi n° 66420- du 18 juin 1966 que l'action contre le transporteur qui a pour fondement le contrat de transport maritime se prescrit par un an . »

4 - Bonassies Pierre et Christian Scapel, Traité de droit maritime, LGDJ, 2006, § 1178, p 761 : « Le domaine d'application de la prescription d'un an est très large. (...) Elle concerne donc, non seulement les dommages matériels, mais aussi les dommages d'ordre financier, tel le préjudice subi par le destinataire du fait de la livraison de la marchandise sans connaissement. »

5 - CA Montpellier, 5 Avril 1990, DMF 1992, p.314 « assume toujours un risque, dont il doit subir les conséquences, excepté le cas où la remise de la marchandise est autorisée par le chargeur ». Cite par : . Ngagne FAYE-La livraison sans connaissement- Mémoire de Master 2 professionnel de Droit

المجلة الجزائرية للقانون البحري والنقل ————— العدد السادس  
هذا التسليم تنفيذًا لاتفاق بين الناقل و الشاحن، بحيث يقبله هذا الأخير، وهو ما قضى به القرار من خلال عبارة «إلا إذا كان هناك اتفاق على عكس ذلك.» ويذهب الفقه الفرنسي إلى أنه في حالة غياب مثل هذا الإتفاق يمكن الحصول على موافقة الشاحن عند الوصول للقيام بالتسليم دون سند<sup>1</sup>.

و قد أقرت قواعد روتردام ذلك-إعلاء منها للحرية التعاقدية- فقضت بأنه إذا كان سند الشحن قابلاً للتداول يمكن للناقل أن يسلم البضاعة دون سند شحن إذا وجه له الشاحن تعليمات، فالناقل باتباع هذه التعليمات في حالات محددة يمكن أن يتحلل من التزامه بالتسليم للمرسل إليه، و يعوض من قبل الشاحن عن مسؤوليته في مواجهة الحامل الشرعي للسند. إذ يتضمن البند الثاني من المادة 47 قواعد خاصة تحكم تسليم البضائع عندما ينص مستند النقل أو سجل النقل الإلكتروني القابلين للتداول على وجه واف أو واضح على جواز تسليم الناقل للبضائع دون تسلمه مستند النقل أو سجل نقل إلكتروني على النحو التالي:

يعفى الناقل من التزامه بتسليم البضائع إلى الحائز إذا سلّمها بناء على تعليمات الشاحن أو الشاحن المستندي<sup>2</sup> وذلك عندما يتعذر عليه تسليمها لإحدى الأسباب التالية:

1- إما لأن الحائز لم يتقدم في الوقت المتفق عليه لوصول البضائع أو في الوقت المعقول المتوقع فيه التسليم عند عدم الاتفاق، وبعد إشعاره بوصول البضائع إلى المكان المقصود.

2- إما لأن الناقل رفض تسليمها لأن الشخص الذي يدعي أنه الحائز لم يثبت له أنه هو نفسه الشاحن أو المرسل إليه أو الشخص المظهر إليه مستند النقل «لأمر»، أو أنه حامل مستند النقل «لأمر» المظهر إليه على بياض، أو أنه حامل مستند نقل لحامله.

3- إما لأن الناقل تعذر عليه تحديد مكان الحائز ليطلب منه تعليمات بشأن تسليم البضائع، وقد بذل جهداً معقولاً لإيجاد مكانه دون جدوى<sup>3</sup>. وعند تسليمه البضائع بناء على تعليمات الشاحن أو الشاحن المستندي بعد الإجراءات الخاصة بذلك، يُصَرَف النظر عما إذا كان الناقل قد تسلم مستند النقل القابل للتداول، أو ما إذا كان الشخص المسلم إليه البضائع بمقتضى سجل النقل قد أثبت أنه حائز وفقاً للإجراءات الواردة في تفاصيل العقد عن كيفية إثبات ذلك<sup>4</sup>.

أما إذا كان التسليم وفقاً لتعليمات الشاحن أو الشاحن المستندي، أحدث أضراراً للشخص

---

Maritime et des Transports-2007-2008-p 15

1 - Hugues Kenfack-Op.cité-p1240

2 -- الشاحن المستندي هو شخص غير الشاحن يقبل أن يسمى بـ «الشاحن» في مستند النقل أو سجل النقل الإلكتروني وهذا طبقاً للمادة الأولى فقرة 9 من قواعد روتردام.

3 - المادة 47 بند 2 فقرة «أ» من اتفاقية روتردام.

4 - المادة 47 بند 2 فقرة «ب» من اتفاقية روتردام.

المجلة الجزائرية للقانون البحري والنقل ————— العدد السادس  
الذي أصبح حائزا بعد التسليم، بناء على تلك التعليمات<sup>1</sup>، والذي لم يكن يعلم أو لم يكن من الممكن أن يعلم في حدود المعقول -أي وفقا للمجرى العادي للأمور- في ظل ظروف مماثلة بذلك التسليم الذي تم قبل أن يصبح حائزا أو عند وقت هذا التسليم على أبعد تقدير، فعلى الشخص الذي أصدر التعليمات الخاطئة أن يعرض الناقل عن مسؤوليته اتجاه الحائز حسن النية لأن هذا الأخير هو صاحب الحق باكتساب ما يتضمنه مستند النقل أو سجل النقل الإلكتروني القابلين للتداول من حقوق<sup>(2)</sup>.

ولا يعتبر الحائز حسن النية، إذا كانت تفاصيل العقد تذكر الوقت المتوقع لوصول البضائع أو تبين كيفية الحصول على المعلومات بغية اتباعها لمعرفة ما إذا كانت البضائع قد سلمت<sup>(3)</sup>، فحينئذ يفترض فيه الإهمال. مع ذلك يبقى الحائز مفترض في جانبه حسن النية لو أصبح حائزا بعد التسليم بناء لتعليمات الشاحن أو الشاحن المستندي بمقتضى ترتيبات تعاقدية أو أي ترتيبات أخرى أبرمت قبل التسليم، شرط ألا يكون يعلم أو من الممكن أن يعلم في حدود المعقول بتسليم البضائع، وكانت تفاصيل العقد خالية من تحديد الوقت المتوقع لوصول البضائع أو من كيفية الحصول على معلومات بشأن ما إذا كانت البضائع قد سلمت<sup>(4)</sup>. فالحائز حسن النية على هذا النحو يكتسب اتجاه الناقل حقوقا أخرى غير حقه بالمطالبة بتسليم البضائع<sup>(5)</sup>.

كما أضاف القضاء الفرنسي استثناء آخر على مبدأ عدم جواز تسليم الناقل للبضاعة دون الحصول على سند الشاحن، و يتمثل في حالة صدور حكم قضائي يتضمن أمرا للناقل محله القيام بعمل و هو تسليم البضاعة للمرسل إليه الذي لم يصله السند وقت وصول السفينة إلى ميناء التفريغ<sup>6</sup>.

أما الإستثناء الثالث فيكمن في الحالة التي يلزم فيها الناقل تسليم البضاعة إلى هيئة عمومية احتكارية في ميناء الوصول تتولى عملية التسليم، فيؤدي ذلك قانونا إلى إنتهاء عقد النقل البحري وبالتالي إلى تنفيذ الناقل لإلتزامه بالتسليم، دون أن يتم هذا الأخير مقابل سند الشحن<sup>7</sup>. و هو ما

1 - المادة 47 بند 2 فقرة «ج» من نفس الاتفاقية.

2 <sup>0</sup> المادة 47 بند 2 فقرة «هـ» من نفس الاتفاقية.

3 <sup>0</sup> المادة 47 بند 2 فقرة «هـ» من اتفاقية روتردام.

