

## أثر الغش والخطأ الجسيم على التعويض في النقل البحري للبضائع

قرارية قويدر<sup>1</sup>

### مقدمة:

لا يخفى على أحد أن الغش والخطأ الجسيم يعدان من بين الأفعال أو السلوكيات التي تجعل الناقل غير جدير بالرعاية القانونية وتجعله يفقد حقه في أن يتمسك بنظام الحد الأقصى للتعويض وذلك عند ثبوت مسؤوليته عن ما يلحق من ضرر للبضائع التي تعهد بنقلها و يعتبر الغش وجها معاكسا أو مخالفا لحسن النية أو الأمانة في التعامل بين المتعاقدين، لذلك يحرم مرتكبه من الاستفادة مما قررت له التشريعات دولية كانت أم وطنية.

لقد كان الغموض يخيم على العديد من أحكام معاهدة بروكسل الأصلية لسنة 1924<sup>2</sup> قبل تعديلها وخاصة في المادة 5/4، التي هي موضوع بحثنا، من حيث أنها جاءت عامة، مما يؤدي إلى صعوبة في تفسيرها على نحو صحيح، فجاء نصها كما يلي: «لا يلتزم الناقل أو السفينة في أي حال من الأحوال بسبب الهلاك أو التلف اللاحق بالبضائع أو ما يتعلق بها، بمبلغ يزيد على مائة جنيه إنجليزي عن كل طرد أو وحدة أو على ما يعادل هذه القيمة بعملة أخرى، ما لم يكن الشاحن قد بين جنس البضاعة وقيمتها قبل الشحن أن هذا البيان قد دون في سند الشحن».

وما يلفت الانتباه عند قراءة هذه المادة عبارة «في أي حال من الأحوال» أن معاهدة بروكسل غفلت عن الجانب الأخلاقي في تحديد المسؤولية مطلقا، بل ومؤكدة على وجوب مراعاة التحديد في جميع الأحوال in any event فشكلت جدلا كبيرا في أوساط الفقه والقضاء وتساؤل هؤلاء إزاء هذا الاطلاق، فهل تجب مراعاة حدود المسؤولية حتى ولو ارتكب الناقل وتابعوه غشا أو خطأ جسيما؟ ألا ينبغي أن يكون من شأن هذا الغش أو الخطأ الجسيم تحطيم حدود المسؤولية واطلاق التعويض ليغطي الضرر بأكمله؟<sup>3</sup> وللإجابة على هذه الإشكاليات، كان من الضروري تقسيم موضوع البحث إلى مطلبين: غموض المادة 4 من معاهدة بروكسل وتفسيرها الصحيح (مطلب الأول)، مفهوم الغش واثباته (مطلب ثاني).

1 - طالب دكتوراه مخبر القانون البحري و النقل جامعة أبي بكر بلقايد - تلمسان -  
2 - اتفاقية بروكسل لسنة 1924 المتعلقة بتوحيد بعض قواعد سندات الشحن دخلت حيز التنفيذ في سنة 1931، صادقت عليها الجزائر بموجب المرسوم 64-70 المؤرخ في 07/04/1964، ج ر عدد 29، الصادر في 07/04/1964، لكنها لم تصادق على بروتوكولي تعديلها لسنة 1968 وسنة 1979.

3 - محسن شفيق، المرجع الجديد في القواعد الدولية الخاصة بنقل البضائع (اتفاقية هامبورغ بتاريخ 31 من مارس 1978، دار النهضة العربية، القاهرة، بدون تاريخ نشر، ص 111 وما يليها .

لمطلب الأول: غموض المادة 4 من معاهدة بروكسل وتفسيرها الصحيح

لقد أدى غموض المادة 5/4 من معاهدة بروكسل لسنة 1924 إلى انقسام وجهات نظر الفقه، حول تفسير عبارة «في أي حال من الأحوال» الواردة في الفقرة 5 من نص المادة المذكورة، من حيث الأفعال التي تلغي إمكانية تمسك الناقل بالحد الأقصى للتعويض الواردة في المعاهدة ومما صعب الأمر أن المعاهدة جاءت خالية من نص صريح بشأن هذا الموضوع، لذلك تباينت الآراء الفقه و تعارضت أحكام القضاء وعليه سنتعرض للتفسيرات التي برزت بخصوص العبارة الغامضة، من خلال أربع نظريات: فقدان الحد الأقصى للتعويض يقتصر على الغش دون الخطأ الجسيم (فرع أول)، سقوط الحد الأقصى للتعويض في حالي الغش والخطأ الجسيم (فرع ثاني)، عموم النص يقتضي تطبيق الحد الأقصى للتعويض في كل الأحوال (فرع ثالث)، عدم تأثر حق الناقل في التمسك بالتعويض المحدود عن الغش والخطأ الجسيم الصادر عن تابعيه (الفرع الرابع).

الفرع الأول: فقدان الحد الأقصى للتعويض يقتصر على الغش دون الخطأ

يذهب أصحاب هذا الاتجاه إلى القول أن الناقل يجوز له أن يتمسك في جميع الحالات بالحد الأقصى للتعويض المنصوص عليه في المعاهدة مهما كان نوع الخطأ، الذي ارتكبه هو أو أحد تابعيه حتى ولو بلغ الخطأ درجة من الجسامة ولا يستثنى من ذلك سوى الغش<sup>1</sup>، إذ هذه الصورة وحدها هي التي يفترض أن الشارع استبعدها من هذا المجال و في هذه الحالة الأخيرة يتعطل العمل بالحد الأقصى للتعويض ويلتزم الناقل بدفع تعويض كامل لصاحب البضاعة<sup>2</sup>، من بين الحجج التي يستند إليها أنصار هذا الاتجاه ما يلي:

1- أن وجود عبارة «في أي حال من الأحوال» en aucun cas في النص يستدعي تطبيقه في جميع الحالات، حتى ولو كانت المسؤولية ناشئة عن خطأ جسيم إذ أنها عبارة عامة ومطلقة لا تترك مجالاً لأي استثناء ومن جهة أخرى فإن تحديد المسؤولية قد خرج بنص المادة 4 فقرة 5 من نطاق الدائرة التعاقدية ليدخل في نطاق الدائرة القانونية، التي تتعلق بالنظام العام ولذلك فلا محل لتطبيق أحكام القضاء، التي سادت قبل المعاهدة وكانت تقضي ببطلان آثار شروط تحديد المسؤولية التي اتفق عليها، في سندات الشحن في حالة ما ارتكب الناقل أو أحد تابعيه غشاً أو

1 - Antione Villard, Droit maritime, presses universitaires de France, Paris 1997, p420, Boukhatmi Fatima, Aspect du contrat de transport de marchandises par mer en droit algérien et dans internationales, thèse de doctorat d'état en droit, université d'Oran, 17/6/2002, p213.

