

## إشكالية خطاب الضمان وأثره في القانون البحري اليمني والمصري والاتفاقيات الدولية: دراسة مقارنة

أمين سعيد الكوشاب

أستاذ القانون التجاري المساعد

رئيس قسم القانون التجاري والبحري - كلية الحقوق - جامعة تعز - اليمن

تاريخ التسليم: ١٨ مايو ٢٠١٨م تاريخ القبول: ٣٠ مايو ٢٠١٨م

### الملخص:

تناولت الدراسة إشكالية خطاب الضمان في القانونين اليمني والمصري والاتفاقيات الدولية، وتمثلت مشكلة الدراسة في وجود اختلاف بين القانونين البحري اليمني والمصري، والاتفاقيات الدولية، وأن التأثير السلبي أو الإيجابي لهذا الاختلاف سوف يتجلى في انخفاض الميزة النسبية التي يتمتع بها الشاحن أو الناقل في إبرام خطاب الضمان، كونه خطاب ضمان بمعناه المعروف، أم أنه اتفاق خفي صوري، وطبيعته، ومدى اعتراف القوانين البحرية والاتفاقيات الدولية به، ونبعت أهمية الدراسة في أن خطاب الضمان يعد من الموضوعات المهمة التي تحتاج لدراسة تأثيره على عمليات النقل البحري، وهدفت الدراسة إلى تنبيه المشرع اليمني لتعديل أحكام القانون البحري على ضوء ما جاء في الاتفاقيات الدولية، وما استقر عليه الإجتهد القضائي في هذا المجال، واتبعت الدراسة المنهج الوصفي والاستقرائي والتاريخي والتحليلي المقارن، وقد توصلت الدراسة إلى عدد من النتائج، منها: أن خطاب الضمان عبارة عن خطاب يصدره الشاحن للناقل مقابل إصدار الأخير سند شحن خالي من التحفظات، وأوصت الدراسة بالعديد من التوصيات، منها: على المشرعين اليمني والمصري أن يحذوا حذو اتفاقية (روتterdam) وذلك بتعديل النصوص التي تقر بصحة خطاب الضمان، حماية للمرسل اليهم من أي اتفاقات تتطوي على الغش واعمال الاحتيال البحري، خصوصاً مع التقدم والتطور الذي تشهده عمليات النقل البحري.

### Abstract:

The study addressed the problem of warranty agreement in the Yemeni and Egyptian laws and the international conventions. The problem of the study was :there was a difference between Yemeni and Egyptian marine laws and the international conventions . The negative and the positive impact of this difference was in the reduction of the comparative advantage which the loader or he carrier had on making warrant agreement. Was it a known warrant letter or fictitious agreement .Its nature. The extent of its acceptance by the marine laws and the international conventions . The importance of the study :the warrant agreement was considered from the important issues that need studying its impact on the marine transport. The study aimed to draw the attention of the Yemeni legislator to amend the provision of marine law on the light of what came on the international conventions to show what was settle in judicial jurisprudence in this field. The study adopted the descriptive, inductive, historical, and the analytical comparative method. The results of the study: the warrant agreement was a letter issued by the loader to the carrier versus the issuing of the latter a loading bill without reservation. The study recommended: The Egyptian and the Yemeni legislators have to do as the Rotterdam said to amend the texts that agree with the validity of the warrant agreement ,protecting the receivers from any marine cheating and fraud agreements , specially with the progress and the development that the marine transport process witnessed.

## المقدمة:

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على رسوله الصادق الأمين وعلى آله وصحبه وسلم وبعد: إن اختيار الموضوع له دوافع وأهمية وأهداف ومشكلات وتساؤلات يمكن تبيينها تباعاً في الآتي:-

## أولاً:- دوافع اختيار الموضوع:

(١) إن النقل البحري يحتل مركز الصدارة بين وسائل النقل الأخرى - البري والجوي والنهري- في نقل التجارة العالمية؛ لأن الدور الذي يقوم به نقل البضائع بالبحر في هذا الصدد يفوق الدور الذي تقوم به الوسائل الأخرى، حيث يصل حجم التجارة العالمية التي يتم نقلها عبر البحار حوالي ٨٥% من حجمها الإجمالي.

(٢) إن سند الشحن يعتبر الوثيقة التي يتم بموجبها إثبات عمليات النقل البحري؛ لأن الغالبية العظمى من المنازعات في العمل تدور حول هذه الوثيقة وما يتفرع عنها من خطابات والتي تُعقد تبعاً لها؛ حيث إن عقد النقل البحري يضع على عاتق الناقل البحري التزاماً بتحقيق نتيجة معينة، هي نقل البضائع وتسليمها سالمة كاملة إلى المرسل إليه الأمر الذي يقتضي من الناقل، أو من يمثله إصدار سندات شحن نظيفة مطابقة لمواصفات البضاعة كمّاً ونوعاً ووزناً، ويلتزم بتدوين تحفظاته على البضاعة التي يتضح أنها غير مطابقة للبيانات الواردة في وثيقة الشحن.

(٣) قد لا يرغب الشاحن أن يصدر له الناقل سند شحن فيه تحفظات لأنه لا يستطيع أن يمارس الحقوق المقررة له نظاماً على وثيقة الشحن كالتظهير والتنازل والحصول على الائتمان فيلجأ إلى الاتفاق مع الناقل على أن يقوم هذا الأخير بإصدار سند شحن نظيف مقابل خطاب ضمان يصدره الشاحن للناقل يتعهد بموجبه بتعويض الناقل عن أي مطالبات يتم الرجوع بها على الناقل من قبل المرسل إليه نتيجة إصداره سند شحن نظيف بدون تحفظ.

(٤) برزت فكرة اختيار موضوع خطاب الضمان ودراسته لبيان مدى تنظيمه في القوانين البحرية

الداخلية والاتفاقيات الدولية محل هذه الدراسة.

## ثانياً- أهمية الدراسة :

تكمن أهمية هذه الدراسة في الآتي:-

يُعد خطاب الضمان من الموضوعات المهمة التي تحتاج إلى دراسة ومناقشة دقيقة توضح مدى إيجابيات أو سلبيات تلك الخطابات وتأثيرها على عمليات النقل البحري ومدى مناسبة تلك الخطابات للتطورات التي يشهدها النقل البحري، لظهور اتفاقيات دولية جديدة تنظم عمليات النقل البحري بموجب سندات نقل الكترونية.

## ثالثاً - مشكلة الدراسة:

تتمثل مشكلة الدراسة في وجود اختلاف بين القانونين البحري اليمني والمصري والاتفاقيات الدولية وأن التأثير السلبي أو الإيجابي لهذا الاختلاف سوف يتجلى في انخفاض الميزة النسبية التي يتمتع بها الشاحن أو الناقل في إبرام خطاب الضمان كونه خطاب ضمان بمعناه المعروف أم أنه خطاب خفي صوري، وطبيعته، ومدى اعتراف القوانين البحرية والاتفاقيات الدولية بها.

## رابعاً- هدف الدراسة:

تهدف الدراسة إلى تحديد المقاصد الآتية :-

(١) دراسة ما إذا كان ينبغي على المشرع اليمني أن يعدل في أحكام القانون البحري على ضوء ما جاء في الاتفاقيات الدولية والتي منها اتفاقية (روتدram) .

(٢) عدم وجود أبحاث ودراسات متخصصة في اليمن في هذا المجال. وقد يكون الدافع لهذه الدراسة، أيضاً، إظهار ما استقر عليه الاجتهاد القضائي في هذا المجال.

## خامساً- منهج البحث:

اتبعت الدراسة في هذا الموضوع المنهج الوصفي والاستقرائي والتاريخي والتحليلي بأسلوب مقارنة.

## سادساً- تساؤلات الدراسة:

تتحدد أسئلة الدراسة في التساؤلات التالية:

ما هو خطاب الضمان الذي يبرمه الشاحن والناقل، هل هو خطاب ضمان بمعناه المعروف، أم أنه خطاب

في الدين وتتعقد بالإيجاب والقبول (مجد فوزي، ١٩٨٦م).

والضمان مشروع في الكتاب والسنة وقد إستدل الفقهاء على مشروعيته بما يلي: قوله تعالى: (قالوا نفقد صواع الملك ولمن جاء به حملٌ بعير وأنا به زعيم) (سورة يوسف: الآية ٧٢) أي (زعيم) كفيل ضامن، وجاء في حديث (عائشة رضي الله عنها قال رسول الله صلَّ الله عليه وسلم (الخراج بالضمان) (الترمذي- الحديث رقم ١٢٠٦).

**ثانياً:- تعريف خطاب الضمان في القانون اليمني والمصري:**

(١) عرف القانون البحري اليمني رقم (١٥) لسنة ١٩٩٤م خطاب الضمان في المادة (١/٢٢٧) منه بقوله (كل خطاب ضمان أو اتفاق يضمن بمقتضاه الشاحن تعويض الناقل عن الأضرار التي تنتج عن إصدار سند شحن خال من أي تحفظ على البيانات الواردة به لا يحتج به قبل الغير الذي لا يعلم وقت حصوله على السند بعدم صحة تلك البيانات).