4 <sup>0</sup> وجدي حاطوم، المرجع السابق، ص 344.

5 <sup>0</sup> المادة 47 بند 2 فقرة «د» من اتفاقية روتردام.

6 - CA Rouen, 19 Octobre 2004, n°03/00882, Kawasaki kisen kaisa c/ Bayer, Lamyline - Cite par : . Ngagne FAYE-p 17.

7 - Cour d'appel de Paris 9 février 2000, navire ParaguayCarrier, DMF 2001, P392, obs. Yves Tassel .-Cour d'appel d'Aix-en-Provence ,16 février 2001 , navire Aknoul, Revue Scapel 2001, P96 : « La remise de la marchandise à une entreprise de manutention monopolistique vaut remise au destinataire. »

المجلة الجزائرية للقانون البحري والنقل ————— العدد السادس  
كان معمول به في الجزائر حيث كانت الشركة الوطنية للشحن و التفرغ SONAMA تحتكر نشاط عمليات الشحن و التفرغ و التي أنشئت بموجب الأمر 16/71 لـ 1971/04/09<sup>1</sup> ، و هذا قبل حلها و تعويضها بمؤسسات مينائية على مستوى عدة موانئ ، ليرفع الإحتكار بعد ذلك بموجب القانون 05-98 المؤرخ في 25 جوان 1998 المعدل للقانون البحري<sup>2</sup> ، ويسند نشاط المناولة و التشوين بموجب المرسوم التنفيذي 08-363 المؤرخ في 08 نوفمبر 2008 لمفاول المناولة و هو كل شخص طبيعي أو معنوي من جنسية جزائرية حائز على امتياز<sup>3</sup>.

و قد نص على هذا الإستثناء اتفاقية هامبرج<sup>4</sup> لـ 1978 معتبرة أن الناقل قد نفذ التزامه بالتسليم إذا سلم البضاعة إلى سلطة أو طرف ثالث آخر توجب القوانين أو اللوائح السارية في ميناء التفرغ تسليم البضائع له<sup>5</sup>. و هو ما قضت به أيضا قواعد روتردام معتبرة إيها إحدى حالات انتهاء مدة مسؤولية الناقل<sup>6</sup>.

#### المطلب الثاني: خطاب الضمان عند الوصول كعلاج للتسليم غير القانوني:

قد يحصل أن تصل البضاعة إلى المرسل إليه قبل وصول سند الشحن، و هذا راجع لعدة أسباب أهمها تعقد العمليات البنكية الخاصة بفتح الإعتماد المستندي و كذا التأخير الناتج عن البريد، و في المقابل أصبحت السفن تصل بسرعة إلى الموانئ نتيجة التطور العلمي، فيجد الناقل نفسه أمام معضلة انتظار وصول سند الشحن و تمسكه بتطبيق القانون و ما ينشأ عن ذلك من خسائر مادية

1 - ج.ر عدد 32 لـ 1971/04/20

2 - المادة 892 كم القانون 05-98 المؤرخ في 25 جوان 1998 المعدل و المتمم للأمر رقم 76-80 المؤرخ في 23 أكتوبر 1976 و المتضمن القانون البحري الجزائري: «يشكل قطر السفن و أعمال المناولة و التشوين نشاطات تجارية مينائية. و يمكن ممارستها من طرف كل شخص طبيعي من جنسية جزائرية أو شخص اعتباري خاضع للقانون الجزائري و ذلك وفقا للشروط المحددة عن طريق التنظيم...»

3 - مرسوم تنفيذي رقم 08 -363 المؤرخ في 8 نوفمبر سنة 2008 يعدل المرسوم التنفيذي رقم 139 - 06 المؤرخ في 15 أبريل سنة 2006 الذي يحدد شروط و كفاءات ممارسة نشاطات قطر السفن و أعمال المناولة و التشوين في الموانئ: « المادة : 3 تسند ممارسة نشاطات قطر السفن و أعمال المناولة و التشوين في الموانئ إلى كل شخص طبيعي من جنسية جزائرية أو شخص معنوي خاضع للقانون الجزائري حائز على امتياز ويستوفي شروط التأهيل المهني المطلوبة و يلتزم باحترام شروط الاتفاقية و دفتر الشروط. يتم اختيار المتعاملين أصحاب امتياز النشاطات المذكورة أعلاه حسب الحالة ، إما عن طريق المنافسة و إما في إطار تفاوض مباشر على أساس سمعة صاحب الطلب و مساهمته التسييرية و التقنية و فائدة استثماره بالنسبة للاقتصاد الوطني »

4 - في مارس 1978 ، انعقد مؤتمر الأمم المتحدة لنقل البضائع بطريق البحر ، حيث أسفر المؤتمر عن إقرار اتفاقية الأمم المتحدة لنقل البضائع بطريق البحر في 31 مارس 1978 بمدينة هامبورج ، وقد حلت اتفاقية هامبورج محل اتفاقية بروكسل المنظمة للنقل البحري بسندات الشحن لـ 1924، و ما تلاها من تعديلات، وهي بروتوكول 23 فبراير 1968 و بروتوكول 21 ديسمبر 1979.

5 - المادة 4 فقرة 2/ب من اتفاقية هامبرج

6 - المادة 12 فقرة 2/ب من قواعد روتردام: « إذا كان قانون مكان التسليم أو لوائحه تقضي بأن يسلم الناقل البضائع إلى سلطة ما أو إلى طرف ثالث آخر يمكن للمرسل إليه أن يتسلم البضائع منه، تنتهي مدة مسؤولية الناقل عندما يسلم البضائع إلى تلك السلطة أو الطرف الثالث الآخر.»

بسبب تأخيره للسفينة<sup>1</sup>، وتعرضه لضغوطات المرسل إليه نتيجة ما قد يعود على هذا الأخير من ضرر و خسارة بسبب ارتباطه بمواعيد لتسليم البضاعة أو تشغيلها، إضافة إلى تحمله مصاريف تخزينها. أو الإستسلام لإلحاح المرسل إليه و تسليمه البضاعة مخالفاً بذلك أحكام العقد و القواعد الآمرة المنظمة له. لذلك أفرز الواقع العملي حلا لاتقاء الإشكالات الناجمة عن عدم تسليم البضاعة لغياب سند الشحن، يتمثل في إصدار المرسل إليه خطاب ضمان للمخاطر التي ينطوي عليها سلوك الناقل عند تسليم البضاعة دون تلقي السند «الفرع الأول». و يكون خطاب الضمان إما بسيطا موقعا من قبل المرسل إليه أو مصرفيا موقعا من قبل بنك، بحيث يلتزم البنك في مواجهة المستفيد الناقل بتغطية عجز المدين الأصلي متسلم البضاعة، ليكون بذلك ضامنا له<sup>2</sup>. مما يطرح مسألة طبيعته القانونية «الفرع » و الخصائص المميزة له «الفرع الثالث».

#### الفرع الأول: مدى صحة خطاب الضمان عند الوصول.

بموجب خطاب الضمان عند الوصول، يتعهد المرسل إليه أنه صاحب الحق في استلام البضاعة، كما يتعهد بتسليم سند الشحن للناقل فور وصوله إليه مقابل استرداد الخطاب، إذ أنه و بالرغم من صدور خطاب الضمان تبقى التزامات الناقل ثابتة، فيتحمل بموجبه متسلم البضاعة أية نتائج تؤدي إلى الإضرار بالناقل جراء هذا التسليم غير القانوني متعهدا بتعويض الناقل عما قد يتحملة من مسؤولية مباشرة أو غير مباشرة، فيلتزم بمقتضى ذلك بالقيام بعمل<sup>3</sup>.