= عبد الرحمن سليم، شروط الاعفاء من المسؤولية، رسالة دكتوراه في القانون، جامعة الإسكندرية، سنة 1955، ص 290، محمود سمير الشراوي و محمد القليوبي، القانون البحري، (الطبعة الرابعة)، دار النهضة العربية، القاهرة، سنة 1993، ص 437.

2 - محمد بهجت عبد الله قايد، مسؤولية الناقل البحري للبضائع في اتفاقية هامبورغ (دراسة مقارنة بين اتفاقية بروكسل لسندات الشحن والقانون البحري رقم 8 لسنة 1992، دار النهضة العربية بالقاهرة، سنة 1992، ص 117.

خطأ جسيماً<sup>1</sup>.

2- أن النص جاء عاماً لا يفرق بين الخطأ الجسيم وغيره وهو نص أمر لا يمكن الخروج عليه أو تأويله.

3- أن فكرة الخطأ الجسيم هي غير معروفة عند كثير من البلدان، التي وقعت على المعاهدة وبصفة خاصة في الدول الأنجلو سكسونية<sup>2</sup>.

4- أن المؤتمرين في بروكسل لم يتعرضوا لمسألة الخطأ الجسيم خلافاً لما فعلته بعض المؤتمرات الدولية الأخرى كمؤتمر فرسوفيا الخاص بالملاحة الجوية سنة 1929، أو مؤتمر روما الخاص بالنقل الدولي بالسكك الحديدية سنة 1934، مما يدل على أن الخطأ الجسيم ليست له أهمية خاصة بالنسبة لمعاهدة سندات الشحن وبصفة خاصة فيما يتعلق بحق الناقل، في التمسك بالحد الأقصى للتعويض حيث تجعل له المعاهدة ذلك في أي حال الأحوال<sup>3</sup>.

#### الفرع الثاني: سقوط الحد الأقصى للتعويض في حالي الغش والخطأ الجسيم

يذهب جانب من الفقه<sup>4</sup> إلى أبعد من الرأي الأول في تفسيره لعبارة «في أي حال من الأحوال»، الواردة في نص المادة 4فقرة 5 وإلى أن الناقل وتابعيه أنهم لا يفقدون حقهم في التمسك بالحد الأقصى للتعويض في حالة الغش فحسب، بل أكثر من ذلك وأن حقهم سيسقط أيضاً في حالة الخطأ الجسيم وبالتالي يسري عليهم التعويض الكامل للضرر الحاصل عن البضاعة وذلك في كل الأحوال، كلما ارتكبوا من غش أو خطأ جسيماً.

ويقدم بعضهم الحجة على ذلك بأن التحديد القانوني للمسؤولية قد حل محل الشرط الاتفاقي لهذا التحديد ويترتب عنه أنه لا محل لتطبيق الحد القانوني الأقصى للتعويض كلما كان الضرر راجعاً إلى غش أو خطأ جسيم صادر منه أو من تابعيه وعليه تتعقد مسؤولية الناقل مطلقة<sup>5</sup>.

ويضيف بعضهم أنه لما كانت أحكام المعاهدة وضعت خصيصاً لمراعاة مصالح الشاحنين ومنع تخفيف المسؤولية عن الناقل وبالتالي لا يمكن اعمال النص القانوني في هاتين الحالتين، التي كان القضاء يرفض فيها أصلاً الأخذ بالتحديد الاتفاقي، وإلا أصبحت نصوص المعاهدة أخف أثراً على

1 - Georges Marais, les transports internationaux de marchandises par mere et la jurisprudence en droit compare, libraire général de droit et jurisprudence, Paris 1949, p206.

2 - علي حسن يونس، العقود البحرية، دار الفكر العربي، مصر، سنة 1978، ص 119.

3 - المرجع السابق، الموضوع نفسه.

4 - Michelle Pourcelet, Le Transport maritime sous connaissance (droit canadien, Américain, anglais), Les Presses de l'université de Montréal, Canada 1972, p151.

5 - مشار إليه لدى علي جمال الدين عوض، القانون البحري، دار النهضة العربية، القاهرة، سنة 1969، ص 784.

الناقل من الشروط الاتفاقية لتحديد المسؤولية وهو ما لم تقصده المعاهدة على الإطلاق<sup>1</sup>.

وقد عُرِضَ على القضاء الفرنسي ذات الإشكالية الأخيرة حول تفسير العبارة الغامضة من المادة المذكورة فحكمت محكمة باريس في سنة 1954 بحرمان الناقل في حالتي الغش والخطأ الجسيم من التعويض وفق الحد الأقصى للتعويض، فطعن أمام محكمة النقض فنظرت إلى الموضوع من نظرة لا تخلو من اعتبار الواقع الذي يفرض مراعاة مصالح الناقلين الفرنسيين في ميدان المنافسة الدولية، كما لاحظت أن كثيرا من التشريعات تقرر حماية للناقلين الوطنيين وقدرت أن هذه الحماية تتحقق إذا سمحت للناقل الفرنسي بأن يتمسك بالحد الأقصى للتعويض في جميع الحالات، مالم يصدر منه شخصا غش فحكمت أن العبارة العامة التي وردت في نص القانون الفرنسي الصادر في سنة 1936 وهو يردد عبارة نص المعاهدة تشمل كافة حالات المسؤولية باستثناء حالة الغش، كما أعيدت القضية إلى محكمة استئناف Rouen لإعادة الفصل فيها، فأصرت المحكمة على ذات ما قضت محكمة باريس وقضت بدوائرها المجتمعة باستبعاد حالة الخطأ الجسيم، فلما عادت القضية أمام محكمة النقض أكدت قضاءها السابق<sup>2</sup>.

