

إقصاء فكرة سوء السلوك العمدي Wilful Misconduct من اتفاقيات النقل

البحري ضرورة يقتضيها توحيد القانون الدولي

قرارية قويدر³⁴¹مقدمة:

لقد كان المبرر الذي دفع بالاتفاقيات الدولية من وراء تقرير نظام الحد الأقصى للتعويض هو توازن المصالح المتعارضة بين الشاحن والناقل لأنه من متطلبات التوازن العمدي، الذي لا يتحقق إلا إذا كان الناقل حسن النية في تنفيذ التزاماته، عند كل مرحلة من مراحل النقل ابتداء منذ أخذ البضاعة على عاتقه إلى غاية تسليمها في حالة جيدة، أو على الحالة التي تم استلامها عليها من الشاحن أو نائبه. وتأسيسا على ما تقدم فإذا صدر من الناقل فعلا سيئا أو تقصيرا يؤثر على التوازن الذي بُني عليه نظام الحد الأقصى للتعويض اختل هذا النظام وانهار ولم يبق هناك ما يبرره وعليه فإنه من المنطقي أن يحرم الناقل من الاستفادة منه ولا يكون أمام القاضي عندئذ إلا أن يحكم بتعويض نقدي كامل يقدر بقيمة الضرر الذي يصيب البضاعة من هلاك أو تلف، أو ضرر يحدث جراء تأخيرها في التسليم وهو ما تقتضيه مبادئ العدالة³⁴². ومن خلال استقراء نصوص معاهدة بروكسل الأصلية لسنة 1924³⁴³ يلاحظ أنها على خلاف الاتفاقيات الأخرى لم تبين حالات سقوط نظام الحد الأقصى للتعويض مما شكل صعوبة على القضاء في الفصل في النزاعات التي تحكمها هذه الاتفاقية وهذا ما فسح المجال أمام الفقه في البحث عن الحل، لكن هذا الأمر كان محل خلاف مما اضطر الدول التي شاركت في اتفاقية بروكسل الاجتماع لإضافة نص في تعديلها الذي كان في سنة 1968 وذلك من أجل بيان تلك الحالات التي تقصي الناقل أو تابعيه من التمسك بنظام الحد الأقصى للتعويض.

وقد كانت المناقشات في بروتوكول بروكسل لسنة 1968 تدور حول تقريب المفاهيم القانونية لدى الدول الأنجلو سكسونية والدول اللاتينية لكي لا يكون هناك انحياز في الاتفاقية إلى فكرة في نظام قانوني معين، ربما قد تجهلها بعض النظم القانونية الأخرى وترتبط على ما تقدم كان لا مفر من تعديل يحسم الاختلاف بنص واضح ولهذا كان من أهم أهداف البروتوكول هو بيان حالات

341 - طالب دكتوراه سنة رابعة تخصص قانون البحري و النقل - جامعة أبي بكر بلقايد تلمسان -

342- قرارية قويدر، أثر الغش والخطأ الجسيم على التعويض في النقل البحري للبضائع، المجلة الجزائرية للقانون البحري والنقل، العدد السادس، منشورات مخبر القانون البحري والنقل بجامعة أبي بكر بلقايد تلمسان(الجزائر)، دار كنوز للنشر والتوزيع، سنة 2017، ص 91.

343 - 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 1964/04/07، ج ر عدد 29، الصادر في 1964/04/07.

التعويض الكامل للضرر الذي يصيب البضاعة محل عقد النقل البحري الدولي³⁴⁴، لذلك كان لا بد أن يفعل هذا البروتوكول شيئاً في هذا الخصوص فاتجه إلى حرمان الناقل سيء النية أو الغارق في الإهمال من الاستفادة من الحد الأقصى للتعويض ولكنه لم يستعمل لفظ الغش أو عبارة الخطأ الجسيم لأن لهذا اللفظ مدلولات تختلف من نظام قانوني عن آخر كالنظام الأنجلو سكسوني الذي لا يأخذ باصطلاح الخطأ الجسيم وما يشير إليه من تدرج في مراتب الخطأ وكان على البروتوكول أن يبحث عن صياغة تلثقي عندها مختلف الأنظمة القانونية فلم يجد خيراً مما فعلته اتفاقية وارسو الخاصة بالنقل الجوي لسنة 1929³⁴⁵ المعدلة ببروتوكول لاهاي لسنة 1955 وبهذا فقد أخذ بروتوكول بروكسل لسنة 1968 الخاص بالنقل البحري بفكرة سوء السلوك العمدي³⁴⁶ Wilful Misconduct والتي وردت في المادة 2 / ه منه و هذا ما لقي قبولا لدى معاهدتي هامبورغ³⁴⁷ (المادة 8) و روتردام³⁴⁸ (المادة 61) فسلكتا نفس التوجه. و التساؤل الذي يثور هنا هل وفقت الاتفاقيات البحرية الدولية باختيارها لفكرة سوء السلوك العمدي في سبيل توحيد المفاهيم القانونية للدول المشاركة فيها؟

للإجابة على هذا الإشكال تطلب تقسيم هذه الدراسة إلى مطلبين : مفهوم فكرة سوء السلوك العمدي ، (مطلب أول) تقييم فكرة سوء السلوك العمدي و كيفية اثباتها (مطلب ثاني).

المطلب الأول: مفهوم سوء السلوك العمدي Wilful Misconduct

عندما انعقدت الدورة الخاصة لفريق العمل المكلف بإعداد مشروع قواعد فيسبي (بروتوكول بروكسل لسنة 1968) كان هناك اقتراح من طرف مندوب فرنسا وبلجيكا بأن يدرج الخطأ العمدي والخطأ غير المغتفر كموانع للتمسك بالحد الأقصى للتعويض ولكن هذا الاقتراح قد قوبل بالرفض

344- محمد عبد الحميد، التعويض عن حالات الهلاك والتلف والتأخير في ظل قواعد هامبورغ 1978، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس بمصر، سنة 1984، ص 342 وما يليها.

345- محسن شفيق، محسن شفيق، الجديد في القواعد الدولية الخاصة بنقل البضائع (اتفاقية هامبورغ بتاريخ 31 من مارس 1978، دار النهضة العربية، القاهرة، سنة 2000، ص 113 وما يليها، محمود مختار أحمد بريري، قانون التجارة البحرية، دار النهضة العربية، القاهرة، سنة 2000، ص 390.

346- يقابلها مصطلح بالفرنسية *faute dolosive* وقد أخذ بذلك المشرع الجزائري في نص المادة 809ق ب ج عندما قرر للمضروور استيفاء التعويض بالكامل و المطابق لقيمة البضاعة، عند ارتكاب الناقل سلوكا يندرج تحت فكرة سوء السلوك العمدي:

-Fatima Boukhatmi, aperçu du droit algérien des transports et de marchandises par mer, études de droit, Mélanges en hommage à Abdallah Benhamou, ouvrage publié avec le soutien du recteur de l'université Abou-bekr Belkaid de Tlemcen, kounouz édition, année 2012 p301.

347- اتفاقية الأمم المتحدة للنقل البحري للبضائع لـ 31 مارس 1978 "قواعد هامبورغ"، دخلت حيز النفاذ في الأول من شهر ديسمبر 1992.

348- اتفاقية الأمم المتحدة المتعلقة بعقود النقل الدولي للبضائع عن طريق البحر كليا أو جزئيا "قواعد روتردام 2008"، قرار الجمعية العامة رقم 11/63، 12/22، 2008/12، لم تدخل حيز النفاذ .