يعد الناقل قد خالف القانون، نتيجة التسليم دون سند شحن ، فيكون حينئذ مسؤولا دون أن يستفيد من حدود المسؤولية المقررة بموجب القانون البحري و الاتفاقيات الدولية، بما أنها غير مرتبطة بضرر أصاب البضاعة. و إن كانت اتفاقية روتردام قد تداركت هذه المسألة، و وسعت من حق الناقل في تحديد المسؤولية، لكي يغطي ليس فقط الضرر الناتج عن الهلاك أو التلف أو التأخير في وصول البضاعة ولكن أيضا الخسارة الناتجة عن الإخلال بالتزاماته المكلف بها عموما بمقتضى الاتفاقية<sup>4</sup>.

بالتالي فإن خطاب الضمان يكرس مخالفة جوهرية لقاعدة أمرة، إذ يجد سببه في تصرف مخالف للقانون بغية تغطيته. إلا أن هذا لم يؤثر على صحة الخطاب كحل عملي و المعترف به

1 -رغم ما قد يتعرض إليه من ضغوطات تجارية ، فإن مجهزة السفينة لا يكون مسؤولا عن أي تأخير أو خسارة قد تلحق الغير بسبب رفضه المعقول لتسليم البضاعة في مثل هذه الظروف. أنظر في ذلك: عبد القادر حسين العطير، المرجع السابق، ص367.

2 -M.Remond Gouilloud, Droit Maritime, Ed pedone, 1993 . § 556.

3 -CA Rouen, 11 Avril 1985, DMF 1987, p. 132 : «Le signataire de la lettre n'a en effet pris aucun engagement envers un tiers, en l'espèce le chargeur, de la bonne exécution du transport, mais a contracté une obligation personnelle de faire, assortie de promesse de dommages et intérêts en cas d'inexécution »

4 - المادة 59 فقرة 1 من قواعد روتردام.

المجلة الجزائرية للقانون البحري والنقل ————— العدد السادس  
قضاء<sup>1</sup> و فقها و اعتباره شرا لا بد منه<sup>2</sup> لمعالجة الوضع الذي يكون فيه المرسل إليه و الناقل على  
السواء. لذلك ذهب الفقيه BONNAUD إلى أن خطاب الضمان ليس وسيلة للراحة حجت  
القانون ، و إنما حتمية خلقت وضعا قانونيا، أوجدها المتعاملون في مجال النقل البحري لحل  
وضعية التسليم دون الحصول على سند الشحن بالنظر إلى طبيعته القانونية<sup>3</sup>.

كما ذهب M. Remond -Gouilloud إلى أن الناقل البحري و بعد أن كان يسأل لتسليمه  
البضاعة دون سند شحن لشخص غير ذي صفة، تثور مسؤوليته اليوم لامتناعه عن التسليم مادام  
قد سلمه المرسل إليه خطاب ضمان، لتصبح المخالفة التزاما<sup>4</sup>. لذلك نجد نوادي الحماية و التعويض  
تمنح لأعضائها نماذج لخطاب الضمان لاستخدامها من أجل التسليم في غياب سند الشحن.

الجدير بالذكر أن قواعد روتردام و حفاظا على حقوق الناقل، أجازت بموجب الفقرة الفرعية  
«ج» من البند الثاني من المادة 47 -السابق الإشارة إليها- أن يرفض اتباع التعليمات التي طلبها  
من الشاحن أو الشاحن المستندي بشأن تسليم البضاعة دون سند شحن، إذا رفض هؤلاء تقديم  
ضمانة كافية في حدود المعقول، كان قد اشترطها الناقل، وقد تكون كفالة مالية. فالضمانة هذه  
هي مقابل رجوع الحائز حسن النية على الناقل بدعوى المسؤولية عن التسليم الخاطئ، و يبدو  
أن هذا الضمان مطابق لخطاب الضمان عند الوصول. فإن كان الأمر كذلك فيمكن تفسيره بقبول  
من الإتفاقية لمثل هذه الممارسات.

#### الفرع الثاني: الطبيعة القانونية لخطاب الضمان عند الوصول.

الغالب أن يقدم المرسل إليه إلى الناقل ، خطاب ضمان مصرفي بقيمة البضاعة الواردة أو  
بدون تحديد القيمة، و هذا مقابل أن يقوم الناقل بتسليم البضاعة دون تلقيه سند الشحن  
استنادا إلى تعهد البنك بأن يدفع له عند أول طلب منه و بدون التوقف على أية إجراءات أخرى

---

1 - Cass. (Ch. civ.) – 22 MAI 2007 – n° 06 13059--DMF N°683 07-2007-- rapp. A. Potocki et obs. de  
M. Remond -Gouilloud : « ... l'obligation assumée par un transporteur maritime au profit d'un  
vendeur de ne livrer une marchandise à l'acheteur, à défaut de connaissance, qu'en échange d'une  
garantie bancaire. »

2 - Bonassies Pierre et Christian Scapel, Op.cité, LGDJ, 2006 , §1037 , p 664.

3 - J. Bonnaud, « Transport maritime : le moment de la livraison », Revue. Scapel 1994, p. 137 :  
« non pas que le droit s'est effacé devant la commodité, mais que nécessité fait loi et que l'imagination  
des praticiens pour régler ce problème trouve sa justification jusque dans la nature juridique de l'en-  
gagement. »

4 -M. Remond -Gouilloud - La lettre de garantie pour absence de connaissance : une tolérance  
institutionnalisée- Gazette de la Chambre n°15 Hiver 2007-2008-p 04 : « le même capitaine qui,  
voici dix ans se trouvait stigmatisé pour avoir procédé à une livraison sans connaissance à un tiers  
sans qualité, voit aujourd'hui sa responsabilité engagée pour l'avoir refusée, dès lorsqu'une lettre de  
garantie lui a été présentée..... En somme voici la violation... devenue obligation. »

أي مبالغ كون قد التزم بها الناقل جراء هذا التسليم المخالف.

فخطاب الضمان إذن هو صورة من صور الضمان المصرفي، ينتمي إلى عائلة الكفالة لدى أول طلب<sup>1</sup> كإحدى عمليات البنوك الائتمانية الناشئة عن مجرد توقيع البنك، مقابل عمولة يدفعها العميل - المرسل إليه- يراعى في تحديدها المخاطر التي قد يتعرض لها نتيجة إخلال عميله بتنفيذ التزامه في مواجهة المستفيد<sup>2</sup> -الناقل-. فإذا ما أصدر البنك خطاب الضمان و قبله الناقل المستفيد، أصبح ملتزماً بصورة نهائية أمام الناقل بأن يدفع له قيمة الخطاب عند أول طلب منه و لو اعترض المرسل إليه العميل. كما أن التزام المصرف بدفع مبلغ للناقل هو التزام أصلي و ليس تبعياً، فيلتزم البنك بدفع القيمة بمجرد الطلب دون أن يكون له أن يمتنع عن ذلك بحجة ضرورة مطالبة العميل المضمون أولاً، إذ لا يتمتع البنك بحق التجريد<sup>3</sup>. ذلك أن التزام البنك هو التزام مجرد ناشئ عن خطاب الضمان و مستقل عن كل العلاقات التي يمكن أن تكون بين أطراف الخطاب، فالالتزام قطعي دون شرط أو قيد لتغطية أي رجوع محتمل نتيجة التسليم غير القانوني ضد الناقل.