#### الفرع الثالث: عموم النص يقتضي تطبيق الحد الأقصى للتعويض في كل الأحوال

نادى أنصار هذا الاتجاه<sup>3</sup> بتطبيق الحد الأقصى للتعويض الوارد في المادة 5/4 من معاهدة بروكسل لسنة 1924 في كل الأحوال، حتى ولو صدر من الناقل أو أحد تابعيه غشا أو خطأ جسيما، لأن عبارة «في كل حال من الأحوال» الواردة في هذه المادة جاءت قاطعة الدلالة على تطبيق الحد الأقصى للتعويض في جميع الحالات، التي تنعقد فيها مسؤولية الناقل حتى ولو كانت ناجمة عن غشه وهذا ما حكم به القضاء في بعض المحاكم المغربية<sup>4</sup> والفرنسية<sup>5</sup>.

وفي الحقيقة أن الأخذ بهذا الرأي سيشكل خطورة مصالح الشاحن أو المرسل إليه، كما أن التفسير الظاهري للنص والوقوف عند حرفيته ليس ضربا من الموضوعية، فلا بد من البحث عن

1 - سميحة القليوبي، القانون البحري، دار النهضة العربية، القاهرة، سنة 1987، ص 319.

2 - قرار صادر في 11 مارس 1960 مشار إليه لدى علي جمال الدين عوض، تعليقات على القضاء التجاري البحري، مجلة القانون والاقتصاد للبحث في الشؤون القانونية والاقتصادية، العدد الأول، السنة الحادية والثلاثون، مارس 1961، ص 15.

3 - Francis Sauvage, Manuel pratique du transport des marchandises par mer, librairie générale de droit et de jurisprudence, Paris 1955, p83.

مصطفى كمال طه، أصول القانون البحري، دار نشر الثقافة بالاسكندرية، سنة 1968، ص 559، فاروق ملش، النقل الدولي متعدد الوسائط، الأوجه التجارية والقانونية، الأكاديمية العربية للنقل البحري، الإسكندرية، 1996، ص 239.

4 - Cour de Rabat 19/3/1948: Georges Marais, op-cit, p206.

5 - Trib. Genes. 30/01/1956 Dir. Marettimo 1956, p418, Trib. Naples 30/09/1955, Dir. Maritimo. 1956, Genes 09/10/1952, p 248; René Rodière, traité général de droit maritime, Tome II, les contrats de transport de marchandises, librairie Dalloz, PARIS 1968, p308.

المجلة الجزائرية للقانون البحري والنقل ————— العدد السادس  
القص الذي كانت تهدف إليه المعاهدة مع مراعاة المبادئ العدالة وإلا فقدت هذه الاتفاقية مصداقيتها واتهمت بالانحياز للناقل، الذي يعتبر الطرف الأقوى في عقد النقل.

ومن جهة أخرى فإن تغافل الاتفاقية عن ذكر حالات سقوط الحق في الاستفادة من ميزة الحد الأقصى للتعويض لا يعني أن الدول التي شاركت في المعاهدة كانت تود على اختلافها بأن يستفيد الناقل أو تابعيه في حال ارتكابهم غشا أو خطأ جسيما .

الفرع الرابع: عدم تأثر حق الناقل في التمسك بالتعويض المحدود عن الغش والخطأ الجسيم الصادر عن تابعيه

يفرق أصحاب هذا الاتجاه<sup>1</sup> بين الغش الصادر من الناقل والذي يرتكب أحد تابعيه، فإذا ارتكب الناقل شخصا غشا في تنفيذ عملية النقل فإنه سيحرم من التمسك من الحد الأقصى للتعويض ويلزم بدفع مبلغ التعويض كاملا عن الضرر اللاحق عن البضاعة الهالكة أو التالفة، أما بالنسبة للتابعي الناقل فإنه يجوز إعمال الحد الأقصى للتعويض سواء كان الفعل الذي نجم عنه الضرر حتى ولو كان صادر منهم عمدا أو عن خطأ جسيم ، فإن حق الناقل يبقى قائما في التمسك من الحد الأقصى للتعويض المنصوص عليه في المادة 4 فقرة 5 من معاهدة بروكسل<sup>2</sup>.

ومن خلال تتبع الآراء الفقهية السابقة فإنه يرجح أصحاب الاتجاه الثاني، الذين نادوا بسقوط حق الناقل في التمسك بالحد الأقصى للتعويض في حالتي الغش والخطأ الجسيم، لأن مبادئ العدالة تتطلب أن يصب تفسير عمومية العبارة الواردة في فقرة 5 المادة 4 في حرمان الناقل أو تابعيه من ميزة الحد الأقصى للتعويض واحلال محله التعويض الكامل، كحكم عادل عن ما يصيب البضاعة من ضرر استنادا للحجج الآتية<sup>3</sup>:

1- بالرجوع إلى الأعمال التحضيرية والتي تعتبر خلفية للسند القانوني، فالمناقشات التي دارت في مؤتمر لاهاي حول النص الخاص بالحد الأقصى للتعويض، الذي يتضمن عبارة «في أي حال من الأحوال en aucun cas يستدل منها صراحة على أن هذه العبارة يقصد بها أي حال من الأحوال كانت عليها قيمة البضاعة المشحونة ، بمعنى أن الناقل لا يلزم بسبب الهلاك أو الضرر اللاحق بالبضاعة أو ما يتعلق بها بمبلغ يزيد عن مائة جنيه انجليزي، مهما كانت قيمة هذه البضاعة أي حتى ولو كانت قيمتها مرتفعة جدا عن المبلغ الأخير مادامت لم تذكر هذه القيمة في سند الشحن ولم تعالج المناقشات اطلاقا في هذا الصدد عن الخطأ، الذي يرتكبه الناقل ودرجته

1 -Georges Ripert, droit maritime, crédit maritime, fortune de mer, transport maritime, tome II 4eme édition, Rousseau, paris 1952, p714.