(٢) عرف القانون البحري المصري رقم (٨) لسنة ١٩٩٠م (خطاب الضمان في المادة (٢٠٧) منه بقوله (كل خطاب ضمان أو اتفاق يضمن بمقتضاه الشاحن تعويض الناقل عن الأضرار التي تنتج عن إصدار سند شحن خال من أي تحفظ على البيانات الواردة به لا يحتج به قبل الغير الذي لا يعلم وقت حصوله على السند بعدم صحة تلك البيانات).

**ثالثاً- تعريف خطاب الضمان فقهاً وقضاً:**

يرى الفقه المصري أنَّ "خطاب الضمان عبارة عن وسيلة ابتدعها العمل لتسمح للشاحن بالحصول من الناقل على سند شحن نظيف خال من التحفظات ووفقاً لأصحاب هذا الرأي - خطاب الضمان عبارة عن " ورقة يحررها الشاحن تذكر فيها التحفظات التي كان الناقل يريد إدراجها في سند الشحن وتتضمن تعهد من الشاحن بتعويض الناقل عما يلحقه من ضرر بسبب عدم صحة البيانات التي قدمها الشاحن وأثبتها الناقل في السند دون تحفظ (الشرقاوي والقلبيوي، ٢٠٠٨م).

خفي صوري، وما هي طبيعة هذا الخطاب وما هو المبرر والهدف من هذا الخطاب، وما مدى اعتراف القوانين البحرية والاتفاقيات الدولية بذلك الخطاب، وسيتم الإجابة على هذه التساؤلات من خلال التقسيم الوارد في خطة الدراسة.

**سابعاً- خطة الدراسة:**

تم تقسيم هذه الدراسة إلى ثلاثة مباحث:

المبحث الأول: ماهية خطاب الضمان وطبيعته.

المبحث الثاني: التنظيم القانوني لخطاب الضمان.

المبحث الثالث: حجية خطاب الضمان.

**المبحث الأول:**

**ماهية خطاب الضمان**

إن الحديث عن خطاب الضمان يقتضي بيان المقصود بالضمان وتعريفه في اللغة والفقه الإسلامي والقانونين اليمني والمصري والفقه والقضاء المصري والاتفاقيات الدولية ذات الصلة وكذلك طبيعة خطاب الضمان وتمييزه عن غيره من اتفاقات الضمان الأخرى، وسيتم تناول ذلك في ثلاثة مطالب على النحو التالي:

**المطلب الأول:- تعريف الضمان في اللغة والفقه**

**الإسلامي والقانون والقضاء والاتفاقيات الدولية:**

**أولاً- تعريف الضمان لغةً واصطلاحاً:**

(١) **الضمان في اللغة:** يعني الإلتزام والتحمل، تقول: ضمنت المال، إذا إلتزمته ويتعدى بالتضعيف، تقول: ضمنتُ المال، إذا ألزمته إياه ويأتي بمعنى الكفالة، تقول: ضمن الشيء ضماناً، فهو ضامن وضمنين، إذا كفله.

كما يأتي بمعنى التعرّيم، تقول: ضمنت الشيء تضميناً إذا غرمته فالترمه (المصباح المنير - مادة ضمن).

(٢) **الضمان في الفقه الإسلامي:** عرفه الحنفية بأنه ضم ذمة إلى ذمة أخرى في المطالبة بنفس أو دين أو عين وهو قريباً من تعريف المالكية بأنه: شغل ذمة أخرى بالحق، ويفترق التعريفان في قصر الضمان على المطالبة فقط في الأصح من مذهب الحنفية أما المالكية فتعريفهم كالجهور، وهو ضم الذمة إلى الذمة

قد تنشأ بسبب ذلك القصور.

وهو ما تلافته محكمة النقض المصرية عندما عرض عليها أمر خطاب الضمان فأقرت بصحته حيث قالت في حكمها (إن أوراق الضمان هذه باعتبارها حجة على عاقيدها وحدهما - الشاحن والناقل - ولا يجوز الاحتجاج بها على الغير من حاملي سند الشحن لا مخالفة فيها لمعاهدة سندات الشحن الموقعة ببروكسل طالما أن المقصود منها مجرد دحض قرينة الإثبات المستمدة من سند الشحن في العلاقة بين الناقل والشاحن، ولم تتضمن اتفاقاً على إعفاء الناقل من المسؤولية، ولم تكن مشوبة عند إصدارها بقصد إيهام الغير وإدخال الغش عليه عند تداول سند الشحن) (حمد الله، ١٩٩٦م).

وعلى الرغم من تعريف خطاب الضمان في القانون اليمني والمصري واتفاقية هامبورج إلا إن ذلك التعريف يظل قاصراً أمام الفقه الإسلامي الذي عرف خطاب الضمان تعريفاً جامعاً مانعاً على النحو السالف بيانه ويمكن تعريف خطاب الضمان: بأنه اتفاق الناقل مع الشاحن بمقتضاه يضمن الشاحن تعويض الناقل عن الأضرار التي تنتج عن إصدار سند شحن خال من أي تحفظ على البيانات الواردة به ما لم يكن الناقل أو الشخص الذي تصرف نيابة عنه قد نوى بعدم إدراجه ذلك التحفظ غش طرفاً ثالثاً، ولا يحتج بذلك الاتفاق قبل الغير الذي لا يعلم وقت حصوله على السند بعدم صحة تلك البيانات.

**المطلب الثاني - طبيعة خطاب الضمان وتمييزه عن**

**غيره من اتفاقات الضمان:**

**أولاً - طبيعة خطاب الضمان:**

سلفت الإشارة أن خطاب الضمان لا يعدو أن يكون تعهداً مكتوباً يصدر من الشاحن بتعويض الناقل في حالة رفع دعوى ضد الأخير في ميناء التسليم من الغير حسن النية، ونجاح هذه الدعوى في إدانة الناقل بسبب إصداره لسند شحن نظيف للشاحن خالي من التحفظات (حمد الله، ١٩٩٦م).

فهناك من يرى أن خطاب الضمان عبارة عن واقع

وعرفت محكمة النقض المصرية خطابات الضمان بأنها "أوراق يثبت فيها الشاحن التحفظات التي طلب الناقل إدراجها في سند الشحن ولكنها لم تدرج به استجابة لرغبة الشاحن وبموجب هذا الخطاب يتعهد الشاحن بضمان كافة النتائج التي تترتب على عدم مطابقة البضاعة عند التسليم للبيانات الواردة في سند الشحن إذا تعرض الناقل للمطالبة من قبل الغير بالتعويض، وذلك مقابل أن يسلمه الشاحن سند الشحن نظيفاً خالياً من هذه التحفظات فيسهل للشاحن التعامل مع البضاعة بسند الشحن والحصول بمقتضاه على الائتمان من البنوك فضلاً عن فائدة هذه الأوراق في تسهيل عمليات النقل البحري التي تقتضي السرعة في إجرائها" (حسني، ١٩٨٢م).

**رابعاً : تعريف خطاب الضمان في الاتفاقيات الدولية:**

إن كل قواعد لاهاي لسنة ١٩٢١م واتفاقية بروكسل لسنة ١٩٢٤م واتفاقية روتردام لسنة ٢٠٠٨م لم تنظم خطاب الضمان ضمن نصوصها باستثناء اتفاقية هامبورج لعام ١٩٧٨م التي عالجت خطاب الضمان في الفقرة الثانية من المادة (١٧) والتي نصت على أنه (كل خطاب ضمان أو إتفاق يتعهد بموجبه الشاحن بتعويض الناقل عن الخسارة التي تنتج عن قيام الناقل أو شخص يتصرف نيابة عنه بإصدار سند شحن دون إدراج تحفظ بشأن البيانات المقدمة من الشاحن لإدراجها في سند الشحن أو بشأن الحالة الظاهرة للبضائع...).

نستنتج مما تقدم إن القانون اليمني قد اقتبس تعريف خطاب الضمان من القانون المصري وهذا الأخير بدوره تأثر باتفاقية هامبورج عند تنظيم خطاب الضمان، إلا إنه يؤخذ على القانونين اليمني والمصري إنهما لم يتعرضا لبطلان خطابات الضمان إذا كانت مشوبة بالغش ولم يحرما الناقل في التمسك بتحديد مسؤوليته كما فعلت ذلك اتفاقية هامبورج في الفقرة (٣) من المادة (١٧) مما جاء تعريف خطاب الضمان في كلا القانونين محدوداً وقاصراً وبحاجة إلى مراجعة نصوصهما لإضافة تلك الجزئية تلافياً للمنازعات التي

بموجب مدة متفق عليها دون قيد أو شرط إذا اخلَّ  
العميل بالتزاماته قبل المستفيد.