بموجب خطاب الضمان إذن، سوف يضمن الناقل جدية وفاء المرسل إليه بالتزامه، فالخطاب يعد بمثابة نقود موضوعة تحت تصرف الناقل المستفيد يمكن أن يسحبها في أي وقت يشاء، و إن كان تصرفه هذا مقترناً بإخلال العميل متسلم البضاعة بالتزامه<sup>4</sup>. فقد عرفت المادة 1 فقرة 2 من اتفاقية الأمم المتحدة المتعلقة بالكفالات المستقلة وخطابات الاعتماد الضامنة لـ<sup>5</sup> 1995 خطاب الضمان بأنه) لأغراض هذه الاتفاقية، يمثل التعهد إلتزاماً مستقلاً، يعرف في الممارسة الدولية بأنه كفالة مستقلة أو خطاب اعتماد ضامن، مقدماً من مصرف أو مؤسسة أخرى أو شخص آخر (الكفيل أو المصدر) بأن يدفع للمستفيد مبلغاً معيناً أو قابل للتعيين، لدى تقديم مطالبة بسيطة أو مشفوعة بمستندات أخرى حسب أحكام التعهد وأي من الشروط المستندية، تبين أو يستدل منها استحقاق السداد بسبب تقصير في أداء التزام ما، أو بسبب حدث طارئ آخر، أو سداد لمال

1 - *La garantie à première demande* : Cass. Com. 20 décembre 1982, RTD.Com. 1983, p 446, obs. CABRILLAC « c'est le contrat par lequel une banque s'engage à effectuer, sur 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 quelconque pour quelque cause que ce soit

2- يوسف يعقوب صرخوه، عمليات البنوك من الوجهة القانونية في القانون الكويتي، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، الكويت، 1988، ص 149.

3 - غني ريسان جادر، الضمان بمجرد الطلب، مجلة العلوم الاقتصادية، عدد 25، مجلد 7، نوفمبر 2009، العراق، ص 5.

[50417=ald&fulltext=func?iasj.net.iasj.wwwl:https](https://www.iasj.net/iasj/fulltext?ald=50417)

4 - يوسف يعقوب صرخوه، المرجع السابق، ص 150.

5 - اعتمدت الجمعية العامة للأمم المتحدة هذه الإتفاقية في 11 ديسمبر 1995 و دخلت حيز النفاذ في 2000/01/01 بعد مصادقة 5 دول: إكوادور، السلفادور، تونس، الكويت، بنما. لتتضم بعدها كل من بيلاروس، ليبيريا و الغابون. في حين أن الجزائر غير مصادقة على الإتفاقية.

المجلة الجزائرية للقانون البحري والنقل ————— العدد السادس  
مقترض أو مستلف ، أو سداد لأي دين مستحق السداد واقع على الأصيل / الطالب أو شخص  
آخر) . و الملاحظ من المادة أن الإتفاقية لم تقيد خطابات الضمان بكونها مصرفية، مما يعني  
تطبيق نفس القواعد على خطابات الضمان الصادرة من غير البنوك سواء صدرت من أشخاص  
طبيين أو معنويين. في حين أكد التعريف على الطابع المستقل للالتزام البنك أو الضامن عموما، و  
أن هذا الضمان يتحرك إذا تحققت إحدى الأسباب الواردة في المادة.

على خلاف التشريعات المقارنة<sup>1</sup> لم يتضمن القانون التجاري الجزائري قواعد تحكم خطاب  
الضمان المصرفي، وهذا على الرغم من كثرة العمل به في مختلف البنوك التجارية الجزائرية، حيث  
يعد من أهم الأنشطة البنكية التي تمارسها وتصنفه ضمن القروض بالتوقيع<sup>2</sup>، إنمّا ذكره صراحة  
دون أن يضع له تعريفاً أو نظاماً قانونياً يحكمه، و هذا ضمن المادة 68 ف01 من الأمر رقم  
11-03 المتعلق بالنقد والقرض على النحو التالي:« يشكل عملية القرض في مفهوم هذا الأمر كل  
عمل لقاء عوض يضع بموجبه شخص ما أو يعد بوضع أموال تحت تصرف شخص آخر، أو يأخذ  
بموجبه لصالح الشخص الآخر التزاما بالتوقيع كالضمان الاحتياطي أو الكفالة أو الضمان»<sup>3</sup>.

#### الفرع الثالث: خصائص خطاب الضمان.

بالإضافة إلى ضرورته الملحة ، يفسر القبول العملي و القضائي الذي عرفه خطاب الضمان  
بالخصائص المميزة له و التي أدت إلى ثقل التزامات مصدره. و تتمثل خصوصا في:

#### أ- استقلالية خطاب الضمان عن عقد النقل البحري:

يتميز خطاب الضمان بأنه اتفاق مستقل تماما عن عقد النقل البحري، فالإلتزام الذي يقع على  
عائق البنك في مواجهة الناقل المستفيد بدفع قيمة الخطاب بمجرد المطالبة به هو التزام أصيل و  
منفصل عن كل علاقة أخرى غير علاقة البنك بالمستفيد -الناقل- إذ يختلف مصدر كل منهما<sup>4</sup>، و  
يترتب على ذلك أنه لا يجوز للبنك أن يرفض الوفاء للمستفيد لسبب يرجع إلى علاقة البنك  
بالعميل متسلم البضاعة، أو إلى علاقة هذا الأخير بالمستفيد الناقل. فلا يجوز للبنك أن يحتج في

1 - بالرجوع إلى التشريعات العربية نجدنا قد انطوت على تعريف واضح لهذا النوع من المعاملات البنكية أهمها المادة  
355 من قانون الجارة المصري رقم 17 ل1999 فجاءت « خطاب الضمان تعهد مكتوب يصدر من البنك بناء على طلب  
شخص يسمى الأمر بدفع مبلغ معين أو قابل للتعيين لشخص آخر يسمى المستفيد إذا طلب منه ذلك خلال المدة المعنية  
في الخطاب و دون اعتداد بأية معارضة.» و يقابلها المادة 382 من القانون الكويتي، المادة 414 من قانون المعاملات  
التجارية لدولة الإمارات العربية المتحدة.

2 - عبد العزيز خنفوسي- اتجاه سوق النقد والقرض الجزائري نحو تطبيق ضمانات مصرفية حديثة-مجلة منازعات  
الأعمال-عدد25 جوان 2017- ص170.

3 - و هنا نشير إلى أن المشرع الجزائري كان قد نص -قبل صدور القانون البحري الجزائري- ضمن الأمر 75-40 المؤرخ في  
17 جوان 1975 المتضمن تنظيم أجل بقاء البضائع في الموانئ-ج.ر عدد 50 ل 24 جوان 1975-على أن رفع البضائع يتم  
مقابل التسليم للمودع لديه لرسالة ضمان وفق نموذج ألحق بالأمر. و هي بمثابة إذن بنك الهيئة المستوردة بالقيود لقيمة  
البضائع على حساب رافعها، و كذا مختلف المصاريف التابعة لها. المادة 12 من الأمر.

4 - سليمان رمضان محمد عمر، النظام القانوني لخطابات الضمان المصرفية، دار الفكر الجامعي، الطبعة الأولى، 2009، ص 263.

مواجهة المستفيد بالدفع المستمدة من عقد الأساس. وقد اقر القضاء الفرنسي النتائج المترتبة على هذه الإستقلالية في قرار صادر عن محكمة النقض الفرنسية في 20 ديسمبر 1982 مفاده عدم جواز احتجاج المصرف الضامن ببطان العقد المنشئ للضمان بمجرد الطلب في مواجهة المستفيد وذلك على أساس أن التزام المصرف الضامن لم ينشأ عن عقد كفالة وإنما نشأ عن ضمان بمجرد الطلب وهذا ما يترتب عليه عدم جواز استفادة المصرف من الدفع التي كان للآمر أن يدفع بها في مواجهة المستفيد وبصفة خاصة تلك المتعلقة بعدم تنفيذ العقد الذي يربطهما<sup>1</sup>.