من جانب بعض وفود الدول الأنجلو سكسونية وقد كانت علة هذا الرفض أن هناك بعض الدول تجهل فكرة الغش والخطأ غير المغتفر، لذلك ستجد صعوبة كاملة في اختيار الفكرة المقابلة لفكرة الغش في نطاقها القانوني ولهذا طلبت اقتباس مفهوم سوء السلوك الإرادي من بروتوكول 1955 وانتصر هذا الاتجاه الأخير فجاء النص مؤسسا على المانع من التمسك من الحد الأقصى للتعويض وحلول مكانه التعويض الكامل على الحالات التي تندرج تحت فكرة سوء السلوك العمدي³⁴⁹، لذلك سنتعرض لتعريفها (فرع أول)، ثم التعرض بعد ذلك للخطأ العمدي و عدم الإكتراث باعتبارهما يدخلان في تركيب فكرة السلوك العمدي في فرعين متتالين.

الفرع الأول: مقتضيات سوء السلوك العمدي

سوء السلوك العمدي مفهوم قديم ومعروف في القانون الأنجلوسكسوني، فهو يتضمن كلمتين: "Mis-Conduct" و "Wilful" ولهما مفهوم محدد وهذا ما يستخلص من كلمة القاضي "Butte" في قضية Lewis C.G.W.Rly وهي كما يلي: "إذا علم الفاعل أن ما يفعله أو ما يتمتع عنه يؤدي إلى الإضرار بالأشياء المرسله وأصر على ذلك عمدا، دون اهتمام بوقوع ضرر أم لا، أنا أرى أنه يقوم بشيء خاطئ وهذا هو سوء السلوك "Mis-Conduct" وإذا قام به عمدا فهو مرتكب لسوء السلوك العمدي "Wilful Mis-Conduct". ويترجم الفقه هذه العبارة في فرنسا باللغة الفرنسية إلى "Inconduite délibérée" وترجمتها "سوء السلوك العمدي" ومن الضروري تحليل مفهوم سوء السلوك العمدي فهو غير معروف لدى الدول التي تتبع القانون اللاتيني وإيضاحه يكفي أن نرجع إلى تعريف الفقيهان "شاو كروس" و "بومو" في القانون الإنجليزي و يقصد بسوء السلوك العمدي أنه فعل أو امتناع عمدي وفاعله يعرف بشيئين: أنه يخالف واجبا و يعرف أيضا باحتمال وقوع الضرر على الغير³⁵⁰.

و في تعريف آخر لهما: "أنه من الضروري التنبيه بأن سوء السلوك وليس السلوك في حد ذاته يجب أن يكون عمديا، فالسلوك السيء العمدي هو سوء السلوك الذي تكون فيه الإرادة عنصرا و هو يواجه عرضا أو بإهمال هذا هو العنصر السيء الذي يجب أن يكون عمديا، وليس السلوك العمدي في حد ذاته"³⁵¹. و عليه فإن سوء السلوك العمدي يتكون من عنصرين الخطأ العمدي و عدم الإكتراث.

349 - C.M.I, Year book,(1969), p138.

350 - مشار إليه لدى محمد موسى محمد دياب، ، فكرة الخطأ في اتفاقية فارسوفيا ومسؤولية الناقل الجوي في النقل الجوي الدولي (دراسة مقارنة)، رسالة دكتوراه، جامعة، سنة 1986، ص 398.

351 - "La mauvaise conduite délibérée est inconduite à laquelle la volonté est partie . c'est quelque chose qui s'oppose à accidentel ou négligeant. C'est son élément mauvais, non la conduite, qui doit être volontaire:

مشار إليه في المرجع السابق، ص 399.

الفرع الثاني: مفهوم الخطأ العمدي

الخطأ العمدي هو التصرف الذي ينطوي على قصد أحداث الضرر بالغير، فلا يكفي لوصف السلوك بأنه خطأ عمدي أن يقصد الفاعل هذا التصرف، بل يجب أن يهدف منه قاصدا إلى إحداث الضرر بالغير فتعمد الإسراع في قيادة السفينة، إذا تسبب عنها إصابة البضاعة بضرر لا يجعل خطأ الناقل عمديا، فهو لا يكون ذلك إلا إذا تعمد إصابة البضائع المنقولة³⁵²، فالإرادة في الخطأ العمدي لا تتجه فقط إلى الفعل، بل تتجه أيضا إلى إحداث الضرر ولا يشترط أن يكون الضرر هو الغاية الوحيدة للفعل، بل يمكن أن يكون أحد الدوافع³⁵³ كالناقل الذي يتسبب في تأخير البضاعة سريعة التلف، بقصد الهرب من القراصنة البحريين أو خطر آخر محقق به، مما أدى إلى تضررها. وبناء على ما تقدم يمكن القول أنه من مقتضيات الفعل العمدي للناقل البحري سوءا كان فردا أو شركة توافر عنصران مجتمعين معا لتوافر حالة العمد وإذا تخلف أحدهما لا نكون بصدد خطأ عمدي وهما كالآتي:

1- انصراف إرادة الناقل إلى الفعل أو الامتناع

يعد انصراف إرادة الناقل إلى الفعل أو الامتناع من الأسس التي تقوم عليها فكرة العمد، لذلك إذا لم تنصرف إرادة الناقل البحري إلى ارتكاب فعل معين، أصبح من المستحيل اعتباره من الأفعال العمدية التي تحرم الناقل من التمسك بالحد الأقصى للتعويض، لأن الإرادة هي نشاط نفسي يهدف إلى تحقيق غرض معين بأي طريقة كانت ويجب أن يتوافر لدى الناقل حرية الاختيار، أي أن يقدم الناقل البحري على ارتكاب الفعل بمحض إرادته دون إكراه أو اضطرار، مع ادراكه التام أن من شأن هذا الفعل أن يؤدي به إلى عدم تنفيذه التزامه العقدي، فإذا كانت إرادة الناقل حرة وكان مدركا أن من شأن هذا الفعل يحول دون وفائه بالتزامه المترتب على عقد النقل أخذ هذا السلوك وصف الفعل العمدي³⁵⁴.

و لتقريب الفكرة إلى الأذهان نسوق المثال التالي: إذا استخدم الناقل سفينة غير صالحة للملاحة وكان علم كامل بأن بهذا الأمر وترتب عنه إصابة البضائع بهلاك أو تلف جراء عدم قدرة السفينة على المحافظة على سلامة البضاعة إلى غاية وصولها لصاحبها، فإن إرادة الناقل تكون قد انصرفت إلى الفعل وهو هنا استخدام سفينة غير صالحة للملاحة البحرية وهو أمر قد يسهل إذا اثباته عند غياب شهادة صلاحية السفينة للنقل البحري وهي تستخرج من قبل سلطة المينائية

352- جميل الشراوي، النظرية العامة للالتزام (مصادر الالتزام)، دار النهضة العربية، سنة 1976، ص 462.

353- محمد حسين منصور، الوجيز في مصادر الالتزام، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، بدون تاريخ نشر ص 304، شريف أحمد الطباخ، المسؤولية المدنية التقصيرية والعقدية، الجزء الأول، دار الفكر والقانون، مصر، سنة 2012، ص 460، سوزان علي حسن، عقد نقل البضائع بالحواليات، دار الجامعة الجديدة، مصر، سنة 2009، ص 332.

354- ملزي عبد الرحمن، نظام المسؤولية المحدودة في عقد النقل البحري، رسالة دكتوراه في القانون الخاص، جامعة الجزائر، سنة 2006/2007، ص 236 وما يليها.