ومن المعلوم إن الضمان المصرفي هو عمل من  
عمليات الائتمان التي تقوم بها البنوك التجارية لخدمة  
عملائها مقابل عمولة متفق عليها وبحسبان أن خطاب  
الضمان تعهد يصدر من بنك بناء على طلب العميل.

الجدير بالذكر أنه قد يصدر خطاب ضمان من  
المستورد في ميناء التسليم يسلمه إلى الناقل أو الريان  
ليتمكن من استلام البضاعة بسبب عدم وجود أو فقد  
النسخة الأصلية من سند شحن البضاعة النظيف والذي  
سبق إصداره من الناقل للشاحن في ميناء الشحن.

ولا يعتبر هذا المستند خطاب ضمان وفق ما سلف؛  
لأنه لا يتضمن وصف غير صحيح للبضاعة ولم  
يتخلله غش في ذكر وصف وبيان البضاعة، إنما هو  
عبارة عن تأمين للناقل يستصدره مستلم البضاعة من  
بنك معتمد أو من المرسل إليه نفسه في ميناء التسليم  
في حالة غياب سند الشحن النظيف الصادر من الناقل  
للشاحن في ميناء الشحن، وهذا المحرر يختلف تمامًا  
عن الاتفاق على خطاب الضمان لاستصدار سند  
شحن نظيف لأن الهدف من هذا المستند الأخير هو  
أن يحل مؤقتًا محل سند شحن البضاعة (حمد الله،  
١٩٩٦م).

#### المطلب الثالث - مبررات خطاب الضمان وأهدافه:

##### أولاً - مبررات خطابات الضمان:

انتشر استخدام خطابات الضمان البحري في موانئ  
الشحن منذ مدة طويلة وكان صدورها في بادئ الأمر  
بحسن نية، ولحالات محددة، وليس وراءها الغش أو  
الاحتيال أو الإضرار بالمرسل إليه أو المؤمن على  
البضاعة أو البنوك.

ولما كانت التحفظات التي يتم تضمينها بسند الشحن  
تتسبب في عراقيل عديدة للشاحن تؤدي إلى تعذر في  
التعامل على البضاعة المشحونة بموجب سند الشحن  
بحسبان أن سند الشحن هو الأساس في استصدار  
الاعتماد المستندي، ويجب أن تتفق بياناته مع شروط  
خطاب الاعتماد، فمتى تضمن سند الشحن تحفظات

عملي يتم إثباته كتابةً في ورق وليس معبراً عن الحقيقة  
التي تكون عليها البضاعة وهو ما يطلق عليه (الكذب  
البسيط)، ولاشك أنه نوع من أنواع الغش المتفق عليه  
بين الناقل والشاحن لتحقيق مصالح وتقاديًا لضرر  
محتمل قد يفتن إليه الغير، وفي حقيقة الأمر هو  
تضمن المستند لوصف غير صحيح عن البضاعة في  
مواجهة الغير، إلا أنه يكون في مصلحة الناقل بل  
ويعتبر شرط من شروط اعفاء الناقل من المسؤولية أو  
ورقة خفيه من اوراق الضد تنطبق عليها أحكام  
الصورية (العكيلي، ١٩٧٠م).

وهناك من يرى أنه خطاب ضمان ولكن ليس  
بالمعنى القانوني وإنما المقصود به ورقة الضد التي  
بموجبها يقر الشاحن بتحمل تبعات الهلاك التي يُطالب  
بها الناقل من طرف المرسل إليه مقابل اصدار الشاحن  
سند شحن نظيف دون تحفظ (عبد الجواد، ٢٠٠٤م).

بناءً على تلك التوصيفات نخلص الى أن طبيعة  
هذا الخطاب من الناحية القانونية هو عبارة عن ورقة  
من اوراق الضد تأخذ حكم الصورية لا أثر لها إلا فيما  
بين طرفيها وهما الشاحن والناقل.

#### ثانياً - تمييز خطاب الضمان موضوع الدراسة عن غيره من الاتفاقات الأخرى:

هناك عدة أنواع من خطابات الضمان تستخدم عادة  
لضمان مصالح أطراف الرحلة البحرية أو احدهم وهي:  
**النوع الاول:** هو خطاب الضمان أو التعهد المحرر من  
الشاحن إلى الناقل للحصول على سند شحن نظيف  
وهو المقصود في هذه الدراسة.

**النوع الثاني:** هو خطاب الضمان الذي يسلمه وكيل  
الشاحن أو المرسل اليه للناقل أو الريان في ميناء  
الوصول في حالة عجز المرسل اليه عن تقديم سند  
الشحن لتأخر وصوله اليه وهو ما يسمى بخطاب  
الضمان عند التسليم.

**النوع الثالث:** يحمل نفس التسمية (خطاب الضمان) إلا  
أنه مصرفي فهو صك يصدر من البنك بناءً على طلب  
عميله يتعهد البنك بمقتضاه بدفع مبلغ نقدي معين أو  
قابل للتعيين بمجرد أن يطلب المستفيد ذلك من البنك

البضاعة من الشاحن (الشرقاوي، ٢٠٠٨م). على العكس من ذلك أصبح استخدام خطاب الضمان البحري في الآونة الأخيرة بسوء نية والغرض منه الاحتيال لإخفاء حقيقة الشحنة عن أصحاب الشأن، وبخاصة المرسل إليه الذي يقوم بسداد قيمة البضاعة عندما يتم تسلمه لمستنداتها، وبخاصة سند الشحن النظيف والذي صدر بناءً على خطاب الضمان البحري دون علمه؛ لصدوره في بلد الشحن إذ إنه يتوجب أن تكون التحفظات على حالة البضاعة المدونة في سند الشحن، إلا أنه يتم إصدار سندات شحن نظيفة على الرغم من علمهم التام بالحالة السيئة للبضاعة فيتم تضمين (خطاب الضمان) تلك التحفظات، وهو ما يُعد مساهمة في شيوع الغش والاحتيال في الأوساط البحرية.

#### المبحث الثاني

##### التنظيم القانوني لخطاب الضمان

يستعرض هذا المبحث دراسة مسألتين صحت خطاب الضمان في القانون البحري اليمني والمصري، وكذلك في الإتفاقيات الدولية البحرية في مطلبين إثنين على النحو التالي:-

##### المطلب الأول- مدى صحة خطاب الضمان في القانون

##### البحري اليمني والمصري:

نظم القانون البحري اليمني رقم (١٥) لسنة ١٩٩٤م خطاب الضمان وأقر بصحته فيما بين طرفيه (الشاحن والناقل) وذلك في المادة (٢٢٧) منه -المقابلة للمادة (٢٠٧) من القانون البحري المصري- حيث نصت المادتين على أن: (كل خطاب ضمان أو اتفاق يضمن بمقتضاه الشاحن تعويض الناقل عن الأضرار التي تنتج عن إصدار:

١- سند شحن خال من أي تحفظ على البيانات الواردة به لا يحتج به قبل الغير الذي لا يعلم وقت حصوله على السند بعدم صحة تلك البيانات.

٢- ويعتبر المرسل إليه الذي صدر السند باسمه أو لأمره من الغير في حكم هذه المادة إلا إذا كان هو الشاحن نفسه).

معينه يؤدي إلى رفض البنك الوفاء بثمن البضاعة للشاحن لأن المطلوب في استصدار خطاب الاعتماد سند شحن نظيف فضلاً عن تردد شركات التأمين للتأمين على البضائع التي من هذا القبيل(كوماني، ١٩٩٨م).

لذلك يكون المبرر لنقادي هذه المعوقات وليتمكن الشاحن من الحصول على ثمن البضاعة جرى العمل على أن يعقد الشاحن والناقل في ميناء التصدير خطاب ضمان لمصلحة الناقل تثبت فيه كل التحفظات التي كان يفترض في الناقل أن يضمنها في سند الشحن على أن يضمن الشاحن للناقل كافة النتائج التي تترتب على عدم مطابقة البضاعة في ميناء التسليم للبيانات الواردة في سند الشحن إذا تم مقاضاة الناقل ومطالبته بالتعويض (عبد الله قايد ، ٢٠٠٥م).