نشير في هذا المقام إلى رأي الأستاذ جمال الدين عوض الذي اعتبر أنه بالرغم من كون خطاب الضمان منفصلا عن دين العميل و مستقل عنه من الناحية القانونية، فإنه مع ذلك مرتبط به من الناحية الإقتصادية، فهو يصدر خدمة لعلاقة العميل بدائه، إذ يستهدف به العميل الحصول على ثقة هذا الدائن الذي لا يرضى بأي ضمان آخر سوى هذه الصورة من صور الضمان.<sup>2</sup>

نتيجة لهذه الإستقلالية بين خطاب الضمان عند الوصول كتعهد بنكي بدفع مبلغ من النقود وعقد النقل، ذهب القضاء الفرنسي<sup>3</sup> إلى عدم خضوع الدعوى المؤسسة على خطاب الضمان للتقادم السنوي طبقا للقانون البحري، وإنما لمدة التقادم المقررة في القواعد العامة، ذلك أن هذه الدعوى لا تجد لها أساسا في عقد النقل البحري، وإنما في الإتفاق المبرم بين الناقل البحري والمرسل إليه<sup>4</sup>.

لذلك يرى الفقه أنه يجب تجنب اعتبار خطاب الضمان كبديل مؤقت لسند الشحن، فهما لا يخضعان لنفس النظام القانوني، فخطاب الضمان لا يخضع لأحكام القانون البحري<sup>5</sup>. هذا ما أدى إلى اعتبار خطاب الضمان عند الوصول ورقة ضد، فلا يمكن التمسك به في مواجهة الغير حسن النية حماية له. على وجه الخصوص الحامل الشرعي لسند الشحن بافتراض أن مصدر الخطاب

1 -Cass. Com. 20 décembre 1982; RTD.Com. 1983, p. 446, obs. CABRILLAC : « cet engagement était régi par les seules dispositions de la lettre de garantie et qu'il ne constituait pas un cautionnement, mais une garantie autonome Sa caractéristique essentielle consiste dans son indépendance qui va lui conférer une efficacité supérieure à celle des sûretés accessoire. »

2 -علي جمال الدين عوض، عمليات البنوك من الوجهة القانونية، دار النهضة العربية، 1979، مصر، ص 571.  
3 -Com. 17 Juin 1997, navire Happy Buccaneer, rapport J.P. Rémy, DMF 1997.725, « la lettre de garantie consacre un engagement indépendant du contrat de transport. Il en résulte que l'action exercée sur le fondement exclusif d'une lettre de garantie est soumise non à la prescription annale du contrat de transport, mais à la prescription commerciale de droit commun ..... Attendu qu'en statuant ainsi, alors que l'action par laquelle le consignataire du navire, personnellement assigné pour avoir délivré une marchandise sans remise du connaissance, demande au transporteur maritime d'assumer à son égard les conséquences résultant des instructions qu'il lui a données d'effectuer la livraison contre remise d'une simple lettre de garantie, a pour fondement, non le contrat de transport, mais le mandat salarié qui existe entre eux, la cour d'appel a violé le texte susvisé ; ».

4 - R.Rodière, E. Du Pontavice, Droit maritime, 12ème édition, DELTA, Dalloz, 1997, § 358- 1 , p335.

5 -M.Remond Gouilloud, Droit Maritime, Op.cité, § 557.

تتراجع استقلالية التزام البنك الضامن أمام غش الناقل المستفيد على أساس قاعدة الغش يفسد كل شيء. كما تتراجع في حالة التعسف الواضح و مطالبة المستفيد بالدفع دون أن يكون له حق في ذلك. و هو ما نصت عليه اتفاقية الأمم المتحدة المتعلقة بالكفالات المستقلة وخطابات الاعتماد الضامنة لـ 1995، فحولت للبنك أن يرفض السداد عندما تكون المطالبة مدعومة بمستندات مزيفة أو بتعسف من المستفيد<sup>2</sup>. و إن كان القضاء الفرنسي -نظرا لطبيعة المعاملة- قد ذهب إلى أن ما يَمكِّن البنك من الإمتناع عن الدفع ، المطالبة المنطوية على سلوك تدليسي من المستفيد المصحوبة بوسائل احتيالية، دون حالة التعسف في الطلب. فأكدت محكمة النقض الفرنسية في قرارها الصادر في 21-05-1985 حكم محكمة الإستئناف باستبعاد الإستناد إلى فكرة التعسف الظاهر لمنع البنك من الوفاء للمستفيد لأنه سيؤدي إلى الربط بين عقد الأساس و خطاب الضمان وهو ما يتعارض مع مبدأ الإستقلال في خطاب الضمان. فتتفقد العميل لالتزاماته لا يعفي البنك من الوفاء بمبلغ الضمان لدى أول طلب، و دون تقديم أي مبررات بهذا الشأن<sup>3</sup>.

---

1 -Cass.Com, 15 juin 2011, 10-17.671 , note Martin Ndené, RTD, n°1, 2012, p37 : « la souscription d'une lettre de garantie par la société SEG Samro(le transporteur maritime) ne l'exonère pas, une telle lettre couvrant les conséquences de sa faute dans ses rapports avec son signataire sans pouvoir être opposée au porteur de l'original du connaissance. »

أنظر أيضا: سوزان علي حسن، سند الشحن الإلكتروني، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2010، ص 173.  
2 -المادة 19 من الإتفاقية : «الإستثناء من التزام السداد: إذا كان من البين و الواضح أن :-أ- المستند المقدم أيا كان مزور أو قد جرى تزييفه.

-ب-أن السداد لم يكن مستحقا على الأساس الوارد في المطالبة و المستندات الداعمة.  
-ج-أن المطالبة ، بحكم نوع التعرض و غرضه، ليس لها أي أساس يمكن تصوره، فإن الكفيل/ المصدر متصرفا بحسنة، يكون له الحق إزاء المستفيد في أن يمتنع على السداد.

3 -Cass.Com, 21 mai 1985, 83-16.925 , <https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000007014884>:

« ATTENDU QUE LA COUR D'APPEL A RELEVÉ QUE LE CARACTERE AUTONOME DE LA GARANTIE DONNEE PAR LA B.F.C.E., SUR ORDRE DE LA SOCIETE FECHOZ, A LA BANQUE AL SAOUDI AL FRANSI, EXCLUAIT TOUTE REFERENCE AUX CONDITIONS D'EXECUTION DU CONTRAT DE BASE LIANT LA SOCIETE FECHOZ ET LA SOCIETE SAEMCO, QUE LA MISE EN JEU DE CETTE GARANTIE AVAIT ETE REQUISE PAR LE BENEFICIAIRE DANS LE DELAI CONTRACTUEL ;QU'ELLE A AINSI DECIDE A BON DROIT QUE LE FAIT, MEME APPAREMMENT ETABLI, QUE LA SOCIETE FECHOZ AIT REMPLI TOUTES SES OBLIGATIONS A L'EGARD DE LA SOCIETE SAEMCO N'ETAIT PAS DE NATURE A DISPENSER LA B.F.C.E. DE L'EXECUTION D'UN ACCORD DONT LES TERMES L'OBLIGEAIENT A PAYER LES SOMMES GARANTIES A LA BANQUE AL SAOUDI AL FRANSI, A PREMIERE DEMANDE, SANS AUCUNE JUSTIFICATION DU MOTIF ALLEGUE POUR L'APPEL DE CETTE GARANTIE. »

ب- خطاب الضمان التزام غير محدد القيمة و المدة:

لا يكون خطاب الضمان باطلا إذا كان غير محدد المبلغ والمدة، بحيث ينص على حق الناقل مطالبة البنك الضامن بالتعويض عن كل الأضرار التي لحقت به و لو تجاوزت القيمة الحقيقية للبضاعة<sup>1</sup>، فيشمل الضمان حتى الأضرار غير المباشرة و غير المتوقعة الناتجة عن إخلال الناقل بالالتزام بالتسليم القانوني، و هذا تبعا لعبارات الخطاب<sup>2</sup>.