المختصة قبل انطلاق الرحلة البحرية، كما يبقى اثبات الشطر الثاني وهو اتجاه إرادة الناقل إلى التسبب في الهلاك أو التلف وهو أمر صعب فإذا أفلح الشاحن أو المرسل إليه في ذلك عُدد سفر الناقل بسفينة غير صالحة للملاحة عمداً يفقد الناقل من المزايا القانونية المقررة له بموجب الاتفاقيات الدولية (برتوكول هامبورغ وروتدام). نتيجة لذلك يتدخل الجزاء الردعي الذي يتمثل في تعويض صاحب البضاعة تعويضاً كاملاً عن الضرر اللاحق به.

2- انصراف النية إلى إحداث الضرر

لا يتوافر العمد بانصراف إرادة الناقل إلى الفعل أو الامتناع فقط، بل يجب أن يضاف إليه أن تتصرف الإرادة إلى إحداث الضرر المترتب عن هذا الفعل أو ذلك الامتناع و بناءاً عليه يجب أن تتصرف إرادة الناقل الذي يستخدم سفينة غير صالحة للملاحة إلى النتيجة وهي هلاك البضاعة أو تلفها أو تأخيرها في الوصول، أو تتصرف إرادة الناقل إلى حرمان الشاحن من التعويض الكامل في حالة إصداره لسند الشحن خال من بيان عدد الطرود المقدم من الشاحن أو وكيله³⁵⁵ طبقاً للمادة 4 من اتفاقية بروكسل والمادة 59 من قواعد روتردام، أو عندما يصدر تعليمات بعدم تدوين عدد من الطرود المشحونة داخل الحاوية حتى لا يستحق المضرور تعويضاً على أساس عدد الطرود المذكورة في سند الشحن والتساؤل الذي يثور هنا كيف السبيل إلى اثبات انصراف إرادة الناقل إلى الهلاك أو التلف أو التأخير؟

تتصرف إرادة الناقل إلى النتيجة المترتبة على الفعل أو الامتناع إذا كان على علم تام بأن هناك هلاكاً أو تلفاً أو تأخيراً سوف يحدث من جراء الفعل الذي يرتكبه أو كان يجب عليه أن يعلم بذلك و من بين الحالات التي تنبئ بذاتها عن انصراف الإرادة إلى الضرر ما يلي³⁵⁶:

أ- الناقل الذي يريد الحصول على مبلغ التأمين المستحق في حالة هلاك السفينة، فيضع مواد ناسفة لتفجير السفينة أثناء وجودها في عرض البحر، فتهلك السفينة وما بها من بضائع من جراء المواد الناسفة التي وضعها الناقل.

ب- الناقل الذي يعمل على تصادم السفينة من أجل حصوله على مبلغ التأمين المستحق في حالة وقوع تصادم بحري، فيتربط على التصادم هلاك البضاعة محل عقد النقل البحري الدولي أو تلفها.

ج- المخالفة الصريحة من قبل الناقل للاتفاق المبرم بينه وبين الشاحن على نقل البضاعة داخل عنابر السفينة وبعبارة أخرى نقل البضائع على السطح بالرغم من وجود اتفاق خاص على نقل البضاعة داخل عنابر السفينة .

د- استخدام سفينة غير صالحة للملاحة في نقل البضائع.

³⁵⁵ - محمد عبد الحميد ، المرجع السابق، ص 377.

³⁵⁶ - المرجع السابق، ص 378.

- و-الامتناع عن تقديم المياه والغذاء اللازم للحيوانات .
 ه-الامتناع عن تغطية شحنة من المائعات مما أدى إلى تبخرها .
 ي-السرقه التي تتعرض لها البضاعة أثناء النقل .

الفرع الثالث: فكرة عدم الاكتراث و تطبيقاتها **Reckless disrgard**

فكرة عدم الاكتراث هي الأخرى فكرة معقدة في مجال النقل البحري للبضائع نظرا لتركيبتها مما يقتضي البحث أولا في عناصرها ثم بعد ذلك و من أجل تقريب الفكرة للأذهان يتعين علينا أن نضرب أمثلة عن تطبيقاتها.

أولاً: تركيبة فكرة عدم الاكتراث

إلى جوار فكرة العمد يعرف القانون الأنجلوسكسوني فكرة عدم الاكتراث وتتحقق هذه الفكرة عندما يعلم الفاعل أن فعله الإرادي أو امتناعه من المحتمل جدا وفقا لمجريات الأمور أن يترتب عليه هلاك أو تلف البضائع ويقدم مع ذلك على ارتكاب هاذين السلوكين غير مكترث بالضرر الذي سوف يحدث وبناءا عليه ينطوي عدم الاكتراث على عنصرين³⁵⁷:

العنصر الأول:

أن يتصرف الناقل تصرفا اراديا واعيا، أي أن تتجه ارادته إلى ارتكاب الفعل أو الامتناع الذي قد يؤدي إلى إلحاق الضرر بالبضائع فإذا كان الفعل غير ارادي فإنه لا يعد عدم اكتراث ويكون من حق الناقل التمسك بالحد الأقصى للتعويض.

العنصر الثاني:

أن يكون الفاعل لحظة إتيان الفعل أو الامتناع على علم تام باحتمال حدوث هلاك و تلف أو تأخير في تسليم البضائع محل عقد النقل كأثر مترتب على الفعل أو الامتناع ،بل أكثر من هذا فإن عدم الاكتراث يتوافر في الحالة التي يجب فيها على الناقل أن يعي باحتمال حدوث النتيجة الضارة المترتبة على الفعل أو الامتناع الذي يصدر منه، بمعنى أنه كان عليه أن يعلم باحتمال حدوث ذلك الضرر للبضاعة الواجب نقلها وتسليمها للمرسل إليه .

و هذه الحالة هي قريبة الصلة من الخطأ العمدي و لذلك يطلق عليها أحيانا بشبه العمد ،ففي حالة العمد يريد الفاعل النتيجة أو يعلم أنها أكيدة ،أما في حالة شبه العمد يعلم أنها كبيرة الاحتمال فحسب، لذلك يلحق عدم الاكتراث بالعمد من حيث آثار معينة ،فبياح التعويض التأديبي في الحالتين ،كما أنه لا أثر لخطأ المضرور على مسؤولية الفاعل وقد دعا القضاء إلى الربط بين

³⁵⁷-كمال حمدي ، اتفاقية الأمم المتحدة للنقل البحري عام 1978 (قواعد هامبورغ)، منشأة المعارف ،الإسكندرية ، سنة 2008،ص123،وجدي حاطوم ، النقل البحري في ضوء القوانين و المعاهدات الدولية ، الطبعة الأولى ، المؤسسة الحديثة للكتاب ، لبنان ، سنة 2011 ، ص 212، سوزان علي حسن ، عقد نقل البضائع بالحاويات ، المرجع السابق ، ص334.

فكرتي العمد وعدم الاكتراث وأطلق عليهما معا فكرة سوء السلوك الإرادي Wilful Misconduct³⁵⁸.

لقد ذهب بعض الفقه³⁵⁹ إلى أن الخطأ العمدي يتكون من إرادة الفعل والنتيجة وأن عدم الاكتراث يتكون أيضا من إرادة الفعل والنتيجة وتظهر هذه إرادة النتيجة في عدم الاكتراث في أن الناقل كان على علم باحتمال حدوث الهلاك أو التلف أو التأخير ومع ذلك ارتكب الفعل فهذا دليل على أنه قبل النتيجة وما دام قد قبلها فذلك دليل كافي على انصراف ارادته إليها.