2 - سميحة القليوبي ، القانون البحري ( السفينة، أشخاص الملاحة البحرية، العقود البحرية ) ،دار النهضة العربية ،القاهرة ،سنة 1982 ،ص 220 .

3 - عبد الرحمن سليم المرجع السابق ،ص 294 وما يليها.

المجلة الجزائرية للقانون البحري والنقل \_\_\_\_\_ العدد السادس  
جسيما كان أو هينا مما يستنتج معه حتما أن التفسير الذي ذهب إليه أصحاب الرأي الثاني من  
أن العبارة العامة تستبعد بعموميتها وإطلاقها كل استثناء وتشمل كل صور المسؤولية، أي حتى  
ولو كانت ناشئة عن خطأ جسيم تفسير غير موفق.

2- إن الدليل المستمد من معاهدة فارسوفيا الخاصة بالملاحة الجوية (12 أكتوبر 1929)  
ومعاهدة روما الخاصة بالنقل الدولي بواسطة السكك الحديدية (16 مارس 1934) دليل غير مقنع،  
إذ أن المعاهدتين الأخيرتين كان النص فيهما على أن الغش أو الخطأ الجسيم يحول دون تطبيق  
التحديد الذي نصتا عليه لمسؤولية الناقل فهذا ليس دليلا على أن نية واضعي معاهدة سندات  
الشحن، التي جاءت خالية من مثل هذا النص قد انصرفت إلى العكس، خاصة وأن هاتين  
المعاهدتين قد صدرتا بعد ظهور معاهدة سندات الشحن (بروكسل ل25 أوت 1924).

ومن جهة أخرى فإن المعاهدتين قد نصتا على أن الغش والخطأ الجسيم يعتبران في أحكامهما  
كحائلين دون تطبيق الحد الأقصى للتعويض، المقرر لمسؤولية الناقل وجاءت معاهدة سندات  
الشحن خالية من النص على أي منهما فإذا كان أصحاب الرأي الأول قد استنتجوا من ذلك أن نية  
واضعي معاهدة سندات الشحن قد انصرفت إلى عدم اعتبار الخطأ الجسيم حائلا دون تطبيق  
التحديد القانوني لمسؤولية الناقل البحري، فكان يجب عليهم أن يستنتجوا أيضا أن الغش كذلك  
وهو غير منصوص عليه أيضا في المعاهدة لا يحول دون تطبيق هذا الحد القانوني، حتى يكون  
استنتاجهم تاما ومع ذلك ففي رأيهم أن الخطأ الجسيم وحده دون الغش هو الذي لا يحول دون  
تطبيق هذا الحد القانوني لا يبدوا سببا مقنعا.

3- فكرة الخطأ الجسيم التي ادعى بعض الفقهاء<sup>1</sup> أنها مجهولة في كثير من الدول، التي  
اشتركت في المعاهدة (الدول الأنجلو سكسونية) وعلى هذا فإن مسألة هذا الخطأ لم تكن محل  
نقاش في مؤتمر بروكسل الدبلوماسي ويرد على ذلك بأن بعض الدول الأخرى التي اشتركت في إتمام  
المعاهدة، كفرنسا مثلا تعرف جيدا فكرة الخطأ الجسيم، كما أن ممثلي الدول الأنجلو سكسونية  
على وجه الخصوص الذين كانوا يمثلونها كان معظمهم من الفقهاء القانونيين، الذين لا يتطرق  
الشك إلى إلمامهم بفكرة الخطأ الجسيم وهي فكرة قديمة ترجع إلى عهدة الرومان، فإذا جاء مؤتمر  
خاليا من مناقشات حول الخطأ الجسيم وجاءت المعاهدة بعد ذلك خالية من النص في هذا الشأن  
فهذا لا يقطع بأن نية واضعي المعاهدة قد انصرفت إلى تطبيق الحد الأقصى للتعويض حتى ولو  
ارتكب الناقل أو أحد تابعيه خطأ جسيما، بل أكثر من ذلك فلو فرض وكان شك فالشك يجب أن  
يؤول لصالح الشاحن ولا يقصد بذلك أن معاهدة سندات الشحن يراد بها تخصيص المنفعة لصالح  
الشاحن وإنما يقصد به أن الغرض الأساسي من المعاهدة هو إحياء حقوق الشاحن، في عقد النقل

1 - Georges Ripert, droit maritime, op-cit, p714.

بعد أن كادت تزول من آثار شروط الإعفاء من المسؤولية وتحديدها، لذلك إذا وجد هناك شك فيجب أن يفسر لصالح الشاحن<sup>1</sup>.

4- إن القول الذي يستفاد من قضاء محكمة النقض الفرنسية بأن الغش الذي يترتب عليه سقوط حق الناقل في التمسك بالحد الأقصى للتعويض هو الغش الذي يصدر من الناقل شخصيا دون تابعيه، فالغش في الحالة الأخيرة ليس له تأثير على ذلك، هذا الرأي لا يمكن الاقرار به على هذا النحو لمنافاته العدالة ومخالفته المبادئ القانونية، ذلك لأن تنفيذ عقد النقل وما يصاحبه من أخطاء أو أفعال يتم عادة من قبل تابعي الناقل أو وكلائه، هذا فضلا عن أن الغش والسرقة يقعان في الغالب من تابعي الناقل ولا يتصور وقوعهما عملا من الناقل شخصيا، الأمر الذي يترتب عليه حرمان المضرور من التعويض الكامل، في حالة الغش بحجة عدم صدور من الناقل شخصيا ولهذا وجب على محكمة النقض أن تعدل عن هذا التفسير الضيق للغش والتسوية بين الغش الصادر من الناقل والصادر من تابعيه من حيث الأثر، خاصة أن بروتوكول 1968 قد عدّل الفقرة الخامسة من المادة الرابعة وأزال كل لبس في هذا الخصوص وقرر أن الحد الأقصى المشار إليه في المعاهدة وهو عشرة آلاف بوانكاريه يستبعد في حالة الغش الناقل أو خطئه غير المغتفر *dol ou faute inexcusable*<sup>2</sup> وأما الناشئ عن تابعيه أو وكلائه فلا يؤثر على حق الناقل في الاستفادة من حدود المسؤولية المقررة له وفق المعاهدة، لكن في حالة ما رفعت الدعوى على تابع الناقل أو وكيله عند ارتكاب أحدهم غش أو خطأ جسيم، فإنه يحرم من الحد الأقصى للتعويض ويلزمه التعويض كاملا عن الضرر اللاحق بالبضاعة<sup>3</sup>.