لذلك و نظرا لما يتحملة البنك من مخاطر الوفاء بمبلغ الضمان، فإنه يحق له مطالبة العميل المرسل إليه-تقديم غطاء مقابل إصدار خطاب الضمان<sup>3</sup>.

و هنا نميز بين حالتين، إذا كانت البضاعة الصادر بشأنها خطاب الضمان ، مستوردة بموجب اعتماد مستندي<sup>4</sup> مفتوح بواسطة البنك نفسه مصدر الخطاب، وكان هذا الاعتماد مغطى نقدا من العميل بالكامل، حيث سيرد إليه سند الشحن، بوصفه فاتح الإتماد، فلا يكون البنك في حاجة إلى المطالبة بغطاء لخطاب الضمان ، فضلا على أن خطاب الضمان يصدره البنك في هذه الحالة ضمنا لعميله المستورد المفتوح لصالحه الاعتماد، وبناءا على طلبه. أما إذا لم يكن هناك إتماد مستندي مفتوح من طرف البنك، المطلوب منه إصدار خطاب الضمان ، فإن البنك يطلب غطاء نقديا كاملا-كضمان مقابل- قبل عملية الإصدار<sup>5</sup>.

1 - R.Rodière, E. Du Pontavice, op.cité, §358-1, p 335,336.

2 - Com.24 Novembre 1982, DMF 1983, p. 472 « La banque s'obligeait à le garantir (le transporteur) contre tous les préjudices directs ou indirects pouvant résulter pour lui de l'irrégularité de la livraison, à lui régler immédiatement, la valeur de la marchandise, le montant du fret éventuellement dû, ainsi que le montant de tous les autres frais, y compris ceux de défense.....Peu importe que les préjudices directs et indirects subis par le transporteur maritime soient imprévisibles, puisque le signataire de la lettre de garantie s'est engagé à réparer la totalité des dommages résultant du retard dans la délivrance du connaissance, un tel engagement est bien déterminé, il est comme tel parfaitement valable, au regard de la loi française ». cité par Ngagne Faye , op.cité,p59, p 64.

3 - غطاء خطاب الضمان الذي يلتزم بتقديمه هو عبارة عن الضمانات التي يقتضيها البنك من العميل لتغطية مركزه عن كل مبلغ يتعهد بدفعه فيما لو اضطر إلى ذلك تنفيذا لخطاب الضمان «نقود، أوراق تجارية، بضائع». و يعد هذا الغطاء مالا مملوكا للعميل يقدم للبنك كضمان لتعهدده، أي بصفته دائنا مرتهنا. سليمان رمضان محمد عمر، المرجع السابق، ص137،136.

4 - الاعتماد المستندي هو ترتيب مصرفي لدفع مقابل الواردات يكون العنصر الجوهري فيه هو المستندات التي تمثل البضاعة، عرفته القواعد والعادات الموحدة للاعتمادات المستندية الصادرة عن غرفة التجارة الدولية، نشرة رقم 600 لسنة 2007 في المادة 2 فقرة 8 بأنه « أي ترتيب مهما كانت تسميته أو وصفه يجوز بمقتضاه للمصرف (البنك المنشئ) الذي يتصرف إما بناء على طلب وتعليمات أحد عملائه الأمر أو بالأصالة عن نفسه: 1- بدفع إلى / أو لأمر طرف ثالث (المستفيد) أو يقبل ويدفع سحبا أو سحوبات مسحوبة من المستفيد. 2- يفوض مصرفا آخر بدفع أو قبول ودفع هذا السحب / السحوبات. 3- يفوض مصرفا آخر بالتداول مقابل مستند / مستندات منصوص عليها شريطة أن تكون هذه المستندات مطابقة تماما لشروط الاعتماد».

5 - سليمان رمضان محمد عمر، المرجع السابق، ص55، 56.

المطلب الثالث: البدائل القانونية لسندات الشحن» حلول بديلة لخطاب الضمان عند الوصول».

من المسلم قانونا أن التسليم القانوني للبضائع الذي ينهي عقد النقل يتم مقابل سند الشحن، وليس مقابل خطاب الضمان. فهذا الأخير لا يبرئ ذمة الناقل في مواجهة المرسل إليه، على اعتبار أن التسليم كان ماديا فقط للشخص مصدر الخطاب، و ما دام أنه يستحيل التسليم للمرسل إليه الحقيقي، يلتزم الناقل بتعويضه عما أصابه من ضرر<sup>1</sup>، ليسترد بعد ذلك قيمته من مصدر خطاب الضمان. لذا ينادي الفقه في كل مرة بعدم اعتبار خطاب الضمان بديلا عن سند الشحن، لما في ذلك من حجب لدوره، و الحال أن القوانين البحرية تنص على سريان مدة تقادم دعوى المسؤولية من تاريخ التسليم القانوني. كما أنه من غير العدل أن يستند الناقل البحري إلى الحجج والإعفاءات الواردة في القانون البحري، في حين أنه لم يلتزم بمواده في حالة التسليم دون الحصول على سند الشحن<sup>2</sup>.

فإذا كان خطاب الضمان ليس إلا علاجاً لوضع قائم، فإنه يمكن مواجهة الإشكالات الناشئة عن تأخر سند الشحن التقليدي القابل للتداول بسبب ما يعنيه من بقاء، دون اللجوء إلى إصدار خطاب الضمان باستخدام غيرها من السندات التي لا تطرح ذات المشاكل ولا تؤدي إلى التمسك بمثل هذه الممارسات العملية. أهم هذه السندات، خطاب النقل البحري «الفرع الأول» و سند الشحن الإلكتروني «الفرع الثاني».

#### الفرع الأول: خطاب النقل البحري.

يعد خطاب النقل البحري أو سند الشحن غير القابل للتداول بديلا مهما للقضاء على إشكالية التسليم في حالة غياب سند الشحن. و المقصود به ذلك السند الذي لا يقوم بالوظيفة الإقتصادية لسندات الشحن و هي تمثيل البضاعة، إذ يصدر بشأن عملية نقل محددة، ليكون إيصالا باستلام البضاعة ودليلا يثبت عقد النقل. فهو سند اسمي، يتضمن اسم المرسل إليه الذي يستطيع أن يتسلم البضاعة عند الوصول دون الحاجة إلى تقديم السند، إذ يكفي أن يثبت هويته المدونة في خطاب النقل<sup>3</sup>. وتستخدم هذه التذكرة فقط عندما لا تنصرف النية إلى بيع البضاعة أثناء رحلتها البحرية. و قد سبق و أن أوصت الندوة العلمية التي انعقدت في فينيسيا في جوان 1983 تحت رعاية اللجنة البحرية الدولية (CMI) بأنه في حالة عدم الحاجة إلى وثيقة نقل قابلة للتداول، يجب عدم تشجيع إصدار سندات الشحن التقليدية بالإضافة إلى توصيتها بضرورة إعداد قواعد قانونية موحدة للإحالة إليها في حالة استخدام خطابات أو تذاكر النقل البحري، وتم بالفعل وضع مجموعة قواعد تسمى القواعد الموحدة للجنة البحرية الدولية في شأن خطاب النقل البحري

1 -سوزان علي حسن، المرجع السابق، ص176.

2 - M. Remond -Gouilloud - La lettre de garantie pour absence de connaissance : une tolérance institutionnalis e- Op.cité - p 04

3 -M.Remond -Gouilloud, Droit Maritime,op.cité,\$553.