غير أنه لا يمكن التسليم بهذا الرأي على إطلاقه، ذلك لأن كلا من فكرتي العمد وعدم الاكتراث وإن كانتا متقاربتين من ناحية إرادة الفعل غير أن هذا لا يمكننا من القول بأنهما متقاربتان في إرادة النتيجة وإلا ما كان هناك فرق بين فكرتي العمد وعدم الاكتراث وقد كان في ما جاءت به النصوص السابقة في عبارتها الأخيرة نوع من الزيادة لا مبرر لها وهو ما لا يمكن التسليم به من ناحية الضرر إذا كان مرغوبا فيه أو نظر إليه على أنه محقق الوقوع، بمعنى أن فاعله قد واجه وقوعه باعتباره نتيجة حتمية لفعله فهذه الحالة تنطبق على المقصود من الخطأ العمدي ومن ناحية أخرى في الحالة يكون الضرر محتمل الوقوع لدى الناقل، أي أنه قد واجه وقوعه باعتباره نتيجة محتملة لفعله مما يتطابق مع معنى عدم الاكتراث.

إن المفهوم الأخير هو ما قصده بروتوكول بروكسل لسنة 1968 وكذلك اتفاقية هامبورغ وروتدام، حيث تعتبر هذه الفكرة العنصر الثاني الذي يدخل في تكوين سوء السلوك العمدي إذ يطلق عليها عدم الاكتراث، فالفاعل لم يقصد النتيجة، لكنه لم يبالي باحتمال حدوثها.

ثانيا: تطبيقات لحالات عدم الاكتراث المتعلقة بالناقل و تابعيه

1- حالات عدم الاكتراث بالنسبة للناقل البحري:

الميناء دون حراسة مع علمه بأن هناك احتمالا كبيرا لسرقة هذه البضاعة، نظرا لعدم وجود حراسة عليها وهي على الأرصفة استعدادا للشحن ومن الحالات أيضا أن يمتنع الناقل البحري عن اصلاح تلف حدث لجزء من أجزاء السفينة بعد بدء الرحلة البحرية مع علمه باحتمال حدوث هلاك أو تلف للبضاعة المحملة بها السفينة ومع ذلك لم يبادر إلى إصلاحه ومثال هذه الحالة أن يتفق شاحن جزائري مع شركة نقل إيطالية على نقل عدد من طرود تحمل لحوما مجمدة من ميناء بأستراليا إلى ميناء الجزائر وتم شحن هذه الطرود داخل عابري السفينة المجهزة بثلاجات لحفظ هذه

³⁵⁸ -Haffman v Bukingham transp.co.of Colorado .Inc,Cire.Cit of App,10Th Sep 15,1938,98 F.2d916:

مشار إليه لدى ثروت أنيس الأسبوتي، مسؤولية الناقل الجوي في القانون المقارن، رسالة دكتوراه في الحقوق، مصر، تاريخ المناقشة يوم الثلاثاء 20 أكتوبر 1959، ص 603.

³⁵⁹ -مشار إليه لدى نادبة محمد معوض السيد، مسؤولية متعهد النقل متعدد الوسائط، رسالة دكتوراه في الحقوق، جامعة القاهرة، سنة 1989، ص 498.

للحوم حتى تصل سليمة إلى ميناء الجزائر وبعد البدء الرحلة من أستراليا توقفت الثلجات عن العمل نظرا لعطب أحد الأجهزة بها ، فأبلغ الريان الشركة الناقلة بهذا التلف فامتعت الشركة الناقلة عن اصلاح هذه الثلجات مع علمها التام بأن هناك احتمالا لتلف البضاعة المشحونة³⁶⁰ .

و من الحالات كذلك تشغيل الناقل سفينة قديمة قد انتهى عمرها الافتراضي مما يجعلها غير قادرة على الملاحة البحرية ، لكن الناقل يستغلها في نشاطه مع علمه الكامل بأن هناك احتمالا لحدوث الهلاك أو التلف أو التأخير من جراء تشغيلها ويعتبر أيضا من صور عدم الاكتراث أن يبحر الريان بناء على تعليمات الناقل في وسط ظروف طبيعية سيئة للغاية بحيث يكون هناك احتمالا لدى الناقل بأن من شأن هذا الإبحار في وسط هذه الظروف أن يترتب عليه تلف البضاعة أو تلفها أو تأخيرها في الوصول³⁶¹ .

2- حالات عدم الاكتراث بالنسبة لتابعي ووكلاء الناقل

إذا رفعت الدعوى على التابع أو الوكيل فإن هاذين الأخيرين يكون لهما الحق في التمسك بالحد الأقصى للتعويض المنصوص عليه في المادة 2/أ بروتوكول بروكسل لسنة 1968، المادة 6 من اتفاقية هامبورغ ، المادة 59 من معاهدة روتردام ولا تسري هذه المواد في حالة ارتكاب تابع الناقل أو وكيله فعلا أو امتناعا عمديا أو كان في حالة عدم اكتراث مصحوبا بادراك بأن من المحتمل أن يحدث ضرر للبضاعة محل النقل عقد النقل وإذا كان الحال كذلك فيجب إعطاء أمثلة عن بعض صور عدم الاكتراث بالنسبة للتابع أو الوكيل³⁶² وهي كالاتي:

أ-ترك السفينة في أحد الموانئ من قبل الريان لقضاء يوم أو أكثر خارج الميناء، مع علمه الكامل بأن هناك احتمالا كبيرا جدا لتأخير تسليم البضاعة في الميعاد المتفق عليه وأن هذا التأخير سوف يرتب ضررا للمرسل إليه.

ب-عدم مراعاة طبيعة البضاعة وخصائصها عند الرص أو التسليم من قبل الريان.

ج-سكر الريان ورجال الطاقم أثناء قيادتهم للسفينة مع علمهم الكامل أن من شأن هذا السكر أن يؤدي إلى احتمال حدوث هلاك البضاعة أو تلفها أو تأخيرها.

هـ- مخالفة الريان للقواعد الدولية لمنع التصادم في البحر مع علمه التام بأن باحتمال حدوث ضرر للبضاعة أو تأخيرها مثال عدم اخلاء الطريق للسفينة التي لها أولوية المرور أو عدم الإضاءة التي تبين مكان السفينة ليلا³⁶³.

³⁶⁰- محمد عبد الحميد، المرجع السابق، ص 390 وما يليها.

³⁶¹- المرجع السابق، ص 392 .

³⁶²- نفس المرجع، ص 392 وما يليها.

³⁶³- للمزيد من التفصيل أكثر في هذا الشأن الرجوع إلى: ملك شقلم ، مخاطر التصادم البحري في ظل الاتفاقيات الدولية والتشريع العربي ، الطبعة الأولى ، مكتبة الوفاء القانونية ، الإسكندرية ، سنة 2016 ، ص 65 .

و-تسلم وكيل السفينة بضائع في شكل مواد غذائية لشحنها على السفن التابعة للناقل، ثم تركها على لأرصفة لأشعة الشمس والرطوبة مما أدى إلى تلفها مع توافر العلم الكامل لديه بأن هناك احتمالا كبيرا للتلف، لأن البضاعة معرضة لأشعة الشمس نهارا والرطوبة.

ترتبا على ما تقدم يمكن استخلاص أن فكرة سوء السلوك الارادي ما هي إلا فكرة مركبة، لها معنى أكثر اتساعا يشمل حالتي العمد وعدم الاكتراث فهذه الأخيرة تعني أن الناقل أو وكلائه أو تابعيه عند ارتكابهم لإحدى الأفعال سألغة الذكر كانت لديهم النية في الحصول على النتيجة أو تصرف على وجه يُعلم فيه بالنتائج المحتملة ومع ذلك أصروا على فعلهم بتهور³⁶⁴ و بهذا تقوم هذه الفكرة على ثلاث عناصر³⁶⁵:

1-إنصراف إرادة الناقل إلى ارتكاب الفعل أو الامتناع .