إن الحل الذي جاء به بروتوكول الأخير في الإفصاح عن النية الحقيقية للدول من وراء تقرير الفقرة الخامسة من المادة الرابعة كان دليلا كافيا لإبعاد أي خلاف بين الفقه والقضاء حول الموضوع والذي يجب أن يكون مرجعا لهما، في الدلالة على المراد من الفقرة الغامضة من المادة

1 - باعتبار عقد النقل من عقود الإذعان والشاحن هو الطرف المدّعن في هذا العقد وعليه وفقا للقواعد العامة قضت المادة 2/112 من القانون المدني الجزائري: «..غير أنه لا يجوز أن يكون تأويل العبارات الغامضة في عقود الإذعان ضارا بمصلحة الطرف المدّع»: الأمر 58-75 المؤرخ في 1975/09/26 المعدّل و المتّم بالقانون 10-05 المؤرخ في 20 جوان 2005 و القانون رقم 05-07 المؤرخ في 13/05/2007 المتضمّن القانون المدني الجزائري، ج ر عدد 31 الصادر في 13/05/2007.

2 - محمد بهجت عبد الله فايد، مسؤولية الناقل البحري للبضائع في اتفاقية هامبورغ، المرجع السابق، ص 117. يعرف الخطأ غير المغتفر *faute inexcusable* بأنه الفعل أو الامتناع المرتكب من جانب الناقل أو أحد تابعيه أثناء تأديتهم لوظائفهم و يكون ناتجا عن تهور ووعي باحتمال وقوع الضرر: هدى الساسي، مسؤولية الناقل الجوي في مادة نقل البضائع جوا طبقا لاتفاقية فرسوفيا والبروتوكولات المعدلة لها، مجلة الدراسات القانونية والبحوث السياسية الاجتماعية، يوم 21 ماي 2017، ص 19: [polyjuris.com](http://polyjuris.com)

ويعرف أيضا بأنه الخطأ الذي بلغ حدا استثنائيا من الجسامة وكل من أتاها قد قصده في ظرف يوجب عليه أن يتوقع نتيجته وأن يعي خطره وكان توقعه لها ممكنا ولم يكن له في هذا الظرف أي عذر يبرر ارتكاب الفعل أو يجيز التسامح عنه واقعا: عاطف النقيب، النظرية العامة للمسؤولية عن الفعل الشخصي، المنشورات الحقوقية، سنة 1999، ص 205.

3 - المادة 3 فقرة 4 من بروتوكول بروكسل لسنة 1968.



والجدير بالذكر وهذه نقطة تضاف إلى ما سبق و بخصوص التفسير الذي أخذت به محكمة النقض الفرنسية ونظرتها المنفردة مبررة حكمها على اتباع نهج التشريعات التي تقرر حماية للناقلين الوطنيين لتأسيس حكمها في مراعاة مصالح الناقلين الفرنسيين بالسماح للناقل بأن يستفيد من ما قررت له معاهدة بروكسل من مسؤولية محدودة في كل الأحوال حتى في حالة الخطأ الجسيم ولا يخرج عن ذلك إلا الغش، فهذا الحكم لا يتحلى بال موضوعية وتطغى عليه المصلحة الوطنية ويؤدي إلى عدم التوازن العقدي الذي يفتقده عقد النقل البحري .

ومن جهة أخرى فإن بقاء حق الناقل في التمسك بالحد الأقصى للتعويض عند انعقاد مسؤوليته، عن ما أصاب البضاعة من ضرر متى كان راجعا إلى غش أو خطأ جسيم صادر تابعيه و كذلك يلحق بهم وكلاءه، فهذا الحكم وكل ما يلاحظ عليه أنه جاء مسائرا للقواعد العامة في القانون المدني<sup>1</sup> ومبادئ العدالة، لأن الناقل قد لا يعلم بغش التابع أو الوكيل فكيف يحاسب على شيء خارج عن ارادته ويقصى من حقه في الاستفادة من ميزة الحد الأقصى للتعويض، التي فُررت من أجل اقامة التوازن بين مصالح الطرفين وخشية من مبالغة الشاحن في تقدير قيمة البضاعة الهالكة، عند عدم ذكر قيمتها وجنسها في سند الشحن .

#### المطلب الثاني: مفهوم الغش واثباته

لم يضع التشريع الجزائري ولا التشريع الفرنسي تعريفا للغش لكنه أورد عدة تطبيقات تبين مضمون الغش وترك للفقه والقضاء الاجتهاد في بيان معنى الغش، باعتبار أن وضع التعاريف هو من عمل الفقهاء<sup>2</sup> و قد مرت فكرة الغش بعهدتين مختلفين، لذلك وجب بيان الاختلاف الفقهي في معناها التقليدي والحديث وعليه يجب تقسيم هذا المطلب إلى ثلاث فروع: الفكرة التقليدية للغش (فرع أول)، الفكرة الحديثة للغش (فرع ثاني)، اثبات الغش (فرع ثالث).

#### الفرع الأول: الفكرة التقليدية للغش

لا يجد الفقه صعوبة في تحديد معنى الغش، إذ سبق أن عرف القانون الروماني القديم فكرة الغش (dolus)، كما عني فقهاء القانون الفرنسي ومنهم الفقيهان «ريبير» و «بلانيول» بتحديد معناه فالغش هو انصراف إرادة الناقل إلى ارتكاب الفعل أو الترك غير المشروع فضلا عن انصرافها

1 - تنص المادة 178 ق م ج : « يجوز الاتفاق على اعفاء المدين من أية مسؤولية تترتب على عدم تنفيذ التزامه التعاقدى، إلا ما ينشأ عن غشه، أو عن خطئه الجسيم غير أنه يجوز للمدين أن يشترط اعفائه من المسؤولية الناجمة عن الغش، أو الخطأ الجسيم الذي يقع من أشخاص يستخدمهم في تنفيذ التزامه .»