كما تم قبول خطاب النقل البحري من أجل فتح اعتماد مستندي بموجب النشرة 500 المتضمنة القواعد والعادات الموحدة للاعتمادات المستندية الصادرة عن غرفة التجارة الدولية لسنة 1993<sup>2</sup>. و حينئذ لا يمكن أن يكون للبنك صفة الدائن المرتهن لعدم قابلية الخطاب لتظهيره تظهيراً تأمينياً. من جهتها نصت قواعد روتردام لـ 2008 على حالة إصدار مستند نقل غير قابل للتداول، و أجازت للناقل رفض تسليم البضائع للمرسل إليه، إذا فشل هذا الأخير في إثبات هويته كمرسل إليه على نحو واف عندما يطلب منه الناقل ذلك<sup>3</sup>. وعادة ما يكون اسم وعنوان المرسل إليه المذكورين في تفاصيل العقد، وإن لم يكونا مذكورين إما لأنه لا يكون ثمة مرسل إليه غير الشاحن نفسه، وإما لأن الشاحن لم يعين المرسل إليه بعد وإما لأي سبب آخر، عندها على الطرف المسيطر<sup>4</sup> قبل وصول البضائع إلى المكان المقصود أو عند الوصول على أبعد تقدير أن يبلغ الناقل باسم المرسل إليه أو عنوانه<sup>5</sup>.

وتعفي المادة 45 من الإتفاقية<sup>6</sup> الناقل، من واجب التسليم إذا سلم البضائع بناء على تعليمات الطرف المسيطر أو الشاحن المستندي، وذلك عندما يرفض تسليم البضائع إلى المرسل إليه الذي فشل في إثبات هويته.

كما نصت القواعد على حالة إصدار الناقل مستند نقل غير قابل للتداول يشترط تسليمه مقابل تسليم البضائع<sup>7</sup>، فيتوجب على الناقل بمقتضى هذا الفرض تسليم البضائع إلى المرسل إليه الذي أثبت هويته كمرسل إليه على نحو واف بعد أن طلب إليه الناقل ذلك، وبعد تسليمه مستند النقل غير القابل للتداول. ومن ثم يستطيع الناقل أن يرفض تسليم البضائع إما لأن المرسل إليه لم يبين هويته على نحو واف وإما لأنه لم يقدّم بتسليم مستند النقل غير القابل للتداول<sup>8</sup>. وعند تسليم الناقل البضاعة مقابل استلامه نسخة أصلية واحدة من مستند النقل، يكون قد وفى بالتزامه وتعتبر كافة النسخ الأصلية الأخرى ملغاة لا مفعول لها.

1 - مشار إلى هذه القواعد لدى فاروق ملش، النظام القانوني للنقل الدولي متعدد الوسائط، رسالة لنيل درجة الدكتوراه في الحقوق، مصر، 1994، ص 318. وتمثل القاعدة السابعة جوهر هذه القواعد، بموجبها لا يشترط تقديم خطاب النقل البحري إلى الناقل أو وكيله لإمكان الحصول على البضاعة. و لا تنعقد مسؤولية الناقل في حالة التسليم المعيب إذا استطاع إثبات أنه قد مارس العناية الكافية للتأكد من شخص مستلم البضاعة قبل تسليمها له.

2 - المادة 24 من النشرة 500 و يقابلها المادة 21 من النشرة 600 لـ 2007.

3 - المادة 45 من اتفاقية روتردام الفقرة الفرعية «أ».

4 - طبقاً للمادة 1 من قواعد روتردام فقرة 12 و 13، الطرف المسيطر يعني الشخص الذي يحق له أن يمارس حق السيطرة على البضائع. يعني ما يقضي به عقد النقل من حق في توجيه تعليمات إلى الناقل بشأن البضائع.

5 - المادة 45 من اتفاقية روتردام الفقرة الفرعية «ب».

6 - الفقرتين (ج) و(د) من نفس المادة 45.

7 - المادة 46 فقرة أ من الإتفاقية.

8 - الفقرة «ب» المادة 46 من الاتفاقية.

بالتالي فإن خطاب النقل البحري هو مكمل لسند الشحن البحري القابل للتداول إستجابة لوضع معين، فهو لا يحل محله وليس بديلا له في كل الحالات، إذ يبقى غير ملائم لانتقال ملكية البضاعة عن طريق تداوله بالطرق التجارية.

#### الفرع الثاني: سند الشحن الإلكتروني.

يندرج سند الشحن البحري الإلكتروني تحت نظام تبادل البيانات إلكترونيا « EDI ». و هو نظام فرض نفسه في ميدان التجارة والنقل. ذلك أن استخدام البريد الإلكتروني في نقل المعلومات والبيانات بنقل معطيات سند الشحن عبر الإنترنت كسند إلكتروني، و نظرا للسرعة اللحظية في وصولها، تنهي فعليا مشكلة تأخير وصول المستندات الورقية الآتية بالبريد العادي.

عليه فإن سند الشحن الإلكتروني هو عبارة عن رسالة بيانات، تتضمن مجموعة من المعلومات موقعة من الناقل تفيد استلامه البضاعة، فيكون الخطاب الإلكتروني أو رسالة البيانات إما رسالة إلكترونية عادية موقعة ممن صدرت عنه، وإما رسالة مشفرة باستخدام مجموعة من العمليات الحسابية يتم خلالها تشفير مضمونها، ويتم اللجوء إلى هذه النوعية الأخيرة من الرسائل لإضفاء نوع من الثقة على سندات النقل التي تتم عبر شبكة الانترنت إذ تضمن للمرسل إليه سلامة المعلومات التي تتضمنها دون تحريف أو تعديل قد ينتج عن شخص آخر على الشبكة<sup>1</sup>.

إلا أن أهم الإشكالات التي واجهت سندات الشحن الإلكترونية هي صعوبة تداولها. لذا ظهر في أوروبا عام 1994 نظام مغلق يرمي إلى تحقيق تداول السندات الإلكترونية من خلال ارتباط المشتركين بشبكة واحدة للتجارة الدولية ، بهدف توفير نظام يضمن تبادلا آمنا لمستندات التجارة الإلكترونية- و منها سند الشحن- عن طريق تطبيق نظام مركزي للبيانات<sup>2</sup>، و هو نظام ممول جزئياً من الاتحاد الأوروبي ، تم إعداده بالمشاركة بين جمعية الاتصالات المالية بين المصارف على مستوى العالم<sup>3</sup> SWIFT ونادي الحماية التعويض المتخصص في النقل متعدد الوسائط<sup>4</sup> TT club ، و تديره هيئة لتسجيل سندات الشحن الإلكترونية BOLERO<sup>5</sup> ، و قد بدأ العمل بهذا النظام في سبتمبر 1999.

ينشئ نظام BOLERO سجلا مركزيا لتسجيل جميع العمليات و الرسائل الإلكترونية بالترتيب، و التحقق منها. فلكل عضو مستخدم للنظام، مفتاح خاص سري و آخر عام معروف لدى كل المستخدمين و الهيئة. إذ بعد قيام الناقل بملء البيانات الإلكترونية المحددة من قبل الشاحن، وهي البيانات اللازمة لاعتبار السند ممثلاً للبضائع المنقولة، ويمثل ملتسلمه حيازة رمزية للبضائع. و بعد التوقيع الإلكتروني و التحقق من التوقيع من طرف الهيئة، يتم إنشاء سند الشحن ، و يكون

1 - محمد إبراهيم موسى ، سندات الشحن الإلكترونية بين الواقع والمأمول ، دار الجامعة الجديدة ، 2005 ، مصر، ص 65، 66.  
2 - المرجع السابق، ص 84.