##### ثانياً - الهدف من خطاب الضمان:

لا شك أن الهدف من خطاب الضمان هو ضمان حقوق الناقل بعدم تحمل أي تعويض للغير بسبب قبوله عرض الشاحن بإثبات تحفظات فيه بدلاً من إثباتها في سند الشحن لحالة البضاعة لكي يصدر سند شحن نظيف للناقل ، وبالتالي يقبل الشاحن تسليم الناقل لكل تلك التحفظات في تعهد مستقل يسمى خطاب الضمان يثبت فيه تحمله للنتائج التي قد تترتب على اختلاف البضاعة عند التسليم للبيانات الواردة في سند الشحن النظيف إذا تعرض الناقل للمطالبة من الغير بالتعويض، فيكون الشاحن بموجب هذا التعهد ملزماً بتحمل كافة النتائج المترتبة على هذه المطالبة ، طالما كان سبب المطالبة هو عدم مطابقة البضاعة للمواصفات المدونة في سند الشحن النظيف وقد يصدر هذا المستند (خطاب الضمان) من الشاحن أو كفيله للناقل أو المجهز أو للريان عند التوقيع على عقد النقل، بحسبان أن الهدف من إصدار هذا الخطاب تجنب ذكر أي عيب ظاهر أو نقص في البضاعة في سند الشحن حتى يتجنب الشاحن تعطيل عملياته البنكية التي تتم على البضاعة ليتمكن من الحصول على اعتماد مستندي سليم من البنك يقبلها مصدر

الصواب بعدم تقريره بطلان خطاب الضمان في حالة انطوائه على العش ويهدف إلى تضليل الغير، واكتفى النص بتقرير عدم الاحتجاج بخطاب الضمان في مواجهة الغير حسن النية، فهذا الغير وحده الحق في إهمال خطاب الضمان حتى وإن كان قد صدر باسمه أو لأمره أو تم تظهيره إليه من المستفيد الأول أو من حامله (عوض ، ١٩٩٢م).

### المطلب الثاني - مدى صحة خطاب الضمان في

#### الاتفاقيات الدولية البحرية:

أولاً- خطاب الضمان في قواعد لاهاي لسنة ١٩٢١م.

تنص المادة (٣/٣) من قواعد لاهاي على أن " يلزم الناقل البحري بأن يسلم للشاحن بناءً على طلبه سند شحن يتضمن وصفاً مضبوطاً للبضاعة " . كما أن الفقرة (٨) من نفس المادة: تحظر كل خطاب يخفف من مسؤولية الناقل البحري المبينة في القواعد المذكورة .

يتبين من نص المادة (٨،٣/٣) من قواعد لاهاي عدم جواز إبرام أي اتفاق بين الناقل والشاحن يتضمن وصفاً مغايراً لحقيقة البضاعة، ونستنتج بمفهوم المخالفة بطلان خطاب الضمان لصراحة نص المادة المذكورة بحظر تخفيف مسؤولية الناقل، وبالتالي فخطاب الضمان لا يخرج عن هذا الحظر لأنه يؤدي إلى التخفيف من المسؤولية، فتحرير خطاب الضمان لا يعفي الناقل البحري من المسؤولية ولا يعفيه من تحرير سند شحن نظيف يتضمن وصفاً صحيحاً وصادقاً عن حالة البضاعة.

ثانياً - خطاب الضمان في اتفاقية بروكسل لسنة ١٩٢٤م الخاصة بتوحيد بعض القواعد المتعلقة بالنقل البحري بسندات الشحن:

هذه الاتفاقية لم تدرج في أحكامها أي نص يتعلق بخطاب الضمان، إلا أن بعض الفقه المصري يبرر هذا الموقف بأن خطابات الضمان وإن كانت معروفة وقت إبرام اتفاقية بروكسل إلا أنها لم تكن واسعة الانتشار، بحيث تشكل خطورة على التجارة الدولية في ذلك الحين (شفيق ، ١٩٧٩م).

يتبين من النص المتقدم صحة خطاب الضمان الذي يعقد بين الشاحن والناقل البحري حيث يتعهد الأول بأن يدفع للثاني التعويضات التي يلتزم بدفعها للغير بسبب العيوب التي تظهر في البضاعة حين تسليمها للمرسل إليه في ميناء التسليم على الرغم من عدم وجود أي تحفظات بشأنها في سند الشحن النظيف.

وبالتالي يكون ضامناً بموجب هذا التعهد الملزم له قانوناً عملاً بحكم المادة (١٨٣) من القانون المدني اليمني التي تنص على أن: (كل عقد قصد به الحيلة لإخفاء عقد حقيقي فالعبرة بالعقد الحقيقي صحةً وبطلاناً) باعتبار أن ورقة الضد هذه لا أثر لها إلا فيما بين طرفيها وهما الشاحن والناقل وفقاً للقواعد العامة في القانون المدني، ولذلك يكون الشاحن ملزماً بتسليم كافة التعويضات للناقل الذي قد يضطر إلى تسليمها للمضروب من الغير بسبب الاختلاف بين بيانات البضاعة المدونة في سند الشحن النظيف وبين حالة البضاعة الفعلية في ميناء التسليم .

كما ورد في نص المادة (٢٢٧) بحري يمني والمادة (٢٠٧) بحري مصري" لفظ الغير" ويقصد به كل من لم يكن طرفاً في خطاب الضمان من أطراف الرسالة البحرية، وبالتالي لا يجوز الاحتجاج عليه بهذا الضمان شريطة أن يكون هذا الغير حسن النية، أي أنه لم يكن يعلم بصحة البيانات المبينة في سند الشحن النظيف والتي تخص البضاعة، ويمكن أن يكون هذا الغير المشتري للبضاعة أو المؤمن عليها أو المرسل إليه أو البنك الذي تولى فتح الاعتماد المستندي .

يلاحظ على نص المادة (٢٢٧) بحري يمني أنها اعتبرت إتفاق الضمان بأنه(خطاب) ونعتقد أن هذا اللفظ ليس وصفاً دقيقاً لهذا المستند ، لأن مضمونه عبارة عن عقد مستتر بين الناقل والشاحن ، ولذلك يُعد مجرد اتفاق ، وليس خطاب ضمان. وقد ذهب بعض الفقه المصري إلى ذلك. (حسني، ١٩٩١م)

كما أن نص المادة (١/٢٠٧) بحري مصري المقتبس منه النص اليمني سالف الذكر ، قد جانبه

(١٧) من اتفاقية هامبورج بقولها: "يُعتبر خطاب الضمان أو الاتفاق المشار إليه سارياً تجاه الشاحن ، ما لم يكن الناقل أو الشخص الذي يتصرف نيابة عنه قد نوى بعدم إدراجه التحفظ المذكور في الفقرة الثانية من هذه المادة غشاً طرفاً ثالثاً، بما في ذلك أي مرسل إليه ، يكون قد تصرف اعتماداً على الوصف الوارد للبضائع في سند الشحن، وفي الحالة الأخيرة إذا كان التحفظ غير المثبت متعلقاً ببيانات يكون الشاحن قدّمها لإدراجها في سند الشحن، لا يحق للناقل أي تعويض من الشاحن بمقتضى الفقرة (١) من هذه المادة" .

فهذه القاعدة تنظم العلاقة بين الناقل والشاحن حيث تقرر الاتفاقية بصحة خطاب الضمان بين طرفيه ، بان يكون الخطاب صحيحاً منتجاً لآثاره بين الناقل والشاحن بشرط توافر حسن النية لدى الناقل، أما إذا ثبت أنّ الناقل قد اغفل ذكر التحفظات بقصد الإضرار بالغير الذي تصرف اعتماداً على وصف البضائع المدون في سند الشحن، فإنّ الناقل في هذه الحالة لا يحق له مطالبة الشاحن بالتعويض المتفق عليه في خطاب الضمان. وهذا جزء عادل توقعه الاتفاقية على الناقل سيئ النية.(الشرقاوي، ١٩٩٤م)

#### القاعدة الثالثة :

نصت على هذه القاعدة الفقرة الرابعة من المادة (١٧) من اتفاقية هامبورج على أن: (في حالة الغش المتعمد المشار إليه في الفقرة الثالثة من هذه المادة، يُسأل الناقل دون أن يحق له الاستعادة من تحديد المسؤولية المنصوص عليها في هذه الاتفاقية عن الخسارة التي تلحق بطرف ثالث بما في ذلك أي مرسل إليه، يكون قد تصرف اعتماداً على الوصف الوارد للبضائع في سند الشحن) .

فلم تكتفِ الاتفاقية بحرمان الناقل سيئ النية من الرجوع على الشاحن، وإنما أضافت في الفقرة الرابعة إلى هذا الجزء جزءاً أعمق أثراً، وهو حرمان هذا الناقل متى ثبت تعمه أو علمه بالإضرار بالغير من التمسك بتحديد مسؤوليته تجاه هذا الغير الذي يكون قد تصرف اعتماداً على الوصف الوارد بسند الشحن بشأن

ذهب البعض في تفسيره لذلك أن غياب النص على خطاب الضمان في هذه الاتفاقية هو لإرساء الثقة في سند الشحن فهناك نصوص فيها يلزم الناقل بتضمين سند الشحن وصف صادق للبضاعة كما استلمها وأجازت له على سبيل الاستثناء أن يذكر فيه بعض التحفظات الظاهرة في سند الشحن إن كان هناك ما يستوجب ذلك (حمدي ، ٢٠٠٧م).