2 - الواقع أن الغش لم يعرف في النصوص القانونية لأن التشريعات الوضعية كما جرت العادة لا تهتم كثيرا بوضع التعريفات العلمية الدقيقة للمصطلحات أو المسميات القانونية وإنما يفسح المجال في ذلك لعمل الفقه ليقوم بتعريفها وتحديد المقصود بها على ضوء ما يتوصل إليه من بحث واجتهاد: علي حسن عبد الله الشرفي، الباعث وأثره في المسؤولية الجنائية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق بجامعة القاهرة، سنة 1986، ص 28 .



إلى أحداث ضرر للبضاعة المنقولة، أو في تأخيرها للوصول ولا يلزم أن تستوعب إرادة الناقل مقدار الضرر، الذي قصد إليه بل يكفي أن يكون المقصود أحداث الضرر، فالغش يتميز أساسا بالإرادة والقصد الخبيث أو سوء القصد، فهو بذلك حالة نفسية تدل على سوء النية، كما أنه يتميز أيضا بالسعي وراء الضرر<sup>1</sup>. وعليه فإن الغش حسب المفهوم التقليدي يبني على ثلاث عناصر:

- 1- انصراف إرادة الناقل إلى ارتكاب فعل أو امتناع.
- 2- اتجاه الإرادة إلى تلف البضاعة أو هلاكها أو تأخيرها في الوصول إلى المرسل إليه.
- 3- توافر سوء نية في الأضرار لدى الناقل .

ويتضح من هذا المفهوم أن الفقه قد ساوى بين الغش وخطأ العمد باعتبار أن كليهما يعبر عن وجود نية الإضرار، بمعنى أنه قد سعى إلى الضرر، مما دعا البعض إلى القول بأن الغش حالة نفسية تدل على سوء النية سواء أكان ذلك بعمل إيجابي أم كان بطريق سلبي<sup>2</sup>، كما تبنت محكمة النقض الفرنسية هذا الاتجاه معتبرة الغش بأنه تصرف يتم بقصد الإضرار مع توافر بواغث نفسية تدفعه لهذا السلوك<sup>3</sup>.

والواقع أنه في مجال النقل لبحري للبضائع يتعذر تحقق عناصر الغش الثلاثة، حتى وإن كان من غير المستبعد أن يعتمد تابعو الناقل إلى سرقة بعض البضائع المنقولة، أو التلاعب في أوزان الطرود بقصد الاستيلاء على بعض البضائع الثمينة التي بداخلها، أو عدم توفير الحراسة ليلا على مخازن البضائع الموجودة بالميناء بقصد تسهيل عملية السرقة... إلخ وبذلك لا يتصور أن تتحقق فكرة الغش وفق الفكرة التقليدية لتطلبها نية الإضرار، إذ أن التابع حين يسعى إلى اختلاس البضاعة فإنها يقصد تحقيق مصلحة غير مشروعة وذلك بالاستحواذ عليها ولا يكون في نيته إيذاء صاحبها<sup>4</sup>.

#### الفرع الثاني: الفكرة الحديثة للغش

لقد تغير مفهوم الغش عن مفهومه القديم، إذ وسع الفقه الفرنسي الحديث<sup>5</sup> من تحديد معناه، إذ أصبح يُعرف بانصراف إرادة الناقل إلى إحداث فعل أو الامتناع مع ادراكه بأن من شأن هذا السلوك أن سيترتب عليه هلاك أو تلف أو تأخير للبضاعة المنقولة، حتى ولو لم تتوافر للناقل

1 - محمد إبراهيم الدسوقي، تقدير التعويض بين الخطأ و الضرر، موسوعة الثقافة الجامعية للنشر والتوزيع بالإسكندرية، مصر، بدون تاريخ نشر، ص 357 .

2 - محمد السروي، الغش في المعاملات المدنية (دراسة مقارنة في القانون المدني والفقه الإسلامي، رسالة دكتوراه في القانون، جامعة المنصورة، كلية الحقوق، قسم القانون المدني، مصر، سنة 2008، ص 49 .

مشار إليه لدى المرجع السابق، ص 156: 15 Octbre 1981. Civ. 3-Cass

4 - ثروت أنيس الأسبوطي، مسؤولية الناقل الجوي في القانون المقارن، رسالة دكتوراه في الحقوق، مصر، تاريخ المناقشة يوم الثلاثاء 20 أكتوبر 1959، ص 597.

5 - نفس المرجع، الموضع نفسه.

وتعتبر محكمة النقض الفرنسية هي أول من أرست هذا الاتجاه الحديث، في حكمها الصادر في 4 أفريل 1969<sup>2</sup> و أكدت عليه في عدة أحكام أخرى، كما تأثرت به بعض المحاكم الفرنسية<sup>3</sup>.

وتقترب فكرة الغش بهذا من الأفكار القانونية المقابلة لها في القوانين الأخرى فالقانون الألماني يعرف فكرة تقابل فكرة الغش يطلق عليها vorsatz نص عليها في القانون المدني في المادة 276 ولكي تتحقق هذه الفكرة يجب أن تنصرف إرادة الناقل إلى الفعل والنتيجة دون اشتراط نية الإضرار بالغير، أي أن الناقل الألماني لا يتطلب بشأنه أن تكون لديه نية الإضرار بالشاحن، أو صاحب الحق في البضاعة لكي يحرم من التمسك بالحد الأقصى للتعويض، في حالة هلاك البضاعة محل النقل أو تلفها أو تأخيرها في الوصول إلى المرسل إليه<sup>4</sup>.

ومن خلال ما سبق يتضح أن مفهوم الغش وفق النظرية التقليدية يختلف عن معناه وفق النظرية الحديثة إذ لم تشترط هذه الأخيرة توافر نية الإضرار واقتصرت على اتجاه إرادة الناقل إلى الفعل أو الترك مع إدراك الناقل أن ذلك السلوك سيؤدي إلى تلف البضاعة أو هلاكها أو تأخيرها في الوصول إلى المرسل إليه، على عكس النظرية الأولى التي ضيقت من مفهوم الغش .