2-إدراك الفاعل نتائج فعله أو الوعي بها ،وإصراره على أحداثها في الصورة الأولى وهي الفعل العمدي ، أو علمه الكامل بأن من شأن فعله أو امتناعه احتمال حدوث الضرر ومع ذلك يمضي في سلوكه غير عابئ بما قد يترتب عليه من نتائج وهي الصورة الثانية لسوء السلوك الارادي والمسماة بعدم الاكتراث.

3-وجود العلاقة السببية بين الضرر والفعل أو الامتناع، بمعنى أوضح أن يكون الحادث المتولد منه الضرر ناشئا عن الفعل أو الامتناع.

المطلب الثاني: تقييم فكرة سوء السلوك العمدي و كيفية اثباتها

لقد سبقت الإشارة في تقديم المطلب السابق أن برتوكول بروكسل قد استمد فكرة سوء السلوك العمدي من اتفاقية وارسوا(فارسوفيا) الخاصة بالنقل لجوي الدولي لسنة 1929 والحقيقية أن ملامح الخطورة قد كانت ظاهرة عند اقتراح فكرة سوء السلوك العمدي ، إذ عند مناقشة نص المادة 25 التي تضمنت هذه الفكرة ، اعترض عليها المندوب البريطاني "ألفريد دنيس" Alfred Dennis حيث قال أنه يصعب على الناطقين بالإنجليزية فهم عبارة "فعل عمد غير مشروع" ، كذلك اعترض هذا المندوب على اقتراح المندوب الألماني بالحاق الخطأ الجسيم La Faute lourde بالفعل العمد غير المشروع من حيث أثره في حرمان الناقل من الحد الأقصى للتعويض وهو الاقتراح الذي طرحه المندوب السويسري وهو ما جعل الفقيه الفرنسي Georges Ripert (مندوب فرنسا) يبدي مخاوفه من هذه المسألة في مؤتمر فرسوفيا لسنة 1929، لأن فكرة الخطأ الجسيم غير محددة المعالم وقال المندوب البريطاني أن فكرة الخطأ الجسيم كمرادف لفكرة الخطأ العمدي ،هي غير معروفة في

³⁶⁴- Henri Zoghbi, La responsabilité aggravée du transporteur aérien (Dol et la faute équivalente au dol étude développée du protocole de la Haye), libraire général de droit et jurisprudence, Paris 1962. p102, n° 224.

³⁶⁵- نادية محمد معوض السيد، المرجع السابق، ص 501.

القانون الإنجليزي وأنه لا يمكن ترجمة هذه العبارة إلى الإنجليزية بحيث تعطي مفهوم قانوني محدد إلا إذا أريد فهمه (أي الخطأ الجسيم) على أنه ليس إلا درجة من درجات الإهمال *it is question of négligence*³⁶⁶

كما أضاف المندوب البريطاني بقوله: " لدينا اصطلاح "Wilful Misconduct" أعتقد أنه يمثل كل ما تريدون قوله يدخل في نطاقه أفعال العمد بل ويشمل كذلك أفعال عدم الاكتراث دون مبالاة بالنتائج" وقد علق مندوب لكسمبورغ بأن هذا الاختيار سيجنب استخدام الاصطلاح الفرنسي (Dol الغش) الذي لا يوجد له نظير في القانون الانجليزي وقبل الاقتراع على النص لم يفتم المندوب البريطاني أن يصرح بما فهمه من المناقشات التي دارت حول النص المذكور أن هذه الاصطلاحات يقصد بها الغش والخطأ الجسيم وتترجم إلى الإنجليزية بمفهوم Wilful Misconduct وهو مصطلح معروف جيدا في و ذو مضمون محدد تماما في القانون الإنجليزي وطلب ادراج هذه الملاحظة في محضر الجلسة³⁶⁷.

و السؤال الذي يطرح هنا هل حقيقة يوجد تطابق بين فكرتي الغش والخطأ الجسيم معا مع فكرة سوء السلوك العمدي ؟ فإذا كانت الجواب بالإيجاب فلا يوجد هناك أي مجانية للصواب من القاضي الأنجلوسكسوني إذا طبق قانونه وتقيد باصطلاح Wilful Misconduct كما هو معروف له وكان على القاضي في النظم اللاتينية أيضا تطبيق فكرتي الغش والخطأ الجسيم كما هما معروفتان له ،أما إذا لم يكن هناك تطابق بين فكرة Wilful Misconduct وفكرتي الغش والخطأ الجسيم كان معنى ذلك أن بروتوكول بروكسل لسنة 1968 ومن تبعه من اتفاقيات قد وقعوا في خلط في اختيار مفهوم يوحد المفاهيم القانونية لدى النظام الأنجلوسكسوني ونظيره اللاتيني وعليهم تصحيح الوضع³⁶⁸.

ترتبيا على هذا سنقوم بالبحث عن إجابة لهذا التساؤل أولا من خلال تقييم فكرة سوء السلوك العمدي ، ثم يليه التطرق للصعوبة التي تعترى سوء السلوك الارادي من حيث الاثبات.

الفرع الأول: تقييم فكرة سوء السلوك العمدي

من بين الدول اللاتينية التي تأخذ بفكرة الخطأ الجسيم³⁶⁹ الجزائر، مصر و فرنسا ،كما تتضمن هذه التشريعات أيضا فكرة سوء السلوك العمدي ولهذا ذهب الفقه المصري سعيا في دراسته لهذا

³⁶⁶- محاضر جلسات مؤتمر فرسوفيا ،ص 41، 41: مشار إليها لدى فاروق أحمد زاهر ،تحديد مسؤولية الناقل الجوي الدولي-دراسة في اتفاقية فرسوفيا والبروتوكولات المعدلة لها ،رسالة دكتوراه ،جامعة القاهرة ،سنة 1985 ،ص 477.

³⁶⁷- محاضر جلسات مؤتمر فرسوفيا ،ص 140، مشار إليها لدى نفس المرجع، ص 478.

³⁶⁸- ثروت أنيس الأسيوطي ،المرجع السابق ،ص 594.

³⁶⁹- يعرف الخطأ الجسيم بأنه إهمال كبير صادر عن مهني في النقل:

-Mohammed ben Amar, les auxiliaires du transport maritime étude comparée, thèse doctorat d'état, université d'Aix Marseille, année de soutenance 1994, p374.

الفكرة، إلى أن الناقل وفق قانون التجارة البحرية المصري لا يحرم من ميزة الحد الأقصى للتعويض إلا إذا أثبت الشاحن أن الضرر قد نشأ عن فعل أو امتناع صادر من الناقل بقصد إحداث الضرر (وهو الغش) أو بعدم تكرار مصحوب بوعي وإدراك بأن ضررا يمكن أن يحدث³⁷⁰ (وهو الخطأ الجسيم أو الخطأ غير المغتفر كما يسميه القضاء الحديث) ،كما يوجه هذا الفقه نظره إلى المعنى الاصطلاحي للخطأ الجسيم والخطأ الواعي كمترادفين³⁷¹.