3 - SWIFT (Society for Worldwide Interbank Financial Transactions

4 - Through Transport Mutual Insurance Association

5 - BOLERO :Bill Of Lading Electronic Registry Organization

من حق أي حامل سجل اسمه في السجل المركزي أن يتداول سند الشحن الإلكتروني. فيسمح المفتاح الخاص للحامل أن ينقل حيازته للبيانات الواردة في السند الإلكتروني إلى شخص آخر. ويتم التخلص من المفتاح الخاص وعمل مفتاح جديد للحامل الجديد. وبهذا الشكل يكون الحامل الأخير للبيانات الإلكترونية هو الحائز الوحيد للمفتاح الخاص وهو وحده الذي يستطيع ممارسة جميع الحقوق التي يخولها له سند النقل الإلكتروني. فتستبعد إمكانية تنازع السندات الإلكترونية<sup>1</sup>. كما يحقق نظام BOLERO الأمان بواسطة هيئة الإعتماد التي تسلم للمستخدمين توقيعات إلكترونية تمكنهم من اعتماد الرسائل الإلكترونية و مراجعة فحواها<sup>2</sup>. كما يكون من السهل التعرف على الحامل الشرعي نظرا لاحتفاظ المكتب بكل التداولات الحاصلة للسند.

يعتبر سجل النقل الإلكتروني من الأمور المستحدثة التي جاءت بها اتفاقية روتردام 2008 انسجاما مع تطور تكنولوجيا الاتصال الحديثة. فعرفت المادة 1 فقرة 18 من الاتفاقية سجل النقل الإلكتروني بأنه « المعلومات الواردة في رسالة واحدة أو أكثر يصدرها الناقل بوسيلة اتصال إلكترونية بمقتضى عقد النقل، بما فيها المعلومات المرتبطة منطقيا بسجل النقل الإلكتروني بواسطة مرفقات أو الموصولة بطريقة أخرى بسجل النقل الإلكتروني إبان أو عقب إصداره من جانب الناقل، بحيث تصبح جزءا من سجل النقل الإلكتروني والتي تثبت تسلم الناقل أو الطرف المنفذ للبضائع بمقتضى عقد النقل، وتثبت وجود عقد النقل أو تحتوي عليه».

وتقتضي المادة 8 من نفس الاتفاقية على أنه يجوز تسجيل أي شيء تقتضي هذه الاتفاقية بأن يحتويه مستند النقل، في سجل النقل الإلكتروني، بشرط أن يكون إصدار سجل النقل الإلكتروني رهنا بموافقة الشاحن و الناقل. كما جعلت الاتفاقية لإصدار السجل والسيطرة الحصرية عليه وإحالاته، نفس مفعول إصدار مستند النقل الورقي أو حيازته أو إحالاته.

وقد نصت الإتفاقية على نوعين من سجلات النقل الإلكترونية:

- سجل النقل الإلكتروني القابل للتداول: وهو الذي يكون مؤشرا عليه بما يفيد أنه قابل للتداول كعبارة «الأمر» أو «قابل للتداول» أو أي عبارة أخرى ملائمة يعترف القانون المطبق على ذلك السجل بأن لها المفعول ذاته، شرط ألا يذكر في السجل صراحة عبارة « غير قابل للتداول» أو «ليس قابلا للتداول» على أن يستوفي صدوره الإجراءات التي تنص عليها المعاهدة<sup>3</sup>.

- سجل النقل الإلكتروني غير القابل للتداول: وهو الذي لا يندرج ضمن سجلات النقل الإلكترونية القابلة للتداول<sup>4</sup>، ودون الحاجة إلى أن يذكر صراحة أنه غير قابل للتداول.

وتمتاز سجلات النقل الإلكترونية القابلة للتداول بإمكانية تحويل الحقوق الواردة بها، فيتم

1 - سوزان علي حسن، المرجع السابق، ص 229.

2 - المرجع السابق، ص 230.

3 - المادة 1 فقرة 19 معطوفة على المادة 1 فقرة 9 من قواعد روتردام 2008.

4 - المادة 2 فقرة 20 من قواعد روتردام.

المجلة الجزائرية للقانون البحري والنقل ————— العدد السادس  
إحالتها إلى حائز السجل وفقا لإجراءات واردة في تفاصيل العقد، تتضمن الطريقة التي يصدر بها سند الشحن الإلكتروني و إحالته إلى حائز محدد. أن تؤكد هذه الإجراءات سلامة سجل سند الشحن الإلكتروني و عدم المساس به. كما يجب أن تتضمن هذه الإجراءات الكيفية التي يمكن أن يثبت بها حائز سند الشحن الإلكتروني أنه حائزه الشرعي، و كذا الطريقة التي يؤكد بها تسليم سند الشحن الإلكتروني لحائزه أو أن سند الشحن الإلكتروني قد فقد مفعوله و صلاحيته ، و ذلك لاتفاق الناقل و حائز سند الشحن الإلكتروني على استبداله بسند شحن ورقي، أو بسبب استلام البضائع وتسليم السند إلى الناقل<sup>1</sup>.

ذلك أن الاتفاقية أجازت الاتفاق بين الناقل و حائز مستند النقل أو سجل النقل الإلكتروني القابلين للتداول استبدالهما ببعضهما، وذلك بتسليم الحائز إلى الناقل مستند النقل أو سجل النقل الإلكتروني بحسب الأحوال، مقابل إصدار الناقل إلى الحائز سجل نقل الكتروني قابل للتداول أو مستند نقل قابل للتداول. وبعد عملية الاستبدال يفقد المستند أو السجل المستبدل مفعوله<sup>2</sup>. إلا أن الحائز ممارسته حق الاستبدال هذا لا يعتبر أنه يمارس حقا، فلا تسري عليه المسؤوليات بمقتضى عقد النقل<sup>3</sup>.

#### الخاتمة:

إن المساس بالقواعد الآمرة التي تنظم النقل البحري بموجب شرط تعاقدى، سيؤدي إلى المساس بالثقة و عنصر الإثتمان اللذان يميزان سند الشحن و يقلص بالمقابل من الحماية القانونية المقررة للنقل.

فإن كان خطاب الضمان عند الوصول حل أوجدته الممارسات العملية من أجل تسليم البضاعة لتأخر سند الشحن، فإنه يبقى حلا غير قانوني. لذلك لا بد من استخدام سندات شحن أكثر ملائمة للمتطلبات العملية لعقد النقل و قائمة على أسس قانونية، ذلك أنه ليس للقانون أن يبقى بمنأى عما يحصل في الممارسات الواقعية . عندئذ سيتم الرجوع إلى الوضعية العادية لتسليم البضائع استجابة للنص القانوني، و حينها يمكن الإستغناء عن هذا الخطاب الذي قد يكون محلا للإحتيال. فيكون الحل الأمثل في إصدار سندات إلكترونية مسايرة للتطور التكنولوجي و تبسيطا للإجراءات، حتى يحتفظ سند الشحن بمكانته في إطار المعاملات التجارية الدولية. سواء في صورته القابلة للتداول أو غير القابلة للتداول نظرا لدوره المتمم في حالة انعدام الحاجة إلى تمثيله للبضاعة. مع ضرورة تشديد الإجراءات الرامية للمحافظة على البيانات الإلكترونية الخاصة بالبضاعة، بغية السيطرة عليها منذ إنشاء السند إلى غاية فقدانه لمفعوله و انتهاء العقد، و كذا الإلمام بتقنيات الحماية تفاديا للقرصنة الإلكترونية.

1 - و هذا طبقا 9 فقرة 1 المتعلقة بإجراءات استخدام سجلات النقل الإلكترونية القابلة للتداول.

2 - المادة 10 من قواعد روتردام.

3 - المادة 58 فقرة 3 من قواعد روتردام.