وعليه فإن الحد الأقصى للتعويض سيتأرجح بين النظريتين وهو ما يظهر من خلال المثال التالي : كانت هناك سفينة في رحلتها من ميناء تركيا إلى ميناء الجزائر لنقل شحنة من البضائع، غير أنها انحرفت عن خط سيرها<sup>5</sup> وتوجهت إلى مصر للتزود بالوقود اللازم لإكمال هذه الرحلة وذلك نظرا لانخفاض الذي طرأ على أسعار الوقود في مصر، مما ترتب عنه تضرر البضاعة مع علم الناقل أن تغيير الوجهة سينجم عنه تأخير يؤثر على البضاعة و بدوره قد يؤدي إلى تلفها ومع ذلك أقدم على هذا الفعل لكن دون أن تتوفر لديه نية الإضرار بالشاحن، إنما هدفه كان تحقيق مزيدا من الربح والتساؤل الذي يطرح هنا ما هو الوصف الذي يأخذه تصرف الناقل ؟

1 - محمد كما ل عبد العزيز، التقنين المدني في القضاء والفقهاء الجزء الأول، الطبعة الثانية، سنة 1980، ص 793 .  
2 - Cour de cassation 4/4/1969, note J .Mazeaud, DMF1969, p601.

3 - Cass.civ1<sup>re</sup> 21Avr .1971,10 Fev 1972 ,20Fev1973, Arrêt de la cour d'appel d'Aix -en -provence du- 3 - :15/2/1980

=مشار إليه لدى نادية معوض ، نادية محمد معوض السيد، مسؤولية متعهد النقل متعدد الوسائط ، رسالة دكتوراه في الحقوق، جامعة القاهرة ، سنة 1989 ، ص 489 ، ص 492.

4 - محمد عبد الحميد، محمد عبد الحميد، التعويض عن حالات الهلاك والتلف والتأخير في ضل قواعد هامبورغ 1978، رسالة دكتوراه في الحقوق، جامعة عين شمس بمصر ، سنة 1984 ، ص 326.

5 - يجب على الناقل أن يتبع في رحلته خط السير المتفق عليه في عقد النقل، فإذا لم يتفق في العقد على خط السير وجب اتباع خط السير المعتاد أي الطريق المأحي الذي تسلكه السفن عادة في رحلتها بين ميناء الشحن وميناء الوصول حتى لا تتعرض السفينة أو البضاعة للخطر:

Michelle Pourclet, Le Transport maritime sous connaissance (droit canadien, Américain, anglais,op.cit,p53.

بلا شك أن فعل الناقل حسب الاتجاه التقليدي لم يرتكب غشا لغياب نية الإضرار، أما وفق الاتجاه الحديث التصرف الصادر من هذا الأخير يعتبر غشا وبالتالي يتجرد الناقل من حقه في الاستفادة من الحد الأقصى للتعويض، الوارد في إحدى المعاهدات البحرية المطبقة على عقد النقل الدولي السالفة الذكر وعليه سيدفع هذا الأخير مبلغ التعويض كاملاً، أي مبلغاً يعادل القيمة الحقيقية للبضائع الهالكة أو التالفة، أو الضرر الذي يلحق المرسل إليه من جراء تأخيرها في الوصول.

### الفرع الثالث: اثبات الغش

الثابت أنه لا مجال لافتراض الغش في النقل البحري للبضائع، لأن حسن نية هو أمر مفترض ابتداءً من جانب الناقل في إيصال البضاعة والمحافظة عليها<sup>1</sup> وما يتفرع عنه من التزامات تقتضي ذلك وفي سبيل حرمان الناقل من التمسك حدود التعويض و الحصول على تعويض كامل يجب على المضرور إثبات بأن هناك فعلاً يتصف بالغش، قد صدر من طرف الناقل قد أدى إلى تضرر البضاعة من خلال إقامة الدليل على أمرين وفق الاتجاه الحديث:

1- اتجاه إرادة الناقل إلى القيام بالفعل أو الامتناع.

2- وكذلك انصراف إرادة هذا الأخير إلى الهلاك أو التلف اللاحق بالبضاعة الناجمة عن الفعل

أو الامتناع .

أما وفق الاتجاه التقليدي فلا يكفي اثبات العنصرين السابقين، بل يجب تقديم الدليل على موضوع بالغ الأهمية وهو سوء نية الناقل في الإضرار بالبضاعة و في الحقيقة هو أمر صعب الإثبات<sup>2</sup>، لأنه موضوع ذاتي يدور حول البحث في النية أو القصد بخلاف الخطأ على تعدد أنواعه والذي يقاس بمعيار موضوعي مجرد وهو معيار الرجل المعتاد<sup>3</sup>، وبالتالي فإن تقدير الغش لا يمكن أن يكون فيه المعيار إلا شخصياً concerto لأن الغش منشأه نية سيئة مما يتحتم على القاضي المدني أن يستظهر تلك النية، على نحو ما يقوم به القاضي الجنائي، باستقراء الظروف التي لا يست نية الناقل في انصرافها إلى إحداث الضرر بصاحب البضاعة<sup>4</sup>.

وفي هذا الشأن قضت محكمة التمييز الكويتية أن تقدير الأدلة هو من سلطة قاضي الموضوع لا معقب عليه في ذلك، متى كان تقديره لها لا خروج فيه على ما هو ثابت بالأوراق المقدمة إليه

1 - كمال حمدي ، اتفاقية الأمم المتحدة للنقل البحري عام 1978 (قواعد هامبورغ)، منشأة المعارف بالإسكندرية ، سنة 2008 ، ص 118 .

2 - شريف محمد غنام، التزامات الشاحن و مسؤوليته ، في قواعد روتردام لنقل البضائع دولياً عبر البحر ، سنة 2012، ص 35.

3 - محمد إبراهيم الدسوقي، المرجع السابق، ص 375 .