واقع الأمر أن عدم الاكترار المصحوب بإدراك أن ضررا يمكن أن يحدث ليس هو الخطأ الجسيم ،كذلك فإن الخطأ الجسيم ليس هو الخطأ غير المغتفر³⁷² ،فالخطأ الجسيم يتوافر حيث يكون الناقل قد واجه وقوع الضرر كنتيجة محتملة لفعله أو امتناعه دون أن يكثرر مع ذلك والحال أن سلوك عدم الاكترار المصحوب بإدراك أن ضررا يمكن أن يحدث لا يتحقق إذا كان الناقل يعلم باحتمال وقوع الضرر فقط وإنما أيضا في حالة التي يكون من المفروض عليه أن يعلم، وتلك هي عناصر الخطأ غير المغتفر³⁷³.

نتيجة لما تقدم فإذا كانت فكرة الخطأ العمدي تقترب من فكرة الغش ،فإن فكرة عدم الاكترار تقترب بدورها من فكرة الخطأ غير المغتفر فكلتاها تقومان على أساس انصراف الإرادة إلى ارتكاب فعل أو امتناع عن فعل مع العلم باحتمال حدوث ضرر من جراء ذلك وهذا التقارب لا يعني تماثلا بين الفكرتين لاختلاف النظام الذي نشأت فيه كل فكرة منهما ،فحين يعرف القانون الأنجلوسكسوني فكرة عدم الاكترار فإن فكرة الخطأ غير المغتفر التي يعرفها القانون الفرنسي هي المقابل لعدم

370- تنص المادة 809 ق ب ج على: " أنه لا يحق للناقل الاستفادة من حدود المسؤولية المذكورة في المادة 805 أعلاه، إذا تبين بأن الخسارة أو الضرر نتج عن عمل أو إهمال من قبل الناقل، سواء كان عن تعمد لإحداث الضرر أو بالمجازفة مع تيقن من حدوث الضرر على الأرجح .

371- كمال حمدي، المرجع السابق، ص 124.

372 - إن مفهوم الخطأ غير المغتفر Faute Inexcusable هو ليس بفكرة جديدة في القانون الفرنسي، فقد كان أول ظهور لها في قانون العمل الصادر في الثامن أبريل من سنة 1898، غير أنه لم يعط تعريفاً حول بيان معناها:

-Isabel Corbier, de la faute inexcusable de l'armateur ou du droit de l'armateur à limiter sa responsabilité, DMF2002, p403, Bonassais et Scapel, cité par: Stéphane Miribel, la Conception de Subjective de la faute inexcusable, limitation accordée, DMF2011, p158.

و يعرف الخطأ غير المغتفر بأنه الفعل أو الامتناع المرتكب من جانب الناقل، أو أحد تابعيه أثناء تأديتهم لوظائفهم و يكون ناتجا عن تهور ووعي باحتمال وقوع الضرر و هو الخطأ الذي بلغ حدا استثنائيا من الجسامه وكل من أتاه قد قصده في ظرف يوجب عليه أن يتوقع نتيجته وأن يعي خطره و كان توقعه له ممكنا ولم يكن له في هذا الظرف أي عذر يبرر ارتكاب الفعل، أو يجيز التسامح عنه واقعا و قياس جسامه الفعل أو الترك بالإضافة لقياس الأعدار المبررة التي يتدرج بها الناقل المخطئ فيتم بطريقة موضوعية مجردة قوامها مسلك الناقل المعتاد ولا دخل فيها لاعتبارات الشخصية أو الأدبية، أما العنصر الثاني فيكون ذاتيا ويقاس فيه بمعيار شخصي وذلك بإثبات أن الناقل كان على علم بالخطر الذي يمكن أن ينتج عن الفعل أو الترك: 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، عاطف النقيب، النظرية العامة للمسؤولية عن الفعل الشخصي، منشورات حلبي الحقوقية، بيروت، سنة 1999، ص 205.

-Isabel Corbier, op.cit, p408.

373- كمال حمدي، المرجع السابق، الموضوع نفسه.

الاكتراث وقد ذهب الفقيه الفرنسي Rodière³⁷⁴ إلى أن قواعد هامبورغ قد أضافت إلى فكرة الغش فكرة الخطأ غير المغتفر، حينما نصت في المادة 8 على أن: "عدم الاكتراث مصحوب بإدراك بأن من المحتمل حدوث هلاك أو تلف أو تأخير".

صفوة القول أن فكرة سوء السلوك العمدي تتطابق مع فكرتي الغش و الخطأ غير المغتفر³⁷⁵ وبما أن القضاء الفرنسي قد أوجد فكرة الخطأ الجسيم حتى تكون مقابلا لفكرة عدم الاكتراث الإنجليزية، التي تتضمن فضلا عن الخطأ الذي يتمثل في عدم الاكتراث الوعي بأن هناك ضررا يمكن أن يحدث نتيجة لهذا الخطأ، فهو إن صح هذا التعبير الخطأ الواعي³⁷⁶، فلا يسعنا إلا أن نأخذ بفكرة أن الخطأ غير المغتفر وهو المقابل لعدم الاكتراث في القانون الفرنسي وعليه كان الفقيه Rodière على حق في وجهة نظره من وراء استخدام فكرة الخطأ الذي لا يغتفر الذي هو حقيقةً يتطابق مع عدم الاكتراث³⁷⁷.

هكذا و بهذه الاستنتاجات تتبين إحدى عيوب بروتوكول بروكسل لسنة 1968 حيث أن فكرة سوء السلوك العمدي لم تلقى نجاحا حتى بالنسبة في النقل الجوي حيث وقع المؤتمرين في خلط بين المفاهيم القانونية وهذا في سبيل توحيد الأنظمة المختلفة حيث ظن هؤلاء أن سوء السلوك العمدي Wilful Misconduct المتأصلة في الدول الأنجلوسكسونية تقابل فكرتي الغش والخطأ الجسيم المتداولتين في الدول اللاتينية ولكن الأمر لم يكن كذلك، كما لم تسلم فكرة سوء السلوك العمدي من الانتقادات وقد كانت ملاحظات الأستاذ الفرنسي Ripert في البداية في محلها من حيث أن جهل الدول الأنجلوسكسونية لفكرة الخطأ الجسيم تثير تخوفا من المغامرة بفكرة السلوك العمدي، فكيف من كل ما قيل سابقا أن يأخذ بروتوكول بفكرة لم تستطع أن تحقق توحيدا قانونيا لنظامين مختلفين في اتفاقية وارسو للنقل الجوي و ينتظر منها النجاح في النقل البحري الدولي!

الفرع الثاني: اثبات سوء السلوك العمدي

من خلال استقراء المواد (المادة من 5/2 بروتوكول بروكسل لسنة 1968، المادة من هامبورغ، المادة 61 من قواعد روتردام) يفهم أنه يقع عبء اثبات سوء السلوك العمدي على المدعي الذي يريد الحصول على تعويض كامل وفي نفس الوقت حرمان الناقل من التمسك من حدود القصوى للتعويض، فهذا المدعي هو المكلف بإثبات أن الفعل أو الامتناع صادر من الناقل بقصد احداث

³⁷⁴- René Rodière, La responsabilité du transporteur maritime suivant les règles de Hambourg 1978, DMF 1979, p 463.

³⁷⁵- Henri Zoghbi, op.cit, p89, n° 207.

³⁷⁶- محسن شفيق، المرجع السابق، ص 114.
³⁷⁷- محمد عبد الحميد، المرجع السابق، ص 397.

الضرر، أي بغش أو بعدم اكتراث مصحوب بأن ضررا يمكن أن يحدث وهذا وذاك اثبات عسير يضعف من فاعلية الجزاء الوارد في نصوص الاتفاقيات الدولية³⁷⁸.