#### ثالثاً- خطاب الضمان في اتفاقية هامبورج لعام ١٩٧٨م:

أما في قواعد هامبورج بسبب الجدل الذي أثير بشأن صحة خطابات الضمان عند تطبيق أحكام اتفاقية بروكسل لسنة ١٩٢٤م قام واضعوا اتفاقية هامبورج بحسم هذا الجدل فقاموا بتضمين الاتفاقية عدة قواعد تحكم هاتين المسألتين في المادة (١٧) وفقاً للتالي :-  
القاعدة الأولى :

هذه القاعدة نصت عليها الفقرة الثانية من المادة (١٧) من الاتفاقية بقولها: "أنّ كل خطاب ضمان أو اتفاق يتعهد بموجبه الشاحن بتعويض الناقل عن الخسارة التي تنتج عن قيام الناقل أو شخص يتصرف نيابة عنه بإصدار سند شحن دون إدراج تحفظ بشأن البيانات المقدمة من الشاحن لإدراجها في سند الشحن، أو بشأن الحالة الظاهرة للبضائع يكون باطلاً ولا يترتب عليه أثر في مواجهة الغير بما في ذلك أي مرسل إليه يكون قد حول إليه سند الشحن".

ومعنى ذلك أنّ الناقل لا يستطيع بحال من الأحوال أن يتمسك بخطاب الضمان ضد الغير حسن النية، والغير هو من لم يكن طرفاً في الاتفاق الذي أفضى إلى خطاب الضمان ويستوي أن يكون ذلك الغير هو المرسل إليه أو المؤمن على البضائع أو البنك فاتح الاعتماد المستندي، حيث يلزم الناقل بتسليم البضاعة إلى حامل السند بحالتها الموصوفة في سند الشحن دون الاحتجاج عليه بحالة البضاعة المذكورة في خطاب الضمان (حمدي، ٢٠٠٨م).

#### القاعدة الثانية :

هذه القاعدة نصت عليها الفقرة الثالثة من المادة



البضاعة (حسني ، ١٩٨٢م).

بمعنى أن سوء نية الناقل في هذا المجال تدخل في مدلول الفقرة الأولى من المادة رقم (٨) من اتفاقية هامبورج على أنه: "لا يجوز للناقل الاستفادة من تحديد المسؤولية المنصوص عليه في المادة رقم (٦) إذا ثبت أن الهلاك أو التلف أو التأخير في التسليم قد نتج عن فعل أو تقصير من الناقل ارتكبه بقصد التسبب في الهلاك أو التلف أو التأخير أو ارتكب عن استهتار وعلم باحتمال أن ينتج عنه هذا الهلاك أو التلف أو التأخير".

#### رابعاً - خطاب الضمان في اتفاقية روتردام:

لم تدرج اتفاقية روتردام في أحكامها أي نص يتعلق بخطاب الضمان، حيث أوجبت المادتان (٢٩) من اتفاقية روتردام على الآتي: "واجب الشاحن في توفير المعلومات والتعليمات والمستندات:

١- يزود الشاحن الناقل - في الوقت المناسب- بما يخص البضائع من معلومات وتعليمات ومستندات غير متاحة في حدود المعقول للناقل من مصدر آخر- وهي- في حدود المعقول- ضرورية: (أ) لمناولة البضائع ونقلها بصورة ملائمة- بما في ذلك الاحتياطات التي يجب أن يتخذها الناقل أو الطرف المنفذ؛ (ب) ولامتثال الناقل لما تقرر السلطات العمومية من قوانين أو لوائح أو اشتراطات أخرى تتعلق بالنقل المعترزم- شريطة أن يبلغ الناقل الشاحن في الوقت المناسب بما يلزمه من معلومات وتعليمات ومستندات.

٢ - ليس في هذه المادة ما يمس أي واجب محدد بتوفير معلومات وتعليمات ومستندات معينة ذات صلة بالبضائع- عملاً بما تقرر السلطات العمومية من قوانين أو لوائح أو اشتراطات أخرى تتعلق بالنقل المعترزم.

٣- يزود الشاحن الناقل- في الوقت المناسب- بالمعلومات الصحيحة اللازمة لإعداد تفاصيل العقد وإصدار مستندات النقل أو سجلات النقل الالكترونية- بما فيها التفاصيل المشار إليها في الفقرة (١) من المادة (٣٦) واسم الطرف الذي يذكر في

تفاصيل العقد أنه هو الشاحن، واسم المرسل إليه- إن وجد، واسم الشخص الذي سيصدر مستند النقل أو = سجل النقل الإلكتروني لأمره = إن وجد.

٤- يعتبر الشاحن قد تكفل بصحة المعلومات التي يوفرها بمقتضى الفقرة (١) من هذه المادة وقت تلقي الناقل تلك المعلومات، ويعوض الشاحن الناقل عما ينجم عن عدم صحة تلك المعلومات من خسارة أو ضرر.

على الشاحن توفير المعلومات والتعليمات والمستندات وأن يزود الناقل بالمعلومات اللازمة لإعداد تفاصيل العقد ويكون مسؤولاً عن أي تقصير إذا لم يوفر للناقل ما اقتضته تلك المادتان .

كما أن اتفاقية روتردام أوجبت على الناقل في حالة وجود أي نقص في البيانات الجوهرية في مستند النقل (وثيقة الشحن) أو في المعلومات التي يزود بها الشاحن أن يتحفظ عليها حتى لا يتحمل المسؤولية عن صحة المعلومات التي قدمها الشاحن والتي قد ينشأ عنها ضرر وفقاً للمادة (٤٠) من الاتفاقية التي نصت على أن : (التحفظ على المعلومات المتعلقة بالبضائع في تفاصيل العقد :-

١- يتحفظ الناقل على المعلومات المشار إليها في الفقرة (١) من المادة (٣٦) لكي يبين أن الناقل لا يتحمل المسؤولية عن صحة المعلومات التي قدمها الشاحن، إذا:

(أ) كان لدى الناقل علم فعلي بأن أيًا من البيانات الجوهرية الواردة في مستند النقل أو سجل النقل الإلكتروني زائف أو مضلل.

(ب) كانت لدى الناقل أسباب وجيهة للاعتقاد بأن بياناً جوهرياً في مستند النقل أو سجل النقل الإلكتروني زائف أو مضلل.

٢- دون مساس بالفقرة (١) من هذه المادة، يجوز للناقل أن يتحفظ على المعلومات المشار إليها في الفقرة (١) من المادة (٣٦) في الأحوال وبالطريقة المحددة في الفقرتين (٣) و (٤) من هذه المادة، لكي يبين أنه لا يتحمل المسؤولية عن صحة المعلومات التي قدمها

الشاحن.

٣- عندما لا تسلم البضائع إلى الناقل أو إلى الطرف المنفذ في حاوية أو عربة مغلقة بغرض نقلها، أو عندما تسلم في حاوية أو عربة مغلقة ويتفقد الناقل أو الطرف المنفذ فعلاً، يجوز للناقل أن يتحفظ على المعلومات المشار إليها في الفقرة (١) من المادة (٣٦) إذا: (أ) لم يكن لدى الناقل وسيلة عملية فعلياً أو معقولة تجارياً للتحقق من المعلومات التي قدمها الشاحن، ويجوز له في هذه الحالة أن يبين المعلومات التي تعذر عليه التحقق منها؛ أو (ب) كانت لدى الناقل أسباب وجيهة للإعتقاد بأن المعلومات التي قدمها الشاحن غير صحيحة، ويجوز له في هذه الحالة أن يدرج بنداً يورد فيه ما يعتبره، في حدود المعقول، معلومات دقيقة.

٤ - عند تسليم البضائع إلى الناقل أو الطرف المنفذ في حاوية أو عربة مغلقة بغرض نقلها، يجوز للناقل أن يتحفظ على المعلومات المشار إليها في: (أ) الفقرة الفرعية: ١- (أ) أو (ب) أو (ج) من المادة (٣٦)، إذا: ١- لم يكن الناقل أو الطرف المنفذ قد تفقد فعلياً البضائع الموجودة داخل تلك الحاوية أو العربة؛

٢- ولم يكن الناقل ولا الطرف المنفذ على علم فعلي بمحتوياتها من مصدر آخر قبل إصدار مستند النقل أو سجل النقل الإلكتروني؛ (ب) والفقرة الفرعية ١- (د) من المادة (٣٦)، إذا: ١- لم يتم الناقل ولا الطرف المنفذ بوزن تلك الحاوية أو العربة، ولم يكن الشاحن والناقل قد اتفقا قبل الشحن على أن توزن الحاوية أو العربة وأن يدرج الوزن في تفاصيل العقد؛ أو: ٢- ولم تكن ثمة وسيلة عملية فعلياً أو معقولة تجارياً للتحقق من وزن الحاوية أو العربة.