4 - سيد أحمد محمود سيد أحمد محمود، الغش الاجرائي، الغش في التقاضي والتنفيذ، دار الفكر والقانون للنشر والتوزيع بالمنصورة ، مصر ، سنة 2017 ، ، المرجع السابق ، ص 286.

المجلة الجزائرية للقانون البحري والنقل ————— العدد السادس  
ومن المقرر أن استخلاص حسن النية وسوئها من مسائل الواقع التي تستقل بها محكمة الموضوع، مادامت أنها أقامت قضاءها على أسباب مقبولة وأن هذه الأخيرة قد وجدت بالقضية الأدلة والشواهد ما يكفي لتكوين اقتناعها للفصل فيها بالرأي الذي انتهت إليه، فإنها لا تكون بحاجة بعد ذلك إلى اتخاذ المزيد من إجراءات الاثبات بتحقيق تجريه أو خبير تندبه<sup>1</sup>.

و كذلك قضي بأنه: «وإن كانت مسؤولية الناقل تضحى مطلقة دون محل لتطبيق التحديد القانوني لمسؤوليته، المنصوص عليها في معاهدة بروكسل إذا كان الضرر راجعا إلى غش ذلك الناقل، إلا أنه من المقرر أن استخلاص عناصر الغش من وقائع الدعوى وتقدير ثبوت هذا الغش من عدمه من مسائل الواقع التي يستقل بها قاضي الموضوع<sup>2</sup>، غير أن الوصف القانوني لوقائع الغش تعتبر مسألة قانونية تخضع لرقابة محكمة النقض وذلك كالفصل فيما إذا كان مجرد الكذب أو الكتمان يكفي لقيام الغش، أي لها سلطة تقدير ما إذا كانت الوسائل المستعملة تعتبر غير مشروعة أم لا<sup>3</sup>.

وهكذا يمكن القول أن المضرور يقع عليه اثبات الغش بشروطه ويجوز له هذا الاثبات بجميع طرق الاثبات، لأنه ينصب على واقعة مادية وتحقيق الوقائع المكونة للغش مسألة موضوعية، من ذلك مثلا الغش الصادر من تابعي الناقل بالتواطؤ مع هذا الناقل، حيث يقع هنا على عاتق المضرور (صاحب الحق على البضاعة) أن يثبت بأن الناقل كان يعلم بهذا الغش أو من المفروض حتما أن يعلم به بكافة طرق الاثبات<sup>4</sup>.

والجدير بالذكر أنه بخصوص المعنى المختلف للغش، فإن الاتجاه الحديث للغش والذي يرجع الفضل فيه لمحكمة النقض الفرنسية يخدم مصلحة الشاحن أو المضرور في حصول على تعويض كامل، عند ارتكاب الناقل غشا وذلك بتسهيل المهمة أمامه في اثبات غش هذا الأخير ويزيل عنه عناء اثبات نية الاضرار لدى الناقل، عندما يصدر منه فعل عمدي أو امتناع ينجر عنه إصابة البضاعة بتلف أو هلاك، وبالتالي يحرم الناقل من التمسك من الحد الأقصى للتعويض في هذه الحالة، دون حاجة إلى إثبات نية الإضرار لدى الناقل والتي تعد من المسائل الشاقة على المضرور.

1 - تمييز كويتي 1982/3/10، طعن رقم 1981/221 تجاري، مجلة القضاء والقانون الكويتية، السنة الحادية عشر، العدد الأول، ص 82.

2 - تمييز كويتي 1984/1/4، طعن رقم 1983/99 تجاري، المرجع السابق، ص 49.

3 - نقض مدني 2001/5/32، طعن رقم 4659 لسنة 63، نقض مدني 20 / 2 / 1936: مشار إليهما لدى محمد السروي، المرجع السابق، ص 234 وما يليها.

4 - المرجع السابق، ص 235.

خاتمة:

وفي الأخير و خير ما نخرج به من هذا البحث ، أنه كان من الأجدر على واضعي اتفاقية بروكسل لسنة 1924 أن يعيدوا صياغة الفقرة الخامسة من المادة الرابعة منها، نظرا لما تركته من أثر بالغ في تقدير التعويض، حيث أنه أدى إلى اختلاف القضاة بهذا الشأن، إذ من ذهب إلى الزام الناقلين أو تابعيهم بدفع التعويض وفق حد أقصى ومنهم من نظر إلى الجانب الأخلاقي الذي لم تكن الاتفاقية واضحة بخصوصه، فقرر أن يحكم على المسؤول بالتعويض الكامل عن الضرر اللاحق بالبضاعة ، لكن الأمر الأول لا يتماشى مع العدالة ومبدأ حسن النية الذي يجب أن يسود بين المتعاقدين وعليه فإن الأمر الثاني وهو مجازاة الناقل بإلزامه بدفع مبلغ التعويض كاملا عن الأضرار والخسائر اللاحقة بالبضاعة المعهودة بالنقل هو التفسير المنطقي للفقرة الغامضة من المادة الرابعة من معاهدة بروكسل وهو ما ورد بأحكام بروتوكول 1968، الذي كشف عن النية الحقيقية للدول في عدم استفادة الناقل وتابعيه من ميزة الحد الأقصى للتعويض المقررة لهم قانونا، عند سوء نيتهم أو اهمالهم الجسيم الذي يلحق حكمه بالغش حسب ما تقضي به المادة 178 ق م ج سالفه الذكر، وكذلك فعلت أغلب التشريعات الوطنية.

ومن جهة أخرى فإن بقاء الفقرة الغامضة دون صياغة واضحة في معاهدة بروكسل الأصلية سيكون له وقع كبير على الشاحنين المنتمين للدول المنضمة لهذه المعاهدة ، دون الانضمام إلى بروتوكول تعديلها لسنة 1968 ، مما قد يحرم هؤلاء من الحصول على تعويض كامل يتناسب مع ما أصابهم من خسائر أو أضرار ، فيختل التوازن الذي أبرمت من أجله المعاهدة و تميل الكفة إلى جهة الدول الناقلة وتكون بهذا معنى تكون الاتفاقية راعية لمصالح الطرف القوي(الناقل) في عقد النقل البحري للبضائع على حساب الطرف الضعيف(الشاحن) .