من جهة أخرى فإن حرمان الناقل من التمتع بحد أقصى للتعويض لا يتأتى إلا بسبب فعل أو امتناع يصدر منه شخصا ولا يشمل هذا الحكم ما يصدر عن سائر تابعي الناقل من أفعال ولو بلغت هذه الأفعال درجة العمد كالسرقة والاتلاف أو عدم الاكتراث كوقوف البحارة متفرجين إزاء امتداد النيران إلى البضائع مع إمكانهم التدخل لإطفائها³⁷⁹.

يلاحظ أن وضع عبئ الإثبات على عاتق المضرور فيه اجحاف كبير بحقه، لأنه لا يعاصر ظروف وملابسات التي تتم فيها عملية النقل وغالبا ما يفشل المضرور في اثبات أن الناقل كان في حالة عدم اكتراث مصحوب بادراك احتمال وقوع الهلاك أو التلف أو التأخير مما يترتب عليه تعطيل المواد الأخيرة من الاتفاقيات الدولية³⁸⁰ وفي كل الأحوال للمضرور اثبات سوء السلوك العمدي بكل وسائل الإثبات والتساؤل الذي يطرح هنا : ما هو المعيار الواجب على المضرور اتباعه عند اثبات سوء السلوك العمدي للناقل؟ وعبارة أوضح ما هو المسلك المتبع في الاتفاقيات الدولية هل هو المعيار الموضوعي أم المعيار الشخصي؟

للإجابة على هذا التساؤل يجب في البداية أن نتطرق إلى المعيار الذي أخذ به القانون والقضاء الإنجليزي باعتبارهما المنبع الذي حدد المعيار الواجب اتباعه لإثبات فكرة سوء السلوك العمدي بشقيه حالة العمد وعدم الاكتراث، وإن كانتا في الأصل حالتان نفسيتان إلا أن القانون الإنجليزي قد اكتفى فيهما بالمعيار الموضوعي³⁸¹، أي أن المضرور يستطيع اثبات العمد أو عدم الاكتراث وفق مقياس الناقل الحريص وضع في نفس الظروف الخارجية³⁸²، التي يوجد فيها الفاعل دون الاعتداد بالطباع الشخصية للناقل المسؤول³⁸³ وعلى المدعي أن يثبت أن الناقل كان يعلم أن فعله أو امتناعه سيؤدي لا محالة إلى تضرر البضاعة أو تأخيرها أو كان يعلم بأن هناك احتمالا كبيرا

378- محسن شفيق، المرجع السابق، ص 115.

379- فاروق ملش، النقل متعدد الوسائط (الأوجه التجارية والقانونية)، الشهباني للطباعة والنشر، الإسكندرية، سنة 1997، ص 236 وما يليها.

و هو نفس الحكم بالنسبة لتابع الناقل أو وكيله غير المستقل عن الناقل بنشاط آخر مثل مقاول الشحن والتفريغ، عندما يرفع المضرور دعوى للمطالبة بالتعويض على التابع أو الوكيل، فعليه أن يثبت أن التابع أو الوكيل قد ارتكب فعلا أو امتناعا مختارا غير مكرها بقصد أحداث الضرر أي غشا أو بعدم الاكتراث مصحوب بأن ضررا يمكن أن يحدث.

380- محمد عبد الحميد المرجع السابق، ص 399.

381- ثروت أنيس الأسيوطي، المرجع السابق، ص 608.

382- محمد موسى محمد دياب، المرجع السابق، ص 450.

383- محمد نصر رفاعي، الضرر كأساس للمسؤولية المدنية في المجتمع المعاصر، دار النهضة العربية، القاهرة، سنة 1978، ص 260.

لوقوع الضرر أو التأخير سينجم عن فعله أو امتناعه، فالقاضي عند النظر في دعوى التعويض يتخذ نموذج المقارنة لنقل حريص متوسط الحرص³⁸⁴.

كذلك القضاء الإنجليزي يأخذ بالمعيار الموضوعي في تقدير هذا الخطأ كما حددت معالمه المحاكم الإنجليزية منذ قرون، ففي قضية حديثة نسبيا حيث قارن القاضي Chapman سلوك الناقل الذي بعث سفينته في البحر تحت قيادة ريان شطب اسمه من دفتر البحارة، نظرا لإدمانه على السكر بسلوك سائق السيارة الذي يخاف تعليمات المرور فيسير في الاتجاه المعاكس للمرور في منحى خطير غير مكترث بسلوكه هذا و غير مبال بالنتائج المحتملة لهذا السلوك، ثم أضاف قائلًا أن طبيعة الفعل هي التي تحدد درجة احتمال النتائج وليس البحث في نفسية الفاعل³⁸⁵.

بالرجوع إلى بروتوكول بروكسل لسنة 1968 واتفاقيتي هامبورغ وروتterdam و نظرا للصياغة المتشابهة بينهما يلاحظ أنهما أيضا قد اختارا المعيار الموضوعي لتوظيفه في اثبات سوء السلوك العمدي للناقل مقتفيين أثر القضاء الإنجليزي في توجهه هذا ونستند على ذلك بالأدلة التالية³⁸⁶:

1- أن المواد: 5/2 من بروتوكول بروكسل لسنة 1968، المادة 8 والمادة 61 من قواعد روتردام لم تنص على عبارة "avec conscience" مع وعيه إذن هذه العبارة تدل بوضوح على المعيار الذاتي الذي بمقتضاه يتم اثبات قيام العلم لدى الناقل مرتكب الفعل ولهذا يلاحظ وجود اختلاف³⁸⁷ بينها وبين المادة 13 من بروتوكول لاهاي لسنة 1955 المعدل لاتفاقية وارسوا³⁸⁸.

384- نفس المرجع، الموضوع نفسه.

385-Philip Golman V.Thai International Shipping Line,3Q.B.D(1991),p809:

مشار إليه لدى ملزي عبد الرحمن، المرجع السابق، ص 242. ويلاحظ أن القضاء الفرنسي الذي يعتبر الرائد في الدول اللاتينية، لم يستقر على رأي واحد، ففي ظل قانون 2 مارس 1957 استخدمت المحاكم الفرنسية المعيار الشخصي في تقدير الخطأ غير المغتفر الذي يقابل كما رأينا فكرة عدم الاكتراث، فقالت محكمة seine في حكم صادر لها 18 أكتوبر 1963 أن هذا القانون الأخير يستلزم في قياس الخطأ وجود وعي الفاعل بخطورة فعله مع قبوله النتائج المحتملة المترتبة على هذا الفعل وعندما دخل بروتوكول لاهاي مرحلة التنفيذ في فرنسا بتاريخ 1 أوت 1963، استمرت المحاكم الفرنسية في استخدام المعيار الموضوعي لتقدير الخطأ المشدد للمسؤولية في مفهوم هذا البروتوكول (حكم صادر عن محكمة باريس في 24 مارس 1965)، غير أن محكمة النقض الفرنسية قد نهجت نهجا مغايرا، في البداية أخذت بالمعيار الشخصي الممزوج بعناصر موضوعية في حكم صادر لها في 5 مارس 1964 ولكنها ما لبثت أن تحولت إلى المعيار الموضوعي، كما أكدت عليه في تقدير الخطأ غير المغتفر وقد هوجم هذا القضاء من طرف الفقه الفرنسي لأنه يتعارض مع التفسير الصحيح للمادة 25 المعدلة ببروتوكول لاهاي. ويبدو أن المحكمة العليا الفرنسية قد رجعت مؤخرا للمعيار الموضوعي في حكم صادر لها بتاريخ 15 ديسمبر 1981 قضية Entiope تقرر أنه: "يجب لاستبعاد أحكام المسؤولية المحدودة، بوجب إقامة الدليل على وقوع خطأ غير مغتفر على صلة مباشرة بالحادث ويعتبر خطأ غير مغتفر في مفهوم المادة 25 معدلة في لاهاي، ذلك الخطأ الذي يرتكب إما بقصد إحداث الضرر وإما برعونة مقرونة بالعلم باحتمالية الضرر وقبوله في تهور دون سبب معقول: مشار إليه لدى فاروق أحمد زاهر، المرجع السابق، ص 523 وما يليها.