بناءً على ما تقدم نجد أن اتفاقية روتردام قد أعادت الوضع الذي كان معمولاً به في اتفاقية بروكسل وقواعد لاهاي على خلاف اتفاقية هامبورج، حيث يتبين من النصوص السالفة أنه لا يجوز إبرام أي اتفاق بين الشاحن والناقل يتضمن إصدار الناقل سند شحن نظيف (مستند نقل) دون تحفظ على بعض البيانات

الناقصة أو أوصاف البضاعة مقابل إصدار الشاحن خطاب ضمان يضمن فيه أي ضرر يعود به المرسل إليه على الناقل نتيجة ذلك البيان الناقص أو غيره من المعلومات اللازمة وفق مقتضى المادة (٤٠) السالفة. بالتالي فإن الناقل يكون مسؤولاً عن أي نقص بالبضاعة لم يتحفظ عنه، ولا يحق له الاتصال من مسؤوليته تجاه المرسل إليه بأن ذلك النقص يعود للشاحن طالما لم يتحفظ على ذلك.

لكن التساؤل الذي يثار في هذه الحالة ماذا لو اتفق الشاحن والناقل على إصدار الناقل سند شحن نظيف دون تحفظ مقابل حصوله على خطاب ضمان من الشاحن في ظل سريان قواعد روتردام بينهما؟.

فوفقاً لقواعد روتردام لا يجوز ذلك الاتفاق، حيث إن تحرير خطاب الضمان لا يعفي الناقل البحري من المسؤولية ولا يعفيه من تحرير سند شحن نظيف يتضمن وصفاً صحيحاً وصادقاً عن حالة البضاعة.

لكن نرى أنه لو حصل ذلك الاتفاق فلا يجيز للناقل بأي حال من الأحوال أن يتنزع بذلك الاتفاق أمام المرسل إليه، فيكون ملزماً بدفع التعويض عن أي ضرر لحق بالمرسل إليه نتيجة عدم مطابقة أوصاف البضاعة للبيانات الواردة بمستند النقل.

لكن في هذه الحالة هل يحق له الرجوع على الشاحن بما دفعه من تعويضات نتيجة عدم التحفظ؟

فوفقاً لنص المادة (٤٠) لا يستطيع أن يرجع على الشاحن بما دفعه نتيجة ذلك النقص وذلك لعدم الاعتراف بخطاب الضمان في اتفاقية روتردام، وإنما يمكن أن يرجع عليه وفقاً للقواعد العامة التي تحكم ذلك الاتفاق، فضلاً عن ذلك أن المادة (٤١) نصت على أنه (باستثناء الحالات التي جرى فيها الاتفاق على تفاصيل العقد في الظروف وبالطريقة المبينة في المادة (٤٠): (أ) يعتبر مستند النقل أو سجل النقل الإلكتروني دليلاً ظاهراً على تسلم الناقل البضائع حسبما هو مبين في تفاصيل العقد؛ (ب) لا يقبل أي دليل يقدمه الناقل لإثبات العكس فيما يخص أيًا من تفاصيل العقد عندما تكون تلك التفاصيل مدرجة

السنگال، أسبانيا، سويسرا، توجو، أمريكا، الكامبيرون ، مدغشقر، النيجر، مالي.

### المبحث الثالث: خطاب الضمان في القوانين

#### والاتفاقيات الدولية

مما سبق تبين لنا أن الاتجاه السائد في الفقه والقضاء والقوانين الوطنية المختلفة واتفاقية هامبورج أن خطاب الضمان يُعتبر اتفاقاً صحيحاً ومنتجاً لآثاره كعقد بين أطرافه إذا تم العقد غير مشوبٍ بالغش أو بحيله، أي أن يكون اتفاقاً مشروعاً بحسبان أن صحة الاتفاق يترتب عليه آثار قانونية هامة فيما بين عاقديه وفيما بينهما وبين الغير إلا أن حجته تقتصر بين أطرافه كما أن الرأي المتشدد الذي ذهب إلى بطلان الاتفاق بصورة عامة سواء كان الغرض من الاتفاق مشروعاً أم غير مشروع سلموا في نهاية المطاف بأن البطلان يلحق خطاب الضمان غير المشروع (حمد الله، ١٩٩٦).

لذلك يقتضي الحديث أولاً عن حجية خطاب الضمان في القانون البحري اليمني والمصري، وثانياً عن حجية خطاب الضمان في الاتفاقيات الدولية، ثم نبين أخيراً حجية خطاب الضمان المنطوي على غش في ثلاثة مطالب على النحو الآتي:-

#### المطلب الأول- حجية خطاب الضمان في القانون

##### البحري اليمني والمصري:

وفقاً لنص المادة (٢٢٧) من القانون البحري اليمني المقابل لنص المادة (٢٠٧) من القانون البحري المصري، يتبين أن خطاب الضمان تكون حجته مقصورة على أطرافه وهما الناقل والشاحن، وقد قضت محكمة النقض المصرية بأن: (خطابات الضمان التي يلتزم الشاحن فيها قبل الناقل، حجيتها على طرفيها دون الغير، جواز إثبات الطرفين عكس ما ورد بسند الشحن لا مخالفة في ذلك للقانون المصري أو معاهدة بروكسل (العمروسي، ٢٠٠١م).

أما بالنسبة للغير (المرسل إليه) فلا تكون لهذه الخطابات حجية في مواجهته بحيث يكون له أن يطالب الناقل بالبضائع وفقاً لحالتها ومواصفاتها الواردة

في: ١- مستند نقل قابل للتداول أو سجل نقل إلكتروني قابل للتداول يحال إلى طرف ثالث يتصرف بحسن نية؛ أو ٢- مستند نقل غير قابل للتداول يشير إلى أنه يجب تسليمه من أجل تسلم البضائع ويحال إلى المرسل إليه الذي يتصرف بحسن نية؛ (ج) لا يقبل أي دليل يقدمه الناقل لإثبات العكس تجاه المرسل إليه الذي تصرف بحسن نية استناداً إلى أي من تفاصيل العقد التالية المدرجة في مستند نقل غير قابل للتداول أو سجل نقل إلكتروني غير قابل للتداول: ١- تفاصيل العقد المشار إليها في الفقرة (١) من المادة (٣٦) عندما يكون الناقل هو الذي قدم تلك التفاصيل؛ ٢- وعدد الحاويات ونوعها والأرقام المعرفة لها- ولكن ليس الأرقام المعرفة لأختام الحاويات؛ ٣- وتفاصيل العقد المشار إليها في الفقرة (٢) من المادة (٣٦)، من الاتفاقية اعتبرت مستند النقل أو سجل النقل الإلكتروني دليلاً ظاهراً على تسلم الناقل للبضائع حسبما هو مبين بتفاصيل العقد، وذلك يعني أن عدم تطابق البضاعة مع أوصافها المبينة في مستند النقل أو سجل النقل الإلكتروني فإن الناقل يكون هو المسؤول عن ذلك ولا يجيز له أن يدفع مسؤوليته بأي دليل لإثبات العكس فيما يخص أيًا من تفاصيل العقد طالما كانت مدرجة في مستند النقل وبالنسبة لليمن فلم تصادق على أي إتفاقيه دوليه ولكن المشرع اليمني عندما سن القانون البحري إسترشد ببعض نصوص إتفاقية هامبورج وهي النصوص التي إسترشد بها المشرع المصري والمنظمة لعقد النقل البحري ومسؤولية الناقل البحري والشاحن.

ومن الدول العربية التي إنضمت إلى إتفاقيات بروكسل لسنة ١٩٢٤م: الجزائر، مصر، الكويت، الصومال، ومن الدول التي إنضمت إلى إتفاقية هامبورج لعام ١٩٧٨م: مصر، لبنان، المغرب، تونس، الأردن، سوريا، الجزائر.

وأما إتفاقية روتردام لعام ٢٠٠٨م فلم توقع أي دولة عربية عليها والدول التي وقعت على هذه الإتفاقية حتى الآن: ألمانيا، الكونجو، الدنمارك، فرنسا، الجابون، غانا، اليونان، غينيا، هولندا، نيجيريا، النرويج، بولندا،

إن تلك الاتفاقيات حرصت على إرساء مبدأ الاستقرار في العقود البحرية، وبذلك لا يمكن الحديث عن حجية خطاب الضمان، كونه غير معترف به في تلك الاتفاقيات، حيث إن تلك الخطابات لا تجيز للناقلين والشاحنين الذين يبرمون عقودهم استناداً لها أن ينتقوا على خلاف ما تقضي به نصوصها، وكل اتفاق يتم يعد باطلاً، لا أثر له.

ولذلك سنقتصر على بيان حجية خطاب الضمان في اتفاقية هامبورج واتفاقية روتردام وفقاً للآتي:-

#### ١- حجية خطاب الضمان في اتفاقية هامبورج لعام ١٩٧٨ م :

سبق وأن أوردنا القواعد التي نصت عليها المادة (١٧/٤،٣،٢) من اتفاقية هامبورج فيما يتعلق بصحة خطاب الضمان، ونحيل إليها منعاً للتكرار، ولكن ما يهمنا في هذا الصدد هو مدى حجية خطاب الضمان بين الشاحن والناقل والغير.

واستناداً للمادة (٣/١٧) السالف نصها من اتفاقية هامبورج أن خطاب الضمان الذي يبرمه الشاحن مع الناقل يكون حجة عليهما ومنتجاً لأثاره فيما بينهما ولكن بشرط توافر حسن النية لدى الناقل، أما إذا ثبت أنّ الناقل قد أغفل ذكر التحفظات بقصد الإضرار بالغير الذي تصرف اعتماداً على وصف البضائع المدونة في سند الشحن، فإنّ الناقل في هذه الحالة لا يحق له مطالبة الشاحن بالتعويض المتفق عليه في خطاب الضمان وهذا الجزاء العادل توقعه الاتفاقية على الناقل سيئ النية.

وأما بالنسبة لأثر ذلك الخطاب على الغير فقد أوردت المادة (٢/١٧) من قواعد هامبورج أن اتفاق الضمان المحرر بين الناقل والشاحن يكون باطلاً (منعدم الأثر) قبل الغير فالغير الذي انتقل إليه سند الشحن النظيف ولم يكن طرفاً في خطاب الضمان شريطة أن يكون هذا الغير حسن النية، ومفهوم الغير يشمل كل من تعاقد في شحنه البضائع التي تضمنها سند الشحن النظيف سواء كان المشتري أو المؤمن أو البنك الذي أصدر الاعتماد المستندي وغيرهم لتقتهم بما

في سند الشحن، ويكون له حق المطالبة بالتعويض عن الضرر الذي يصيبه جراء استلامه لبضاعة لا تطابق في حالتها سند الشحن الذي في يده ، ويكون للغير إذا أراد أن يحتج بما جاء في خطاب الضمان على أطرافه وهما الناقل والشاحن معاً (الشرقاوي، ١٩٩٤م).

وأساس مبدأ عدم الاحتجاج بخطاب الضمان في مواجهة الغير، يرجع إلى أن حقيقة هذا الخطاب عبارة عن ورقة ضد، ووفقاً للقواعد العامة فإن هذه الورقة ينصرف أثرها إلى الأطراف المتعاقدة دون سواهم (طه، ١٩٩٥م).

إن هذا المبدأ مقرر لمصلحة الغير دون طرفي الاتفاق، فإذا قُضي ببطلان خطاب الضمان بسبب الغش كان للغير حسن النية الرجوع على الناقل استناداً إلى أحكام المسؤولية التقصيرية المنصوص عليها في المادة (٣٠٤) من القانون المدني اليمني والتي تقضي بأن (كل فعل أو ترك غير مشروع سواء كان ناشئاً عن عمد أو شبه عمد أو خطأ إذا سبب للغير ضرراً، يلزم من ارتكبه بتعويض الغير عن الضرر الذي أصابه...)، وبالتالي يجوز للغير التمسك بما تضمنه هذا الخطاب على أطرافه ، كما يجوز للغير بصفته طرفاً في عقد البيع أو عقد التأمين أو عقد الرهن أن يرجع على الشاحن بالتعويض عملاً بقواعد المسؤولية العقدية، وإذا رجع الغير على الناقل فليس لهذا الأخير الرجوع على الشاحن بما سلمه للغير لأنه متواطئ في الغش مع الشاحن (القليوبي، ١٩٨٧م).

الجدير بالذكر أنه يشترط لرجوع الغير على الناقل أن يكون حسن النية، فإذا كان الغير سيئ النية، يكون هذا الاتفاق حجة في مواجهته على الرغم من أنه لم يكن طرفاً فيه وذلك استثناء من قاعدة نسبية آثار العقد.

#### المطلب الثاني- حجية خطاب الضمان في الاتفاقيات الدولية:

سبق البيان أن كلاً من قواعد لاهاي واتفاقية بروكسل واتفاقية روتردام ، لم يرد ضمن نصوص كل منها عن حجية خطاب الضمان، الأمر الذي يمكن معه القول

متضررة إلى ميناء الوصول، كما يحرم الناقل من قبول دعواه ضد الشاحن بطلب التعويض المتفق عليه سريعاً بينهما في خطاب الضمان لأنه سيء النية يتعين أن يرتد عليه قصده وأن ما بني على باطل فهو باطل (شفيق، ١٩٧٩م).

هناك قاعدة عامة تقول: (أن الغش يفسد كل شيء) ولذلك فإن خطاب الضمان متى تبين أن طرفيه يضمرون سوء النية فيه يعتبر سبب هذا العقد غير مشروع وجزاء عدم مشروعية سبب العقد هو البطلان المطلق للعقد بسبب مخالفته للنظام العام والأداب (طه، ١٩٩٥م).

على ذلك لا يجوز للناقل أو الشاحن أن يتمسك أيّ منهما في مواجهة الآخر أمام القضاء بهذا الخطاب غير المشروع عملاً بالقاعدة الرومانية القديمة التي تقضي بأنه: (لا يجوز لأحد أن يتمسك أمام القضاء بفعله الشائن).

ومفهوم هذه القاعدة أنه لا يجوز لأيّ من الشاحن والناقل أن يسترد ما سلمه تنفيذاً لعقد باطل؛ بسبب أن عدم المشروعية تعود إليه وتكمل هذه القاعدة قاعدة ثانية تقول: (إذا تساوى الطرفان في الفعل الشائن فلا استرداد) (البدراوي، ١٩٧١م).

وفي ذلك قضت محكمة استئناف مونيبله بعدم قبول طلب الناقل التمسك بخطاب الضمان في مواجهة المؤمن وسببت حكمها بأن الناقل كان سيئ النية بإصداره لسند شحن نظيف للشاحن رغم علم الناقل بوجود عيب جزئي في طريقة حزم البضاعة (حمد الله، ١٩٩٦م).

يؤخذ على نصي المادة (٢٢٧) بحري يمني والمادة (٢٠٧) بحري مصري أن كلا منهما لم يقررا بطلان هذا الاتفاق المقصور حجيته بين طرفيه إذا ظهر أن هناك حيلة أو غش ينطوي عليه، كما أنهما لم يقررا حرمان الناقل من التمسك في تحديد مسؤوليته في هذه الحالة، بخلاف اتفاقية هامبورج التي قررت ذلك.

#### الخاتمة:

بعد أن منّ الله علينا بالتوفيق والعون على إنجاز

هو ثابت في سند الشحن النظيف ولو لم يكن الاتفاق ضاراً بهم (عوض، ١٩٩٢م).

ولا يستفيد من ذلك الغير سيئ النية وهو من كان يعلم بوجود خطاب الضمان عند استلامه لسند الشحن النظيف فيكون خطاب الضمان مرتباً لآثاره في مواجهته.

كما أن اتفاقية هامبورج تميزت عن القانون البحري اليمني والمصري وذلك عندما قررت بأنه في حالة تعمد الناقل من عدم إدراج التحفظات في سند الشحن الغش أو الإضرار بالغير الذي يكون قد تصرف اعتماداً على الوصف الوارد بسند الشحن بشأن البضاعة فإنه يحرم من التمسك بتحديد مسؤوليته إلى جانب حرمانه من الرجوع على الشاحن.

#### ٢- حجية خطاب الضمان في قواعد روتردام:

لم تنظم قواعد روتردام خطاب الضمان وبالتالي لا يمكن الحديث عن حجيته ولذلك اقتصر الحديث عن حجية خطاب الضمان في اتفاقية هامبورج والقانونين اليمني والمصري.

#### المطلب الثالث - حجية خطاب الضمان الغير مشروع

##### (الخطاب المنطوي على غش):

إذا كان كل ما سبق بيانه يتعلق بالحالة التي يكون فيها خطاب الضمان مشروعاً بين الشاحن والناقل، فإن التساؤل يثور عن حكم خطاب الضمان غير المشروع، وذلك عندما يكون الهدف من خطاب الضمان المبرم بين الشاحن والناقل الغش والإضرار بالغير؟.

يُجمع الرأي على بطلان خطابات الضمان الغير مشروعه بطلاناً مطلقاً سواءً بالنسبة لطرفيه أو الغير (حمد الله، ١٩٩٦م).

هذا البطلان المطلق يسري على التي يحررها الشاحن العالم بحقيقة طبيعة عيوب البضاعة وأنها مخالفه للأوصاف التي أوردتها في سند الشحن رغم علم الريان بعيوب البضاعة ولو لم يكن هناك تواطؤ بينهم (القليوبي، ١٩٨٧م).

لذلك كان الجزء هو حرمان الشاحن سيئ النية من

الحكم له على الناقل بالتعويض إذا وصلت البضاعة

٥- أن كلاً من قواعد لاهي ١٩٢١م واتفاقية بروكسل ١٩٢٤م لم ترد ضمن أحكام كلٍ منها نصوص تنظم خطاب الضمان وهو ما أعادته اتفاقية روتردام الجديدة لعام ٢٠٠٨م، حيث لم تنظم خطاب الضمان، وذلك يعني عدم الاعتراف بخطاب الضمان حرصاً على مبدأ استقرار المعاملات في العقود البحرية، وأي خطاب ضمان يبرم بين الشاحن والناقل يعد باطلاً لا أثر له.