386- محمد عبد الحميد المرجع السابق، ص 399.

387-René Rodière, op.cit,p 463.

388- لقد أخذ بروتوكول لاهاي بالمعيار الشخصي وتطلب فحص نفسية الفاعل وتوافر علمه الحقيقي باحتمال حدوث الضرر، غير أن هذا المعيار لا يمنع من استخدام عناصر موضوعية، فقد قال مندوب فرنسا في مؤتمر لاهاي إن النص لا يمنع من القضاء من إثبات العلم بكافة الطرق ومنها القرائن المستخلصة من واقع الحال: ثروت أنيس الأسيوطي، المرجع السابق، ص 658.

2- من الأصلح للمضرور اثبات سوء السلوك العمدي وفق المعيار الموضوعي لعدالة هذا المعيار وتخفيفا على المضرور من وطأة عبئ الإثبات الذي هو باقي على عاتقه وغالبا ما يخفق في اثبات فكرتي العمد وعدم الاكتراث التي يتكون منها سوء السلوك العمدي ،مما يؤدي إلى تعطيل المواد الواردة في الاتفاقيات الدولية والمذكورة أعلاه وثم يفقد المضرور فرصته في الحصول على تعويض كامل لما أصاب بضاعته من ضرر أو من جراء تأخيرها.

3- المعيار الموضوعي يقيم نوعا من التوازن بين مصلحة الناقل ومصلحة المضرور ،فالناقل لا يلتزم بالتعويض الكامل إلا إذا ارتكب فعلا من الأفعال التي تتدرج تحت فكرة العمد أو عدم الاكتراث المصحوب بادراك احتمال وقوع الهلاك أو التلف أو التأخير. وإذا كانت أحكام الاتفاقيات الدولية قد راعت مصلحة الناقل في هذا الشأن فيجب عليها أيضا أن تراعي مصلحة المضرور حتى يتحقق التوازن الذي تهدف إليه هذه القواعد الدولية ويتم هذا التوازن إذا سلمنا بتطبيق المعيار الموضوعي عند اثبات فكرة سوء السلوك العمدي .

4- إذا كان بروتوكول بروكسل لسنة 1968 واتفاقيتي هامبورغ وروتterdam قد اقتبسوا فكرة سوء السلوك الارادي بفكرتيه العمد وعدم الاكتراث من القانون الأنجلوسكسوني الذي يأخذ بالمعيار الموضوعي في حالة اثبات عناصر العمد وعدم الاكتراث ،فإن صمتهم دليل كافي على أن واضعي القواعد قد قبلوا الأخذ بالمعيار الموضوعي ولو كان في نيتهم ما يخالف هذا الأصل لنصوا عليه في صلب المواد 5/2 من بروتوكول بروكسل ،المادة 8 من هامبورغ والمادة 61 من اتفاقية روتردام وبناء على ما تقدم يتأكد لنا المعيار الموضوعي عند اثبات سوء السلوك العمدي للناقل وفقا لبروتوكول بروكسل ومعاهدي هامبورغ وروتterdam.

هناك حالة أخرى تضاف إلى سوء السوك العمدي يجد فيها التعويض الكامل طريقا له و يجب على القاضي ألا يطبق عليها نظام الحد الأقصى للتعويض وهي حالة التي يكون الضرر اللاحق بالبضاعة أو الناجم عن تأخيرها في الوصول أقل من الحد الأقصى للتعويض أو مساويا له³⁸⁹ و هو ما يستفاد بمفهوم المخالفة للمواد المتعلقة بسريان الحد الأقصى للتعويض³⁹⁰ عند انعقاد مسؤولية الناقل بشأن البضاعة التي تعهد بنقلها بمقتضى عقد نقل بحري دولي .

يخلص القول أن التعويض الكامل وفق بروتوكول تعديل اتفاقية بروكسل لسنة 1968 واتفاقيتي هامبورغ وروتterdam ينطبق على الحالات الآتية:

³⁸⁹- مصطفى كمال طه ، التوحيد الدولي للقانون البحري، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، سنة 2007، ص 122 وجمدي حاطوم، المرجع السابق، ص 208 ،«سميحة القليوبي، القانون البحري ،دار النهضة العربية، القاهرة ،سنة 1982 ، ص209 ، محمود سمير الشرفاوي و محمد القليوبي ،القانون البحري (الطبعة الرابعة)،دار النهضة العربية ،القاهرة ، سنة 1993،ص434 .

-Georges Ripert, Précis de droit maritime, 5eme édition, libraire Dalloz, Paris 1949, p284.
³⁹⁰- المادة 2/ أ من بروتوكول بروكسل ، المادة 6اتفاقية هامبورغ ، المادة 59 من قواعد روتردام .

- 1- إذا ارتكب الناقل سلوكا يأخذ وصف الفعل العمدي.
- 2- إذا ارتكب الناقل فعلا أو امتناع بعلمه التام باحتمال حدوث هلاك أو تلف أو تأخير في تسليم البضائع محل عقد النقل أو كان عليه أن يعلم باحتمال حدوث ذلك الضرر للبضاعة محل عقد النقل.
- 3- إذا كان الضرر أقل من الحد الأقصى القانوني للتعويض أو مساويا له.

الخاتمة:

إن فكرة سوء السلوك العمدي المقتبسة من النظام الأنجلوسكسوني والمكونة من الخطأ العمدي وعدم الاكتراث تتطابق مع فكرتي الغش و الخطأ غير المغتفر في النظام اللاتيني وليس مع فكرة الخطأ الجسيم كما اعتقد جانب من الفقهاء ، كما أن الفقيه الفرنسي Rodière بين أن فكرة الخطأ الذي لا يغتفر تتطابق مع فكرة عدم الاكتراث وهو أدري بتلك المصطلحات القانونية السائدة في دولته التي تنزعم الأنظمة اللاتينية وعلى هذا فقد وقّع بروتوكول بروكسل لسنة 1968 في مصطلح خاطئ لا يفي بالغرض المنتظر منه لدى الدول اللاتينية وهذا ما يعتبر إحدى عيوب هذا البروتوكول.

و بما أن فكرة سوء السلوك العمدي قد فشلت في توحيد المفاهيم القانونية لدى الدول اللاتينية والدول الأنجلوسكسونية إذ أنها لم تلقى نجاحا في النقل الجوي من قبل فكيف يراد لها أن تنجح في النقل البحري و ينطبق هذا القول أيضا على اتفاقيتي هامبورغ وروتردام اللتان سلكتا نفس النهج في اتباعهما لبروتوكول بروكسل لسنة 1968، لذلك كان لا بد من تعديل المصطلح الخاطئ الوارد في هذه الاتفاقيات والبحث عن مصطلح قانوني ،جديد و سهل يمكنه الجمع بين المفاهيم القانونية التي تتداول في الدول اللاتينية و الأنجلوسكسونية بحيث يجب أن يبين هذا المصطلح و بدقة وصف التصرف الذي يحرم الناقل أو تابعيه من التمسك بالحد الأقصى للتعويض عند قيام مسؤوليته بشأن البضائع التي تكفل بنقلها بحرا.