٦- أن خطاب الضمان المنطوي على غش وحيلة يكون باطلاً بطلاناً مطلقاً.

#### ثانياً - التوصيات:

١- نوصي المشرعين اليمني والمصري أن يحذوا حذو اتفاقية روتردام وذلك بتعديل النصوص التي تقر بصحة خطاب الضمان إلى نصوص تمنع ذلك الاتفاق وتبطله.

٢- نوصي المشرعين اليمني والمصري بإضافة نصوص ملزمة للناقلين والشاحنين بوجوب تضمين تفاصيل العقد بيانات حقيقية تتطابق مع أوصاف البضائع وزناً وكمّاً وعدداً، والتحفظ على أي بيانات لا تتطابق مع أوصاف البضاعة .

٣- نوصي المشرعين اليمني والمصري بإضافة نصوص لتوقيع غرامات مالية على المخالف لضمان إستقرار المعاملات البحرية، وحماية للمرسل إليهم مستلمي البضاعة من أي اتفاقات تتطوي على الغش وأعمال الاحتيال البحري ، خصوصاً مع التقدم والتطور الذي تشهده عملية النقل البحري وظهور النقل بالحاويات والنقل متعدد الوسائط وظهور سندات النقل الإلكتروني بدلاً من سندات الشحن العادية، حيث وصل نسبة النقل عبر البحر إلى ٨٥% من تجارة العالم.

٤- نوصي في أضيق الحدود بأن النصوص المنظمة لخطابات الضمان أصبحت غير ذي جدوى في الوقت الحاضر وفي إلغائها حماية للتجار الوطنيين من استغلال الشاحنين والناقلين في الدول المصنعة والمنتجة للاتفاقات السيئة، حيث إن بلداننا مازالت بلداناً مستوردة.

هذا البحث الموسوم (إشكالية خطاب الضمان وأثره في القانون البحري اليمني والمصري والاتفاقيات الدولية) والذي تم بيانه في ثلاثة مباحث، حيث حُصص المبحث الأول لدراسة ماهية خطاب الضمان من حيث بيان تعريفه وطبيعته وتمييزه عن غيره من الاتفاقات، ومبرراته وأهدافه، ثم كان المبحث الثاني لدراسة التنظيم القانوني لخطاب الضمان في القانون البحري اليمني والمصري والاتفاقيات الدولية ، وتناول المبحث الثالث حجية خطاب الضمان في القوانين والاتفاقيات الدولية، وقد خرجت الدراسة بعدد من النتائج والتوصيات، على النحو الآتي:-

#### أولاً - النتائج:

١- أن خطاب الضمان هو عبارة عن محررٍ يصدره الشاحن للناقل مقابل إصدار هذا الأخير سند شحن خالٍ من التحفظات التي كان يفترض أن يضمنها في سند الشحن على أن يضمن الشاحن للناقل كافة النتائج التي تترتب على عدم مطابقة البضاعة في ميناء التسليم للبيانات الواردة في سند الشحن إذا تم مقاضاة الناقل ومطالبته بالتعويض.

٢- أن طبيعة هذا الخطاب هو عبارة عن ورقة من أوراق الضد تأخذ حكم الصورية لا أثر لها إلا فيما بين طرفيها وهما الشاحن والناقل.

٣- أن كلاً من القانون البحري اليمني والمصري قد أقر بصحة خطاب الضمان وأن حجيته تقتصر على أطرافه ، ولا ينتج به على الغير حسن النية ، إلا أنهما لم يقررا بطلان خطاب الضمان إذا كان منطويًا على غش أو سوء نية، ولم يحرم الناقل من تحديد مسؤوليته إذا كان سيئ النية وتعهد الإضرار بالغير .

٤- أن اتفاقية هامبورج قد أقرت بصحة خطاب الضمان وجعلت حجيته قاصرة على أطرافه إذا كان الناقل حسن النية، ويبطل الاحتجاج به على الغير حسن النية ويعتبر منعدم الأثر قبله، إلا أن الاتفاقية تميزت عن القانونين اليمني والمصري بأن أحرمت الناقل من الرجوع على الشاحن ومن التمسك بتحديد مسؤوليته إذا كان سيئ النية متعمداً الإضرار بالغير .

## قائمة المصادر والمراجع:

- أولاً- القرآن الكريم:
- ١- سورة يوسف: الآية (٧٢).
- ثانياً- الحديث والسنة النبوية:
- ١- الترمذي: الحديث رقم (١٢٠٦).
- ثالثاً- المراجع الفقهية:
- ١-المصباح المنير في غريب الشرح الكبير للرافعي - العلامة احمد بن محمد بن علي المقرئ الفيومي - دار الفكر بدون سنة طبع.
- ٣-محمد فوزي فيض الله، نظرية الضمان في الفقه الإسلامي - مكتبة دار التراث الكويت، ١٩٨٦م.
- رابعاً - المراجع القانونية:
- ١- أحمد حسني، قضاء النقض البحري- منشأة المعارف الإسكندرية، ١٩٨٢م.
- ٢- أحمد حسني - عقد النقل البحري في القانون البحري الجديد الصادر بالقانون رقم ٨ لسنة ١٩٩٠م- منشأة المعارف الإسكندرية، ١٩٩١م.
- ٣- حمد الله حمد الله - اتفاقات الضمان البحري بين الإبقاء والإلغاء- "دراسة مقارنة في القانون المصري وبعض القوانين الأجنبية واتفاقية هامبورج لسنة ١٩٧٨م"- دار النهضة العربية- القاهرة- ١٩٩٦م.
- ٤- سميحة القليوبي ، القانون البحري - دار النهضة العربية القاهرة - ١٩٨٧م.
- ٥- عبدالمنعم البدرابي - النظرية العامة للالتزامات في القانون المصري الجزء الأول - ١٩٧١م.
- ٦- عزيز عبد الأمير العكلي - دور سند الشحن في تنفيذ عقد البيع كاف او سيف رسالة دكتوراه من كلية الحقوق - جامعة القاهرة ١٩٧٠م.
- ٧- علي جمال الدين عوض - النقل البحري للبضائع - دار النهضة العربية القاهرة ١٩٩٢م.
- ٨- محسن شفيق - الجديد في القواعد الدولية الخاصة بنقل البضائع في البحر - اتفاقية هامبورج بتاريخ ٣١ مارس ١٩٧٨م - دروس أُلقيت على طلبة دبلوم الدراسات العليا في القانون الخاص كلية الحقوق جامعة القاهرة ١٩٧٨- ١٩٧٩م.
- ٩- محمد السيد الفقي ، القانون البحري- دار الجامعة الجديدة للنشر القاهرة- ٢٠٠٧م.
- ١٠ - محمد بهجت عبد الله قايد - الوسيط في شرح قانون التجارة البحرية- الجزءان الثاني والثالث، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية- القاهرة، ٢٠٠٥م.
- ١١ - محمد كمال حمدي - اتفاقية الأمم المتحدة للنقل البحري للبضائع عام ١٩٧٨م، منشأة المعارف بالإسكندرية - ط ٢٠٠٨م.
- ١٢ - محمد كمال حمدي - القانون البحري - منشأة المعارف الإسكندرية - ط ٢٠٠٧م .
- ١٣ - محمود سمير الشرقاوي- القانون البحري شارك في إعداد هذه الطبعة د. محمد القليوبي - دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٨م.
- ١٤ - محمود سمير الشرقاوي - العقود البحرية - الطبعة الرابعة، ١٩٩٤م.
- ١٥ - مصطفى أحمد عبد الجواد - خطابات النوايا الصادرة عن الغير في مجال الائتمان - دار الجامعة الجديدة للنشر الإسكندرية، ٢٠٠٤م.
- ١٦ - مصطفى كمال طه - القانون البحري الجديد - دار الجامعة الجديدة للنشر القاهرة - ١٩٩٥م.
- ١٧ - لطيف جبر كومانى- القانون البحري، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع- عمان الأردن- ط٢، ١٩٩٨م.
- ١٨ - أنور العمروسي - قضاء النقض التجاري - دار المطبوعات الجامعية-الإسكندرية، ٢٠٠١م.
- خامساً - القوانين:
- ١- القانون البحري اليمني رقم (١٥) لسنة ١٩٩٤م.
- ٢- القانون التجاري البحري المصري (٨) لسنة ١٩٩٠م.
- سادساً - الإتفاقيات الدولية:
- ١- اتفاقية بروكسل ١٩٢٤م.
- ٢- اتفاقية هامبورج لسنة ١٩٧٨م.
- ٣- معاهدة روتردام - اتفاقية روتردام بشأن عقود نقل البضائع بطريق البحر لعام ٢٠٠٨م.
- سابعاً - الاحكام القضائية:
- ١- مجموعة الأحكام الصادرة من الهيئة العامة للمواد المدنية والتجارية - القاهرة - مطبعة دار القضاء العالي - ١٩٦٦م.